

مجله حقوقی

نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس
ریاست جمهوری

فهرست مطالب

- ♦ جامعه بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* ۹
دکتر حسینقلی رستم‌زاد
- ♦ اسلام، اصالت جنگ یا اصالت صلح؟ ۷۳
محمدعلی برزنونی
- ♦ تأملی بر کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب ۱۵۹
ترجمه محمود صوراسرافیل
- ♦ مفهوم شکنجه: استاندارد واحد یا متفاوت (از دیدگاه حقوق بین‌الملل) .. ۱۸۹
دکتر مهدی نیک نفس
- ♦ قواعد بنیادین حقوق بین‌المللی کیفری و قواعد آمره *jus cogens* ۲۳۱
ترجمه دکتر سیدعلی هنجانی
- ♦ دادگاه بین‌المللی حقوق دریا: یک ارزیابی ۲۴۵
ترجمه دکتر علی قاسمی
- ♦ ناممکن شدن ردّ مبیع و اعمال حق فسخ خریدار
«بررسی تحلیلی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و
حقوق ایران» ۲۷۱
- دکتر اکبر میرزائزاد جویباری
- ♦ آیین دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری [قسمت اول] ۳۰۳
- ♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی

۳۳

پاییز - زمستان

۱۳۸۴

جامعه بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

دکتر حسینقلی رستم زاد*

فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

بخش اول. جامعه بین‌المللی: قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی

erga omnes

فصل اول. اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل به عنوان مبنای سنتی حقوق

بین‌الملل

فصل دوم. حاکمیت جامعه بین‌المللی و تعهدات ناشی از عضویت، مبنای دیگر

حقوق بین‌الملل: از جامعه بین‌المللی تا جامعه حقوقی بین‌المللی

بند اول. اصل لزوم وفای به عهد «*pacta sunt servanda*»

بند دوم. اصل التزام دولتها در قبال قواعد عرفی بین‌المللی

بند سوم. اصول کلی حقوقی: سایر اجزاء سازنده قانون اساسی جامعه

بین‌المللی

*. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکز.

بند چهارم. قانونمندی اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رویه

قضایی بین‌المللی

بخش دوم. ویژگیهای تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

فصل اول. اولویت نرم‌های جهانی

فصل دوم. اولویت اخلاقی حقوق فردی

نتیجه

چکیده

یک واقعیت قابل توجه در حقوق بین‌الملل که کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد آن است که دولتها همواره الزامات آن را داوطلبانه رعایت می‌کنند، واقعیتی که دلالت بر قانونمندی سیستم بین‌المللی و وجود جامعه حقوقی بین‌المللی دارد.

تعهدات بین‌المللی "*erga omnes*"، از جمله تعهدات ناشی از اصول مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، تعهدات جامعه نامیده می‌شوند که نه فقط رضایت قراردادی دولتها، بلکه واقعیت عضویت در جامعه بین‌المللی مستلزم رعایت آنها بوده، و رضایت دولتها امری مسلّم فرض می‌شود. از این روست که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود راجع به کنوانسیون منع ژنوساید تأکید نموده است اصولی که شالوده کنوانسیون هستند «حتی بدون هرگونه تعهد قراردادی» بر دولتها الزام‌آور هستند. لذا، همانطوری که قاضی تاناکا در نظر مخالف خود در قضایای آفریقای جنوب غربی، مرحله دوم (۱۹۶۶) مطرح نمود: حقوق بشر از مفهوم شخص انسان ناشی می‌شود. دولتها حقوق بشر را ایجاد نمی‌کنند، بلکه فقط وجود آن را تأیید می‌کنند. بنابراین، حقوق بشر مستقل از اراده دولتها وجود دارد. نتیجه آن که، گرچه دولتهایی این اصل «حمایت از حقوق بشر» را به رسمیت نمی‌شناسند، یا حتی وجود آن را انکار می‌کنند اما با این حال تابع آن هستند.

جنگ جهانی دوم خیانت گسترده دولتها به جان و آزادیهای انسان، از جمله شهروندان خودشان را به نمایش گذاشت و بدین لحاظ، درک بهتری را از ارتباط لاینفک بین حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حفاظت صلح جهانی پدید آورد. مجموعه قوانین حقوق بشری پس از جنگ که به تصویب داوطلبانه تعداد کثیری از دولتها رسید، حق افراد به تنها شدن (یعنی رهایی از قید تبعیت تحمیلی دولت، دین، قبیله، نژاد، فرهنگ و ...) را، در برابر حکومتها به رسمیت

شناخته‌اند. از انواع شاخصهای استقلال فردی، آزادی اراده را افراد با بیشترین شور و شوق طلب نموده‌اند و مسلماً دولتها بیشترین مقاومت را در برابر آن نشان داده‌اند. اشاره‌ای که دیوان در رابطه با تعهدات بین‌المللی “*erga omnes*” به حقوق بنیادین فرد می‌کند حکایت از آن دارد که از نظر دیوان، جامعه بین‌المللی نهادی است سازمان نیافته، که جدای از دول تشکیل دهنده آن می‌باشد؛ این جامعه «در کل» بر پاره‌ای اصول بنیادین بنا نهاده شده است. این نتیجه‌ای است که می‌توان از رأی دیوان گرفت.

مقدمه

کلمات و طبقه‌بندیها جنبه وضعی و قراردادی دارند؛ به این معنا که کلمات، ارزشها و معانی را طبقه‌بندی می‌کنند و طبقه‌بندیها نیز، هم تأثیر متقابل بین ارزشهای بیان شده در کلمات و هم تفاوت‌های موجود در طبقه‌بندیهای ابتکاری را پنهان می‌سازند. مثلاً یک قاعده حقوقی (مانند تعریف جرم در حقوق جزا) و یا یک رابطه حقوقی، سیاسی و اجتماعی (مانند تابعیت) وضعی و قراردادی هستند. کلمات ملت، ملی‌گرایی و دولت در این مورد مصادیق بارزی هستند که برای صدها سال هویت شخصی انسان را تعیین و تحمیل نموده‌اند. مفهوم هویت و ارزش شخصی انسان از این طبقه‌بندیهای ابتکاری ناشی شده است.^۱

علی‌رغم تبعیت تحمیلی انسان از دولت و ملت، دولتها نه تنها انسانها را حمایت نکرده، بلکه در جنگ جهانی دوم خیانت گسترده‌ای را در حق آنها، از جمله شهروندان خودشان روا داشتند. از این رو، جنگ جهانی دوم، رابطه روشن‌تری از حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حفاظت از صلح جهانی را به تصویر کشید.

به تدریج و در اثر تحولاتی که در جامعه بین‌المللی به وقوع پیوست تصور حاکمیت جامعه بین‌المللی تقویت گردید، چندان که در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات (ماده ۵۳) از «جامعه بین‌المللی دولتها در کل» و سپس در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری (همچون رکن قضایی جامعه بین‌المللی) در قضیه بارسلونا ترکشن (۱۹۷۰)، از «جامعه بین‌المللی در کل» سخن به میان آمد. جامعه بین‌المللی بدین عنوان موضوعیت و

۱. برای مطالعات تفصیلی در این مورد نک.

Thomas M. Franck, *The empowered self: Law and Society in the Age of Individualism*, Oxford (1999), chapter 1, pp. 1-20, in particular p. 6 – on; see also, Sir Robert Y. Jennings, *International law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, pp. 278-297, at p. 294.

استقرار یافته، خود واضح تعهدات بین‌المللی اعضا گشته و از این رهگذر، خود از نو مبادرت به تعریف و طبقه‌بندی مجدد ارزشهای خود، از جمله هویت انسان، اراده و تعلق خاطر او نمود و در مقایسه با گذشته، انسان و حقوق و آزادیهای او را از اولویت برخوردار ساخت.

اهمیت محوری ملازمه صلح و امنیت بین‌المللی و رعایت تعهدات اساسی جامعه بین‌المللی، نیروی محرکه استقرار و تداوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* است؛ به عبارت ساده‌تر و من باب مثال، چرا رعایت حقوق بشر، و از جمله آزادی اندیشه، انتخاب و دین، تا این حد مهم است که در کانون توجه و دستور کار جامعه بین‌المللی قرار گرفته و در کنار ممنوعیت تجاوز (و توسل به زور) وصف تعهد عام الشمول «*erga omnes*» یافته، فارغ از علایق قراردادی به صورت غیرقابل عدول در آمده، نظم عمومی جامعه بین‌المللی را به هم زده، تخصیص داده، وانگهی نظم عمومی جدیدی را برای «جامعه بین‌المللی در کل» رقم زده است؛ چگونه می‌توان این ارتباط و ملازمه را ترسیم نمود؟

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی خود در قضیه بارسلونا ترکشن، عبارت مربوط به تعهدات عام الشمول «*erga omnes*» را در دو پاراگراف متوالی (۳۳-۳۴) به این صورت طرح کرده است:

«۳۳. زمانی که یک دولت سرمایه‌گذاریهای خارجی یا اتباع بیگانه، اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی را در قلمرو خود می‌پذیرد، ملزم است حمایت قانون را به آنها گسترش داده و تعهداتی را در خصوص رفتار با آنها قبول کند. بویژه، باید یک تفکیک اساسی فی‌مابین تعهدات دولتها نسبت به کل جامعه بین‌المللی و تعهدات دولتها در مقابل یکدیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک قائل شد. تعهدات دسته اول، به لحاظ اهمیتشان به کلیه کشورها مربوط می‌شوند. نظر به اهمیت این حقوق کلیه

دولتها می‌توانند برای حفظ آنها دارای منفعت حقوقی باشند؛ چنین تعهداتی را تعهدات *erga omnes* می‌گویند.

۳۴. برای مثال، این تعهدات در حقوق بین‌الملل معاصر، از غیر قانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌داری و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند. برخی از حقوق حمایتی مربوطه، وارد مجموعه حقوق بین‌الملل عام شده‌اند (حق شرط به کنوانسیون منع و مجازات جنایت کشتار جمعی، نظریه مشورتی ۲۳، *I.C.J. Reports 1951*)؛ بخش دیگر (این حقوق) توسط اسناد بین‌المللی دارای خصیصه جهانی یا شبه جهانی شده‌اند.^۲ قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* همچون منع حقوق بین‌الملل، و نیز ویژگی‌های تعهدات *erga omnes* موضوع دو بخش این نوشتار هستند.

آنچه که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری برشمرده شده و از آن به عنوان منابع حقوق بین‌الملل یاد می‌شود خود، زمینه ظهور مفهوم تعهدات *erga omnes* را فراهم ساخته است. معاهدات بین‌المللی، حقوق بین‌الملل عرفی، اصول کلی حقوقی و سرانجام رویه قضایی بین‌المللی (که طرح مفهوم تعهدات *erga omnes* در رأی قضیه بارسلونا ترکشن در رویه قضایی دیوان تحقق یافته) از رهگذر «جامعه بین‌المللی در کل» استقرار یافته، حکومت می‌کنند؛ یعنی مثلاً لازم نیست که معاهده‌ای به تصویب تمامی اعضای جامعه بین‌المللی برسد تا قدرت نورماتیو داشته باشد، هرچند که معاهده دقیقاً ظهور در اراده اعضای آن دارد. به همین ترتیب است قاعده عرفی بین‌المللی، که نه تنها لازم نیست هر کشوری مشخصاً و صریحاً

2. Barcelona Traction, light and power company, limited, second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, paras 33-34.

رضایت خود را اعلام نماید بلکه سکوت برخی اعضا، به منزله رضایت به التزام در قبال آن تلقی می‌شود. اصول کلی حقوقی شناخته شده به وسیله ملل متمدن، نیز همان اصول کلی شناخته شده به وسیله جامعه بین‌المللی در کل هستند.

جامعه بین‌المللی برای رسیدن به هدف «استقرار صلح و امنیت بین‌المللی» (یعنی همان هدفی که در معاهدات صلح وستفالی - مقدمه معاهده مونستر - ۳۰ ژانویه ۱۶۴۸ اعلام گردیده)، فرایندها و طرق متعددی را آزموده است؛ ظهور دولتها به عنوان اعضای اصلی جامعه بین‌المللی با اصول حاکمیت مطلق آنها، از جمله این روشها بوده که تا اواخر قرن بیستم طی گردیده، لیکن بروز جنگها و بی‌رحمی‌ها ناکارآمدی آن را نشان داده است. پس از جنگ جهانی اول، گروهها یا مردمان نیز به رسمیت شناخته شده‌اند، حقوق اقلیتها وضع گردید تا مردمانی که به وضعیت «دولت بودن» دست نیافته‌اند، نظم جامعه بین‌المللی را برای رسیدن به این هدف، دچار هرج و مرج نسازند. پس از جنگ جهانی دوم، حقوق بشر و نیز ممنوعیت مطلق تجاوز (و توسل به زور) با محوریت صلح و امنیت بین‌المللی (که به صراحت در ماده یک منشور ملل متحد به عنوان هدف سازمان ملل متحد اعلام گردید) به رسمیت شناخته شدند و به این ترتیب، فرد انسان نیز، همدیف دولت و گروه، صاحب حقوق شناخته شد. بدین ترتیب، هر عضوی از این گروه سه‌تایی صاحب حقوق (یعنی دولت، گروه و فرد انسان) دارای جایگاه، حقوق و منزلت خاص خود گردیدند، چندان که اصل و لوازم بقایی^۳ هرکدام به تفکیک و به صورت رسمی و حقوقی، تنظیم گردید؛ مثلاً، اگر حقوق بنیادین بشری به عنوان حقوق و آزادیهای غیرقابل تخطی حتی در شرایط اضطراری و جنگ هستند (بند ۲ از ماده ۴

3. Survival principle.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) و دولت نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی متعرض آنها شود (اصل بقایای انسان)، از طرف دیگر، دولت می‌تواند در شرایط اضطراری عمومی و جنگ که خطری استثنایی موجودیت ملت را تهدید می‌کند، البته با رعایت اصول قید عدول (شامل اصل تهدید استثنایی، اصل موقت یا گذرا بودن تعلیق، اصل عدم تعلیق حقوق بنیادین و اصل تناسب)، سایر حقوق و آزادیهای بشری را موقتاً به حالت تعلیق درآورد [بند ۱ همان ماده (اصل بقای دولت)].

حق ملتها در تعیین سرنوشت خود نیز که وصف تعهد *erga omnes* دارد، ظهور در بقا و دوام گروه (مردمان) دارد.

با همه این احوال، در نظم نوینی که در دوران پس از منشور ملل متحد استقرار یافته (سیستم حقوق بشری)، اولویت از آن فرد انسان و حقوق و آزادیهای خاص اوست و این اولویت شخص انسان نه هدف، که وسیله‌ای برای رسیدن به هدف صلح و امنیت بین‌المللی است. بر این اساس بشر و حقوق او از نظر حقوقی (هم حقوق داخلی و هم حقوق بین‌الملل) تقویت گردید، کنوانسیونهای متعدد جهانی و منطقه‌ای (اروپایی، آمریکایی) در حمایت از حقوق بنیادین بشری به تصویب رسیدند و سرانجام، دیوان بین‌المللی دادگستری، با اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رأی خود در قضیه بارسلونا ترکشن در سال ۱۹۷۰، ظهور نظم جدید را به اوج خود رساند.

به دنبال حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ و متعاقب آن، تجاوز آشکار آمریکا و انگلیس به کشور عراق در ۲۰ مارس ۲۰۰۳ که با نقض فاحش تعهد عام *(erga omnes)* ممنوعیت تجاوز و توسل به زور صورت گرفت، این سؤال همچنان باقی است که با توجه به تکلیف دولتها در «به رسمیت نشناختن هرگونه نتایج حاصله از تجاوز» - که خود تعهدی *erga omnes*

است - تلقی دولتها درباره جنبه‌های مختلف قضیه چگونه باید باشد؟
خصوصاً که در جریان آن تجاوز، حقوق بشردوستانه در سطح وسیعی نقض
گردید و به علاوه، همانطوری که در این مقاله تبیین می‌گردد، تعهد عدم
تجاوز منشأیی حقوق بشری دارد.

از آنجا که نمی‌توان مفاهیم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* و قواعد
امری *jus cogens* را بدون اشاره به جامعه‌ای که این مفاهیم نشانگر
ارزشهای اساسی آن هستند، درک نمود، لذا فلسفه وجودی و بقایی جامعه
(جامعه بین‌المللی) را نیز، علاوه بر مفهوم تعهدات مذکور مطالعه می‌کنیم.

بخش اول
جامعه بین‌المللی: قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی و
تعهدات بین‌المللی
erga omnes

در سیستم حقوقی بین‌المللی، یک واقعیت قابل توجه که کمتر به آن توجه می‌شود، آن است که دولتها قواعد و الزامات آن را داوطلبانه رعایت می‌کنند. این واقعیت به روش منطقی، ما را به قانونمندی سیستم رهنمون می‌شود.

در این بخش ما به دنبال اثبات و تبیین نظم وجودی جامعه بین‌المللی و قواعد آن همچون سیستم حقوقی بین‌المللی هستیم. وابستگی و همبستگی حقوق و اجتماع در این ضرب‌المثل معروف حقوق روم خلاصه شده است که «هر جا که جامعه هست حقوق هم هست».^۴ منظور از جامعه^۵ اجتماعی است که اعضای آن بر طبق اصول و قواعد عمل می‌کنند. لذا می‌توان گفت که جامعه، یا به عبارت بهتر جامعه حقوقی،^۶ جنبه حقوقی اجتماع^۷ است. اطاعت داوطلبانه و غیر اجباری اعضا از اصول، رکن و نشانگر استقرار جامعه حقوقی بین‌المللی است.

حقوق بین‌الملل به لحاظ سنتی، عبارت بوده از قواعد و مقررات حاکم بر روابط بین دولتهای مستقل، برابر و خودمختار، به طوری که سازمان ملل متحد همچنان بر اساس برابری حاکمیتی تمامی اعضای خود استوار است (بند ۱ از ماده ۲ منشور ملل متحد).

4. *Ubi societas ibi jus.*

5. Community.

6. Legal community.

7. Society.

بدیهی است که نظریه قرارداد اجتماعی مبنای تشکیل جامعه دولتها نیز می‌باشد؛ دولتها نیز همانند انسانها، در سیستم جهانی، اشخاص بین‌المللی آزاد، برابر، و خود مختار توصیف شده‌اند که محدودیت آزادی و خودمختاری آنها فقط می‌تواند حاصل توافق آزاد آنها بر تفویض اختیار به یک قدرت عمومی باشد. منظور اعضا از تفویض اختیار به قدرت عمومی (و تشکیل جامعه بین‌المللی)، تضمین صلح و امنیت و ترقی و به دست آوردن نظم (به عنوان مصالح مشترک) با استفاده از تدابیر حفاظتی جمعی است (اصل رفتار متقابل).^۸

از این رو، اشاره‌ای به مفهوم قرارداد اجتماعی به عنوان مبنای شکل‌گیری هر دوی جامعه انسانها و جامعه دولتها نموده، چون ملازمه حقوق و جامعه طبیعی است لذا ایجاد اصول حقوقی (مثل اصل رفتار متقابل) و پیوند حقوق با اجتماع و اتحاد برای صلح را نیز جمع‌بندی می‌کنیم. همان حوائج اجتماعی که دولت – شهرهای یونان، مردم پروس، و ساکنین سیزده مستعمره آمریکایی را به سوی تشکیل اتحاد مشترک سوق داد، دولتهای جهان را نیز در پایان هزاره دوم وادار به اتحاد نمود.^۹ بدین سان ایده ائتلاف مشترک برای حفاظت، صلح و پیشرفت پیوند خورده است با مفاهیم اصل رفتار متقابل و قانون که اینها اجتماع را برای اعضای آن، نه تنها سودمند که عادلانه نیز ساخته‌اند.^{۱۰} به همین سبب، اصل تقابل یا رفتار متقابل، همچون یک اصل یا قاعده بنیادین خوانده می‌شود. از این روست مفهوم اتحاد برای صلح، آن گونه که از عنوان سازمان ملل متحد و هدف اصلی آن (حفظ صلح و امنیت بین‌المللی) بر می‌آید.

8. Reciprocity.

9. Thomas M. Franck, Fairness in international law and institutions, Oxford (1995), p. 26.

10. Ibid, p. 28.

فصل اول. اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل به عنوان مبنای سنتی حقوق بین الملل

همانطوری که دیوان دائمی دادگستری بین المللی در قضیه *لوتوس* گفته است: «حقوق بین الملل، حاکم بر روابط بین دولتهای مستقل است. بنابراین قواعد حقوقی الزام آور بر دولتها از اراده آزاد خود دولتها ناشی می شوند که در کنوانسیونها به ظهور رسیده یا به وسیله رسومی اعلام شده اند که عموماً بیانگر اصول حقوقی بوده و به منظور تنظیم روابط بین این جوامع مستقل همزیست وضع شده یا با هدف دست یافتن به اهداف مشترک وضع گردیده اند. بنابراین نمی توان فرض را بر محدودیت استقلال دولتها گذاشت».^{۱۱}

در منشور ملل متحد [و اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری (مثلاً ماده ۳۶)]، رضایت دولتها صریحاً پایه و اساس وضع قواعد حقوقی بین المللی اعلام گردیده است. پس مهم ترین منبع حقوق بین الملل، رضایت دولتها بوده، چندان که می توان اذعان داشت که حقوق بین الملل، حاصل توافق دولتهاست.

دولتها همانند افراد، به طور کلی فقط در صورتی، رضایت به التزام در قبال تعهداتی می دهند که نوعی عوض وجود داشته باشد. سیستمهای حقوقی غالباً این قاعده اساسی را تدوین کرده و به صورت قانون در آورده اند؛ بنابراین، بر شکلی از تقابل متکی هستند. وجود چنین رکن تقابل یا رفتار متقابل باعث می شود که سیستمهای حقوقی ریشه در عدالت داشته باشند.

11. The Lotus Case (France v. Turkey), P. C. I. J. , series A, No. 10 (1927), p.18.

پروفسور هنکین، این نظر تاریخی دیوان دائمی را در کرسی عمومی خود به سال ۱۹۸۹ به این صورت خلاصه کرده است: «دولتها حقوق را با رضایت و توافق به وجود می آورند. حقوق بین الملل با «اراده» دولتها به وجود می آید، یا به رسمیت شناخته می شود و یا پذیرفته می شود. برای سیستم بین المللی، هیچ چیزی از هیچ منبع دیگری به صورت حقوق در نمی آید».

Louis Henkin, International law: politice, values and functions (1989), cited in Franck, ibid.

در سیستم ناقص حقوق بین‌الملل که برابری رسمی اعضای آن کاملاً تضمین نگردیده (یعنی مقام یا مرجعی متمرکز و مقتدر برای تضمین ایفای تعهدات اعضا وجود ندارد)، یک دولت برای تضمین این که تعهداتش در برابر برخی اعضای سیستم یکجانبه نباشد فقط تا آنجایی یک تعهد را در برابر یک دولت خاص می‌پذیرد که آن دولت نیز به همان ترتیب متعهد شده باشد.

در اینجا است که به قانونمندی و همین‌طور به چگونگی تکوین مفاهیم اصل رفتار متقابل، عدالت و حقوق می‌رسیم. همچنین چگونگی ارتباط و ملازمه آنها با اجتماع مشترک به منظور صلح و رفاه هویدا می‌گردد.

تا اینجا معلوم شد که اصل رضایت دولتها و رفتار متقابل منبع تاریخی مهم قواعد حقوق بین‌الملل بوده است. اصل دومی که ملازم اصل اراده یا رضایت دولتهاست و از نظر تاریخی نیز به رسمیت شناخته شده، آن است که به محض این که رضایت داده شد دولت رضایت دهنده ملزم است بر طبق آنچه که توافق نموده عمل کند.^{۱۲}

این اصل که از آن به «اصل وفای به عهد» یا لزوم وفای به عهد یاد می‌شود، در تمامی سیستمهای حقوقی (اعم از داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی) موجود بوده و به صورت قانون کلی در آمده است.

دولتها همواره خود را ملزم به رعایت این تعهد دانسته و داوطلبانه به آن عمل می‌کنند، ولو این که قاعده قراردادی و یا عرفی در این مورد وجود نداشته باشد. این اطاعت داوطلبانه دولتها تصور «جامعه بین‌المللی» و حاکمیت آن را از سوی اعضا تقویت می‌کند. به این ترتیب، دولتها اقتدای خود را به سیستم حقوقی جامعه بین‌المللی به نمایش می‌گذارند و تصدیق

12. *Pacta sunt servanda.*

می‌کنند که حاکمیت غایی نه از آن آنها، که از آن جامعه بین‌المللی است. از سوی دیگر جامعه بین‌المللی از یک «مجموعه قواعد غایی» برخوردار است که قانون اساسی آن را تشکیل می‌دهد. چنانچه قواعد ساده و ابتدایی، از این سیستم قواعد قدیمی جامعه متابعت نکنند، فقط یک سری توافقات متقابل موردی^{۱۳} خواهند بود که نشانه جامعه ابتدایی هستند. در فصل آتی، تلاش می‌کنیم تا ثابت نماییم که چنان قواعد قدیمی که نقش قانون اساسی را ایفا می‌کنند در جامعه بین‌المللی وجود دارند. تعهد وفای به عهد فقط بخشی از این مجموعه قواعد غایی جامعه است. بخش دیگر آن تبعیت دولتها از قواعد عرفی بین‌المللی، و نیز رعایت اصول سیستم می‌باشد. تعهدات دولتها را که از این مجموعه قواعد نهایی ناشی می‌شوند، تعهدات ناشی از عضویت می‌گویند. ما در ادامه، این موارد را بررسی می‌کنیم.

فصل دوم. حاکمیت جامعه بین‌المللی و تعهدات ناشی از عضویت، مبنای دیگر حقوق بین‌الملل: از جامعه بین‌المللی تا جامعه حقوقی بین‌المللی

موضوع این است که مبنای قانونمندی سیستم حقوقی بین‌المللی، نمی‌تواند فقط رضایت دولتها باشد، چرا که در این صورت، جامعه بین‌المللی به صورت یک جامعه مبتنی بر تعهدات ساده و متقابل موردی خواهد بود. به علاوه دولتها نمی‌توانند به اتکای رضایت متقابل خود معاهده‌ای منعقد کنند که به موجب آن معاهدات الزام‌آور نباشند، چرا که در غیر این صورت اصل لزوم وفای به عهد که یک قاعده قدیمی و امری است دچار تناقض می‌شود. همین طور خود این اصل با محدودیتهایی مواجه است. قواعد امری محدودیتهایی هستند که از عمومیت و کلیت اصل لزوم وفای به عهد می‌کاهند. همه این موارد، محدودیتهایی هستند که بر حاکمیت

13. *ad hoc*.

دولتها وضع شده‌اند.

بند اول. اصل لزوم وفای به عهد

قاعده لزوم وفای به عهد یک قاعده تبعی^{۱۴} و در عین حال یک قاعده امری^{۱۵} است. دولتها حتی بدون التزام قراردادی و عرفی، این تعهد خود را رعایت کرده و نشان می‌دهند که آنها از یک مجموعه قوانین غایی^{۱۶} متابعت می‌کنند. حاکمیت واقعی، از آن این قواعد غایی و جامعه بین‌المللی است که قواعد موصوف مظهر آن هستند.

به طور خلاصه، تعهد دولتها به رعایت تعهدات معاهداتی شان صرفاً از رضایت آنها به پذیرش معاهده ناشی نمی‌شود، بلکه از عضویت آنها در جامعه نیز نشأت می‌گیرد؛ جامعه‌ای که در بستر خود به دولتها وضعیت عضویت (یعنی دولت بودن)، از جمله اهلیت انعقاد معاهدات را اعطا می‌کند. این قواعد نانوشته غایی (یا قانون اساسی جامعه بین‌المللی) و حاکمیت آن را از روی اطاعت داوطلبانه اعضای جامعه (یعنی دولتها) براحتی می‌توان استنباط کرد.

اطاعت داوطلبانه از قواعد، همان رفتار اصولی^{۱۷} است که یک جامعه (اصولی) را از اجتماع محض متمایز می‌سازد. ریشه اطاعت داوطلبانه در این واقعیت است که چون بین سیستم قانونگذاری و تابعان آن، ارتباط نزدیکی وجود دارد (یعنی دولتها خود واضع قانون و خود نیز تابع آن هستند) لذا این احتمال به حداقل می‌رسد که تابعان مذکور ترغیب به نقض قانون شوند. پیش از این گفتیم که پایه و اساس جامعه بین‌المللی بر رضایت و

14. Secondary rule.

15. Peremptory norm.

16. Ultimate canon of rules.

17. Principled conduct.

توافق (متقابل) دولتها استوار است. اکنون می‌گوییم که منبع التزام به رعایت تعهد معاهداتی، نرم بنیادین حقوق بین‌الملل (یعنی *Pacta sunt servanda*) می‌باشد. اصل لزوم وفای به عهد برای تمامی کشورها در روابط معاهداتی‌شان الزام‌آور است، صرفنظر از این که آنها در حال حاضر با آن موافق باشند یا نه.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا دولتها در جامعه بین‌المللی حاکم هستند یا نه؟ چرا که در صورت مثبت بودن پاسخ، به ناچار باید بپذیریم که هیچ نیرویی برتر و بالاتر از اراده آزاد دولتها وجود ندارد که تعهدی را بر آنها تحمیل کند. همچنین، در صورت منفی بودن پاسخ این سؤال، باید در پی اثبات وجود مقام یا سیستمی باشیم که دولتها از آن تبعیت و به آن اقتدا می‌کنند. در هر صورت، پاسخ به این سؤال نشان خواهد داد که آیا جامعه بین‌الملل یک جامعه ساده و ابتدایی است یا یک جامعه پیشرفته و پیچیده.

اصل لزوم رعایت معاهدات (*Pacta sunt servanda*)، نمونه‌ای از قواعد مهم شناسایی است. سؤال این است که چرا معاهدات در سطح جهانی الزام‌آور هستند؟ در پاسخ به این سؤال، نمی‌توان فقط اکتفا کرد به این که کشورها آن را به صورت یک قاعده ساده تعهد (یعنی براساس ماده ۲۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات)^{۱۸} پذیرفته‌اند. درست است که کنوانسیون مذکور، این اصل را پیش‌بینی کرده است که تعهدات باید رعایت شوند، اما اگر الحاق کشورهای عضو به کنوانسیون وین تنها منبع قانونمندی اصل لزوم رعایت تعهدات بود، در این صورت، کشوری که آن را تصویب نکرده یا از آن کناره‌گیری کرده، می‌تواند تعهدات معاهداتی

۱۸. به موجب ماده ۲۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات: هر معاهده لازم‌الاجرای برای طرفهای آن الزام‌آور است و باید توسط آنها با حسن نیت اجرا گردد.

خود را رعایت نکند؛ مسلماً می‌دانیم که این طور نیست. کشورها همواره خود را در قبال تعهدات معاهداتی‌شان ملتزم می‌دانند، اعم از این که عضو کنوانسیون وین باشند یا نه، برای این که دولتها قبول دارند که تعهد آنها مبنی بر عمل کردن بر طبق تعهداتشان نه از رضایت خاص آنها به این قاعده قدیمی شناسایی (یعنی *Pacta sunt servanda*)، که از عضویت آنها در جامعه‌ای ناشی می‌شود که قداست تعهدات معاهداتی پایه و اساس حقوقی آن (جامعه) است.^{۱۹}

بدین ترتیب، دولتها در عمل تأیید می‌کنند که آنها حاکم نیستند، چرا که در غیر این صورت (یعنی اگر دولتها حاکم واقعی بودند) صرف انعقاد معاهدات نمی‌توانست آنها را ملزم کند. دولتها همواره خود را در قبال معاهداتشان ملزم می‌دانند که این را می‌توان فقط دلیل رضایت آنها به چیزی دانست که فقط قابل استنباط است (یعنی یک قاعده نهایی شناسایی). در جامعه بین‌المللی حاکمیت — هر اندازه هم شکننده باشد — از آن این قاعده غایی است و نه از آن آحاد دولتهای جامعه. به نظر می‌رسد که دولتها خود واقف به وجود این قاعده غایی هستند. آنها به اتکای و در اجرای آشکار این مفهوم عمل می‌کنند که موقعی که یک دولت پیمانی را با یک یا چند دولت دیگر امضا و تصویب می‌کند، تعهدی دارد که برتر از اراده حاکم آن است. این تعهد از رضایت به آن معاهده، یا از متن آن معاهده ناشی نمی‌شود، بلکه همانطوری که گفتیم از عضویت در جامعه‌ای نشأت می‌گیرد که به طرفهای آن توافق، وضعیت،^{۲۰} از جمله اهلیت ورود به معاهدات می‌بخشد.^{۲۱}

19. Thomas M. Franck, supra no. 9, p. 42.

20. Status.

21. Thomas M. Franck, Legitimacy in the international system, 82 Am. J. Int'l. 1988, pp. 705-759, at p. 751.

در اینجا، در واقع تفوق و برتری سیستم حقوقی بین‌المللی و قواعد آن بر اراده یک دولت و سیستم حقوقی داخلی آن مطرح می‌شود. بدیهی است که حقوق بین‌الملل و رعایت تعهدات بین‌المللی دولتها، بر حقوق داخلی آنها مقدم است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی ۲۶ آوریل ۱۹۸۸ خود (به تقاضای مجمع عمومی ملل متحد)، این تفوق قواعد بین‌المللی بر رضایت خاص یک دولت را تأیید کرده است. مسأله مورد اختلاف، تعارض بین مقررات یک قانون ایالات متحده (که تعطیلی هیأت ناظر سازمان آزادیبخش فلسطین را مقرر می‌کرد) و تعهد ایالات متحده در مقام عضویت در موافقتنامه مقرر ملل متحد (که بین ایالات متحده و سازمان ملل در ۱۹۴۷ انعقاد یافته است) بود. دیوان صریحاً اعلام داشت که «تفوق حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی، یک اصل بنیادین حقوق بین‌الملل است»^{۲۲} و این که «مقررات حقوق داخلی نمی‌توانند بر مقررات یک معاهده برتری داشته باشند»؛^{۲۳} دیوان به اتفاق آراء پذیرفت که عضویت در جامعه بین‌المللی محدودیت آشکاری بر حاکمیت دولتها وضع کرده است.^{۲۴}

برای برتری استدلال می‌کند که حاکمیت دولت یک مفهوم لفظی است. دولتها فقط به این دلیل به عنوان اشخاص حقوقی وجود دارند که یک جامعه بین‌المللی وجود دارد که تعهداتی را بر اعضای خود تحمیل می‌کند. از آنجا که کشور بودن فقط در بستر یک جامعهٔ کشورها وجود دارد،

22. Applicability of the obligation to Arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, 1988 I.C.J. Rep. 12, 34, para. 57 (Advisory opinion of April 26), cited in Franck, *ibid.*, p. 756.

23. Greco-Bulgarian "Communities" 1930 PCIJ (ser. B) No. 17, 32 (Advisory opinion of July 31), *ibid.*

24. Franck, *ibid.*

استقلال و حاکمیت مطلق کشورها غیر ممکن است.^{۲۵} دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکیدات خود در نظریه مشورتی مذکور، در واقع، بیانات پروفیسور هارت را تأیید نمود که پیشتر در سال ۱۹۶۱ خاطر نشان ساخته بود که این «نظر که یک کشور ممکن است تعهداتی را به وسیله قرارداد، موافقتنامه، یا معاهده برخورد وضع کند با این تئوری سازگار نیست که دولتها فقط تابع قواعدی هستند که بدین ترتیب بر خود وضع نموده‌اند»^{۲۶} بلکه، می‌بایست پیش از این قواعدی موجود باشند که مقرر می‌دارند دولت ملزم است آنچه را که تعهد به انجام آن نموده، ایفا کند.^{۲۷} بدیهی است که منظور از این قواعد از پیش موجود، همان قواعد غایی شناسایی است که همه دولتها در قبال آن ملزم هستند. حاکمیت آن قواعد، استنباطی است به این معنی که، آن را می‌توان از اطاعت عادی دولتها استنباط نمود. دولتها بر حسب عادت مطابق آن قواعد عمل می‌کنند و دادگاهها نیز آنها را اجرا می‌کنند. تا اینجا معلوم شد که دولتها را نمی‌توان مجبور به پذیرش تعهداتی بدون رضایت آنها نمود، اما همین که رضایت به تعهدی دادند ضمناً تحت حاکمیت اصل وفای به عهد قرار می‌گیرند، اصلی که بخشی از مجموعه قوانین غایی جامعه بین‌المللی و هر جامعه ملی است. این اصل، محدودیتی است بر اراده آزاد دولتها.

بدیهی است که اصل الزام آور بودن معاهدات، یک قاعده امری^{۲۸}

25. J. L. Brierly, The law of nations, 1963, cited in Jonathan I. Charney, Universal international law 87 Am. J. Int'l. L., 1993, No. 4, p. 32, footnote n. 12.

26. H. L. A. Hart, The concept of law, ch. 10 (1961), at p. 219: The "View that a state may impose obligations on itself by promise, agreement, or treaty is not ... consistent with the theory that states are subject only to rules which they have thus imposed on themselves". Rather, "rules must already exist providing that a state is bound to do whatever it undertakes by appropriate words to do".

27. Ibid.

28. Peremptory norm.

است. اما این اصل با ظهور قواعد امری *Jus cogens* دچار تغییر و اصلاح گردیده است. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات ضمن بازگویی اصل *Pacta sunt servanda* تذکر می‌دهد، در صورتی که معاهده‌ای «با یک قاعده امری حقوق بین‌الملل عام تعارض کند» از ابتدا باطل^{۲۹} است. برای مثال، معاهده‌ای که ژنوساید (کشتار جمعی) را اجازه دهد به این دلیل بی‌اعتبار است و همین‌طور است معاهده‌ای که مقرر نماید معاهدات الزام‌آور نمی‌باشند. آخر «چگونه می‌توان با بستن معاهده‌ای بین‌المللی به عدم مراعات معاهدات بین‌المللی حکم داد؟ که اگر بخواهند به همین پیمان وفا کنند باید باز همان قاعده را ملاک عمل قرار دهند».^{۳۰} نتیجه آن است که اصل لزوم وفای به عهد یک قاعده امری و مربوط به نظم عمومی بین‌المللی است که با قاعده امری جدید «*Jus cogens*» اصلاح شده است. این اصلاح و تغییر دقیقاً در متن ماده ۵۳ کنوانسیون وین پیش‌بینی و اعلام شده است.

همان‌طوری که قاضی رودلف برنارد نوشته است، «برخی قواعد حقوق بین‌الملل وجود دارند که در معاهدات اساسی یا در حقوق عرفی یا در هر دو منعکس شده‌اند که باید قواعد امری *Jus cogens* تلقی شوند، یعنی به عنوان قواعدی که برتر از هر معاهده و قواعد ... دیگر هستند و فقط با ظهور قواعد امری جدید می‌توانند تغییر یابند».^{۳۱}

بنابراین قواعد قدیمی شناسایی جامعه، یک تعهد مربوط به جامعه^{۳۲} را بر دولتها تحمیل می‌کنند. براساس این تعهد، علاوه بر معاهدات، مجموعه

29. *Void ab initio*.

۳۰. دکتر هدایت ا... فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، تهران ۱۳۷۹، صص ۲۳۰-۲۲۹.

31. R. Bernhardt, Customary international law: New and old problems, 19 *Thesaurus Acroasuum* 204, 209 (1992), cited in Franck, *supra* no. 9, p. 44.

32. Communitarian.

قواعد دیگری که در سطح جهانی قواعد امری *Jus cogens* شناخته شده‌اند، نیز می‌بایست رعایت شوند.^{۳۳} این تعهدات را که یک دولت و همه دولتها در قبال کل جامعه بین‌المللی دارند، تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* می‌گویند. منشأ این تعهدات نیز جامعه بین‌المللی در کل می‌باشد که خود «تابع» حقوق بین‌الملل است. بنابراین «آنچه در این میان نباید فراموش شود آن است که عامل اساسی و اصلی هرگونه تجدید نظر یا وضع قاعده آمره جدید تحولات بنیادینی است که در جامعه بین‌المللی رخ می‌دهد و در نتیجه نظم موجود در آن را به صورتی دیگر در می‌آورد که در این صورت، قاعده آمره جدید باید مبین همان نظم جدید باشد».^{۳۴} وجود این تعهدات مهم بستگی به انعکاس آنها در اسناد بین‌المللی ندارد. قواعد فرعی که آنها را در معاهدات اعلام می‌کنند ماهیت و حدود این تعهدات را مشخص می‌سازند. «جای گرفتن قواعد آمره در متن معاهده بین‌المللی فایده‌ای مهم دارد و آن روشن شدن حدود مفهومی این قواعد و معین گشتن قلمرو حقوقی آنها است».^{۳۵}

پروفسور رونالد دورکین نیز منشأ تعهدات و قواعد مهم را در جامعه می‌داند. به گفته دورکین، «یک جامعه واقعی، از یک اجتماع محض، یا حتی از یک سیستم قواعد ابتدایی تعهد متمایز است. یک جامعه واقعی و اصولی جامعه‌ای است که اعضای آن قبول دارند که آنها تحت حاکمیت اصول عام هستند و نه فقط تحت حاکمیت قواعدی که در توافق یا مصالحه‌ای سیاسی گنجانده شده‌اند ... اعضای یک جامعه اصولی قبول می‌کنند که حقوق و تکالیف سیاسی آنها با تصمیماتی که نهادهای سیاسی‌شان اتخاذ کرده‌اند پایان نمی‌یابد، بلکه (این حقوق و تکالیف) به طور کلی به

33. Franck, *ibid.*

۳۴. دکتر هدایت ا... فلسفی، همان منبع، ص ۳۰۳.

۳۵. همان.

مجموعه اصولی^{۳۶} بستگی دارند که آن تصمیمات نشانگر وجود آنها و مؤید آنها هستند. بنابراین هر عضو قبول دارد که سایرین دارای حقوقی هستند و او تکالیفی دارد که از آن مجموعه (اصول) ناشی می‌شوند... همچنین این حقوق و تعهدات منوط به پذیرش واقعی آن مجموعه از سوی او نیستند؛ بلکه این تعهدات از این واقعیت تاریخی ناشی می‌شوند که جامعه او آن مجموعه را اختیار کرده است و نه از این فرض که اگر انتخاب کاملاً با او بود او آن مجموعه اصول را انتخاب می‌کرد».^{۳۷}

از این گفته چنین نتیجه می‌شود که منشأ قدرت الزام‌آور اصول عام و تعهدات عام‌الشمول، نه در اراده و رضایت اعضا (دولتها)، که در اتخاذ آن اصول و تعهدات از سوی جامعه است و چون وضعیت عضویت را جامعه به اعضای خود اعطا می‌کند، لذا، در واقع این عضویت اعضاست که منشأ اصلی اصول عام می‌باشد. از این رو، تعهدات اساسی نظیر «لزوم ایفای تعهدات» و رعایت قواعد آمره و نیز تعهدات *erga omnes* را اصول و تعهدات ناشی از عضویت یا ناشی از همکاری و اجتماع می‌گویند.^{۳۸} عنوان «تعهدات *erga omnes* به معنی تعهداتی که یک دولت در قبال کل جامعه بین‌المللی دارد» نیز از همین روست. در نتیجه، تعهد به رعایت معاهدات، تعهدی است در قبال کلیه اعضای جامعه. پروفیسور هارت نیز که فراسوی جان لاک و طرفداران اولیه قرارداد اجتماعی حرکت کرده، عضویت در یک جامعه را متضمن تعهد اساسی عضویت مبنی بر رعایت قواعدی توصیف نموده که آن جامعه را تعریف می‌کنند. از نظر هارت رضایت یک عضو جامعه به قاعده خاص یا به اعمال قدرت عمومی توسط جامعه، در مفهوم قراردادی محض، لازم نیست، بلکه می‌توان آن را لااقل در

36. The scheme of principles.

37. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 221 (1986); see also, Franck, *supra* no. 19, p. 759.

38. Membership or associative obligations.

موضوعات مربوط به حاکمیت عمومی، به عنوان شرط ضمنی عضویت جامعه فرض نمود. آنچه که به عنوان مجموعه قواعد غایی شناسایی یا قانون اساسی جامعه بین‌المللی نامیده می‌شود فقط شامل لزوم رعایت معاهدات (*Pacta sunt servanda*) نیست. این تعهد، بخشی از مقررات حاکمیت حقوق است. بخش دیگر آن عبارت است از التزام دولتها در قبال تعهدات عرفی جهانی.

بند دوم. اصل التزام دولتها در قبال قواعد عرفی بین‌المللی

مفهوم «حقوق بین‌الملل عام» یا «حقوق بین‌الملل عرفی» متضمن این معناست که برخی اصول و تعهدات، از سوی جامعه بین‌المللی (دولتها) به عنوان تعهدات بین‌المللی پذیرفته می‌شوند و نه از سوی دولتها منفرداً. بنابراین، آنچه که مهم است پذیرش جامعه بین‌المللی دولتهاست. از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل عرفی نشانگر این واقعیت نیز است که قواعد مهم و اصلی سیستم حقوقی بین‌المللی نانوشته هستند.^{۳۹} تبعیت دولتها از قواعد عرفی بین‌المللی، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اقدامات نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه این کشور، (دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده آمریکا - ۱۹۸۶ - رأی ماهوی)،^{۴۰} مورد تأکید قرار گرفته است. دیوان در این قضیه، ایالات متحده را به رغم تمایل آشکار این کشور برای تعقیب منافع خود به روش مغایر با قواعد عرفی، در قبال مجموعه وسیعی از قواعد عرفی، متعهد دانست.^{۴۱}

39. Mohammad Shahabudden, *Precedent in the world court*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 8; Mohammed Bedjaoui, *International law: Achievements and prospects*, UNESCO, 1991, General introduction, p. 2, para. 4; Thomas M. Franck, *supra* no. 19, at pp. 751-759.

40. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, I. C. J. Reports 1986 (merits).

41. *Ibid*, ICJ Rep 1986, 14 (Judgment of June 27).

قواعدی که دیوان، ایالات متحده را در قبال آنها متعهد دانست عبارت بودند از عدم مداخله در امور یک کشور دیگر به موجب حقوق بین الملل عرفی، عدم توسل به زور علیه کشور دیگر تحت حقوق بین الملل عرفی، عدم نقض حاکمیت کشور دیگر به موجب حقوق بین الملل عرفی، و قطع نکردن تجارت صلح آمیز دریایی به موجب حقوق بین الملل عرفی.^{۴۲} دیوان ایراد ایالات متحده را که بر اساس رزرویشن معاهده چندجانبه (حقوق معاهداتی) استوار بود مستدلاً مردود دانسته، پس از احراز صلاحیت خود، این کشور را از طریق حقوق بین الملل عرفی در قبال برخی اصول، از جمله اصل ممنوعیت توسل به زور، ملزم شناخت.

از نظر دیوان، ایالات متحده علاوه بر تعهدات معاهده‌ای، که با طرح ایرادات مقدماتی^{۴۳} شدید آنها را خنثی کرده بود، به موجب حقوق بین الملل عرفی نیز متعهد به رعایت ممنوعیت‌های مذکور بوده است. دولت‌ها در سطح وسیعی تأیید می‌کنند که آنها در قبال قواعد عرفی بین المللی متعهد هستند، اعم از این که در یک مورد خاص با مفهوم یک قاعده موافق باشند یا نه.^{۴۴} این امر نشان می‌دهد که لازم نیست دولت‌ها منفرداً قواعدی را همچون قواعد حقوقی بپذیرند، بلکه بدیهی است که تنها پذیرش جامعه بین المللی لازم است و نه پذیرش آحاد دولت‌ها. به علاوه، خود پذیرش تعهدات عرفی، ممکن است از طریق سکوت دولت‌ها احراز شود. به همین سبب گفته می‌شود که منابع حقوق بین الملل جزو قواعد امری محسوب می‌شوند.

قاعده معترض مُصِر^{۴۵} ظهور در این دارد که فرض بر التزام دولت‌ها و

۴۲. نک.

Summaries of Judgments, Advisory opinions and orders of the international court of justice 1948-1991, United Nations, New York, 1992, pp. 160-171.

43. Preliminary objections.

44. Franck, ibid, p. 757.

45. Persistent objector rule.

پذیرش تعهدات عرفی از سوی آنهاست. مگر این که دولتها به طور مستمر از زمان آغاز شکل گیری قاعده عرفی، مصراً اعتراض خود را در عمل، نسبت به آن ابراز کنند. همچنین یک فرض مستتر در قاعده معترض مُصِر آن است که دولتهایی که به هر دلیلی (در فرایند عرفی) شرکت نکرده‌اند در قبال آن ملزم محسوب می‌شوند.^{۴۶} اما راجع به قواعد و تعهدات مجموعه قوانین حقوق بشری^{۴۷} و حقوق بشردوستانه باید اذعان داشت که تعهدات مربوط به آنها عمدتاً تعهداتی عرفی نامیده می‌شوند؛ اصلاً حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی تعلق دارند. مجموعه مقررات کنوانسیونهای چهارگانه ژنو (۱۲ آگوست ۱۹۴۹) به صورت قواعد عرفی عام درآمده‌اند. حقوق و آزادیهای بنیادین بشری (آنچه که لازمه بقاء و زیست اجتماعی انسان است) به هیچ وجه و تحت هیچ شرایطی، قابل عدول، رزرو و اعتراض نیستند.

بند سوم. اصول کلی حقوقی: سایر اجزاء سازنده قانون اساسی جامعه

بین‌المللی

اساس قواعد امری *jus cogens* و تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

آن است که در اختیار هیچ‌یک از اعضای منفرد جامعه بین‌المللی نبوده و به اراده آنها بستگی ندارند، تنها کافی است که اکثریت نماینده^{۴۸} جامعه

46. Luigi Condorelli, Custom, in international law: Achievements and prospects 205 (Mohammed Bedjaoui, 1991); also, Jonathan I. Charney, Universal international law, 87 Am. J. Int'l L. 1993, at pp. 536-542, and footnote n. 44.

۴۷. برای مطالعات بیشتر در مورد حمایت از حقوق بشر و حقوق بین‌الملل عرفی نک.

Chaloka Beyani, The legal premises for the international protection of human rights, in, The reality of international law, essays in honour of Ian Brownlie, edited by: Guys, Goodwin - Gilland, Stefan Talmon, Oxford 1999, pp. 21-35; Jaime Oraa, The protection of human rights in emergency situations under customary international law, ibid, pp. 413-437.

48. Representative majority.

بین‌المللی آنها را رعایت کند. نرمها و تعهدات بین‌المللی مذکور ممکن است به اصول کلی حقوقی، و یا حقوق عرفی تعلق داشته باشند. منظور از اصول کلی حقوقی، اصولی است که از رعایت برخی قواعد اساسی توسط همه ملتها در موارد مشابه ناشی می‌شوند، بی‌آن که نیازی به وضع قانون توسط مراجع داخلی یا بین‌المللی باشد. اما برخی اصول کلی حقوقی وجود دارند که بر تمامی انواع روابط حقوقی در هر نوع سیستم حقوقی و بین هر نوع شخص حقوقی حاکم هستند، مانند اصل وفای به عهد و اصل انصاف. اصل حمایت از حقوق بشر نیز از این جهت قابل توجیه است؛ یعنی حقوق و آزادیهای بنیادینی که در مورد بشر بـما هـو بشر و توسط همگان می‌بایست محترم شمرده شوند؛ همانطوری که قاضی تاناکا^{۴۹} در نظر مخالف خود به رأی دیوان در قضایای آفریقای جنوب غربی خاطرنشان ساخته است: «در واقع، فقط یک حق بشری وجود دارد که در قلمرو بین‌المللی و همین‌طور در قلمرو داخلی معتبر است».^{۵۰}

اصول کلی حقوقی، اصولاً به صورت حقوق موضوعه نیستند، بلکه خلأ ناشی از نقص حقوق قراردادی و عرفی را پُر می‌کنند. البته ممکن است این اصول به صورت منجز در قوانین، موافقتنامه‌ها و معاهدات قید شوند که در این صورت بر این اساس الزام‌آور هستند. در این مورد نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به رزرویشن نسبت به کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی قابل توجه است که در آن دیوان، مسلماً بدون اشاره به مفاهیم *jus cogens* و *erga omnes* که در آن زمان هنوز وارد مقوله حقوقی نشده بودند، خاطرنشان ساخت که «... اصولی که زیربنای این کنوانسیون را تشکیل می‌دهند اصولی هستند که ملل متمدن، حتی بدون

49. Tanaka.

50. ICJ Reports, second phase, 1966, p. 297.

هرگونه تعهد قراردادی، بر دولتها الزام آور شناخته‌اند.^{۵۱} اصطلاح «اصل»^{۵۲} در حقوق بین‌الملل به معنی حقوق لازم‌الاجرا است، اگرچه اصول غالباً در مقایسه با قواعد روشن قراردادی و عرفی، از ابهام بیشتری برخوردار هستند.^{۵۳} عبارت مقدماتی «بر طبق حقوق بین‌الملل»^{۵۴} که در سال ۱۹۴۵ و در کنفرانس سانفرانسیسکو به متن قدیمی اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (ماده ۳۸) افزوده شد تصریح می‌کند که سه گروه موسوم به منابع (یعنی معاهده، عرف و اصول کلی حقوقی)، بخشی از حقوق بین‌الملل بوده و لذا الزام‌آور هستند. در این مورد، شایان ذکر است که علاوه بر این که خود اساسنامه اشاره‌ای به «منبع حقوق» نمی‌کند، آنچه که به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل است نمی‌تواند در عین حال، خود منبع حقوق بین‌الملل باشد. اما می‌توان اصول کلی حقوقی را، از این جهت که از اصول کلی مشترک سیستم‌های داخلی گرفته می‌شوند، منبع نامید.^{۵۵}

از نظر جایگاهی که هر یک از قواعد معاهداتی، عرفی، و اصول کلی حقوقی در سلسله مراتب اعمال قواعد حقوقی دارند، اصول کلی حقوقی می‌توانند از نظر تعلق قواعد امری و تعهدات بین‌المللی *erga omnes* به آنها، حتی مهم‌تر از معاهده و عرف هم باشند، چون همانطوری که پیش از این خاطر نشان کردیم، قواعد و تعهدات امری نوظهور، اصول قدیمی رضایت و تقابل را دچار تغییر و تخصیص ساخته، وصف *Jus cogens* و

51. ICJ Reports (1951), advisory opinion, p. 23.

52. Principle.

53. برای مطالعه بیشتر در مورد مقایسه اصول و قواعد به طور کلی (و نه خاص حقوق بین‌الملل) نک. Jefferson White Dennis Patterson, Introduction to the philosophy of law: Readings and cases, Oxford 1999, in particular, cha. 3, pp. 65-93.

54. In accordance with international law.

55. برای مطالعه بیشتر راجع به جنبه‌های مختلف اصول کلی حقوقی، نک. Herman Mosler, General principles of law, Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, pp. 89-104. and on this issue, CF. pp. 95-97.

erga omnes یافته‌اند و لذا قواعد متعارض عرفی و معاهداتی را باطل کرده، جانشین آنها می‌شوند. اما باید توجه داشته باشیم که علت این برتری تعهدات امری در برابر معاهده و عرف، تعلق آنها به اصول کلی حقوقی یا حقوق عرفی نیست، بلکه این موضوع و هدف تعهدات امری است که نظم حقوقی بین‌المللی، آن را دارای ارزش و جایگاه برتر می‌داند.^{۵۶} و همانطوری که در ابتدای تحقیق (چکیده) اشاره شد، «جامعه بین‌المللی در کل» بر اساس برخی اصول بنیادین استوار گشته، اصول مذکور نظم حقوقی آن جامعه را تشکیل می‌دهند. این نظم حقوقی اولویت قواعد خود را خود تعیین می‌کند و در این مورد قضاوت و حکم غایی را از آن خود می‌داند. علاوه بر اصول کلی حقوقی حاکم بر روابط افراد که با اعمال تغییرات لازم، در حقوق بین‌الملل نیز قابل اجرا هستند، برخی اصول کلی وجود دارند که بر حسب ماهیت حقوق بین‌الملل فقط در حقوق بین‌الملل (و نه سیستمهای حقوقی دیگر) قابل اجرا هستند. حقوق بین‌الملل منبع مستقیم آن اصول است؛ ویژگیهای خاص جامعه بین‌المللی که متشکل از دولتهای دارای حاکمیت برابر به علاوه ساختار عالی سازمانهای بین‌المللی است که برای حفظ صلح و همکاری در زمینه‌های متعدد تأسیس شده‌اند، ایجاب می‌کند که کلیه اصولی که برای زنده نگهداشتن آن جامعه به عنوان یک جامعه حقوقی لازم هستند، رعایت شوند.^{۵۷} اصل منع توسل به زور، گرچه به صورت قاعده‌ای در بند ۴ ماده ۲ منشور تدوین گردیده و نیز قاعده‌ای معتبر در حقوق بین‌الملل عرفی است، در زمره این اصول قرار می‌گیرد. البته می‌دانیم که این اصل مصداق بارزی از تعهدات و قواعد امری است. مثال دیگر برای مجموعه قوانین اصلی جامعه بین‌المللی، مفهوم برابری

56. Ibid, p. 96.

57. Ibid, p. 101.

دولتهاست؛ ماده ۲ (بند ۱) منشور، این اصل را بازگو می‌کند. کلیه دولتها در قبال اصل برابری دولتها (یعنی برابری برخورداری از حقوق، در نتیجه عضویت در جامعه بین‌المللی) ملزم هستند. همین‌طور دولتهای جدید ممکن است حقوق و تعهداتی را از کشور «مادر» به ارث ببرند. این ارث صرفاً به واسطه رضایت خاص آنها نیست، بلکه لازمه دولت بودن آنهاست که به رسمیت شناخته شده است. ملاحظه می‌کنیم که این اصول، اصولی قدیمی و اساسی بوده و ظهور آنها در قواعد معاهداتی و حتی در منشور، فقط به منزله بازگویی و تأیید آنها و نیز تعیین حدود آنهاست.

منابع حقوق بین‌الملل (شامل معاهدات، عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و رویه قضایی بین‌المللی) و منبعیت آنها نیز بخشی از قواعد اصلی را تشکیل می‌دهند. این مورد، قبل از منشور ملل متحد، در اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (ماده ۳۸) انعکاس یافته بود.

بنابراین می‌توان استنباط کرد که تعهداتی وجود دارند که دولتها آنها را لوازم ضروری عضویت می‌دانند. قدرت الزام‌آور آنها از این حیث نیست که توسط دولت خاصی پذیرفته شده‌اند، بلکه قواعدی هستند که دولتها در مقام تأیید خودشان، آنها را پذیرفته‌اند؛ یعنی به عنوان یک جنبه تفکیک‌ناپذیر پیوستن به جامعه دولتهاست، (جامعه‌ای) که با قواعد اصلی فرایند خود توصیف می‌شود. حتی می‌توان نتیجه گرفت که اعضای جامعه جهانی مثلاً هر بار که معاهده‌ای را امضا می‌کنند یا دولت جدیدی را به رسمیت می‌شناسند، در واقع تأیید می‌کنند که دولت بودن، برخلاف حاکمیت^{۵۸} است. حاکم یعنی غیر قابل الزام، اما دولتها همواره ملتزم هستند و در عمل آن را نشان می‌دهند. توضیح این مطلب به این صورت است که هرگاه دولتها معاهده‌ای را امضا می‌کنند و یا حکومت جدیدی را به

58. Franck, ibid, p. 758.

رسمیت می‌شناسند، عملاً اصول اساسی جامعه را تمرین و اجرا می‌کنند و بدین ترتیب، تن به تمکین سیستم حقوقی جامعه می‌دهند و اعتراف می‌کنند که حاکمیت اصلی از آن جامعه بین‌المللی و قوانین آن است. آن اصول، در بردارنده حقوق و تعهدات ناشی از عضویت هستند که خود را بر کلیه دولت‌ها به عنوان اعضای جامعه بین‌المللی تحمیل می‌کنند و فقط با بسط دادن مفهوم «رضایت» به فراسوی حدود طبیعی آن می‌توان گفت که این تعهدات و حقوق خاص ناشی از عضویت براساس رضایت و توافق^{۵۹} پذیرفته شده یا اعطا شده‌اند، اگر چه ممکن است این تعهدات و حقوق بعضاً در یک معاهده بازگو شده باشند.^{۶۰}

قواعدی که از این اصول اصلی همکاری ناشی می‌شوند میزانی از قانونمندی را به ارث می‌برند و بدین لحاظ برخلاف ترتیبات موردی و متقابل، بسیار عادلانه و قانونمند خواهند بود. بنابراین، قواعد می‌کوشند تا جایگاه خود را در یک هرم سلسله مراتبی طولانی نشان دهند. از این رو، مقدمه قطعنامه‌های شورای امنیت معمولاً به تفصیل، کلیه مقررات منشور را که اجازه اقدام به شورا می‌دهند بیان می‌دارند. همچنین کلیه قطعنامه‌های مربوطه پیشین را برمی‌شمارند که در آنها شورا اقتدار خود را اعلام داشته است. هدف آشکار، تأکید بر قانونمندی قطعنامه و بنابراین تشویق مخاطب خود یعنی جامعه بزرگ دولت‌ها به اطاعت است.^{۶۱} تاکنون چهار نمونه «فرایند صحیح»، یعنی اصول عمل را بررسی کردیم که سیستم بین‌المللی قواعد و قانونگذاری را قانونمند می‌سازند.

این «قواعد مربوط به قواعد»^{۶۲} عبارتند از: (۱) این که دولت‌ها حاکم

59. Consensually.

60. Franck, supra no. 9, p. 45.

61. Ibid, pp. 45-46.

62. Rules about rules.

و برابر هستند؛ (۲) حاکمیت آنها را فقط با رضایت‌شان می‌توان محدود ساخت؛ (۳) رضایت الزام‌آور است؛ و (۴) این که دولتها در پیوستن به جامعه بین‌المللی، در قبال قواعد اساسی و مهم جامعه ملزم هستند. به محض این که یک دولت به جامعه بین‌المللی کشورها می‌پیوندد (چیزی که امروزه لازمه اجتناب‌ناپذیر کشور بودن است)، قواعد اساسی جامعه و اعمال قانونمند قدرت جامعه بر کشور خاص حاکم می‌شود، صرف‌نظر از این که آیا رضایت به طور مشخص اعلام گردیده است یا نه.

بند چهارم. قانونمندی اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes* در رویه

قضایی بین‌المللی

رویه قضایی بین‌المللی به عنوان منبع حقوق بین‌الملل نیز جزو اصول کلی حقوقی (و قواعد غایی شناسایی) است که قواعد حقوقی بین‌المللی را، هم کشف و احراز، و هم وضع و ایجاد می‌کند (و بنابراین، قانونمند می‌سازد). پس رجوع به رویه قضایی بین‌المللی، اصلی از اصول کلی حقوقی قابل اجرا در حقوق بین‌الملل است که از اصول کلی مشترک در حقوق ملی گرفته می‌شوند. به همین سبب، گفته می‌شود که منابع حقوق بین‌الملل (از جمله، رویه قضایی بین‌المللی) جزو قواعد اساسی و امری جامعه بین‌المللی هستند.^{۶۳} سؤال این است که چگونه تعهدات بین‌المللی *erga omnes* قانونمند هستند؟ «قانونمندی به معنی آن خصوصیت یک قاعده است که از برداشت مخاطبین قاعده ناشی می‌شود، مبنی بر این که آن قاعده بر طبق آیین صحیح به وجود آمده است».^{۶۴} منابع حقوق بین‌الملل، یعنی آنچه که

۶۳. نک.

Herman Mosler, *ibid*, p. 100.

64. Thomas M. Franck, Legitimacy in the international system, 82, Am. J. Int'l. (1988), pp. 705-759, at p. 706.

در قالب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی آمده بود و امروزه عیناً به صورت ماده ۳۸ اساسنامه دیوان فعلی (دیوان بین‌المللی دادگستری) است، نیز جزو قواعد اساسی جامعه هستند که تعهدات دولتها در قالب و بر طبق آنها قانونمند می‌شوند.

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، در مقام بیان منابع حقوق بین‌الملل قابل اجرا، و از جمله آنچه که دیوان باید اعمال کند، «با رعایت مقررات ماده ۵۹، آرای قضایی و عقاید برجسته‌ترین دانشمندان ملتهای مختلف را، همچون وسایل فرعی برای کشف قواعد حقوق» ذکر می‌کند. از سوی دیگر می‌دانیم که مفهوم «تعهدات *erga omnes*»، در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن اعلام گردیده، و بنابر این قانونمند است، یعنی بر طبق فرایندی به وجود آمده و حتی اعمال شده که اعضای جامعه بین‌المللی آن را صحیح و عادلانه می‌دانند. سیستم حقوقی بین‌المللی سیستمی است که قواعد مهم و اصلی آن نانوشته هستند؛ نانوشته بودن قواعد مهم و اساسی، از خصوصیات یک «سیستم سوابق» به شمار می‌رود.

پروفسور شهاب‌الدین، به اتکای کارهای مقدماتی پیش‌نویس اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، نتیجه می‌گیرد که احکام دیوان، به حقوق بین‌الملل شکل داده و آن را اصلاح می‌کنند^{۶۵} و اصلاح نیز متضمن تغییر^{۶۶} حقوق بین‌الملل و تغییر آن متضمن حقوق جدید است.^{۶۷} وی با طرح نظر اوپنهایم^{۶۸} در مورد احکام قضایی دیوان بین‌المللی

65. Modify.

66. Change.

67. Mohammed Shahabudddeen, Precedent in the world court, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, p. 57.

68. Oppenheim's international law, 9th edn (Longman, 1992), I, p. 41.

دادگستری، در پاسخ به این سؤال که آیا احکام دیوان منبع حقوق بین‌الملل هستند یا نه؟ با اشاره به نظر اوپنهایم پاسخ می‌دهد که این احکام، هرچند «فرعی و غیرمستقیم» اما «منبع حقوق بین‌الملل» هستند، پس احکام دیوان منبع فرعی و غیرمستقیم حقوق هستند.^{۶۹}

اما سؤال این است که احکام دیوان چگونه این نقش را ایفا می‌کنند؟

ماده ۳۸ (پاراگراف ۱، بند د) اساسنامه، دیوان را ملزم می‌کند تا «با رعایت مقررات ماده ۵۹، تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین علمای حقوق بین‌الملل ملتهای مختلف را، همچون وسایل فرعی برای کشف قواعد حقوق»^{۷۰} اعمال کند. این مقرر، این تصور را در ذهن مجسم می‌کند که احکام دیوان به دو طریق می‌توانند عمل کنند.

اولاً، ممکن است تصمیمات دیوان به عنوان مواد لازم برای کشف یک قاعده حقوقی به وسیله رأی بعدی عمل کنند. احکام قضایی (شامل احکام دیوان بین‌المللی و سایر دیوانها) که به این نحو عمل می‌کنند «مواد لازم فرعی برای کشف قواعد حقوق» هستند. طریق دومی که آرای دیوان (که این بار محدود به احکام خود دیوان هستند) عمل می‌کنند، عبارت است از عملی کردن کشف قواعد حقوق بر اساس تصمیمات قضایی پیشین. رأی جدیدی که به وسیله آن، یک قاعده حقوقی بر اساس تصمیمات قبلی کشف گردیده، یک وسیله فرعی نیست؛ این رأی منبع یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل است؛ این رأی فقط از سوی دیوان صادر می‌شود. همین که کشف قاعده در یک رأی جدید انجام گرفت، دیوان قاعده کشف شده در

69. Shahabuddeen, ibid.

70. "Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law".

آن رأی را، در قضایای بعدی اعمال می‌کند؛ معلوم نیست که در خارج از این رأی، قاعده حقوقی مذکور وجود داشته باشد.^{۷۱}

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن ضمن توصیف تعهدات بین‌المللی *erga omnes* به عنوان تعهداتی که دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی در کل دارند مقرر می‌دارد: برای مثال، این تعهدات در حقوق بین‌الملل معاصر، از غیرقانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند. برخی از حقوق حمایتی مرتبط، وارد مجموعه حقوق بین‌الملل عام شده‌اند (حق شرط به کنوانسیون منع و مجازات جنایت کشتار جمعی، نظریه مشورتی، *I. C. J. Reports 1951, p. 23*)؛ بخش دیگر این حقوق به وسیله اسناد بین‌المللی دارای خصیصه جهانی یا شبه جهانی شده‌اند.^{۷۲}

دیوان با درج عنوان نظریه مشورتی خود مربوط به سال ۱۹۵۱، در داخل پراکنش،^{۷۳} در واقع، از آن به عنوان یک وسیله فرعی استفاده کرده و به موجب این رأی، قاعده‌ای را کشف نموده است. بدین ترتیب، دیوان تمامی خصوصیات نظریه مشورتی خود را که در سال ۱۹۵۱ اعلام کرده بوده، در مورد مفهوم تعهدات *erga omnes* نیز جاری دانسته و با استفاده ابزاری از آنها، قاعده‌ای را کشف نموده است. از جمله خصوصیات مذکور، می‌توان به انسانی بودن موضوع حقوق و تعهدات مربوطه، تعلق آنها به منافع جمع یا مشترک که ذینفع آنها جامعه بین‌المللی در کل است، همچنین

71. Shahabuddeen, *ibid*, p. 76.

72. Barcelona Traction, light and power company, limited, second phase, Judgment, ICJ Rep. 1970, p. 32, para. 34.

۷۳. برای اطلاع از انواع روشهایی که دیوان در استناد کردن به آرا و سوابق قبلی خود استفاده می‌کند، نک.

Shahabuddeen, *ibid*, No. 20, pp. 20-29.

فارغ بودن آنها از علایق قراردادی اشاره نمود.

دیوان قاعده کشف شده در رأی قضیه بارسلونا ترکشن را یک سال بعد، در ۱۹۷۱ در نظریه مشورتی خود راجع به ادامه حضور آفریقای جنوبی در آفریقای جنوب غربی (نامیبیا) به کار بسته و اعلام نمود که: «پایان قیمومت و اعلام غیرقانونی بودن حضور آفریقای جنوبی در نامیبیا نسبت به همه دولتها قابل استناد است، به این معنی که باید همگان در مقابل همگان (*erga omnes*)، قانونی بودن وضعیتی را که با نقض حقوق بین الملل حفظ شده است، رد کنند». بدین ترتیب، دیوان بین المللی دادگستری با تغییر تدریجی حقوق بین الملل، در واقع حقوق جدیدی را برای کل جامعه بین المللی ایجاد می کند.

ممکن است سؤال شود که منظور از «کشف»^{۷۴} قواعد حقوق، اعلام قواعد موجود است و نه ایجاد قواعد جدید. اما علاوه بر دلالت این کلمه بر معانی مختلف، این معنا در بستر حقوقی، محدود به یافتن یا کشف چیز از پیش موجود نیست، بلکه می تواند شامل ایجاد یک پدیده حقوقی جدید باشد. اما در «کشف» ممکن است موضوع کشف شده، هیچ گونه موجودیتی در حقوق نداشته باشد.^{۷۵} سؤال مهمی که در این مورد مطرح می شود، مربوط است به ماده ۵۹ اساسنامه دیوان، که خود بند (د) پاراگراف ۱ ماده ۳۸ اساسنامه نیز به آن تصریح نموده است. به عبارت دیگر، آیا با وجود ماده ۵۹ مذکور که می گوید: «تصمیم دیوان هیچ قدرت الزام آوری ندارد مگر بین طرفهای دعوی و در رابطه با آن قضیه خاص»، می توان قائل به ایجاد حقوق جدید توسط دیوان بود؛ خصوصاً که در ماده ۳۸ نیز رعایت آن خواسته شده است. در پاسخ باید گفت که ماده ۵۹ هیچ ارتباطی به

74. Determination.

75. Shahabuddeen, *ibid*, p. 77.

مسأله سوابق ندارد. منظور این ماده تأکید بر این واقعیت است که اعتبار قضایی یک حکم بـماهو حکم، فقط محدود است به تعریف روابط حقوقی طرفهای دعوی. بنابراین، موضوع ماده ۵۹ این است که یک تصمیم به عنوان تصمیم فقط طرفین قضیه خاص را ملزم می‌کند اما به این معنی نیست که آن تصمیم در قضایای بعدی ارزش سابقه‌ای نداشته باشد. به علاوه، ماده ۵۹ فقط حاکم بر تصمیماتی است که در موضوعات ترافعی صادر شده‌اند و شامل نظرات مشورتی دیوان نمی‌شود.^{۷۶} برای یافتن پاسخ دقیق، باید به کارهای مقدماتی پیش نویس اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی رجوع کرد.

آقای بالفور در یادداشتی که در اکتبر ۱۹۲۰ راجع به طرح پیش‌نویس کمیته مشورتی حقوقدانان، به شورای جامعه ملل داده، به این شورا هشدار می‌دهد که دیوانی که ایجاد می‌شود حقوق بین‌الملل را تغییر خواهد داد. در بخشی از این یادداشت آمده است: موضوع دیگری وجود دارد که من راجع به آن با ترس زیادی صحبت می‌کنم. به نظر من رأی دیوان دائمی تدریجاً به حقوق بین‌الملل شکل داده و آن را تغییر خواهد داد. این ممکن است خوب یا بد باشد؛ اما فکر نمی‌کنم که میثاق آن را در نظر گرفته باشد؛ و در هر حال باید مقرره‌ای وجود داشته باشد که بر اساس آن، یک دولت بتواند علیه نتایج نهفته و نهانی یک رأی خاص دیوان، و نه علیه خود آن رأی، اعتراض کند.^{۷۷}

حق ورودی که در مادتين ۶۲ و ۶۳ اساسنامه دیوان برای کشورهای ثالث پیش‌بینی شده، مربوط است به وجود یک نفع حقوقی در قضیه و یا تفسیر کنوانسیون که کشورهای ثالث نیز عضو آن باشند. در مورد اخیر،

76. Ibid, pp. 63-64.

77. Documents concerning the action taken by the council of the league of nations, 1921, p. 46, in, Shahabuddeen, ibid, p. 56.

اگر کشوری از این حق ورود استفاده کند تفسیری که رأی دیوان ارائه می‌کند متساویاً بر آن وارد ثالث نیز الزام‌آور خواهد بود. در واقع، آنچه که در ماده ۶۳ به صورت مثبت گفته شده، در ماده ۵۹ اساسنامه با تعبیر منفی بیان شده و لذا ماده اخیر تکرار همان ماده ۶۳ است. بنابراین مقررات ماده ۵۹ حشو زائد است. البته قید آن من باب احتیاط بیشتر قانونگذار نیز می‌باشد که در صدد حل اختلاف یا جلوگیری از بروز اختلاف بوده است.^{۷۸} در پایان این قسمت، یادآوری این نکته لازم می‌نماید که هدف از تأسیس دیوان بین‌المللی، توسعه حقوق بین‌الملل و تضمین صلح^{۷۹} بود. هدفی که دیوان از طریق توسعه حقوق بین‌الملل، (از جمله وضع و اعلام تعهدات بین‌المللی *erga omnes*)، در کنار حل و فصل صلح‌آمیز اختلافات بین‌المللی، تدریجاً به آن نزدیک می‌شود.

۷۸. برای مطالعه بیشتر، نک.

Shahabuddeen, ibid, pp. 56-66.

79. Gilbert Guillaume, The future of international Judicial institutions, in, ICLQ, vol. 44, part 4, october 1995.

بخش دوم

ویژگیهای تعهدات بین‌المللی *erga omnes*

از جمله ویژگیهای برجسته‌ای که این تعهدات دارند اولویت آنها و نیز بشری بودن آنهاست. نظم حقوقی جهانی، پس از پایان جنگ جهانی دوم برای اولین بار تعادل مناسبی بین اعضای مجموعه حقوق‌داران (یعنی دولت، گروه و فرد) برقرار ساخت. برخلاف سیستم دوران بین دو جنگ، که فقط حاکمیت دولتها و نظامهای خاص حمایت گروهی را کانون توجه خود قرار داده بود، سیستم جدید توازن مذکور را به کلی دگرگون ساخت. البته تمامی پیشرفتهای سیستم جدید، در جهت تقویت حقوق فرد خودمختار نبود، بلکه حاکمیت دولت و حقوق گروهی نیز به طور متناسبی ملحوظ گردیدند. مثلاً برابری حاکمیت دولتها همچون یک اصل در ماده ۲ (بند ۱) منشور، و احترام به تمامیت ارضی و استقلال سیاسی آنها (بند ۴) و نیز احترام به صلاحیت داخلی آنها (بند ۷) در مقررات آغازین منشور اعلام شدند. علت این امر (یعنی احترام به وجود دولتهای حاکم) روشن است؛ «در اثر توسعه مترقیانه حقوق بین‌الملل، تعهدات جدیدی بر دولت حاکم تحمیل می‌شوند. دولت حاکم همچنان به عنوان ابزار مهمی برای اجرای این قواعد جدید بوده و از این جهت نهاد مهمی است. دولت از نظر بین‌المللی مسؤول رعایت و نظارت آنها تلقی می‌شود. به علاوه، قواعد حقوقی بین‌المللی معدودی می‌توانند بدون رضایت غایی دولتها تکوین یابند.^{۸۰} حتی قواعد آمره را دولتهای عضو معاهده ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات تدوین و تصویب نمودند. دولتها مخاطب اصلی جامعه بین‌المللی و وسیله آن، در

80. Nico Schrijver, The changing nature of state sovereignty, BYIL, 1999, pp. 65-98, at pp. 65-66.

ایجاد و اجرای نرمهای جهانی به شمار می‌روند. نظم حقوقی جدید، که موسوم است به سیستم جدید حمایت بین‌المللی از حقوق بشر یا حقوق فرد، برخی دستاوردهای مربوط به حقوق گروهی در دوران بین دو جنگ را نیز حفظ نموده و حتی توسعه داده است. برای مثال، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR)، مقررات کلیدی معاهدات اولیه اقلیتی را که خاص بعضی کشورها بود، جهانشمول می‌سازد.^{۸۱} ماده ۲۷ آن میثاق مقرر می‌دارد: در آن دسته از کشورهایی که اقلیتهای نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند، اشخاص متعلق به چنان اقلیتهایی نباید در ارتباط با سایر اعضای گروهشان، از حق برخوردار شدن از فرهنگ خود، پیروی از مذهب خود و عمل کردن به آن، یا استفاده از زبان خودشان محروم شوند. احترام به اصل حقوق برابر و حق ملتها در تعیین سرنوشت خود و قرار دادن آن به عنوان اساس توسعه روابط دوستانه میان دولتها (بند ۲ از ماده ۱ منشور ملل متحد) حکایت از عزم جامعه بین‌المللی و سیستم حقوقی آن در برقرار کردن توازنی همیشگی میان مدعیان سه‌گانه حقوق دارد. همچنین ماده ۱ مشترک دو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حق ملتها در تعیین سرنوشت خود اختصاص یافته است.

اما، به رغم آن که سیستم پس از ۱۹۴۵ به اصل حاکمیت ملی و نیز حقوق گروهی توجه داشته، اما نوآوریهای اصلی آن را باید در حمایت قانونی از حقوق فردی جست. این سیستم موجبات شناسایی بین‌المللی «حقوق انسان» را که دو قرن پیش در قوانین اساسی کشورهای لیبرال بیان شده بود، فراهم ساخته است.

پیش‌بینی حقوق خاص برای دولت و گروه از سوی نظام جدید را از

81. Franck, supra no. 1, p. 235.

آن جهت مطرح می‌کنیم که نظام جدید به این واقعیت توجه داشته است که هریک از گروه، دولت و فرد، بالضروره دارای حقوقی هستند که برای بقای آنها لازم است و مهم‌تر این که آنها و ادعاهایشان بایستی به نحوی متوازن با یکدیگر همزیستی داشته باشند. این اصل را همانطوری که پروفیسور توماس ام فرنک به خوبی توصیف کرده می‌توان اصل بقا^{۸۲} نامید، اما اختلاف بر سر این است که چه چیزی بقا را تشکیل می‌دهد. آیا خطر فیزیکی سلب حیات (برای فرد)، سیاست ریشه کنی (برای گروه) و اقدامات تروریستی و شورشهای مردمی (برای دولت)، اصل بقای هر کدام از آنها را به خطر می‌اندازد یا تهدیدات غیر فیزیکی سلب آزادیهای مهم (برای فرد)، آموزش کودکان و اثر فرساینده تلویزیون (برای گروه) و اجتماعات مردمی در مخالفت با سیاستهای دولت و افشای اسناد محرمانه را نیز باید به اقدامات فیزیکی و حاد اضافه کرد؟ «مسئلاً اگر تعیین محتوای اصل بقا به ابتکار خود گروهها، افراد و دولتها واگذار شود آنها لوازم بقای خود را به قدری وسیع تعریف می‌کنند که با تعریف وسیع لوازم بقایی بخشهای دیگر مجموعه سه تایی، تعارض پیدا می‌کنند. با این حال، هیچ یک از اجزای سه گانه احتمالاً تفسیری از اصل بقا را که فقط وجود فیزیکی آنها را حمایت کند، قبول ندارند».^{۸۳} و بدینسان ملاحظه می‌کنیم که مدعیان حقوق، ادعاهایی را مطرح می‌سازند که به آسانی نمی‌توان آنها را آشتی داد. در این میان، فرد که خود را مواجه با قدرت کوبنده جوامع برخورد می‌بیند، مسلماً نیازمند حمایت خاص به منظور حفظ میزانی از استقلال می‌باشد. کافیت ادعاها و اعتقادات گروه طالبان در افغانستان را (مثلاً در مورد وضع زنان) در نظر داشته باشیم، در این شرایط که نمی‌توان از برقراری

82. Survival principle.

83. Ibid, p. 246.

توازن میان چنان ادعاهایی صحبت کرد، چاره چیست؟ چگونه می‌توان منافع متعارض بین افراد و جوامع را به طور منصفانه حل کرد؟ آیا سیستم حقوقی بین‌المللی در این مورد چاره‌ای اندیشیده است؟ به نظر ما پاسخ این سؤال مثبت است. همانطوری که قبلاً به خصوص در بخش اول، چنین استنباط کردیم که حاکمیت غایی از آن جامعه بین‌المللی و نه دولتهای منفرد است، در اینجا نیز حاکمیت و اولویت از آن قواعد آن جامعه، یعنی نرمهای جهانی است.

فصل اول. اولویت نرمهای جهانی

منظور از نرمهای جهانی نرمهایی هستند که موضوع آنها (و به عبارت بهتر ذینفع آنها) شخص انسان و «جامعه بین‌المللی در کل» است و نه دولت یا گروه. پس معیار جهانی بودن آن قواعد، بشری بودن آنها است. حقوق انسان بر حقوق دولت و گروه مقدم است. جهانی بودن این نرمها از طریق نحوه ایجاد و اجرای آنها به نمایش گذاشته می‌شود که به صورت *erga omnes* و فارغ از علایق قراردادی انجام می‌پذیرد، یعنی نه وضع آنها و نه اجرای آنها در اختیار یکایک دولتها نیست. همچنین، «جامعه بین‌المللی در کل» از رعایت یا عدم رعایت آنها متأثر می‌شود. بویژه، اختیار نهایی برای حل و فصل هرگونه اختلاف حاصله در خصوص ادعاهای دولت، گروه و فرد بر حقوق خود، در ید جامعه بین‌المللی و سیستم حقوقی آن می‌باشد. منشور ملل متحد، به عنوان یکی از مهم‌ترین معاهدات چند جانبه، ضمن برشمردن نرمهای جهانی همچون صلح و امنیت بین‌المللی و احترام به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، اولویت آنها را اعلام کرده است. ماده ۲ (بند ۷) منشور مظهر برتری نرمهای جهانی است. به موجب این مقرر: «هیچ چیز در این منشور، ملل متحد را مجاز نمی‌کند که در

موضوعات واقع در صلاحیت داخلی هیچ کشوری دخالت کند و اعضا را ملزم نمی‌کند تا موضوعات مذکور را به حل و فصل منشور ملل متحد ارجاع کنند؛ اما این اصل لطمه‌ای به اعمال اقدامات اجرایی به موجب فصل ۷، نمی‌زند». در این مقرر، نخست صلاحیت داخلی و حاکمیت ملی دولتها ملاحظه گردیده است، اما «ادعای صلاحیت داخلی برای مواردی که شورای امنیت به منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اقدامات اجرایی موضوع فصل ۷ منشور را اتخاذ نموده، معتبر نیست. اقدامات بین‌المللی جهت حفظ و حمایت از صلح و امنیت بین‌المللی، آشکارا بر احترام به حاکمیت ملی، اولویت دارند».^{۸۴} همچنین نهادهای ملل متحد این اصل عدم مداخله را بسیار مضیق تفسیر نموده‌اند. به علاوه، شورای امنیت با تفسیری انعطاف‌پذیر از «تهدید صلح» (موضوع ماده ۳۹ منشور) در مواردی نظیر مسائل رودزیای جنوبی (رژیم اقلیت سفید پوست)، آفریقای جنوبی (آپارتاید)، عراق (حمایت از کردها و شیعیان) و هائیتی (اعاده حکومت دموکراتیک)، در موقعیتهایی نیز مداخله کرده است که از نظر مقامات کشورهای ذیربط، موضوعات داخلی بوده‌اند. احترام به حقوق بشر (یکی دیگر از اهداف ملل متحد) نیز جزو صلاحیت انحصاری اعضا نیست. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا ترکشن احترام به حقوق بشر را تعهدی در قبال کل جامعه بین‌المللی (تعهد *erga omnes*) تلقی نمود.^{۸۵}

با توجه به این توضیح معلوم می‌شود که مفهوم قواعد یا نرم‌های جهانی متضمن منافع کل جامعه بین‌المللی است. این قواعد توسط اکثریت قریب به اتفاق دولتها پذیرفته شده و شعاعی تقریباً جهانی دارند، به این معنا که اکثریت قاطع دولتها یا در فرایند شکل‌گیری اسناد بین‌المللی ذی‌ربط

84. Jonathan I. Charney, supra no. 47.

85. Ibid.

شرکت داشته یا بعداً آنها را تصویب کرده‌اند. به علاوه صرف‌نظر از قبول یا عدم قبول دولت خاصی، قواعد جهانی کلیه دولت‌ها را خطاب می‌کنند. این، مرحله ایجاد قواعد جهانی است. علاوه بر ایجاد قواعد جهانی و تعهدات عام و مهم‌تر از آن، اجرای آنهاست که فقط به دولتهای عضو واگذار نشده، بلکه جامعه بین‌المللی خود بر اجرای آنها نظارت می‌کند. برای مثال، «اجرای میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) صرفاً به اعضا موکول نشده است. به موجب ماده ۴۰ میثاق، دولت‌ها ملزم به تهیه گزارشهای آدواری هستند که اجرای این تعهدات حقوقی، و رعایت آنها توسط خودشان را ارزیابی نمایند. کمیته ۱۸ عضوی کارشناسان منتخب اعضا گزارشهای مذکور را مطالعه و بررسی کرده و کمیته در گزارش سالانه خود به مجمع عمومی، نظراتی را در خصوص رعایت این تعهدات توسط یک دولت، اظهار می‌دارد. این شیوه‌ها باعث جلب توجه باز دارنده بر اعضای متخلف می‌شوند. بررسی کلی رعایت یک دولت، با شیوه اختیاری پرداختن به اختلافات عملی تقویت و تکمیل می‌گردد. کمیته می‌تواند شکایت یک کشور علیه کشور دیگر را موقعی که هر دو کشور این شیوه را پذیرفته باشند، رسیدگی کند. اما شیوه‌ای که بسیار مورد استفاده قرار می‌گیرد آیین شکایات فردی موضوع پروتکل اختیاری اول است. تا پایان سال ۱۹۹۶، ۹۲ کشور پروتکل اختیاری مذکور را پذیرفته بودند که به کمیته اجازه می‌دهد به شکایات واصله از اشخاصی رسیدگی کند که پس از طی مراجع داخلی، مدعی هستند که قربانیان نقض هر یک از حقوق بیان شده در میثاق از سوی یک کشور عضو هستند. آنچه که در خور توجه بیشتر است الحاق‌های اخیر از سوی کشورهای استبدادی پیشین نظیر بلاروس، بلغارستان، مجارستان، مغولستان، لهستان، روسیه و اوکراین به پروتکل

اختیاری مذکور می‌باشد».^{۸۶} تفصیل بیشتر آیین‌های نظارت جهانی بر اجرای تعهدات عام را به فصل بعد موکول می‌کنیم. طرح مسأله اولویت تعهدات عام نیز در پرتو آن منافع مشترک و مسائل مشترک و ایجاد و اجرای جهانی تعهدات مورد بحث قابل توجیه است.

اولویت نرم‌های جهانی به تعبیر دیگری، در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات به ظهور رسیده است که به موجب آن، قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که کل جامعه بین‌المللی کشورها آن را همچون قاعده‌ای پذیرفته و شناخته است که هیچ‌گونه تخطی از آن جایز نیست. این مقرر را می‌توان به این صورت تشریح نمود که دولتها نمی‌توانند با عقد معاهده‌ای خصوصی (که مشخصه حقوق بین‌الملل سنتی بوده) قواعد آمره و عام‌الشمول را نقض کنند، قواعدی که «جامعه بین‌المللی در کل» آنها را بدین عنوان شناخته است و این همان اولویت نرم‌های جهانی است که با همان تعبیر در رأی دیوان بین‌المللی در قضیه بارسلونا ترکشن نیز تصریح شده است. سیستم جهانی با طرح قواعد آمره و وضع تعهدات *erga omnes*، در واقع اختیارات نهایی را از آن خود ساخته است.

هرگاه دولت یا دولتهایی تعهد عام‌الشمول «ممنوعیت تجاوز» یا «ممنوعیت ژنوساید» را زیر پا بگذارند و یا با عقد قراردادی اصالت ممنوعیت توسل به زور را نادیده بگیرند، یا گروه طالبان، ادعاها و حقوق و آزادیهای اساسی مثلاً زنان افغان را نادیده گرفته، سرکوب کنند و یا سفیدپوستان آفریقایی جنوبی آپارتاید را نسبت به سیاهان اعمال کنند در واقع ادعایی را مطرح می‌سازند که فراتر از آنچه لازمه بقای آنهاست، می‌رود. در اینجا است که ادعاهای دولت، گروه و فرد، با هم تعارض پیدا

86. Thomas M. Franck, supra no. 1, pp. 203-204.

کرده، سازش ناپذیر می‌شوند. «در این اوضاع و احوال، اصل بقا مستلزم انتخاب بین ادعاهای سازش ناپذیر است. سیستم جدید بین‌المللی حقوق بشر اختیار نهایی را برای حل و فصل آن اختلافات بر طبق نرم‌ها و آیین‌های مشترک خود، برای خود محفوظ می‌دارد. بنابراین و من باب مثال، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی از کلیه دولت‌ها تعهد می‌گیرد تا «حقوق برابر مردان و زنان ... را تضمین کنند»^{۸۷} (ماده ۳ میثاق).

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و سایر نرم‌های جهانی از نظر جهانشمول بودن خود، بر ادعاهای بقایی بسیار کلی مطروحه از سوی هر عضو مجموعه سه‌تایی غلبه کرده، آنها را تحت الشعاع قرار می‌دهند. در مورد افغانستان این غلبه، حقوق زنان را بر اختصاص‌گرایی^{۸۸} مرام و اعتقادات طالبان ترجیح می‌دهد و فشار جامعه جهانی را بر وادار کردن طالبان به رعایت استانداردهای مصوب جهانی، توجیه می‌کند. تجاوز عراق به کویت، و تجاوزات متعدد ائتلاف آمریکا و انگلیس به عراق، که محکومیت‌های جهانی را به دنبال داشتند نیز، همانند مورد رژیم‌های نژادپرست و آپارتاید، نشان می‌دهند که سیستم جهانی و جامعه بین‌المللی، تهاجم یک کشور به کشور دیگر و اشغال آن را، همچون نقض اصل منع تجاوز و ممنوعیت توسل به زور و بنابراین به منزله نقض صلح و امنیت بین‌المللی می‌داند که در برابر آن مقاومت کرده و دولت خاطی را سر جای خود می‌نشانند. خطاب شورای امنیت به «کلیه کشورها از جمله کشورهای غیر عضو سازمان» تأکیدی است بر ماهیت *erga omnes* تعهدات مورد بحث، یعنی تعهداتی که ماورای ترتیبات قراردادی و از سوی جامعه بین‌المللی در کل، بر هر کشوری تحمیل می‌گردد. به علاوه، این امر، حکایت از رواج عملی توجه

87. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 249.

88. Particularism:

دلبستگی به مرام خاصی و اعتقاد به این که مرام، فقط مرام ما هست و بس.

به تعهدات *erga omnes* در سطح جامعه جهانی دارد.

در مورد اصل ممنوعیت توسل به زور به عنوان مصداقی از تعهدات *erga omnes* و نیز ارتباط آن با شخص انسان و مقوله حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، ناچاریم توضیح دیگری نیز اضافه کنیم. می‌دانیم که بیشتر مصداقی تعهدات *erga omnes* که در رأی دیوان در قضیه بارسلونا ترکشن برشمرده شده‌اند مستقیماً مربوط می‌شوند به حمایت از انسان. در جای دیگر ما گفتیم که علت غایی وضع ممنوعیت تجاوز یا توسل به زور نیز، حمایت از بشر می‌باشد، از این رو بشر یا بشریت به صورت مخرج مشترک یا کوچکترین مخرج مشترک تمامی مصداقی تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* در می‌آید.

این امر نیاز به توضیح دارد: تعهدات *erga omnes* بشری و بشردوستانه، حفظ و حمایت مستقیم از انسان را تضمین می‌کنند، اما وضعیت ممنوعیت توسل به زور در این مورد چگونه است؟ شکی نیست که ممنوعیت تجاوز و ممنوعیت توسل به زور (بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد و معادل عرفی آن) ممنوعیتی *erga omnes* است که هدف از آن، حفاظت از حریم اصل بقایی دولتها و همین‌طور حمایت از شخص انسان می‌باشد. اصولاً برای حمایت از قربانیان جنگ و نیز غیر نظامیان، قواعد حقوق جنگ یا همان حقوق بشردوستانه وضع شده است. می‌دانیم که قواعد حقوق بشردوستانه یا حقوق در جنگ، اساساً قواعدی بین دولتها بوده‌اند اما در نیمه دوم قرن بیستم، آن قواعد جنبه انسانی‌تری یافته‌اند و به عبارت دیگر، انسانی شده‌اند. این تحول را از جایگزینی اصطلاح «حقوق بشر دوستانه» بجای «حقوق جنگ» یا «حقوق درگیریهای مسلحانه» به راحتی می‌توان ملاحظه کرد. صحبت در اینجا است که هر چند قواعد حقوق جنگ یا حقوق بشردوستانه، انسانی‌تر شده‌اند، اما این «انسانی شدن در حالی که می‌تواند و

باید رفتار با غیر نظامیان و اسیران جنگی را تعدیل کند اما ارتباطی به جلوگیری از توسل به جنگ ندارد.^{۸۹} جنگ همانند مسابقه مشت زنی قواعد (بازی) خود را دارد: «در مسابقه مشت زنی کوبیدن مشت به بالاتنه حریف اشکالی ندارد؛ ضربه زدن به پایین تنه، ممنوع است. مادامی که قواعد آن بازی رعایت شوند می‌توان باعث ایجاد درد و رنج و سلب آزادی شد و حتی حریف را کشت».^{۹۰} جنگ نیز به همین ترتیب است، یعنی با رعایت قواعد بازی، امکان کشتن انسانها (حتی غیر نظامیان مثلاً به واسطه خسارت جانبی قانونی) و سلب آزادی آنها، معمول تلقی می‌شود. برای مثال، اصطلاح «درد و رنج غیر ضروری»^{۹۱} را در نظر بگیریم. این در حالی است که قوانین حقوق بشر از تمامیت بدنی و شأن و منزلت انسانی در هر شرایطی حمایت می‌کنند. با این توصیف، صحبت از بشری کردن حقوق بشردوستانه یا حقوق جنگ، نوعی تعارض لفظی می‌باشد. به علاوه، در عمل نیز نمی‌توان حقوق بشردوستانه (یا حقوق جنگ) را واقعاً بشری کرد، چرا که اگر آن قواعد بیش از حد بشری شوند نقض غرض پیش می‌آید، یعنی موجب ادامه بیشتر جنگ و مقاومت بیشتر رزمندگان شده و نهایتاً قواعد جنگ را تضعیف می‌کند. پس چاره چیست؟ برای این منظور، یعنی «برای این که حقوق بشردوستانه واقعاً بشری شوند باید به تمام انواع درگیرهای مسلحانه پایان داده شود».^{۹۲} از این روست ممنوعیت توسل به زور و ممنوعیت *erga omnes* آن. و این تعبیری از همان اصلی است که ژرژسل آن را حق حیات انسان می‌داند. «به نظر ژرژسل مقوله آزادیهای فردی متضمن حق حیات است که از آن، ممنوعیت توسل به زور نتیجه گرفته

89. Theodor Meron, The humanization of humanitarian law, AJIL 2000, vol. 94, No. 2.

90. Ibid. p. 240.

91. Unnecessary suffering.

92. Ibid.

می‌شود».^{۹۳} به طور خلاصه چنین می‌توان گفت که جامعه بین‌المللی از یک طرف برای تعدیل رفتار با قربانیان جنگ، حقوق بشردوستانه بین‌المللی را پیش می‌برد، اما چون هدف این حقوق بشردوستانه نمی‌تواند نهایتاً جلوگیری از جنگ باشد (چون که «از زمان هابیل و قابیل جنگها بخشی از وضعیت و شرایط انسانی بوده و متأسفانه ظاهراً به همین ترتیب هم خواهد ماند»^{۹۴})، لذا از سوی دیگر جامعه بین‌المللی با وضع قاعده‌ای خاص (منع توسل به زور) در صدد پیشگیری عام (*erga omnes*) از تجاوز و توسل به زور است تا آن حق حیات بشری را به نحوی ریشه‌ای تضمین و جلوی تهدیدات به آن را بگیرد. پس ما هم معتقدیم که حق انسان به زیستن در صلح، برابر است با حق او به حیات (که حقی است ذاتی) که از آن، ممنوعیت توسل به زور (که تعهدی است *erga omnes*) نتیجه گرفته می‌شود. پس تعهد دولتها به رعایت ممنوعیت توسل به زور، مبنایی انسانی دارد و انسان مخرج مشترک تمامی تعهدات *erga omnes* است. مروری بر مظالم و بی‌رحمی‌های دوران جنگ جهانی دوم و آمار تلفات و ویرانی‌های گسترده آن و انقلاب حقوق بشر متعاقب پایان جنگ، این اعتقاد را تأیید می‌کند. همچنین، تجاوز آشکار آمریکا و انگلیس و استرالیا به عراق و قربانی شدن کل انسانها به صورتی وحشتناک، انسانی بودن تعهد منع تجاوز را نشان داد. با توجه به آنچه تاکنون گذشت، استنباط می‌کنیم که اولویت قواعد جهانی، ریشه در اولویت بشر و اولویت حقوق خاص فرد دارد.

۹۳. دکتر هدایت ا... فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، همان منبع، ص ۲۸۴.

۹۴. Theodor Meron, supra no. 90, p. 240.

همچنین نک. ایوڈله، دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه دکتر ابراهیم بیگ‌زاده، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶، ص ۲۹۹. «جنگ ذاتی رفتار انسانی است» به نقل از غالب بن شیخ، معاون کنفرانس جهانی ادیان برای صلح.

فصل دوم. اولویت اخلاقی حقوق فردی

مقایسه حقوق خاص هر یک از دولت، گروه و فرد، این نکته را به ذهن متبادر می‌سازد که حقوق فردی از اولویت و برتری ذاتی برخوردار است. این اولویت را می‌توان با مقایسه فرد با گروه و فرد، اولویت اخلاقی نامید. از این نظر، اخلاق را به دو دلیل نمی‌توان در مورد واحدهای جمعی نظیر «گروه» و «دولت» به کار برد، یکی دلیل عملی^{۹۵} و دیگری دلیل نظری.^{۹۶} «دلیل عملی آن است که عدالت (و اخلاق) فقط نسبت به انسانها (که اشخاصی زنده و ذی شعور هستند) قابل اجرا است، و نه نسبت به واحدهای جمعی نظیر دولتها (که اجتماعاتی فاقد حیات هستند). بنابراین اگر هم صحبت از اخلاق در رابطه با دولتها و یا گروهها شود، منظور معنی مجازی و استعاری اخلاق است. دلیل نظری برای اجتناب از قید عدالت در زمره شاخص‌های قانونمندی یک قاعده، آن است که مفاهیم عدالت و قانونمندی با هم مرتبط اما متفاوت هستند».^{۹۷}

بنابراین، چون شخص انسان، موجودی دارای حیات و قوه تمیز خوب و بد بوده و لذت و درد و رنج را احساس می‌کند، می‌توان حقوق خاص او را حقوقی اخلاقی یا ذاتی نامید. «شناخت ضرورت توازن و وفاق در میان گروه سه‌تایی صاحبان حقوق (دولت، گروه و فرد) واقعاً به معنی همان تأیید برابری آن سه مدعی نیست. از نظر اخلاقی، ادعاهای افراد استحقاق برتری دارند».^{۹۸} به تعبیر نیل مک کورمیک، «آحاد انسانها دارندگان اصلی ارزش اخلاقی و حق‌های اخلاقی و قانونی هستند».^{۹۹}

95. Operational reason.

96. Theoretical reason.

97. Thomas M. Franck, The relation of Justice to legitimacy in the international system, in Melanjes René-Jean Dupuy, 1991, Paris, pp. 159-170, at pp. 159-160.

98. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 252.

99. Neil Mac Cormick, Legal right and social democracy (1982), in, Thomas M. Franck, ibid.

«از سه جزء تشکیل دهنده گروه سه تایی، فقط انسان یک حق طبیعی بودن را دارد. به تعبیر پروفیسور مُل هلند، «وضعیت یک انسان حقی است که نمی‌توان آن را از هیچ اصل اخلاقی برتری بیرون کشید و لااقل در هر گونه تعیین حقوقی، وجود آن مسلم است».^{۱۰۰} بنابراین، شخصیت انسان^{۱۰۱} یا انسان بودن او، مبنای حقوق بشری و خود مختاری اوست. این واقعیت، یادآور نظرات مخالف قاضی تاناکا در رأی مربوط به قضایای آفریقای جنوب غربی است. به اعتقاد او «حقوق بشر از خود مفهوم شخص انسان ناشی می‌شوند. کشورها حقوق بشر را به وجود نمی‌آورند، بلکه صرفاً وجود آن را تأیید می‌کنند. بنابراین، حقوق بشر مستقل از اراده دولتها وجود دارند».^{۱۰۲} قاضی تاناکا در تأیید این استدلال خود به عبارتی از رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد رزرویشن نسبت به کنوانسیون منع کشتار جمعی (۱۹۴۸) استناد کرده که در آن، دیوان نظر داده بود که اصول زیربنای آن کنوانسیون «حتی بدون هرگونه تعهد قراردادی» بر کشورها الزام‌آور هستند.

از سوی دیگر، تفسیرهای کمیته بین‌المللی صلیب سرخ (ICRC) از مقررات کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو (حقوق جنگ یا حقوق بشردوستانه بین‌المللی)، بر محوریت «شخص انسان» استوار شده‌اند. نظریه تفسیری کمیته در مورد کنوانسیون اول، ضمن تأکید بر خصلت بی‌قید و شرط و غیرمقابل تعهدات بشردوستانه، چنین بیان می‌دارد: «یک دولت، اصل حمایت لازمه رزمندگان مجروح و بیمار را، به امید نجات تعداد معینی از اتباع خود، اعلام نمی‌دارد، بلکه این کار را به خاطر احترام به شخص

100. Leslie A. Mulholland, in, Franck, ibid.

101. Personhood or personage.

102. ICJ Rep. 1966, p.298.

انسان بماهو انسان، انجام می‌دهد».^{۱۰۳}

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات نیز از همان لحن (شخص انسان) در اعلام اهمیت مقررات بشری و بشردوستانه استفاده کرده است. بند ۵ ماده ۶۰ آن کنوانسیون، اصول تبادل (موضوع بندهای ۱-۳) را منصرف از معاهدات بشردوستانه می‌داند. به موجب آن مقرره: «پاراگرافهای ۱ تا ۳ فوق، بر مقررات مربوط به حمایت از شخص انسان که در معاهدات واجد جنبه بشردوستانه گنجانیده می‌شوند، خصوصاً مقررات ناظر بر منع اقدامات تلافی‌جویانه علیه اشخاص مورد حمایت معاهدات مذکور، جاری نمی‌باشند».^{۱۰۴} یکسال بعد (سال ۱۹۷۰) دیوان بین‌المللی دادگستری، با به کار بردن اصطلاح «شخص انسان» در رأی معروف خود در قضیه بارسلونا ترکشن، به رویه بین‌المللی ملحق شده، به طرز تلقی بین‌المللی از حقوق بنیادین بشر شکلی حقوقی بخشیده است. پاراگراف ۳۴ رأی مذکور مقرر می‌دارد: «برای مثال، این تعهدات (*erga omnes*) در حقوق بین‌المللی معاصر، از غیرقانونی دانستن تجاوز، کشتار جمعی، و نیز از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین «شخص انسان» از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی و تبعیض نژادی ناشی می‌شوند...».^{۱۰۵}

منظور ما از مرور مقررات پیش گفته، جلب توجه به تأکیدی است که در تمامی آنها بر شخصیت یا انسانیت انسان، و به عبارت بهتر بر مفهوم شخص انسان بماهو انسان گذاشته شده است. آن مقررات با موج آراء و نظرات ارزشمند حقوقدانان تقویت و تکمیل گردیده‌اند. مهم‌تر از همه این که مفهوم شخص انسان همچون اخلاق برتر معرفی گردیده و باز مهم‌تر

103. Theodor Meron, supra no. 90, p. 248.

104. "5. paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person ...".

105. ICJ Rep. 1970, p. 32.

از آن، این که، مفهوم شخص انسان به عنوان یک مفهوم اخلاقی بین‌المللی، با ورود در فضای حقوقی بین‌المللی، هیأتی حقوقی یافته و بدین لحاظ بر همگان الزام آور شده است. وجه تسمیه مقررات مربوطه به عنوان «حقوق بشر» و «حقوق بشردوستانه» از این قرار است. به عبارت ساده‌تر، اگر ماهیتی اخلاقی به شخصیت انسان و حقوق بنیادین او داده شده، آن اخلاق پس از پوشیدن جامه قاعده حقوقی، موجودیت حقوقی مستقلى پیدا کرده است.

