

مجله حقوقی

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

فهرست مطالب

- ♦ تعارض قوانین در قراردادها
(قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده) ۷
دکتر حمیدرضا نیکبخت
- ♦ تأملی بر «اصل رضائی بودن پذیرش معاهدات»
در آیینہ تحولات بین‌المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات ۵۳
نادر ساعد
- ♦ حق شرط بر معاهدات و تفسیر کلی شماره (۵۲) ۲۴ کمیته حقوق بشر ... ۹۵
ترجمه دکتر توکل حبیب‌زاده
- ♦ جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان ۱۳۹
محسن قاسمی
- ♦ معافیت نیروهای حافظ صلح دولتهای غیرعضو اساسنامه ICC از صلاحیت
قضایی دیوان کیفری بین‌المللی
ابهامات قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت ۲۲۱
ترجمه سید حسام‌الدین لسانی
- ♦ مبارزه با تأمین مالی تروریسم در اسناد بین‌المللی ۲۵۹
امیر حسین طیبی فرد
- ♦ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی ۳۰۷
خلاصه مقالات به زبانهای انگلیسی یا فرانسه

۳۲

بهار - تابستان

۱۳۸۴

تعارض قوانین در قراردادهای (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)

دکتر حمیدرضا نیکبخت*

چکیده

هنگامی که دادگاه‌های یک کشور با رابطه‌ای حقوقی که در آن یک عنصر خارجی وجود دارد، مواجه می‌شوند موضوع تعارض قوانین مطرح می‌شود، یعنی دادگاه باید تصمیم بگیرد که از میان قوانین مطرح و مربوطه کدامیک بر آن رابطه حاکم یا قابل اعمال خواهد بود. در حالی که این موضوع معمولاً در سیستم‌های حقوقی عرفی به عنوان یک رشته حقوقی مستقل به حساب می‌آید، در سایر سیستم‌های حقوقی، بویژه در سیستم‌های حقوقی نوشته، قسمتی از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی است. به هر حال هر دو عنوان «تعارض قوانین» و «حقوق بین‌الملل خصوصی» اسم‌های بی‌مسمایی هستند و با معنایی که از آنها مورد نظر است تطبیق نمی‌کنند. اما هر دو عنوان، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی ملی هستند که برای اعمال و پاسخگویی به روابط حقوقی دارای عنصر خارجی، وضع و ایجاد گردیده‌اند.

*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

این مقاله بطور خاص، مربوط به تعارض قوانین در قراردادهای (با عنصر خارجی، یا اصطلاحاً قراردادهای بین‌المللی) می‌باشد، و صرفاً قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و مبنا و اساس قواعد تعارض در این حوزه را مورد بحث قرار می‌دهد.

قواعد تعارض هر سیستم حقوقی مبنا و توجیه خاص خود را دارند. بعضی از سیستمها غیر منعطف و سخت هستند و مبنای قواعد قانونی خود را اصل «حاکمیت دولتها» می‌بینند و قواعدی نظیر قاعده قانون محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد یا قاعده قانون کشور متبوع طرفین قرارداد را بر می‌گزینند و بعضی از سیستمهای حقوقی انعطاف پذیرند و برای آزادی یا حاکمیت اراده طرفین قرارداد ارزش بیشتری قائل هستند.

بررسی قوانین جدید برخی کشورها و همچنین قواعد اسناد و سازمانهای بین‌المللی مربوط، آشکار می‌سازد که آزادی و حاکمیت اراده طرفین در بسیاری از سیستمهای حقوقی، یک قاعده غالب می‌باشد. البته، هیچ سیستم حقوقی این اصل را بدون قید و شرط نپذیرفته است، و در کشورهای مختلف محدودیت‌های مختلفی بر آن وارد شده است. در حقیقت، امروزه «حاکمیت اراده» یک اصل اساسی است و به عنوان مبنای قواعد تعارض قوانین در تعهدات قراردادی، با مقداری محدودیت، مناسبترین قاعده در بین همه قواعد دیگر می‌باشد که هم نفع طرفین قراردادهای بین‌المللی را در بر دارد و هم نمی‌تواند لطمه‌ای به منافع دولتهای مربوطه وارد آورد.

مقدمه

تعارض قوانین به طور کلی یکی از مباحث مهم و پیچیده حقوق است و تعارض قوانین در مورد قراردادها به طور خاص موضوعی بغرنج و دارای اهمیت ویژه می باشد. به خصوص در دهه های اخیر که تجارت بین الملل توسعه فراوان یافته است، این موضوع از علم حقوق، در غالب عهدنامه های بین المللی و قانون گذاریهای داخلی مورد توجه خاص دولتها قرار گرفته و در سیستم های حقوقی مختلف دستخوش تحولات عمیق گردیده است.

موضوع تعارض قوانین در قراردادها زمانی مطرح می شود که یک عنصر خارجی در قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین در یک دعوای مربوط به یک قرارداد داخلی که بین اتباع یک کشور منعقد می شود و محل انعقاد و اجرای آن قرارداد همان کشور است، آشکار است که مسأله تعارض قوانین در دادگاههای این کشور وجود نخواهد داشت، بلکه قواعد قراردادهای سیستم حقوقی همان کشور بر چنین قراردادی اعمال خواهند گردید. اما چنانچه یکی از عناصر قرارداد خارجی باشد مسائل متعددی مطرح خواهند شد که قانون کشور خاصی باید آنها را حل نماید. به عنوان مثال در یک قرارداد بیع بین المللی که معمولاً طرفین آن از دو یا چند کشور مختلف می باشند و موضوع مبادله آن نیز باید از یک کشور به کشور دیگر حمل و تحویل شود، حداقل دو سیستم حقوقی مطرح می گردد. درخصوص این قرارداد، چنانچه اختلافی بین طرفین واقع شود این سؤال مطرح می شود که کدام قانون (سیستم حقوقی) بر مسأله متنازع فیه حاکم خواهد بود. قانون حاکم یا قابل اعمال در هر مورد توسط قاعده مربوطه تعارض قوانین (قاعده حل تعارض) مشخص خواهد شد. مجموعه این قواعد در هر سیستم حقوقی قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای آن سیستم

را تشکیل می‌دهد.

بنابراین، قواعد تعارض قوانین یک سیستم حقوقی در مورد قراردادهای شامل آن دسته از قواعد قانون ملی یک کشور است که دادگاهها (به خصوص دادگاههای همان کشور) آنها را به کار می‌برند تا دعوایی را که در آن عنصر خارجی وجود دارد حل و فصل نمایند. این قواعد مشخص خواهند کرد که دادگاهها - که باید به طور معمول قواعد اساسی یا ذاتی^۱ قانون ملی را بر دعوی اعمال نمایند - در چه صورت قواعد قانونی کشور خارجی را بر دعوی مورد بحث اعمال خواهند نمود.^۲ پس، این قانون ممکن است قانون کشور مقرر دادگاه و یا قانون (سیستم حقوقی) کشور خارجی باشد. لذا دادگاههای یک کشور تنها بنا به تجویز قواعد تعارض قانون ملی، ممکن است قانون خارجی را بر دعوی مطروحه اعمال نمایند. در قراردادها چهار موضوع عمده مطرح می‌باشند که اختلافات قراردادی نیز کلاً از همین موضوعات ناشی می‌شوند. آنها عبارتند از:

۱. تعهدات قراردادی؛

۲. تشکیل و اعتبار قرارداد؛

۳. شکل قرارداد؛

۴. اهلیت و وضعیت طرفین قرارداد.

معمولاً در سیستم تعارض قوانین کشورها در بخش مربوط به قراردادهای، قواعد خاصی (هرچند محدود و ابتدایی) برای هریک از این موضوعات در نظر گرفته شده است. مسأله‌ای که قواعد تعارض درخصوص

۱. این قواعد، ماهوی یا مادی هم نامیده می‌شوند.

۲. این که چگونه و چه موقع دادگاههای یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوایی را که دارای یک عنصر خارجی می‌باشد دارند، بحث صلاحیت بین‌المللی دادگاهها است که در جایی دیگر بدان پرداخته خواهد شد.

این موضوعات حل می‌کنند، در اصل تعیین قانون حاکم بر این موضوعات است، لذا از این جهت این قواعد به قواعد حل تعارض موسومند.

همان‌گونه که آمد، قواعد تعارض قوانین بخشی از قانون ملی یا سیستم حقوقی مقر دادگاه می‌باشند و لذا می‌توانند همانند سیستم‌های حقوقی متنوع باشند. یعنی همان‌گونه که قواعد اساسی یا ذاتی قانونی مربوط به قرارداد کشورهای مختلف متفاوت و متغیر است، قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها نیز می‌تواند از یک کشور به کشور دیگر یا از یک مقر دادگاه به مقر دادگاه دیگر در تغییر باشد.^۳ در نتیجه هیچ‌گونه اطمینانی نمی‌توان داشت که قواعد تعارض سیستم‌های مختلف در خصوص موضوع مشخصی از قرارداد به نتیجه واحد و یکسانی برسند.^۴

در این مقاله سعی خواهد شد که صرفاً تعارض قوانین در ارتباط با قراردادهای بازرگانی با وصف بین‌المللی، آن هم تنها در بخش تعهدات قراردادی و به صورت کلی مورد بحث و بررسی قرار گیرد. پرداختن به مسائل خاصی که در خصوص این موضوع ممکن است مطرح باشد و نیز ارزیابی سیستم حقوقی ایران خارج از گنجایش این مقاله می‌باشد. بدین منظور ابتدا در قسمت نخست روشهای پذیرفته شده در سیستمهای حقوقی مختلف برای برگزیدن قانون حاکم مورد بررسی قرار خواهند گرفت. سپس

۳. واضح است که منشأ این تغییرات در تفاوت‌های سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است که با قوانین خاص خود، دولتهای این کشورها مبانی و اصول اختصاصی خود را در سیستم حقوقی خود منعکس می‌کنند و شخصیت و وجود مستقل خود را بیان و هویت ملی خویش را تثبیت می‌نمایند.

4. D.L. Perrott, International Sales Agreements, International Trade; Law and Practice, p. 3.

به هرحال اصول متحدالشکلی را می‌توان در بین قواعد تعارض سیستمهای حقوقی مختلف یافت که به صورت قواعد تعارض قوانین فراملی مطرح هستند. مثلاً قواعد تعارضی که برای تعیین قانون حاکم مناسب باید به کار برده شوند، همیشه قواعد تعارض مقر دادگاه یا دیوانی است که دعوا در آنجا مطرح است؛ یا این‌که احاله در میان قواعد تعارض قراردادهای بازرگانی وجود ندارد. همچنین عهدنامه‌های بین‌المللی محدودی در زمینه یکسان سازی قواعد تعارض قوانین منعقد گردیده است که کشورهای عضو را دارای قواعد یکسان و واحد می‌نماید.

در قسمت دوم، اصل حاکمیت یا استقلال اراده و در قسمت سوم محدودیتهای وارده بر این اصل مطالعه خواهد شد.

قسمت اول - روشهای پذیرفته شده در سیستمهای حقوقی مختلف

«قانون حاکم»^۵ که از آن به عنوان «قانون قابل اعمال»^۶ نیز نام برده می‌شود، قانون یا سیستمی حقوقی^۷ است که دادگاههای یک کشور بنا به تجویز قواعد حل تعارض (مربوط به قراردادهای) قانون ملی برای تعیین تعهدات طرفین اعمال می‌نمایند. به عبارت دیگر قانون حاکم بر قرارداد، قانون یا سیستمی حقوقی است که توسط قواعد حل تعارض قانون ملی کشف و معین می‌گردد و قرارداد را کنترل می‌نماید و بدان اعتبار می‌بخشد یا آن را فاقد اعتبار می‌داند. در سیستم حقوق عرفی انگلستان قانون حاکم بر قرارداد، قانون مناسب^۸ قرارداد می‌باشد که آن را این گونه تعریف می‌کنند: «عبارت قانون مناسب قرارداد یعنی سیستم حقوقی که طرفین قصد دارند بر قراردادشان حاکم باشد یا وقتی که قصد آنها تصریح نشده و از اوضاع احوال قابل برداشت نیست، سیستم حقوقی که عقد [قرارداد] با آن نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط را دارد»^۹.

5. Governing law.

6. Applicable law.

۷. منظور از سیستم حقوقی، مجموعه قواعد و مقررات حقوقی ملی (سرزمینی) یا بین‌المللی (فراسرزمینی) می‌باشد.

8. Proper law.

9. Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 10 ed., Stevens & Sons Ltd., 1980, p. 747.

کتاب تعارض قوانین دایسی و موریس، یکی از مهمترین و جامع‌ترین منابع تعارض قوانین برای مطالعات حقوق بین‌الملل خصوصی انگلستان محسوب می‌شود. در زمان نگارش این مقاله جدیدترین چاپ این کتاب، چاپ دوازدهم می‌باشد که در سال ۱۹۹۳ میلادی پس از به اجرا درآمدن «عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی» در سال ۱۹۹۱ میلادی، منتشر شده است. مطالب قسمت تعارض قوانین مربوط به قراردادها در چاپ جدید، قواعد جاری تعارض قوانین در انگلستان (در واقع قواعد عهدنامه ۱۹۸۰ رم) می‌باشد.

منظور از تعهدات قراردادی، تعهداتی است که به موجب قرارداد برای طرفین آن ایجاد می‌شود و در مقابل تعهدات غیرقراردادی یا الزامات خارج از قرارداد به کار برده می‌شود. بنابراین اهمیت فراوان دارد که روابط حقوقی قراردادی از روابط حقوقی غیر قراردادی در هر سیستم حقوقی تمییز داده شود. چه این دو تابع قواعد تعارض مختلفی هستند که معمولاً مشخص کننده قوانین حاکم متفاوت می‌باشند، بدین گونه که چنانچه رابطه یا عملی قراردادی محسوب شود قانون حاکم بر آن متفاوت خواهد بود با این که همان رابطه یا عمل غیرقراردادی به شمار آید.^{۱۰}

همانگونه که بیان گردید قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در هر سیستم حقوقی توسط قواعد حل تعارض آن سیستم مشخص می‌گردد. به طور کلی می‌توان گفت که این قواعد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به دو طریق ذیل تعیین می‌کنند:

۱- بطور مستقیم با روش عینی و به حکم قانون (بدون در نظر گرفتن اراده طرفین)؛

۲- بطور غیرمستقیم با روش ذهنی و مستقل از اراده طرفین قرارداد (حاکمیت یا استقلال اراده طرفین).^{*}

۱- قانون حاکم بر تعهدات قراردادی با روش عینی و به حکم قانون

در یک بررسی تاریخی از حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین در کشورهای مختلف و عقاید علما و نویسندگان حقوقی مشاهده

در این مقاله هم از چاپ دهم (سال ۱۹۸۰) و هم از چاپ دوازدهم (سال ۱۹۹۳) این کتاب استفاده شده است، بطوری که در مسائل مربوط به قواعد سنتی (عرفی) تعارض قوانین به چاپ دهم و در مسائل مربوط به قواعد جدید به چاپ دوازدهم مراجعه گردیده است.

۱۰. قانون حاکم بر تعهدات غیر قراردادی یا قانون حاکم بر مسؤولیت مدنی (قهری) موضوع مستقل دیگری است که در اینجا مورد بحث نمی‌باشد.

*. Party Autonomy.

می‌شود که در گذشته دور سه نظریه غالب در خصوص قانون حاکم بر قرارداد مطرح بوده است.^{۱۱} حاکمیت قانون محل انعقاد یا تشکیل قرارداد،^{۱۲} حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد^{۱۳} و حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین.^{۱۴} در واقع این نظریه‌ها به گونه‌ای قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها را در کشورهای مختلف ساخته و هر کدام خود یک قاعده شده‌اند. هر کشور با تحلیلهای خاص خود و در نظر گرفتن انگیزه‌های سیاسی و یا مرکز ثقل قرارداد و جو اقتصادی تجاری که قرارداد در آن قرار داشته، از یکی از این نظریات که برای خود مناسب‌تر می‌دانسته، پیروی می‌کرده است. پذیرش هریک از این تئوریها گرچه باعث می‌شود وضعیت حقوقی قرارداد بهتر قابل پیش‌بینی باشد و ثبات و اطمینان بیشتری بر قرارداد حکم فرما گردد، اما جایی برای استقلال اراده طرفین باقی نمی‌گذارد.

در غالب سیستم‌های حقوقی تا قرن نوزدهم میلادی قراردادها تحت حاکمیت قانون کشوری بوده‌اند که در آنجا تشکیل یا اجرا می‌شده‌اند. قاعده حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد در قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم، که شروع تدوین حقوق بین‌الملل خصوصی در کشورهاست، به صورت مدون در سیستم‌های حقوقی قرار گرفته است.^{۱۵} در کشورهای

۱۱. برای مطالعه مختصری از سیر تاریخی تعارض قوانین، رجوع شود به الماسی، دکتر نجاد علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۵۷ به بعد.

۱۲. به عنوان نمونه به نظریه پیه، حقوقدان فرانسوی رجوع شود.
Pillet, Principes de Droit International Privé (Paris, 1903).

۱۳. به عنوان نمونه به نظریه ساوینی حقوقدان آلمانی رجوع شود.
Fridrich Carl von Saviny, 8 System des Heutigen Rechts (1849).

۱۴. به عنوان نمونه به نظریه منچینی حقوقدان ایتالیایی رجوع شود. منچینی اعتقاد داشت که تابعیت مبنای حقوق بین‌الملل خصوصی است اما باید با شهروندان و بیگانگان به طور مساوی رفتار نمود و اجازه داد که طرفین معاملات هر قانونی را که مایلند برای حاکمیت بر معاملاتشان انتخاب کنند.

Pasquale Stanislao Mancini, Dritto Internazionali (1873); E. Jane, P.S. Mancini Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und Praktischer Jurisprudenz (1980).

۱۵. به عنوان نمونه، قانون مدنی ۱۸۱۱ اتریش در ماده ۳۷، بر اصل حاکمیت قانون محل انعقاد تصریح

اروپایی نیز در طول نیمه اول قرن نوزدهم، قانون محل انعقاد ترجیح داده می‌شده و بسیاری از نویسندگان و دادگاهها بر این قاعده متکی بوده‌اند، به نحوی که حتی مبنای آن را قصد ضمنی طرفین قرارداد می‌دانسته‌اند.^{۱۶} دادگاههای انگلستان تا سال ۱۸۶۵ و دادگاههای بعضی از ایالات آمریکا مثل ایالت نیویورک تا سال ۱۹۵۴ قانون محل انعقاد را اعمال می‌نموده‌اند.^{۱۷} از اواسط قرن نوزدهم میلادی ارج نهادن به حاکمیت و استقلال اراده طرفین قراردادها درخصوص تعیین قانون حاکم، در سیستم‌های حقوقی آغاز می‌گردد،^{۱۸} و در اواسط قرن بیستم به اوج خود می‌رسد، به طوری که بسیاری از کشورها سیستم دوگانه‌ای را تدوین و وارد سیستم حقوقی خود می‌کنند که در آن هم حاکمیت و استقلال اراده طرفین قرارداد محترم شمرده می‌شود و هم نظریه‌ها و روشهای مطرح در گذشته حفظ می‌گردند. مثلاً، در آلمان رویه قضایی حاکی از آن است که تعهدات هریک از طرفین قرارداد تحت حاکمیت قانون محل اجرای همان طرف بود^{۱۹} ولی در

دارد. ماده ۳۷ این قانون چنین مقرر می‌دارد:

Article 37: "Lorsque des actes juridiques sont conclus entre des étrangers ou entre des étrangers et des autrichiens à l'étranger, la loi du lieu où l'acte a été conclu est applicable, à moins que lors de la conclusion un autre droit n'ait été manifestement choisi, et à moins que les dispositions de l'article 4 ci-dessus ne s'y opposent".

16. Boullenois, Traité de la Personnalité et de la Réalité des Lois (Paris, 1766), p. 57.

۱۷. در انگلستان رجوع شود به:

P. & O. Steam Navigation Co. v. Shand (1865) 3 Moo. P.C. (N.S) 272; Lloyd v. Guibert (1865), L.R.1, Q.B.115.

در ایالت نیویورک رجوع شود به تصمیم دادگاه پژوهشی در پرونده:

Auten v. Auten, 308 N.Y. 155; 124 N. E. 2d 99 (1954).

نقل از:

J.H.C. Morris, The Conflict of Laws, 3rd ed., Stevens & Sons Ltd., 1984, p. 265.

۱۸. تا سال ۱۸۶۵ میلادی، اصل حاکمیت یا استقلال اراده طرفین (Party autonomy) به عنوان اصل راهنما توسط دادگاههای انگلستان، فرانسه و آلمان تثبیت شده بود.

۱۹. در سیستم حقوقی آلمان تجزیه قرارداد یا تفکیک تعهدات طرفین قرارداد تحت عنوان دکترین Scission انجام می‌گیرد و براساس این دکترین موضوع تشکیل قرارداد نیز مستقل و جدا از تعهدات

تعارض قوانین در قراردادها ... ❖ ۱۵

جایی هم که انتخاب صریح یا ضمنی طرفین یافت می‌شد دادگاه‌ها آن را می‌پذیرفتند.^{۲۰} یا در سیستم حقوقی ایتالیا ماده ۲۵ «مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲ ایتالیا» در این رابطه گرچه قانون ملی طرفین قرارداد را حاکم می‌دانست اما، اراده طرفین را بر آن غالب می‌گرداند و این گونه مقرر می‌کرد: «ماده ۲۵: تعهدات ناشی از قرارداد، تحت حاکمیت قانون ملی [تابعیت] طرفین قرارداد است، در صورتی که تابعیت آنها مشترک باشد؛ در غیر این صورت تحت حاکمیت قانون محلی است که قرارداد در آنجا منعقد می‌شود. در هر صورت اراده [توافق] مخالف طرفین غالب است». بنابراین، در این سیستم حقوقی مسأله قانون حاکم مستقیماً توسط قانون و به روش عینی حل می‌شد و رویه قضایی ایتالیا هم چیزی مغایر این طریقه را نشان نمی‌دهد.^{۲۱} ماده ۱۲۶ اصول قانون مدنی سال ۱۹۶۱ شوروی (سابق) هم علاوه بر این که حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد را برای تعیین حقوق و تکالیف طرفین مقرر می‌دارد، توافق طرفین قرارداد برخلاف آن را هم می‌پذیرد.^{۲۲}

اعتقاد کنونی این است که الزامی بودن حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین یا محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد با شرایط بازرگانی این زمان سازگاری ندارد. بسیاری از افراد هستند که در کشورهای دیگر غیر از کشور متبوع خود به مبادلات تجاری اشتغال دارند و حتی با کشور متبوع

قرارداد تابع قانون محل انعقاد قرارداد قرار داشته است.

Cohn, Manual of German Law, S.8 – 54.

20. Cohn, ibid.

21. Judgement of 30 April 1969 (n. 1403), in officina musso c. société sevplent (Riv. dir. Int. priv. Proc., 1970, pp. 332 et seq.; Morelli Elenent di diritto international privato, p. 155.

22. Article 126: "The rights and duties of parties to a foreign trade transaction are defined by the laws of the place of the transaction unless the parties otherwise agree. Soviet law decides in what place a transaction is effected" – Principles of Civil Legislation of USSR, 8 Dec. 1961, in Law in Eastern Europe, VII Leyden, 1963, pp. 263 ff.

خود یا ارتباط ندارند یا ارتباطشان اندک است؛ یا قراردادهای تجاری بسیاری وجود دارد که محل انعقاد آن برای طرفین اهمیت خاصی ندارد و یا اتفاقی می‌باشد یا صرفاً به لحاظ سهولت دسترسی برای طرفین انتخاب شده است، یا قراردادهای تجاری بسیاری امروزه با مکاتبه، تلکس، تلفن و نمابر (فاکس) از کشوری به کشور دیگر منعقد می‌شوند و تعیین محل انعقاد مشکل یا غیرممکن است. به علاوه محل انعقاد قرارداد معمولاً به عنوان یک عامل ارتباطی که تنها مناسب یک اقتصاد کمتر توسعه یافته و غیرپویا می‌باشد به حساب می‌آید. در خصوص مشکل محل اجرا هم می‌توان گفت که ممکن است محل اجرا متعدد باشد که در این صورت مشخص نیست قانون کدام محل اجرا باید حاکم باشد.

به هر صورت گرچه بنظر می‌رسد این سیستم تعیین قانون حاکم، بیش از حد غیرقابل انعطاف است و کمتر با نیازهای تجارت بین‌الملل مطابقت دارد، اما هنوز هم تا حدودی از مقبولیت برخوردار است. مثلاً، گرچه امروزه بسیاری از کشورها در سیستم حقوقی خود در قالب قوانین داخلی و یا از طریق عهدنامه‌های بین‌المللی، روشهایی مانند اصل حاکمیت اراده را برای کاهش نارسایی‌ها و حالت غیرقابل انعطاف روشهای قبلی برگزیده‌اند؛ ولی در کنار آن، در صورت فقدان اراده، همچنان برای پرکردن خلأ، یکی از نظریه‌های سابق را حفظ کرده‌اند.^{۲۳} البته نباید از نظر دور داشت که جهت کلی قواعد تعارض قوانین در خصوص قراردادها در کشورهای مختلف به سوی محو نظریه‌های قبلی و توسعه بخشیدن به حاکمیت اراده و آزادی اطراف قرارداد حرکت می‌کند.^{۲۴}

^{۲۳}. به قسمت مربوط به «آزادی یا استقلال اراده در قوانین ملی»، در صفحات بعد مراجعه شود.

^{۲۴}. در اروپا، نویسندگانی چون پیه و نیبویه در فرانسه و فون بار و زیتل من در آلمان و وست لیک در انگلستان از منتقدان اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم به حساب می‌آیند و به خصوص آنها معتقدند که قصد فرضی (Presumed Intention) یعنی این که چه قانونی را باید فرض کرد تا طرفین خود

۲- قانون حاکم بر تعهدات قراردادی با روش ذهنی و «مستقل» از اراده طرفین قرارداد

در سالهای اخیر قواعد حل تعارض قوانین مربوط به قراردادها در بسیاری از کشورها در جهت هرچه بیشتر به رسمیت شناختن حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قرارداد تحول و توسعه یافته‌اند. این قواعد، تعیین قانون حاکم بر قرارداد را بر عهده طرفین قرارداد گذارده‌اند و برای این منظور مقرراتی را هم برای اراده صریح و هم برای اراده ضمنی طرفین وضع نموده‌اند. در این روش (گزینش قانون حاکم)، طرفین ممکن است صریحاً با قرار دادن یک بند انتخاب قانون در قرارداد، یا به طور ضمنی، قانونی را انتخاب نمایند که بر قراردادهای حاکم باشد. چنانچه طرفین قانونی را انتخاب نکنند، در این صورت قواعد تعارض قوانین مقرر دادگاه، قانون حاکم را به طریق دیگری مشخص کرده‌اند، یعنی مقرراتی را برای حالت نامشخص بودن یا فقدان اراده مقرر کرده‌اند.

بنابراین، در قسمت بعد هرچند به گونه‌ای کلی، به دکتترین آزادی یا استقلال اراده که به صورت «اصل حاکمیت اراده» تجلی نموده است پرداخته می‌شود.^{۲۵}

را تابع آن بدانند بی‌معناست و در بسیاری موارد قصد یا حداقل قصد مشترک طرفین قرارداد را نمی‌توان از قرارداد و اوضاع و احوال آن بدست آورد. به هر حال این مؤلفین نتوانسته‌اند دادگاهها را قانع نمایند و همچنان اراده طرفین پویا و زنده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: Pillet, Principes de d. i. P., (Paris, 1903) 429; Niboyet, 5 Traité de d. i. P., Français (Paris, 1948) 36; L. von Bar, Theorie und Praxis des International Privatrechts, 2 nd ed. (1889) 4; Zitelman, Internationales Privatrecht II (Leipzig 1897 – 1912) 373; Westlake, A Treatise on Private International Law (London, 1912) 278, and 6th ed., 1922.

۲۵. چگونگی تعیین قانون حاکم توسط طرفین قرارداد و حالت عدم تعیین آن در مقاله خاصی تبیین گردیده است. مراجعه شود به: نیک بخت، دکتر حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی (دانشکده حقوق - دانشگاه شهید بهشتی)، شماره‌های ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷.

قسمت دوم - اصل حاکمیت یا استقلال اراده

در حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین، حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادهای که از آن به عنوان آزادی اراده و آزادی انتخاب هم نام برده می‌شود،^{۲۶} جزئی از اراده کلی و برتر است که بر اصل قرارداد تعلق دارد. به عبارت دیگر، دکترین حاکمیت یا استقلال اراده مبین آن است که آزادی و اراده طرفین قرارداد محدود به ایجاد یا انتخاب نوع قرارداد نیست بلکه در تعیین شرایط قرارداد از جمله قانون حاکم بر قرارداد نیز جاری است.

این دکترین که مبتنی بر اصل آزادی قراردادهای است و در اغلب کشورها پذیرفته شده است، مقرر می‌دارد همان‌گونه که طرفین آزاد هستند هر قراردادی را که مایلند منعقد نمایند، آزاد هستند هر قانونی را که مایلند نیز بر قراردادهای حاکم نمایند و مراجع حل اختلاف (دادگاههای قضایی و دیوان‌های داور) آن اراده را معتبر خواهند شمرد.

شارل دومولن، حقوقدان فرانسوی قرن ۱۶ میلادی، را مبتکر نظریه حاکمیت اراده در اروپا می‌دانند. وی اعتقاد داشت وقتی که طرفین قرارداد می‌توانند با اراده خود با یکدیگر هر گونه که می‌خواهند توافق نمایند و قرارداد را تشکیل دهند، منطق حقوقی ایجاب می‌کند تا هر قانونی را هم که آنها تشخیص می‌دهند مناسب‌تر است، همان را بر آن قرارداد حاکم نمایند.^{۲۷} ساوینی و واختر دو حقوقدان معروف آلمانی هم از منادیان اصل

۲۶. عبارت Party autonomy در سیستم حقوقی انگلستان استعمال می‌شود و معادل عبارت autonomy of will می‌باشد، و گاهی نیز Freedom of choice به کار می‌رود. در سیستم حقوقی فرانسه عبارت autonomie de la volonté یا Loi d'autonomie به عنوان معادل عبارت انگلیسی فوق استعمال می‌شود.

27. Dumoulin – Commentarii in Codicem, Lib. 1, Tit. 1 “ Conclusiones de Statutis & Consuetudinis Localibus” in Commentary on de Summa Trinitate, 3 Opera (5 th ed. 1581) 554; Cf. Delaume, “L'autonomie de la volonté en droit international privé”, 39 Rev. Crit. de Droit

استقلال اراده در اواسط قرن نوزدهم میلادی محسوب می‌شوند. آنها معتقد بودند که در چارچوب محدودیت‌های مختلف در قانون قراردادهای (مانند قواعد آمره)، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی متکی بر اراده طرفین می‌باشد و باید براساس انتظارات آنها تعیین گردد.^{۲۸} در حقوق انگلستان و آمریکا تفکر آزادی و استقلال اراده را به هوبر و منزفیلد اسناد می‌دهند.^{۲۹}

درخصوص اصل حاکمیت یا استقلال اراده دو نظریه عمده وجود دارد. یکی نظریه لیبرالیسم کلاسیک است که برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و اعتقاد دارد که متعاقدين، قدرت و اختیار دارند در محدوده حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را انتخاب نمایند. بنابراین در قراردادهای خصوصی قصد طرفین، صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جایی که قصدی برای طرفین فرض می‌شود)، تعیین کننده قانون حاکم است. نظریه دوم پوزیتیویسم حقوقی است که مدعی تفوق انحصاری حاکمیت دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد. این نظریه در واقع استقلال اراده طرفین را به این دلیل که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد انکار می‌کند.^{۳۰} در این نظریه، متعاقدين ممکن است با محدودیتهای گسترده‌ای مواجه باشند. بنابراین آنها فقط در حدودی که قانون مقرر می‌کند، آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند و بدین گونه می‌توانند برای سهولت

International Privé (1950), 321.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: الماسی، همان، صص ۶۷ و ۶۶.

28. Saviny, 8 System des Heutigen Römischen Rechts (1849). Para. 370, p. 205; Wachter, "Über die Collision der Privatrechtsgesetze Verschiedener Staaten", 25 Archiv Für die Civilistische Praxis (1842) p. 35.

۲۹. برای نمونه رجوع شود به:

Robinson v. Bland (1960) 1 W. B 1. 234.

30. J.P. Niboyet, Note, Cass. Civ. 21 Juin 1950. S. 1951. 1.2 J.P. Niboyet, 5 Traité de Droit International Privé Français (1948).

تنظیم موافقتنامه و به قصد کوتاه کردن قرارداد و اجتناب از شروط مطول و احتمالاً ناقص در آن، قواعد سیستم حقوقی مشخصی را بپذیرند.^{۳۱} بنابراین توافقات طرفین تا حدی نافذ می‌باشند که قانون کشوری خاص (قانون تنفیذ کننده)، مانند قانون مقرر دادگاه آنها را معتبر بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلأ وجود داشته باشد، و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود.^{۳۲}

در حقیقت تفاوت این دو نظریه، سیاسی است. در عمل عموم کشورها معتقدند که مبنای انحصاری تعارض قوانین را اصل حاکمیت دولت تشکیل می‌دهد، و لذا تا حدودی توافقات طرفین قرارداد را در

۳۱. این طریقه همانند درج قانون خارجی در قرارداد (Incorporation) می‌باشد. ببینید: نیک بخت، دکتر حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، همان.

۳۲. در امریکای لاتین در عهدنامه ۱۹۴۰ مونته ویدئو نیز این قاعده پذیرفته شده است که در تعارض قوانین، استقلال واقعی اراده نمی‌تواند وجود داشته باشد. در ماده ۵ پروتکل الحاقی به این عهدنامه پذیرش اراده، تعریف و قلمرو و اثر آن به قوانین ملی واگذار شده است. لذا، مثلاً در برزیل در قانون مدنی این کشور، اصل حاکمیت اراده را با وارد آوردن استثنائاتی به نفع اعمال قانون برزیل همچنان معتبر می‌داند. در این خصوص دیده شود:

Memorandum of Dr. Hugo Repetto Salazar in República Argentina Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo (1940), 199, at 209.

ماده ۱۳ قانون مدنی ۱۹۱۶ برزیل چنین مقرر می‌دارد:

Regularà, Salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos feitos das obrigações a lei do lugar, onde forem contraidas Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I. Os contratos ajustados em países estran geiros exequíveis no Brasil.

II. As obrigações contraidas entre brasileiros em país estrangeiro.

III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil.

IV. Os atos relativos as regime hipote cário brasileira.

ماده ۵ پروتکل الحاقی به عهدنامه ۱۹۴۰ مونته ویدئو چنین بود:

Second South – American Congress on Private International Law of Montevideo, 1940 Protocolo Adicional, Article 5:

“La Jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no Pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

خصوص قانون حاکم به رسمیت می‌شناسند و آنها را اجرا می‌کنند. علت این امر از یک طرف آن است که منافع دولتها و توجه به توسعه و رشد اقتصادی زندگی افراد و جامعه، تقویت مناسبات و روابط تجاری بین‌المللی و اهمیت دادن به روابط دوستانه و متقابل چنین ایجاب می‌کنند و از طرف دیگر منطق حقوق فردی یعنی رعایت اصل آزادی قراردادها و احترام به اراده و آزادی افراد خلاف آن را جایز نمی‌داند.

بنابراین گرچه به نظر می‌رسد شناسایی اصل حاکمیت و استقلال اراده به عنوان راه حل تعارض قوانین، در جهت احترام به قراردادهای خصوصی و جزئی از اصل آزادی قراردادها در حقوق داخلی است و گرچه با دکتترین آزادی دورهٔ آدام اسمیت، ایمانوئل کانت و ژان ژاک روسو مقارن و با دکتترین آزادی قرارداد بنتام در قرن نوزدهم همسو است، اما باید اذعان نمود که مصالح و منافع گسترده دولتهاست که بستر پذیرش و رشد آن بوده است. از همین روست، که این اصل امروزه در قوانین بسیاری از کشورها، در عهدنامه‌ها و اسناد بین‌المللی و نظریات غالب حقوقدانان مورد توجه خاص قرار دارد.^{۳۳}

پذیرش اصل استقلال اراده در سیستم‌های حقوقی ممکن است به روش عینی^{۳۴} یا ذهنی^{۳۵} یا ترکیبی از این دو باشد. در روش عینی ارادهٔ طرفین قرارداد در محدودهٔ مقررات خاص قابل احترام است و در ارتباط با انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، طرفین در چارچوب اصول و ضوابط قانونی آزادند خود تصمیم بگیرند. در این روش، نظم و منطق حقوق عمومی نمی‌تواند دستخوش ارادهٔ افراد قرار گیرد و حفظ اصول حقوقی و تأمین

^{۳۳}. مقبولیت اصل حاکمیت اراده در بسترهای مختلف در صفحات بعدی این نوشته به وضوح مشخص خواهد گردید.

34. Objective.

35. Subjective.

منافع ملی و بین‌المللی مطمح نظر است. در نتیجه در این روش، قانونی حاکم بر قرارداد است که قرارداد با آن ارتباط دارد، یعنی طرفین قرارداد آزادند از میان قوانینی که به صورتی به قرارداد مربوط می‌شوند قانونی را برای اعمال بر قرارداد خود انتخاب کنند. در این مسیر مشکلی در فقدان انتخاب طرفین وجود نخواهد داشت زیرا دادگاه هم به آسانی خواهد توانست قانون دارای ارتباط (نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط) با قرارداد را تعیین و بر قرارداد اعمال نماید.

در طریقه ذهنی با تکیه بر اراده طرفین به عنوان خالق قرارداد و این واقعیت که آنها بهتر از هر کس مصالح و منافع خود در خصوص آثار و شرایط قرارداد را تشخیص می‌دهند، اعتقاد بر آن است که همین طرفین قرارداد می‌توانند به خوبی قانونی را که این مصلحت و منفعت را تأمین می‌نماید بر قرارداد خود حاکم کنند. در این روش دادگاهها مکلفند از انتخاب طرفین تبعیت نمایند مگر در موارد استثنایی مثل جایی که انتخاب مغایر نظم عمومی باشد. در این تئوری این ابهام وجود دارد که در صورت فقدان انتخاب طرفین، چه قانونی بر قرارداد حاکم خواهد بود. برای از میان برداشتن این ابهام سیستم‌های حقوقی روش‌های مختلفی را برگزیده‌اند. برخی، سیستم حقوقی که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد^{۳۶} ملاک قرار داده‌اند و برخی قانون محل انعقاد و برخی قانون محل

۳۶. این روش در واقع روش تلفیق دو نظریه عینی و ذهنی می‌باشد. در سیستم حقوقی انگلستان از بعد از سال ۱۸۶۵ که تئوری حاکمیت قانون محل انعقاد جای خود را به تئوری قانون مناسب واگذار نمود، این سؤال همواره مطرح بوده است که آیا این تئوری باید عینی در نظر گرفته شود یا ذهنی. دایسی فرمول ذهنی را ترجیح می‌داده و تا سال ۱۹۳۹ این نظر در سیستم حقوقی انگلستان غالب بوده است اما وست لیک و چشایر مدافع فرمول عینی بوده‌اند و به تدریج این نظریه در سیستم حقوقی انگلستان جای خود را باز کرده است و از سال ۱۹۵۱ فرمول عینی بودن قانون مناسب مکمل فرمول ذهنی، قاعده تعارض قوانین انگلستان را شکل داد. بدین گونه که در سال ۱۹۵۱ لرد سایمونز در پرونده *Bonython v. Common* Wealth of Australia [1951] A.C. 201 با تأکید بر فرمول عینی گفت: «قانون مناسب قرارداد، آن سیستم حقوقی است که با رجوع به آن قرارداد منعقد شده است یا آن سیستم حقوقی است که معامله با

اجرا را به عنوان قانون حاکم برگزیده‌اند.^{۳۷}

به هر حال نمی‌توان با این نظریه موافق بود که می‌گوید حاکمیت واقعی اراده طرفین نمی‌تواند وجود داشته باشد، زیرا حداقل در محدوده قوانین ملی اعم از قواعد مادی و قواعد حل تعارض، عملاً کشورهای بسیاری آن را پذیرفته‌اند. اما باید اذعان نمود که اصل حاکمیت یا استقلال اراده بدون قید پذیرفته نشده، بلکه در سیستم‌های حقوقی مختلف محدودیت‌هایی بر آن وارد گردیده است.^{۳۸}

اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال (قانون حاکم)، در قوانین ملی کشورها، تصمیمات و اسناد مختلف داوری و نیز عهدنامه‌های بین‌المللی پذیرفته شده است که در بخشهای بعدی به مطالعه برخی از آنها پرداخته می‌شود.

۱- حاکمیت یا استقلال اراده در قوانین ملی

همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، بسیاری از کشورها اصل حاکمیت یا استقلال اراده را در سیستم تعارض قوانین خود پذیرفته‌اند که در اینجا به بعضی از آنها اشاره می‌شود.

آن نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط خود را دارد». بنابراین امروزه در سیستم حقوق عرفی انگلستان تلفیقی از دو نظریه ذهنی و عینی حاکم است، بدین گونه که در جایی که اراده طرفین ابراز شده است همین اراده و قصد پذیرفته می‌شود (نظریه ذهنی) و در جایی که طرفین درخصوص قانون حاکم سکوت کرده باشند و قصد خود را چه صریح و چه ضمنی ابراز ننموده باشند، قانون حاکم قانونی خواهد بود که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد (نظریه عینی).

J.H.C. Morris, Conflict of Laws, 3rd ed., Stevens & Sons Ltd., 1984, p. 265 et seq.

^{۳۷}. به نمونه‌هایی از این سیستم‌های حقوقی در قسمتهای بعدی اشاره خواهد شد.

^{۳۸}. در قسمت‌های بعد به طور مفصل محدودیت‌های اصل استقلال اراده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

فرانسه^{۳۹}

در حقوق فرانسه حاکمیت یا استقلال اراده ابتدا توسط دادگاه عالی فرانسه در ۵ دسامبر ۱۹۱۰، در رأی صادره در قضیه American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited^{۴۰} مطرح شده است. در این پرونده آمده است: «قانون حاکم بر قراردادهای، تشکیل آنها، شرایط و اثرات آنها، قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند».^{۴۱} بعداً پیش‌نویس قانون سال ۱۹۶۷ میلادی برای تکمیل قانون مدنی در موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی، این نظر را که در فرانسه رویه قضایی شده بود در پاراگراف اول ماده ۲۳۱۲ تأیید کرد. این پاراگراف مقرر می‌داشت: «قراردادهای دارای خصوصیت بین‌المللی و تعهدات ناشی از آنها تابع قانونی خواهند بود که طرفین قصد داشته‌اند خود را تحت [حاکمیت] آن قرار دهند».^{۴۲}

۳۹. باید به خاطر داشت که فرانسه و نه کشور اروپایی دیگر در حال حاضر عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی هستند. این عهدنامه به منزله قانون داخلی کشورهای عضو در خصوص قواعد حل تعارض مربوط به قراردادهای می‌باشد. بنابراین از زمان به اجرا درآمدن این عهدنامه در کشورهای عضو (سال ۱۹۹۱)، قواعد آن جایگزین قواعد حل تعارض سابق این کشورها شده است. در خصوص عهدنامه مزبور توضیحات بیشتری در صفحات بعد داده شده است که جهت کسب اطلاعات بیشتر به آنها مراجعه شود.

40. Rev. Crit. 1911, p. 395; Journal dr. int. Privé 1912, p. 1156; Cass. civ 5 Dec. 1910, S. 1911. 1. 129.

۴۱. علت تأخیر در شناسایی اصل حاکمیت اراده در فرانسه را انتقادی دانسته‌اند که نویسندگان فرانسه بر این اصل داشته‌اند. (Mailher de Chassar, Traité des Status (Paris 1841) 54). اما بعداً که این اصل پذیرفته شد از آرای دادگاه عالی فرانسه بر می‌آید قضات بر این نظر بوده‌اند که چنانچه منافع تجارت بین‌الملل مطرح باشد انتخاب قانون طرفین قابل قبول است حتی اگر ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد نباشد.

Cass civ. 19 feb. 1930 and 27 Jan. 1931, s. 1933, 1, 41.

42. "Contracts of an international character and the obligations arising from them shall be subject to the law under which the parties intended to place themselves" – Batiffol and Lagard, Droit International Privé (2 vol.), sixth edition, Paris 1974 – 1976, II, No. 567 – 573, pp. 229 – 241.

آلمان

در سیستم حقوقی آلمان در حوزه قراردادهای موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی قوانین مدونی وجود نداشته است. با این وجود، رویه قضایی در این کشور از حدود سالهای ۱۸۸۰ به بعد، موضوع اعطای اختیار تعیین قانون قابل اعمال به طرفین قرارداد را، که در هر مورد با توجه به ماهیت همان مورد تصمیم‌گیری می‌شود و نه با یک قاعده ثابت و دگم، به رسمیت شناخته است.^{۴۳} لذا حاکمیت اراده به خوبی در این سیستم حقوقی توسط دادگاهها پذیرفته شده و توسعه یافته است و دکتترین هم آن را تأیید می‌کند.^{۴۴}

ایتالیا

سیستم تعارض قوانین ایتالیا براساس و تحت تأثیر مجموعه‌ای از نظریات و رویه قضایی و قوانین مدون مرتبط به هم می‌باشد. در سال ۱۸۶۵ میلادی، ایتالیا قواعد تعارض خود را که ملهم از نظریه منچینی می‌باشد تدوین نمود و در آن قانون به صراحت آزادی اراده در قرارداد را پیش‌بینی نمود، اما سیستم تعارض قوانین جدید در مقررات مقدماتی قانون مدنی ۱۹۴۲ میلادی درج گردیده است. دو قانون گرچه فاصله‌ای حدود ۲۰۰ سال با یکدیگر دارند اما از یک فرهنگ و مبنای علمی برخوردارند.^{۴۵} براساس پاراگراف اول ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی ۱۹۴۲ میلادی، طرفین

43. RG 22 Feb. 1881, RGZ 4, 242.

44. Kegel, Internationales Privatrecht, 4th ed., 1977; Drobnig: American – German Private International Law, 2nd ed., New York, 1972, pp. 225 – 232.

45. Quadri, Lezioni di diritto internazionale privato, 5th ed., Naples (1969), pp. 296 et Seq; Giardina, le Convenzioni internazionali di diritto uniform nell'ordinamento inter no, 56 Rivista Dir. Int. (1973), 718.

آزادند قانون قابل اعمال بر قرارداد خود را انتخاب کنند.^{۴۶}

ژاپن

قانون سال ۱۹۴۷ میلادی ژاپن در ماده ۷، قانون حاکم بر تشکیل و آثار عمل حقوقی را قانون اراده طرفین می‌داند و اعلام می‌دارد در صورت فقدان این اراده، قانون محل انجام عمل حقوقی (محل تشکیل یا انعقاد عقد) حاکم خواهد بود.^{۴۷}

بلژیک

در بلژیک اولین بار در رأی مربوط به پرونده SA Antwerpia v. Vill d' Anvers^{۴۸} در ۲۴ فوریه سال ۱۹۳۸ میلادی، توسط دادگاه عالی بلژیک، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به رسمیت شناخته شد.

انگلستان

در انگلستان تفکر آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد که به صورت تئوری قانون مناسب قرارداد^{۴۹} در حقوق عرفی متجلی شده است متأثر از هوپر، حقوقدان هلندی در قرن هفدهم میلادی می‌باشد و آثار

46. Morelli, Elenentn di diritto internazionale privateo lilaliano, 10 th edition, Napali, 1971, Nos. 97 - 98, pp. 154 - 157.

47. Law Concerning the Application of Laws in General, Law No. 10, June 21, 1898, as amended by law No. 7 of 1942 and law No. 223 of 1947. Art. 7. Provide, that: "As regards the formation and effects of a juridical act, the question as to the law of which country is to govern is determined by the intention of the parties.

In case the intention of the parties is uncertain, the law of the place where the act is done shall be followed".

48. Rev. crit., 1938, p. 661.

49. Proper law of contract.

آن در رویه قضایی انگلستان به نیمه دوم قرن هیجدهم بر می‌گردد.^{۵۰} اما همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید تا سال ۱۸۶۵ میلادی اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد بر آرای قضات دادگاههای انگلستان حاکم بوده است و از این سال به بعد تئوری قانون مناسب جای قاعده قانون محل انعقاد را می‌گیرد.^{۵۱} امروزه در این سیستم حقوقی عرفی قانون مناسب، قانونی است که طرفین قصد دارند (انتخاب کرده‌اند) که بر قراردادهای حاکم باشد.^{۵۲} شرط این انتخاب، همان‌گونه که در پرونده Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.^{۵۳} مقرر گردیده است، حسن نیت^{۵۴} طرفین و مشروع بودن آن^{۵۵} می‌باشد. البته می‌توان انتخاب را به دلیل نظم عمومی نادیده گرفت. در بعضی از موارد خاص، آزادی طرفین برای انتخاب قانون حاکم، توسط قانون هم محدود می‌شود.^{۵۶}

50. Gienar v. Mier (1796), 2 Hy. BI 603; Robinson v. Bland (1760) 1 W. BI, 234, 257. 258-59.

51. R. v. International Trustees for the Protection of Bondholders Aktien – gesellschaft [1937] A.C. 500, at 529.

البته در این دوره نظریاتی هم دیده می‌شود که بیانگر تمایل به حاکمیت اراده صریح طرفین در مقابل قانون فرضی محل اجرا می‌باشند. مثلاً در پرونده Jacobs v. Crédit Lyonnais [1884] 12 Q. B.D. 589, 600 (C.A.) گفته شد که گرچه می‌شود فرض نمود طرفین قصد داشته‌اند قانون محل اجرای قرارداد بر قراردادهای حاکم باشد اما وقتی در قرارداد صریحاً قانون حاکم ذکر شده است، این تصریح جای آن قصد فرضی را خواهد گرفت.

52. Dicey and Morris, Conflict of Laws, 10 ed., Stevens & Sons Ltd., 1980, p.747.

53. [1930] A. C. 277, p. 290.

54. bona fide.

55. Legal.

۵۶. مانند ماده (۵) ۱۵۳ قانون حمایت از کارگر [مستخدم] (قانون ادغام ۱۹۷۸ Employment Protection (Consolidation Act 1978) و یا قانون ۱۹۷۴ روابط اتحادیه اصناف و کارگران (Trade Union and Labours Relations Act 1974)، یا ماده (۲) ۲۷ قانون شرایط قراردادی ناعادلانه (Unfair Contract Terms Act 1977) ۱۹۷۷.

سوئس

اصل استقلال اراده طرفین قرارداد در رویه قضایی سوئس قدمت طولانی دارد. مسائل مربوط به قراردادهای به استثنای قواعد معدودی از حقوق سوئس، مدون نبوده است، اما رویه‌های قضایی مهمی در این زمینه توسعه یافته و وجود دارد.^{۵۷}

سوئس یکی از کشورهای عضو عهدنامه لاهه مربوط به قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ میلادی می‌باشد که در این عهدنامه نیز اصل استقلال اراده طرفین قرارداد پذیرفته شده است.^{۵۸} علاوه بر آن اخیراً (در سال ۱۹۸۷ میلادی) مجلس فدرال کنفدراسیون سوئس قانونی را وضع نمود که کلیه قواعد حقوق بین‌الملل سوئس را به صورت یک مجموعه در ۲۰۰ ماده با عنوان «قانون فدرال حقوق بین‌الملل خصوصی، ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷» مدون نمود.^{۵۹} آزادی انتخاب قانون در قراردادها، در ماده ۱۱۶ این قانون تصریح گردیده است. بند ۱ ماده ۱۱۶

57. Bergerjaggi, Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1 – 529 OR) 3rd en. (1961).

۵۸. این عهدنامه در قسمتهای بعدی، بیشتر مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

- Federal Private International Act of 8 December, 1987, Loi Fédérale sur le droit international privé.

59. Federal Private International Law Act of 8 December, 1987, Loi Fédérale sur le droit international privé.

این قانون از اول ژانویه ۱۹۸۹ در سوئس لازم الاجرا شده است. متن انگلیسی و ترجمه فارسی این قانون در مجله حقوقی، شماره‌های ۲۰ و ۲۱ چاپ شده است. همچنین برای دیدن ترجمه انگلیسی این قانون و برگردان بعضی از مفاهیم آن به چند زبان دیگر رجوع شود به:

Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold, Switzerland's Private International Law Statute 1987. Kluwer 1989.

گفته شده است دلیل عمده وضع یک قانون جدید در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در سوئس تمایل به مدون نمودن رویه قضایی موجود در این زمینه نبوده است، بلکه هدف تجدید نظر در قانون قدیمی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۲۵ ژوئن ۱۹۸۱ بوده است.

Mc Caffrey, *supra*, p. 237.

مقرر می‌دارد: «قرارداد تحت حاکمیت قانونی خواهد بود که توسط طرفین انتخاب شده است».^{۶۰}

کویت

ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت مقرر می‌دارد: «یک قرارداد فراملی تابع قانون کشوری است که قرارداد در آنجا منعقد می‌شود، مگر این که طرفین قرارداد نسبت به اعمال قانون دیگری توافق کنند، یا اوضاع و احوال دلالت کند که قانون دیگری مورد نظر بوده است».^{۶۱}

اتریش

ماده ۳۵ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی اتریش مورخ ۱۵ ژوئن سال ۱۹۷۸ میلادی، اراده صریح طرفین قرارداد را به صورت انتخاب قانون حاکم می‌پذیرد و درخصوص انتخاب ضمنی نیز بیان می‌دارد: «اگر اوضاع و احوال نشان دهد که طرفین قانون خاصی را به عنوان قانون تعیین کننده تصور کرده‌اند، [به عنوان قانون حاکم در نظر داشته‌اند]، این امر معادل یک انتخاب ضمنی خواهد بود».^{۶۲}

چک و اسلواکی

ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی چک و اسلواکی مورخ سال ۱۹۶۳ میلادی بیان می‌داشت که طرفین قرارداد ممکن است

60. Article 116. 1. "The contract shall be governed by the law chosen by the parties".

61. Article 59: "A transnational contract shall be governed by the law of the country where the contract is concluded unless the contracting parties agree to the application of another law or circumstances reveal that another law is the one contemplated".

62. Article 35. "... If the circumstances reveal that the parties have assumed a particular legal order as determinative, this shall be equivalent to an implied selection".

قانونی برای حکومت بر رابطه دوجانبه خودشان انتخاب کنند؛ آنها ممکن است حتی بطور ضمنی این کار را انجام دهند، چنانچه با توجه به اوضاع و احوال هیچ تردیدی در موضوع اراده اعلامی آنها وجود نداشته باشد.^{۶۳}

لهستان

در سال ۱۹۶۵ قواعد تعارض قوانین لهستان به صورت یک قانون با عنوان «قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۶۵» از تصویب گذشته است.^{۶۴} بخش ۹ (مواد ۲۵ تا ۳۱) این قانون در خصوص تعارض قوانین مربوط به تعهدات می باشد که در آن به وضوح استقلال اراده یا آزادی انتخاب طرفین قرارداد پذیرفته شده است.^{۶۵}

63. Article 9: “(1) Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels; ils peuvent le faire même tacitement, s’il n’y a pas de doute au sujet de la volonté déclarée, eu égard aux circonstances respectives.

(2) Les règles de conflit prévues par la législation choisie ne sont pas prises en considération, à moins qu’une autre prévision ne ressorte de la déclaration de volonté des parties”.

شایان ذکر است که عنوان قانون ۱۹۶۳ چک و اسلواکی «قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی و آیین دادرسی مدنی» می باشد.

(Loi sur le droit international privé et de procédure civile de 4 décembre, 1963; Act (Loi sur le droit internationa Law and Civil Procedure of December 4, 1936).

که شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین و وضعیت حقوقی بیگانگان و مقررات کلی آیین دادرسی بین المللی است.

قانون ۱۱ مارس ۱۹۴۸ چک و اسلواکی در خصوص «حقوق بین الملل خصوصی و بین منطقه ای و وضعیت حقوقی بیگانگان در محدوده حقوق خصوصی» نیز آزادی انتخاب طرفین را به رسمیت شناخته بود اما در محدوده قوانینی که ارتباط برجسته ای با قرارداد داشتند. ماده ۹ چنین مقرر می داشت:

“The Parties are entitled to submit the legal relationship to a particular law, provided that the relationship, has a significant connection with the law so chosen and provided that such submission does not contravene the compulsory provisions to which the aforesaid relationship is in any way subject in virtue of the provisions contained in this chapter”.

64. Polish Act on Private International Law of Nov. 12. 1965 – in Law in Eastern Europe, XVI, 1968.

65. Article 25: 1. “En matière d’obligations contractuelles, les parties Peuvent soumettre leur

۲- حاکمیت یا استقلال اراده در تصمیمات و اسناد مختلف داوری بین‌المللی

در مورد پذیرش حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد، در آراء دیوان‌های داوری بین‌المللی جای تردید نیست، و شاید بتوان یک رأی داوری بین‌المللی را یافت که درخصوص قانون قابل اعمال بر قرارداد تصمیم گرفته و این اصل را انکار نموده باشد. در اینجا به اقتضای حجم این نوشته به برخی از تصمیمات برجسته داوریه‌ها درخصوص موضوع و به بعضی از قواعد سازمانهای داوری بین‌المللی اشاره می‌شود.^{۶۶} به عنوان نمونه در داوری پرونده Saudi Arabia v. Arabia American Oil Company (Aramco) در ۲۹ اوت ۱۹۵۸ میلادی بیان شد: «اصول حقوق بین‌الملل خصوصی که باید برای یافتن قانون قابل اعمال، مورد مشورت قرار گیرند آنهایی هستند که مربوط به آزادی انتخاب هستند، که به موجب آن در یک قراردادی که خصوصیت بین‌المللی دارد، ابتدا باید قانونی که به صراحت توسط طرفین انتخاب شده است اعمال شود».^{۶۷} به همین صورت در رأی داوری در پرونده Sapphire International Petroleums Ltd. v.

rapport juridique à la loi de leur choix, pourvu qu'elle ait une relation avec ledit rapport.

2. Néanmoins, lorsqu'une obligation concerne un immeuble, il est appliqué la loi de L'Etat ou cet immeuble est situé". Article 26. "Lorsque les parties, contractiontes n'ont pas choisi la loi applicable, l'obligation est soumise à la loi de l'Etat où ces parties ont leur domicile au moment de la conclusion du contrat. Cette disposition n'est pas applicable aux obligations relatives aux immeubles".

۶۶. مثالهایی که در این قسمت به آنها اشاره می‌شوند، نمونه‌هایی از داوریه‌های بین‌المللی بین اشخاص خصوصی از یک طرف و دولتها از طرف دیگر می‌باشند که حکایت از این امر دارند که گرچه یک طرف این قراردادها دولتها می‌باشند، توافق آنها با طرف دیگر قرارداد درخصوص قانون حاکم بر قرارداد معتبر و قابل قبول است. آنها همچنین می‌توانند مبین این وضعیت باشند که در داوریه‌های بین‌المللی بین اشخاص خصوصی اصل آزادی انتخاب به مراتب اولی مورد احترام و پذیرفتنی است. جا دارد ذکر گردد که در سال ۱۹۷۹ انستیتو حقوق بین‌الملل در یک قطعنامه مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای بین دولت و اشخاص خصوصی تصویب نمود که این قراردادها تابع قانون منتخب طرفین خواهند بود.

67. International Law Reports (I.L.R), vol. 27, pp. 117 to 233, p. 165; Riv. Dir. [Int ...], 1963, pp. 230 to 349, p. 244].

National Iranian Oil Company ۱۵ مارس ۱۹۶۳ میلادی، داور تأیید کرد که این اراده طرفین است که قانون قابل اعمال در موضوعات قرارداد را تعیین می‌نماید.^{۶۸} این نظریه در پرونده California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company^{۶۹} (TOPCO/CALASIATIC) v. Libyan Arab Republic در ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷ میلادی نیز مورد تأیید قرار گرفت. در این دعوا در پاسخ به این پرسش که آیا طرفین حق انتخاب قانون یا سیستم حقوقی حاکم بر قرارداد خود را داشته‌اند یا خیر، آمده است: «در پاسخ مثبت بدین سؤال جای هیچ تردیدی نیست».^{۷۰} در داوری دیگری بین شرکت نفت لیبیایی - آمریکایی و دولت جمهوری عربی لیبی، داور بند انتخاب قانون موجود در قرارداد را که شرطی از قرارداد محسوب می‌شد معتبر دانست و آن قانون را بر قرارداد اعمال نمود.^{*} همچنین آزادی طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم در یک داوری بین یک شرکت نفتی انگلیسی و دولت جمهوری عربی لیبی مورد تأیید قرار گرفت.^{۷۱} در این داوری یکی از مستندات داور ماده ۷ عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ در خصوص داوری تجاری بین‌المللی بود.^{۷۲}

ماده ۷ عهدنامه اروپایی در خصوص داوری تجاری بین‌المللی که در ژنو در تاریخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ تهیه گردید و از ۷ ژانویه ۱۹۶۴ قابل اجرا شد، مقرر می‌دارد: «طرفین آزاد خواهند بود با توافق، قانونی را که داوران

68. 35 International Law Reports, 136 at 170 – 71.

69. 17 International Legal Material (I.L.M) 1978, p. 1.

70. Ibid.

*. Arbitration Between Libyan American Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (LIAMCO), I.L.R. 1981, 140, at p. 171 or in 20 I.L.M., 1981, p.54.

71. Arbitration Between B.P. Exploration Company (Libyan) Limited and the Government of the Libyan Arab Republic, 53 I.L.R, 297 at 326.

72. Ibid.

باید بر ماهیت دعوا اعمال نمایند، تعیین کنند».^{۷۳}

اصل حاکمیت اراده طرفین، مبنای عهدنامه ۱۹۶۵ برای حل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر، که در ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ به اجرا درآمد، می‌باشد. ماده ۴۲ این عهدنامه بیان می‌دارد: «دیوان [داوری] اختلافات را براساس قواعد قانونی که ممکن است طرفین بر آن توافق کرده باشند تصمیم‌گیری خواهد کرد».^{۷۴}

قواعد نمونه داوری آنسیترال (UNCITRAL)^{۷۵} مورخ ۱۹۸۵ در پاراگراف اول ماده ۲۸ مقرر می‌دارد: «دیوان داوری، دعوا را برطبق قواعد قانونی (حقوقی) که توسط طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال بر ماهیت

73. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Article VII. (1): “The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases, the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usage” - U.N. Economic Commission for Europe, E/ECE/423; E/ECE/Trade 48.

74. Art 42(1) of the Washington, or ICSID, Convention provides: “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties...”

بانک جهانی (World Bank) به منظور ایجاد یک سیستم حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری به طریقه مسالمت‌آمیز و داوری بین دولتهای عضو از یک طرف و اتباع دولتهای عضو از طرف دیگر، عهدنامه حل و فصل اختلافات را تنظیم و مرکزی را برای این منظور ایجاد نمود (مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) (International Center for Settlement of Investment Disputes)). این عهدنامه به عهدنامه ICSID یا واشنگتن معروف است.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 17 U.S.T. 1270, 1286, 575 U.N.T.S. 159, 186.

برای مطالعه بیشتر در این خصوص دیده شود:

ICSID, Reports of the Bank’s Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965, Washington D.C. 1965, pp.1.

75. United Nations document A/40/17, Annex 1, as adopted by the United Nations, Commission on International Law on 21 June 1985.

دعوا، انتخاب می‌شوند تصمیم‌گیری خواهد کرد».^{۷۶}

همچنین قواعد داوری ICC مجری از سال ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۸، در بند ۳ ماده ۱۳ و قواعد جایگزین آن مجری از سال ۱۹۹۸ به بعد در ماده (۱) ۱۷، قانون منتخب طرفین را می‌پذیرند. در ماده اخیر آمده است: «طرفین آزاد خواهند بود بر قواعد قانونی که باید توسط دیوان داوری بر ماهیت دعوا اعمال شود توافق نمایند».^{۷۷}

حاکمیت یا استقلال اراده در عهدنامه‌های بین‌المللی

تلاش‌های فراوان منطقه‌ای و جهانی صورت گرفته است تا قواعد تعارض قوانین کشورها به صورت یکنواخت و متحدالشکل درآیند. این تلاش‌ها به دلایل مختلف موفقیت چشمگیری نداشته‌اند، اما به هر حال آثار خوبی را بر جای گذاشته‌اند که نتیجه آن در ارتباط با قراردادهای ایجاد چند عهدنامه بین‌المللی مانند عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا و عهدنامه ۱۹۷۸ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای نمایندگی، و دو عهدنامه منطقه‌ای: عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، بین کشورهای عضو جامعه (اتحادیه) مشترک اروپا، و عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی، شده است. در کلیه این عهدنامه‌ها اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب به‌طور کلی پذیرفته شده است. در زیر به کلیات مختصری از این عهدنامه‌ها و چگونگی پذیرش اصل مزبور می‌پردازیم.

76. Art. 28(1): "The arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute".

77. Art. 17(1): "The Parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute".

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا^{۷۸}

کمیسیون ویژه‌ای از کنفرانس لاهه درخصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در سال ۱۹۳۱، پیش‌نویس عهدنامه‌ای در مورد قانون قابل اعمال بر بیع کالا را تهیه^{۷۹} و به هفتمین نشست این کنفرانس در سال ۱۹۵۱ ارائه داد. بعد از بحث و بررسی، این پیش‌نویس توسط نمایندگان ۱۷ کشور شرکت‌کننده در این نشست در ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ امضا شد و تاکنون به تصویب هشت کشور اروپایی و یک کشور افریقایی که عبارتند از بلژیک، دانمارک، فنلاند، فرانسه، ایتالیا، نروژ، سوئد، سوئیس و نیجر، رسیده و در آنها به اجرا درآمده است. هدف کنفرانس لاهه از این عهدنامه ایجاد قواعد متحدالشکل و یکنواخت برای تعیین قانون ملی بود که باید بر اختلاف بین طرفین یک معامله بین‌المللی حاکم باشد. بنابراین موضوع این عهدنامه صرفاً تعارض قوانین است. ماده ۲ این عهدنامه اصل آزادی انتخاب را بیان می‌نماید و مقرر می‌دارد: «قرارداد بیع کالا تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که توسط طرفین تعیین می‌شود».^{۸۰}

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع

بین‌المللی کالا^{۸۱}

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی

78. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 15 June, 1955, UNTS, vol. 510, no. 7411(1964).

79. Reproduced in Doc. La Haye 7. Sess., 4-5.

80. Article 2: "A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the contracting parties..."

برای متن این عهدنامه رجوع شود به:

<http://WWW.jus.uio.no/lm/private.International.Commercial.Law/Applicable.Law>.

81. The Hague Convention on the law Applicable to Contracts for the International Sales of Goods, 30 October, 1985.

کالا با استقبال گسترده کشورهای مواجه نگردید. لذا کنفرانس لاهه درخصوص حقوق بین الملل خصوصی که تهیه کننده آن عهدنامه بود تصمیم گرفت عهدنامه دیگری را جایگزین آن نماید که بیشتر مطابق مقتضیات زمان حاضر باشد و مورد پذیرش کشورهای زیاده‌تری از سیستمهای حقوقی مختلف قرار گیرد.^{۸۲}

بنابراین در چهاردهمین نشست کنفرانس لاهه در سال ۱۹۸۰ تصمیم گرفته شد که پیش نویس عهدنامه جدید تهیه شود. بعد از تهیه پیش‌نویس این عهدنامه توسط کمیسیون ویژه، کنفرانس لاهه در یک جلسه فوق‌العاده در ۳۰ اکتبر ۱۹۸۵ آن را نهایی و به عنوان عهدنامه ۱۹۸۵ درخصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا پذیرفت و در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ به امضاء شرکت کنندگان رسید. در این اجلاس فوق‌العاده، نمایندگان از ۶۰ کشور جهان با سیستمهای حقوقی مختلف (از سیستم حقوقی نوشته، سیستم حقوقی عرف، سیستم حقوقی سوسیالیستی و از کشورهای در حال توسعه) حضور داشتند که انتظار می‌رفت حضور این تعداد زیاد از کشورها باعث شود که این عهدنامه با پذیرش گسترده جهانی روبرو گردد، اما عملاً تاکنون چنین نشده است.^{۸۳}

در مقدمه عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه آمده است که این عهدنامه با هدف یکسان نمودن قواعد انتخاب قانون مربوط به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا و با در نظر داشتن عهدنامه سازمان ملل متحد درخصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا منعقد شده در وین در سال ۱۹۸۰، منعقد می‌گردد. این عهدنامه قرار است جایگزین عهدنامه ۱۹۵۵ شود. در واقع اصول عهدنامه

82. See Pelichet, Report on the law Applicable to International Sales of Goods; Proc. 1985, 18, 29. [proc. 1985= proceedings of the extraordinary Session, 14-30 October, 1985].

۸۳. تاکنون تعداد کمی از کشورها این عهدنامه را تصویب یا تنفیذ نموده‌اند. آرژانتین، هلند، چک و اسلواکی از جمله کشورهای تصویب کننده عهدنامه هستند.

جدید اساساً اصول تعدیل شده همان عهدنامه قبلی است. عهدنامه ۱۹۸۵ بعد از تصویب یا تنفیذ ۵ کشور به اجرا درخواهد آمد (ماده ۲۷) و پس از آن خود به خود جایگزین عهدنامه ۱۹۵۵ در کشورهایی که عضو این عهدنامه بوده‌اند خواهد شد (ماده ۲۸).

اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب در این عهدنامه در ماده (۱) پذیرفته شده است چنانکه مقرر می‌دارد: «قرارداد بیع تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین است...»^{۸۴}

عهدنامه ۱۹۷۸ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر قرارداد نمایندگی
کنفرانس لاهه درخصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در تاریخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ عهدنامه مربوط به قانون قابل اعمال بر قرارداد نمایندگی را پذیرفت. ماده ۵ این عهدنامه اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب طرفین را مقرر می‌دارد. در این ماده بیان می‌گردد که قانون داخلی کشور منتخب طرفین بر روابط نمایندگی بین اصیل و نماینده حاکم خواهد بود.^{۸۵}

عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی^{۸۶}
برای تحقق بخشیدن به اهداف معاهده ۱۹۵۷ رم^{۸۷} که جامعه اقتصادی

84. Article 7 (1): "A contract of sale is governed by the law chosen by the parties ...".

85. Article 5: "The internal law of the country chosen by the principal and the agent shall govern the agency relationship between them".

برای متن این عهدنامه رجوع شود به:

<http://www.Jus.Uio.No/Lm/private.InternationalCommercial.Law/Applicable.Law>.

86. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (19 June, 1980 Rome),

برای دیدن متن این عهدنامه مراجعه شود به: 266 [1980] O.J.L. و یا

<http://www.Jus.Uio.no/Lm/ec.Applicable.Law.Contracts.1980/toc>.

87. Treaty of Rome 1957, or EEC Treaty.

برای متن این معاهده رجوع شود به:

اروپا را بنا نهاد و در عمل نمودن به ماده (۴) ۲۲۰ این معاهده، که مقرر می‌دارد کشورهای عضو «تا آنجا که لازم باشد، به منظور این که برای نفع اتباع خود ... تشریفات حاکم بر شناسایی متقابل و اجرای احکام دادگاهها یا دیوانها و آرای داوری را تسهیل نمایند، با یکدیگر وارد مذاکره خواهند شد».^{۸۸} در پی تشکیل جامعه اقتصادی اروپا، از سال ۱۹۶۰ کمیته‌هایی از نمایندگان متخصص ۶ کشور عضو اصلی جامعه، مذاکرات و تلاشهای منسجمی را با هدف هماهنگ سازی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای عضو در داخل جامعه اقتصادی اروپا شروع کردند که سرانجام منتهی به انعقاد دو عهدنامه شد، یکی در سال ۱۹۶۸، «عهدنامه مربوط به صلاحیت قضایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری»^{۸۹} (عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل)،^{۹۰} و دیگری در سال ۱۹۸۰، «عهدنامه مربوط به

[http:// www. hri. Org/ docs / Rome 57/](http://www.hri.org/docs/Rome57/)

88. Article 220: "Member States shall, so far as necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals: – the simplification of formalities governing the reciprocal recognitions and enforce of judgements of courts or tribunals and of arbitration awards".

89. "Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements on Civil and Commercial Matters".

برای دیدن متن اولیه این عهدنامه مراجعه شود به:

[1980] O.J.L. 304/36 , [1983] O.J.C. 97/2

۹۰. این عهدنامه در ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ توسط کشورهای عضو اصلی جامعه اقتصادی اروپا: بلژیک، آلمان، فرانسه، لوگزامبورگ و هلند، در بروکسل امضاء شد. علاوه بر این، این کشورها در سال ۱۹۷۱ در لوگزامبورگ پروتکلی را امضاء نمودند (پروتکل لوگزامبورگ) که مکانیزمی را برای موضوعات تفسیری ناشی از عهدنامه بروکسل مقرر می‌نماید که به موجب آن، چنین موضوعاتی باید به دادگاه دادگستری جامعه اروپا ارجاع شوند. بنابراین، این دادگاه متن عهدنامه را در جایی که لازم باشد تفسیر می‌کند.

عهدنامه بروکسل در تاریخ ۱ فوریه ۱۹۷۳، و پروتکل لوگزامبورگ در تاریخ ۱ سپتامبر ۱۹۷۵ بین ۶ کشور اصلی عضو به اجرا درآمد. در واقع هدف چنین عهدنامه‌ای در راستای اهداف معاهده ۱۹۵۷ رم بود که نقل و انتقال آزاد کالا، خدمات، کارگران و سرمایه و در نتیجه انعقاد قراردادهای بین‌المللی بسیار گسترده در خصوص خرید و فروش کالا و تهیه خدمات در سراسر جامعه را در برداشت. مسائل حقوقی که این نوع قراردادها در برداشتند مختلف بود، از جمله آنها صلاحیت دادگاهها و شناسایی و اجرای

❖ ۳۹ تعارض قوانین در قراردادها ...

قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی» (عهدنامه ۱۹۸۰ رم). عهدنامه بروکسل قواعد صلاحیتی متحدالشکلی را برای کشورهای عضو ایجاد نمود، اما به هر حال بر جریان انتخاب قانون تأثیری نداشت. در داخل جامعه اروپا این ایده ایجاد شد که هدف کلی ثبات حقوقی و قابل پیش‌بینی بودن مسائل حقوقی در موضوعات تجاری نمی‌توانست صرفاً با قواعد صلاحیتی موجود در عهدنامه بروکسل حاصل شود. این عهدنامه، در دعاوی بسیاری علیه خوانده، به خواهان اجازه انتخاب دادگاه می‌دهد، لذا اگر کشورهای مختلف قواعد انتخاب قانون (قواعد حل تعارض) مختلفی را اعمال نمایند،

احکام آنها بود. به عنوان مثال از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی برای این که یک حکم خارجی در یک کشور دیگر اجرا شود ابتدا باید این حکم توسط یک دادگاه صالح صادر شده باشد. بدین منظور یک راه حل بدیهی هماهنگ نمودن قواعد صلاحیتی بود، و این طریقی بوده است که توسط عهدنامه بروکسل پذیرفته شده است.

اعضای جدید در پیوستن به «جامعه اروپایی» باید تعهد کنند که به عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ با تغییرات ایجاد شده در آنها ملحق شوند. براین اساس دانمارک، ایرلند، و انگلستان در تاریخ ۹ اکتبر ۱۹۷۸ به عهدنامه و پروتکل مزبور ملحق شدند. با الحاق آنها عهدنامه الحاقیه‌ای بین اعضا امضا شد که اصلاحاتی را بر عهدنامه ۱۹۶۸ و پروتکل ۱۹۷۱ وارد نمود. با الحاق یونان به آن عهدنامه و پروتکل در تاریخ ۲۵ اکتبر ۱۹۸۲، عهدنامه الحاقیه این کشور نیز مجدداً اصلاحیه‌هایی بر عهدنامه ۱۹۶۸ و پروتکل ۱۹۷۵ وارد نمود. در سال ۱۹۸۹ اسپانیا و پرتغال به عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ که در سال ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ اصلاح شده بود ملحق گردیدند. عهدنامه الحاقیه این دو کشور اصلاحات ماهوی، اضافه بر اصلاحات تکنیکی، بر متن آن عهدنامه و پروتکل وارد کرد. عهدنامه الحاقیه ۱۹۸۹ در کشورهای عضو به استثناء بلژیک، دانمارک و آلمان - بین سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۳ به اجرا درآمده است. آنچه که حائز اهمیت برجسته‌ای است این است که این عهدنامه کشورهای دارای نظام حقوق نوشته و نظام حقوق عرفی را به خود جذب نموده و گرد هم آورده است، و شاید بتوان گفت که تأثیر آن بر نظام حقوق عرفی، در واقع غلبه نظام حقوق نوشته بر نظام حقوق عرفی است. با به اجرا درآمدن عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ در انگلستان در ۱ ژانویه ۱۹۸۷ (به موجب «قانون صلاحیت دادگاهها و اجرای احکام (جامعه اروپایی سال ۱۹۸۸)»، و ایرلند این عهدنامه تغییرات مهم و عناصر جدیدی را در حقوق بین‌الملل خصوصی این دو کشور وارد می‌کند. در واقع اجرای این عهدنامه نشانه‌ای از یک تغییر جدید در جنبه‌های مختلف نظام حقوق عرفی است که سیستم حقوقی ایرلند و انگلستان را تشکیل می‌دهد. در هر دو کشور، قانون به اجرا درآورنده عهدنامه مقرر می‌دارد که عهدنامه به منزله قانون خواهد بود.

برای متن عهدنامه‌های اصلاحی ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ ببینید به ترتیب: [1978]. O.J.L 304/77 and L 304/1 و [1979] O.J.C 97/2؛ برای گزارش کمیته‌ای که پیش‌نویس عهدنامه ۱۹۶۸ را ارائه داد ببینید: [1979] O.J.C 59/1؛ برای متن پروتکل ۱۹۷۱ و عهدنامه‌های اصلاحیه آن در سال ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ ببینید به ترتیب [1983] O.J.C 97/23, [1978] O.J.L 304/97, [1978] O.J.C 304/50.

نتیجه یک دعوای خاص بستگی به این خواهد داشت که آیا دعوا در این کشور اقامه شود یا در کشور دیگر، یعنی ممکن است نتیجه یک دعوا در کشورهای مختلف متفاوت شود. از این رو، کار در داخل جامعه اروپا بر روی متحدالشکل نمودن قواعد حل تعارض (انتخاب قانون) مربوط به قراردادهای شروع شده و مذاکرات بر روی این موضوع به مدت تقریباً ۱۳ سال طول کشیده تا به نتیجه نهایی رسیده است.^{۹۱} حاصل این تلاشها «عهدنامه مربوط به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی» است که در ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ در رم برای امضا آماده شده است. این عهدنامه توسط همه ۹ کشور عضو که در مذاکرات تهیه آن شرکت داشتند امضا گردید. در ماده ۲۹ عهدنامه نسبت به اجرا در آمدن آن مقرر گردیده است که بعد از سه ماه از تنفیذ یا تصویب یا قبول هفتمین کشور، عهدنامه به اجرا در خواهد آمد. در اوایل دهه ۱۹۸۰، عهدنامه توسط ۶ کشور (بلژیک، دانمارک، فرانسه، آلمان، ایتالیا و لوگزامبورگ) تنفیذ گردید و حتی قبل از این که به اجرا در آید جزء قانون داخلی آلمان و دانمارک قرار گرفت و در کشورهای بلژیک و لوگزامبورگ به طور یک جانبه به قواعد آن عمل شد و در برخی از تصمیمات و رویه‌های قضایی در کشور هلند و فرانسه مورد استناد قرار گرفت.^{۹۲} انگلستان هفتمین کشوری بود که در تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۹۱ عهدنامه را تنفیذ و راه را برای اجرای آن باز نموده است. لذا، عهدنامه برای کشورهای بلژیک، دانمارک، فرانسه، آلمان،

۹۱. برای آگاهی از سیر تکوینی عهدنامه ۱۹۸۰ رک.

D.L. Lasok and P.A. Stone, "Conflict of Laws in the European Community", Professional Books Limited, 1987, pp. 340 et seq;

پل لاگارد، حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم، ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه دکتر محمد اشتری، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۰، ص ۲۹۷.

92. D.L. Lasok, ibid.

ایتالیا، لوگزامبورگ و انگلستان در تاریخ ۱ آوریل ۱۹۹۱ به اجرا درآمد و پس از آن برای هلند در تاریخ ۱ سپتامبر ۱۹۹۱، برای ایرلند در ۱ ژانویه ۱۹۹۲ و برای یونان در ۸ می ۱۹۹۲ لازم الاجرا گردید. انتظار می‌رود پرتغال و اسپانیا در زمان مناسب به آن ملحق شوند. این عهدنامه دو پروتکل (پروتکل‌های ۱۹۸۸ بروکسل) دارد که مقرر می‌نمایند که دادگاه‌های ملی جهت تفسیر عهدنامه باید به دادگاه دادگستری جامعه اروپایی رجوع نمایند. اگرچه این پروتکل‌ها توسط چند کشور تنفیذ گردیده‌اند، اما هنوز به اجرا در نیامده‌اند زیرا تعداد کشورهایی که باید آن را تنفیذ نمایند تا به اجرا درآید به حد نصاب ۷ کشور نرسیده است.

علاوه بر آن که اصل حاکمیت اراده در ماده ۳ این عهدنامه که مقرر می‌دارد: «قرارداد تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین خواهد بود» مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته،^{۹۳} قاعده حاکمیت قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد در صورت فقدان اراده طرفین، در ماده ۴ این عهدنامه پذیرفته شده است. این عهدنامه قواعد و اصول مفصلی در ارتباط با مسائل مختلف قرارداد و تعهدات قراردادی دارد که اثر آنها در کشورهای جامعه اقتصادی اروپا یکسان نبوده و در کشورهای مختلف تغییرات متفاوتی ایجاد نموده است. به عنوان مثال با به اجرا در آمدن این عهدنامه در ایرلند و انگلستان که نظام حقوق عرفی بر آنها حاکم است، بار دیگر پس از عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل، نظام حقوق نوشته بر نظام حقوق عرفی تأثیر می‌گذارد و این تأثیر به حدی است که یکی از حقوقدانان برجسته انگلیسی می‌گوید روز به اجرا درآمدن عهدنامه در انگلستان (۱ آوریل ۱۹۹۱ و به موجب قانون قراردادهای (قانون قابل اعمال) ۱۹۹۱) روزی است که بسیاری از حقوقدانان و بازرگانان با ناراحتی و تألم از آن

93. Article 3: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties ...".

یاد خواهند کرد.^{۹۴} در ایتالیا تغییرات ایجاد شده در قواعد تعارض مربوط به قراردادهای این کشور عمیق می‌باشد، زیرا ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲ میلادی تا قبل از به اجرا درآمدن عهدنامه، تعهدات قراردادی را جز در مواردی که اراده طرفین بیان شده بود تابع عوامل ثابتی چون تابعیت مشترک طرفین و در صورت یکسان نبودن تابعیت آنها، تابع قانون محل انعقاد می‌دانست. تغییرات قابل ملاحظه را همچنین می‌توان در سیستم تعارض قوانین آلمان دید، چون در این کشور نیز، قاعده سنتی ساوینی حاکم بود که مقرر می‌داشت در صورت مشخص نبودن اراده طرفین، قانون محل اجرا حاکم بر قرارداد است.

همان‌طور که قبلاً بیان گردید هدف از انعقاد عهدنامه رم، متحدالشکل نمودن قواعد مربوط به قانون قابل اعمال در داخل جامعه اروپایی بود. این اقدام به لحاظ فقدان هماهنگی اساسی و ذاتی بین قوانین متفاوت قراردادها در کشورهای عضو و به دنبال عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل صورت گرفت. در واقع این دو عهدنامه اجزاء ابتدایی یک مجموعه در حال توسعه از قوانین بین‌الملل تعارض (اعم از تعارض قوانین و تعارض صلاحیت دادگاهها) محسوب می‌شوند، زیرا گرچه به نظر می‌رسد برای تقویت تساوی حقوقی و حمایت حقوقی از اتباع داخل جامعه اروپای متحد طرح‌ریزی شده‌اند، اما تأثیرات آنها بر سایر کشورها بخصوص آنهایی که اتباعشان مقیم این کشورها می‌باشند یا در ارتباط تجاری و داد و ستد با این کشورها هستند، قابل اغماض و چشم پوشی نیست. به عبارت دیگر، اکنون عهدنامه ۱۹۸۰

94. Mann, "The Proper Law of the Contract – an Obituary", (1991) 197, LQR, 353.

البته باید در نظر داشت که عهدنامه ۱۹۸۰ رم، تنها قانون قبلی انگلستان در ارتباط با قراردادهای منعقد شده بعد از ۱ آوریل ۱۹۹۱ را نسخ می‌کند و قواعد سنتی انگلستان (قواعد حقوق عرفی) همچنان بر موضوعاتی که خارج از قلمروی عهدنامه واقع می‌شوند و یا انگلستان اعمال عهدنامه را بر آنها نپذیرفته است، اعمال خواهند گردید. لذا قواعد سنتی به عنوان قواعد تعارض قوانین مربوط به قرارداد که از قبل موجود بوده‌اند همچنان مورد استفاده قرار می‌گیرند.

رم در داخل جامعه اقتصادی (اتحادیه) اروپا، پایه و مبنای قانون حاکم بر غالب قراردادهای بین‌المللی را تشکیل می‌دهد و قسمتی از قوانین داخلی هریک از کشورهای عضو می‌باشد، لذا به عنوان مثال، دعاوی مطروحه در انگلستان یا فرانسه که عضو این عهدنامه می‌باشند در ارتباط با قراردادی که با یک شخص ایرانی یا ژاپنی یا تبعه هر کشور دیگری منعقد شده است، قواعد عهدنامه را به اجرا در می‌آورد. بنابراین می‌توان گفت این عهدنامه در هر کشور عضو برای قراردادهایی که یک عنصر خارجی دارند اثر جهان‌شمولی دارد.

عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی درخصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی^{۹۵}

سازمان کشورهای آمریکایی در پنجمین کنفرانس تخصصی بین کشورهای آمریکایی درخصوص حقوق بین‌الملل خصوصی که در شهر مکزیکو در تاریخ ۱۸ - ۱۴ مارس ۱۹۹۴ برگزار گردید^{۹۶} متن نهایی عهدنامه بین کشورهای آمریکایی درخصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی را تصویب نمود.^{۹۷}

هدف از انعقاد این عهدنامه آن‌گونه که در مقدمه آن آمده است، داشتن حقوق بین‌الملل خصوصی مدون بین کشورهای عضو سازمان کشورهای آمریکایی و ارائه راه حل یکنواخت برای موضوعات تجارت بین‌الملل بوده است. به خصوص این‌که وابستگی اقتصادی کشورهای

95. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, 1994.

96. The Fifth Inter – American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP – V) of the Organization of American States (OAS), 14 – 18 March, 1994.

97. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, OAS DOC. OEA / SER. K/XXI.5 (March. 17/1994) reprinted in 133 I.L.M. 733.

منطقه، همگرایی منطقه‌ای و تسهیل انعقاد قراردادهای بین‌المللی، از بین بردن تعارضات قواعد حقوقی را ایجاب می‌کرده است. هفده کشور آمریکای لاتین به علاوه ایالات متحده و کانادا در این کنفرانس شرکت داشتند که در حقیقت حضور این تعداد کشور با سیستم‌های حقوقی مختلف (نوشته و عرفی) به عهدنامه جامعیتی خاص می‌بخشد و برای آن خصوصیت اجماع دارد.^{۹۸}

اصل حاکمیت اراده در این عهدنامه در ماده ۷ به کار گرفته شده است، در این ماده آمده است: «قرارداد تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین خواهد بود».^{۹۹}

قسمت سوم - محدودیتهای اصل حاکمیت یا استقلال اراده

پذیرفتن اصل حاکمیت اراده در سیستمهای حقوقی به معنای پذیرش این اصل بدون محدودیت نیست. در حوزه قراردادهای بازرگانی محدودیتهای زیادی بر این اصل وارد شده است. وسعت محدودیتهای وارد بر حاکمیت اراده در کشورهای مختلف به طور کلی بستگی به ملاحظات سیاسی و منافع و مصالح عمومی آن کشور دارد. علاوه بر این قاعده عام، نمی‌توان آزادی اعطا شده به افراد در قواعد حل تعارض یک سیستم حقوقی بویژه در بخش قراردادهای را لزوماً مشابه آزادی آنها در قراردادهای و یا کلاً در حقوق خصوصی داخلی تصور نمود. سیاستهای حاکم درخصوص

۹۸. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

H. S. Burman, International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s, Vanderbilt Journal of Transnational Law [1995] 28, at 367; de Maekelt, General Rules of Private International Law in the Americas, 177 Collected Courses 193 (1982) IV; Garro, Unification and Harmonization of Private Law in Latin American, 40 Am. Jo. Comp. L. 1992, 578..

۹۹. Article 7. "The contract shall be governed by the law chosen by the Parties ...".

موضوعات قواعد حل تعارض قوانین را باید جدا از سیاستهای کلی حاکم بر جنبه‌های ماهوی یا مادی آن موضوعات در نظر گرفت.^{۱۰۰} از این روست که حاکمیت اراده خصوصی در کشورهای با اقتصاد دولتی یا در کشورهایی که در دوره ورود به استقلال اقتصادی ملی قرار دارند یا کشورهایی که مؤسسات انحصاری خودکامه نیروهای هیأت حاکمه را تشکیل می‌دهند کم رنگ می‌شود. در این کشورها منافع عمومی و مصالح و سیاستهای اقتصادی - اجتماعی دولت منتهی به ایجاد قواعد خاص برای کنترل و نظارت شدید بر بعضی از انواع معاملات می‌شود و حقوق خصوصی بستگی به بافت و نظم اقتصادی اجتماعی دارد. تأثیرات نامناسب بعضی از انواع قراردادهای بین‌المللی بر اقتصاد ملی این کشورها ممکن است بسیار عمیق باشد و دامنه نظم عمومی داخلی در این زمینه بیش از حد وسیع گردد. همه این عوامل از یک طرف باعث محدود کردن قلمرو آزادی قراردادها در داخل می‌شوند و از طرف دیگر با حساسیتی خاص منتهی به وضع قواعد و مقررات برای بیشتر محدود کردن روابط اقتصادی - معاملاتی خارجی حتی در شکل قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و قواعد تعارض قوانین آن کشور تا حد جایگزین شدن آن قواعد با قوانین مادی همان کشور می‌شود. سیاست تبعیض بین موضوعات و روابط حقوقی صرفاً داخلی و موضوعات حقوقی با عنصر خارجی، به عنوان مثال بین قراردادهای داخلی و قراردادهای بین‌المللی، در تمام کشورها قابل توجیه می‌باشد.

قاعده‌های (حل) تعارض در هر سیستم حقوقی در واقع مجوز

۱۰۰. در نظریات پیه (Pillet) و نیبویه (Niboyet) مداخله و ملاحظه سیاست داخلی در وضع ایجاد قواعد تعارض قوانین یک امر حتمی است.

J.P. Niboyet, "La Theorie de la Volonté", Académie de Droit International, 16 Recueil de Cours (1927, 1); A. Pillet, Principes de Droit International Privé, (1903).

پذیرش قانون (حاکمیت قانون) خارجی در داخل قلمروی حاکمیت یک دولت می‌باشد که خلاف اصل حاکمیت دولتهاست و نوعی اغماض و تسامح مقنن (دولت) محسوب می‌شود. بنابراین نه تنها رعایت این قواعد عیناً الزامی است و نباید به اختیار اشخاص دانست، بلکه باید مراقب بود دامنه آنها گسترده‌تر از حدود مورد نظر قانونگذار نگردد. به عبارت دیگر، قواعد حل تعارضی که در ارتباط با اراده اشخاص می‌باشند تاب تحمل تفسیر موسع ندارند، لذا حدود حاکمیت و آزادی اراده در این قواعد چیزی بیش از آنچه در نص قانون مقرر شده نخواهد بود.

به هر صورت، موارد کلی زیادی را می‌توان برشمرد که بسیاری از کشورها آنها را به عنوان محدودیت بر اصل حاکمیت اراده وارد کرده‌اند و طرفین قرارداد نمی‌توانند قانون حاکم را در آن موارد انتخاب کنند یا اگر قانونی را انتخاب کرده باشند انتخابشان مؤثر نخواهد بود. برخی از آنها عبارتند از:

۱- مسائل مربوط به آیین دادرسی یا قانون حاکم بر موضوعات شکلی رسیدگی به دعوا. این موضوعات تحت حاکمیت قانون مقرر دادگاه هستند و از محدوده استقلال اراده طرفین خارج می‌باشند.

۲- موضوعات شکلی قرارداد.

۳- اهلیت یا وضعیت طرفین قرارداد.

۴- مسائلی که مربوط به نظم عمومی مقرر دادگاه می‌شوند.

۵- مسائلی که مشمول قواعد آمره قانون مقرر دادگاه می‌شوند و برای نفع عمومی هستند مانند موضوعات مربوط به حقوق عمومی یا قراردادهای خاص مربوط به بیمه، کار، مقررات ارزی.

۶- قراردادهایی که منحصرأ با یک کشور ارتباط دارند (قراردادهای داخلی یا فاقد عنصر خارجی).

۷- حاکمیت اراده طرفین در محدوده قوانین مجاز پذیرفته شده است. یعنی مثلاً طرفین نمی‌توانند قانون بی ارتباط یا کم ارتباط با قرارداد را انتخاب کنند، یا قانونی را به قصد تقلب نسبت به قانون دیگری انتخاب کنند، بلکه انتخابی پذیرفته است که مشروع و با حسن نیت^{۱۰۱} باشد.

برخی محدودیتهای دیگر بر اصل حاکمیت اراده وارد شده که چون عمومیت ندارند در ردیف موارد فوق ذکر نگردیدند.^{۱۰۲}

به هر حال، باید توجه داشت که در سیستمهای حقوقی که اصل استقلال یا حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند این اصل جنبه قانون یافته است، بدین معنا که اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم خود یک قاعده قانونی و در واقع همان قاعده حل تعارض آن سیستم حقوقی را تشکیل می‌دهد. بنابراین در این سیستمها انتخاب قانون حاکم توسط طرفین بخودی خود اعتبار ندارد بلکه اعتبار آن ناشی از قاعده قانونی موسوم به قاعده حل تعارض آن سیستم می‌باشد. به عبارت دیگر، این قواعد حل تعارض هستند که قانون حاکم را معین می‌نمایند و با پذیرش اصل حاکمیت اراده در این قواعد انتخاب طرفین مجاز و محترم شمرده می‌شود و همچنین ممکن است در همین قواعد قیود و شروطی بر آن وارد شود. هیچ‌گاه دادگاه بدون اجازه قانون (قاعده حل تعارض) کشور خود نمی‌تواند مستقیماً به اراده و یا انتخاب طرفین عمل کند.

101. Bona fide or good faith.

۱۰۲. مثلاً ممکن است گستره قلمروی حاکمیت اراده را فقط در محدوده قواعد تکمیلی یا تخییری قانون منتخب در قرارداد پذیرفت؛ یا فقط انتخاب یک قانون را برای حاکمیت بر قرارداد اجازه داد و اصل تجزیه یا تفکیک سازی (depeçage) را نپذیرفت.

نتیجه گیری

قواعد حقوق بین الملل خصوصی به طور عام و قواعد تعارض قوانین به طور خاص از یک طرف از موضوعات پیچیده و بغرنج علم حقوق می باشند و از طرف دیگر دستخوش تغییرات و دگرگونیهای فراوان و روزافزون هستند. عموم قاعده های تعارض سیستمهای حقوقی که به درستی از آنها به عنوان قاعده های حل تعارض نام برده می شود، در واقع تعارض بوجود آمده برای دادگاه در رسیدگی به یک اختلاف را حل می کنند. لذا رعایت این قواعد همانگونه که نص قانون می باشد برای دادگاه الزامی است و دادگاه نمی تواند به اختیار اصحاب دعوا و برخلاف نص عمل کند، به عبارت دیگر این قواعد اختیاری یا تکمیلی نیستند. در جایی که قانون وجود ندارد راه حل قضیه را باید از طریق رعایت قاعده های کلی مقرر در سیستم حقوقی مربوطه مانند رویه های قضایی و در نظر گرفتن مصالح و منافع جامعه و سیاستهای کلی حاکم بر آن یافت.

تعارض قوانین مربوط به قراردادها در دهه های اخیر و باتوجه به تحولات عمیق و گسترده در روابط تجاری بین کشورها و عمومیت یافتن تجارت بین الملل، در کشورهای بسیاری متحول شده است. قواعد تعارض جدید و توسعه یافته در سطح ملی و بین المللی در جهت پاسخ به مصالح اقتصادی داخلی و کلاً منافع ملی و نیازهای بازار فرامرزی تجارت و نظم عمومی بین المللی وضع گردیده است. این قواعد در کشورها و مناطق مختلف جهان با داشتن سیستمهای حقوقی متفاوت و همچنین در سازمانهای تجاری جهانی جای خود را یافته است و به گونه ای شگرف و یکپارچه حاکمیت و استقلال اراده طرفین قراردادها را به عنوان مبنا و اساس قانون حاکم بر قرارداد (تعهدات قراردادی) پذیرفته اند.^{۱۰۳} از طرف دیگر، همین

۱۰۳. عمومیت و وحدت پذیرش اصل حاکمیت و استقلال اراده در حدی است که بعضی از نویسندگان

سیستمهای حقوقی حاکمیت اراده طرفین قرارداد را در محدوده‌هایی که مغایر و مخالف مصالح عمومی است و با سیاستهای خاص دولت و حمایت از اقشار خاصی در جامعه منافات دارد و امکان سوء استفاده از آن می‌رود، انکار یا محدود نموده‌اند.

به نظر می‌رسد روش و مبنای تعیین قاعده‌های جدید حل تعارض، روش مصلحت و منفعت‌گرایانه می‌باشد که در داخل آن از روش تحلیل و منطق حقوقی استفاده شده است. درحقیقت در سیستمهای حقوقی مختلف پذیرش قانون خارجی به طور کلی به عنوان منفذی در استقلال و حاکمیت دولت محسوب می‌شود که به لحاظ مصالح و منافع همان دولت صورت می‌گیرد. گاهی همین منافع ایجاب می‌کند پذیرش قانون خارجی در قلمرو حاکمیت دولت از طریق قاعده‌های خشک و غیر منعطف صورت گیرد و گاهی همین منافع ایجاب می‌کند که قاعده‌های انعطاف‌پذیر و غیرجزمی به کار گرفته شوند.

در موضوع تعارض قوانین مربوط به قراردادهای و بویژه در بخش تعهدات قراردادی، زمانی منافع و مصالح دولتها ایجاب می‌کرد که خود در قراردادهای با عنصر خارجی مداخله مستقیم داشته و آنها را تحت کنترل شدید داشته باشند تا بدینوسیله جامعه و نهادهای آن را از تأثیرات خلاف و نامطلوب حفظ نمایند. لذا، در قواعد حل تعارض خود با روش عینی قوانین

حقوق بین‌الملل خصوصی آن را یک «اصل کلی حقوقی (general principle of law)» می‌داند. به عنوان مثال مراجعه شود به:

Lando, in Lipstein (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, vol. III, 1976, Para. 60.

مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز در سال ۱۹۹۱ در تصویبنامه‌ای درخصوص حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادهای بین‌المللی، از حاکمیت اراده طرفین به عنوان یکی از «اصول اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی» نام برده است.

Resolutions de l'Institut de Droit International, 1957 – 1991, (1992), p. 409.

کشوری را که با قرارداد ارتباط تنگاتنگ داشته یا مرکز ثقل قرارداد در آنجا می‌باشد (مانند قانون محل اجرا یا انعقاد) را برگزیده‌اند. امروز به نظر می‌رسد در بسیاری از کشورها همان منافع و مصالح یا سیاستهای دولت ایجاب می‌کند که صلاحیت طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد (حاکمیت یا استقلال اراده طرفین) را به رسمیت بشناسند و تأیید نمایند.

تأملی بر «اصل رضائی بودن پذیرش معاهدات» در آیین تحولات بین‌المللی خلع سلاح و کنترل تسلیحات

نادر ساعد^۱

چکیده

رضائی بودن پذیرش معاهدات بین‌المللی، یکی از پایه‌های حقوق بین‌الملل معاهدات است. بر اساس این اصل، هر معاهده بین‌المللی حاصل تراضی دولتها و سازمانهای بین‌المللی حول محور اهداف و منافع مشترک است که در پی همکاری آنها حاصل می‌گردد. لذا دولتها و سازمانهای بین‌المللی هستند که با تأثیرپذیری از مقتضیات زیست جمعی، نیاز به انعقاد معاهده را تشخیص می‌دهند، به مذاکره پیرامون شکل و مفاد آن می‌پردازند، نقاط مشترک دیدگاه خود را (با رعایت نظم عمومی بین‌المللی) مکتوب می‌کنند و سپس با خاتمه فرایند مقدماتی انعقاد معاهدات، با اعلام اراده رسمی خود در التزام به مفاد سند مورد وفاق، آن را امضا، تصویب یا تصدیق می‌نمایند. در همه این مراحل برتری ارادی بودن چنان برجسته است که انعقاد هر معاهده‌ای بدون رعایت اراده واقعی و سالم آن سبب بی اعتباری آن می‌گردد. اما از دهه ۱۹۹۰ تاکنون تحولاتی در این اصل بوجود

۱. دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. نویسنده از راهنمایی و مشورت اساتید محترم گروه حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران در تهیه و تنظیم این نوشتار قدردانی می‌نماید.

آمد. این نوشتار، اصل مذکور و تحولاتی که درصدد تحرک در بنیادهای آن هستند را با تأکید بر فرایند بین‌المللی خلع سلاح، کنترل تسلیحات و عدم گسترش، مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد داد.

واژگان کلیدی: معاهده، اصل رضائی بودن، حقوق بین‌الملل، خلع سلاح، کنترل تسلیحات.

مقدمه

در خصوص مبانی حقوق بین‌الملل بویژه علت و چرایی الزام‌آور بودن آن و منبع اصلی این الزام، مباحث بسیاری در دکتترین و مکاتب گوناگون حقوق بین‌الملل وجود دارد که مکتب رضائی یا ارادی بودن حقوق بین‌الملل^۲ (که حاکی از بستگی تکوین حقوق بین‌الملل به اراده دولت‌ها است) و همچنین مکتب عینی بودن^۳ (که نظم عمومی بین‌المللی را به مثابه فضای شکل‌گیری این قواعد می‌پندارد) به تحلیل این بحث اختصاص دارند. به نظر می‌رسد که هر دو مکتب مذکور بهره‌ای از حقیقت برده‌اند و مبنای حقوق بین‌الملل هم بر ارادی بودن استوار است و هم این که در برخی موارد مقتضیات زیست جمعی و الزامات ناشی از نظم عمومی بین‌المللی، بازیگران بین‌المللی را به تبعیت از قواعد و اصول آن وادار می‌سازد بدون آن که اراده آنها به صورت کاملاً اختیاری و ابتکاری بتواند در ساخت و پرداخت این بخش از نظم حقوقی بین‌المللی نقش آفرینی داشته باشد.

با این حال، اگر قواعد حقوق قراردادی را از این مجموعه منفک کرده و به صورت مجزا بدان بنگریم، بی شک نقش و نفوذ مکتب «ارادی

2. Subjectivism.

3. Objectivism.

بودن» بیشتر نمایان می‌شود. به عبارت دیگر، در این حوزه هر چند تحولات زندگی بین‌المللی و مقتضیات زیست جمعی (نظم عمومی بین‌المللی) یا منافع مشترک ممکن است آنها را به ایجاد رژیم‌های قراردادی ناچار نماید، اما از نظر صوری، این اراده دولتها است که موجب شکل‌گیری بنیادها و مراحل تکوین هر معاهده می‌گردد، هر چند در بستر این اراده، اجبار و ملاحظات غیرارادی برگرفته از زندگی بین‌المللی نیز نهفته باشد (که در همه موارد چنین هم هست).

به بیان دیگر، تحولات و مؤلفه‌های اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و ... در جوامع ملی و بین‌المللی، منبع واقعی و مادی نظم حقوقی را تشکیل می‌دهد و در نتیجه این «ماده» به «صورت قاعده» قراردادی در می‌آید تا در دستگاه موضوعه شکل گرفته و رخ بنمایاند. آنچه موجب ظهور این قواعد در این دستگاه می‌گردد و آنچه بر این فرایند حکومت می‌کند، عمدتاً اصل ارادی بودن یا بستگی ساخت و پرداخت حقوق قراردادی به اراده دولتها و سازمانهای بین‌المللی است.^۴ بنابراین، اصل ارادی بودن حقوق معاهدات یا پذیرش معاهدات، مبین و مؤید «ارادی بودن مبنای حقوق بین‌الملل قراردادی» است.

بر اساس این اصل، هر معاهده بین‌المللی حاصل تراضی دولتها و سازمانهای بین‌المللی حول محور اهداف و منافع مشترک است. «اصل همکاری» موجب گردهمایی آن بازیگران و تشکیل جامعه بین‌المللی می‌شود^۵ و اراده مشترک آنها در جهت حصول منافع مشترک است^۶ که در

۴. با این حال، نظم عمومی بین‌المللی به منزله محیط پیرامون تمهید انعقاد معاهدات (و سایر قواعد حقوقی بین‌المللی) را نباید در سایه ارادی بودن پذیرش معاهدات، مورد بی توجهی قرار داد. همه معاهدات در چارچوب نظم عمومی بین‌المللی اعتبار می‌یابند.

۵. رک. دکتر ابراهیم بیگزاده، *حقوق بین‌الملل عمومی*، (جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴)، ص ۷.

قالب سندی موسوم به «معاهده» متبلور می‌گردد. این دولتها (و سازمانهای بین‌المللی) هستند که (با تأثیرپذیری از مقتضیات زیست جمعی) نیاز به انعقاد معاهده را تشخیص می‌دهند، به مذاکره پیرامون شکل و مفاد آن می‌پردازند، نکات مشترک دیدگاه خود را (در قالب نظم عمومی بین‌المللی) مکتوب می‌کنند و سپس با خاتمه فرایند مقدماتی انعقاد معاهدات، با اعلام اراده رسمی خود در التزام به مفاد سند مورد وفاق، آن را امضا، تصویب یا تصدیق می‌نمایند. در همه این مراحل، برتری اراده دولتها (در صورت بندی قواعد) چنان برجسته است که انعقاد هر معاهده‌ای بدون رعایت اراده واقعی و سالم، سبب بی اعتباری آن می‌گردد.^۶

بر همین اساس اولاً دولتها مختارند در شکل‌گیری یک معاهده شرکت کرده یا مشارکت نمایند، در هر مرحله از مراحل انعقاد معاهده، کناره‌گیری نمایند، با وجود امضا از تصویب خودداری ورزند، هر زمان که مناسب تشخیص دادند، معاهده امضا شده را تصویب کنند یا بدان ملحق شوند و در صورت پذیرش معاهده، هرگاه که منافع حیاتی خود را در اثر اجرای معاهده در خطر دیدند، از آن خارج شوند. در این سلسله مراحل، خروج از معاهده است که (به دلیل حقوق مکتسبه سایر دولتها و نظم عمومی بین‌المللی) باید با رعایت مفاد مورد توافق دولتها در همان معاهده یا معاهده معاهدات (کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات) صورت پذیرد

۶. بنابراین، جامعه بین‌المللی متکی به «همبستگی مادی و معنوی» صرفاً در روابط بین افراد قابل تصور است و هنوز روابط بین‌الدولی به چنین سطحی از تعامل نرسیده که اصل همکاری به نفع همبستگی متحول گردد. در این خصوص رک. هدایت ا... فلسفی، «روشهای شناخت حقوق بین‌الملل: شناخت منطقی حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، (شماره ۱۰، ۱۳۷۱)، ص ۱۵۳.

