

مجله حقوقی

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

فهرست مطالب

- ◆ عناصر جنایت ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری
و رویه دادگاههای ویژه بین‌المللی کیفری ۹
دکتر ستار عزیزی
- ◆ مفهوم «آزار» منتهی به پناهندگی در رویه قضائی کشورهای پناهنده‌پذیر ۳۵
دکتر فاطمه کیهانلو
- ◆ شورای امنیت و تعهدات دولتها برای مقابله با تروریسم ۵۷
شهرام زر نشان
- ◆ تحول حق تعیین سرنوشت در چارچوب ملل متحد ۹۵
مهناز اخوان خرازیان
- ◆ بررسی قانون ضد تروریسم انگلیس ۱۴۳
مهدی حاتمی و محمود حاجی‌زاده
- ◆ استانداردها و آیین‌های جرح داوران ۱۶۹
ترجمه علیرضا ابراهیم‌گل
- ◆ «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی» ۲۰۱
ترجمه دکتر حمیدرضا علومی یزدی
- ◆ مطالعه تطبیقی در مورد قاعده قلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی ۲۴۳
ترجمه ماشاء... بناء نیاسری
- ◆ مرکز منطقه‌ای داوری تهران در یک نگاه ۳۲۳
دکتر مشکان مشکور
- ◆ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران ۳۲۹
خلاصه مقالات به زبان انگلیسی

۳۶

بهار - تابستان

۱۳۸۶

عناصر جنایت ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه دادگاه‌های ویژه بین‌المللی کیفری

دکتر ستار عزیزی*

چکیده

در تاریخ ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ رأی ماهوی دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی بوسنی هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو صادر گردید. در این رأی، دیوان بین‌المللی دادگستری از یک‌سو به این نتیجه رسید که دولت صربستان چه از طریق ارکان خود و چه اشخاصی که در حقوق بین‌الملل عرفی، اقدامات آنان به این دولت قابل‌انتساب است، مرتکب عمل ژنوسید نشده است. همچنین صربستان توطئه‌ای جهت ارتکاب این جنایت تدارک ندیده و مرتکبان را نیز به ارتکاب آن تحریک نکرده است و به جهت معاونت در ارتکاب ژنوسید نیز مسئولیت ندارد.

اما از سوی دیگر دیوان اعلام نمود که دولت صربستان به تعهد خود دال بر جلوگیری کردن از وقوع جنایت ژنوسید در ژوئیه سال ۱۹۹۵ در سربرنیتسا** عمل ننموده است. همچنین این دولت در انجام تعهد خود مبنی بر تسلیم راتکو ملادیچ به دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و همکاری کامل با این دادگاه قصور ورزیده و نسبت به پیروی از دستورات موقت دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص انجام کلیه اقدامات لازم جهت جلوگیری از وقوع ژنوسید در سربرنیتسا تخلف نموده است. این مقاله به بررسی احراز عناصر جنایت ژنوسید در رأی اخیرالصدور دیوان بین‌المللی دادگستری و میزان پیروی این دیوان از رویه دادگاه‌های ویژه کیفری رواندا و بویژه یوگسلاوی سابق پرداخته است. با بررسی تطبیقی این موضوع می‌توان به این نتیجه رسید که تعدد مراجع قضایی بین‌المللی در

*. استادیار دانشگاه بوعلی سینا.

** Srebrenica.

محاکمه مرتکبان جنایت ژنوسید و احراز مسئولیت دولتها در این خصوص نه تنها موجب تعارض آرا نگردیده بلکه اغلب این مراجع با پیروی از آرا و تصمیمات پیشین، رویه واحدی خصوصاً در باب مسائل قانونی مربوط به احراز عناصر جنایت ژنوسید ایجاد نموده‌اند. بدیهی است ایجاد این رویه واحد می‌تواند به سرعت رسیدگیها در پرونده‌های حاوی اتهام ژنوسید در محاکم قضایی بین‌المللی بویژه دیوان بین‌المللی کیفری (ICC) بیانجامد.

مقدمه

تردید نیست که جنایت ژنوسید* در رأس هرم جنایات بین‌المللی از نظر میزان اهمیت و ضرورت واکنش جامعه بین‌المللی در قبال آن قرار دارد و دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا در قضایای «کامباند» و «کایشما و روزیندانا» بر این واقعیت مهر تأیید زده است. «ژنوسید جرم الجرایم** است و این واقعیت را به هنگام تصمیم‌گیری در مورد مجازات مجرم می‌بایست در نظر گرفت»^۱.

از این‌رو، وحدت رویه مراجع قضایی بین‌المللی در احراز عناصر جنایت مذکور را می‌توان از جمله یکی از اقدامات لازم جهت انعکاس پیام جامعه بین‌المللی مبنی بر واکنش قاطع حقوق بین‌الملل در برابر مرتکبان این جنایت تعبیر و تلقی نمود.

می‌دانیم که مفهوم جرم در حقوق کیفری مبتنی بر سه عنصر عمده یعنی اصل قانونی بودن جرم (عنصر قانونی) و عناصر مادی و معنوی می‌باشد. در این میان، مجنی‌علیه جنایت ژنوسید دارای خصوصیتی است که از لحاظ تحقق جرم شرط می‌باشد و از این‌رو بررسی این موضوع نیز خود به یکی از عناصر این جنایت تبدیل شده است.

روشن است که عنصر قانونی جنایت ژنوسید در حقوق بین‌الملل کنونی مبتنی بر کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید می‌باشد که به موجب اعلام دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) و دادگاه‌های کیفری ویژه مفاد آن به حقوق عرفی و حتی قواعد آمره تبدیل شده‌اند^۲. لازم به ذکر است که همان تعریف مندرج در ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جنایت ژنوسید عیناً به

* جهت اطلاع در خصوص دلایل استفاده از عنوان ژنوسید و خودداری نویسنده از به‌کارگیری معادلهای به‌کار گرفته شده در زبان فارسی (همچون نسل‌کشی و نسل‌زدایی) رک. ستار عزیز، حمایت از اقلیت‌ها در حقوق بین‌الملل، نشر نور علم، صص ۲۰۰-۲۳۲.

** Crime of crimes.

1. The Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No. ICTR 97-23-S, 4 September 1998, para.16, Kayishema and Ruzindana Case, Trial Chamber Sentence, para. 9.

2. جهت ملاحظه آرای مذکور رک. عزیز، همان، صص ۲۰۸-۲۱۱.

ترتیب در مواد ۲ و ۴ اساسنامه محاکم ویژه کیفری رواندا (ICTR) و یوگسلاوی سابق (ICTY) تکرار شده‌اند و از این رو با وجود آنکه در اساسنامه‌های این دادگاه‌ها به صورت مستقیم به کنوانسیون ژنوسید اشاره نشده است اما با توجه به تبعیت کامل اساسنامه از مفاد کنوانسیون، دادگاه‌ها بارها در تفسیر عناصر مادی و معنوی جنایت ژنوسید به کنوانسیون ژنوسید و مذاکرات مقدماتی تدوین آن رجوع کرده‌اند.

این مقاله در سه بخش ارائه می‌گردد؛ در بخش اول به تعریف مجنی‌علیه جنایت ژنوسید و بررسی رهیافت‌های اتخاذ شده در این ارتباط پرداخته می‌شود. بخش‌های دوم و سوم نیز به ترتیب به مطالعه عناصر مادی و معنوی این جنایت اختصاص داده شده است. بدیهی است با توجه به حجم مطالب مربوط به عناصر اخیرالذکر در این مقاله تنها به بررسی مواردی خواهیم پرداخت که در زمره اقدامات سنتی و آشکار عناصر مادی جنایت ژنوسید قرار نداشته و دادگاه‌های ویژه برای اولین بار در بررسی اتهام ارتکاب جنایت ژنوسید بدانها اشاره کرده و نفیاً یا اثباتاً در خصوص ورود آنها در زمره عناصر مادی حکم داده‌اند و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است.

بخش اول: تعریف مجنی‌علیه (رهیافت سلبی یا ایجابی)

ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جنایت ژنوسید، از چهار دسته گروه‌های مورد حمایت نام می‌برد:

«در این کنوانسیون ژنوسید به هر یک از اعمال زیر گفته می‌شود که با قصد نابودی تمام یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از این قرار ارتکاب یابد: ...».

تردیدی نیست که مجنی‌علیه در این جنایت، گروه است نه فرد. درست است که نابودی گروه منطقی‌اً از رهگذر کشتن و آسیب رساندن به افراد عضو گروه تحقق می‌یابد^۳ اما اگر مرتکب تنها به جهت نابودی چند شخص و نه یک گروه اقدام به قتل آنان نماید وی را نمی‌توان محکوم به ارتکاب ژنوسید نمود، حتی اگر انتخاب قربانیان به دلیل تعلق آنان به نژاد، مذهب، ملیت یا قومیت خاصی باشد. در این مورد می‌بایست از جرم «تعقیب و آزار»^{*} سخن به میان آورد.^۴ به عبارت دیگر جنایت ژنوسید در صورتی تحقق می‌یابد که مرتکب، نابودی خود گروه را در نظر داشته باشد و اقدام وی منصرف از نابودی یا اذیت و آزار شخص قربانی باشد.

3. The Prosecutor v. Sikirica, Case No. ICTY- IT-95-8-T, 13 November 2001, para. 65.

*. Prosecution.

4. The Prosecutor v. Jelusic, Case No. ICTY-IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 67.

در صحت گزاره‌های بالا میان مراجع قضایی بین‌المللی اتفاق نظر تام وجود دارد اما میان برخی شعب دادگاه‌ها در خصوص سلبی یا ایجابی بودن تعریف گروه توافق نظر وجود ندارد. موضوعی که در دعوی بوسنی هرزگوین علیه صربستان نیز در محضر دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح گردید و هر یک از دو دولت حاضر در دعوا به ترتیب حامی اتخاذ رهیافت سلبی و ایجابی بودند. در این بخش ابتدا به تعریف هر یک از دو رهیافت فوق‌الذکر پرداخته و سپس موضع شعب مختلف دادگاه‌های ویژه و دیوان بین‌المللی دادگستری در این ارتباط بازگو می‌گردد.

گفتار اول: رهیافت سلبی

شعبه بدوی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در رأی «گوران یلیسیچ» از رهیافت سلبی* تعریف ذیل را ارائه نمود:

«رهیافت سلبی به معنای آن است که اشخاصی مورد شناسایی (و هدف حمله) قرار گیرند که عضو گروهی که مرتکبان جنایت خود را متعلق بدان می‌دانند و ویژگیهای خاص ملی، قومی، نژادی یا مذهبی با آنان دارند، تلقی نگردند. در نتیجه تمام افرادی که بدین وسیله از گروه (مرتکب) مستثنا می‌شوند یک گروه مجزا را تشکیل می‌دهند...».

این شعبه سپس به نظر کمیسیون کارشناسان ملل متحد - که جهت تحقیق در خصوص نقض مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه در طول مخاصمات در یوگسلاوی سابق به‌موجب قطعنامه شماره ۷۸۰ شورای امنیت تشکیل گردید - اشاره کرده و از رهیافت سلبی این کمیسیون حمایت نموده است. در اینجا ذکر نظر و توضیح کمیسیون کارشناسان می‌تواند به ایضاح بیشتر این رهیافت کمک نماید:

«اگر بیش از یک یا چند گروه قربانی وجود داشته باشد و خود هر یک از این گروه‌ها تحت حمایت باشند، در این صورت اگر تمام گروه‌های قربانی را به‌عنوان یک واحد بزرگ تلقی نماییم می‌تواند منطبق با روح و هدف کنوانسیون باشد. برای مثال ممکن است با توجه به مدارک موجود ثابت شود که گروه «الف» می‌خواهد تمام یا بخشی از گروه «ب»، «ج» و «د» و یا هر شخصی را که به گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی «الف» وابسته نیست نابود نماید؛ به این مفهوم که گروه الف با استفاده از معیارهای ملی، قومی، نژادی یا مذهبی یک تعریفی جمعی از دیگر گروه‌های غیر «الف» ارائه داده است. در این صورت به‌نظر می‌رسد می‌توان

*. Negative approach.

سرنوشت افراد غیرگروه « الف » را در مسیری مشابه تحلیل نمود.^۵

شعبه بدوی دادگاه بر این اعتقاد بود که اتخاذ رهیافت سلبی با موضوع و هدف کنوانسیون منطبق است و مقررات آن از گروه‌هایی حمایت می‌کند که به گروه مرتکبان جرم متعلق نبوده و مرتکبان آنها را از گروه خود خارج می‌دانند.^۶

گفتار دوم: رهیافت ایجابی

در این رهیافت می‌بایست از گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون منع ژنوسید تعریفی ایجابی ارائه نمود:

«رهیافت ایجابی* به معنای آن است که مرتکبان جرم با توجه به خصوصیتی که به نظر می‌رسد خاص یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی می‌باشد، آن گروه را متمایز از (دیگر گروه‌ها) می‌دانند».^۷

به موجب این تعریف، کافی نیست که مجنی‌علیهم متشکل از اشخاصی باشند که به گروه مرتکب جرم تعلق ندارند بلکه مرتکب باید قصد نابودی یک گروه مشخص با ویژگی‌های ملی، قومی، نژادی یا مذهبی را داشته و لازم است که گروه قربانی مشخصاً مصداق یکی از گروه‌های چهارگانه تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید باشد.

شعبه تجدیدنظر ICTY در قضیه «استاکبیچ» با بررسی این موضوع از رهیافت ایجابی حمایت نمود. موضعی که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود با اشاره به رأی شعبه تجدیدنظر به پشتیبانی از آن برخاست.

لازم به ذکر است که در پرونده «استاکبیچ» شعبه بدوی دادگاه نیز از رهیافت ایجابی در تعریف گروه تحت حمایت استفاده کرده بود اما دادستان با انتقاد از این رهیافت از شعبه تجدیدنظر درخواست نموده بود که رأی دادگاه بدوی را نقض نماید و از رهیافت سلبی که به اعتقاد دادستان منطبق با رویه دادگاه ICTY (قضایای یلیسیچ و کرسیتیچ) و ICTR (قضیه رواندا) می‌باشد حمایت نماید زیرا در آرای موصوف از تعریف ذهنی گروه استفاده شده است یعنی

5. Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Off. S/1994/674, para.78.

6. Jelisić Case, para. 71.

*. Positive approach.

7. Ibid.

بر این نکته تأکید می‌شود که مرتکب گروه مجنی‌علیه را چگونه تصور می‌کند.^۸ مضاف بر اینکه دادستان معتقد بود که الزام شعبه بدوی به آنکه دادستان بایستی اقدام به جداسازی توصیف مسلمانان و کرواتها نماید با واقعیات عملی مخاصمه سازگار نیست.

در دعوی مطروحه در ICJ نیز دولت بوسنی هرزگوین در لایحه خود از عبارت ژنوسید غیرصربها توسط صربهای بوسنی با حمایت دولت صربستان استفاده کرده و بدین ترتیب رهیافتی سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت به کار رفته بود که با ایراد دولت خوانده مواجه شد.^۹ از آنجا که ICJ در رد موضع دولت خواهان و حمایت از رهیافت ایجابی به نظریه شعبه تجدیدنظر ICTY در قضیه «استاکیک» استناد نمود لذا در اینجا به نقل دلایل ICTY در حمایت از این رهیافت می‌پردازیم.

در ابتدا دادگاه بر واژه «خود گروه»^{*} به عنوان اماره‌ای تأکید می‌کند که حاکی از مقبولیت رهیافت ایجابی در اساسنامه دادگاه (و کنوانسیون ژنوسید) می‌باشد و «نشان می‌دهد که جهت تحقق جرم لازم است که نیت نابود کردن مجموعه‌ای از مردم که هویت گروهی مشترک دارند وجود داشته باشد».^{۱۰}

همچنین دادگاه با اشاره به مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون ژنوسید به این نتیجه می‌رسد که اتخاذ رهیافت سلبی با مقررات کنوانسیون مغایر خواهد بود. به اعتقاد دادگاه شاید موضع اتخاذ شده از سوی اعضای کمیته ششم مجمع عمومی که از شمول مقررات کنوانسیون بر گروه‌های سیاسی جلوگیری نمودند در راستای حمایت از دیدگاه آن دسته دولی باشد که می‌خواستند کنوانسیون تنها از گروه‌های مشخصی حمایت به عمل آورد که متفاوت از دیگر گروه‌ها هستند.^{۱۱}

دلیل دیگری که شعبه تجدیدنظر ICTY در حمایت از رهیافت ایجابی ارائه نمود به این استدلال دادگاه مربوط می‌شود که تعریف ذهنی از گروه‌های تحت حمایت اصولاً ارتباطی به موضوع سلبی یا ایجابی بودن ندارد بلکه آن دو اساساً موضوعاتی مجزا از یکدیگرند. بر همین اساس دیوان بین‌المللی دادگستری همچون شعبه تجدیدنظر ICTY به این نتیجه رسید که گروه مجنی‌علیه را نباید با عنوان «غیرصربها» توصیف نمود. دیوان اضافه نمود:

۸. جهت اطلاع از معیارهای ذهنی و عینی در تعریف گروه‌های اقلیت و گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید و رهیافت مراجع قضایی در این ارتباط رک. عزیز، همان، صص ۷۷-۷۳ و ۹۴-۱۱۲.

9. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), para. 191.

*. Group as such.

10. The Prosecutor v. Stakic, Case No. IT-97-24-A, 22 March 2006, para. 20.

11. *Ibid*, para. 21.

«از آنجا که خواهان صرف‌نظر از مسلمانان تنها اشاره محدودی به جمعیت‌های غیرصرب (کرواتها) داشته است لذا دیوان این پرونده را براساس وقوع ژنوسید علیه مسلمانان بررسی می‌کند».^{۱۲}

نظر به حمایت شعبه تجدیدنظر ICTY و دیوان بین‌المللی دادگستری از رهیافت ایجابی به‌نظر می‌رسد که این رهیافت در مراجع مهم قضایی از جایگاه محکم‌تری برخوردار است چه آنکه رهیافت سلبی تنها از سوی یکی از شعب بدوی ICTY و کمیسیون کارشناسان ملل متحد مورد استفاده قرار گرفته است. بنابراین از جهت بررسی اهمیت مراجع قضایی می‌توان گفت که موازنه به‌نفع رهیافت ایجابی است.

با وجود این، نگارنده معتقد است که هنوز نیز با قاطعیت نمی‌توان از حذف رهیافت سلبی در رویه آتی مراجع قضایی خبر داد چه آنکه پیچیدگی جوامع انسانی و بویژه وجود جوامع فراوان چندقومیتی و چندمذهبی در جهان کنونی فایده و حتی ضرورت استفاده از معیار سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید را به عینه نشان می‌دهد. در اینجا لازم است با ذکر مثالی موضوع را روشن‌تر نماییم.

همگان می‌پذیرند که گروه توتسی با توجه به ویژگی‌ها و خصوصیات آن در مقایسه با دیگر گروه‌های ساکن در کشور رواندا اصولاً جزو مصادیق گروه‌های چهارگانه مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید قرار نداشت. چه توتسی‌ها را نمی‌توان یک گروه ملی قلمداد نمود زیرا هیچ وابستگی به کشور یا ملت دیگر نداشتند. گروه قومی نیز به آنها اطلاق نمی‌گردد زیرا آنها نیز همچون هوتوها به زبان «کینیارواندا» صحبت می‌کردند و فرهنگ مشترکی با هوتوها و توها* داشتند. آنها از جنبه نژادی نیز از علایم فیزیکی قابل‌تمایزی برخوردار نبودند تا گروه نژادی قلمداد شوند و نهایتاً توتسی‌ها را نیز نمی‌توان در رواندا یک گروه مذهبی متمایز تلقی نمود زیرا همچون دیگر گروه‌های ساکن در این کشور دارای مذهب کاتولیک بودند.^{۱۳} بر همین اساس بود که شعبه اول ICTR در قضیه «اکائیسو» با اشاره به این واقعیت که گروه توتسی‌ها جزو هیچ کدام از گروه‌های چهارگانه قرار نمی‌گیرد، اعلام نمود با توجه به مطالعه مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون و هدف و موضوع آن می‌توان گفت که گروه‌های مورد حمایت کنوانسیون «آن دسته از گروه‌های با ثباتی می‌باشند که عضویت افراد در آنها دایمی است و از زمان تولد تعیین

12. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case , para.196.

*. Twa.

13. Harhoff Frederik, "The First Even International Trial on Genocide: notes on Akayesu", in Bergsmo Morten, *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden*, Essays in honour of Asbjorn Eide, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, p. 144-145.

می‌شود».^{۱۴} گو اینکه در نهایت برخی از شعب ICTR، توتسی‌ها را به‌عنوان گروهی قومی توصیف نمودند تا از جمله مصادیق گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون قرار گیرند.^{۱۵} دلیل دیگری که می‌توان از آن به‌عنوان مدرکی دال بر بقای رهیافت سلبی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون یاد نمود به این واقعیت مربوط می‌شود که مصادیق وقوع ژنوسید تنها به مواردی محدود نمی‌شود که نسبت به گروه مجنی‌علیه نفرت نژادی، مذهبی یا قومی وجود دارد تا اقدامات دربردارندهٔ عناصر مادی جنایت تنها متوجه آن گروه باشد بلکه در بسیاری از موارد تحصیل هدفهای اقتصادی و سیاسی و ... در راستای منافع گروه ملی، قومی و ... حاکم، محرک و انگیزه نابودی گروه‌های دیگر در جامعه می‌گردد و از این رو تلاش‌ها معطوف به نابودی تمامی گروه‌ها و اشخاصی خواهد بود که به گروه مرتکب تعلق ندارند. بدیهی است در چنین مواردی ارائهٔ تعریف سلبی می‌تواند به حمایتی افزون‌تر از گروه‌های قربانی بیانجامد. حمایتی که بی‌تردید هدف و موضوع کنوانسیون ژنوسید را تشکیل می‌دهد.

مهمترین و شاید قوی‌ترین دلیلی که مدافعان رهیافت ایجابی از جمله ICJ در دفاع از آن ارائه داده‌اند به موضوع خروج گروه‌های سیاسی از گسترهٔ گروه‌های مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید مربوط می‌شود. به‌موجب این استدلال، با قبول رهیافت سلبی و گسترش حمایت کنوانسیون به افراد متعلق به هر گروهی غیر از گروه مرتکب، ناچار به پذیرش این گزاره خواهیم بود که گروه‌های سیاسی نیز از حمایت‌های کنوانسیون ژنوسید برخوردار شوند، امری که به‌صراحت در مذاکرات مقدماتی تدوین کنوانسیون مورد مخالفت قرار گرفت و تصویب نشد. بنابراین استفادهٔ انحصاری از رهیافت ایجابی در تعریف گروه مجنی‌علیه منطبق با موضوع و هدف کنوانسیون خواهد بود اما به‌نظر می‌رسد که مخالفان رهیافت سلبی موفق به درک صحیح این تعریف نشده‌اند. لازم به توضیح است که در رهیافت سلبی نیز حمایت از گروه‌ها کماکان به گروه‌های چهارگانه ذکر شده در ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید مربوط می‌شود و گروه‌های سیاسی را در بر نمی‌گیرد. بنابراین پذیرش رهیافت سلبی در تعریف گروه مجنی‌علیه به هیچ وجه ملازمه‌ای با پذیرش گسترش حمایت کنوانسیون ژنوسید به گروه‌های سیاسی ندارد.

صحت این گفتار با دقت در مفاد آرای حمایت‌کننده از رهیافت سلبی روشن‌تر می‌گردد چه آنکه در رأی یلیسیچ نیز که قویاً از رهیافت سلبی حمایت شده است به این نکته تصریح می‌شود که حمایت‌های کنوانسیون تنها گروه‌های ثابت اجتماعی را در بر می‌گیرد. بدیهی است

14. The Prosecutor v. Akayesu Jean-paul, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 511.

15. به‌نظر می‌رسد آنچه باعث شد تا از توتسی‌ها به‌عنوان گروه قومی نام برده شود توجه به اصل ۱۶ قانون اساسی و ماده ۵۷ قانون مدنی کشور رواندا بود که به‌نحو ضمنی از توتسی‌ها به‌عنوان گروه قومی نام برده بود و از سال ۱۹۳۱ گروه‌های مختلف توتسی، هوتو و توا ملزم بودند کارت شناسایی حمل کنند که در آن از جمله به وابستگی قومی حامل کارت اشاره شده بود.

که این عبارت منصرف از گروه‌های سیاسی است که عضویت در آنها بر حسب تعریف به صورت ثابت و توارثی نیست بلکه گروه‌های اخیر بنا به ماهیت خود، «گروه‌های سیالی هستند که عضویت در آنها اختیاری است».^{۱۶} از سوی دیگر در تعریف رهیافت سلبی که در رأی یلیسیچ ذکر شده است گفته می‌شود که گروه‌هایی مورد هدف و شناسایی قرار می‌گیرند که از گروه مرتکب که دارای خصایص ملی، قومی، نژادی یا مذهبی مشابه می‌باشند مجزا هستند. از مفهوم مخالف این بند چنین استنباط می‌شود که گروه‌های قربانی نیز گروه‌هایی هستند که دارای خصایص مشابه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی متفاوت از خصوصیات ملی، قومی و ... گروه مرتکب می‌باشند، به دلیل وجود همین خصوصیات متفاوت مورد حمله مهاجمان قرار می‌گیرند. در مجموع به نظر می‌رسد که می‌توان به این نتیجه رسید که رهیافت سلبی نیز می‌تواند کماکان در کنار رهیافت ایجابی در تعریف گروه‌های تحت حمایت کنوانسیون ژنوسید مورد استفاده مراجع قضایی قرار گیرد.

بخش دوم: عنصر مادی

در ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید عناصر مادی جنایت ژنوسید نام برده شده‌اند که این ماده در ذیل ذکر می‌گردد:

«در این کنوانسیون ژنوسید به هر یک از اعمال زیر گفته می‌شود که با قصد نابودی تمام یا

بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از این قرار ارتکاب یابد:

الف. کشتن اعضای گروه؛

ب. وارد کردن آسیب شدید نسبت به سلامت جسمی یا روحی اعضای یک گروه؛

ج. قرار دادن عمدی یک گروه در معرض وضعیات زندگی نامناسبی که منتهی به نابودی

فیزیکی تمام یا بخشی از گروه شود؛

د. اجرای اقداماتی که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می‌گیرد؛

و. انتقال اجباری کودکان یک گروه به گروه دیگر».

همان‌گونه که در مقدمه گفته شد بدیهی است با توجه به حجم مطالب نمی‌توان به ذکر تمام عناصر مادی این جرم پرداخت.^{۱۷} لازم به ذکر است که دیوان در غالب موارد از یافته‌های دیوان کیفری یوگسلاوی سابق در احراز عناصر مادی جنایت‌های روی داده در سرزمین بوسنی

16. *Ibid.*

17. برای مطالعه تفصیلی عناصر مادی جنایت ژنوسید در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری ر.ک. عزیززی، همان، صص ۲۲۶-۲۱۷.

هرزگوین از جمله جنایت ژنوسید در «سربرنیتسا» استفاده نموده و بر آن مهر تأیید نهاد. از این رو در این مقاله تنها به ذکر مواردی از اقدامات مادی خواهیم پرداخت که یا در اساسنامه‌های دادگاه‌های ویژه بین‌المللی کیفری تنها به‌عنوان یکی از مصادیق جنایت علیه بشریت از آنها نام برده شده است و یا آنکه در مورد خروج یکی از این اقدامات (ژنوسید فرهنگی) در زمره عناصر مادی جنایت ژنوسید از سوی برخی حقوق‌دانان و یا نهادها تشکیک شده بود و از این رو دادگاه‌های ویژه در رویه خود بدانها اشاره کرده و نفیاً یا اثباتاً در خصوص ورود آن در زمره عناصر مادی حکم داده بودند و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است. در این ارتباط بررسی سه مورد از این‌گونه اقدامات مادی در دستور کار قرار خواهد گرفت.

گفتار اول: پاکسازی قومی

پاکسازی قومی واژه‌ای است که در آغاز دهه ۹۰ میلادی در ادبیات علوم سیاسی وارد شد و از سال ۱۹۹۷ به‌صورتی فراگیر مورد استفاده قرار گرفت.^{۱۸} واژه مذکور ترجمه عبارت "Ethnicko Ciscenje" در زبان صرب-کروات می‌باشد. این سیاست توسط ارتش مرکزی کشور یوگسلاوی و صربهای بوسنی مورد استفاده قرار گرفت تا مسلمانان و کروات‌ها را از سرزمین‌های مورد ادعا بیرون کنند.

در حقیقت هدف مرتکبان از اعمال این سیاست آن است که با بیرون راندن دیگر گروه‌ها تا آنجا که ممکن است کشوری متجانس و یک‌دست بسازند و یا آنکه حداقل گروه‌های قربانی را از مناطقی از کشور اخراج نمایند که از ارزش تاریخی و سنتی برخوردار است و یا منافع سیاسی و اقتصادی برای قوم اکثریت و حاکم در بردارد.^{۱۹} لازم به ذکر است که تدوین‌کنندگان اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری (ICC) ملهم از رویه قضایی بین‌المللی، در بند «د» ماده ۷ اساسنامه، پاک‌سازی قومی را عملی مجرمانه دانسته و این عمل را به‌عنوان یکی از مصادیق «اخراج یا کوچ اجباری یک جمعیت» در زیر مجموعه «جنایت علیه بشریت» قرار داده‌اند چه آنکه پاک‌سازی قومی در حقیقت نوع خاصی از مصادیق انتقال اجباری جمعیت است.^{۲۰} و بین پاک‌سازی قومی و انتقال اجباری جمعیت رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است، زیرا پاک‌سازی قومی صرفاً به مخاصماتی مربوط می‌شود که بین گروه‌های رقیب قومی در جریان است اما انتقال اجباری جمعیت تنها به موارد قومی مربوط نمی‌شود.^{۲۱}

18. Jennifer Jackson Preece, "Ethnic Cleansing as an Instrument of Nation-State Creation: Changing State Practices and Evolving Legal Norms", *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20, p. 817.

19. عزیزی، همان، ص ۲۲۲.

20. Preece, *op. cit.*, p. 821.

21. *Ibid.*

با وجود این، ICTR در قضیه «اکائیسو»، اخراج سیستماتیک گروه قربانی توسط مرتکبان را یکی از مصادیق «قرار دادن عمدی یک گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسبی که منتهی به نابودی فیزیکی تمام یا بخشی از گروه شود» تلقی نمود و آن را مصداق اقدام به ارتکاب ژنوسید دانست. دادستان ICTY نیز در متن کیفرخواست علیه «رادوان کارادزیچ» و «راتکو ملادیچ»، از جمله اتهاماتی که علیه آنها مطرح نمود به اخراج صدها هزار نفر از مسلمانان بوسنی در خلال سالهای ۱۹۹۲ و ۱۹۹۳ و اقدام به پاک‌سازی قومی در مناطق شرقی بوسنی، کراچینا و سربرنیتسا اشاره نمود که دادستان از آن به‌عنوان مصادیق انجام ژنوسید علیه مسلمانان بوسنی نام برده است.^{۲۲}

دولت بوسنی هرزگوین نیز در شکایت خود علیه صربستان در ICJ به اخراج و انتقال قهری مسلمانان و کروات‌های بوسنی در سراسر سرزمین بوسنی اشاره نمود و این اقدام را از جمله مصادیق انجام ژنوسید تلقی نمود.

دولت صربستان در پاسخ ادعا نمود که انتقال جمعیت ممکن است با توجه به رعایت تعهدات مندرج در ماده ۱۷ و بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون ژنو حمایت از اشخاص غیرنظامی در زمان جنگ، در مواردی که امنیت جمعیت مذکور یا ضرورت‌های نظامی ایجاب کند، لازم باشد. دولت خوانده بر این اعتقاد بود در صورتی نیز که نتوان این اقدام را با توجه به مقررات کنوانسیون چهارم ژنو مشروع دانست، صرف اخراج یک گروه را نمی‌توان به‌عنوان ژنوسید محسوب نمود.^{۲۳} در این راستا دولت صربستان به رأی شعبه بدوی ICTY در قضیه «استاکیچ» استناد نمود که چنین مقرر می‌دارد:

«می‌بایست تمایز و تفاوتی روشن میان نابودی فیزیکی و صرف جدا شدن و از هم پاشیدگی گروه قائل شد. اخراج یک گروه یا بخشی از آن به خودی خود کافی نیست تا آن را ژنوسید تلقی نماییم».^{۲۴}

دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای بوسنی علیه صربستان و در بدو رسیدگی به اتهام پاک‌سازی قومی پذیرفت که «مدارک قانع‌کننده و قطعی مبنی بر اخراج و انتقال اعضای گروه تحت حمایت در بوسنی ارائه شده است»، اما اضافه نمود «حتی اگر بپذیریم که اخراج و انتقال ممکن است از مصادیق بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون باشد، در دعوای حاضر نمی‌توان آن را اقدام به

22. The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic, Amended Indictment, Case No. ICTY-IT 95-5, 16 May 1995, para. 23; The Prosecutor of the Tribunal against Ratko Mladić, Amended Indictment, Case No. ICTY-IT-95-5/18-I, 16 May 1995.

23. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 333.

24. The Prosecutor v. Stakic, Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, para. 519.

ژنوسید محسوب نمود زیرا دیوان براساس مدارک ارائه شده نتوانست دریابد که به صورت قطعی ثابت گردیده که این اخراج‌ها با نیت نابود کردن کلی یا جزئی گروه تحت حمایت انجام شده است»^{۲۵}.

در بررسی اعلام نظر ICJ در باب عدم تلقی پاک‌سازی قومی به‌عنوان عمل ژنوسید در دعوی بوسنی علیه صربستان می‌توان به دو نکته اشاره نمود:

اولاً به‌نظر می‌رسد که دیوان، نظر دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا در قضیه «اکائیسو» مبنی بر آنکه می‌توان اخراج سیستماتیک گروه قربانی (پاک‌سازی قومی) را از مصادیق بند سوم عناصر مادی جنایت ژنوسید تلقی نمود تأیید کرده است اما صرف وقوع پاک‌سازی قومی را معادل ژنوسید نمی‌داند. بنابراین میان ژنوسید و پاک‌سازی قومی، رابطه عموم و خصوص من‌وجه برقرار است، به این معنا که انجام برخی عملیاتهای موسوم به پاک‌سازی قومی می‌تواند از جمله عناصر مادی جنایت ژنوسید تلقی گردد مشروط بر آنکه عنصر معنوی لازم در ارتکاب ژنوسید (یعنی نیت خاص نابودی گروه مجنی‌علیه) به‌هنگام انجام پاک‌سازی قومی وجود داشته باشد. به‌عبارت دیگر پاک‌سازی قومی اساساً از مصادیق جنایت علیه بشریت است مگر در موردی که این اقدام با نیت نابودی یک گروه انجام شود چه آنکه ممکن است اخراج و انتقال یک گروه در شرایطی آنچنان نامناسب صورت گیرد که منتهی به نابودی فیزیکی تمام یا بخشی از آن گروه شود و مرتکب با علم به این مطلب، اقدام به اخراج آنان از محل سکونت‌شان نماید.

ثانیاً همان‌گونه که اشاره شد دلیل تلقی نکردن پاک‌سازی قومی در بوسنی به‌عنوان ژنوسید از سوی دیوان بدان دلیل بود که نیت نابودی مسلمانان در بوسنی توسط مرتکبان عملیات پاک‌سازی قومی ثابت نشده است. لازم به ذکر است که ICJ بر این اعتقاد بود که تحصیل اهداف استراتژیک صربهای بوسنی (از جمله تشکیل کشور صربستان بزرگ) می‌تواند از طریق جابجایی جمعیت یا تصرف سرزمین به‌دست آید. به اعتقاد دیوان به صرف آنکه صربهای بوسنی دارای انگیزه تشکیل صربستان بزرگ بوده‌اند لزوماً به‌معنای آن نیست که آنها خواهان نابودی مسلمانان و دیگر جوامع بوسنی بوده‌اند بلکه می‌توان گفت که آنها صرفاً خواهان عدم حضور مسلمانان و کرواتهای بوسنی در سرزمینهای مورد ادعا بوده‌اند.^{۲۶} لیکن به‌نظر می‌رسد که دیوان در این استدلال خود به خطا رفته است و همان‌گونه که نایب رئیس دیوان (الخصاونه) در رأی مخالف خود به‌درستی خاطر نشان نمود، دیوان واقعیات جنگ و کشتارهای بوسنی را مدنظر قرار نداده و ارزیابی خود را جانشین آن نموده است.^{۲۷}

25. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 334.

26. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 372.

27. Dissenting Opinion of Vice- President Al-Khasawneh, para. 41.

درست است که اصولاً تشکیل صربستان بزرگ منطقاً می‌تواند بدون وجود قصد و نیت نابودی دیگر گروه‌های ساکن در سرزمین بوسنی از جمله مسلمانان انجام شود و مرتکبان با اقدامات دیگر از جمله اخراج غیرصربها به هدف مورد نظر می‌توانند دست یابند اما وقوع کشتارهای بسیار زیاد در کنار اقدام به پاک‌سازی قومی می‌تواند اماره‌ای دال بر وجود نیت نابودی دیگر گروه‌ها به هنگام اقدام به اخراج مسلمانان باشد. وقوع ژنوسید در سربرنیتسا که دیوان نیز بر آن مهر تأیید نهاد عملاً با کشتار «مردانی که در سن انجام خدمات نظامی قرار داشتند»^{*} در کنار اخراج زنان و کودکان انجام گردید که می‌تواند نشانه قاطعی بر این ادعا باشد که اقدام به پاک‌سازی قومی در سرزمین بوسنی با نیت نابودی این گروه انجام شده است. مضاف بر آنکه نباید فراموش نمود که مجمع عمومی سازمان ملل متحد با صدور قطعنامه‌ای در ۱۸ دسامبر ۱۹۹۲ و در واکنش به اخراج اجباری و پاک‌سازی قومی مسلمانان توسط صربها در بخشهایی از سرزمین بوسنی و هرزگوین از آن به‌عنوان ژنوسید نام برده است.^{۲۸} به نظر می‌رسد که دیوان می‌بایست به اعلام نظر بزرگترین نهاد سازمان ملل متحد در مورد وقایع بوسنی هرزگوین که محل ابراز دیدگاه تمام دول عضو جامعه بین‌المللی است توجه می‌نمود و حداقل به این نکته اشاره می‌کرد.

گفتار دوم: تجاوز و خشونت جنسی

مبادرت به تجاوز و خشونت‌های جنسی علیه زنان را از یک سو می‌توان یکی از تاکتیک‌های جنگی دانست که از دیرباز جهت تسلیم نیروهای جنگی دشمن مورد استفاده قرار گرفته است و از سوی دیگر در مواردی به‌عنوان اقدامی استراتژیک جهت نابودی گروه متعلق به زنان قربانی مورد نظر مهاجمان تلقی می‌گردد. لازم به ذکر است که در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ در میان جرایمی که از آنها به‌عنوان «نقض شدید»^{**} نام برده می‌شود، به تجاوز و خشونت جنسی اشاره نشده است.

تشدید و تکرار وقوع این اعمال غیرانسانی در جنگ‌های بین‌المللی و بویژه داخلی در دهه‌های اخیر باعث شد تا جهت مجازات مرتکبان این جنایت به ترتیب در ماده ۳ اساسنامه ICTR و ماده ۵ اساسنامه ICTY جنایات مذکور به‌صراحت در عداد جنایات علیه بشریت قرار گیرند. این موضوع برای اولین بار در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری در قضیه «اکائیسو» مورد بررسی قرار گرفت. در این پرونده، شعبه اول ICTR خشونت جنسی را به‌عنوان ابزاری در جهت نابودی گروه

*. Men of Military Age.

28. UN Doc.AG/Res./47/121 of 18 December 1992.

** Grave Breaches.

اقلیت توتسی قلمداد کرده بود که گروه اکثریت هوتو از آن به صورتی سیستماتیک استفاده می کردند:

«خسونت جنسی بخشی جدایی ناپذیر از روند نابودی گروه بود. مشخصاً زنان توتسی هدف این اقدامات بودند و این عمل در جهت نابودی آنان و نابودی تمام گروه توتسی انجام گرفت».^{۲۹}

ICTR در قضیه «کایشما و روزیندانا» نیز با الهام از رأی اکاییسو از تجاوز و خسونت جنسی به عنوان مصادیق بند دوم ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید (آسیب شدید جسمی) یاد می کند.^{۳۰} به علاوه در رأی اخیر، تجاوز جنسی در عداد مصادیق بند سوم ماده ۲ نیز ذکر شده است.^{۳۱} همچنین ICTY نیز در رأی کرسیتیچ با اشاره به رویه ICTR و نظرات کمیسیون آماده سازی اساسنامه دیوان بین المللی کیفری از تجاوز و خسونت جنسی به عنوان مصادیق بند دوم ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید نام برده است.^{۳۲}

با وجود این، دولت بوسنی در دعوای خود نزد ICJ از خسونت و تجاوز جنسی به عنوان مصادیق بند چهارم ماده ۲ کنوانسیون (اجرای اقداماتی که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می گیرد) نام می برد. لازم به ذکر است که ICTR در رأی «اکاییسو» مصادیق این بند را ذکر نموده که در تمام آرای بعدی خود نیز از آن استفاده نمود. در این پرونده، دادگاه از قطع اعضای جنسی، عقیم کردن، کنترل اجباری زاد و ولد، جداسازی جنسیتی و ممنوعیت ازدواج در میان اعضای گروه های تحت حمایت کنوانسیون به عنوان مصادیق اقداماتی نام برد که به قصد جلوگیری از تولید مثل در میان گروه صورت می گیرد.^{۳۳} همچنین دادگاه معتقد بود که علاوه بر عوامل فیزیکی، اعمال فشارهای روحی نیز می تواند مانع از تولید مثل و زاد و ولد در میان اعضای گروه شود:

«تجاوز جنسی از جمله می تواند با نیت جلوگیری از تولید مثل در میان اعضای گروه، مورد استفاده قرار گیرد زیرا ممکن است تهدیدات یا آسیب های وارد شده به اعضای گروه بدانجا منجر شود که تولید مثل و زاد و ولدهای آتی انجام نشود. برای مثال زنی که مورد تجاوز جنسی قرار گرفته ممکن است از تولید مثل مجدد خودداری کند».^{۳۴}

29. Akayesu Case, para. 731.

30. The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 108.

31. Kayishema and Ruzindana Case, para. 116.

32. The Prosecutor v. Krstic, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, paras. 513.

33. Akayesu Case, para. 507.

34. *Ibid.*, para. 508.

بر همین اساس و با الهام از نظریه ICTR، دولت بوسنی در لایحه خود مدعی بود که انجام تجاوزات و خشونت‌های جنسی علیه مردان و زنان بوسنی به بیماریها و حالت‌های روانی منجر شده است که مانع برقراری ارتباط و تشکیل خانواده در میان زنان و مردان مسلمان شده و در نهایت به تداوم تولید مثل در میان مسلمانان بوسنی لطمه وارد کرده است. همچنین دولت خواهان مدعی بود که زنان مسلمان در پی وقوع تجاوزات جنسی ممکن است از سوی شوهرانشان طرد شوند و دیگر قادر به یافتن شوهر نباشند.^{۳۵}

ICJ به صورت اصولی پذیرفت که اقدام به تجاوز و خشونت جنسی می‌تواند از مصادیق بند چهارم کنوانسیون ژنوسید باشد اما اعلام نمود که دولت خواهان نتوانسته مدارک لازم جهت اثبات ادعای خود را ارائه نماید که خشونت‌های جنسی به تداوم تولید مثل میان مسلمانان لطمه وارد ساخته است.^{۳۶}

بنابراین دیوان همچون مورد قبل می‌پذیرد که در مواردی تجاوز و خشونت جنسی می‌تواند یکی از مصادیق عناصر مادی جنایت ژنوسید باشد مشروط بر آنکه این اقدامات با نیت نابودی گروه متعلق به زنان و یا مردان قربانی تجاوز انجام شود.

گفتار سوم: ژنوسید فرهنگی

لمکین، واضع واژه ژنوسید، در متن پیش‌نویس اولیه کنوانسیون از مصادیق ذیل به‌عنوان ابزار و وسایلی نام برده بود که می‌تواند در اجرای ژنوسید فرهنگی مورد استفاده قرار گیرد:

- ۱- انتقال اجباری کودکان به دیگر گروه‌های انسانی؛
- ۲- تبعید اجباری و سیستماتیک افرادی که نماینده‌ی فرهنگ یک گروه به‌شمار می‌آیند؛
- ۳- ممنوعیت استفاده از زبان گروه اقلیت حتی در مکالمات خصوصی و انفرادی؛
- ۴- نابودی سیستماتیک کتابهای چاپ شده به زبان گروه اقلیت و همچنین نابودی آثار مذهبی و یا ممنوعیت انتشار کتب جدید؛
- ۵- نابودی سیستماتیک بناهای تاریخی و مذهبی یا منحرف کردن چگونگی استفاده از آنها، متلاشی یا نابود کردن اسناد و اشیایی که دارای ارزش تاریخی، هنری یا مذهبی می‌باشند و همچنین تخریب وسایلی که در انجام عبادات مذهبی مورد استفاده قرار می‌گیرند.^{۳۷}

35. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, paras. 358-359.

36. *Ibid.*, paras. 359-361.

37. Baglay Tennent Harrington, "General Principles and Problems in The International Protection of Minorities", 1950, Geneve Imprimeries Populaires, p. 166.

اشاره به این موضوع از آن جهت مهم به نظر می‌آید که در جریان تدوین کنوانسیون ژنوسید علی‌رغم تلاش بسیار زیاد کشورهای بلوک سوسیالیستی و جهان سوم با مخالفت دول غربی، پیشنهاد اضافه نمودن اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی در متن کنوانسیون با ۲۵ رأی مخالف در برابر ۱۶ رأی موافق و ۴ رأی ممتنع به تصویب نرسید.^{۳۸} اما با این حال هنوز نیز نسبت به گسترش مقررات کنوانسیون به اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی امیدواری‌هایی وجود دارد^{۳۹} و بر همین اساس گروهی معتقدند که در حقوق بین‌الملل عرفی تعریف ژنوسید وسیع‌تر و فراتر از مفاد کنوانسیون ژنوسید است.^{۴۰} از این رو تلاش دولت بوسنی جهت کسب نظر موافق دیوان بین‌المللی دادگستری برای شمول مقررات کنوانسیون به این اقدامات را می‌بایست در این راستا تحلیل نمود.

در جریان جنگ بوسنی به تصدیق یافته‌های کمیسیون کارشناسان سازمان ملل متحد، دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و تأیید آن توسط دیوان بین‌المللی دادگستری از برخی اقدامات فوق‌الذکر جهت نابودی فرهنگ مسلمانان و کروات‌های بوسنی استفاده شد. از جمله در رأی «تادیک» به نابودی اموال و آثار تاریخی، مذهبی و فرهنگی گروه‌های قربانی به‌عنوان یکی از اقدامات جنگی صریحاً اشاره شد و بر این اساس از جمله ۱۱۲۳ مسجد مسلمانان و ۵۰۴ کلیسای کروات‌ها نابود گردید. همچنین آرامگاه‌ها، صومعه‌ها، بناهای تاریخی، آرشوها و کتابخانه‌های متعلق به گروه‌های قربانی مورد حمله قرار گرفتند و بسیاری از آنها نابود شده و یا بدانها آسیب جدی وارد شد.^{۴۱}

دولت شاکا مدعی بود که نابودی سنت‌های مذهبی و فرهنگی مسلمانان بخشی از سیاست اساسی مرتکبان جهت پاک‌سازی قومی و تلاشی جهت امحای آثار وجودی مسلمانان بوسنی در این سرزمین بوده است و لذا می‌بایست این اقدام را ژنوسید محسوب نمود. اما دیوان بین‌المللی دادگستری به تبعیت از رویه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق بویژه قضیه «کرسیتیچ» اعلام نمود که هرچند این اقدامات را می‌توان به‌موجب دیگر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل ممنوع دانست اما «آنها را نمی‌توان ایجاد شرایطی عامدانه برای نابودی فیزیکی گروه دانست و در زمره اقدامات مادی ژنوسید در ماده ۲ کنوانسیون قرار داد».^{۴۲}

۳۸. برای ملاحظه تفصیلی این نهاد و جایگاه این بحث در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری رک. عزیززی، همان، صص ۲۶۶-۲۷۵.

39. Stakic Case, Appeal judgment, para. 24.

40. Verdirame Guglielmo, "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", International and Comparative Law Quarterly, (July 2000) vol. 49, p. 588

41. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, paras. 335-343.

42. Ibid., para. 344.

لازم به ذکر است که ICJ با اشاره به قضیه «کرسیتیج» اعلام نمود که هر چند نابودی اموال و آثار تاریخی، مذهبی و فرهنگی گروه‌های قربانی در عداد عناصر مادی جنایت ژنوسید قرار نمی‌گیرد اما از آن می‌توان در احراز نیت نابودی آن گروه‌ها استفاده نمود:

«در مواردی که اقدامات مربوط به نابودی فیزیکی یا بیولوژیکی وجود دارد، غالباً به صورت همزمان به اموال فرهنگی و مذهبی و سمبل‌های گروه قربانی نیز حمله می‌شود. این گونه حملات می‌تواند مدرکی دال بر وجود نیت نابودی فیزیکی گروه، توسط مرتکب باشد».^{۴۳}

بنابراین دیوان با تأیید رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، اقدامات موسوم به ژنوسید فرهنگی را در صورت همزمانی وقوع آن با اقدامات نابودکننده فیزیکی از جمله مدارکی می‌داند که می‌تواند در احراز نیت خاص به کار گرفته شود. بدیهی است با توجه به مشکلات بسیار زیادی که در امر اثبات عنصر معنوی جنایت ژنوسید وجود دارد و در بسیاری از موارد ممکن است عدم اثبات آن به تیره مرتکبان واقعی بیانجامد، اهمیت شناسایی ژنوسید فرهنگی به عنوان اماره‌ای دال بر وجود عنصر معنوی توسط دادگاه یوگسلاوی و تأیید آن از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری آشکار می‌گردد.

بخش سوم: عنصر معنوی

می‌دانیم که جنایت ژنوسید دارای ماهیت خاص و ویژه‌ای است زیرا علاوه بر قصد ارتکاب انجام عناصر مادی مندرج در ماده ۲ کنوانسیون، لازم است که مرتکب دارای نیت نابود کردن گروه قربانی باشد که از آن با عنوان «نیت خاص»^{*} نام برده می‌شود. همان‌گونه که در ماده ۲ کنوانسیون به صراحت ذکر شده است لازم نیست که مرتکب در پی نابودی کل گروه مورد هدف باشد بلکه تلاش برای نابودی بخشی از گروه مورد نظر نیز برای محکومیت متهم به ارتکاب ژنوسید کافی است. در این بخش لازم است معنای این مفهوم در رویه دادگاه‌های ویژه و دیوان بین‌المللی دادگستری بررسی گردد.

گفتار اول: نابودی جزئی گروه

این موضوع که بخشی از گروه به چه معناست و نابودی چه میزان و یا چه قسمتی از گروه مجنی علیه به معنای تحقق این مفهوم است در رویه دادگاه‌های ویژه کیفری مورد بحث قرار گرفته و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رأی اخیر خود بدان پرداخته است.

43. *Ibid.*

*. *Dolus specialis.*

اولین بار ICTR با استناد به نظریه کمیسیون حقوق بین‌الملل و گزارشی که از سوی گزارشگر کمیسیون فرعی ژنوسید ارائه شده است، درباره معنای این عبارت چنین اشعار می‌دارد:

«دادگاه بر این اعتقاد است که نابودی «بخشی از» گروه مستلزم داشتن نیت نابودی بخش قابل‌توجهی* از افراد متعلق به یک گروه می‌باشد. این اشخاص می‌بایست با توجه به عضویتشان در آن گروه، مورد حمله قرار گیرند».^{۴۴}

به نظر می‌رسد که در اینجا شعبه بدوی ICTR از عامل کمیتی یعنی تعداد قربانیان متعلق به گروه به نسبت میزان جمعیت آن، به‌عنوان معیار قابل‌استفاده در احراز مفهوم «بخشی از گروه» استفاده نموده است اما دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در قضیه «یلیسیچ» از عبارت «بخش مهم»** گروه در تفسیر نابودی بخشی از گروه استفاده نمود که به نظر می‌رسد مراد از آن، اعمال معیار کیفیتی است. لازم به ذکر است که شعبه تجدیدنظر ICTY معتقد بود که ICTR با استفاده از عبارت «بخش قابل‌توجه»، فراتر از نیت تدوین‌کنندگان کنوانسیون اقدام نموده است. نقل این بند از نظر دادگاه یوگسلاوی می‌تواند در تبیین دقیق این مفهوم ما را یاری دهد:

«با توجه به هدف کنوانسیون که جلوگیری از کشتار وسیع می‌باشد این مطلب پذیرفته شده است که هدف از نابود کردن یک گروه مستلزم آن است که حداقل بخش مهمی از آن گروه را در برگیرد.... لمکین در نامه‌ای که در زمان انجام بحث‌های مربوط به تدوین ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید خطاب به مجلس سنای ایالات متحده آمریکا نگاشته است، نیت نابودی جزئی گروه را توضیح می‌دهد. به نظر وی نابودی جزئی یک گروه می‌بایست به تمایل مرتکب به نابودی آن بخش از گروه تفسیر گردد که «از اهمیتی اساسی برخوردارند ... به‌نحوی که بقا یا نابودی آنان بر تمامیت گروه اثرگذار می‌باشد». در صورتی می‌توان بخشی از گروهی را که مورد حمله قرار گرفته است، مهم نامید که یا مرتکبان بر آن بوده‌اند که به اکثریت زیادی از افراد گروه مورد بحث حمله نمایند و یا به افرادی از آن گروه حمله شده است که نماینده آن گروه هستند. در این رابطه، کمیسیون کارشناسان مشخصاً می‌گوید: «اگر رهبریت کل گروه مورد حمله قرار گیرد این عمل نیز می‌تواند به ژنوسید منجر گردد. این رهبری شامل سران سیاسی و اداری، مذهبی، دانشگاهی، روشنفکران، تاجران و دیگر رهبران گروه می‌شود. حمله به این رهبران صرف‌نظر از تعداد بالفعل کشته‌شدگان به خودی خود نشانه‌ای قوی بر وجود ژنوسید است...». بنابراین نیت ژنوسید به دو صورت آشکار می‌گردد: صورت اول ممکن است با نابودی تعداد

*. Considerable number.

44. Kayishema and Ruzindana Case, para. 97.

** Substantial number.

زیادی از افراد گروه انجام پذیرد؛ در این شیوه، مرتکب مترصد نابودی کل گروه می‌باشد. در صورت دوم ممکن است که ژنوسید با نابودی تعداد محدودتری از افراد گروه نیز انجام شود. این افراد به این منظور انتخاب شده‌اند که نابودی آنان بر بقای خود گروه نیز تأثیرگذار است. در این مورد، نیت مرتکبان، نابودی گزینشی آن گروه است.^{۴۵}

شعبه تجدیدنظر ICTY در پاسخ به اعتراض «رادیسلاو کرسیتیچ» که به دلیل کشتار بخشی از مسلمانان سربرنیتسا در شعبه بدوی دادگاه به ارتکاب جنایت ژنوسید محکوم شده بود پاسخ روشن‌تری در رابطه با این موضوع ارائه داد:

«این مسئله که چه تعداد از افراد یک گروه، مصداق بخش مهمی از آن گروه می‌باشد را با توجه به چند عامل و معیار می‌توان تعیین نمود. در آغاز ملاحظه عامل کمی و تعداد افرادی که در آن بخش از گروه مورد حمله قرار گرفته‌اند ضروری و مهم است. اما (عامل کمی) در تمام موارد، تنها معیار نخواهد بود. تعداد افرادی که مورد حمله قرار گرفته‌اند را نباید به صورت مطلق در نظر گرفت بلکه نسبت کلی این افراد با تمام گروه نیز می‌بایست مدنظر باشد. علاوه بر این، جایگاه و موقعیت ممتاز این افراد در میان گروه نیز معیار مفید و تعیین‌کننده‌ای است. اگر بخش خاصی از اعضای یک گروه، نماد و مظهر آن گروه بوده و یا تداوم زیست آنها در بقای خود گروه مؤثر باشد می‌تواند نشانگر آن باشد که افراد مورد نظر، بخش مهم آن گروه را در مفهوم ماده ۴ اساسنامه‌ی دادگاه تشکیل می‌دهند.»^{۴۶}

شعبه تجدیدنظر در ادامه تفسیر خود از این عبارت، به معیار حوزه فعالیت و کنترل مرتکب نیز توجه نشان داد:

«مثالهای تاریخی از وقوع ژنوسید نیز نشان می‌دهد که حوزه فعالیت و کنترل مرتکب و میزان احتمال و امکان دسترسی او به قربانیان را بایستی در نظر گرفت. ممکن است دولت آلمان تنها خواهان از بین بردن یهودیان در قلمرو اروپا بود و توان اجرای آن را در سطح جهانی نداشت. مرتکبان ژنوسید در رواندا نیز به حذف جمعیت توتسی فراتر از مرزهای کشور فکر نمی‌کردند. بنابراین نیت نابودی مرتکب معمولاً به فرصت در دسترس او محدود می‌شود.»^{۴۷}

در پایان تفسیر حکمی این عبارت، دادگاه بر حصری نبودن معیارهای فوق‌الذکر تأکید نمود:

45. Jelusic Case, para. 82.

46. Krstic Case, Appeals Chamber, para. 12.

47. *Ibid.*, para. 13.

«البته این ملاحظات نه حصری هستند و نه قطعی بلکه تنها راهنماهای مفیدی هستند. اعمال این معیارها و میزان وزن نسبی آنها بر حسب اوضاع و احوال متفاوت خواهد بود».^{۴۸}

به اعتقاد شعبه تجدیدنظر ICTY، مسلمانان شهر سربرنیتسا در این مورد می‌توانند مصداق عبارت «بخشی از گروه» باشند چه آنکه «میزان جمعیت مسلمانان بوسنی در سربرنیتسا قبل از تصرف آن توسط نیروهای VRS در ژوئیه ۱۹۹۵ تقریباً به ۴۰ هزار نفر می‌رسید. هر چند این میزان درصد کمی از جمعیت مسلمانان بوسنی را تشکیل می‌دهد اما اهمیت جامعه مسلمانان سربرنیتسا را تنها نمی‌توان با توجه به میزان جمعیت آنها برآورد نمود. همان‌گونه که شعبه بدوی دادگاه توضیح داده است این شهر (و منطقه اطراف پودرینج مرکزی) برای رهبران صرب بوسنی از اهمیتی استراتژیک برخوردار بود چه آنکه بدون الحاق سربرنیتسا، جمهوری صربسکا به دو قسمت غیرمرتبط تقسیم می‌گردید و دسترسی این جمهوری به کشور صربستان با مشکلاتی عدیده مواجه می‌شد. بنابراین تصرف و تصفیه قومی این شهر تلاش‌های نظامی مسلمانان بوسنی برای بقای دولت خود را به‌جد از بین می‌برد و رهبران مسلمان نیز به‌خوبی از این واقعیت آگاه بودند».^{۴۹}

ICJ نیز اعلام نمود که از این زاویه به مسئله تعریف بخشی از گروه می‌پردازد که «طرفین دعوا به این مسئله خاص اشاره نموده‌اند که اثر معیار جغرافیایی بر گروه چیست؟ این سوال به‌خصوص در مورد جرایمی مطرح می‌شود که در شهر سربرنیتسا و حومه آن در ژوئیه ۱۹۹۵ روی داد و این موضوع مطرح می‌شود که آیا در اوضاع و احوال مذکور می‌توان گفت که تعریف ژنوسید تا جایی که به شرط نیت نابودی کلی یا جزئی گروه مربوط می‌شود، به‌موجب ماده ۲ محقق شده است یا خیر؟».^{۵۰}

دیوان اعلام نمود که در پاسخ به این سؤال حکمی به سه موضوع مرتبط با تعیین بخشی از گروه اشاره می‌کند:

۱- «نیت مرتکب بایستی نابودی حداقل بخش مهمی از گروه مربوطه باشد. این شرط با توجه به ماهیت ژنوسید لازم است زیرا چون هدف و موضوع کنوانسیون جلوگیری از نابودی عمدی گروه‌هاست لذا بخش مورد هدف بایستی به اندازه کافی مهم باشد و بر (بقای) کل گروه اثرگذار باشد. از شرط مهم بودن با توجه به قواعد منسجم ICTY و ICTR و تفاسیر مواد پیش‌نویس

48. *Ibid.*, para.14.

49. *Ibid.*, para.15.

50. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case*, para. 197.

طرح ILC در مورد جنایات علیه صلح و امنیت بشری نام برده شده است.^{۵۱}

۲- دیوان معتقد است که این دیدگاه کاملاً پذیرفته شده است که ژنوسید را در مواردی می‌توان محقق دانست که نیت (مرتکب)، نابودی گروه در یک ناحیه محدود جغرافیایی باشد. همان‌گونه که کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته است «لازم نیست که نابودی کامل گروه در هر نقطه از جهان مدنظر باشد». محل فعالیت و کنترل مرتکب را بایستی در نظر گرفت همان‌گونه که شعبه تجدیدنظر ICTY گفته است و خواننده نیز در حقیقت می‌پذیرد، فرصت در دسترس مرتکب مهم است. معیار فرصت را بایستی در برابر معیار اول و کاملاً ضروری مهم بودن در نظر گرفت. ممکن است فرصت در دسترس مرتکب مورد ادعا آنچنان محدود باشد که معیار مهم بودن تحقق نیابد.^{۵۲}

۳- سومین معیار پیشنهادی کمی است و نه کیفی. در این ارتباط دیوان به بند دوازدهم رأی شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق اشاره می‌کند که متن آن بند در صفحات قبل ذکر گردید. دیوان با ارجاع به رأی فوق‌الذکر و با پیروی از رویهٔ این دادگاه اعلام می‌کند که معیارهای مورد نظر حصری نیستند و نمی‌توان تنها به معیار کمی توجه نمود و یا آنکه فقط معیار مهم بودن را در نظر گرفت، هرچند که این معیار نقطه آغاز مهمی در بررسی موضوع می‌باشد.^{۵۳} به اعتقاد دیوان بایستی با توجه به اوضاع و احوال پرونده برای هر کدام از معیارها، وزن متناسب بدان را در ارزیابی تحقق عبارت «بخشی از گروه» معنی‌علیه در نظر گرفت. در این قسمت نیز دیوان مستقیماً از نظر شعبه تجدیدنظر ICTY الهام می‌گیرد.

در تجزیه و تحلیل نکاتی که دیوان در بررسی مفهوم «بخشی از گروه» اعلام نموده است می‌توان به این نکات اشاره نمود:

الف. دیوان در قسمت اول تحلیل خود از این موضوع، به عبارت «بخش قابل توجه» که در قضیهٔ «کایشما و روزیندانا» به کار برده شده بود اشاره نمی‌کند بلکه اعلام می‌دارد که در رویهٔ هر دو دادگاه ویژه رواندا و یوگسلاوی از عبارت «بخش مهم» استفاده شده است. با توجه به توضیحاتی که در ابتدای این گفتار معروض گردید مشخص شد که در این خصوص وحدت نظر در رویهٔ دادگاه‌های ویژه حداقل در رأی «کایشما و روزیندانا» با آرای دیگر دادگاه رواندا و یوگسلاوی وجود ندارد. به نظر می‌رسد که دیوان به نحوی ناخواسته خود را درگیر رفع این تعارض نماید و علت

51. *Ibid.*, para. 198.

52. *Ibid.*, para. 199.

53. *Ibid.*, para. 200.

ترجیح استفاده از عبارت «بخش مهم» بر «عبارت بخش توجه» را توضیح دهد. ب. با مطالعه رویه ICTY می‌توان به این نتیجه رسید که معیار مهم بودن در تعریف «بخشی از گروه» از جایگاهی ممتاز برخوردار است. این موضوع را می‌توان به خوبی از تأکید شعبه تجدیدنظر این دادگاه در رأی کرسٹیج بر این عامل و انتقاد از نظر شعبه بدوی ICTR که از عبارت «بخش قابل توجه» استفاده کرده بود دریافت. ICJ نیز بر اهمیت عامل مهم بودن بخش مورد هدف در تحقق عبارت «بخشی از گروه» در رویه ICTY اذعان نموده است. اما با وجود این، دیوان هیچ عامل و تفسیری را مهمتر از بقیه نمی‌شمارد و استفاده از هر عامل را با توجه به اوضاع و احوال خاص هر قضیه مجاز می‌داند. مضاف بر آنکه استفاده از معیار مهم بودن بخش مورد هدف را نیز قابل انتقاد می‌داند. با این حال هر چند تأکید انحصاری بر قرائت مهم بودن بخش مورد هدف به عنوان تنها معیار نمی‌تواند صحیح باشد اما به نظر می‌رسد که توضیحات مفصل مندرج در رأی کرسٹیج و اشاره به نظریات لمکین (واضع واژه ژنوسید) در سنای امریکا در خصوص توضیح عبارت «بخشی از گروه» نشان از این واقعیت دارد که تفسیر مذکور از جایگاهی ممتاز در این ارتباط برخوردار است و بایستی آن را در مقام و جایگاه اول در شناسایی «بخشی از گروه» قرار داد.

گفتار دوم: شیوه اثبات نیت نابودی گروه

در حقیقت عنصر معنوی جنایت ژنوسید را می‌توان به عنوان مشکل‌ترین عنصر در زمینه اثبات وجودی آن نام برد. بدیهی است اگر متهم به وجود نیت خاص نابودی گروه قربانی در ارتکاب عناصر مادی جرم اعتراف نماید اثبات عنصری که ماهیت ذهنی دارد امری است که اگر نتوان آن را غیرممکن دانست بسیار مشکل است.^{۵۴} بنابراین جهت اثبات وجود آن اصولاً می‌بایست از قرائن و امارات کمک گرفت. در شعب بدوی و تجدیدنظر ICTY از شواهد و امارات ذیل به عنوان دلیل وجود نیت نابودی گروه قربانی توسط متهم نامبرده شده است که عبارتند از:

۱- زمینه کلی وقوع جرایم؛

۲- ارتکاب اعمال مجرمانه دیگری که به صورت سیستماتیک علیه همان گروه اعمال می‌شود؛

۳- میزان جرایم روی داده؛

54. Akayesu Case, para. 523.

- ۴- هدف قرار دادن سیستماتیک قربانیان به دلیل عضویت آنها در گروهی خاص؛
۵- تکرار اعمال نابودکننده و تبعیض آمیز.^{۵۵}

ICTR نیز تقریباً از همان امارات فوق‌الذکر نام برده است و در قضیه «کایشما و روزیندانا» به موارد دیگری نیز در این ارتباط اشاره می‌کند:

- ۱- استفاده از واژگان و انجام اعمالی که بر اساس الگوی هدفمند عمل انجام می‌شود؛
- ۲- هدف قرار دادن گروه قربانی یا اموال آنها به صورت فیزیکی؛
- ۳- استفاده از زبان تحقیرآمیز نسبت به اعضای گروه قربانی؛
- ۴- نوع سلاحهای مورد استفاده؛
- ۵- میزان آسیبهای جسمی وارده؛
- ۶- روش برنامه‌ریزی و شیوه سیستماتیک کشتار؛
- ۷- تعداد قربانیان گروه نیز مهم است.^{۵۶}

دولت بوسنی هرزگوین نیز در اعلام شکایت خود نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مدعی بود که صربها نقشه‌ای کلی جهت ارتکاب ژنوسید داشته‌اند. به اعتقاد خواهان این نقشه را می‌توان از طریق الگوی ارتکاب اعمال ژنوسید در سراسر سرزمین بوسنی علیه افرادی که به گروهی خاص تعلق داشتند استنباط نمود. در این ارتباط دولت بوسنی توجه دیوان را به وجوه تشابه میان جنایات انجام شده در بوسنی با اقداماتی که صربها در کرواسی و بعدها در کوزوو انجام داده‌اند جلب نمود. خواهان بر این اعتقاد بود که ارتکاب جنایات از سوی صربها برای رسیدن به هدفی واحد که همان نابودی تمام یا بخشی از گروه‌های غیرصرب در هر جایی که این گروه‌های تعریف شده قومی و مذهبی به‌عنوان مانعی در راستای تشکیل مفهوم تمام صربها در یک کشور تلقی می‌گردید، انجام می‌شد.^{۵۷}

در این ارتباط دولت بوسنی به سند اهداف استراتژیک دولت صربرسکا اشاره نمود که حاکی از تلاش دولت صرب بوسنی جهت تحصیل هدف فوق‌الذکر است. دولت صربستان در پاسخ اعلام داشت که تلاش در جهت تحقق هدف تشکیل کشور مستقل صرب بوسنی الزاماً به معنای وجود نیت نابودی گروه مسلمانان نیست بلکه هدف مذکور را می‌توان از طریق اخراج دیگر گروه‌ها یا فتح مناطق مورد ادعا تحصیل نمود. خواننده اضافه نمود که بدیهی است در حقوق

55. Jelusic Case, Trial Chamber, para.73; Jelusic Case, Appeal Chamber, para. 47.

56. Kayishema and Ruzindana Case, Trial Chamber Sentence, para. 93.

57. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case, para. 370.

بین الملل حاضر انجام اقدامات گفته شده مغایر اصل حفظ تمامیت ارضی کشورهاست اما از آن نمی توان به عنوان ژنوسید یاد نمود.

دیوان در بررسی ادعای مذکور به قضایایی اشاره می کند که «دادستان ICTY سند اهداف استراتژیک را به بحث نهاده اما دادگاه وجود آن اهداف را نشانه وقوع ژنوسید محسوب نکرده است. از این رو دیوان اهداف استراتژیک ۱۹۹۲ را نشان دهنده نیت خاص نمی داند».^{۵۸}

دیوان در بررسی دلیل دیگر دولت بوسنی که مدعی بود الگوی جنایات ارتکاب یافته در زمانی طولانی بر جوامع مسلمان و کروات بوسنی متمرکز بوده و این امر نشانگر وجود نیت نابودی این گروهها توسط مرتکبان بوده است، اعلام نمود که با چنین فرض گسترده ای نمی تواند موافق باشد. به اعتقاد دیوان «نیت خاص نابودی تمام یا بخشی از یک گروه می بایست به نحو قانع کننده ای با ارجاع به اوضاع و احوال خاص ثابت گردد مگر آنکه بتوان نشان داد که برنامه کلی جهت تحقق آن نیت به نحوی قانع کننده وجود داشته است و برای آنکه الگوی رفتار را بتوان به عنوان مدرکی دال بر وجود نیت پذیرفت می بایست این الگو چنان باشد که تنها بتواند حکایتگر وجود آن نیت باشد».^{۵۹}

دیوان بین المللی دادگستری جهت تقویت استدلال خود به رویه ICTY استناد نمود:

«مضاف بر این و مهمتر از آن، این فرضیه با یافته های ICTY در خصوص ژنوسید و یا با اقدامات دادستان دادگاه از جمله در اتخاذ تصمیمات مربوط به عدم ورود اتهام ژنوسید در کیفرخواستهای مرتبط احتمالی منطبق نیست ...».^{۶۰}

بر این اساس دیوان بین المللی دادگستری اعلام نمود که با توجه به مدارک ارائه شده در خصوص ارتکاب جنایاتی که بین سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۵ در سرزمین بوسنی اتفاق افتاده بود به این نتیجه می رسد که غیر از حوادث ژوئیه ۱۹۹۵ در سربرنیتسا، دولت خواهان نتوانسته است نیت لازم جهت تحقق ژنوسید در مورد اتفاقات روی داده را به صورت قطعی ثابت نماید.^{۶۱}

با وجود این، قاضی الخصاونه (نایب رئیس دیوان) در رأی مخالف خود به انتقاد از موضع دیوان در این ارتباط پرداخت. وی اظهار داشت که دیوان نباید از این موضوع که ICTY بر اساس الگوهای رفتار کلی در سرزمین بوسنی، وقوع ژنوسید را شناسایی نکرده است در دعوی حاضر به نتیجه ای مشابهی می رسد چه آنکه «ICTY تنها از رهگذر قضاوت در مورد مسئولیت

58. *Ibid.*, para. 372.

59. *Ibid.*, para. 373.

60. *Ibid.*, para. 374.

61. *Ibid.*, para. 376.

کیفری فردی بویژه در مورد متهمان مربوط صلاحیت رسیدگی به اتهام ژنوسید را داشته است و بنابراین بررسی مدارک ارائه شده در آن دادگاه به محدوده عملیتهای متهم محدود شده است. از این رو میان محاکمه کیفری فردی با موردی که دربردارنده مسئولیت یک دولت در خصوص ژنوسید می باشد تفاوت وجود دارد و دیوان می توانست و می بایست به الگوهای رفتار در سراسر بوسنی که به محدوده عملیتهای متهمین خاص محدود نمی شود نگاه کند.^{۶۲}

در این ارتباط قاضی الخصاونه به امارات و قرائنی که دادگاههای ویژه کیفری در خصوص شیوه اثبات نیت استناد نموده اند اشاره کرد و از اینکه رهیافت دیوان بین المللی دادگستری اثبات نیت ژنوسید را با توجه به این رویه منعکس نساخت اظهار تأسف نمود.^{۶۳}

نتیجه گیری

در مقاله حاضر به بررسی تطبیقی احراز عناصر جنایت ژنوسید در رویه دادگاههای ویژه کیفری در مقایسه با رأی اخیرالصدور دیوان بین المللی دادگستری اقدام گردید.

در خصوص اتخاذ رهیافت لازم جهت تعریف گروه تحت حمایت، دیوان بین المللی دادگستری از پذیرش رهیافت ایجابی حمایت نمود، رهیافتی که از سوی شعبه تجدیدنظر ICTY اتخاذ گردیده است. بنابراین علی رغم آنکه رهیافت سلبی مورد حمایت کارشناسان متخصص هیئت کارشناسان شورای امنیت و شعبه بدوی ICTY در قضیه یلیسیچ بود اما ICJ نظر شعبه تجدیدنظر را مرجح دانست. با وجود این، نگارنده معتقد است هر چند استفاده از رهیافت ایجابی با منطوق ماده ۲ همخوانی افزونتری دارد اما به نظر می رسد که تکیه صرف بر این رهیافت مغایر موضوع و هدف کنوانسیون می باشد.

با مطالعه تطبیقی رویه نهادهای قضایی فوق الذکر می توان به این نتیجه رسید که دیوان بین المللی دادگستری در احراز عناصر مادی و معنوی جنایت ژنوسید به پیروی تام از رویه دادگاههای ویژه علی الخصوص ICTY نظر داشته و از یافته های رویه قضایی آن بویژه در مورد احراز نیت خاص ارتکاب این جنایت بی کم و کاست پیروی کرده است. هر چند اتخاذ این موضع از سوی ICJ را می توان اصولاً رهیافتی قابل تقدیر در راستای حمایت از رویه قضایی بین المللی دانست اما پیروی کامل از یافته های ICTY در دعوی اخیر خالی از ایراد و اشکال نیست چه آنکه به نظر می رسد که دیوان بین المللی دادگستری وجود تفاوت های ماهوی مربوط به صلاحیت حقوقی دیوان که معطوف به احراز مسئولیت دولت خوانده است با وظیفه دادگاههای ویژه کیفری که احراز مسئولیت کیفری متهمان در دادگاه می باشد را نادیده گرفته است. از این رو در احراز نیت

62. Dissenting Opinion of Vice- President Al-Khasawneh, para. 42.

63. *Ibid.*, para. 47.

خاص ارتکاب جنایت ژنوسید در سرزمین بوسنی هرزگوین، دیوان تنها وقوع این جنایت در سربرنیتسا را مورد شناسایی قرار داد و اعلام نمود که با توجه به یافته‌های ICTY قادر به اعلام وجود نیت نابودی گروه مسلمانان در سراسر سرزمین بوسنی از سوی مرتکبان جرم نیست در حالی که از شواهد و امارات موجود می‌توانست وقوع جنایت ژنوسید در سراسر سرزمین بوسنی هرزگوین علیه مسلمانان را تصدیق نماید.

مفهوم «آزار» منتهی به پناهندگی در رویه قضائی کشورهای پناهنده‌پذیر

دکتر فاطمه کیهانلو*

چکیده

یکی از عناصر موجود در تعریف پناهنده که در رویه قضائی کشورهای پناهنده‌پذیر مباحث بسیاری را به خود اختصاص داده است، عنصر «آزار» (Persecution) است. از آنجا که مفهوم، دامنه و مصادیق این عنصر روشن نیست رویه قضائی با استخراج معنای لغوی، رجوع به برخی از مواد کنوانسیون ۱۹۵۱ و ملاک قرار دادن تبعیض، از آزار تعاریف متنوعی ارائه داده است اما در این میان، تعریف آزار بر مبنای صدمه شدیدی که با معیار نقض‌های حقوق بشر سنجیده می‌شود از بیشترین مقبولیت برخوردار شده است.

رویکردی که آزار را بر مبنای دستجات مختلفی از نقض‌های حقوق بشری تعریف می‌کند به‌حدی در میان کشورهای پناهنده‌پذیر از مقبولیت برخوردار است که به‌سادگی نمی‌توان وجود آن به‌عنوان «رویه بعدی» - مذکور در بند (ب) ۲ از ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات (۱۹۶۹) - را در تفسیر کنوانسیون ۱۹۵۱ نادیده‌گرفت. این رویکرد که آزار را بر مبنای نقش و جایگاه ارزش‌های استعلایی حقوق بشر تعریف می‌کند همچنین نفوذ و تأثیر قواعد حقوق بشر بر حوزه قانونگذاری داخلی که تا مدت‌ها از امور «ذاتاً در صلاحیت داخلی» به‌شمار می‌رفت را به اثبات می‌رساند.

*. دکتری حقوق بین‌الملل از دانشگاه تهران.

مقدمه

در جهان معاصر که جبهه‌بندی کشورهای بلوک غرب و شرق در مقابل یکدیگر خاتمه یافته و برخی دولت‌های کمونیست و قدرتمند دوران جنگ سرد یا دچار فروپاشی شده‌اند و یا در چارچوب معادلات بین‌المللی بخش اعظم اقتدار خود را از دست داده‌اند؛ تعدد و تکثر وسایل ارتباط جمعی امکان قیاس افراد با یکدیگر را به‌سادگی فراهم ساخته و سهولت سفر میل به مهاجرت را افزایش داده‌است؛ درگیری‌های داخلی بر سر مسائل قومی، نژادی و مذهبی، مخاصمات بین‌المللی و حوادث طبیعی به امواج آوارگی وسعت بخشیده و تعدد و تنوع اشکال نادیده گرفته شدن حقوق بشری افراد در درون مرزهای کشور متنوع یا محل سکونت، بهره‌مندی از وضعیت پناهندگی در سایر کشورها را به کورسوی امید بسیاری از قربانیان مبدل ساخته است؛ هرساله تعداد زیادی از افراد رنج سفر به کشورهای دیگر را بر خود هموار می‌سازند تا بخت خود در امکان برخورداری از وضعیت پناهندگی در کشورهای مزبور را مورد آزمایش قرار دهند.

فراوانی پناهجویانی که در جستجوی مکانی امن، کشور متنوع خود را ترک می‌کنند و تنوع دعاوی مطروحه از جانب این افراد از یک سو و ابهام موجود در تعریف پناهنده به‌نحو مندرج در کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو در مورد وضعیت پناهندگان - به‌عنوان تنها سند لازم‌الاجرای بین‌المللی موجود در این خصوص - از سوی دیگر، دادگاه‌های داخلی کشورهای پناهنده‌پذیر را ناگزیر ساخته تا در راستای انجام عملکرد قضائی خود در فیصله دعاوی پناهندگی، تعریف پناهنده در قوانین داخلی کشور خود را که در حقیقت از کنوانسیون ۱۹۵۱ به‌عاریت گرفته شده مورد تفسیر قرار دهند.

یکی از عناصر موجود در تعریف پناهنده که در رویه قضائی کشورهای پناهنده‌پذیر مباحث بسیاری را به خود اختصاص داده است، عنصر «آزار» (Persecution) است. این عنصر از چنان اهمیتی برخوردار است که یکی از حقوق‌دانان آن را «نقطه ثقل تعریف پناهنده» نامیده است.^۱ با این همه، مفهوم، دامنه و مصادیق این عنصر روشن نیست. به همین دلیل رویه قضائی برای دستیابی به یک تعریف کارآمد از این عنصر به ضوابط متعددی متوسل شده است.

این مقاله درصدد آن است تا با ارائه رایج‌ترین تعاریف آزار در رویه قضائی دادگاه‌های داخلی برخی از مهم‌ترین کشورهای پناهنده‌پذیر، تعریفی که بیش از همه مورد اقبال قرار گرفته است را مورد شناسایی قرار دهد. برای حصول به این منظور پس از اشاره‌ای مختصر به پیشینه تاریخی ورود مفهوم آزار به کنوانسیون ۱۹۵۱، ضوابط مختلفی که از سوی دادگاه‌های داخلی

1. Türk Volker, "Non-State Agents of Persecution, Switzerland and International Protection of Refugees", *The Graduate Institute of International Studies*, Edited by: Vincent Chetail & Vera Gowlland-Debbas, Kluwer Law International, The Hague, 2002, Vol. 2, p. 103.

برای رفع ابهام از این عنصر اساسی تعریف پناهنده مورد توجه واقع شده طی چهار مبحث جداگانه بررسی خواهند شد تا در انتها ضابطه‌ای که در مقایسه با سایرین از بیشترین مقبولیت برخوردار است شناسایی گردد.

مبحث اول - پیشینه تاریخی ورود مفهوم آزار به کنوانسیون ۱۹۵۱

واژه «آزار» (Persecution) برای اولین بار توسط اداره جبران و ترمیم سازمان ملل متحد و مقامات متحد که مسئولیت کمک به آوارگان و پناهندگان را برعهده داشتند مورد استفاده قرار گرفت. دستورالعمل اداری شماره ۳۹ سرفرماندهی کل قوای اعزامی ملل متحد (مورخ ۱۶ آوریل ۱۹۴۵) در بند ۳۲ خود به «اتباع دشمن و دشمنان سابق که به علت نژاد، مذهب یا فعالیت به نفع سازمان ملل مورد آزار قرار گرفتند» به عنوان یک «دسته خاص» اشاره می‌کرد.^۲ زمانی که نوبت به تدوین اساسنامه سازمان بین‌المللی پناهندگان رسید، «آزار یا ترس از آزاری که مبتنی بر دلایل معقول باشد» به عنوان یکی از مبانی معتبر اعتراض به بازگردانده شدن به کشور مبدأ، به فصل «ج» از بخش اول ضمیمه یک این سند بین‌المللی وارد شد.^۳ دو سال پس از تصویب اساسنامه سازمان بین‌المللی پناهندگان توسط مجمع عمومی، این نهاد واژه «آزار» را به عنوان امری متفاوت از تعقیب‌های کیفری که اساساً از جنایات غیرسیاسی یا اعمال مغایر اهداف و اصول ملل متحد ناشی می‌شود در ماده ۱۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر وارد کرد.^۴

چندی بعد، متعاقب قطعنامه (V) ۴۲۸ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۵۰، این واژه ابتدا به اساسنامه کمیساریای عالی پناهندگان^۵ و سپس به کنوانسیون ژنو در مورد وضعیت پناهندگان وارد شد. مطابق تعریف کنوانسیون ۱۹۵۱، پناهنده به کسی اطلاق می‌گردد که «به علت ترس موجه از اینکه به علل مربوط به نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در گروه اجتماعی خاص یا عقیده سیاسی مورد آزار قرار گیرد، در خارج از کشور خود بسر می‌برد و قادر یا، به علت ترس مذکور، مایل به

2. Madsen, Grahl, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. I, A.W. SIJHOFF-LEYDEN, 1966, p. 189.

3. I.R.O. Constitution, G.A. Res. 62 (I), 15 Dec. 1946, Annex I, Part I, Sec. C(1) (a) (i).

۴. بند اول این ماده چنین مقرر می‌دارد: «هر کس حق دارد در برابر آزار پناهی جستجو کند و در کشورهای دیگر پناه اختیار نماید». برای مطالعه بیشتر در مورد مذاکرات و نحوه تنظیم این ماده رک.

Kjarum Mprten, "Article 14", *The Universal Declaration of Human Rights*, Kluwer Law International, 1999, pp. 295 - 269.

5. UNHCR Statute, G.A. Res. 428 (V), 14 Dec. 1950, Annex, Chap. II, § 6 (A) (ii).

قرار گرفتن تحت حمایت آن کشور نیست».^۶

بدین ترتیب مطابق کنوانسیون ۱۹۵۱ فرد زمانی شایسته احراز وضعیت پناهندگی شناخته می‌شود که در کنار سایر موارد ثابت کند به واقع قربانی آزار شده یا دلایل معتبری برای وجود آزار در اختیار دارد.^۷

از آزار در کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو در مورد وضعیت پناهندگان و اسناد مقدم (اعم از اساسنامه سازمان بین‌المللی پناهندگان، اساسنامه کمیساریای عالی پناهندگان و حتی کارهای مقدماتی کنوانسیون پناهندگان) هیچ تعریفی ارائه نشده است. این امر موجب شده تا در مورد تعریف «آزار» در میان حقوقدانان دو رویکرد عمده شکل گیرد: برخی حقوقدانان اعتقاد دارند از آنجا که معنای «آزار» از اسناد و تجارب قبلی به‌خوبی قابل‌درک بود در زمان تدوین کنوانسیون ۱۹۵۱ نیازی به تعریف آن احساس نشد؛^۸ حال آنکه به اعتقاد برخی دیگر از حقوقدانان، طراحان کنوانسیون به عمد واژه «آزار» را تعریف نشده رها کردند چرا که معتقد بودند پیشاپیش امکان برشمردن تمام اشکال سوءرفتاری که می‌تواند افراد را مستحق بهره‌مندی از حمایت دولت خارجی کند وجود ندارد.^۹ رویکرد اخیر نه فقط در میان غالب حقوقدانان که در رویه قضائی نیز عموماً مورد پذیرش واقع شده است.

6. Convention Relating to the Status of Refugees, U.N.T.S. No. 2545, Vol. 189, 28 Jul. 1951, Art. 1 (A) (2).

7. Draft Convention Relating to the Status of Refugees, G.A.Res. 429 (V), Chap. I, Art. I (A)(2).

8. Hathaway James C., *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, Toronto, 1991, p.7, fn. 36, *recited in*: *The International Protection of Refugees: Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, para. 16, *available at*:

<www.refugeelawreader.org/103/The_International_Protection_of_Refugees_Interpreting_Article_1_of_the_1951_Convention_Relating_to_the_Status_of_Refugees.pdf>.

برای مثال می‌توان به محروم کردن یهودیان از حق بر حیات و آزادی توسط نازی‌ها در زمان جنگ جهانی دوم و سرکوب مخالفان ایدئولوژیک توسط دولت‌های کمونیست در دوران پس از جنگ اشاره کرد. یک مطالعه تاریخی نشان می‌دهد مذهب اولین دلیل آزار بوده و پس از آن به ترتیب عقیده سیاسی، نژاد، ملیت و در نهایت عضویت در گروه اجتماعی از دیگر دلایل آزار بوده‌اند.

See Steinbock Daniel J., "Interpreting the Refugee Definition", *University of California, Los Angeles Law Review*, Vol. 45, No. 3, Feb. 1998, p. 758.

9. Madsen, *op.cit.*, Vol. I, p. 193; Kosař David, *Persecution on The Grounds of Membership of A Particular Social Group*, 2004, p.15, *available at*: <aa. ecn. cz/ img _ upload/ 9e9f2072 be82f3d69e3265f41fe9f28e/ 2004_refugee_law.pdf>; Eriksson Maria, "Gender-Based Persecution – The Evolution of the Refugee Definition", 2003, p. 5, *available at*: <www-hotel.uu.se/juri/sii/pdf/MariaEUpps04.pdf>; "Gender-related Persecution: An analysis of the Recent Trends", UNHCR Division of International Protection, *International Journal of Refugee Law*, Autumn 1997, p. 82.

مبحث دوم - ضوابط تعریف آزار در رویه قضائی

ابهام موجود در مورد واژه آزار موجب شده است تا قضات برای دستیابی به مفهومی قابل پذیرش از آن به ضوابط متعددی متوسل شوند. برخی از مهمترین این ضوابط عبارتند از تعریف آزار بر اساس معنای لغوی، تعریف آزار بر مبنای رجوع به دیگر مواد کنوانسیون ۱۹۵۱، تعریف آزار بر مبنای تبعیض و تعریف آزار بر مبنای ورود صدمه و آسیب.

الف - تعریف لغوی آزار

آزار در فرهنگ لغات وبستر چنین تعریف شده است:

« اقدام یا رویه آزار دادن به‌عنوان (۱) ایراد درد، صدمه یا مرگ نسبت به کسانی که (در منشأ مذهبی یا اعتقادات اجتماعی با یکدیگر) متفاوت هستند به صورتی که این ایراد تهاجمی یا قلع و قمع استحقاقی تلقی شود؛ (۲) الف، اقدام به تعقیب کیفری (به‌عنوان هدف یا سلسله اقدامات)؛ ب، مبارزه‌ای که هدف آن به انقیاد درآوردن یا قلع و قمع پیروان یک مذهب یا یک شیوه زندگی باشد».^{۱۰}

فرهنگ لغات آکسفورد نیز در تعریف این واژه مقرر می‌دارد:

« عمل آزار دادن یا تعقیب با خصومت و سوءنیت؛ بویژه ایراد مرگ، شکنجه یا مجازات به‌علت پیوستن به عقیده مذهبی یا نظری همانند آن به‌منظور سرکوب یا نابود کردن».^{۱۱}

مهمترین قضیه‌ای که در آن معنای لغوی «آزار» مورد توجه قرار گرفت، قضیه Applicant A & Anor (۱۹۹۷) بود که در آن تعریف فرهنگ لغات آکسفورد مورد توجه قاضی Gummov واقع شد.^{۱۲} با آنکه دادگاه بازمینی دعاوی پناهندگی در استرالیا، آن را شرح معتبری از نحوه تفسیر «آزار» می‌داند^{۱۳} اما از نظر مرجع نیوزیلندی تجدیدنظر از وضعیت پناهندگی، اتخاذ این رویکرد از دو جهت مناسب نیست؛ اول آنکه به اشتباه بر قصد آزارگر تمرکز می‌کند نه

10. Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged, Merriam – Webster Inc., U.S.A., 2000, p. 1685.