«در این معنا، ادعاهای خودمختاری و استقلال شخصی^{۱۰۶} نوعاً متفاوت از ادعاهای حقوق - محور^{۱۰۷} گروهها و دولتها هستند. هر دوی اینها (گروه و دولت) ساختها و مفاهیمی تاریخی - اجتماعی غیر ذاتی هستند. آنها صرفاً به نحوی اکتسابی توسط انسانها اعتبار یافته‌اند، به این معنا که انسانها با شناسایی و تعیین هویت وجود آنها و با به رسمیت شناختن آن، به آنها اعتبار بخشیده‌اند. برعکس، حقوق یک انسان، لازمه واقعیت عینی بودن (هستی)، و ذاتی آن است».^{۱۰۸} مطلب را به نحو دیگری مطرح می‌کنیم: حقایق اکتسابی و حقایق غیر اکتسابی وجود دارند. دولتها، گروهها و افراد هر کدام ممکن است دارای حقوق مکتسب باشند، اما فقط انسانها می‌توانند حقوق غیر اکتسابی هم داشته باشند. مل‌ه‌ند توضیح می‌دهد که «یک حق مکتسب حقی است که قابل انتقال است، برای این که موضوع آن حق قابل انتقال است. یک حق غیر مکتسب قابل انتقال نبوده و مطلقاً (بدون قید و شرط) به دارنده آن تعلق دارد، یعنی بی‌آن که حالتی خارجی (نظیر عمل انتقال) به ظهور برسد».^{۱۰۹} حق به حقوق

106. Personal autonomy claims.

107. Rights - based claims.

108. Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 252.

109. Leslie A. Mulholland, The innate right to be a person, in Thomas M. Franck, ibid.

بازنشستگی نمونه‌ای از حقوق قابل انتقال است، اما حق به حیات مصداقی از حقوق غیرقابل انتقال می‌باشد. به عبارت ساده‌تر، تفاوت بین یک جامعه (اعم از دولت یا یک گروه تاریخی) و یک شخص انسان آن است که اولی یک شیء یا یک تصور است، در حالی که دومی (انسان) این‌گونه نیست. انسان، به تعبیر کانت، یک «هدف قائم بالذات»^{۱۱۰} است.^{۱۱۱} این مثالها نشان می‌دهند که انسان بودن یا جان انسان، مبنای حقوق اخلاقی است و جان انسان به صورت عینی قابلیت تحویل را ندارد و الا، اگر جان یا شخصیت انسان واگذار گردد در واقع همان حق حیات او (موضوع ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی) نقض شده است. در حالی که، مثلاً حقوق بازنشستگی، به لحاظ عینی، کاملاً قابل واگذار کردن است، بی‌آن که لطمه‌ای به انسان بودن انسان وارد شود.

حقوق دولت و گروه نیز از این نوع است، یعنی دولت و گروه که اجتماعاتی فاقد روح و مفاهیمی فرضی هستند از حقوقی برخوردار هستند که در صورت تحویل تمام یا بخشی از آن، به حیات (در معنی واقعی و عینی کلمه) لطمه‌ای وارد نمی‌شود. «یک جامعه می‌تواند تجزیه شده، از هم بپاشد، و با این حال اعضای تشکیل دهنده آن زنده خواهند ماند، همانطوری که یهودیان کتاب مقدس و ارمنی‌های معاصر ماندند. اما یک انسان تجزیه شده، نمی‌تواند یک انسان باشد و اندام متلاشی شده یک انسان از بین خواهد رفت».^{۱۱۲} با این توصیف، معلوم می‌شود که آنچه انسان ادعا می‌کند حفظ حیات است که ذاتی اوست، هرگاه این ادعای انسان با حقوق ادعایی دولت یا گروه تعارض پیدا کند مسلم است که اولویت با اولی (یعنی حق حیات یا انسانیت انسان) است. انسان همواره به دنبال نجات آن

110. End in itself.

111. Franck, ibid.

112. Ibid, pp. 252-253.

حق ذاتی خود بوده است، تا آن که از انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه، قوانین اساسی دولتهای آزادمنش، حمایت از آن را اعلام کردند اما حمایت مزبور فقط پس از جنگ دوم جهانی، جنبه بین‌المللی یافت.

اگر خواسته دولت و گروه از انسان، محدودیت حقوق ذاتی انسان و تابعیت اوست خواسته انسان، «حق تنها شدن»^{۱۱۳} است که حداقل خواسته‌هاست، یعنی تنها شدن در برابر دولت و گروه و رهایی از قید و بند آنها (آزادی). ما معتقدیم که آزادی^{۱۱۴} تعبیر دیگری از حق تنها شدن است، که شالوده تمامی حقوق و آزادیهای دیگر است و به تعبیر قاضی لویس دی. برندیس «پدیدآورندگان قانون اساسی ما تضمین شرایط مناسب برای تعقیب خوشبختی را تعهد کردند ... آنها حق تنها شدن را در برابر دولت، اعطا کردند - حقی که جامع‌ترین حق‌ها بوده و انسانهای متمدن بیشترین ارزش را به آن قائل شده‌اند».^{۱۱۵} از نظر امانوئل کانت، آزادی، تنها «حق تولد» همه انسانهاست. این حق، اصل زیربنای تمامی حق‌های بشری به طور کلی است: «فقط یک حق ذاتی وجود دارد. آزادی ... ، تا آنجا که بتواند با آزادی یکدیگر مطابق یک قانون عام همزیستی کند تنها حق ذاتی متعلق به هر انسان به واسطه انسان بودن اوست».^{۱۱۶} «باز هم این مسأله را به نحو دیگری مطرح می‌کنیم و آن این که ادعای اخلاقی یک انسان بر حقوق، از شخصیت ذاتی و مستقل نشأت می‌گیرد و نه از انواع وقایع خارجی عارضی (و اتفاقی) که ادعاهای مبتنی بر حقوق واحدهایی نظیر دولت، جامعه، یا قبیله را تشکیل می‌دهند. در این معنا می‌توان گفت که

113. The right to be let alone.

114. Freedom.

115. Justice Louis D. Brandeis Dissenting in *Olmstead v. United States*, in, Franck, *ibid.* p. 196.

116. Immanuel Kant, *The metaphysics of morals* 63, in, Heiner Bielefeldt, *Muslim voices in the human right debate*, in *Human Rights Quarterly* 17 (1995) pp. 587-617, at p. 591.

حقوق افراد از اولویت طبیعی و اخلاقی بر حقوق یک گروه یا یک ملت برخوردار است، که این خود به این معنا نیز است که حقوق شخصی، از نظر ساختاری، دارای یک فایده عملی تحویل‌ناپذیر (یعنی، انکارناپذیر) و از نظر اخلاقی، دارای ارزش مطلق است. سیستم بین‌المللی، با آن که همواره تعادل و وفاق را ترویج می‌کند می‌تواند این اندیشه اخلاقی را نیز در نظر بگیرد».^{۱۱۷}

محدودیت فزاینده حاکمیت دولتها و واگذاری بخشی از آن به نفع حاکمیت جامعه بین‌المللی که در شکل مفهوم جامعه بین‌المللی در کل (رای قضیه بارسلونا ترکشن) به ظهور رسیده است گویای این واقعیت است که حقوق دولت و گروه، قابل واگذاری است. در سطح منطقه‌ای نیز، تشکیل اتحادیه اروپایی و تفویض میزان معتناهایی از اختیارات اعضا به اتحادیه، مؤید آن است که صرف‌نظر کردن از برخی جنبه‌های حاکمیت ملی، نه تنها امکان‌پذیر، که حتی مفید هم هست. شکل فدرال دولت - کشور، یا دولت - کشور فدرال نیز می‌تواند در این زمینه مورد توجه قرار گیرد. «دولت - کشور فدرال، مرکب از دولتهای کوچکی است که هم می‌خواهند مستقل بمانند و هم در عین حال حاضرند میزان معتناهایی از حاکمیت خود را به دولت مرکزی بسپارند»^{۱۱۸} اما حقوق خاص بشر قابلیت تحویل را ندارند. سرانجام، «از نظر لغوی، این فرد است که جامعه را به وجود می‌آورد؛ گروه، ملت و دولت، فرد را به وجود نمی‌آورند. بر اساس این تفاوت، بردگی و برده داری نقض یک حق اساسی طبیعی یا اخلاقی است، در حالی که هرج و مرج صرفاً یک ضعف مربوط به خوی اجتماعی است. یا به عنوان مثال دیگر، سلب حیات یک انسان توسط دولت ممکن است

117. Franck, supra no. 1, p. 253.

۱۲۰. دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۲۶۳، نک. صص ۲۷۰-۲۶۱.

قانونی باشد اما اولاً و بالذات، خطایی است بر ضد نظم طبیعی، در حالی که شورش یک انسان علیه حکومت، (آن گونه که توماس جفرسون^{۱۱۹} استنباط کرده) ممکن است قانوناً خطا باشد اما نظم اخلاقی یا طبیعی اشیاء را بر هم نمی زند.^{۱۲۰} انسان، اولاً و بالذات، دارای حقوق و آزادیهای است: آزادی حیات (ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی)، آزادی برخورداری شدن از رفتار انسانی (ماده ۷، ۸ و ۱۰ میثاق)، آزادی اندیشه، عقیده و مذهب (مواد ۱۸ و ۱۹ میثاق)، آزادی اجتماع مسالمت آمیز (مواد ۲۱، ۲۲ و ۲۵ میثاق) و ...

ثانیاً، تشکیل اجتماع، دولت و گروه، حاصل اعمال آزادی اولیه و ذاتی انسان در تشکیل اجتماع مسالمت آمیز است. به عبارت بهتر، انسانها بر حسب خوی اجتماعی خود، به اجتماع، وجود و اعتبار می بخشند و برای آن، حقوقی را به رسمیت می شناسند. حال می توان گفت که جامعه و اجتماع نیز به طور ثانوی و بالعرض صاحب حقوق می شود. یعنی جامعه، این حقوق را مستقیماً و ذاتاً ندارد بلکه اعضای آن (انسانها) چنان حقوقی را اعتبار می کنند. در اینجا، نتیجه دیگری نیز می گیریم و آن این که، حقوق و آزادیهای بنیادین بشری، از لحاظ زمانی نیز بر ادعاهای گروه و دولت، اولویت دارند، یعنی «حقوق بشر همواره با بشر بوده اند. این حقوق، مستقل از دولت و قبل از دولت وجود داشته اند».^{۱۲۱} باید توجه داشته باشیم که «گرچه حقوق بشر، قلمرو آزادی فردی را آشکارا توسعه می دهد، لیکن این حقوق به هیچ وجه فردگرایانه نیستند. منظور این نیست که این حقوق منجر به یک «جامعه متشتت» عاری از همبستگی اجتماعی شود. بر خلاف

119. Thomas Jefferson.

120. Franck, ibid.

121. South west Africa, second phase, judgement, ICJ Reports 1966, Dissenting opinion of judge Tanaka pp. 248-324 at p. 297.

خلط مبحث شایع، حقوق بشر همواره متضمن یک بعد اجتماعی است، برای این که آزادی بشری فقط در ارتباط با هموعان می تواند مطرح شود.^{۱۲۲} و «البته، انسانها گرایش به توسعه و تحقق تمایلاتشان در اجتماع و جامعه دارند: و در آن مفهوم ثانویه، یا بالعرض، اشکال متعدد جامعه بشری (ملت، قبیله یا نژاد، و مانند آن) نیز مظاهری طبیعی از میل اجتماعی غیر قابل جلوگیری فرد هستند».^{۱۲۳} و به همین خاطر است که گفته می شود انسان جامعه را به وجود می آورد، و دولت و جامعه، انسان را به وجود نمی آورند. از این رو، انسان حق تنها شدن (یعنی آزادی) را در برابر دولت و جامعه دارد و آن حق از اولویتی ذاتی و اخلاقی بر حقوق دولت و گروه برخوردار است. آن اولویت ذاتی و اخلاقی، فلسفه وجودی^{۱۲۴} تعهدات بین المللی *erga omnes* را تشکیل می دهد.

دیوان بین المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود راجع به کنوانسیون منع نسل کشی (ژنوساید) اعلام کرد: «در یک چنین کنوانسیونی کشورهای متعاهد منافع خود را دنبال نمی کنند، بلکه دولتها همه با هم، فقط یک نفع مشترک دارند، یعنی اجرای مشترک اهداف عالیه ای که فلسفه وجودی آن کنوانسیون را تشکیل می دهند».^{۱۲۵} دیوان اعلام داشت که «قصد کشورهای عضو مجمع عمومی ملل متحد، از اصدار قطعنامه ۹۶ راجع به جنایت نسل کشی (ژنوساید)، محکوم کردن نسل کشی به عنوان جنایتی بر ضد حقوق اخلاقی و ... روح و اهداف ملل متحد بوده است».^{۱۲۶} دیوان

122. Heiner Bielefeldt, Muslim voices in the human rights debate, in Human Rights Quarterly 17 (1995) pp. 587-617, at p. 591.

123. Franck, *ibid*.

124. Raison d'être.

125. Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Rep. 1951, 14 at 23.

126. *Ibid*.

در قضیه بارسلونا ترکشن (پاراگراف ۳۴ رأی خود) ممنوعیت تجاوز، ممنوعیت کشتار جمعی و نیز لزوم رعایت اصول و قواعد مربوط به سایر حقوق بنیادین شخص انسان از جمله ممنوعیت برده‌داری و ممنوعیت تبعیض نژادی را همچون مثالهایی از تعهدات عام‌الشمول *erga omnes* برشمرده و پس از اشاره به نظریه مشورتی پیش‌گفته خود، خاطر نشان ساخت که «بخش دیگر (حقوق حمایت از شخص انسان) توسط اسناد بین‌المللی جهانی یا شبه جهانی اعطا شده‌اند». لحنی که در کل پاراگراف مورد بحث به کار رفته، به روشنی حاکی است که منظور از «سایرین»، سایر حقوق مربوط به حمایت از شخص انسان - یا حقوق بشر و حقوق بشردوستانه - می‌باشد که علاوه بر موارد مذکور در پاراگراف ۳۴، در اسناد بین‌المللی اعلام شده‌اند.

کنوانسیونهای متعددی پس از جنگ جهانی دوم تصویب شده‌اند که حمایت از حقوق و آزادیهای انسان را همچون تعهد الزام‌آور حقوقی بر دولتها تحمیل می‌کنند. علاوه بر منشور ملل متحد و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی کنوانسیونهایی به تصویب رسیده‌اند که به نحوی موضوعی و به تفصیل، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را تنظیم و بر دولتها تحمیل می‌کنند. از این گذشته، حقوق منع توسل به زور و مجموعه تعهدات حقوق بشری و حقوق بشردوستانه، به تعهدات عرفی معروف شده‌اند.

نتیجه

سیستم جدید حقوق بشری، که از منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵ ناشی می‌شود حق‌های حقوق بین‌المللی به فرد بشر اعطا می‌کند. این سیستم، انواع حق‌های بشری را به طور منجز تعیین می‌کند و لذا آن را قانونمند می‌سازد. قانونمندی عبارت از آن خصوصیت یک قاعده است که از ادراک مخاطبین آن ناشی می‌شود مبنی بر این که آن قاعده بر طبق فرایند صحیح به وجود آمده است. فرایند صحیح شامل مفهوم منابع معتبر و نیز دربرگیرنده بینش‌های ادبی، اجتماعی – مردم شناختی و فلسفی است.

چون صحبت از قانونمندی است، اگر سؤال شود که طرح قانونمندی چه ارتباطی با مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* دارد؟ یا چه تفاوتی بین این تعهدات و قواعد امری *Jus cogens* (موضوع ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات) وجود دارد؟ می‌گوییم: قواعد مذکور چندان قانونمند نیستند و در مقایسه با مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* از قانونمندی کمتری برخوردار هستند؛ برای این که مصادیق این قواعد مشخص نیست. از این روست که از زمان اعلام قواعد امری *Jus cogens* همواره بحث بر سر این بوده است که کدام قاعده امری است و به همین سبب، بعضی دولت‌ها (از جمله فرانسه) به علت مخالفت با مفهوم قاعده آمره، از الحاق به آن کنوانسیون خودداری ورزیدند. اما تعهدات بین‌المللی *erga omnes* را دیوان اعلام نموده و مصادیق بارز آن را دقیقاً معین و منجز ساخته است. در نتیجه، این تعهدات، قانونمند هستند و می‌دانیم که هرگاه ادعا شود که قاعده یا تعهدی قانونمند است، دو چیز منظور است: یکی این که آن قاعده یا تعهد بر طبق فرایند درست به وجود آمده است و بنابراین، این که آن قاعده یا تعهد باید موجب تقویت اطاعت داوطلبانه اعضا (مخاطبین) شود. چنین قاعده‌ای شایسته تأیید است. از آنجا که در هر جامعه‌ای (ملی، منطقه‌ای،

بین‌المللی) مفهوم جامعه با سطح بالایی از اطاعت داوطلبانه قواعد تقویت می‌گردد، لذا قانونمندی‌سازی موجب تقویت تصور جامعه از سوی اعضای آن می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری، نظم عمومی بین‌المللی را در قالب مفهوم تعهدات بین‌المللی *erga omnes* قانونمند ساخته و از این طریق موجب تقویت تصور حاکمیت جامعه بین‌المللی از سوی اعضا (دولتها) شده است. سؤال این است که جامعه مورد نظر دیوان کدام جامعه است؟ منظور دیوان از «جامعه بین‌المللی در کل» جامعه بشری است؛ زیرا، اشاره‌ای که دیوان در ارتباط با مفهوم تعهدات *erga omnes* و کلیت جامعه بین‌المللی، به حقوق بنیادین شخص انسان (حمایت برضد برده‌داری و تبعیض نژادی، و ارجاع به اسناد بین‌المللی جهانی و شبه جهانی در مورد اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین شخص انسان) داشته، نشان می‌دهد که از نظر دیوان، جامعه بین‌المللی، جدای از دول تشکیل دهنده آن وجود دارد. در نتیجه، دیوان با این رأی خود موجب تقویت تصور حاکمیت جامعه بشری و بشریت شده است. واقعیت این است که بشریت یا جامعه بشری، بر فراز جامعه بین‌المللی قرار گرفته، اما چون سازمان یافته نیست لذا مجبور است مدام بر ساختار جامعه بین‌المللی دولتها فشار آورد تا آن را دگرگون سازد (یعنی انسانی سازد). از این روست که در آغاز منشور، حقوق بشر و بشریت آمده است. توجه به این واقعیت نیز مهم است که مفهوم «جامعه بین‌المللی دولتها در کل» (موضوع ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین)، در رأی دیوان به «جامعه بین‌المللی در کل» تغییر یافته است. سابق بر این، انسانها به واسطه دولتهای متبوع شان شناخته می‌شدند. تعابیر “subject” و “national” گویای این وصف هستند که هنوز هم کاربرد دارند. یعنی انسان فقط به واسطه دولت متبوع خود می‌توانست مطرح باشد و هیچ‌گونه سَمَتِ مستقلی برای او متصور نبود، اما امروزه جامعه بشری یا بشریت

“humanity” نشانگر این واقعیت است که دولت، انسانی (یا جامعه انسانی) شده است. دولت‌ها مأمور خدمت به انسانها و حفاظت از حقوق و آزادیهای بنیادین انسان هستند. امروزه، قانونمندی یک حکومت، عمدتاً بر اساس رعایت حقوق بشر تعیین می‌شود. توجیه مفهوم بشریت یا جامعه بشری نیز از این روست. از نظر کانت، دولت جزء تشکیل دهنده ساختارآرمانی شبه فدرالیست بشریت است. به عبارت دیگر، بشریت ساختاری آرمانی و کنفدراسیونی است که دولت‌ها همچون ایالت‌های آن به شمار می‌روند^{۱۲۷} (کنفدراسیون بشری یا بشریت). اکنون، پس از گذشت دو قرن از پیش‌بینی و آرمان مورد نظر کانت (یعنی بشریت)، چنین می‌نماید که آن آرمان از جنبه‌های زیادی صورت تحقق یافته، به واقعیت پیوسته است. بنابراین، و من باب مثال، حقوق جنگ یا حقوق درگیریهای مسلحانه که اصولاً حقوق بین‌الدولی بوده، تحت تأثیر نهضت جهانی حقوق بشر، تا حدود زیادی انسانی شده است.^{۱۲۸}

نگاهی اجمالی بر انواع حق‌های بشری، که میثاق (ICCPR) تعیین کرده، ما را به تأمل در فلسفه وجودی میثاق و تاریخ پشت سر آن سوق می‌دهد؛ زمانی که در سال ۱۹۶۶ دولت‌ها پس از پشت سر گذاشتن تاریخی طولانی در مورد آزادی عقیده، انتخاب و دین انسان، کنوانسیون جهانی (میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) را به مذاکره گذاشته و سپس تصویب نمودند، نیک آگاه بودند که تاریخ ایمان دینی و تبعیت تحمیلی، انسانها را به جنگ و خونریزی واداشته است. از این رو، ضمن تصویب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، تحمل و مدارا در موضوعات اعتقادی

۱۲۷. نک.

Thomas M. Franck, supra no. 1, p. 77.

۱۲۸. نک.

Theodor Meron, The humanization of humanitarian law, supra n. 90, pp. 239-278.

و دینی را به صورت قاعده‌ای جهانی درآوردند^{۱۲۹} تا صحنه‌ای دیگر بر مأموریت خودشان در تضمین و حفاظت آزادیهای بنیادین بشری زده باشند. آزادی انسان در اندیشیدن، انتخاب و دین، انسان را در مقابل دولت، دین و اجتماعات کاملاً خودمختار تنها و آزاد می‌سازد و از او حمایت می‌کند. البته این آزادی شامل آزادی انسان در داشتن هر اندازه تعلق خاطر به تمام یا هریک از مقوله‌های مذکور است، همانطوری که شامل آزادی او در ترک هریک از آنها در هر زمانی است. با توجه به آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که: با این که جامعه بین‌المللی و نظم قدیم آن (آنچه که ما در بخش اول در مورد کم و کیف آن و نیز راجع به طلوع و افول آن سخن گفتیم) تغییر یافته یعنی به نظم جدید (موضوع بخش دوم) مبدل شده، اما یک چیز بدون تغییر باقی مانده و آن آرزوی صلح است، خواسته‌ای که در معاهدات صلح و ستفالی (مقدمه معاهده مونستر - ۳۰ ژانویه ۱۶۴۸) بیان شده است: صلح خوشایند، معتبر و عادلانه، و میوه‌های شیرین صلح کامل و دائمی برای آرامش ... مردمان و سرزمینها در ازای وفاداری و تبعیتشان از دولتها.^{۱۳۰} همان خواسته (یعنی صلح و امنیت بین‌المللی) امروزه فلسفه وجودی و هدف اصلی سازمان ملل متحد می‌باشد.

۱۲۹. برای مطالعات تفصیلی نک. منبع شماره ۱، صص ۱۴۹-۱۰۱ خصوصاً صص ۱۴۷-۱۴۶.

۱۳۰. نک.

Nico Schrijver, supra no. 81, p. 98.

اسلام؛ اصالت جنگ یا اصالت صلح؟

محمدعلی برزنونی*

چکیده

۱- مقدمه

۲- بررسی مفهوم جنگ و صلح

۲-۱- تعریف جنگ

۲-۲- تعریف حقوقی جنگ

۲-۳- تعریف صلح

۳- تقسیم‌بندی سرزمین‌ها در حقوق اسلام

۳-۱- تعریف انواع سرزمین‌ها در حقوق اسلام

۴- روابط سیاسی - حقوقی کشورهای اسلامی با سایر کشورها

۵- دیدگاه اول: اصالت جنگ

۶- دلایل اصالت جنگ

۶-۱- دلایل قرآنی

۶-۲- دلایل روایی

*. عضو هیأت علمی دانشگاه امام حسین(ع) - تهران.

- ۳-۶- آرای دانشمندان
- ۴-۶- بنای عملی
- ۷- بررسی و تحلیل دیدگاه اول
- ۱-۷- ارزیابی دلایل قرآنی
- ۲-۷- ارزیابی دلایل روایی
- ۳-۷- ارزیابی آرای دانشمندان
- ۴-۷- ارزیابی بنای عملی
- ۸- دیدگاه دوم: اصالت صلح
- ۹- دلایل اصالت صلح
- ۱-۹- دلایل قرآنی صلح
- ۲-۹- دلایل روایی صلح
- ۳-۹- بررسی آرای دانشمندان در باب صلح
- ۱۰- بررسی و تحلیل دیدگاه دوم
- ۱-۱۰- ارزیابی آیات قرآنی و روایات
- ۲-۱۰- مفهوم صلح اسلامی
- ۳-۱۰- چرا تنظیم شوون جنگی؟
- ۴-۱۰- ضمانت‌های صلح جهانی
- ۵-۱۰- بررسی سیره معصومان(ع)
- ۶-۱۰- جنگ‌های پس از رحلت پیامبر(ص)
- ۱۱- اصل صلح و آمادگی جنگی
- ۱۲- اصل صلح و جهاد
- ۱۳- نتیجه

چکیده

جنگ و صلح دو وضعیتی کاملاً متمایز از یکدیگرند که بر هر کدام آثار خاص و قواعد حقوقی ویژه‌ای مترتب است و پیشینه‌ای به اندازه تاریخ بشریت دارند.

حکومت‌های اسلامی در دوران تأسیس و استقرار کامل اسلام، با حکومت‌های سایر ادیان و ملل غیرمسلمان، روابط سیاسی - حقوقی برقرار کرده و ارتباطات دیپلماتیک داشته‌اند. سؤال اصلی این نوشتار این است که آیا در روابط کشورهای اسلامی با ملل غیرمسلمان، اصل اولیه، جنگ است یا صلح؟

در این مقاله، دو دیدگاه مهم در زمینه روابط سیاسی - حقوقی حکومت‌های اسلامی با پیروان سایر ادیان و مشرکان بررسی و تحلیل گردیده است. دیدگاه اول قائل به اصالت جنگ و دیدگاه دوم معتقد به اصالت صلح است. قول قوی و رأی صائب، دیدگاه اصالت صلح است. بر اساس این دیدگاه، اصل اولیه و حالت اصلی در روابط بین حکومت‌های اسلامی و سایرین، صلح است. قاعده همیشگی و جاوید، صلح است و جنگ، عارض بر آن است. روح اسلام و اصولاً همه ادیان الهی، با جنگ و خونریزی بی اساس مخالف است و اگر فرمان به آمادگی داده است، هدف آن، دفاع از موجودیت و کیان دین است.

بررسی آیات شریفه قرآن، سنت پیامبر و حضرات معصومان (ع) نشان می‌دهد که روح اسلامی، صلح است. بر اساس این دیدگاه، رابطه دارالاسلام با بقیه کشورهای غیراسلامی، که از حیث عقیدتی دارالکفر یا دارالشک هستند، صلح آمیز است که یا عنوان دارالعهد یا دارالهدنه و یا دارالحیاد را خواهند داشت.

بر این اساس، کشوری عنوان دارالحرب را خواهد داشت که بالفعل با

تجاوز یا نقض پیمان با کشور اسلامی در حال کارزار باشد. در غیر این صورت، یا کشور بی طرف و جزو دار الحیاد است یا هم پیمان با کشور اسلامی.

بنابراین، ارتباط سیاسی و حقوقی بین کشورهای اسلامی و سایر کشورهای غیر مسلمان، در حالت اولیه، «صلح و همزیستی مسالمت آمیز دوستانه و شرافتمندانه» است که در قالب عهد و پیمان یا بی طرفی، صورت قانونی می گیرد و جنگ در حوزه این نظریه، حالتی عارضی و استثنایی است که در برخی شرایط رخ می دهد و کشور اسلامی، گریزی از آن ندارد. اگر تجاوزی صورت گیرد، دفاع مقتدرانه لازم است. بنابراین، آمادگی کامل نظامی - امنیتی با تجهیز به آخرین فناوری ها و دستاوردهای روز از جمله ضروریات کشور مستقل اسلامی است که می خواهد «آزاد»، «آباد» و «مستقل» در نظام بین المللی گام بردارد و روابط خود را با دیگر کشورها، مبتنی بر «عزت»، «حکمت» و «مصلحت» نماید.

کلیدواژه ها: حقوق بین الملل اسلامی، اسلام، اصل جنگ، اصل صلح، جهاد، آمادگی دفاعی.

۱- مقدمه

جنگ و صلح دو وضعیتی کاملاً متمایز از یکدیگرند. بشر از آن روز که پا به عرصه وجود گذارد، دمی از این دو فارغ نبوده است. یا گریبانگیر تنازع، تخالف، جنگ و مبارزه بوده^۱ یا در صلح و صفا، همزیستی مسالمت‌آمیز داشته است. این دو موضوع از اهمیتی بسیار برخوردار است و در طول تاریخ اندیشه بشر نیز مورد توجه و تأمل اندیشمندان بوده است.

دین به عنوان عاملی مهم در عرصه حیات بشری، نقش ویژه‌ای در تاریخ بشر داشته و دارد. یکی از لوازم مهم ارسال رسل و انزال کتب، رفع اختلاف در جامعه بشری بوده است.^۲ از سوی دیگر، خود دین با توجه به محتوای آن، عامل اساسی در بسیاری از جنگ‌ها بوده است. بدین معنی که پیام صلح‌آمیز دین، با منافع بسیاری از زرداران و زورمداران تاریخ، همخوانی و سازگاری نداشته و ندارد. در نتیجه سعی در جلوگیری از ظهور دین و بروز مظاهر دینی می‌نمایند. با نگاهی به تاریخ ادیان و پیامبران بزرگ الهی، این نکته به خوبی دریافت می‌شود.^۳ در مقابل جبهه‌گیری غیردینداران و مخالفان، چاره‌ای جز درگیری و دفاع نبوده و نیست.

دین اسلام به عنوان آخرین دین آسمانی، با هدف «رهایی بشر از قید و بندهای دنیوی»، «حاکم کردن ارزش‌های انسانی»، «نشر توحید و خداپرستی» و «اجرای کامل اصول عدالت اجتماعی» به پیروان خود دستور

۱. طبق اظهارات پروفیسور ایلیناف از شوروی سابق، در کنفرانس سازمان‌های غیردولتی برای خلع سلاح در ژنو، بشریت از ۳۴۰۰ سال تاریخ مدون خود، تنها ۲۰۴ سال را در صلح گذرانده است. شاید اگر نگاه تاریخی هم به این واقعیت اضافه گردد، این نکته را می‌نمایاند که گویا حالت جنگ برای بشر عادی‌تر از حالت صلح است!

۲. آیه شریفه به این حقیقت چنین اعتراف می‌کند: «لیحکم بین الناس فیما اختلفوا فیه» (بقره: ۲۱۳).

۳. قرآن کریم بر این مطلب تأکید می‌کند: «و کأین من نبی قاتل معه رتیون کثیر» (آل عمران: ۱۴۶).

آمادگی نظامی - دفاعی داده است.^۴ در تاریخ پرفراز و نشیب اسلام، جنگ‌های بسیاری رخ داده است، اما هیچکدام از آنها را «جنگ صرف» نمی‌توان نامید. همه آنها «جهاد فی سبیل الله» بوده است. قید «فی سبیل الله» ماهیت و هدف جهاد را مشخص می‌کند و آن، خدایی بودن این جهاد و مبارزه است. مقصود اساسی از این جهاد، اعلای کلمه الله، اجرای اصول و ارزش‌های انسانی اعم از آزادی، عدالت، مساوات و ... است.

حکومت‌های اسلامی در دوران تأسیس و استقرار کامل دین اسلام، با حکومت‌های سایر ادیان و ملل غیرمسلمان، ارتباط سیاسی - حقوقی و روابط دیپلماتیک داشته‌اند. سؤال اصلی این نوشتار این است که در ارتباطات کشورهای اسلامی با ملل غیرمسلمان، اصل اولیه چیست. اصل جنگ است یا صلح؟ رابطه کشور اسلامی با سایر کشورها برچه اساسی استوار است؟ اگر اصل صلح است، «آمادگی دفاعی» و «جهاد» چه جایگاهی دارد؟

۲- بررسی مفهوم جنگ و صلح

۲-۱- تعریف جنگ

جنگ را می‌توان از جنبه‌های مختلف تاریخی، سیاسی، حقوقی، اقتصادی، نظامی، جامعه‌شناختی، فلسفی، اخلاقی و ... مورد مطالعه قرار داد. می‌توان آن را یک «واقعه بین‌المللی»^۵ یا «نبرد مسلحانه بین دولت‌ها»^۶ نامید. یا تعریف آن را در اراده عاملان آن یا حداقل در اراده یکی از طرف‌ها در توسل به خصومت یا به عبارت دیگر، در وجود انگیزه و

۴. قرآن مجید فرمان می‌دهد: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تَرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ» (انفال: ۶۰).

۵. رک. روسو، شارل، حقوق مخاصمات مسلحانه، ترجمه دکتر سید علی هنجی، جلد اول، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، چاپ اول، تابستان ۱۳۶۹، ص ۹.

۶. همان.

محرك جنگ خلاصه كرد.^۷ بر حسب غایت و هدف، می‌توان آن را «فتح، دفاع مشروع، حفظ منافع ملی، اجرای حقوق، تغییر نظام حقوقی و اجرای یک تصمیم جمعی که جنبه نظم عمومی بین‌المللی دارد»^۸ نامید. «برخورد خشونت‌بار تأسیسات عمومی دولت‌های متخاصم»^۹ و «توسل به نیروی مادی به منظور تغییر در چگونگی صلاحیت‌های دولتی در جامعه بین‌المللی»^{۱۰} از دیگر تعریف‌های جنگ است.

جنگ را می‌توان بر حسب اقدامات اتخاذ شده تعریف کرد؛ یعنی بر حسب یک عنصر مادی که چیزی جز استفاده از زور و خشونت یا توسل به نیروی نظامی نیست، بدون هیچگونه محدودیتی از نظر زمان و مکان.^{۱۱} هر دیدگاهی نسبت به جنگ داشته باشیم، جنگ می‌تواند پدیده‌ای ناشی از بیماری جامعه، عاملی جهت دگرگونی سیاسی، وسیله‌ای جهت تجلی اراده عالی قدرت طلبی، علامت اوج حاکمیت دولتی و ... محسوب شود.^{۱۲}

جنگ، نام سنتی برخورد میان دو یا چند دولت است که در آن نیروهای مسلح طرف‌ها، درگیر اقدامات خشونت‌آمیز متقابل می‌شوند. هدف جنگ، شکست دادن طرف مقابل و تحمیل شرایط صلح موردنظر طرف پیروز است. در جنگ، برخورد مسلحانه، مداوم و متقابل است. نوعی برخورد میان دولت‌ها که در آن، زور به شکل‌های گوناگون در وسیع‌ترین حد، مورد استفاده واقع می‌شود.^{۱۳}

۷. همان، صص ۱۱-۱۰.

۸. همان، ص ۱۲.

۹. همان، ص ۱۳.

۱۰. این تعریف از ژرژ سل است. رک. همان، ص ۱۵.

۱۱. همان، ص ۱۱.

۱۲. همان، ص ۹.

۱۳. برای توضیح بیشتر رک. نسرين مصفا و دیگران، مفهوم تجاوز در حقوق بین‌الملل، مرکز مطالعات عالی بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۵، صص ۱-۲.

۲-۲- تعریف حقوقی جنگ

به هر حال، از آنجا که در حقوق بین‌الملل، جنگ شیوه‌ای اجبارآمیز همراه با اعمال قدرت و زور است، می‌توان آن را از نظر حقوقی چنین تعریف کرد: «جنگ به عنوان ابزار سیاست ملی، مجموعه عملیات و اقدامات قهرآمیز مسلحانه‌ای است که در چارچوب مناسبات کشورها روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل مناسبات آنها با یکدیگر و همچنین با کشورهای ثالث می‌شود».^{۱۴}

البته امروزه در بسیاری از نوشته‌ها، به جای جنگ از واژه «برخورد مسلحانه»^{*} استفاده می‌شود.^{۱۵} مراد از «جنگ» در این نوشتار، همان «برخورد مسلحانه» است به گونه‌ای که در تعارض کامل با صلح قرار گیرد. امروزه یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل، چگونگی استمرار بخشیدن به صلح و جلوگیری از وقوع جنگ است. اصولاً علت وجودی سازمان ملل متحد، موضوع دستیابی به صلح و حل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی بوده است. حقوق بین‌الملل، اساس ارتباطات بین‌المللی را صلح مقرر داشته تا تبادل منفعت و سودرسانی عمومی و همکاری بین جوامع بشری برای رسیدن نوع انسان به سعادت موردنظر خویش و کمال شایسته انسانی میسر گردد. جنگ در حقوق بین‌الملل فقط به حکم ضرورت و به عنوان آخرین راه چاره، مشروع شمرده شده است.

میثاق جامعه ملل در ۲۸ آوریل ۱۹۱۹ در کنفرانس صلح ورسای، به اتفاق آرا به تصویب رسید. میثاق برای جلوگیری از بروز جنگی دیگر میان

۱۴. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق جنگ، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۶۸، ص ۴۵.

*. Armed conflict.

۱۵. به عنوان مثال، اسناد کمیته صلیب سرخ بین‌المللی، سند نهایی کنفرانس دیپلماتیک و توسعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اجرا در برخوردهای مسلحانه و از همه مهم‌تر منشور ملل متحد از واژه برخورد مسلحانه به جای جنگ استفاده کرده‌اند.

کشورها، سعی کرد تا ضوابطی را برای حل مسالمت‌آمیز اختلافات، تحدید حق توسل به جنگ و پیشگیری از توسل به زور تعیین کند. در مواد میثاق، جنگ، آخرین راه حل برای منازعات بین‌المللی دولت‌ها به شمار می‌رفت.^{۱۶} بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد نیز توسل به زور را منع کرده و مقرر می‌دارد: «کلیه اعضا باید در روابط بین‌المللی خود، از تهدید به زور یا استفاده از زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر دولت یا از هر طریق دیگری که با نیت ملل متحد تباین داشته باشد، خودداری ورزند».^{۱۷} براین اساس، حالت طبیعی بین دولت‌ها صلح است و جنگ - به هر علتی - حالتی موقتی و عارضی است.

۲-۳- تعریف صلح

مراد از صلح که یکی از هدف‌های اساسی در صحنه بین‌المللی است، حالت طبیعی و بدون جنگ است. حالتی که در آن، همزیستی مسالمت‌آمیز و شرافتمندانه رواج دارد و جزو ارزشمندترین و اصولی‌ترین نیازهای بشری است که در سایه آن، زندگی اجتماعی در تعادل و توازن به سر می‌برد و آدمیان به جای درگیری و اختلافات، توان خود را جهت تأمین زندگی مناسب به کار می‌گیرند.

مراد ما از صلح، سازش، تسلیم یا استسلام نیست بلکه مراد، وجود روابط عادی، طبیعی و آرام بین کشورها است؛ بدون آن که زمینه‌ای برای تهدید یا توسل به زور و برخورد مسلحانه فراهم آید. به دیگر عبارت، می‌توان آن را «همزیستی مسالمت‌آمیز، شرافتمندانه و دوستانه» تعریف

۱۶. برای توضیح بیشتر در این باره رک. محمود مسائلی و عالیۀ ارفعی، جنگ و صلح از دیدگاه حقوق و روابط بین‌الملل، زیر نظر محمدرضا دبیری، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۲۵.
۱۷. رک. منشور ملل متحد.

کرد که طی آن کشورها با پذیرش موجودیت یکدیگر و رعایت صمیمانه حقوق متقابل، به تعهدات و مسؤولیت‌های خود در قبال دیگر کشورها پایبند باشند.^{۱۸}

۳- تقسیم بندی سرزمین‌ها در حقوق اسلام

در ارتباطات کشورهای اسلامی با سایر کشورها، عموم فقیهان و حقوقدانان مسلمان، معمولاً به دو تقسیم‌بندی عمده قائل هستند:

۱. دارالاسلام ۲. دارالکفر که بعضی به آن «دارالحرب» نیز می‌گویند.

در خصوص مفهوم این دو «دار» نظرات گوناگونی ابراز شده است. طبق یک نظر، سرزمین‌های واقع در قلمرو حکومت اسلام که احکام اسلام در آن سرزمین‌ها نافذ و شعایر آن برپا می‌گردد، دارالاسلام است.^{۱۹} بنابراین، دارالاسلام شامل جزیره العرب و سرزمین‌هایی که مسلمانان فتح کرده‌اند و سرزمین‌هایی که در برابر سیادت اسلام و قانون آن سرفرود آورده و نظام‌های اسلامی در آنها جریان یافته باشد، خواهد گردید. بر این اساس، «دارالحرب سرزمین‌هایی است که به واسطه خارج بودن از قلمرو

۱۸. در دیباچه اساسنامه سازمان یونسکو آمده است: «حکومت‌های کشورهای عضو این اساسنامه به نمایندگی از جانب ملت خود اعلام می‌دارند: از آنجایی که جنگ ابتدا در ذهن نطفه می‌بندد، دفاع از صلح نیز از همین حیثه باید آغاز گردد ... صلحی که بر مبنای ترتیبات سیاسی و اقتصادی حکومت‌ها حاصل شود، نمی‌تواند حمایت همگانی پایدار و صمیمانه ملت‌ها را جلب کند و چنانچه بخواهیم صلح فرو نپاشد، باید بر مبنای همبستگی فکری و اخلاقی کل بشر بنا شود. به این دلایل کشورهای عضو ... توافق می‌کنند و مصمم‌اند که وسایل ارتباط میان ملت‌ها را ایجاد و از آنها در جهت تفاهم متقابل و شناخت بهتر و کامل‌تر ملت‌ها از یکدیگر استفاده کنند».

۱۹. رک. الزحیلی، وهبه مصطفی، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، دمشق، دارالفکر، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ هـ ۱۹۹۲ م، ص ۱۶۹. به نقل از رشید رضا، محمد، تفسیر المنار، مصر، دارالمنار، الطبعة الرابعة، ۱۹۹۲ م، ج ۱۰، ص ۳۱۶؛ همچنین رک. ابن خلدون، مقدمه، القاهرة، المطبعة الامیریة، ۱۲۸۴ ق، ص ۱۶۵.

نفوذ اسلام، احکام دینی و سیاسی اسلام در آنها اجرا نمی‌شود».^{۲۰}

ابوحنیفه ملاک تمیز بین دار اسلام و دار کفر را، امان و خوف می‌داند و نه اسلام و کفر واقعی. اگر در سرزمینی، مسلمانان در امان بودند، دار اسلام و اگر امان نداشتند، دار حرب است.^{۲۱} از سوی دیگر، شافعی، باتوجه به پیمان‌هایی که از سوی مسلمانان با غیرمسلمان منعقد می‌شود، دنیا را به سه دار تقسیم کرده است: ۱. دار اسلام ۲. دار حرب ۳. دار عهد یا دار صلح.

بنابراین تقسیم‌بندی، دار حرب سرزمین‌های غیرمسلمانی است که بین اسلام و آنها صلحی برقرار نیست و مراد از دار عهد، سرزمینی است که مسلمانان بر آن استیلایی ندارند ولی بین مردم آن سرزمین و مسلمانان پیمان صلح با اخذ مقداری خراج سالیانه و نه جزیه منعقد شده است.^{۲۲} بعضی از حنابله نیز بر همین نظرند.^{۲۳} اما عمده فقیهان، دارالعهد را جزو دارالاسلام شمرده‌اند؛ چه آنها به واسطه پیمان صلح، اهل ذمه محسوب می‌شوند و از آنان جزیه گرفته می‌شود.^{۲۴}

در نگاه صاحب این قلم، تقسیم جهان به دو دار، دو اردوگاه یا حتی سه دار و بیشتر، تقسیم چندان درستی نیست. به نظر می‌رسد اساس اختلاف

۲۰. همان، ص ۱۷۰. به نقل از مراجع مذکور.

۲۱. رک. همان، ص ۱۷۲. به نقل از الشیبانی، محمد بن حسن، شرح السیر الکبیر، شرح (املاء) السرخسی، تحقیق صلاح الدین المنجد، معهد المخطوطات العربیه، القاهرة، ۱۹۵۸، ج ۴، ص ۳۰۷؛ همچنین رک. جماعه من علماء الهند، الفتاوی الهندیه، القاهرة، المطبعه الامیریه، ۱۳۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۳۲.

۲۲. رک. همان، ص ۱۷۵ به نقل از الشافعی، محمد بن ادريس، الام، مصر، المطبعه الامیریه، ۱۳۲۱ ق، ج ۴، صص ۱۰۳-۱۰۴ و ۱۹۲؛ همچنین رک. المقدسی، موفق‌الدین بن قدامه، المغنی، القاهرة، دارالمنار، الطبعة الثانیه، ۱۳۶۷، ج ۴، صص ۲۳۳-۲۳۲؛ الماوردی، ابوالحسن، الاحکام السلطانیه و الولايات الدینیّه، مراجعه محمد فهمی السرجانی، المکتبه التوفیقیه، القاهرة، ۱۹۷۸ م، ص ۱۳۳؛ الأرمنازی، نجیب، الشرع الدولي فی الاسلام، دمشق، مطبعه ابن زیدون، ۱۹۳۰ م، ص ۵۰.

۲۳. رک. قاضی ابی یعلی، الاحکام السلطانیه، ص ۱۳۳.

۲۴. رک. الماوردی، ابوالحسن، همان، ص ۱۳۳.

و نامگذاری میان دو دار در تقسیم‌بندی فقیهان، مبتنی بر واقعیت عملی بوده و مراعات واقع شده است. به دیگر بیان، این نامگذاری از سوی فقیهان است و بر اساسی شرعی متخذ از منابع و متون دینی نیست تا حجت قلمداد شود. سخن حق این است که تقسیم جهان به دار حرب، دار اسلام، دار عهد و امثال آن از آثار وقوع جنگ است. دار حرب، مناطق جنگ و میادین مبارزه بوده و تقسیمی عارضی است؛ چرا که اصولاً جنگ، حالتی عارضی است و با پایان یافتن آن، نوع تقسیم‌بندی نیز دگرگون می‌شود.

۳-۱- تعریف انواع سرزمین‌ها در حقوق اسلام

اساس اختلاف دو دار، از بین رفتن امان است و نه اختلاف در دین. دار بیگانه یا دار حرب، سرزمینی است که با دولت اسلامی در حالت سلم و صلح نیست و حالت جنگ، امری عارضی است که تا زمان برپایی جنگ ادامه دارد و با پایان یافتن آن خاتمه می‌یابد.^{۲۵} البته می‌توان این فرض را نیز تصور کرد که دار حرب، سرزمینی است که دولت اسلامی حاکمیت آن را به خاطر کفر قبول ندارد و با آن در حالت سلم و صلح نیست؛ یعنی ماهیت عدم امان عقیدتی مطرح است. اما بنابراین فرض، باید این سرزمین را دار کفر نامید و نه دار حرب. از سوی دیگر، علاوه بر اصطلاح دار اسلام و دار حرب، اصطلاحات دیگری نیز در فقه گسترده فرق اسلامی موجود است:

الف) دار الکفر: کشوری که سکنه آن مسلمان نباشند که از روی مسامحه به آن دار الحرب نیز اطلاق شده است؛
ب) دار الشرک: به کشورهای غیراسلامی اطلاق شده است که متدین به ادیان سه‌گانه مسیحیت، یهود و زرتشتی نباشند. این معنی، اخص

۲۵. رک. الزحیلی، وهبه مصطفی، همان، صص ۱۹۶-۱۹۵.

از دار الکفر و دار الحرب است؛^{۲۶}

ج) دار العهد: کشوری که مردم آن، پیرو یکی از ادیان الهی مسیحیت، یهود و زرتشتی باشند و دشمنی خاصی با کشور اسلامی نداشته و مصلحت اسلام و مسلمانان ایجاب نماید که با چنان کشوری پیمان صلح و ترک مخاصمه بسته شده و به دنبال آن، قراردادهای دیگری در زمینه‌های مختلف منعقد گردد. به دار العهد گاهی «دار الصلح» نیز گفته‌اند؛

د) دار الهدنه: کشوری که دارای یکی از ادیان مسیحیت، یهود و زرتشتی نباشد، مع الوصف اقتضای مصالح جامعه اسلامی، صلح با آن را ایجاب نماید؛

ه) دار المودعه: کشوری که دارای پیمان عدم اعتدا یعنی نداشتن خصومت و دشمنی با دار اسلام باشد. بنابراین، دار المودعه اعم است از دار العهد و دار الهدنه و ممکن است دار الحیاد را هم دربر بگیرد؛

و) دار الحیاد: کشورهای غیراسلامی که بی‌طرفی آنها، مورد تصدیق کشورهای اسلامی قرار گرفته باشد. حاکمیت این سرزمین‌ها، گرچه در اختیار غیرمسلم است، مع الوصف تعرضی از جانب مسلمانان به آنها نمی‌شود. مثل سرزمین حبشه در زمان پیامبر (ص). نوع دیگر از سرزمین‌های بی‌طرف، سرزمین‌هایی است که به دلیل بُعد مسافت از دارالاسلام، حکومت اسلامی، آن سرزمین‌ها را بی‌طرف می‌شناسد و احکام بی‌طرفی را نسبت به آنها رعایت می‌نماید.^{۲۷}

با توجه به مطالب فوق، نقطه مقابل دار اسلام، دار کفر است و نه دار حرب. دار کفر نیز اعم از دار حرب، دار هدنه، دار مودعه و دار حیاد است. به عبارت دیگر، دار کفر در مقابل دار اسلام قرار می‌گیرد و دار اسلام،

۲۶. رک. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، خرداد ۱۳۶۳، ص ۲۸۱.

۲۷. رک. مدنی، سیدجلال الدین، حقوق بین‌الملل، صص ۱۹۱-۱۹۲.

همان جهان اسلام خواهد بود و همه انسانهای معتقد به مبانی اسلام را دربر می‌گیرد و دار کفر نیز کلیه ملل غیرمسلمان با هر دینی را شامل می‌شود. این تقسیم‌بندی را می‌توان تقسیم‌بندی از حیث فکری، عقیدتی یا ایدئولوژی نامید. بر این اساس، نقطه مقابل دار حرب، دارالسلام یا دارالسلم خواهد بود و سایر تقسیم‌بندی‌ها نیز از نقطه نظر سیاسی و حقوقی صورت خواهد گرفت.^{۲۸}

۴- روابط سیاسی - حقوقی کشورهای اسلامی با سایر کشورها

در بحث از کیفیت رابطه دارالاسلام با سایر دارها، اختلافات اساسی وجود دارد. آیا ارتباط بین دارالاسلام و بقیه، ارتباط حربی است که مهاده‌ها این ارتباط را قطع می‌کند و یا ارتباط بین آنها صلح دائمی است که بعضی از جنگ‌ها و ... این ارتباط را مختل می‌کند، یا ارتباط به گونه دیگری است. در ارتباطات سیاسی - حقوقی بین کشورهای اسلامی و سایر کشورها، دو دیدگاه عمده وجود دارد:

۱. دیدگاه اول قائل به اصل بودن جنگ است و بر مدعای خود، دلایل و شواهدی ارائه می‌دهد؛

۲. دیدگاه دوم قائل به اصل بودن صلح است.^{۲۹}

۲۸. در کتاب وطن و سرزمین توضیح مفصلی پیرامون تقسیم‌بندی‌ها با استفاده از کتاب آثار الحرب داده شده است. رک. عمید زنجانی، عباسعلی، وطن و سرزمین، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۶۸، صص ۱۱۸-۱۳۶.

۲۹. البته دیدگاه سومی نیز در اقوال برخی از نویسندگان مشاهده می‌شود که تفصیلی بین دو نظر فوق است. این رأی به ابوحنیفه و برخی از زیدیه نسبت داده شده است. بدین معنی که با سرزمین‌های هم‌مرز با دارالاسلام و نیز متجاوزان به کشور اسلامی و ناامن‌کنندگان کشور خود برای مسلمانان ساکن در آن، اصل جنگ است و با سایر سرزمین‌هایی که هم‌مرز نبوده یا موانع طبیعی میان آن کشور با کشور اسلامی باشد، اصل صلح است. تفصیل این دیدگاه را به فرصت دیگری احاله می‌دهیم. برای توضیح بیشتر رک. الهندی، احسان، احکام الحرب و السلام فی دولة الاسلام، دمشق، دارالمنیر للطباعة و النشر و التوزیع، الطبع الاولی، ۱۴۱۳ ق، ۱۹۹۳ م، صص ۱۲۶-۱۲۵.

در ادامه نوشتار، به اختصار دیدگاه‌ها را مطرح کرده و دلایل هر کدام را مورد بررسی قرار می‌دهیم و نظر خود را نیز ذکر می‌نماییم.

۵- دیدگاه اول: اصالت جنگ

جمهور فقیهان مذاهب سنی و شیعه در قرن دوم هجری در ارتباط مسلمانان با سایرین، اصل را جنگ دانسته‌اند.^{۳۰} چه، اسلام خاتم ادیان و کامل‌ترین آنها است. بنابراین دعوت به آن دائماً واجب است. تحقق دعوت به دین اسلام به دو شکل میسر است:

۱. دعوت با زبان: از طریق نصیحت، ارشاد و ترغیب به دخول در دین خدا به واسطه منافع دنیوی و اخروی آن؛

۲. دعوت با شمشیر: از طریق جنگ با هر که در راه دعوت می‌ایستد یا معارضه می‌کند و تن به پذیرش حکم الهی نمی‌دهد. در این صورت، او از مصلحت حقیقی خود که با پذیرش حکم شرعی اسلام حاصل می‌شود، غافل است. این دعوت قطعاً به معنی اکراه غیرمسلمانان بر مسلمان شدن نیست، بلکه به معنی محاربه با همه مشرکان است تا این که ایمان بیاورند یا حکم شرعی اسلامی را با قبول مهاده و پرداخت جزیه، در صورت باقی ماندن بر دین خودشان، بپذیرند. بنابراین رأی، «جنگ تهاجمی» مشروع است.^{۳۱}

رأی فقیهان مبنی بر اصل بودن جنگ در اسلام، بر سه پایه استوار است:

۱. اصل در ارتباط بین مسلمانان و پیروان سایر ادیان یا مشرکان، جنگ است مادامی که این ارتباط جنگی را چیزی که موجب مسالمت باشد،

۳۰. رک. الزحیلی، وهبه مصطفی، همان، ص ۱۳۰.

۳۱. رک. الهندی، احسان، همان، صص ۱۲۳-۱۲۲.

قطع نکند؛ مثل ایمان آوردن یا «امان» عام و خاص؛
 ۲. جهاد، واجبی همیشگی بر امت اسلامی است که ترک آن در وقت قدرت به هیچ رو شایسته و روا نیست. اگر به دارالاسلام، تجاوزی صورت گرفت یا در حالت جنگ دفاعی باشد، جهاد بر هر مسلمان تا از بین بردن تجاوز «واجب عینی» است. اما اگر جنگ تهاجمی بود، جهاد «واجب کفایی» خواهد بود. در این صورت، اگر بعضی از مسلمانان به انجام آن برخیزند، از عهده بقیه ساقط است و اگر هیچکدام به انجام آن اقدام نکنند، همه امت گنهکار خواهند بود؛ چرا که واجبی از واجب‌های الهی را ترک کرده‌اند. تنها در حالت ضعف امت اسلامی و عدم تمکن از انجام این فریضه، وجوب جهاد ساقط می‌شود؛
 ۳. دارالحرب کل مناطقی است که احکام اسلامی در آن جاری نمی‌شود و امان مسلمانان در آنجا مورد پذیرش نیست حتی اگر این مناطق علیه مسلمانان دست به اعمال تجاوز نزنند.^{۳۲}

۶- دلایل اصالت جنگ

قائلان به این رأی، برای تأیید سخنشان به دلایلی چند از قرآن، سنت، اقوال دانشمندان و واقعیت عملی استناد می‌کنند.

۶-۱- دلایل قرآنی

در قرآن آیات کریمه‌ای وجود دارد که خداوند در آنها مسلمانان را به قتال ترغیب می‌نماید:
 الف) سوره توبه، آیه ۲۹: با اهل کتابی که به خداوند و روز بازپسین ایمان ندارند و حرام داشته خدا و پیامبرش را حرام نمی‌گیرند و دین حق

۳۲. رک. همان، ص ۱۲۳.

نمی‌ورزند، کارزار کنید تا به دست خویش و خاکسارانه جزیه بپردازند.^{۳۳}

در تفسیر مجمع‌البیان به نقل از مجاهد می‌خوانیم: «این آیه در وقت صدور فرمان جنگ با رومیان (تبوک) نازل شده و برخی گفته‌اند اختصاصی بدان جنگ ندارد و به نحو عموم نازل گشته است».^{۳۴} صاحب کنز‌العرفان می‌نویسد: «این آیه اشاره به قتال با اهل کتاب دارد که خدا آنها را با چهار صفت توصیف کرده است که هر کدام از آنها موجب قتال با آنان است».^{۳۵} شیخ طوسی در التبیان آورده است: «آیه ۲۹ توبه، امر از سوی خدا به پیامبر و مؤمنان است که با غیر معترفان به وحدانیت الهی و غیر مقران به روز جزا و بعث و شور، قتال و کارزار نمایند».^{۳۶}

صاحب‌المیزان «من» را در عبارت «من الذین اوتوا الکتاب» بیانیه و مراد از قتال با اهل کتاب را، قتال با جمیع دانسته است. او سه وصف آیه را، حکمت امر به قتال و کارزار با آنان می‌داند.^{۳۷}

ب) سوره توبه، آیه ۳۶: با مشرکان همگی کارزار کنید همچنان‌که آنان هم با شما همگی کارزار می‌کنند و بدانید که خداوند با پرهیزگاران است.^{۳۸}

در مجمع‌البیان آمده است: «یعنی همگی شما در حالی که با هم مؤتلف باشید و اختلافی نداشته باشید، کارزار کنید، چنانکه آنها نیز همگی

۳۳. خرمشاهی، بهاء‌الدین، قرآن کریم همراه با ترجمه، توضیحات و واژه‌نامه، تهران، انتشارات نیلوفر و جامی، ص ۱۹۱.

۳۴. طبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، تفسیر مجمع‌البیان، ترجمه محمد مفتاح، نشر فراهانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۶.

۳۵. السیوری، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، کنز‌العرفان، تهران، مرتضوی، ۱۳۴۳، ج ۱، ص ۳۶۱.

۳۶. الطوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، داراحیاء التراث العربی، تحقیق و تصحیح احمد حبیب قصیر، ج ۵، ص ۲۰۲.

۳۷. الطباطبائی، السید محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۹۴ ق، ج ۹، صص ۲۵۳-۲۴۷.

۳۸. خرمشاهی، همان، ص ۱۹۲.

با شما کارزار کنند. و به نقل از «اصم» آورده است: معنای آیه، این است که پشت در پشت و نسل بعد نسل با آنها کارزار کنید چنانکه آنها با شما این گونه کارزار کنند».^{۳۹}

ج) سوره بقره، آیه ۱۹۳: با آنان چندان نبرد کنید که فتنه شرک باقی نماند و دین، فقط دین الهی باشد و چون دست برداشتند، ستم نباید کرد مگر بر ستمگران.^{۴۰}

در تفسیر نمونه، با این توضیح که فتنه از نظر لغت، معنی وسیعی دارد و هرگونه مکر، فریب، فساد، شرک، گناه و رسوایی را در بر می گیرد، منظور از فتنه را «شرک و بت پرستی» می داند و یکی از اهداف جهاد را برچیدن بساط شرک و بت پرستی عنوان می کند.^{۴۱} محقق اردبیلی در زبده البیان آورده است: «غایت وجوب قتال، عدم فتنه و شرک است به نوعی که طاعت و انقیاد فقط برای خدا باشد. اگر از کفر امتناع کردند و به اسلام روی آوردند، عقوبتی بر آنان نیست».^{۴۲} در تفسیر صافی نیز «فتنه» را به نقل از مجمع البیان شرک دانسته است.^{۴۳}

نیز صاحب التبیان در این آیه، فتنه را بنا به قول ابن عباس، قتاده، مجاهد، ربیع و ابن زید، شرک دانسته و همین قول از امام صادق (ع) روایت شده است.^{۴۴}

د) سوره بقره، آیه ۱۹۱: و هر جا که بر آنان دست یافتید، بکشیدشان

۳۹. الطبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، همان، ج ۱۱، ص ۸۵.

۴۰. خرمشاهی، همان، ص ۳۰.

۴۱. جمعی از نویسندگان، تفسیر نمونه، زیر نظر مکارم شیرازی، دارالکتب الاسلامیه، جلد دوم، چاپ بیست و یکم، زمستان ۶۸، صص ۱۴-۱۳.

۴۲. اردبیلی، احمد بن محمد، زبده البیان فی احکام القرآن، تصحیح و تعلیق محمدباقر بهبودی، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا، ص ۳۰۹.

۴۳. فیض کاشانی، محسن، تفسیر صافی، تحقیق و تعلیق شیخ حسین اعلمی، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۱، ص ۲۲۹؛ همچنین رک. تفسیر مجمع البیان، ج ۲، ص ۲۳۲.

۴۴. طوسی، همان، ج ۲، ص ۱۴۷.

و آنان را از همانجا (مکه) که شما را رانده‌اند، برانید.^{۴۵}

صاحب کنزالعرفان این آیه را ناسخ کلیه آیاتی می‌داند که در آن امر به مواعده یا کف و خودداری از قتال شده است.^{۴۶} و صاحب زبدۃ البیان نیز دلالت آن را، بر وجوب قتال با کفار و وجوب اخراج آنها از مکه می‌داند.^{۴۷}

هـ) سوره بقره، آیه ۲۱۶: بر شما جهاد مقرر شده است و آن برای شما ناخوشایند است و چه بسا چیزی را ناخوش داشته باشید و آن به سود شما باشد و چه بسا چیزی را خوش داشته باشید و آن به زیان شما باشد و خداوند می‌داند و شما نمی‌دانید.^{۴۸}

به نوشته مجمع البیان، آیه بر وجوب جهاد کفایی دلالت دارد.^{۴۹} نیز در خلاصه المنهج می‌خوانیم: «این آیه، دلالت بر وجوب جهاد و فرض بودن آن می‌کند. سعیدبن مسیب و اکثر مفسران بر همین قولند و مراد، وجوب کفایی است».^{۵۰} در المیزان آمده است که آیه دلالت بر فرض قتال بر همه مؤمنان دارد؛ به خاطر این که خطاب متوجه به آنها است؛ مگر آن که کسانی را دلیل خارج کند.^{۵۱}

و) سوره توبه، آیه ۵: و چون ماههای حرام به سر آمد، آنگاه مشرکان را هرجا که یافتید، بکشید و به اسارت بگیریدشان و محاصره‌شان کنید و همه جا در کمینشان بنشینید، آنگاه اگر (از کفر) توبه کردند و نماز

۴۵. خرمشاهی، همان، ص ۳۰.

۴۶. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۵۵.

۴۷. اردبیلی، احمدبن محمد، همان، ص ۳۰۸.

۴۸. خرمشاهی، همان، ص ۳۴.

۴۹. طبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، همان، ج ۲، ص ۲۸۹.

۵۰. رک. کاشانی، فتح‌الله، تفسیر خلاصه المنهج، تهران، تصحیح علامه شعرانی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوم، ج ۱ و ۲ در یک مجلد، ج ۱، ذیل آیه ۲۱۶ سوره بقره.

۵۱. طباطبایی، سید محمدحسین، همان، ج ۲، ص ۱۷۱.

به پا داشتند و زکات پرداختند، آزادشان بگذارید که خداوند، آمرزگار
مهربان است.^{۵۲}

صاحب مجمع این آیه را ناسخ کلیه آیاتی می‌شمارد که درباره صلح
و خودداری از جنگ با آنها نازل شده بوده است. نیز به نقل برخی دیگر،
چهار دستور را تخییری و مصلحتی می‌داند.^{۵۳} صاحب المیزان دستورات را
بیان از نوع وسیله برای از بین بردن آنان می‌داند.^{۵۴}

در تفسیر نمونه ذیل این آیه آمده است: «در اینجا چهار دستور
خشن در مورد آنها دیده می‌شود: بستن راهها، محاصره کردن، اسیر ساختن و
بالاخره کشتن و ظاهر این است که چهار موضوع به صورت یک امر
تخییری نیست، بلکه با در نظر گرفتن شرایط محیط، زمان، مکان و اشخاص
مورد نظر، باید به هریک از این امور که مناسب تشخیص داده شود، عمل
کرد».^{۵۵} فاضل مقداد این آیه را ناسخ آیاتی که به مواعده یا خودداری از
قتال فرمان داده است، می‌داند.^{۵۶} نیز در خلاصه المنهج می‌خوانیم: «این آیه
ناسخ هر آیه‌ای است که در باب صلح واقع شده است».^{۵۷}

(ز) سوره توبه، آیه ۷۳: ای پیامبر با کافران و منافقان جهاد کن و با
آنان درشتی کن.^{۵۸}

در کنزالعرفان، ذیل تفسیر این آیه به نقل از ابن عباس آورده است:
«جهاد کفار با سیف و شمشیر است و جهاد منافقان با زبان است که اقامه
حجت بر آنان شود و موعظه شوند». سپس ادامه داده است که امر جهاد با

۵۲. خرمشاهی، همان، ص ۱۸۷.

۵۳. طبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، همان، ج ۱۱، ص ۲۰.

۵۴. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۱۵۶.

۵۵. تفسیر نمونه، همان، ج ۷، چاپ دوازدهم، ص ۲۹۲.

۵۶. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۵۵.

۵۷. کاشانی، فتح‌الله، همان، ج ۲، ص ۲۱۱.

۵۸. خرمشاهی، همان، ص ۱۹۹.

کفار دو قسم است:

۱. با کفار اهل کتاب یا آنها که شبهه کتاب داشتن دارند، کارزار می‌شود تا اسلام آورند یا به شرایط ذمه ملتزم گردند.
۲. با کفار غیر اهل کتاب کارزار می‌شود تا اسلام بیاورند یا کشته شوند.^{۵۹}

در المیزان، جهاد با آنان را صرف نهایت تلاش در مبارزه با آنان می‌داند که با زبان و دست است تا در نهایت به قتال برسد.^{۶۰}

ح) سوره توبه، آیه ۴۱: چه سبکبار، چه سنگین، روانه شوید و به مال و جانتان در راه خدا جهاد کنید که اگر بدانید این برایتان بهتر است.^{۶۱}

در این آیه، بنا بر نقل مجمع البیان و نیز المیزان، دستور جهاد داده شده و تأکید وجوب آن را بر بندگان بیان فرموده است.^{۶۲}

ط) سوره توبه، آیه ۱۲۳: ای مؤمنان با کسانی از کفار که نزدیک شما هستند کارزار کنید و باید که در شما درشتی ببینند.^{۶۳}

صاحب کنزالعرفان در تفسیر این آیه آورده است که یعنی با همه کفار کارزار کنید و ابتدا از نزدیک‌تر آغاز کنید.^{۶۴} و در تفسیر نمونه آمده است: «درست است که با تمام دشمنان باید مبارزه کرد و تفاوتی در این وجود ندارد، ولی از نظر تاکتیک و روش مبارزه، بدون شک نخست باید از دشمنان نزدیک‌تر شروع کرد؛ چرا که خطر دشمنان نزدیک‌تر بیشتر است. همان‌گونه که هنگام دعوت به سوی اسلام و هدایت مردم به آیین حق باید از نزدیک‌تر شروع کرد ... (تعبیر «و لیجدوا فیکم غلظه» بیانگر آن است

۵۹. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، صص ۲۶۱-۲۶۰.

۶۰. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۳۵۵.

۶۱. خرمشاهی، همان، ص ۱۹۴.

۶۲. رک. همان، ص ۲۹۷؛ طبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، همان، ج ۱۱، ص ۱۰۱.

۶۳. خرمشاهی، همان، ص ۲۰۷.

۶۴. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۵۶.

که باید) آمادگی و سرسختی خود را به دشمن نشان بدهید تا آنها بدانند در شما چنین روحیه‌ای هست و همان، سبب عقب‌نشینی و شکست روحیه آنان گردد و به تعبیر دیگر، وجود قدرت کافی نیست بلکه باید در برابر دشمن نمایش قدرت داد.^{۶۵} در المیزان این آیه را امر به جهاد عام دانسته است که توسعه اسلام در آن است تا آن که در دنیا شایع شود.^{۶۶}

ی) سوره توبه، آیه ۳۸: ای مؤمنان! چرا هنگامی که به شما گفته می‌شود در راه خدا رهسپار (جهاد) شوید، گرانجانی می‌کنید؟^{۶۷}

مطابق آنچه مجمع از حسن و مجاهد نقل کرده است، منظور از «انفروا فی سبیل الله» حرکت مسلمانان برای غزوه تبوک است.^{۶۸} در این آیه، آنان که از رفتن به جهاد سرپیچی کرده و فرمان الهی را به جا نیاوردند، مورد توبیخ قرار گرفته‌اند. در المیزان، مراد از «نفر فی سبیل الله»، خروج به جهاد دانسته شده است.^{۶۹}

ک) سوره انفال، آیه ۶۵: ای پیامبر! مؤمنان را به جهاد برانگیز.^{۷۰} خداوند در این آیه خطاب به پیامبر خود فرموده است که مؤمنان به دین را به کارزار تشویق و تحریض کن.

ل) سوره توبه، آیه ۱۱۱: خداوند جان و مال مؤمنان را در ازای بهشت از آنان خریده است، همان کسانی که در راه خدا کارزار می‌کنند و می‌کشند و کشته می‌شوند. این وعده به راستی و درستی در تورات و انجیل و قرآن بر عهده او است.^{۷۱}

۶۵. تفسیر نمونه، ج ۸، چاپ یازدهم، صص ۱۶۹-۱۹۷.

۶۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۴۲۸.

۶۷. خرمشاهی، همان، ص ۱۹۳.

۶۸. طبرسی، ابوعلی الفضل بن حسن، همان، ج ۱۱، ص ۹۳.

۶۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۲۹۱.

۷۰. خرمشاهی، همان، ص ۱۸۵.

۷۱. خرمشاهی، همان، ص ۲۰۴.

در این آیه از جهاد در راه خدا قدردانی شده و خدا را خریدار جان و مال جهادگران دانسته است.

با استفاده از دلایل قرآنی که پاره‌ای از آن مذکور آمد، به ظواهر و اطلاعات آن استناد کرده و ثابت می‌کنند که اصل، جنگ است. این گروه معتقدند که این آیات با آیات دیگر نسخ نشده‌اند. خصوصاً آیه ۲۹ سوره توبه که از آخرین سوره‌های نازل شده در قرآن کریم و مشهور به «آیه سیف» است.

۲-۶- دلایل روایی

قائلان به اصل بودن جنگ، به احادیثی در این باره استدلال می‌کنند. الف) امام صادق (ع) به نقل از رسول خدا (ص) فرموده است که تمام خیر در شمشیر و زیر سایه شمشیر است و مردم را چیزی جز شمشیر برپا نمی‌دارد و شمشیرها زمام بهشت و دوزخند.^{۷۲}

ب) از امام صادق (ع) منقول است که خداوند متعال پیامبرش را برای تبلیغ اسلام برای ده سال به سوی مردم فرستاد. مردم آن را نپذیرفتند تا این که او را به کارزار فرمان داد. پس خیر در شمشیر و زیر (سایه) شمشیر است.^{۷۳}

ج) رسول خدا (ص) فرمود که در زمان بعثت با شمشیر برانگیخته شدم تا خدای متعال به یگانگی پرستیده شود و شریکی برای او نباشد. روزی من زیر سایه نیزه قرار داده شده و خواری و کوچکی برای کسی است که فرمان مرا مخالفت کند.^{۷۴}

۷۲. حرعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق، ج ۱۱، ص ۵.

۷۳. همان، ص ۹.

۷۴. العینی، بدرالدین ابومحمد محمودبن احمد، عمده القاری فی شرح صحیح البخاری، القاهرة، المطبعه المنیریة، ج ۱۴، ص ۱۹۲.

د) رسول خدا (ص) فرمود که من مأمور شدم تا با مردم کارزار کنم تا بگویند: لا اله الا الله. اگر گفتند، خون و اموال آنها محفوظ است و حساب آنان بر خدا است.^{۷۵} مشابه این حدیث را نیز بخاری و مسلم از عبدالله بن عمر روایت کرده‌اند که علاوه بر عبارت «لا اله الا الله»، عبارت «محمد رسول الله» و نیز اقامه نماز و پرداخت زکات در آن آمده است.^{۷۶}

ه) از رسول خدا (ص) منقول است که جهاد، از زمان برانگیختن من، امضا شده و قانون بود. عبارت تا روز قیامت هم در روایتی دیگر آمده است.^{۷۷}

و) نیز برخی به سیره عملی پیامبر (ص) در قضیه حرکت دادن جیش اسامه جهت نبرد با رومیان استدلال می‌کنند که پیامبر (ص) علی‌رغم آن که در حال نزع بودند، اصرار بر حرکت سپاه داشتند.^{۷۸}

به زعم اینان، احادیث فوق و نیز سیره عملی رسول خدا (ص)، اثبات می‌کند که اصل، جنگ است. چه؛ در این احادیث، شمشیر که رمز قدرت و قوت است، اساس حرکت و دعوت، اطاعت، اسلام و نیز پایه استمرار و بقای دین شمرده شده است. خصوصاً در حدیث دوم که تصریح کرده است، اسلوب صلح‌آمیز نتوانست مردم را خاضع یا قانع سازد و ناگزیر امر به قتال داده شد. حدیث چهارم نیز صراحت در جنگ با غیرمسلمان دارد. حدیث پنجم، مطلق جهاد را مراد دارد. حدیث سوم نیز فقره اول آن، علیه مشرکان غیر اهل کتاب است. فقره دوم به طور مطلق، مبارزه را ستوده

۷۵. ابن حجر العسقلانی، الحافظ شهاب الدین احمد بن علی، فتح الباری بشرح صحیح البخاری، المصر، المطبعة البهیه، ۱۳۵۲ ق، ج ۶، ص ۸۵.

۷۶. رک. شرنوبی ازهری، عبد المجید، شرح اربعین حدیث نووی، ص ۲۹.

۷۷. ابو داود در سنن خود، این حدیث را روایت کرده است. رک. سجستانی، ابوداود، سنن، القاهرة، طبعه مصطفی الحلبي، ۱۹۵۲ م.

۷۸. رک. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۵، ج ۲۱.

است. فقره سوم نیز ظاهراً خواری را شامل حال همه مخالفان دانسته است. همه آنها اثبات می‌کنند که ارتباط بین اسلام و سایرین، جنگ است مگر آن که مسلمان شوند یا در ذمه اسلام در آیند. بنابراین، اصل جنگ است. (ز) کارزار دو گونه است: کارزار با مشرکان که تا مسلمان شدن یا جزیه دادن خاکسارانه، ادامه دارد. کارزار با گمراهان و منحرفان که تا باز آمدن به امر خدا یا کشته شدن، تداوم می‌یابد.^{۷۹}

(ح) خدای متعال، محمد (ص) را با پنج شمشیر فرستاد ...^{۸۰}

۳-۶- آرای دانشمندان

از قرن دوم هجری به بعد، عموم فقهای اهل سنت و شیعه، به جز زیدیه، معتقدند اصل در ارتباط مسلمانان با غیرمسلمانان، جنگ^{۸۱} و مبارزه ابتدایی با کافران واجب است، همچنان که مبارزه دفاعی، واجب است.^{۸۲}

(الف) بعضی از شافعیه معتقدند که سبب جنگ با کفار، کفر آنها و تمکین نکردن آنان از دعوت اسلامی است که به صورت امانتی بر عهده مسلمانان است. اگر دعوت را مسالمت‌آمیز اجابت نکردند، بر مسلمانان است که با شمشیر و جنگ، آنها را دعوت نمایند.^{۸۳}

(ب) ابن عربی در احکام القرآن، «تدریج امر الهی در فرمان دادن به جنگ را در چهار مرحله شرح داده و می‌گوید: هر کدام از این مراحل

۷۹. حر عاملی، همان، ج ۱۱، صص ۱۸-۱۹؛ طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلیل، بیروت، دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق، ۱۹۹۳ م، ج ۴، ص ۶۲۴.

۸۰. حر عاملی، همان، ج ۱۱، ص ۱۶، باب ۵، ج ۲؛ طباطبایی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۲۹۳. به نقل از الدر المنثور.

۸۱. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۳۰؛ الهندی، همان، ص ۱۲۴.

۸۲. رک. الهندی، همان، ص ۱۲۴.

۸۳. رک. شیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن علی، المذهب فی فقه الامام الشافعی، القاهرة، مطبعه المصطفی الحلبي، ج ۲، ص ۱۲۳.

چهارگانه، مراحل پیشین را نسخ کرده تا این که اصل در اسلام، جنگ شد تا بر این اساس، مردم برخلاف میلشان به سوی ایمان رانده شوند».^{۸۴}

ج) صاحب بدائع الصنائع دعوت را دو گونه می داند: یکی دعوت با بنان که جنگ است و دیگری دعوت با بیان که زبان است به وسیله تبلیغ و دومی از اولی ساده تر است.^{۸۵}

د) ابن قدامه می گوید: با اهل کتاب و مجوس، جنگ صورت می پذیرد تا این که اسلام آورند یا جزیه دهند.^{۸۶}

هـ) اقوال فقیهان و مفسران شیعی در بیان آیات آمد. عبارات سایر فقها را نیز در مراجع ذیل ببینید:

شیخ طوسی در المبسوط، علامه مجلسی در تذکره الفقهاء و نیز در قواعد، محقق حلی در المختصر النافع، شهید اول در اللمعه الدمشقیه، شهید ثانی در الروضه البهیة، شیخ حسن نجفی در جواهر الکلام، طباطبایی در ریاض المسائل، و به نقل صاحب ریاض در مختلف و منتهی المطلب نیز همین قول آمده و اجماع علما بر آن است.^{۸۷}

۸۴. رک. ابن العربی، ابوبکر محمد بن عبدالله، احکام القرآن، تحقیق علی محمد البجاوی، القاهرة، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۹۹۶ م، ۱۳۶۷ ق، ج ۲، ص ۳۰۲.

۸۵. رک. الهندی، همان، ص ۱۲۴. به نقل از الکاشانی، الامام علاء الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، القاهرة، مطبعه الامام، ج ۹.

۸۶. رک. الشریینی الخطیب، محمد، مغنی المحتاج الی شرح المنهاج، القاهرة، مطبعه مصطفی البابی الحلبی، ۱۳۵۲ ق، ۱۹۳۱، ج ۸، ص ۳۶۲.

۸۷. رک. شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، صص ۳۶-۹ و.....؛ الحلی، الحسن بن یوسف بن المطهر، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۴۷؛ النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۲۹۵. به نقل از علامه حلی، قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه، المکتبه الاسلامیه الکبری و قسم الاعلام الخارجی لمؤسسه البعثه، طهران، الطبعة الثانیة، صص ۱۱۰-۱؛ الشهيد الاول، اللمعه الدمشقیه، منشورات دار الکفر، قم، ص ۷۲؛ زین الدین الجبعی العاملی الشهید الثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بیروت، بی تا، ج ۲، ص ۳۸۱؛ النجفی، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۲۹۶؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، همان، ج ۴، صص ۶۲۳ و ۶۴۱؛ الحلی، الحسن بن یوسف بن المطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، مطبعه شیخ احمد شیرازی، چاپ سنگی، ۱۳۲۳، ص ۳۳۳؛ همچنین رک. همو، منتهی المطلب، ج ۲، ص ۹۵۹.

عمده فقیهانی که مسأله صلح را پذیرفته‌اند، آن را مقید به دانستن مصلحتی برای مسلمانان کرده‌اند. به نظر آنها اصل، جنگ است اما در صورت وجود مصلحتی، می‌توان اقدام به صلح نمود.

(و) صاحب آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، فقهای صاحب کتب ذیل از عامه را بر همین رأی می‌داند:

حاشیة الطحطاوی، فتح القدیر، حاشیة الخادمی علی الدر، الخطاب، الام، بداية المجتهد، حاشیة الشرقاوی، الشرع الدولی فی الاسلام، نهایه المحتاج، المغنی و الشرح الکبیر، کشاف القناع، تفسیر رازی.^{۸۸}

(و) این رأی در زمان معاصر تحت تأثیر حقوق بین‌الملل که جنگ تهاجمی را منع کرد و به دست آوردن سرزمین‌ها را با توسل به زور، غیرمشروع شمرد، قرار گرفت و بسیاری از قائلان خود را از دست داد. با این وجود، کسانی از آن دفاع می‌کنند. حتی بین فقها و نویسندگان مسلمان معاصر؛ مانند سید قطب در معالم فی الطریق، عبدالکریم زیدان در العلاقات الدولیه فی الاسلام، مجید خدوری در الحرب و السلام فی شرعة الاسلام، صالح اللحیدان در کتابش به نام الجهاد فی الاسلام بین الطب و الدفاعة.^{۸۹} صالح اللحیدان در کتاب خود آورده است: «فقهای که جهاد در اسلام را

۸۸. رک. الزحیلی، همان. به نقل از حاشیة الطحطاوی، ج ۲، ص ۴۳۸؛ الکمال بن الهمام، فتح القدیر شرح الهدایه للمرغینانی، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، ج ۴، ص ۲۸۲؛ حاشیة الخادمی علی الدر، ص ۱۴۸؛ الخطاب، ج ۳، ص ۳۴۷؛ الشافعی، الام، ج ۴، ص ۸۴؛ ابن رشد القرطبی، ابوالولید محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد و نهایة المقتصد، راجعه عبدالحلیم محمد عبدالله، القاهرة، دارالکتب الاسلامیه، ۱۹۸۳ م، ج ۱، ص ۳۰۴؛ الشرقاوی، الحاشیه علی شرح التحرير للانصاری، ج ۲، ص ۳۹۲؛ الارمنازی، نجیب، الشرع الدولی فی الاسلام، دمشق، ۱۹۳۰ م، ص ۱۱۱؛ نهایه المحتاج، ج ۷، ص ۱۹۱؛ المغنی و الشرح الکبیر، ج ۱۰، صص ۳۶۷-۸؛ منصور بن ادريس البهوتی، کشاف القناع، القاهرة، مطبعة انصار السنه المحمديه، الطبعة الثانيه، ۱۳۶۶، ۱۹۴۷، ج ۳، ص ۲۸؛ جمال الدین ابوالفتوح رازی، تفسیر، ج ۲، ص ۱۴۹.

۸۹. قطب، سید، معالم فی الطریق، بیروت، دار الشروق، ص ۵۹ و پس از آن؛ زیدان، عبدالکریم، العلاقات الدولیه فی الاسلام، ص ۱۵۵؛ خدوری، مجید، الحرب و السلام فی شریعة الاسلام، بیروت، الدار المتحددة للنشر، ۱۹۷۳ م، ص ۳۱۹؛ اللحیدان، صالح، الجهاد فی الاسلام بین الطب و الدفاعة، الرياض، دار اللواء للنشر و التوزيع، ۱۹۷۸ م، ص ۱۰۳.

صرفاً دفاعی می‌دانند، خطای آنهایی را مرتکب شده‌اند که قائل به تخصیص یا نسخ یا تقیید در حکم جهاد شده‌اند.^{۹۰} همو با ذکر بریده‌هایی از کتاب «السیاسه الشرعیه» از ابن تیمیه، از بیانات وی در جهت اثبات مطلب خود سوء استفاده کرده است.^{۹۱}

۴-۶- بنای عملی

از دیگر دلایل قائلان این نظریه، واقعیت عملی است که در عصر فتوحات اسلامی اتفاق افتاده و صحت این رأی را به زعم آنان اثبات می‌کند؛ چرا که خلفای راشدین، سپاهیان اسلامی را برای فتح سرزمین‌های مجاور مثل شام، عراق، مصر و شمال آفریقا حرکت دادند و این حرکت، نه در راه دفاع، بلکه در راه گسترش حدود دعوت اسلامی و حمایت از آن بود.^{۹۲}

۷- بررسی و تحلیل دیدگاه اول

۱-۷- ارزیابی دلایل قرآنی

اولین آیه مورد استناد این دیدگاه، آیه ۲۹ سوره توبه است که به «آیه قتال» و «آیه سیف»^{۹۳} مشهور است. این آیه، صریحاً به قتال و مبارزه با اهل کتاب فرمان داده است و یکی از مستندات مهم جهاد ابتدایی محسوب می‌شود. قطعاً مراد از قتال با اهل کتاب در این آیه، کارزار با غرض تمتع دنیوی نیست بلکه غرض، غلبه دین حق و سنت عدالت طلبی و

۹۰. اللحیدان، همان، ص ۱۰۶.

۹۱. در کتاب الجهاد و الحقوق الدولیه العامه، نقد کاملی بر نظر صالح اللحیدان وجود دارد. علاقمندان بدانجا رجوع فرمایند. رک. القاسمی، ظافر، الجهاد و الحقوق الدولیه العامه، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۲ م، صص ۱۶۰-۱۷۲.

۹۲. رک. الهندی، همان، ص ۱۲۵.

۹۳. همان، ص ۱۲۴؛ طباطبایی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۲۸۲.

کلمه تقوا بر دین غیر حق و فسق و فجور است. جزیه مأخوذ از آنان نیز به خاطر حفظ ذمه و خون آنان و در واقع، مالیاتی است که در قبال تأمین امنیت و اداره نیکوی آنها توسط حکومت اسلامی به حکومت پرداخته می‌شود.

مراد از «و هم صاغرون» خضوع آنان برای سنت اسلامی و حکومت عدل دینی در جامعه اسلامی است و نه اهانت و تسلط به آنان از جانب مسلمانان یا اولیای حکومت دینی؛ چرا که این احتمال با سکینه و وقار اسلامی نمی‌خواند.^{۹۴} ازسوی دیگر، این قتال و جهاد برای تحمیل عقیده نیست. اگر برای تحمیل عقیده بود، کفار بین جزیه دادن، اسلام آوردن یا جنگ مخیر نمی‌شدند و باید منحصراً مسلمان می‌شدند یا جنگ می‌کردند.^{۹۵} این آیه در اصل تشریع وارد است نه در جزئیات و تفصیل. چه مانعی دارد که قرآن کریم، بیان تفصیل و جزئیات را به آیات دیگر یا احادیث نبوی بسپارد.^{۹۶} این آیه به قضیه محافظت بر قدرت اسلام و مسلمین و نیز بر حریت و آزادی دعوت به خدا با رفع موانع بشری و سایر موانع از راه دعوت، مربوط می‌شود که رفع آنها و سیطره بر آنها جز با قتال صورت نمی‌پذیرد.^{۹۷} بنابراین، اگر در راه دعوت، مانع ایجاد کردند یا (با توجه به سایر آیات) با شما کارزار کردند، با آنها مبارزه کنید.

آیه ۳۶ همان سوره، قتال با جمیع مشرکان را مطرح می‌سازد. این قتال و مبارزه همه جانبه، در مقابل مبارزه همه جانبه‌ای است که آنها علیه مسلمانان آغاز کرده‌اند و پاسخی مناسب علیه جنگ افروزی آنان است. این آیه، توجه مسلمین را به کیفیت و شمول کارزار برمی‌انگیزد. چنانکه همین

۹۴. رک. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، صص ۲۵۲-۲۴۹.

۹۵. رک. شلتوت، محمود، جنگ و صلح در اسلام، ص ۴۷.

۹۶. فضل الله، محمدحسین، الاسلام و منطق القوه، بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ دوم ۱۹۸۱، ص ۲۲۲.

۹۷. همان، ص ۲۰۷.

معنا در مجمع البیان مذکور است.^{۹۸} کمال بن همام نیز در تفسیر این آیه نوشته است: «قتالی که ما به آن امر شده‌ایم، در مقابل قتال آنها است و به عنوان مسببی مطرح شده است».^{۹۹}

آیه ۱۹۳ سوره بقره و نیز آیه ۳۹ سوره انفال، ظاهراً خاص مشرکان است و شامل اهل کتاب نمی‌شود. مراد از «یکون الدین لله» آن است که بت‌ها پرستش نشود، بلکه اقرار به توحید شود و اهل کتاب به توحید معترفند.^{۱۰۰} پس منافاتی با اقرار اهل کتاب بر دین خودشان ندارد، در صورتی که اهل ذمه شوند و جزیه بپردازند.^{۱۰۱}

در حقیقت، این آیه، غایت قتال و درگیری را عدم وجود فتنه ذکر کرده است و فتنه، از حیث لغوی، معانی گسترده‌ای دارد و اصل آن عبارت از «آزمایش و امتحان» است.^{۱۰۲} اصولاً این واژه در هر موردی که یک نوع فشار و شدت وجود داشته باشد، به کار می‌رود. صاحب کنز العرفان، فتنه را عمل ارتكابی مشرکان مبنی بر اخراج مسلمانان و محنت و بلایی که باعث اخراج آنها از وطنشان شد یا شرک نامیده است.^{۱۰۳} صاحب زبدة البیان، فتنه را محنتی که انسان به آن آزمایش شود؛ مثل اخراج از وطن و ... می‌داند.^{۱۰۴} صاحب مسالک الافهام می‌نویسد: «گفته شده است که مراد از فتنه، القای شبهات و نیز آزار و اذیت‌هایی است که از سوی کفار به مسلمین می‌رسیده است و این قول، ترجیح داده می‌شود؛ چه در آیه ۲۱۷

۹۸. طبرسی، همان، ج ۱۱، ص ۸۵.

۹۹. همان.

۱۰۰. طباطبایی، سید محمدحسین، همان، ج ۲، ص ۶۳.

۱۰۱. همان.

۱۰۲. رک. طبرسی، همان، ج ۲، ص ۲۳۲ و ...؛ طوسی، التبیان، ج ۲، ص ۱۴۶؛ تفسیر نمونه، ج ۲، چاپ بیست و یک، زمستان ۶۸، صص ۱۴-۱۳؛ اصفهانی، راغب، المفردات، ص ۳۷۲؛ صحاح اللغة، ج ۳، صص ۲۱۷۶-۲۱۷۵.

۱۰۳. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۵۳.

۱۰۴. اردبیلی، همان، ص ۳۰۸.

سوره بقره، فتنه و کفر را آورده است و حمل فتنه بر کفر در این آیه، موجب تکرار است.^{۱۰۵} همو ذیل آیه ۱۹۳ سوره بقره می نویسد: «فتنه یعنی محنت و بلایی که به انسان نازل می شود و با آن، عذاب می کشد و آزار داده می شود و از وطن خود اخراج می شود».^{۱۰۶}

تحقیق آن است که مراد از فتنه، شرک و کفر نیست، بلکه عواملی است که فرد را به شرک و کفر و ... می کشاند. باید با موارد فتنه آمیز و عوامل فتنه انگیز که دیگران را از راه حق بازمی دارد، مبارزه کرد و با پایان یافتن فتنه جویی، مبارزه نیز پایان خواهد یافت. یعنی همین که آنان دست از فتنه گری برداشتند، قتال نیز به اتمام می رسد. کمال بن همام در تفسیر این آیه آورده است: «یعنی فتنه ای از جانب آنان بر مسلمین و دین شان نباشد و این فتنه با اکراه، ضرب، شتم و قتل تحقق می پذیرد».^{۱۰۷} دلیل خاصی مبنی بر این که فتنه را کفر یا شرک معنا کنیم، نداریم.

ممکن است گفته شود که خود کفر و شرک، فتنه است و باید آن را برطرف کرد. پاسخ آن است که اولاً با اصل معنای لغوی آن نمی خواند و ثانیاً بر فرض قبول این معنا، هیچگونه صلح، پیمان و عهدنامه ای نباید با کفار و مشرکان منعقد شود، در حالی که مهاده با غیر اهل کتاب، مورد قبول تمامی مفسران و فقیهان است و صلح حدیبیه در سنت فعلی پیامبر (ص) دلیل دیگری بر درستی آن است.

بنابراین، قول حق آن است که مطابق اصل لغت، فتنه را عواملی که به شرک و کفر منجر می شود و نیز محنت، آزمایش و حتی آزار مشرکان و کافران بر مسلمانان بدانیم. آیه می رساند که با دشمنان محارب تا پایان فتنه آنان باید جنگید و در صورت توقف جنگ و فتنه از جانب دشمن،

۱۰۵. کاظمی، جواد، مسالك الافهام، ص ۳۱۴.

۱۰۶. همان.

۱۰۷. الزحیلی، همان، ص ۱۳۳. به نقل از ابن الهمام، فتح القدیر، مطبعة الامیریة، ۱۳۱۷ ق، ج ۴، ص ۲۷۹.

باید از آن دست کشید. متعلق «فان انتهوا» به قرینه «العلی الظالمین» ظلم است و مراد از ظلم، جنگ افروزی و فتنه‌گری است. چون بحث از جهاد با دشمن از حیث فتنه‌گری و جنگ افروزی آنها است نه از حیث کفر و شرک آنان.

آیه ۱۹۱ سوره بقره، مقابله و پاسخ ظلمی است که از جانب مشرکان به مؤمنان رسیده است و آن، اخراج مسلمانان از سرزمین خودشان بوده است. آیه می‌گوید: هر جا دشمنان را آماده مبارزه یافتید، به قتل برسانید. در ادامه آیه، از قتال در مسجد الحرام منع کرده است. سپس فرموده است: اگر با شما کارزار کردند، آنها را بکشید. «فان قاتلوکم فاقتلوه» و در آیه بعد، ادامه می‌دهد: «اگر از کارزار دست کشیدند، شما نیز دست بکشید. همانا خدا آمرزندهٔ مهربان است. در تفسیر صافی نیز به همین مطلب اذعان شده است».^{۱۰۸} شیخ طوسی در التبیان، ذیل این آیه می‌نویسد: «معنی آیه آن است که ابتدا به قتل آنان و نیز قتال آنان مکن؛ مگر آنها آغازگر باشند».^{۱۰۹}

نکته ظریف دیگری که در آیه وجود دارد، آن است که جنگ افروزی را فتنه نامیده است. الف و لام «الفتنه» عهد ذکر است و اشاره به قتال در آیه قبل دارد. شاید منظور از فتنه، آواره ساختن مسلمانان از دیارشان باشد. این معنی بنا بر آن است که الف و لام «الفتنه» اشاره به مفهوم جمله «أخرجوكم» باشد.^{۱۱۰}

آیه ۲۱۶ همین سوره بر وجوب کفای جهاد دلالت دارد. عطا بنا به

۱۰۸. فیض کاشانی، تفسیر صافی، ج ۱، ص ۲۲۸.

۱۰۹. طوسی، التبیان، همان، ج ۲، ص ۱۴۵.

۱۱۰. این نکات را از تفسیر راهنما، ج ۱، ص ۴۷۷ الهام گرفته‌ام. اکبر هاشمی رفسنجانی و جمعی از محققان، تفسیر راهنما روشی نو در ارائه مفاهیم و موضوعات قرآن، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۱.

نقل از طبرسی می‌گوید: «این آیه فقط می‌رساند که جهاد بر اصحاب پیغمبر لازم بوده است و بر دیگران واجب نیست».^{۱۱۱} و در خلاصه المنهج نیز آمده است که «از عطا نقل شده که فرض بر صحابه بوده است».^{۱۱۲} از سوی دیگر، منظور از قتال در این آیه؛ اعم از قتال تهاجمی و تدافعی است. آیه ۵ سوره توبه، مطلق است و با توجه به سایر مقیدات، محدود می‌شود. خصوصاً آن که با توجه به آیه قبل از آن و آیات بعد، مراد پیمان‌شکنان از مشرکان است نه همه آنان. در تفسیر نمونه می‌خوانیم: «آیه فقط از مشرکانی سخن می‌گوید که پیمان شکنی کرده و به مخالفت علنی در برابر اسلام و مسلمین برخاسته بودند، به گواهی آیات بعد از آن».^{۱۱۳} آیات ۷۳ و ۴۱ سوره توبه نیز مطلق است و همه جهادها را شامل است. آیه ۱۲۳ همین سوره به مؤمنان خطاب می‌کند که با کافرانی که نزدیک شما هستند نبرد کنید. در همین آیه علت نبرد را هم ذکر کرده است و آن، هراس انداختن در دل کافران است تا به هوس تجاوز نیفتند و کشور اسلامی را مورد تاخت و تاز و هجوم خویش قرار ندهند. در مجمع البیان ذیل تفسیر این آیه می‌خوانیم: «این آیه دلالت دارد که مردم هر ناحیه و مرزی، هرگاه از هجوم دشمن بر حدود اسلام بیم داشته باشند، بر آنها واجب است از خود دفاع کنند؛ گرچه امام عادل نیز در میان آنها نباشد. قید «وليجدوا فيكم غلظه» به این معنا است که اینان باید خلاف نرمش و رقت را، که همان خشونت و سخت‌گیری است، از شما احساس کنند تا جلوگیری و مانع آنها از تجاوز کردن گردد».^{۱۱۴} این آیه، مطلق است و با توجه به سایر آیات، باید مقید شود به کفاری که با شما سر جنگ دارند.

۱۱۱. طبرسی، همان، ج ۲، ص ۲۸۹.

۱۱۲. کاشانی، فتح‌الله، همان، ج ۲، ص ۲۰۲.

۱۱۳. تفسیر نمونه، ج ۲۴، چاپ هفتم، زمستان ۶۹، ص ۳۲.

۱۱۴. طبرسی، همان، ج ۱۱، صص ۲۴۳-۲۴۲.

«مقصود از کفار نزدیک تر در این آیه، کفاری هستند که مشغول جنگیدن‌اند. پس در این آیه باید در آغاز، دشمنان نزدیک تر را قلع و قمع کرد». تا دشمنان دورتر حساب کار خود را نکنند و از مبارزه و کارزار دست بکشند. «اسلام هرگز قتل عمومی کفار را تجویز نکرده است».^{۱۱۵} در المیزان این آیه را امر به جهاد عام دانسته است و عنوان کرده است که عبارت «و لیجدوا فیکم غلظه» به معنای خشونت، تندی، بدخلقی، قساوت و ستم نیست. لحن آیات جهاد از هر تعدی، تجاوز و ستمی نهی می‌کند.^{۱۱۶} آیه ۳۸ سوره توبه بنا به نقل «مجمع البیان» از قول حسن و مجاهد، منظور حرکت مسلمانان برای غزوه تبوک است.^{۱۱۷} در بررسی تاریخی غزوه تبوک می‌بینیم که این غزوه در پی حرکت امپراتوری روم بود که می‌خواست با ارتش مجهز و منظم خود بر مسلمانان بتازد و آنها را غافلگیر نماید؛ چرا که با گسترش و نفوذ فوق‌العاده اسلام، پایه‌های حکومت خود را متزلزل دیده و از فزونی قدرت نظامی و سیاسی مسلمانان، بیش از حد بیمناک بود.

ارتش روم، مرکب از چهل هزار سواره و پیاده نظام، مجهز به آخرین نمونه از سلاح‌های زمان، در نوار مرزی شام مستقر شدند و قبایل مرزنشین مانند قبیله‌های «لخم»، «عامله»، «غسان» و «جذام» به آنان پیوسته و جلوداران سپاه تا «بلقاء» پیشروی کردند.^{۱۱۸} با در نظر گرفتن مطلب فوق، حرکت پیامبر (ص) در غزوه تبوک، دفاع از آیین اسلام و حفظ آن در برابر ضربات غافلگیرانه دشمن است. صاحب المیزان نیز عتاب

۱۱۵. شلتوت، محمود، همان، ص ۵۱.

۱۱۶. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، صص ۴۲۹-۴۲۸.

۱۱۷. طبرسی، همان، ج ۱۱، ص ۹۳.

۱۱۸. رک. سبحانی، جعفر، فروغ ابدیت، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۳۶۸، ص ۳۸۶. به نقل از ابن سعد، طبقات، ج ۲، ص ۱۶۵.

شدید به مؤمنان و تهدید عنیف آنان را قابل انطباق با غزوه تبوک می‌داند.^{۱۱۹} مضافاً این که عتاب، شامل حال کسانی شده که اقدام به جهاد نمی‌کنند و «کوچ در راه خدا» اعم از جهاد ابتدایی و دفاعی و ... است.

آیه ۶۵ سوره انفال نیز قتال مطلق را مراد دارد. صاحب کنز العرفان ذیل این آیه می‌نویسد: «این تکلیف در ابتدای اسلام بود و بعد از مدتی با آیه دوم «الآن خفف الله عنکم» نسخ شد».^{۱۲۰} صاحب المیزان نیز نزول این آیه و آیه بعد از آن را با هم می‌داند و هر دو را مبین حکم تکلیفی قلمداد می‌کند. در اولی تحریر و تشویق و در دومی تخفیف است.^{۱۲۱}

به نظر می‌رسد توجه به قواعد اصولی در بحث مطلق و مقید و قاعده حمل مطلق بر مقید و نیز مباحث عام و خاص و ... گره‌گشای بسیاری از مسائل باشد. با توجه به بحث مقدمات حکمت، که متکلم باید در مقام بیان باشد و در جای خود در علم اصول مورد بحث قرار گرفته است، باید به اسلوب آیات و جهتی که آیه بدان خاطر نازل شده است، توجه تام داشت. استاد شهید آیت الله مطهری در مباحثی که پیرامون جهاد داشته‌اند، متذکر این نکته میمون شده‌اند که آیات مطلق جهاد را باید بر آیات مقید حمل کرد.^{۱۲۲}

«کارزار در مقابل کارزار»، «رفع فتنه‌گری و ظلم»، «عدم اکراه، زور و اجبار در پذیرش دین» و «اهمیت مسأله صلح»^{۱۲۳} چهار قیدی هستند که آیت الله مطهری آنها را بر اطلاعات آیات جهادی قید می‌زنند و

۱۱۹. طباطبائی، سید محمدحسین، همان، ج ۹، ص ۲۹۱.

۱۲۰. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۵۸.

۱۲۱. طباطبائی، سید محمدحسین، همان، ج ۹، صص ۱۲۸-۱۲۴.

۱۲۲. مطهری، مرتضی، جهاد، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی‌تا، صص ۲۶-۲۷.

۱۲۳. همان، صص ۳۸-۲۷.

معتقدند که آیات جهاد ناسخ و منسوخ نیستند^{۱۲۴} و آورده‌اند: «ما در یک جایی می‌توانیم یک آیه‌ای را ناسخ آیه‌ای دیگر بدانیم که درست بر ضد او باشد. معنی ناسخ و منسوخ این است که دستور اول لغو شود و دستور ثانوی جای آن بیاید ... آیات سوره توبه به عنوان آخرین آیات وارده در جهاد، در مجموع می‌گویند به این دلیل با مشرکان بجنگید که اینها به هیچ اصل انسانی و به وفای به عهد، که امری فطری و وجدانی است، پایبند نیستند ... این آیات چندان هم مطلق نیست. می‌گوید: در زمینه‌ای که شما احساس خطر از ناحیه دشمن می‌کنید، دیگر دست گذاشتن و تأخیرانداختن غلط است».^{۱۲۵} بنابراین، استدلال به مطلقات آیات برای اثبات «اصل بودن جنگ» از قوت برخوردار نیست؛ چه اولاً اسلوب آیات، قضیه را در زمان معین مطرح می‌کند و بررسی تاریخی همان زمان معین، نکات زیادی را می‌نمایاند. ثانیاً آیات مطلق با توجه به آیات جهادی مقید، باید قید بخورند. آیاتی هم که در ظاهر افاده عموم می‌کند، به آیات دیگری تخصیص می‌خورد؛ خصوصاً با توجه به اصل مشهور «ما من عام الا و قد خص»^{۱۲۶} که در اصول فقه مطرح است. ثالثاً توجه به کلمه «قتال» لازم است، که از باب مفاعله و فعال گرفته شده است و این باب، ناظر به طرفین است. یعنی در درون این باب، دو جانب نهفته است. در المیزان آمده است: «قتال، کوشش در کشتن کسی است که سعی در کشتن او دارد».^{۱۲۷} در تفسیر

۱۲۴. همان، صص ۵۷-۶۱.

۱۲۵. همان، صص ۵۸-۶۰.

۱۲۶. در الفاظ قرآنی و روایی که مسائل شرعی را بیان می‌کند، عمومات بسیاری هست که این عمومات، اغلب تخصیص خورده‌اند، به طوری که می‌گویند: «ما من عام الا و قد خص». هیچ عامی نیست مگر این که تخصیص خورده باشد. تفصیل بحث را می‌توان در کتب اصول مطالعه کرد. رک. میرزای قمی، قوانین، صص ۱۹۲-۱۹۹؛ انصاری، مرتضی، کفایة الاصول، ص ۳۳۹؛ جمال الدین بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، صص ۱۴۷-۱۰۲ و ...

۱۲۷. طباطبایی، همان، ج ۲، ص ۶۱.

نمونه می‌خوانیم: «از این آیات یک اصل کلی و اساسی در چگونگی رابطه مسلمانان با غیرمسلمین استفاده می‌شود. نه تنها برای آن زمان که برای امروز و فردا نیز ثابت است و آن، این که مسلمانان موظفند در برابر هر گروه و جمعیت و هر کشوری که موضع خصمانه با آنها داشته باشند و بر ضد اسلام و مسلمین قیام کنند، یا دشمنان اسلام را یاری دهند، سرسختانه بایستند و هر گونه پیوند محبت و دوستی را با آنها قطع کنند. اما اگر آنها در عین کافر بودن، نسبت به اسلام و مسلمین بی طرف باشند و یا تمایل داشته باشند، مسلمین می‌توانند با آنها رابطه دوستانه برقرار سازند البته نه در آن حد که با برادران مسلمان دارند و نه در آن حد که موجب نفوذ آنها در میان مسلمین گردد».^{۱۲۸}

سخن آخر آن که «شاید خطایی که بسیاری از محققان، فقها و مفسران مرتکب آن شده اند، این باشد که آنها، هر آیه را به تنهایی می‌نگرند و به صرف ظواهر آنها بر اخبار غیرموثوق اعتماد می‌کنند و از نسخ، سخن می‌گویند به گونه‌ای که انسان، جو قرآنی را که واجد کمال در تشریع و قانونگذاری است، از دست می‌دهد. در حالی که به خاطر اختلاف در موضوع و جهت نزول آیات، مجالی در نسخ نیست».^{۱۲۹} در دیدگاه دوم پیرامون آیات، سخن بیشتری خواهیم گفت.