۷. در کنار این نکات عمومی، مسائل مهم دیگری وجود دارد که لازمه اعتبار یک معاهده می‌باشند. از جمله این موارد، «مشروعیت» معاهده است. مشروعیت موضوع و هدف معاهده، نمودی از لزوم همسازی معاهدات با نظم عمومی بین‌المللی است. هر معاهده در صورتی در نظم حقوقی بین‌المللی از مشروعیت برخوردار است که با نظم عمومی بین‌المللی سازگار باشد.

و در سایر مراحل، حقوق بین‌الملل از اصل آزادی عمل و حاکمیت دولتها حمایت کرده است.

در کنار این نتایج منطقی برآمده از دکترین و تفسیر علمی فرایند پذیرش معاهدات، یک سلسله از رویه‌ها و عملکردهای بین‌المللی در سده‌های اخیر بویژه اواخر قرن بیستم به بعد وجود دارد که اصل رضائی یا ارادی بودن پذیرش معاهدات را از یقین خارج کرده است. الزام دولتها به پذیرش برخی معاهدات در حوزه خلع سلاح، کنترل تسلیحات و عدم گسترش، از جمله این موارد است. الزام عراق به پذیرش کنوانسیون ۱۹۷۲ سلاحهای بیولوژیک (بر اساس قطعنامه ۶۸۷ سال ۱۹۹۱ شورای امنیت)،^۸ الزام کره شمالی به عدم خروج از معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای (قطعنامه ۸۳۷ سال ۱۹۹۳ شورای امنیت) و نهایتاً الزام ایران به امضا، تصویب و اجرای بدون قید و شرط پروتکل الحاقی ۱۹۹۷ به نظام پادمان^۹ معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای (قطعنامه ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۲ شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی) مؤید این گرایش جدید در مقابل اصل مذکور است. آیا این گرایش حاکی از عقیده غالب دولتها به تغییر بنیادهای حقوقی در پذیرش معاهدات بین‌المللی است؟ آیا اصل رضائی بودن که تا پیش از این به عنوان یک اصل اساسی و بنیادین حقوق بین‌الملل عام و حتی سنگ بنای حقوق معاهدات^{۱۰} بوده است، یکباره به سوی تحول گام بر داشته و از نظام دولت محور حاکم بر روابط در جامعه بین‌المللی، گذر نموده است؟

این نوشتار، پاسخ به پرسش‌های فوق را دنبال خواهد کرد. بدین

8. S/RES/687 (1991), 3 Apr. 1991.

9. Safeguard system.

۱۰. ملک‌شاو، حقوق بین‌الملل، ترجمه محمد حسین وقار، (تهران، اطلاعات، ۱۳۷۴)، ص ۳۴۲ و دکتر هدایت‌اله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، (تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹)، ص ۱۵.

منظور ابتدا به بررسی اصل رضائی یا ارادی بودن پذیرش معاهدات و نتایج آن خواهیم پرداخت و سپس تحولات جدید و پیامدهای آنها را مورد نقد و تحلیل قرار خواهیم داد.

بند اول: منزلت اصل رضائی بودن معاهدات در نظم حقوقی بین‌المللی

رضائی بودن پذیرش معاهدات، یکی از نتایج ارادی بودن مجموعه حقوق بین‌الملل است. حقوق بین‌الملل در اصل، ساخته و پرداخته دولتها است. آنها با ورود به جامعه بین‌المللی و به منظور تعامل و همکاری^{۱۱} در حصول منافع مشترک، الزاماتی را بر خود تحمیل نموده و به رعایت آن تن در داده‌اند. در این میان، اگرچه طفره رفتن از اجرای الزاماتی که قبلاً به تراضی دولتها رسیده است در صورت عدول از موازین این نظم حقوقی می‌تواند به پدیداری مسئولیت بین‌المللی منجر گردد اما بدون شک، قبول اغلب این الزامات در ابتدا به اراده هر دولت بستگی دارد.

به عبارت دیگر، معاهده سندی مکتوب است که نتایج اراده متقابل یا تراضی اشخاص حقوقی بین‌المللی در آن، تحت پوشش حقوق بین‌الملل متبلور می‌گردد. معاهده زمانی انعقاد می‌یابد که دولتها اراده قطعی خود را در قبول تعهداتی ابراز نمایند.^{۱۲}

بدین ترتیب، تعهدات قراردادی اغلب از نوع «تعهد دولتها در قبال همدیگر»^{۱۳} هستند که بر اساس اصل نسبیت، تنها پذیرندگان معاهده متأثر از آثار حقوقی (ایجاد حق و تکلیف بین‌المللی) خواهند بود. بر این اساس، مادامی که دولتها با اعلام اراده صریح و روشن خویش، به قبول التزام خود در قبال مفاد یک معاهده رضایت نداده‌اند، نمی‌توان آثار معاهده را بر آن دولت جاری ساخت.

11. Co-operation Principle, see UN Charter, art. 2(3).

12. دکتر هدایت‌اله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۱۲۷.

13. *Sie omnes obligations.*

ممکن است یک معاهده حاوی تعهداتی از نوع جهانشمول* باشد. در این صورت، از آنجا که مفاد مذکور حاکی از تعهد دولتها در قبال جامعه بین‌المللی هستند، به کلیه دولتها اعم از عضو یا غیرعضو تسری می‌یابند. اما بدیهی است که این امر مانعی فراروی اصل رضائی بودن نخواهد بود. زیرا تسری آثار مذکور به دولتهای غیرعضو معاهده، بر مبنای عرفی بودن آن بخش از معاهده می‌باشد و نه بر اساس ماهیت قراردادی آن.

اصل رضائی بودن معاهدات، نمودی از ارادی بودن حقوق بین‌الملل است که خود از اصل بنیادین حاکمیت دولتها و برابری این حاکمیت‌ها نشأت می‌گیرد.^{۱۴} این اصل نتایج و آثار حقوقی خاصی دارد که فرایند پذیرش معاهدات را تحت نظم و انتظام قرار می‌دهد و فقدان اعلام اراده صریح و صحیح دولتها موجبی برای مخدوش شدن اعتبار و یا آثار آن معاهده نسبت به دولت ذی ربط می‌گردد.

در توصیف این اصل حقوقی، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه ویمبلدون به وضوح آن را به عنوان تبلوری از حق حاکمیت دولتها برشمرده و اذعان داشته که: «معاهدات بین‌المللی با آن که برای دولتها تعهد آورند، حقوق ناشی از حاکمیت را محدود کرده و جهت‌گیری حاکمیت را مشخص می‌سازند اما زائل‌کننده حاکمیت دولتها نیستند. چرا که خود ناشی از اختیاری بوده‌اند که هریک از دولتها بر اساس آن به انعقاد معاهده مبادرت نموده‌اند».^{۱۵}

۱- وجاهت اصل رضائی بودن در پهنه برابری حقوقی دولتها

*. Obligations *Erga omnes*.

14. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford, Oxford Uni. Press, 1990), 4th ed., p. 287.

15. *Wimbledon Case*, PCIJ, Serie A, no. 1, p. 25.

نابرابری بین جوامع مسأله‌ای است که در تئوری معاصر حقوق بین‌الملل مورد بی‌توجهی و اغماض قرار گرفته است. همان‌گونه که اینپنهام در کتاب خود در سال ۱۹۰۵ نوشته است، مفهوم حاکمیت و تعبیری که در تئوری از آن ارائه می‌شود، این اغماض را در حقوق بین‌الملل سنتی میسر می‌سازد. جهانی شدن و دموکراتیزه کردن، به حاکمیت دولت فشار می‌آورند. چراکه از یک طرف قواعد و تأسیسات بین‌المللی در حال مداخله گرایانه‌تر شدن و جامعه مدنی بین‌المللی در حال پویا شدن هستند و از طرف دیگر کنترل دولت تمرکزگرا در حال کم‌رنگ شدن است. حاکمیت دولت به عنوان مفهومی «دستوری»^{۱۶} بویژه با این دیدگاه عملکردگرا که دولت تفوق دستوری خود را از دست می‌دهد و به وسیله بازیگران فراملی، خصوصی و محلی در تقسیم بهینه اقتدار عمومی جایگزین می‌گردد، به صورت روز افزون در معرض جدال است. اما عدول از حاکمیت دولت به نفع این رویکرد عملکردگرا موجب تأیید نابرابری، تضعیف ممنوعیت‌های حاکم بر مداخله قهرآمیز، کاهش نقش آفرینی حیاتی دولت به عنوان مرجع تعیین و مقام خودمختار در حوزه اتخاذ سیاستها و وارد کردن جهان به این حوزه‌ها خواهد شد. مفهوم دستوری سنتی از حاکمیت، متروک و مهجور می‌گردد اما در فقدان روشی بهتر برای رفع نابرابریهای موجود میان دولتها، همان مفهوم بر هرگونه پیشنهاد جایگزین، مرجح خواهد بود.^{۱۷}

حاکمیت دولتها بدین معناست که دولتها تابع هیچ قدرتی نبوده^{۱۸} و

16. Normative.

17. B. Kingsbury, "Sovereignty and Inequality", *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 9, (1999), p. 599.

۱۸. رک. دکتر گودرز افتخار جهرمی، «صلاحیت ملی دولتها و منشور ملل متحد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، (شماره ۱۷-۱۶، ۷۵-۱۳۷۴)، ص ۸۲.

بویژه در تعیین سرنوشت سیاسی خود مستقل از اراده‌های خارجی عمل خواهند کرد و این استقلال در اراده و تصمیم‌گیری، حق بنیادین و غیرقابل سلب آنان است که امروزه در میان سایر موازین حقوق بین‌الملل اهمیتی بسان یک قاعده آمره یافته است. این اصل با وصف «برابری دولتها» همراه بوده و بدین ترتیب اصل «حاکمیت برابر دولتها» از مجموع آنها شکل گرفته است.^{۱۹} اصل مذکور را می‌توان در اسناد حقوقی زیر ملاحظه کرد.

بر اساس ماده ۶ منشور سازمان کشورهای امریکایی:

«دولتها از لحاظ حقوقی با یکدیگر برابرند و بدین اعتبار از حقوقی مساوی و اهلیتی برابر برخوردارند».

ماده ۳ منشور سازمان وحدت افریقا نیز با قبول این اصل به عنوان یکی از اصول حاکم بر سازمان در تحقق اهداف تعیین شده، مقرر می‌دارد:

«دولتهای عضو برای نیل به اهداف موجود در ماده ۲، پایبندی خود را به اصول زیر رسماً اعلام می‌دارند: ... برابری مطلق همه دولتهای عضو».

در پی تصریح بند ۱ ماده ۲ منشور ملل متحد مبنی بر این که «سازمان ملل متحد بر مبنای تساوی حاکمیت کلیه اعضای آن استوار است»، قطعنامه اصول حقوق بین‌الملل در روابط دوستانه و همکاری بین دولتها بر اساس منشور ملل متحد (۱۹۷۰) که یکی از مصوبات مجمع عمومی در اعلام باور عمومی دولتها و شکل‌گیری قواعد عرفی^{۲۰} و تبلور توسعه تدریجی حقوق

19. Equal Sovereignty of States.

20. see *Nicaragua case*, ICJ Rep. 1986, para. 188.

بین‌الملل است،^{۲۱} مقرر داشت که:

«همه دولتها مطلقاً با یکدیگر برابرند. آنها از حقوق و تکالیفی برابر برخوردارند و همگی به رغم تفاوت‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و غیره، اعضای برابر جامعه بین‌المللی به شمار می‌روند».

بر همین اساس است که می‌توان گفت حقوق معاهدات بر دو اصل اساسی متمرکز شده است: اصل آزادی اراده طرفهای معاهده و اصل فرمالیسم حقوقی (اصالت صورت حقوقی).^{۲۲} بر پایه اصل ارادی یا رضائی بودن معاهدات، التزام حقوقی ناشی از معاهده که طرفهای معاهده را به اجرای مقررات معاهده مکلف می‌سازد، حاصل اراده طرفهای خود معاهده است. به این معنا که هرگونه تعهد، و در مفهومی وسیع‌تر هرگونه اثر حقوقی که از معاهده به جا می‌ماند، حاصل اراده‌ای است که آن تعهد یا اثر را به وجود آورده [یا بدان سازمان داده] است.^{۲۳}

بر اساس الگوی فکری مبتنی بر مشرب عینی، باید بین «منبع» و آنچه علت وجودی مقررات حقوق بین‌الملل است تفکیک قائل شد. آنچه در نظم حقوقی موضوعه بدان «منبع» اطلاق می‌شود، چیزی بیش از مواضع ظهور و انعکاس قواعد حقوقی نیست در حالی که این مواضع صورتی برای بیان قواعدی هستند که خود از سرچشمه‌ای دیگر نشأت گرفته و ساخته و پرداخته شده‌اند و اراده صریح یا ضمنی دولتها (که بر اساس نگرش ذهنی یا وضعی، منبع حقوق نامیده می‌شود) با این منابع فاصله‌ای عمیق دارند که یکی (واقعیات تاریخی) سازنده واقعی حقوق است و دیگری (معاهده و

۲۱. رک. دکتر جمشید ممتاز، «توسعه تدریجی و تدوین حقوق بین‌الملل توسط سازمان ملل متحد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، (شماره ۱۸، ۱۳۷۵)، صص ۲۸۵-۲۸۴.

۲۲. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۱۵.

۲۳. همان منبع، ص ۱۵.

عرف) عامل و عنصری برای متجلی ساختن آنها.^{۲۴} با این حال، به نظر می‌رسد که حقایق تاریخی و نظام ارزشی، منابع حقیقی و مادی یا اصلی حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهند و معاهده، منبع صوری و ظاهری آن می‌باشد.^{۲۵} در هر حال، معاهده خواه منبع اصلی یا صوری نظم حقوقی باشد، در ایجاد و شکل‌گیری خود مستلزم کسب اراده صریح دولتها است. اصل برابری حقوقی دولتها مستلزم این است که در جامعه بین‌المللی متشکل از دولتهای حاکم و برابر و فاقد اقتدرات فراکشوری،^{۲۶} یک یا چند دولت نتوانند دیگران را وادار به قبول تعهد نموده و در مقام قانونگذار بین‌المللی عمل نمایند. در این نظم، قانونگذاری از طریق تعامل و همکاری دولتها صورت می‌گیرد با این وصف که هر دولت می‌تواند آزادانه در این فرایند شرکت کند یا از مشارکت در آن خودداری نماید.

بدین سان گفته می‌شود که از اصل برابری دولتها در انعقاد معاهدات بین‌المللی دو مفهوم استنباط می‌شود: یکی برابری در قبول تعهدات و دیگری برابری در تعهدات است.^{۲۷} برابری در قبول تعهدات چنان در نظم حقوقی مسلم است که تحلیل حقوقدانان از آن مبتنی بر این است که معاهده عدم گسترش توان عدول از آن را نداشته است.

۲- نتایج حقوقی اصل رضائی بودن معاهدات

برابری حاکمیت دولتها آثار حقوقی مفیدی بر روند پذیرش معاهدات بین‌المللی می‌گذارد. بر اساس آنچه در خصوص وجاهت حقوقی

۲۴. رک. همان منبع، صص ۸-۳.

۲۵. رک. همان منبع، صص ۷-۶.

26. Supra-national entities.

۲۷. رک. دکتر ابراهیم بیگ‌زاده، «بدیع بودن معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای در قلمرو حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، (شماره ۱۷-۱۶، ۷۵-۱۳۷۴)، ص ۲۷۴.

اصل رضائی بودن معاهدات گفته شد، می‌توان آثار و نتایج عمده آن را از منظر حقوقی چنین بر شمرد: مشروعیت و امکان پذیرش یا عدم پذیرش معاهده، اختیاری بودن شرایط پذیرش معاهده، اختیاری بودن زمان پذیرش معاهده، تبعیت تعیین دامنه تعهدات از اراده قبلی یا بعدی طرفین معاهده، محدودیت اثر معاهده به طرفهای معاهده و نهایتاً بستگی مقام صالح در پذیرش معاهده به اراده طرفهای آن.

الف - مشروعیت پذیرش یا عدم پذیرش معاهده

«در جامعه جهانی که قانونی جز اراده دولتها وجود ندارد، اداره روابط بین‌الملل بر عهده دولتهایی گذارده شده که بر قلمرو خود حاکمیتی مطلق دارند. این دولتها برای حفظ موجودیت خود و ایجاد روابط سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی با یکدیگر، جامعه‌ای بین‌المللی پدید آورده‌اند که رشد و تعالی و یا سقوط و زوالش تماماً مشروط به این بوده است که دولتهای عضو تا چه میزان منافع ملی خود را قربانی منافع مشترک کرده، عقل و غایت اجتماعی را حاکم بر روابط خود نموده‌اند».^{۲۸}

آنگاه که دولتها برای حصول این منافع مشترک (دوجانبه یا فراگیر) تصمیم مشترک اتخاذ می‌کنند و آن را در قالب سندی مکتوب و تابع حقوق بین‌الملل می‌نمایانند، یک معاهده بین‌المللی به مفهوم کنوانسیون وین حقوق معاهدات شکل می‌گیرد.^{۲۹} آنچه در این خصوص به صورت برجسته رخ می‌نمایاند آن است که اتخاذ چنین تصمیمی تنها در پرتو اراده همساز دولتها صورت می‌پذیرد. بنابراین، عدم پذیرش یک معاهده، حقی طبیعی برای دولتهاست و در هر حال، انتخاب گزینه پذیرش یا عدم پذیرش، باید بدون اجبار از سوی دیگر کشورها باشد. با ممنوعیت اعمال فشار بر

۲۸. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۱۲۹.

29. Vienna Convention on the law of the treaties between states, art. 2(1)(a); and also *Maritime Delimitations and Territorial Questions Case*, (Qatar v. Bahrain), *ICJ Rep.* 1994, pp. 121-122.

دولتها برای پذیرش معاهدات (و ابطال این گونه معاهدات به دلیل عیوب رضا)،^{۳۰} تبعاً سازمانهای بین‌المللی نیز که تجمعی سازمان یافته از دولتها هستند، صالح به تصویب چنین اجباری نخواهند بود.

ب - اختیاری بودن شرایط پذیرش معاهده

هر دولت مختار است آزادانه در مورد این که یک معاهده را با چه شرایطی بپذیرد، تصمیم بگیرد. به عبارت دیگر، هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که امکان پذیرش مشروط و یا بی قید و شرط معاهده را از یک دولت سلب نماید. تنها شرایط معاهده موردنظر است که در این خصوص ممکن است محدودیت خاصی در بر داشته باشد. بدیهی است که مسأله پذیرش مشروط تنها در خصوص معاهدات چندجانبه معنا و موضوعیت پیدا می‌کند.

شایان ذکر است که روند زائل شدن امکان اعلام شرط یا رزرو نسبت به معاهدات بین‌المللی، در حال افزایش است. به هر حال، جز در مواردی که خود معاهده اعلام رزرو در موقع پذیرش را ممنوع یا محدود کرده باشد، اعلام شرط بر اساس اراده یکجانبه دولت ذی‌ربط صورت می‌گیرد بدون آن که ایجاد آثار حقوقی آن نیازی به رضایت دیگر دولتها داشته باشد.

ج - اختیاری بودن زمان پذیرش معاهده

پذیرش یا عدم پذیرش، حق مسلم دولتهاست که از حاکمیت آنها نشأت می‌گیرد. تحولاتی که در خصوص تعدیل دامنه حاکمیت دولتها

۳۰. ماده ۵۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات.

صورت گرفته، هنوز این حق را تحت الشعاع قرار نداده است. با این حال، اصل حسن نیت بر این امر حاکم است، بدین معنا که وجود دلایل موجهی که به تشخیص دولت ذی ربط و همچنین موجب اقناع نسبی سایر دولتهای طرف معاهده به منظور حفظ روابط دوستانه شده است، امتناع از تصویب معاهده امضا شده را با اصل حسن نیت جمع خواهد کرد بدون آن که چنین امتناعی موجب آثار حقوقی بویژه موجب مسؤولیت بین المللی باشد.

در ماده ۱۸ کنوانسیون وین حقوق معاهدات بر اساس الگویی تأسیسی مقرر شده که دولتها مادامی که نظر قطعی خود مبنی بر عدم تصویب را ابراز نداشته‌اند، نباید بر خلاف موضوع و هدف معاهده رفتار نمایند. این مقرر که موجب نوعی اثر حقوقی برای صرف امضا حتی در معاهدات رسمی (یا به شرط تصویب) است، اصل رضائی بودن را به نوعی دچار تعدیل کرده است. بدین معنا که امضای معاهده، ابراز رضایت اولیه به التزام در برابر تعهدات آن معاهده است و حتی اگر معاهده به شرط تصویب باشد یعنی اراده دولتها به اعلام رسمی التزام خود از طریق گذران مرحله تصویب منوط شده باشد، با تحقق امضا، پذیرش و رضایت را باید «فرض» گرفت. ظاهراً این ماده، اراده نیم بند جمعی دولتها را که از طریق امضا منعکس شده است، بر اراده فردی آن دولتها به صورت اصل و فرض، مقدم داشته است.

در خصوص ماهیت حقوقی این ماده دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. با این حال، این اراده مفروض با اراده ظاهر شده تفاوت جدی دارد. اراده فرضی موجب استقرار کامل حقوق و تعهدات معاهده نمی‌شود و تنها دولت را به اقدام در پرتوی هدف و مقصود معاهده (که گستره‌ای کلی و نامعین است) ملزم می‌سازد و با اعلام عدم تصویب، اثر این اراده مفروض زائل می‌گردد. ضمن این که این مقرر نیز پذیرش معاهده را از کلیت اصل

رضائی بودن خارج نساخته است و دولت در تعیین و بیان اراده نهایی، رسمی و اعلامی خود مختار است.

پس، اولاً هر دولت می‌تواند ضمن شکل‌گیری در مراحل انعقاد معاهده، پذیرش خود را از طریق امضا یا تصویب اعلام کند یا آن‌که بدون شرکت در انعقاد، متعاقباً از طریق الحاق پذیرای معاهده گردد. ثانیاً در صورت امضا، هر وقت خود مناسب تشخیص داد اقدام به تصویب معاهده بنماید مگر آن‌که در خود معاهده ترتیبی خاص برای زمان تصویب پیش‌بینی شده باشد. نظیر بند (ب) ۵ ماده ۱۷ اساسنامه سازمان بین‌المللی کار که در آن مقرر شده که حداکثر ظرف مدت ۱۸ ماه از زمان امضای معاهدات توسط هر دولت در کنفرانس بین‌المللی کار، باید تکلیف تصویب یا رد معاهده به وسیله نهاد تقنینی مشخص گردد. همانطور که پیداست در این ماده نیز تصویب امری اختیاری بوده و تنها اراده دولت مبنی بر پذیرش یا عدم پذیرش است که باید در آن مدت زمان، مشخص گردد.

مبنای اساسی و منطقی نهاد «تصویب» آن است که هر دولت باید اصولاً فرصت این را داشته باشد که مجدداً آثار کل معاهده و نه جزء به جزء آن را بر منافع خویش بسنجد. زیرا این منافع ثبات ندارند و ممکن است بعد از امضای معاهده بر اثر تحولات اجتماعی دستخوش دگرگونی شوند.^{۳۱}

د - تبعیت تعیین دامنه تعهدات از اراده قبلی یا بعدی طرفین معاهده

چون معاهده حاصل اراده دولتهای متعاقد است که از طریق آن فعل و ترک فعل‌هایی برای حصول اهدافی معین، الزامی می‌گردد، این که دامنه این تعهدات برای دولتهای متعاقد چگونه است، تابعی از اراده این دولتها در

۳۱. رک. دکتر هدایت ا... فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۱۴۲.

هنگام انعقاد معاهده و همچنین رویه بعدی آنها (یعنی تبلور اراده جمعی آنها در عمل) خواهد بود. این امر بویژه در بحث تفسیر تعهدات قراردادی، از اهمیت شایان توجه برخوردار است.

بنابراین، در تفسیر معاهده برای تعیین دامنه تعهدات مندرج در آن، باید مقصود و منظور متعاهدین را نیز مدنظر قرار داد. ماده ۳۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، برای تفسیر معاهدات ابتدا معنای عادی در پرتوی سیاق عبارات معاهده را مقرر داشته و سپس از کارهای مقدماتی مربوط به تدوین معاهده به عنوان یکی از ابزارهایی که اراده متعاهدین را در خصوص دامنه تعهدات تنظیم شده نمایان می‌سازد یاد کرده است. ضمن آن که رویه بعدی متعاهدین نیز اراده عملی آنها است که بر اساس درک مشترک از مفاد تعهدات معاهده نمود می‌یابد و بنابراین، این رویه‌ها را باید اراده تجسم یافته آنان دانست.

هـ- محدودیت اثر معاهده به طرفهای متعاهد

معاهده، عملی حقوقی است که در پرتوی آن اراده جمعی دولتها به صورت عقد منعکس و بر ایجاد آثار حقوقی خاص دلالت دارد. بر این اساس، هر معاهده صرفاً در مورد دولتهایی که رضایت خود را در قبال التزام به تعهدات آن بیان داشته‌اند، اثر دارد و نسبت به طرفهای ثالث^{۳۲} غیرقابل استناد است. این همان اصل نسبی بودن اجرای معاهدات^{۳۳} است که در رویه قضایی بین‌المللی (رأی داوری ۱۹۲۸ در قضیه جزیره پالماس، رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه مناطق آزاد و رأی ۱۹۶۹ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال) تأیید شده است.

32. Third parties.

33. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt.*

در واقع، «رضایت» کلیدی است که مجموعه‌ای از مقررات را به تعهدات الزام‌آور تبدیل می‌کند.^{۳۴} از آنجا که آثار معاهده یعنی حقوق و تکالیف تنها بر اساس اراده متعاقدين جاری می‌گردد، در صورتی که یک دولت چنین معاهده‌ای را نپذیرفته و اراده خود را مبنی بر التزام در قبال تعهدات آن به صورت صحیح و سالم اعلام نکرده باشد، نباید این آثار را پذیرا باشد. اصل نسبی بودن، معادل و ترجمانی از اصل رضائی بودن نهفته در سیستم دولتهای حاکم و مستقل است.^{۳۵}

این نسبت آثار معاهده دو کارکرد دارد: اولاً تعهدات معاهده را نمی‌توان به یک دولت ثالث تسری داد و از این طریق، اصل مذکور به حمایت از دولتهای ثالث مبادرت می‌ورزد. از طرف دیگر، حقوق ناشی از معاهده نیز محدود به طرفین آن است و اصولاً طرفهای ثالث نمی‌توانند از این مزایا بهره‌مند شوند. بنابراین، بهره‌مند شدن از مزایا و حقوق مذکور (بویژه حقوق ناشی از عضویت در معاهدات تأسیس سازمانهای بین‌المللی) دولتها را ناچار می‌سازد تا به عضویت معاهدات مذکور درآیند و بدین طریق، این سلسله معاهدات به سمت و سوی جهانشمولی^{۳۶} حرکت می‌نمایند.

و - بستگی مقام صالح در پذیرش معاهده به اراده طرفهای معاهده

چون پذیرش معاهده امری تابع اختیار و اراده دولتهاست، این اختیاری بودن نه تنها نفس پذیرش و یا عدم پذیرش را در بر می‌گیرد، بلکه انتخاب مقام و مرجع داخلی هر دولت برای اعلام اراده رسمی، توسط دولت مربوطه و بر اساس حقوق داخلی (که تجلی اراده او در پرتوی حاکمیت

۳۴. ملکم شاو، پیشین، ص ۳۴۲.

35. R. Bledsoe and B. Boczek, *The International Law Dictionary*, (Oxford, Clío Press Ltd., 1984), pp. 259-260.

36. Universality.

درونی است) صورت می‌پذیرد.^{۳۷} این اثر اصلی رضائی بودن معاهدات نه تنها در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین بلکه در اغلب معاهدات خاص نیز تأیید شده است به گونه‌ای که اولاً اعلام اراده یک دولت در انعقاد معاهدات بین‌المللی مستلزم ارائه سند اختیارنامه می‌باشد که تابع حقوق داخلی هر کشور خواهد بود. ثانیاً در اغلب آنها قیدی در خصوص «اجرای ملی»^{۳۸} وجود دارد که بر اساس آن، تعیین عناصر ایفا کننده تعهدات ناشی از معاهده نیز در حوزه اختیار هر دولت خواهد بود^{۳۹} و به عبارت دیگر، برای دولت متعاقد، محقق ساختن نتیجه مقررات مندرج در معاهده به عنوان یک تعهد محسوب می‌شود ولی تعیین روشهای به اجرا درآوردن آنها غالباً تابع نظم حقوقی در داخل دولت مذکور است.^{۴۰}

با این حال، حقوق بین‌الملل برای یکنواخت و همگن کردن مراجع اعلام اراده یک دولت در فرایند انعقاد معاهدات بین‌المللی، حداقل استانداردهایی را به عنوان امری پذیرفته شده و عام مقرر داشته که بر اساس آن، رئیس کشور، رئیس دولت و وزیر امور خارجه (به صورت تام) و رؤسای هیأت‌های نمایندگی کشورها در سازمانهای بین‌المللی و یا ارکان آن سازمانها (به صورت محدود) به عنوان نماینده تام‌الاختیار^{۴۱} در انعقاد

۳۷. بند (ج) (الف) ماده ۲ کنوانسیون وین حقوق معاهدات.

38. National Implementation.

۳۹. به عنوان نمونه، بر اساس ماده ۷ کنوانسیون سلاحهای شیمیایی (کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس) دولتهای عضو مکلفند با رعایت فرایند مندرج در قوانین اساسی خود، اقدامات تقنینی و اجرایی لازم را از جمله در قالب وضع قوانین و مقررات کیفری به عمل آورند تا ممنوعیت‌های مقرر در کنوانسیون برای دولتهای مذکور بر کلیه اشخاص واقع در قلمرو تحت صلاحیت آنها (صلاحیت سرزمینی) و همچنین اتباع در خارج از قلمرو آنها (صلاحیت شخصی فعال و منفعل) مراعات گردد. رک. نادر ساعد، «نقد و بررسی حقوقی قانون ۱۹۹۸ ایالات متحده در خصوص اجرای ملی کنوانسیون سلاحهای شیمیایی»، *سیاست دفاعی*، (شماره ۳۵، تابستان ۱۳۸۰)، صص ۶۷-۶۶.

۴۰. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، «اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، (شماره ۱۴-۱۳، ۷۳-۱۳۷۲)، ص ۳۳.

41. Full power.

معاهدات تلقی می‌شود بدون آن‌که در این خصوص ارائه اختیارنامه ضرورتی داشته باشد. در خارج از این موارد، باید اعتبارنامه هر نماینده بر اساس مقررات حقوق داخلی تهیه و به تأیید وزیر امور خارجه آن دولت برسد^{۴۲} ضمن آن‌که تصویب^{۴۳} معاهده نیز الزاماً تابع مقررات حقوق داخلی

۴۲. مواد ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون وین حقوق معاهدات.

43. Ratification.

هر کشور خواهد بود به گونه‌ای که عدم رعایت مقررات مذکور ممکن است تحت عنوان «تصویب ناقص» موجب بی اعتباری معاهده دوجانبه یا بی اثر کردن معاهده چندجانبه نسبت به دولت ذی ربط گردد.^{۴۴}

۳- تأملی بر مستثنیات اصل رضائی بودن معاهدات

با توجه به رویه دولتها و اصول حقوق بین‌الملل، لازم است که وضعیت معاهدات قانون ساز و همچنین معاهدات موجد وضعیت عینی را در خصوص این که می‌توانند از شمول اصل رضائی بودن معاهدات مستثنی باشند یا خیر، مورد توجه قرار داد. علاوه بر این، به نظر می‌رسد که خروج از معاهده، به دلیل این که خروج از وضعیت بین‌المللی است و ممکن است به تضییع حقوق مکتسب دیگر دولتهای عضو معاهده (بویژه معاهدات چندجانبه) منجر گردد، بیش از موارد فوق، مستثنی از شمول اصل رضائی بودن خواهد بود. در زیر بحث و تحلیل این سه مورد ارائه خواهد شد.

الف - مسأله معاهدات قانون ساز

معاهدات قانون ساز که در برابر معاهدات در حکم قرارداد قلمداد می‌شوند، معاهداتی هستند که به اعتبار مضامین مندرج در آن تعهداتی متقابل را برای طرفین ایجاد می‌کنند و حال آن که مضمون معاهده در حکم قانون، قواعدی حقوقی است که از لحاظ عینی و بدون توجه به خصوصیات طرفهای پیمان اعتبار دارند و علامت مشخص آن یکسانی محتوا و یا مضمون آن است که طرفها بر سر حصول آن توافق کرده‌اند. همانند کنوانسیونهای ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه و ژنو در مورد حقوق درگیریهایی

۴۴. ماده ۴۶ کنوانسیون وین حقوق معاهدات.

مسلحانه و منشور ملل متحد.^{۴۵}

اما نباید «قانون ساز» بودن معاهده را موجبی منطقی برای عدول از اصل نسبی بودن آثار معاهدات تلقی کرد. هرچند موضوع این معاهدات ناظر بر منافع مشترک جمعی دولتها یعنی منافع جامعه بین‌المللی است اما این امر موجب تعدیل اصل رضائی بودن معاهدات نمی‌گردد و «منطقی هم همین است».^{۴۶} این معاهدات، صرفاً «نشان دهنده اهمیت آنها و حرکت‌شان به سمت و سوی کلی، و مقصد نهایی آنها بیرون آمدن از قالب قراردادی و جای گرفتن در قالب عرفی است. از این رو، چنانچه معاهده‌ای ترجمان قاعده‌ای عرفی از قبل موجود باشد یا آن که محتوای آن به صورت عرف درآمده باشد، دیگر نمی‌توان از اثر قاعده نسبت به ثالث سخن به میان آورد. در این موارد، قاعده مندرج در معاهده به صورتی که می‌نماید، در حد قاعده عرفی حقوق بین‌الملل برای ثالث الزام‌آور می‌گردد. به همین سبب، مبنای الزام قاعده عرفی، معاهده نیست بلکه فرایندی است که بر اساس آن هر دولت در قبال آن قاعده ملتزم می‌شود».^{۴۷}

ب - معاهدات موجد وضعیت عینی

یکی از استثنای‌های وارده بر اصل فوق، این است که معاهدات موجد وضعیت‌های عینی (همانند معاهدات ارضی و مرزی یا تأسیس سازمانهای بین‌المللی) نسبت به طرفهای ثالث (که اراده آنها نقشی در شکل‌گیری و لازم‌الاجرا شدن معاهده نداشته‌اند) نیز مؤثر و قابل استناد هستند^{۴۸} و مفاد

۴۵. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۹۸.

۴۶. رک. همان منبع، ص ۴۲۵.

۴۷. همان منبع، ص ۴۲۳.

۴۸. رک. ربکا والاس، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه دکتر سید قاسم زمانی و مهناز بهراملو، (تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۲)، ص ۲۹۳.

آنها «تعهدات کلیه دولتها در قبال جامعه بین‌المللی»^{۴۹} محسوب می‌شوند.^{۵۰} با این حال، در این موارد نیز نویسنده معتقد است که قابلیت استناد به معاهده در قبال ثالث، به معنای الزام‌آور بودن مفاد معاهده برای ثالث به سبک و سیاقی مشابه با آنچه در ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق معاهدات پیش‌بینی شده، نیست. در واقع، تعهدات مندرج در معاهدات موجد وضعیت عینی، برای ثالث حالت اعلامی^{۵۱} دارد و هرچند رعایت وضعیت شناخته و برقرار شده در آن معاهده برای ثالث نیز الزامی می‌گردد اما این رعایت، ماهیت سلبی و حتی خنثی دارد و موجب شکل‌گیری تعهدات مثبت و ایجابی برای ثالث نمی‌گردد. از این جهت است که «اصل وفای به عهد» در مورد ثالث موضوعیت ندارد.

ج - اختیاری بودن انصراف از معاهده

اصل برابری حقوقی دولتها در عرصه ساخت و پرداخت معاهدات و شکل‌گیری و پذیرش موازین قراردادی بدین گونه جلوه‌گر می‌شود که دولتها حق دارند آزادانه و بر مبنای صلاحدید خود (یعنی هرگاه منافع ملی اقتضا کرد) وارد این عرصه شوند و هرگاه بر مبنای همان اهداف و منافع، ضروری تشخیص دادند، بر اساس ماهیت یکطرفه و یکجانبه ورود به معاهدات، از آن خارج شوند. این امر اقتضای اطلاق (و حتی ذات)^{۵۲} حاکمیت دولت است و مادامی که رضایت خود آن دولت به سلب حق خروج تعلق نگرفته است (بویژه مادامی که یک قاعده حقوقی در سلب این

49. Obligations *erga omnes*; see M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford, Clarendon Press Ltd., 1997).

50. R. Bledsoe and B. Boczek, *op.cit.*, p. 260.

51. Declaratory.

۵۲. اگر بپذیریم که دولتها می‌توانند در یک معاهده صراحتاً پیش‌بینی کنند که خروج از آن مقدور نمی‌باشد، نتیجه می‌گیریم که حق خروج، مقتضای ذات اصل حاکمیت دولتها نیست.

حق به صورت موردی یا عام شکل نگرفته است)، خروج از معاهده جلوه بارز و برجسته اعمال حق حاکمیت دولتهاست.

در تأیید این امر به چند نکته باید توجه داشت: اولاً در معاهدات مربوط به خلع سلاح نیز استفاده از قید خروج به مواردی معطوف شده است که اجرای آن معاهدات خطری علیه منافع عالیه دولت مورد نظر (یعنی همان حاکمیت دولت) پدید آورد. ثانیاً به ظاهر تشخیص وقوع خطر و چیستی منافع عالیه، حق دولت مورد نظر است. حاکمیت دولت مفهومی عام و در عین حال نسبی است که مصادیق آن بر حسب هر دولت متفاوت خواهد بود. از این رو، انحصار قدرت تشخیص عناصر استعمال این حق به خود دولت مورد نظر، نتیجه غیرقابل اجتناب همین حاکمیت دولتهاست. ثالثاً هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که خروج را منوط به تشخیص یک مرجع بین‌المللی یا سایر دولتهای عضو معاهده نماید مگر آن که خود دولتها «بر مبنای نوعی خود محدود سازی ارادی» چنین چیزی را بپذیرند.^{۵۳}

در این حالت، حاکمیت دولت دیگر اطلاق ندارد و محدود به رعایت مصالحی جمعی است که در بستر تحولات و مقتضیات جامعه بین‌المللی و در قالب موازین حقوقی شکل گرفته است. عضویت یک دولت در معاهده‌ای دو یا چندجانبه موجب می‌شود که این انحصارات ناشی از مفهوم حاکمیت دولت، به وسیله مقتضیات جمعی تعدیل شوند. در گردونه معاهدات، حقوق و تکالیفی جمعی پدید می‌آید که کاربرد یکجانبه‌گرایی به عنوان وسیله‌ای برای بر هم زدن وفاق دولتها را امری استثنایی و خلاف اصل می‌سازد. ماده ۵۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات

^{۵۳}. نمونه این امر، معاهده ۲۲ آوریل ۱۹۴۹ در رابطه با نحوه اداره منطقه روهر است که بین ایالات متحده آمریکا، بلژیک، فرانسه، لوکزامبورگ، هلند و انگلستان منعقد شده است. اما این امر حالت استثنایی و نادر دارد. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، پیشین، ص ۵۷۰.

ضمن گذار از آثار نظری اصل حاکمیت دولتها، آن را با بین‌المللی بودن معاهدات پیوند داده و چنین مقرر نموده است:

معاهده‌ای که ... خروج در آن پیش‌بینی نشده باشد ... نمی‌توان از آن خارج شد مگر آن که

الف - ثابت شود که دولتهای عضو بر ... خروج از آن قاصد بوده‌اند.

ب - حق ... خروج از آن از طبیعت معاهده استنباط گردد.

بند دوم: تحولات خلع سلاح و کنترل تسلیحات، موانع اصل رضائی بودن

تحولات بین‌المللی در دهه پایانی قرن بیستم و همچنین ورود به قرن جدید، به گونه‌ای است که گویا اصل رضائی بودن در حوزه خلع سلاح، کنترل تسلیحات و عدم گسترش با نوعی تغییر بنیادی روبرو شده است. در هر حال، این تحولات ظاهراً متمایل به ایفاد چنین دلالتی هستند هر چند در تحلیل تفصیلی نتایجی معکوس به دست می‌دهند. با این حال، نقطه اشتراک این تحولات آن است که سلاحهای کشتار جمعی، تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی هستند.

مع الوصف، صبغه غیرحقوقی کارکرد و اشتغال سازمانهای بین‌المللی فعال در این تحولات سبب شده که تمرکز نگاه به «عدم گسترش»^{۵۴} سلاحهای کشتار جمعی معطوف گردد و نه «خلع سلاح».^{۵۵} این در حالی است که «عدم گسترش تنها مسکنی موقتی است و درمان نهایی تهدید آفرینی این سلاحها برای صلح و امنیت بین‌المللی»^{۵۶} را باید در سایه «خلع

54. Non-proliferation.

55. Disarmament.

۵۶. شورای امنیت در آخرین قطعنامه خود در خصوص سلاحهای کشتار جمعی که به تاریخ ۲۸ آوریل ۲۰۰۴ (۹ اردیبهشت ۱۳۸۳) با همین عنوان صادر کرده، در صدر مقدمه آن، «گسترش سلاحهای شیمیایی، بیولوژیک و هسته‌ای» را که در مجموع به عنوان سلاحهای کشتار جمعی خوانده می‌شوند، «تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی» تلقی کرده است. با این حال، تفاوت این اشاره قطعنامه با موارد

سلاح» تعقیب نمود.^{۵۷} با توجه به انعقاد کنوانسیون سلاحهای بیولوژیک (۱۹۷۲) و کنوانسیون سلاحهای شیمیایی (۱۹۹۳)، تمرکز اصلی جنبش خلع سلاح کشتار جمعی، باید به سلاحهای هسته‌ای معطوف گردد.^{۵۸}

در این خصوص لازم است با استفاده از رویه دولتها و سازمانهای بین‌المللی، به درک ثبات و یا تحول اصل مذکور دست یافت. بدین منظور، قطعنامه‌های ۶۸۷ و ۸۲۵ شورای امنیت که در سالهای ۱۹۹۱ و ۱۹۹۳ در مورد عراق و کره صادر شده است را در کنار قطعنامه‌های سپتامبر و نوامبر ۲۰۰۳ شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در مورد کشورمان تجزیه و تحلیل خواهیم کرد.

۱- قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت و الزام عراق به پذیرش کنوانسیون

سلاحهای بیولوژیک

قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت^{۵۹} در ۳ آوریل ۱۹۹۱ یعنی هفت ماه و یک روز پس از تهاجم عراق به کویت و صدور قطعنامه ۶۶۰ (در محکومیت تجاوز عراق) به تصویب شورای امنیت رسید. این قطعنامه یکی

مشابه نظیر قطعنامه ۶۸۷ مربوط به عراق یا بیانیه سال ۱۹۹۲ سران شورای امنیت این است که در آن علاوه بر سلاحهای کشتار جمعی، از «سیستم‌های پرتاب این سلاحها» نیز که ناظر بر «موشک و سیستم‌های پرتاب‌کننده غیرقابل حمل توسط یک کاربر» است، یاد شده است. رک.

S/RES/1540 (2004), 28 Apr. 2004.

۵۷. به نظر می‌رسد که حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به عنوان هدف منشور ملل متحد، تنها مسئولیت شورای امنیت را بر نمی‌تابد بلکه کلیه ارکان با اشتغالات خود در این مسیر گام برمی‌دارند. بر همین اساس است که دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی سال ۱۹۹۶ در مورد سلاحهای هسته‌ای «به لحاظ خطراتی که این سلاح برای صلح و امنیت بین‌المللی دارد، ادامه مذاکره تا تحقق خلع سلاح هسته‌ای را تعهد حقوقی دولتهای عضو معاهده عدم گسترش تلقی نمود». رک. دکتر جمشید ممتاز، *حقوق بین‌الملل سلاحهای کشتار جمعی*، ترجمه و تحقیق امیر حسن رنجبریان، (تهران، دادگستر، ۱۳۷۵)، ص ۵۹.

58. See Tariq Rauf, "The Future of the Non-Proliferation Treaty", in: M. Barletta and A. Sands, *Non-proliferation Regimes At Risk*, (Monetary for Non-proliferation Studies, Occasional Paper No. 3, Nov. 1999), pp. 9-10.

59. S/RES/687 (1991), 3 Apr. 1991.

تأملی بر «اصل رضائی بودن ... ❖ ۷۷

از پیچیده، حجیم و بی سابقه ترین قطعنامه‌های مصوب این شورا است^{۶۰} که در ۲۶ بند مقدماتی و ۳۶ بند نهایی تنظیم شده است.

شورا با وجود آن که در بند سوم مقدمه قطعنامه بر التزام کلیه دولتهای عضو ملل متحد بر رعایت حاکمیت، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی عراق تأکید می‌ورزد و در بند ششم مقدمه نیز از عراق به عنوان «دولت حاکم و مستقل»^{۶۱} یاد می‌کند، در دو بند دیگر از قطعنامه این حاکمیت را در پرتو آنچه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌داند، کنار می‌گذارد. شورا ابتدا در بندهای ۱۰ و ۱۱ به این که عراق کنوانسیون ۱۹۷۲ سلاحهای بیولوژیک را امضا کرده اشاره دارد و «اهمیت تصویب ملی این کنوانسیون» توسط این کشور را خاطر نشان می‌سازد. سپس در بند ۷ نهایی آن نیز «از عراق دعوت می‌کند تا بی قید و شرط تعهدات خود بر اساس پروتکل ۱۹۲۵ ژنو را تأیید و کنوانسیون ۱۹۷۲ سلاحهای بیولوژیک را تصویب نماید».

– تصمیم می‌گیرد که عراق باید بدون قید و شرط عدم استفاده، تولید، توسعه، ساخت و اکتساب سلاحهای شیمیایی، بیولوژیک، هسته‌ای و موشک‌های بالستیک را تقبل نماید.^{۶۲}

– از عراق دعوت می‌کند تا بدون قید و شرط، تعهدات خود بر اساس معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای مورخ ۱ ژوئن ۱۹۶۸ را مورد تأیید مجدد قرار دهد.^{۶۳}

– تصمیم می‌گیرد که عراق باید بدون قید و شرط با عدم اکتساب یا

60. UN, *The United Nations and Iraq-Kuwait Conflict 1990-1996*, (New York, UNDPI, Blue Book Series, 1996), p. 29.

61. Independent sovereign state.

62. S/RES/687 (1991), para.10.

63. *Ibid.*, para. 11.

تولید سلاحهای هسته‌ای یا مواد قابل استفاده در تولید آنها یا هرگونه تحقیق، توسعه، حمایت مالی یا تأسیسات تولیدی مرتبط با آنها موافقت نماید.^{۶۴}

به نظر می‌رسد که در بندهای فوق تعارض‌هایی منطقی و حقوقی وجود دارد. شورا از یک طرف برای ممنوع کردن تولید، توسعه، اکتساب و تحقیق و توسعه سلاحهای بیولوژیک، شیمیایی، هسته‌ای و موشکهای بالستیک برای عراق، نقشی هرچند حداقل یا صوری برای اراده این کشور باقی می‌گذارد و به جای آن که اعلام کند که این اقدامات فی نفسه^{۶۵} تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است^{۶۶} و بنابراین، قهراً برای عراق ممنوع است، اعلام کرده که عراق باید این ممنوعیت‌ها را «پذیرد». به نظر می‌رسد که این نوع عبارت پردازی مؤید آن است که این ممنوعیت‌ها حالت عرفی نیافته و هنوز وصفی قراردادی دارد. در این صورت، تسری مقررات خلع سلاح بیولوژیک به عراق به عنوان دولتی غیرعضو، مستلزم کسب رضایت آن به کمترین میزان (یعنی در پرتو فشار شورای امنیت) یا اقدام بر اساس مسؤولیت‌های شورا بر اساس ماده ۲۴ منشور است. در مورد معاهده ان.پی.تی. که عراق عضو آن بوده نیز شورا از عبارت «عراق باید بی قید و شرط... موافقت کند» استفاده کرده است. در این خصوص بند ۱۲ قطعنامه شورا چیزی بیش از تفصیل مقررات معاهده مذکور نیست. به نظر می‌رسد که شورا درصدد بوده تا نه تنها از ماده ۲۴ منشور برای تحمیل برخی ممنوعیت‌های بیولوژیک بر عراق استفاده کند بلکه الزام عراق به این ممنوعیت‌ها را از الزامی مبتنی بر منشور و قطعنامه‌های الزام‌آور شورا خارج

64. *Ibid.*, para. 12.

65. *ipso facto*.

۶۶. کما این که شورا در بند ۱۷ مقدمه قطعنامه این امر را به صورت کلی در مورد کلیه سلاحهای کشتار جمعی احراز کرده است.

ساخته و آن را به التزامی قراردادی تبدیل کند تا استمرار آن در آینده نیز محقق گردد.

این در حالی است که بند ۱۰ قطعنامه با عنوان کردن این که «عراق باید بی قید و شرط عدم استفاده، تولید و ... را تقبل نماید» نقش اراده دولت مذکور را به حداقل ممکن رسانده و قبول آن را از اختیار و اراده آن کشور خارج ساخته است.

نهایتاً شورا اقدامات عراق در اجرای این قطعنامه را در افقی گسترده‌تر در نظر آورده و اعلام کرده که آنچه عراق در قبال ابعاد خلع سلاحی این قطعنامه انجام می‌دهد، «گام‌هایی در راستای ایجاد خاورمیانه‌ای عاری از سلاح کشتار جمعی و کلیه وسایل پرتاب آن سلاحها و تحقق خلع سلاح شیمیایی می‌باشد».

این که شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور از یک دولت می‌خواهد که تعهدات خود بر اساس معاهدات خلع سلاح و عدم گسترش را مورد تأیید مجدد قرار دهد، چه معنا یا ماهیت و اثری دارد؟ همانطور که گفته شد بندهایی از قطعنامه ۶۸۷ که به بحث الزام عراق به پذیرش معاهدات خلع سلاحی مربوط می‌شوند، موارد زیر هستند:

– با یادآوری این که عراق کنوانسیون ۱۹۷۲ سلاحهای بیولوژیک را امضا کرده است،^{۶۷}

– با تذکر اهمیت تصویب کنوانسیون مذکور توسط عراق،^{۶۸}

– از عراق دعوت می‌کند که تعهدات خود بر اساس پروتکل ۱۹۲۵

ژنو را مورد تأیید مجدد^{۶۹} قرار دهد و کنوانسیون ۱۹۷۲ سلاحهای

67. *Ibid.*, para. 11 Preamble.

68. *Ibid.*, para. 12, Preamble.

69. Reaffirming.

بیولوژیک را تصویب نماید.^{۷۰}

با وجود آن که علمای حقوق بین‌الملل این قطعنامه را در تقابل با اصل رضائی بودن معاهدات تشخیص داده و آن را مورد انتقاد قرار داده‌اند اما به نظر می‌رسد که «دعوت» به پذیرش معاهدات بین‌المللی هیچ‌گاه به معنای «الزام» نخواهد بود. در این خصوص می‌توان به اسناد کنفرانس‌های دیپلماتیک و درخواست مندرج در آنها دائر بر عضویت دولتهای غیرعضو برخی معاهدات مهم بین‌المللی و تلاش برای جهانشمولی آن معاهدات از طریق جلب عضویت سایر دولتها اشاره کرد. به عنوان مثال، در اسناد کنفرانس‌های بازنگری معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای، همواره بر پیوستن هند و پاکستان به این معاهده تأکید شده بدون آن که هیچ‌گاه این امر چیزی فراتر از درخواست عضویت یا تضعیف‌کننده رضائی بودن معاهدات باشد. درخواست عضویت یک دولت در یک معاهده، یکی از آثار حقوق و تعهدات بین‌المللی دولتها در قبال جامعه بین‌المللی و بر مبنای روحیه همبستگی است.

۲- قطعنامه ۸۲۵ شورای امنیت و الزام کره به عدم خروج از معاهده

عدم گسترش

قطعنامه ۸۲۵ مورخ ۱۱ مه ۱۹۹۳ در شرایطی صادر شد که آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در اجرای اساسنامه خود و موافقتنامه جامع پادمانی^{۷۱}

70. S/RES/687 (1991), Part C, para. 7: "Invites Iraq to reaffirm unconditionally its obligation Under the Protocol for the Prohibition of the Use ... signed at Geneva on 17 June 1925, and to ratify the Convention on the Prohibition of ... Bacteriological (Biological) and Toxin weapons and on Their Destruction, of 10 April 1972".

71. Comprehensive Safeguard Agreements یا موافقتنامه جامع پادمانی، ناظر بر دولتهای غیرهسته‌ای عضو معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای است که بر اساس دو سند INF/CIRC/153 و

با کره شمالی، از آن کشور درخواست بازرسی ویژه نمود و کره از پذیرش آن خودداری ورزید. با اصرار آژانس به انجام بازرسی به عنوان تنها ابزار تعیین ماهیت برنامه هسته‌ای کره و امتناع مکرر این کشور، شورای حکام آژانس در تاریخ ۲۵ فوریه ۱۹۹۳ با صدور قطعنامه‌ای، عدم پایبندی کره به تعهدات عدم گسترش و موافقتنامه پادمان را احراز و اعلام نمود. وزیر امور خارجه کره نیز در پاسخ بدان، در ۱۲ مارس ۱۹۹۳ با ارسال یادداشتی برای رئیس وقت شورای امنیت،^{۷۲} خروج از معاهده عدم گسترش و موافقتنامه پادمان را بر اساس ماده ۱۰ آن معاهده اعلام کرد.

نشست ۱۱ مه ۲۰۰۳ شورای امنیت بر اساس قطعنامه ۲۵ فوریه ۱۹۹۳ و گزارش ارسالی مدیرکل آژانس^{۷۳} به بررسی وضعیت برنامه هسته‌ای کره پرداخت و با صدور قطعنامه ۸۲۵، مواضع خود را مستند به فصل ششم منشور و بدون هیچگونه استناد به فصل هفتم (یعنی اتخاذ اقدامات لازم برای جلوگیری از نقض صلح، تهدید صلح یا رفع تجاوز) بیان داشت. قطعنامه مذکور در ۸ بند مقدماتی و ۵ بند نهایی تنظیم شده است. این قطعنامه بر خلاف قطعنامه مربوط به عراق، ناظر بر ارادی بودن خروج از معاهده است. یعنی همانطور که هر دولت با تشخیص و صلاحدید خود قبول و اجرای یک معاهده را پذیرا می‌شود، هرگاه منافع عالیه ملی خود را با اجرای آن معاهده ناسازگار دانست، باید حق داشته باشد از آن خارج گردد.

با این حال، آزادی عمل دولت در خروج از معاهده، محدود به رعایت مفاد آن معاهده خواهد بود. یعنی در صورتی که خروج مشروط به اعلام قبلی، گذشت مدت زمان معین یا شرایطی دیگر شده باشد، اثرگذاری

INFCIRC/540 مربوط به سالهای ۱۹۷۲ و ۱۹۹۷ میان دولتهای مذکور و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی بر اساس ماده ۳ معاهده عدم گسترش منعقد می‌شود.

72. S/25405.

73. S/25556.

ارادی بودن خروج منوط به آن است که شرایط مذکور در آن معاهده مراعات گردد. در این موارد، حقوق مکتسبه‌ای که دیگر دولتهای عضو در اثر قبول حضور جمعی در یک معاهده بدست آورده‌اند و همچنین محدودیت‌های ناشی از اراده و تراضی جمعی دولتها، مانع از آن است که رضائی بودن به صورت مطلق اعمال گردد. با این حال، خروج از معاهده حق حاکمیتی دولتها و غیرقابل سلب است. بندهای ۱ و ۲ قطعنامه چنین اشعار می‌دارند:

۱- از کره شمالی می‌خواهد^{۷۴} اعلام مندرج در نامه مورخ ۱۲ مارس ۱۹۹۳ [در خصوص قصد خروج از معاهده عدم گسترش] را مورد تجدیدنظر قرار دهد و التزام خود به آن معاهده را مجدداً تأیید نماید.

۲- همچنین از کره شمالی درخواست می‌کند^{۷۵} به تعهدات خویش در خصوص عدم گسترش بر اساس آن معاهده وفادار بوده و به موافقتنامه پادمان با آژانس آنگونه که در قطعنامه ۲۵ فوریه ۱۹۹۳ شورای حکام آژانس آمده، پایبند باشد.

ظاهر این قطعنامه چنان است که گویا شورا با درخواست تجدیدنظر در تصمیم به خروج از معاهده عدم گسترش، رضائی بودن خروج را محدودتر از گستره شناخته شده آن در حقوق بین‌الملل نموده است. اما به نظر می‌رسد که چنین تصویری چندان مقبول نباشد. زیرا اولاً بندهای ۱ و ۲ آن قطعنامه حاکی از «درخواست» شورا است و نه «تصمیم». ثانیاً محمل صدور قطعنامه «فصل ششم منشور» است و نه «اتخاذ تصمیمات الزام‌آور بر اساس فصل هفتم منشور».

با این حال، در بند ۵ مقدمه قطعنامه به این که «کره عضو معاهده

74. Calls upon.

75. Further calls upon.

عدم گسترش است و موافقتنامه جامع پادمان با آژانس منعقد کرده» اشاره شده و بنابراین، وجود رابطه قراردادی آن با معاهده مبنای بررسی‌های شورا بوده است. به عبارت دیگر، شورا بر اساس این که هنوز رابطه قراردادی مذکور محفوظ است، از کره درخواست کرده که در تصمیم خود تجدیدنظر کند و مجدداً التزام خود را به معاهده اعلام نماید. شورا به جای کاربرد عبارت «مجدداً به معاهده ملتزم شود» که حاکی از پایان رابطه گذشته و ایجاد رابطه‌ای جدید است، «تأیید مجدد التزام» را به کاربرده بدین معنا که هنوز هم رابطه قراردادی مذکور وجود دارد و بر همین اساس است که در بند ۲ درخواست کرده که تعهدات خود به معاهده عدم گسترش را رعایت کند و به پادمان پایبند باشد.

این عبارت قابل تأمل است. زیرا با این که خروج صورت گرفته است اما شورا هنوز بر وجود تعهدات عدم گسترش تأکید دارد. در این خصوص چند فرض متصور است. اولاً مبنای صدور این قطعنامه فصل هفتم است و مسؤولیتهای شورا در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی آنگونه که در بند ۳ مقدمه قطعنامه نیز آمده، می‌تواند موجبی برای عدول از اصل رضائی بودن و بی اثر کردن خروج از معاهده باشد. به نظر می‌رسد که این فرض، چندان منطقی نیست زیرا صدور قطعنامه بدون استناد صریح به فصل هفتم منشور صورت گرفته و چنین امری با ماده ۱۰ مطابقت ندارد. ثانیاً شورا با توجه به ماده ۱۰ معاهده عدم گسترش که خروج را متعاقب سه ماه پس از اعلام مؤثر دانسته و در موقع صدور قطعنامه هنوز این مدت فرا نرسیده بوده، بر «تعهدات موجود» تأکید داشته است.^{۷۶} ثالثاً تأکید شورا بر وجود

۷۶. البته برخی عقیده دارند که خروج نیازی به گذران این مدت ندارد و اطلاع دادن، تعهدی مستقل از خروج است. رک.

Frederic L. Kirgis, "North Korea's, Withdrawal from Nuclear Non - Proliferation Treaty", *Asil Insights*, (Jan. 2003). < www.asil.org/insights.htm >.

تعهدات عدم گسترش بدین لحاظ است که اساساً خروج از معاهده محقق نشده و کره در بیانیه مورخ ۱۲ مارس ۱۹۹۳ صرفاً «قصد» به خروج را اعلام داشته است.

در هر حال، این کشور با توجه به مذاکرات آژانس و دولتهای عضو بویژه ایالات متحده متعاقب این قطعنامه، عملاً (البته به صورت موقت) به خواسته شورا کردن نهاد ولی به نظر می‌رسد که این قبول التزام مجدد به عدم گسترش نه به دلیل قطعنامه بلکه بر اساس توافق ایالات متحده و کره به موجب موافقتنامه دوجانبه ۱۹۹۴ بوده است. از آنجا که کره اساساً به دلیل تعارض منافع با ایالات متحده تصمیم به خروج از معاهده داشت، با کسب امتیاز لازم از این کشور یعنی تعهد ایالات متحده به عدم تجاوز و همچنین تأمین تأسیسات آب سنگین برای برنامه هسته‌ای این کشور، موجبات خروج را مرتفع شده یافت. کما این که متعاقب احیای این تعارض منافع در سال ۲۰۰۱، کره قصد خود به خروج را عملی ساخت بدون آن که شورای امنیت با استناد به قطعنامه ۸۲۵ یا هر مبنای دیگر، در این خصوص اقدام مؤثری به عمل آورد.^{۷۷}

بنابراین، قطعنامه ۸۲۵ شورای امنیت نتوانسته در مسیر رضائی بودن خروج از معاهدات (با رعایت مفاد هر معاهده) خللی وارد کند و بر اساس منشور و به عنوان اقدام برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، محدودیتی بر این اصل بار نماید.

۷۷. رک. نادر ساعد، «چشم انداز حقوقی خروج کره شمالی از معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای»، سیاست دفاعی، (شماره ۴۲، تابستان ۱۳۸۱)، ص ۱۳۰.

۳- قطعنامه‌های شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در مورد

ایران

متعاقب ارائه گزارش ژوئن مدیرکل آژانس، شورای حکام در موعد مقرر یعنی در ۱۶ ژوئن (۲۶ خرداد) تشکیل جلسه داد تا از جمله به بررسی این موضوع بپردازد. شورا در ارزیابی برنامه هسته‌ای ایران نتوانست به وفاق عام برسد. به همین دلیل، رئیس کمیته شورا با اعلام یک نتیجه‌گیری مختصر^{۷۸} به کار این نشست شورا خاتمه داد. این نتیجه‌گیری، در اسناد بعدی شورا به عنوان «نظر شورا» تلقی شده است.^{۷۹}

در این نتیجه‌گیری مختصر، از گزارش مورخ ۶ ژوئن مدیرکل که توصیفی واقعی و عینی از پیشرفت‌های پس از ماه مارس در رابطه با مسائل نظارت و پادمانی در جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌نماید و تأکید بر لزوم روشن شدن آنها و اقداماتی که باید اتخاذ شوند، تقدیر شد و دبیرخانه را به اقدامات گسترده بازرسی و تأیید که بر عهده گرفته است فرا می‌خواند و حمایت کامل خود را از پیشبرد تلاشها در جهت حل و فصل مسائل باقیمانده ابراز می‌دارد و از آمادگی ایران برای بررسی مثبت امضا و تصویب پروتکل الحاقی استقبال می‌کند و به منظور تقویت توان آژانس در ارائه تضمین‌های قابل اطمینان در خصوص ماهیت صلح‌آمیز فعالیت‌های هسته‌ای ایران بویژه فقدان مواد و اقدامات اظهار نشده،^{۸۰} از ایران می‌خواهد فوری و بدون قید و شرط پروتکل الحاقی را منعقد نموده و اجرا نماید.^{۸۱}

نشست بعدی شورای حکام همانطور که قبلاً پیش‌بینی شده بود، در ۸

78. Chairman Summary.

79. See GOV/2003/69, 12 Sep. 2002., para. (c), preamble: "...the Board's 19 June request that iran ...".

80. Undeclared facilities and activities.

81. Chairman Summary, GOV/OR 1072, 19 Jun. 2003.

سپتامبر ۲۰۰۳ برگزار شد تا به مسائل مختلف از جمله موضوع فعالیت‌های هسته‌ای ایران بپردازد. این شورا پس از افت و خیزهای درونی، نهایتاً در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۳ به این موضوع پرداخت و با صدور قطعنامه‌ای (قطعنامه اول)،^{۸۲} از اجرای رژیم پادمان توسط جمهوری اسلامی ایران، ابراز نارضایتی نمود.

قطعنامه اول در سه بند (g) تا (I)، موارد نگرانی شورا را منعکس کرده که برخی از آنها «نگرانی شدید» عنوان گردیده است. این موارد عبارتند از:

– کلیه اقدامات آتی غنی‌سازی از جمله وارد کردن بعدی مواد هسته‌ای به پایلوت سانتریفیوژ نطنز را تا زمان ارائه تضمین‌های درخواستی دولتهای عضو توسط مدیرکل و اجرای رضایت بخش پروتکل الحاقی، به حالت تعلیق درآورد.

– درخواست امضا، تصویب و اجرای بدون قید و شرط و سریع پروتکل و حتی اجرای پیش از موعد آن،^{۸۳}

شورا نهایتاً از ایران خواست^{۸۴} که «برای امضا، تصویب و اجرای کامل پروتکل الحاقی با دبیرخانه کار کند»^{۸۵} و حتی از این فراتر می‌رود و درخواست می‌کند که ایران به عنوان یک اقدام اعتماد ساز،^{۸۶} از هم اکنون بر اساس آن پروتکل عمل نماید.^{۸۷}

در قطعنامه نوامبر شورای حکام به عنوان دومین قطعنامه از این دست

82. Gov/2004/21, 13 March 2004.

83. GOV/2003/69, 12 Sep. 2002.

84. Requests.

85. *Ibid.*, para. 6.

86. Confidence-building measure.

۸۷. بدین طریق، اجرای پیش از موعد یا موقت پروتکل الحاقی، از سوی آژانس از ایران درخواست شد.

نیز موارد زیر آمده است: بازرسی‌های بعدی باید بر اساس پروتکل به اضافه سیاست شفافیت کامل باشد،^{۸۸} از تصمیم ایران برای امضا و اجرای پیش از موعد پروتکل الحاقی ابراز رضایت می‌شود،^{۸۹} حق توسعه صلح‌آمیز انرژی هسته‌ای با در نظر گرفتن نیاز دولتهای در حال توسعه، اما منوط بودن اعمال این حق به وجود نظام پادمان مورد شناسایی قرار می‌گیرد.^{۹۰}

سومین قطعنامه شورا هم در قطعنامه مارس ۲۰۰۴ صادر شد^{۹۱} و در آن، شورای حکام «با ابراز قدردانی از این که ایران پروتکل الحاقی را در ۱۸ دسامبر ۲۰۰۳ امضاء نموده، و این که ایران در نامه مورخ ۱۰ نوامبر ۲۰۰۳ به مدیرکل، خود را ملتزم به اقدام بر اساس مقررات پروتکل از آن تاریخ نموده اما در عین حال با تذکر این که این پروتکل آنگونه که شورا در قطعنامه‌های ۱۲ دسامبر ۲۰۰۳ و ۲۶ نوامبر ۲۰۰۳ درخواست شده، تاکنون به تصویب نرسیده است»،^{۹۲} و همچنین ضمن استقبال از امضای پروتکل الحاقی توسط ایران، بر تصویب سریع آن تأکید شده است.^{۹۳} این قطعنامه همچنین افزوده که:

«تأکید می‌نماید که درک شورا این است که ایران در مکاتبات با مدیرکل در ۱۰ نوامبر ۲۰۰۳، خود را به اقدام بر طبق مفاد پروتکل از همان تاریخ متعهد نموده است، و شورا بر اهمیت پایبندی ایران به زمانبندی اظهارنامه‌های پیش‌بینی شده در ماده ۳ پروتکل تأکید می‌ورزد».^{۹۴}

همانطور که پیداست، ظاهر عبارت پردازی قطعنامه، دلالتی بر تعدیل

88. GOV/2003/81, 29 Nov. 2003, para. 5.

89. *Ibid.*, paras. (I) preamble, and 9.

90. *Ibid.*, para. (o) Preamble.

91. Gov/2004/21, 13 March 2004.

92. *Ibid.*, para. (d), preamble.

93. *Ibid.*, para. 2.

94. *Ibid.*

اصل رضائی بودن معاهدات ندارد. کما این که این امر بارها در نطق مسؤولین کشور و دیدگاه حقوقدانان نیز آمده است. چرا که شورا در قطعنامه‌های خویش بارها صرفاً از عنوان «درخواست» پذیرش پروتکل استفاده کرده بدون این که در این خصوص، تصمیمی لازم الاجرا اتخاذ کرده باشد. با این حال، واقعیت آن است که موجی از فشار سیاسی شدید برای واداشتن ایران به امضای پروتکل وجود داشت و در پی این فشارها بود که امضای سند مذکور، مورد قبول مسؤولین عالی کشور قرار گرفت. یعنی این که عملاً رویه دولتها مبتنی بر نوعی الزام آور بودن چنین پذیرش معاهده بوده است. آژانس نیز با پیگیری شدید همین الزام سیاسی بوده که آن را در گزارش‌های بازرسی از ایران پیش‌بینی کرده است.

بنابراین، به نظر می‌رسد که فشارهای سیاسی مذکور را می‌توان بیشتر در قالب سیاسی آن مطرح کرد و از نظر حقوقی، همان اصل رضائی بودن به قوت خود باقی مانده و مسأله الزام‌آوری «سیاسی»^{۹۵} یک التزام^{۹۶} را نباید با ابعاد و پیامدهای حقوقی^{۹۷} یک عمل یا تعهد^{۹۸} یکسان دانست.

95. Politically binding.

96. Commitment.

97. Legally binding.

98. Obligation.

نتیجه گیری

نظم حقوقی بین‌المللی به عنوان مجموعه موازین و هنجارهای حقوقی حاکم بر جامعه بین‌المللی، اغلب حاصل تراضی و تعامل دولتها بر اساس اصل همکاری است که تحقق منافع مشترک و پشتیبانی از زیربسترهای زیست جمعی را به عنوان یک غایت، تعقیب می‌کند. این موازین و هنجارها، آنگاه که در صورت و شکل یک معاهده بین‌المللی در می‌آید، در پرتو دو اصل بنیادین حقوقی نظم و نسق می‌یابد: «اصل رضائی یا ارادی بودن و اصل فرمالیسم یا صورت حقوقی».^{۹۹} اصل نخست، به ماهیت تعهدات قراردادی بین‌المللی توجه دارد و از این دریچه، مبنای حقوق بین‌الملل را بر اراده دولتهای مستقل و حاکم در روابط بین‌المللی استوار می‌سازد و اصل اخیر، لازمه حق و تکلیف آفرینی این اراده‌های مشترک و متقابل را صورت بندی آنها در چارچوب و ترتیب خاص می‌انگارد تا بدین طریق نه تنها طرق و شیوه‌های بیان اراده دولتها به صورت یکنواخت و همگون درآید، بلکه با الزامی کردن این قالب‌ها، عدول از نتایج تراضی شده دولتها به آسانی میسر نشود و معایب ناشی از دکترین خود محدودسازی ارادی دولتها مرتفع گردد.

در حوزه و گستره اصل نخست که این نوشتار به بررسی آن اختصاص دارد، مسأله این است که این رضائی بودن‌ها از چه منبع و منشأ حقوقی بر می‌انگیزد و چه آثار و نتایجی از منظر حقوقی برجای می‌گذارد. با ملاحظه تحولات بین‌المللی در عرصه خلع سلاح و کنترل تسلیحات به عنوان مجموعه‌ای موازین حقوقی حاکم بر روابط دولتها که درصدد محدود کردن آزادی عمل آنها در تولید، توسعه، انباشت و به کارگیری تسلیحات به عنوان وسیله‌ای جنگی است، حرکت‌هایی در این خصوص صورت

۹۹. رک. دکتر هدایت‌اله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، پیشین، ص ۱۵.

گرفته است که در مورد آن تحلیل‌های متفاوتی وجود دارد. این عملکردها و تحولات، عمدتاً بر فعالیت و تصمیم سازمانهای بین‌المللی در دهه ۱۹۹۰ و پس از آن متکی هستند و در این خصوص می‌توان از دو قطعنامه شورای امنیت در مورد عراق و کره و همچنین سه قطعنامه شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در مورد جمهوری اسلامی ایران اشاره کرد.

برخلاف برداشت از این قطعنامه‌ها به منزله رویه‌هایی در جهت تعدیل اصل رضائی بودن معاهدات، به نظر می‌رسد که چنین استنباطی از آنها نه با متن (text) و نه با گستره (context) آنها سازگار نبوده و حکایت از چنین اراده بین‌المللی بر گذار از نتایج ارادی بودن معاهدات ندارند.^{۱۰۰} هیچ یک از قطعنامه‌های شورای امنیت و شورای حکام به عنوان تصمیماتی الزام‌آور به تصویب نرسیده‌اند. به عبارت دیگر، در وضعیت کنونی چنین تعدیلی در بنیادهای حقوق معاهدات بویژه اصل رضائی بودن صورت نگرفته است کما این که سازمانهای بین‌المللی تصویب کننده این قطعنامه‌ها همزمان با اتخاذ این تصمیمات و پس از آن بر نسبی بودن آثار معاهدات و لزوم کسب اراده یک دولت برای التزام آن به تعهدات عدم گسترش و خلع سلاح تأکید کرده‌اند. به عنوان مثال، آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در عین این که پذیرش و اجرای پروتکل الحاقی را به عنوان گامی برای تضمین انجام وظایف آژانس بر اساس موافقتنامه پادمان بویژه تأیید ماهیت صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای تلقی کرده است، از تسری آثار نظام عدم گسترش به دولت - رژیم‌های غیرعضو ان.پی.تی. - خودداری نموده

۱۰۰. بر اساس ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات، هر عبارت از معاهده را باید در پرتو معنای عادی آن در سیاق عبارات تفسیر نمود. یعنی باید متن را در پرتو گستره آن قرار داد. البته این ماده در صورتی در موضوع بحث این نوشتار کاربرد دارد که تفسیر قطعنامه‌های سازمانهای بین‌المللی را نیز تابع این اصول بدانیم.

است.^{۱۰۱} همچنین شورای حکام در قطعنامه‌های سه‌گانه خود در مورد ایران، به تصمیم اختیاری و داوطلبانه ایران برای تعلیق غنی‌سازی با سانتریفیوژ^{۱۰۲} (که جزئی از پادمان مندرج در پروتکل الحاقی است) بارها تأکید نموده است.

نکته جالب توجه در رویه‌ها و عملکردهای بین‌المللی مورد بحث، وحدت موضوعی آنهاست. به عبارت دیگر، از پنج قطعنامه تحلیل شده در این نوشتار که جملگی به حوزه خلع سلاح و کنترل تسلیحات مربوط می‌شوند، چهار مورد ناظر بر نظام عدم گسترش مبتنی بر معاهده ان.پی.تی. است. در سالهای اخیر، فشارهای سیاسی زیادی برای واداشتن دولتها به قبول تعهدات عدم گسترش وجود داشته است. اما این فشارها در مورد ایران بسیار بیشتر از کره شمالی بوده است. هرچند قضیه کره به «خروج از تعهدات پذیرفته شده قبلی» آن هم بر اساس تعهد مادر در عدم گسترش^{۱۰۳} یعنی اصل معاهده ان.پی.تی. مربوط می‌شود و فشار آژانس بر «قبول تعهدات پادمان هسته‌ای» است، اما به نظر می‌رسد که عدم فشار بین‌المللی بر کره شمالی حاکی از آن است که عملکردهای مورد بحث، بیشتر یک عمل سیاسی است و نه عملی حقوقی که موجب حق و تکلیف از منظر حقوقی باشد. این در حالی است که کره شمالی اولاً به عضویت پروتکل الحاقی در نیامده است و تاکنون نیز هیچ کشوری چنین موضوعی را در مورد آن مطرح نکرده است. ثانیاً حتی از التزام قبلی به نفس تعهدات عدم

۱۰۱. ممکن است که چنین رویکردی نوعی سیاست دوگانه آژانس در برخورد با مسأله گسترش سلاحهای هسته‌ای تلقی شود اما از نظر حقوقی، معاهده عدم گسترش تاکنون به وضعیتی نرسیده که وجدان جمعی دولتها را منعکس کرده و تبلور اراده و منافع جامعه بین‌المللی باشد. رک. نادر ساعد، «ارزیابی تحکیم امنیت هسته‌ای با معیار حقوق بین‌الملل عرفی»، *مجله پژوهشهای حقوقی*، (شماره ۴، ۱۳۸۲)، صص ۲۲۰-۱۹۱.

102. Suspension of centrifuge enrichment.

103. Non-proliferation.

گسترش انصراف نموده است.

در این میان، رویه شورای امنیت به دلیل وضعیت حقوقی خاصی که این شورا بر اساس نظم حقوقی منشور (خواه در خصوص حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و خواه در راستای توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل) دارد، قابل توجه‌تر از شورای حکام است. این شورا که همواره بر مواضع اصولی خود اصرار داشته و قواعد ناشی از قطعنامه‌های مصوب خود را آنگاه که از اراده جمعی و حقوقی اعضای آن نشأت می‌گرفته تا حصول نتیجه دنبال می‌کرده است، به رغم تصویب دو قطعنامه ۶۸۷ آوریل ۱۹۹۱ و قطعنامه ۸۲۵ مه ۱۹۹۳ مفاد آنها را تا اجرا و تحقق کامل دنبال نکرده است. بر اساس این رویه مبتنی بر سکوت و همچنین این که شورا در این دو قطعنامه صرفاً «درخواست» و توصیه‌ای به دولتهای عراق و کره شمالی داشته که فاقد الزام حقوقی بوده است، آنها را نمی‌توان مستندی حقوقی برای استنباط تعدیل اصل رضائی بودن پذیرش معاهدات بین‌المللی دانست.

از طرف دیگر، شورا در قطعنامه ۲۵۴۰ مورخ ۲۸ آوریل ۲۰۰۴ تمایل‌های گذشته در خصوص حرکت به فراسوی اصل رضائی بودن را تعدیل نموده است. بر اساس این قطعنامه که به موجب فصل هفتم منشور صادر شده است، اولاً با تأیید مجدد بیانیه سال ۱۹۹۲ سران شورا، «ضرورت ایفای کامل تعهدات اعضای ملل متحد در رابطه با کنترل تسلیحات و خلع سلاح و جلوگیری از گسترش سلاحهای کشتار جمعی» را یادآور شده است. ثانیاً از دولتها درخواست شده تا «پذیرش و اجرای جهانشمول معاهدات چندجانبه عدم گسترش سلاحهای کشتار جمعی و تقویت معاهداتی که عضو آن هستند» را بهبود بخشند. در کل، روح و نص این قطعنامه حاکی از حفظ رابطه قراردادی دولتها با تعهدات عدم گسترش است و هرچند با تکیه بر حقوق منشور تعهداتی در خصوص منع انتقال سلاحهای

مذکور در اختیار بازیگران غیردولتی، لزوم وضع قوانین و مقررات مناسب برای کیفری کردن این گونه اقدامات، اتخاذ تدابیر کنترل ملی بر مواد مرتبط با آن سلاحها برای کلیه دولتهای عضو ملل متحد ایجاد شده است اما این سلسله تعهدات، جایگزین معاهدات مربوطه نیستند کما این که این امر به صراحت در بند ۵ آن قطعنامه اشاره شده است.

در مورد قطعنامه‌های سه گانه شورای حکام در مورد ایران نیز که با فشار سیاسی به «امضاء» پروتکل الحاقی به نظام پادمان هسته‌ای^{۱۰۴} (به عنوان یک معاهده بین‌المللی دوجانبه در تکمیل موافقتنامه پادمان سال ۱۹۷۱) انجامید، وضع تا حدودی متفاوت است. اما این تفاوت که ناشی از محیط سیاسی بین‌المللی و جبهه‌گیری و بلوک بندی‌های بین‌المللی است، هنوز با اعتقاد حقوقی همراه نشده است. به قول پروفیسور کرافورد، این قطعنامه نه تنها پذیرش پروتکل الحاقی را از ایران «درخواست» کرده بلکه تنها «کار با دبیرخانه» برای امضاء، تصویب و اجرای پروتکل را خواستار شده و صراحتاً به لزوم امضاء، تصویب و اجرای آن اشاره‌ای ندارد.

در هر حال، این عملکردها هنوز قادر نیستند اصل بنیادین رضائی بودن پذیرش معاهدات بین‌المللی را کنار گذاشته یا در آن خللی ایجاد کنند. نظام بین‌المللی دولت محور کنونی، ضامن بقای این اصل در ساخت و پرداخت تعهدات قراردادی بین‌المللی است و مادامی که برابری حاکمیت دولتها ستون نظم حقوقی بین‌المللی باشد، نمی‌توان هیچ دولتی را به قبول معاهدات بین‌المللی (خواه در عرصه خلع سلاح و کنترل تسلیحات یا دیگر حوزه‌ها) ملزم نمود^{۱۰۵} و تنها تصمیم آزادانه دولتها متعاقب تشخیص منافع

104. Protocol Additional to Strengthening the Safeguard System (SSS).

۱۰۵. شورای امنیت در قالب قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۷۳ در مورد مبارزه با تروریسم، تعهدات مندرج در ۱۲ کنوانسیون ضد تروریستی را از حالت قراردادی به حقوق سازمانی تبدیل نمود. در قطعنامه ۱۵۴۰ سال

ملی خویش است که زمینه ساز پذیرش معاهدات خواهد بود. بر این اساس، هر دولت می‌تواند در فرایند انعقاد یک معاهده شرکت کند و یا از مشارکت در این نوع ساخت و پرداخت هنجارهای حقوقی خودداری نماید، هر زمان که مناسب تشخیص داد، معاهده را بپذیرد و در صورت عدم نفی اعلام شرط در معاهده، آن را به صورت مشروط قبول نماید. علاوه بر این، تعیین دامنه تعهدات مندرج در یک معاهده، از اراده قبلی یا بعدی طرفین معاهده تبعیت می‌کند و اثر معاهده به طرفهای متعاقد یعنی دولتهایی که اراده خود را به التزام در قبال آن اعلام کرده‌اند، محدود می‌گردد.

۲۰۰۴ نیز برخی از تعهدات مندرج در معاهدات راجع به سلاحهای کشتار جمعی گزیده و تصویب شده است. با این حال، تفاوت قطعنامه اخیر با قطعنامه‌های مربوط به تروریسم کاملاً نمایان است.

حق شرط بر معاهدات و تفسیر کلی شماره ۲۴(۵۲) کمیته حقوق بشر

مؤلف: کاترین رجول*

مترجم: دکتر توکل حبیب‌زاده**

الف - مقدمه

کمیته حقوق بشر در ۲ نوامبر ۱۹۹۴، تفسیر کلی شماره ۲۴(۵۲) را در مورد شرطهایی که در زمان تصویب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یا الحاق به آن اعلام شده است، تصویب نمود.^۲ این تفسیر خطاب

*. Catherine J. REDGWELL, "Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24(52)", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, April 1997, pp. 390-412.

** استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).
بعضی از منابعی که مؤلف به منظور اطلاع بیشتر خواننده در پاورقی‌ها آدرس داده بود، حذف و یا تلخیص شده است (م).

1. *General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, adopted by the Committee at its 1.382nd, meeting (52nd session) on 2 Nov. 1994, reproduced in (1995) 2:1 *Int. Human Rights Rep.* 10-15 and in (1995) 15/11-12 *Human Rights L.J.* 464-467 (hereinafter "Comment").

۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ منعقد و در ۲۳ مارس ۱۹۷۶ لازم الاجرا گردید (از این پس «میثاق»). در تاریخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۵، ۱۳۲ کشور عضو میثاق بودند.

به دولتهای عضو میثاق بوده و روشی را نشان می‌دهد که طبق آن شرطهای اعلام شده بر تضمینات (مندرج در) میثاق مورد بررسی قرار خواهند گرفت.^۳ این واقعیت که کمیته تفسیری کلی راجع به موضوع شرط ارائه نموده، بطور آشکار نگرانی کمیته را در مورد تعداد و دامنه شرطهای اعلام شده نشان می‌دهد. به نظر کمیته شرطهای مزبور اجرای مؤثر میثاق را تضعیف کرده و همچنین به انجام وظیفه کمیته درباره موضوعی که نسبت به آن اعلام شرط شده، لطمه می‌زند.^۴ هرچند میثاق به اندازه بعضی از معاهدات حقوق بشری،^۵ بویژه کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان^۶ و کنوانسیون حقوق کودک،^۷ موضوع شرط واقع نشده است، با این وجود برخی شرطهای کلی* بر آن اعلام شده که اعتراضاتی را به دنبال داشته

۳. تفسیر کمیته: (۱) اصول حقوق بین‌الملل قابل اجرا درباره حق شرط را مشخص می‌کند، (۲) نقش دولتهای عضو را در مورد شرطهای دولتهای دیگر بررسی می‌نماید، (۳) نقش خود کمیته را راجع به حق شرط عنوان می‌کند، (۴) به اعضای فعلی و آتی میثاق توصیه می‌کند که در تنظیم حق شرط و بازنگری آن ملاحظات حقوقی و سیاست حقوق بشری را در نظر داشته باشند. (پاراگراف دوم).
۴. نکته اخیر همچنین توسط پروفیسور روزالین هیگینز، عضو کمیته حقوق بشر، در مقاله زیر مورد تأکید قرار گرفته است:

Rosalyn Higgins, "Human Rights: Some Questions of Integrity" (1989) 52 M.L.R.1, 12.

۵. برای مرور کلی رویه دولتها در مورد حق شرط بر ۲۷ معاهده حقوق بشری رجوع شود به:
D. Shelton, "State Practice on Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights" (1983) 1 Can. Human Rights Y.B. 205-234; see also M. Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights" (1985) 15:1 Calif. W.I.L.J. 1-15, and P.H. Imbert., "Reservations and Human Rights Conventions" (1981) VI:1 Human Rights Rev. 28-60. See also L. Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?* (1995).

ایشان شروط مربوط به کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی، کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع شکنجه را مورد بررسی قرار داده است.

۶. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ منعقد و در سوم سپتامبر ۱۹۸۱ لازم الاجرا شد. برای بررسی بیشتر این کنوانسیون رجوع شود به:

R.Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women" (1990) 30 Virginia J.I.L. 643.

۷. این کنوانسیون در ۲۹ نوامبر ۱۹۸۹ منعقد و در ۲ سپتامبر ۱۹۹۰ لازم الاجرا گردید.

*. Sweeping reservations.

است. این نگرانی وجود دارد که ممکن است تمامیت میثاق فدای مشارکت گسترده دولتها شده باشد. خانم هیگینز اظهار می‌دارد «در واقع تقریباً می‌توان گفت که (یک نوع) تبانی وجود دارد تا نسبت به شرطهای نافذ و مخل اعتراضی صورت نگیرد».^۸

این مقاله بر آن است که^۹ نگرانی‌های کمیته را بطور اجمالی بررسی کرده، سپس تفسیر کلی آن در مورد حق شرط را در پرتو حقوق بین‌الملل عام مربوط به شرط بر معاهدات را تجزیه و تحلیل نماید. بدین منظور موضوع اصلی مورد بحث مناسب بودن نظام عام شرط بر معاهدات مندرج در مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، در خصوص معاهدات مربوط به حقوق بشر خواهد بود.^{۱۰} در سال ۱۹۹۴ کمیسیون حقوق بین‌الملل موضوع شرط بر معاهدات را در دستور کار خود ثبت نمود و پروفیسور آلن پله* (از فرانسه) به عنوان مخبر ویژه مأموریت یافت تا مواد مزبور را مجدداً مورد بررسی قرار دهد. دومین گزارشی که پروفیسور پله برای چهل و هشتمین جلسه کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه کرده بود، هرچند به دلیل نبود فرصت کافی در کمیسیون مورد بررسی قرار نگرفت، اما بطور آشکار درباره شرط بر معاهدات حقوق بشر بحث می‌کند. ایشان بطور خاص این نکته را بررسی می‌کند که آیا قواعد کلی مربوط به شرط بر معاهدات در مورد کلیه معاهدات بدون توجه به موضوع آنها قابل اجراست. این مبحث به عنوان یک موضوع تقریباً فوری در پرتو «رویه قضایی جدید - و مورد مناقشه - ارکان ناظر بر معاهدات حقوق بشر راجع

8. Higgins, *loc. cit.*, *supra* n.4.

۹. هدف از این مقاله تجزیه و تحلیل کامل مطابقت شرطهای اعلام شده بر میثاق با موضوع و هدف آن نیست، هر چند در طول بحث به مثالهای مناسب از رویه دولتها اشاره خواهد شد.

10. (1969) 8 I.L.M. 679.

*. Alain Pellet.

به حق شرط»، از جمله تفسیر کلی شماره (۵۲) ۲۴ کمیته مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.^{۱۱} پروفسور پله بر ضرورت بررسی فوری موضوع در پرتو اصول حقوق بین‌الملل عام تأکید می‌کند. گزارش ایشان نهایتاً بر مناسب بودن نظام عام (حق شرط) در مورد هر نوع معاهده و برقراری توازن میان انعطاف پذیری معاهده که مشارکت دولتها را ترغیب و تشویق می‌کند، و تمامیت معاهده صحنه می‌گذارد که ذیلاً در خصوص آن بیشتر بحث می‌شود.

این نتیجه‌گیری با موضع کمیسیون حقوق بین‌الملل که موضوع شرط بر معاهدات را در برنامه بلند مدت کاری خود ثبت نمود، مطابقت دارد. کمیسیون خاطر نشان ساخت که «از عدم ضرورت به چالش کشیدن نظام تدوین شده در مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات آگاه است». پیامی نیز بطور مشخص به کمیته ششم (مجمع عمومی) ابلاغ گردید.^{۱۲} این پیام دقیقاً همان اعتراضی است که کمیته حقوق بشر حداقل در مورد معاهدات حقوق بشری ابراز نموده است. نگرانی فراینده‌ای وجود دارد دایر بر این که نظام انعطاف پذیر حق شرط پیش‌بینی شده در کنوانسیون وین که به منظور تسهیل مشارکت گسترده (دولتها) در

11. *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session*, 6 May-26 July 1996, GAOR Supp. No. 10 (A/51/10), para. 116.

همچنین رجوع شود به گزارش دوم پله که در اسناد زیر درج شده است:
Doc. A/CN.4/477 ("Overview of the Study") and A/CN.4/477/Add.1 (وحدت یا تعدد نظام حقوقی)
حق شرط بر معاهدات)

12. با این حال، کمیسیون معتقد است که می‌توان این مقررات را از طریق یک پروتکل الحاقی به کنوانسیون موجود یا یک دستور العمل اجرایی شفاف و روشن نمود:

Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session, 6 May-23 July 1993, GAOR Supp. No. 10 (A/48/10), para. 440.

همچنین رجوع شود به نتیجه‌گیری اولین گزارش مقدماتی پروفسور پله (A/CN.4/470, paras. 180-182) و دومین گزارش ایشان (ibid.).

معاهدات طراحی شده، با هزینه کردن از تمامیت معاهداتی که موضوع شرطهای کلی قرار گرفته‌اند، به این هدف نائل آمده است. تفسیر کلی شماره (۵۲) ۲۴ کمیته گام جسورانه‌ای را به سوی تنظیم نظام حق شرط جدید و متفاوتی در خصوص معاهدات حقوق بشر بر می‌دارد که به وضوح از آنچه که اجرای نامطلوب مقررات کلاسیک حق شرط مندرج در مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد این گونه معاهدات تعبیر می‌شود،^{۱۳} فاصله می‌گیرد. تفسیر کلی (کمیته) بطور خاص «محدودیتهای خیلی دقیق و جدی را بر اختیارات دولتها در اعلام شرط مطرح می‌کند».^{۱۴} این موضوع، از جمله، در بحث مربوط به اجرای معیار مطابقت با هدف و موضوع معاهده در خصوص انواع مختلف شروط (اعلام شده) بر میثاق به وضوح به چشم می‌خورد. همچنین ادعا شده که تشخیص مطابقت شرط با هدف و موضوع میثاق بر عهده کمیته است، مسئولیتی که سایر ارکان حقوق بشر سازمان ملل متحد مانند کمیته رفع تبعیض علیه زنان و کمیته رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی آن را بر عهده نگرفته‌اند.^{۱۵} این رویکرد جاه طلبانه سایر ابداعات اخیر کمیته حقوق بشر را برجسته ساخته است. این جسارت و شهامت (کمیته) به پایان جنگ سرد، بلوغ کمیته و تبدیل شدن آن به یک رکن جمعی و احترام و حمایت عمومی کشورهای عضو نسبت داده

13. Higgins, *op. cit. supra* n. 4, at p. 11; T. Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (1989), pp. 16-17; Shelton, *op. cit. supra* n. 5, at p. 228.

14. D. J. Harris in D. J. Harris and S. Joseph (Eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom* (1995), p. 76, n. 295.

۱۵. برای بحث بیشتر رجوع شود به:

Meron, *op. cit. supra* n. 13, at pp. 11 and 22, n. 56; Shelton, *op. cit. supra* n. 5, at p. 230, and K. Das, "The United Nations Institutions and Procedures Founded on Conventions on Human Rights and Fundamental Freedoms", in K. Vasak (Ed.), *The International Dimension of Human Rights* (1982), Vol. 1, p. 305.

شده است.^{۱۶} تفسیر کمیته را می‌توان گام مهمی دانست که کمیته برای وادار ساختن دولتها به بررسی دقیق ضرورت اعلام شرط و ارزیابی استرداد شرطهای موجود و پاسخ مناسب به اظهارات تردیدآمیز دولتهای دیگر برداشته است. زمان ارائه تفسیر مزبور نیز حائز اهمیت است، زیرا با بررسی قریب‌الوقوع اولین گزارش ایالات متحده امریکا درباره میثاق از سوی کمیته همزمان بود. در این رابطه، نماینده ایالات متحده در مکاتبه‌ای با رئیس کمیته حقوق بشر، نگرانی‌های خود را راجع به تفسیر کلی کمیته ابراز نمود.^{۱۷} تردیدی نیست که تفسیر کمیته نگرانی‌ها و در برخی از مناطق دنیا خشم دولتهایی را که شرطهای گسترده‌ای بر میثاق و سایر معاهدات حقوق بشری اعلام نموده‌اند، برانگیخته است.

ب - شرطهای (اعلام شده) بر میثاق

تا اول نوامبر ۱۹۹۴، ۴۶ کشور از ۱۲۷ کشور عضو میثاق تا آن زمان، در مجموع ۱۵۰ شرط بر میثاق وارد کرده بودند.^{۱۸} در میثاق یا در اولین پروتکل اختیاری آن^{۱۹} هیچ‌گونه راهنمایی در مورد چگونگی اعلام

16. S. Joseph, "New Procedures Concerning the Human Rights Committee's Examination of State Reports" (1995) 13:1 Netherlands Quarterly of Human Rights 5.

17. اولین گزارش امریکا در پنجاه و سومین اجلاس کمیته حقوق بشر مورد بررسی قرار گرفت. (CCPR/C/79/Add. 50)

این گزارش صرفاً بیان می‌کند که کمیته «نگرانی‌هایی که هیأت نمایندگی (امریکا) در خصوص تفسیر کلی کمیته در مکاتبه با رئیس آن ابراز نموده است»، مورد توجه قرار داده است. (Idem. para. 13).

18. تفسیر کمیته، پاراگراف اول. این تعداد ۳۶ درصد دولتهای عضو میثاق را تشکیل می‌دهد.

19. اولین پروتکل اختیاری میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ منعقد گردید و در ۲۳ مارس ۱۹۷۶ لازم الاجرا شد. این پروتکل به افراد اجازه می‌دهد که درباره موارد نقض ادعایی حقوق تضمین شده در میثاق به کمیته حقوق بشر شکایت کنند.

شرط وجود نداشته و هر دوی آنها در این خصوص ساکتند.^{۲۰} علی‌رغم «درخواست صریح مجمع عمومی در سال ۱۹۵۲ مبنی بر لزوم پیش‌بینی مقررات مشخصی در هر دو میثاق در مورد مجاز بودن و آثار حقوقی شرط و نیز پیشنهادات متعددی که در این زمینه صورت گرفته»،^{۲۱} این وضعیت (بر میثاق حاکم) است. ایمبرت (Imbert) بخشی از این احتیاط را به خواست اکثریت نسبت می‌دهد مبنی بر اطمینان از این که قواعد عام حقوق معاهدات به صورتی که در پیش نویس مواد تازه تصویب شده کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به حقوق معاهدات انعکاس یافته بود،^{۲۲} در مورد میثاق اجرا خواهد شد.^{۲۳}

۲۰. دومین پروتکل اختیاری میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، با هدف لغو مجازات اعدام، در ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ منعقد شد و در ۱۱ ژوئیه ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا گردید. (Annex to G.A.Res.44/128, 15 Dec. 1989). این پروتکل صراحتاً حق شرط را منع کرده است «به استثنای شرطی که در زمان تصویب یا الحاق اعلام شده است و اجرای مجازات اعدام را در زمان جنگ و به علت ارتکاب یک جنایت مهم یا ماهیت نظامی پیش‌بینی می‌کند» (بند ۱ ماده ۲).

21. M. Nowak, *CCPR Commentary* (1993), p. xxv.

برای بحث جامع در مورد سرنوشت یک ماده مربوط به حق شرط نک.

R. Higgins, "Derogations Under Human Rights Treaties" (1976-77), 48 B.Y.B.I.L. 281, 317-319; Imbert, *op. cit. supra* n. 5, at pp. 42-43.

۲۲. در واقع پیش نویس مواد مربوط به حقوق معاهدات سال ۱۹۶۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل که مباحث مربوط به حق شرط در میثاق بر مبنای آن استوار شده است، پیش از تصویب نهایی متن کنوانسیون وین حقوق معاهدات در سال ۱۹۶۹ تغییر یافت. پیش نویس مواد سال ۱۹۶۶ از دولت معترض می‌خواست که به طور آشکار اعلام نماید که با وجود مخالفت آن با حق شرط، میان آن و دولت شرط‌گذار رابطه عهدنامه‌ای وجود دارد: {2 Y.B.I.L.C. 173, 202 (1966)}. در کنفرانس وین این فرضیه علیه رابطه عهدنامه‌ای میان دولت شرط‌گذار و دولت معترض تغییر یافت و در نتیجه بند ۴ ماده ۲۰ دولت معترض را صراحتاً ملزم می‌سازد که اعلام نماید اثر اعتراض آن به یک شرط این است که رابطه عهدنامه‌ای میان آن و دولت شرط‌گذار برقرار نمی‌گردد.

UN Doc. A/CONF.39/11/Add.1, p. 35 (1969).

23. *Op. cit. supra* n.5 at p. 42.

از سوی دیگر، پشوتا (Pechuta) نارضایتی خود را از معیار مطابقت نشان می‌دهد که کمیسیون را در هنگام تهیه و تدوین پیش نویس میثاق وادار نمود خلاصه‌ای از دیدگاه‌های ارائه شده توسط هیأت‌های نمایندگی مختلف را بدون هیچ‌گونه نتیجه‌گیری به مجمع عمومی تقدیم نماید:

❖ ۱۰۱ حق شرط بر معاهدات و ...

به عنوان یکی از آثار سکوت میثاق راجع به حق شرط، ارزیابی اعتبار شرطها بر مبنای معیار، «مطابقت با موضوع و هدف (معاهده)» به منزله یک موضوع حقوق بین الملل عام محسوب می گردد. ماده ۱۹ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، معیار مطابقت با «موضوع و هدف معاهده» را که از سوی دیوان بین المللی دادگستری در «قضیه سال ۱۹۵۱ حق شرط بر کنوانسیون منع نسل کشی» بیان شده، منعکس می کند.^{۲۴} به نظر کمیته هدف و موضوع معاهده «با توصیف و تبیین برخی از حقوق مدنی و سیاسی و درج آنها در زمره تعهدات الزام آور برای کشورهای تصویب کننده، معیارهای الزام آور حقوقی در مورد حقوق بشر بوجود آورده و در مورد تعهدات پذیرفته شده ساز و کار نظارتی مؤثری را ایجاد می کند».^{۲۵} شرطهایی که بر میثاق اعمال شده و ظاهراً به اجرای مؤثر میثاق لطمه می زنند، از نظر اهمیت متفاوت بوده و در تفسیر کمیته به سه دسته زیر تقسیم شده اند:^{۲۶}

- ۱- شرطهایی که تعهد به تدوین و تضمین حقوق خاصی را در میثاق مستثنی می سازند،
- ۲- شرطهایی که با عبارت های کلی «اغلب به منظور تضمین برتری مداوم برخی از قوانین داخلی بیان شده اند»، و
- ۳- شرطهایی که صلاحیت کمیته حقوق بشر را تحت تأثیر قرار می دهند.

V. Pechuta, "The Development of the Covenant on Civil and Political Rights", in Vasak, *op. cit.* *supra* n. 15, at pp. 53-54.

24. Comment, p. 3, n. 3.

25. *Idem*, para. 7.

26. *Idem*, para. 1.

مثال جدید و بحث‌انگیز در ارتباط با حق شرط که در هر سه دسته فوق جای می‌گیرد عبارت است از پنج شرط، پنج بیانیه^{۲۷*} و سه اعلامیه‌ای که ایالات متحده به هنگام تصویب میثاق در تاریخ ۱۸ ژوئن ۱۹۹۲ صادر کرده است.^{۲۸} شلتون به هنگام ارزیابی شرطهای مزبور پیش‌بینی می‌کند که «بویژه از آنجا که چنین به نظر می‌رسد میثاق حداقل معیارهایی را در مورد رفتار دولتها با افراد و گروهها ارائه می‌کند، ممکن است اعتراضاتی در خصوص تعداد و دامنه شروط ایالات متحده در مجموع وجود داشته باشد».^{۲۹} تا پایان دسامبر ۱۹۹۳، تنها از سوی ۱۱ کشور اعتراضاتی به عمل آمد،^{۳۰} ولی ظاهراً هیچ یک از آنها در مهلت مقرر ۱۲ ماه از تاریخ ابلاغ

*. Understanding.

۲۷. در اعتراض به شرطهایی که دولت امریکا در زمان تصویب اعلام کرده بود، سوئد و فنلاند یادآوری نمودند که عنوان داده شده به یک بیانیه آثار حقوقی آن را مشخص نمی‌کند. هر دو کشور بیانیه اول (1) Understanding) امریکا را شرط تلقی نموده و به همین دلیل نسبت به آن اعتراض کردند، از طرف دیگر، کشور هلند صراحتاً بیان می‌کند که به اعتقاد آن بیانیه‌ها و اعلامیه‌های دولت امریکا آثار حقوقی مقررات میثاق را در قبال این کشور تعدیل یا مستثنی نمی‌کند، و حتی صلاحیت کمیته حقوق بشر را به هیچ وجه برای تفسیر این مقررات در خصوص قابل اجرا بودن آنها در قبال امریکا محدود نمی‌نماید.

Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 Dec. 1995, ST/LEG/SER.E/14 (UN, 1996), pp. 131-134 (hereinafter "Index").

۲۸. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

D. Shelton, "Issues Raised by the United States Reservations, Understanding and Declaration", in H. Hannum and D. Fischer (Eds.), *U.S. Ratification of the International Covenant on Human Rights* (1993), chap. V;

همچنین رجوع شود به گزارش کمیته روابط خارجی سنای امریکا در مورد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

US Senate Executive report 102-23 (102d Cong. 2d Sess.) in (1992) 31 I.L.M. 645; and D. P. Stewart, "U.S. Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the reservations, Understandings and Declarations" (1993) 14/3-4 Human Rights L.J. 77.

29. Shelton, *idem*, p. 272.

۳۰. در ۳۱ دسامبر ۱۹۹۳ کشورهای زیر اعتراضات خود را اعلام کرده بودند: بلژیک (۵ اکتبر ۱۹۹۳)، دانمارک (۱ اکتبر ۱۹۹۳)، فنلاند (۲۸ سپتامبر ۱۹۹۳)، فرانسه (۴ اکتبر ۱۹۹۳)، آلمان (۲۹ سپتامبر ۱۹۹۳)، ایتالیا (۵ اکتبر ۱۹۹۳)، هلند (۲۸ سپتامبر ۱۹۹۳)، نروژ (۴ اکتبر ۱۹۹۳)، پرتغال (۵ اکتبر ۱۹۹۳)، اسپانیا (۵ اکتبر ۱۹۹۳) و سوئد (۱۸ ژوئن ۱۹۹۳):

❖ ۱۰۳ حق شرط بر معاهدات و ...

شرطهای ایالات متحده صورت نگرفته است.^{۳۱} شرطهای (۲) و (۳) بیشترین مخالفت‌ها را برانگیخته‌اند که به ترتیب به ماده ۶ و ماده ۷ مربوط می‌شوند. ماده ۶ از حق حیات حمایت می‌کند و ماده ۷ رهایی از شکنجه یا رفتار و یا مجازات خشن، غیر انسانی یا تحقیرآمیز را تضمین می‌نماید.^{۳۲} شرطهای مزبور به شرح زیر هستند:^{۳۳}

(۲) ایالات متحده این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که با رعایت قید و شرطهای (مندرج در) قانون اساسی خود، مجازات اعدام را در مورد هر شخصی (به جز زن باردار) اعمال نماید که به موجب قوانین موجود یا آتی که مجازات اعدام را، از جمله در مورد جرایم ارتكابی توسط افراد زیر ۱۸ سال، تجویز می‌کنند، محکوم گردد.^{۳۴}

Index, *loc. cit. supra*, n. 27.

این تعداد بیش از نیمی از اعتراضاتی است که نسبت به شرطهای اعمال شده بر میثاق تا سال قبل از آن صورت گرفته است.

Cf. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1992*, ST/LEG/SER.E/11 (UN, 1993), pp. 133-134.

۳۱. بند ۵ ماده ۲۰ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد که اگر یک کشور مخالفت خود با یک شرط را در مدت ۱۲ ماه از تاریخ ابلاغ آن ابراز نکند، فرض براین است که شرط را پذیرفته است. مهلت ۱۲ ماه از هنگامی شروع می‌شود که امین معاهده دولتهای عضو را از دریافت مکاتبات مربوط به معاهده مطلع سازد (بند ج ماده ۷۸). ابلاغ باید به صورت مکتوب تنظیم شود، هر چند که کنوانسیون وین بیان نمی‌کند که این نوشته باید چه شکلی داشته باشد:

see 1976 Digest of U.S. Practice in International Law, p. 216.

۳۲. ایتالیا و آلمان «حق شرط» بر ماده ۷ را اشاره‌ای به ماده ۲ تلقی نموده و بنابراین بر این عقیده هستند که به هیچ وجه تعهدات امریکا را به عنوان یک دولت عضو میثاق تحت تأثیر قرار نمی‌دهند:

Index, *supra* n. 27 at p. 132.

33. *Idem*, p. 130.

برعکس به نظر می‌رسد در این باره اجماع کلی وجود دارد که شرط امریکا بر ماده تخلف پذیر ۲۰ (که) تبلیغ برای جنگ و ترغیب به ابزار تنفر ملی، نژادی یا مذهبی را ممنوع می‌کند) مشروع بوده و برای حفظ یکی از آزادیهای تضمین شده در میثاق یعنی آزادی بیان ضرورت دارد. هیچ یک از دولتهایی که با شرطهای امریکا تا پایان سال ۱۹۹۳ مخالفت کرده‌اند، نسبت به این شرط خاص اعتراض نکردند.