11. The Oxford Advance Learner's Dictionary of Current English, Oxford University Press, U.K., 1998, p. 862.

12. See Applicant A & Anor v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, No. FC 004 of 1997, High Court of Australia, 1997 Aust. HIGHCT LEXIS 4; BC9700274, 24 Feb. 1997, p. 55, available at: <www.refugeecaselaw.org/searchresult.asp>.

13. See NEW ZEALAND REFUGEE STATUS APPEALS AUTHORITY, REFUGEE APPEAL No. 71427/99, 16 Aug. 2000, para. 46, available at: <www.refugee.org.nz/Fulltext/71427-99.htm>.

تأثیر آزار بر قربانی؛ و دوم آنکه به صورتی ناشایست برای یافتن حکم دقیق (*mot juste*) و مناسب دعوای در دست بررسی، به کاوش در فرهنگ لغات می‌پردازد؛ درحالی‌که این کار به تحلیل اصولی مسائل کمکی نمی‌کند.^{۱۴}

قاضی Haines در رد تعریف لغوی آزار می‌گوید ما معتقدیم رویکرد مبتنی بر توسل به فرهنگ لغات چیزی جز «ساده‌نگاری در مراعات قانون» که در قضیه Fisher توسط لرد Wilberforce بیان شد، نیست.^{۱۵} وی ادامه می‌دهد رویه قضائی نیوزیلند که توسط این نهاد توسعه یافته هرگز برای تعیین معنای آزار از روش مراجعه به فرهنگ لغات پیروی نکرده است.^{۱۶}

ب- تعریف آزار با رجوع به دیگر مواد کنوانسیون ۱۹۵۱

از دیگر راه‌های تعریف «آزار» مراجعه به دیگر مواد کنوانسیون ۱۹۵۱ در مورد وضعیت پناهندگان است. کمیساریای عالی پناهندگان در کتابچه آیین و موازین تعیین وضعیت پناهندگی این رویکرد را مورد توجه قرار داده است. در این کتابچه، ضمن تأکید بر نبود تعریف بین‌المللی قابل قبول از «آزار» و ناکامی تلاش‌های به عمل آمده در این راستا آمده است:

«... از ماده ۳۳ کنوانسیون ۱۹۵۱ چنین استنباط می‌شود که تهدید حیات یا آزادی بر مبنای نژاد، مذهب، ملیت، عقیده سیاسی یا عضویت در گروه اجتماعی خاص همواره آزار تلقی می‌شود. سایر نقض‌های جدی حقوق بشر - بنا به همان دلایل - نیز آزار محسوب می‌گردد».^{۱۷}

بند (۱) ماده ۳۳ در مورد تعهد دولت‌ها به محترم شمردن منع بازگرداندن اجباری پناهنده «به مرزهای سرزمین‌هایی» است که امکان دارد «به‌علت نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در گروه اجتماعی خاص یا عقاید سیاسی، حیات یا آزادی او در معرض تهدید قرار گیرد». این ماده در کنار بند (۱) ماده ۳۱ در مورد تعهد دول متعاقد به خودداری از مجازات پناهندگانی که مستقیماً از سرزمینی به کشور آنها وارد شده‌اند که «در آنجا حیات یا آزادی‌شان در مفهوم ماده ۱ در معرض تهدید بوده» مبنای تعریف «آزار» توسط حقوقدانانی است که طرفداران مکتب مضیق شناخته می‌شوند. Zink از جمله این حقوقدانان است؛ به نظر او «آزار» فقط به محرومیت از حیات یا آزادی فیزیکی تفسیر می‌شود. وی بیکاری اجباری و طولانی در فقدان سایر وسایل تأمین معاش

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*, para. 47.

16. *Ibid.*, para. 48.

17. UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, Jan.1992, UNHCR 1979, para. 51.

را در این دسته قرار می‌دهد اما حمله به تمامیت جسمی را جز در مواردی که به مرگ قربانی منتهی شود یا متضمن از دست دادن آزادی فیزیکی باشد از تعریف «آزار» مستثنی می‌کند.^{۱۸} تفسیر مضیق «آزار» در قوانین و رویه قضائی دادگاه‌های ایالات متحده در دهه‌های میانی قرن بیستم نیز قابل مشاهده است. بخش (h) ۲۴۳ از قانون مهاجرت و تابعیت ۱۹۵۲ این کشور، که واژه آزار را به وصف «فیزیکی» مقید کرده، به دادستان کل اجازه می‌داد از اخراج هر تبعه خارجی از ایالات متحده به کشوری که در آن در معرض آزار فیزیکی قرار خواهد گرفت خودداری کند.^{۱۹} دادگاه تجدیدنظر منطقه سوم در قضیه Blazina (۱۹۶۱) در مورد معنای «آزار فیزیکی» چنین می‌گوید:

«در بدترین شرایط به نظر می‌رسد که [تجدیدنظرخواه] به دیده تحقیر نگرسته خواهد شد و با گرفتاری‌هایی مواجه می‌شود. اینکه امکان دارد Blazina صرفاً به علت عقاید و رویه مذهبی خود به دست دولت متبوعش با این پیامدها مواجه شود اسفناک است. اما تنفرآور بودن این رویه دولتی در مقایسه با برداشت‌های ما از آزادی مذهبی نمی‌تواند نام‌گذاری آن اقدامات به‌عنوان «آزار فیزیکی» را توجیه کند.

همچنین سه ماه مجازات زندان که ممکن است Blazina به علت فرار غیرقانونی از کشتی و کشورش با آن مواجه شود نمی‌تواند آزار فیزیکی نامگذاری شود. آزار فیزیکی باید به حبس، شکنجه، یا مرگ بر اساس نژاد، مذهب یا عقیده سیاسی تعبیر شود. زندانی شدن به علت فرار از کشتی در حدود این ضابطه قرار نمی‌گیرد اما بیشتر یک مجازات کیفری به نظر می‌رسد که با مفاهیم عموماً شناخته شده عدالت قابل سازش است».^{۲۰}

رأی دادگاه تجدیدنظر منطقه سوم در قضیه Blazina در مدت کوتاهی پس از صدور در همان سال و توسط همان مرجع در قضیه Dunat بدین صورت تعدیل شد:

«در قضیه Blazina ما «آزار فیزیکی» را به‌عنوان مرگ، شکنجه یا حبسی تعریف کردیم که بر مبنای نژاد، مذهب یا نقطه‌نظر سیاسی تحمیل شود. در اینجا دادستان کل با تأکید بر وسایل حصول به نتیجه به جای خود نتیجه، عبارت را به نادرستی تعریف کرده است مادام که آزار

18. Recited in: Madsen, *op.cit.*, Vol. I, p. 193.

19. Recited in: *Ibid.*, p. 88.

20. Blazina v. Buchard, 286 F.2d 507, 511 (3 Cir. 1961), recited in: *Ibid.*, See also SOVICH v. Immigration & Naturalization Service, No. 211, Docket 27808, UNITED STATES COURT OF APPEALS SECOND CIRCUIT, 319 F.2d 21, 1963 U.S. App. LEXIS 5293, 15 May 1963, available at: <www.refugeecaselaw.org/searchresult.asp>; and MATTER OF SOURBIS, A-14467110, A-14467111, Decided by Board 4 Oct. 1965, available at: <uscis.gov/lpbin/lpext.dll/inserts/int/int-50120-1/int-56698?f=templates&fn=document-frame.htm>.

فیزیکی تأثیر اصلی نیروها یا شرایطی باشد که دولت یوگسلاوی مقرر خواهد کرد، شیوه اعمال آن برای قانون بی‌اهمیت است.

تحریم‌های اقتصادی که منظور از آنها منتهی شدن به محرومیت از حقوق اجتماعی باشد یا فرد را از فرصت تحصیل و بهره‌مندی از مطلوبیت‌های اجتماعی یا آسایش فیزیکی محروم کند به‌طور قطع در حدود این عبارت قرار نمی‌گیرند. با این همه، مبنایی برای این تصور وجود ندارد که «آزار فیزیکی» مستلزم استفاده از نیروی فیزیکی شدید نسبت به بدن یا تمام پیامدهای ناگوار آن است یا بر چنین امری دلالت دارد. محروم کردن فرد از فرصت تأمین معاش در کشوری همچون کشور مورد بحث در اینجا، معادل مجازات مرگ از طریق به‌فحطی کشاندن اجباری است. نتیجه هر دو یکی است. این همان است که کنگره به‌طور قطع قصد داشته در زمان تصویب بخش (h) ۲۴۳ از آن اجتناب کند.^{۲۱}

در این قضیه در نهایت تمام اعضاء دادگاه به توافق رسیدند که تضيیقات اقتصادی بسیار شدید که فرد را از تمام وسایل امرار معاش محروم کند (برخلاف نظر دادستان کل) به «آزار فیزیکی» منتهی می‌شود.^{۲۲}

با اینکه آرای صادره در قضایای Blazina و Dunat هنوز هم در رویه قضائی ایالات متحده برای توصیف برخی اشکال «آزار» مورد اشاره واقع می‌شوند^{۲۳} اما حذف وصف «فیزیکی» از انتهای واژه «آزار» در اصلاحات سال ۱۹۶۵،^{۲۴} قصد کنگره آن کشور به فاصله گرفتن از رویکرد مضیق در تعریف این واژه را به‌روشنی آشکار می‌کند. تفسیر دادگاه‌های امریکا از واژه «آزار» در سال‌های پس از ۱۹۶۵ در فرصتی مناسب مورد بررسی قرار خواهد گرفت اما پیش از ورود به مبحث بعد لازم است استدلال‌های Madsen در رد رویکرد مضیق یا رویکرد مبتنی بر رجوع به مواد ۳۱ و ۳۳ کنوانسیون ۱۹۵۱ نیز مورد توجه واقع شود. وی می‌گوید: «تاریخچه تدوین مواد ۳۱ و ۳۳ نشان می‌دهد عبارات اخیرالذکر صرفاً به‌منظور جایگزین شدن مفهوم مضیق‌تر «کشور مبدأ» در کنوانسیون ۱۹۳۳ و «سرزمین آلمان» در کنوانسیون ۱۹۳۸

21. Chris DUNAT v. L. W. HURNEY, District Director of Immigration, Philadelphia, No. 13307, UNITED STATES COURT OF APPEALS THIRD CIRCUIT, 297 F.2d 744; 1961 U.S. App. LEXIS 4370, 29 May 1961, p. 3, available at: <www.refugeecaselaw.org/searchresult.asp>.

22. *Ibid.*, p.7.

23. See for example Matter of Acosta, No. A-24159781, BOARD OF IMMIGRATION APPEALS, 1985 BIA LEXIS 2; 19 I. & N. Dec. 211, 1 Mar. 1985, p. 10.

24. See U.S.Code Collection, Title 8, Chapter 12, Subchapter II, Part V, Sec. 1253, Penalties related to Removal, available at:

<www.washingtonwatchdog.org/documents/usc/tit18/ch12/subch II/ptv/sec1253.html>.

مورد استفاده قرار گرفته‌اند و تعریف دقیق‌تری از مفهوم «آزار» محسوب نمی‌شوند. قصد کمیته ویژه به‌روشنی این بود که کلمات «حیات و آزادی» از تفسیر موسعی برخوردار شوند و هر نوع «آزادی» که فرد را مستحق برخورداری از وضعیت پناهندگی می‌کند «تهدید حیات یا آزادی» در مفهوم مواد ۳۱ و ۳۳ تلقی شود. یعنی ما می‌توانیم برای تعیین حدود مواد ۳۱ و ۳۳ به ماده ۱ رجوع کنیم اما نمی‌توانیم برای تفسیر ماده ۱، مواد ۳۱ و ۳۳ را ملاک قرار دهیم. و اضافه می‌کند: «در هر صورت این ادعا که آزادی صرفاً به معنای «آزادی فیزیکی» است طرفداری ندارد. پس می‌توان گفت تفسیر مضیق مفهوم آزار نیز نمی‌تواند در متن کنوانسیون یا جای دیگر جایگاهی داشته باشد».^{۲۵}

ج- تعریف آزار بر مبنای تبعیض

در اینکه تمامی پناهندگان به نوعی قربانی اقدامات تبعیض‌آمیز می‌باشند تردیدی وجود ندارد اما اینکه آیا تبعیض می‌تواند در تمامی شرایط آزار محسوب شود یا مبنای تعریف آن قرار گیرد و میزان ارتباط تبعیض با آزار سوالاتی هستند که پاسخ به آنها به بررسی بیشتری نیاز دارد. از نظر کمیساریای عالی پناهندگان، تبعیض تنها تحت شرایطی خاص به آزار منتهی می‌شود. اقدامات تبعیض‌آمیزی چون اعمال محدودیت‌های جدی به حق گذران زندگی، حق اجرای فرائض مذهبی یا دسترسی به تسهیلات معمول و موجود آموزشی - که برای شخص مربوطه پیامدهای کاملاً زیانبار به همراه دارند - آزار محسوب می‌شوند.^{۲۶} به تصریح کمیساریا اینکه آیا اقدامات تبعیض‌آمیز به خودی خود به آزار منتهی می‌شوند امری است که باید در مورد آن با لحاظ تمامی شرایط تصمیم‌گیری شود. بدیهی است ادعای ترس از آزار تقویت می‌شود هر گاه فرد، قربانی چندین اقدام تبعیض‌آمیز شده و بنابراین یک عنصر مرکب دخیل باشد.^{۲۷} تفسیر کمیساریا از ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۱ مطالب فوق را چنین تکمیل می‌کند: درحالی‌که توافق عامی وجود دارد که تبعیض صرف در یک فرآیند عادی نمی‌تواند به خودی خود به آزار منتهی شود ولی اشکال بسیار فاحش تبعیض بی‌شک این‌گونه تلقی خواهند شد. یک الگوی پایدار تبعیض معمولاً بنا به دلایل مرکب به آزار می‌انجامد و حمایت بین‌المللی را ایجاب می‌کند.^{۲۸}

25. Madsen, *op.cit.*, Vol. I, p. 196.

26. UNHCR Handbook on Procedures and Criteria ..., *op.cit.*, para. 54.

27. *Ibid.*, para. 55.

28. The International Protection of Refugees: Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, *op.cit.*, para. 17; See also "Gender-related Persecution: An Australian Perspective", A Paper Prepared as a Contribution to the UNHCR's Expert Roundtable Series, *Interpreting*

اثر مرکب اعمال تبعیض‌آمیز بر تفسیر آزار از منظر معیارهای حقوق بشر توسط Haines^{۲۹} و Kosaf^{۳۰}، همچنین در رویه قضائی استرالیا^{۳۱} و نیوزیلند^{۳۲} مورد توجه واقع شده است. به‌طور خلاصه می‌توان گفت اعمال تبعیض‌آمیز در اثر مرکب خود می‌توانند به انکار شأن بشری بیانجامند و از این منظر باید برای اهداف کنوانسیون ۱۹۵۱ به درستی به‌عنوان آزار مورد شناسایی واقع شوند.^{۳۳}

از سوی دیگر تصریح دادگاه عالی کانادا به این مسئله که کنوانسیون ۱۹۵۱ تعهد جامعه بین‌المللی به تضمین بدون تبعیض حقوق اولیه بشری است^{۳۴} این اندیشه را تقویت کرده که نقض تبعیض‌آمیز حقوق بنیادین بشری بنا به هر یک از دلایل مندرج در تعریف کنوانسیون ۱۹۵۱ که صورت گیرد، به خودی خود آزار تلقی می‌شود. برای مثال تعقیب و مجازات‌های کیفری که برخی افراد را به‌علت ویژگی‌های خاص‌شان (نژاد، مذهب، ملیت، داشتن عقیده سیاسی و عضویت در گروه اجتماعی خاص) در معرض رفتار و مجازاتی شدیدتر از سایرین قرار دهد، در موضع مشترک شورای اتحادیه اروپا تنها به‌علت وجود عنصر تبعیض، آزار تلقی شده است.^{۳۵}

Steinbock، حقوقدانان امریکایی از دو موضع پیش‌گفته در مورد جایگاه تبعیض در احراز آزار هم فراتر رفته و با تأکید بر آنکه اهداف تعریف پناهنده به دو پارادایم عمده دوران پس از جنگ جهانی دوم یعنی حق بر آزادی بیان و ممنوعیت تبعیض مرتبط می‌شوند، از حمایت در برابر آزاری که به دلیل تمایز ایراد می‌شود به‌عنوان یکی از سه هدف اصلی تعریف پناهنده نام

the Refugees Convention – An Australian Contribution, Department of Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs Canberra, p. 89, fn. 24; and "Gender-related Persecution: An analysis of the Recent Trends", *op.cit.*, p. 83.

29. Haines Rodger PG, "Gender-based Persecution: New Zealand Jurisprudence", *International Journal of Refugee Law*, Autumn 1997, p. 83.

30. Kosaf, *op.cit.*, p. 28.

31. "Gender- Related Persecution (Article 1A(2)): An Australian Perspective", *op.cit.*, p. 91.

32. Haines, *op.cit.*, pp. 138-140; Sec also NEW ZEALAND REFUGEE STATUS APPEALS AUTHORITY, REFUGEE APPEAL No. 2039/93, 12 Feb. 1996, para. 53, available at: <www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/2039-93.htm>.

33. "Gender-related Persecution: An analysis of the Recent Trends", *op.cit.*, p. 83.

34. CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. WARD, File No. 21937, SUPREME COURT OF CANADA, 1993 Can. S.C.R. LEXIS 35; 2 Can. S.C.R. 689, 30 Jun. 1993, p. 27.

35. JOINT POSITION of 4 March 1996 defined by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the harmonized application of the definition of the term "refugee" in Article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the status of refugees (96/196/JHA), Sec. 5.1.2 (a) and (b), available at: <www.unhcr.bg/euro_docs/en/_26_term_en.pdf>.

می‌برد^{۳۶} و می‌گوید:

آزار بر مبنای خصوصیت یا موقعیت شخصی با رایج‌ترین عنوان حقوق بشر در دوران پس از جنگ جهانی دوم یعنی ممنوعیت تبعیض هماهنگی دارد. با اینکه کنوانسیون ۱۹۵۱ و پروتکل ۱۹۶۷ حقوق جدیدی در مورد ممنوعیت تبعیض ایجاد نمی‌کنند می‌توان گفت در برابر رویه‌هایی که مستقیماً در مقررات بین‌المللی محکوم شده‌اند، به اعطای حمایت می‌پردازند. در واقع با توجه به ضعف سازوکارهای رسیدگی به نقض‌های حقوق بشر، حقوق پناهندگی یکی از مؤثرترین و کارآمدترین جبران‌ها را ارائه می‌دهد. در این مفهوم حقوق پناهندگی بخشی از نگرانی حقوق بشری پس از جنگ است. حمایتی که حقوق پناهندگی در برابر آزار نژادی، مذهبی، ملی یا اجتماعی ارائه می‌دهد می‌تواند متناسب با حد واسط تبعیض و نسل‌کشی در نظر گرفته شود. آزار عموماً از تبعیض شدیدتر و از نسل‌کشی ضعیف‌تر است. آزار به دلیل نژاد، مذهب، ملیت و ... شکلی از تبعیض شدید است.^{۳۷}

برداشت Steinbock از جایگاه تبعیض در آزار را نمی‌توان بی‌ارتباط با معنای «آزار» در رویه قضائی ایالات متحده تلقی کرد. واژه «آزار» تا پیش از سال ۱۹۸۰ در رویه قضائی امریکا تهدید حیات یا آزادی، یا ایراد صدمه یا آسیب اهانت‌بار به کسانی که حسب نژاد، مذهب یا عقیده سیاسی خود با دیگران تفاوت داشتند، تفسیر می‌شد. یک جنبه مهم این تفسیر عبارت بود از ضرورت ایراد صدمه یا آسیب به فردی که آزارگر درصدد بود تا او را به‌علت داشتن یک عقیده یا خصیصه تنبیه کند.^{۳۸} هیأت تجدیدنظر از دعاوی مهاجرت امریکا در قضیه (۱۹۸۵) Acosta با

36. Steinbock, *op.cit.*, p. 788.

از نظر وی دو هدف دیگر عبارتند از: حمایت در برابر وضع مجازات جمعی و احترام به حق بر آزادی بیان و عقیده.

37. *Ibid.*, pp. 789-790.

وی در ادامه می‌گوید: این تحولات، مانند سایر قواعد بین‌المللی اواسط قرن، پاسخ مستقیم به جنگ جهانی دوم و وقایع پس از آن هستند. همچنین نشانه ظهور دورانی هستند که می‌توان آن را «anticaste» نامید یعنی این ایده که با مردم نباید به‌عنوان شهروند درجه دو رفتار کرد. پروفیسور Cass Sunstein این اصل را چنین توجیه می‌کند: مطابق ایده محرکی که در ورای اصل Anticaste وجود دارد، ساختارهای اجتماعی و حقوقی نباید بدون وجود دلیل موجه تفاوت‌هایی که به لحاظ اخلاقی بی‌اهمیت هستند را به نابرابری‌های اجتماعی بویژه نابرابری‌های نظام‌مند تبدیل کنند. تفاوت‌هایی که با شایستگی یا لیاقت فرد هیچ ارتباطی ندارند به لحاظ اخلاقی بی‌اهمیت هستند. نژاد و جنسیت به‌طور قطع در این مفهوم از ویژگی‌هایی به‌شمار می‌روند که به لحاظ اخلاقی بی‌اهمیت هستند؛ صرف رنگ پوست یا جنسیت فرد را مستحق برتری اجتماعی نمی‌کند. Sunstein Cass R., "Words, Conduct, Caste", *University of Chicago Law Review*, No. 60, 1993, pp. 795-800, reprinted in: Steinbock, *op.cit.*, p. 790.

از نظر Steinbock با اینکه اصل ممنوعیت تبعیض همواره یک هنجار نبوده اما تعریف پناهنده در کنوانسیون ۱۹۵۱ را می‌توان بخشی از حرکت به سوی برابری و رفع تبعیض تلقی کرد.

Ibid., pp. 790-791.

38. Matter of Acosta, *op.cit.*, pp. 10-11.

استناد به این قاعده اولیه قانونگذاری که کلمات به کار رفته در یک متن یا بخش اصلی که در قوانین بعدی با هدف مشابه تکرار می‌شوند در قوانین بعدی دارای معنایی مشابه قانون قبلی تلقی می‌شوند، به این نتیجه رسید که کنگره با استفاده از واژه «آزار» در بخش (A)(42)(a) ۱۰۱ قصد داشته تفسیر قضائی و اداری آن واژه در دوران پیش از تصویب قانون پناهندگی ۱۹۸۰ را مورد تأیید قرار دهد. این فرض با این حقیقت تأیید می‌شود که کنگره در سال ۱۹۷۸ تصمیم گرفت واژه آزار را تعریف نکند چرا که معنای آن به واسطه رویه اداری و قضائی قبلی به خوبی محرز تلقی می‌شد.^{۳۹} بدین ترتیب در سال‌های پس از تصویب قانون پناهندگی، آزار در رویه قضائی آمریکا همچنان به «ایراد آسیب یا صدمه اهانت‌بار به کسانی که (حسب نژاد، مذهب یا عقیده سیاسی) متفاوت هستند» تعریف می‌شود.^{۴۰}

د- تعریف آزار بر مبنای ورود صدمه و آسیب

امروزه آزار اشکال زیرکانه‌تری به خود گرفته، به گونه‌ای که ممکن است به شکل توقیف اموال افراد؛ اجبار به پرداخت مالیات اضافه، حمل علامت مشخصه یا پوشیدن لباس متمایز؛ اخراج از برخی مناطق یا اجبار به سکونت در بعضی نقاط؛ ممانعت از ورود به دانشگاه‌ها یا سایر مؤسسات آموزشی، ساختمان‌های دولتی یا مؤسسات مدنی، حق رأی دادن، احراز مشاغل دولتی، گرفتن پاسپورت، داشتن اموال غیرمنقول و غیره بروز نماید. از این رو است که در مقابل تعریف مضیق «آزار» به تهدید حیات یا آزادی فیزیکی، مکتب موسعی شکل گرفته که بدون آنکه مفهوم این واژه را ضرورتاً به ابعاد جانی محدود کند آن را بر خطر صدمه جدی (Serious harm) مبتنی

39. *Ibid.*, p. 11.

40. MERCEDES LINA LOPEZ-GALARZA; RAUL JOSE ERNANDEZLOPEZ v. IMMIGRATION & NATURALIZATION SERVICE, No. 94-70683, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 99 F.3d 954; 1996 U.S. App. LEXIS 29156; 96 Cal. Daily Op. Service 8143; 96 Daily Journal DAR 13541, Submitted on 15 Mar. 1996, Filed on 8 Nov. 1996, p. 5; Prasad v. INS, 47 F.3d 336, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 1995 in *Ibid.*; Gormley v. Ashcroft, 364 F.3d, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 2004 and Kovac v. IMMIGRATION & NATURALIZATION SERVICE, 407 F.2d, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 1969 both *Recited in* XUE YUN ZHANG v. ALBERTO GONZALES, No. 01-71623, U. S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 408 F.3d 1239; 2005 U.S. App. LEXIS 9633, Argued and Submitted on 6 Dec. 2002, Resubmitted on 18 Dec. 2002, p. 5; YEGHISABET BABAYAN v. ALBERTO R. GONZALES, No. 04-70669, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 2005 U.S. App. LEXIS 13205, Filed on 29 Jun. 2005, p. 2, all available at: <www.refugeecaselaw.org/searchresult.asp>.

می‌کند.^{۴۱} تعریف واژه «آزار» در آراء دادگاه‌های ایالات متحده به «ایراد صدمه یا آسیب به‌منظور تنبیه فرد برای برخورداری از عقیده یا ویژگی‌ای که آزارگر درصدد مغلوب ساختن آن است» به‌روشنی بر این مفهوم مبتنی شده است.^{۴۲} در قانون و رویه قضائی استرالیا نیز مفهومی مشابه برای آزار در نظر گرفته شده است. قانون مهاجرت این کشور در تعریف آزار مقرر می‌دارد:

«برای اهداف اعمال این قوانین و مقررات نسبت به یک فرد خاص، ماده (2) (A) ۱ کنوانسیون پناهندگی به‌گونه اصلاح شده توسط پروتکل پناهندگی، در مورد آزار بنا به یک یا چند دلیل از دلایل مذکور در آن ماده اعمال نمی‌شود مگر آنکه:

(الف) ... (ب) آزار متضمن صدمه جدی به فرد باشد...»^{۴۳}

از آنجا که «صدمه جدی» معیاری موسع است که از قابلیت اشتغال بر طیف وسیعی از اقدامات و در نتیجه تحت پوشش قراردادن تعداد بی‌شماری از افراد پناهجو برخوردار است. دکتترین، قوانین داخلی و رویه قضائی احراز آن را به تحقق ضابطه‌ای اساسی یعنی نقض حقوق بنیادین بشر موکول کرده‌اند. Hathaway از جمله کسانی است که این نکته را به‌طور دقیق مورد عنایت قرار داده، و در مورد آن می‌گوید: قصد طراحان کنوانسیون، حمایت از افراد در برابر تمام اشکال صدمه، جدی نبوده بلکه هدف آنها بیشتر محدود کردن شناسایی پناهندگان به وضعیت‌هایی بوده است که در آن خطر نوعی صدمه وجود دارد که با وظیفه اولیه دولت نسبت به حمایت از جمعیتش ناسازگاری دارد. همان‌طور که قرائت کلی از تعریف پناهنده ثابت می‌کند

۴۱. دیدگاهی موسع‌تر از این هم وجود دارد که برای «آزار» قایل به معنایی، آزاد و انعطاف‌پذیر می‌شود. این دیدگاه طرفداران بسیار اندکی دارد. رک:

Aleinikoff Alexander, "The Meaning of Persecution in United States Asylum Law", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3, 1991, p. 5, *Recited in*: Steinbock, *op.cit.*, p. 780; and Türk, *op.cit.*, p. 103.

42. Matter of Acosta, *op.cit.*, para. 6; *See also* MATTER of MOGHARRABI, Nos. A23267920, 26850376, BOARD OF IMMIGRATION APPEALS, 1987 BIA LEXIS 5, 19 I. & N. Dec. 439, 12 Jun. 1987, p. 7; In re FAUZIYA KASINGA, File A73 476 695 – Elizabeth, BOARD OF IMMIGRATION APPEALS, 1996 BIA LEXIS 15, 13 Jun. 1996, p. 8.

43. Australia Migration Act 1958, Act No. 62, Sec. 91R (1), *available at*: <www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/37890609CE64C087CA257154001297F2?OpenDocument>; *See also* Chan Yee Kin & others v. Ministry for Immigration & Ethnic Affairs, High Court of Australia, 87 A.L.R. 412, 12 Sep. 1989; SBBG v. MINISTER FOR IMMIGRATION & MULTICULTURAL & INDIGENOUS AFFAIRS, FEDERAL COURT OF AUSTRALIA, FCAFC 121, 199 A.L.R. 281, 15 May, 6 Jun. 2003; SGKB v. MINISTER FOR IMMIGRATION & MULTICULTURAL & INDIGENOUS AFFAIRS, FCAFC 44, S201 of 2002, FEDERAL COURT OF AUSTRALIA, BC200300966, 18 Mar. 2003, all *available at*: <www.refugeecaselow.org/searchresult.asp>.

طراحان کنوانسیون نگران پاسخگویی به برخی اشکال صدمه صرف نبوده‌اند بلکه انگیزه آنها فقط مداخله در جایی بود که سوءرفتار پیش‌بینی شده بر فرو ریختن حمایت ملی دلالت داشته است.^{۴۴} از این رو وی آزار را به « نقض پایدار و نظام‌مند حقوق اولیه بشری که مثبت فقدان حمایت دولت باشد» تعریف می‌کند.^{۴۵}

همین‌گونه است قانون مهاجرت استرالیا که در بیان مثال‌هایی از « صدمه جدی» به مواردی همانند تهدید حیات یا آزادی فرد، بدرفتاری فیزیکی مهم، سوءرفتار فیزیکی مهم، تنگناهای اقتصادی مهم، انکار دسترسی به خدمات اولیه و محروم کردن از امرار معاش در جایی که بقای فرد را به مخاطره بیندازد، اشاره می‌کند^{۴۶} که در رویه قضائی آن کشور به‌عنوان حقوق اولیه بشری مورد شناسایی واقع شده‌اند.

به‌طور کلی برگزیدن ضابطه حقوق بنیادین یا اولیه بشری برای تعریف و احراز « آزار» مورد موافقت اغلب حقوقدانانی قرار دارد که معتقدند استفاده از این ضابطه به تنویر واژه‌های تعریف نشده کنوانسیون کمک کرده و به حقوق پناهندگی حیات تازه‌ای می‌بخشد چرا که حقوق پناهندگی می‌تواند هم‌زمان با حقوق بشر تکامل پیدا کند. شاید به همین دلیل هم باشد که به غیر از حقوقدانانی مانند Hathaway و Kosar که مفهوم آزار را به صدمه جدی و سپس نقض حقوق بنیادین و اولیه بشری مرتبط می‌دانند،^{۴۷} بسیاری دیگر درک مفهوم آزار را به‌طور مستقیم به حوزه حقوق بشر پیوند می‌دهند. Goodwin Gill از جمله این حقوقدانان است. وی می‌گوید: «تحلیل جامع [مفهوم آزار] مستلزم آن است که این مفهوم کلی به پیشرفت‌های به‌عمل آمده در حوزه وسیع حقوق بشر مرتبط گردد».^{۴۸} Von Sternberg در حمایت از این رویکرد خاطرنشان می‌سازد: «کار ویژه اساسی حقوق مربوط به وضعیت پناهندگی، افزایش رشد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است».^{۴۹} حتی Vernant که از حقوقدانان هم عصر Madsen است نیز آزار را

44. *Recited in: NEW ZEALAND REFUGEE STATUS APPEALS AUTHORITY, REFUGEE APPEAL No. 71427/99, op.cit., para. 50.*

45. *Recited in: "Gender-related Persecution: An analysis of the Recent Trends", op.cit., p. 83; Kosar, op.cit., p. 16.*

Kosar نیز مفهوم حقوق بنیادین بشری را مبنای احراز صدمه شدید و در نتیجه ارزیابی وجود آزار می‌داند.

Kosar, *op.cit.*, p. 16.

46. Australia Migration Act, 1958, Act No. 62, Sec. 91R (2), *available at: <www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/37890609CE64C087CA257154001297F2?OpenDocument>*.

47. *See also: European Council on Refugees and Exiles, Position on the Interpretation of Article 1 of the Refugee Convention, Sep. 2000, available at: <www.Ecre.org/positions/csrinter.shtml>*.

48. Goodwin Gill Guy, *The Refugee in International Law*, 2ed, Oxford Clarendon Press, 1996, p. 67.

49. Von Sternberg M, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, Kluwer, The Hague, 2002, p.319 *Recited in: Eriksson, op.cit., p. 7.*

با «اقدامات و مجازات‌های شدیدی که دارای ماهیت خودسرانه بوده و با اصول مقرر در اعلامیه جهانی حقوق بشر مغایر باشد» برابر می‌داند.^{۵۰} با این حال تصدیق می‌کند که اشاره به اعلامیه جهانی حقوق بشر که صرفاً برخی اصول را اعلام می‌کند قدری ابهام‌زاست بویژه آنکه برخی حقوق مندرج در اعلامیه همچون حق بر کار یا حق بر شرایط عادلانه مساعد می‌تواند تفسیر «آزار» را با مشکل مواجه کند.^{۵۱}

Madsen برای رفع این ابهام با جستجو در موازین اعلامیه حقوق بشر به استخراج موادی می‌پردازد که نقض آنها می‌تواند به‌طور کلی آزار تلقی شوند. به‌نظر وی اقدامات یا مجازات‌هایی که همه افراد می‌توانند در آزار بودن آنها توافق کنند عبارتند از: اقدامات و مجازات‌هایی که علیه حیات، آزادی و امنیت شخصی صورت می‌گیرند (م. ۳)؛ بردگی، شکنجه یا سایر رفتارهای غیرانسانی و خوارکننده، بازداشت خودسرانه، تبعید، دخالت در زندگی خصوصی، لطمه به حیثیت و شهرت یا از دست دادن خودسرانه اموال، بنا به دلایل سیاسی یا سایر دلایل مرتبط (مواد ۴، ۵، ۹، ۱۲ و ۱۷)؛ محدودیت یا انکار حق بر تردد (م. ۱۳)؛ حق بر آزادی فکر، وجدان و مذهب (م. ۱۸)؛ حق بر آزادی بیان و عقیده (م. ۱۹)؛ حق بر تشکیل اجتماعات مسالمت‌آمیز (م. ۲)؛ حق بر شرکت در اداره امور عمومی کشور (م. ۲۱).^{۵۲}

Hathaway از این هم فراتر می‌رود و با ارائه یک الگوی سلسله‌مراتبی و شناسایی چهار نوع متمایز از تعهدات حقوق بشری، حقوقی که نقض آنها «آزار» تلقی می‌شود را به صورت زیر طبقه‌بندی می‌کند:

(۱) حقوقی که حتی در زمان بروز ضرورت ملی قابل تعلیق نیستند. خودداری از تضمین این

حقوق، در هر شرایطی آزار تلقی می‌شود.

(۲) حقوق مقرر در اعلامیه حقوق بشر که به اشکال الزام‌آور و قابل اجرا به میثاق ۱۹۶۶ وارد

50. *Recited in: Madsen, op.cit., Vol. I, p. 193; See also Weis definition of persucution in: Ibid.*

51. *Ibid.*, p. 194.

52. *Ibid.*, p. 195.

کمیته اجرایی کمیساریای پناهندگی نیز در یادداشت سال ۱۹۹۸ خود در مورد حمایت بین‌المللی، رویکردی مشابه با دیدگاه Madsen اتخاذ کرده است: «آزار عموماً شکل نقض حق بر حیات، آزادی و امنیت فرد - از جمله از طریق شکنجه یا رفتار یا مجازات وحشیانه و غیرانسانی به انگیزه نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در گروه اجتماعی یا عقیده سیاسی - به خود می‌گیرد. افزون بر این، افرادی که از بهره‌مندی از سایر حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هم محروم می‌شوند می‌توانند در جایی که این محرومیت مبتنی بر هر یک از دلایل مرتبط باشد و عواقب آن اساساً به فرد مربوطه زیان برساند طوری که زندگی روزمره غیرقابل تحمل شود دعوی معتبری بر وضعیت پناهندگی اقامه نمایند... نقض شدید، بویژه مرکب، حق آزادی نظر و بیان، اجتماعات مسالمت آمیز، شرکت در دولت، احترام به زندگی خانوادگی، مالکیت، اموال، کار و تحصیل، در میان سایر موارد می‌تواند دلایل معتبری بر دعوی پناهندگی فراهم کند».

ExCom Note on International Protection, A/AC. 96/898, 3 Jul. 1998, para. 6, available at: <www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/excom/opendoc.pdf?tbl=EXCOM&id=3ae68d3d24>.

شده‌اند اما دولت‌ها می‌توانند در زمان بروز ضرورت عمومی که حیات مردم را تهدید کند و وجود آن رسماً اعلام شود، آنها را به حال تعلیق درآورند. خودداری از تضمین این حقوق عموماً به نقض تعهد اولیه دولت به ارائه حمایت منتهی می‌شود مگر آنکه ثابت شود تعلیق انجام شده به‌واسطه مقتضیات ضرورت ملی ناشی از وضعیت اضطراری با سایر جنبه‌های حقوق بین‌الملل ناهماهنگ نبوده و به‌صورت تبعیض‌آمیز اجرا نشده است.

(۳) حقوق مقرر در اعلامیه که در میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی وارد شده‌اند. ضابطه‌ای که نسبت به این حقوق اعمال می‌شود همانند گروه دوم مطلق نیست با این همه دولتی که در عین توانایی پاسخ به این حقوق، آنها را نادیده می‌گیرد یا اقلیتی از جمعیت را از بهره‌مندی از آنها محروم می‌نماید، ناقص تعهدات اولیه شمرده می‌شود.

(۴) برخی حقوق مندرج در اعلامیه در هیچ‌یک از میثاق‌های الزام‌آور حقوق بشر به رسمیت شناخته نشده‌اند و بنابراین در خارج از قلمرو تعهد اولیه دولت‌ها مورد حمایت قرار می‌گیرند. نقض این حقوق به خودی خود برای ادعای خودداری دولت از اعطای حمایت و تحقق آزار کافی نیست.^{۵۳}

الگوی سلسله مراتبی Hathaway امروزه از مقبولیت بسیار زیادی برخوردار شده است. به‌گونه‌ای که رویه قضائی نیوزیلند^{۵۴} و انگلستان^{۵۵} در مورد شناسایی آزار در انطباق با همین الگو شکل گرفته است؛ در عین حال این الگو به‌علت تعریف حقوق بنیادین بشری به طیف وسیعی از حقوق بشری در معرض انتقادات زیادی قرار گرفته است. برای مثال Steinbock در نقد این الگو می‌گوید: «به‌طور خلاصه مطابق الگوی Hathaway نقض مجموعه وسیعی از حقوق با آزار یکسان پنداشته شده است. طیف وسیع حقوق بشر، که در این الگو مورد شناسایی قرار گرفته افراد بسیاری در سراسر جهان را به پناهندگان بالقوه تبدیل می‌کند. این تفسیر موسع از آزار، انقلابی در حوزه حقوق پناهندگی است که آثار عملی بسیاری در پی دارد».^{۵۶} وی با ارجاع به عدم اشاره تعریف پناهنده به حقوق بشر علی‌رغم تصریح دیباچه کنوانسیون ۱۹۵۱ به منشور سازمان ملل و اعلامیه جهانی حقوق بشر ادامه می‌دهد: «آیا می‌توان گفت طراحان کنوانسیون علی‌رغم عدم تصریح به مفاد اعلامیه حقوق بشر قصد داشته‌اند نقض شدید حقوق بشر را پوشش دهند؟ به‌سختی می‌توان نتیجه گرفت که هدف از تعریف پناهنده توضیح یا حتی علی‌رغم

53. Recited in: Kosar, *op.cit.*, pp. 19-20.

54. See Haines, *op.cit.*, p. 139.

55. See Eriksson, *op.cit.*, p. 8.

56. Steinbock, *op.cit.*, p. 782.

عبارت‌پردازی خاص و حذف حقوق بشری اعلام شده در آن زمان، اشتغال بر آنها بوده است. بنابراین غیرمنطقی نیست اگر میان حقوق بین‌المللی بشر و حقوق پناهندگی انفکاک را مشاهده نماییم. برعکس حقوق بشر که به حمایت از فرد در داخل مرزهای یک کشور مربوط است و جبران‌های محدودی دارد، حقوق پناهندگی جبران‌های مؤثری دارد و وظایفی را بر دیگر دولت‌ها تحمیل می‌کند. با توجه به ساختار کلی حقوق بشر و حقوق پناهندگی و تمایل محدود دولت‌ها به پناه دادن به پناهجویان، غیرمعقول نیست اگر به حمایت از پناهندگان به‌عنوان پیشنهاد کمک در مقابل برخی نقض‌های مشخص حقوق بشری نگریسته شود.^{۵۷}

ایراد Steinbock به الگوی هرمی Hathaway در خصوص شناسایی نقض طیف وسیعی از قواعد حقوق بشر به «آزار» و در نتیجه تبدیل بسیاری از افراد به پناهندگان بالقوه ایرادی معقول به‌نظر می‌رسد^{۵۸} که ظاهراً از نظر حقوقدانان و دادگاه‌های کشورهای پناهنده‌پذیر، مورد مطالعه این مقاله نیز مغفول نمانده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد با اینکه تقریباً در تمامی کشورهای پناهنده‌پذیر برای «آزار» مفهومی معادل نقض حقوق بنیادین بشری در نظر گرفته شده است^{۵۹} اما در کنار آن با بهره‌گیری از نظرات حقوقدانان برجسته از مجموعه ضوابط دیگری همچون تحمل، اندازه، شرایط و نظام‌مندی نیز بهره‌جسته شده است تا نقض هر حق بنیادین - که دامنه آن هر روز بسط بیشتری می‌یابد - آزار تلقی نشود.^{۶۰}

۱- اندازه و شدت

اندازه یا میزان صدمه و میزان قابل‌تحمل بودن آن در رویه قضائی استرالیا، توجه رسیدگی‌کنندگان به دعاوی پناهندگی را به شرایط خاص هر دعوی معطوف کرده است تا در مواردی که آزار ادعایی به مواردی جز تهدید حیات یا آزادی مربوط می‌شود، معیاری مناسب برای تصمیم‌گیری در خصوص مفهوم و احراز وجود «آزار» در اختیار داشته باشند. مطابق رأی دادگاه فدرال این کشور در قضیه Chen آنچه به آزار منتهی می‌شود همان‌طور که توسط دولت‌های

57. *Ibid.*, pp. 784-785.

۵۸. با این حال عدم اشاره تعریف کنوانسیون ۱۹۵۱ به اعلامیه جهانی یا موازین حقوق بشر نمی‌تواند ایرادی معتبر به تعریف «آزار» بر اساس نقض حقوق بنیادین بشری تلقی شود چرا که مطابق بند ۲ از ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات دیباچه جزء متن کنوانسیون تلقی می‌شود؛ بنابراین تفسیر صحیح اسناد بین‌المللی مستلزم لحاظ دقیق آن است.
۵۹. از جمله کشورهای ایالات متحده، انگلستان، کانادا، نیوزیلند و استرالیا.

۶۰. تناسب هم معیار دیگری است که توسط Goodwin Gill مورد اشاره قرار گرفته است. وی محدودیت‌های شدید اقتصادی، عدم برخورداری از شغل، تحصیل یا دیگر محدودیت‌های وارد بر آزادی‌های تضمین شده در یک جامعه دموکراتیک را با این معیار می‌سنجد و برای نتیجه‌گیری در مورد اینکه آیا این محدودیت‌ها به آزار منتهی می‌شوند سه ضابطه ارائه می‌دهد: (۱) ماهیت آزادی تهدید شده، (۲) ماهیت و شدت محدودیت و (۳) احتمال منتهی شدن آن محدودیت به یک دعوی فردی. رک.

Goodwin Gill, *op.cit.*, p. 68.

امضاءکننده مورد توجه قرار گرفته موضوعی است که به اندازه آن بستگی دارد.^{۶۱}
مسئله اندازه و شرایط در قضایای مربوط به استخدام، آموزش و برخورداری از تحصیل
نقش تعیینکننده‌ای داشته است.^{۶۲}

در میان حقوقدانان، Goodwin Gill شیوه و میزان صدمه وارد شده به فرد را با لحاظ
مفهوم تمامیت فردی و شأن بشری، موضع مناسب در احراز آزار بودن نقض‌های حقوق بشری
معرفی می‌کند.^{۶۳} Kosar در یک رویکرد جامع‌تر معیار شدت و اندازه را با معیارهای دیگر در
می‌آمیزد؛ همان‌طور که ترس موجه از آزار به واسطه سطح خطر معقول ارزیابی می‌شود، مفهوم
آزار نیز با تراز نقض حقوق بشر سنجیده می‌شود. با این همه، مجموعه پیچیده عوامل نه فقط
شدید بودن صدمه‌ای که به آن تهدید شده بلکه ماهیت حق تهدید شده و ماهیت تهدید یا
محدودیت را در برمی‌گیرد. ماهیت آزار می‌تواند از سوءرفتار جسمی تا فشار روحی و محدودیت
اقتصادی متغیر باشد. بنابراین صدمه می‌تواند به شکل وضع تضییقات شدید اقتصادی یا
محرومیت از لوازم بقای بشر مانند مسکن، غذا، آزادی، استخدام و غیره باشد. صرف‌نظر از ماهیت
آزار، درجه یعنی سطح کمی و کیفی نقض حقوق اولیه بشری که مشخص می‌کند آستانه آزار در
چه زمان فرا رسیده است.^{۶۴}

۲- تحمل

قابل تحمل بودن ضابطه مورد توجه Madsen است. به نظر وی آنچه باید در هر دعوی
مورد تصمیم‌گیری قرار گیرد این است که آیا اقداماتی که فرد برای فرار از آنها خواستار پناهندگی
شده و در صورت بازگشت به کشور متوجه او می‌شود، از آنچه انتظار داریم تحمل کند فراتر
می‌رود یا خیر.^{۶۵}

یکی از معیارهای احراز آزار در موضع مشترک شورای اتحادیه اروپایی (مصوب ۱۹۹۶)
نیز آن است که اعمال متحمل شده یا اعمالی که پناهجو از مواجه شدن با آنها می‌هراسد
به واسطه ماهیت یا تکرارشان به اندازه کافی مهم باشند یعنی یا نقض حقوق بشری مانند حیات،
آزادی یا تمامیت جسمی را تشکیل دهند یا در پرتو تمام حقایق دعوی آشکارا فردی که متحمل

61. "Gender- Related Persecution (Article 1A(2)): An Australian Perspective", *op.cit.*, p. 91.

62. See for example *Prahastono v. MIMA*, 77 FCR 260, 1997; *Chan v. MIEA*, 169 CLR 379, 1989; *Gunaseelan v. MIMA*, FCA 434, 1997; *Lek v. MILGEA* (No.2), 45 FCR 418, 1993 all *Recited in: Ibid.*, fn.36.

63. Goodwin Gill, *op.cit.*, p. 69.

64. Kosar, *op.cit.*, p. 28.

65. Madsen, *op.cit.*, Vol. I, p. 213.

آنها شده را از ادامه زندگی در کشور مبدأ بازدارند.^{۶۶}

این ضابطه در رویه قضائی استرالیا نیز مورد استفاده واقع شده است. برای مثال قاضی Mchugh در قضیه Haji Ibrahim (۲۰۰۰) در خصوص آن مقرر می‌دارد: «با توجه به اهداف کنوانسیون، صدمه یا تهدید به صدمه به‌طور معمول تنها وقتی آزار محسوب می‌شود که بنا به یکی از دلایل مندرج در کنوانسیون صورت گرفته و آن قدر سرکوبگرانه یا منظم انجام شود که نتوان از فرد انتظار داشت آن را تحمل کند».^{۶۷}

در رویه قضائی انگلستان و ایالات متحده نیز ارزیابی آزار بعضاً با همین ملاک صورت گرفته است.^{۶۸}

۳- نظام‌مندی

گفته شد که Hathaway آزار را به نظام‌مندی یا استمرار نقض حقوق اولیه بشری تعریف کرده است. بنابراین از دیدگاه وی انکار حقوق اولیه بشری در صورتی می‌تواند وجود «آزار» را به اثبات برساند که با عنصر نظام‌مندی یا استمرار همراه باشد، پیش‌شرطی که در موضع مشترک شورای اتحادیه اروپا،^{۶۹} آراء صادره از دادگاه‌های نیوزیلند،^{۷۰} کانادا و استرالیا مورد توجه واقع شده است. برای مثال یک دادگاه کانادایی در قضیه Araya Heredio (۱۹۷۷) تصریح می‌کند که هر گونه حمله مکرر یا پایدار به تمامیت جسمی و شأن معنوی (اخلاقی)، آزار تلقی می‌شود.^{۷۱} یک دادگاه کانادایی دیگر نیز در قضیه Gladys Maribel Hernandez (۱۹۸۳) در خصوص ضابطه اثبات آزار مقرر داشته است:

ضابطه اثبات آزار، بدرفتاری است. بدرفتاری که به قدری پایدار و غیرقابل تغییر است که

66. JOINT POSITION of 4 March 1996, *op.cit.*, para. 4.

67. MIMA v. Haji Ibrahim, 175 ALR 585, 2000 *Recited in*: "Gender- Related Persecution (Article 1A(2)): An Australian Perspective", *op.cit.*, p. 91.

68. *See for example*: FOUAD YOUSSEF HAKIM MANSOUR v. JOHN ASHCROFT, SOHEIR GAMIL SHAKER EWADA v. JOHN ASHCROFT, No. 02-72515, No. 02-72516, U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 390 F.3d 667; 2004 U.S. App. LEXIS 24996, Argued and Submitted on Pasadena, 31 Mar. 2004, Filed on 6 Dec. 2004; and Z v. THE SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT, COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION), EWCA Civ 1578, 2 Dec. 2004, all available at: <www.refugeecaselaw.org/searchresult.asp>.

69. JOINT POSITION of 4 Mar. 1996, Sec. 5.1.1 (c).

که مقرر می‌دارد هر گونه اقدام اداری که علیه یک فرد به عمل آید... می‌تواند بویژه در جایی که عامدانه، نظام‌مند و پایدار است، آزار تلقی شود.

70. *See for example*: NEW ZEALAND REFUGEE STATUS APPEALS AUTHORITY, REFUGEE APPEAL NO. 71427/99, *op.cit.*, paras. 50, 51, 56.

71. Juan Alejandro Araya Heredio, IABD 76-1127, 6 Jan. 1977 *Recited in*: *Ibid*.

قربانیان احساس می‌کنند از تمام مجاری توسل به دولت محروم شده‌اند و چاره‌ای جز فرار ندارند.^{۷۲}

در این قضیه آزار به بدرفتاری تعریف شده و در عوض اکتفا به وقوع یک عمل آسیب‌زننده، نیاز به اثبات خطر پایدار یا نظام‌مند مورد تأکید واقع گردیده است.^{۷۳} در استرالیا، قانون مهاجرت سال ۱۹۸۵، اشمال آزار بر رفتار نظام‌مند و تبعیض‌آمیز را به صراحت در زمره شرایط تحقق آزار برشمرده است^{۷۴} و امکان تحقق آن در قضایای مختلف به دقت مورد ارزیابی واقع می‌شود.^{۷۵} با این همه این مسئله از نگاه قضات استرالیایی دور نمانده که یک عمل واحد سرکوبگرانه نیز می‌تواند آزار تلقی شود. از نظر برخی قضات این امر در صورتی محقق می‌شود که صدمه یا تهدید به صدمه به‌عنوان بخشی از روند بدرفتاری گزینشی، در قالب فردی یا به‌علت عضویت در یک گروه، بنا به یکی از دلایل مذکور در کنوانسیون متوجه فرد شده باشد؛^{۷۶} اما دادگاه عالی استرالیا با برقراری پیوند میان ضابطه تحمل و تبعیض از این هم فراتر رفته و مقرر می‌دارد:

«بدرفتاری گزینشی، که در آن علیه یک فرد بنا به یکی از دلایل کنوانسیون اعمال تبعیض می‌شود، عنصر ذاتی مفهوم آزار است... این یک پیش‌شرط نیست... که فرد از مورد آزار واقع شدن در چندین موقعیت به‌رأسد یا به اثبات یک مجموعه از اعمال هماهنگ که متوجه اوست و می‌توان گفت که نظام‌مند است نه منفک، مجبور باشد. ترس از صدمه واحدی که بنا به یکی از دلایل کنوانسیون ایراد شود تعریف کنوانسیون از آزار را محقق می‌کند مشروط به آنکه آن‌قدر سرکوبگرانه باشد که نتوان از فرد انتظار داشت آن را تحمل کند...»^{۷۷}

از نظر کمیساریای عالی پناهندگان نیز، آزار، گرچه اغلب با عنصر نظام‌مندی و استمرار همراه است، گرچه که تحقق آن همواره به وجود این پیش‌شرط موکول نشده است.^{۷۸}

72. Gladys Maribel Hernandez, IABD M81-1212, 6 Jan. 1983; *Recited in*: Kosář, *op.cit.*, p. 24.

73. See also Shaugin Ajwal Singh, IABD V87-6244X, 16 Jun. 1987; *Recited in*: *Ibid.*, p. 25.

74. Australia Migration Act 1958, Sec. 91R (1) (c), *op.cit.*

75. See for example: Chan Yee Kin & others v. MIEA, *op.cit.*, pp. 3,7; SBBG v. MINISTER FOR IMMIGRATION, MULTICULTURAL & INDIGENOUS AFFAIRS, *op.cit.*, p.8.

76. See Judges Macon, McHugh and Mason opinions in Chan Yee Kin & others v. MIEA, *op.cit.*

77. MIMA v. Ibrahim, High Court of Australia, 175 ALR 585, 2000, *Recited in* Kosář, *op.cit.*, p. 27; See also Roguinski v. MIMA, FCA 1327, 17 Sept. 2001 *Recited in*: *Ibid.*, p. 33.

78. The International Protection of Refugees: Interpreting Article 1 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, *op.cit.*, para. 17.

به‌عنوان نتیجه باید گفت که هیچ‌یک از معیارهای شدت، تحمل یا نظام‌مندی به تنهایی نمی‌توانند به درکی صحیح از وجود آزار در مفهوم نقض حقوق بنیادین بشر منتهی شوند؛ مطالعه نظرات حقوقدانان و رویه قضائی نشان می‌دهد تصمیم‌گیری صحیح در خصوص احراز آزار با ترکیب تمامی این معیارها از امکان‌پذیری بیشتری برخوردار می‌شود، گرچه که ابتدای بیشتر به یک یا دو مورد از آنها غیرقابل انتقاد به‌نظر می‌رسد.

نتیجه

تعریف پناهنده در کنوانسیون ۱۹۵۱ در مورد وضعیت پناهندگان و پروتکل ۱۹۶۷ منضم به آن، احراز پناهندگی را به تحقق پنج عنصر موکول می‌کند. به‌موجب این عناصر: پناهنده کسی است که (۱) دارای ترس موجه، (۲) از مورد آزار قرار گرفتن (۳) بنا به دلایل نژاد، ملیت، مذهب، عقیده سیاسی یا عضویت در گروه اجتماعی خاص بوده (۴) قادر یا مایل به قرار گرفتن تحت حمایت دولت متبوع یا محل سکونت خود نباشد و (۵) میان ترس موجه او از آزار با دلایل پناهندگی مورد حمایت کنوانسیون رابطه سببیت برقرار باشد.

فراوانی حرکات پناهجویان و به دنبال آن، طرح دعاوی متعدد پناهندگی در کشورهای پناهنده‌پذیر موجب شده تا عناصر پیش‌گفته در دادگاه‌های کشورهای پناهنده‌پذیر به دقت و کرات مورد بررسی قرار گرفته و آراء صادره در مورد دعاوی پناهندگی، رویه قضائی گسترده‌ای را به خود اختصاص دهند. برای مثال می‌توان به عنصر آزار اشاره کرد. آزار در کنوانسیون ۱۹۵۱ تعریف نشده است. رویه قضائی با استخراج معنای لغوی، رجوع به برخی از مواد کنوانسیون ۱۹۵۱ و ملاک قرار دادن تبعیض از آزار تعاریف متنوعی ارائه داده است اما در این میان، تعریف آزار بر مبنای صدمه شدیدی که با معیار نقض‌های حقوق بشر سنجیده می‌شود از بیش‌ترین مقبولیت برخوردار شده است. اهمیت این تعریف آشکار خواهد شد اگر به گرایش دادگاه‌های داخلی در استناد به پیشرفت‌های به‌عمل آمده در حوزه حقوق بشر برای تعریف مفهوم آزار توجه بیشتری شود. این پیشرفت‌ها موجب شده تا افزون بر مصادیق فزاینده نقض‌های حقوق بنیادین بشری و مجازات‌های مستلزم چنین نقضی، رایج‌ترین نمونه‌های نادیده‌انگاری دیگر تعهدات حقوق بشری که از ویژگی بنیادین برخوردار نیستند، نیز در مفهوم کنوانسیون ۱۹۵۱، آزار محسوب شوند. حق بر تولیدمثل و تعیین تعداد فرزندان که به‌موجب سیاست‌های تنظیم اجباری خانواده (رایج در کشور چین) با محدودیت مواجه می‌شود از جمله حقوق دسته‌آخر به‌شمار می‌روند. رشد و توسعه حقوق زنان نیز پیدایش مفهوم «آزار مبتنی بر جنسیت» (gender-related persecution) را به همراه داشته و موجب شده تا کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان که در واقع در یک پارادایم مردسالار و منعکس‌کننده شرایط واقعی پناهجویان مرد توسعه یافته بود، به‌گونه‌ای تفسیر شود

که نیازهای حمایتی خاص زنان پناهجو را نیز پوشش دهد. رویکردی که آزار را بر مبنای دستجات مختلفی از نقض‌های حقوق بشری تعریف می‌کند به‌حدی در میان کشورهای پناهنده‌پذیر از مقبولیت برخوردار است که به‌سادگی نمی‌توان وجود آن به‌عنوان «رویه بعدی» - مذکور در بند (ب) ۲ از ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات (۱۹۶۹) - را در تفسیر کنوانسیون ۱۹۵۱ نادیده گرفت. رویکردی که آزار را بر مبنای نقش و جایگاه ارزش‌های استعلایی حقوق بشر تعریف می‌کند همچنین نفوذ و تأثیر قواعد حقوق بشر بر حوزه قانونگذاری داخلی که تا مدت‌ها از امور ذاتاً در صلاحیت داخلی به‌شمار می‌رفت را به‌اثبات می‌رساند.

شورای امنیت و تعهدات دولتها برای مقابله با تروریسم

شهرام زر نشان*

چکیده

تروریسم پدیده جدیدی نیست. تاریخ مشحون از اقدامات تروریستی است که حیات بی‌گناهان بی‌شماری را سلب یا تهدید نموده. با اوج‌گیری موارد فوق، اقدامات جامعه بین‌المللی نیز برای مقابله با آن گسترش یافت. تصویب بیش از ۱۲ کنوانسیون جهانی و ۷ کنوانسیون منطقه‌ای از این دست می‌باشد. با صدور قطعنامه ۱۳۷۳ از سوی شورای امنیت، بعد از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا، اقدامات فوق به اوج خود رسید و شورا تدابیر گسترده‌ای برای دولتها به‌منظور مبارزه مؤثر با تروریسم اتخاذ نمود.

واژگان کلیدی

تروریسم، شورای امنیت، جامعه بین‌المللی، سازمان ملل متحد،
تعهدات بین‌المللی، قطعنامه ۱۳۷۳.

*. دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران.

نویسنده این مقاله را به استاد فرزانه حقوق بین‌الملل دکتر جمشید ممتاز تقدیم می‌نماید.

مقدمه

تروریسم پدیده جدیدی نیست. تاریخ مشحون از اقداماتی تروریستی است که حیات بی‌گناهان بی‌شماری را سلب یا تهدید کرده، افراد بشر را از حقوق و آزادیهای اساسی خود محروم ساخته، روابط دوستانه میان دولت‌ها را در معرض خطر قرار داده و تمامیت ارضی و امنیت دولت‌ها را به مخاطره افکنده است.^۱

در عصر جهانی شدن، اقدامات تروریستی در مرزهای ملی یا منطقه‌ای محصور نمانده است. گسترش مسافرت‌های هوایی، انقلاب ارتباطات و جهان بدون مرزی که در آن زندگی می‌کنیم شرایطی را پدید آورده که می‌تواند مورد سوء استفاده تروریست‌ها قرار بگیرد و این سوء استفاده مسلماً جامعه بین‌المللی را که در جهت تکامل گام برمی‌دارد، تحت تأثیر قرار می‌دهد. امروزه تروریست‌ها با جلب مساعدت هم‌پیمانان فرامرزی خود و با تکیه بر ارتباطات و شبکه‌های مالی می‌توانند تقریباً هر کجا که بخواهند اقدامات تروریستی خویش را سازماندهی کنند و به اجرا گذارند. شاهد مثال آن حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ می‌باشد که عنوان بزرگترین عملیات تروریستی تاریخ را به خود گرفت. این اقدام در کشوری رخ داد که به‌واقع دارای یکی از پیچیده‌ترین و قوی‌ترین سیستم‌های اطلاعاتی و امنیتی در جهان است و رویداد فوق‌العاده این است که تروریست‌ها هرگاه بخواهند، می‌توانند امنیت کشورها و نهایتاً امنیت جهانی را مختل کنند. در حقیقت در دنیای مدرن ما به گفته پطروس غالی دبیرکل پیشین ملل متحد، تروریست‌ها به بازیگرانی بین‌المللی مبدل شده‌اند. هیچ منطقه، دولت، ملت یا شخصی از اقدامات آنها مصون نمی‌ماند. تروریست‌ها از خارج آموزش می‌بینند، دستور می‌گیرند و سلاح دریافت می‌کنند و پس از ارتکاب عمل مجرمانه خود به خارج پناه می‌برند. آنها در گریختن از منقذهای موجود در سیستم همکاری بین‌المللی که برای تعقیب و مجازاتشان بر پا شده است، تبحر یافته‌اند.^۲ فعالیت‌های تروریستی از آن رو افزایش یافته که تروریست‌ها با موفقیت، خود را با روند جهانی شدن وفق داده‌اند، در حالی که تلاش‌ها و مساعی ضد تروریسم در سطح جهانی همچنان عقیم مانده است. بنابراین تروریسم یکی از خطرات عمده‌ای است که امروزه امنیت جهانی را به‌شدت تهدید می‌کند. به همین خاطر ضروریست تمام امکانات جامعه بین‌المللی جهت مقابله و سرکوب آن بسیج شود.

در این خصوص، اولین حرکتها در جامعه بین‌المللی از جامعه ملل آغاز شد که طی صدور قطعنامه‌ای، خواستار تدوین کنوانسیون جهانی جهت مبارزه با تروریسم گردید. چنین کنوانسیونی

۱. پطروس غالی، سازمان ملل متحد و اقدامات جامع حقوقی برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی، ترجمه سید قاسم زمانی، در: طیب، علیرضا، تروریسم؛ تاریخ، جامعه‌شناسی، گفتار، حقوق، نشر نی، تهران ۱۳۸۲، ص ۳۲۷.

۲. پیشین، ص ۳۲۸.

(کنوانسیون راجع به پیشگیری و سرکوب تروریسم) در سال ۱۹۴۷ تدوین شد و به تصویب رسید، ولی هرگز لازم‌الاجراء نگردید. هرچند این حرکت آغازین ناکام ماند، اما منجر به توقف اقدامات ضد تروریستی در سالهای بعد، بخصوص توسط سازمان ملل متحد نگردید.

همگام با اوج‌گیری فعالیت‌های تروریستی بویژه از دهه شصت، تمهیدات بین‌المللی نیز برای مقابله با آن افزایش یافت. تدوین و تصویب ۱۹ کنوانسیون بین‌المللی (۱۲ کنوانسیون جهانی و ۷ کنوانسیون منطقه‌ای) که به‌واقع ترتیبات متنوعی را جهت مبارزه با تروریسم مورد توجه قرار داده‌اند و صدور دهها قطعنامه و گزارش از سوی سازمان ملل متحد و نیز سایر سازمانهای بین‌المللی، نشان از جدیت جامعه بین‌المللی جهت مبارزه با تروریسم دارد، اگرچه تا پیش از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر در امریکا، هنوز اقدام مؤثری در این رابطه انجام نشده و معضل تعریف تروریسم همچنان باقی مانده بود و علی‌رغم تقاضاهای مکرر از سوی سازمان ملل و شخص دبیرکل، تعداد زیادی از دولتها از پیوستن به کنوانسیونهای ضد تروریسم خودداری می‌کردند.

اما وقوع حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در امریکا نقطه عطفی بود در جهت سمت‌گیری اقدامات جامعه بین‌المللی برای مبارزه مؤثرتر با پدیده تروریسم. بلافاصله پس از این اقدام، شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۱۲ سپتامبر طی قطعنامه ۱۳۶۸، ضمن محکومیت شدید حملات فوق و ابراز همدردی با بازماندگان و خانواده‌های قربانیان حادثه و شناسایی حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی برای دولت قربانی، آمادگی و تمایل خود را برای اتخاذ کلیه تدابیر لازم جهت مبارزه با کلیه اشکال تروریسم مطابق با مسئولیت خود در منشور ملل متحد اعلام نمود^۳ و در همین راستا در تاریخ ۲۸ سپتامبر یعنی به فاصله ۱۷ روز پس از اقدامات تروریستی ۱۱ سپتامبر در امریکا، با صدور قطعنامه‌ای، ضمن تأکید مجدد بر اینکه تروریسم عاملی جدی جهت تهدید صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد، تدابیر محکمی را به‌منظور مبارزه قاطع علیه تروریسم اندیشید. مسئله ارتباط تروریسم با صلح و امنیت بین‌المللی پیش از این و در قضیه لاکربی نزد شورای امنیت مورد توجه قرار گرفته بود و از آن هنگام تاکنون تروریسم به‌عنوان عاملی جدی برای تهدید صلح و امنیت بین‌المللی همواره در دستور کار شورا قرار داشته است. با وقوع حوادث تروریستی در امریکا، شورای امنیت هنگامی که حرکت جامعه بین‌المللی را برای مقابله با تروریسم و سرکوب آن ناکام دید، وارد کارزار شد و صراحتاً طی قطعنامه ۱۳۷۳، تمهیدات گسترده‌ای را که دارای آثار حقوقی می‌باشند، جهت مبارزه مؤثر با تروریسم انجام داد. شورای امنیت در این قطعنامه در واقع به‌عنوان یک قانونگذار بین‌المللی عمل نمود.

3. Sc/Res/1373, Sept. 28, 2001.

بدین ترتیب با در نظر گرفتن ملاحظات فوق باید گفت صدور قطعنامه ۱۳۷۳ از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد تحولی اساسی و رویکردی نوین در زمینه مبارزه با تروریسم محسوب می‌شود که ضرورت تحلیل دقیق‌تر مفاد آن که موضوع اصلی پژوهش حاضر می‌باشد، به‌خوبی احساس می‌شود.

گفتار اول: قلمرو اختیارات شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت جهانی

همانطور که پیش از این و در مقدمه مورد اشاره قرار گرفت، سازمان ملل متحد به‌عنوان تنها سازمان بین‌المللی جهانشمول متولی حفظ صلح و امنیت، سالهاست که تروریسم را به‌عنوان یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی جامعه بین‌المللی مدنظر قرار داده است. در این بین شورای امنیت که یکی از ارگان‌های اصلی سازمان می‌باشد و وظیفه اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را برعهده دارد، دارای نقش محوریست. به‌موجب منشور، شورای امنیت در راستای تحقق اهداف سازمان می‌تواند تصمیماتی اجرائی اتخاذ کند که کلیه اعضای ملل متحد بدان ملتزم می‌باشند، از جمله تصمیماتی که در خصوص مبارزه با تروریسم اتخاذ می‌گردند.

صدور قطعنامه ۱۳۷۳ نیز در پرتو همین امر صورت گرفته است. در این قطعنامه، شورای امنیت تدابیر گسترده‌ای را جهت مقابله با تروریسم و سرکوب آن اندیشیده است، از جمله شناسایی تعهداتی عام و فراگیر در این خصوص که به زعم برخی صاحب‌نظران اقدامی بی‌سابقه در کل رویه سازمان ملل متحد محسوب می‌شود. به همین خاطر تردیدهایی در مورد صلاحیت شورای امنیت برای اتخاذ تصمیماتی این‌چنینی ابراز گردیده است.

بنابراین پیش از بررسی مفاد قطعنامه مذکور و تعهداتی که برای دولت‌ها ایجاد می‌کند، لازم است صلاحیت و حدود اختیارات شورای امنیت برای صدور چنان قطعنامه‌هایی و نیز تعهدات دولت‌ها در قبال آنها مورد بررسی دقیق‌تر قرار گیرد.

مبحث اول: صلاحیت و اختیارات شورای امنیت

به‌موجب ماده ۲۴ منشور، اعضای ملل متحد مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار نموده‌اند.^۴ شورای امنیت در اجرای این وظایف بر طبق مقاصد و اصول ملل و از طریق اختیارات ویژه‌ای که در فصول ۶، ۷، ۸ و ۱۲ به آن داده شده است عمل می‌نماید.^۵ همچنین به‌موجب ماده ۲۵ منشور، دولت‌ها مکلفند تصمیمات شورای امنیت را اجرا نمایند.

۴. بند ۱.

۵. بند ۲ ماده ۲۴.

چارچوب ساختار، صلاحیتها و وظایف شورای امنیت سازمان ملل متحد در فصول پنجم، ششم، هفتم، هشتم، نهم و دوازدهم و هفدهم منشور تشریح شده است. شورای امنیت که به عنوان رکن اجرائی سازمان ملل وظیفه اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را برعهده دارد،^۶ انجمنی محدود است. ماده ۲۳ منشور اعضای شورا را به دو دسته، اعضای دائم و اعضای غیردائم تقسیم کرده است. ایالات متحده آمریکا، جمهوری خلق چین، بریتانیا، کبیر، فرانسه و اتحاد جماهیر شوروی (روسیه) اعضای دائم شورا می‌باشند که در سال ۱۹۴۵ و بر اساس قدرت سیاسی‌ای که داشتند، انتخاب شدند و دارای حق وتو هستند. به موجب ماده ۲۷ منشور هر عضو شورای امنیت دارای یک رأی می‌باشد. تصمیمات شورای امنیت راجع به مسائل مربوط به آیین کار، با رأی نه عضو اتخاذ می‌شود و در مورد سایر مسائل، به رأی مثبت نه عضو که شامل آرای تمام اعضای دائم باشد، نیاز است.

شورای امنیت در راستای ایفای وظایفش به دو شکل عمل می‌کند: اول به عنوان «میانجی» که در این صورت در چارچوب فصل ششم منشور اقدام خواهد کرد و دوم به عنوان «ناظم» که در این حال، فصل هفتم منشور را مبنای اقدامات خود قرار خواهد داد. به موجب منشور، نقش شورای امنیت، هنگامی که مسئله حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، بویژه تحت فصل ششم منشور را بررسی می‌کند، متفاوت است از هنگامی که شورا در حال اقداماتی است در رابطه با تهدید یا نقض صلح یا اقدام تجاوز، به موجب فصل هفتم.^۷ به طور کلی اقداماتی که شورا بر اساس فصول ششم و هفتم منشور اتخاذ می‌نماید دارای تفاوت‌های مهمی با یکدیگر می‌باشد.^۸ در چارچوب فصل ششم، شورای امنیت می‌تواند هر اختلاف یا وضعیتی را که ممکن است منجر به یک اصطکاک بین‌المللی گردد یا اختلافی ایجاد نماید با این هدف که تعیین نماید آیا احتمال است ادامه اختلاف یا وضعیت مزبور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بیندازد، مورد رسیدگی قرار دهد،^۹ اما بر اساس فصل هفتم، شورا هنگامی اقدام خواهد کرد که تهدیدی علیه صلح، نقض صلح و یا عمل تجاوزگرایانه‌ای رخ داده باشد. همچنین عمده اقداماتی که قرار است در چارچوب فصل ششم و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات صورت پذیرد بر عهده طرفین اختلاف گذارده شده است و نقش شورا در این حال بیشتر در جهت ترغیب دولت‌ها است تا انجام اقدامات لازم‌الاجرا، اما شورای امنیت در اجرای مفاد فصل هفتم منشور نقش اساسی بر عهده دارد. در چارچوب فصل ششم، «مذاکره»،^{۱۰} «تحقیق»،^{۱۱}

۶. بند ۱ ماده ۲۴ منشور.

7. Malcolm N. Shaw, International Law, 5th ed. Cambridge University Press, 2005, p. 1102.

8. *Ibid*, p. 152.

۹. ماده ۳۴ منشور.

10. Negotiation.

« میانجیگری»،^{۱۲} « سازش»،^{۱۳} « داوری»،^{۱۴} « رسیدگی قضائی»^{۱۵} و توسل به مؤسسات منطقه‌ای و ترتیبات دیگر...، از جمله روشهایی است که شورای امنیت در صورت اقتضاء از اعضای ملل متحد خواهد خواست که اختلاف خود را از این طرق حل و فصل کنند.^{۱۶}

همچنین به موجب بند ۱ ماده ۳۶، شورای امنیت می‌تواند در هر مرحله از اختلاف از آن‌گونه که در ماده ۳۳ بدان اشاره شده یا در هر وضعیت شبیه به آن، روشها یا ترتیبات حل و فصل مناسب توصیه نماید. در واقع آنچه خصوصیت مداخله شورای امنیت را در این قلمرو مشخص می‌نماید و حاکی از روح و مفاد مقررات فصل ششم است، انعطاف‌پذیری بسیار آیین‌های رسیدگی و مراجعه به ارگانیزم‌هایی فرعی است که در هر مورد برای رسیدگی به قضیه‌ای پدید می‌آیند.^{۱۷} همچنین تشکیل گردهمایی‌های ویژه جهت روشن ساختن مسائل مورد اختلاف، انجام تحقیقات مربوط و بسیج افکار عمومی جهان در مورد یک و یا تمامی طرفهای مناقشه^{۱۸} نیز از دیگر اقداماتی است که شورای امنیت می‌تواند به منظور حل و فصل بحرانی که پیش آمده بدان توسل جوید.

در مجموع باید گفت مداخلات شورای امنیت در چارچوب فصل ششم ناامید کننده بوده است. این مداخلات جز در مواردی که طرفین دعوا خود به توافق رسیده‌اند و یا گاه توانسته‌اند به صورتی ساده، عملیات نظامی را به حالت تعلیق در آورند، ثمری نداشته است.^{۱۹}

اما در مورد اقدامات شورای امنیت بر اساس فصل هفتم باید گفت به مجرد اینکه شورا به این نتیجه رسید، مداخلاتش بر اساس فصل ششم منشور کارساز نبوده و همچنین وجود تهدید یا نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز کرد، می‌تواند تصمیمات الزام‌آوری را اتخاذ نماید. همان‌طور که اشاره شد، تدابیر شورای امنیت بر اساس فصل ششم بیشتر ویژگی یک توصیه را برای کشورهای عضو داراست. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا این نکته را نیز مورد توجه قرار داد که مقررات مندرج در ماده ۲۵ منشور صرفاً به اقدامات شورا تحت فصل هفتم منشور محدود نمی‌شود، چرا که بر اساس ماده ۲۵ دول عضو ملل متحد می‌پذیرند که اقدامات شورای امنیت را

11. Enquiry.

12. Mediation.

13. Conciliation.

14. Arbitration.

15. Judicial settlement.

۱۶. بند ۲ ماده ۳۳ منشور.

۱۷. کلود آلبر کلیبار، سازمانهای بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: هدایت‌الله فلسفی، تهران، نشر فاخته، ۱۳۷۱، ص ۲۱۵.

۱۸. تقفی عامری، ناصر، سازمان ملل متحد و مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۰، ص ۱۵.

۱۹. کلود آلبر کلیبار، همان، ص ۲۱۵.

طبق منشور قبول و اجرا نمایند (و نه فصل هفتم).^{۲۰}

فصل هفتم منشور به صورتی بسیار دقیق اقدامات شورای امنیت در برخورد با عوامل تهدیدکننده صلح، نقض صلح یا اعمال تجاوزکارانه را تعیین کرده است. چون شورا به موجب مقررات فصل هفتم و خصوصاً به موجب مواد ۴۱ و ۴۲ منشور، مأمور حفظ نظم بین‌المللی است و نیروی انتظامی واقعی در اختیار دارد، در حکم ارگان‌بسیمی دولتی است و یک ابردولت (حکومت) به‌شمار می‌آید.^{۲۱}

در خصوص فعالیتهای شورای امنیت تاکنون، باید گفت که این نهاد از زمان تأسیس سازمان ملل بخصوص تا اواخر دهه نود و پایان جنگ سرد نتوانست انتظارات جامعه بین‌المللی در زمینه ایفای وظایفش را برآورده سازد. علت اساسی این امر را می‌توان ناشی از رقابت قدرتهای بزرگ بویژه تعارضات موجود میان اتحاد جماهیر شوروی و ایالات متحده امریکا دانست که مانع از انجام اقدامات مقتضی از سوی شورا می‌شد. وتو، به‌عنوان ابزاری ویژه که مکرراً از سوی شوروی و امریکا مورد استفاده قرار می‌گرفت تقریباً آن ارگان را فلج کرده بود.

اما پس از فروپاشی بلوک کمونیستی و پایان جنگ سرد (رقابتهای تسلیحاتی) فعالیتهای شورای امنیت در زمینه صلح و امنیت بین‌المللی گسترش یافت. تقریباً در فاصله زمانی بین سالهای ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۴ تعداد قطعنامه‌هایی که از سوی شورای امنیت صادر شد، بیش از تعدادی بود که تا پیش از آن شورای امنیت صادر کرده بود.^{۲۲} به‌عنوان مثال اقدامات شورا در قبال حمله عراق به کویت در سال ۱۹۹۰ (که منجر به صدور تقریباً ۱۲ قطعنامه طی یک سال گردید). همچنین اقدامات شورا در یوگسلاوی،^{۲۳} سومالی^{۲۴} و رواندا^{۲۵} و همچنین ارائه تفسیری موسع‌تر از مفهوم «تهدید علیه صلح» در اعلامیه سران شورای امنیت که در ۳۱ ژانویه ۱۹۹۲ منتشر شد.^{۲۶}

از سال ۱۹۹۴ به‌بعد نیز شورای امنیت قطعنامه‌های متعددی را بخصوص بر اساس فصل هفتم منشور در رابطه با مسائل مختلفی چون جنگهای داخلی، تروریسم بین‌المللی و اعمال

20. Malcolm N. Shaw, *op.cit.*, pp. 1102-1103.

همچنین شورا در عمل همواره نسبت به عدم اجرای قطعنامه‌هایش در چارچوب فصل ششم واکنش نشان داده و سپس تدابیر سخت‌تری را اتخاذ کرده است.

۲۱. کلود آلبر کلییار، همان، ص ۲۱۵.

22. Philippe Sands and Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 5th ed., Sweet and Maxwell, 2001, p. 40.

23. SC/Res/743, February 21, 1992.

24. SC/Res/794, December 3, 1992.

25. SC/Res/929, June 22, 1994.

26. *Ibid.*

تحریم‌های اقتصادی و سیاسی صادر کرده است.

شورای امنیت، در این چند سال اخیر در برخی مواقع بدون اینکه موقعیت خاصی را مورد توجه قرار دهد، به‌نوعی اقدام به قانونگذاری نیز کرده و سیاست خود را در زمینه‌های مختلف مشخص نموده است.

مبحث دوم: تروریسم؛ تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی

در گذشته‌های دور، اصل در روابط بین‌المللی جنگ و استقرار صلح امری استثنائی به‌حساب می‌آمد. معاهدات وستفالی ۱۶۴۸ که معمولاً از آن به‌عنوان منشأ جامعه بین‌المللی فعلی یاد می‌کنند،^{۲۷} اساساً بدین منظور منعقد شدند که به جنگ‌های وحشیانه و خونین پایان دهند. اگرچه از آن زمان تا وقوع جنگ جهانی اول، بروز جنگ و خشونت میان دولت‌ها امری مشروع و بدیهی تلقی می‌شد، اما در آن فاصله زمانی معاهدات و توافق‌نامه‌های زیادی در زمینه اتحاد و استقرار صلح میان دولت‌ها منعقد گردیده است و این امر نشان‌دهنده تغییر و حرکت تدریجی رویکرد جامعه بین‌المللی به سمت استقرار صلحی دائمی می‌باشد. وجود نابرابری عمیق و رابطه خادم و مخدومی میان کشورها^{۲۸} علت عمده وجود چنین وضعیتی در جامعه آن زمان به‌حساب می‌آمد.

بعد از جنگ جهانی اول، سلسله وقایعی در مسیر ایجاد تغییرات بنیادین در جامعه جهانی به‌وقوع پیوست که هدف آن گام برداشتن به‌سوی برابری و نتیجتاً محدود شدن تدریجی توسل به زور در روابط میان دولت‌ها بود.

از آن زمان تا تقریباً اوایل دهه نود افکار عمومی جامعه بین‌المللی مفهوم واقعی استقرار صلح و امنیت در جهان را در عدم بروز هرگونه مخاصمه‌ای میان دولت‌ها می‌دانست و این امر با توجه به پشت سر گذاشتن دو جنگ خانمانسوز و نیز ظهور قدرتهای مجهز به سلاحهای هسته‌ای و دوقطبی شدن جهان که آغاز جنگ سرد را به‌دنبال داشت، امری طبیعی به‌نظر می‌رسید. چگونه امری طبیعی به‌نظر می‌رسید.

اما از اوایل دهه نود و به‌دنبال فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی، مفهوم صلح و امنیت گسترش یافت و دیگر صرف عدم مخاصمه میان دولت‌ها به مفهوم صلح و امنیت جهانی نبود. شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۳۱ ژانویه ۱۹۹۲ نشستی را با حضور سران خود تشکیل داد و با اشاره صریح به اینکه وظیفه شورا در قبال مسائل مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی

۲۷. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلانتریان، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ص ۵۶.

۲۸. پیشین، ص ۸۰.

گسترش یافته، اعلام نمود امروز دیگر فقدان جنگ و مخاصمه مسلحانه میان دولتها به مفهوم حضور صلح و امنیت بین‌المللی نمی‌باشد. عدم ثبات و پایداری در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و نقض حقوق بشر نیز تهدیدی علیه صلح و امنیت جهانی به حساب می‌آید. شورا همچنین نگرانی عمیق خود را از اقدامات تروریستی بین‌المللی ابراز نمود و بر نیاز جامعه بین‌المللی به انجام اقدامات مؤثر در برخورد با چنین چالشی تأکید کرد.^{۲۹}

این رویکرد سران شورای امنیت در مواجهه با پدیده تروریسم به‌واقع بیانگر درک تأثیر اساسی چنین معضلی بر مسئله صلح و امنیت بین‌المللی بود. اگر به تاریخ رجوع و علل بروز جنگ جهانی اول را بررسی کنیم، شاهد خواهیم بود که یک عمل تروریستی (ترور ولیعهد اتریش در ساریوو) شعله‌های جنگ جهانی اول را برافروخت، بنابراین باید گفت «در عصر حاضر تروریسم از تهدیدی ملی به یک تهدید بین‌المللی و جهانی مبدل گشته است. در عصر جهانی‌شدن و فن‌آوری پیشرفته، اقدامات تروریستی، دیگر در مرزهای ملی یا منطقه‌ای محصور نمی‌ماند. گسترش مسافرت‌های هوایی، انقلاب ارتباطات، اقتصاد جهانی خصوصی و جهان بدون مرزی که در آن زندگی می‌کنیم شرایطی پدید آورده است که می‌تواند مورد سوء استفاده تروریست‌ها قرار بگیرد. تروریست‌ها با جلب مساعدت هم‌پیمانان فرامرزی و با تکیه بر ارتباطات و شبکه‌های مالی، می‌توانند تقریباً هر جا که بخواهند، اقدامات تروریستی خویش را سازماندهی کنند و به اجرا گذارند».^{۳۰}

از این تاریخ به‌بعد شورای امنیت مسائل مربوط به تروریسم را نیز در دستور کار خود قرار داد. اگرچه شورای امنیت، در قطعنامه ۶۸۷ با اشاره به کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با گروه‌گنجیری «کلیه اقدامات گروه‌گنجیری را به‌عنوان مصادیق تروریسم بین‌المللی دانسته»^{۳۱} و آن را محکوم نموده است، اما توجه جدی شورای امنیت را به مسئله تروریسم به‌عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی، می‌توان از قطعنامه ۷۳۱ به‌بعد جستجو کرد.^{۳۲} در ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸، پرواز شماره ۱۰۳ پان‌امریکن حین پرواز برفراز دریایچه لاکربی در اسکاتلند در اثر انفجار بمب متلاشی شد و کلیه سرنشینان آن جان باختند. امریکا و انگلیس بلافاصله انگشت اتهام را

29. Declaration of the president of the security council, S/23500, 31 January 1992.

۳۰. پطروس غالی، پطروس، سازمان ملل متحد و اقدامات جامع حقوقی برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی، ترجمه سیدقاسم زمانی، در: طیب، علیرضا، همان، صص ۳۲۸ و ۳۲۷.

31. SC/Res/ 687, Apr. 8, 1991.

۳۲. در واقع حادثه لاکربی مبنایی شد برای اینکه اقدامات تروریستی به‌عنوان عاملی که صلح و امنیت بین‌المللی را تهدید می‌کند، مورد شناسایی قرار بگیرد.

Jean, Allian, The Legacy of Lockerbie: Judicial Review of Security Council Actions or the First Manifestation of Terrorism as a Threat to International Peace? Indian Journal of International Law, Vol. 44, 2004, p. 95.

به‌سوی دو تبعه لیبیایی نشانه رفتند که مدعی عضویت آنها در سازمان اطلاعات لیبی بودند و به‌دنبال آن از دولت لیبی درخواست استرداد آنها را نمودند. با خودداری لیبی از استرداد اتباعش، دولتهای آمریکا و انگلیس مقدمات تصویب قطعنامه ۲۷ نوامبر ۱۹۹۲ را در شورای امنیت فراهم ساختند. شورای امنیت در این قطعنامه ضمن محکوم کردن این اقدام تروریستی، از دولت لیبی درخواست نمود که فوراً پاسخ کامل و مؤثر به درخواستهای رسیده مبنی بر استرداد دو تبعه‌اش را داده و در امحای تروریسم بین‌المللی مشارکت نماید.^{۳۳}

همچنین شورا طی سالهای بعد، قطعنامه‌های دیگری را در خصوص وضعیت افغانستان صادر و ضمن سرزنش شدید رژیم طالبان به‌خاطر پناه دادن به گروه‌های تروریستی و حمایت از آنان، بر تروریسم بین‌المللی به‌عنوان تهدیدی برای صلح و امنیت جهانی تأکید کرده است.^{۳۴}

بروز حوادث گسترده تروریستی در ۱۱ سپتامبر و در ایالات متحده آمریکا سرفصل جدیدی برای شورای امنیت در مواجهه با پدیده تروریسم بین‌المللی گشود. یک روز پس از این حملات، شورای امنیت قطعنامه‌ای صادر می‌کند و ضمن محکوم نمودن شدید حملات فوق، بار دیگر هر عمل تروریستی را به‌عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی در نظر می‌گیرد و آمادگی خود را برای استفاده از هر نوع ابزاری جهت مبارزه با کلیه اشکال تروریسم مطابق با مسئولیت خود در منشور ملل متحد اعلام می‌دارد.^{۳۵}

شورای امنیت در تاریخ ۲۸ سپتامبر، یعنی ۱۷ روز پس از حملات (۱۱ سپتامبر)، ضمن به‌کارگیری تدابیر گسترده برای مقابله همه‌جانبه با تروریسم، مجدداً هر اقدام تروریستی را تهدیدی جدی برای صلح و امنیت بین‌المللی قلمداد می‌کند.^{۳۶}

به‌دنبال وقوع این حملات، آمریکا سریعاً انگشت اتهام را به‌سوی اسامه بن لادن و شبکه

33. SC/Res/731, Nov. 27, 1992.

البته در این قضیه برخی از دولتهای عربی، افریقایی و نیز برخی کشورهای در حال توسعه مخالف بودند که اقدامات تروریستی اتباع لیبیایی به‌عنوان اولین مانیفست تهدید علیه صلح و امنیت، مورد توجه شورای امنیت قرار بگیرد. (Jean, Allian, *op.cit.*, p. 44).