۷-۲- ارزیابی دلایل روایی

به نظر می‌رسد احادیث رسیده، موضوع قتال را به اعتبار ضرورت مطرح می‌کند و نه به طور کلی. طبعاً هر مکتبی که بخواهد پایه‌های خود را بر زمین سخت بنا نهد، ناچار از به کار بردن قدرت است تا تجاوز را دفع

۱۲۸. تفسیر نمونه، ج ۲۴، چاپ هفتم، زمستان ۶۹، ص ۳۳.

۱۲۹. فضل الله، همان، صص ۲۲۲-۲۲۳.

کند و خود و پیروانش را با اسلوب دفاعی یا بازدارندگی یا هجومی، بنا به مصلحت بالاتر آماده سازد. احادیث آمده است تا بگوید که علف و شدت، حاجت زندگی است برای مبادی و مکاتبی که قصد مبارزه با او را دارند. در این موارد، نرمی اگر یک بار یا بیشتر فایده دهد، در اکثر حالات، فایده و نتیجه‌ای قطعی ندارد؛ اما این که علف با دعوت ارتباط داشته باشد، تا دعوت از خلال علف آشکار شود یا براساس آن، پایه‌ریزی شود، از این احادیث بر نمی‌آید. حتی حدیث دوم که فرق قبل و بعد از هجرت را بیان می‌کند و اشاره به ارزش قدرت در رد تجاوز دارد، همچنان که بعد از هجرت، اسلام توانست پیشرفت کند و آزادی دعوتش را بدون فشار تهدید و اکراه به دست آورد. در احادیث هیچ اشاره‌ای به این که پیروزی اسلام در دعوتش پس از هجرت، مستند به تشریع قتال به خاطر دعوت الی الله باشد، ندارد. نهایت چیزی که در احادیث هست، آن است که مسلمانان باید قوت دفع‌کننده تجاوز را به دست آورند.^{۱۳۰} و این، قولی است که جملگی برآیند. به بیان دیگر، از احادیث این نکته به دست نمی‌آید که پیشرفت اسلام به واسطه تشریع قتال و در اثر کارزار با غیرمسلمانان بوده است. محتوای احادیث دال بر این است که مسلمانان باید قوی باشند تا دیگران هوس خام تجاوز به آنان را در سر نپرورانند و اگر تجاوزی رخ داد، آن را قاطعانه دفع و رفع نمایند.

در نصوص دینی از کتاب و سنت، بر نمی‌آید که دعوت به دین را هدف جنگ بدانند یا جنگ را وسیله‌ای برای اجبار مردم به دخول در دین ذکر کند. بلکه نهایت مدلول آن نصوص، این است که جنگ، وسیله‌ای است که برای حمایت دعوت دینی و نگهداری آن از مبارزه‌هایی که

۱۳۰. رک. همان، صص ۲۰۴-۲۰۳.

دشمنان کافر بر ضد آن برپا می‌دارند، مشروع شناخته شده است.^{۱۳۱}

احادیث بسیاری نیز وجود دارد که ابتدای به قتال را نهی کرده است. برای نمونه محمد بن یعقوب در حدیث عبدالرحمن بن جندب از پدرش آورده است که هر جایی که ما با دشمن روبرو می‌شدیم، امیر مؤمنان (ع) می‌فرمود با آنان کارزار نکنید تا این که آنان جنگ را آغاز کنند. شما دارای حجت هستید و همین که شما جنگ را آغاز نکنید، حجت دیگری برای شما است.^{۱۳۲} نیز بنابه نقل شیخ کلینی از حضرت، هنگامی که فردا با این گروه روبرو شدید، با آنان کارزار نکنید تا وقتی که آنان با شما جنگ کنند. اگر جنگ را آغاز کردند، با آنان مبارزه کنید و بر شما باد آرامش و وقار.^{۱۳۳} نیز احادیثی که در ادامه بحث در دیدگاه دوم مذکور خواهد شد.

اما استدلال به سیره عملی پیامبر در قضیه حرکت دادن سپاه اسامه جهت نبرد با رومیان نیز قابل خدشه است. چه «سیره دلالت بر وجوب ابتدا به جهاد مثل حکم شرعی اصیل نمی‌کند، بلکه نهایت چیزی که دلالت می‌کند مشروعیت جهاد است در ظروف زمانی که در آن وقت موجود بوده است و شکی در این نیست. سخن ما در اصل تأسیس جهاد نیست، بلکه در تفصیل و جزئیات است».^{۱۳۴} به دیگر بیان، فعل نبی معصوم (ص)، مجمل است و فقط بر اباحه دلالت می‌کند نه بر وجوب. از سوی دیگر، همچنانکه قبلاً آوردیم، حرکت سپاه اسامه در پی تحرکات رومیان در مرزهای کشور اسلامی بود که برای جلوگیری از ضربات غافلگیرانه آنان، پیامبر (ص) این سپاه را حرکت داد. پس نمی‌توان به طور مطلق بدان استناد جست.

۱۳۱. همان، ص ۲۰۴.

۱۳۲. حر عاملی، همان، ج ۱۱، ص ۶۹؛ نوری، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۱، ص ۸۶.

۱۳۳. حر عاملی، همان، ج ۱۱، صص ۷۰-۷۳.

۱۳۴. فضل الله، همان، ص ۲۲۳.

حدیث اول معارض دارد. پیامبر (ص) فرمود با مردم الفت ورزید و به آنان نزدیک شوید. بر آنان هجوم نبرید که آنان را دعوت نمایید.^{۱۳۵} در این حدیث دعوت و الفت و نزدیکی را قبل از قتال و درگیری ذکر فرموده و آغاز مبارزه را منع کرده است و همین، نکته ظریف و بدیعی است در این که اسلام، ابتدائاً سر جنگ با کسی ندارد و قطعاً دعوت با جنگ فرق دارد. ممکن است گفته شود که شاید واژه «الناس» در این روایت، کفار نباشد و دیگر مسلمانان را شامل شود. پاسخ آن است که فقره انتهایی روایت، با این احتمال نمی‌خواند. حدیث توجه داده است که تا وقتی دعوت نکرده‌اید بر آنان هجوم نبرید. حدیث دوم مطلق جهاد را مراد دارد و مدعا را اثبات نمی‌کند و حدیث سوم نیز صراحتی در جنگ ندارد. مضافاً این که سیره نبوی نیز خلاف این مدعا را اثبات می‌کند که ما در بحث از آرای فقیهان به آن اشاراتی خواهیم داشت.

۷-۳- ارزیابی آرای دانشمندان

صرف اقوال فقها مبنی بر اصل بودن جنگ، سند شرعی و حجت نیست. اگر اسناد را با توجه به کتاب و سنت ملاحظه کنیم، استدلال فقهایی قائل به این قول، تمام نیست، چنانکه در ارزیابی دلایل کتاب و سنت آمد. نظرات فقیهان فقط تصویری از واقعیت آن روزگار بوده است؛ چرا که دعوت اسلامی مانند هر دعوت دیگری از سوی مردم با معارضه روبرو می‌شود. پیام دین و محتوای وحی به گونه‌ای است که با منافع و مطامع بسیاری از زرداران و زورمداران برخورد پیدا می‌کند، در نتیجه با شدت هرچه تمام‌تر به مبارزه با دین و پیام آن برمی‌خیزند و از بروز دین و مظاهر دینی جلوگیری می‌کنند. به نظر دکتر زحیلی «اصول برادری انسانی،

۱۳۵. الزحیلی، همان، ص ۱۳۲، پاورقی. به نقل از شرح السیر الکبیر، ج ۱، ص ۵۹.

برابری بین آفریدگان، مسؤولیت مشترک اجتماعی و اصول آزادی و عدالت، مقوله‌هایی هستند که سردمداران از آنها هراس دارند که مبادا از تخت سلطنت به زیر کشیده شوند. پس با مسلمانان به جنگ برخاستند و قرن‌ها ادامه یافت و فقها، اصل ارتباطی با دشمنان اسلام را جنگ شمردند تا از سوی آنها با پذیرش اسلام یا انعقاد عهدنامه، ایمنی یابند.^{۱۳۶} استمرار جنگ در زمان فقه‌های سلف بین مسلمانان و سایرین و عدم آرامش و صلح در آن روزگار، به گونه‌ای بود که حالت دائمی یافت و فقیهان بر همین اساس، اصل را جنگ دانسته‌اند؛ مادامی که عارضی برای صلح مثل ایمان آوردن یا امان گرفتن پیش نیاید. اصولاً «حالت مسلمانان در آن هنگام اقتضا می‌کرده است که در مقابل دشمنانی که از اطراف به آنها هجوم آورده‌اند، ثبات داشته باشند و هر مسلمانی که بداند و یا احساس کند که در حال جنگ با دشمن است، دائماً در حال آمادگی است؛ بدون این که ضعف و سستی یا حالت تسلیم و سازش به او دست بدهد».^{۱۳۷} و این، همان امر عام به مؤمنان است که به قدر توانایی‌شان از تدارکات جنگی که در قبال دشمنان اسلام به آن احتیاج پیدا می‌کنند، آماده سازند^{۱۳۸} که «و اعدوا لهم ما استطعتم من قوه» (انفال: ۶۰).

فقها دنیا را به دو دار تقسیم کرده‌اند و بر همان تقسیم‌بندی استدلال کرده‌اند که اصل، جنگ است. در این تقسیم، حالت واقع مراعات شده است و تقسیمی شرعی و قانونی نیست، بلکه تقسیم دنیا به دو دار و بلکه علاوه بر آن سایر «دار»ها، که قبلاً به آن اشارت رفت، صرفاً یکی از آثار جنگ است. توضیح این که تقسیم دنیا به «دارالاسلام» و «دارالکفر» دلیل بر این که بین این دو دار، جنگ اصل باشد، نیست. «دارالکفر» یا

۱۳۶. همان، ص ۱۳۶.

۱۳۷. همان، ص ۱۳۰.

۱۳۸. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۹، ص ۱۱۶.

«دارالشرك» اعم است از «دارالحیاد»، «دارالموادة»، «دارالمهادنة»، «دارالعهد» و «دارالحرب». تنها با «دارالحرب» ارتباط جنگی برقرار است و این ارتباط جنگ آمیز، به دلیل درگیر بودن فعلی در صحنه مبارزه و کارزار است نه چیز دیگر؛ چه «اسلام قتل عمومی کفار را تجویز نکرده و نمی‌کند».^{۱۳۹} بنابراین «عبارات فقها در این که اصل، جنگ است، حجت و دلیل برای کسی محسوب نمی‌شود؛ چرا که بر آن عبارات، دلیلی قوی از قرآن یا سنت موجود نیست و صرفاً حکمی زمانی مربوط به زمان خاص بوده است».^{۱۴۰} دلایلی که آن بزرگان برای آرای خود ارائه داده‌اند و در همین مقال بدانها اشارت رفت، وافی به مقصود نیست.

جنگ «ضرورتی» برای ایجاد صلح است و به ضرورت، به اندازه لازم روی آورده می‌شود. اصل شمردن جنگ، مخالف منطق ضرورت است. آیات و روایات نیز به عنوان استدلال، تمام نیست. از سوی دیگر در قواعد فقهی تقریر شده است که اصل در اشیا، اباحه است. اصل، خالی بودن از تکالیف است، اصل برائت ذمه است. شایسته نیست که «اصل را جنگ» بدانیم؛ چرا که این قاعده و اصل با نفس دعوت منافات دارد بلکه «اصل عدم جنگ» است.

این نکته نیز شایان ذکر است که قاعده «اصل صلح» در شرع، مخالفی ندارد، اما قاعده «اصل جنگ» معارض دارد. ادیان آسمانی برای برقراری امنیت و ایجاد صلح، سلم و آرامش و از بین بردن منازعات و خصومات و رفع اختلافات بین مردم آمده‌اند و روح حقیقی قانون اسلامی، همین امور است.^{۱۴۱}

مستشرقان و برخی محققان اسلامی عرب که معتقدند اسلام با پیروان

۱۳۹. شلتوت، محمود، همان، ص ۵۱.

۱۴۰. الزحیلی، همان، ص ۱۳۵.

۱۴۱. در آیات قرآن، تصریح شده است که: «لیحكم بین الناس فیما اختلفوا فیہ ... ادخلوا فی السلم کافه».

سایر ادیان، دائماً در حال جنگ است، استنادات آنها به برخی قصص تاریخ اسلام است نه کتاب و سنت. آنها نمی‌دانند که نصوص اصلی و قواعد و مبادی، یک چیز است و تطبیق عملی آنها در خلال مراحل تاریخ چیز دیگری است. عمل خلفا و سلاطین و رهبران غیر معصوم، حجت بر دین نیست و اگر سوء تطبیق داشته‌اند، گناه یا جرم است.^{۱۴۲}

علت قتال در اسلام، جنگ افروزی دشمنان اسلام است و نه کفر آنها، چنانکه بعضی از شافعیه معتقدند.^{۱۴۳} بدین سبب قتال ابتدایی و غیرمقاتل جایز نیست، خصوصاً آن که اسلام بر مبادلات تجاری با سایر امم تأکید تام دارد و این موارد، دلالت می‌کند که اصل در ارتباطات خارجی مسلمانان، جنگ نیست بلکه صلح، اصل است.

از سوی دیگر در طبیعت دعوت اسلامی ابهام، تیرگی و کلفت عقلی نیست. شریعت اسلامی با نوامیس طبیعی و فطرت بشر و سنت الهی مخالف و مغایر نیست: «فطرة الله التي فطر الناس عليها» (روم: ۳۰) و بشر را تکویناً مجبور به انتخاب راهی مخصوص نکرده است: «انا هديناه السبيل اما شاكراً و اما كفوراً» (انسان: ۳). هر که بخواهد ایمان آورد و هر که خواهد، کفر ورزد: «من شاء فليؤمن و من شاء فليكفر» (كهف: ۲۹). اساساً دعوت اسلامی شامل زور و اکراه نبوده است: «لا اكراه في الدين» (بقره: ۲۵۶)، چرا که راه رشد از گمراهی جدا شده است: «قد تبين الرشد من الغي» (بقره: ۲۵۶) و خالی از تعقید، غموض و پیچیدگی است. پیامبر اسلام به حکم آیات قرآن، فقط مأمور ابلاغ: «ان عليك الا البلاغ» (شوری: ۴۸) – فهل علی الرسل الا البلاغ المبين (نحل: ۳۵) – و ما علی الرسول الا البلاغ المبين (نور: ۵۴، عنكبوت: ۱۸) و بسیاری دیگر...، تذکر و یادآوری: «فذکر انما انت

۱۴۲. رک. القاسمی، همان، ص ۱۴۶ با تلخیص.

۱۴۳. الهندی، همان، ص ۱۲۴.

مذکر لست علیهم بمصیطر» (غاشیه: ۲۱ و ۲۲)، انذار و تبشیر: «رسلاً مبشرین و منذرین لئلاً یكون للناس علی الله حجة بعد الرسل (نسا: ۱۶۵) - انا ارسلناک شاهداً و مبشراً و نذیراً» (احزاب: ۴۵، فتح: ۸) و دعوت کننده به حق: «و داعیاً الی الله باذنه و سراجاً منیراً» (احزاب: ۴۶) بوده است و در پیشگاه خداوند، مسؤول نپذیرفتن دین از سوی مردم نیست، زیرا ایمان مردم را از او نمی خواسته اند، بلکه اگر خدا به اراده حتمی می خواست، همه زمینیان ایمان می آوردند: «و لو شاء ربک لآمن من فی الارض کلهم جمیعاً» (یونس: ۹۹). ای پیامبر آیا تو مردم را مجبور به ایمان آوردن می کنی: «أفأنت تکره الناس حتی یكونوا مؤمنین» (یونس: ۹۹). تو بر ایمان آوردن آنها اندوه مبر: «فلعلک باخع نفسک علی آثارهم ان لم یؤمنوا بهذا الحدیث أسفاً» (کهف: ۶) - لعلک باخع نفسک ألا یكونوا مؤمنین (شعرا: ۳). قرآن نیز ایمان شخص مجبور را محترم نمی شمارد: «لا اکراه فی الدین» (بقره: ۲۵۶).

این ادعا که جهاد برای اسلام آوردن کفار و دعوت به دین است، هم با نصوص قرآنی مغایرت دارد و هم مخالف سنت نبوی است. قوی ترین آیه در این زمینه، آیه ۲۹ سوره توبه است که در همین مقاله مورد ارزیابی قرار گرفت. تخییر بین «اسلام آوردن»، «جزیه دادن» یا «جنگ» خود نشان از این دارد که همین جهاد برای اسلام آوردن آنها نیست، بلکه با عنایت به سایر آیات، مقید به موارد خاصی از قبیل فتنه گری آنان و جنگ افروزی و ... خواهد شد. بگذریم از این که دستور به مقاتله، غیر از ابتدا به قتال است.^{۱۴۴} دستور به «مقاتله» و «قتال»، هم ابتدا به جنگ و هم دفاع در مقابل جنگ افروزان و پیشگیری از غافلگیری را شامل می شود. اصل دعوت با شرح و تفصیلی که بیان خواهد شد، بیانگر این نکته است که

۱۴۴. رک. طباطبائی، سیدعلی، همان، ج ۴، ص ۶۴۲، ذیل آیه «قاتلوا الذین یلونکم من الکفار».

اسلام، جنگ و درگیری را اصل نمی‌داند، بلکه بنا به ضرورت به آن روی می‌آورد. نصوص دیگری که خطاب به رسول الله (ص) بیان شد و بسیاری دیگر با این ادعا تعارض دارد.

دین اسلام در زمانی آمد که ادیان آسمانی قبل از آن، موجود بود و اسلام، آخرین آنها بود که برای تصحیح کثرت‌های آنها آمد و خدا در قرآن کریم، تصریح کرده که شریعت آخرین، مصدق و تصدیق‌گر مطالب تورات و انجیل است. در هیچکدام از آیات قرآن فرمان به زوال این ادیان داده نشده است. فقط امر کرده که اهل تورات و انجیل به سوی دین صحیح هدایت و رهنمون شوند و هدایت، با جنگ و مبارزه نیست مگر براساس ضرورتی دورتر که به جنگ اقدام شود و آن، در صورتی است که در طریق دعوت ممانعت به عمل آورند و با پیام دین و دعوت دینی به مبارزه برخیزند. پیامبر (ص) با غیرمسلمانان از اهل کتاب و دیگران، گفتگو و مذاکره کرد و قبول شروع گفتگو از جانب رسول خدا (ص) به معنی آن است که مبارزه، امر واجبی نیست و یا یگانه امری نیست که انجام دادن آن واجب باشد و همین گفتگوها منجر به انعقاد عهدنامه‌هایی با آنان شد، چنانکه در تاریخ اسلام به ثبت رسیده است.

گفتگوهای پیامبر (ص) با مسیحیان نجران، که به نوشته مفسران پس از نزول آیه ۲۹ سوره توبه واقع شد، صلح با غطفان، امان دادن به یخنه بن رؤبه و اهل ایله، معاهده با اهل أذرخ و معاهده با اهل مقنا نمونه‌هایی از این دست است.^{۱۴۵} همین‌طور نامه‌هایی که خالد بن ولید و عمر بن خطاب و دیگران به غیرمسلمانان نوشتند.^{۱۴۶}

۱۴۵. رک. حمیدالله، محمد، مجموعه الوثائق السياسية، القاهرة، مطبعة اللجنة، ۱۹۵۶ م، صص ۵۸ - ۲۸؛ احمدی، علی بن حسینعلی، مکاتیب الرسول، نشر یس، چاپ سوم، بهمن ۶۳؛ و نیز کتب تاریخ اسلام از قبیل تاریخ طبری، سیره ابن هشام، کامل ابن اثیر و ...
۱۴۶. رک. حمیدالله، همان، صص ۳۰۲ - ۲۹۱.

۴-۷- ارزیابی بنای عملی

یکی از دلایل قائلان نظریه «اصل جنگ» واقعیت عملی است که در عصر فتوحات اسلامی اتفاق افتاده است. حق آن است که تصویر واقعیت آن روزگار را نمی‌توان به عنوان دلیل در نظر گرفت و با آن، یک اصل را اثبات کرد. استمرار دائمی جنگ در زمان فقه‌های سلف، به دلایلی که گفته آمد، آنان را به این رأی متمایل کرده است.

حتی در تقسیم دنیا به دو دار توسط فقیهان نیز مراعات حالت واقع شده است و تقسیم‌بندی شرعی نیست. اگر مراد از دو دار، دارالاسلام و دارالحرب باشد، تقسیم کامل و صحیحی نیست؛ چه علاوه بر دارالحرب، دارالهدنه، دارالحیاد، دارالعهد و دارالموادمه نیز وجود دارد و دارکفر، اعم از پنج دار فوق است. از تقسیم دارالاسلام و دارالکفر نیز نمی‌توان نتیجه گرفت که ارتباط بین این دو دار، مبتنی بر جنگ است. دلایل قوی دیگری باید تا دل قوی شود. البته یکی از آثار جنگ می‌تواند این باشد که دارالحرب، دارالعهد، دارالحیاد، دارالموادمه و دارالهدنه را از دارالسلم و به تعبیر دیگر دارالاسلام متمایز سازد.

۸- دیدگاه دوم: اصالت صلح

بعضی از متقدمان از فقها و بسیاری از نویسندگان و پژوهشگران مسلمان معاصر معتقدند که دین اسلام همچنانکه از نامش پیدا است، «دین صلح» است نه دین جنگ. براین اساس، ارتباط بین دارالاسلام و سایر سرزمین‌ها که مسامحتاً دارحرب نامگذاری شده و صحیح آن دارکفر و دارشرک است، باید ارتباطی صلح‌آمیز به عنوان قاعده عمومی باشد و به جنگ، جز به عنوان استثنایی بر قاعده مذکور اقدام نشود. گو این‌که بنابراین نظر، اصل نامگذاری دارحرب محل اشکال و تأمل است. براین

اساس، مسلمانان حق جنگ افروزی نسبت به سایر ملتها حتی دار حرب را ندارند مگر این که جنگ از سوی آنان آغاز شود. به عبارت دیگر، تنها جنگ مشروع در اسلام، جنگ دفاعی است و نه هجومی.^{۱۴۷} «اسلام ... هرگز به خونریزی برنخاسته بود. سلام اسلامی، صلح جویانه ترین شعاری است که دینی در عالم به خود دیده است».^{۱۴۸}

۹- دلایل اصالت صلح

ادله اصل بودن صلح در اسلام تحت عناوین ذیل مطرح می گردد.

۹-۱- دلایل قرآنی صلح

حدود ۱۰۰ آیه در قرآن کریم وجود دارد که مسلمانان را به سوی صلح دعوت می کند و جنگ را جز در موارد دفاع از نفس یا دفاع از دین جایز نمی شمرد. برخی از این آیات بدین قرارند:

(الف) سوره بقره، آیه ۲۰۸: ای مؤمنان! همگی از در ایمان و اطاعت [اسلام] درآیید و از گام های شیطان پیروی مکنید که او دشمن آشکار شما است.^{۱۴۹}

در این آیه، فرمان به عموم مؤمنان داده است که از در مسالمت و آشتی درآیند و به سلم و سازگاری داخل شوند.

(ب) سوره انفال، آیه ۶۱: اگر جانب آشتی را گرفتند، تو نیز جانب آن را بگیر و بر خداوند توکل کن که او شنوای دانا است.^{۱۵۰} در المیزان آمده است: «اگر تمایل به صلح و مسالمت پیدا کردند،

۱۴۷. رک. الهندی، همان، ص ۱۱۹.

۱۴۸. آل احمد، جلال، غربزدگی، ص ۱۷.

۱۴۹. خرمشاهی، همان، ص ۳۲.

۱۵۰. خرمشاهی، همان، ص ۱۸۴.

تو هم تمایل پیدا کن و بر خدا توکل کن».^{۱۵۱} در تفسیر نمونه می‌خوانیم: «به پیامبر دستور می‌دهد در قبول پیشنهاد صلح، تردیدی به خود راه مده و چنانچه شرایط آن، منطقی، عاقلانه و عادلانه باشد، آن را بپذیر».^{۱۵۲} در مجمع آمده است: «برخی گفته‌اند این آیه با آیه ۵ سوره توبه و ۲۹ آن، نسخ شده است و برخی گفته‌اند نه؛ زیرا این آیه درباره اهل کتاب و آن آیات درباره بت پرستان است و همین قول، صحیح است؛ زیرا آن آیه در سال نهم هجرت در سوره براءت نازل گردید و پیامبر خدا بعد از آن با نصارای نجران مصالحه کرد».^{۱۵۳}

فاضل مقداد آورده است: «ابن عباس آن را با آیه ۲۹ توبه منسوخ می‌داند و حسن و قتاده و مجاهد با آیه ۵ توبه، قول حق این است که غیر منسوخ است، چرا که صلح، وابسته به رأی امام به حسب مصالح نوین است و بر عدم نسخ آن، این مطلب دلالت می‌کند که آیه ۵ توبه در سال نهم نازل شد و رسول (ص) آن را به مکه فرستاد و با اهل نجران بر دوهزار حله که هزار حله در ماه صفر داده شود و هزار حله در ماه رجب، مصالحه کرد».^{۱۵۴} همین مطلب با اندکی تغییر در خلاصه المنهج آمده است.^{۱۵۵} و این بیانگر عنایت الهی به پایان دادن غائله جنگ است که فرمان صریح به رسولش می‌دهد: اگر دشمن پیشنهاد صلح داد با توکل به خدا، آن را قبول کن.

ج) سوره نسا، آیه ۹۴: به کسی که با شما از در تسلیم و اسلام وارد شود، مگویید که مؤمن نیستی.^{۱۵۶}

۱۵۱. طباطبائی، سید محمدحسین، همان، ج ۹، ص ۱۱۹.

۱۵۲. تفسیر نمونه، همان، ج ۷، چاپ دوازدهم، ۶۹، ص ۲۳۰.

۱۵۳. طبرسی، همان، ج ۱۰، ص ۲۵۱.

۱۵۴. السیوری، فاضل مقداد، همان، ج ۱، ص ۳۸۰.

۱۵۵. کاشانی، همان، ج ۵، ص ۱۵۰.

۱۵۶. خرمشاهی، همان، ص ۹۳.

در تفسیر نمونه چنین می‌خوانیم: «این آیه دستور می‌دهد آنهایی را که اظهار ایمان می‌کنند، با آغوش باز بپذیرند و هرگونه بدگمانی و سوءظن را نسبت به اظهار ایمان آنها کنار بگذارند. باید نخستین اظهار ایمان را از طرف دشمن بپذیرد و به ندای صلح او پاسخ گوید».^{۱۵۷} طبق بیان فاضل مقداد، «کلمه اسلام در هر حالی که گفته شود، خون و مال را حفظ می‌کند».^{۱۵۸}

(د) سوره نسا، آیه ۹۰: اگر از شما کناره گرفتند و با شما کارزار نکردند و از در تسلیم و اسلام وارد شدند، خداوند به شما اجازه مبارزه با آنان نمی‌دهد.^{۱۵۹}

ذیل این آیه در تفسیر نمونه آورده است: «به دنبال دستور به شدت عمل در برابر منافقانی که با دشمنان اسلام همکاری نزدیک داشتند، در این آیه دستور می‌دهد که دو دسته از این قانون مستثنی هستند:

۱. آنها که با یکی از همپیمانان شما ارتباط دارند و پیمان بسته‌اند ...
۲. کسانی که از نظر موقعیت خاص خود در شرایطی قرار دارند که نه قدرت مبارزه با شما را در خود می‌بینند و نه توانایی همکاری با شما و مبارزه با قبیله خود دارند ...

دسته اول به خاطر احترام به پیمان ... و دسته دوم، چون اعلان بی‌طرفی کرده‌اند، تعرض نسبت به آنها برخلاف اصول عدالت و جوانمردی است و در آخر آیه، باز تأکید بیشتری نسبت به گروه آخر می‌کند».^{۱۶۰} در المیزان هم، دو گروه هم پیمان و بی‌طرف را از شدت عمل مستثنی

۱۵۷. تفسیر نمونه، ج ۴، چاپ سیزدهم، ۶۹، صص ۷۴-۷۳.

۱۵۸. السیوری، همان، ج ۱، ص ۳۷۲.

۱۵۹. خرمشاهی، همان، ص ۹۲.

۱۶۰. تفسیر نمونه، همان، ج ۴، چاپ سیزدهم، ۶۹، ص ۵۵.

می‌داند.^{۱۶۱}

ابتدای این آیه، همپیمانان را از تعرض مصون می‌دارد و نیز کسانی را که حالت بی‌طرفی را رعایت کنند. در انتهای آیه، که ما به عنوان استدلال آورده‌ایم، تأکید می‌کند که در صورت برکناری از معارضه با شما و رعایت حالت بی‌طرفی و پذیرش صلح، مسلمین اجازه تعرض به آنها را ندارند.

هـ) سوره نسا، آیه ۱۲۸: صلح بهتر است.^{۱۶۲}

لحن این فراز از آیه، اگرچه ربط مستقیم به آیات جهاد ندارد، اما درواقع، عبارت کوتاه «و الصلح خیر» بیانگر قانون کلی قرآن است. در تفسیر نمونه چنین آمده است: «این جمله کوتاه و پر معنی ... یک قانون کلی، عمومی و همگانی را بیان می‌کند که در همه جا اصل نخستین، صلح، صفا، دوستی و سازش است و نزاع، کشمکش و جدایی برخلاف طبع سلیم انسانی و زندگی آرامبخش او است و لذا جز در موارد ضرورت و استثنایی نباید به آن متوسل شد».^{۱۶۳}

و) سوره بقره، آیه ۱۹۰: با کسانی که با شما آغاز کارزار می‌کنند، در راه خدا کارزار کنید، ولی ستمکار (و آغازگر) نباشید؛ چرا که خداوند ستمکاران را دوست ندارد.^{۱۶۴}

در المیزان آمده است: «قتال، کوشش مرد در کشتن کسی است که سعی در کشتن او دارد ... و نهی از اعتدا، مطلق است ... و شامل قتال قبل از دعوت به حق و ابتدا به قتال و کشتن زنان و کودکان ... می‌شود».^{۱۶۵}

۱۶۱. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۵، صص ۲۹-۲۸.

۱۶۲. خرمشاهی، همان، ص ۹۹.

۱۶۳. تفسیر نمونه، همان، ص ۱۵۱.

۱۶۴. خرمشاهی، همان، ص ۲۹.

۱۶۵. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۲، صص ۶۲-۶۱.

سه نکته مهم و اساسی در این آیه شریفه بیان شده است که به تعبیر تفسیر نمونه، روشنگر منطق اسلام در مورد جنگ است:

۱. قتال در راه خدا با هدف گسترش قوانین الهی و ریشه کن ساختن ظلم، فساد و انحراف است.

۲. «الذین یقاتلونکم» صراحت دارد که تا طرف مقابل دست به اسلحه نبرده و به مبارزه نپرداخته، نباید پیشدستی شود.

۳. «لا تعتدوا» ابعاد جنگ را مشخص می‌سازد.^{۱۶۶}

در تفسیر صافی این آیه را به نقل از مجمع البیان، نسخ آیه «کفوا ایدیکم» شمرده است و قید «لا تعتدوا» را عدم جواز در شروع جنگ و شیخون بدون دعوت دانسته است.^{۱۶۷} به نوشته شیخ طوسی در تبیان، حسن، ابن زید، ربیع و جبایی معتقدند که این آیه منسوخ است... و از ابن عباس، مجاهد و عمر بن عبدالعزیز روایت شده که نسخ نشده است.^{۱۶۸} و صاحب مسالک الافهام نیز آورده است: «با کلمه «لا تعتدوا» ابتدا به قتال را نهی کرده است که این حکم، در آغاز امر اسلام بوده است».^{۱۶۹}

بنابراین، آیه شریفه به وجوب نبرد در راه خدا، با جنگ افروزان علیه مسلمانان فرمان می‌دهد و از سوی دیگر می‌گوید: تنها با کسانی باید جنگید که در جنگ با مسلمانان باشند و مسلمانان نباید آغازگر جنگ باشند؛ زیرا امر به قتال کسانی می‌کند که می‌جنگند و این، بیانگر آن است که تا آنان شروع به جنگ نکنند، شما آغازگر جنگ نباشید. به عبارت دیگر، در این آیه، کارزار در مقابل کارزار قرار داده شده است.

(ز) سوره بقره، آیه ۱۹۲: اگر دست برداشتند، خداوند آمرزگار

۱۶۶. رک. تفسیر نمونه، همان، ج ۲، چاپ بیست و یکم، زمستان ۶۸، صص ۱۱-۱۰.

۱۶۷. فیض کاشانی، همان، ج ۱، ص ۲۲۸.

۱۶۸. طوسی، التبیان، همان، ج ۲، ص ۱۴۳.

۱۶۹. کاظمی، جواد، همان، ج ۲، ص ۳۰۹.

مهربان است.^{۱۷۰}

پس از آن که در آیه قبل از آن، فرمان قتال در مقابل قتال آنان را داده، در این آیه فرموده است: همین که دست برداشتند، شما نیز دست بردارید. بنابراین، پیشنهاد آتش بس از سوی دشمن پذیرفته است و در صورتی که کفار، دست از جنگ بردارند، مورد بخشش الهی قرار می‌گیرند.^{۱۷۱}

ح) سوره حج، آیه ۳۹: به کسانی (از مؤمنان) که (مشرکان) با آنان کارزار کرده‌اند، رخصت جهاد داده شده است؛ چرا که ستم‌دیده‌اند و خداوند بر یاری دادن آنان توانا است.

این آیه، اولین آیه‌ای است که در خصوص جهاد نازل شده است و آهنگ آیه، آهنگ تشریع و قانونگذاری است؛ زیرا در آن، واژه «اذن» آمده است.^{۱۷۲} از سوی دیگر اذن قتال صادر شده، در مقابل ظلمی است که به آنان رفته است. این آیه، ورود در جنگ را تنها برای کسانی مجاز می‌شمارد که مورد ظلم و حمله قرار گرفته یا از خانواده و دیار خود اخراج شده باشند.

ط) سوره ممتحنه، آیه ۸: خداوند شما را از کسانی که با شما در کار دین کارزار نکرده‌اند و شما را از خانه و کاشانه‌تان آواره نکرده‌اند، نهی نمی‌کند از این که در حقشان نیکی کنید و با آنان داد‌گرانه رفتار نمایید. بی‌گمان خداوند داد‌گران را دوست دارد.^{۱۷۳}

در تفسیر نمونه، ذیل همین آیه، افراد غیرمسلمان را به دو گروه تقسیم کرده است. یک گروه که در مقابل مسلمین ایستادند و شمشیر بر

۱۷۰. خرمشاهی، همان، ص ۳۰.

۱۷۱. تفسیر راهنما، همان، ج ۱، ص ۴۷۹.

۱۷۲. رک. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۱۴، ص ۴۲۰.

۱۷۳. خرمشاهی، همان، ص ۵۵۰.

روی آنها کشیدند و آنها را از خانه و کاشانه‌شان به اجبار بیرون کردند و به تعبیر دیگر، عداوت و دشمنی خود را با اسلام و مسلمین در گفتار و عمل آشکار نشان دادند، تکلیف مسلمین آن است که با آنها مراوده، محبت و دوستی نداشته باشند. دسته دیگر که در عین شرک و کفر، کاری به مسلمانان نداشتند، نه با آنها پیکار می‌کردند و نه اقدام به بیرون راندنشان از شهر و دیارشان نمودند و حتی گروهی از آنها، پیمان ترک مخاصمه با مسلمانان بسته بودند که نیکی کردن با این دسته و اظهار محبت به آنان بلامانع بود. در ادامه می‌نویسد: «این دستور، منسوخ نیست».^{۱۷۴} این آیات، تعرض و جنگ را با مشرکان و کفاری که پیشقدم در جنگ و آزار و ... نشده‌اند، ممنوع کرده و حتی توصیه به عدالت و نکویی در حق آنها می‌نماید.

ی) سوره محمد، آیه ۴: پس از آن یا منت نهید [و رها کنید بدون فدیة] یا فدیة بستانید [و رها کنید]، تا اهل کارزار بارهای (سلاح) خود را فروگذارد.^{۱۷۵}

در المیزان، «أوزار الحرب» را سلاح‌هایی که محارب‌ان حمل می‌کنند، دانسته و مراد از آن، کنار گذاشتن سلاح توسط جنگجویان و اهل حرب و کنایه از پایان یافتن کارزار است.^{۱۷۶}

در آیه، دستور کوبیدن دشمنان داده شده است تا این که جنگ، بار سنگین خود را بر زمین نهد. در تفسیر نمونه آمده است: «وقتی دست از جنگ بکشید که توان مقابله دشمن را در هم شکسته باشید و آتش جنگ، خاموش گردد».^{۱۷۷} آری در کشاکش جنگ، راهی جز خاموش کردن

۱۷۴. تفسیر نمونه، همان، ج ۲۴، چاپ هفتم، زمستان ۶۹، صص ۳۲-۳۱.

۱۷۵. خرمشاهی، همان، ص ۵۰۷.

۱۷۶. طباطبائی، سید محمدحسین، همان، ج ۱۸، ص ۲۴۳.

۱۷۷. تفسیر نمونه، همان، ج ۲۱، چاپ ششم، پاییز ۶۹، ص ۴۰۱.

آتش جنگ نیست. دستور کوبیدن و شدت عمل تا وقتی است که آتش جنگ، شعله‌ور است و با هدف خاموش کردن آن، اقدام به جنگ می‌شود. اساساً تأکید قرآن بر دو واژه «صلح» و «سلم» فراوان است و مشتقات این دو واژه، به اشکال مختلف و معانی گوناگون آمده است. لفظ سلم و مشتقات آن، در حدود ۱۳۳ آیه آمده، در حالی که لفظ حرب فقط در ۶ آیه آمده است. «سلام» نیز اسمی از اسمای حسناى خداوند است.^{۱۷۸}

مصطفی السباعی در کتاب «هذا هو الاسلام» در مقاله‌ای به نام «نظام جنگ و صلح در اسلام» گوید: «اشتقاق اسلام از ماده «سلم» است و «اسلام» و «سلم» از یک ماده است. فکر «سلام» جایگاه رفیعی در اهداف عمومی اسلام دارد و در قرآن، تصریح می‌کند که ثمره تبعیت از اسلام، هدایت شدن به راههای اسلام و نور است.^{۱۷۹} در آخرت، بهشت «دارالسلام» نامیده شده است.^{۱۸۰} درود مؤمنان در آخرت، هنگام دیدار خداوند «سلام»^{۱۸۱} است.^{۱۸۲}

۲-۹- دلایل روایی صلح

در سنت معصومان (ع)، چه سنت قولی و چه سیره فعلی، دعوت به صلح وجود دارد.

الف) از حضرت علی (ع) منقول است که فرمود هر که از شما

۱۷۸. «هو الله الذى لا اله الا هو الملك القدوس السلام المؤمن المهيمن العزيز الجبار المتكبر سبحان الله عما يشركون» (حشر: ۲۳).

۱۷۹. «قد جاءكم من الله نور و كتاب مبين يهدى به الله من اتبع رضوانه سبل السلام و يخرجهم من الظلمات الى النور باذنه و يهديهم الى صراط مستقيم» (مائدة: ۱۶).

۱۸۰. «لهم دارالسلام عند ربهم و هو وليهم بما كانوا يعملون» (انعام: ۱۲۷).

۱۸۱. «تحييتهم يوم يلقونه سلام» (احزاب: ۴۴).

۱۸۲. رک. القاسمی، همان، صص ۱۵۱-۱۵۲. به نقل از السباعی، مصطفی، هذا هو الاسلام، بیروت، المكتب الاسلامی، ۱۹۷۹ م، صص ۵۶-۲۵.

درخواست سلم و آشتی کرد، از او بپذیرید.^{۱۸۳}

ب) در عهدنامه جاودان علی (ع) به مالک اشتر آمده است که صلحی را که رضایت الهی در آن است و دشمن به آن دعوت کرده، رد مکن.^{۱۸۴}

ج) از امام باقر (ع) روایت شده که رسول خدا (ص) در سال صلح حدیبیه با اهل مکه فروتنی ورزید. اساساً امام یا منسوب از طرف او در مورد صلح بررسی می‌کند، اگر خیر مسلمین را دید، باید صلح کند؛ چه با اخذ مالی از مشرکان یا بدون آن.^{۱۸۵}

د) رسول خدا (ص) فرمود که خدا، سلام را درود امت ما و امان برای اهل ذمه قرار داده است.^{۱۸۶}

هـ) از پیامبر (ص) رسیده است که ای مردم! آرزوی روبروشدن با دشمن را مکنید، از خدا عافیت بطلبید.^{۱۸۷}

در حدیث اول قبول صلح فرمان داده شده و در حدیث دوم از عدم پذیرش صلح منع کرده و صلح را موجب آرامش سربازان و امنیت سرزمین دانسته است. در حدیث سوم با عنوان صلح حدیبیه، امام یا جانشین امام را ناظر بر امر صلح و مواعده دانسته که در صورت مصلحت بدان روی آورده می‌شود. در حدیث چهارم سلام را درود امت بر یکدیگر و امن برای اهل ذمه که در سایه امنیت حکومت اسلامی زندگی می‌کنند، شمرده است و در حدیث آخر از رغبت و آرزوی جنگ، حتی با دشمن نهی می‌کند و از خدای سبحان، درخواست دارد که نعمت صلح و امنیت و سلامت، پایدار بماند.

۱۸۳. حر عاملی، همان، ج ۱۱، ص ۷۳.

۱۸۴. نوری، حسین، همان، ج ۱۱، ص ۴۳.

۱۸۵. همان، ص ۱۲۹.

۱۸۶. رک. الهمدی، همان، ص ۱۲۰.

۱۸۷. این حدیث در صحیح بخاری و مسلم آمده است. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۳۴. به نقل از منتخب کنز العمال من مستند احمد، ج ۲، ص ۳۲۳.

و) در مستدرک الوسائل یک نمونه پیمان نامه صلح پیامبر با مسیحیان نجران آمده است^{۱۸۸} و در صحیح مسلم، ماجرای صلح حدیبیه را طی چند حدیث بیان کرده است^{۱۸۹} که از مجموع آنها، مشروعیت صلح و بستن عهد و پیمان حتی با مشرکان به دست می آید. مضافاً این که، صلح نامه در این خصوص، امر لازمی قلمداد شده است.

ز) حضرت رسول (ص) ۱۳ سال در مکه در مقابل مشرکان، مقاومت مسالمت آمیز داشت بدون آن که سلاح حمل کند یا بر آنها هجومی برد و در جواب سؤال صحابه می فرمود که به کارزار مأمور نشدم: «انی لم أؤمر بقتال». پس از انتقال به مدینه و جواز حمل سلاح بر ضد مشرکان و همسایگان غیرعرب، این اجازه، برای دفاع از خود و دعوت اسلامی بود. از این رو می توان گفت: «غزوه هایی که در زمان پیامبر بر ضد مشرکان عرب رخ داد، مثل: هوازن، ثقیف و ... همه از قبیل جنگ دفاعی بود. نیز می توان برخی جنگ ها را بر ضد یهود یثرب و خیبر مثل بنی نضیر، بنی قضاعه و بنی قینقاع ... به واسطه پیمان شکنی آنها دانست».^{۱۹۰} اقوال و افعال و سیرت نبی (ص) در جنگ ها و صلح ها «اصل صلح» را اثبات می کند. حضرت (ص) ۱۳ سال در مکه به دین خدا دعوت نمود و اصل صلح را تقریر کرد. دعوت مسالمت آمیزش را در مدینه دوباره از سر گرفت. اگر بعضی مشکل ها، جنگ ها و درگیری ها ... که همه یا دفاعی بود و یا در مقابل نقض پیمان ها صورت می گرفت، رخ نمی داد و مشرکان، ستم نمی کردند، صلح استمرار می یافت.

۱۸۸. رک. نوری، حسین، همان، ج ۱۱، صص ۱۳۴-۱۳۳.

۱۸۹. رک. صحیح مسلم، القاهرة، مطبعه السنه المحدثه، ج ۱۱ و ۱۲، صص ۱۴۳-۱۳۵.

۱۹۰. رک. الهندی، همان، ص ۱۲۱.

۳-۹- بررسی آرای دانشمندان در باب صلح

در میان فقیهان متقدم از عامه، هستند کسانی که قائل به «اصل صلح» در اسلام اند چنانکه مالک، طبری، ثوری، اوزاعی و نیز ابن تیمیه، ابن قیم و کمال بن همام برآنند که قاعده اساسی در ارتباط مسلمان با غیرمسلمان، صلح است.

براساس نظر مالک، شایسته نیست که خون مسلمانی جز به حق ریزد و یا مسلمانی، خونی را جز به حق ریزد.^{۱۹۱} در صورتی، ریختن خون دیگران، حق شمرده می شود که اقدام به مبارزه یا فتنه گری کنند و کفر، هیچگاه علت قتال و مبارزه نیست و اسلام هم کافر را به دلیل کفر، مستحق قتل ندانسته است، بلکه در صورت حربه و جنگ افروزی، اقدام به جنگ با آنها می شود. اسلام قتل کفار را تجویز نکرده است، هدایت و دعوت آنان را تجویز کرده است و هدایت و دعوت با قتل و خونریزی تحقق نمی پذیرد.

طبق دیدگاه ثوری، مبارزه با مشرکان واجب نیست، مگر آن که آنان شروع کننده باشند.^{۱۹۲} در نظرگاه ابن تیمیه، مباح بودن مبارزه از سوی مسلمانان، مبتنی بر مباح شمردن مبارزه و شروع آن از سائرین است.^{۱۹۳} این قیم جوی تصریح می کند که جهاد صرفاً به صورت دفاع از نفس یا ایجاد امنیت برای دعوت اسلامی است. او معتقد است که بر مسلمانان، جنگ و کارزار با کسانی واجب شده است که با آنان از در جنگ و درگیری درآیند و نه دیگران. از اینجا روشن می شود که جهاد جز به صورت دفاع از جان یا امنیت دعوت اسلامی و جلوگیری و رفع فتنه از مسیر آن تشریع نشده است. دین اسلام متجاوز نیست، بلکه از تجاوز نهی

۱۹۱. رک. همان. به نقل از الطبری، ابن جریر، اختلاف الفقهاء، تحقیق شاخت، ص ۱۹۵.

۱۹۲. رک. همان. به نقل از شرح السیر الکبیر، ص ۱۸۷.

۱۹۳. رک. همان. به نقل از ابن تیمیه، رساله القتال من مجموعه الرسائل النجدیه، ص ۱۶۶ و بعد.

کرده و به روی آوردن به سلم^{۱۹۴} که از آن مشتق شده، فرمان داده است.^{۱۹۵}

کمال بن همام نیز هدف از کارزار را از بین بردن فساد و عکس‌العملی در برابر جنگ‌افروزی دشمنان می‌داند.^{۱۹۶} همو در تفسیر آیه «و قاتلوا المشرکین کافه کما یقاتلونکم کافه» نوشته است: قتالی که ما به آن امر شده‌ایم، در مقابل قتال آنها است و به عنوان سبب و مسببی مطرح شده‌است و در تفسیر آیه «و قاتلوهم حتی لا تکن فتنه» آورده است: یعنی فتنه‌ای از جانب آنان بر مسلمانان و دینشان، که با اکراه و ضرب و شتم و قتل تحقق می‌پذیرد، نباشد.^{۱۹۷}

فاضل مقداد صاحب کنز‌العرفان آورده است: «بدان که صلح، که به آن هدنه می‌گویند، شرعاً جایز است؛ چرا که نبی با اهل مکه در سال حدیبیه صلح کرد ... البته با رعایت مصلحت مسلمین جایز است ... و گاهی به خاطر ضرورت، واجب می‌شود یا به خاطر اندک بودن مسلمانان یا امید به اسلام آوردن گروهی با صبر».^{۱۹۸}

صاحب ریاض می‌نویسد: «هدنه، صحیح است به دلیل اجماع و نص کتاب، آیه ۶۱ سوره انفال که منسوخ نیست و اطلاق آن، مانند سایر آیات عمومیت دارد که هدنه، بدون عوض باشد و نیز به عوضی که امام می‌گیرد یا عوضی که امام به آنها می‌دهد، به دلیل ضرورتی یا غیر آن».^{۱۹۹} در المنتهی نیز با اندکی تغییر این مطلب آمده است.^{۲۰۰}

۱۹۴. این مطلب در این آیه آمده است: «و ان جنحوا للسلم فاجنح لها و توکل علی الله» (انفال: ۶۱).

۱۹۵. رک. همان، صص ۱۲۲-۱۲۱. به نقل از زاد المعاد، ج ۲، ص ۵۸.

۱۹۶. رک. همان، ص ۱۲۲. به نقل از فتح‌القدیر، ج ۴، ص ۲۷۷ و بعد.

۱۹۷. الزحیلی، همان، ص ۱۳۲. به نقل از فتح‌القدیر، ج ۴، ص ۲۷۹.

۱۹۸. السیوری، همان، ج ۱، صص ۳۸۱-۳۸۰.

۱۹۹. طباطبائی، سیدعلی، همان، ج ۴، صص ۶۴۵-۶۴۴.

۲۰۰. حلی، علامه، منتهی‌المطلب، ج ۲، صص ۹۷۵-۹۷۳.

سایر فقهای شیعی نیز صلح را جایز و مقید به رعایت مصلحت کرده‌اند. اما مطلب دیگری که بتوان استنباط کرد و «اصل صلح» را به قول آنان استناد کرد، از آرای آنان بر نمی‌آید.

در میان نویسندگان و محققان معاصر، اغلب آنان اصل را در ارتباط مسلمانان با غیرمسلمانان صلح دانسته‌اند. از جمله رشید رضا، محمد عبده، احمد ناز، احمد بدر، محمد عبدالله دراز، عبدالرحمن عزام، عثمان بن عبدالرحمن مشهور به ابی‌الصلاح، محمد عزت دروزه، محمد شدید، محمد ابوزهره، حامد سلطان، وهبه الزحیلی، علی‌علی منصور، مصطفی السباعی، عبدالحافظ عبدربه، توفیق علی وهبه، مصطفی کمال وصفی، ابراهیم عبدالحمید، ابوالاعلی مودودی و جمعی دیگر...^{۲۰۱}

در اینجا ناگزیر از تذکار یک نکته منفی در این خصوص هستیم. بعضی از نویسندگان معاصر، آن قدر در دعوت به صلح مبالغه می‌کنند که به درجه «استسلام» و «صلح ظالمانه» می‌رسد. محمدعبدالله دراز می‌گوید: «جنگ‌ها در نظر اسلام، شری است که جز از روی ناچار بدان دست یازیده

۲۰۱. رک. رشیدرضا، الوحي المحمدي، صص ۲۷۵-۲۷۱؛ عبده، محمد، تفسیر القرآن الکریم، ج ۱، صص ۱۱۸-۱۱۷ و نیز: ج ۲، ص ۲۱۶ و ۲۰۴؛ ناز، احمد، القتال فی الاسلام، ص ۱۵ و بعد؛ بدر، احمد، مجله دراسات تاریخیه، ش ۴؛ دراز، محمدعبدالله، القانون الدولي العام و الاسلام، مقاله منتشر شده در مجله مصری القانون الدولي، ج ۵، ۱۹۴۹م؛ عزام، عبدالرحمن، الرسالة الخالده، صص ۱۲۱-۱۱۸، ص ۷۹ و بعد؛ فتاوی ابی‌الصلاح؛ دروزه، محمدعزت، الجهاد فی سبیل الله فی القرآن و الحدیث، دمشق، دارالنشه العربیه، ۱۹۷۵ م، ۱۳۹۵ ق، صص ۱۴ و ۵۸-۵۹؛ دستور قرآن، ص ۲۲۶ و بعد؛ ۲۳۶ و بعد؛ شدید، محمد، الجهاد فی الاسلام، القاهرة، مؤسسه المطبوعات الحدیثه، ص ۷ و نیز در فصلی در همان کتاب، تحت عنوان صلح، اصلی از اصول اسلام، ص ۱۱۹ و بعد؛ ابوزهره، محمد، نظریه الحرب فی الاسلام، مقاله منتشر شده در مجله مصری القانون الدولي، ج ۱۴، ۱۹۵۸ م؛ سلطان، حامد، احکام القانون الدولي فی الشریعه الاسلامیه، القاهرة، دارالنشه العربیه، ۱۹۷۴ م، صص ۱۱۵-۱۱۱؛ الزحیلی، وهبه مصطفی، آثار الحرب فی فقه الاسلامی، صص ۱۰۹-۱۰۷؛ ۱۲۰-۱۱۴ و نیز ص ۸۴ و بعد؛ منصور، علی‌علی، شریعه الله و شریعه الانسان، القاهرة، دارالمعارف، صص ۴۴-۳۶؛ السباعی، مصطفی، مقاله نظام صلح و جنگ در اسلام، در کتاب هذا هو الاسلام، ص ۱۸ و بعد؛ عبدربه، عبدالحافظ، فلسفه الجهاد فی الاسلام، ص ۴۵؛ علی وهبه، توفیق، جهاد در اسلام، ص ۹ و بعد؛ ۲۲ و بعد؛ وصفی، مصطفی کمال، النبی و السیاسه الدولیه، القاهرة، ۱۹۷۵ م، صص ۱۴-۶؛ عبدالحمید، ابراهیم، القانون الدولي الاسلامی، ص ۱۷؛ مودودی، ابوالاعلی، الجهاد فی سبیل الله، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۹۸۱ م و

نمی‌شود. اگر مسلمانان با واگذاری بخشی از حقوق خود به «صلح مجحف» دست یابند، بهتر از پیروزی درخشانی برای حق است که در آن، جانها گرفته شود. حرکت حضرت رسول (ص) در غزوه حدیبیه (صلح حدیبیه) نمونه‌ای خوب برای این روح عالی مسامحه و گذشت است و نشانگر خواست عمیق مبنی بر صلح با طرف قوی‌تر است».^{۲۰۲}

نکته فوق هرگز درست نیست. صلح، خوب است، اما نه تسلیم و سازش‌پذیری به هر نحو ممکن. صلح مسالمت‌آمیز و شرافتمندانه که در آن حقوق متقابل رعایت گردد، مناسب است و نه صلح ظالمانه.

عبدالرحمان عزام از شواهد تاریخ اسلامی استفاده کرده و می‌گوید: «در تاریخ اسلام دو حادثه عظیم وجود دارد که اثبات می‌کند مسلمانان به شمشیر دست نمی‌زدند، مگر برای دفاع و پیروزی‌های مسلمانان در ایام ضعف آنها بوده است:

۱. وقتی در قرن ۱۳ میلادی، وحشیان مغول و ترکان سلجوقی، که از کفار بودند، به سرزمین مسلمانان تجاوز کردند، دین مغلوبان را گردن نهادند و قلوب آنها جذب اسلام شد، در حالی که اسلام در آن زمان، نه شمشیر داشت و نه سلطه.

۲. صلح حدیبیه، بزرگترین فتح معنوی اسلام بود و زمینه فتح مکه را فراهم کرد.

مسلمانان هیچوقت به فکر تأسیس ارتش دائمی و صنایع نظامی نبوده‌اند و اگر در این زمینه کاری کرده‌اند، به تقلید از دشمنان بوده است. دعوت محمدی (ص) نیازی به نقض صلح نداشته است و برای انتشار دین خدا، هیچ وقت به زور و اکراه تکیه نکرد و هیچگاه برای دنیا و منافع

۲۰۲. الهندی، همان، ص ۱۲۲. به نقل از دراز، محمدعبدالله، القانون الدولي العام و الاسلام، ج ۵، مقالات منتشره در مجله مصری القانون الدولي، ۱۹۶۹م، ص ۶.

دنیاپی و تسلط و برتری قومی، راضی به جنگ نشد. صلح در اسلام، دائمی است و جنگ، عارضی. قداست و حرمت قرارداد ذمه و قداست سوگندها و پیمان‌ها به این خاطر است».^{۲۰۳}

همو در کتاب «الرساله الخالده» در فصلی به نام «صلح دائم» گوید: «بعضی تصور کرده‌اند: اسلام با مخالفان خود در دیار اسلام و خارج آن، در حال نزاع دائم است ... اسلام ابتدا جنگ و نیز صنعت نظامی را تحریم کرده اما رؤسای دینی به تدریج این فرمان را نقض کردند تا جایی که مهاده با مخالفان را حرام کرده و حق فسخ عقود و پیمان‌ها و نقض سوگندها را از آن خود دانسته و گفتند: ملحد و کافر، مهدور الحق است و عهد او حرمتی ندارد. این اعتقاد، اصل نظام اجتماعی را زیر سؤال می‌برد، زیرا صلح، عارضه‌ای تصور می‌شود که به مجرد قدرت یافتن، نقض می‌شود. دعوت محمدی دقیقاً برای عکس این هدف است ... جنگ، حالت ضروری است برای نصرت مستضعف و مظلوم و مستصرخ (فریاد کننده). جنگ استثنایی بر قاعده عمومی «صلح عمومی بین بشر» است».^{۲۰۴}

۱۰- بررسی و تحلیل دیدگاه دوم

این دیدگاه به نظر ما از قوت منطقی و استدلالی لازم برخوردار است. آیات قرآن کریم، دلالت قطعی دارد بر این که اصل در ارتباطات اسلامی با سایر بلاد، صلح است مگر آن که تجاوزی صورت گیرد و مسلمانان، ناگزیر از جنگ بشوند. در این صورت، یا به عنوان دفاع از جان یا بازدارندگی از هجوم دشمن است که پیشدستی در آن، نوعی دفاع تلقی می‌شود.^{۲۰۵} «سلم» در آیات به معنی «صلح»، «سلام» و «دین اسلام»

^{۲۰۳}. القاسمی، همان، ص ۱۵۰. به نقل از عزام، عبدالرحمن، الرسالة الخالده، ص ۹۷ و بعد.

^{۲۰۴}. همان، صص ۱۴۸-۱۴۷. به نقل از همان، فصل صلح دائم.

^{۲۰۵}. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۳۳.

است. این لفظ، شامل همه معانی که مقام، اقتضای آن را دارد، می‌شود.^{۲۰۶} مسلمانان باید صلح را با تمام انواع و اشکال آن قبول کنند، در صورتی که سایر امم به آن متمایل باشند و حسن نیت خود را نیز آشکار نمایند، اگرچه به دین اسلام نگروند.^{۲۰۷}

۱-۱۰- ارزیابی آیات قرآنی و روایات

آنچه در ارزیابی دلایل قرآنی و نیز روایات در باب اصالت جنگ آوردیم، در اینجا باید به عنوان نکات تحلیلی مورد استفاده قرار گیرد. علاوه بر آن، نگاهی اجمالی به برخی آیات ویژه‌ای که در باب صلح رسیده، مناسب است.

از آیه ۲۰۸ سوره بقره، روح صلح، سلم و محبت جلوه گر است و به صورت عام، به همه مؤمنان امر کرده که در وادی صلح و صفا و آشتی درآیند. ممکن است گفته شود: «از آنجا که روی سخن با مؤمنان است، مفهوم آیه چنین می‌شود که صلح و آرامش، تنها در پرتو ایمان امکان‌پذیر است و بدون ایمان؛ یعنی تنها به اتکای قوانین مادی، هرگز جنگ و اضطراب از دنیا برچیده نخواهد شد».^{۲۰۸} اما نگاهی دقیق‌تر به آیه و نیز با عنایت به سایر آیات شریفه، دو نکته را می‌نمایاند:

۱. روی خطاب قرآن، باید به مؤمنان باشد. چه؛ آنانند که ایمان آورده و دستورات آن را به گوش جان می‌شنوند.

۲. قبول داریم که صلح و آرامش واقعی، تنها در پرتو ایمان به خدا امکان‌پذیر است؛ اما اگر براساس این آیه، چنین استدلالی بکنیم، تحصیل حاصل خواهد بود. مؤمنان به خدا ایمان آورده و در امنیت و آرامش به سر

۲۰۶. رک. همان، ص ۱۳۴. به نقل از تفسیر المنار، ج ۲، ص ۲۵۶.

۲۰۷. رک. همان، ص ۱۳۴.

۲۰۸. تفسیر نمونه، همان، ج ۲، چاپ بیست و یکم، زمستان ۶۸، ص ۵۰.

می‌برند. تحقیق آن است که قرآن کریم خطاب به همه مؤمنان می‌گوید: همه از در مسالمت و آشتی درآیید و با توجه به محتوای دین الهی، که هدف آن، برقراری صلح، امنیت و آرامش است، شما نیز در این جهت بکوشید.

آیه ۶۱ سوره انفال، سلم و صلح طلبی را در مقابل صلح طلبی مخالفان ذکر کرده است. شاید گفته شود آیه، مخصوص اهل کتاب است، اما قبول صلح با مشرکان در حدیبیه از سوی پیامبر (ص) و ترک جنگ در سال ۶ هجری، با تخصیص فوق منافات دارد. شاید گفته شود، صلح حدیبیه، صلحی مقطعی است. پاسخ آن است که دلیلی بر موقتی بودن صلح حدیبیه وجود ندارد. جالب این است که صاحب کنز العرفان ذیل همین آیه، هدنه و صلح را جایز دانسته است. دلیل آن را نیز صلح پیامبر (ص) در سال حدیبیه با اهل مکه ذکر می‌کند و آیه را نیز اشاره به آن می‌داند.^{۲۰۹} مضافاً این که لحن آیه و روح آن، نمایانگر قانونی کلی است.

طبق آیه ۸ سوره ممتحنه، با غیرمقاتلان و غیرظالمان، نیکوکاری و قسط مانع ندارد و عبارت، بیانگر آن است که مسلمانان، موظفند با غیرمسلمانان با انصاف و مدارا عمل نمایند. آیات ۹۰ و ۹۴ سوره نسا و نیز ۱۹۲ سوره بقره، به صورت قانونی کلی، صلح و سلم را ترجیح می‌دهند. صلح و سازشی که براساس حقوق متقابل و حفظ اصول صورت می‌گیرد. نکته‌ای جالب در آیه ۹۴ سوره نسا است. این آیه، خطاب به مؤمنان می‌گوید که وقتی در راه خدا به جهاد می‌پردازید تحقیق کنید و به کسی که با شما از در مسالمت وارد شد، نگویید: تو مؤمن نیستی. گویا اسلام، دنبال بهانه می‌گردد تا صلح را در همه جا برقرار سازد و فرمان می‌دهد همین که کسی به شما سلام گفت، بپذیرید و با او در سلم و صلح قرار گیرید.

۲۰۹. رک. السیوری، همان، ج ۱، ص ۳۸۰.

در آیه ۳۹ سوره حج، اجازه قتال صادر شده است و نه دستور جهاد. آن هم به عنوان عکس‌العمل طبیعی مسلمانان مظلوم است و در حقیقت از مقوله دفاع است. آیه ۱۹۰ سوره بقره نیز صریحاً امر به قتال را در مقابل قتال سایرین ذکر کرده است. آیه ۱۲۸ سوره نسا نیز که صلح را بهتر دانسته، قانون کلی اسلام و قرآن است و اختصاصی به مورد خاصی ندارد. آیات قرآن همانطور که در بالا آمد، جنگ را در حالت دفع عدوان و رفع تجاوز جایز می‌داند. قتال و مبارزه بدون دلیل، با غیرمقاتل جایز نیست. از سوی دیگر، طریق دعوت به سوی خدا، حجت، برهان و دلربایی است و ماهیت دعوت، نشان می‌دهد که وسایل اکراه و قهر و غلبه مادی، از طرق دعوت به سوی خداوند نیست. نمونه‌هایی از آیات ذکر می‌شود:

الف) سوره هود، آیات ۱۱۸ و ۱۱۹: اگر پروردگارت می‌خواست مردم را امت یگانه‌ای قرار می‌داد، ولی همچنان اختلاف می‌ورزند، مگر کسانی که خداوند بر آنان رحمت آورد و برای همین، آنان را آفریده است.^{۲۱۰}

البته می‌توان براساس یک برداشت تفسیری، این آیه را نظیر آیه ۲۱۳ سوره بقره دانست که اختلاف را ناشی از طبیعت اولیه انسان می‌داند، انبیا نیز برای رفع این اختلاف آمده‌اند: «لیحكم بین الناس فیما اختلفوا فیه». اما به هر حال نباید به این برداشت اکتفا کرد. می‌توان و باید نگاه کلی‌تری نیز بدان انداخت و مفهوم آیه، منافاتی با برداشت موردنظر در این نوشتار ندارد.

ب) سوره یونس، آیه ۹۹: اگر پروردگارت (به اراده حتمی) می‌خواست تمامی اهل زمین ایمان می‌آوردند، پس آیا تو مردم را به اکراه وامی‌داری تا این که مؤمن شوند؟^{۲۱۱}

۲۱۰. خرمشاهی، همان، ص ۲۳۵.

۲۱۱. خرمشاهی، همان، ص ۲۱۹.

در تفسیر نمونه ذیل این آیه چنین می‌خوانیم: «ای پیامبر! از عدم ایمان گروهی از آنان دلگیر و ناراحت نباش. این، لازمه اصل آزادی و اختیار است که گروهی مؤمن و گروهی بی‌ایمان خواهد بود ... ایمان اجباری بی‌ارزش است و اصولاً دین و ایمان، چیزی است که از درون جان برخیزد نه از برون و به وسیله شمشیر و مخصوصاً پیامبر را از اکراه و اجبار کردن مردم برای ایمان و اسلام برحذر می‌دارد».^{۲۱۲} خدا از پیامبر نخواسته است که برای وارد کردن منکران، مشرکان و کافران در دین اسلام، دست به فشار و الزام بیرونی بزند. حتی با تلمیحی زیبا و کنایه‌آمیز به پیامبر بزرگوار اسلام می‌گوید که تو اندوهگین و افسرده مباش از این که عده‌ای ایمان نمی‌آورند (کهف: ۶).

ج) سوره یوسف، آیه ۱۰۸: بگو [ای پیامبر!] این راه و رسم من است که به سوی خداوند دعوت می‌کنم؛ که من و هر کس پیرو من باشد، برخوردار از بصیرتیم.^{۲۱۳}

براساس این آیه، دعوت پیامبر اکرم، مبتنی بر عقل، انتخاب و بصیرت بود و نه خوارق عادات و معجزات و ...

د) سوره مائده، آیه ۹۹: جز پیام‌رسانی چیزی برعهدهٔ پیامبر نیست.^{۲۱۴}

آیات دیگری نیز مانند «و ما علینا الا البلاغ المبین» (یس: ۱۷) و «فهل علی الرسل الا البلاغ المبین» (نحل: ۳۵) و بسیاری دیگر مثل آل عمران: ۲۰؛ مائده: ۹۲؛ رعد: ۴۰؛ نحل: ۸۲؛ نور: ۵۴؛ عنکبوت: ۱۸؛ شوری: ۴۸؛ تغابن: ۱۲ و ... دارای همین مضمون و پیام هستند.

هـ) سوره بقره، آیه ۲۵۶: در کار دین اکراه روا نیست چرا که راه از

^{۲۱۲}. تفسیر نمونه، همان، ج ۸، چاپ یازدهم، ۶۹، ص ۳۹۰.

^{۲۱۳}. خرمشاهی، همان، ص ۲۴۸.

^{۲۱۴}. خرمشاهی، همان، ص ۱۲۴.

بیراهه به روشنی آشکار شده است.^{۲۱۵}

براساس این آیه، صریحاً اکراه و اجبار در پذیرش دین نفی شده است. چه؛ آیه را در مقام اخبار از واقع بدانیم و یا در مقام انشای حکم الهی، نتیجه هر دو مقام، نفی دین اجباری و اکراهی است.

تفسیر نمونه ذیل این آیه آورده است: «هیچ مانعی نداشت که او به حکم اجبار و الزام، همه انسانها را یکنواخت و مؤمن به حق و مجبور به قبول ایمان بیافریند، ولی نه چنین ایمانی فایده‌ای داشت و نه چنان اتحاد و هماهنگی. ایمان اجباری که از روی انگیزه‌های غیرارادی برخیزد، نه دلیل بر شخصیت است و نه وسیله تکامل و نه موجب پاداش و ثواب ... اصولاً ارزش و امتیاز انسان و مهم‌ترین تفاوت او با موجودات دیگر، داشتن همین موهبت آزادی اراده و اختیار است. همچنین داشتن ذوق‌ها، سلیقه‌ها و اندیشه‌های گوناگون و متفاوت که هر کدام، بخشی از جامعه را می‌سازد و بُعدی از ابعاد آن را تأمین می‌کند. از طرفی، هنگامی که آزادی اراده آمد، اختلاف عقیده و مکتب، طبیعی است. اختلافی که سبب می‌شود گروهی راه حق را بپذیرند و گروه دیگری راه باطل را».^{۲۱۶}

شیخ طوسی در تبیان، از قول مجاهد، قتاده، عطاء، اعمش و نیز حسن در یکی از روایت‌ها از او، معنای آن را اختلاف در ادیان مثل یهود، نصارا و مجوس و دیگر مذاهب باطل می‌داند و می‌نویسد: «اختلاف یعنی اعتقاد هریک، نقیض اعتقاد دیگری که در صحت، جمع نمی‌شود، ولی در فساد بله».^{۲۱۷}

این آیه می‌رساند که اگر مشیت خداوند بر نابودی ظالمان، مستکبران، کافران، مشرکان و ... بود، اجازه و امکان ظلم، کبر، کفر،

۲۱۵. خرمشاهی، همان، ص ۴۲.

۲۱۶. تفسیر نمونه، همان، ج ۹، چاپ دهم، ۶۹، ص ۲۷۹.

۲۱۷. طوسی، التبیان، همان، ج ۶، صص ۸۴-۸۳.

شرک و ... به کسی نمی‌داد و خود، به محو آنها اقدام می‌فرمود. آری؛ سنت و ناموس خلقت، آن است که «حق بر باطل پیروز است». اما یادمان نرود که در عرصه حیات انسانی، این سنت الهی به دست انسانها سپرده شده است که با توکل به ذات اقدس الهی بدان اقدام نمایند. این سنت به این معنا نیست که مسلمانان، برای پیروزی دین خود، دست به شمشیر بزنند. مسلمانان باید دعوت بکنند و دعوت با برهان و استدلال است و نه شمشیر و اکراه. البته اگر در راه دعوت و علیه پیام دین، مانع ایجاد شود؛ به این معنا که زورمداران و زرداران، که پیام دین را مخالف مطامع و منافع خود می‌بینند، به مبارزه با آن برخاستند، مسلمین ناگزیر از دفاع هستند. طبق سنت الهی، مردم مظلوم باید از حیات، حقوق و منافع خویش دفاع کنند (حج: ۴۰). آمدن انبیا نیز برای رفع همین اختلاف است (بقره: ۲۱۳). و البته داور نهایی برای حل و فصل اختلافات خدا است (حج: ۱۷؛ سجده: ۲۵).

(و) سوره غاشیه، آیات ۲۱ و ۲۲: پس اندر زده که همانا تو اندرز گویی [و] بر آنان مسلط [و حکمفرما] نیستی.^{۲۱۸}

این که پیامبر را صرفاً مذکر و اندرز دهنده نامیده است و نه مسلط بر مردم، خود گویای بسیار چیزها است.

۲-۱۰- مفهوم صلح اسلامی

اساساً صلح اسلامی معنای عمیق و گسترده‌ای دارد که عبارت است از «همزیستی مسالمت‌آمیز» و یا به تعبیر آیت‌الله شهید مرتضی مطهری، «همزیستی شرافتمندانه»^{۲۱۹} با رعایت متقابل حقوق و پایبندی متقابل به

۲۱۸. خرمشاهی، همان، ص ۵۹۲.

۲۱۹. مطهری، همان، ص ۱۶.

وظایف و مسؤولیت‌ها. در صلح اسلامی «عدالت اجتماعی و امنیت عمومی» برقرار است. صلح اسلام، به معنی عدم جنگ و صرف خودداری از جنگ آن هم به هر قیمتی نیست، بلکه حالت طبیعی مسالمت‌آمیزانه است که در آن، بشر به رشد و کمال خود برسد.

در صلح اسلامی، جنگ برای دفع تجاوز یا رفع آن و حمایت از دعوت اسلامی و یا برای ازبین بردن ظلم و فساد و یاری به استضعاف کشیدگان است، نه برای غلبه و مخالفت در دین غیرمسلمانان. وقوع جنگ، تعارض و منافاتی با اصل عام صلح ندارد. صلح اسلامی بین همه ملل جهان؛ از ضعیف و قوی و کوچک و بزرگ برقرار است و اساس آن، بر پایه تساوی حقوق ملل استوار است.

اسلام، جنگ تهاجمی را به قصد کشورگشایی و فتح یا توسعه طلبی یا تسلط و برتری طلبی تأیید نمی‌کند. جنگ مشروع در اسلام، جنگی است که به نام خدا و در راه خدا باشد. جنگ مشروع در اسلام، یا جنگ دفاعی است در تجاوزی که دشمن آغازیده است یا دفاع از حقی که به مقتضای عهد و پیمان و ... ثابت شده و دشمن، آن را نقض نموده است و یا تأمین و اطمینانی برای آزادی دعوت اسلامی.^{۲۲۰}

صلح، قاعده و اصلی همیشگی و جاودانی است و جنگ، استثنایی بر آن است. موارد تجویز استثنا، برقراری عدالت، ایجاد امنیت، رهایی دادن مردم از فشار و ترس و ستم و زیان و ... می‌تواند باشد.

بر این اساس، امان بین مسلمانان و غیرمسلمانان ثابت است. نه به خاطر پرداخت جزیه از سوی آنان یا عهدنامه، بلکه براساس این که اصل عام، صلح است و چیزی که این اساس را ویران سازد، عارض نشده است؛

۲۲۰. رک. الهندی، همان، صص ۱۲۰-۱۱۹. به نقل از علی منصور، علی، شریعه‌الله و شریعه الانسان، القاهرة، دارالمعارف، ص ۵۲.

مثل تجاوز به مسلمانان یا جلوگیری از دعوت آنان.^{۲۲۱} اصل، صلح است و جنگ، عارضی است برای دفع شر و بازکردن راه دعوت اسلامی و دعوت به اسلام با حجت و برهان است نه شمشیر و سنان.^{۲۲۲}

اسلام در تمام ادوار دعوت در مدینه یا مکه بر حجت و برهان تکیه کرد و فقط برای دفاع از کیان خویشتن به شمشیر پناه برد. تاریخ انتشار دعوت محمدی (ص) روشن است. در حالی در سرزمین‌های شرق و غرب نشر یافت که دولت اسلامی در حال ضعف بود.^{۲۲۳} در واقع، فتوحات قرن اول اسلامی، نتیجه طبیعی وضعیت ملت‌های مجاور بوده است. این جنگها یا دفاعی بوده است یا جنگ وقائی و بازدارندگی یا جنگ خوف از فتنه. پس شایسته نیست که آنها را تعمیم داده و از آنها قاعده درست کنیم.^{۲۲۴} این فتوحات، ابتدایی نبوده است بلکه به قصد دفع تجاوز بوده؛ چه در شام یا مصر یا ایران یا سرزمین‌های روم.^{۲۲۵}

۳-۱۰- چرا تنظیم شؤون جنگی؟

شاید این سؤال در ذهن‌ها جوانه زند که اگر اصل در اسلام، صلح است؛ پس چرا شؤون جنگی تنظیم شده است. در بررسی این سؤال، ابتدا باید گفت، مراد از اصل صلح، خمودی و سکون و انداختن سلاح و در خواب غفلت فرورفتن نیست. این که می‌بینیم در اسلام، شؤون جنگ تنظیم شده است هم برای زمان رسول الله (ص) و هم برای بعد از ایشان، به خاطر این است که جنگ، حالتی عارضی و استثنایی است و اصلی ثابت نیست؛

۲۲۱. رک. همان، ص ۱۳۶ پاورقی. به نقل از خلاف، عبدالوهاب، السیاسة الشرعیة و نظام الدولة الاسلامیة، القاهرة، ۱۳۵۰ ق، صص ۹۲-۷۴.

۲۲۲. رک. همان. به نقل از همان، ص ۸۳.

۲۲۳. رک. القاسمی، همان، ص ۱۴۷.

۲۲۴. رک. همان، ص ۱۴۶.

۲۲۵. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۳۵.

چرا که اسلام، رحمت برای همه بشر است و نیامده است تا خوف، قتل، ویرانی، خونریزی و سایر چیزها که عادتاً ملازم با جنگ است، ایجاد کند.^{۲۲۶}

محصل آیه ۴۰ سوره حج، آن است که تشریع قتال، به خاطر حفظ جامعه دینی از شر دشمنان دین است که قصد خاموش کردن نور الهی دارند و اگر تشریع نمی‌شد، معابد دینی و شعائر الهی منهدم می‌شد و عبادات و مناسک از بین می‌رفت.^{۲۲۷} مراد از «دفع الله» اعم از قتال است. دفع با قتال، آخرین راه رفع است.^{۲۲۸} تدافع از سنن الهی و قوانینی است که بدون آن، بقای جامعه در خطر است. تدافع برای حفظ توازن اجتماعی است.

نگاهی به فتوحات مسلمانان، نشان می‌دهد که در طی آن، مسلمانان همواره عقاید و حقوق ملل تحت امر خود را محترم شمرده و خود را ملتزم به رعایت قوانین موجود در قرآن و سنت پیامبر و کتب فقهای بزرگ در مورد اقلیت‌های مذهبی می‌دانستند. نظر اسلام در خصوص صلح، فراگیر و جهانی است و بر بنیانی نمونه و نشانی فطری و بلند استوار است. اسلام در ذات و گوهر خود، شریعت صلح و رحمت عام برای همه امت‌ها است. «جنگ در حوزه این نظریه صلح‌آمیز، ضرورتی اجتماعی برای حفظ صلح و پشتیبانی آن است، پس از آن که آزادی دینی مقرر شد و عدالت انسانی شیوع و برتری یافت. اسلام، دینی است که با واقعیت روبرو شده و از آن نمی‌گریزد و همراه با قانون تنازع بقا و برخورد آرا و درهم پیچیدن مصلحت‌ها، طمع‌ها و ... به هنگام جنگ از قدر نیاز و حاجت فراتر نمی‌رود. اسلام، تنها به «همزیستی مسالمت‌آمیز» و «صلح مشترک بین دولت‌ها» یا «صلح جهانی» دعوت نمی‌کند بلکه به بالاتر از آن؛ یعنی به «تسامح و

۲۲۶. رک. القاسمی، همان، ص ۱۴۷.

۲۲۷. رک. طباطبائی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۱۴، ص ۴۲۲.

۲۲۸. رک. همان، ص ۴۲۳.

همزیستی دوستانه» فرا می‌خواند.^{۲۲۹}

۴-۱۰- ضمانت‌های صلح جهانی

ضمانت‌های این صلح جهانی بسیار است:

۱. رابطه مقدسی که بین مسلمانان و سایرین براساس محبت و دوستی ملی و سعی در جلب منفعت و دفع ضرر برقرار بود و شریعت اسلامی روح تسامح با آنان را برقرار ساخت.

۲. جنگ در اسلام، مشروع به غایت محدود و حوزه خاص است و «به نفس» جایز نیست.^{۲۳۰}

مسأله اصیل، عمیق و ریشه‌دار صلح در اسلام، قاعده‌ای همیشگی و جاودانه است و موضوع جنگ، حالتی استثنایی تلقی می‌شود که در صورت تجاوز، ستم یا فساد و هرج و مرج و ...، جنگ به طور موقت و استثنایی پیش می‌آید و منظور از آن، بازگرداندن حالت صلح و سلم اولیه است.

با توجه به آیات جهاد دو نکته ذیل به دست می‌آید:

۱. آیات به مسلمانان تکلیف نکرده است که دشمنان عقیدتی خود را از بین ببرید. دستور آیات، مبنی بر از بین بردن دشمنانی است که به مقابله با مسلمانان برخاستند و در راه دین به فتنه‌گری دست می‌زنند. در آیه ۱۹۳ سوره بقره، اجازه ابراز خشونت و مقابله با سران کفر تا خاموش شدن آتش فتنه است.

۲. در برخی آیات از قتال در راه مستضعفان و مظلومان سخن به میان می‌آید. روشن است که کارزار در راه آنان در جهت دفاع و مقابله با تعدی است که بر آنان اعمال می‌شود (نسا: ۷۵).

۲۲۹. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۳۹.

۲۳۰. رک. همان، ص ۱۴۰.

۵-۱۰- بررسی سیره معصومان (ع)

نگاهی به سنت پیامبر (ص) و معصومان (ع) نیز راهگشای مسائل بسیاری است.

پیامبر اکرم (ص) مدت‌های مدید در مکه و چندی در مدینه، صرفاً به دعوت دین الهی پرداخت. قرآن هم او را «رحمه للعالمین» خطاب کرده است و با «بینات» همراه با «کتاب» و «میزان» برای هدایت «کافه مردم» فرستاده شده است تا به رهبری او، مردم برای اقامه عدالت اجتماعی به پا خیزند: «لیقوم الناس بالقسط» (حدید: ۲۵). دعوت او همراه با اجبار و اکراه و جنگ نبود: «لا اکراه فی الدین» بررسی تاریخ جنگ‌ها نیز نشان می‌دهد که جنگ‌ها، حالت تدافعی بوده و در قبال پیمان شکنی و تجاوزی که آنان روا می‌داشته‌اند، صورت می‌گرفته است. در کتاب قاموس قرآن ذیل آیات جهادی می‌نویسد: «با ملاحظه این آیات، می‌توان به دست آورد که قرآن، نظری به جنگ ابتدایی و تعرضی ندارد و متوجه دفاع است ... بررسی تاریخ نشان می‌دهد که جنگ‌های رسول خدا، جنبه تدافعی داشته و تجاوز و پیمان شکنی، ابتدا از جانب کفار بوده است».^{۲۳۱}

نامه‌های پیامبر گرامی اسلام (ص)، خطاب به سران کشورهای بزرگ آن زمان، خصوصاً ایران، مصر و روم، بیانگر نکات بدیعی است. نامه‌ها با نام خداوند شروع می‌شود و خطاب آنها به «عظیم الفارس»، «عظیم القبط» و «عظیم الروم» است. در این نامه‌ها، پیامبر از این که آنان را «عظیم» یعنی بزرگ و به بیان دیگر، رئیس قومشان بنامد، استنکاف نکرده است. پس از آن، عبارت «سلام علی من اتبع الهدی» آورده است. در این نامه‌ها، آنان را دعوت به اسلام کرده و تأکید نموده است که اگر نپذیرند، گناه

۲۳۱. رک. قرشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۱، ذیل لغت قتل.

مردمشان بر آنان است. در پایان نامه به روم و مصر، آیه مشهور «یا اهل الکتاب تعالوا الی کلمه سواء» (آل عمران: ۶۵) آمده است، که پیروان اهل کتاب را دعوت به وحدت، حول سه محور مشترک توحید، نفی شرک و عدم اتخاذ ارباب باطل می‌نماید.^{۲۳۲} از هیچکدام از نامه‌های فوق، بوی تهدید به جنگ و رنگ خشونت نمی‌آید.

۱۰-۶- جنگ‌های پس از رحلت پیامبر (ص)

بررسی تاریخ اسلام پس از رحلت پیامبر (ص)، نشان می‌دهد که اکثر فتوحات مسلمانان به دنبال دفاع حاصل شده است. برای نمونه، فتح ایران، جنگ ابتدایی نبود بلکه در قبال نقل و انتقالات نظامی بود که ایرانیان در کنار مرزهای مشترک با کشور اسلامی انجام می‌دادند و تصرفاتی نیز صورت گرفته بود. مشورت خلیفه دوم با حضرت علی (ع) در این امر و پاسخ حضرت به او، نشان از آن دارد که انگیزه اقدام به جنگ از سوی خلیفه به دلیل پیشدستی و گرفتن ابتکار عمل در دست بوده است.^{۲۳۳} در قسمتی از این کلام آمده است: اما آن چه تو راجع به آمدن ایرانی‌ها به جنگ مسلمین، یادآوری نمودی. در زمان خلافت ظاهری حضرت علی (ع) هیچ تعرضی به سایر کشورها نشد و حضرت، سعی در اصلاح مفاسد و رفع مشکلات داخلی کرد.

نکته مهم این که در جنگ‌های داخلی نیز رویه حضرت، آن بود که ابتدا به قتال و تعرض نکرد و حتی در نامه‌ای به معقل بن قیس ریاحی که

۲۳۲. رک. امین، اعیان الشیعه، ج ۲، صص ۱۴۶-۱۴۴ و ...؛ تاریخ یعقوبی، ج ۲، صص ۶۲-۶۱؛ البدایه و النهایه، ج ۴، ص ۲۶۹؛ ابن اثیر، الکامل، ج ۲، ص ۸۱؛ الطبری، تاریخ الرسل والملوک، دارالمعارف، القاهرة، ۱۹۶۰، ج ۲، صص ۲۹۱، ۲۹۶-۲۹۵؛ الدر المنثور، ج ۲، ص ۴۰؛ مجلسی، بحار الانوار، ج ۶، صص ۵۶۶ و ۵۷۰ و ... همچنین رک. مکاتیب الرسول، صص ۹۰ و ۹۷ و ۱۰۵.
۲۳۳. نهج البلاغه، نامه ۱۲.

فرماندهی لشکر او را در جنگ شامیان به عهده داشت، او را از ابتدا به کارزار منع کرد.^{۲۳۴} به لشکریان خود، پیش از روبروشدن با دشمن در جنگ صفین، همین مطلب را تأکید فرمود^{۲۳۵} و در نامه‌اش به برادر خود عقیل، در پاسخ به سؤال او درباره لشکریانی که امام به سوی بعضی دشمنان فرستاده بود، آورده است: از رأی من درباره جنگ با دشمنان پرسیدی، پس اندیشه من، جنگ با کسانی است که جنگ را جایز می‌دانند، تا این که به خدا بپیوندم.^{۲۳۶} سیره حضرت، در جنگ‌هایی که در دوران خلافت خود انجام داد، این بود که حتی الامکان به مذاکره می‌پرداخت و هیچگاه ابتدا به درگیری نمی‌کرد و به نصیحت مخالفان خود اقدام می‌نمود.

امام جعفر صادق (ع) به نقل از امیر مؤمنان (ع) می‌فرماید: رسول خدا (ص) مرا به یمن فرستاد و فرمود: ای علی! قطعاً با هیچکس کارزار مکن تا این که او را به اسلام دعوت کنی.^{۲۳۷}

حضرت امام حسین (ع) نیز در روز عاشورا، ابتدا به جنگ نکرد. از سوی دیگر، جنگ‌هایی هم که در تاریخ اسلامی، توسط خلفا و سلاطین اسلامی اتفاق افتاد، سند و حجت شرعی برای ما محسوب نمی‌شود.

۱۱- اصل صلح و آمادگی جنگی

ممکن است این سؤال پیش آید که اگر اصل در اسلام، صلح است؛ چرا دستور آمادگی جنگی داده شده است؟ در آیه شریفه «و اعدوا لهم ما استطعتم من قوة و من رباط الخیل» (انفال: ۶۰). فرمان به اعداد نیرو و آمادگی نظامی داده است. برای پاسخ به این سؤال، توجه به چند نکته الزامی

۲۳۴. همان، نامه ۱۴.

۲۳۵. همان، نامه ۳۶.

۲۳۶. حر عاملی، همان، ج ۱۱، ص ۳۰.

۲۳۷. رک. الزحیلی، همان، ص ۱۴۰.

است:

۱. از لحاظ منطقی، فراهم کردن عده و افزایش نیرو و سلاح‌های جنگی و آمادگی نظامی، یکی از ضروریات و لوازم زندگی اجتماعی به شمار می‌آید. اسلام برای عملی ساختن رسالت خود، بایستی دارای قدرت کافی باشد. چه؛ به هر حال محتوای پیام و رسالت اسلام با مطامع بسیاری نمی‌خواند. مراد از قدرت داشتن برای عملی ساختن رسالت، توسل به زور و ایجاد هراس و وحشت نیست، بلکه مراد از آن، پیشگیری از خیال تجاوزی است که ممکن است در سر سایرین باشد و همان احترام و هیبتی است که به واسطه آمادگی در دل دیگران ایجاد می‌کند.

۲. خداوند متعال پس از آن که دستور آمادگی جنگی را با آیه ۶۰ سوره انفال صادر کرد؛ در ادامه همین آیه، علت آن را نیز ذکر فرمود: «ترهبون به عدو الله و عدوكم» چرا که دشمنان، وقتی بدانند مسلمانان آماده مبارزه‌اند و همه گونه سلاح و ابزار و آلات جنگی را فراهم دارند و متجاوزان را پاسخ دندان شکن می‌دهند، اقدام به تعرض و تجاوز نمی‌کنند.

۳. معنی صلح، سلاح بر زمین گذاشتن و راحتی، غفلت و خواب امت اسلامی نیست. آماده سازی امکانات، پُر کردن مرزها و مرزداری در راه خدا واجب است تا دشمنی که با خود حدیث تجاوز به سرزمین‌های اسلامی را می‌خواند، به هراس افکنده شود. امروزه این آمادگی از حیث عده و عده «صلح مسلح» یا «موازنه قوا»^{۲۳۸} نامیده می‌شود. گرچه نزد دولت‌های امروزه، این امر برای راه اندازی جنگ و مسابقه تسلیحاتی است. بر این اساس، کشور اسلامی باید خود را قوی کند و مقتدر شود. نقاط ضعف را از بین برده و به قوت تبدیل نماید. به دیگر بیان، کشور اسلامی باید با

۲۳۸. رک. جمعی از نویسندگان، بازشناسی جنبه‌های تجاوز و دفاع، مقاله‌های ارائه شده به کنفرانس بین‌المللی تجاوز و دفاع، ج ۱، تبیین مبانی نظری جنگ و دفاع، تهران، دبیرخانه کنفرانس، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۱۵۱.

بهره‌گیری از علم و فناوری پیشرفته روز، خود را با آخرین دستاوردهای نظامی - امنیتی مجهز سازد تا دیگر کشورها هوس خام مقابله با آن و تجاوز به آن را در سر نپرورانند.

اساساً هسته اصلی و درون مایه هر سیاست عام اسلامی؛ چه در جنگ و چه در صلح، مصلحت اسلام و مسلمانان و تأمین امنیت برای دعوت مسالمت‌آمیز و دفع و رفع تجاوز و تنبیه و سر جای خود نشاندن متجاوز و نیز برقراری توازن قوا میان اسلام و دیگر ملت‌ها است. بنابراین «مقصود آسمانی مستتر در جنگ، عبارت بود از حصول به شرایط صلح، عدالت و ایمان».^{۲۳۹} «موضوع صلح و روابط مسالمت‌آمیز با همسایگان به خصوص غیرمسلمانان، توجه بسیاری از حقوق‌دانان را از همان صدر اسلام به خود جلب کرد ... (اسلام با کشورهای غیرمسلمان) در کنار یکدیگر زندگی می‌کردند و ضرورت ایجاب می‌کرد که ترتیبات موقتی برای آزادی تجارت و امنیت مسافران بین دو منطقه تنظیم گردد».^{۲۴۰} اصولاً برای ایجاد زمینه هدایت دینی، باید «سلم و آرامش» حاکم شود و نیروی انسانها به جای از بین رفتن در درگیری‌ها و جنگ، در مسیر الهی به حرکت درآید.

نگاهی به مراحل تشریع جهاد رهگشا است. در ۱۳ سال اول دعوت اسلامی، هیچ جنگی رخ نداد و حتی برای جلوگیری از جنگ و درگیری به دو مرحله هجرت حبشه فرمان داده شد. مدت‌های مدید، پیامبر(ص) اقدام به جنگ نکرد. پس از هجرت پیامبر(ص) به مدینه و تشکیل حکومت اسلامی، وی با قبایل اطراف پیمان بست و نهایتاً در قبال آزار و اذیتی که از جانب مشرکان مکه به آنها می‌رسید، اذن قتال صادر شد «اذن للذین یقاتلون بانهم ظلموا» (حج: ۳۹). براساس این آیه، اذن قتال صادر شد و نه

۲۳۹. رک. همان، صص ۲۵۴-۲۵۳.

۲۴۰. رک. خلدوری، مجید، جنگ و صلح در اسلام، ترجمه سید غلامرضا سعیدی، تهران، بی‌تا، ص ۲۱۴.

فرمان جهاد و علت آن را نیز ظلم نسبت به آنها دانسته است. یعنی عکس‌العمل طبیعی مسلمانان مظلوم، اقدام به قتال علیه ظالمان است. از سوی دیگر، توجه به یک نکته مهم است. مبدأ تاریخ مسلمانان، هجرت پیامبر (ص) است و هجرت پیامبر به نوعی دوری کردن از جنگ و خودداری از درگیری و روی آوردن به سرزمین صلح و صفا بود. این مطلب زمانی جالب توجه می‌شود که بدانیم عرب به «ایام العرب» افتخار می‌کرد و ایام العرب، روزهایی است که در آن، مشغول جنگ و درگیری بودند. اصولاً در میان اعراب، تواریخ مهم را براساس تاریخ جنگ‌ها تعیین می‌کردند. اما این کار در تاریخ اسلام و مبدأ تاریخ مسلمانان صورت نگرفت و این، نشانگر آن است که در تئوری قانون‌گذاری اسلام، جنگ بذاته هدف نبوده بلکه برای تأسیس و تأمین صلح، وسیله نهایی شناخته شده است.

نکته قابل توجه دیگر این‌که، حرمت جنگ در زمانهای خاص که با عنوان ماههای حرام پیش از اسلام معمول بود، در اسلام نیز امضا و تأیید شد. جنگ‌های پیامبر نیز یا دفاعی بود و یا در مقابل نقض عهدهای هم‌پیمانان صورت می‌گرفت. پیامبر (ص) با اهل کتاب، جنگی نداشت و با آنان عهدنامه منعقد کرده بود. حتی با مشرکان مکه نیز پیمان بست. صلح حدیبیه در تاریخ اسلام، از نمونه‌های بسیار خوب برای تحقیق و پژوهش پیرامون قانون صلح در اسلام است و این صلح، با مشرکان قریش صورت بست.

توجه به نحوه انعقاد صلح‌نامه حدیبیه، نشان می‌دهد که پیامبر اکرم (ص)، رعایت حال طرف مذاکره را می‌کرد. به جای «بسم الله الرحمن الرحیم» به دلیل اعتراض نماینده مشرکان «بسمک اللهم» می‌نویسد. حتی وقتی جمله «محمد رسول الله» با اعتراض نماینده روبرو شد که اگر ما تو را

رسول خدا می‌دانستیم، با تو مبارزه نمی‌کردیم، این عبارت تبدیل به کلمه «محمد بن عبدالله» می‌شود. پیامبر مفاد این صلح‌نامه را دقیقاً رعایت فرمود و پس از پیمان‌شکنی و نقض مفاد عهدنامه از سوی مشرکان، اقدام به پاسخگویی فرمود.

حتی تاریخ اسلام پس از رحلت پیامبر (ص) حاکی است که عهدنامه‌ها، موافقتنامه‌های صلح و بی‌طرفی و عدم مخاصمه و ... بین مسلمانان و سایرین منعقد شده است. بنابراین «اصل بر صلح و همزیستی مسالمت‌آمیز، شرافتمندانه و دوستانه در اسلام» است.

۱۲- اصل صلح و جهاد

شاید این سؤال پیش آید که اگر «اصل، صلح است»، جهاد چگونه بر این اصل منطبق می‌شود؟ جهاد اسلامی، جنگ شرعی عادلانه‌ای است که با هدف خیرخواهی برای انسانها و اصول انسانیت انجام می‌شود. این جهاد به خاطر حفظ و نگهداری بقای جامعه اسلامی یا دفاع از استقلال است و نه به خاطر فتح مادی یا گسترش جغرافیایی یا استعمار اجباری؛ چنانکه دول استعمارگر با بهانه استعمار و آبادانی، کشورهای دیگر را مورد تاخت و تاز و هجوم قرار داده و با وسایل مختلف، به غارت منابع آن کشورها مشغولند. جهاد، امری بسیط، یک بعدی و جنگ محض نیست، بلکه مقوله‌ای کلی، چند بعدی و کامل است. بدین خاطر بر آن نام «جهاد» گذارده‌اند.

جالب این است که در فقه و حقوق اسلامی، تعریفی از جنگ نداریم. همه تعاریف وارده از جهاد یا دفاع مشروع است و چنانچه از قتال یا حرب نام برده می‌شود، این موارد مقید به «فی سبیل الله» است. این قید مهم، هدف و ماهیت جهاد و قتال را مشخص می‌کند. جنگ مشروع در اسلام، «جهاد فی سبیل الله» است. جهاد در راه خدا؛ یعنی جهاد به خاطر

دین و اعتلای حق برای تحقق کلمه والای الهی و در جهت دفاع از ارزشهای انسانی. در جهاد، اهداف شخصی، قدرت طلبی، کشورگشایی و به دست آوردن مستعمره و ... جایگاهی ندارد. جنگ در این جهاد، هدف نیست بلکه وسیله نشر دعوت اسلامی و شناساندن آن و نیز حمایت از مسلمانان و در نهایت بنا کردن جامعه اسلامی به هم پیوسته و قوی است. به اعتقاد برخی نویسندگان، جهاد خارجی که مسلمانان به عنوان وظیفه و تکلیف الهی انجام می‌دهند، دو گونه است:

۱. جهاد دفاعی در برابر تعرض مسلحانه بیگانگان که به منظور دفاع، دفع تجاوز و رفع فتنه‌گری آنان صورت می‌گیرد. این جهاد، قاعدتاً مسلحانه خواهد بود.

۲. جهاد اعتقادی که ابتدایی است و به قصد دعوت سایرین به دین خدا و ارزش‌های اسلامی صورت می‌پذیرد. این جهاد، فاقد جنبه مسلحانه است. به دیگر عبارت مسلمانان، دفاع مسلحانه اما هجومی اعتقادی و غیرمسلحانه دارند. این جهاد را «الدعوه الی الاسلام» یا «الدعوه الی الله» خوانده‌اند و می‌توان آن را «جهاد مرامی - اعتقادی» نامید^{۲۴۱} و این سخنی به غایت متین است.

جهاد، در راه خدا و تحقق ارزش‌های انسانی و همچنین برای برداشتن هرگونه اکراه و اجبار بر مردمان است تا با اندیشه صحیح و تعقل سلیم، اقوال را بشنوند و اتباع احسن نمایند، نه برای اجبار و اکراه مردم برای قبول اسلام و تحمیل عقیده. جهاد، ایجاد شرایط و امکاناتی است که مردمان بتوانند خود را از ظلم و ستمی که بر آنان می‌رود یا ذلت و بدبختی که دچار آند، رهایی دهند و با آزادی و استقلال، انتخاب راه نمایند. در قرآن کریم، حتی یک آیه هم نمی‌توان یافت که دلالت یا اشارتی به آن

۲۴۱. شلتوت، محمود، همان، صص ۵۳-۵۲.

داشته باشد که باید به جنگ برخاست و با کشتار، مردم را مجبور کرد که به اسلام بگروند و به اکراه، ایمان بیاورند.^{۲۴۲}

برخی از مفسران معاصر^{۲۴۳} اکراه و اجبار به پذیرش اسلام را ممنوع نمی‌دانند و معتقدند که پس از آن که دعوت صورت گرفت و حجت بر آنان تمام شد، منعی در اکراه نیست. توحید و یگانه پرستی، حق مشروع انسانی است و احیای انسانیت، متوقف بر تحمیل این حق مشروع بر عده‌ای از افراد است. بر این نظر، رویه دولت‌ها و ملت‌ها را شاهد می‌گیرند که طی آن، هرگاه شخصی از قوانین مدنی، تخلف و سرپیچی کند، ابتدا دعوت به پیروی آن می‌شود و سپس به هر وسیله ممکن، گرچه منجر به جنگ شود، او را به اطاعت و انقیاد، خواسته یا ناخواسته، درمی‌آورد. ایشان از سوی دیگر، کره و ناخشنودی را فقط در نسل موجود می‌دانند و معتقدند که تعلیم و تربیت دینی، نسل‌های بعدی را با طوع و رغبت به دین فطری و کلمه توحید بار می‌آورد.

به اعتقاد ما اصولاً جهاد ابتدایی، برای تحمیل عقیده نیست و از سوی دیگر، عقیده اساساً تحمیل پذیر نیست. دلایل ما به شرح زیر است:

۱. اگر جهاد برای تحمیل عقیده بود، کفار را مخیر به جزیه دادن نمی‌کردیم و باید منحصرأً مسلمان می‌شدند.^{۲۴۴}

۲. خیری در اسلام شخص مکره نیست؛ چه فردی و چه اجتماعی.

۳. در سنت پیامبر، حتی یک نمونه هم سراغ نداریم که پیامبر، شخصی را بر اسلام آوردن مجبور کرده باشد.

۲۴۲. رک. طباطبایی، سیدمحمدحسین، همان، ج ۲، ص ۶۹.

۲۴۳. رک. شلتوت، محمود، همان، صص ۴۷-۵۱.

۲۴۴. استاد شهید مرتضی مطهری در اکثر آثار ماندگار و به تعبیر امام خمینی (ره) بی نظیر و بی استثنا آموزنده اش، درباره اسلام و ایمان، بحث‌های مبسوطی دارند که رجوع بدانها مفید است. و چه نیکو گفته است:

خشت اول چون نهد معمار کج تا ثریا می‌رود دیوار کج

۴. رویه دولتها و ملتها که شخص متخلف از قوانین مدنی را مجبور به پیروی می‌کند، نمی‌تواند شاهد مدعا قرار گیرد. سخن در اصل تعرض و هجوم و تسلط بر سایر کشورها است. وقتی که هجوم بر سایر کشورها و سلطه بر آنها زیر سؤال باشد، چه جای پیروی مردم از قوانین دولت مهاجم. مدعا «نفس هجوم بردن» بر سایر سرزمین‌های غیراسلامی به گونه ابتدایی است، برای وادار کردن آنها به پذیرش اسلام. دلایل این مدعا از حجیت قوی برخوردار نیست. چه کتاب و چه سنت، خلاف این مدعا را نشان می‌دهد. عقل سلیم نیز اقتضای آن را دارد.

۵. روح و جوهر دین الهی، اکراه بردار نیست. چه؛ ایمان، مبتنی بر عشق و محبت است و نه بر اکراه و اجبار. ارکان ایمان اعم از معرفت و گرایش قلبی، اکراه‌پذیر نیست. می‌توان احکام ظاهری اسلام را در کشور فتح شده و مغلوب و ... با توسل به زور پیاده کرد، اما نمی‌توان با توسل به زور، ارکان ایمان را در سرزمین دل نشانده.

۶. کره و ناخشنودی نسل موجود، تأثیر خود را در نسل‌های بعدی نیز می‌گذارد. وقتی ناخشنودی در نسل موجود باشد، چگونه تعلیم و تربیت دینی امکان‌پذیر است؟ تعلیم و تربیت دینی، در صورتی میسر است که نسل حاضر، تعالیم دینی را با روی خوش و طیب خاطر بپذیرند و آیندگان را بر آن اساس، تحت تربیت و تعلیم قرار دهند.^{۲۴۵}

۷. برخی معتقدند خداوند، مسلمانان را انتخاب کرده که بندگان غیرمسلمان بر روی زمین را صاف و خالص سازند، به گونه‌ای که مرتکب گناه نشوند و به امر ناپسند روی نیاورند.^{۲۴۶} این امر، فقط در صورتی به وقوع می‌پیوندد که آنها به اسلام گردن نهند، چه کافر و چه مشرک. در

۲۴۵. این آیه شاهد مثال خوبی بر این مدعا است: «کنتم خیر امه اخرجت للناس تأمرون بالمعروف و تنهون عن المنکر» (آل عمران: ۱۱۰).

۲۴۶. رک. القاسمی، همان، ص ۲۱۸.

هر دو حالت بر امت اسلامی در هر زمان و مکان است که با مال و جان، با آنها به خاطر کفر و شرکشان جهاد کنند، گرچه آنها بخواهند عهدنامه منعقد کنند یا شر و فتنه‌ای نداشته باشند.^{۲۴۷} ظاهراً برخی از شافعیه نیز کفر را علت قتال و کارزار می‌دانند.^{۲۴۸}

در حالی که مسلمانان نباید با کسی بجنگند، مگر در دو حالت: ۱. در حالت دفاع ۲. برای رفع فتنه.

اولی از حقوق طبیعی افراد و جامعه محسوب می‌شود و در دومی هم، مراد از فتنه، هم چنانکه در آیه «و قاتلوهم حتی لا تکن فتنه» آمده است، عوامل و وسائلی است که به کفر و شرک منتهی می‌شود. علت مبارزه و کارزار، کفر یا شرک نیست. علت جهاد، فتنه‌گری و جنگ افروزی دشمنان است و به همین خاطر، پس از رفع فتنه‌گری، دیگر مبارزه پایان یافته تلقی می‌شود. «فان انتھوا فلا عدوان الا علی الظالمین» (بقره: ۱۹۳). مراجعه به آیات قرآن کریم و احادیث شریف که در تشریع جهاد وارد شده است، نتیجه زیر را به ما می‌دهد:

تشریع جهاد به دلیل حاجت اسلام به قدرت است، مثل هر مبدأ و مکتبی که می‌خواهد در زندگی خویش، حرکت کند و ادامه حیات دهد. برای انسان، در اختیار یا عدم انتخاب دین، آزادی وجود دارد. اما در هر حال، باید با آن روبرو شود و آن را بشناسد تا موضوع اختیار صحیح، براساس معرفت کامل صورت گیرد. پیامبری، یگانه راه آشنایی با دین و پیام آن است و بدیهی است که انتشار رسالت، با توجه به خطراتی که برای آن است و موانعی که ایجاد می‌شود، نیاز به قدرت دارد تا پیامبری را از عدوان و تعدی دشمنان به او حمایت کند و راهی برای مواجهه با دیگران

۲۴۷. رک. الهندی، همان، ص ۱۲۴.

۲۴۸. در کتاب الاسلام و منطق القوه، پیرامون این نتیجه، به تفصیل مطالب خوبی آمده است. علاقمندان بدانجا رجوع کنند. صص ۲۰۷-۲۰۴.

باشد که می‌خواهند، آزادی دعوت پیامبری را از بین ببرند و بین آن و مردم، در شنیدن دعوت دینی، حائل گردند. نیاز به قدرت برای پشتیبانی اتباع و پیروان دین از فشار، تبعید، شکنجه و فتنه‌گری است. جهاد برای حمایت پیامبری و رسالت است و میدان، برای گسترش و رساندن صدای آن به همه جهان ایجاد می‌کند نه این که اسلام را با اکراه و تهدید بر دیگران واجب سازد.^{۲۴۹}

اصولاً اسلام هیچگاه افراد را مورد تهاجم قرار نمی‌دهد تا خود را به اجبار بر آنان تحمیل نماید، بلکه تنها نظام‌های کفر و شرک را که نگهبانان ضوابط طبقاتی‌اند، مورد هجوم قرار می‌دهد. در واقع، جهاد، جنگ با ملت کافر نیست، بلکه جنگ با دولت کافر است تا اجازه نشر دین را دهد.