۳۴. رجوع شود به ویژه به بند ۵ ماده ۶ میثاق که مقرر می‌دارد: «حکم اعدام در مورد جرایم ارتكابی توسط اشخاص کمتر از هیجده سال صادر نمی‌شود و در مورد زنان باردار قابل اجرا نیست». استوارت

(۳) ایالات متحده تا جایی خود را به ماده ۷ ملتزم می‌داند که «رفتار یا مجازات خشن، غیر انسانی یا تحقیرآمیز» به معنی رفتار یا مجازات خشن و غیر معمولی باشد که به موجب پنجمین، هشتمین، و/یا چهاردهمین اصلحیه قانون اساسی ایالات متحده ممنوع شده است.^{۳۵}

توضیحات ایالات متحده در مورد تصویب مشروط (میثاق) به منظور اعلام شرط در مواردی است که بین میثاق و قوانین داخلی (آن) مغایرت وجود دارد.^{۳۶} این رویکرد در جریان بررسی گزارش ایالات متحده مورد انتقاد اعضای کمیته حقوق بشر قرار گرفته و در تفسیر کمیته راجع به گزارش آن کشور به شرح زیر انعکاس یافته است:^{۳۷}

(D. P. Stewart) مشاور حقوقی وزارت امور خارجه آمریکا در امور حقوق بشر و پناهندگان درباره این شرط اظهار می‌دارد که «یک شخص هر قدر هم با (اعمال مداوم مجازات اعدام) در آمریکا مخالف باشد، نمی‌تواند بطور واقع بینانه برای غلبه بر خواسته‌های اکثریت شهروندان در اکثر ایالت‌ها که به طور دموکراتیک ابراز شده، انتظار تصویب میثاق را داشته باشد:

Op. cit. *supra* n. 28, at p. 83.

این نکته همچنین توسط نماینده آمریکا در کمیته حقوق بشر – آقای هارپر (Harper) – بیان شده است: تصمیم برای حفظ مجازات اعدام «انتخاب دموکراتیک جدی و مطالعه شده افکار عمومی آمریکا را منعکس نمود» که نادیده گرفتن آن مناسب نبود.

CCPR/C/SR 1405, 24 Apr. 1995, para. 12.

۳۵. این شرط شبیه شرطی است که در ارتباط با تصویب کنوانسیون منع شکنجه و سایر مجازات یا رفتار خشن، غیر انسانی یا تحقیرآمیز از سوی آمریکا مطرح شده است:

Senate Report, *supra* n.28, at p. 654.

منشأ این شرط شاید تا حدی تصمیم دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه Soering باشد:

Judgment of 7 July 1989, Ser. A. No. 161, reprinted in (1989) 28 I.L.M. 1063: Shelton, op. cit. *supra* n. 28, at p. 273; see also Stewart, *idem*, p. 81.

لازم به یادآوری است که در این قضیه دیوان اعلام نمود که آیین رسیدگی قضایی طولانی مدت در مورد مجازات اعدام می‌تواند «مجازات یا رفتار خشن، غیر انسانی یا تحقیر کننده» تلقی شود، مفهومی که به طور مستقیم از سوی کمیته روابط خارجی سنا در دفاع از شرط بر ماده ۷ میثاق مورد اشاره قرار گرفته است:

Senate Report, *ibid*.

36. See generally Hannum and Fischer, op. cit. *supra* n. 27, and Senate Report, *idem*, p. 653.

۳۷. تفسیر کمیته حقوق بشر در پنجاه و سومین اجلاس خود درباره گزارش آمریکا:

CCPR/ 79/ Add. 50, para. 14

حق شرط بر معاهدات و ... ❖ ۱۰۵

«کمیته مراتب تأسف خود را از وسعت شرطها، بیانیها و اعلامیه‌های ایالات متحده در خصوص میثاق ابراز می‌دارد. به نظر کمیته هدف از این شرطها در مجموع تضمین این امر بوده که ایالات متحده آنچه را که قبلاً قانون آن کشور بوده، پذیرفته است. کمیته همچنین نگرانی خود را بویژه از شرطهای مربوط به بند ۵ ماده ۶ و ماده ۷ میثاق اعلام داشته و معتقد است که آنها با هدف و موضوع میثاق مطابق نیستند».

رویکرد ایالات متحده امریکا همچنین اعتراض تعداد کمی از دولتهای عضو میثاق از جمله سوئد را برانگیخته است. در اعتراض تند و شدید این کشور از جمله آمده است: «این گونه شرطها موجب تضعیف و از بین رفتن بنیان حقوق بین‌الملل معاهدات می‌گردند».^{۳۸}

همانطور که اشاره شد، یکی از دلایل روشن شرطهای ایالات متحده امریکا، تضمین «برتری مداوم برخی قوانین داخلی (آن)» در صورت مغایرت با مفاد میثاق می‌باشد - گروه دوم در طبقه بندی سه گانه کمیته از انواع شرطها که احتمالاً بر اجرای مؤثر میثاق لطمه می‌زند. مثال دیگر از این گروه، شرط ادعایی جمهوری کره است که در زمان الحاق آن کشور به

همچنین رجوع شود به نظرات فردی آقایان Kretzmer و Bhagwati : CCPR/C/SR/1402, 29 Mar. 1995, paras. 3 and 22 respectively.

برای انتقاد شدید از رویکرد امریکا همچنین رجوع شود به بیانات حقوقدانان کمیته حقوق بشر در مورد تصویب میثاق از سوی امریکا که در سند زیر درج شده است:

(1993) 14/ 3-4 Human Rights L.J. 125.

برای نظر مخالف رجوع شود به:

Stewart, loc. cit. supra n. 28.

38. Index, supra n. 27 at pp. 133-134.

برای بحث در مورد اعتراضات سایر دولتهای عضو رجوع شود به متونی که در پاورقی شماره ۹۷ ذکر شده است.

میثاق در تاریخ ۱۰ آوریل ۱۹۹۰ تنظیم شده و اعلام می‌کند:^{۳۹} «دولت جمهوری کره (اعلام می‌دارد) که مقررات... ماده ۲۲... میثاق تا جایی اجرا خواهد شد که با مقررات قوانین داخلی از جمله قانون اساسی جمهوری کره مطابقت داشته باشد».^{۴۰} شرط مزبور تعهد بین‌المللی به حمایت از آزادی اجتماعات و تشکلهای مذکور در ماده ۲۲ میثاق را تابع قوانین داخلی کره می‌سازد. این شکل از «تبعیت موردی»^{*} نسبتاً کمتر از «تبعیت کلی»^{**} قابل اعتراض است، جایی که یک شرط گامی فراتر نهاده و معاهده را در تمامیت آن تابع قانون اساسی، و در بعضی موارد، همچنین تابع قانون داخلی دولت شرط گذار می‌نماید. همان طور که خانم شلتون خاطر نشان می‌سازد: «شرطهایی که تبعیت کلی به دنبال دارند، سؤال برانگیزترین شرطها محسوب می‌شوند، زیرا آنها دلیل و فلسفه تهیه و تنظیم معاهدات حقوق بشری را انکار می‌نمایند: یعنی ایجاد حداقل معیارهایی که باید قوانین داخلی با آنها هماهنگی و مطابقت داشته باشند».^{۴۱} در حال حاضر این گونه شرطهای کلی بر میثاق اعلام نشده است،^{۴۲} هرچند سایر معاهدات حقوق

۳۹. مثال دیگر اعلامیه‌های ایتالیا به هنگام تصویب (میثاق) است که از جمله بیان می‌دارد: «مقررات بند د پاراگراف ۳ ماده ۱۴ مطابق با قوانین موجود ایتالیا فرض می‌شود» و «پاراگراف ۵ ماده ۱۴ به اجرای قوانین موجود ایتالیا لطمه‌ای وارد نخواهد ساخت» (تأکید در متن اصلی):

Index, *idem*, p. 125.

مثال اول در پی آن است که یک تعهد بین‌المللی را تابع قانون داخلی نماید و به علاوه، نقش مستقل کمیته حقوق بشر را در مورد تفسیر مقررات میثاق نادیده می‌گیرد. مثال دوم مجدداً بر مقررات قانون داخلی ایتالیا نسبت به حقوق بین‌الملل اولویت می‌بخشد.

۴۰. دو شرط دیگری که بر بند ۴ ماده ۲۳ و بند ۷ ماده ۱۴ به هنگام الحاق اعلام شده بود، به ترتیب در تاریخ ۱۵ مارس ۱۹۹۱ و ۲۱ ژانویه ۱۹۹۳ پس گرفته شدند:

Index, *idem*, p. 157, n. 18.

*. Particularised subordination.

** . General subordination.

41. Shelton, *op. cit. supra* n. 5, at p. 227.

۴۲. با این حال، رجوع به شرطهای کلی ویژه‌ای که توسط فرانسه، ترینیداد و توباگو اعلام شده و تضمینات اساسی را در صورت اعلام وضعیت اضطراری از بین می‌برند، و شرط هند به هر یک از میثاقین

بشر به مانند میثاق از این امر مصون نمانده‌اند.^{۴۳}

مثال فوق در مورد شرط دولت کره نشان می‌دهد که نظام حق شرطی که به واکنش فردی دولتها وابسته باشد، رضایتبخش نیست، زیرا این واکنشها منسجم و هماهنگ نیستند. اعتراض دولت چکسلواکی حاکی از این است که به نظر این کشور شرط دولت کره:^{۴۴}

«با هدف و موضوع میثاق مطابقت ندارد. به عقیده دولت چکسلواکی این گونه شرطها بر خلاف اصل عموماً شناخته شده حقوق بین‌الملل است که بر طبق آن یک دولت نمی‌تواند برای توجیه قصور خود در اجرای یک معاهده به مقررات قانون داخلی خود استناد نماید».

این اظهارات شاید برخلاف پاسخ دولت آلمان باشد که بیان می‌دارد: «دولت آلمان اعلامیه جمهوری کره را این گونه تفسیر می‌کند که این کشور قصد ندارد تعهدات خود به موجب ماده ۲۲ (میثاق) را با توسل به نظام حقوقی داخلی خود محدود نماید».^{۴۵} بلافاصله مشخص می‌شود در حالی که چکسلواکی در پاسخ به بیانیه کره در مورد ماده ۲۲، آن را شرط مغایر با میثاق قلمداد می‌کند، آلمان آن را یک اعلامیه تلقی می‌نماید، زیرا به نظر

که حق تعیین سر نوشت را محدود می‌کند. همه این سه شرط توسط خانم شلتون ذکر شده است (Ibid). برای بحث در مورد شرطهای هند و فرانسه رجوع شود به:

Higgins, *op. cit. supra* n. 4, at pp. 13 and respectively.

۴۳. رجوع شود به شرط دولت لیبی بر کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان:

Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, status as at 31 December 1994, ST/LEG/SER. E/13 (UN. 1995), p. 166.

در ۶ ژوئیه ۱۹۹۵ دولت لیبی این شرط کلی را با شرطهایی که با عبارت دقیق‌تر تنظیم شده بودند، جایگزین نمود:

Index, *supra* n. 27, p. 172.

44. *Idem*, p. 156, n. 4 (7 June 1991).

45. *Idem*, p. 132.

این کشور بیانیه مزبور آثار ماده ۲۲ را مستثنی یا تعدیل نمی‌کند. پاسخ انگلستان رویکرد سومی را نشان می‌دهد که طبق آن ارزیابی و اظهارنظر در مورد این سؤال که آیا بیانیه کره حق شرط محسوب می‌گردد، «در نبود دلایل و اطلاعات کافی راجع به آثار حقوقی آن دشوار است... تا زمان دریافت چنین اعلامیه‌ای، دولت انگلستان حقوق خود را به موجب تمامیت میثاق محفوظ می‌دارد».^{۴۶}

این پاسخها مشکلات دولتهای عضو و کمیته را در تعیین حدود تعهدات دولتها بطور برجسته نشان می‌دهند، تعهداتی که دولتهای عضو بدون این که مشخص کنند آیا شرطی اعلام شده، و اگر تحفظی صورت گرفته، آثار حقوقی آن چیست، پذیرفته‌اند. پاسخ به این سؤالات بطور آشکار با واکنشهای فوق الذکر نسبت به بیانیه دولت کره مرتبط بوده و دشواریهایی را نشان می‌دهد که دولتها در چنین ارزیابی‌هایی بر مبنای اطلاعات در دسترسی که اغلب اندک و ناچیز هستند، با آن مواجهند.^{۴۷} دولت انگلستان در اعتراض به بیانیه کره به طور واضح رویکردی را اتخاذ نمود که می‌توان از آن به «رویکرد احتیاط‌آمیز» تعبیر کرد،^{۴۸} و بنابراین چنانچه بعداً اثبات شود که بیانیه مزبور حق شرط می‌باشد، می‌تواند از اجرای قاعده قبول ضمنی (شرط) مندرج در بند ۵ ماده ۲۰ کنوانسیون وین جلوگیری نماید.^{۴۹} این مورد مثال روشنی از تردید یک دولت معترض در

46. *Idem*, p. 134.

۴۷. در مورد این مشکلات رجوع شود به:

Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties* (1988), p. 325.

۴۸. هورن (Horn) این رویکرد را مسلماً به بیانیه‌های تردیدآمیز ترجیح می‌دهد:

Idem, p. 336.

۴۹. هورن (Horn) بر این عقیده است که به منظور احتراز از اجرای قاعده قبول ضمنی که تنها در مورد حق شرط اعمال می‌شود، الزامی برای پاسخ به یک «بیانیه تردیدآمیز» پیش از مشخص شدن ماهیت آن وجود ندارد.

Horn, *idem*, p. 337.

مورد ویژگی حقوقی بیانیه مزبور است که نمی‌داند شرط است یا خیر؟ ممکن است در مورد حدود و قلمرو شرط نیز ابهاماتی وجود داشته باشد. دولتها شاید به همان ترتیب تمایل داشته باشند موضع خود را به منظور اعتراض در مرحله بعدی محفوظ بدارند.^{۵۰}

آیا دولتهای معترض می‌توانند با محفوظ داشتن حق خود از اجرای بند پنجم ماده ۲۰ (کنوانسیون وین) ممانعت کنند، همان‌گونه که دولت انگلستان در پاسخ به بیانیه کره انجام داد؟ از آنجا که کنوانسیون وین در مورد معاهدات منعقدہ قبل از لازم الاجرا شدن آن در سال ۱۹۸۰ اجرا نمی‌شود، محدودیت زمانی مذکور در بند پنجم ماده ۲۰ تاحدی که از طریق مقررات خاص یک معاهده مستثنی نشده باشد،^{۵۱} تنها در خصوص معاهدات منعقدہ قبل از آن تاریخ می‌تواند به عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عرفی اعمال گردد. بطور کلی پذیرفته شده که مواد ۱۹ تا ۲۰ کنوانسیون وین حاکی از توسعه تدریجی و نیز تدوین حقوق بین‌الملل موجود هستند.^{۵۲} ایمرت استدلال نموده که اصل قبول ضمنی قبل از تصویب کنوانسیون وین ۱۹۶۹ بطور گسترده اعمال شده بود، اما حقوقدانان دیگر صراحتاً در مورد اثر تدوینی بند پنجم ماده ۲۰ تردید نموده و آن را بیشتر به عنوان

۵۰. رجوع شود به عباراتی که دولت هلند در پاسخ به بخشی از شرط دولت استرالیا بر ماده ۱۰ (که بعداً پس گرفته شد) بکار برده است:

Index, *supra* n. 27, at p. 132.

استرالیا تنها کشوری است که مانند امریکا شرطهای زیادی را به هنگام پذیرش اولیه میثاق اعلام کرده است:

Shelton, *op. cit. supra* n. 28, at p. 277.

۵۱. برای مثال رجوع شود به ماده ۲۰ کنوانسیون ۱۹۶۶ رفع هر نوع تبعیض نژادی که تصمیم اکثریت (اعضا) را در مورد مطابقت شروط اعلام شده لازم شمرده و بنابراین بر قواعد موجود کنوانسیون وین و اصول عمومی حقوق بین‌الملل عرفی برتری می‌یابد و هر نوع ارزیابی کمیته را در خصوص مطابقت یک شرط بی اثر می‌سازد.

52. Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2 nd edn. 1984), pp. 13-14.

توسعه تدریجی تلقی می‌کنند.^{۵۳} چنانچه قاعده قبول ضمنی (شرط بعد از سپری شدن مهلت) ۱۲ ماه را منعکس کننده حقوق بین‌الملل عرفی ندانیم، این امر بدان معنی نیست که دولتها در حیطه حقوق عرفی برای اعتراض به حق شرط در هر زمانی آزادی عمل دارند زیرا اصول کلی رضایت و استاپل (منع تناقض گویی به زیان دیگری) اجراء می‌شود.^{۵۴} اگر ارکان ناظر یک معاهده مسؤول قضاوت درباره اعتبار شرطها باشند، می‌توان استدلال نمود که این امر در هر زمان قابل انجام بوده و به مانند پاسخ دولتها به موجب بند پنجم ماده ۲۰، با محدودیت زمانی مواجه نیست. این امر یقیناً دیدگاه دادگاه اروپایی حقوق بشر در قضیه *Belilos* بود که بر طبق آن سکوت (کنوانسیون) در مورد امین سند و دولتهای عضو، نهادهای کنوانسیون را از صلاحیت لازم برای ارزیابی شرطها محروم نمی‌کند.^{۵۵} در تفسیر (کمیته) به محدودیت زمانی آن برای بررسی اعتبار شرطهای اعلام شده بر میثاق هیچ اشاره‌ای نشده است. در واقع با توجه به اختیارات

53. Imbert, *op. cit.*, *supra* n. 5 at p. 44. citing his *Les Reserves aux Traites Multilateraux* (1979), pp. 103-105; *contra* Coccia, *op. cit. supra* n. 5 at p. 26, n. 140 ("probably not customary") and J. Crawford, "The Legal Effect of Automatic Reservation to the Jurisdiction of the International Court of Justice" (1979) 50 *B.Y.B.I.L.* 61, 79, n.2 (one of the likely exceptions to customary law force of Arts. 19 and 20).

۵۴. کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود از بند ۵ ماده ۲۰ اظهار می‌دارد: «این نکته که اصل رضایت ضمنی ناشی از عدم اعتراض به یک شرط در رویه دولتها پذیرفته شده است، نمی‌تواند مورد تردید واقع شود»:

(1966) I (II) *Y.B.I.L.C.* 208, para. 23.

55. Eur. Court H.R., *Belilos* case, decision of 21 May 1987, Ser. A, no. 132, p. 23, para. 47.

ایمبرت (Imbert) در سال ۱۹۸۱ در مقاله‌ای از توسعه دامنه صلاحیت نهادهای نظارتی طرفداری نکرده و استدلال نمود که به دلیل آثار بسیار زیاد اعتراض به یک شرط، موضوع اعتبار آن باید در مهلت زمانی مقرر برای رضایت ضمنی (یعنی ۱۲ ماه) در برابر یک رکن ناظر مطرح گردد:

op. cit. supra n. 5, at p. 44.

با این وجود، ایشان احساس می‌کند که محدودیت زمانی پذیرش ضمنی در ارتباط با ارائه عرضحال و استماع دادرسی در برابر کمیسیون و دادگاه برخی مشکلات عملی به همراه دارد.

نظارتی این ارکان، اجرای این وظیفه بدون محدودیت زمانی می‌تواند به عنوان یک موضوع مربوط به معاهده قابل دفاع باشد، ولو این که تلویحاً «به طرق دیگری مقرر شده باشد».

باید تأکید شود که کمیته استفاده از حق شرط را بطور کلی منع نکرده است، در واقع هنگامی که منع صریحی در میثاق راجع به شرط وجود ندارد، چگونه می‌توان از اعمال آن جلوگیری نمود. در واقع این گونه ممنوعیت‌ها به ندرت در معاهدات مربوط به حقوق بشر پیش‌بینی می‌شوند.^{۵۶} در هر حال، این امتیاز و حسن حق شرط که به دولتها اجازه می‌دهد کلیت یک سند را پذیرفته و در عین حال نسبت به برخی از حقوقی که ممکن است تضمین آنها در ابتدای امر مشکل باشد، شرط وارد کنند، صراحتاً در تفسیر کمیته به رسمیت شناخته شده است.^{۵۷} نباید این طور هم فرض شود که صرف اعلام یک شرط حاکی از عدم تمایل به اجرای اصول حقوق بشر است، حداقل به دلیل تنوع دلایل و قلمرو شرطهایی که در حال حاضر دولتها اعلام نموده‌اند.^{۵۸} با این وجود، شکی نیست که فحوای کلی عبارت بکار رفته در تفسیر کمیته شرطهای دائمی را تأیید نمی‌کند و به علاوه آشکارا از یک رویکرد مضیق به نفع تمامیت میثاق حمایت و

۵۶. دو مثال مربوط به دوره پیش از کنوانسیون وین عبارتند از ماده ۹ کنوانسیون الحاقی ۱۹۵۶ راجع به لغو برده‌داری، تجارت برده و نهادها و رویه‌های شبیه به برده‌داری (1957) 40 U.N.T.S. 266 و ماده ۹ کنوانسیون ۱۹۶۰ علیه تبعیض در آموزش (1962) 93 U.N.T.S. 429. کنوانسیون‌های سازمان بین‌المللی کار هیچ ماده‌ای را در مورد حق شرط در بر ندارند، اما در رویه پذیرفته شده این سازمان حق شرط ممنوع شده است:

M.J.Bowman and D.J.Harris, *Multilateral Treaties: Index and Current Status* (1984), p. 2.

57. Comment, para. 4. See further Imbert, *op. cit. supra* n. 5, at p. 28.

۵۸. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

Coccia, *op. cit. supra* n. 5 at pp. 18-22.

ایشان مجموعه‌ای از عوامل حقوقی، سیاسی و تجربی را مشخص می‌کند که در اعلام شرط توسط دولتها مؤثر هستند.

طرفداری نموده است.

به نظر کمیته برخی از شرطها کمتر قابل اعتراض هستند زیرا به گونه‌ای تنظیم شده‌اند که به دولت شرط‌گذار اجازه می‌دهند در حالی که روند انطباق قوانین و مقررات داخلی خود با معیارهای حمایت از حقوق بشر را به موجب میثاق آغاز نموده است، آن را تصویب نماید. به عنوان مثال، شرط دولت استرالیا راجع به ماده ۱۰ میثاق قابل ذکر است. این ماده، از جمله، اصل تفکیک میان بزهکاران نوجوان و بزرگسال را مقرر می‌دارد. استرالیا در زمان تصویب میثاق در سال ۱۹۸۰ اعلام نمود که آن را «به عنوان هدفی که باید به تدریج تحقق یابد» پذیرفته است.^{۵۹} این نوع شرط مادامی که با هدف و موضوع معاهده سازگار باشد، به وضوح غیرقابل استثناء است. شرط مزبور صرفاً به یک جنبه یکی از حقوق تضمین شده در میثاق محدود گشته و در هر حال برای مدت محدودی اعلام شده بود (اگر چه مدت آن در زمان اعلام شرط مشخص نشده بود). عدم التزام موقت یک دولت به کلیه حقوق و تعهدات ناشی از معاهده در طول مدت اصلاح قانون داخلی، نباید تخلف از ممنوعیت پایه‌ای حقوق بین‌الملل که در ماده ۲۷ کنوانسیون وین درج شده است، محسوب گردد. به موجب این ماده یک طرف معاهده نمی‌تواند به حقوق داخلی خود به عنوان توجیهی برای قصور در اجرای تعهدات بین‌المللی استناد نماید، بطوری که هیچ‌گونه حقوق یا تعهدات بین‌المللی واقعی مورد قبول آن قرار نگیرد.^{۶۰} همچنین می‌توان استدلال نمود که این امر با بند دوم ماده ۲ میثاق مطابقت دارد که دولت‌ها

59. Index, *supra* n. 27, at p. 122.

۶۰. رجوع شود به پاراگراف بیست و دوم تفسیر کمیته که از جمله بیان می‌کند: «مطلوب است دولت شرط‌گذار قوانین و رویه‌های داخلی خود را که به نظر آن با تعهدات ناشی از میثاق مغایر بوده و موضوع شرط واقع شده است، با عبارات دقیقی مشخص کند، و مدت زمان لازم برای اصلاح و انطباق قوانین و رویه‌های خود با میثاق را اعلام نماید، یا توضیح دهد که چرا نمی‌تواند قوانین و رویه‌های خود را با میثاق انطباق دهد» (تأکید از نویسنده است).

را ملزم می‌کند «اقدامات ضروری را، طبق مقررات قانون اساسی و مقررات میثاق حاضر، برای تصویب قوانین یا ترتیبات دیگری که به منظور نافذ ساختن حقوق شناخته شده در میثاق حاضر لازم و ضروری است، اتخاذ نمایند». موضوعی که در صفحات بعدی به آن پرداخته خواهد شد. حق شرط همچنین به دولتی اجازه می‌دهد که به جای اجرای نامطمئن تعهدات جدید عهد نامه‌ای، حدود تعهدات خود را کاهش دهد،^{۶۱} مشروط بر این که «حفظ منافع دولتها در هر شرایطی تضمین گردد».^{۶۲} هنگامی که دولتی در مورد مطابقت قوانین داخلی خود با تعهدات عهدنامه‌ایش اطمینان ندارد، ممکن است در تنظیم شرطها رویکرد احتیاط‌آمیزی در پیش گرفته و در هر دو مورد شروط و اعلامیه‌های تفسیری، از عنوان «شرط» استفاده نماید.^{۶۳} با این حال، این قبیل شرطها این خطر را در بر دارند که کمیته حقوق بشر را از انجام وظیفه مستقل و مؤثر خود در تفسیر مقررات معاهده باز دارند. برای مثال، شرط ایالات متحده بر ماده ۷ تلاش آشکاری است

۶۱. و با توجه به تفسیر احتمالی یک معاهده توسط رکن ناظری که صلاحیت تفسیر مقررات آن را دارد:

Shelton, *op. cit. supra* n. 5, at p. 208.

62. Imbert, *op.cit. supra* n. 5 at p. 30.

۶۳. دولت هلند در تنظیم شرط و همچنین در اعتراض به بیانیه‌های دولت‌های دیگر که ماهیت حقوقی تردیدآمیزی دارند، رویکرد احتیاط‌آمیزی اتخاذ می‌نماید، به عنوان مثال: «پادشاهی هلند اعلام می‌دارد که هر چند شروط ... تا حدی ماهیت تفسیری دارند، این دولت در همه موارد شروط را بر اعلامیه‌های تفسیری ترجیح داده است، زیرا در صورت استفاده از اصطلاح اخیر این تردید ایجاد می‌شود که آیا متن میثاق اجازه تفسیر مقررات خود را می‌دهد. با بکارگیری اصطلاح حق شرط، پادشاهی هلند می‌خواهد مطمئن گردد که در همه موارد، تعهدات مربوطه ناشی از میثاق در قبال این پادشاهی اجرا نخواهد شد، یا به نحوی که مشخص شده است، اجرا خواهد گردید»:

Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Status as at 31 December 1985, ST/LEG/SER. E/4 (UN, 1986), p. 132.

بنابراین هورن (Horn) نتیجه می‌گیرد که این بیانیه «باید در بردارنده شروط عادی و اعلامیه‌های تفسیری مقید که شروط تلویحی هستند، محسوب گردد».

Horn, *op. cit. supra* n. 47, at p. 336.

برای جلوگیری از ارجحیت بکارگیری تفسیرهای موجود و آتی کمیته حقوق بشر از «رفتار یا مجازات خشن، غیر انسانی یا تحقیرآمیز» نسبت به تفسیر داخلی امریکا از این موضوع به موجب قانون اساسی آن کشور.^{۶۴} بطور ایده‌آل شروط غیر ضروری باید فوراً مسترد گردند، گرچه هیچ‌گونه الزام قانونی براین امر وجود ندارد، و کمیته حقوق بشر نیاز به شروط خاص را به هنگام بررسی گزارشات ملی به دقت مورد سؤال قرار خواهد داد، در عین حال که شروط مربوط به قوانین موضوع بحث را رعایت می‌نماید.^{۶۵} اجرای تدریجی* تعهد مورد نظر باید از خصوصیت تدریجی** آن تفکیک شود. در جریان تهیه میثاق بحثهای قابل توجهی در این مورد وجود داشت که آیا تعهد به اجرای میثاق که در بند دوم ماده ۲ آن درج شده است، از نظر ماهیت فوری بود یا تدریجی؟^{۶۶} این امر ممکن است با خصوصیت صراحتاً تدریجی تعهدات مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مغایر باشد.^{۶۷} کمیته حقوق بشر در حالی که بطور آشکار خصوصیت تدریجی تعهدات مندرج در میثاق را رد می‌کند،^{۶۸}

۶۴. همچنین رجوع شود به «شرط» دولت هند در مورد تفسیر کلی حق تعیین سرنوشت که خانم هیگینز آن را مورد بحث قرار داده است:

Higgins, *op. cit. supra* n. 4, at p. 14.

نگرانی در خصوص تفسیر دیوان از بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، انگیزه دولت سویس در صدور «اعلامیه (تفسیری)» بود:

Belilos, *supra* n. 55.

65. Higgins, *idem*, p.17. Shelton, *op. cit. supra* n. 5, at p. 230.

استرالیا، فنلاند، سوئد، نروژ، دانمارک، آلمان، بلاروس، انگلستان، ونزوئلا و هلند از جمله کشورهای هستند که شروط آنها مورد سؤال قرار گرفته است.

*. Progressive Implementation.

**. Progressive character.

66. D. McGoldrick, *The Human Rights Committee* (1991), p. 273; T.C. van Boven, "Distinguishing Criteria of Human Rights", in Vasak, *op. cit. supra* n. 15, at pp. 50-53.

۶۷. بند ۱ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

68. McGoldrick, *op. cit. supra* n. 66 at pp. 12 and 274.

ولی در عمل رویکرد واقع بینانه‌ای را در برابر مشکلاتی که دولت‌ها در مقام اجرا با آن مواجه بوده‌اند و نیز موانع واقعی که بر سر راه تحقق کامل اهداف میثاق ممکن است وجود داشته باشد، اتخاذ نموده است.^{۶۹}

کمیته در مورد شروطی که خصوصیت کلی و حذفی* داشته، هسته اصلی میثاق را مورد حمله قرار داده و مانع تحقق موضوع و هدف آن می‌گردند، چنین دیدگاه واقع بینانه‌ای را اعمال نمی‌کند. پذیرفتن کلیه تعهدات مندرج در میثاق توسط دولت‌ها امری حیاتی است زیرا هنجارهای حقوق بشر «بیان حقوقی از حقوق ذاتی و اساسی هستند که هر شخص به عنوان بشر شایسته برخورداری از آن است».^{۷۰} نه تنها هریک از شروطی که موجب ایراد لطمه به هدف و موضوع میثاق می‌گردد، بلکه همچنین الگو و نمونه شروطی که اثر کلی و جمعی آنها به مؤثر بودن و کارایی میثاق لطمه می‌زند، قابل اعتراض هستند.^{۷۱} شاید اشاره دولت‌ها و نیز برخی تألیفات دانشگاهی به سازگاری شروط جزئی** با مواد میثاق،^{۷۲} نتیجه استفاده گسترده از این قبیل شرطها و اثر تضعیف کننده آنها بر تمامیت میثاق باشد. بسیاری از شروطی که بر میثاق اعلام شده است، «رویکرد

69. McGoldrick, *idem*, p. 273.

مک گولدریک رویه کمیته را این گونه خلاصه می‌کند که کمیته «تعهد مندرج در ماده ۲ را یک تعهد فوری تلقی می‌کند اما با دولتهای عضوی که بتوانند عوامل و مشکلات خاصی را که مانع اجرای کامل و فوری حقوق شناخته شده در میثاق هستند، مشخص کنند، هماهنگ و موافق است».

*. sweeping reservations.

70. Comment, para. 4.

۷۱. پاراگراف ۲۱ تفسیر کمیته اثر کلی گروهی از شرطها و همچنین اثر هر شرطی را بر تمامیت میثاق بیان می‌کند. همچنین رجوع شود به پاراگراف ۷ این تفسیر که بر اهمیت نه تنها هر یک از مواد، بلکه تأثیر متقابل آنها را در تأمین اهداف میثاق تأکید می‌نماید.

**".surgical" reservations.

۷۲. رجوع شود برای مثال به:

M. Schmidt in BIICL, *op. cit. supra* n. 7.

همچنین رجوع شود به اعتراض بلژیک، آلمان و ایتالیا به شرط دولت امریکا بر ماده ۶:

infra n. 98.

جزء‌نگری»^{*} را نسبت به مقررات آن نشان می‌دهند، یعنی اعلام شروط جداگانه نسبت به بندهای مواد (میثاق) به جای کلیت آنها به منظور حفظ انعطافی که ممکن است گاهی با تعهدات ناشی از میثاق مغایر باشد.^{۷۳} یک مثال جالب در این خصوص شرط دولت فنلاند بر بند فرعی (ب) از بند دوم ماده ۱۰ و بند سوم همان ماده می‌باشد که به موجب آن «فنلاند اعلام می‌نماید که گرچه به عنوان یک قاعده، بزه‌کاران جوان باید از بزرگسالان تفکیک شوند، ولی مناسب به نظر نمی‌رسد که ممنوعیت مطلق دایر بر عدم تجویز برخی ترتیبات انعطاف‌پذیر وضع گردد».^{۷۴} شرطی که به منظور تضمین این امر تهیه و تنظیم شده که ترتیبات ملی انعطاف‌پذیر که احتمالاً گاهی از معیارهای سخت‌مندرج در میثاق فاصله می‌گیرند، محفوظ بمانند، اصولاً با میثاق مغایرتی ندارد مادامی که ترتیبات مزبور با موضوع و هدف میثاق مغایر نباشند. این موضوع شاید برخلاف وضعیتی باشد که در آن تعداد شرطها به قدری زیاد است که پذیرش تعهدات مندرج در میثاق توسط دولت شرط‌گذار زیر سؤال می‌رود. با این وجود، کنوانسیون وین تنها معیار مطابقت شرط با موضوع و هدف معاهده را پیش‌بینی کرده و بطور صریح اثر کلی و جمعی شرطهای «جزئی» متعدد را مد نظر قرار نمی‌دهد.

در نبود یک ماده راجع به حق شرط در میثاق، معیار اصلی برای تعیین اعتبار شرطهای (اعلام شده) بر میثاق، معیار مطابقت با هدف و موضوع آن است. کمیته برای ارزیابی نحوه اعمال این معیار از جمله^{۷۵}

*. surgical approach.

73. Shelton, *op. cit.*, *supra* n. 28, at p. 32.

74. Index, *supra* n. 27, at p. 124.

۷۵. هریس (Harris) به آسانی عواملی را که کمیته برای تشخیص مطابقت (شرط با موضوع و هدف معاهده) مناسب دانسته، بدین صورت طبقه بندی می‌کند: ۱- آیا شرط به ماده‌ای مربوط می‌شود که منعکس کننده حقوق بین‌الملل عرفی است (پاراگراف ۸ تفسیر کمیته)، ۲- آیا شرط به یک ماده غیر قابل نقض مربوط است (پاراگراف ۱۰ تفسیر کمیته)، ۳- تعداد و اهمیت موادی که بر آنها شرط اعمال

بررسی می‌کند که آیا انواع مختلف شرطها* از معیار «موضوع و هدف» تخطی می‌کنند. این قبیل شرطها می‌توانند به مقرراتی از معاهده مربوط گردند که منعکس کننده هنجارهای حقوق بین‌الملل عرفی یا قواعد آمره هستند، یا مربوط به مقررات قابل نقض** و غیر قابل نقض معاهده می‌باشند. شاید به دلیل برخی حمایتها از ممنوعیت حق شرط بر مقررات غیر قابل نقض میثاق، به لحاظ مغایرت ذاتی آن با هدف و موضوع کنوانسیون است که کمیته صریحاً «جذاییت سطحی»^{۷۶} چنین دیدگاهی را مورد توجه قرار می‌دهد. مسلماً در رویه دولتها در خصوص اعتراض به شروط اعلام شده بر میثاق، می‌توان مثالهایی یافت که دولتها صریحاً نسبت به حق شرط بر مقررات غیر قابل نقض، هم به لحاظ نقض غیر مجاز مقررات میثاق و هم به عنوان شروط غیر مجاز به دلیل مغایرت آنها با موضوع و هدف میثاق، اعتراض نموده‌اند.^{۷۷} با این حال، کمیته نهایتاً ارتباط اتوماتیک بین حقوق غیر قابل نقض و عدم مطابقت (با موضوع و هدف میثاق) را رد می‌کند. به عبارت دیگر، حق شرط بر یک مقرره غیر قابل نقض فی نفسه با موضوع و هدف معاهده مغایرت ندارد، گرچه «یک دولت برای توجیه این قبیل

می‌شود (پاراگراف ۱۹ تفسیر کمیته)، و ۴- واکنش سایر دولتهای عضو و کمیته (پاراگراف ۱۷ تفسیر کمیته):

(*op. cit. supra* n. 14, at pp. 77-78).

*. Categories of reservations.

**. منظور از مقررات قابل نقض مقرراتی هستند که در زمان اضطرار و ضرورت داخلی می‌توان اجرای آنها را بطور موقت تعلیق نمود (Derogable provision).

76. Higgins, *op. cit. supra* n. 4, at p. 15.

77. برای مثال رجوع شود به اعتراض دانمارک به شروط امریکا بر مواد ۶ و ۷:

Index, *supra* n. 27, at p. 134.

همچنین رجوع شود به اعتراض هلند به شرط امریکا بر ماده ۷ که «همان اثر تخطی کلی از این ماده را به دنبال دارد» و همچنین با موضوع و هدف میثاق مغایر است:

Idem, p. 136.

هر دو کشور تصریح می‌کنند که با وجود این مخالفت‌ها، بین آنها و دولت امریکا روابط عهدنامه‌ای وجود دارد.

شرطها با مشکلات زیادی روبروست».^{۷۸} به طریق اولی می‌توان گفت که حق شرط بر یک مقررہ قابل نقض فی نفسه به معنی مطابقت آن با موضوع و هدف میثاق نیست.^{۷۹} یک مثال در این مورد اعتراضاتی است که دولت چک و جمهوری فدرال اسلواکی و دولت هلند نسبت به شرط کره بر مواد قابل نقض ۱۴ و ۲۲ میثاق به دلیل مغایرت آن با موضوع و هدف میثاق داشته‌اند.^{۸۰}

به علاوه، در حالی که حقوق غیر قابل نقض بطور آشکار اهمیت خاصی دارند، اما این بدان معنا نیست که کلیه حقوقی که از «اهمیت بنیادین» برخوردارند، در واقع غیر قابل نقض نباشند.^{۸۱} بنابراین یک شرط بر حقوق قابل نقضی که «اهمیت بنیادین» دارند، ممکن است هسته اصلی معاهده را تحت تأثیر قرار دهد، در حالی که یک شرط بر حقوق غیر قابل نقض ممکن است چنین اثری را به دنبال نداشته باشد. این امر مفید بودن رویکردی را که مطابقت (شرط با موضوع و هدف معاهده) و قابلیت نقض (مقررات معاهده) را یکسان فرض می‌کند، بیشتر تضعیف می‌نماید. برای مثال، پروفیسور لیلیچ اظهار نگرانی نموده است که «انواع فراوانی از حقوق مهم و اساسی – به عنوان مثال حق آزادی و امنیت اشخاص که در بند یک

78. Comment, para 10. Imbert, *op. cit. supra* n. 5, at pp. 31-32.

همچنین رجوع شود به تفسیر هیأت نمایندگی امریکا:

CCPR/C/SR 1405, 24 Apr. 1995, para. 15.

۷۹. خانم هیگینز در سال ۱۹۸۹ در مقاله‌ای نه تنها از این دیدگاه طرفداری می‌کند، بلکه ارتباط اتوماتیک میان عدم مطابقت و غیر قابل نقض بودن را ظاهراً بر این اساس رد می‌کند که به عنوان یک معیار انحصاری (*exclusive touchstone*) نقش زیادی ایفا نمی‌نماید: «در حالی که من می‌پذیرم که شروط مورد نظر بر مواد غیر قابل نقض با موضوع و هدف معاهده مغایرت دارند، به نظر می‌رسد برخی از شروط بر موادی که اصولاً قابل نقض هستند، نیز این گونه باشند».

Higgins, *op. cit. supra* n. 4, at p. 15.

80. Index, *supra* n. 27, at p. 131, n. 4 and at pp. 132-133.

۸۱. مواد ۹ و ۲۷ این گونه ذکر شده‌اند:

Comment, para. 10.

ماده ۹ تضمین شده - ممکن است بطور موقت به واسطه نقض، «غیرمؤثر»^{*} گردند.^{۸۲} در هر حال تمایز یک حق به عنوان حق غیر قابل نقض دلایل متعددی دارد. کمیته چهار دلیل خیلی متفاوتی را برای چنین خصوصیتی مشخص می‌کند:^{۸۳}

- (۱) به تعلیق در آوردن آنها به منظور کنترل مشروع وضعیت فوق العاده ملی بی‌ربط و نامناسب است (مانند ماده ۱۱ که حبس را برای (مجازات) بدهی منع می‌کند)؛
- (۲) نقض آنها عملاً «غیر ممکن» است (مثال ارائه شده در این مورد آزادی عقیده است)؛
- (۳) در صورت نقض آنها هیچ قاعده حقوقی در بین نخواهد بود (مانند شرط بر ماده ۴)؛ و
- (۴) بعضی از این قبیل حقوق از وضعیت قواعد آمره^{۸۴} حقوق بین‌الملل برخوردارند (مانند منع شکنجه و سلب غیر قانونی حیات).

در نگاه اول به نظر می‌رسد که انکار ارتباط اتوماتیک از سوی کمیته میان مطابقت و قابلیت نقض، برخلاف دیدگاه دادگاه حقوق بشر کشورهای آمریکایی است که در یک نظریه مشورتی اظهار نموده است که «شرطی که به منظور قادر ساختن یک دولت برای به تعلیق در آوردن هر یک از حقوق اساسی غیر قابل نقض تنظیم شده، باید مغایر با موضوع و

*. Inoperative.

82. R.B. Lillich, "Civil Rights", in T. Meron (Ed.), *Human Rights in International Law* (1984), p. 120.

83. Comment, para. 10.

۸۴. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به :

Sinclair, *op. cit. supra* n. 52, at chap.VII. T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations* (1986), Part II, chap IV, section VI.

هدف معاهده شناخته شده و در نتیجه غیر مجاز تلقی شود».^{۸۵} دادگاه عبارت «حقوق اساسی غیر قابل نقض» را بکار می‌برد که نشان می‌دهد حق شرط تنها در مورد مهم‌ترین حقوق غیر قابل نقض مغایر با موضوع و هدف کنوانسیون تلقی خواهد شد. این دادگاه در ادامه بین محدود کردن بعضی از جنبه‌های حق حیات و سلب حق حیات قائل به تفکیک شده و اظهار می‌دارد که «چنانچه هدف از حق شرط صرفاً محدود کردن برخی جنبه‌های یک حق غیر قابل نقض باشد بدون این که آن را از تمام هدف اساسی خود محروم و بی‌بهره نماید، وضعیت متفاوت خواهد بود».^{۸۶} از این منظر، نظرات دادگاه حقوق بشر کشورهای امریکایی و کمیته شاید بیشتر به هم نزدیک است.

ج – یک قاعده خاص حق شرط در مورد معاهدات حقوق بشر؟

در سرتاسر تفسیر کمیته به ویژگی خاص هنجارهای حقوق بشر اشاره شده است، این که تعهدات پذیرفته شده بطور کلی تعهدات متقابل بین دولتها نبوده، بلکه این تعهدات از سوی دولتها در برابر مردمان خود و به

85. Restrictions to the Death Penalty, Advisory Opinion No. OC-3/83, 8 Sept. 1983 in (1984) 23 I.L.M. 320, 341.

این دادگاه در یک نظر مشورتی سابق ماده ۱۷ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر را این گونه تفسیر کرده بود که هنگام تصویب یا الحاق اجازه اعلام شرط را می‌دهد مشروط بر اینکه با موضوع و هدف معاهده مغایرت نداشته باشد؛ آثار حق شرط در زمان لازم الاجرا شدن کنوانسیون امریکایی حقوق بشر، نظر مشورتی شماره:

OC-2/82, 24 Sept. 1982, in (1982) 3 Human Rights L.J. 153.

همچنین رجوع شود به:

Buergethal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court" (1985) 79 A.J.I.L. I.

۸۶. این دادگاه نتیجه می‌گیرد که شرط گواتمالا بر ماده ۴ غیر قابل نقض کنوانسیون مجاز بود زیرا منظور از آن سلب حق حیات نبود، بلکه هدف محفوظ داشتن حق اعمال مجازات اعدام در موارد ارتکاب «جرایم عمومی مربوط» به موجب بند ۴ ماده ۴ بود.

منظور رعایت معیارهای حقوق بشر پذیرفته می‌شوند.^{۸۷} به نظر کمیته نظام حقوقی کنوانسیون وین در خصوص اعتراض به شروط اعلام شده بر معاهدات حقوق بشر «نامناسب» است، بخشی به این دلیل که نظام مزبور، مطابق با ریشه‌های آن در روابط عهدنامه‌ای که تعهدات متقابلی را بین دولت‌ها ایجاد می‌کند، ظاهراً به دولت‌ها اجازه می‌دهد آزادانه شروط را قبول یا با آنها مخالفت نمایند.^{۸۸} در صفحات بعد یادآوری خواهد شد که کنوانسیون وین یک ارزیابی دو مرحله‌ای مطابقت (ماده ۱۹) و قابلیت اعتراض (ماده ۲۰) را مطرح می‌کند، با این توضیح که مرحله دوم – یعنی قابلیت اعتراض – تنها در مورد شروط مجاز موضوعیت دارد. بنابراین تحلیل کمیته فقط تا جایی که به شروط مجاز مربوط می‌شود، درست است. به نظر نمی‌رسد در این زمینه تفسیر کمیته بین شروط مجاز و غیر مجاز قائل به تفکیک باشد.^{۸۹} مسلماً احتمال دارد در مورد اثر بخشی سیستمی که تصمیم‌گیری در مورد قبول یا رد یک شرط مغایر با موضوع و هدف معاهده را به ارزیابی شخصی هر یک از دولت‌ها واگذار می‌کند، نگرانی قابل توجهی ابراز شده باشد. این امر به ویژه، اما نه منحصرأ، موقعی موضوعیت می‌یابد که شرطی که ادعای مغایرت آن می‌رود، بر یک معاهده حقوق بشر اعلام شده باشد. هرچند بعضی از نویسندگان مدافع این دیدگاه هستند که دولت‌ها در پذیرش یا مخالفت با هرگونه شرطی آزادانه و طبق ارزیابی

۸۷. این نکته‌ای است که اغلب تکرار شده است و در واقع می‌توان آن را در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کنوانسیون منع نسل‌کشی یافت که در تلاش‌های اولیه برای محدود کردن معیار مطابقت (با موضوع و هدف معاهده) ارائه شده از سوی دیوان، به شرطهای از نوع هنجاری بکار رفته است. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

Holloway, *Modern Trends in Treaty Law* (1967), Book 3, part I.

۸۸. برای مثال، رجوع شود به تفسیر کمیته، بند ۱۷.

۸۹. بویژه رجوع شود به همان، بند ۱۶.

شخصی خود عمل می‌کنند،^{۹۰} اما دیدگاه مرجع این است که کنوانسیون وین از طریق ارزیابی دو مرحله‌ای محدودیتهایی را تحمیل می‌کند.^{۹۱} در مرحله اول، موضوع مجاز بودن (شرط) در ماده ۱۹ مطرح شده است. زمانی که معاهده‌ای، به مانند میثاق، در مورد حق شرط ساکت است معیار ارزیابی مجاز بودن شرط «مطابقت (آن) با موضوع و هدف معاهده» است. کشور شرط‌گذار نمی‌تواند شرط غیر مجازی را تنظیم و اعلام نماید، (و در صورت اعلام) این نتیجه حقوقی را به دنبال دارد که آن کشور عضو معاهده تلقی نشود و کشورهای دیگر نیز نمی‌توانند چنین شرطی را بپذیرند.^{۹۲} دومین مرحله قابل اعتراض بودن شروط مجاز از طرف کشورهای دیگر عضو معاهده است. این امر می‌تواند به چندین احتمال منتهی گردد، بسته به این که کشورهای دیگر شرط را قبول یا رد کنند، یا این که آیا این امر بر لازم الاجرا شدن معاهده بین کشورهای شرط‌گذار و

90. Ruda, "Reservations to Treaties" (1975) 146 (III) Hag. Rec. 97; and, *semble*, Lijnzaad, *op. cit. supra* n. 5, at p. 52.

لیژنژاد (Lijnzaad) تنها شروط مغایر با قواعد آمره را شروط «باطل» تلقی می‌کند. در واقع شرط (از معاهده) تفکیک شده است.

Lijnzaad, *idem*, p. 53.

91. D. W. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", (1976-77) 48 B.Y.B.I.L. 67, 88-90; Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law* (9th edn.), Vol. 1, p. 1247; and C. Redgwell, "Universality or Integrity? Reservations to General Multilateral Treaties" (1993) 64 B.Y.B.I.L. 245, 261.

باوت مسأله مجاز بودن (شرط) را به عنوان موضوعی که دولتها می‌توانند درباره آن ارزیابی شخصی داشته باشند، به شدت رد می‌کند و معتقد است که این موضوع در خود معاهده قانونمند شده است: *idem*, p. 81.

رویکرد سوم توسط Coccia پیشنهاد شده است. به نظر ایشان، رودا (Ruda) مواد ۱۹ و ۲۰ را چندان مورد توجه قرار نمی‌دهد و باوت (Bowett) بیش از حد به این مواد تکیه می‌کند. Coccia تعهد مندرج در ماده ۱۹ را به عنوان زمینه‌ای برای چالش حقوقی یک شرط غیر مجاز فرض می‌نماید. به علاوه، این امر بدون محدودیت زمانی بند ۵ ماده ۲۰ خواهد بود، هر چند عدم اعتراض می‌تواند به مشکلات مربوط به رضایت و استاپل به نفع دولت شرط‌گذار دامن بزند.

92. Jennings and Watts, *idem*, p. 1247, n. 1. Bowett, *idem*, pp. 83 and 89.

معتراض اثر می‌گذارد یا نه. احتمال دارد یک کشور به دلیل یک شرط غیر مجاز عضو معاهده محسوب نگردد (یعنی عدم توفیق در مرحله اول)، یا این که آن کشور به این دلیل عضو معاهده تلقی نشود که هرچند یک شرط مجاز اعلام کرده است (توفیق در مرحله اول) اما با اعتراض مواجه و صریحاً ابراز شده که اثر آن ممانعت از برقراری رابطه عهدنامه‌ای بین کشورهای معتراض و شرط‌گذار است (عدم توفیق در مرحله دوم). نتیجه ظاهراً یکسان است، اما با روش‌های کاملاً متفاوت حاصل شده است.^{۹۳}

تفاوت مهمی بین ماده ۱۹ و نظام انعطاف‌پذیر مذکور در بند چهارم ماده ۲۰ وجود دارد: به موجب ماده ۱۹ کشوری که قصد دارد شرط مغایر (با هدف و موضوع معاهده) به عمل آورد، به هیچ وجه نمی‌تواند عضو معاهده تلقی شود، اما بر اساس بند چهارم ماده ۲۰ برای این که کشور شرط‌گذار عضو معاهده محسوب گردد، لازم است تنها یک کشور دیگر طرف معاهده، علی‌رغم مخالفت با شرط مزبور، آن کشور را به عنوان عضو معاهده بپذیرد. با این وجود، به نظر می‌رسد در رویه دولتها راجع به مورد اول، موردی که اثر یک شرط غیر مجاز این است که هیچ یک از کشورهای طرف معاهده کشور شرط‌گذار را به عضویت معاهده نمی‌پذیرد، مثالی دیده نمی‌شود، و در این خصوص که کشور معتراض تصریح کرده باشد که هیچ گونه رابطه عهدنامه‌ای بین آن و کشور شرط‌گذار بوجود

۹۳. همچنان که باوت تأکید می‌کند (idem, p. 80)، بین یک شرط غیر مجاز (مرحله اول، ماده ۱۹) و یک شرط مجازی که یک عضو معاهده با آن به مخالفت بر می‌خیزد (مرحله دوم، ماده ۲۰)، تفاوت اساسی وجود دارد: «این معیار نه تنها برای عدم پذیرش (شرط) کاملاً متفاوت است (زیرا دولتها برای اعتراض به شروط مجاز به هر دلیلی، آزادی عمل دارند)، بلکه آثار اعتراض و مخالفت بر طبق این که آیا شرط مورد نظر غیر مجاز تلقی شده است، یا این که شرط مجاز اما قابل اعتراض و در نتیجه «غیرقابل استناد» به دولت معتراض می‌باشد، متفاوت خواهد بود».

نمی‌آید، مثال‌های اندکی وجود دارد.^{۹۴} بدون ساز و کار عهدنامه‌ای برای تشخیص مطابقت (شرط با موضوع و هدف معاهده)، مانند تصمیم اکثریت در ماده ۲۰ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی (و حتی در اینجا اکثریت لازم هرگز به دست نیامده است) یا یک رکن ناظر که صلاحیت ارزیابی اعتبار (شرط) را داشته باشد، تعجیبی ندارد که بی تفاوتی عمومی کشورها که خود را به صورت قبول ضمنی (شرط) نشان می‌دهد، عضویت کشورهای شرط‌گذار را در معاهده تضمین می‌کند، حتی در صورتی که شرط‌های مغایر (با موضوع و هدف معاهده) اعلام نموده باشند. همچنین بعضی از کشورهای مخالف، علی‌رغم اعتراض به مغایرت شرط با موضوع و هدف معاهده، صراحتاً از لازم الاجرا شدن معاهده در قبال کشور شرط‌گذار چشم‌پوشی می‌کنند،^{۹۵} (در حالی که) چنین راهکاری در کنوانسیون وین پیش‌بینی نشده است.

ابهامی که از عدم شفافیت در مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین در رویه دولت‌ها بوجود آمده، دلیل دیگری است که کمیته حقوق بشر برای پذیرفتن آن ارائه می‌کند.^{۹۶} این ابهام در اعتراضاتی که به شروط ایالات متحده امریکا صورت گرفته، به خوبی نمایان است: تا ۳۱ دسامبر ۱۹۹۳، تنها ۱۱ کشور از ۱۲۷ کشور عضو میثاق اعتراض کرده بودند، ۵ کشور به دلیل عدم مطابقت آنها با موضوع و هدف میثاق،^{۹۷} ۳ کشور به دلیل عدم

۹۴. برای مثال رجوع شود به اعتراض دولت انگلستان به شروط سوریه و تونس بر مقررات کنوانسیون وین در مورد حل و فصل اختلافات:

Index, *supra* n. 27, at p. 845.

۹۵. کافی است به اعتراضات صورت گرفته درباره شروط دولت امریکا بر میثاق توجه شود که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

96. Comment, para.17.

در مورد اثر باز دارنده نظام کنوانسیون وین راجع به مخالفت (با شرط) رجوع شود به:

Coccia, *op. cit. supra* n. 5, at p. 84, Shelton, *op. cit. supra* n. 5 at p. 229.

۹۷. دانمارک، فنلاند، فرانسه، اسپانیا، و سوئد.

مطابقت آنها با ماده خاصی از میثاق،^{۹۸} و ۳ کشور بر این اساس که شرط شماره ۲ با موضوع و هدف ماده ۶، و شرط شماره ۳ با موضوع و هدف میثاق مغایر است.^{۹۹} همه این کشورها صراحتاً عنوان می‌کنند که اعتراض آنها مانع از لازم‌الاجرا شدن میثاق بین آنها و ایالات متحده امریکا نخواهد شد. دغدغه اطمینان از مشارکت ایالات متحده در میثاق ظاهراً بر نگرانی‌های مربوط به تمامیت معاهده فائق آمده است.^{۱۰۰}

انتقادات کمیته حقوق بشر از نظام کنوانسیون وین که تا حدی، اگرچه بطور یکسان، در مورد همه معاهدات چند جانبه اجراء می‌شود، درست و بجا می‌باشد. کنوانسیون وین ارزیابی دو مرحله‌ای مذکور در مواد ۱۹ و ۲۰ را که در صفحات پیشین به آن اشاره شد، صریحاً بیان نمی‌کند. رجوع به مذاکرات و کارهای مقدماتی* کنفرانس وین نیز موضوع را کاملاً خالی از ابهام نمی‌نماید. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کنوانسیون منع نسل‌کشی ۱۹۵۱ اظهار داشت که اثر حقوقی یک شرط مغایر با موضوع و هدف کنوانسیون این است که دولت معترض «می‌تواند دولت شرط‌گذار را ملتزم و متعهد به کنوانسیون قلمداد نکند». در این که این امر عملاً به ندرت اتفاق می‌افتد بحثی نیست. کمیته نیز از این دیدگاه دفاع نکرده است. در عوض کمیته از روشی حمایت می‌کند که قبلاً توسط دادگاه اروپایی

۹۸. بلژیک، آلمان و ایتالیا. نه کنوانسیون وین و نه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کنوانسیون منع نسل‌کشی، هیچ یک از مطابقت (شرط) با موادی از یک معاهده سخنی به میان نمی‌آورند، بلکه تنها از مطابقت آن با کلیت معاهده سخن می‌رانند.

۹۹. هلند، نروژ و پرتغال.

۱۰۰. نکته‌ای که در مورد سایر معاهدات حقوق بشری در برابر شرطهای گسترده اظهار شده است. برای مثال رجوع شود به:

A.C. Byrnes, "The 'Other' Human Rights Treaty Body: The Work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women" (1989) 14 Yale J.I.L. 1.

*. travaux préparatoires.

حقوق بشر در قضیه *Belilos*^{۱۰۱} بکار گرفته شده و اخیراً در قضیه *Loizidou*^{۱۰۲} مجدداً مورد تأیید دادگاه قرار گرفته است: یعنی تفکیک شرط مغایر با موضوع و هدف معاهده از ماده مربوط که تأثیری هم از آن پذیرفته است.^{۱۰۳} مطابق دیدگاه تفکیک شرط* به جای این که رضایت به التزام (در قبال معاهده) کان لم یکن گردد،^{۱۰۴} شرط باطل اما رضایت به التزام دست نخورده باقی می ماند.^{۱۰۵} در این دیدگاه فرض بر این است که رضایت به التزام بر بیان متناقض اراده ای که در شرط مغایر (با موضوع و

101. (1988) 132 Eur Ct. H.R. (Ser. A) 132,

برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به:

S. Marks, "Reservations Unhinged, the *Belilos* Case before the European Court of Human Rights" (1990) 39 I.C.L.Q. 300. I. Cameron and F. Horn, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* Case" (1990) 33 German Y.I.L. 69.

۱۰۲. قضیه *Loizidou* در برابر ترکیه، رأی ۲۳ مارس ۱۹۹۵ دیوان اروپایی حقوق بشر، (40/1993/435/514) (ایرادات مقدماتی ترکیه)، پاراگراف ۹۴. در این قضیه دیوان اظهار داشت که محدودیت های سرزمینی که دولت ترکیه به اعلامیه های خود در خصوص ماده ۲۵ (صلاحیت کمیسیون) و ماده ۴۶ (صلاحیت دادگاه) ضمیمه نموده است، قابل تفکیک هستند: رأی دیوان، پاراگراف های ۹۸-۹۰.

103. Comment, para. 18.

اگر ماده ای که بر آن شرط اعلام شده، قابل تفکیک باشد، این امر به معنی اثر بخشیدن به شرط مورد نظر است:

G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-5: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", (1957) 33 B.Y.B.I.L. 203, 287.

*. Severance approach.

۱۰۴. این نکته دیدگاه قاضی لاترپاخت (Lauterpacht) در موضوع مرتبط با شروط باطل بر اعلامیه های قبول اختیاری (صلاحیت دیوان) بود:

Norwegian Loans case, I.C.J. Rep. 1975, 43-66.

همچنین رجوع شود به نظر مخالف ایشان در قضیه اینترهاندل (Interhandel) (ایرادات مقدماتی)، I.C.J. Rep. 1959, 101-118. مناسب بودن این رویه قضایی در خصوص شروط غیر مجاز توسط باوت زیر سؤال رفته است:

Bowett, *op. cit. supra* n. 91, at p. 76, n. 3, and by the European Court of Human Rights in the *Loizidou* case (para. 85).

۱۰۵. تعبیر «دست نخورده» (unaffected) خیلی دقیق نیست زیرا رضایت به التزام (در قبال معاهده) بر اساس شرطهای ضمیمه آن ابراز شده است و حتی ممکن است این شرطها مبنای رضایت را تشکیل دهند.

❖ ۱۲۷ حق شرط بر معاهدات و ...

هدف معاهده) نهفته است، غلبه دارد.^{۱۰۶}

مزیت دیدگاه تفکیک شرط در این است که کشور شرط‌گذار نسبت به معاهده ملتزم باقی می‌ماند، حتی بعد از احراز این امر در هر زمانی که شرط آن کشور به هنگام ابراز رضایت به التزام در قبال معاهده، شرط مجازی نبوده است. البته این نتیجه‌گیری در قضیه *Belilos* به دست آمد، پس از آن که دادگاه اروپایی حقوق بشر دریافت که «اعلامیه» سوئیس درباره ماده ۶ (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) یک شرط غیر مجاز و قابل تفکیک است. در قضیه *Loizidou* دادگاه تأکید نمود که ویژگی خاص نظام حقوقی کنوانسیون «از تفکیک مواد مورد اعتراض حمایت می‌کند زیرا با این روش شاید بتوان حقوق و آزادی‌های مقرر در کنوانسیون را در کلیه زمینه‌هایی که در چارچوب مفاد ماده ۱ کنوانسیون تحت «صلاحیت قضایی» ترکیه قرار می‌گیرد، تضمین نمود».^{۱۰۷} دادگاه مجدداً ویژگی خاص کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را «به عنوان یک سند نظم عمومی اروپایی برای حمایت از افراد» و مأموریت آن را، همچنان که در ماده ۱۹ تصریح شده، در «تضمین احترام به تعهدات پذیرفته شده از سوی طرف‌های معظم متعاهد» مورد تأکید قرار داد.^{۱۰۸}

با این حال، اگر حق شرط اساس رضایت یک کشور به التزام (در قبال معاهده) را تشکیل دهد، در این صورت کشور مزبور اختیار دارد از عضویت در معاهده دست بردارد – که با توجه به اهمیت روزافزون الحاق

۱۰۶. این امر یکی از نکات مورد اختلاف در قضیه *Loizidou* میان رأی اکثریت و نظر مخالف پیوست آن بود. بر اساس دیدگاه مخالف، محدودیت‌های سرزمینی از قصد و اراده دولت ترکیه در پذیرش صلاحیت کمیسیون و دادگاه قابل تفکیک نبود:

Supra n. 102, at p. 33.

۱۰۷. پاراگراف ۹۶.

۱۰۸. پاراگراف‌های ۷۵ و ۹۳.

به معاهدات حقوق بشر انتخاب چندان خوشایندی نیست^{۱۰۹} - یا به سادگی در انجام تعهدات عهدنامه‌ای خود قصور بورزد با علم بر این که در صورت بروز اختلاف و چالش حقوقی، حفاظ حمایتی حق شرط در اثر تفکیک‌پذیری آن از بین رفته است. چنانچه راهکار ردّ معاهده اتخاذ نشود، عکس‌العمل بعدی نسبت به تفکیک شرط مغایر (با موضوع و هدف معاهده) اصلاح یا استرداد آن خواهد بود. به علاوه، کشور شرط‌گذار می‌تواند قانونی بودن تفکیک (شرط) را مورد چالش قرار دهد با این استدلال که هم تفسیر کمیته به لحاظ حقوقی الزام‌آور نیست و تفکیک را به عنوان حقوق وضعی* مطرح می‌کند و هم این که وضعیت حقوقی تفکیک (شرط) هر چه باشد، کمیته صلاحیت ارزیابی مطابقت شرط و/یا آثار حقوقی چنین تصمیمی را ندارد. چنین اعتراضی ظاهراً هنگامی صورت می‌گیرد که یک کشور صلاحیت کمیته را بر اساس ماده ۴۱ و/یا حق دادخواهی افراد را به موجب اولین پروتکل اختیاری پذیرفته و خود را در مواجهه با ادعای عدم رعایت میثاق ناتوان از استناد به شرط ببیند.

۱۰۹. برای مثال رجوع شود به اعلامیه اتحادیه اروپا در مورد یوگسلاوی و دستور العمل ۱۶ دسامبر ۱۹۹۱ آن راجع به شناسایی دولت‌های جدید [1992] 31 I.L.M. 1485 که احترام به حقوق بشر را به عنوان یکی از پیش شرطهای شناسایی دولت‌های جدید در اروپای شرقی و اتحاد شوروی مطرح می‌نماید. این امر از رویه دولت انگلستان از سال ۱۹۸۰ در شناسایی دولت‌ها فاصله گرفت، رویه‌ای که طبق آن معمولاً دولت‌هایی که از شرایط دولت بودن بر خوردار می‌شدند، مورد شناسایی قرار می‌گرفتند؛ البته اعلامیه مزبور صراحتاً احترام به حقوق بشر را معیار جدیدی برای دولت بودن قرار نمی‌دهد:

C. Warbrick, "Recognition of States" (1993) 42 I.C.L.Q. 433, 441.

همچنین رجوع شود به گزارش اخیر دبیر کل راجع به جانشینی دولت‌ها در معاهدات حقوق بشر:

(1995) 2:2 Int. Human Rights Rep. 507-509.

*. *de lege ferenda*.

د - نتیجه گیری

خانم شلتون در سال ۱۹۸۳ وضعیتی را که در کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی حاکم است، با چشم انداز مثبتی که در مورد ارزیابی شرطها توسط کمیته حقوق بشر به لحاظ مطابقت آنها با میثاق مطرح شده است، مقایسه نمود. با این حال وی این سؤال را مطرح کرد که آیا کمیته قادر خواهد بود از تشخیص بی اعتباری شرط فراتر رفته و استرداد شروط مغایر (با هدف و موضوع معاهده) را درخواست کند، با این که در حال حاضر به هیچ یک از آنها توجهی نمی شود.^{۱۱۰} پاسخ این سؤال بیشتر به این بستگی دارد که آیا می توان کمیته را در این زمینه جانشین دولتهای عضو (میثاق) فرض کرد و یا اینکه تشخیص مطابقت شرط وظیفه ای است که صرفاً به دولتهای عضو محول شده است - مورد اخیر نتیجه گیری دبیرکل سازمان ملل متحد درباره کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی است. ارکان ناظر نهادهای حقوق بشر صلاحیت دارند که نه تنها مطابقت (شرط با هدف و موضوع معاهده) را ارزیابی و مشخص کنند، بلکه همچنین آثار حقوقی چنین ارزیابی را تعیین نمایند. این نتیجه گیری در فصل دوم دومین گزارش مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل مورد تأکید قرار گرفته است. ایشان نتیجه می گیرد در حالی که ارکان ناظر، صلاحیت ارزیابی و تشخیص مطابقت شرط را دارند - چیزی که پله (Pellet) آن را «وظیفه تعیین کننده» می نامد -، این امر به اعمال «روشهای سنتی کنترل» توسط دولتهای متعاقد بر اساس، از جمله، مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین نمی انجامد. به علاوه ایشان اظهار می دارد که دولت شرط گذار مسئولیت دارد هنگامی که شرط اعلام شده از طرف آن با موضوع و هدف معاهده مغایر تشخیص داده شود، اقدام مناسبی اتخاذ نماید، به عبارت دیگر از

110. *Op.cit. supra* n.5, at pp. 230-231.

عضویت در معاهده منصرف شود یا شرط خود را پس بگیرد و یا به منظور اصلاح موارد غیر مجاز، آن را تعدیل نماید.^{۱۱۱}

وجود یک رکن ناظر^{۱۱۲} که صلاحیت ارزیابی و تشخیص مطابقت (شرط با موضوع و هدف معاهده) را داشته باشد، شرط لازم هر نظام حقوقی برای تفکیک شروط غیر مجاز است. نقش یک رکن ناظر عبارت است از ارزیابی عینی مطابقت یک شرط و (در انجام این وظیفه) با توجه به اعتراضاتی که ممکن است دولتها در مورد مطابقت آن با هدف و موضوع معاهده به عمل آورند، راهنمایی می‌شود.^{۱۱۳} بنابراین لازم است صلاحیت ارکان ناظر موجود هرچه سریع‌تر مورد ارزیابی مجدد قرار گیرد و در صورت ضرورت ممکن است معاهدات مزبور به منظور تضمین اجرای این وظیفه اصلاح گردند. اصلاح میثاق به طوری که تفکیک (شرط) را به عنوان نتیجه حقوقی غیر قابل اجتناب تنظیم یک شرط غیر مجاز و صلاحیت کمیته را برای تشخیص مطابقت (شرط با هدف و موضوع

۱۱۱. این نکات در پیش نویس قطعنامه‌ای که مخبر ویژه پیشنهاد داده که در کمیسیون مربوط به حق شرط بر معاهدات چند جانبه تقنینی از جمله معاهدات حقوق بشر تصویب شود، خلاصه شده است.

ILC's Report, *supra* n. 11, at n. 286.

۱۱۲. خانم شلتون با انتقاد از نظام کنوانسیون وین پیشنهاد می‌کند که «راهکار دیگری برای تجدید نظر و تصمیم‌گیری در مورد قانونی بودن» (شرط) اتخاذ شود و به عقیده ایشان ارکان ناظری که بوسیله معاهدات حقوق بشر تأسیس شده‌اند، و در زمان صدور رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کنوانسیون منع نسل‌کشی مورد توجه نبوده‌اند، برای انجام این وظیفه مناسب تر هستند.

Shelton, *op.cit.* *supra* n.5, at p. 229.

۱۱۳. رجوع شود به پاراگراف ۱۹ تفسیر کمیته که رغبتی به تشریح راهنمایی مخالفت دولتها با حق شرط که می‌تواند برای کمیته در تفسیر آن از مطابقت یک شرط فراهم کند، نسبتاً ندارد. در قضیه اخیر *Loizidou*، دادگاه اروپایی حقوق بشر به واکنش‌های دولتهای سوئد، لوکزامبورگ، دانمارک، نروژ، بلژیک، و یونان و همچنین به پاسخ دبیر کل شورای اروپا به اعلامیه‌های ترکیه درباره مواد ۲۵ و ۴۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استناد نمود و شروطی را که دولت ترکیه به اعلامیه‌های خود ضمیمه کرده بود، باطل و قابل تفکیک دانست. قاضی گولچوکلو (Golcuklu) و قاضی پیتی (Pettiti) در نظرات مخالف خود — که ضمیمه رأی دیوان است — از استناد دیوان به واکنش دولتها به ویژه در مورد پاراگراف‌های ۸۰ و ۸۲ رأی دیوان انتقاد نمودند: (33, at p. 102, *supra*).

معاهده) دربر داشته باشد، اطمینان خوشایندی را به همراه خواهد داشت. ماده ۵۱ میثاق آیین تجدید نظر مناسب - و در عین حال دست و پاگیر و پرزحمتی - را پیش‌بینی می‌کند که هرگز مورد استفاده قرار نگرفته است. یک روش برای احتراز از این تشریفات، انعقاد موافقت‌نامه جداگانه‌ای می‌باشد، رویکردی که اخیراً در خصوص کنوانسیون ۱۹۸۲ ملل متحد ناظر بر حقوق دریاها اتخاذ شده است.^{۱۱۴} در واقع، ماده ۸ قطعنامه پیشنهادی کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز این دیدگاه را دربر دارد که باید قیود خاصی در «معاهدات چند جانبه هنجاری (تقنینی)» گنجانده شود، قیودی که نظام حقوقی شروط قابل اعمال و صلاحیت رکن ناظر برای تشخیص مجاز بودن (شرط) و آثار حقوقی چنین ارزیابی را بیان می‌کنند.^{۱۱۵}

آیا اتخاذ رویکرد تفکیک (شرط) در خصوص کلیه معاهدات عام چند جانبه در مقام عمل کارآیی بیشتری نسبت به نظام موجود خواهد داشت؟ قابلیت تفکیک شرط هنوز نیازمند آن است که در نبود یک راهکار عهدنامه‌ای (برای مثال اکثریت دوسوم) یا فقدان رکن کنترل‌کننده‌ای که اختیار انجام چنین عملی را داشته باشد، توسط هر یک از دولتها تعیین شود.^{۱۱۶} برخی مشکلات بطور اجتناب ناپذیر پدیدار خواهد شد، حداقل این که فقط بعضی از دولتهای عضو یک شرط را غیر مجاز و بنابراین قابل تفکیک تشخیص خواهند داد. قابل ذکر است که تفکیک

۱۱۴. «موافقت نامه مربوط به اجرای بخش یازدهم کنوانسیون»،

G.A. Res. 48/263, Cm. 2705, adopted on 28 July 1994.

See further D.J. Anderson, "Legal Implications of the Entry into force of the UN Convention of the Law of the Sea" (1995) 44 I.C.L.Q. 313, and "Further Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the law of the sea" (1994) 43 I.C.L.Q. 886.

115. *Op.cit. supra*, n. 11.

116. Imbert, *op. cit. supra* n. 5, at pp. 40-41.

به عقیده ایشان هرگونه نظام خاصی برای ارزیابی شرط بدون «ساز و کار کنترل جمعی» غیر عملی خواهد بود.

(شرط) هنگامی مطرح و اجرا شده است که یک رکن نظارتی و / یا قضایی به منظور تشخیص مطابقت (شرط) و در مورد دادگاه اروپایی حقوق بشر، تعیین آثار حقوقی چنین ارزیابی برای کلیه طرفین متعاقد وجود داشته است. در مورد معاهداتی که از چنین نظام پیشرفته نهادی برخوردار نیستند، نظام دانشگاهی می‌تواند بر برخی از مشکلات فائق آید. یک روش جایگزین عملی و کارا، نظام دانشگاهی اصلاح شده بر اساس پیشنهادات فیتز موریس در سال ۱۹۵۳ است که برخی از نواقص مربوط به اجرای ماده ۲۰ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی را از بین می‌برد.^{۱۱۷}

تفکیک (شرط) از نظر مفهومی به نظام حقوقی که در قضیه کنوانسیون منع نسل‌کشی مطرح گردید، نزدیک‌تر است، آنجا که دیوان بین‌المللی دادگستری با کنار گذاشتن قاعده اتفاق آراء تلاش کرد اطمینان دهد که آزادی کامل در اعلام شرط شامل توانایی در تنظیم شروطی که هسته اصلی معاهده را مورد هدف قرار می‌دهند، نیست. بنابراین معیار مطابقت (شرط با موضوع و هدف معاهده) را مطرح نمود. دیوان بین‌المللی دادگستری با صرف نظر کردن از سادگی و اطمینان بخشی آشکار قاعده اتفاق آراء در سال ۱۹۵۱، بدون تردید دولتها را به مسیر بسیار سخت تفسیر و ارزیابی معاهده هدایت نمود. توضیح دادن نظام حقوقی پیش‌بینی شده در مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون وین، به ویژه تلاش برای از بین بردن رویه فاحش پذیرفتن شروط ناسازگار با هدف و موضوع معاهده، اثر قابل توجهی بر انسجام و یکپارچگی نه تنها معاهدات حقوق بشر بلکه کلیه معاهدات چند جانبه‌ای دارد که اعلام شرط بر آنها مجاز شناخته شده است. به ویژه ارزیابی دو مرحله‌ای در مواد ۱۹ و ۲۰ باید شفاف و روشن شود، و این

117. G. Fitzmaurice, "Reservations to Multilateral Conventions" (1953) 2 I.C.L.Q. 1, pp. 23-26.

که آثار حقوقی ناشی از تشخیص مطابقت (شرط) را از دیدگاه آکادمیک و دانشگاهی بیان می‌کند.

نکته مورد تأکید قرار گیرد که اثر حقوقی یک شرط غیر مجاز این است که دولت شرط گذار نمی‌تواند عضو معاهده تلقی گردد و سایر دولتها نمی‌توانند شروطی را که به موجب ماده ۱۹ غیر مجاز هستند، بپذیرند. چنانچه ابهامات حقوقی دامنه‌داری* وجود داشته باشد، موضوع را می‌توان به دیوان بین‌المللی دادگستری برای صدور نظر مشورتی ارجاع نمود.^{۱۱۸} به علاوه، باید مجدداً از دولتها خواسته شود که در مذاکرات مربوط به معاهده موضوع حق شرط را به طوری جدی مورد توجه قرار دهند و در مواردی که از قواعد موجود کنوانسیون وین تبعیت نمی‌شود،^{۱۱۹} این نکته (برای مثال تفکیک شرط) را در معاهده مربوط، در صورت ضرورت از طریق اصلاح آن، بگنجانند. روش دیگر اعطاء اختیارات لازم به امین معاهده است تا از دولتهای عضو بخواهد که نظرات و پاسخهای خود را در مورد مطابقت شرطها در مدت زمان مشخصی اعلام نمایند، یا حتی چنین ارزیابی را خود ایشان با اثر فوری یا تعلیقی آن به عمل آورد،^{۱۲۰} که همچنین می‌تواند برای جلب توجه دولتهای عضو به شروطی که تنظیم می‌کنند و پاسخهایی که به

*. Linger.

۱۱۸. این راه حل درباره حق شرط بر کنوانسیون رفع تبعیض نژادی علیه زنان پیشنهاد شده است. رجوع شود به:

R. Jacobson, "The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women", in P. Alston (Ed.), *The United Nations and Human Rights* (1992), p. 469.

۱۱۹. Lijnzaad سعی می‌کند ماده‌ای را در مورد شرط مناسب با معاهدات حقوق بشر پیشنهاد دهد که به اندازه کافی ساده است تا در نبود «یک ساختار نظارتی قوی»، توسط امین معاهده نظارت و کنترل شود: Op. cit. *supra* n. 5, at pp. 421-423.

ایشان پیشنهاد قابل توجه دیگری را مطرح می‌کند که طبق آن یک محدودیت زمانی، مثلاً پنج سال، برای اعتبار شرطها در نظر گرفته شود و امکان تمدید آن وجود داشته باشد. این پیشنهاد از نظام اتهامی کنوانسیونهای سازمان بین‌المللی کار اقتباس شده است. Idem, p. 423.

۱۲۰. همچنین رجوع شود به پیشنهاد قاضی والتیکوس (Valticos) در نظر تقریباً مخالف خود در پرونده Chorherr، مبنی بر این که مقام امین کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، شورای اروپا، باید پیش از ثبت سند تصویب در مورد اعتبار شرطهای پیوست اسناد تصویب جدید از دیوان تقاضای نظر مشورتی کند: 266 Eur. Ct. H.R. (Ser. A), p. 42. (1993)

شروط دولتهای دیگر می دهند، کمک کند. این امر به معنی گسترش دایره وظایف و اختیارات فعلی مقام امین میثاق یعنی دبیر کل سازمان ملل متحد خواهد بود که در میثاق مقرر شده است.^{۱۲۱} رویه معمول مقام امین ملل متحد این است که در مورد ماهیت اعلامیه‌ها و بیانیه‌های تودیع شده اظهار نظری نمی کند.^{۱۲۲} این امر همچنین فراتر از وظایفی است که صراحتاً در مقررات مندرج در ماده ۷۷ کنوانسیون وین احصاء شده است. البته این مقررات صرفاً هنگامی اجرا می شوند که قواعد دیگری «در معاهده مقرر نشده باشد یا دولتهای متعاقد به نحو دیگری موافقت نکرده باشند».^{۱۲۳} بنابراین دولتهای عضو میثاق می توانند در مورد افزایش اختیارات مقام امین به توافق برسند بدون آن که توسل به آیین پردردسر تجدید نظر در معاهده ضرورت داشته باشد.^{۱۲۴} این امر به منزله ارائه تفسیری پویا از مقرراتی خواهد بود که قبلاً در مورد تفسیر و اجرای تضمینات مندرج در میثاق شایع بود.^{۱۲۵}

بدون تردید تفکیک (شرط) به عنوان یک اصل کلی قابل اعمال در

۱۲۱. در میثاق وظیفه‌ای فراتر از دریافت و انتقال اطلاعات مقرر نشده است؛ رجوع شود به بخش ششم میثاق.

۱۲۲. هنگامی که دبیر کل شورای اروپا در سال ۱۹۸۷ به تفسیرهایی که دولت ترکیه به اعلامیه خود در مورد ماده ۲۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ضمیمه نموده بود، در زمان انتشار و ارسال آن به طرفهای معظم متعاقد کنوانسیون اعتراض نمود، دولت ترکیه این رویه را به دبیر کل تذکر داد. دبیر کل به طرفهای دیگر کنوانسیون اطلاع داد که تذکر مقامات ترکیه ناشی از این واقعیت است که اطلاعیه‌ای که به موجب بند ۳ ماده ۲۵ صادر می شود، در مورد مسائل حقوقی که ممکن است درباره اعتبار اعلامیه ترکیه مطرح شوند، پیش دآوری نمی کند.

Loizidou case, supra n. 102, paras. 16-17.

۱۲۳. بند ۱ ماده ۷۷.

124. *Supra n. 114.*

۱۲۵. مورد مشابه آن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که دادگاه اروپایی حقوق بشر به عنوان مثال در پرونده *Loizidou* صراحتاً به کنوانسیون به عنوان «سند زنده و پویایی که باید در پرتو شرایط امروزی تفسیر گردد»، اشاره نمود:

Supra n. 102, para. 71.

مورد شروط غیر مجاز بر هر نوع معاهده‌ای، مشکلات اجرایی قابل توجهی را به دنبال دارد. این امر در نبود یک رکن ناظر، مرحله مشکل دیگری را برای ارزیابی انفرادی دولتها از شرطها به وجود می‌آورد. با این حال، تجزیه و تحلیل و بیان این رویکرد در تفسیر کمیته باید به عنوان پاسخی سازنده به مسأله اصلی حق شرط بر معاهدات حقوق بشر به فال نیک گرفته شود. در واقع اگر چشم پوشی از شروط غیر مجاز یک روند معنی دار در رویه دولتها باقی بماند، رویکرد تفکیک شرط که کمیته حقوق بشر از آن دفاع نموده و توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده‌های *Belilos* و *Loizidou* به اجرا گذاشته شد، هر چند به طور مشابه در کنوانسیون وین پیش‌بینی نشده است، جای تأیید و تقدیر بسیار دارد. در غیر این صورت، تمامیت و یکپارچگی حقوق بشر در سایه تعقیب توهم مشارکت گسترده در نظام‌های عهدنامه‌ای رو به تحلیل خواهد رفت. اما این مشکل به معاهدات حقوق بشری محدود نمی‌شود و ارائه یک دیدگاه دیگر این خطر را به دنبال دارد که به جای شفاف سازی در رویه دولتها، ابهام بیشتری بر آن بیفزاید. تفکیک (شرط) به عنوان قاعده خاصی که در ارتباط با میثاق و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به مرحله اجرا درآمده است،^{۱۲۶} می‌تواند به مثابه تخطی از قاعده عام و موجود کنوانسیون وین تلقی گردد. تفسیر کمیته به طور آشکار تفکیک شرط را به عنوان جایگزینی برای نظام کنوانسیون وین پیشنهاد می‌کند و ممکن است دولتها را ترغیب نماید که در نظام حق شرطی که در مورد میثاق قابل اجرا باشد، تجدید نظر نموده و تفکیک شرط یا دیدگاه دیگری را در خود میثاق بگنجانند. در نهایت، هیچ‌گونه مشکلی در خصوص قواعدی که دولتها با تخطی از نظام

۱۲۶. به دلیل مشکلات ناشی از تمایزی که ضرورتاً میان معاهدات «حقوق بشر» و «سایر» معاهدات صورت می‌گیرد، این پیشنهاد که تفکیک (شرط) باید در مورد گروهی از معاهدات موسوم به «اسناد حقوق بشر» اجرا گردد، به عمل نیامده است.

کنوانسیون وین، که نظام حقوقی موجود را تشکیل می‌دهد، اجرا کنند وجود ندارد. در واقع این امر تمام آن نکته‌ای است که پیرامون اولویت بخشیدن به مواد مربوط به شرط وجود دارد. هنگامی مشکل بروز می‌کند که از یک قاعده و قواعد متفاوتی که دولتهای عضو در مورد یک معاهده اجرا می‌کنند، تفسیرهای مختلفی به عمل آید. در این خصوص شناسایی سودمندی مستمر نظام عام کنوانسیون وین از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل، به همراه تصدیق و تأیید صلاحیت ارکان خاص عهدنامه‌ای برای تصمیم‌گیری در مورد مطابقت شرط مسلماً گامی در مسیر درست می‌باشد. آخرین نتیجه‌ای که درصدد کسب آن بودیم این است که رویه‌های موجود متفاوت دولتها را در قالب نظام عام کنوانسیون وین جای دهیم، نظامی که خود آشکارا امکان نظام‌های عهدنامه‌ای موردی را که از قواعد موجود آن فاصله می‌گیرند، به رسمیت می‌شناسد.

جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان

محسن قاسمی*

فهرست مطالب

مقدمه

بخش اول: اوصاف خسارت قابل جبران در مسئولیت قراردادی

فصل اول: اوصاف عام خسارت قابل جبران

اول: مسلم و قطعی بودن خسارت

دوم: عدم جبران قبلی خسارت

سوم: نامشروع بودن خسارت

چهارم: مستقیم بودن خسارت

پنجم: قابل پیش‌بینی بودن خسارت

فصل دوم: اوصاف خاص خسارت قابل جبران

اول: خسارت باید مالی باشد نه بدنی

دوم: خسارت باید مادی باشد نه معنوی

سوم: خسارت، وارد بر اموال متعهدله قرارداد بیع بین‌المللی باشد نه شخص ثالث

*. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

فصل سوم: خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

فصل چهارم: خسارت از خسارت

بخش دوم: تقویم خسارت و روش‌های جبران آن

فصل اول: روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن

گفتار اول: روشهای تقویم خسارت

مبحث اول: روش عام (قضایی) تقویم خسارت

مبحث دوم: روشهای خاص تقویم خسارت

یکم: روشهای قراردادی

دوم: روشهای قانونی تقویم خسارت

۱: تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

۲: روشهای خاص مقرر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۲-۱: محاسبه خسارت در صورت وقوع معامله جانشین

۲-۲: محاسبه خسارت در صورت عدم وقوع معامله جانشین

سوم: روشهای عرفی تقویم خسارت

گفتار دوم: زمان و مکان تقویم خسارت

مبحث اول: زمان تقویم خسارت

مبحث دوم: مکان تقویم خسارت

فصل دوم: روشهای جبران خسارت

گفتار اول: روشهای پولی جبران خسارت

مبحث اول: پرداخت معادل پولی خسارت

مبحث دوم: تقلیل ثمن

مبحث سوم: بازفروش کالا

گفتار دوم: روشهای غیرپولی جبران خسارت (طرق عینی)

مبحث اول: دادن مثل مال تلف شده

مبحث دوم: تعمیر کالا

مبحث سوم: عذرخواهی و درج حکم در جراید

مبحث چهارم: الزام به انجام عین تعهد

مبحث پنجم: سایر طرق جبران خسارت

نتیجه

چکیده

اصول، شرایط و روشهای جبران خسارت قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی تفاوت قابل ملاحظه‌ای ندارد و در این میان، مانع مهمی بر سر راه ایران برای پیوستن به این کنوانسیون دیده نمی‌شود زیرا:

اولاً، قواعد مربوط به اوصاف عام و خاص خسارت قابل جبران، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و خسارت از خسارت در حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی با کنوانسیون هماهنگی دارد.

ثانیاً، روشهای تقویم خسارت و ضوابط تعیین زمان و مکان آن در کنوانسیون، در حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی نیز قابل اعمال است.

ثالثاً، کنوانسیون و حقوق کشورهای مورد بررسی و از جمله ایران، بر اصل جبران کامل خسارت، اولویت روش پرداخت معادل پولی خسارت، آزادی قاضی در انتخاب روش مناسب جبران خسارت در فقدان تراضی طرفین بر روشی خاص و حصری نبودن روشهای پولی و عینی مقرر در کنوانسیون و قوانین داخلی اتفاق نظر دارند.

و سرانجام این که روشهای بازفروش کالا، تقلیل ثمن و تعمیر کالا به عنوان طرق پولی و یا عینی جبران خسارت که در کنوانسیون و برخی کشورهای مورد بررسی، مقرر شده، در حقوق ایران نیز تحت شرایط خاصی قابل اجرا است.

مقدمه

از دیدگاه برخی اندیشمندان نظیر هگل، جهان پس از شدت کثرتی که به خود دیده است، به سوی وحدت سیر می‌کند.

وی، غایت حرکت مدام، تکاملی و دیالکتیکی تاریخ و ذهن (روح) مطلق را رسیدن به حداکثر معرفت و درک حداکثر آزادی از قیود درونی و برونی و حاکمیت عقل بر سراسر حیات انسان می‌داند، وضعیتی که ثمره‌اش زوال از خودبیگانگی‌ها و شهود وحدت و یکپارچگی است. عرصه حقوق نیز از این قاعده مستثنی نیست و شاید پیش و بیش از بسیاری عرصه‌های دیگر، حرکت خود به سوی وحدت و یکپارچگی را آغاز کرده است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، یکی از نمونه‌های بارز این حرکت است و می‌توان آن را محصول تلاش نظری و عملی عقلا و دانایان ملل مختلف برای رسیدن به حداکثر تفاهم، هماهنگی و وحدت در حقوق تجارت بین‌المللی دانست.

تجارت، یکی از مهمترین و شایع‌ترین صور ارتباط دولتها و ملتها با یکدیگر است که در ضمن آن مبادلات فرهنگی، اجتماعی و سیاسی نیز رخ می‌دهد، لذا بیهوده نیست که جامعه جهانی یکی از اولین تلاشهای خود در جهت یکپارچگی و وحدت حقوقی را از این حیطة شروع کرده است.

تا به حال کشورهای بسیاری به این کنوانسیون پیوسته‌اند و نظم نوین اقتصادی جهانی با تشکیل سازمان تجارت جهانی (W.T.O) و عضویت کشورهای بسیاری در آن، سامان مستحکمی پیدا کرده است.

ایران نیز راهی جز تن دادن به این نظم نوین اقتصادی ندارد، زیرا به عنوان برآیند تلاش فکری عقلای عالم، عادلانه، مناسب و پیشرفته به شمار می‌آید و گذشته از این واقعیتی است که بدون شناسایی آن نمی‌توان در عرصه جهانی نقشی شایسته ایفا کرد. به همین سبب ایران

تلاشهای قابل توجهی برای پیوستن به کنوانسیونهای بین‌المللی و عضویت در سازمان تجارت جهانی انجام داده است. بی‌شک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین نیز، به عنوان یکی از مهمترین کنوانسیونهای بین‌المللی مربوط به مبادلات تجاری باید مدنظر قرار گیرد و برای الحاق به آن مقدمات لازم فراهم آید.

از سوی دیگر باید توجه داشت که گرچه هر کشوری بنابر ویژگی‌های تاریخی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و جغرافیایی خود دارای سیستم حقوقی مستقلی است که با دیگر سیستمهای حقوقی موجود در سایر کشورها کم و بیش تفاوت دارد، اما بخش مهمی از این تفاوتها امروزه با تحول و رشد شناخت و معرفت بشری و تکنولوژی و نزدیکی بیش از پیش انسانها به یکدیگر و گسترش زیاد وسایل ارتباطی، ناموجه، نامطلوب و مضر جلوه می‌کند و می‌توان بسیاری از آنها را بدون آسیب زدن به اصالت فرهنگی و هویت تاریخی یک ملت زدود.

حقوق ایران برای پیوستن به کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیازمند این است که از پیش نقاط اشتراک و افتراق خود را با آن مورد مطالعه و بررسی قرار داده و برای رفع موانع الحاق چاره‌اندیشی کند.

به همین منظور جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد در کنوانسیون بررسی شده و با مقررات حقوق داخلی ایران و برخی کشورهای دیگر نظیر فرانسه، مصر، لبنان و در مواردی انگلیس و آمریکا مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

در این تحقیق ابتدا در بخش اول از اوصاف خسارت قابل جبران در مسئولیت قراردادی سخن می‌گوییم و در بخش دوم، روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن (فصل اول) و روشهای جبران خسارت (فصل دوم) را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بخش اول: اوصاف خسارت قابل جبران در مسئولیت قراردادی

در طول زندگی، هر شخصی معمولاً با زیانهای متفاوت و متعددی مواجه می‌شود که بسیاری از آنها بنا بر مقتضای طبع زندگی اجتماعی و فردی و سیر طبیعی امور است و نمی‌تواند موجب مسئولیت کسی گردد و گرنه نظام زندگی انسان به خطر خواهد افتاد.

برای تشخیص خسارات موجب مسئولیت و قابل جبران از خسارات فوق، اوصاف و خصوصیهایی در سیستمهای حقوقی مختلف مطرح گردیده که بر سر همه آنها توافق وجود ندارد. برای بررسی مفاد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین در این خصوص و مقایسه آن با چند سیستم حقوقی ملی، در این بخش اوصاف عام خسارت قابل جبران؛ اوصاف خاص آن از نظر کنوانسیون؛ تأسیس خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و در آخر مسأله خسارت از خسارت (ریج مرکب) مورد بررسی واقع می‌شود.

فصل اول: اوصاف عام خسارت قابل جبران

مقصود از اوصاف عام خسارت قابل جبران، خصوصیهایی است که در هر سیستم حقوقی می‌توان آنها را کم و بیش دید و کنوانسیون نیز آنها را مد نظر قرار داده است.

اول: مسلم و قطعی بودن خسارت

۱- خسارت قابل جبران، خسارتی است که وقوع آن مسلم و قطعی باشد. این وصف عقلی و بدیهی است و تصدیق آن نیاز به استدلال نظری ندارد. روشن است که آنچه وجود و تحققش مسلم نشده و همچنان در دید بشری در کتم عدم است نمی‌تواند متعلق اراده فرد یا مقنن و موجب

مسئولیت شود.

در کنوانسیون با توجه به بداهت عقلی این وصف، تصویب کنندگان نیازی به تصریح آن ندیده‌اند و بدون شک مقررات کنوانسیون حمل بر این امر عقلی بدیهی می‌شود.

در حقوق ایران ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، بر این وصف و لزوم آن دلالت می‌کرد:

«... در صورتی دادگاه حکم به خسارت می‌دهد که مدعی خسارت ثابت کند ضرر به او وارد شده ...».

در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین تصریحی دیده نمی‌شود اما جای خرده‌گیری بر مقنن هم وجود ندارد زیرا امر بدیهی نیازی به تصریح ندارد. در حقوق فرانسه نیز به واسطه بداهت امر، این وصف تصریح نشده است.^۱

۲- اجزاء خسارت مسلم و قطعی

در کنوانسیون به موجب صریح ماده ۷۴، خسارت قطعی بر دو نوع است:

- ۱- تلف (زوال و نابودی آنچه موجود بوده است).
- ۲- عدم‌النفع (محرومیت از حصول مال و ازدیاد آن).

در حقوق فرانسه نیز مقنن در ماده ۱۱۴۹ ق.م. بر این دو نوع تصریح

1. Encyclopédie Juridique (Dalloz), (Mise à Jour: 2000-2), T.V, N.31.

کرده است.^۲

در حقوق مصر (مطابق ماده ۲۲۱ ق.م.) و لبنان (ماده ۲۶۰ قانون موجبات و عقود) نیز خسارت (عناصر التعويض) دو نوع است: تلف و عدم النفع.^۳

اما در حقوق ایران وضعیت متفاوت است و در این که عدم النفع نیز خسارت مسلم و قابل جبران است یا نه اختلاف نظر هست.

در قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مطابق ماده ۷۲۸، عدم النفع نیز جزء خسارات مسلم به شمار آمده بود و ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی نیز بر آن صحه گذارده بود و بدین ترتیب به اختلاف نظرهای موجود که ریشه در آرای فقهای امامیه دارد پایان داده بود. اما در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مقنن صراحتاً طی مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵، خسارت ناشی از عدم النفع را غیرقابل مطالبه دانسته است، در حالی که در بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید (مصوب ۱۳۷۸)، عدم النفع را قابل مطالبه دانسته و ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی نیز همچنان باقی است.

با توجه به مواد فوق دو مسأله باید بررسی شود:

۱- چرا مقنن در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، خسارت ناشی از عدم النفع را قابل مطالبه ندانسته است؟

۲- مسأله تعارض قوانین داخلی در اینجا چگونه قابل حل است؟

در پاسخ به پرسش اول ابتدا باید به سابقه فقهی موضوع پرداخت:
در فقه امامیه، مشهور فقها بر این عقیده اند که عدم النفع، ضرر به شمار نمی آید و لذا مطالبه خسارت ناشی از عدم النفع موضوعیت ندارد.

2. Pertes, gains Manqués.

۳. نبیل ابراهیم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج. ۲، ص. ۶۵، ج. ۲، دار النهضة العربية، بیروت، ۱۹۸۸ م.

بنابراین اگر شخصی، مالک را از فروش کالایش در بازار، بازدارد و آنگاه کالای مزبور نقصان قیمت سوقیه پیدا کند، شخص مانع، مسؤولیتی در قبال این کاهش قیمت نخواهد داشت.^۴

همچنین است منافع انسان و لذا اگر کسی انسانی را حبس کند یا به نحو دیگری مانع از کار کردن وی شود، مسؤول نخواهد بود.^۵ دلایل و مستندات نظر مشهور را می‌توان این چنین خلاصه کرد:

- ۱- عدم تحقق وضع ید غاصبانه و در حکم آن.
- ۲- عدم جریان قواعد تسبیب و اتلاف.
- ۳- عدم شمول قاعده لاضرر نسبت به عدم‌النفع، زیرا این قاعده اثر سلبی و رافع حکم ضروری دارد نه اثر ایجابی.

در مقابل نظر مشهور، عده‌ای از فقها قائل به ضمان شده و دلایل زیر را اقامه کرده‌اند:

- ۱- آنچه موجودیتش بالقوه است نیز همانند مالی است که بالفعل موجود است زیرا عدم حصول منفعی که شأن و مقتضای آنها این است که عادتاً حاصل می‌شوند ضرر است و سبب آن شدن، اضرار به شمار می‌آید^۶ و عدم‌النفع در صورت فراهم بودن موجبات آن، ضرر محسوب می‌شود.^۷ برخی نیز گفته‌اند آنچه مقتضی قریب (نزدیک) پدیدار شدن آن وجود

۴. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج. ۶، ص. ۱۷۹، ج. ۱، مطبعة الأدب فی النجف الاشرف، ۱۳۸۹ ه. ق؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج. ۳۷، ص. ۱۴، ج. ۷، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۰ ه. ق؛ سیداحمد خوانساری، جامع المدارک، ج. ۵، ص. ۱۹۱، ج. ۲، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ه. ش.

۵. شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص. ۱۵.

۶. میرفتاح مراغی، العناوین، ج. ۲، صص. ۴۲۷-۴۲۹، ج. ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.

۷. میرزا محمد حسین غروی نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج. ۲، ص. ۱۹۹، ج. ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۱ ه. ق.

- دارد به طوری که عرف آن را موجود پندارد (اما حاصل نشود) ضرر است.^۸
- ۲- افرادی نظیر حابس تعدی و تجاوز کرده‌اند و لذا مطابق مدلول آیات دال بر جزای تعدی می‌توان با آنها رفتار کرد.^۹
- ۳- قاعده لاضرر شامل این موضوع نیز هست زیرا اثر ایجابی و مثبت هم دارد.^{۱۰}
- ۴- صدق وقوع ید ضمانی بر منافع انسان حبس شده به تبع بدن او، بعید نیست.^{۱۱}
- ۵- عنوان عرفی سبب بر فعل مانع صادق است.^{۱۲}
- ۶- ادله‌ای نظیر «لا یبطل حق المسلم» این موضوع را شامل است.^{۱۳}

به نظر می‌رسد که با توجه به ادله زیر نظر دسته اخیر اقوی باشد:

۱- امکان اثر ایجابی قاعده لاضرر، که برخی فقها و حقوقدانان بر آن نظر داده‌اند.^{۱۴}

- ۲- صدق عرفی تسبیب و تقصیر در آن.
- ۳- عدم النفع مسلّم الوقوع عرفاً ضرر است.
- ۴- ملاک تشخیص مالیت یک چیز و موجودیت آن عرف است زیرا نه در شرع و نه در حقوق موضوعه ایران شارع و مقنن هیچ تعریفی از مال و موجودیت آن نکرده است و لذا مالیت، یک حقیقت عرفی است.

۸. میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج. ۱، ص. ۱۷۸، مطبعة الأدب، نجف، ۱۳۸۹ ه. ق.

۹. شیرازی، کتاب الغصب، ص. ۶۰.

۱۰. سید علی طباطبائی (صاحب ریاض)، به نقل از شیخ محمدحسن نجفی، همان، ج. ۳۷، ص. ۱۰.

۱۱. سیداحمد خوانساری، همان، ج. ۵، ص. ۱۹۹.

۱۲. شهید اول، شهید ثانی، محقق کرکی به نقل از شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص. ۱۵.

۱۳. شیرازی، همان، ص. ۱۵.

۱۴. سید علی طباطبائی، (صاحب ریاض)، ریاض المسائل، ج. ۲، ص. ۳۰۱، چاپ سنگی؛ دکتر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج. ۱، صص. ۱۶۷-۱۶۶، ج. ۳، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰ ه. ش؛ محمدباقر صدر، لاضرر و لاضرار، صص. ۲۹۳-۳۱۰.

لکن با توجه به آنچه ذکر گردید، معلوم می‌شود مقنن در قانون جدید خواسته است نظر مشهور فقهای امامیه را اعمال نماید اما همانطور که مشاهده شد، دلایل مخالفان نظر مشهور اقوی است.

در پاسخ به پرسش دوم باید گفت که در حقوق موضوعه ایران، تا قبل از تصویب قانون جدید آ.د.م. در سال ۱۳۷۹، اکثر حقوقدانان بر این عقیده بودند که گرچه مواد ۳۲۸ و ۳۳۳ ق.م. شامل عدم‌النفع نمی‌شود^{۱۵} و به طور کلی در این خصوص، قانون مدنی ساکت است و حتی مقرر کردن پرداخت قیمت یوم‌الاداء در ماده ۳۱۲ ق.م. نشان می‌دهد که مقنن عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند^{۱۶} اما طبق ماده ۸۲۷ قانون آ.د.م. سابق و ماده ۹ ق.آ.د.ک. سابق، بدون شک عدم‌النفع ضرر محسوب و خسارت ناشی از آن قابل مطالبه است.^{۱۷}

البته بعد از وقوع انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی ج.ا.ا. برخی با توجه به مفاد اصل ۴ این قانون که حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم همه اصول این قانون و کلیه قوانین عادی و مقررات را در همه زمینه‌ها اعلام کرده است، امکان نسخ عملی یا محتوایی ماده ۷۲۸ قانون آ.د.م. سابق را پیش کشیده بودند.^{۱۸}

اما با تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹، مقنن طی مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ این قانون صراحتاً خسارت ناشی از عدم‌النفع را غیرقابل مطالبه به شمار آورد و در عین حال با تصویب قبلی

۱۵. دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج. ۱، ص. ۴۰۸، چ. ۱۲، کتابفروشی اسلامی، تهران، ۱۳۷۲ ه. ش.

۱۶. دکتر جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص. ۳۰۳، کانون معرفت، تهران.

۱۷. دکتر سیدحسن امامی، همان؛ دکتر جعفری لنگرودی، همان؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۲، چ. ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶ ه. ش؛ دکتر سیدحسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج. ۲، ص. ۲۳۴، مؤسسه عالی حسابداری، تهران، ۱۳۵۱ ه. ش.

۱۸. سیدخلیل خلیلیان، جزوه عدم‌النفع، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ص. ۵۵.

بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید مصوب ۱۳۷۸ که منافع ممکن الحصول اما حاصل نشده در اثر ارتکاب جرم را در عداد ضرر و زیان ناشی از جرم و قابل مطالبه دانسته است، مسأله تعارض مواد فوق را دامن زد.

چنانکه مشاهده می‌شود، مقنن در ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید صراحتاً خسارت ناشی از عدم‌النفع را غیرقابل مطالبه دانسته، اما در بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید، حتی منافع ممکن الحصول را هم تحت عنوان ضرر و زیان ناشی از جرم قابل مطالبه به شمار آورده است و لذا تعارض بین این مواد آشکار به نظر می‌رسد. حال باید دید که آیا راهی برای حل این تعارض وجود دارد یا خیر؟

۱- ممکن است گفته شود تعارض، ظاهری است نه واقعی زیرا بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید فقط در جرایم صادق است و عدم‌النفع ناشی از دیگر اسباب را در برنمی‌گیرد و چنین مواردی مشمول مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید بوده و غیرقابل مطالبه‌اند. اما بر این نظر این اشکال وارد است که جرم به عنوان سببی از اسباب وقوع خسارت چه خصوصیتی دارد که ضرر و زیان ناشی از عدم‌النفع مستند به آن قابل مطالبه است حتی اگر ممکن الحصول باشد اما ضرر و زیان ناشی از عدم‌النفع مستند به دیگر اسباب (نقض تعهدات قراردادی و وقایع حقوقی غیرمجرمانه نظیر تسبیب) قابل مطالبه نیست. به نظر نمی‌رسد هیچ خصوصیتی برای جرم در این زمینه وجود داشته باشد.

۲- احتمال دیگر این است که بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید که مقدم‌التصویب است به واسطه تصویب مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید که مؤخر‌التصویب است نسخ ضمنی شده باشد.

این احتمال گرچه از احتمال قبلی قوی‌تر است اما وجود فاصله زمانی بسیار کوتاه بین تصویب دو قانون مزبور و دگرگون نشدن بنیادین طرز

فکر حقوقی ارائه کنندگان پیش نویس این قوانین آن را نیز مواجه با اشکال می سازد. گرچه چنانکه گفته می شود بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید عملاً متروک شده و به آن عمل نمی شود و دادگاهها به جبران خسارت ناشی از عدم النفع مستند به جرم رأی نمی دهند اما این رویه نمی تواند براساس عقیده به نسخ ضمنی این بند در ماده مذکور صورت گرفته باشد زیرا چنین نظری از سوی دادگاهها در توجیه رویه شان ابراز نگردیده، و با توجه به مراتب فوق نیز بسیار ضعیف است.

۳- و اما سومین احتمال مبتنی بر تفکیک عدم النفع مسلم و قطعی از عدم النفع ممکن الحصول و غیرقطعی است. بدین شرح که غیرقابل مطالبه بودن عدم النفع در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید ناظر بر حالتی است که قطعی و مسلم نباشد اما عدم النفع مسلم و قطعی طبق بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید قابل مطالبه است و ملاک مقرر موجود در ماده مزبور درخصوص اسبابی غیر از جرم هم وجود دارد و لذا با نفی خصوصیت از این ماده، می توان آن را در عدم النفع ناشی از اعمال غیرمجرمانه نیز اعمال کرد. از میان این احتمالات، سومین آنها قوی تر به نظر می آید زیرا:

مالیت و وجود یا عدم مال موکول به نظر عرف و در واقع یک حقیقت عرفیه است و عرف، منافع مسلم و قطعی الحصول را مال موجود و عدم آن را ضرر و خسارت می داند. و بنابراین به موجب قواعدی نظیر تسبیب و لاضرر (در صورت قول به اثر ایجابی آن) می توان حکم به جبران آن داد و چنانکه پیشتر گفتیم، برخی از فقها نیز بر این نظر هستند.