اما به هر صورت قطعنامه‌ای که در خصوص این قضیه صادر شد اولین اقدام مؤثر شورا در جهت مقابله با تروریسم به‌عنوان عامل تهدیدکننده صلح و امنیت محسوب می‌شود. تلقی حادثه لاکربی به‌عنوان چالشی برای صلح، به‌واقع در پرتو توسعه مفهوم صلح و امنیت صورت می‌گیرد، گو اینکه در بادی امر برخی از کشورهای عربی و افریقایی با آن مخالفت نمودند (و عده‌ای نیز بر این عقیده بودند که شورای امنیت قاعده جدیدی را ایجاد کرده است) ولی به هر حال شورای امنیت از آن زمان به‌بعد رویه خود را در این خصوص ادامه داد. (*Ibid.*, p. 102).

34. see: SC/Res/ 1267, 1999.

SC/Res/ 1269, 1999.

SC/Res/ 1333, 2000.

SC/Res/ 1363, 2001.

35. SC/Res/ 1368, 2001.

36. SC/Res/ 1373, 2001.

تروریستی القاعده دراز نمود. با حمایت صریح بن لادن، رئیس شبکه القاعده از حملات به امریکا و با اتکاء به برخی دیگر از شواهد و مدارک موجود، دیگر تردیدی در انتساب حملات به القاعده باقی نماند. با اقداماتی که القاعده پس از حوادث ۱۱ سپتامبر تاکنون به خود منتسب نموده، شاید بتوان گفت این شبکه پس از جنگ سرد، مهلک‌ترین گروه غیردولتی و یکی از مهم‌ترین عوامل تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی به حساب می‌آید.^{۳۷}

پس از حملات ۱۱ سپتامبر، دیگر اعضای جامعه بین‌المللی نیز از حملات بعدی تروریسم در امان نماندند و شورای امنیت نیز به‌عنوان سخنگوی جامعه بین‌الملل، پس از وقوع هر اقدام تروریستی، آن را به‌عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی قلمداد نموده.^{۳۸}

همچنین در سال ۲۰۰۳ دبیرکل سازمان ملل متحد، ۱۶ نفر از افراد مجرب و برجسته از نقاط مختلف جهان را مأمور کرد تا تهدیدهای جاری علیه صلح و امنیت بین‌المللی را بررسی کنند. در گزارشی که این هیئت بلندپایه در دسامبر ۲۰۰۴ به دبیرکل ارائه داد، تروریسم در کنار

37. Scott. M. Malzahn, State Sponsorship and Support of International Terrorism: Customary Norms of State Responsibility, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 83, 2002-2003.

38. see: SC/Res/ 1377, 2001.

SC/Res/ 1440, 2002.

SC/Res/ 1450, 2002.

SC/Res/ 1452, 2002.

SC/Res/ 1455, 2003.

SC/Res/ 1516, 2003.

SC/Res/ 1530, 2004.

SC/Res/ 1535, 2004.

SC/Res/ 1566, 2004.

SC/Res/ 1465, 2003.

SC/Res/ 1526, 2004.

SC/Res/ 1535, 2004.

SC/Res/ 1540, 2004.

SC/Res/ 1611, 2005.

SC/Res/ 1617, 2005.

SC/Res/ 1618, 2005.

SC/Res/ 1595, 2005.

SC/Res/ 1636, 2005.

لازم به ذکر است که دو قطعنامه اخیر در خصوص ترور رفیق حریری نخست‌وزیر فقید لبنان صادر گردیده‌اند. بعد از وقوع این حادثه شورای امنیت کمیسیون حقیقت‌یاب بین‌المللی را تحت نظارت سازمان ملل متحد با ریاست دتلومهلیس، دادستان آلمان، تشکیل داد که وی پس از ۶ ماه نتایج تحقیقاتش را که نشان از دست داشتن برخی مقامات دولتی سوریه در ترور داشت، تقدیم دبیرکل و شورای امنیت نمود که شورا نیز جلسه خود در خصوص بررسی گزارش فوق را با حضور وزرای خارجه دول عضو برگزار کرد و تصمیم به ادامه کار کمیسیون تا حصول نتیجه نهایی گرفت و دولت سوریه نیز ملزم به همکاری کامل با این کمیسیون گردید. چنین توجه جدی شورای امنیت به حادثه ترور رفیق حریری، به‌خوبی مبین جایگاه مسئله تروریسم به‌عنوان مهمترین تهدید علیه جامعه بین‌المللی در قرن بیست و یکم می‌باشد.

دیگر موضوعات مانند فقر، بیماریهای واگیردار، انحطاط محیط زیست، جنگ و خشونت میان دولتها و جنایات سازمان یافته فراملی، از عواملی معرفی شد که علاوه بر اینکه امنیت انسانی را به مخاطره می اندازد، به امنیت کشورها نیز خدشه وارد می آورد.^{۳۹} این گزارش در ادامه، تروریسم را تهدیدی دانست که قلب منشور ملل متحد را مورد حمله قرار می دهد.^{۴۰}

همچنین شخص دبیرکل در آخرین گزارش مهم خود با عنوان "in larger freedom: towards development, security and human rights for all" ۳۱ مارس ۲۰۰۵ منتشر شد از تروریسم به عنوان تهدیدی جهانی نام می برد که احترام به حقوق بشر، حاکمیت قانون، حمایت از شهروندان غیرنظامی، بردباری میان ملتها و غیره را کاملاً نادیده می گیرد.^{۴۱} دبیرکل در ادامه از تروریسم هسته ای به عنوان چالش آینده جامعه بین المللی یاد می کند.^{۴۲} مجموعه موارد فوق نشان می دهد که امروز تروریسم از کلیدی ترین عوامل تهدیدکننده صلح و امنیت بین المللی محسوب می شود و این امر به خوبی از شواهد موجود استنباط می شود. به دنبال حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر، جامعه بین المللی مسئله «مبارزه با تروریسم» را در رأس اقدامات خود به منظور حفظ صلح و امنیت جهانی قرار داد. قابل ذکر است که شورای امنیت نه تنها منعکس کننده اراده اعضای دائم خود، بلکه سخنگوی رسمی جامعه بین المللی در این خصوص به حساب می آید.^{۴۳}

شورای امنیت با محور قرار دادن مسئله تروریسم، آن را به عنوان «جدی ترین تهدید برای صلح و امنیت بین المللی» در قرن بیست و یکم معرفی نموده؛ امری که تا کنون در رویه شورای امنیت در برخورد با سایر تهدیدات بی سابقه بوده است.^{۴۴}

گفتار دوم: قطعنامه ۱۳۷۳ و تعهدات دولتها در مقابله با تروریسم

چنانکه پیش از این گفته شد، شورای امنیت سازمان ملل متحد در چارچوب اختیاراتش و در پرتو وظیفه حفظ صلح و امنیت بین المللی، غالباً به صورت موردی و بعضاً به شکلی کلی و عام و در جایگاه قانونگذار بین المللی و در قالب فصل هفتم منشور به شناسایی موقعیت های عینی تهدیدکننده یا نقض کننده صلح و امنیت بین المللی پرداخته و ترتیباتی را برای مقابله با آن اتخاذ

39. UN, A more Secure World: Our Shared Responsibility, report of the high-level panel on threats, challenges and change, www. un. org/secureworld, December 2004, in abstract.

40. *Ibid.*, para. 145.

41. para. 87.

42. para. 92.

43. Jean Allian, *op.cit.*, p. 112.

44. *Ibid.*, p. 111.

کرده است.

تروریسم از جمله موارد عینی تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی است که جامعه بین‌المللی تا پیش از حوادث ۱۱ سپتامبر نتوانسته بود استراتژی هماهنگ و مؤثری را برای برخورد قاطع با آن در پیش گیرد. نتیجه این امر وقوع بزرگترین عملیات تروریستی تاریخ در امریکا بود که بیش از ۳ هزار نفر در آن کشته شدند. در اثر وقوع این حادثه بزرگ لزوم ایجاد قواعدی که تکالیف همه دولتها را جهت مقابله با تروریسم، به صورتی تفصیلی معین نماید و در مدت زمانی کوتاه نیز مثمر واقع شود، به خوبی احساس شد.

روند تعهدسازی موجود (اعم از حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بین‌الملل قراردادی) هیچ‌گاه نمی‌توانست پاسخگوی چنین نیازی باشد، هم به دلیل فرایند طولانی شکل‌گیری قواعد عرفی و تصویب قراردادهای بین‌المللی و هم به دلیل محدود بودن تعداد کشورهایی که مایل بودند کنوانسیونهای مربوط را در داخل کشورهایشان به تصویب برسانند.^{۴۵} بنابراین شورای امنیت در این بین بهترین گزینه‌ای بود که به واسطه ابزارهای در اختیارش می‌توانست مدت دهها سال تصویب و اجرای تعهدات بین‌المللی را به چند روز کاهش دهد.

به همین خاطر در ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۱ شورای امنیت سازمان ملل متحد بی‌آنکه وضعیت خاصی را مورد توجه قرار دهد قطعنامه ۱۳۷۳ را در راستای مبارزه‌ای قاطع با تروریسم و تحقق اهداف مذکور، صادر کرد. این قطعنامه تعهدات واحدی را برای تمامی ۱۹۱ کشور عضو ملل متحد ایجاد می‌کند، تعهداتی فراتر از آنچه که در کنوانسیونها و پروتکل‌های ضد تروریستی وجود دارد و تنها تعداد معدودی از دولتها عضو آنها می‌باشند، یعنی تعهداتی که نسبت به تمام دولتهای جهان صرف‌نظر از اینکه عضو کنوانسیونهای فوق باشند یا نه الزام‌آور می‌باشد. این موضوع، اقدامی بی‌سابقه در رویه شورای امنیت به حساب می‌آید. شورا در این قطعنامه، تعهداتی را که در برخی اسناد مهم بین‌المللی وجود دارد و هنوز لازم‌الاجرا نشده و مورد استقبال جهانی واقع نگردیده مانند کنوانسیون مربوط به سرکوب تأمین مالی تروریسم، برای تمام دولتها مقرر نمود.^{۴۶} از مجموع مفاد این قطعنامه ۴ تکلیف مشترک که جان‌مایه تمام کنوانسیونها و اسناد بین‌المللی مربوط به تروریسم می‌باشد و دولتها تاکنون بر سر آن توافق نداشتند، استخراج می‌گردد. الزام دولتها به همکاری و معاضدت با یکدیگر جهت سرکوب تروریسم، مقابله با تأمین مالی تروریسم، عدم پشتیبانی مستقیم و غیرمستقیم از تروریسم و جرم‌انگاری و تعقیب کیفری تروریسم.

45. Mirko Sossai, Un SC/Res. 1373 (2001) and International Law - Making: A Transformation in the Nature of the Legal Obligations for the Fight against Terrorism?, the American Journal of International Law, Vol. 97, p. 1.

46. Security Council Resolution 1373, the Counter - Terrorism Committee and the Fight Against Terrorism, p. 334.

همچنین الزام دولتها در الحاق به کنوانسیونهای بین‌المللی ضد تروریسم و نیز مکلف نمودن آنها به ارائه گزارش به شورای امنیت،^{۴۷} از جمله تعهدات جدید دولتها در راستای اهداف کلی مبارزه با تروریسم محسوب می‌گردد. برداشتی که از چنین اقدامی می‌شود آن است که شورای امنیت با جسارت خارق‌العاده‌ای تکالیف قراردادی ناشی از کنوانسیونها و سایر اسناد ملل متحد در مبارزه با تروریسم را به یک باره به تکالیف سازمانی تبدیل کرده که بدون چون و چرا بر تمامی دول عضو تحمیل می‌گردد.^{۴۸}

لویی جی کُندرلی (Luigi condorelli) از این قطعنامه به بدعت حیرت‌آور یاد می‌کند. به نظر وی این قطعنامه معادل یک عهدنامه بین‌المللی کاملاً موفق است، حتی مزایای بیشتری نیز دارد، چرا که "Ipsa facto" همه دولتها را بی‌آنکه نیازی به طی مراحل مذاکرات طولانی در چارچوب کنفرانسهای دیپلماتیک بوده باشد و یا اینکه تصویب و الحاق رسمی دولتها به آن کنوانسیونها در مدت طولانی ضرورت داشته باشد، متعهد می‌کند. این قطعنامه در عین حال که ناظر به وضعیت‌های مذکور نظیر آنچه در افغانستان می‌گذرد، می‌باشد نوعی قانونگذاری پیرامون مسئله مبارزه با تروریسم نیز هست، چرا که بدون هیچ ممنوعیت زمانی و مکانی، تعهدات سنگین و قابل‌اعمالی را به دولتها تحمیل می‌کند.^{۴۹}

کندرلی همچنین معتقد است اگر از نقطه‌نظر کلی برای این قطعنامه حوزه صلاحیتی عام قائل شویم، در واقع به جریان خلع ید خزننده از دولتها در حوزه‌هایی که اساساً فقط در صلاحیت دولتهاست، کمک کرده و موجب تقویت رویکرد تبدیل شدن شورای امنیت به یک قانونگذار بین‌المللی شده‌ایم. در نتیجه اختیارات شورای امنیت بیش از آن چیزی خواهد شد که در مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد پیش‌بینی شده بوده و خواهد توانست عهدنامه‌های بین‌المللی را که مطابق تصمیمات خود نمی‌بیند، ابطال نماید.^{۵۰}

اما نباید این نکته را فراموش کرد که منشور ملل متحد وظیفه اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار نموده، شورا اختیار دارد بر اساس فصل هفتم منشور و به‌منظور اجرای وظایفش هر گونه اقدامی را که مغایر با اصول مندرج در منشور نباشد، انجام دهد و این به‌هیچ‌وجه به‌منزله تعدی به محدوده حاکمیتی دولتها به‌شمار نمی‌آید. به بیان دیگر این

47. see: SC/Res/ 1373, 2001.

۴۸. عبداللهی، محسن، پیامدهای حوادث ۱۱ سپتامبر بر مبارزه با تروریسم، مجله اطلاع‌رسانی حقوقی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال اول، شماره اول، ۱۳۸۱، ص ۲۵.

49. cf. Luigi Condorelli, les Attentats du 11 Septembre et Leurs Suites: Ou Va le Droit International? Revue Generale de Droit International Public (RGDIP), tome 105/2001/4, p. 834.

به نقل از: Yves Sandoz مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصتها، ترجمه حسن سواری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی و بین‌المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۳۴۸.

50. Ibid.

عین حاکمیت است چرا که دولتها خود چنین صلاحیتی را به شورای امنیت واگذار نموده‌اند. به هر صورت قطعنامه ۱۳۷۳ فارغ از حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر و به‌صورت کلی صادر گردیده و هدفش به‌کارگیری تمهیدات مؤثر به‌منظور پیشگیری و سرکوب تروریسم در آینده می‌باشد. بنابراین «این قطعنامه گسترده ماهیت قانونگذاری دارد و تعهداتی را بر دولتها نه در پاسخ به تعارضی خاص که در پاسخ به تهدیدات جهانی علیه صلح و امنیت از طریق اقدامات تروریستی، تحمیل می‌کند».^{۵۱}

مبحث اول: شناسایی تعهدات دولتها و قطعنامه ۱۳۷۳

(۱) جرم‌انگاری و تعقیب کیفری تروریسم

جرائم و اعمال خلاف نظم عمومی از بدو تشکیل زندگی اجتماعی در دنیا، صورت می‌گرفته‌اند و با تحول جوامع مرتباً تغییر شکل و صورت می‌داده‌اند. هیچ زمانی نبوده که جامعه بشری از جرم خالی باشد. نقض قواعد اجتماعی، یکی از همراهان زندگی اجتماعی است. نباید فکر کرد که یک روز جامعه بشری به جایی می‌رسد که دیگر در آن جرم اتفاق نمی‌افتد، چرا که این امر امکان‌پذیر نیست، چون قواعد اجتماعی، قراردادی هستند و قواعد قراردادی نیز تأیید صددرصدی جامعه را به همراه ندارند. اگر یک درصد جامعه هم مخالف با قاعده‌ای باشد، همان یک درصد آن قاعده اجتماعی را نقض می‌کند، که آن نقض را از نظر حقوقی جرم می‌نامند.^{۵۲}

با توجه به اینکه تعریف مشخصی از تروریسم وجود ندارد، آیا می‌توان اقدامات تروریستی را به‌عنوان اقداماتی مجرمانه (criminal) تلقی کرد؟ بی‌تردید پاسخ به این سؤال مثبت خواهد بود. ضروری نیست برای اینکه تروریسم را یک اقدام مجرمانه قلمداد کنیم، یک تعریف دقیق حقوقی پیش‌رو داشته باشیم.^{۵۳} متأسفانه بسیاری از بحث‌های بین‌المللی حقوقی در مورد تروریسم به‌جای اینکه مسئله جرم‌انگاری تروریسم را مورد توجه قرار دهند، بر روی اختلافات ایدئولوژیک و یا مسائل مربوط به تعریف تروریسم متمرکز شده‌اند. در صورتی که امروزه مسئله جرم‌انگاری تروریسم دارای جنبه‌های حیاتی می‌باشد و لازم است به‌صورت جرمی ویژه و جدا از جرائمی چون قتل، ایجاد حریق عمدی، حمله مسلحانه و ... مدنظر قرار بگیرد.^{۵۴}

51. Jane E. Stromseth, An Imperial Security Council? Implementing, Security Council Resolution 1373 and 1390, Asil Proceedings, 2003.

52. آزمایش، علی، نگرشی نو به مفهوم تروریسم بین‌المللی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره چهارم، ۱۳۸۰، ص ۱۸۹.

53. Robert A. Friendlander, Terrorism, Epil, published under the Comparative Public Law and International Law under the direction of Rudolf Bernhardt, No. 9, 1986, p. 371.

54. Ben Saul, Three Reasons for Defining and Criminalizing Terrorism, the American Society of International Law, 2003, p. 1.

قاضی گیوم (Guillaume) معتقد است:

« اعمال تروریستی در همه کشورها باید جرم شناخته شود. در این راستا باید آیین‌های دادرسی کیفری را بازبینی و اصلاح کرد. باید صلاحیت سرزمینی دادگاهها حتی زمانی که حملات تروریستی به دست غیراتباع و خارج از موطن آنها انجام شده با سهولت بیشتری به رسمیت شناخته شود. نهایتاً باید تروریستها بازداشت، محاکمه و مجازات و در غیر این صورت مسترد گردند».^{۵۵}

کاسسه نیز در این باره تأکید می‌کند:

« به نظر من با اطمینان می‌توان ادعا نمود که از این گذشته دست‌کم تروریسم فراملی،^{۵۶} تروریسم مورد حمایت دولت یا تروریسمی^{۵۷} که دولت بر آن چشم می‌پوشد،^{۵۸} جنایتی بین‌المللی است و هم اکنون به موجب حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان نوع مجزایی از این گونه جرائم در نظر گرفته و ممنوع شده است».^{۵۹}

در اینجا منظور از جنایت بین‌المللی عملی است که به‌صورت جهانی مجرمانه شناخته شده است چنین جنایتی به‌نحو جدی نگرانی بین‌المللی را دامن می‌زند و به دلایل معتبر نمی‌توان رسیدگی به آن را در صلاحیت انحصاری دولتی دانست که در شرایط معمول بر آن جرم کنترل دارد.^{۶۰} در واقع اینجا مسئله صلاحیت جهانی مطرح می‌باشد.

آنچه سبب می‌شود تروریسم به‌عنوان جنایتی بین‌المللی مورد بحث قرار گیرد و منشأ نگرانی‌های بین‌المللی باشد:

- ۱- آثار فرامرزی جرم؛
- ۲- نقض حقوق طبیعی و اخلاقی بشر و جریحه‌دار کردن وجدان بشری؛
- ۳- تهدید علیه صلح، امنیت و سعادت جهانی است.^{۶۱}

55. G. Guillaume, *Terrorisme et Droit International*, RCADI (1989), III, t. 215, p. 287.

به نقل از: موريس فلورى، حقوق بین‌الملل ابزاری برای مبارزه با تروریسم، ترجمه سيد قاسم زمانى، در: طيب، عليرضا، همان، ص ۲۹۹.

56. trans- national terrorism.

57. state- sponsored terrorism.

58. state- condoned terrorism.

۵۹. کاسسه، آنتونیو، حمله تروریستی به مرکز تجارت جهانی و برهم خوردن برخی مقوله‌های تعیین‌کننده حقوق بین‌الملل، ترجمه: زهرا، کسمتی، در: طيب، عليرضا، همان، ص ۳۵۸.

60. Ben saul, *op.cit.*, p. 1.

61. *Ibid.*, p. 2.

به‌واقع اقدامات تروریستی واجد چنین آثاری می‌باشند و بنابراین جرم‌انگاری تروریسم به‌نوعی حمایت از ارزشهای مشترکی است که برای جامعه بین‌المللی مهم تلقی می‌شود. ایده جرم‌انگاری تروریسم پیش از دهه هفتاد و هنگام تشکیل جامعه ملل آغاز شد. در کنفرانس سوم به‌منظور یکسان‌سازی حقوق جزا (بروکسل ۳۰-۲۶ ژوئن ۱۹۳۰) تروریسم به‌عنوان یک جرم بین‌المللی مستقل ذکر شد. پیش از آن تروریسم به‌عنوان یکی از جنایات جنگی در کنفرانس صلح ۱۹۱۹ معرفی شده بود. در این کنفرانس متنی در مورد تروریسم تهیه شد که بررسی آن به کنفرانس چهارم موکول گردید. بر اساس ماده ۱ این متن ۵ ماده‌ای که در کنفرانس چهارم (پاریس ۳۰-۲۷ دسامبر ۱۹۳۱) به تصویب رسید، تروریسم به‌عنوان یک جرم به‌شرح ذیل تعریف گردید:

«هر کس به قصد ارباب و هراساندن مردم از بمب، مین، وسایل آتش‌زا، منفجره، سلاح گرم یا دیگر وسایل تخریب‌کننده و مهلک، علیه افراد یا اموال استفاده کند و یا به ایجاد یا شیوع بیماریهای مسری انسانی، حیوانی یا دیگر امراض مبادرت نماید یا در صدد ایجاد و شیوع آن باشد و نیز مرتکب هرگونه تلاشی در جهت اخلال در خدمات دولتی یا عام‌المنفعه شود ... به‌عنوان مرتکب جرم تروریسم شناخته می‌شود».

ساخت، تملک و نقل و انتقال وسایل مذکور، تخریب دیگران و تحریک ایشان به ارتکاب جرائم تروریستی حتی از طریق سخنرانی یا توزیع نوشته‌ها نیز جرم تلقی شده است و در ماده ۴ صلاحیت جهانی برای محاکمه متهمان به ارتکاب جرائم تروریستی، به رسمیت شناخته شده است.^{۶۲}

بعد از آن نیز کنوانسیون ۱۹۳۷ جامعه ملل در راستای جلوگیری از تروریسم و مجازات عاملین آن که تنها به تصویب یک دولت رسید و هیچ‌گاه هم لازم‌الاجرا نگردید، اقدامات تروریستی را به‌عنوان اقداماتی کیفی تعریف نمود که مستقیماً علیه یک دولت یا به قصد ایجاد ارباب و وحشت در میان افراد خاص یا گروهی از اشخاص یا مقامات عمومی، صورت می‌پذیرد. (ماده ۱ کنوانسیون). اگرچه این متن صرفاً اشاره به اقدامات مجرمانه می‌کند و مصادیق این‌گونه اعمال را مشخص نمی‌نماید و از این جهت مبهم است،^{۶۳} اما به هر صورت اعمالی از این نوع را

62. An Historical Introduction to International Legal Control of Terrorism, in M. cherif Bassiouni (ed.), International Terrorism and Political Crimes, Illin, Charles C. Thomos Publishers, 1975, pp. 468-470.

به نقل از: بقایای هامانه، اسماعیل، مروری بر تحول رویکرد جامعه بین‌المللی برای مقابله با تروریسم، مجله نهضت فصلنامه مطالعاتی - پژوهشی، سال سوم، ۱۳۸۱، شماره ۱۲ ویژه تروریسم و حقوق بین‌الملل، صص ۵۹-۵۸.

63. Hans-Peter Gasser Acts of Terror, Terrorism and International Humanitarian Law, IRRC, September 2002, Vol. 84, p. 552.

که واجد ویژگی‌های فوق باشد، به‌عنوان یک جرم قلمداد نموده است. از اوایل دهه هفتاد به‌بعد و با تصویب کنوانسیون‌های ضد تروریسم مسئله جرم‌انگاری اقدامات تروریستی به‌صورتی جدی مورد توجه قرار گرفت. بدون شک امروزه دیگر، اقداماتی چون به‌مخاطره انداختن امنیت هوایی و هوانوردی، تضعیف امنیت دریایی و دریانوردی، بمب‌گذاری، گروگان‌گیری، آدم‌کشی‌های سیاسی و تأمین مالی تروریسم از جمله اعمالی محسوب می‌شوند که اسناد بین‌المللی و بخصوص کنوانسیون‌های ضد تروریسم از دولتها می‌خواهد این اعمال را در حقوق داخلی خود به‌عنوان مصادیق تروریسم جرم‌انگاری نمایند که نهایتاً چنین تکلیفی در قالب قطعنامه ۱۳۷۳ به همه کشورهای جهان تحمیل شده است.

بعد از وقوع این رویداد دهشتناک، در میان حقوقدانان برجسته بین‌المللی این نظر شکل گرفت که اقدامات فوق همه مشخصات جرائم در حق بشریت را در خود نمایان ساخته. بزرگی و شدت بسیار حمله و نیز این واقعیت که غیرنظامیان هدف آن بوده‌اند، اهانتی نسبت به همه انسانها بوده و بخشی از یک عملکرد گسترده یا سازمان یافته بوده است.^{۶۴} به همین خاطر لازم بود به‌عنوان اولین گام جهت جلوگیری از وقوع چنین وقایعی در آینده، شورای امنیت اقدامات تروریستی را مجدداً به‌عنوان اقداماتی مجرمانه مورد تأکید قرار دهد و جرم‌انگاری آن در قوانین داخلی را که تا پیش از آن در چارچوب‌های قراردادی میان دولتها گرفتار مانده بود، به‌عنوان تعهدی سازمانی بر تمامی دولتهای جهان تکلیف و تحمیل کند.

به‌موجب این قطعنامه کلیه کشورها باید عملیات تروریستی را سرکوب نمایند و کلیه اعمال زیر را اعمالی مجرمانه قلمداد کنند: ارائه یا جمع‌آوری داوطلبانه کمک‌های مالی به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم، توسط اتباع خود یا در قلمرو خود به‌منظور آنکه از این منابع مالی جهت انجام اعمال تروریستی استفاده شود یا با علم به اینکه قرار است از آن منابع مالی به این منظور استفاده شود.^{۶۵}

همچنین کلیه دولتها باید تضمین کنند که اعمال تروریستی را در قوانین و مقررات داخلی خود به‌عنوان اعمال مجرمانه مهم به رسمیت بشناسند و با توجه به شدت این‌گونه اعمال، مجازات متناسب را برای آنها معمول دارند.^{۶۶}

در ارتباط با تحقیقات جنائی یا سایر مراحل رسیدگی‌های کیفری که مربوط به تأمین مالی اقدامات تروریستی یا پشتیبانی از اعمال تروریستی است همه دولتها باید بیشترین همکاری را با یکدیگر مبذول دارند، از جمله کمک و همکاری در کسب شواهد موجود و سایر معاضدت‌های

۶۴. کسمتی، زهرا، پیشین، ص ۳۵۹.

65. SC/Res/ 1373, para 1(b).

66. *Ibid.*, para. 2(e).

قضائی که برای ادامه جریان محاکمه لازم است.^{۶۷}

در ادامه شورا با نگرانی، پیوند تنگاتنگ تروریسم بین‌المللی و جنایات سازمان یافته فرامرزی را با قاچاق اسلحه و مواد مخدر، پول شویی و نقل و انتقال غیرقانونی مواد هسته‌ای، شیمیایی و بیولوژیکی مورد توجه قرار می‌دهد و در این ارتباط بر نیاز به تقویت همکاری و تلاشها در سطوح ملی، زیرمنطقه‌ای و بین‌المللی به منظور تحکیم پاسخ جهانی به این چالش جدی و تهدید امنیت بین‌المللی تأکید می‌کند.^{۶۸}

نهایتاً شورای امنیت بر این نکته تأکید می‌کند که دولتها مجاز نیستند با انگیزه سیاسی، درخواست استرداد تروریستهای مورد ادعا را رد کنند^{۶۹} و از آنان می‌خواهد تا تضمین نمایند تمامی اشخاصی که در تأمین مالی، سازماندهی یا برنامه‌ریزی یا انجام عملیات تروریستی شرکت می‌نمایند، به دست عدالت سپرده شوند.^{۷۰}

۲) الزام دولتها به همکاری و معاضدت با یکدیگر

اساساً در جامعه بین‌المللی هر اقدام در هر زمینه‌ای بدون همکاری و معاضدت دولتها با یکدیگر ممکن نخواهد بود. ایجاد سازمانهای بین‌المللی و انعقاد کنوانسیونها و موافقتنامه‌ها، زمینه‌ای مناسب جهت گسترش همکاری میان دولتها به شمار می‌روند. منشور ملل متحد یکی از راههای دستیابی به صلحی پایدار را، همکاری بین‌المللی میان دولتها در حل مسائل بین‌المللی دانسته، که این امر در اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در مورد روابط دوستانه میان دولتها نیز مورد تأکید قرار گرفته است.^{۷۱} همکاری میان کشورها معمولاً در زمینه‌های اطلاعاتی، قضائی، مالی، اقتصادی و خدماتی (حمل و نقل) صورت می‌پذیرد.

چنانکه پیشتر نیز گفته شد، تروریسم بین‌المللی از آن دسته معضلاتی است که صلح و امنیت جهانی را با چالش جدی مواجه کرده است و مقابله با آن مستلزم اقداماتی هماهنگ و منسجم می‌باشد.^{۷۲}

شورای امنیت تا پیش از صدور قطعنامه ۱۳۷۳ همواره در قالب قطعنامه‌هایی که علیه تروریسم صادر می‌کرد از دولتها می‌خواست در جهت حل و فصل مسائل پیش آمده با یکدیگر

67. *Ibid.*, para. 2(f).

68. *Ibid.*, para. 4.

69. *Ibid.*, para. 3(f).

70. *Ibid.*, para. 2(e).

71. Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among State in accordance with the Charter of the United Nations, *op.cit.*

72. Millennium Declaration, United Nations, A/Res/55/2, September 8, 2000, para. 9.

همکاری نمایند. شورای امنیت در اولین قطعنامه‌ای که در خصوص تروریسم صادر می‌کند از تمامی دولت‌ها درخواست می‌نماید، چه به شکل فردی و چه به شکل جمعی، دولت لیبی را به اجابت درخواست‌های مربوط به استرداد دو مظنون بمب‌گذاری در هواپیمای پان امریکن، ترغیب نمایند.^{۷۳}

همچنین شورای امنیت در مورد انسداد وجوه و سایر منابع مالی طالبان، انسداد وجوه و سایر منابع اسامه بن لادن و سازمان القاعده و ارائه راهکار نظارت بر اجرای قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۳۳۳، از تمامی دولت‌های جهان می‌خواهد که با شورا همکاری نمایند.^{۷۴}

به هر صورت نفس صدور هرگونه قطعنامه‌ای از سوی مجمع عمومی و شورای امنیت و هر نهاد بین‌المللی دیگر به‌واقع نوعی همکاری مؤثر و نهادین میان دولت‌ها در چارچوب یک سازمان بین‌المللی به حساب می‌آید.

حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا باعث شد تا دولت‌ها اهمیت فزاینده همبستگی جهانی را درک کنند. «گروسیوس» (Grotius) می‌گوید:

«هیچ ملت قوی‌ای را نمی‌توان یافت که به کمک دیگران نیاز نداشته باشد».^{۷۵}

با وقوع حادثه ۱۱ سپتامبر صحت این ادعا بار دیگر، البته با تحمل هزینه‌ای سنگین و به‌شکلی بی‌رحمانه به اثبات رسید. باید توجه داشت که همبستگی بین‌المللی نه فقط برای مبارزه با تروریسم، بلکه در همه زمینه‌ها و برای رتق وفتق همه مشکلات بین‌المللی لازم است.^{۷۶}

با بررسی مجموع کنوانسیون‌های بین‌المللی ضد تروریسم و نیز اسناد مربوط به سازمان ملل متحد، خواهیم دانست که یکی از تکالیف مهم دولت‌ها در مقابله با تروریسم بین‌المللی، «همکاری و معاضدت آنها با یکدیگر» در تمامی زمینه‌های اطلاعاتی، قضائی، مالی، اداری، اقتصادی و خدماتی می‌باشد. اگرچه موارد مذکور در تمامی اسناد فوق مورد توجه قرار گرفته بود، بار دیگر شورای امنیت آنها را در قالبی دیگر مورد تأکید قرار داد و به این ترتیب تکلیف جدیدی برای دولت‌ها ایجاد نمود.

73. SC/Res/731, 1992, para. 5.

74. see: SC/Res/1267, 1999.

SC/Res/1333, 2000.

SC/Res/1363, 2001.

75. Hugo Grotius, De Jure Belliac Pacis, Nouvelle Traduction Parp. Pradier-Fodere, Vol. 1, Paris. 1867, p. 24.

به نقل از: Yves Sandoz، مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصتها، ترجمه حسن سواری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۳۶۳.

76. Encesens, cf. Notamment Eric David, Le Terrorisme en Droit International, Colloque Reflexions sur la Definition et la Repression du Terrorisme, Bruxelles 1974, p. 169.

به نقل از: سواری، پیشین.

تأکید بر الزام دولتها به همکاری با یکدیگر از مقدمه قطعنامه شروع می‌شود. شورای امنیت در قسمتی از مقدمه خود آورده است دولتها ملزم می‌باشند در قلمرو خود و با هر وسیله قانونی، در به‌خرج دادن تدابیر تکمیلی در خصوص پیشگیری و سرکوب اقدامات و عملیات تروریستی و تأمین مالی و تسهیل آن با یکدیگر همکاری کنند.^{۷۷} در همین چارچوب و با همین هدف، شورا دولتها را مکلف می‌کند از طریق مبادله اطلاعات و دادن هشدارهای اولیه با یکدیگر همکاری نمایند.^{۷۸}

همچنین بند ۳ اجرایی قطعنامه صراحتاً از دولتها می‌خواهد تا راههایی برای تشدید و تسریع مبادله اطلاعات بویژه در موارد زیر بیابند:

- ۱- اقدامات یا تحرکات افراد یا شبکه‌های تروریستی،
- ۲- اسناد مسافرتی جعلی یا باطله،
- ۳- دادوستد تسلیحات،
- ۴- مواد منفجره یا مواد حساس،
- ۵- استفاده گروههای تروریستی از فناوری‌های مخابراتی،
- ۶- تهدید ناشی از در اختیار داشتن سلاحهای کشتار جمعی توسط گروههای تروریستی.^{۷۹} و نیز در ادامه شورای امنیت می‌افزاید:

«دولتها باید بر اساس قوانین داخلی و بین‌المللی مربوط به مبادله اطلاعات و مسائل اداری و قضائی و همچنین از طریق ترتیبات و موافقتنامه‌های دوجانبه و چندجانبه به‌منظور جلوگیری از اقدامات تروریستی و سرکوب آن با یکدیگر همکاری کنند».^{۸۰}

بدین ترتیب شورای امنیت با ملاحظه کلیه کنوانسیونها و اسناد ضد تروریستی که تاکنون در سطوح منطقه‌ای و جهانی به تصویب رسیده‌اند از کلیه دولتهای جهان می‌خواهد در جهت پیشگیری از اقدامات تروریستی و سرکوب آن با هم همکاری نمایند و این یکی از تعهداتی است که قطعنامه ۱۳۷۳ بر دوش دولتها گذارده و طی آن از دولتها می‌خواهد در این خصوص به شورای امنیت گزارش دهند.^{۸۱}

77. SC/Res/ 1373, 2001, Preamble.

78. *Ibid.*, para. 2 (b).

79. *Ibid.*, para. 2(a).

80. *Ibid.*, para. 3 (b, c).

81. *Ibid.*, para. 6.

۳) مقابله با تأمین مالی تروریسم^{۸۲}

به‌طور کلی به‌منظور مقابله با تأمین مالی تروریسم که یکی از اساسی‌ترین حوزه‌های مبارزه با تروریسم به‌شمار می‌رود، مکانیسم‌ها و قواعد بین‌المللی مشخص و متفاوتی در برابر دولتها قرار دارد. از کنوانسیونهای بین‌المللی (جهانی و منطقه‌ای) گرفته تا قطعنامه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت و توصیه‌های متنوع مؤسسات بین‌المللی مالی و تصمیمات نهادهای منطقه‌ای. «در عین حال که در این هنجارهای بین‌المللی مقررات مشترکی هم وجود دارد ولی دامنه شمول و قدرت الزام‌آور هر یک با دیگری متفاوت است. اجرای برخی از آنها مستلزم قانونگذاری می‌باشد ولی در سایر موارد چنین الزامی وجود ندارد و از راههای دیگر می‌توان آنها را به اجرا گذاشت».^{۸۳}

تخمین زده شده که هزینه عملیاتی اقدامات ۱۱ سپتامبر بالغ بر پانصد تا ششصد هزار دلار بوده که از کشور امارات متحده عربی برای تروریستها در امریکا ارسال شده که این مبلغ در ۲۴ حساب بانکی متفاوت و در ۴ بانک مختلف در جریان بوده است.^{۸۴}

از معدود مواردی که جامعه بین‌المللی، از همان روزهای نخست پس از حوادث ۱۱ سپتامبر بر سر آن وحدت نظر داشت، این بود که نبرد علیه تروریسم جز با ردیابی و یافتن سرچشمه‌های تأمین مالی گروههای تروریستی و جلوگیری از کمک‌رسانی مالی منابع زیرزمینی به عملیات تروریستی نتیجه‌بخش نخواهد بود.^{۸۵} این موضوع اهمیت مبارزه با تأمین مالی تروریسم را مشخص می‌سازد.

تأمین‌کنندگان مالی سازمانهای تروریستی و تروریستها، هم می‌توانند عوامل دولتی باشند که این‌گونه کمکها را در زمره بودجه کشور قرار می‌دهند و هم عوامل غیردولتی یا خصوصی که درآمد خود را از دو طریق به دست می‌آورند:

۱- وجوه و درآمدهای قانونی و مشروع،

۲- وجوه و درآمدهای غیرقانونی و نامشروع.

وجوه مشروع معمولاً از طریق هبه، امور خیریه و عواید دیگر به‌دست می‌آیند، و وجوه

^{۸۲} برای مطالعه مفصل‌تر در این خصوص رک.

طیبی فرد، امیرحسین، مبارزه با تأمین مالی تروریسم در اسناد بین‌المللی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۲، ۱۳۸۴، از صفحه ۲۵۹.

Ilias Bantekas, The International Law of Terrorist Financing, The American Journal of International Law, Vol. 97, 2003.

Mark Kantor, Effective Enforcement of International Obligations to Suppress the Financing of Terror, The American Society of International Law, 2002.

^{۸۳} طیبی فرد، همان، ص ۲۶۲.

⁸⁴ Mark Kantor, *op.cit.*, P. 2.

^{۸۵} نورتون، ژوزف جی. و شمس، هبا، قانون پول‌شویی و تأمین منابع مالی تروریسم: واکنش‌های پس از ۱۱ سپتامبر، ترجمه محمدجواد میرفخرایی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۲۱۶.

نامشروع نیز از طریق برخی اقداماتی که در سطح داخلی و سطح بین‌المللی غیرقانونی و مجرمانه تلقی می‌شوند، مانند قاچاق مواد مخدر، تجارت غیرقانونی سلاح، خرید و فروش کالاهای قاچاق و امثالهم. وجوه و عواید ناشی از این‌گونه فعالیتها به هر شکل ممکن بایستی مسدود شوند، حتی اگر ثابت نشود که قرار است صرف اقدامات تروریستی شوند، اما وجوه و عواید مشروع تنها در صورتی قابل انسداد هستند که ثابت شود، قرار است در عملیات تروریستی به‌کار برده شوند.^{۸۶}

البته گردش وجوه ناشی از اقدامات غیرقانونی در سیستم بانکی، تشخیص چگونگی حصول و کاربرد آن را مشکل می‌سازد.^{۸۷} هم‌اکنون و بخصوص پس از حوادث ۱۱ سپتامبر بسیاری از کشورها پول‌شویی را به‌عنوان پدیده‌ای مجرمانه تلقی کرده‌اند و برای مرتکبان آن مجازات تعیین نموده‌اند.^{۸۸}

بنابراین ایجاد راهکارهایی برای مبارزه با پول‌شویی در رابطه با عواید حاصل از قاچاق مواد مخدر و دیگر اقدامات مجرمانه و نیز انجام هرگونه اقدامی به‌منظور خشکاندن منابع مالی تروریسم ضروری به‌نظر می‌رسد و این مهم حاصل نمی‌شود جز از طریق اقداماتی هماهنگ و منسجم در سراسر جهان.

اگرچه تا پیش از وقوع حوادث ۱۱ سپتامبر، سازمان ملل متحد، بخصوص با تصویب کنوانسیون مربوط به سرکوب تأمین مالی تروریسم و نیز تصویب قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های متعدد دیگر اقدامات خوبی را در جهت تحقق اهداف فوق انجام داد، لکن عدم استقبال دولتها از این کنوانسیون و بی‌توجهی آنان نسبت به اهمیت مسئله تأمین مالی تروریسم باعث شد، سرانجام شورای امنیت در قطعنامه ۱۳۷۳ کلیه مکانیسم‌ها و ابزارهای موجود جهت مبارزه با تأمین مالی تروریسم را در قالبی دیگر بر دولتها تحمیل نماید.

گسترده‌گی ابعاد حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر و حجم امکانات و منابع تخصیص‌یافته برای اجرای آن نشان می‌دهد که تا چه اندازه نگرانی از تأمین و تقویت مالی گروهها و سازمانهای تروریستی بجا و قابل‌درک است. قطعنامه ۱۳۷۳ که به‌دنبال وقوع این حوادث صادر شد خشکاندن سرچشمه‌های تأمین مالی تروریسم را به‌عنوان راه اصلی مبارزه با تروریسم بین‌المللی در کانون توجه خود قرار داده است.^{۸۹} در مقدمه این قطعنامه، شورای امنیت «بر ضرورت تقویت و افزایش همکاریهای بین‌المللی دولتها جهت مسدود نمودن و از میان بردن منابع مالی و سایر امکانات

86. Ilias Bantekas, *op.cit.*, p. 316.

87. *Ibid.*, p. 320.

۸۸. خامی‌زاده، فرهاد، مبارزه با پول‌شویی در بانکها و مؤسسات مالی؛ نگاهی به قانون ضد تروریسم ایالات متحده آمریکا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۸.

۸۹. نورنون، ژوزف جی. و شمس، هبا، همان، ص ۲۲۸.

ارتکاب فعالیت‌های تروریستی» تأکید کرده است.^{۹۰}

عمده تعهداتی که شورای امنیت در چارچوب این قطعنامه جهت مقابله با تأمین مالی تروریسم ایجاد نموده همان است که کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به جلوگیری و سرکوب تأمین و تقویت مالی تروریسم مصوب ۱۹۹۹ مقرر کرده است. چنین اقدامی از سوی شورای امنیت، چنانکه گفته شد، رویه‌ای بی‌سابقه به‌شمار می‌آید. شورای امنیت در این قطعنامه و بر اساس فصل هفتم منشور اعلام می‌دارد که تمام دولت‌ها باید:

- ۱- از تأمین مالی اعمال تروریستی جلوگیری و آن را متوقف کنند؛^{۹۱}
- ۲- ارائه یا جمع‌آوری داوطلبانه کمک‌های مالی را از هر طریق، مستقیم و غیرمستقیم توسط اتباع خود یا در قلمرو خود، به‌منظور استفاده در جهت اعمال تروریستی، عملی مجرمانه قلمداد کنند؛^{۹۲}
- ۳- بدون تأخیر، منابع مالی و اقتصادی و سایر دارایی‌های کسانی را که مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند یا درصدد ارتکاب آن هستند یا در ارتکاب اعمال تروریستی مشارکت یا آن را تسهیل می‌کنند، مسدود نمایند؛^{۹۳}
- ۴- منابع مالی یا امکانات اقتصادی و دیگر دارایی‌ها را که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به این افراد تعلق دارد یا در اختیار آنان است، فوری مسدود کنند؛^{۹۴}
- ۵- منابع مالی و اقتصادی و دارایی‌های اشخاص و نهادهایی را که از طرف یا به دستور این قبیل افراد و نهادها عمل می‌کنند، فوری مسدود کنند، از جمله دارایی‌های فراهم شده از منابع اقتصادی‌ای که مستقیم یا غیرمستقیم به این قبیل افراد و نهادهای وابسته تعلق دارند؛^{۹۵}
- ۶- اتباع خود یا هر شخص یا نهاد در قلمرو خود را از ارائه امکانات مالی و هرگونه خدمات اقتصادی مستقیم یا غیرمستقیم به اشخاصی که مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند یا درصدد ارتکاب یا تسهیل آن هستند، منع کنند. این ممنوعیت باید شامل نهادهای وابسته به تشکیلات تروریستی نیز بشود؛^{۹۶}
- ۷- از پناه دادن به کسانی که اعمال تروریستی را پشتیبانی مالی و ... می‌کنند، خودداری

90. SC/Res/ 1373, 2001, Preamble.

91. *Ibid.*, para. 1(a).

92. *Ibid.*, para. 1(b).

93. *Ibid.*, para. 1(c).

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*, para. 1(d).

کنند؛^{۹۷}

۸- مانع استفاده از قلمرو خود بر ضد شهروندان خود یا سایر کشورها توسط کسانی شوند که اقدامات تروریستی را حمایت مالی و ... می‌نمایند؛^{۹۸}

۹- از اینکه هرکس در پشتیبانی مالی و ... از اعمال تروریستی شرکت دارد به دست عدالت سپرده می‌شود، اطمینان حاصل کنند؛^{۹۹}

۱۰- در تحقیقات جنائی یا رسیدگی‌های کیفری مربوط به حمایت‌های مالی و غیرمالی از اعمال تروریستی مالی بیشترین همیاری را با یکدیگر می‌دول دارند.^{۱۰۰}

بدین ترتیب شورای امنیت در دو قالب با تأمین مالی تروریسم به مقابله پرداخته:

۱- ایجاد هنجارهای بین‌المللی برای مبارزه با تأمین مالی تروریسم؛

۲- انسداد دارایی تروریستها و سازمان‌های تروریستی.^{۱۰۱}

با بررسی و مقایسه مفاد این قطعنامه و مقررات کنوانسیون سرکوب تأمین مالی تروریسم، به‌خوبی شاهد شباهت و یکسانی آنها در زمینه مقابله با تأمین مالی تروریسم خواهیم بود، اما یک تفاوت اساسی نیز وجود دارد و آن اینکه مقررات کنوانسیون تنها محدود به دول عضو آن می‌شود، حال آنکه تعهدات ناشی از قطعنامه ۱۳۷۳ جهانی است، اگرچه دولتها مکلف شده‌اند هر چه سریعتر به کنوانسیون بین‌المللی مربوط به مقابله و سرکوب تأمین مالی تروریسم مصوب ۹ دسامبر ۱۹۹۹ بپیوندند.^{۱۰۲}

۴) عدم پشتیبانی مستقیم و غیرمستقیم از تروریسم

در حقوق بین‌الملل، دولتها متعهد می‌باشند از اقدامات تروریستی حمایت و پشتیبانی نکنند. این تعهد از هنگام تشکیل سازمان ملل متحد و صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر وجود داشته است. اقداماتی چون قتل، ایجاد رعب و وحشت برای غیرنظامیان و یا سازماندهی و تشویق اقدامات فوق، همواره به‌عنوان نقض فاحش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه محکوم بوده و کلیه اسناد بین‌المللی اعم از اسناد سازمان ملل متحد و سایر کنوانسیونهای بین‌المللی دست کم بر این مسئله اجماع داشته‌اند که دولتها باید از سازماندهی، تحریک یا مشارکت در اقدامات تروریستی امتناع نمایند.

97. *Ibid.*, para. 2(c).

98. *Ibid.*, para. 2(d).

99. *Ibid.*, para. 2(e).

100. *Ibid.*, para. 2(f).

۱۰۱. طیبی فرد، امیرحسین. همان، صص ۲۶۷ و ۲۶۹.

102. *Ibid.*, para. 3(d).

منشور ملل متحد اگرچه صراحتاً از تروریسم نام نبرده است اما ماده ۲ (بند ۴) به صورت غیرمستقیم حمایت دولت از تروریسم را ممنوع نموده است.^{۱۰۳} منشور در این ماده اعلام می‌دارد: «کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود باید از توسل به زور یا تهدید علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی سایر دولتها یا از روشهای دیگری که با اهداف ملل متحد مابین داشته باشد، خودداری کنند».^{۱۰۴}

مجمع عمومی در سال ۱۹۷۰ اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل درباره روابط دوستانه و همکاری میان دولتها را در تکمیل ممنوعیت تلویحی منشور در مورد حمایت از تروریسم بین‌المللی صادر نمود که صراحتاً بیان می‌دارد: همه دولتها موظفند از سازماندهی، ایجاد و تحریک و ترغیب منازعات داخلی یا اقدامات تروریستی و فعالیتهای مسلحانه در قلمرو خود یا دیگر کشورها خودداری ورزند و از هرگونه کمک و حمایت مادی و معنوی به این‌گونه جریانات ممانعت به عمل آورند و متعهد شوند در منازعات داخلی کشورهای دیگر مداخله ننمایند.^{۱۰۵} برخلاف بند (۴) ماده ۲ منشور که تنها از دولتها می‌خواهد از تهدید یا استفاده از زور خودداری نمایند، اعلامیه مربوط به روابط دوستانه صراحتاً از دول جهان می‌خواهد که از هرگونه حمایت و پشتیبانی از تروریسم در قلمروشان خودداری کنند. بنابراین اگر دولتها به هر شکل در سازماندهی، تحریک، تشویق اقدامات تروریستی و کمک به آن مشارکت نمایند مستقیماً مسئول خواهند بود.^{۱۰۶}

به هر صورت اگرچه دولتها، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی و به دلیل اینکه تروریسم اقدامی مجرمانه محسوب می‌شود و دولتها نمی‌توانند موضوع حقوق بین‌الملل کیفری قرار بگیرند، نمی‌توانند مرتکب اعمال تروریستی شوند، اما قطعنامه‌های مجمع عمومی و دیگر اسناد بین‌المللی مکرراً هرگونه حمایت مستقیم و غیرمستقیم دولتها از تروریسم را محکوم می‌نمایند.^{۱۰۷} البته دولتها همواره سعی می‌کنند به گونه‌ای عمل نمایند که برچسب تروریستی بودن بر آنها نخورد، به همین خاطر کمتر دولتی خود مستقیماً در سازماندهی و طراحی فعالیتهای تروریستی

103. Scott M. Malzahn, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 83, 2002-2003, p. 87.

۱۰۴. بند ۴ ماده ۲ منشور.

105. GA/Res/ 2625, *op.cit.*

106. Greg Travalio and John Altenburg, *Terrorism, State Responsibility and the Use of Military Force*, Chicago Journal of International Law, Vol. 97, 2003, p. 100.

107. Scott M. Malzahn, *op.cit.*, p. 90.

البته در اینجا امکان طرح مسئولیت کیفری کارگزاران دولتی که به عملیات تروریستی دست می‌زنند و همچنین مسئولیت مدنی دولت متبوع آنها وجود دارد.

مشارکت می‌نماید و بیشتر از طریق تشویق، تحریک و یا کمک‌های غیرمستقیم از آن حمایت می‌کند.^{۱۰۸}

از نمونه‌های بارز حمایت مستقیم دولت از تروریسم می‌توان به اقدامات دولت لیبی در قضیه لاکربی و پشتیبانی مستقیم رژیم دفاکتوی طالبان از بن‌لادن و گروه القاعده نام برد. شکل دیگر حمایت از اقدامات تروریستی در قالب حمایت از گروه‌های ضعیف و ستم‌دیده صورت می‌پذیرد. در این حالت دولت‌ها نه تنها از خواسته‌های سیاسی یک گروه ستم‌دیده حمایت می‌کنند، بلکه هرگونه پشتیبانی مالی و نظامی را از اقدامات خشونت‌بار آنها به‌عمل می‌آورند. حتی برخی از دولت‌ها اجازه می‌دهند چنین گروه‌هایی از قلمروشان برای تأسیس اردوگاه‌های آموزشی استفاده نمایند. این دولت‌ها همچنین حمایت‌های حقوقی را برای حمایت از اقدامات خشونت‌بار گروه‌ها در قلمرو مرزهای داخلی‌شان به‌عمل می‌آورند.^{۱۰۹} البته این نکته را بایستی در نظر داشت که این‌گونه حمایت‌ها همیشه در جهت همدردی و همفکری با گروه‌های ستم‌دیده صورت نمی‌پذیرد، بلکه در غالب موارد، دولت‌ها بر مبنای منافع ملی و ایدئولوژی‌های خود دست به این کارها می‌زنند.^{۱۱۰} بنابراین هرگونه حمایت دولت‌ها از اقدامات تروریستی چه به صورت عملی باشد و چه به صورت اغماض و چشم‌پوشی ... ممنوع است و موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها را فراهم می‌آورد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد (ILC) مواد ۸ و ۱۱ پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت‌ها را به این امر اختصاص داده است. کمیسیون در ماده ۸ آورده است: رفتار (ممنوعه) شخص یا گروهی از اشخاص به‌موجب حقوق بین‌الملل به دولت منتسب می‌گردد، اگر آن شخص یا گروهی از اشخاص در حقیقت به دستور مستقیم و یا تحت کنترل دولت به آن رفتار اقدام کنند.^{۱۱۲} ماده ۱۱ طرح حتی به دستور دولت یا تحت کنترل دولت بودن اقدام را هم لازم ندانسته و اعلام نموده:

اگر دولت‌ها با آگاهی، از ارتکاب اعمال ممنوعه از سوی شخص یا گروهی از اشخاص از آن چشم‌پوشی و اغماض نمایند، برای انتساب مسئولیت آن رفتار به دولت کافیت.^{۱۱۳}

108. Sami Zeidan, *Desperately Seeking Definition: the International Communities Quest for Identifying the Specter of Terrorism*, Cornell International Law Journal, Vol.36, 2003-2004, pp. 494-495.

109. Alikhan, *A Legal Theory of International Terrorism*, Published in 19 Connecticut Law Review, 1987.

110. *Ibid.*

111. International Law Commission.

112. Text of the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, Official Records of the General Assembly, fifty session, 2001, Supplement No. 10, CA/ 56/101, (hap.v), Article 8.

113. *Ibid.*, Article 11.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی علیه نیکاراگوئه مسئله حمایت و پشتیبانی دولت از اقدامات تروریستی را مورد توجه قرار داد. دیوان در این قضیه حکم نمود که ایالات متحده در قبال فعالیت‌های کنترهای (contra)^{۱۱۴} نیکاراگوئه مسئول نمی‌باشد، بدین خاطر که دلایلی که کنترها را تحت کنترل و وابسته به ایالات متحده قرار دهد، کافی نبوده‌اند.^{۱۱۵} در آن زمان دولت ایالات متحده تحت رهبری ریگان در جهت سرنگونی حکومت کمونیستی حاکم بر نیکاراگوئه اقدام به سازماندهی، آموزش، تسلیح و تأمین مالی کنترها می‌نمود که بسیاری از آنها جزو گارد ملی دیکتاتور سابق نیکاراگوئه، آناستاسیو سوموزا^{۱۱۶} بودند. اینها بارها مرتکب قتل، تجاوز و ترور شهروندان نیکاراگوئه گردیدند. ایالات متحده سالها به حمایت از آنان ادامه می‌داد.^{۱۱۷} دیوان بین‌المللی دادگستری در این قضیه استدلال نمود که حمایت ایالات متحده از کنترها منجر به نقض حاکمیت سرزمینی نیکاراگوئه شده که این نقض حقوق بین‌الملل است، لکن به‌منظور انتساب اقدامات کنترها به ایالات متحده، دیوان به دلایلی نیاز دارد که ثابت کند در هر مورد عملکرد کنترها منعکس کننده استراتژی دولت امریکا بوده و مستقیماً توسط آن طراحی شده است.^{۱۱۸}

رای دیوان در این قضیه، بعدها به‌خاطر بالا بودن آستانه دیوان در زمینه تعیین دولت مسئول حامی تروریسم، مورد انتقاد حقوقدانان واقع شد.^{۱۱۹} به هر صورت دیوان این مسئله را رد نکرده که کنترها تحت حمایت و پشتیبانی امریکا بوده‌اند، بلکه تنها بر این نکته تأکید داشته که دلیلی وجود ندارد مورد به مورد ثابت کند که اقدامات کنترها در نقض حقوق بشردوستانه، تحت نظر و دستور مستقیم ایالات متحده قرار داشته است، و الا دیوان این مسئله را تأیید کرد که اقدامات امریکا در کمک به سازماندهی، تشویق، آموزش، کمک و تأمین مالی کنترها نقض حقوق بین‌الملل بوده است.

بنابراین دیگر تردیدی نیست که امروزه هرگونه پشتیبانی و حمایت از اقدامات تروریستی، به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم در قالب سازماندهی، تشویق، تحریک، کمک، مشارکت و غیره نقض منشور و حقوق بین‌الملل است.

114. Nicaraguan Contrás.

115. ICJ Reports, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. US), 1986, p. 109.

116. Anastasio Somoza.

117. Scott M. Malzahn, *op.cit.*, p. 100.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, pp. 99-101.

قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت که تعهدات گسترده‌ای را جهت مقابله با تروریسم تبیین نموده، بار دیگر مسئله ممنوعیت هرگونه پشتیبانی و حمایت از تروریسم را مورد تأکید قرار داده است. شورای امنیت در این قطعنامه ضمن اینکه صراحتاً بیان می‌دارد تأمین مالی آگاهانه، طراحی و تحریک اعمال تروریستی مغایر با اهداف و اصول سازمان ملل متحد است،^{۱۲۰} صراحتاً دولت‌ها را ملزم می‌نماید:

۱- با موقوف کردن عضوگیری گروه‌های تروریستی و از بین بردن عرضه اسلحه به تروریست‌ها، از هرگونه پشتیبانی فعال یا غیرفعال از نهادها یا اشخاصی که در تروریسم دخالت دارند، خودداری کنند؛^{۱۲۱}

۲- اقدامات لازم را جهت جلوگیری از ارتکاب اعمال تروریستی اتخاذ نمایند؛^{۱۲۲}

۳- در حوزه پناهندگی از پناه دادن به کسانی که اعمال تروریستی را تأمین مالی، طراحی و یا پشتیبانی می‌کنند، مرتکب آن می‌شوند، یا به تروریست‌ها امان می‌دهند، خودداری کنند؛^{۱۲۳}

۴- بر اساس حقوق بین‌الملل مراقب باشند که مرتکبین، سازمان‌دهندگان یا تسهیل‌کنندگان اعمال تروریستی از پناهندگی سوءاستفاده نکنند؛^{۱۲۴}

۵- مانع استفاده از قلمرو خود بر ضد سایر کشورها یا شهروندان آنها توسط کسانی شوند که اقدامات تروریستی انجام می‌دهند یا آن را تسهیل، تأمین مالی یا طراحی می‌کنند؛^{۱۲۵}

۶- از این امر که هر کس در تأمین مالی، طراحی، آماده‌سازی یا ارتکاب اعمال تروریستی یا پشتیبانی از آن شرکت دارد، به دست عدالت سپرده می‌شود، اطمینان حاصل کنند؛^{۱۲۶}

۷- در ارتباط با تحقیقات جنائی یا جریان رسیدگی‌های کیفی در زمینه تأمین مالی یا پشتیبانی اعمال تروریستی بیشترین همیاری را با یکدیگر مبذول دارند.^{۱۲۷}

بدین ترتیب دیگر هیچ تردیدی وجود ندارد که هرگونه پشتیبانی و حمایت از تروریسم اعم از مستقیم یا غیرمستقیم ممنوع است و قطعنامه ۱۳۷۳ در این خصوص حجت را بر همه دولت‌ها تمام کرده است. بعد از این قطعنامه نیز، شورای امنیت طی قطعنامه‌هایی که صادر کرده مرتباً با تأکید بر اینکه کشورها باید به تعهداتشان به‌موجب قطعنامه ۱۳۷۳ عمل نمایند، بر مسئله ممنوعیت

120. SC/Res/ 1373, para. 5.

121. *Ibid.*, para. 2(a).

122. *Ibid.*, para. 2(b).

123. *Ibid.*, para. 2(c).

124. *Ibid.*, para. 3(f).

125. *Ibid.*, para. 2(d).

126. *Ibid.*, para. 2(f).

127. *Ibid.*, para. 2(f).

هرگونه حمایت از تروریسم و سازماندهی، تشویق، تحریک و ترغیب آن اصرار ورزیده است.^{۱۲۸}

مبحث دوم: سازوکارهای اجرائی مفاد قطعنامه ۱۳۷۳

همانطور که شاهد بودیم شورای امنیت سازمان ملل متحد پس از وقوع حوادث ۱۱ سپتامبر اقدامات گسترده‌ای را جهت مبارزه با تروریسم انجام داد. شورای امنیت در قطعنامه ۱۳۷۳ هنجارهایی را که در این خصوص تا آن زمان در قالبهای قراردادی گرفتار مانده بود، به صورت تکلیفی جهانی درآورد؛ شورای امنیت با جسارت خارق‌العاده‌ای تکالیف قراردادی ناشی از کنوانسیونهای ملل متحد در مبارزه با تروریسم را به یکباره به تکالیف سازمانی تبدیل کرد که بدون چون و چرا بر تمامی دول عضو تحمیل می‌گردد. چنین فرایندی در سطح بین‌المللی نوعی «قانونگذاری بین‌المللی» می‌باشد که در نوع خود بی‌نظیر بوده و جهش قابل‌ملاحظه‌ای در حرکت جامعه بین‌المللی به سوی سرکوب تروریسم به شمار می‌رود.^{۱۲۹}

«الزام دولتها به همکاری و معاضدت با یکدیگر»، «مقابله با تأمین مالی تروریسم»، «عدم پشتیبانی مستقیم و غیرمستقیم از تروریسم» و «جرم‌انگاری و تعقیب کیفی تروریسم» چهار تکلیف مشترک تمام کنوانسیون‌های بین‌المللی ضد تروریسم و سایر اسناد بین‌المللی در زمینه مبارزه با تروریسم می‌باشد که شورای امنیت دامنه شمول آنها را به کلیه دولتهای عضو گسترش داد.

شورای امنیت به منظور نظارت بر اجرائی شدن تعهدات مندرج در قطعنامه، دو شیوه را در کنار هم مدنظر قرار داد، اول اینکه دولتها را ملزم نمود به کنوانسیونهای دوازده‌گانه ضد تروریسم بپیوندند چرا که این کنوانسیونها چنانکه شاهد بودیم با رویکردی عملگرایانه و بخشی به‌صورتی مصداقی با تروریسم برخورد نموده و با تدوین مقررات مفصل و جزئی، شیوه‌های مؤثر مقابله و سرکوب اقدامات تروریستی را مشخص نموده‌اند، و دوم ارائه گزارش به کمیته ضد تروریسم شورای امنیت که متعاقب صدور قطعنامه ۱۳۷۳ تشکیل شد.

(۱) الزام دولتها برای الحاق به کنوانسیونهای مربوط به تروریسم (مشارکت در

تحقیق حاکمیت قانون در جامعه بین‌المللی)

شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطعنامه ۱۳۷۳ صراحتاً از دولتها می‌خواهد «هرچه سریعتر به کنوانسیونها و پروتکل‌های مربوط به تروریسم بپیوندند، از جمله کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری از تأمین مالی تروریسم مصوب ۹ دسامبر ۱۹۹۹».^{۱۳۰} اصولاً تصویب و انعقاد

۱۲۸. رک. پاورقی شماره ۳۹.

۱۲۹. عبداللهی، محسن، پیامدهای حوادث ۱۱ سپتامبر بر مبارزه با تروریسم، همان، ص ۲۵.

130. SC/Res/ 1373, para. 3(d).

عهدنامه‌های بین‌المللی که از سالیان دراز بر اساس وفاق عام انجام می‌گیرد، روش بسیار وقت‌گیری است. تصویب پروتکل‌های الحاقی به عهدنامه‌های ژنو چهار سال و کنوانسیون مربوط به حقوق دریاهای ده سال طول کشید. این طولانی شدن زمان برای پذیرش هنجارهای بین‌المللی در دنیای همواره در حال تحول، برازنده به نظر نمی‌رسد. اقتضات دنیای فعلی سرعت بیشتری را در این باره می‌طلبد. این امر بیشتر از آن جهت در خور توجه است که مراحل تصویب و تأیید عهدنامه‌ها، خود به زمان زیادی نیاز دارد و ممکن است زمانی تعداد زیادی از دولت‌ها به این عهدنامه‌ها پیوندند که عهدنامه‌ها دیگر کارایی لازم را ندارند.

پیشتر دیدیم شورای امنیت با روش مثبتی که در پیش گرفت و مورد قبول تعدادی از کشورها واقع شد، زمان تصویب عهدنامه‌ها را بسیار کوتاه کرد، در واقع شورا با تصویب قطعنامه‌های مربوط به مبارزه با تروریسم به روش شبه عهدنامه‌ای، مدت دهها سال را به چند روز کاهش داد. علی‌رغم سودمندی این روش باید اذعان کرد که این روش چاره همه دردها نیست. اگر می‌خواهیم الحاق کشورها جنبه شکلی و صوری به خود نگیرد باید تلاش کنیم تا از طرق مختلف زمینه‌های مشارکت واقعی و همکاری دولت‌ها را فراهم نماییم.^{۱۳۱}

تا سال ۲۰۰۱ و پیش از وقوع حوادث ۱۱ سپتامبر در جامعه بین‌المللی حدود ۱۲ کنوانسیون جهانی (و ۷ کنوانسیون منطقه‌ای) در خصوص مبارزه با تروریسم در حوزه‌های مربوط به امنیت هوایی و هوانوردی، امنیت دریایی و دریانوردی، امنیت شخصی، امنیت دیپلماتیک، بمب‌گذاری و تأمین مالی تروریسم به تصویب رسیدند که جز در حوزه هوایی و هوانوردی، بقیه با استقبال و پذیرش خوبی از سوی دولت‌ها واقع نشدند.^{۱۳۲}

جدول ذیل وضعیت امضاء و تصویب کنوانسیونهای فوق از سوی دولت‌ها را تا پیش از وقوع حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ نشان می‌دهد.^{۱۳۳}

۱۳۱. ساندوز، ایو، مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصتها، همان، ص ۳۶۸.

۱۳۲. چه‌بسا اگر کنوانسیونهای فوق به تصویب همه دولت‌ها می‌رسیدند و به‌طور کامل اجرا می‌شدند شاید شاهد حادثه دلخراش ۱۱ سپتامبر نمی‌بودیم.

۱۳۳. این جدول و نیز متن سایر کنوانسیونها از منبع ذیل استخراج شده‌اند:

M. herif Bassiouni, International Terrorism: Multilateral Conventions (1937-2001), Transnational Publishers, Inc., New York, 2001.

ردیف	عنوان کنوانسیون یا پروتکل	تاریخ و محل امضاء	تاریخ لازم الاجرا شدن	تعداد دول امضاء کننده	تعداد دول تصویب کننده
۱	کنوانسیون مقابله با جرائم و سایر اعمال ارتكابی در هواپیما	توكيو ۱۹۶۳	۱۹۶۹/۱۲/۴	۴۱	۱۷۳
۲	کنوانسیون مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما	لاسه ۱۹۷۰	۱۹۷۱/۱۰/۱۴	۷۹	۱۷۵
۳	کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی هواپیمایی کشوری	مونترال ۱۹۷۱	۱۹۷۱/۶/۴	۶۰	۱۷۹
۴	کنوانسیون مجازات و جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأمورین دیپلمات	نیویورک (سازمان ملل متحد) ۱۹۷۳	۱۹۷۷/۲/۲۰	۲۶	۱۰۵
۵	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با گروه‌گانگیری	نیویورک (سازمان ملل متحد) ۱۹۷۹	۱۹۸۳/۶/۲	۳۹	۹۸
۶	کنوانسیون محافظت فیزیکی از مواد هسته‌ای	وین ۱۹۸۰	۱۹۸۷/۲/۸	۴۵	۶۷
۷	پروتکل مقابله با اقدامات غیرقانونی خشونت‌آمیز در فرودگاههایی که در خدمت هواپیمایی کشوری بین‌المللی است (الحاقی به کنوانسیون مونترال ۱۹۷۱)	مونترال ۱۹۸۸	۱۹۸۹/۸/۶	۶۹	۱۰۲
۸	کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی	رم ۱۹۸۸	۱۹۹۲/۳/۱	۴۱	۴۱
۹	پروتکل مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه سکوهاي ثابت واقع در فلات قاره (الحاقی به کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی)	رم ۱۹۸۸	۱۹۹۲/۳/۱	۳۹	۳۸
۱۰	کنوانسیون علامت‌گذاری مواد منفجره پلاستیکی به منظور ردیابی آنها	مونترال ۱۹۹۱	۱۹۹۸/۶/۲۱	۵۱	۵۸
۱۱	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با بمب‌گذاری تروریستی	نیویورک (سازمان ملل متحد) ۱۹۹۷	۲۰۰۱/۲/۲۳	۵۸	۳۷
۱۲	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم	نیویورک (سازمان ملل متحد) ۱۹۹۹	-	۴۳	۴

بعد از صدور قطعنامه ۱۳۷۳ کلیه دولتها مکلف شدند هرچه سریعتر به کنوانسیونهای فوق ملحق شوند^{۱۳۴} که همین امر موجب شد میل پیوستن دولتها به این قبیل کنوانسیونها بعد از آن تاریخ افزایش یابد، طوری که کنوانسیون سرکوب و جلوگیری از تأمین مالی تروریسم که تا پیش از این قطعنامه تنها ۴ کشور عضو آن بودند و حتی لازم‌الاجراء نیز نشده بود، تا ۳۰ آوریل ۲۰۰۳، ۱۳۲ کشور را جذب خود کرد و ۱۳۲ کشور مفاد آن را امضا نمودند.

در مورد سایر کنوانسیونها نیز وضعیت تقریباً این‌گونه است. در ادامه آخرین وضعیت پیوستن دولتها به کنوانسیونهای ضد تروریسم را تا ژانویه ۲۰۰۶ بررسی می‌نماییم.

ردیف	عنوان کنوانسیون یا پروتکل	تعداد دول امضاءکننده	تعداد دول تصویب‌کننده
۱	کنوانسیون مقابله با جرایم و سایر اعمال ارتكابی در هواپیما	۴۱	۱۸۰
۲	کنوانسیون مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما	۷۹	۱۸۱
۳	کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی هواپیمایی کشوری	۶۰	۱۸۳
۴	کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأمورین دیپلمات	۲۶	۱۵۹
۵	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با گروگانگیری	۳۹	۱۵۳
۶	کنوانسیون محافظت فیزیکی از مواد هسته‌ای	۴۵	۶۹
۷	پروتکل مقابله با اقدامات غیرقانونی خشونت‌آمیز در فرودگاههایی که در خدمت هواپیمایی کشوری بین‌المللی است (الحاقی به کنوانسیون مونترال ۱۹۷۱)	۶۹	۱۵۶
۸	کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی	۴۱	۱۳۴
۹	پروتکل مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه سکوهایی ثابت واقع در فلات قاره (الحاقی به کنوانسیون مقابله با اقدامات غیرقانونی علیه ایمنی دریانوردی)	۳۹	۱۲۳
۱۰	کنوانسیون علامت‌گذاری مواد منفجره پلاستیکی به‌منظور ردیابی آنها	۵۱	۱۲۱
۱۱	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با بمب‌گذاری تروریستی	۵۸	۱۴۵
۱۲	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم	۴۳	۱۴۹
۱۳	کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تروریسم هسته‌ای - سازمان ملل متحد ۲۰۰۵	۹۷	-

134. SC/Res/ 1373, para. 3(d).

به‌طور کلی پیوستن به کنوانسیونها از آن جهت اهمیت دارد که تقریباً هر کدام از آنها حسب ضرورت اجتماعی موجود در دوره تصویبی خود، مورد مذاکره قرار گرفته و به تصویب رسیده‌اند و حاوی مقررات مفصل در خصوص اجرا و اعمال آن می‌باشند؛ بنابراین فرض بر این است که با پیوستن به این کنوانسیونها اجرای تعهدات مندرج در قطعنامه ۱۳۷۳ با ابزارهای بهتری صورت می‌پذیرد. به بیان بهتر کنوانسیونهای فوق نقش آیین‌نامه اجرایی قطعنامه ۱۳۷۳ را ایفا می‌نمایند. اما پرسش اساسی در اینجا این است که آیا اجرای مفاد این قطعنامه با توجه به اینکه در بند ۳ آن تأکید شده، دولتها باید به کنوانسیونهای ضد تروریسم بپیوندند، مستلزم پیوستن دولتها به این کنوانسیونهاست؟ به عبارت دیگر اگر دولتی عضو کنوانسیونهای مذکور نباشد هیچ تعهدی نخواهد داشت؟ چنانکه گفته شد به‌موجب ماده ۲۵ منشور، دول عضو ملل متحد پذیرفته‌اند که تصمیمات شورای امنیت را که بر طبق این منشور صادر می‌شود، قبول و اجرا نمایند. در این خصوص شورای امنیت در قطعنامه‌هایی که راجع به تروریسم صادر نموده همواره بر این نکته تأکید داشته که اقداماتش در زمینه مبارزه با تروریسم در چارچوب منشور و در راستای اجرای وظایفش بوده است.^{۱۳۵}

تردیدی نیست که پیوستن یا نپیوستن به این کنوانسیونها هیچ تأثیری بر تعهداتی که دولتها به‌موجب قطعنامه ۱۳۷۳ دارا می‌باشند، ندارد. چنانکه گفتیم الزام به الحاق به کنوانسیونهای ضد تروریسم تنها در جهت اجرای بهتر و مؤثرتر تکالیف ناشی از قطعنامه ۱۳۷۳ و نیز کمک به مشارکت در تحقق حاکمیت قانون در جامعه بین‌المللی صورت پذیرفته است والا دولتها با ارائه گزارشات خود در خصوص اعمال و اجرای قطعنامه فوق در عمل نشان داده‌اند که تعهدات آن برای آنها لازم‌الاتباع است.

(۲) ارائه گزارش به شورای امنیت و تشکیل کمیته ضد تروریسم

شورای امنیت سازمان ملل متحد بر اساس ماده ۲۸ آیین کار داخل خود، تصمیم می‌گیرد کمیته‌ای را در شورای امنیت متشکل از تمام اعضای شورا تشکیل دهد تا بر اجرای قطعنامه ۱۳۷۳ نظارت کند و از تمام کشورها می‌خواهد که حداکثر تا ۹۰ روز پس از تصویب این قطعنامه بر اساس جدول زمانی که کمیته پیشنهاد خواهد کرد، در خصوص اقداماتی که در جهت اجرای این قطعنامه انجام داده‌اند، به کمیته گزارش دهند.^{۱۳۶} همچنین شورا کمیته مذکور را مکلف می‌کند که مأموریت و برنامه کاری خود را ظرف ۳۰ روز از تصویب این قطعنامه ترسیم کند و با رایزنی دیرکل کمک‌هایی را که نیاز دارد، بررسی کند. تشکیل این کمیته توسط شورای امنیت

۱۳۵. رک. پاورقی شماره ۳۹.

136. SC/Res/ 1373, para. 6.

در چارچوب ماده ۲۹ منشور صورت گرفته است. به موجب این ماده « شورای امنیت می‌تواند ارکان فرعی‌ای را که برای انجام وظایف خود لازم می‌بیند تأسیس نماید».

کمیته فوق، خود از ۳ کمیته فرعی دیگر تشکیل شده که موظف به بررسی و ارزیابی گزارشها می‌باشند و به گروهی از کارشناسان که توسط دبیرکل سازمان ملل متحد در این خصوص به کار گرفته شده‌اند، کمک می‌کنند.

کمیته ضدتروریسم شورای امنیت (ctc)^{۱۳۷} دارای ده کارشناس می‌باشد که هشت نفر از آنها وظیفه بررسی گزارشهای ارائه شده توسط دولتها را بر عهده دارند و دو نفر دیگر با برنامه کمک‌های فنی (ctc) همکاری می‌کنند، لذا هشت نفر از کارشناسان ctc مسئول بررسی و تحلیل گزارشهایی که توسط دولتها به کمیته تقدیم می‌گردد، می‌باشند.^{۱۳۸}

شورای امنیت در قطعنامه ۱۳۷۳ تنها به این مسئله اشاره داشته که کمیته‌ای تشکیل می‌گردد که وظیفه‌اش نظارت بر اجرای مفاد قطعنامه است و دولتها را فرا می‌خواند که در خصوص نحوه اجرای قطعنامه در کشورهای خود، به کمیته مذکور گزارش دهند اما راهکار مشخصی را ارائه نمی‌دهد. شورا در اینجا باید عملکرد و نقش خود را از طریق ایجاد گفتگو بین شورای امنیت و دول عضو به منظور ایجاد بالاترین ظرفیتها جهت مقابله جهانی با تروریسم، ایفاء نماید^{۱۳۹} و ایجاد روابطی رو به توسعه با سازمانهای بین‌المللی، منطقه‌ای و زیر منطقه‌ای کند.^{۱۴۰}

تاکنون بالغ بر ۵۰۰ گزارش از سوی دولتها به آن کمیته ارائه شده است. کلیه دولتها اولین گزارش خود را به کمیته ارائه داده‌اند و بسیاری دیگر از کشورها گزارش‌های دوم، سوم و حتی چهارم خود را نیز در خصوص مسائل فوق تقدیم نموده‌اند.^{۱۴۱} مسئله‌ای که غالباً در مورد کمیته ضدتروریسم شورای امنیت مطرح می‌شود این است که آیا تا امروز کمیته توانسته است تأثیر مستقیمی بر مبارزه با تروریسم بگذارد؟ پاسخ مثبت است. اما نه به شیوه‌هایی که تاکنون مطالعه کردیم. به گونه‌ای که قبلاً گفته شد کمیته ضد تروریسم تروریستها را شناسایی نمی‌کند یا تحریم‌هایی را بر دولت‌های حامی تروریسم تحمیل نمی‌نماید یا به اقدامات تروریستی خاص پاسخ نمی‌دهد، بلکه در جهت تقویت زیرساختهای مورد نیاز برای مبارزه با تروریسم اقدام می‌نماید. تلاشهای کمیته در آینده نیز بایستی ادامه یابد و جامعه بین‌المللی بایستی حمایت‌های

137. The Counter - Terrorism Committee.

138. Eric, Rosand, Security Council Resolution 1373, the Counter - Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism, the American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, pp. 334-335.

139. *Ibid.*, p. 335.

140. Jane E. Stromseth, An Imperial Security Council? Implementing Security Council Resolutions 1373 and 1390, Asil Proceedings, 2003, p. 41.

۱۴۱. ر.ک. برای مطالعه گزارش‌های دولتها به کمیته ضدتروریسم شورای امنیت:
www.un.org/docs/sc/committees/1373/reports.htm

مؤثری را از آن در جهت ایفای وظایفش به عمل بیاورد.^{۱۴۲} بخصوص اینکه کمیته در تداوم راهش با چالش‌هایی چون کمبود منابع مالی، عدم همکاری و کمک از سوی سایر نهادها، تمرکز صرف کمیته بر گزارشات کتبی دولتها، فقدان تعریفی مورد توافق از تروریسم میان اعضای ملل متحد، مسئله حمایت از حقوق بشر در زمان مبارزه با تروریسم و غیره مواجه می‌باشد.^{۱۴۳}

نتیجه‌گیری

از تروریسم به عنوان «سرطان»^{۱۴۴} دنیای مدرن یاد می‌کنند.^{۱۴۵} بی‌شک جامعه جهانی این معضل بین‌المللی شده را یکی از دغدغه‌های اصلی خود و از عوامل مؤثر تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی می‌کند.

از هنگامی که سازمان ملل متحد در دههٔ هفتاد ابتکار عمل را در مبارزه با تروریسم در دست گرفت آشکار بود که مشکلات غلبه‌ناپذیری در قالب یک رویکرد سیاسی برای طراحی یک رژیم مورد توافق برای مبارزه با تروریسم وجود دارد.^{۱۴۶} به همین خاطر و نیز به دلیل رشد اقدامات تروریستی در این دهه، جامعه بین‌المللی با نگرشی عملگرایانه برخی از اقدامات خاص را به‌عنوان اقدامی مجرمانه و تروریستی قلمداد کرد و برای هرکدام رژیم حقوقی مشخصی را تبیین نمود (هرچند تلاشها برای دستیابی به مفهومی روشن از تروریسم متوقف نگردید). و بدین ترتیب کنوانسیونهای بین‌المللی متعددی در مبارزه با تروریسم به تصویب رسیدند.

در کنار این تلاشها، مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز طی سالها قطعنامه‌های متعددی را در خصوص تروریسم و ضرورت مبارزه جدی با آن به تصویب رسانده‌اند. تقریباً از هنگام تشکیل جلسه سران شورای امنیت در ژانویه ۱۹۹۲ بود که مسئله تروریسم به‌عنوان یکی از عوامل تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی به‌طور مستقیم در دستور کار شورای امنیت قرار گرفت و تاکنون نیز این روند ادامه داشته است. قضیه لاکربی،^{۱۴۷} سوء قصد علیه رئیس‌جمهور مصر،^{۱۴۸} انفجار سفارتخانه‌های امریکا در کنیا و تانزانیا^{۱۴۹} و اتخاذ تصمیماتی علیه

142. Eric Rosand, *op.cit.*, p. 337.

143. *Ibid.*, pp. 337, 338, 339, 340.

144. Cancer.

145. Paul Johnson, *The Cancer of Terrorism*, in: *Terrorism: How the West Can Win* 31, 1966.

146. Amrith Rohan Perera, *International Terrorism*, Vikos Publishing House pvtct, p. 285.

147. see: SC/Res/731, 1992.

SC/Res/748, 1992.

148. SC/Res/1044, 1996.

149. SC/Res/1189, 1998.

افغانستان و گروه‌های تروریستی مستقر در آن^{۱۵۰} و ترور دیپلمات‌های ایرانی در افغانستان،^{۱۵۱} از جمله اقدامات تروریستی بوده‌اند که شورای امنیت آنها را مورد بررسی قرار داده است. اما متأسفانه تمامی این تدابیر در سطح بین‌المللی جهت مبارزه با تروریسم به واسطه عدم مشارکت دولتها ناکام ماند و جامعه بشری در روز ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ شاهد بزرگترین عملیات تروریستی تاریخ بود.

تا پیش از این اقدام، کنوانسیونهای ضد تروریسم با استقبال چندانی از سوی دولتها مواجه نشدند و تلاشهای سازمان ملل متحد نیز در این راستا مؤثر واقع نگردید.

بعد از حوادث ۱۱ سپتامبر، فصل نوینی در حرکت جامعه بین‌المللی به سوی مبارزه‌ای مؤثر و قاطع با تروریسم گشوده شد. شورای امنیت به فاصله ۱۷ روز پس از این حوادث دو قطعنامه مهم صادر کرد. شورا ابتدا در قطعنامه ۱۳۶۸ که در تاریخ ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ صادر نمود، ضمن اظهار همدردی با خانواده قربانیان حوادث تروریستی در امریکا و حکومت ایالات متحده و نیز ضمن محکومیت شدید تروریسم به‌عنوان عامل تهدید کننده صلح و امنیت بین‌المللی، حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی برای دولت قربانی را مورد تأکید قرار داد و آمادگی خود را برای مبارزه با تروریسم با کلیه ابزارها اعلام نمود^{۱۵۲} و سپس در قطعنامه ۱۳۷۳ که ۱۷ روز بعد به تصویب رساند تدابیر گسترده‌ای را که واجد آثار حقوقی نیز می‌باشند، برای تمام دولتهای جهان به‌منظور مبارزه با تروریسم اندیشید. شورای امنیت در این قطعنامه به شکلی بی‌سابقه هنجارهایی را که در این خصوص تا آن روز در قالبهای قراردادی گرفتار مانده بود، به صورت تکلیفی جهانی درآورد؛ شورای امنیت با جسارت خارق‌العاده‌ای تکالیف قراردادی ناشی از کنوانسیونهای ملل متحد در مبارزه با تروریسم را به یک باره به تکالیف سازمانی تبدیل کرده که بدون چون‌وچرا بر تمامی دول عضو تحمیل می‌گردد. چنین فرایندی در سطح بین‌المللی نوعی «قانونگذاری بین‌المللی» می‌باشد که در نوع خود بی‌نظیر بوده و جهش قابل ملاحظه‌ای در حرکت جامعه بین‌المللی به سوی سرکوب تروریسم به‌شمار می‌رود. «الزام کشورها به همکاری و معاضدت با یکدیگر»، «مقابله با تأمین مالی تروریسم»، «عدم پشتیبانی مستقیم و غیر مستقیم از تروریسم» و «جرم‌انگاری و تعقیب کیفی تروریسم»، چهار تکلیف مشترک تمام کنوانسیونهای بین‌المللی ضد تروریسم و سایر اسناد بین‌المللی در زمینه مبارزه با تروریسم می‌باشند که شورای امنیت آنها را به‌صورت جهانی درآورد. چنانکه شاهد بودیم این تکالیف تا پیش از قطعنامه ۱۳۷۳ نیز وجود

150. SC/Res/1214, 1998.

SC/Res/1333, 2000.

151. SC/Res/1269, 1999.

152. SC/Res/1368, 2001.

داشتند اما نه مورد اجرا واقع می‌شدند و نه ضرورت آنها مورد توجه قرار می‌گرفت. بدین ترتیب حوادث ۱۱ سپتامبر فرصت خوبی را برای اعضای جامعه بین‌المللی پدید آورد که برای یکبار دیگر، اما این دفعه هم‌صدا با هم تروریسم بین‌المللی را محکوم نمایند جالب اینکه چنین هم‌صدایی را تا پیش از آن حوادث کمتر در مسائل بین‌المللی شاهد بودیم.

همچنین به‌موجب قطعنامه ۱۳۷۳ دولتها ملزم شدند در ظرف زمانی معینی در خصوص اجرای مفاد قطعنامه به کمیته ضد تروریسم شورای امنیت گزارش دهند. همه دولتها گزارشهای خود را حتی در دو یا سه نوبت به شورا ارائه داده‌اند. تاکنون بالغ بر ۵۰۰ گزارش از سوی دولتها به ثبت رسیده است^{۱۵۳} که این امر نشان از الزام‌آور بودن تعهدات مندرج در قطعنامه و نیز جهانی بودن آنها دارد، امری که از طریق تصویب یک کنوانسیون بین‌المللی جامع ممکن بود دهها سال به طول بیانجامد و این می‌تواند نشان از صورت عرفی یافتن «قواعد عام مبارزه با تروریسم» باشد، بخصوص با در نظر گرفتن این موضوع که اقدامات تروریستی به‌خاطر خشونت‌آمیز بودن، ایجاد رعب و وحشت و انگیزه سیاسی نهایتاً منجر به نقض حق حیات، بی‌حرمتی به کرامت و منزلت انسانی و به‌طور کلی نقض فاحش حقوق بشر می‌گردد.^{۱۵۴}

به هر صورت با وجود تمام تمهیداتی که از سوی جامعه بین‌المللی پس از حوادث دلخراش ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ جهت مبارزه‌ای قاطعانه با تروریسم صورت گرفت باز هم شاهد وقوع چند عملیات تروریستی بزرگ در جهان بودیم. اسپانیا، روسیه، انگلستان، مصر، اردن و عراق از مهم‌ترین کشورهای آماج عملیات تروریستی در سالهای اخیر بوده‌اند. وقوع این حوادث نشان می‌دهد که هنوز در جامعه بین‌المللی، اختلاف نظرهای گذشته، بر مسئله مبارزه با تروریسم تأثیر دارد. بعد از حوادث ۱۱ سپتامبر اجماع خوبی در این رابطه میان دولتها شکل گرفت که نتیجه آن در قالب قطعنامه ۱۳۷۳ منعکس شد. شناسایی تعهداتی گسترده در سطح جهانی برای دولتها به‌منظور مبارزه‌ای مؤثر با تروریسم از جمله اقدامات بی‌نظیر شورای امنیت به‌عنوان اصلی‌ترین رکن حافظ صلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌شود. به‌عبارت بهتر شورای امنیت برای آینده اقدام به قانونگذاری نمود، اما متأسفانه شاهد وقوع حوادث تروریستی بوده و هستیم و دولتها در اجرای تعهداتشان در این خصوص قاطع نبوده‌اند.

۱۵۳. برای دسترسی به گزارش دولتها رک.

www.un.org/Docs/sc/committees/1373/Reports.htm

۱۵۴. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک.

Ben Saul, Three Reasons for Defining and Criminalizing Terrorism, *op.cit.*

James D. Fry, Terrorism as a Crime against Humanity and Genocide: the Back Door to Universal Jurisdiction, *Ucla Journal of International Law and Foreign Affairs* 2002-2003.