۱۳- نتیجه

با بررسی و تحلیلی که از دو دیدگاه مهم مطرح در زمینه ارتباط سیاسی و حقوقی کشورهای اسلامی با پیروان سایر ادیان و مشرکان به عمل آمد، به نظر می‌رسد، قول قوی و رأی صائب، دیدگاه اصالت صلح باشد. براساس این دیدگاه، اصل اولیه و حالت اصلی در روابط بین اسلام و سایرین، صلح است. قاعده همیشگی و جاوید، صلح است و جنگ، عارض بر آن است. در دین اسلام، جنگی، مشروع است که به نام خدا و در راه خدا باشد. روح اسلام و اصولاً همه ادیان الهی، با جنگ و خونریزی مخالف است و اگر فرمان به آمادگی داده است، هدف آن، دفاع از موجودیت و کیان دین است. آیات شریفه قرآن، حاوی نکات نغز و ظریفی است و بررسی آنها، نشان می‌دهد که روح اسلامی صلح است. برخی از این آیات، در مقاله گفته آمد. آیاتی که با این روح عمومی، سازگاری ندارد، مقید به

۲۴۹. رک. الهندی، همان، صص ۱۲۶-۱۲۵.

سایر آیات می‌گردد. سنت پیامبر نیز حاکی از همین روح صلح و سلم است. نه پیامبر کسی را به ایمان آوردن، مکره کرد و نه خیری در آن است. تکیه پیامبر بر برهان، حجت، استدلال و دلربایی بود و نه زور و شمشیر. او بر «جذابیت عقلانی» تکیه کرد. براساس این دیدگاه، رابطه دار الاسلام با بقیه کشورهای غیراسلامی، صلح‌آمیز است که یا عنوان دارالعهد یا دارالهدنه و یا دارالحیاد را خواهند داشت. گرچه ممکن است از حیث عقیدتی دارالکفر یا دارالشرک باشند، اما از لحاظ حقوقی و سیاسی ارتباط آنها با کشور اسلامی، از طریق پیمان عدم اعتدا و خصومت به عنوان دارالموادعه است که اعم از دارالعهد و دارالهدنه است و حتی دارالحیاد را نیز ممکن است دربر بگیرد.

براین اساس، اگر از سوی کشوری که رابطه موادعی با کشور اسلامی دارد، تعرضی صورت گیرد یا در مفاد پیمان، اختلال و نقص ایجاد شود یا ...، به آن کشور، دارالحرب اطلاق می‌گردد. به عبارت دیگر، کشوری عنوان دارالحرب را خواهد داشت که بالفعل با کشور اسلامی درحال کارزار باشد. در غیراین صورت، یا کشور بی‌طرف و جزو دارالحیاد است که بی‌طرفی آن مورد تصدیق کشور اسلامی قرار گرفته یا به لحاظ بُعد مسافت، بی‌طرف شناخته می‌شود، یا پیمان بی‌طرفی را امضا کرده است، یا آن کشور، هم پیمان با کشور اسلامی است و در صورتی که دارای یکی از ادیان سه‌گانه مسیحیت، یهود و زرتشت باشد، جزو دارالعهد و اگر دینی، غیر از سه دین فوق را داشته باشد، جزو دارالهدنه شمرده می‌شود.

بنابراین، ارتباط سیاسی و حقوقی بین کشورهای اسلامی و سایر کشورهای غیرمسلمان، در حالت اولیه، «صلح و همزیستی مسالمت‌آمیز، شرافتمندانه و دوستانه» است که در قالب عهد و پیمان و بی‌طرفی، صورت قانونی می‌گیرد و جنگ در حوزه این نظریه، حالتی عارضی و استثنایی

است که در برخی شرایط رخ می‌دهد و کشور اسلامی، گریزی از آن ندارد. اصل اولیه، صلح، سلام، صفا، مهر، محبت، دوستی و تسامح است و اسلام با هیچ دولت و عقیده‌ای، ابتدائاً سر جنگ ندارد، اما اگر تجاوزی صورت گیرد، دفاع مقتدرانه لازم است. بنابراین، آمادگی کامل نظامی — امنیتی با تجهیز به آخرین فناوری‌ها و دستاوردهای علمی، نظامی و دفاعی روز از جمله ضروریات کشور مستقل اسلامی است که می‌خواهد «آزاد»، «آباد» و «مستقل» در نظام بین‌المللی گام بردارد و روابط خود را با دیگر کشورها، مبتنی بر «عزت»، «حکمت» و «مصلحت» نماید.

تأملی بر کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب*

دکتر جمشید ممتاز**

ترجمه محمود صوراسرافیل***

در تاریخ ۱۲ نوامبر ۲۰۰۱، کنفرانس عمومی سازمان تربیتی، علمی و فرهنگی ملل متحد، یونسکو، کنوانسیون تحت عنوان «کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب» تصویب کرد.^۱ در انتخاب این سازمان به عنوان کادر مذاکره به یقین‌گزیری تصور نمی‌شد. وانگهی یکی از اهدافی که این سازمان طبق سند تأسیسش بر عهده گرفته همان تکوین کنوانسیونهای بین‌المللی تأمین حفاظت میراث جهانی است.

نفع این سازمان در توجه به حفاظت میراث فرهنگی زیر آب به سال ۱۹۵۶ باز می‌گردد، همان سالی که کنفرانس عمومی یونسکو توصیه‌ای شامل

*. تحت عنوان:

“La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, 20 ans après”.

این مقاله در تاریخ ۱۱ تا ۱۲ اکتبر ۲۰۰۲ در

Colloque de l'Association Tunisienne de Science Politique

که در تونس برگزار گردیده، عرضه شده است.

** استاد دانشگاه تهران، رئیس کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، عضو پیوسته انستیتوی حقوق بین‌الملل.

*** پژوهشگر دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

1. Doc, 31 C/64-31 Octobre 2001.

تأملی بر کنوانسیون حفاظت ... ❖ ۱۵۹

تعاریف اصول بین‌المللی تصویب می‌کند که در کاوشهای بین‌المللی به کار بندند، از جمله کاوشهایی در ساحل دریا یا زیر بستر آبهای داخلی یا سرزمینی.^۲ از آن پس، پیشرفت تکنیکهای بهره‌برداری در زیر دریا که دخل و تصرفهایی بر لاشه «تیتانیک»^{*} در عمق ۴۰۰۰ متری نمودی از آن است، دستیابی به بستر دریاهایی را که در اعماقی بیش از این واقعند، امکان‌پذیر کرده، بدانسان وسوسه شکارچیان گنجینه‌ها را برانگیخته است. در دستیابی به اشیائی که در پس پرده بازار نامرئی عتیقه‌جات ارزش بیشتری به دست آورده‌اند، شکارچیان گنجینه‌ها در سالهایی نه چندان دور به چندین کاوش در این‌گونه لاشه‌ها دست یازیده‌اند، گذشته از این، بیم آن نیز می‌رود که اشیائی را از دست بدهیم که در تاریخ تمدنها ارکانی جانشین ناپذیر به شمار می‌روند.

بدین جهت، مسأله اشیاء باستانی و تاریخی که در دل دریا کشف می‌شوند، در سومین کنفرانس ملل متحد حقوق دریاهای مورد بحث قرار می‌گیرد. کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاهای که در پایان کارهای کنفرانس حقوق دریاهای تصویب گردید، دارای این مزیت است که اعلام می‌دارد تعهد کلی دولتهای عضو کنوانسیون در حفاظت این‌گونه اشیاء از چه قرار است، آن هم بدون توجه به فضای دریایی که این اشیاء در آن واقع باشند.^۳ در منطقه مجاور،^{**} این کنوانسیون که تلویحاً صلاحیتی انحصاری در حق دولت ساحلی مقرر می‌دارد،^۴ در هیچ یک از مقرراتش از اشیاء باستانی و تاریخی که احتمال وجودشان در منطقه اقتصادی انحصاری

2. (Rcommandation) Adoptée le 5 décembre 1956 lors de la session de la Conférence tenue à New-Delhi, Doc. UNESCO IV.B.1.

*. Titanic.

3. Art. 303 al.1.

** zone contigüe.

4. Art. 303 al.2.

و فلات قاره قابل تصور است، صحبتی به میان نیاورده و از این رو همچنان مشمول اصل آزادی دریاها مانده است. خلأیی حقوقی که به وجود آمده، همانقدر تأسف‌انگیز به نظر می‌رسد که فعالیت‌هایی پرتلاش در جهت اکتشاف و احیای منابع طبیعی منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره، امکان داده هویت چندین لاشه مشخص شوند و بدین ترتیب دستخوش وسوسه شکارچیان قرار گیرند. تا آنجا که مربوط به اشیاء باستانی و تاریخی غوطه‌ور در اعماق دریاهاست که فراتر از حاکمیت ملی قرار دارند، هرچند به علت عمق بیشتر دریاها، کمتر قابل دسترسی‌اند و از این رو از حفاظت بیشتری برخوردارند، کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها منافع اقتصادی در دو جهت متضاد در نظر گرفته است.^۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد اگر این اشیاء مورد حفاظت قرار نگیرند، به نفع کل بشریت واگذار می‌شوند،^۶ و در این واگذاری، به منافع ترجیحی دولتهایی که به وجود پیوند به خصوصی با این اشیاء استناد می‌جویند، توجه خاصی در نظر گرفته شده است. این مقررۀ فاقد دقت است و به کار بستن آن بسته به دلخواه دولتهاست. به علاوه، هیچ مسؤولیتی برعهده مقام بین‌المللی اعماق دریاها* گذاشته نشده، مقامی که سازمان‌دهی و نظارت بر فعالیت‌هایی در این بخش از اعماق دریاها وظیفه او است.

از سال ۱۹۹۸ به بعد، دبیرکل سازمان ملل متحد در گزارش سالانه‌ای به مجمع عمومی تحت عنوان «اقیانوس‌ها و حقوق دریاها»** به وضوح

5. Art. 149. Pour une analyse des dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Cf. M. Hayashi "Archeological and Historical Objects under the United Nations Convention on the Law of the Sea", Marine Policy, vol. 20 n° 4 1996 pp.291-296.

6. T. Sovazzi "The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges", Recueil des cours, vol. 286, 2000 p.209.

*. Autorité internationale du fond des mers.

**, les océans et le droit de la mer.

خاطرنشان می‌ساخت که کمبود قواعد مربوط به لاشه‌های غوطه‌ور در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره را به وسیله عهدنامه‌ای بین‌المللی برطرف سازند.^۷ این فکر را در سال ۱۹۹۱ مدیرکل یونسکو در گزارشی آورده است که به درخواست کنفرانس عمومی درباره تقویت فعالیت این سازمان در مورد حفاظت میراث فرهنگی آماده شده بود.^۸ در پی همین گزارش است که شورای اجرایی یونسکو مدیرکل این سازمان را فرا می‌خواند که تدوین عهدنامه جدیدی در حفاظت فرهنگ زیر آب مورد بررسی قرار گیرد.^۹ این بررسی در سال ۱۹۹۵ تسلیم شد.^{۱۰} در خلال این احوال، شورای اروپا^{۱۱} * و انجمن حقوق بین‌الملل^{۱۲} ** به ترتیب در سالهای ۱۹۸۵ و ۱۹۹۴ پروژه کنوانسیونهایی در این موضوع تصویب کرده‌اند. در سال ۱۹۹۶، این متنها مبنای بحث در گروه کارشناسان و نمایندگان بخش امور دریایی و حقوق دریاهاى ملل متحد و سازمان دریایی بین‌المللی*** قرار گرفت.^{۱۳} گروهی که مدیرکل به درخواست کنفرانس

7. Rapport du Secrétaire général A/43/718 1988 § 42-44.

8. Doc. 26 C Res. 3.9

9. Doc. 141 EX/5.5.1 § 15.

10. Doc. 146 EX/27.

11. Projet adopté en 1985 par le Conseil de l'Europe. V. Leanza "Le régime juridique international de la mer Méditerranée", Recueil des cours, tome 236, 1992 pp.257-262.

*. Conseil de l'Europe.

12. P.J. O'Keefe "The Buenos-Aires Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage Prepared by the International Law Association: its Relevance Seven Years on" in the Protection of the Underwater Cultural Heritage, Legal Aspects, G. Camarda, T. Scovazzi (Eds.) Giuffrè Editore Milano 2002 pp.93-104.

**. International Law Association.

***. Groupe d'experts et de représentants de la Division des affaires et du droit de la mer de l'ONU et d'Organisation maritime internationale.

13. Rapport CLT-96/ Conf 605/6.

عمومی گرد آورد،^{۱۴} در سال ۱۹۹۷ توصیه کرد گروهی کارشناس حکومتی به منظور تدوین پروژه کنوانسیون درباره میراث فرهنگی زیر آب ترتیب دهد.^{۱۵} کنفرانس هم در همین سال گردهمایی چنین گروهی را از دبیرکل خواستار شد.^{۱۶}

از سال ۱۹۹۸ تا سال ۲۰۰۱، این گروه نشستهای سالانه‌ای برگزار کرده است.^{۱۷} اختلاف نظر کارشناسان، چه بر سر تدابیری در جهت تقویت حفاظت میراث فرهنگی زیر آب، چه نسبت به سازگاری این تدابیر با حقوق دولتها طبق موازین حقوق بین‌الملل، مانع شدند چهارمین نشست به توافق عام* دست یابد. این است که ادامه مذاکرات در جریان از سرگیری این نشست کاری از پیش نبرد. سرانجام، گروه کارشناسان چاره‌ای جز آن ندید که به رأی‌گیری روی آورد و از این راه متن پروژه کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب را به توافق عام رساند. بیشتر کارشناسانی که نمایندگی دولتهایی را داشتند که نسبت به میراث فرهنگی زیر آب ادعای پیوندی فرهنگی، تاریخی یا باستانی عنوان می‌کردند، در رأی‌گیری به این متن یا رأی ممتنع دادند یا رأی مخالف. نتیجه رأی‌گیری^{۱۸} چه در

14. Doc. 28 C/Res. 313.

15. Doc. 151 EX/3.3.2.

16. Doc. 29 C/Res. 21.

17. Première réunion du 29 juin au 2 juillet 1998; seconde réunion du 19 au 24 avril 1999; troisième réunion du 3 au 7 juillet 2000 et quatrième réunion de deux parties: du 26 mars au 3 avril et du 2 au 7 juillet 2001. Toutes ces réunions se sont tenues au siège de l'UNESCO à Paris avec la participation en moyenne de quelque 80 experts gouvernementaux ainsi que les représentants de plusieurs organisations internationales, dont les Nations Unies et l'Organisation Maritime Internationale, participant aux réunions à titre d'observateurs.

*. consensus.

18. La Convention fut adoptée par la Conférence générale avec 87 voix pour, 4 contre et 15 abstentions. Cf. entre autres les votes négatifs de la Fédération de la Russie, de la Norvège et du Royaume-Uni ainsi que les abstentions de la France et de la Suède.

کمیسیون فرهنگی کنفرانس عمومی،* که تصویب متن را توصیه می‌کرد، چه در خود کنفرانس، بیانگر اختلاف نظرهایی است که آینده کنفرانس را در گیر و دار مشکلات همچنان رها می‌سازد.

۱- کنوانسیون ناظر است بر تأمین و تقویت میراث فرهنگی زیر آب

بنابر بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون، تحت عنوان «اهداف و اصول کلی»، «کنوانسیون ناظر است بر تأمین و تقویت میراث فرهنگی زیر آب». با توجه به چنین هدفی است که تدوین کنندگان کوشیده‌اند آنچه را از چنین میراثی استنباط می‌شود تعریف کنند و بدین ترتیب کمبودهای کنوانسیون حقوق دریاها را برطرف سازند. در این مقررۀ کنوانسیون که به تعاریف اختصاص یافته، «غرض از میراث فرهنگی زیر آب کلیه آثاری دال بر حضور انسان و دارای مشخصه‌ای فرهنگی، تاریخی یا باستانی است که در جزء و یا در کل به تناوب یا به طور دائم لاقلاً صد سال زیر آب مانده باشند».

چنین محدودیتی برحسب زمان، به رغم این که کامل نیست و دارای مزیت مهمی است که عینی بودن آن است، عیب و نقصی هم عرضه می‌دارد، بدین ترتیب که اشیایی که عمر کوتاهی سپری کرده‌اند، با این که اهمیت هنری و تاریخی آنها را نمی‌توان نادیده گرفت، مشمول این کنوانسیون قرار نگرفته‌اند.

چنین است وضعیت لاشه‌های کشتی‌های جنگی که در دوران دو جنگ جهانی به قعر دریا رفته‌اند و با این حال در بعضی قوانین ملی در شمار اشیاء فرهنگی به شمار آمده‌اند.^{۱۹} از این رو، چنین القاء می‌کنند که در

*. Commission de la culture de la conférence générale.

19. G. Le Gurun "Le droit français de l'archéologie sous-marine", in Le patrimoine culturel et la mer, Aspects juridiques et institutionnels, tome, I, M. Cornu et J. Fromageau (sous la direction de), L'Harmattan 2002, p. 106, L'auteur donne, entre autres, l'exemple de Malte.

کاربرد این ضابطه نرمشی به خرج داده شود^{۲۰} و این خود به یقین مشکلاتی حقوقی برخواهد انگیزد. به هر ترتیب، درج این ضابطه دارای این مزیت است که تفکیک بین لاشه تاریخی و لاشه مدرن را امکان‌پذیر می‌کند،^{۲۱} لاشه مدرن، در بین مصارف دیگر، همچنان در انگیزه دستیابی به فلزاتش مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد.

تعریف میراث فرهنگی زیر آب مشخصه‌ای دارد که هیچ عامل جغرافیایی دربر ندارد. در نتیجه، بُرد و حد شمول جغرافیایی کنوانسیون، و به طور دقیق‌تر، تعهد دولتهای عضو در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب، همچون کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها، سراسر پهنه دریاها و اقیانوسها را دربر می‌گیرد، و نیز شامل مناطقی هم هست که تحت حاکمیت ملی این دولتها واقعند.

تعریف میراث فرهنگی زیر آب، آنطور که در کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب آمده، به هر حال تعریف گسترده‌ای استنباط شده است.^{۲۲} کنوانسیون فهرست اموالی را تنظیم می‌کند که جنبهٔ حصری ندارد و در این تعریف گنجانده می‌شوند. در آغاز، «کشتی‌ها، هواپیماها، وسایل حمل و نقل دیگر یا بعضی قطعات آنها به انضمام محمولات کشتی‌ها یا محتوای دیگر غیر از محمولات و همچنین محیط باستانی اطراف* آنها». جالب این‌که در مورد کشتی‌هایی که غرق شده‌اند، کنوانسیون کلمه

20. U. Leanza "Le patrimoine culturel sous-marin de la Méditerranée", in La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21^{ème} siècle, G. Cataldi (sous la direction de), Bruylant 2002, p. 154.

21. J.P. Beurrier "pour un droit international de l'archéologie sous-marine", R.G.D.I.P. tome XCIII 1989, p.48.

22. G. Carducci "The Expanding Protection of Underwater Cultural Heritage: the New Unesco Convention Versus Existing International Law", in The Protection of... op.cit. note 12, p.150.

*. Contexte archéologique.

«لاشه»^{*} را به کار نبرده است. هنوز در حقوق بین‌الملل تعریفی از کلمه «لاشه» وجود ندارد که مورد قبول عام قرار گرفته باشد. تعریف کنوانسیون سپس عرصه‌ها،^{**} استخوان‌بندی‌های اشیا و بقایای انسانی محیط باستانی اطراف و طبیعی مربوط» را مورد نظر قرار می‌دهد. به عنوان مثال، می‌توان آثار فانوس دریایی اسکندریه را ذکر کرد که بر اثر زمین‌لرزه‌های پی در پی در طول قرن چهاردهم به دریا پرت شده‌اند. در پایان، این فهرست «اشیائی دارای مشخصه ماقبل تاریخ» را ذکر می‌کند، از آن جمله اشیائی که جزء محمولات کشتی بوده و به دریا افتاده شده‌اند. به طور مسلم، لوله‌های دریایی (pipe-lines) و کابلهایی که بر بستر دریاها نصب شده‌اند و کلیه تأسیسات دیگری که بر فراز این بسترها استقرار یافته و هنوز به کار اشتغال دارند، در شمار میراث فرهنگی زیر آب قرار نمی‌گیرند.

به منظور حفاظت میراث فرهنگی زیر آب که بدین ترتیب حدود آن مشخص شده، تدوین کنندگان کنوانسیون که خواسته‌اند حقوق ناشی از حاکمیت^{***} دولتها در کلیه فضاها حفظ شوند، رهیافتی منطقه‌ای برگزیده‌اند. بدین ترتیب که در فضاهای نزدیک به ساحلها، مقررات مربوط کنوانسیون حق انحصاری دولتهای ساحلی را در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب آن فضاها، مقرر می‌کنند، در حالی که در فضاهای دریایی دورتر از ساحلها، مسئولیت حفظ این میراث، الزامی برعهده همه دولتها است.

الف - حق انحصاری دولت ساحلی در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب
بسیار بجاست بین مقررات کنوانسیون راجع به حفاظت میراث فرهنگی زیر آب واقع در فضاهای دریایی که تحت حاکمیت دولت ساحلی قرار

*. Épave.

**. Sites.

***. Droits de juridiction.

دارند از طرفی، و از طرف دیگر مقرراتی که به حفاظت میراث واقع در منطقه مجاور اختصاص داده شده‌اند، تفکیک قائل شد. در حالت اخیر، صلاحیت انحصاری دولت ساحلی بر اماره‌ای خلاف‌ناپذیر مبتنی است.*

- حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در فضاهای دریایی که تحت حاکمیت

دولت ساحلی واقعند

به یقین، در «اعمال حاکمیت» دولتهای ساحلی در آبهای داخلی، آبهای مجمع‌الجزایری و دریای سرزمینی است که کمیسیون حق انحصاری این دولتها را در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب که در این فضاهای دریایی غوطه‌ور شده‌اند، به رسمیت می‌شناسد. برطبق مقررۀ کنوانسیون، دولتهای ساحلی در «وضع مقررات و اجازه دخل و تصرف» نسبت به میراث فرهنگی از حق انحصاری برخوردار شده‌اند.^{۲۳} در این دو حالت و بی‌آنکه به موافقتنامه‌ها و قواعد حقوق بین‌المللی مربوط به این موضوع لطمه‌ای وارد شود، دولتهای ساحلی متعهد شده‌اند که «قواعد مربوط به دخل و تصرف در میراث فرهنگی زیر آب» را که پیوست به این کنوانسیون شده‌اند و جزء لاینفک آن به شمار می‌روند، رعایت کنند.

منظور، ۳۶ قاعدۀ برگرفته از قواعدی است که منشور بین‌المللی حفاظت و اداره میراث فرهنگی زیر آب** که در تاریخ ۹ اکتبر ۱۹۹۶

*. Présomption irréfragable.

23. Article 7 al. 1 de la Convention. D'après l'article 1 al. 6 de la Convention, on entend par intervention sur le patrimoine culturel subaquatique "une activité ayant principalement pour objet le patrimoine culturel subaquatique qui est susceptible de porter matériellement atteinte à ce patrimoine ou lui causer tout autre dommage directement ou indirectement".

** . Charte internationale sur la protection et la gestion du patrimoine culturel subaquatique.

شورای بین‌المللی ابنیه و عرصه‌ها^{۲۴} در صوفیه* تصویب کرده است. پیوستی که به کنوانسیون الحاق شده، همانند منشور، راهنمای اخلاقی و رسم جاری در باستانشناسی زیر آب به شمار می‌رود و بیانگر چند اصل است: ابقای ماندگار میراث در محل اصلی (*in situ*) به عنوان اولین گزینه، توسل به روشهای تحقیقی غیرمخرب، و ترغیب گشایش سیت‌ها (sites) و قرارداد آنها در معرض دید مردم و نشر تحقیقات انجام یافته.^{۲۵} این قواعد مورد اقبال عام قرار گرفته و بدین ترتیب حتی دولتهایی که نسبت به مقررات کنوانسیون نظر مساعدی ابراز نمی‌کردند، از آن پس ملزم به رعایت آن می‌شوند.^{۲۶}

دومین محدودیتی که کنوانسیون قائل می‌شود، محدودیتی است که بر حق انحصاری دولت ساحلی در وضع مقررات و اجازه دخل و تصرف در میراث فرهنگی زیر آب و موجود در آبهای تحت حاکمیت این دولت وارد آورده است. این محدودیت راجع به کشتی‌ها و هواپیماهای دولتی است. بر طبق این کنوانسیون،^{۲۷} در صورتی که چنین کشتی‌ها یا هواپیماهایی در این آبها دیده شوند، دولت ساحلی می‌بایست به اطلاع دولت پرچم برساند، و در صورت لزوم، به اطلاع هر دولت دیگری که با

24. Plus connu sous son sigle anglais ICOMOS (International Council on Monuments and Sites). La Charte a été préparée par le Comité international du Conseil qui a pour mission d'assister l'ICOMOS et l'UNESCO à promouvoir la protection de ce patrimoine.

*. Conseil international des monuments et des sites.

25. J.P. Beurier "Commentaire de la Déclaration de Syracuse sur le patrimoine culturel subaquatique de la mer Méditerranée", in The Protection of Underwater ... op.cit. note 12, pp.282-283.

26. Cf. Intervention des représentants de la Fédération de la Russie, de Norvège et du Royaume-Uni au cours des débats de la Commission de la culture de la Conférence générale le 31 Octobre 2001, Ibid, pp.426s.

27. Article 7 al. 3.

این کشتی‌ها و هواپیماها، پیوند استنادپذیری بخصوص پیوندی فرهنگی، تاریخی یا باستانی برقرار کرده باشد. کنوانسیون تصریح نمی‌کند، همانطور که در مورد دولت پرچم در نظر گرفته، هر دولتی که به داشتن چنین پیوندی استناد جوید می‌بایست عضو کنوانسیون هم باشد. تا آنجا که این کنوانسیون در جهت توجیه گنجاندن این مقرر به «رویه‌ای کلی و مرسوم بین دولتها» روی می‌آورد، چنین برمی‌آید که تدوین‌کنندگان کنوانسیون این مقرر را جز بیان عرف بین‌المللی کاملاً جاافتاده‌ای نمی‌دانند. در چنین شرایطی، چندان لزومی ندیده‌اند که دولتهایی که می‌بایست از وجود کشتی‌ها و هواپیماهای متعلق به خودشان اطلاع حاصل کنند به عضویت کنوانسیون نیز درآمده باشند. به هر حال، این مقرر صرفاً با این انگیزه وضع شده که به این دولتها امکان دهد که با دولت ساحلی به منظور اتخاذ بهترین روش حفاظت میراث فرهنگی زیر آب که در فضاها دریاها تحت حاکمیت این دولت غوطه‌ورند همکاری کنند.

- حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه مجاور

برای آن‌که دولت ساحلی بتواند حفاظت اشیاء باستانی یا تاریخی منطقه مجاورش را انجام دهد، کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها به فرض و اماره (présomption) روی آورده است. برطبق مقررات این کنوانسیون،^{۲۸} دولت ساحلی می‌تواند، بنابر فرض و اماره، برداشت و دستیازی به چنین اشیائی که در منطقه مجاورش واقعند و بدون کسب مجوز همین دولت به عمل آمده باشد، نقض قوانین و مقررات گمرکی خود تلقی کند. چنین فرض و اماره‌ای بدین ترتیب دولت ساحلی را مجاز می‌داند، برطبق ماده ۳۳ همین کنوانسیون که به منطقه مجاور اختصاص یافته، به

28. Article 303 al. 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

منظور پیشگیری از وقوع چنین جرمی نظارت به عمل آورد. باید دریافت که از این پس دیگر امکان طرح چنین ادعایی وجود ندارد که در هر مورد باستانشناسان یا شکارچیان گنجینه‌ها هنوز بر آن باشند که آن اشیاء را دوباره به سرزمین دولت ساحلی بازگردانند. چنین احتمالی را نیز نمی‌توان از نظر دور داشت که شکارچیان گنجینه‌ها که در منطقه مجاور دولت ساحلی دست به اقداماتی یازیده‌اند، برای گریختن از نظارت این دولت غنائمشان را در بندر دولت دیگری تخلیه کنند. تا آنجا که کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها چنین احتمالی را مقرر نکرده، می‌توان نتیجه گرفت که اماره‌ای که محمل چنین مقرره‌ای است خلاف‌ناپذیر تلقی می‌شود.^{۲۹} بدین ترتیب، «کیفیت این اماره به صراحت فراتر از واقعیت است»^{۳۰} و در نتیجه به حکم نظری صائب، کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها به فرضی حقوقی^{*} روی آورده است.^{۳۱}

در واقع، تدوین‌کنندگان کنوانسیون در انگیزه‌ای به ترفندی حقوقی روی آورده‌اند که مخالفت قدرتهایی دریایی نسبت به شناسایی حقوق ناشی از حاکمیت^{**} دولت ساحلی بر اشیاء باستانی و تاریخی که در ۲۰۰ مایل دریایی یافت می‌شوند فیصله یابد، این اقدام پیشنهاد دولتهایی است که در

29. L. Cafilisch "Submarine Antiquities and International Law of the Sea", Netherlands Yearbook of International Law, vol. XIII 1982, p.20; A. Strati "The Protection of the Underwater Cultural Heritage: an Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea", Martinus Nijhoff Publishers 1995 pp. 166-167; C. Economidès "La zone contiguë, insitution revalorisée par le nouveau droit de la mer", in *Propos sur le nouveau droit de la mer*, Pedone 1985, p.84.

30. S. Karagianis "Une nouvelle zone de juridiction: la zone archéologique maritime", Collection Espaces et ressources maritimes 1990, n^o 4, p.10.

*. Fiction Juridique.

31. A. Strati op.cit, note 29; E. Carducci op.cit, note 22, p.190.

**, Droits de Juridiction.

اعماق منطقه مجاورشان چنین اشیائی به وفور یافت می‌شوند.^{۳۲} در حقیقت، با این که بند ۲ ماده ۳۰۳ کنوانسیون حقوق دریاها حق دولت ساحلی را به صراحت به رسمیت نشناخته، باید پذیرفت که مقرر مورد نظر عملاً دولت ساحلی را از حق انحصاری وضع مقررات و اجازه برداشت چنین اشیائی در این منطقه برخوردار کرده است. به هر تقدیر، تا آنجا که کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها برداشت اشیاء منطقه مجاور را نقض قوانین و مقررات دولت ساحلی می‌داند، باید نتیجه گرفت که فقط همین دولت است که توانایی اقدام به چنین اعمالی را دارد. این مقرر کنوانسیون که به «نظارت بر داد و ستد این اشیاء» اختصاص یافته، حق انحصاری است که بدین ترتیب دولت ساحلی را برخوردار کرده به طور مسلم کاوش باستانی منطقه را دربر نمی‌گیرد، و این کاوش همچنان مشمول اصل آزادی دریاها خواهد ماند.

صلاحیتی که کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها دولت ساحلی را در این زمینه برخوردار می‌سازد، به مراتب گسترده‌تر از صلاحیت در نظارت پیشگیرانه و اعمال مجازاتی است که حقوق بین‌الملل در همین منطقه به او تفویض می‌کند. در حقیقت، با نوآوری مهمی در جهت ایجاد منطقه‌ای حاکمیتی (zone de souveraineté) سر و کار داریم که دکرترین منطقه باستانی (zone archéologique) توصیف می‌کند.^{۳۳} بدین ترتیب، مقررات بند ۲ ماده ۳۰۳ در جهت توسعه تدریجی حقوق عمل می‌کند و از این رو همچنان مشمول اصل آثار نسبی قرارداد بین طرفها (res inter alios acta)

32. M.C. Giorgi "Underwater Archeological and Historical Objects: A Handbook on the New Law of the Sea", R.J. Dupuy, D. Vignes (Edited by) 1991, pp.568-569.

33. L. Caflisch op.cit. note 30, p.20; A. Strati op.cit. note 29, p.167; V. Leanza op.cit. note 20. P.146.

قرار می‌گیرد.^{۳۴} هم اکنون، چندین دولت، به استناد این مقررات، اقدام به استقرار منطقه‌های باستانی کرده‌اند.^{۳۵}

کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب، در همان حال که این مقررات را به صورت مقررات خود درآورده، محدودیتهایی هم بر حق انحصاری دولت ساحلی در منطقه مجاورش که کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها پیش‌بینی کرده، وارد آورده است. به هر حال و بدین ترتیب، هرگاه دولت ساحلی در جهت اجازه دخل و تصرف در میراث فرهنگی زیر آب در منطقه مجاور خود اقدام به وضع مقررات می‌کند، کنوانسیون جدید این دولت را متعهد می‌سازد قواعد مقرر در پیوست را رعایت کند، و این خود از نظری دیگر شرکت در تقویت این میراث تلقی می‌شود.^{۳۶}

ب- مسئولیت مشترک دولتها در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب

ماده ۹ کنوانسیون در حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره، و ماده ۱۱ مربوط به حفاظت همین میراث در بالای اعماق دریاها و زیر بسترهایشان که فراتر از حدود صلاحیت ملی قرار دارند و معمولاً معروف به منطقه‌اند، اعلام می‌دارند که «برعهده کلیه دولتهاست که حفاظت میراث فرهنگی زیر آب را رعایت کنند». مسئولیت اصلی چنین حفاظتی به دولتی موصوف به «هماهنگ کننده» (Coordonnateur) واگذار خواهد شد که در حالت اول «به نام دولتهای طرف عهدنامه و نه به نفع خاص خود» عمل خواهد کرد،^{۳۷} و در حالت دوم

34. S. Karagianis op.cit, note 30, p.23.

35. Cf. entre autres la France: Loi no 89-874 du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes et le Danemark: Act n^o 530 du 10 Octobre 1984.

36. Article 8.

37. Article 10 al.6.

«به نفع کل بشریت و به نام کلیه دولتهای طرف عهدنامه».^{۳۸} بدین ترتیب، دولت هماهنگ کننده که عضو کنوانسیون نیز هست وظایفی دوجندان برعهده خواهد داشت.

- مسئولیت دولت هماهنگ کننده در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات

قاره

بنابر کنوانسیون،^{۳۹} با این که سمت دولت هماهنگ کننده به مقتضای وضع جغرافیایی برتر، مناسب وضع دولت ساحلی در نظر گرفته شده، این دولت مجاز است رسماً از این سمت کناره گیری کند. در این صورت، دولتهایی که از پیوند واقعی، به خصوص پیوند فرهنگی، تاریخی یا باستانی با میراث برخوردارند، فراخوانده می شوند که بین خودشان دولت هماهنگ کننده ای برگزینند.^{۴۰}

به منظور کاستن خطر چپاول میراث فرهنگی زیرآب، کنوانسیون، شفافیت فعالیتهای مربوط به آن را شرط دانسته است.^{۴۱} بنابر مقررات مربوط، هر شخص یا کشتی ای که به کشفی دست یابد و یا در نظر داشته باشد در میراثی واقع در منطقه اقتصادی انحصاری یا فلات قاره دخل و تصرف هایی به عمل آورد،^{۴۲} باید نه تنها به دولت متبوع خود بلکه به دولت ساحلی نیز اعلام کند.

در این حال، زیر نظر دولت هماهنگ کننده، مشورتهایی با کلیه دولتهایی که با این میراث پیوندی واقعی دارند، به عمل می آورند تا

38. Article 12 al.6.

39. Article 10 al.3.

40. Article 9 al.5.

41. Article 9 al.1.

42. Article 9 al.3 et 4.

تدابیری^{۴۳} ضروری در جهت حفاظت اشیاء غوطه‌ور اتخاذ کنند. اجرای این تدابیر و صدور اجازه‌نامه‌های مورد لزوم طبق قواعد الحاقی به کنوانسیون از وظایف دولت هماهنگ کننده است. با وجود این، دولتهای شرکت کننده در مشورتها مجازند این وظیفه را به عهده دولت دیگر عضو کنوانسیون بگذارند، آن هم به شرط موافقت دولت هماهنگ کننده. در صورتی که به نظر این دولتها، بررسی‌های مقدماتی در میراث لازم آید، دولت هماهنگ کننده فراخوانده خواهد شد که آن بررسی‌ها را به انجام رساند و برحسب مورد اجازه‌نامه‌های لازم را صادر کند. این دولت نتایج حاصل را بی‌درنگ به اطلاع مدیرکل یونسکو خواهد رساند که در اختیار دولتهای دیگر بگذارد. به هر حال، در صورت لزوم، دولت هماهنگ کننده استثنائاً مجاز خواهد بود، قبل از هر مشورت، برطبق کنوانسیون،^{۴۴} تدابیری به منظور حفاظت میراث فرهنگی زیر آب اتخاذ کند. این تدابیر ناظر است بر پیشگیری احتمال هر خطر قریب الوقوع، به خصوص چپاول یا هر نوع فعالیت بشری زیان‌آور. در جریان اتخاذ چنین تدابیری، در صورت لزوم ممکن است کمک و معاضدت دولتهای دیگر عضو کنوانسیون خواسته شود.

- مسئولیت دولت هماهنگ کننده در منطقه

رژیم حفاظت میراث فرهنگی زیر آب که در بالای اعماق دریاها و فراتر از حدود حاکمیت ملی واقع است و میراثی است که در کنوانسیون مقرر شده - همانند آنچه برای منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره پیش‌بینی کرده‌اند - متضمن دو روزه است: نشر اطلاعات راجع به میراث در مقیاسی گسترده، با توجه به این که شفافیت این نشر ضامن حفاظت

43. Article 10 al.5.

44. Article 10 al.4.

میراث است، و خود حفاظت.

تا آنجا که مربوط به روزنه اول است، اشخاص و کشتی‌هایی که به کشفی دست یافته‌اند و یا قصد دارند دخل و تصرفی در میراث فرهنگی زیر آب به عمل آورند، متعهدند که این کشف را به دولت متبوعشان اعلام دارند.^{۴۵} این دولت به نوبه خود مکلف است اطلاعاتی را که بدین ترتیب به دست می‌آورد به مدیرکل یونسکو و دبیرکل مقام بین‌المللی اعماق دریاها* ابلاغ کند، دولتهای عضو کنوانسیون هم به نوبه خود به وسیله دبیرکل از این اطلاعات آگاهی می‌یابند.^{۴۶}

در این حال، مدیرکل همه دولتهایی را که اظهار تمایل کرده‌اند در راه و رسم حفاظت مؤثر میراث فرهنگی طرف مشورت قرار گیرند فرا می‌خواند. تا آنجا که چنین تمایلی بر پیوندی قابل اثبات با میراث فرهنگی استوار باشد - چنانچه کنوانسیون هم از تصریح آن خودداری نکرده - این دولتها به جز دولتهایی نمی‌توانند باشند که با اشیای غرقه در آب، منشأ فرهنگی، تاریخی یا باستانی مشترکی دارند.^{۴۷} این دولتها را فرا می‌خوانند که یکی از دولتهای عضو را در سمت دولت هماهنگ کننده انتخاب کنند.^{۴۸} هرچند حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در این دو منطقه مبتنی بر ماده ۱۴۹ کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاهاست، کنوانسیون نوین همان فرمولی را که در این ماده آورده شده به کار نمی‌برد. ماده ۱۴۹ به عبارت «... دولت یا کشور منشأ**» شیئی باستانی یا تاریخی هم ارجاع می‌دهد که در کنوانسیون یونسکو دیده نمی‌شود. این حذف تا آن حد قابل

45. Article 11 al.1.

*. Secrétaire général de l'Autorité internationale des fonds marins.

46. Article 11 al.3 et 4.

47. Article 11 al.4.

48. Article 12 al.2.

**, De l'Etat ou du pays d'origine.

توجیه است که اصطلاح «کشور منشأ» (pays d'origine) ابهامی دربردارد^{۴۹} و در سطح بین‌المللی هم فاقد بیان شایسته و بایسته‌ای است. همانند مقررات مربوط در کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره، دولت هماهنگ کننده مأموریت خواهد یافت تدابیر حفاظتی مورد توافق دولتهایی را که در مشاورات شرکت کرده‌اند، به اجرا درآورد. همچنین صدور اجازه‌نامه‌های مقتضی که به موجب تدابیر مورد توافق صادر شود، از اختیارات او است. در هر دو صورت و به شرط توافق این دولتها، دولت دیگری می‌تواند به جای دولت هماهنگ کننده استقرار یابد،^{۵۰} حال آن‌که فقط دولت هماهنگ کننده، و نه دولت دیگر، در شرایطی قرار دارد که بررسی‌های مقدماتی میراث را ادامه دهد و اجازه‌نامه‌های مقتضی بدین منظور صادر نماید. نتایج این بررسی‌ها هم به وسیله او به دبیرکل یونسکو ابلاغ خواهد شد و در پی آن دبیرکل نیز در اختیار کلیه دولتهای عضو قرار می‌دهد.^{۵۱} هرگاه خطری قریب‌الوقوع میراث فرهنگی زیر آب را تهدید کند، کلیه دولتها مجاز خواهند بود، حتی قبل از مبادرت به هرگونه مشورت، تدابیری مقتضی جهت دفع آن، اتخاذ کنند.^{۵۲}

۲- سازگاری کنوانسیون با حقوق بین‌الملل

ماده ۳ کنوانسیون به صراحت اعلام می‌کند که هیچ‌یک از مقرراتش «لطمه‌ای به حقوق، حاکمیت و تکالیف دولتها طبق حقوق بین‌الملل وارد نمی‌سازد، و همچنین کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاهای». اغلب

49. R. Goy "L'épave du Titanic et le droit des épaves en haute mer", A.F.D.I. 1989, p.759.

50. Article 12 al.4.

51. Article 12 al.5.

52. Article 12 al.3.

دولتها که نسبت به کنوانسیون مخالف یا ممتنع رأی داده‌اند بر این باورند که مقرراتی در این کنوانسیون با کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها ناسازگارند. به صراحت می‌توان دریافت منظور مقرراتی است مربوط به حفاظت میراث فرهنگی زیردریا در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره که دولت ساحلی را از حقوقی مازاد بر حاکمیت* برخوردار می‌کنند، و مقرراتی مربوط به لاشه کشتی‌های دولتی،^{۵۳} بدون توجه به اصل مصونیت این گونه کشتی‌ها.

الف - سازگاری حقوق ناشی از حاکمیت** که برای دولت ساحلی در نظر گرفته شده است

بی‌شک، مسأله حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره اختلاف نظر بیشتری در گروه کارشناسان حکومتی*** برمی‌انگیزد. چنانچه یک بار دیگر شکافی سربرآورد که در جریان سومین کنفرانس ملل متحد درباره حقوق دریاها، طرفداران شناسایی صلاحیت دولت ساحلی را در برابر دولتهایی قرار می‌داد که از آسان‌تر شدن انضمام خزنده**** این فضاها دریا به سرزمین دولت ساحلی بیم داشتند. فرمولی که گروه کارشناسان بدان دست یافته، اختلاف نظری را که همواره مانع اصلی وفاق نسبت به کنوانسیون بوده است، پایان نمی‌بخشد. به اعتقاد برخی، مقررات کنوانسیون تعادلی را که کنوانسیون حقوق دریاها بین حقوق و تکالیف دولت ساحلی در منطقه اقتصادی انحصاری و

*. Droits de juridiction supplémentaires.

53. Cf. Déclarations de la Norvège, de la Fédération de la Russie et de la France, op.cit, note 26.

**. Droits de juridiction.

***. Groupe d'experts gouvernementaux.

****. Territorialisation rampante.

فلات قاره به سختی ساخته و پرداخته است، مورد سؤال قرار می‌دهد. مقررات کنوانسیون اخیر که تعادل منظور را در جهتی مساعد نسبت به حقوق دولت ساحلی برهم زده، دیگر نمی‌تواند مبتنی بر کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها تلقی شود.

چنین است مقرره‌ای که دولت ساحلی را از حق منع و اجازه هرگونه دخل و تصرف در میراث فرهنگی زیر آب در منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره برخوردار کرده است.^{۵۴} این حق در این انگیزه به این دولت داده شده که لطمه به حقوق حاکمه‌ای* نزنند که حقوق بین‌الملل و کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها به منظور اکتشاف و بهره‌برداری منابع طبیعی این فضاها را دریایی مقرر کرده است. بی‌تردید با نوعی نوآوری سر و کار داریم که علت وجودی آن را به سختی می‌توان توجیه کرد. حق نوپدید دولت ساحلی که نیز ماهیتی به اعتبار وظایف** عرضه می‌دارد، ناظر بر این است که احتمال تعارض بین منافع دولتهایی که خواستارند اقدام به برداشت میراث واقع در این فضاها به عمل آورند و منافع دولت ساحلی که قصد دارد اکتشاف چنین منابعی را خود در دست گیرد، به نحوی فیصله یابد. با توجه به آنچه گفته شد، جای تردید نیست که چنین احتمالی کم روی می‌دهد. چنانچه در بعضی حالات، برداشت از میراث یا بازگرداندن لاشه کشتی به سطح آب*** مستلزم سلطه‌ای کم و بیش طولانی بر اعماق دریاها است و این خود مانع عملیات بهره‌برداری است که لطمه برگشت‌ناپذیری به حقوق ناشی از حاکمیت دولت ساحلی وارد نمی‌آورند. در عوض، خطر وقتی به صورت مهم عرض اندام می‌کند که حفاری زیر

54. Article 10 al.2.

*. Droits souverains.

**. De nature fonctionnelle.

***. Renflouage.

بستر اعماق دریاها به منظور بهره‌برداری منابع، تخریب میراث فرهنگی زیر آب را فراهم آورد، احتمالی که کنوانسیون پیش‌بینی نکرده است.^{۵۵}

با کمال تأسف، مقرر کنوانسیون در انگیزه حفاظت میراث فرهنگی زیر آب تدوین نشده و به نظر زائد است. تدوین‌کنندگان کنوانسیون می‌توانستند به صرف گنجاندن مقرره‌ای اکتفا کنند که به ماده ۵۹ کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها ارجاع دهد. این مقرر راجع به مسأله حقوق مازاد* در منطقه اقتصادی انحصاری است و مبنای حل تعارضاتی را در مواردی تعیین می‌کند که در فضای منطقه اقتصادی انحصاری کنوانسیون نه حقوقی و نه صلاحیتی** مقرر می‌دارد، و چنین برمی‌آید که بیانگر حالتی در جهت حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری در نظر گرفته شده است.^{۵۶} به منظور حل اختلافی که ممکن است بدین قرار بین منافع دولت ساحلی و یک یا چند دولت دیگر روی دهد، ماده ۵۹ اشعار می‌دارد که این اختلاف «می‌بایست بر مبنای عدل و انصاف، و با توجه به کلیه اوضاع و احوال مناسب حال فیصله یابد، آن هم با توجه به اهمیت منافع مورد اختلافی که به اعضای مختلف کنوانسیون و جامعه بین‌الملل در مجموع تعلق می‌گیرد». ناگفته نماند که توسل به این اصول کاربرد حقوق ناشی از حاکمیتی را که دولت ساحلی بر منابع طبیعی دارا است در هیچ مورد از حق تقدم برخوردار نمی‌کند، و راه‌حلی است که کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در همه جا لازم می‌شمارد. به هرحال، در بعضی حالات، اهمیت استثنایی میراث منافع جامعه بین‌الملل را

55. Article 56 al.1 a) et article 77 al. 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

*. droits résiduels.

**. Jurisdiction.

56. G. Carducci op.cit, note 22, p.198.

نسبت به منافع دولت ساحلی برتر می‌شمارد. به طور کلی و صرف نظر از مشکلاتی که کاربرد برخی مقررات کنوانسیون به بار می‌آورند، باید پذیرفت که در قلمرویی همچون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره، آن هم قلمرویی که کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها به سکوت برگزار می‌کند و حقوق بین‌الملل هم تطبیق نمی‌کند، ناسازگاری کنوانسیون بایستی با نوعی نرمش به کار برده شود. مسلم این‌که کاربردی بیش از حد موشکافانه نتایج عبث و بیهوده‌ای به بار خواهد آورد^{۵۷} و چه بسا فواید کنوانسیون را که به هر حال به توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و برطرف ساختن خلأیی حقوقی اختصاص یافته، از بین خواهد برد. این است که رژیم حفاظت میراث فرهنگی زیر آب واقع در این فضاها دریاها را که کنوانسیون ساخته و پرداخته است، به صرف این‌که مسئولیت اثربخشی که کنوانسیون بر عهده دولت ساحلی و فراتر از مقررات کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها در نظر گرفته، نمی‌توان کنار گذاشت. به درستی می‌توان دریافت که کنوانسیون اخیر هیچ صلاحیتی به اعتبار وظایف* در حق این دولت نسبت به این میراث مقرر نکرده است،^{۵۸} با این وجود به درستی می‌توان دریافت که هیچ‌یک از مقررات این کنوانسیون دولت ساحلی را در اخذ تدابیری برای حمایت این میراث منع نمی‌کند. به عکس، کنوانسیون ملل متحد حقوق دریاها هم حفاظت آن را برعهده این دولت گذاشته است.^{۵۹} بی‌شک، بنابر نظر کارشناسان، دولت ساحلی در

57. Ibid. p.143: Scovazzi "The 2001 Unesco Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage", in The Protection of the Underwater... op.cit, note 12, p.122.

*. Jurisdiction fonctionnelle.

58. U. Leanza op.cit, note 20, p.156.

59. Article 303 al.1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

وضع مناسب‌تری قرار دارد و نظر به همین وضع جغرافیایی است که می‌تواند چنین وظیفه‌ای را برعهده گیرد.^{۶۰}

رژیم حفاظت میراث فرهنگی زیر آب در منطقه اقتصادی انحصاری و فلات قاره که کنوانسیون مستقر کرده است، مزیت مهمی عرضه می‌دارد که به رژیم آزادی، آن طور که از حقوق بین‌الملل نتیجه می‌شود، پایان می‌بخشد، رژیمی که جز تشویق و حمایت غارتگران گنجینه‌ها نمی‌توانست.^{۶۱}

ب- سازگاری وضع لاشه کشتی‌های دولتی

اصل دیگری که ماده ۳۲ کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاها اعلام می‌دارد همان مصونیت کشتی‌های جنگی و کشتی‌های دیگری است که جهت مقاصدی غیرتجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند. این اصل هیچگاه شک و تردیدی برنیا نگیخته است. وانگهی بر مبنای همین اصل است که کنوانسیون اخیر این کشتی‌ها را از تعهد ابلاغ* و اعلام** معاف می‌دارد، ابلاغ و اعلامی که کشتی‌های دیگر مقید به رعایت آنند.^{۶۲} با این وصف، مسأله‌ای که می‌توان مطرح کرد این است که این مصونیت را می‌توان یا نمی‌توان نسبت به لاشه‌های این کشتی‌ها نیز گسترش داد. کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاها پاسخی به این پرسش

60. L.V. Prott "Les négociations au sein de l'UNESCO pour une Convention sur la protection du patrimoine subaquatique", in Le patrimoine culturel de la mer, op.cit, note 19 p.228.

61. T. Scovazzi op.cit, note 57, p.117.

*. Notification.

**. Declaration.

62. Conformément à l'article 13 de la Convention, les Etats parties "veillent à ce que ces navires se conforment dans la mesure du raisonnable et du possible aux dispositions des articles 9, 10, 11, 12 de la Convention".

نمی‌دهد، پرسشی که در جریان مذاکرات کنوانسیون از طرف اتحاد شوروی عنوان گردید. این ابتکار اول بار در پیروی عملیاتی برانگیخته شد که ایالت متحده برای بازگرداندن* لاشه زیر دریایی شوروی که در سال ۱۹۶۸ در اقیانوس اطلس غرق شده بود، انجام گرفت.^{۶۳} چندین پیشنهاد از طرف اتحاد جماهیر شوروی و پشتیبانی دولتهای سوسیالیستی، کشتی‌ها و هواپیماهایی را که فراتر از دریای سرزمینی غرق بشوند از مصونیت قضایی جامعی برخوردار می‌کرد.^{۶۴} کمیسیون کلیه این پیشنهادها را رد کرد.

وانگهی، فکر زیر نهاد این پیشنهادها که در کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب برگرفته می‌شد، هر دخل و تصرفی را نسبت به چنین لاشه‌هایی که در منطقه اقتصادی انحصاری، فلات قاره و یا در اعماقی فراتر واقعند، بدون اجازه دولت پرچم منع می‌کرد.^{۶۵} در عوض، در فضاهای دریایی که تحت حاکمیت دولت ساحلی قرار دارند، این دولت از حق انحصاری وضع مقررات و اجازه دخل و تصرف در این لاشه‌ها برخوردار است. با این وجود، در هم و غم همکاری جهت دستیابی به بهترین حفاظت‌ها، کنوانسیون مقرر می‌دارد که دولتهای ساحلی، در صورت کشف چنین لاشه‌هایی، دولت پرچم و دولتهای دیگری را که با لاشه‌ای پیوندی واقعی دارند «باید مطلع سازند».^{۶۶} این مقررۀ کنوانسیون مخالفت قدرتهای بزرگی را برمی‌انگیخت که عقیده داشتند بازگرداندن کشتی‌ها و هواپیماها به سطح آب که در دریای سرزمینی دچار سانحه شده‌اند، فقط پس از کسب موافقت دولت پرچم امکان‌پذیر خواهد بود. به نظر می‌رسد که عملکرد

*. Renflouer.

63. J.P. Quéneudec "Chronique du droit de la mer", A.F.D.I. 1977, p.734.

64. J.P. Quéneudec "Chronique du droit de la mer", A.F.D.I. 1981, pp.680-681.

65. Articles 11 al. 7 et 12 al.7.

66. Article 7 al.3.

دولتها تأیید چنین عقیده‌ای است.

دلیلی که می‌توان خاطرنشان ساخت یادداشت دیپلماتیکی است که در تاریخ ۳۱ اکتبر ۱۹۸۰ اتحاد جماهیر شوروی به ژاپن تسلیم کرده^{۶۷} که عملیات به روی آب آوردن کشتی جنگی روسی آمیرال ناخلف (Amiral Nakhlov) که در دریای سرزمینی‌اش سقوط کرده بود، بیدرنگ متوقف شوند.^{۶۸} وقفه عملیات در زمانی به عمل آمد که کشتی جنگی، قبل از غرق شدن، در جریان جنگ روسیه و ژاپن در سال ۱۹۰۵، به دست نیروی دریایی ژاپن ضبط گردیده بود و، از این رو دیگر، نمی‌توانست از مصونیت برخوردار باشد.^{۶۹} حساسیت دولتهای دریایی نسبت به لاشه کشتی‌های جنگی‌شان چنان است که بعضی قدرتهای دریایی برنامه‌های درازمدتی برای حفاظت آن کشتی‌ها در نظر گرفته‌اند.^{۷۰} مسلم این‌که چنین سیاستی عملی نخواهد شد مگر به یاری دولتی ساحلی که در سرزمین دریایی‌اش لاشه‌ای غوطه‌ور شده باشد. وانگهی، علت وجودی موافقتنامه‌های بین‌المللی راجع به به روی آب آوردن لاشه کشتی‌ها و منعقد بین دولت پرچم و دولتی که این لاشه‌ها در آبهایش غوطه‌ورند، همین است. لزوم این موافقتنامه‌ها تا حدی است که عملیات به روی آب آوردن کشتی بی‌تردید «فاقد رابطه مستقیم با عبور» از دریای سرزمینی است و کشتی‌های باربر نمی‌توانند بدون کسب اجازه قبلی از دولت ساحلی برای اقدام به چنین

67. Cf. Déclarations de la Fédération de Russie, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique, op.cit, note 27.

68. J.P. Quéneudec, op.cit, note 64, p.680.

69. J.A. Roach "Sunken Warships and Military Aircrafts" Marine Policy, vol.20 n° 4, p. 352.

70. Cf. Instruction du ministère de la Défense de la France en date du 10 juin 1999 ayant pour objet l'instruction préliminaire des dossiers de découverte d'épaves de navires militaires français dans les eaux étrangères. Pour plus de détails, Cf. G. Le Gurin op.cit, note 19, p.115.

عملیاتی، به اصل عبور بی‌ضرر استناد جویند.^{۷۱} این موافقتنامه‌ها باید نقطه پایان فرایندی در نظر گرفته شوند که به وسیله آن دولت ساحلی اطلاعاتی راجع به میراث فرهنگی زیر آب در اختیار دولت ذی‌نفع بگذارد و او را مجاز دارد دخل و تصرفی در میراث به عمل آورد. کنوانسیون هم انعقاد چنین موافقتنامه‌هایی را جهت حفظ و ابقای این میراث ترغیب می‌کند.^{۷۲}

بدین ترتیب، دلیلی که بر طبق آن انعقاد موافقتنامه‌های دوجانبه بین دولتهای ذینفع در بازگرداندن لاشه کشتی‌های جنگی به روی آب و لاشه کشتی‌های جنگی غوطه‌ور در آبهای سرزمینی، احراز اصل مصونیت این لاشه‌ها از طرف دولت ساحلی تلقی می‌شود، به جا است که بار دیگر مورد بررسی قرار گیرد. در عمل، مجموع موافقتنامه‌هایی که بدین منظور انعقاد یافته‌اند بیشتر بر حق مالکیت دولتی استوار است که هویت او را بتوان مشخص کرد. این حق مالکیت خود نمی‌تواند مانع دخل و تصرفی شود که دولت ساحلی نسبت به کشتی‌های دولتی آن هم به منظور حفاظت به عمل می‌آورد.

موافقتنامه‌ای در تاریخ ۶ نوامبر ۱۹۷۲ بین استرالیا و هلند که در آن، دولت اخیر در سمت جانشین مالکین کشتی‌های کمپانی هند شرقی که در سواحل استرالیا غوطه‌ورند اقدام می‌کند،^{۷۳} همچنین مبادله یادداشتهای ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۵ بین آفریقای جنوبی و انگلستان که به حقوق و منافع استناد می‌جوید که دولت انگلستان نسبت به کشتی‌های نیروی دریایی‌اش همچنان

71. Article 19 al. 2 f) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. L. Migliorino "The Recovery of Sunken Warships in International Law" in Essays on the New Law of the Sea, B. Vukas (ed. By) Zagreb 1985, p.253.

72. Article 6 al.1.

73. J.P. Beurrier op.cit, note 21, p.55, Texte de l'Accord in The Protection of Underwater...

حفظ کرده است،^{۷۴} صحت این نظر را تأیید می‌کنند. اظهارات ویلیام کلینتون (William Clinton)، رئیس‌جمهور ایالات متحده، به تاریخ ۱۹ ژانویه ۲۰۰۱ درباره کشتی‌های جنگی در همین جهت است.^{۷۵} به هر حال، این اظهارات به ماده ۱۷ قانون اساسی ایالات متحده امریکا ارجاع می‌دهد که فقط کنگره حق دارد سرزمین یا هر مالی را که متعلق به دولت فدرال است از مالکیت این دولت خارج سازد، و در شمار آنها لاشه کشتی‌های جنگی. توضیحات مدیرکل وزارت خارجه ژاپن در تاریخ ۱۹ مه ۱۹۷۹ در پارلمان این کشور نیز بر همین روال است.^{۷۶} همچنین، بر مبنای عنوان مالکیت کشور پادشاهی اسپانیا نسبت به دو کشتی فرگات (frégate) که در دریای سرزمینی ایالات متحده دچار سانحه می‌شوند، دیوان عالی طی تصمیمی در تاریخ ۲۰ فوریه ۲۰۰۱ دو شکایت ایالت ویرجینی (Virginie) و شرکتی خارجی را رد می‌نماید.^{۷۷}

استدلالی که به ظاهر رفته رفته مورد تبعیت قرار می‌گرفت،^{۷۸} و علاوه بر آن، اتفاق نظر قسمت مهمی از دکتترین را نیز جلب می‌کرد،^{۷۹}

74. L. Vierucci "Le statut juridique des navires de guerre ayant coulé dans les eaux étrangères: le cas des frégates espagnoles Juno et Gala retrouvées au large des côtes des Etats-Unis", R.G.D.I.P. tome 105, 2000, p.720.

75. Statement by the President of the US of America on the US Policy for the Protection of Sunken Warships (19 January 2001) Texte in the Protecting of ... op.cit, note 12, p.447.

76. The Japanese Annual of International Law n^o 29, 1986, p.115.

77. L. Vierucci op.cit, note 74, p.707.

78. Le "Memorandum of Understanding Between the Gornment of Great-Britain and Canada Pertaining to the Shipwrecks HMS Terro 5,8 August 1997" se réfère néanmons au principe de l'immunité souveraine des épaves des navires de guerre. Faut-ily voir l'influence du Royaume-Uni, partisan convaincu de cette thèse? Texte in the Protectiong of ... op.cit, note 12, pp.442-443.

79. Cf. le recensement des auteurs qui y sont favorables fait par A. Strai op.cit, note 29, p.235, Cet auteur dresse aussi la liste des auteurs qui estiment que le principe de l'immunité des navires d'Etats' étend aux épaves de ces mêmes navires.

دارای مزیتی است که مبتنی بر وضع حقوقی* کشتی‌های دولتی قرار نگرفته، آن هم وضعیت و احوالی که به سختی می‌توان نسبت به لاشه‌های همین کشتی‌ها به کار بست. توضیح این که مصونیتی که حقوق بین‌الملل به این کشتی‌ها اعطا می‌کند، به سبب وظایفی توجیه می‌شود که در سمت ارگانهای دولتی انجام می‌دهند که پرچمش را حمل می‌کنند. همین که این کشتی به وضع لاشه درآمدند، با این که همچنان تحت مالکیت این دولت می‌مانند، طبعاً دیگر قادر نیستند اعمالی مربوط به حاکمیت انجام دهند و از این رو نمی‌توانند از مصونیت برخوردار باشند. فقط اسناد رسمی و اموالی که درون کشتی وجود دارند و هنوز می‌توانند در انجام چنین اعمالی به کار آیند، همچنان از مصونیت برخوردار خواهند ماند،^{۸۰} احتمالی که به سختی نسبت به لاشه‌هایی تحقق خواهد یافت که طی سالیان در اعماق دریاها غوطه‌ور مانده و از این رو دچار خوردگی پیشرفته‌ای شده باشند.

مقررات کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب حقوق مالکیت را در برنمی‌گیرد. برطبق کنوانسیون، حراست و ابقای در محل** میراث فرهنگی زیر آب می‌بایست گزینه‌ای دارای حق تقدم تلقی شود.^{۸۱} دخل و تصرف در میراث مجاز نیست مگر به شرطی که در حفاظت، شناسایی یا احیای اشیاء غوطه‌ور به نحو قابل ملاحظه‌ای شرکت جوید.^{۸۲} چنین است دخل و تصرفهایی ناظر بر پیشگیری هر خطری قریب‌الوقوع به خصوص غارت^{۸۳} آن اموال. در این صورت، «اجزای میراث فرهنگی زیر آب که بازیافته می‌شوند، به امانت سپرده می‌شوند، و باید به نحوی نگهداری و اداره

*. Statut juridique.

80. L. Vierucci op.cit, note 74, p. 717.

** In situ.

81. Article 2 al.6.

82. Règle 1 de l'Annexe.

83. Articles 10 al. 4 et 12 al.3.

شوند که حفاظت آنها در مدت زمانی طولانی تأمین گردد».^{۸۴}

کنوانسیون بدین ترتیب وضعیت* اشیاء بازیافته را به همان صورت بی‌کم و کاست حفظ می‌کند. در این انگیزه است که کنوانسیون حقوق حاکم بر معاضدت** و حقوق حاکم بر گنجینه‌ها*** را از برد و حد شمول خود خارج می‌سازد. با وجود این، چه بسا ممکن است اجازه بازیافتن لاشه‌ها از طرف ادارات صلاحیت‌دار به اشخاص خصوصی داده شود، به شرطی که برطبق کنوانسیون حفاظت میراث فرهنگی زیر آب صادر شود.^{۸۵} کنوانسیون در نظر دارد که منافع خصوصی، که در واقع طعمه سودآوری است، اثرات مقررات کنوانسیون را به هیچ‌شمارند. مسلم این‌که، هر انگیزه‌ای اقتصادی و تجاری با اداره شایسته میراث سازگار نیست.^{۸۶} بی‌شک، نسبت به کنوانسیون ملل متحد درباره حقوق دریاها که به نظر می‌رسد حقوق مکتسب را از طریق منافع اقتصادی تأمین کرده است، پیشرفتی حاصل شده است. بند ۳ ماده ۳۰۳ هم مقرر می‌دارد که لطمه‌ای «به حقوق مالکینی که هویت آنها قابل تشخیص باشد و به حق بازیافتن لاشه‌ها و دیگر حقوق دریایی»^{۸۷} وارد نشده است.

به حق می‌توان امید داشت کنوانسیونی که وضعیت و احوال میراث فرهنگی زیر آب را بی‌کم و کاست حفظ می‌کند و این اصل را مقدم بر دیگر مسائل می‌شمارد، بیشترین دولتها را به عضویت درمی‌آورد و این

84. Article 2 al.6.

*. Statut.

**. Droit de l'assistance.

***. Droit des trésors.

85. Article 4.

86. Règle 2 de l'Annexe de la Convention.

87. G. Carducci "New Developments in the Law of the Sea: the Unesco Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage", A.J.I.L. vol.96, April 2002, p.425.

دولتها از آن پشتیبانی می‌کردند. جای تأسف است که چنین نشد، چنانچه یکسال بعد از پذیرش متن* کنوانسیون، هنوز هیچ دولتی اقدام به تصویب آن نکرده است، به طوری که گروکشی کنوانسیون به علت مخالفت بعضی ابرقدرتها بیمی در پی دارد که به اجرا درآمدن آن مدتی طولانی به تأخیر می‌افتد.

*. Adoption.

مفهوم شکنجه: استاندارد واحد یا متفاوت (از دیدگاه حقوق بین‌الملل)

دکتر مهدی نیک نفس*

چکیده

از آنجایی که دایره معنای اصطلاح شکنجه در حقوق بین‌الملل مد نظر است؛ لذا این تحقیق وارد قلمرو حقوق داخلی نمی‌شود و صرفاً دیدگاه حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار می‌گیرد. با بررسی اسناد و رویه قضایی بین‌المللی این فرضیه مورد آزمون قرار می‌گیرد که علی‌رغم وجود استاندارد غالب در مورد فهم اصطلاح شکنجه، استانداردهای دیگری نیز از طریق اسناد و رویه قضایی بین‌المللی اتخاذ شده است که با آن استاندارد متفاوت می‌باشند.

برای آزمودن فرضیه ابتدا استاندارد غالب مورد بررسی قرار می‌گیرد. مطابق این استاندارد، شکنجه رفتار یا مجازات رسمی یا دولتی است که رنج شدیدی ایجاد می‌کند و برای نیل به اهداف خاصی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار اعمال می‌شود.

*. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی - واحد بوشهر.

سپس استانداردهای متفاوت با آن استاندارد مورد بررسی قرار می‌گیرد. مطابق این استانداردها، یا «دولتی و رسمی» بودن شکنجه و یا «شدید بودن» درد و رنج و یا اصلاً وجود «درد و رنج» لازم نبوده و یا این که «هدفمند» بودن جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نمی‌شود.

البته این رویکردها در عین متفاوت بودن، با یکدیگر مغایرت ندارند، یعنی همان‌گونه که برخی از مراجع قضایی و شبه قضایی مطرح کرده‌اند، این تفاوتها می‌توانند با اتخاذ یک رویکرد آزادمنشانه و موسع مکمل یکدیگر باشند؛ البته این ایده‌آل است، ولی واقعیت این است که اگر مراجع قضایی و شبه قضایی چنین شیوه‌ای را اتخاذ نمایند، بالقوه این ظرفیت وجود دارد تا با اتخاذ رویکردهای متفاوت، فهم و استنباطهای متفاوتی از اصطلاح «شکنجه» در صحنه بین‌المللی رواج یابد و این امر موجب تضعیف مفهوم و مبارزه با چنین رفتارهایی شود.

مقدمه

اصل ممنوعیت شکنجه امروزه در حقوق بین‌الملل نه تنها مطابق هنجارهای عادی مثل معاهدات و عرف بین‌المللی تثبیت یافته است، بلکه به دلیل اهمیت و شأنی که در حراست و حمایت از حیثیت انسانی دارد و نقض آن موجب برهم خوردن نظم بین‌المللی می‌شود، به مرتبه «قاعده آمره حقوق بین‌الملل» ارتقا یافته و به رسمیت شناخته شده است. به همین خاطر تعهد دولتها در رعایت چنین قاعده‌ای، تعهدی آمره* بوده و هر دولتی در مراعات آن نفعی حقوقی داشته و نقض آن از سوی هر دولتی، موجب مسؤولیت بین‌المللی آن در قبال کل جامعه بین‌المللی می‌شود.

بنابراین از لحاظ هنجارسازی، حقوق بین‌الملل نقش خود را به نحو احسن انجام داده است و مشکلی در این زمینه به چشم نمی‌خورد. آنچه که امروزه اذهان حقوقدانان را به خود مشغول کرده و مورد توجه آنان واقع شده است، نحوه تعریف کردن و ارائه معیارهایی جهت فهم و استنباط اصطلاح «شکنجه» و چگونگی انطباق قاعده با مصادیق عینی آن می‌باشد. البته برخی از مراجع نظارتی مثل کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد معتقد هستند که ضرورتی به تعریف دقیق اصطلاح شکنجه و دیگر اصطلاحات مشابه (رفتار بی‌رحمانه، غیرانسانی و ترذیلی) نمی‌باشد؛ چرا که این اصطلاحات مفاهیمی کلی و نسبی می‌باشند که می‌توان آنها را در اجرا با توجه به هدف، شدت و ماهیت رفتار کشف و استنباط نمود.

اما رویکرد فوق، امروزه رویکرد غالب محسوب نمی‌شود، و غالب اسناد بین‌المللی و مراجع قضایی و نظارتی بین‌المللی مبادرت به تعریف هریک از اصطلاحات فوق نموده‌اند.

*. orga omnes.

برای رسیدن به هدف خود که همانا شناسایی اصطلاح «شکنجه» و استانداردهای احراز آن است مقاله به دو بخش کلی تقسیم شده است:

بخش اول: رویکرد غالب

بخش دوم: رویکرد متفاوت

علت اختصاص بخش اول به «رویکرد غالب» این است که بررسی شود معیار یا رویکرد غالب جهت فهم و احراز «شکنجه» چه می‌باشد و مراجع قضایی از چه رویکرد یا معیارهایی استفاده می‌کنند. برای رسیدن به مقصود فوق، این بخش به چهار فصل تقسیم شده که هر فصل به یکی از معیارهای غالب اختصاص داده شده است.

علت اختصاص بخش دوم به «رویکرد متفاوت» این است که بررسی شود آیا رویکرد یا معیارهایی متفاوت نسبت به معیارها یا رویکرد غالب جهت فهم و احراز «شکنجه» وجود دارد یا نه. برای رسیدن به مقصود فوق، این بخش به چهار فصل تقسیم شده که هر فصل به یکی از معیارهای متفاوت اختصاص داده شده است.

نویسنده پس از بررسی بخش‌های فوق، به این نتیجه خواهد رسید که آیا فهمی واحد و یا استانداری واحد برای فهم و احراز شکنجه در سطح بین‌المللی وجود دارد یا نه.

بخش اول رویکرد غالب

فصل اول: عمدی بودن

از جمله مواردی که تمام اسناد و رویه‌های قضایی بین‌المللی در مورد آن اتفاق نظر دارند این است که «شکنجه» یک رفتار «عمدی» است و نمی‌تواند از یک رفتار غیرعمدی ناشی شود.

ماده (۱) کنوانسیون منع شکنجه سازمان ملل (۱۹۸۴) و اعلامیه علیه شکنجه سازمان ملل (۱۹۷۵)، ماده (۲) کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه (۱۹۸۵)، ماده (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و رویه کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر، «شکنجه» را رفتاری «عمدی» دانسته‌اند.^۱

از نظر حقوقدانان طراحی و تأکید بر «عمدی» بودن رفتار شکنجه در اسناد بین‌المللی، از این حیث بوده است تا اشخاصی که به صورت غیرعمدی و از روی مسامحه موجب رنج شدیدی بر قربانی شده‌اند، متهم به شکنجه نشوند؛ چرا که شکنجه همانگونه که بیان شد و بر آن اتفاق نظر وجود دارد، نمی‌تواند از یک رفتار غیرعمدی ناشی شود.^۲

اما علی‌رغم مطالب فوق، حقوقدانان معتقدند در برخی از موارد بی‌احتیاطی یا مسامحه نیز می‌تواند موجب تحقق شکنجه شود؛ و آن از مواردی است که آن مسامحه نه یک مسامحه ساده، بلکه یک مسامحه

1. J. Herman Burgers and Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 118.

2. Nigel S. Rodly, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 78.

فاحش بوده که عرفاً از یک شخص معقول چنان مسامحه‌ای انتظار نمی‌رود. حقوقدانان معتقدند از مسامحه فاحش می‌توان عمد یا قصد را فرض نمود؛ چرا که عمد یا قصد از ماهیت رفتار نیز قابل احراز است.^۳

در مورد شرط «عمدی» بودن شکنجه، از آنجایی که بسیاری از سیستم‌های حقوقی «عمد» را با اصطلاحات «قصد عام» (general intent) و «قصد خاص» (specific intent) مورد تعریف قرار داده‌اند، این سؤال مطرح می‌شود که برای تحقق «شکنجه» قصد عام به تنهایی کفایت می‌کند یا علاوه بر آن قصد خاص نیز لازم است؟

در پاسخ به این سؤال بعضی از حقوقدانان اینطور بیان نموده‌اند که درست است که چون فعل شکنجه یک فعل عمدی است و باید علاوه بر قصد در انجام فعل، قصد بر حصول نتیجه نامشروع که آزرده قربانی باشد نیز وجود داشته باشد (قصد عام)، اما از آنجایی که شکنجه از جمله آن جرایمی است که برای تحقق علاوه بر قصد عام نیاز به قصد خاص نیز دارد، لذا در این جرم، صرف انجام دادن فعل به قصد آزرده قربانی کافی نیست، بلکه شکنجه‌گر علاوه بر آن باید از این (فعل قصد) خاص نیز اراده کند که همان نیل به اهداف شکنجه است.^۴

اما پاسخ فوق مبتنی بر این طرز تفکر است که شکنجه یک فعل «هدفمند» است که البته در مورد کنوانسیون منع شکنجه سازمان ملل و کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه صادق است، اما بعضی دیگر از اسناد بین‌المللی من جمله ماده (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی چنین رویکردی را اتخاذ نکرده‌اند و عنصر «هدفمندی» (purposiveness) را برای تحقق فعل شکنجه لازم ندانسته‌اند، لذا به نظر

3. Ahcene Boulesbaa, *The U.N. Convention on Torture and the Prospect for Enforcement*, the Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 20.

۴. اردبیلی، محمد علی، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی، بهار - تابستان ۱۳۷۰، شماره ۹، ص ۱۹۲.

نمی‌رسد پاسخ فوق در مورد این دسته از اسناد صدق کند. بنابراین در کل به نظر می‌رسد نتوان پاسخ قاطعی به سؤال فوق داد، و در هر مورد بستگی به این خواهد داشت که چه متن و با چه رویکردی مورد نظر است؛ اگر سند حقوقی مورد نظر «هدفمندی» را ملاک قرار داده بود؛ در چنین حالتی علاوه بر قصد عام به قصد خاص نیز نیاز است؛ اما اگر سند حقوقی مورد نظر «هدفمندی» را ملاک قرار نداده بود؛ در چنین حالتی دیگر به وجود قصد خاص نیازی نخواهد بود.

فصل دوم: شدید بودن درد و رنج

گفتار اول: شدت درد و رنج

شرط «شدید بودن درد یا رنج» چه فیزیکی و چه روانی جهت ارتکاب فعل شکنجه موضوعی است که هم در سطح جهانی و هم در سطح منطقه‌ای مورد پذیرش قرار گرفته است.

در سطح جهانی این مفهوم در سازمان ملل متحد و در فرآیند تدوین پیش‌نویس اعلامیه سازمان ملل راجع به شکنجه (۱۹۷۵) مطرح و پذیرفته شد و کلمه [شدید (severe)] در ماده (۱) اعلامیه فوق به عنوان یکی از ویژگی‌های فعل شکنجه درج شد. در بند (۱) ماده (۱) اعلامیه بیان شده است که: «از نظر این اعلامیه شکنجه یعنی هر عملی که به واسطه آن درد یا رنج «شدید»، چه فیزیکی و چه روانی، به شخص عامداً وارد آید...».^۵ البته در فرآیند تدوین پیش‌نویس اعلامیه فوق پیشنهاد حذف کلمه «شدید» مطرح شد که رأی نیاورد و رد شد.^۶

در فرآیند تدوین کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه و در جریان

5. Ahcene Boulesbaa, op.cit., p. 16.

6. Ibid.

بحث‌های کمیته سوم و بعد از نهایی شدن پیش‌نویس نیز پیشنهاد شوروی سابق مبنی بر حذف کلمه «شدید» مورد قبول قرار نگرفت.^۷

اصرار بر کلمه «شدید» در اعلامیه و ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل دلیل روشن و واضحی است بر این که مطابق اسناد فوق «شدید بودن درد یا رنج» جزو اصلی و اساسی از ترکیب برای شکل‌گیری رفتاری است که به حد شکنجه می‌رسد.^۸

شرط «شدید» بودن درد یا رنج چه فیزیکی و چه روانی فعل شکنجه، در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز درج شده است. مطابق ماده (۷) اساسنامه:

«شکنجه یعنی تحمیل عمدی درد یا رنج «شدید» فیزیکی یا روانی به شخصی که در توقیف یا تحت کنترل متهم (به شکنجه) است؛ الا این که شکنجه شامل درد یا رنجی که صرفاً ناشی از مجازات قانونی یا ذاتی و لازمه آن است نمی‌شود».^۹

بنابراین در سطح جهانی «شدید» بودن درد یا رنج چه فیزیکی و چه روانی فعل شکنجه غالباً مورد تأیید قرار گرفته است. این شرط «شدید» بودن درد یا رنج برای اولین بار توسط کمیسیون اروپایی حقوق بشر در قضیه یونان (۱۹۶۹) مطرح شد. کمیسیون در گزارش خود در قضیه یونان بیان کرد:

«... مفهوم رفتار غیرانسانی حداقل شامل چنان رفتاری می‌شود که عամداً رنج «شدیدی» را ایجاد نماید؛ چه روانی و چه فیزیکی، که در

7. Ibid.

8. Ibid.

9. Rome Statute of the International Criminal Court, Published by the The United Nations Department of Public Information, p. 6.

وضعیت ویژه غیرقابل توجیه است. لغت شکنجه اغلب جهت تشریح رفتار غیرانسانی است که دارای هدفی از قبیل به دست آوردن اطلاعات یا اقرار یا اعمال مجازات است و عموماً شکل تشدید یافته‌ای از رفتار غیرانسانی است.^{۱۰}

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز شرط «شدید» بودن را برای رسیدن به حد شکنجه ضروری می‌داند. این دیوان در قضیه معروف ایرلند شمالی با رد نتیجه‌گیری کمیسیون معتقد بود که تکنیک‌های پنجگانه بازجویی به «شدتی» که لازمه فعل شکنجه است نرسیده‌اند. از نظر دیوان، کنوانسیون با تمایزی که بین «شکنجه» و «رفتار غیرانسانی» یا «رفتار ترذیلی» قایل می‌شود، می‌خواسته بگوید که اولین اصطلاحات به کیفیت ویژه‌ای از رفتار غیرانسانی عمده می‌رسد که موجب رنج وخیم و بی‌رحمانه‌ای می‌شود. تمایز قایل شدن بین مفهوم شکنجه از یک طرف و آن که بدان رفتار یا مجازات غیرانسانی یا ترذیلی گفته می‌شود از طرف دیگر، اساساً از یک تفاوت در شدت رنج وارده ناشی می‌شود.^{۱۱}

آنتونیو کاسسه نیز در کتاب «حکومت‌های غیرانسانی» خود که یادداشت‌های مربوط به دوران مأموریت وی (به عنوان رییس) در کمیته اروپایی برای جلوگیری از شکنجه و رفتار یا مجازات غیرانسانی یا ترذیلی (۱۹۸۹-۱۹۹۳) می‌باشد، در تعریفی که از شکنجه به عمل می‌آورد (البته با همکاری گروه همکار) ویژگی «شدید بودن درد یا رنج وارده» را ازجمله عناصر اساسی آن تلقی می‌کند.^{۱۲}

10. Greek Case, Yearbook of the ECHR, Vol. 12 (1969), p. 186.

11. Ireland vs. UK Judgment, 18 Jan. 1978, Ser. A, No. 25, Para. 167.

۱۲. کاسسه، آنتونیو، حکومت‌های غیرانسانی، نقض حقوق بشر در اروپای امروز، ترجمه کیا طباطبایی، تهران: انتشارات بعثت، ۱۳۷۷، ص ۶۱.

بنابراین آستانه شدت برای تحقق شکنجه از نظر مراجع قضایی و شبه قضایی بالا است و حقوقدانان معتقدند به همین خاطر هم هست که در موارد اندکی مراجع قضایی به صراحت بیان کرده‌اند که رفتار یا مجازات مورد شکایت به حد «شکنجه» رسیده است، برای مثال تا سال ۱۹۹۶ دیوان اروپایی حقوق بشر در هیچ قضیه‌ای رفتاری را که به حد «شکنجه» رسیده باشد کشف نکرده بود، و در این سال بود که برای اولین بار در قضیه اکسوی علیه ترکیه (Aksoy vs. Turkey) دیوان با اشاره به توصیفش در قضیه ایرلند شمالی به این نتیجه رسید که رفتار مورد شکایت به حد شکنجه رسیده است.^{۱۳}

قضایای حقوق بشری بین‌المللی غالباً تأیید کرده‌اند که آستانه شدت برای شکنجه شدیداً بالا است،^{۱۴} برای مثال در مورد یک مکاتبه فردی علیه اکوادور، فرد قربانی (محبوس) از ناحیه پشت، بازو و شکم کتک خورده بود که آثارش باقی‌مانده بود. روی چشمان وی فلفل و گاز اشک‌آور پاشیده بودند و جریان برق به روی شکم و سینه وی وارد کرده بودند، به نحوی که آثار سیاه به جای مانده بر روی آن اعضا حکایت از این امر داشت و همین‌طور روی ران و پوست آثار سوختگی موجود بود. کمیته حقوق بشر (مرجع نظارتی میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی) رفتارهای فوق را «شکنجه» ندانسته، بلکه بی‌رحمانه و غیرانسانی توصیف می‌کند.^{۱۵}

13. J. Herman Burgers and Hans Danelius, op.cit., pp. 115-117.

Malcolm D. Evans and Rod Morgan, *Preventing Torture: A study of The Europea Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 73.

14. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Newyork: Oxford University Press, 2000, p. 141.

15. Communication No. 481/1991: Ecuador. 24/04/97. CCPR/C/59/D/481/1991.

البته در مورد شرط «شدید» بودن درد یا رنج، حقوقدانان معتقدند این شرط یک موضوع انتزاعی و ذهنی بوده و اعمال آن بر قضایای عینی همیشه وابسته به اوضاع و احوال مربوطه و یک امر نسبی می‌باشد، برای مثال، دوره زمانی و روش رفتار، آثار فیزیکی یا روانی ایجاد شده بر قربانی، جنس، سن و وضعیت سلامت قربانی.^{۱۶} حقوقدانان در این زمینه بیان می‌دارند که اتفاقاً ابهام داشتن و کلی و انتزاعی بودن این نوع از هنجارها از محاسن آنها بوده و باعث می‌شود تا آنها در گذر زمان کهنه نشده و بتوانند همانند یک موجود زنده خودشان را با تحولات زمان هماهنگ نمایند.

گفتار دوم: تشدید یافتگی درد و رنج

مطابق رویکرد غالب مطرح در اسناد جهانی و رویه قضایی میزان شدت درد یا رنج وارده در شکنجه باید در مقایسه با سایر رفتارهای مشابه یعنی رفتار بی‌رحمانه، غیرانسانی و ترذیلی بیشتر باشد. این رویکرد برای اولین بار در قضیه یونان (۱۹۶۹) توسط کمیسیون اروپایی حقوق بشر بیان گردید. کمیسیون در گزارش خود راجع به این قضیه بیان نمود که: «... لغت شکنجه اغلب جهت تشریح رفتار غیرانسانی است که دارای هدفی از قبیل به دست آوردن اطلاعات یا اقرار یا اعمال مجازات است و عموماً شکل تشدید یافته‌ای از رفتار غیرانسانی است».^{۱۷}

رویکرد فوق بعداً وارد اعلامیه سازمان ملل راجع به شکنجه (۱۹۷۵) شده و در سطح جهانی مورد تأیید و پذیرش قرار می‌گیرد. مطابق

15. P. Van Dijk, G.T.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International Publication, 1998, p. 312.

Anna-Lena Svensson – McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 415.

16. Greek Case, *Yearbook of the ECHR*, Vol. 12 (1969), p. 186.

پاراگراف دوم از ماده (۱) اعلامیه: «شکنجه یک شکل تشدید یافته و عمدی از رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی است».^{۱۸}

رویکرد شدیدتر بودن درد یا رنج در شکنجه در مقایسه با رفتارهای مشابه مجدداً توسط دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه ایرلند شمالی در سال ۱۹۷۸ مورد تأیید قرار می‌گیرد. دیوان در این قضیه بیان می‌دارد که کنوانسیون با تمایزی که بین «شکنجه» و «رفتار غیرانسانی» یا «رفتار ترذیلی» قایل می‌شود (می‌خواسته بگوید که) اولین این اصطلاحات (یعنی شکنجه) به کیفیت ویژه‌ای از رفتار غیرانسانی اطلاق می‌گردد که موجب رنج وخیم و بی‌رحمانه‌ای می‌شود. تمایز قایل شدن بین مفهوم شکنجه (از یک طرف) و آن که بدان رفتار یا مجازات غیرانسانی یا ترذیلی گفته می‌شود (از طرف دیگر) اساساً از یک تفاوت در شدت رنج وارده ناشی می‌شود.^{۱۹}

رویکرد فوق که قبلاً توسط اعلامیه سازمان ملل راجع به شکنجه (۱۹۷۵) جهانی شده بود، مجدداً در یک سند حقوقی الزام‌آور بین‌المللی یعنی کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه (۱۹۸۴) مورد تأیید قرار می‌گیرد. مطابق ماده (۱۶) کنوانسیون، اعمال دیگر رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی به حد شکنجه آن‌گونه که در ماده (۱) تعریف شده است نمی‌رسند.^{۲۰}

بنابراین رویکرد تشدید یافتگی درد و رنج در شکنجه هم در سطح منطقه‌ای و هم در سطح جهانی مورد تأیید قرار گرفته است. مطابق این رویکرد که به رویکرد عمودی (vertical) معروف شده است، رفتارها یا مجازاتهای مورد نظر هرم یا سلسله مراتبی (رویکرد نردبانی) را تشکیل

۱۸. ماده (۲) اعلامیه سازمان ملل راجع به شکنجه ۱۹۷۵.

19. Ireland vs. UK Judgment, 18 Jan. 1978, Ser. A, No. 25, para. 167.

۲۰. ماده (۱۶) کنوانسیون علیه شکنجه سازمان ملل متحد ۱۹۸۴.

می‌دهند که شکنجه در رأس یا اوج آن قرار دارد و معیار ترقی یا تنزل در این سلسله مراتب نیز درجه شدت درد یا رنج وارده می‌باشد. مطابق این رویکرد هر رفتار یا مجازاتی بالقوه این قابلیت را دارد تا در این سلسله مراتب یا هرم، صعود یا ترقی نماید.^{۲۱} به طور کلی در این رویکرد سه سطح (آستانه) از وخامت یا شدت درد یا رنج وجود دارد. یک سطح که حداقل است و باعث می‌شود حداقل آستانه نقض رفتارهای ممنوعه به طور کلی - صرفنظر از این که کدام رفتار اعمال شده است - تشکیل شود، «رفتار ترذیلی» است. رفتار ترذیلی در پایین‌ترین درجه از نظر شدت وخامت درد یا رنج قرار دارد. سطح بالاتر که «رفتار غیرانسانی» است، وخیم‌تر از رفتار ترذیلی بوده و موجب رنج شدیدتر از آن می‌شود. آخرین سطح نیز که به فعل «شکنجه» مربوط می‌شود از رفتار غیرانسانی شدیدتر بوده و موجب رنج وخیم‌تری می‌شود که به قول دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه ایرلند شمالی، شکنجه به کیفیت یا علامت ویژه‌ای از رفتار غیرانسانی و عمدی می‌رسد که موجب رنج بسیار وخیم و بی‌رحمانه‌ای می‌شود.^{۲۲}

فصل سوم: هدفمندی

شرط «هدفمندی» بودن شکنجه نیز از جمله شروطی است که هم در سطح جهانی و هم در سطح منطقه‌ای مورد پذیرش قرار گرفته است. در سطح جهانی می‌توان به ترتیب به مواد (۱) اعلامیه سازمان ملل راجع به شکنجه (۱۹۷۵) و کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه (۱۹۸۴) اشاره کرد.

مطابق ماده (۱) اعلامیه: «شکنجه یعنی هر عملی که به موجب آن

21. Malcolm D. Evans, "Getting to Grips with Torture" in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, April 2002, p. 372; Nigel S. Rodly, op.cit., pp. 77-78.

22. Malcom D. Evans and Rod Morgan, op.cit., p. 82; Nigel S. Rodly, op.cit., pp. 77-78.

درد یا رنج شدیدی، چه فیزیکی و چه روانی، عامداً توسط یا به تحریک یک مأمور رسمی بر شخص وارد آید؛ برای نیل به اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار از وی یا شخص ثالث، مجازات وی، به خاطر عملی که مرتکب شده است یا در مظان ارتکاب آن قرار دارد، یا ارباب وی یا اشخاص دیگر...».^{۲۳}

و مطابق ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه: «از نظر این کنوانسیون، اصطلاح «شکنجه» یعنی هر عملی که به موجب آن درد یا رنج شدیدی، چه فیزیکی و چه روانی، عامداً بر شخص وارد آید؛ برای نیل به اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار از وی یا شخص ثالث، مجازات وی به خاطر عملی که وی یا شخص ثالث مرتکب شده است یا در مظان ارتکاب آن قرار دارد، یا ارباب یا اجبار وی یا شخص ثالث، یا بنا به هر دلیل دیگری بر مبنایی تبعیض آمیز از هر نوعی که می‌خواهد باشد...».^{۲۴}

بنابراین همان‌گونه که مشاهده می‌شود، مطابق موازین جهانی فوق، برای این که رفتاری شکنجه تلقی شود باید علاوه بر وارد آوردن درد یا رنج شدید بر قربانی، برای نیل به اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار، مجازات، ارباب، اجبار و ... صورت گرفته باشد، یعنی فعل شکنجه باید فعلی هدفمند باشد نه فعلی که صرفاً جهت آزار و اذیت قربانی انجام یافته است. علاوه بر اسناد جهانی، در رویه قضایی جهانی نیز شرط «هدفمند» بودن شکنجه مورد تأکید قرار گرفته است. برای نمونه دیوان کیفری

23. Article 1, *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in J. Herman Burger and Hans Danelius, op.cit., p. 191.

24. Article 1, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (1984), in J. Herman Burger and Hans Danelius, op.cit., p. 177.

امیر ارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۴۹۷.

بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) «شکنجه» را براساس معیار «هدفمند» بودن از اعمال دیگری که موجب رنج فیزیکی یا روانی می‌شوند تفکیک کرده و آن را جزو عناصر سازنده شکنجه دانسته است. دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه Prosecutor vs. Delalic et al (1998) بیان می‌دارد که:

«جرمی که به طور وحشیانه موجب رنج عظیم یا صدمه وخیم به جسم یا سلامت می‌شود از شکنجه منفک است، ابتدائاً بر این اساس که افعال یا ترک فعل‌های ادعا شده نیاز نیست برای یک هدف ممنوع شده از قبیل آنچه برای (ارتکاب) جرم شکنجه نیاز است ارتکاب یافته باشند».^{۲۵}

مراجع نظارتی جهانی از قبیل کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل،^{۲۶} کمیته علیه شکنجه سازمان ملل،^{۲۷} گزارشگر ویژه شکنجه سازمان ملل (Special Reporter of Torture)،^{۲۸} کمیته حقوق بشر سازمان ملل^{۲۹} نیز شکنجه را فعلی «هدفمند» دانسته‌اند.

در سطح منطقه‌ای نیز همان‌گونه که بیان شد، شرط «هدفمند» بودن فعل شکنجه مورد پذیرش قرار گرفته است. کنوانسیون آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه (۱۹۸۵) مطابق ماده (۱)، هدفمند بودن شکنجه را مورد تصریح قرار داده است:

25. Prosecutor vs. Delalic a et al, Case No. IT-96-21-t, 16 November 1988, para. 442. Lene Wendland, op.cit., p. 28.

26. E/CN. 4/1995/34, 12 January 1995, para. 18.

27. Leif Holmstrom, *Conclusions and Recommendations of the UN Committee Against Torture: Eleventh to Twenty Second Sessions (1993-1999)*, Vol. 2, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 175.

28. E/CN.4/1996/35, 3 January 1996, para. 31.

29. UNCCPR General Comment 20, Article 7 (forty-fourth session, 1992) Para. 4.

«از نظر این کنوانسیون، شکنجه باید به هرگونه فعلی اطلاق شود که
عامداً موجب درد یا رنج فیزیکی یا روانی بر شخصی می‌شود برای نیل
به اهداف تحقیق کیفری، طریقه‌ای برای ارباب، مجازات شخصی،
اقدامی پیشگیرانه، کیفر، یا برای هر هدف دیگری. شکنجه باید شامل
استفاد از شیوه‌هایی شود که براساس آن یک شخص قصد تخریب
شخصیت قربانی یا تضعیف توانایی‌های فیزیکی یا روانی وی را می‌کند
...».^{۳۰}

علاوه بر اسناد منطقه‌ای، رویه قضایی منطقه‌ای نیز هدفمند بودن
شکنجه را مورد تأکید قرار داده‌اند. برای نمونه کمیسیون اروپایی حقوق
بشر در قضیه یونان بیان نمود که شکنجه [یک نوع] رفتار غیرانسانی است
که دارای هدفی است، از قبیل به دست آوردن اطلاعات یا اقرار یا اعمال
مجازات و آن عموماً یک شکل تشدید یافته از رفتار غیرانسانی است.^{۳۱}
آنتونیو کاسسه شکنجه را فعلی هدفمند تعریف می‌کند: «شکنجه به
معنای اعمال زور یا خشونت، روانی یا جسمانی، علیه یک فرد به منظور
اخذ اقرار یا اطلاعات یا تهدید و زور، یا تحقیر، تنبیه یا ارباب وی می‌باشد
...».^{۳۲}

فصل چهارم: دولتی بودن

شرط دولتی بودن فعل شکنجه از جمله شروطی است که هم در سطح

30. Article 1 of Inter – American Convention to Prevent and Punish Torture (1985).

31. Greek Case, Report of the European Commission of Human Rights, 5 Nov. 1969, 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights, p. 186.

32. Antonio Cassese, *Inhuman States, Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Oxford: Polity Press, 1996, p. 47.

کاسسه، آنتونیو، همان، ص ۶۱.

جهانی و هم در سطح منطقه‌ای مورد پذیرش قرار گرفته است.
در سطح جهانی می‌توان به ترتیب به مواد (۱) اعلامیه سازمان ملل متحد راجع به شکنجه (۱۹۷۵) و کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه (۱۹۸۴) اشاره کرد.

مطابق ماده (۱) اعلامیه: «شکنجه یعنی هر عملی که به موجب آن درد یا رنج شدیدی، چه فیزیکی و چه روانی عموماً توسط یا به تحریک یک مأمور رسمی بر شخصی وارد آید».^{۳۳}

مطابق ماده (۱) کنوانسیون منع شکنجه سازمان ملل متحد: «از نظر این کنوانسیون، اصطلاح شکنجه یعنی هر عملی که به موجب آن درد یا رنج شدیدی چه فیزیکی و چه روانی، عموماً بر شخصی وارد آید، ... وقتی چنان درد یا رنجی توسط یا به تحریک یک مأمور رسمی یا با رضایت صریح یا ضمنی وی یا شخص دیگر که در یک سمت رسمی عمل می‌کند وارد آمده باشد...».^{۳۴}
بنابراین همان‌گونه که مشاهده می‌شود از نظر موازین فوق، فعلی شکنجه تلقی می‌شود که به نحوی مقامات رسمی دولتی با آن درگیر بوده و در قبال آن مسؤولیت پیدا می‌کنند،^{۳۵} یعنی شکنجه ارتكابی توسط افراد خصوصی بدون این که ارتباطی با مأمورین رسمی دولتی داشته باشند از نظر موازین فوق «شکنجه» محسوب نمی‌شود.^{۳۶}

نکته دیگری که از مقایسه مواد (۱) اعلامیه و کنوانسیون به دست می‌آید، این است که تعریف کنوانسیون وسیع‌تر از تعریفی است که اعلامیه ۱۹۷۵ در این زمینه ارائه داده بود. اعلامیه فقط به شکنجه ارتكاب

33. Article 1 of the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1975).

34. Article 1 of the Convention against Torure and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) in J. Herman Burger and Hans Danelius, op.cit., p. 177.

35. J. Herman Burger and Hans Danelius, op.cit., p. 46.

36. Nigel S. Rodley, op.cit., p. 100.

یافته «توسط یا به تحریک مأمور رسمی» اشاره دارد، در صورتی که مطابق کنوانسیون نه تنها شکنجه می‌تواند توسط یا به تحریک مأمور رسمی ارتکاب یابد، بلکه شکنجه می‌تواند با رضایت صریح یا ضمنی شخص ثالثی که در یک سمت رسمی عمل می‌کند نیز ارتکاب یابد، یعنی مطابق کنوانسیون لازم نیست تا یک مأمور رسمی به طور مستقیم درگیر رفتار سوء باشد تا آن به عنوان شکنجه توصیف شود، بلکه کافی است تا آن رفتار به رضایت صریح یا ضمنی یک مأمور رسمی ارتکاب یابد.^{۳۷}

در سطح منطقه‌ای نیز همان‌گونه که بیان شد، شرط دولتی بودن مرتکب فعل شکنجه به رسمیت شناخته شده است. در این مورد می‌توان به ماده (۳) کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه (۱۹۸۵) اشاره کرد. مطابق ماده مذکور اشخاص ذیل باید مرتکب جرم شکنجه قلمداد شوند:

الف: «مستخدم یا کارمند رسمی دولت که در آن سمت عمل می‌کند، به استفاده از شکنجه دستور دهد یا تحریک یا اغوا کند؛ یا کسی که به طور مستقیم مرتکب آن شود یا کسی که قادر به جلوگیری از ارتکاب آن رفتار باشد اما این کار را نکند.

ب: کسی که به تحریک مستخدم یا کارمند رسمی دولتی مذکور در پاراگراف فرعی (الف) به استفاده از شکنجه دستور دهد یا تحریک یا اغوا کند، یا به طور مستقیم مرتکب آن شود یا در ارتکاب آن معاونت داشته باشد».^{۳۸}

در جواب این سؤال که چرا شکنجه باید محدود به رفتاری شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم با اشخاص دولتی یا اهداف دولتی مرتبط باشد

37. Andrew Byrnes, "The Committee against Torture" in *the United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, edited by Philip Alston, Oxford: Oxford Press, 1996, p. 516.

38. Article 3 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985).

و شامل اشخاص خصوصی نشود، اینگونه پاسخ داده شده است که اگر اشخاص خصوصی بدون این که ارتباط با دولت یا اهداف دولتی داشته باشند مرتکب رفتار شکنجه شوند، سیستم قضایی کیفری ملی به خوبی و به طور مناسب این گونه رفتارها را مورد رسیدگی قرار داده و مجازات خواهد کرد^{۳۹} اما اگر مرتکب شکنجه دولتی بوده یا مورد تأیید دولت باشد احتمال آن می‌رود که سیستم قضایی ملی به خوبی کار خود را انجام ندهد و نظر به این که مرتکب دولتی است و یا مورد تأیید دولت است از آن رفتار چشم‌پوشی کرده و یا اگر ناچار به رسیدگی باشد به صورت تشریفاتی آن رفتار را مورد رسیدگی قرار داده و یا مجازات نماید، لذا بنا به دلایل فوق منطقی خواهد بود که از نظر بین‌المللی شکنجه محدود به رفتار دولتی شود تا شکنجه دولتی از مصونیت عملی برخوردار نشود و بدین ترتیب تمام دولت‌ها بتوانند صلاحیت خودشان را حتی بر اشخاصی که تبعه آنها نیستند و در کشور دیگری هم مرتکب شکنجه شده‌اند اعمال نمایند و بدین ترتیب هیچ راه فراری برای شکنجه‌گران (به خصوص شکنجه‌گران دولتی) وجود نداشته باشد و هیچ کشوری محل امن و پناهگاه آنها نشود.^{۴۰}

39. Andrew Byrnes, op.cit., pp. 516-517.

40. Malcolm D. Evans, op.cit., p. 376.

بخش دوم رویکرد متفاوت

فصل اول: نفی تشدید یافتگی، شدت و وجود درد و رنج

گفتار اول: نفی تشدید یافتگی

همان گونه که در بخش اول بیان شد، رویکرد غالب اسناد و رویه قضایی بین الملل این بود که درد و رنج وارد شده از شکنجه نه تنها باید «شدید» باشد، بلکه «شدیدتر از» درد و رنجی باشد که از رفتار ترذیلی و رفتار غیرانسانی ناشی می شود اما در مقابل این رویکرد غالب، رویکرد دیگری نیز وجود دارد که معتقد بر عدم لزوم تشدید یافتگی درد و رنج در شکنجه می باشد. دسته ای از حقوقدانان در مورد مطرح بودن عنصر «تشدید یافتگی» (aggravation) درد و رنج در شکنجه تردیدهایی نشان داده اند. این دسته از حقوقدانان معتقدند، حداقل ورای سطح منطقه اروپا، تردیدهایی می تواند در مورد مطرح بودن «تشدید یافتگی» درد و رنج وجود داشته باشد. از جمله دلایلی که ارائه می دهند حذف پیشنهاد پاراگراف دوم ماده (۱) از اعلامیه سازمان ملل علیه شکنجه (۱۹۷۵) (در زمان تدوین) در کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه است. مطابق پاراگراف دوم از ماده (۱) اعلامیه، «شکنجه شکلی تشدید یافته و عمدی» از رفتار یا مجازات بی رحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی است. این پاراگراف در کنوانسیون درج نشد و به همین خاطر این دسته از حقوقدانان معتقدند ماده (۱) کنوانسیون فقط از «درد یا رنج شدید چه فیزیکی و چه روانی» صحبت می کند نه تشدید یافته بودن آن. اگرچه این دسته از حقوقدانان می پذیرند که می توان به طور غیرمستقیم و ضمنی معیار تشدید یافتگی را از ماده (۱۶) کنوانسیون استنباط کرد. مطابق این ماده: «اعمال دیگر رفتار یا مجازات بی رحمانه،

غیرانسانی یا ترذیلی به حد شکنجه آن گونه که در ماده (۱) تعریف شده است نمی‌رسند» اما این دسته از حقوقدانان معتقدند درج چنین عبارتی ناشی از مصالحه دو طرز تفکر در کنفرانس بوده است، یک طرز تفکر مخالف «تشدید یافتگی» برای شکنجه و دیگری طرز تفکر موافق آن.^{۴۱}

حقوقدانان فوق علاوه بر ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه شکنجه، به رویکرد کنوانسیون بین آمریکایی علیه شکنجه ماده (۱) ۲ نیز جهت تقویت استدلالشان استناد می‌کنند. در ماده (۱) ۲ کنوانسیون مذکور که در مورد تعریف شکنجه است از هرگونه اشاره به «شدید» بودن درد یا رنج خودداری شده است چه برسد به مفهوم تشدید یافتگی. البته تعدادی از حقوقدانان که طرفدار رویکرد افقی (horizontal approach) در مورد اصطلاحات شکنجه و رفتار غیرانسانی و ترذیلی هستند (مطابق این رویکرد شکنجه و رفتار غیرانسانی و ترذیلی از لحاظ شدت درد و رنج وارده با یکدیگر تفاوتی ندارند و در یک ردیف و افق قرار می‌گیرند و تنها تفاوتی که بین شکنجه از یک طرف و رفتار غیرانسانی و ترذیلی از طرف دیگر وجود دارد صرفاً هدفمند بودن شکنجه است) حتی جلوتر از حقوقدانان دسته قبل رفته و معتقدند آنچه «شکنجه» را از رفتار غیرانسانی متفاوت می‌سازد درجه رنج وارده نمی‌باشد، بلکه این واقعیت است که آن برای نیل به یک هدفی اعمال شده است. «شکنجه» استفاده هدفمند از رفتار غیرانسانی است و استدلال می‌کنند که چطور امکان دارد یک رفتاری که غیرانسانی است بتواند [تشدید یافته (aggravated)] باشد [چگونه می‌توان این حالت تشدید یافتگی را تشخیص داد؟] و این که تشخیص داد که شکنجه بتواند شکلی از رفتار یا مجازات «حتی غیرانسانی‌تر» از «خود رفتار غیرانسانی» باشد. شکنجه و رفتار غیرانسانی مفاهیمی هم سطح و هم تراز

41. Nigel S. Rodley, op.cit., pp. 99-100.

هستند (horizontal or parallel approach) و فقط این عنصر «هدفمندی» است که باعث می‌شود شکنجه از رفتار غیرانسانی تفکیک شود. اگر ارزش احساسی بیشتری در مقایسه با رفتار غیرانسانی به اصطلاح «شکنجه» اختصاص یافته، به خاطر این است که درد یا رنج برای اهداف از پیش تعیین شده‌ای برای بازجویی یا مجازات، وارد شده است که این خود از ایراد درد یا رنج شنیع‌تر است.^{۴۲} رویکرد کمیته اروپایی جلوگیری از شکنجه مطابق همین رویکرد است.^{۴۳}

این دسته از حقوقدانان معتقدند آنچه که قطعی است این است که مفهوم «شدت رنج» برای سنجش درجه‌بندی رنج، معیار دقیقی نیست و (به خصوص) در مورد رنج روانی (درمقایسه با رنج فیزیکی) می‌تواند یک منطقه نامعلومی از نظر این که چطور مرجع مربوطه موضوع را در هر قضیه‌ای ارزیابی خواهد کرد وجود داشته باشد. ارزیابی (مرجع قضایی) ممکن است مفاهیم غالب جامعه را از آنچه که رنج بردن می‌تواند به عنوان شکنجه مشخص شود (stigmatized) منعکس کند و یا مدعی شود که منعکس می‌کند ولی به هر حال تشخیص این که رفتار غیرانسانی در چه مرحله‌ای و یا چطور و به چه میزانی باید شدیدتر باشد تا به حد شکنجه برسد غیرممکن است.^{۴۴}

به نظر می‌رسد استدلال قاضی فیتز موریس به عنوان قاضی مخالف در قضیه تایرر (Tyrrer) در راستای نظر فوق باشد. ایشان در این قضیه بیان می‌دارند: «... از آنجایی که ممنوعیت مندرج در ماده (۳) (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) مطلق است، اگر شدت درد تنها عاملی بود که باید

42. Malcolm D. Evans and Rod Morgan, op.cit., pp. 76-79.

43. Malcolm D. Evans "Getting to Grips with Torture" in International and Comparative Law Quarterly, vol. 51, April 2002, p. 374.