دوم: عدم جبران قبلی خسارت

تأسیس مسئولیت مدنی وسیله جبران خسارت و بازگرداندن وضع سابق متضرر است نه ابزار اکتساب و ازدیاد مال و این امر در زمره

بدیهیات حقوق دنیای معاصر است و بر همین اساس نه در کنوانسیون و نه در حقوق ایران و نه در حقوق فرانسه، تصریح نشده که خسارتی که قبلاً به نحوی از انحاء جبران شده است، قابل مطالبه نیست گرچه می‌توان آن را از مواد ۳۱۹ ق.م. و ۳۰ قانون بیمه ایران استنباط کرد.^{۱۹}

سوم: نامشروع بودن خسارت

منظور از نامشروع بودن خسارت این است که ورود خسارت اثر و نتیجه طبیعی و معمول استیفای حق خسارت زننده نباشد، بنابراین اعمالی نظیر دفاع مشروع، اعمال حق حبس، اعمال خیار فسخ و مانند آن که ورود خسارت می‌تواند اثر طبیعی و معمول آنها باشد سبب ضمان و مسئولیت نمی‌شوند چون زیان حاصل از آنها نامشروع نیست.

در کنوانسیون به این وصف تصریح نشده است اما از مفاد مواد ۴۵، ۶۱ و ۷۴ که تحقق مسئولیت را منوط به نقض تعهدات قراردادی کرده و این که جواز و حق با ضمان و مسئولیت جمع نمی‌شود می‌توان لزوم نامشروع بودن خسارت را استنباط نمود.

در حقوق ایران از استقراء در موادی نظیر ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و مواد ۶۱ و ۳۵۷ قانون مجازات اسلامی، وصف مزبور استخراج می‌شود و عدم امکان جمع بین اعطای حق و جعل ضمان و مسئولیت ناشی از اعمال متعارف آن نیز مؤید این وصف و لزوم آن است.^{۲۰}

در حقوق فرانسه نیز وجود مفهوم تقصیر، به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی، موجب گردیده که نویسندگان، آن را برای بیان لزوم

۱۹. دکتر ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج. ۱، ش. ۱۱۹-۱۱۵، چ. ۲، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.

۲۰. همان، ش. ۱۴۳-۱۲۷؛ دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج. ۱، ص. ۱۷۷ به بعد، چ. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.

نامشروع بودن خسارت وارده کافی بدانند و احتیاجی به تصریح مقنن نبینند.^{۲۱} با این حال می‌توان آن را از مجموعه مقررات مربوط به دفاع مشروع، حق حبس و ... استنباط کرد.

چهارم: مستقیم (بلاواسطه) بودن خسارت

مقصود از خسارت مستقیم، خسارتی است که نتیجه بی‌واسطه عمل خسارت‌زا باشد و در مقابل آن، خسارت غیرمستقیم قرار دارد، یعنی خسارتی که بین آن و فعل زیان‌بار یک یا چند واسطه واقع و اثر فعل مزبور با چند واسطه ظاهر شود.

در حقوق فرانسه ماده ۱۱۵۱ ق.م. تصریح بر این دارد که در مسئولیت قراردادی خسارت باید مستقیم باشد یعنی نتیجه مستقیم و بلاواسطه نقض تعهد قراردادی به شمار آید. حقوقدانان فرانسوی بر این عقیده‌اند که علت اشتراط این امر، لزوم احراز رابطه علیت (سببیت) بین نقض تعهد قراردادی و خسارت وارده به متعهدله است به طوری که وجود واسطه بین نقض تعهد و خسارت وارد شده به متعهدله، رابطه سببیت عرفی بین آن دو را منتفی می‌سازد و موجب فقدان یکی از ارکان عقلی و بدیهی مسئولیت مدنی قراردادی می‌گردد و در واقع وقوع خسارت منتسب به فعل متعهد نخواهد بود.^{۲۲}

در حقوق ایران نیز ماده ۵۲۰ قانون آ.د.م. جدید مصوب ۱۳۷۹، بلاواسطه بودن خسارت را مقرر داشته است:

۲۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ش. ۱۲۷.

22. Carbonnier, Jean, Droit Civil, T. 4 (Obligations), N. 157, p. 283, 20^e éd., Presses Universitaires de France, 1996; Bufflan- Lanore, Droit Civil, Deuxième Année, N. 863, 6^e éd., Armand Colin, Paris, 1998; Pothier, Obligations, N. 167.

«درخصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است درغیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

برخی از حقوقدانان فلسفه وجودی این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهدله دانسته‌اند^{۲۳} و حق نیز همین است زیرا وقتی واسطه‌ای میان نقض تعهد قراردادی و خسارت وارد به متعهدله واقع می‌شود از دید عرف رابطه سببیت بین نقض تعهد و خسارت مزبور قطع می‌گردد.

در حقوق مصر نیز طبق ماده ۱/۲۲۱ قانون مدنی، فقط خسارات مستقیم قابل مطالبه است و مقصود از خسارت مستقیم، خساراتی است که نتیجه و اثر طبیعی عدم انجام تعهد یا تأخیر در آن به شمار می‌رود. در این سیستم حقوقی نیز غیرمستقیم بودن خسارت رابطه سببیت را قطع می‌کند.^{۲۴} اما در کنوانسیون اشاره‌ای به این وصف نشده است و مواد مربوط به مسئولیت قراردادی و جبران خسارت ناشی از نقض تعهد از جمله مواد (۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷ و ۷۸) از این حیث مطلق است. همین امر باعث شده تا برخی مفسرین کنوانسیون بر این باور باشند که خسارات غیرمستقیم هم قابل مطالبه است.^{۲۵}

اما در تفسیر کنوانسیون باید یکی از سه فرض زیر را در نظر گرفت:

۲۳. دکتر سیدحسین صفائی، همان، ص. ۲۳۷؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ش.

۸۱۰، ص. ۲۴۸؛ دکتر سیدحسن امامی، همان، ص. ۲۴۶.

۲۴. نبیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۶۷-۶۸.

25. B. Audit, La Vente Internationale des Marchandises, N. 172, p. 163, L.G.D.J., 1990.

۱- می‌توان گفت که کنوانسیون در مقام بیان ضوابط و شرایط جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد بوده و با این حال شرط مستقیم بودن خسارت را ذکر نکرده است. بنابراین از نظر کنوانسیون خسارت غیرمستقیم هم قابل مطالبه است.

۲- احتمال دیگر این است که بگوییم کنوانسیون در این خصوص ساکت است و در مقام بیان تمام اوصاف و شرایط خسارت قابل جبران نبوده است. در این صورت طبق ماده ۷ کنوانسیون باید به اصول کلی که مبانی آن را تشکیل می‌دهند رجوع کرد و یکی از این اصول را می‌توان اصل حمل امور و مفاهیم بر مدلول عقل متعارف و سلیم بشری (بناء عقلای عالم) دانست (مستفاد از مواد ۸، ۹، ۱۶، ۱۸...). از سوی دیگر همانطور که برخی از حقوقدانان تصریح کرده‌اند فلسفه اشتراط مستقیم بودن خسارت، منوط بودن احراز رابطه سببیت بین نقض تعهد و خسارت بر آن است^{۲۶} و این امر حاصل دقت و کنکاش عقل متعارف (عقلای عالم) است، لذا کنوانسیون هم باید حمل بر این معنا شود و در نتیجه باید گفت که از نظر کنوانسیون نیز خسارت غیرمستقیم به دلیل عدم استناد آن به نقض تعهد قراردادی غیرقابل جبران است.

۳- ممکن است گفته شود که از یک سو کنوانسیون در این خصوص ساکت است و از سوی دیگر اصول کلی مبانی آن نیز مدلولی از این حیث ندارد، لذا طبق ماده ۷ آن باید به حقوق ملی صالح که طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین می‌گردد مراجعه کرد و حکم قضیه را در آن جستجو نمود.

26. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les Obligations, N.592, 8^e éd., Dalloz, 2002; G. Marty et P. Raynaud, Les Obligations, T. 1. N.422, 2^e éd., Sirey, 1998.

به نظر می‌رسد از میان سه تفسیر فوق، دومی اقوی و ارجح باشد و با مناط دانستن بناء عقلای عالم و حمل کنوانسیون بر آن که خود در واقع برآیند اجتماع عقول انسانی است می‌توان گفت که از نظر کنوانسیون نیز خسارت غیرمستقیم قابل مطالبه نیست، مگر این که این نوع خسارت قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد قرارداد باشد که در این صورت برخی قائل به قابل مطالبه بودن آن شده‌اند.^{۲۷}

پنجم: قابل پیش‌بینی بودن خسارت

ماده ۷۴ کنوانسیون، ضمان طرف ناقض تعهد قراردادی را محدود به خسارات قابل پیش‌بینی کرده است. خسارت قابل پیش‌بینی، خسارتی است که توقع به وجود آمدن آن معقول است و به عبارت دیگر می‌توان بر حسب اوضاع و احوال موجود، تحقق آن را در آینده از قبل دانست. مسائل زیر را درخصوص قابل پیش‌بینی بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌توان طرح کرد:

- ۱- ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت نوعی است یا شخصی؟
- ۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن چه هنگام است؟
- ۳- موضوع قابل پیش‌بینی بودن چه جنبه‌هایی از خسارت است؟
- ۴- فلسفه اشتراط چنین وصفی در قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد چیست؟
- ۵- آیا استثنایی براین مقرره وارد آمده است؟

۲۷. هجده تن از دانشمندان جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهراب داراب پور، ج. ۳، ص. ۸۴، ش. ۲-۶، ج. ۱، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴ ه. ش.

۱- ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت

با توجه به قسمت دوم ماده ۷۴ کنوانسیون، دو ملاک شخصی و نوعی^{۲۸} به صورت جانشین^{۲۹} مطرح گردیده است:

گاهی شخص متعهد قراردادی، بنابر دلایل شخصی وقوع خسارت در اثر نقض قرارداد را پیش‌بینی می‌کند و گاهی چنین نیست بلکه هر انسان متعارف و معقولی که در همان شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد باشد وقوع خسارت را پیش‌بینی خواهد کرد. بنابراین برای قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد کافی است که خسارت را شخص متعهد پیش‌بینی کرده باشد و یا برای هر انسان متعارفی قابل پیش‌بینی باشد گرچه شخص وی چنین پیش‌بینی‌ای نکرده باشد.

۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت

در این خصوص نیز ماده ۷۴ صراحت دارد و زمان انعقاد قرارداد را زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت دانسته است، لذا متعهد ناقض قرارداد مسؤول خساراتی نیست که از نظر نوعی، و عملی در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده است گرچه بعداً وی بتواند آن را پیش‌بینی کند.^{۳۰}

۳- موضوع قابل پیش‌بینی بودن

در این مورد، ماده ۷۴ کنوانسیون صراحتی ندارد و مسأله اختلافی است:

آیا موضوع قابل پیش‌بینی بودن، صرفاً نفس تحقق خسارت است یا علاوه بر آن میزان دقیق خسارت نیز باید قابل پیش‌بینی باشد یا این که

28. Critère Subjectif – Objectif.

28. Alternative.

۳۰. همان، ص. ۸۷، ش. ۱۳-۲.

پیش‌بینی حدود احتمالی میزان خسارت کافی است؟ در این‌که موضوع قابل پیش‌بینی بودن نفس تحقق خسارت را شامل است شکی نیست اما علاوه بر آن موارد زیر می‌تواند جزء موضوع قابل پیش‌بینی بودن باشد:

– میزان دقیق خسارت (معادل پولی آن).

– حدود احتمالی میزان خسارت.

در ماده مزبور لفظ «مقدار زیان» آمده و از آن تفاسیر متفاوتی شده است: برخی صرفاً به ذکر گستره خسارت (کمیت آن) اکتفا کرده و آن را نیز جزء موضوع قابل پیش‌بینی دانسته‌اند.^{۳۱} اما برخی این احتمال را داده‌اند که مبلغ ضرر و زیان وارده نیز جزء موضوع باشد و ظاهر ماده ۷۴ این احتمال را تقویت می‌کند.^{۳۲}

اما گفته شده است که این نتیجه‌گیری مبهم است زیرا ممکن است مقصود از آن مبلغ پولی معین به عنوان معادل خسارت باشد^{۳۳} که پیش‌بینی آن غالباً غیرممکن است. اما اگر گفته شود که صرفاً حدود احتمالی میزان خسارت علاوه بر نفس تحقق خسارت موضوع قابل پیش‌بینی را تشکیل می‌دهد، تفسیر قابل قبول‌تری خواهد بود.^{۳۴}

به نظر می‌آید نظر اخیر ارجح باشد زیرا علاوه بر این‌که موضوع قابل پیش‌بینی بودن را به نحو کاملی معین می‌سازد از تحمیل یا اشتراط اموری که عادتاً ممکن نیست و لحاظ آنها نامعقول به نظر می‌رسد پرهیز می‌کند.

31. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

۳۲. هیجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۸۵، ش. ۹-۲.

۳۳. همان.

۳۴. همان.

۴- فلسفه اشتراط این وصف

برخی مفسران، مسأله رابطه علیت بین نقض تعهد و خسارت وارد شده را پیش کشیده و قابل پیش‌بینی بودن خسارات را ملاک احراز این رابطه دانسته‌اند.^{۳۵} اما اموری نظیر لزوم رعایت مفاد قصد مشترک طرفین و احترام به آن، لزوم تعدیل حدود خسارت قابل جبران در برخی دعاوی توسط دادگاه نیز به عنوان مبنای اشتراط این وصف مطرح گردیده که در جای خود بحث خواهد شد.

با توجه به نظر اول، خسارت غیرقابل پیش‌بینی در مسئولیت قراردادی به این دلیل قابل مطالبه نیست که مستند به فعل متعهد (نقض تعهد) به شمار نمی‌آید و در این حالت رابطه علیت بین فعل زیان‌بار و خسارت وجود ندارد.

۵- آیا استثنایی بر این مقررہ وارد آمده است؟

از نظر مفسران کنوانسیون، هیچ استثنایی بر این مقررہ وارد نشده و اموری نظیر تدلیس و کلاهبرداری که در برخی سیستمهای حقوقی موجب قابل مطالبه شدن خسارات غیرقابل پیش‌بینی می‌شوند، فاقد چنین اثری در حیطه حاکمیت کنوانسیون هستند.^{۳۶}

در حقوق فرانسه به موجب صریح ماده ۱۱۵۰ ق.م. در مسئولیت قراردادی، فقط خسارات قابل پیش‌بینی قابل مطالبه است. در این سیستم حقوقی نیز همان مسائل پنجگانه مطرح در کنوانسیون، قابل طرح است:

۳۵. همان، ش. ۸-۲.

36. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

- همان، ص. ۸۷، ش. ۱۵-۲

۱- موضوع قابل پیش‌بینی بودن

در این مسأله اختلاف است:

در میان نخستین مفسران قانون مدنی فرانسه، کسانی بر این عقیده بودند که صرفاً سبب خسارت است که موضوع قابل پیش‌بینی بودن را تشکیل می‌دهد. برای مثال اگر در اتومبیلی که به گاراژدار سپرده شده است شیئی قیمتی جاسازی شده باشد به طوری که هیچ فرد متعارفی احتمال آن را ندهد و در گاراژ مورد نظر وقوع سرقت (سبب خسارت) قابل پیش‌بینی باشد و با این همه گاراژدار اهمال کرده و اتومبیل به سرقت برود، وی مسؤول جبران تمام خسارات وارد به دارنده اتومبیل و از جمله ارزش شیئی قیمتی مزبور خواهد بود.^{۳۷}

بر این نظر دو اشکال عمده وارد بود:^{۳۸}

– چون سبب خسارت غالباً قابل پیش‌بینی است پس عملاً ماده ۱۱۵۰ ق.م. مجالی برای اجرا پیدا نمی‌کند و وجود آن بیهوده خواهد بود و این برخلاف نظر مقنن است.

– کمیت خسارت نیز عامل مهمی در تعلق اراده طرفین به مفاد عقد است.

امروزه در رویه قضایی فرانسه این نظر استقرار یافته که کمیت خسارت و گستره آن نیز بخش مهمی از موضوع قابل پیش‌بینی بودن را تشکیل می‌دهد و این موضوع محدود به سبب خسارت نمی‌باشد و حتی در برخی آراء، سبب خسارت جزء موضوع قابل پیش‌بینی بودن به شمار نیامده

37. G. Viney, Droit Civil (Les Obligations), Responsabilité: Effets, N. 321, L.G.D.J., 1988.

38. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, T.III, N. 2379, Edition Montchrestien, 1978; I. Souleau, La Prévisibilité du Dommage Contractuel, N. 66-68, cité par viney, op. cit.

است. اکثر نویسندگان فرانسوی نیز بر این عقیده‌اند.^{۳۹}

۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت

این زمان طبق صریح ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه، زمان انعقاد قرارداد است و همه نویسندگان آن را پذیرفته‌اند.^{۴۰}

۳- ملاک قابل پیش‌بینی بودن

ظاهراً همه حقوق‌دانان فرانسوی بر این امر اتفاق نظر دارند که ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت قراردادی باید نوعی باشد *(In Abstracto)* نه شخصی *(In Concreto)*، به عبارت دیگر باید دید که آیا از نظر یک متعهد متعارف و معقول خسارت وارده قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر؟ الفاظ به کار رفته در ماده ۱۱۵۰ ق.م. مؤید این نظر است.^{۴۱} البته نباید از نظر دور داشت که هرگاه شخص متعهد خسارت را پیش‌بینی کند مطابق ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه، مسؤول است گرچه آن خسارت نوعاً قابل پیش‌بینی نباشد.

۴- مبنا و فلسفه اشتراط این وصف در جبران خسارت قراردادی چیست؟

در این خصوص نظرات متفاوتی ابراز شده است:

39. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 393, 2^e éd., Dalloz, 1980; Le Tourneau et Cadet, Droit de la Responsabilité, N. 356, Dalloz, 1996; Viney, op.cit., N. 321; Starck, Droit Civil, Les Obligations, N. 2055, Librairies Techniques, 1972.

40. Mazeaud et Chabas, op.cit., N. 2381.

41. Ibid., N. 2381- 3; Tourneau et Cadet, op.cit., N. 363.

۴-۱- اصل علت

از آنجا که بین خسارات غیرقابل پیش‌بینی و انجام ندادن تعهد قراردادی رابطه علت عرفی وجود ندارد، مقنن قابل پیش‌بینی بودن خسارت قراردادی را شرط مسئولیت متعهد ناقض قرارداد دانسته است.^{۴۲}

طرفداران این نظر در واقع با یکسان انگاشتن مفهوم قابل پیش‌بینی بودن با مفهوم مستقیم و بی‌واسطه بودن خسارت به این نتیجه رسیده‌اند و اصولاً بر این باورند که علت با لحاظ نسبت قابل پیش‌بینی بودن مؤثر خسارت با فعل زیان‌بار، تعریف می‌گردد.^{۴۳}

۴-۲- اصل حاکمیت اراده

این که خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی، قابل جبران نیست بدین علت است که داخل در قلمرو قراردادی و قصد مشترک طرفین نگردیده است.^{۴۴} این مبنا تحت تأثیر مکتب اصالت فرد و اصالت اراده ارائه شده و در واقع لزوم جبران خسارت را ناشی از تراضی طرفین دانسته‌اند. در تأیید این مبنا گفته شده متعهد باید بتواند خطرات ناشی از قرارداد را بسنجد، چه اگر خطرات مزبور قابل توجه باشد، شاید به تعهد تن ندهد یا خواستار افزایش عوض گردد تا حدی که این خطرات را پوشش دهد.^{۴۵}

برخی دیگر نیز گفته‌اند که اصل عدم قابل جبران بودن خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی حاکی از یک شرط ضمنی تحدید‌کننده

42. Planiol et Ripert par Esmein, T. VI, N. 541, L.G.D.J., Paris, 1930; Savatier, Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français, T. II, N. 470, 2^e éd., Paris, 1951.

43. Viney, La Responsabilité: Conditions, N. 340 et s., L.G.D.J., Paris, 1982.

44. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 392, 2^e éd., Dalloz, 1980; I. Souleau, op.cit., N. 423; Le Tourneau et Cadet, op.cit., N. 356.

45. Weill et Terré, op.cit.

مسئولیت قراردادی است.^{۴۶}

اما بر این مبنا اشکالات زیر وارد شده است:

– اصولاً متعاملین در هنگام انعقاد قرارداد توجهی به جبران خسارت ندارند و تعهد به جبران خسارت ناشی از تعهد اصلی و بدل از آن نیست و فرض انتساب آن به اراده متعاملین موهوم است^{۴۷} و وظیفه جبران خسارت اثر قانونی نقض قراردادها است.

– امروزه دیگر اراده فردی تنها مفسر و مبین انحصاری قراردادها نیست و همراه با ملاحظات مربوط به نظم سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، عدالت، انصاف و حسن نیت در نظر گرفته می‌شود به طوری که می‌توان گفت عصر حاضر، عصر اجتماعی کردن حقوق قراردادی است.^{۴۸}

۴-۳- اصل لزوم رعایت حسن نیت

در توضیح این مبنا گفته شده، که اصل لزوم حسن نیت در قراردادها که در قانون مدنی برخی کشورها تصریح شده است، ایجاب می‌کند که خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی قابل جبران نباشد، در غیراین صورت متعهدله غالباً فاقد حسن نیت به شمار خواهد آمد زیرا اکثراً، به واسطه عمل و یا حتی تقصیر اوست، که متعهد نمی‌تواند خطرات عقد را بسنجد و پیش‌بینی نماید.^{۴۹}

در انتقاد از این مبنا گفته شده، که حسن نیت صرفاً مستلزم این است که متعهدله نتواند خسارتی را مطالبه نماید که به واسطه خطای خود وی

46. Le Tourneau et Cadiet, op.cit.

۴۷. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، صص. ۲۵۴-۲۵۶ و الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، همان، ش. ۳۶.

48. Schmidt, Joanna, Négociation et Conclusion de Contrats, N.1, Dalloz, 1982.

49. I. Souleau, op.cit., N. 434 - 447.

غیرقابل پیش‌بینی شده است، اما این امر احتیاج به وجود اصل جبران ناپذیر بودن خسارات قراردادی غیرقابل پیش‌بینی ندارد، بلکه خطای (تقصیر) متضرر خود مستقلاً اثر معاف‌کننده از مسؤولیت برای متعهد به دنبال دارد.^{۵۰}

۴-۴- اصل لزوم رعایت عدالت معاوضی

عدالت معاوضی مقتضی تعادل نسبی تعهدات متعاملین است حال آن‌که واقعه‌ای که خطرات پیش‌بینی شده را افزایش می‌دهد، این تعادل را برهم می‌زند. لذا لزوم رعایت عدالت معاوضی اقتضا دارد که خسارات غیرقابل پیش‌بینی لحاظ نشده و متعهد ملزم به جبران آن نباشد.^{۵۱} در رد این مبنا گفته شده است که اگر از دید متعهدله نگاه کنیم تصدیق می‌کنیم که وقتی غیرقابل پیش‌بینی بودن مستند به تقصیر وی نیست، عدالت مقتضی جبران کامل خسارات وارده است.^{۵۲}

۴-۵- ضرورت تعدیل خسارت قراردادی قابل مطالبه به لحاظ مصالح اجتماعی

و عملی

برخی بر این باورند که اصل عدم قابل جبران بودن خسارات قراردادی غیرقابل پیش‌بینی صرفاً بنا بر یکسری ملاحظات عملی مرتبط با مصالح اجتماعی قابل توجیه است:

در مواردی که به تشخیص قاضی، اصل جبران کامل خسارات، متعهد را بیش از حد تحت فشار قرار داده و حیات اجتماعی و اقتصادی وی را در معرض نابودی قرار می‌دهد این اصل به کار می‌آید و به مثابه اهرم

50. G. Viney, La Responsabilité: Effets, N. 331, p. 439, L.G.D.J., Paris, 1988.

51. I. Souleau, op.cit., N. 448 - 456.

52. G. Viney, op.cit., N. 322, pp. 439- 440.

تعدیل، خسارات قابل جبران را تا حد قابل پیش‌بینی بودن کاهش می‌دهد.^{۵۳} با این همه و علی‌رغم مطرح شدن میانی گوناگون برای توجیه مقرر ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه برخی از حقوق‌دانان سرشناس فرانسوی مخالفت خود را با این مقرر اعلام داشته و خواهان حذف آن شده‌اند و در واقع غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارات را مانع جبران آن توسط متعهد ناقض تعهد قراردادی ندانسته‌اند زیرا:

– سادگی، منطق و انصاف اوصافی که برای هر قاعده حقوقی لازم است در مقرر ماده ۱۱۵۰ وجود ندارد، چون ضابطه تشخیص خسارات غیرقابل پیش‌بینی مشخص و مضبوط نیست و تحمیل خسارات مزبور به یک طرف (متعهدله) توجیه ندارد.

– چه تفاوتی میان مسئولیت قهری و قراردادی است که فقدان این مقرر را در مسئولیت قهری توجیه و ضرورت آن را در مسئولیت قراردادی مدلل می‌سازد؟ به نظر می‌رسد چنین تفاوتی وجود ندارد.^{۵۴}

رویه قضایی فرانسه نیز تا حدود سال ۱۹۷۹ میلادی چندان اعتنایی به ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه نداشت و حکم به جبران کلیه خسارات می‌داد و پس از این با دفاع متین سولو از این ماده در پایان نامه خود بود که تا حد قابل توجهی متمایل به آن گردید.^{۵۵}

۵- استثنائات وارد بر این اصل

۱- به موجب ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه هرگاه نقض قرارداد ناشی از تدلیس متعهد باشد وی ملزم به جبران تمام خسارات حتی خسارات پیش‌بینی نشده است. مقصود از تدلیس در این ماده انجام ندادن عامدانه تعهد

53. Ibid., N. 333, p. 441.

54. H., L., J. Mazeaud, et F. Chabas, op.cit., N. 2391.

55. G. Viney, op.cit., N. 319.

است.^{۵۶}

۲- رویه قضایی فرانسه با تمسک به قاعده «خطای سنگین در حکم خطای عمدی است»،^{۵۷} خطای سنگین متعهد قراردادی را در حکم عمد وی دانسته و ارتکاب آن توسط متعهد را مانع اعمال ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی به شمار آورده است.^{۵۸}

۳- مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالاهای معیوب و خطرناک نیز یکی دیگر از استثنائات است زیرا در این مسئولیت، فرض تضمین ایمنی مبیع سبب شده تا سازندگان و فروشندگان مزبور به واسطه اماره آگاهی از عیوب پنهانی مبیع در حکم شخص دارای سوءنیت تلقی گردند و حتی در شرایطی که نشان می‌دهد نمی‌توانسته‌اند از عیوب پنهانی آگاه باشند مسئولیت ایشان نسبت به جبران همه خسارات ناشی از این عیوب باقی است.^{۵۹}

۴- از آنجا که قاعده مربوط به نظم عمومی نیست و تراضی برخلاف آن ممکن است، توافق طرفین قرارداد نیز می‌تواند مانع اجرای مقرره ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه شود و اصولاً قاضی نیز نمی‌تواند رأساً به ماده مزبور استناد نماید و آن را اعمال کند.^{۶۰}

و اما در حقوق آلمان مستفاد از ماده ۸۵۳ قانون مدنی این کشور، تمام خسارات حتی خسارات غیرقابل پیش‌بینی، قابل مطالبه و جبران است و از این حیث فرقی میان مسئولیت قهری و قراردادی نیست و اصل جبران

56. G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Presses Universitaires de France, 1992.

57. *Culpa Lata Dolo Aquiparatur*.

58. Encyclopédie Juridique (Dalloz), (Mise à Jour: 2000-2), T.V, N. 111.

59. Ghestin et Desché, La Vente, N. 855, L.G.D.J., Paris, 1990.

60. G. Viney, op.cit., N. 324, p. 430.

کامل خسارت حکومت مطلق دارد.^{۶۱}

در حقوق ایران در قوانین مربوط به قراردادها چنین مقرره‌ای وجود ندارد و لذا ممکن است گفته شود که در حقوق ایران خسارات غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه است و متعهد ناقض قرارداد ملزم به جبران آن است. اما در سابقه تاریخی حقوق ایران و در باب ضمان قهری برخی تصریح کرده‌اند که غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارت، موجب عدم تحقق رابطه سببیت عرفی بین فعل شخص و خسارت وارد به دیگری است:

«اگر کسی بچه‌ای را در محلی قرار دهد که در آن معمولاً حیوان درنده‌ای وجود ندارد و اتفاقاً چنین حیوانی پیدا شده و بچه را تلف نماید وی براساس نظر مشهور ضامن نیست زیرا این عمل خسارت را مستند به فعل وی نمی‌سازد».^{۶۲}

نظیر این حکم را در مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی می‌توان دید. حال با توجه به مبنای قابل جبران نبودن خسارت غیرقابل پیش‌بینی که همان قطع رابطه علیت است و این که از این حیث هیچ تفاوتی بین مسئولیت قهری و قراردادی وجود ندارد، می‌توان از ملاک مواد مزبور استفاده نمود و بعنوان یک قاعده کلی اعلام کرد که خسارت غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه نیست. به علاوه ممکن است مبنای ارادی (قراردادی) این قاعده همانند حقوق فرانسه، مقبول برخی در حقوق ایران هم واقع گردد. برخی از حقوق‌دانان معاصر نیز براساس مبنای علیت وجود این قاعده در باب تعهدات قراردادی حقوق ایران را پذیرفته‌اند.^{۶۳}

61. Mazeaud et Chabas, op.cit., N. 2391.

۶۲. شهید ثانی (زین الدین الجبلی العاملی)، مسالک الافهام، ج. ۴۲، ص. ۱۶۸، ج. ۱۰، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۷ ه. ق.

۶۳. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ش. ۸۱۲.

در حقوق مصر نیز به موجب بند ۲ ماده ۲۲۱ قانون مدنی، خسارات غیرقابل پیش‌بینی حاصل از نقض تعهد قراردادی قابل مطالبه نیست. مبنای این قاعده، اراده مفروض متعاملین و عدم تعلق قصد مشترک ایشان به جبران خسارت غیرقابل پیش‌بینی دانسته شده است. ملاک تشخیص غیرقابل پیش‌بینی بودن نوعی است و عمد متعهد در انجام ندادن تعهد و یا خطای سنگین وی مانع معافیت وی از جبران خسارات غیرقابل پیش‌بینی می‌شود. موضوع غیرقابل پیش‌بینی، علاوه بر سبب و نفس وقوع خسارت، مقدار آن نیز هست و زمان قابل پیش‌بینی بودن و عدم آن، زمان انعقاد قرارداد است.^{۶۴}

در حقوق انگلستان نیز اصل قابل جبران نبودن خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی پذیرفته شده است و قاضی آلدerson در دعوای مشهور (Hadley v. Baxendale) یکی از مبانی آن را فقدان رابطه علیت بر حسب جریان طبیعی امور و مبنای دیگر را فقدان تعلق قصد مشترک طرفین به جبران چنین خساراتی دانسته است.^{۶۵}

فصل دوم: اوصاف خاص خسارت قابل جبران

خصایص تجارت بین‌الملل و اقتضائات آن از قبیل تمرکز بر اموال و تبادل سریع و آسان آن و حل و فصل فوری و بدون پیچیدگی اختلافات و دعوای تجاری موجب گردیده است در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)، اوصاف خاصی برای خسارات قابل مطالبه مشمول این کنوانسیون مقرر گردد.^{۶۶} در این فصل این اوصاف را بررسی می‌کنیم.

۶۴. نبیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۶۸-۶۹.

65. Mckendrick, Ewan, Contract Law, pp. 373, 374, 3e éd., Macmillan, 1997.

66. J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11721. A, p.520, L.G.D.J., 1996.

اول: خسارت باید مالی باشد نه بدنی

طبق صریح ماده ۵ کنوانسیون، خسارات بدنی و جبران آن مشمول مقررات کنوانسیون نیست و صرفاً خسارات مالی را شامل می‌شود.

مقرر این ماده در واقع به نوعی مبین و شرح دهنده منطوق ماده ۴ کنوانسیون است که طبق آن، کنوانسیون فقط حاکم بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و وظایف فروشنده و خریدار است. با توجه به این امر صدمات بدنی و مرگ اشخاص و از جمله خود خریدار که ناشی از کالا باشد خارج از حیطه شمول کنوانسیون است و ماده ۵ بر آن تصریح کرده است.

این مقرر به ویژه خسارات بدنی ناشی از استعمال کالای معیوب یا خطرناک را از شمول کنوانسیون استثناء می‌کند. کلیه دعاوی مربوط به صدمات بدنی ناشی از استعمال این گونه کالاها طبق قانون ملی صالح حل و فصل می‌شود.^{۶۷}

در تبیین فلسفه این استثناء می‌توان گفت که از یک سو، قواعد مربوط به مسئولیت ناشی از فعل تولیدات عموماً در هر کشوری جزء قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است^{۶۸} و از سوی دیگر خارج از خصایص تجارت بین‌الملل که انحصار و تمرکز بر اموال دارد، می‌باشد (بند ۱ ماده ۷). نکته‌ای که در اینجا شایان بررسی است مسأله خسارات وارد بر اموال یکی از طرفین قرارداد (مشتري) بر اثر عیب و نقص کالای موضوع معامله تجاری بین‌المللی است. مفسرین بر این عقیده‌اند که چون خسارات وارد بر اموال مشتري، ناشی از نقص و عیب کالای مورد معامله از شمول کنوانسیون استثناء نشده، این نوع خسارات مشمول آن بوده و طبق مقررات

^{۶۷}، هیجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۱، صص. ۹۱-۹۲.

Audit, op.cit., N. 39, pp. 35-36.

68. Ibid.

کنوانسیون قابل مطالبه است.^{۶۹} البته در برخی سیستمهای حقوقی ممکن است این خسارات از نوع قهری به شمار آید و نه قراردادی؛ در این صورت از نظر دادگاهی که چنین نظری را پذیرفته دعاوی مربوطه مشمول کنوانسیون نخواهد بود (ماده ۴).

دوم: خسارت باید مادی باشد نه معنوی

در کنوانسیون به این وصف تصریح نشده است اما می‌توان آن را با توجه به ملاک منطوق ماده (۴) کنوانسیون (فقط حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد بیع مشمول کنوانسیون است)، اطلاق ماده ۵ و یا مفهوم موافق آن استنباط نمود.

اصولاً رسیدگی به خسارات معنوی که ناشی از ورود لطمه به تمامیت معنوی و شخصیت و حیثیت فرد است خارج از خصیصه تجاری معاملات بین‌المللی است (بند ۱ ماده ۷). بنابراین رسیدگی به دعاوی مربوط به خسارات معنوی تابع حقوق ملی صالح است که طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین می‌گردد.

سوم: خسارت، وارد بر اموال متعهدله قرارداد بیع بین‌المللی باشد نه

شخص ثالث

مستنبط از مواد ۴ و ۷۴ کنوانسیون خسارات وارد بر اموال شخص ثالث در اثر نقض تعهدات قراردادی بیع بین‌المللی خارج از شمول کنوانسیون است و باید طبق قانون ملی صالح رسیدگی شود.^{۷۰} خصیصه تجارت بین‌الملل اقتضا می‌کند که اشخاص ثالث که ارتباطی با قرارداد بیع

69. Ibid., N. 40, p. 36.

– هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۹۲.

۷۰. همان، ج. ۳، ص. ۸۳، ش. ۲۱.

بین‌المللی مشمول کنوانسیون ندارند از شمول آن خارج شده و رسیدگی به دعاوی آنها تابع حقوق داخلی صالح باشد (بند ۱ ماده ۷).

فصل سوم: خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

در کنوانسیون طبق ماده ۷۸، در صورت تأخیر در پرداخت ثمن یا وجوه دیگر از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر مستحق دریافت بهره خواهد بود، بدون این که به حق او در ادعای خسارت موضوع ماده ۷۴ خللی وارد آید. این نکات در خصوص مقرره مزبور قابل توجه است:

- ۱- مقرره ماده فوق منحصر به تأخیر در پرداخت ثمن نیست بلکه خسارت تأخیر تأدیه به هرگونه مبلغ به تعویق افتاده تعلق می‌گیرد.
- ۲- ضرورتی ندارد نپرداختن به وجوه مزبور منجر به نقض قرارداد گردد.^{۷۱}

۳- برخلاف سیستمهای حقوقی که در آنها بهره (خسارت تأخیر تأدیه) جزئی از خسارات محسوب می‌شود و با مطالبه آن ممکن است دیگر امکانی برای مطالبه خسارات طبق قواعد عمومی نباشد، در کنوانسیون مقرر شده که شخص متعهدله می‌تواند علاوه بر مطالبه بهره وجوه نقد معوقه، طبق قواعد عمومی (ماده ۷۴) مطالبه خسارت نماید.

در واقع خسارت تأخیر تأدیه از نظر کنوانسیون نوعی سود پولی است که اگر در اختیار متعهدله بود از آن بهره می‌برد و این غیر از خساراتی است که ممکن است به وی در اثر نقض تعهد قراردادی وارد شده باشد.

۴- در این ماده نرخ بهره معین نشده و ضوابط کلی برای تعیین آن نیز مشخص نگردیده است. علت این امر اختلاف زیاد کشورها در نرخ

۷۱. همان، ص. ۱۲۰، ش. ۳-۱.

خسارت مزبور است که امکان حصول توافق را ناممکن می‌ساخت، به علاوه اوضاع و احوال اقتصادی متغیر است و تعیین یک نرخ ثابت بهره صحیح نیست. لذا برای تعیین این نرخ باید به قانون ملی صالح مراجعه کرد (ماده ۷ بند ۲) و اگر آن قانون چنین نرخ را معین نکرده باشد به نظر برخی مفسران، دادگاه باید نرخ بهره استقراض در محل تجاری طلبکار را ملاک محاسبه خسارت تأخیر تأدیه قرار دهد.^{۷۲}

۵- در ماده مزبور مشخص نشده که بهره برای چه دوره‌ای از زمان محاسبه و پرداخت می‌شود در این خصوص نیز باید طبق بند ۲ ماده ۷ به قانون ملی صالح رجوع نمود.

۶- اثبات ورود خسارت در مدت زمان تأخیر در پرداخت وجه نقد لازم نیست و این که خسارت وارد شده مفروض است.^{۷۳}

درخصوص تعیین نرخ بهره نظر برخی مفسران این است که مراجعه به حقوق داخلی با مشکلات متعددی روبرو است:

ابتدا مسأله انتخاب نرخ بهره براساس قانون حاکم بر قرارداد و قانون مقر دادگاه مطرح و قاضی در این میان سرگردان می‌شود. به علاوه این احتمال وجود دارد که قانون ملی صالح، پرداخت بهره را نپذیرفته باشد و در نهایت باید توجه داشت که روح کنوانسیون بر این امر نظر دارد که تا جای ممکن با مسأله تعارض قوانین مواجه نشود.

پس ارجح این است که قاضی یا داور نرخ بهره را مستقیماً با رجوع به مکانی معین تعیین نماید و در این صورت باید بین محل تجارت متعهدله و متعهد یا بازاری که در آن معامله صورت گرفته یکی را انتخاب نماید.^{۷۴} در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی،

۷۲. همان، ش. ۱-۲.

73. Audit, op.cit., N.179, p. 171.

74. Ibid., N. 179, p. 171

بنا بر نظر شورای نگهبان، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ربا محسوب می‌شد و مطالبه آن غیرشرعی بود.^{۷۵} ظاهراً با این استدلال که با انعقاد عقد بیع، ثمن همچون دینی که مشتری در قبال بایع دارد تلقی می‌شود و انگار که مشتری مقترض و بایع مقرض است. در این صورت مطالبه هر نوع زیادی عینی یا حکمی و از جمله تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه داخل درشمول ربای قرضی و حرام بوده و مال به دست آمده از این طریق غیرقابل تصرف و تصرف در آن مشمول اکل مال به باطل و مستوجب ضمان خواهد بود. اما بانک‌ها مجاز به دریافت خسارت تأخیر تأدیه براساس مقررات موجود و مفاد اسناد بانکی شناخته شده بودند.^{۷۶}

دلیل این استثنا روشن نبود و به عقیده برخی می‌توانست به دلیل وجود توافق بین بانک و گیرنده تسهیلات بانکی مبنی بر اخذ خسارت تأخیر تأدیه باشد.^{۷۷} بدین ترتیب مواد ۲۲۸ ق.م. و ۷۱۹-۷۲۳ قانون آ.د.م. سابق غیرشرعی و غیرقابل اجرا و ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره‌های ۴ و ۵ آن و مواد ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرائی ثبت باطل اعلام گردید. اما ایرادهای زیر بر نظر شورای نگهبان وارد بود:^{۷۸}

۱- ربا دو رکن اصلی دارد که معین کننده ماهیت و جوهر آن است:

۱-۱- مال به دست آمده یکی از دو عوض معامله یا از توابع آن باشد و سببی مستقل نتوان برای تملک فرض نمود.

۷۵. نظریه شماره ۳۸۴۵ شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و پاسخ مجدد آن شورا پیرو نظریه مزبور در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴.

۷۶. روزنامه رسمی، مورخ ۱۳۶۲/۲/۲۳، ش. ۱۱۳۰۱.

۷۷. دکتر عبدا... کیائی، التزامات بایع و مشتری، ص. ۴۴۳، ج. ۱، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۶ ه. ش.

۷۸. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۲۰ و ۸۲۱، همان؛ دکتر کیائی، همان، صص. ۴۴۷-۴۴۴.

۱-۲- این مال زیادتز از آنچه داده شده است باشد.

اما در خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد هیچ یک از این دو وجود ندارد؛
اولاً، ضرر مطالبه شده خسارت تأخیر تأدیه ناشی از نقض عهد
بدهکار است و سببی مستقل از عقد دارد و وی باید مطابق قواعد مسئولیت
مدنی آن را جبران کند.

ثانیاً، این مبلغ اضافی نیست که بیش از مبلغ اصلی به وام دهنده
پرداخت می‌شود، بلکه کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه محروم
ماندن از سرمایه خود متحمل شده و متشکل از دو چیز است: سود از دست
رفته سرمایه، کاهش قدرت خرید پول.

۲- ربای معاملی صادق نیست و صدق ربای قرضی هم بنابر
ملاحظات فوق محقق نمی‌باشد.

۳- آنچه در ربای قرضی موجب حرمت و صدق اکل مال به باطل
است، شرط و توافق بر سر گرفتن و دادن زیادی است اما مقرر کردن
قانونی زیادی تحت شمول ربای قرضی نیست.

۴- آنچه تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه گرفته می‌شود در واقع
معادل کاهش قدرت خرید پول و عملی در جهت تأدیه کامل دین است و
زیادی واقعی نیست.

۵- متعهد (بدهکار) با تأخیر در پرداخت دین نقدی خود در واقع
سبب محروم ماندن متعهدله (طلبکار) از سود سرمایه‌اش شده و لذا از باب
تسبیب و به واسطه تقصیر مسؤول است.

به هر حال نظر شورای نگهبان تا تصویب قانون جدید آ.د.م. به قوت
خود باقی و ملاک عمل دادگاهها بود. اما با تصویب قانون جدید آیین
دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹، معلوم شد که این شورا توجیه کاهش قدرت
خرید پول را پذیرفته و با حصول شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ این قانون

مطالبه خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را خلاف شرع نمی‌داند. در حال حاضر آنچه می‌تواند مستند دادگاهها در صدور حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه قرار گیرد تنها همین ماده است که شرایط خاصی در آن به صورت حصری مشخص گردیده است.

شرایط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران، مطابق ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م. جدید از این قرار است:

- ۱- موضوع دعوا، دین و از نوع وجه رایج باشد.
- ۲- داین، دین را مطالبه کرده باشد.
- ۳- مدیون متمکن و توانا بر پرداخت دین بوده و با این حال امتناع کرده باشد.
- ۴- شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت به طور فاحشی تغییر کرده باشد و در این صورت اعلام بانک مرکزی ملاک است.
- ۵- طلبکار پرداخت خسارت ناشی از دیرکرد را مطالبه کرده باشد.
- ۶- دادگاه میزان خسارت تأخیر تأدیه را براساس ملاک مزبور محاسبه و حکم به پرداخت آن صادر می‌کند مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.

ملاحظه شرایط فوق نشان می‌دهد که خسارت تأخیر تأدیه به نحوی خاص و به صورتی محدودتر از سابق قابل مطالبه است و تراضی طرفین فقط درخصوص میزان خسارت در قالب مصالحه معتبر است. اما شرایط استحقاق همان است که در قانون به نحو حصری آمده است (تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید).

در حقوق فرانسه^{۷۹} مقنن در بند ۱ ماده ۱۱۵۳، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را به رسمیت شناخته است و این تأسیس چیزی جز تلاش در جهت جبران محرومیت از طلب نیست. خصوصیات خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد در حقوق فرانسه از این قرار است:

۱- وقوع خسارت مفروض است و طلبکار از اثبات ورود خسارت معاف است.

۲- میزان خسارت نیز طبق نرخ‌های قانونی معین شده و متعهدله (طلبکار) از اثبات آن نیز معاف است (اماره مطلق).

۳- برای دادگاه نرخ‌های قانونی لازم‌الرعايه است و قاضی نمی‌تواند طبق ملاک‌ها و ضوابط دیگری (همانند نرخ تورم، هزینه ساخت و ساز و ...) به تعیین میزان خسارت اقدام نماید یا به میزانی بیشتر یا کمتر از نرخ‌های قانونی عمل نماید.

۴- تراضی طرفین برخلاف این نرخ‌ها معتبر است و طرفین می‌توانند میزان خسارت را به طور قراردادی و از پیش یا بعد از تحقق تأخیر در تأدیه وجه نقد معین نموده و کم یا زیاد نمایند.^{۸۰}

۵- در صورت عدم تراضی طرفین برخلاف نرخ‌های قانونی، متعهدله (طلبکار) فقط می‌تواند به میزان محاسبه شده براساس نرخ‌های قانونی، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نماید و حق مطالبه مبلغ بیشتر را ندارد زیرا این نرخ‌ها در واقع یکسری امارات قانونی بر وقوع میزان معینی خسارت در یک فاصله زمانی‌اند مگر این که مطابق بند ۴ ماده ۱۱۵۳ ق.م. متعهدله اولاً، ثابت نماید که متعهد در تأخیر سوءنیت داشته، ثانیاً، خسارت وارده ارتباطی با تأخیر نداشته (از نفس تأخیر حاصل نشده) بلکه عامل دیگری نظیر

79. Encyclopédie Juridique (Dalloz), (Mise à Jour 2000-2), T.V. (Dommages - intérêts), N. 76-80.

80. Ibid., N. 144 et s.

مجبور شدن طلبکار به اقتراض با بهره، دخیل بوده است، ثالثاً، وقوع خسارت ادعا شده را ثابت نماید.

فصل چهارم: خسارت از خسارت (ریج مرکب)^{۸۱}

مقصود از خسارت از خسارت این است که خسارت تأخیر تأدیه از دینی که منشأ آن تأخیر تأدیه است گرفته شود خواه به صورت وجه التزام و خواه به صورت خسارت با نرخ معین.^{۸۲}

تأسیس ریح مرکب از قدیم الایام در حقوق روم مطرح بوده و فرمان ژوستینین، قراردادهای راجع به سود سرمایه‌ای که بتواند منبع سود دوباره‌ای قرار گیرد را منع می‌کرد. فلسفه وجود این ممنوعیت نفی تکاثر بی‌رویه و جلوگیری از اضمحلال و نابودی حیات اقتصادی و اجتماعی بدهکاران بود. اما کنوانسیون در این خصوص صراحتی ندارد و ظاهراً اختلاف کشورها سبب آن بوده است.^{۸۳} در این مورد این احتمالات قابل تصور است:

۱- کنوانسیون در این خصوص ساکت است و طبق بند ۲ ماده ۷ آن باید به حقوق ملی صالح رجوع نمود.

۲- اطلاق ماده ۷۸، دلالت دارد که خسارت از خسارت قابل مطالبه است، اما حدود و شرایط آن به حقوق داخلی واگذار شده است (بند ۲ ماده ۷).

۳- چون موضوع خارج از قرارداد و تعهدات ناشی از آن می‌شود،

81. Anatocisme.

۸۲. دکتر سیدحسین صفائی، همان، پاورقی شماره ۱۲، صص. ۲۴۷ و ۲۴۸؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، همان، ش. ۸۲۴، ص. ۲۸۹.

۸۳. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۱۲۰.

پس از شمول کنوانسیون بیرون و اصولاً تابع حقوق داخلی است^{۸۴}
(ماده ۴).

۴- برخی نیز به دلیل ابهامات موجود در این خصوص و عدم امکان دست‌یابی به موضع کنوانسیون توصیه کرده‌اند که طرفین قرارداد بیع بین‌المللی، راجع به اخذ ربح مرکب در هنگام انعقاد قرارداد توافق نمایند.^{۸۵}

به نظر می‌رسد پیشنهاد اخیر مناسبترین راه حل است زیرا مفاد قرارداد بر سایر منابع حقوق بیع بین‌الملل مقدم است (ماده ۶).

در حقوق ایران در قانون آ.د.م. سابق طبق صریح ماده ۷۱۳، ربح مرکب ممنوع اعلام شده بود. اما در قانون جدید آ.د.م. ذکری از آن به میان نیامده است. در این خصوص دو احتمال قابل تصور است:

۱- اطلاق لفظ (دین) در ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م. جدید، دینی که منشأ آن تأخیر در تأدیه دین اصلی است را نیز در بر می‌گیرد و لذا خسارت از خسارت با حصول شرایط مندرج در این ماده قابل مطالبه است.

۲- ظاهر ماده مزبور و به ویژه عبارت (از زمان سررسید تا هنگام پرداخت) نشان می‌دهد که (دین) فقط ناظر به تعهدات نقدی ناشی از قراردادها است و دیون ناشی از ضمان قهری و خسارت از خسارت را شامل نمی‌گردد.

این احتمال با توجه به فلسفه ممنوعیت اخذ ربح مرکب و امر شارع به آسانگیری بر بدهکاران اقوی است، به ویژه اگر خسارت تأخیر تأدیه را ربا بدانیم زیرا در قرآن کریم، از ربای مضاعف به صورت شدیدتری منع

84. Audit, op.cit., N. 179.

85. Ibid., N. 179, p. 171.

شده است (اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی، آیه ۱۳۰ سوره آل عمران).
در حقوق فرانسه مقنن فرانسوی در ماده ۱۱۵۴ ق.م. تحت شرایط
خاص و محدودی، اخذ ربح مرکب را مجاز دانسته است:
۱- به موجب قرارداد، طرفین بر آن توافق کرده باشند یا طی
دادخواستی از مراجع قضایی تقاضای در نظر گرفتن سود برای خسارت شده
باشد.
۲- ربح کمتر از یک سال تمام را نمی‌توان به سرمایه افزود.

علت این محدودیت، خطرناک بودن این تأسیس برای بدهکاران
است.^{۸۶}
در حقوق لبنان به موجب ماده ۷۶۸ قانون موجبات و عقود، تأسیس
ربح مرکب با این شرایط به رسمیت شناخته شده است:
۱- اقامه دعوا شده و طی آن درخواست در نظر گرفتن سود برای
خسارت شده باشد یا قراردادی خاص آن، بعد از استحقاق ذینفع بین طرفین
منعقد شده باشد.

۲- برای مدت کمتر از ۶ ماه ربح (سود) محاسبه نخواهد شد.^{۸۷}

86. G. Viney, op.cit., N. 353-354; Buffelan- Lanore, Yvaine, Droit Civil, T. 2, N. 888, p. 303 ,
6^e éd., Armand Colin, Paris , 1998; Encyclopédie Juridique (Daloz), T.V, N.177. d, p.23.

۸۷. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج.۲، ص. ۱۰۳.

بخش دوم: تقویم خسارت و روشهای جبران آن

فصل اول: روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن

گفتار اول: روشهای تقویم خسارت

روشن است که دادگاه تنها هنگامی می‌تواند حکم به جبران خسارت علیه خواننده دعوا دهد که میزان خسارت وارد شده معلوم و معین و به اصطلاح تقویم شده باشد.

تقویم خسارت شیوه‌های گوناگونی دارد و از آن میان، علاوه بر روشهای عام (قضایی)، روشهای خاص نیز به منظور تسهیل و تسریع در کار دادگاهها (روش‌های قانونی) و یا به منظور پرهیز از مشکلات مربوط به اثبات وقوع خسارت و میزان آن و حتی در جهت ایجاد اهرمی مناسب برای الزام متعهد به انجام تعهد خود (روش‌های قراردادی) قابل ذکر است. از سوی دیگر، عرف رایج در هر یک از انواع معاهدات تجاری داخلی یا بین‌المللی که اصولاً براساس درک و تفاهم عموم عقلاً شکل می‌گیرد و مبتنی بر احساس نیاز تجار در زمینه‌های مختلف عملی است نیز می‌تواند روشهای خاصی برای تقویم خسارت مقرر نماید. در این گفتار ابتدا به بررسی روش عام تقویم خسارت پرداخته و سپس در بخش اعظم آن روشهای خاص تقویم خسارات را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

مبحث اول: روش عام (قضایی) تقویم خسارت

مقصود از روش عام یا قضایی تقویم خسارت، عبارت است از توسل قاضی دادگاه مرجوع‌الیه به ادله اثبات دعوا و به ویژه نظر کارشناسان خبره در هر فن و حرفه در ارزیابی کمیت خسارت وارد شده به خواهان. در کنوانسیون همانطور که برخی مفسرین تصریح کرده‌اند، هیچ

مقرره‌ای راجع به روش عام تقویم خسارت یافت نمی‌شود اما از آنجا که موضوع از موارد تحت شمول کنوانسیون است قاضی یا داور باید مناسب‌ترین طریق را در این راستا جستجو نموده و اعمال نماید و نمی‌تواند بدواً به حقوق ملی (داخلی) رجوع کند، بلکه در نهایت کار و پس از ناامیدی از دست‌یابی به روش مناسب از طریق اصول کلی مورد ابتناء کنوانسیون به ناچار باید طبق بند ۲ ماده ۷ به قانون ملی صالح مراجعه کند.^{۸۸}

ناگفته نماند که در برخی منابع، نمونه‌هایی از روشهای مناسب در تقویم خسارت به طریق قضایی ذکر شده است که برای پرهیز از اطاله کلام به آن منابع ارجاع داده می‌شود.^{۸۹}

در حقوق ایران به موجب ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید و ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، وظیفه تعیین میزان خسارت وارده اصولاً بر عهده دادگاه است به شرط این‌که:

۱- مقدار هزینه و خسارات در قانون یا تعرفه رسمی معین نشده باشد (ماده ۵۱۸).

۲- قرارداد خاصی بین طرفین درخصوص تعیین میزان خسارت منعقد نشده باشد (ذیل ماده ۵۱۵).

۳- دعوا به طریق صلح و سازش خاتمه نیافته باشد و الا حکم به خسارت نسبت به آن دعوا صادر نمی‌شود مگر این‌که ضمن سازش، نسبت به خسارت وارده نیز تصمیم خاصی اتخاذ شده باشد (ماده ۵۱۷).

88. Audit, op.cit., N. 172, p. 164.

– هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج.۳، ص. ۹۰، ش. ۳-۹.
۸۹. همان، صص. ۹۰-۹۳، ش. ۱۱-۳، ۱۲-۳، ۱۳-۳، ۱۴-۳، ۱۵-۳.

Audit, op.cit.

به طور کلی دادگاهها با صدور قرار ارجاع به کارشناسی، نسبت به تعیین میزان خسارت اقدام می‌کنند (ماده ۲۵۷ ق.آ.د.م. جدید). کارشناس می‌تواند توسط دادگاه (فقط از میان کارشناسان رسمی دادگستری) و یا با تراضی طرفین دعوا (از میان کارشناسان رسمی و غیررسمی) انتخاب گردد (مواد ۲۶۸-۲۵۸). نظر کارشناس قطعی نیست و علاوه بر دادگاه که حق ارزیابی و رد آن را دارد (ماده ۲۶۵)، هریک از طرفین دعوا نیز می‌تواند به آن اعتراض نماید (ماده ۲۶۰). اما پس از رسیدگی به اعتراضات و تأیید مفاد نظر کارشناسی توسط دادگاه، با انعکاس در حکم، الزام‌آور خواهد گردید (ماده ۲۶۰).

در حقوق فرانسه در اغلب موارد، این قاضی است که تقویم میزان خسارت وارده را برعهده دارد و در این راستا باید اصل جبران کامل خسارات را مدنظر قرار دهد (مواد ۱۱۸۲ و ۱۱۴۹ ق.م. فرانسه). ایده آل این است که وضع سابق متضرر، اعاده گردد و تعادل مجدداً برقرار شود. در تشخیص میزان خسارت نباید شدت تقصیر خواننده لحاظ گردد و صرفاً گستره خسارت وارده باید بررسی شود.^{۹۰}

خواهان نه تنها باید وقوع خسارت بر خود را اثبات نماید بلکه اثبات میزان خسارت نیز با اوست و تمام طرق اثباتی در این راستا قابل استفاده است و قاضی نمی‌تواند بیش از میزان مورد ادعای خواهان، حکم به جبران خسارت دهد. در صورت عدم اثبات میزان خسارت مورد ادعا توسط خواهان، قاضی می‌تواند دادخواست را رد و یا در صورت مقتضی به کارشناسی ارجاع دهد.^{۹۱}

در حقوق مصر و لبنان نیز اختیار قاضی در تعیین میزان خسارت

90. Encyclopédie Juridique (Daloz), T.V., N.182.

91. Ibid., N. 236.

وارد به عنوان یک اصل شناخته شده است و وی باید شروط استحقاق جبران خسارت را که در قانون آمده رعایت کند.^{۹۲}

مبحث دوم: روشهای خاص تقویم خسارات

یکم: روشهای قراردادی (شروط جزایی)

مقصود از روش قراردادی تقویم خسارت، توافق فرعی طرفین یک قرارداد اصلی در ضمن همان قرارداد یا طی قراردادی مستقل و ناظر به قرارداد اصلی درخصوص تحقق، کیفیت و کمیت خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی از سوی متعهد است. در این توافق که شرط جزایی نیز نام دارد:

اولاً وقوع خسارت در اثر نقض قرارداد مسلم فرض می‌شود.
ثانیاً میزان خسارت وارده به صورت معادل پولی از قبل معین می‌گردد.

تحقق مفاد این توافق فرعی معلق بر نقض تعهدات ناشی از قرارداد اصلی از سوی متعهد است، و در اثر آن:

- ۱- طرف متعهدله از اثبات تحقق و وقوع خسارت به خود در نتیجه نقض قرارداد، معاف می‌گردد زیرا وقوع خسارت مسلم فرض شده است.
- ۲- وی از اثبات میزان خسارت وارده نیز معاف است زیرا این امر نیز از قبل و بنا بر تراضی طرفین معین و معلوم شده است.

چنین شروطی در موارد قابل توجهی طرفین را از مراجعه به دادگاه بی‌نیاز می‌کند و در صورت مراجعه به دادگاه نیز در تسریع و تسهیل دادرسی بسیار مؤثر است زیرا قاضی را از جستجو درخصوص ورود و

۹۲. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۶۰-۶۲.

میزان خسارت مورد ادعا بی‌نیاز می‌سازد.

از سوی دیگر این نکته قابل توجهی است که مبلغی که به صورت معادل پولی خسارت از وجه رایج هر کشور در این شروط معین می‌گردد از حیث اثر اجبارکننده‌ای که نسبت به متعهد در انجام تعهد خود دارد وجه التزام نام گرفته و می‌تواند اهرم مناسبی برای تضمین اجرای تعهدات قراردادی تلقی گردد.

در کنوانسیون از این شروط سخنی به میان نیامده است، اما همانطور که برخی مفسرین گفته‌اند، طرفین قراردادهای بیع بین‌المللی مشمول این کنوانسیون می‌توانند چنین شرطی را در آن بگنجانند^{۹۳} و این امر به واسطه اصل آزادی قراردادی و تفسیری بودن مقررات کنوانسیون توجیه می‌شود (ماده ۶). به علاوه روح کنوانسیون و خصیصه بین‌المللی آن که ناظر به تسریع و تسهیل مبادلات بین‌المللی است مؤید این نظر است (ماده ۷ بند ۱ و ۲).

در حقوق ایران این روش خاص تقویم خسارات مستفاد از مواد ۲۳۰ قانون مدنی و ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید پذیرفته شده و حتی در یک مورد اعمال آن اجباری است:

هنگامی که دعوا با صلح خاتمه یافته باشد، طبق صریح ماده ۵۱۷ ق.آ.د.م. جدید، حکم به خسارت نسبت به آن دعوا صادر نخواهد شد مگر این که ضمن سازش، نسبت به خسارات وارده تصمیم خاصی اتخاذ شده باشد. بدون شک این مقررات ناظر به صحت و حتی اجباری بودن این روش در برخی حالات با توجه به آثار مثبت چنین شروطی وضع شده است. شرایط صحت شروط مزبور طبق قواعد عمومی قراردادها معلوم

93. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۸۹، ش. ۷-۳.

می‌گردد (مواد ۲۲۵ - ۱۸۴ ق.م.).^{۹۴}

در حقوق فرانسه نیز مقنن طی مواد ۱۱۱۲ و ۱۲۳۳ - ۱۲۲۶ ق.م. این روش را پذیرفته و حدود و شرایط و آثار آن را به کمک رویه قضایی به تفصیل مقرر داشته است که در این مجال اندک فرصت پرداختن به آن نیست.^{۹۵}

در حقوق مصر این روش تحت عنوان (التعويض الاتفاقی او الشرط الجزائی) به رسمیت شناخته شده و مقنن طی مواد ۲۲۰-۲۱۵، ۱/۲۲۱، ۲۲۳ ق.م. حدود، شرایط و آثار آن را بیان داشته است.^{۹۶}

دوم: روشهای قانونی تقویم خسارت

گاه مقنن خود به منظور تسریع و تسهیل در امر تشخیص و تقویم خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی، مقرراتی وضع می‌کند که حاوی امارات مطلق یا نسبی دال بر وقوع و میزان خسارت است. روشهای قانونی تقویم خسارات را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد:

- ۱- تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد.
- ۲- برخی روشهای خاص که در کنوانسیون و برخی کشورهای تابع حقوق کامن‌لا وجود دارد.

۱- تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

درخصوص اصل خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و مشروعیت و آثار

۹۴. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص ر.ک.

دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۸ همان؛ دکتر سیدحسین صفائی، صص. ۲۳۳-۲۳۲، همان.

95. Encyclopédie Juridique (Daloz), T.V., N. 144-181.

۹۶. نبیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۷۱-۹۱.

آن در جای خود به تفصیل بحث شد و اما آنچه در این مجال باید مورد بررسی قرار گیرد، تعیین نرخ (شاخص) تقویم میزان خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد توسط مقنن است. مقنن در سیستم‌های حقوقی مختلف از یک سو با توجه به وجود تورم و کاهش پیوسته قدرت خرید پول و تضرر متعهدله از این بابت و نیز لزوم رعایت عدالت و جلوگیری از اجحاف نسبت به متعهد ناقض تعهد قراردادی که موضوع آن وجه نقد است از سوی دیگر و همچنین با قصد تسریع و تسهیل در امر تشخیص و تقویم خسارات، بر اساس ضوابطی اقدام به تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد به صورت درصدی برای دوره‌های زمانی معینی می‌نماید.

ماده ۷۸ کنوانسیون، اصل استحقاق متعهدله نسبت به خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را با به کارگیری اصطلاح (بهره) پذیرفته است اما نسبت به تعیین نرخ محاسبه آن و دوره زمانی که ظرف محاسبه است ساکت است. علت این سکوت و راه حل مناسب جهت تکمیل مقررات کنوانسیون از این حیث در جای خود مورد بحث واقع گردید.

در حقوق ایران در ماده ۷۱۹ ق.آ.د.م. سابق نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ۱۲٪ محکوم به در سال تعیین شده بود که جنبه حداکثری داشت و توافق بر کمتر از آن جایز بود. وقوع خسارت به میزان محاسبه شده براساس نرخ مزبور مفروض بود و احتیاج به اثبات نداشت اما همانطور که در جای خود به تفصیل بحث شد در حقوق کنونی ایران این نرخ وجود ندارد و ملاک محاسبه خسارت، تغییر فاحش شاخص قیمت کالاها است و اصولاً تأسیس خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد تغییرات کلی کرده است.

در حقوق فرانسه نرخ‌های ثابت قانونی به صورت درصدی برای دوره زمانی معینی مقرر شده که در جای خود مورد بحث واقع گردیده است و در این مجال اندک امکان پرداختن به آن نیست.

در حقوق مصر نیز این تأسیس تحت عنوان (التعويض القانوني) شناخته شده و مقنن طی مواد (۲۲۸-۲۲۶ ق.م.) به آن پرداخته است. نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ۴٪ در امور مدنی و ۵٪ در امور تجاری است و این مبلغ از تاریخ اقامه دعوا و مطالبه توسط دائن (متعهدله) محاسبه می‌شود مگر این که قرارداد یا عرف مخالف آن وجود داشته باشد. توافق بر خلاف این نرخ‌ها حداکثر تا ۷٪ امکان دارد و صرف تأخیر، اماره مطلق بر وقوع خسارت به نرخ تعیین شده است.^{۹۷}

در حقوق لبنان هم مقنن طی ماده ۱/۲۶۵ قانون موجبات و عقود این روش تقویم خسارات را پذیرفته و در ماده ۷۶۵ همان قانون نرخ محاسبه خسارت را ۹٪ و تراضی برخلاف آن را جایز دانسته است.^{۹۸}

۲- روشهای خاص مقرر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)

در کنوانسیون دو روش خاص تقویم خسارت در مواد ۷۵ و ۷۶ مقرر شده که هر دو ویژه فرض فسخ قرارداد بیع از سوی یکی از طرفین است. یکی (ماده ۷۵) خاص موردی است که معامله جانشین صورت گرفته و دیگری هنگامی اعمال می‌گردد که چنین معامله‌ای صورت نگرفته است. به طور کلی در این دو روش، خسارت وارد شده با ملاحظه تفاوت بین ارزش تجارتي واقعی کالا در تاریخ اجرای قرارداد و قیمت قراردادی آن تعیین می‌گردد. از سوی دیگر اعمال مواد ۷۵ و ۷۶ مانع از این نمی‌شود که اگر طرف متضرر بیش از این مقدار خسارت دیده باشد بتواند نسبت به مقدار مازاد، طبق ماده ۷۴ مطالبه جبران خسارت نماید.

۹۷. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۹۴-۹۲.

۹۸. همان.

۲-۱- محاسبه خسارت در صورت وقوع معامله جانشین (ماده ۷۵)

۲-۱-۱- براساس ماده ۷۵ کنوانسیون:

۱- اگر بیع توسط متعهدله فسخ شده باشد (به واسطه نقض اساسی قرارداد توسط طرف دیگر: مواد ۴۹ و ۶۴)

۲- فسخ کننده اقدام به معامله جانشین کرده باشد:

اگر مشتری است، کالای مشابه را از دیگری خریده باشد و اگر بایع است، کالا را به دیگری فروخته باشد (بیع جبران کننده واقع شده باشد).

۳- بین فسخ قرارداد اصلی و معامله جانشین، مدت زمان متعارفی فاصله افتاده باشد، زیرا اگر بین این دو بیش از این مقدار فاصله افتد، معامله دوم، جانشین معامله فسخ شده به شمار نمی آید (با دقت عرفی)، به علاوه ممکن است متعهد به واسطه نوسان شدید قیمتها مورد اجحاف قرار گیرد.

۴- شیوه معامله جانشین به طور متعارف باشد:

بایع نباید کالایش را به حراج دهد و مشتری نباید آن را به قیمت گزاف بخرد. شکل متعارف از حیث مکان معامله جانشین نیز باید رعایت شود، زیرا حمل و نقل کالا هم هزینه دارد و این هزینه طبق ماده ۷۴ (اطلاق آن) به عنوان خسارت وارده قابل مطالبه است و در واقع داخل در قیمت تمام شده کالا است. الزام ذینفع به رعایت زمان و شیوه متعارف به تعبیر برخی مفسرین، نمونه بارزی از تعهد متضرر به تقلیل خسارت است (ماده ۷۷).^{۹۹}

۵- مشتری کالا را به قیمت بیشتری از قیمت آن در قرارداد فسخ شده خریده و بایع به قیمت کمتری فروخته باشد. با اجتماع این شرایط، طرف مدعی خسارت می تواند تفاوت قیمت قراردادی کالا (ثمن المسمی

99. Audit, op.cit., N. 177, p. 168.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۹۷، ش. ۳-۱.

در قرارداد فسخ شده) با قیمت کالا در معامله جانشین (ثمن المسمى در قرارداد جدید) را به عنوان خسارت حاصل از نقض تعهد قراردادی توسط متعهد، مطالبه نماید.

ملاحظات:

۱- مقصود از ثمن در معامله جانشین، قیمت تمام شده کالا است که با لحاظ قیمت قراردادی و هزینه‌های حمل و نقل، بیمه و غیره به شرط رعایت متعارف از حیث مکان، زمان و شیوه معامله، محاسبه می‌گردد.^{۱۰۰}

۲- اگر ذینفع در اعمال خرید یا فروش جانشین رعایت متعارف از حیث زمان، مکان و شرایط معامله را ننماید، دو راه حل قابل تصور است:

- فرض بر این گذاشته شود که گویی هیچ معامله جانشینی صورت نگرفته و به روش مندرج در ماده ۷۶ متوسل و یا به شیوه عام ماده ۷۴ رجوع شود.^{۱۰۱}

- مطابق اصل تقلیل خسارت (ماده ۷۷) آنچه را که باید انجام می‌گرفته و نگرفته است را با آنچه انجام گرفته مقایسه و از میزان خسارت قابل مطالبه مقداری که مستند به فعل خود زیان‌دیده است را کم نمود.^{۱۰۲}

۲-۱-۲- اعمال این روش در حقوق ایران:

در هیچ یک از منابع حقوق موضوعه ایران تصریحی در این خصوص دیده نمی‌شود اما به نظر می‌آید بتوان با استناد به قاعده تسبیب و از باب ضمان قهری، این روش تقویم خسارت را پذیرفت. در تسبیب دو رکن وجود دارد:

۱۰۰. همان، ص. ۹۶، ش. ۲-۳.

101. Audit, op.cit., N. 177, 169.

- هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۹۶، ش. ۲-۶.

102. Audit, op.cit.

۱- وجود واسطه بین فعل زیان بار و خسارت.

۲- تقصیر که شرط احراز رابطه سببیت عرفی غیرمستقیم و معالواسطه است (مواد ۳۳۵-۳۳۱ ق.م.ا).

در فرض مورد بحث، اولاً متعهد با نقض قرارداد مرتکب تقصیر شده به طوری که منجر به نقض اساسی قرارداد و جواز فسخ معامله توسط متعهدله گردیده است. ثانیاً بین فعل زیان بار (نقض تعهد) و خسارت (ما به التفاوت قیمتها) واسطه وجود دارد. بنابراین ارکان تسبیب فراهم است و متعهد ناقض قرارداد اصلی مسئول خسارات مزبور است و برخی حقوقدانان نیز براساس همین قاعده آن را پذیرفته‌اند.^{۱۰۳} البته ممکن است اشکال شود که وجود دو واسطه ارادی (منوط به اراده متعهدله قرارداد اصلی) عرفاً رابطه سببیت بین نقض تعهد اصلی و خسارت وارده را قطع می‌کند و بنابراین یک رکن تسبیب (وجود رابطه علیت) مفقود است. جواب قطعی این مسأله به تشخیص درست مفاد قضاوت عقلاً بستگی دارد.

۳-۱-۲- در حقوق فرانسه

برخی نویسندگان اذعان داشته‌اند که این روش در حقوق داخلی فرانسه نیز پذیرفته شده است.^{۱۰۴}

۴-۱-۲- در حقوق یوگوسلاوی

گفته شده است که این روش در حقوق این کشور نیز شناخته شده است و منطبق با ماده ۷۵ کنوانسیون است.^{۱۰۵}

۱۰۳. دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ص. ۴۵۹، ج. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۵ ه. ش.

104. Ripert et Roblot, T. II, N. 2536, cité par Audit, op. cit., N. 176, p. 168; J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11768, p. 568, L.G.D.J., 1996.

105. Audit, op.cit., N. 176, p. 168.

۲-۱-۵- در حقوق آمریکا

در قانون تجارت آمریکا این روش تحت عنوان (Cover) پذیرفته شده است (ماده ۷۱۲-۲).^{۱۰۶}

۲-۲- محاسبه خسارت در صورت عدم وقوع معامله جانشین

روش محاسبه خسارت در این فرض در ماده ۷۶ کنوانسیون آمده است. شرایط اعمال این روش عبارت است از:

۱- معامله جانشین به طور کلی انجام نگرفته یا این که واقع شده، اما به شیوه متعارف و در زمان و مکان متعارف نبوده است یا این که نسبت به کالا چند معامله صورت گرفته اما تعیین این که کدامیک معامله جانشین است امکان ندارد.^{۱۰۷}

۲- برای کالای مورد نظر قیمت رایجی در بازار وجود دارد.

۳- در اثر نوسانات بازار، قیمت کالا نسبت به ثمن المسمی در قرارداد اصلی افزایش یا کاهش داشته است.

۴- اگر قرارداد اصلی به واسطه تقصیر مشتری، توسط بایع فسخ شده و سپس قیمت کالا تنزل نموده باشد، مشتری باید ما به التفاوت ثمن قراردادی و ثمن رایج را به بایع بدهد.

۵- اگر قرارداد اصلی به واسطه تقصیر بایع، توسط مشتری فسخ شده و سپس قیمت کالا افزایش یافته، بایع باید تفاوت قیمت قراردادی با قیمت رایج را به مشتری بدهد.

۶- زمان محاسبه قیمت رایج کالا در بازار، زمان فسخ عقد اصلی است.

106. J. Huet, op.cit., N. 17753, p. 557.

107. Audit, op.cit., N. 178, p. 169.

- هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، صص. ۱۰۱-۱۰۰، ش. ۲-۳ و ۲-۴.

در هنگام تصویب این ماده، برخی به این زمان اعتراض کرده و بر این عقیده بودند که چنین زمانی به طرف متضرر امکان می‌دهد که هر وقت بخواهد با ملاحظه بالاترین افزایش قیمت کالا در بازار، قرارداد را فسخ کند و این امر نوعی سودجویی خواهد بود. اما به این ایراد چنین پاسخ داده شده که این نگرانی بیهوده است و خطر به طور اغراق‌آمیز بزرگ جلوه داده شده است.^{۱۰۸}

۷- اگر طرف دارای حق فسخ، قرارداد را پس از قبض کالا فسخ کند، زمان محاسبه قیمت رایج کالا، زمان قبض آن است. فلسفه وضع این استثناء این بوده است که طرف ذینفع نتواند با به تأخیر انداختن فسخ قرارداد تا هنگام افزایش یا کاهش قابل توجه قیمت کالا، سودجویی نماید.^{۱۰۹}

۸- از آنجا که قیمت رایج کالا به مکان هم بستگی دارد، مکانی ملاک است که تسلیم کالا طبق قرارداد اصلی باید در آن صورت می‌گرفت. این مکان از سوی برخی مورد اشکال واقع شده است زیرا مطابق ماده ۳۱ کنوانسیون مکان تسلیم کالا اصولاً مکان تحویل به اولین متصدی حمل و نقل برای حمل به مقصد مشتری است و ممکن است این مکان هیچ خصوصیت و تناسبی با تأمین منافع طرفین و اقتصاد و تعادل قرارداد نداشته باشد.^{۱۱۰}

به هر حال اگر در مکان مزبور (مکان تسلیم کالا) قیمت رایجی وجود نداشته باشد قیمت رایج کالا در محلی ملاک است که به عنوان جایگزین متعارف مکان اصلی تسلیم کالا به شمار می‌آید و در تعیین این

۱۰۸. همان، ص. ۱۰۳، ش. ۲-۹-۳.

109. Audit, op.cit., N. 178, p. 170.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۱۰۳، ش. ۲-۹-۴.

110. Audit, op.cit., N. 178, p. 170.

قیمت، هزینه‌های حمل و نقل نیز محاسبه خواهد گردید.

معقول و متعارف بودن چنین مکانی به عنوان جایگزین مکان اصلی تسلیم کالا، معیار مشخص، قاطع و ثابتی ندارد و باید رفتار تجار متعارف در شرایط مشابه قرارداد موردنظر را ملاک قرار داد.^{۱۱۱}

۹- اگر نتوان هیچ یک از مکانهای مذکور را تعیین نمود یا این که کالا اصولاً قیمت رایج نداشته باشد، چون در این صورت روشهای خاص مواد ۷۵ و ۷۶ قابل اعمال نیست باید به روش عام ماده ۷۴ (تقویم قضایی) متوسل شد.^{۱۱۲}

۱۰- برخی گفته‌اند که اگر محاسبه خسارت طبق ماده ۷۵ برای جبران خسارت وارده کافی نباشد می‌توان روش مندرج در ماده ۷۶ را اعمال نمود.^{۱۱۳} ولی به نظر می‌رسد این مدعی برخلاف ظاهر مواد ۷۴-۷۶ کنوانسیون است و در فرض مزبور باید به طریق عام ماده ۷۴ متوسل شد.

۱۱- در تعیین قیمت رایج کالا باید لزوم وحدت جنس، نوع، وصف و مقدار کالای موضوع قرارداد اصلی با کالای مشابه در بازار را رعایت کرد.^{۱۱۴}

ملاحظات:

در مورد مبنای روش تقویم خسارت مندرج در ماده ۷۶ کنوانسیون می‌توان گفت:

۱- مقنن بین‌المللی در واقع نوعی تعهد ضمنی برعهده خسارت دیده

۱۱۱. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۱۰۴، ش. ۳-۴.

112. Audit, op.cit.

- همان، ص. ۱۰۵، ش. ۳-۷.

113. Audit, op.cit., N.178, p. 169.

۱۱۴. همان، ج. ۳، ص. ۱۰۴، ش. ۳-۳.

قرار داده و در عین حال فرض را بر انجام آن گذارده است (تعهد به انجام معامله جایگزین).^{۱۱۵}

۲- فرض معامله مجدد (جایگزین) مبتنی بر روال طبیعی عمل تجار (غلبه) است.^{۱۱۶}

۲-۲-۱- در حقوق ایران

این روش با همان استدلال مذکور در مورد روش ماده ۷۵ قابل پذیرش است.

۲-۲-۲- در حقوق فرانسه

برخی از نویسندگان فرانسوی بر این عقیده‌اند که این روش تقویم خسارت نیز در حقوق فرانسه قابل قبول است اما توضیحی در این خصوص داده نشده است.^{۱۱۷}

سوم: روشهای عرفی تقویم خسارت

چون در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عرف تجاری بین‌المللی به‌عنوان مبنا و همچنین منبع، مقدم بر مقررات کنوانسیون شناخته شده است (بند ۱ ماده ۹)^{۱۱۸} هرگونه روش تقویم خسارت موجود در عرف تجارت بین‌الملل اعم از عرف عام یا خاص معاملات، در فقدان روش قراردادی (ماده ۶) بنابر صریح بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون در حکم مذکور در عقد است و لازم‌الاتباع و مقدم بر روشهای قضایی و قانونی خواهد بود.

در حقوق ایران نیز مستفاد از مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م. روشهای عرفی تقویم خسارت ناشی از نقض قرارداد که در تجارت داخلی موجود است،

115. J. Huet, op. cit., N. 11768, p. 568.

۱۱۶. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۱۰۰، ش. ۲-۲.

117. J. Huet, ibid.

118. Audit, op.cit., N. 48, p. 44.

می‌تواند در فقدان توافق برخلاف آن، به عنوان یک روش قراردادی ضمنی تقویم خسارت تلقی شده و طبق ذیل ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید، بر روش عام قضایی مقدم دانسته شود.

و اما در حقوق فرانسه عرف منبع درجه دوم از منابع فرعی غیررسمی است و می‌تواند به عنوان مفسر اراده مشترک طرفین قرارداد تلقی گردد.^{۱۱۹} لذا همانند حقوق ایران می‌توان بر اعتبار روشهای عرفی تقویم خسارت و بازگشت آن به روشهای قراردادی در این کشور نظر داد.

گفتار دوم: زمان و مکان تقویم خسارت

مبحث اول: زمان تقویم خسارت

چون اولاً، هدف مسئولیت مدنی، تا حد امکان بازگرداندن وضعیت زیان‌دیده به حالت اول خود است و اصل جبران کامل خسارت حاکمیت دارد،

ثانیاً، ممکن است خسارت وارده به لحاظ خصوصیت و ویژگی منشأ آن، رو به افزایش باشد،

ثالثاً، تورم و کاهش قدرت خرید پول، محاسبه خسارت با شاخص‌های قبلی را برای جبران خسارت ناکافی می‌سازد، مسأله زمان تقویم معادل پولی خسارت اهمیت قابل توجهی می‌یابد.

در کنوانسیون جز در مورد روش خاص تقویم خسارات مندرج در ماده ۷۶، ذکر از زمان تقویم خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی به میان نیامده است. برخی از مفسران گفته‌اند که برعهده قاضی یا داور است که بهترین و مناسب‌ترین روش تقویم را تعیین نماید و در این راستا رجوع به حقوق داخلی محملی ندارد زیرا موضوع، مشمول کنوانسیون است مگر

119. Buffélan – Lanore (Yvaine), op. cit., T.2, N. 27-28, pp. 24- 25.

این که در نهایت هیچ راهی جز رجوع به حقوق داخلی نمانده باشد (ماده ۷ بند ۲).^{۱۲۰}

در تأیید این نظر می‌توان گفت که اصل جبران کامل خسارت مستفاد از مواد (۴۵ بند ۲، ۶۱ بند ۲، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۸) کنوانسیون، مطابق بند ۲ ماده ۷ آن، قاضی یا داور را ملزم می‌کند تا در هر دعوا زمانی را برای تقویم خسارات انتخاب کند که به کاملترین وجه ممکن خسارات را جبران نماید، بنابراین با وجود این راه حل در کنوانسیون، دیگر مجالی برای رجوع به حقوق داخلی باقی نمی‌ماند.

در حقوق ایران برخی بر این عقیده‌اند که زمان تقویم خسارت همان زمان انجام تعهد قراردادی است. مثلاً اگر تخلف از تعهد پرداخت ارز صورت گرفته باشد، خسارت بر مبنای نرخ ارز در روز انجام تعهد (سررسید) محاسبه می‌شود، یا اگر طبق قراردادی، فروشنده موظف بوده در موعد معینی کالایی را تحویل مشتری دهد و نداده است، نرخ آن کالا در همان موعد، مبنای محاسبه خسارت است. مستند این نظر، ماده ۲۲۶ ق.م. است.^{۱۲۱}

اما نظر مشهور در فقه امامیه در باب ضمان قهری که در مسئولیت قراردادی هم قابل اعمال است این است که زمان ورود ضرر، زمان تقویم خسارت است.^{۱۲۲}

از سوی دیگر دسته سومی، تاریخ مطالبه خسارت (اقامه دعوا) را ملاک دانسته‌اند.^{۱۲۳}

و سرانجام عده‌ای گفته‌اند که در مسئولیت قراردادی، تاریخ تقویم

120. Audit, op.cit., N. 172, p. 164.

۱۲۱. دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، صص. ۱۷۴-۱۷۵، همان.

۱۲۲. دکتر ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج. ۱، ش. ۳۶۵-۳۷۴، همان.

۱۲۳. همان.

خسارت، زمان صدور حکم قطعی است زیرا:

اولاً، پیش از صدور حکم، مدیون ملزم به جبران خسارت است. حکم دادگاه به این الزام قانونی صورت خارجی می‌بخشد و آن را تبدیل به دین مبلغی پول می‌کند، پس منطقی است که در زمان صدور حکم هزینه انجام تکلیف متعهد معین شود.

ثانیاً، تنها در این صورت است که ضرر ناشی از عدم انجام تعهد به طور کامل جبران می‌شود زیرا دادرسی‌ها گاه چندین سال به طول می‌کشد، قدرت خرید پول کاهش می‌یابد و هزینه‌ها بالا می‌رود.^{۱۲۴}

به نظر می‌رسد نظر اخیر قوی‌تر باشد، زیرا هدف مسئولیت مدنی که جبران کامل خسارت و اعاده وضع سابق زیان‌دیده است، با این راه حل بهتر تأمین می‌شود و روح ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. جدید نیز مؤید آن است.

در حقوق فرانسه نیز زمان تقویم خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، زمان صدور حکم است. مبنای این ملاک، اصل جبران کامل خسارت است و رویه قضایی بر آن استقرار یافته است.^{۱۲۵}

لکن رویه قضایی سه استثناء بر این قاعده وارد کرده است:

۱- اگر مشتری کالای جایگزین خریده باشد، روز خرید آن کالا مبنای محاسبه خسارت است.

۲- اگر ثالثی خسارت زیان دیده را جبران کرده، روز جبران خسارت ملاک است (برای پرداخت آنچه ثالث به جای متعهد ناقض قرارداد ادا کرده است).

۳- اگر کالای معیوب توسط خود زیان‌دیده یا شخص ثالثی تعمیر شده است، روز تعمیر، مبنای محاسبه خسارت خواهد بود.

^{۱۲۴}. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۷، همان.

¹²⁵. A. Weill et F. Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 435, pp. 501-502, 2^e éd., Dalloz, 1980; Le Tourneau et Cadet, Droit de la Responsabilité, N. 1426, p. 383, Dalloz, 1996.

همگی این استثنائات را دو اصل جبران کامل خسارت و فرا نرفتن میزان خسارت از مقدار واقعی آن توجیه می‌کند.^{۱۲۶}

در حقوق مصر نیز بنا به دلایل مشابه، روز صدور حکم، روز تقویم خسارت دانسته شده است.^{۱۲۷}

مبحث دوم: مکان تقویم خسارت

چون حیطة اعمال مقررات کنوانسیون می‌تواند تمام نقاط دنیا را دربرگیرد و روشن است که عوامل اقتصادی مؤثر در میزان خسارت از قبیل قیمت رایج کالا، نرخ تورم، هزینه حمل و نقل و غیره در نقاط مختلف متفاوت است، مکان تقویم نیز اهمیت زیادی در کنوانسیون دارد و همان راه حل زمان تقویم خسارت در اینجا نیز قابل اعمال است.

برعکس، به طور کلی در حقوق داخلی، مکان تقویم اهمیت زیادی ندارد مگر در خصوص تعیین قیمت یا اجرت المثل منافع برخی اموال که برحسب تفاوت مکان وقوع آن تغییر می‌یابد. به هر حال در اینجا نیز قاضی باید با توجه به اصل جبران کامل خسارت و لحاظ اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و نوع استفاده‌ای که متعهدله از مورد معامله در نظر داشته و در قرارداد آمده یا صورت نوعی داشته است، مکان تقویم خسارت را تعیین نماید.

مکان‌هایی که دادگاه می‌تواند در نظر بگیرد از این قرارند؛

- ۱- مکان انعقاد قرارداد
- ۲- مکان انجام تعهد
- ۳- مکان اقامه دعوا (اقامتگاه خوانده - محل انعقاد عقد - محل

126. Ibid., N. 1435-1436, pp. 386-387.

۱۲۷. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، ص. ۶۵.

اجرای آن - محل وقوع مال غیرمنقول).
اطلاق ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید مؤید اختیار وسیع قاضی در این خصوص است.

فصل دوم: روشهای جبران خسارت

در کنوانسیون و برخی شرح‌های مفسرین بر آن، تحت عنوان خسارت، اموری ذکر گردیده که در واقع نه طریق جبران خسارت، بلکه به معنای عام کلمه، یکی از ضمانت اجرای تعهدات قراردادی و آثار التزام است. به عبارت دیگر، این طرق در عرض طرق واقعی جبران خسارت مطرح می‌شوند. به عنوان مثال، در بند الف ماده ۴۵، اموری نظیر الزام به تسلیم بدل کالای غیرمنطبق (بند ۱ ماده ۴۶) و فسخ قرارداد (ماده ۴۹)، از طرق جبران خسارت به شمار آمده‌اند حال آن‌که در این موارد صحبت از جبران خسارت بوجود آمده نیست بلکه بحث بر سر جلوگیری از تضرر بیشتر و یا التزام به انجام مفاد تعهد قراردادی است. در نتیجه در این فصل، به آنچه به معنای واقعی کلمه، روش جبران خسارت است پرداخته می‌شود.

گفتار اول: روشهای پولی جبران خسارت

مقصود از روشهای پولی جبران خسارت، طرقی است که در آنها معادل پولی خسارت وارد شده محاسبه و زیان زننده محکوم به پرداخت آن به زیان‌دیده شده یا از دریافت بخشی از مبلغ مورد استحقاق محروم می‌گردد. این طرق شایع‌ترین روشهای جبران خسارت در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی است زیرا:

۱- اجرای آن از طرق دیگر جبران خسارت برای دادگاه و طرفین دعوا آسانتر است.

- ۲- سریع‌تر از طرق دیگر صورت می‌گیرد.
- ۳- الزام محکوم علیه به آن آسانتر است.
- ۴- تعیین معادل پولی خسارت آسانتر است.^{۱۲۸}
- ۵- طرفین دعوا مایلند بدانند که به صورت قطعی و روشن، حقوق و تکالیف آنها در مقابل یکدیگر چیست و این امر با تعیین معادل پولی خسارت وارده بهتر صورت می‌گیرد.^{۱۲۹}

مبحث اول: پرداخت معادل پولی خسارت

در کنوانسیون اولویت این روش را می‌توان از ماده ۷۴ آن استنباط نمود، زیرا در تعریف خسارت ناشی از نقض قرارداد، عبارت «... مبلغی برابر زیان تحمل شده توسط طرف دیگر...» آمده و کلمه «مبلغ» نص در معادل پولی است. روح کنوانسیون و اصول کلی مورد ابتنای آن مبنی بر تسریع و تسهیل تجارت بین‌المللی نیز به این روش اولویت می‌دهد (ماده ۷).

حتی برخی از مفسران بر این عقیده‌اند که ماده ۷۴ تردیدی باقی نمی‌گذارد که تنها طریق جبران خسارات، پرداخت معادل پولی آن است.^{۱۳۰} اما این نظر با توجه به تفسیری بودن مقررات کنوانسیون (ماده ۶) و اصول مورد ابتنای آن (ماده ۷) و اصل جبران کامل خسارت، دقیق نیست و نباید روش جبران خسارت را منحصر به این یکی کرد؛ بلکه طرفین و یا قاضی باید بتوانند در صورت اقتضا، مناسب‌ترین روش را بر حسب اوضاع و احوال قضیه برگزینند، گرچه غالباً طریق انطباق همان روش پرداخت معادل پولی است اما بعید نیست که در مواردی طرق دیگر

۱۲۸. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۶، همان.

۱۲۹. همان.

۱۳۰. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، صص. ۸۳-۸۴.

کارسازتر باشد.

در حقوق ایران نیز شایع‌ترین روش جبران خسارت در مسئولیت قراردادی، پرداخت معادل پولی آن است، اما این روش اجباری نیست و علاوه بر امکان تراضی طرفین برخلاف آن، قاضی را نیز باید در انتخاب روش جبران خسارت مختار دانست زیرا:

در قوانین موجود الزامی بر روش پرداخت معادل پولی خسارت دیده نمی‌شود بلکه با توجه به مواد مختلف مربوط به ضمان قهری در قانون مدنی از جمله مواد (۳۱۱-۳۳۱) و استفاده از ملاک آن برمی‌آید که هدف جبران کامل خسارت است و در این راستا حتی پرداخت مثل مال تلف شده بر پرداخت قیمت آن ترجیح دارد.

از سوی دیگر طبق ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، اختیارات وسیعی به قاضی در انتخاب شیوه جبران خسارت داده شده است و با الغاء خصوصیت از آن با توجه به وحدت بنیادین مسئولیت قهری و قراردادی می‌توان آن را در مسئولیت قراردادی نیز جاری دانست. البته ضرورت رجوع به دیگر طرق جبران خسارت در قلمرو مسئولیت قراردادی خیلی کمتر محقق می‌شود و لذا در اغلب قریب به اتفاق موارد، روش جبران خسارت همان روش پرداخت معادل پولی خسارت است و روش‌های دیگر در آراء دادگاهها به چشم نمی‌خورد.^{۱۳۱}

و اما در حقوق فرانسه، در این که آیا قاضی در انتخاب میان روش پرداخت معادل پولی خسارت^{۱۳۲} و روش‌های غیرپولی اختیار تام دارد اختلاف نظر است و در دکتترین سه راه حل ارائه شده است:

۱- در صورت عدم توافق طرفین درخصوص نحوه جبران خسارت،

۱۳۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان، صص. ۲۴۰-۲۳۸، ش ۸۰۶.

132. Réparation par équivalent pécuniaire.

برعهده قاضی ماهوی (دادگاه تالی) است که در این باره تصمیم بگیرد، بنابراین وی می‌تواند بین دو دسته روش جبران خسارت با آزادی، دست به انتخاب بزند و این انتخاب خارج از حیطه کنترل و نظارت دیوان کشور است (چرا که مسأله ماهوی است).^{۱۳۳}

طرفداران این نظر بر این باورند که اولاً، طرق غیرپولی هم می‌تواند خسارت را به صورت کامل جبران کند. ثانیاً، آزادی قاضی امری مطلوب است زیرا وی می‌تواند مصالح و مفاسد اعمال هریک از روش‌ها را بسجد و براساس ملاحظات اقتصادی و اجتماعی (مهندسی اجتماعی)، روش مناسب را برگزیند. مثلاً وقتی ساختمانی به صورت غیرقانونی ساخته شده است، قاضی می‌تواند بین دستور تخریب آن با لحاظ تمام پیامدهای اقتصادی‌اش و ابقاء آن و صدور حکم مبنی بر پرداخت مبلغی پول به عنوان معادل خسارت وارد شده به خواهان یکی را برگزیند.

۲- بخش قابل توجهی از حقوقدانان براین باورند که فقط روش اجرای عین تعهد و محکومیت به اعاده وضع سابق به صورت عینی^{۱۳۴} است که می‌تواند خسارت را با خشکاندن منبع آن به طور کامل از بین ببرد، لذا این روش مادام که امکان دارد باید بر روش‌های دیگر ترجیح داده شود و متضرر می‌تواند آن را از دادگاه بخواهد و حتی با درخواست محکوم علیه الزامی می‌شود و قاضی در این خصوص جز در صورت تراضی طرفین از آزادی انتخاب برخوردار نیست.^{۱۳۵}

133. Marty et Reynaud, Droit Civil, Les Obligations, N. 511, Sirey, 1988; B. Starck, Droit Civil, Obligations, N. 941 et s., Librairie Techniques, 1972; Weill et Terré, op. cit., N. 782.

134. Condamnation en nature.

135. H., L., J. Mazeaud, et F. Chabas, Traité Théorique et Partique de la Responsabilité Civile, T.III, V. 1, N. 2303 et s., Edition Montchrestien, 1978; Colin et Capitan, Traité de Droit Civil, T. II, N.156, Paris, 1959; Aubry et Rau, T. 6, N. 404, (7o Édition), par N. Dejean de la Batie – Planiol et Ripert par Esmein, T. VI, N. 680, L.G.D.J., 1930.

۳- دسته سومی بر این عقیده‌اند که میان طرق جبران خسارت غیرپولی، باید طرقی که به تضمین صرف جبران خسارت منجر می‌شوند و طرقی که با از بین بردن منبع خسارت سبب اعاده وضع سابق به صورت واقعی می‌گردند تفکیک قائل شد:

طرق دسته اول هیچ مزیت و برتری بر طریق پولی ندارند و این قاضی است که باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه، روشی را که مناسب‌تر است انتخاب نماید و این انتخاب از حیطة نظارت دیوان کشور خارج است.

اما طرق دسته دوم نظیر اجرای نفس تعهد قراردادی یا دستور قلع و قمع و تخریب وضعیتی که منشأ خسارت است، از آنجا که اعاده وضع سابق می‌کنند بر طرق دیگر و حتی بر طرق پولی مقدم‌اند و قاضی دیگر آزادی در انتخاب ندارد زیرا وی باید در درجه اول و تا آنجا که امکان دارد اعاده وضع سابق^{۱۳۶} نماید نه این که اکتفا به جبران^{۱۳۷} کند و البته این وظیفه مادام که یکی از طرفین به آن تمایل داشته باشد باقی است. زیرا اعاده وضع سابق و نابودی منبع ضرر می‌تواند از سوی هر یک از متضرر و مسؤول درخواست شود.^{۱۳۸}

اما در حقوق موضوعه فرانسه، دیوان کشور آزادی قاضی ماهوی در انتخاب میان روشهای پولی و غیرپولی جبران خسارت را به عنوان یک اصل پذیرفته است مادام که با مقوله جبران خسارت (هدف آن) در تنافی نباشد.^{۱۳۹}

136. Rétablir.

137. Réparer.

138. R. Savatier, Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, T. II, N. 597, 2e éd., Paris, 1951; Le Tourneau, op. cit., N. 1255 – 1260, et N. 1269 - 1274.

139. G. Viney, Responsabilité: Effets, N. 44, pp. 61-62.

اما شورای دولتی فرانسه^{۱۴۰} بر این باور است که قاضی اصولاً موظف به اعمال روش پولی جبران خسارت است و اعمال روش‌های دیگر به صورت استثنایی امکان دارد.^{۱۴۱}

برخی از نویسندگان در تأیید این نظر گفته‌اند که متضرر با دریافت معادل پولی خسارت می‌تواند آزادانه هرطور که بخواهد از آن در جهت جبران آنچه از دست داده است استفاده کند.^{۱۴۲} با این همه نمی‌توان از تمایل رویه قضایی به تحمیل یکسری تدابیر بر قاضی که امکان نابود کردن منبع خسارت را فراهم کند چشم‌پوشی کرد.^{۱۴۳}

در حقوق مصر نیز مستفاد از ماده ۲۱۵ ق.م. مقنن، قاضی را در تعیین روش جبران خسارت مختار دانسته است و وی ملزم به اعمال روش پولی نشده است و از ملاک ماده ۲/۱۷۱ ق.م. نیز اختیار قاضی در مسئولیت قراردادی استفاده می‌شود.

با این همه، اعمال روش پولی جبران خسارت یک اصل است زیرا معادل پولی خسارت به راحتی قابل تعیین است و متعهدله، نیز آسانتر می‌تواند آن را به دست آورد اما در صورت درخواست او طرق دیگر اعمال خواهد شد، بنابراین:

۱- قاضی نمی‌تواند رأساً روش غیرپولی خسارت را اعمال کند.

۲- درخواست متعهدله مبنی بر اعمال روش غیرپولی، قاضی را ملزم به آن نمی‌کند.

۳- درخواست وی مبنی بر اعمال روش پولی، قاضی را ملزم به آن می‌کند گرچه متعهد حاضر باشد روش غیرپولی جبران خسارت را انجام

140. Conseil d'État.

141. Ibid., N. 45, p. 62.

142. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 429, 2e éd., Dalloz, 198.

143. G. Viney, op.cit., N. 46, p. 65; Le Tourneau, op.cit., N. 1271.

دهد.^{۱۴۴}

اما در حقوق لبنان مقنن در ماه ۱۳۶ قانون موجبات و عقود تصریح کرده که اصل بر جبران خسارت به روش پولی است اما قاضی می‌تواند بر حسب مصلحت متضرر طرق غیر پولی را برگزیند.^{۱۴۵}

مبحث دوم: تقلیل ثمن

یکی از طرقی که به عنوان شیوه جبران پولی خسارت در کنوانسیون مطرح شده، تأسیس تقلیل ثمن مندرج در مواد ۴۵ و ۵۰ است.^{۱۴۶} مطابق ماده ۵۰ کنوانسیون، در صورت تسلیم کالای غیر منطبق توسط بایع، مشتری می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسلیم داشته است، ثمن المسمی را تقلیل دهد. این روش در کشورهای با سیستم حقوق نوشته برخلاف حقوق کامن‌لا مورد دفاع بوده است و ریشه آن به حقوق رم برمی‌گردد.^{۱۴۷}

این روش در اغلب کشورهای سوسیالیستی سابق و جهان سوم در مجموعه قوانین به عنوان روش جبران خسارت تکمیلی گنجانده شده است و اعمال آن محدود به مواردی است که بایع مقصر بوده و حق ترمیم و رفع نقص (عدم انطباق کالا) را نیز دارد. این روش، روش جبران خسارت مشهور و عمومی مهمی است که در عرف روزانه تجارت داخلی و بین‌المللی وجود دارد.^{۱۴۸}

۱۴۴. نیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۶۲-۶۳.

۱۴۵. همان، ص. ۶۲.

146. Réduction du prix.

147. Actio Quanti Minoris.

۱۴۸. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۲، صص. ۲۱۲-۲۱۳.

اعمال این روش محدودیت زمانی ندارد مشروط بر این که اخطار عدم مطابقت کالا در کمتر از دو سال موضوع ماده ۳۹ کنوانسیون رعایت شده باشد. این طریق را می توان همراه با طرق جبران پولی خسارت اعمال کرد و در این صورت، تقلیل ثمن تلاشی جهت جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه است نه جبران خسارت وارده.^{۱۴۹}

برخی دیگر گفته اند که این طریق، در وهله اول برای هنگامی پیش بینی شده که بایع تقصیری ندارد و خسارت وارده مستند به فعل او نیست (بند ۵ ماده ۷۹)، با این همه طبق بند ۱ ماده ۴۵ می تواند در حالت تقصیر بایع و عدم امکان استناد به ماده ۷۹ نیز اعمال گردد.^{۱۵۰}

همچنین گفته شده است که این روش حتی در صورت اعمال حق بایع در استفاده از مهلت اضافی (Porte de remède) هم قابل استفاده است.^{۱۵۱}

به علاوه میزان عدم انطباق کالای تسلیم شده با مفاد قرارداد نیز تأثیری در اعمال این روش ندارد.^{۱۵۲}

به عنوان نتیجه بحث می توان گفت که این طریق یک روش جبران خسارت به مفهوم اخص کلمه نیست بلکه روشی برای جلوگیری از خسارت و منع از دارا شدن ناعادلانه بایع است و در واقع قاعده منع دارا شدن بدون سبب^{۱۵۳} این تأسیس را توجیه می کند نه قواعدی نظیر اتلاف و تسبیب.

در حقوق ایران از تقلیل ثمن در خیار عیب تحت عنوان «اخذ ارش»

۱۴۹. همان، ص. ۲۱۸.

150. Audit, op.cit., N. 140, p. 135.

151. J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11752-3, p. 555, L.G.D.J., 1996.

152. Ibid.

153. Enrichissement sans cause.

در ماده (۴۲۲) ق.م. سخن به میان آمده و به عنوان یک قاعده عمومی در معاملات اعمال می‌گردد و فقط در عقد اجاره جریان ندارد (ماده ۴۷۷ ق.م.).

صرف نظر از این که آیا واقعاً این امر روش جبران خسارت است یا روش جلوگیری از وقوع خسارت و دارا شدن بدون سبب، این بحث پیش می‌آید که تقلیل ثمن به مثابه یک روش عام در همه موارد عدم انطباق همانند کنوانسیون در حقوق ایران هم قابل اعمال است؟

برای پاسخ به این سؤال باید به این تفاسیل توجه نمود:

۱- اگر عدم انطباق کالا مربوط به اوصاف اساسی مورد معامله که عرفاً خود موضوع معامله را تغییر می‌دهد، باشد، در صورتی که موضوع معامله عین معین باشد، معامله باطل است (ماده ۳۵۳ ق.م.) و این بطلان به دلیل فقدان قصد است و اگر کلی فی‌الذمه باشد، مشتری حق الزام بایع به تسلیم فرد منطبق با قرارداد (ملاک مواد ۲۳۷ و ۴۸۲ ق.م.) و یا درخواست انجام عین تعهد توسط خود یا ثالث به هزینه بایع را دارد (ملاک ماده ۲۳۸ ق.م.) و در صورت عدم امکان تحقق هیچ یک از راه‌حلهای فوق، حق فسخ بیع را خواهد داشت (ملاک مواد ۲۳۹ و ۴۸۲ ق.م.)، بنابراین برخلاف کنوانسیون، مشتری در این فرض حق تقلیل ثمن را ندارد.

۲- اگر عدم انطباق نه عیب بلکه نوعی تخلف از وصف یا شرط باشد، در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه باشد، همانند فوق ابتدا باید در جهت اجرای عین تعهد و تسلیم فرد منطبق تلاش کرد و در نهایت حق فسخ ایجاد می‌شود (ملاک مواد ۲۳۷، ۴۱۴ و ۴۸۲ ق.م.) و اگر عین معین بوده، صرفاً حق فسخ برای مشتری ایجاد می‌شود (مواد ۴۱۰ به بعد و ۴۴۴ ق.م.) نه حق تقلیل ثمن.

۳- اگر عدم انطباق، عیب به شمار آید، در این صورت مشتری

مطابق ماده ۴۲۲ ق.م. و به شرط این که مبیع عین معین باشد حق فسخ یا تقلیل ثمن (اخذ ارش) دارد.

۴- اگر عدم انطباق از مصادیق تبعض در صفقه باشد نیز مشتری طبق مواد ۳۸۴ و ۴۴۱ ق.م. حق فسخ یا تقلیل ثمن را خواهد داشت. با توجه به آنچه در فوق آمد، نمی توان تقلیل ثمن را در موردی غیر از خیار عیب و تبعض صفقه اعمال کرد و لزوم احترام به آزادی اراده افراد و رعایت اصل آزادی قراردادی در مورد متعاملین و از جمله بایع نیز دلیل دیگری بر صحت این نظر است، زیرا تقلیل ثمن در واقع ایجابی جدید از جانب مشتری است که بایع هیچ التزامی به قبول آن ندارد. در حقوق فرانسه نیز نظیر حقوق ایران، از تقلیل ثمن در خیار عیب (ماده ۱۶۴۴ ق.م.) سخن به میان آمده و مشتری بین فسخ و تقلیل ثمن مختار دانسته شده است. دعوی تقلیل ثمن (*Action estimatoire*) نام دارد. اما با جستجو در منابع موجود این امر به عنوان یک روش عام برای جبران خسارت مشاهده نشد.

ناگفته نماند که در بعضی از کشورها نظیر اردن و امارات حتی در خیار عیب هم تقلیل ثمن (اخذ ارش) پذیرفته نشده است (ماده ۵۴۴ ق.م. امارات و ماده ۵۱۳ ق.م. اردن).^{۱۵۴}

مبحث سوم: بازفروش کالا

در کنوانسیون مطابق بند ۱ ماده ۸۸، چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه های حفظ کالا به نحو غیرمتعارفی تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ موظف به حفظ کالا

۱۵۴. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في القانون المدني الاردني و قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ص. ۷۸، ج. ۱، دارالفكر، دمشق، ۱۴۰۷ هـ. ق.