C. Fijnut, J. Wouters and F. Naert, Legal Instruments in the Fight against International Terrorism a Transatlantic Dialogue, *op.cit.*

تحول حق تعیین سرنوشت در چارچوب ملل متحد

مهناز اخوان خرازیان*

چکیده

اصل تعیین سرنوشت یکی از اصول پایه حقوق بین‌الملل معاصر است. این اصل در ماده یک منشور و در زمره اهداف و مقاصد ملل متحد ذکر شده؛ منشور از حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یکی از مبانی و پایه‌های روابط دوستانه و مسالمت‌آمیز بین دولت‌ها و ملت‌ها یاد کرده است. با این حال اصل مزبور فاقد آن استحکامی است که اصول دیگری همچون اصل عدم توسل به زور یا اصل برابری حاکمیت‌ها یا اصل عدم مداخله از آن برخوردارند. موقعیت حقوقی این اصل تا مدت‌ها محل تردید بود. آیا اصل تعیین سرنوشت اصلی سیاسی بود یا یک اصل حقوقی؟ تدوین میثاقین پاسخی برای این پرسش فراهم کرد. حق تعیین سرنوشت به‌خصوص از زمان تدوین میثاقین، به‌عنوان حق مردم برای تعیین نظام سیاسی، اقتصادی و اجتماعی که در چارچوب آن زندگی می‌کنند، تعریف شد. تا مدت‌ها بحث بر سر این بود که "Self" در عبارت "Self-Determination" به چه کسانی اطلاق می‌شود؟ پاسخها محدود بود: مردم مستعمرات، مردم سرزمینهای تحت سلطه بیگانه و گروه‌های نژادی تحت سلطه رژیم نژادپرست. آیا تعریف عبارت "Self" به همین جا و به همین مقدار ختم می‌شد؟

پایان جنگ سرد، همان‌طور که بسیاری از اصول حقوق بین‌الملل را تحت تأثیر تحولات جدید و بی‌سابقه‌ای قرار داد، بر اصل تعیین سرنوشت نیز تأثیر چشمگیری داشت. توجه روزافزون به مسئله دموکراسی، ارزشهای حکومت دموکراتیک و حقوق بشر از یک‌سو و حقوق اقلیتها از سوی دیگر، دامنه مفهومی این اصل را غنی کرد و به آن استحکام بخشید. اکنون مرکز ثقل پرسش در خصوص اصل تعیین سرنوشت تغییر کرده بود؛ اگر قبلاً بر سر تعیین مفهوم "Self" اختلاف نظر وجود داشت، اکنون این سؤال مطرح بود که «مردم» - با توجه به معانی مختلفی که در موقعیتهای مختلف بر آن بار می‌شود

*. کارشناسی ارشد دیپلماسی و سازمانهای بین‌المللی و دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر دانشگاه تهران.

- بر اساس حق تعیین سرنوشتش تا چه حد و در چه حوزه‌هایی می‌تواند برای خود تعیین کننده باشد؟ در این مقاله سعی شده تا حد ممکن به این پرسشها پاسخ داده شود.

(۱) تاریخچه تکامل مفهوم حق «تعیین سرنوشت»^۱

با حدود چهار قرن رویه عملی در خصوص اصل تعیین سرنوشت باید گفت که این ایده به هیچ‌وجه ایده جدیدی محسوب نمی‌شود. در واقع تاریخ طرح اصل تعیین سرنوشت مردم-به‌نحوی که منجر به ایجاد دولت-ملت شود- به صلح وستفالی در ۱۶۴۸ باز می‌گردد.^۲ با این حال در مورد مبداء و منشاء آن اتفاق نظر وجود ندارد.^۳ در سیستم ملل متحد بر این نکته تأکید می‌شود که بحث در مورد اصل تعیین سرنوشت یکی از حوزه‌هایی است که دستاوردهای سازمان در آن حوزه از ارزش تاریخی و برجسته‌ای برخوردار است.^۴

«برآورد نظرات عنوان شده، قطعنامه‌های ارکان مختلف سازمانهای تخصصی و خود ملل متحد، گزارشات و تفسیرها و ... نشان می‌دهد، که تلقی عمومی در سیستم ملل متحد مبتنی بر این نکته است که تحقق و رعایت حق تعیین سرنوشت مردم به تثبیت روابط دوستانه، همکاری

1. Self -Determination.

2. Ved P. Nanda, Revisiting Self - Determination As An International Law concept: A Major Challenge in the post cold war era, Adapted version of a presentation at the American Branch of the Int'l Law Associationes Int'l Law Weekend in New York, on Novamber 1 / 1996 / at the panel entitled (the New Dynamics Self- Determination), *cited on:* (www. Tamilnation. org).

3. Halim Moris, Self- Determination: An Affirmative Right or Mere Rhetoric ?, *cited on:* (www. Tamilnation. org).

4. E/CN. 4/ Sub. 2/405/ REN. 1, 1980 / Para. 50".

غیر از خود منشور ملل متحد که در ماده ۱ (۲) و ماده ۵۵ به اصل تعیین سرنوشت اشاره شده، در چارچوب ملل متحد و نیز در چارچوب همکاریهای منطقه‌ای، که متأثر از فعالیتها و دستاوردهای ملل متحد بوده اسناد زیر قابل ذکر است:

Declaration on the Granting of Independence to Colonial countries and Peoples, General Assembly Resolution 1514 (xv)/ 14 Dec. 1960 (hereinafter Declaration on the Granting of Independence)

"Declaration on the Pirnciples of International Law Concerning Freindly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, General Assembly Resolution 2625 / Annex/ 24 oct. 1970";

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ میلادی (مطابق ۱۳۴۵/۹/۲۵ شمسی) مجمع عمومی سازمان ملل متحد، نقل از کتاب طرح تقویت ظرفیت‌های آموزش و پرورش بشر، گزیده‌ای از مهم‌ترین اسناد بین‌الملل حقوق بشر، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۶؛

میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ میلادی (مطابق ۱۳۴۵/۹/۲۵) مجمع عمومی سازمان ملل متحد، نقل از کتاب طرح تقویت ظرفیت‌های آموزش و پرورش و پژوهش حقوق بشر، گزیده مهم‌ترین اسناد بین‌الملل حقوق بشر، دانشکده حقوق علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۲۸؛

Vienna Declaration & Programe of Action, pt. I, article 2. UNGAOR/ 48th Session/ UN Document A/Conf. 157/23(1993):A / Res/ 50/6, 1995:Conference on Security and Coopertion in Europe: Final Act (here in after Helsinki Final Act), article VIII, reprinted in 14 ILM- 1299 /1295(1975).

میان دولتها و ملتها، تقویت صلح و تفاهم بین‌المللی کمک می‌کند».^۵

در ابتدای قرن بیستم، شکاف عمده‌ای بین مفهوم «دولتها» و «مردمان» به‌وجود آمد. در پایان جنگ جهانی اول، دو گرایش مختلف بر این اساس و برای حمایت از حقوق مردم پدیدار شد. اگرچه عمدتاً پرزیدنت ویلسون را اولین بانی طرح مفهوم تعیین سرنوشت می‌دانند،^۶ لکن بلشویکها نیز در همان زمان این ایده را با مفهومی متفاوت مطرح کردند.^۷ نهایتاً آنچه که در میثاق جامعه گنجانده شد، سیستم ماندا بود که البته روح و مضمون اصلی آن را همان اصل تعیین سرنوشت تشکیل می‌داد، اگرچه صراحتاً به اصل تعیین سرنوشت اشاره‌ای نداشت.^۸ نظام ماندا بر مبنای دو اصل مهم بنا شده بود: اصل عدم الحاق و اصل رفاه و توسعه مردمی که عنوان می‌شد هنوز قادر به اداره کردن خود نیستند و این همان «مسئولیت مقدس مدنیت»^۹ بود.^{۱۰}

منحل شدن جامعه ملل به معنای از بین رفتن حکمت غایی و هدف اصلی سیستم ماندا و تعهدات حاصله از آن نبود، بنابراین تحقق این اهداف بستگی به وجود جامعه ملل نداشت. رویه دول عضو جامعه ملل، آخرین قطعنامه مجمع جامعه ملل و بند یک از ماده ۸۰ منشور ملل متحد نیز مؤید همین مطلب است.^{۱۱}

در اثنای مذاکرات تصویب منشور ملل متحد این مسئله مطرح بود که آیا «منافع ملی دوفاکتوی»^{۱۲} یک دولت می‌تواند توجیهی برای بی‌توجهی به «حقوق تغییرناپذیر و تخطی‌ناپذیر» مردمان دیگر باشد؟ به نظر می‌رسد طرح مقدماتی این اصل در مذاکرات تصویب منشور - از منشور آتلانتیک در سال ۱۹۴۱ تا مذاکرات سانفرانسیسکو در ۱۹۴۴ - با هدف پوشش دادن به سرزمینهایی بود که زیریوغ آلمانها بودند و اعاده حاکمیت، خودمختاری و حیات ملی آنها مطرح بود،^{۱۳} و نه اقلیتهای قومی و نه مستعمرات چندان مدنظر بانیان این اصل نبود.^{۱۴} نهایتاً اصل تعیین سرنوشت (در قالب یک اصل سیاسی و نه یک قاعده حقوقی) در منشور ملل متحد

5. CCPR General Comment, no. 12. the Right to, Self- Determination of Peoples (Art. 1): 13/03/84

6. Halim Moris / *Supra* note 3, V. P. Nanda, *Supra* note 2.

7. Daniele Archibugi, A Critical Analysis. the Self- Determination of Peoples: A Cosmopolitan Perspective, *Constellations* volume 10/ no. 4/2003, *cited on:* (www. Tamilnation. org).

8. Halim Moris/ *Supra* note 3.

9. Sacred trust.

10. ICJ Reports, 1950/ p. 131 – 132, ICJ Reports / 1971/ paras. 42- 86, ICJ Reports, 2004. para. 70 .

11. ICJ Reports, 1971/ paras 42-86.

12. Int'l Court of Justice, Verbatim Record, in the Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), on behalf of Portugese Republic, 30 jan. 1995, Para 21.

13. Antonio Cassese, Self-Determination of Peoples, A Legal Reappraisal ACR- OTIUS PUBLICATION, Cambridge University Press 1st Published in 1995, 2nd, 1996, p. 37.

14. Antoino Cassese, *Ibid.*

ماده ۱(۲) و به‌عنوان یکی از اهداف ملل متحد گنجانده شد که این ماده مقرر می‌دارد: «توسعه روابط دوستانه بین ملل براساس احترام به اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم و استفاده از سایر ابزارهای مناسب برای تقویت صلح جهانی...»^{۱۵}

این اولین باری بود که این اصل در یک معاهده چند جانبه گنجانده می‌شد. و به این ترتیب تصویب منشور نقطه عطف مهمی در تاریخ تحول اصل حق تعیین سرنوشت به حساب می‌آید.^{۱۶}

در زمان تأسیس ملل متحد، هفتاد میلیون نفر از مردم دنیا – تقریباً ۱/۳ جمعیت جهان – در سرزمینهای غیرخودمختار^{۱۷} زندگی می‌کردند. از زمان تأسیس ملل متحد، هشتاد مستعمره استقلال خود را به‌دست آوردند، همه یازده سرزمین تحت نظام قیمومیت نیز مستقل شدند و یا آزادانه با دولت دیگری ادغام شدند.^{۱۸}

پس از برداشتن اولین گام در راستای تأیید وجود حق تعیین سرنوشت برای مردم، مسئله روشها و ابزارهای تحقق و تضمین این حق برای مردم مطرح شد و رفته‌رفته این اصل در زمینه بحث‌های استعمارزدایی انعکاس بیشتری پیدا کرد.^{۱۹}

دهه ۱۹۶۰ اوج فعالیت‌های ملل متحد در جهت اعتلای اصل تعیین سرنوشت در بستر استعمارزدایی بود.

«اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و مردمان مستعمرات»^{۲۰} با امید به تسریع فرایند استعمارزدایی به تصویب رسید. این اعلامیه که به اعلامیه ضد استعمار یا استعمارزدایی معروف است، مقرر می‌دارد که همه حق تعیین سرنوشت دارند و اعلام می‌کند که استعمار باید به‌سرعت و بدون قید و شرط از میان برداشته شود. براساس اعلامیه که در قطعنامه ۱۵۱۴ مجمع عمومی گنجانده شده بود در سال ۱۹۶۲ مجمع عمومی، کمیته ویژه ضد استعمار را ایجاد کرد تا بر اجرای اعلامیه نظارت کند و توصیه‌هایی برای اعمال آن صادر نماید.^{۲۱} متعاقب تصویب این اعلامیه، در سال ۱۹۶۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به تصویب رسید. ماده ۱ مشترک در میثاقین مقرر می‌دارد که همه مردم حق تعیین سرنوشت دارند. بر این اساس آنها [می‌توانند] آزادانه وضعیت سیاسی‌شان را تعیین کنند و آزادانه

۱۵. منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، چاپ سوم ۱۳۸۲، ماده ۱ و ۲ منشور ملل متحد.

16. Antonio Cassese, *Supra* note 13, pp. 37-50.

17. Non –Self – Governing Territory.

18. Antonio Cassese, *Supra* note 13, pp. 37-50.

19. V. P. Nanda, *Supra* note 2.

20. Declaration on the Granting of Independence, *Supra* note 4.

21. Antonio Cassese, *Supra* note 13, PP. 37-50.

توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی شان را دنبال نمایند.^{۲۲}

اکنون «تعیین سرنوشت» دیگر یک اصل حقوقی بین‌الملل بود و نه صرفاً یک اصل سیاسی، برای اولین بار بود که یک قاعده حقوق بین‌الملل اعلام می‌کرد که مردم در یک دولت مستقل و حاکمه حق دارند آزادانه حکمرانان خویش را انتخاب کنند و یک حکومت دموکراتیک داشته باشند در عین حال دول عضو، متعهد می‌شوند از مداخله در امور داخلی دیگر دولتها و اشغال سرزمین خارجی و در نتیجه محروم کردن مردم آن از حق تعیین سرنوشت خود، خودداری کنند. و به عبارت دیگر تاکنون حق تعیین سرنوشت خارجی به معنای بدست آوردن استقلال بود، اکنون این حق متضمن وظیفه دیگر دول در خودداری از مداخله امور داخلی مردم یک کشور مستقل و حاکمه بود.^{۲۳} به علاوه بعد جدیدی از تعیین سرنوشت مطرح شد و آن حق کنترل منابع طبیعی بود. بدین ترتیب اثرات تعیین سرنوشت دیگر جنبه سیاسی صرف نداشت، بلکه اثرات اقتصادی نیز بر جای می‌گذاشت.^{۲۴}

سال ۱۹۷۰ اوج فعالیت‌های ملل متحد در راستای تثبیت جایگاه برتر اصل تعیین سرنوشت، شناسائی آن به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل و یک منبع ایجاد تعهدات "Erga Omnes" و تدقیق مفهوم، مضمون و مبانی آن بود. در این سال مجمع «اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در خصوص روابط دوستانه و همکاری میان دولتها براساس منشور ملل متحد» را تصویب کرد که یکی از اصول هفت‌گانه آن «اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت» مردم بود. بر این اساس «همه مردم حق دارند آزادانه و بدون دخالت خارجی وضعیت سیاسی‌شان را تعیین کرده و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی‌شان را دنبال کنند و هر دولتی وظیفه دارد این حق را طبق مقررات منشور رعایت کند.^{۲۵} در عین حال اعلامیه دولتها را موظف و متعهد می‌سازد از اقدامات قهرآمیز در جهت محروم کردن از حق تعیین سرنوشت خودداری کنند. در غیر این صورت مردم محقند در مبارزه علیه چنین دولتی از حمایت بین‌الملل برخوردار شوند.^{۲۶}

دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی نامیبیا در ۱۹۷۱، تصدیق کرد که توسعه متعاقب حقوق بین‌الملل در خصوص سرزمینهای غیرخودمختار اصل تعیین سرنوشت را در مورد همه آنها قابل اعمال ساخته است.^{۲۷} در سال ۱۹۷۵، در قضیه صحرای غربی دیوان حق جمعیت

۲۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱؛ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، همان، ماده ۱.

23. Antonio Cassese, *Supra* note 13, PP. 65 -66.

24. *Ibid.*

25. Declaration on the Principles of Int'l Law, *Supra* note 4.

26. *Ibid.*, Antonio Cassese, *Supra* note 13, PP. 68 -69.

27. ICJ Reports, 1971, 16, at 31.

صحرای غربی را برای تعیین وضعیت آتی سیاسی‌شان - که به‌وسیله بیان آزادانه خواست خود آنها مشخص شود - تصدیق کرد.^{۲۸} همان‌طور که ملاحظه می‌شود، حق حقوقی تعیین سرنوشت برای مردم فقط در بستر استعمار و سرزمینهای غیرخودمختار قابل‌اعمال فرض شده است.^{۲۹} دو گزارش در چارچوب ملل متحد این برداشت را تأیید می‌کند. گزارش آقای اسپیل^{۳۰} تحت عنوان «حق تعیین سرنوشت: اجرای قطعنامه‌های ملل متحد» که مربوط است به اجرای قطعنامه‌های سازمان ملل در مورد حق مردم مستعمرات و مردم تحت سلطه بیگانه برای تعیین سرنوشت.^{۳۱} این گزارش به مبارزه علیه استعمار در همه اشکال آن کمک کرد که در این زمینه می‌توان آن را سندی انقلابی دانست؛^{۳۲} و گزارش آقای کریستسکو^{۳۳} تحت عنوان «حق تعیین سرنوشت: تحول تاریخی و معاصر آن براساس منشور ملل متحد» که به‌طور گسترده‌ای تحول مفاهیم اساسی که «در اصل تعیین سرنوشت» وجود دارد را بررسی می‌کند.^{۳۴} در این گزارش حق تعیین سرنوشت به این صورت تعریف شده:

«تعیین سرنوشت، حقی است بنیادین که بدون آن سایر حقوق نمی‌توانند به‌طور کامل متحقق شوند؛ تعیین سرنوشت فقط یک اصل نیست، بلکه مهم‌ترین حق در میان حقوق بشر است و پیش شرطی است برای اعمال همه حقوق و آزادیهای فردی».^{۳۵}

از دهه ۱۹۷۰ به بعد دیگر این مجمع عمومی نبود که به این اصل استناد می‌کرد، بلکه کثیری از مراجع بین‌الملل دیگر در اسناد خود مرتب از این اصل یاد می‌کردند.^{۳۶} آنچه که امروز

28. ICJ Reports, 1975, 6, at 35-36.

29. V. P. Nanda, *Supra* note 2; A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 37 -50, 60.

30. Hector Cros Espiell.

31. E/CN. 4/Sub. 2/ 405 / Rev. 1, 1980.

32. *Ibid.*

33. Aureliu Cristescu.

34. E/CN. 4 / Sub. 2 / 404 / Rev. 1, 1981.

35. Leo Kuper, the Right to Self -Determination: Issue Raised, 1985, *Cited on:*

<www. tamilnation. org>.

۳۶. برای مثال رک.

The CSCE s Charter of Paris for A new Europe and Supplementary Document to Give Effect to Certain Provisions of the Charter Nov. 21, 1990, Reprinted 30 ILM, 195, 197 (1991); Helsinki Find Act. *Supra* note 4; ICJ Reports, 1971. Para. 16; ICJ Reports, 1975, para 12; ICJ Reports, 1995, para. 95; ICJ Reports, 2004, para. 70;

اهمیت حیاتی ملل متحد و ساز و کارهای آن برای توسعه و تحول حقوق بین‌الملل در مورد اصل تعیین سرنوشت آشکار است؛ به قول بلیکس (H. Blix) تعیین سرنوشت نمونه‌ای از قواعدی است که برای اعمال آن در قضایای عینی دخالت نهادهای بین‌المللی لازم است. برای اجتناب از تجزیه دولتها و در عین حال عملی کردن حق تعیین سرنوشت به طرف سومی نیاز هست که موارد زیر را بررسی کند و در موارد متقاضی این اصل را قابل‌اعمال اعلام نماید:

به‌عنوان یک مشخصه جدید در خصوص حق تعیین سرنوشت مطرح است علاقه بین‌المللی به دخالت در اعمال این حق می‌باشد، درحالی‌که تا دهه ۱۹۸۰، جامعه بین‌المللی فقط به اعلام مواضع در مجامع بین‌المللی و نهایتاً تصویب قطعنامه‌ها یا اعمال تحریم اقتصادی در موارد بسیار محدود، اکتفا می‌کرد، امروزه میانجیگری بین‌المللی در حل و فصل قضایای مربوط به اعمال این حق از اهمیت خاصی برخوردار است.^{۳۷}

موارد دیگری نیز هست که دوران اخیر را - که از پایان جنگ سرد آغاز شده - از دوران قبل از آن متمایز می‌کند که از جمله می‌توان به پدیده مزدورگیری^{۳۸} اشاره کرد که در چارچوب ملل متحد از این پدیده به‌عنوان یکی از علل عمده نقض حق تعیین سرنوشت یاد شده است.^{۳۹} باید یادآوری کرد که توسل دولتها به اصل تمامیت ارضی در راستای اهداف سیاسی دولتها، امروزه نیز امکان تحقق حق تعیین سرنوشت را در همه وجوه آن با ابهام و تردید مواجه ساخته است. مواردی که می‌توان آن را به‌عنوان اعمال موفقیت آمیز اصل تعیین سرنوشت برشمرد، مواردی است که متضمن حمایت دولتی قوی از اعمال آن است که معمولاً هم، چنین دولتی حمایت جامعه جهانی یا کشورهای منطقه را نیز می‌تواند جلب کند.^{۴۰}

درحالی‌که تا دهه ۱۹۹۰ نهاد فعال در زمینه اعمال اصل «حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم» مجمع عمومی ملل متحد بود، از دهه ۱۹۹۰ ابتکار عمل به‌دست شورای امنیت افتاده است. چنین تغییری در مرکز ثقل فعالیت‌های مربوط به اعمال این بخش از حقوق بین‌الملل نشان‌دهنده اهمیت فزاینده این موضوع و تبدیل اصل تعیین سرنوشت به مسئله‌ای است که نقض آن می‌تواند تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی محسوب شود.^{۴۱}

A. Cassese, *Supra* note 13, p. 68.

37. Carnegie Project on Complex Power Sharing and Self-Determination / 2002, *Cited on:* < www. tamilnation. org > (hereinafter Carnegie Project).

38. Mercenary.

39. Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights & Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, Report of the Special Rapporteur, Commission on Human Rights, 61st Sess. / 8 dec. 2004 / E/CN. 4/2005/14, Paras. 62/ 66.

۴۰. به‌عنوان مثال رک.

<http://library.uws.edu.au/adt-NUWS/uploads/approved/adt-NUWS20050921.152436/public/09chapter8.pdf>.

۴۱. رک. قطعنامه‌های شورای امنیت در جریان بحران کوزوو: S/Res/1199, 23 Sep. 1998; S/ Res / 1160, 31 Mar. 1998; S/Res / 1203, 24 oct 1998; S/Res/1239, 14 May 1999; S/Res 1244, 10 June 1999; *See also:* E/CN. 4 / sub. 2 / 405 / Rev. 1/1980, Paras. 2-4, 7.

۲) بررسی تعاریف ارائه شده برای اصل تعیین سرنوشت

پیشینه دکرین تعیین سرنوشت به زمانی باز می‌گردد که هدف تحلیل بردن حق، اکتساب سرزمین به‌وسیله زور و عدم توجه به منافع سرزمین مورد بحث بود.^{۴۲} در زمان تهیه پیش‌نویس منشور ملل متحد و با توجه به بحث‌هایی که در کنفرانسهای مقدماتی شده بود کمیته مسئول تهیه پیش‌نویس، چند نکته را برای اعمال اصل تعیین سرنوشت ضروری دانست:

۱- رابطه نزدیک این اصل با خواست واقعی مردم که به‌طور آزاد بیان شود؛

۲- مطابقت این اصل با اهداف و اصول منشور، از جمله اصل تمامیت ارضی؛

۳- عدم وجود هیچ‌گونه الزامی برای به استقلال رسیدن اقلیتها.^{۴۳}

با این حال امکان ارائه یک تعریف اثباتی از اصل تعیین سرنوشت وجود نداشت.^{۴۴} در مذاکرات مربوط به تهیه منشور، دیدگاه بلوک سوسیالیست و دول جهان سوم به هم نزدیک بود و بر حق تعیین سرنوشت از حیث خارجی تأکید می‌کردند. برعکس، دول غربی بر بعد داخلی تعیین سرنوشت و امکان مشارکت آزادانه همه مردم در فرایند سیاسی و به‌طور کلی بر دموکراسی تأکید داشتند.^{۴۵}

با توجه به بحث‌هایی که بعد از تصویب منشور مطرح شد و گزارشاتی که در چارچوب ملل متحد تهیه شد اصل تعیین سرنوشت به این ترتیب در ماده ۱ مشترک در میثاقین متجلی گشت:

«۱- کلیه ملل دارای حق خودمختاری هستند؛ به‌موجب حق مزبور، ملل وضع سیاسی خود را آزادانه تعیین و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه تأمین می‌کنند.

۲- کلیه ملل می‌توانند برای نیل به هدفهای خود در منابع و ثروت‌های طبیعی خود بدون اختلال به الزامات ناشی از همکاری اقتصادی بین‌المللی مبتنی بر منافع مشترک و حقوق بین‌الملل، آزادانه هرگونه تصرفی بنمایند. در هیچ مورد نمی‌توان ملتی را از وسایل معاش خود محروم کرد.

۳- دولت‌های طرف این میثاق از جمله دولت‌های مسئول اداره سرزمینهای غیرخودمختار و تحت قیمومیت مکلفند تحقق حق خودمختاری ملل را تسهیل و احترام این حق را طبق منشور

42. Markku Suksi, Constitutional Options for Self – Determination, What Really Works? Presented at "Options for Kosovo Find Status: A Policy Conference UN Association of America, Rome, 12 – 14- Dec. 1999, Cited on: <www. tamilnation. org>.

43. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 38-41.

44. *Ibid.*, pp. 41-442.

45. *Ibid.*, pp. 44-46.

ملل متحد رعایت کنند».^{۴۶}

با گنجاندن اصل تعیین سرنوشت در ماده ۱ میثاقین، ارزش و توان این اصل افزایش یافت.^{۴۷} آنچه که از ماده ۱ مشترک در میثاقین می‌توان دریافت، این است که: اولاً؛ باید گفت حداقل از حیث تئوریک و از حیث حقوق معاهده‌ای، حق تعیین سرنوشت فقط محدود به مردم تحت سلطه رژیم‌های نژادپرست، مستعمرات و سرزمینهای تحت سلطه بیگانه نیست.^{۴۸}

ثانیاً؛ غیر از بعد سیاسی، این اصل متضمن بعدی اقتصادی نیز هست که شامل آزادی و استقلال مردم برای بهره‌برداری از منابع طبیعی‌شان و به نفع مردم آن سرزمین می‌باشد. ثالثاً؛ بند ۳ ماده ۱، با اشاره به وظیفه همه دولت‌ها – و نه تنها دولت مسئول اداره‌کننده سرزمینهای غیرخودمختار – اصل تعیین سرنوشت را یک قاعده "Erga Omnes" معرفی می‌کند؛ زیرا همه دولت‌ها در اعمال آن تعهدی حقوقی دارند که نقض آن از سوی دولتی منجر به خدشه‌دار شدن حقوق سایر دولت‌ها و مردمان در این زمینه می‌شود.^{۴۹}

با توجه به بحث‌های مقدماتی تصویب میثاقین و بعد در خلال بحث‌های مجمع عمومی برای تصویب اعلامیه روابط دوستانه، کم‌کم مضمون حق تعیین سرنوشت داخلی و خارجی مشخص شد. از حیث خارجی مفهوم تعیین سرنوشت به‌عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی، شامل مردم مستعمرات و مردم تحت سلطه بیگانه می‌شد و برای آن متضمن حق استقلال و تشکیل دولت مستقل فارغ از سلطه بیگانه بود.

از حیث داخلی، فقط مردمی که تحت سلطه رژیم‌های نژادپرست قرار داشتند، از این حق برخوردار شدند و در عین حال برای آنها حق تعیین سرنوشت تنها به‌عنوان حق «دسترسی» به

۴۶. قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷ و قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷، مجموعه کنوانسیون‌های بین‌المللی، اداره کل قوانین و مقررات کشور، چاپ اول ۱۳۷۶، ج ۳، صص ۵۲۰ و ۵۲۲؛

مشاهده می‌شود که برداشت عمومی این بود که تعیین سرنوشت فقط به‌منزله حق مردم برای مبارزه با یک عنصر خارجی نیست که حتماً متضمن دستیابی به درجاتی از استقلال و خودمختاری باشد. همه مردم یک کشور هم از این حق برخوردار بودند تا بر آن اساس در پروسه سیاست‌گذاری کشور خود سهمیم باشند. همچنین رک.

Philip Alston/ The Right to Self- Determination in Int'l Law, in a paper delivered at the "new Dimensions of the Right Self- Determination: its Implications for the World & Australia in the 1990" Seminar Organized by the Human Rights Council of Australia, Sep. 1992, Cited on: www. tamilnation. org.

47. M. Suksi, *Supra* note 42; See also: A. Cassese *Supra* note, 13 / P. 66.

۴۸. در فصل دوم خواهیم دید که امروزه اعمال روش‌های دموکراتیک حکومتی در راستای تحقق حق مردم برای تعیین سرنوشت ارزیابی می‌شود.

۴۹. درخصوص "Erga Omnes" بودن تعهد ناشی از اصل تعیین سرنوشت، رک. به قسمت بعدی: «بررسی جایگاه حقوقی اصل تعیین سرنوشت».

پرونده‌های سیاست‌گذاری^{۵۰} مطرح بود و حق جدایی و استقلال برای آنها شناسایی نشد.^{۵۱} در هر حال این نکته قابل ذکر است که شناسایی ارتباط میان اعمال حق تعیین سرنوشت، صلح، امنیت بین‌المللی و برخورداری از حقوق اساسی بشر در رویه ملل متحد متضمن این مطلب بود که مضمون اصل تعیین سرنوشت تثبیت نشده و این اصل جزو آن دسته از مفاهیم حقوق بین‌الملل است که دائماً در حال تحول و تکامل می‌باشد؛^{۵۲} بنابراین باب بحث و اظهار نظر در خصوص مفهوم این اصل بسته نشد.

اگرچه دیدگاه سنتی در خصوص حق تعیین سرنوشت مردم این حق را به معنای حق تشکیل دولت دانسته و حتی برای مردمی که در ساختارهای سیاسی دیگری ادغام شده‌اند، نیز چنین حقی را شناسایی کرده، لکن بسیاری از صاحب‌نظران این حق را دارای مفهوم گسترده‌تری می‌دانند، بدین ترتیب که هر اجتماع انسانی که خود را به صورت یک مجموعه شناسایی کرده و دارای درجاتی از خودآگاهی جمعی است، حق دارد مورد شناسایی قرار گرفته آینده‌اش را خودش انتخاب کند و خواست سیاسی‌اش را در چارچوب دولتی که در آن زندگی می‌کند به روشی دموکراتیک بیان نماید.^{۵۳} بسیاری، حق تعیین سرنوشت داخلی مردم یک کشور را فراتر از یک امر تئوریک می‌دانند و حق مشارکت مردم در یک حکومت دموکراتیک به همراه حق اقلیتها برای رعایت حقوق دستجمعی‌شان را به عنوان معانی اصلی بعد داخلی حق تعیین سرنوشت قلمداد می‌کند.^{۵۴}

می‌توان گفت حق تعیین سرنوشت خارجی نوع تنظیم روابط جامعه با بقیه دولتهای جهان است که می‌تواند اشکال متفاوتی داشته باشد. درحالی که حق تعیین سرنوشت داخلی اشاره

50. Access to government.

51. <www. hrce. org. au/Self-determination. htm>Philip Alston, *Supra* note 46.

52. E/CN. 4/Sub. 2/405 /Rew. 1, 1980, para. 7.

53. Thomas Franck, Rosalyn Higgins, Alain Pellet, Malcolm, N. Shaw, Christian Tomuschat, the Territorial Integrity of Quebec in the event of the attainment of Sovereignty, <www. tamilnation. org/selfdetermination/country studies/quebec /quebec2ahtm>para. 3. 04.

سه ربع قرن پیش وزیر امور خارجه ایالات متحده "R. Lansing" اظهار داشت که «مفهوم تعیین سرنوشت انباشته از مواد منفجره است و امیدهایی را برخواهد انگیخت که هرگز محقق نمی‌شود»؛ این اظهارات بعد از کنفرانس صلح در ورسای عنوان شد.

V. P. Nanda, *Supra* note 2;

رویه بین‌المللی از ۱۹۴۵ به بعد این اصل را - نه همیشه - ولی در اغلب موارد به نفع مردم مستعمرات اعمال کرده در عین حال که با این پارادوکس مواجه بوده که حداقل از حیث تئوریک همه مردم از حق تعیین سرنوشت برخوردارند. رک.

Thomas Franck *et al*, *Ibid*, para. 3. 05;

همچنین رک.

Ved P. Nanda, Self- Determination and Secession Under Int'l Law, *Denves Journal of Int'l Law & Politics*, Vol. 29, no. 4 / 2001, PP. 307- 308.

54. di Damiele Archibugi, *Supra* note 7; Markku Suksi, *Supra* note 42; V. P. Nanda *Supra* note 2 .

به یک شکل دموکراتیک حکومت دارد با مشارکت هر چه گسترده‌تر مردم، به عبارت دیگر، قاعده‌مند بودن روابط میان کسانی که حکومت می‌کنند و آنها که بر آنان حکومت می‌شود.^{۵۵} ما در بخش بعدی مفصلاً در خصوص معنای حق تعیین سرنوشت در هر دو بعد داخلی و خارجی و تکامل این مفهوم بعد از جنگ جهانی دوم بحث خواهیم کرد. لکن برای نکات اصلی بحثی که در آینده مطرح خواهد شد نظر پرفسور "Suksi" را در باب وجوه مختلف تحقق اصل تعیین سرنوشت بیان می‌کنیم. پرفسور ساکسی تعریف اصل تعیین سرنوشت را در ابعاد مختلفش مبتنی بر نکات زیر می‌داند:

- ۱- مردم یک دولت نباید تحت انقیاد دولت دیگری قرار گیرند؛
- ۲- چنانچه مردمی تحت انقیاد و سلطه دولت دیگری بودند، حق دارند تمایل و اراده خود را آزادانه ابراز دارند و به استقلال دست یابند؛
- ۳- حق مردم برای تعیین سرنوشت می‌تواند به‌عنوان حق انتخاب دولتی که تحت اقتدار آن زندگی می‌کنند، بیان شود؛
- ۴- به‌نظر می‌رسد که مردم حقی هم برای ایجاد سیستم‌های سیاسی دلخواه خود و یا بازسازی مجدد آن دارند، حقی که کم و بیش با مفهوم "Pouvoir Constituant" مترادف است؛
- ۵- اصل تعیین سرنوشت با ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که حق مشارکت مردم را در حکومت و تعیین محتوا و مضمون سیاستها شناسایی کرده، در ارتباط نزدیک است.»

پرفسور ساکسی می‌گوید موارد ۱ و ۲، حق تعیین سرنوشت خارجی را پوشش می‌دهد و موارد ۴ و ۵ حق تعیین سرنوشت داخلی را و مورد سوم یک مورد بینابینی است^{۵۶} در عین حال باید متذکر شد که موارد ۳، ۴ و ۵ مستلزم اقدامات قانونگذاری اساسی و اولیه است.^{۵۷} اهمیت حق تعیین سرنوشت برای صلح و امنیت بین‌المللی بیشتر به‌خاطر همان مورد سوم است. به عبارت دیگر اقدامات خشونت بار اقلیتهایی که قصد جدا شدن از دولت را دارند و پاسخ خشونت‌بارتر حکومت به آنها در مورد تقاضای استقلال، از سوی نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای، خصوصاً شورای امنیت، تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی شده است. موارد قابل ذکر اندک نیست؛ و مهم‌تر از آن نتایجی است که این بحرانها در منطقه ایجاد می‌کنند، مثل تیمور شرقی، چچن، کوزوو و ...^{۵۸}

55. V. P. Nanda, *ibid*; M. Suksi, *ibid*; V. P. Nanda, *Supra* note 53.

56. M. Suksi, *ibid*.

57. مثل مورد جدایی جمهوریهای شوروی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده بود؛ رک. *ibid*.

58. رک.

۳) بررسی جایگاه حقوقی اصل تعیین سرنوشت

تا سال ۱۹۸۰، دیگر تردید وجود نداشت که حق مردم برای تعیین سرنوشت در سرزمینهای اشغالی، سرزمینهای غیرخودمختار، مستعمرات و دولتهایی که رژیمهای نژادپرست داشتند، بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی را تشکیل می‌دهد.

علاوه بر اسناد بین‌المللی متعددی که به این اصل اشاره داشتند،^{۵۹} کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در تفسیر ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات، این اصل را جزو قواعد آمره بین‌المللی تلقی کرده است.^{۶۰} مشکلی که در بررسی مضمون حق تعیین سرنوشت به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی مطرح می‌شود، این است که بین آنچه در معاهدات — یعنی در میثاقین — تحت عنوان حق تعیین سرنوشت مطرح شده و آنچه که در حقوق بین‌الملل تحت این عنوان و سرفصل وجود دارد، همپوشی کاملی وجود ندارد. به‌عنوان مثال، مسئله رژیمهای نژادپرست و حق مردم تحت سلطه آنها برای اعمال حق تعیین سرنوشت در میثاقین ذکر نشده، درحالی‌که مسئله منابع و ثروتهای طبیعی که در میثاق آمده، در اعلامیه اصول همکاری و روابط دوستانه ۱۹۷۰ قید نشده، در عین حال که در یک سری قطعنامه‌هایی که در مجمع عمومی ملل متحد به تصویب رسیده، که مهم‌ترین آن قطعنامه ۱۸۰۳ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ در مورد منابع و ثروتهای طبیعی است، این مطلب عنوان شده که البته اثبات عرفی بودن محتوای این قطعنامه‌ها با توجه به تعداد آراء مخالف و ممتنع کار ساده‌ای نیست. بدین ترتیب بحث اصلی در اثبات عرفی بودن اصل تعیین سرنوشت و اثبات خصلت "*Erga Omnes*" آن، تدقیق آن دسته از قواعدی است که از این اصل قابل استنتاج است و در عین حال بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی را تشکیل می‌دهد، خواه مبنای معاهده‌ای داشته باشد یا غیر معاهده‌ای. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌عنوان اولین معاهداتی که به تفصیل اصل تعیین سرنوشت را بیان می‌کند، قابل ذکرند. در دهه ۱۹۵۰، مخالفت‌هایی در خصوص گنجاندن اصل تعیین سرنوشت در میثاقین بیان می‌شد، و دلیل اصلی مخالفت‌ها هم خصیصه این اصل بود، چه از حیث اینکه بسیاری هنوز آن را اصلی سیاسی تلقی می‌کردند و چه از این لحاظ که جزو حقوق مردم محسوب می‌شد، نه حقوق بشر. با نزدیک

۵۹. منشور ملل متحد، همان، ماده ۱، ۲ و ۵۵؛ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱؛ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، همان، ماده ۱؛

GA/Res / 1514 (xv), 1960; GA/Res /2625, Annex, 1970; GA/Res / 5016, 1995; Helsinki Find Act, *Supra* note 4; E/CN. 4 / Sub. 2 / 405 / Rev. 1, 1980, para. 48.

60. Yearbook of ILC, 1966, vol. II, P. 248;

البته لازم به ذکر است که اصل تعیین سرنوشت فقط در مفهوم استقلال برای مستعمرات جزو قواعد آمره شمرده شده است. E/CN. 4 / Sub. 2 / 405 / Rev. 1 /, para. 50, 51.

شدن به پایان دهه ۱۹۵۰ مخالفتها کم کم بی‌رنگ شد؛^{۶۱} نهایتاً در هر دو میثاق یک ماده مشترک گنجانده شد که از چند لحاظ حائز اهمیت بود:^{۶۲} اولاً میثاق به این حق جنبه‌ای عمومی و فراگیر داده بود و این حق را برای همه مردمان شناسایی کرده بود و نه فقط برای مردم مستعمرات و سرزمینهای اشغالی، به عبارت دیگر تعیین سرنوشت به‌عنوان حقی جهان‌شمول شناسایی شد؛ ثانیاً: همه دولت‌های عضو میثاق متعهد می‌شدند که در اعمال این حق و ایجاد شرایط تحقق آن اقداماتی ایجابی را تقبل کنند؛ ثالثاً: به‌نحوی که میثاق متضمن مفهوم حق تعیین سرنوشت خارجی بود، این جنبه از حق تعیین سرنوشت دیگر فقط شامل به استقلال رسیدن مردم تحت سلطه استعمار نبود، بلکه متضمن ممنوعیت مداخله در امور داخلی یک کشور و ممنوعیت اشغال سرزمینهای دول دیگر نیز بود،^{۶۳} گرچه این ممنوعیت مداخله، مسئله کنترل منابع و ثروت‌های طبیعی را پوشش می‌داد،^{۶۴} لکن در ماده ۱ مشترک در میثاقین، هیچ اشاره‌ای به مسئله رژیم‌های نژادپرست نشده بود. اعلامیه تهران در سال ۱۹۶۸ در بند ۹ اعلام کرد که بقای استعمار تأثیری منفی بر شناسایی حقوق بشر و اعمال آن دارد و قطعنامه VIII کنفرانس بر رابطه اجتناب‌ناپذیر اصل تعیین سرنوشت و رعایت مؤثر حقوق بشر تأکید کرد.^{۶۵}

در ۱۹۷۰، فعالیت‌های ملل متحد در خصوص اصل تعیین سرنوشت به اوج خود رسید و در اعلامیه روابط دوستانه، اصل تعیین سرنوشت مورد تأکید قرار گرفت. همان‌طور که پرفسور کاسسه می‌گوید، در حوزه حقوق بین‌الملل عرفی، دو سند مهم در سازمان ملل نقش حیاتی مهمی ایفا کرده است: یکی اعلامیه اعطای استقلال که در سال ۱۹۶۰ به تصویب رسید^{۶۶} و دیگری اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه و همکاری‌های میان دولت‌ها، که سال ۱۹۷۰ در مجمع عمومی تصویب شد.^{۶۷} اولی در خصوص سرزمینهای غیرخودمختار و مستعمرات و دومی در بسط ابعاد اصل تعیین سرنوشت بسیار تأثیرگذار بوده‌اند. تصویب این دو قطعنامه باعث تدقیق دیدگاه‌های اعضای ملل متحد و اعلام مواضع آنها و در نتیجه تدقیق معنا و محتوای این اصل شد.^{۶۸}

61. *Ibid.*, para. 52.

62. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱؛ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، همان، ماده ۱.

63. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 65-66.

64. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱، بند ۲.

65. E/CN. 4 / Sub. 2/405 / Rev. 1 / para. 52.

66. Declaration on the Granting of Independence, *Supra* note, 4.

67. Declaration on the Principles of Int'l Law *Supra* note 4.

68. A. Cassese, *Supra* note, 13, PP. 69-70.

همان‌طور که دیوان لاهه در قضیه نیکاراگوئه در ۱۹۸۶ می‌گوید، در زمینه قواعد و اصول حقوق بین‌الملل که عرفی بودن آن مورد تردید است گاه در مجمع عمومی قطعنامه‌هایی تصویب شده که "Opinio Juris" دولت‌ها را می‌توان از آن استخراج

اصول مندرج در اعلامیه روابط دوستانه نیز خیلی زود جایگاه خود را در حقوق بین‌الملل عرفی به دست آورد.^{۶۹} در سال ۱۹۷۰ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن به موضوع تعهدات "Erga Omnes" اشاره کرد که در مقابل تعهدات "Si Omnes" مطرح بود. این تعهدات متضمن نفعی حقوقی برای همه دولتها بود و همه دولتها می‌توانستند از اعمال و اجرای آن حمایت کنند.^{۷۰} اهمیت این تعهدات همپای قواعد آمره نبود، لکن در رده‌بندی قواعد بین‌الملل نسبت به قواعد دیگر از جایگاه رفیع‌تری برخوردار بود. رفته‌رفته نمایندگان دولتها در مجامع بین‌المللی و در اسناد مختلف و نیز آراء و نظرات حقوقدانان این مسئله مورد توجه قرار گرفت.

برخی حق تعیین سرنوشت را دارای خصلت "Erga Omnes" می‌دانستند درحالی‌که صاحب‌نظران و دولتهایی نیز بودند که آن را جزو قواعد آمره طبقه‌بندی می‌کردند.^{۷۱} به‌نظر

کرد. دیوان به قطعنامه ۲۶۲۵ (۱۹۷۰) اشاره می‌کند و می‌گوید: «تأثیر موافقت دولتها با متن چنین قطعنامه‌هایی صرفاً نمی‌تواند تکرار یا توضیح تعهد معاهده‌ای ناشی از منشور تلقی شود برعکس این مسئله به‌عنوان پذیرش اعتبار آن قاعده یا مجموعه قواعد اعلام شده توسط قطعنامه ... (به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی) تلقی می‌شود».

ICJ Reports, 1986, para. 788.

69. A. Cassese, *Supra* note 13, P. 66; James Crawford, "A. Cassese: Self-Determination of People, A Legal Reappraisal", Book Review, 90 *Ajil*, 1996, P. 33; M. Suksi, *Supra* note 42; M. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, PP. 73 – 91;

البته پروفیسور شاو باب تحول و تکامل را برای این اصل مفتوح نگهداشته است؛

- Guilhaudis, le droit de peoples a disoser d eux - memes, 175-220; D. Nguyen Quoc / p. Dallier, A. Pellet, *Droit international public / 4 thedn paris 1992*, 488 ff; L. M. Dementriadou / To what extent is the principle of Self- Determination a Right Under Int'l Law ? How Strictly its Framework has been or Should be Defined? 21 *Cyprus Law Review*, 1988, 3332;

و کسانی نیز بوده‌اند که معتقد باشند جدا از منشور و مقررات معاهده‌ای هیچ اصل کلی یا قاعده‌ای در این زمینه وجود ندارد:

L. C. Grean, *Self-Determination and Settlement of the Arab-Isreal Conflict*, 65 *Proceeding ASIL*, 1971, P. 46; G. Arangio-Ruiz, *Human Rights and Non- Intervention in the Helsikni Final ACT*, 157 *Human Rights Journal*, 1977 – IV, 231;

پروفیسور جنینگز در سال ۱۹۶۳ معتقد بود که تعیین سرنوشت هنوز جایگاه یک اصل حقوقی را کسب نکرده است لکن تا سال ۱۹۹۲ موضعش بدین صورت تغییر کرد که اصل تعیین سرنوشت را در مورد وضعیت استعماری معمول قابل اطلاق می‌دانست:

R. y. Jennengs and A. Watts (eds), *Oppenheims Int'l Law*, 9th adu, vol. I, London 1992, at 290; all *cited in*; A. Cassese, *Supra* note 13 / PP. 126-128;

کاسسه از دیگران نیز نام می‌برد:

J. L. Kunz(1964), R. Emerson (1964), S. Kaur (1970), C. de Visscher (1970), J. H. W. Verzijl (1968), G. Schwarzenberger (1974), G. Fitzmaurice (1973), L. Green (1971), Pommerance (1975);

در سال ۱۹۶۶ نه تنها عرفی بودن اصل تعیین سرنوشت قابل اثبات بود بلکه این اصل جزو قواعد آمره حقوق بین‌الملل عنوان شده بود.

Yearbook of ILC / 1966 / Vol. II, P. 248.

70. ICJ Reports, 1970, P. paras. 33 -34.

71. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 170-172;

خود پروفیسور کاسسه معتقد است در حال حاضر همه اعضای جامعه بین‌المللی این اصل را قاعده آمره تلقی می‌کنند.

می‌رسد که نظرات دسته اخیر مورد تأیید دیوان لاهه نیست. رویه دیوان از سال ۱۹۷۱ تاکنون ناظر بر این ادعاست. در قضیه تیمور شرقی، نماینده پرتغال در دیوان به‌ویژگی "Erga Omnes" بودن این اصل اشاره کرد.^{۷۲} البته قاضی هیگنیز نیز قبل از صدور هرگونه رأیی در دیوان در سخنانی اظهار داشت:

«۴۳- حق تعیین سرنوشت ... بیش از ۳۰ سال است که یک حق "Erga Omnes" شناخته شده، جلب توجه شورای امنیت و مجمع عمومی... به مسائل دیگر یا حل و فصل موضوعات از طریق مکانیسمهای مذاکرات تحت نظارت دبیرکل، باعث کنار رفتن این موضوع [از مسائل مطروحه در سازمان ملل و ارکان آن و غفلت از آن] نشده است.»

«۴۴- استرالیا نیز بر طبق حقوق بین‌الملل عمومی موظف به رعایت حق تعیین سرنوشت است. تعهدات برخاسته از این حق به‌خاطر گذر زمان یا واقعیات (effectivite) از بین نمی‌رود. حق تعیین سرنوشت یک قاعده آمره است که هیچ محدودیتی در مورد آن قابل اعمال نیست.»^{۷۳}

او به رأی نامیبیا اشاره می‌کند که دیوان در رأی مزبور، مسئله پایان سیستم ماندا و اعلام

E/CN. 4/Sub. 2/405/Rev. 1/1980, para. s. 70 -85; UN Doc. E/CN. 4 / SR. 1431, at / Para. 6; UN Doc. E/CN. 4 / SR. 1437, Para 26; ICJ Reports, 1970, 304, 312, Separate Opinion of Judge Ammoun; Yb. of ILC, 1963, vol. II, P. 199; G. Arangio – Ruiz, 4 th Report on State Responsibility UN Doc. A/CN. 4/ 444 / Add. 1 (25 May 1992), para. 91;

برای استخراج رویه دولتی؛ رک.

UN. GAOR, XXI st Sess, VI th Committee, 905 th Mtg;

همچنین رجوع کنید به مباحثات نمایندگان دولتها در مجمع عمومی در ۱۹۷۰ در زمان تهیه متن اعلامیه روابط دوستانه و لویج ارائه شده به ICJ توسط اسپانیا، الجزایر و مراکش:

UN GAOR, 25 th Sess. /VI Committee, A/C. 6/SR. 1181, Para. 31; UN Doc. E /CN. 4/SR. 1300, 91;

American Journal of Int'l Law, vol. 74, 1980, P. 418; all Cited in: A Casses, *Supra* note 13, PP. 135 -140; EJIL, vol. 3, 1992, pp. 182-183; EJIL, vol. 4, 1993, PP. 89; Ian Brownlie, Principles of public Int'l Law. pp. 513,515; H. Bokor –Szgeo, The Int'l Legal Content of the Self – Determination Reflected by the Disintegration of the Colonial System, in Questions of Int'l Law Budapest, 1966, pp. 34 -41; H. Gross – Espielle, Self – Determination and jus cogens, in A. Cassese (ed), Untied Nations Fundamental Rights, Alphen aan den Rijn 1979, 167; N. Quoc Dinh, P. Daillier & A. Pellet, Droit Int'l Public, *Supra* note 69, P. 490; A. Pellet, the Destruction of Troy will not Take place, in Playfair, Int'l Law and the Administration of Occupied Territories, 184; all Cited in: A. Cassese, *Supra* note 13, p. 134;

کاسسه معتقد است عقیده دولتها بهترین مدرک برای اثبات آمره بودن اصل تعیین سرنوشت است و نه تنها اصل کلی تعیین سرنوشت بلکه قواعد عرفی مربوط به آن نیز خصلت آمره دارند: رک.

Ibid. / pp. 135 -140; Thomas Franck *et al.*, *Supra* note 53; See also: Ian Brownlie, The Rights of Peoples in Modern Int'l Law, in J. Crawford (ed), The Right of Peoples, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 5, Cited in: Thomas Franck *et al.*, *Ibid.*

72. On Behalf of Portuguese Republic, *Supra* note 12, 31 Jan. 1995, para. 22.

73. Speech of Judge R. Higgins, *Supra* note 12, 1 Feb. 1995, paras. 43-44.

❖ ۱۰۹ تحول حق تعیین سرنوشت ...

عدم مشروعیت حضور افریقای جنوبی در نامیبیا را برای همه دولتها قابل طرح دانسته و بر این اعتقاد بوده که خصلت قاعده عام‌الشمول (*Erga Omnes*) باعث می‌شود «همه دولتها» و نه فقط اعضای ملل متحد، بتوانند علیه افریقای جنوبی طرح دعوا کنند.^{۷۴} دیوان بر ادعای قاضی هیگینز مبنی بر آمره بودن قواعد برخاسته از اصل تعیین سرنوشت صحنه نگذاشت و به اظهار این مطلب اکتفا کرد که از دیدگاه دیوان ادعای پرتغال ناظر بر اینکه حق مردم برای تعیین سرنوشت به آن نحوی که براساس منشور و رویه ملل متحد تکامل یافته، یک کاراکتر "*Erga Omnes*" دارد،^{۷۵} غیرقابل ملامت است.^{۷۶}

در سال ۲۰۰۴، در رأی مشورتی مربوط به دیوار حائل، دیوان با یادآوری رأی ۱۹۷۱^{۷۷} تأکید می‌کند که رویه‌اش در قضایای مذکور نشان می‌دهد که «حق مردم برای تعیین سرنوشت امروزه حقی "*Erga Omnes*" است».^{۷۸} به نظر می‌رسد که دیوان مجموعه قواعد مندرج در ماده ۱ مشترک در میثاقین و اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ را به‌عنوان اصل تعیین سرنوشت و دارای کاراکتر "*Erga Omnes*" شناسایی کرده است.^{۷۹}

این موضع دیوان در خصوص تلقی حق تعیین سرنوشت به‌عنوان یک قاعده "*Erga Omnes*" در راستای موضع کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز می‌باشد. اگرچه کمیسیون در اولین مواضع اتخاذی خود حق تعیین سرنوشت را جزو قواعد آمره شناسایی کرده است،^{۸۰} لکن رفته‌رفته موضع خود را تعدیل نموده است. در جریان مذاکرات مربوط به تهیه کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات، کمیسیون رعایت حق تعیین سرنوشت را از جمله مواردی ذکر کرده که در دامنه قواعد آمره جای می‌گیرد.^{۸۱} در پیش نویس پیشنهادی کنوانسیون مربوط به مسئولیت دولتها در سال ۱۹۷۶ کمیسیون به نقض فاحش حق تعیین سرنوشت مردم نیز به‌عنوان جنایت اشاره کرده است.^{۸۲} در تفسیر این کنوانسیون، کمیسیون معتقد است که لزومی ندارد در این زمینه

74. *Ibid.*, paras. 22-25.

75. ICJ Reports, 1995, para. 24; *See also*: ICJ Reports, 1971, PP. 31 -32, paras 52-53; ICJ Reports, 1975, PP. 31-33, paras. 54 -59.

76. Irreproachable.

77. ICJ Reports, 1971. paras. 52-53; ICJ Reports, 1975, para. 162.

78. ICJ Reports. 2004, paras. 88, 155.

79. *Ibid.*, para. 88.

80. Yearbook of ILC, 1963, vol. II, 199; Yb of ILC, 1966, vol. II, P. 248; UN Doc.

A/CN. 4/444/Add. 1 (25 May 1992), at 31, para. 91;

برای مواضع کمیسیون حقوق بین‌الملل تا ۱۹۸۰، رک.

E/CN. 4/Sub. 2/405 / Rev 1. para. 70-85.

81. *Ibid.*

82. Grave breaches of the Right of Peoples to Self- Determination.

به دنبال رویه دولتی بگردیم، زیرا این نتیجه‌گیری «استنتاجی طبیعی» از استانداردهای بین‌المللی و رویه دولتی در زمینه حق تعیین سرنوشت، حقوق بشر و به‌خصوص ممنوعیت جنگ است.^{۸۳} نهایتاً در طرح مسئولیت بین‌المللی دولتها، کمیسیون تحت تأثیر کامل دیوان لاهه، بعد از ذکر مواردی که آنها را قاعده آمره معرفی می‌نماید و پس از اینکه خود تفکیکی بین قواعد آمره و قواعد "Erga Omnes" قائل می‌شود، برای حق تعیین سرنوشت خصلتی را ذکر می‌کند که برای قواعد "Erga Omnes" معرفی کرده بود.^{۸۴} کمیسیون در خصوص این اصل می‌گوید: «همان‌طور که دیوان بین‌المللی در قضیه تیمور شرقی یادآوری کرده اصل تعیین سرنوشت ... یکی از اصول اساسی بین‌المللی معاصر است که منجر به ایجاد تعهدی در برابر کل جامعه بین‌المللی برای رعایت و تأیید آن می‌شود».^{۸۵}

در پایان بحث به یک نکته دیگر هم اشاره کنیم و اینکه هر جایگاه حقوقی که برای اصل تعیین سرنوشت در نظر بگیریم، به قواعد منتج از آن نیز قابل اطلاق است. جوهره اصل تعیین سرنوشت نیاز به «توجه به خواست مردم» است که «به‌طور آزادانه و در هر زمانی که سرنوشت مردم مطرح است بیان شود».^{۸۶} این اصل یک استاندارد کلی و بنیادین را مقرر می‌دارد: حکومتها نباید درباره زندگی مردم و آینده‌شان تصمیم بگیرند. مردم باید قادر باشند که خواسته‌های خود را در مورد شرایط شان بیان دارند. لکن اصل کلی تعیین سرنوشت نه موضوع، نه حوزه، نه روش و نه ابزار اعمال این اصل یا خارجی و داخلی بودن ابعاد آن را مشخص نمی‌کند. این قواعد حقوقی هستند که در این زمینه‌ها اصل کلی را تدقیق می‌کنند. از آنجا که در خصوص حق تعیین سرنوشت و بسط دامنه مفهوم آن هنوز بحث و تبادل نظر بین دیدگاه‌های مختلف و متعارض ادامه دارد، تاکنون این اصل به یک قاعده دقیق خاص تبدیل نشده است، اما

83. Yearbook of ILC, 1976, vol. II, part 2, 115, Cf; See also: Yb of ILC, 1976, vol. II, part I, 79-154; Yb. of ILC, 1980, vol. II, part 1, para. 98; Yb. of ILC, 1982, vol. II part; Yb. of ILC, 1983, vol. II. part 1; 5th Report on State Responsibility. E/CN. 4/ Add. 2 & 3; A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 177 -179, 134, 172-173;

همچنین رک.

P. Weil, Towards Relative Normativity in Int'l Law, 77 AJIL, 1983, P. 413; General Comment 12, *Supra* note 5, para. 6; A. Cassese, *Ibid.* / P. 176 -177; See also: Yb of ILC, 1973, vol. II, P. 183; A/CN. 4/425, 5 June 1989, P. 10; Maria Clara Maffei / the Case of East Timor Before the Int'l Court of Justice / Some Tentative Comment, 4 EJIL, 1993, PP. 236 -237; E/CN. 4 /SUB. 2/ 405/ Rev 1/ para. 106.

84. Report on the work of ILC, Int'l Law Commission, Report on the work of its 53rd Sess. / 23 April – 1 June & 2 July – 10 August 2001, CAOR, 55th Sess., Supplement no. 10, A / 56/ 10, Chapter III, para. 7.

۸۵. همه قواعد آمره در بردارنده تعهد "Erga Omnes" می‌باشند لکن همه تعهدات "Erga Omnes" لزوماً قاعده آمره نیست؛

ILC Report, 2001, *Ibid.*, Chapter III, Art. 40. para. 5; A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 180 -185.

86. ICJ Reports, 1975, para. 58 -59.

می‌توان قواعد عرفی زیر را از آن استخراج کرد:

- اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی در مورد مستعمرات و مردم آن؛

- اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی در مورد مردم سرزمینهای اشغالی؛

- اعمال حق تعیین سرنوشت داخلی برای گروههای نژادی دولی که تبعیض نژادی اعمال می‌دارند.^{۸۷}

خارجی یا داخلی بودن	هدف	روش اعمال اصل تعیین سرنوشت	واحدی که اصل تعیین سرنوشت بر آن اطلاق می‌شود	موارد اطلاق اصل تعیین سرنوشت
خارجی	استقلال - ادغام در دولت دیگر - اتحاد با دولت دیگر	مراجعه به آرا عمومی یا فراندوم	کل مردم مستعمره	مردم مستعمرات
خارجی	بازگشت وضعیت سابق (ابهام)	عقب نشینی قدرت اشغال‌گر (ابهام)	کل مردم سرزمین اشغالی	مردم سرزمینهای اشغالی
داخلی	مشارکت در تصمیم‌گیری (ابهام)	ابهام	گروههای نژادی مورد تبعیض قرار گرفته	مردم تحت سلطه دول نژادپرست

اصل کلی تعیین سرنوشت مشخص می‌کند که روش اعمال حق تعیین سرنوشت «بیان آزادانه و واقعی خواست و تمایلات مردم هر سرزمین است» چه در تعیین سرنوشت خارجی و چه

87. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 128-132, J. Crawford, *Supra* note 69 / p 331;

همچنین رک.

G. Scelle, Quelques reflexions Surle droit des peoples a disposer deux – me- mes, Melanges Spiroplos, Boun 1957, PP. 385 -391;E. Economides, le droit de peoples a disposer deux – memes, q Revue hellenique de droit, 1957, PP. 298 -300;W. Wengler, Le droit de libre disposition de peoples comme principe du droit int'l 10 Revue hellenique de droit Int'l 1958, 26 -39;R. Higgins, the Developmen of Int'l Law through the political organs of the United Nations, London 1963, 101 -106;J. Crawford, the Creation of States in Int'l Law, Oxford, 1979, P. 95;I. Brownlie, the Rights of Peoples, Oxford 1988, PP. 4-6;Y. Dinstein, Self – Determination and the Middle East Conflict, in Alexander and Friendlander(eds.); Self-Determination:National. Regional&Global Dimensions, PP. 244 -245;M. Shaw, Title to Terrioty, *Supra* note 69, PP. 73- 91.

داخلی. این اصل استاندارد کلی برای تفسیر است و در جایی که قواعد عرفی مبهم یا نامشخص است، به روشن شدن دامنه آنها کمک می‌کند.^{۸۸}

الف- حق مردم برای تعیین سرنوشت خارجی^{۸۹}

اگرچه بانیان منشور در زمان تدوین آن، مسئله مستعمرات را صریحاً مطرح نکردند، لکن اولین حوزه‌ای که مسئله حق تعیین سرنوشت در آن مطرح شد، مستعمرات و سرزمینهای غیرخودمختار بود. در عین حال، اعمال این حق در مورد مستعمرات و سرزمینهای غیرخودمختار، بدیهی‌ترین و قابل قبول‌ترین قرائت از این مفهوم حقوقی بود که با کمترین مقاومت از سوی دولتها مواجه شد.

در عین حال که معمولاً حق تعیین سرنوشت خارجی را معادل کسب استقلال می‌دانند، باید به خاطر داشت که این معنا با توجه به حساسیتی که دولتها نسبت به آن نشان می‌دهند، باید با دقت و با توجه به شرایط دیگری استفاده شود که در بخشهای بعدی به آن می‌پردازیم.

الف-۱- حق مردم مستعمرات و سرزمینهای غیرخودمختار برای تعیین سرنوشت خود

حق تعیین سرنوشت در اصل با توجه به سرزمینهای تحت اشغال آلمان نازی و به‌عنوان استاندارد کلی برای تغییرات سرزمینی عنوان شده و در ماده یک منشور گنجانده شد و هدف آن اعاده حاکمیت، خودمختاری و حیات ملی بود که تحت سلطه آلمانها قرار گرفته بودند. پس از مذاکرات اولیه چرچیل و روزولت، چرچیل در مجلس عوام انگلستان به نمایندگان قول داد که دامنه این اصل به مستعمرات کشیده نشود.^{۹۰}

لکن تحولات بعدی، نشان داد که سرعت تحول و تکامل این اصل خارج از کنترل قدرتهای استعماری است. کم‌کم این بحث مطرح شد که حق تعیین سرنوشت برای گروههایی از مردم تعریف شده و به‌معنای محق بودن به استقلال است چنین مردمی از طریق تعلقشان به یک سرزمین تعریف می‌شدند. تفسیر مضیق این اصل، فقط مستعمرات را از اعمال چنین حقی منتفع می‌کرد.^{۹۱}

نخستین فعالیتهای ملل متحد در چارچوب اصل تعیین سرنوشت و اعمال آن، فقط شامل

۸۸. در زمان ابهام و ناقص بودن قواعد موجود مثل انتقال سرزمین می‌توان به این اصل متوسل شد،

A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 131-132.

89. External Self- Determination.

90. Parliamentary Debates, *Supra* note 13; R. C. Hulla, *Supra* note 13, PP. 1-21.

91. Cornegie Project, *Supra* note 37.

مستعمرات و سرزمینهای تحت سلطه بیگانه بود. در سال ۱۹۶۰ «اعلامیه اعطای استقلال به کشورها، مردم و مستعمرات»^{۹۲} به تصویب مجمع عمومی رسید. دهه ۱۹۶۰، اوج فعالیت‌های ملل متحد در راستای تدقیق مفهوم حق تعیین سرنوشت و توسعه کاربرد آن بوده است. ماده ۱ مشترک در میثاقین حق تعیین سرنوشت را برای همه مردمان شناسایی می‌کند؛^{۹۳} همه دولت‌ها موظف هستند شرایط را برای اعمال حق تعیین سرنوشت این مردمان به نحوی که در بند ۱ و ۲ ماده مذکور در میثاق آمده است، مهیا و تحقق این حق را تسهیل کنند.^{۹۴}

آنچه در قطعنامه‌های (۱۹۶۰) ۱۵۱۴، (۱۹۶۰) ۱۵۴۱، (۱۹۷۰) ۲۶۲۵، آمده و بحث‌هایی که در خلال تصویب آنها و بعد از آن صورت گرفته و نیز رویه ملل متحد در عرصه استعمارزدایی، منجر به تکامل مجموعه‌ای از استانداردهای کلی و عمومی شد که اصل تعیین سرنوشت را برای مردم مستعمرات تدقیق می‌کرد. خلاصه این استانداردهای کلی را می‌توان به این ترتیب بیان کرد:

۱- همه مردم مستعمرات حق تعیین سرنوشت دارند: تعیین آزادانه وضعیت سیاسی‌شان و تعقیب آزادانه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی‌شان؛

۲- این حق بعد خارجی اصل تعیین سرنوشت را پوشش می‌دهد، یعنی وضعیت بین‌المللی مردم و سرزمینی که در آن زندگی می‌کنند؛

۳- این حق متعلق به همه مردم مستعمره به‌عنوان یک کل است، قبائل و قومیتها نمی‌توانند آزادانه این حق را اعمال کنند، زیرا اصل تمامیت ارضی بر تعیین سرنوشت گروهها و اقلیتها غلبه و اولویت دارد؛^{۹۵}

۴- تحقق حق تعیین سرنوشت برای مستعمرات به سه شق زیر ممکن است: الف- استقلال ب- متحد شدن با یک دولت مستقل دیگر ج- ادغام در یک دولت مستقل دیگر؛ در مورد اول نیازی به فراندوم یا مراجعه به آرای عمومی^{۹۶} نیست، ولی در دو مورد دیگر این مسئله لازم است؛^{۹۷}

۵- یک بار اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی، باعث انقضاء حق مذکور در بعد خارجی می‌شود؛ زیرا وحدت ملی و تمامیت ارضی مانع توسل مجدد به حق تعیین سرنوشت خارجی

92. Declaration on the Granting of Independence, *Supra* note 4.

93. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱؛ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، همان، ماده ۱، بند ۱.

94. همان، بندهای ۱، ۲ و ۳.

95. *Ibid.*, para. 2, 6.

96. Plebiscite.

97. *Ibid.*, See, also: M. Suksi, *Supra* note 42; Declaration on the Principles of Int'l Law, *Supra* note 4.

است.^{۹۸} البته در مورد نکته آخر، استثنائاتی نیز وجود دارد که ما بعداً به آن خواهیم پرداخت. خارج از چارچوب استعمار و اشغال بیگانه، حق تعیین سرنوشت ضرورتاً باید با اصل تمامیت ارضی هماهنگ شده، انطباق یابد.^{۹۹}

ماحصل فعالیت‌های ملل متحد بین سالهای ۱۹۴۵ تا ۱۹۷۹، استقلال ۷۰ سرزمین بود؛ از ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۵ نیز ۲۸ سرزمین دیگر به استقلال رسیدند^{۱۰۰} و مورد آخر نیز استقلال تیمور شرقی در ۱۹۹۹ بود که البته جزو سرزمینهای غیرخودمختار محسوب می‌شد. با فعالیت‌های ملل متحد دامنه اعمال حق تعیین سرنوشت از جنبه سیاسی محض خارج شد و ابعاد دیگری را هم پوشش داد. ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی - و این به‌خاطر ابعاد جدید سلطه و استعمار بود که همچنان بسیاری از کشورها از آن رنج می‌بردند.^{۱۰۱}

یک نکته در خصوص اعمال حق تعیین سرنوشت از سوی مردم مستعمرات و سرزمینهای غیرخودمختار حائز اهمیت است و آن اینکه قرائت قطعنامه ۲۶۲۵ و اعلامیه اصول روابط دوستانه و همکاری میان دولت‌ها (۱۹۷۰)^{۱۰۲} ما را به این نتیجه‌گیری رهنمون می‌سازد که اولاً این «وظیفه» دولتهاست که از هر اقدام قهرآمیز علیه مردم مستعمرات و مردم سرزمینهای غیرخودمختار در راستای محروم کردنشان از اعمال حق تعیین سرنوشت، خودداری کنند، ثانیاً اعمال این حق از سوی مردم سرزمینهای مزبور یک تعهد و وظیفه نیست، بلکه یک امکان است؛

98. A. Cassese, *Supra* note, B, P. 71; E/NC. 4 /Sub. 2 / 405 / Rev. 1, Introduction; A/Res / 2625, Annex, 24 Oct. 1970; A /Res / 1514 (xv), 14 Dec. 1960; *See also*: P. Van Dijk, Comments on the Constitutional Amendments proposed by the princely House of Lichtenstein, European Commission for Democracy Through Law, Venice Commission, Council of Europe, Strasbourg, 3 Dec. 2002, Option no. 227 / 2002. P. 2.

99. A. Cassese, *Ibid.*

100. A. Cassese, *Ibid.*, P. 74.

۱۰۱. در قسمت بعدی در خصوص حق تعیین سرنوشت برای منابع و ثروتهای طبیعی نیز بحث خواهیم کرد؛ رک. E/CN. 4/Sub. 2 /405 /Rev. 1, paras. 47-50;

همچنین برای بررسی دقیق‌تر فعالیت‌های ملل متحد در مورد استعمارزدایی، رک. C. Eagleton, Self- Determination in the United Nations, 47 AJIL 1953 / 88 ff;

R. Emerson, Self- Determination Revisited in the Era of Decolonialization Cambridge, Mass, 1964; M. K Nawaz, The Meaning & Range of the Principle of Self-Determination, 82 Duke law Journal, 1965; all cited: A. Cassese, *Ibid.* / P. 74.

در سیستم ملل متحد قطعنامه‌های زیادی حتی در دهه ۱۹۹۰ صادر شده که به مسئله استعمارزدایی اشاره داشته از جمله: A/ Res / 1514, 14 Dec. 1960; Q / RES / 1568, 18 Dec. 1960; A / Res / 1803, 14 Dec. 1962; A / Res / 2131 / 21 Dec. 1962; A / Res / 2625, 24 oct. 1970; A /Res / 3485, 12 Dec. 1975; A/Res 37/30, 23 Nov. 1982; A / Res / 46 / 87, 16 Dec. 1991; A /Res / 50 /6, 1995; S/Res / 384, 22 Dec. 1975; S /Res / 389, 22 April 1976.

102. A/Res/2625, 24 oct. 1970, Annex.

مردم مستعمرات و سرزمینهای غیرخودمختار وظیفه‌ای در این راستا ندارند.^{۱۰۳} فعالیتهای ملل متحد در خصوص مستعمرات نواقصی هم در برداشته است که در سالهای بعد از آن استقلال این سرزمینها— خصوصاً بعد از پایان جنگ سرد— منجر به بروز درگیریهای خونینی در این زمینه شده است. مهم‌تر از همه این است که در دهه‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۸۰ محور توجه به اصل تعیین سرنوشت بعد خارجی آن بود، نه بعد داخلی آن. در سرزمینهایی که از پیشینه، سنت دموکراسی و حکومت مردم سالار برخوردار نبودند، اولویت بخشیدن به اصل تمامیت ارضی منجر به محروم شدن بسیاری از مردم و گروههای قومی از حق تعیین سرنوشت شد. در واقع خواست مردم مستعمرات برای استقلال امری حتمی و یقینی به نظر می‌رسید و هیچ رفاندومی برقرار نشد که به تشخیص خواست هر گروه قومی عمده برای آینده سیاسی‌اش کمک کند.^{۱۰۴} ثانیاً در فصل یازدهم و دوازدهم منشور نیز که مربوط به سرزمینهای غیرخودمختار می‌شد، هیچ اشاره مستقیمی به اصل تعیین سرنوشت مردمان این سرزمینها نشده بود و تنها در ماده ۷۳ به «مأموریت مقدس» دولتهای اداره‌کننده در جهت پیشبرد رفاه سکنه این سرزمینها اشاره شده بود.^{۱۰۵}

در اولین نشست مجمع عمومی، لیستی از هفتاد و چهار سرزمین که فصل یازدهم منشور در مورد آنها قابل‌اعمال بوده است، تهیه شد.^{۱۰۶} وقتی دول عضو در اجلاس سوم از ارائه اطلاعات در مورد یازده سرزمین خودداری کردند، مجمع عمومی طی صدور قطعنامه‌ای مقرر ساخت که مقامات اداره‌کننده باید اطلاعات دقیقی در خصوص تغییرات ساختاری ایجاد شده در این سرزمینها را به دبیرکل ارائه دهند.^{۱۰۷} مجمع تاکید کرد این رکن تنها مقامی است که می‌تواند نام برخی از این سرزمینها را از لیست سرزمینهای غیرخودمختار حذف کند.^{۱۰۸} ماده ۷۳ منشور در ذیل تعهدات مقام اداره‌کننده، موارد زیر را برمی‌شمارد؛ رعایت فرهنگ مردم، توسعه و ترقی سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و آموزشی، رفتار عادلانه، حمایت در برابر اجحاف و سوءاستفاده و انعکاس آمال سیاسی مردم.^{۱۰۹} دولت اداره‌کننده می‌بایست منافع سرزمینهای وابسته و غیرمستقل را در درجه اول اهمیت قرار می‌داد و به توسعه اشکال مناسب

۱۰۳. رک. شماره‌های قبلی؛ این همان تفاوتی است که قاعده تعیین سرنوشت به‌عنوان تعهد "Erga Omnes" با قواعد آمره دارد؛

See *Supra* notes 83-86; See also: Thomas Franck *et al.*, *Supra* note 53, Section 3.

104. A. Cassese, *Supra* note 13, P. 74.

۱۰۵. منشور ملل متحد، همان، ماده ۷۳، فصول ۱۱ و ۱۲.

106. A/Res / 66 (I), 14 Dec. 1946.

107. A/Res / 222 (III), 3 Nov. 1948.

108. A/ Res/ 1541 (XV), 15 Dec. 1960.

۱۰۹. منشور ملل متحد، همان، ماده ۷۳.

خودمختاری کمک می‌نمود و اطلاعاتی در خصوص موارد مذکور به ملل متحد ارائه می‌کرد و ملل متحد بر پیشرفت این سرزمینها به سمت خودمختاری نظارت می‌نمود.^{۱۱۰}

قطعنامه (۱۹۶۰) ۱۵۱۴ نیز متذکر می‌شود که باید اقدامات عاجلی صورت بگیرد تا همه اختیارات و قدرتهای حکومتی - بدون هیچ قید و شرطی و مطابق با خواست مردم و بدون اعمال هیچ‌گونه تمایزی از حیث نژاد، مذهب یا رنگ - به مردم این سرزمینها انتقال پیدا کند تا آنها را به برخورداری کامل از استقلال و آزادی قادر سازد.^{۱۱۱} دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۷۱ می‌گوید: «توسعه و تحول متعاقب حقوق بین‌الملل در مورد سرزمینهای غیرخودمختار که در منشور ملل متحد آمده، اصل تعیین سرنوشت را برای همه این سرزمینها قابل‌اعمال ساخته است».^{۱۱۲} تحولات مورد نظر دیوان خصوصاً با بند ۳ ماده ۱ مشترک در میثاقین و اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ تکمیل شد.^{۱۱۳} براساس بند ۳ ماده مذکور تکلیفی به مقام اداره‌کننده تحمیل می‌شد که در منشور صراحتاً ذکر نشده بود؛ دولت اداره‌کننده موظف بود که به تحقق حق تعیین سرنوشت کمک کند. به عبارت دیگر به سرزمینهای غیرخودمختار در کسب استقلال کمک نماید. این بند مکمل مقررات منشور به حساب می‌آید.^{۱۱۴} اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ نیز وضعیت مردم سرزمینهای غیرخودمختار را به موازات وضعیت مردم مستعمرات و در کنار آن ذکر کرده بود؛^{۱۱۵} بنابراین حق تعیین سرنوشت به همان صورتی که برای مردم مستعمرات وجود داشت، برای مردم سرزمینهای غیرخودمختار نیز تعریف می‌شد. دیوان بین‌المللی دادگستری می‌گوید: «تحولات حقوق بین‌الملل تردیدی به‌جای نگذاشته که هدف نهایی «مأموریت مقدس» که در بند ۱ ماده ۲۲ میثاق جامعه آمده، «تعیین سرنوشت همه مردم آن سرزمین است».^{۱۱۶} دیوان می‌گوید: «حق مردم برای تعیین سرنوشت امروز حقی عام‌الشمول (*Erga Omnes*) است».

۱۱۰. همان.

111. A/Res/ 1514 (XV), 14 Dec. 1960.

112. ICJ Reports, 1971, P. 31, para. 52.

113. A/Res/ 2625 (XXV). Annex, 24 oct. 1970.

114. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 57-58.

115. A/Res/ 2625 (XXV), Annex, 24 oct. 1970.

116. ICJ Reports, 1971, paras. 52- 53; Thomas M. Franck *et al. Supra* note 53; ICJ Reports, 1995, para. 29; Maria Clara Maffei, *Supra* note 83, pp. 223 -230; <http://library.uws.edu.au/adt-Nuws/uploads/approved/adt-Nuws2005092/152436/public/09chapter8.pdf>; In the Case Concerning East Timor, *Supra* note 12, on Behalf of Protuguase Republic, 30 Jan. 1995 & 31 Jan. 1995; A. Cassese, *Supra* note 13, pp. 76-88.

الف-۲- حق مردم تحت انقیاد و سلطه بیگانه برای تعیین سرنوشت خود

رویه دولتی و قطعنامه‌های ملل متحد نشان می‌دهد که حق تعیین سرنوشت نه تنها متعلق به مردم مستعمرات است، بلکه در مورد مردم سرزمینهای اشغالی نیز اعمال می‌شود. مفهوم سلطه بیگانه^{۱۱۷} در بند ۱ اعلامیه اعطای استقلال گنجانده شده است: «قرار دادن مردم تحت انقیاد، سلطه و استثمار بیگانه، نفی حقوق اساسی بشر محسوب شده است که مغایر منشور ملل متحد و مانعی در جهت ترویج صلح و همکاری جهانی می‌باشد».^{۱۱۸}

ماده ۱ میثاقین نیز به‌طور ضمنی این مسئله را عنوان می‌کند، لکن اشاره مستقیم به عبارت اشغال خارجی یا سلطه بیگانه در آن نشده است، نهایتاً اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ به چند وضعیت اشاره می‌کند که در بردارنده حق تعیین سرنوشت خارجی برای مردم است که یکی از آن چند وضعیت، مورد سلطه، انقیاد و استثمار بیگانه است.^{۱۱۹}

این اعلامیه نشان می‌دهد که وضعیت اشغال یا سلطه بیگانه می‌تواند جدا از استعمار وجود داشته باشد. این مسئله امروزه مورد تأیید همه کشورها و جامعه جهانی قرار گرفته است.^{۱۲۰} شورای امنیت در مواقع مختلف اعلام کرده که تحصیل و اکتساب سرزمین به‌وسیله غلبه نظامی و قهرآمیز، غیرمجاز و نامشروع است.^{۱۲۱} در کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز همه اعضاء معتقد بودند که حق تعیین سرنوشت فقط به مردم مستعمرات تعلق نمی‌گیرد، بلکه به مردم تحت سلطه بیگانه نیز اطلاق می‌شود.^{۱۲۲} رویه دولتی نیز بر این امر صحنه گذاشته است.^{۱۲۳} از آنجا که «حق تعیین سرنوشت خارجی ... مترادف ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌الملل است»،^{۱۲۴} بنابراین نقض این حق از طریق توسل به زور، نقض غیرمستقیم یک قاعده آمره بین‌المللی است، در عین

117. Alien Domination.

118. A/ Res / 1514 (XV), 14 Dec. 1960, para. 1.

119. A/ Res / 2625 (XXV), 24 Oct. 1970, Annex.

120. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 90- 91.

121. در قطعنامه ۲۹۸ به‌عنوان مثال، شورای امنیت تصدیق می‌کند که همه اقدامات اداری و تقنینی اسرائیل در جهت تغییر وضعیت شهر بیت‌المقدس از جمله خلع ید از اموال، انتقال جمعیت و قانونگذاری در جهت ادغام سرزمینهای اشغالی در اسرائیل کلاً باطل و بی‌اثر است و نمی‌تواند تغییری در وضعیت ایجاد کند. در ۱۹۸۰ در قطعنامه ۴۷۸ تصویب قانونی که بیت‌المقدس را پایتخت اسرائیل قرار داد و آن را متحد نمود، از سوی شورا نقض حقوق بین‌الملل خوانده شد و همه اقدامات مقننه و مجریه اسرائیل در راستای تغییر کاراکتر شهر اورشلیم منسوخ و باطل اعلام گشت. رک.

ICJ Reports, 9 July 2004, para. 75, 87.

122. Yb. Of ILC, vol. II, part II, P. 64, para. 266.

123. E / CN. 4 / Sub. 2 / 405 / Rew. 1, paras. 61-64; E / CN. 4 / 2003 / L. 9;

E / CN. 4 / 2003 / L. 5; Press Release CA / SHC / 3753 / 58 General Assembly Sess, 3rd Committee, 26 th Mtg (AM), 28 / 10 / 2003; Commission on Human Rights Resolution on Self- Determination, Defamation of Religion, 14 / 04 / 2003, press Release HR/ CN / 1032.

124. A. Cassese, *Supra* note, 13, P. 99.

حال که نقض اصل تعیین سرنوشت، فی نفسه نقض یک قاعده "Erga Omnes" نیز هست.^{۱۲۵} بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت و مجمع عمومی نشان می‌دهد که عبارت سلطه یا انقیاد بیگانه^{۱۲۶} شامل وضعیتهایی است که در آن «یک قدرت با توسل به زور به مردم یک سرزمین خارجی سلطه پیدا می‌کند». یعنی باید یک قدرت بیگانه مداخله نظامی انجام داده و یا در صورت وجود مخاصمه، طرف متخاصم اقدام به اشغال نظامی کند.^{۱۲۷} رویه ملل متحد و اعضای آن در سالهای متعاقب تصویب اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰، نشان می‌دهد که اکثریت عظیمی از دولتها همچنان از توسعه مفهوم سلطه و غلبه بیگانه به اشکال استثمار اقتصادی و استعمار نو خودداری می‌کنند.^{۱۲۸} به همین خاطر قطعنامه‌های مصوب مجمع عمومی در مورد مسائل اقتصادی، مداخله اقتصادی را نقض اصل تعیین سرنوشت نخوانده‌اند.^{۱۲۹} «اقدام به مداخله و اشغال نظامی خارجی و یا تهدید به آن» و «مداخله نظامی، تجاوز نظامی و اشغال نظامی خارجی» نقض فاحش اصل تعیین سرنوشت خوانده شده است و در عمل دولتها توافق کرده‌اند که واژه و مفهوم «سلطه بیگانه» به «مداخله به وسیله توسل به زور و اشغال نظامی» محدود شود.^{۱۳۰}

این بدان معنا نیست که حق تعیین سرنوشت خارجی در وضعیتهای دیگری غیر از اشغال بیگانه یا مستعمرات موضوعیت ندارد. بند ۲ ماده ۱ مشترک در میثاقین مشخصاً به نمونه‌ای از این وضعیتها اشاره کرده است.^{۱۳۱} این بند نمودار واکنش ملل متحد و اعضای آن به وضعیتهای جدیدی بود که در حین استعمارزدایی و بعد از آن و به‌عنوان گامی دیگر مطرح می‌شد. در مورد

۱۲۵. رک. پاورقی شماره ۶۹ تا ۸۵ در خصوص ماهیت حقوقی حق تعیین سرنوشت.

126. Alien Domination / Subjugation.

127. A. Cassese, *Ibid.*, pp. 98-99.

128. *Ibid.*, pp. 92-93.

129. A / Res / 3281 (XXIX), 1974; A / Res / 38 / 197, 1983.

130. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 93-98.

برای بررسی رویه دولتی و عقیده دولتها، رک.

A/C. 3/37/SR. 13/2/21-22 (1982); A/C. 3/38/SR. /6,21 (1983); A / C. 3/39 /SR. 34 (1984); A/C. 3/43/SR. 7/9/10/13/17/23(1988); S/PV. 2489 (1983); S/PV. 2487 (1983); S/PV. 2491 (1983); A/Res / 35/ 37, 1980; A/ Res / 36 / 34, 1981; A / Res / 37/37, 1982; A/Res / 34 /22, 1979;A/Res/33/6,1980; A/ Res /37/6/1982; A/Res / 45/3, 1991; A/ Res/ 46 / 18, 1991;A/ Res / 2646 (XXV), 1970; A / Res / 2949 (XXVII), 1972; A/ Res/33 /28, 1978; A/Res /43 /44, 1979; A/ReS/ 34 /70, 1979; A/ Res /37/ 123, 1982; A/ Res / 38/ 180(AtoD),1983; A/Res/34/70, 1979; A / Res / 41 / 162 (A to C) 1986; A/ Res / 43 / 54 (A to C), 1988; A/ Res / 45 / 83, 1990; a / Res / 44 / 22, 1989; A / Res / 34 / 22, 1979; A/ Res / 45 / 3, 1990; A/ Res / 46 / 78, 1990; S/ Res / 252, 1968; S/ Res / 478, 1980; S/ Res446, 1979; S/ Res / 668, 1990;S/Res / 717, 1991; S/ Res / 810, 1993; S/Res / 718, 1991; S/Res/ 745, 1992;S/Res / 766, 1992; S/Res/ 783,1992; S/Res/ 792, 1992; A/ 38 /PV. 34, A/39 /PV. 32; UN. GAOR, 34 th Sess. / 1979, Preliminary Mtg, 3 rd 4 th.

۱۳۱. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱، بند ۲.

منابع طبیعی، این دولتهای حاکمه بودند- و نه مردم- که در وهله اول متأثر می‌شدند و آسیب می‌دیدند. مسئله اصلی در ملل متحد، ایجاد سازش و توانایی برای حفظ دو اصل اساسی، به‌طور هم‌زمان بود: ۱- حمایت و احترام به حاکمیت ملی دول جهان سوم نسبت به منابع طبیعی‌شان؛ ۲- تهیه ضمانتهای مناسب برای سرمایه‌گذاران خارجی.^{۱۳۲}

کمیته حقوق بشر در تفسیر بند ۲ ماده ۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌گوید که این حق، وظایف هم سطح و یکسان برای همه دولتها و جامعه بین‌المللی دربردارد.^{۱۳۳} پرفسور کاسسه در تدقیق بند ۲ ماده ۱ میثاق، موارد زیر را قابل استنتاج می‌داند:

- ۱- مردم توسط حکمرانانی اداره شوند که خودشان انتخاب کرده‌اند؛
- ۲- مردم از حکمرانان انتخابی خود بخواهند که منابع طبیعی به نفع خود آنها استخراج و بهره‌برداری شود؛

۳- حق کنترل و بهره‌برداری از منابع طبیعی هر سرزمین متعلق به ساکنان آن سرزمین است.^{۱۳۴}

علاوه بر اسنادی همچون اعلامیه استقلال و میثاقین، مجمع عمومی در سندی جداگانه، موضوع کنترل بر منابع طبیعی را مطرح کرده است. قطعنامه ۱۸۰۳ یا «حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی» توسط مجمع عمومی در ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ به تصویب رسید.^{۱۳۵} این قطعنامه «نه اعلام حقوق عرفی بود و نه تبدیل به حقوق عرفی شد».^{۱۳۶} تنها برخی از اصول کلی آن باعث ایجاد قواعدی عرفی در این زمینه شده است:

- ۱- مردم تحت سلطه استعمار یا انقیاد بیگانه حق دارند آزادانه از ثروتها و منابع طبیعی‌شان استفاده و بهره‌برداری کنند.
- ۲- از آنجا که این حق به نفع توسعه ملی و رفاه مردم اعمال می‌شود، هرگونه استفاده یا استخراج منابع طبیعی یک سرزمین تحت سلطه استعمار یا سلطه بیگانه توسط قدرت استعماری یا قدرت خارجی که در راستای منافع مطلق مردم مورد نظر انجام نگیرد، نقض فاحش حق مردم برای تعیین سرنوشت تلقی می‌شود.^{۱۳۷}

132. A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 99 -100.

133. General Comment no 12, *Supra* note 5 / para. 5,

در قضیه تیمور شرقی قاضی هیگنز در اظهارات خود گفت که حاکمیت مستمر مردم بر منابع طبیعی‌شان نه فقط یک حق ساده بلکه عنصر جدایی‌ناپذیری از حق تعیین سرنوشت و برای تحقق آن ضروری است؛

In the Case concerning East Timor, *Supra* note 12, Speech by Judge Higgins, 1 Feb. 1995, paras. 13 -15.