44. Nigel S. Rodley, op.cit., pp. 94, 98.

مورد توجه قرار می‌گرفت، پس هر ایراد دردی که به اندازه‌ای کافی از نظر درجه به حد شکنجه می‌رسید تحت هر اوضاع و احوالی باید شکنجه محسوب می‌شد، پس در چنین حالتی دیگر هیچ جای استثنایی برای رضایت یا ضرورت (همانند جراحی‌های اضطراری بدون بیهوشی پزشکی)، باقی نمی‌ماند.^{۴۵}

نظر قاضی مَچِر (Matscher) به عنوان قاضی منفرد در قضیه ایرلند شمالی درهمین راستا قرار می‌گیرد. ایشان بیان می‌دارند: «... شکی وجود ندارد که یک شخص موقعی می‌تواند از شکنجه مطابق ماده (۳) (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) صحبت کند که رفتار اعمال شده بر شخص چنان باشد که موجب رنج فیزیکی یا روانی با داشتن شدت معین شود. اما من عنصر شدت را به عنوان یک امر مکمل نسبت به عنصر سیستماتیک ملاحظه می‌کنم. هر چقدر شیوه شکنجه ماهرانه و پیچیده‌تر باشد دردی که باید موجب حاصل شدن هدفش شود از شدت کمتری برخوردار خواهد بود».^{۴۶} یا نظر قاضی زکیا (Zekia) به عنوان قاضی منفرد در قضیه ایرلند شمالی که بیان می‌دارد: «... من معتقد نیستم که شدت زیاد رنج فیزیکی یا روانی پیش نیاز برای یک مورد رفتار سوء است که تا به حد «شکنجه» مطابق مفاد و هدف ماده (۳) کنوانسیون برسد. ماهیت شکنجه درجه‌بندی را در شدت یا سختی‌اش و در شیوه‌های اتخاذ شده‌اش می‌پذیرد. به عبارت دیگر، این کشف واقعیت در درجه اول به مقام صالحی که با قضیه سروکار دارد مربوط است و ما نباید در آن مداخله کنیم».^{۴۷}

45. Malcolm D. Evans and Rod Morgan, op.cit., p. 83.

46. Mark Janis, Richard kay and Anthony Bradely, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 132.

47. Ibid, p. 127.

گفتار دوم: نفی «شدت» درد و رنج

علاوه بر عدم تشدید یافتگی (شدیدتر بودن درد و رنج وارده در شکنجه از درد و رنجی که از رفتار غیر انسانی و ترذیلی ناشی می‌شود) درد و رنج در شکنجه، مطابق برخی از اسناد بین‌المللی من جمله کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی علیه شکنجه (۱۹۸۵) نه تنها نیازی به «تشدید یافتگی» درد و رنج در شکنجه نیست بلکه حتی نیازی به «شدید» بودن درد و رنج نیست. در ماده (۱) ۲ کنوانسیون مذکور که در مورد تعریف شکنجه است، از هرگونه اشاره به «شدید» بودن درد یا رنج خودداری شده است چه برسد به مفهوم [تشدید یافتگی]. مطابق این ماده: «شکنجه باید به هرگونه فعلی اطلاق شود که عامداً موجب درد یا رنج فیزیکی یا روانی بر شخص می‌شود...».^{۴۸}

در حقیقت اعمال شکنجه‌ها می‌توانند مشمول این ماده شوند بدون این که حتی آنها درد فیزیکی یا اضطراب روانی شدید ایجاد نمایند.^{۴۹} بنابراین در مقابل استاندارد غالب که «شدید» بودن درد و رنج را جزو عناصر تشکیل دهنده فعل شکنجه قلمداد می‌کرد، استاندارد دیگری نیز وجود دارد که آن را جزو عناصر تشکیل دهنده فعل شکنجه نمی‌داند.

گفتار سوم: نفی وجود درد و رنج

در مقابل استاندارد غالب که وجود «درد و رنج» را جزو عناصر ذاتی شکنجه می‌داند، استاندارد دیگری وجود دارد که معتقد است شکنجه می‌تواند حتی بدون وجود «درد و رنج» نیز تحقق یابد. مطابق قسمت اخیر ماده (۱) ۲ کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی علیه شکنجه (۱۹۸۵): «...».

48. Article 2(1) of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985).

49. Nigel S. Rodley, op.cit., pp. 99-100.

شکنجه به اعمالی اطلاق می‌شود که شامل استفاده از شیوه‌هایی است که به واسطه آنها یک شخص قصد دارد تا شخصیت قربانی را ضایع و یا توانایی‌های فیزیکی یا روانی وی را از بین ببرد، حتی اگر (آن شیوه‌ها) موجب درد فیزیکی یا اضطراب روانی وی نشوند».^{۵۰}

مصادیق شیوه‌های مورد نظر را می‌توان در تکنیک‌های مربوط به محروم سازی حسی (sensory deprivation) و تکنیک‌های خیلی پیچیده‌تر کنترل شیمیایی ذهنی یا فکری قربانی یافت.^{۵۱}

به نظر می‌رسد که رویه کمیته علیه شکنجه سازمان ملل نظر فوق را تأیید می‌کند، این کمیته در گزارش خود در مورد کشور پاراگوئه (مورخ ۵ می ۱۹۹۷) بیان می‌دارد: «از آنجایی که دولت پاراگوئه عضو کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه می‌باشد. ... شکنجه به اعمالی اطلاق می‌شود که شامل استفاده از شیوه‌هایی است که به واسطه آنها یک شخص قصد دارد تا شخصیت قربانی را ضایع و یا توانایی‌های فیزیکی یا روانی وی را از بین ببرد، حتی اگر [آن شیوه‌ها] موجب درد فیزیکی یا اضطراب روانی وی نشوند».^{۵۲}

فصل دوم: نفی هدفمندی

مطابق استاندارد غالب، «هدفمندی» جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب می‌شود و البته اهداف شکنجه نیز باید با منافع یا سیاست دولت و ارگانهای مرتبط باشد، لذا خشونت‌های ارتکاب یافته از سوی مأمورین رسمی که صرفاً با انگیزه‌های شخصی یا خصوصی ارتکاب یافته‌اند مطابق استاندارد فوق مشمول اصطلاح شکنجه نمی‌شوند. البته اگر خشونت‌ها از

50. Article 2(1) of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985).

51. Nigel S. Rodley, op.cit., pp. 99-100.

52. Leif Holmstrom, op.cit., p. 198.

باب مجازات یا ارباب قربانی باشد و یا چنین خشونت‌هایی از سوی سیاست عمومی دولت مدارا و تحمل شوند چنین رفتارهایی می‌توانند مشمول اصطلاح شکنجه (ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه در مورد تعریف اصطلاح شکنجه) شوند.^{۵۳}

در مورد عنصر «هدفمندی» فعل شکنجه همانطوری که قبلاً بیان شد، بعضی از حقوق‌دانان آنقدر برای آن اهمیت قائل شده‌اند که تنها معیار تشخیص فعل شکنجه از رفتار یا مجازات غیرانسانی را همین «هدفمندی» آن دانسته‌اند و اینطور استدلال کرده‌اند که اساساً مفاهیم شکنجه و رفتار غیرانسانی هم تراز هم هستند و فقط آن چیزی که باعث می‌شود این دو از یکدیگر تفکیک شوند و شکنجه از آن شنیع‌تر احساس شود، همانا «هدفمندی» آن است.^{۵۴}

اما استاندارد دیگری در مقابل وجود دارد که «هدفمندی» را جزو عناصر ذاتی شکنجه نمی‌داند. برای مثال ماده (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی عنصر «هدفمندی» را ملاک و معیار شکنجه قلمداد نکرده است. مطابق ماده (۷) اساسنامه ملاک شکنجه فقط «تحمیل عمدی درد یا رنج شدید فیزیکی یا روانی بر شخصی است...».^{۵۵}

مطابق ماده (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، «شکنجه تحمیل عمدی درد یا رنج شدید فیزیکی یا روانی بر شخصی است که در توقیف یا تحت کنترل متهم قرار دارد».^{۵۶}

به نظر می‌رسد دلیل اتخاذ چنین رویکردی این باشد که اساسنامه بر

53. J. Herman Burgers and Hans Danelius, op.cit., p. 119.

54. Malcolm D. Evans and Rod Morgan, op.cit., p. 78.

55. Article 7 (2)(e) of the Rome Statute of the International Criminal Court in U.N. Doc. A/CONF. 183/9, 17 July 1998.

56. Ibid.

مبنای مسئولیت کیفری فردی تنظیم شده است و ارتباطی با حکومت یا دولت ندارد، لذا عنصر هدفمندی به نوعی که در کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه وجود دارد و با سیاست عمومی و ارگانهای دولت ارتباط دارد، در این اساسنامه موجود نیست.^{۵۷}

از نظر رویه مراجع نظارتی نیز می‌توان به گزارشهایی که گزارشگر ویژه شکنجه سازمان ملل از ارتکاب شکنجه در کشورهای مختلف ارائه می‌دهد اشاره کرد. در غالب این گزارشها که خبر از ارتکاب شکنجه می‌دهد، صرفاً نحوه شکنجه بیان می‌شود بدون این که به هدف یا اهداف شکنجه اشاره شود. برای نمونه می‌توان موارد ذیل را ذکر کرد که به ترتیب مربوط به شکنجه‌هایی می‌شود که در زندانهای تبت، اندونزی، آرژانتین، بولیوی، برزیل، چین، کلمبیا و اکوادور اتفاق افتاده‌اند:

۱- تبت: «وارد کردن شوک‌های الکتریکی با باتونهای الکتریکی؛ کتک زدن با میله‌های آهنی؛ قنذاق تفنگ و چوبهای میخ‌دار؛ داغ زدن با بیلچه‌هایی که از شدت داغ بودن سرخ شده‌اند؛ ریختن آب جوش روی زندانیان؛ آویزان کردن زندانیان به صورت واژگون از سقف آن‌هم از ناحیه شست؛ به زنجیر بستن؛ لگد زدن با پوتین؛ فرستادن سگ‌های وحشی به سمت زندانیان؛ در معرض دمای شدید قرار دادن؛ محروم سازی از خواب، غذا و آب؛ دادن تمرینات و ورزشهای طولانی با فشار زیاد؛ قراردادن در حبس انفرادی برای مدت طولانی و تجاوز جنسی».^{۵۸}

۲- اندونزی: «کتک زدن با مشت؛ تکه‌های چوب؛ میله‌های آهنی؛ کابل‌ها؛ بطری‌ها یا سنگ خارا به تمام بدن؛ سوزاندن با آتش سیگار؛ وارد آوردن شوک‌های الکتریکی؛ تجاوز به عنف و دیگر سوء استفاده‌های

57. Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, op.cit., pp.147, 148.

58. E/CN.4/1998/NGO/88, 24 March 1998.

جنسی؛ آویزان کردن به صورت واژگون از ناحیه قوزک پا و محروم سازی از خواب و غذا».^{۵۹}

۳- آرژانتین: «آویزان کردن شخص از نردبان به هنگام کتک خوردن؛ شلیک کردن گلوله در هوا نزدیک شخص مورد نظر؛ مورد اصابت قراردادن گلوله پلاستیکی آن هم از فاصله نزدیک که موجب صدمات شدید می‌شود».^{۶۰}

۴- بولیوی: «شیوه‌ای از شکنجه که معروف است به La campana (the bell) که به وسیله آن یک ظرف آهنی روی سر قربانی گذاشته می‌شود و سپس به آن ظرف به طور مکرر ضربه وارد می‌آورند».^{۶۱}

۵- برزیل: «ایجاد خفگی نسبی به وسیله کشیدن تیوب لاستیکی روی سر و صورت، قرار دادن قربانی داخل لاستیک اتومبیل و کتک زدن وی با باتون چوبی در حالی که قربانی داخل یک فرش لوله شده است جهت جلوگیری از ایجاد جراحات‌های خارجی».^{۶۲}

۶- چین: «مجبور کردن زندانیان به ایستادن در میان فضایی آکنده از گازهای سمی و گرد و غبار؛ مجبور کردن زندانی به ایستادن در حالی که دستهایش را روی دیوار گذاشته است برای سه ساعت؛ نشان دادن قربانی به صورت عریان روی یک صندلی آن هم روی زانوهایش در حالی که دستانش به پشت بسته شده است و وارد کردن شوک‌های الکتریکی به صورت، گردن، دستها، پاها و پایین کمر و کتک زدن؛ نگهداشتن فرد در یک سلول با هوای سرد که موجب بالا رفتن فشارخون می‌شود و به همین خاطر قربانی از بالا بودن فشار خونس رنج می‌برد؛ علی‌رغم مریض بودن

59. Ibid.

60. ELCN.4/1995/34, 12 January 1995.

61. E/CN.4/1995/34, 12 January 1995.

62. Ibid.

زندانی وی را مجبور به انجام کارهای سخت کردن مثل حفاری؛ (کار غیربهداشتی) مثل خالی کردن مستراح؛ زراعت و غیره».^{۶۳}

۷- کلمبیا: «سوراخ کردن و سوزاندن بیضه‌ها؛ فرو کردن سر در داخل آب (submarino)؛ بستن بینی و ریختن آب درون دهان قربانی که موجب خفگی فرد می‌شود؛ مجبور کردن به نوشیدن آب از چاه فاضلاب؛ ریختن آب با فشار به درون سوراخهای بینی که موجب خفگی می‌شود».^{۶۴}

۸- اکوادور: «ایجاد خفگی به وسیله کشیدن کیسه پلاستیکی روی سر قربانی در حالی که درون آن گاز اشک‌آور پمپ شده؛ کشیدن قربانی روی کف زمین تا این که موجب خراشیدگی پوست وی شده و زخمی شود؛ زدن تیر گاز اشک‌آور به قربانی؛ سوراخ کردن طبله گوش؛ تزریق آب و مدفوع به داخل پای قربانی».^{۶۵}

فصل سوم: نفی دولتی بودن

همانگونه که بیان شد مطابق استاندارد غالب، شکنجه رفتاری «دولتی» محسوب می‌شود. اما این بدین معنی نیست که در هیچ زمانی، خصوصی بودن شکنجه طرفداری نداشته باشد. حتی در زمانی که کنوانسیون منع شکنجه سازمان ملل در حال تدوین بود، در بین دولتهای شرکت کننده، دسته‌ای از دولتها مثل فرانسه وجود داشتند که برخلاف طرفداران دولتی بودن معتقد بودند شکنجه باید قطع نظر از مرتکب آن و به دلیل داشتن ماهیت شنیع محکوم و مجازات شود.^{۶۶} این اختلاف نظر وجود داشت تا این که در نهایت برای این که نظر دسته اخیر از دولتها نیز تأمین شود، در

63. Ibid.

64. Ibid.

65. Ibid.

66. J. Herman Burgers and Hans Danelius, op.cit., p. 45.

مورد متن مورد نظر کنوانسیون مصالحه‌ای بین دولتهای فوق صورت گرفت، بدین صورت که شکنجه نه تنها شامل رفتاری شد که توسط یا به تحریک مأمور دولتی انجام شود، بلکه شامل رفتاری هم بشود که با رضایت صریح یا ضمنی مأمور رسمی انجام شود یا توسط شخصی انجام شود که خود مأمور رسمی نیست اما در چنان سمتی عملاً ایفای نقش می‌کند.^{۶۷}

نکته جالب این‌که در کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه (۱۹۸۵) نیز که شکنجه محدود به رفتار دولتی شده است، این محدودیت تا زمان تصویب نهایی متن وجود نداشت و در آخرین لحظات و تصویب نهایی متن توسط مجمع عمومی سازمان کشورهای بین آمریکایی اتخاذ شد.^{۶۸} نحوه تدوین مواد (۲ و ۳) کنوانسیون نیز مطلب فوق را تأیید می‌کند. به دلیل این‌که در این کنوانسیون برخلاف اعلامیه و کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه، در ماده (۲) که به تعریف شکنجه اختصاص داده شده، دولتی بودن جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نشده است و دولتی بودن شکنجه در ماده بعدی و جدا از تعریف یعنی در ماده (۳) بیان شده است.

علاوه بر مطالب فوق، بعضی اسناد و رویه‌های بین‌المللی نیز وجود دارند که صراحتاً دولتی بودن شکنجه را رد نموده و آن را نفی می‌کنند؛ برای نمونه می‌توان به استاندارد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۷) اشاره کرد که مطابق آن دولتی بودن جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نمی‌شود. مطابق ماده (۷) شکنجه تحمیل عمدی درد و رنج شدید فیزیکی یا روانی بر شخصی است که در توقیف یا تحت کنترل متهم [به شکنجه] قرار دارد، یعنی ملاک شکنجه تحمیل عمدی درد و رنج شدید است، حال

67. Andrew Byrnes, op.cit., pp. 516-517.

68. Nigel S. Rodley, op.cit., p. 101.

می‌خواهد این درد و رنج شدید از ناحیه هر کسی وارد شود، چه دولتی و چه غیردولتی فرقی نمی‌کند و تأثیری در ماهیت شکنجه نمی‌گذارد.

رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز همانند اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۷)، دولتی بودن شکنجه را نفی می‌کند، شعبه رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی در قضیه Prosecutor vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcać (2001) بیان نمود: «شرط عامل دولتی بودن فعل شکنجه که توسط نظام بین‌المللی حقوق بشر تحمیل شده است مغایر با اصل اجرای مسئولیت کیفری فردی برای جنایات بین‌المللی است که در نظام حقوق بشردوستانه و حقوق کیفری بین‌المللی یافت می‌شوند».^{۶۹}

بنابراین همان‌گونه که مشاهده می‌شود، برخلاف تفکر حاکم بر کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه، نه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و نه رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق هیچ‌کدام نه تنها رسمی بودن یا دخالت دولت را در ارتکاب شکنجه شرط ندانسته‌اند بلکه آن را مغایر اصول حقوق بشردوستانه و حقوق کیفری بین‌المللی قلمداد نموده‌اند.

حقوقدانان دلیل اتخاذ رویکرد فوق را این می‌دانند که اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق بر مبنای مسئولیت کیفری فردی یا شخصی تنظیم شده‌اند و ارتباطی با کشور یا دولت ندارند.^{۷۰}

69. Prosecutor vs. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcać, No. IT- 98-30. T/2 Nov. 2001. Paras 138-9; Malcolm D. Evans, op.cit., p. 376.

70. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, op.cit., pp. 147-148.

دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی در پرتو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، تهران: انتشارات دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، ص ۳۷۱.

فصل چهارم: عدم ارائه تعریف

در مقابل رویکرد غالب که ارائه تعریف برای اصطلاح شکنجه می‌باشد، رویکرد دیگری وجود دارد که اصلاً اعتقادی به چنان رویکردی ندارد. یکی از بهترین نمونه‌های چنین رویکردی، رویکرد کمیته حقوق بشر به عنوان رکن نظارتی میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) می‌باشد. این کمیته در نظارت خود در مورد ماده (۷) میثاق که مربوط به ممنوعیت شکنجه و دیگر رفتارهای مشابه می‌باشد چنان رویکردی را اتخاذ کرده است. مطابق ماده (۷) میثاق: «هیچ کس را نباید مورد شکنجه یا مجازات یا رفتار بی‌رحمانه، غیرانسانی یا ترحیمی قرار داد. مخصوصاً هیچ کس را نباید بدون رضایت آزادانه‌اش تحت آزمایش پزشکی یا علمی قرار داد».^{۷۱}

کمیته حقوق بشر از طریق ارائه تفاسیر کلی خود در مورد مواد میثاق و به خصوص در مورد ماده (۷) که مربوط به ممنوعیت شکنجه و دیگر رفتارهای مشابه است راهنمایی‌های خوبی برای دولتهای عضو فراهم نموده است. مطابق تفسیر کلی شماره ۲۰ (در مورد ماده ۷ میثاق) پاراگراف چهارم کمیته بیان داشته است که:

«میثاق متضمن هیچ تعریفی از مفاهیم مشمول ماده (۷) نمی‌باشد و کمیته هم ضرورتی نمی‌بیند تا فهرستی از اعمال ممنوعه تنظیم کند. همچنین ضرورتی نمی‌بیند که تمایزات دقیقی بین انواع مختلف مجازات یا رفتار ترسیم کند، تمایزات بستگی به ماهیت، هدف و شدت رفتار اعمال شده دارند».^{۷۲}

71. Article 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* in Ian Brownlie, *Basic Documents In International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 274.

72. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, op.cit., p-184. CCPR General Comment 20. Article 7 (Forty-fourth Session 1992, Para 4). Ann-Marie Bolin Pennegard, "Article 5" in *The*

بنابراین همان گونه که مشاهده می شود از نظر کمیته حقوق بشر ارائه تعریف و معیار دقیق و ایجاد تمایز و تفکیک و مرزبندی دقیق بین اصطلاح شکنجه و دیگر اصطلاحات مشابه هیچ ضرورتی نداشته و از جمله اخیر که بیان می دارد تمایزات بستگی به ماهیت، هدف و شدت رفتار اعمال شده دارند به خوبی پیداست که غیرمستقیم به عدم امکان ارائه معیار دقیق اشاره دارد. از نظر چنین رویکردی، با توجه به ماهیت تحول پذیر مفاهیمی همچون شکنجه که مفاهیمی نسبی هستند و تحت تأثیر زمان و مکان قرار می گیرند، اصولاً نمی توان معیار یا استاندارد خشک و دقیقی ارائه داد. اگر در دوران قرون وسطی شکنجه با صلابه و سیخ و چکش و وسایلی مشابه صورت می گرفت، امروزه شکنجه می تواند به صورت خیلی مرموزانه و با وسایل و تجهیزات بسیار پیشرفته انجام شود که کوچکترین آثاری از خود به جای نمی گذارند، لذا از نظر چنین رویکردی ارائه تعریف نه تنها نمی تواند رویکرد مثبتی تلقی شود، بلکه می تواند یک رویکرد مضر و منفی هم محسوب شود، چرا که مانع تطبیق آن با تحول زمانی می شود. بنابراین مطابق چنین رویکردی عدم ارائه تعریف، خود اقدامی مثبت به حساب می آید که باعث می شود مفاهیمی همچون شکنجه خودشان را به صورت خودکار با تحولات زمانی هماهنگ نمایند. مطابق این رویکرد این مراجع قضایی یا نظارتی هستند که باید آن مفاهیم را در پرتو تحولات زمان متحول نموده و با تفسیری پویا و زنده موجب پویایی و کارآیی آنها شوند، یعنی به عبارت دیگر، تعیین مصداق و کشف رفتارهای ممنوعه مثل شکنجه برعهده مراجع قضایی یا نظارتی است.

آنتونیو کاسسه به عنوان یک حقوقدان برجسته که مدتی هم ریاست

University Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement, edited by Asbjørn Eide, Gudmundur Alfredsson, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 127, 128.

کمیته اروپایی جلوگیری از شکنجه را به عهده داشت (۱۹۸۹-۱۹۹۳) در کتاب خود تحت عنوان «حکومت‌های غیرانسانی» که در حقیقت گزارشی از دوران فعالیت خود در آن کمیته هم به حساب می‌آید، بیان داشته است که ارائه تعریف برای مفاهیمی همچون شکنجه کار بسیار مشکلی است و برای تأیید این نظر و نامطلوب بودن ارائه تعریف به گفته یکی از حقوقدانان برجسته رومی (Javolenus) استناد می‌کند که بیان داشته بود: «هر تعریفی خطرناک است، زیرا به راحتی می‌توان آن را واژگون جلوه داد». ایشان در ادامه بیان می‌دارند که در طول فعالیت خودمان در کمیته، هیچ موقع علی‌رغم عدم وجود معیارهای از پیش تعریف شده، با مشکلی مواجه نشدیم و در هر موردی تمام همکاران با یکدیگر در مورد انسانی یا غیرانسانی بودن رفتاری یا شکنجه بودن یا نبودن رفتاری تفاهم داشتند و علت این امر را هم وجود درک مشترک بین آنها و به طور کلی شهروندان اروپایی از این مسائل می‌داند و در ادامه برای تأیید نظر خود و عدم لزوم وجود معیار یا تعریف از پیش تعیین شده به جمله سزار به کاریا استناد می‌کند که بیان کرده بود: «عواطف درونی خود را مورد مشورت قرار دهید، مبادی و اصول بنیادی را خواهید یافت».^{۷۳}

کمیته حقوق بشر عملاً نیز در رویه خود عموماً تمایل داشته است تا به طور کلی صحبت از تجاوزات به ماده (۷) میثاق کند، بدون این که دقیقاً بگوید کدام یک از اعمال یا رفتارهای ممنوعه اتفاق افتاده است. کمیته در قضایای بسیار اندکی صراحتاً بیان کرده است که «شکنجه» اعمال شده است. از نظر کمیته تعیین این که آیا ماده (۷) نقض شده است یا نه تا حد زیادی یک ارزیابی ذهنی (subjective) است،^{۷۴} یعنی به عبارت دیگر از

73. Antonio Cassese, op.cit., pp. 45-46.

کاسسه، آنتونیو، همان، صص ۶۰ و ۵۹.

74. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, op.cit., p. 150.

نظر کمیته، اصطلاحات شکنجه و رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا ترذیلی مفاهیمی نسبی هستند و نمی‌توان تعاریفی مطلق و مجدد و دقیق برای هریک از آنها ارائه داد و احراز و تشخیص آنها در هر مورد بستگی به اوضاع و احوال هر قضیه از جمله ماهیت، هدف و شدت رفتار اعمال شده دارد. اما علی‌رغم ارائه چنان معیارهایی مانند «ماهیت»، «هدف» و «شدت»، عملاً کمیته حتی از چنان معیارهایی برای تشخیص و تفکیک رفتارهای مورد نظر خودداری نموده است و همان‌گونه که بیان شد در اغلب قضایا به طور کلی بیان داشته است که ماده (۷) میثاق نقض شده است.^{۷۵}

لنه وندلند (Lene Wendland) به عنوان یکی از محققین در این زمینه علت اتخاذ چنین رویکردی از سوی کمیته را مؤثر نمودن هرچه بیشتر مجموعه اصطلاحات مندرج در ماده (۷) و آن ماده به طور کلی می‌داند. این حقوقدان اشاره می‌کند که هر موقع کمیته تشخیص می‌دهد که ماده‌ای از میثاق نقض شده است، بلافاصله به دولت مربوطه توصیه می‌کند که کلیه اقدامات لازمه را در خصوص جبران خسارت و پاسخ به نقض وارد شده معمول دارد و همین باعث تقویت کل مقرر می‌شود و دیگر این که دست کمیته را باز می‌گذارد تا در هر قضیه به محض احساس تحقق یکی از رفتارهای ممنوعه آن را محکوم نماید.^{۷۶}

برای نشان دادن رویه کمیته، مواردی چند از گزارشها آن ذیل بیان می‌گردد:

۱- در قضیه Wight vs. Madagascar وقایع اتفاق افتاده علیه قربانی نقض ماده (۷) میثاق تشخیص داده شد. این وقایع عبارت بودند از: ده ماه بازداشت بدون تماس با عالم خارج (incommunicado) و همینطور

75. Iene Wendland, *A Handbook On State Obligations Under the UN Convention Against Torture*, Geneva: Association for the Prevention of Torture Publication, 2002, p. 76.

76. Ibid. p. 79.

در حبس انفرادی بودن و زنجیر شدن به فنر تختخواب برای مدت سه ماه و نیم و داشتن البسه کم و سهم بسیار کم غذا، که این وضعیت در ماه‌های دیگر به صورت در بازداشت بودن بدون تماس با عالم خارج آن هم در یک سلول کوچک ادامه می‌یافت که باز هم این وضعیت برای مدت هجده ماه دیگر به صورت در بازداشت بودن با شخص دیگر در یک سلول سه در سه متر بدون دسترسی داشتن به عالم خارج ادامه یافت.^{۷۷}

۲- در قضیه Henry vs. Trinidad and Tobago مأموران زندان قربانی را به شدت از ناحیه سر کتک زده بودند که به خاطر این عمل بخیه‌های متعددی خورده بود، از نظر کمیته حقوق بشر این اقدام ماده (۷) را نقض کرده است.^{۷۸}

۳- در قضیه Vicent et al vs. Colombia، سربازان چشمهای قربانی را بسته و سپس در داخل یک کانال پر از آب غوطه‌ورش کرده بودند که کمیته اعتقاد داشت این اقدام ماده (۷) میثاق را نقض کرده است.^{۷۹}

۴- در ملاحظات نهایی کمیته در مورد دولت زیمبابوه مورخ ۱۹۹۸، بیان می‌دارد که: «... کمیته در مورد اصلاحات اخیر ماده (۱۵) قانون اساسی که مجازات جسمانی را تجویز می‌کند نگران است. کمیته دوباره بر موضعش تأکید می‌کند که مجازات جسمانی مغایر ماده (۷) میثاق می‌باشد».^{۸۰}

۵- کمیته در پاراگراف دوازدهم ملاحظات نهایی خود در مورد دولت کامرون مورخ ۱۹۹۹ اعلام می‌دارد: «کمیته در مورد عدم وجود

77. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, op.cit., p. 153.

78. Ibid.

79. Ibid.

80. U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 89, Para. 21, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Zimbabwe. 06/04/98.

مقرره‌ای ویژه که قطع آلت تناسلی دختران را ممنوع اعلام کند و همینطور ادامه داشتن این رویه در مناطق معینی از کشور کامرون که در مغایرت با ماده (۷) میثاق است نگران می‌باشد. دولت عضو مکلف است تا تمام اقدامات را جهت مبارزه و ریشه کن کردن رویه قطع آلت تناسلی دختران که شامل قانونگذاری می‌شود اتخاذ کند».^{۸۱}

عـ در قضیه Netto, Weisman and Lanza vs. Uruguay (8/1977)

آقا و خانم لانزا قربانی رفتارهای سوء فیزیکی شدیدی شده بودند که این رفتارها عبارت بودند از: «وارد کردن شوک‌های الکتریکی؛ آویزان کردن از ناحیه دست‌ها؛ فرو کردن سر قربانی داخل آب کثیف تا مرز خفه شدن (submarino seco)؛ مورد زجر یا عذاب قرار دادن خانم لانزا با "caballete" یعنی مجبور کردن قربانی به قراردادن میله‌های آهنی یا چوبی میان دو پا و نشستن روی آن میله‌ها؛ "picano" یعنی وارد آوردن شوک‌های الکتریکی از یک cattle prod و مجبور کردن به راست ایستادن برای مدت طولانی (planton)، کمیته رفتارهای اعمال شده در این قضیه را نقض ماده (۷) اعلام نمود».^{۸۲}

همان‌گونه که مشاهده شد، کمیته در قضایای فوق، بدون این‌که دقیقاً مشخص نماید که کدام یک از اعمال یا رفتارهای ممنوعه (شکنجه، رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی، یا ترذیلی) اتفاق افتاده است، به طور کلی بیان نموده که ماده (۷) میثاق نقض شده است.

81. U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 116, Para. 12, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Cameroon, 04/11/99.

82. Nigel S. Rodley, op.cit., p. 96.

نتیجه گیری

با بررسی و مطالعه اسناد و رویه قضایی بین‌المللی این مطلب آشکار گردید که در مورد این سؤال که «شکنجه» چیست، پاسخهای متفاوتی ارائه شده است. اگرچه می‌توان پاسخ غالبی استخراج نمود که مطابق آن شکنجه درد و رنج بسیار شدیدی است که از لحاظ شدت از رفتار بی‌رحمانه، غیرانسانی و ترذیلی بالاتر است و علاوه بر آن هدفمند نیز می‌باشد (برخلاف رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی و ترذیلی که غیرهدفمند می‌باشند) و مرتکب آن مأمور رسمی دولت یا به هر تقدیر وابسته یا مورد تأیید دولت است و یا به هر نحوی دولت درگیر آن رفتار است، این معنا و مفهوم از شکنجه هم در سطح جهانی مثل اعلامیه و کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه شکنجه و هم در سطح منطقه‌ای مثل کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه به رسمیت شناخته شده است.

اما در مقابل، اسناد و رویه‌هایی وجود دارند که در معرفی عناصر ذاتی شکنجه با معیارهای منعکس در رویکرد غالب تفاوت‌هایی دارند. برای مثال، مطابق کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه نه تنها درد و رنج شدید، بلکه اصولاً وجود درد و رنج جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نمی‌شود و یا مطابق اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نه تنها «دولتی یا رسمی» بودن مرتکب شکنجه جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نمی‌شود، بلکه برخلاف اصول اولیه حقوق کیفری بین‌المللی و حقوق بشردوستانه بین‌المللی که مسئولیت کیفری فردی یا شخصی است شناخته شده است و یا مطابق اساسنامه دیوان کیفری بین‌الملل (ماده ۷) «هدفمندی» جزو عناصر ذاتی شکنجه محسوب نشده است.

تعریف کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه ماده (۱) که یک نمونه بسیار خوب از انعکاس رویکرد غالب است از نظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق هنوز نمی‌تواند به عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی شناسایی شود. شعبه رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه (Prosecutor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic (2001) بیان نمود که: «تعریف مندرج در کنوانسیون (سازمان ملل متحد علیه شکنجه) در مورد شکنجه نمی‌تواند تعریف منطبق بر حقوق بین‌الملل عرفی تلقی شود که بدون توجه به زمینه‌ای که در آن اعمال می‌شود لازم‌الاجرا باشد».^{۸۳}

و یا همین‌طور شعبه رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه (Prosecutor vs. Furundzija (1998 بیان نمود: «اگرچه تعریف ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه شکنجه اجرای عام (general application) دارد اما در زمینه مخاصمات مسلحانه یک تعداد عناصر تعریفی (definitional elements) اضافی نیز وجود دارد».^{۸۴}

و یا همان‌طور که شعبه رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه (Prosecutor vs. Kvoka, Kos, Radic, Zigic and Prcac (2001 بیان نمود: «شرط رسمی (دولتی) بودن مرتکب [شکنجه] که توسط نظام بین‌المللی حقوق بشر تحمیل شده است مغایر با اجرای مسئولیت کیفری فردی به خاطر [ارتکاب] جنایات بین‌المللی است که در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی یافت

83. Prosecutor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic case No. IT-96-23/1- T, 22 Feb. 2001, para. 482 (ICTY). Malcolm D. Evans, op.cit., p. 377.

84. Prosecutor vs. Furundzija Case No. IT-95-17/1, 10 Dec. 1998 at para. 160; Malcolm D. Evans, op.cit., p. 376.

می‌شود».^{۸۵}

بنابراین به نظر می‌رسد بتوان به این نتیجه رسید که در زمینه مفهوم «شکنجه» هنوز یک استاندارد واحد و متحدالشکل جهانی وجود ندارد و در این زمینه تعدد استانداردها حاکم است.

مهم‌ترین اثری که این تفاوت‌ها خواهند داشت این خواهد بود که چون هریک از اسناد بین‌المللی دارای عناصر ذاتی مختص به خودش جهت استانداردسازی شکنجه می‌باشد و دارای مراجع مختص به خودش جهت نظارت یا قضاوت هست و از آنجایی که طبیعتاً این مراجع هنگام نظارت و قضاوت به اسناد مؤسس خود مراجعه می‌کنند، لذا این تفاوت در هنجارسازی‌ها خودشان را در رویه‌های متفاوت مراجع نظارتی یا قضایی نشان می‌دهند. این مطلب را به خوبی آندرو بیرنس بیان نموده است. ایشان بیان می‌نمایند که «به طور طبیعی نهادهای نظارتی و قضایی به متن به وجود آورنده خود وابسته می‌باشند و در مواجهه و احراز رفتارهای مورد نظر، آنها را در پرتو متن (text) مؤسس خود و هدف و تاریخچه آن و رویه دولتهای عضو و نهایتاً رویه خودشان مورد تفسیر قرار می‌دهند که این امر منجر به تشکیل رویه‌های متعدد در زمینه مفاهیم مربوط به رفتارهای ممنوعه خواهد شد. به همین خاطر هم هست که برای مثال، «شکنجه» از نظر گزارشگر ویژه شکنجه سازمان ملل همان معنی را ندارد که کمیته علیه شکنجه یا کمیته حقوق بشر از کنوانسیونهایشان استنباط می‌کنند. یا این که تعهد دولتهای عضو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در مورد ممنوعیت شکنجه و دیگر رفتارهای سوء همان تعهدی نیست که دولتهای عضو کنوانسیون علیه شکنجه سازمان ملل در این زمینه

85. Prosecutor vs. Kvoka, Kos, Radic, Zigic and Prcac, case No. IT-98-30/1-T, 2 Nov. 2001, Paras 138-9; Malcolm D. Evans, op.cit., p. 377.

دارند».^{۸۶}

اما با این همه در نهایت به نظر می‌رسد که این مراجع نظارتی یا قضایی خواهند بود که با اتخاذ تفاسیر و مورد توجه قرار دادن تمام اسناد بین‌المللی موجود که در حقیقت مکمل یکدیگر نیز می‌توانند محسوب شوند و هماهنگی با دیگر نهادهای نظارتی و قضایی بین‌المللی جلوی تشتت آراء را در این زمینه بگیرند. همان‌گونه که دیوان اروپایی حقوق بشر با اشاره خود به تعریف ماده (۱) کنوانسیون سازمان ملل علیه شکنجه^{۸۷} و همین‌طور مورد استفاده قرار گرفتن آن به عنوان راهنمای تفسیری از سوی دیوانهای کیفری بین‌المللی برای جنایات جنگی (رواندا و یوگسلاوی سابق) چنین روندی را به نمایش گذاشته‌اند.^{۸۸} البته همین روند را می‌توان در گزارشهای گزارشگر ویژه شکنجه که اشارات متعددی به ماده (۷) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یا تفاسیر کلی آن کمیته یا سایر اسناد بین‌المللی داشته است،^{۸۹} و همین‌طور اشاره‌های کمیته حقوق بشر به ماده (۱) کنوانسیون علیه شکنجه سازمان ملل^{۹۰} و کمیته اشاره سازمان ملل علیه شکنجه به ماده (۲) کنوانسیون بین کشورهای آمریکایی جلوگیری و مجازات شکنجه^{۹۱} مشاهده کرد.

اما همکاری از این دست در زمینه تفسیر و احراز رفتارهای ممنوعه فعلاً در بین رویه مراجع قضایی یا نظارتی بین‌المللی اندک و ضعیف

86. Andrew Byrnes, op.cit., pp. 512-514.

87. Selmouni vs. France, Judgment, 28 July 1999, 29 EHRP 403, Paras 97, 100.

88. Prosecutor vs. Akayesu, Judgment, Case No. ICTR 96-4-T, 2 Sep. 1998, Para. 593; Prosecutor vs. Delalic, ICTY, Case No. – IT- 96-21- T, 16 Nov. 1998, Para. 459; Prosecutor vs. Furundzija, ICTY, Case No. IT-95-17/1, 10 Dec. 1998, at Para. 160.

89. E/CN.4/1993/26, 15 Dec. 1992, Para. 584.

90. Concluding Observations CCPR/C/79/Add 28.

91. Leif Holmstrom, op.cit., p. 198, Para. 18.

می‌باشد و برای رسیدن به حد مطلوب به نظر می‌رسد راه زیادی در پیش
باشد و این که این نوع از همکاریها و انعطاف‌ها در آینده باید بیشتر شود
که تمام اینها بستگی به نحوه عملکرد این مراجع خواهد داشت.

قواعد بنیادین حقوق بین‌المللی کیفری و قواعد آمره (JUS COGENS)*

Pierre-Marie DUPUY
مترجم: دکتر سیدعلی هنجانی**

۱- با توجه به شرایط تاریخی پیدایش قواعد بین‌المللی کیفری، روند تبلور عرفی بسیاری از قواعد و تدوین آنها، و بالاخره نقش نسبی منابع مختلف حقوق بین‌الملل از جمله اصول کلی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا قواعد عمومی نقش مهمی در چارچوب حقوق بین‌المللی کیفری دارند یا نه؟

۲- در حقوق بین‌الملل معاصر چند نوع قاعده عمومی وجود دارد: علاوه بر اصول کلی (به ترتیب اصول کلی حقوق و اصول کلی حقوق بین‌الملل)، در درون عرف هم دو دسته قاعده با دامنه جهانشمول وجود دارد. عرفهایی که عدول از آنها از طریق عقد معاهده ممکن است، که این

*. این متن ترجمه فصل ششم با عنوان:

Normes internationales pénales et droit impératif (Jus cogens)

از کتاب به شرح ذیل است:

Droit international pénal, sous la direction de Hervé Ascensio, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, CEDIN Paris X, Editions A. PEDONE, Paris 2000, pp.71-80.

** دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

عرفها صرفاً الزام آورند، و عرفهایی که برعکس نمی‌توان از آنها در هیچ وضعیتی عدول کرد، که نه فقط الزام آورند بلکه آمره هم هستند، مگر این که، همانطوری که دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مربوط به مشروعیت تهدید یا بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای (سال ۱۹۹۶) عنوان کرده است، تخطی‌ناپذیر باشند که شاید دقیقاً همان مفهوم را نداشته باشد ...

۳- سؤال راجع به سرشت^۱ قواعد عمومی حقوق بین‌الملل کیفری، سؤال راجع به سلسله‌مراتب^۲ آنها را نیز پیش می‌کشد: آیا بعضی از قواعد حقوق بین‌الملل کیفری چنانچه موضوعاً بالاتر باشند از بعضی دیگر مهم‌ترند البته این پرسش عمق علمی ندارد، چرا؟ چون طبع قاعده یعنی بسته به این که آمره باشد یا نباشد تعیین‌کننده دامنه (بالاتر بودن) آن نیز هست. بنابراین دامنه جرم است که به موجب آن می‌توان (یا نمی‌توان) اوضاع و احوال یا موقعیت ارتکاب یک جنایت بین‌المللی و مسئولیت کیفری را مشخص کرد. می‌خواهیم بگوییم که مسأله جایگاه قواعد آمره (حقوق آمره) درون حقوق بین‌الملل کیفری عام، اول چیزی است که باید مورد توجه قاضی کیفری چه داخلی چه بین‌المللی قرار گیرد.

۴- شرایطی که طی آن قواعد عمومی مورد نظر حقوق بین‌الملل کیفری تشکیل شده‌اند، برخی نشانه‌های همسو دارند که قواعد مذکور را در جایگاه والایی میان قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال قرار می‌دهند.

۵- ابتدا، به تقریب، به خاصیت «والایی» (برتری) بعضی قواعد عمومی حقوق بین‌الملل کیفری می‌پردازیم، بدون آن که به تعیین دقیق ماهیت حقوقی آنها مشغول شویم و بدین سان متوجه می‌شویم که بعضی قواعد نه تنها می‌توانند واجد اهمیت گردند، بلکه می‌توانند مرتبه‌ای برتر بر

1. Nature.

2. Hiérarchie.

دیگر قواعد داشته باشند بدون آن که الزاماً خاصیتی آمره داشته، یعنی غیرقابل تخطی باشند. بنابراین نمی‌توان ابتدا به ساکن گفت که هر قاعده‌ای که اهمیت اجتماعی دارد در حقوق موضوعه یک قاعده آمره (*Jus Cogens*) است. تحلیل رأی مشورتی ۱۹۹۶ دیوان بین‌المللی دادگستری این نکته را روشن خواهد کرد.

۶- هرگاه از «قواعد حقوق بین‌المللی کیفری» سخن به میان می‌آید دو دسته قاعده بسیار متمایز و مشخص به ذهن می‌رسد که نباید با یکدیگر مخلوط شوند. ابتدا، آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل کیفری قرار دارد که زاده اصول کلی موجود در هر نظام حقوقی است و در حقوق داخلی و آداب و رسوم حقوقی مورد قبول قرار گرفته و بیشتر به اصول محاکمات کیفری مربوط می‌شود. باید دید که در میان این قواعد حقوق داخلی که حقوق تطبیقی هم به شناخت آنها کمک می‌کند و گاهی هم در معاهداتی از آنها طی قواعد حقوقی متحدالشکل نام برده‌اند، آیا قواعدی یافت می‌شوند که درجه اقتدار آنها نه تنها به حدی باشد که بتوان آنها را «والا» نامید، بلکه آمره نیز برشمرد، در این معنا که احدی نتواند از آنها تخطی کند؟ و دوم آن الزامات عرفی است که در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی آمده و مربوط می‌شود به حقوق بین‌الملل بشردوستانه و نه حقوق کیفری به معنی اخص. چنین قواعدی راجع به محاکمات نیست، بلکه نقض آنها جرمی قابل مجازات در حقوق بین‌الملل کیفری است. ارتکاب آنها در دادگاه‌هایی نظیر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی یا سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مانند دیوان کیفری بین‌المللی در حال و آینده قابل رسیدگی است. حال سؤال این است که آیا چنین تکالیفی که در حقوق بشردوستانه مقرر شده آنقدر مهم است که بتوان آنها را حقوق آمره نامید؟

بخش اول - جنبه برتر (والا) بعضی اصول کلی حقوق کیفری

۷- در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که از سایر اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی اختصاصی، کامل‌تر است فصل سوم وجود دارد تحت نام «اصول کلی حقوق کیفری» از ماده ۲۲ تا ۳۳ که مطابق این اصول آمده است «جرم بدون نص قانونی وجود ندارد» (اصل قانونی بودن جرم)، «هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد» (اصل قانونی بودن مجازات)، «عطف به ماسبق نشدن قانون و اعمال قانون خفیف‌تر»، «مسئولیت کیفری فردی»، «عدم صلاحیت نسبت به افراد کمتر از ۱۸ سال» «بی‌اثری سمت رسمی»، «مسئولیت فرماندهان نظامی و سایر مقامات مافوق»، «عدم شمول مرور زمان»، «عنصر معنوی»، «موجبات معافیت از مسئولیت کیفری»، «اشتباه موضوعی و حکمی»، «دستور مافوق و تجویز قانون».

۸- این قسمت از متن اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که کمتر از بقیه قسمت‌ها مصون از انتقاد نیست، قواعد ناهمگونی را تحت عنوان کلی «اصول حقوق کیفری» آورده است. این قواعد همه ماهیت و شمول بسیار متفاوتی دارند و از نظر ما مسلم است که نمی‌توان به هر یک از آنها «اصول» ارزشی برتر بخشید و به طریق اولی آمریت. مثلاً قاعده‌ای که در ماده ۳۳ تحت عنوان «دستور مافوق و تجویز قانون» آمده است یک اصل والا و آمره نیست. در این مقرر قاعده‌ای کلی درج شده که طبق آن «اگر جرمی که در صلاحیت دیوان است براساس دستور دولتی یا مقام مافوق نظامی یا غیرنظامی واقع شود مرتکب از مسئولیت کیفری معاف نیست»، ولی به موجب بندهای بعدی همان ماده سه تبصره وارد شده که گویی اصل را به نحو چشمگیر از محتوا تهی می‌کند. بنابراین می‌توان گفت که درج چنین قاعده‌ای به این صورت در یک قرارداد، نمی‌تواند از جمله حقوق

غیرقابل تعدی و تخطی باشد، ولی آیا به هر حال دارای اقتداری خاص نیست؟ این را باید دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی‌های بعدی خود نشان دهد. فعلاً پاسخ به آن مشکل است.

۹- به عکس هیچ شکی نیست که چهار اصل مندرج در مواد ۲۲ تا ۲۵ که فقط عطف به اساسنامه دیوان کیفری آمده است و به آنها از این جهت جنبه نسبی می‌بخشد به هر حال «اصول کلی حقوق» به مفهوم ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هستند و شناسایی و قبول حقانیت آنها در تمام نظامهای حقوقی و مقوم بودن آنها از نظر پایه‌های حقوق کیفری و حکومت آنها بر حقوق اساسی انسان و درج آنها در اسناد بین‌المللی مصوبه مانند میثاق حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۱۵) خود دلیلی بر اصالت آنهاست. دو اصل مندرج در مواد ۲۲ و ۲۳ که علی‌الاصول پشت سر هم نیز می‌آیند،^۳ از جمله اصول کلی حقوقی است. قابل توجه این که دبیرکل سازمان ملل آنگاه که می‌خواست گزارشی خطاب به شورای امنیت راجع به حقوق قابل اعمال توسط دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی تهیه کند به این اصول دقت کرده و اصل «جرم بدون نص قانونی وجود ندارد» را مد نظر قرار داده، یادآور شده بود که آن دادگاه «قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ای را اعمال کند که یقیناً جزو حقوق عرفی بوده باشند...». این نشان می‌دهد که دو اصل مذکور (مواد ۲۲ و ۲۳) در منشأ حقوق کیفری بین‌الملل معاصر وجود داشته است.

۱۰- اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی نیز از جمله اصول کلی حقوقی است که به عبارتی نتیجه منطقی دو اصل فوق‌الذکر است (مواد ۲۲ و ۲۳)، بدین معنا که اگر نه جرمی نه مجازاتی بدون قانون وجود ندارد، پس باید قانون پیشاپیش هنگام ارتکاب جرم وجود داشته باشد تا

3. Nullum crimen/ nulla poena sine lege.

جرم صورت واقعیت به خود گیرد. به سه اصل اخیر می‌توان بی‌تردید شخصی بودن ضمانت کیفری را نیز افزود، همانگونه که در میثاق سازمان ملل راجع به حقوق مدنی و سیاسی آمده است، و این نفی مسئولیت کیفری جمع است که در جوامع بدوی وجود داشته است. نتیجه منطقی اصل شخصی بودن کیفر نیز، تأکید بر وجود عنصر «معنوی» است آنچنان که در ماده ۳۰ آمده است.

۱۱- به هر حال نمی‌توان یک دستگاه کیفری برای سرکوب جرایم پیش‌بینی کرد که اصول فوق را نادیده بگیرد، بنابراین نه تنها اصول مذکور «والا» و برتر، بلکه آمره هم هستند. این اصول، اصول حقوق بین‌الملل کیفری و از خانواده *Jus Cogens* می‌باشند.

۱۲- اما باید دقت کرد که عجلتاً در مرحله نارس روند پیشرفت حقوق بین‌الملل کیفری باید احتیاطاً به سراغ بعضی دیگر از اصول مندرج در فصل سوم [اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی] به عنوان «اصول کلی حقوق» نرفت و اقتداری برابر، برای آنها قائل نشد، مثلاً در ماده ۲۹، عدم شمول مرور زمان در حقوق بشردوستانه این چنین است، چون جنایت علیه بشریت، که مرور زمان بر آن جاری نمی‌شود، ولی جنایت جنگی مشمول مرور زمان می‌شود (مگر در همین اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). حال اگر برای قاعده عطف به ماسبق نشدن جنبه آمره قایل شویم، باید آن را منحصر به جنایت علیه بشریت بدانیم و از این بابت به خصوص به همسویی اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری و نیز قوانین جزایی و آرای قضایی داخلی بعضی کشورها مانند فرانسه بنگریم. از جمله اصول پایه دیگر می‌توان به اصل «برای یک جرم دو بار محاکمه وجود ندارد» اشاره نمود^۴ که در اساسنامه در ردیف اصول فصل سوم نیامده است. اصل مزبور در

4. Nul ne peut être jugé deux fois pour les memes crimes یا *non bis in idem*.

قوانین جزایی داخلی کشورها با شرایط بسیار دقیق پیش‌بینی شده است.

۱۳- به طور کلی باید گفت که فصل سوم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شامل فهرست کامل «اصول کلی حقوق کیفری» آنچنان که عنوان آن اشاره می‌کند، نیست و برخی فقط جنبه آمره دارند، مانند اصل برائت که شامل هر فردی تا زمان ثبوت اتهام توسط مرجع صالح می‌شود و در ماده ۶۶ درج شده است. شکی نیست که اصل مزبور از اصول کلی و مسلم حقوق کیفری است و شورای قانون اساسی فرانسه در رأی مورخ ۲۲ ژانویه ۱۹۹۹ خود راجع به تطبیق اساسنامه دیوان با قانون اساسی فرانسه آن را متذکر شده است.

۱۴- با رویه قضایی دادگاه‌های مختلف بین‌المللی کیفری است که دامنه اصول کلی حقوق بین‌الملل کیفری دارای جنبه آمره را، بیشتر مشخص و احتمالاً گسترش دهند. اما باید دقت کرد که این کار یعنی تشخیص چنین اصولی آسان نیست، بویژه که رویه عملی کمک مؤثری نمی‌تواند بکند، چون باید بیشتر به اصول حقوق کیفری بین‌المللی توجه داشت تا نظامهای داخلی که شاید دارای قالبهای گوناگون باشند.

بخش ۲- جنبه والای بعضی اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه که نقض آنها جنایت بین‌المللی است

۱۵- در این باره باید طبیعتاً به الفاظ ماده ۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دقت کرد. ماده ۵ سرآغاز فصل دوم است که در آن راجع به صلاحیت دیوان تصمیم‌گیری شده است و چنین بیان می‌کند که «صلاحیت دیوان محدود به سنگین‌ترین جنایاتی است که به کل جامعه بین‌المللی لطمه می‌زند». از جمله این جرایم نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز است. انسان از خویشاوندی موجود میان جرایم و واژه‌های

مربوطه در این ماده و در ماده ۱۹/۲ طرح مواد حقوق مسئولیت بین‌المللی دولتها در دسته‌بندی دیگری از اعمال غیرقانونی، که همانا جنایات منتسب به دولتها (نه فرد) است، تعجب می‌کند (رجوع کنید به متون عمده حقوق بین‌الملل عمومی، دالوز، پاریس، ۱۹۹۵، ص ۸۲۴). به هر حال در هر دو مورد، ضابطه مورد نظر یعنی منفعت عالیه جامعه بین‌المللی، نشان‌دهنده اهمیت خاص اصولی است که نقض آنها جنایت است. همین ضابطه است که در ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات درباره قاعده آمره ذکر شده است. بنابراین می‌توان گفت که مجموع اصولی که محتوای حقوق بین‌الملل کیفری را تشکیل می‌دهند رابطه تنگاتنگی با قواعد آمره دارند. با بررسی رویه‌های قضایی ایجاد شده از سوی دادگاه‌های بین‌المللی مانند دیوان دادگستری بین‌المللی و دیوان کیفری یوگسلاوی، در سطور زیر سعی خواهیم کرد عناصر این رابطه را به روشنی نشان دهیم.

۱۶- بررسی آرای قضایی بین‌المللی، بویژه آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، نشان می‌دهد که از میان قواعد حقوق بشردوستانه که از قدیم دارای ویژگی عرفی بوده‌اند، اصولی هستند که اقتدار خاصی دارند، و از این رو در قضیه نیکاراگوئه، دیوان اعلام کرد «رفتار ایالات متحده امریکا را می‌توان در پرتو اصول کلی مبنایی حقوق بشردوستانه^۵ ارزیابی کرد. به نظر دیوان، معاهدات ژنو به جهاتی گسترش این اصول و از جهاتی بیان‌کننده آنهاست» (دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۶، ص ۱۱۳، بند ۲۱۸).

۱۷- ده سال بعد به نحو روشن‌تری همان دیوان در رأی مشورتی مربوط به مشروعیت تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای به وجود «اصول عمده اساسی موجود در متون پایه حقوق بشردوستانه» استناد نمود

5. Principes généraux de base du droit humanitaire.

و موارد آن را نیز ذکر کرد، مانند حفاظت از جمعیت غیرنظامی و اموال دارای جنبه غیرنظامی، تمایز میان رزمنده و غیررزمنده، ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که هدف نظامی و غیرنظامی را تفکیک نمی‌کنند، ممنوعیت ایجاد درد و رنج زاید برای رزمنده یا در حقیقت محدودیت انتخاب وسایل جنگی (دیوان دادگستری بین‌المللی، مجموعه، ۱۹۹۶، رأی مشورتی ۸ ژوئیه ۱۹۹۶، بند ۷۸). در راستای استناد به اصول، دیوان به شرط مارتنس نیز اشاره می‌کند «که برای نخستین بار در کنوانسیون دوم لاهه ۱۸۹۹ راجع به قوانین و عرفهای جنگ زمینی پیش‌بینی شده بود و وسیله مطمئنی در برابر توسعه روزافزون تسلیحات به شمار می‌رفت» (همانجا). در رأی مشورتی همچنین «تعبیر کنونی» آن شرط نیز یادآوری شده است که در واقع متن بند ۲ ماده ۱ پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ است، بدین صورت «اگر چیزی در این پروتکل یا در سایر توافق‌نامه‌های بین‌المللی پیش‌بینی نشده است، افراد غیرنظامی و رزمندگان، تحت حمایت و حکومت اصول حقوق انسانی ناشی از عرفهای معمول، اصول بشردوستی و اقتضائات وجدان عمومی خواهند بود».

فرمول اخیر یا شرط مارتنس که دیوان هم آن را تأیید می‌کند گرچه تا حدی ابتدایی است ولی حاکی از آن است که اصول حقوقی مذکور، بر اخلاق تکیه دارد، البته اخلاقی که در این دیدگاه جنبه مکتبی آن بر جنبه حقوقی‌اش برتری دارد. شرط مارتنس مجموعه قواعد قابل استنادی است که فراسوی معاهده‌ای خاص بر هستی همیشگی اصول تأکید دارد و جزو حقوق موضوعه به شمار می‌رود. از نظر حقوق کیفری بین‌المللی مجموعه مارتنس را باید وارد در حقوق بین‌الملل کیفری و در جهت جلوگیری از نقض «قوانین و عرفهای جنگی» از جمله ماده ۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی، و ماده ۸ اساسنامه دیوان

کیفری بین‌المللی، همچنان مرتبط و مؤثر به شمار آورد.

۱۸- در قالب و محتوای مطالب فوق آنچه مهم است اقتدار غیرقابل نقض اصولی است که در حقیقت همان «اصول بنیادی مندرج در بطن حقوق بشردوستانه» می‌باشد (رأی مشورتی، بند ۷۸). در بند بعدی دیوان اشاره دارد که اصول مزبور برای تمام دولتها اعم از تصویب‌کننده معاهدات مربوطه یا غیر آن الزام‌آور است، زیرا «اصولی از حقوق عرفی است که به طور محض غیرقابل تخطی می‌باشد (intransgressibles)» (بند ۷۹). مع‌ذلک امکان تمایز میان غیرقابل تخطی بودن (intransgressibilité) و آمرانه بودن (impérativité) لا‌اقل از نظر ذهنی وجود دارد، زیرا در بند ۸۳، دیوان از بیان ماهیت رابطه میان دو مفهوم فوق خودداری می‌کند.

۱۹- در هر صورت باید دقت کرد که دیوان بین‌المللی دادگستری چه در رأی مربوط به نیکاراگوئه (۱۹۸۶) و چه در رأی مشورتی ۱۹۹۶ خواسته است اهمیت «اصول کلی پایه»^۶ یا «اصول بنیادی»^۷ (الفاظ به کار رفته خود روشنگر است) حقوق بشردوستانه را خاطرنشان کند و قواعد رسمی و عام را که نخستین بار با رأی مربوط به تنگه کرفو در سال ۱۹۴۹ شروع شد، مورد تأکید قرار دهد. در رأی اخیر از «رعایت اصول اولیه بشری»^۸ که در زمان صلح، حتی از زمان جنگ هم رعایت آن واجب‌تر است سخن به میان آمده (دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۴۹، ص ۲۲؛ دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۶، ص ۱۱۲، بند ۲۱۵ و صص ۱۱۳ و ۱۱۴، بند ۲۱۸). تحلیل محتوایی مفهوم به کار گرفته شده فوق در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، ضمناً نشان می‌دهد که «ملاحظات انسانی» آنچنان که در رأی آمده حکایت از قاعده حقوقی دارد و منبع تعهد

6. Principes généraux de base.

7. Principes cardinaux.

8. Considerations élémentaires d'humanité.

است (پ.م. دوپویی «رعایت اصول اولیه بشری در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری»، مقاله در بزرگداشت، Nicolas Valticos، انتشارات پدون، پاریس، ۱۹۹۹، صص ۱۳۰-۱۱۷، بویژه، صص ۱۲۷-۱۲۶). رعایت اصول اولیه اساساً و موضوعاً اشاره به اهمیت اولیه قواعد متوجه از خود دارد، ضمن این که دیوان در رسیدگی، با مشکل خلأ قراردادی در جهت استناد به قاعده مواجه نمی‌گردد. بدین ترتیب، باید پذیرفت که نشانه‌هایی همسو وجود دارد که همگی بر وجود قواعدی والا در حقوق بین‌الملل بشردوستانه دلالت دارند. آنچه که یقیناً می‌توان جزو اصول مذکور برشمرد عبارتند از «اصول حقوق بشردوستانه که کنوانسیون هشتم ۱۹۰۷ لاهه مرکب از آن است» (دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۶، ص ۱۱۲، بند ۱۱۵)، قسمت اعظمی از چهار کنوانسیون ژنو اوت ۱۹۴۹ بویژه ماده ۳ مشترک حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی (دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۶، ص ۱۱۲، بند ۲۱۵)، اصولی که در بند ۱۷ همین نوشته به آن اشاره کردیم و اصول پایه بودند مانند حفاظت از جمعیت غیرنظامی و اموال آنان، تفکیک میان رزمنده و غیررزمنده، ممنوعیت ایجاد درد و رنج زاید برای رزمنده.

۲۰- همانطور که دیوان بین‌المللی دادگستری، در رأی مشورتی خود راجع به شرطهای قایل شده برای کنوانسیون ژنوسید (نسل‌کشی)، گفته است، ژنوسید «جنایتی علیه حقوق انسانهاست».^۹ کنوانسیون راجع به ژنوسید، خود «در غایت و با هدفی صرفاً انسان‌دوستانه و برای اعتلای مدنیت تصویب شده است. کمتر معاهده‌ای است که واجد هر دو جنبه انسان‌دوستانه از بابت حفظ موجودیت بعضی گروه‌های انسانی و در عین حال تضمین اصول اخلاقی اولیه بوده باشد» (دیوان بین‌المللی دادگستری،

9. Crime du droit des gens.

مجموعه، ۱۹۵۱، ص ۲۳). دیوان در این باره خاطر نشان کرد که «اصول پایه در این کنوانسیون اصول شناخته شده توسط ملل متمدن محسوب می‌شوند که دولتها را فراسوی هر تعهد قراردادی متعهد می‌نمایند» (همانجا). قابل ذکر آن که در قضیه راجع به «اعمال معاهده جلوگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی (بوسنی-هرزگوین علیه یوگسلاوی)، دیوان با دقت خاصی افزود که «کنوانسیون [ژنوسید] بدون در نظر گرفتن این که جنگ داخلی یا بین‌المللی باشد، به محض آن که اعمال مندرج در مواد II و III ارتکاب شود قابل اجراست»، و «در نتیجه حقوق و تکالیف موجود در کنوانسیون حقوق و تعهداتی همه‌گیر (*erga omnes*) هستند» (دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۹۶، رأی ۱۱ ژوئیه ۱۹۹۶، بند ۳۱). بنابراین در این مورد نیز، جنبه والای قاعده ممنوعیت ژنوسید و حتی تعهد مربوط به پیشگیری و مجازات آن، به درستی از مصادیق بارز قاعده آمره (*Jus Cogens*) در نظر گرفته شده است، مگر این که مانند بعضی عمدتاً در فرانسه، بر انکار این دسته از قواعد اصرار ورزیم و آن را «قریحه و اندریافت حقوق بین‌الملل» برشمیریم.

۲۱- فهرستی که می‌توان پیشاپیش از آرای دیوان بین‌المللی دادگستری استخراج کرد مانند خود آراء از نظر تصریح و تنظیم و از نظر دامنه شمول چندان دقیق نیست، کامل هم نمی‌تواند باشد. بر این اساس نمی‌توان ضوابط تعیین‌کننده‌ای به دست آورد و با آنها قواعد آمره یعنی قواعدی را که در هر شرایطی مطلقاً معتبر و لازم‌الاجرا هستند از قواعد دیگر که گرچه قواعد مسلم و برتر هستند ولی قاعده آمره بین‌المللی محسوب نمی‌شوند، و فقط قواعد عرفی مسلمی هستند که عدول از آنها مشکل است، تفکیک کرد. متن معاهدات خود همیشه نشانه‌های کافی در این زمینه به دست نمی‌دهد. پس باید اعتقاد داشت که اگرچه یک هسته

سخت اصول آمره حقوق بشردوستانه بی تردید وجود دارد که نقض آنها مشمول مقررات حقوق بین الملل کیفری می شود، ولی مشکل است که جوانب و حدود آنها به دقت مشخص گردد. از طریق استفاده از آراء قضایی آینده دیوان بین المللی دادگستری و بیشتر از آن از آراء دادگاههای کیفری بین المللی است که کاستی های فعلی برطرف خواهد شد.

۲۲- نمونه دیگری توسط شعبه اول دادگاه کیفری رسیدگی به جنایات جنگی در یوگسلاوی (T.P.I.Y) ارائه شده است. در رأی Furundzija مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸، دادگاه مزبور با قاطعیت و با انگیزه ای مشخص اعلام کرد که الزام به جلوگیری و منع و مجازات شکنجه نه تنها واجد جنبه عرفی در حقوق بین الملل عمومی است، بلکه دارای بعدی همه گیر (erga omnes) است، «یعنی بر پایه آن تمام اعضای جامعه بین المللی مکلف به رسیدگی اند» (T.P.I.Y پرونده Anto Furundzija، IT-95-17/1-T، رأی مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸، بند ۱۵۱). در همین راستا، دیوان یادآوری می کند که منع شکنجه «به دلیل اهمیت ارزشهایی که حمایت می کند، اصلی است که سازنده قاعده ای آمره بوده، یعنی قاعده ای که در سلسله مراتب قواعد بین المللی در ردیفی برتر از قواعد حقوق قراردادی و حتی حقوق عرفی عادی جای می گیرد. نتیجه بین آن این است که دولتها نمی توانند از این اصل بر پایه معاهده ها یا عرفهای محلی یا خاص یا حتی قواعد عرفی عمومی که ارزش قواعد آمره را ندارند تخلف کنند».

دیوان مذکور با قاطعیت خاصی که به نحو عجیبی با احتیاط کاری دیوان بین المللی دادگستری، که هیچگاه به طور صریح قاعده ای را قاعده آمره بین المللی اعلام نکرده است، نمی سازد می افزاید «به درستی که اعتبار آمره اصل ممنوعیت شکنجه نشان دهنده آن است که یکی از قواعد اساسی جامعه بین المللی (...) و دارای ارزشی مطلق است که هیچکس

نمی‌تواند خلاف آن عمل کند» (همانجا، بند ۱۵۴).

رأی Furundzija سابقه مهمی در توسعه حقوق بین‌الملل کیفری از طریق رسیدگی قضایی است. این رأی راه را برای تشخیص «سنگین‌ترین جنایاتی که به جامعه بین‌المللی مربوط می‌شود» هموار می‌سازد. در نتیجه تمامی این شاخه از حقوق، نه فقط از لحاظ ماهوی، بلکه از لحاظ شکلی نیز تحت لوای این نوع صلاحیت قرار می‌گیرد (که یکی از آن صلاحیتها رسیدگی و تعقیب جرمهایی است که صلاحیت رسیدگی به آنها منطقاً جهانشمول است، نگاه کنید به رأی مذکور، بند ۱۵۶). به هر حال باید دید در چارچوب دیوان کیفری بین‌المللی، در شرف تأسیس (این دیوان در حال حاضر تأسیس شده است - مترجم)، دولتها به قضات آن اجازه خواهند داد که نتایج منطقی احراز شده را در دعوای دیگری اعمال کنند که دادگاه مذکور آن را به کیفیت زیر نیز بیان کرده است:

«اصل کلی احترام به کرامت انسان پایه حقوق بین‌الملل بشردوستانه و

حقوق بشر و شرط مقوم یا وجودی آن است؛ این اصل از این به بعد به

قدری اهمیت دارد که همه حقوق بین‌الملل را تحت تأثیر قرار خواهد

داد» (بند ۱۸۳).

دادگاه بین‌المللی حقوق دریا: یک ارزیابی

پی. چاندراسی خارا راثو*
مترجم: دکتر علی قاسمی**

۱. کنوانسیون

کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریا (که از این پس «کنوانسیون»*** نامیده می‌شود) در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ در خلیج مونته‌گو در کشور جامائیکا امضا شد، و ۱۲ سال بعد یعنی در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید. موافقتنامه دیگری در رابطه با اجرای قسمت یازدهم کنوانسیون مذکور در ژوئیه ۱۹۹۴ تصویب و در ۲۸ ژوئیه ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا شد. این موافقتنامه و قسمت یازدهم کنوانسیون باید به عنوان سند واحد تفسیر و اجرا گردند. تاکنون ۱۳۵ دولت طرف کنوانسیون و

*. مشخصات مقاله و مأخذ آن به شرح ذیل است:

P. Chandrasekhara Rao, "The International Tribunal for the Law of the Sea: An Evaluation", N. Ando et al. (eds.), Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, Kluwer Law International, Printed in the Netherlands, pp. 667-681, 2002.

شایان ذکر است نویسنده یکی از قضات فعلی دادگاه بین‌المللی حقوق دریا می‌باشد.

** عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری.

*** شایان ذکر است که کنوانسیون مذکور (مشمول بر ۳۲۰ ماده، ۹ ضمیمه، سه قطعنامه و یک سند نهایی) مفصل‌ترین کنوانسیون است که جامعه بین‌المللی تاکنون تصویب نموده است (م).

۱۰۰ دولت طرف موافقتنامه شده‌اند. در مقاله حاضر از کنوانسیون و موافقتنامه توأماً با عنوان «کنوانسیون» یاد خواهد شد.

۲. دادگاه

کنوانسیون مقرر می‌دارد که دول طرف آن باید اختلافات خود در مورد تفسیر یا اجرای کنوانسیون را با شیوه‌های مسالمت‌آمیزی که در منشور سازمان ملل پیش‌بینی شده، حل و فصل نمایند. ولی اگر طرفهای اختلاف به طریق مسالمت‌آمیزی که خود انتخاب نموده‌اند به توافق نرسند، ملزم هستند که به آیین حل و فصل اجباری اختلاف که در بخش دوم از قسمت پانزدهم کنوانسیون پیش‌بینی شده است تمسک جویند. این آیین تصمیمات الزام‌آوری را در پی خواهد داشت. هر دولت عضو در انتخاب یک یا چند شیوه حل و فصل اختلاف به شرح ذیل مختار است: از طریق دادگاه بین‌المللی حقوق دریا (که از این به بعد «دادگاه» نامیده می‌شود)، دیوان بین‌المللی دادگستری،* داوری بر اساس پیوست شماره ۷ کنوانسیون و داوری ویژه، مطابق پیوست شماره ۸ کنوانسیون.** خلاصه آن که کنوانسیون روش واحدی را برای حل و فصل اختلافات مقرر نداشته، بلکه به طرفین اختلاف در این رابطه حق انتخاب داده است.

با وجود این، همان‌طور که مجمع عمومی سازمان ملل اعلام داشته، دادگاه در حل و فصل اختلافات مربوط به حقوق دریا از «نقش و اختیارات مهمی» برخوردار است^۱ که از جمله به موارد زیر می‌توان اشاره کرد: اول این که این رکن، دادگاهی دائمی متشکل از ۲۱ قاضی ذیصلاح در زمینه حقوق دریا است. اگرچه دادگاه مانند دیوان بین‌المللی دادگستری

*. The International Court of Justice.

** بدیهی است علاوه بر شیوه‌های مذکور امکان مصالحه و سازش بین طرفین نیز وجود دارد (م).

1. UN Doc. A/RES/54/31 of 24 November 1999.

محکمه‌ای جهانی می‌باشد، ولی صلاحیت آن به حقوق دریا محدود می‌شود. این واقعیت که کنوانسیون دادگاهی دائمی با هزینه‌ای قابل ملاحظه را پیش‌بینی کرده، خود مؤید این است که جامعه بین‌المللی از دادگاه مزبور انتظار دارد تا در حل اختلافات مربوط به حقوق دریا نقشی کلیدی ایفا نماید.

دوم این که بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون در مسأله رفع توقیف سریع از کشتی‌ها و آزادی خدمه و مطابق بند ۵ از ماده ۲۹۰ در مسأله اقدامات موقت، در خصوص موضوعاتی که مستلزم اقدام سریع می‌باشند، صلاحیت دادگاه اجباری است، مگر آن که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

سوم این که، در خصوص اختلافات راجع به فعالیت در بستر دریاها و اقیانوسها و زیر بستر آنها که خارج از محدوده صلاحیت ملی دولتها می‌باشد (از این پس «منطقه» نامیده می‌شود)، صلاحیت شعبه مربوط به اختلافات بستر دریا* تقریباً انحصاری است.^۲ شعبه مذکور است که صلاحیت دارد بنا به درخواست مجمع یا شورای مقام بستر دریا** در مورد مسائل حقوقی مربوط به حوزه فعالیت آنان نظر مشورتی ارائه کند.^۳

چهارم این که صلاحیت دادگاه فقط به اختلافات مذکور در کنوانسیون محدود نشده، بلکه به کلیه اختلافاتی که صراحتاً در هر موافقتنامه دیگری که به دادگاه اعطای صلاحیت نموده، گسترش می‌یابد.^۴ برای نمونه می‌توان به کنوانسیون ۱۹۹۵ نیویورک در مورد ماهیان دو

*. The Seabed Disputes Chamber of the Tribunal.

۲. نک. ماده ۱۸۷ کنوانسیون.

**. The Assembly/ Council of the Seabed Authority.

۳. نک. ماده ۱۹۱ کنوانسیون.

۴. نک. ماده ۲۱ از پیوست ۶ کنوانسیون.

مکانی* و پروتکل ۱۹۹۶ الحاقی به کنوانسیون دامپینگ لندن** اشاره نمود.

پنجم این که در صورت توافق همه طرفهای یک معاهده یا کنوانسیون - که تاکنون به اجرا در آمده و موضوع آن تحت شمول کنوانسیون حاضر می باشد - هرگونه اختلاف راجع به چنین معاهده یا کنوانسیونی نیز می تواند به دادگاه ارجاع گردد.^۵

ششم این که در صورت تصریح یک موافقتنامه بین المللی مرتبط با اهداف کنوانسیون حاضر، دادگاه می تواند متعاقب درخواست در خصوص مسائل حقوقی (آن موافقتنامه)، نظر مشورتی ارائه دهد.^۶

هفتم که بسیار قابل توجه است این که شعبه رسیدگی کننده به اختلافات مربوط به بستر دریا، همچنین صلاحیت رسیدگی به اختلافات مربوط به فعالیت های مؤسسات غیردولتی در منطقه را دارد.^۷

بالاخره، باید افزود که باب دادگاه به روی مؤسسات غیردولتی در هر پرونده ای که مطابق موافقتنامه ای که به دادگاه صلاحیت اعطا کرده و از سوی تمامی طرفهای آن پرونده پذیرفته شده، مفتوح است.^۸

طرفین یک اختلاف بین این که اختلاف آنها توسط هیأت عمومی دادگاه، که متشکل از همه قضات است، و یا به وسیله یکی از شعب ویژه

*. The 1995 Convention Straddling Fish Stocks.

** The 1996 Protocol to the London Dumping Convention.

«دامپینگ» عبارت است از «فروش وسیع جنسی با قیمت پایین یا بدون توجه به عامل قیمت. فروش کالا در خارج به قیمتی کمتر از قیمت آن در داخل. صدور کالا به کشور دیگر و فروش آن به بهای کمتر از بهای عادی به منظور فلج کردن صنایع داخلی آن کشور». به نقل از ترجمه فرهنگ حقوقی بلاک (Black's Law Dictionary)، مترجم بهمن آقایی، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۴۶۳ (م).

۵. نک. ماده ۲۲ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

۶. نک. ماده ۱۳۸ آیین دادرسی دیوان.

۷. نک. ماده ۱۸۷ کنوانسیون و ماده ۳۷ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

۸. نک. ماده ۲۰ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

مورد رسیدگی قرار گیرد، مختار هستند.^۹ شعب ویژه‌ای که دادگاه برای رسیدگی به اختلافات خاص تشکیل داده عبارتند از شعبه دادرسی اختصاری؛ شعبه رسیدگی کننده به اختلافات مربوط به ماهیگیری؛ شعبه رسیدگی کننده به اختلافات راجع به محیط زیست دریایی. همچنین دادگاه می‌تواند شعب ویژه دیگری برای پرداختن به دسته خاصی از اختلافات اختصاص دهد.

به علاوه، با درخواست طرفین اختلاف دادگاه می‌تواند شعبه ویژه‌ای را برای رسیدگی به اختلاف خاصی که به آن ارجاع می‌شود تشکیل دهد.^{۱۰} ترکیب چنین شعبه‌ای باید توسط دادگاه و با تأیید طرفین تعیین گردد. این حق انتخاب مخصوصاً در مواردی که طرفها، داوری را برای حل و فصل اختلافات لحاظ می‌کنند، مورد توجه خاص است. هزینه‌های یک شعبه خاص از بودجه عمومی دادگاه پرداخت می‌شود و مستقیماً بر طرفین پرونده تحمیل نمی‌گردد. هرگاه در میان داوران شعبه موقت، داوری از ملیت یکی از اطراف دعوی نباشد، آن طرف می‌تواند شخصی را به انتخاب خود معین نماید تا به عنوان عضو در دادگاه شرکت کند. همین حکم جاری خواهد بود حتی اگر در میان اعضای خود دادگاه (و نه شعبه موقتی آن) یک نفر از اتباع آن طرف دعوی در مسند قضاوت حضور داشته باشد، زیرا مقررات مندرج در بند ۴ از ماده ۱۷ اساسنامه فقط در خصوص شعب دائمی و نه شعبه موقت اعمال می‌شود.^{۱۱} بنا به درخواست شیلی و جامعه اروپا،^{*} دادگاه طی دستور مورخ ۲۰ دسامبر ۲۰۰۰، شعبه ویژه‌ای متشکل از

۹. نک. ماده ۱۵ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

۱۰. نک. بند ۲ از ماده ۱۵ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

۱۱. برای عقیده مشابه در رابطه با بند ۴ از ماده ۳۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، نک.

M. Schwebel, Justice in International Law, 1994, p. 112.

*. شایان ذکر است که از سال ۱۹۹۱ طی کنفرانس ماستریخت، جامعه اروپا به اتحادیه اروپا (European Union) تغییر یافته که از نظر نویسنده محترم مقاله حاضر مغفول مانده است (م).

پنج قاضی را مأمور کرد تا به اختلاف بین شیلی و جامعه اروپا راجع به حفظ و بهره‌برداری پایدار از ذخایر ارّه ماهی در جنوب شرقی اقیانوس آرام رسیدگی کند. ترکیب قضات این شعبه ویژه در رسیدگی به پرونده مذکور به این ترتیب است: چ. رائو* (رئیس) و کامینوس،** یانکوف،*** ول فروم**** و ویکونا***** (قاضی ویژه) به عنوان اعضا.

این برای اولین بار است که شعبه ویژه‌ای بر اساس بند ۲ از ماده ۱۵ اساسنامه برای رسیدگی به یک اختلاف خاص دائر شده است. در ۱۵ مارس ۲۰۰۱ بنا به درخواست طرفین دعوی، رئیس این شعبه دستوری صادر نمود که بر اساس آن ۹۰ روز ضرب‌الاجل برای طرح اعتراضات مقدماتی تعیین کرد که از اول ژانویه ۲۰۰۴ آغاز می‌شود؛ البته هر طرف حق دارد تقاضا کند که ضرب‌الاجل مذکور از هر تاریخی پیش از اول ژانویه ۲۰۰۴ شروع شود. همچنین نکته حائز اهمیت آن که پرونده شیلی — اتحادیه اروپا (پرونده‌ای بین دولت و یک سازمان بین‌المللی) در نوع خودش نخستین پرونده‌ای است که برای داوری در چارچوب صلاحیت ترافیکی***** یک دادگاه جهانی مطرح می‌شود.

به علاوه، شایان ذکر است که منعی برای استفاده از صلاحیت مشورتی***** دادگاه نیز وجود ندارد. دادگاه می‌تواند علاوه بر مجمع یا شورای مقام بستر دریا، به مؤسسات دیگر نیز نظر مشورتی بدهد، البته اگر موافقتنامه بین‌المللی مرتبط با اهداف کنوانسیون، به طور اختصاصی تسلیم

*. Chandrasekhara Rao.

** Judge Caminos.

*** Judge Yankov.

**** Judge Wolfrum.

***** Judge *ad hoc* Vicuna.

***** Contentious Jurisdiction.

***** Advisory Jurisdiction.

درخواست برای چنین نظر مشورتی را پیش‌بینی کرده باشد.^{۱۲} هدف از این امر آن است که مکانیزم حل و فصل مسالمت‌آمیز تا آنجا که ممکن است به طور گسترده از طرق مختلف قابل دسترسی باشد. البته زمانی که دیوانهای بین‌المللی در دسترس مؤسسات غیردولتی قرار می‌گیرند، باید تضمینات کافی برای اجرای تصمیمات وجود داشته باشد. در مورد استخراج از «منطقه»، کنوانسیون آشکارا مقرر داشته که قابلیت اجرای تصمیمات صادره از شعبه اختلافات مربوط به بستر دریا در قلمرو دول عضو، به همان شیوه‌ای است که احکام یا دستورات صادره از بالاترین دادگاه دولت عضو (که اجرای این احکام یا دستورات در قلمرو آن درخواست می‌شود)، قابل اجرا می‌باشند.^{۱۳}

۳. پرونده‌هایی که تاکنون به دادگاه ارجاع شده‌اند

از اعلام موجودیت رسمی دادگاه در اکتبر ۱۹۹۶ تاکنون [در زمان نوشتن مقاله]، بیش از چهارسال می‌گذرد. دادگاه در طی این مدت دستاوردهای زیادی داشته که مهم‌ترین آن این است که به صورت یک نهاد قضایی کاربردی در آمده است. تاکنون دادگاه به هفت پرونده* رسیدگی کرده که جدیدترین آنها** پرونده بین بلیز*** و فرانسه بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون است.

قضات دادگاه اولین جلسه رسیدگی را در اکتبر ۱۹۹۶ در شهر هامبورگ آلمان تشکیل دادند. از بدو امر، دادگاه در صدد بود تا هرچه

۱۲. نک. ماده ۱۳۸ آیین دادرسی دیوان.

۱۳. نک. ماده ۳۹ از پیوست شماره ۶ کنوانسیون.

*. شایان ذکر است که این نکته تا زمان نگارش مقاله (در سال ۲۰۰۰) صادق است (م).

** به هنگام ترجمه مقاله (اوت ۲۰۰۵) سیزده فقره پرونده در دستور کار دادگاه قرار داشته است که آخرین قضیه مطروح (The Juno Trader case (Saint Vincent and Grenadines V. Guinea-Bissau می‌باشد. ***. Belize.

سریع‌تر شروع به کار نموده و جلسات استماع پرونده‌ها را آغاز کند. بدین منظور، به سرعت کار بر روی تهیهٔ پیش‌نویس آیین دادرسی خود را شروع نمود. به همین جهت، دادگاه آیین دادرسی و رویه‌های دادگاه‌ها و دیوانهای بین‌المللی دیگر، بویژه دیوان بین‌المللی دادگستری را مورد مطالعه قرار داد.

در اکتبر ۱۹۹۷، دادگاه آیین‌نامه داخلی، قطعنامهٔ راجع به آیین کار داخلی و دستورالعمل مربوط به نحوهٔ تنظیم و ارائه پرونده‌ها نزد دادگاه را تصویب نمود.

یک ماه بعد یعنی در نوامبر ۱۹۹۷ دادگاه اولین دادخواست را که از طرف سن وینسان* و گرینادینز** به طرفیت گینه برای رفع سریع توقیف کشتی و آزادی خدمه آن، که بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون تسلیم شده بود، دریافت نمود. در این دادخواست از دادگاه تقاضا شده بود که دستور لازم را برای رفع توقیف ام/وی «سایگا»،*** تانکر نفتی‌ای که در ساحل آفریقای جنوبی توسط مقامات گینه توقیف گردیده بود، صادر نماید. رأی این پرونده در ۴ دسامبر همان سال (کمی بیش از یک ماه پس از توقیف کشتی) و پس از سه هفته از ثبت دادخواست صادر گردید.

متعاقباً، در فوریه ۱۹۹۸، طرفین پروندهٔ مذکور توافق کردند که دادگاه وارد ماهیت دعوی شود. این بار پرونده ام/وی «سایگا» (شماره ۲) با تمرکز بر پاره‌ای موضوعات از جمله حقوق و صلاحیت دولت ساحلی، آزادی دریانوردی و تعقیب فوری مطرح گردید. در ۱۱ مارس ۱۹۹۸ دادگاه بر اساس بند ۱ ماده ۲۹۰ کنوانسیون دستور موقت صادر نمود، ولی تصمیم نهایی اتخاذ نکرد تا این که در اول ژوئیه ۱۹۹۹ رأی خود را در

*. Saint Vincent.

***. Grenadines.

***. M / V "Saiga".

ماهیت دعوی صادر کرد.

سومین و چهارمین پرونده دادگاه شامل دادخواست‌هایی بود که از سوی زلاندنو و استرالیا برای تعیین اقدامات موقت در خصوص ماهی تن جنوبی* مطرح شده بود. استرالیا و زلاندنو مدعی شدند که ژاپن با اجرای یکجانبه برنامه ماهیگیری آزمایشی، در همکاری برای حفظ و مدیریت ذخایر ماهی تن جنوبی قصور کرده است. مقصود این دو کشور آن بود که میزان ماهی تنی که مطابق برنامه مذکور باید برداشت می‌شد، می‌توانست موجودیت ذخایر را به مخاطره بیندازد.

استرالیا و زلاندنو درصدد برآمدند تا این اختلاف را مطابق آیین داورى که در پیوست شماره ۷ کنوانسیون مقرر شده، به داورى ارجاع نمایند و از دادگاه هامبورگ خواسته شد تا زمان تشکیل یک دیوان داورى (بر اساس بند ۵ ماده ۲۹۰ کنوانسیون) اقدامات موقتی را مشخص سازد. ویژگی منحصر به فرد دادگاه هامبورگ این است که اقدامات موقت نه تنها برای حفظ حقوق طرفین، بلکه برای «پیشگیری از صدمه شدید به محیط زیست دریایی» تا زمان اتخاذ تصمیم نهایی دادگاه می‌تواند تجویز گردد.

در ۲۷ اوت ۱۹۹۹، دیوان دستوری صادر کرد و بر اساس آن، از جمله، اعلام نمود که «حفظ منابع زنده دریا در حمایت و حفاظت از محیط زیست دریایی یک اصل است» و نیز مقرر داشت که طرفین باید میزان ماهیگیری از ماهی تن جنوبی را در حدی که آخرین بار توسط طرفها توافق شده رعایت نمایند، و نیز باید از اجرای برنامه ماهیگیری آزمایشی خودداری کنند.

در ۱۷ ژانویه ۲۰۰۰، پنجمین قضیه‌ای که نزد دادگاه مطرح شد،

*. Southern Bluefin Tuna.

دعوایی از سوی پاناما به طرفیت فرانسه بود. در این قضیه پاناما از دادگاه درخواست کرد تا دستور رفع سریع توقیف «کاموکو»^{*} - کشتی ماهیگیری ای که پرچم پاناما را برافراشته بود و در سپتامبر ۱۹۹۹ توسط ناو فرانسوی در منطقه انحصاری اقتصادی جزایر کروزت^{**} توقیف شده بود - را صادر نماید.

قبلاً در ۱۸ اکتبر ۱۹۹۹، دادگاهی ضمن تأیید حکم توقیف کشتی مذکور مقرر نمود که رفع توقیف آن به شرط تودیع وجه الضمان به مبلغ بیست میلیون فرانک فرانسه امکان پذیر است. پاناما این مبلغ را گزاف دانسته و معتقد بود که بر اساس مفاد کنوانسیون «عادلانه» نبوده و از دادگاه تقاضا کرد تا دستور رفع سریع توقیف کشتی و آزادی ناخدای آن را در قبال پرداخت وجه الضمانی عادلانه صادر کند.

در ۷ فوریه ۲۰۰۰، رأی دادگاه در پرونده مذکور صادر گردید. بر اساس این رأی دستور رفع توقیف کشتی پیشگفته و آزادی ناخدای آن مشروط به تودیع وجه الضمان صادر شد. دادگاه در تصمیم خود عواملی را که در تعیین مبلغ وجه الضمان مهم بوده، برشمرد و در خصوص نحوه تودیع آن نیز دستورات لازم را صادر کرد.

در ۲۷ نوامبر ۲۰۰۰، ششمین قضیه از سوی سیشل^{***} به طرفیت فرانسه در رابطه با رفع توقیف کشتی «مونت کون فرکو»^{****} و آزادی ناخدای آن مطرح شد. دادگاه رأی خود را در ۱۸ دسامبر ۲۰۰۰ صادر کرد و بر اساس آن به رفع سریع توقیف کشتی و آزادی ناخدا در قبال تودیع وجه الضمان یا تأمین دیگر دستور داد.

*. Camouco.

** Crozet Islands.

*** Seychelles.

**** Monte Confurco.

ضمناً، در ۲۰ آوریل ۲۰۰۱، دادگاه رأی خود را در قضیه «گرانند پرنس»^{*} بین کشور بلیز و کشور فرانسه بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون صادر نمود.

گرچه تعداد قضایایی که از سوی دادگاه تصمیم‌گیری شده‌اند محدود بوده، ولی دادگاه در روشن نمودن تعدادی از مقررات اصلی کنوانسیون نقش به‌سزایی داشته است. برخی مفسرین برجسته به این نکته توجه دارند که، «آنهايي که معتقدند نتایج رسیدگی به اختلافات، غالباً منعکس‌کننده تمایلات ذاتی دولت متبوع قضات است، از عملکرد دادگاه متعجب خواهند شد».^{۱۴}

دادگاه برای تمامی زمینه‌های کاری اهمیت زیادی قائل می‌شود و در عین حال تلاش می‌کند تا حد امکان در هزینه‌ها صرفه‌جویی کند و تا آنجا که ممکن بوده این روش را در رویه خویش منعکس ساخته است. دادگاه کاملاً بر ضرورت به حداقل رساندن هزینه‌های دادرسی بین‌المللی طرفه‌ای که در تأمین بودجه دادگاه سهیم هستند آگاه است. در این خصوص دادگاه امیدوار است تا از پیشرفت در تکنولوژی منتفع شود. در پرونده «کامو کو» دادگاه مایل بود امکان ثبت شهادت شاهد از طریق سیستم ویدئو کنفرانس را تجربه کند. صورتجلسات استماع دعاوی نزد دادگاه در عرض چند ساعت پس از اختتام جلسه، روزانه در پایگاه اطلاع‌رسانی سازمان ملل قرار می‌گیرد. به زودی دادگاه پایگاه اطلاع‌رسانی مختص به خود خواهد داشت.^{**} امکانات چند رسانه‌ای اتاقهای دادگاه در جلسات استماع برای

*. Grand Prince.

۱۴. نک. تفسیری که توسط بی. اچ. اوکسمن (B.H.Oxman)، وی. پی. بانتز (V.P.Bantz) در قضیه «کامو کو» ارائه شده است (AJIL 94 (2000), 719).

** در حال حاضر این پایگاه اطلاع‌رسانی شروع به کار کرده است که نشانی آن به قرار زیر است (م).
<http://www.itlos.org>

تسهیل ارائه نظرات و ادله طرفین مورد استفاده قرار می‌گیرد. سعی و تلاش دادگاه همواره این است که دسترسی به این پایگاه اطلاع‌رسانی آسان‌تر انجام شود.

۴. نمایندگی حقوقی

در دادرسی قضایی بین‌المللی، این دولت است که تصمیم می‌گیرد چه کسی باید نماینده آن در دادگاه باشد؛ به این ترتیب وظیفه دولت است که مراقب باشد، مشاور یا وکیل مدافعی که از سوی وی در دادگاه حضور می‌یابد در حقوق بین‌الملل بویژه در حقوق دریا متخصص باشد. در سیستم رسیدگی ترافیعی انتظار به حق یک دادگاه این است که در نیل به تفسیر یا اعمال کنوانسیون، از سوی وکلای ذی‌صلاح یاری شود.

در دادرسی مربوط به رفع سریع توقیف مطابق ماده ۲۹۲ کنوانسیون، درخواست رفع توقیف می‌تواند به وسیله دولت صاحب پرچم یا به نیابت از آن انجام گیرد. این که یک دولت صاحب پرچم اجازه ارائه دادخواستی را از سوی خود تا زمانی که نسبت به موارد زیر مطمئن نشده است ندهد با الزامات عدالت بین‌الملل سازگار خواهد بود. این موارد عبارتند از این که وکیلی که از سوی آن دولت در دادگاه شرکت می‌کند در حقوق دریا متخصص باشد، حق ارائه دادخواست مورد سوءاستفاده قرار نگیرد، اظهاراتی که از طرف آن دولت ارائه می‌شود قبل از آن که ابراز گردد توسط آن (دولت) مورد بازنگری قرار گیرد و بالاخره نمایندگان آن دولت در طول رسیدگی به آن قضیه حضور داشته باشند.^{۱۵} اگر دولتی موفق به مذاقه در دادخواستها یا استدلالهای ارائه شده از سوی وکیل نگردد، این خطر وجود

۱۵. همچنین نک. بیانیه قاضی ویژه (Cot) در قضیه «گراندپرنس» راجع به نقش وکلا نزد دادگاه.

"Grand Prince" (Belize v. France), 20 April 2001, available at:

http://www.un.org/Depts/los/itlos_new/Case8_Grand_Prince/8Declaration Cot.pdf.

خواهد داشت که وکلای خصوصی که توسط صاحبان کشتی استخدام می‌شوند بدون توجه به منافع آن دولت اقدام نمایند یا به نام آن دولت وارد دعوای واهی و بی‌اساس شوند.

۵. دسترسی به دادگاه

فرآیند دادرسی بین‌المللی، به طور سنتی به حل و فصل اختلافات بین دولتها اطلاق می‌شود. بدین منظور دادگاه یا دیوان بین‌المللی، موافقتنامه بین‌المللی لازم‌الاجرا و سایر قواعد حقوق بین‌الملل را که قابل اعمال در قضیه باشد به کار می‌برد. دیوان بین‌المللی دادگستری نمونه کلاسیک یک نهاد دادرسی بین‌المللی به مفهوم سنتی آن است. مفهوم دادرسی بین‌المللی حتی در روابط بین‌المللی معاصر نیز اعتبار خود را به نحو کامل از دست نداده است.

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریا حاصل توافق بین دولتها بوده و این‌گونه مقرر می‌دارد که باب تمامی شیوه‌های حل و فصل اختلافات که در قسمت پانزدهم آن پیش‌بینی گردیده به روی دولتهای عضو مفتوح است.^{۱۶} بدون تردید دادگاه یک مرجع دادرسی است که اساساً برای حل اختلافات بین‌الدولی می‌باشد. این طور مقرر شده که کنوانسیون و سایر قواعد حقوق بین‌الملل که با کنوانسیون ناسازگاری نداشته، اعمال گردند.^{۱۷} موضوع مورد بحث کنوانسیون، منابع موجود در اقیانوسها و دریاها می‌باشد، بنابراین کنوانسیون دارای آثار اقتصادی گسترده‌ای است. همچنین کنوانسیون مقرراتی در مورد اختلافات مربوط به موافقتنامه‌های بین‌المللی دیگر که «مرتبط با اهداف آن باشد» وضع نموده است. بدین ترتیب

۱۶. نک. ماده ۲۹۱ کنوانسیون.

۱۷. نک. ماده ۲۹۳ کنوانسیون.

کنوانسیون حل و فصل اختلافات راجع به تعداد بی‌شماری از موضوعات ناشی از خود کنوانسیون یا هر موافقتنامه بین‌المللی که مرتبط با اهداف آن باشد را پیش‌بینی کرده است. با لحاظ مطالب فوق می‌توان گفت که کنوانسیون از مفهوم سنتی دادرسی بین‌المللی عدول نکرده است. در ترتیبات قراردادی که با دول طرف کنوانسیون، مؤسسات دولتی و غیردولتی، بویژه در بهره‌برداری از منابع تنظیم می‌گردد، دسترسی این مؤسسات به دادگاه و شعبه اختلافات مربوط به بستر دریا نتیجتاً باید پیش‌بینی گردد.

کنوانسیون، دسترسی مؤسسات غیردولتی به دادگاه و نیز شعبه اختلافات مربوط به بستر دریا را پیش‌بینی کرده است. ماده ۲۹۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد که باب شیوه‌های حل و فصل اختلافات، از جمله شیوه‌هایی که مستلزم صدور تصمیمات الزام‌آور می‌باشد، به روی دولتهای طرف کنوانسیون و مؤسسات (به غیر از دولتهای طرف کنوانسیون) «فقط تا حدودی که صراحتاً در کنوانسیون مقرر شده» مفتوح است. بدین منظور مقررات ویژه‌ای در اساسنامه دادگاه پیش‌بینی گردیده است. مخصوصاً بر اساس ماده ۲۰ اساسنامه، باب دادگاه به روی مؤسسات (به غیر از دولتهای طرف کنوانسیون) در دو دسته از قضایا مفتوح گردیده است:

(الف) اختلافاتی که صراحتاً در محدوده بخش یازدهم کنوانسیون قرار گرفته و به منطقه بین‌المللی بستر مربوط می‌گردند، و (ب) اختلافاتی که بر اساس هر «موافقتنامه‌ای که به دادگاه اعطای صلاحیت نموده و مورد قبول همه طرفهای آن اختلاف بوده»، مطرح گردیده است.

دسته اول اختلافاتی هستند که باید توسط شعبه اختلافات مربوط به بستر دریا یا حسب مورد به وسیله شعبه ویژه دادگاه یا یک شعبه موقتی رسیدگی کننده به اختلافات مربوط به بستر دریا تصمیم‌گیری شوند. در حل

و فصل این دعاوی، خود هیأت عمومی دادگاه مستقیماً نقشی ندارد. بر اساس بند ۵ از ماده ۱۵ اساسنامه دادگاه، رأیی که از سوی هریک از شعب صادر می‌شود باید به عنوان رأی صادره توسط دادگاه تلقی گردد. آنچه که در این زمینه حائز اهمیت می‌باشد این واقعیت است که مؤسسات دولتی، سازمانهای بین‌المللی و اشخاص حقیقی یا حقوقی که از حمایت دولتهای امضاکننده برخوردار هستند، مانند دولتها بتوانند در اختلافات ناشی از ترتیبات قراردادی با مقام بستر دریا،* راجع به فعالیتهای مربوط به اکتشاف و بهره‌برداری از منابع منطقه، طرف قرارداد واقع شوند.

دسته دوم از اختلافات مطابق ماده ۲۰ اساسنامه، اختلافاتی هستند که بر اساس هر «موافقتنامه دیگری که به دادگاه اعطای صلاحیت نموده و مورد قبول همه طرفهای آن پرونده بوده»، باشد. ماده ۲۱ اساسنامه به صلاحیت مربوط می‌شود و مقرر می‌دارد که صلاحیت دادگاه نه فقط شامل اختلافاتی است که مطابق کنوانسیون به آن ارجاع می‌گردد، بلکه به همه موضوعاتی که صراحتاً در «هر موافقتنامه دیگری که به دادگاه اعطای صلاحیت نماید» پیش‌بینی شده، گسترش می‌یابد. راجع به این که مقصود از «هر موافقتنامه دیگر» مذکور در مواد ۲۰ و ۲۱ اساسنامه چیست، اختلاف نظر وجود دارد. آیا این عبارت شامل موافقتنامه‌های منعقد بین مؤسسات خصوصی و یا بین دولتها و مؤسسات خصوصی می‌گردد؟ آیا کنوانسیون این طور مقرر می‌دارد که ترتیبات قراردادی به دادگاه اعطای صلاحیت می‌نماید؟ این سؤال مطرح است که آیا اصطلاح «هر موافقتنامه دیگر»، مذکور در ماده ۲۰ که بلافاصله پس از عطف به کنوانسیون آمده، قراردادهایی را که مشمول حقوق داخلی بوده مستثنی کرده و فقط شامل موافقتنامه‌هایی است که حقوق بین‌الملل بر آنها حکمفرما است؟

*. Seabed Authority.

ارزشمند است که در این خصوص به موضوع کنوانسیون توجه شود. منظور از تدوین اساسنامه، جایگزینی آن به جای کنوانسیون نمی‌باشد، بلکه فقط منظور تکمیل مقررات کنوانسیون بوده است. اساسنامه در پی آن است که محتوای آن در مورد مسائل مربوط به دادگاه کافی باشد و بنابراین به موضوعاتی نظیر صلاحیت، دسترسی به دادگاه و قانون حاکم مربوط می‌گردد، گرچه کنوانسیون نیز به آنها می‌پردازد. ماده ۲۳ اساسنامه که به قانون حاکم مربوط می‌شود، صرفاً توجه را به ماده ۲۹۳ کنوانسیون جلب می‌کند که به همان موضوع می‌پردازد. ماده ۲۰ اساسنامه که راجع به دسترسی به دادگاه است، در واقع بند ۲ از ماده ۲۹۱ کنوانسیون را با تصریح این که شیوه‌های حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در کنوانسیون در دسترس مؤسسات به غیر از دولتهای طرف کنوانسیون می‌باشد، به اجرا درمی‌آورد. در چارچوب کنوانسیون می‌توان گفت که ماده ۲۱ اساسنامه که به صلاحیت می‌پردازد، تا آنجایی که به «موافقتنامه دیگری که به دادگاه اعطای صلاحیت می‌کند» اشاره می‌نماید، مقررهای است که باید با ماده ۲۸۸ کنوانسیون که به صلاحیت دادگاه مربوط می‌شود، مورد توجه قرار گیرد. گرچه این ماده به صلاحیت دادگاه می‌پردازد (از میان مراجع مذکور در ماده ۲۸۷ کنوانسیون)، اما در عین حال اذعان می‌دارد که صلاحیت دادگاه به «هر موافقتنامه بین‌المللی که مرتبط با اهداف کنوانسیون باشد» نیز گسترش می‌یابد. دو نتیجه مهم از مقررهای مذکور به دست می‌آید: اولاً، صلاحیت دادگاه ناظر بر اختلافات ناشی از توافقاتی است که «یک موافقتنامه بین‌المللی» نامیده می‌شود و ثانیاً، چنین موافقتنامه‌ای باید «مرتبط با اهداف کنوانسیون باشد».

اهداف کنوانسیون می‌تواند از مقدمه آن استنتاج شود. مقدمه کنوانسیون تصدیق می‌کند که مسائل مربوط به فضای اقیانوس رابطه متقابل

و نزدیکی با یکدیگر دارند و لازم است که در مجموع مورد بررسی قرار گیرند. بند چهارم مقدمه آرزوی ایجاد یک نظم حقوقی برای دریاها و اقیانوسها را بیان کرده که ارتباطات بین‌المللی را تسهیل نموده و موجب گسترش استفاده صلح‌آمیز از دریاها و اقیانوسها، بهره‌برداری منصفانه و کارآمد از منابع دریاها و اقیانوسها، حفظ ذخایر زنده آنها و مطالعه، حمایت و حفاظت از محیط زیست دریایی می‌گردد. مقدمه از موارد پیشگفته به عنوان «اهداف» کنوانسیون نام برده است. موافقتنامه‌های دیگری که به دادگاه اعطای صلاحیت می‌نمایند، باید موافقتنامه‌هایی باشند که مرتبط با اهداف کنوانسیون بوده یا بر آنها تأثیر بگذارند. نکته حائز اهمیت این است که چنین موافقت‌هایی مانند خود کنوانسیون می‌توانند باب دادگاه را نه فقط به روی دول طرف کنوانسیون بلکه به روی مؤسسات غیردولتی مفتوح نمایند. مقصود این بوده است که از شیوه‌ای از هم گسیخته در حل مسائل مربوط به فضای اقیانوس یا مسائلی که بر اهداف کنوانسیون تأثیرگذار بوده، که نتیجتاً لازم است در مجموع مورد بررسی قرار گیرند، خودداری شود.

این همان رویکردی است که باعث شد مجمع عمومی سازمان ملل در پنجاه و چهارمین اجلاس خود درخواست ارائه پیشنهادهایی را بنماید که موجب گسترش هماهنگی و همکاری و نیل به انسجام بهتر راجع به امور مربوط به اقیانوس در نظام سازمان ملل، به طور کلی گردد، و در راستای این هدف، یک روند مشورتی غیررسمی و مستمر تأسیس نماید.^{۱۸}

۶. توسعه و گسترش دادگاههای بین‌المللی

در سالهای اخیر نظرات زیادی در مورد گسترش دیوانهای بین‌المللی

18. UN Doc. A/RES/54/33 of 24 November 1999.

و تعارضهای احتمالی آنها با یکدیگر مطرح شده است.^{۱۹} به نظر می‌رسد که اکثر صاحب‌نظران رشد دیوانهای بین‌المللی را به دیده‌ی یک تحول مثبت می‌نگرند.