است می‌تواند آن را به طریق مقتضی به شرط اخطار متعارف مبنی بر قصد فروش، به شخص ثالثی بفروشد و طبق بند ۳ این ماده، وی می‌تواند از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا را برداشت نماید. این روش می‌تواند روشی برای جبران خسارت تلقی گردد. طرف نگهدارنده برای این امر به نفع دیگری هزینه کرده اما وی از پرداخت آن خودداری کرده است و این محروم ماندن طرف نگهدارنده از مال خود نوعی ضرر است که می‌تواند حتی ناشی از نقض تعهد ضمنی قراردادی از سوی مالک کالا تلقی گردد (مواد ۸۵ و ۸۶).

برخی از مفسران این باز فروش را مبتنی بر نظریه نمایندگی دانسته و بر این عقیده‌اند که طرف ذی‌حق در واقع به نمایندگی از طرف مالک کالا که تخلف کرده است، کالا را مجدداً می‌فروشد، این نمایندگی به طور ضمنی از ماده ۸۸ کنوانسیون استنباط شده است.^{۱۵۵} این ماده، هر دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری را در بر می‌گیرد، زیرا حق بازفروش برای فروشنده بدون شرطیت انحلال قرارداد، پیش‌بینی شده است.^{۱۵۶}

در حقوق انگلیس نیز براساس بند ۳ ماده ۴۸ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، در دو مورد به فروشنده طلبکار ثمن، حق بازفروش کالا داده شده است:

- ۱- وقتی کالا ضایع شدنی و سریع‌الفساد است بدون نیاز به اخطار.
- ۲- وقتی کالاها سریع‌الفساد نیست اما خریدار ظرف مدت زمان متعارف ثمن را نپردازد یا پیشنهادی برای پرداخت آن ارائه نکند پس از اخطار به وی.

155. J. Huet, op.cit., N. 11773, p. 572.

۱۵۶. دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات)، ص. ۴۶۱، ج. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۵ ه. ش.

اما این حق باز فروش مبتنی بر فسخ قبلی قرارداد و بازگشت کالا به ملک بایع است بدین صورت که فروش مجدد کالا به ثالث توسط بایع قرارداد اصلی کاشف از انحلال آن قرارداد است و طبیعی است که فروشنده حق دارد عایدات حاصل از فروش مجدد را تملک کند و اگر خسارتی دیده، می‌تواند آن را مطابق بند ۱ ماده ۴۸ از مشتری قرارداد اصلی مطالبه نماید. البته اگر در نتیجه بیع اصلی مالکیت کالا به مشتری منتقل نشده باشد، بایع کالا را رأساً به عنوان مال خود خواهد فروخت.^{۱۵۷}

در حقوق آمریکا هم نظیر مقرر کنوانسیون، در ماده ۲-۷۰۳ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده (UCC) آمده و همانند کنوانسیون بین دو حالت عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری و انتقال آن به وی تفکیک قائل نشده و حق بازفروش را مطلقاً به بایع داده است.

در حالت اول بایع کالا را به عنوان مال خود می‌فروشد و در حالت دوم به نمایندگی از مشتری اقدام به بازفروش می‌نماید (۲-۷۰۳ و ۲-۷۰۶ بند F).^{۱۵۸}

در حقوق فرانسه از این تأسیس در قوانین سخنی به میان نیامده، اما برخی گفته‌اند که اگر دادگاه طبق ماده ۱۱۸۴ ق.م. حکم به فسخ قرارداد دهد، به موجب این حکم قرارداد منحل و مبیع به ملک بایع برمی‌گردد و بایع می‌تواند آن را بازفروش نماید و تفاوت بین ثمن دو قرارداد را به عنوان خسارت مطالبه کند.^{۱۵۹} در واقع تأسیس بازفروش چنانکه در

۱۵۷. همان، صص. ۴۵۷-۴۵۶؛ کلاپو، اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌الملل (ترجمه گروه مترجمان زیر نظر دکتر اخلاقی)، ج. ۱، ص. ۲۴۰، ج. ۱، سمت، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش؛ باتریک ادوارد عطیه، شرح قانون بیع البضائع الانجلیزی لسنة، ۱۹۷۹، ص. ۴۰۴، ترجمه به عربی از هنری ریاض و کرم شفیق، ج. ۱، دارالجلیل، بیروت، ۱۹۹۳.

۱۵۸. دکتر سید حسین صفائی، همان، صص. ۴۵۱-۴۵۰.

۱۵۹. همان، ص. ۴۵۸.

کنوانسیون و حقوق آمریکا و انگلیس وجود دارد در حقوق فرانسه پذیرفته نشده است.

در حقوق ایران نیز حق بازفروش در قوانین پیش‌بینی نشده و طبق اصول کلی حاکم بر معاملات صرف تخلف مشتری از مفاد قرارداد نمی‌تواند مادام که بیع فسخ نشده و مبیع در ملک وی است برای بایع حق بازفروش ایجاد کند، زیرا این عمل تصرف فضولی در مال غیر و غیرنافذ است (ماده ۳۵۲ ق.م.).^{۱۶۰}

اما شاید بتوان با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و استخراج یک قاعده عام از آن دو، حکم به جواز فروش مال متعهد قراردادی توسط متعهدله به عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت در صورت عدم امکان الزام وی به جبران خسارت و پرداخت سایر دیون خود داد. از سوی دیگر می‌توان با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به مال متعهد (مبیع در بیع) و توقیف و سپس فروش آن (مواد ۱۲۹—۱۰۸ ق.آ.د.م. جدید)، هدف از بازفروش کالا را تأمین کرد.

استناد به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی هم در صورت قول به وحدت بنیادین مسئولیت مدنی قراردادی و قهری در راستای پذیرش بازفروش کالا به عنوان طریق جبران خسارت مقرر توسط قاضی خالی از قوت نیست.

گفتار دوم: روشهای غیرپولی جبران خسارت (طرق عینی)

گرچه جبران پولی خسارت به صورت یک اصل الزام‌آور یا ارشادی در بسیاری از سیستم‌های حقوقی و از جمله ایران پذیرفته شده است، اما طرق غیرپولی (عینی) جبران خسارت نیز می‌تواند در مواردی کارگشا بوده

۱۶۰. همان، ص. ۴۵۹.

و حتی بر طرق پولی ترجیح یابد، از این رو حتی در عرصه تجارت بین‌الملل نیز این طرق پیش‌بینی شده است.

مبحث اول: دادن مثل مال تلف شده

صحبت از دادن مثل مال تلف شده اصولاً در مسئولیت قهری و درخصوص اموال مثلی صورت می‌گیرد و در مسئولیت قراردادی، سخن از پرداخت مثل موضوع تعهد به جای انجام عین آن نامأنوس است. به طور کلی موضوع تعهد قراردادی یکی از امور زیر است:

- دادن مال معین.
- پرداخت مال کلی فی‌الذمه.
- انجام کار معین قائم به شخص متعهد.
- انجام کار معین غیرقائم به شخص متعهد.
- عدم انجام کاری معین.

در شق اول، و در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد، عدم امکان الزام وی به آن، مستند بودن این عدم امکان به او و مثلی بودن موضوع تعهد، می‌توان وی را ملزم به پرداخت مثل کرد و این امر شاید در اعاده وضع سابق متضرر بهتر به کار آید.

در شق دوم، پرداخت مثل مفهومی ندارد چون موضوع تعهد عین معین نیست تا مثلش موضوعیت پیدا کند، بلکه پرداخت فردی از افراد کلی همیشه به عنوان انجام عین تعهد محسوب می‌گردد نه جبران خسارت و فقط در صورتی که خود متعهدله یا شخص ثالث به هزینه متعهد ناقض تعهد، اقدام به انجام تعهد نمایند، متعهد، ملزم به پرداخت هزینه آن اعم از قیمت کالا و سایر هزینه‌ها خواهد بود که نوعی جبران خسارت است. در شقوق

دیگر هم روشن است که پرداخت مثل موضوع تعهد موضوعیت ندارد. در کنوانسیون طبق بند ۲ ماده ۴۶، پرداخت مثل کالا به عنوان جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد به تسلیم کالای عین معین (بند ب ماده ۳۱) تلقی می‌گردد، زیرا عدم انطباق کالا می‌تواند علاوه بر وصف، نسبت به نوع و جنس نیز واقع شود و عدم تسلیم کالای عین هم شامل عدم تسلیم هیچ کالایی و هم تسلیم کالایی غیر از آن است.

بر فرض که این مستند قابل قبول به نظر نیاید، طبق آنچه در ابتدای فصل دوم از این بخش (دوم) آمد، قاضی مرجوع‌الیه مختار در انتخاب این روش است. اما به کاربرد اصطلاح جبران خسارت در مورد پرداخت مثل کالای کلی فی‌الذمه دقیق نیست زیرا این امر انجام عین تعهد است و ظاهر کنوانسیون در این خصوص قابل استناد نیست.

در حقوق ایران همانطور که گفته شد، قاضی ملزم به اعمال روش پولی جبران خسارت نیست و بلکه طبق ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی کاملاً مختار است تا روش انسب را انتخاب کند. بنابر مستفاد از مواد ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۷، ۳۲۸، ۳۲۹ و ۳۳۳ ق.م. پرداخت مثل مال تلف شده بر دیگر طرق ترجیح دارد و در مسئولیت قراردادی هم می‌توان از ملاک آن مواد استفاده کرد، گرچه کمتر مصداق پیدا می‌کند.

البته باید توجه داشت که اگر مبیع عین معین بوده و عدم انطباق، اساسی و منجر به تفاوت صورت نوعیه کالای تسلیم شده با مفاد قرارداد شود، معامله باطل است (ماده ۳۵۳ ق.م.) و پرداخت مثل آن به متعهدله (مشتري) منجر به دارا شدن ناعادلانه وی می‌گردد مگر این که معادل آن خسارت دیده باشد.

و اما در حقوق فرانسه مطابق آنچه در مبحث دوم از فصل اول این بخش آمد نظرات متفاوت است و موضع رویه قضایی آن کشور در این

خصوص در جای خود ذکر گردید.

مبحث دوم: تعمیر کالا

طبق بند ۳ ماده ۴۶ کنوانسیون مشتری می‌تواند از بایع بخواهد که عدم انطباق کالای تسلیم شده را با تعمیر آن جبران نماید (چرا که کالای معیوب تسلیم شده است)، مگر این که چنین تقاضایی با توجه به اوضاع و احوال، غیر معقول بوده یا بند ۳ ماده ۳۵ مصداق داشته باشد.

درخواست تعمیر کالا حتی وقتی مورد معامله کلی فی‌الذمه است را می‌توان نوعی جبران خسارت تلقی کرد زیرا با این درخواست، مشتری به طور ضمنی کالا را قبول و تملک کرده و حال تعمیر مال خود را می‌خواهد.

در حقوق ایران اگر کالای تسلیم شده عین معین باشد و معیوب درآید طبق ماده ۴۲۲ ق.م. مشتری مخیر بین فسخ و اخذ ارج است. از آنجا که حقوق مشتری در این فرض به صورت حصری معین شده نمی‌توان با استناد به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی و ملاک ماده ۴۷۸ و ۴۸۱ ق.م. به مشتری اجازه درخواست تعمیر کالا از بایع را داد زیرا دو ماده اخیر خاص اجاره‌اند. مگر آن که گفته شود، تعمیر کالا در واقع تلاشی در راستای انجام عین تعهد است که در این صورت مشتری، حق درخواست آن را طبق ملاک ماده ۲۳۷ ق.م. خواهد داشت. اما به هر حال در صورت تراضی طرفین، حکم به تعمیر بی‌اشکال به نظر می‌رسد (ماده ۱۰ ق.م. و اصل تفسیری بودن مواد مربوط به معاملات).

اگر کالای موضوع معامله کلی فی‌الذمه باشد در بدو امر به نظر می‌آید با همان استدلالی که در حکم قضیه در کنوانسیون گفتیم بتوان قائل به امکان درخواست تعمیر کالا شد اما با دقت بیشتر معلوم می‌شود که چون

مشتري در اين حالت با علم به عيب، اقدام به قبول کرده، حق وی ساقط است (ماده ۴۲۳ و ۴۲۴ ق.م.ا.).

و اما در حقوق فرانسه گرچه در ماده ۱۶۴۴ ق.م.ا. همانند حقوق ايران مشتري مختار بين فسخ و اخذ ارش گردیده است، اما رويه قضايی و برخی از حقوقدانان بر اين عقیده‌اند که قاضي می‌تواند الزام بايع به اجرای عين تعهد از طريق تعمير را بخواهد.^{۱۶۱}

اما پيشنهاد بايع مبنی بر تعمير کالا مانع فسخ قرارداد توسط مشتري نیست.^{۱۶۲}

مبحث سوم: عذر خواهی و درج حکم در جرايد

چون اين شيوه جبران خسارات خاص خسارات معنوی است و کنوانسيون اين گونه خسارات را نپذيرفته است بحث از آن موضوعيت ندارد. اما در حقوق ايران اگر خسارت معنوی وارد آمده باشد با استفاده از ملاک مواد ۳ و ۱۰ قانون مسؤوليت مدنی قاضي می‌تواند برای جبران آن حکم به عذرخواهی و درج حکم در جرايد دهد گرچه در مسؤوليت قراردادی، خسارت معنوی ناشی از نقص تعهد کمتر پيش می‌آيد.

در حقوق فرانسه اولاً، طبق تفسير رويه قضايی مواد ۱۱۴۶-۱۱۵۵ قانون مدنی که خاص مسؤوليت قراردادی و جبران خسارت ناشی از نقص قرارداد است، خسارات معنوی نیز قابل مطالبه است.

ثانياً، براساس آنچه در مبحث اول از فصل دوم اين بخش آمد رويه قضايی قاضي را در انتخاب شيوه جبران خسارت آزاد می‌داند مادام که شيوه مزبور با هدف مسؤوليت مدنی منافات نداشته باشد، لذا در خسارات معنوی

161. Malaurie et Aynés, Cours de Droit Civil, Les Contrats Spéciaux, N. 402, p. 214, Editions Cujas, 2^e éd., Paris, 1988.

162. Code Civil (Dalloz), Article 1644, p. 1303.

قاضی می‌تواند حکم به عذرخواهی و درج حکم در جراید را نیز صادر کند.^{۱۶۳}

مبحث چهارم: الزام به انجام عین تعهد

در نگاه اول، این که انجام عین تعهد شیوه جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد باشد متناقض به نظر می‌آید زیرا در سیستم‌های حقوقی نظیر ایران و فرانسه اساساً پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد وقتی مطرح می‌شود که امکان انجام عین تعهد به هیچ وجه امکان نداشته باشد حال چگونگی یک امر غیرممکن می‌تواند شیوه جبران خسارت تلقی شود و اگر انجام عین تعهد ممکن باشد دیگر جبران خسارت ناشی از عدم انجام آن موضوعیت ندارد.

با این همه تحت شرایطی این تناقض مرتفع می‌شود و الزام به انجام عین تعهد می‌تواند به عنوان شیوه جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی مطرح گردد:

اگر در اثر یکی از موجبات قانونی، متعهدله قرارداد را فسخ کرده و سبب فسخ مستند به تقصیر متعهد باشد یا این که به سبب تقصیر وی قرارداد باطل بوده یا منفسخ شده باشد و در عین حال وی توانایی مادی و حقوقی برای انجام تعهد مزبور را داشته باشد، قاضی می‌تواند وی را محکوم به انجام عین تعهد سابق نماید و چه بسا این روش بهتر از طرق دیگر و حتی بهتر از روش پولی بتواند وضع سابق را اعاده کند و جبران خسارت نماید.

در کنوانسیون همانطور که گفته شد برخلاف ظاهر ماده ۷۴ و نظر برخی مفسرین، روش جبران خسارت از نظر این کنوانسیون منحصر در روش پولی نیست و قاضی می‌تواند از باب انتخاب انسب براساس اصول

163. Le Tourneau et Cadet, op. cit., N. 1277, pp. 342-343.

کلی و روح کنوانسیون (ماده ۷) و یا با رجوع به یک حقوق داخلی صالح،
این روش را در فرض فوق برگزیند.^{۱۶۴}
در حقوق ایران نیز با توجه به آنچه در جای خود گفته شد منعی در
این خصوص وجود ندارد.
در حقوق فرانسه هم با توجه به آنچه در محل خود آمد منعی در این
مورد وجود ندارد.

مبحث پنجم: سایر طرق جبران خسارت

ممکن است در حال حاضر یا در آینده شیوه‌های دیگری برای
جبران خسارت وجود داشته باشد که بتواند به نحو مطلوبی خسارات وارد
شده را به طور کامل جبران کند.
براساس آنچه گفته شد اعمال این طرق از نظر کنوانسیون، حقوق
ایران و حقوق فرانسه اصولاً منعی ندارد مگر این که با برخی قواعد آمره
حقوق داخلی مغایرت داشته باشد. روند تکاملی جامعه انسانی مستلزم این
است که در صورت مقتضی شیوه‌های جدید جبران خسارت متناسب با
تحولات پیش آمده اتخاذ گردد و حقوق که بسترسازی برای تکامل و
پیشرفت جامعه بشری را به عنوان یکی از اهداف خود پیوسته مدنظر دارد
اصولاً نه تنها با این شیوه‌ها مخالفتی نخواهد کرد بلکه مؤید آنها نیز
خواهد بود.

۱۶۴. ر.ک. ص ۷۸.

نتیجه

الف) از آنچه به تفصیل آمد برمی‌آید که مقررات کنوانسیون درخصوص اوصاف عام خسارت قابل جبران، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و خسارت از خسارت در اکثر موارد با مقررات موجود در حقوق ملی کشورهای مورد بررسی یکسان است و هماهنگی قابل توجهی در این زمینه وجود دارد و در مواردی برای تکمیل مقررات کنوانسیون باید طبق بند ۲ ماده ۷ آن، به حقوق ملی صالح رجوع نمود و در این میان قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی است که کارساز است و قاضی رسیدگی کننده باید اصل انتخاب انسب را با توجه به خصائص تجارت بین‌الملل و روح حاکم بر مقررات کنوانسیون در اعمال قواعد حل تعارض مدنظر قرار دهد.

ب) مشاهده شد که در مقوله روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن، هماهنگی بین کنوانسیون و سیستمهای حقوقی موضوع بررسی بسیار زیاد است به طوری که از یک سو راه‌حل‌های موجود در کنوانسیون، اصولاً در این کشورها نیز قابل اعمال‌اند و از سوی دیگر، در مواردی که کنوانسیون نسبت به این موضوع مقرره‌ای ندارد راه‌حل‌های حقوق داخلی کشورها به راحتی می‌تواند بنا بر اصل انتخاب انسب یا از باب رجوع الزامی به حقوق داخلی صالح، مورد اقتباس و اعمال قرار گیرد.

دو روش خاص تقویم خسارت که در مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون مقرر شده است در تسریع و تسهیل امر تقویم خسارت و در نهایت دادرسی تأثیر چشمگیری دارد. به طور کلی جهت‌گیری کنوانسیون در انتخاب روشهای تقویم مبتنی بر اصل جبران کامل خسارت، تسریع در تشخیص وقوع و میزان خسارت و تسهیل آن و حل و فصل آسان و سریع دعاوی تجاری بین‌المللی است که در حقوق داخلی هم می‌تواند راهگشا باشد.

ج) از بررسی روش‌های جبران خسارت چنین برمی‌آید که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین و سیستم‌های حقوقی موضوع بررسی بر این موارد اتفاق نظر دارند:

۱- اصل بر جبران کامل خسارت و اعاده وضع سابق تا حد ممکن است.

۲- روش پرداخت معادل پولی خسارت در جبران خسارت اصل است.

۳- قاضی رأساً و یا با تراضی طرفین در انتخاب روش جبران خسارات آزاد است لکن اصل انتخاب مناسب‌ترین روش، همیشه حاکم است.

۴- طرفین قرارداد می‌توانند با تراضی هر نوع روش جبران خسارت را که مغایر با مفاد قواعد آمره نباشد انتخاب نمایند و این انتخاب برای قاضی لازم‌الاتباع است.

۵- روش پولی جبران خسارت از طریق بازفروش کالا که در کنوانسیون و ایالات متحده آمریکا براساس نظریه نمایندگی پذیرفته شده است، در حقوق ایران هم می‌تواند با مبنای مربوط به تأمین خواسته و توقیف و فروش اموال خوانده (محکوم علیه) یعنی وثیقه عام بودن اموال مدیون (متعهد) و اختیارات گسترده قاضی براساس ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی پذیرفته شود.

۶- روش تقلیل ثمن مقرر در کنوانسیون که در حقوق فرانسه هم پذیرفته شده، در حقوق ایران نیز در صورت تحقق خیار عیب یا خیار تبعض صفقه قابل اعمال است.

۷- روش تعمیر کالا که در کنوانسیون آمده و در فرانسه نیز توسط رویه قضایی مورد پذیرش قرار گرفته، در حقوق ایران هم در صورت

ترازی طرفین و یا حتی به عنوان ادامه انجام عین تعهد قابل قبول به نظر می‌آید.

۸- روش های پولی و عینی جبران خسارت حصری نیستند و پیدایش و پذیرش روش‌های جدید در آینده استبعاد ندارد. در نهایت می‌توان گفت که در زمینه جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد هماهنگی بسیاری بین مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین و سیستم‌های حقوقی مورد بررسی وجود دارد و این امر برآیند تلاش‌های نظری و عملی در جهت ایجاد یکنواختی و وحدت حقوقی در میان کشورهای جهان در عرصه تجارت بین‌الملل و گام مؤثری در راستای مرتفع ساختن مرزهای تصنعی حاصل از خودیگانگی بشر و غلبه وحدت بر کثرت به شمار می‌رود.

شایان ذکر است که سیستم حقوقی ایران در پیوستن به این کنوانسیون از حیث موضوع مورد مطالعه با مانع عمده‌ای روبرو نیست مگر در خصوص خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد که، شرایط استحقاق مطالبه آن در حقوق ایران متفاوت از ضوابط کنوانسیون در این خصوص به نظر می‌آید مگر این که گفته شود در کنوانسیون فقط اصل استحقاق آمده است اما شرایط آن همانند موارد دیگری نظیر نرخ محاسبه خسارت و دوره زمانی محاسبه به انتخاب انطباق قاضی یا حقوق داخلی صالح طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی واگذار گردیده است که در این صورت این مانع هم مرتفع خواهد شد.

معافیت نیروهای حافظ صلح دولتهای غیر عضو اساسنامه ICC از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی ابهامات قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت*

کارستن استان

مترجم: سید حسام‌الدین لسانی

چکیده

قطعنامه ۱۴۲۲ مصوب سال ۲۰۰۲ یکی از بحث برانگیزترین قطعنامه‌های شورای امنیت بوده است. اعضای شورای امنیت برای این که تهدید ایالات متحده را در جلوگیری از عملیات حفظ صلح سازمان ملل، خنثی کنند، قطعنامه‌ای تصویب کردند که طبق آن از دیوان کیفری بین‌المللی خواسته شد محاکمه احتمالی آن دسته از نیروهای حافظ صلح که متعلق به کشورهای غیرعضو اساسنامه رم هستند را برای مدت ۱۲ ماه به تعویق اندازد. آنچه در پاسخ عملی شورای امنیت به تقاضای ایالات متحده قابل توجه است آن است که این شورا با

*. مشخصات مأخذ مقاله عبارت است از:

Carsten Stahn, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", European Journal of International Law, Vol. 14, No 1, 2003, pp. 85-104.

تصویب قطعنامه مذکور نه فقط با توسل به نقش اساسنامه رم بلکه با توسل به قدرت و نفوذ شورای امنیت اقدام به سازش حقوقی نمود. نویسندۀ این مقاله درصدد بررسی اثر متقابل تقاضای شورای امنیت و اساسنامه رم از یک سو و امکان اعمال قطعنامه مذکور به دیوان کیفری و اعضایش از سوی دیگر است.

۱- مقدمه

در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ شورای امنیت طی قطعنامه‌ای از دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) تقاضا کرد تا بازجویی و تعقیب نیروهای حافظ صلح متعلق به دولت‌های غیرعضو اساسنامه رم را به تعویق اندازد. طبق این قطعنامه شورای امنیت می‌تواند تقاضای تعویقش را طبق همان شرایط از اول جولای هر سال به مدت ۱۲ ماه تمدید نماید.^۱ این قطعنامه تهدید ایالات متحده به وتوی عملیات آینده حفظ صلح سازمان ملل را خنثی نمود. به علاوه شورای امنیت با تصویب این قطعنامه تقاضای ایالات متحده برای مصونیت دائمی ارتش آمریکا در خلال عملیات حفظ صلح را نیز کاملاً نادیده گرفت؛ اما هنوز انتقادهای زیادی به این قطعنامه وارد است. پیام این قطعنامه اولویت نیروهای حافظ صلح متعلق به دولت‌های غیرعضو اساسنامه نسبت به نیروهای حافظ صلح متعلق به دولت‌های عضو اساسنامه در مقابل قانون است. زیرا مقررات اساسنامه ICC بر جرایم جنگی و سایر اتهامات در مقابل نیروهای دولت‌های غیرعضو اساسنامه طبق این قطعنامه اثری نخواهد داشت. قائل شدن چنین استثنایی برای ایالات متحده خصوصیت عدم تبعیض را که یکی از ملزومات حقوق کیفری بین‌المللی است از بین می‌برد

۱. نک. قطعنامه ۱۴۲۲ (۲۰۰۲) مورخ ۱۲ جولای (۲۰۰۲) سند شماره S/Res/۱۴۲۲ موجود در سایت سازمان ملل متحد. همچنین بنگرید به مقاله (مجوز شورای امنیت برای معافیت نیروهای حافظ صلح از محاکمه دیوان کیفری بین‌المللی) نوشته مک فرسون - جولای ۲۰۰۲ موجود در سایت جامعه آمریکایی حقوق بین‌الملل [http:// www.asil.org/insights.htm](http://www.asil.org/insights.htm)

و بطور قطع رژیم قراردادی اساسنامه ICC را با تزلزل مواجه می‌کند زیرا طبق اساسنامه ICC دیوان صلاحیت رسیدگی قضایی نسبت به اتباع کشورهای ثالث را دارد.^۲

چرا که هر کشوری حق دارد جرایمی که در سرزمینش به وسیله خارجی‌ان رخ می‌دهد را بدون توجه به ملیتشان تعقیب کند. از این رو، پذیرش چنین تبعیض فاحشی بین کشورها کمی سخت به نظر می‌رسد.^۳ (چرا که زمانی که دولتها حق دارند به جرایم ارتكابی غیر اتباعشان در سرزمینشان رسیدگی کنند، ICC نیز به نمایندگی از دولتها حق دارد به جرایم اتباع غیر اعضای خود نیز رسیدگی نماید).

استدلال اعضای شورای امنیت چنین است که مهلت داده شده به ایالات متحده در تاریخ ۱۲ جولای ۲۰۰۲ برای خنثی کردن تهدید آمریکا به تحریم سیستم امنیتی ملل متحد ضروری بوده است. درست است که تهدید ایالات متحده یک امر نگران‌کننده بود،^۴ اما سستی که شورای امنیت در قطعنامه ۱۴۲۲ ایجاد کرد باعث نگرانی بیشتری است. این قطعنامه به بسیاری از شبهه‌ها پایان داد اما بعید است که توافق حاصل شده، بین اعضای شورای امنیت در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ به اختلافات مربوط به مصونیت

۲. برای بررسی کامل‌تر نک.

“The Reach of ICC Jurisdiction over Non – signatory Nationals Paust”, 33 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2000), at 1 et seq.; Scharf, The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non – Party States, in S. B. Sewall and C. Kaysen (eds), “The United States and the International Criminal Court (2002), at 213 et seq; Stahn”, Gute Nachbarschaft um jeden, Preis, 60 ZäöRV (2000) 631, at 642 et seq. But see Wedgwood, “The International Criminal Court: An American View”, 10 EJIL (1999) 93, at 99.

۳. قسمت a بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه ICC.

۴. به دلیل عدم حمایت شورای امنیت از پیشنهاد ایالات متحده در مورد مصونیت نیروهای حافظ صلح، این دولت تمدید عملیات حفظ صلح در بوسنی را در تاریخ ۳۰ ژوئن ۲۰۰۲ وتو کرد و اعلام نمود که بودجه ۲۵٪ از عملیات حفظ صلح ملل متحد که به عهده این کشور است را قطع خواهد کرد.

سربازان آمریکایی از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی پایان داده باشد.

۲- ارتباط (قطعنامه ۱۴۲۲) با فصل هفتم منشور

قطعنامه ۱۴۲۲ (۲۰۰۲) به اتفاق آراء و براساس فصل هفتم منشور به تصویب رسیده است. نکته مبهم این است که شورای امنیت مسأله معافیت نیروهای حافظ صلح (دولتهای غیر عضو ICC) را از مقررات قضایی دیوان کیفری بین‌المللی تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی، به معنای ماده ۳۹ منشور تلقی کرده است زیرا صدور قطعنامه براساس فصل هفتم منشور منوط به احراز تهدید علیه صلح است. مشهور است که شورای امنیت تفسیر گسترده‌ای از مفهوم تهدید علیه صلح دارد.^۵ در غیر این صورت ایجاد مصونیت برای نیروهای حافظ صلح براساس ماده ۳۹ منشور ایجاد بدعتی در عملکرد شورای امنیت خواهد بود، چرا که مزایا و مصونیت‌های نیروهای حافظ صلح همواره به وسیله توافقنامه مربوط به مأموریت بین‌المللی که عملیات حفظ صلح در سرزمینش انجام می‌شود از یک سو و سازمان ملل از سوی دیگر توافق می‌شود و در هیچ کدام از این توافقنامه‌ها صحبتی از فصل هفتم منشور نمی‌شود.^۶ اگرچه به نظر می‌رسد که خود شورای امنیت

۵. یکی از سوابق بسیار مؤثر این زمینه قطعنامه ۷۴۸ (۱۹۹۲) شورای امنیت است که در آن شورا می‌گوید: «عدم همکاری دولت لیبی در اثبات این که عملاً از تروریسم صرف‌نظر کرده است و بخصوص عدم همکاری این کشور در اجرای کامل قطعنامه (۱۹۹۹) ۷۳۱، تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است». برای مثال نک.

Para. 7 of the preamble of SC Res. 748 (1992) of 31 March 1992, UN. Doc S/RES/748 (1992).

برای بررسی بیشتر عملکرد شورای امنیت نک.

Frowein, "On Article 39", in B. Simma (ed.), *Charter of the United Nations* (1994), at 610.

۶. نک.

Bothe and Dörschel, "The UN Peacekeeping Experience" in D. Fleck (ed.), *The Law of Visiting Forces* (2001) 487, at 491- 492.

نیز محاکمه نکردن نیروهای حافظ صلح دولتهای غیرعضو اساسنامه را تهدیدی علیه صلح نمی‌داند اما مطالعه بندهای ۷ و ۶ مقدمه این قطعنامه راه چنین تفسیری را می‌بندد [بندهای مزبور، محاکمه نیروهای حافظ صلح را یکی از موارد تهدید علیه صلح در دستور کار شورای امنیت قرار می‌دهد]. یکی از ارتباطهای قطعنامه ۱۴۲۲ [مصونیت نیروهای حافظ صلح دولتهای غیر عضو ICC از مقررات قضایی دادگاه] با ماده ۳۹ منشور [حفظ صلح و امنیت بین‌المللی] از بند ۶ مقدمه قطعنامه مزبور سرچشمه می‌گیرد چرا که در آنجا شورای امنیت خاطر نشان می‌کند که معمولاً هدف از عملیات حفظ صلح استقرار و بازگرداندن صلح و امنیت بین‌المللی است. علت استناد شورای امنیت به «صلح و امنیت بین‌المللی» در بند ۷ مقدمه تسهیل همکاری دولتها در دادن نیروهای حافظ صلح به سازمان ملل بوده است چرا که در صورتی که در جریان منازعه‌ای خاص، سازمان ملل به دلیل شرکت نکردن نیروهای نظامی ایالات متحده با ناتوانی احتمالی در ارسال نیرو روبرو شود، صلح بین‌المللی تهدید شده است. چنین تصویری ناشی از این نگرانی جدی است که صرف در اختیار نگذاشتن نیرو به عملیات حفظ صلح ملل متحد خود تهدیدی علیه صلح تلقی می‌شود. تعمیم این اصل به مسائل دیگر، ماده ۳۹ را بی‌حد و مرز خواهد کرد^۷ [و عبارت «صلح و امنیت بین‌المللی» احتمال هرگونه سوءاستفاده را ممکن خواهد کرد].

افزایش نیروهای حافظ صلح تنها توجیه منطقی برای صدور قطعنامه

۷. البته این مسأله خیلی تعجب‌انگیز نیست که بدانیم چنین درکی از مفهوم تهدید علیه صلح با انتقاد چندین دولت در اجلاس عمومی ۱۰ جولای، هنگام تدوین قطعنامه ۱۴۲۲ روبرو شده است. برای مثال بنگرید به اظهارات نمایندگان نیوزیلند، کانادا و مکزیک در چهار هزار و پانصد و هشتمین جلسه شورای امنیت در ۱۰ جولای ۲۰۰۲ سند SC/۷۴۴۵/REV - کامل این اظهارات در سایت ذیل موجود است.

<http://www.iccnw.org>.

۱۴۲۲ شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور در بوسنی بوده است،^۸ اما این قضیه بدون آن که تغییری در ماهیت کار بدهد، در تمام قطعنامه‌هایی که شورای امنیت برای ارسال نیروهای حافظ صلح در آینده صادر خواهد نمود، خواه این ارسال را خود شورا انجام دهد و خواه شورا مجوز آن را صادر نماید، قابل اجرا خواهد بود. با این همه، این استدلال‌ها پاسخ قانع‌کننده‌ای به این قضیه نمی‌دهد که چگونه معافیت نیروهای حافظ صلح از صلاحیت کیفری دیوان کیفری بین‌المللی، به صلح و امنیت بین‌المللی ارتباط خواهد داشت.

در نتیجه، از موقع تصویب این قطعنامه، دیوان کیفری بین‌المللی نیروهای آمریکایی را تهدید به محاکمه نکرده است. آماری که سازمان ملل متحد از عملیات حفظ صلح ارائه داده است نشان می‌دهد که علی‌رغم آن که ICC از جولای ۲۰۰۲ صلاحیت رسیدگی به جرایم نیروهای آمریکایی را ندارد، با این همه نیروهای آمریکایی ترجیح داده‌اند در کشورهایی مستقر شوند که نه عضو ICC هستند و نه تابع صلاحیت اولیه دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی.^۹

۳- تأثیر متقابل تقاضای شورای امنیت و اساسنامه رم

یکی از مسائل اختلاف برانگیز رابطه‌ای است که بین مفاد قابل اجرای قطعنامه ۱۴۲۲ و اساسنامه رم وجود دارد. ساختار حقوقی این قطعنامه نشانگر مشکلات زیادی است که تهیه کنندگان آن در مراحل مذاکره با

۸. نک. قطعنامه (۲۰۰۲) ۱۴۲۳ شورای امنیت در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ سند S/RES/۱۴۲۳ موجود در سایت <http://www.un.org>.

۹. نک. به نمودار ائتلاف دیوان کیفری بین‌المللی در جولای ۲۰۰۲ برای عدم تحویل نیروهای حافظ صلح آمریکایی ICC. نک.

<http://www.iccnw.org/html/press.html>.

آن روبرو بوده‌اند. اگرچه قطعنامه ۱۴۲۲ براساس فصل هفتم منشور به تصویب رسیده است، بند ۱ آن شباهتی به تصمیم‌های الزام‌آور ندارد چرا که می‌گوید: «از ICC تقاضا می‌شود».^{۱۰} این رویکرد به وسیله دو تحلیل قابل بررسی است. تحلیل اول آن است که دیوان کیفری بین‌المللی براساس ماده ۴ اساسنامه خود شخصیت حقوقی مستقل دارد^{۱۱} و بنابراین همانند قطعنامه‌های شورای امنیت خطاب به دولتهای عضو سازمان ملل دیوان را ملزم نمی‌سازد.^{۱۲} تحلیل دوم آن است که قصد شورای امنیت از بکار بردن کلمه Request در قطعنامه مزبور، اجرای صریح ماده ۱۶ اساسنامه رم است، زیرا در آنجا نیز آمده است که شورای امنیت در قطعنامه‌ای که براساس فصل هفتم به تصویب می‌رساند از دیوان تقاضا* می‌کند. در واقع ماده ۱۶ اساسنامه رم در پی اثبات این قضیه است که دیوان کیفری بین‌المللی به وسیله ساختار حقوقی خودش ملزم به تعویق انجام تحقیقات یا تعقیب در حالتی خاص می‌گردد و شورای امنیت صرفاً تقاضا کننده اجرای این ماده است نه ملزم کننده.

اما نکته بحث انگیز آن است که تفسیر شورای امنیت از ماده ۱۶ اساسنامه در قطعنامه ۱۴۲۲ با آنچه اساسنامه رم به آن اذعان دارد متفاوت است، آنچه ظاهراً قطعنامه ۱۴۲۲ به ذهن می‌رساند آن است که توافق ایجاد شده بین اعضای شورای امنیت در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ نوع پذیرش شرایط اساسنامه است. در بند ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ واضح است که «درخواست شورای

۱۰. نک. بند ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ (۲۰۰۲).

۱۱. نک. در مورد شخصیت حقوق بین‌الملل ICC نک.

Lüder, "The Legal Nature of the International Criminal Court and the Emergence of Supranational Elements in International Criminal Justice", *International Review of the Red Cross*, No. 845, 79.

۱۲. برای بحث بیشتر مراجعه کنید به بخش ۴ قسمت ب.

*. Request.

امنیت باید مبتنی بر ماده ۱۶ اساسنامه رم باشد». تفسیر این شرط بدین صورت است که قطعنامه شورای امنیت هماهنگ با اساسنامه رم است. اما می‌دانیم که تفسیر شورای امنیت از این اساسنامه تفسیری رسمی محسوب نمی‌شود. برعکس نگاه دقیق‌تر به تاریخچه و شرایط ماده ۱۶ این سؤال را بر می‌انگیزد که آیا واقعاً مفاد قطعنامه ۱۴۲۲ انعکاسی از اساسنامه رم است یا نه؟

الف. قطعنامه ۱۴۲۲ مغایر با ماده ۱۶ اساسنامه

۱- قاعده تعویق تعقیب

بند یک قطعنامه ۱۴۲۲ براساس این فرض ایجاد شده است که «تقاضای» مطرح شده در ماده ۱۶ اساسنامه یک اسم عام است حتی اگر تناقضی بین عدالت از یک طرف و صلح بین‌المللی نیز وجود نداشته باشد. بنظر می‌رسد که چنین تفسیری منطبق با ماده ۱۶ اساسنامه است زیرا در آنجا اعلام می‌کند که هیچ‌گونه تحقیق یا تعقیب قضایی بعد از درخواست تعویق (شورای امنیت) به عمل نخواهد آمد. ولی در این ماده صحبتی از این که چنین درخواستی چه زمانی باید مطرح شود به میان نمی‌آورد. البته بین هدف و جایگاه این ماده با اساسنامه رم هماهنگی زیادی وجود ندارد. نگاهی به تاریخچه ماده ۱۶ آشکار می‌کند که قصد تدوین کنندگان اساسنامه رم از تدوین ماده ۱۶، محدود کردن مداخلات شورای امنیت برای تعویق احتمالی یک به یک پرونده‌ها بوده است.^{۱۳}

ساختار فعلی ماده ۱۶ اساسنامه ریشه در ماده ۲۳ پیش‌نویس اساسنامه

۱۳. برای مطالعه بیشتر به اظهارات نمایندگان نیوزیلند و کانادا در اجلاس جولای ۲۰۰۲ توجه فرمایید. علاوه بر این نمایندگی دائم آلمان در سازمان ملل می‌گوید: «دولت آلمان قویاً معتقد است شورای امنیت با توجه کافی به مقررات صریح ماده ۱۶ و با تصویب یک قطعنامه براساس فصل هفتم منشور ملل متحد، هم به ضرر خود و هم به ضرر جامعه جهانی عمل خواهد نمود».

دادگاه کیفری بین‌المللی تهیه شده به وسیله کمیسیون حقوق بین‌الملل دارد. در آن ماده آمده است: «در صورتی که شورای امنیت وضعیتی خاص را تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز براساس فصل هفتم احراز کند، در آن وضعیت خاص دیوان هیچ‌گونه تعقیبی را شروع نخواهد کرد مگر آن که شورای امنیت طور دیگر تصمیم‌گیری کند».^{۱۴} عبارت «احراز کند» با انتقاد شدید کمیته مقدماتی تدوین اساسنامه ICC روبرو شد زیرا طبق این عبارت شورای امنیت تلویحاً حق پیدا می‌کند رسیدگی قضایی ICC را صرفاً به خاطر احراز موقعیتی براساس نظر خودش مسدود کند.^{۱۵} از این سو، دولت سنگاپور پیشنهادی را طرح می‌کند تا به وسیله آن بتوان اختیار شورای امنیت را در معلق کردن رسیدگی به یک پرونده خاص محدود کرد.^{۱۶} در پیشنهاد سنگاپور آمده است که: «در جایی که شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد به مسأله‌ای خاص رسیدگی یا تحقیق می‌کند، ICC در آن مسأله اقدام به شروع تحقیق یا رسیدگی قضایی مستقیم نخواهد کرد».^{۱۷} بعداً این پیشنهاد سنگاپور به وسیله پیشنهاد دولت کاستاریکا بدین صورت اصلاح شد که شورای امنیت باید تصمیمی به

۱۴. نک.

ILC, Draft Statute for an International Criminal Court, Report of the International Law Commission on the Work of its forty – sixth Session, 1 September 1994, UN Doc. A/49/355 of 21 February 1997, available at: [http://www.npwj.org/iccrome statute.html](http://www.npwj.org/iccrome%20statute.html).

۱۵. نک.

Bergsmo and Pejic, On Article 16 in O. Triffterer and C. Rosbaud (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (2000) at 377, para. 9.

۱۶. نک.

See Zimmermann, The Creation of a Permanent International Criminal Court, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2 (1998) 169, at 218.

۱۷. نک.

Bergsmo and Pejic, *supra* note 15, at 375, para. 4.

صورت خاص و رسمی اتخاذ کند^{۱۸} [تا رسیدگی به تعویق افتد]. انگلستان نیز پیشنهاد کرد که واژه «تقاضا» به جای واژه «دستورالعمل» استفاده شود و همین شالوده ماده ۱۶ اساسنامه را تشکیل داد. هدف این ماده کاملاً واضح است.^{۱۹} این ماده در پی آن است که شورای امنیت را قادر سازد تا با تصویب یک قطعنامه، صلاحیت قضایی ICC را در یک حالت خاص معلق نماید. شاید مهمترین مثال کلاسیک این مسأله، تعویق رسیدگی قضایی در جایی باشد که ممکن است مذاکرات صلح را بی ثبات نماید. اما این ماده هرگز به معنای مصونیت تمام اعضای یک گروه ناقض تعهدات بین‌المللی، از علائم جرم و تعقیب نیست.

تفسیری منطقی و منظم از ماده ۱۶ اساسنامه این نظر را تقویت می‌کند که هدف این ماده فقط کمک به شورای امنیت برای تعویق رسیدگی به پرونده‌هاست. اما مشخصاً موقعیت ماده ۱۶ اساسنامه نشانگر آن است که شورای امنیت می‌تواند مادامی که «تحقیق» یا «رسیدگی» در حال انجام است، تنها یکبار مانع رسیدگی قضایی دادگاه گردد. مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۵ اساسنامه خاطرنشان می‌کند که انجام تحقیقات با تقاضای یک دولت عضو اساسنامه، یا تقاضای شورای امنیت یا حسب صلاحدید شخص دادستان شروع می‌شود. واقعیت آن است که قرار گرفتن متن ماده ۱۶ بعد از مواد ۱۵ و ۱۴ نه قبل آن نشان می‌دهد که تقاضای تعویق رسیدگی یکی از ابزار جلوگیری از اقدامات ICC به وسیله شورای امنیت نیست بلکه ابزاری است برای به تعویق انداختن شروع اقدامات قضایی به وسیله ICC. دادستان نیز

۱۸. در پیشنهاد دولت کاستاریکا آمده است که: «در جایی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور ملل متحد یک تصمیم رسمی اتخاذ کرده است و برای زمان خاصی انجام تحقیق یا تعقیب را ممنوع نموده است هیچ تحقیق یا تعقیبی براساس این اساسنامه انجام نخواهد شد». رک. *ibid.*, at 376, n. 21.

۱۹. در پیشنهاد دولت بریتانیا آمده است که: «بر طبق این اساسنامه [در یک زمان ۱۲ ماهه] بعد از تقاضای شورای امنیت از دادگاه [حسب فصل هفتم منشور] هیچ تحقیق یا تعقیبی شروع نخواهد شد و ادامه نخواهد یافت، این تقاضا با همان شرایط قابل تمدید است». پیشین، ۳۷۶، پاراگراف ۵.

زمانی می‌تواند فردی را بازجویی و یا تعقیب کند که دست کم اماره‌ای بر احتمال انجام عملی غیرقانونی وجود داشته باشد. نتیجه منطقی این اصل که ریشه در مواد ۱۳ تا ۱۶ اساسنامه دارد این است که شورای امنیت نیز برای این که بتواند براساس ماده ۱۶ تقاضای تعویق رسیدگی کند باید اماره‌ای مبنی بر احتمال انجام عملی غیرقانونی از سوی فرد مظنون در دست داشته باشد.

بر طبق ماده ۱۶ اساسنامه، شورای امنیت حتی می‌تواند شروع انجام تحقیقات را به تعویق اندازد اما این ماده اختیار اقدامات پیشگیرانه بیشتری را به این شورا نمی‌دهد. زیرا شروع تحقیقات اولین مرحله انجام رسیدگی به وسیله دادستان نیست [و لذا این مجوز به شورای امنیت امکان جلوگیری از سایر اقدامات را نمی‌دهد]. برعکس از بند ۶ ماده ۱۵ اساسنامه اینطور استنباط می‌شود که خود اساسنامه رسماً بین مرحله انجام تحقیقات از یک سو و مرحله بررسی مقدماتی^{۲۰} که از سوی دادستان قبل از ارجاع به شعبه مقدماتی حسب بند ۴ ماده ۱۵^{۲۱} انجام می‌شود از سوی دیگر، قائل به تفکیک شده است. از این رو قدرتی که شورای امنیت در جلوگیری از شروع انجام تحقیقات حسب ماده ۱۶ دارد، فقط تحقیقات صورت گرفته به وسیله دادستان بعد از ارجاع شعبه مقدماتی (بند ۴ ماده ۱۵) را شامل

۲۰. بند ۶ ماده ۱۵ می‌گوید: «اگر پس از بررسی مقدماتی مذکور در بند ۲ و ۱ دادستان به این نتیجه برسد که اطلاعات تهیه شده مبنای مستدلی را برای تحقیق به دست نمی‌دهد، بایستی به کسانی که این اطلاعات را فراهم کرده‌اند اطلاع بدهد». همچنین به موجب بند ۲ ماده ۱۵ تأکید می‌شود: «دادستان می‌تواند اطلاعات اضافی را از ارکان ملل متحد، سازمان‌های بین‌المللی یا غیر دولتی یا منابع دیگری که مناسب تشخیص می‌دهد، جستجو نماید و می‌تواند شهادت کتبی یا شفاهی را در مقر دریافت نماید».

۲۱. عبارت «هیچ تحقیقی ... آغاز نخواهد شد» در ماده ۱۶ اساسنامه، صریحاً مربوط به بند ۴ ماده ۱۵ می‌گردد که در آن آمده است: «اگر شعبه مقدماتی براساس بررسی درخواست دادستان و اسناد ضمیمه آن ملاحظه نماید که بنای مستدل برای انجام تحقیق وجود دارد و این که موضوعی ظاهراً داخل در صلاحیت دیوان است، بایستی اجازه شروع تحقیقات را صادر نماید و این امر لطمه‌ای به تصمیمات بعدی دیوان نسبت به صلاحیت و قابل پذیرش بودن موضوع نمی‌رساند».

می‌گردد. اما این شورا هرگز نمی‌تواند در فعالیتهای دادگاه قبل از ارجاع به شعبه مقدماتی مداخله نماید.^{۲۲} قطعنامه ۱۴۲۲ خواهان جلوگیری از تعارض مفادش با اساسنامه است اما این قطعنامه به شدت خواهان آن است که هیچ‌گونه بازجویی و تعقیبی در مورد کارمندان و پرسنل فعلی و قبلی دولتهای غیرعضو اساسنامه نباید شروع گردد.^{۲۳} اما باید بدانیم که توافق حاصل شده در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ بین اعضای شورای امنیت نه تنها مشکلی را که حل نکرده بلکه یک تناقض نیز ایجاد نمود.

ب. طبیعت نسبتاً دائمی تعویق در رسیدگی

پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۴۲۲ نیز جنجال برانگیز است چرا که طبق این پاراگراف شورای امنیت «می‌تواند قصد خودش را برای تمدید تقاضای مذکور در پاراگراف یک بر طبق همان شرایط در اول جولای برای یک مدت زمان ۱۲ ماهه یا هر زمان بیشتری که ضروری باشد اعلام نماید». این مسأله با ماده ۱۶ اساسنامه در تعارض است زیرا بعد از دریافت تقاضای تعویق از سوی شورای امنیت امکان‌پذیر است. ماده ۱۶ اساسنامه می‌گوید که تقاضای شورای امنیت برای تعویق در رسیدگی صرفاً برای ۱۲ ماه امکان‌پذیر است اما تمدید آن طبق همان شرایط امکان‌پذیر می‌باشد. اما اساسنامه صحبتی از این مسأله که این تقاضا برای چندبار قابل تمدید است

۲۲. نک. Pejic و Bergsmo - همان مرجع، ص ۳۷۹ که می‌گویند: «اینجا این نتیجه حاصل می‌شود که با اشاره به دو کلمه «تحقیق» و «تعقیب» در ماده ۱۶ این ماده قدرت به تعویق انداختن فعالیتهای دادستان توسط شورای امنیت را افزایش می‌دهد. اقداماتی که دادستان قبل از شروع بازجویی می‌تواند انجام دهد عبارتند از: «کسب اطلاعات از دولتها، ارگانهای ملل متحد، سازمان‌های غیردولتی و دولتی یا سایر منابع مربوطی که او آنها را مناسب می‌داند». دریافت اظهارات کتبی و شفاهی در مقر دادگاه به نظر جزء موارد کسب اطلاعات می‌باشد. طبق ماده ۱۶ اساسنامه، شورای امنیت حق جلوگیری از کسب اطلاعات توسط دادستان را ندارد.

۲۳. نک. پاراگراف ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت (۲۰۰۲).

به بیان نمی‌آورد. اما به هر حال شورای امنیت می‌تواند تقاضایش را تکرار کند. بنابراین محدودیت ۱۲ ماهه برای اعتبار تقاضای شورای امنیت حاکی از این است که تدوین کنندگان اساسنامه به هیچ وجه در پی ایجاد یک معافیت دائمی در اجرای صلاحیت قضایی دادگاه حسب ماده ۱۶ اساسنامه نبوده‌اند، اگرچه شورای امنیت می‌تواند تقاضای خودش مبنی بر تعویق را تمدید نماید.^{۲۴} اما پیشنهاد اصلی که ایالات متحده در مراحل مقدماتی تدوین قطعنامه ۱۴۲۲ ارائه داد صریحاً مخالف اصل مذکور بود چرا که در پیشنهاد ایالات متحده آمده بود تمدید مصونیت نیروهای حافظ صلح باید براساس قطعنامه، به صورت اتوماتیک اجرا گردد.^{۲۵} اما این راه حل را تعداد

۲۴. برای جلوگیری از تعویق‌های نامحدود شورای امنیت نک. پیشنهاد سنگاپور. همچنین نک. مقاله «اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی»، نوشته Arsanjani – 26-27, 22 AJIL (1999) 93.

۲۵. در پیش‌نویس قطعنامه‌ای که به وسیله ایالات متحده در ۱۹ ژوئن ۲۰۰۲ ارائه شده است مصونیت به عنوان یک قاعده است و فقط شورای امنیت و دولتهای ارسال‌کننده نیروهای حافظ صلح با چشم‌پوشی از آن حق لغو آن را دارند. در این پیشنهادنامه آمده است که: شورای امنیت براساس فصل هفتم: ۱- تصمیم می‌گیرد که آن دسته از دولتهایی که نیروهای حافظ صلح شان در اختیار عملیات حفظ صلحی که شورای امنیت رأساً انجام می‌دهد یا اجازه انجام آن را داده است می‌گذارند باید در راستای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات تلاش کنند و در جهت حفظ و تأمین صلح و امنیت بین‌المللی بکوشند و از این رو آنان مسئولیت بازجویی و تعقیب جرایمی که از سوی اتباع آنان در خلال عملیات حفظ صلح ارتکاب می‌گردد را دارند. ۲- شورا تصمیم می‌گیرد افراد و نیروهایی که متعلق به دولتهای فرستنده نیروهای حافظ صلح هستند اگر در ارتباط با عملیات حفظ صلح مرتکب جرمی شوند در کشورهای عضو از مصونیت برخوردارند اما در کشور خودشان از بازداشت، دستگیری و تعقیب در امان نیستند. مصونیت این افراد بعد از انقضای عملیات حفظ صلح نیز ادامه می‌یابد. ۳- شورا تصمیم می‌گیرد که دولت اعزام‌کننده نیروهای حافظ صلح هر زمان که خواست می‌تواند از مصونیت نیروهایش چشم‌پوشی کند و آنها را در اختیار اجرای عدالت قرار دهد. ۴- شورا تصمیم می‌گیرد در صورتی که دولت اعزام‌کننده نیروهای حافظ صلح از مصونیت نیروهایش چشم‌پوشی نکند، شورای امنیت این حق را دارد که به خاطر تأمین عدالت قضایی خود این مصونیت را لغو کند. بنگرید به پیش‌نویس قطعنامه ۱۹ ژوئن ۲۰۰۲ در سایت ICC صفحه ۴. ایالات متحده در پیشنهاد بعدی خود در تاریخ ۳ جولای ۲۰۰۲ می‌گوید: تقاضای عدم شروع یا ادامه بازجویی و یا تعقیب همانطوری که در پاراگراف ۱ پیشنهاد قبلی گفته شد، باید پس از یک مدت زمان ۱۲ ماهه از تاریخ شروع مصونیت از سوی شورای امنیت تمدید شود مگر این‌که شورای امنیت طور دیگری تصمیم بگیرد. در مشروح این پیشنهاد آمده است که: «شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور تصمیم می‌گیرد که: ۱- طبق ماده ۱۶ اساسنامه ICC در یک مدت زمان ۱۲ ماهه حق تخفیف یا تعقیب جرایم صورت گرفته توسط نیروهای فعلی یا قدیمی حافظ صلح دولتهای غیرعضو اساسنامه به خاطر انجام

زیادی از دولتها رد کردند.^{۲۶} فرمولی که برای حل این قضیه پیشنهاد شد، هم بر اساس نظر اساسنامه و هم پیشنهاد ایالات متحده تنظیم گردید. در پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۴۲۲ بدین صورت آمده است که تمدید سالانه تعویق زمانی امکان‌پذیر است که تصویب ۹ رأی از ۱۵ رأی اعضای شورای امنیت که رأی ۵ عضو دائم هم جزو آن ۹ رأی باشد اجازه این کار را بدهد. در ادامه همین پاراگراف تصریح شده است شورای امنیت باید تقاضای تمدید در تعویق را در اول جولای هر سال برای مدت زمان مورد نظرش اعلام نماید.

آنچه به نظر می‌رسد آن است که پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۴۲۲ در طول ماده ۱۶ اساسنامه قرار دارد زیرا طبق این پاراگراف تمدید مصونیت بستگی به وصول درخواست جدید شورای امنیت در اول جولای هر سال دارد. پس

این تخلفات در طی عملیات حفظ صلح را ندارد. ۲- طبق این قطعنامه و وفق ماده ۱۶ اساسنامه رم، تقاضای تعویق شروع به رسیدگی و بازجویی طبق پاراگراف ۱، باید در اول جولای هر سال برای یک مدت ۱۲ ماهه تمدید شود مگر آن که شورای امنیت طوری دیگر تصمیم بگیرد و این تصمیم را دبیرکل به اطلاع ICC می‌رساند. ۳- شورا تصمیم می‌گیرد که دولتهای عضو نباید هیچ اقدامی، قبل دستگیری یا بازداشت، مغایر با پاراگراف ۲ و ۱ به عمل آورند».

۲۶. در ۳ جولای ۲۰۰۲، کمیسیون تدوین دیوان کیفری بین‌المللی در سازمان ملل متحد جلسه‌ای را برای بررسی پیشنهاد ایالات متحده تشکیل داد. بیشتر نظراتی که در تعارض با پیشنهاد ایالات متحده بودند علت مخالفت خود را با این پیشنهاد این می‌دانستند که این پیشنهاد مغایر با ماده ۱۶ اساسنامه است و بعضی نیز معتقد بودند که ماده ۱۶ اساسنامه را از کارایی لازم انداخته است. در مورد نظرات دولتها و پاسخهای سازمان ملل در رابطه با پیشنهادات ایالات متحده به سایت مقابل بنگرید: <http://www.iccnw.org> به علاوه دبیرکل طی نامه‌ای خطاب به وزیر خارجه ایالات متحده کالین پاول می‌گوید: «ایالات متحده در یک پیشنهاد کتبی، تقاضای اجرای ماده ۱۶ اساسنامه رم را نموده است. طبق این ماده شورای امنیت می‌تواند در جهت جلوگیری از اقدام دادستان در یک پرونده خاص مداخله کند. این ماده علی‌رغم آن که امروزه پیشنهاد می‌شود که به وسیله شورای امنیت در قالب یک قطعنامه بکار برده شود، اما از تعقیب پرسنل نیروهای حافظ صلح به وسیله دادستان جلوگیری می‌کند. بعکس آن که در عبارت ماده ۱۶ آمده است که قطعنامه تصویبی توسط شورای امنیت صرفاً برای یک مدت زمان ۱۲ ماهه آمده است؛ این مدت زمان قابل تمدید می‌باشد. از این رو پیشنهاد می‌شود که این قطعنامه خود اتوماتیک‌وار تمدید شود مگر آن که ممنوعیت رفع شده باشد [دیگر دلیلی برای تعویق وجود نداشته باشد]. بنگرید به نامه دبیرکل کوفی عنان به وزیر خارجه ایالات متحده کالین پاول در ۳ جولای ۲۰۰۲ ذکر شده در <http://www.iccnw.org/html/press.html>.

مشکل این قضیه در کجاست؟ هم تعهد شورا در دستور کار قرار دادن مسأله و هم فشار بر اعضا جهت تجدیدنظر کردن در مورد آن این موضوع را آشکار می‌کند که راه حل ارائه شده در پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۴۲۲ عملاً بیشتر از ماده ۱۶ اساسنامه حریم اساسنامه را از معافیت‌های بی‌دلیل مصون می‌دارد^{۲۷} [به نظر می‌رسد شورای امنیت با این قطعنامه بیشتر از خود ICC در صدد حفظ حریم آن است]. علاوه بر این، اهمیت حقوقی کلمه «قصد» در هاله‌ای از ابهام است چرا که چنین کلمه‌ای در سایر قطعنامه‌های شورای امنیت دیده نمی‌شود.^{۲۸} اما معنای حقوقی این کلمه چیست؟ صرف اعلام قصد تمديد تقاضا، اعضای شورای امنیت را متعهد می‌کند تا موضوع تمديد تقاضا را در برنامه سالانه بگنجانند. البته شورای امنیت ممکن است از اعضای دائم خود بخواهد که از حق وتو در مسائل سیاسی (از جمله بحث تعویق در تعقیب نیروهای حافظ صلح) استفاده نکنند (تا بدین وسیله قصد شورای امنیت محقق شود) اما تکلیف اعضای غیردائم چیست؟ آیا به وسیله پاراگراف ۲ قطعنامه ۱۴۲۲ حقشان محدود شده است (و چاره‌ای جز پذیرش قطعنامه تمديدی ندارند). در نهایت آن که کلمه «قصد» در قطعنامه فوق، از آن دسته از اعضای شورای امنیت که عضو اساسنامه نیز هستند می‌خواهد تا چیزی را برخلاف مصوبات اساسنامه رم به تصویب مجدد برسانند.

ث. قطعنامه ۱۴۲۲ و سایر مقررات اساسنامه

بحث معافیت نیروهای حافظ صلح از قرار گرفتن در مقابل ICC فقط

۲۷. همچنین نک. نامه امضاء شده به وسیله سفیران نیوزیلند، آفریقای جنوبی، برزیل و کانادا، ۱۲ جولای ۲۰۰۲: «به علاوه چون تقاضای تعویق از دادگاه بطور سالانه حسب قطعنامه پیشنهادی قابل تمديد است ممکن است منجر به ایجاد مانع ابدی بر سر عملکرد دادگاه شود».

۲۸. این تفسیر از پاراگراف ۴ قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت قابل برداشت است.

در تعارض با ماده ۱۶ اساسنامه نیست بلکه با بقیه مقررات اساسنامه نیز مغایرت دارد که عبارتند از:

۱- بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه

مصونیت دائمی پیش‌بینی شده در پاراگراف ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ برای نیروهای حافظ صلح، میان اتباع [نیروهای حافظ صلح] دولتهای عضو و اتباع دولتهایی که تحت نظام رسیدگی قضایی ICC قرار نمی‌گیرند، تمایز قائل شده است. بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه که تا آخرین لحظات پایانی کنفرانس رم یکی از بحث‌برانگیزترین مفاد اساسنامه بود تصریح می‌کند که دادگاه در دو حالت صلاحیت قضایی پیدا می‌کند. حالت اول زمانی است که متهم تبعه یکی از دول عضو باشد و حالت دوم زمانی است که جرم در محدوده صلاحیت قضایی یکی از دول عضو اتفاق افتاده باشد. تقاضایی که شورای امنیت حسب پاراگراف یک قطعنامه ۱۴۲۲ می‌تواند داشته باشد مربوط به جرایمی است که به وسیله گروهی از مردم بخصوص نیروهای حافظ صلح دولتهای غیرعضو اساسنامه در محدوده صلاحیت قضایی یک دولت عضو اساسنامه (حالت دوم) ارتکاب یابد. چنین محدودیتی نه تنها به گسترش صلاحیت و عملکرد دادگاه کمکی نمی‌کند بلکه صلاحیت قضایی دادگاه را زیر سؤال می‌برد. بطور معمول دولتها صلاحیت قضایی سرزمینی را که نسبت به خارجی‌ان از آن برخوردارند نسبت به نیروهای حافظ صلح اعمال نمی‌کنند.^{۲۹}

۲۹. در ماده ۴ بولتن نیروهای حقوق بشردوستانه سازمان ملل در مورد ناظران صلح مورخ ۶ آگوست آمده است: «در صورت نقض حقوق بشردوستانه، نیروهای نظامی سازمان ملل متحد به وسیله دادگاه‌های ملی‌شان مورد تعقیب قرار خواهند گرفت». نک.

United Nations, Secretary – General's Bulletin, ST/SGB 199913 of 6 August 1999, in 38 ILM (1999), at 1656.

چراکه این نیروها معمولاً از مزایا و مصونیهایی براساس دو دسته از معاهدات که به وسیله سازمان ملل در مورد این نیروها منعقد می‌گردد برخوردار می‌شوند: توافقنامه قواعد نیروهای نظامی که به * SOFA شهرت دارد بین سازمان ملل با کشور میزبان منعقد می‌شود و صلاحیت کیفری ویژه‌ای را برای پرسنل نظامی کشورهای اهداءکننده نیروهای حافظ صلح در نظر می‌گیرد؛^{۳۰} دیگری موافقتنامه اهدای نیرو بین سازمان ملل و کشور ارسال‌کننده^{**} است که در این موافقتنامه به دولت ارسال‌کننده نیرو اطمینان داده می‌شود که پرسنل حافظ صلح آن کشور از مزایا و مصونیهایی موافقتنامه قبلی (SOFA) برخوردار خواهند شد^{۳۱} و تحت صلاحیت قضایی

همچنین موضع سازمان ملل حاکی از آن است که دولت اعطا کننده نیروهای حافظ صلح تنها مرجعی است که می‌تواند به جنایات جنگی نیروهای حافظ صلح رسیدگی کند. این موضع سازمان سؤال برانگیز است چراکه قراردادهایی که معمولاً در چارچوب عملیات حفظ صلح بسته می‌شوند فقط طرفین آن قرارداد را متعهد می‌کند یعنی سازمان ملل، کشور میزبان و کشور اعطا کننده نیرو. از این رو، این قرارداد کشورهای دیگری را که عضو این قرارداد نیستند را نمی‌تواند ملزم کند. اما سؤال اینجاست که چگونه ماده ۴ بولتن مذکور، می‌تواند صلاحیت جهانی را در تعقیب جرایم بین‌المللی نادیده بگیرد. تنها توجیه این مسأله از بند ۲ ماده ۱۰۵ منشور قابل استنباط است. اما مسأله مبهم این است که آیا این ماده می‌تواند امنیت نیروهای حافظ صلح را در مقابل جنایات جنگی تضمین کند یا نه؟

***. Status of Forces Agreement (SOFA).**

۳۰. سازمان ملل متحد معمولاً قراردادی را با کشور میزبان منعقد می‌کند که به قرارداد مأموریت (SOMA) معروف است و معمولاً بر مبنای مدل قراردادهای (SOFA) ۱۹۹۰ می‌باشد. پاراگراف ۴۷ قسمت b قرارداد SOMA صلاحیت قضایی خاصی را در مورد پرسنل نظامی دولت ارسال‌کننده نیرو در پیش می‌گیرد. در این پاراگراف آمده است: «نیروهای شاخه نظامی عملیات حفظ صلح سازمان ملل متحد که باید تحت صلاحیت قضایی کشور مربوطه شان در مورد جرایم کیفری که ممکن است در سرزمین یا کشور میزبان انجام دهند قرار بگیرند». بنگرید به نمونه قرارداد اعزام نیرو جهت عملیات حفظ صلح سند A/۴۵/۵۹۴ : ۹ اکتبر ۱۹۹۰.

**** Troop Contribution Agreement.**

۳۱. رک. قرارداد نمونه بین سازمان ملل و دولتهای عضو اهداء کننده نیروهای حافظ صلح سند A/۴۶/۱۸۵، ۲۳ می ۱۹۹۱ که طبق آن نیروهای نظامی یا شخصی دولتهای مشارکت کننده در عملیات باید از مزایا و مصونیتها، حقوق و امکانات و اجرای قراردادهای مورد توافق برخوردار شوند.

❖ ۲۳۷. معافیت نیروهای حافظ صلح ...

دولت ارسال کننده، قرار خواهند گرفت.^{۳۲} اما چنین توافقنامه‌هایی صلاحیت قضایی ICC را محدود نمی‌کند. انعکاس این مسأله در اساسنامه ICC کاملاً واضح است زیرا ICC نسبت به جرایم ارتكابی توسط نیروهای حافظ صلح در سرزمین دول عضو صلاحیت قضایی دارد. از این رو اساسنامه شکل مصونیت نیروهای حافظ صلح را از طریق ایجاد همکاری بین دولتها و تسلیم فرد خاطی از سوی دولتش به دادگاه،^{۳۳} [به صورت داوطلبانه] و نه براساس صلاحیت قضایی دادگاه حل نموده است^{۳۴} (ماده ۹۸ اساسنامه). بنابراین وجود مانعی اضافی و تقریباً دائمی در اعمال صلاحیت قضایی دادگاه نسبت به نیروهای حافظ صلح حسب ماده ۱۶ اساسنامه، گامی بسیار حساس است که با کلیت ساختار اساسنامه همسویی ندارد. شاید تنها توجیه آسان این مسأله این است که ایالات متحده با اعمال فشار برای تصویب قطعنامه ۱۴۲۲، خود بطور اتفاقی صلاحیت قضایی ICC را نسبت به اتباع دولتهای ثالث پذیرفته است.

۳۲. رک. پاراگراف ۲۵ قرارداد نمونه اعطای نیرو که می‌گوید: «دولتهای شرکت کننده توافق می‌کنند که صلاحیت قضایی خودشان را در ارتباط با جرایمی که به وسیله پرسنل نظامی آنها در خلال عملیات حفظ صلح ارتكاب می‌یابد اعمال نمایند. دولتهای مشارکت کننده باید سرپرست مأموریت را از لزوم اعمال صلاحیت قضایی در مورد نیروهایش مطلع کنند».

۳۳. رک.

Prost and Schlunck, On Article 98: in Triffterer, *supra* note 15, at 1131, para. 1:

این ماده می‌گوید: «بحث حمایت از تعهدات بین‌المللی در ارتباط با مصونیت دیپلماتیک و دولتی و همچنین حمایت از توافقی‌هایی مثل توافقنامه‌های نظامی را مطرح می‌کند».

۳۴. در مورد بحث تفاوت عمومی بین صلاحیت قضایی و همکاری در چارچوب نیروهای حافظ صلح همچنین رک. مقاله «صلاحیت قضایی و همکاری در چارچوب نیروهای حافظ صلح»:

Kaul and Krieb, Jurisdiction Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1 (1999), at 143 et seq.

۲- ماده ۲۷ اساسنامه

بحث معافیت نیروهای حافظ صلح از رسیدگی قضایی به جرایمشان در مقابل ICC با ماده ۲۷ اساسنامه نیز که بحث عدم مصونیت مقامات رسمی را مطرح می‌کند در تعارض است.^{۳۵} این مسأله کاملاً واضح است که طبق اساسنامه، نیروهای حافظ صلح به خاطر جرایمی که در محدوده صلاحیت قضایی ICC انجام می‌دهند (محدوده صلاحیت قضایی ICC، همان محدوده صلاحیت قضایی دولتهای عضو اساسنامه رم می‌باشد) از مصونیتی برخوردار نیستند.^{۳۶} قاعده اساسی آن است که اگر عملیات حفظ صلح در سرزمین یکی از دولتهای عضو اساسنامه انجام شود، این نیروها

۳۵. همچنین نک.

Human Rights Watch, U.S. Proposals to Undermine the International Criminal Court Through a U.N. Security Council Resolution, Statement of 25 June 2002, available at <http://www.hrw.org/campaigns/icc/usproposal.htm>.

۳۶. دیدگاه سنتی آن است که مقررات حقوق بشر دوستانه بین‌المللی (مثل حقوق جنگ) در مورد نیروهای حافظ صلح نباید به کار برده شود. زیرا آنها جزء طرفین مخاصمه نیستند. اما امروزه نظر غالب آن است که حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در مورد عملیات حفظ صلح زمانی که نیروهای حافظ صلح یکی از طرفین مخاصمه محسوب می‌شوند باید اعمال شود. موضع اصلی سازمان ملل این است که نیروهای حافظ صلح را به رعایت اصول و قواعد بین‌المللی تشویق کند که این قواعد آنها را متعهد نمی‌کند. از این رو زمانی که نیروهای حافظ صلح در چارچوب عملیات حفظ صلح اقدام به کاربرد زور کنند، کمیته بین‌الملل صلیب سرخ و سایرین معتقدند که اگر آنها یکی از طرفین مخاصمه هستند باید مقررات حقوق بشردوستانه بین‌المللی در مورد آنها اعمال گردد. دبیرکل ملل متحد آقای عنان در سال ۱۹۹۹ طی رهنمودی اعلام کردند که به روشن شدن موقعیت سازمان ملل در مورد اعمال حقوق بشردوستانه بین‌المللی در مورد نیروهای حافظ صلح کمک خواهند نمود. در این رهنمودها آمده است که اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی در مورد نیروهای سازمان ملل زمانی که در یک مخاصمه مسلحانه فعال به عنوان جنگجو فعالیت می‌کنند اعمال می‌گردد.

Art. 2 of the Bulletin on the Observance by United Nations Forces of Humanitarian Law, *supra* note 29.

همچنین نک.

Generally on these guidelines Sharga, UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations Related Damage, 94 *AJIL* (2000), at 406 *et seq.*

معافیت نیروهای حافظ صلح ... ❖ ۲۳۹

عموماً به وسیله ICC قابل تعقیب خواهند بود.^{۳۷} این مسأله از تاریخچه تدوین اساسنامه و ماده ۲۷ آن قابل استنباط است.

این مسأله که آیا نیروهای حافظ صلح در مقابل صلاحیت قضایی دیوان مصونیت دارد یا نه، محل بحثهای زیاد، در مذاکرات مربوط به کنفرانس رم بود. پیشنهاد فرانسه این بود که نیروهای حافظ صلح از مسؤولیت کیفری بین‌المللی معاف باشند. این پیشنهاد در قالب بند ۲ ماده ۲۶ پیش‌نویس اساسنامه در جلسه مورخ ۳۰ - ۱۹ ژانویه ۱۹۹۸ در Zutphen هلند مطرح گردید. این پیشنهاد عبارت از این بود که «افرادی که حسب دستور شورای امنیت یا در اجرای یکی از قطعنامه‌های شورا در عملیاتی مشارکت نمایند نباید در مقابل دادگاه مسؤولیت کیفری داشته باشند».^{۳۸} البته دولت فرانسه یک پی‌نوشت را ضمیمه درخواست خود کرده بود و طی آن اعلام کرده بود که خود در مورد محتوا و جایگاه این پاراگراف شک و شبهه دارد.^{۳۹} جالب است بدانیم که این پیشنهاد نه در کمیته تدوین مقررات دادگاه کیفری بین‌المللی مطرح شد^{۴۰} و نه در خود اساسنامه ذکر از آن به میان آمد.

^{۳۷} نیروهای نظامی فعالیت کننده در کشورهای خارجی، معمولاً از مصونیت لازم به خاطر اعمال رسمی‌شان برخوردارند. اما این مصونیتها جرایم مذکور در اساسنامه رم را شامل نمی‌شود. از این رو قواعد خاصی که در مورد نیروهای نظامی که در خارج کشورشان فعالیت می‌کنند وجود دارد تأثیری در تعقیب آنها به وسیله ICC ندارد. رک.

Wirth, Immunities, Related Problems, And Article 98 of the Rome Statute, 12 *Criminal Law Forum* (2001) 429, at 450.

۳۸. نک.

M.C. Bassiouni, *International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference* (1998) 143, at 183.

۳۹. همان مرجع.

۴۰. نک.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final Act, UN. Doc. A/Conf. 183/2/Add.1, 1998, reprinted in Bassiouni, *supra* note 38, at 7.

علی‌رغم این مسأله ماده ۲۷ این نکته را خاطر نشان می‌کند که نیروهای حافظ صلح به خاطر شأن و جایگاهشان، بالاتر از قانون نیستند این ماده می‌گوید: «۱- این اساسنامه نسبت به همه افراد بدون در نظر گرفتن سمت رسمی آنان و بدون هیچ‌گونه تبعیضی اجرا خواهد شد. بطور مشخص سمت رسمی رئیس یک دولت، یک عضو دولت یا مجلس، نماینده انتخابی یا نماینده یک دولت به هیچ وجه یک شخص را از مسؤولیت کیفری که به موجب این اساسنامه برعهده دارد معاف نخواهند کرد. همچنان که وجود سمتهای مذکور به تنهایی علتی برای تخفیف مجازات نخواهد بود.

۲- مصونیتها یا قواعد شکلی ویژه‌ای که به موجب حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل در مورد مقامات رسمی اعمال می‌شوند موجب نمی‌گردند که دیوان نتواند صلاحیتش را نسبت به آن اشخاص اعمال نماید».

اگرچه نیروهای حافظ صلح دارای سمت رسمی به معنای جمله دوم بند اول ماده ۲۷ اساسنامه نیستند اما مطمئناً مقام رسمی محسوب می‌گردند. قاعده عمومی که در جمله اول بند اول ماده ۲۷ مورد اشاره قرار گرفته عبارت از آن است که تمام افراد با سمت رسمی در مقابل این اساسنامه از برابری با دیگران برخوردارند. از این رو طبیعت سمت آنان، ایشان را از مسؤولیت کیفری فردی براساس حقوق بین‌الملل معاف نمی‌کند. به علاوه، کلمه سمت رسمی مربوط به فعالیت‌هایی می‌شود که توسط ارگانهای یک کشور انجام می‌گردند و یا حداقل به یک کشور نسبت داده می‌شوند؛ از این رو پرسنل نظامی هم داخل این گروه قرار می‌گیرند.^{۴۱} علاوه بر این، به نظر می‌رسد که برخورداری نیروهای حافظ صلح از مصونیت به موجب قراردادهای موسوم به SOFA با کشور میزبان، غیرقانونی است چرا که بند

۴۱. نک.

Trifflerer, On Article 27, in Trifflerer, *supra* note 15, at 509, para. 13.

۲ ماده ۲۷ صریحاً تأکید می‌کند که چنین توافقنامه‌های بین‌المللی صلاحیت دادگاه را به تعویق می‌اندازند. برعکس، سیستم کلی اساسنامه آن است که معاهدات دو جانبه یا چند جانبه‌ای که مربوط به مصونیت باشند فقط می‌توانند، مانع از تقاضای تسلیم افراد متهم، از سوی دیوان حسب ماده ۹۸ اساسنامه گردند اما این موافقتنامه‌ها نمی‌توانند از ایجاد مسئولیت کیفری بدون چون و چرا بر طبق اساسنامه، پرهیزند.^{۴۲}

استدلالی که اینجا ممکن است مطرح شود این است که پاراگراف ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ اصول ذکر شده در اساسنامه را زیر سؤال نمی‌برد چرا که این قطعنامه محاکمه نیروهای حافظ صلح را تحت صلاحیت قضایی ملی‌شان می‌گذارد. استدلال کنندگان معتقدند چنین برداشتی از پاراگراف ۵ مقدمه قطعنامه نیز بدست می‌آید چرا که در آنجا شورا می‌گوید: «دولتهای غیر عضو اساسنامه مسئولیت خودشان را در ایجاد صلاحیت قضایی ملی در رابطه با جرایم بین‌المللی به انجام خواهند رسانید». اما بر طبق اساسنامه ارجاع یک مسأله به صلاحیت داخلی دولتها از ارزش محدودی برخوردار است. توجیهی که برای اتکاء به صلاحیت قضایی دولت اعزام‌کننده نیروهای حافظ صلح در چارچوب سازمان ملل به عمل آمده است آن است که هیچ مؤسسه مستقل بین‌المللی برای بررسی چنین تخلفاتی وجود ندارد.^{۴۳} هدف اساسنامه ICC نیز این بوده است که از طریق ایجاد یک مکانیزم قضایی بین‌المللی جدید و مستقل با صلاحیت قضایی نسبت به نیروهای حافظ صلح،

۴۲. رک. منبع بالا،

supra note 41, at 513, paras. 24 and 514, para. 26.

«اشاره به این نکته مهم است که ماده ۹۸ مصونیت از تعقیب را برای اشخاصی که دادگاه در تعقیب آنهاست ایجاد نمی‌کند. ماده ۲۷ این مسأله را تصریح می‌کند که چنین مصونیتی ندارد». ۴۳. نک.

Zwanenburg, *Compromise or Commitment: Human Rights and International Humanitarian Law Obligations for UN Peace Forces*, 11 *Leiden Journal of International Law* (1998) 229, at 243.

راه را بر این گونه توجیهات ببندد.^{۴۴} اگرچه دیوان سیستم صلاحیت قضایی داخلی را از بین نبرد، با این همه سیستم سنتی تعقیب نیروهای حافظ صلح را از طریق ایجاد صلاحیت قضایی مکمل برای مواردی که دولتها یا نمی‌خواهند به تعقیب نیروهای انسانی حافظ صلح پردازند یا توانایی آن را ندارند، اصلاح نمود.^{۴۵} تأکید مجدد بر صلاحیت قضایی داخلی دولتها به وسیله قطعنامه ۱۴۲۲ برعکس، خود مشکل دیگری است چرا که اساسنامه را از هدف اصلی‌اش که مکمل بودن صلاحیت قضایی داخلی است، محروم می‌کند.

۴- تأثیر قطعنامه ۱۴۲۲

ناسازگاری‌های متعددی که بین قطعنامه شورای امنیت (۱۴۲۲) و اساسنامه رم وجود دارد ناشی از این سؤال است که دستورات شورای امنیت تا چه حدی مافوق قواعد اساسنامه است؟ پاسخ به این سؤال مستلزم بررسی دو عامل است. ۱- آیا شورای امنیت مجوز دارد که قطعنامه‌ای برخلاف قواعد اساسنامه به تصویب برساند؟ ۲- آیا چنین قطعنامه‌ای برای دادگاه ایجاد التزام می‌کند؟

الف. مشروعیت قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت

هرگز شورای امنیت به وسیله قواعد اساسنامه رم ملتزم نمی‌گردد. از این رو، مجوز شورا برای تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ باید براساس فصل هفتم منشور بررسی گردد.

۴۴. نک.

Zwanenburg, The Statute of the International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire? 10 *EJIL* (1999) 124, at 129.

۴۵. نک. ماده ۱۷ اساسنامه رم.

۱- قطعنامه شورای امنیت و فصل هفتم منشور

اگرچه شورای امنیت از آزادی عمل گسترده‌ای برای صدور قطعنامه براساس فصل هفتم منشور برخوردار است، اما این به آن معنا نیست که شورا مافوق قانون است. این شورا در راستای انجام اعمالش، صریحاً به وسیله محدودیتهای ذکر شده در بند ۱ ماده ۱ و ۲۴ منشور متعهد می‌گردد، بخصوص این که شورا وظیفه دارد طبق اهداف و اصول سازمان عمل نماید.^{۴۶} علاوه بر این، موردی که باید به آن توجه ویژه‌ای داشته باشیم آن است که هر تصمیم شورای امنیت که مغایر با منشور باشد، دول عضو ملل متحد را ملزم نخواهد کرد زیرا اعضای سازمان فقط توافق کرده‌اند که «آن دسته تصمیماتی را بپذیرند و اجرا کنند که بر طبق منشور ملل متحد باشد» (ماده ۲۵ منشور).^{۴۷} این مسأله نیاز به حمایت بیشتری داشت و این حمایت توسط دیوان در رأی مشورتی شرایط پذیرش در سازمان ملل (۱۹۴۸) به عمل آمد. دادگاه در این رأی می‌گوید:

۴۶. نک.

Delbrück, On Article 24, in Simma, *supra* note 4, at 404, at para. 11.

برای بررسی کامل‌تر نک.

Gill, Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter, 26 *Netherlands Yearbook of International Law* (1995) 33, at 72 et seq.

۴۷. نک.

Bowett, The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures, 5 *EJIL* (1994) 89, at 95.

همچنین نک.

Doehring, Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences, 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (1997) 98.

در قسمتی از این مقاله آمده است «این نظریه که دولتها باید آزاد باشند که خودشان در مورد مشروعیت قطعنامه‌ها قضاوت کنند و بتوانند در مورد اثر الزامی آنها نسبت به خود تصمیم‌گیری کنند؛ سیستم عملیات حفظ صلح ملل متحد را با سقوط مواجه خواهد کرد و با این که ممکن است عملی نتیجه بخش باشد اما منطقی نیست و در نهایت قانع کننده نمی‌باشد. نتیجه این نظریه، تعهد به انجام اعمال غیرقانونی است».

«شخصیت سیاسی یک ارگان آن را از رعایت مقررات منشور معاف نمی‌نماید بخصوص زمانی که آن مقررات منشور قدرت و اختیار صدور دستوراتی را توسط آن رکن ممنوع کرده باشند».^{۴۸}

اما مسأله قابل پرسش آن است که آیا شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۱۴۲۲، محدودیتهای خود را نادیده گرفته است؟ بعضی دولتها در اجلاس عمومی شورای امنیت در ۱۰ جولای ۲۰۰۲ معتقد به چنین عقیده‌ای بودند. نماینده اردن می‌گوید: «شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ براساس فصل هفتم منشور خود را در پرتگاه نقض اختیاراتش برطبق منشور قرار داد».^{۴۹} علاوه بر این نماینده دائم کانادا تأکید کرد که «تصویب قطعنامه مذکور، کانادا و دیگر کشورها را در موقعیتی بی‌سابقه قرار داد برای این که مشروعیت قطعنامه شورای امنیت را مورد ارزیابی ویژه قرار دهند».^{۵۰}

از این رو، ادعای تجاوز شورای امنیت از حدود اختیارات، به سختی قابل توجیه است، تفسیر گسترده شورای امنیت از ماده ۳۹ منشور هرگز نمی‌تواند اثبات کند که قطعنامه ۱۴۲۲ مغایر با منشور است. البته استناد به فصل هفتم منشور تلقی امری به عنوان تهدید علیه صلح در اینجا قابل انتقاد است، چراکه در اینجا تهدید علیه صلح بدواً توسط خود اعضای شورا از طریق عدم شرکت در عملیات حفظ صلح آینده انجام شده است، تعیین وضعیت خاص به عنوان تهدید علیه صلح ماهیتاً تصمیمی سیاسی است که

۴۸. نک. «شرایط پذیرش در سازمان ملل»، رأی مشورتی ۱۹۴۸ دیوان بین‌المللی دادگستری، صفحه ۶۴.

۴۹. نک. اظهارات نماینده اردن در سازمان ملل در اجلاس ۱۰ جولای ۲۰۰۲ در سایت <http://www.iccnw.org>.

۵۰. نک. اظهارات نماینده کانادا در سازمان ملل در اجلاس ۱۰ جولای ۲۰۰۲ در سایت <http://www.iccnw.org>.

در بطن صلاحیت شورای امنیت قرار دارد و اعضای سازمان ملل رأساً حق تصمیم‌گیری در آن مورد را ندارند.^{۵۱}

علاوه بر این، به نظر نمی‌رسد که قطعنامه ۱۴۲۲ قواعد آمره را نقض کرده باشد، یا مغایر اهداف و اصول ملل متحد که شورای امنیت طبق ماده ۲۴ نسبت به آنها متعهد است، باشد. اگر قطعنامه مذکور نیروهای حافظ صلح دول غیرعضو ICC را کلاً از مسؤولیت کیفری مبرا می‌نمود (نه فقط از صلاحیت قضایی دادگاه) این مسأله می‌توانست به عنوان تجاوز شورای امنیت از حدود اختیارات تلقی شود زیرا چنین تصمیمی نقض فاحش اصول برابری است.^{۵۲} اما واضح است که شورا چنین منظوری نداشته، چرا که پاراگراف ۱ قطعنامه صرفاً رسیدگی در مقابل ICC را مطرح می‌کند (و به تعویق می‌اندازد) و تعقیب نیروهای حافظ صلح را به خاطر انجام اعمالی که طبق اساسنامه جرم هستند، به دادگاه‌های ملی و می‌گذارد.^{۵۳} علاوه بر این در حقوق بین‌الملل عرفی، هیچ عرفی وجود ندارد که بگوید نیروهای حافظ صلح باید در مقابل دادگاه‌های بین‌المللی محاکمه شوند.^{۵۴}

بعضی دولتها که ادعا می‌کنند قطعنامه ۱۴۲۲ غیرقانونی است استدلال می‌کنند که شورای امنیت نه حق ایجاد معاهده را دارد و نه حق تجدید نظر

۵۱. نک.

Bowett, *supra* note 47, at 94.

۵۲. نک.

Gowlland - Debbas, "The Relationship between the Security Council and the Projected International Criminal Court, 1 *Journal of Armed Conflict Law* (1996) S. 97 (114).

۵۳. نک.

Para. 5 of the preamble to Resolution 1422 (2002).

«دولتهای غیرعضو اساسنامه باید مسؤولیتهای خودشان را در محدوده قضایی ملی شان در رابطه با جرایم بین‌المللی انجام دهند».

۵۴. رک.

MacPherson, *supra* note 1.

در معاهدات را و لذا نمی‌تواند محتوا و معنای یک معاهده بین‌المللی از جمله اساسنامه رم را که توسط دولتها ایجاد شده است تغییر دهد.^{۵۵} بند ۷ ماده ۲ منشور علی‌رغم آن که مداخله در امور داخلی دولتها را صریحاً محدود می‌کند در قسمت دوم خود مداخله‌ای که توسط شورای امنیت طبق فصل هفتم انجام شود را مجاز می‌داند. البته پذیرش این قضیه که شورای امنیت می‌تواند در حق اختصاصی دولتها در اجرا و اصلاح معاهداتشان مداخله کند، بسیار سخت به نظر می‌رسد. از طرف دیگر شورای امنیت طبق مواد ۲۵ و ۱۰۳ ممکن است از طریق به کار بردن اختیارش براساس فصل هفتم منشور تعهدات و حقوقی که دولتها نسبت به یک معاهده خاص دارند را نادیده بگیرد. البته ماده ۱۰۳ منشور صریحاً نمی‌گوید تصمیماتی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور بگیرد بر هر معاهده متعارض ارجحیت دارد اما تعهدی که دولتها طبق ماده ۲۵ منشور دارند که «تصمیمات شورای امنیت را بپذیرند و اجرا کنند» یک «تعهد براساس منشور ملل متحد» و در طول ماده ۱۰۳ می‌باشد. از این رو، اعضای ملل متحد براساس ماده ۱۰۳ متعهد می‌شوند که تعهداتی که از قطعنامه‌های شورا براساس فصل هفتم ناشی می‌شود را بر هر تعهد دیگری مقدم بدانند.^{۵۶} این نظریه از قطعنامه ۶۷۰ شورای امنیت به سال ۱۹۹۰ تحت عنوان صریح «مقررات ماده ۱۰۳ منشور» گرفته شده است. شورا در این قطعنامه تصمیم می‌گیرد که «کلیه دولتها باید مجوز پرواز کلیه هواپیماها را به مقصد عراق یا کویت با هر نوع باری به غیر از غذا آن هم در شرایط انسان دوستانه، که قبل از تاریخ این قطعنامه صادر کرده باشند را لغو نمایند، حتی اگر حقوق یا تعهداتی در مورد جواز

۵۵. نک. به اظهارات نماینده برزیل در سازمان ملل در اجلاس ۱۰ جولای ۲۰۰۲ در سایت <http://www.iccnw.org>.

۵۶. نک.

Bernhardt, On Article 103, in Simma, *supra* note 5, at 1120, para. 10.

پرواز به وسیله یک معاهده بین‌المللی یا قرارداد بین‌المللی به آنها اعطا شده یا تحمیل گردیده باشد».^{۵۷}

همین استدلال علت اصلی عملکرد شورای امنیت در قضیه لاکربی بود. در آن قضیه شورا تصمیم گرفت که لیبی باید افراد متهم به اعمال تروریستی علیه پرواز ۱۰۳ پان امریکن را به کشور انگلستان و ایالات متحده تسلیم کند. علی‌رغم این که قضیه در کنوانسیون راجع به اعمال غیرقانونی علیه سلامت هواپیمایی کشوری مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ اشاره شده است.^{۵۸} دیوان این نظر شورا را طی دو دستوری که در تاریخ ۱۴ آوریل ۱۹۹۲^{۵۹} صادر شده پذیرفته است. از این رو دادگاه می‌گوید:

«هر دو کشور لیبی و انگلستان، عضو سازمان ملل متحد، متعهدند که تصمیمات شورای امنیت را بر طبق ماده ۲۵ منشور بپذیرند و اجرا کنند. دادگاه نیز در مرحله بررسی مقررات لازم‌الاجرا، به تعهدات در قطعنامه ۷۴۸ (۱۹۹۲) توجه می‌کند چرا که طبق ماده ۱۰۳ منشور تعهدات دولتهای عضو طبق این منشور بر هر تعهد دیگری طبق سایر موافقتنامه‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون منترال غلبه دارد».^{۶۰}

بنابراین مسأله این نیست که آیا شورای امنیت تعهدات خود را طبق

57. The preamble and para. 3 of SC Resolution 670 (1990) of 25 September 1990, UN Doc. S/RES/670 (1990) (emphasis added).

۵۸. نک.

Para. 1 of SC Resolution 748 (1992) of 31 March 1992, UN Doc. S/RES/748 (1992).

۵۹. نک.

Mosler, On Article 92, in Simma, *supra* note 5, at 991, para. 87.

۶۰. نک.

ICJ, *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libya v. United Kingdom), ICJ Reports (1992), at 16, at para. 39.

منشور به وسیله صدور قطعنامه ۱۴۲۲ نقض کرده است یا نه؟ بلکه مسأله این است که آیا دولتهایی که، هم عضو شورای امنیت هستند و هم عضو اساسنامه ICC با تصویب قطعنامه مذکور، تعهدات خود را طبق اساسنامه نقض کرده‌اند؟

۲- قطعنامه ۱۴۲۲ (۲۰۰۲) و تعهدات اعضای شورا طبق اساسنامه

اعضای دائم شورای امنیت مثل فرانسه و انگلستان زمانی که تصمیماتی را در مورد ICC گرفتند با تعارض سختی روبرو شدند چرا که آنها از یک سو عضو شورای امنیت به عنوان یک رکن ملل متحد بوده‌اند و از سوی دیگر مقررات اساسنامه رم آنها را متعهد می‌کرد.^{۶۱} تعارض بین حق رأی دادن در شورای امنیت و اجرای تعهدات طبق یک رژیم قراردادی که دولتهای مذکور عضو آن بودند، سبب شد که شورای سیاست خارجی و امنیتی اتحادیه اروپا (CFSP)* به سند توجه کند. بند ۲ ماده ۱۹ معاهده اتحادیه اروپا^{۶۲} می‌گوید:

«آن دسته از اعضای اتحادیه اروپا که عضو شورای امنیت ملل متحد نیز هستند باید با بقیه اعضای شورای اروپا هماهنگ باشند و به آنها گزارش کامل را بدهند. آن دسته از اعضای اتحادیه که عضو دائم شورای امنیت هستند باید تضمین کنند که هنگام انجام وظایفشان از موقعیت و منافع اتحادیه اروپا بدون هیچ‌گونه تبعیضی نسبت به مسؤولیتی که طبق قواعد منشور ملل متحد دارند، دفاع نمایند».

۶۱. رک. ماده ۲۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات.

*. Common Foreign and Security Policy.

۶۲. در مورد ابهامات این شرط رک.

Frowein, Auf dem Weg zu einer Gemeinsamen Außen – und Sicherheitspolitik, 36 *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* (1997) 11, at 16-17; Fink – Hoijer, The Common Foreign and Security Policy of the European Union, 5 *EJIL* (1994) 173, at 188.

این مصوبه، این مسأله را آشکار می‌کند که فرانسه و انگلستان هنگام انجام وظیفه در شورای امنیت، طبق مقررات شورای سیاست امنیتی و خارجی اروپا (CFSP) نیز متعهد هستند. اما این شرط که «بدون تبعیض نسبت به تعهداتشان طبق مقررات منشور...» این مسأله را آشکار می‌کند که دولتهای مذکور هنگام تصمیم‌گیری در شورای امنیت باید از صلاحیت سیاسی برخوردار باشند.^{۶۳} آنها بخصوص تعهدی ندارند که قطعنامه‌ای را که مغایر با اهداف CFSP می‌باشد وتو کنند.^{۶۴} البته اساسنامه رم چنین شرطی را برای اعضای خودش پیش‌بینی نکرده است. پس آیا این مسأله به این معناست که دولتهای عضو اساسنامه هنگام تصمیم‌گیری در شورای امنیت می‌توانند برخلاف مقررات اساسنامه تصمیم‌گیری کنند؟

اگر مقررات اساسنامه را انعکاس صحیح و قاطعی از قدرت شورای امنیت طبق منشور بدانیم پاسخ این سؤال مثبت خواهد بود.^{۶۵} به هر حال محدود کردن قدرت ICC از طریق تصمیمات شورای امنیت نقض تعهدات دولتها در قبال اساسنامه است، چرا که بحث برتری مقررات منشور نسبت به سایر موافقتنامه‌های بین‌المللی دیگر طبق ماده ۱۰۳ منشور فقط شامل تعهدات اعضای ملل متحد طبق منشور می‌شود و به عملکرد آنها در اجرای

۶۳. نک. (مرجع به زبان آلمانی).

Winkelmann, Europäische und mitgliedstaatliche Interessenvertretung in den Vereinten Nationen, 60 ZäöRV (2000) 413, at 416.

۶۴. نک.

Cremer, On Article 19, in C. Calliese and M. Ruffert (eds), Kommentar zu EU - Vertrag und EG - Vertrag (1999), at 166, para. 3.

۶۵. در این مورد نک. P. Arnold, Der UNO. که معتقد است تعویق ۱۲ ماهه براساس ماده ۱۶ اساسنامه هماهنگ با ماده ۱۰۳ منشور است. زیرا ماده ۱۰۳ انعکاسی از عقاید بسیاری از دولتهاست چرا که تعویق در رسیدگی قضایی ICC توسط شورای امنیت با فصل هفتم منشور متناسب و هماهنگ است. همچنین رک. Zimmermann, *supra* note 16, at 236 که می‌گوید: «مجبور کردن شورای امنیت به تمدید تقاضای تعویق، حسب ماده ۱۶ اساسنامه هرگز به معنای محدود کردن قدرت شورای امنیت براساس فصل هفتم نمی‌باشد».

حقوقشان مثل حق رأی دادن در شورای امنیت مربوط نمی‌گردد (گسترش نمی‌یابد).^{۶۶}

با این همه حتی اگر این نظر را هم بپذیریم، این مسأله همچنان سؤال برانگیز است که آیا تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ توسط شورای امنیت نقضی اتفاق افتاده است یا نه؟ زیرا خود قطعنامه مبهم و تأثیر آن بر اساسنامه و دولتهای عضو آن نامشخص است.

ب. جنبه‌های الزامی قطعنامه‌های ۱۴۲۲

۱- قطعنامه ۱۴۲۲ و ICC

راه حلی که شورای امنیت اتخاذ کرد در تاریخ ۱۲ جولای ۲۰۰۲ (قطعنامه ۱۴۲۲) این شبهه را ایجاد کرد که آیا این قطعنامه ICC را ملزم می‌کند یا خیر؟ ظاهر قطعنامه به این سؤال پاسخ منفی می‌دهد. ایالات متحده که تصویب قطعنامه براساس فصل هفتم را توسط شورا پیشنهاد کرده بود، می‌گوید: «نیروهای حفظ صلح باید در سرزمین تمام دولتهای عضو اساسنامه به غیر از خود دولت ارسال‌کننده از مصونیت لازم در مورد بازداشت، دستگیری و تعقیب به خاطر هر عملی که از عملیات حفظ صلح ناشی شود برخوردار گردند. این مصونیت همچنان تا بعد از پایان شرکت در عملیات حفظ صلح نیز ادامه خواهد یافت».^{۶۷}

این پیشنهاد به تصویب دولتهای عضو اساسنامه که عضو شورای امنیت هم بودند قرار نگرفت و آنها ترجیح دادند راه حل ارائه شده در ماده ۱۶ اساسنامه را بپذیرند. شورای امنیت در نهایت از تصویب یک تصمیم

۶۶. وظیفه اقدام بر طبق اساسنامه یا تعهد مقرر در منشور تزامنی ندارد، زیرا اعضای شورای امنیت از حق صلاحدید وسیعی در روند تصمیم‌گیری برخوردارند.

۶۷. نک. نخستین پیشنهاد ایالات متحده در تاریخ ۱۹ ژوئن ۲۰۰۲ (شورا براساس فصل هفتم منشور شورا تصمیم می‌گیرد ... *supra* note 25).

الزام آور طبق فصل هفتم خودداری کرد و به جای آن کلمه درخواست از دادگاه را مطرح کرد.^{۶۸} این تقاضا نشان می‌دهد که چیزی بیشتر از یک توصیه نامه صرف حسب ماده ۳۹ منشور می‌باشد.^{۶۹} با این همه طبیعت تقاضا آن است که برای ICC الزامی ایجاد نکند حتی اگر لحن آن طبق فصل هفتم تنظیم شده باشد. ماده ۲۵ منشور هم دولتها را متعهد می‌کند که دستورات (تصمیمات)* شورای امنیت را اجرا کنند. از این رو، تعهد به اجرای «درخواست» از سوی دولتهای عضو اساسنامه از خود منشور ناشی نمی‌گردد،^{۷۰} بلکه از ماده ۱۶ اساسنامه ناشی می‌گردد.^{۷۱} که می‌گوید:

«چنانچه قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت در اجرای فصل هفتم منشور صادر شود دیگر هیچ تحقیقی یا تعقیبی به موجب این اساسنامه نمی‌تواند به مدت ۱۲ ماه شروع شود یا ادامه یابد».

واقعیت آن است که شورای امنیت می‌گوید ICC هیچ تحقیق یا تعقیبی را شروع نمی‌کند و ادامه نمی‌دهد که منجر به نتایج دیگری شود چرا که تأثیر حقوقی این فرمول صریحاً به شرایط اساسنامه بستگی دارد.^{۷۲} تفسیر این قضیه آن است که قطعنامه ۱۴۲۲ بطور مستقیم ICC را

۶۸. نک. به پاراگراف ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت.

۶۹. در مورد نظرات عمومی شورای امنیت درباره ماده ۳۹ منشور نک.

Frowein, *supra* note 5, at 614, para. 29 et seq.

*. Deviations.

۷۰. در این باره نک. Bergsmo and Pejic, *supra* note 15, at 381, para. 23. که می‌گوید: «تکا به فصل هفتم منشور در این مورد خاص تعویق دو هدف را دنبال می‌کند. که اولین آن این است که وقتی تعویق در تعقیب و بازجویی بر یک مبنای حقوقی استوار باشد دادگاه نیز مجبور به رعایت آن خواهد بود».

۷۱. بند ۱ قطعنامه صحبت از درخواستهایی می‌کند که هماهنگ با ماده ۱۶ اساسنامه رم باشد.

۷۲. پیشین، همچنین نک. McPherson, *supra* note 1, sub. II.D. که می‌گوید: «شورای امنیت قصدش ملزم کردن دادگاه بوده است و این قصد هم از تصویب قطعنامه براساس فصل هفتم منشور و هم از کاربرد کلمات امری در قطعنامه قابل استنباط است».

ملزم نمی‌کند بلکه این قطعنامه به وسیله ساختارهای موجود منشور به عنوان یک ابزاری که برای اعضایش تعهد ایجاد می‌کند تقویت می‌شود و تعهداتی را برای سایر سازمانهای بین‌المللی ایجاد نمی‌نماید.^{۷۳} بند ۲ ماده ۴۸ منشور این اصل را ایجاد می‌کند که تصمیمات شورای امنیت باید به وسیله اعضای ملل متحد مستقیماً و به وسیله اقدامات آنها در سازمانهای مربوط که عضو آن هستند بطور غیر مستقیم اجرا گردد. این قاعده بطور برابر در مورد ICC نیز بدین صورت اجرا می‌گردد چرا که این سازمان نیز طبق ماده ۴ اساسنامه خود از شخصیت حقوق بین‌المللی لازم برخوردار است. حتی از ماده ۱۰۳ منشور نیز نمی‌توان در جهت اثبات این ادعا که ICC مستقیماً به وسیله مقررات الزامی شورای امنیت ملزم می‌شود کمک خواست زیرا این ماده صرفاً دولتها را متعهد می‌کند نه دیوان را.^{۷۴}

از این رو، سؤال اصلی این است که آیا ICC می‌تواند تقاضای تعویق رسیدگی را که از سوی شورای امنیت طبق مقررات اساسنامه به عمل می‌آید، رد کند؟ بعضی معتقدند که بنظر نمی‌رسد وجود این عبارت در ماده ۱۶ اساسنامه که می‌گوید: «هیچ تحقیقی یا تعقیبی ... بعد از تقاضای شورای امنیت ... از دادگاه، شروع نمی‌شود یا ادامه نمی‌یابد»، به دادستان در مورد شروع یا ادامه تعقیب در مقابل دادگاه بعد از تقاضای شورای امنیت براساس فصل هفتم، اختیاری اعطا کرده باشد. اما نکته مهم آن است که دیوان خود تنها مرجع تفسیر اساسنامه است. استنباط دیگری که از ماده ۱۶ اساسنامه ممکن است به عمل آید آن است که دیوان حق دارد تقاضای تعویق انجام

۷۳. درباره ماده ۴۸ نک.

Simma, *supra* note 5, at 653, para. 10.

۷۴. مرجع به زبان آلمانی

Hoffmeister and Knoke, "Das Vorermittlungsverfahren vor idem Internationalen Strafgerichtshof- Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht", 59 ZäöRV (1999) 785, at 805.

شده توسط شورای امنیت را رد کند.

۲- قطعنامه ۱۴۲۲ و تعهدات دولتهای عضو نسبت به اساسنامه رم

واقعیت آن است که اگر فرضاً ICC پاراگراف ۱ قطعنامه را نادیده بگیرد این کار سبب افزایش احتمال تعقیب نیروهای حافظ صلح دولتهای ثالث توسط دیوان نمی‌گردد چرا که اگر دولتها متهمین را به دادگاه تحویل ندهند او هم نمی‌تواند به تخلفات آنها رسیدگی کند [چراکه دولتها طبق ماده ۲۵ منشور موظف به رعایت قطعنامه ۱۴۲۲ می‌باشند]. بخش مقدماتی پاراگراف ۳ قطعنامه ۱۴۲۲ به نظر می‌رسد که دولتها را از همکاری با دادگاه در مورد نیروهای حافظ صلح دولتهای ثالث ممنوع می‌کند. در این قسمت شورای امنیت تصمیم می‌گیرد که دولتهای عضو نباید هیچ عملی مغایر با پاراگراف یک انجام دهند. تصمیمات اتخاذ شده طبق فصل هفتم منشور برتر از تعهدات دولتهای عضو ملل متحد نسبت به اساسنامه رم است و این مسأله از ماده ۱۰۳ منشور قابل دریافت است. سؤال مهم آن است که آیا قطعنامه مزبور چنین تعهداتی ایجاد می‌کند یا نه؟ پاراگراف ۳ اعلام می‌کند که دولتهای عضو نباید هیچ عملی در تعارض با پاراگراف یک انجام دهند. اما همین پاراگراف ادامه می‌دهد که «... و نباید هیچ عملی را در تعارض با تعهدات بین‌المللی شان انجام دهند». این جمله آخر در واقع ارجاعی است به ماده ۱۰۳ منشور و منظورش آن است که دولتهای عضو اساسنامه باید تعهدات خود را نسبت به منشور ملل متحد انجام دهند. بنابراین لحن بکار برده شده توسط تدوین کنندگان پیش‌نویس قطعنامه، دور از لحن به کار برده شده در ماده ۱۰۳ اساسنامه منشور است. پاراگراف ۳ بحثی از اقداماتی که «در تعارض با تعهدات دولتها طبق منشور است» نمی‌کند اما کلمه عام‌تری را تحت عنوان «تعهدات بین‌المللی» بکار

می‌برد. به این ترتیب، مفهوم «تعهدات بین‌المللی» می‌تواند متضمن تعهدات مبتنی بر اساسنامه رم نیز باشد. تأثیر این قطعنامه بر دولتهای عضو اساسنامه بیش از یک محدودیت است، چرا که در عمل حقوق و تعهدات آنها طبق اساسنامه را نیز بی‌تأثیر می‌کند. بنابراین، تأثیر فرمول مصالحه جویانه‌ای که در پاراگراف ۳ بیان شده است بر دولتهای عضو اساسنامه، بطور گسترده‌ای بستگی به تفسیر خود آنها دارد.