134. A. Cassese, *Supra* note 13, p. 55.

135. A/ Res / 1803 (XVII), 14 Dec. 1962.

136. A. Cassese, *Supra* note 13, p. 100.

137. *Ibid.*, P. 100, 56; *See also*: M. C. Maffei, *Supra* note, 88, p. 235, Para. 16.

ب- حق مردم برای تعیین سرنوشت داخلی

ب- ۱- اطلاق عبارت "self" در بعد داخلی تعیین سرنوشت: جهان‌شمولی حق تعیین سرنوشت

همه جوامع انسانی که از دوام برخوردارند، من جمله گروه‌ها، فرهنگ مشترکی دارند. وفاداری به فرهنگ مشترک دربردارنده تمایل به مقاومت در برابر تحمیل فرهنگ بیگانه است، اگرچه گروه‌ها صرفاً همیشه هم مقاومت نمی‌کنند، لکن تمایل به استقلال فرهنگی یکی از قدیمی‌ترین اشکال تهییج سیاسی است و حق تعیین سرنوشت ملی شکل مدرن آن است.^{۱۳۸}

ویژگی‌های تاریخ ایالات متحده، به‌عنوان یک نمونه برجسته در زمینه بحث ما، نشان می‌دهد که تعیین سرنوشت ملی، دموکراسی و حقوق فرد همدیگر را به‌طور متقابل پشتیبانی کرده‌اند.^{۱۳۹} همین مسئله، زمینه‌ای بود برای طرح اعلامیه مشهور پرزیدنت ویلسون در خصوص اصل تعیین سرنوشت ملی به‌عنوان اساس نظم جهانی جدید بعد از جنگ جهانی اول؛ لکن ویلسون ترکیب پیچیده ملت‌ها در اروپا را نادیده گرفته بود و نتیجتاً اصلی را پیشنهاد داد که هم غیرعملی بود و هم نهایتاً منجر به سرکوب و درگیری‌های خشونت‌بار توسط نازی‌ها شد و مورد سوءاستفاده آنها قرار گرفت؛^{۱۴۰} لکن آنچه ما بین دو جنگ جهانی اتفاق افتاد از اهمیت اصل تعیین سرنوشت نکاست، تا آنجا که صراحتاً در منشور ملل متحد به این اصل اشاره شد.^{۱۴۱}

اشتباه بعدی به اجرا گذاشتن دکترین "*Uti Possidetis Juris*" بود: «مرزهای سرزمین‌های تازه استقلال یافته، باید همان مرزهای مستعمرات سابق باشد». بنابراین جنبش‌های ضداستعماری در سازمان ملل - «کلوب اعضای دولت‌ها»^{۱۴۲} - تحلیل رفت. به عبارت دیگر اصل تعیین سرنوشت فقط در مورد مردمی قابلیت اطلاق یافت که برای پایان استعمار می‌جنگیدند، نه مردمی که خود را موضوع رفتار غیر عادلانه دولت‌های جانشین استعمارگران می‌یافتند.^{۱۴۳} با این حال قدرت اصل تعیین سرنوشت غیرقابل کنترل بود. جنگ‌های جدایی طلبانه به‌خاطر بافت چند قومی ملل مستعمرات تازه استقلال یافته، خصلت غالب نظم جهانی بعد از استعمار شد. البته این مبارزات به زبان جنگ سرد ترجمه می‌شد.

138. Michael Freeman, National Self –Determination, Peace & Human Rights, Peace Review. vol. 10, no. 2 / 1998. Cited on: <www. tamilnation. org>.

139. Ibid.

140. Ibid.

141. A/Res/31/154, 1976; A / Res / 41 / 101, 1986; S/ Res / 460, 1979; S/ Res / 417 / 1977; See also: A. Cassese, *Supra* note 13, PP. 120 – 121.

142. Exclusive Club of States.

143. M. Freeman, *Supra* note 138.

تجزیه شوروی و سقوط کمونیسم اروپای شرقی در اجماع نظر مربوط به اصل تعیین سرنوشت که از ۱۹۶۶ تا ۱۹۹۰ دست نخورده باقی مانده بود، بحران ایجاد کرد. اصل تعیین سرنوشت، فقط بعد از اینکه دیگر راه چاره‌ای وجود نداشت، در ابعاد تازه‌ای شناسایی شد، لکن همچنان بر اصل "Uti Possidetis Juris" تأکید می‌شد. محور قراردادن این اصل، منجر به درگیریهایی خونین من جمله در کرواسی و بوسنی، آسیای میانه و قفقاز شد که نشان می‌دهد میان اصول حاکمیت دولت، تعیین سرنوشت ملی و حقوق بشر باید رابطه‌ای مستحکم و بادوام برقرار شود.^{۱۴۴}

در سال ۱۹۹۸ در کنفرانس «اجرای حق تعیین سرنوشت به‌عنوان ابزاری برای جلوگیری از درگیریها» که توسط یونسکو تشکیل شد، این نتیجه به‌دست آمد که «اعمال مسالمت‌آمیز حق تعیین سرنوشت در مفهوم گسترده آن، ابزار کلیدی جهت جلوگیری و حل و فصل درگیریهاست» و عنوان شد که انکار و نادیده گرفتن حق تعیین سرنوشت داخلی، علت عمده جنبشهای آزادیبخش ملی تلقی می‌شود.^{۱۴۵} در سال ۲۰۰۳ نیز اعضای ملل متحد اعلام کردند که تصحیح اشتباهات تاریخی نژادپرستی، تضمین حق مردم برای تعیین سرنوشت و صلح و تفاهم میان ملل، عوامل کلیدی در تحقق توسعه پایدار است.^{۱۴۶}

حق تعیین سرنوشت داخلی به‌عنوان بعد بحث برانگیز حق تعیین سرنوشت، عبارت است از حق خودمختاری مقتدرانه،^{۱۴۷} یعنی حق مردم برای انتخاب واقعی و آزادانه رژیم سیاسی و اقتصادی خود که حقی است فراتر از انتخاب میان آنچه که صرفاً از طرف جناح حاکم پیشنهاد می‌شود. این حق مستمر و بادوام است، و برخلاف حق تعیین سرنوشت خارجی با یک‌بار توسل به آن، ساقط نمی‌شود، تحلیل نمی‌رود و کمرنگ نمی‌شود. مسئله اینجاست که در حقوق بین‌الملل عرفی چه کسی دقیقاً این حق را داراست و آیا همه مردم محق به اعمال آن هستند یا خیر.^{۱۴۸} ایجاد دولتهایی که بتوانند نماینده جوامع قومی-زبانی یکدستی باشند، تقریباً غیرممکن است.^{۱۴۹} آن‌طور که از متن منشور مستفاد می‌گردد و نیز براساس گفته مخبر ویژه کمیسیون

144. *Ibid.*

145. S. Sathamathan, External Self-Determination, internal De-colonisation and Conflict Prevention, Presented at the Seminar on Self-Determination & Conflict Prevention, Sponsored by UNESCO decatalunya & UNESCO de Extea UNESCO Centre of the Basque, Country Palais de Nations, Geneva, March 22- 23, 1999, Cited on: <www. Tamilnation. org>.

146. Press Release CA/ SHC / 3753, *Supra* note 123.

147. Authentic Self-Government.

148. A. Cassese, *Supra* note 13, P. 101; See also: M. Suksi, *Supra* note 42.

149. di Daniele Archibugi, *Supra* note 7, E/ Cn. 4 / Sub. 2 / AC. 5 / 2004 / wp. 1 / para. 30 Minorities and Self – Determination, working paper prepared by Jose Bengoa, member of the Working group on Minorities, 23 Dec. 2003, E / CN. 4 / Sub. 2 / AC. 5 / 2004 / wp. 1 / para. 30.

حقوق بشر در خصوص حق تعیین سرنوشت "Self" در عبارت "Self-Determination" به همه مردمان^{۱۵۰} اطلاق می‌گردد. «حق تعیین سرنوشت حق تخطی‌ناپذیر برای همه مردم است» تا بتوانند سیستم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی خود را تعیین کرده، موقعیتی بین‌المللی برای خود کسب کنند.^{۱۵۱} موضع دول غربی نیز بر این امر استوار بوده که تعیین سرنوشت حقی فراگیر و جهان‌شمول است.^{۱۵۲} ماده ۱ مشترک در میثاقین نیز در راستای خواست دول غربی و اصرارشان بر عمومیت و فراگیری حق تعیین سرنوشت مقرر شد.^{۱۵۳}

پیشینه پیش‌نویس ماده ۱ میثاقین نشان می‌دهد که تعیین سرنوشت «یعنی برخورداری از این حق که آزاد از رژیمهای اقتدارگرا زندگی کنی».^{۱۵۴} با توجه به مذاکرات مقدماتی تصویب میثاقین، با قاطعیت می‌توان گفت عبارت «مردم» یا "Peoples" در ماده ۱، کل مردم را مدنظر قرار می‌دهد و برای اقلیتها صرفاً حقوق مندرج در ماده ۲۷ در نظر گرفته شده است.^{۱۵۵}

بنابراین، براساس آنچه از ماده ۱ میثاقین مستفاد می‌شود، اقلیتها محق به تمتع و اعمال حق تعیین سرنوشت - به معنای کسب استقلال یا تضمین نظام سیاسی، اقتصادی و اجتماعی به‌طور مستقل و جداً از بقیه بخشهای جمعیت یک کشور - نیستند، چون مردم محسوب نمی‌شوند، (البته در مورد اقلیتهای نژادی، استثنائی وجود دارد که بعداً بررسی می‌کنیم)^{۱۵۶} و هر جمعیتی که «مردم» محسوب شوند، محق به تمتع و اعمال حق تعیین سرنوشت می‌باشند.^{۱۵۷}

حق استقلال و کسب آن در حقوق بین‌الملل فقط برای مردم مستعمرات و سرزمینهای اشغالی در نظر گرفته شده و حتی براساس حقوق عرفی، مردم تحت سلطه رژیمهای نژادپرست نیز حق استقلال ندارند.

امروزه باید گفت نه معنای عبارت "Self"، بلکه معنای عبارت "Determination" باید تعیین شود؛ در واقع در حقوق بین‌الملل معاصر، حق تعیین سرنوشت تنها به معنای کسب استقلال یا براندازی یک نوع خاص حکومت (مثلاً حکومت نژادپرست) نیست بلکه به معنای مشارکت در

150. Peoples.

151. E/ CN. 4 / Sub. 2 / 404 / Rew. 1, 1981, para. 268.

152. A. Cassese, *Supra* note 13, pp. 46 -47.

153. Universality.

154. A. Cassese, *Ibid.*, p. 59.

۱۵۵. رک.

A/C. 3 / SR. 310, para. 3; A / C. 3 /SR. 366, para. 29; A / C. 3/SR. 369, para. 13;

A/C. 3 / SR. 399 /para. 5-6; A/C. 3/SR. 570, para. 16; A/C. 3/SR. 642 -75;

E/CN. 4 /SR. 253, 13; E/CN. 4/SR. 256 /15.

156. A. Cassese, *Supra* note 13, p. 59.

۱۵۷. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، همان، ماده ۱؛

A/RES/1514,1960;A/RES/2625,24 Oct. 1970;M. Suksi, *Supra* note 42;A. Cassese, *Supra* note 13,p. 108.

تعیین نظام سیاسی - اقتصادی و به معنای حفظ هویت است.^{۱۵۸} حق مردم برای تعیین سرنوشت به آن معنا نیست که واژه «مردم» در عبارت حقوق مردم^{۱۵۹} مستلزم آن باشد که «مردم» همیشه و برای همه حقوقی که در این طبقه بندی می گنجد، به یک معنا به کار رود. به عبارت دیگر حق تعیین سرنوشت یک مفهوم مبتنی بر متن^{۱۶۰} است. بدین ترتیب حق مردم برای مشارکت در زندگی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی به ندرت منجر به طرح مفهوم استقلال می شود، یا به عبارتی همه کسانی که حق مشارکت در حکومت و سیاست گذاری دارند، از حق استقلال و جدایی برخوردار نیستند.^{۱۶۱}

بنابراین وقتی گفته می شود مردم یک دولت حاکمه و گروههای اقلیت ساکن در آن دولت از حق تعیین سرنوشت برخوردارند به این معناست که اولاً کل مردم در یک دولت مستقل از حق داشتن یک حکومت دموکراتیک مبتنی بر سیستم نمایندگی برخوردارند، که شیوه اظهار نظر و دخالت مردم در تصمیم گیریهای حکومتی در این نظام در مجموعه ای از قوانین از جمله قانون اساسی ذکر شده باشد، ثانیاً گروههای اقلیت ساکن در این کشور حق داشته باشند هویت خود را حفظ کنند؛ برای این افراد درجات مختلفی از خودمختاری را می توان در نظر گرفت.^{۱۶۲}

ب - ۲ - اطلاق اصل تعیین سرنوشت به کل مردم در یک دولت مستقل حاکمه

در منشور ملل متحد عبارت «مردم» یا مردمان^{۱۶۳} به معنای کسانی است که باید دیر یا زود تبدیل به یک ملت می شدند،^{۱۶۴} اگرچه که بحث اصلی در مذاکرات مقدماتی مربوط به ساکنین سرزمینهایی بود که توسط آلمان نازی اشغال شده بود.^{۱۶۵} بسیاری از دولتهایی که عضو ملل متحد شدند، وارث طیف گوناگونی از «مردم» بودند و از آنجا که با مسئله ادغام این مردمان

158. V. P. Nanda/*Supra* note 2.

159. Peoples rights.

160. Context-dependent.

161. Thomas M. Franck *et al.* /*Supra* note 53; E/CN. 4/Sub. 2/AC. 5/2004/WP. 1 paras. 4-30;

همچنین رک.

J. Crawford, the Rights of Peoples: some conclusions/in. J. Crawford (ed), *Supra* note 71. pp. 166-170; Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and self-Determination-the Accomodation of conflicting Rights*. University of Pennsylvania press. 1990, p. 74; M. N. Show, the Definition of minorities in Int'l Law, *Isreal Yb on Human Rights*. 1991, p. 19; E/CN. 4/Sub. 2/AC. 5/2004/WP.

162. E/CN. 4/sub. 2/405/Rev. 1/1980, paras. 55-56.

163. Peoples.

164. di Daniele Archibugi/ *Supra* note 7.

165. A. Cassese/ *Supra* note 13/p. 39.

در پروسه وحدت ملی مواجه بودند، معیار سرزمین را در اعمال اصلی تعیین سرنوشت حاکم کردند.^{۱۶۶}

بدین ترتیب رفته رفته حق تعیین سرنوشت، عملاً به شکل حق تعیین سرنوشت جمعیت ساکن^{۱۶۷} در سرزمینی مشخص درآمد و از شکل حق تعیین سرنوشت مردم خارج شد.^{۱۶۸} رویه ملل متحد نشان می‌دهد که مدت‌ها حق مردم برای تعیین سرنوشت خود که در برابر حکومت‌های مطلقه و اقتدارگرا مطرح می‌شد، هنوز به‌عنوان حقوق فردی شناسایی نشده بود. شاید دلیل آن، ترس از مداخله خارجی در امور داخلی دولت مربوط بود. حتی در جریان کارهای مقدماتی تهیه میثاقین کشورهای بودند که با گنجاندن اصل تعیین سرنوشت در این دو میثاق مخالف بودند.^{۱۶۹} آنچه در ماده ۱ میثاق گنجانده شد، به توسعه مفهوم تعیین سرنوشت به‌عنوان اصلی حقوقی که فرایند تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری داخلی را دربرگیرد، کمک شایانی کرده است. «این ماده ۱ بود که پیوندی دائمی بین حق تعیین سرنوشت و حقوق مدنی- سیاسی ایجاد کرد».^{۱۷۰}

ماده ۱ میثاق بسیاری از صاحب‌نظران را به این سمت هدایت کرد که نه تنها حق تعیین سرنوشت اساسی‌ترین حق در مجموعه حقوق بشر است، بلکه مبنایی است که اعمال صحیح سایر حقوق نیز به آن بستگی دارد. فقط در پرتو اعمال این حقوق و آزادی‌هاست که می‌توان گفت کل مردم از حق تعیین سرنوشت برخوردارند.^{۱۷۱}

بررسی مذاکرات مقدماتی تهیه متن اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ و نیز مطالعه دقیق خود اعلامیه، ممکن است نتیجه‌گیری فوق را با تردید مواجه سازد. به نظر می‌رسد تأکید بر حق مردم در اداره حکومت خود بیشتر در راستای جلوگیری از هرگونه مداخله خارجی است، به عبارت دیگر، تعیین سرنوشت حق دولت است نه مردم.^{۱۷۲} با این حال جهت‌گیری ارکان مختلف و

166. Leo Kuper, *Supra* note 35.

167. Population.

168. ICJ Reports/ 1975/p. 122.

169. A. Cassese, *Supra* note 13, pp. 48-52, 102-103.

170. *Ibid.*, p. 55.

171. E/CN. 4/sub. 2/405/Rev. 1/paras. 57-59, E/CN. 4/Sub. 2/404/Rev. 1;

Leo Kuper. *Supra* note 35. Suksi. *Supra* note 42, A. Cassese. *Ibid.*, pp. 52-53.

See also; fn. 177,179;

همچنین رک. پاورقی‌های بعدی در خصوص رویه کمیته حقوق بشر.
۱۷۲. پرفسور کاسسه می‌گوید: «غیرمنطقی است که در پاراگراف ۱ [اعلامیه] یک اصل جهانی و فراگیر ذکر شده باشد و در پاراگراف‌های بعدی به روش‌های اجرای این اصل در بعد خارجی‌اش پرداخته نشده باشد».

A. Cassese/*Ibid.* /p. 110;

همچنین برای بررسی مذاکرات مقدماتی تهیه اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ رک.
Ibid. pp 109- 111, UNGAOR, 24th Sess., supp no. 19(A/7619), 1969, at 63 UNLAOR/24th Sess. /supp no. 18(A/8018). 1970. AT41. A/AC. 125/SR/113, at 23,

مخبران ویژه در سالهای بعد نشان داد که قرائتی منطقی از اعلامیه ما را به این سمت می‌راند که بپذیریم برای برخورداری از اصل تمامیت ارضی، به‌خصوص در برابر ادعاهای تجزیه‌طلبانه، دولت باید حکومتی داشته باشد که نماینده همه مردم به حساب آید.^{۱۷۳} مخبر ویژه کمیسیون حقوق بشر می‌گوید در نشست سی و دوم کمیسیون حقوق بشر در ۱۹۷۶ گفته شد که «حق تعیین سرنوشت که پیش شرطی اساسی برای برخورداری از سایر حقوق بشر است، تبدیل به یک قاعده اساسی»^{۱۷۴} در حقوق بین‌الملل شده است. این حق، حقی پویا و دینامیک است که هم شامل مشارکت آزادانه در زندگی سیاسی و هم شامل برخورداری از حقوق مدنی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بنیادین می‌شود.^{۱۷۵}

اگرچه خود کمیته حقوق بشر در تفاسیر و گزارشات اولیه خود، تفسیری محدودتر برای اصل تعیین سرنوشت عنوان کرده بود،^{۱۷۶} لکن نسبت به سایر حقوق، حساسیت خاصی نسبت به این حق از خود نشان می‌دهد. «دولتهای عضو باید فرایندهای سیاسی و فرایندهای مربوط به قانون اساسی که در عمل اجازه اعمال این حق را می‌دهد، توصیف کنند».^{۱۷۷}

رویه‌های اخیر نشان می‌دهد که کمیته توجه بیشتری به تعیین سرنوشت داخلی نشان می‌دهد. اکنون اعضای کمیته و دولتها بر اهمیت حق تعیین سرنوشت داخلی – به‌عنوان یک فرایند تصمیم‌گیری دموکراتیک صحیح – تأکید بیشتری دارند، زیرا وجود این گونه تصمیم‌گیرها نشان می‌دهد که مردم یک سرزمین قدرت انتخاب واقعی بین اشکال مختلف سیستمهای سیاسی و اقتصادی را دارند یا خیر.^{۱۷۸} در قضایای مختلفی که در کمیته مطرح شده،^{۱۷۹} کمیته تصدیق کرده است که حق تعیین سرنوشت طبق ماده ۱، تفسیر سایر حقوق مورد حمایت میثاق را متأثر می‌کند، کمیته یادآوری می‌کند که همه مردم از حق تعیین سرنوشت برخوردارند.^{۱۸۰} در

A/C. 6/SR. 1178, PARA. 39,

A/C. 6/SR. 1179. para. 10. A/C. 6/SR. 1182, para. 46-7, A/C. 6/SR. 1182, para. 55, A/C. 6/SR. 1182. para. 75, A/C. 6/SR. 1183, para. 53, 9, A/C. 6/SR. 1182. para. 4, 28, A/C. 6/SR. 1180. para. 25.

173. V. P. Nanda, *Supra* note 53/p. 310.

174. Basic rule.

175. E/CN. 4/sub. 2/405/Rev. 1/para. 10-11.

176. Report of the Human Rights Committee to the General Assmbely /UN Doc. a/39/40,1984/at para. 6; E/CN. 4/sub. 2/405/Rev. 1/ para s. 57-58.

177. General Comment no. 12. *Supra* note 5, para. 3-4.

178. A. Cassese. *Supra* note 13/ p. 65.

179. J. G. A. Diergaardt. v. Namibia. CCRR/c69/D/760/1997. para. 10. 3, Mahuika *et al.* v. New zealand CCOR/C70/D/547/1993, para. 9. 2. Gillot v. France. CCPR/C/75/D/932/2000. para. 13. 4.

180. *Ibid*;

این موضوع کمیته مورد تأیید دیرکل نیز بوده است:

عین حال کمیته تعیین مفهوم و معنای عبارت «مردم» را در صلاحیت خود نمی‌داند. در حال حاضر، براساس آنچه که در ملل متحد مورد قبول است، حق تعیین سرنوشت داخلی، تنها لازمه اعمال سایر حقوق و آزادیهای اساسی فرد نیست، این حق به معنای آن است که مردم در یک کشور مستقل حاکمه آزادانه قانون‌گذاران و رهبران سیاسی‌شان را فارغ و آزاد از هرگونه دخالت و نفوذ مقامات داخلی، انتخاب کنند. حق تعیین سرنوشت پیش شرط اعمال سایر حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است و در عین حال، بهترین تجلی کل حقوق است که در این میثاق آمده است.^{۱۸۱} ویژگیهای حق تعیین سرنوشت داخلی عبارت است از (۱) دوام و استمرار^{۱۸۲} و (۲) لزوم وجود شیوه‌های دموکراتیک.^{۱۸۳}

سند نهایی هلسینکی، اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم را به این صورت تعریف کرده است:

«منظور از اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم این است که «همه مردم»، «همیشه» حق دارند در آزادی کامل، هر وقت و به هر نحوی که مایل باشند وضعیت سیاسی داخلی و خارجی‌شان را بدون مداخله خارجی تعیین کنند و به هر نحوی که مایلند، توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی‌شان را دنبال نمایند».^{۱۸۴} در واقع حق تعیین سرنوشت داخلی، مردم و همه دولت‌ها را محق می‌سازد که در فرایند دموکراتیک اداره امور دولتهایشان مشارکت «آزاد، منصفانه و برابر و علنی و آشکار» داشته باشند.^{۱۸۵} بنابراین اگر بخواهیم جمع‌بندی کنیم، باید بگوئیم که

Right of Peoples to Self- Determination, Report of the Secretary- General. General Assembly 60th. Sess. / 17 aug. 2005. A/60/208. para. 9.

181. Antonio Cassese. *Supra* note 13, p. 52.

182. Helsinki Final Act. *Supra* note 4. P 1295.

« نیاز به توجه به خواست مردم که آزادانه بیان شده باشد، ... در هر زمان که سرنوشت مردم مطرح می‌شود»
ICJ Reports/1975. p. 33, para 58-59.

183. A. Cassese. *Supra* note 13, pp. 54-55. 128-129,131-132; *See also*: Speech by Dr. Piter Vilenski to the 44th Sess. of the UN Gernal Assembly. 1992/ *Cited on*: {www. hrca. org. au/Self- determination. htm} *Supra* note 46. Thomas M. Frank *et al.* *Supra* note 53/ paras. 303-3. 08,(http:library. uws. edu. au / adt- NUWS/uploads/approved/adt- NUWS20050921. 152436/public/09 Chapter8. pdf), V. P. Nanda/*Supra* note 2, M. Suksi. *Supra* note 42. ICJ Reports/1975. p. 33,,paras. 58-59.

دموکراسی هنوز از حیث بین‌المللی یک تعریف طبقه‌بندی شده ندارد؛ لکن عناصر زیر برایش قابل شناسایی است: حکومت مبتنی بر نمایندگی، پلورالیسم، تفکیک قوای مبتنی بر قانون اساسی، حکومت قانون.
p. Van Dijk. *Supra* note 98/pp. 3-5.

184. Helsinki Final Act. *Supra* note 4/ p. 1295; ICJ Reports. 1975. p. 33. paras. 58-59; ICJ Reports, 2004, 9 July, paras 88; A. Cassese, *Supra* note 13. pp. 128-129, *see also* Thomas Franck *et al.* *Supra* note 53, para. 3. 08.

185. Thomas Franck, the Emerging Right, to Democratic Governance. 85 AJIL. 1991/VOL. 85. p. 59.

❖ ۱۲۷ تحول حق تعیین سرنوشت ...

حق تعیین سرنوشت داخلی بر مبنای دو عنصر « هویت » و « دموکراسی » استوار است و نه استقلال؛ پس از اعمال حق تعیین سرنوشت خارجی و کسب استقلال، « همه مردم » و همه بخشهای مردم محقند که هویتشان شناسایی شود و در بیان خواست سیاسی شان در دولت آزاد باشند. « این موضع پایدار کمیسیون حقوق بشر بوده و دولتها نیز بر آن صحنه گذاشته‌اند».^{۱۸۶}

ب-۳- اطلاق اصل تعیین سرنوشت به زیرمجموعه‌هایی از جمعیت یک دولت مستقل حاکمه

۱- ب-۳- مسئله تمامیت ارضی

حق تعیین سرنوشت یعنی حق مردم برای انتخاب و تعیین شکل سازمان سیاسی که مردم می‌خواهند در چارچوب آن زندگی کرده و به‌وسیله آن با سایر مردمان ارتباط برقرار سازند. این حق می‌تواند متضمن حق برخی مردمان برای انفصال از دولت مادر نیز باشد.^{۱۸۷} مقایسه عکس‌العمل جامعه جهانی در مورد تجزیه شوروی و یوگسلاوی با قضیه بیافرا و کاتانگا نشان می‌دهد که شناسایی دولت جدید بیشتر در بستری سیاسی اتفاق می‌افتد و کمتر مینا و توجیهی حقوقی دارد.^{۱۸۸} در واقع حق تعیین سرنوشت ضرورتاً باید با تمامیت ارضی انطباق یابد،^{۱۸۹} مگر اینکه اجماع نظر دولتها یا حمایت یک یا چند دولت قدرتمند نقض اصل تمامیت ارضی را به نفع اصل تعیین سرنوشت مشروع جلوه دهد یا توجیه کند.^{۱۹۰}

سند نهایی هلسینکی اصل تمامیت ارضی را چنین بیان می‌کند:

«دولتها] از هرگونه اقدامی مغایر با اهداف و اصول منشور ملل متحد علیه تمامیت ارضی، استقلال سیاسی یا وحدت [ملی] دولت مشارکت‌کننده [در کنفرانس]، بویژه از هرگونه اقدامی که تهدید یا توسل به زور محسوب شود، خودداری می‌کنند.
دولت شرکت‌کننده از هرگونه اقدامی که سرزمین یکدیگر را هدف اشغال نظامی یا دیگر اقدامات قهرآمیز مستقیم یا غیرمستقیم قرار دهند و مغایر حقوق بین‌الملل باشد یا سرزمین یکدیگر را به‌وسیله چنین اقداماتی یا تهدید به انجام آنها هدف برای تصاحب قرار دهند، خودداری می‌کنند.
چنین اشغال [سرزمینی] یا تصاحبی مشروع نخواهد بود».^{۱۹۱}

186. Thomas Frank *et al. Supra* note. Paras. 3. 07-3. 08.

187. P. Van Dijk, *Supra* note 98. p. 2.

188. (<http://library.uws.edu.au/adt-NUWS/uploads/approved/adt-NUWS2005.0921.152436/public/09chapter8.pdf>).

189. P. Van Dijk, *Supra* note 98, p. 2.

190. Carengie Project, *Supra* note 37.

191. Helsinki Final Act, *Supra* note 4.

کشیری از اسناد بین‌المللی و در رأس آنها منشور ملل متحد قاطعانه از این اصل حمایت کرده‌اند.^{۱۹۲}

محاكم داخلی نیز بر وجود قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل تکیه کرده‌اند که از تمامیت ارضی یک دولت حمایت می‌کنند.^{۱۹۳} بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت، به‌خصوص در مورد کوزوو که اقدام نظامی ناتو مطرح بوده است، نشان می‌دهد که شورای امنیت در عین حال که ممکن است اقدام ناتو را مغایر حقوق بین‌الملل نداند، ولی تمامیت ارضی یوگسلاوی را اصلی غیرقابل تخطی دانسته است.^{۱۹۴} بنابراین اصل تعیین سرنوشت در دو جهت کار می‌کند:

- تأثیرگذاری بر وضعیت مردم در یک دولت مستقل حاکمه؛
- تضمین دادن به دولت مربوط در خصوص تمامیت ارضی‌اش و ترتیبات مربوط به آن.^{۱۹۵}

در نگاه اول ممکن است که این دو با هم تناقض و تعارض داشته باشد. در این صورت، مسئله اولویت یکی بر دیگری مطرح می‌شود. ولی با تحلیل صحیح و دقیق این دو اصل، این تناقض ناپدید خواهد شد، زیرا:

۱- در مورد مستعمرات، قطعنامه‌های ملل متحد نشان می‌دهد که اصل تمامیت ارضی، دو واحد مختلف را پوشش می‌دهد، یکی سرزمین دولت استعمارگر و دیگری سرزمین مستعمره یا سرزمین غیرخودمختار، طبق فورمولهای ارائه شده ملل متحد، این دو یکی نیستند و از هم متمایزند. بنابراین تصمیم مردم مستعمرات یا سرزمینهای غیرخودمختار برای کسب استقلال، تأثیری بر تمامیت ارضی دولت اداره‌کننده ندارد.

۲- در مورد مردمان دیگر، غیر از مستعمرات به‌طور کلی مسئله استقلال مطرح نیست که منجر به تجزیه دولت و نقض اصل تمامیت ارضی بشود.^{۱۹۶}

تنها مورد استثنائی که در اعلامیه روابط دوستانه نیز ذکر شده، مورد حکومتیایی است که

۱۹۲. منشور ملل متحد، همان، ماده ۲ (۴)

A/Res/12625(xxv). Annex. 24 Oct. 1970, Helsinki Final Act. *Ibid.* The CSCEs Charter of Paris. *Supra* note 36.

رویه دیوان بین‌المللی داوری و ICJ نیز از اصل تمامیت ارضی دفاع کرده است.
PCIJ. Advisory Opinion. 6 Dec. 1923, Series B. No 8. p. 23, ICJ. Reports, 1962. p. 34. ICJ Reports. 1978. p. 36. Arbitral Award of April 22. 1977. ILR. vol. 52. p131; A/Res/1514/1960, A/Res/2625, 1970. A/Res/46/87. 16Dec. 1991, A/res/50/6. 1995.

۱۹۳. ر.ک. پاورقی ۲۱۴.

194. S/Res/1160, 3/March 1998, S/Res/1199, 23 Sep. 1998, S/Res/1203, 24 Oct. 1998, S/Res/1239, 14 May 1999, S/Res/1244, 10 June 1999.

195. M. Suksi, *Supra* note 42.

196. Thomas Franck *et al.* *Supra* note 53. paras. 3. 10-3. 13.

استانداردهای حقوق بین‌الملل را در این زمینه رعایت نکرده باشند، بنابراین حکومتی می‌تواند به اصل تمامیت ارضی استناد کند که:

۱- حکومت آن نماینده کل مردم متعلق به آن سرزمین باشد؛

۲- حکومت در سیاستهای خود از حیث نژاد، رنگ و عقاید مذهبی تبعیض روا ندارد؛

۳- سیاست‌گذاری حکومت در راستای اصل تعیین سرنوشت و حقوق برابر باشد.^{۱۹۷}

در پایان ذکر یک نکته ضروری به‌نظر می‌رسد و آن اینکه در خصوص اصل تمامیت ارضی و خدشه‌ناپذیر بودن مرزها، اصل اولیه‌ای که از زمان فروپاشی استعمار به‌طور عام در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است، اصل "*Utī Possidetis Juris*" است. سرزمینی که به دولت جدید انتقال می‌یابد، براساس مرزهای از قبل موجود، انتقال یافته است. این اصل نه تنها در موارد استعمارزدایی، بلکه در موارد دیگر به استقلال رسیدن دولتها نیز لازم الاجرا تلقی شده است؛ از جمله در یوگسلاوی، کمیسیون داوری به این نتیجه رسید که مرز بین ایالات بوسنی، کرواسی و صربستان، در یوگسلاوی سابق، اکنون مرزهای بین‌المللی بین این سه کشور است و حق تعیین سرنوشت نباید منجر به تغییر در مرزهای موجود بین دولتهای تازه تأسیس شود. به عبارت دیگر اقلیت صرب ساکن بوسنی و کرواسی نمی‌تواند برای اعمال حق تعیین سرنوشتش به اصل "*Utī Possidetis Juris*" آسیبی برساند.^{۱۹۸}

۲-ب-۳- اطلاق حق تعیین سرنوشت به اقلیتهای قومی، زبانی، مذهبی یا نژادی

رویه ملل متحد در سالهای بعد از جنگ جهانی دوم نشان می‌دهد که در مورد تعیین سرنوشت خارجی، رهیافتی رادیکال و انقلابی در ملل متحد دنبال شده است، لکن در خصوص تعیین سرنوشت گروههایی که زیرمجموعه جمعیت یک کشور محسوب می‌شوند، رهیافتی محافظه‌کارانه اتخاذ گردیده است، خصوصاً زمانی که بحث «جدایی» مطرح می‌شود.^{۱۹۹}

بند شش اعلامیه اعطای استقلال، هر کوششی در جهت از هم پاشیدگی وفاق ملی و تمامیت ارضی یک کشور را مغایر اهداف و اصول منشور ملل متحد می‌داند، در نتیجه حق

197. A/Res/2625. Annex. 24 Oct. 1970. Leo Kuper. *Supra* note 35.

198. Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: Opinion On Question Arising from the Disintegration of Yugoslavia. Opinion no 1&2, reprinted in 31 ILM, 1488. 1494- 1499, (1992);

همچنین رک. رأی دیوان بین‌المللی در دعوی بورکینا فاسو و مالی:

ICJ Reports. 1986. paras. 565-566; V. P. Nanda. *Supra* note 53. pp. 312- 313; Mario Bettati. Soverainete et Succession d Etats. In. R. J Dupuy *et al.*, La Soverainete au XXE Siecle. Coll. u, Armand Colin. Paris, 1971. p. 66, Cited in: Thomas Franck *et al.*, *Supra* note 53, paras., 2. 44- 2. 50, Thomas Franck *et al. Ibid.* paras. 2. 40- 2. 50.

199. Sesion.

تختی ناپذیر مردم برای تعیین سرنوشت، به حق استقلال دولتها تقلیل یافت.^{۲۰۰}

حداقل پنج گروه وجود دارد که در زمان تعریف حق تعیین سرنوشت، مورد توجه قرار می‌گیرند: مردم مستعمرات، مردم سرزمینهای تحت سلطه خارجی، گروههای ملی اصلی برای داشتن دولت خودشان یا کنترل مؤثر سرزمین خودشان در چارچوب یک دولت ملی، اقلیتها و مردم به مفهوم شهروندان.^{۲۰۱}

موارد چهارم و پنجم اساس تفسیر مدرن از حق تعیین سرنوشت به حساب می‌آید.^{۲۰۲}

مورد سوم را بیشتر می‌توان با توجه به گروههای نژادی که اکثریت جمعیت یک کشور را تشکیل می‌دهند - مثل مورد افریقای جنوبی - توضیح داد. معمولاً حق تعیین سرنوشت برای این گروهها به معنای حق جدایی نیست، اما می‌تواند تحت شرایط بسیار دشواری در مرحله آخر شامل آن نیز بشود.

* گروههای نژادی

برخلاف مورد اقلیتهای بومی، زبانی، مذهبی، در اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ برای گروههای نژادی که در یک دولت مورد تبعیض واقع می‌شوند، حق تعیین سرنوشت در نظر گرفته شد.^{۲۰۳} این اعلامیه دیدگاههای متعارض دولتها را شفاف ساخت و کمک کرد تا قاعده‌ای عرفی در این زمینه شکل بگیرد. گروههای نژادی یا مذهبی که در دولت حاکمه‌ای زندگی می‌کنند که دسترسی به تصمیم‌گیری سیاسی و پروسه آن برای آنها ممنوع شده است، از حق «دسترسی» به فرایند تصمیم‌گیری برخوردار می‌شوند.^{۲۰۴} در عین حال هیچ حقی مبتنی بر جدایی این گروهها از دولت مادر و تشکیل دولت مستقل یا ادغام در هر دولت دیگر به هر نحوی که باشد، برای آنها

200. S. Sathamanthan, *Supra* note 145.

201. Simon Chesterman, Tom Farer, Timothy D. Sisk, *Competing Claims: Self-Determination, Security & the United Nation*, Vail, Colorado. 2000.

([www.ipacademy.org/Publication/Reports/Research/Publ Repo Rese com Claims- body. htm](http://www.ipacademy.org/Publication/Reports/Research/Publ%20Repo%20Rese%20com%20Claims%20body.htm)).

۲۰۲. عبارت اقلیت اشاره دارد به گروهی که از لحاظ عددی کمتر از بقیه جمعیت یک دولت است، با وضع و موقعیتی غیرغالب که اعضایش در عین حال که اتباع دولت سرزمینی‌اند، از ویژگیهای قومی، مذهبی یا زبانی برخوردارند که آنها را از بقیه جمعیت متمایز می‌کند و به صورت صریح یا حتی به‌طور ضمنی احساسی از همبستگی را در جهت حفظ فرهنگ، سنت، مذهب یا زبانشان به نمایش می‌گذارند؛

F. Capotorti/ Study on the Rights of Persons Beloging to the Ethnic/ Religious and Linguistic Minorities, E/CN. 4/5 Sub. 2/384/Rev. 1 /1979/para. 568; Thom Franck *et al. Supra* note 53/ para. 3. 16.

203. A/Res/2625 (XXV). Annex. 24 oct. 1970.

۲۰۴. از آنجا که در زمینه اقلیتهای مذهبی هیچ رویه دولتی متعاقبی مشاهده نشده، در نتیجه هیچ قاعده عرفی نیز در این خصوص پدیدار نگشت و بحث قواعد عرفی به همان گروههای نژادی محدود ماند.

شناسایی نشد.^{۲۰۵}

قواعد عرفی در خصوص حق تعیین سرنوشت گروههای نژادی حول سه محور دور می‌زند: (۱) گروههای نژادی حق مشارکت در پروسه تصمیم‌گیری را دارند؛ (۲) گروههای نژادی هیچ حقی برای جدایی ندارند؛ (۳) قرار دادن گروههای نژادی مورد تبعیض در واحدهای مستقل در درون دولت از سوی حکومت نژادپرست، روش مناسب تحقق تعیین سرنوشت محسوب نمی‌شود.^{۲۰۶}

البته پرفسور کاسسه می‌گوید:

«تحت شرایط بسیار دشوار می‌توان حق جدایی برای اقلیتهای نژادی در نظر گرفت. این شرایط عبارتند از:

۱- مقامات اصلی دولت حاکمه به‌طور مداوم و مستمر از اعطای حقوق مشارکتی به گروههای نژادی خودداری کنند؛

۲- به‌طور فاحش و سیستماتیک حقوق اساسی آنها را زیر پا بگذارند؛

۳- امکان رسیدن به راه‌حلی مسالمت‌آمیز در چارچوب ساختار خود دولت را رد کنند.

بنابراین انکار حق اساسی داشتن نماینده در حکومت - یا حکومت مبتنی بر نمایندگی فی‌نفسه متضمن مشروعیت ادعای تجزیه‌طلبی برای گروههای نژادی نیست».^{۲۰۷}

با این حال تاکنون هیچ رویه دولتی و بین‌المللی در چارچوب ملل متحد یا خارج از آن در خصوص مشروع تلقی کردن حق جدایی گروههای نژادی تحت شرایط فوق‌الذکر مشاهده نشده است.^{۲۰۸}

205. A. Cassese. *Supra* note 13. pp. 108, 114-118; Report of The Commission of Rapporteurs, 16 Apr. 1921, League of Nations Council, 28, *Cited in*: A Cassese, *Supra* note, p. 12/3; *British Yb of Int'l Law*, 1983. p. 409.

206. A. Cassese/ *Ibid*/ pp. 124-125.

207. A. Cassese. *Ibid.* / pp. 118-112; Jimenez de Archaga, *Int'l Law in the Last Third of A Century*. At 11, *quoted in*: A. Cassese, *Ibid.*, P. 118.

208. Ved p. Nanda, *Self- Determination in Int'l Law: The Tragic Tale of Two Cities-Islamabad (west Pakistan) & Dacca (East Pakistan)*, 66 *AJIL*/ 1972, 231-336;

- S. Tiweul/Relations between the United Nations Organization and the OAU in the Settlement of Secessionist Conflicts, 16 *H. I. L. J.* 1975/ 259 ff. M. Eisner/ A procedural Model for the Resolution of Secessionist Dispute, 33 *HILJ*, 1992.

* حق تعیین سرنوشت اقلیتها: اقلیتهای قومی، زبانی، ملی و مذهبی^{۲۰۹}

ادعاهای مبتنی بر جدایی طلبی در جهان، براساس اصل تعیین سرنوشت عنوان می‌شود؛ لکن تاریخ معاصر هیچ پاسخی که در جهت تأیید این ادعاها باشد را ثبت نکرده و اساس مخالفت با این ادعاها نیز اصل تمامیت ارضی بوده که ملل متحد به شدت از آن حمایت می‌کند.^{۲۱۰} مرکز ثقل توجه در ملل متحد در بحث تعیین سرنوشت، مستعمرات بود و این امر منجر به غفلت از مسئله اقلیتها شد، تا آنجا که جیمز کرافورد در سال ۱۹۸۸ می‌گوید:

«اصل حقوق اقلیتها بعد از جنگ جهانی دوم، نتیجه و پیامد حقوق فردی محسوب می‌شود، نه حقوق اجتماعات یا گروههای خاص، سکوت اعلامیه جهانی حقوق بشر مبین همین نکته است.»^{۲۱۱}

تا مدت‌ها فقط ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حقوقی را برای اعضای گروههای اقلیت در نظر می‌گرفت و خود اقلیت به‌عنوان یک گروه نیز از هیچ حق دسته‌جمعی برخوردار نبود.

رفته رفته از آغاز دهه ۱۹۹۰ روند جدیدی آغاز شد. در سال ۱۹۹۰، سند کپنهاک به تصویب کنفرانس امنیت و همکاری اروپا (CSCE) رسید که تعهدات آن، اگرچه غیر الزام‌آور، لکن بسیار دقیق‌تر از ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بود. در ژوئیه ۱۹۹۱ نشست کارشناسان CSCE گزارشی در خصوص اقلیتهای ملی منتشر کرد.

به تدریج نگرشی در حال شکل‌گیری بود که خودمختاری جمعی اقلیتها را مطرح می‌ساخت، ولی البته هیچ «حقی» در این زمینه برای اقلیتها مطرح نمی‌شد. در سال ۱۹۹۲ اعلامیه حقوق اقلیتها – افراد متعلق به اقلیتهای ملی، قومی، مذهبی و زبانی – به تصویب مجمع عمومی رسید که دولتها را متعهد می‌ساخت از هویت اقلیتهای موجود در سرزمینهایشان حمایت کنند. همچنین کمیسیون دآوری یوگسلاوی حقوقی را مطرح می‌کرد که جمعیت صرب ساکن در بوسنی و کرواسی باید از آن برخوردار می‌شدند.^{۲۱۲}

۲۰۹. هر آن حقی که برای اقلیتهای مذکور ذکر می‌شود، به طریق اولی شامل حال گروههای نژادی فوق‌الذکر نیز می‌گردد.
210. [http://library.uws.edu.au/adt-NUWS/upload/approved/adt-NUWS2005.0921.152436/Public/09Chapter 8. pdf](http://library.uws.edu.au/adt-NUWS/upload/approved/adt-NUWS2005.0921.152436/Public/09Chapter%208.pdf); Reconciliation and Social Justice Library. First Report 1993:Self-Determination and Int'l Law<www.austlii.edu.au/au/special/rsjproject/rsjlibrary/hreoc/atsisjc-1993/21.html>.

211. Markku Suksi, *Supra* note 42.

212. CSCE s Document of The Copenhagen Meeting of The Coference on the Human Dimension. reprinted in 29 ILM. 1305. 1308/1990) (hereinafter Copenhagen Document), Yugoslavia Arbitration Commission/ *Supra* note 198, Opinion no. 2, Declaration on the Rights of Persons Belonging national and

با این حال، هیچ حق سرزمینی برای اقلیتها عنوان نشد، برعکس، همه اسناد مذکور حاوی شرط رعایت تمامیت ارضی بود و بنابراین هرگونه نتیجه ضمنی برای تجزیه و انفصال از دولت مادر منتفی تلقی می‌شد.^{۲۱۳} رویه دولتها، سازمانها و محاکم بین‌المللی همه شاهدی بر این مدعاست که حقوق بین‌الملل از ادعاهای تجزیه‌طلبی و گروههای قومی، زبانی، مذهبی یا ملی حمایت نمی‌کنند.^{۲۱۴} بسیاری از صاحب‌نظران امروزه قائل به این امرند که حقوق بین‌الملل معاصر برای اقلیتها حمایت‌های وسیعی درخصوص حفظ هویت و فرهنگشان در نظر گرفته، ولی اعلام می‌کنند که «هیچ حق سرزمینی خاصی» که منجر به جدایی از سرزمین اصلی شود، به آنها تعلق نمی‌گیرد.^{۲۱۵} با این حال سقوط شوروی و تزلزل مرزهای کشورهای اروپای شرقی، دعاوی تجزیه‌طلبی را در همه نقاط جهان مطرح ساخت: گواتمالا، بروندي، کنگو، اتیوپی، رواندا، سنگال، آفریقای جنوبی، سودان، اندونزی، میانمار، هند، آذربایجان، یوگسلاوی، قزاقستان، روسیه، عراق، ترکیه، یمن و ...^{۲۱۶} چالش عمده بر سر راه طرح این دعاوی ملی – قومی تعیین سرنوشت،

/or Ethnic, Religious. Or linguistic Minorities, General Assembly resolution 47/135, annex, 47UN. GAOR. Supplement No. 49, at 210. UN. Doc. A/47/49/1993.

۲۱۳. رک.

Thomas M. Franck *et al.* / *Supra* note 53, paras. 3. 19- 3. 20, 3. 22- 3. 31; A. Cassese/ *Supra* note 13. pp. 112-114.

۲۱۴. در قضیه جزایر آلاند، رک.

League of Nations O. J/Special Supplement. 1/at5 (1920), V. P. Nanda/*Supra* note 2 .

همچنین رک. مواضع دولتها در زمان تصویب اعلامیه روابط دوستانه ۱۹۷۰ در:

A. Cassese. *Ibid.* / pp. 112-114, E/CN. 4/Sub. 2/405/Rev. 1, paras. 88-90 Security Council Resolutions *Supra* note 194; V. P. Nanda, *Supra* note 2, p. 314-321; Supreme Court of Canada: Reference Re Secession of Quebec. reprinted in 37 ILM /1340/1998; Suksi/*Supra* note 42; African Commission on Human & Peoples Rights 8th. Annual Activity Report of the Commission on Human & Peoples Rights 31st Sess. / Case 75/92 Katangese Peoples Congress V. Zaire, para. 1, (1995); Carnegie Project *Supra* note. 37.

215. Ian Brownlie, *Supra* note 71/p. 597;

- Ian Brownlie, the Rights of Peoples in Modern Int'l Law, in J. Crawford. (ed.) *Supra* note 71/p. 5;

- M. Pomerance/Self-Determination in Int'l Law & Practice, Nijhoff. 1982, p. 18;

- Danilo- Turk/Minority Protection in Human Rights Conventions. *Communita Internazinale*. 2nd Quaderni no 4/1991/p. 37;

see also: Supra note 209, Thomas Franck *et al.* / *Supra* note 53/para. 4. 01. ii.

Ian Brownlie, *Supra* note 71/p. 597;

- Ian Brownlie, the Rights of Peoples in Modern Int'l Law, in J. Crawford. (ed.) *Supra* note 71/p. 5;

- M. Pomerance/Self-Determination in Int'l Law & Practice, Nijhoff. 1982, p. 18;

- Danilo- Turk/Minority Protection in Human Rights Conventions. *Communita Internazinale*. 2nd Quaderni no 4/1991/p. 37;

see also: Supra note 209, Thomas Franck *et al.* / *Supra* note 53/para. 4. 01. ii.

216. Simon Chesterman *et. Al.* / *Supra* note 201, V. P. Nanda. *Supra* note 2.

مفهوم نظم سنتی بین‌المللی است که مبتنی بر چهار اصل می‌باشد: تمامیت ارضی، حاکمیت دولت، ممنوعیت توسل به زور و ممنوعیت مداخله در امور داخلی دیگر دولت‌ها.

اگر بخواهیم به ادعاهای تجزیه‌طلبانه گروه‌های قومی، مذهبی، ملی و زبانی توجه کنیم و برای آنها مشروعیت در نظر بگیریم، و امکان موفقیت آنها را بررسی کنیم، ناگزیریم که چارچوب روابط بین‌الملل و در نتیجه مبانی مشروعیت ساز آن را - یعنی اصول حاکم در حقوق بین‌الملل معاصر را - تغییر دهیم. اگرچه این اصول در حال تعدیل و تفسیر مجدد است، لکن تغییر ناگهانی معنا و جایگاه میسر نیست. با این اوصاف، دعاوی مربوط به جدایی، استقلال و تشکیل دولت، منجر به پراکندگی، آناشسی بین‌المللی و در عین حال مشکلاتی در خصوص شناسایی دولت جدید و خواست و ظرفیت آن برای ایجاد روابط با دیگر دولت‌ها می‌شود و در نتیجه «ذهنیت گرای»^{۲۱۷} در عرصه حقوق بین‌المللی حاکم خواهد شد.^{۲۱۸}

نتیجه اینکه در حقوق بین‌الملل معاصر، هیچ حقی در خصوص جدایی اقلیتها از سرزمین دولت مادر و استقلال از آن و تشکیل دولت جدید یا ادغام در دولت دیگر متصور نیست، در عین حال که هیچ قاعده حقوقی که ممنوع‌کننده جدایی باشد نیز وجود ندارد. از آنجا که اصل تمامیت ارضی اصلی است، حاکم بر روابط دولت‌ها و دامنه‌اش با اصل عدم مداخله همپوشی دارد، دول ثالث برای مبری ماندن از اتهام دخالت در امور داخلی دیگر دولت‌ها نسبت به تلاشهای تجزیه‌طلبان بسیار محتاطانه برخورد می‌کنند.^{۲۱۹}

در عین حال که اجماعی عمومی ناظر بر عدم تشویق حرکت‌های تجزیه‌طلبانه وجود دارد، لکن در خصوص سه مسئله مهم اجماع نظری وجود ندارد:

۱- وقتی همه روش‌های دیگر برای حمایت از حقوق اقلیتها ناکام ماند، آیا حق جدایی باید اعطا شود؟

۲- وقتی مبارزه بر سر حق تعیین سرنوشت منجر به نقض فاحش حقوق بشر می‌شود، آیا همیشه باید اقدامی بین‌المللی صورت بگیرد؟

۳- وقتی دعاوی اقلیتها برای خودمختاری فرهنگی یا محلی نادیده گرفته می‌شود و در نتیجه احتمال بروز و وقوع درگیری خشونت‌بار مطرح می‌شود، آیا باید دعاوی جدایی‌طلبانه به رسمیت شناخته شود؟^{۲۲۰}

به نظر می‌رسد کوزوو، پاسخ همه سؤالهای مطروحه را در خود دارد. اصل تمامیت ارضی

217. Subjectivism.

218. J. Crawford, *The Creation of States in Int'l Law*, 1979;

- J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, 1987, V. P. Nanda, *Supra* note 2.

219. Thomas Franck *et al.* / *Supra* note 53. para. 314.

220. Simon Chesterman *et al.* / *Supra* note 201.

همواره در ملل متحد مورد تأکید و تأیید قرار گرفته است،^{۲۲۱} حتی گزارشگران رادیکالی مثل آقای کریستسکو نیز برای مشروعیت دعاوی تجزیه طلبی شرایطی بسیار استثنائی مطرح کرده است.^{۲۲۲} پرزیدنت کلینتون در ۸ اکتبر ۱۹۹۹ طی یک سخنرانی در کبک می گوید:

«زمانی که مردم فکر می کنند که برای داشتن موجودیت سیاسی واقعی، باید مستقل شوند، سوالات مهمی باید مطرح شود... اگر هر گروه قومی، نژادی و مذهبی که در بخش عمده ای از سرزمین [یک دولت] زندگی می کنند که دیگر اقوام در آن زندگی نمی کنند، یک ملت مستقل شوند، ما باید ۸۰۰ کشور در جهان داشته باشیم و در آن صورت داشتن اقتصاد کارآمد یا یک سیاست جهانی کارآمد بسیار مشکل خواهد بود. شاید هم ۸۰۰۰ کشور، کشورها تا چه اندازه می توانند کوچک بشوند؟»^{۲۲۳}

اجماع نظری نسبی در این خصوص وجود دارد که اگر شرایط زیر مطرح بود، امکان مشروع تلقی شدن ادعای جدایی یک گروه قومی، مذهبی و زبانی از دولت اصلی وجود دارد:

- ۱- نقض فاحش حقوق اساسی بشر؛^{۲۲۴}
- ۲- فقدان حکومت مبتنی بر نظام نمایندگی و سیستم مشارکتی؛^{۲۲۵}
- ۳- احراز خواست مردم از طریق پروسه های دموکراتیک از قبیل رفراندوم^{۲۲۶} (به عنوان یک شرط رویه ای).

با این حال جامعه بین المللی ترجیح می دهد که با هدایت جریانهای استقلال طلبی، نیروی محرکه این جنبشها را به سمتی سوق دهد که نهایتاً این جریانها به فدرالیسم، خودمختاری یا

221. E/CN. 4/sub. 2/404/Rev. 1, 1981, paras. 209, 268, 281. 286.

222. *Ibid.* / paras. 173, 180.

223. *Quoted in:* V. P. Nanda/ *Supra* note 53, p. 306.

224. Cassese, *Supra* note 13/pp. 108-129, A. Buchanan, *Secession: The Morality of Political Divorce From Fort Sumter to Lithuania. Quebec* (1999);

African Commission on Human Rights. *Supra* note 214, V. P. Nanda *Supra* note 2. V. P. Nanda, *Supra* note 53. p. 325, *Supra* note Court of Canada, *Supra* note 214. paras. 122/154, Yugoslavia arbitration Commission. *Supra* note 198. pp. 1494-1497, E/CN. 4/sub. 2/404/Rev. 1/para. 173.

225. دولت از اقدام به عنوان امین و قیم مردم در جامعه ای چند قومی و چند نژادی که چنین نقشی از او انتظار می رود، سرباز می زند.

V. P. Nanda/ *Ibid.* 2001/p325, Buchanan, *Ibid.*, African Commission on Human & Peoples Rights. *Ibid.*, Yugoslavia Arbitration Commission/*Ibid.*

البته کمیسیون داوری نمی گوید که در صورت تحقق این شرایط باید حق جدایی را به رسمیت شناخت بلکه فقط واقعیتها را عنوان می کند.

Supreme Court of Canada. *Supra* note 214. para. 154;

E/CN. 4/sub. 2/404/Rev., *Ibid.*

226. Nanda, *Supra* note 53, p. 325; Supreme Court of Canada / *Ibid.*

ترتیباتی دیگر که زیرمجموعه دولت اصلی است، منجر شود.^{۲۲۷}

محرومیت درازمدت و شدید از حقوق بشر معمولاً منجر به انتخاب راه‌حلهای خشونت‌آمیز و اقدامات جدایی‌طلبانه می‌شود، به همین خاطر امروزه ارتباط بین حقوق بشر، صلح و امنیت بین‌المللی شناسایی شده است. آنچه که از وقایع کوزوو، بوسنی، کرواسی و نیز قضایایی مثل "South Tyrol v. Alto Adige" یا بحث در مورد کردهای عراق، ترکیه، ایران، سوریه استنباط می‌شود، این نکته است که ملل متحد در خصوص حق تعیین سرنوشت اقلیتها، عملکرد شفاف، یکدست، خالی از ابهام و تأثیرگذاری نداشته است. اگرچه دعاوی اقلیتها و گروههای قومی، مذهبی و زبانی برای جدایی پذیرفته نیست؛ لکن باید بین محدودیت‌های سیستم بین‌المللی از جمله تأکید بر اصل تمامیت ارضی، حاکمیت دولت از یک سو، و تمایلات و خواسته‌های مردم برای کنترل زندگی خودشان از سوی دیگر سازشی برقرار کرد.^{۲۲۸}

اعلامیه حقوق اقلیتها و افراد متعلق به این اقلیتها، کنوانسیون ۱۹۹۵ شورای اروپا در خصوص حقوق اقلیت‌های ملی با گزارش کمیته کارشناسان کنفرانس امنیت و همکاری اروپا در مورد حقوق اقلیتها، سند ۱۹۹۰ کپنهاک،^{۲۲۹} توصیه‌های ۱۹۹۹ لاند^{۲۳۰} در مورد مشارکت مؤثر اقلیت‌های ملی در حیات سیاسی و اعلامیه پیشنهادی کمیسیون امریکایی حقوق بشر در مورد حقوق مردمان بومی،^{۲۳۱} همه گواه بر آن است که جامعه جهانی اصرار دارد بر آنکه این اقلیتها حق دارند از هویتشان حمایت شود و حق دارند که فرصت مشارکت مؤثر در حیات سیاسی، اقتصادی دولت‌هایشان را برای توسعه فرهنگ، زبان، مذهب، سنتها و آدابشان داشته باشند.^{۲۳۲}

در رویه ملل متحد می‌توان مثالهایی یافت که برای اقلیتها به حق تعیین سرنوشت استناد شده و گاه حتی مسئله اعطای خودمختاری کامل مطرح بوده است. از همان ابتدا که هیچ حقی مبنی بر حق تعیین سرنوشت خارجی برای گروههای قومی، زبانی و ملی مطرح نبود، یعنی سالهای ۶۱-۱۹۶۰ تا اواخر دهه ۱۹۸۰، این عقیده در ملل متحد وجود داشت که این گروهها اولاً

227. Carnegie project. *Supra* note 37.

228. A. Cassese, *Supra* note 13/p. 108, S. Chesterman *et al.* / *Supra* note 201.

229. Copenhagen Document/*Supra* note 212, A/Res/2625(xxv)/Annex/24 oct 1970, the Foundation on Inter- Ethnic Relations, the Lund Recommendation in Effective Participation of National Minorities in Public Life and Explanatory Note (1999).

(www. osce.org/hcnm/documents/recommendation/lund/index.php3)

230. Lund.

231. Declarations on the Rights Belonging to Minorities/*Supra* note 212, Nanda/*Supra* note 53. pp. 324-325.

232. *Ibid.*

می‌توانند و محقند که از حق تعیین سرنوشت داخلی بهره‌مند شده و آن را اعمال کنند و ثانیاً، حق تعیین سرنوشت داخلی با اعطای خودمختاری به این گروهها می‌تواند متحقق شود.^{۲۳۳}

چهل سال قبل از طرح این مسئله در ملل متحد، جامعه ملل اعلام کرد که جزایر آلاند جزو کشور فنلاند باقی می‌ماند، به شرط اینکه ضمانتهای مربوط به حفظ «سعادت»^{۲۳۴} و «کامیابی و پیشرفت»^{۲۳۵} مردم، ایجاد شده و ابزارهایی اتخاذ شود که این جزایر غیرنظامی شده جزو مناطق بی‌طرف باقی بماند.^{۲۳۶}

در ملل متحد نیز ما دو قطعنامه مهم را می‌توانیم ذکر کنیم که مواضع ملل متحد را در این زمینه می‌تواند ترقیق کند: قطعنامه (XV) ۱۴۹۷ در سال ۱۹۶۰ و قطعنامه (XVI) ۱۶۶۱ در سال ۱۹۶۱.

در قضیه «South Tyrol v. Alto Adige» مجمع در خصوص اقلیت ساکن در این بخش استرالیا موضعی اتخاذ کرد که منتهی به اعطای خودمختاری کامل^{۲۳۷} به این مناطق شد. این قطعنامه تأییدکننده وجود یک گرایش قوی در ملل متحد است مبنی بر اینکه با اعطای خودمختاری کامل به گروههای قومی، مذهبی یا زبانی، حق تعیین سرنوشت داخلی می‌تواند و باید متحقق شود.^{۲۳۸}

رویه سازمانها و مراجع منطقه‌ای نیز در راستای تأیید این نکته است که گروههای زیرمجموعه جمعیت یک دولت تحت شرایطی حق تعیین سرنوشت دارند. این حق به معنای حفظ هویت مشترک و تاریخی آنهاست که به طرق مختلف قابل حمایت است و یکی از بهترین روشهای حمایت از این هویت اعمال حق این گروهها برای تعیین سرنوشت، ترتیبات خودمختاری است.^{۲۳۹}

تجربه ملل متحد در دهه ۱۹۹۰ و پروژه‌هایی که بر این اساس در مورد اقلیتها تنظیم و

233. A. Cassese / *Supra* note 13, p. 107.

234. Happiness.

235. Prosperity.

236. M. Suksi. *Supra* note 42;

به طریق اولی گروههایی که زیرمجموعه جمعیت یک دولت محسوب می‌شوند از همان حقوقی برخوردارند که قطعنامه ۱۵۴۱ مجمع عمومی به مردم سرزمینهای غیرخودمختار اختصاص می‌دهد و تحقق آن را جزو وظایف دولت اداره‌کننده می‌شمارد. رک.

A/Res/1541, 15 Dec 1960.

237. Full autonomy.

238. A. Cassese / *Supra* note, pp. 104-107, A/Res/1497 (xv), 1960, A/Res/1441 (xvi), 1961.

۲۳۹. اصول اتخاذی OSCE در کپنهاک، خودمختاری را به حمایت از اقلیتها پیوند می‌دهد. Copenhagen Document / *Supra* note 212, para 35(2); Lund Recommendations. *Supra* note 2290; M. Suksi / *Supra* note 42; Yugoslavia Arbitration Commission, *Supra* note 198; See also: Thomas Franck et al., *Supra* note 53. para. 3. 08.

اجرا شده مثل پروژه نوتردام، پروژه اقلیتهای در معرض خطر،^{۲۴۰} پروژه لیختن اشتاین، و پروژه کارنگی، نشان می‌دهد که تسهیم قدرت کمک می‌کند تا حق تعیین سرنوشت به‌جای تمرکز بر جدایی، بر تسهیم قدرت و برابری فرصتها - بر اساس وضعیت خاص هر جامعه - متمرکز شود.^{۲۴۱} سر آرتور واتس می‌نویسد تعیین سرنوشت لزوماً به‌معنای استقلال و جدایی نیست و رویه ملل متحد نیز در سالهای اخیر مؤید همین امر است. او معتقد است تعیین سرنوشت یعنی منتفع این حق، خودش سرنوشت خودش را تعیین کند، این امر همیشه به یک روش خاص (جدایی) صورت نمی‌گیرد. قطعنامه ۱۵۴۱ و ۲۶۲۵ گواه او بر این مدعاست.^{۲۴۲} حتی خود اقلیتهای و زیرمجموعه‌های جمعیتی نیز می‌دانند که در جهان امروز حرکت به‌سوی تجزیه‌طلبی بسیار پرهزینه است. خودمختاری بیشتر اجتماعی و فرهنگی، مدیریت منابع آموزشی و تصدیق هویت زبانی - فرهنگی بیش از انفصال و تجزیه‌طلبی جلب نظر می‌کند.^{۲۴۳} قدرت وتو برای اقلیتهای، رعایت تناسب در تخصیص منابع و خدمات شهری، خودمختاری، دولتهای ائتلافی، راههای مختلف نهادینه کردن تقاضای اعمال حق تعیین سرنوشت است. اگر راهکارهای مختلفی که برای اعمال حق تعیین سرنوشت اقلیتهای مطرح است را دسته‌بندی کنیم، موارد زیر را می‌توانیم به‌عنوان مهم‌ترین توصیه‌ها و راهکارهایهایی که بعضاً توصیه یا به‌مورد اجرا گذاشته شده و موفقیت‌آمیز نیز بوده، استخراج کنیم:

- ۱- تأکید بر همکاری دیپلماتیک در ملل متحد و خارج از آن در خصوص مسئله تعیین سرنوشت برای پیشگیری از وقوع درگیری‌های مسلحانه از طریق:
 - تشویق به رعایت حقوق اقلیتهای؛
 - توجه به قانون اساسی و دموکراسی محلی؛
 - کاهش اهمیت مرزها از طریق همکاریهای منطقه‌ای و مرزهای بازتر؛
 - کاهش نقض حقوق بشر؛
- ۲- تمرکز بر عقلانیت دعاوی اقلیتهای در خصوص اشکال مختلف خودمختاری و یا برخورداری از رفتار برابر در چارچوب دول موجود و در نتیجه توسعه بیشتر مفهوم امنیت بشری؛
- ۳- توسعه بیشتر قواعد و دستورالعملهای خاص در خصوص اقلیتهای، خصوصاً در مناطقی که چارچوب ارزشی و نهادی برای ارزیابی دعاوی اقلیتهای و میانجیگری اختلافات ضعیف است.
- ۴- توسعه بیشتر مفهوم جذب و ادغام^{۲۴۴} در دولت به‌جای یکسان‌سازی تحمیلی و

240. Minorities at risk.

241. Carnegie Project/ *Supra* note 37.

242. *Ibid.*, Suksi/ *Supra* note; *See also: Supra* note 46.

243. E/CN. 4/sub. 2/AC. 5/2004/wp. 1, paras 33-34.

244. Intergation.

اجباری،^{۲۴۵} توسعه اصول کلی و عام که بتوان دولتها را در ایجاد قوانین و سیاستهای پاسخگو - در جهت تضمین عدالت و انصاف، مشارکت سیاسی و فقدان تبعیض - هدایت و راهنمایی کند؛

۵- مداخله غیر توافقی، آنهم فقط برای توقف نقضهای وسیع حقوق بشر، تهدید صلح، امنیت بین‌المللی و عقیم ماندن سایر راهها؛ هدف این مداخله، متوقف ساختن نقضهای وسیع حقوق بشر و ایجاد محیطی برای مذاکره و برقراری صلح است! فقط در زمان وقوع جنایات علیه بشریت و با اجازه شورای امنیت می‌توان موقتاً اصل تمامیت ارضی را نقض کرد.^{۲۴۶}

در دنیای جهانی شده امروز، توسعه پایدار، حمایت کردن محیط زیست، مدیریت سرزمین و منابع زیرزمینی، آب و معادن، کنترل سازمان یافته جامعه بر زاد و بوم،^{۲۴۷} شکل معاصر تحقق حق تعیین سرنوشت داخلی است. حقوق بین‌المللی هنوز قائل به این نیست که اقلیتها محق به اعمال این حقوقند، اما در عمل آشکار است که جستجوی خلاقانه برای روشهای اجرا و اعمال این حقوق، عنصری قوی برای صلح در دنیای جهانی شده می‌باشد.^{۲۴۸}

نتیجه‌گیری

کوششهای زیادی برای تدقیق موقعیت حقوقی و دامنه مفهومی اصل تعیین سرنوشت صورت گرفته است رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون حقوق بین‌الملل این مطلب را آشکار ساخته که اصل تعیین سرنوشت نه تنها اصلی حقوقی است، بلکه جزو اصولی است که دولتها در اعمال آن از حقی حقوقی منتفعند. به عبارت دیگر اصل تعیین سرنوشت در بردارنده تعهداتی است که خصلت "*Erga Omnes*" دارد.

جهان شمولی این اصل تا حد زیادی مدیون موضعگیری کشورهای غربی در کارهای مقدماتی تهیه متن میثاقین و «اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل ناظر بر روابط دوستانه میان دولتها و همکاری مبتنی بر منشور» بوده است؛ اصل تعیین سرنوشت فقط شامل حال مستعمرات و مردم سرزمینهای تحت سلطه و اشغال بیگانه نیست، این اصل به همه مردم اطلاق می‌شود. هر گروه اجتماعی که عبارت مردم بر آن بار می‌شود، از حق تعیین سرنوشت برخوردار است؛ لکن اصل تعیین سرنوشت با ضرورت‌های حاکمیت و تمامیت ارضی، خود را منطبق کرده است. اطلاق اصل تعیین سرنوشت به‌جز در مورد مستعمرات و سرزمینهای تحت سلطه یا اشغال بیگانه منجر به جدایی از سرزمین اصلی نمی‌شود. اگرچه برخی قائل به این امرند که در موارد استثنائی و شرایط

245. Forced assimilation.

246. S. Chesterman *et al.* / *Supra* note 201.

247. Habitat.

248. E/CN. 4 sub 2/AC. 5/2004/WP, paras. 35-36.

وخیم چنین حقی برای گروهها و اقلیتها در نظر گرفته می‌شود؛ لکن باید گفت در حقوق بین‌الملل معاصر هیچ قاعده‌ای در این خصوص وجود ندارد. بدین ترتیب، حوزه اعمال اصل تعیین سرنوشت به جز دو مورد فوق‌الذکر در چارچوب مرزهای دولت حاکمه است.

در این چارچوب، حق تعیین سرنوشت به چه معناست؟ به نظر می‌رسد شیوه‌های حکومتی دموکراتیک و نظام مبتنی بر نمایندگی به همراه اعتقاد به آن و رعایت حقوق و آزادیهای اساسی بشر و به عبارت دیگر دخالت و تأثیرگذاری مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی‌شان که متضمن احترام به ارزشهای دموکراتیک و حقوق بشر باشد، بهترین شیوه اعمال و تحقق حق تعیین سرنوشت محسوب می‌شود. از آنجا که حفظ هویت یکی از اساسی‌ترین اهداف اصل تعیین سرنوشت است، چنین ترتیباتی می‌تواند به نحو مؤثری متضمن تحقق حقوق اقلیتها و گروههای ملی، قومی، زبانی و مذهبی باشد.

در دنیای بعد از جنگ سرد، جامعه بین‌المللی فعالانه بر رعایت اصول اساسی حقوق بین‌المللی و حقوق بشر نظارت می‌کند. در وضعیتهایی که دربردارنده نقض اساسی حقوق بشر است، ارتباطی مستقیم و تنگاتنگ بین نقض اصل تعیین سرنوشت مردم و نقض سایر حقوق و آزادیها وجود دارد. بنابراین مداخله جهت توقف نقض فاحش حقوق بشر می‌تواند در جهت اعمال حق تعیین سرنوشت مردم نیز مؤثر باشد. بهترین مثال در این زمینه قضیه تیمور شرقی و قضیه کوزوو است.

به هر حال جامعه بین‌المللی آشکارا نشان داده که اعمال حق تعیین سرنوشت، دیگر به هیچ‌وجه متضمن کسب استقلال و جدایی زیرمجموعه‌های جمعیتی از جمعیت اصلی نیست، مگر با توافق خود دولت مربوطه یا همه اطراف در یک وضعیت. به نظر می‌رسد اصل تمامیت ارضی بر سایر اصول حقوق بین‌الملل اشراف دارد، اگرچه که در پرتو تحولات جدید، هم از اصل حاکمیت و هم از اصل تمامیت ارضی، نیاز به قرائتی تازه مشهود است و به این نیاز پاسخ مثبت نیز داده شده است. همان‌طور که اصل اساسی حقوق رم می‌گوید: «حقوق برای منتفع کردن بشر است».

بشر هم نیازمند امنیت است و هم نیازمند رفتار کریمانه. در پرتو اصل تمامیت ارضی و ممنوعیت توسل به زور، امنیت جوامع انسانی تامین می‌شود. لکن جامعه بین‌المللی نمی‌تواند اعمال و رفتار حکومتها را با چشمان نیمه بسته نظارت کند؛ نه تنها دولتهایی که مبادرت به نقض فاحش حقوق اساسی بشر اتباع خود می‌کنند، بلکه دولتهایی که «قصد توسل به اقداماتی دارند که منجر به نقض فاحش حقوق بشر می‌شود، نیز باید منتظر واکنش جامعه بین‌المللی باشند. جامعه بین‌المللی دیگر در این خصوص تنها از حق مداخله برخوردار نیست، بلکه در قبال «مردم»

همه کشورها عهده دار «مسئولیت حمایت»^{۲۴۹} است.^{۲۵۰} برای انجام و ایفای این مسئولیت، به آنچه که فرانکین روزولت، «شهامت قبول مسئولیت در دنیایی ناکامل» نامید، نیاز خواهد بود.^{۲۵۱}

249. (Responsibility to Protect).

۲۵۰. مسئولیت مشترک ما، همان، صص ۲۰۳-۲۰۱.

251. In Larger Freedom, *Supra* note 265/ para. 222.

بررسی قانون ضد تروریسم انگلستان*

مهدی حاتمی** و محمود حاجی‌زاده***

چکیده

عدالت کیفری و رعایت اصول حقوق بشر در مبارزه با تروریسم، نقش بسیار مهمی در کارآمدی اقدامات کشورها و نهادهای دست‌اندرکار مبارزه با پدیده شوم تروریسم دارد. به همین لحاظ بررسی قانون ضد تروریسم انگلیس و انتقادات وارد بر آن می‌تواند حاوی پیام مهمی برای مدعیان مبارزه با تروریسم باشد. در این مقاله نویسندگان سعی در طرح مجدد اصول و قواعد حقوق بشر در مبارزه با تروریسم در چارچوب قانون ضد تروریسم انگلیس دارند. شایان ذکر است که استفاده از آرای دیوان اروپایی حقوق بشر و تفاسیر عمومی کمیته حقوق بشر ملل متحد در خصوص این موضوع، جایگاه خطیر و غیرقابل‌تخطی رعایت اصول حاکم بر مبارزه با تروریسم را تبیین نموده است.

*. Anti-Terrorism, Crime and Security Act (2001) (ATCSA).

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران.

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر دانشگاه تهران.

مقدمه

امروزه پدیده تروریسم به یکی از مهمترین دغدغه‌های امنیتی ملتها و دولتها در سراسر جهان تبدیل شده است. رواج پدیده تروریسم منحصر به منطقه و یا دولتهای خاصی نیست، بلکه از کشورهای کوچک کمتر توسعه یافته تا بزرگترین قدرتهای دنیا به نحوی با این معضل امنیتی مواجه هستند. توجیحات تروریستها برای ارتکاب این اعمال و نیز نحوه مبارزه با تروریسم اگرچه اشکال متفاوتی به خود می‌گیرد اما به نظر می‌رسد، هم تروریستها و هم مدعیان مبارزه با تروریسم خود را ملزم به رعایت اصول حقوق بشری نمی‌دانند.

این مقاله در پی آن است که روشن نماید قانون ضدتروریسم ۲۰۰۱ انگلیس که مدت اعتبار آن تا ۱۰ نوامبر ۲۰۰۶ می‌باشد تا چه میزان با اصول و موازین حقوق بشری منطبق است و مشخص نماید که چگونه می‌توانیم میان نگرانیهای امنیتی دولتها در زمینه مبارزه با تروریسم از یک سو و رعایت اصول و موازین حقوق بشری از سوی دیگر تعادل برقرار نماییم.

در مبحث اول این مقاله به بررسی تعلیق میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که به موجب قانون ضدتروریسم صورت گرفته است می‌پردازیم و مشروعیت این اقدامات را براساس تعهدات انگلستان به موجب حقوق بین‌الملل و رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر مورد ملاحظه قرار می‌دهیم.

در مبحث دوم به ارزیابی صدور تأییدیه* توسط وزیر کشور و گروههای تروریستی که مشمول صدور تأییدیه از جانب وزیر کشور هستند می‌پردازیم.

در مبحث سوم تبعیض‌آمیز بودن این قانون از لحاظ حقوقی و عملی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در مبحث چهارم بازداشت مظنونان تروریستی را به موجب قانون ضد تروریسم مطرح می‌کنیم و مشخص می‌نماییم که قانون ضد تروریسم تا چه میزان با استانداردهای حقوق بشری از قبیل ضرورت تفهیم اتهام و معقول بودن مدت بازداشت سازگاری دارد.

در مبحث پنجم کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی** را که به موجب قانون ضدتروریسم به منظور تصمیم‌گیری در مورد مشروعیت تأییدیه صادره از جانب وزیر کشور ایجاد شده است از لحاظ اصول دادرسی منصفانه مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

در پایان دلایل مورد استفاده در رسیدگی به پرونده‌های تروریستی به موجب قانون ضدتروریسم را مورد بحث قرار می‌دهیم و در این خصوص به موضع دادگاههای انگلیس راجع به دلایل محرمانه اشاره می‌نماییم.

*. Certification.

**. Special Immigration Appeal Commission (SIAC).

مبحث اول

تعلیق میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به موجب قانون ضد تروریسم

بند اول - طرح موضوع

بعد از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ پارلمان بریتانیا قانون ضد تروریسم را تصویب نمود. در فصل ۴ این قانون آیینی برای بازداشت مظنونان تروریست غیرانگلیسی، بدون اینکه حکم محکومیتی علیه آنها صادر شده باشد یا در واقع اتهاماتی علیه آنها مطرح شده باشد، در نظر گرفته شد. انگلستان براساس بخش (۱) ۳۰ این قانون اعلامیه‌های تعلیقی را به موجب ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۱ و ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ تنظیم نموده است.

بند دوم - علل توسل انگلستان به اعلامیه‌های تعلیقی

دلایلی را که دولت انگلستان برای توسل به اعلامیه‌های تعلیقی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مطرح نموده به شرح ذیل می‌باشد:

۱- دلیل حقوقی: یکی از موانع بازگرداندن مظنونان تروریست غیرانگلیسی به کشور

۱. ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر:

«۱- در زمان جنگ یا وضعیت اضطراری عمومی دیگری که تهدیدکننده حیات ملت باشد، هر دولت معظم متعهد می‌تواند از تعهدات خودش به موجب این کنوانسیون تا میزانی که دقیقاً به‌وسیله مقتضیات آن وضعیت مورد نیاز باشد، عدول نماید مشروط به اینکه چنین اقداماتی با تعهدات دیگر آن به موجب حقوق بین‌الملل ناسازگار نباشد.

۲- هیچ تعلیقی نباید از ماده ۲، مگر در مورد مرگهای ناشی از اعمال مشروع جنگی، یا از مواد ۳-۴ (بند ۱) و ماده ۷ به موجب این مقرر انجام شود.

۳- هر دولت معظم متعهد که از حق تعلیق استفاده می‌کند باید دبیرکل شورای اروپا را به‌طور کامل از اقداماتی که انجام داده و دلایل استناد به این اقدامات مطلع نماید. آن دولت همچنین باید دبیرکل شورای اروپا را در زمانی که چنین اقداماتی متوقف شده‌اند و مقررات کنوانسیون مجدداً به‌طور کامل اجرا می‌شوند، مطلع نماید».

۲. ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی:

«۱- هر گاه یک خطر عمومی استثنائی (فوق‌العاده) موجودیت ملتی را تهدید کند و این خطر رسماً اعلام شود، کشورهای طرف این میثاق می‌توانند تدابیری خارج از الزامات مقرر در این میثاق را به میزانی که آن وضعیت حتماً ایجاب می‌نماید اتخاذ نمایند مشروط بر اینکه تدبیر مزبور با سایر الزاماتی که طبق حقوق بین‌الملل به‌عهد دارند مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیضی منحصر بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ مذهبی یا اجتماعی نشود.

۲- حکم مذکور در بند فوق هیچ‌گونه انحراف از مواد ۶، ۷، ۸ (بندهای اول و دوم)، ۱۱، ۱۵، ۱۶ و ۱۸ را تجویز نمی‌کند.

۳- دولت‌های طرف این میثاق که از حق تعلیق استفاده می‌کنند مکلفند بلافاصله سایر دولت‌های طرف میثاق را توسط دبیرکل ملل متحد از مقرراتی که از آن انحراف ورزیده و جهاتی که موجب انحراف شده است مطلع نمایند و در تاریخی که به این تعلیق خاتمه می‌دهند مراتب را به‌وسیله اعلامیه جدیدی از همان مجرا اطلاع دهند».

ملی‌شان امکان استناد به « اصل سوورینگ » یا « اصل عدم عودت »^۳ می‌باشد.^۴ « اصل سوورینگ » برآمده از رویه قضائی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که به موجب آن یک دولت عضو کنوانسیون نمی‌تواند شخص حاضر در سرزمین خودش را، در صورتی که آن شخص دلیل اساسی ارائه نماید که امکان دارد در کشور دیگر با خطر رفتار غیرمنطبق با برخی استانداردهای کنوانسیون مواجه شود، به کشور مزبور منتقل نماید.^۵ البته قضیه سوورینگ رفتار مغایر با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۶ را شامل می‌شود؛ با این حال حمایت‌های این اصل به مجازات اعدام و انکار آشکار دادرسی منصفانه نیز تعمیم می‌یابد.^۷

همچنین حمایت‌های ناشی از اصل سوورینگ به بند (و) ماده ۱^۸ و بند (۲) ماده ۳۳ کنوانسیون راجع به وضعیت پناهندگان^۹ ۱۹۵۱ نیز تعمیم می‌یابد زیرا این حمایت‌ها هیچ‌گونه استثنائی را بر مبنای رفتار مظنونان نمی‌پذیرند.^{۱۰}

در بخش ۲۳ قانون ضد تروریسم از « اصل سوورینگ » به عنوان دلیل حقوقی برای عدم امکان انتقال مظنونین به کشور ملی‌شان یا هر کشور دیگری که متعهد به پذیرش آنها باشد، یاد شده است.^{۱۱}

۲- دلیل عملی: دلیل دیگری که برای عدم امکان انتقال مظنونین تروریستی به کشوری دیگر مطرح گردید وجود ملاحظات عملی بود؛ ملاحظاتی از قبیل فقدان روابط سیاسی با کشوری

3. Principle of Non-Refoulement.

4. Colin Warbrick, The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, EJIL, vol. 15, No. 5 (2004), p. 1007.

5. Soering v. UK, Series A, No. 161, para. 91.

۶. ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «هیچ کس نباید تحت شکنجه یا رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار گیرد».

7. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1008.

۸. بند (و) ماده ۱ کنوانسیون راجع به وضعیت پناهندگان ۱۹۵۱: «مقررات این کنوانسیون در مورد اشخاصی که علیه آنها دلایل محکمی دال بر موارد زیر وجود داشته باشد مجری نخواهد بود:

الف- مرتکب جنایتی علیه صلح یا بشریت یا جنایت جنگی شده باشند (طبق تعاریف مندرج در اسناد بین‌المللی که برای پیش‌بینی مقررات مربوط به این جنایات تنظیم گردیده است).

ب- قبل از آنکه در کشور پناه‌دهنده به‌عنوان پناهنده پذیرفته شوند در خارج از آن کشور مرتکب جنایات مهمی که مشمول مجازات عمومی می‌باشد شده باشند.

ج- مرتکب اعمالی که مغایر با مقاصد و اصول ملل متحد است، شده باشند».

۹. بند (۲) ماده ۳۳ کنوانسیون راجع به وضعیت پناهندگان:

«... اما پناهنده‌ای که براساس دلایل کافی حضورش برای امنیت کشوری که در آن به‌سر می‌برد خطرناک بوده یا طبق رأی قطعی دادگاه محکوم به ارتکاب جرم یا جنایت مهمی شده و مضر به‌حال جامعه آن کشور تشخیص داده شود، نمی‌تواند از مقررات مذکور در این ماده استفاده بنماید».

10. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1008.

11. *Ibid.*, p. 1008.

که انتقال باید به آنجا صورت بگیرد و یا اینکه انتقال به دلیل عدم ثبات در آن کشور عملاً امکان‌پذیر نباشد.^{۱۲}

۳- دلایل مصلحتی: سومین دلیلی که در خصوص عدم امکان انتقال اشخاص مظنون به تروریسم از جانب مقامات انگلیسی مطرح شده است، مربوط به مواردی است که اصولاً دولتی وجود دارد که مایل به پذیرش مظنونین می‌باشد و آن مظنونین نیز مایل هستند تا خاک انگلستان را ترک نمایند، ولی به دلیل آنکه احتمال دارد این اشخاص دارای اطلاعاتی باشند که بتواند برای اشخاصی که در کشور مقصد در صدد توسل به فعالیت‌های تروریستی علیه انگلستان هستند ارزشمند باشد، انتقال آنها به مصلحت نمی‌باشد.^{۱۳}

بدین ترتیب دولت انگلیس با وضعیتی روبرو بود که براساس آن اتباع غیرانگلیسی که دولت انگلستان به دست داشتن آنها در فعالیت‌های مخرب علیه امنیت ملی انگلستان مظنون بود، قابل تعقیب نبودند. به عبارت دیگر این دولت نه می‌توانست آنها را به دولت دیگری منتقل نماید و نه این امکان وجود داشت تا آنها را به‌موجب حقوق موجود به‌عنوان مظنونان به جرم یا به‌عنوان اشخاص در انتظار اخراج بازداشت نماید.

بنا به دلایل فوق، قانون ضدتروریسم ۲۰۰۱ اختیار بازداشت را مطرح نمود و به‌خاطر اینکه ممکن بود این نوع بازداشت (بازداشت بدون چشم‌انداز فوری انتقال یا بازداشت پیشگیرانه) با بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۱۴} و ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۱۵} مغایرت پیدا کند، یک اعلامیه تعلیقی به‌موجب بخش ۳۰ قانون ضدتروریسم^{۱۶} در

12. *Ibid.*, p. 1010.

13. *Ibid.*, p. 1008.

۱۴. بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر:

«همه افراد حق دارند که از آزادی و امنیت برخوردار باشند. هیچ‌کس را نمی‌توان از آزادی‌اش محروم ساخت مگر در موارد ذیل و طبق روش‌های قانونی:

(I) چنانچه کسی پس از اعلام محکومیت از جانب دادگاه صالح به روشی قانونمند زندانی شده باشد؛

(II) در صورتی که شخصی به‌علت عدم پیروی از قرار قانونی دادگاه یا به‌منظور تضمین اجرای تعهدی قانونی، توقیف یا حبس قانونمند شود؛

(III) هنگامی که دلایل موجهی وجود داشته باشد مبنی بر اینکه شخصی مرتکب جرمی شده یا اینکه دلایل معقولی، این تصور را بوجود آورد که ضرورت ایجاب می‌کند برای جلوگیری از ارتکاب جرم یا ممانعت از فرار پس از ارتکاب جرم، شخص را، به‌منظور هدایت نزد مقام صالح قضائی دستگیر و حبس کرد؛

(IV) چنانچه فرد صغیری با هدف نظارت بر تعلیم و تربیت او و یا جهت حضور نزد مقام صالح قضائی به‌طور قانونمند حبس شده باشد؛

(V) در صورتی که شخص، مبتلا به یک بیماری مسری بوده و احتمال سرایت آن داده شود و یا از جمله افراد روانی، الکلی، معتاد و یا ولگرد باشد؛

(VI) زمانی که دستگیری یا حبس قانونمند برای جلوگیری از ورود و نفوذ غیرقانونی به خاک و قلمرو یک کشور صورت گیرد، یا در مورد شخصی اجرا شود که دادرسی اخراج یا استرداد از کشور درباره او در جریان باشد...».

۱۵. ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی:

چارچوب ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی صادر گردید.

اگرچه به موجب قانون مهاجرت ۱۹۷۱ انگلیس اختیار وسیعی به مقامات انگلیسی برای بازداشت شخص غیرانگلیسی که حضور او در انگلستان بنا به دلایل امنیت ملی مساعد نیست داده شده،^{۱۷} لیکن دیوان استیناف، بازداشت فردی که باید اخراج شود بدون آنکه هیچ‌گونه چشم‌انداز روشنی از انتقال او وجود داشته باشد را نامشروع دانسته است.^{۱۸}

بند سوم - ارزیابی مشروعیت تعلیق صورت گرفته از جانب انگلستان

در خصوص مشروعیت تعلیق صورت گرفته از سوی انگلستان، هم کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی و هم دیوان استیناف انگلیس طی احکام جداگانه‌ای بر وجود یک وضعیت اضطراری عمومی که تهدیدکننده حیات ملت است صحنه‌گذارده‌اند.^{۱۹} در هر حال لردهای حقوقدان پارلمان انگلیس در مورد وجود یک وضعیت اضطراری و اینکه آیا تعلیق در این مورد دقیقاً مورد نیاز می‌باشد یا خیر اختلاف نظر دارند.^{۲۰}

از نظر لرد بینگهام در این خصوص یک «وضعیت اضطراری عمومی» وجود دارد. او معتقد است که کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی فی‌نفسه در مورد این موضوع قانونی دچار

۱- هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) نمود. از هیچ‌کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به جهات و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون.

۲- هر کس دستگیر می‌شود باید در موقع دستگیر شدن از جهات (علل) آن مطلع شود و در اسرع وقت اخطار به‌ای دایر به هرگونه اتهامی که به او نسبت داده شده، دریافت نماید.