تردید نیست که دیوان بین‌المللی دادگستری، «برجسته‌ترین دیوان بین‌المللی جهان» و تا چندی پیش تنها دیوان جهانی بوده است، اما نگرانی‌های ابراز شده در دو دهه اخیر راجع به این که توسعه مراجع قضایی دیگر، می‌تواند یکپارچگی حقوق بین‌الملل را خدشه‌دار کند، با توجه به یافته‌های تجربی، مورد تأیید و تصدیق قرار نگرفته است.^{۲۰}

دیوان بین‌المللی دادگستری هرگز تنها مرجع رسیدگی‌کننده به اختلافات دولتها نبوده است. قبل و بعد از تأسیس این دیوان شماری دیوان داوری موقتی، کمیسیونهای مختلط، دیوانهای ویژه و مراجع قضایی منطقه‌ای به اختلافات بین دولتها، بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل رسیدگی کرده‌اند. وظایف کمیسیونهای تحقیق که توسط سازمانهای بین‌المللی تأسیس می‌شوند غالباً شبه قضایی است و هرگز مخالفت جدی با تأسیس

19. T. Treves, "Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *NYU J. Int'l L. & Politics* 31 (1999), pp. 809-821; G. Hafner, "Should One Fear the Proliferation of Mechanisms for the Peaceful Settlement of Disputes?", in L. Caflisch (ed.), *The Peaceful Settlement of Disputes between Universal and European Perspectives*, 1998, pp. 25-41; A. Boyle, "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", *ICLQ* 46 (1997), pp. 37-54; J. Charney, "The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems. The 1982 Convention on the Law of the Sea", *AJIL*, 90 (1996), pp. 69-75; R. Y. Jennings, "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law", *ICLQ* 45 (1996), pp. 1-12; I. Brownlie, "Blaine Sloan Lecture: The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice", *Pace Int'l Law Review* 7 (1995), pp. 257-279; G. Guillaume, "The Future of International Judicial Institutions", *ICLQ* 44 (1995), pp. 848-862; S. Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of The Sea", *ICLQ* 44 (1995), pp. 863-872.

20. J. Charney, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?" *RDC* 271 (1998), pp. 115-382.

این نوع مراجع نشده است. کمیسیونهای مذکور نیازهای تکمیلی را مرتفع می‌سازند.

ممکن است این گونه تصور شود که تأسیس دیوانهای جدید تخصصی جهانی با ویژگی دائمی (مانند دادگاه بین‌المللی حقوق دریا، دیوان کیفری بین‌المللی و محاکمی چون محاکم بین‌المللی برای تعقیب جرائم جنگی در یوگسلاوی سابق و رواندا)، از یک طرف موجب بروز نگرانی در مورد آینده حقوق بین‌الملل شده و از طرف دیگر، منجر به طرح پیشنهادهایی دائر بر این که این دیوانها باید نظرات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری را در مسائل حقوقی کسب نمایند، گردد.

دادگاه بین‌المللی حقوق دریا به نوبه خود در مواردی که مناسب تشخیص دهد در دستورات و آرای خود به تصمیمات دادگاهها و محاکم بین‌المللی دیگر استناد و یا اشاره می‌کند.^{۲۱} باید امیدوار بود که هر دیوان یا دادگاه بین‌المللی گرچه فی‌نفسه مستقل است، ولی از تصمیمات مراجع دیگر غافل نماند تا نتیجتاً توسعه موزون حقوق بین‌الملل تضمین گردد. همانگونه که مشهور است دیوانها نه فقط به مسائل خاص مانند حقوق دریاها و جرائم جنگی رسیدگی می‌کنند، بلکه به مسائل دیگری نظیر حقوق معاهدات و حقوق بین‌الملل عام که مرتبط با موضوعات ویژه‌ای است که نزد آنها مطرح می‌شود، نیز می‌پردازند. برداشتهای متفاوت مراجع رسیدگی کننده از حقوق و انصاف، لزوماً نباید به عنوان یک توسعه منفی نگریسته شود. احترامی که تصمیمات صادره از این مراجع، بین طرفین اختلاف و اندیشمندان برمی‌انگیزند از اهمیت برخوردار است. «قطعنامه سازمان ملل راجع به دهه حقوق بین‌الملل» که در پنجاه و چهارمین اجلاس مجمع

۲۱. نک. قضیه ام/وی «سایگا» (شماره ۲)، رأی مورخ اول ژوئیه ۱۹۹۹، بندهای ۱۲۰، ۱۳۳، ۱۵۶ و ۱۷۰؛ و قضایای ماهی تن جنوبی، درخواست اقدامات موقت، دستور مورخ ۲۷ اوت ۱۹۹۹، بند ۴۴. تصمیمات دادگاه در وب سایت سازمان ملل متحد <<http://www.un.org/Depts/105>> در دسترس است.

عمومی به تصویب رسیده، تأسیس دیوانهای داوری را در دوران اخیر که از «حوادث مهم» در دهه سازمان ملل تلقی می‌گردد، به رسمیت می‌شناسد.^{۲۲}

تأثیر عملی دسترسی طرفین اختلاف به دیوانهای بیشتر چه بوده است؟ عملاً تعداد منازعات بیشتری توسط طرفین از طریق روش مورد انتخاب آنها (که به اشاعه حاکمیت قانون در روابط بین‌المللی کمک می‌کند)، حل و فصل شده است. این موضوع قابل تأکید است که مراجع تخصصی حل و فصل اختلاف، متشکل از اشخاصی است که دارای صلاحیت شناخته شده در زمینه‌هایی هستند که دیوانهای مربوط، به آنها می‌پردازند. برای مثال قضات دادگاه نه فقط به دلیل تأثیرشان بر حقوق دریا، بلکه در زمینه حقوق بین‌الملل عام نیز شناخته شده‌اند. طبیعی است اگر دولتها بخواهند اختلافات خود را حل و فصل نمایند، باید از طریق دیوانهایی اقدام نمایند که متشکل از قضات متخصص در موضوعات مربوط هستند.

همچنین عامل دیگر که از اهمیت کمتری هم برخوردار نبوده این است که شرایط بین‌المللی معاصر ایجاب می‌کند که دامنه صلاحیت دیوانهای داوری شامل اختلافات نهادهای غیردولتی هم بشود. اختلافات مربوط به جرائم جنگی، حقوق بشر، استخراج معدن، تجارت و غیره نمی‌توانند به طور واقع بینانه مورد رسیدگی قرار گیرند، مگر آن که به سازمانهای بین‌المللی، مؤسسات دولتی و اشخاص حقیقی یا حقوقی، حسب مورد، حق شرکت در دادرسی* در مراجع رسیدگی کننده بین‌المللی اعطا شده باشد، زیرا این حق جزء حقوق و تکالیف مراجعی است که مستقیماً به چنین منازعاتی می‌پردازند. دیوان بین‌المللی دادگستری در جایگاهی نیست که بتواند به

22. UN Doc. A/RES/54/28 of 17 November 1999.

*. *Locus Standi*.

چنین اختلافاتی رسیدگی کند.

تا تاریخ ۳۰ سپتامبر ۲۰۰۳، دیوان بین‌المللی دادگستری ۲۳ پرونده در دستور کار داشته و این تعداد ممکن است به تدریج افزایش پیدا کند. در حال حاضر کار دیوان متراکم است و چنانچه حل و فصل تعداد پرونده‌ها به میزان کنونی، یعنی دو یا سه فقره اختلاف در سال باقی بماند، این احتمال وجود دارد که نتواند میزان بیشتری از اختلافات را در چارچوب زمانی معقول رسیدگی نماید. بنابراین ملاحظات عملی نیز در این موضوع نقش دارد.

اهمیت دیوان بین‌المللی دادگستری در نظام جهانی نمی‌تواند به هیچ‌وجه ناچیز شمرده شود. دیوان رکن قضایی اصلی سازمان ملل بوده و تنها مرجع بین‌المللی است که صلاحیت عام دارد و نقش آن در توسعه حقوق بین‌الملل انکارناپذیر است. دیوان هنوز هم برای حل و فصل دسته خاصی از اختلافات، بویژه اختلافاتی که جنبه سیاسی - حقوقی دارند به عنوان یک مرجع برتر شناخته می‌شود.

جامعه بین‌المللی در شرایطی که دولتها موفق به حل و فصل منازعات خود به طرق مسالمت‌آمیز نگردند، تاکنون تمایلی به پذیرش حرکت خودبخود (اتوماتیک) به سوی شیوه‌های اجباری که مستلزم اتخاذ تصمیمات الزام‌آور می‌گردد، نشان نداده است. هرچند ممکن است پذیرش جهانی این شیوه‌های اجباری در خور ستایش باشد، لیکن در حال حاضر عملی نیست. با وجود این، تاکنون پیشرفتهای قابل توجهی در این زمینه به وجود آمده است. کنوانسیون ۱۹۹۵ در مورد ماهیان دو مکانی و موافقتنامه ۱۹۹۵ راجع به ماهیان مهاجران بزرگ،* در واقع روندی را در جهت صحیح به حرکت انداخته‌اند. بر اساس این اسناد، دولتهای عضو از میان چند آیین

*. The Agreement on Highly Migratory Fish Stocks.

اجباری که مستلزم تصمیمات الزام‌آور است، از حق انتخاب وسیعی برخوردار می‌باشند. این اسناد با پیش‌بینی مراجع متعدد که همه آنها دارای موقعیت و آثار مساوی هستند، توافق در مورد حل و فصل اختلافات را ممکن ساخته‌اند. کنوانسیون محدودیتها و استثنائات اختیاری را در مورد قابلیت اجرای آیین‌های اجباری پیش‌بینی کرده است. معهذا آنچه که در مورد حل و فصل اختلافات از طریق اشخاص ثالث پیش‌بینی شده است، دستاورد کمی نیست. به دلیل اجبار به حل و فصل یکجا و قطعی موضوعات گسترده‌تری که کنوانسیون به آنها می‌پردازد، تا حدود زیادی آیین حل و فصل مذکور ممکن گردید. همچنین تعهدات ناشی از نظام تجارت جهانی ایجاب نمود که سازمان تجارت جهانی* نظامی مؤثر برای حل و فصل اختلافات پیش‌بینی نماید. این امر موجب ایجاد حجم قابل ملاحظه کار در مراجع بدوی و تجدید نظر شده است. به نظر نمی‌رسد که موضوع در زمینه‌های دیگر به قدری ساده باشد که به اجبار دولتها در توافق به حل و فصل از طریق اشخاص ثالث منجر نگردد.

۷. شیوه‌های کاری

عامل بازدارنده‌ای که در رجوع به دیوانهای بین‌المللی نقش دارد به شیوه‌های کاری آنها مربوط می‌گردد. اخیراً توجه و کلاهی حرفه‌ای به آیین‌ها و شیوه‌های کاری دیوان بین‌المللی دادگستری جلب گردیده و اصلاحاتی را در این خصوص پیشنهاد کرده‌اند.^{۲۳} رئیس وقت دیوان بین‌المللی دادگستری در سخنرانی خود در اجلاس عادی مجمع عمومی سازمان ملل در ۲۶ اکتبر ۱۹۹۹، این گونه اظهار داشت که «دیوان باید به

*. World Trade Organisation.

۲۳. نک.

D.W.Bowett et al., The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure, 1997.

چالش جدید یعنی این که ورود دعاوی نسبت به خروج آرای صادره سریع تر رخ می دهد پاسخگو باشد». «اکنون با تجربه آموزی از بررسی شیوه های کاری دیوان، بازنگری در آیین دادرسی و رویه آن به منظور تسریع روند رسیدگی آغاز شده است».

دادگاه از نخستین جلسه اش در اکتبر ۱۹۹۶، نشان داده که تمایل دارد تا کارایی، مقرون به صرفه بودن و تمسک به شیوه های آسان دسترسی به اجرای عدالت را تضمین نماید. بدین منظور اصلاحاتی را بر اساس موارد ذیل ارائه کرده است: (۱) آیین دادرسی دادگاه؛ (۲) قطعنامه راجع به آیین کار داخلی دادگاه؛ و (۳) دستورالعمل های مربوط به آماده سازی و ارائه پرونده نزد دادگاه. آیین دادرسی مذکور مقرر می دارد که رسیدگی نزد دادگاه باید بدون تأخیر و هزینه های غیر ضروری انجام گیرد. برای تقدیم لوایح موعد معینی تعیین شده است. قطعنامه مذکور یک نظام مشخص یادداشت برداری از سوی قضات را در شیوه های داخلی آنان پیش بینی نکرده است. دستورالعملها شرایط جدیدی را در خصوص اندازه، شکل و شیوه ارائه لوایح و برگزاری جلسات استماع و استفاده از وسایل ارتباطی الکترونیکی مقرر داشته اند. برای ارائه اظهارات و دفاعیات شفاهی، موعد مشخص تعیین شده، به نحوی که برای طرفین مشکلی ایجاد نگردد.

دادگاه تاکنون در خصوص هفت پرونده تصمیم گیری کرده و توانسته در زمانی نسبتاً کوتاه دستورات و آرای خود را در این قضایا صادر نماید. دادگاه برای عینیت بخشیدن به اهداف خود در خصوص ضرورت حل و فصل سریع اختلافات بین المللی تلاش ویژه ای را معمول داشته است. طرفین اختلاف در رسیدگیهای مربوط به رفع توقیف بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون، بر مشکلاتی تأکید می نمایند که ناشی از پیروی از موعدهی است که در آیین دادرسی دادگاه در رابطه با ثبت لایحه جوابیه از سوی

خوانده و بررسی آن توسط خواهان پیش از آغاز شور می‌باشد. دادگاه در پرتو تجربیاتی که در رسیدگی به اختلافات مربوط به رفع سریع توقیف کسب نمود، آیین دادرسی خود را بازنگری کرد. در ۱۵ مارس ۲۰۰۱، دادگاه مواد ۱۱۱ و ۱۱۲ قواعد دادرسی‌اش را اصلاح نمود. درحالی‌که پیش از اصلاحات بر اساس ماده ۲۹۲ کنوانسیون، دادخواست می‌بایست در مدت ۲۱ روز مورد رسیدگی قرار گیرد، اما پس از اصلاحات این مدت به ۳۰ روز افزایش یافته است. هرچند دادگاه علاقمند به صدور آراء در کوتاه‌ترین زمان ممکن می‌باشد، ولی باید مشکلات و شرایط طرفین را مد نظر قرار دهد.

۸. اجرای تصمیمات

مسأله اجرای تصمیمات صادره از دیوانهای بین‌المللی نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاه بین‌المللی حقوق دریا که در مرحله پس از دادرسی مطرح می‌شود، فی‌حد ذاته در قلمرو صلاحیتی مراجع قضایی قرار نمی‌گیرد. این قاعده حتی در مورد محاکم داخلی نیز جاری خواهد بود. آنچه که تصمیمات دادگاههای داخلی را از دیوانهای بین‌المللی متمایز می‌سازد، این است که تصمیمات محاکم داخلی می‌تواند با کمک سازمانهای دولتی به اجرا درآیند، حال آن که آرای دیوانهای داوری با چنین مکانیزمهای اجرایی همراه نیستند.

در مورد دیوان بین‌المللی دادگستری، منشور سازمان ملل وظیفه اجرای آرای دیوان را برعهده شورای امنیت گذاشته است. محدودیتی که تاکنون در استناد به این فرآیند اجرا وجود داشته و اساساً از نظر ماهوی سیاسی بوده، این است که هنوز منفعت کامل فرآیند مذکور ارزیابی نشده است، ولی بدیهی است که فرآیند مذکور عملاً در رابطه با اعضای دائم

شورای امنیت خیلی سودمند به نظر نمی‌رسد.

کنوانسیون مقرر می‌دارد تصمیم اتخاذ شده توسط دادگاه یا دیوانی که بر اساس بخش دوم از قسمت پانزدهم کنوانسیون صلاحیت رسیدگی داشته، قطعی بوده و باید از سوی همه طرفهای اختلاف به اجرا درآید.^{۲۴} اجرای فی‌نفسه فقط به طرفهایی واگذار می‌شود که خودشان را تسلیم صلاحیت چنین دادگاهها یا دیوانهایی می‌کنند، لذا طرفین، متعهد به ایفای با حسن نیت تصمیم اتخاذ شده می‌باشند. دولت متضرر مختار است تا اجرای تصمیم را به طرق دلخواه خودش که در حقوق بین‌الملل در این خصوص تجویز گردیده و همچنین با توسل به اقدامات دیپلماتیک کلی‌تر تضمین نماید. دول ثالث هم می‌توانند در حمایت از تصمیم دادگاه با رعایت تشریفات قانونی اقدام نمایند.

طرفهایی که در نتیجه عدم تبعیت از تصمیمات دادگاه توسط دول متخلف متضرر می‌گردند دادگاه را در جریان امر قرار می‌دهند. در صورتی که دادگاه مناسب تشخیص دهد توجه دول طرف کنوانسیون را به گزارشهایی که در این خصوص دریافت کرده، جلب می‌نماید. از این رو گزارش سالیانه دادگاه در سال ۲۰۰۰ که به اجلاس یازدهم دولتهای طرف کنوانسیون ارسال شد، از جمله شامل گزارشهایی بود که از دول مذکور در خصوص اجرای آرای دادگاه ارائه گردیده بود. اقدام دادگاه برای جلب توجه دول طرف کنوانسیون به این گزارشها را نباید به منزله نظر دادگاه راجع به محتوای آنها تلقی نمود.

توجه به این موضوع باعث دلگرمی است که بیانیه هزاره سازمان ملل^{۲۵} مناسب تشخیص داد تا از اعضای این سازمان درخواست کند تا

۲۴. نک. ماده ۲۹۶ کنوانسیون.

۲۵. نک.

«تبعیت» از آرای صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری براساس منشور سازمان ملل را در اختلافاتی که طرف آن هستند، تضمین نمایند. گرچه این امر در بیانیه مزبور تصریح نشده، لیکن قاعده مذکور با اثر یکسان در مورد همه دادگاهها و دیوانها اعمال می‌گردد، اعم از این که در چارچوب نظام سازمان ملل یا خارج از آن تأسیس شده باشند. در حقیقت هرچند مجمع عمومی سازمان به «اقیانوسها و حقوق دریا» پرداخته است، ولی به تعهد دولتها در تضمین تبعیت سریع از تصمیمات دادگاه یا دیوان، مذکور در ماده ۲۸۷ کنوانسیون، در اختلافاتی که این دولتها طرف آن بوده‌اند نیز توجه کرده است.^{۲۶}

۲۶. نک.

UN Doc. A/RES/55/7 of 3 October 2000.

ناممکن شدن ردّ مبيع و اعمال حق فسخ خریدار «بررسی تحلیلی کنوانسیون بيع بين المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران»

دکتر اکبر میرزائزاد جویباری*

چکیده

تحول و توسعه چشمگیر تجارت در سده اخیر، وضع قواعد و مقررات جدید یا دست کم بازنگری و تجدیدنظر در بسیاری از قواعد و مقررات موجود را جهت رفع نیازها و مطالبات تازه فعالان تجاری ضروری ساخته است. یکی از این موضوعات و قواعد در حوزه قراردادهای بیع، اعم از داخلی یا بین‌المللی، چگونگی اعمال حق فسخ خریدار در فرضی است که وی توان ردّ کالایی را که در اجرای قرارداد از فروشنده دریافت کرده، ندارد و در عین حال می‌خواهد از حق فسخی که به او داده شده، بهره برد. بررسی تأثیر این ناتوانی در اعمال حق فسخ خریدار از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران محور مطالعه این نوشتار بوده و سعی شده است به برخی پرسش‌های عمده در این باره پاسخ داده شود.

*. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

نتایج این مقاله حکایت از آن دارد که گرایش و جهت‌گیری کلی کنوانسیون به سوی پذیرش عدم جواز فسخ در صورت ناتوانی خریدار از ردّ کالا است. در حقوق ایران هم به رغم شهرتی که نظریه جواز فسخ در این‌گونه موارد دارد، با تکیه بر مبانی و استدلال‌های تازه و نگاهی همسو با نیازها و مطالبات امروز می‌توان از نظریه عدم جواز فسخ دفاع کرد.

کلید واژگان: فسخ - ردّ مبیع - کنوانسیون وین - تلف و نقص مبیع -
تغییر مبیع.

مقدمه

تحول و توسعه بی‌سابقه و حیرت‌انگیز تجارت در سده اخیر، نیازها و مطالبات جدیدی را برای فعالان این حوزه تعریف و تحمیل کرده است. شدت و عمق این تحول به حدی بوده که این فکر را به صورت جدی تقویت کرده است که دیگر بسیاری از قواعد و مقررات گذشته نمی‌تواند پاسخگوی نیازها و واقعیات امروز باشد و باید جای خود را به قواعد و مقررات تازه داده یا دست کم مورد بازبینی و تجدید نظر قرار گیرند. یکی از این موضوعات و قواعد، چگونگی تأمین نظر خریدار و فروشنده در فرضی است که خریدار توان ردّ کالایی را که در اجرای قرارداد دریافت داشته و اکنون باید به هنگام فسخ، آن را به فروشنده بازگرداند، ندارد. در این گونه موارد پرسش عمده و قابل تأمل این است که آیا خریداری که قادر به ردّ کالا با همان وضعیت و اوصاف هنگام تحویل (قبض) به فروشنده نیست، مجاز است از حق فسخ خود بهره برد؛ در صورت مثبت بودن پاسخ، خریدار چه تعهدی در برابر فروشنده دارد؟ آیا باید به جای کالای دریافت شده، مثل یا قیمت آن را به فروشنده بپردازد؟ چنانچه پاسخ به پرسش مهم فوق منفی است، چه راه حلی برای جبران زیان خریدار که بدین وسیله از اعمال حق فسخ خویش محروم می‌شود، می‌توان در نظر گرفت؟ در صورتی که کالای دریافتی دستخوش تغییرات جزئی شده و به این دلیل رد آن دقیقاً با همان وضعیت و اوصاف هنگام قبض ممکن نباشد، نحوه اعمال حق فسخ خریدار چگونه خواهد بود؟ در این نوشتار تلاش شده است پرسش‌های فوق ابتدا از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)^۱ مورد بررسی و

۱. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods) در سال ۱۹۸۰ در وین، پایتخت اتریش، به تصویب رسید. با وجود این که این کنوانسیون یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در حوزه بیع به شمار می‌رود و کشورهای بسیاری از نظامهای حقوقی کامن‌لا، رومی ژرمنی، اسلام و حقوق سوسیالیستی بدان ملحق شده‌اند، ایران تاکنون

تجزیه و تحلیل قرار گیرد و سپس با نگاه و تأملی تازه و با تکیه بر مبانی و پیشینه فقهی موضوع و ملاحظه واقعیات و نیازهای اقتصادی و حقوقی جامعه، جایگاه این بحث در حقوق ایران که خالی از ابهام نیست، تبیین گردد. بر این اساس مطالب این مقاله در دو مبحث ارائه می‌شود: در مبحث نخست پاسخ کنوانسیون به پرسش‌های فوق مطالعه خواهد شد و در مبحث دوم هم موضع حقوق ایران در این باره بررسی می‌شود.

مبحث نخست: کنوانسیون

ابتدا باید دانست که مطابق مقررات کنوانسیون، مشتری در صورت نقض قرارداد از سوی بایع در برخی موارد خاص و با رعایت پاره‌ای از شرایط مشخص می‌تواند قرارداد را فسخ کند؛ اولین و مهم‌ترین سبب فسخ، نقض اساسی قرارداد توسط فروشنده است (بند یک ماده ۴۹)؛ لیکن گاه خریدار می‌تواند بر اساس دلایل و نشانه‌های مؤثر حاکی از وقوع نقض اساسی در آینده نیز قرارداد را پیشاپیش فسخ کند (ماده ۷۲) که دومین سبب فسخ به شمار می‌رود؛ سبب سوم فسخ قرارداد از سوی مشتری فرضی است که وی با اعطای مهلت اضافی معقول به فروشنده و عدم اجرای قرارداد در این مدت، آن را فسخ می‌کند که فسخ قرارداد به دلیل انقضای مهلت اضافی نامیده می‌شود.^۲

اعمال حق فسخ خریدار مشروط به رعایت شرایطی است که مهم‌ترین آن امکان ردّ کالایی است که وی در اجرای قرارداد از فروشنده دریافت کرده است.

بدان نپیوسته است.

۲. برای آگاهی بیشتر راجع به اسباب سه‌گانه فسخ در کنوانسیون رک. میرزا نژاد جویباری، اکبر، فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و مقایسه آن با حقوق انگلیس، فرانسه و ایران، رساله دکترا حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

ماده ۸۲ کنوانسیون در این باره مقرر می‌دارد: «۱- چنانچه برای مشتری اعاده کالا عمدتاً با همان وضعیتی که آنها را دریافت داشته است مقدور نباشد، حق اعلام فسخ یا الزام بایع به تسلیم بدل کالا را از دست خواهد داد. ۲- بند پیشین شامل موارد زیر نخواهد بود: الف) چنانچه عدم امکان اعاده کالا یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که مشتری دریافت نموده است، ناشی از فعل یا ترک فعل وی نباشد. ب) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا بر اثر بازرسی موضوع ماده ۳۸ از بین رفته یا در معرض نابودی قرار گرفته باشد. ج) چنانچه تمام یا قسمتی از کالا، پیش از این که مشتری عدم انطباق آن را کشف نماید یا می‌باید کشف می‌کرد، در جریان عادی کسب وی فروخته شده یا در جریان عادی استفاده مشتری مصرف شده یا تغییر شکل داده باشد».^۳

همانطور که ملاحظه می‌شود، کنوانسیون در این خصوص ابتدا قاعده‌ای را پایه‌گذاری کرده که به موجب آن در صورت عدم امکان رد کالا مشتری از اعمال حق فسخ خویش محروم می‌شود و سپس به مواردی به عنوان استثناء اشاره و اعلام می‌کند با رعایت پاره‌ای شرایط مشخص مشتری می‌تواند علی‌رغم غیرقابل رد بودن کالا قرارداد را فسخ کند. بر این اساس مطالب این مبحث در دو گفتار ارائه خواهد شد: در گفتار نخست قاعده یاد شده مورد بررسی و مطالعه قرار خواهد گرفت و در گفتار دوم هم استثنائات وارده بر این قاعده تجزیه و تحلیل خواهد شد.

گفتار نخست - عدم امکان فسخ قرارداد به عنوان قاعده

همانطور که اشاره شد، بند ۱ ماده ۸۲ کنوانسیون به عنوان قاعده

۳. لازم به ذکر است ترجمه برخی از مواد کنوانسیون که در این مقاله مورد استفاده قرار گرفته، از مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۹، پاییز و زمستان ۶۷، نقل شده است.

مقرر می‌دارد، چنانچه خریدار نتواند اصل کالا را بازگرداند یا قادر به بازگرداندن آن با همان وضعیت هنگام قبض نباشد، حق ندارد قرارداد را فسخ کند. این حکم به آسانی قابل توجیه است، زیرا وقتی فسخ خریدار را ملزم به اعاده کلیه اموالی می‌کند که دریافت کرده است، نباید به او اجازه داد به هنگامی که قادر نیست آثار آن از جمله رد کالا را به مرحله اجرا بگذارد، به طرف قرارداد چنین ضمانت اجرایی را تحمیل کند.^۴

تبیین و درک درست این قسمت از ماده و چگونگی اعمال آن مستلزم تأمل و دقت در چند نکته مهم است:

نخست این که تغییر عمده کالا که مانع اجرای حق فسخ تلقی شده است، به چه معناست و تغییر جزئی و غیر عمده کدام است؟ دیگر آن که برای احراز توان رد کالا چه زمانی باید مد نظر قرار گیرد؟ زمان اعلام فسخ یا زمان تسلیم؟ به بیان دیگر آیا ایجاد تغییرات اساسی در کالا پس از اعلام فسخ، آن را بی اعتبار می‌سازد یا تأثیری در آن ندارد؟ با توجه به پرسش‌های مطرح شده، مطالب به ترتیب در دو قسمت ارائه خواهد شد:

الف- مفهوم تغییر اساسی کالا

ب- زمان ارزیابی توان رد کالا

الف) مفهوم تغییر اساسی کالا

همواره ممکن است کالاهای تسلیم شده در اثر استفاده عادی یا حتی گذر زمان دچار خسارت‌هایی شده و به طور طبیعی، تازگی و طراوت اولیه‌شان را از دست بدهند، اعاده کالا دقیقاً با همان وضعیت هنگام قبض

4. (V.) Heuzé, La Vente Internationale de Marchandise, Droit Uniforme, Paris, 1992, n° 415, p. 313.

هیچگاه، یا دست کم در قریب به اتفاق موارد مقدور نیست. بنابراین در صورتی که رد کالا بدون کمترین تغییر، شرط اعلام فسخ به شمار می‌آید، خریدار عملاً از استناد به این حق محروم می‌شود. برای اجتناب از این نتیجه نامطلوب و ایجاد تعادل میان حقوق فروشنده و خریدار، بند یاد شده از ماده ۸۲، خریدار را ملزم نساخته است که کالا را دقیقاً به همان نحوی که دریافت داشته، تحویل دهد، بلکه برای امکان اعلام فسخ کافی است که کالا عمده‌تاً در همان وضعیت اولیه قرار داشته و دستخوش تغییرات اساسی نشده باشد. در واقع باید تغییرات جزئی ناشی از فرسودگی طبیعی کالا و گذشت زمان را مد نظر قرار داد^۵ و آن را مانع از اعلام فسخ و رد ندانست. می‌توان گفت ذکر عبارت «عمده‌تاً به همان وضعیت هنگام دریافت» در بند ۱ ماده ۸۲ تا حدی به ضرر فروشنده است، زیرا به خریدار اجازه می‌دهد که علی‌رغم تغییرات جزئی ایجاد شده در کالا، ظرف یک مهلت متعارف، در اجرای بند ۲ ماده ۴۹ قرارداد را فسخ کند.^۶ به تعبیر دیگر از عبارت مزبور چنین استنباط می‌شود که خسارت غیراساسی و جزئی^۷ یا فرسودگی طبیعی^۸ کالا مانع از اعمال حق فسخ نیست.^۹ گرچه خریدار در این گونه موارد در صورت مطالبه بایع، ملزم به جبران زیان ناشی از این تغییر خواهد بود،^{۱۰} لیکن تغییر در وضعیت کالا نباید در حدی باشد که وادار ساختن فروشنده به قبول آن نامعقول و نامناسب جلوه کند.^{۱۱}

5. Ibid.

6. (B.) Audit, La Vente Internationale de Marchandise, Convention des Nations - Unies du 11 Avril 1980, Paris, L. G. D. J., 1990, n° 192, p. 184.

7. Insubstantial damage.

8. Normal wear and tear.

9. (P.) Schlechtriem, Law Economics International Trade Uniform Sale, The Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Volume 3 and 9, London, 1986, p. 346.

10. Ibid.

11. (A.) Kritzer, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts

منع خریدار از به کارگیری حق فسخ در صورت بروز تغییرات اساسی در کالا منجر به بی عدالتی و تحمیل ضرر بر وی نمی شود؛ زیرا او می تواند از سایر ضمانت اجرای ناشی از نقض قرارداد نظیر تقلیل ثمن یا مطالبه خسارت استفاده کند، حال آن که در عوض، تحمیل چنین کالایی به فروشنده با توجه به مشکلات مربوط به فروش مجدد این دسته از کالاهای ناعادلانه بوده و مستلزم ورود خسارت شدید به وی است.^{۱۲}

ب) زمان ارزیابی توان ردّ کالا

از ظاهر بند ۱ ماده ۸۲ چنین برداشت می شود که امکان یا عدم امکان اعاده کالا، به هنگام اعلام فسخ قرارداد ضروری است نه هنگام تسلیم؛^{۱۳} زیرا، آنچه از منطوق این ماده بر می آید این است که عدم امکان ردّ کالا، حق اعلام فسخ را از بین می برد و بی اثر شدن حق فسخ به دلیل غیرممکن شدن اعاده کالا پس از اعلام فسخ را نمی توان از این ماده استنباط کرد. کما این که دادگاه عالی منطقه ای فرانکفورت آلمان نیز در دعوایی که فروشنده ادعای فسخ را به دلیل عدم امکان ردّ کالا از سوی مشتری غیرموجه توصیف کرده بود، چنین اعلام کرد که این قاعده شامل تلف یا نقص هایی می شود که قبل از اعلام فسخ رخ داده باشد نه پس از آن.^{۱۴} از طرفی بعد از اعلام فسخ به طور صحیح و در نتیجه انحلال قرارداد، عدم

for the International Sale of Goods, 1989, Kluwer Publishing, p. 532.

12. (J.) Honold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2th ed., 1991, Kluwer Publishing, n° 447, p. 566.

13. Czerwenka, n°3, Article 82, cf. (K.) Neumayer and (Catch.) Ming, Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandise, Commentaire, ed. par (F.) Dessemontet, 1993, Publication GEDIDAG, p. 549.

14. Germany, 179, 1971, RIW 1991, p. 950 et s. cf. (G.) Witz, Les Premiers Applications Jurisprudentielles du Droit Uniforme de la Vente Internationale Convention des Nations - Unies du 11 Avril 1980, Paris, 1995, L. G. D. J., p. 101.

ترتیب اثر بر آن خلاف قاعده و نامعقول است، از این رو شاید بتوان ادعا کرد که تلف یا نقص پس از اعلام فسخ تأثیری در حق مشتری نداشته و سبب بی‌اعتباری فسخ اعلام شده نمی‌گردد. با این حال، از آنجا که اعاده کالا که در بند ۲ ماده ۸۱ بدان تصریح شده و طرفین قرارداد در صورت فسخ ملزم به رعایت آن شده‌اند مفهومی واقعی و مطلق بوده که شامل فرض قبل و بعد از اعلام فسخ، هر دو می‌شود و از طرفی بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون که مقرر می‌دارد در موارد سکوت باید بر طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است، موضوعات را حل و فصل نمود، به نظر می‌رسد باید عدم امکان اعاده کالا پس از اعلام فسخ را نیز موجب بی‌اعتباری فسخ اعلام شده و عدم ترتب آثار آن دانست، زیرا مبنای اصلی وضع بند ۱ ماده ۸۲ آن است که از ورود ضرر فاحش و غیرعادلانه به فروشنده و تحمیل آثار فسخ بر او به هنگامی که مشتری قادر به ردّ کالا نیست، جلوگیری کند. این ملاک کلی در این فرض نیز وجود دارد و لذا باید مبنای تفسیر قرار گیرد و با رعایت آن نتیجه‌ای جز آنچه گفته شد، نمی‌توان گرفت. به علاوه این که در عالم حقوق، بی‌اعتباری عمل حقوقی گذشته، به دلیل وقوع حوادث جدید چندان نامعقول و غیرقابل تصور نیست. تأثیر تلف یا نقص فاحش کالا پس از اعلام فسخ در بی‌اعتباری فسخ اعلام شده قبلی، همانند درج شرط فاسخ در برخی از نظام های حقوقی نظیر حقوق فرانسه است که به محض تحقق، قراردادی را که صحیح و مطابق شرایط و ضوابط قانونی منعقد شده است، از ابتدا بی‌اعتبار می‌سازد.^{۱۵} وقتی که تراضی طرفین این قدرت و اختیار را در عالم حقوق دارد که برخلاف قواعد علوم طبیعی، تحقق حادثه‌ای را در آینده موجب بی‌اعتباری عمل حقوقی صحیح در

15. (J.) Ghestin et (B.) Deshe, *Traité des Contrats, La Vente*, 1990, Paris, L. G. D. J., n° 557, p. 624.

گذشته قرار دهد، انجام چنین کاری از سوی قانونگذار نیز در موارد استثنائی و بنا به دلایل و مصالح خاص، معقول و پذیرفتنی است.^{۱۶} این نتیجه یعنی لزوم امکان رد کالا، حتی پس از اعلام فسخ از ارتباط متقابل تعهدات طرفین به هنگام استرداد که قسمت اخیر بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون بدان اشاره کرده است، نیز استنباط می‌شود،^{۱۷} زیرا مطابق ظاهر این قسمت از ماده، فروشنده حتی پس از اعلام فسخ در صورتی ملزم به رد ثمن به خریدار است که وی نیز همزمان مبیع دریافتی را به فروشنده بازگرداند.

گفتار دوم - استثنائات وارده

بر قاعده کلی مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ استثنائاتی وارد آمده است. قلمرو و دامنه این استثنائات نیز به حدی است که به قول برخی از نویسندگان می‌توان ادعا کرد که جای استثناء و قاعده عوض شده است و به دیگر سخن استثناء غالب بر اصل است.^{۱۸}

به موجب این استثنائات در چند مورد خریدار علی‌رغم عدم امکان رد کالا به طور کلی یا عدم امکان اعاده آن با همان وضعیت هنگام قبض می‌تواند قرارداد را فسخ کند. بند ۲ ماده ۸۲ به این موارد اشاره نموده که از آنها در سه قسمت به ترتیب زیر بحث و گفتگو می‌کنیم: الف) نقص یا تلف کالا در اثر امور خارج از اختیار خریدار، ب) تلف یا نقص در نتیجه بازرسی موضوع ماده ۳۸ کنوانسیون، ج) فروش، مصرف یا تبدیل کالا در جریان عملیات عادی تجارت.

۱۶. کما این که قانونگذار ما نیز در ماده ۲۵۸ ق.م. در بحث از چگونگی تأثیر اجازه مالک در معامله فضولی نسبت به منافع کالای مورد معامله، اجازه را از روز انعقاد عقد فضولی مؤثر دانسته است، در حالی که عقد از تاریخ اجازه کامل و علت تامه آن محقق شده است.

17. (F.) Enderlein and (D.) Maskow, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, 1992, Oceana Publications, p. 346.

18. (F.) Enderlein and (D.) Maskow. op.cit., p. 346.

الف) نقص یا تلف کالا در اثر امور خارج از اختیار خریدار

اولین استثنائی که بر این قاعده کلی وارد شده، این است که نقص یا تلف کالا منتسب به خریدار نباشد؛ در واقع تدوین کنندگان کنوانسیون نخواستند به خریداری که خود سبب نقص یا تلف کالا شده، اجازه دهند که قرارداد را فسخ کرده و وضعیت نامطلوبی را بر فروشنده تحمیل کند. هنگامی که نقص یا تلف کالا منسوب به فعل خریدار نیست، ممکن است یکی از سه شق زیر را بتوان تصوّر کرد:

۱- تلف یا نقص منسوب به فعل فروشنده است، ۲- فعل شخص ثالثی که مسئولیت افعال وی با خریدار نیست، سبب نقص یا تلف کالا می‌شود، ۳- تلف یا نقص کالا نتیجه فورس ماژور است و به هیچیک از طرفین قرارداد و اشخاص ثالث قابل انتساب نیست.

در هیچیک از این سه صورت، تلف یا نقص کالا مانع از اعمال حق فسخ خریدار نمی‌شود. بنابراین اگر عیوب خود کالا اعم از نحوه بسته‌بندی، کیفیت ضد عفونی در مواد خوراکی و غیره سبب ورود خسارت شود، خریدار از اعمال حق فسخ خویش محروم نخواهد شد؛ همچنان که اگر عیبی در کالا وجود داشته باشد که متعاقباً در اثر این عیب، کالا تلف گردد، خریدار کماکان حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.^{۱۹}

اینک باید دید مقصود از «فعل یا ترک فعل» که در این ماده بدان اشاره شده است، چیست؟ به تعبیر دیگر، معیار لازم برای تشخیص این که عدم امکان اعاده کالا نتیجه فعل یا ترک فعل خریدار است یا خیر، کدام است؟

بی‌تردید اگر مشتری تعهدی را که به موجب قرارداد یا کنوانسیون به عهده گرفته است، ترک کند یا موضوعی را که تعهد به ترک آن نموده

19. (P.) Schlechtriem, op.cit., p. 106.

است، انجام دهد، می‌توان گفت که نتیجه حاصله ناشی از فعل یا ترک فعل اوست. از ظاهر عبارت قسمت (الف) بند ۲ ماده ۸۱ چنین استنباط می‌شود که صرف عدم انتساب تلف یا نقص به فعل یا ترک فعل خریدار، برای استفاده از حق فسخ کافی است.^{۲۰}

در واقع از سه فرض فوق، صورت نخست که تلف یا نقص منسوب به فعل فروشنده است، بحث خاصی ندارد؛ زیرا بی‌تردید نقص یا تلف از فعل یا ترک فعل مشتری نشأت نگرفته است. اما برای درک مفهوم فعل منتسب به شخص ثالث یا فورس ماژور یعنی فرض دوم و سوم می‌توان از معیاری که ماده ۷۹ کنوانسیون^{۲۱} در زمینه مطالبه خسارت ارائه کرده است، بهره جست. با استفاده از معیار مندرج در این ماده، مشتری در صورتی از اعمال حق فسخ محروم نمی‌شود که تلف یا نقص کالا ناشی از مانعی خارج از اقتدار او بوده و نتوان از او انتظار داشت که آن را پیش‌بینی کرده و از بروز عواقب و آثار آن جلوگیری نماید؛ اعم از این که مانع خارجی فعل فروشنده یا شخص ثالث یا فورس ماژور باشد. البته در صورتی که تلف یا نقص منسوب به شخص ثالثی باشد که از طرف مشتری به کار گمارده شده است، اعمال قسمت (الف) بند ۲ ماده ۸۲ در مورد وی منوط به این است که شرایط فوق در مورد شخص ثالث نیز وجود داشته باشد (مستفاد از ملاک بند ۲ ماده ۷۹).

20. (B.) Audit La Vente Internationale de Marchandise, n° 192, p. 184; (K.) Neumayer and (Catch.) Ming, op.cit., p. 550.

۲۱. ماده ۷۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد «۱- طرفی که هر یک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و ثابت کند که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد، آن را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسؤول نخواهد بود. ۲- اگر قصور طرف، ناشی از قصور شخص ثالثی باشد که برای اجرای تمام یا قسمتی از قرارداد او را به کار گرفته است، طرف مزبور تنها در صورتی از مسؤولیت معاف می‌باشد که الف) به موجب بند پیشین از مسؤولیت معاف باشد. ب) متصدی انجام تعهد از جانب او نیز، در صورت اعمال مقررات بند پیشین بر او، از مسؤولیت مبری باشد ...».

ب) تلف یا نقص کالا در اثر بازرسی موضوع ماده ۳۸

مطابق ماده ۳۸ کنوانسیون،^{۲۲} خریدار ملزم است و حق دارد در کوتاه‌ترین زمان ممکن با توجه به اوضاع و احوال مورد، نسبت به بازرسی و آزمایش کالا اقدام نماید. در واقع با بازرسی کالا است که امکان کشف عدم مطابقت کالا با اوصاف مورد نظر فراهم می‌گردد. مقصود از بازرسی نیز آن است که خریدار به منظور اطمینان از مطابقت کالا با اوصاف مذکور در قرارداد یا حتی جستجوی سبب و علت نقص و یا تعمیر و رفع آن به این امر مبادرت ورزد. مطابق قسمت (ب) بند ۲ ماده ۸۲ هرگاه کالا در اثر بازرسی و آزمایش انجام شده از سوی خریدار تلف یا ناقص شود و در نتیجه امکان رد آن با همان وضعیت هنگام دریافت وجود نداشته باشد، خریدار حق فسخ خویش را از دست نمی‌دهد.

ماده مزبور فرض را بر این می‌نهد که نقص یا تلف کالا نتیجه ضروری بازرسی بوده نه روش نادرستی که خریدار احتمالاً اعمال کرده است؛ ممکن است بی‌احتیاطی یا دست‌کاری‌های نامناسب خریدار سبب تلف یا نقص کالا شده باشد که در این صورت بدیهی است خریدار حق فسخ خود را از دست خواهد داد.^{۲۳}

همانطور که گفته شد، بازرسی و آزمایش کالا باید متناسب با اوضاع و احوال هر مورد و نوع کالا و امثال آن باشد. خریدار به هنگام بازرسی ملزم است با احتیاط کامل عمل کرده و مرتکب هیچ تقصیری نگردد. برای مثال، چنانچه کالای موضوع قرارداد یک دستگاه پیچیده تولیدی باشد که آزمایش آن باید از طریق متخصصین داخلی یا خارجی انجام گیرد، عدم رعایت این امر و آزمایش دستگاه مزبور توسط افراد

^{۲۲} بند ۱ ماده ۳۸ اعلام می‌کند «مشتري باید ظرف کوتاه‌ترین مدتی که با توجه به اوضاع و احوال عملاً ممکن باشد، کالا را بازرسی یا موجبات بازرسی آنها را فراهم نماید».

^{۲۳} 23. (B.) Audit, op.cit., n° 192, p. 184.

غیرمتخصص یا آزمایش و بازرسی آن برخلاف روش مورد توافق، ممکن است موجب از دست رفتن حق فسخ خریدار گردد.^{۲۴}

ذکر این استثناء در ماده ۸۲ ضرورت داشت؛ زیرا در غیر این صورت، ممکن بود تصوّر شود که بازرسی عمل خریدار بوده و نتیجتاً تلف یا نقص هنگام بازرسی در هر حال منسوب به اوست.^{۲۵}

ج) فروش، مصرف یا تبدیل کالا در جریان عادی تجارت

سومین استثناء وارده بر قاعده کلی، فرضی است که در قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ آمده است، یعنی مواردی که خریدار با حسن نیت در کالاهای دریافتی از لحاظ حقوقی یا مادی تصرف می‌کند.^{۲۶}

مصرف یا تغییر شکل کالا، تصرف مادی و فروش کالا به غیر، از جمله تصرفات حقوقی تلقی می‌شود. از عبارت «در جریان عادی تجارت»، چنین استفاده می‌شود که خریدار باید در این اقدام حقوقی یا مادی حسن نیت داشته باشد؛ گرچه رعایت حسن نیت در همه مراحل و شرایط الزامی است. شاید به بیان دقیق‌تر بتوان گفت که منظور از عبارت مزبور این است که رفتار خریدار باید منطبق با عرف و رویه معمول تجاری در آن صنف خاص باشد.^{۲۷} در هر صورت عادی بودن عملیات تجاری خریدار با رجوع به اوضاع و احوال و قرائن موجود و رویه معمول گذشته روشن می‌شود. برای مثال، چنانچه روال فعالیت گذشته خریدار یا سایر تجار فعال در آن صنف خاص نشان دهد که آنها همواره پس از گذشت مدت نسبتاً طولانی اقدام به مصرف کالا یا فروش آن می‌نمایند، تبدیل یا فروش سریع کالا

24. Ibid.

25. (K.) Neumayer et (Catch.) Ming, op.cit., p. 550.

26. (B.) Audit, op.cit., n° 192, p. 185.

27. (K.) Neumayer et (Catch.) Ming, op.cit., p. 551.

پس از خرید می‌تواند یکی از امارات و قرائن دال بر غیرعادی بودن عملیات خریدار تلقی گردد.

همه این اقدامات (فروش، تبدیل یا مصرف)، باید قبل از این که عدم مطابقت کشف شده یا می‌بایست کشف شود، صورت گیرد، در غیر این صورت، انجام چنین اموری پس از کشف یا لزوم کشف با توجه به اوضاع و احوال، بدین معناست که وی اراده‌اش را دائر بر این که کالاها را علی‌رغم معیوب و غیرمنطبق بودن با اوصاف مورد توافق حفظ کند، ابراز می‌دارد.^{۲۸}

برخی از نویسندگان اعتقاد دارند قبول این مطلب که در صورت فروش کالا به غیر، خریدار باید مطلقاً از الزام به ردّ کالای دریافتی معاف شود، چندان آسان نیست،^{۲۹} زیرا ممکن است خریدار بعدی قرارداد را فسخ کند و کالا را مسترد دارد یا این که آنها را نگه دارد و از سایر طرق جبران خسارت استفاده کند. هنگامی که او قرارداد را فسخ می‌کند، خریدار نخست می‌تواند کالا را به فروشنده بازگرداند، ولی وقتی خریدار دوم از سایر طرق جبران خسارت بهره می‌گیرد و کالا را نگه می‌دارد، معلوم نیست که چرا خریدار نخست باید حق داشته باشد که قرارداد را فسخ کند؛^{۳۰} نتیجه‌ای که از نظر حقوقی چندان موجه و مطلوب نیست. بهتر است در این فرض چنین تفسیر کرد که نقض قرارداد، اساسی نبوده است، یعنی وقتی خریدار نخست کالا را به شخص ثالثی می‌فروشد و وی (خریدار دوم) قرارداد را فسخ نمی‌کند، اوحق فسخ قرارداد نخست را ندارد، زیرا او به طور اساسی از منافع مورد انتظار محروم نشده است.^{۳۱} بنابراین قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ در

28. Ibid. p. 552.

29. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., p. 347.

30. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., p. 348.

۳۱. ذکر این نکته ضروری است که برابر ماده ۴ کنوانسیون، خریداران ثالث در برابر هرگونه دعوی استرداد و مطالبه فروشنده مصونیت خواهند داشت.

(B.) Audit, op.cit., n° 193, p. 185.

فرض انتقال، هنگامی اعمال می‌شود که خریدار دوم قرارداد را فسخ کند.^{۳۲} البته پذیرش این نظر با توجه به اطلاق قسمت (ج) بند ۲ ماده ۸۲ دشوار می‌آید، ولی با روح و قاعده کلی کنوانسیون در باب فسخ که زوال قرارداد را صرفاً در صورت امکان ردّ کالا پیش‌بینی می‌کند، سازگارتر است. به همین دلیل، اگر قرارداد دوم فسخ گردد و کالا به خریدار نخست برگشت، هیچ‌کس مدّعی آن نیست که صرف فروش به شخص ثالث این حق را به خریدار نخست می‌دهد که قرارداد را بدون بازگرداندن اصل کالا و دادن قیمت بجای آن فسخ کند. در واقع به نظر می‌رسد فروش کالا به غیر، مانعی برای ردّ کالا به فروشنده نخست در اعمال فسخ قرارداد بوده که با برگشت آن به خریدار نخست در نتیجه فسخ قرارداد دوم این مانع زائل شده و حکم کلی مندرج در بند ۲ ماده ۸۱ مبنی بر لزوم ردّ اصل کالا به هنگام فسخ، جاری می‌شود.^{۳۳}

در پایان یادآوری این نکته لازم است که اثر و دامنه استثناء مزبور در عمل بسیار محدود است؛ چرا که مصرف و تغییر شکل کالا باید در شرایط معمولی رخ داده باشد که اثبات آن اغلب دشوار است. به علاوه همانطور که گفته شد، اشخاص ثالث براساس اصل حسن نیت به نحو گسترده مورد حمایت بوده و تعرض به حقوق آنها ممکن نیست.^{۳۴} در هر حال، در این فرض نیز، همانند دو مورد فوق، جواز فسخ قرارداد علی‌رغم عدم امکان ردّ کالا، به معنی لزوم تحمل ضمان معاوضی آن از سوی بایع نیست و مشتری ملزم است پس از اعلام فسخ به جای کالایی که مصرف، تلف یا فروخته شده است، قیمت رایج کالا در بازار را البته با ملاحظه عیب، نقص

32. (F.) Enderlien and (D.) Maskow, op.cit., pp. 347- 348.

۳۳. «إذا زال المانع عاد الممنوع».

۳۴. تالون (Tallon) نقل از داراب پور، مهرباب، ترجمه کتاب تفسیری بر حقوق بین‌المللی، نوشته هجده تن از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، ج ۲، چاپ نخست، تهران ۱۳۷۴، ص ۱۶۷ و ۱۶۸.

یا عدم مطابقتی که قبل از تسلیم در آن وجود داشته و منشأ ایجاد حق فسخ شده است به فروشنده بپردازد.^{۳۵} به نظر می‌رسد در صورت کاهش شدید قیمت کالا در بازار، تفاوت این قیمت و ثمن مورد توافق می‌تواند منافی باشد که در اثر اعلام فسخ قرارداد در این فرض نصیب خریدار می‌شود.

مبحث دوم: حقوق ایران

تأثیر عدم امکان رد کالا در اعمال حق فسخ مشتری از جمله موضوعاتی است که هم در فقه از دیرباز مورد توجه و مطالعه بوده و هم در حقوق موضوعه ایران اعم از متون قانونی یا نظریه‌ها و نوشته‌های حقوقی، مباحثی را، هر چند ناقص، به خود اختصاص داده است. از آنجا که بی‌گمان نمی‌توان تأثیر پیشینه فقهی موضوع را در ادبیات قانونی یا حقوقی موجود در این زمینه انکار کرد، در این مبحث ابتدا به سراغ فقه امامیه رفته و نظریه‌های موافق و یا مخالف برخی از فقهای بزرگ را اجمالاً بررسی می‌کنیم و سپس جایگاه این بحث را در حقوق موضوعه ایران خواهیم دید.

گفتار نخست - پیشینه موضوع در فقه امامیه

در فقه امامیه پرسش‌های عمده مورد مطالعه در این تحقیق معمولاً به این کیفیت مطرح می‌شود که تصرفات مادی یا حقوقی مشتری در مبيع

۳۵. بسیاری از شارحین کنوانسیون بر این عقیده‌اند که چنانچه عدم امکان اعاده کالا مستند به خریدار نبوده و حق فسخ وی هم ناشی از نقض اساسی قرارداد از سوی فروشنده باشد، به استناد ماده ۷۰ باید معتقد بود که ضمان معاوضی کالا مجدداً به فروشنده برمی‌گردد و خریدار می‌تواند بدون دادن مثل یا قیمت کالای تلف شده یا خسارت دیده، قرارداد را فسخ کند. متن ماده ۷۰ کنوانسیون چنین مقرر می‌دارد «چنانچه بایع مرتکب نقض اساسی قرارداد شده باشد، مواد ۶۷، ۶۸ و ۶۹ مانع از توسل مشتری به طرق جبران خسارت ناشی از نقض که در دسترس اوست، نخواهد بود». به عقیده نگارنده، ماده ۷۰، همچنانکه معدودی از شارحین هم اشاره کرده‌اند، در مقام بیان این مطلب نیست و پس از تسلیم کالا و انتقال ضمان نباید مشتری را از رد مثل یا قیمت آن معاف دانست. برای آگاهی بیشتر راجع به نظریه‌های موافق و مخالف در شرح ماده ۷۰ رک. میرزا نژاد جوئیاری، اکبر، پیشین، ص ۲۰۱ به بعد.

نظیر تلف، احداث بنا، مصرف، انتقال، اجاره، رهن و امثال آن که موجب ناممکن شدن ردّ کالا یا اعاده آن با همان ویژگی‌ها و اوصاف هنگام قبض می‌شود، چه تأثیری در اعمال حق فسخ خریدار دارد؟

فقه‌های متأخر غالباً بر این عقیده‌اند که تصرفات مادی و حقوقی مانع از اعمال حق فسخ مشتری نیست؛ زیرا متعلق فسخ، عقد است نه مورد معامله و عین مال، تا بتوان گفت چون مال موجود نیست، پس اعمال حق فسخ موردی ندارد. این که در خیار عیب برخی تصرفات مانع از اعمال حق فسخ به شمار آمده است، خلاف قاعده بوده و از باب تعبد و وجود نص است. به علاوه، روایاتی در برخی از خیارات مثل خیار مجلس داریم که حکایت از بقاء خیار پس از تلف عین دارد؛ کما این که اقاله نیز مقید به بقاء عین نیست و اقاله با فسخ جز این که اولی فسخ از طرفین است و دومی فسخ از یک طرف، تفاوت دیگری ندارد؛ بنابراین مقتضای قاعده حکم به ثبوت خیار در این گونه موارد است.^{۳۶} مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی اعتقاد دارد که ایجاد تغییرات و احداث بنا و به اصطلاح تصرف مستلزم تغییر در مبیع، مانع اعمال حق فسخ مشتری نیست هرچند که در خصوص نحوه غرامت مشتری اختلاف نظر وجود دارد؛ بنا به عقیده وی ظهور ادله حاکی از آن است که مشتری حق دارد بنای احداثی را در ملک بایع نگه دارد و اجرت آن را بپردازد.^{۳۷} شیخ انصاری نیز بقاء خیار را اقوی می‌داند و معتقد است هدف عمده از وضع خیار نفی ضرر است که از این حیث فرقی میان بقاء عین و تلف آن نیست؛ هرچند از این جهت که ادله خیارات صرفاً ناظر به فرض تسلط مشتری بر ردّ است و در آنها هیچ تعرضی به ثبوت

۳۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج ۷، انتشارات دارالهادی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص ۱۰۱ و ۴۸۶.

۳۷. طباطبائی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد، انتشارات مرکز نشر اسلامی، ۱۳۷۹، ش ۳۲۹، ص ۱۹۴ و ۱۹۵.

فسخ به هنگام تلف نشده است، تردیدهایی در قبول نظر نخست پدید می‌آید.^{۳۸}

اما بیشتر فقهای متقدم برآنند که تصرفات ناقله و هرگونه تصرف یا تلف کالا که رد آن را غیرممکن گرداند، مانع از اعمال خیار است.^{۳۹} برای مثال، محقق حلی در شرایع تصریح می‌کند که خیارغبن با تصرف ساقط نمی‌شود مگر این که مال از مالکیت مشتری خارج شده یا به دلایل دیگر رد آن ممکن نباشد.^{۴۰} یا شهید ثانی در شرح لمعه چنین می‌گوید که هرگاه مغبون مشتری باشد و مبیع را از مالکیت خود خارج سازد، خیار وی ساقط می‌شود. البته خود در پایان همین بحث تصریح می‌کند که این نظریه جای تأمل دارد؛ زیرا چنانچه مشتری جاهل به غبن یا خیار باشد، اعتقاد به سقوط خیار به صرف انتقال یا تصرف مانع از رد، موجب ورود ضرر به وی می‌شود که ضرر نیز برابر حدیث لا ضرر منتفی است. با توجه به این که نص خاصی هم در این خصوص وجود ندارد، ممکن است گفته شود که در این گونه موارد نیز، فسخ جایز است.^{۴۱}

بنا به آنچه گفته شد این نکته مسلم را می‌توان دریافت که جایگاه موضوع در فقه امامیه به طور کامل روشن نیست و نه تنها اجماع، حتی به نظر می‌رسد، شهرتی در مورد هیچیک از دو نظری که ارائه شده است، وجود ندارد و مسأله کاملاً اختلافی و قابل بحث است.

۳۸. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۳، انتشارات دارالذخائر، قم، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۱۰۶؛ نائینی، میرزا حسن، منیه الطالب، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۱ هـ. ق، ص ۱۵۶.
۳۹. حسین عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۴، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ص ۵۷۶. ایشان در این کتاب تصریح می‌کند که صاحب شرایع، تحریر، تذکره، غایه المراد، جامع المقاصد، روضه، مسالک و غایه المرام نیز بر همین عقیده‌اند و حتی شهید ثانی در روضه آن را نظر مشهور دانسته است.
۴۰. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲ (دو جلد در یک مجلد)، با تعلیقات سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ. ق، ص ۲۷۷.
۴۱. شهید ثانی (زین الدین ابن علی ابن احمد الثانی العاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ص ۲۶۱.

گفتار دوم - جایگاه مسأله در حقوق موضوعه

از آن جا که موضع نگارنده در خصوص این مسأله با تکیه بر استدلال‌ها و مبانی خاص، متفاوت از نظریه‌ای است که در حقوق موضوعه ایران میان حقوقدانان شهرت یافته است، لذا مطالب این گفتار در دو قسمت جداگانه ارائه می‌شود؛ در قسمت نخست از نظر مشهور که حاکی از جواز فسخ در این گونه موارد است، سخن خواهد رفت و در قسمت دوم نیز ابتدا نظریه پیشنهادی محقق مبنی بر عدم امکان اعمال حق فسخ مطرح خواهد شد و آنگاه کیفیت جبران ضرر خریدار در این فرض بررسی می‌شود.

الف) نظر مشهور

در حقوق موضوعه ایران قاعده کلی در این باب وجود ندارد. نظر مشهور آن است که اصولاً عدم امکان ردّ کالا مانع از اعمال حق فسخ نیست. برای اثبات صحت این ادعا نیز معمولاً به ماده ۲۸۶ ق.م.ا.^{۴۲} در مبحث اقاله استناد می‌شود.^{۴۳} بدین ترتیب که چون اقاله همچون فسخ، قرارداد را منحل می‌سازد و اثر هر دو ناظر به آینده بوده و تأثیری در گذشته ندارد و در اقاله تلف یکی از عوضین برابر صراحت ماده فوق، مانع اعمال آن نیست و به جای آن چیزی که تلف شده است مثل یا قیمت آن داده

۴۲. ماده ۲۸۶ ق.م.مقرر می‌دارد «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست. در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود».

۴۳. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۶۶، ص ۵۴۷؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ نخست، ۱۳۶۸، ش ۸۸، ص ۸۱؛ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ نخست، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۶۸، ش ۱۵۲، ص ۱۱۲؛ حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ نخست، تهران، انتشارات عصر حقوق، ۱۳۷۹، ش ۸۷، ص ۱۶۷ و ۱۶۸؛ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ نخست (با اضافات)، انتشارات بحرالعلوم، قزوین، ۱۳۷۳، ص ۱۶؛ صفائی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، ص ۲۵۰.

می‌شود، در فسخ هم باید گفت که علی‌القاعده تلف یا انتقال کالا و نتیجتاً ناممکن شدن رد آن مانع اعمال حق فسخ نیست. بدیهی است در اینجا نیز فسخ‌کننده ملزم است مثل یا قیمت کالایی را که دریافت کرده است، بازگرداند.^{۴۴} البته انتقال کالا به غیر نیز به منزله تلف است. علاوه بر این ماده ۴۲۹ ق.م.^{۴۵} در باب خیار عیب نیز از جمله موادی است که برای تأیید نظر فوق بدان استناد می‌شود؛ در حقوق ما در صورت معیوب بودن مبیع، مشتری می‌تواند یکی از این دو امر را اختیار کند: نخست فسخ قرارداد و دیگری بقاء قرارداد و اخذ ارش (ماده ۴۲۲ ق.م.).^{۴۶} قانونگذار در ماده ۴۲۹ با تکیه بر این فرض که برای مشتری امکان جبران ضرر به نحو دیگر با دریافت ارش وجود دارد، تصریح کرده است هنگامی که مبیع نزد مشتری تلف می‌شود یا تغییری در آن ایجاد می‌گردد یا مشتری آن را به غیر منتقل می‌کند و به اصطلاح مواردی که دیگر امکان بازگرداندن کالا با همان وضعیت هنگام دریافت وجود ندارد، مشتری حق ندارد قرارداد را فسخ کند. در واقع هرچند عدم امکان رد مبیع در خیار عیب صراحتاً از موانع اعمال حق فسخ در حقوق ایران به شمار آمده است، ولی از آن جا که فرض قانونگذار این است که این حکم به این دلیل که مشتری می‌تواند از اختیار دیگر که همان مطالبه ارش است، بهره جوید، ضرری متوجه وی نمی‌کند، تسری آن به سایر خيارات توجیهی نخواهد داشت. به بیان دیگر از اختصاص این حکم به خیار عیب و فقدان ملاک آن در سایر خيارات و

۴۴. پیشین.

۴۵. در ماده ۴۲۹ ق.م. می‌خوانیم «در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر ۲- در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این که تغییر به فعل مشتری باشد یا نه ۳- در صورتی که بعد از قبض مبیع عیب دیگری در آن حادث شود ...».

۴۶. در ماده ۴۲۲ ق.م. می‌خوانیم «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع یا اخذ ارش یا فسخ معامله».

عدم تصریح قانونگذار به چنین حکمی در موارد مشابه باید چنین نتیجه‌گیری کرد که در حقوق موضوعه ایران اصولاً تلف یا نقص و انتقال کالا مانع اعمال حق مشتری نیست و ماده ۴۲۹ ق.م. اصولاً جنبه استثنائی دارد.^{۴۷}

در تأیید نظر مشهور شاید بتوان این نکته را نیز اضافه کرد که هرگاه وجود اختیار برای کسی ثابت شد، مادام که زوال آن به نحوی از انحاء محرز نگردیده است، با تکیه بر اصل استصحاب باید حکم به بقای آن داد. وانگهی در هیچیک از متون قانونی، عدم امکان اعمال حق فسخ به دلیل تلف یا انتقال مبیع و به طور کلی عدم قدرت بر رد آن پیش‌بینی نشده و در واقع قانونگذار در مقام بیان، سکوت اختیار کرده است.

ب) نظر پیشنهادی

به رغم شهرتی که نظریه جواز فسخ قرارداد در فرض عدم امکان رد کالا در حقوق ایران و فقه امامیه دارد، به باور نگارنده نظریه عدم امکان فسخ ترجیح دارد. در این قسمت ابتدا دلایل و مبانی صحت چنین ادعایی را بررسی می‌کنیم و سپس به مطالعه چگونگی جبران ضرر خریدار در فرض عدم جواز فسخ می‌پردازیم:

بند نخست - دلایل و مبانی

مهم‌ترین دلایل محقق برای طرح نظریه عدم جواز فسخ در صورت ناتوانی خریدار در رد مبیع از این قرار است:

۱- از ماده ۲۸۶ ق.م. که در باب اقاله است و انحلال قرارداد در آن

۴۷. کاتوزیان، ناصر، مأخذ پیشین، ش ۸۹۰، ص ۸۵.

با توافق طرفین صورت می‌گیرد، برخلاف آنچه اکثر حقوقدانان گفته‌اند،^{۴۸} نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که تلف یا نقص کالا مانع از اعمال حق فسخ هم نیست. زیرا در مورد نخست، فرض این است که طرفین از وضعیت کالای مورد معامله و تلف آن آگاه یا دست‌کم می‌بایست آگاه بوده و با قصد و توافق مشترک و با قبول چنین وضعیتی اقدام به اقاله قرارداد می‌نمایند. در واقع اقدام به اقاله قراردادی که موضوع آن تلف شده است، خود متضمن این نکته است که طرفین به دادن مثل یا قیمت آن نظر داشته‌اند. کما این که اگر ثابت شود طرفین یا یکی از آنها در وجود اصل کالای مورد معامله در اشتباه بوده است، به نظر می‌رسد باید با رعایت شرایط مقرر در باب اشتباه، اقاله انجام شده را فاقد آثار حقوقی دانست؛ در حالی که در فسخ، یکی از طرفین بدون دخالت و رضایت طرف دیگر می‌خواهد از حق خویش بهره گرفته و وضعیتی خاص را بر طرف مقابل تحمیل کند. از امکان اقاله نسبت به قراردادی که موضوع آن تلف شده است، به هیچ وجه نمی‌توان این نکته را استخراج کرد که فسخ قرارداد نیز، علی‌رغم تلف کالا و نتیجتاً عدم امکان رد آن جایز است و مشتری می‌تواند به جای آن مثل یا قیمت کالا را بپردازد.

۲- از مفهوم مخالف ماده ۴۲۹ ق.م. که ناظر به خیار عیب و موارد زوال حق فسخ در صورت تلف یا تغییر کالا و انتقال آن به غیر است، لزوماً نمی‌توان چنین استنباط کرد که در سایر خیارات، تلف، تغییر یا انتقال کالا به غیر موجب محرومیت مشتری از اعمال حق فسخ نمی‌شود. به تعبیر دیگر نمی‌توان گفت که این ماده منطوقاً یا مفهوماً در سایر خیارات، فسخ قرارداد را علی‌رغم غیرممکن شدن رد کالا با همان وضعیت هنگام

۴۸. رک. پی‌نوشت شماره ۴۱.

دریافت جایز می‌شمرد.^{۴۹} آنچه از منطوق این ماده بر می‌آید، صرفاً این است که در خیار عیب، تلف کالا یا انتقال آن به غیر مانع فسخ است؛ در مورد سایر خيارات سکوت شده است. به علاوه، مفهوم مخالف این ماده مبنی بر عدم تأثیر غیرممکن بودن رد مبیع در اعمال سایر خيارات غیر از خیار عیب (با فرض پذیرش وجود چنین مفهومی)، چون موجب گسترش دامنه فسخ همچنین ورود ضرر به فروشنده می‌شود با منطوق قواعد و اصول کلی حقوقی دیگر نظیر اصل استثنایی بودن فسخ و ترجیح اجرای قرارداد بر انحلال آن (مواد ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶ و ۴۷۶ ق.م.) و همچنین قاعده لاضرر منافات دارد و بدیهی است مفهوم مخالف نیز در تعارض با منطوق قابلیت استناد ندارد. شهرت نظریه امکان فسخ قرارداد علی‌رغم تلف یا انتقال کالا که به شدت متأثر از فقه امامیه است، هم نمی‌تواند لزوماً بدین معنا باشد که ماده مزبور متضمن یک حکم استثنایی و خلاف قاعده است. همچنان‌که اندکی قبل، بررسی فقهی موضوع نشان داده است که علت عمده عدم تصریح این حکم در سایر خيارات، فقدان ادله کافی، منسجم و روشن در مورد آنها بوده است.

۳- نتیجه طبیعی و مورد انتظار طرفین از فسخ، همچنان‌که بسیاری از حقوقدانان نیز اشاره کرده‌اند، بازگرداندن وضع پیشین دو طرف قرارداد است و اصولاً باید مبیع با همان وضعیتی که از بایع گرفته شده است، به او بازگردانده شود.^{۵۰} در واقع بازستاندن کالای مورد معامله، با همان وضعیت پیش از قرارداد حق متعارف فروشنده در صورت فسخ است؛ جواز فسخ قرارداد علی‌رغم عدم امکان رد کالا برخلاف حق مسلم فروشنده برای بازپس‌گیری کالایی است که تسلیم کرده است و سبب می‌شود که

۴۹. «اثبات شی نفی ما عدا نمی‌کند».

۵۰. امامی، حسن، مأخذ پیشین، ج اول، ص ۵۰۶؛ کاتوزیان، ناصر، مأخذ پیشین، ش ۸۸۹، ص ۸۴.

فروشنده مجبور به قبول مالی گردد که عوض قرارداد نبوده است؛ ضرر یا حرجی که به موجب قواعد لاضرر، عسر و حرج و سایر قواعد مسئولیت مدنی، ورود آن جایز نیست. به نظر می‌رسد حق فسخ خریدار که تا زمان حصول یقین به سقوط و زوال آن با تکیه بر اصل استصحاب به قوت خود باقی فرض می‌شود با حق فروشنده برای بازپس‌گیری کالا با همان وضعیت و کیفیت پیش از قرارداد تعارض داشته و نتیجتاً هر دو ساقط می‌شوند.^{۵۱} پس از سقوط این دو دلیل، باید به اصول کلی دیگر که همان اصل لزوم و صحت قرارداد است، رجوع کرد که نتیجه آن بقاء و دوام قرارداد و عدم جواز فسخ است.

تصور نشود که چون بالاخره این فروشنده است که کالای معیوب را به جای کالای سالم و بی‌عیب به خریدار تحویل داده است، اگر برای خریدار امکان رد غیر عمدی کالای دریافتی وجود ندارد، فروشنده باید عواقب آن را تحمل کند نه خریدار؛ زیرا اولاً، میان تسلیم کالای معیوب و تحمل چنین عواقبی ملازمه و حتی تناسبی وجود ندارد، ثانیاً، فروشنده در برابر خریدار پاسخگوی نقض عهد خود خواهد بود اما به اسباب و طرق دیگر از جمله پرداخت خسارت، تقلیل ثمن و امثال آن که اندکی بعد در بحث از چگونگی جبران زیان خریدار بدان خواهیم پرداخت.

۴- این عقیده، همانطور که گفته شد، در فقه هم طرفداران قابل ملاحظه‌ای دارد؛^{۵۲} عمده کسانی هم که اعمال فسخ را در صورت عدم امکان رد کالا جایز می‌دانند، دلیل آن را جلوگیری از ورود ضرر به مشتری اعلام کرده که آن هم در واقع بیشتر مبتنی بر این نکته است که در این گونه موارد راهی دیگر برای جبران خسارات مشتری نظیر ارجاع به

۵۱. «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا».

۵۲. حسینی عاملی، محمد جواد، مأخذ پیشین، ج ۴، ص ۵۷۶؛ محقق حلی، مأخذ پیشین، ص ۲۷۷؛ شهید ثانی، مأخذ پیشین، ج ۳، ص ۴۶۱.

ترتیبی که در مورد خیار عیب پیش‌بینی شده است، وجود ندارد. با توجه به این که در حقوق ما با استفاده از عمومات مواد مربوط به مطالبه خسارات ناشی از قرارداد (مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ ق.م.) و پیش‌بینی بخش مستقلى تحت این عنوان در قانون مدنى مشکل خاصى از این حیث وجود ندارد و در واقع این امر تا حد زیادى دلیل فقهای مزبور را بلاموضوع و منتفى ساخته است، مى‌توان از عدم جواز فسخ در این گونه موارد دفاع کرد. ضمن این که هم فقها و هم حقوقدانان در تحلیل این مسأله کمتر به مبانی موضوع و مشکلات و تبعات ناشی از جواز فسخ در این گونه موارد پرداخته‌اند و صرفاً با یک نوع ظاهرنگری حقوقی و با تکیه بر برخی اصول تفسیر لفظی و اصول عملی و بی‌توجه به نیازها و واقعیات و مصالح و مفسدات این امر بر امکان فسخ قرارداد تأکید کرده‌اند. در واقع دغدغه عمده آنها بویژه فقها تفسیر لفظی دقیق روایات موجود و فراتر نرفتن از متن آنها توأم با نوعی تقدس بخشی بوده است، حال آن که غالب روایات وارده در حوزه معاملات و قراردادهای جنبه امری نداشته و متناسب با فهم و نیازهای زمان خود تدوین شده و به همین سبب ارائه راه‌حل‌ها و نظریه‌هایی برخلاف این متون، نقض قواعد آمره شرعی تلقی نشده و کاملاً موجه و ممکن است.

در پایان این قسمت از این نکته اساسی نباید غافل ماند که در حقوق ایران عدم امکان فسخ که البته فقط در خیار عیب مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است، یا ناظر به مواردی است که رد کالا اساساً ممکن نیست مثل فرض تلف یا انتقال آن (بند یک ماده ۴۲۹ ق.م.) یا موردی که اصل کالا موجود بوده ولی دستخوش عیب یا تغییرات مهم و وسیع گشته است و ردّ کالا با همان وضعیت هنگام قبض میسر نیست (بند ۲ ماده ۴۲۹ ق.م.)؛ با این که بند اخیر، واژه «تغییر» را به صورت مطلق به کار برده است، در صورتی که تغییرات حاصله جزئی و عرفاً قابل مسامحه باشد، مانع از فسخ

نیست؛ زیرا هدف و مبنای عمده تدوین این بند جلوگیری از ورود ضرر فاحش و نامتعارف به فروشنده است و در این گونه موارد ضرر نامتعارفی به فروشنده وارد نمی‌آید؛ که همچنین چنانچه تلف یا عیب پس از قبض مستند به تقصیر و فعل فروشنده باشد، خریدار می‌تواند علی‌رغم عدم امکان اعاده کالا با همان وضعیت هنگام قبض قرارداد را فسخ کند (مستفاد از ماده ۴۳۰ ق.م.ا).^{۵۳} البته بین این دو فرض از یک جهت باید قائل به تفاوت بود: در فرض نخست خریدار که اجازه می‌یابد قرارداد را علی‌رغم بروز تغییرات جزئی فسخ کند باید کسر قیمت ناشی از این تغییر را جبران کند اما در فرض دوم چون عیب یا تلف مستند به تقصیر فروشنده است، خریدار می‌تواند بدون پرداخت هیچ مبلغی کالای موجود را مسترد و قرارداد را فسخ کند.

بند دوم - چگونگی جبران زیان خریدار

با فرض قبول نظریه پیشنهادی، پرسش مهم قابل طرح که به نظر می‌رسد منشأ عمده نگرانی فقها نیز بوده و شاید توجه به آن، موجب گرایش بیشتر آنها به سمت پذیرش نظریه مقابل شده این است که چنانچه مشتری در این گونه موارد از اعمال حق فسخ محروم شود، ضرر ناشی از عیب، تخلف وصف، غبن، تبعض صفقه (تجزیه قرارداد)، تدلیس و هر امر دیگری که در حقوق ایران مبنا و منشأ ایجاد خیار به شمار آمده است، چگونه جبران می‌شود.

در کنوانسیون با پیش‌بینی ضمانت اجراهای متعدد نظیر مطالبه خسارت و تقلیل ثمن، امکان جبران زیان وارده به مشتری وجود دارد. در

۵۳. در ماده ۴۳۰ ق.م.ا می‌خوانیم «اگر عیب حادث بعد از قبض در نتیجه عیب قدیم باشد مشتری حق رد را نیز خواهد داشت».

حقوق ایران، در برخی خيارات نظیر خيار عيب، حق مطالبه ارش که ماهيتاً نوعی خسارت تلقی می‌شود، پیش‌بینی شده و در خيار تبعض صفقه نیز حق تقلیل ثمن پذیرفته شده است، اما در خيارات دیگر نظیر تدلیس، خيار رؤیت و تخلف وصف، غبن و خيار تخلف شرط، قانونگذار صراحتاً راه حل دیگری برای جبران خسارات پیش‌بینی نکرده و ظاهر برخی از مواد قانون مدنی نیز به گونه‌ای است که به نظر می‌آید استفاده از چنین حقی را منع می‌کند. برای مثال در ماده ۴۱۰ ق.م. در باب خيار تخلف وصف می‌خوانیم: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است، نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید»، یا در ماده ۴۱۳ آمده است «هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت». همچنین ماده ۴۲۱ مقرر می‌دارد «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خيار غبن ساقط نمی‌شود...».

به نظر نگارنده به دو طریق می‌توان این نظریه را تعدیل و اعلام کرد که مشتری حق مطالبه خسارات را در این گونه خيارات هم خواهد داشت:

۱- نخست این که گفته شود عدم پیش‌بینی امکان مطالبه خسارت در ماده ۴۱۰ یا ۴۱۳ ق.م. متأثر از سکوتی است که در فقه از این جهت وجود داشته و مطالبه ارش برابر روایات موجود منحصرأ ناظر به خيار عيب بوده است و به همین خاطر اصولاً به بحث خسارات ناشی از قرارداد توجه ویژه و مستقلاً نشده است، لیکن از آنجا که در قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق فرانسه و اقتباس از آن، مبحث مستقلاً به خسارات حاصل از عدم اجرای تعهدات اختصاص داده شده و به عنوان یک قاعده، متعهد را مسؤول هرگونه خسارت ناشی از نقض قرارداد دانسته است، بر اساس عموم ماده

۲۲۱ و مواد ۲۲۶ به بعد قانون مدنی و همین‌طور مواد ۵۱۵ به بعد ق.آ.د.م. باید این نظر را تأیید کرد که مشتری حتی به هنگامی که مبیع عین معین است هم، حق مطالبه خسارت را خواهد داشت. به علاوه پیش‌بینی حق ارزش برای مشتری در خیار عیب که ماهیتاً خسارت تلقی می‌شود، نیز می‌تواند مؤید نظر فوق باشد. در واقع اعتقاد به پرداخت ارزش و خسارت در خیار عیب و عدم جواز آن در سایر خيارات نمی‌تواند مستند به دلایل موجه و قابل قبولی باشد. چه تفاوتی میان خیار تخلف وصف و خیار عیب است که در یکی مشتری حق مطالبه خسارت (ارزش) دارد ولی در دیگری از چنین حقی محروم است؛ به نظر می‌رسد که گرچه در سایر خيارات، ممکن است اخذ ارزش با کیفیت خاص محاسبه آن قابل اعمال نباشد ولی مطالبه خسارت برابر قواعد عمومی با هیچ مشکلی روبرو نیست.^{۵۴}

۲- راه حل دوم که اندکی منعطف‌تر و پذیرش آن نیز سهل‌تر از نظر نخست است، این است که بگوییم حکم مندرج در مواد ۴۱۰، ۴۱۳ و ۴۲۱ ق.م. ناظر به مورد غالب یعنی فرضی است که مورد معامله موجود و مشتری نیز توان رد آن را با شرایط و اوصاف هنگام قبض دارد. لذا در مواردی که مبیع تلف شده یا انتقال یافته یا دستخوش تغییرات اساسی شده است، فسخ به دلیل عدم امکان رد آن جایز نیست و مشتری فقط می‌تواند با استفاده از قواعد عمومی مربوط به خسارت ناشی از قرارداد و قاعده لاضرر، خسارات وارده را مطالبه کند.

باید یادآور شد نظری که در این نوشتار از آن دفاع شد یعنی این که مشتری در صورت ناتوانی از رد مبیع حق فسخ قرارداد را ندارد، در مورد مبیع عین معین و کلی یکسان اعمال می‌گردد، هرچند در مواردی که مبیع

۵۴. برای آگاهی بیشتر راجع به دلایل امکان مطالبه خسارت در این‌گونه موارد رک. میرزائزاد جویباری، اکبر، بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) با مطالعه تطبیقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۸۱، شماره ۵۸.

کلی است، بنا بر نظر مشهور و حتی نزدیک به اجماع^{۵۵} عدم اجرای تعهد و نقض قرارداد اساساً سبب ایجاد حق فسخ برای مشتری نیست و خریدار فقط حق دارد الزام فروشنده را به انجام تعهد و تحویل کالا مطابق با اوصاف مقرر بخواهد ولی وقتی مبیع کلی نیز به مشتری تسلیم و سپس مصرف، تلف یا منتقل گردید و طبعاً رد آن به بائع ناممکن شد، همانند مبیع عین معین، مشتری فقط می‌تواند از حق مطالبه خسارت استفاده کند و اعلام فسخ قرارداد با دادن مثل یا قیمت کالا بنا به همان استدلال‌هایی که قبلاً گفته شد، جایز نیست. البته نحوه محاسبه خسارت در این‌گونه موارد موضوع دیگری است که باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. آیا باید کسر قیمت ناشی از فقدان وصف یا تخلف شرط را ملاک و مبنای محاسبه قرار داد یا به همان کیفیتی که ارزش در اختیار عیب محاسبه می‌شود، عمل کرد؟ اگر فقدان وصف یا تخلف شرط در نظر خریدار مؤثر در قیمت باشد و در واقع بخشی از ثمن به اعتبار آن پرداخت گردد ولی عرف آن را بی‌تأثیر بداند، کیفیت محاسبه خسارت چگونه است؟ به نظر می‌رسد دادگاه می‌تواند با توجه به جمیع اوضاع و احوال، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین و عرف خاص تجاری آن رشته، خسارت ناشی از نقض عهد را محاسبه و تعیین کند، شبیه راه حلی که در ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی جهت ارزیابی و محاسبه خسارت ناشی از ضمان قهری پیش‌بینی شده است.

۵۵. برای ملاحظه تفصیل بیشتر درباره دلایل موافقان و مخالفان فسخ به محض عدم اجرای تعهد رک. میرزا نژاد جویباری، اکبر، فسخ جزئی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین) و حقوق ایران، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۹، پاییز ۱۳۸۲؛ میرزا نژاد جویباری، اجرای اجباری قرارداد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۱ به بعد.

نتیجه گیری

مطابق آنچه گفته شد، می توان به نکات زیر به عنوان نتایج و دستاوردهای این نوشتار اشاره کرد:

۱- در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین به خریداری که قادر به رد مبیع دریافتی نیست، در پاره‌ای موارد اجازه فسخ قرارداد داده شده و در برخی موارد نیز این حق از وی سلب شده است، گرچه اصل عدم امکان فسخ است ولی دامنه استثنائات مزبور در بند ۲ ماده ۸۲ هم بسیار گسترده است و به قول برخی از حقوقدانان این استثنائات خود به یک نوع قاعده بدل شده‌اند.

۲- هر دو نظریه‌ای که در کنوانسیون تحت پاره‌ای شرایط پذیرفته شده است، با بخش‌هایی از نظریه فقهای امامیه و حقوقدانان حقوق موضوعه قابل مقایسه است و نشانه‌هایی از آن دو را در هر دو حوزه می توان مشاهده کرد.

۳- عدم جواز فسخ قرارداد را که به عنوان قاعده در کنوانسیون پذیرفته شده است، می توان منطبق با نظریه فقهای متقدم امامیه دانست؛ گرچه از نظر این دسته از فقها، خریدار جز در مواردی که عیب و نقص یا تغییر و تلف مستند به فعل فروشنده است، حق فسخ ندارد و بدین جهت دامنه شمول نظریه آنان وسیع تر از راه حل کنوانسیون است؛ چرا که به خریدار اجازه می دهد علاوه بر مورد فوق، در مواردی که هم تغییر، تلف و نقص مستند به فعل شخص ثالث یا ناشی از فورس مازور بوده یا در جریان عادی تجارت وی مصرف و یا منتقل شده است، قرارداد را فسخ کند.

۴- نظریه جواز فسخ را نیز که به صورت برخی موارد استثنائی در بند ۲ ماده ۸۲ آمده است، باید با نظر مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان حقوق موضوعه مقایسه و تحلیل کرد؛ گرچه حوزه شمول نظریه مشهور

بسیار بیشتر از راه حل مزبور در کنوانسیون بوده و خریدار در همه موارد جز فرضی که با علم به خیار اقدام به تغییر، تصرف، انتقال و امثال آن در مبیع می‌کند، حق دارد قرارداد را فسخ کند.

۵- نظری که در این مقاله پیشنهاد وادعا شده است که در حقوق موضوعه ایران قابل دفاع است، با راه حل کنوانسیون کاملاً انطباق ندارد، هرچند جهت‌گیری کلی آن همسو با راه حل کنوانسیون است، زیرا پیشنهاد شده است که جز در مواردی که تغییر کالا جزئی است یا تغییر، عیب و تلف کالا مستند به فعل فروشنده است، خریدار حق فسخ ندارد و صرفاً باید به مطالبه خسارت یا سایر طرق جبران خسارت بسنده کند؛ چیزی که به طور مشخص و کامل نه با قاعده مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ تطبیق می‌کند و نه با استثنائات پیش‌بینی شده در بند ۲ این ماده انطباق دارد.

آیین دادرسی و ادله* دیوان بین‌المللی کیفری^۱

فهرست مطالب

مواد

فصل ۱. مقررات کلی

۱- کاربرد اصطلاحات

۲- متون معتبر

۳- اصلاحات

فصل ۲. ترکیب و اداره دیوان

بند یک. مقررات کلی مربوط به ترکیب و اداره دیوان

* نکته توضیحی: آیین دادرسی و ادله برای اعمال اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری رم می‌باشد که در شرح و بسط آن، برای پرهیز از بیان مجدد و تا حد امکان تکرار مقررات اساسنامه، دقت به عمل آمده است. ارجاعات مستقیم به اساسنامه در آیین دادرسی و ادله در صورت مقتضی برای تأکید بر روابط بین آیین دادرسی و ادله و اساسنامه رم به طوری که در ماده ۵۱ و مشخصاً در بندهای ۴ و ۵ پیش‌بینی شده گنجانده شده است. در کلیه قضایا آیین دادرسی و ادله باید به اتفاق و با رعایت مقررات اساسنامه تفسیر شود. آیین دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری - به منظور حفظ جریان رسیدگی ملی - هیچ تأثیری بر آیین دادرسی دادگاه ملی یا نظام حقوقی رسیدگی ملی نمی‌گذارد.

۱. متن انگلیسی این سند از پایگاه اینترنتی دیوان بین‌المللی کیفری به نشانی ذیل:

http://www.icc-cpi.int/asp/asprecords/ASP_1stsession.html

برگرفته شده و توسط آقای حاتم صادقی زبازی به فارسی برگردانده شده است. نظر به حجیم بودن سند چهار فصل اول آن در این شماره و هشت فصل بعدی در شماره‌های آتی مجله حقوقی چاپ می‌شود.

- ۴- جلسات عمومی
- ۵- تعهد رسمی طبق ماده ۴۵ [اساسنامه]
- ۶- تعهد رسمی کارکنان دفتر دادستانی، دفتر دیوان و مترجمان
- ۷- قاضی منفرد طبق بند ۲ (ب) (سه)، ماده ۳۹ [اساسنامه]
- ۸- مجموعه مقررات رفتار شغلی
- بند دو. دفتر دادستانی**
- ۹- نحوه فعالیت دفتر دادستانی
- ۱۰- نگهداری اطلاعات و مدارک
- ۱۱- تفویض وظایف دادستانی
- بند سه. دفتر دیوان**
- بند فرعی یک. مقررات کلی مربوط به دفتر دیوان**
- ۱۲- صلاحیت‌ها و انتخاب مدیر دفتر و معاون وی
- ۱۳- وظایف مدیر دفتر
- ۱۴- نحوه فعالیت دفتر دیوان
- ۱۵- پرونده‌ها
- بند فرعی دو. واحد قربانیان و شهود**
- ۱۶- مسؤولیت‌های مدیر دفتر در رابطه با قربانیان و شهود
- ۱۷- وظایف واحد
- ۱۸- مسؤولیت‌های واحد
- ۱۹- تخصص در واحد
- بند فرعی سه. وکیل مدافع**
- ۲۰- مسؤولیت‌های مدیر دفتر در خصوص حقوق دفاع
- ۲۱- تعیین دستیار حقوقی
- ۲۲- انتصاب و صلاحیت‌های وکیل مدافع

بند چهار. وضعیت‌هایی که بر عملکرد دیوان تأثیر می‌گذارد

بند فرعی یک. عزل از سمت و تنبیهات انضباطی

۲۳- اصل کلی

۲۴- تعریف سوء رفتار شدید و قصور جدی در [انجام] وظایف [محواله]

۲۵- تعریف خطا با ماهیت خفیف‌تر

۲۶- پذیرش شکایات

۲۷- مقررات کلی در خصوص حقوق دفاع

۲۸- تعلیق از خدمت

۲۹- شیوه کار در صورت درخواست عزل

۳۰- شیوه کار در صورت درخواست تنبیهات انضباطی

۳۱- عزل از تصدی

۳۲- تنبیهات انضباطی

بند فرعی دو. معذوریت، عدم صلاحیت، فوت و استعفاء

۳۳- معذوریت قاضی، دادستان یا معاون دادستان

۳۴- عدم صلاحیت قاضی، دادستان یا معاون دادستان

۳۵- وظیفه قاضی، دادستان یا معاون دادستان در خصوص درخواست معافیت [از انجام کار]

۳۶- فوت قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر

۳۷- استعفاء قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر

بند فرعی سه. جایگزینی و قضات جانشین

۳۸- جایگزینی

۳۹- قضات علی‌البدل

بند پنج. انتشارات، زبان‌ها و ترجمه

۴۰- انتشار تصمیمات به زبان‌های رسمی دیوان

۴۱- زبان‌های کاری دیوان

۴۲- خدمات ترجمه

۴۳- آیین قابل اعمال در انتشار اسناد دیوان

فصل ۳. صلاحیت و قابلیت استماع

بند یک. اعلامیه‌ها و ارجاعات مربوط به مواد ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴

[اساسنامه]

۴۴- اعلامیه پیش‌بینی شده در بند ۳، ماده ۱۲ [اساسنامه]

۴۵- ارجاع وضعیتی به دادستان

بند دو. شروع تحقیقات طبق ماده ۱۵ [اساسنامه]

۴۶- اطلاعات تهیه شده برای دادستان طبق بندهای ۱ و ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]

۴۷- ادای شهادت طبق بند ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]

۴۸- تعیین مبنای معقول برای ادامه تحقیق طبق بند ۳، ماده ۱۵ [اساسنامه]

۴۹- تصمیم و اطلاعیه طبق بند ۶، ماده ۱۵

۵۰- آیین تجویز شروع به تحقیق از سوی شعبه مقدماتی

بند سه. ایرادات و احکام مقدماتی طبق مواد ۱۷، ۱۸ و ۱۹ [اساسنامه]

۵۱- اطلاعات تهیه شده طبق ماده ۱۷ [اساسنامه]

۵۲- اعلامیه پیش‌بینی شده در بند ۱، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۳- تعویق پیش‌بینی شده در بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۴- درخواست دادستان طبق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۵- رسیدگی در خصوص بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۶- درخواست دادستان متعاقب تجدیدنظر، طبق بند ۳، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۷- اقدامات موقت طبق بند ۶، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۵۸- رسیدگی طبق ماده ۱۹ [اساسنامه]

۵۹- مشارکت در رسیدگی طبق بند ۳، ماده ۱۹ [اساسنامه]

۶۰. رکن صلاحیتدار برای پذیرش ایرادات
۶۱. اقدامات موقت طبق بند ۸، ماده ۱۹ [اساسنامه]
۶۲. رسیدگی طبق بند ۱۰، ماده ۱۹ [اساسنامه]

فصل ۴. مقررات مربوط به مراحل مختلف رسیدگی

بند یک. ادله

۶۳. مقررات کلی مربوط به ادله
۶۴. آیین مربوط به ارتباط یا قابلیت استماع ادله
۶۵. اجباری بودن ادای شهادت
۶۶. تعهد رسمی
۶۷. شهادت زنده از طریق فناوری سمعی یا بصری
۶۸. شهادت ضبط شده از قبل
۶۹. توافقات نسبت به ادله
۷۰. اصول ادله در موارد خشونت جنسی
۷۱. ادله رفتارهای جنسی دیگر
۷۲. آیین غیرعلنی در بررسی ارتباط یا قابلیت استماع ادله
۷۳. ارتباطات و اطلاعات محرمانه
۷۴. مجرم قلمداد نمودن خود از طریق شهادت (علیه خود)
۷۵. مجرم قلمداد نمودن [شخص] با شهادت اعضای خانواده

بند دو. افشاگری

۷۶. افشاگری پیش از محاکمه مربوط به تعقیب شهود
۷۷. بررسی اسناد تحت اختیار یا کنترل دادستان
۷۸. بررسی اسناد تحت اختیار یا کنترل وکیل مدافع
۷۹. افشاگری [برخی نکات] توسط وکیل مدافع
۸۰. آیین در جهت طرح مبنایی برای معافیت از مسؤولیت کیفری طبق بند ۳، ماده ۳۱

[اساسنامه]

۸۱- محدودیت‌هایی بر افشاگری

۸۲- محدودیت‌هایی برای افشاء اسناد و اطلاعات مورد حمایت طبق بند ۳ (هـ)، ماده

۵۴ [اساسنامه]

۸۳- حکم درخصوص ادلهٔ بری کننده طبق بند ۲، ماده ۶۷ [اساسنامه]

۸۴- افشاگری و ادلهٔ دیگر برای دادرسی

بند سه. قربانیان و شهود

بند فرعی یک. تعریف و اصل کلی مربوط به قربانیان

۸۵- تعریف قربانیان

۸۶- اصل کلی

بند فرعی دو. حمایت از قربانیان و شهود

۸۷- اقدامات حمایتی

۸۸- اقدامات ویژه

بند فرعی سه. مشارکت قربانیان در [جلسات] رسیدگی

۸۹- درخواست برای مشارکت قربانیان در [جلسات] رسیدگی

۹۰- نمایندگان قانونی قربانیان

۹۱- مشارکت نمایندگان قانونی در [جلسات] رسیدگی

۹۲- اعلام به قربانیان و نمایندگان قانونی آنان

۹۳- دیدگاه‌های قربانیان و نمایندگان قانونی آنان

بند فرعی چهار. جبران خسارات قربانیان

۹۴- آیین بر اساس درخواست [قربانیان]

۹۵- آیین بر اساس پیشنهاد دیوان

۹۶- انتشار [جریان جلسه] رسیدگی به جبران خسارات

۹۷- ارزیابی خسارات

۹۸- صندوق امانی [قربانیان]

۹۹- همکاری و اقدامات حمایتی به منظور مصادره اموال طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۷ و بند ۴، ماده ۷۵ [اساسنامه]

بند چهارم. مقررات متفرقه

۱۰۰- مکان جلسات رسیدگی

۱۰۱- محدوده‌های زمانی

۱۰۲- ایجاد ارتباط به غیر از [ایجاد ارتباط از طریق] نوشتن

۱۰۳- داوطلب کمک به دادگاه و دیگر اشکال اظهاریه

فصل ۵. تحقیق و تعقیب

بند یک. تصمیم دادستان در خصوص آغاز تحقیق طبق بندهای ۱ و ۲،

ماده ۵۳ [اساسنامه]

۱۰۴- ارزیابی اطلاعات از سوی دادستان

۱۰۵- اعلام تصمیم از سوی دادستان مبنی بر عدم آغاز تحقیق

۱۰۶- اعلام تصمیم از سوی دادستان مبنی بر منع تعقیب

بند دو. آیین طبق بند ۳، ماده ۵۳ [اساسنامه]

۱۰۷- درخواست برای تجدید نظر طبق بند ۳ (الف)، ماده ۵۳ [اساسنامه]

۱۰۸- حکم شعبه مقدماتی طبق بند ۳ (الف)، ماده ۵۳ [اساسنامه]

۱۰۹- تجدیدنظر شعبه مقدماتی طبق بند ۳ (ب)، ماده ۵۳ [اساسنامه]

۱۱۰- حکم شعبه مقدماتی طبق بند ۳ (ب)، ماده ۵۳ [اساسنامه]

بند سه. جمع‌آوری مستندات

۱۱۱- ثبت روند بازجویی به طور کلی

۱۱۲- ثبت روند بازجویی در موارد خاص

۱۱۳- جمع‌آوری اطلاعات در خصوص وضعیت سلامتی اشخاص مورد نظر

۱۱۴- موارد فوق‌العاده تحقیق طبق ماده ۵۶ [اساسنامه]

- ۱۱۵- جمع‌آوری مستندات در سرزمین دولت عضو طبق بند ۳ (پ)، ماده ۵۷ [اساسنامه]
۱۱۶- جمع‌آوری مستندات به درخواست وکیل مدافع طبق بند ۳ (ب)، ماده ۵۷ [اساسنامه]

بند چهار. آیین‌ها در خصوص محدودیت و محرومیت از آزادی

- ۱۱۷- بازداشت در کشور بازداشت کننده
۱۱۸- بازداشت پیش از محاکمه در مقر دیوان
۱۱۹- آزادی مشروط
۱۲۰- ابزار محدودیت
بند پنج. آیین‌ها با توجه به تأیید اتهامات طبق ماده ۶۱ [اساسنامه]

- ۱۲۱- آیین قبل از جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات]
۱۲۲- آیین رسیدگی تأیید [اتهامات] در حضور شخص متهم
۱۲۳- اقدامات در جهت حضور شخص مورد نظر در جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات]
۱۲۴- اعراض از حق حضور در جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات]
۱۲۵- تصمیم به برگزاری جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات] در غیاب شخص مورد نظر
۱۲۶- جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات] در غیاب شخص مورد نظر

بند شش. پایان مرحله مقدماتی رسیدگی

- ۱۲۷- آیین در نتیجه احکام مختلف در خصوص اتهامات متعدد
۱۲۸- اصلاح اتهامات
۱۲۹- اعلام حکم در خصوص تأیید اتهامات
۱۳۰- تأسیس شعبه بدوی

فصل ۶. آیین دادرسی

- ۱۳۱- بایگانی [جریان] جلسه رسیدگی ارسالی شعبه مقدماتی
۱۳۲- وضعیت جلسات
۱۳۳- پیشنهادها [در خصوص] ایراد بر قابلیت استماع و صلاحیت

- ۱۳۴- پیشنهادها مربوط به جلسات
- ۱۳۵- معاینه پزشکی متهم
- ۱۳۶- محاکمات مشترک و مجزا
- ۱۳۷- بایگانی جریان محاکمات
- ۱۳۸- حفظ مستندات
- ۱۳۹- تصمیم در خصوص پذیرش جرم
- ۱۴۰- دستورالعمل‌ها برای اداره جلسات و ادای شهادت
- ۱۴۱- پایان [زمان ارائه] مستندات و اظهارات
- ۱۴۲- مشورت
- ۱۴۳- رسیدگی‌های بیشتر راجع به موضوعات مربوط به محکومیت یا جبران خسارات
- ۱۴۴- ابلاغ احکام شعبه بدوی
- فصل ۷. مجازات‌ها**
- ۱۴۵- تعیین مجازات
- ۱۴۶- تحمیل جریمه طبق ماده ۷۷ [اساسنامه]
- ۱۴۷- قرار ضرر و زیان
- ۱۴۸- قرار انتقال جریمه و ضرر و زیان به صندوق امانی
- فصل ۸. استیناف و تجدیدنظر**
- بند یک. مقررات کلی**
- ۱۴۹- مقررات حاکم بر جلسات رسیدگی در شعبه استیناف
- بند دو. استیناف در مقابل محکومیت، براءت، مجازات و دستورات جبران**
- خسارات**
- ۱۵۰- استیناف
- ۱۵۱- آیین استیناف
- ۱۵۲- توقف استیناف

۱۵۳- حکم استیناف در مقابل دستور جبران خسارات

بند سه. استیناف در مقابل سایر احکام

۱۵۴- استینافی که نیاز به اجازه دیوان ندارد

۱۵۵- استینافی که نیاز به اجازه دیوان دارد

۱۵۶- آیین استیناف

۱۵۷- توقف استیناف

۱۵۸- حکم استیناف

بند چهار. تجدیدنظر محکومیت یا مجازات

۱۵۹- تقاضای تجدیدنظر

۱۶۰- انتقال [محکوم علیه] به هدف تجدیدنظر [به مقر دیوان]

۱۶۱- تصمیم در خصوص تجدیدنظر

فصل ۹. جرائم و سوء رفتار علیه دیوان

بند یک. جرایم علیه اجرای عدالت طبق ماده ۷۰ [اساسنامه]

۱۶۲- اعمال صلاحیت

۱۶۳- اعمال اساسنامه و آیین دادرسی

۱۶۴- دوره‌های [زمانی] محدود

۱۶۵- تحقیق، تعقیب و محاکمه

۱۶۶- مجازات طبق ماده ۷۰ [اساسنامه]

۱۶۷- همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی

۱۶۸- عدم تجویز محاکمه مجدد برای جرم واحد (اعتبار امر محکوم‌به)

۱۶۹- بازداشت فوری

بند دو. سوء رفتار نزد دیوان طبق ماده ۷۱ [اساسنامه]

۱۷۰- اخلال در جلسات رسیدگی

۱۷۱- امتناع از انجام دستور دیوان

۱۷۲- رفتار مشمول مواد ۷۰ و ۷۱ [اساسنامه]

فصل ۱۰. جبران خسارت برای شخص بازداشت شده یا محکوم علیه

۱۷۳- درخواست خسارت

۱۷۴- آیین درخواست خسارت

۱۷۵- مبلغ خسارت

فصل ۱۱. همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی

بند یک. درخواست‌های همکاری طبق ماده ۸۷ [اساسنامه]

۱۷۶- ارکان صلاحیت‌دار دیوان به منظور ارسال و دریافت هر نوع اطلاعات مربوط به همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی

۱۷۷- مجاری ارتباط

۱۷۸- زبان منتخب کشورهای عضو طبق بند ۲، ماده ۸۷ [اساسنامه]

۱۷۹- زبان [مورد استفاده] برای تقاضا از کشورهای غیر عضو اساسنامه

۱۸۰- تغییرات در مجاری ارتباط یا زبان‌های [مورد استفاده] در تقاضاهای همکاری

بند دو. تحویل، انتقال و درخواست‌های موازی طبق مواد ۸۹ و ۹۰

[اساسنامه]

۱۸۱- ایراد به قابلیت استماع دعوی نزد دادگاه ملی

۱۸۲- درخواست انتقال طبق بند ۳ (ه)، ماده ۸۹ [اساسنامه]

۱۸۳- امکان تحویل موقت

۱۸۴- ترتیبات تحویل

۱۸۵- آزادی شخص از بازداشت دیوان قبل از اتمام دوره محکومیت

۱۸۶- درخواست‌های موازی در زمینه ایراد به قابلیت استماع دعوا

بند سه. مدارک [درخواست] بازداشت و تحویل طبق مواد ۹۱ و ۹۲

[اساسنامه]

۱۸۷- ترجمه مدارک به همراه درخواست تحویل

۱۸۸- محدوده زمانی برای تسلیم مدارک بعد از بازداشت موقت

۱۸۹- ارسال مدارک مؤید درخواست

بند چهار. همکاری طبق ماده ۹۳ [اساسنامه]

۱۹۰- تصمیم در خصوص مجرم قلمداد نمودن خود به همراه درخواست برای شهادت

۱۹۱- تضمین دیوان طبق بند ۲، ماده ۹۳ [اساسنامه]

۱۹۲- انتقال شخص در بازداشت

۱۹۳- انتقال موقت شخص از کشور [محل] اجرای [حکم]

۱۹۴- درخواست همکاری از دیوان

بند پنج. همکاری طبق ماده ۹۸ [اساسنامه]

۱۹۵- تهیه اطلاعات

بند شش. قاعده اختصاصی بودن طبق ماده ۱۰۱ [اساسنامه]

۱۹۶- تهیه نظراتی در خصوص بند ۱، ماده ۱۰۱

۱۹۷- تعمیم اعراض

فصل ۱۲. اجرا

بند یک. نقش کشورها در اجرای مجازات حبس و تغییر دولت اجرا

کننده حکم طبق مواد ۱۰۳ و ۱۰۴ [اساسنامه]

۱۹۸- ارتباطات بین دیوان و کشورها

۱۹۹- رکن مسؤول طبق بخش ۱۰ [اساسنامه]

۲۰۰- فهرست کشورهای اجرا کننده حکم

۲۰۱- اصول توزیع عادلانه

۲۰۲- موعد تحویل محکوم علیه به کشور مورد نظر جهت اجرای حکم

۲۰۳- دیدگاههای محکوم علیه

۲۰۴- اطلاعات ارائه شده به کشور اجرا کننده حکم

۲۰۵- عدم پذیرش از سوی کشور اجرا کننده حکم در قضیه ای خاص

- ۲۰۶- تحویل محکوم علیه به کشور اجرا کننده حکم
- ۲۰۷- عبور
- ۲۰۸- هزینه‌ها
- ۲۰۹- تغییر کشور منتخب برای اجرای حکم
- ۲۱۰- آیین تغییر کشور منتخب برای اجرای حکم
- بند دو. اجرا، نظارت، انتقال طبق مواد ۱۰۵، ۱۰۶ و ۱۰۷ [اساسنامه]
- ۲۱۱- نظارت بر اجرای مجازات و شرایط حبس
- ۲۱۲- اطلاعات در خصوص محل محکوم علیه برای اعمال جزای نقدی، مصادره اموال یا اقدامات جبران خسارت
- ۲۱۳- آیین بند ۳، ماده ۱۰۷ [اساسنامه]
- بند سه. محدودیت در خصوص تعقیب یا محکومیت در مورد سایر
- جرایم طبق ماده ۱۰۸ [اساسنامه]
- ۲۱۴- درخواست تعقیب یا اجرای حکم برای عمل قبلی
- ۲۱۵- تصمیم در خصوص درخواست تعقیب یا اجرای حکم
- ۲۱۶- اطلاعات در خصوص اجرا
- بند چهار. اعمال جزای نقدی، اقدامات [مربوط به] مصادره اموال و قرار
- جبران خسارت
- ۲۱۷- همکاری و اقدامات برای اعمال جزای نقدی، مصادره اموال یا قرار جبران خسارت
- ۲۱۸- قرارهای مصادره اموال و جبران خسارت
- ۲۱۹- عدم تغییر قرار جبران خسارت
- ۲۲۰- عدم تغییر احکامی که در مورد جزای نقدی تحمیل شده است
- ۲۲۱- تصمیم در خصوص انتقال یا واگذاری مال یا دارایی
- ۲۲۲- همکاری برای ارائه خدمات یا هر نوع اقدام دیگر

بند پنج. بررسی [مسأله] تخفیف مجازات طبق ماده ۱۱۰ [اساسنامه]

۲۲۳- معیار بررسی تخفیف مجازات

۲۲۴- آیین بررسی تخفیف مجازات

بند شش. فرار

۲۲۵- تدابیر طبق ماده ۱۱۱ در صورت فرار

فصل ۱. مقررات کلی

ماده ۱. کاربرد اصطلاحات

در سند حاضر:

«ماده» به مواد اساسنامه رم اشاره دارد؛

«شعبه» به شعبه دیوان اشاره دارد؛

«بخش» به بخش‌های اساسنامه اشاره دارد؛

«قاضی رئیس» به رئیس شعبه اشاره دارد؛

«رئیس» به رئیس دیوان اشاره دارد؛

«مقررات» به مقررات دیوان اشاره دارد؛

«مواد» به مواد آیین دادرسی اشاره دارد.