۵- گستره اعمال قطعنامه ۱۴۲۲

مشکلات تفسیری که وجود دارد ناشی از گستره اعمال قطعنامه است. قطعنامه شامل هر عملیات [حفظ صلح] می‌گردد که یا توسط سازمان ملل متحد انجام می‌شود یا آن سازمان اجازه آن را داده است. مسأله آن است که برداشتهای متفاوتی از عبارت و «عملیاتی که سازمان ملل اجازه آن را داده است» وجود دارد. پاراگراف یک قطعنامه پیشنهاد می‌کند که تقاضای تعویق شامل کلیه عملیاتی که به وسیله شورای امنیت اجازه آن صریحاً داده شده است گردد. اما تکلیف آن دسته از عملیات حفظ صلح که مجوز آن را شورای امنیت نداده است چیست؟ خود شورای امنیت ایجاد چنین شبهاتی را امکان‌پذیر کرده است. آخرین مثال معروف در این قضیه عدم صدور مجوز از سوی شورای امنیت در عملیات آزادی پایدار است.^{۷۵} پاراگراف ۲ قسمت B قطعنامه ۱۳۷۳ (۲۰۰۱) شامل شرطی است که می‌گوید: «تمام دولتها باید ... اقدامات لازم را برای پیشگیری از اعمال تروریستی به عمل آورند». این عبارت به عنوان «مجوز نامحدود در کاربرد

۷۵. برای بحث بیشتر نک.

Stahn, "Security Council Resolutions 1368 and 1373: What They Say and What They Do Not Say, at <http://www.ejil.org/forum-WTC>

زور» تفسیر شده است.^{۷۶} از این رو، ایالات متحده با چنین استدلال قابل دفاعی حق خود می‌داند که هر زمانی به دلایل سیاسی تصمیم بگیرد که برای جلوگیری از اقدامات تروریستی به زور متوسل شود. از این رو ایالات متحده هر زمانی می‌تواند ادعا کند که عملیات ضد تروریستی‌اش عملیاتی است که سازمان ملل مجوز آن را داده است. از این رو چنین تفسیری ممکن است با مخالفت سایر دولتهایی مواجه شود که معتقدند تعویق در رسیدگی ICC فقط شامل آن عملیاتی می‌شود که شورای امنیت صریحاً مجوز آن را صادر کرده است. نهایت آن که، عبارت بکار برده شده در قطعنامه ۱۳۷۳ احتمالاً ناشی از بی‌دقتی بوده است اما اثر جانبی خود را باقی می‌گذارد. خطر تفسیرهای متناقض از قطعنامه ۱۴۲۲ نیز ممکن است شورای امنیت را تحریک کند برای این که در آینده از صدور دستور براساس فصل هفتم و صدور مجوزهای لازم خودداری کند.

۷۶. نک.

Byers, "Terrorism, the Use of Force and International Law", 51 *ICLQ* (2002) 401, at 402.

۶- نتیجه

قطعنامه ۱۴۲۲ یکی از بحث برانگیزترین قطعنامه‌های شورای امنیت است. شورای امنیت با تعیین مسأله مصونیت نیروهای حافظ صلح موضوعی که مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی طبق ماده ۳۹ منشور است، اختیارات خود را بر طبق فصل هفتم گسترش داد. علاوه بر این، اگر از قطعنامه مذکور ابزاری برای ممانعت دائمی از اجرای صلاحیت قضایی ICC در مورد نیروهای حافظ صلح دولتهای غیرعضو استفاده شود، این قطعنامه مانعی برای توسعه حقوق بین‌الملل خواهد بود. از این رو، این قطعنامه نباید استقلال قضایی دادگاه را شدیداً محدود کند؛ دادگاهی که مهمترین دستاورد کنفرانس رم بود؛ اما مسأله‌ای که همچنان سؤال برانگیز است، اصل برابری در مقابل قانون است. از این رو، این مسأله هنوز معلوم نیست که آیا رویه قضایی بین‌المللی نهایتاً در این راستا توسعه پیدا خواهد نمود یا نه؟ توافق به عمل آمده در ۱۲ جولای ۲۰۰۲ زمینه وسیعی را برای تفسیرهای متناقض ایجاد نمود. ICC ممکن است در نهایت تقاضای شورای امنیت [برای تعویق] را الزامی نداند چرا که الزامی دانستن آن را ممکن است تجاوز از حدود ماده ۱۶ اساسنامه تلقی کند. دولتهای عضو اساسنامه نیز ممکن است ادعا کنند که تعهداتی که آنها طبق اساسنامه دارند باید همچنان ادامه یابد و اجرا گردد. نهایتاً اعضای شورای امنیت نیز ممکن است حاضر به تمدید تقاضا برای تعویق رسیدگی به اتهامات نیروهای حافظ صلح متعلق به دولتهای غیر عضو اساسنامه نگردند.

از این رو، قطعنامه ۱۴۲۲ بطور قطع سنت خطرناکی را در حقوق بین‌الملل وارد کرد که البته می‌توان آن را عوض کرد.

مبارزه با تأمین مالی تروریسم در اسناد بین‌المللی*

گردآورنده: امیرحسین طیبی فرد**

فهرست مطالب

عنوان

بخش اول - الزامهای بین‌المللی

مبحث اول - قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد

مبحث دوم - کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم

مبحث سوم - توصیه‌های گروه اقدام مالی

*. مطالب این مقاله، حاصل شرکت گردآورنده در دوره آموزشی است که از تاریخ چهارم تا هشتم اوت ۲۰۰۳ به همت بخش حقوقی صندوق بین‌المللی پول در شهر وین، اتریش برگزار شد. موضوع این کارگاه آموزشی، «نحوه تدوین مقررات قانونی به منظور مبارزه با تأمین مالی تروریسم و سایر اقدامات ضدتروریستی» بود. خلاصه مطالب ارائه شده در آن دوره را می‌توان در کتاب زیر یافت:

Suppressing the Financing of Terrorism: A Handbook for Legislative Drafting [Washington, D.C.], International Monetary Fund, Legal Dept., 2003.

** کارشناس حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

بخش دوم - تعریف تروریسم و تأمین مالی آن

مبحث اول - تعریف تروریسم

مبحث دوم - تعریف تأمین مالی

بخش سوم - بایسته‌های مبارزه

مبحث اول - جرم‌انگاری

مبحث دوم - صلاحیت قضایی

مبحث سوم - توقیف و ضبط اموال مجرمین

مبحث چهارم - استرداد مجرمین

مبحث پنجم - معاضدت قضایی و تبادل اطلاعات و مدارک

مبحث ششم - اقدامات پیشگیرانه

مبحث هفتم - نظام‌های پرداخت جایگزین

نتیجه‌گیری

چکیده

یکی از راه‌های مبارزه با پدیده تروریسم، مبارزه با تأمین مالی آن است. به این منظور کشورها خود بطور مستقیم یا از طریق سازمان ملل متحد مبادرت به تهیه اسناد و مقرراتی جهت مسدود نمودن راه‌های تأمین مالی تروریسم نموده‌اند. از حیث اهمیت و اعتبار شکلی و وصف الزام‌آور آنها، قطعنامه‌های شورای امنیت، به ویژه قطعنامه ۱۳۷۳ مصوب ۲۰۰۱، در وهله اول اهمیت قرار دارند؛ در وهله دوم، کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹) تدوین شده توسط سازمان ملل متحد است؛ سپس، توصیه‌های ویژه هشتگانه و نیز برخی از توصیه‌های مرتبط چهل‌گانه گروه اقدام مالی می‌باشد. اگرچه توصیه‌های گروه اقدام مالی برخلاف قطعنامه ۱۳۷۳ از پشتوانه ماده ۲۵ منشور ملل متحد برخوردار نیستند، ولی از نظر عملی واجد اهمیت بسیارند.

مفاد این اسناد به گونه‌ای تنظیم شده که هریک مکمل و در مواردی تکرار دیگری است. به گونه‌ای که طبق ماده ۲۵ منشور ملل متحد، اجرای قطعنامه ۱۳۷۳ اجباری است؛ از طرف دیگر، طبق این قطعنامه از کشورهای عضو ملل متحد خواسته شده تا به کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم ملحق شوند. تصویب و اجرای کنوانسیون نیز مستلزم تصویب قانونی داخلی است که باید مطابق قواعد و استانداردهای مقرر در کنوانسیون تدوین شده باشد. علاوه بر این‌ها، ملاحظات عملی مربوط به حفظ رابطه کارگزاری با بانک‌های خارجی نیز مستلزم اجرای توصیه‌های گروه اقدام مالی است.

مقدمه

به منظور مبارزه با تأمین مالی تروریسم، هنجارها^۱ و بایسته‌های^۲ بین‌المللی گونه‌گونی پیش روی کشورهاست. این قواعد و مقررات بین‌المللی طیف گسترده‌ای دارند؛ برخی (مانند قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد و نیز کنوانسیونهای بین‌المللی متضمن قواعد آمره^۳) الزام آورند و برخی دیگر بایسته‌های اختیاری هستند که به طور هماهنگ توسط گروههای مختلفی از کشورها ایجاد شده‌اند (به طور مثال توصیه‌های ویژه هشت‌گانه گروه اقدام مالی^۴ در مورد مبارزه با تأمین مالی تروریسم). در عین حال که در این هنجارهای بین‌المللی، مقررات مشترکی هم وجود دارد ولی دامنه شمول و قدرت الزام‌آور هر یک با دیگری متفاوت است. اجرای برخی از آنها مستلزم تصویب قانونگذار است ولی در سایر موارد، چنین استلزامی وجود ندارد و از راههای دیگر می‌توان آنها را به اجرا گذاشت.

بخش اول - الزامهای بین‌المللی

تلاش جامعه بین‌المللی جهت جلوگیری و مجازات تأمین مالی تروریسم، بخشی از تلاش جامع‌تری است که به منظور مبارزه با تمامی جنبه‌های تروریسم صورت می‌گیرد. این اقدامات و تلاشها در سطوح مختلف جهانی و منطقه‌ای انجام گرفته است. در سطح جهانی، سازمان ملل متحد از سال ۱۹۷۰ در مورد این موضوع فعالیت داشته است.^۵ شورای امنیت

1. Norms.

2. Standards.

3. *Jus cogens*.

4. Financial Action Task Force (FATF) یا Groupe d'Action Financière (GAFI).

۵. رک. قطعنامه‌های شماره ۲۶۴۵ (XXV) مجمع عمومی ملل متحد در مورد هواپیمارایی یا مداخله در امر سفرهای هوایی کشوری:

هم از سال ۱۹۸۵ درگیر موضوع تروریسم بوده است و در سال ۲۰۰۱ یعنی پس از حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر، مبارزه با تأمین مالی تروریسم وجه بارز این اقدامات شد و با تصویب قطعنامه ۱۳۷۳، کمیته مقابله با تروریسم^۶ ایجاد گردید که عهده‌دار نظارت بر گزارش کشورهای عضو درخصوص شرایط و الزام‌های مقرر در قطعنامه شماره (۲۰۰۱) ۱۳۷۳ می‌باشد. از طرف دیگر، کنوانسیون‌های بسیاری نیز در سطح بین‌المللی و در سطح منطقه‌ای به تصویب رسیده‌اند^۷ علاوه بر آن، توصیه‌های گروه اقدام مالی نیز تهیه و ارائه شده‌اند.

بنابراین، در حال حاضر مجموعه‌ای از اسناد بین‌المللی وجود دارند که به موجب آنها کشورها متعهد و مکلف به مبارزه با تروریسم می‌باشند. به این ترتیب می‌توان مهم‌ترین الزام‌های بین‌المللی موجود را به ترتیب اهمیت در سه مبحث طبقه‌بندی و معرفی نمود:

- (۱) قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد، به ویژه قطعنامه ۱۳۷۳؛
- (۲) کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹)؛ و
- (۳) توصیه‌های گروه اقدام مالی.

Aerial Hijacking or Interference with Civil Air Travel, U.N. Doc. A/8028 (1970).

6. Counter – Terrorism Committee (CTC).

۷. به طور مثال:

- کنوانسیون سازمان کشورهای امریکایی (OAS) در مورد جلوگیری و مجازات اعمال تروریستی که به شکل جرایم علیه اشخاص و تهدیدهای مربوط به آن درآمده و اهمیت بین‌المللی یافته‌اند (۱۹۷۱)؛
 - کنوانسیون تهیه شده توسط مؤسسه همکاری منطقه‌ای آسیای جنوبی (SAARC) در مورد مبارزه با تروریسم (۱۹۸۷)؛
 - کنوانسیون کشورهای عربی در مورد مبارزه با تروریسم (۱۹۹۸)؛
 - عهدنامه مربوط به همکاری بین کشورهای مستقل عضو کامن ولث در مورد مبارزه با تروریسم (۱۹۹۹)؛
 - کنوانسیون سازمان کشورهای اسلامی در مورد مبارزه با تروریسم بین‌المللی (۱۹۹۹)؛ و
 - کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا در مورد جلوگیری و مبارزه با تروریسم (۱۹۹۹).
- در ژوئن ۲۰۰۲ سازمان کشورهای امریکایی کنوانسیون کشورهای امریکایی علیه تروریسم را تدوین نمود که تأکید آن بر مبارزه با تأمین مالی تروریسم است.

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۶۳

مبحث اول - قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد

پس از وقوع چند بحران تروریستی، شورای امنیت مبادرت به صدور چند قطعنامه نمود که مهم‌ترین آنها به شرح زیر می‌باشند:

- (۱۵ اکتبر ۱۹۹۹) ۱۲۶۷، در مورد انسداد وجوه و سایر منابع مالی طالبان؛

- (۱۹ دسامبر ۲۰۰۰) ۱۳۳۳، در مورد انسداد وجوه و سایر منابع اسامه بن‌لادن و سازمان القاعده؛

- (۳۰ ژوئیه ۲۰۰۱) ۱۳۶۳، در مورد ایجاد راهکار نظارت بر اجرای اقدامات موضوع قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۳۳؛

- (۲۸ سپتامبر ۲۰۰۱) ۱۳۷۳، در مورد تهدیداتی که به واسطه عملیات تروریستی متوجه صلح و امنیت بین‌المللی شده و تشکیل کمیته مقابله با تروریسم؛

- (۱۲ نوامبر ۲۰۰۱) ۱۳۷۷، در مورد درخواست از کشورها مبنی بر اجرای کامل قطعنامه ۱۳۷۳؛

- (۱۹ ژانویه ۲۰۰۲) ۱۳۹۰، ناظر بر ادغام اقدامات موضوع قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۳۳؛

- (۲۰ دسامبر ۲۰۰۲) ۱۴۵۲، در مورد مستثنیات انسداد وجوه، مقرر در قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۳۳، جهت پوشش هزینه‌های ضروری شامل غذا، اجاره، خدمات حقوقی و هزینه‌های جاری نگهداری اموال و هزینه‌های فوق‌العاده پس از تصویب کمیته موضوع قطعنامه ۱۲۶۷؛

- (۱۷ ژانویه ۲۰۰۳) ۱۴۵۵، در مورد اقداماتی که به منظور اجرای بهتر انسداد وجوه مقرر در قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۳۳ و ۱۳۹۰ ضرورت دارند.^۸

۸. فهرست کامل این مجموعه از قطعنامه‌ها را می‌توان در نشانی زیر یافت:

با بررسی و مطالعه قطعنامه‌های شورای امنیت به ویژه قطعنامه ۱۳۷۳، می‌توان دو جنبه از تلقی شورای امنیت نسبت به تروریسم را دریافت:

اول - شورای امنیت طی بند سوم قطعنامه ۱۳۷۳، هر نوع عمل تروریستی بین‌المللی را به عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی توصیف می‌کند. نتیجه حقوقی این توصیف آن است که در صورت لزوم شورای امنیت می‌تواند اقدامات دسته‌جمعی (یا ضمانت اجراهای) مقرر در فصل هفتم منشور را به مورد اجرا گذارد. به عبارت دیگر، تصمیماتی که شورای امنیت در این اوضاع و احوال اتخاذ می‌نماید، به موجب مواد ۲۵ و ۴۸ منشور^۹ برای تمامی کشورهای عضو ملل متحد امری و الزام‌آور است.

دوم - اقدامات دسته‌جمعی که شورای امنیت در واکنش به تروریسم (به عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی) تجویز می‌کند، مستلزم اقدام کشورها علیه اشخاص، گروه‌ها، سازمانها و دارایی آنهاست. به طور معمول در این گونه موارد، دستورهای شورای امنیت، متوجه و ناظر بر اعمال و سیاستهای دولتهاست.

قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت علاوه بر دو جنبه یاد شده، وصف شبه

<http://www.un.org/terrorism/sc/htm>.

۹. مستخرج از منشور ملل متحد:

ماده ۲۵ - اعضای ملل متحد موافقت دارند و می‌پذیرند تصمیمات شورای امنیت را که مطابق فصل هفتم این منشور صادر می‌شود، اجرا نمایند.

ماده ۴۸ (۱) کلیه اعضای ملل متحد یا بعضی از آنها، حسب تعیین شورای امنیت، مکلفند اقدام لازم را به منظور اجرای تصمیمات شورای امنیت که با هدف حفظ صلح و امنیت بین‌المللی صادر شده است به عمل آورند.

(۲) اعضای ملل متحد این تصمیمات را به طور مستقیم و از طریق اقدام خود در مؤسسات بین‌المللی که عضو آنها می‌باشند، به اجرا خواهند گذاشت.

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۶۵

قانونگذاری نیز دارد. به این ترتیب که اگرچه این قطعنامه در واکنش به حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در ایالات متحده صادر شده بود ولی مفاد این قطعنامه به هیچ‌وجه به تعیین و مجازات مرتکبین ادعایی حملات مزبور محدود نگردید. این قطعنامه ناظر بر پیشگیری، تعقیب و مجازات هرگونه تأمین مالی تروریسم است. به طور مثال در مورد انسداد دارایی تروریست‌ها، هیچ فهرستی از اشخاص حقیقی یا حقوقی ضمیمه قطعنامه نگشته است بلکه در این قطعنامه به طور کلی مقرر شده دارایی تروریست‌ها باید مسدود گردد.

محتوای قطعنامه ۱۳۷۳^{۱۰}

به طور خلاصه می‌توان مطالب موضوع قطعنامه ۱۳۷۳ را به دو بخش زیر تقسیم نمود:^{۱۱}

۱۰. مجمع عمومی ملل متحد در اعلامیه مورخ اکتبر ۱۹۷۰ (قطعنامه (xxv) ۲۶۲۵) اصلی را بنیان گذاشت و شورای امنیت نیز در قطعنامه ۱۱۸۹ مورخ ۱۳ آگوست ۱۹۹۸ آن را تکرار نمود، که شاید بتوان گفت در حال حاضر به عنوان یک قاعده آمره بین‌المللی قابل استناد است و آن این‌که: هر کشوری موظف است از سازماندهی، تحریک، معاونت یا شرکت در اعمال تروریستی در کشور دیگر یا از موافقت با فعالیتهای سازمان یافته در داخل سرزمین خود که با هدف انجام اعمال فوق تشکیل می‌شوند خودداری نماید؛ قطعنامه (۲۰۰۱) ۱۳۷۳ شورای امنیت، این اصل را مورد تأیید مجدد قرار داده است.

۱۱. در عین حال که تصمیمات شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور برای تمام اعضا الزام‌آور است ولی ماهیت و طبیعت تعهداتی که به کشورهای عضو تحمیل می‌شود، بستگی زیادی به انشاء و زبان بکار رفته در قطعنامه‌ها دارد. به طور کلی چنین پذیرفته شده که تصمیمات شورای امنیت امری و الزام‌آورند ولی توصیه‌ها چنین اعتبار و ارزشی را ندارند. با توجه به این موضوع، ممکن است این شبهه مطرح شود که صرف نظر از بندهای ۱ و ۲ قطعنامه که حاوی حکمی الزام‌آور هستند، بند سوم که در ابتدای آن از عبارت: "Calls upon all states to:" استفاده شده، نوعی توصیه تلقی می‌شود ولی با توجه به بند ششم قطعنامه ۱۳۷۳ که مقرر می‌دارد به منظور نظارت بر اجرای این قطعنامه، کمیته مقابله با تروریسم (متشکل از کلیه اعضای شورای امنیت) تشکیل شود، و همین‌طور با توجه به قطعنامه ۱۳۷۷ شورای امنیت که از کلیه کشورها خواسته است تا قطعنامه ۱۳۷۳ را به طور کامل اجرا کنند و نیز با ملاحظه بند هشتم قطعنامه ۱۳۷۳ که طی آن شورای امنیت تصمیم قاطع خود را بر اجرای کامل قطعنامه مزبور اعلام می‌دارد، این شبهه تا حدی مرتفع می‌گردد.

۱- ایجاد هنجارهای بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم - در مورد مبارزه با تأمین مالی تروریسم، این قطعنامه حاوی دو گونه الزام است: الف) مبارزه با تأمین مالی اعمال تروریستی (financing of terrorist acts): طبق ردیفهای الف و ب بند ۱ قطعنامه، کلیه کشورها مکلف شده‌اند تا «از تأمین مالی اعمال تروریستی پیشگیری و با آن مبارزه کنند» و «ارائه و جمع‌آوری عمدی وجوه، به طور مستقیم یا غیرمستقیم، به هر وسیله، توسط اتباع خود یا داخل سرزمین خود که به قصد این که این وجوه باید یا با علم به این که قرار است برای اجرای اقدامات تروریستی مورد استفاده قرار گیرد را جرم تلقی کنند». تکلیف به جرم‌انگاری تأمین مالی اقدامات تروریستی، در ردیف (ث) بند ۲ قطعنامه نیز تکرار شده است. به موجب ردیف (ث) بند ۲، کشورهای عضو مکلف شده‌اند تا «هر شخصی که در تأمین مالی، ... اقدامات تروریستی مشارکت داشته باشد یا از آن حمایت کند، محاکمه گردد».

به موجب ردیف (ت) بند ۳ قطعنامه، از کلیه کشورها خواسته شده تا در اسرع وقت به کنوانسیونها و پروتکل‌های بین‌المللی مربوط به

«شورای امنیت به طور معمول در استفاده از اختیارات و قدرت خود (موضوع مواد ۴۰ و ۴۱ منشور) امساک می‌کند و بجای استفاده از واژه دستور (order) از عبارات و واژه‌های ناظر بر توصیه استفاده می‌نماید، زیرا در صورت عدم رعایت و اجرای دستور، شورا مکلف است طبق ماده ۴۲ منشور مبادرت به استفاده از قوه قهریه نماید. در عملکرد شورای امنیت سوابق بسیار نادری از صدور چنین دستورهایی دیده می‌شود به طوری که شورای امنیت برای اولین بار در سال ۱۹۶۶ در قضیه رودزیا و دومین بار در سال ۱۹۷۷ در مورد تحریم صدور تسهیلات به آفریقای جنوبی، اقدام به صدور دستور به موجب ماده ۴۱ منشور نمود و سومین اقدام مشابه شورای امنیت در قضیه آزادی گروگانهای آمریکایی در تهران در سال ۱۹۸۰، به دلیل وتوی شوروی سابق به نتیجه نرسید. ضمن این که در بیشتر قطعنامه‌های مربوط به آتش‌بس از واژه «Call upon» استفاده شده و کشورهای عضو نیز آن را به عنوان دستور پذیرفته و اجرا نموده‌اند چنانکه در ۱۵ ژوئیه ۱۹۴۸ قطعنامه آتش‌بس شورا توسط کشورهای عربی و اسرائیل (رژیم صهیونیستی) به اجرا درآمد و طرفین درگیر، این قطعنامه را امری تلقی کردند». رک.

Akehurst Michael, "A Modern Introduction to International Law", Sixth Edition, 1987, Unwin Hyman Ltd., London, pp.221-222.

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۶۷

تروریسم، از جمله کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹) ملحق شوند.

ب) مبارزه با تأمین مالی تروریستها (financing of terrorists): در ردیف (د) بند ۱ قطعنامه، کلیه کشورها مکلف شده‌اند تا: «اتباع خود و هر شخص حقیقی یا حقوقی ساکن در سرزمین خود را از ارائه مستقیم یا غیرمستقیم هرگونه وجوه، دارایی‌های مالی یا منابع اقتصادی یا خدمات مالی یا سایر خدمات مرتبط، به نفع اشخاصی که مبادرت به اقدامات تروریستی یا شروع آن می‌نمایند یا وقوع آن را تسهیل یا مشارکت در انجام آن دارند، یا به نفع مؤسساتی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم متعلق به این اشخاص یا تحت کنترل آنها هستند یا به نفع اشخاص حقیقی یا حقوقی که از طرف یا به دستور اشخاص فوق عمل می‌کنند، ممنوع سازند».

به عبارت دیگر، به موجب این قسمت از بند ۱ قطعنامه، به طور تبعی، ارائه هرگونه وجوه یا خدمات مالی به اشخاصی که مرتکب اقدامات تروریستی شده‌اند منع شده است. البته مشابه این تکلیف در متن کنوانسیون دیده نمی‌شود زیرا موضوع حمایت مالی از تروریستها و مؤسسات تروریستی در کنوانسیون مطرح نشده است.

غیر از دو تکلیف فوق، کشورها نسبت به مبارزه با تروریسم واجد تعهدات و تکالیف دیگری نیز می‌باشند به طور مثال تعهد به خودداری از حمایت تروریستها، پیشگیری از ارتکاب اقدامات تروریستی، عدم ایجاد محیطی امن برای اشخاصی که مبادرت به تأمین مالی، طراحی، حمایت یا ارتکاب اعمال تروریستی می‌نمایند، محاکمه اشخاص مزبور، قبول معاضدت قضایی در بالاترین حد ممکن، به منظور انجام تحقیقات و رسیدگی‌های کیفری و جلوگیری از جابجایی تروریستها یا گروههای تروریستی از

طریق اعمال کنترل‌های مرزی مؤثر و سایر کنترل‌های لازم.^{۱۲} همچنین کلیه کشورها مکلف شده‌اند تا به کنوانسیونهای مرتبط با مبارزه علیه تروریسم ملحق شده و کنوانسیونهای مزبور و قطعنامه‌های شماره (۱۹۹۹) ۱۲۶۹ و (۲۰۰۱) ۱۳۶۸ را اجرا نموده و مطمئن شوند افراد خواستار پناهندگی، از اشخاصی نباشند که مرتکب فعالیتهای تروریستی شده‌اند.^{۱۳}

۲- انسداد دارایی تروریستها و سازمانهای تروریستی - به موجب قطعنامه، کلیه کشورها مکلف شده‌اند که بی‌درنگ وجوه و سایر دارایی‌های مالی و منابع اقتصادی اشخاصی را که مرتکب یا شریک در ارتکاب یا تسهیل اقدامات تروریستی می‌شوند یا شروع به ارتکاب آن می‌کنند را مسدود سازند.^{۱۴} البته در ادامه، حکم انسداد دارایی، به مؤسسات و اشخاص حقوقی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به اشخاص یاد شده در بالا تعلق داشته یا تحت کنترل ایشان باشد نیز تسری داده شده است. در این قطعنامه، به قطعنامه‌های قبلی شورا که متضمن دستور انسداد دارایی اشخاص و مؤسسات معین است و به قطعنامه‌هایی که فهرست چنین اشخاصی ضمیمه آنهاست، اشاره‌ای نشده است. این تکلیف کلی انسداد دارایی تروریستها مندرج در قطعنامه، مشابه تعهد مندرج در بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم است.^{۱۵}

با توجه به نحوه نگارش ردیف (پ) بند ۱ قطعنامه که طی آن نام

۱۲. قطعنامه ۱۳۷۳، بند دوم، ردیف‌های (الف) تا (ج).

۱۳. منبع پیشین، بند سوم، ردیف‌های (الف) تا (ج).

۱۴. منبع پیشین، بند اول، ردیف (پ).

۱۵. البته در این خصوص دامنه شمول کنوانسیون یاد شده موسع‌تر و گسترده‌تر از قطعنامه ۱۳۷۳ است، زیرا در بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ کنوانسیون، علاوه بر مسأله انسداد، موضوع تعیین، ردگیری و مصادره وجوه مورد استفاده یا اختصاص یافته به منظور ارتکاب عمل تروریستی نیز قید شده بودند در حالی که قطعنامه فقط ناظر بر انسداد دارایی تروریستها و اشخاصی است که آنها را مورد حمایت قرار داده‌اند.

هیچ شخص یا مؤسسه تروریستی خاصی ذکر نشده و هیچ فهرستی نیز ضمیمه قطعنامه نگشته است، این نظر در کمیته مقابله با تروریسم مطرح گشته است^{۱۶} که هر شخص یا مؤسسه‌ای که مظنون به تروریسم است، اعم از این که نام آن در فهرست تهیه شده توسط شورای امنیت قید شده باشد یا خیر، یا این که کشورها، آن را به عنوان تروریست معین کرده باشند یا خیر، می‌تواند مشمول ردیف (پ) بند ۱ قطعنامه گردد. ولی به هر جهت بنا به دلایل مختلف، استناد و مراجعه به فهرست تروریست‌ها که شورای امنیت آنها را به موجب رویه‌های مورد قبول بین‌المللی تهیه می‌کند، از شدت و افراط این اظهار نظر می‌کاهد.

پیشتر، شورای امنیت به موجب قطعنامه‌های (۱۹۹۹) ۱۲۶۷ و (۲۰۰۱) ۱۳۳۳ خود، که بر مبنای فصل هفتم منشور صادر شده بود، تصمیم گرفته بود اعضای ملل متحد به ترتیب اموال متعلق به طالبان و اسامه بن لادن و مؤسسات متعلق به ایشان یا تحت کنترل آنها را، که توسط کمیته مجازاتها^{۱۷} (که اکنون کمیته ۱۲۶۷ خوانده می‌شود) معین می‌گردند، مسدود نمایند. ترکیب کمیته ۱۲۶۷ همان ترکیب شورای امنیت است. این کمیته، فهرست اشخاص و مؤسسات متعلق یا وابسته به طالبان و سازمان القاعده را منتشر کرده است.^{۱۸}

۱۶. رک. نامه آقای جرمی وین رایت (Jeremy Wainright)، مشاور کارشناس خطاب به رئیس کمیته مقابله با تروریسم (مورخ ۱۲ نوامبر ۲۰۰۲) که در تاریخ ۲۴ نوامبر ۲۰۰۲ به تأیید کمیته مقابله با تروریسم رسید.

۱۷. شورای امنیت این کمیته (Sanctions Committee) را به موجب قطعنامه ۱۲۶۷ تأسیس نمود.

۱۸. به نشانی زیر مراجعه شود:

<http://www.un.org/Docs/sc/Committees/1267/1267ListEng.htm>.

مبحث دوم - کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم

متن کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم (که از این پس به اختصار «کنوانسیون» نامیده می‌شود) در تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ توسط مجمع عمومی مورد تصویب قرار گرفت و تا تاریخ ۳۰ آوریل ۲۰۰۳، ۱۳۲ کشور آن را امضا نموده و از ۱۰ آوریل ۲۰۰۲ بین ۸۰ کشور لازم‌الاجرا شده است. طبق ماده ۲۶ «کنوانسیون»، سی روز پس از سپردن بیست و دومین سند پذیرش، قبول، تصویب یا الحاق نزد دبیرکل ملل متحد، این کنوانسیون نافذ و قابل اجرا خواهد بود. هر کشوری که پس از سپردن بیست و دومین سند پذیرش، قبول، تصویب یا الحاق، این کنوانسیون را مورد پذیرش، قبول یا تصویب قرار دهد یا به آن ملحق گردد، سی روز بعد مقررات این کنوانسیون در مورد آن کشور نیز نافذ و قابل اجرا خواهد بود. از طرف دیگر مطابق ماده ۲۷ «کنوانسیون»، کشورهای عضو می‌توانند با اعلام کتبی به دبیرکل ملل متحد از کنوانسیون کناره‌گیری کنند. در این صورت یکسال پس از وصول اعلام کتبی توسط دبیرکل ملل متحد، این کناره‌گیری نافذ و مؤثر خواهد بود.

«کنوانسیون»، سه تعهد عمده برای کشورهای عضو قائل شده:

(۱) جرم‌انگاری تأمین مالی اعمال تروریستی در قوانین جزایی (۲) همکاری گسترده با سایر کشورهای عضو و ارائه معاضدت قضایی در موضوعات مربوط به کنوانسیون و (۳) وضع مقررات و الزامات مربوط به ایفای نقش مؤسسات مالی در کشف و گزارش‌دهی موارد تأمین مالی اعمال تروریستی.

جدول ۱- خلاصه مطالب «کنوانسیون»:

ماده	موضوع
۴	جرم‌انگاری تأمین مالی تروریسم به شرح مذکور در مواد ۲ و ۳ «کنوانسیون».
۵	ایجاد مسئولیت (کیفری، مدنی و اداری) برای اشخاص حقوقی به عنوان تأمین مالی تروریسم.
۶	عدم پذیرش ملاحظات سیاسی، فلسفی و غیره، به عنوان معاذیری جهت تأمین مالی تروریسم.
۷	ایجاد صلاحیت قضایی نسبت به جرم تأمین مالی تروریسم.
۸	ایجاد اختیار برای کشور جهت شناسایی، کشف، انسداد، توقیف یا ضبط وجوهی که به منظور تأمین مالی تروریسم مورد استفاده قرار گرفته است.
۹، ۱۷، ۱۹	ایجاد آیین و روش دستگیری اشخاص مظنون به تأمین مالی تروریسم (شامل اعلام آن به سایر کشورها و مراجعی که ممکن است به قضیه مرتبط باشند).
۱۰	اجرای اصل «تعقیب یا استرداد».
۱۱	اجرای مقررات مربوط به استرداد مجرم.
۱۲ تا ۱۵	اجرای مقررات مربوط به معاضدت قضایی و استرداد.
۱۶	اجرای مقررات مربوط به نقل و انتقال افراد بازداشت شده و زندانی.
۱۸-۱	اتخاذ اقدامات پیشگیرانه از تأمین مالی تروریسم، شامل:
الف)	منع تشویق، تحریک، سازماندهی یا استخدام جهت ارتکاب جرایم تأمین مالی تروریسم؛
ب)	الزام مؤسسات مالی به بکارگیری کارآمدترین اقدامات به منظور شناسایی مشتری و معاملات مشکوک و گزارش‌دهی معاملات مشکوک و به همین منظور تدوین مقررات ناظر بر صاحبان حساب و ذینفع‌هایی

که شناسایی نشده‌اند؛ تدوین مقررات مربوط به مستندات و مدارک لازم جهت افتتاح حساب برای اشخاص حقوقی؛ تدوین مقررات مربوط به نحوه گزارش‌دهی معاملات مشکوک و تدوین مقررات ناظر بر نحوه نگهداری بایگانی مربوط به معاملات.	
سایر تعهدات مربوط به پیشگیری از جرم: انجام اقدامات نظارتی، از جمله شامل: اعطای مجوز به مؤسسات واسطه و وجوه؛ و انجام اقدامات عملی به منظور ردگیری یا کنترل جابجایی و نقل و انتقال برون مرزی وجوه.	۱۸-۲ (الف) (ب)
برقراری کانالهای مبادله اطلاعات بین نهادهای ذیربط؛ ایجاد آیین و روشی برای همکاری با سایر اعضای کنوانسیون جهت پاسخگویی به سؤالات مربوط به اشخاص و وجوه مظنون به دخالت در تأمین مالی تروریسم.	۱۸-۳ (الف) (ب)
مبادله اطلاعات از طریق پلیس بین‌الملل.	۱۸-۴

حال با توجه به امری و الزام آور بودن قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت (حسب مواد ۲۵ و ۴۸ منشور) و عنایت به ردیف (ت) بند ۳ قطعنامه که مقرر می‌دارد کلیه کشورها باید در اسرع وقت به عضویت کنوانسیونهای بین‌المللی مربوط و پروتکل‌های مرتبط با آنها ناظر بر تروریسم، از جمله کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ درآیند، می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که الحاق به «کنوانسیون» و حتی سایر کنوانسیونهای مرتبط (که مشخصات آنها در بخش دوم ذکر خواهد شد) به موجب قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت که بر مبنای فصل هفتم منشور صادر شده است، الزامی است و عدم انجام این تکلیف می‌تواند منجر به

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۷۳

اعمال ضمانت اجراهای مقرر در منشور شود.
به هر صورت، مقرراتی به صورت مشترک در قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت و «کنوانسیون» دیده می‌شوند که می‌توان آنها را به شرح زیر خلاصه نمود:

جدول ۲- مقررات مشترک بین قطعنامه (۲۰۰۱) ۱۳۷۳ و «کنوانسیون» (۱۹۹۹):

قطعنامه (۲۰۰۱) ۱۳۷۳ شورای امنیت	«کنوانسیون» (۱۹۹۹)
۱- تصمیم شورای امنیت مبنی بر این که تمام کشورها: الف) از تأمین مالی اعمال تروریستی پیشگیری و با آن مبارزه کنند؛	هدف از تدوین کنوانسیون
ب) ارائه یا جمع آوری وجوه برای ارتکاب اعمال تروریستی توسط اتباع آنها در سرزمین آنها را جرم محسوب نمایند؛	ماده ۴ مقرر می‌دارد کشورهای عضو، تأمین مالی تروریسم را به نحو مذکور در کنوانسیون، جرم محسوب نمایند.
پ) دارایی تروریست‌ها و مؤسسات متعلق به یا تحت کنترل ایشان و نیز اشخاصی که از طرف آنها اقدام می‌کنند را مسدود نمایند؛	ماده ۸ مقرر می‌دارد کشورهای عضو باید اقدامات لازم را به منظور شناسایی، کشف و توقیف یا ضبط وجوه مورد استفاده جهت ارتکاب جرم تأمین مالی تروریسم به عمل آورند.
ت) اتباع و سکنه خود را از در اختیار دادن وجوه به اشخاصی که مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند منع کنند.	اقدامات مذکور در قطعنامه، منصرف و متفاوت با عمل تأمین مالی اعمال تروریستی است که به موجب کنوانسیون جرم تلقی شده است.

	۲- تصمیم شورای امنیت مبنی بر این که کشورهای عضو: الف) از اشخاصی که مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند حمایت نکنند؛
ماده (۳) ۱۸ مقرر می‌دارد کشورهای عضو باید با مبادله اطلاعات، مانع تأمین مالی تروریسم شوند.	ب) اقدام لازم را به منظور جلوگیری از ارتکاب اعمال تروریستی به عمل آورند از جمله این که از طریق مبادله اطلاعات، اخطار قبلی لازم را به سایر کشورها بدهند؛
	پ) از ایجاد محیطی امن برای اشخاصی که مبادرت به تأمین مالی، طراحی، حمایت یا ارتکاب اعمال تروریستی می‌کنند، جلوگیری کنند؛
ماده الف) (۱) ۱۸ مقرر می‌دارد لازم است کشورها به منظور جلوگیری از این که سرزمینشان جهت تأمین مالی تروریستها مورد استفاده قرار گیرد، همکاری لازم را با یکدیگر به عمل آورند.	ت) از استفاده از سرزمین آنها به منظور تأمین مالی، طراحی، تسهیل یا ارتکاب اعمال تروریستی جلوگیری کنند؛
مواد ۹، ۱۰ و ۱۷ هدف مشابهی دارند.	ث) اطمینان یابند اشخاصی که در تأمین مالی، طراحی یا ارتکاب اعمال تروریستی شرکت داشته‌اند، محاکمه می‌شوند؛
در مورد تأمین مالی اعمال تروریستی، ماده ۱۱ (راجع به استرداد مجرمین) و مواد ۱۲ تا ۱۵ (معاذت قضایی و استرداد مجرمین) همین موضوعات را پوشش می‌دهند.	ج) بیشترین معاضدت قضایی را درخصوص تحقیقات یا رسیدگی‌های کیفری مربوط به تأمین مالی یا حمایت از اعمال تروریستی، نسبت به یکدیگر به عمل آورند؛ و

چ) با اعمال کنترل‌های مرزی مؤثر، از جابجایی تروریست‌ها جلوگیری کنند؛	ماده (ب) (۱۸(۲) مقرر می‌دارد کشورها اقدامات مربوط به کشف یا نظارت بر نقل و انتقال فیزیکی برون مرزی وجه نقد و بعضی اسناد در وجه حامل را مورد نظر قرار دهند.
۳- از کشورها می‌خواهد تا: الف) راه‌های تقویت و افزایش مبادله اطلاعات را بیابند؛	مواد ۱۲ و ۱۸(۳) متضمن مقررات مشابهی در مورد پیشگیری از تأمین مالی تروریسم می‌باشند.
ب) به منظور پیشگیری از ارتکاب اعمال تروریستی، اطلاعات خود را مبادله کنند؛	مواد ۱۲ و ۱۸(۳) متضمن مقررات مشابهی در مورد پیشگیری از تأمین مالی تروریسم می‌باشند.
پ) به منظور پیشگیری و مبارزه با حملات تروریستی، همکاری کنند؛	مواد ۱۲ و ۱۸(۳) متضمن مقررات مشابهی در مورد پیشگیری از تأمین مالی تروریسم می‌باشند.
ت) به عضویت کنوانسیون‌های مربوط ^{۱۹} از جمله کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم در آیند؛	
ث) همکاری خود را افزایش دهند و کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط و	

۱۹. منظور از کنوانسیون‌های مربوط، عبارت است از کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم و ۹ کنوانسیون دیگر که عناوین آنها در فهرست پیوست کنوانسیون مزبور ذکر گردیده است. البته از نظر کمیته مقابله با تروریسم، علاوه بر کنوانسیون مبارزه با تأمین مالی تروریسم و ۹ کنوانسیون مندرج در فهرست ضمیمه آن، عبارت کنوانسیون‌های مربوط، شامل دو کنوانسیون دیگر نیز می‌باشد، یعنی: «کنوانسیون مربوط به جرایم و بعضی اعمال دیگری که داخل هواپیما ارتکاب می‌یابد»، مورخ ۱۴ سپتامبر ۱۹۶۳ و «کنوانسیون مربوط به علامت گذاری مواد منفجره پلاستیک به منظور کشف آنها»، مورخ ۱ مارس ۱۹۹۱. هیچ یک از این دو کنوانسیون، برخلاف ۹ کنوانسیونی که در فهرست ضمیمه کنوانسیون فوق برشمرده شده‌اند، وصف «جرم‌انگاری» ندارند. کنوانسیون اول، موضوع را به قوانین کیفری کشورهای عضو احاله می‌دهد و دومی از کشورهای عضو می‌خواهد که از جابجایی و نقل و انتقال مواد منفجره‌ای که علامت‌گذاری نشده‌اند، ممانعت به عمل آورده و جلوگیری کنند.

	قطعه‌نامه‌های (۱۹۹۹) ۱۲۶۹ و (۲۰۰۱) ۱۳۶۸ شورای امنیت را به طور کامل اجرا کنند؛
	ج) اقداماتی را انجام دهند تا اطمینان یابند متقاضیان پناهندگی، از اشخاصی نیستند که مبادرت به طراحی، تسهیل یا شرکت در ارتکاب اعمال تروریستی می‌کنند؛ و
ماده ۱۴، انشاء و زبان مشابهی با بخش دوم ردیف (چ) دارد.	چ) اطمینان یابند که : ۱) وضعیت پناهندگی توسط تروریستها مورد سوء استفاده قرار نگیرد؛ و ۲) انگیزه‌های سیاسی به عنوان معاذیری برای عدم پذیرش استرداد متهمین به تروریسم به رسمیت شناخته نشود.

مبحث سوم - توصیه‌های گروه اقدام مالی

پس از اجماع بر این که مؤسسات مالی وسیله اصلی پول‌شویی هستند، در نشست رؤسای کشورهای گروه هفت در سال ۱۹۸۹ در پاریس، تصمیم گرفته شد تا گروه اقدام مالی ایجاد و راههای سوء استفاده از مؤسسات مالی مسدود گردد. تا ۳۰ آوریل ۲۰۰۳، ۳۱ کشور و سازمان بین‌المللی به عضویت گروه درآمده‌اند.^{۲۰} اولین مجموعه از توصیه‌های گروه اقدام مالی (توصیه‌های چهل‌گانه) در سال ۱۹۹۰ در مورد مبارزه با پول‌شویی صادر و

۲۰. فهرست اعضا و ناظران گروه اقدام مالی در نشانی زیر قابل دسترسی است:

http://www.fatf-gafi.org/Members_en.htm.

در سال‌های ۱۹۹۶ و ۲۰۰۳^{۲۱} مورد اصلاح قرار گرفت. این گروه،

۲۱. خلاصه‌ای از توصیه‌های چهل‌گانه مرتبط با مبارزه با تأمین مالی تروریسم:

شماره	موضوع
۴	اصل رازداری و محرمانه بودن اطلاعات بانکی، مانع اجرای توصیه‌های گروه اقدام مالی نیست.
۵	اجرای اصل شناسایی مشتری (CDD یا Customer Due Diligence) و شیوه‌های شناسایی و نیز نگهداری اطلاعات مربوط به آنها و گزارش‌دهی معاملات مشکوک (به شرح توصیه سیزدهم). (با توجه به یادداشت تفسیری یا Interpretative Note مربوط به توصیه پنجم، این توصیه شامل تأمین مالی تروریسم نیز می‌گردد).
۷	به منظور حفظ رابطه کارگزاری و بانکداری بین‌المللی، مؤسسات مالی باید از شهرت مؤسسه مالی طرف مقابل و کیفیت نظارت بر آن و از جمله این که از مقررات مربوط به مبارزه با تأمین مالی تروریسم تبعیت می‌کنند یا خیر، اطمینان یابند.
۱۳	گزارش‌دهی معاملات مشکوک به تأمین مالی تروریست‌ها.
۱۴	سلب مسئولیت گزارش‌دهندگان (اعم از کیفری و مدنی) در مواردی که گزارش خود را با حسن نیت تهیه و ارائه می‌کنند.
۱۵	تکلیف به مؤسسات مالی مبنی بر پیشبرد برنامه‌هایی به منظور مقابله با تأمین مالی تروریسم.
۱۶	سایر اشخاصی که به اعتبار سمت خود مبادرت به انجام امور مالی موکل یا مشتری خود می‌نمایند و مکلف به گزارش‌دهی معاملات مشکوک هستند.
۱۷	تکلیف به برقراری ضمانت اجرا (اعم از کیفری، مدنی یا اداری) برای اشخاص حقیقی یا حقوقی که مقررات و ضوابط مربوط به مبارزه با تأمین مالی تروریسم را رعایت نمی‌کنند.
۱۸	عدم اجازه تأسیس یا ادامه فعالیت بانک‌های صوری (Shell banks) و ممانعت از برقراری رابطه کارگزاری با این بانکها.
۱۹	انجام کنترل و نظارت کافی بر ورود و خروج فیزیکی پول و اسناد تجاری در وجه حامل و برقراری سیستم الکترونیک به منظور نظارت و گزارش‌دهی معاملات ارزی داخلی و بین‌المللی که از سقف معینی تجاوز می‌کنند.
۲۱	مؤسسات مالی باید در مورد روابط تجاری و معاملات خود با اشخاص، شرکتها و مؤسسات مالی کشورهایی که توصیه‌های گروه اقدام مالی را به طور کامل اجرا نمی‌کنند دقت کافی داشته باشند تا در صورت ادامه وضعیت، به طور متناسب اقدام به مقابله نمایند.
۲۳	کشورها باید به منظور اطمینان از اجرای توصیه‌های گروه اقدام مالی، مقررات کافی داشته باشند تا بر مؤسسات مالی به نحو مؤثری نظارت کنند.
۲۶	تأسیس واحد اطلاعات مالی (FIU یا Financial Intelligence Unit) جهت دریافت (و مطالبه)، تحلیل و انتشار گزارشهای معاملات مشکوک و سایر اطلاعات مربوط به تأمین مالی تروریست‌ها.

یادداشت‌های تفسیری خود را نیز در مورد توضیح برخی از توصیه‌ها صادر نمود.

اعضای گروه توافق نموده‌اند تا با ارائه گزارشهایی از وضعیت انطباق مقررات خود با توصیه‌های فوق، مبادرت به ارزیابی عملکرد خود^{۲۲} نمایند و نتیجه این ارزیابی‌ها نیز جهت گروهی از کارشناسان منتخب کشورهای عضو گروه ارسال گردد. اعضای که مطابق توصیه‌های گروه عمل ننموده باشند، به طور تدریجی با ضمانت اجراهایی مواجه می‌شوند که دامنه آن از تکلیف به ارائه پاسخ به سایر اعضا در جلسه عمومی شروع و تا تعلیق عضویت ادامه می‌یابد.^{۲۳} واکنش گروه اقدام مالی به حملات تروریستی که

۲۷	ایجاد مسئولیت برای ضابطین دادگستری در مورد انجام تحقیقات لازم درخصوص تأمین مالی تروریسم.
۲۹	اعطای اختیار کافی به ناظران و بازرسان به منظور انجام بازرسی لازم از مؤسسات مالی از نظر رعایت و اجرای مقررات مربوط به مبارزه با تأمین مالی تروریسم.
۳۵	درخواست از کشورها مبنی بر عضویت و اجرای کامل کنوانسیون وین، کنوانسیون پالرمو و کنوانسیون بین‌المللی ملل متحد در مورد مبارزه با تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹).
۳۶	درخواست از کشورها مبنی بر ارائه بیشترین معاضدت قضایی در رابطه با تحقیقات، تعقیب و رسیدگی به جرایم تأمین مالی تروریسم.
۳۷	این که کشورها باید تا بیشترین حد ممکن نسبت به یکدیگر معاضدت قضایی داشته باشند (از نظر استرداد مجرمین)، صرف نظر از این که عمل انتسابی در کشورشان جرم باشد یا خیر (The absence of dual criminality).

22. Self-assessment.

۲۳. گروه اقدام مالی در نتیجه توافق بین کشورهای صنعتی ایجاد شد تا با هماهنگی و ایجاد ترتیباتی قراردادی بین اعضا، هرگونه نقل و انتقال وجوه تحت کنترل قرار گیرد و این اطمینان حاصل شود که تنها وجوهی به کشورهای عضو منتقل و یا از آن خارج می‌شوند که مبدأ و مقصد آنها کشورهایی‌اند که توصیه‌های گروه را اجرا می‌کنند و سیستم حقوقی خود را با آن منطبق می‌سازند. بنابراین اگر کشوری مقررات داخلی خود را با توصیه‌های گروه منطبق ننماید یا به پرسشنامه‌های گروه پاسخ ندهد، چنین تلقی می‌شود که کشور مزبور مشکوک و مظنون به محلی برای پولشویی یا تأمین مالی تروریسم است، اعم از این که عضو گروه باشد (پس از تعلیق عضویت) یا خیر، در نتیجه سایر اعضای گروه ممکن است روابط مالی و بانکی خود را با آن کشور قطع کنند. به عبارتی، علیرغم این که توصیه‌های مزبور ظاهراً از پشتوانه و ضمانت اجرای قوی مشابه قطعنامه‌های شورای امنیت برخوردار نیست ولی با توجه به عضویت

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۷۹

در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ واقع شد، خیلی سریع بود به این ترتیب که در تاریخ ۲۹ و ۳۰ اکتبر ۲۰۰۱، جلسه عمومی فوق‌العاده گروه در واشنگتن تشکیل و تصمیم گرفته شد تا اختیارات گروه از مبارزه با پول‌شویی فراتر رفته و تأمین مالی تروریسم را نیز شامل گردد. در همان جلسات بود که متن توصیه‌های ویژه هشتگانه مبارزه با تأمین مالی تروریسم مورد تصویب قرار گرفت. گروه از اعضای خود خواست تا اولین گزارش خود در مورد اجرای توصیه‌های ویژه هشتگانه را تا اول مه ۲۰۰۲ ارائه نمایند. سپس همین درخواست از بقیه کشورهای غیرعضو نیز به عمل آمد.^{۲۴} در سپتامبر سال ۲۰۰۲، گروه اقدام مالی اعلام نمود که بیش از ۱۲۰ کشور به درخواست گروه مبنی بر گزارش‌دهی پاسخ داده‌اند.

با توجه به تحولات اخیر، توصیه‌های چهل‌گانه بگونه‌ای مورد تجدیدنظر قرار گرفت تا علاوه بر پول‌شویی، موضوع تأمین مالی تروریسم را نیز شامل شود و با ادغام توصیه‌های چهل‌گانه و توصیه‌های ویژه هشتگانه، می‌توان گفت مقررات جامعی در مورد مبارزه با تأمین مالی تروریسم ایجاد شده است.

به طور خلاصه، در مورد توصیه‌های ویژه هشتگانه می‌توان گفت پنج توصیه اول متضمن مقرراتی مشابه با «کنوانسیون» و قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت است ولی سه توصیه آخر سه موضوع جدید را مطرح می‌سازند.

کشورهای صنعتی در گروه و نوع ارزهای آنها، می‌توان حدس زد ابعاد اقتصادی و حقوقی قطع روابط مالی و کارگزاری بانکهای کشورهای عضو گروه، تا چه میزان است و چه اندازه اهمیت دارد.

24. FATF Secretariat, Self-Assessment Questionnaire: FATF Special Recommendations on Terrorist Financing (Jan. 31, 2002). http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_en.htm.

جدول ۳- خلاصه‌ای از توصیه‌های ویژه هشتگانه:

شماره	موضوع	ملاحظات
۱	تصویب و اجرای کامل «کنوانسیون» ^{۲۵} و قطعنامه‌های ملل متحد.	با عضویت در «کنوانسیون» و اجرای تعهدات مندرج در قطعنامه‌های شورای امنیت، این توصیه اجرا می‌گردد.
۲	جرم‌انگاری ^{۲۶} تأمین مالی تروریسم، اعمال تروریستی و سازمانهای تروریستی.	مراجعه شود به ماده ۴ «کنوانسیون» و ردیف (ت) بند ۱ قطعنامه ۱۳۷۳ (ارائه حمایت مالی به تروریست‌ها و سازمانهای تروریستی).
۳	انسداد و مصادره دارایی تروریست‌ها ^{۲۷} .	مراجعه شود به ردیف (پ) بند ۱ قطعنامه ۱۳۷۳ و قطعنامه‌های ۱۲۶۷، ۱۳۳۳ و ۱۳۹۰ شورای امنیت و ماده ۸ «کنوانسیون».
۴	گزارش‌دهی معاملات مشکوک به	مشابه ردیف (ب) بند ۱ ماده ۱۸

۲۵. از نظر صندوق بین‌المللی پول، که عضو ناظر گروه اقدام مالی است، واژه کنوانسیون، علاوه بر کنوانسیون ۱۹۹۹ در مورد مبارزه با تأمین مالی تروریسم، شامل کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان (کنوانسیون وین ۱۹۸۸) و کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی (کنوانسیون پالرمو ۲۰۰۰) نیز می‌گردد. (لطفاً مراجعه شود به:

Methodology for Assessing Compliance with Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Standard,

که توسط صندوق بین‌المللی پول، بانک جهانی و گروه اقدام مالی تهیه شده و در نشانی زیر، قابل دسترسی است:

<http://www.imf.org/external/np/mae/aml/2002/eng/110802.pdf>.

۲۶. منظور از اعمال تروریستی، اعمالی است که در «کنوانسیون» ۱۹۹۹ تعریف و جرم تلقی شده است. در ضمن، توصیه‌های ویژه، سازمانهای تروریستی را معین نکرده‌اند و تعیین آنها را به عهده کشورها گذاشته‌اند. همچنین به نظر می‌رسد واژه تروریسم و اعمال تروریستی مترادف یکدیگرند.

۲۷. توصیه‌های ویژه، هیچ فهرستی از اشخاص تروریست یا سازمان تروریستی ارائه نداده و در نتیجه تعیین آنها به عهده کشورها قرار گرفته است. برای آگاهی بیشتر، به یادداشت‌های تفسیری (Interpretative Notes) گروه اقدام مالی از توصیه ویژه سوم، به نشانی زیر مراجعه شود:

http://www.fatf-gafi.org/TFInterpnotes_en.htm.

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۸۱

	ارتباط با تروریسم.	«کنوانسیون».
۵	ارائه بیشترین معاضدت قضایی به سایر کشورها در زمینه تحقیقات و رسیدگی‌های کیفری، مدنی و اداری.	شبه حکم ردیف (ث) بند ۳ قطعنامه ۱۳۷۳ و مواد ۱۱ تا ۱۶ و بندهای ۳ و ۴ ماده ۱۸ «کنوانسیون».
۶	اعمال ضوابط و مقررات مبارزه با پول‌شویی به سایر نظامهای پرداخت جایگزین. ^{۲۸}	جدید
۷	انجام اقدامات لازم جهت شناسایی مشتری در نقل و انتقالات الکترونیکی وجوه (wire transfer).	جدید
۸	کسب اطمینان از این که مؤسسات، بخصوص مؤسسات خیریه و غیرانتفاعی، جهت تأمین مالی تروریسم مورد سوء استفاده قرار نگیرند.	جدید

بخش دوم - تعریف تروریسم و تأمین مالی آن

درک مفهوم مبارزه با تأمین مالی تروریسم، مستلزم تعریف تروریسم و تعریف تأمین مالی آن است. بنابراین در مبحث اول، تروریسم و در مبحث دوم تأمین مالی آن تعریف خواهند شد.

مبحث اول - تعریف تروریسم

۲۸. منظور از نظامهای پرداخت جایگزین، سیستمهای پرداختی هستند که خارج از مؤسسات مالی رسمی مثل بانک بوده و نقش آنها نقل و انتقال وجوه از کشوری به کشور دیگر است (برای توضیح بیشتر به مبحث هفتم از بخش سوم مراجعه شود). مراد از اعمال ضوابط و مقررات مبارزه با پول‌شویی نسبت به این نظامها، تکلیف نمودن کشورها به اعطای مجوز یا به ثبت رساندن این گونه مؤسسات و نیز مکلف نمودن آنها به شناسایی مشتریان خویش، نگهداری سوابق معاملات و گزارش‌دهی معاملات و موارد مشکوک به مراجع صلاحیت‌دار مبارزه با تأمین مالی تروریسم در کشور مربوطه است و در غیر این صورت، اعمال مجازاتهای مرتکبین جرم پول‌شویی به افراد متخلف از موارد فوق.

در تعریف عمل تروریستی، ردیف‌های (الف) و (ب) از بند ۱ ماده ۲ «کنوانسیون» مقرر می‌دارند:

«الف) ارتکاب عملی که طبق هر یک از کنوانسیونهای مذکور در پیوست این کنوانسیون، جرم شناخته شده است؛ یا
ب) ارتکاب هر عمل دیگری به منظور قتل یا ورود لطمه جسمی جدی به یک شهروند یا شخصی که مشارکت فعالی در درگیری مسلحانه ندارد و هدف از ارتکاب چنین عملی، ماهیتاً یا براساس شرایط مربوط، ارباب جمعیت یا وادار نمودن یک حکومت یا یک سازمان بین‌المللی به انجام یا خودداری از انجام هر عملی باشد».

در فهرست پیوست «کنوانسیون» نیز به کنوانسیونهای زیر اشاره شده است:

۱- کنوانسیون مبارزه با تصرف غیرقانونی هواپیما، امضا شده در لاهه، به تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۷۰.

۲- کنوانسیون مبارزه با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی هواپیمایی کشوری، امضا شده در مونترال در تاریخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱.

۳- کنوانسیون مربوط به پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، شامل نمایندگان سیاسی، مصوب مجمع عمومی ملل متحد در تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳.

۴- کنوانسیون بین‌المللی علیه گروگانگیری، مصوب مجمع عمومی ملل متحد در ۱۷ دسامبر ۱۹۷۹.

۵- کنوانسیون مربوط به حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای، مصوب ۳ مارس ۱۹۸۰ در وین.

۶- پروتکل مربوط به مبارزه با اعمال غیرقانونی خشونت‌آمیز در

مبارزه با تأمین مالی ... ❖ ۲۸۳

فروندگانهای بین‌المللی غیرنظامی، الحاقی به کنوانسیون مبارزه با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی هواپیمایی کشوری، امضا شده در مونترال در تاریخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۸.

۷- کنوانسیون مبارزه با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی، امضا شده در رم در تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۸۸.

۸- پروتکل مربوط به مبارزه با اعمال غیرقانونی علیه ایمنی سکویای ثابت مستقر در فلات قاره، امضا شده در رم در تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۸۸.

۹- کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با بمب‌گذاری تروریستی، مصوب مجمع عمومی ملل متحد در تاریخ ۱۵ دسامبر ۱۹۹۷.

بنابراین، علاوه بر ارتکاب اعمالی که طبق ۹ کنوانسیون پیوست، جرم تلقی شده، ارتکاب هر عمل دیگری نیز که با قصد قتل یا ایراد لطمه جسمی به افراد غیرنظامی باشد و هدف از آن، ارباب مردم یا اجبار یک حکومت یا سازمان بین‌المللی به انجام یا خودداری از انجام کاری باشد، عمل تروریستی محسوب می‌شود.

طبق ردیف (ت) از بند سوم قطعنامه ۱۳۷۳، از همه کشورهای عضو خواسته شده تا در اسرع وقت به عضویت کنوانسیونها و پروتکل‌های بین‌المللی مربوط به تروریسم، از جمله کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۹ درآیند. ولی از طرف دیگر ردیف (الف) از بند دوم ماده ۳ «کنوانسیون» پیش‌بینی نموده است که کشورها هنگام تودیع سند تصویب، پذیرش یا الحاق به کنوانسیون، حق دارند نسبت به الحاق به هر یک از کنوانسیونهای ذکر شده در فهرست پیوست آن، حق شرط (رزرو) اعمال نمایند تا مقررات کنوانسیون مورد نظر در مورد آن

کشور اعمال نگردد، مگر این که قبل از تصویب، پذیرش یا الحاق به «کنوانسیون»، عضو کنوانسیونی شده باشند که نسبت به آن حق شرط خود را اعمال می کنند.

نباید فراموش کرد که موارد تروریسم داخلی، یعنی هنگامی که جرم، فاقد جنبه بین المللی باشد، مشمول «کنوانسیون» ۱۹۹۹ نیست. زیرا به موجب ماده ۳ «کنوانسیون»، اگر جرمی داخل یک کشور واقع شود و شخص مرتکب نیز تابعیت همان کشور را داشته و در سرزمین همان کشور یافت شود و هیچ کشور دیگری نیز صلاحیت رسیدگی به آن جرم را نداشته باشد،^{۲۹} مشمول کنوانسیون نخواهد بود. ولی با این وصف، حتی در صورت داخلی بودن جرم تروریسم نیز مقررات مربوط به معاضدت قضایی، استرداد مجرمین، تحصیل دلیل و پیشگیری از وقوع جرم مندرج در کنوانسیون یاد شده، بر این گونه موارد همچنان قابل اعمال خواهد بود.^{۳۰}

مبحث دوم - تعریف تأمین مالی

به موجب بند اول ماده ۳ «کنوانسیون»، تأمین مالی تروریسم چنین تعریف شده است: «ارائه یا جمع آوری وجوه،^{۳۱} به هر وسیله، به طور

۲۹. در مورد مبانی صلاحیت قضایی کشورها طبق «کنوانسیون»، مراجعه شود به مبحث دوم از بخش سوم.

۳۰. در مورد مقررات ناظر بر معاضدت قضایی (ماده ۱۲)، استرداد مجرمین (مواد ۱۳ تا ۱۵)، تحصیل دلیل (ماده ۱۶) و پیشگیری از وقوع جرم (ماده ۱۸) مندرج در «کنوانسیون»، به مباحث چهارم تا ششم از بخش سوم مراجعه شود.

31. "Provides or Collects Funds".

بند اول ماده ۱ «کنوانسیون»، واژه «وجوه» را چنین تعریف می نماید: «وجوه یعنی هر گونه مال اعم از عینی یا دینی، منقول یا غیرمنقول، به هر نحو که تحصیل شده باشد و هر نوع اسناد یا ابزار قانونی شامل الکترونیک یا دیجیتال که دلیل مالکیت یا نفعی در چنین اموالی باشد، از جمله شامل اعتبارات بانکی، چک های مسافرتی، چک های بانکی، دستورهای پرداخت پول، سهام، اوراق بهادار، اوراق قرضه، حواله ها، اعتبارات اسنادی». طبق این تعریف موسع و جامع، واژه وجوه شامل هر گونه مال و دارایی می شود.

مستقیم یا غیرمستقیم، برخلاف قانون و به طور عمد، به قصد یا با علم به این که به طور کلی یا جزئی، صرف اجرای اعمال تروریستی گردد».

براساس این تعریف، می‌توان عناصر معنوی و مادی جرم فوق را به شرح زیر تفکیک نمود:

عنصر معنوی - عنصر معنوی جرم مزبور، دو جنبه دارد: ۱) عمد و اراده مرتکب بر وقوع فعل؛ ۲) قصد مرتکب بر صرف وجوه جهت انجام اعمال تروریستی یا علم وی به این که وجوه یاد شده صرف چنان اهدافی خواهد شد. در جنبه دوم عنصر معنوی، قصد و علم جایگزین یکدیگرند.

عنصر مادی - عنصر مادی جرم عبارت است از تأمین مالی، که با استفاده از واژه‌های «ارائه یا جمع‌آوری» مفهوم بسیار وسیع و گسترده‌ای دارد. بنابراین اگر شخصی به هر وسیله به طور مستقیم یا غیرمستقیم وجوهی را ارائه یا جمع‌آوری کند تا صرف عملیات تروریستی شود، مرتکب جرم شده است.^{۳۲}

۳۲. بنابر ظاهر تعریف مندرج در بند اول ماده ۲ «کنوانسیون»، صرف ارائه یا جمع‌آوری وجوه جهت ارتکاب اعمال تروریستی، برای تحقق جرم کافی است و نیاز به تحقق نتیجه، یعنی استفاده از وجوه مزبور به منظور ارتکاب عمل تروریستی نیست؛ به عبارت دیگر، می‌توان گفت این جرم مطلق است. در تأیید این استنتاج، بند سوم ماده ۲ «کنوانسیون» مقرر می‌دارد: «برای تحقق جرم مندرج در بند ۱، ضروری نیست که وجوه مزبور جهت انجام جرم مذکور در ردیف‌های الف و ب بند ۱ بالا، در عمل مورد استفاده قرار گیرد» به دیگر سخن، جرم مزبور جرمی مطلق است و برای تحقق جرم نیازی به حصول نتیجه نیست. بند چهارم همان ماده نیز ادامه می‌دهد که: «شروع به ارتکاب عمل موضوع بند ۱ ماده ۲ نیز جرم محسوب می‌شود». یعنی به محض ارائه یا مطالبه وجوه به قصد انجام عمل تروریستی یا آگاهی از این که وجوه به منظور ارتکاب اعمال تروریستی مورد مصرف

بخش سوم - بایسته‌های مبارزه

پس از بیان الزامهای بین‌المللی برای مبارزه با تأمین مالی تروریسم، لازم است بایسته‌های مبارزه نیز تشریح گردند تا بتوان شرایط دست یافتن به معیارهای مورد قبول بین‌المللی را شناخت و با نحوه اجرای الزامهای بین‌المللی آشنا شد. به طور کلی معیارها و بایسته‌های مورد نظر در «کنوانسیون» ذکر شده‌اند و قانونی که برای مبارزه با تأمین مالی تروریسم تدوین می‌شود باید منطبق با مقررات و موازین «کنوانسیون» بوده و دربردارنده موضوعهای زیر باشد. ولی پیش از همه ضروری است یادآوری شود که مبنا و سنگ بنای مبارزه با تأمین مالی تروریسم، همانطور که در اولین توصیه از توصیه‌های ویژه مبارزه با تأمین مالی تروریسم بیان شده است، تصویب و اجرای اسناد سازمان ملل متحد است. طبق توصیه اول از توصیه‌های هشتگانه، این اسناد عبارتند از کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۹۹۹ ملل متحد و همین طور قطعنامه‌های شورای امنیت به ویژه قطعنامه ۱۳۷۳.

مبحث اول - جرم‌انگاری

ردیف (ب) از بند ۱ قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت، کشورهای عضو ملل متحد را مکلف نموده تا درخصوص ارائه یا جمع‌آوری وجوه به منظور

قرار خواهد گرفت، صرف نظر از این‌که ارائه وجه منجر به ارتکاب عمل تروریستی بشود یا خیر و نیز مطالبه وجه منجر به اخذ آن بشود یا خیر، جرم یاد شده محقق می‌گردد. این نتیجه‌گیری و استنتاج سخت‌گیرانه مطابق روح و حتی نص «کنوانسیون» است. علاوه بر این، معاونین جرم، سازمان‌دهندگان، آمرین و تشکیل‌دهندگان گروه برای ارتکاب اعمال فوق نیز طبق ردیف‌های (الف) تا (پ) بند ۵ ماده ۲ «کنوانسیون»، مجرم محسوب می‌شوند.

اجرای اعمال تروریستی، وصف کیفری قائل شده و آن را جرم تلقی کنند. در این صورت، لازم است علاوه بر تصویب و الحاق به «کنوانسیون»، اعمال فوق در قوانین جزایی به عنوان جرم قلمداد و برای آنها مجازات تعیین شود. ردیف (ث) از بند دوم همان قطعنامه نیز از کشورهای عضو خواسته است تا مرتکبین اعمال یاد شده را به مرجع قضایی تحویل و به تناسب جدی بودن عمل تروریستی، به مجازات مناسب محکوم نمایند. مطابق الگوی ارزیابی که توسط صندوق بین‌المللی پول تدوین شده است،^{۳۳} این جرم‌انگاری باید مطابق با مقررات «کنوانسیون» بوده و از جمله، واجد شرایط زیر باشد:

- جرم مزبور باید شامل مواردی نیز بشود که تروریست‌ها یا سازمانهای تروریستی در کشور دیگری مستقر باشند یا اعمال تروریستی مورد نظر در کشوری دیگر واقع شده باشد؛
- مجازات جرم باید شامل اشخاص حقوقی نیز باشد؛
- مجازات باید متناسب با جرم بوده و به نحو مؤثری جنبه بازدارندگی داشته باشد.

به موجب بندهای (الف) و (ب) ماده ۴ «کنوانسیون» نیز کشورهای عضو مکلفند تأمین مالی تروریسم را جرم انگاشته و با توجه به اهمیت جرم، مجازات مناسبی را برای آن در نظر بگیرند.

در مورد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نیز ماده ۵ «کنوانسیون» مقرر نموده که اگر مدیر یا شخص اداره کننده شخص حقوقی به اعتبار سمت و صلاحیت خود در شخص حقوقی، مرتکب جرم تأمین مالی تروریسم شود، علاوه بر مدیر یا شخص کنترل کننده، شخصیت حقوقی مزبور نیز مسئولیت کیفری، مدنی یا اداری داشته باشد. این مجازات

^{۳۳}. رجوع شود به منبع مندرج در زیرنویس شماره ۲۵.

می‌تواند شامل مجازاتهای مالی نیز باشد.

وفق ماده ۶ «کنوانسیون»، هیچ‌گونه ملاحظات اعم از سیاسی، فلسفی، عقیدتی، نژادی، اخلاقی، مذهبی یا سایر امور مشابه نمی‌توانند از عوامل موجهه جرم محسوب گردند.

علاوه بر اسناد یاد شده، توصیه دوم از توصیه‌های ویژه گروه اقدام مالی نیز ناظر بر جرم‌انگاری تأمین مالی تروریسم، عملیات تروریستی و سازمانهای تروریستی است.

مبحث دوم - صلاحیت قضایی

«کنوانسیون»، این قابلیت را داراست که بتوان با استناد به آن، برای تعقیب و رسیدگی به جرم تأمین مالی تروریسم، همه‌گونه صلاحیتی را در قوانین جزایی پیش‌بینی نمود؛ این صلاحیتها عبارتند از صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی، صلاحیت حمایتی (یا واقعی) و صلاحیت جهانی.

مطابق بند اول ماده ۷ «کنوانسیون»، کشورهای عضو، اقدام لازم را به منظور ایجاد و برقراری صلاحیت کیفری خود نسبت به جرایم برشمرده شده در ماده ۲ «کنوانسیون» به عمل خواهند آورد، به شرط این‌که:

الف) محل وقوع جرم، سرزمین آن کشور باشد؛

ب) جرم روی کشتی‌یی ارتکاب یافته باشد که پرچم آن کشور را برافراشته است یا در هواپیمایی واقع شده که در زمان ارتکاب جرم، به موجب قوانین آن کشور به ثبت رسیده است؛

پ) متهم، تبعه آن کشور باشد. از ظاهر بندهای اول و دوم ماده ۷ «کنوانسیون»، می‌توان دریافت که کشورهای عضو متعهد و مکلفند تا صلاحیت خود را حداقل درخصوص موارد مذکور در بند اول یعنی مواردی که جرم در سرزمین آنها واقع شده، یا روی کشتی یا هواپیمایی ارتکاب

یافته که پرچم آن کشور را برافراشته‌اند یا در آن کشور به ثبت رسیده‌اند و همین‌طور مواردی که متهم تبعه آن کشور است، برقرار نمایند ولی به نظر می‌رسد برقراری صلاحیت در خصوص موارد برشمرده شده در بند دوم از اجبار برخوردار نیست و به اختیار کشورها گذاشته شده است؛ زیرا بند دوم ماده ۷ مقرر می‌دارد:

«کشور عضو می‌تواند^{۳۴} صلاحیت کیفری خود نسبت به جرم مورد نظر را در موارد زیر نیز اعمال نماید، به شرط این‌که:

الف) نتیجه جرم مذکور در ردیفهای (الف) و (ب) بند ۱ ماده ۲، متوجه سرزمین یا تبعه آن کشور باشد؛

ب) نتیجه جرم مزبور، متوجه امکانات و تسهیلات حکومت آن دولت در خارج از کشور باشد، مانند ساختمانهای سیاسی یا کنسولی همان دولت؛

پ) ارتکاب جرم به منظور وادار کردن همان کشور به انجام یا خودداری از انجام کاری باشد؛

ت) شخصی مرتکب جرم شده باشد که بی‌تابعیت^{۳۵} است و در سرزمین همان کشور اقامت دارد؛

ث) جرم در هواپیمایی واقع شده باشد که توسط حکومت همان کشور مورد استفاده است».

در تأیید نتیجه‌گیری بالا، بند سوم ماده ۷ «کنوانسیون» اشعار می‌دارد: «کشورهای عضو می‌توانند هنگام پذیرش، قبول، تصویب یا الحاق به این کنوانسیون، صلاحیتی را که طبق بند دوم برقرار نموده‌اند، به اطلاع

۳۴. تأکید از گردآورنده است.

35. Apatride.

دبیرکل سازمان ملل متحد برسانند. تغییر در انتخاب صلاحیت نیز بی‌درنگ به آگاهی دبیرکل خواهد رسید». همچنین با توجه به این که بند سوم ماده ۷ قائل به وجود حق شرط (رزرو) در انتخاب هر یک از صلاحیتهای بند دوم شده است، می‌توان اعتقاد داشت که پذیرش و برقراری صلاحیتهای برشمرده شده در بند دوم ماده ۷ «کنوانسیون» در قوانین داخلی کشور عضو، اختیاری است ولی پیش‌بینی صلاحیتهای مقرر در بند اول ماده ۷ در قوانین داخلی اجباری می‌باشد.

از طرف دیگر، به موجب بند چهارم ماده ۷ «کنوانسیون»، هر کشور عضو که متهم در سرزمین آن حضور داشته باشد، متعهد و مکلف است مرتکب جرایم یاد شده را یا محاکمه نماید یا به سایر کشورهای عضو که طبق بندهای اول و دوم همان ماده ۷، صلاحیتدار می‌باشند تحویل نماید. به عبارت دیگر، این بند متضمن اصل «محاکمه یا استرداد» است یعنی در حقیقت بیانگر اصل صلاحیت جهانی تمام کشورهای عضو «کنوانسیون» نسبت به اعمال صلاحیت کیفری درخصوص جرایم مقرر در بند اول ماده ۲ «کنوانسیون» می‌باشد. البته بند اول ماده ۱۰ «کنوانسیون» نیز حاوی حکم مشابهی است و اصل «محاکمه یا استرداد» را تکرار نموده و یادآور اصل صلاحیت جهانی به منظور محاکمه یا استرداد شخص متهم به تأمین مالی تروریسم می‌باشد.

در صورتی که بیش از یک کشور عضو، مدعی صلاحیت کیفری نسبت به جرایم موضوع ماده ۲ «کنوانسیون» باشند، کشورهای مربوط، طبق بند پنجم ماده ۷ مکلفند در مورد شرایط تعقیب و کیفیت معاضدت قضایی به نحو متناسب با یکدیگر هماهنگی نمایند.

علاوه بر صلاحیتهای اختیاری و اجباری پیش‌بینی شده، بند ششم ماده ۷ «کنوانسیون» مقرر می‌دارد که مقررات آن مانع کشورهای عضو

نیست تا براساس قواعد حقوقی داخلی خود اعمال صلاحیت کیفری نمایند. به عبارت دیگر، تدوین‌کنندگان «کنوانسیون» قصد نداشته‌اند تا متن کنوانسیون با قواعد حقوق داخلی کشورها در تعارض قرار گیرد و به همین دلیل متعرض قواعد مربوط به صلاحیت قضایی کشورهای عضو خود نشده و آنها را نیز به رسمیت شناخته است.

طبق ماده ۹ «کنوانسیون»، کلیه کشورهای عضو مکلفند به محض دریافت گزارشی مبنی بر حضور متهم یا مرتکب اعمال مجرمانه مذکور در ماده ۲ در سرزمین‌شان، اقدامات لازم را به منظور تحقیق در مورد اطلاعات بدست آمده به عمل آورند و به محض دستگیری، او را محاکمه یا مسترد نمایند. در این صورت شخص متهم طبق قوانین آیین دادرسی محل، حق دسترسی و ارتباط با نزدیکترین نمایندگان دولت متبوع خود یا دولتی که می‌تواند از حقوق وی حفاظت و حمایت کند یا دولت حاکم در کشوری که در آن اقامت دارد (در مورد اشخاص آپاترید) را خواهد داشت و همچنین حق ملاقات با نماینده دولت مزبور را نیز دارد. این علاوه بر حقی است که برای ملاقات با نمایندگان کمیته بین‌المللی صلیب سرخ خواهد داشت. اگر کشوری طبق ماده گفته شده شخصی را بازداشت کند، مکلف است دبیرکل ملل متحد و سایر کشورهایایی که به موجب ماده ۷ «کنوانسیون» ممکن است نسبت به موضوع صلاحیتدار باشند را از قضیه آگاه نماید.

در جهت تضمین حقوق شخصی که به اتهام ارتکاب جرایم موضوع «کنوانسیون» در بازداشت بسر می‌برد یا مورد محاکمه قرار می‌گیرد، ماده ۱۷ «کنوانسیون» مقرر می‌دارد که باید رفتار عادلانه‌ای با وی به عمل آید و از کلیه حقوق و تضمیناتی که در حقوق کشور محل اقامت وجود دارد و همین‌طور مقررات قابل اعمال بین‌المللی شامل حقوق بشر بین‌المللی

برخوردار باشد. علاوه بر این، لازم است نتیجه نهایی پیگیری‌ها و رسیدگی‌های قضایی و کیفری پرونده به اطلاع دبیرکل ملل متحد رسانده شود تا وی نیز مراتب را به سایر کشورهای عضو اعلام نماید.^{۳۶}

شایان ذکر است که طبق مواد ۲۰ و ۲۱ «کنوانسیون»، اجرای مقررات «کنوانسیون» مانع یا محدود کننده اصول حاکمیت و تمامیت ارضی کشورهای عضو نیست و موجب دخالت در امور داخلی سایر کشورها نمی‌گردد و به سایر تعهدات بین‌المللی کشورها از جمله رعایت منشور ملل متحد و حقوق بشر دوستانه و سایر کنوانسیونهای مربوط، خدشه و لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.

مبحث سوم - توقیف و ضبط اموال مجرمین

نکته دیگری که لازم است در قوانین کشورهای عضو در مورد آن حکمی پیش‌بینی شود، مسأله توقیف و ضبط اموال تأمین‌کنندگان مالی تروریست‌هاست. در این مورد ماده ۸ «کنوانسیون» مقرر می‌دارد: «هر کشور عضو مطابق اصول حقوق داخلی خود، اقدامات متناسبی را به منظور شناسایی، ردیابی و انسداد یا توقیف وجوه مورد استفاده یا اختصاص داده شده برای ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۲ و همچنین عواید ناشی از جرایم مزبور^{۳۷} جهت ضبط آنها به عمل خواهد آورد». البته اعضای «کنوانسیون» می‌توانند به موجب بند سوم همان ماده، در مورد تقسیم منظم یا موردی وجوه ضبط شده بین خود قراردادهایی را نیز منعقد نمایند.

بند چهارم ماده یاد شده از کشورهای عضو می‌خواهد تا ساز و کاری

۳۶. «کنوانسیون»، ماده ۱۹.

۳۷. بند سوم ماده ۱ «کنوانسیون»، عواید ناشی از جرم موضوع ماده ۲ را چنین تعریف نموده است: «هرگونه وجه (یا مالی) که به طور مستقیم یا غیرمستقیم از طریق ارتکاب جرم مندرج در ماده ۲، ناشی یا تحصیل شده باشد».

را برقرار کنند تا از محل وجوه ضبط شده، خسارات قربانیان عملیات تروریستی یا خانواده آنها جبران شود.

حسب بند پنجم ماده ۸، توقیف و ضبط وجوه، نباید به حقوق اشخاص با حسن نیت لطمه‌ای وارد سازد.

در مورد همین مطلب، توصیه‌های ویژه هشتگانه گروه اقدام مالی نیز متضمن حکم مشابه و بلکه عام‌تری است. طبق توصیه سوم، از هر کشوری خواسته شده تا بی‌درنگ وجوه یا سایر اموال^{۳۸} تروریست‌ها، تأمین‌کنندگان مالی تروریسم و سازمانهای تروریستی را مطابق قطعنامه‌های ملل متحد راجع به جلوگیری و مبارزه با تأمین مالی اعمال تروریستی، مسدود نماید. همچنین توصیه شده تا هر کشوری با تدوین و تصویب مبانی قانونی و اقدامات اجرایی، مقامهای صلاحیتدار خود را قادر سازد تا اموالی که عواید ناشی از تأمین مالی تروریسم، اعمال تروریستی یا سازمانهای تروریستی می‌باشند و نیز اموالی که مورد استفاده یا اختصاص داده شده به منظور تأمین مالی تروریسم، اعمال تروریستی یا سازمانهای تروریستی بوده‌اند را توقیف و مصادره نمایند.

مبحث چهارم - استرداد

براساس مبانی مختلف صلاحیت که در «کنوانسیون» پیش‌بینی شده است، یعنی صلاحیت سرزمینی، شخصی، حمایتی (یا واقعی) و جهانی، در عمل همیشه دست کم یکی از کشورهای عضو «کنوانسیون»، صلاحیت تعقیب و محاکمه تأمین‌کنندگان مالی اعمال تروریستی خواهد داشت. بنابراین تا زمانی که کشوری بر اساس قواعد صلاحیت مقرر در «کنوانسیون»، به تعقیب یا محاکمه مرتکب ادامه داده و اقدام به پیگیری

۳۸. تأکید از گردآورنده است.

موضوع نماید، تکلیف خود را انجام داده است؛ در غیر این صورت کشور یاد شده مکلف است طبق بند چهارم ماده ۷ و نیز ماده ۱۰ «کنوانسیون» و بر اساس اصل «محاكمه یا استرداد»، اقدام به تحویل وی به کشوری نماید که مطابق قواعد مقرر در «کنوانسیون» صالح به رسیدگی است و استرداد مرتکب را نیز تقاضا نموده است.

در قوانین کشورهای مختلف یا در عهدنامه‌های منعقد بین کشورها در مورد استرداد مجرمین، وجود عواملی مانند انگیزه سیاسی مجرم، مانع از استرداد مجرم برشمرده شده است. به منظور رفع این موانع احتمالی استرداد، مواد ۱۳ و ۱۴ «کنوانسیون» مقرر می‌دارند که از نظر استرداد مجرمین بین کشورهای عضو، هیچ‌یک از جرایم موضوع ماده ۲ «کنوانسیون» جرم مالی یا سیاسی محسوب نمی‌شوند و تنها به عنوان این که جرم واقع شده واجد جنبه‌های مالی یا سیاسی است، نمی‌توان از استرداد مجرم استنکاف نمود.

اگر یک کشور عضو، طبق قوانین داخلی خود اجازه داشته باشد تبعه خود را تنها به این شرط مسترد نماید که پس از محاکمه و برای تحمل دوره محکومیت به همان کشور برگردانده شود و موضوع مورد موافقت کشور مستردکننده و کشور متقاضی استرداد قرار گیرد، چنین استرداد مشروطی از نظر انجام تعهد مندرج در «کنوانسیون» کفایت می‌کند.^{۳۹}

طبق بند دوم ماده ۱۱ «کنوانسیون»، در صورت فقدان قرارداد استرداد مجرمین بین کشورهای عضو، همین کنوانسیون می‌تواند به عنوان مبنای حقوقی استرداد مرتکبین جرایم مقرر در ماده ۲ تلقی گردد، البته با رعایت قوانین کشور پذیرنده استرداد. در نتیجه، «کنوانسیون» می‌تواند در حد استرداد مرتکبین جرایم موضوع ماده ۲، متضمن قرارداد استرداد مجرمین بین کشورهای عضو نیز باشد.

۳۹. منبع پیشین، ماده ۱۰، بند دوم.

حسب مقررات «کنوانسیون»^{۴۰} اگر قبل از زمان به اجرا درآمدن و نفوذ «کنوانسیون»، کشورهای عضو بین خود قرارداد استرداد مجرمین منعقد نموده باشند، پس از تصویب یا الحاق به کنوانسیون، چنین فرض و تلقی می‌شود که جرایم موضوع ماده ۲ به عنوان جرایم قابل استرداد به متن قراردادهای منعقد شده قبلی اضافه و الحاق می‌شوند. به عبارت دیگر، با تصویب و الحاق به «کنوانسیون»، اثر آن به گذشته تسری یافته و جرایم موضوع آن به طور خود بخود به جرایم قابل استرداد مندرج در قراردادهای استرداد مجرمین منعقد بین کشورهای عضو اضافه می‌شوند. علاوه بر آن، در صورت تعارض بین مقررات «کنوانسیون» با مقررات عهدنامه‌های استرداد و ترتیبات مقرر بین کشورهای عضو، مقررات «کنوانسیون» اولویت خواهند داشت و عهدنامه‌های استرداد و ترتیبات مزبور، در موارد تعارض، مورد اصلاح و تعدیل قرار خواهند گرفت.

در همین راستا، قسمت دوم توصیه پنجم از توصیه‌های ویژه هشتگانه گروه اقدام مالی اشعار می‌دارد که کشورها باید تمامی اقدامات ممکن را به عمل آورند تا اطمینان ایجاد شود که این کشورها بهشت امنی برای اشخاص تأمین‌کننده مالی تروریسم، مرتکبین اعمال تروریستی یا سازمانهای تروریستی نیست و کشورها باید در صورت امکان، آیین و روشی را برای استرداد این اشخاص برقرار سازند.

مبحث پنجم - معاضدت قضایی و تبادل اطلاعات و مدارک

کشورهای عضو «کنوانسیون» متعهد و مکلفند درخصوص انجام تحقیقات و رسیدگی‌های کیفری و همچنین کمک به تحصیل دلیل به

۴۰. منبع پیشین، ماده ۱۱، بند اول و پنجم.

منظور استفاده در دادرسی‌ها تا بیشترین حد با یکدیگر معاضدت نمایند.^{۴۱} کشورهای عضو، این تعهد خود را مطابق مقررات عهدنامه‌ها یا سایر ترتیباتی که در مورد معاضدت قضایی یا مبادله اطلاعات بین خود منعقد نموده‌اند انجام خواهند داد و اگر عهدنامه یا ترتیباتی بین کشورهای عضو موجود نباشد، معاضدت قضایی مزبور طبق قواعد مقرر در حقوق داخلی به عمل خواهد آمد.^{۴۲} در این مورد، رازداری بانکی نیز مانع معاضدت قضایی نیست و کشورهای عضو نمی‌توانند به بهانه رازداری بانکی از ارائه معاضدت امتناع کنند.^{۴۳}

کشوری که اطلاعات یا دلیلی را تحصیل می‌کند، حق ندارد بدون اجازه کشور ارائه‌دهنده اطلاعات، آنها را در تحقیقات، تعقیب یا رسیدگی کیفری دیگری غیر از آنچه درخواست نموده است مورد استفاده قرار دهد.^{۴۴}

با توجه به این که ممکن است در حقوق برخی از کشورها، داشتن جنبه‌های سیاسی یا مالی برای جرایم، مانع معاضدت قضایی محسوب شود، مواد ۱۳ و ۱۴ «کنوانسیون» به صراحت مقرر می‌دارند که هیچ‌یک از جرایم موضوع ماده ۲ وصف سیاسی یا مالی ندارند و در نتیجه، هیچ‌یک از کشورهای عضو نمی‌توانند به بهانه مالی یا سیاسی بودن جرایم مزبور یا داشتن انگیزه سیاسی مجرم یا ارتباط جرم مزبور با جرم سیاسی، از ارائه معاضدت قضایی امتناع کنند.

اگر شخصی در سرزمین یک کشور عضو در بازداشت یا در حال گذراندن دوره محکومیت باشد و همزمان حضور وی به منظور شناسایی،

۴۱. منبع پیشین، ماده ۱۲، بند اول؛ و همچنین توصیه پنجم از توصیه‌های ویژه گروه اقدام مالی.

۴۲. منبع پیشین، ماده ۱۲، بند سوم.

۴۳. منبع پیشین، ماده ۱۲، بند دوم.

۴۴. منبع پیشین، ماده ۱۲، بند سوم.

ادای شهادت یا برای تحصیل دلیل یا تعقیب جرایم مقرر در ماده ۲ «کنوانسیون» در کشور عضو دیگر ضروری باشد، در صورت وجود شرایط زیر می‌توان وی را به دیگر کشور عضو منتقل کرد:

الف) شخص مزبور رضایت داشته باشد؛

ب) مقامهای صلاحیتدار دو کشور، با رعایت شرایطی که مناسب می‌دانند، با این انتقال موافق باشند.^{۴۵}

از طرف دیگر، کشوری که شخص مجرم یا متهم به آن منتقل می‌شوند نیز واجد تعهدات و تکالیف زیر می‌باشد:

الف) شخص منتقل شده را در بازداشت نگهدارد مگر این که کشور منتقل‌کننده درخواست یا اجازه دیگری داده باشد؛

ب) به محض پایان نیاز به حضور شخص، همان‌طور که بین مقامهای دو کشور مورد موافقت قرار گرفته، بی‌درنگ وی را تحویل کشور انتقال‌دهنده نماید؛

پ) پس از پایان نیاز به حضور شخص، برای بازگشت وی نیازی به طی روند استرداد مجرم نباشد؛

ت) مدتی که شخص در بازداشت بسر برده است را به کشور انتقال‌دهنده اعلام نماید تا برای محاسبه مجموع دوران محکومیت وی در کشور انتقال‌دهنده منظور شود.^{۴۶}

هنگامی که به منظور معاضدت قضایی، شخصی به کشور عضو منتقل می‌شود، تا زمانی که کشور انتقال‌دهنده موافقت ننموده است، کشور انتقال‌گیرنده، صرف نظر از تابعیت شخص مزبور، حق ندارد آزادی او را به دلیل اعمالی که پیش از انتقال به خاک کشور انتقال‌گیرنده انجام داده یا به

۴۵. منبع پیشین، ماده ۱۶، بند اول.

۴۶. منبع پیشین، ماده ۱۶، بند دوم.

واسطه آنها محکوم شده است سلب نماید.^{۴۷}

علاوه بر معاضدت قضایی، کشورهای عضو همچنین می‌توانند اطلاعات خود در مورد حضور مرتکب در سرزمین یکدیگر را نیز مبادله و در اختیار یکدیگر قرار دهند؛ در این صورت کشور مربوط مکلف است طبق قوانین و مقررات داخلی خود نسبت به موضوع تحقیق لازم را به عمل آورد.^{۴۸}

مبحث ششم - اقدامات پیشگیرانه

علاوه بر وجود مقرراتی برای مقابله با تأمین مالی تروریسم، «کنوانسیون» همچنین حاوی مقرراتی در مورد پیشگیری از تأمین مالی تروریسم می‌باشد. بنابراین ضروری است پس از تصویب و الحاق به «کنوانسیون»، مقررات مربوط به پیشگیری از تأمین مالی تروریسم مندرج در آن نیز اعتبار و ارزش قانونی پیدا کنند تا در عمل بتوان مقررات یاد شده را به اجرا گذاشت.

وفق بند اول ماده ۱۸ «کنوانسیون»، کشورهای عضو متعهد می‌شوند تا با هماهنگی یکدیگر به منظور پیشگیری و مقابله با ارتکاب جرم تأمین مالی تروریسم در سرزمین خود یا خارج از آن، تمام اقدامات عملی را از جمله منطبق نمودن قوانین و مقررات داخلی خود به مورد اجرا گذارند؛ و

^{۴۷}. منبع پیشین، ماده ۱۶، بند سوم.

^{۴۸}. منبع پیشین، ماده ۹، بند اول. البته به دلایلی در متن «کنوانسیون» تصریح نشده است که کشور دریافت‌کننده اطلاعات، مکلف به گزارش‌دهی به کشور فرستنده اطلاعات نیز هست ولی می‌توان گفت که برای اثبات انجام تکالیف و تعهد مقرر در «کنوانسیون» مبني بر این‌که نسبت به موضوع تحقیق لازم به عمل آمده، بهتر است در پاسخ به کشور ارائه‌دهنده اطلاعات، گزارشی از تحقیق و پیگیری‌های انجام شده در مورد موضوع، فرستاده شود.

در بیان مواردی که نیاز است بین کشورها هماهنگی ایجاد شود، ماده یاد شده موارد زیر را احصا می‌نماید:

الف) اقداماتی برای منع فعالیت‌های غیرقانونی اشخاص یا سازمانهایی که در سرزمین کشور مزبور آگاهانه، ارتکاب جرایم موضوع ماده ۲ را مورد تشویق، تحریک، سازماندهی قرار می‌دهند یا خود مبادرت به ارتکاب آن جرایم می‌نمایند؛

ب) الزام مؤسسات مالی و سایر حرفه‌ای که عهده‌دار معاملات مالی هستند به شناسایی مشتریان روزمره یا گذری خود و همین‌طور مشتریانی که برای آنها حساب افتتاح می‌شود و بذل توجه خاص به معاملات غیرعادی یا مشکوک و گزارش‌دهی معاملاتی که منشاء آنها مشکوک به اعمال مجرمانه است.^{۴۹} به همین منظور لازم است کشورهای عضو، اقدامات زیر را به عمل آورند:

۱- تدوین و تصویب مقرراتی ناظر بر منع افتتاح حسابهایی که صاحبان یا ذینفع‌های آن حسابها افراد ناشناس یا غیرقابل شناسایی‌اند و اتخاذ اقداماتی جهت کسب اطمینان از این که این مؤسسات هویت صاحبان واقعی این معاملات را کنترل می‌کنند؛

۲- درخصوص شناسایی اشخاص حقوقی، مؤسسات مالی مکلف شوند تا از طریق اخذ اطلاعات از مراجع ثبتی یا از خود مشتری یا هر دو، اطلاعات و مدارک مربوط به تأسیس، از جمله اطلاعات مربوط به نام مشتری، نوع قانونی (Legal form)، نشانی، مدیران و مفاد اساسنامه آن ناظر بر اختیار متعهد نمودن شخص حقوقی را تحصیل نمایند تا موجودیت قانونی و ساختار مشتری را کنترل کنند؛

۳- تدوین و تصویب مقرراتی مبنی بر الزام مؤسسات مالی به این که

۴۹. توصیه چهارم از توصیه‌های ویژه گروه اقدام مالی متضمن همین مطلب می‌باشد.

تمام معاملات پیچیده و غیرعادی با مبالغ عمده و نیز معاملات غیرعادی که ظاهراً هیچ هدف اقتصادی یا قانونی برای آنها متصور نیست را بی‌درنگ به مقامهای صلاحیتدار گزارش نمایند بدون این که به سبب افشای با حسن نیت اطلاعات مربوط به مشتریان، مسئولیت کیفری یا مدنی متوجه ایشان باشد.

۴- ملزم نمودن مؤسسات مالی به این که تمام سوابق و مدارک ضروری مربوط به معاملات داخلی و بین‌المللی خود را دست کم برای مدت پنج سال حفظ و نگهداری نمایند.

بند دوم ماده ۱۸ «کنوانسیون» نیز سایر تعهدات کشورهای عضو را جهت همکاری با یکدیگر به منظور پیشگیری از جرم چنین احصا می‌نماید:

الف) اعمال نظارت بر تمام بنگاهها و مؤسساتی که واسطه وجوه هستند، از جمله از طریق اعطای مجوز به آنها؛

ب) انجام اقدام عملی به منظور کشف یا نظارت بر جابجایی برون مرزی و فیزیکی وجه نقد و اسناد تجاری در وجه حامل، از طریق کنترل‌های مرزی، با هدف کسب اطمینان از این که اطلاعات ارائه شده مبتنی بر واقعیت می‌باشد، البته بدون این که مانعی در آزادی انتقال سرمایه ایجاد شود.

سومین موضوعی که در جهت پیشگیری از جرم در ماده ۱۸ «کنوانسیون» پیش‌بینی شده است، تعهد کشورهای عضو نسبت به تبادل اطلاعات درست و تأیید شده با یکدیگر براساس حقوق داخلی آنهاست و همچنین هماهنگی اداری میان آنهاست، بخصوص از طریق:

الف) ایجاد و حفظ کانالهای ارتباطی بین مقامهای اطلاعاتی صلاحیتدار کشورهای عضو با هدف تسهیل مبادله امن و سریع اطلاعات مربوط به تمام ابعاد جرایم مندرج در ماده ۲؛

ب) هماهنگی با یکدیگر در پاسخ به استعلام‌های راجع به جرایم
مقرر در ماده ۲، در مورد:

– هویت، محل اقامت و فعالیتهای اشخاصی که مظنون به ارتکاب
چنین جرایمی هستند؛

– جابجایی وجوه مربوط به ارتکاب این جرایم.^{۵۰}
البته علاوه بر راههای فوق، کشورهای عضو می‌توانند اطلاعات خود
را از طریق پلیس بین‌الملل (Interpol) نیز مبادله نمایند.^{۵۱}

علاوه بر «کنوانسیون»، برخی از توصیه‌های ویژه هشتگانه گروه
اقدام مالی نیز متضمن انجام اقدامات پیشگیرانه‌اند. به گونه‌ای که توصیه‌های
هفتم و هشتم از توصیه‌های ویژه، راجع به درج مشخصات حواله‌دهنده^{۵۲} و
همچنین نظارت بر مؤسسات و نهادهای غیرانتفاعی و خیریه می‌باشند. به
موجب توصیه هفتم از کشورها خواسته شده تا مؤسسات مالی و واسطه‌های
وجوه را ملزم نمایند تا هنگام حواله وجوه، اطلاعات درست و معناداری از
مشخصات حواله‌دهنده (نام، نشانی و شماره حساب) را در پیامهای ارسالی
خود درج کنند و این اطلاعات باید در طول چرخه پرداخت در پیام مربوط
یا دستور پرداخت باقی باشد.

توصیه هفتم همچنین از کشورها خواسته است تا اقداماتی را درپیش
گیرند که اطمینان یابند مؤسسات مالی و واسطه‌های وجوه با دقت کافی
مبادرت به نظارت بر جابجایی مشکوک وجوهی می‌نمایند که فاقد
مشخصات کامل حواله‌دهنده است.

توصیه هشتم نیز از کشورها می‌خواهد تا بررسی نمایند آیا قوانین و

۵۰. منبع پیشین، ماده ۱۸، بند سوم.

۵۱. منبع پیشین، ماده ۱۸، بند چهارم.

۵۲. Originator: مشتری مؤسسه مالی که دستور پرداخت الکترونیکی را صادر می‌کند. در قانون تجارت
الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، این واژه «اصل ساز» ترجمه شده است.

مقررات‌شان برای مقابله با سوء استفاده از مؤسسات و نهادها کفایت می‌کند یا خیر. به طور خاص، مؤسسات و نهادهای غیرانتفاعی و خیریه آسیب‌پذیر بوده و ممکن است جهت تأمین مالی تروریسم مورد سوء استفاده قرار گیرند و کشورها باید مقرراتی داشته باشند تا این قبیل مؤسسات و نهادهای مشروع:

- توسط سازمانهای تروریستی مورد سوء استفاده قرار نگیرند؛
- از جمله برای فرار از انسداد دارایی، به عنوان مجرای تأمین مالی تروریست‌ها مورد سوء استفاده قرار نگیرند؛ و
- بجای صرف وجوه اختصاص داده شده برای امور قانونی، این وجوه را صرف سازمانهای تروریستی نکنند.

درخصوص توصیه‌های چهل‌گانه گروه اقدام مالی نیز می‌توان گفت توصیه‌های شماره ۵، ۷، ۱۳، ۱۵ تا ۱۹، ۲۱، ۲۳، ۲۶ و ۲۹ ناظر بر اقدامات پیشگیرانه به منظور مقابله با تأمین مالی تروریسم هستند (در مورد توضیح مختصر این توصیه‌ها، به جدول مندرج در پاورقی شماره ۲ در صفحات ۱۳ و ۱۴ مراجعه شود).

مبحث هفتم - نظامهای پرداخت جایگزین

در مورد نظامهای پرداخت جایگزین (Alternative Remittance Systems) تعریف مشترک و یکسانی وجود ندارد ولی مراجع مختلف این نظامها را بر مبنای ویژگی‌های مشترک‌شان توصیف و نامگذاری می‌کنند. عوامل متعددی شامل عوامل اخلاقی، فرهنگی و تاریخی و حتی سنت در رشد و توسعه فعالیت این نظامها دخیل بوده‌اند. قدمت این نظامها حتی به پیش از نظام بانکداری غربی که از قرون نوزده و بیست رواج یافت

برمی گردد.

وصف اصلی این نظام‌ها این است که به طور عمده‌ای بر مبنای روابط کارگزاری (correspondent relationship) فعالیت می‌کنند - یعنی ارزش وجه از محلی به محل دیگر منتقل می‌شود بدون این که جابجایی فیزیکی صورت پذیرد. به این ترتیب که افرادی در مکانهای مختلف مستقرند ولی با هم توافق می‌کنند حواله‌های صادره عهده یکدیگر را قبول و پرداخت نمایند. در واقع این نظام‌ها به موازات و در سایه نظام بانکی رسمی فعالیت می‌کنند و البته می‌توانند از نظام بانکی رسمی نیز برای جابجایی وجوه استفاده نمایند.

وصف بعدی این نظام‌ها، اتکای آنها به تهاتر دریافتها و پرداختها و تصفیۀ مانده توسط طرفین است. شواهد و دلایلی وجود دارد که این نظام‌ها حتی در اقتصادهای پیشرفته که مؤسسات مالی رسمی و کارآمد دارند نیز فعالند. دلایل زیادی برای فعالیت این نظام‌ها وجود دارد از جمله فقدان دسترسی به بانکهای رسمی، هزینه‌های کمتر، وجود تجربه کافی، دشواری استفاده از مؤسساتی که مطابق سنت‌های فرهنگی عمل نمی‌کنند. در دهه‌های اخیر، برگشت درآمد مهاجرین به کشورهای مهاجر فرست نیز موجب افزایش استفاده از این نظامهای پرداخت جایگزین در کشورهای غربی بوده است. این نظامها می‌توانند کم هزینه، امن تر و عاری از مقررات سختگیرانه و محدود کننده ارزی باشند. این نظامها همچنین مناطق و محلهایی را پوشش می‌دهند که مؤسسات مالی رسمی در آنجا حضور ندارند. این نظامهای پرداخت جایگزین برای پول‌شویان و تأمین کنندگان مالی تروریسم جذابند چون سابقه یا نوشته‌ای از جابجایی وجوه برجا نمی‌ماند. فقدان نوشته و سابقه مانع مأمورین انتظامی است که بتوانند معاملات و نقل و انتقالها را ردگیری کنند. به علاوه، سایر مقامها و مراجع

قانونی نیز نمی‌توانند آنها را مورد حسابرسی، کنترل یا نظارت قرار دهند. به همین دلیل، به منظور شناسایی و در نهایت نظارت بر عملکرد این اشخاص که ممکن است جهت تأمین مالی تروریسم مورد سوء استفاده قرار گیرند، توصیه ششم از توصیه‌های ویژه هشتگانه ناظر بر آنهاست.

به موجب توصیه ششم، «کشورها باید اطمینان یابند به کلیه اشخاص حقیقی یا حقوقی شامل نماینده‌ها که ارائه‌کننده خدمت نقل و انتقال پول یا ارزش آن، از جمله از طریق نظام یا شبکه غیررسمی هستند، با رعایت توصیه‌های گروه اقدام مالی که بر بانکها و مؤسسات مالی غیربانکی اعمال می‌گردد، مجوز اعطا می‌شود یا به ثبت می‌رسند. کشورها باید اطمینان داشته باشند که اشخاص حقیقی یا حقوقی که این خدمت را به طور غیرقانونی ارائه می‌کنند، مشمول ضمانت اجرای اداری، مدنی یا کیفری می‌باشند».

در واقع به عنوان اقدامی پیشگیرانه، گروه اقدام مالی چنین اندیشیده که با اعطای مجوز یا از طریق به ثبت رساندن می‌توان این اشخاص را شناسایی و در مرحله بعد، از آنها خواست که توصیه‌های گروه و نیز مقررات ناظر بر فعالیت را اجرا نمایند و سپس ایشان را کنترل نموده و نظارت و بازرسی کرد.

نتیجه‌گیری

مبارزه با تأمین مالی تروریسم، هدف بزرگی است و موفقیت در این امر بستگی تامی دارد به توانایی کشورها به تصویب مقررات منطبق با استانداردها و بایسته‌های جهانی و همین‌طور برقراری سازوکارهایی برای اجرای کامل این مقررات. کشورهایی که پیشتر مقررات مربوط به مبارزه با پول‌شویی را به تصویب رسانده و به اجرا درآورده‌اند، برای تصویب

مقررات اضافی ناظر بر مبارزه با تأمین مالی تروریسم، کمتر دچار اشکال می‌شوند ولی در مورد انجام اقدامهای اجرایی اضافی شامل ردگیری و تعقیب مرتکبین تأمین مالی تروریسم، لازم است تدابیر جدید اندیشیده شود. ولی آن دسته از کشورها که در هر دو موضوع مبارزه با پول‌شویی و مبارزه با تأمین مالی تروریسم فاقد زیرساخت‌های حقوقی و اداری لازم می‌باشند، حصول نتیجه به مراتب دشوارتر خواهد بود.

کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی*

مقدمه

کشورهای عضو این کنوانسیون،

- با نگرانی از جدی بودن چالشها و تهدیدهای ناشی از فساد مالی برای ثبات و امنیت جوامع، تضعیف مؤسسات و ارزشهای مردم سالاری، منزلتهای اخلاقی، عدالت اجتماعی و به خطر افتادن روند توسعه پایدار و حکومت قانون؛

- نیز با نگرانی از ارتباط بین فساد مالی و سایر اشکال جرایم و بویژه جرایم سازمان‌یافته و جرایم اقتصادی و از جمله پول شویی؛
- نیز با نگرانی درباره خلافکارهای وسیع مالی که می‌تواند بخش عمده‌ای از منابع اقتصادی دولتها را درگیر کرده و ثبات سیاسی و توسعه پایدار کشورها را به مخاطره افکند؛

- با اعتقاد به این که امروزه فساد مالی معضلی محلی نبوده بلکه پدیده‌ای است فرامرزی که پی‌آمدهای آن کلیه جوامع و اقتصادها را

*. متن انگلیسی این کنوانسیون از پایگاه اینترنتی سازمان ملل متحد به نشانی زیر گرفته و توسط آقای محمدجواد میرفخرایی پژوهشگر دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی به فارسی برگردانده شده است.
www.un.org

تحت الشعاع خود قرار می‌دهد و جلوگیری و کنترل آن همکاری وسیع بین‌المللی را می‌طلبد؛

– نیز با اعتقاد به ضرورت اتخاذ روشی جامع و همه‌جانبه برای جلوگیری و مبارزه مؤثر با فساد مالی؛

– همچنین با تصدیق این‌که وجود کمک‌های فنی می‌تواند نقش مهمی را در تقویت توانایی کشورها، از جمله از طریق رشد ظرفیت‌ها و تأسیس نهادهای جدید، در جلوگیری و مبارزه مؤثر با فساد مالی ایفا کند؛

– با اعتقاد به این‌که انباشت نامشروع ثروت شخصی می‌تواند نهادهای مردم‌سالار، اقتصادهای ملی و حکومت قانون را با خطر جدی روبرو سازد؛

– با عزم راسخ برای جلوگیری، ردیابی و مبارزه هرچه کاراتر با جابجایی بین‌المللی ثروت‌های حاصله از طرق نامشروع و تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای استرداد این‌گونه ثروت‌ها؛

– با پذیرش اصول اساسی رعایت تشریفات قانونی در دادرسی‌های کیفری و نیز دادرسی‌های مدنی و اداری برای احراز حقوق مالکانه؛

– با عنایت به این‌که جلوگیری و ریشه‌کنی فساد مالی وظیفه کلیه کشورها بوده و کلیه کشورها باید در نیل به این هدف با یکدیگر همکاری نمایند و در صورت لزوم از پشتیبانی و مشارکت افراد و گروه‌های خارج از حاکمیت، از قبیل نهادهای جامعه مدنی، سازمانهای غیردولتی و مردمی بهره‌مند گردند؛

– با در نظر داشتن اصول مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی، عدالت، پاسخگویی، مساوات در برابر قانون، لزوم صیانت از ارزشهای اخلاقی و رشد فرهنگ نزاهت مالی؛

– با تمجید از کار کمیسیون جلوگیری از جرم و بسط عدالت کیفری

و اقدامات دفتر مواد مخدر و جرم وابسته به سازمان ملل متحد برای جلوگیری و مبارزه با فساد مالی؛

- با یادآوری فعالیتهای انجام شده توسط دیگر سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای در این زمینه، از جمله اقدامات اتحادیه افریقایی، شورای اروپا، شورای همکاریهای گمرکی (یا سازمان گمرکات جهانی)، اتحادیه اروپا، اتحادیه عرب، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی و سازمان کشورهای امریکایی؛

- با یادآوری و تقدیر از اسناد چندجانبه کنونی برای جلوگیری و مبارزه با فساد مالی، از جمله کنوانسیون سازمان کشورهای امریکایی در ممنوعیت فساد مصوب ۲۹ مارس ۱۹۹۶، کنوانسیون مبارزه با فساد مالی ارتكابی توسط مقامات کشورهای اروپایی و یا مقامات کشورهای عضو اتحادیه اروپا مصوب شورای اتحادیه اروپا در ۲۶ مه ۱۹۹۷، کنوانسیون مبارزه با ارتشای مقامات دولتی خارجی در معاملات تجاری بین‌المللی مصوب سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در ۲۱ نوامبر ۱۹۹۷، کنوانسیون حقوق کیفری درباره فساد مالی مصوب کمیته وزیران شورای اروپا در ۲۷ ژانویه ۱۹۹۹، کنوانسیون حقوق مدنی درباره فساد مالی مصوب کمیته وزیران شورای اروپا در ۴ نوامبر ۱۹۹۹، و کنوانسیون اتحادیه افریقا راجع به جلوگیری و مبارزه با فساد مالی مصوب سران کشورها و دولتهای عضو اتحادیه افریقا در ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۳.

با حسن استقبال از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون ملل متحد در مبارزه با جرایم سازمان یافته فرامرزی در تاریخ ۲۹ سپتامبر ۲۰۰۳، مراتب زیر را مورد توافق قرار داده‌اند:

فصل یک

موادّ عمومی

مادّه ۱: هدف

اهداف این کنوانسیون عبارتند از:

- (الف) ارتقا و تحکیم اقدامات بازدارنده و مبارزه با فساد مالی به نحوی کاراتر و مؤثرتر،
- (ب) ارتقا، تسهیل و پشتیبانی از همکاریهای بین‌المللی و کمکهای فنی در جهت جلوگیری و مبارزه علیه فساد مالی از جمله در زمینه استرداد اموال و دارایی‌ها،
- (پ) رشد نزاهت مالی، پاسخگویی و مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی.

مادّه ۲: کاربرد واژه‌ها

از لحاظ این کنوانسیون:

- (الف) مقام دولتی یعنی: یک) هر شخص دارای سمت تقنینی، اجرایی، اداری و یا قضایی در کشور عضو کنوانسیون اعم از مقام انتصابی و یا انتخابی، دایمی و یا موقت، حقوق بگیر و یا غیرحقوق بگیر، قطع نظر از درجه ارشدیت وی؛ دو) هر شخص دیگری که متصدی انجام وظیفه‌ای دولتی است از جمله شخص شاغل در یک نهاد دولتی و یا شرکت عمومی و یا کسی که عهده‌دار ارائه خدمتی عمومی است به گونه‌ای که در حقوق داخلی کشور عضو کنوانسیون تعریف شده و در قوانین ذیربط آن کشور کاربرد یافته است؛ سه) هر شخص دیگری که در قوانین داخلی کشور عضو به عنوان «مقام دولتی» توصیف گردیده است. مع‌ذلک، به برخی

اقدامات خاص مندرج در فصل دوم این کنوانسیون، «مقام دولتی» می‌تواند به معنای هر شخصی باشد که انجام وظیفه‌ای دولتی و یا ارائه خدمتی عمومی را به شرح منعکس در قوانین داخلی کشور عضو کنوانسیون و قوانین ذیربط کشور مزبور عهده‌دار می‌باشد؛

(ب) «مقام دولتی خارجی» یعنی هر شخص دارای سمت تقنینی، اجرایی، اداری و یا قضایی یک کشور خارجی، اعم از مقام انتصابی و یا انتخابی و هر شخص متصدی وظیفه‌ای دولتی برای کشور خارجی از جمله شخص شاغل در یک نهاد دولتی و یا شرکت عمومی؛

(پ) «مقام یک سازمان بین‌المللی عمومی» یعنی کارمند یک سازمان بین‌المللی و یا هر شخصی که از جانب چنین سازمانی مجاز به اقدام از طرف آن سازمان می‌باشد؛

(ت) «دارایی» یعنی اموال در هر شکل آن، اعم از عینی یا غیرعینی، منقول یا غیرمنقول، ملموس یا غیرملموس و اسناد قانونی و یا اوراق دال بر مالکیت و یا ذی‌سهم بودن در این گونه اموال؛

(ث) «عواید حاصل از جرم» یعنی هرگونه دارایی ناشی و یا حاصل از ارتکاب بزه، اعم از مستقیم یا غیرمستقیم؛

(ج) «انسداد» و یا «توقیف» یعنی ممنوعیت موقت انتقال، تبدیل، هرگونه تعیین تکلیف و یا جابجایی اموال و یا ضبط و یا سرپرستی موقت اموال بر مبنای دستور صادره از دادگاه و یا مرجع صلاحیتدار دیگر؛

(چ) «مصادره» که در موارد قابل اعمال ضبط مال را نیز در برمی‌گیرد، یعنی محرومیت دائم از دارایی بر مبنای دستور صادره از دادگاه و یا مرجع صلاحیتدار دیگر؛

(ح) «جرم اصلی» یعنی هرگونه بزه‌ای که در نتیجه ارتکاب آن عوایدی تولید شده که می‌تواند موضوع جرم تعریف شده در ماده ۲۳

کنوانسیون حاضر قرار گیرد؛

(خ) «نقل و انتقالات کنترل شده» یعنی شگردهای رد کردن محموله‌های غیرمجاز و یا مشکوک به خارج، از مسیر و یا به داخل سرزمین یک یا چند کشور با آگاهی و تحت نظارت مراجع صلاحیتدار آنها به قصد تحقیق و تفحص درباره یک جرم و شناسایی اشخاص ذی‌مدخل در ارتکاب بزه.

ماده ۳: گستره اجرا

۱- کنوانسیون حاضر طبق شرایط مندرج در آن نسبت به جلوگیری، تحقیق و تفحص و پیگرد قانونی فساد مالی و انسداد، توقیف، مصادره و استرداد عواید حاصله از جرایم تعریف شده در این کنوانسیون اجرا خواهد شد.

۲- به غیر از مواردی که استثنا شده، برای اجرای این کنوانسیون نسبت به جرایم مشروحه در آن ورود خسارت و یا صدمه به اموال دولت شرط نیست.

ماده ۴: حفظ حاکمیت

۱- کشورهای عضو کنوانسیون تعهدات خود طبق این کنوانسیون را به ترتیبی که با اصول تساوی حاکمیت و تمامیت ارضی کشورها و نیز عدم مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر سازگار باشد، به اجرا خواهند گذاشت.

۲- هیچ‌یک از مفاد این کنوانسیون به کشور عضو اجازه نخواهد داد تا در سرزمین کشور دیگر به اجرای حقوق و وظایفی مبادرت ورزد که اجرای آنها به موجب قوانین داخلی کشور دیگر در صلاحیت انحصاری مقامات خود آن کشور است.

فصل دو

تدابیر بازدارنده

مادّه ۵: سیاست‌ها و روش‌های بازدارنده ضدّ فساد مالی

۱- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، سیاست‌های مؤثر و هماهنگی را برای ریشه کن کردن فساد مالی تنظیم، اجرا و یا تثبیت خواهد کرد. سیاست‌های مزبور مشارکت آحاد جامعه را در این امر تقویت نموده و اصول حاکمیت قانون، مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی، نزاهت مالی، شفافیت و پاسخگویی در برابر قانون را بازتاب خواهد نمود.

۲- هریک از کشورهای عضو در جهت نهادینه کردن و تقویت روش‌های کارا برای جلوگیری از فساد مالی تلاش خواهد کرد.

۳- هریک از کشورهای عضو کوشش خواهد کرد اسناد قانونی و تدابیر اجرایی موجود را مرتباً ارزیابی و از کافی بودن آنها برای جلوگیری و مبارزه علیه فساد مالی اطمینان حاصل نماید.

۴- کشورهای عضو عندالاقضاء و با رعایت اصول اساسی نظامهای حقوقی خود، با یکدیگر و با سازمانهای ذیربط بین‌المللی و منطقه‌ای در جهت تقویت و به روز کردن تدابیر مورد اشاره در این ماده همکاری خواهند کرد. این همکاری می‌تواند مشارکت در برنامه‌ها و پروژه‌های بین‌المللی را با هدف جلوگیری از فساد مالی در برگیرد.

مادّه ۶: نهاد یا نهادهای بازدارنده ضدّ فساد مالی

۱- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، از وجود نهاد و در صورت نیاز، نهادهایی برای مبارزه با فساد مالی

منجمله از طرق زیر اطمینان حاصل خواهد نمود:

- (الف) اجرای سیاست‌های مورد اشاره در ماده ۵ کنوانسیون حاضر و در صورت ضرورت نظارت و هماهنگ‌سازی اجرای آن سیاست‌ها؛
- (ب) بسط و انتشار آگاهیه‌های لازم برای مبارزه با فساد مالی.
- ۲- هریک از کشورهای عضو با توجه به اصول اساسی نظام حقوقی خود برای نهاد و یا نهادهای مذکور در بند ۱ این ماده استقلال لازم را خواهد شناخت تا این نهاد و یا نهادها بتوانند به وظایف خود به نحو مؤثر و بدون هیچ‌گونه اعمال نفوذ ناروا عمل کنند. برای این منظور باید منابع مالی و کادر تخصصی لازم و در صورت نیاز دوره‌های آموزشی برای این کارکنان جهت ایفای مطلوب وظایف خود تأمین و پیش‌بینی گردد.
- ۳- هریک از کشورهای عضو نام و نشانی مرجع و یا مراجعی را که می‌تواند به دیگر کشورهای عضو در جهت تنظیم و اجرای تدابیر خاص جلوگیری از فساد مالی مساعدت نماید، در اختیار دبیرکل سازمان ملل متحد قرار خواهد داد.

ماده ۷: بخش دولتی

- ۱- هریک از کشورهای عضو در صورت اقتضا و با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، نسبت به تصویب، برقراری و تقویت روش‌هایی جهت استخدام، گمارش، نگهداشت، ترفیع و بازنشستگی مستخدمان کشوری و در صورت نیاز مأموران دولتی غیرانتخابی تلاش خواهد کرد. این روشها:
- (الف) بر اصول کارایی، شفافیت و ملاکهای عینی از قبیل شایستگی، انصاف و تناسب استوارند؛
- (ب) برای گزینش و آموزش افراد جهت تصدی پستهای دولتی در معرض خطر فساد مالی و در صورت لزوم انتقال متصدیان این پستها به

پستهای دیگر ترتیبات مناسب را پیش‌بینی خواهند کرد؛
(پ) با توجه به سطح توسعه اقتصادی کشور عضو، پرداخت
حق‌الزحمه مکفی و تنظیم جداول حقوقی منصفانه را برای کارکنان مزبور
تشویق می‌کنند؛

(ت) برای توانمند کردن این افراد به ایفای صحیح، دقیق و
شرافتمندانه مسؤولیت‌های دولتی خود برگزاری دوره‌های آموزشی و
کارآموزی را تعمیم بخشیده و برای ارتقاء سطح آگاهی ایشان از خطرات
انحراف مالی در حین اجرای وظایف، آموزشهای تخصصی و مناسب ارائه
می‌نمایند. این‌گونه برنامه‌ها می‌تواند به آیین‌نامه‌ها و یا ضوابط رفتاری در
زمینه‌های ذیربط اشاره و استناد کند.

۲- هریک از کشورهای عضو، همچنین تصویب تدابیر تقنینی و
اجرایی را در چارچوب اهداف کنوانسیون حاضر و با رعایت اصول اساسی
حقوق داخلی خود، جهت عملی کردن ضوابط مربوط به اعلام نامزدی برای
تصدی و انتخاب به سمت دولتی مورد توجه قرار خواهد داد.

۳- هریک از کشورهای عضو همچنین اتخاذ تدابیر تقنینی و اجرایی
مناسب را در چارچوب اهداف کنوانسیون حاضر و با رعایت اصول اساسی
حقوق داخلی خود، جهت هرچه شفاف‌تر کردن منابع مالی فعالیت انتخاباتی
نامزدهای سمتهای دولتی و در صورت اقتضا منابع مالی احزاب سیاسی مورد
توجه قرار خواهد داد.

۴- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی
خود، در جهت تصویب، تثبیت و تقویت ساز و کارهایی جهت هرچه
شفاف‌تر شدن و جلوگیری از تضاد منافع تلاش خواهد کرد.

ماده ۸: آیین رفتار مقامات دولتی

۱- به منظور مبارزه با فساد مالی، هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود از جمله نسبت به تقویت و رشد معنویات، درستکاری و بسط فرهنگ پاسخگویی در میان مقامات دولتی خود اهتمام خواهد ورزید.

۲- بالاخص هریک از کشورهای عضو تلاش خواهد نمود تا در چارچوب ساختارهای اداری و قانونی خود، آیین‌نامه‌ها و ضوابط رفتار درست، شرافتمندانه و پاک را در ایفای مسؤولیتهای دولتی به اجرا گذارد.

۳- به منظور اجرای مفاد این ماده، هریک از کشورهای عضو در صورت اقتضا و با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، ابتکارات زیربط سازمانهای منطقه‌ای، درون منطقه‌ای و چند جانبه، از قبیل آیین رفتار بین‌المللی مقامات دولتی مندرج در الحاقیه قطعنامه ۵۱/۵۹ مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد را ملحوظ نظر قرار خواهد داد.

۴- هریک از کشورهای عضو همچنین با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، برقراری تدابیر و روشهایی را در جهت تسهیل گزارش مفاسد مالی توسط مقامات دولتی به مراجع صلاحیتدار پس از آگاهی از این موارد در حین اجرای وظایف خود، مورد توجه قرار خواهد داد.

۵- هریک از کشورهای عضو در صورت اقتضا و با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، با برقراری تدابیر و ساز و کارهایی مقامات دولتی را ملزم خواهد ساخت تا فعالیتهای متفرقه خود، رابطه استخدامی، سرمایه‌گذاریها، دارایی‌ها و هدایا و یا مزایایی را که می‌تواند با ایفای سمت دولتی ایشان اصطکاک منافی داشته باشد، به مراجع زیربط اعلام نمایند.

۶- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، اتخاذ تدابیر انضباطی و یا تدابیر دیگر را جهت برخورد با مقامات

دولتی متخلف از آیین‌ها و ضوابط رفتاری مندرج در این ماده مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۹: خریدهای دولتی و مدیریت وجوه عمومی

۱- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، اقدامات لازم را به منظور ایجاد روشهای مناسب در انجام خریدهای دولتی بر مبنای شفافیت، رقابت و ضوابط عینی در تصمیم‌گیری جهت جلوگیری مؤثر از فساد مالی اتخاذ خواهد کرد. در این روشها از جمله موارد زیر ملحوظ واقع خواهند شد:

(الف) انتشار عمومی اطلاعات مربوط به تشریفات و قراردادهای خرید، از جمله اطلاعات مربوط به مناقصه‌های دولتی و اطلاعات ذیربط و یا مربوط به اعطای قراردادها جهت دادن وقت کافی به شرکت‌کنندگان بالقوه در مناقصه برای تنظیم و تسلیم پیشنهاد خود؛

(ب) تنظیم پیشاپیش شرایط و مقررات شرکت در مناقصه‌های دولتی از جمله شرایط گزینش و واگذاری قرارداد و مقررات تسلیم پیشنهاد و انتشار آنها جهت آگاهی عموم؛

(پ) استفاده از ضوابط عینی و از قبل تعیین شده جهت تصمیم‌گیری در مورد خریدهای دولتی به منظور تسهیل واریسی بعدی از کاربرد صحیح مقررات و یا تشریفات مزبور؛

(ت) تثبیت ساز و کار مؤثری برای تحقیق داخلی از جمله برقراری طریقه مؤثر پژوهش‌خواهی به منظور اطمینان از رجوع و جبران قانونی در صورت تخطی از مقررات و تشریفات پیش‌بینی شده در این بند؛

(ث) عندالاقضاء، پیش‌بینی تدابیری جهت قانونمند کردن و تنظیم رفتار مسؤولان خریدهای دولتی از قبیل الزام آنها به اعلام نفع احتمالی خود

در خریدهای خاص، شفاف کردن تشریفات معاملات و طی دوره‌های آموزشی؛

۲- هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود تدابیر مناسب را در جهت شفافیت و پاسخگویی در مدیریت وجوه عمومی اتخاذ می‌کند. تدابیر مزبور از جمله مشتملند بر:

(الف) تشریفات تصویب بودجه ملی؛

(ب) گزارش به موقع درآمدها و هزینه‌های عمومی؛

(پ) وجود سیستم‌های کنترل‌کننده حسابداری و حسابرسی و نظارت‌های مربوطه؛

(ت) سیستم‌های کارا و مؤثر مدیریت ریسک و کنترل داخلی؛

(ث) در صورت اقتضای اقدامات اصلاحی در صورت عدم رعایت الزامات و ضوابط یاد شده در این بند.

۳- هر یک از کشورهای عضو تدابیر اداری و اجرایی لازم را در چارچوب اصول اساسی حقوق داخلی خود در جهت حفظ سلامت دفاتر حسابداری، سوابق، صورتحسابهای مالی و یا دیگر اسناد و اوراق مربوط به هزینه‌ها و درآمدهای عمومی و جلوگیری از جعل و دستکاری در این اسناد اتخاذ خواهد کرد.

ماده ۱۰: گزارش به مردم

با توجه به ضرورت مبارزه با فساد مالی، هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، تدابیر لازم را در جهت بالابردن شفافیت در مدیریت تشکیلات دولتی خود از جمله در ارتباط با روند سازماندهی، نحوه اجرای وظایف و تصمیم‌گیری‌ها معمول خواهد داشت. این تدابیر از جمله مشتملند بر:

(الف) تصویب آیین‌ها و یا مقرراتی به منظور ممکن ساختن مراجعه مستقیم آحاد مردم، در صورت اقتضا به اطلاعات مربوط به روند سازماندهی، اجرای وظایف و تصمیم‌گیری‌های تشکیلات دولتی و نیز به تصمیمات و اقدامات قانونی مربوط به مردم با رعایت کامل حفظ اسرار و اطلاعات شخصی؛

(ب) حذف تشریفات اداری در صورت اقتضا به منظور تسهیل دسترسی مردم به مقامات صلاحیتدار تصمیم‌گیرنده؛ و
(پ) اطلاع‌رسانی به مردم از جمله انتشار گزارشهای دوره‌ای درباره لغزشگاههای مالی در مدیریت تشکیلات دولتی.

ماده ۱۱: تدابیر مربوط به تشکیلات قضایی و دادسرا

۱- با توجه به استقلال قوه قضاییه و نقش حساس آن در مبارزه با فساد مالی، هریک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود و بدون خدشه به استقلال قضایی کشور، تدابیر لازم را برای تقویت مبانی اخلاقی و از میان برداشتن لغزشگاههای فساد مالی بین اعضا و دست‌اندرکاران قوه قضاییه اتخاذ خواهد کرد. تدابیر مزبور می‌تواند شامل وضع مقرراتی در ارتباط با آیین رفتار اعضای قوه قضاییه باشد.
۲- در دادسراهای کشورهای عضو که در آنها دادسرا تابع قوه قضاییه نبوده بلکه از شخصیتی مستقل برخوردار است، می‌تواند تدابیر مشابهی با تدابیر پیش‌بینی شده در بند ۱ این ماده اتخاذ و اجرا گردد.

ماده ۱۲: بخش خصوصی

۱- هر یک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، تدابیری را برای جلوگیری از فساد مالی در بخش خصوصی، تقویت

استانداردهای حسابداری، حسابرسی در بخش خصوصی و در صورت اقتضا وضع مجازاتهای مؤثر، متناسب و بازدارنده مدنی، اداری و یا کیفری در قبال تخلف از تدابیر مزبور اتخاذ خواهد کرد.

۲- تدابیر متّخذ برای نیل به این اهداف از جمله مشتملند بر:

(الف) تقویت همکاری بین نهادهای مجری قانون و ارگانهای

خصوصی ذیربط؛

(ب) همگانی‌سازی اجرای ضوابط و آیین‌هایی با هدف تضمین

درستکاری مالی در واحدهای خصوصی از جمله وضع آیین‌نامه‌های رفتاری به منظور ایفای صحیح، شرافتمندانه و دقیق فعالیتهای تجاری و کلیه اقدامات مربوطه و جلوگیری از تضاد منافع و نیز نهادینه کردن استفاده از رویه‌های تجاری درست بین شرکتهای خصوصی و نیز در روابط قراردادی این شرکتها با دولت؛

(پ) تقویت شفافیت بین نهادهای خصوصی از جمله در صورت

اقتضا تدابیر مربوط به شناسایی هویت اشخاص حقیقی و حقوقی درگیر در تأسیس و اداره شرکتهای خصوصی؛

(ت) جلوگیری از سوءاستفاده از تشریفات اداری نهادهای خصوصی

از جمله تشریفات مربوط به یارانه‌ها و مجوزهای اعطا شده توسط مراجع دولتی برای فعالیتهای تجاری؛

(ث) جلوگیری از تضاد منافع از طریق وضع محدودیتهای متناسب و

مدت دار نسبت به فعالیتهای حرفه‌ای مقامات دولتی پیشین و یا منع استخدام مقامات دولتی توسط بخش خصوصی پس از استعفا و یا بازنشستگی ایشان، در صورتی که فعالیتها و یا استخدام مزبور مستقیماً با سمتهای تحت تصدی و یا نظارت مقامات دولتی مزبور در طول دوره خدمت ایشان در ارتباط باشد؛

(ج) حصول اطمینان از این که شرکتهای خصوصی به تناسب ساختار

و حجم خود از اهرمهای کنترل حسابرسی داخلی برای جلوگیری و ردیابی سوءاستفاده‌های مالی برخوردار بوده و حسابها و صورتحسابهای مالی شرکت‌های خصوصی مشمول تشریفات حسابرسی و محاسباتی مناسب قرار دارد.

۳- به منظور جلوگیری از فساد مالی هر یک از کشورهای عضو تدابیر لازم را با رعایت قوانین و مقررات داخلی خود در خصوص نگهداری دفاتر و سوابق، اعلان صورتحسابهای مالی و ضوابط حسابداری و حسابرسی برای ممنوعیت اقدامات زیر در جهت ارتکاب هر یک از جرایم مذکور در این کنوانسیون معمول خواهد داشت:

(الف) گشایش حسابهای خارج از دفاتر؛

(ب) انجام معاملات خارج از دفاتر مالی و یا بدون شفافیت کافی؛

(پ) ثبت هزینه‌های غیر موجود در دفاتر مالی؛

(ت) وارد کردن اقلامی در ستون بدهی با مشخصات نادرست از

موضوع آنها؛

(ث) استفاده از اسناد ساختگی؛

(ج) از بین بردن عمدی اسناد دفترداری زودتر از زمانی که در قانون

پیش‌بینی شده است.

۴- هریک از کشورهای عضو کسر کردن هزینه‌های انجام شده

برای پرداخت رشوه، به شرح منعکس در جرایم مندرج در مادتين ۱۵ و ۱۶

کنوانسیون حاضر، و در صورت اقتضا کسر سایر مخارج متحمل به منظور

ارتکاب تخلفات مالی را از مالیات ممنوع اعلام خواهد کرد.

ماده ۱۳: مشارکت جامعه

۱- هریک از کشورهای عضو در حدود توانایی و با رعایت اصول

اساسی حقوق داخلی خود، تدابیر شایسته را در جهت تقویت مشارکت فعال افراد و گروههای خارج از بخش دولتی، از قبیل نهادهای جامعه مدنی، سازمانهای غیر دولتی و ارگانهای برخاسته از متن مردم، برای جلوگیری و ریشه کن کردن فساد مالی و ارتقای سطح آگاهی عمومی در مورد وجود، عوامل و شدت و خطرات ناشی از فساد مالی اتخاذ خواهد کرد. این مشارکت با تدابیری از نوع زیر تقویت خواهد شد:

(الف) شفاف تر کردن و تقویت حضور مردم در روندهای تصمیم گیری؛

(ب) حصول اطمینان از دسترسی مؤثر آحاد مردم به اطلاعات؛

(پ) انجام فعالیتهای اطلاع رسانی عمومی در جهت عدم مدارا با مفاسد مالی و نیز پیش بینی برنامه های آموزش عمومی از جمله در مواد درسی مدارس و دانشگاهها؛

(ت) احترام، بسط و حمایت از آزادی تحصیل، دریافت، انتشار و پخش اطلاعات مربوط به مفاسد مالی. آزادی مزبور می تواند محدود باشد ولی این حدود از آنچه در قانون مقرر شده و برای موارد زیر لازم است تجاوز نمی کند:

(یک) احترام به حقوق و حیثیت دیگران و

(دو) حمایت از امنیت ملی، نظم عمومی، بهداشت همگانی و یا اخلاق حسنه.

۲- هریک از کشورهای عضو با اتخاذ تدابیر شایسته اطمینان حاصل خواهد کرد که نهادهای مبارزه با مفاسد مالی مذکور در این کنوانسیون برای عموم مردم شناخته شده می باشند و آحاد مردم می توانند به این نهادها برای گزارش هرگونه رویدادی که ممکن است به موجب تعاریف مندرج در کنوانسیون حاضر عنوان مجرمانه داشته باشد، مراجعه کنند.

ماده ۱۴: اقدامات برای جلوگیری از پول شویی

۱- هریک از کشورهای عضو:

(الف) به منظور جلوگیری و ردیابی کلیه اشکال پول شویی، رژیم مدیریتی و ارشادی فراگیری را برای نظارت بر کار بانکها و مؤسسات مالی غیر بانکی از جمله اشخاص حقیقی و یا حقوقی دست اندرکار در ارائه خدمات رسمی و یا غیررسمی انتقال پول و یا اعتبار، و در صورت اقتضا برای کنترل فعالیت سایر نهادهای در معرض پول شویی تأسیس خواهد کرد. رژیم مزبور بر مقررات مربوط به تشخیص هویت مشتریان و در صورت اقتضا سهامداران، نگهداری سوابق و گزارش معاملات مشکوک تأکید خواهد ورزید؛

(ب) بدون خدشه به مفاد ماده ۴۶ کنوانسیون حاضر، اطمینان حاصل خواهد نمود که مراجع اجرایی، اداری، قانونی و انتظامی و سایر نهادهای فعال در مبارزه با پول شویی (از جمله مراجع قضایی در صورت جواز قوانین داخلی) از توانایی همکاری و مبادله اطلاعات در سطوح ملی و بین‌المللی در چارچوب شرایط مقرر در قوانین داخلی کشور عضو برخوردار بوده و برای نیل به این هدف ایجاد یک واحد اطلاعاتی مالی را به عنوان مرکز ملی گردآوری، تجزیه و تحلیل و توزیع اطلاعات مربوط به پول شویی مورد توجه قرار خواهد داد.

۲- کشورهای عضو اجرای تدابیر مناسب را برای ردیابی و کنترل جابجایی وجوه نقد و اوراق بهادار در سرتاسر مرزهای خود به شرط تأمین به بهره‌گیری درست از اطلاعات و بدون مانع تراشی بر سر راه انتقال سرمایه‌های مشروع، مورد توجه قرار خواهند داد. این تدابیر می‌تواند اشخاص و شرکتها را مکلف کند تا انتقال مبالغ عمده پول نقد و اوراق بهادار را به خارج از کشور گزارش نمایند.

۳- کشورهای عضو تدابیر شایسته و عملی را برای ملزم ساختن مؤسسات مالی و از جمله حواله کنندگان پول به موارد زیر معمول خواهند داشت:

(الف) درج اطلاعات صحیح و دقیق درباره حواله پول در فرم‌های مخصوص انتقال الکترونیک پول و پیامهای مربوط؛
(ب) حفظ اطلاعات مزبور در طول زنجیره پرداخت؛ و
(پ) اعمال کنترل‌های دقیق نسبت به انتقال وجوهی که فاقد اطلاعات کامل مربوط به حواله کنندگان است.

۴- برای ایجاد یک رژیم مدیریتی و نظارتی داخلی طبق مفاد این ماده، و بدون خدشه به سایر مواد کنوانسیون حاضر از کشورهای عضو درخواست می‌گردد تا ابتکارات سازمانهای ذیربط منطقه‌ای، درون منطقه‌ای و چند جانبه را در مبارزه با پول شویی نصب‌العین خود قرار دهند.
۵- کشورهای عضو تلاش خواهند کرد تا همکاری جهانی، منطقه‌ای، درون منطقه‌ای و دوجانبه را بین مراجع و نهادهای قضایی، انتظامی و مالی خود توسعه و تحکیم بخشند.

فصل سه

اطلاق عنوان مجرمانه و اجرای قانون

ماده ۱۵: پرداخت رشوه به مقامات عمومی کشوری
هریک از کشورهای عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اعمال زیر اتخاذ خواهد کرد:
(الف) وعده، پیشنهاد و یا دادن امتیازی ناروا به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به یک مقام دولتی به نفع خود مقام مزبور و یا شخص و یا نهاد

دیگر، به قصد ترغیب آن مقام به انجام و یا خودداری از انجام عملی که از وظایف رسمی او محسوب می‌گردد؛ و

(ب) درخواست و یا پذیرش مستقیم و یا غیرمستقیم امتیازی ناروا توسط یک مقام دولتی به نفع شخص خود و یا شخص و یا نهاد دیگر، به قصد انجام و یا خودداری از انجام عملی که از وظایف رسمی او محسوب می‌گردد.

ماده ۱۶: پرداخت رشوه به مقام دولتی خارجی و مقامات سازمانهای بین‌المللی عمومی

۱- هریک از کشورهای عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی وعده، پیشنهاد و یا دادن امتیازی ناروا به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به یک مقام دولتی خارجی و یا مقام یک سازمان بین‌المللی عمومی به نفع خود مقام مزبور و یا شخص و یا نهاد دیگر، به قصد ترغیب آن مقام به انجام و یا خودداری از انجام وظایف قانونی خود و نیز به قصد تحصیل و یا حفظ موقعیت تجاری و یا منافع ناروای دیگر در ارتباط با روند بازرگانی بین‌المللی اتخاذ خواهد کرد.

۲- هریک از کشورهای عضو اتخاذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن درخواست و یا پذیرش عمدی امتیازی ناروا، به طور مستقیم و یا غیرمستقیم، توسط یک مقام دولتی خارجی و یا مقام یک سازمان بین‌المللی عمومی به نفع خود و یا شخص و یا نهاد دیگر، به قصد انجام و یا خودداری از انجام وظایف رسمی خود مورد توجه قرار خواهد داد.

مادّه ۱۷: اختلاس، حیف و میل و یا سایر خلافاکاریهای مالی توسط یک مقام دولتی

هریک از کشورهای عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اختلاس، حیف و میل و یا سایر خلافاکاریهای مالی در اموال، وجوه عمومی و یا خصوصی و یا اوراق بهادار دولتی و یا هرگونه مال دیگری که حسب سمت و وظیفه به مقام دولتی مزبور سپرده شده است، توسط آن مقام دولتی به نفع خود و یا شخص و یا نهاد دیگر، اتخاذ خواهد کرد.

مادّه ۱۸: اعمال نفوذ در معاملات

هریک از کشورهای عضو اتخاذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اقدامات زیر مورد توجه قرار خواهد داد: (الف) وعده، پیشنهاد و یا دادن امتیازی ناروا به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به یک مقام دولتی و یا به هر شخص دیگر به قصد این که مقام دولتی و یا شخص مزبور از نفوذ واقعی و یا اعتباری خود در جهت کسب امتیازی ناروا از یک سازمان و یا نهاد عمومی کشور عضو به نفع محرک اصلی عمل و یا به نفع هر شخص دیگر سوءاستفاده کند؛

(ب) درخواست و یا پذیرش مستقیم و یا غیرمستقیم امتیازی ناروا به طور مستقیم و یا غیرمستقیم توسط یک مقام دولتی و یا هر شخص دیگر به نفع خود مقام مزبور و یا هر شخص دیگر به قصد این که آن مقام دولتی و یا شخص مزبور از نفوذ واقعی و یا اعتباری خود در جهت کسب امتیازی ناروا از یک سازمان و یا نهاد عمومی کشور عضو سوء استفاده کنند.

مادۀ ۱۹: سوءاستفاده از وظایف

هریک از کشورهای عضو اتخاذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی سوءاستفاده از وظایف و یا سمت و به عبارت دیگر انجام و یا عدم انجام عملی توسط یک مقام دولتی در حین انجام وظیفه برخلاف قوانین و به منظور کسب امتیازی ناروا برای خود و یا شخص و یا نهاد دیگر مورد توجه قرار خواهد داد.

مادۀ ۲۰: ثروتهای نامشروع

هریک از کشورهای عضو با رعایت قانون اساسی و اصول اساسی نظام حقوقی خود، اتخاذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ثروت اندوزی مقامات دولتی از طریق توسل عمدی به طرق نامشروع، و به عبارت دیگر افزایش قابل ملاحظه در دارایی یک مقام دولتی به گونه‌ای که وی منطقاً قادر به توجیه آن با توجه به دریافتی قانونی خود نباشد، مورد توجه قرار خواهد داد.

مادۀ ۲۱: پرداخت رشوه در بخش خصوصی

هریک از کشورهای عضو اتخاذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اعمال زیر در جریان فعالیت‌های اقتصادی، مالی و یا تجاری مورد توجه قرار خواهد داد:

(الف) وعده، پیشنهاد و یا دادن مستقیم و یا غیرمستقیم امتیازی ناروا به مدیر و یا کارمند شاغل در یک ارگان بخش خصوصی، در هر سمتی که باشد، به نفع خود وی و یا شخص دیگر به قصد ترغیب وی به انجام و یا خودداری از انجام عملی برخلاف وظایف خود؛ و

(ب) درخواست و یا پذیرش مستقیم و یا غیرمستقیم امتیازی ناروا

به طور مستقیم و یا غیرمستقیم توسط مدیر و یا کارمند شاغل در یک ارگان بخش خصوصی، در هر سمتی که باشد، به نفع خود و یا شخص دیگر به قصد انجام و یا خودداری از انجام عملی برخلاف وظایف خود.

ماده ۲۲: اختلاس اموال در بخش خصوصی

هر یک از کشورهای عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اختلاس، در جریان فعالیتهای اقتصادی، مالی و یا تجاری توسط مدیران و یا کارکنان ارگان بخش خصوصی در اموال، وجوه خصوصی، اوراق بهادار دولتی و یا هرگونه مال دیگری که حسب سمت به وی سپرده شده، مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۲۳: تطهیر عواید ناشی از جرم

۱- هر یک از کشورهای عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن ارتکاب عمدی اعمال زیر اتخاذ خواهد کرد:

(الف) (یک) تبدیل و یا انتقال اموال با علم به منشأ مجرمانه آنها به قصد اخفا و یا تغییر منشأ نامشروع آن اموال و یا کمک به مجرم اصلی برای فرار از پیآمدهای قانونی عمل خود؛

(دو) اخفا و یا قلب ماهیت اصلی، منشأ، محل، انتقالات، جابجایی و یا مالکیت یا حقوق مربوط به این گونه اموال با علم به منشأ مجرمانه آنها؛
(ب) با رعایت مفاهیم بنیادی نظام حقوقی خود:

(یک) تملک، تصرف و یا استفاده از اموال با علم به منشأ مجرمانه آنها در زمان قبض اموال مزبور؛

(دو) شرکت، معاونت یا تبانی در ارتکاب بزه، شروع به جرم، کمک،

تحریک، تسهیل و تشویق به ارتکاب هر یک از جرایم موضوع این ماده.

۲- از لحاظ اجرا و یا کاربرد بند ۱ این ماده:

(الف) هر کشور عضو تلاش خواهد کرد تا بند ۱ این ماده را به

کلیه مصادیق جرایم اصلی اعمال کند؛

(ب) هر کشور عضو حداقل طیف وسیعی از جرایم موضوعه طبق

این کنوانسیون را به عنوان جرایم اصلی (در قوانین خود) وارد خواهد کرد؛

(پ) از لحاظ اجرای بند فرعی (ب) فوق‌الذکر، جرایم اصلی مشتمل

بر بزه‌های ارتكابی در داخل و یا خارج از سرزمین کشور عضو می‌باشد.

مع‌ذلک جرایم ارتكابی در خارج از سرزمین کشور عضو فقط در صورتی

به عنوان جرایم اصلی شناخته خواهد شد که عمل مزبور طبق قوانین داخلی

کشور محل ارتكاب عنوان مجرمانه داشته و قوانین داخلی کشور عضو

اجراکننده این ماده نیز آن عمل را در صورت ارتكاب در آن سرزمین جرم

قلمداد کند؛

(ت) هر کشور عضو نسخه‌هایی از قوانین خود در تنفیذ مفاد این ماده

و تغییرات به عمل آمده در قوانین مزبور و یا شرحی از آنها را به دبیرکل

سازمان ملل متحد تسلیم خواهد کرد؛

(ث) در صورت اشتراط در اصول اساسی حقوقی داخلی کشور عضو،

جرایم مشروحه در بند ۱ این ماده به مرتکبان جرایم اصلی قابل اعمال نیست.

ماده ۲۴: اخفا

بدون خدشه به مفاد ماده ۲۳ کنوانسیون حاضر، هر کشور عضو

اخذ تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن اخفا عمدی و

یا نگهداری اموال حاصل از جرایم پیش‌بینی شده در این کنوانسیون به

شرط آگاهی از منشأ مجرمانه آنها، و بدون این که شخص خود در ارتكاب

آن جرایم شرکت داشته باشد، مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۲۵: ممانعت از اجرای عدالت

هر کشور عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن اعمال زیر در صورتی که عمداً ارتکاب یافته باشد اتخاذ خواهد کرد:

(الف) استفاده از زور، تهدید و یا ارباب و یا دادن وعده، پیشنهاد و یا امتیاز ناروا به منظور تشویق شخص به ادای شهادت دروغ و یا مداخله در ادای شهادت و یا ارائه دلیل در دعوی مرتبط با ارتکاب جرایم موضوع کنوانسیون حاضر؛ و

(ب) استفاده از زور، تهدید و یا ارباب برای اخلال در اجرای وظایف رسمی توسط یک قاضی و یا مأمور اجرای قانون در ارتباط با ارتکاب جرایم موضوع کنوانسیون حاضر. هیچ یک از مقررات این بند فرعی به حق کشورهای عضو جهت برخورداری از قانونی برای حمایت از دیگر متصدیان مشاغل عمومی خدشهای وارد نخواهد کرد.

ماده ۲۶: مسئولیت اشخاص حقوقی

۱- هر کشور عضو تدابیر لازم را با رعایت اصول حقوقی خود برای احراز مسئولیت اشخاص حقوقی شرکت کننده در جرایم موضوع این کنوانسیون اتخاذ خواهد کرد.

۲- با توجه به اصول حقوقی کشور عضو، مسئولیت اشخاص حقوقی می تواند کیفری، مدنی و یا اداری باشد.

۳- مسئولیت مزبور به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی مرتکب این جرایم خدشهای وارد نخواهد کرد.

۴- هر کشور عضو بویژه مراقبت به عمل خواهد آورد تا اشخاص

حقوقی‌ای که طبق این ماده مسئول شناخته شده‌اند، در معرض مجازاتهای کیفری و غیرکیفری مؤثر، مناسب و بازدارنده و از جمله جرمه‌های مالی قرار گیرند.

ماده ۲۷: شرکت و شروع به جرم

۱- هر کشور عضو در چارچوب قوانین داخلی خود تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن شرکت در جرم در هر سطح و درجه آن، از قبیل مباشرت، معاونت، همکاری و یا تحریک به ارتکاب یکی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون اتخاذ خواهد کرد.

۲- هر کشور عضو در چارچوب قوانین داخلی خود می‌تواند تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن هرگونه شروع به جرم برای ارتکاب یکی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون اتخاذ کند.

۳- هر کشور عضو در چارچوب قوانین داخلی خود می‌تواند تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای جرم شناختن اقدام به تهیه و تأمین وسایل و مقدمات ارتکاب یکی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون اتخاذ کند.

ماده ۲۸: آگاهی، قصد و هدف به عنوان عناصر تشکیل دهنده جرم

آگاهی، قصد یا هدف مورد نظر به عنوان یکی از عناصر تشکیل‌دهنده بزه‌های موضوع این کنوانسیون را می‌توان از اوضاع و احوال و شرایط عینی محیط بر ارتکاب جرم استنباط نمود.

ماده ۲۹: مرور زمان

هر کشور عضو در صورت اقتضا در قوانین داخلی خود یک دوره بلند مدت مرور زمان جرم را برای آغاز رسیدگی به جرایم موضوع این

کنوانسیون، و دوره مرور زمان طولانی‌تری را برای تعلیق مرور زمان مجازات در مواردی که مجرم ادعایی از اجرای عدالت گریخته است، پیش‌بینی و تعیین خواهد کرد.

ماده ۳۰: تعقیب، رسیدگی قضایی و مجازاتها

- ۱- هر کشور عضو برای ارتکاب جرایم موضوع این کنوانسیون مجازاتهایی را که با توجه به شدت آن جرایم تعیین شده، مقرر خواهد کرد.
- ۲- هر کشور عضو با رعایت نظام حقوقی و اصول مشروحه در قانون اساسی خود، تدابیر لازم را برای برقراری و یا حفظ تعادل لازم بین مصونیت‌های قضایی یا امتیازات صلاحیتی اعطا شده به مقامات دولتی خود جهت اجرای وظایف خود و امکان تحقیق، تعقیب و رسیدگی قضایی مؤثر به جرایم موضوع این کنوانسیون، در صورت لزوم، اتخاذ خواهد کرد.
- ۳- هر کشور عضو تلاش خواهد نمود تا اختیارات ویژه پیش‌بینی شده در قوانین داخلی آن کشور در خصوص تعقیب اشخاص مظنون به ارتکاب جرایم موضوع این کنوانسیون به گونه‌ای اجرا گردد که با توجه به ضرورت جلوگیری از ارتکاب بزه‌های مزبور کارایی تدابیر اجرای قانونی در ارتباط با آن جرایم به حداکثر خود برسد.
- ۴- در ارتباط با جرایم موضوع این کنوانسیون، هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود و با عنایت به حق دفاع متهم، تدابیر شایسته را به منظور اطمینان از این که در شرایط مقرر در حکم آزادی متهم تا برگزاری محاکمه و یا پژوهش، ضرورت حضور متهم در رسیدگی‌های کیفری بعدی پیش‌بینی شده است، اتخاذ خواهد کرد.
- ۵- هر کشور عضو در هنگام بررسی احتمال آزادی و یا عفو زود هنگام محکومان به این گونه جرایم، شدت بزه‌های ارتكابی را مطمح نظر

قرار خواهد داد.

۶- هر کشور عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود و با در نظر داشتن اصل برائت، پیش‌بینی روشهایی را برای امکان عزل، تعلیق و یا تغییر محل مأموریت مقام دولتی متهم به ارتکاب یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون مورد توجه قرار خواهد داد.

۷- در صورتی که شدت جرم ارتكابی اقتضا کند، هر کشور عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود روشهایی را پیش‌بینی خواهد کرد که به موجب آنها، محکومان به جرایم موضوع این کنوانسیون به حکم دادگاه و یا هر ترتیب قانونی دیگر برای مدت تعیین شده در قوانین داخلی خود از:

(الف) تصدّی شغل دولتی و

(ب) تصدّی شغل در شرکتی که کلاً یا بعضاً تحت مالکیت دولت است، مسلوب‌الصلاحیت گردند.

۸- بند ۱ این ماده خدشه‌ای به اجرای اختیارات انضباطی توسط مراجع صلاحیتدار علیه کارکنان دولت وارد نخواهد کرد.

۹- هیچ‌یک از مفاد این کنوانسیون، خدشه‌ای به این اصل وارد نخواهد کرد که تعریف بزه‌های موضوع این کنوانسیون و دفاعات قانونی ذیربط و یا دیگر اصول حقوقی حاکم بر قانونی بودن [یا نبودن] عمل ارتكابی به قوانین داخلی کشور عضو اختصاص داشته و این بزه‌ها طبق آن قوانین مورد پیگرد و مجازات قرار خواهند گرفت.

۱۰- کشورهای عضو تلاش خواهند کرد تا بازگشت مجدد محکومان به جرایم موضوع این کنوانسیون را به اجتماع تسهیل کنند.

ماده ۳۱: انسداد، ضبط و مصادره

- ۱- هر کشور عضو تا حدی که نظام حقوق داخلی آن اجازه می‌دهد، کلیه تدابیر لازم را برای مصادره اقامت زیر اتخاذ خواهد کرد:
(الف) عواید حاصله از جرایم موضوع این کنوانسیون و یا اموال دارای ارزش برابر با عواید مزبور،
(ب) اموال، تجهیزات و یا وسایل به کار رفته و یا تهیه شده برای استفاده در ارتکاب جرایم موضوع این کنوانسیون.
- ۲- هر کشور عضو تدابیر لازم را برای امکان شناسایی، ردیابی، انسداد و یا بازداشت هریک از اقامت مذکور در بند ۱ این ماده به منظور مصادره احتمالی آنها اتخاذ خواهد کرد.
- ۳- هر کشور عضو با رعایت حقوق داخلی خود، تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای قانونمند کردن اداره اموال مسدود، بازداشت و یا مصادره شده موضوع بندهای ۱ و ۲ این ماده اتخاذ خواهد کرد.
- ۴- در صورت تغییر و یا تبدیل تمام و یا بخشی از عواید حاصله به مال دیگر، مال دیگر به جای عواید مال مزبور در معرض اقدامات مندرج در این ماده قرار خواهد گرفت.
- ۵- در صورت اختلاط عواید حاصله از جرم با مال به دست آمده از منابع مشروع، مال مزبور، بدون خدشه به اختیارات مربوط به انسداد و یا ضبط، تا اندازه ارزش عواید مخلوط شده قابل مصادره خواهد بود.
- ۶- درآمد و یا سایر منافع ناشی از عواید حاصل از جرم و یا اموالی که این عواید به آن تبدیل و یا تغییر یافته‌اند و یا درآمد و یا منافع حاصل از اموالی که عواید ناشی از جرم با آن مخلوط شده‌اند نیز به همان ترتیب و اندازه عواید ناشی از جرم مشمول تدابیر مورد اشاره در این ماده خواهند بود.
- ۷- از نظر این ماده و ماده ۵۵ این کنوانسیون، هر کشور عضو به

دادگاهها و یا دیگر مراجع صالحه خود اختیار صدور دستور به بانکها را برای در اختیار قراردادن و یا ضبط سوابق مالی و یا تجاری خواهد داد. کشور عضو از مقررات این بند به علت رازداری بانکی سرباز نخواهد زد. ۸- کشورهای عضو می‌توانند امکان الزام مجرم را، تا آن اندازه که چنین الزامی با اصول اساسی حقوق داخلی آنها و نیز با طبع رسیدگیهای قضایی و غیر قضایی سازگار است، به اثبات قانونی بودن منشأ عواید حسب ادعا حاصل از جرم و یا اموال دیگر در معرض مصادره، مورد توجه قرار دهند.

۹- مقررات این ماده نباید به گونه‌ای تفسیر شود که به حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت لطمه وارد کند.

۱۰- هیچ‌یک از مفاد این ماده این اصل را که تدابیر مورد اشاره مطابق و با رعایت مقررات حقوق داخلی هر یک از کشورهای عضو تعریف و اجرا خواهند گردید، مخدوش نخواهد نمود.

ماده ۳۲: حمایت از شهود، کارشناسان و زیاندیدگان

۱- هر کشور عضو تدابیر شایسته را مطابق حقوق داخلی و در حد توانایی خود، به منظور تأمین حمایت مؤثر از شهود و کارشناسانی که در ارتباط با جرایم موضوع این کنوانسیون ادای شهادت می‌کنند و نیز، در صورت لزوم، حمایت از بستگان و دیگر اشخاص نزدیک به آنها در برابر هرگونه انتقام و یا تهدید بالقوه اتخاذ خواهد کرد.

۲- تدابیر پیش‌بینی شده در بند ۱ این ماده، بدون این که به حقوق متهم و از جمله حق برخورداری وی از تشریفات صحیح قانونی خدشه‌ای وارد کند، می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

(الف) برقراری روشهای لازم و عملی برای حمایت فیزیکی از

این گونه اشخاص از قبیل تغییر محل و در صورت نیاز مخفی نگهداشتن و یا افشای محدود اطلاعات مربوط به هویت و محل سکونت ایشان؛

(ب) پیش‌بینی ساز و کار قانونی برای این که شهود و کارشناسان بتوانند گواهی خود را به گونه‌ای ارائه دهند که متضمن سلامت ایشان باشد، مثل امکان ادای شهادت از طریق استفاده از فن‌آوری‌های پیشرفته اطلاعاتی از قبیل ویدئو و یا دیگر وسایل مناسب.

۳- کشورهای عضو عقد قراردادهای و یا توافقات با دیگر کشورها را به منظور جابجایی اشخاص مذکور در بند ۱ این ماده مورد توجه قرار خواهند داد.

۴- مقررات این ماده به اشخاصی نیز که به لحاظ ادای شهادت متحمل ضرر و زیان شده‌اند، اعمال خواهد شد.

۵- هریک از کشورهای عضو با رعایت حقوق داخلی خود، امکان طرح و بررسی نظرات و نگرانی‌های زیاندیدگان را در مراحل گوناگون رسیدگی کیفری علیه مجرمان، به شیوه‌ای که به حق دفاع ایشان لطمه‌ای وارد نیآورد، فراهم خواهد آورد.

ماده ۳۳: حمایت از گزارش‌دهندگان

هر کشور عضو تدابیر شایسته‌ای را در نظام حقوقی داخلی خود به منظور تأمین حمایت از هر شخصی که با حسن نیت و براساس دلایل موجه وقوع جرایم موضوع این کنوانسیون را به مراجع صلاحیتدار گزارش می‌دهد، پیش‌بینی خواهد کرد.

ماده ۳۴: پی‌آمدهای اقدامات فسادآمیز

هر کشور عضو، با احترام کامل به حقوق صحیحاً مکتسبه اشخاص

ثالث، در چارچوب اصول اساسی حقوق داخلی خود تدابیر شایسته را برای برخورد با تبعات فساد مالی اتخاذ خواهد کرد. در این ارتباط، کشورهای عضو می‌توانند در رسیدگی حقوقی خود ارتکاب فساد مالی را به عنوان عامل مؤثری در ابطال و یا فسخ قرارداد، انصراف از امتیازنامه و یا کناره‌گیری از دیگر اسناد مشابه و یا اتخاذ هرگونه اقدام جبرانی دیگر محسوب دارند.

ماده ۳۵: جبران خسارت

هر کشور عضو تدابیر لازم را با رعایت اصول حقوق داخلی خود برای تضمین حق دادخواهی مؤسسات و یا زیاندیدگان از اقدامات فسادآمیز مالی علیه عاملان ورود ضرر به منظور دریافت خسارت اتخاذ خواهد کرد.

ماده ۳۶: مراجع تخصصی

هر کشور عضو با رعایت اصول اساسی نظام حقوقی خود، وجود نهاد و یا نهادها و یا اشخاص متخصص در امر مبارزه با فساد مالی از طریق اجرای قانون را تضمین خواهد کرد. نهاد، نهادها و یا اشخاص مزبور در چارچوب اصول اساسی نظام حقوقی کشور عضو در ایفای وظایف خود به نحو مؤثر و مصون از هرگونه فشار ناروا از استقلال لازم برخوردارند. اشخاص و یا کارکنان نهاد یا نهادهای مزبور باید از آموزش و امکانات مناسب برای اجرای مسؤولیتهای خود بهره‌مند شوند.

ماده ۳۷: همکاری با نهادهای اجرای قانون

۱- هر کشور عضو تدابیر شایسته‌ای را به کار خواهد برد تا اشخاصی را که در ارتکاب یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون شرکت

داشته‌اند به ارائه اطلاعات مفید خود به منظور استفاده در مقاصد تحقیقاتی و اثبات جرم توسط مراجع صلاحیتدار و نیز مساعدتهای واقعی و مشخص به نهادهای اجرای قانون برای محروم ساختن مجرمان از عواید حاصله از جرم و استرداد این گونه عواید تشویق کنند.

۲- هر کشور عضو در موارد مناسب امکان تخفیف مجازات متهمی را که در مرحله تحقیق و یا تعقیب جرایم موضوع این کنوانسیون همکاریهای اساسی ارائه می‌دهد، مورد پیش‌بینی و توجه قرار خواهد داد.

۳- هر کشور عضو با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود، امکان اعطای مصونیت قضایی به شخصی که در امر تحقیق و یا تعقیب جرایم موضوع این کنوانسیون همکاریهای اساسی ارائه می‌دهد، مورد پیش‌بینی و توجه قرار خواهد داد.

۴- حمایت از این اشخاص به گونه مقرر در ماده ۳۲ کنوانسیون حاضر، با رعایت تغییرات ضروری، صورت خواهد گرفت.

۵- چنانچه شخص مذکور در بند ۱ این ماده که در یکی از کشورهای عضو سکونت دارد بتواند همکاریهای اساسی با مراجع صلاحیتدار کشور عضو دیگر انجام دهد، کشورهای عضو ذیربط می‌توانند با رعایت حقوق داخلی خود تنظیم قرارداد و ترتیباتی را در خصوص اعطای بالقوه تسهیلات مندرج در بندهای ۲ و ۳ این ماده توسط دیگر کشور عضو مورد توجه قرار دهند.

ماده ۳۸: همکاری بین نهادهای ملی

هر کشور عضو تدابیر لازم را با رعایت حقوق داخلی خود جهت تشویق همکاری بین نهادهای عمومی و نیز مقامات دولتی خود، از یک طرف، با نهادهای عهده‌دار تحقیق و تعقیب جرایم در کشور خود از طرف

دیگر، اتخاذ خواهد کرد. همکاری مزبور می‌تواند موارد زیر را دربرگیرد:

(الف) اطلاع رسانی داوطلبانه به مراجع اخیرالذکر در صورتی که منطقیاً به ارتکاب یکی از جرایم پیش‌بینی شده در مواد ۱۵، ۲۱ و ۲۳ این کنوانسیون اعتقاد یابند؛ و یا

(ب) ارائه کلیه اطلاعات لازم به مراجع اخیرالذکر حسب تقاضای آنها.

ماده ۳۹: همکاری بین نهادهای ملی و بخش خصوصی

۱- هر کشور عضو تدابیر لازم را با رعایت حقوق داخلی خود برای تشویق همکاری بین نهادهای ملی تحقیق و تعقیب قضایی و ارگانهای بخش خصوصی، و بویژه مؤسسات مالی، در خصوص مسائل مربوط به ارتکاب جرایم موضوع این کنوانسیون اتخاذ خواهد کرد.

۲- هر کشور عضو تشویق اتباع خود و دارندگان اقامتگاه عادی در سرزمین خود را جهت گزارش ارتکاب بزه‌های موضوع کنوانسیون حاضر به مراجع ملی تحقیق و تعقیب قضایی مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۴۰: رازداری بانکی

هر کشور عضو از وجود ساز و کارهای لازم در داخل نظام حقوقی داخلی خود برای رفع موانع احیاناً ناشی از اعمال قوانین رازداری بانکی در صورت انجام تحقیقات کیفری داخلی درخصوص جرایم موضوع این کنوانسیون، اطمینان حاصل خواهد کرد.

ماده ۴۱: پیشینه کیفری

هر کشور عضو می‌تواند تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را برای در نظر گرفتن پیشینه کیفری مجرم ادعایی در کشور دیگر و استفاده از

این گونه اطلاعات در رسیدگی کیفری به جرم موضوع این کنوانسیون، طبق شرایط و با رعایت هدفی که مقتضی تشخیص می‌دهد، اتخاذ کند.

ماده ۴۲: صلاحیت

۱- هر کشور عضو تدابیر لازم را به منظور احراز صلاحیت نسبت به جرایم موضوع این کنوانسیون اتخاذ خواهد کرد چنانچه:

(الف) جرم در داخل سرزمین کشور عضو ارتکاب یافته باشد؛ و یا
(ب) جرم بر روی عرشه کشتی حامل پرچم کشور عضو و یا هواپیمایی ارتکاب یافته که در زمان وقوع جرم طبق قوانین آن کشور به ثبت رسیده است.

۲- با توجه به ماده ۴ این کنوانسیون، کشور عضو همچنین می‌تواند صلاحیت خود را جهت رسیدگی به جرایم موضوع این کنوانسیون احراز کند چنانچه:

(الف) جرم علیه یکی از اتباع کشور عضو ارتکاب یافته؛ و یا
(ب) جرم توسط یکی از اتباع آن کشور عضو و یا شخص بدون تابعیتی ارتکاب یافته که دارای محل سکونت عادی در سرزمین آن می‌باشد؛ و یا

(پ) جرم یکی از جرایم پیش بینی شده طبق بند ۱ (ب) (دو) این کنوانسیون بوده که در خارج از سرزمین کشور عضو ولی به قصد ارتکاب بزه موضوع بند ۱ (الف) (یک) و یا (دو) و یا (ب) (یک) این کنوانسیون در داخل سرزمین کشور عضو ارتکاب یافته؛ و یا
(ت) جرم علیه کشور عضو ارتکاب یافته باشد.

۳- از لحاظ ماده ۴۴ این کنوانسیون، هر کشور عضو تدابیر لازم را برای احراز صلاحیت خود جهت رسیدگی به بزه‌های موضوع این کنوانسیون،

در صورت حضور مجرم ادعایی در سرزمین آن و عدم استرداد او صرفاً به این دلیل که وی یکی از اتباع آن کشور می‌باشد، اتخاذ خواهد کرد.

۴- هر کشور عضو همچنین می‌تواند تدابیر لازم را برای احراز صلاحیت خود جهت رسیدگی به بزه‌های موضوع این کنوانسیون، در صورت حضور مجرم ادعایی در سرزمین آن و عدم استرداد او، اتخاذ کند.

۵- چنانچه در جریان بودن تحقیق، تعقیب و یا دادرسی قضایی توسط دیگر کشورهای عضو در خصوص عمل واحد، به کشور عضوی که طبق بند ۱ و یا ۲ این ماده اعمال صلاحیت می‌کند ابلاغ گردیده و یا اطلاع داده شود، مراجع صلاحیتدار در کشورهای عضو حسب اقتضا به منظور هماهنگی ساختن اقدامات، با یکدیگر رایزنی خواهند کرد.

۶- بدون خدشه به ضوابط حقوق بین‌الملل عام، کنوانسیون حاضر اجرای هرگونه صلاحیت کیفری پیش‌بینی شده در قوانین داخلی هریک از کشورهای عضو را نفی نخواهد کرد.

فصل چهارم

همکاری بین‌المللی

ماده ۴۳: همکاری بین‌المللی

۱- کشورهای عضو در امور کیفری طبق مواد ۴۴ تا ۵۰ این کنوانسیون همکاری خواهند کرد. کشورهای عضو در صورت اقتضا، با رعایت نظام حقوقی داخلی خود، همکاری در تحقیقات قضایی و رسیدگی‌های حقوقی و اداری در خصوص مسائل مربوط به فساد مالی را مورد توجه قرار خواهند داد.

۲- در همکاری‌های بین‌المللی، هرگاه این همکاری مشروط به جرم

شناخته شدن عمل در هر دو کشور باشد، این شرط چنانچه عمل تشکیل‌دهنده جرمی که برای آن تقاضای همکاری شده در قوانین هر دو کشور عنوان مجرمانه داشته باشد، تأمین شده تلقی می‌گردد اعم از این که جرم ارتكابی در قوانین کیفری کشور عضو مورد تقاضا و کشور عضو متقاضی ذیل همان دسته از جرایم و یا با عنوان مشابه طبقه‌بندی و یا توصیف شده باشد [یا خیر].

ماده ۴۴: استرداد

۱- این ماده به جرایم موضوع کنوانسیون حاضر اعمال خواهد شد چنانچه شخصی که تقاضای استرداد او به عمل آمده در سرزمین کشور عضو مورد تقاضا حضور داشته باشد و مشروط براین که جرم ارتكابی تحت قوانین داخلی هر دو کشور عضو متقاضی و مورد تقاضا قابل مجازات باشد.

۲- قطع نظر از مفاد بند ۱ این ماده، کشور عضو می‌تواند در صورت تجویز قوانین خود با استرداد شخص از بابت هر یک از جرایم مشمول این کنوانسیون که طبق قوانین داخلی خود آن کشور قابل مجازات نیست، موافقت به عمل آورد.

۳- چنانچه درخواست استرداد مشتمل بر جرایم متعدّد و مستقل باشد که حداقل یکی از آنها طبق این ماده قابل استرداد و برخی دیگر به دلیل مدت حبس غیرقابل استرداد بوده ولی به جرایم موضوع این کنوانسیون مرتبط باشند، کشور عضو طرف تقاضا می‌تواند این ماده را نسبت به آن جرایم نیز اعمال کند.

۴- بزه‌های مشمول این ماده، به عنوان جرم قابل استرداد در هرگونه عهدنامه استرداد موجود بین کشورهای عضو، مندرج و گنجانده محسوب می‌شوند. کشورهای عضو متعهد می‌گردند که این گونه جرایم را به عنوان

جرائم قابل استرداد در عهدنامه استردادى که بین خود منعقد می کنند، احصا نمایند. کشور عضوی که به تجویز قوانین داخلی خود از این کنوانسیون به عنوان مبنای استرداد استفاده می کند، هیچ یک از بزه های موضوع این کنوانسیون را به عنوان جرم سیاسی تلقی نخواهد کرد.

۵- کشور عضوی که استرداد را مشروط به وجود عهدنامه می داند، می تواند در صورت دریافت تقاضای استرداد از دیگر کشور عضو کنوانسیون که با آن عهدنامه استرداد ندارد، همین کنوانسیون را به عنوان مبنای حقوقی استرداد در رابطه با کلیه بزه های مشمول این ماده به شمار آورد.

۶- کشور عضوی که استرداد را مشروط به وجود عهدنامه می داند: (الف) در زمان تودیع سند تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق به این کنوانسیون، به اطلاع دبیرکل سازمان ملل متحد خواهد رساند که آیا کنوانسیون حاضر را به عنوان مبنای حقوقی همکاری با دیگر کشورهای عضو در زمینه استرداد مجرمان تلقی خواهد کرد؛ و

(ب) چنانچه این کنوانسیون را به عنوان مبنای حقوقی همکاری در زمینه استرداد نمی پذیرد، به منظور اجرای این ماده حسب اقتضا در جهت انعقاد عهدنامه های استرداد با دیگر کشورهای عضو این کنوانسیون تلاش خواهد نمود.

۷- کشورهای عضوی که استرداد را مشروط به وجود عهدنامه ای نمی دانند، جرائم مشمول این ماده را به عنوان جرائم قابل استرداد بین خود شناسایی خواهند کرد.

۸- استرداد تابع شرایط مقرر در قوانین داخلی کشور عضو طرف تقاضا و یا عهدنامه های استرداد حاکم، از جمله شرایط مربوط به حداقل مجازات برای استرداد و نیز دلایلی که کشور عضو براساس آن می تواند از استرداد مجرم امتناع ورزد، خواهد بود.

۹- کشورهای عضو با ملحوظ داشتن قوانین داخلی خود، در جهت تسریع در تشریفات استرداد و تخفیف شرایط و الزامات اثباتی مربوط به بزه‌های مشمول این ماده تلاش خواهند کرد.

۱۰- کشور عضو طرف تقاضا، با توجه به مقررات حقوق داخلی و عهدنامه‌های استرداد خود، می‌تواند پس از احراز ضرورت و فوریت شرایط و به تقاضای کشور عضو متقاضی، شخص مورد تقاضای استرداد را که در سرزمین او حضور دارد، بازداشت و یا تدابیر مقتضی دیگری را برای اطمینان از حضور او در رسیدگی‌های حقوقی مربوط به استرداد اتخاذ کند.

۱۱- کشور عضوی که مجرم ادعایی در سرزمین آن یافت شده است، چنانچه فقط به دلیل این که شخص مزبور از اتباع آن کشور است از استرداد وی در رابطه با یکی از بزه‌های مشمول این ماده استنکاف ورزد، ملزم است که حسب درخواست کشور عضو متقاضی استرداد پرونده امر را بدون تأخیر غیرموجه جهت تعقیب به مراجع صلاحیتدار خود تسلیم کند. مراجع یادشده تصمیم‌گیری و رسیدگی خود را به ترتیب مقرر برای جرایم سنگین پیش‌بینی شده در قوانین داخلی آن کشور عضو انجام خواهند داد. کشورهای عضو ذیربط برای حصول اطمینان از جریان صحیح پیگرد قانونی با یکدیگر بویژه در زمینه‌های آیین دادرسی و ادله و مستندات اثباتی همکاری خواهد کرد.

۱۲- هرگاه کشور عضو به موجب قوانین داخلی خود مجاز باشد یکی از اتباع خود را فقط با این شرط مسترد و یا تسلیم نماید که آن شخص برای تحمل محکومیت ناشی از محاکمه و یا رسیدگی قانونی موضوع تقاضای استرداد و یا تسلیم، به کشور عضو متبوع خود بازگردانده شود و هر دو کشور متقاضی و طرف تقاضای استرداد با این شرط و سایر شروط مقتضی موافقت نمایند، چنین استرداد و یا تسلیم مشروطی برای

ایفای تکلیف مشروحه در بند ۱۱ این ماده کافی خواهد بود.

۱۳- چنانچه استرداد درخواستی به منظور اجرای حکم محکومیت به این دلیل که شخص درخواست شده تبعه کشور عضو مورد تقاضا می باشد رد گردد، کشور عضو مورد تقاضا در صورت تجویز قانون داخلی و با رعایت الزامات قانونی خود و بنا به درخواست کشور عضو متقاضی، اجرای حکم محکومیت صادره طبق قوانین داخلی آن کشور و یا بخش باقیمانده از آن محکومیت را مورد توجه قرار خواهد داد.

۱۴- برای هر شخصی که در ارتباط با هریک از بزه های مشمول این ماده تحت رسیدگی قانونی قرار دارد، در کلیه مراحل رسیدگی رفتاری عادلانه از جمله برخورداری از کلیه حقوق و تضمینات پیش بینی شده در قوانین داخلی کشور عضوی که آن شخص در سرزمین آن حضور دارد، تضمین خواهد شد.

۱۵- چنانچه کشور عضو طرف تقاضا بنابه دلایل متقن احراز کند که تقاضا به قصد تعقیب و یا مجازات شخصی به لحاظ جنسیت، نژاد، مذهب، تابعیت، ریشه های قومی و یا باورهای سیاسی او انجام گرفته و یا این که قبول آن تقاضا موقعیت آن شخص را بنا به هریک از دلایل مذکور به مخاطره خواهد افکند، از هیچ یک از مفاد این کنوانسیون نباید تکلیفی برای استرداد استنباط گردد.

۱۶- کشورهای عضو نمی توانند تقاضای استرداد را صرفاً به این دلیل که جرم ارتكابی متضمن مسائل مالی نیز می باشد، رد کنند.

۱۷- قبل از ردّ تقاضای استرداد، کشور عضو طرف تقاضا حسب اقتضا با کشور عضو متقاضی به منظور در اختیار گذاشتن فرصت کافی جهت ارائه دیدگاهها و اطلاعات مربوط به ادّعای خود رایزنی خواهد کرد.

۱۸- کشورهای عضو به منظور تنفیذ و یا تقویت آثار استرداد، در

جهت انعقاد قراردادها و یا توافقات دوجانبه و چندجانبه تلاش خواهند کرد.

ماده ۴۵: انتقال محکومان

کشورهای عضو می‌توانند انعقاد قراردادها و یا توافقیهای چندجانبه و یا دوجانبه را برای انتقال محکومان به حبس و یا سایر مجازاتهای سالب آزادی به کشورهای خود از بابت جرایم موضوع این کنوانسیون به منظور گذراندن بقیه دوره محکومیت خود مورد توجه قرار دهند.

ماده ۴۶: معاضدت قضایی متقابل

۱- کشورهای عضو در زمینه تحقیقات کیفری، تعقیب و رسیدگی قضایی به جرایم ارتكابی موضوع این کنوانسیون حداکثر معاضدت قضایی متقابل را در اختیار یکدیگر خواهند گذاشت.

۲- معاضدت قضایی متقابل تا حداکثر ممکن طبق قوانین، عهدنامه‌ها، قراردادها و توافقات ذیربط کشور عضو طرف تقاضا در ارتباط با تحقیقات کیفری، تعقیب و رسیدگی قضایی به جرایمی که از بابت آن یک شخص حقوقی می‌تواند طبق ماده ۲۶ این کنوانسیون در کشور عضو متقاضی مسؤول شناخته شود، ارائه خواهد گردید.

۳- معاضدت قضایی متقابل پیش‌بینی شده در این ماده می‌تواند برای هریک از اهداف زیر درخواست گردد:

(الف) اخذ شهادت و یا اظهارات از اشخاص؛

(ب) ابلاغ اوراق قضایی؛

(پ) انجام عملیات تفتیش، ضبط و انسداد اموال؛

(ت) معاینه اشیا و اماکن؛

(ث) تأمین اطلاعات، مدارک و اسناد و ارزیابی کارشناسانه؛

(ج) ارائه اصول و یا رونوشت مصدق اسناد و سوابق ذیربط از جمله اسناد دولتی، بانکی، مالی، شرکتی و یا تجاری؛

(چ) شناسایی و یا ردیابی عواید حاصل از جرم، اموال، تأسیسات و نظایر آنها برای مقاصد اثباتی؛

(ح) تسهیل حضور داوطلبانه اشخاص در کشور عضو متقاضی؛

(خ) هرگونه مساعدت دیگری که با قوانین داخلی کشور عضو طرف تقاضا مغایر نباشد؛

(د) شناسایی، انسداد و ردیابی عواید حاصل از جرم مطابق با مقررات مندرج در فصل ۵ این کنوانسیون؛

(ذ) استرداد داراییها مطابق با مقررات پیشبینی شده در فصل ۵ این کنوانسیون.

۴- مراجع صلاحیتدار کشور عضو هرگاه احراز نمایند که اطلاعات آنها در ارتباط با مسائل کیفری می‌تواند به مراجع قضایی کشور عضو دیگر در انجام و یا تکمیل موفق تحقیقات و رسیدگیهای کیفری خود مساعدت نموده و یا می‌تواند به تنظیم تقاضا (ی استرداد) توسط این کشور طبق کنوانسیون حاضر منتهی گردد، می‌توانند این اطلاعات را داوطلبانه، و بدون خدشه به قوانین داخلی خود، در اختیار مراجع کشور دیگر قرار دهند.

۵- انتقال اطلاعات طبق مفاد بند ۴ این ماده، به تحقیقات و رسیدگی کیفری که هم زمان در مراجع صلاحیتدار کشور تأمین‌کننده اطلاعات در جریان است، لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. مراجع ذیصلاح دریافت‌کننده اطلاعات مزبور، این اطلاعات را حسب درخواست، حتی برای مدت موقت، محرمانه نگهداشته و یا استفاده از آنها را محدود خواهند کرد. مع‌الوصف این امر مانع نخواهد شد که کشور عضو دریافت‌کننده در رسیدگیهای خود اطلاعاتی را که مؤید بیگناهی متهم است افشا نماید. در چنین حالتی، کشور

عضو دریافت‌کننده اطلاعات مراتب را به آگاهی کشور عضو ارسال‌کننده رسانده و در صورت تقاضا با کشور ارسال‌کننده رایزنی به عمل خواهد آورد. در موارد استثنایی که اطلاع قبلی امکان پذیر نباشد، کشور عضو دریافت‌کننده افشای اطلاعات را بدون هیچگونه تأخیری به آگاهی کشور عضو ارسال‌کننده آنها خواهد رساند.

۶- مقررات این ماده به تعهدات موضوع عهدنامه‌های دیگر دوجانبه یا چند جانبه‌ای که کلاً یا بعضاً ناظر بر معاضدت قضایی متقابل بوده یا خواهد گردید، خدشه‌ای وارد نخواهد کرد.

۷- بندهای ۲ تا ۲۹ این ماده در صورتی که کشورهای عضو ذیربط مأخوذ به یک عهدنامه معاضدت قضایی متقابل نباشند، به تقاضاهای انجام شده طبق این ماده اعمال خواهد شد، و چنانچه کشورهای مزبور مأخوذ به چنین عهدنامه‌ای باشند، مقررات مشابه موجود در عهدنامه حاکم خواهد بود مگر این که کشورهای عضو نسبت به اعمال بندهای ۹ تا ۲۹ این ماده به جای آن توافق کنند. در صورت تسهیل همکاری فی‌مابین، اجرای این بندها به کشورهای عضو قویاً توصیه می‌گردد.

۸- کشورهای عضو به دلیل حفظ اسرار بانکی از ارائه معاضدت قضایی متقابل طبق این ماده امتناع نخواهند ورزید.

۹- (الف) کشور عضو مورد تقاضا در صورتی که عمل ارتكابی را جرم نداند، در پاسخ به تقاضای معاضدت طبق این ماده اهداف کنوانسیون حاضر را به شرح مندرج در ماده ۱ مورد توجه قرار خواهد داد؛

(ب) کشورهای عضو می‌توانند به دلیل جرم ندانستن عمل ارتكابی از ارائه معاضدت قضایی طبق این ماده امتناع ورزند. مع‌ذلک، کشور عضو مورد تقاضا با رعایت مفاهیم اساسی نظام حقوقی خود در حدی که به اقدام اجبارکننده نینجامد، با کشور متقاضی مساعدت خواهد کرد. چنانچه تقاضا

متضمن مسائل کم‌اهمیت و یا مسائلی باشد که همکاری و یا معاضدت مورد درخواست در مورد آن طبق مواد دیگر این کنوانسیون قابل تأمین باشد، معاضدت می‌تواند رد شود؛

(پ) هر کشور عضو می‌تواند اتخاذ تدابیر لازم را برای فراهم ساختن امکان معاضدت بیشتر طبق این ماده در صورت قائل نبودن عنوان مجرمانه برای عمل ارتكابی مورد توجه قرار دهد.

۱۰- کشور عضو می‌تواند شخص تحت بازداشت و یا در حال گذراندن محکومیت در سرزمین خود را که حضورش در کشور عضو دیگر به منظور تشخیص هویت، ادای شهادت و یا ارائه هرگونه مساعدت در جهت تحصیل دلیل برای تحقیقات کیفری، پیگرد و یا رسیدگی قضایی در ارتباط با جرایم موضوع این کنوانسیون مورد تقاضا می‌باشد، در صورت وجود شرایط زیر به کشور متقاضی انتقال دهد:

(الف) شخص مورد تقاضا آزادانه و آگاهانه اعلام رضایت کند؛

(ب) مراجع صلاحیتدار هر دو کشور با رعایت شرایطی که مقتضی تشخیص می‌دهند، نسبت به مورد توافق نمایند.

۱۱- از لحاظ اهداف بند ۱۰ این ماده:

(الف) کشور عضوی که شخص مورد درخواست به آن انتقال یافته، مجاز و مکلف است تا شخص انتقالی را در بازداشت نگهدارد مگر این که کشور عضو انتقال‌دهنده به گونه‌ای دیگر تقاضا و یا تجویز کرده باشد؛

(ب) کشور عضوی که شخص مورد درخواست به آن انتقال یافته، بدون هیچ گونه تأخیر به تکلیف خود برای برگرداندن شخص به بازداشت کشور عضو انتقال‌دهنده و یا هر طور دیگری که مراجع صلاحیتدار هر دو کشور از پیش نسبت به آن توافق کرده‌اند، عمل خواهد کرد؛

(پ) کشور عضوی که شخص مورد درخواست به آن انتقال یافته، از

کشور عضو انتقال‌دهنده نخواهد خواست تا برای برگرداندن شخص طبق تشریفات استرداد عمل کند.

(ت) برای احتساب محکومیت، مدت حبسی که شخص انتقال‌یافته در زندان کشور انتقال‌دهنده گذرانده است منظور و با مدت حبس متحمل در کشور عضو انتقال‌گیرنده جمع خواهد شد.

۱۲- جز در صورت موافقت کشور عضو انتقال‌دهنده تحت بندهای ۱۰ و ۱۱ این ماده، شخص انتقالی، قطع نظر از تابعیت وی، از بابت هیچ‌گونه فعل، ترک فعل و یا محکومیت قبلی خود پیش از انتقال از سرزمین کشور انتقال‌دهنده، تحت پیگرد، بازداشت، مجازات و یا هیچ‌گونه محدودیت سالب آزادی در کشور انتقال‌گیرنده واقع نخواهد شد.

۱۳- هر کشور عضو به منظور اجرای مسئولیتها و اختیارات دریافت تقاضاهای معاضدت قضایی متقابل و اجرای آن تقاضاها و یا ارسال آنها نزد مراجع صلاحیتدار جهت اجرا نهادی مرکزی را تعیین خواهد کرد. چنانچه در کشور عضو، منطقه و یا سرزمین ویژه‌ای با مقررات مستقلی در مورد معاضدت قضایی وجود داشته باشد، این کشور می‌تواند نهاد مرکزی علیحده‌ای را با همان مسئولیت برای منطقه و یا سرزمین مزبور تعیین کند. نهادهای مرکزی انجام سریع و دقیق تقاضاهای واصله را تضمین خواهند کرد. چنانچه نهاد مرکزی تقاضا را جهت اجرا به مرجع ذیصلاحی ارسال نماید، مرجع مزبور را به انجام سریع و دقیق این درخواست تشویق خواهد کرد. دبیر کل سازمان ملل متحد در زمان تودیع سند تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق هر کشور عضو به این کنوانسیون، از نهاد مرکزی تعیین شده برای این منظور آگاه خواهد شد. تقاضاهای معاضدت قضایی متقابل و هرگونه مکاتبه مربوط به آن برای نهادهای مرکزی تعیین شده توسط کشورهای عضو ارسال خواهد گردید. این تکلیف به حق کشور عضو در

مورد الزام به ارسال تقاضاها و مکاتبات مزبور به آن از طریق مجاری سیاسی و در شرایط فوری، و در صورت امکان و با توافق کشورهای عضو، از طریق سازمان پلیس جنایی بین‌المللی، لطمه‌ای وارد نخواهد کرد.

۱۴- تقاضاهای مزبور به صورت کتبی و یا در صورت امکان به هر وسیله قابل تبدیل به سابقه مکتوب به زبان قابل قبول برای کشور عضو طرف تقاضا و با شرایطی که به آن کشور عضو امکان احراز اصالت تقاضا را بدهد، انجام خواهد شد. دبیرکل سازمان ملل متحد در زمان تودیع سند تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق به این کنوانسیون، از زبان و یا زبان‌های قابل قبول برای هر کشور عضو آگاه خواهد شد. در شرایط فوری و در موارد توافق شده توسط کشورهای عضو، تقاضا می‌تواند به صورت شفاهی صورت گیرد ولی باید فوراً به صورت کتبی تأیید شود.

۱۵- تقاضای معاضدت قضایی مشتمل است بر:

(الف) هویت مرجع تقاضا کننده؛

(ب) موضوع و ماهیت تحقیقات، پیگرد و یا رسیدگی قضایی مربوط به تقاضا و نام و سمت مقام تحقیق، تعقیب و یا رسیدگی کننده قضایی؛

(پ) خلاصه‌ای از واقعیات مربوط به تقاضا به منظور ابلاغ اوراق قضایی؛

(ت) شرحی از معاضدت تقاضا شده و جزئیات تشریفات خاصی که کشور عضو متقاضی خواهان انجام آن است؛

(ث) هویت، محل و تابعیت هر شخص ذیربط، در صورت امکان و (ج) کاربرد و هدف مورد نظر از مدرک، اطلاعات و یا اقدام مورد تقاضا.

۱۶- کشور عضو مورد تقاضا می‌تواند، هرگاه برای انجام تقاضا طبق

قوانین داخلی آن لازم به نظر آید و یا انجام تقاضا را تسهیل کند، اطلاعات تکمیلی درخواست نماید.

۱۷- تقاضا طبق قوانین داخلی کشور عضو طرف تقاضا و تا حدی که با قوانین مزبور مغایر نباشد و در صورت امکان وفق تشریفات مندرج در تقاضا، اجرا خواهد شد.

۱۸- در صورت امکان و عدم مغایرت با اصول اساسی حقوق داخلی، چنانچه شخص در سرزمین یک کشور عضو حضور داشته و لازم باشد که اظهارات او به عنوان شاهد و یا کارشناس توسط مقامات قضایی کشور عضو دیگر استماع گردد، کشور عضو اول می‌تواند به تقاضای کشور دیگر برگزاری استماع را توسط کنفرانس ویدیویی اجازه دهد مشروط بر این که حاضر شدن خود شخص مزبور در سرزمین کشور عضو متقاضی امکان‌پذیر و یا مطلوب نباشد. کشورهای عضو می‌توانند توافق کنند که استماع توسط مقام قضایی کشور عضو متقاضی و با حضور یکی از مقامات قضایی کشور عضو طرف تقاضا برگزار گردد.

۱۹- کشور عضو متقاضی بدون کسب اجازه قبلی کشور عضو مورد تقاضا، اطلاعات و یا مدارکی را که توسط کشور عضو مورد تقاضا برای انجام تحقیقات، پیگرد و یا رسیدگی قضایی ارائه شده است، برای مقاصد دیگر آنچه که در تقاضا ذکر شده ارسال و یا استفاده نخواهد کرد. هیچ یک از مفاد این بند مانع کشور عضو متقاضی از افشای اطلاعات و یا اسناد مؤید بیگناهی شخص متهم در جریان رسیدگی قضایی خود نخواهد گردید. در صورت اخیر، کشور عضو متقاضی قبل از افشای اطلاعات و یا اسناد مزبور مراتب را به آگاهی کشور عضو مورد تقاضا رسانده و در صورت درخواست با کشور مزبور رایزنی خواهد نمود. چنانچه در شرایط استثنایی، دادن اطلاع قبلی امکان‌پذیر نباشد، کشور عضو متقاضی بدون فوت وقت

مراتب را به آگاهی کشور عضو مورد تقاضا خواهد رساند.

۲۰- کشور عضو متقاضی می‌تواند از کشور عضو مورد تقاضا بخواهد که واقعیات و محتوای تقاضا را، به جز تا اندازه‌ای که برای انجام تقاضا لازم است، محرمانه نگهدارد. چنانچه کشور عضو مورد تقاضا قادر به رعایت شرط محرمانه بودن تقاضا نباشد، مراتب را بی‌درنگ به اطلاع کشور عضو متقاضی خواهد رساند.

۲۱- معاضدت قضایی متقابل در موارد زیر قابل رد است:

(الف) چنانچه تقاضا با رعایت مفاد این ماده انجام نشده باشد؛

(ب) چنانچه کشور عضو مورد تقاضا انجام تقاضا را احتمالاً مغایر با حاکمیت، امنیت، نظم عمومی و یا سایر مصالح اساسی خود تشخیص دهد؛

(پ) چنانچه قوانین داخلی کشور عضو مورد تقاضا مقامات این کشور را از انجام عمل مورد درخواست نسبت به هرگونه بزه مشابه، چنانچه آن جرم در صلاحیت سرزمینی آنها مورد تحقیق، تعقیب و یا رسیدگی قضایی قرار می‌گرفت، منع کرده باشد؛

(ت) چنانچه قبول تقاضا با نظام حقوقی کشور عضو مورد تقاضا در خصوص معاضدت حقوقی متقابل مغایر باشد.

۲۲- کشورهای عضو نمی‌توانند از پذیرش تقاضای معاضدت قضایی متقابل به این دلیل که جرم ارتكابی دربرگیرنده مسائل مالی نیز می‌گردد، استنکاف ورزند.

۲۳- هرگونه استنکاف از اعطای معاضدت قضایی متقابل باید مبتنی بر دلیل باشد.

۲۴- کشور عضو مورد تقاضا، درخواست معاضدت قضایی متقابل را در سریع‌ترین زمان ممکن اجرا و ضرب‌الاجل‌های پیشنهادی کشور عضو متقاضی را که مبتنی بر دلیل بوده و ترجیحاً در تقاضا درج گردیده تا حد

ممکن رعایت خواهد کرد. کشور عضو متقاضی می‌تواند در مورد وضعیت و پیشرفت تدابیر متخذه توسط کشور عضو مورد تقاضا برای اجابت تقاضای خود، استعلام‌های منطقی به عمل آورد. کشور عضو مورد تقاضا به استعلامات منطقی کشور عضو متقاضی در خصوص وضعیت و پیشرفت اقدامات معموله برای انجام تقاضا پاسخ خواهد داد. در صورت رفع نیاز نسبت به معاضدت مورد درخواست، کشور عضو متقاضی مراتب را فوراً به آگاهی کشور عضو مورد تقاضا خواهد رساند.

۲۵- معاضدت قضایی متقابل می‌تواند از جانب کشور عضو مورد تقاضا به این دلیل که انجام آن با تحقیقات، پیگرد و یا رسیدگی قضایی در جریان تداخل و تزامم پیدا می‌کند، به تعویق افتد.

۲۶- قبل از ردّ تقاضا حسب بند ۲۱ و یا تعویق اجرای آن طبق بند ۲۵ این ماده، کشور عضو طرف تقاضا با کشور عضو متقاضی در مورد اعطای معاضدت طبق ضوابط و شرایطی که آن کشور لازم تشخیص می‌دهد، رایزنی خواهد کرد. چنانچه کشور عضو متقاضی معاضدت را طبق آن شرایط بپذیرد، شرایط مزبور را رعایت خواهد کرد.

۲۷- بدون خدشه به اجرای بند ۱۲ این ماده، شاهد، کارشناس و یا هر شخص دیگری که به درخواست کشور عضو متقاضی با ادای شهادت در دادگاه و یا اعطای کمک در زمینه تحقیق، تعقیب و یا رسیدگی قضایی در سرزمین کشور عضو متقاضی موافقت کند، در قبال هرگونه فعل، ترک فعل و یا محکومیت خود پیش از عزیمت از سرزمین کشور عضو مورد تقاضا، در کشور متقاضی مورد تعقیب، بازداشت، مجازات و یا هیچگونه اقدامات محدودکننده آزادی شخصی واقع نخواهد شد. شاهد، کارشناس و یا شخص دیگر ذیربطی که پس از اطلاع از رفع نیاز مقامات قضایی به حضور وی به مدت پانزده روز متوالی و یا مدت توافق شده توسط کشورهای عضو

از فرصت خروج از سرزمین کشور عضو متقاضی استفاده ننموده و کماکان و داوطلبانه در آن کشور باقی مانده و یا پس از ترک خاک این کشور با اراده آزاد خود به آن مراجعت کرده باشد، از چنین مصونیتی برخوردار نیست.

۲۸- هزینه‌های متعارف اجرای تقاضا توسط کشور عضو طرف تقاضا پرداخت خواهد شد مگر این که کشورهای عضو به گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند. چنانچه انجام یک تقاضا مستلزم هزینه‌های هنگفت و یا نامتعارفی باشد، کشورهای عضو برای تعیین شرایط و ضوابط انجام تقاضا و نیز روش تأمین هزینه‌های مزبور با یکدیگر رایزنی خواهند کرد.

۲۹- کشور عضو مورد تقاضا:

(الف) نسخه‌هایی از سوابق، اسناد و یا اطلاعات دولتی در اختیار خود را که طبق قوانین داخلی آن برای عموم قابل دسترس می‌باشد، در اختیار کشور عضو متقاضی خواهد گذاشت؛

(ب) می‌تواند به تشخیص خود نسخه‌هایی از سوابق، اسناد و یا اطلاعات دولتی در اختیار خود را که طبق قوانین داخلی آن برای عموم قابل دسترس نیست، کلاً، جزئاً و یا حسب شرایطی که خود مناسب می‌داند، در اختیار کشور عضو متقاضی قرار دهد.

۳۰- کشورهای عضو در صورت لزوم امکان انعقاد قراردادها و یا توافقه‌های دوجانبه یا چندجانبه را به منظور تحقق اهداف، عملی ساختن و یا تصویب مفاد این ماده مورد توجه قرار خواهند داد.

ماده ۴۷: احاله رسیدگی‌های کیفری

در مواردی که اجرای صحیح عدالت ایجاب نماید و بویژه در صورت درگیر بودن صلاحیت‌های قضایی متعدّد، کشورهای عضو با هدف

یک کاسه کردن امر تعقیب، احاله رسیدگی‌های مربوط به تعقیب هریک از جرایم پیش‌بینی شده در این کنوانسیون را به مرجع قضایی دیگر مورد توجه قرار خواهند داد.

ماده ۴۸: همکاری نهادهای اجرای قانون

۱- کشورهای عضو با رعایت قوانین داخلی و نظامهای اداری متبوع خود، با یکدیگر در جهت تقویت کارایی عملیات اجرای قانون برای مبارزه با جرایم موضوع این کنوانسیون همکاری نزدیک به عمل خواهند آورد. کشورهای عضو بویژه تدابیر مؤثری را در زمینه‌های زیر اتخاذ خواهند کرد: (الف) تقویت و در صورت لزوم برقراری کانالهای ارتباطی بین مراجع، سازمانها و نهادهای صلاحیتدار خود به منظور تسهیل دریافت و مبادله سریع اطلاعات در خصوص کلیه جنبه‌های بزه‌های موضوع این کنوانسیون و از جمله در صورتی که کشورهای عضو مقتضی تشخیص دهند، ارتباطات این جرایم با دیگر فعالیتهای مجرمانه؛

(ب) همکاری با دیگر کشورهای عضو در انجام تحقیقات مرتبط با جرایم موضوع این کنوانسیون در زمینه‌های زیر:

(۱) اعلام مشخصات، نشانی و فعالیتهای اشخاص مظنون به دخالت در این جرایم و یا نشانی سایر افراد مرتبط؛

(۲) انتقال عواید حاصل از جرم یا اموال ناشی از ارتکاب این گونه جرایم؛

(۳) انتقال اموال، تجهیزات و یا سایر وسایلی که در ارتکاب این جرایم مورد استفاده قرار گرفته و یا به این منظور تهیه شده است؛

(پ) تأمین اقلام و یا نمونه‌های لازم برای مقاصد آزمایشی و یا تحقیقاتی؛

(ت) مبادله اطلاعات با دیگر کشورهای عضو در زمینه وسایل و راههای مورد استفاده برای ارتکاب جرایم مخصوص این کنوانسیون از جمله استفاده از هویت قلابی، اسناد مجعول، دستکاری شده و یا تقلبی و دیگر تمهیدات اخفای فعالیتها؛

(ث) تسهیل همکاری مؤثر بین مراجع، سازمانها و ادارات صلاحیتدار خود و تشویق مبادله کارکنان و دیگر کارشناسان و از جمله، با رعایت قراردادها و توافقهای دو جانبه بین کشورهای عضو ذیربط، برقراری پست افسر رابط؛

(ج) مبادله اطلاعات و هماهنگی ساختن تدابیر اداری و دیگر تدابیر متّخذ به منظور کشف سریع جرایم موضوع این کنوانسیون.

۲- کشورهای عضو، با هدف اجرای این کنوانسیون، انعقاد قراردادها و توافقات دو یا چندجانبه را در خصوص همکاری مستقیم بین نهادهای مجری قانون خود و در صورت وجود این گونه قراردادها و توافقات از قبل، در جهت اصلاح و روزآمد کردن آنها مورد توجه قرار خواهند داد. در صورت نبود چنین قراردادها و یا توافقاتی بین کشورهای عضو ذیربط، این کشورها کنوانسیون حاضر را به عنوان مبنایی برای همکاریهای متقابل خود در زمینه اجرای قانون در رابطه با جرایم موضوع این کنوانسیون محسوب خواهند کرد. کشورهای عضو در صورت اقتضا از قراردادها و ترتیبات موجود، از جمله از سازمانهای بین‌المللی و یا منطقه‌ای، در جهت تقویت همکاریهای بین نهادهای اجرای قانون خود استفاده کامل خواهند کرد.

۳- کشورهای عضو برای برخورد با جرایم موضوع این کنوانسیون که از طریق بهره‌گیری از فن‌آوری پیشرفته ارتکاب یافته است، نهایت همکاری را معمول خواهند داشت.

ماده ۴۹: تحقیقات مشترک

کشورهای عضو، انعقاد قراردادهای و یا ترتیبات مشترک دو و یا چندجانبه‌ای را مورد توجه قرار خواهند داد که به موجب آنها مراجع صلاحیتدار مربوطه بتوانند در ارتباط با مسائلی که در یک یا چند کشور تحت تحقیق، تعقیب و یا رسیدگی قضایی قرار دارد، سازمانهای تحقیقاتی مشترک تأسیس کنند. در صورت نبود این گونه قراردادهای و یا ترتیبات، تحقیقات مشترک می‌تواند حسب توافق به طور موردی انجام گیرد. کشورهای عضو ذیربط احترام کامل به حاکمیت کشور عضوی را که قرار است تحقیقات مزبور در سرزمین آن انجام گیرد، تضمین خواهند کرد.

ماده ۵۰: روشهای تجسّسی ویژه

۱- به منظور مبارزه با مفاسد مالی، هر کشور عضو تا جایی که اصول بنیادی نظام حقوقی آن اجازه می‌دهد و با رعایت شرایط مندرج در قوانین داخلی خود، تدابیر لازم را تا حدّ توانایی برای امکان کنترل مرسولات و محمولات مشکوک و در صورت اقتضاء کاربرد روشهای تجسّسی ویژه از قبیل استفاده از وسایل الکترونیک و یا سایر اشکال مراقبت و عملیات مخفی در داخل سرزمین خود به منظور کشف جرم و شناسایی مجرمان و قابل ارائه بودن مدارک و دلایل حاصل از این تحقیقات در دادگاه رسیدگی کننده، اتخاذ خواهد کرد.

۲- به منظور تحقیق درباره جرایم موضوع این کنوانسیون به کشورهای عضو توصیه می‌شود تا در صورت لزوم قراردادهای و توافقات دو و یا چند جانبه را برای استفاده از این گونه قراردادهای و توافقات در سطح بین‌المللی منعقد سازند. این قراردادهای و توافقات با رعایت کامل اصل برابری حاکمیت کشورها منعقد گردیده و طبق شرایط مندرج در همان

قراردادها و ترتیبات اجرا خواهد شد.

۳- در نبود قرارداد یا توافقی به شرح مندرج در بند ۲ این ماده، تصمیمات برای استفاده از روشهای تحقیقاتی ویژه در سطح بین‌المللی به صورت موردی اتخاذ گردیده و در صورت لزوم ترتیبات و تفاهات مالی مربوط به اجرای صلاحیت توسط کشورهای ذیربط در آنها ملحوظ خواهد شد.

۴- تصمیمات مربوط به کنترل مرسولات و محمولات در سطح بین‌المللی می‌تواند با موافقت کشورهای عضو ذیربط، روشهایی از قبیل متوقف کردن کالا و یا وجوه و یا اجازه مسیر دادن به کالا و یا وجوه بدون دخالت و یا جابجایی و یا جایگزینی آنها کلاً یا بعضاً در برگیرد.

فصل پنچ استرداد اموال

ماده ۵۱: مقررات کلی

استرداد اموال طبق مقررات این فصل از اصول بنیادی این کنوانسیون بوده و کشورهای عضو در این زمینه نهایت معاضدت و همکاری را با یکدیگر به عمل خواهند آورد.

ماده ۵۲: جلوگیری و ردیابی انتقالات عواید ناشی از جرم

۱- بدون خدشه به ماده ۱۴ این کنوانسیون، هریک از کشورهای عضو تدابیر لازم را طبق قوانین داخلی خود جهت الزام مؤسسات مالی داخل در صلاحیت قضایی خود برای احراز هویت مشتریان، انجام اقدامات منطقی برای تعیین هویت مالکان انتفاعی وجوه سپرده شده به حسابهای با مبالغ بالا

و نظارت مستمر بر حسابهای درخواست شده و یا مفتوحه توسط و یا از جانب مقامات کنونی و یا پیشین دولتی و اعضای خانواده و وابستگان نزدیک آنها به عمل خواهد آورد. نظارت مستمر مزبور منطقاً با هدف ردیابی و کشف معاملات مشکوک به قصد گزارش به مراجع صلاحیتدار انجام می‌گیرد و نباید به عنوان عاملی برای انصراف و یا منع مؤسسات مالی از انجام معامله با مشتریان مشروع خود تعبیر گردد.

۲- به منظور تسهیل اجرای تدابیر مشروحه در بند ۱ این ماده، هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود و با الهام از ابتکارات ضد پول شویی به عمل آمده از جانب سازمانهای منطقه‌ای، درون - منطقه‌ای و چندجانبه:

(الف) دستورالعمل‌هایی را در خصوص انواع شخص حقیقی و یا حقوقی که قرار است حسابهای آنها توسط مؤسسات مالی فعال در حوزه قانونی آن کشور تحت نظارت مستمر قرار گیرد، انواع حسابها و نقل و انتقالاتی که باید مورد توجه خاص واقع شوند و اتخاذ تدابیر شایسته در مورد گشایش، نگهداری و حفظ سوابق مربوط به این حسابها صادر خواهد کرد؛ و

(ب) عندالاقضاء بنابه درخواست دیگر کشور عضو و یا به ابتکار خود، هویت اشخاص حقیقی و یا حقوقی خاص را که قرار است حسابهای آنها توسط مؤسسات مزبور تحت نظارت مستمر قرار گیرد و به علاوه نام و نشان اشخاصی که مؤسسات مالی ممکن است آنها را از طریق دیگر شناسایی کنند، اعلام دارند.

۳- در چارچوب بند ۲ (الف) این ماده، هر کشور عضو تدابیری را برای حصول اطمینان از نگهداری سوابق کافی از حسابها و نقل و انتقالات مربوط به اشخاص مذکور در بند ۱ این ماده برای مدت زمان مقتضی اتخاذ

خواهد کرد. این سوابق باید حداقل حاوی اطلاعاتی راجع به هویت مشتری، و نیز در صورت امکان، مالک انتفاعی باشد.

۴- به منظور جلوگیری و ردیابی عواید ناشی از جرایم پیش‌بینی شده در این کنوانسیون، هر کشور عضو به کمک نهادهای تقنینی و نظارتی خود تدابیر شایسته و مؤثری را برای جلوگیری از تأسیس بانک‌هایی که فاقد هرگونه تشکیلات فیزیکی و وابستگی به یک گروه مالی قانونمند می‌باشند، معمول خواهد داشت. همچنین، کشورهای عضو می‌توانند الزام مؤسسات مالی خود را به خودداری از ایجاد و یا ادامه رابطه بانکی کارگزاری با این‌گونه مؤسسات و نیز با مؤسسات مالی خارجی‌ایی که استفاده از حساب‌های خود توسط بانک‌های فاقد تشکیلات فیزیکی و بدون وابستگی به یک گروه مالی قانونمند را تجویز می‌کنند، مورد توجه قرار دهند.

۵- هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود، برقراری ساز و کارهای مؤثری را به منظور ایجاد شفافیت در روابط مالی مقامات دولتی ذیربط مورد توجه قرار داده و ضمانت اجرای مناسب را در صورت تخطی از آن پیش‌بینی خواهد کرد. هر کشور عضو همچنین تدابیری خواهد اندیشید تا مراجع صلاحیتدار آن بتوانند حسب نیاز اطلاعات مزبور را به منظور تحقیق، مطالبه و استرداد عواید حاصل از جرایم موضوع این کنوانسیون در اختیار نهادهای ذیصلاح دیگر کشورهای عضو قرار دهند.

۶- هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود تدابیری لازم اتخاذ خواهد کرد تا به موجب آن مقامات دولتی ذیربط آن کشور که نسبت به حساب مالی موجود در کشوری خارجی دارای سهم، حق امضا و یا هرگونه سمت دیگری می‌باشند، ملزم گردند آن رابطه را به مراجع ذیربط گزارش و سوابق لازم مربوط به این‌گونه حساب‌ها را نگهداری کنند. در این‌گونه تدابیر نیز ضمانت‌اجراهایی در صورت عدم اجرای این تکلیف پیش‌بینی خواهد شد.

ماده ۵۳: تدابیر مربوط به استرداد مستقیم اموال

هر کشور عضو با رعایت قوانین داخلی خود:

(الف) تدابیر لازم را برای امکان طرح دعوی حقوقی توسط دیگر کشور عضو در دادگاههای خود جهت اثبات عنوان مالکانه و یا مالکیت نسبت به مال مکتسبه از طریق ارتکاب یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون اتخاذ خواهد کرد؛

(ب) تدابیر لازم را برای امکان صدور حکم توسط محاکم خود علیه عاملان جرایم موضوع این کنوانسیون و الزام آنها به پرداخت خسارت و یا ضرر و زیان دیگر کشور عضو زیان‌دیده از ارتکاب این بزه‌ها اتخاذ خواهد کرد؛ و

(پ) تدابیر لازم را برای امکان پذیرش ادعای دیگر کشور عضو به عنوان مالک قانونی اموال مکتسبه از طریق ارتکاب یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون، توسط دادگاهها و یا مراجع صلاحیتدار خود که در مقام تصمیم‌گیری در مورد مصادره می‌باشند، اتخاذ خواهد کرد.

ماده ۵۴: ساز و کارهای استرداد اموال از طریق همکاری بین‌المللی در امر مصادره

۱- هر کشور عضو، به منظور ارائه معاضدت قضایی متقابل طبق ماده ۵۵ این کنوانسیون در خصوص اموال ناشی از و یا مرتبط با ارتکاب یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون، با رعایت قوانین داخلی خود:

(الف) تدابیر لازم را برای امکان تنفیذ حکم مصادره صادره از دادگاه دیگر کشور عضو توسط مراجع صالحه خود اتخاذ خواهد کرد؛

(ب) تدابیر لازم را برای امکان صدور حکم مصادره اموال دارای منشأ خارجی از طریق رسیدگی قضایی به جرم پولشویی و یا هر بزه دیگر

مشمول صلاحیت قضایی آن و یا از طریق هرگونه آیین دیگر پیش‌بینی شده در قوانین داخلی آن توسط مراجع صالحه خود اتخاذ خواهد کرد؛ و (پ) اتخاذ تدابیر لازم را برای امکان مصادره این‌گونه اموال بدون وجود محکومیت کیفری در مواردی که متهم به دلیل فوت، فرار و یا غیبت و یا به جهات دیگر قابل تعقیب نباشد، مورد توجه قرار خواهد داد. ۲- هر کشور عضو به منظور ارائه معاضدت قضایی متقابل بنا به درخواست انجام شده طبق بند ۲ ماده ۵۵ این کنوانسیون، با رعایت قوانین داخلی خود:

(الف) تدابیر لازم را برای امکان انسداد و یا توقیف اموال توسط مراجع صلاحیتدار خود براساس حکم صادره از دادگاه و یا دیگر مرجع صالح کشور عضو متقاضی که بر مبنای آن کشور طرف تقاضا منوطاً وجود دلایل کافی را برای اتخاذ این‌گونه اقدامات و قابل مصادره بودن اموال حسب بند ۱ (الف) احراز نماید، اتخاذ خواهد کرد؛

(ب) تدابیر لازم را برای امکان انسداد و یا توقیف اموال توسط مراجع صلاحیتدار خود براساس درخواستی که بر مبنای آن کشور عضو طرف تقاضا منوطاً وجود دلایل کافی را برای اتخاذ این‌گونه اقدامات و قابل مصادره بودن اموال حسب بند ۱ (الف) این ماده احراز نماید، اتخاذ خواهد کرد؛ و

(پ) اتخاذ تدابیر تکمیلی را برای امکان حفاظت از اموال توسط مراجع صلاحیتدار خود به قصد مصادره، برای مثال براساس بازداشت خارجی و یا اتهام کیفری در ارتباط با تملک این‌گونه اموال، مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۵۵: همکاری بین‌المللی در زمینه‌های مصادره

۱- کشور عضوی که تقاضایی را از دیگر کشور عضو واجد صلاحیت برای رسیدگی به یکی از جرایم موضوع این کنوانسیون جهت مصادره عواید حاصل از جرم، اموال، تجهیزات و یا دیگر وسایل مندرج در بند ۱ ماده ۳۱ این کنوانسیون مستقر در سرزمین خود دریافت کرده است، تا حدی که نظام حقوقی داخلی آن اجازه می‌دهد:

(الف) تقاضای واصله را به منظور تحصیل حکم مصادره و چنانچه حکم پیش از این صادر شده، برای تنفیذ آن به مراجع صلاحیتدار خود تسلیم خواهد کرد؛

(ب) حکم مصادره صادره از دادگاه کشور عضو متقاضی وفق بند ۱ ماده ۳۱ و بند ۱ (الف) ماده ۵۴ این کنوانسیون را تا حدی که ناظر بر عواید ناشی از جرم، اموال، تجهیزات و دیگر وسایل مندرج در بند ۱ ماده ۳۱ این کنوانسیون مستقر در سرزمین کشور عضو مورد تقاضا می‌باشد، به منظور تنفیذ آن تا حدی که درخواست شده، به مراجع صلاحیتدار خود تسلیم خواهد کرد.