۳- هرکس به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) می‌شود باید او را در اسرع وقت در محضر دادرسی یا هر مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضائی باشد حاضر نمود و باید در مدت معقولی دادرسی یا آزاد شود. بازداشت (زندانی نمودن) اشخاصی که در انتظار دادرسی هستند نباید قاعده کلی باشد لیکن آزادی موقت ممکن است موکول به اخذ تضمین‌هایی شود که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسب مورد برای اجرای حکم تأمین نماید.

۴- هرکس بر اثر دستگیری یا بازداشت (زندانی) شدن از آزادی محروم شود حق دارد که به دادگاه تظلم نماید به این منظور که دادگاه بدون تأخیر راجع به قانونی بودن بازداشت اظهار رأی بکند و در صورت غیرقانونی بودن بازداشت حکم آزادی او را صادر کند.

۵- هرکس که به‌طور غیرقانونی دستگیر یا بازداشت (زندانی) شده باشد حق جبران خسارت خواهد داشت.»

۱۶. بند (الف) ۱ بخش ۳۰ قانون ضد تروریسم;

«تعلیق توسط انگلستان از بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که به بازداشت یک شخص در مواقعی که قصد انتقال یا اخراج او از انگلستان وجود دارد، اتخاذ می‌شود».

17. Immigration ACT (1971), S. 5 (3).

18. Collin Warbrick, *op.cit.*, p. 1008.

19. Oonagh Sands, British Prevention of Terrorism Act 2005, ASIL, p. 2.

20. *Ibid.*, p. 2.

گمراهی نشده است.^{۲۱} مطابق رویه قضائی اروپایی این امر در اختیار دولت بریتانیاست تا تصمیم‌گیری نماید که آیا یک وضعیت اضطراری وجود دارد یا خیر؛ و این تصمیم بیشتر سیاسی بوده است تا حقوقی.^{۲۲}

در تأیید نظریه لرد بینگهام، دیوان اروپایی حقوق بشر، اختیار وسیع ارزیابی را برای دولت‌ها در نظر گرفته است تا تعیین نمایند که آیا تمهیدات تعلیقی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مناسب‌ترین یا مقتضی‌ترین تمهیدات هستند یا خیر. برای نمونه دیوان در یک قضیه چنین اظهار نموده است:

«دیوان یادآوری می‌کند که این امر بر عهده هر دولت متعاقد است تا تعیین نماید که آیا حیات ملت به وسیله یک وضعیت اضطراری عمومی تهدید شده است یا خیر و اگر این‌گونه است، چه میزان لازم است تا در تلاش برای غلبه بر این وضعیت اضطراری حرکت نماید. به دلیل تماس مستقیم و مستمر مقامات ملی با نیازهای میرم زمان، آنها علی‌الاصول در مقایسه با قاضی بین‌المللی در وضعیت بهتری قرار دارند، تا هم در مورد وجود یک چنین وضعیت اضطراری و هم در مورد ماهیت، قلمرو و تعلیقات ضروری برای دفع آن تصمیم‌گیری نمایند. مسلماً در این مورد باید یک محدوده وسیع ارزیابی برای مقامات ملی در نظر گرفته شود».^{۲۳}

با وجود این، اعلامیه‌های تعلیقی صورت گرفته از سوی انگلستان به موجب قانون ضد تروریسم با انتقاداتی روبه‌روست؛ از جمله رویه تبعیض‌آمیز انگلستان در این باره باعث شده تا تمهیدات مندرج در فصل ۴ قانون ضد تروریسم تنها به مظنونان تروریستی بیگانه اعمال شود که این امر در مغایرت آشکار با بند (۱) ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۲۴} می‌باشد. همچنین به موجب تفسیر عمومی شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر (۲۰۰۱)،^{۲۵} اگرچه ماده ۲۶^{۲۶} و مقررات میثاق در خصوص عدم تبعیض (یعنی بند (۱) ماده ۲،^{۲۷} ماده ۳،^{۲۸} بند (۱) ماده

21. *Ibid.*, p. 2.

22. *Ibid.*, p. 2.

23. Ireland v. UK, 18 January 1978, Series A, No. 15, pp. 78-79, para. 207.

24. «... کشورهای طرف این میثاق می‌توانند تدابیری خارج از الزامات مقرر در این میثاق اتخاذ نمایند مشروط بر اینکه تدابیر مزبور منجر به تبعیضی منحصر بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ مذهبی یا اجتماعی نشود».

25. کمیته حقوق بشر ارگانی است که به موجب ماده ۲۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به منظور نظارت بر اجرای تعهدات مندرج در میثاق توسط دولت‌های عضو بوجود آمده است.

26. ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «۱- کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچ‌گونه تبعیض استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند. از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیضی را منع و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین بکند».

۱۴، ۲۹ بند (۴) ماده ۳۳، ۳۰ بند (۱) ماده ۲۴، ۳۱ و ماده ۲۵) ۳۲ در میان مقررات غیرقابل تعلیق در بند (۲) ماده ۴ ذکر نشده‌اند، اما تحت هیچ شرایطی مقررات مربوط به عدم تبعیض را نمی‌توان تعلیق کرد.^{۳۳}

انتقاد دیگری که بر این قانون وارد است آن است که بسیاری از تدابیری که دولت بریتانیا به موجب قانون ضد تروریسم اتخاذ کرده، در خارج از دامنه تعلیق صورت گرفته توسط انگلستان (بند (۱) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) قرار می‌گیرد و بدین ترتیب با تعهدات بین‌المللی آن دولت در تعارض است. البته در مباحث بعدی این تدابیر بیشتر مورد بحث قرار خواهند گرفت.

۲۷. بند (۱) ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «دولتهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو حاکمیتشان بدون هیچ‌گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیتها محترم شمرده و تضمین بکنند».

۲۸. ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «دولتهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق تأمین کنند».

۲۹. بند (۱) ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «همه در مقابل دادگاهها و دیوانهای دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود و در آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در امور مدنی اتخاذ تصمیم بنماید ...».

۳۰. بند (۴) ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «دولتهای طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تساوی حقوق و مسئولیتهای زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد. در صورت انحلال ازدواج، [این دولتها] پیش‌بینی‌هایی برای تأمین حمایت لازم از اطفال به عمل خواهند آورد».

۳۱. بند (۱) ماده ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر کودکی بدون هیچ‌گونه تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکنت یا نسب حق دارد از تدابیر حمایتی که به اقتضای وضع صغیر بودنش از طرف خانواده او و جامعه و حکومت کشور او باید به عمل آید برخوردار گردد».

۳۲. ماده ۲۵: «هر انسان عضو اجتماع حق و امکان خواهد داشت بدون (در نظر گرفتن) هیچ یک از تبعیضات مذکور در ماده ۲ و بدون محدودیت غیر معقول:

(الف) در اداره امور عمومی توسط مباشر، یا به واسطه نمایندگان که آزادانه انتخاب شوند شرکت نماید.

(ب) در انتخابات ادواری که از روی صحت به آرای عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین کننده بیان آزادانه اراده انتخاب کنندگان باشد رأی بدهد و انتخاب شود.

(ج) با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نایل شود».

33. Generl Comment, No. 29, States of Emergency, (Art. 4), CCPR/ C/ 21/ Rev.1/ Add. 11, 31 August 2001, para. 8.

مبحث دوم تأییدیه

بند اول - ارزیابی صدور تأییدیه از جانب وزیر کشور

بخش ۲۱ قانون ضدتروریسم اختیار صدور تأییدیه (گواهینامه) را در صورتی که وزیر کشور به طور معقولی معتقد باشد حضور یک شخص در انگلستان تهدیدکننده امنیت ملی است و یا مظنون باشد که این شخص یک تروریست بین‌المللی است به وی اعطاء می‌نماید.^{۳۴}

در بخش ۱ قانون تروریسم سال ۲۰۰۰،* مفهوم بسیار وسیعی برای تروریسم در نظر گرفته شده است. به موجب آن قانون، تروریسم تنها به اقدام علیه انگلستان محدود نمی‌شود، بلکه به هر اقدام طراحی شده برای تحت تأثیر قرار دادن سیاست هر دولت در هر جای دنیا تروریسم اطلاق می‌شود. به موجب بخش ۲۱(۴) قانون ضدتروریسم سال ۲۰۰۱ تعریف ارائه شده در بخش ۱ قانون تروریسم ۲۰۰۰ به این قانون نیز تسری می‌یابد. در این قانون اختیار محدود کردن حقوق فردی به یک مقام اجرایی (وزیر کشور) اعطاء شده است، در حالی که قاعداً این امر باید با مجوز یک نهاد قضائی صورت گیرد، زیرا اصولاً ضامن صیانت از حقوق فردی در هر کشوری قوه قضائیه آن کشور است و هرگونه تحدید این حقوق باید با اجازه آن نهاد صورت گیرد.^{۳۵}

بند دوم - گروه‌های تروریستی مشمول صدور تأییدیه از جانب وزیر کشور

به موجب بخش (الف)(۳) ۲۱ قانون ضدتروریسم یک گروه تروریستی برای آنکه مشمول این قانون قرار گیرد، باید تحت کنترل یا اعمال نفوذ اشخاصی خارج از انگلستان باشد. یک تروریست صرفاً شخصی نیست که مستقیماً در تروریسم بین‌المللی وارد شده است بلکه شخصی را که «عضو یا متعلق به یک گروه تروریستی بین‌المللی است» یا «ارتباطاتی» با یک چنین گروهی دارد نیز شامل می‌شود. یک شخص تنها زمانی دارای ارتباطات با یک گروه تروریستی بین‌المللی است که «آن گروه تروریستی را حمایت یا مساعدت نماید».^{۳۶} این شرط به‌خاطر آن گنجانده شده تا کسانی را که از اهداف این گروه طرفداری می‌کنند یا خودشان را در آن اهداف سهیم می‌دانند بدون آنکه ابزارهای آن گروه را برای رسیدن به آن اهداف تأمین نمایند مستثنا کند.^{۳۷} در واقع این محدودیت ضروری به‌منظور انطباق با مواد ۱۰ و ۱۱ کنوانسیون اروپایی

34. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1009.

*. Terrorism Act (2000).

۳۵. اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

36. Colin Warbrick, *op. cit.*, p. 1009.

37. *Ibid.*, p. 1009.

حقوق بشر اتخاذ شد.^{۳۸}

در زمان تصویب این قانون دادستان کل انگلستان اظهار داشت: «مطابق معیار مندرج در ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اقدامات تهدیدآمیز تهدیدهایی است که نسبت به حیات ملت از جانب القاعده و متحدین آن نشأت گرفته‌اند».^{۳۹}

بنابراین قانون ضدتروریسم تنها تهدید از جانب بیگانگان مظنون به داشتن ارتباط با القاعده یا شبکه‌های متحد آن را مهار کرده است. این امر در قضیه (M) نیز تأیید شده است. (M) یک عضو مخالف لیبیایی ضد قذافی بود که در انگلستان اقامت داشت. در سال ۲۰۰۲ به دلیل عدم امکان بازگرداندن او به لیبی به علت خطری که نسبت به امنیت او در صورت بازگشت وجود داشت، به دستور وزیر کشور بازداشت شد. در ۸ مارس ۲۰۰۴، کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی تشخیص داد که هیچ‌گونه قرینه‌ای وجود ندارد تا از یک سوءظن معقول حمایت نمایم که حضور (M) در انگلستان یک تهدید نسبت به امنیت ملی است.^{۴۰} دیوان استیناف نیز رأی کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی را تأیید نمود.^{۴۱}

مبحث سوم

تبعیض‌آمیز بودن قانون ضدتروریسم

بند اول - غیرقابل توجیه بودن تبعیض اعمال شده از لحاظ حقوقی

بخش ۲۲ قانون ضدتروریسم اجازه می‌دهد تا هر یک از احکام قانون مهاجرت (۱۹۷۱) که می‌تواند به عدم ورود و یا انتقال یک شخص از انگلستان منجر شود علیه یک تروریست بین‌المللی مظنون اتخاذ شود، اگرچه این حکم نتواند بنا به دلایل حقوقی یا عملی به انتقال یک شخص از انگلستان منتج شود.^{۴۲} گنجاندن یک عنصر قانون مهاجرت به این تمهید، بدین معناست که قانون ضدتروریسم تنها به کسانی که تبعه انگلستان نیستند اعمال خواهد گردید.^{۴۳} یکی دیگر از ایراداتی که به این قانون وارد می‌باشد تبعیض‌آمیز بودن بخش ۲۲ این قانون است؛ زیرا این قانون تنها نسبت به اتباع غیرانگلیسی اعمال می‌شود. به عبارت دیگر، با وجود خطری که از جانب اتباع انگلیسی وجود دارد این امکان به موجب قانون ضدتروریسم موجود

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, p. 1012.

40. *M v. Secretary of State for the Home Department, SIAC. SC/17/ 2002.*

41. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1012.

42. *Ibid.*, p. 1009.

43. *Ibid.*

نیست تا بتوان شکایاتی را بنا به همان دلایلی که برای بازداشت‌های غیرملی وجود دارد علیه آنها اقامه نمود.^{۴۴}

ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۴۵} تبعیض را چه در قانون و چه در عمل در هر زمینه تنظیم شده یا مورد حمایت مقامات عمومی منع می‌نماید.^{۴۶} بنابراین ماده ۲۶ به تعهدات تحمیل شده بر دولتهای عضو در رابطه با قانون و اعمال آن مربوط می‌شود؛ از این رو زمانی که قانونی توسط یک دولت عضو وضع می‌شود، آن قانون باید شرط مندرج در ماده ۲۶ را که محتوای آن نباید تبعیض‌آمیز باشد برآورده نماید.^{۴۷} همچنین اصل عدم تبعیض در ماده ۱۴۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۴۸} نیز تصریح شده است. بنابراین رویه دولت انگلستان در اعمال تبعیض میان شهروندان بریتانیایی و غیربریتانیایی در مغایرت با ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌باشد.

بند دوم - غیر قابل توجیه بودن تبعیض اعمال شده از لحاظ عملی

وزیر کشور بریتانیا بیان داشته که تهدید از جانب گروه‌های تروریستی مرتبط با القاعده عمدتاً از طرف بیگانگان است، ولی دلایل عمده‌ای وجود دارد که این قضیه اکنون صحت ندارد.^{۴۹} برای نمونه بمب‌گذاریهای انتحاری که در می ۲۰۰۳ در انگلستان توسط اتباع بریتانیایی به وقوع پیوست ثابت نمود که تهدید از جانب شهروندان انگلیسی نیز جدی است.^{۵۰} علاوه بر این، براساس آمارها تقریباً ۳۰ درصد مظنونان قانون تروریسم ۲۰۰۰ در سال گذشته (۲۰۰۲) بریتانیایی بوده‌اند.^{۵۱}

مبحث چهارم

بازداشت مظنونان تروریستی به موجب قانون ضد تروریسم

44. *Ibid.*

۴۵. رک. زیرنویس شماره ۲۶.

46. General Comment, No. 18, 10/11/89 (Art.26), para. 12.

47. *Ibid.*, para. 12.

۴۸. ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «برخورداری از حقوق و آزادیهای مندرج در این کنوانسیون باید بدون هیچ‌گونه تبعیضی بنا به هر دلیلی از قبیل جنسیت، نژاد، رنگ، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقاید دیگر، ریشه ملی یا اجتماعی، تعلق به یک اقلیت ملی، مکتب، نسب یا وضعیتهای دیگر تأمین شود».

49. Privy Counsellor Review Committee, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 Review, 18th December 2003, www.Statewatch.Org/news/2003/doc/atcs Report.Pdf, p. 33, para. 193.

50. *Ibid.*, p. 54, para. 193.

51. *Ibid.*

بند اول - نادیده گرفتن ضرورت تفهیم اتهام در زمان بازداشت

به موجب بخش ۲۳ قانون ضدتروریسم، وزیر کشور می‌تواند اشخاص مظنون به فعالیتهای تروریستی را در صورتی که امکان اخراج آنها بنا به دلایل حقوقی یا عملی وجود نداشته باشد بازداشت نماید. همچنین مزنونانی که تحت بازداشت قرار می‌گیرند، با هیچ‌گونه اتهام خاصی مواجه نمی‌شوند و همه دلایل، علیه آنها ارائه نمی‌شود، به علاوه فرصت رد آن دلایل نیز به آنها داده نمی‌شود.^{۵۲} این امر اساساً یک محدودیت مهم در فرآیند رسیدگی ترفعی است و خطر جریان سوء قضائی را افزایش می‌دهد.^{۵۳} این رویه با تعهدات بین‌المللی انگلستان در خصوص ضرورت تفهیم اتهام در زمان بازداشت، مندرج در بند (۲) ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند (۲) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۵۴} نیز معارض می‌باشد.

علاوه بر این، ضرورت تفهیم اتهام در رویه قضائی دیوان و کمیسیون اروپایی حقوق بشر نیز مورد تأکید قرار گرفته است. برای نمونه در قضیه‌ای که خانمی به نام مارگارت مورای توسط نظامیان در منزلش بدون اینکه علت بازداشت را به وی اطلاع دهند دستگیر شده بود، کمیسیون اروپایی حقوق بشر بعد از شکایت خانم مارگارت مورای علیه انگلستان در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۱ دادخواست او را قابل پذیرش دانست و موضوع را از موارد اعمال بند (۲) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تلقی کرد.^{۵۵}

بند دوم - نامعین بودن مدت بازداشت

به موجب بخش ۲۳ قانون ضدتروریسم وزیر کشور می‌تواند اشخاص مظنون به فعالیتهای تروریستی را برای مدتی نامعین بازداشت نماید. در مورد اینکه آیا بازداشت نامعین می‌تواند منجر به شکنجه یا رفتار غیرانسانی در مغایرت با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۵۶} یا ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۵۷} گردد، تفسیر عمومی شماره ۲۰ کمیته حقوق بشر در سال ۱۹۹۲ اظهار می‌دارد: «کمیته خاطر نشان می‌کند که محدودیت انفرادی طولانی مدت شخص بازداشتی یا زندانی می‌تواند منتهی به اعمال ممنوعه به موجب ماده ۷ یعنی منع شکنجه

52. *Ibid.*, p. 52, para. 187.

53. *Ibid.*

54. بند (۲) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «هر فرد بازداشتی باید در کوتاه‌ترین مهلت و به زبانی که آن را متوجه می‌شود از علل دستگیری و اتهامات وارد بر خود مطلع شود».

55. دکتر آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، نشر گرایش، چ اول، فروردین ۸۳، ص ۳۰۷.

56. رک. زیرنویس شماره ۶.

57. ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هیچ‌کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازاتها یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا تزدیلی قرار داد. مخصوصاً قرار دادن یک شخص تحت آزمایشهای پزشکی یا علمی بدون رضایت آزادانه او ممنوع است».

یا رفتارهای ظالمانه و غیرانسانی گردد».^{۵۸} همچنین در همان تفسیر عمومی مقرر شده است: «قصد مقررات ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی این است تا هم از حیثیت و هم از تمامیت جسمی و ذهنی شخص حمایت نماید...».^{۵۹} علاوه بر این، ممنوعیت مندرج در ماده ۷ میثاق مذکور نه تنها به اعمالی که سبب رنج جسمانی می‌شوند بلکه به اعمالی که سبب رنج روحی به قربانی می‌شوند نیز مرتبط است.^{۶۰}

حتی اگر معتقد باشیم که بازداشت طولانی مدت (نامعین) بر تمامیت جسمانی بازداشت‌شدگان تأثیر چندانی ندارد، شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد، این نوع بازداشت بر تمامیت روحی بازداشت‌شدگان مؤثر بوده است.

در ۹ ژوئن ۲۰۰۵ کمیته اروپایی پیشگیری از شکنجه و رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز (CPT)^{۶۱} به درخواست دولت انگلیس، گزارش خود در مورد بازدید از انگلستان در مارس ۲۰۰۴ را منتشر نمود. این کمیته بر رفتار با اشخاص بازداشت شده به موجب قانون ضد تروریسم ۲۰۰۱ متمرکز شد و توجه خاصی را به تأثیر شرایط بازداشت بر سلامت جسمی و روحی بازداشت‌شدگان معطوف نمود. این گزارش اظهار می‌دارد:

«تعداد زیادی از بازداشت‌شدگان در وضعیت روحی نامطلوب، به‌عنوان نتیجه‌ای از بازداشت خودشان، به سر می‌برند و همچنین بعضی در شرایط نامطلوب جسمانی بودند. بازداشت سبب اختلالات روحی در اکثریت بازداشت‌شدگان شده است زیرا بازداشت با فقدان کنترل قضائی ناشی از خصیصه نامعین بودن بازداشت آنها و این حقیقت که اطلاعی ندارند که چه دلیلی علیه آنها مورد استناد واقع شده تا نشان دهد که این اشخاص مظنون به تروریسم بین‌المللی می‌باشند، آمیخته شده است». در ادامه کمیته تشخیص داد که «برای بعضی از بازداشت‌شدگان، وضعیت آنها در زمان بازدید را می‌توان منتهی به رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز در نظر گرفت».^{۶۲}

بنابراین حتی با خوش‌بینانه‌ترین دیدگاه، نامعین بودن مدت بازداشت حداقل به آسیب روحی و روانی در مغایرت با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌انجامد. احترام به حیثیت

58. General Comment No. 20 (Art. 7), 1992, para. 6.

59. *Ibid.*, para. 2.

60. *Ibid.*, para. 5.

۶۱. این کمیته به‌موجب کنوانسیون اروپایی پیشگیری از شکنجه و رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز ۱۹۸۷ ایجاد شده است. وظیفه آن این است تا از طریق بازدیدهای سرزده، رفتار با اشخاص محروم از آزادی‌شان را بررسی نماید، به‌منظور آنکه حمایت از چنین اشخاصی را در مقابل شکنجه و رفتار غیرانسانی یا تحقیرآمیز، در صورت ضرورت، تضمین نماید.

62. Report to the Government of the United Kingdom on the Visit to the United Kingdom Carried out by the European Committee for the Preventive of Torture and Inhuman Treatment or Punishment (CPT) From 14 to 19 March 2004, (PT) Inf (2005) 10 (9 June 2005).

ذاتی افراد در زمان بازداشت از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر حتی در موارد تروریستی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. برای نمونه دیوان در قضیه "Chahal" چنین اظهار می‌کند:

«دیوان به‌خوبی از دشواری‌های عمده فراروی دولتها در عصر جدید برای حمایت از جوامع خودشان از خشونت تروریست آگاه است. در هر حال، حتی در این اوضاع و احوال، کنوانسیون در شرایط مطلقاً شکنجه یا رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز را بدون توجه به رفتار قربانی ممنوع می‌نماید».^{۶۳}

همچنین تفسیر عمومی شماره ۲۱ کمیته حقوق بشر (۱۹۹۲) اظهار می‌دارد: «رفتار با همه اشخاص محروم از آزادی توأم با انسانیت و احترام به حیثیتشان یک قاعده بنیادین و قابل اعمال در سطح جهانی است».^{۶۴}

مدت زمان بازداشت‌هایی که به‌موجب بخش ۲۳ قانون ضدتروریست انجام می‌شوند، براساس شواهدی تا سه سال و نیم به طول انجامیده است.^{۶۵}

معیاری که برای طول مدت بازداشت در بند (۳) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۶۶} و رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر در نظر گرفته شده، مهلت معقول است. مهلت معقول مفهومی است که می‌تواند از پرونده‌ای به پرونده دیگر، با توجه به ویژگیهای خاص هر پرونده متفاوت باشد.^{۶۷} رویه دیوان اروپایی حقوق بشر درخصوص ارزیابی معقول بودن مدت بازداشت آن است که بر دلایل ارائه شده از سوی مقامات ملی برای توجیه سلب آزادی از متهم تأکید می‌نماید.^{۶۸} در رأی ومهوف^{۶۹} علیه جمهوری فدرال آلمان، دیوان به‌صراحت بیان می‌دارد که «شیوه ارزیابی کمیسیون را پذیرا نیست»^{۷۰} و معتقد است که قبل از طرح دعوا نزد نهادهای استراسبورگ (دیوان و کمیسیون اروپایی حقوق بشر) باید ادعای نقض بند (۳) ماده ۵ کنوانسیون

63. Chahal v. UK, 15 November 1996, para. 79.

64. General Comment No. 21 (Art. 10), 10/04/92, para. 4.

65. براساس شواهدی تقریباً ۱/۵ سال بین بازداشت و استماع استیناف نزد کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی و تقریباً ۲ سال نیز تا صدور حکم در مورد این استیناف از طرف کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی سپری می‌شود. رک.

Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, para. 197.

66. بند (۳) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «هر کس که در شرایط مندرج در جزء سوم بند (۱) ماده ۵ دستگیر یا بازداشت شده باشد باید بلافاصله نزد قاضی یا مقام قضائی که قانوناً صلاحیت اقدامات قضائی را دارا باشد، مشایعت شود. چنین شخصی حق دارد در مهلتی معقول مورد محاکمه قرار گیرد یا آزاد شود».

67. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، انتشارات سمت، چ دوم، تابستان ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۶۳.

68. دکتر آشوری، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، پیشین، ص ۳۱۷.

69. Wemhoff.

70. نظر کمیسیون اروپایی حقوق بشر از خلال تصمیمات متعدد بر این بوده است که «مهلت معقول» مفهومی است که فقط با لحاظ اوضاع و احوال در هر مورد خاص باید بررسی شود (دکتر آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، پیشین، ص ۳۱۶).

اروپایی حقوق بشر در داخل کشورهای عضو و با مراجعه به مقامات ذیصلاح دولت متعاهد مطرح و به تصمیمی قطعی منجر شده باشد، چه در واقع امر، این بر عهده مقامات قضائی هر کشور است که با توجه به دلایل موجود، بازداشت موقت متهم را در هر مورد با استناد به وجود نفعی عمومی توجیه کنند و دقیقاً با عنایت به دلایل ابرازی از سوی مقامات قضائی ملی است که دیوان قادر است نسبت به نقض احتمالی بند (۳) ماده ۵ آن کنوانسیون اظهار نظر کند.^{۷۱} در رأی نومایستر^{۷۲} نیز دیوان بر ضرورت توجیه بازداشت موقت از طرف مقامات داخلی کشورهای عضو تأکید می‌ورزد و اضافه می‌کند که دیوان فقط در پرتو دلایل ابرازی از طرف مقامات قضائی داخلی از یک سو و واقعیتهای مورد تأیید خواهان، از سوی دیگر، قادر است نسبت به بررسی این امر که آیا نقض بند (۳) ماده ۵ کنوانسیون مزبور صورت پذیرفته است یا خیر، اظهار عقیده کند.^{۷۳}

با وجود اینکه قانون ضدتروریسم، مدتی را برای بازداشت تعیین ننموده ولی در هر حال به میزان زیادی این احتمال وجود دارد که مدت بازداشت از مهلت معقول به موجب بند (۳) ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر تجاوز نماید و با آنها معارض گردد. این موضوع زمانی بیشتر مورد تأیید قرار می‌گیرد که مطابق با تفسیر عمومی شماره ۸ کمیته حقوق بشر «بازداشت پیش از محاکمه، یک امر استثنائی است و باید تا حد ممکن کوتاه باشد».^{۷۴}

علاوه بر این، کمیته امحای تبعیض نژادی^{۷۵} نیز نگرانی خود را از مقررات قانون ضدتروریسم در خصوص بازداشت نامعین بدین نحو ابراز می‌دارد:

«کمیته عمیقاً در مورد مقررات قانون ضدتروریسم که بازداشت نامعین و بدون اتهام یا محاکمه اتباع غیرانگلیسی در انتظار اخراج را که مظنون به فعالیتهای تروریستی هستند مقرر می‌کند، نگران شده است. کمیته در عین حالی که نگرانیهای امنیت ملی این دولت عضو را تصدیق می‌نماید، توصیه می‌کند که این دولت عضو، تعادل بین آن نگرانیها را با حمایت از حقوق بشر و تعهدات حقوقی بین‌المللی خودش مدنظر قرار دهد».^{۷۶}

۷۱. همان، ص ۳۱۷.

72. Neumeister.

۷۳. دکتر آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، پیشین، ص ۳۱۷.

74. General Comment No.8 (Art. 9) 30/06/82, CCR, para. 3.

۷۵. کمیته امحای تبعیض نژادی ارگانی است که بر اساس ماده ۸ کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی به منظور تضمین اجرای مقررات این کنوانسیون ایجاد شده است.

76. Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United Kingdom/CERD/C/63/Co/11, paras.17, 21.

با توجه به انتقاداتی که از رژیم بازداشت نامعین به موجب قانون ضد تروریسم به عمل آمد، نهایتاً در دسامبر ۲۰۰۴ کمیته قضائی مجلس لردهای انگلیس با اکثریت هشت موافق در برابر یک مخالف حکم داد که بازداشت نامعین مظنونان با قانون حقوق بشر انگلستان و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مغایر است.^{۷۷}

بنابراین، با توجه به مطالب فوق قائل شدن مدت نامعین برای بازداشت به موجب قانون ضد تروریسم با موازین عدالت و تعهدات بین‌المللی انگلستان ناسازگار است.

مبحث پنجم

ارزیابی کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی

از منظر اصول دادرسی منصفانه

بند اول - دلایل ایجاد کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی

کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی ابتدائاً به وسیله قانون کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی ۱۹۹۷^{۷۸} متعاقب رأی دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه «چاهال» علیه انگلستان (۱۹۹۶) به دلیل انتقاد از فقدان یک مرحله استیناف نزد دادگاه مستقل در حقوق انگلیس، در صورتی که یک تصمیم مهاجرتی (از قبیل رد اجازه اقامت یا تصمیم به اخراج یک شخص) بر دلایل امنیت ملی یا سیاسی مبتنی باشد، ایجاد شد.^{۷۹}

به موجب بخش ۲۵ قانون ضد تروریسم، یک تروریست مظنون بین‌المللی می‌تواند به کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی در خصوص تأییدیه صادره علیه خودش مطابق با بخش ۲۱ شکایت نماید و این کمیسیون موظف است تا رسیدگی نماید که آیا دلایل معقولی برای سوءظن یا اعتقاد وزیر کشور به موجب بخش (۱) ۲۱^{۸۰} وجود دارد که حضور آن شخص در انگلستان تهدیدی علیه امنیت ملی می‌باشد و اینکه آیا آن شخص یک تروریست بین‌المللی می‌باشد یا خیر؟^{۸۱}

77. Rightswatch, UK: Law Lords Rule Indefinite Detention Breaches Human Rights, p. 1, www.hrw.org.

78. Special Immigration Appeal Commission Act, 1997.

79. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, para.176.

۸۰. بخش (۱) ۲۱ قانون ضد تروریسم: «وزیر کشور می‌تواند تأییدیه‌ای را به موجب این بخش در رابطه با یک شخص صادر نماید در صورتی که به طور معقولی،
الف) معتقد باشد که حضور این شخص در انگلستان یک خطر (تهدید) برای امنیت ملی است.
ب) مظنون باشد که این شخص یک تروریست است.»

81. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, para. 178.

بند دوم - میزان احترام به حقوق دفاعی متهم در کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی

ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۸۲} که با عبارت « هر شخص حق دارد...» آغاز می‌شود، ضوابط ناظر بر یک دادرسی منصفانه را ارائه می‌دهد؛ از این موضوع چنین نتیجه گرفته می‌شود که تمامی اشخاص، از هر قشر و گروهی شایستگی برخوردار از چنین دادرسی را دارند. دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه‌ای معروف به «لالس»^{۸۳} علیه کشور ایرلند کلیتی که بند (۱) از ماده ۶ ناظر بر آن است را مدنظر قرار داده است. در این قضیه فردی ایرلندی به نام لالس که عضو ارتش جمهوریخواه ایرلند بود از ۳ ژوئیه تا ۱۱ دسامبر ۱۹۷۵ به مدت ۶ ماه به استناد قانونی خاص در یک کمپ نظامی تحت بازداشت قرار می‌گیرد. در طول این مدت او هرگز نزد قاضی هدایت نمی‌شود. در رسیدگی به شکایت لالس، دیوان مؤکداً بر این امر تصریح می‌کند که حق برخورداری از امتیازات مندرج در مواد ۵، ۶ و ۷ کنوانسیون شامل حال «همه افراد» می‌گردد، حتی اگر فرد «تروریستی» باشد که با دولت متعاقد خصومت پیشه کرده است.^{۸۴}

علاوه بر این، بند (۳) از بخش (IX) خطوط راهنمای شورای اروپا در مورد حقوق بشر و مبارزه با تروریسم مقرر می‌نماید:

« ضرورت جنگ علیه تروریسم در عین حال نمی‌تواند محدودیتهای معینی را به حق دفاع مخصوصاً در رابطه با:

۱- ترتیبات برای دسترسی و تماس با وکیل؛

۸۲. ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «۱. همه اشخاص حق دارند که به دعوی‌شان توسط یک دادگاه مستقل و بی‌طرف، که طبق موازین قانونی ایجاد شده باشد، به‌طور منصفانه، علنی و در مهلتی معقول رسیدگی شود. دادگاه مزبور باید چه در خصوص اعتراضات مربوط به حقوق و الزامات مدنی اشخاص و چه درباره صحت هر نوع اتهام وارد بر آنان، در امور کیفری، اتخاذ تصمیم نماید. رأی دادگاه باید به‌طور علنی اعلام شود، اما می‌توان - در صورتی که منافع صغار یا حمایت از حریم زندگی خصوصی اصحاب دعوا، یا در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که در شرایط خاص، خصیصه علنی بودن به ضرر منافع عدالت خواهد بود- از حضور روزنامه‌نگاران و عموم مردم در جلسات دادرسی، جهت رعایت اخلاق و نظم عمومی یا حفظ امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک، ممانعت به‌عمل آورد.

۲. فرض بر این است که تمامی اشخاص متهم به ارتکاب جرم تا زمانی که مجرمیت ایشان به‌طور قانونی اثبات شود بی‌گناه محسوب می‌شوند.

۳. هر متهمی بویژه حق دارد که

(الف) در کوتاه‌ترین مهلت، به زبانی قابل فهم و به‌تفصیل، از نوع و علت اتهام وارد بر خود مطلع شود؛

(ب) از فرصت و تسهیلات کافی جهت تمهید دفاعیه خود بهره‌مند شود؛

(ج) شخصاً، خود یا با همکاری وکیل مدافع منتخب، دفاع به‌عمل آورد و چنانچه تمکن مالی جهت پرداخت حق‌الوکاله وکیل مدافع نداشته باشد در صورتی که منافع عدالت اقتضا کند بتواند به‌طور مجانی از مشاوره وکیل تسخیری بهره‌مند شود؛

(د) شهودی را که علیه او شهادت داده‌اند شخصاً یا توسط دیگری (وکیل مدافع) مورد پرسش قرار دهد و احضار و پرسش از شهود له را، تحت همان شرایط احضار و پرسش از شهود علیه، به‌دست آورد.

(ه) چنانچه متوجه زبان مورد استفاده در دادرسی نشود یا بدان تکلم ننماید، از معاضدت یک مترجم، به‌طور رایگان، بهره‌مند شود».

83. Lawless.

۸۴. دکتر آشوری، محمد، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، پیشین، ص ۳۳۰.

بررسی قانون ضد تروریسم ... ❖ ۱۵۹

۲- ترتیبات برای دسترسی به متن پرونده؛

۳- استفاده از شهود بی‌نام ایجاد نماید.^{۸۵}

البته دیوان اروپایی حقوق بشر بعد از قضیه لالس قدری در رویه خود با انعطاف عمل کرده و تشخیص داده است که مبارزه مؤثر علیه تروریسم مستلزم آن است تا بعضی تصمیمات یک دادرسی منصفانه بتوانند با قدری انعطاف تفسیر شوند.^{۸۶} برای نمونه دیوان استفاده از شهود بی‌نام را همیشه غیرمنطبق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمی‌داند.^{۸۷} در موارد معینی مانند تروریسم، شهود باید در برابر هرگونه خطر احتمالی تلافی جویانه‌ای که می‌تواند حیات، آزادی یا سلامتی آنها را در معرض خطر قرار دهد حمایت شوند.^{۸۸}

در قضیه‌ای دیوان چنین اظهارنظر می‌نماید:

«دیوان علی‌الاصول و مشروط به اینکه حقوق دفاعی رعایت شود، به مقامات پلیس اجازه می‌دهد تا در صورت تمایل، هویت مأمور به‌کار گرفته شده در فعالیتهای پنهانی را به‌خاطر حمایت از او یا خانواده‌اش و برای اینکه به عملیتهای آینده وی لطمه‌ای وارد نیاید، افشا نمایند.»^{۸۹}

بنابراین رویه کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی در نام نبردن از شهود بنا به دلایل امنیتی و جاسوسی که در پرونده‌های تروریستی وجود دارد مغایرتی با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضائی دیوان ندارد.

همچنین علاوه بر امکان بی‌نام بودن شهود در پرونده‌های تروریستی، دیوان جلوگیری از مکاتبه بین یک زندانی تروریست و وکیل او را در موارد معینی امکان‌پذیر دانسته است.^{۹۰} رویه قضائی دیوان بر مکانیسم‌های جبرانی پافشاری می‌نماید، تا دولتها از اقداماتی که در جنگ علیه تروریسم انجام می‌دهند و از اساس با دادرسی منصفانه مغایر است اجتناب نمایند.^{۹۱} در خصوص موضع نظام حقوقی انگلیس در مورد دسترسی متهم به دلایل جمع‌آوری شده علیه او باید اظهار داشت که این یک اصل مهم به‌موجب سیستم بریتانیایی عدالت کیفری

85. Council of Europe, Committee of Ministers, Guidelines of Human Rights and the Fight against Terrorism, 2002, p. 28.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*

89. Van Mechlen and Others v. the Netherlands, 23 April 1997, para. 57.

90. See Erdem v. Germany, 5 July 2001, para. 65.

91. Van Mechlen and Others v. the Netherlands, *op.cit.*, para. 54.

است که همه دلایل باید در حضور متهم و در یک جلسه علنی به منظور رسیدگی توافقی ارائه شوند. به موجب این سیستم متهم معمولاً حق دارد تا همه دلایل را ملاحظه نماید، حتی اگر دادستان (مقام تعقیب کننده) به آن استناد نماید.^{۹۲}

ارائه دلایل به عموم می تواند به منافع یک دادرسی توافقی منصفانه خدمت نماید، اما در عین حال این امر می تواند، در صورتی که منابع اطلاعاتی مربوطه را آشکار نماید، محل مصلحت عمومی باشد و همچنین توانایی برای گردآوری اطلاعات را مختل نماید.^{۹۳} این در حالی است که یک نفع عمومی آشکار در تعقیب تروریستها وجود دارد.^{۹۴}

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در این مورد اظهار می دارد:

«این امر می تواند ضروری باشد تا دلیل معینی را از دفاع توسط متهم برای حفظ حقوق اساسی اشخاص دیگر یا برای تضمین یک نفع عمومی حذف نماییم. در هر حال تنها آن اقدامات محدودکننده دفاعی که قطعاً ضروری هستند به موجب بند (۱) ماده ۶ مجاز می باشند».^{۹۵}

البته این وظیفه دیوان نیست تا در وهله نخست ارزیابی نماید که آیا تحدید حقوق دفاعی متهم قطعاً ضروری بوده یا خیر؟ در قضیه ای دیوان اروپایی حقوق بشر ابراز یا عدم ابراز دلیل به متهم را در صلاحیت دادگاههای ملی می داند.^{۹۶}

به موجب بخش ۶ قانون کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی (۱۹۹۷)، در مواردی که ملاحظات امنیتی ایجاب می نماید که خواهان و وکیل او در جریان محاکمات حاضر نباشند، کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی می تواند یک وکیل مستقل را انتخاب نماید تا حقوق خواهان را در این مواقع مورد حمایت قرار دهد. این رویه به رویه «شخص منتصب»^{۹۷} موسوم است.^{۹۸} همچنین در مواقعی که وکیل از دلیل محرمانه ای که بر علیه متهم ارائه شده مطلع گردد، دیگر نمی تواند با مظنون یا وکیل او ارتباط داشته باشد و این بدین معنی است که مظنون و وکیل او در چنین مواردی دیگر نمی توانند به دلیل و شواهدی که امکان دارد بر علیه مظنون اقامه شود دسترسی داشته باشند.^{۹۹}

این در حالی است که به موجب جزء (ب) بند (۳) ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و

92. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, p. 61, para. 228.

93. *Ibid.*, p. 61, para. 229.

94. *Ibid.*

95. Van Mechlen and Others v. the Netherlands, para. 58.

96. Rowe and Davis v. United Kingdom, 16 February 2000, paras. 60-62.

97. Person Appointed.

98. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1010.

99. SIAC (Procedure) Rules 2003, Rule 36.

سیاسی، متهم باید زمان و تسهیلات کافی برای ارائه دفاعیه و ارتباط با وکیل خود را داشته باشد. به موجب تفسیر عمومی شماره ۱۳ کمیته حقوق بشر (۱۹۸۴) «آنچه زمان کافی است به شرایط هر پرونده موکول است، اما تسهیلات باید شامل دسترسی به اسناد و ادله دیگری که متهم برای ارائه دفاعیه خودش نیاز دارد و همچنین فرصت برای استخدام و به کارگیری وکیل باشد. وکلا باید بتوانند موکلان خود را مطابق با استانداردهای حرفه‌ای احراز شده‌شان، مشاوره و نمایندگی کنند و تصمیم‌گیری باید بدون هرگونه محدودیت، اعمال نفوذ، فشار یا مداخله غیرموجه از جانب هر طرف انجام شود».^{۱۰۰}

با ملاحظه مطالب فوق مشخص می‌شود که قانون ضد تروریسم، در مقابل محدودیتهایی که بر حقوق دفاعی متهم نسبت به یک دادرسی منصفانه وارد نموده، راه حل جبرانی مناسبی را ارائه نداده تا هم انطباق با ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر آن گونه که رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر آن را تفسیر نموده تأمین شود و هم به اصل تساوی سلاحها که یک قاعده بنیادین در سیستم ترافی رسیدگی به دعاوی به موجب نظام حقوقی انگلیس است احترام گذارده شود.

بند سوم - ارزیابی دلایل به کار گرفته شده توسط کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی

استاندارد دلیل به کار گرفته شده در رویه کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی بسیار پایین است. بدین ترتیب که استاندارد دلیلی که کمیسیون بر مبنای آن رسیدگی می‌کند و در نهایت به این سؤال پاسخ می‌دهد که آیا تأییدیه صادره از سوی وزیر کشور مشروع است یا خیر «اعتقاد و سوءظن معقول»^{۱۰۱} است و نه «ماحصل احتمالات»^{۱۰۲} که از استاندارد «ورای هرگونه شک معقول»^{۱۰۳} نیز دارای ارزش حقوقی کمتری است.^{۱۰۴} این در حالی است که بر اساس حقوق انگلستان، قاضی در امور جزایی مکلف است بر مبنای قاعده «فراسوی هرگونه تردید معقول» که ریشه در کامن‌لا دارد تصمیم‌گیری نماید. در امور مدنی نیز تصمیم‌گیری بر مبنای قاعده «ماحصل احتمالات» است.^{۱۰۵}

در واقع به موجب قانون ضد تروریسم، مسئولیت وزیر کشور در اثبات دست داشتن یک

100. General Comment No.13, (Art.14) 198, para. 9.

101. Reasonable Belief and Suspicion.

102. A Balance of Probabilities.

103. Beyond all Reasonable Doubt.

104. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, p. 52, para. 187.

105. Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Draft Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of Sections 1 to 9) Order 2006, p. 19, para. 59.

شخص در فعالیتهای تروریستی بسیار پایین است. همچنین قواعد جاری کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی، وزیر کشور را متعهد نکرده است تا همه دلایلی را که توانسته به سوءظن او کمک نماید، حتی به شکل اختصاری ارائه کند.^{۱۰۶}

مبحث نهم

ارزیابی دلایل مورد استفاده در رسیدگی به پرونده‌های تروریستی به موجب قانون ضد تروریسم

بند اول - ارزیابی استفاده از اطلاعات محرمانه در دادگاههای انگلیس

در ابتدا ضروری به نظر می‌رسد تا تعریفی از «دلیل» ارائه دهیم. در دایرةالمعارف بریتانیکا، «دلیل» در لغت به معنی راهنما و نشانه است و در اصطلاح وقایعی است که به ذهن کسی متبادر می‌شود تا به یاری آنها بتواند در موضوع مورد اختلاف اتخاذ تصمیم نماید.^{۱۰۷} به‌طور کلی «دلیل» در امور کیفری عبارت است از: «هر وسیله قانونی که مقامات قضائی را در کشف حقیقت و حصول اقناع وجدانی و اتخاذ تصمیم عادلانه یاری بخشد».^{۱۰۸} دولت انگلیس موضوع ممنوع نبودن استفاده از مکالمات مورد بازرسی به‌عنوان دلیل در دادگاهها را، زمانی که قانون تنظیم اختیارات تفتیشی (۲۰۰۰)^{۱۰۹} را جایگزین قانون بازرسی مکاتبات ۱۹۸۵^{۱۱۰} نمود، نپذیرفت.^{۱۱۱}

نکته جالب توجه آن است که در حال حاضر انگلستان و ایرلند تنها کشورهای غربی هستند که ممنوعیت استفاده از مکالمات بازرسی شده به‌عنوان دلیل در دادگاهها را حفظ کرده‌اند.^{۱۱۲} با این حال اجماع قابل توجهی وجود دارد که این ممنوعیت یک واکنش نامتناسب نسبت به نگرانی به حق ناشی از افشای منابع یا روشهای جاسوسی است. دولت انگلیس استدلال می‌نماید که در زمان حاضر تعقیب بعضی از اشخاصی که به دست داشتن آنها در تروریسم مظنون است میسر نیست، زیرا دلایل محرمانه قانوناً نمی‌توانند در دادگاهها مورد استفاده واقع شوند.^{۱۱۳} با توجه به

106. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, para. 181.

۱۰۷. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص ۱۹۹.

۱۰۸. همان، ص ۲۰۱.

109. Regulation of Investigatory Powers Act 2000.

110. Interception of Communications Act 1985.

111. Privy Counsellor Review Committee, *op.cit.*, p. 57, para. 209.

112. HUMAN RIGHTS WATCH, Commentery on Prevention of Terrorism Bill 2005: Prosecution as the Preferred Approach, Morch 2005, p. 1, www.hrw.org.

113. *Ibid.*, p. 1.

اینکه تهدید از جانب تروریسم باید از طریق سیستم عدالت کیفری برآورده شود،^{۱۱۴} برطرف نمودن چنین ممنوعیتی امکان تعقیب مظنونان تروریستی را به نهادهای قضائی می‌دهد و نتیجه از بسیاری از اقدامات خودسرانه قوه مجریه در زمینه مبارزه با تروریسم جلوگیری می‌نماید. دیدگاه دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در مورد اینکه آیا می‌توان از اطلاعات محرمانه در رسیدگی‌های قضائی استفاده نمود یا خیر مثبت است. دیوان در قضیه‌ای چنین اظهار می‌دارد: «دیوان در وهله نخست نظر مثبت خودش را در خصوص استفاده از اطلاعات محرمانه در مبارزه با خشونت و تروریسم تکرار می‌نماید».^{۱۱۵} با این حال دیوان نظارت دادگاههای داخلی و نهادهای کنوانسیون را شرط اعمال این اختیار می‌داند. «در هر حال این بدان معنی نیست که مقامات تحقیق به موجب ماده ۱ چک سفید دارند تا مظنونان را برای بازجویی بدون کنترل مؤثر توسط دادگاههای داخلی یا توسط نهادهای نظارتی کنوانسیون، در زمانی که آنها (مقامات) ادعا می‌کنند که مظنونان در اقدامات تروریستی دست داشته‌اند، دستگیر نمایند».^{۱۱۶}

علاوه بر این، اصل تحصیل آزادانه دلیل که در امور کیفری بر خلاف امور مدنی به‌منظور مبارزه مؤثر علیه بزهکاری پذیرفته شده است^{۱۱۷} نیز تأییدی بر این امر است که می‌توان از دلایل محرمانه در رسیدگی‌های کیفری در صورتی که منع قانونی نداشته باشد^{۱۱۸} و آن دلیل نیز به طریق قانونی تحصیل شده باشد،^{۱۱۹} استفاده نمود.

بند دوم - ارزیابی استفاده از دلایل حاصل از شکنجه در محاکم انگلیس

موضوع دیگری که باعث بروز نگرانی‌هایی شده، آن است که امکان دارد بعضی از موضوعات که وزیر کشور برای اثبات سوءظن خود به آنها استناد کرده است، از طریق شکنجه یا رفتارهای دیگر مغایر با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی حاصل شده باشد.^{۱۲۰} کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی دیدگاه غیرقابل پذیرشی را در مورد ارزش و قابلیت استماع دلایلی که به این نحو حاصل شده‌اند اتخاذ کرده است.^{۱۲۱} به عقیده کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی هیچ قاعده‌ای وجود ندارد تا مستثنا کردن این دلایل را

114. HUMAN RIGHTS WATCH, Commentary on Prevention of Terrorism Bill 2005: Summary, March 2005, p. 1, www.hrw.org.

115. Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, Series A, No. 28, p. 23, para. 48.

116. Murray v. UK, 28 October 1994, para. 58.

۱۱۷. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص ۲۲۲.

۱۱۸. همان.

۱۱۹. همان.

120. Colin Warbrick, *op.cit.*, p. 1011.

121. *Ibid.*

مقرر نماید.^{۱۲۲} به این ترتیب وزیر کشور می‌تواند به چنین اطلاعاتی استناد نماید. براساس این دیدگاه دلایلی که وزیر کشور از طریق شکنجه جمع‌آوری کرده، در صورت صحت آنها، معتبر است.^{۱۲۳}

لازم به ذکر است که در برخی موارد در عمل ملاحظه می‌شود، دلیلی که بدون رعایت ضوابط قانونی یا ضمن نقض آن ضوابط تحصیل شده در به اثبات رساندن جرم بسیار اهمیت دارد.^{۱۲۴} در خصوص ارزش اثباتی چنین دلایلی، مقررات یکسانی در کشورهای مختلف وجود ندارد و رویه قضائی از تشتت فراوانی برخوردار است.^{۱۲۵} در بین کشورهای اروپای غربی، ایتالیا در ماده ۱۹۸ آیین دادرسی کیفری خود سرسخت‌ترین موضع را در ارتباط با دلایل تحصیل شده از طریق غیرقانونی اتخاذ کرده است: «دلیلی که با نقض ممنوعیت‌های قانونی تحصیل شود فاقد اعتبار است».^{۱۲۶}

در انگلیس ممنوعیت مطلق در خصوص استفاده از دلایلی که به طریق غیرقانونی به دست آمده‌اند، وجود ندارد. ماده ۷۸ «قانون ادله کیفری» ۱۹۸۴^{۱۲۷} در خصوص دلایلی که از طریق غیرقانونی (مانند عدم حضور وکیل مدافع در تحقیقات پلیس) تحصیل شده باشند، دادگاهها را مجاز به معتبر شناختن یا رد این‌گونه دلایل دانسته است و ظاهراً دادگاههای انگلیس خیلی تمایل به مردود نمودن قراین محکمی که به طرق غیرقانونی تحصیل شده باشند، ندارند.^{۱۲۸} اما در خصوص رویه کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی در مورد پذیرفتن دلایلی که از طریق شکنجه یا رفتارهای دیگر در مغایرت با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حاصل شده‌اند، این موضوع با مشروعیت شکنجه ملازم می‌یابد که به موجب ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به‌طور مطلق ممنوع شده است. اهمیت ممنوعیت شکنجه و سایر رفتارهای غیرانسانی و تحقیرآمیز تا بدان جاست که ماده ۲(۲) کنوانسیون ملل متحد علیه شکنجه (۱۹۸۴) تصریح می‌نماید که هیچ‌گونه وضعیت استثنائی، خواه یک وضعیت جنگی یا یک تهدید جنگی، تغییرات سیاسی در ثبات داخلی یا هر وضعیت اضطراری عمومی دیگری نمی‌تواند به‌عنوان توجیه شکنجه استناد شود. تفسیر عمومی شماره ۲۰ کمیته حقوق بشر (۱۹۹۲) نیز بر استثناء ناپذیری این ممنوعیت تأکید می‌ورزد.^{۱۲۹}

122. *Ibid.*, p. 1012.

123. *Ibid.*

۱۲۴. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص ۲۲۹.

۱۲۵. همان.

۱۲۶. همان، ص ۲۳۰.

127. Criminal Evidence Act 1987.

۱۲۸. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص ۲۳۰.

129. General Comment No. 20, *op.cit.*, para. 3.

بررسی قانون ضد تروریسم ... ❖ ۱۶۵

امروزه اصل احترام به حقوق و آزادیهای اساسی بشر در زمره مصادیق بارز قواعد آمره از نظر حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌روند.^{۱۳۰} بدون شک یکی از حقوق بنیادین بشر ممنوعیت شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای غیرانسانی و تحقیرآمیز است که به‌موجب کلیه اسناد بین‌المللی مربوطه اعمال آن به هر شکلی ممنوع گردیده و هیچ‌گونه توجیه یا استثنائی نیز برای توسل به آن وجود ندارد و در زمره قواعد غیرقابل تعلیق خواه به‌موجب میثاق یا کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌شمار می‌رود. تفسیر عمومی شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر (۲۰۰۱) نیز در تأیید این موضوع چنین اظهار می‌نماید:

«اعلام مقررات معین میثاق در بند (۲) ماده ۴ که دارای یک ماهیت غیرقابل تعلیق می‌باشند شناسایی‌کننده ماهیت آمرانه بعضی حقوق اساسی ارج نهاده شده در چارچوب معاهده میثاق است.»^{۱۳۱}

«بنابراین دولتهای عضو در نبرد علیه تروریسم هرگز نباید در مغایرت با قواعد آمره حقوق بین‌الملل و همچنین حقوق بین‌الملل بشردوستانه در جایی که قابل اعمال است، عمل نمایند.»^{۱۳۲}

با توجه به توضیحات فوق و نظر به اهمیتی که قاعده ممنوعیت شکنجه در حقوق بین‌الملل دارد، ماده ۱۵ کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) مقرر نموده است:

«هر دولت عضو باید تضمین نماید که هرگونه اقراری که ثابت شده در نتیجه شکنجه حاصل شده است، نباید به‌عنوان دلیل در هر مرحله از محاکمات مورد استناد واقع شود، مگر علیه شخص متهم به شکنجه به‌عنوان دلیلی که این اظهاریه (بدین نحو) تحصیل شده است.»

تفسیر عمومی شماره ۲۰ کمیته حقوق بشر (۱۹۹۲) نیز این موضوع را که قانون باید قابلیت استماع اظهارات یا اقراری را که از طریق شکنجه یا دیگر رفتارهای ممنوعه حاصل شده‌اند ممنوع کند مورد تأکید قرار داده است.^{۱۳۳}

در حقوق داخلی انگلیس نیز همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، اگرچه ممنوعیت مطلق در استفاده از دلیلی که به طریق غیرقانونی تحصیل شده‌اند وجود ندارد، ولی به‌موجب ماده ۷۶ «قانون ادله کیفری» ۱۹۸۴ استفاده از اقراری که نتیجه اعمال فشار باشد ممنوع اعلام شده است. از این قاعده در حقوق آنگلو‌ساکسون به‌عنوان «ممنوعیت اجبار متهم به ادای شهادت علیه

۱۳۰. دکتر ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ج دوم، ص ۲۳۳.

131. General Comment No. 29, *op.cit.*, para. 11.

132. Council of Europe, Committee of Ministers, *op.cit.*, p. 39.

133. General Comment No. 20, *op.cit.*, para. 12.

خود» تعبیر شده است.^{۱۳۴}

علاوه بر این، حتی اگر چنین ممنوعیتی در حقوق داخلی انگلیس نیز وجود نمی‌داشت، از آنجایی که انگلستان در زمره کشورهای است که از نظریه «یگانگی حقوقی» با برتری حقوق بین‌الملل قراردادی بر «حقوق داخلی» پیروی می‌کند،^{۱۳۵} در صورتی که تعارضی میان قواعد حقوق داخلی با تعهدات بین‌المللی آن کشور حادث شود، دادگاههای انگلستان تفوق را به حقوق بین‌الملل می‌دهند و تعهدات ناشی از معاهدات بین‌المللی را بر قواعد حقوق داخلی مقدم می‌دارند.

بنابراین، رویه اخیر دولت انگلستان در مورد پذیرش دلایل حاصله از طریق شکنجه و سایر رفتارهای مغایر با ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در موارد تروریستی با تعهدات بین‌المللی آن کشور و اساساً با جوهره نظام حقوقی بریتانیا در تعارض آشکار قرار دارد.

۱۳۴. دکتر آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص ۲۰۹.

۱۳۵. دکتر ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، کتابخانه گنج دانش، چ هجدهم، ص ۷۶.

نتیجه‌گیری

در پایان با توجه به بررسی انطباق یا عدم انطباق قانون ضدتروریسم ۲۰۰۱ انگلیس با موازین حقوق بشری مطالب ذیل را نتیجه‌گیری می‌نماییم:

۱- در مورد صدور اعلامیه تعلیقی از جانب انگلستان نسبت به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر باید متذکر گردیم که حتی اگر صدور اعلامیه‌های تعلیقی به دلیل بازداشت بدون چشم‌انداز فوری یا بازداشت پیشگیرانه مشروع باشد، رویه تبعیض‌آمیزی که به موجب این قانون نسبت به اتباع بریتانیایی و غیربریتانیایی در پیش گرفته شده در مغایرت آشکار با تعهدات انگلستان به موجب اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر است.

۲- در خصوص اختیار وزیر کشور در صدور تأییدیه، با توجه به تحدیداتی که در اثر آن بر حقوق و آزادیهای فردی مظنون اعمال می‌شود، این امر با موازین عدالت‌سازگاری ندارد، زیرا اختیار تحدید حقوق و آزادیهای فردی معمولاً باید به یک نهاد بی‌طرف که قاعداً نهاد قضائی هر کشوری می‌باشد تفویض گردد.

۳- رویه تبعیض‌آمیزی که به موجب قانون ضدتروریسم در مورد اتباع بیگانه در پیش گرفته شده، هم از لحاظ حقوقی و هم از لحاظ عملی غیرقابل توجیه است و با تعهدات بین‌المللی انگلستان راجع به ممنوعیت اعمال هرگونه تبعیض نیز مغایر می‌باشد.

۴- عدم توجه قانون ضدتروریسم نسبت به ضرورت تفهیم اتهام و معقول بودن مدت بازداشت، با استانداردها و موازین حقوق بشری که در این زمینه وجود دارد منافی است و سبب آن می‌گردد که مظنون به‌طور خودسرانه و به مدت طولانی از آزادی محروم شود.

۵- عدم رعایت اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های مطروحه نزد کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی فرصت نیل به حقیقت را از میان می‌برد و لزوم رعایت اصل تساوی سلاحها میان طرفین دعوا را مخدوش می‌نماید و نهایتاً در اغلب موارد منجر به صدور احکام غیرعادلانه از سوی کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی می‌گردد.

۶- از میان برداشتن ممنوعیتی که در استفاده از دلایل محرمانه در رسیدگی‌های کیفری نزد دادگاهها وجود دارد این امکان را به دستگاه عدالت کیفری بریتانیا می‌دهد تا در تعقیب مظنونان تروریستی نقش فعالی را ایفا نماید و از اقدامات خودسرانه قوه مجریه جلوگیری کند. همچنین رویه‌ای که درباره پذیرش دلایل حاصله از شکنجه توسط کمیسیون ویژه استیناف مهاجرتی اتخاذ شده در مغایرت آشکار با قواعد بنیادین حقوق بشری راجع به ممنوعیت شکنجه است.

استانداردها و آیین‌های جرح داوران*

کریستوفر کچ**

ترجمه علیرضا ابراهیم گل***

۱- مقدمه

حق رجوع به قاضی مستقل و بی‌طرف در داوری نیز وجود دارد. در واقع صرف اینکه طرفین بر حل و فصل اختلافات فیما بین از طریق یک مکانیزم رسیدگی خصوصی توافق دارند موجب نمی‌شود که از حمایت‌های پذیرفته‌شده جهانی به‌عنوان یک حق بنیادین بشری محروم شوند. از آنجایی که داوری نوعی قضاوت است، اگرچه از نوع خصوصی آن، مهم است که نتیجه نهایی، محصول فرایندی بی‌طرفانه باشد و ادعاهای طرفین به‌درستی استماع شود. نه تنها آیین رسیدگی باید منصفانه باشد، بلکه طرفین و بویژه طرف بازنده باید آن را عادلانه احساس کند. همچنان که لرد هوارت اظهار داشت: نه تنها عدالت باید اجرا شود بلکه بایستی رعایت آن آشکارا و صریح احساس شود، و این از اهمیت اساسی برخوردار است. برای آنکه طرفین نتیجه داوری را حتی اگر علیه آنها باشد بپذیرند، باید اطمینان داشته باشند که داوران، بی‌طرفانه قضاوت کرده‌اند. در صورتی که اعتماد طرفین به داوران، به‌علت فعل یا ترک فعل دیوان داوری یا یک یا چند تن از داوران در معرض خطر قرار گیرد چه باید کرد؟ آیین‌های رسیدگی قضائی در محاکم تحت شرایطی امکان جرح قاضی (رد دادرس) را می‌پذیرند. به همین ترتیب در صورتی که اوضاع و احوال حاکی از آن باشد که از نظر طرفین یک یا چند تن از داوران، بی‌طرف و مستقل محسوب نمی‌شوند، فرایند داوری نیز روشهایی را برای کنار گذاشتن داوران از مرجع داوری ارائه می‌دهد. این عمل را جرح یا «ایراد به صلاحیت» داوران می‌نامند.

*. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به قرار زیر است:

Christopher Koch, "Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators", Journal of International Arbitration, Vol. 20, No. 4, August 2003, pp. 325-353.

** مشاور سابق دیوان داوری بین‌المللی ICC.

*** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

اگرچه آیین جرح، روشی است برای تضمین صحت فرایند داورى، در عین حال ابزاری است که می‌تواند از سوی طرفهای فاقد حسن نیت برای کارشکنی یا به تأخیر انداختن داورى به کار گرفته شود.

جرح عضو دیوان داورى، فرایند داورى را مختل می‌کند زیرا توجه و تمرکز را از موضوع مورد اختلاف به خود دیوان معطوف می‌کند.

در این چارچوب است که انتخاب نوع داورى یا قواعد حاکم بر رسیدگی اهمیت می‌یابد. اگر داورى، سازمانی (institutional) باشد، جریان جرح داور عموماً از سوی نهاد داورى رسیدگی شده و بر آن نظارت می‌شود. این نظارت سازمانی می‌تواند مانع از اختلال در فرایند داورى شود. در داورى‌های موردی (Ad hoc)، جرح داور و رسیدگی به آن در اختیار طرفین و داورانى است که از امکاناتی برای این کار برخوردارند و محاکم مقرر داورى باید راجع به این موضوع تصمیم‌گیری کنند.^۱

۲- استانداردهای جرح

همانطور که گفته شد دیوان داورى نه تنها باید منصفانه عمل کند، بلکه طرفین نیز باید این امر را احساس کنند. هنگامی که از استانداردهایی که داوران باید دارا باشند، سخن می‌گوییم عموماً به واژه‌های «استقلال» و «بی‌طرفی» اشاره می‌شود.^۲ به‌عنوان مثال بند (۱) ماده ۷ قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی ICC مقرر می‌کند:

داور باید «مستقل» از طرفین داورى باشد و در طول داورى نیز مستقل باقی بماند. و مطابق بند (۲) ماده ۵ قواعد داورى دیوان بین‌المللی لندن (LCIA):

داورانى که به‌موجب این قواعد، داورى می‌کنند باید همواره نسبت به طرفین «مستقل» و بی‌طرف» باشند و این حالت را حفظ کنند و نباید در داورى به‌عنوان مدافع هریک از طرفین عمل کنند. هیچ‌یک از داوران، پیش از انتصاب یا پس از آن، نباید به هریک از طرفین راجع به ماهیت یا نتیجه اختلاف، توصیه‌ای کنند. (تأکید از ماست)

۱. با این وجود قواعد رسیدگی ملی نیز ضرورتاً استانداردها یا آیین‌های مشخص و آسانی را برای جرح داوران ارائه نمی‌دهد. به‌عنوان مثال قانون جدید آیین دادرسی فرانسه استانداردهایی را که داوران باید دارای آن باشند تعریف نمی‌کند. این قانون صرفاً مقرر می‌کند اگر یک داور معتقد است دلیلی برای جرح وجود دارد باید طرفین را مطلع کند و تنها در صورتی که همه طرفها موافقت کنند می‌تواند به‌عنوان یک داور عمل کند. اما به این‌که این دلیل چه می‌تواند باشد اشاره‌ای نشده است. (ماده ۱۴۵۲ قانون مذکور) در عین حال محاکم فرانسوی تأیید کرده‌اند که داوران باید مستقل باشند.

۲. ماده ۷ قواعد داورى بین‌المللی انجمن داورى آمریکایی (AAA) به «استقلال و بی‌طرفی» تمام داوران اشاره می‌کند ماده ۱۴ کنوانسیون ایکسید به انتخاب داوران از میان اشخاص با فضایل اخلاقی والا و ذی‌صلاح در زمینه‌های قانونی، تجاری، صنعتی یا مالی که مستقلاً تصمیم می‌گیرند اشاره می‌کند. ماده ۲۲ قواعد WIPO و ماده ۶ قواعد داورى انسیترال و ماده قواعد داورى جمهوری خلق چین به «بی‌طرفی و استقلال» داوران اشاره دارند.

بند (۱) ماده ۳ قواعد رفتاری حاکم بر داوران بین‌المللی انجمن بین‌الملل وکلای دادگستری مصوب (IBA) ۱۹۸۶ تحت عنوان عناصر جانبداری، تفاوت بین این دو واژه را این‌گونه شرح می‌دهد:

معیارهای ارزیابی «جانبداری» عبارتند از «استقلال» و «بی‌طرفی». جانبداری هنگامی رخ می‌دهد که یکی از داوران نسبت به یکی از طرفین تبعیض قائل شود یا درباره موضوع اختلاف پیشداوری کند. عدم استقلال یا وابستگی، عبارت است از رابطه بین یکی از داوران با یکی از طرفین یا با یکی از نزدیکان یکی از طرفین. (تأکید از ماست)

آیا این بدین معنی است که داور منصوب ICC به دلیل آنکه تنها باید مستقل باشد در مقایسه با داور منصوب LCIA که نه تنها باید مستقل بلکه باید بی‌طرف باشد، متعهد به استانداردهای سخت‌گیرانه‌تری نیست؟^۳ در ادامه به این دو مفهوم و ارتباط میان آنها و اینکه ممکن است به‌عنوان استانداردهای مجزا وجود داشته باشند، می‌پردازیم.

الف) استقلال

«استقلال» بدین معنی است که داور نباید هیچ‌گونه رابطه یا علقه‌ای با طرفین دعوی داشته باشد. داورى که به‌عنوان مشاور یا وکیل یکی از طرفین عمل کرده یا همچنان به این کار اشتغال دارد یقیناً مستقل نخواهد بود. به همین ترتیب اگر داور در موفقیت مالی یکی از طرفین ذی‌نفع باشد به‌عنوان مثال سهامدار آن شرکت باشد فاقد «استقلال» بوده و برای انتخاب به‌عنوان داور صلاحیت ندارد. همچنین داورى که با یکی از طرفین رابطه خانوادگی یا هر نوع رابطه عاطفی دیگر دارد «مستقل» محسوب نمی‌شود.

گفته شده که استقلال یک استاندارد موضوعی عینی^۴ برای ارزیابی این مطلب است که آیا داور برای انجام کارش صلاحیت دارد یا خیر. در عین حال استاندارد استقلال آنچنان هم که به‌نظر می‌آید جزئی و از پیش تعیین شده نیست. به‌عنوان مثال تصور کنید پنج سال پیش از شروع داورى، شخصی در دفتر حقوقی یک داور در خصوص یک موضوع مالیاتی در مسئله‌ای کاملاً غیرمرتبط به یکی از طرفین کمک کرده باشد. این کار تنها یکبار در گذشته رخ داده و

^۳. اکثر مؤسسات داورى و قواعد داورى مقرر می‌کنند که داوران باید مستقل و بی‌طرف باشند. ماده (۷) قواعد داورى AAA و ماده ۶ قواعد داورى ایکسید ایجاب می‌کنند که داوران باید اعلامیه‌ای صادرکنند و در آن قول دهند که بین طرفین عادلانه قضاوت خواهند کرد. همچنین رک. به بند (الف) ماده ۲۲ قواعد داورى WIPO و ماده ۹ قواعد داورى آنسیترا.

4. objective fact based standard.

هزینه ناچیزی از بابت آن دریافت شده و از آن پس دیگر هیچ رابطه‌ای بین آن طرف و این دفتر حقوقی وجود نداشته است. حال آیا می‌توان گفت که این داور وابسته است؟ پاسخ، به این بستگی دارد که از چه زاویه‌ای به سؤال نگریسته شود. ممکن است یک داور احتمالی خویش را مستقل محسوب کرده و هرگز نام هیچ‌یک از طرفین را هم نشنیده باشد، اما طرفین یا یکی از ایشان موضوع را از زاویه دیگری می‌بیند بویژه اگر این مطلب پیشتر برای آنها افشا نشده باشد. در این حالت نیز نه تنها عدالت باید اجرا گردد، بلکه رعایت آن باید احساس شود. از این رو آنچه یک استاندارد نسبتاً عینی به‌نظر می‌رسد دارای یک عنصر ذهنی قوی نیز هست.

با نگاه به واژه «استقلال» ممکن است پرسیده شود: استقلال از چه کسی مورد نظر است؟ تمرکز صرف بر رابطه بین یک طرف و داور کافی نیست. در رسیدگی‌های داوری معمولاً اشخاصی بجز خواهان، خوانده و دیوان داوری نیز نقش دارند. در واقع طرفهای اصلی رسیدگی معمولاً وکلای طرفین هستند تا موکلان ایشان. با این حال آیا شرط استقلال به روابط میان وکیل و داور نیز تعمیم می‌یابد؟ پاسخ، قاعداً مثبت است. از این رو عموماً انتظار می‌رود که داوران از وکلای طرفین نیز مستقل باشند. پس اگر داوری در دارالوکاله‌ای کار کرده باشد که وکیل یکی از طرفین نیز در آنجا اشتغال به کار داشته است این امر می‌تواند مبنایی برای جرح او تلقی شود.^۵

در عین حال استثنایی نیز بر این قاعده وجود دارد. در انگلستان وکلایی که در یک دفتر کار می‌کنند مستقل از یکدیگر محسوب می‌شوند حتی اگر دفاتر و هزینه‌های مشترکی داشته باشند. وکلایی که دفاتر مشترک دارند شریک تلقی نمی‌شوند، زیرا در سود و زیان کاری شریک نیستند. پس امکان دارد در دادگاه وکلایی از یک دفتر در یک پرونده مقابل هم حضور یابند و ممکن است در پرونده‌ای به‌عنوان داور شرکت کنند در حالی که یکی از همکاران آن دفتر به‌عنوان وکیل یک طرف فعالیت کند. اگر چه این حالت در انگلستان پذیرفته شده است، اما بی‌شک در خصوص استقلال داوران در محیط بین‌المللی که در آن طرفینی که به این سیستم عادت ندارند و به شدت نگران استقلال داوری هستند که دفتر او با وکیل یکی از طرفین مشترک است، تردیدهای معقولی را بر می‌انگیزد. با این وجود حتی محاکم فرانسوی رأی داده‌اند در صورتی که وکلا، دفاتر مشابهی داشته باشند این امر به خودی خود دلیل کافی برای عدم استقلال یک داور محسوب نمی‌شود.

اگرچه به‌عنوان یک اصل کلی، داوران نیز همچون قضات بایستی مستقل از وکلای

۵. البته هیچ‌یک از این امر وجود ندارد. دیوان فدرال سوییس در ۱۹۹۸ رأی داد که صرف اینکه دو وکیل و یک داور دارای دفتر حقوقی مشترک هستند به خودی خود مبنایی برای جرح یک داور محسوب نمی‌شود. اگر جرح در موعد مقتضی صورت نگیرد، طرفی که از موجب جرح آگاهی داشته حق خویش بر جرح یک داور را از دست می‌دهد.

طرفین باشند، این قاعده هنگامی که پای داوران در میان باشد به شدت اعمال نمی‌شود. در قضیه‌ای مربوط به استقلال یک قاضی در موضوعی کیفری، دیوان عالی سوییس رأی داد که دوستی مابین قاضی شعبه بدوی و وکیل متهم به استقلال او لطمه‌ای وارد نمی‌کند. جالب است که دیوان مزبور رأی داد که اگر آنها با یکدیگر خصومت می‌داشتند رأی او متفاوت می‌بود. دوستی و روابط شخصی نزدیک بخشی از ساختار جامعه انسانی سازمان یافته‌است. این گفته در خصوص دنیای داوری تجاری بین‌المللی نیز صادق است. اگر جهان در حال تبدیل شدن به یک دهکده جهانی است، «دنیای داوری جهانی» همیشه یکی بوده است. ساکنان دهکده داوری تعداد نسبتاً کمی از وکلای بسیار مجربند که در کنفرانسهای مشابه گرد هم می‌آیند و در رسیدگیهای داوری در سمتهای مختلف شرکت می‌کنند. از این رو در «دهکده داوری» اغلب امکان دارد اشخاصی که به‌عنوان وکیل یکی از طرفین فعالیت می‌کنند به‌خوبی با یکدیگر آشنا بوده یا حتی با یک یا چند تن از داوران دیوان داوری دوست باشند. اما عموماً این امر به خودی خود مبنایی برای جرح یک داور محسوب نمی‌شود. در عین حال اگر دو شخص اغلب با یکدیگر خواه به‌عنوان وکیل یا داور در یک داوری حضور یابند این امر می‌تواند دلیلی بر این باشد که آنها به‌طور منظم یکدیگر را منصوب می‌کنند و از این رو دیگر نمی‌توانند مستقل از یکدیگر محسوب شوند.

ب) بی‌طرفی

همانگونه که پیشتر گفته شده بی‌طرفی با تمایلات ذهنی داور نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف ارتباط دارد. در بی‌طرفی از دخالت چارچوب ذهنی داور در داوری سخن گفته می‌شود، از این رو از آن به‌عنوان استاندارد «ذهنی» یاد می‌شود. قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان این امکان را به طرفین می‌دهد که «در صورت وجود شرایطی دال بر تردیدهای موجه در خصوص بی‌طرفی یک داور» برای جرح او به محاکم رجوع کنند. محاکم انگلستان نیز رأی داده‌اند که قضات و داوران باید از استاندارد بی‌طرفی مشابهی پیروی کنند. محاکم انگلستان اخیراً به قضایایی راجع به بی‌طرفی داوری یا قضائی رسیدگی کرده‌اند. یکی از مشهورترین این قضایا قضیه پینوشه دیکتاتور اسبق شیلی بود که یک قاضی اسپانیایی به اتهام جنایت علیه بشریت علیه او یک قرار بازداشت بین‌المللی صادر کرد. مجلس لردان بایستی تصمیم می‌گرفت که آیا او می‌تواند از مصونیت از تعقیب برخوردار گردد؟ در ابتدا مجلس لردان طی رأیی مصونیت او را پذیرفت. پس از انتشار این رأی مشخص شد که یکی از قضات این مجلس روابط نزدیکی با عفو بین‌الملل دارد. مجلس مزبور این موضوع را نمونه‌ای از

«قاضی دعوی خویش شدن»^۶ و مبنای کافی برای رسیدگی مجدد به پرونده تلقی کرد. محاکم انگلیس برای ارزیابی بی‌طرفی دو معیار را به کار می‌گیرند. نخستین آنها معیار «جانبداری واقعی» است. اثبات جانبداری واقعی مشکل است و عملاً به آن استناد نمی‌شود دیگری معیار «جانبداری ظاهری» است. این معیار مبتنی بر شرایط و حقایق دال بر امکان وجود جانبداری است. از سال ۱۸۵۲ صرف اینکه قاضی یا داور در نتیجه قضیه نفع شخصی داشته دلیل کافی برای جرح او محسوب می‌شده، زیرا در این حالت او قاضی دعوی خویش می‌شده است. این معیار در قضیه *Dimes* بیان شد. لرد کاتنهام، رئیس وقت مجلس لردان، سهامدار عمده یکی از طرفهای قضیه مطروحه نزد خودش بود. او بر اساس اصل حقوق کامن‌لو که «هیچ‌کس نباید قاضی دعوی خویش باشد» جرح شد، اگر چه دادگاه رأی داد که هیچ‌کس تصور نمی‌کند که لرد کاتنهام به دلیل منافعی که در آن شرکت دارد از یکی از طرفین جانبداری کند.

همچنین در صورتی که حقایق یا اوضاع و احوال قضیه به‌گونه‌ای است که تردید در خصوص بی‌طرفی داور یا قاضی موجه باشد، جانبداری ظاهری وجود دارد. این معیار در چارچوب یک «خطر جدی جانبداری» صورت‌بندی شده است. دادگاه استیناف رأی داد:

دادگاه بایستی از خود سؤال کند که آیا با توجه به شرایط ذی‌ربط قضیه، یک «خطر جدی جانبداری» از سوی یکی از اعضای دیوان مورد بحث نظیر اینکه نسبت به دعوی یک طرف با طرفیت عمل کرده است، وجود دارد یا خیر. (تأکید از ماست.)

این همان استاندارد است که محاکم انگلستان در احراز اینکه آیا حقایق قضیه نشانگر آن است که یک داور قاضی ظاهراً به جانبداری از یکی از طرفین پرداخته است، به کار می‌بندند. قضیه *AT&T v. Saudi Cable* نمونه جالبی از «بی‌طرفی» و «استقلال» است. در این قضیه نخست ایراد به صلاحیت رئیس دیوان داور ICC به دلیل عدم استقلال مطرح شد و سپس از محاکم انگلستان جرح و ابطال رأی ماده ۲۳ قانون داور ۱۹۵۰ انگلستان به دلیل جانبداری ظاهری و سوء رفتار درخواست شد.

قضیه از این قرار بود که در اوایل دهه ۹۰ دولت عربستان سعودی برای بهبود سیستم مخابراتی کشور مناقصه‌ای را برگزار کرد. ارزش پروژه حدود ۴/۵ میلیارد دلار بود. در میان شرکت‌کنندگان در مناقصه نام یک شرکت کانادایی به نام نرتل و همچنین شرکت AT&T به همراهی کابل سعودی و چندین شرکت مخابراتی دیگر به چشم می‌خورد. تیم کابل سعودی و

6. Being Judge in his own cause.

AT&T برنده مناقصه شد. آنها در توافق پیش از ارائه پیشنهاد^۷ خویش توافق کرده بودند در صورت برنده شدن در مناقصه، یک قرارداد تجاری نهایی منعقد کنند. درعین حال هنگامی که قرارداد به AT&T اعطاء شد به دلیل عدم توافق بر مفاد قرارداد نهایی، طرفین از یکدیگر جدا شدند. در سال ۱۹۹۵ شرکت AT&T تحت قواعد داوری ICC، علیه شرکت کابل سعودی یک دعوی داوری مطرح و درخواست کرد که توافق پیش از ارائه پیشنهاد خاتمه یافته اعلام شود و اینکه او دیگر هیچ تعهدی در برابر کابل سعودی ندارد. شرکت کابل سعودی با طرح دعوی متقابلی ادعا کرد که AT&T تعهدش به مذاکره با «حسن نیت» را نقض کرده است.

دیوان داوری تشکیل و رئیس آن با توافق طرفین تعیین شد. رئیس دیوان که یک وکیل و داور برجسته بود یک اعلامیه استقلال و یک رزومه از خویش در دفتر دیوان ثبت کرد و در آن به موفقیت‌های قبلی و حال، مدیریت‌ها و دیگر اطلاعات شخصی که فکر می‌کرد مفید باشد اشاره نمود. دو سال پس از شروع داوری و صدور دو رأی جزئی توسط دیوان یکی راجع به قانون حاکم و دیگری اعلام نقض تعهد AT&T به مذاکره با حسن نیت، AT&T اعلام کرد که رئیس دیوان در رزومه خویش به این مطلب که او مدیر و سهامدار نرتل، دیگر شرکت کننده ناموفق در مناقصه بوده اشاره نکرده است. عدم اشاره به این مطلب عمدی نبود و در نتیجه خطای اداری رخ داده بود.

AT&T نخست به موجب بند (۸) ماده ۲ قواعد داوری ICC ۱۹۸۸ رئیس دیوان را فاقد صلاحیت اعلام کرد و ادعا کرد که او تعهدش را به افشای مطالبی که از نظر طرفین می‌تواند از سنخی باشد که در خصوص استقلال او تردید ایجاد کند، نقض نموده است. این نقض می‌توانست تردید کافی راجع به استقلال وی و در نتیجه جرح او را موجب شود. به علاوه او به عنوان مدیر نرتل و رقیب مستقیم AT&T، غیرمستقیم در نتیجه رأی ذی نفع بود زیرا اگر AT&T در دعوی موفق نمی‌شد، نرتل غیرمستقیم از این امر منتفع می‌شد. ICC بدون ارائه هیچ دلیلی جرح او را رد کرد. شاید بتوان گفت که دیوان داوری ICC احساس کرد لازم است داوران را ملزم کند که از رقبای طرفین دعوی مطروحه نزد خویش هم مستقل باشند. این امر موجب توسعه افزونتر مفهوم استقلال شود.

از آنجایی که مقرر داوری لندن بود AT&T، براساس ماده ۲۳ قانون داوری ۱۹۵۰ انگلستان در محاکم این کشور، اقامه دعوی و جرح او و ابطال آرای جزئی صادره توسط یک دیوان داوری هم رأی را درخواست کرد. از آنجایی که قضیه از داوری ICC و قواعد آن ناشی می‌شد تصمیم ICC راجع به صلاحیت داوران «قطعی» بود. از این رو دادگاه عالی نخست باید به

7. Pre – Bid Agreement.

این سؤال پاسخ می‌داد که آیا برای رسیدگی به موضوع، صلاحیت دارد یا خیر. دادگاه در این مورد نتیجه‌گیری کرد از آنجایی که دیوان داوری ICC تنها به مسئله «استقلال» پرداخته است او می‌تواند جهت احراز اینکه آیا «جانبداری ظاهری» یا سوء رفتار از سوی داور وجود داشته است یا خیر قضیه را مورد بررسی قرار دهد. دادگاه عالی نپذیرفت که محاکم انگلستان باید به تصمیمات صادره از سوی یک نهاد داوری احترام بگذارند و رأی داد که آنها آزادند قضا را مورد بررسی قرار داده تا احراز کنند که آیا داور، بی‌طرف بوده است یا خیر یا به‌گونه‌ای رفتار کرده است که جایگزینی و ابطال آرای صادره از سوی او را توجیه می‌کند. در عین حال راجع به ماهیت موضوع هر دو دادگاه پذیرفتند که هیچ دلیلی برای احراز «جانبداری ظاهری» یا سوء رفتار از سوی رئیس وجود نداشته است.

جانبداری و غرض‌ورزی نه تنها از رابطه یک داور با یکی از طرفین یا وکیل یکی از آنها ناشی می‌شود، بلکه می‌تواند محصول دخالت پیشین او در قضیه‌ای مشابه یا نظرات او باشد که قبلاً منتشر شده است. در اختلافات پیچیده، معمول است که داوران توسط طرفها انتخاب می‌شوند تا در قضیه‌ای بسیار مرتبط با هم در دو یا چند شعبه شرکت کنند. این امر می‌تواند در اختلافاتی که ناشی از پروژه‌های زیر بنایی یا صنعتی بزرگ بوده و مشتمل بر زنجیره‌ای از قراردادهای مرتبط با هم باشد واقع شود. در این حالت یکی از طرفها ممکن است بسته به قراردادهای مختلف با طرفهای قراردادی گوناگون در دو یا چند داوری شرکت کند. در حالی که اختلاف موجود اساساً ناشی از حقایق و مقررات قانونی یکسان است. از این رو در یک قضیه ساختمانی، مالک ممکن است دعوایی علیه پیمانکار طرح کند که او نیز به نوبه خویش ممکن است دعوایی علیه پیمانکار فرعی یک قرارداد دیگر اما دقیقاً مشابه اقامه کند. به‌عنوان مثال اگر پیمانکار ادعا کند که قوه قهریه مانع او در اجرای تعهداتش شده است اگر قرار شود داوری که به این مسئله در داوری نخست بین مالک و پیمانکار رسیدگی کرده به اختلاف فیما بین پیمانکار و پیمانکار فرعی که ناشی از حقایق و مقررات قراردادی مشابه باشد نیز رسیدگی کند ممکن است دچار جانبداری شود.

به همین ترتیب اگر وکیلی نظرش را مبنی بر اینکه فلان واقعه سیاسی هرگز نمی‌تواند «قوه قهریه» تلقی شود منتشر کرده باشد ممکن است در داوری در احراز اینکه آیا آن واقعه خاص در اختلاف مطروحه نزد دیوان می‌تواند قوه قهریه تلقی شود یا خیر دچار جانبداری شود.^۸

۸. این مسئله به‌موجب قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان به‌گونه‌ای متفاوت حل می‌شود. بند (۲) ماده ۲۴ این قانون مقرر می‌کند که در صورتی که طرفین بر قواعد سازمانی توافق کرده باشند که متضمن مقرراتی راجع به جرح داوران است، درخواست از دادگاه برای اقدام به این امر تنها در صورتی قابل پذیرش است که طبق آن مقررات عمل شده اما نتیجه‌ای عاید نشده باشد. با این وجود به‌نظر می‌رسد که لحن این ماده امکان اینکه یک دادگاه انگلیسی تصمیم یک مرجع داوری سازمانی راجع به جرح داوران را مورد بررسی قرار دهد را می‌پذیرد.

ج) تفاوت بین استقلال و بی‌طرفی

اما تفاوت بین استقلال و بی‌طرفی چیست؟ ایو درینز و اریک شوارتز معتقدند که منظور از استقلال روابط قبلی یا فعلی است که قابل فهرست و تأیید شدن است اما بی‌طرفی یک حالت ذهنی است. گفته شده که استقلال یک استاندارد عینی است زیرا به روابط میان داور و طرفین می‌پردازد، در حالی که بی‌طرفی معیاری شخصی است که با نگرش ذهنی یک شخص سروکار دارد و یا وضعیتی است که تنها در رفتار داور از بیرون قابل مشاهده است. من معتقدم که اختلاف این دو جدی نیست. وقتی از «استقلال» سخن می‌گوییم منظور سنجش احتمال «جانبداری» است. از سوی دیگر اگر چه بی‌طرفی می‌تواند یک استاندارد شخصی مرتبط با وضعیت ذهنی داور تلقی گردد، محاکم انگلیس برای احراز بی‌طرفی، یک معیار موضوعی یعنی مفهوم «جانبداری ظاهری» را ابداع کرده‌اند.

استقلال و بی‌طرفی دو شیوه نگاه به یک مفهوم واحدند. از این رو تعجبی نیست که با حقایقی مشابه، نتیجه حاصل از ایراد به صلاحیت بر مبنای بی‌طرفی، یکسان باشد. همانطور که قضیه ATET نیز مؤید این امر است. اگر یک طرف اطمینان داشته باشد یک داور کاملاً مستقل و بی‌طرف است حتی اگر او از طرف دیگر مستقل نباشد احتمالاً او را به‌عنوان داور بر می‌گزیند. با این وجود اگر یک داور آشکارا مستقل از طرفین باشد اما مشخص شود که نسبت به یکی از طرفین مغرضانه عمل می‌کند احتمالاً آن طرف او را به‌عنوان داور نمی‌پذیرد.

د) قابلیت و صلاحیت

علاوه بر دو مورد فوق، برای جرح داوران دلایل عینی دیگری نیز وجود دارد که به روابط آنها با طرفین یا علایق آنها در موضوع مورد اختلاف هیچ ارتباطی ندارد. این در حالی است که داور فاقد شرایطی است که دو طرف در قرارداد داوری بر آن توافق کرده‌اند. اگر یک شرط داوری مقرر کند که تمام داوران بایستی مهندس باشند و یک طرف وکیلی را بدون هیچ‌گونه پیشینه مهندسی تعیین کند در این صورت طرف دیگر می‌تواند به این امر به‌عنوان دلیلی برای ایراد به انتصاب او استناد کند. انتصاب داور با نقض شروط قراردادی نه تنها به جرح داور می‌انجامد، بلکه می‌تواند به ابطال رأی صادره یا عدم اجرای آن منجر شود و دلیل این امر هم آن است که دیوان داوری مطابق خواست طرفین تشکیل نشده است.^۹ از سوی دیگر اگر طرفین اشخاصی با بعضی ویژگیها یا شرایط معین را تعیین نکرده باشند، انتصاب داوران معتبر خواهد بود حتی اگر داوران منتخب فاقد مهارتها یا شرایطی باشند که

۹. قسمت ۴ بند ۴ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال و قسمت د بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک.

اگرچه غیرضروری ولی برای رسیدگی بسیار سودمند به نظر می‌رسد. به‌عنوان مثال، اینکه داور علاوه بر خواندن و نوشتن به زبان داوری، قادر به فهمیدن آن نیز باشد مفید است، منتهی ناتوانی او در این امر ضرورتاً جرح او را توجیه نمی‌کند. در این حالت باید میان حق یک طرف بر انتخاب داور خویش با کارایی ناشی از انتخاب داوری که واجد مهارت‌های زبانی ضروری است تعادل برقرار شود. موضع کنوانسیون ایکسید در این خصوص جالب است. این کنوانسیون در ماده ۱۴ خویش ویژگیها و شرایط لازم برای اشخاصی را که از سوی دولت‌های عضو جهت شرکت در شعب داوران ایکسید منصوب می‌شوند، برشمرده است:

۱- اشخاصی که برای خدمت در شعب انتخاب می‌شوند باید اشخاصی با فضایل اخلاقی والا و ذی‌صلاح در حوزه‌های حقوقی، تجاری، صنعتی یا مالی باشند که مستقلاً تصمیم می‌گیرند. درخصوص اشخاص شعب داوران صلاحیت در زمینه حقوقی اهمیت بسیاری دارد.