ماده ۲. متون معتبر

مواد [آیین دادرسی] به زبان‌های رسمی دیوان که در بند ۱، ماده ۵۰ [اساسنامه]، وضع شده، تصویب شده است. همه متون دارای اعتبار برابر هستند.

ماده ۳. اصلاحات

۱- اصلاحات بر این مواد [آیین دادرسی]، که طبق بند ۲، ماده ۵۱ [اساسنامه]، پیشنهاد می‌شوند، به رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو فرستاده می‌شود.

۲- رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو اطمینان می‌دهد که همه اصلاحات پیشنهادی به زبان‌های رسمی دیوان ترجمه شود و برای دولتهای عضو ارسال گردد.

۳- همچنین، آیین توصیف شده در مواد فرعی ۱ و ۲ [فوق]، بر قواعد موقتی مورد اشاره در بند ۳، ماده ۵۱ [اساسنامه]، اعمال می‌شود.

فصل ۲. ترکیب و اداره دیوان

بند یک. مقررات کلی مربوط به ترکیب و اداره دیوان

ماده ۴. جلسات عمومی

۱- قضات در کمتر از دو ماه بعد از انتخابشان در جلسه عمومی گرد هم می‌آیند. در اولین نشست، پس از انجام تعهد رسمی مطابق با ماده ۵ [آیین دادرسی]، قضات:

(الف) رئیس و معاونان را انتخاب می‌نمایند؛

(ب) قضات را برای بخش‌های [مختلف] منصوب می‌نمایند.

۲- قضات، متعاقباً، حداقل یکبار در سال در قالب جلسه‌ای عمومی، برای انجام وظایفشان طبق اساسنامه، آیین دادرسی و مقررات دیوان، گرد هم می‌آیند و در صورت نیاز بنابر پیشنهاد رئیس دیوان یا درخواست نیمی از قضات، جلسات عمومی فوق العاده برگزار می‌گردد.

۳- حد نصاب [تعداد] برای هر جلسه عمومی دو سوم [تعداد] قضات می‌باشد.

۴- احکام جلسات عمومی دیوان با رأی اکثریت قضات حاضر صادر می‌شود، مگر این که اساسنامه یا آیین دادرسی ترتیب دیگری را مقرر کرده باشد. در صورت برابری آراء، رئیس دیوان یا قاضی عهده‌دار مقام ریاست، دارای رأی تعیین کننده می‌باشد.

۵- مقررات دیوان باید در سریع‌ترین زمان ممکن در جلسات عمومی تصویب شود.

ماده ۵. تعهد رسمی طبق ماده ۴۵ [اساسنامه]

۱- [ترکیب دیوان] قبل از آغاز انجام وظایفشان طبق ماده ۴۵ [اساسنامه]، تعهد رسمی ذیل را بر عهده می گیرند:

(الف) در مورد قاضی؛

«من رسماً تعهد می نمایم که وظایفم را اجرا نمایم و صلاحیت هایم را به عنوان قاضی دیوان بین المللی کیفری در کمال صداقت، وفاداری، بی طرفی و با وجدان کامل اعمال نمایم و به محرمانه بودن تحقیقات و تعقیبات و سری بودن مشورتها احترام بگذارم».

(ب) در مورد دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر و معاون مدیر دفتر

[دیوان]؛

«من رسماً تعهد می نمایم که وظایفم را انجام دهم و صلاحیت هایم را به عنوان (دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر و معاون مدیر دفتر) دیوان بین المللی کیفری در کمال صداقت، وفاداری، بی طرفی و وجدان کامل اعمال نمایم و به محرمانه بودن تحقیقات و تعقیبات احترام بگذارم».

۲- [متن] تعهد نامه که توسط افراد فوق امضاء و از سوی رئیس یا یکی از معاونان رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو گواهی شده، در دفتر دیوان ثبت و در بایگانی نگهداری می شود.

ماده ۶. تعهد رسمی کارکنان دفتر دادستانی، دفتر دیوان و مترجمان

۱- هر عضو دفتر دادستانی و دفتر دیوان، قبل از آغاز انجام وظایفشان، تعهد رسمی ذیل را بر عهده می گیرند:

«من رسماً تعهد می نمایم که وظایفم را انجام دهم و صلاحیت هایم را به

عنوان (کارمند دفتر دادستانی، دفتر دیوان) دیوان بین‌المللی کیفری در کمال صداقت، وفاداری، بی‌طرفی و وجدان کامل اعمال نمایم و به محرمانه بودن تحقیقات و تعقیبات احترام بگذارم».

[متن] تعهد نامه که توسط افراد فوق امضاء و از سوی دادستان، معاون دادستان، و مدیر دفتر [دیوان] یا معاون مدیر دفتر گواهی شده، در دفتر دیوان ثبت و در بایگانی نگهداری می‌شود.

۲- مترجمان قبل از انجام هر وظیفه‌ای، تعهد رسمی ذیل را بر عهده می‌گیرند:

«من رسماً تعهد می‌نمایم که وظایفم را در کمال وفاداری و بی‌طرفی و با رعایت کامل رازداری انجام دهم».

[متن] تعهد نامه که توسط افراد فوق امضاء و از سوی رئیس دیوان یا نماینده وی گواهی شده، در دفتر دیوان ثبت و در بایگانی نگهداری می‌شود.

ماده ۷. قاضی منفرد طبق بند ۲ (ب) (سه)، ماده ۳۹ [اساسنامه]

۱- هنگامی که شعبه مقدماتی قاضی‌ای را به عنوان قاضی منفرد طبق بند ۲ (ب) (سه)، ماده ۳۹ [اساسنامه]، انتخاب می‌کند، [این انتخاب را] براساس معیار از پیش مقرر شده، انجام می‌دهد.

۲- قاضی منتخب، تصمیمات مقتضی در مورد مسائلی که در اساسنامه و یا در آیین دادرسی دیوان، تصمیم‌گیری در مورد آنها توسط کل اعضای شعبه صریحاً پیش‌بینی نشده را اتخاذ می‌کند.

۳- شعبه مقدماتی در صورت مقتضی، بنابر پیشنهاد خود یا به

درخواست یکی از اعضایش می‌تواند تصمیم بگیرد که وظایف قاضی منفرد توسط کل اعضای شعبه انجام شود.

ماده ۸. مجموعه مقررات رفتار شغلی

۱- هیأت رئیسه، بنابر پیشنهاد مدیر دفتر [دیوان]، طرح مجموعه مقررات رفتار شغلی برای مشاوران حقوقی را پس از مشورت با دادستان آماده می‌کند. در تهیه طرح، مدیر دفتر [دیوان] مشورتهایی را طبق ماده فرعی ۳، ماده ۲۰ [آیین دادرسی]، انجام می‌دهد.

۲- سپس، طرح مجموعه مقررات رفتار شغلی به مجمع دولتهای عضو به منظور تصویب طبق بند ۷، ماده ۱۱۲ [اساسنامه]، ارجاع می‌شود.
۳- این مجموعه مقررات رفتار شغلی متضمن آیین‌های مربوط به اصلاح نیز می‌باشد.

بند دو. دفتر دادستانی

ماده ۹. نحوه فعالیت دفتر دادستانی

دادستان در ایفای مسئولیت خود به منظور مدیریت و اداره دفتر دادستانی، مقرراتی را در باب نحوه فعالیت دفتر مقرر می‌دارد. دادستان در تهیه و اصلاح این مقررات با مدیر دفتر [دیوان] در مورد موضوعاتی که به نحوه فعالیت دفتر دیوان تأثیر می‌گذارد، مشورت می‌نماید.

ماده ۱۰. نگهداری اطلاعات و مدارک

دادستان مسئول نگهداری، حفاظت و امنیت اطلاعات و ادله عینی جمع‌آوری شده در جریان تحقیقات به عمل آمده توسط دفترش، می‌باشد.

ماده ۱۱. تفویض وظایف دادستان

دادستان یا معاون دادستان می‌توانند به اعضای دفتر دادستانی اجازه دهند که به نمایندگی از جانب او به اجرای وظایف وی به استثنای اختیارات ذاتی دادستان، پیش‌بینی شده در اساسنامه و از جمله موارد توصیف شده در مواد ۱۵ و ۵۳ [اساسنامه]، و آن مواردی که در بند ۴، ماده ۴۴ [اساسنامه]، بدان اشاره شده، بپردازد.

بند سه. دفتر دیوان

بند فرعی یک. مقررات کلی مربوط به دفتر دیوان

ماده ۱۲. صلاحیت‌ها و انتخاب مدیر دفتر و معاون مدیر دفتر

۱- به محض این که هیأت رئیسه [دیوان] انتخاب گردید، فهرستی از نامزدهای واجد شرایط بند ۳، ماده ۴۳ [اساسنامه]، را تهیه نموده و به همراه درخواستی مبنی بر صدور توصیه‌نامه‌های لازم به مجمع دولتهای عضو ارسال می‌دارد.

۲- با دریافت توصیه‌نامه‌هایی از مجمع دولتهای عضو، رئیس بدون فوت وقت، فهرست را به همراه توصیه‌نامه‌هایی به جلسه عمومی [دیوان] ارسال می‌کند.

۳- همانطوری که در بند ۴، ماده ۴۳ [اساسنامه]، پیش‌بینی گردیده، تا حد امکان، دیوان در اولین نشست جلسه عمومی با اکثریت مطلق، مدیر دفتر دیوان را با لحاظ توصیه‌نامه‌های مجمع دولتهای عضو، انتخاب می‌کند. اگر هیچ کدام از نامزدها اکثریت مطلق در این نشست را کسب نکردند، مجدداً رأی‌گیری در همان جلسه صورت می‌پذیرد تا این که یک نامزد اکثریت مطلق را به دست آورد.

۴- در صورت نیاز به انتخاب معاون مدیر دفتر، مدیر دفتر به رئیس

در انجام این امر توصیه می‌نماید، رئیس به منظور تصمیم درباره این موضوع دعوت به تشکیل جلسه عمومی می‌کند. اگر دیوان در نشست جلسه عمومی با اکثریت مطلق تصمیم به انتخاب معاون مدیر دفتر گرفت، مدیر دفتر فهرستی از نامزدها را به دیوان ارسال می‌کند.

۵- معاون مدیر دفتر [دیوان] نیز به همان روشی که مدیر دفتر در جلسه عمومی دیوان انتخاب می‌شود، انتخاب خواهد شد.

ماده ۱۳. وظایف مدیر دفتر

۱- بدون تضییع صلاحیت دفتر دادستانی طبق اساسنامه، در دریافت، کسب و تهیه اطلاعات و ایجاد مجاری ارتباطی برای این منظور، مدیر دفتر این مجاری ارتباطی دیوان را به کار می‌گیرد.

۲- همچنین مدیر دفتر مسئول امنیت داخلی دیوان در مشورت با هیأت رئیسه، دادستان و نیز کشور میزبان می‌باشد.

ماده ۱۴. نحوه فعالیت دفتر دیوان

۱- مدیر دفتر در ایفاء مسئولیت خود برای ساماندهی و مدیریت دفتر دیوان، مقرراتی در باب اداره و فعالیت دفتر مقرر می‌دارد و در تهیه و اصلاح این مقررات، با دادستان در موضوعاتی که بر نحوه فعالیت دفتر دادستانی تأثیر می‌گذارد، مشورت می‌نماید. این مقررات توسط هیأت رئیسه تصویب می‌شود.

۲- این مقررات برای وکلای مدافع، موجبات همکاری اداری مقتضی و معقول دفتر دیوان را فراهم خواهد آورد.

ماده ۱۵. پرونده‌ها

۱- مدیر دفتر، بانک اطلاعاتی حاوی جزئیات هر پرونده مطرح شده نزد دیوان را نگهداری می‌کند که این امر منوط به دستور قاضی یا شعبه به منظور عدم افشاء اسناد و اطلاعات و حفظ اطلاعات شخصی حساس، می‌باشد. اطلاعات در بانک اطلاعاتی و به زبان‌های کاری دیوان در دسترس عموم می‌باشد.

۲- همچنین مدیر دفتر سایر پرونده‌های دیوان را نگهداری می‌کند.

بند فرعی دو. واحد قربانیان و شهود

ماده ۱۶. مسئولیت‌های مدیر دفتر در رابطه با قربانیان و شهود

۱- مدیر دفتر در رابطه با قربانیان مسئول اجرای وظایف ذیل طبق اساسنامه و آیین دادرسی می‌باشد:

(الف) تهیه اطلاعیه و ابلاغیه برای قربانیان یا نمایندگان قانونی‌شان؛
(ب) مساعدت با آنان در برخورداری از مشاور حقوقی و سازماندهی نماینده‌های قانونی‌شان و برخوردار نمودن این نمایندگان از حمایت، مساعدت و اطلاعات کافی شامل تسهیلات ضروری در اجرای مستقیم وظایفشان، به هدف حمایت از حقوق قربانیان در مراحل مختلف رسیدگی طبق مواد ۸۹ تا ۹۱ [آیین دادرسی]؛

(ج) مساعدت به آنان به منظور شرکت در مراحل مختلف رسیدگی طبق مواد ۸۹ تا ۹۱ [آیین دادرسی]؛

(د) اتخاذ اقدامات مربوط به حساسیت‌های جنسیتی جهت تسهیل شرکت قربانیان خشونت‌های جنسی در تمام مراحل دادرسی.

۲- در رابطه با قربانیان، شاهدان و دیگر اشخاص که به علت ادای شهادت شهود در خطر هستند، مدیر دفتر مسئول اجرای وظایف ذیل طبق

اساسنامه و آیین دادرسی می‌باشد:

(الف) مطلع ساختن آنان از حقوقشان طبق اساسنامه و آیین دادرسی و [مطلع ساختن آنان] از وجود وظایف و دسترسی به واحد قربانیان و شهود؛
(ب) اطمینان از این امر که آنها در زمان مقتضی از احکام صادره دیوان که می‌تواند بر منافعشان تأثیر داشته باشد، مطلع شوند، که این امر با رعایت مقررات مربوط به محرمانه بودن [آن احکام] صورت می‌گیرد؛
۳- مدیر دفتر به منظور اجرای وظایفش می‌تواند دفتر ثبت ویژه‌ای را برای قربانیانی که قصدشان را برای مشارکت در رابطه با قضیه‌ای مشخص بیان داشته‌اند، نگهداری کند؛

۴- توافقات در خصوص تغییر مکان و تأمین خدمات حمایتی در سرزمین کشوری که قربانیان مورد تهدید و آزار قرار گرفته‌اند و شهود و دیگر کسانی که بعلت ادای شهادت شهود در خطر هستند، توسط مدیر دفتر و به نیابت از دیوان با دیگر کشورها. چنین توافقاتی محرمانه هستند.

ماده ۱۷. وظایف واحد

۱- واحد قربانیان و شهود وظایف خود را طبق بند ۶، ماده ۴۳ [اساسنامه]، انجام می‌دهد.

۲- همچنین، واحد قربانیان و شهود طبق اساسنامه و آیین دادرسی و با مشورت شعبه، دادستان و وکلای مدافع، وظایف ذیل را به طور مقتضی انجام می‌دهد:

(الف) در خصوص کلیه شهود و قربانیانی که نزد دیوان حاضر می‌شوند و دیگر کسانی که به علت ادای شهادت شهود طبق نیازها و شرایط خاصشان در خطر هستند؛

یک) تأمین اقدامات حفاظتی و امنیتی مناسب و ایجاد طرحهای

حمایتی کوتاه مدت و بلند مدت، برای حفاظت از آنان؛
(دو) توصیه به ارکان دیوان به منظور اتخاذ تدابیر حفاظتی و نیز مطلع
نمودن دولتهای موردنظر از چنین تدابیری؛
سه) مساعدت برای مراقبتهای پزشکی، روانی و دیگر کمک‌های
مناسب؛

چهار) فراهم نمودن زمینه آموزش برای دیوان و اعضای آن در
خصوص مسائل مربوط به صدمات روحی، خشونت جنسی، امنیت و
رازداری؛

پنج) مشورت با دفتر دادستانی، توصیه به تشریح مجموعه مقررات
رفتار شغلی، تأکید بر ماهیت حیاتی امنیت و رازداری بازپرسان دیوان و
وکلاى مدافع و کلیه سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی عمل‌کننده به
درخواست دیوان؛

شش) همکاری لازم با دولتها به منظور اتخاذ تدابیر مندرج در این
ماده.

(ب) در خصوص شهود:

یک) مطلع نمودن آنها در خصوص برخورداری از مشاوره حقوقی
به هدف حمایت از حقوقشان، بویژه در رابطه با ادای شهادت؛
(دو) مساعدت با آنان در مواقعی که برای ادای شهادت نزد دیوان فرا
خوانده می‌شوند؛

سه) اتخاذ تدابیری با توجه به حساسیت ناشی از جنسیت برای تسهیل
در ادای شهادت قربانیان خشونت جنسی در تمامی مراحل رسیدگی.

۳- واحد قربانیان و شهود در اجرای وظایفش توجه متناسب به
نیازهای خاص کودکان، افراد مسن و افراد معلول دارد. برای تسهیل در
مشارکت و حمایت از کودکان به عنوان شهود، به طور مقتضی، با توافق

والدین یا ولی قانونی، شخصی را به عنوان حامی کودک در مساعدت به او در تمامی مراحل رسیدگی منصوب می‌کند.

ماده ۱۸. مسؤولیت‌های واحد

واحد قربانیان و شهود به منظور اجرای کارآمد و مؤثر وظیفه‌اش:
(الف) تضمین می‌کند که کارکنان در واحد، در تمامی اوقات رازداری را حفظ می‌کنند؛

(ب) با در نظر گرفتن منافع خاص دفتر دادستانی، وکلای مدافع و شهود و احترام به منافع شهود، در جایی که ضروری است، با حفظ تفکیک مناسب، خدمات پیش‌بینی شده در تعقیب و دفاع از شهود را، در نظر می‌گیرد و در زمان همکاری با اعضاء طبق احکام و آرای شعب، بی طرف عمل می‌کند؛

(ج) مساعدت مناسب اداری و فنی قابل دسترس را برای شهود و قربانیانی که نزد دیوان برای ادای شهادت حاضرند و دیگر کسانی که به علت ادای شهادت شهود در خطر هستند، در طی تمامی مراحل رسیدگی و بعد از آن فراهم می‌نماید؛

(د) [زمینه] آموزش کارکنانش را برای رعایت امنیت، تمامیت و شأن قربانیان و شهود، از جمله موضوعات مربوط به جنسیت و حساسیتهای فرهنگی تضمین می‌نماید؛

(هـ) در موارد مقتضی با سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی همکاری می‌کند.

ماده ۱۹. تخصص در واحد

علاوه بر کارکنان مورد اشاره در بند ۶، ماده ۴۳ [اساسنامه]، و [با

رعایت] ماده ۴۴ [اساسنامه]، واحد قربانیان و شهود می‌تواند در صورت نیاز، متخصصانی در زمینه‌های ذیل به کار گیرد:

(الف) حفاظت و امنیت شهود؛

(ب) مسائل حقوقی و اداری، در زمینه‌های حقوق بشردوستانه و

حقوق جزا؛

(ج) مدیریت پشتیبانی؛

(د) جنبه‌های روانشناختی در دادرسی‌های کیفری؛

(هـ) تنوع جنسیتی و فرهنگی؛

(و) کودکان، بویژه کودکان صدمه دیده؛

(ز) افراد مسن، بویژه در ارتباط با تعارضات مسلحانه و صدمات

ناشی از تبعید؛

(ح) معلولین؛

(ط) فعالیت و مشاوره اجتماعی؛

(ی) مراقبت‌های بهداشتی؛

(ک) ترجمه.

بند فرعی سه. وکیل مدافع

ماده ۲۰. مسؤولیت‌های مدیر دفتر در خصوص حقوق دفاع

۱- طبق بند ۱، ماده ۴۳ [اساسنامه]، مدیر دفتر، کارکنان دفتر را به

طریقی سازماندهی می‌کند که حقوق دفاع را در ارتباط با اصل دادرسی عادلانه، به طوری که در اساسنامه تعریف شده، ارتقاء دهند. از جمله، برای آن هدف مدیر دفتر باید:

(الف) حفظ رازداری را، به طوری که در بند ۱ (ب)، ماده ۶۷

[اساسنامه]، تعریف شده، فراهم نماید؛

(ب) حمایت، مساعدت و اطلاعات را برای کل وکلای مدافع حاضر نزد دیوان به طور مناسب فراهم نموده و از کارآگاهان حرفه‌ای برای رفتار کارآمد و مؤثر دفاع، حمایت کند؛

(ج) به اشخاص بازداشت شده، افراد مشمول بند ۲، ماده ۵۵ [اساسنامه] و متهمین در برخورداری از مشاوره و معاضدت حقوقی مساعدت نماید؛

(د) در صورت لزوم دادستان و شعبات را در خصوص دفاع در مسائل مربوط راهنمایی کند؛

(هـ) عمل دفاع را با امکاناتی که ممکن است برای اجرای مستقیم وظیفه دفاع ضروری باشد، مهیا کند؛

(و) انتشار اطلاعات و تصمیمات قضایی دیوان را برای وکلای مدافع فراهم نماید، و در صورت مقتضی، با مؤسسات مشاوره‌ای و کانون وکلای ملی یا هر نهاد نمایندگی مستقل مشاوره‌ای [حقوقی] و مؤسسات حقوقی مورد اشاره در ماده فرعی ۳ [ذیل] به منظور ارتقاء تخصص و آموزش حقوقدانان در زمینه قوانین اساسنامه و آیین دادرسی همکاری نماید.

۲- مدیر دفتر، وظایف مصرح در ماده فرعی ۱ [فوق]، از جمله مدیریت مالی دفتر [دیوان] به روشی که استقلال شغلی وکیل مدافع را تضمین کند، انجام می‌دهد.

۳- برای اهدافی از قبیل مدیریت معاضدت حقوقی طبق ماده ۲۱ [آیین دادرسی]، توسعه مجموعه مقررات رفتار شغلی طبق ماده ۸ [آیین دادرسی]، در صورت مقتضی، مدیر دفتر با هر نهاد نمایندگی مستقل مشاوره‌ای [حقوقی] یا مؤسسات حقوقی و از جمله هر نهادی که توسط مجمع دولتهای عضو تأسیس می‌شود، مشورت می‌کند.

ماده ۲۱. تعیین مشاور حقوقی

۱- با رعایت بند ۲ (ج)، ماده ۵۵ [اساسنامه] و بند ۱ (د)، ماده ۶۷ [اساسنامه]، معیارها و آیین‌های تعیین مشاور حقوقی باید در مقررات [دیوان] که مبتنی بر پیشنهاد مدیر دفتر و متعاقب مشورت با هر نهاد نمایندگی مستقل مشاوره‌ای [حقوقی] یا مؤسسات حقوقی مورد اشاره در ماده فرعی ۳ ماده ۲۰ [آیین دادرسی] است، مقرر گردد.

۲- مدیر دفتر باید فهرستی از مشاوران [حقوقی] که دارای معیار پیش‌بینی شده در ماده ۲۲ [آیین دادرسی] و مقررات [دیوان] می‌باشند را تهیه و نگهداری کند. شخص ذینفع باید آزادانه از این فهرست مشاور خود را برگزیند یا مشاور دیگری را که دارای معیارهای مورد نظر بوده و تمایل دارد که نامش در این فهرست درج شود، انتخاب نماید.

۳- هر شخصی می‌تواند از هیأت رئیسه خواهان بررسی تصمیمی که منجر به رد درخواست انتصاب [وی به عنوان] مشاور شده، بشود. تصمیم هیأت رئیسه قطعی است. اگر درخواست شخص رد شود، وی می‌تواند درخواست دیگری که دال بر تغییر در شرایط است را به مدیر دفتر ارائه کند. ۴- شخصی که خود را نامزد [فهرست مورد نظر می‌نماید] بایستی کتباً و در اولین فرصت مدیر دفتر را از این [امر] مطلع سازد.

۵- در صورتی که شخصی ادعای عدم استطاعت [مالی] برای پرداخت [هزینه‌های] معاضدت حقوقی کند و [مشخص شود که] چنین چیزی صحت نداشته است، شعبه رسیدگی کننده به آن قضیه، می‌تواند دستور جبران هزینه مشاوره ارائه شده را صادر کند.

ماده ۲۲. انتصاب و صلاحیت‌های وکیل مدافع

۱- وکیل مدافع بایستی دارای صلاحیت شناخته شده در حقوق

بین الملل یا حقوق کیفری [بین المللی] و آیین دادرسی و نیز دارای دانش و تجربه لازم خواه به عنوان قاضی، دادستان، وکیل، و یا دارای توانایی‌های مشابه دیگر در رسیدگی‌های کیفری باشد. وی باید آشنایی و تسلط کامل بر حداقل یک زبان کاری دیوان داشته باشد. اشخاص دیگر همچون، اساتید حقوق با تخصص مربوط می‌توانند وکیل مدافع را در این امر یاری کنند.

۲- هر شخص که وکیل مدافع را برای بهره‌مندی از حقش طبق اساسنامه و برخورداری از مشاوره حقوقی استخدام می‌کند، باید اختیارات وکیل را در اولین فرصت به مدیر دفتر اعلام کند.

۳- وکلای مدافع در اجرای وظایفشان تابع اساسنامه، آیین دادرسی، مقررات [دیوان]، مجموعه مقررات رفتار شغلی برای مشاور [حقوقی] طبق ماده ۸ [آیین دادرسی] و هر سند دیگر مصوب دیوان که در ارتباط با اجرای وظایفشان است، می‌باشند.

بند چهار. وضعیت‌هایی که بر عملکرد دیوان تأثیر می‌گذارد

بند فرعی یک. عزل و تدابیر انضباطی

ماده ۲۳. اصل کلی

قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر و معاون مدیر دفتر با توجه به موارد و تضمین‌های مقرر در اساسنامه و آیین دادرسی عزل یا تابع تدابیر انضباطی می‌شوند.

ماده ۲۴. تعریف سوء رفتار شدید و قصور جدی در [انجام] وظایف

[محواله]

۱- از لحاظ بند ۱ (الف) ماده ۴۶ [اساسنامه]، «سوء رفتار شدید» رفتاری را دربر می‌گیرد که:

(الف) در جریان وظایف رسمی اتفاق بیفتد؛ در تعارض با وظایف رسمی باشد و مسبب یا ظاهراً باعث ایجاد لطمه جدی به اجرای کامل عدالت نزد دیوان یا عملکرد داخلی درست دیوان شود، [خطای] نظیر:

یک) فاش نمودن حقایق و اطلاعاتی که شخص در جریان انجام وظایفش یا در جریان رسیدگی قضایی به دست می‌آورد که چنین افشاگری‌ای لطمه جدی به رسیدگی قضایی یا به هر شخص دیگر می‌باشد؛

دو) پنهان کردن اطلاعات و وضعیت‌های مهمی که ماهیتاً به اندازه کافی جدی هستند تا وی را از انجام وظایف شغلی‌اش بازدارند؛

سه) سوءاستفاده از مقام قضایی برای گرفتن امتیاز ناروا از هر یک از مقامات، مسئولان و متخصصان؛ یا

(ب) اگر رفتاری خارج از جریان وظایف باشد و دارای اهمیت باشد به طوری که مسبب یا ظاهراً باعث ایجاد لطمه جدی به موقعیت دیوان شود.

۲- از لحاظ بند ۱ (الف)، ماده ۴۶ [اساسنامه]، «قصور جدی از وظایف» هنگامی است که شخص در انجام وظایفش سهل‌انگاری جدی کرده است یا عامدانه خلاف وظایف شغلی خود عمل نماید. این رفتار می‌تواند شامل وضعیت‌هایی باشد که شخص:

یک) در اجرای وظیفه درخواست برای معذوریت [از انجام وظیفه] با علم به این که مبنایی برای این کار وجود دارد، قصور ورزد؛

دو) مکرراً باعث تأخیر بی‌مورد در طرح دعوا، تعقیب یا رسیدگی به قضایا یا در اعمال اختیارات قضایی شود.

ماده ۲۵. تعریف خطا با ماهیت خفیف‌تر

۱- از لحاظ ماده ۴۷ [اساسنامه]، مفهوم «خطا با ماهیت خفیف‌تر» رفتاری را دربر می‌گیرد که:

(الف) اگر خطا در جریان وظایف رسمی اتفاق بیفتد، مسبب یا ظاهراً باعث ایجاد لطمه به اجرای کامل عدالت نزد دیوان یا عملکرد داخلی درست دیوان شود، [خطای] نظیر:

یک) دخالت در اعمال وظایف شخص مورد اشاره در ماده ۴۷ [اساسنامه]؛

دو) قصور مکرر در انجام یا نادیده گرفتن درخواستهای رئیس شعبه یا هیأت رئیسه در اجرای اختیارات قانونی‌شان؛

سه) قصور در اجرای تنبیهات انضباطی که مدیر دفتر [دیوان]، معاون مدیر دفتر و دیگر کارمندان دیوان مستوجب آن هستند، و این در مواقعی است که قاضی می‌داند یا احتمال دارد بداند که قصور جدی در انجام وظایف از ناحیه آنها بوده است؛ یا

(ب) اگر خطا در خارج از جریان وظایف رسمی اتفاق بیفتد، و مسبب یا ظاهراً باعث ایجاد لطمه به موقعیت دیوان شود.

۲- هیچ چیز در ماده حاضر، مانع امکان اجرای مقرر در ماده فرعی ۱ (الف) [فوق] در مورد وجود «سوء رفتار شدید» یا «قصور جدی در وظیفه» را از لحاظ بند ۱ (الف)، ماده ۴۶ [اساسنامه]، نمی‌شود.

ماده ۲۶. پذیرش شکایات

۱- از لحاظ بند ۱، ماده ۴۶ و ماده ۴۷ [اساسنامه]، هر شکایتی در مورد هر نوع رفتار تعریف شده، طبق مواد ۲۴ و ۲۵ [آیین دادرسی] باید شامل مبانی که بر آن مبتنی است، از جمله هویت شاکی در صورت وجود، و هر مدرک مرتبط، باشد. شکایت به صورت محرمانه باقی می‌ماند.

۲- تمامی شکایات به هیأت رئیسه ارسال می‌شود که می‌تواند بر اساس پیشنهاد آنها، رسیدگی آغاز شود و متعاقب مقررات [دیوان]

شکایات بی‌نام یا بی‌اساس کنار گذاشته می‌شود و سایر شکایات به رکن صلاحیتدار ارسال می‌گردد. یک یا چند قاضی منصوب، بر اساس دوره تناوبی خود کار طبق مقررات [دیوان]، هیأت رئیسه را در این وظیفه یاری می‌کنند.

ماده ۲۷. مقررات کلی در خصوص حقوق دفاع

- ۱- هنگامی که تصمیم به عزل کسی از وظایفش بر اساس ماده ۴۶ [اساسنامه]، یا تصمیم به تنبیهات انضباطی طبق ماده ۴۷ [اساسنامه]، گرفته می‌شود، به شخص مورد نظر به صورت کتبی اطلاع داده می‌شود.
- ۲- شخص مورد نظر فرصت کافی برای ارائه و دریافت ادله، ارسال لایحه و تهیه پاسخ برای هر سؤالی که از وی می‌شود، خواهد داشت.
- ۳- شخص مورد نظر می‌تواند از [خدمات] مشاوره در اثنای فرایند رسیدگی طبق این مقرره بهره‌مند شود.

ماده ۲۸. تعلیق از خدمت

هنگامی که ادعاهای علیه کسی که موضوع شکایت است، به اندازه کافی ماهیت جدی دارد، شخص موردنظر از انجام وظایف با رأی قطعی رکن صلاحیتدار، معلق می‌شود.

ماده ۲۹. شیوه کار در صورت درخواست عزل از تصدی

- ۱- در مورد عزل قاضی، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر، این مسأله باید در جلسه عمومی به رأی‌گیری گذارده شود.
- ۲- هیأت رئیسه، هر پیشنهادی در مورد قاضی، یا هر تصمیم اتخاذ شده درخصوص مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر را به صورت کتبی به رئیس

دفتر مجمع دولتهای عضو اطلاع می‌دهد.

۳- دادستان هر پیشنهادی را که وی در مورد معاون خویش بیان می‌دارد به صورت کتبی به اطلاع رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو می‌رساند.
۴- هنگامی که رفتار شامل سوء رفتار شدید و قصور جدی در انجام وظایف محوله نشود، طبق ماده ۴۷ [اساسنامه]، تصمیم گرفته می‌شود که شخص مورد نظر مرتکب خطا با ماهیت خفیف‌تر با تحمیل تنبیهاتی انضباطی، شده است.

ماده ۳۰- شیوه کار در صورت درخواست تنبیهات انضباطی

۱- در مورد قاضی، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر، هر تصمیمی برای اعمال تنبیه انضباطی، از سوی هیأت رئیسه اتخاذ می‌گردد.
۲- در مورد دادستان، تصمیم برای اعمال تنبیه انضباطی، از سوی اکثریت مطلق مجمع دولتهای عضو اتخاذ می‌گردد.

۳- در مورد معاون دادستان:

(الف) هر تصمیمی در خصوص توبیخ [معاون] توسط دادستان صورت می‌گیرد.

(ب) هر تصمیمی برای تحمیل جریمه نقدی با پیشنهاد دادستان و با رأی اکثریت مطلق دفتر مجمع دولتهای عضو صورت می‌گیرد.

۴- توبیخ‌ها باید به صورت کتبی ثبت شوند و برای رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو ارسال گردد.

ماده ۳۱. عزل از تصدی

به محض این که [حکم] عزل اعلام شود، فوراً نافذ خواهد بود و شخص موردنظر بایستی از انجام کارهای دیوان دست بکشد که این [امر]

شامل پرونده‌های ناتمام که وی در آن مشارکت دارد می‌شود.

ماده ۳۲. تنبیهات انضباطی

تنبیهات انضباطی که می‌تواند تحمیل شود، به قرار ذیل می‌باشد:

(الف) توبیخ؛ یا

(ب) جریمه نقدی، که [مبلغ آن] نباید بیش از شش ماه از حقوق

پرداختی دیوان به شخص موردنظر باشد.

بند فرعی دو. معذوریت، عدم صلاحیت، فوت و استعفاء

ماده ۳۳. معذوریت قاضی، دادستان یا معاون دادستان

۱- هنگامی که قاضی، دادستان یا معاون دادستان در صدد [بیان]

معذوریت نسبت به [انجام] وظایفش باشد باید به صورت کتبی درخواستی شامل دلایلی که وی بر اساس آن باید معاف شود، به هیأت رئیسه، ارائه نماید.

۲- هیأت رئیسه باید درخواست را به صورت محرمانه حفظ نماید و

دلایل تصمیمش را بدون رضایت شخص مورد نظر منتشر نکند.

ماده ۳۴. عدم صلاحیت قاضی، دادستان یا معاون دادستان

۱- علاوه بر دلایل مقرر شده در بند ۲، ماده ۴۱ [اساسنامه] و بند ۷،

ماده ۴۲ [اساسنامه]، مبانی عدم صلاحیت قاضی، دادستان یا معاون دادستان به قرار ذیل می‌باشد:

(الف) [وجود] منافع شخصی در قضیه‌ای، از جمله [حضور] همسر،

والدین یا یکی از اعضای نزدیک خانواده وی، یا وجود رابطه شخصی و شغلی یا هر نوع وابستگی با اعضای حاضر در قضیه؛

(ب) مشارکت در هر رسیدگی حقوقی مطرح شده که وی قبلاً در آن قضیه حضور داشته، یا بعداً توسط وی مطرح شود که در آن قضایا شخص مورد تحقیق یا پیگرد طرف مقابل دعوا بوده یا می‌باشد؛

(ج) قبل از انجام وظیفه در این مقام، وی در اجرای وظایفی بوده که طی آن دیدگاهی را در قضیه مورد بحث نسبت به طرفین یا نسبت به نمایندگان قانونی‌شان داشته است که به طور قطع بر بی‌طرفی وی [در قضیه] تأثیر می‌گذارد؛

(د) بیان دیدگاهها، از طریق رسانه‌های همگانی، به صورت کتبی یا در اقدام عمومی، که به طور قطع بر بی‌طرفی وی [در قضیه] تأثیر می‌گذارد.

۲- با رعایت مقررات پیش‌بینی شده در بند ۲، ماده ۴۱ [اساسنامه] و بند ۸، ماده ۴۲ [اساسنامه] درخواست عدم صلاحیت باید به صورت کتبی باشد که در آن، اطلاعات در خصوص مبانی این درخواست وجود دارد. این درخواست باید مبانی را بیان کند و هرگونه مدارک مربوطه پیوست باشد و برای شخص مورد نظر که حق ارائه لوایح کتبی را دارد، ارسال شود.

۳- هر مسأله‌ای که در مورد عدم صلاحیت دادستان یا معاون دادستان باشد با تصمیم اکثریت قضات شعبه تجدیدنظر خواهد بود.

ماده ۳۵. وظیفه قاضی، دادستان یا معاون دادستان در خصوص

درخواست معافیت [از انجام کار]

در صورتی که قاضی، دادستان یا معاون دادستان دلیلی دارد که می‌تواند مبنایی برای عدم صلاحیتش در رابطه با [قضیه] باشد، باید درخواستی برای این مسأله ارائه نماید و نباید در انتظار درخواست عدم صلاحیت مقرر شده طبق بند ۲، ماده ۴۱ [اساسنامه]، یا بند ۷، ماده ۴۲ [اساسنامه]، و ماده ۳۴ [آیین دادرسی]، باشد. درخواست ارائه شده توسط

هیأت رئیسه بر اساس ماده ۳۳ [آیین دادرسی]، بررسی می‌شود.

ماده ۳۶. فوت قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون

مدیر دفتر

هیأت رئیسه، فوت قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر، را به صورت کتبی به اطلاع رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو می‌رساند.

ماده ۳۷. استعفاء قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون

مدیر دفتر

۱- قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر، تصمیم به استعفای خود را باید به صورت کتبی به اطلاع هیأت رئیسه برسانند. هیأت رئیسه به صورت کتبی رئیس دفتر مجمع دولتهای عضو را [از این امر] مطلع می‌نماید.

۲- قاضی، دادستان، معاون دادستان، مدیر دفتر یا معاون مدیر دفتر باید سعی کنند [درخواست خود را] حداقل شش ماه قبل از تاریخی که استعفایشان دارای اثر می‌شود، اعلام نمایند. قبل از این که [درخواست] استعفاء قاضی دارای اثر شود، وی باید تمامی مسؤولیتها را به پایان برساند.

بند فرعی سه. جایگزینی‌ها و قضات جانشین

ماده ۳۸. جایگزینی‌ها

۱- قاضی را می‌توان به دلایل عینی و موجه جایگزین کرد، از جمله:

(الف) استعفاء؛

(ب) عذر موجه؛

(ج) عدم صلاحیت؛

(د) عزل از تصدی؛

(هـ) فوت.

۲- جایگزینی بر اساس آیین مقرر شده در اساسنامه، آیین دادرسی و مقررات [دیوان] صورت می گیرد.

ماده ۳۹. قضاات علی البدل

طبق بند ۱، ماده ۷۴ [اساسنامه]، هنگامی که قاضی علی البدل توسط هیأت رئیسه برای شعبه مقدماتی منصوب می شود می بایست در تمام مراحل رسیدگی و شور حضور داشته باشد، اما وی نمی تواند هیچ کدام از وظایف اعضای شعبه مقدماتی رسیدگی کننده به قضیه را انجام دهد و اظهار نظر نماید مگر این که جانشین عضو شعبه مقدماتی شود و این در صورتی است که عضو [اصلی] قادر به حضور در جلسات نباشد. قاضی علی البدل بر اساس آیین مقرر شده از سوی دیوان منصوب می گردد.

بند پنج. انتشارات، زبانها و ترجمه

ماده ۴۰. انتشار تصمیمات به زبانهای رسمی دیوان

۱- از لحاظ بند ۱، ماده ۵۰ [اساسنامه]، تصمیمات ذیل به عنوان حل و فصل کننده مسائل اساسی، مورد توجه قرار می گیرند:

(الف) تمامی تصمیمات شعبه تجدیدنظر؛

(ب) تمامی تصمیمات دیوان راجع به صلاحیتش و قابلیت استماع

دعوا طبق مواد ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۲۰ [اساسنامه]؛

(ج) تمامی تصمیمات شعبه بدوی در رابطه با گناهکار یا بی گناه،

مجازات و جبران خسارت قربانیان طبق مواد ۷۴، ۷۵ و ۷۶ [اساسنامه]؛

(د) تمامی تصمیمات شعبه مقدماتی طبق بند ۳ (د)، ماده ۵۷ [اساسنامه].

۲- تصمیمات در خصوص تأیید اتهامات، طبق بند ۷، ماده ۶۱ [اساسنامه]، و در خصوص جرائم علیه اجرای عدالت، طبق بند ۳، ماده ۷۰ [اساسنامه]، به کلیه زبان‌های رسمی دیوان منتشر می‌گردد. [و این] در صورتی [است که] هیأت رئیسه تعیین کند، این تصمیمات مسائل اساسی را حل و فصل می‌کند.

۳- زمانی که تصمیماتی مربوط به مسائل مهم در رابطه با تفسیر یا اجرای اساسنامه یا مربوط به مسائل مهم منافع عام باشد، هیأت رئیسه می‌تواند تصمیم به انتشار چنین تصمیماتی به کلیه زبان‌ها بگیرد.

ماده ۴۱. زبان‌های کاری دیوان

۱- از لحاظ بند ۲، ماده ۵۰ [اساسنامه]، هیأت رئیسه اجازه استفاده از یک زبان رسمی را به عنوان زبان کاری می‌دهد، هنگامی که:
(الف) این زبان بوسیله اکثریت افراد درگیر در قضیه‌ای نزد دیوان یا هر یک از مشارکت‌کنندگان در رسیدگی که آن را درخواست می‌نمایند، فهمیده یا صحبت شود؛ یا
(ب) دادستان و وکیل مدافع آن را درخواست نمایند.

۲- هیأت رئیسه می‌تواند اجازه استفاده از هر زبان رسمی دیوان را به عنوان زبان کاری دیوان بدهد و این در صورتی است که دیوان تشخیص دهد که آن زبان کارآیی رسیدگی را تسهیل می‌بخشد.

ماده ۴۲. خدمات ترجمه

دیوان باید خدمات ترجمه‌های کتبی و شفاهی لازم را به منظور

تضمین اجرای تعهداتش طبق اساسنامه و آیین دادرسی فراهم نماید.

ماده ۴۳. آیین قابل اعمال در انتشار اسناد دیوان

دیوان باید تضمین کند که در انتشار کلیه اسناد طبق اساسنامه و آیین دادرسی، وظیفه حفظ امانت داری جریان رسیدگی و امنیت قربانیان و شهود را رعایت می‌کند.

فصل ۳. صلاحیت و قابلیت استماع

بند یک. اعلامیه‌ها و ارجاعات مربوط به مواد ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴ [اساسنامه]

ماده ۴۴. اعلامیه پیش‌بینی شده در بند ۳، ماده ۱۲ [اساسنامه]

۱- بنا به تقاضای دادستان، مدیر دفتر به طور محرمانه می‌تواند از دولتی که عضو اساسنامه نیست یا بعد از لازم‌الاجرا شدن عضو شده است، سؤال نماید که آیا قصد صدور اعلامیه پیش‌بینی شده در بند ۳، ماده ۱۲ [اساسنامه]، را دارد.

۲- زمانی که دولتی مطابق بند ۳، ماده ۱۲ [اساسنامه]، اعلامیه‌ای به مدیر دفتر تسلیم می‌کند یا قصدش را برای تسلیم اعلام می‌کند، یا وقتی که مدیر دفتر بنا بر ماده فرعی ۱ [فوق]، عمل می‌کند، به دولت مربوط اطلاع می‌دهد که این اعلامیه طبق بند ۳، ماده ۱۲ [اساسنامه]، دارای اثر پذیرش صلاحیت نسبت به جرائم مورد اشاره در ماده ۵ [اساسنامه]، و مقررات بخش نهم [اساسنامه]، می‌باشد و هر یک از مقررات ذیل آن نسبت به دولتهای عضو، اعمال می‌شود.

ماده ۴۵. ارجاع وضعیتی به دادستان
ارجاع وضعیتی به دادستان باید به صورت کتبی باشد.

بند ۲. شروع تحقیقات طبق ماده ۱۵ [اساسنامه]
ماده ۴۶. اطلاعات تهیه شده برای دادستان طبق بندهای ۱ و ۲، ماده ۱۵
[اساسنامه]

در صورتی که، طبق بند ۱، ماده ۱۵ [اساسنامه]، اطلاعاتی [به دادستان]
ارائه شود یا این که طبق بند ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]، وی در مقر دیوان،
شهادت کتبی یا شفاهی دریافت نماید، باید امانت داری را در خصوص
چنین اطلاعات و شهادتی رعایت کند یا متعاقب وظایفش طبق اساسنامه،
تدابیر ضروری دیگری اتخاذ نماید.

ماده ۴۷. ادای شهادت طبق بند ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]
۱- مقررات مواد ۱۱۱ و ۱۱۲ [آیین دادرسی]، باید با تغییرات لازم،^۲
برای شهادتی که دادستان متعاقب بند ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]، دریافت
می نماید، اعمال شود.
۲- در صورتی که دادستان گمان کند که خطر جدی وجود دارد که
بعداً امکان ادای شهادت ممکن نیست، می تواند از شعبه مقدماتی تقاضای اتخاذ
تدابیری برای تأمین کارآیی، درستی رسیدگی و بویژه برای نصب وکیل یا
قاضی از شعبه بدوی برای حضور در طول [زمان] ادای شهادت که برای حفظ
حقوق دفاع ضروری است، بنماید. چنانچه ادای شهادت بعداً در [جلسات]
رسیدگی صورت گیرد، بند ۴ ماده ۶۹ [اساسنامه] حاکم بر قابلیت استماع
آن [ادای شهادت] می باشد و تعیین ارزش [شهادت] با شعبه مربوط است.

2. mutatis mutandis.

ماده ۴۸. تعیین مبنای معقول برای ادامه تحقیق طبق بند ۳، ماده ۱۵

[اساسنامه]

در تعیین این که آیا مبنای معقولی برای ادامه تحقیق طبق بند ۳، ماده ۱۵ وجود دارد، دادستان باید عوامل بیان شده در بند ۱ (الف) تا (ج)، ماده ۵۳ [اساسنامه]، را در نظر بگیرد.

ماده ۴۹. تصمیم و اطلاعیه طبق بند ۶، ماده ۱۵ [اساسنامه]

۱- در صورتی که تصمیمی طبق بند ۶، ماده ۱۵ [اساسنامه]، اتخاذ شود، دادستان باید فوراً تضمین کند که اطلاعیه متضمن دلایل تصمیمش به روشی تهیه می‌شود که از هرگونه خطر برای امنیت، سلامتی و امور خصوصی کسانی که اطلاعات را برای وی طبق بندهای ۱ و ۲، ماده ۱۵ [اساسنامه]، فراهم نمودند یا [برای] درستی تحقیقات یا [جلسات] رسیدگی جلوگیری می‌کند.

۲- همچنین، اطلاعیه از امکان ارسال اطلاعات بیشتر درباره همان وضعیت در پرتو حقایق و ادله جدید اطلاع می‌دهد.

ماده ۵۰. آیین تجویز شروع به تحقیق از سوی شعبه مقدماتی

۱- هنگامی که دادستان قصد تقاضای مجوز از شعبه مقدماتی به منظور شروع به تحقیق مطابق بند ۳، ماده ۱۵ [اساسنامه]، را دارد، باید به قربانیان، که برای او یا برای واحد قربانیان و شهود شناخته شده‌اند، یا به نمایندگان قانونی‌شان اطلاع دهد، و گرنه در صورت تصمیم دادستان به انجام چنین کاری [بدون مطلع ساختن افراد فوق]، ممکن است خطری برای درستی تحقیق یا برای زندگی و سلامتی قربانیان و شهود بوجود آید. همچنین، اگر وی در شرایط خاص قضیه تشخیص دهد که دادن چنین اطلاعیه‌ای خطری

را برای درستی و عمل مؤثر تحقیق یا برای امنیت و سلامتی قربانیان و شهود بوجود نمی‌آورد می‌تواند از طرق عمومی برای دسترسی به گروه‌های قربانیان اطلاعیه بدهد. در اجرای این وظایف، دادستان می‌تواند از واحد قربانیان و شهود به طور مقتضی تقاضای مساعدت نماید.

۲- درخواست دادستان برای صدور مجوز باید به صورت کتبی باشد.

۳- متعاقب اطلاعات ارائه شده طبق ماده فرعی ۱ [فوق]، قربانیان می‌توانند به صورت کتبی اظهاراتی را در ظرف زمان محدود مطرح شده در مقررات [دیوان] به شعبه مقدماتی تسلیم کنند.

۴- شعبه مقدماتی، در تصمیم در خصوص آیین دنبال شده، می‌تواند درخواست اطلاعات بیشتر از دادستان یا از هر یک از قربانیان که اظهاراتی را بیان داشته است، بنماید و در صورتی که شعبه اطلاعات را کافی دانست می‌تواند تشکیل جلسه دهد.

۵- شعبه مقدماتی حکمش را به انضمام دلایلش نسبت به تجویز شروع به تحقیق مطابق بند ۴، ماده ۱۵ [اساسنامه]، در خصوص تمامی یا بخشی از درخواست دادستان صادر می‌کند. همچنین شعبه حکم را به اطلاع قربانیانی که اظهاراتی را مطرح کرده‌اند، می‌رساند.

۶- همچنین آیین بالا نسبت به درخواست جدید از شعبه مقدماتی مطابق بند ۵ ماده ۱۵ [اساسنامه]، اعمال می‌شود.

بند ۳. ایرادات و احکام مقدماتی طبق مواد ۱۷، ۱۸ و ۱۹ [اساسنامه]

ماده ۵۱. اطلاعات تهیه شده طبق ماده ۱۷ [اساسنامه]

در بررسی موضوعات مورد اشاره در بند ۲، ماده ۱۷ [اساسنامه]، و در زمینه اوضاع و احوال قضیه، دیوان می‌تواند از جمله اطلاعاتی را بررسی کند که دولت مورد اشاره در بند ۱، ماده ۱۷ [اساسنامه]، [براساس آن] توجه

دیوان را به این امر معطوف می‌کند و نشان می‌دهد که دادگاههای [داخلی‌اش] هنجارها و معیارهای شناخته شده بین‌المللی را برای تعقیب مستقل و بی‌طرف اداره [امور] مشابه رعایت می‌کنند یا آن که آن دولت به صورت کتبی برای دادستان تأیید کرده است که آن قضیه در حال تحقیق و پیگیری می‌باشد.

ماده ۵۲. اعلامیه پیش‌بینی شده در بند ۱، ماده ۱۸ [اساسنامه]

۱- مشروط به محدودیت‌های پیش‌بینی شده در بند ۱، ماده ۱۸ [اساسنامه]، اعلامیه شامل اطلاعاتی درباره اقداماتی است که جرائم مورد اشاره در ماده ۵ [اساسنامه]، مرتبط با اهداف بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، را تشکیل می‌دهد.

۲- هر دولتی می‌تواند از دادستان اطلاعات بیشتری را به منظور مساعدت به آن دولت در اعمال بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، درخواست نماید. چنین درخواستی نباید بر یک ماه مدت محدود مقرر شده در بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، اثر بگذارد و دادستان باید در اسرع وقت به آن درخواست پاسخ دهد.

ماده ۵۳. تعویق پیش‌بینی شده در بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

زمانی که دولتی مطابق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، درخواست تعویق می‌کند، آن دولت باید این درخواست را به صورت کتبی ارائه دهد و اطلاعات مربوط به تحقیقاتش را با لحاظ بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، فراهم نماید. دادستان می‌تواند درخواست اطلاعات بیشتر از آن دولت نماید.

ماده ۵۴. درخواست دادستان طبق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

- ۱- درخواست ارسالی دادستان به شعبه مقدماتی مطابق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، باید به صورت کتبی باشد و شامل مبنای درخواست باشد. اطلاعات فراهم شده آن دولت طبق ماده ۵۳ [آیین دادرسی]، باید توسط دادستان به اطلاع شعبه مقدماتی برسد.
- ۲- هنگامی که دادستان درخواستی را مطابق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، به شعبه مقدماتی ارائه می‌کند، باید به صورت کتبی آن دولت را از آن درخواست مطلع کند و درخواست باید شامل اطلاعات مختصری از مبنای درخواست باشد.

ماده ۵۵. رسیدگی در خصوص بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]

- ۱- شعبه مقدماتی باید در خصوص آیین رسیدگی که دنبال می‌کند، تصمیم بگیرد و تدابیر مقتضی را برای اجرای صحیح رسیدگی اتخاذ نماید [و نیز] می‌تواند جلسه رسیدگی تشکیل دهد.
- ۲- شعبه مقدماتی باید درخواست دادستان و اظهارات ارسال شده از سوی هر دولتی که تقاضای تعویق طبق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، کرده را بررسی نماید و عوامل [مصرح] در ماده ۱۷ [اساسنامه]، در خصوص تصمیم‌گیری [این مسأله] که مجوز تحقیق صادر کند یا [خیر]، را مورد توجه قرار دهد.
- ۳- حکم و مبنای حکم شعبه مقدماتی باید در حداقل زمان به دادستان و دولت درخواست‌کننده تعویق تحقیق، ابلاغ شود.

ماده ۵۶. درخواست دادستان متعاقب تجدید نظر طبق بند ۳، ماده ۱۸

[اساسنامه]

- ۱- متعاقب تجدید نظر دادستان مندرج در بند ۳، ماده ۱۸ [اساسنامه]، وی می تواند از شعبه مقدماتی برای صدور مجوز [شروع به تحقیق] مطابق بند ۲، ماده ۱۸ [اساسنامه]، درخواست نماید. درخواست از شعبه مقدماتی باید کتبی و شامل مبنای درخواست باشد.
- ۲- هرگونه اطلاعات اضافی که آن دولت طبق بند ۵، ماده ۱۸ [اساسنامه] تهیه کرده است، توسط دادستان به شعبه مقدماتی ارسال می شود.
- ۳- [جلسات] رسیدگی باید مطابق بند فرعی ۲، ماده ۵۴ و ماده ۵۵ [آیین دادرسی]، صورت گیرد.

ماده ۵۷. اقدامات موقت طبق بند ۶، ماده ۱۸ [اساسنامه]

- درخواست دادستان از شعبه مقدماتی در شرایط مقرر در بند ۶، ماده ۱۸ [اساسنامه]، باید به صورت منحصر و غیرعلنی بررسی شود. شعبه مقدماتی باید در خصوص آن درخواست فوراً حکم کند.

ماده ۵۸. رسیدگی طبق ماده ۱۹ [اساسنامه]

- ۱- تقاضا یا درخواست تنظیم شده طبق ماده ۱۹ [اساسنامه]، باید کتبی و شامل مبنای درخواست باشد.
- ۲- هنگامی که شعبه ای تقاضا یا درخواست ناشی از جرح یا مسأله ای درخصوص صلاحیت یا قابلیت استماع قضیه ای را مطابق بند ۲ یا ۳، ماده ۱۹ [اساسنامه]، دریافت می کند، یا بر اساس پیشنهاد خودش که در بند ۱ ماده ۱۹ [اساسنامه] مقرر شده، اقدام می نماید، باید براساس آیینی که دنبال می کند، تصمیم بگیرد و می تواند تدابیر مقتضی به منظور اجرای صحیح

رسیدگی اتخاذ نماید. شعبه می‌تواند جلسه رسیدگی تشکیل دهد. شعبه می‌تواند این ایراد یا مسأله را به [جلسه] تأیید [اتهامات] یا به جلسه رسیدگی که نباید بدون دلیل تأخیر داشته باشد، متصل کند و باید در این شرایط رسیدگی کند و بر اساس آن ایراد و مسأله تصمیم بگیرد.

۳- دیوان باید تقاضا یا درخواست دریافتی را طبق ماده فرعی ۲ [فوق] برای دادستان و اشخاص مورد اشاره در بند ۲، ماده ۱۹ [اساسنامه]، که تسلیم دیوان شده‌اند یا داوطلبانه یا متعاقب احضاریه‌ای حاضر شده‌اند ارسال کند و باید به آنها اجازه ارائه اظهاریه کتبی در ارتباط با آن تقاضا یا درخواست در ظرف مدت زمان تعیین شده توسط آن شعبه را بدهد.

۴- دیوان باید ابتدا بر اساس هرگونه ایراد یا مسأله‌ای در خصوص صلاحیت و سپس در خصوص قابلیت استماع حکم کند.

ماده ۵۹. مشارکت در رسیدگی طبق بند ۳، ماده ۱۹ [اساسنامه]

۱- از لحاظ بند ۳، ماده ۱۹ [اساسنامه]، مدیر دفتر باید هر مسأله یا ایراد به صلاحیت یا قابلیت استماع که متعاقب بند ۱ و ۲ و ۳، ماده ۱۹ [اساسنامه]، ایجاد شده است را به افراد ذیل اطلاع دهد:

(الف) آنهایی که به موجب ماده ۱۳ [اساسنامه]، وضعیتی را به [دیوان] ارجاع داده‌اند؛

(ب) قربانیان یا نمایندگان قانونی‌شان که قبلاً در رابطه با آن قضیه [نظریات خود] را به دیوان تسلیم نموده‌اند.

۲- مدیر دفتر باید موارد مورد اشاره در ماده فرعی ۱ [فوق] را به روشی مطابق با وظیفه دیوان در خصوص امانت‌داری اطلاعات، حمایت از اشخاص و حفظ مدارک، به همراه خلاصه‌ای از مبانی که بر اساس آن صلاحیت دیوان یا قابلیت استماع قضیه مورد ایراد قرار گرفته است مهیا کند.

۳- اطلاعات دریافتی مقرر در ماده فرعی ۱ [فوق]، می‌تواند به صورت کتبی به شعبه صلاحیتدار در ظرف زمان محدود که آن دادگاه مناسب تشخیص می‌دهد، ارائه شود.

ماده ۶۰. رکن صلاحیتدار برای پذیرش ایرادات

چنانچه ایرادی به صلاحیت دیوان یا به قابلیت استماع قضیه‌ای بعد از تأیید اتهامات اما قبل از تأسیس و اختصاص شعبه بدوی مطرح شود، باید به هیأت رئیسه ارسال گردد که مسأله را هر چه زودتر بعد از تأسیس یا اختصاص شعبه بدوی مطابق ماده ۱۳۰ [آیین دادرسی]، به آن ارجاع دهد.

ماده ۶۱. اقدامات موقت طبق بند ۸، ماده ۱۹ [اساسنامه]

در صورتی که دادستان درخواستی را به شعبه صلاحیتدار با توجه به شرایط مقرر در بند ۸، ماده ۱۹ [اساسنامه]، مطرح کند، ماده ۵۷ [آیین دادرسی]، باید اعمال شود.

ماده ۶۲. رسیدگی طبق بند ۱۰، ماده ۱۹ [اساسنامه]

۱- چنانچه دادستان درخواستی را طبق بند ۱۰، ماده ۱۹ [اساسنامه]، مطرح کند وی باید درخواستی به آن شعبه برای صدور حکم در خصوص قابلیت استماع تسلیم کند. مقررات مواد ۵۸، ۵۹ و ۶۱ [آیین دادرسی]، قابل اعمال می‌باشد.

۲- دولت یا دولتهایی که به قابلیت استماع طبق بند ۲، ماده ۱۹ [اساسنامه]، اعتراض می‌کنند و به حکم عدم قابلیت استماع مقرر در بند ۱۰، ماده ۱۹ [اساسنامه]، استناد کرده‌اند، باید از درخواست دادستان مطلع شوند و به آنها زمان محدودی فرصت داده شود تا در آن مدت، اظهارات خود را

تسلیم کنند.

فصل ۴. مقررات مربوط به مراحل مختلف رسیدگی

بند یک. ادله

ماده ۶۳. مقررات کلی مربوط به ادله

- ۱- مواد ادله مقرر شده در این فصل، در کنار ماده ۶۹ [اساسنامه]، در جریان رسیدگی نزد کلیه شعب اعمال می‌شود.
- ۲- هر شعبه‌ای مطابق اختیارات توصیف شده در بند ۹، ماده ۶۴ [اساسنامه]، صلاحیت دستیابی آزادانه به کلیه ادله تسلیم شده برای تعیین ارتباط و قابلیت استماع مطابق ماده ۶۹ [اساسنامه]، را دارد.
- ۳- هر شعبه‌ای بنا به درخواست یکی از طرفین یا به ابتکار خود طبق بند ۹ (الف)، ماده ۶۴ [اساسنامه]، در خصوص قابلیت استماع که مبتنی بر ادله پیش‌بینی شده در بند ۷، ماده ۶۹ است، حکم می‌دهد.
- ۴- بدون لطمه زدن به بند ۳، ماده ۶۶ [اساسنامه]، شعبه الزام حقوقی ارائه ادله مؤید برای اثبات هر جرمی که در صلاحیت دیوان می‌باشد را تحمیل نمی‌کند بویژه در جرایم خشونت جنسی.
- ۵- شعب، قوانین ملی حاکم بر ادله، متفاوت از آنچه مطابق با ماده ۲۱ [اساسنامه] می‌باشد، را اعمال نمی‌کنند.

ماده ۶۴. آیین مربوط به ارتباط یا قابلیت استماع ادله

- ۱- هر مسأله مربوط به ارتباط یا قابلیت استماع در زمانی باید مطرح شود که ادله به شعبه تسلیم می‌شود. استثنائاً، هنگامی که شعبه از آن مسائل در زمانی که ادله تسلیم شد، آگاه نبود ارتباط یا قابلیت استماع فوراً بعد از

این که از مسأله آگاه شد، مطرح می‌شود. شعبه می‌تواند درخواست کند که مسأله به صورت کتبی مطرح شود. پیشنهاد دیوان به همه آنهایی که در جریان رسیدگی شرکت می‌کنند، ابلاغ می‌شود، مگر این که دیوان تصمیم دیگری اتخاذ نماید.

۲- هر شعبه‌ای دلایلی را برای احکامی که بر اساس موضوعات مستند مطرح می‌کند، ارائه می‌دهد. اگر این مستندات تاکنون در پرونده، در طول جریان رسیدگی مطابق بند ۱۰، ماده ۶۴ [اساسنامه]، و ماده فرعی ۱، ماده ۱۳۷ [آیین دادرسی]، درج نشده است، آنها را در سابقه رسیدگی قرار می‌دهد.

۳- ادله مطرح شده غیر مرتبط یا غیر قابل استماع از سوی شعبه مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.

ماده ۶۵. اجباری بودن ادای شهادت

۱- شاهدی که نزد دیوان حاضر می‌شود، توسط دیوان برای ادای شهادت مجبور می‌شود، مگر این که در اساسنامه و آیین دادرسی، بویژه مواد ۷۳، ۷۴ و ۷۵ [آیین دادرسی]، طور دیگری مقرر شده باشد.

۲- ماده ۱۷۱ [آیین دادرسی]، نسبت به شاهد حاضر نزد دیوان که مجبور به ادای شهادت طبق ماده فرعی [فوق] است، اعمال می‌شود.

ماده ۶۶. تعهد رسمی

۱- به استثنای مورد توصیف شده در ماده فرعی ۲ [ذیل]، هر شاهدی مطابق بند ۱، ماده ۶۹ [اساسنامه]، قبل از ادای شهادت تعهد رسمی ذیل را بر عهده می‌گیرد:

«من رسماً اعلام می‌دارم که حقیقت را بگویم، تمام حقیقت و نه چیز دیگر جز حقیقت».

۲- به هر شخص زیر ۱۸ سال یا هر شخص که از حکمش به وی آسیب وارد شده است و کسی که به نظر شعبه، ماهیت تعهد رسمی را نمی‌فهمد، بدون تعهد رسمی اجازه ادای شهادت داده می‌شود و [این امر] در صورتی است که شعبه تشخیص دهد که شخص قادر به بیان موضوعاتی که به آنها علم دارد، می‌باشد و این که شخص مفهوم وظیفه بیان حقیقت را می‌فهمد.

۳- قبل از ادای شهادت، شاهد از جرم تعریف شده در بند ۱ (الف)، ماده ۷۰ [اساسنامه]، مطلع می‌گردد.

ماده ۶۷. شهادت زنده از طریق ارتباط فناوری سمعی یا بصری

۱- شعبه، مطابق بند ۲، ماده ۶۹ [اساسنامه]، به شاهد اجازه ادای شهادت شفاهی نزد شعبه از طریق فناوری سمعی یا بصری می‌دهد، به شرطی که چنین فناوری امکان پرسش از شاهد را در زمان ادای شهادت به دادستان، وکیل مدافع و خود شعبه بدهد.

۲- بازجویی از شاهد طبق این ماده، مطابق با مواد مربوط در این فصل انجام می‌گیرد.

۳- با مساعدت دفتر [دیوان]، شعبه تضمین می‌کند که مکان منتخب برای اداره ارتباط سمعی یا بصری ادای شهادت، اجرای درست و آزاد ادای شهادت و برای امنیت، سلامت جسمی و روانی، شأن و امور خصوصی شاهد مناسب است.

ماده ۶۸. شهادت ضبط شده از قبل

هنگامی که شعبه مقدماتی طبق ماده ۵۶ [اساسنامه]، تدابیری را اتخاذ نکند، شعبه بدوی، مطابق بند ۲، ماده ۶۹ [اساسنامه]، میتواند اجازه ارائه شهادت از پیش ضبط شده سمعی یا بصری شاهد یا رونوشت یا دیگر ادله مستند از چنین شهادتی را بدهد، به شرطی که:

(الف) شاهی که از قبل، شهادت ضبط شده‌ای می‌دهد، نزد شعبه بدوی حاضر نیست و دادستان و وکیل مدافع فرصت پرسش از شاهد را طی ضبط داشتند؛ یا

(ب) شاهی که از قبل، شهادت ضبط شده‌ای می‌دهد، نزد شعبه بدوی حاضر است و وی به ارائه شهادت ضبط شده از قبل اعتراضی ندارد و دادستان، وکیل مدافع و شعبه دارای فرصت برای پرسش از شاهد در طی جریان رسیدگی می‌باشند.

ماده ۶۹. توافقات نسبت به ادله

دادستان و وکیل مدافع می‌توانند توافق کنند که نسبت به واقعیت مورد ادعا که شامل اتهامات، محتوای اسناد، شهادت مورد توقع شاهد یا دیگر ادله است، اعتراض نمی‌شود و بر این اساس، شعبه می‌تواند چنین واقعیت مورد ادعا را ثابت شده تلقی کند، مگر این که به نظر شعبه ارائه کامل تری از واقعیت‌های مورد ادعا در جهت منافع عدالت، بویژه در جهت منافع قربانیان لازم باشد.

ماده ۷۰. اصول ادله در موارد خشونت جنسی

دیوان، در موارد خشونت جنسی توسط اصول ذیل هدایت می‌شود و در موارد مقتضی، آنها را اعمال می‌کند:

(الف) رضایت نمی‌تواند بدلیل هر بیان یا رفتار قربانی در حالی که اجبار یا تهدید به اجبار، اکراه یا سوء استفاده از جو اجباری، که توانایی قربانی را برای دادن رضایت ارادی و حقیقی تضعیف کرده، استنباط شود؛

(ب) رضایت نمی‌تواند بدلیل هر بیان یا رفتار قربانی که ناتوان از دادن رضایت حقیقی است، استنباط شود؛

(ج) رضایت نمی‌تواند به دلیل سکوت یا عدم مقاومت قربانی به خشونت جنسی مورد ادعا، استنباط شود؛

(د) اعتبار، شخصیت یا تمایل به آمادگی جنسی قربانی یا شاهد را نمی‌توان از روی ماهیت رفتار جنسی قبلی یا بعدی قربانی یا شاهد استنباط کرد.

ماده ۷۱. ادله رفتارهای جنسی دیگر

در پرتو تعریف و ماهیت جرائم در صلاحیت دیوان و با رعایت بند ۴، ماده ۶۹ [اساسنامه]، شعبه رفتار جنسی قبل یا بعد قربانی یا شاهد را به عنوان ادله نمی‌پذیرد.

ماده ۷۲. رسیدگی غیرعلنی در بررسی ارتباط یا قابلیت استماع ادله

۱- در صورتی که قصدی بر ارائه ادله یا کسب اطلاعاتی از جمله از طریق استنطاق از قربانی یا شاهد مبنی بر رضایت وی بر جرم مورد ادعای خشونت جنسی به دلیل بیان، رفتار، سکوت یا عدم مقاومت قربانی یا شاهد مورد اشاره در اصول (الف) تا (د) ماده ۷۰ [آیین دادرسی]، باشد، اطلاعیه‌ای برای دیوان تهیه یا استخراج می‌شود و در آن ماهیت ادله مورد نظر ارائه و ارتباط ادله با مسائل بیان می‌گردد.

۲- شعبه، در اتخاذ تصمیم که آیا ادله مورد اشاره در ماده فرعی

[فوق] دارای ارتباط یا قابلیت استماع است، جلسه‌ای را به صورت غیر علنی [در خصوص] نظرات دادستان، وکیل مدافع، شاهد و قربانی یا نماینده قانونی‌اش برگزار می‌کند و [شعبه این موضوع را] که آیا ادله دارای حد کافی ارزش ثابت کننده به مسأله در این قضیه می‌باشد و لطمه‌ای که چنین ادله‌ای ممکن است مطابق بند ۴، ماده ۶۹ [اساسنامه]، وارد کند را مدنظر قرار می‌دهد. بدین منظور، شعبه به بند ۳، ماده ۲۱ [اساسنامه]، و مواد ۶۷ و ۶۸ [اساسنامه]، توجه می‌کند و توسط اصول (الف) تا (د) ماده ۷۰ [آیین دادرسی]، بویژه در خصوص مسائل مطرح شده قربانی، راهنمایی می‌شود.

۳- در صورتی که شعبه تعیین کند که ادله مورد اشاره در ماده فرعی ۲ [فوق] در رسیدگی قابل استماع است، گزارشی با هدف خاص که برای ادله قابل استماع است را بیان می‌دارد. در ارزیابی ادله طی رسیدگی، شعبه اصول (الف) تا (د) ماده ۷۰ [آیین دادرسی]، را اعمال می‌کند.

ماده ۷۳. ارتباطات و اطلاعات محرمانه

۱- بدون لطمه زدن به بند ۱ (ب)، ماده ۶۷ [اساسنامه]، اظهارات بیان شده در زمینه رابطه شغلی بین شخص و وکیل مدافعش محرمانه تلقی می‌شود و بعداً افشاء نمی‌شود مگر:

(الف) شخص به صورت کتبی با چنین افشاگری موافقت کند؛ یا

(ب) شخص داوطلبانه محتوای اظهارات را به شخص ثالثی آشکار کند و سپس شخص ثالث ادله آن افشاگری را بدهد.

۲- با توجه به ماده فرعی (۵)، ماده ۶۳ [آیین دادرسی]، اظهارات بیان شده در زمینه حد روابط شغلی یا دیگر روابط، محرمانه تلقی می‌شود و بعداً افشاء نمی‌شود، طبق شرایط یکسان در مواد فرعی ۱ (الف) و (ب) در صورتی شعبه در خصوص آن حد [روابط شغلی] تصمیم‌گیری می‌کند که:

(الف) ارتباطات صورت گرفته در آن حد رابطه، در جریان رابطه محرمانه، موجب توقع معقول امور خصوصی و عدم افشاگری باشد؛

(ب) رازداری برای ماهیت و نوع رابطه بین شخص و [شخص] رازدار ضروری باشد؛ و

(ج) تصدیق این امتیاز [محرمانه بودن] اهداف اساسنامه و آیین دادرسی را پیش ببرد.

۳- دیوان در اتخاذ تصمیم طبق ماده فرعی ۲ [فوق]، توجه خاصی به تصدیق و تأیید اظهارات محرمانه صورت گرفته در چارچوب رابطه شغلی بین شخص [مورد نظر] و پزشک، روانپزشک یا وکیل او، بویژه آنهایی که در رابطه با قربانی است، یا بین شخص [مورد نظر] و روحانیون [مذهبی] می‌نماید؛ و در مورد اخیر [روحانیون]، دیوان اظهارات محرمانه صورت گرفته در زمینه اقرار مذهبی را در صورتی که مکمل رویه آن مذهب باشد، به رسمیت می‌شناسد.

۴- دیوان هر [مطلبی] را از قبیل ادای شهادت مقام فعلی یا قبلی یا کارمند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و هرگونه اطلاعات، اسناد یا ادله دیگری را که در جریان یا در نتیجه اعمال وظایف کمیته بین‌المللی صلیب سرخ بر اساس اساسنامه‌های صلیب سرخ بین‌المللی و جنبش هلال احمر بدست می‌آورد محرمانه تلقی کرده و افشاء نمی‌کند، مگر این که:

(الف) بعد از مشورتهای صورت گرفته متعاقب ماده فرعی ۶ [ذیل]، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به صورت کتبی به چنین افشاگری اعتراض نکند یا به نحوی از این امتیاز [محرمانه بودن] اعراض کرده است؛ یا

(ب) چنین اطلاعات، اسناد یا ادله دیگر شامل اظهارات عمومی و اسناد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ شود.

۵- هیچ چیز در ماده فرعی ۴ [فوق] قابلیت استماع ادله مشابه تحصیل

شده از منبع دیگر به غیر از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و مقامات یا کارمندانش هنگامی که چنین ادله‌ای از طریق این منبع مستقل از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و مقاماتش یا کارمندانش تحصیل شده است، را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد.

۶- در صورتی که دیوان تشخیص دهد که اطلاعات، اسناد یا ادله دیگر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ برای قضیه‌ای خاص بسیار مهم هستند، جلسه‌ای مشورتی را با کمیته بین‌المللی به منظور تصمیم‌گیری در مورد این موضوع از طریق روشهای همکاری، مدنظر قرار دادن شرایط قضیه، ارتباط ادله تحصیل شده، منافع عدالت قربانیان و اجرای اشتغالات دیوان و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و این که آیا این ادله از منبع دیگر به غیر از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ تحصیل می‌شود، برگزار می‌کند.

ماده ۷۴. مجرم قلمداد نمودن خود از طریق شهادت (شهادت علیه

خود)

۱- دیوان شاهد را از مقررات این ماده قبل از ادای شهادت وی آگاه می‌سازد، مگر این که شاهد متعاقب ماده ۱۹۰ [آیین دادرسی]، مطلع شده باشد.

۲- در صورتی که دیوان تشخیص دهد که تضمینی در خصوص مجرم قلمداد نمودن خود برای شهادت خاص منظور نماید، این تضمین را طبق بند (ج)، ماده فرعی ۳ [ذیل]، قبل از این که شاهد مستقیماً یا متعاقب درخواست طبق بند ۱ (هـ)، ماده ۹۳ [اساسنامه]، حاضر شود، در نظر می‌گیرد.

۳- (الف) شاهد می‌تواند به هر نوع اظهاراتی که منجر به مجرم قلمداد نمودن وی دارد، اعتراض کند.

(ب) در صورتی که شاهد بعد از دریافت تضمین طبق ماده فرعی ۲

[فوق]، [نزد دیوان] حاضر شده است، دیوان می‌تواند از وی درخواست نماید که به سؤال یا سؤالاتی پاسخ دهد.

(ج) شعبه می‌تواند از شاهد درخواست نماید که به سؤال یا سؤالاتی در مورد سایر شهود پاسخ دهد، بعد از این که به شاهد تضمین دهد که ادله تهیه شده در پاسخ به سؤالات:

یک) محرمانه تلقی می‌شود و به صورت عمومی یا در هیچ کشوری افشاء نمی‌شود؛ و

دو) چه به طور مستقیم یا غیرمستقیم علیه آن شخص در تعقیب بعدی توسط دیوان، جز طبق مواد ۷۰ و ۷۱ [اساسنامه]، مورد استفاده قرار نمی‌گیرد.

۴- قبل از دادن چنین تضمینی، شعبه به طور یکجانبه، نظرات دادستان را به این منظور که آیا این تضمین باید به این شهادت خاص داده شود، جویا می‌شود.

۵- در تعیین این که آیا شاهد ملزم به پاسخگویی است، شعبه بررسی می‌کند:

(الف) اهمیت ادله پیش‌بینی شده؛

(ب) آیا شاهد ادله منحصر به فردی را ارائه می‌کند؛

(ج) ماهیت مجرم قلمداد نمودن احتمالی خود، چنانچه این امر محرز باشد؛ و

(د) کافی بودن حمایت‌ها از شاهد، در شرایط خاص.

۶- اگر شعبه تشخیص دهد که تأمین تضمین برای این شاهد ممکن نیست، از شاهد درخواست پاسخ به سؤال را نمی‌نماید. در صورتی که شعبه تصمیم گرفت که از شاهد درخواست پاسخ ننماید، می‌تواند سؤالات از شاهد را در موضوعات دیگری دنبال کند.

۷- برای مؤثر کردن تضمین، شعبه:

(الف) دستور می‌دهد که ادله شاهد به صورت غیر علنی ارائه شود؛
(ب) دستور می‌دهد که هویت و محتوای ادله به هیچ وجه افشاء نشود
و مقرر می‌دارد که نقض چنین دستوری تابع مجازات‌های ماده ۷۱
[اساسنامه]، می‌باشد؛

(ج) به طور خاص دادستان، متهم، وکیل مدافع، نماینده قانونی قربانی
و هریک از کارمندان دیوان را از نتایج نقض دستور طبق ماده فرعی [فوق]
مطلع می‌سازد؛

(د) دستور مهر و موم کردن بایگانی جریان رسیدگی را بدهد؛ و
(هـ) از تدابیر حفاظتی در مورد هر تصمیم دیوان برای تضمین
این که هویت شاهد و محتوای ادله ارائه شده افشاء نمی‌گردد، استفاده نماید.
۸- در صورتی که دادستان آگاه شود که ادای شهادت هر شاهد
می‌تواند مسائلی در خصوص مجرم قلمداد نمودن شخص [شاهد] ایجاد نماید،
وی قبل از ادای شهادت شاهد، تقاضای غیرعلنی کردن جلسه رسیدگی را
می‌نماید و شعبه را از این امر آگاه می‌سازد. شعبه میتواند تدابیر برشمرده
شده در ماده فرعی ۷ [فوق] را برای کل یا بخشی از ادای شهادت شاهد
وضع نماید.

۹- قبل از این که شاهد ادای شهادت نماید و شعبه تدابیر برشمرده
شده در ماده فرعی ۷ [فوق] را اتخاذ نماید، متهم، وکیل مدافع یا شاهد
می‌تواند دادستان یا شعبه را مطلع سازد که ادای شهادت شاهد مسائلی را در
خصوص مجرم قلمداد نمودن شخص [شاهد] ایجاد می‌کند.

۱۰- اگر مسئله مجرم قلمداد نمودن خود در جریان رسیدگی ایجاد
شد، شعبه ادای شهادت را به حالت تعلیق در می‌آورد و فرصتی را برای
شاهد به منظور کسب مشاوره حقوقی در صورت درخواست وی به هدف

اجرای این ماده، می‌دهد.

ماده ۷۵. مجرم قلمداد نمودن [شخص] با شهادت اعضای خانواده

۱- شاهد حاضر نزد دیوان که همسر، فرزند یا والدین شخص متهم است، از سوی شعبه ملزم به بیان اظهاراتی نمی‌شود که منجر به مجرم قلمداد نمودن شخص متهم شود. به هر حال، شاهد می‌تواند بیان چنین اظهاری را انتخاب کند.

۲- در ارزیابی شهادت شاهد، شعبه با اشاره به ماده فرعی [فوق]، اعتراض شاهد به سؤالی که قصد تعارض با اظهارات قبلی وی دارد، یا پاسخگویی گزینشی به سؤالات را، مدنظر قرار می‌دهد.

بند دو. افشاگری

ماده ۷۶. افشاگری پیش از محاکمه مربوط به تعقیب شهود

۱- دادستان اسامی شهودی که قصد دارد آنها را برای ادای شهادت فراخواند و رونوشتی از اظهارات پیشین آنان را به وکیل مدافع ارائه می‌نماید. این [عمل] باید به گونه‌ای باشد که از قبل آمادگی مناسبی برای دفاع را میسر سازد.

۲- دادستان، زمانی که برای احضار شهودی دیگر تصمیمی گرفته می‌شود متعاقباً وکیل مدافع را از اسامی آن شهود مطلع می‌سازد و رونوشت‌هایی از اظهارات آنان تهیه می‌نماید.

۳- اظهارات شهود دادستان در قالب نسخه اصلی و به زبانی که متهم به طور کامل می‌فهمد و تکلم می‌کند در دسترس می‌باشد.

۴- این ماده تابع حمایت و امور خصوصی قربانیان و شهود و حمایت از اطلاعات محرمانه مقرر در اساسنامه و مواد ۸۱ و ۸۲ [آیین دادرسی]،

می‌باشد.

ماده ۷۷. بررسی اسناد تحت اختیار یا کنترل دادستان

با رعایت محدودیت‌های راجع به افشاگری مقرر در اساسنامه و مواد ۸۱ و ۸۲ [آیین دادرسی]، دادستان به وکیل مدافع اجازه بررسی کتب، اسناد، تصاویر و اشیاء مادی تحت اختیار یا کنترل خود را می‌دهد. اسنادی که برای آمادگی وکیل مدافع هستند یا توسط دادستان به عنوان ادله‌ای برای اهداف جلسه تأیید [اتهامات] یا در محاکمه به طوری که این مورد ممکن است از شخص مورد نظر تحصیل شود یا به آن شخص تعلق داشته باشد، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

ماده ۷۸. بررسی اسناد تحت اختیار یا کنترل وکیل مدافع

وکیل مدافع به دادستان اجازه بررسی کتب، اسناد، تصاویر و اشیاء مادی تحت اختیار یا کنترل خود را می‌دهد که توسط وی به عنوان ادله‌ای برای اهداف جلسه تأیید [اتهامات] یا در محاکمه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

ماده ۷۹. افشاگری [برخی نکات] توسط وکیل مدافع

۱- وکیل مدافع قصدش را [نسبت به مسائل ذیل] به دادستان اعلام می‌کند:

(الف) عنوان کردن وجود دلایل و شواهد غیبت از محل وقوع جرم که ضمن اعلامیه به تصریح مکان یا مکان‌هایی که متهم ادعای حضور در زمان جرم مورد ادعا را کرده است و اسامی شهود و هر ادله‌ای که بر اساس آن متهم قصد اتکا به بیان دلایل غیبت در محل وقوع جرم را دارد، می‌پردازد؛ یا

(ب) عنوان کردن دلیلی برای معافیت از مسئولیت کیفری مقرر در

- بند ۱، ماده ۳۱ [اساسنامه]، که ضمن اعلامیه به تصریح اسامی شهود و هر ادله‌ای که بر اساس آن متهم قصد اتکا به بیان این دلیل را دارد، می‌پردازد.
- ۲- با توجه به محدودیت زمانی پیش‌بینی شده در مواد دیگر [آیین دادرسی]، اعلامیه طبق ماده فرعی ۱ [فوق] باید به گونه‌ای باشد که از قبل دادستان را به طور کامل آماده پاسخگویی سازد. شعبه بررسی کننده این موضوع می‌تواند به دادستان فرصتی را برای مسأله مطرح شده از سوی وکیل مدافع بدهد.
- ۳- قصور وکیل مدافع در تهیه اعلامیه طبق این ماده حق وی در مطرح کردن موضوعات بررسی شده در ماده فرعی ۱ [فوق] و ارائه ادله را محدود نمی‌کند.
- ۴- این ماده مانع از [صدور] دستور افشاء ادله دیگر توسط شعبه نمی‌شود.

- ماده ۸۰. شیوه‌های کاری در جهت طرح مبنایی برای معافیت از مسئولیت کیفری طبق بند ۳، ماده ۳۱ [اساسنامه]
- ۱- وکیل مدافع در صورتی که قصد طرح مبنایی برای معافیت از مسئولیت کیفری طبق بند ۳، ماده ۳۱ [اساسنامه]، را دارد آن را به اطلاع شعبه بدوی و دادستان می‌رساند. این اقدام قبل از آغاز دادرسی صورت می‌گیرد تا این که دادستان برای دادرسی به طور کامل آماده شود.
- ۲- متعاقب اعلام طبق ماده فرعی ۱ [فوق]، شعبه مقدماتی قبل از این که تصمیم بگیرد آیا وکیل مدافع می‌تواند مبنایی را برای معافیت از مسئولیت کیفری مطرح کند، با دادستان و وکیل مدافع جلسه‌ای را برگزار می‌کند.
- ۳- در صورتی که به وکیل مدافع اجازه طرح مبنایی داده شود، شعبه

مقدماتی می‌تواند به دادستان فرصتی را برای بررسی آن مبنا اعطاء کند.

ماده ۸۱. محدودیت‌هایی بر افشاگری

۱- گزارش‌ها، یادداشت‌ها و یا دیگر اسناد داخلی تهیه شده توسط یک طرف [دعوا]، معاونان یا نمایندگان در ارتباط با تحقیق یا آماده‌سازی پرونده، مشمول افشاگری نمی‌شوند.

۲- در صورتی که سند یا اطلاعاتی در اختیار یا کنترل دادستان است که مطابق اساسنامه باید افشاء شود، اما افشاگری ممکن است به پیشرفت تحقیقات لطمه وارد کند، دادستان می‌تواند از شعبه مقدماتی تقاضای بررسی این موضوع برای تصمیم‌گیری نسبت به این که آیا سند یا اطلاعات باید برای وکیل مدافع افشاء شود، نماید. شعبه مقدماتی صرفاً برای بررسی این موضوع تشکیل جلسه می‌دهد. به هر حال، دادستان نمی‌تواند چنین سند یا اطلاعاتی را به عنوان ادله در خلال جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات] یا دادرسی، بدون افشاء کامل از قبل برای متهم، ارائه کند.

۳- در موردی که اقدامات در تضمین محرمانه بودن اطلاعات مطابق مواد ۵۴، ۵۷، ۶۴، ۷۲ و ۹۳ [اساسنامه]، و مطابق ماده ۶۸ [اساسنامه]، برای حفظ سلامتی شهود و قربانیان و اعضای خانواده آنان صورت گرفته است، چنین اطلاعاتی جز مطابق این مواد، افشاء نمی‌شود. هنگامی که افشاء چنین اطلاعاتی سلامت شاهد را به خطر می‌اندازد، دیوان از قبل اقداماتی را برای مطلع نمودن شاهد از این قضیه اتخاذ می‌کند.

۴- شعبه رسیدگی‌کننده به موضوع، به ابتکار خود یا بنا به تقاضای دادستان، متهم یا هر کشوری، اقدامات ضروری در تضمین محرمانه بودن اطلاعات مطابق مواد ۵۴، ۷۲ و ۹۳ [اساسنامه] و مطابق ماده ۶۸ [اساسنامه]، برای حفظ سلامت شهود و قربانیان و اعضای خانواده آنان به انضمام عدم صدور مجوز افشاء هویت آنان قبل از آغاز دادرسی، اتخاذ می‌نماید.

۵- هنگامی که سند یا اطلاعاتی در اختیار یا کنترل دادستان است که طبق بند ۵، ماده ۶۸ [اساسنامه]، از تحویل آن خودداری می‌کند، چنین سند یا اطلاعاتی را بعداً نمی‌تواند به عنوان ادله در خلال جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات] یا دادرسی، بدون افشاء کامل از قبل برای متهم، مطرح کند.

۶- هنگامی که سند یا اطلاعاتی در اختیار یا کنترل وکیل مدافع است که مشمول افشاء است و در شرایط مشابه از تحویل آن خودداری می‌شود، دادستان اجازه دارد به بند ۵، ماده ۶۸ [اساسنامه] استناد کند و در عوض خلاصه‌ای از آن ارائه نماید. چنین سند و اطلاعاتی را بعداً نمی‌توان به عنوان ادله در خلال جلسه رسیدگی تأیید [اتهامات] یا دادرسی، بدون افشاء کامل از قبل برای دادستان، مطرح کرد.

ماده ۸۲. محدودیت‌هایی برای افشاء اسناد و اطلاعات مورد حمایت

طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]

۱- هنگامی که سند یا اطلاعاتی در اختیار یا کنترل دادستان است که طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]، حمایت می‌شود، دادستان نمی‌تواند بعداً چنین سند یا اطلاعاتی را به عنوان ادله، بدون رضایت قبلی تهیه‌کننده سند یا اطلاعات و افشاء کامل از قبل برای متهم، مطرح کند.

۲- اگر دادستان، سند یا اطلاعات حمایت شده طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]، را به عنوان ادله مطرح کند، شعبه نمی‌تواند دستور ارائه ادله دیگر دریافتی از تهیه‌کننده سند یا اطلاعات اولیه را بدهد و همچنین شعبه به هدف تحصیل چنین ادله‌ای نمی‌تواند تهیه‌کننده یا نماینده تهیه‌کننده را به عنوان شاهد فراخواند و دستور حضور [نزد دیوان] را بدهد.

۳- در صورتی که دادستان شاهی را برای معرفی ادله‌ای از هر نوع سند یا اطلاعاتی که طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]، حمایت شده

است، احضار نماید، اگر شاهد از پاسخگویی به دلیل محرمانه بودن امتناع کرد، شعبه نمی‌تواند وی را به پاسخگویی به سؤالات مربوط به سند یا اطلاعات یا اصل آن، مجبور نماید.

۴- حق متهم در اعتراض به ادله‌ای که طبق بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]، حمایت شده است، صرفاً برای محدودیت‌های مشمول مواد فرعی ۲ و ۳ [فوق] بلااثر می‌ماند.

۵- شعبه بررسی‌کننده موضوع می‌تواند بر اساس درخواست وکیل مدافع دستور دهد که در جهت منافع عدالت، سند یا اطلاعات در اختیار متهم که طبق شرایط مشابه پیش‌بینی شده در بند ۳ (هـ)، ماده ۵۴ [اساسنامه]، برای متهم تهیه شده است و این که به عنوان ادله مطرح می‌شود، با اعمال تغییرات لازم،^۳ تابع مواد فرعی ۱، ۲ و ۳ [فوق] باشد.

ماده ۸۳. حکم در خصوص ادله‌بری‌کننده طبق بند ۲، ماده ۶۷ [اساسنامه]

قبل از این که شعبه موضوع را به هدف صدور حکمی طبق بند ۲، ماده ۶۷ [اساسنامه]، بررسی نماید، دادستان می‌تواند در اسرع وقت تقاضای جلسه رسیدگی با حضور یک طرف دعوا را نماید.

ماده ۸۴. افشاگری و ادله دیگر برای دادرسی

به منظور آماده‌سازی طرفین برای دادرسی و تسهیل جریان عادلانه و مناسب رسیدگی، شعبه بدوی مطابق بندهای ۳ (ج) و ۶ (د)، ماده ۶۴ و بند ۲، ماده ۶۷ [اساسنامه] و با رعایت بند ۵، ماده ۶۸ [اساسنامه]، دستورات ضروری برای افشاء اسناد یا اطلاعات از قبل افشاء نشده و ارائه ادله دیگر،

3. Mutantis mutandis.

صادر می‌کند. با پرهیز از تأخیر و تضمین آغاز دادرسی در سر وقت مقرر، چنین دستوراتی شامل محدوده زمانی مشخص می‌باشد که با بررسی شعبه بدوی حفظ می‌شود.

بند سه. قربانیان و شهود

بند فرعی یک. تعریف و اصل کلی مربوط به قربانیان

ماده ۸۵. تعریف قربانیان

از منظر اهداف اساسنامه و آیین دادرسی و ادله:

(الف) «قربانیان» به معنای اشخاص حقیقی می‌باشد که در نتیجه ارتکاب جرم در صلاحیت دیوان، دچار آسیب شده‌اند؛

(ب) قربانیان می‌توانند شامل سازمان‌ها یا نهادهایی شوند که اموالشان وقف مذهب، آموزش، هنر یا علم یا اهداف خیریه می‌شوند و به آثار تاریخی، بیمارستان‌ها و دیگر اماکن و اشیاء آنها که برای مقاصد انسان دوستانه می‌باشد، آسیب مستقیم وارد شده است.

ماده ۸۶. اصل کلی

شعبه در صدور دستور یا قرار و سایر ارکان دیوان در اجرای وظایفشان طبق اساسنامه یا آیین دادرسی نیازهای همه قربانیان و شهود را مطابق ماده ۶۸ [اساسنامه]، بویژه کودکان، سالخوردگان، اشخاص معلول و قربانیان خشونت جنسی یا جنسیتی مدنظر قرار می‌دهند.

بند فرعی دو. حمایت از قربانیان و شهود

ماده ۸۷. اقدامات حمایتی

۱- شعبه، بر اساس پیشنهاد دادستان یا وکیل مدافع یا به تقاضای

شاهد یا قربانی یا در صورت امکان، به تقاضای نماینده قانونی‌اش یا به ابتکار خود و بعد از مشورت با واحد قربانیان و شهود، در صورت اقتضا، می‌تواند اقداماتی را در جهت حمایت از قربانی، شاهد یا شخص دیگری که بعلت شهادت ارائه شده از سوی شاهد متعاقب بندهای ۱ و ۲، ماده ۶۸ [اساسنامه]، در خطر است، اتخاذ کند. شعبه در هر وقت ممکن، در صدد کسب رضایت قبلی از شخصی می‌باشد که نسبت به او اقدام حمایتی، تجویز خواهد شد.

۲- هر پیشنهاد یا تقاضا طبق ماده فرعی ۱ [فوق] باید مطابق ماده ۱۳۴ [آیین دادرسی]، باشد، به شرطی که:

(الف) چنین پیشنهاد یا تقاضایی منحصرأً به درخواست یک طرف تسلیم نشود؛

(ب) تقاضای شاهد یا قربانی یا در صورت امکان تقاضای نماینده قانونی‌اش به دادستان و وکیل مدافع که هر کدام دارای فرصت پاسخ هستند، ابلاغ شود؛

(ج) پیشنهاد یا تقاضای تأثیرگذار بر شاهد یا قربانی خاص باید به آن شاهد یا قربانی یا نماینده قانونی‌اش و به طرف دیگر [دعوا] که هر کدام دارای فرصت برای پاسخ هستند، ابلاغ شود؛

(د) در صورتی که شعبه بر اساس پیشنهاد خود اقدام کند، اطلاعیه و فرصتی را به دادستان و وکیل مدافع و به هر شاهد یا قربانی یا در صورت امکان به نماینده قانونی که با چنین اقدام حمایتی تحت تأثیر قرار گیرد، داده شود؛ و

(هـ) هر پیشنهاد یا تقاضایی با مهر ثبت شود و در صورت ثبت، مهر شده حفظ شود تا شعبه دستور دیگری صادر کند. همچنین پاسخ‌ها به پیشنهاد یا تقاضای مهر شده، به صورت مهر شده ثبت شوند.

۳- شعبه می‌تواند، بنا به پیشنهاد یا تقاضا مطابق ماده فرعی ۱ [فوق] جلسه‌ای را به طور غیرعلنی به منظور تعیین این که آیا اقداماتی را برای جلوگیری از آشکار ساختن هویت یا مکان قربانی، شاهد یا شخص دیگری که به علت ادای شهادت از سوی شاهد، از طریق انتشار عمومی یا از طریق بنگاه‌های مطبوعاتی یا اطلاع‌رسانی در خطر است، برگزار نماید، از جمله دستور دهد:

(الف) این که نام قربانی، شاهد یا شخص دیگر که بعلت ادای شهادت از سوی شاهد در خطر است یا هر اطلاعاتی که می‌تواند منجر به کشف هویت وی از بایگانی عمومی شعبه شود، پاک شود؛

(ب) این که دادستان، وکیل مدافع یا هر شخص شرکت‌کننده در جریان رسیدگی از افشاء چنین اطلاعاتی به شخص ثالث منع شود؛

(ج) این که شهادت از طریق [سیستم] الکترونیکی، یا دیگر وسایل خاص از جمله استفاده از وسایل فنی تغییر دهنده تصاویر یا صوت، استفاده از فناوری سمعی - بصری بویژه کنفرانس تلویزیونی و تلویزیون مدار بسته و استفاده انحصاری از رسانه‌های صوتی، ارائه شود؛

(د) این که اسم مستعار برای قربانی، شاهد یا شخص دیگری که به علت ادای شهادت از سوی شاهد در خطر است، استفاده شود؛ یا

(ه) این که بخشی از جریان رسیدگی خود را به طور غیرعلنی برگزار نماید.

ماده ۸۸. اقدامات ویژه

۱- شعبه می‌تواند بر اساس پیشنهاد دادستان یا وکیل مدافع یا بنا به تقاضای شاهد یا قربانی یا در صورت امکان به تقاضای نماینده قانونی‌اش یا به ابتکار خود و بعد از مشورت با واحد قربانیان و شهود و با مدنظر قرار

دادن نظرات قربانی و شاهد؛ اقدامات ویژه محدود نشده‌ای از قبیل اقداماتی برای تسهیل در ادای شهادت قربانی یا شاهد آسیب‌دیده، کودکان، سالمندان یا قربانی خشونت جنسی متعاقب بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۸ [اساسنامه]، اتخاذ کند. شعبه در هر وقت ممکن باید، در صدد کسب رضایت قبلی از شخصی باشد که نسبت به وی اقدامات ویژه تجویز خواهد شد.

۲- شعبه بنا به پیشنهاد یا تقاضای مذکور در ماده فرعی ۱ [فوق]، در صورت ضرورت به صورت غیر علنی یا منحصرأً برای یک طرف [دعوا]، جلسه‌ای به منظور تعیین این که آیا اقدام ویژه محدود نشده‌ای برای وکیل مدافع، نماینده قانونی، روانپزشک یا عضو خانواده‌ای که اجازه حضور در خلال ادای شهادت شاهد یا قربانی را دارد، اتخاذ کند، برگزار می‌نماید.

۳- برای پیشنهادها و تقاضاهای بین طرفین که طبق این ماده ثبت می‌شود، مقررات مواد فرعی ۲ (ب) تا (د) ماده ۸۷ [آیین دادرسی]، با اعمال تغییرات لازم^۴ اعمال می‌شود.

۴- پیشنهاد یا تقاضای ثبت شده طبق این ماده، مهر شده ثبت می‌شود و در صورتی که این طور ثبت شود، تا صدور دستور دیگری از سوی شعبه، مهر شده باقی می‌ماند. هرگونه پاسخ به پیشنهاد یا تقاضای مهر شده نیز به صورت مهر شده ثبت می‌شود.

۵- شعبه، با در نظر گرفتن تعدی به [مسائل] محرمانه شاهد یا قربانی که برای امنیت وی خطر ایجاد می‌کند، در جهت کنترل نحوه پرسش از شاهد یا قربانی برای پرهیز از هرگونه تهدید یا آزار و توجه خاص نمودن به تعدیات نسبت به قربانیان جرائم خشونت جنسی، مراقب می‌باشد.

4. Mutatis mutandis.

بند فرعی سه. مشارکت قربانیان در [جلسات] رسیدگی

ماده ۸۹. درخواست برای مشارکت قربانیان در [جلسات] رسیدگی

۱- قربانیان برای ارائه نظرات و نگرانی‌هایشان، درخواستی را به صورت کتبی به مدیر دفتر [دیوان] که درخواست را به شعبه مربوط ارائه می‌دهد، تسلیم می‌کنند. با رعایت مقررات اساسنامه، بویژه بند ۱، ماده ۶۸ [اساسنامه]، مدیر دفتر رونوشتی از درخواست را برای دادستان و وکیل مدافع که حق پاسخ‌گویی در ظرف محدوده زمانی بیان شده از سوی شعبه رادارند، تهیه می‌کند. سپس شعبه، با رعایت ماده فرعی ۲ [ذیل]، [آیین] رسیدگی و روش مناسب شرکت در جلسه را که می‌تواند شامل شرح خلاصه دعوا توسط طرفین در آغاز و پایان رسیدگی باشد مشخص می‌کند.

۲- شعبه به ابتکار خود یا به درخواست دادستان یا وکیل مدافع، می‌تواند درخواست [قربانی] را، در صورتی که احراز نماید شخص قربانی نیست یا این که معیار پیش‌بینی شده در بند ۳، ماده ۶۸ [اساسنامه]، دیگر اجرا نمی‌شود، رد نماید. قربانی که درخواستش رد شده است، می‌تواند درخواست جدیدی را بعداً در [جلسه] رسیدگی ثبت نماید.

۳- درخواست مورد اشاره در این ماده، در موقع لزوم در صورتی که قربانی کودک یا ناتوان است، می‌تواند توسط شخصی با رضایت قربانی یا شخصی به نیابت از قربانی صورت گیرد.

۴- در صورت وجود تعدادی از درخواست‌ها، شعبه آنها را به روشی که مؤثر بودن [جلسه] رسیدگی را تأمین نماید، بررسی می‌کند و می‌تواند حکمی صادر نماید.

ماده ۹۰. نمایندگان قانونی قربانیان

۱- هر قربانی در انتخاب نماینده قانونی آزاد است.

۲- در صورت وجود تعدادی از قربانیان، شعبه می‌تواند به هدف تأمین مؤثر بودن [جلسه] رسیدگی، از قربانی یا گروه‌های خاصی از قربانیان تقاضا نماید که در صورت لزوم با مساعدت مدیر دفتر، نماینده یا نمایندگان قانونی مشترکی را انتخاب کنند. در تسهیل هماهنگی نمایندگی قربانی، مدیر دفتر می‌تواند مساعدتی، از قبیل اشاره به لیست مشاوران قربانیان که توسط دفتر [دیوان] نگهداری شده یا پیشنهاد یک یا چند تن از نمایندگان قانونی مشترک را تدارک ببیند.

۳- اگر قربانیان قادر به انتخاب نماینده یا نمایندگان قانونی مشترک در ظرف زمان مشخص شده که در شعبه تصمیم‌گیری می‌شود، نیستند، شعبه از مدیر دفتر تقاضای انتخاب یک یا چند نماینده قانونی مشترک می‌کند.

۴- شعبه و دفتر [دیوان] کلیه اقدامات معقول را در جهت این که در انتخاب نمایندگان قانونی مشترک، منافع مجزا قربانیان، بویژه، همانطوری که در بند ۱، ماده ۶۸ [اساسنامه]، مقرر شده، تضمین شود و از هرگونه تعارض منافع پرهیز شود، اتخاذ می‌کنند.

۵- هر قربانی یا گروه‌هایی از قربانیان که فاقد امکانات لازم برای پرداخت [حق‌الزحمه] نماینده قانونی مشترک منتخب دیوان می‌باشند، می‌توانند از دفتر دیوان مساعدت مناسب، از قبیل کمک مالی دریافت کنند.

۶- نماینده قانونی قربانی یا قربانیان دارای صلاحیت‌های پیش‌بینی شده در ماده فرعی ۱، ماده ۲۲ [آیین دادرسی]، می‌باشند.

ماده ۹۱. مشارکت نمایندگان قانونی در [جلسات] رسیدگی

۱- شعبه می‌تواند احکام قبلی طبق ماده ۸۹ [آیین دادرسی]، را تغییر

دهد.

۲- نماینده قانونی قربانی از حق حضور و مشارکت در [جلسات]

رسیدگی که مطابق حکم شعبه و هرگونه تغییر صورت گرفته از آن طبق مواد ۸۹ و ۹۰ [آیین دادرسی] ایجاد شده است، برخوردار خواهد بود. این [حق]، مشارکت در جلسات رسیدگی را دربرمی گیرد مگر این که بر اساس شرایط پرونده، نظر شعبه مربوط این باشد که دخالت نماینده محدود به نظرات و لوایح کتبی شود. دادستان و وکیل مدافع اجازه پاسخ گویی به هرگونه نظرات شفاهی ارائه شده از سوی نماینده قانونی برای قربانیان را دارند.

۳- (الف) هنگامی که نماینده قانونی مطابق این ماده حضور پیدا می کند و [در جلسه] مشارکت می کند و قصد پرسش از شاهد، کارشناس یا متهم را دارد و پرسش وی شامل [پرسشهایی] طبق مواد ۶۷ و ۶۸ [آیین دادرسی]، می باشد، بایستی درخواستی به شعبه بدهد. شعبه می تواند از نماینده قانونی بخواهد فهرستی از سؤالات تهیه کند و آنها را [شعبه] به اطلاع دادستان و در صورت امکان به اطلاع وکیل مدافع که اجازه ایراد نظراتی در ظرف زمانی محدود تصریح شده از سوی شعبه را دارند، می رساند.

(ب) سپس، شعبه با مدنظر قراردادن مرحله رسیدگی، حقوق متهم، منافع شهود، ضرورت عادلانه بودن [دادرسی]، بی طرفی و دادرسی سریع و اثر بخش کردن بند ۳، ماده ۶۸ [اساسنامه]، بر اساس تقاضای [فوق] حکمی صادر می کند. حکم می تواند شامل دستورالعمل هایی در خصوص نحوه تنظیم پرسشها و تهیه اسناد، مطابق اختیارات شعبه طبق ماده ۶۴ [اساسنامه]، باشد. شعبه در صورت صلاحدید، می تواند سؤال را به نیابت از نماینده قانونی در اختیار شاهد، کارشناس و متهم قرار دهد.