۲- متعاقب تقاضای دیگر کشور عضوی که صلاحیت رسیدگی به جرم موضوع این کنوانسیون را دارد، کشور عضو مورد تقاضا تدابیری را برای شناسایی، ردیابی و انسداد و یا ضبط عواید ناشی از جرم، اموال، تجهیزات و دیگر وسایل مندرج در بند ۱ ماده ۳۱ این کنوانسیون به منظور صدور حکم مصادره نهایی توسط کشور عضو متقاضی و یا حسب مفاد بند ۱ این ماده، توسط کشور عضو مورد تقاضا اتخاذ خواهد کرد.

۳- مقررات ماده ۴۶ این کنوانسیون، با تغییرات ضروری، نسبت به این ماده قابل اعمال است. علاوه بر اطلاعات مشروحه در بند ۱۵ ماده ۴۶ تقاضاهای انجام شده طبق این ماده مشتملند بر:

(الف) در مورد تقاضای مربوط به بند ۱ (الف) این ماده، شرحی از اموال قابل مصادره از جمله تا حد امکان، محل و ارزش تقریبی مال و خلاصه‌ای از واقعیات مورد استناد کشور عضو متقاضی در حدی که برای طرح درخواست حکم مصادره از جانب کشور عضو مورد تقاضا طبق تشریفات حقوق داخلی آن کفایت کند؛

(ب) در مورد تقاضای مربوط به بند ۱ (ب) این ماده، نسخه قانوناً قابل قبولی از حکم مصادره مبنای درخواست صادره از کشور عضو متقاضی، خلاصه‌ای از واقعیات و اطلاعات در مورد حد مورد درخواست اجرای حکم، شرحی از اقدامات انجام شده توسط کشور عضو متقاضی دربردارنده اطلاعات کافی برای اشخاص ثالث با حسن نیت و حاکی از رعایت تشریفات صحیح دادرسی و قطعیت حکم مصادره؛

(پ) در مورد تقاضای مربوط به بند ۲ این ماده، خلاصه‌ای از واقعیات مورد استناد کشور عضو متقاضی و شرحی از اقدامات درخواستی و در صورت امکان نسخه قانوناً قابل قبولی از حکم مصادره مبنای تقاضا.

۴- تصمیمات و اقدامات پیش‌بینی شده در بندهای ۱ و ۲ این ماده، توسط کشور عضو طرف تقاضا طبق مقررات حقوق داخلی و آیین دادرسی و یا هرگونه قرارداد و یا توافق دو یا چند جانبه فی‌مابین آن کشور و کشور عضو متقاضی اتخاذ و انجام خواهد شد.

۵- هر کشور عضو نسخه‌هایی از قوانین و مقررات داخلی خود در تأیید و تنفیذ این ماده و هرگونه تغییرات بعدی به عمل آمده در قوانین و مقررات مزبور و یا شرحی از آنها را جهت دبیرکل سازمان ملل متحد ارسال خواهد کرد.

۶- چنانچه کشور عضو بخواهد اتخاذ تدابیر مشروحه در بندهای ۱ و ۲ این ماده را به وجود عهدنامه‌ای در این زمینه مشروط سازد، کنوانسیون

حاضر مبنای عهدنامه‌ای لازم و کافی برای آن کشور عضو محسوب خواهد گردید.

۷- چنانچه کشور عضو مورد تقاضا ادله کافی و به موقع دریافت نکند و یا اگر اموال مورد بحث از ارزش کمی برخوردار باشد، همکاری موضوع این ماده قابل امتناع بوده یا می‌توان اقدامات موقتی را لغو نمود.

۸- قبل از لغو هرگونه اقدام موقت انجام شده طبق این ماده، کشور عضو طرف تقاضا در صورت امکان فرصتی را در اختیار کشور عضو متقاضی قرار خواهد داد تا دلایل و مستندات خود را به نفع ادامه اقدام موقت ارائه کند.

۹- مقررات این ماده به گونه‌ای تفسیر نخواهد شد که به حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت لطمه وارد کند.

ماده ۵۶: همکاری ویژه

بدون خدشه به قوانین داخلی و بدون لطمه به روند تحقیقات، تعقیب و یا رسیدگیهای قضایی در سرزمین خود، هر کشور عضو تلاش خواهد کرد برای امکان ارسال اطلاعات مربوط به عواید ناشی از جرایم موضوع این کنوانسیون به دیگر کشور عضو بدون تقاضای قبلی او و در صورت تشخیص خود نسبت به مفید بودن این اطلاعات برای کشور عضو دریافت‌کننده در به جریان انداختن و یا ادامه تحقیقات، تعقیب و یا رسیدگی قضایی و یا طرح تقاضای آن کشور طبق مفاد این فصل از کنوانسیون، تدابیری را اتخاذ کند.

ماده ۵۷: استرداد و تعیین تکلیف اموال

۱- تکلیف اموال مصادره شده توسط کشور عضو طبق مادتين ۳۱ و

۵۵ این کنوانسیون از جمله از طریق بازگرداندن آنها به مالکان قانونی پیشین آنها طبق بند ۳ این ماده با رعایت مقررات این کنوانسیون و قوانین داخلی متبوع خود، تعیین خواهد گردید.

۲- هر کشور عضو تدابیر تقنینی و دیگر تدابیر لازم را با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود برای قادر ساختن مراجع صلاحیتدار خود به بازگرداندن اموال مصادره شده، در مقام رسیدگی به تقاضای دیگر کشور عضو، وفق مقررات این کنوانسیون و با ملحوظ داشتن حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت، اتخاذ خواهد کرد.

۳- با رعایت مادّتين ۴۶ و ۵۵ این کنوانسیون و بندهای ۱ و ۲ این ماده، کشور عضو طرف تقاضا:

(الف) در مورد اختلاس وجوه عمومی و یا شستشوی وجوه عمومی اختلاس شده به شرح منعکس در مادّتين ۱۷ و ۲۳ این کنوانسیون، چنانچه مصادره طبق ماده ۵۵ و بر مبنای حکم قطعی صادره از کشور عضو متقاضی اجرا شده باشد، که شرط اخیرالذکر از جانب کشور عضو طرف تقاضا قابل اسقاط است، اموال مصادره شده را به کشور عضو متقاضی مسترد خواهد کرد؛

(ب) در مورد عواید ناشی از هرگونه بزه دیگر مشمول این کنوانسیون، چنانچه مصادره طبق ماده ۵۵ کنوانسیون و بر مبنای حکم قطعی صادره از کشور عضو متقاضی اجرا شده باشد، که شرط اخیرالذکر از جانب کشور عضو طرف تقاضا قابل اسقاط است، اموال مصادره شده را به کشور عضو متقاضی، چنانچه این کشور مستدلاً مالکیت قبلی خود را نسبت به این گونه اموال به کشور عضو طرف تقاضا به اثبات رساند و یا کشور عضو طرف تقاضا خسارت وارده به کشور عضو متقاضی را به عنوان مبنای استرداد اموال مصادره شده بپذیرد، مسترد خواهد کرد؛

(پ) در کلیه موارد دیگر، برای اعاده اموال مصادره شده به کشور عضو متقاضی، استرداد آنها به مالکان قانونی قبلی و یا جبران خسارت زیاندیدگان از جرم اولویت قائل خواهد شد.

۴- در صورت اقتضا، و جز در مواردی که کشورهای عضو به گونه‌ای دیگر تصمیم گیرند، کشور عضو طرف تقاضا می‌تواند هزینه‌های متعارف متحمل در امر تحقیق، تعقیب و یا رسیدگی قضایی منتهی به استرداد و یا تعیین تکلیف اموال مصادره شده طبق این ماده را محاسبه و کسر نماید.

۵- در صورت اقتضا، کشورهای عضو همچنین می‌توانند انعقاد قراردادهای و یا ترتیبات مرضی‌الطرفین را به صورت موردی برای تعیین تکلیف نهایی اموال مصادره شده مورد توجه خاص قرار دهند.

ماده ۵۸: واحد اطلاعاتی مالی

کشورهای عضو به منظور پیشگیری و مبارزه با انتقال عواید ناشی از جرایم موضوع این کنوانسیون و تقویت طرق و وسایل بازیافت و استرداد عواید مزبور با یکدیگر همکاری نموده و برای نیل به این هدف تأسیس یک واحد اطلاعاتی مالی را با مأموریت مشخص دریافت و تجزیه و تحلیل گزارش معاملات مالی مشکوک و رساندن این اطلاعات به مراجع و مقامات صلاحیتدار مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۵۹: قراردادهای و ترتیبات دو و یا چندجانبه

کشورهای عضو تنظیم و انعقاد قراردادهای و ترتیبات دو و یا چندجانبه را به منظور تقویت کارایی همکاری بین‌المللی موضوع این فصل از کنوانسیون مورد توجه قرار خواهند داد.

فصل شش

کمک‌های فنی و تبادل اطلاعات

ماده ۶۰: آموزش و کمک فنی

۱- هر کشور عضو تا اندازه لازم برنامه‌های ویژه‌ای را برای آموزش کارکنان مسؤول جلوگیری و مبارزه با فساد مالی راه‌اندازی، تنظیم و یا تقویت خواهد کرد. در برنامه آموزشی مزبور از جمله به زمینه‌های زیر پرداخته خواهد شد:

(الف) تدابیر مؤثر برای جلوگیری، ردیابی، تحقیق، مجازات و کنترل فساد مالی از جمله استفاده از روشهای گردآوری دلیل و تحقیقاتی؛
(ب) ظرفیت‌سازی در توسعه و برنامه‌ریزی سیاستهای اصولی ضد فساد مالی؛

(پ) آموزش مقامات صلاحیتدار برای تهیه و تنظیم تقاضاهای معاضدت قضایی متقابل مطابق شرایط این کنوانسیون؛

(ت) ارزیابی و تقویت نهادهای مدیریت امور و مالیه عمومی، از جمله تدارکات و خریدهای دولتی و بخش خصوصی؛

(ث) جلوگیری و مبارزه با انتقال عواید ناشی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون و بازیافت و استرداد این عواید؛

(ج) ردیابی و انسداد انتقال عواید ناشی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون؛

(چ) تحت نظر داشتن انتقالات عواید ناشی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون و نیز روشهای مورد استفاده در جابجایی، اخفا و یا تغییر چهره این عواید؛

(ح) ساز و کارهای حقوقی و اداری مناسب و کارا و روشهای

تسهیل استرداد عواید ناشی از بزه‌های موضوع این کنوانسیون؛
(خ) روشهای مورد استفاده در حمایت از زیاندیدگان و شهودی که
با مراجع قضایی همکاری می‌کنند؛ و

(د) آموزش مقررات ملی و بین‌المللی و زبانها.

۲- کشورهای عضو با توجه به ظرفیت خود، ارائه حداکثر کمک‌های
فنی بویژه به کشورهای در حال توسعه را در طرحها و برنامه‌های ایشان برای
مبارزه با فساد مالی، از جمله پشتیبانی مادی و آموزشی در زمینه‌های مندرج
در بند ۱ این ماده و آموزش و کمک و تبادل تجربه و دانش تخصصی
ذیربط به منظور تسهیل همکاری بین‌المللی بین کشورهای عضو در
عرصه‌های استرداد و معاضدت قضایی متقابل، مورد توجه قرار خواهند داد.
۳- کشورهای عضو تا حد لازم تلاش در جهت ارتقای هرچه بیشتر
فعالیت‌های عملیاتی و آموزشی در سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای و در
چارچوب قراردادها و یا ترتیبات دوجانبه و چند جانبه ذیربط را تقویت
خواهند کرد.

۴- کشورهای عضو در صورت تقاضای کمک به یکدیگر در انجام
ارزیابی‌ها، مطالعات و پژوهش درباره انواع علل، آثار و هزینه‌های فساد
مالی در کشورهای ذیربط خود، به منظور نیل به روشها و طرح‌های عملیاتی
برای مبارزه با فساد مالی با مشارکت مقامات ذیصلاح جامعه را مورد توجه
قرار خواهند داد.

۵- به منظور تسهیل استرداد عواید ناشی از بزه‌های موضوع این
کنوانسیون، کشورهای عضو می‌توانند اسامی کارشناسانی را که می‌توانند در
نیل به این هدف مساعدت نمایند، در اختیار یکدیگر قرار دهند.

۶- کشورهای عضو استفاده از همایشها و سمینارهای زیر منطقه‌ای،
منطقه‌ای و بین‌المللی را برای بسط همکاری و کمک‌های فنی و تقویت

گفت و شنود در خصوص مشکلات دوجانبه از جمله معضلات و نیازهای خاص کشورهای در حال توسعه و کشورهای با اقتصاد در حال گذار را مورد توجه قرار خواهند داد.

۷- کشورهای عضو تثبیت ساز و کارهای داوطلبانه را با هدف تأمین کمکهای مالی به منظور تلاش کشورهای در حال توسعه و کشورهای با اقتصاد در حال گذار جهت اجرای این کنوانسیون از طریق طرحها و برنامه‌های کمک فنی مورد توجه قرار خواهند داد.

۸- هر کشور عضو انجام کمک‌های داوطلبانه را به دفتر مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد به منظور ترویج برنامه‌ها و طرح‌هایی در کشورهای در حال توسعه با هدف اجرای این کنوانسیون مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۶۱: گردآوری، مبادله و تجزیه و تحلیل اطلاعات مربوط به فساد مالی

۱- هر کشور عضو تجزیه و تحلیل جریان‌های فساد مالی در سرزمین خود و نیز اوضاع و احوال ارتکاب مفاسد مالی را با رایزنی با کارشناسان، مورد توجه قرار خواهد داد.

۲- کشورهای عضو تهیه و تقسیم آمار، اطلاعات، تجزیه و تحلیل کارشناسانه مربوط به فساد مالی را با یکدیگر و از طریق سازمانهای منطقه‌ای و بین‌المللی با هدف رسیدن هرچه بیشتر به تعاریف، استانداردها و روشهای واحد و نیز توزیع اطلاعات در زمینه بهترین راههای جلوگیری و مبارزه با فساد مالی را مورد توجه قرار خواهند داد.

۳- هر کشور عضو نظارت بر سیاستها و تدابیر عملی خود در مبارزه با فساد مالی و ارزیابی کارایی و بازدهی آنها را مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۶۲: تدابیر دیگر: اجرای کنوانسیون از طریق توسعه اقتصادی و کمکهای فنی

۱- کشورهای عضو باتوجه به آثار سوء فساد مالی بر جامعه به طور کلی و بالاخص بر توسعه پایدار تدابیری را در جهت اجرای بهینه این کنوانسیون تا حد امکان از طریق همکاریهای بین المللی، اتخاذ خواهند کرد.

۲- کشورهای عضو برای نیل به اهداف زیر تا حد امکان و با هماهنگی یکدیگر و نیز سازمانهای بین المللی و منطقه‌ای، تلاشهای جدی به عمل خواهند آورد:

(الف) تقویت همکاری خود در سطوح مختلف با کشورهای در حال توسعه به منظور ارتقای ظرفیتهای این کشورها برای جلوگیری و مبارزه علیه فساد مالی؛

(ب) بسط همکاریهای مادی و مالی برای پشتیبانی از تلاش کشورهای در حال توسعه برای جلوگیری و مبارزه کردن با فساد مالی و کمک به این کشورها برای اجرای موفق این کنوانسیون؛

(پ) ارائه کمکهای فنی به کشورهای در حال توسعه و کشورهای با اقتصاد در حال گذار برای کمک به آنها در تأمین نیازهای خود برای اجرای این کنوانسیون. برای نیل به این مهم، کشورهای عضو برای واریز کمکهای داوطلبانه و منظم خود به حساب ویژه‌ای که به ابتکار سازمان ملل متحد برای گردآوری این وجوه گشایش یافته است، تلاش خواهند کرد. کشورهای عضو همچنین می‌توانند با توجه به قوانین داخلی خود و مقررات این کنوانسیون، درصدی از پول و یا از ارزش معادل عواید حاصل از جرم و یا اموال مصادره شده طبق مقررات این کنوانسیون را برای کمک به این حساب اختصاص دهند؛

(ت) تشویق و متقاعد کردن دیگر کشورها و مؤسسات مالی برای

پیوستن به ایشان طبق مفاد این ماده، بالاخص از طریق ارائه برنامه‌های آموزشی بیشتر و تجهیزات جدید به کشورهای در حال توسعه به منظور کمک به آنها برای نیل به اهداف پیش‌بینی شده در این کنوانسیون.

۳- این تدابیر، تا حد امکان، نباید خدشه‌ای به کمک‌های خارجی تعهد شده قبلی و یا دیگر ترتیبات همکاری مالی در سطوح دوجانبه، منطقه‌ای و بین‌المللی وارد نماید.

۴- کشورهای عضو می‌توانند قراردادها و یا توافقات دوجانبه و یا چندجانبه‌ای را در مورد کمک‌های مادی و پشتیبانی، با در نظر داشتن ترتیبات مالی لازم برای هرچه کاراتر شدن همکاری‌های بین‌المللی پیش‌بینی شده در این کنوانسیون و نیز برای مبارزه، ردیابی و کنترل فساد مالی منعقد سازند.

فصل هفت

ساز و کارهای اجرایی

ماده ۶۳: همایش کشورهای عضو کنوانسیون

۱- به منظور ارتقای ظرفیت و تقویت همکاری بین کشورهای عضو در جهت نیل به اهداف گنجانده شده در این کنوانسیون و نیز تسهیل و نظارت بر اجرای آن بدین‌وسیله همایشی از کشورهای عضو کنوانسیون برپا می‌گردد.

۲- دبیرکل سازمان ملل متحد همایش کشورهای عضو را حداکثر ظرف یک سال پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون برگزار خواهد نمود، و پس از آن جلسات همایش کشورهای عضو وفق آیین‌نامه و ضوابط مصوب همایش به طور منظم برپا خواهد شد.

۳- همایش کشورهای عضو، آیین‌نامه و مقررات حاکم بر طرز اجرای فعالیتهای مشروح در این ماده، از جمله مقررات مربوط به پذیرش و شرکت ناظران و پرداخت هزینه‌های متحمل برای اجرای این فعالیتها را تصویب خواهد کرد.

۴- همایش کشورهای عضو، در مورد فعالیتهای آیین‌ها و روشهای کار در جهت نیل به اهداف پیش‌بینی شده در بند ۱ این ماده از جمله موارد زیر توافق خواهد کرد:

(الف) تسهیل فعالیت کشورهای عضو طبق ماده‌تین ۶۰ و ۶۲ و فصول دو تا پنج این کنوانسیون، از جمله از طریق تشویق کمکهای مالی داوطلبانه؛

(ب) تسهیل مبادله اطلاعات بین کشورهای عضو در مورد چهره‌ها و روندهای فساد مالی و روشهای موفق در جلوگیری و مبارزه با آن و نیز استرداد عواید ناشی از جرم منجمله از طریق انتشار اطلاعات زیربط مندرج در این ماده؛

(پ) تشریک مساعی با سازمانها و ساز و کارهای زیربط بین‌المللی و منطقه‌ای و نیز سازمانهای غیردولتی؛

(ت) استفاده متناسب از اطلاعات ارائه شده توسط سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای برای مبارزه با فساد مالی به منظور جلوگیری از دوباره کاری؛

(ث) ارزیابی دوره‌ای از اجرای این کنوانسیون توسط کشورهای عضو؛

(ج) ارائه توصیه برای اصلاح و اجرای کنوانسیون؛

(چ) توجه به تعهدات کشورهای عضو برای کمکهای فنی در ارتباط

با اجرای این کنوانسیون و انجام توصیه‌های لازم در این زمینه.

۵- از لحاظ بند ۴ این ماده، همایش کشورهای عضو از طریق اطلاعات ارائه شده توسط این کشورها و نیز ساز و کارهای تکمیلی که در

همایش کشورهای عضو تعیین خواهد گردید، آگاهی‌های لازم درباره تدابیر متّخذه توسط کشورهای عضو برای اجرای این کنوانسیون و مشکلات رویاروی آنها در این راه را به دست خواهد آورد.

۶- هر کشور عضو اطلاعات مربوط به برنامه‌ها، طرحها و روشهای خود و نیز اطلاعات راجع به تدابیر تقنینی و اداری برای اجرای این کنوانسیون را به گونه‌ای که همایش کشورهای عضو مقرر کرده است، در اختیار همایش قرار خواهد داد. همایش کشورهای عضو مؤثرترین راه دریافت و اقدام در مورد اطلاعات مزبور، از جمله شامل اطلاعات دریافتی از کشورهای عضو و نیز از سازمانهای بین‌المللی صلاحیتدار را بررسی خواهد کرد. همایش همچنین می‌تواند اطلاعات و داده‌های سازمانهای غیردولتی ذیربط را که وفق تشریفات و آیین‌های مصوّب همایش کشورهای عضو واصل شده‌اند، ملاحظه و بررسی نماید.

۷- طبق بندهای ۴ تا ۶ این ماده، همایش کشورهای عضو حسب ضرورت، ساز و کار و یا نهاد مناسب را جهت همکاری در اجرای مؤثر این کنوانسیون پیش‌بینی خواهد کرد.

ماده ۶۴: دبیرخانه

۱- دبیرکل سازمان ملل متحد خدمات دبیرخانه‌ای لازم را در اختیار همایش کشورهای عضو این کنوانسیون قرار خواهد داد.

۲- دبیرخانه:

(الف) به همایش کشورهای عضو برای اجرای فعالیتهای پیش‌بینی شده در ماده ۶۳ این کنوانسیون مساعدت و خدمات و تسهیلات لازم را برای برگزاری جلسات همایش کشورهای عضو پیش‌بینی خواهد کرد؛
(ب) در صورت تقاضا، به کشورهای عضو در ارائه اطلاعات به

همایش کشورهای عضو به شرح مندرج در بندهای ۵ و ۶ ماده ۶۳ این کنوانسیون کمک خواهد کرد؛
(پ) هماهنگی لازم با دبیرخانه‌های سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای
ذیربط را تأمین خواهد نمود.

فصل هشت مقررات نهایی

ماده ۶۵: اجرای کنوانسیون

۱- هر کشور عضو جهت حصول اطمینان از ایفای تعهدات خود ذیل این کنوانسیون تدابیر لازم از جمله تدابیر تقنینی و اداری را با رعایت اصول اساسی حقوق داخلی خود اتخاذ خواهد کرد.
۲- هر کشور عضو می‌تواند جهت جلوگیری و مبارزه با فساد مالی تدابیری شدیدتر و سنگینتر از تدابیر پیش‌بینی شده در این کنوانسیون اتخاذ کند.

ماده ۶۶: حلّ و فصل اختلافات

۱- کشورهای عضو در جهت حلّ و فصل اختلافات مربوط به تفسیر و یا اجرای این کنوانسیون از طریق مذاکره تلاش خواهند کرد.
۲- هرگونه اختلاف بین دو و یا چند کشور عضو در خصوص تفسیر و یا اجرای این عهدنامه‌ها که نتواند ظرف مدت معقولی حلّ و فصل گردد، به تقاضای یکی از کشورهای عضو به داوری ارجاع خواهد شد. چنانچه شش ماه پس از تاریخ تقاضا برای داوری، کشورهای مزبور نتوانند نسبت به تشکیلات داوری به توافق برسند، هریک از این کشورها می‌تواند با ثبت

تقاضایی حسب مقررات اساسنامه دیوان اختلاف را جهت رسیدگی به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع کند.

۳- هر کشور عضو می‌تواند در زمان امضا، تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق به این کنوانسیون، اعلام دارد که خود را به بند ۲ این ماده مأخوذ نمی‌داند. در ارتباط با کشور عضوی که چنین شرطی را اعلام کرده باشد، بند ۲ این ماده برای دیگر کشورهای عضو نیز الزام‌آور نیست.

۴- هر کشور عضو که طبق بند ۳ این ماده شرط تحدید تعهد به عمل آورده باشد، می‌تواند در هر زمان با اعلام به دبیرکل سازمان ملل متحد از این شرط انصراف ورزد.

ماده ۶۷: امضا، تصویب، پذیرش، تأیید و الحاق

۱- این کنوانسیون از ۹ تا ۱۱ دسامبر ۲۰۰۳ در مریدا، مکزیک، و پس از آن تاریخ تا ۹ دسامبر ۲۰۰۵ در مقر دائمی سازمان ملل متحد در نیویورک برای امضای کلیه کشورها مفتوح خواهد بود.

۲- این کنوانسیون همچنین برای امضای سازمانهای وحدت اقتصادی منطقه‌ای مفتوح خواهد بود، به شرط این که حداقل یکی از کشورهای عضو این سازمان، کنوانسیون حاضر را طبق بند ۱ این ماده امضاء کرده باشد.

۳- عضویت در این کنوانسیون منوط به تصویب، پذیرش و یا تأیید است. اسناد تصویب، پذیرش و یا تأیید نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد. سازمان وحدت اقتصادی منطقه‌ای به شرطی می‌تواند سند تصویب، پذیرش و یا تأیید خود را تودیع کند که حداقل یکی از کشورهای عضو آن چنین کرده باشد. سازمان مزبور در سند تصویب، پذیرش و یا تأیید خود میزان قبولی خود را در ارتباط با موضوعات تحت شمول این کنوانسیون اعلام داشته و هرگونه تغییر در میزان قبولی خود را نیز به

آگاهی مرجع تودیع اسناد خواهد رساند.

۴- این کنوانسیون برای الحاق هر کشور و یا سازمان وحدت اقتصادی منطقه‌ای که حداقل یکی از کشورهای عضو آن، عضو این کنوانسیون باشد، مفتوح خواهد بود. اسناد الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد. سازمان وحدت اقتصادی منطقه‌ای در زمان الحاق خود میزان قبولی خود را در ارتباط با موضوعات تحت شمول این کنوانسیون اعلام داشته و هرگونه تغییر در میزان قبولی خود را نیز به آگاهی مرجع تودیع اسناد خواهد رساند.

ماده ۶۸: لازم‌الاجرا شدن

۱- این کنوانسیون در نوزدهمین روز پس از تاریخ تودیع سی‌امین سند تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق لازم‌الاجرا خواهد شد. از لحاظ این بند، هرگونه سند تودیع شده توسط سازمان وحدت اقتصادی منطقه‌ای سندی اضافه بر اسناد سپرده شده توسط کشورهای عضو این سازمان به حساب نخواهد آمد.

۲- در مورد هر کشور و یا سازمان وحدت اقتصادی منطقه‌ای که پس از تودیع سی‌امین سند نسبت به تصویب، پذیرش، تأیید و یا الحاق کنوانسیون حاضر اقدام کرده باشد، این کنوانسیون در سی‌امین روز پس از تاریخ تودیع سند ذیربط توسط آن کشور و یا سازمان و یا در تاریخ لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون طبق بند ۱ این ماده، هرکدام دیرتر باشد، لازم‌الاجرا خواهد گردید.

ماده ۶۹: اصلاح

۱- پس از گذشت پنج سال از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون،

کشور عضو می‌تواند اصلاحیه‌ای را نسبت به این کنوانسیون پیشنهاد و آن را به دبیرکل سازمان ملل متحد ارسال نماید، و او نیز اصلاحیه پیشنهادی را به کشورهای عضو و همایش کشورهای عضو کنوانسیون جهت ملاحظه و اخذ تصمیم منعکس خواهد کرد. همایش کشورهای عضو برای نیل به اجماع نسبت به هر اصلاحیه نهایت تلاش را به کار خواهد برد. چنانچه به رغم همه تلاشها برای دستیابی به اجماع، توافقی حاصل نگردد، برای تصویب اصلاحیه رأی اکثریت دو سوم کشورهای عضو حاضر در جلسه که در رأی‌گیری همایش کشورهای عضو شرکت کرده‌اند، لازم خواهد بود.

۲- سازمانهای وحدت اقتصادی منطقه‌ای در مسائل داخل در اختیارات خود، حق رأی خود را طبق این ماده به تعداد رأی مساوی با تعداد کشورهای عضو خود که عضویت این کنوانسیون را در اختیار دارند، اجرا خواهند کرد. سازمانهای مزبور چنانچه کشورهای عضو آنها از حق رأی خود استفاده کرده باشند، حق رأی خود را اعمال نخواهند کرد و بالعکس.

۳- اعتبار اصلاحیه مصوب طبق بند ۱ این ماده مشروط بر تصویب، پذیرش و یا تأیید کشورهای عضو خواهد بود.

۴- اصلاحیه مصوب بند ۱ این ماده، نسبت به کشور عضو پس از گذشت نود روز از تاریخ تودیع سند تصویب، پذیرش و یا تأیید این اصلاحیه نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم‌الاجرا خواهد گردید.

۵- اصلاحیه پس از لازم‌الاجرا شدن در مورد کشورهای عضوی که به الزام‌آور بودن آن نسبت به خود اعلام رضایت کرده‌اند، تعهدآور خواهد بود. دیگر کشورهای عضو کماکان به مقررات این کنوانسیون و هرگونه اصلاحیه قبلی که تصویب، پذیرش و یا تأیید کرده‌اند، مأخوذ خواهند بود.

مادۀ ۷۰: کناره گیری

- ۱- کشور عضو می تواند با دادن اختاریه کتبی به دبیرکل سازمان ملل متحد از این کنوانسیون کناره گیری کند. این کناره گیری یک سال پس از تاریخ دریافت این اختاریه توسط دبیرکل، نافذ خواهد شد.
- ۲- عضویت سازمان وحدت اقتصادی منطقه ای با کناره گیری کلیه کشورهای عضو آن از کنوانسیون، خاتمه خواهد یافت.

مادۀ ۷۱: مرجع تودیع سند و زبانها

- ۱- دبیرکل سازمان ملل متحد مرجع رسمی تودیع اسناد این کنوانسیون می باشد.
- ۲- نسخه اصلی این کنوانسیون، که متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه و اسپانیولی آن از اعتبار و سندیت واحدی برخوردارند، نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع خواهد شد.
- در تسجیل و تأیید مراتب، نمایندگان تام الاختیار از جانب دولتهای متبوع خود این کنوانسیون را امضا نموده اند.

UNITED NATIONS (U.N.): CONVENTION AGAINST
CORRUPTION
[December 11, 2003]

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION

Preamble

The States Parties to this Convention,

Concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law,

Concerned also about the links between corruption and other forms of crime, in particular organized crime and economic crime, including money-laundering,

Concerned further about cases of corruption that involve vast quantities of assets, which may constitute a substantial proportion of the resources of States, and that threaten the political stability and sustainable development of those States,

Convinced that corruption is no longer a local matter but a transnational phenomenon that affects all societies and economies, making international cooperation to prevent and control it essential,

Convinced also that a comprehensive and multidisciplinary approach is required to prevent and combat corruption effectively,

Convinced further that the availability of technical assistance can play an important role in enhancing the ability of States, including by strengthening capacity and by institution-building, to prevent and combat corruption effectively,

Convinced that the illicit acquisition of personal wealth can be particularly damaging to democratic institutions, national economies and the rule of law,

Determined to prevent, detect and deter in a more effective manner international transfers of illicitly acquired assets and to strengthen international cooperation in asset recovery,

Acknowledging the fundamental principles of due process of law in criminal proceedings and in civil or administrative proceedings to adjudicate property rights,

Bearing in mind that the prevention and eradication of corruption is a responsibility of all States and that they must cooperate with one another, with the support and involvement of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, non-governmental organizations and community-based organizations, if their efforts in this area are to be effective,

Bearing also in mind the principles of proper management of public affairs and public property, fairness, responsibility and equality before the law and the need to safeguard integrity and to foster a culture of rejection of corruption,

Commending the work of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice and the United Nations Office on Drugs and Crime in preventing and combating corruption,

Recalling the work carried out by other international and regional organizations in this field, including the activities of the African Union, the Council of Europe, the Customs Cooperation Council (also known as the World Customs Organization), the European Union, the League of Arab States, the Organisation for Economic Cooperation and Development and the Organization of American States,

Taking note with appreciation of multilateral instruments to prevent and combat corruption, including, *inter alia*, the Inter-American Convention against Corruption, adopted by the Organization of American States on 29 March 1996, the Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, adopted by the Council of the European Union on 26 May 1997, the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adopted by the Organisation for Economic Cooperation and Development on 21 November 1997, the Criminal Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 27 January 1999, the Civil Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 4 November 1999, and the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adopted by the Heads of State and Government of the African Union on 12 July 2003,

Welcoming the entry into force on 29 September 2003 of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime,

Have agreed as follows:

Chapter I

General provisions

Article 1

Statement of purpose

The purposes of this Convention are:

- (a) To promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively;
- (b) To promote, facilitate and support international cooperation and technical assistance in the prevention of

and fight against corruption, including in asset recovery;

- (c) To promote integrity, accountability and proper management of public affairs and public property.

Article 2

Use of terms

For the purposes of this Convention:

- (a) "Public official" shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person's seniority; (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (iii) any other person defined as a "public official" in the domestic law of a State Party. However, for the purpose of some specific measures contained in chapter II of this Convention, "public official" may mean any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party;
- (b) "Foreign public official" shall mean any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; and any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise;

- (c) "Official of a public international organization" shall mean an international civil servant or any person who is authorized by such an organization to act on behalf of that organization;
- (d) "Property" shall mean assets of every kind, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such assets;
- (e) "Proceeds of crime" shall mean any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence;
- (f) "Freezing" or "seizure" shall mean temporarily prohibiting the transfer, conversion, disposition or movement of property or temporarily assuming custody or control of property on the basis of an order issued by a court or other competent authority;
- (g) "Confiscation", which includes forfeiture where applicable, shall mean the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority;
- (h) "Predicate offence" shall mean any offence as a result of which proceeds have been generated that may become the subject of an offence as defined in article 23 of this Convention;
- (i) "Controlled delivery" shall mean the technique of allowing illicit or suspect consignments to pass out of, through or into the territory of one or more States, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to the investigation of

an offence and the identification of persons involved in the commission of the offence.

Article 3

Scope of application

1. This Convention shall apply, in accordance with its terms, to the prevention, investigation and prosecution of corruption and to the freezing, seizure, confiscation and return of the proceeds of offences established in accordance with this Convention.
2. For the purposes of implementing this Convention, it shall not be necessary, except as otherwise stated herein, for the offences set forth in it to result in damage or harm to state property.

Article 4

Protection of sovereignty

1. States Parties shall carry out their obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States and that of non-intervention in the domestic affairs of other States.
2. Nothing in this Convention shall entitle a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State by its domestic law.

Chapter II

Preventive measures

Article 5

Preventive anti-corruption policies and practices

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, develop and implement or maintain

effective, coordinated anti-corruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability.

2. Each State Party shall endeavour to establish and promote effective practices aimed at the prevention of corruption.

3. Each State Party shall endeavour to periodically evaluate relevant legal instruments and administrative measures with a view to determining their adequacy to prevent and fight corruption.

4. States Parties shall, as appropriate and in accordance with the fundamental principles of their legal system, collaborate with each other and with relevant international and regional organizations in promoting and developing the measures referred to in this article. That collaboration may include participation in international programmes and projects aimed at the prevention of corruption.

Article 6

Preventive anti-corruption body or bodies

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, ensure the existence of a body or bodies, as appropriate, that prevent corruption by such means as:

- (a) Implementing the policies referred to in article 5 of this Convention and, where appropriate, overseeing and coordinating the implementation of those policies;
- (b) Increasing and disseminating knowledge about the prevention of corruption.

2. Each State Party shall grant the body or bodies referred to in paragraph 1 of this article the necessary independence, in accordance

with the fundamental principles of its legal system, to enable the body or bodies to carry out its or their functions effectively and free from any undue influence. The necessary material resources and specialized staff, as well as the training that such staff may require to carry out their functions, should be provided.

3. Each State Party shall inform the Secretary-General of the United Nations of the name and address of the authority or authorities that may assist other States Parties in developing and implementing specific measures for the prevention of corruption.

Article 7

Public sector

1. Each State Party shall, where appropriate and in accordance with the fundamental principles of its legal system, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems for the recruitment, hiring, retention, promotion and retirement of civil servants and, where appropriate, other non-elected public officials:

- (a) That are based on principles of efficiency, transparency and objective criteria such as merit, equity and aptitude;
- (b) That include adequate procedures for the selection and training of individuals for public positions considered especially vulnerable to corruption and the rotation, where appropriate, of such individuals to other positions;
- (c) That promote adequate remuneration and equitable pay scales, taking into account the level of economic development of the State Party;
- (d) That promote education and training programmes to enable them to meet the requirements for the correct, honourable and proper performance of public functions

and that provide them with specialized and appropriate training to enhance their awareness of the risks of corruption inherent in the performance of their functions. Such programmes may make reference to codes or standards of conduct in applicable areas.

2. Each State Party shall also consider adopting appropriate legislative and administrative measures, consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prescribe criteria concerning candidature for and election to public office.

3. Each State Party shall also consider taking appropriate legislative and administrative measures, consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to enhance transparency in the funding of candidatures for elected public office and, where applicable, the funding of political parties.

4. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest.

Article 8

Codes of conduct for public officials

1. In order to fight corruption, each State Party shall promote, *inter alia*, integrity, honesty and responsibility among its public officials, in accordance with the fundamental principles of its legal system.

2. In particular, each State Party shall endeavour to apply, within its own institutional and legal systems, codes or standards of conduct

for the correct, honourable and proper performance of public functions.

3. For the purposes of implementing the provisions of this article, each State Party shall, where appropriate and in accordance with the fundamental principles of its legal system, take note of the relevant initiatives of regional, interregional and multilateral organizations, such as the International Code of Conduct for Public Officials contained in the annex to General Assembly resolution 51/59 of 12 December 1996.

4. Each State Party shall also consider, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, establishing measures and systems to facilitate the reporting by public officials of acts of corruption to appropriate authorities, when such acts come to their notice in the performance of their functions.

5. Each State Party shall endeavour, where appropriate and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to establish measures and systems requiring public officials to make declarations to appropriate authorities regarding, *inter alia*, their outside activities, employment, investments, assets and substantial gifts or benefits from which a conflict of interest may result with respect to their functions as public officials.

6. Each State Party shall consider taking, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, disciplinary or other measures against public officials who violate the codes or standards established in accordance with this article.

Article 9

Public procurement and management of public finances

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental

principles of its legal system, take the necessary steps to establish appropriate systems of procurement, based on transparency, competition and objective criteria in decision-making, that are effective, *inter alia*, in preventing corruption. Such systems, which may take into account appropriate threshold values in their application, shall address, *inter alia*:

- (a) The public distribution of information relating to procurement procedures and contracts, including information on invitations to tender and relevant or pertinent information on the award of contracts, allowing potential tenderers sufficient time to prepare and submit their tenders;
- (b) The establishment, in advance, of conditions for participation, including selection and award criteria and tendering rules, and their publication;
- (c) The use of objective and predetermined criteria for public procurement decisions, in order to facilitate the subsequent verification of the correct application of the rules or procedures;
- (d) An effective system of domestic review, including an effective system of appeal, to ensure legal recourse and remedies in the event that the rules or procedures established pursuant to this paragraph are not followed;
- (e) Where appropriate, measures to regulate matters regarding personnel responsible for procurement, such as declaration of interest in particular public procurements, screening procedures and training requirements.

2. Each State Party shall, in accordance with the fundamental

principles of its legal system, take appropriate measures to promote transparency and accountability in the management of public finances. Such measures shall encompass, *inter alia*:

- (a) Procedures for the adoption of the national budget;
- (b) Timely reporting on revenue and expenditure;
- (c) A system of accounting and auditing standards and related oversight;
- (d) Effective and efficient systems of risk management and internal control; and
- (e) Where appropriate, corrective action in the case of failure to comply with the requirements established in this paragraph.

3. Each State Party shall take such civil and administrative measures as may be necessary, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to preserve the integrity of accounting books, records, financial statements or other documents related to public expenditure and revenue and to prevent the falsification of such documents.

Article 10

Public reporting

Taking into account the need to combat corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, take such measures as may be necessary to enhance transparency in its public administration, including with regard to its organization, functioning and decision-making processes, where appropriate. Such measures may include, *inter alia*:

- (a) Adopting procedures or regulations allowing members of

the general public to obtain, where appropriate, information on the organization, functioning and decision-making processes of its public administration and, with due regard for the protection of privacy and personal data, on decisions and legal acts that concern members of the public;

- (b) Simplifying administrative procedures, where appropriate, in order to facilitate public access to the competent decision-making authorities; and
- (c) Publishing information, which may include periodic reports on the risks of corruption in its public administration.

Article 11

Measures relating to the judiciary and prosecution services

1. Bearing in mind the independence of the judiciary and its crucial role in combating corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system and without prejudice to judicial independence, take measures to strengthen integrity and to prevent opportunities for corruption among members of the judiciary. Such measures may include rules with respect to the conduct of members of the judiciary.
2. Measures to the same effect as those taken pursuant to paragraph 1 of this article may be introduced and applied within the prosecution service in those States Parties where it does not form part of the judiciary but enjoys independence similar to that of the judicial service.

Article 12
Private sector

1. Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures.
2. Measures to achieve these ends may include, *inter alia*:
 - (a) Promoting cooperation between law enforcement agencies and relevant private entities;
 - (b) Promoting the development of standards and procedures designed to safeguard the integrity of relevant private entities, including codes of conduct for the correct, honourable and proper performance of the activities of business and all relevant professions and the prevention of conflicts of interest, and for the promotion of the use of good commercial practices among businesses and in the contractual relations of businesses with the State;
 - (c) Promoting transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities;
 - (d) Preventing the misuse of procedures regulating private entities, including procedures regarding subsidies and licences granted by public authorities for commercial activities;
 - (e) Preventing conflicts of interest by imposing restrictions,

as appropriate and for a reasonable period of time, on the professional activities of former public officials or on the employment of public officials by the private sector after their resignation or retirement, where such activities or employment relate directly to the functions held or supervised by those public officials during their tenure;

- (f) Ensuring that private enterprises, taking into account their structure and size, have sufficient internal auditing controls to assist in preventing and detecting acts of corruption and that the accounts and required financial statements of such private enterprises are subject to appropriate auditing and certification procedures.

3. In order to prevent corruption, each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its domestic laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures and accounting and auditing standards, to prohibit the following acts carried out for the purpose of committing any of the offences established in accordance with this Convention:

- (a) The establishment of off-the-books accounts;
- (b) The making of off-the-books or inadequately identified transactions;
- (c) The recording of non-existent expenditure;
- (d) The entry of liabilities with incorrect identification of their objects;
- (e) The use of false documents; and
- (f) The intentional destruction of bookkeeping documents

earlier than foreseen by the law.

4. Each State Party shall disallow the tax deductibility of expenses that constitute bribes, the latter being one of the constituent elements of the offences established in accordance with articles 15 and 16 of this Convention and, where appropriate, other expenses incurred in furtherance of corrupt conduct.

Article 13

Participation of society

1. Each State Party shall take appropriate measures, within its means and in accordance with fundamental principles of its domestic law, to promote the active participation of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, non-governmental organizations and community-based organizations, in the prevention of and the fight against corruption and to raise public awareness regarding the existence, causes and gravity of and the threat posed by corruption. This participation should be strengthened by such measures as:

- (a) Enhancing the transparency of and promoting the contribution of the public to decision-making processes;
- (b) Ensuring that the public has effective access to information;
- (c) Undertaking public information activities that contribute to non-tolerance of corruption, as well as public education programmes, including school and university curricula;
- (d) Respecting, promoting and protecting the freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption. That freedom may be subject to

certain restrictions, but these shall only be such as are provided for by law and are necessary:

- (i) For respect of the rights or reputations of others;
- (ii) For the protection of national security or *ordre public* or of public health or morals.

2. Each State Party shall take appropriate measures to ensure that the relevant anti-corruption bodies referred to in this Convention are known to the public and shall provide access to such bodies, where appropriate, for the reporting, including anonymously, of any incidents that may be considered to constitute an offence established in accordance with this Convention.

Article 14

Measures to prevent money-laundering

1. Each State Party shall:
 - (a) Institute a comprehensive domestic regulatory and supervisory regime for banks and non-bank financial institutions, including natural or legal persons that provide formal or informal services for the transmission of money or value and, where appropriate, other bodies particularly susceptible to money-laundering, within its competence, in order to deter and detect all forms of money-laundering, which regime shall emphasize requirements for customer and, where appropriate, beneficial owner identification, record-keeping and the reporting of suspicious transactions;
 - (b) Without prejudice to article 46 of this Convention, ensure that administrative, regulatory, law enforcement and other authorities dedicated to combating money-

laundering (including, where appropriate under domestic law, judicial authorities) have the ability to cooperate and exchange information at the national and international levels within the conditions prescribed by its domestic law and, to that end, shall consider the establishment of a financial intelligence unit to serve as a national centre for the collection, analysis and dissemination of information regarding potential money-laundering.

2. States Parties shall consider implementing feasible measures to detect and monitor the movement of cash and appropriate negotiable instruments across their borders, subject to safeguards to ensure proper use of information and without impeding in any way the movement of legitimate capital. Such measures may include a requirement that individuals and businesses report the cross-border transfer of substantial quantities of cash and appropriate negotiable instruments.

3. States Parties shall consider implementing appropriate and feasible measures to require financial institutions, including money remitters:

- (a) To include on forms for the electronic transfer of funds and related messages accurate and meaningful information on the originator;
- (b) To maintain such information throughout the payment chain; and
- (c) To apply enhanced scrutiny to transfers of funds that do not contain complete information on the originator.

4. In establishing a domestic regulatory and supervisory regime under the terms of this article, and without prejudice to any other

article of this Convention, States Parties are called upon to use as a guideline the relevant initiatives of regional, interregional and multilateral organizations against money-laundering.

5. States Parties shall endeavour to develop and promote global, regional, subregional and bilateral cooperation among judicial, law enforcement and financial regulatory authorities in order to combat money-laundering.

Chapter III

Criminalization and law enforcement

Article 15

Bribery of national public officials

Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

- (a) The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties;
- (b) The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

Article 16

Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.

2. Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

Article 17

Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official

Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally, the embezzlement, misappropriation or other diversion by a public official for his or her benefit or for the benefit of another person or entity, of any property, public or private funds or securities or any other thing of value entrusted to the public official by virtue of

his or her position.

Article 18

Trading in influence

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

- (a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person;
- (b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage.

Article 19

Abuse of functions

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another

person or entity.

Article 20

Illicit enrichment

Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.

Article 21

Bribery in the private sector

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities:

- (a) The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting;
- (b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.

Article 22

Embezzlement of property in the private sector

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities, embezzlement by a person who directs or works, in any capacity, in a private sector entity of any property, private funds or securities or any other thing of value entrusted to him or her by virtue of his or her position.

Article 23

Laundering of proceeds of crime

1. Each State Party shall adopt, in accordance with fundamental principles of its domestic law, such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

- (a) (i) The conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds of crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of helping any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal consequences of his or her action;
- (ii) The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement or ownership of or rights with respect to property, knowing that such property is the proceeds of crime;
- (b) Subject to the basic concepts of its legal system:

- (i) The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property is the proceeds of crime;
- (ii) Participation in, association with or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in accordance with this article.

2. For purposes of implementing or applying paragraph 1 of this article:

- (a) Each State Party shall seek to apply paragraph 1 of this article to the widest range of predicate offences;
- (b) Each State Party shall include as predicate offences at a minimum a comprehensive range of criminal offences established in accordance with this Convention;
- (c) For the purposes of subparagraph (b) above, predicate offences shall include offences committed both within and outside the jurisdiction of the State Party in question. However, offences committed outside the jurisdiction of a State Party shall constitute predicate offences only when the relevant conduct is a criminal offence under the domestic law of the State where it is committed and would be a criminal offence under the domestic law of the State Party implementing or applying this article had it been committed there;
- (d) Each State Party shall furnish copies of its laws that give effect to this article and of any subsequent changes to such laws or a description thereof to the Secretary-

General of the United Nations;

- (e) If required by fundamental principles of the domestic law of a State Party, it may be provided that the offences set forth in paragraph 1 of this article do not apply to the persons who committed the predicate offence.

Article 24

Concealment

Without prejudice to the provisions of article 23 of this Convention, each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally after the commission of any of the offences established in accordance with this Convention without having participated in such offences, the concealment or continued retention of property when the person involved knows that such property is the result of any of the offences established in accordance with this Convention.

Article 25

Obstruction of justice

Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

- (a) The use of physical force, threats or intimidation or the promise, offering or giving of an undue advantage to induce false testimony or to interfere in the giving of testimony or the production of evidence in a proceeding in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention;
- (b) The use of physical force, threats or intimidation to

interfere with the exercise of official duties by a justice or law enforcement official in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention. Nothing in this subparagraph shall prejudice the right of States Parties to have legislation that protects other categories of public official.

Article 26

Liability of legal persons

1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the offences established in accordance with this Convention.
2. Subject to the legal principles of the State Party, the liability of legal persons may be criminal, civil or administrative.
3. Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offences.
4. Each State Party shall, in particular, ensure that legal persons held liable in accordance with this article are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions.

Article 27

Participation and attempt

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, participation in any capacity such as an accomplice, assistant or instigator in an offence established in accordance with this Convention.

2. Each State Party may adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, any attempt to commit an offence established in accordance with this Convention.

3. Each State Party may adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, the preparation for an offence established in accordance with this Convention.

Article 28

Knowledge, intent and purpose as elements of an offence

Knowledge, intent or purpose required as an element of an offence established in accordance with this Convention may be inferred from objective factual circumstances.

Article 29

Statute of limitations

Each State Party shall, where appropriate, establish under its domestic law a long statute of limitations period in which to commence proceedings for any offence established in accordance with this Convention and establish a longer statute of limitations period or provide for the suspension of the statute of limitations where the alleged offender has evaded the administration of justice.

Article 30

Prosecution, adjudication and sanctions

1. Each State Party shall make the commission of an offence established in accordance with this Convention liable to sanctions that take into account the gravity of that offence.

2. Each State Party shall take such measures as may be necessary

to establish or maintain, in accordance with its legal system and constitutional principles, an appropriate balance between any immunities or jurisdictional privileges accorded to its public officials for the performance of their functions and the possibility, when necessary, of effectively investigating, prosecuting and adjudicating offences established in accordance with this Convention.

3. Each State Party shall endeavour to ensure that any discretionary legal powers under its domestic law relating to the prosecution of persons for offences established in accordance with this Convention are exercised to maximize the effectiveness of law enforcement measures in respect of those offences and with due regard to the need to deter the commission of such offences.

4. In the case of offences established in accordance with this Convention, each State Party shall take appropriate measures, in accordance with its domestic law and with due regard to the rights of the defence, to seek to ensure that conditions imposed in connection with decisions on release pending trial or appeal take into consideration the need to ensure the presence of the defendant at subsequent criminal proceedings.

5. Each State Party shall take into account the gravity of the offences concerned when considering the eventuality of early release or parole of persons convicted of such offences.

6. Each State Party, to the extent consistent with the fundamental principles of its legal system, shall consider establishing procedures through which a public official accused of an offence established in accordance with this Convention may, where appropriate, be removed, suspended or reassigned by the appropriate authority, bearing in mind respect for the principle of the presumption of innocence.

7. Where warranted by the gravity of the offence, each State Party,

to the extent consistent with the fundamental principles of its legal system, shall consider establishing procedures for the disqualification, by court order or any other appropriate means, for a period of time determined by its domestic law, of persons convicted of offences established in accordance with this Convention from:

- (a) Holding public office; and
- (b) Holding office in an enterprise owned in whole or in part by the State.

8. Paragraph 1 of this article shall be without prejudice to the exercise of disciplinary powers by the competent authorities against civil servants.

9. Nothing contained in this Convention shall affect the principle that the description of the offences established in accordance with this Convention and of the applicable legal defences or other legal principles controlling the lawfulness of conduct is reserved to the domestic law of a State Party and that such offences shall be prosecuted and punished in accordance with that law.

10. States Parties shall endeavour to promote the reintegration into society of persons convicted of offences established in accordance with this Convention.

Article 31

Freezing, seizure and confiscation

1. Each State Party shall take, to the greatest extent possible within its domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of:

- (a) Proceeds of crime derived from offences established in accordance with this Convention or property the value of

which corresponds to that of such proceeds;

- (b) Property, equipment or other instrumentalities used in or destined for use in offences established in accordance with this Convention.

2. Each State Party shall take such measures as may be necessary to enable the identification, tracing, freezing or seizure of any item referred to in paragraph 1 of this article for the purpose of eventual confiscation.

3. Each State Party shall adopt, in accordance with its domestic law, such legislative and other measures as may be necessary to regulate the administration by the competent authorities of frozen, seized or confiscated property covered in paragraphs 1 and 2 of this article.

4. If such proceeds of crime have been transformed or converted, in part or in full, into other property, such property shall be liable to the measures referred to in this article instead of the proceeds.

5. If such proceeds of crime have been intermingled with property acquired from legitimate sources, such property shall, without prejudice to any powers relating to freezing or seizure, be liable to confiscation up to the assessed value of the intermingled proceeds.

6. Income or other benefits derived from such proceeds of crime, from property into which such proceeds of crime have been transformed or converted or from property with which such proceeds of crime have been intermingled shall also be liable to the measures referred to in this article, in the same manner and to the same extent as proceeds of crime.

7. For the purpose of this article and article 55 of this Convention, each State Party shall empower its courts or other competent

authorities to order that bank, financial or commercial records be made available or seized. A State Party shall not decline to act under the provisions of this paragraph on the ground of bank secrecy.

8. States Parties may consider the possibility of requiring that an offender demonstrate the lawful origin of such alleged proceeds of crime or other property liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the fundamental principles of their domestic law and with the nature of judicial and other proceedings.

9. The provisions of this article shall not be so construed as to prejudice the rights of bona fide third parties.

10. Nothing contained in this article shall affect the principle that the measures to which it refers shall be defined and implemented in accordance with and subject to the provisions of the domestic law of a State Party.

Article 32

Protection of witnesses, experts and victims

1. Each State Party shall take appropriate measures in accordance with its domestic legal system and within its means to provide effective protection from potential retaliation or intimidation for witnesses and experts who give testimony concerning offences established in accordance with this Convention and, as appropriate, for their relatives and other persons close to them.

2. The measures envisaged in paragraph 1 of this article may include, *inter alia*, without prejudice to the rights of the defendant, including the right to due process:

- (a) Establishing procedures for the physical protection of such persons, such as, to the extent necessary and feasible, relocating them and permitting, where

appropriate, non-disclosure or limitations on the disclosure of information concerning the identity and whereabouts of such persons;

- (b) Providing evidentiary rules to permit witnesses and experts to give testimony in a manner that ensures the safety of such persons, such as permitting testimony to be given through the use of communications technology such as video or other adequate means.

3. States Parties shall consider entering into agreements or arrangements with other States for the relocation of persons referred to in paragraph 1 of this article.

4. The provisions of this article shall also apply to victims insofar as they are witnesses.

5. Each State Party shall, subject to its domestic law, enable the views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of criminal proceedings against offenders in a manner not prejudicial to the rights of the defence.

Article 33

Protection of reporting persons

Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.

Article 34

Consequences of acts of corruption

With due regard to the rights of third parties acquired in good faith,

each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to address consequences of corruption. In this context, States Parties may consider corruption a relevant factor in legal proceedings to annul or rescind a contract, withdraw a concession or other similar instrument or take any other remedial action.

Article 35

Compensation for damage

Each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with principles of its domestic law, to ensure that entities or persons who have suffered damage as a result of an act of corruption have the right to initiate legal proceedings against those responsible for that damage in order to obtain compensation.

Article 36

Specialized authorities

Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, ensure the existence of a body or bodies or persons specialized in combating corruption through law enforcement. Such body or bodies or persons shall be granted the necessary independence, in accordance with the fundamental principles of the legal system of the State Party, to be able to carry out their functions effectively and without any undue influence. Such persons or staff of such body or bodies should have the appropriate training and resources to carry out their tasks.

Article 37

Cooperation with law enforcement authorities

1. Each State Party shall take appropriate measures to encourage persons who participate or who have participated in the commission of

an offence established in accordance with this Convention to supply information useful to competent authorities for investigative and evidentiary purposes and to provide factual, specific help to competent authorities that may contribute to depriving offenders of the proceeds of crime and to recovering such proceeds.

2. Each State Party shall consider providing for the possibility, in appropriate cases, of mitigating punishment of an accused person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention.

3. Each State Party shall consider providing for the possibility, in accordance with fundamental principles of its domestic law, of granting immunity from prosecution to a person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention.

4. Protection of such persons shall be, *mutatis mutandis*, as provided for in article 32 of this Convention.

5. Where a person referred to in paragraph 1 of this article located in one State Party can provide substantial cooperation to the competent authorities of another State Party, the States Parties concerned may consider entering into agreements or arrangements, in accordance with their domestic law, concerning the potential provision by the other State Party of the treatment set forth in paragraphs 2 and 3 of this article.

Article 38

Cooperation between national authorities

Each State Party shall take such measures as may be necessary to encourage, in accordance with its domestic law, cooperation between, on the one hand, its public authorities, as well as its public officials,

and, on the other hand, its authorities responsible for investigating and prosecuting criminal offences. Such cooperation may include:

- (a) Informing the latter authorities, on their own initiative, where there are reasonable grounds to believe that any of the offences established in accordance with articles 15, 21 and 23 of this Convention has been committed; or
- (b) Providing, upon request, to the latter authorities all necessary information.

Article 39

Cooperation between national authorities and the private sector

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to encourage, in accordance with its domestic law, cooperation between national investigating and prosecuting authorities and entities of the private sector, in particular financial institutions, relating to matters involving the commission of offences established in accordance with this Convention.

2. Each State Party shall consider encouraging its nationals and other persons with a habitual residence in its territory to report to the national investigating and prosecuting authorities the commission of an offence established in accordance with this Convention.

Article 40

Bank secrecy

Each State Party shall ensure that, in the case of domestic criminal investigations of offences established in accordance with this Convention, there are appropriate mechanisms available within its domestic legal system to overcome obstacles that may arise out of the application of bank secrecy laws.

Article 41
Criminal record

Each State Party may adopt such legislative or other measures as may be necessary to take into consideration, under such terms as and for the purpose that it deems appropriate, any previous conviction in another State of an alleged offender for the purpose of using such information in criminal proceedings relating to an offence established in accordance with this Convention.

Article 42
Jurisdiction

1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences established in accordance with this Convention when:

- (a) The offence is committed in the territory of that State Party; or
- (b) The offence is committed on board a vessel that is flying the flag of that State Party or an aircraft that is registered under the laws of that State Party at the time that the offence is committed.

2. Subject to article 4 of this Convention, a State Party may also establish its jurisdiction over any such offence when:

- (a) The offence is committed against a national of that State Party; or
- (b) The offence is committed by a national of that State Party or a stateless person who has his or her habitual residence in its territory; or
- (c) The offence is one of those established in accordance

with article 23, paragraph 1(b)(ii), of this Convention and is committed outside its territory with a view to the commission of an offence established in accordance with article 23, paragraph 1 (a)(i) or (ii) or (b)(i), of this Convention within its territory; or

(d) The offence is committed against the State Party.

3. For the purposes of article 44 of this Convention, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences established in accordance with this Convention when the alleged offender is present in its territory and it does not extradite such person solely on the ground that he or she is one of its nationals.

4. Each State Party may also take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences established in accordance with this Convention when the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her.

5. If a State Party exercising its jurisdiction under paragraph 1 or 2 of this article has been notified, or has otherwise learned, that any other States Parties are conducting an investigation, prosecution or judicial proceeding in respect of the same conduct, the competent authorities of those States Parties shall, as appropriate, consult one another with a view to coordinating their actions.

6. Without prejudice to norms of general international law, this Convention shall not exclude the exercise of any criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its domestic law.

Chapter IV

International cooperation

Article 43

International cooperation

1. States Parties shall cooperate in criminal matters in accordance with articles 44 to 50 of this Convention. Where appropriate and consistent with their domestic legal system, States Parties shall consider assisting each other in investigations of and proceedings in civil and administrative matters relating to corruption.

2. In matters of international cooperation, whenever dual criminality is considered a requirement, it shall be deemed fulfilled irrespective of whether the laws of the requested State Party place the offence within the same category of offence or denominate the offence by the same terminology as the requesting State Party, if the conduct underlying the offence for which assistance is sought is a criminal offence under the laws of both States Parties.

Article 44

Extradition

1. This article shall apply to the offences established in accordance with this Convention where the person who is the subject of the request for extradition is present in the territory of the requested State Party, provided that the offence for which extradition is sought is punishable under the domestic law of both the requesting State Party and the requested State Party.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, a State Party whose law so permits may grant the extradition of a person for any of the offences covered by this Convention that are not punishable under its own domestic law.

3. If the request for extradition includes several separate offences, at least one of which is extraditable under this article and some of which are not extraditable by reason of their period of imprisonment but are related to offences established in accordance with this Convention, the requested State Party may apply this article also in respect of those offences.

4. Each of the offences to which this article applies shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them. A State Party whose law so permits, in case it uses this Convention as the basis for extradition, shall not consider any of the offences established in accordance with this Convention to be a political offence.

5. If a State Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention the legal basis for extradition in respect of any offence to which this article applies.

6. A State Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty shall:

- (a) At the time of deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention, inform the Secretary-General of the United Nations whether it will take this Convention as the legal basis for cooperation on extradition with other States Parties to this Convention; and
- (b) If it does not take this Convention as the legal basis for cooperation on extradition, seek, where appropriate, to

conclude treaties on extradition with other States Parties to this Convention in order to implement this article.

7. States Parties that do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize offences to which this article applies as extraditable offences between themselves.

8. Extradition shall be subject to the conditions provided for by the domestic law of the requested State Party or by applicable extradition treaties, including, *inter alia*, conditions in relation to the minimum penalty requirement for extradition and the grounds upon which the requested State Party may refuse extradition.

9. States Parties shall, subject to their domestic law, endeavour to expedite extradition procedures and to simplify evidentiary requirements relating thereto in respect of any offence to which this article applies.

10. Subject to the provisions of its domestic law and its extradition treaties, the requested State Party may, upon being satisfied that the circumstances so warrant and are urgent and at the request of the requesting State Party, take a person whose extradition is sought and who is present in its territory into custody or take other appropriate measures to ensure his or her presence at extradition proceedings.

11. A State Party in whose territory an alleged offender is found, if it does not extradite such person in respect of an offence to which this article applies solely on the ground that he or she is one of its nationals, shall, at the request of the State Party seeking extradition, be obliged to submit the case without undue delay to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall take their decision and conduct their proceedings in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the domestic law of that State Party. The States Parties concerned shall cooperate with

each other, in particular on procedural and evidentiary aspects, to ensure the efficiency of such prosecution.

12. Whenever a State Party is permitted under its domestic law to extradite or otherwise surrender one of its nationals only upon the condition that the person will be returned to that State Party to serve the sentence imposed as a result of the trial or proceedings for which the extradition or surrender of the person was sought and that State Party and the State Party seeking the extradition of the person agree with this option and other terms that they may deem appropriate, such conditional extradition or surrender shall be sufficient to discharge the obligation set forth in paragraph 11 of this article.

13. If extradition, sought for purposes of enforcing a sentence, is refused because the person sought is a national of the requested State Party, the requested State Party shall, if its domestic law so permits and in conformity with the requirements of such law, upon application of the requesting State Party, consider the enforcement of the sentence imposed under the domestic law of the requesting State Party or the remainder thereof.

14. Any person regarding whom proceedings are being carried out in connection with any of the offences to which this article applies shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings, including enjoyment of all the rights and guarantees provided by the domestic law of the State Party in the territory of which that person is present.

15. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's sex, race, religion, nationality, ethnic origin or political opinions or that

compliance with the request would cause prejudice to that person's position for any one of these reasons.

16. States Parties may not refuse a request for extradition on the sole ground that the offence is also considered to involve fiscal matters.

17. Before refusing extradition, the requested State Party shall, where appropriate, consult with the requesting State Party to provide it with ample opportunity to present its opinions and to provide information relevant to its allegation.

18. States Parties shall seek to conclude bilateral and multilateral agreements or arrangements to carry out or to enhance the effectiveness of extradition.

Article 45

Transfer of sentenced persons

States Parties may consider entering into bilateral or multilateral agreements or arrangements on the transfer to their territory of persons sentenced to imprisonment or other forms of deprivation of liberty for offences established in accordance with this Convention in order that they may complete their sentences there.

Article 46

Mutual legal assistance

1. States Parties shall afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to the offences covered by this Convention.

2. Mutual legal assistance shall be afforded to the fullest extent possible under relevant laws, treaties, agreements and arrangements of the requested State Party with respect to investigations, prosecutions

and judicial proceedings in relation to the offences for which a legal person may be held liable in accordance with article 26 of this Convention in the requesting State Party.

3. Mutual legal assistance to be afforded in accordance with this article may be requested for any of the following purposes:

- (a) Taking evidence or statements from persons;
- (b) Effecting service of judicial documents;
- (c) Executing searches and seizures, and freezing;
- (d) Examining objects and sites;
- (e) Providing information, evidentiary items and expert evaluations;
- (f) Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including government, bank, financial, corporate or business records;
- (g) Identifying or tracing proceeds of crime, property, instrumentalities or other things for evidentiary purposes;
- (h) Facilitating the voluntary appearance of persons in the requesting State Party;
- (i) Any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Party;
- (j) Identifying, freezing and tracing proceeds of crime in accordance with the provisions of chapter V of this Convention;
- (k) The recovery of assets, in accordance with the provisions of chapter V of this Convention.

4. Without prejudice to domestic law, the competent authorities of a State Party may, without prior request, transmit information relating to criminal matters to a competent authority in another State Party where they believe that such information could assist the authority in undertaking or successfully concluding inquiries and criminal proceedings or could result in a request formulated by the latter State Party pursuant to this Convention.

5. The transmission of information pursuant to paragraph 4 of this article shall be without prejudice to inquiries and criminal proceedings in the State of the competent authorities providing the information. The competent authorities receiving the information shall comply with a request that said information remain confidential, even temporarily, or with restrictions on its use. However, this shall not prevent the receiving State Party from disclosing in its proceedings information that is exculpatory to an accused person. In such a case, the receiving State Party shall notify the transmitting State Party prior to the disclosure and, if so requested, consult with the transmitting State Party. If, in an exceptional case, advance notice is not possible, the receiving State Party shall inform the transmitting State Party of the disclosure without delay.

6. The provisions of this article shall not affect the obligations under any other treaty, bilateral or multilateral, that governs or will govern, in whole or in part, mutual legal assistance.

7. Paragraphs 9 to 29 of this article shall apply to requests made pursuant to this article if the States Parties in question are not bound by a treaty of mutual legal assistance. If those States Parties are bound by such a treaty, the corresponding provisions of that treaty shall apply unless the States Parties agree to apply paragraphs 9 to 29 of this article in lieu thereof. States Parties are strongly encouraged to apply those paragraphs if they facilitate cooperation.

8. States Parties shall not decline to render mutual legal assistance pursuant to this article on the ground of bank secrecy.

9. (a) A requested State Party, in responding to a request for assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality, shall take into account the purposes of this Convention, as set forth in article 1;

(b) States Parties may decline to render assistance pursuant to this article on the ground of absence of dual criminality. However, a requested State Party shall, where consistent with the basic concepts of its legal system, render assistance that does not involve coercive action. Such assistance may be refused when requests involve matters of a *de minimis* nature or matters for which the cooperation or assistance sought is available under other provisions of this Convention;

(c) Each State Party may consider adopting such measures as may be necessary to enable it to provide a wider scope of assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality.

10. A person who is being detained or is serving a sentence in the territory of one State Party whose presence in another State Party is requested for purposes of identification, testimony or otherwise providing assistance in obtaining evidence for investigations, prosecutions or judicial proceedings in relation to offences covered by this Convention may be transferred if the following conditions are met:

(a) The person freely gives his or her informed consent;

(b) The competent authorities of both States Parties agree,

subject to such conditions as those States Parties may deem appropriate.

11. For the purposes of paragraph 10 of this article:

- (a) The State Party to which the person is transferred shall have the authority and obligation to keep the person transferred in custody, unless otherwise requested or authorized by the State Party from which the person was transferred;
- (b) The State Party to which the person is transferred shall without delay implement its obligation to return the person to the custody of the State Party from which the person was transferred as agreed beforehand, or as otherwise agreed, by the competent authorities of both States Parties;
- (c) The State Party to which the person is transferred shall not require the State Party from which the person was transferred to initiate extradition proceedings for the return of the person;
- (d) The person transferred shall receive credit for service of the sentence being served in the State from which he or she was transferred for time spent in the custody of the State Party to which he or she was transferred.

12. Unless the State Party from which a person is to be transferred in accordance with paragraphs 10 and 11 of this article so agrees, that person, whatever his or her nationality, shall not be prosecuted, detained, punished or subjected to any other restriction of his or her personal liberty in the territory of the State to which that person is transferred in respect of acts, omissions or convictions prior to his or

her departure from the territory of the State from which he or she was transferred.

13. Each State Party shall designate a central authority that shall have the responsibility and power to receive requests for mutual legal assistance and either to execute them or to transmit them to the competent authorities for execution. Where a State Party has a special region or territory with a separate system of mutual legal assistance, it may designate a distinct central authority that shall have the same function for that region or territory. Central authorities shall ensure the speedy and proper execution or transmission of the requests received. Where the central authority transmits the request to a competent authority for execution, it shall encourage the speedy and proper execution of the request by the competent authority. The Secretary-General of the United Nations shall be notified of the central authority designated for this purpose at the time each State Party deposits its instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention. Requests for mutual legal assistance and any communication related thereto shall be transmitted to the central authorities designated by the States Parties. This requirement shall be without prejudice to the right of a State Party to require that such requests and communications be addressed to it through diplomatic channels and, in urgent circumstances, where the States Parties agree, through the International Criminal Police Organization, if possible.

14. Requests shall be made in writing or, where possible, by any means capable of producing a written record, in a language acceptable to the requested State Party, under conditions allowing that State Party to establish authenticity. The Secretary-General of the United Nations shall be notified of the language or languages acceptable to each State Party at the time it deposits its instrument of ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention. In urgent circumstances

and where agreed by the States Parties, requests may be made orally but shall be confirmed in writing forthwith.

15. A request for mutual legal assistance shall contain:

- (a) The identity of the authority making the request;
- (b) The subject matter and nature of the investigation, prosecution or judicial proceeding to which the request relates and the name and functions of the authority conducting the investigation, prosecution or judicial proceeding;
- (c) A summary of the relevant facts, except in relation to requests for the purpose of service of judicial documents;
- (d) A description of the assistance sought and details of any particular procedure that the requesting State Party wishes to be followed;
- (e) Where possible, the identity, location and nationality of any person concerned; and
- (f) The purpose for which the evidence, information or action is sought.

16. The requested State Party may request additional information when it appears necessary for the execution of the request in accordance with its domestic law or when it can facilitate such execution.

17. A request shall be executed in accordance with the domestic law of the requested State Party and, to the extent not contrary to the domestic law of the requested State Party and where possible, in accordance with the procedures specified in the request.

18. Wherever possible and consistent with fundamental principles of domestic law, when an individual is in the territory of a State Party and has to be heard as a witness or expert by the judicial authorities of another State Party, the first State Party may, at the request of the other, permit the hearing to take place by video conference if it is not possible or desirable for the individual in question to appear in person in the territory of the requesting State Party. States Parties may agree that the hearing shall be conducted by a judicial authority of the requesting State Party and attended by a judicial authority of the requested State Party.

19. The requesting State Party shall not transmit or use information or evidence furnished by the requested State Party for investigations, prosecutions or judicial proceedings other than those stated in the request without the prior consent of the requested State Party. Nothing in this paragraph shall prevent the requesting State Party from disclosing in its proceedings information or evidence that is exculpatory to an accused person. In the latter case, the requesting State Party shall notify the requested State Party prior to the disclosure and, if so requested, consult with the requested State Party. If, in an exceptional case, advance notice is not possible, the requesting State Party shall inform the requested State Party of the disclosure without delay.

20. The requesting State Party may require that the requested State Party keep confidential the fact and substance of the request, except to the extent necessary to execute the request. If the requested State Party cannot comply with the requirement of confidentiality, it shall promptly inform the requesting State Party.

21. Mutual legal assistance may be refused:

(a) If the request is not made in conformity with the

provisions of this article;

- (b) If the requested State Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, *ordre public* or other essential interests;
- (c) If the authorities of the requested State Party would be prohibited by its domestic law from carrying out the action requested with regard to any similar offence, had it been subject to investigation, prosecution or judicial proceedings under their own jurisdiction;
- (d) If it would be contrary to the legal system of the requested State Party relating to mutual legal assistance for the request to be granted.

22. States Parties may not refuse a request for mutual legal assistance on the sole ground that the offence is also considered to involve fiscal matters.

23. Reasons shall be given for any refusal of mutual legal assistance.

24. The requested State Party shall execute the request for mutual legal assistance as soon as possible and shall take as full account as possible of any deadlines suggested by the requesting State Party and for which reasons are given, preferably in the request. The requesting State Party may make reasonable requests for information on the status and progress of measures taken by the requested State Party to satisfy its request. The requested State Party shall respond to reasonable requests by the requesting State Party on the status, and progress in its handling, of the request. The requesting State Party shall promptly inform the requested State Party when the assistance sought is no longer required.

25. Mutual legal assistance may be postponed by the requested State Party on the ground that it interferes with an ongoing investigation, prosecution or judicial proceeding.

26. Before refusing a request pursuant to paragraph 21 of this article or postponing its execution pursuant to paragraph 25 of this article, the requested State Party shall consult with the requesting State Party to consider whether assistance may be granted subject to such terms and conditions as it deems necessary. If the requesting State Party accepts assistance subject to those conditions, it shall comply with the conditions.

27. Without prejudice to the application of paragraph 12 of this article, a witness, expert or other person who, at the request of the requesting State Party, consents to give evidence in a proceeding or to assist in an investigation, prosecution or judicial proceeding in the territory of the requesting State Party shall not be prosecuted, detained, punished or subjected to any other restriction of his or her personal liberty in that territory in respect of acts, omissions or convictions prior to his or her departure from the territory of the requested State Party. Such safe conduct shall cease when the witness, expert or other person having had, for a period of fifteen consecutive days or for any period agreed upon by the States Parties from the date on which he or she has been officially informed that his or her presence is no longer required by the judicial authorities, an opportunity of leaving, has nevertheless remained voluntarily in the territory of the requesting State Party or, having left it, has returned of his or her own free will.

28. The ordinary costs of executing a request shall be borne by the requested State Party, unless otherwise agreed by the States Parties concerned. If expenses of a substantial or extraordinary nature are or will be required to fulfil the request, the States Parties shall consult to

determine the terms and conditions under which the request will be executed, as well as the manner in which the costs shall be borne.

29. The requested State Party:

- (a) Shall provide to the requesting State Party copies of government records, documents or information in its possession that under its domestic law are available to the general public;
- (b) May, at its discretion, provide to the requesting State Party in whole, in part or subject to such conditions as it deems appropriate, copies of any government records, documents or information in its possession that under its domestic law are not available to the general public.

30. States Parties shall consider, as may be necessary, the possibility of concluding bilateral or multilateral agreements or arrangements that would serve the purposes of, give practical effect to or enhance the provisions of this article.

Article 47

Transfer of criminal proceedings

States Parties shall consider the possibility of transferring to one another proceedings for the prosecution of an offence established in accordance with this Convention in cases where such transfer is considered to be in the interests of the proper administration of justice, in particular in cases where several jurisdictions are involved, with a view to concentrating the prosecution.

Article 48

Law enforcement cooperation

1. States Parties shall cooperate closely with one another,

consistent with their respective domestic legal and administrative systems, to enhance the effectiveness of law enforcement action to combat the offences covered by this Convention. States Parties shall, in particular, take effective measures:

- (a) To enhance and, where necessary, to establish channels of communication between their competent authorities, agencies and services in order to facilitate the secure and rapid exchange of information concerning all aspects of the offences covered by this Convention, including, if the States Parties concerned deem it appropriate, links with other criminal activities;
- (b) To cooperate with other States Parties in conducting inquiries with respect to offences covered by this Convention concerning:
 - (i) The identity, whereabouts and activities of persons suspected of involvement in such offences or the location of other persons concerned;
 - (ii) The movement of proceeds of crime or property derived from the commission of such offences;
 - (iii) The movement of property, equipment or other instrumentalities used or intended for use in the commission of such offences;
- (c) To provide, where appropriate, necessary items or quantities of substances for analytical or investigative purposes;
- (d) To exchange, where appropriate, information with other States Parties concerning specific means and methods used to commit offences covered by this Convention,

including the use of false identities, forged, altered or false documents and other means of concealing activities;

- (e) To facilitate effective coordination between their competent authorities, agencies and services and to promote the exchange of personnel and other experts, including, subject to bilateral agreements or arrangements between the States Parties concerned, the posting of liaison officers;
- (f) To exchange information and coordinate administrative and other measures taken as appropriate for the purpose of early identification of the offences covered by this Convention.

2. With a view to giving effect to this Convention, States Parties shall consider entering into bilateral or multilateral agreements or arrangements on direct cooperation between their law enforcement agencies and, where such agreements or arrangements already exist, amending them. In the absence of such agreements or arrangements between the States Parties-concerned, the States Parties may consider this Convention to be the basis for mutual law enforcement cooperation in respect of the offences covered by this Convention. Whenever appropriate, States Parties shall make full use of agreements or arrangements, including international or regional organizations, to enhance the cooperation between their law enforcement agencies.

3. States Parties shall endeavour to cooperate within their means to respond to offences covered by this Convention committed through the use of modern technology.

Article 49
Joint investigations

States Parties shall consider concluding bilateral or multilateral agreements or arrangements whereby, in relation to matters that are the subject of investigations, prosecutions or judicial proceedings in one or more States, the competent authorities concerned may establish joint investigative bodies. In the absence of such agreements or arrangements, joint investigations may be undertaken by agreement on a case-by-case basis. The States Parties involved shall ensure that the sovereignty of the State Party in whose territory such investigation is to take place is fully respected.

Article 50
Special investigative techniques

1. In order to combat corruption effectively, each State Party shall, to the extent permitted by the basic principles of its domestic legal system and in accordance with the conditions prescribed by its domestic law, take such measures as may be necessary, within its means, to allow for the appropriate use by its competent authorities of controlled delivery and, where it deems appropriate, other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, within its territory, and to allow for the admissibility in court of evidence derived therefrom.

2. For the purpose of investigating the offences covered by this Convention, States Parties are encouraged to conclude, when necessary, appropriate bilateral or multilateral agreements or arrangements for using such special investigative techniques in the context of cooperation at the international level. Such agreements or arrangements shall be concluded and implemented in full compliance with the principle of sovereign equality of States and shall be carried

out strictly in accordance with the terms of those agreements or arrangements.

3. In the absence of an agreement or arrangement as set forth in paragraph 2 of this article, decisions to use such special investigative techniques at the international level shall be made on a case-by-case basis and may, when necessary, take into consideration financial arrangements and understandings with respect to the exercise of jurisdiction by the States Parties concerned.

4. Decisions to use controlled delivery at the international level may, with the consent of the States Parties concerned, include methods such as intercepting and allowing the goods or funds to continue intact or be removed or replaced in whole or in part.

Chapter V

Asset recovery

Article 51

General provision

The return of assets pursuant to this chapter is a fundamental principle of this Convention, and States Parties shall afford one another the widest measure of cooperation and assistance in this regard.

Article 52

Prevention and detection of transfers of proceeds of crime

1. Without prejudice to article 14 of this Convention, each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its domestic law, to require financial institutions within its jurisdiction to verify the identity of customers, to take reasonable steps to determine the identity of beneficial owners of funds deposited into high-value accounts and to conduct enhanced scrutiny of accounts sought or maintained by or on behalf of individuals who are, or have

been, entrusted with prominent public functions and their family members and close associates. Such enhanced scrutiny shall be reasonably designed to detect suspicious transactions for the purpose of reporting to competent authorities and should not be so construed as to discourage or prohibit financial institutions from doing business with any legitimate customer.

2. In order to facilitate implementation of the measures provided for in paragraph 1 of this article, each State Party, in accordance with its domestic law and inspired by relevant initiatives of regional, interregional and multilateral organizations against money-laundering, shall:

- (a) Issue advisories regarding the types of natural or legal person to whose accounts financial institutions within its jurisdiction will be expected to apply enhanced scrutiny, the types of accounts and transactions to which to pay particular attention and appropriate account-opening, maintenance and record-keeping measures to take concerning such accounts; and
- (b) Where appropriate, notify financial institutions within its jurisdiction, at the request of another State Party or on its own initiative, of the identity of particular natural or legal persons to whose accounts such institutions will be expected to apply enhanced scrutiny, in addition to those whom the financial institutions may otherwise identify.

3. In the context of paragraph 2(a) of this article, each State Party shall implement measures to ensure that its financial institutions maintain adequate records, over an appropriate period of time, of accounts and transactions involving the persons mentioned in paragraph 1 of this article, which should, as a minimum, contain

information relating to the identity of the customer as well as, as far as possible, of the beneficial owner.

4. With the aim of preventing and detecting transfers of proceeds of offences established in accordance with this Convention, each State Party shall implement appropriate and effective measures to prevent, with the help of its regulatory and oversight bodies, the establishment of banks that have no physical presence and that are not affiliated with a regulated financial group. Moreover, States Parties may consider requiring their financial institutions to refuse to enter into or continue a correspondent banking relationship with such institutions and to guard against establishing relations with foreign financial institutions that permit their accounts to be used by banks that have no physical presence and that are not affiliated with a regulated financial group.

5. Each State Party shall consider establishing, in accordance with its domestic law, effective financial disclosure systems for appropriate public officials and shall provide for appropriate sanctions for non-compliance. Each State Party shall also consider taking such measures as may be necessary to permit its competent authorities to share that information with the competent authorities in other States Parties when necessary to investigate, claim and recover proceeds of offences established in accordance with this Convention.

6. Each State Party shall consider taking such measures as may be necessary, in accordance with its domestic law, to require appropriate public officials having an interest in or signature or other authority over a financial account in a foreign country to report that relationship to appropriate authorities and to maintain appropriate records related to such accounts. Such measures shall also provide for appropriate sanctions for non-compliance.

Article 53

Measures for direct recovers of property

Each State Party shall, in accordance with its domestic law:

- (a) Take such measures as may be necessary to permit another State Party to initiate civil action in its courts to establish title to or ownership of property acquired through the commission of an offence established in accordance with this Convention;
- (b) Take such measures as may be necessary to permit its courts to order those who have committed offences established in accordance with this Convention to pay compensation or damages to another State Party that has been harmed by such offences; and
- (c) Take such measures as may be necessary to permit its courts or competent authorities, when having to decide on confiscation, to recognize another State Party's claim as a legitimate owner of property acquired through the commission of an offence established in accordance with this Convention.

Article 54

Mechanisms for recovery of property through international cooperation in confiscation

1. Each State Party, in order to provide mutual legal assistance pursuant to article 55 of this Convention with respect to property acquired through or involved in the commission of an offence established in accordance with this Convention, shall, in accordance with its domestic law:

- (a) Take such measures as may be necessary to permit its

competent authorities to give effect to an order of confiscation issued by a court of another State Party;

- (b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities, where they have jurisdiction, to order the confiscation of such property of foreign origin by adjudication of an offence of money-laundering or such other offence as may be within its jurisdiction or by other procedures authorized under its domestic law; and
- (c) Consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of such property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted by reason of death, flight or absence or in other appropriate cases.

2. Each State Party, in order to provide mutual legal assistance upon a request made pursuant to paragraph 2 of article 55 of this Convention, shall, in accordance with its domestic law:

- (a) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a freezing or seizure order issued by a court or competent authority of a requesting State Party that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1(a) of this article;
- (b) Take such measures as may be necessary to permit its competent authorities to freeze or seize property upon a request that provides a reasonable basis for the requested State Party to believe that there are sufficient grounds for

taking such actions and that the property would eventually be subject to an order of confiscation for purposes of paragraph 1(a) of this article; and

- (c) Consider taking additional measures to permit its competent authorities to preserve property for confiscation, such as on the basis of a foreign arrest or criminal charge related to the acquisition of such property.

Article 55

International cooperation for purposes of confiscation

1. A State Party that has received a request from another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention for confiscation of proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention situated in its territory shall, to the greatest extent possible within its domestic legal system:

- (a) Submit the request to its competent authorities for the purpose of obtaining an order of confiscation and, if such an order is granted, give effect to it; or
- (b) Submit to its competent authorities, with a view to giving effect to it to the extent requested, an order of confiscation issued by a court in the territory of the requesting State Party in accordance with articles 31, paragraph 1, and 54, paragraph 1(a), of this Convention insofar as it relates to proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, situated in the territory of the requested State Party.

2. Following a request made by another State Party having jurisdiction over an offence established in accordance with this Convention, the requested State Party shall take measures to identify, trace and freeze or seize proceeds of crime, property, equipment or other instrumentalities referred to in article 31, paragraph 1, of this Convention for the purpose of eventual confiscation to be ordered either by the requesting State Party or, pursuant to a request under paragraph 1 of this article, by the requested State Party.

3. The provisions of article 46 of this Convention are applicable, *mutatis mutandis*, to this article. In addition to the information specified in article 46, paragraph 15, requests made pursuant to this article shall contain:

- (a) In the case of a request pertaining to paragraph 1(a) of this article, a description of the property to be confiscated, including, to the extent possible, the location and, where relevant, the estimated value of the property and a statement of the facts relied upon by the requesting State Party sufficient to enable the requested State Party to seek the order under its domestic law;
- (b) In the case of a request pertaining to paragraph 1(b) of this article, a legally admissible copy of an order of confiscation upon which the request is based issued by the requesting State Party, a statement of the facts and information as to the extent to which execution of the order is requested, a statement specifying the measures taken by the requesting State Party to provide adequate notification to bona fide third parties and to ensure due process and a statement that the confiscation order is final;

(c) In the case of a request pertaining to paragraph 2 of this article, a statement of the facts relied upon by the requesting State Party and a description of the actions requested and, where available, a legally admissible copy of an order on which the request is based.

4. The decisions or actions provided for in paragraphs 1 and 2 of this article shall be taken by the requested State Party in accordance with and subject to the provisions of its domestic law and its procedural rules or any bilateral or multilateral agreement or arrangement to which it may be bound in relation to the requesting State Party.

5. Each State Party shall furnish copies of its laws and regulations that give effect to this article and of any subsequent changes to such laws and regulations or a description thereof to the Secretary-General of the United Nations.

6. If a State Party elects to make the taking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2 of this article conditional on the existence of a relevant treaty, that State Party shall consider this Convention the necessary and sufficient treaty basis.

7. Cooperation under this article may also be refused or provisional measures lifted if the requested State Party does not receive sufficient and timely evidence or if the property is of a *de minimis* value.

8. Before lifting any provisional measure taken pursuant to this article, the requested State Party shall, wherever possible, give the requesting State Party an opportunity to present its reasons in favour of continuing the measure.

9. The provisions of this article shall not be construed as

prejudicing the rights of bona fide third parties.

Article 56

Special cooperation

Without prejudice to its domestic law, each State Party shall endeavour to take measures to permit it to forward, without prejudice to its own investigations, prosecutions or judicial proceedings, information on proceeds of offences established in accordance with this Convention to another State Party without prior request, when it considers that the disclosure of such information might assist the receiving State Party in initiating or carrying out investigations, prosecutions or judicial proceedings or might lead to a request by that State Party under this chapter of the Convention.

Article 57

Return and disposal of assets

1. Property confiscated by a State Party pursuant to article 31 or 55 of this Convention shall be disposed of, including by return to its prior legitimate owners, pursuant to paragraph 3 of this article, by that State Party in accordance with the provisions of this Convention and its domestic law.
2. Each State Party shall adopt such legislative and other measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, as may be necessary to enable its competent authorities to return confiscated property, when acting on the request made by another State Party, in accordance with this Convention, taking into account the rights of bona fide third parties.
3. In accordance with articles 46 and 55 of this Convention and paragraphs 1 and 2 of this article, the requested State Party shall:
 - (a) In the case of embezzlement of public funds or of

laundering of embezzled public funds as referred to in articles 17 and 23 of this Convention, when confiscation was executed in accordance with article 55 and on the basis of a final judgement in the requesting State Party, a requirement that can be waived by the requested State Party, return the confiscated property to the requesting State Party;

- (b) In the case of proceeds of any other offence covered by this Convention, when the confiscation was executed in accordance with article 55 of this Convention and on the basis of a final judgement in the requesting State Party, a requirement that can be waived by the requested State Party, return the confiscated property to the requesting State Party, when the requesting State Party reasonably establishes its prior ownership of such confiscated property to the requested State Party or when the requested State Party recognizes damage to the requesting State Party as a basis for returning the confiscated property;
- (c) In all other cases, give priority consideration to returning confiscated property to the requesting State Party, returning such property to its prior legitimate owners or compensating the victims of the crime.

4. Where appropriate, unless States Parties decide otherwise, the requested State Party may deduct reasonable expenses incurred in investigations, prosecutions or judicial proceedings leading to the return or disposition of confiscated property pursuant to this article.

5. Where appropriate, States Parties may also give special consideration to concluding agreements or mutually acceptable

arrangements, on a case-by-case basis, for the final disposal of confiscated property.

Article 58

Financial intelligence unit

States Parties shall cooperate with one another for the purpose of preventing and combating the transfer of proceeds of offences established in accordance with this Convention and of promoting ways and means of recovering such proceeds and, to that end, shall consider establishing a financial intelligence unit to be responsible for receiving, analysing and disseminating to the competent authorities reports of suspicious financial transactions.

Article 59

Bilateral and multilateral agreements and arrangements

States Parties shall consider concluding bilateral or multilateral agreements or arrangements to enhance the effectiveness of international cooperation undertaken pursuant to this chapter of the Convention.

Chapter VI

Technical assistance and information exchange

Article 60

Training and technical assistance

1. Each State Party shall, to the extent necessary, initiate, develop or improve specific training programmes for its personnel responsible for preventing and combating corruption. Such training programmes could deal, *inter alia*, with the following areas:

- (a) Effective measures to prevent, detect, investigate, punish and control corruption, including the use of evidence-

gathering and investigative methods;

- (b) Building capacity in the development and planning of strategic anti-corruption policy;
- (c) Training competent authorities in the preparation of requests for mutual legal assistance that meet the requirements of this Convention;
- (d) Evaluation and strengthening of institutions, public service management and the management of public finances, including public procurement, and the private sector;
- (e) Preventing and combating the transfer of proceeds of offences established in accordance with this Convention and recovering such proceeds;
- (f) Detecting and freezing of the transfer of proceeds of offences established in accordance with this Convention;
- (g) Surveillance of the movement of proceeds of offences established in accordance with this Convention and of the methods used to transfer, conceal or disguise such proceeds;
- (h) Appropriate and efficient legal and administrative mechanisms and methods for facilitating the return of proceeds of offences established in accordance with this Convention;
- (i) Methods used in protecting victims and witnesses who cooperate with judicial authorities; and
- (j) Training in national and international regulations and in languages.

2. States Parties shall, according to their capacity, consider affording one another the widest measure of technical assistance, especially for the benefit of developing countries, in their respective plans and programmes to combat corruption, including material support and training in the areas referred to in paragraph 1 of this article, and training and assistance and the mutual exchange of relevant experience and specialized knowledge, which will facilitate international cooperation between States Parties in the areas of extradition and mutual legal assistance.

3. States Parties shall strengthen, to the extent necessary, efforts to maximize operational and training activities in international and regional organizations and in the framework of relevant bilateral and multilateral agreements or arrangements.

4. States Parties shall consider assisting one another, upon request, in conducting evaluations, studies and research relating to the types, causes, effects and costs of corruption in their respective countries, with a view to developing, with the participation of competent authorities and society, strategies and action plans to combat corruption.

5. In order to facilitate the recovery of proceeds of offences established in accordance with this Convention, States Parties may cooperate in providing each other with the names of experts who could assist in achieving that objective.

6. States Parties shall consider using subregional, regional and international conferences and seminars to promote cooperation and technical assistance and to stimulate discussion on problems of mutual concern, including the special problems and needs of developing countries and countries with economies in transition.

7. States Parties shall consider establishing voluntary mechanisms with a view to contributing financially to the efforts of developing countries and countries with economies in transition to apply this Convention through technical assistance programmes and projects.

8. Each State Party shall consider making voluntary contributions to the United Nations Office on Drugs and Crime for the purpose of fostering, through the Office, programmes and projects in developing countries with a view to implementing this Convention.

Article 61

Collection, exchange and analysis of information on corruption

1. Each State Party shall consider analysing, in consultation with experts, trends in corruption in its territory, as well as the circumstances in which corruption offences are committed.

2. States Parties shall consider developing and sharing with each other and through international and regional organizations statistics, analytical expertise concerning corruption and information with a view to developing, insofar as possible, common definitions, standards and methodologies, as well as information on best practices to prevent and combat corruption.

3. Each State Party shall consider monitoring its policies and actual measures to combat corruption and making assessments of their effectiveness and efficiency.

Article 62

Other measures: implementation of the Convention through economic development and technical assistance

1. States Parties shall take measures conducive to the optimal implementation of this Convention to the extent possible, through international cooperation, taking into account the negative effects of

corruption on society in general, in particular on sustainable development.

2. States Parties shall make concrete efforts to the extent possible and in coordination with each other, as well as with international and regional organizations:

- (a) To enhance their cooperation at various levels with developing countries, with a view to strengthening the capacity of the latter to prevent and combat corruption;
- (b) To enhance financial and material assistance to support the efforts of developing countries to prevent and fight corruption effectively and to help them implement this Convention successfully;
- (c) To provide technical assistance to developing countries and countries with economies in transition to assist them in meeting their needs for the implementation of this Convention. To that end, States Parties shall endeavour to make adequate and regular voluntary contributions to an account specifically designated for that purpose in a United Nations funding mechanism. States Parties may also give special consideration, in accordance with their domestic law and the provisions of this Convention, to contributing to that account a percentage of the money or of the corresponding value of proceeds of crime or property confiscated in accordance with the provisions of this Convention;
- (d) To encourage and persuade other States and financial institutions as appropriate to join them in efforts in accordance with this article, in particular by providing more training programmes and modern equipment to

developing countries in order to assist them in achieving the objectives of this Convention.

3. To the extent possible, these measures shall be without prejudice to existing foreign assistance commitments or to other financial cooperation arrangements at the bilateral, regional or international level.

4. States Parties may conclude bilateral or multilateral agreements or arrangements on material and logistical assistance, taking into consideration the financial arrangements necessary for the means of international cooperation provided for by this Convention to be effective and for the prevention, detection and control of corruption.

Chapter VII

Mechanisms for implementation

Article 63

Conference of the States Parties to the Convention

1. A Conference of the States Parties to the Convention is hereby established to improve the capacity of and cooperation between States Parties to achieve the objectives set forth in this Convention and to promote and review its implementation.

2. The Secretary-General of the United Nations shall convene the Conference of the States Parties not later than one year following the entry into force of this Convention. Thereafter, regular meetings of the Conference of the States Parties shall be held in accordance with the rules of procedure adopted by the Conference.

3. The Conference of the States Parties shall adopt rules of procedure and rules governing the functioning of the activities set forth in this article, including rules concerning the admission and participation of observers, and the payment of expenses incurred in

carrying out those activities.

4. The Conference of the States Parties shall agree upon activities, procedures and methods of work to achieve the objectives set forth in paragraph 1 of this article, including:

- (a) Facilitating activities by States Parties under articles 60 and 62 and chapters II to V of this Convention, including by encouraging the mobilization of voluntary contributions;
- (b) Facilitating the exchange of information among States Parties on patterns and trends in corruption and on successful practices for preventing and combating it and for the return of proceeds of crime, through, *inter alia*, the publication of relevant information as mentioned in this article;
- (c) Cooperating with relevant international and regional organizations and mechanisms and non-governmental organizations;
- (d) Making appropriate use of relevant information produced by other international and regional mechanisms for combating and preventing corruption in order to avoid unnecessary duplication of work;
- (e) Reviewing periodically the implementation of this Convention by its States Parties;
- (f) Making recommendations to improve this Convention and its implementation;
- (g) Taking note of the technical assistance requirements of States Parties with regard to the implementation of this

Convention and recommending any action it may deem necessary in that respect.

5. For the purpose of paragraph 4 of this article, the Conference of the States Parties shall acquire the necessary knowledge of the measures taken by States Parties in implementing this Convention and the difficulties encountered by them in doing so through information provided by them and through such supplemental review mechanisms as may be established by the Conference of the States Parties.

6. Each State Party shall provide the Conference of the States Parties with information on its programmes, plans and practices, as well as on legislative and administrative measures to implement this Convention, as required by the Conference of the States Parties. The Conference of the States Parties shall examine the most effective way of receiving and acting upon information, including, *inter alia*, information received from States Parties and from competent international organizations. Inputs received from relevant non-governmental organizations duly accredited in accordance with procedures to be decided upon by the Conference of the States Parties may also be considered.

7. Pursuant to paragraphs 4 to 6 of this article, the Conference of the States Parties shall establish, if it deems it necessary, any appropriate mechanism or body to assist in the effective implementation of the Convention.

Article 64
Secretariat

1. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary secretariat services to the Conference of the States Parties to the Convention.

2. The secretariat shall:

- (a) Assist the Conference of the States Parties in carrying out the activities set forth in article 63 of this Convention and make arrangements and provide the necessary services for the sessions of the Conference of the States Parties;
- (b) Upon request, assist States Parties in providing information to the Conference of the States Parties as envisaged in article 63, paragraphs 5 and 6, of this Convention; and
- (c) Ensure the necessary coordination with the secretariats of relevant international and regional organizations.

Chapter VIII

Final provisions

Article 65

Implementation of the Convention

1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention.
2. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating corruption.

Article 66

Settlement of disputes

1. States Parties shall endeavour to settle disputes concerning the interpretation or application of this Convention through negotiation.

2. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention that cannot be settled through negotiation within a reasonable time shall, at the request of one of those States Parties, be submitted to arbitration. If, six months after the date of the request for arbitration, those States Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those States Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in accordance with the Statute of the Court.

3. Each State Party may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of or accession to this Convention, declare that it does not consider itself bound by paragraph 2 of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 2 of this article with respect to any State Party that has made such a reservation.

4. Any State Party that has made a reservation in accordance with paragraph 3 of this article may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Signature, ratification, acceptance, approval and accession

1. This Convention shall be open to all States for signature from 9 to 11 December 2003 in Merida, Mexico, and thereafter at United Nations Headquarters in New York until 9 December 2005.

2. This Convention shall also be open for signature by regional economic integration organizations provided that at least one member State of such organization has signed this Convention in accordance with paragraph 1 of this article.

3. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations. A

regional economic integration organization may deposit its instrument of ratification, acceptance or approval if at least one of its member States has done likewise. In that instrument of ratification, acceptance or approval, such organization shall declare the extent of its competence with respect to the matters governed by this Convention. Such organization shall also inform the depositary of any relevant modification in the extent of its competence.

4. This Convention is open for accession by any State or any regional economic integration organization of which at least one member State is a Party to this Convention. Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations. At the time of its accession, a regional economic integration organization shall declare the extent of its competence with respect to matters governed by this Convention. Such organization shall also inform the depositary of any relevant modification in the extent of its competence.

Article 68

Entry into force

1. This Convention shall enter into force on the ninetieth day after the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession. For the purpose of this paragraph, any instrument deposited by a regional economic integration organization shall not be counted as additional to those deposited by member States of such organization.

2. For each State or regional economic integration organization ratifying, accepting, approving or acceding to this Convention after the deposit of the thirtieth instrument of such action, this Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of deposit by such State or organization of the relevant instrument or on the date

this Convention enters into force pursuant to paragraph 1 of this article, whichever is later.

Article 69

Amendment

1. After the expiry of five years from the entry into force of this Convention, a State Party may propose an amendment and transmit it to the Secretary-General of the United Nations, who shall thereupon communicate the proposed amendment to the States Parties and to the Conference of the States Parties to the Convention for the purpose of considering and deciding on the proposal. The Conference of the States Parties shall make every effort to achieve consensus on each amendment. If all efforts at consensus have been exhausted and no agreement has been reached, the amendment shall, as a last resort, require for its adoption a two-thirds majority vote of the States Parties present and voting at the meeting of the Conference of the States Parties.

2. Regional economic integration organizations, in matters within their competence, shall exercise their right to vote under this article with a number of votes equal to the number of their member States that are Parties to this Convention. Such organizations shall not exercise their right to vote if their member States exercise theirs and vice versa.

3. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of this article is subject to ratification, acceptance or approval by States Parties.

4. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force in respect of a State Party ninety days after the date of the deposit with the Secretary-General of the United Nations of an instrument of ratification, acceptance or approval of

such amendment.

5. When an amendment enters into force, it shall be binding on those States Parties which have expressed their consent to be bound by it. Other States Parties shall still be bound by the provisions of this Convention and any earlier amendments that they have ratified, accepted or approved.

Article 70
Denunciation

1. A State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. Such denunciation shall become effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

2. A regional economic integration organization shall cease to be a Party to this Convention when all of its member States have denounced it.

Article 71
Depositary and languages

1. The Secretary-General of the United Nations is designated depositary of this Convention.

2. The original of this Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Convention.

Conflict of Laws
In Contracts
(The Law Governing the Contractual Obligations and the Party
Autonomy)

Hamid Reza NIKBAKHT
Persian text, pp. 7 - 51

Abstract

Every time a court deals with a legal relation of a foreign element, the issue of conflict of laws arises i.e. the court must decide amongst the relevant laws, which law will govern or will be applicable to that relation. While this issue is an independent subject in Common Law systems, in some other systems, particularly in Civil Law, it is a part of private international law. The two titles “conflict of laws” and “private international law”, however, are misnomers and do not match with what is meant by them, but both are a body of rules of domestic law which have been enacted and created to deal with legal relations with a foreign element.

This article is specifically related to conflict of laws in contracts (with foreign element, or so - called international contracts) and it

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 32, 2005

only deals with the law applicable to contractual obligations and the basis and rationale of the rules of the conflict in this area.

Conflict rules of each system of law have its own basis and rationale. Some systems are rigid and inflexible and see “state sovereignty” as the basis of their rules of law and choose such rules as the law of place of conclusion or place of execution of the contract, or the law of the country of nationality of the parties to the contract; and some are flexible and give greater value to the will of the parties.

A survey of modern laws of many countries and also the rules of relevant international documents and international organizations reveals that freedom of will of the parties or, “party autonomy” is the prevailing rule in many fora. Of course, no legal system has accepted it unfettered, and different countries have imposed different restrictions on it.

In fact, nowadays the “party autonomy”, is a basic principle and as the basis for conflict of laws rules in contractual obligations with some restrictions is the most suitable rule amongst all other rules and, this is in the benefit of the parties to international contracts and can not prejudice the interest of States concerned.

**Treaty Adherence: The Consent Principle and New Developments
in Arms Control and Disarmament**

Nader SAED

Persian text, pp. 53 - 94

Abstract

The consent principle in international treaties is one of the fundamentals of the international treaty law. In accordance with this principle, every treaty is an aftermath of mutual consent of states and/or international organizations to obtain common goals and interests as a result of their cooperation. Hence, states and international organizations need to conclude a treaty, negotiate about its format and contents, stipulate their common views (with observance of international public order), and finally sign or ratify or verify it officially after the finalization of preliminary process of the treaty conclusion as a means of collective co-existence. In all stages, the significance of *being voluntary* is so much highlighted that affect the conclusion of every treaty especially when the lack of real will make the treaty not binding. There have been some developments in this principle from 1990. This article will analyze the aforesaid

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 32, 2005

principle and its developments which impulses its fundamentals with emphasis at the international process of disarmament, arms control and from non-proliferation Weapons of Mass Destruction.

However, certain practices within international organizations i.e. UN Security Council Resolutions 687 (1991) and 825 (1993) on the Weapons of Mass Destruction (WMD) capabilities in Iraq and North Korean Withdrawal from the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NPT) respectively, and IAEA Board of Governors resolutions on Iranian nuclear program, *prima facie* seems to be new developments in this case. They called on and requested Iraq and Iran to enter into the Biological Weapons Convention (BWC) and Model Additional Protocol to the NPT Safeguard System respectively, and also non-withdrawal from the NPT by the North Korea.

Are these resolutions in the field of arms control and disarmament as any legal developments in changing the voluntarism doctrine on the acceptance of international agreements codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties? This paper, discusses this issue and concludes that they could not change that principle and then, treaty adherence is not legally binding yet.

Keywords: *Treaty, Principle of Consent, International Law, Arms Control, Disarmament.*

**Réparation des dommages contractuels selon la Convention de la
vente internationale de marchandises (1980, Vienne) Étude de
droit comparé**

Mohsen GHASSEMI

Persian text, pp. 139 - 220

Abstrait

En matière de réparation de dommages contractuels, il n'y a pas de différence sensible entre la Convention de la vente de marchandises de 1980 et le droit des États, - droit iranien, droit français droit égyptien et droit libanais -, ayant fait objet de la présente étude.

Comparés entre eux, ces divers droits, pourtant faisant partie des systèmes différents, révèlent des ressemblances manifestes. Les règles relatives aux caractères tant généraux que spécifiques des dommages réparables paraissent semblables, de même celles applicables aux dommages – intérêts moratoires et à l'anatocisme.

Loin de cantonner les ressemblances au domaine de ces caractères, les modes d'appréciation, d'évaluation et les procédés de détermination du temps et du lieu de réalisation du dommage subi participent de la même affirmation.

Si la réparation intégrale du dommage contractuel reste le principe commun de divers systèmes en cause, la primauté de la

Law Review (B.I.L.S.), Vol. 32, 2005

réparation pécuniaire par équivalent bénéficie, elle aussi, dans l'ensemble, d'accord unanime.

Cette unanimité se rencontre aussi en matière de liberté laissée aux juges de choisir le mode de réparation propre et adéquate à la cause, si ce n'est la volonté contraire exprimée par les parties d'adopter un mode de réparation qui leur conviendrait le mieux. Étant entendu qu'a acquis aussi la même faveur le caractère non exclusif des modes de réparation tant pécuniaires que matériels prévus dans la Convention et les lois internes.

Enfin, peuvent de même être cités, dans une certaine mesure, les modes de revente de marchandises, la réduction du prix, la restauration de la marchandise en tant que mode pécuniaire ou matériel de la réparation du dommage subi, applicables en droit iranien, mais sous certaines conditions.

Suppression of the Financing of Terrorism in International Instruments

Amir Hossein TAYYEBI FARD

Persian text, pp. 259 - 305

Abstract

Suppressing the terrorism financing is one of the ways to combat the phenomenon of terrorism. To this end, the countries, whether directly or through the United Nations, have paved the way to restrain the terrorism financing.

According to the obligatory character, those measures could be classified in to three categories:

1. resolutions passed by the Security Council, particularly resolution 1373, which as per Article 25 of the Charter of the UN should be regarded as an obligatory instrument.

2. the International Convention for the suppression of the financing of Terrorism, drafted by the UN. By virtue of the resolution 1373, the members, of the UN have been called to become parties, as soon as possible, to the convention:

3. FATF Special Recommendations on Terrorist Financing and the relevant recommendation from FATF Forty Recommendations. Though it seems these recommendations do not have the strength of

the Convention and do not have the support of the resolution 1373, but in practice, they are very important.

The above - mentioned instruments have been so drafted that they are interwoven to and in some cases, they complete each other and somehow repetitive. So that, as per Article 25 of the Charter, the resolution 1373 of the Security Council should be observed by the member states; on the other hand, the resolution requires that the member states to become parties to the convention. In order to implement the Convention, it would be required to pass a law on combating the terrorism financing, according to the standards prescribed in the Convention. Moreover, to preserve the correspondence banking, there would be no choice but to implement the FATF Recommendation.