فقدان آشکار چنین ویژگی‌هایی می‌تواند دلیلی برای ایراد به صلاحیت داوران ماده ۵۷ این کنوانسیون باشد.^{۱۰} از آنجایی که هر دولت عضو می‌تواند چهار شخص را برای عضویت در یک شعبه دائمی داوران انتخاب کند، هدف از این ویژگیها یکسان‌سازی کیفیت داورانی است که از سوی دولت‌های عضو پیشنهاد می‌شوند. با این وجود اینکه داوران به‌دلیل فقدان آشکار چنین ویژگی‌هایی قابل جرح هستند مفاهیمی صرفاً انتزاعی یا غیر قابل اجرا نیستند، بلکه ابزاری در دست طرفین‌اند که هدف از آن تضمین وجود یک سری استانداردهای قابلیت در دیوان داوری در رسیدگی به قضایای مطروحه نزد اوست.

ه) اختلافات فرهنگی در اعمال استانداردها

داوری تجاری بین‌المللی یک فعالیت «فرافرهنگی» است که در آن تفاوت در درک و برداشت نقش مهمی در ارزیابی چنین مفاهیم مبهم نهایتاً ذهنی همچون «استقلال و بی‌طرفی» دارد.

قواعد داوری بین‌المللی ایجاب می‌کنند که تمامی داوران مستقل و بی‌طرف باشند. در عین حال عرف‌های داوری ملی ممکن است مغایر این شرط باشند. از این رو در داوری داخلی مرسوم است و حتی انتظار می‌رود داور منصوب یک طرف در رسیدگی‌های دیوان به‌عنوان وکیل

۱۰. ماده ۵۷ کنوانسیون ایکسید مقرر می‌کند:

هر یک از طرفین می‌تواند جرح هریک از اعضایش را به‌دلیل هرگونه شواهدی که نشانگر فقدان آشکار ویژگی‌های مقرر شده به‌موجب بند (۱) ماده ۱۴ باشد به کمیسیون یا دیوان ارائه کند. به‌علاوه هریک از طرفین رسیدگی‌های داوری می‌تواند به‌موجب بخش ۲ فصل ۴ به‌دلیل فقدان صلاحیت برای انتصاب در دیوان، جرح یک داور را پیشنهاد کند.

آن طرف عمل کند. به عنوان مثال در داوری داخلی در ایالات متحده، (AAA) صرفاً لازم است، رئیس دیوان یا داور واحد بی طرف باشند. مفهوم تلویحی این عبارت آن است که داوران منصوب طرفین، بی طرف نیستند.^{۱۱}

همین ادعا در مورد داوری در بسیاری از کشورهای خاورمیانه صادق است. مشکل وقتی حاد می شود که داورانی با پیشینه های متفاوت و فاقد تجربه بین المللی یا کم تجربه در این زمینه، در یک داوری تجاری بین المللی شرکت می کنند. در این حالت ممکن است کل مفهوم «استقلال» یا «بی طرفی» و برداشت آنها از نقش خویش به عنوان داوران همکار عمیقاً متأثر از پیشینه آنها باشد.

نقش داور منصوب طرفین موضوعی است که مطالب زیادی در خصوص آن به رشته تحریر درآمده و در آینده نیز راجع به آن نوشته خواهد شد. این مسئله با نقش فرایند داوری بین المللی مرتبط است که در آن قرابت های فرهنگی و همدلی، برداشت داور از درست و نادرست را شکل می دهد. چه هنگام داور از مرز ظریف میان همفکری با طرف منصوب کننده وی و جانبداری از او فراتر می رود؟ مارتین هانتز یکی از داوران مشهور، زمانی گفت که داور منصوب یکی از طرفین بایستی حداکثر تمایزش به طرف منصوب کننده خویش را با حداقل جانبداری از او ترکیب کند. قواعد ثابتی برای پاسخ به این سؤالات وجود ندارد. در بهترین حالت داوران منصوب یکی از طرفین همچون پلی برای درک متقابل عمل می کنند. آنها در درک موضع یک طرف، به همکاران خویش در شعبه کمک می کنند. در بدترین حالت آنها به مدافعان جنجالی و پرهیاهوی خواسته طرف منصوب کننده خویش بدل می شوند و این گونه اعتبار و منزلت خویش را در دیوان داوری از دست داده و در کمک به طرف خویش، مقابل دیگر اعضا کاملاً ناکارآمد می شوند.

۳- آیین های جرح

اکنون نوبت به بررسی مکانیزم جرح یک داور می رسد. در داوری سازمانی آیین های جرح در قواعد داوری سازمان درج می شوند. در داوری موردی، طرفین ممکن است بر یک سری قواعد همچون قواعد داوری آنسیترال که دارای مکانیزم جرح داور باشد توافق کنند. با این وجود در صورتی که آنها راجع به چنین قواعدی توافق نکرده باشند یا یک داور پس از جرح، حاضر به کناره گیری از دیوان نشود، بن بست حاصله ممکن است توسط محاکم مقرر داوری حل شود.

۱۱. ماده ۱۵ قواعد داوری تجاری AAA مقرر می کند:

انتصاب داور بی طرف توسط طرفین یا داوران منصوب طرفین: الف) در صورتی که طرفین، داوران منصوب خویش را انتخاب کرده یا آن داوران مطابق ماده ۱۴ منصوب شده باشند و طرفین به آنها اجازه داده باشند که در یک مدت زمان معین یک داور بی طرف را تعیین کنند و طی آن مدت یا در صورت تمدید آن در طی مدت مزبور، انتصاب مزبور صورت نگیرد، AAA یک داور بی طرف را منصوب می کند و او به عنوان رئیس دیوان عمل خواهد کرد.

الف) آغاز جرح

۱- ابلاغ: مبادله اطلاعات

طرفی که قصد دارد داوری را جرح کند باید این امر را به تمام طرفهای ذی‌ربط اطلاع دهد. درخواست جرح باید کتبی و متضمن حقایق و شرایطی باشد که بر آن مبتنی است.^{۱۲} بسیاری از قواعد مقرر می‌کنند، در صورتی که تمامی طرفین بر جرح توافق کنند داور جرح شده باید استعفا دهد. تحت آن شرایط، استعفا، پذیرش یا تصدیق مبانی جرح نخواهد بود. با این وجود به سبب از دست دادن اعتماد طرفین این داور دیگر نمی‌تواند در این سمت فعالیت کند.^{۱۳} برای اینکه مؤسسه داوری مربوط قادر به اتخاذ تصمیم در خصوص جرح باشد، باید از نقطه نظرات تمامی طرفین مطلع باشد. قواعد داوری ICC حتی تصریح می‌کند که ICC بایستی نقطه نظرات طرفین را در اختیار سایرین قرار دهد به گونه‌ای که ممکن است تبادل دور دومی از نقطه نظرات داوران و طرفین وجود داشته باشد.

۲- مواعد زمانی

بسیاری از قواعد سازمانی و همچنین قواعد داوری آنسیترال مقرر می‌کنند که درخواست جرح باید طی مدت زمان معینی از انتصاب داور یا اطلاع از سبب جرح مطرح شود. در اکثر موارد این موعد زمانی ۱۵ روز از انتصاب داور یا اطلاع از سبب جرح است. قواعد داوری یک موعد ۳۰ روزه را مقرر کرده است. همچنین اکثر قواعد مقرر می‌کنند که هریک از طرفین می‌تواند درخواست جرح داور منصوب خویش را تنها به دلایلی که پس از انتصاب او مشخص شده است، مطرح کند.^{۱۴}

در خصوص اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید، قواعد داوری ایکسید به یک موعد زمانی اشاره نمی‌کند، اما مقرر می‌کند که درخواست جرح باید بلافاصله و در هر صورت تا پیش از پایان رسیدگی مطرح شود.^{۱۵}

این مواعد زمانی نقش حمایتی مهمی دارند. بدون آنها، یک طرف می‌تواند در پایان داوری از اطلاعاتش درباره استقلال داور، به‌عنوان سلاحی مخفی جهت کارشکنی در داوری یا ایراد موفقیت‌آمیز به اعتبار رأی صادره توسط دیوان داوری استفاده کند. مرور زمان، طرفی را که

۱۲. ماده ۱۱-۱ قواعد داوری، ماده ۸۲ قواعد داوری بین‌المللی AAA، ماده ۴-۱۰ قواعد LCIA، ماده ۹-۱ قواعد ایکسید، ماده ۲۵ قواعد WIPO، مواد ۱۱-۱ و ۱۱-۲ قواعد آنسیترال.

۱۳. ماده ۸-۳ قواعد داوری (AAA)، ماده ۴-۱۰ قواعد LCIA، ماده ۲۸ قواعد WIPO.

۱۴. ماده ۸-۱ قواعد داوری (AAA)، ماده ۲-۱۱ قواعد داوری ICC، ماده ۱۱-۱ قواعد داوری آنسیترال، ماده ۴-۱۴ قواعد داوری LCIA، ماده ۲-۱۸ قواعد مؤسسه آلمانی داوری (DIS).

۱۵. ماده ۹-۱ قواعد ایکسید.

دارای اطلاعاتی است که می‌تواند به جرح یک داور بینجامد ملزم می‌کند که فوراً آنها را افشا کند وگرنه بعداً نمی‌تواند به آنها استناد کند.

۳- زمان طرح جرح و تغییر بار اثبات دعوی

بار اثبات اینکه حقایق وجود دارد که در مورد استقلال یا بی‌طرفی داور تردیدهای کافی ایجاد می‌کند، به‌عهده طرفی است که جرح را مطرح می‌کند. به هرحال اینکه مطالبی تردیدهای موجهی را در خصوص استقلال داور ایجاد می‌کند بسته به اینکه فرایند داوری تا چه حد پیشرفته باشد، متفاوت است. مقامات منصوب کننده احتمالاً به هنگام تصمیم‌گیری در خصوص تأیید و پذیرش جرح یک داور در صورتی که ایراد یا جرح قبل از آنکه هرگونه پیشرفت عمده‌ای در داوری صورت گیرد، مطرح شود، استانداردهای ضعیفتری را اعمال می‌کنند.

مؤسسات داوری دو هدف عمده را تعقیب می‌کنند: به‌عنوان مرجع منصوب کننده، آنها تلاش می‌کنند بهترین دیوان ممکن را برای رسیدگی به اختلاف طرفین تشکیل دهند. در این مقطع از داوری، تأکید بر تأسیس دیوانی است که تا حد ممکن اعتماد طرفین را جلب کند. با این وجود هنگامی که دیوان تأسیس و دعوی به آن ارجاع می‌شود، تمرکز مؤسسه داوری مربوط بر جلوگیری از ایجاد وقفه و اختلال در فرایند داوری خواهد بود.

در مورد جرح این بدان معنی است که احتمالاً بار اثبات جرح متناسب با پیشرفت داوری مستلزم استاندارد بالاتری است. این واقعیت در یکی از قضاوت‌های آنسیترال راجع به جرح داوری منعکس شده است که در آن مقام منصوب کننده تعیین شده توسط دبیر کل دیوان داوری بین‌المللی اظهار داشت: مسئله بعدی مربوط به زمان طرح جرح یک داور است. آیا استاندارد بی‌طرفی بسته به مقطع رسیدگی ویژگی‌ای متغیر یا سیار دارد؟ در تئوری، استاندارد بی‌طرفی اعمال می‌شود و دلیلی که برای اثبات فقدان آن لازم است بسته به اینکه موضوع در ابتدا یا انتهای رسیدگی مطرح شود، نباید تفاوتی داشته باشند. در ارتباط با وظیفه‌ام در اینجا با نظر بیکر و دیویس در «قواعد داوری آنسیترال در عمل» موافقم که می‌گویند:

یک مقام منصوب کننده ممکن است وسوسه شود صرفاً جانب احتیاط را در پیش گیرد و از تأخیر و اختلال احتمالی بعدی در داوری جلوگیری کند، حتی اگر بعداً همان شرایط، جرح داور را در روزهای پایانی رسیدگی به دعوی، توجیه نکند. اما چنان رویکردی استاندارد بی‌طرفی داور را دچار هرج و مرج می‌کند. نهایتاً اگر داوری از یکی از طرفین جانبداری کند جرح خواهد شد هرچند درخواست آن دیر مطرح شده باشد و اگر او بی‌طرف باشد باید در سمتش باقی بماند فارغ از اینکه جرح در زمان مقرر طرح شده باشد یا خیر.

البته اثبات جانبداری واقعی یا فقد آشکار استقلال، به جایگزینی داور متخلف در هر مرحله از فرایند داوری منجر خواهد شد. در عین حال آنچه تغییر می‌یابد معیاری است که مؤسسه داوری مواردی را زمانی که وضعیت کاملاً روشن نیست، می‌سنجد و به‌وسیله آن منطقی‌تاً نتیجه می‌گیرد که واقعیت حاکی از جانبداری ظاهری یا فقد استقلال [داور در رسیدگی] است.

ب) چه کسی در خصوص جرح تصمیم می‌گیرد؟

۱- داوری سازمانی

در صورتی که داوری تحت قواعد داوری سازمانی انجام شود، معمولاً مؤسسه مربوط یا یک ارگان ویژه راجع به جرح داور تصمیم می‌گیرد. از این رو تحت قواعد داوری LCIA و ICC این تصمیم از سوی دیوانهای ذی‌ربط آنها اتخاذ می‌شود. از آنجایی که تصمیمات سازمانی راجع به جرح، بیشتر ویژگی اداری دارند تا ویژگی قضائی، رسیدگی‌های جرح ترفعی نیستند. این بدان معنی است که اگرچه داور جرح شده و دیگر اشخاص درگیر در داوری فرصت اظهارنظر در خصوص جرح را دارند، نه داور و نه طرف جرح‌کننده در دفاع از موضع خویش در مؤسسه داوری حضور نمی‌یابند.^{۱۶} تبادل نظرات تنها بایستی تضمین کند که مؤسسه داوری مزبور تا حد امکان قبل از اتخاذ تصمیم از این امر مطلع است. اگر جرح داور تحت قواعد ICC صورت گیرد مجمع عمومی دیوان داوری افاق در این خصوص تصمیم می‌گیرد. یکی از اعضای دیوان در این مورد گزارشی را ارائه می‌دهد و اقدامی را توصیه می‌کند و پس از آن مجمع عمومی وارد شور شده و در خصوص پذیرش یا رد جرح تصمیم می‌گیرد.

در میان قواعد داوری سازمانی که در این مقاله از آنها یاد شد، تنها مؤسسه آلمانی داوری^{۱۷} است که تصمیم‌گیری در خصوص جرح را به دیوان داوری واگذار می‌کند.^{۱۸} قواعد این مؤسسه بیانگر رویکرد قانون نمونه آنسیترال است که اخیراً در آلمان اتخاذ شده است. در این سیستم درخواست جرح ابتدا باید در دیوان داوری طرح شود. در صورتی که طرف متقاضی جرح از تصمیم دیوان راضی نباشد می‌تواند به محاکم مقر داوری رجوع کند. واضح است که این راه حل مشکل است، زیرا دیوان قاضی دعوی خویش می‌شود. در دیوانهای داوری سه‌عضوی، هر سه داور در تصمیم‌گیری شرکت می‌کنند و در داوری واحد، داور مورد بحث شخصاً تصمیم می‌گیرد. این سیستم مشکل‌زاست (بوئیه در حالت داوری واحد) زیرا این امر با مفهوم اجرای عدالت و اینکه یک قاضی نبایستی در دعوای خویش به قضاوت بنشیند مغایر است.

۱۶. بند ۵ ماده ۲۴ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان امکان پژوهشخواهی توسط داور و استماع دعوی او در دادگاه را می‌پذیرد.
17. Deutsche Institution for schiedsgerichtsbarkeit or DIS.

۱۸. ماده ۱۸۲ قواعد داوری DIS.

قواعد ایکسید در این خصوص جالباند زیرا آنها همان مشکل را به طریقی دیگر حل کرده‌اند. اگر جرح مربوط به داور واحد یا اکثریت دیوان داورى باشد، رئیس شورای اداری ایکسید که قانوناً رئیس بانک جهانی نیز هست در این خصوص تصمیم می‌گیرد.^{۱۹} با این وجود اگر جرح تنها یک داور یا تعداد معدودی از داوران مطرح باشد در آن صورت، داوران در مورد آن اتخاذ تصمیم می‌کنند.^{۲۰} بنابراین، ایکسید با محول کردن تصمیم‌گیری راجع به جرح به دیوان داورى تا زمانی که این امر با مفهوم احساس اجرای عدالت سازگار باشد از راه حل نامطلوب قانون نمونه احتراز کرده است و هنگامی که این امر ممکن نباشد، یک مرجع بیرونی برای اتخاذ تصمیم مداخله می‌کند.

۲- داورى موردی

داورى‌ای که تحت قواعد یک مؤسسه داورى انجام نشود را داورى موردی گویند. با این وجود، ممکن است طرفین بر یک سری قواعد همچون قواعد آنسیترال توافق کرده باشند. اگر چه ممکن است آنها در این مورد توافقی نکرده باشند که در آن صورت داورى تنها تحت چارچوب قانون داورى مقرر داورى انجام می‌شود.

ما نخست به بررسی آیین جرح در قواعد داورى آنسیترال که امروزه بسیار پذیرفته و مجری است، می‌پردازیم. از آنجایی که قواعد آنسیترال برای داورى موردی تدوین شده است پس نمی‌تواند بر یک مرجع درونی که به مسئله جرح می‌پردازد متکی باشد. برای جلوگیری از مداخله محاکم داخلی در داورى، قواعد آنسیترال مکانیزمی را برای تعیین یک مرجع منصوب‌کننده ایجاد کرده است. دبیرکل دیوان دائمی داورى لاهه تعیین کننده غیابی یک مرجع منصوب‌کننده است.^{۲۱} اگرچه این سیستم پیچیده به نظر می‌رسد اما از اعطای موقعیت مقام منصوب‌کننده غیابی آنسیترال به یک مؤسسه خودداری می‌کند. بنابراین «مقام منصوب‌کننده» تعیین شده توسط دبیرکل، مسئول تصمیم‌گیری در ارتباط با جرح یک داور است حتی اگر شعبه دادگاه به کمک یک مقام منصوب‌کننده تشکیل نشده باشد.

نهایتاً در صورتی که داورى موردی طبق قواعد آنسیترال انجام نشود، طرفین بایستی موضوع را براساس قانون داورى مقرر داورى را به محاکم ارجاع دهند. اگر قانون داورى مزبور بر قانون نمونه آنسیترال راجع به داورى تجاری بین‌المللی مبتنی باشد، باید یک فرایند دو مرحله‌ای

۱۹. ماده ۵ کنوانسیون ایکسید.

۲۰. بند ۴ ماده ۹ قواعد داورى ایکسید.

۲۱. بند (۲) ماده ۶ قواعد داورى آنسیترال.

طی شود.^{۲۲} نخست دیوان داوری با ترکیب کامل در خصوص جرح تصمیم می‌گیرد. اگر یک طرف از تصمیم دیوان راضی نباشد، می‌تواند طی ۳۰ روز برای رسیدگی به محاکم رجوع کند. برخلاف قواعد ایکسید، داور جرح شده می‌تواند در فرایند تصمیم‌گیری شرکت کند و اگر داور واحد باشد شخصاً در این مورد تصمیم می‌گیرد. البته مشکل با امکان پژوهش‌خواهی از تصمیم دیوان داوری به محاکم داخلی تقلیل می‌یابد، هرچند استمداد از محاکم به‌شدت فرایند داوری را مختل می‌کند. این نگرانی تا اندازه‌ای با پیش‌بینی اینکه داوری هنگامی که دعوی نزد محاکم مطرح است نیز می‌تواند ادامه یابد، رفع می‌شود.

قانون داوری فدرال ایالات متحده آیینی را برای جرح مقرر نکرده است. ضمانت اجرای فقدان استقلال یا بی‌طرفی، تنها درخواست ابطال رأی نهایی به دلیل جانبداری آشکار یا فساد داوران طبق قسمت ۲ بند (الف) ماده ۱۰ این قانون است. لذا این قانون امکان اینکه طرفین در صورت وجود حقایق مؤید بی‌طرفی یا وابستگی یک داور، بتوانند در طی داوری برای جرح او به دادگاه مراجعه کنند را نمی‌پذیرد. با این وجود تعدادی از محاکم ایالات متحده با این استدلال که یک داور غیربی‌طرف، قرارداد داوری را نقض کرده است خود را برای رسیدگی به دعوی جرح پیش از صدور رأی صلاحیتدار دانسته‌اند. آنها استدلال می‌کنند از آنجایی که محاکم برای اجرای قرارداد داوری صلاحیت دارند، برای جرح یک داور نیز پیش از صدور رأی به دلیل عدم استقلال یا جانبداری صالحند.

اگر داوری در سویس انجام شود و حداقل یکی از طرفین، غیر سویسی باشد، فصل دوازدهم قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس اعمال می‌شود. بند (۳) ماده ۱۸۰ این قانون مقرر می‌کند که محاکم مقر داوری برای رسیدگی به دعوی جرح صلاحیت دارند. از آنجایی که سویس یک کشور فدرال است و قانون شکلی کانتون‌ها به‌عنوان آیین دادرسی مدنی اعمال می‌شود، دادگاه صالح و شیوه طرح دعوی جرح براساس قواعد کانتونی ذی‌ربط مشخص می‌شود. درعین حال تمام محاکم کانتونی استاندارد واحدی را که در قانون حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور مقرر شده، اعمال می‌کنند، یعنی «تردیدهای موجه در خصوص استقلال داور».

ج) شکل تصمیم

اکثر قواعد داوری سازمانی به شکلی که در آن تصمیم مربوط به جرح بایستی به طرفین ابلاغ شود، اشاره نمی‌کنند. بند (۴) ماده ۷ قواعد داوری ICC در این خصوص منحصر به فرد است زیرا مقرر می‌کند نیازی به ارائه دلیل در پذیرش یا رد یک درخواست جرح نیست. خودداری

۲۲. بندهای (۳ و ۲) ماده ۱۳ قانون نمونه.

ICC از عدم ارائه دلایل تصمیم در جرح یک داور به دلیل فقدان شفافیت مورد انتقاد قرار گرفته است. ICC با عدم ارائه دلایل تصمیم نه تنها به دنبال حمایت از قطعی بودن آن تصمیمات است، بلکه امیدوار است از این طریق داوران را از شرمساری حاصل از تصمیم مربوط به استقلال ایشان حفظ کند.

من به هیچ قواعد سازمانی دیگری که مانع ارائه دلایل تصمیم جرحی شود برنخورده‌ام. قواعد اتاق بازرگانی و صنایع ژنو (CCIG) صراحتاً مقرر می‌کند که تصمیم جرح باید «به‌طور خلاصه به دلایل این امر اشاره کند».^{۲۳}

با این وجود اکثر قواعد داوری سازمانی، فاقد مقرره‌ای در این رابطه هستند و این در صلاحدید خود مؤسسه مزبور است که آیا مایل است دلایل تصمیم خویش را بیان کند یا نه و یا تا چه میزان از آن را بیان کند.

د) نتایج جرح

۱- تعلیق رسیدگیهای داوری

اما تأثیر جرح بر یک داوری در جریان چیست؟ انتظار می‌رود ایراد به صلاحیت داوران تا زمانی که در مورد آن تصمیم‌گیری شود فرایند داوری را معلق کند. با این وجود قواعد داوری به‌ندرت به این امر اشاره می‌کنند. از میان قواعد داوری که مورد بررسی قرار گرفتند تنها بند (۶) ماده ۹ قواعد داوری ایکسید مقرر می‌کند که جریان داوری طی رسیدگیهای جرح متوقف می‌شود. در مقابل، قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان به این امر اشاره دارد که داوران می‌توانند تا هنگام رسیدگی به درخواست جرح یک داور همچنان به کار خویش ادامه دهند.^{۲۴}

قواعد داوری ICC، قواعد داوری LCIA و قواعد داوری AAA فاقد مقرره‌ای در این زمینه هستند. دلیل خوبی بر این سکوت وجود دارد. قواعد داوری به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که تا حد امکان تأثیر جرح بر فرایند داوری کاهش یابد. رسیدگیهای داوری معمولاً برای تهیه و تبادل لوابیح کتبی، مواعد طولانی مدتی را در نظر می‌گیرند. در فاصله این مواعد کار زیادی بر عهده دیوان داوری نیست و لذا دلیلی برای تعلیق فرایند داوری وجود ندارد. در این صورت ایراد به صلاحیت در زمان بیکاری نسبی دیوان به‌آسانی قابل رسیدگی است بدون اینکه در تقویم شکلی‌ای که داوران تعیین کرده‌اند خللی پیش آید. از سوی دیگر یک «قاعده تعلیق» می‌تواند کل داوری را با تأخیر مواجه سازد و طرفی که قصد اختلال در فرایند داوری دارد می‌تواند آن را تعلیق کل آیین رسیدگی، شامل تقویم تسلیم لوابیح که توسط دیوان تعیین شده است، تفسیر کند.

۲۳. بند (۳) ماده ۱۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی و صنایع ژنو.

۲۴. بند (۳) ماده ۲۴ قانون داوری انگلستان.

با این وجود اگر ایراد به صلاحیت داوران در مقطعی مطرح شود که دیوان فعال است مانند پیش از جلسه استماع شفاهی، معاینات محلی، شور یا تصمیم در خصوص مسائل شکلی و غیره، منطقی است که دیوان فعالیت خویش را تا زمانی که در خصوص این ایراد تصمیم‌گیری شده و هرگونه تردیدی در خصوص ترکیب دیوان رفع شود به تعویق اندازد. این شیوه تا اندازه‌ای همان راه‌حلی است که از سوی قانون نمونه آنسیترال اتخاذ شده است. این قانون مقرر می‌کند تا هنگامی که درخواست نقض تصمیم دیوان داور در خصوص جرح تحت رسیدگی دادگاه است، دیوان داور که شامل داور جرح شده نیز می‌باشد، می‌تواند به رسیدگی ادامه داده و اقدام به صدور رأی کند.^{۲۵} ظاهراً این ماده تنها به وضعیتی می‌پردازد که ایراد به صلاحیت داوران به محاکم ارجاع شده است و اشاره صریحی به اینکه آیا دیوان داور می‌تواند پیش از اتخاذ تصمیم در خصوص این ایراد، به داور ادامه دهد یا خیر، ندارد. با این وجود اگر دیوانی بتواند هنگامی که دیگر به دعوی جرح رسیدگی نمی‌کند به رسیدگی داور ادامه دهد باید قادر باشد در هنگامی که به این ایراد رسیدگی نکرده است نیز به رسیدگی داور ادامه دهد.

۲- تعویض داوران

در صورتی که یک جرح موفق باشد، داور مزبور تعویض می‌شود. معمولاً انتظار می‌رود که شیوه تعویض نیز همانند فرایند انتخاب اولیه باشد.^{۲۶} لذا اگر داور که توسط خواهان تعیین شده تعویض شود، از او خواسته می‌شود، داور جدیدی را برای شرکت در دیوان پیشنهاد دهد. قواعد قبلی داور ICC از این روش پیروی می‌کردند.^{۲۷} قواعد داور سازمانی جدید از پذیرش صلاحیت گسترده برای مقام منصوب کننده جهت انتخاب داور جایگزین خودداری کرده‌اند. پیروی از فرایند انتصاب اولیه در جایگزینی، راه را برای سوءاستفاده یک طرف می‌گشاید. در مواردی که داوران بایستی تعویض شوند، خواه به این دلیل که جرح آنها موفق بوده است و خواه به هر دلیل دیگر، پیروی از فرایند انتصاب اولیه این امکان را به طرف دیگر می‌دهد تا داور دیگری را پیشنهاد دهد که ممکن است مجدداً در معرض ایراد صلاحیتی قرار گیرد یا به‌گونه‌ای دیگر از دیوان کنار گذاشته شود.^{۲۸}

۲۵. بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۳ قانون نمونه.

۲۶. ماده ۱۰ قواعد داور AAA.

۲۷. بند ۱۲ ماده ۲ قواعد داور سابق (۱۹۸۸) ICC، بند ۱ ماده ۱۵ قواعد داور اتاق بازرگانی و صنایع ژنو.

۲۸. قضایایی وجود داشته که معمولاً دولتهای طرف داور از محاکم داخلی خویش قرارهای ضد داور اخذ کرده‌اند. این امر موجب می‌شود که داور آن کشور نتواند بدون نقض دستور دادگاه در جلسات داور شرکت کند. در چنین وضعیتی مؤسسات دارای قدرت صلاحیت انتصاب می‌توانند داور را از کشور دیگر که در خصوص آن قرار تعهدی ندارد انتخاب کنند.

قواعد داوری LCIA مقرر می‌کند اگر قرار است داوری به هر دلیل تعویض شود دیوان LCIA برای اتخاذ تصمیم در خصوص اینکه آیا از فرایند انتصاب اولیه پیروی کند یا خیر صلاحیت کامل دارد.^{۲۹} از آنجایی که دعاوی جرح به‌ندرت صرفاً برای ایجاد تأخیر مطرح می‌شوند، مؤسسات داوری در اکثر موارد از همان فرایند انتصاب اولیه پیروی می‌کنند. با این وجود در صورت لزوم مؤسسات داوری برای مواجهه با موارد خاص اختیارات صلاحیتی کافی را دارند.

قواعد داوری اتاق بازرگانی زوریخ حتی رویکرد شدیدتری را بر می‌گزیند. به‌موجب بند (۲) ماده ۱۸ این قواعد، در صورتی که جرح داور قبلی موفقیت‌آمیز باشد رئیس اتاق، داور جایگزین را منصوب می‌کند. این بدان معنی است که اگر جرح داوری پذیرفته شود، طرف منصوب‌کننده به‌صورت خودبخود از حق خویش برای تعیین داور جایگزین محروم می‌شود.^{۳۰}

۳- تأثیر یک جرح موفق بر فرایند داوری

همانطور که دیدیم قواعد داوری سازمانی تلاش می‌کنند، اختلال ناشی از جرح را به حداقل برسانند. در صورتی که درخواست جرح رد شود در شرایطی که این امر در کار دیوان اختلال ایجاد کرده باشد دیوان داوری صرفاً کار خویش را ادامه می‌دهد. اما اگر جرح موفق باشد در این صورت یکی از داوران بایستی تعویض شود. حال آیا رسیدگی‌های داوری بایستی به‌دلیل ورود داور جدید از ابتدا تجدید شود یا باید از همان مقطعی که داور جدید وارد قضیه شده ادامه یابد؟ اکثر قواعد داوری سازمانی مقرر می‌کنند، تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا نیازی به تکرار مراحل شکلی وجود دارد یا خیر به‌عهده خود دیوان است.

بند (۴) ماده ۱۲ قواعد داوری ICC مقرر می‌کند:

در مواردی که داور باید تعویض شود دیوان می‌تواند به صرف تشخیص خود تصمیم بگیرد که برای تعویض داور از همان روش اولیه معرفی داوران پیروی کند یا نه. پس از اینکه مرجع داوری جدید تکمیل و تشکیل شد، دیوان پس از کسب نظر طرفین تصمیم می‌گیرد که آیا لازم است رسیدگی‌های قبلی نزد مرجع داوری جدید تجدید شود و اگر پاسخ مثبت است تا چه حد باید تجدید شود.^{۳۱}

راه حل دیگر، منع تکرار است. قواعد داوری اتاق بازرگانی و صنایع ژنو و قواعد داوری

۲۹. بند ۱ ماده ۱۱ قواعد داوری LCIA، بند ۴ ماده ۱۲ قواعد داوری ICC.

۳۰. ماده ۱۸ قواعد داوری اتاق بازرگانی زوریخ.

۳۱. همچنین بند (۲) ماده ۱۱ قواعد داوری AAA.

اتاق بازرگانی زوریخ این رویکرد را برگزیده‌اند، زیرا مقرر می‌کنند، داوری از مقطعی که کار داور سابق با وقفه مواجه شد ادامه یابد.^{۳۲}

قانون داوری بین‌المللی یونان که با تغییرات جزئی از قانون نمونه آنسیترال اقتباس شده است در ماده ۱۵ خود مقرر می‌کند که برای ادامه رسیدگی از مقطع توقف داور سابق، باید اتفاق آرا وجود داشته باشد. البته این قاعده‌ای خطرناک است زیرا به طرف فاقد حسن نیت برای اختلال در فرایند داوری، اختیارات گسترده‌ای می‌دهد بدین ترتیب که داور جدید منصوب او با اصرار بر تکرار تمامی اعمال شکلی می‌تواند به اختلال در فرایند کمک کند.

۴- نتیجه‌گیری

داوران تا جایی که به قضاوت راجع به اختلافات مطروحه نزد خویش دست می‌زنند همچون قضاتند. طرفینی که به صورت ارادی قضیه‌ای را به داوران ارجاع می‌دهند بایستی اطمینان یابند کسانی که بر مصدر قضاوت نشسته‌اند منصف و عادلند. بدین منظور قواعد مؤسسات داوری مکانیزمهایی را پیش‌بینی می‌کنند تا در صورتی که آشکار شود، یک یا چند تن از داوران آنگونه که باید مستقل و بی‌طرف نیست بتوان او را جرح کرد یا فاقد صلاحیت دانست. در عین حال جرح یک داور برای فرایند داوری بسیار مخرب است استانداردهایی که داوران بایستی در سمت قضائی خویش واجد آن باشند همانهایی است که قضات باید برخوردار آن باشند. آنها باید مستقل و بی‌طرف باشند. بین استاندارد «عینی» استقلال و استاندارد «ذهنی‌تر» بی‌طرفی تفاوت چندانی وجود ندارد. استقلال به‌خودی خود یک استاندارد نیست، بلکه بیشتر شیوه‌ای برای سنجش احتمال «جانبداری» است. داوران نیز به دلیل فقدان ویژگیهای تعیین‌شده در قرارداد داوری میان طرفین قابل جرح هستند.

بررسی آیین‌های مختلف ایراد به صلاحیت داوران در قواعد داوری سازمانی و آنسیترال نشان می‌دهد که دغدغه حمایت از فرایند داوری در مقابل تأثیرات مخرب جرح عملاً در تمام قواعد یافت می‌شود. در این چارچوب است که انتخاب داوری موردی یا قواعد داوری سازمانی اهمیت می‌یابد. مؤسسات داوری روشهایی را برای حفاظت از فرایند داوری ایجاد کرده‌اند. با در نظر گرفتن مواعد کوتاه زمانی برای طرح جرح و عدم پذیرش اینکه جرح بتواند یک داوری در جریان را متوقف سازد، پذیرش اختیارات صلاحیتی در تعیین روشهای انتخاب یا حتی انتخاب داور جایگزین، مؤسسات داوری به دنبال کاهش اختلال در فرایند رسیدگی هستند.

طرفهایی که کاملاً خارج از چارچوب یک مؤسسه داوری یا قواعدی همچون آنسیترال در داوری شرکت کنند از چنین حمایت‌هایی برخوردار نیستند. در بدترین حالت آنها نمی‌توانند هیچ‌گونه اقدامی علیه یک دیوان داوری غیر بی‌طرف انجام دهند مگر اینکه رسیدگی پایان یابد و

۳۲. بند (۲) ماده ۱۵ قواعد داوری اتاق بازرگانی و صنایع ژنو و بند (۳) قواعد داوری اتاق بازرگانی زوریخ.

رأی صادره نقض شود.

ضمیمه ۱: مقررات حاکم بر آیین‌های جرح در تعدادی از قواعد داوری

الف) قواعد داوری بین‌المللی AAA

ماده ۸: ایراد به صلاحیت داوران

۱- یک طرف (رسیدگی داوری) هنگامی که شرایطی وجود داشته باشد که تردیدهای موجهی در خصوص استقلال یا بی‌طرفی داور ایجاد نماید می‌تواند او را جرح کند. طرفی که تمایل دارد داوری را جرح کند باید طی ۱۵ روز از تاریخ اطلاع از شرایطی که منجر به جرح شده است اخطار جرح را برای مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات AAA ارسال کند.

۲- در این اخطار باید دلایل جرح کتباً قید شود.

۳- پس از دریافت چنین اخطاری، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات AAA باید سایر طرفها را از آن مطلع سازد. هنگامی که داوری از سوی طرف دیگر مورد اعتراض قرار گرفته است، طرف یا طرفهای دیگر می‌توانند بر جرح توافق کنند و اگر چنین توافقی وجود داشته باشد، داور مزبور باید از دیوان کناره‌گیری کند. داور جرح شده همچنین ممکن است بدون وجود چنین توافقی از سمت خویش کناره‌گیری کند. در هیچ‌یک از این حالات، کناره‌گیری از قضیه، بر پذیرش اعتبار مبانی جرح دلالت نمی‌کند.

ماده ۹

اگر طرف یا دیگر طرفین با جرح موافقت نکرده یا داور جرح شده حاضر به کناره‌گیری نشود، در این صورت مرکز بین‌المللی به صلاحدید خویش در مورد جرح تصمیم می‌گیرد.

ماده ۱۰: جایگزینی یک داور

اگر داوری پس از جرح، کناره‌گیری کند یا مرکز بین‌المللی ایراد به صلاحیت را تأیید کرده یا احراز کند که دلایل کافی برای استعفای داور وجود دارد یا در صورت مرگ یک داور، باید مطابق مقررات ماده ۶ داور جایگزین منصوب شود مگر آنکه طرفین به‌گونه‌ای دیگر توافق کنند.

ب) قواعد داوری مؤسسه آلمانی داوری

بخش ۱۸: جرح داور

۱۸-۱ یک داور تنها در صورت وجود شرایطی که به تردیدهای موجهی در خصوص استقلال یا بی‌طرفی اش منجر شود یا در صورت فقدان شرایط مورد نظر طرفین قابل جرح است. یک طرف می‌تواند داور منصوب خویش یا داوری که در انتصاب او مشارکت کرده را تنها به

دلایلی پس از انتصاب او از آنها آگاهی یافته است، جرح کند.

۱۸۲- در خواست جرح باید طی دو هفته از اطلاع از تأسیس دیوان داوری مطابق بند (۳) بخش ۱۷ یا از زمانی که او از دلیل جرح مطلع می‌شود به دبیرخانه DIS ابلاغ شود. دبیرخانه، داوران و طرف دیگر را از این امر مطلع ساخته و موعد زمانی معقولی را برای طرح نقطه‌نظرات داور جرح‌شده و طرف دیگر تعیین می‌کند. اگر داور جرح‌شده از سمت خویش کناره‌گیری نکرده یا طرف دیگر در طی مدت زمان تعیین شده با جرح موافقت نکند طرف متقاضی جرح می‌تواند طی دو هفته از دیوان داوری درخواست کند در این مورد تصمیم‌گیری کند مگر اینکه طرفین به‌گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند.

۱۸۳- اگر طرف دیگر با جرح موافقت کرده یا داوری پس از جرح از سمتش کناره‌گیری کند یا درخواست جرح پذیرفته شود، باید داور جایگزین تعیین شود. بخشهای ۱۷-۱۲ با کمی تغییرات بر انتصاب و تأیید داور جایگزین نیز اعمال می‌شود.

ج) قواعد داوری ICC (۱۹۹۸)

ماده ۷: مقررات کلی

۱- داور باید مستقل از طرفین داوری باشد و در طول داوری نیز مستقل باقی بماند.

۲- کسی که قرار است داور باشد، باید قبل از معرفی به این سمت یا تأیید نصب او توسط دیوان داوری اتاق، اعلامیه‌ای مکتوب مبنی بر استقلال خود امضاء کند و نیز مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوالی را که ممکن است (به لحاظ کیفیتی که دارند) استقلال او را در نظر طرفین با تردید مواجه سازند، نزد دبیرخانه افشا کند. دبیرخانه این قبیل اطلاعات را به‌صورت کتبی به طرفین می‌دهد و مهلتی را جهت اظهارنظر آنها تعیین می‌نماید.

۳- داور مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوال از نوع مذکور در بند بالا را که در جریان داوری حادث شود فوراً و به‌صورت کتبی به دبیرخانه و به طرفین اعلام و افشا کند.

۴- تصمیم دیوان داوری اتاق در مورد انتصاب، تأیید، جرح یا تعویض داور قطعی است و دلایل چنین تصمیمی نیز اعلام نخواهد شد.

۵- پس از قبول سمت، داور متعهد است مسئولیتهای خود را مطابق این قواعد انجام دهد.

۶- مرجع داوری مطابق مقررات مواد ۸ و ۹ و ۱۰ این قواعد تشکیل می‌شود، مگر در مواردی که خود طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

ماده ۱۱: جرح داوران

۱- جرح داور اعم از اینکه مبتنی بر ادعای عدم استقلال وی یا سایر علل باشد، باید طی

استانداردها و آیین‌های ... ❖ ۱۹۱

لایحه کتبی حاوی شرح حقایق و اوضاع و احوال مبنای جرح، به دبیرخانه تسلیم شود.

۲- برای اینکه جرح از نظر شکلی قابل استماع باشد، باید ظرف ۳۰ روز از تاریخ دریافت ابلاغیه نصب داور یا از تاریخ تأیید او توسط دیوان داوری اتاق، یا ظرف ۳۰ روز از تاریخی که طرف جرح کننده از حقایق و اوضاع و احوال مبنای جرح مطلع شده — در صورتی که چنین تاریخی بعد از تاریخ دریافت ابلاغیه مذکور باشد — مطرح شود.

۳- دیوان درباره قابل استماع بودن جرح از نظر شکلی تصمیم می‌گیرد و اگر مقتضی باشد در همان زمان به ماهیت جرح نیز رسیدگی و درباره آن اتخاذ تصمیم می‌کند، اما تصمیم‌گیری باید بعد از زمانی باشد که دبیرخانه به داور مربوط و به طرف یا طرفهای مقابل و نیز سایر اعضای هیأت داوری امکان اظهار نظر کتبی ظرف موقعیت مناسب را داده باشد. اظهارنظرهای کتبی هریک از طرفین و داوران راجع به جرح به کلیه طرفها و داوران داده می‌شود.

ماده ۱۲: تعویض داوران

۱- در صورت مرگ داور، قبول استعفا یا قبول جرح او توسط دیوان و نیز در صورت درخواست همه طرفها، داور تعویض خواهد شد.

۲- در صورتی که به تشخیص و تصمیم دیوان، داور عملاً یا قانوناً از انجام مأموریت خود معذور باشد یا وظایف خود را طبق این قواعد یا ظرف مهلت‌های تعیین شده انجام ندهد، دیوان راساً به ابتکار خود او را عوض می‌کند.

۳- هرگاه دیوان بخواهد بر اساس اطلاعاتی که به او رسیده ماده ۱۲ (۲) را اجرا کند، باید ابتدا به داور مربوط، طرفین و سایر اعضای هیأت داوری امکان اظهار نظر کتبی ظرف مهلت مناسب را بدهد و سپس اقدام نماید. این اظهارنظرها باید به همه طرفها و داوران داده شود.

۴- در مواردی که داور باید عوض شود، دیوان می‌تواند به صرف تشخیص خود تصمیم بگیرد که برای تعویض داور از همان روش اصلی معرفی داور پیروی کند یا نه. پس از اینکه مرجع داوری جدید تکمیل و تشکیل شد، دیوان پس از کسب نظر از طرفین تصمیم خواهد گرفت که آیا لازم است رسیدگی‌های قبلی در نزد مرجع داوری جدید تجدید شود، و اگر آری تا چه حد باید تجدید شود.

۵- در مرحله بعد از اعلام ختم رسیدگی، دیوان می‌تواند در صورتی که مناسب تشخیص دهد تصمیم بگیرد به جای تعیین جانشین برای داور متوفی یا داوری که مطابق ماده ۱۲ (۱) و (۲) برکنار شده، همان داوران باقیمانده داوری را ادامه دهند. دیوان باید هنگام اتخاذ چنین تصمیمی، نظرات داوران باقیمانده و نظرات طرفها و نیز سایر اموری را که تحت اوضاع و احوال موجود در آن زمان مناسب بدانند، ملحوظ دارد.

د) قواعد داوری ایکسپد

ماده ۹: جرح داوران

۱- طرفی که جرح داوری را مطابق ماده ۵۷ کنوانسیون پیشنهاد می‌کند باید فوراً و در هر حال پیش از اعلام خاتمه رسیدگی، درخواستش را که حاوی دلایل این امر است، نزد دبیرکل ثبت کند.

۲- دبیرکل باید فوراً:

(الف) این درخواست را به سایر اعضای دیوان و اگر به یک داور واحد یا اکثریت اعضای دیوان ارتباط دارد به رئیس شورای اداری اطلاع دهد.

(ب) طرف دیگر را از این امر مطلع سازد.

۳- داوری که پیشنهاد جرح به او مرتبط است می‌تواند بدون تأخیر، بسته به مورد توضیحاتی در این باب به دیوان یا رئیس شورای اداری ارائه کند.

۴- بجز در موردی که پیشنهاد جرح به اکثریت اعضای دیوان مرتبط است، دیگر اعضا باید فوراً بدون حضور داور جرح شده این مسئله را مورد بررسی قرار داده و در مورد آن رأی‌گیری کنند. اگر آرای مخالف و موافق یکسان باشد آنها باید از طریق دبیر کل فوراً رئیس شورای اداری را از آن پیشنهاد یا هرگونه توضیح ارائه شده از سوی داور مزبور و عدم موفقیتشان در نیل به تصمیم مطلع سازند.

۵- هنگامی که قرار است رئیس شورای اداری راجع به پیشنهاد جرح داوری تصمیم بگیرد باید طی ۳۰ روز از دریافت پیشنهاد تصمیم‌گیری کند.

۶- رسیدگی داوری باید تا زمان اتخاذ تصمیم در این مورد، معلق شود.

ه) قواعد داوری (LCIA)

ماده ۱۰: ابطال انتصاب داور

۱-۱۰-۱) اگر الف) هر داور طی اخطار کتبی تمایلش به کناره‌گیری را به‌عنوان داور به دیوان LCIA ارائه داده و رونوشتی از آن را برای طرفین و دیگر داوران (در صورت وجود) ارسال کند. ب) در صورت مرگ داور، بیماری شدید، امتناع، ناتوانی یا فاقد صلاحیت شدن به دلیل جرح توسط یک طرف یا به درخواست داوران باقیمانده، دیوان LCIA باید راجع به میزان مخارج و هزینه‌هایی که می‌بایست بابت خدمات داور قبلی به او پرداخت شود، تصمیم بگیرد.

۲-۱۰-۲) اگر هر داور عمداً در جهت نقض قرارداد داوری (مشمول بر این قواعد) عمل کند یا اعمال او نسبت به طرفین بی‌طرفانه و منصفانه نبوده یا در رسیدگی‌های داوری با سعی و کوشش معقول مشارکت نکند یا موجب تأخیر و هزینه غیر ضروری شود، در آن صورت از نظر

دیوان LCIA فاقد صلاحیت محسوب می‌شود.

۳-۱۰. یک داور همچنین در صورت وجود شرایطی که به تردیدهای موجهی در خصوص استقلال یا بی‌طرفی‌اش منجر شود از سوی هریک از طرفین قابل جرح است. یک داور می‌تواند داور منصوب خویش یا داوری که در انتصاب او مشارکت داشته است را تنها به دلایلی که پس از انتصاب او از آنها آگاهی یافته است جرح کند.

۴-۱۰. طرفی که قصد جرح داوری را دارد باید طی ۱۵ روز از تشکیل دیوان یا (بعد از آن) پس از اطلاع از شرایط مندرج در بندهای ۳-۱ ماده ۱۰ طی اخطاری کتبی دلایل خویش برای جرح داور را به دیوان LCIA، دیوان داوری و سایر طرفین اطلاع دهد، مگر در صورت کناره‌گیری داور جرح شده یا موافقت تمامی طرفین با جرح طی ۱۵ روز از دریافت آن اخطار، دیوان LCIA در این خصوص تصمیم خواهد گرفت.

ماده ۱۱: انتصاب و تعویض داوران

۱-۱۱. در صورتی که دیوان LCIA حکم دهد که هریک از نامزدها ذی‌صلاح، بی‌طرف یا مستقل نبوده و یا اگر به هر دلیلی داوری باید تعویض شود، برای تصمیم‌گیری راجع به پیروی یا عدم پیروی از فرایند انتخاب اولیه صلاحیت کامل دارد.

۲-۱۱. اگر دیوان LCIA بایستی در این خصوص تصمیم بگیرد، دادن هرگونه فرصتی به یک طرف برای تعیین مجدد نامزد خویش در صورت عدم اعمال طی ۱۵ روز (یا در مدت کوتاهی که توسط این دیوان تعیین می‌شود) اعراض تلقی می‌شود. پس از این مدت دیوان مزبور باید داور جایگزین را منصوب کند.

(و) قواعد داوری آنسیترال

ماده ۹: جرح داوران

یک داور احتمالی باید هرگونه شرایطی را که ممکن است به تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی یا استقلالش بینجامد، برای کسانی که قصد دارند او را به‌عنوان داور انتخاب کنند افشا کند. داور پس از انتخاب باید چنین شرایطی را برای طرفین افشا کند مگر آنکه پیشتر آنها را از این موارد مطلع کرده باشد.

ماده ۱۰

۱- هر داور در صورت وجود شرایطی که به تردیدهایی موجه در خصوص بی‌طرفی یا استقلالش بینجامد قابل جرح است.

۲- یک طرف می‌تواند داور منصوب خویش را تنها به دلایلی که پس از انتصاب او از آن آگاهی یافته است جرح کند.

ماده ۱۱

۱- طرفی که قصد جرح یکی از داوران را دارد باید طی ۱۵ روز بعد از اطلاع از انتصاب او یا طی ۱۵ روز بعد از اطلاع از وجود شرایط مذکور در مواد ۹ و ۱۰ اختطاری مبنی بر جرح او ارسال کند.

۲- جرح باید به طرف دیگر، داور جرح شده و دیگر اعضای دیوان دآوری اطلاع داده شود. ابلاغ مذکور باید کتبی و متضمن دلایل جرح باشد.

۳- هنگامی که داور از سوی یکی از طرفین جرح شده است، طرف دیگر می‌تواند با این امر موافقت کند. داور نیز ممکن است پس از جرح از سمت خویش کناره‌گیری کند. هیچ‌یک از این دو حالت به معنای پذیرش صحت و اعتبار دلایل جرح نیست. در هر دو حالت باید از آیین مندرج در مواد ۶ و ۷ برای انتصاب داور جایگزین پیروی شود حتی اگر طی فرایند انتصاب داور جرح شده، یکی از طرفین از اعمال حقش در انتصاب یا مشارکت در انتصاب داور خودداری کرده باشد.

ماده ۱۲

۱- در صورتی که طرف دیگر با جرح موافقت نکند و داور جرح شده نیز حاضر به کناره‌گیری (استعفا) نشود، تصمیم‌گیری در خصوص جرح توسط اشخاص زیر صورت می‌گیرد: (الف) اگر انتصاب اولیه توسط مقام منصوب‌کننده صورت گرفته باشد، توسط خود آن شخص.

(ب) اگر انتصاب اولیه توسط مقام منصوب‌کننده انجام نگرفته باشد، اما پیش از آن چنین مقامی تعیین شده باشد توسط خود آن شخص.

(ج) در سایر موارد، توسط مقام منصوب‌کننده‌ای که مطابق با آیین تعیین یک مقام منصوب‌کننده مندرج در ماده ۶ تعیین می‌شود.

۲- اگر این مقام جرح را بپذیرد، داور جایگزین، باید مطابق آیین قابل اعمال بر انتصاب یا گزینش داور، مندرج در مواد ۶ تا ۹، تعیین شود مگر آنکه این آیین مستلزم تعیین مقام منصوب‌کننده باشد که در آن صورت مقامی که در خصوص جرح تصمیم گرفته است داور جایگزین را نیز تعیین می‌کند.

ز) قواعد داوری WIPO

ماده ۲۲: بی‌طرفی و استقلال

(الف) هر داور باید مستقل و بی‌طرف باشد.

(ب) هر داور احتمالی پیش از پذیرش انتصابش، باید هرگونه شرایطی را که ممکن است به تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی یا استقلالش بینجامد، برای طرفین، مرکز WIPO و هر داوری که قبلاً انتخاب شده است افشا کند یا کتباً تأیید کند که چنین شرایطی وجود ندارد.

(ج) در هر مقطع از داوری، اگر شرایط جدیدی که ممکن است به تردید موجه در خصوص بی‌طرفی یا استقلال داور منجر شود پدید آید، او باید چنین شرایطی را فوراً برای طرفین، مرکز و دیگر داوران افشا کند.

ماده ۲۴: جرح داوران

(الف) هر داور در صورت وجود شرایطی که به تردید موجه در خصوص بی‌طرفی یا استقلالش بینجامد از سوی یک طرف قابل جرح است.

(ب) یک طرف می‌تواند داور منصوب خویش یا داوری را که با انتصاب وی موافق بوده است تنها به دلایلی که پس از انتصاب او از آن آگاهی یافته جرح کند.

ماده ۲۵

طرف متقاضی جرح یک داور باید با خطاری به مرکز، دیوان داوری و طرف دیگر طی ۱۵ روز از اطلاع از انتصاب آن داور یا پس از آگاهی از شرایطی که به تردید موجه در خصوص بی‌طرفی یا استقلال آن داور می‌انجامد دلایل خویش را در این مورد ارائه دهد.

ماده ۲۶

هنگامی که داور از سوی یکی از طرفین جرح می‌شود، طرف دیگر حق پاسخ به این جرح را داراست و در صورت اعمال این حق باید طی ۱۵ روز از دریافت اخطار مندرج در ماده ۲۵، رونوشتی از پاسخ خویش را برای مرکز، طرف متقاضی جرح و داوران ارسال کند.

ماده ۲۷

دیوان می‌تواند به صلاحدید خویش در طی رسیدگی به دعوی جرح، رسیدگیهای داوری را تعلیق یا دستور ادامه آن را صادر کند.

ماده ۲۸

طرف دیگر می‌تواند با جرح موافقت کند یا داور می‌تواند، داوطلبانه استعفا دهد. در هریک از این دو مورد، داور باید بدون پذیرش اینکه دلایل جرح معتبرند تعویض شود.

ماده ۲۹

اگر طرف دیگر با جرح موافقت نکند و داور جرح شده حاضر به کناره‌گیری نشود در آن صورت مرکز مطابق با آیین‌های داخلی خویش در این مورد تصمیم‌گیری می‌کند. چنین تصمیمی، ماهیتی اداری دارد و قطعی است. مرکز ملزم به ارائه دلایل تصمیمش نیست.

ضمیمه ۲: مقررات حاکم بر آیین‌های جرح در تعدادی از قوانین داوری ملی

الف) قانون داوری نمونه آنسیترال

ماده ۱۲: موارد جرح (داور)

۱- هرگاه شخصی از حیث امکان انتخاب به‌عنوان داور، مورد مراجعه (و پیشنهاد) قرارگیرد، بایستی هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب بروز تردیدهای موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌گردد، افشا نماید. شخص از موقع انتصاب به‌عنوان داور و در طول جریان داوری (نیز)، بایستی بدون تأخیر (بروز) چنین اوضاع و احوالی را به طرفین اطلاع دهد مگر اینکه ایشان توسط وی و از قبل از اوضاع و احوال مذکور مطلع شده باشند.

۲- داور صرفاً در صورتی می‌تواند جرح شود که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او گردد یا واجد اوصافی که مورد توافق (و نظر) طرفین بوده، نباشد. هر طرف صرفاً با استناد به عللی که پس از تعیین داور، از آنها مطلع شده، می‌تواند داوری را که خود تعیین کرده یا در جریان تعیین او مشارکت داشته، جرح کند.

ماده ۱۳: تشریفات جرح

۱- طرفین آزادند که با رعایت مفاد بند (۳) این ماده، در مورد تشریفات جرح داور توافق نمایند.

۲- در صورت عدم چنین توافقی، طرفی که قصد جرح داور را دارد، بایستی ظرف ۱۵ روز از تاریخ اطلاع از تشکیل دیوان داوری یا اطلاع از هرگونه اوضاع و احوال مذکور در ماده ۱۲ (۲)، دلایل جرح را طی لایحه‌ای کتبی به دیوان داوری اعلام کند. دیوان داوری در مورد جرح اتخاذ تصمیم می‌کند، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره‌گیری کند و یا طرف مقابل نیز جرح را بپذیرد.

۳- چنانچه جرحی که با رعایت تشریفات مورد توافق طرفین یا تشریفات مقرر در بند (۲) این ماده، به‌عمل آمده، مورد قبول قرار نگیرد، طرفی که (داور را) جرح کرده می‌تواند ظرف ۳۰ روز پس از دریافت اخطاریه حاوی تصمیم مربوط به رد جرح، از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ پیش‌بینی شده، درخواست نماید که نسبت به جرح (رسیدگی و) اتخاذ تصمیم کند. این تصمیم قابل اعتراض نیست، مادام که چنین درخواستی تحت رسیدگی است، دیوان داوری همراه با داور مورد جرح، می‌تواند رسیدگی داوری را ادامه داده و رأی (نیز) صادر کند.

ب) قانون داورى ۱۹۹۶ انگلستان (فصل ۲۳)

بخش ۲۴: صلاحیت دادگاه برای جرح داور

- ۱- طرف رسیدگیهای داورى (می تواند پس از ابلاغ این امر به طرفین، داور ذی ربط یا هر داور دیگر) از دادگاه صالح به دلایل ذیل جرح یک داور را تقاضا کند:
 - الف) شرایطی وجود دارد که به تردیدهای موجه در خصوص بی طرفی او منجر می شود.
 - ب) او فاقد شرایط و ویژگیهایی است که در قرارداد داورى مقرر شده است.
 - ج) اینکه وی از نظر جسمی یا ذهنی قادر به انجام رسیدگی نیست یا در خصوص توانایی او در انجام این کار تردیدهای موجهی وجود دارد.
 - د) ۱- از انجام صحیح رسیدگیها خودداری یا قصور کرده است.
- ۲- در به کارگیری تمامی تلاش معقول خویش در انجام رسیدگیها یا صدور رأی امتناع یا قصور کرده و بی عدالتی فاحشی نسبت به خواهان صورت گرفته یا صورت خواهد گرفت.

- ۲- در صورتی که مؤسسه داورى یا مرجع دیگر یا شخصی وجود داشته باشد که طرفین به او صلاحیت جرح داور را داده باشند، دادگاه نباید صلاحیت خویش برای جرح را اعمال کند مگر آنکه قانع شود که خواهان ابتدائاً به آن مرجع یا شخص رجوع کرده و نتیجه ای نگرفته باشد.
- ۳- دیوان داورى می تواند به هنگامی که دادگاه در حال رسیدگی به درخواست موضوع این ماده است رسیدگیهای داورى را ادامه و به صدور رأی اقدام کند.
- ۴- در صورت جرح داور توسط دادگاه، دادگاه می تواند در خصوص استحقاق هرگونه مخارج یا هزینه یا استرداد هرگونه مبلغ یا هزینه ای که پیش تر پرداخت شده است آنگونه که مناسب تشخیص می دهد تصمیم گیری کند.
- ۵- داور مزبور حق دارد پیش از اتخاذ تصمیم دادگاه به موجب این بخش، در محضر دادگاه حضور یافته و نقطه نظراتش استماع شود.
- ۶- برای پژوهش خواهی از تصمیم دادگاه به موجب این بخش، اجازه دادگاه مورد نیاز است.

ج) قانون حقوق بین الملل خصوصی سوییس: داورى بین المللی (فصل ۱۲)

۲- جرح داوران

ماده ۱۸۰

- ۱- یک داور به دلایل ذیل قابل جرح است:

الف) فاقد شرایط مورد توافق طرفین باشد؛

ب) بر اساس قواعد داوری مورد توافق طرفین دلیلی بر جرح او وجود داشته باشد؛ یا

ج) شرایطی وجود داشته باشد که به تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی او منجر شود.
۲- یک طرف می‌تواند داور منصوب خویش یا داوری را که در انتصاب او مشارکت کرده است تنها به دلایلی که پس از انتصاب وی از آن آگاهی یافته است جرح کند. دلایل جرح باید بدون تأخیر به دیوان داوری و طرف دیگر اطلاع داده شود.
۳- در صورت حدوث اختلاف و در مواردی که طرفین در آیین جرح حاضر به آن اشاره نکرده‌اند، دادگاه مقر دیوان داوری تصمیم نهایی را اتخاذ می‌کند.

د) قانون داوری فدرال ایالات متحده

بخش دهم: نقض، مبانی ابطال، اعاده دادرسی

الف) در هریک از موارد ذیل، محاکم ایالات متحده می‌توانند به درخواست هریک از طرفهای داوری، طی قراری رأی صادره را نقض کنند:

- ۱- هنگامی که رأی صادره محصول فساد، تقلب یا طرق ناصحیح باشد؛
- ۲- هنگامی که شواهدی از فساد یا جانبداری آشکار در داوران یا هریک از آنها وجود داشته باشد؛
- ۳- هنگامی که داوران در عین ارائه شواهد کافی، حاضر به تعویق رسیدگی نشده و این‌گونه متهم به سوء رفتار در رسیدگی شوند یا استماع شواهد مهم و مرتبط با دعوی را نپذیرند و یا مرتکب هرگونه سوء رفتار دیگری شوند که مخل حقوق هریک از طرفین باشد؛
- ۴- در صورتی که داوران از حدود اختیارات خود تجاوز کرده یا از این اختیارات به‌گونه‌ای استفاده کنند که صدور رأی نهایی، قطعی و مورد قبول ممکن نباشد.
- ۵- در صورتی که رأی نقض شود و زمان مقرر در قرارداد داوری برای صدور رأی، منقضی نشده باشد، دادگاه می‌تواند به صلاحدید خویش به اعاده رسیدگی توسط داوران حکم دهد.

ب) چنانچه استفاده از داوری یا رأی، آشکارا مغایر با فاکتورهای مندرج در بخش ۵۷۲ از فصل ۵ باشد، دادگاه بخش ایالات متحده در حوزه‌ای که رأی صادر شده است، مطابق بخش ۵۸۰ از فصل ۵ می‌تواند در صورت درخواست هر شخصی بجز یکی از طرفین داوری که شدیداً از رأی متأثر یا متضرر شده است طی قراری رأی صادره را ابطال کند.

مطالعه تطبیقی در مورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی*

گائو ایکس یانگ**

روس پی. بوکلی***

ترجمه ماشاءاله بناء نیاسری****

یکم. مقدمه

دادگاه‌های داخلی برای توجیه دستور عدم پرداخت یا منع پرداخت در اعتبارات اسنادی به جهت ارتکاب تقلب، معیارهای متفاوتی را لازم شمرده‌اند. کنوانسیون آنسیترال هم راجع به

*. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به قرار زیر است:

Gao Xiang & Ross P. Buckley, "A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law", 2005 Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice, pp. 86-126.

این مقاله نخستین بار در منبع ذیل‌الاشعار به چاپ رسیده است. متن حاضر به‌طور کلی مورد تجدید نظر قرار گرفته و مطالبی نیز بدان افزوده شده است. در اینجا لازم می‌دانیم از داوران پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه آکسفورد که نام ایشان بر ما پوشیده است جهت نظرات و انتقادات ارزشمندی که در انجام این مهم بسیار به ما یاری رساند، سپاسگزار می‌کنیم. متن مقاله حاضر در پایگاه اینترنتی پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه آکسفورد به نشانی (www.ouclf.ox.ac.uk) قابل دسترسی است و با مجوز این پژوهشنامه مجدداً در سالنامه حقوق و رویه اعتبارات اسنادی (۲۰۰۵) به چاپ می‌رسد.

Gao Xiang & Ross P. Buckley, *A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law*, 13 *Duke Journal of Comparative & International Law* 293 (Spring 2003).

** قاضی دیوان عالی کشور جمهوری خلق چین، عضو ارشد (Fischer Centre for Global Trade and Finance)، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا).

*** استاد حقوق و مدیر (Fischer Centre for Global Trade and Finance)، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا). از آقای جیمز والش، که به‌عنوان دستیار تحقیق همکاری ارزنده‌ای در تنظیم پانوشته‌های مقاله داشته‌اند، سپاس گزاریم.

**** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

Email: <M_Niasari@sbu.ac.ir>

❖ ۲۴۳ مطالعه تطبیقی قاعده ...

ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی در این خصوص موضع خاص خود را اتخاذ کرده است. معیار تقلب در اعتبارات اسنادی تاکنون در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی به پاسخ روشن و متقنی نیانجامیده است. این مقاله با تجزیه و تحلیل موضع حقوقی ایالات متحده آمریکا، بریتانیا، کانادا، استرالیا، و نیز کنوانسیون ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی، معیاری را پیشنهاد می‌کند که در مقایسه با معیارهای متفاوتی که در گوشه و کنار جهان اعمال می‌گردد، کامل‌تر است و همچنین طریقه اعمال این معیار را به‌دست می‌دهد.

قاعده تقلب به گشاینده اعتبار اسنادی یا دادگاه اجازه می‌دهد در صورت بروز تقلب، پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف سازند. فلسفه وجودی اعتبار اسنادی آن است که تضمینی مطلق و مستقل مبنی بر پرداخت ثمن در اختیار بایع قرار دهد، مشروط بر اینکه بایع اسنادی منطبق با شروط اعتبار ارائه کند. بنابراین، قاعده تقلب تأثیری بس مهم بر تعهد ناشی از اعتبار اسنادی دارد. وجود قاعده تقلب لازم و ضروری است تا اعمال متقلبان و کلاهبرداران را محدود کند، اما در عین حال باید قلمرو و گستره این قاعده به‌دقت ترسیم شود تا مانع کارایی تجاری این ابزار که به‌منظور تضمین پرداخت ثمن ساخته و پرداخته شده، نگردد.^۱

این مقاله نوع تقلبی را که براساس آن می‌توان به قاعده تقلب استناد جست، بررسی می‌نماید یا به‌عبارت دیگر، بررسی می‌کند که معنا و مفهوم تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی چیست؟

این پرسش، پرسشی دشوار و چالش‌برانگیز است چراکه تقلب «مفهومی ذاتاً لغزنده و انعطاف‌پذیر» است.^۲ بعضی می‌گویند که قاعده تقلب باید به‌نحو مضیق اجرا شود، یا به‌عبارت دیگر این قاعده صرفاً در موارد تقلب فاحش قابل استناد است. این گروه از نویسندگان تأکید می‌نمایند که اعتبار اسنادی ابزار تجاری منحصر به فرد و خاصی است که باید از آن در مقابل اختلافات قراردادی صرف که غالباً به‌سختی می‌توان آنها را از ادعای تقلب مسلم تمییز داد، حراست به‌عمل آید.^۳ پاره‌ای دیگر از نویسندگان قائل به رویکردی منعطف‌تر نسبت به مفهوم

۱. قاضی لودین در پرونده مشهور کانادایی بانک نو اسکوتیا به‌طرفیت آن‌گلیکا-وایت‌ویر لیمیتد، مصالح متعارضی را که در خصوص قاعده تقلب رویاروی یکدیگر قرار دارند به‌درستی تشریح نموده است؛ به گفته او: «فرصت‌ها و امکاناتی که ایراد تقلب در اختیار می‌نهد نباید وسیله ایجاد تردید و بلا تکلیفی جدی و بی‌اعتمادی نسبت به سازوکار عملیات اعتبار اسنادی شود. در عین حال، اعمال اصل استقلال اعتبار نیز نباید چنان باشد که ارتکاب تقلب را در این عملیات ترغیب یا تسهیل کند (ص. ۱۶۸)». رک.

Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd., 36 DLR 4th 161 (Can. Sup. Ct. 1987).

2. Gerald T. McLaughlin, "Letters Of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle", 49 Ohio State L. J. 1197, 1203 (1989).

3. McLaughlin, *id.*

تقلب می‌باشند.^۴

این مقاله بررسی می‌نماید که در نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا، بریتانیا، کانادا، استرالیا و در کنوانسیون ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی چگونه به این سؤال پاسخ گفته شده است.^۵

دوم. موضع حقوقی ایالات متحده آمریکا

شمار زیادی از دعاوی تقلب در اعتبار اسنادی، در ایالات متحده آمریکا رسیدگی و مورد اتخاذ تصمیم قرار گرفته است. افزون بر این، ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل آمریکا حاوی مقررات پیشرفته و روزآمدی در خصوص قاعده تقلب است.^۶ بنابراین، مطالعه موضع حقوق ایالات متحده توجه بیشتری می‌طلبد. به منظور سهولت مطالعه، موضع حقوق ایالات متحده در خصوص قاعده تقلب در سه بخش جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد: (الف) موضع حقوق آمریکا پیش از تدوین قانون تجارت متحدالشکل؛ (ب) موضع حقوق آمریکا مطابق ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل؛ و (ج) موضع حقوق آمریکا مطابق ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل.

به عنوان مثال، در عملیات اعتبار اسنادی تجاری «همیشه به سادگی نمی‌توان مشخص نمود که آیا مغایرت ادعا شده بین توصیف کالا در اسناد با اوصاف واقعی کالا حاکی از ارتکاب تقلب است. جز در مورد تقلب فاحش و بین، بانک نمی‌تواند در مقابل بایع عیب و نقص کالا را ادعا کند». در این باره رک.

Anthony G. Guest, "Benjamin's Sale of Goods 1716", (5th ed. 1997).

4. Greg A. Fellingner, "Letters of Credit: The Autonomy Principle and the Fraud Exception", 1 J. Banking & Finance L. & Practice 4, 22 (1990).

۵. مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۹۹۴) در این مقاله مورد بررسی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا این مقررات در خصوص موضوع تقلب ساکت است.

۶. قانون تجارت متحدالشکل (یو.سی.سی) مجموعه‌ای از قوانین نمونه است که توسط کنفرانس ملی نمایندگان قوانین یکنواخت ایالتی و مؤسسه حقوقی آمریکا جهت وضع توسط مجالس قانون‌گذاری ایالت‌های کشور ایالات متحده آمریکا، تدوین و توصیه گردیده است. قانون تجارت متحدالشکل مشتمل بر یازده ماده است که هر ماده، یکی از ابعاد مختلف حقوق تجارت را دربرمی‌گیرد. ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل یک طرح یکنواخت قانون است که حاکم بر اعتبارات اسنادی می‌باشد. ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل نخستین بار در دهه ۱۹۵۰ تدوین گردید («ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل») و در سال ۱۹۹۵ این ماده به‌طور کامل مورد تجدید نظر قرار گرفت («ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل»). ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل از سوی بیشتر ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است. برای دیدن فهرست ایالت‌هایی که قانون تجارت متحدالشکل را پذیرفته‌اند، رک.

Introductions & Adoptions of Uniform Acts: U.C.C. Article 5 — Letters of Credit, Available at http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucca5.asp (last visited Mar. 2, 2003).

برای دیدن متن ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل رک.

Article 5: Letters of Credit, Available at <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html#a5> (last visited Mar. 2, 2003). (م)

❖ ۲۴۵ مطالعه تطبیقی قاعده ...

الف. موضع حقوق امریکا پیش از تدوین قانون تجارت متحدالشکل

۱. رویه‌های قبل از دعوای سزتجن

دعوای سزتجن به طرفیت جی. هانری شرودر بانکنگ کورپوریشن،^۷ دعوایی بود که نطفه اصلی قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی در آن شکل گرفت. رأی صادره در دعوای سزتجن با آنکه از طرف یک دادگاه امریکایی صادر شده اما تقریباً بر تمام نظام‌های حقوقی جهان تأثیر گذاشت و قاعده تقلب را در اعتبارات اسنادی پی‌ریخت. پیش از آنکه دعوای سزتجن مورد اتخاذ تصمیم قرار گیرد، در ایالات متحده در شماری از دعوای اعتبارات اسنادی، به موضوع تقلب اشاراتی شده بود اما در هیچ‌یک از آنها قاعده تقلب به تفصیل بررسی نشده بود. در آن دعوای در خصوص اینکه چه نوع تقلبی استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، بحث بسیار اندکی دیده می‌شود. یکی از متن‌های معدودی که به این موضوع اشاره می‌کند، نظر مخالف قاضی کاردوزو در دعوای موریس اومیرا کمپانی به طرفیت بانک نشنال پارک^۸ است.

در دعوای موریس اومیرا قرارداد پایه راجع به بیع کاغذ روزنامه بود که باید قابلیت کشش مشخصی می‌داشت. هنگامی که خواهان، اسناد ظاهراً مرتبی ارائه کرد و درخواست پرداخت وجه اعتبار اسنادی را نمود، بانک خوانده یعنی بانک گشاینده اعتبار به ادعای اینکه «شک معقولی در خصوص کیفیت کاغذ روزنامه [ارسالی] مطرح شده»^۹ از پرداخت وجه بروات امتناع نمود. خواهان، یعنی ذی‌نفع اعتبار جهت مطالبه خساراتی که انتقال‌دهنده اعتبار به او، در اثر عدم پرداخت وجه اعتبار توسط گشاینده، متحمل شده، اقامه دعوا کرد. گشاینده اعتبار در برابر دعوای ذی‌نفع اعتبار بر این مبنا دفاع نمود که کیفیت کاغذهای ارسال شده بسیار پایین‌تر از کیفیت مقرر است. مطابق نظر اکثریت قضات دادگاه استیناف نیویورک دفاع بانک پذیرفته نشد و اظهار گردید:

«بانک باید صرفاً بروات و اسناد منضم به آن را بررسی نماید... چنانچه بروات هنگامی که ارائه می‌شود همراه با اسناد مقرر باشد، بانک مطلقاً ملزم است وجه اعتبار را بپردازد، قطع نظر از اینکه بانک مطلع باشد یا ظن معقولی داشته باشد که کاغذهای ارسالی، کشش‌پذیری‌ای را که در قرارداد شرط شده، دارد یا ندارد»^{۱۰}.

با این‌همه، قاضی کاردوزو با نظر اکثریت قضات دادگاه استیناف مخالف بود و اظهار

داشت:

7. *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (1941).

برای دیدن بحث تفصیلی در خصوص این دعوا رجوع کنید به زیرنویس‌های شماره ۱۷-۲۷ و متن ذی‌ربط.

8. *Maurice O'Meara Co. v. National Park Bank*, 146 N.E. 636 (1925).

9. *Id.* at 639.

10. *Ibid.*

«باید توجه نماییم که این اختلاف... بین بانک و فروشنده‌ای مطرح شده که نسبت به ابزار تضمینی‌ای که براساس آن پرداخت وجه مطالبه می‌شود، مرتکب تدلیس شده است... من نمی‌توانم نظر اکثریت را که معتقدند بانک با مسائل مربوط به کیفیت کاغذهای [موضوع قرارداد] سر و کار ندارد، بپذیرم؛ چه بسا عدل‌های تسلیم‌شده به جای بسته‌های کاغذ مشتی کاغذ پاره و زباله باشد، به این ترتیب هرگاه اسناد ارائه‌شده از سوی فروشنده برحسب ظاهرشان کافی باشد، بانک ناگزیر به پرداخت وجه اعتبار خواهد بود، درحالی که بانک از واقع امر مطلع است.»^{۱۱}

عبارت فوق نشان می‌دهد که از نظر قاضی کاردوزو تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی به معنای تدلیس است. با دقت در عبارت فوق‌الذکر به نظر می‌رسد که این قاضی فاضل با بیان اینکه «چه بسا عدل‌های تسلیم‌شده به جای بسته‌های کاغذ، مشتی کاغذ پاره و زباله باشد» بر آن است که برای امکان استناد به قاعده تقلب، تدلیس باید تا آنجا پیش رود که به‌نزله عدم اجرای کامل قرارداد باشد، به عبارت دیگر نوعی تدلیس فاحش باشد.^{۱۲}

با این حال، ظاهراً پاره‌ای از مفسرین برجسته آن دوران دیدگاهی متفاوت و منعطف‌تر را پذیرفتند. از نظر ایشان، چنانچه کالا با مندرجات اسنادی که ظاهراً متعارف و قابل اعتماد است، منطبق نباشد، بانک مجاز است بروات صادره به‌موجب اعتبار اسنادی را نپردازد، حتی اگر تدلیس غیر عمد صورت گرفته باشد؛ زیرا در چنین مواردی «بایع عملاً همانند مورد تقلب آشکار آنچه مقصود طرفین بوده، یعنی تسلط بر کالایی با اوصاف مشخص را در اختیار بانک قرار نداده است.»^{۱۳} بعضی مفسرین پا را از این هم فراتر نهاده و اظهار نمودند که «بانک گشاینده اعتبار می‌تواند در برابر دعوایی که بایع اقامه نموده با استناد به نازل بودن کیفیت کالا از خود دفاع نماید.»^{۱۴} این نظرات تحت عنوان «معیار تخلف از تعهد یا معیار تدلیس غیر عمد» طبقه‌بندی شده و از سوی مفسرین معاصر مردود اعلام شده است.^{۱۵}

11. *Id.* at 641.

12. فلینگر معتقد است که «نظر مخالف قاضی کاردوزو... ناظر به فرضی است که قرارداد پایه (مبیع) به کل فاقد عوض است...» رک.

Fellinger, *supra* note 4, at 11.

همچنین رک.

Graham & Benjamin Geva, "Standby Credits in Canada", 9 Canadian Business L. J. 180, 197 (1984).

13. Phillip W. Thayer, "Irrevocable Credits in International Commerce: Their Legal Effects", 36 Columbia L. Rev. 1327, 1336 (1936).

14. Morton C. Campbell, "Guaranties and Suretyship Aspects of Letters of Credit", 85 U. Pennsylvania L. Rev. 261, 275 (1937).

15. Edward L. Symons, "Letter of Credit: Fraud, Good Faith and the Basis for Injunctive Relief", 54 Tulane L. Rev. 338, 340 (1980).

۲. معیار مذکور در دعوای سزتجن

در دعوای سزتجن، سزتجن و اسشوارز برای خرید مقداری پشم از ترانسی بیعی منعقد کرده و از شرودر درخواست نمودند اعتبار اسنادی ای افتتاح نماید که در آن ترانسی (فروشنده) به عنوان ذی نفع اعتبار تعیین شود. ترانسی پنجاه عدل از اجناس را بار یک کشتی بخار کرد و اسناد مقرر در اعتبار اسنادی را تهیه نموده و براتی به حواله کرد چارترد بانک صادر نمود که این بانک برات صادره را همراه با اسناد مقرر در اعتبار، جهت مطالبه وجه به شرودر ارائه داد. پیش از آنکه وجه اعتبار پرداخت شود، سزتجن دعوایی به خواسته اعلام بطلان اعتبار اسنادی و برات صادره تحت اعتبار و صدور دستور موقت دائر بر منع گشایند اعتبار از پرداخت وجه برات اقامه کرد و مدعی شد که ذی نفع اعتبار در واقع پنجاه عدل را از «موی گاو و سایر اشیای بی ارزش و آشغال پرنموده به نحوی که عدل ها صرفاً به طور صوری با کالای واقعی شباهت داشته باشد و به این ترتیب ذی نفع قصد داشته از خواهان و اسشوارز کلاهبرداری نماید».^{۱۶} خواهان همچنین مدعی شد که بانک ارائه کننده اسناد صرفاً از جانب ترانسی، وکیل در وصول است نه دارنده با حسن نیت (bona fide holder) برات که در قبال آن عوضی داده. بانک ارائه کننده اسناد با استناد به اینکه دعوای خواهان فاقد بیان سبب دعوای است، درخواست رد دعوای را نمود.

قاضی سزتجن از دیوان عالی ایالت نیویورک تمام ادعاهای خواهان را صحیح تلقی کرد و با پذیرش اینکه «ترانسی با توسل به وسایل متقلبانه به دنبال کلاهبرداری از خواهان و اسشوارز بوده و کالای ارسالی توسط ترانسی مشتی زباله بی ارزش است و چارترد بانک دارنده با حسن نیت برات که در قبال آن عوضی داده باشد نیست، بلکه صرفاً برای وصول وجه برات به حساب ترانسی اقدام می کند»^{۱۷} ادعای چارترد بانک را نپذیرفت و له خواهان حکم داد. قاضی سزتجن اظهار داشت:

«اختلاف بین خریدار و بایع یک اختلاف ساده در مورد تخلف از تعهد مربوط به کیفیت کالا نیست، بلکه پیداست در دعوای حاضر فروشنده عالماً و عامداً کالای مورد سفارش خریدار را اصلاً ارسال نکرده است. در چنین فرضی که بانک از تقلب فروشنده پیش از آنکه بروات و اسناد جهت مطالبه وجه اعتبار تسلیم گردد، مطلع گردیده است دیگر اصل استقلال تعهد بانک مبنی بر پرداخت وجه اعتبار قابل اعمال نیست تا از فروشنده دغل حمایت نشود».^{۱۸}

همان طور که می بینیم، رأی صادره در دعوای سزتجن قاعده تقلب را در موردی

16. (1941) 31 N.Y.S. 2d 631, 633.

17. *Ibid.*

18. *Id.*, 634.

قابل اعمال می‌داند که اختلاف به تعبیر قاضی سزتجن «بین خریدار و بایع صرفاً راجع به تخلف از تعهد مربوط به کیفیت کالا نباشد [بلکه] فروشنده عالماً و عامداً کالای مورد سفارش خریدار را اصلاً ارسال نکرده باشد».^{۱۹}

به‌رغم استعمال کلمه «عالماً و عامداً»، دیدگاه‌های متفاوتی در باب معیار تقلبی که در دعوی سزتجن اختیار شده، میان محاکم و مفسرین پدید آمده است. بعضی معتقدند که دعوی سزتجن معیار «تقلب عمدی» را بیان می‌دارد.^{۲۰} برخی دیگر با تکلف زیاد رأی صادره در این دعوا را چنین تفسیر کرده‌اند: «رأی صادره در دعوی سزتجن با توجه به وقایع آن نمایانگر معیار «تقلب فاحش» است».^{۲۱} اما گروه دیگری معتقدند که معیار به ظاهر شدیدی که در این دعوا درباره تقلب ارائه شده، ناشی از الزامات خاص دادرسی در این پرونده یعنی ناشی از درخواست رد دعوا بود. چنانچه دعوی سزتجن در چارچوب دستور موقت مبتنی بر انصاف مورد رسیدگی قرار می‌گرفت، رأی سزتجن «یک معیار منعطف‌تر و مبتنی بر انصاف از تقلب» را ارائه می‌داد.^{۲۲} مع‌ذلک عده‌ای دیگر از مفسرین بر این عقیده‌اند که «رأی [دعوی سزتجن] نمی‌گوید چه درجه‌ای از علم به تقلب لازم است تا بانک گشاینده اعتبار حق داشته باشد براساس آن از پرداخت امتناع ورزد».^{۲۳}

گفته شده است که یک سال بعد در دعوی دیگری راجع به تقلب در اعتبار اسنادی، یعنی در دعوی آسبوری پارک و بانک اوشن‌گرو به‌طرفیت بانک نشنال سیتی،^{۲۴} قاضی سزتجن شخصاً مقصودش را از آنچه در دعوی سزتجن گفته بود، تلویحاً بیان کرده است.^{۲۵} در دعوی آسبوری پارک، سیلورمن برادرز برای خرید پوشاک از یو.اس.آرمی قراردادهایی منعقد نمودند. در قرارداد مقرر شد پرداخت ثمن از طریق اعتبارات اسنادی صورت گیرد. به تقاضای خریدار، خواهان خود اعتبارات اسنادی‌ای را به‌نفع فروشندگان افتتاح کرد، اما از آنجا که ثمن معامله مبلغ بالایی بود فروشنده تقاضا کرد بقیه اعتبارات اسنادی از سوی بانک‌های دیگر افتتاح شود، لذا خواهان از خواننده درخواست نمود اعتبارات اسنادی افتتاح کند. اندکی پیش از انقضای مدت

19. *Ibid.*

20. Symons, *supra* note 15, at 361.

21. Fellingner, *supra* note 4, at 12; Henry Harfield, "Enjoining Letter of Credit Transactions", 95 Banking L. J. 596, 603 (1978).

22. Herbert A. Getz, "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases", 21 Harvard Int'l L J 189, 206 (1980).

23. Maurice Megrah, "Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit", 24 Arizona L Rev 255, 258 (1982).

24. *Asbury Park & Ocean Grove Bank v. National City Bank*, 35 N.Y.S.2d 985 (1942).

25. John F. Dolan, "The Law Of Letters Of Credit: Commercial And Standby Credits 7-45", (rev ed. 1996); Symons, *supra* note 15, at 362 *et seq.*

اعتبارات اسنادی، خواهان از خواننده درخواست نمود که دیگر هیچ‌یک از برواتی که براساس اعتبارات صادر می‌گردد، نپردازد، اما خواننده بدون توجه به درخواست خواهان وجه بروات را پرداخت زیرا به نظر خواننده اسناد ارائه‌شده با شروط اعتبارات اسنادی منطبق است.

خواهان برای خساراتی که متحمل شده بود علیه خواننده اقامه دعوا کرد و مدعی شد که بایع و خریدار اعتبارات اسنادی را به‌کار گرفته‌اند تا خواهان را فریب دهند و کلاه او را بردارند و خواننده نیز به این امر علم داشته است. خواهان مدعی بود که اولاً هنگامی که بایع کالا را برای خریدار ارسال کرد، بایع بروات را عهده خواننده صادر نمود، اما به‌جای ارائه بروات جهت پرداخت، بایع آنها را به‌عنوان تضمین برای مطالباتی که با خریدار داشت نزد خود نگاه داشت و آنها را ارائه نکرد تا هنگامی که معلوم شد خریدار قادر به پرداخت وجه به حساب مذکور نیست؛ ثانیاً به‌موجب توافقی که خواهان با خریدار داشته، این‌گونه استفاده از اعتبارات اسنادی مورد نظر نبوده است؛ و ثالثاً خواننده حتی پیش از اینکه خواهان از او درخواست کند که دیگر وجه بروات را نپردازد اطلاع داشته که اعتبارات اسنادی صادره به‌عنوان تضمین مورد استفاده بوده است. قاضی سزتجن ادعاهای خواهان را نپذیرفت و رأی داد:

«در آراء و منابع حقوقی معتبر ... اتفاق نظر وجود دارد که اعتبار اسنادی، قراردادی مستقل از عقد بیع بین فروشنده و خریدار است مگر اینکه تقلب از سوی بایع چنان باشد که گویا اصلاً کالایی ارسال نشده است ...»

بنابراین، اطلاعیه‌ای که بانک کارگزار [خواهان] به بانک گشاینده اعتبار [خواننده] داده است دایره بر اینکه بانک کارگزار از سوی خریدار یا فروشنده یا از سوی هر دو آنها فریب خورده، برای ابطال یا تعلیق عملیات اعتبار اسنادی موثر نیست. هر حکمی جز این چه بسا کارایی و فایده این ابزار تجاری ارزشمند را از میان ببرد. دعوای تقلب مبتنی بر کامن‌لا یکی از دشوارترین دعاوی از حیث اثبات است و از بانک گشاینده اعتبار نمی‌توان انتظار داشت که صحت و درستی ادعای بانک کارگزار را ارزیابی کند، لذا در دعوای حاضر اصلاً مشخص نیست که آیا خواهان می‌تواند سبب دعوای تقلب را علیه آرمی یا سیلورمن برادرز یا هر دو به اثبات برساند و بنابراین مناسب نیست پرداخت وجه بروات از سوی بانک گشاینده اعتبار را تا زمان تعیین تکلیف دعوای بین بانک کارگزار و خریدار یا فروشنده متوقف سازیم.^{۲۶}

به‌فرض اینکه دعوای آسبوری پارک بتواند در تفسیر رأی سزتجن ما را یاری رساند، می‌توان گفت قاضی سزتجن قاعده تقلب را تنها در چنان مواردی اعمال کرده است که «اصلاً

26. *Supra* note 24, at 988-989.

شایان ذکر است که رأی سزتجن از جمله آرای بود که قاضی سزتجن (Sztejn) بدان استناد نمود.

کالایی ارسال نشده»، «تقلب مبتنی بر کامن لا» وجود داشته، یا «فروشنده عالماً و عامداً کالایی مورد سفارش خریدار را اصلاً ارسال ننموده است». لذا، این سؤال همچنان بی پاسخ می ماند که اگر تخلف ذی نفع اعتبار کمتر از موارد فوق، خطرناک بود آیا قاضی سزتجن قاعده تقلب را قابل اعمال می شمرد یا خیر.