۴- برای جلسه رسیدگی محدود شده به جبران خسارت طبق ماده ۷۵ [اساسنامه]، محدودیت های پیش بینی شده در خصوص پرسش نماینده قانونی در ماده فرعی ۲ [فوق] اعمال نمی شود. در این حالت، نماینده قانونی با

اجازه شعبه مورد نظر، می‌تواند از شهود، کارشناسان و شخص مورد نظر پرسش نماید.

ماده ۹۲. اعلام به قربانیان و نمایندگان قانونی آنان

۱- این ماده در خصوص اعلام به قربانیان و نمایندگان قانونی آنان برای کلیه جلسات رسیدگی نزد دیوان، به استثنای جلسات رسیدگی مقرر در بخش ۲ [اساسنامه]، اعمال می‌شود.

۲- برای دادن اجازه به قربانیان برای درخواست شرکت در جلسات رسیدگی مطابق ماده ۸۹ [آیین دادرسی]، دیوان به قربانیان موردنظر، تصمیم دادستان مبنی بر عدم آغاز تحقیق یا عدم تعقیب مطابق ماده ۵۳ [اساسنامه]، را اعلام می‌کند. چنین اعلامیه‌ای به قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان که تاکنون در جلسات رسیدگی شرکت کرده‌اند و تا آنجا که ممکن است به آنهایی که دیوان را از این وضعیت یا قضیه مورد بحث آگاه نموده‌اند، داده می‌شود. شعبه اقدامات تشریح شده در ماده فرعی ۸ [ذیل] را در صورت صلاحدید در شرایط خاص مقرر می‌کند.

۳- برای دادن اجازه به قربانیان برای درخواست شرکت در جلسات رسیدگی مطابق ماده ۸۹ [آیین دادرسی]، دیوان قربانیان را درباره تصمیمش در خصوص تشکیل جلسه تأیید [اتهامات] متعاقب ماده ۶۱ [اساسنامه]، مطلع می‌کند. چنین اعلامیه‌ای را به قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان که تاکنون در جلسات رسیدگی شرکت کرده‌اند یا تا آنجا که ممکن است، به آنهایی که دیوان را از قضیه مورد بحث آگاه نموده‌اند، داده می‌شود.

۴- هنگامی که اعلامیه شرکت، همانطوری که در مواد فرعی ۲ و ۳ [فوق] مقرر شده، داده می‌شود، هر نوع اعلامیه بعدی مورد اشاره در مواد فرعی ۵ و ۶ [ذیل] صرفاً برای قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان که در

جلسات رسیدگی مطابق حکم شعبه متعاقب ماده ۸۹ [آیین دادرسی]، و هر تغییری از آن [حکم]، شرکت می کنند، تهیه می شود.

۵- به روشی موافق با حکم طبق مواد ۸۹ تا ۹۱ [آیین دادرسی]، قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان که در جلسات شرکت داشته اند، راجع به جلسات رسیدگی در موقع مقرر توسط مدیر دفتر [دیوان] از طریق [ذیل] مطلع می شوند:

(الف) جلسات رسیدگی نزد دیوان، شامل تاریخ جلسات رسیدگی و هر تعویقی از آن و تاریخ تسلیم حکم؛

(ب) تقاضاها، لوایح، پیشنهادها و دیگر اسناد مربوط به چنین تقاضاها، لوایح یا پیشنهادها.

۶- در صورتی که قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان در برخی مراحل جلسات رسیدگی شرکت کرده اند، مدیر دفتر آنان را در اسرع وقت از حکم دیوان مطلع می سازد.

۷- اعلامیه های مورد اشاره در مواد فرعی ۵ و ۶ [فوق] کتبی می باشد، در صورتی که اعلامیه کتبی ممکن نیست در هر شکل دیگر که مناسب است، صورت می گیرد. دفتر [دیوان] از بایگانی کلیه اعلامیه ها نگهداری می کند. در صورت لزوم، مدیر دفتر [دیوان] از کشورهای عضو مطابق بند ۱ (د) و (ل)، ماده ۹۳ [اساسنامه]، درخواست همکاری می کند.

۸- درخصوص اعلامیه مورد اشاره در ماده فرعی ۳ [فوق] و یا بنا به تقاضای شعبه، مدیر دفتر اقدامات ضرورتی را برای اعلان عام جلسات رسیدگی، اتخاذ می کند. در انجام چنین کاری، مدیر دفتر مطابق بخش ۹ [اساسنامه]، از کشورهای عضو و سازمان های بین المللی، درخواست همکاری و مساعدت می کند.

ماده ۹۳. دیدگاههای قربانیان و نمایندگان قانونی آنان

شعبه دیدگاههای قربانیان یا نمایندگان قانونی که [در جلسات] شرکت داشته‌اند را متعاقب مواد ۸۹ تا ۹۱ [آیین دادرسی]، درخصوص هر مسأله‌ای از جمله در ارتباط با مسائل مورد اشاره در مواد ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۲۵، ۱۲۸، ۱۳۶، ۱۳۹ و ۱۹۱ [آیین دادرسی] درخواست می‌کند. به علاوه، در صورت لزوم، شعبه دیدگاههای سایر قربانیان را درخواست می‌کند.

بند فرعی چهار. جبران خسارات قربانیان

ماده ۹۴. شیوه کار بر اساس درخواست [قربانیان]

۱- درخواست قربانی برای جبران خسارت طبق ماده ۷۵ [اساسنامه]، کتبی می‌باشد و توسط مدیر دفتر ثبت می‌شود. آن شامل جزئیات ذیل می‌باشد:

(الف) هویت و آدرس خواهان؛

(ب) شرح آسیب، ضرر یا زیان؛

(ج) محل و تاریخ حادثه و تا حد امکان، هویت شخص یا اشخاصی

که قربانی معتقد است مسئول آسیب، ضرر یا زیان می‌باشند؛

(د) در صورت درخواست اعاده دارایی، مالکیت یا دیگر اموال عینی،

شرح آنها داده شود؛

(ه) دعاوی برای جبران خسارت؛

(و) دعاوی برای اعاده حیثیت و دیگر اشکال جبران خسارت؛

(ز) تا حد امکان، هر سند اثبات کننده مربوط، شامل اسامی و

آدرس‌های شهود.

۲- در آغاز دادرسی و با رعایت اقدامات حمایتی، دیوان از مدیردفتر

تقاضای تهیه اعلامیه‌ای برای ابلاغ درخواست به شخص یا اشخاص ذکر

شده در تقاضا یا مشخص شده در اتهامات و تا حد امکان برای اشخاص و کشورهای ذینفع می‌نماید. موارد اعلام شده و هرگونه اظهارات صورت گرفته طبق بند ۳، ماده ۷۵ [اساسنامه]، در دفتر [دیوان] ثبت می‌شود.

ماده ۹۵. شیوه کار بر اساس پیشنهاد دیوان

۱- در مواردی که دیوان قصد اقدام بر اساس پیشنهاد خود متعاقب بند ۱، ماده ۷۵ [اساسنامه]، را دارد، از مدیر دفتر تقاضای تهیه اعلامیه‌ای مبتنی بر قصدش، برای شخص یا اشخاصی که علیه آنها در حال بررسی صدور حکم می‌باشد و تا حد امکان برای قربانیان، اشخاص و کشورهای ذینفع، می‌نماید. موارد اعلام شده و هرگونه اظهارات صورت گرفته طبق بند ۳، ماده ۷۵ [اساسنامه] در دفتر [دیوان] ثبت می‌شود.

۲- در صورتی که در نتیجه اعلامیه طبق ماده فرعی ۱ [فوق]؛ (الف) قربانی تقاضای جبران خسارت کند، درباره آن تصمیم گرفته می‌شود، گو این که آن طبق ماده ۹۴ [آیین دادرسی]، مطرح شده است؛ (ب) قربانی تقاضا کند که دیوان دستور جبران خسارت ندهد، دیوان برای صدور دستور شخصی درباره آن قربانی اقدام نمی‌کند.

ماده ۹۶. انتشار [دستور کار جلسه] رسیدگی به جبران خسارت

۱- بدون لطمه به هر ماده‌ای در خصوص اعلام جلسه رسیدگی، مدیر دفتر، تا آنجا که عملی باشد [دستور کار جلسه را]، به قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان و شخص یا اشخاص مورد نظر اطلاع می‌دهد. همچنین، مدیردفتر با در نظر گرفتن اطلاعات تهیه شده دادستان، کلیه اقدامات ضروری برای انتشار عمومی [دستور کار جلسه] رسیدگی به جبران خسارت نزد دیوان و تا حد امکان برای قربانیان دیگر، اشخاص و کشورهای ذینفع اتخاذ می‌کند.

۲- در اتخاذ اقدامات توصیف شده در ماده فرعی ۱ [فوق]، دیوان، مطابق بخش ۹ [اساسنامه]، از کشورهای عضو و سازمان‌های بین‌المللی به منظور عمومیت دادن [جریان جلسه] رسیدگی به جبران خسارت نزد دیوان تا حد ممکن و با کلیه وسایل ممکن، تقاضای همکاری و مساعدت می‌نماید.

ماده ۹۷. ارزیابی خسارات

۱- دیوان، با در نظر گرفتن دامنه و اندازه خسارت، زیان یا آسیب، می‌تواند حکم جبران خسارت بر اساس مبنای منفرد یا در صورتی که فرض کند آن مناسب است، بر اساس مبنای جمعی یا بر اساس هر دو مبنای صادر کند.

۲- دیوان، بنا به تقاضای قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان یا به تقاضای شخص محکوم‌علیه یا به پیشنهاد خود، کارشناسانی را برای کمک به دیوان در تعیین دامنه، اندازه خسارت، زیان و ضرر یا درباره قربانیان و پیشنهاد گزینه‌های متعدد مربوط به اشکال و راههای مناسب جبران خسارت، منصوب می‌کند. در صورت مقتضی، دیوان از قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان، محکوم علیه و نیز اشخاص و کشورهای ذینفع برای ارائه اظهارنظر در خصوص گزارشهای کارشناسان، دعوت به عمل می‌آورد.

۳- دیوان، در همه موارد به حقوق قربانیان و محکوم علیه احترام می‌گذارد.

ماده ۹۸. صندوق امانی [قربانیان]

۱- احکام شخصی برای جبران خسارات مستقیماً علیه محکوم علیه صادر می‌شود.

۲- دیوان می‌تواند دستور دهد که حکم جبران خسارات علیه محکوم

علیه در حالتی که در زمان صدور دستور، دادن حکم شخصی مستقیم برای هر یک از قربانیان غیر ممکن یا غیر قابل اجرا است، به صندوق امانی سپرده شود. سپس حکم جبران خسارت سپرده شده از سایر منابع صندوق امانی جدا می‌شود و در اولین فرصت ممکن برای قربانیان فرستاده می‌شود.

۳- دیوان می‌تواند دستور دهد که حکم جبران خسارت علیه محکوم علیه، در صورتی که تعداد قربانیان و دامنه، اشکال و روشهای جبران خسارت با حکم جمعی مناسب‌تر باشد، از طریق صندوق امانی صورت گیرد.

۴- دیوان، در پی مشورت با کشورهای ذینفع و صندوق امانی، می‌تواند دستور دهد که حکم جبران خسارت از طریق صندوق امانی به سازمان بین‌المللی یا ملی مورد تأیید آن صندوق صورت گیرد.

۵- سایر منابع صندوق امانی برای استفاده قربانیان با رعایت مقررات ماده ۷۹ [اساسنامه]، به کار گرفته می‌شود.

ماده ۹۹. همکاری و اقدامات حمایتی به منظور مصادره اموال طبق بند ۳ (ه)، ماده ۵۷ [اساسنامه] و بند ۴، ماده ۷۵ [اساسنامه]

۱- شعبه مقدماتی متعاقب بند ۳ (ه)، ماده ۵۷ [اساسنامه]، یا شعبه بدوی، متعاقب بند ۴، ماده ۷۵ [اساسنامه]، بر اساس پیشنهاد خود یا به درخواست دادستان یا به تقاضای قربانیان یا نمایندگان قانونی آنان که تقاضای جبران خسارت کرده‌اند یا کسی که تعهد کتبی به انجام چنین کاری داده است، می‌تواند تعیین کند که آیا این اقدام باید درخواست شود.

۲- اعلامیه لازم نیست مگر این که دیوان، در شرایط خاص پرونده تصمیم بگیرد که [صدور] اعلامیه، نمی‌تواند مؤثر بودن اقدام مورد تقاضا را به خطر بیندازد. در مورد اخیر، مدیر دفتر اعلامیه جلسه رسیدگی را برای شخصی که علیه آن تقاضا صورت گرفته و تا آنجا که مقدور باشد برای

اشخاص یا کشورهای ذینفع تهیه می‌کند.

- ۳- در صورتی که دستور بدون اعلامیه قبلی صادر شود، شعبه مربوط از مدیر دفتر تقاضا می‌کند که هرچه سریع‌تر موافق با تأثیر اقدامات مورد تقاضا، به آنهایی که علیه آنها تقاضا شده است و تا حد امکان به اشخاص و کشورهای ذینفع اطلاع دهد و از آنها برای ارائه اظهار نظر نسبت به این که آیا دستور باید باطل شود یا تغییر کند، دعوت به عمل آورد.
- ۴- دیوان می‌تواند درخصوص زمان و نحوه اداره جلسه ضروری رسیدگی برای تعیین این مسائل، دستور صادر کند.

بند چهار. مقررات متفرقه

ماده ۱۰۰. مکان جلسات رسیدگی

- ۱- در پرونده خاص، در موردی که، دیوان بررسی می‌کند که این امر در جهت منافع عدالت است، می‌تواند تصمیم بگیرد که مکان جلسات رسیدگی را در کشوری به غیر از کشور میزبان قرار دهد.
- ۲- تقاضا یا توصیه تغییر مکانی که دیوان در آن جلسه برگزار می‌کند، در هر زمانی بعد از آغاز تحقیق، یا بوسیله دادستان، وکیل مدافع یا اکثریت قضات دیوان، درخواست می‌شود. چنین درخواست یا توصیه مورد توجه هیأت رئیسه قرار می‌گیرد. آن به صورت کتبی است و کشوری را که جلسه دیوان در آن برگزار می‌شود، مشخص می‌کند. هیأت رئیسه خود را با نظرات شعبه مربوطه اقناع می‌کند.
- ۳- هیأت رئیسه با کشوری که دیوان قصد برگزاری جلسات در آن را دارد، مشورت می‌کند. در صورتی که آن کشور موافقت کند دیوان می‌تواند در آن کشور جلسات را برگزار کند، سپس، تصمیم به برگزاری جلسات در کشوری به غیر از کشور میزبان، در جلسه عمومی با اکثریت

دو سوم آرای قضات، اتخاذ می‌گردد.

ماده ۱۰۱. محدوده‌های زمانی

۱- دیوان در صدور دستور تعیین محدوده‌های زمانی راجع به [جریان] جلسه رسیدگی، به ضرورت تسهیل عدالت و تسریع رسیدگی و به طور خاص مدنظر قرار دادن حقوق وکیل مدافع و قربانیان، توجه دارد.

۲- با در نظر گرفتن حقوق متهم، بویژه طبق بند ۱ (ج)، ماده ۶۷ [اساسنامه]، همه شرکت کنندگان در جلسات رسیدگی که مورد خطاب دستور [دیوان] هستند، در زمان مقتضی و در ظرف محدوده زمانی مقرر دیوان، [در اجرای دستور دیوان] کوشش می‌کنند.

ماده ۱۰۲. ایجاد ارتباط به غیر از [ایجاد ارتباط از طریق] نوشتن

در صورتی که شخصی به علت عدم توانایی یا بی‌سوادی، قادر به ارائه تقاضا، درخواست اظهار نظر یا روش ارتباطی دیگر کتبی به دیوان نیست، می‌تواند چنین تقاضا، درخواست، اظهار نظر یا ارتباط را به صورت سمعی یا بصری یا دیگر اشکال الکترونیکی ارائه دهد.

ماده ۱۰۳. داوطلب کمک به دادگاه و دیگر اشکال اظهاریه

۱- شعبه در هر مرحله از رسیدگی می‌تواند - اگر تشخیص دهد که برای تصمیم‌گیری صحیح در خصوص پرونده لازم است - از هر کشور، سازمان یا شخصی برای ارائه کتبی یا شفاهی هرگونه اظهار نظر در مورد هر مسأله‌ای که مناسب می‌داند دعوت نماید یا به آنها اجازه [چنین اظهار نظری] بدهد.

۲- دادستان و وکیل مدافع فرصت پاسخ به اظهار نظرات ارائه شده

طبق ماده فرعی ۱ [فوق] را دارند.

۳- اظهار نظر کتبی ارائه شده طبق ماده فرعی ۱ [فوق] توسط مدیر دفتر که رونوشتی از آن را برای دادستان و وکیل مدافع تهیه می کند، ثبت می شود. شعبه تعیین می کند که چه محدوده زمانی برای بایگانی چنین اظهار نظراتی اعمال شود.

**Rules of Procedure and Evidence
for the Application of the Rome
Statute of the International
Criminal Court**

**Assembly of States of Parties to
the Rome Statute of the
International Criminal Court**

First session

New York, 3-10 September 2002

Official Records

Instrument adopted by the Assembly of States Parties

Rules of Procedure and Evidence*

Contents

Rule

Chapter 1. General provisions

1. Use of terms
2. Authentic texts
3. Amendments

Chapter 2. Composition and administration of the Court

Section I. General provisions relating to the composition and administration of the Court

4. Plenary sessions
5. Solemn undertaking under article 45
6. Solemn undertaking by the staff of the Office of the Prosecutor, the Registry, interpreters and translators
7. Single judge under article 39, paragraph 2 (b) (iii)
8. Code of Professional Conduct

Section II. The Office of the Prosecutor

9. Operation of the Office of the Prosecutor
10. Retention of information and evidence

***. Explanatory note:** The Rules of Procedure and Evidence are instruments for the application of the Rome Statute of the International Criminal Court, to which they are subordinate in all cases. In elaborating the Rules of Procedure and Evidence, care has been taken to avoid rephrasing and, to the extent possible, repeating the provisions of the Statute. Direct references to the Statute have been included in the Rules, where appropriate, in order to emphasize the relationship between the Rules and the Rome Statute, as provided for in article 51, in particular, paragraphs 4 and 5.

In all cases, the Rules of Procedure and Evidence should be read in conjunction with and subject to the provisions of the Statute.

The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court do not affect the procedural rules for any national court or legal system for the purpose of national proceedings.

11. Delegation of the Prosecutor's functions

Section III. The Registry

Subsection 1. General provisions relating to the Registry

- 12. Qualifications and election of the Registrar and the Deputy Registrar
- 13. Functions of the Registrar
- 14. Operation of the Registry
- 15. Records

Subsection 2. Victims and Witnesses Unit

- 16. Responsibilities of the Registrar relating to victims and Witnesses
- 17. Functions of the Unit
- 18. Responsibilities of the Unit
- 19. Expertise in the Unit

Subsection 3. Counsel for the defence

- 20. Responsibilities of the Registrar relating to the rights of the defence
- 21. Assignment of legal assistance
- 22. Appointment and qualifications of Counsel for the defence

Section IV. Situations that may affect the functioning of the Court

Subsection 1. Removal from office and disciplinary measures

- 23. General principle
- 24. Definition of serious misconduct and serious breach of duty
- 25. Definition of misconduct of a less serious nature
- 26. Receipt of complaints
- 27. Common provisions on the rights of the defence
- 28. Suspension from duty
- 29. Procedure in the event of a request for removal from office
- 30. Procedure in the event of a request for disciplinary measures
- 31. Removal from office
- 32. Disciplinary measures

Subsection 2. Excusing, disqualification, death and

resignation

- 33. Excusing of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor
- 34. Disqualification of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor
- 35. Duty of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor to request to be excused
- 36. Death of a judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar
- 37. Resignation of a judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar
- Subsection 3. Replacements and alternate judges
- 38. Replacements
- 39. Alternate judges
- Section V. Publication, languages and translation
- 40. Publication of decisions in official languages of the Court
- 41. Working languages of the Court
- 42. Translation and interpretation services
- 43. Procedure applicable to the publication of documents of the Court

Chapter 3. Jurisdiction and admissibility

Section I. Declarations and referrals relating to articles 11, 12, 13 and 14

- 44. Declaration provided for in article 12, paragraph 3
- 45. Referral of a situation to the Prosecutor

Section II. Initiation of investigations under article 15

- 46. Information provided to the Prosecutor under article 15, paragraphs 1 and 2
- 47. Testimony under article 15, paragraph 2
- 48. Determination of reasonable basis to proceed with an investigation under article 15, paragraph 3
- 49. Decision and notice under article 15, paragraph 6
- 50. Procedure for authorization by the Pre-Trial Chamber of the commencement of the investigation

Section III. Challenges and preliminary rulings under

articles 17, 18 and 19

51. Information provided under article 17
52. Notification provided for in article 18, paragraph 1
53. Deferral provided for in article 18, paragraph 2
54. Application by the Prosecutor under article 18, paragraph 2
55. Proceedings concerning article 18, paragraph 2
56. Application by the Prosecutor following review under article 18, paragraph 3
57. Provisional measures under article 18, paragraph 6
58. Proceedings under article 19
59. Participation in proceedings under article 19, paragraph 3
60. Competent organ to receive challenges
61. Provisional measures under article 19, paragraph 8
62. Proceedings under article 19, paragraph 10

Chapter 4. Provisions relating to various stages of the proceedings

Section I. Evidence

63. General provisions relating to evidence
64. Procedure relating to the relevance or admissibility of evidence
65. Compellability of witnesses
66. Solemn undertaking
67. Live testimony by means of audio or video-link technology
68. Prior recorded testimony
69. Agreements as to evidence
70. Principles of evidence in cases of sexual violence
71. Evidence of other sexual conduct
72. In camera procedure to consider relevance or admissibility of evidence
73. Privileged communications and information
74. Self-incrimination by a witness
75. Incrimination by family members

Section II. Disclosure

76. Pre-trial disclosure relating to prosecution witnesses
77. Inspection of material in possession or control of the Prosecutor

- 78. Inspection of material in possession or control of the defence
- 79. Disclosure by the defence
- 80. Procedures for raising a ground for excluding criminal responsibility under article 31, paragraph 3
- 81. Restrictions on disclosure
- 82. Restrictions on disclosure of material and information protected under article 54, paragraph 3 (e)
- 83. Ruling on exculpatory evidence under article 67, paragraph 2
- 84. Disclosure and additional evidence for trial
 - Section III. Victims and witnesses
 - Subsection 1. Definition and general principle relating to victims
- 85. Definition of victims
- 86. General principle
 - Subsection 2. Protection of victims and witnesses
- 87. Protective measures
- 88. Special measures
 - Subsection 3. Participation of victims in the proceedings
- 89. Application for participation of victims in the proceedings
- 90. Legal representatives of victims
- 91. Participation of legal representatives in the proceedings
- 92. Notification to victims and their legal representatives
- 93. Views of victims or their legal representatives
 - Subsection 4. Reparations to victims
- 94. Procedure upon request
- 95. Procedure on the motion of the Court
- 96. Publication of reparation proceedings
- 97. Assessment of reparations
- 98. Trust Fund
- 99. Cooperation and protective measures for the purpose of forfeiture under articles 57, paragraph 3 (e), and 75, paragraph 4
- Section IV. Miscellaneous provisions
- 100. Place of the proceedings
- 101. Time limits

- 102. Communications other than in writing
- 103. Amicus curiae and other forms of submission

Chapter 5. Investigation and prosecution

Section I. Decision of the Prosecutor regarding the initiation of an investigation under article 53, paragraphs 1 and 2

- 104. Evaluation of information by the Prosecutor
- 105. Notification of a decision by the Prosecutor not to initiate an investigation
- 106. Notification of a decision by the Prosecutor not to prosecute

Section II. Procedure under article 53, paragraph 3

- 107. Request for review under article 53, paragraph 3 (a)
- 108. Decision of the Pre-Trial Chamber under article 53, paragraph 3 (a)
- 109. Review by the Pre-Trial Chamber under article 53, paragraph 3 (b)
- 110. Decision by the Pre-Trial Chamber under article 53, paragraph 3 (b)

Section III. Collection of evidence

- 111. Record of questioning in general
- 112. Recording of questioning in particular
- 113. Collection of information regarding the state of health of the person concerned
- 114. Unique investigative opportunity under article
- 115. Collection of evidence in the territory of a State Party under article 57, paragraph 3 (d)
- 116. Collection of evidence at the request of the defence under article 57, paragraph 3 (b)

Section IV. Procedures in respect of restriction and deprivation of liberty

- 117. Detention in the custodial State
- 118. Pre-trial detention at the seat of the Court
- 119. Conditional release
- 120. Instruments of restraint

Section V. Proceedings with regard to the confirmation of charges under article 61

- 121. Proceedings before the confirmation hearing
- 122. Proceedings at the confirmation hearing in the presence of the person charged
- 123. Measures to ensure the presence of the person concerned at the confirmation hearing
- 124. Waiver of the right to be present at the confirmation hearing
- 125. Decision to hold the confirmation hearing in the absence of the person concerned
- 126. Confirmation hearing in the absence of the person concerned

Section VI. Closure of the pre-trial phase

- 127. Procedure in the event of different decisions on multiple charges
- 128. Amendment of the charges
- 129. Notification of the decision on the confirmation of charges
- 130. Constitution of the Trial Chamber

Chapter 6. Trial procedure

- 131. Record of the proceedings transmitted by the Pre-Trial Chamber
- 132. Status conferences
- 133. Motions challenging admissibility or jurisdiction
- 134. Motions relating to the trial proceedings
- 135. Medical examination of the accused
- 136. Joint and separate trials
- 137. Record of the trial proceedings
- 138. Custody of evidence
- 139. Decision on admission of guilt
- 140. Directions for the conduct of the proceedings and testimony
- 141. Closure of evidence and closing statements
- 142. Deliberations
- 143. Additional hearings on matters related to sentence or reparations
- 144. Delivery of the decisions of the Trial Chamber

Chapter 7. Penalties

- 145. Determination of sentence
- 146. Imposition of fines under article 77
- 147. Orders of forfeiture
- 148. Orders to transfer fines or forfeitures to the Trust Fund

Chapter 8. Appeal and revision

Section I. General provisions

- 149. Rules governing proceedings in the Appeals Chamber
 - Section II. Appeals against convictions, acquittals, sentences and reparation orders
- 150. Procedure for the appeal
- 152. Discontinuance of the appeal
- 153. Judgement on appeals against reparation orders
 - Section III. Appeals against other decisions
- 154. Appeals that do not require the leave of the Court
- 155. Appeals that require leave of the Court
- 156. Procedure for the appeal
- 157. Discontinuance of the appeal
- 158. Judgement on the appeal
 - Section IV. Revision of conviction or sentence
- 159. Application for revision
- 160. Transfer for the purpose of revision
- 161. Determination on revision

Chapter 9. Offences and misconduct against the Court

Section I. Offences against the administration of justice under article 70

- 162. Exercise of jurisdiction
- 163. Application of the Statute and the Rules
- 164. Periods of limitation
- 165. Investigation, prosecution and trial
- 166. Sanctions under article 70
- 167. International cooperation and judicial assistance
- 168. *Ne bis in idem*
- 169. Immediate arrest

Section II. Misconduct before the Court under article 71

- 170. Disruption of proceedings

- 171. Refusal to comply with a direction by the Court
- 172. Conduct covered by both articles 70 and 71

Chapter 10. Compensation to an arrested or convicted person

- 173. Request for compensation
- 174. Procedure for seeking compensation
- 175. Amount of compensation

Chapter 11. International cooperation and judicial assistance

Section I. Requests for cooperation under article 87

- 176. Organs of the Court responsible for the transmission and receipt of any communications relating to international cooperation and judicial assistance
- 177. Channels of communication
- 178. Language chosen by States Parties under article 87, paragraph 2
- 179. Language of requests directed to States not party to the Statute
- 180. Changes in the channels of communication or the languages of requests for cooperation

Section II. Surrender, transit and competing requests under articles 89 and 90

- 181. Challenge to admissibility of a case before a national court
- 182. Request for transit under article 89, paragraph 3 (e)
- 183. Possible temporary surrender
- 184. Arrangements for surrender
- 185. Release of a person from the custody of the Court other than upon completion of sentence
- 186. Competing requests in the context of a challenge to the admissibility of the case

Section III. Documents for arrest and surrender under articles 91 and 92

- 187. Translation of documents accompanying request for surrender
- 188. Time limit for submission of documents after provisional arrest
- 189. Transmission of documents supporting the request

Section IV. Cooperation under article 93

- 190. Instruction on self-incrimination accompanying request for witness
- 191. Assurance provided by the Court under article 93, paragraph 2
- 192. Transfer of a person in custody
- 193. Temporary transfer of the person from the State of enforcement
- 194. Cooperation requested from the Court

Section V. Cooperation under article 98

- 195. Provision of information

Section VI. Rule of speciality under article 101

- 196. Provision of views on article 101, paragraph 1
- 197. Extension of the surrender

Chapter 12. Enforcement

Section I. Role of States in enforcement of sentences of imprisonment and change in designation of State of enforcement under articles 103 and 104

- 198. Communications between the Court and States
- 199. Organ responsible under Part 10
- 200. List of States of enforcement
- 201. Principles of equitable distribution
- 202. Timing of delivery of the sentenced person to the State of enforcement
- 203. Views of the sentenced person
- 204. Information relating to designation
- 205. Rejection of designation in a particular case
- 206. Delivery of the sentenced person to the State of enforcement
- 207. Transit
- 208. Costs
- 209. Change in designation of State of enforcement
- 210. Procedure for change in the designation of a State of enforcement Section II. Enforcement, supervision and transfer under articles 105, 106 and 107
- 211. Supervision of enforcement of sentences and conditions of imprisonment
- 212. Information on location of the person for enforcement of fines,

- forfeitures or reparation measures
213. Procedure for article 107, paragraph 3
- Section III. Limitation on the prosecution or punishment of other offences under article 108
214. Request to prosecute or enforce a sentence for prior conduct
215. Decision on request to prosecute or enforce a sentence
216. Information on enforcement
- Section IV. Enforcement of fines, forfeiture measures and reparation orders
217. Cooperation and measures for enforcement of fines, forfeiture or reparation orders
218. Orders for forfeiture and reparations
219. Non-modification of orders for reparation
220. Non-modification of judgements in which fines were imposed
221. Decision on disposition or allocation of property or assets
222. Assistance for service or any other measure
- Section V. Review concerning reduction of sentence under article 110
223. Criteria for review concerning reduction of sentence
224. Procedure for review concerning reduction of sentence
- Section VI. Escape
225. Measures under article 111 in the event of escape

Chapter 1

General provisions

Rule 1

Use of terms

In the present document:

- “article” refers to articles of the Rome Statute;
- “Chamber” refers to a Chamber of the Court;
- “Part” refers to the Parts of the Rome Statute;
- “Presiding Judge” refers to the Presiding Judge of a Chamber;
- “the President” refers to the President of the Court;
- “the Regulations” refers to the Regulations of the Court;
- “the Rules” refers to the Rules of Procedure and Evidence.

Rule 2

Authentic texts

The Rules have been adopted in the official languages of the Court established by article 50, paragraph 1. All texts are equally authentic.

Rule 3

Amendments

1. Amendments to the rules that are proposed in accordance with article 51, paragraph 2, shall be forwarded to the President of the Bureau of the Assembly of States Parties.
2. The President of the Bureau of the Assembly of States Parties shall ensure that all proposed amendments are translated into the official languages of the Court and are transmitted to the States Parties.
3. The procedure described in sub-rules 1 and 2 shall also apply to the provisional rules referred to in article 51, paragraph 3.

Chapter 2

Composition and administration of the Court

Section I

General provisions relating to the composition and administration of the Court

Rule 4

Plenary sessions

1. The judges shall meet in plenary session not later than two months after their election. At that first session, after having made their solemn undertaking, in conformity with rule 5, the judges shall:

- (a) Elect the President and Vice-Presidents;
- (b) Assign judges to divisions.

2. The judges shall meet subsequently in plenary session at least once a year to exercise their functions under the Statute, the Rules and the Regulations and, if necessary, in special plenary sessions convened by the President on his or her own motion or at the request of one half of the judges.

3. The quorum for each plenary session shall be two-thirds of the judges.

4. Unless otherwise provided in the Statute or the Rules, the decisions of the plenary sessions shall be taken by the majority of the judges present. In the event of an equality of votes, the President, or the judge acting in the place of the President, shall have a casting vote.

5. The Regulations shall be adopted as soon as possible in plenary sessions.

Rule 5

Solemn undertaking under article 45

1. As provided in article 45, before exercising their functions under the Statute, the following solemn undertakings shall be made:

- (a) In the case of a judge:
“I solemnly undertake that I will perform my duties and exercise my powers as a judge of the International Criminal

Court honourably, faithfully, impartially and conscientiously, and that I will respect the confidentiality of investigations and prosecutions and the secrecy of deliberations”;

(b) In the case of the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar and the Deputy Registrar of the Court:

“I solemnly undertake that I will perform my duties and exercise my powers as (title) of the International Criminal Court honourably, faithfully, impartially and conscientiously, and that I will respect the confidentiality of investigations and prosecutions”.

2. The undertaking, signed by the person making it and witnessed by the President or a Vice-President of the Bureau of the Assembly of States Parties, shall be filed with the Registry and kept in the records of the Court.

Rule 6

Solemn undertaking by the staff of the Office of the Prosecutor, the Registry, interpreters and translators

1. Upon commencing employment, every staff member of the Office of the Prosecutor and the Registry shall make the following undertaking:

“I solemnly undertake that I will perform my duties and exercise my powers as (title) of the International Criminal Court honourably, faithfully, impartially and conscientiously, and that I will respect the confidentiality of investigations and prosecutions”;

The undertaking, signed by the person making it and witnessed, as appropriate, by the Prosecutor, the Deputy Prosecutor, the Registrar or the Deputy Registrar, shall be filed with the Registry and kept in the records of the Court.

2. Before performing any duties, an interpreter or a translator shall make the following undertaking:

“I solemnly declare that I will perform my duties faithfully, impartially and with full respect for the duty of confidentiality”;

The undertaking, signed by the person making it and witnessed by the President of the Court or his or her representative, shall be filed with the Registry and kept in the records of the Court.

Rule 7

Single judge under article 39, paragraph 2 (b) (iii)

1. Whenever the Pre-Trial Chamber designates a judge as a single judge in accordance with article 39, paragraph 2 (b) (iii), it shall do so on the basis of objective pre-established criteria.
2. The designated judge shall make the appropriate decisions on those questions on which decision by the full Chamber is not expressly provided for in the Statute or the Rules.
3. The Pre-Trial Chamber, on its own motion or, if appropriate, at the request of a party, may decide that the functions of the single judge be exercised by the full Chamber.

Rule 8

Code of Professional Conduct

1. The Presidency, on the basis of a proposal made by the Registrar, shall draw up a draft Code of Professional Conduct for counsel, after having consulted the Prosecutor. In the preparation of the proposal, the Registrar shall conduct the consultations in accordance with rule 20, sub-rule 3.
2. The draft Code shall then be transmitted to the Assembly of States Parties, for the purpose of adoption, according to article 112, paragraph 7.
3. The Code shall contain procedures for its amendment.

Section II

The Office of the Prosecutor

Rule 9

Operation of the Office of the Prosecutor

In discharging his or her responsibility for the management and administration of the Office of the Prosecutor, the Prosecutor shall put in

place regulations to govern the operation of the Office. In preparing or amending these regulations, the Prosecutor shall consult with the Registrar on any matters that may affect the operation of the Registry.

Rule 10

Retention of information and evidence

The Prosecutor shall be responsible for the retention, storage and security of information and physical evidence obtained in the course of the investigations by his or her Office.

Rule 11

Delegation of the Prosecutor's functions

Except for the inherent powers of the Prosecutor set forth in the Statute, *inter alia*, those described in articles 15 and 53, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor may authorize staff members of the Office of the Prosecutor, other than those referred to in article 44, paragraph 4, to represent him or her in the exercise of his or her functions.

Section III

The Registry

Subsection 1

General provisions relating to the Registry

Rule 12

Qualifications and election of the Registrar and the Deputy Registrar

1. As soon as it is elected, the Presidency shall establish a list of candidates who satisfy the criteria laid down in article 43, paragraph 3, and shall transmit the list to the Assembly of States Parties with a request for any recommendations.
2. Upon receipt of any recommendations from the Assembly of States Parties, the President shall, without delay, transmit the list together with the recommendations to the plenary session.
3. As provided for in article 43, paragraph 4, the Court, meeting in

plenary session, shall, as soon as possible, elect the Registrar by an absolute majority, taking into account any recommendations by the Assembly of States Parties. In the event that no candidate obtains an absolute majority on the first ballot, successive ballots shall be held until one candidate obtains an absolute majority.

4. If the need for a Deputy Registrar arises, the Registrar may make a recommendation to the President to that effect. The President shall convene a plenary session to decide on the matter. If the Court, meeting in plenary session, decides by an absolute majority that a Deputy Registrar is to be elected, the Registrar shall submit a list of candidates to the Court.

5. The Deputy Registrar shall be elected by the Court, meeting in plenary session, in the same manner as the Registrar.

Rule 13

Functions of the Registrar

1. Without prejudice to the authority of the Office of the Prosecutor under the Statute to receive, obtain and provide information and to establish channels of communication for this purpose, the Registrar shall serve as the channel of communication of the Court.

2. The Registrar shall also be responsible for the internal security of the Court in consultation with the Presidency and the Prosecutor, as well as the host State.

Rule 14

Operation of the Registry

1. In discharging his or her responsibility for the organization and management of the Registry, the Registrar shall put in place regulations to govern the operation of the Registry. In preparing or amending these regulations, the Registrar shall consult with the Prosecutor on any matters which may affect the operation of the Office of the Prosecutor. The regulations shall be approved by the Presidency.

2. The regulations shall provide for defence counsel to have access to appropriate and reasonable administrative assistance from the Registry.

Rule 15

Records

1. The Registrar shall keep a database containing all the particulars of each case brought before the Court, subject to any order of a judge or Chamber providing for the non-disclosure of any document or information, and to the protection of sensitive personal data. Information on the database shall be available to the public in the working languages of the Court.
2. The Registrar shall also maintain the other records of the Court.

Subsection 2

Victims and Witnesses Unit

Rule 16

Responsibilities of the Registrar relating to victims and witnesses

1. In relation to victims, the Registrar shall be responsible for the performance of the following functions in accordance with the Statute and these Rules:
 - (a) Providing notice or notification to victims or their legal representatives;
 - (b) Assisting them in obtaining legal advice and organizing their legal representation, and providing their legal representatives with adequate support, assistance and information, including such facilities as may be necessary for the direct performance of their duty, for the purpose of protecting their rights during all stages of the proceedings in accordance with rules 89 to 91;
 - (c) Assisting them in participating in the different phases of the proceedings in accordance with rules 89 to 91;
 - (d) Taking gender-sensitive measures to facilitate the participation of victims of sexual violence at all stages of the proceedings.
2. In relation to victims, witnesses and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses, the Registrar shall be responsible for the performance of the following functions in accordance with the Statute

and these Rules:

- (a) Informing them of their rights under the Statute and the Rules, and of the existence, functions and availability of the Victims and Witnesses Unit;
 - (b) Ensuring that they are aware, in a timely manner, of the relevant decisions of the Court that may have an impact on their interests, subject to provisions on confidentiality.
3. For the fulfilment of his or her functions, the Registrar may keep a special register for victims who have expressed their intention to participate in relation to a specific case.
4. Agreements on relocation and provision of support services on the territory of a State of traumatized or threatened victims, witnesses and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses may be negotiated with the States by the Registrar on behalf of the Court. Such agreements may remain confidential.

Rule 17

Functions of the Unit

1. The Victims and Witnesses Unit shall exercise its functions in accordance with article 43, paragraph 6.
2. The Victims and Witnesses Unit shall, *inter alia*, perform the following functions, in accordance with the Statute and the Rules, and in consultation with the Chamber, the Prosecutor and the defence, as appropriate:
- (a) With respect to all witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses, in accordance with their particular needs and circumstances:
 - (i) Providing them with adequate protective and security measures and formulating long- and short-term plans for their protection;
 - (ii) Recommending to the organs of the Court the adoption of protection measures and also advising relevant States of

such measures;

(iii) Assisting them in obtaining medical, psychological and other appropriate assistance;

(iv) Making available to the Court and the parties training in issues of trauma, sexual violence, security and confidentiality;

(v) Recommending, in consultation with the Office of the Prosecutor, the elaboration of a code of conduct, emphasizing the vital nature of security and confidentiality for investigators of the Court and of the defence and all intergovernmental and non-governmental organizations acting at the request of the Court, as appropriate;

(vi) Cooperating with States, where necessary, in providing any of the measures stipulated in this rule;

(b) With respect to witnesses:

(i) Advising them where to obtain legal advice for the purpose of protecting their rights, in particular in relation to their testimony;

(ii) Assisting them when they are called to testify before the Court;

(iii) Taking gender-sensitive measures to facilitate the testimony of victims of sexual violence at all stages of the proceedings.

3. In performing its functions, the Unit shall give due regard to the particular needs of children, elderly persons and persons with disabilities. In order to facilitate the participation and protection of children as witnesses, the Unit may assign, as appropriate, and with the agreement of the parents or the legal guardian, a child-support person to assist a child through all stages of the proceedings.

Rule 18

Responsibilities of the Unit

For the efficient and effective performance of its work, the Victims and Witnesses Unit shall:

- (a) Ensure that the staff in the Unit maintain confidentiality at all times;
- (b) While recognizing the specific interests of the Office of the Prosecutor, the defence and the witnesses, respect the interests of the witness, including, where necessary, by maintaining an appropriate separation of the services provided to the prosecution and defence witnesses, and act impartially when cooperating with all parties and in accordance with the rulings and decisions of the Chambers;
- (c) Have administrative and technical assistance available for witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses, during all stages of the proceedings and thereafter, as reasonably appropriate;
- (d) Ensure training of its staff with respect to victims' and witnesses' security, integrity and dignity, including matters related to gender and cultural sensitivity;
- (e) Where appropriate, cooperate with intergovernmental and non-governmental organizations.

Rule 19

Expertise in the Unit

In addition to the staff mentioned in article 43, paragraph 6, and subject to article 44, the Victims and Witnesses Unit may include, as appropriate, persons with expertise, *inter alia*, in the following areas:

- (a) Witness protection and security;
- (b) Legal and administrative matters, including areas of humanitarian and criminal law;
- (c) Logistics administration;
- (d) Psychology in criminal proceedings;
- (e) Gender and cultural diversity;
- (f) Children, in particular traumatized children;
- (g) Elderly persons, in particular in connection with armed conflict and exile trauma;
- (h) Persons with disabilities;

- (i) Social work and counselling;
- (j) Health care;
- (k) Interpretation and translation.

Subsection 3

Counsel for the defence

Rule 20

Responsibilities of the Registrar relating to the rights of the defence

1. In accordance with article 43, paragraph 1, the Registrar shall organize the staff of the Registry in a manner that promotes the rights of the defence, consistent with the principle of fair trial as defined in the Statute. For that purpose, the Registrar shall, *inter alia*:

- (a) Facilitate the protection of confidentiality, as defined in article 67, paragraph 1 (b);
- (b) Provide support, assistance, and information to all defence counsel appearing before the Court and, as appropriate, support for professional investigators necessary for the efficient and effective conduct of the defence;
- (c) Assist arrested persons, persons to whom article 55, paragraph 2, applies and the accused in obtaining legal advice and the assistance of legal counsel;
- (d) Advise the Prosecutor and the Chambers, as necessary, on relevant defence-related issues;
- (e) Provide the defence with such facilities as may be necessary for the direct performance of the duty of the defence;
- (f) Facilitate the dissemination of information and case law of the Court to defence counsel and, as appropriate, cooperate with national defence and bar associations or any independent representative body of counsel and legal associations referred to in sub-rule 3 to promote the specialization and training of lawyers in the law of the Statute and the Rules.

2. The Registrar shall carry out the functions stipulated in sub-rule 1,

including the financial administration of the Registry, in such a manner as to ensure the professional independence of defence counsel.

3. For purposes such as the management of legal assistance in accordance with rule 21 and the development of a Code of Professional Conduct in accordance with rule 8, the Registrar shall consult, as appropriate, with any independent representative body of counsel or legal associations, including any such body the establishment of which may be facilitated by the Assembly of States Parties.

Rule 21

Assignment of legal assistance

1. Subject to article 55, paragraph 2 (c), and article 67, paragraph 1 (d), criteria and procedures for assignment of legal assistance shall be established in the Regulations, based on a proposal by the Registrar, following consultations with any independent representative body of counsel or legal associations, as referred to in rule 20, sub-rule 3.

2. The Registrar shall create and maintain a list of counsel who meet the criteria set forth in rule 22 and the Regulations. The person shall freely choose his or her counsel from this list or other counsel who meets the required criteria and is willing to be included in the list.

3. A person may seek from the Presidency a review of a decision to refuse a request for assignment of counsel. The decision of the Presidency shall be final. If a request is refused, a further request may be made by a person to the Registrar, upon showing a change in circumstances.

4. A person choosing to represent himself or herself shall so notify the Registrar in writing at the first opportunity.

5. Where a person claims to have insufficient means to pay for legal assistance and this is subsequently found not to be so, the Chamber dealing with the case at that time may make an order of contribution to recover the cost of providing counsel.

Rule 22

Appointment and qualifications of Counsel for the defence

1. A counsel for the defence shall have established competence in international or criminal law and procedure, as well as the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings. A counsel for the defence shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court. Counsel for the defence may be assisted by other persons, including professors of law, with relevant expertise.

2. Counsel for the defence engaged by a person exercising his or her right under the Statute to retain legal counsel of his or her choosing shall file a power of attorney with the Registrar at the earliest opportunity.

3. In the performance of their duties, Counsel for the defence shall be subject to the Statute, the Rules, the Regulations, the Code of Professional Conduct for Counsel adopted in accordance with rule 8 and any other document adopted by the Court that may be relevant to the performance of their duties.

Section IV

Situations that may affect the functioning of the Court

Subsection 1

Removal from office and disciplinary measures

Rule 23

General principle

A judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar and a Deputy Registrar shall be removed from office or shall be subject to disciplinary measures in such cases and with such guarantees as are established in the Statute and the Rules.

Rule 24

Definition of serious misconduct and serious breach of duty

1. For the purposes of article 46, paragraph 1 (a), “serious misconduct” shall be constituted by conduct that:

(a) If it occurs in the course of official duties, is incompatible with official functions, and causes or is likely to cause serious harm to the proper administration of justice before the Court or the proper internal functioning of the Court, such as:

(i) Disclosing facts or information that he or she has acquired in the course of his or her duties or on a matter which is *sub judice*, where such disclosure is seriously prejudicial to the judicial proceedings or to any person;

(ii) Concealing information or circumstances of a nature sufficiently serious to have precluded him or her from holding office;

(iii) Abuse of judicial office in order to obtain unwarranted favourable treatment from any authorities, officials or professionals; or

(b) If it occurs outside the course of official duties, is of a grave nature that causes or is likely to cause serious harm to the standing of the Court.

2. For the purposes of article 46, paragraph 1 (a), a “serious breach of duty” occurs where a person has been grossly negligent in the performance of his or her duties or has knowingly acted in contravention of those duties. This may include, *inter alia*, situations where the person:

(a) Fails to comply with the duty to request to be excused, knowing that there are grounds for doing so;

(b) Repeatedly causes unwarranted delay in the initiation, prosecution or trial of cases, or in the exercise of judicial powers.

Rule 25

Definition of misconduct of a less serious nature

1. For the purposes of article 47, “misconduct of a less serious nature” shall be constituted by conduct that:

(a) If it occurs in the course of official duties, causes or is likely to cause harm to the proper administration of justice before the Court or the proper internal functioning of the Court, such as:

(i) Interfering in the exercise of the functions of a person referred to in article 47;

(ii) Repeatedly failing to comply with or ignoring requests made by the Presiding Judge or by the Presidency in the exercise of their lawful authority;

(iii) Failing to enforce the disciplinary measures to which the Registrar or a Deputy Registrar and other officers of the Court are subject when a judge knows or should know of a serious breach of duty on their part; or

(b) If it occurs outside the course of official duties, causes or is likely to cause harm to the standing of the Court.

2. Nothing in this rule precludes the possibility of the conduct set out in sub-rule 1 (a) constituting “serious misconduct” or “serious breach of duty” for the purposes of article 46, paragraph 1 (a).

Rule 26

Receipt of complaints

1. For the purposes of article 46, paragraph 1, and article 47, any complaint concerning any conduct defined under rules 24 and 25 shall include the grounds on which it is based, the identity of the complainant and, if available, any relevant evidence. The complaint shall remain confidential.

2. All complaints shall be transmitted to the Presidency, which may also initiate proceedings on its own motion, and which shall, pursuant to the Regulations, set aside anonymous or manifestly unfounded complaints and transmit the other complaints to the competent organ. The Presidency shall be

assisted in this task by one or more judges, appointed on the basis of automatic rotation, in accordance with the Regulations.

Rule 27

Common provisions on the rights of the defence

1. In any case in which removal from office under article 46 or disciplinary measures under article 47 is under consideration, the person concerned shall be so informed in a written statement.
2. The person concerned shall be afforded full opportunity to present and receive evidence, to make written submissions and to supply answers to any questions put to him or her.
3. The person may be represented by counsel during the process established under this rule.

Rule 28

Suspension from duty

Where an allegation against a person who is the subject of a complaint is of a sufficiently serious nature, the person may be suspended from duty pending the final decision of the competent organ.

Rule 29

Procedure in the event of a request for removal from office

1. In the case of a judge, the Registrar or a Deputy Registrar, the question of removal from office shall be put to a vote at a plenary session.
2. The Presidency shall advise the President of the Bureau of the Assembly of States Parties in writing of any recommendation adopted in the case of a judge, and any decision adopted in the case of the Registrar or a Deputy Registrar.
3. The Prosecutor shall advise the President of the Bureau of the Assembly of States Parties in writing of any recommendation he or she makes in the case of a Deputy Prosecutor.
4. Where the conduct is found not to amount to serious misconduct or a serious breach of duty, it may be decided in accordance with article 47 that

the person concerned has engaged in misconduct of a less serious nature and a disciplinary measure imposed.

Rule 30

Procedure in the event of a request for disciplinary measures

1. In the case of a judge, the Registrar or a Deputy Registrar, any decision to impose a disciplinary measure shall be taken by the Presidency.
2. In the case of the Prosecutor, any decision to impose a disciplinary measure shall be taken by an absolute majority of the Bureau of the Assembly of States Parties.
3. In the case of a Deputy Prosecutor:
 - (a) Any decision to give a reprimand shall be taken by the Prosecutor;
 - (b) Any decision to impose a pecuniary sanction shall be taken by an absolute majority of the Bureau of the Assembly of States Parties upon the recommendation of the Prosecutor.
4. Reprimands shall be recorded in writing and shall be transmitted to the President of the Bureau of the Assembly of States Parties.

Rule 31

Removal from office

Once removal from office has been pronounced, it shall take effect immediately. The person concerned shall cease to form part of the Court, including for unfinished cases in which he or she was taking part.

Rule 32

Disciplinary measures

The disciplinary measures that may be imposed are:

- (a) A reprimand; or
- (b) A pecuniary sanction that may not exceed six months of the salary paid by the Court to the person concerned.

Subsection 2

Excusing, disqualification, death and resignation

Rule 33

Excusing of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor

1. A judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor seeking to be excused from his or her functions shall make a request in writing to the Presidency, setting out the grounds upon which he or she should be excused.
2. The Presidency shall treat the request as confidential and shall not make public the reasons for its decision without the consent of the person concerned.

Rule 34

Disqualification of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor

1. In addition to the grounds set out in article 41, paragraph 2, and article 42, paragraph 7, the grounds for disqualification of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor shall include, *inter alia*, the following:
 - (a) Personal interest in the case, including a spousal, parental or other close family, personal or professional relationship, or a subordinate relationship, with any of the parties;
 - (b) Involvement, in his or her private capacity, in any legal proceedings initiated prior to his or her involvement in the case, or initiated by him or her subsequently, in which the person being investigated or prosecuted was or is an opposing party;
 - (c) Performance of functions, prior to taking office, during which he or she could be expected to have formed an opinion on the case in question, on the parties or on their legal representatives that, objectively, could adversely affect the required impartiality of the person concerned;
 - (d) Expression of opinions, through the communications media, in writing or in public actions, that, objectively, could adversely affect the required impartiality of the person concerned.
2. Subject to the provisions set out in article 41, paragraph 2, and article

42, paragraph 8, a request for disqualification shall be made in writing as soon as there is knowledge of the grounds on which it is based. The request shall state the grounds and attach any relevant evidence, and shall be transmitted to the person concerned, who shall be entitled to present written submissions.

3. Any question relating to the disqualification of the Prosecutor or a Deputy Prosecutor shall be decided by a majority of the judges of the Appeals Chamber.

Rule 35

Duty of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor to request to be excused

Where a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor has reason to believe that a ground for disqualification exists in relation to him or her, he or she shall make a request to be excused and shall not wait for a request for disqualification to be made in accordance with article 41, paragraph 2, or article 42, paragraph 7, and rule 34. The request shall be made and the Presidency shall deal with it in accordance with rule 33.

Rule 36

Death of a judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar

The Presidency shall inform, in writing, the President of the Bureau of the Assembly of States Parties of the death of a judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar.

Rule 37

Resignation of a judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar

1. A judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar shall communicate to the Presidency, in writing, his or her decision to resign. The Presidency shall inform, in writing, the President of the Bureau of the Assembly of States Parties.

2. A judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or a Deputy Registrar shall endeavour to give notice of the date on which his or her resignation will take effect at least six months in advance. Before the resignation of a judge takes effect, he or she shall make every effort to discharge his or her outstanding responsibilities.

Subsection 3

Replacements and alternate judges

Rule 38

Replacements

1. A judge may be replaced for objective and justified reasons, *inter alia*:
 - (a) Resignation;
 - (b) Accepted excuse;
 - (c) Disqualification;
 - (d) Removal from office;
 - (e) Death.
2. Replacement shall take place in accordance with the pre-established procedure in the Statute, the Rules and the Regulations.

Rule 39

Alternate judges

Where an alternate judge has been assigned by the Presidency to a Trial Chamber pursuant to article 74, paragraph 1, he or she shall sit through all proceedings and deliberations of the case, but may not take any part therein and shall not exercise any of the functions of the members of the Trial Chamber hearing the case, unless and until he or she is required to replace a member of the Trial Chamber if that member is unable to continue attending. Alternate judges shall be designated in accordance with a procedure pre-established by the Court.

Section V

Publication, languages and translation

Rule 40

Publication of decisions in official languages of the Court

1. For the purposes of article 50, paragraph 1, the following decisions shall be considered as resolving fundamental issues:

- (a) All decisions of the Appeals Division;
- (b) All decisions of the Court on its jurisdiction or on the admissibility of a case pursuant to articles 17, 18, 19 and 20;
- (c) All decisions of a Trial Chamber on guilt or innocence, sentencing and reparations to victims pursuant to articles 74, 75 and 76;
- (d) All decisions of a Pre-Trial Chamber pursuant to article 57, paragraph 3 (d).

2. Decisions on confirmation of charges under article 61, paragraph 7, and on offences against the administration of justice under article 70, paragraph 3, shall be published in all the official languages of the Court when the Presidency determines that they resolve fundamental issues.

3. The Presidency may decide to publish other decisions in all the official languages when such decisions concern major issues relating to the interpretation or the implementation of the Statute or concern a major issue of general interest.

Rule 41

Working languages of the Court

1. For the purposes of article 50, paragraph 2, the Presidency shall authorize the use of an official language of the Court as a working language when:

- (a) That language is understood and spoken by the majority of those involved in a case before the Court and any of the participants in the proceedings so requests; or
- (b) The Prosecutor and the defence so request.

2. The Presidency may authorize the use of an official language of the Court as a working language if it considers that it would facilitate the efficiency of the proceedings.

Rule 42

Translation and interpretation services

The Court shall arrange for the translation and interpretation services necessary to ensure the implementation of its obligations under the Statute and the Rules.

Rule 43

Procedure applicable to the publication of documents of the Court

The Court shall ensure that all documents subject to publication in accordance with the Statute and the Rules respect the duty to protect the confidentiality of the proceedings and the security of victims and witnesses.

Chapter 3

Jurisdiction and admissibility

Section I

Declarations and referrals relating to articles 11, 12, 13 and 14

Rule 44

Declaration provided for in article 12, paragraph 3

1. The Registrar, at the request of the Prosecutor, may inquire of a State that is not a Party to the Statute or that has become a Party to the Statute after its entry into force, on a confidential basis, whether it intends to make the declaration provided for in article 12, paragraph 3.
2. When a State lodges, or declares to the Registrar its intent to lodge, a declaration with the Registrar pursuant to article 12, paragraph 3, or when the Registrar acts pursuant to sub-rule 1, the Registrar shall inform the State concerned that the declaration under article 12, paragraph 3, has as a consequence the acceptance of jurisdiction with respect to the crimes referred to in article 5 of relevance to the situation and the provisions of Part 9, and any rules thereunder concerning States Parties, shall apply.

Rule 45

Referral of a situation to the Prosecutor

A referral of a situation to the Prosecutor shall be in writing.

Section II

Initiation of investigations under article 15

Rule 46

Information provided to the Prosecutor under article 15, paragraphs 1 and 2

Where information is submitted under article 15, paragraph 1, or where oral or written testimony is received pursuant to article 15, paragraph 2, at the seat of the Court, the Prosecutor shall protect the confidentiality of such information and testimony or take any other necessary measures, pursuant to

his or her duties under the Statute.

Rule 47

Testimony under article 15, paragraph 2

1. The provisions of rules 111 and 112 shall apply, *mutatis mutandis*, to testimony received by the Prosecutor pursuant to article 15, paragraph 2.
2. When the Prosecutor considers that there is a serious risk that it might not be possible for the testimony to be taken subsequently, he or she may request the Pre-Trial Chamber to take such measures as may be necessary to ensure the efficiency and integrity of the proceedings and, in particular, to appoint a counsel or a judge from the Pre-Trial Chamber to be present during the taking of the testimony in order to protect the rights of the defence. If the testimony is subsequently presented in the proceedings, its admissibility shall be governed by article 69, paragraph 4, and given such weight as determined by the relevant Chamber.

Rule 48

Determination of reasonable basis to proceed with an investigation under article 15, paragraph 3

In determining whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation under article 15, paragraph 3, the Prosecutor shall consider the factors set out in article 53, paragraph 1 (a) to (c).

Rule 49

Decision and notice under article 15, paragraph 6

1. Where a decision under article 15, paragraph 6, is taken, the Prosecutor shall promptly ensure that notice is provided, including reasons for his or her decision, in a manner that prevents any danger to the safety, well-being and privacy of those who provided information to him or her under article 15, paragraphs 1 and 2, or the integrity of investigations or proceedings.
2. The notice shall also advise of the possibility of submitting further information regarding the same situation in the light of new facts and

evidence.

Rule 50

Procedure for authorization by the Pre-Trial Chamber of the commencement of the investigation

1. When the Prosecutor intends to seek authorization from the Pre-Trial Chamber to initiate an investigation pursuant to article 15, paragraph 3, the Prosecutor shall inform victims, known to him or her or to the Victims and Witnesses Unit, or their legal representatives, unless the Prosecutor decides that doing so would pose a danger to the integrity of the investigation or the life or well-being of victims and witnesses. The Prosecutor may also give notice by general means in order to reach groups of victims if he or she determines in the particular circumstances of the case that such notice could not pose a danger to the integrity and effective conduct of the investigation or to the security and well-being of victims and witnesses. In performing these functions, the Prosecutor may seek the assistance of the Victims and Witnesses Unit as appropriate.
2. A request for authorization by the Prosecutor shall be in writing.
3. Following information given in accordance with sub-rule 1, victims may make representations in writing to the Pre-Trial Chamber within such time limit as set forth in the Regulations.
4. The Pre-Trial Chamber, in deciding on the procedure to be followed, may request additional information from the Prosecutor and from any of the victims who have made representations, and, if it considers it appropriate, may hold a hearing.
5. The Pre-Trial Chamber shall issue its decision, including its reasons, as to whether to authorize the commencement of the investigation in accordance with article 15, paragraph 4, with respect to all or any part of the request by the Prosecutor. The Chamber shall give notice of the decision to victims who have made representations.
6. The above procedure shall also apply to a new request to the Pre-Trial Chamber pursuant to article 15, paragraph 5.

Section III

Challenges and preliminary rulings under articles 17, 18 and 19

Rule 51

Information provided under article 17

In considering the matters referred to in article 17, paragraph 2, and in the context of the circumstances of the case, the Court may consider, *inter alia*, information that the State referred to in article 17, paragraph 1, may choose to bring to the attention of the Court showing that its courts meet internationally recognized norms and standards for the independent and impartial prosecution of similar conduct, or that the State has confirmed in writing to the Prosecutor that the case is being investigated or prosecuted.

Rule 52

Notification provided for in article 18, paragraph 1

1. Subject to the limitations provided for in article 18, paragraph 1, the notification shall contain information about the acts that may constitute crimes referred to in article 5, relevant for the purposes of article 18, paragraph 2.
2. A State may request additional information from the Prosecutor to assist it in the application of article 18, paragraph 2. Such a request shall not affect the one-month time limit provided for in article 18, paragraph 2, and shall be responded to by the Prosecutor on an expedited basis.

Rule 53

Deferral provided for in article 18, paragraph 2

When a State requests a deferral pursuant to article 18, paragraph 2, that State shall make this request in writing and provide information concerning its investigation, taking into account article 18, paragraph 2. The Prosecutor may request additional information from that State.

Rule 54

Application by the Prosecutor under article 18, paragraph 2

1. An application submitted by the Prosecutor to the Pre-Trial Chamber in accordance with article 18, paragraph 2, shall be in writing and shall contain the basis for the application. The information provided by the State under rule 53 shall be communicated by the Prosecutor to the Pre-Trial Chamber.
2. The Prosecutor shall inform that State in writing when he or she makes an application to the Pre-Trial Chamber under article 18, paragraph 2, and shall include in the notice a summary of the basis of the application.

Rule 55

Proceedings concerning article 18, paragraph 2

1. The Pre-Trial Chamber shall decide on the procedure to be followed and may take appropriate measures for the proper conduct of the proceedings. It may hold a hearing.
2. The Pre-Trial Chamber shall examine the Prosecutor's application and any observations submitted by a State that requested a deferral in accordance with article 18, paragraph 2, and shall consider the factors in article 17 in deciding whether to authorize an investigation.
3. The decision and the basis for the decision of the Pre-Trial Chamber shall be communicated as soon as possible to the Prosecutor and to the State that requested a deferral of an investigation.

Rule 56

Application by the Prosecutor following review under article 18, paragraph 3

1. Following a review by the Prosecutor as set forth in article 18, paragraph 3, the Prosecutor may apply to the Pre-Trial Chamber for authorization in accordance with article 18, paragraph 2. The application to the Pre-Trial Chamber shall be in writing and shall contain the basis for the application.

2. Any further information provided by the State under article 18, paragraph 5, shall be communicated by the Prosecutor to the Pre-Trial Chamber.

3. The proceedings shall be conducted in accordance with rules 54, sub-rule 2, and 55.

Rule 57

Provisional measures under article 18, paragraph 6

An application to the Pre-Trial Chamber by the Prosecutor in the circumstances provided for in article 18, paragraph 6, shall be considered ex parte and in camera. The Pre-Trial Chamber shall rule on the application on an expedited basis.

Rule 58

Proceedings under article 19

1. A request or application made under article 19 shall be in writing and contain the basis for it.

2. When a Chamber receives a request or application raising a challenge or question concerning its jurisdiction or the admissibility of a case in accordance with article 19, paragraph 2 or 3, or is acting on its own motion as provided for in article 19, paragraph 1, it shall decide on the procedure to be followed and may take appropriate measures for the proper conduct of the proceedings. It may hold a hearing. It may join the challenge or question to a confirmation or a trial proceeding as long as this does not cause undue delay, and in this circumstance shall hear and decide on the challenge or question first.

3. The Court shall transmit a request or application received under sub-rule 2 to the Prosecutor and to the person referred to in article 19, paragraph 2, who has been surrendered to the Court or who has appeared voluntarily or pursuant to a summons, and shall allow them to submit written observations to the request or application within a period of time determined by the Chamber.

4. The Court shall rule on any challenge or question of jurisdiction first

and then on any challenge or question of admissibility.

Rule 59

Participation in proceedings under article 19, paragraph 3

1. For the purpose of article 19, paragraph 3, the Registrar shall inform the following of any question or challenge of jurisdiction or admissibility which has arisen pursuant to article 19, paragraphs 1, 2 and 3:

- (a) Those who have referred a situation pursuant to article 13;
- (b) The victims who have already communicated with the Court in relation to that case or their legal representatives.

2. The Registrar shall provide those referred to in sub-rule 1, in a manner consistent with the duty of the Court regarding the confidentiality of information, the protection of any person and the preservation of evidence, with a summary of the grounds on which the jurisdiction of the Court or the admissibility of the case has been challenged.

3. Those receiving the information, as provided for in sub-rule 1, may make representation in writing to the competent Chamber within such time limit as it considers appropriate.

Rule 60

Competent organ to receive challenges

If a challenge to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of a case is made after a confirmation of the charges but before the constitution or designation of the Trial Chamber, it shall be addressed to the Presidency, which shall refer it to the Trial Chamber as soon as the latter is constituted or designated in accordance with rule 130.

Rule 61

Provisional measures under article 19, paragraph 8

When the Prosecutor makes application to the competent Chamber in the circumstances provided for in article 19, paragraph 8, rule 57 shall apply.

Rule 62

Proceedings under article 19, paragraph 10

1. If the Prosecutor makes a request under article 19, paragraph 10, he or she shall make the request to the Chamber that made the latest ruling on admissibility. The provisions of rules 58, 59 and 61 shall be applicable.
2. The State or States whose challenge to admissibility under article 19, paragraph 2, provoked the decision of inadmissibility provided for in article 19, paragraph 10, shall be notified of the request of the Prosecutor and shall be given a time limit within which to make representations.

Chapter 4

Provisions relating to various stages of the proceedings

Section I

Evidence

Rule 63

General provisions relating to evidence

1. The rules of evidence set forth in this chapter, together with article 69, shall apply in proceedings before all Chambers.
2. A Chamber shall have the authority, in accordance with the discretion described in article 64, paragraph 9, to assess freely all evidence submitted in order to determine its relevance or admissibility in accordance with article 69.
3. A Chamber shall rule on an application of a party or on its own motion, made under article 64, subparagraph 9 (a), concerning admissibility when it is based on the grounds set out in article 69, paragraph 7.
4. Without prejudice to article 66, paragraph 3, a Chamber shall not impose a legal requirement that corroboration is required in order to prove any crime within the jurisdiction of the Court, in particular, crimes of sexual violence.
5. The Chambers shall not apply national laws governing evidence, other than in accordance with article 21.

Rule 64

Procedure relating to the relevance or admissibility of evidence

1. An issue relating to relevance or admissibility must be raised at the time when the evidence is submitted to a Chamber. Exceptionally, when those issues were not known at the time when the evidence was submitted, it may be raised immediately after the issue has become known. The Chamber may request that the issue be raised in writing. The written motion shall be communicated by the Court to all those who participate in the proceedings, unless otherwise decided by the Court.

2. A Chamber shall give reasons for any rulings it makes on evidentiary matters. These reasons shall be placed in the record of the proceedings if they have not already been incorporated into the record during the course of the proceedings in accordance with article 64, paragraph 10, and rule 137, sub-rule 1.

3. Evidence ruled irrelevant or inadmissible shall not be considered by the Chamber.

Rule 65

Compellability of witnesses

1. A witness who appears before the Court is compellable by the Court to provide testimony, unless otherwise provided for in the Statute and the Rules, in particular rules 73, 74 and 75.

2. Rule 171 applies to a witness appearing before the Court who is compellable to provide testimony under sub-rule 1.

Rule 66

Solemn undertaking

1. Except as described in sub-rule 2, every witness shall, in accordance with article 69, paragraph 1, make the following solemn undertaking before testifying:

“I solemnly declare that I will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth”.

2. A person under the age of 18 or a person whose judgement has been impaired and who, in the opinion of the Chamber, does not understand the nature of a solemn undertaking may be allowed to testify without this solemn undertaking if the Chamber considers that the person is able to describe matters of which he or she has knowledge and that the person understands the meaning of the duty to speak the truth.

3. Before testifying, the witness shall be informed of the offence defined in article 70, paragraph 1 (a).

Rule 67

Live testimony by means of audio or video-link technology

1. In accordance with article 69, paragraph 2, a Chamber may allow a witness to give viva voce (oral) testimony before the Chamber by means of audio or video technology, provided that such technology permits the witness to be examined by the Prosecutor, the defence, and by the Chamber itself, at the time that the witness so testifies.
2. The examination of a witness under this rule shall be conducted in accordance with the relevant rules of this chapter.
3. The Chamber, with the assistance of the Registry, shall ensure that the venue chosen for the conduct of the audio or video-link testimony is conducive to the giving of truthful and open testimony and to the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of the witness.

Rule 68

Prior recorded testimony

When the Pre-Trial Chamber has not taken measures under article 56, the Trial Chamber may, in accordance with article 69, paragraph 2, allow the introduction of previously recorded audio or video testimony of a witness, or the transcript or other documented evidence of such testimony, provided that:

- (a) If the witness who gave the previously recorded testimony is not present before the Trial Chamber, both the Prosecutor and the defence had the opportunity to examine the witness during the recording; or
- (b) If the witness who gave the previously recorded testimony is present before the Trial Chamber, he or she does not object to the submission of the previously recorded testimony and the Prosecutor, the defence and the Chamber have the opportunity to examine the witness during the proceedings.

Rule 69

Agreements as to evidence

The Prosecutor and the defence may agree that an alleged fact, which is contained in the charges, the contents of a document, the expected testimony of a witness or other evidence is not contested and, accordingly, a Chamber may consider such alleged fact as being proven, unless the Chamber is of the opinion that a more complete presentation of the alleged facts is required in the interests of justice, in particular the interests of the victims.

Rule 70

Principles of evidence in cases of sexual violence

In cases of sexual violence, the Court shall be guided by and, where appropriate, apply the following principles:

- (a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking advantage of a coercive environment undermined the victim's ability to give voluntary and genuine consent;
- (b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable of giving genuine consent;
- (c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence;
- (d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness.

Rule 71

Evidence of other sexual conduct

In the light of the definition and nature of the crimes within the jurisdiction of the Court, and subject to article 69, paragraph 4, a Chamber shall not admit evidence of the prior or subsequent sexual conduct of a victim or witness.

Rule 72

In camera procedure to consider relevance or admissibility of evidence

1. Where there is an intention to introduce or elicit, including by means of the questioning of a victim or witness, evidence that the victim consented to an alleged crime of sexual violence, or evidence of the words, conduct, silence or lack of resistance of a victim or witness as referred to in principles (a) through (d) of rule 70, notification shall be provided to the Court which shall describe the substance of the evidence intended to be introduced or elicited and the relevance of the evidence to the issues in the case.
2. In deciding whether the evidence referred to in sub-rule 1 is relevant or admissible, a Chamber shall hear in camera the views of the Prosecutor, the defence, the witness and the victim or his or her legal representative, if any, and shall take into account whether that evidence has a sufficient degree of probative value to an issue in the case and the prejudice that such evidence may cause, in accordance with article 69, paragraph 4. For this purpose, the Chamber shall have regard to article 21, paragraph 3, and articles 67 and 68, and shall be guided by principles (a) to (d) of rule 70, especially with respect to the proposed questioning of a victim.
3. Where the Chamber determines that the evidence referred to in sub-rule 2 is admissible in the proceedings, the Chamber shall state on the record the specific purpose for which the evidence is admissible. In evaluating the evidence during the proceedings, the Chamber shall apply principles (a) to (d) of rule 70.

Rule 73

Privileged communications and information

1. Without prejudice to article 67, paragraph 1 (b), communications made in the context of the professional relationship between a person and his or her legal counsel shall be regarded as privileged, and consequently not subject to disclosure, unless:
 - (a) The person consents in writing to such disclosure; or

(b) The person voluntarily disclosed the content of the communication to a third party, and that third party then gives evidence of that disclosure.

2. Having regard to rule 63, sub-rule 5, communications made in the context of a class of professional or other confidential relationships shall be regarded as privileged, and consequently not subject to disclosure, under the same terms as in sub-rules 1 (a) and 1 (b) if a Chamber decides in respect of that class that:

(a) Communications occurring within that class of relationship are made in the course of a confidential relationship producing a reasonable expectation of privacy and non-disclosure;

(b) Confidentiality is essential to the nature and type of relationship between the person and the confidant; and

(c) Recognition of the privilege would further the objectives of the Statute and the Rules.

3. In making a decision under sub-rule 2, the Court shall give particular regard to recognizing as privileged those communications made in the context of the professional relationship between a person and his or her medical doctor, psychiatrist, psychologist or counsellor, in particular those related to or involving victims, or between a person and a member of a religious clergy; and in the latter case, the Court shall recognize as privileged those communications made in the context of a sacred confession where it is an integral part of the practice of that religion.

4. The Court shall regard as privileged, and consequently not subject to disclosure, including by way of testimony of any present or past official or employee of the International Committee of the Red Cross (ICRC), any information, documents or other evidence which it came into the possession of in the course, or as a consequence, of the performance by ICRC of its functions under the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, unless:

(a) After consultations undertaken pursuant to sub-rule 6, ICRC does not object in writing to such disclosure, or otherwise has waived this privilege; or

(b) Such information, documents or other evidence is contained in public statements and documents of ICRC.

5. Nothing in sub-rule 4 shall affect the admissibility of the same evidence obtained from a source other than ICRC and its officials or employees when such evidence has also been acquired by this source independently of ICRC and its officials or employees.

6. If the Court determines that ICRC information, documents or other evidence are of great importance for a particular case, consultations shall be held between the Court and ICRC in order to seek to resolve the matter by cooperative means, bearing in mind the circumstances of the case, the relevance of the evidence sought, whether the evidence could be obtained from a source other than ICRC, the interests of justice and of victims, and the performance of the Court's and ICRC's functions.

Rule 74

Self-incrimination by a witness

1. Unless a witness has been notified pursuant to rule 190, the Chamber shall notify a witness of the provisions of this rule before his or her testimony.

2. Where the Court determines that an assurance with respect to self-incrimination should be provided to a particular witness, it shall provide the assurances under sub-rule 3, paragraph (c), before the witness attends, directly or pursuant to a request under article 93, paragraph (1) (e).

3. (a) A witness may object to making any statement that might tend to incriminate him or her.

(b) Where the witness has attended after receiving an assurance under sub-rule 2, the Court may require the witness to answer the question or questions.

(c) In the case of other witnesses, the Chamber may require the witness to answer the question or questions, after assuring the witness that the evidence provided in response to the questions:

(i) Will be kept confidential and will not be disclosed to the public or any State; and

- (ii) Will not be used either directly or indirectly against that person in any subsequent prosecution by the Court, except under articles 70 and 71.
4. Before giving such an assurance, the Chamber shall seek the views of the Prosecutor, ex parte, to determine if the assurance should be given to this particular witness.
5. In determining whether to require the witness to answer, the Chamber shall consider:
- (a) The importance of the anticipated evidence;
 - (b) Whether the witness would be providing unique evidence;
 - (c) The nature of the possible incrimination, if known; and
 - (d) The sufficiency of the protections for the witness, in the particular circumstances.
6. If the Chamber determines that it would not be appropriate to provide an assurance to this witness, it shall not require the witness to answer the question. If the Chamber determines not to require the witness to answer, it may still continue the questioning of the witness on other matters.
7. In order to give effect to the assurance, the Chamber shall:
- (a) Order that the evidence of the witness be given in camera;
 - (b) Order that the identity of the witness and the content of the evidence given shall not be disclosed, in any manner, and provide that the breach of any such order will be subject to sanction under article 71;
 - (c) Specifically advise the Prosecutor, the accused, the defence counsel, the legal representative of the victim and any Court staff present of the consequences of a breach of the order under subparagraph (b);
 - (d) Order the sealing of any record of the proceedings; and
 - (e) Use protective measures with respect to any decision of the Court to ensure that the identity of the witness and the content of the evidence given are not disclosed.
8. Where the Prosecutor is aware that the testimony of any witness may raise issues with respect to self-incrimination, he or she shall request an in

camera hearing and advise the Chamber of this, in advance of the testimony of the witness. The Chamber may impose the measures outlined in sub-rule 7 for all or a part of the testimony of that witness.

9. The accused, the defence counsel or the witness may advise the Prosecutor or the Chamber that the testimony of a witness will raise issues of self-incrimination before the witness testifies and the Chamber may take the measures outlined in sub-rule 7.

10. If an issue of self-incrimination arises in the course of the proceedings, the Chamber shall suspend the taking of the testimony and provide the witness with an opportunity to obtain legal advice if he or she so requests for the purpose of the application of the rule.

Rule 75

Incrimination by family members

1. A witness appearing before the Court, who is a spouse, child or parent of an accused person, shall not be required by a Chamber to make any statement that might tend to incriminate that accused person. However, the witness may choose to make such a statement.

2. In evaluating the testimony of a witness, a Chamber may take into account that the witness, referred to in sub-rule 1, objected to reply to a question which was intended to contradict a previous statement made by the witness, or the witness was selective in choosing which questions to answer.

Section II

Disclosure

Rule 76

Pre-trial disclosure relating to prosecution witnesses

1. The Prosecutor shall provide the defence with the names of witnesses whom the Prosecutor intends to call to testify and copies of any prior statements made by those witnesses. This shall be done sufficiently in advance to enable the adequate preparation of the defence.

2. The Prosecutor shall subsequently advise the defence of the names of any additional prosecution witnesses and provide copies of their statements when the decision is made to call those witnesses.

3. The statements of prosecution witnesses shall be made available in original and in a language which the accused fully understands and speaks.

4. This rule is subject to the protection and privacy of victims and witnesses and the protection of confidential information as provided for in the Statute and rules 81 and 82.

Rule 77

Inspection of material in possession or control of the Prosecutor

The Prosecutor shall, subject to the restrictions on disclosure as provided for in the Statute and in rules 81 and 82, permit the defence to inspect any books, documents, photographs and other tangible objects in the possession or control of the Prosecutor, which are material to the preparation of the defence or are intended for use by the Prosecutor as evidence for the purposes of the confirmation hearing or at trial, as the case may be, or were obtained from or belonged to the person.

Rule 78

Inspection of material in possession or control of the defence

The defence shall permit the Prosecutor to inspect any books, documents, photographs and other tangible objects in the possession or control of the defence, which are intended for use by the defence as evidence for the purposes of the confirmation hearing or at trial.

Rule 79

Disclosure by the defence

1. The defence shall notify the Prosecutor of its intent to:
 - (a) Raise the existence of an alibi, in which case the notification shall specify the place or places at which the accused claims to have been present at the time of the alleged crime and the names of witnesses and any other evidence upon which the accused intends to

rely to establish the alibi; or

(b) Raise a ground for excluding criminal responsibility provided for in article 31, paragraph 1, in which case the notification shall specify the names of witnesses and any other evidence upon which the accused intends to rely to establish the ground.

2. With due regard to time limits set forth in other rules, notification under sub-rule 1 shall be given sufficiently in advance to enable the Prosecutor to prepare adequately and to respond. The Chamber dealing with the matter may grant the Prosecutor an adjournment to address the issue raised by the defence.

3. Failure of the defence to provide notice under this rule shall not limit its right to raise matters dealt with in sub-rule 1 and to present evidence.

4. This rule does not prevent a Chamber from ordering disclosure of any other evidence.

Rule 80

Procedures for raising a ground for excluding criminal responsibility under article 31, paragraph 3

1. The defence shall give notice to both the Trial Chamber and the Prosecutor if it intends to raise a ground for excluding criminal responsibility under article 31, paragraph 3. This shall be done sufficiently in advance of the commencement of the trial to enable the Prosecutor to prepare adequately for trial.

2. Following notice given under sub-rule 1, the Trial Chamber shall hear both the Prosecutor and the defence before deciding whether the defence can raise a ground for excluding criminal responsibility.

3. If the defence is permitted to raise the ground, the Trial Chamber may grant the Prosecutor an adjournment to address that ground.

Rule 81

Restrictions on disclosure

1. Reports, memoranda or other internal documents prepared by a party, its assistants or representatives in connection with the investigation or

preparation of the case are not subject to disclosure.

2. Where material or information is in the possession or control of the Prosecutor which must be disclosed in accordance with the Statute, but disclosure may prejudice further or ongoing investigations, the Prosecutor may apply to the Chamber dealing with the matter for a ruling as to whether the material or information must be disclosed to the defence. The matter shall be heard on an ex parte basis by the Chamber. However, the Prosecutor may not introduce such material or information into evidence during the confirmation hearing or the trial without adequate prior disclosure to the accused.

3. Where steps have been taken to ensure the confidentiality of information, in accordance with articles 54, 57, 64, 72 and 93, and, in accordance with article 68, to protect the safety of witnesses and victims and members of their families, such information shall not be disclosed, except in accordance with those articles. When the disclosure of such information may create a risk to the safety of the witness, the Court shall take measures to inform the witness in advance.

4. The Chamber dealing with the matter shall, on its own motion or at the request of the Prosecutor, the accused or any State, take the necessary steps to ensure the confidentiality of information, in accordance with articles 54, 72 and 93, and, in accordance with article 68, to protect the safety of witnesses and victims and members of their families, including by authorizing the non-disclosure of their identity prior to the commencement of the trial.

5. Where material or information is in the possession or control of the Prosecutor which is withheld under article 68, paragraph 5, such material and information may not be subsequently introduced into evidence during the confirmation hearing or the trial without adequate prior disclosure to the accused.

6. Where material or information is in the possession or control of the defence which is subject to disclosure, it may be withheld in circumstances similar to those which would allow the Prosecutor to rely on article 68, paragraph 5, and a summary thereof submitted instead. Such material and

information may not be subsequently introduced into evidence during the confirmation hearing or the trial without adequate prior disclosure to the Prosecutor.

Rule 82

Restrictions on disclosure of material and information protected under article 54, paragraph 3 (e)

1. Where material or information is in the possession or control of the Prosecutor which is protected under article 54, paragraph 3 (e), the Prosecutor may not subsequently introduce such material or information into evidence without the prior consent of the provider of the material or information and adequate prior disclosure to the accused.
2. If the Prosecutor introduces material or information protected under article 54, paragraph 3 (e), into evidence, a Chamber may not order the production of additional evidence received from the provider of the initial material or information, nor may a Chamber for the purpose of obtaining such additional evidence itself summon the provider or a representative of the provider as a witness or order their attendance.
3. If the Prosecutor calls a witness to introduce in evidence any material or information which has been protected under article 54, paragraph 3 (e), a Chamber may not compel that witness to answer any question relating to the material or information or its origin, if the witness declines to answer on grounds of confidentiality.
4. The right of the accused to challenge evidence which has been protected under article 54, paragraph 3 (e), shall remain unaffected subject only to the limitations contained in sub-rules 2 and 3.
5. A Chamber dealing with the matter may order, upon application by the defence, that, in the interests of justice, material or information in the possession of the accused, which has been provided to the accused under the same conditions as set forth in article 54, paragraph 3 (e), and which is to be introduced into evidence, shall be subject *mutatis mutandis* to sub-rules 1, 2 and 3.

Rule 83

Ruling on exculpatory evidence under article 67, paragraph 2

The Prosecutor may request as soon as practicable a hearing on an ex parte basis before the Chamber dealing with the matter for the purpose of obtaining a ruling under article 67, paragraph 2.

Rule 84

Disclosure and additional evidence for trial

In order to enable the parties to prepare for trial and to facilitate the fair and expeditious conduct of the proceedings, the Trial Chamber shall, in accordance with article 64, paragraphs 3 (c) and 6 (d), and article 67, paragraph (2), and subject to article 68, paragraph 5, make any necessary orders for the disclosure of documents or information not previously disclosed and for the production of additional evidence. To avoid delay and to ensure that the trial commences on the set date, any such orders shall include strict time limits which shall be kept under review by the Trial Chamber.

Section III

Victims and witnesses

Subsection 1

Definition and general principle relating to victims

Rule 85

Definition of victims

For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence:

- (a) “Victims” means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court;
- (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their

historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes.

Rule 86

General principle

A Chamber in making any direction or order, and other organs of the Court in performing their functions under the Statute or the Rules, shall take into account the needs of all victims and witnesses in accordance with article 68, in particular, children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence.

Subsection 2

Protection of victims and witnesses

Rule 87

Protective measures

1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence or upon the request of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a Chamber may order measures to protect a victim, a witness or another person at risk on account of testimony given by a witness pursuant to article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the protective measure is sought prior to ordering the protective measure.

2. A motion or request under sub-rule 1 shall be governed by rule 134, provided that:

- (a) Such a motion or request shall not be submitted ex parte;
- (b) A request by a witness or by a victim or his or her legal representative, if any, shall be served on both the Prosecutor and the defence, each of whom shall have the opportunity to respond;
- (c) A motion or request affecting a particular witness or a particular victim shall be served on that witness or victim or his or her legal representative, if any, in addition to the other party, each of

whom shall have the opportunity to respond;

(d) When the Chamber proceeds on its own motion, notice and opportunity to respond shall be given to the Prosecutor and the defence, and to any witness or any victim or his or her legal representative, if any, who would be affected by such protective measure; and

(e) A motion or request may be filed under seal, and, if so filed, shall remain sealed until otherwise ordered by a Chamber. Responses to motions or requests filed under seal shall also be filed under seal.

3. A Chamber may, on a motion or request under sub-rule 1, hold a hearing, which shall be conducted in camera, to determine whether to order measures to prevent the release to the public or press and information agencies, of the identity or the location of a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness by ordering, *inter alia*:

(a) That the name of the victim, witness or other person at risk on account of testimony given by a witness or any information which could lead to his or her identification, be expunged from the public records of the Chamber;

(b) That the Prosecutor, the defence or any other participant in the proceedings be prohibited from disclosing such information to a third party;

(c) That testimony be presented by electronic or other special means, including the use of technical means enabling the alteration of pictures or voice, the use of audio-visual technology, in particular videoconferencing and closed-circuit television, and the exclusive use of the sound media;

(d) That a pseudonym be used for a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness; or

(e) That a Chamber conduct part of its proceedings in camera.

Rule 88

Special measures

1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence, or upon the request

of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a Chamber may, taking into account the views of the victim or witness, order special measures such as, but not limited to, measures to facilitate the testimony of a traumatized victim or witness, a child, an elderly person or a victim of sexual violence, pursuant to article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the special measure is sought prior to ordering that measure.

2. A Chamber may hold a hearing on a motion or a request under sub-rule 1, if necessary in camera or ex parte, to determine whether to order any such special measure, including but not limited to an order that a counsel, a legal representative, a psychologist or a family member be permitted to attend during the testimony of the victim or the witness.

3. For *inter partes* motions or requests filed under this rule, the provisions of rule 87, sub-rules 2 (b) to (d), shall apply *mutatis mutandis*.

4. A motion or request filed under this rule may be filed under seal, and if so filed shall remain sealed until otherwise ordered by a Chamber. Any responses to *inter partes* motions or requests filed under seal shall also be filed under seal.

5. Taking into consideration that violations of the privacy of a witness or victim may create risk to his or her security, a Chamber shall be vigilant in controlling the manner of questioning a witness or victim so as to avoid any harassment or intimidation, paying particular attention to attacks on victims of crimes of sexual violence.

Subsection 3

Participation of victims in the proceedings

Rule 89

Application for participation of victims in the proceedings

1. In order to present their views and concerns, victims shall make written application to the Registrar, who shall transmit the application to the

relevant Chamber. Subject to the provisions of the Statute, in particular article 68, paragraph 1, the Registrar shall provide a copy of the application to the Prosecutor and the defence, who shall be entitled to reply within a time limit to be set by the Chamber. Subject to the provisions of sub-rule 2, the Chamber shall then specify the proceedings and manner in which participation is considered appropriate, which may include making opening and closing statements.

2. The Chamber, on its own initiative or on the application of the Prosecutor or the defence, may reject the application if it considers that the person is not a victim or that the criteria set forth in article 68, paragraph 3, are not otherwise fulfilled. A victim whose application has been rejected may file a new application later in the proceedings.

3. An application referred to in this rule may also be made by a person acting with the consent of the victim, or a person acting on behalf of a victim, in the case of a victim who is a child or, when necessary, a victim who is disabled.

4. Where there are a number of applications, the Chamber may consider the applications in such a manner as to ensure the effectiveness of the proceedings and may issue one decision.

Rule 90

Legal representatives of victims

1. A victim shall be free to choose a legal representative.

2. Where there are a number of victims, the Chamber may, for the purposes of ensuring the effectiveness of the proceedings, request the victims or particular groups of victims, if necessary with the assistance of the Registry, to choose a common legal representative or representatives. In facilitating the coordination of victim representation, the Registry may provide assistance, *inter alia*, by referring the victims to a list of counsel, maintained by the Registry, or suggesting one or more common legal representatives.

3. If the victims are unable to choose a common legal representative or representatives within a time limit that the Chamber may decide, the Chamber may request the Registrar to choose one or more common legal representatives.
4. The Chamber and the Registry shall take all reasonable steps to ensure that in the selection of common legal representatives, the distinct interests of the victims, particularly as provided in article 68, paragraph 1, are represented and that any conflict of interest is avoided.
5. A victim or group of victims who lack the necessary means to pay for a common legal representative chosen by the Court may receive assistance from the Registry, including, as appropriate, financial assistance.
6. A legal representative of a victim or victims shall have the qualifications set forth in rule 22, sub-rule 1.

Rule 91

Participation of legal representatives in the proceedings

1. A Chamber may modify a previous ruling under rule 89.
2. A legal representative of a victim shall be entitled to attend and participate in the proceedings in accordance with the terms of the ruling of the Chamber and any modification thereof given under rules 89 and 90. This shall include participation in hearings unless, in the circumstances of the case, the Chamber concerned is of the view that the representative's intervention should be confined to written observations or submissions. The Prosecutor and the defence shall be allowed to reply to any oral or written observation by the legal representative for victims.
3. (a) When a legal representative attends and participates in accordance with this rule, and wishes to question a witness, including questioning under rules 67 and 68, an expert or the accused, the legal representative must make application to the Chamber. The Chamber may require the legal representative to provide a written note of the questions and in that case the questions shall be communicated to the Prosecutor and, if appropriate, the defence, who shall be allowed to make observations within a time limit set by the Chamber.

(b) The Chamber shall then issue a ruling on the request, taking into account the stage of the proceedings, the rights of the accused, the interests of witnesses, the need for a fair, impartial and expeditious trial and in order to give effect to article 68, paragraph 3. The ruling may include directions on the manner and order of the questions and the production of documents in accordance with the powers of the Chamber under article 64. The Chamber may, if it considers it appropriate, put the question to the witness, expert or accused on behalf of the victim's legal representative.

4. For a hearing limited to reparations under article 75, the restrictions on questioning by the legal representative set forth in sub-rule 2 shall not apply. In that case, the legal representative may, with the permission of the Chamber concerned, question witnesses, experts and the person concerned.

Rule 92

Notification to victims and their legal representatives

1. This rule on notification to victims and their legal representatives shall apply to all proceedings before the Court, except in proceedings provided for in Part 2.

2. In order to allow victims to apply for participation in the proceedings in accordance with rule 89, the Court shall notify victims concerning the decision of the Prosecutor not to initiate an investigation or not to prosecute pursuant to article 53. Such a notification shall be given to victims or their legal representatives who have already participated in the proceedings or, as far as possible, to those who have communicated with the Court in respect of the situation or case in question. The Chamber may order the measures outlined in sub-rule 8 if it considers it appropriate in the particular circumstances.

3. In order to allow victims to apply for participation in the proceedings in accordance with rule 89, the Court shall notify victims regarding its decision to hold a hearing to confirm charges pursuant to article 61. Such a notification shall be given to victims or their legal representatives who have already participated in the proceedings or, as far as possible, to those who

have communicated with the Court in respect of the case in question.

4. When a notification for participation as provided for in sub-rules 2 and 3 has been given, any subsequent notification as referred to in sub-rules 5 and 6 shall only be provided to victims or their legal representatives who may participate in the proceedings in accordance with a ruling of the Chamber pursuant to rule 89 and any modification thereof.

5. In a manner consistent with the ruling made under rules 89 to 91, victims or their legal representatives participating in proceedings shall, in respect of those proceedings, be notified by the Registrar in a timely manner of:

(a) Proceedings before the Court, including the date of hearings and any postponements thereof, and the date of delivery of the decision;

(b) Requests, submissions, motions and other documents relating to such requests, submissions or motions.

6. Where victims or their legal representatives have participated in a certain stage of the proceedings, the Registrar shall notify them as soon as possible of the decisions of the Court in those proceedings.

7. Notifications as referred to in sub-rules 5 and 6 shall be in writing or, where written notification is not possible, in any other form as appropriate. The Registry shall keep a record of all notifications. Where necessary, the Registrar may seek the cooperation of States Parties in accordance with article 93, paragraph 1 (d) and (l).

8. For notification as referred to in sub-rule 3 and otherwise at the request of a Chamber, the Registrar shall take necessary measures to give adequate publicity to the proceedings. In doing so, the Registrar may seek, in accordance with Part 9, the cooperation of relevant States Parties, and seek the assistance of intergovernmental organizations.

Rule 93

Views of victims or their legal representatives

A Chamber may seek the views of victims or their legal representatives participating pursuant to rules 89 to 91 on any issue, *inter alia*, in relation to

issues referred to in rules 107, 109, 125, 128, 136, 139 and 191. In addition, a Chamber may seek the views of other victims, as appropriate.

Subsection 4

Reparations to victims

Rule 94

Procedure upon request

1. A victim's request for reparations under article 75 shall be made in writing and filed with the Registrar. It shall contain the following particulars:

- (a) The identity and address of the claimant;
- (b) A description of the injury, loss or harm;
- (c) The location and date of the incident and, to the extent possible, the identity of the person or persons the victim believes to be responsible for the injury, loss or harm;
- (d) Where restitution of assets, property or other tangible items is sought, a description of them;
- (e) Claims for compensation;
- (f) Claims for rehabilitation and other forms of remedy;
- (g) To the extent possible, any relevant supporting documentation, including names and addresses of witnesses.

2. At commencement of the trial and subject to any protective measures, the Court shall ask the Registrar to provide notification of the request to the person or persons named in the request or identified in the charges and, to the extent possible, to any interested persons or any interested States. Those notified shall file with the Registry any representation made under article 75, paragraph 3.

Rule 95

Procedure on the motion of the Court

1. In cases where the Court intends to proceed on its own motion pursuant to article 75, paragraph 1, it shall ask the Registrar to provide notification of its intention to the person or persons against whom the Court

is considering making a determination, and, to the extent possible, to victims, interested persons and interested States. Those notified shall file with the Registry any representation made under article 75, paragraph 3.

2. If, as a result of notification under sub-rule 1:

- (a) A victim makes a request for reparations, that request will be determined as if it had been brought under rule 94;
- (b) A victim requests that the Court does not make an order for reparations, the Court shall not proceed to make an individual order in respect of that victim.

Rule 96

Publication of reparation proceedings

1. Without prejudice to any other rules on notification of proceedings, the Registrar shall, insofar as practicable, notify the victims or their legal representatives and the person or persons concerned. The Registrar shall also, having regard to any information provided by the Prosecutor, take all the necessary measures to give adequate publicity of the reparation proceedings before the Court, to the extent possible, to other victims, interested persons and interested States.

2. In taking the measures described in sub-rule 1, the Court may seek, in accordance with Part 9, the cooperation of relevant States Parties, and seek the assistance of intergovernmental organizations in order to give publicity, as widely as possible and by all possible means, to the reparation proceedings before the Court.

Rule 97

Assessment of reparations

1. Taking into account the scope and extent of any damage, loss or injury, the Court may award reparations on an individualized basis or, where it deems it appropriate, on a collective basis or both.

2. At the request of victims or their legal representatives, or at the request of the convicted person, or on its own motion, the Court may appoint appropriate experts to assist it in determining the scope, extent of any

damage, loss and injury to, or in respect of victims and to suggest various options concerning the appropriate types and modalities of reparations. The Court shall invite, as appropriate, victims or their legal representatives, the convicted person as well as interested persons and interested States to make observations on the reports of the experts.

3. In all cases, the Court shall respect the rights of victims and the convicted person.

Rule 98

Trust Fund

1. Individual awards for reparations shall be made directly against a convicted person.

2. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be deposited with the Trust Fund where at the time of making the order it is impossible or impracticable to make individual awards directly to each victim. The award for reparations thus deposited in the Trust Fund shall be separated from other resources of the Trust Fund and shall be forwarded to each victim as soon as possible.

3. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be made through the Trust Fund where the number of the victims and the scope, forms and modalities of reparations makes a collective award more appropriate.

4. Following consultations with interested States and the Trust Fund, the Court may order that an award for reparations be made through the Trust Fund to an intergovernmental, international or national organization approved by the Trust Fund.

5. Other resources of the Trust Fund may be used for the benefit of victims subject to the provisions of article 79.

Rule 99

Cooperation and protective measures for the purpose of forfeiture under articles 57, paragraph 3 (e), and 75, paragraph 4

1. The Pre-Trial Chamber, pursuant to article 57, paragraph 3 (e), or the

Trial Chamber, pursuant to article 75, paragraph 4, may, on its own motion or on the application of the Prosecutor or at the request of the victims or their legal representatives who have made a request for reparations or who have given a written undertaking to do so, determine whether measures should be requested.

2. Notice is not required unless the Court determines, in the particular circumstances of the case, that notification could not jeopardize the effectiveness of the measures requested. In the latter case, the Registrar shall provide notification of the proceedings to the person against whom a request is made and so far as is possible to any interested persons or interested States.

3. If an order is made without prior notification, the relevant Chamber shall request the Registrar, as soon as is consistent with the effectiveness of the measures requested, to notify those against whom a request is made and, to the extent possible, to any interested persons or any interested States and invite them to make observations as to whether the order should be revoked or otherwise modified.

4. The Court may make orders as to the timing and conduct of any proceedings necessary to determine these issues.

Section IV

Miscellaneous provisions

Rule 100

Place of the proceedings

1. In a particular case, where the Court considers that it would be in the interests of justice, it may decide to sit in a State other than the host State.

2. An application or recommendation changing the place where the Court sits may be filed at any time after the initiation of an investigation, either by the Prosecutor, the defence or by a majority of the judges of the Court. Such an application or recommendation shall be addressed to the Presidency. It shall be made in writing and specify in which State the Court would sit. The Presidency shall satisfy itself of the views of the relevant Chamber.

3. The Presidency shall consult the State where the Court intends to sit. If that State agrees that the Court can sit in that State, then the decision to sit in a State other than the host State shall be taken by the judges, in plenary session, by a two-thirds majority.

Rule 101

Time limits

1. In making any order setting time limits regarding the conduct of any proceedings, the Court shall have regard to the need to facilitate fair and expeditious proceedings, bearing in mind in particular the rights of the defence and the victims.

2. Taking into account the rights of the accused, in particular under article 67, paragraph (1) (c), all those participating in the proceedings to whom any order is directed shall endeavour to act as expeditiously as possible, within the time limit ordered by the Court.

Rule 102

Communications other than in writing

Where a person is unable, due to a disability or illiteracy, to make a written request, application, observation or other communication to the Court, the person may make such request, application, observation or communication in audio, video or other electronic form.

Rule 103

Amicus curiae and other forms of submission

1. At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate.

2. The Prosecutor and the defence shall have the opportunity to respond to the observations submitted under sub-rule 1.

3. A written observation submitted under sub-rule 1 shall be filed with the Registrar, who shall provide copies to the Prosecutor and the defence. The Chamber shall determine what time limits shall apply to the filing of such observations.

The remaining 8 Chapters of the Document
will appear in the next issue

International community and international obligations *erga omnes*

Hossein Gholie Rostamzad

Persian text, pp. 9-71

Abstract

A little noted but notable thing in international law is the fact that states ever comply with its stipulations and strictures voluntarily, this denoting to the legitimacy of the international system and the existence of the international legal community.

International obligations *erga omnes*, including those deriving from the principles and rules concerning the basic rights of the human person are referred to as associative or community obligations, abiding by them is entailed not by the specific consent of a member in a strictly contractual sense, but by the mere fact of membership in the community, the former being identified as assumed. Hence, the ICJ in it's advisory opinion on the Genocide convention has affirmed that the principles underlying the convention were binding on states "even without any conventional obligation". So, as judge Tanaka in his dissenting opinion to the judgment in the south west Africa cases, second phase (1966) put it: Human rights derive from the concept of the human being as a person. States do not create human rights, but only confirm their existence. Thus, human rights exist independently

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 33, 2005

of the will of states. As a result, states which do not recognize this principle [i.e. the protection of human rights] or even deny its existence are nevertheless subject to its rule.

The Second World War featured several states massive betrayal of the lives and liberties of persons, including even their own civilians, as such, it created better understanding of the inextricable connection between international protection of human rights and the maintaining of world peace. The subsequent canon of human rights laws, ratified voluntarily by a large number of states, conferred, as against the governments, the right to be let alone, to individuals. Of the various indicators of individual autonomy, freedom of conscience is probably the most fervently desired by individuals and certainly has been the most strenuously resisted by authorities. Reference made by the court in connection with international obligations *erga omnes* to the basic rights of the individual shows that the international community is, in the court's view, an unorganized body distinct from the single states which constitute it; this community "as a whole" is founded on some fundamental principles. This is the conclusion which can be derived from this judgment.

Islam, Principality of war or Principality of peace?

Mohammad Ali Barzanooni

Persian text, pp. 73-157

Abstract

War and peace are perfectly distinctive and each one of them has specific legal results. They are, historically, simultaneous with human being. Muslims, as soon as Islam was founded and established its stability, made political and legal relations with the followers of other religions. Islamic nation often had bilateral relations with the other nations. The fundamental question in this article is that whether these relations with others are based on war or peace?

There are 2 theories regarding political-legal relations of Muslims with the followers of other religions and non-believers. The owners of first theory maintain to principality of war, according to the second theory peace is prior upon war.

On my opinion the true doctrine is the second theory which believes in principality of peace. According to this view, the essential rule in relation between Muslims and the others is Peace, which is eternal and natural. War, however, is accidental and not normal. Islam by its nature and all other divine religions radically are opposed to fighting and blood shed. If Islamic injunctions ordered us to be

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 33, 2005

equipped, it would be only because of defense for the followers of Islam.

Considering holy verses of Quran, tradition of prophet (Peace be upon him) and his holy household indicates that in Islam peace is essential. According to this point of view relation of Islamic territory {Darulislam} with the other non-Islamic countries {Darulkufr or Darulshirk} is peaceful, because of contracts, cease fire and neutrality. hence a country that is combating against an Islamic country by breaching a treaty or by conducting an aggression is called territory of war {Darulharb}. Otherwise it is neutral or it has a league with Islamic country is referred to as {Darulhiad}.

The nature of the political and legal relation between Muslims and other non-Islamic countries, first of all, is peaceful, friendly and is based on dignity and peaceful co-existence. It is legalized by a contract, in neutrality and cease fire. A war according to this doctrine is exceptional and accidental, it is permissible, only in some rare circumstances and it is, when Islamic country has no remedy for its inevitability. So, out of necessity an Islamic country is obliged to acquire, modern and advanced equipments and armaments in military and security fields, if they want to be free, developed and independent, and to have powerful, dignitive, wisely and expediently relations with other countries.

Key words: Islamic international law, Islam, Authenticity of war, Authenticity of peace, Holy war {Jihad}, Defense equipment.

The Concept of Torture: Unique or Different Standard (From the International Law's Point of View)

Mehdi NIKNAFS

Persian text, pp. 189-230

Abstract

Since the semantic field of the term “Torture” in the international law is taken into consideration, this research does not enter into the domain of the internal law; and approaches only the views of international law.

By examining the international documents and jurisprudence of the courts, this hypothesis is studied that despite of the presence of the prevailing standard about the appreciation of the meaning of “torture”, there are other standards adopted by international documents and jurisprudence of the courts.

To examine this hypothesis, firstly, the prevailing standard is studied. According to this standard, “torture” is the official behaviour or punishment which brings about much pain or suffering and is used to result in special purposes such as collection of information or confession.

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 33, 2005

Then, those different standards are examined. Based on these standards, “torture” does not have to be necessarily “official”, nor does it concern the “intensity” of the pain or suffering, nor even the “existence” of “pain or suffering”, but the “purposefulness” of torture is rejected. Of course, although these approaches are different from each other, they do not contradict with the other one. It means, in the same way, as some judicial or pseudo - judicial authorities have illustrated, these differences can be complementary of each other by choosing a free and broad interpretation. Of course, this is the ideal, but the fact is if the judicial or pseudo - judicial authorities do not adopt such an interpretation, potentially, there is a capacity to adopt different methods, different appreciation and inferences of the meaning of “torture” in the international arena which can be propagated and leads to the weakening of the concept and challenging with such behaviours.

**Impossibility of the return of the object of sale and exercising the
right of termination by buyer**

*“An analytic survey of International Sale of goods convention (1980
Vienna) and the Iranian Law”*

Akbar MIRZANEJAD JOIBARI

Persian text, pp. 271 - 302

Abstract

The stark evolution & development of trade in the recent century have marked up the necessity to regulate new rules & statute or at least to amend the existing rules and statute in order to meet the merchants' new needs & demands.

One of these subjects and rules in the contracts of sale, whether national or international, is the buyer's right to terminate the contract in the case of his inability to return the goods which have been received from the seller in the execution of the contract and at the same time wish to terminate that.

The survey of the effect of this inability to exercise the buyer's right to terminate according to the International Sale of Goods Convention (1980, Vienna) and the Iranian Laws has been the core of

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 33, 2005

our study and I have tried to answer some of the significant questions relevant to this subject.

The outcomes of this article indicate that the general tendency of the Convention leads to avoid the buyer's right to terminate when the buyer is unable to return the goods. Although the permission to terminate has a gravity in the Iranian Law, but one can defend the theory of avoidance from the right to terminate due to today's new needs and demands.