ب. موضع حقوق امریکا مطابق ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل

رأی سزتجن یا به عبارت دیگر قاعده تقلب که نماد این دعوا است، مورد اقتباس مفسرین قانون تجارت متحدالشکل امریکا قرار گرفت و در ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل تدوین گردید. در ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل بند ۵-۱۱۴(۲) متضمن قاعده تقلب بود که مقرر می داشت:

«(۲) جز در مواردی که به نحو دیگری توافق شود، چنانچه اسناد ارائه شده برحسب ظاهرشان منطبق با شروط اعتبار بوده، اما یکی از اسناد لازم معمول یا مزور باشد یا تقلب در معامله وجود داشته باشد:

(الف) در صورتی که مطالبه وجه از سوی بانک معامله کننده اسناد (بانک تنزیل کننده اسناد) یا دارنده دیگری که برات یا مطالبه را طبق اعتبار اسنادی و در شرایطی تحصیل نموده که او را دارنده با حسن نیت برات گرداند (بند ۳-۳۰۲) یا لدی الاقتضاء شخصی محسوب شود که سند مالکیت کالا (بارنامه) به درستی به او انتقال یافته (بند ۷-۵۰۲) یا منتقل الیه با حسن نیت وثیقه نامه رسمی به شمار رود، گشاینده اعتبار مکلف است برات یا مطالبه را قبول و وجه آن را بپردازد؛ و

(ب) در کلیه موارد دیگر، گشاینده اعتبار می تواند به رغم آنکه متقاضی اعتبار، تقلب، جعل یا عیوب دیگری را که در ظاهر اسناد قابل مشاهده نیست، به گشاینده اعتبار اطلاع داده است. با رعایت حسن نیت برخلاف درخواست متقاضی اعتبار، وجه برات یا مطالبه را بپردازد مع ذلک، دادگاه صلاحیتدار می تواند دستور منع پرداخت اعتبار را صادر کند».^{۲۷}

۲۷. بند ۵-۱۱۴(۱) و بند ۵-۱۱۴(۳) ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل امریکا به ترتیب با تأکید بر اصل استقلال اعتبار از معاملات مرتبط با آن و حق بازپرداخت گشاینده اعتبار مقرر می داشتند:

«(۱) گشاینده اعتبار مکلف است برات یا مطالبه نامه ای را که مطابق با شروط اعتبار مربوطه است بپردازد، بدون توجه به اینکه آیا کالا یا اسناد با قرارداد پایه بیع یا قرارداد دیگری که بین مشتری (متقاضی اعتبار) و ذی نفع اعتبار منعقد شده، منطبق می باشد یا خیر. گشاینده اعتبار از پرداخت این برات یا مطالبه نامه به سبب یک شرط کلی که بعداً اضافه گردیده مبنی بر اینکه کلیه اسناد باید مطابق میل و رضایت گشاینده اعتبار باشد، معاف نمی شود؛ اما گشاینده اعتبار می تواند مقرر نماید که اسناد مشخص شده [در اعتبار] باید مطابق میل و رضایت او باشد.

(۳) مگر اینکه به نحو دیگری توافق شده باشد، گشاینده ای که برات یا مطالبه نامه را به درستی پرداخته حق دارد فوراً بازپرداخت هر وجهی را که به موجب اعتبار پرداخت نموده بخواند؛ همچنین [در فرض قبول برات و مطالبه نامه] حق دارد بخواند حداکثر

مطالعه تطبیقی قاعده ... ❖ ۲۵۱

با آنکه بند ۱۱۴(۲) ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل قاعده تقلب را با اقتباس از رأی سزتجن بیان داشت، اما متأسفانه از این حیث ناقص بود که «نه در خود قانون تجارت متحدالشکل و نه در تفسیر رسمی آن در خصوص اینکه چه نوع تقلبی به بانک اختیار می‌دهد مطابق این بند وجه اعتبار را پردازد یا پردازد، هیچ اشاره‌ای نرفته بود».^{۲۸} بالمال، در دعاوی‌ای که ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل را اعمال کرده‌اند، چندین معیار در خصوص تقلب مطرح شده است.

۱. تقلب آشکار

اصطلاح تقلب «آشکار» در اعتبار اسنادی معمولاً از سوی محاکم استعمال نشده،^{۲۹} بلکه معیاری است که پاره‌ای از نویسندگان از آن حمایت کرده‌اند.^{۳۰} عناصر متشکله تقلب آشکار به‌طور کامل روشن و مشخص نیست، با این‌همه اصطلاح مزبور برای دلالت بر هر تخلف جدی در زمینه عملیات اعتبار اسنادی استعمال شده است. بنابر یک نظر، تقلب آشکار عبارت است از «تخلف فاحش و رسوای ذی‌نفع از تعهد ناشی از اعتبار اسنادی».^{۳۱} بنابه نظری دیگر، تقلب

تا یک روز قبل از سررسید برات یا مطالبه‌نامه قبول شده، وجه عملاً در اختیار گشاینده قرار گیرد».

28. West Virginia Housing Development Fund v. Sroka, 415 F. Supp. 1107, 1114 (1976).

با این حال، مقایسه کنید با:

Symons, *supra* note 15, at 340.

سیمونز در مقاله فوق‌الذکر می‌نویسد: «بررسی دقیق رأی سزتجن و سایر آرای پیش از تدوین قانون تجارت متحدالشکل، سیاق عبارات و ارجاعات ماده ۵-۱۱۴، و معیار پرنفوذ و همه‌گیر حسن نیت در قانون تجارت متحدالشکل - که در بند ۱-۲۰۱ (۱۹) به‌عنوان «درست‌کاری و صداقت در عمل» تعریف گردیده - آشکار می‌سازد که معیار حد وسط یعنی معیار تقلب عمدی، تفسیری صحیح از آرای صادره پیش از تدوین قانون تجارت متحدالشکل و همچنین مقررات ماده ۵ [قدیم] قانون تجارت متحدالشکل است».

29. Symons, *id.* at 346.

سیمونز در ۴ ژوئن ۱۹۷۹ جستجویی را در خصوص «تقلب آشکار» در بانک اطلاعاتی لکسیس (LEXIS) هم در بخش فدرال و هم در بخش مربوط به کلیه ایالات انجام داد. وی در بخش فدرال دو رأی، و در بخش ایالات سه رأی یافت. رک.

Symons, *id.*

نگارندگان این مقاله نیز جستجو یکسانی را در تاریخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۸ انجام دادند و در بخش فدرال و ایالات مجموعاً ده رأی یافتند. نگارندگان جستجوی دیگری را در تاریخ ۴ ژوئن ۲۰۰۲ با استفاده از کلید واژه «اعتبارات اسنادی و تقلب آشکار» در «بانک اطلاعاتی رویه قضائی فدرال و ایالتی» انجام دادند، و تنها ۱۳ مورد رأی یافت گردید.

۳۰. به‌عنوان نمونه، رک.

Harfield, *supra* note 21; Jack B. Justice, "Letters of Credit: Expectations and Frustrations (Parts 1 & 2)", 94 Banking L J 424 & 493 (1977).

31. Harfield, *id.* at 602.

با این حال، هارفیلد در همان مقاله برای تعریف تقلب «آشکار» که مورد بحث او می‌باشد، از عبارت «تقلب واقعی و عمدی» نیز استفاده کرده است. رک.

Id. at 604.

آشکار قسمی «رفتار زشت و نفرت‌انگیز است که وجدان دادگاه را آزرده خاطر می‌سازد».^{۳۲} برخی مفسرین به جای اصطلاح «تقلب آشکار» از اصطلاح «تقلب فاحش» استفاده کرده‌اند.^{۳۳} به‌طور خلاصه، طبق معیار تقلب آشکار، «صرف قصد اغفال و فریب کافی نیست، بلکه این سنگینی تقلب یا ماهیت زندگی و نفرت‌آور بودن تقلب» است که اهمیت دارد.^{۳۴}

یکی از دعاوی‌ای که در خصوص معیار تقلب آشکار بسیار از آن یاد می‌شود، دعاوی اینتراورد اینکورپوریتد به‌طرفیت بانک گیرارد تراست^{۳۵} است. دعاوی اینتراورد مربوط به اجاره یک هتل لوکس در سوییس بود. در قرارداد اجاره شرط شد که مستأجر، هر ساله اجاره بهای سال بعد را پیشاپیش بپردازد. متقاضی صدور اعتبارنامه (مستأجر) اعتبارنامه‌ای تضمینی را به‌نفع ذی‌نفع اعتبار (موجر) اخذ کرد تا بدین وسیله پرداخت پیشاپیش مال‌الاجاره را تضمین نماید. به‌موجب این اعتبارنامه تضمینی، صادرکننده اعتبارنامه تعهد کرد چنانچه اظهارنامه امضاء شده ذی‌نفع ارائه شود، دائر بر اینکه متقاضی، قسط مال‌الاجاره را طبق عقد اجاره سررسیده نپرداخته است، صادرکننده اعتبارنامه وجه براتی را که همراه اظهارنامه است، پرداخت خواهد کرد.

هنگامی که اختلاف بروز کرد و ذی‌نفع اعتبار، براتی را همراه اظهارنامه‌ای که منطبق با شروط اعتبار بود ارائه داد، متقاضی صدور اعتبارنامه کوشید مانع بانک از پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع گردد و ادعا نمود که هر چند اسناد مزبور به دلایل زیر مزور و مجعول است: (۱) از آنجا که ذی‌نفع با اعتبارنامه می‌باشد، لیکن اسناد مزبور به دلایل زیر مزور و مجعول است: (۱) از آنجا که ذی‌نفع عقد اجاره را فسخ نموده، هیچ مال‌الاجاره‌ای قابل مطالبه نمی‌باشد، درحالی‌که این نکته در اظهارنامه ذی‌نفع افشاء نشده است؛ و (۲) ذی‌نفع اساساً به‌دنبال مطالبه مال‌الاجاره نیست، بلکه به‌جای آن در پی وصول وجه التزام مقرر است.

دیوان عالی ایالت پنسیلوانیا، پس از رسیدگی اظهار داشت وقایع دعوا آنگونه که متقاضی اعتبار (خواهان) ادعا می‌کند، نیست. برعکس، دیوان مزبور رأی داد در مکاتباتی که وکلای طرفین پس از بروز اختلاف ردوبدل کرده‌اند و در یکی از نامه‌هایی که مشاور حقوقی متقاضی اعتبار به ذی‌نفع ارسال کرده، اعلام شده است «چنانچه مال‌الاجاره... به‌موقع پرداخت نشود، موکل شما... اختیار دارد وجه را از طریق قرارداد ضمان (اعتبارنامه) مطالبه کند».^{۳۶} دیوان همچنین اظهار داشت که در معامله پایه شرط شده است چنانچه متقاضی از پرداخت مال‌الاجاره

32. Symons, *supra* note 15, at 347.

33. *Id.*

34. Kerry L. Macintosh, "Letters of Credit: Dishonour When a Required Document Fails to Conform to the Section 7-507(b) Warranty", 6 J L & Commerce 1, 6 (1986).

35. *Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316 (1975).

36. *Id.* at 321.

امتناع ورزد، ذی نفع اعتبار نه تنها می‌تواند وجه اعتبار را مطالبه کند، بلکه علاوه بر آن حق دارد بلافاصله و بدون نیاز به مطلع ساختن مستأجر قرارداد اجاره را فسخ نماید. بنابه مراتب فوق، دیوان درخواست متقاضی اعتبار مبنی بر صدور دستور موقت دائر به منع از پرداخت وجه اعتبارنامه را رد کرد و استدلال نمود:

«با عنایت به قاعده بنیادین استقلال تعهد صادرکننده اعتبارنامه و با توجه به اهمیت این قاعده در به‌ثمر رسانیدن اهداف اعتبار اسنادی، به‌نظر می‌رسد صدور دستور موقت منع از پرداخت باید محدود به آن دسته از موارد تقلب شود که تخلف ذی‌نفع آنچنان اساس معامله را برهم ریزد که دیگر اهداف مشروعی که از اصل استقلال تعهد صادرکننده انتظار می‌رود، قابل تحقق نباشد. دادگاه انصاف قید و محدودیتی که برای تعهد ناشی از «ضمانت‌نامه ایجاد کرده این است که [ذی‌نفع] مجاز نیست از موقعیت خود برخلاف وجدان و به‌نحو غیرمنصفانه سوء استفاده کند و با ارائه اظهارنامه‌ای صوری که اصلاً در واقع امر پایه و اساس ندارد، پول خواهان را به جیب زده و متواری گردد».^{۳۷}

یکی از دعاوی‌ای که اصطلاح «تقلب آشکار» عیناً در آن مورد اشاره قرار گرفته، دعاوی شرکت بیمه عمر نیویورک به‌طرفیت بانک هارتفرد و شرکت تراست^{۳۸} می‌باشد. در این دعوا، خواهان با یک شرکت ساختمان‌سازی معامله‌ای با حق استرداد منعقد کرده بود که براساس آن شرکت مزبور ملتزم شد مبلغ کلانی از خواهان وام بگیرد. در این قرارداد شرط شد که چنانچه شرکت ساختمان‌سازی از دریافت وام از خواهان امتناع نماید مکلف خواهد بود مبلغی را به‌عنوان وجه التزام به خواهان بپردازد. به‌منظور تضمین اجرای این شرط، خواننده اعتبارنامه تضمینی‌ای را به‌نفع خواهان صادر کرد. تنها شرط برای مطالبه وجه این اعتبارنامه آن بود که بروات همراه اظهارنامه امضاء شده خواهان مبنی بر اینکه وجه التزام قابل مطالبه است، باشد. شرکت ساختمان‌سازی از گرفتن وام امتناع ورزید و لذا خواهان براتی را به‌همراه سند مقرر به خواننده ارائه داد، اما با این وجود، وجه اعتبارنامه پرداخت نگردید.

خواهان به‌سبب امتناع ناروا از پرداخت وجه اعتبار، علیه خواننده اقامه دعوا نمود. خواننده چندین دفاع مطرح کرد، اما هیچ‌یک از آن دفاعیات اثبات نمی‌کرد خواهان مرتکب تقلب شده است. دیوان عالی ایالت کانکتیکت با این استدلال که تقلبی در این دعوا دیده نمی‌شود، له

37. *Id.* at 324-25.

در این دعوا، قاضی به رأی زیر استناد نمود:

Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern Nat'l Bank, 356 F. Supp. 991, 999 (1973).

38. *New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.*, 378 A.2d 562 (1977).

خواهان رأی داد. در بخشی از رأی دیوان آمده است:

«فقط در موارد شاذ *تقلب آشکار* [بند ۵ - ۱۱۴ از ماده ۵ (قدیم) قانون تجارت متحدالشکل] گشاینده اعتبار مجاز است که با لحاظ کردن وقایع مذکور در این بند، به صحت یا سقم مندرجات اسنادی که برحسب ظاهر مرتب و منطبق با اعتبار است، توجه نموده و به فراتر از ظاهر اسناد نظر کند؛ *تقلب آشکار* «باید به نحو مضیق به آن دسته از موارد *تقلب محدود* شود که تخلف ذی نفع آنچنان اساس معامله را بر هم می‌ریزد که دیگر اهداف مشروعی که استقلال تعهد گشاینده اعتبار به منظور حصول آن اهداف ایجاد شده، قابل تحقق نباشد» ... با توجه به محتویات پرونده دلیلی بر ارتکاب چنین تقلبی در این دعوا دیده نمی‌شود و دادگاه [تالی] به درستی رأی داده که اسناد ارائه شده از سوی شرکت بیمه عمر نیویورک (خواهان) به طور کامل منطبق با شروط اعتبارنامه است.»^{۳۹}

دادگاه در دعوی شرکت بیمه عمر نیویورک از همان استدلال دعوی اینترآورد تبعیت کرد. از مجموع این دو رأی می‌توان استنباط کرد که براساس معیار «*تقلب آشکار*»، قاعده *تقلب* تنها در مواردی قابل اجرا است که «تخلف ذی نفع اعتبار آنچنان اساس معامله را بر هم می‌ریزد و معامله را میان تهی می‌کند که دیگر اهداف مشروعی که استقلال تعهد گشاینده اعتبار به منظور حصول آن اهداف ایجاد شده، قابل تحقق نیست» یا وجه اعتبار اسنادی مطالبه شده است حال آنکه «در واقعیت امر برای مطالبه وجه مطلقاً دلیلی وجود ندارد».

در دعوی‌ای که *تقلب آشکار* مورد اشاره قرار گرفته، قاعده *تقلب* عملاً به ندرت در آنها به مورد اجرا گذاشته شده است. شگفت اینکه معیار *تقلب آشکار* معمولاً در دعوی‌ای مذکور افتاده است که اساساً تقلبی در آن دعوا وجود نداشته تا از این موضوع که چه معیاری برای *تقلب* اعمال شود، سخن به میان آید. به عنوان مثال، در دعوی اینترآورد دادگاه به درستی درخواست صدور دستور موقت را رد کرد با این استدلال که اعتبار اسنادی دقیقاً در جهت همان منظوری که صادر شده - یعنی برای تضمین پرداخت پیشاپیش مال الاجاره و همچنین تضمین پرداخت وجه التزام - مورد استفاده قرار گرفته است. در دعوی شرکت بیمه عمر نیویورک، از آنجا که قاعده *تقلب* اساساً حتی به عنوان دفاع نیز مطرح نشد، اظهارات دادگاه در خصوص معیار *تقلب* در آن جزء بخش فرعی رأی به شمار می‌آید. بنابراین، چنانکه مشاهده می‌شود، معیار *تقلب آشکار* عملاً تبدیل به اصطلاحی شده بود که آن دسته از محاکم و مفسران به کار می‌بردند که اعتبار اسنادی

39. *Id.* at 567.

قاضی در این دعوا به رأی اینترآورد استناد نمود. رک.

Intraworld, *supra* note 35, at 324-325.

را «همچون سند طلبی می‌دانستند که هر زمان در کنار گاو صندوق بانک قابل نقد شدن است»^{۴۰}؛ این گروه از محاکم و مفسران ناگزیرند مبنایی منطقی برای وجود قاعده تقلب بشناسند، اما در عین حال از اینکه در پرداخت وجه اعتبار اسنادی به علت اعمال قاعده تقلب خللی وارد آید، بسیار گریزانند.

۲. تقلب عمدی

این اندیشه که در صورت ارتکاب تقلب عمدی استناد به قاعده تقلب ممکن می‌گردد، در دعوی ان ام سی اینترپرایز به طرفیت کلمبیا بردکستینگ سیستم اینداستریز^{۴۱} به روشنی بیان شد. در این دعوا، قرارداد پایه راجع به خرید تعداد زیادی دستگاه گیرنده رادیویی بود. جهت پرداخت ثمن، یک اعتبار اسنادی تجاری به نفع خوانده افتتاح گردید. خواهان (خریدار) درخواست نمود که جهت منع خوانده از ارائه اسناد برای مطالبه وجه اعتبار یا منع او از معامله (تنزیل) برواتی که به موجب اعتبار اسنادی صادر شده است، دستور موقت مقدماتی صادر گردد.

اظهارنامه توأم با سوگند رئیس شرکت خواهان دال بر آن بود که مشخصات عملکرد فنی گیرنده‌های رادیویی موضوع قرارداد به نحو قابل توجهی نازل تر از مشخصات و اوصاف مذکور در بروشورهایی است که عقد بر مبنای آن منعقد شده و داعی اصلی برای انعقاد قرارداد بوده است. این ادعاها در آزمایشگاه مورد آزمون قرار گرفت و تأیید گردید. یکی از نکات ظریف این دعوا آن بود که ادعا می‌شد یکی از مدیران ذی‌نفع اعتبار (فروشنده) اعتراف کرده فروشنده پیش از انعقاد قرارداد از عدم مطابقت کالا با اوصاف و مشخصات مقرر اطلاع داشت.

دیوان عالی نیویورک با آنکه تأییدکرد مسائل راجع به کیفیت یا وضعیت کالا نمی‌تواند مبنایی برای درخواست دستور موقت باشد، مع‌هذا دستور موقت تقاضا را صادر نمود و اظهار داشت:

«در موردی که پای هیچ شخص ثالث با حسن نیتی به عملیات باز نشده و اسناد یا معامله پایه مشوب و ملوث به تقلب عمدی باشد، بانک ملزم نخواهد بود وجه برات را پرداخت نماید، هر چند اسناد بر حسب ظاهرشان منطبق با شروط اعتبار باشد ... و دادگاه می‌تواند دستور موقت دائر بر منع پرداخت صادر کند».^{۴۲}

40. Justice, *supra* note 30, at Pt 1, 424.

41. NMC Enterprises Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc., 14 UCC Rep. Serv. 1427 (1974).

42. *Id.*

با غرض عین از وقایع موضوعی دعوا، عبارت مذکور دارای استدلال خوب و مناسبی است. مع‌هذا، با ملحوظ نمودن وقایع موضوعی دعوا و محتویات پرونده، نتیجه نهایی دعوا مایوس‌کننده است؛ زیرا «به نظر می‌رسد اختلاف بین خریدار و ذی‌نفع اعتبار یک دعوی سنتی مربوط به نقض تعهد تضمین صحت و سلامت مبیع بوده است، و پرواضح است که در چنین موردی

دعوی دیگری که غالباً به عنوان دعوی شناخته می شود که معیار تقلب عمدی در آن به کار رفته است، دعوی شرکت امریکن بل اینترنشنال به طرفیت جمهوری اسلامی ایران^{۴۳} می باشد. در این دعوا، امریکن بل اینترنشنال (از این به بعد بل نامیده می شود) با وزارت جنگ حکومت شاهنشاهی ایران (از این به بعد حکومت شاهنشاهی نامیده می شود) قراردادی منعقد کرده بود که به موجب آن بل متعهد شد به حکومت شاهنشاهی خدمات مشاوره‌ای ارائه داده و برای آن تجهیزات مخابراتی فراهم آورد. حکومت شاهنشاهی مبلغی را پیش پرداخت نمود و مطابق قرارداد مقرر شد به نسبت کاری که انجام می شود تعهد بل به استرداد این پیش پرداخت کاهش یابد. به منظور تضمین استرداد پیش پرداخت [در صورت عدم اتمام کار] حکومت شاهنشاهی از بل درخواست کرد که ضمانت‌نامه‌ای بانکی تهیه و ارائه دهد که این ضمانت‌نامه از سوی بانک ایرانشهر صادر گردید. ضمانت‌نامه بانکی مزبور از طریق یک اعتبارنامه تضمینی که از سوی شرکت مانیوفاکچورز هانور تراست صادر گردید، تضمین متقابل شد. مطالبه وجه این اعتبارنامه تضمینی منوط بر آن بود که بانک ایرانشهر اظهارنامه‌ای ارائه دهد مبنی بر اینکه حکومت شاهنشاهی وجه ضمانت‌نامه [اصلی] را از بانک ایرانشهر مطالبه کرده است.

پس از مدتی، حکومت شاهنشاهی در ایران سقوط کرد و دولت جمهوری اسلامی جانشین آن شد و بانک ایرانشهر جهت استرداد تنه پیش پرداخت، وجه اعتبارنامه تضمینی را مطالبه نمود. بل در دیوان عالی ایالت نیویورک اقامه دعوا کرد و تقاضای صدور دستور موقت مقدماتی دائر بر منع پرداخت نمود و از جمله ادعا کرد که مطالبه وجه اعتبارنامه متقابلانه می باشد، زیرا حکومت سابق و حکومت جدید ایران هر دو از قرارداد پایه تخلف ورزیده‌اند، اما با وجود این حکومت جدید جمهوری اسلامی به بانک ایرانشهر دستور داده که وجه اعتبارنامه تضمینی را مطالبه کند، لذا دولت ایران در معامله‌ای ادعای حق می نماید که خود از آن به جهات دیگری تخلف نموده است. قاضی مک‌موهان با رد استدلال بل اظهار داشت:

«حتی اگر ما این نظر را بپذیریم که یقیناً دلیلی دال بر تخلف از قرارداد وجود دارد، باز خواهان از اثبات نوعی سوء نیت و قصد شرارت که برای احراز تقلب لازم و ضروری است، ناتوان است. مطمئناً خواهان نمی تواند ادعا کند هر شخصی که قرارداد خود را نقض می کند یا پیش‌بینی می شود در آینده از اجرای قرارداد استنکاف ورزد، به صرف نقض قرارداد یا استنکاف از اجرای آن

دستور موقت منع پرداخت نایست صادر شود». رک.

Justice, *supra* note 30, at pt. 2, 502-503.

43. American Bell International v. Islamic Republic of Iran, 474 F. Supp. 420 (1979).

برای مطالعه‌ای خاص در مورد این دعوا، رک.

Patrick C. Reed, "A Reconsideration Of American Bell International Inc. v. Islamic Republic Of Iran", 19 Columbia J Trans'l L 301 (1981).

مطالعه تطبیقی قاعده ... ❖ ۲۵۷

در آینده مرتکب تقلب شده است ... ادله ارائه شده ذوجهین و دو پهلو است، بدین معنا که مشخص نیست آیا تخلف از قرارداد که ادعا می‌شود، ناشی از محاسبات اقتصادی غیرمتقالبانه است یا ناشی از قصد فریب و تقلب نسبت به بل ... از دلایلی که در پرونده مضبوط است چنین فهمیده می‌شود که حکومت [ایران] برای استرداد پیش‌پرداختی که پرداخت نموده، تصمیمی اخذ نموده که از حیث اقتصادی منطقی است و از آن تقلب قابل استنباط نیست ...»^{۴۴}.

به نظر می‌رسد که معیار تقلب عمدی مستلزم ارتکاب تدلیسی است که عالماً و عامداً یا مسامحتاً صورت می‌گیرد به قصد اینکه شخص دیگری را اغواء کند که به آن واقعیت قلب شده اعتماد و اتکاء نماید. بنابراین، معیار تقلب عمدی همانند مفهومی که تقلب در کامن لا دارد، نیازمند عناصر زیر است:

(۱) توصیف کذب از واقعیت (قلب واقعیت)؛

(۲) علم یا ظن قوی از سوی متقلب؛ و

(۳) قصد ترغیب غیر به انجام کاری یا خودداری او از انجام کاری با اعتماد بر آن واقعیت قلب شده.^{۴۵} اگر دعاوی تقلب به مفهوم کامن لایی را معادل و یکسان با دعاوی تقلب عمدی بدانیم، در این صورت شمار دعاوی‌ای که براساس معیار تقلب عمدی رسیدگی شده‌اند، فراوان خواهد بود.^{۴۶}

یکی از شرایط سنگینی که جهت اعمال معیار تقلب عمدی/تقلب در مفهوم کامن لایی (اگر این دو را یکسان تلقی کنیم) لازم است، اثبات عمد یا قصد اغفال و فریب متقلب است، شرطی که احراز آن «بسیار دشوار» می‌باشد.^{۴۷} این سنگینی بار اثبات بویژه در فرض اعتبار اسنادی تضمینی‌ای که جهت مطالبه وجه اعتبارنامه اسناد کمی لازم است، به‌نحو نمایان‌تری

44. 474 F. Supp. 420, 425 (1979).

45. Derry v. Peek, 14 App. Cas. 337, 347, (1889) (Lord Herschell).

46. گفته شده است که «با اثبات عناصر تقلب به مفهوم کامن لایی، می‌توان تقلب عمدی را به اثبات رساند». رک. Aetna Life & Casualty Co. v. Huntington National Bank, 934 F.2d 695, 698 (1991).

در ۴ ژوئن ۲۰۰۲، یعنی همان روزی که جستجو درباره «تقلب آشکار» انجام گرفت، نگارندگان همچنین در بانک اطلاعاتی موصوف سایر معیارهای تقلب را که در اینجا مورد بحث واقع شده، با استفاده از عبارات زیر جستجو نمودند: «اعتبارات اسنادی و تقلب عمدی»، «اعتبارات اسنادی و تقلب در معنای کامن لا»، «اعتبارات اسنادی و تقلب خاص اعتبار اسنادی»، «اعتبارات اسنادی و تقلب قابل انعطاف»، و «اعتبارات اسنادی و تقلب حکمی»، و به ترتیب تعداد ۶۱، ۲۸۴، ۴۲، ۸ و ۹۳ مورد رأی یافت گردید. اگرچه این اعداد و ارقام لزوماً نمی‌تواند نشان دهد که دادگاهها واقعاً چه معیارهای تقلبی را در آرای مزبور اعمال نموده‌اند، و تنها نشان‌دهنده فراوانی و دفعاتی که دادگاهها این اصطلاحات را در مباحثشان به کار برده‌اند؛ معالوصف این اعداد و ارقام می‌تواند نمایانگر آن باشد که دادگاهها در ایالات متحده چه نوع اصطلاحات و معیارهایی را در این زمینه احتمالاً بیشتر به کار می‌برند.

47. Ross P. Buckley, "The 1993 Revision of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits", 6 J. Banking & Finance L. & Practice 77, 97, note 278 (1995).

دیده می‌شود. به‌هرحال، اگر عمد متقلب را بتوان به اثبات رساند، به‌نظر نمی‌رسد معیار تقلب عمدی به اندازه معیار تقلب آشکار صعب‌الحصول و دشوار باشد. از این‌رو است که در دعوای ان ام سی اینتروپریز قاعده تقلب اعمال گردید، زیرا دادگاه قانع شد که خریدار ثابت نموده فروشنده از کیفیت نازل کالا اطلاع داشته، اما باوجود این خریدار را ترغیب به انعقاد قرارداد نموده و در این حالت وجه اعتبار اسنادی را مطالبه کرده است.^{۴۸}

با توجه به اینکه هدف قاعده تقلب آن است که مانع شود ذی‌نفع‌های دغل و نادرست از مکانیسم اعتبار اسنادی سوءاستفاده کنند، می‌توان گفت معیار تقلب عمدی معیاری مناسب برای این مقصود است، هر چند اصطلاح عمد اصطلاحی کلی و کش‌دار است و به‌روشنی نمی‌تواند خصایص و مختصات اعتبارات اسنادی را نشان دهد.

۳. تقلب خاص اعتبار اسنادی

مفهوم «تقلب خاص اعتبار اسنادی» در دعوای شرکت ام‌ری - واترهوس به‌طرفیت بانک رود آیلند هاسپیتال تراست نشنال^{۴۹} جعل گردید. این دعوا مربوط به یک اعتبار اسنادی متقابل بود. در دعوای شرکت ام‌ری - واترهوس، بانک هاسپیتال تراست نشنال منابع مالی لازم را برای کسب و کار شرکت فرانکلین که یک واردکننده اجاق بخاری بود، با دادن وام تأمین می‌کرد. شرکت فرانکلین به‌منظور دادن وثیقه در قبال این وام‌ها، حق وصول مطالباتی را که این شرکت از مشتریان خود داشت به بانک هاسپیتال تراست نشنال اعطاء نمود. این مطالبات خود از طریق اعتبارات اسنادی تضمینی‌ای که بانک‌های مشتریان فرانکلین به‌نفع فرانکلین صادر کردند، تضمین مجدد گردید. ام‌ری - واترهوس که یکی از مشتریان فرانکلین بود با بانک طرف حساب خود یعنی بانک فرست نشنال بستون توافق نمود که جهت تضمین پرداخت ثمن کالاهایی که ام‌ری از فرانکلین خریداری می‌کند، اعتبارنامه‌ای تضمینی به‌نفع فرانکلین صادر کند. اعتبارنامه تضمینی مقرر می‌داشت که فرانکلین برای مطالبه وجه اعتبار مکلف است اظهارنامه‌ای امضاء شده به بانک فرست نشنال بستون ارائه دهد مبنی بر اینکه «به‌علت عدم پرداخت مبلغ صورت‌حساب‌های تجاری در موعد مقرر از سوی شرکت ام‌ری - واترهوس وجه بروات قابل مطالبه است؛ مبنی بر اینکه مطالبه وجه از ام‌ری - واترهوس صورت گرفته است؛ و مبنی بر اینکه وجه از

۴۸. در دعوای ان ام سی اینتروپریز، اگر وجود قصد اغفال و فریب نزد ذی‌نفع اثبات نشده بود، به‌حق می‌توانستیم این دعوا را مصداقی از «مسئله نقض تعهد صحت و سلامت مبیع» به شمار آوریم. در این باره رک.

Report of the Task Force on the Study of UCC Article 5, "An Examination of UCC Article 5 (Letters of Credit)", 45 Business L. 1521, 1614 (1990) (Task Force Report).

49. Emery-Waterhouse Co. v. Rhode Island Hospital Trust National Bank, 757 F.2d 399 (1985).

سوی شرکت امری- واترهوس یا هر منبع دیگری پرداخت نشده است».^{۵۰}

هنگامی که فرانکلین ورشکسته اعلام شد، اداره شرکت فرانکلین در اختیار بانک هاسپیتال تراست نشنال قرار گرفت و لذا این بانک، شخصی به نام دونلی را استخدام کرد و از او خواست که وجه اعتبارنامه‌هایی را که در آنها فرانکلین به‌عنوان ذی‌نفع تعیین شده و به بانک هاسپیتال تراست نشنال واگذار شده بود، مطالبه نماید. دونلی سه فقره برات به‌همراه اسنادی که برحسب ظاهر با شروط اعتبار مطابق بود به بانک فرست نشنال بستون ارائه داد. بانک فرست نشنال بستون وجه دو فقره از برات‌ها را فوراً پرداخت، اما برات سوم را نزد خود نگاه داشت و موقوف را به شرکت امری- واترهوس (متقاضی صدور اعتبارنامه) اطلاع داد. شرکت امری- واترهوس، هم به شرکت فرانکلین و هم به بانک هاسپیتال تراست نشنال اعلام کرد که به ایشان بدهی ندارد. تحقیقاتی که از سوی خود بانک هاسپیتال تراست نشنال صورت گرفت نیز به همین نتیجه رسید که امری- واترهوس بدهی‌ای ندارد. دونلی به بانک هاسپیتال تراست نشنال اعلام داشت که مطالبه وجه اعتبارنامه از حساب شرکت امری- واترهوس در چنین موردی مطالبه‌ای نادرست است. با وجود این، بانک هاسپیتال تراست نشنال همچنان بر مطالبه وجه براتی که روی اعتبارنامه صادر شده بود، پافشاری کرد و از استرداد وجه دو براتی که قبلاً دریافت کرده بود، امتناع ورزید.

شرکت امری- واترهوس برای مطالبه وجوه پرداخت شده اقامه دعوا نمود و مدعی شد که هیچ بدهی‌ای به فرانکلین و منتقل‌الیه طلب ادعایی یعنی بانک هاسپیتال تراست نشنال ندارد و لذا مطالبه وجه اعتبارنامه از سوی بانک هاسپیتال تراست نشنال مطالبه‌ای متقلبانه است. دادگاه بدوی ادعای خواهان را مقرون به صحت دانست و رأی به پرداخت خسارات تنبیهی به‌نفع خواهان صادر نمود. بانک هاسپیتال تراست نشنال پژوهش خواست. دادگاه پژوهش حوزه قضائی یکم ایالات متحده ضمن تأیید رأی دادگاه نخستین، اظهار داشت:

«بانک هاسپیتال تراست نشنال استدلال می‌کند که حتی اگر ادله مضبوط در پرونده وجود سند «مزور» یا «تقلب در معامله» را به اثبات رساند، دادگاه مکلف است وجود این سند مجعول یا تقلب را نادیده انگارد، چرا که در خصوص اتهام جداگانه ارتکاب تقلب به‌مفهوم کامن‌لا که امری- واترهوس، بانک هاسپیتال تراست نشنال را بدان متهم کرده بود، هیئت منصفه بانک مزبور را مسئول نشناخته است. مع‌ذلک، به‌نحو قابل‌توجهی فرق است بین عناصر متشکله «تقلب به‌مفهوم کامن‌لا» که امری- واترهوس، آن را به‌عنوان اتهام علیه بانک هاسپیتال تراست نشنال مطرح نموده، با اجزای متشکله تقلب در اعتبار اسنادی که به‌عنوان یک استثناء

50. *Id.* at 402.

(ایراد) در قانون وضع شده است. حتی اگر ما بپذیریم که تقلب به مفهوم کامن لا و استثنای قانونی تقلب در اعتبار اسنادی هر دو مستلزم اثبات اظهار «کذب و خلاف واقع» است، باز دعوای تقلب به مفهوم کامن لا که امری-واترهوس به عنوان اتهام علیه بانک مزبور مطرح کرده، علاوه بر آن نیازمند اثبات این شرط است که امری-واترهوس «به نحو موجهی» به اظهار خلاف واقع و کذب «اتکاء و اعتماد» نموده است... علی‌هذا، رد اتهام تقلب به مفهوم کامن لا از سوی هیئت منصفه، به این معنا نیست که تقلب در اعتبار اسنادی که به عنوان یک استثناء در قانون آمده قابل انتساب به بانک خوانده نباشد. در واقع، هیئت منصفه از آنجا که شرط «اتکاء و اعتماد به اظهار کذب» را که یکی از پیش شرط‌های جرم تقلب (کلاهبرداری) در مفهوم کامن لا است محرز ندانسته، بانک خوانده را از آن اتهام مبری دانسته است.⁵¹

دعوای فوق یکی از مهمترین دعوای در روند شکل‌گیری مفهوم تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی به‌شمار می‌رود. واضح است که در این دعوا، ذی‌نفع وجه اعتبارنامه را در حالی مطالبه کرد که «در واقعیت امر مطلقاً هیچ مبنایی برای مطالبه وجود نداشت»، اما با این‌همه دادگاه در رأی اصطلاح «تقلب آشکار» یا اصطلاحات مشابه آن را به کار نبرد؛ اصطلاحاتی که مسلماً نشانگر یک نگرش بیش از حد خشک و غیرقابل انعطاف نسبت به موضوع تقلب می‌باشند. با آنکه ذی‌نفع عالمأ و عامداً و بدون علت مشروع وجه اعتبار اسنادی را مطالبه کرد، باز دادگاه اصطلاح «تقلب عمدی» را نیز به کار نگرفت. دادگاه به جای این اصطلاحات، صلاح‌دید عبارت «تقلب در اعتبار اسنادی که به عنوان یک استثناء در قانون وضع شده است» را استعمال کند؛ عبارتی مناسب که به نیکی مختصات و ویژگی‌های اعتبارات اسنادی را برمی‌تاباند، لذا این رأی را می‌توان به عنوان رأیی به‌شمار آورد که فصلی نو در روند شکل‌گیری معیار تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی گشود.

۴. معیار قابل انعطاف

اصطلاح «معیار قابل انعطاف» برای تقلب در دعوای بانک یونایتد لیمیتد به طرفیت شرکت کالای ورزشی کمبریج⁵² به کار گرفته شد. مطابق این دعوا، شرکت کمبریج برای خرید دستکش‌های ورزش بوکس قراردادی را با شرکت پاکستانی داک منعقد کرده بود. شرکت داک (فروشنده) با بانک پاکستانی یونایتد لیمیتد و یک بانک پاکستانی دیگر به توافق رسید که این دو بانک منابع مالی لازم برای تولید کالاهای موضوع قرارداد را به صورت وام در اختیار داک

51. *Id.* at 405.

52. *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 392 N.Y.S.2nd 265 (1976).

(فروشنده) قرار دهند. دو بانک پاکستانی تأمین کننده منابع مالی از شرکت کمبریج (خریدار) خواستند که ثمن معامله را از طریق گشایش یک اعتبار اسنادی غیرقابل فسخ نزد بانکی که خریدار با آن طرف حساب بود، یعنی شرکت مانیوفکچرز هانور تراست (گشاینده اعتبار) پرداخت نماید. شرکت مانیوفکچرز هانور تراست اعتبار اسنادی را افتتاح کرد. با رسیدن محموله‌ها به مقصد، پس از بازرسی آنها معلوم شد که شرکت داک (فروشنده) «به جای دستکش‌های نوبی که مورد سفارش بود، محموله‌هایی حاوی دستکش کهنه، فاقد لایی، پاره و جرخورده و لکه گرفته ارسال نموده است».^{۵۳} شرکت کمبریج (خریدار) علیه شرکت داک (فروشنده و ذی‌نفع اعتبار) مبادرت به اقامه دعوا نمود و شرکت مانیوفکچرز هانور تراست (گشاینده اعتبار) را نیز به دادرسی جلب کرد، و دستور موقت مقدماتی دائر بر منع گشاینده اعتبار از پرداخت وجه برواتی که روی اعتبار اسنادی صادر گشته بود، تحصیل نمود و متعاقب آن وجوه موضوع اعتبار اسنادی را توقیف کرد.

دو بانک پاکستانی تأمین کننده منابع مالی به منظور رفع اثر از توقیف مبلغ اعتبار اسنادی و دریافت مبلغ برواتی که روی اعتبار صادر شده و به آنها انتقال یافته بود، اقامه دعوا کردند و مدعی شدند که دارنده ثالث با حسن نیت بروات می‌باشند و لذا قطع نظر از هرگونه دفاع و ایرادی که می‌توان علیه ذی‌نفع اعتبار (شرکت داک) مطرح ساخت، ایشان محق هستند که وجه بروات را مطالبه نمایند. دادگاه پژوهش نیویورک با رد خواسته خواهان‌ها، اظهار داشت:

«لازم به تذکر است که تدوین کنندگان بند ۵-۱۱۴ [قانون تجارت متحدالشکل] با اقتباس احکام مقرر در رأی سزجن و با استعمال اصطلاح «تقلب در معامله»، قصد داشته‌اند از پذیرش یک رویکرد جزمی و غیرقابل اجتناب پرهیز کنند و به جای آن معیار قابل/نعطافی را در خصوص تقلب برگزینند که برحسب اقتضای اوضاع و احوال هر مورد اعمال گردد. به دشواری می‌توان بین دعاوی مربوط به تخلف از تعهد صحت و سلامت مبیع (با اختلاف نظر متباین در خصوص کیفیت کالا)، و دعاوی مربوط به ارتکاب تقلب صریح و مسلم از جانب بایع، مرز قاطعی ترسیم کرد. مع‌ذلک، از این حیث که شرکت کمبریج (خریدار) ثابت نموده داک در ارسال محموله مرتکب تقلب شده و نه تنها کالای غیرمنطبق با اوصاف مقرر در قرارداد فرستاده، بلکه بخشی از محموله حاوی دستکش‌های فاقد ارزش و آشغال است، می‌توان گفت این دعوا تاحدی مشابه دعاوی سزجن است».^{۵۴}

همانطور که دادگاه نیز متذکر شده، وقایع موضوعی این دعوا شبیه دعوی سزجن است.

53. *Id.* at 268.

54. *Id.* at 271.

می‌توان گفت که دادگاه در دعوی شرکت کالای ورزشی کمبریج با حمایت از «معیار قابل انعطاف» در واقع، خود «رویکردی جزمی» در قبال موضوع تقلب در اعتبارات اسنادی اتخاذ کرده است. مع الوصف، در این دعوا دادگاه گستره و قلمرو انعطاف‌پذیری را تشریح می‌نماید: جایگاه تقلب جایی بین «تخلف از تعهد صحت و سلامت مبیع... و عمل متقلبانه صریح و مسلم» قرار دارد.^{۵۵} در یک‌سوی این ریسمان، اگر صرفاً تعهد صحت و سلامت مبیع نقض شود، قاعده تقلب قابل استناد و اعمال نخواهد بود، در سوی دیگر این ریسمان، چنانچه وجود «عمل متقلبانه صریح و مسلم» اثبات شود، قاعده تقلب قطعاً قابل اعمال خواهد بود. با توجه به این خطوط راهنما، معیار تقلب مورد بحث نیازمند ارتکاب چنان تقلبی از سوی ذی‌نفع است که خطرناک‌تر از صرف نقض تعهد صحت و سلامت مبیع باشد.

این رأی، رأیی پسندیده و درخور ستایش است و معیار تقلبی که در آن پذیرفته شده معیاری مناسب می‌باشد مشروط بر اینکه بتوان به موقع اجرا گذاشت؛ چرا که این معیار دقیقاً همسو و منطبق با فلسفه قاعده تقلب است: هدف این قاعده متوقف ساختن تقلب در عملیات اعتبار اسنادی است بی‌آنکه در دام اختلافات قراردادی صرف گرفتار آییم. مع الوصف، نظر به اینکه معیار مزبور، معیار «قابل انعطاف» لقب گرفته است، چه بسا در معرض سوء تفاسیر قرار گیرد و در عمل به نحو نادرست و غیرقابل پیش‌بینی اعمال شود.^{۵۶}

۵. تقلب حکمی

معیار تقلب حکمی در دعوی شرکت دینامیکس امریکا به طرفیت بانک سیتیزنز و سورزن نشنال^{۵۷} مطرح شد. در این دعوا، شرکت دینامیکس امریکا (خواهان) و دولت هندوستان قراردادی با یکدیگر منعقد نمودند که به موجب آن شرکت مزبور توافق کرد تجهیزات نظامی به دولت هند بفروشد. خواهان به‌علاوه توافق نمود که از بانک خوانده تقاضا کند اعتبارنامه‌ای تضمینی به‌نفع خریدار صادر نماید. براساس این اعتبارنامه مقرر شد چنانچه دولت هند (ذی‌نفع

۵۵. در این باره رک.

"Letters of Credit: Injunction As a Remedy for Fraud in UCC Section 5-114", 63 Minnesota L Rev 487, 500, (1979).

۵۶. کمیته تحقیق خاطر نشان نموده «بیشتر آرای که از معیار قابل انعطاف حمایت کرده‌اند، در عین حال، بر اثبات تخلف خطرناکی معادل ارسال محموله حاوی آشغال و زباله، نیز تأکید نموده‌اند». رک.

Task Force Report, *supra* note 48, 1614.

مع‌ذک، این نتیجه ممکن است متأثر از این واقعیت بوده که ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل در خصوص معیار تقلب ساکت بود. هرگاه از «معیار قابل انعطاف» سخن رفته، این معیار همراه با وقایع دعوی شرکت کالای ورزشی کمبریج مورد بحث و تفسیر قرار گرفته است. چنانچه اصطلاح «معیار قابل انعطاف» در قانون به کار رفته بود، و محاکم آن معیار را بدون نیاز به ملحوظ نمودن وقایع دعوی شرکت کالای ورزشی کمبریج اعمال می‌کردند، وضعیت چه بسا متفاوت بود.

57. Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank, 356 F. Supp. 991 (1973).

اعتبار) گواهی‌ای کلی ارائه دهد مبنی بر اینکه شرکت دینامیکس امریکا (فروشنده) بعضی از تعهدات ناشی از معامله پایه را ایفاء نکرده، صادرکننده اعتبارنامه متعهد است وجه بروات صادره توسط دولت هند را که همراه گواهی مزبور است، بپردازد.

درحالی‌که اجرای بخشی از تعهدات قرارداد پایه هنوز ناتمام مانده بود، بین هند و پاکستان آتش جنگ شعله‌ور شد. دولت وقت ایالات متحده امریکا رسماً فروش و عرضه تجهیزات نظامی به این منطقه را ممنوع اعلام کرد و در نتیجه تحویل محموله‌های بعدی تجهیزات موضوع قرارداد غیرممکن گردید. متعاقب این امر، دولت هند از پرداخت ثمن بخشی از تجهیزاتی که قبلاً تسلیم شده بود، خودداری کرد و براتی را به‌همراه گواهی‌ای که برحسب ظاهر مطابق شروط اعتبارنامه تضمینی بود جهت مطالبه وجه اعتبارنامه مزبور ارائه داد. خواهان دادخواستی تقدیم کرد و درخواست نمود دستور موقتی دائر بر منع صادرکننده اعتبارنامه از پرداخت وجه برات صادر شود و ادعا نمود گواهی‌ای که دولت هند ارائه داده مزورانه است، از این حیث که خواهان واقعاً تعهدات ناشی از قرارداد پایه را ایفاء نموده است. دادگاه حوزه قضائی جورجیای جنوبی امریکا دستور موقت صادر نمود و اظهار داشت:

«حقوق مربوط به «تقلب» حقوقی ایستا و لایتغیر نیست. محاکم، طی سال‌ها، مفهوم تقلب را با ماهیت متغیری که معاملات تجاری در جامعه ما دارا است، انطباق و سازش داده‌اند... در دعوایی که صدور ضمانت اجرای مبتنی بر قواعد انصاف تقاضا می‌شود - از قبیل دعوای حاضر - لازم نیست خواهان تمام عناصر تقلب را آن‌گونه که در دعوای مطالبه خسارات مالی لازم است، به اثبات رساند. تقلب در قلمرو انصاف معنایی بسیار وسیع دارد و از نظر قواعد انصاف قصد فریب و اغفال یا قصد قلب واقعیت و تدلیس عنصری لازم برای اثبات تقلب نمی‌باشد. در واقع از نظر دادگاه انصاف تقلب به درستی شامل هر نوع فعل، ترک فعل و پنهان‌کاری است که متضمن نقض یک تکلیف قانونی یا منصفانه، نقض امانت، یا نقض اعتماد مشروع می‌باشد و در اثر آن به دیگری زیان می‌رسد، یا در اثر آن یک امتیاز و سود ناروا و خلاف وجدان از دیگری تحصیل می‌گردد».^{۵۸}

58. *Id.* at 998-99.

قاضی در این دعوا به رأی زیر استناد نمود:

SEC v. Capital Gains Research Bureau Inc., 375 U.S. 180, 193-94 (1963).

به دلیل اظهارات فوق‌الذکر است که هرگاه از معیار «تقلب حکمی» سخن به میان می‌آید، غالباً به دعوای شرکت دینامیکس اشاره می‌شود. برای نمونه رک.

Fellinger, *supra* note 4, at 13; Ho Peng Kee, "The Fraud Rule in Letters of Credit Transactions", in (Christine Chinkin ed.), Current Problems of International Trade Financing 235, 246 (1983).

همچنین هنگامی که در اعتبارات اسنادی از «نقض عادی قرارداد» سخن به میان می‌آید، غالباً به این دعوا استناد می‌شود. به‌عنوان نمونه رک.

براساس این رأی، هر نوع رفتار ذی‌نفع که تکلیفی را نقض نماید - حتی اگر این تکلیف، تکلیف منصفانه (اخلاقی) باشد نه قانونی - می‌تواند منجر به اعمال قاعده تقلب گردد. این معیار تقلب، بی‌تردید بسیار سهل‌الوصول است و ویژگی‌ها و ماهیت معامله اعتبار اسنادی را نادیده می‌گیرد، معامله‌ای تجاری که معمولاً بین اشخاص با تجربه‌ای که می‌توانند و باید از منافع خود مراقبت کنند، منعقد می‌شود.

اگر معیار تقلب بسیار سهل‌الوصول تعیین شود - آن گونه که در دعوی حاضر چنین است - ممکن است باعث سوءاستفاده متقاضی اعتبار از قاعده تقلب شود. وسوسه سوءاستفاده همواره موجود است: «هنگامی که شخصی می‌خواهد از پرداخت طرفه رود، تقلب تقریباً یگانه دفاعی است که عملاً در اختیار او است».^{۵۹} در عالم تجارت، تقریباً علل بی‌حد و حصری وجود دارد که می‌تواند معامله متقاضی اعتبار با ذی‌نفع اعتبار را به هم بریزد. در این هنگام است که متقاضی اعتبار وسوسه می‌شود برای گریختن از معامله اصلی به هر وسیله‌ای متوسل شود. سوءاستفاده از قاعده تقلب ممکن است یکی از گزینه‌های او باشد. امکان این سوءاستفاده نه تنها ذاتی اعتبار اسنادی است، بلکه علائم و نشانه‌های این سوءاستفاده نیز قبلاً نمایان شده است. همان‌طور که برترامس خاطر نشان می‌نماید:

« طی سالهای گذشته، حجم عظیمی از رویه قضائی در خصوص مسئله تقلب در اعتبارات اسنادی شکل گرفته است ... طبیعی است هنگامی که متقاضی اعتبار خطر مطالبه وجه را تشخیص داد، ادعا نماید مطالبه وجه اعتبارنامه در آن مورد واقعاً متقلبانه است. بنابراین،

United Trading Co. v. Allied Arab Bank 1985(2) Lloyd's Rep. 554, 561 (Ackner LJ).

مع‌الوصف، شایان ذکر است با توجه به اینکه در رأی شرکت دینامیکس دادگاه همچنین اظهار داشت که «دادگاه تکلیف خود را در خصوص این دعوا فقط این می‌داند تضمین کند دولت هند [ذی‌نفع اعتبار] اجازه نیابد از وضعیت برخلاف وجدان بهره‌برداری سوء نماید، و پول خواهان را با دادن یک/اعلامیه صوری که در واقعیت امر هیچ مبنایی ندارد، برنارد و ببرد»، یعنی عبارتی را به‌کاربرد که در بیشتر آرای مربوط به «تقلب آشکار» آمده است، لذا رأی شرکت دینامیکس گاهی در زمره آرای طبقه‌بندی می‌گردد که از معیار «تقلب آشکار» دفاع نموده‌اند. در این باره رک.

Symons, *supra* note 15, at 373-374.

59. R. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* 257 (2d ed. 1996).

عدم مشروعیت معامله را می‌توان به‌عنوان دفاع دیگری در این خصوص برشمرد، اما دعوی راجع به آن بسیار نادر است. برای دیدن یکی از آرای راجع به این دفاع برای نمونه رک.

United City Merchants v. Royal Bank of Canada, 1979(1) Lloyd's Rep. 267; 1981(1) Lloyd's Rep. 604; 1983 A.C. 168.

برای مطالعه درباره دفاع عدم مشروعیت معامله رک.

McLaughlin, *supra* note 2.

در استرالیا، متأسفانه از زمان صدور رأی شرکت الکس فکاس (با مسئولیت محدود) به‌طرفیت شرکت اسکودا اکسپورت (۱۹۹۶) دفاع دیگری نیز تحت عنوان رفتار خلاف وجدان در چارچوب ماده ۵۱ الف قانون عرف و عادات تجاری مصوب ۱۹۷۴ ایجاد گردیده است. برای دیدن بحث راجع به رأی شرکت الکس فکاس بنگرید به زیرنویس‌های شماره ۱۲۰ - ۱۲۵ و متن همراه آنها.

❖ ۲۶۵ مطالعه تطبیقی قاعده ...

به منظور جلوگیری از پرداخت وجه، مبادرت به اقامه دعوا می‌کند و البته چندان فرقی نمی‌کند که متقاضی به اینکه مطالبه وجه کاملاً ناموجه است صادقانه یقین داشته باشد یا صرفاً ظن و گمان برد.^{۶۰}

چنانچه معیار تقلب بسیار سهل الوصول تعیین شود، طوری که قاعده تقلب مورد سوءاستفاده قرار گیرد و هر دم بتوان پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف ساخت، فواید و کارکردهای تجاری‌ای که جزء ذاتی مکانیسم اعتبارات اسنادی است، همچون پرداخت فوری، توزیع خطرات و انتقال دادگاه صالح از کشور خریدار به کشور فروشنده از بین خواهدرفت و در نهایت قابلیت اعتماد و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی سست خواهدگردید. براساس مراتب فوق، از پذیرش معیار تقلب حکمی باید دوری گزید.

۶. خلاصه

چنانکه در خلال مباحث گذشته دیدیم، آرای مربوط به ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل به مسئله مفهوم یا معیار تقلب پاسخ منسجم و هماهنگی نمی‌دهد. از آنجا که ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل در خصوص اینکه چه نوع تقلبی، استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد ساکت بود، تقریباً تمامی دعاوی مربوط به تقلب در اعتبار اسنادی که براساس ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، به رأی سزتجن به‌عنوان یک منبع معتبر، استناد جسته‌اند. لذا، جای شگفتی نیست اگر می‌بینیم معیارهای تقلبی که دادگاهها در این دعاوی برگزیده‌اند به همان اندازه متنوع است که نظرات در خصوص موضعی که در رأی سزتجن اختیار شده، این اختلاف نظرات را پیش از این در بحث از دعوای سزتجن بررسی نمودیم. بعضی محاکم به رویکردی مضیق و محدود وفادار ماندند و معیار تقلب آشکار را برگزیدند، حال آنکه بعضی دیگر از محاکم که آماده بودند رویکردی بسیار متفاوت را بپذیرند، معیار تقلب حکمی را اختیار کردند. اما در این میان، سایر دادگاهها جایی بین این دو انتها موضع گرفتند.

60. Bertrams, *id.*

بنابه گفته پروفیسور بوریس کوزولچیک طی بیست سال گذشته، در اثر افزایش روزافزون سوءاستفاده ذی‌نفع‌های اعتبارات اسنادی از اختیار مطالبه وجه اعتبار، به علت «فقدان حق مطالبه براساس مفاد عبارات اعتبارنامه‌ها، دادگاهها و نویسندگان ناگزیر شده‌اند که معنا و مفهوم دقت و انطباق دقیق اسناد را در حقوق اعتبارات اسنادی مورد ارزیابی مجدد قرار دهند. رویه قضائی بر سر دو راهی قرار گرفته که به دشواری می‌تواند بین شکل‌گرایی و یقین مفروض قانونی که از شکل‌گرایی ناشی می‌شود از یک‌سوی، و انصاف و عدم قطعیتی که از آن پدید می‌آید از سوی دیگر دست به انتخاب بزند؛ چه اینکه این هر دو سو به یک اندازه خطرناکند». رک.

Boris Kozolchik, *Preface*, 24 Arizona L. Rev. 235, 235 (1982).

نویسندگان این مقاله کوشیده‌اند معیارهای تقلب مورد اشاره را در «زنجیره‌ای قرار دهند که در یک حلقه انتهایی آن معیار تقلب آشکار قرار دارد و در حلقه انتهایی دیگر آن رویکرد موسع‌تر تقلب حکمی که در آن قصد اغفال و فریب عنصری لازم به‌شمار نمی‌رود».^{۶۱} مع الوصف، تشخیص و تمییز تفاوت‌های حلقه‌های این زنجیره کار سهل و ساده‌ای نیست. شاید بتوان تفاوت سطح تقلبی که میان حلقه‌های دو انتهای این زنجیره قرار دارد - یعنی تفاوت بین معیار تقلب آشکار و معیار تقلب حکمی - را به آسانی بازگفت، همچنین هر فردی شاید بتواند بگوید که معیار قابل‌انعطاف تقلب از معیار تقلب حکمی برتر است، زیرا به‌موجب معیار اول، تخلف از تعهد صحت و سلامت مبیع از شمول مفهوم تقلب خارج می‌گردد، اما به آسانی نمی‌توان تفاوت بین معیار تقلب عمدی و معیار تقلب خاص اعتبار اسنادی را نشان داد. اگر اساساً بین دو معیار اخیر تفاوتی باشد، آن تفاوت شاید این باشد که معیار تقلب عمدی بیشتر متوجه حالت روانی شخص متقلب است، درحالی‌که معیار تقلب خاص اعتبار اسنادی به شدت و حدت و وخامت اثری که تقلب بر معامله دارد، تأکید می‌نماید.

۷. تقلب در اعتبارات اسنادی در دعاوی ایران - ایالات متحده

انقلاب سال ۱۹۷۹ ایران باعث طرح دعاوی فراوانی در خصوص اعتبارات اسنادی تضمینی در ایالات متحده شد. این دعاوی به دعاوی ایرانی شهرت یافته‌اند. دعاوی ایرانی مسائل حقوقی جدیدی مطرح ساخت و بحث‌های جدی‌ای را درباره پاره‌ای موضوعات بویژه معیار تقلب در اعتبارات اسنادی نه تنها در آن زمان، بلکه پس از آن سبب گردید.^{۶۲}

61. Kee, *supra* note 58, 242.

کی در منبع فوق چهار نوع معیار تقلب را نام می‌برد، بی‌آنکه معیار «تقلب خاص اعتبار اسنادی» در میان آنها باشد.
62. برای دیدن فهرستی از دعاوی امریکایی رک.

Getz, *supra* note 22, 248-252.

علاوه بر امکان اقامه دعوا، مجاری و طرق دیگری نیز برای شرکت‌های امریکایی جهت متوقف ساختن پرداخت وجه اعتبارنامه‌های تضمینی مفتوح گردید. در تاریخ ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ رئیس جمهوری ایالات متحده امریکا برای منع انتقال «دارایی‌ها و منافع دارایی‌های متعلق به دولت ایران، سازمان‌ها و مؤسسات تحت کنترل دولت ایران، و دارایی‌ها و منافع دارایی‌های متعلق به بانک مرکزی ایران» فرمانی اجرایی صادر نمود. در این باره رک.

Executive Order No. 12170, 44 Fed. Reg. 65,729 (1979).

نقل از:

Touche Ross & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 434 N.Y.S.2d 575, 576 (1980).

به‌منظور اجرای فرمان اجرایی فوق، اداره خزانه‌داری امریکا آیین‌نامه کنترل دارایی‌های ایران را تدوین نمود. در ابتدا، آیین‌نامه مزبور به بانک‌های امریکایی صادرکننده اعتبارنامه اجازه می‌داد وجه اعتبارنامه‌های تضمینی که به نفع ذی‌نفع‌های ایرانی صادر نموده‌اند، را به حساب‌های مسدود شده این ذی‌نفع‌ها واریز و بدین وسیله تعهد خود را ایفاء کنند؛ اما پس از مدتی پرداخت وجه اعتبارنامه‌های تضمینی را مستقیماً ممنوع اعلام نمود. رک.

Mark P. Zimmet, "Standby Letters of Credit in the Iran Litigation: Two Hundred Problems in Search of a Solution", 16 L. & Policy Int'l Business 927, 941 (1984).

دعاوی ایرانی را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد: دعاوی پیش از گروگان‌گیری و دعاوی پس از گروگان‌گیری. دعاوی پیش از گروگان‌گیری، دعاوی‌ای بود که قبل از اشغال سفارت آمریکا در تهران در نوامبر ۱۹۷۹ و ماجرای گروگان‌گیری مورد اتخاذ تصمیم قرار گرفته است. دعاوی پس از گروگان‌گیری دعاوی‌ای بود که پس از آن تاریخ مورد اتخاذ تصمیم قرار گرفت. دعاوی پس از گروگان‌گیری مثالهای شاخص دعاوی‌ای است که نشان می‌دهند اگر معیار یا مفهوم تقلب به روشنی تعریف نشود، به چه سان ممکن است قاعده تقلب از سوی طرفین نادرست مورد استناد قرار گیرد و محاکم به غلط آن را بپذیرند و اعمال نمایند.

وقایع موضوعی دعاوی ایرانی با یکدیگر مشابه است. پیش از پیروزی انقلاب ایران، حکومت شاهنشاهی ایران میلیاردها دلار صرف مدرن‌سازی کشور کرد. بسیاری از شرکت‌های امریکایی برای سهم بردن از این ثروت کلان به کشور ایران سرازیر شدند^{۶۳} و حکومت شاهنشاهی ایران قراردادهای پرسودی را با آنها منعقد کرد. در عین حال، حکومت شاهنشاهی ایران، از این شرکت‌ها می‌خواست برای تضمین حسن اجرای این قراردادها یا تضمین استرداد پیش‌پرداخت‌ها، ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی ارائه دهند که از طریق اعتبارنامه‌های تضمینی، متقابلاً تضمین شده بودند. کلیه معاملات مشتمل بر چهار طرف بود: یک شرکت امریکایی، یک سازمان دولتی ایرانی، یک بانک ایرانی و یک بانک امریکایی. شرکت امریکایی برای تهیه کالا یا ارائه خدمات به ایران با یک سازمان دولتی ایرانی قراردادی می‌بست. مطابق آنچه در بالا گفتیم، در قرارداد مقرر می‌شد که شرکت امریکایی مزبور به نفع سازمان دولتی طرف قرارداد ضمانت‌نامه مستقل بانکی فراهم آورد. ضمانت‌نامه مستقل از سوی یک بانک ایرانی صادر می‌گشت. این ضمانت‌نامه از طریق یک اعتبارنامه تضمینی که توسط یک بانک امریکایی به نفع بانک ایرانی صادرکننده ضمانت‌نامه مستقل و به درخواست شرکت امریکایی صادر می‌گشت، تضمین

در ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ به‌عنوان بخشی از موافقت‌نامه آزادسازی گروگان‌های امریکایی، ایالات متحده آمریکا و ایران توافق نمودند برای حل‌وفصل دعاوی و دعاوی متقابل اتباع ایالات متحده علیه ایران و دعاوی و دعاوی متقابل اتباع ایران علیه ایالات متحده، دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده در لاهه تشکیل شود. برای مطالعه تفصیلی در خصوص این دیوان رک. Symposium, "On The Iran-United States Claims Tribunal", 16 L. & Policy Int'l Business 667 et seq. (1984).

برای مطالعه بعضی مقالاتی که در خصوص دعاوی ایرانی نگارش یافته است رک.

Joseph D. Becker, "Standby Letters of Credit and Iranian Cases: Will the Independence of Credit Survive?", 13 UCC L. J. 335 (1981); Comment, "Fraud in the Transaction: Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution", 93 Harvard L. Rev. 992 (1980); Richard J. Driscoll, "The Role Of Standby Letter Of Credit In International Commerce: Reflections After Iran", 20 Virginia J. Int'l L. 459 (1980); Getz, *id*; Kimball & Sanders, "Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit-Lessons from Iran", 39 Business L. 417 (1984); Reed, *supra* note 43; Weisz & Blackman, "Standby Letters of Credit after Iran: Remedies of the Applicant", 1982 U. Illinois L. Rev. 355; Zimmet, *id*.

63. Driscoll, *id*. at 459.

متقابل می‌شد. در صورت بروز اختلاف، سازمان دولتی ایرانی (کارفرما، ذی‌نفع ضمانت‌نامه) می‌توانست وجه ضمانت‌نامه را از بانک ایرانی (صادرکننده ضمانت‌نامه) مطالبه کند، بانک ایرانی می‌توانست وجه اعتبارنامه تضمینی را از بانک امریکایی (بانک صادرکننده اعتبارنامه تضمینی) مطالبه نماید و بانک امریکایی به نوبه خود می‌توانست جهت بازپرداخت وجه به شرکت امریکایی (متقاضی صدور اعتبارنامه) مراجعه کند.

در پی پیروزی انقلاب ایران، شرکت‌های امریکایی از بیم اینکه حکومت جدید ایران خودسرانه و دلخواهانه وجه اعتبارنامه‌های تضمینی را مطالبه کند، به دادگاه‌های امریکا هجوم آوردند و طرح دعوا نمودند. در بیشتر این دعاوی، شرکت‌های امریکایی با استناد به تقلب درخواست کردند که از پرداخت وجه اعتبارنامه‌ها و بدهکار شدن حساب‌هایشان ممانعت به عمل آید. در دعاوی پیش از گروگان‌گیری، «موفقیت شرکت‌های مزبور در رسیدن به این مقصود اندک بود».^{۶۴} از میان دعاوی گزارش شده پیش از گروگان‌گیری، تنها در دو دعوا به نفع شرکت‌های امریکایی دستور موقت مقدماتی صادر گشت، اما طولی نکشید که از این دو دستور نیز رفع اثر شد.^{۶۵} در سایر دعاوی پیش از گروگان‌گیری یا درخواست دستور موقت مردود اعلام شد یا صرفاً «دستور موقت اختطاری» صادر گشت.^{۶۶} به عنوان مثال، در دعوی شرکت امریکن بل اینترنشنال به طرفیت جمهوری اسلامی ایران^{۶۷} که یک نمونه شاخص از دعاوی پیش از گروگان‌گیری است و «معرف و نماینده دعوی ایرانی از حیث وقایع موضوعی، ضمانت‌اجراهای مورد درخواست، استدلال‌های طرح شده، و نتایج حاصله»^{۶۸} می‌باشد، دادگاه، ادعای تقلب را که متقاضی اعتبار مطرح می‌کرد، نپذیرفت. دادگاه استدلال کرد که متقاضی اعتبار نتوانسته ثابت نماید که ذی‌نفع اعتبار «سوءنیت و قصد شرارت» یا «قصد اغفال و فریب» متقاضی اعتبار را

64. Zimmert, *supra* note 62, at 930.

65. *Id.* at 937.

دو دعوی موصوف عبارت بودند از:

John Carl Warnecke & Assocs v. Bank of America Nat'l Trust & Savings Ass'n, No. 749626 (N.D. Cal. April 17, 1979) and KMW International v. Chase Manhattan Bank N A, No. 79 Civ. 1067 (S.D.N.Y. Mar. 29, 1979), payment injunction vacated 606 F.2d 10 (1979).

66. Zimmert, *supra* note 62, at 937.

دستور موقت اختطاری به نحو گسترده‌ای در دعاوی ایرانی مورد استفاده قرار گرفت. دستور موقت اختطاری، دستور موقتی بود که از طریق آن خواهان منع پرداخت وجه اعتبار را تقاضا نمی‌کرد، بلکه خواهان دستور موقت صرفاً درخواست می‌کرد که پیش از پرداخت وجه از سوی گشاینده اعتبار، مطالبه به خواهان اطلاع داده شود تا او بتواند وقایع را بررسی و تحقیق نموده و مشخص کند که آیا مطالبه وجه متقلبانه است یا خیر. رک.

Id. at 938.

67. American Bell International v. Islamic Republic of Iran, 474 F. Supp. 420 (1979).

68. Driscoll, *supra* note 62, at 475.

دارد و لذا نتوانسته معیار تقلب عمدی را احراز نماید.^{۶۹} در دعاوی پس از گروگان‌گیری، در مقایسه با دعاوی پیش از گروگان‌گیری دادگاههای امریکا مواضع خود را به‌نحو چشمگیر و شگفت‌انگیزی تغییر دادند. پس از وقوع بحران گروگان‌گیری، دادگاههای امریکا به‌نفع شرکت‌هایی که فوج طرح دعوا می‌کردند دستور موقت مقدماتی و در بعضی موارد، دستور موقت دائمی صادر کردند. در بسیاری موارد، پرداخت وجه اعتبارنامه‌ها بدون رسیدگی، منع گردید. بنابه گفته یکی از صاحب‌نظران، از میان چهارده درخواست دستور موقت که نزد محاکم حوزه فدرال مطرح شد، در دوازده مورد دستور موقت صادر گردید و تنها در دو مورد از آنها درخواست مردود اعلام شد. از میان آن دوازده دستور موقت، تنها سه مورد به‌صورت رأی مستدل صادر شد، هشت مورد بدون رأی مستدل صادر گردید و در یک مورد باقیمانده دستور موقت بدون تنظیم رأی مکتوب داده شد. صدور آرای فاقد استدلال به دادگاههای فدرال محدود نماند، بعضی از دادگاههای ایالتی نیز رویه مشابهی در پیش گرفتند.

در آن دعاوی‌ای هم که رأی مستدل صادر شد، استدلالات ارائه‌شده به‌سختی متخصصان اعتبارات اسنادی را قانع می‌کرد. به‌عنوان مثال، در دعاوی توج روس و کمپانی به‌طرفیت شرکت مانیوفکچرز هانور تراست،^{۷۰} توج برای حسابرسی، بازرسی و بازبینی جنبه‌های مالی قراردادهای نظامی‌ای که پیمانکاران مختلف امریکایی برای دولت ایران در دست اجرا داشتند، قراردادی با حکومت شاهنشاهی ایران منعقد کرده بود. در این قرارداد توج ملزم گردید جهت تضمین حسن اجرای تعهدات قراردادی، یک ضمانت‌نامه حسن انجام قرارداد از بانک صادرات ایران به‌میزان ده درصد مبلغ قرارداد اخذ کند. این ضمانت‌نامه از طریق یک اعتبارنامه تضمینی که شرکت مانیوفکچرز هانور تراست صادر نمود، تضمین متقابل شد. به‌محض ارائه یک برات دیداری به‌همراه اسنادی شامل اظهارنامه بانک صادرات که به امضای یکی از مدیران این بانک رسیده بود، یا تلکس تأییدشده بانک صادرات مبنی بر اینکه وجه ضمانت‌نامه را به وزارت جنگ ایران (ذی‌نفع ضمانت‌نامه) پرداخته، وجه اعتبارنامه مزبور قابل پرداخت می‌گردید.

در قرارداد شرط فورس ماژور گنجانده شده بود که به‌موجب آن در صورت وقوع موارد فورس ماژور، قرارداد قابل فسخ بود. قرارداد همچنین مقرر می‌داشت در صورتی که قرارداد به‌علت فورس ماژور فسخ شود، ضمانت‌نامه بانکی آزاد خواهد شد. پس از وقوع ماجرای گروگان‌گیری در تهران، توج به شرط فورس ماژور استناد جست و قرارداد را یکجانبه فسخ کرد. باوجود این، توج مطلع گردید که بانک صادرات (ذی‌نفع اعتبارنامه تضمینی) وجه اعتبارنامه را از شرکت

^{۶۹} برای دیدن دعاوی دیگر پیش از گروگان‌گیری که در آن رأی مشابهی صادر شد، رک.

KMW International v. Chase Manhattan Bank NA, 606 F.2d 10 (1979).

^{۷۰} Touche Ross & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 434 N.Y.S.2d 575 (1980).

مانیوفکچرز هانور تراست مطالبه نموده است.^{۷۱}

توج در جریان دعوا، از دادگاه درخواست کرد دستور موقت مقدماتی دائر بر منع شرکت مانیوفکچرز هانور تراست از پرداخت وجه اعتبارنامه صادر کند، لیکن از گزارش منتشر شده رأی مشخص نمی‌گردد که توج این درخواست را چه موقع به عمل آورده، آیا درخواست صدور دستور موقت قبل از آنکه بانک صادرات وجه اعتبارنامه را مطالبه کند صورت گرفته یا بعد از آن، همچنین معلوم نیست این درخواست براساس چه مبنایی صورت گرفته، بر مبنای تقلب یا بر مبنای دیگری.^{۷۲} دیوان عالی ایالت نیویورک دستور موقت مورد تقاضای خواهان را صادر کرد و اظهار داشت:

«به علت [فسخ قرارداد] ضمانت‌نامه آزاد شده است و دیگر مطالبه وجه ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه تضمینی مشروع نمی‌باشد...»

نظر به اینکه کلیه موسسات مالی، از جمله بانک صادرات در ایران ملی شده است، علی‌هذا بانک صادرات در مالکیت دولت جمهوری اسلامی ایران است. بانک صادرات قانوناً نمی‌توانسته وجه ضمانت‌نامه را بپردازد [و پرداخته است] زیرا با دولتی شدن بانک صادرات اگر این بانک وجه ضمانت‌نامه را بپردازد گویا وجه را به خود پرداخته است. بنابراین، هرگونه مطالبه وجه اعتبارنامه تضمینی متقابله خواهد بود.^{۷۳}

دادگاه در دعوی توج برای اعمال قاعده تقلب به دو دلیل استناد کرد. نخستین دلیل، تأثیر استناد به شرط فورس ماژور از سوی متقاضی اعتبار بود. صحت استناد به این دلیل از دو جهت محل تردید است:

۱. به نظر می‌رسد، طرفین در خصوص اینکه آیا حوادثی همچون وقوع انقلاب ایران در شمول شرط فورس ماژور قرار می‌گیرد یا خیر، با یکدیگر اختلاف داشتند، زیرا یک طرف به شرط فورس ماژور استناد می‌کرد و مدعی بود ضمانت‌نامه مستقل آزاد شده است، در حالی که طرف دیگر با نادیده گرفتن شرط مزبور وجه ضمانت‌نامه مستقل را مطالبه می‌کرد. اختلاف مزبور این سؤال را به ذهن متبادر می‌نماید که آیا نمی‌بایست این دعوا به‌عنوان یک اختلاف قراردادی

۷۱. معلوم نیست که چرا موضوع فورس ماژور در دعاوی پیش از گروگان‌گیری پیش کشیده نشد. به‌هرحال، با توجه به آنکه مبلغ این قراردادها کلان بود، و طرف‌های ذی‌ربط شرکت‌های چندملیتی با تجربه‌ای بودند، تصور نمی‌رود که قراردادها حاوی چنین شرطی نبوده باشد.

۷۲. گزارش منتشره این دعوا نسبتاً مختصر است و بسیاری از جنبه‌های دعوا مشخص نیست.

73. *Supra* note 70, at 577-578 (Schwartz J.).

می‌توان لفظ «ضمانت» را که در گزارش منتشر شده این دعوا مشاهده می‌شود واژه دیگری دانست که معادل اصطلاح «ضمانت‌نامه مستقل» که موضوع بحث است، به کار رفته است.

صرف مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار می‌گرفت، نه براساس قاعده تقلب در اعتبار اسنادی.
۲. حتی اگر ضمانت‌نامه مستقل در اثر وجود شرط فورس ماژور در قرارداد آزاد شود، این تردید وجود دارد که آیا آزاد شدن ضمانت‌نامه مستقل، باعث می‌شود تعهد صادرکننده اعتبارنامه تضمینی خود به خود ساقط گردد؛ چه اینکه هیچ شرطی در این خصوص در اعتبارنامه تضمینی گنجانده نشده و در حقوق اعتبارات اسنادی این دو [ضمانت‌نامه اصلی و اعتبارنامه متقابل] از یکدیگر مستقلند.^{۷۴}

آنچه بیشتر، صاحب‌نظران را به حیرت فرو برده، دلیل دومی است که مبنای صدور این رأی را تشکیل می‌دهد: ملی شدن موسسات مالی در ایران بدین معنا است که «هرگونه مطالبه» وجه اعتبارنامه از سوی بانک ایرانی (ذی‌نفع اعتبارنامه) متقلبانه است؛ زیرا هر نوع پرداخت وجه ضمانت‌نامه مستقل توسط بانک مشروع نخواهد بود. بنابر منطق این گفته، قاعده تقلب با توجه به هویت ذی‌نفع قابل‌اعمال است نه با توجه به اینکه ذی‌نفع چه انجام داده است. به‌نظر می‌رسد چنین گفته‌ای در واقع قاعده تقلب را از مقصود و غایتی که برای آن ایجاد شده، بسیار دور می‌گرداند.^{۷۵}

با آنکه دعاوی ایرانی، دعاوی متعددی بود که از اوضاع و احوال گوناگونی ناشی شده بود، تغییر ناگهانی موضع دادگاههای امریکا در قبال این دعاوی، جهان اعتبارات اسنادی را به‌تازده کرد و صاحب‌نظران را واداشت تا این سؤال را مطرح نمایند که آیا آرای پس از ماجرای گروگان‌گیری واقعاً «متأثر از این هیجان عمومی که ایران باید مجازات و تنبیه شود» نبوده است.^{۷۶} پاسخ این پرسش هرچه باشد، دعاوی ایرانی به‌خوبی روشن ساخت که لازم است قاعده

۷۴. مقایسه کنید با:

Arthur Loke, "Standby Letters of Credit and Performance Bonds: The Lesson of the Iranian Experience", in (Christine Chinkin ed.), *Current Problems of International Trade Financing* 283, 289 (1983).

برای دیدن مواردی که مطابق کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی می‌توان پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل را متوقف ساخت، رجوع کنید به شق (۵) از بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون مزبور.

۷۵. برترامس خاطرنشان می‌سازد که در دعاوی ایرانی پس از گروگان‌گیری نه تنها معیار تقلب آسان و سهل‌الوصول گردید، بلکه سایر شرایطی که برای صدور ضمانت اجرای مبتنی بر انصاف لازم است، از قبیل احتمال پیروزی در دعاوی ماهوی، آنچنان که باید سفت و سخت گرفته نشد. در این باره رک.

Bertrams, *supra* note 59, 270-271, notes 58-61 and accompanying text.

76. Zimmet, *supra* note 62, 946.

همچنین رک.

Freiherr von Marschall, "Recent Developments in the Fields of Standby Letters of Credit, Bank Guarantees and Performance Bonds", in (Christine Chinkin ed.), *Current Problems of International Trade Financing* 260, 282 (1983).

فریهر ون مارشال در منبع فوق می‌نویسد: «به‌نظر می‌رسد تجربه دعاوی ایرانی مثال خوبی برای این گفته معروف است که دعاوی دشوار و فاقد راه‌حل مصرح، حقوق بد ایجاد می‌کند. آرای که در مقام رسیدگی به مسائل ناشی از انقلاب ایران صادر شد، بایست به‌دقت مطالعه‌شود، و در خصوص این آراء همواره بایست جويا بود که آیا استدلال مطرح در این آراء کلاً

تقلب از طریق ارائه تعریفی مناسب یا ارائه معیاری برای تقلب، فوراً اصلاح گردد.

ج. موضع حقوق امریکا مطابق ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل ۱. ملاحظات و پیشنهادات کمیته تحقیق

پیش از آنکه تجدید نظر در ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل آغاز شود، کمیته تحقیقی تشکیل گردید تا رویه قضائی گذشته را مطالعه کند و پیشنهاداتی را در خصوص اصلاح این ماده ارائه نماید. کمیته تحقیق در مورد معیارهای تقلبی که محاکم امریکا به هنگام اعمال قاعده تقلب به مورد اجرا گذاشته‌اند، ملاحظات زیر را ارائه داد:

۱. آرای گزارش شده بر این نکته اتفاق نظر دارند که دفاع تقلب در معامله باید مبتنی بر رفتار خطرناکی باشد که «اساس معامله را چنان بر هم می‌ریزد که اهداف مشروعی که از اصل استقلال تعهد گشاینده اعتبار انتظار می‌رود، دیگر قابل تحقق نیست».^{۷۷}
۲. آرای گزارش شده در خصوص اینکه آیا مقصود از تقلب در معامله، «تقلب آشکار» است یا «تقلب عمدی» یا اینکه مقصود اعمال معیار قابل انعطاف تقلب است، از حیث لفظ نه نتیجه، با یکدیگر متفاوتند... بیشتر آرای که از معیار قابل انعطاف تقلب حمایت نموده‌اند، در عین حال به لزوم اثبات تخلفی خطرناک که معادل با ارسال محموله حاوی زباله و آشغال باشد، نیز تأکید کرده‌اند.^{۷۸}
۳. دفاع «تقلب در معامله» معمولاً به نحوی تفسیر شده که مستلزم اثبات قصد فعل و اثبات این شرط است که بر اساس معامله پایه، هیچ مبنای ظاهری یا منطقی برای مطالبه وجه اعتبار از سوی ذی‌نفع وجود ندارد».^{۷۹}

کمیته تحقیق افزون بر این، خاطر نشان ساخت که «هر نوع تخلفی از سوی ذی‌نفع نباید باعث توقف یا معافیت از پرداخت وجه اعتبار اسنادی گردد. اختلافات عادی قراردادی باید بین خود ذی‌نفع و متقاضی اعتبار حل و فصل شود و کاملاً از تعهد ناشی از اعتبار اسنادی جدا باقی بماند».^{۸۰} کمیته تدوین همسو با موضعی که در دعوای امری-واترهوس اختیار شده، اظهار

قابل قبول است، یا اینکه آیا ممکن است قاضی با ذهنی متأثر از تصویر رهبری بی‌توجه به مسائل اقتصادی که به تازگی تلویزیون از آیت‌الله خمینی نمایش داده بوده، چنین رأیی صادر کرده باشد یا خیر».

77. Task Force Report, *supra* note 35, 1613.

گزارش کمیته تحقیق به رأی زیر استناد می‌نماید:

Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank, 336 A.2d 316, 324 (1975).

78. *Id.* at 1614.

79. *Id.* at 1613.

80. *Id.* at 1614.

نمود: «تقلب در اعتبار اسنادی - یعنی رفتاری که دخالت قضائی را مجاز می‌سازد - با تقلب در معنایی که در کامن لا دارد، یکسان نیست».^{۸۱} با این همه، کمیته تحقیق اذعان کرد «اینکه معیار لازم برای تقلب را چگونه تدوین کنیم، کار ساده‌ای نیست»^{۸۲} زیرا «مصادیق مبهمی شامل رفتارهای نادرست که خطا محسوب می‌شوند، وجود دارد، اما آنچنان خطرناک نیستند که توقف گردش عادی عملیات اعتبار اسنادی را توجیه نمایند».^{۸۳} کمیته تحقیق متذکر شد:

«از آنجا که این احتمال که تقلب در اعتبار اسنادی با تقلب در معنایی که در کامن لا دارد، یا با سایر اقسام تقلب خلط گردد جدی است و نظر به اهمیت فراوان تعیین معیاری برای تقلب به نحوی که حدود و ثغور تقلب را دقیقاً مشخص کند، کمیته تحقیق معتقد است باید تدبیری اندیشید که طرفین معامله و محاکم هشیار باشند [برای استناد به قاعده تقلب] صرف هر نوع تقلبی کفایت نمی‌کند».^{۸۴}

کمیته تحقیق نهایتاً پیشنهاد کرد که باید در خصوص اعتبارات اسنادی تجاری معیار تقلب متفاوتی را در مقابل اعتبارات اسنادی تضمینی قائل شویم.^{۸۵} در خصوص اعتبارات اسنادی تجاری باید بر این نکته تمرکز نماییم که آیا «هدف معامله پایه واقعاً فاقد ارزش شده است یا خیر».^{۸۶} در خصوص اعتبارات اسنادی تضمینی مسئله این خواهد بود که «آیا وجه اعتبارنامه بدون وجود هیچ مبنای مشخصی مطالبه شده یا خیر».^{۸۷}

۲. موضع قانون (ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل)

کمیته تدوین پس از تأمل درباره پیشنهادات کمیته تحقیق و برگزاری جلسات بحث و مشاوره گسترده در مورد آن، معیار تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی را در ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل بیان داشت. بند (۵-۱۰۹) از ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل مقرر می‌دارد:

«۱. چنانچه ... یکی از اسناد لازم مجموعول یا به‌طور عمده مزورانه باشد، یا پرداخت وجه اعتبار در مقابل آن سند ارتکاب تقلب عمده را از سوی ذی‌نفع به زیان‌گشاینده اعتبار یا متقاضی

81. *Id.* at 1615.

82. *Id.*

83. *Id.* at 1614.

84. *Id.* at 1615.

85. Robert S. Rendell, "Fraud and Injunctive Relief", 56 Brooklyn L. Rev. 111, 113 (1990).

86. Task Force Report, *supra* note 48, at 1615.

87. *Id.*

اعتبار، تسهیل نماید: ... گشاینده اعتبار با رعایت حسن نیت اختیار دارد سند مزبور را پذیرفته و وجه اعتبار را بپردازد یا از پذیرش این سند و پرداخت وجه خودداری کند ...

۲. چنانچه متقاضی اعتبار ادعا کند یکی از اسناد لازم معمول یا به طور عمده مزورانه است یا پرداخت وجه اعتبار در مقابل آن سند، ارتکاب تقلب عمده را از سوی ذی نفع به زیان گشاینده اعتبار یا متقاضی اعتبار تسهیل می نماید، دادگاه صلاحیتدار می تواند گشاینده اعتبار را موقتاً یا دائماً از پذیرش آن سند و پرداخت وجه اعتبار در قبال آن منع نماید یا ضمانت اجرای مشابهی را علیه گشاینده اعتبار یا اشخاص دیگر مورد دستور قرارداد^{۸۸}.

ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل «تقلب عمده» را به عنوان معیار تقلب در اعتبارات اسنادی پذیرفته است. اگرچه خود این ماده تقلب عمده را تعریف نمی کند،^{۸۹} اما شرح رسمی بند (۵-۱۰۹) کوشش نموده تا مفهوم این اصطلاح را روشن سازد. در خصوص اعتبارات اسنادی تجاری، شرح رسمی بیان می دارد که تقلب عمده «مستلزم آن است که جنبه متقلبانه سند نزد خریدار اساسی و مهم باشد یا اینکه عمل متقلبانه نزد اشخاص دخیل در معامله پایه اهمیت داشته باشد».^{۹۰} جهت تقریب به ذهن، شرح رسمی مثالی در این خصوص به دست می دهد:

«فرض کنید ... ذی نفع اعتبار (فروشنده) به موجب قرارداد متعهد است تعداد ۱۰۰۰ عدد بطری روغن سالاد به خریدار تسلیم کند. ذی نفع اعتبار با علم به اینکه تعداد ۹۹۸ عدد بطری روغن سالاد تحویل داده، صورت حساب تجاری ای ارائه می کند که در آن قید نموده تعداد ۱۰۰۰ عدد بطری حاوی روغن سالاد ارسال کرده است. چنانچه کسر دو بطری از یک محموله ۱۰۰۰ تایی نقض غیربنیادی و غیراساسی قرارداد پایه محسوب شود، عمل ذی نفع، اگرچه ممکن است متقلبانه باشد، اما تقلب عمده به شمار نمی رود و لذا این عمل، صدور دستور موقت منع پرداخت را موجه نمی سازد. برعکس، ارائه آگاهانه صورت حساب تجاری با مشخصات فوق و تحویل تنها ۵ بطری تقلب عمده به حساب می آید و صدور دستور موقت منع پرداخت را توجیه می نماید».^{۹۱}

در خصوص اعتبارات اسنادی تضمینی، شرح رسمی بیان می دارد که «در اعتبارنامه

88. Revised UCC Article 5, § 109.

(تاکید در عبارات متن از ما است).

۸۹. همچنین رک.

Paul S. Turner, "Revised UCC Article 5: The New US Uniform Law on Letters of Credit", 11 Banking & Finance L. Rev. 205, 225 (1996).

90. Official Comment to Article 5 of the Uniform Commercial Code 1, 2nd para.

91. *Id.*

تضمینی هنگامی از سوی ذی نفع تقلب عمده رخ داده که ظاهراً انتظار نرود ذی نفع حق مطالبه وجه اعتبار را داشته باشد یا در واقعیت امر هیچ مبنایی دال بر حق مطالبه وجه اعتبار وجود ندارد.^{۹۲} برای توضیح بیشتر این مفهوم، شرح رسمی عبارت زیر را از دعوای گروند ایر ترنسفر به طرفیت وستایتز ایرلاینز نقل می کند:

«ما همواره گفته ایم که دادگاهها معمولاً نمی توانند با استناد به استثنای مهمی که بر قاعده عام «عدم صدور دستور موقت» وارد شده، به صدور دستور موقت مبادرت کنند. همان طور که در دعوای آیتک نیز تشریح نمودیم، استثنای مزبور مربوط به «تقلب» است، تقلبی آنچنان خطرناک که آشکارا ناحق و ناعادلانه است و به ذی نفع اجازه می دهد وجه اعتبار را دریافت کند یا اوضاع و احوال «به وضوح» نشان می دهد که معامله پایه به ذی نفع اجازه نمی دهد وجه اعتبار را مطالبه کند رک. دعوای آیتک یا اوضاع و احوال نشان می دهد که براساس قرارداد پایه، ذی نفع حتی «ظاهراً» حق مطالبه وجه اعتبارنامه را ندارد رک. همان یا قرارداد پایه و اوضاع و احوال معلوم می کند که مطالبه وجه اعتبارنامه از سوی ذی نفع «مطلقاً هیچ مبنایی در واقعیت امر ندارد». رک. همان، همچنین رک. همان، دعوای شرکت دینامیکس امریکا یا رفتار ذی نفع «چنان اساس معامله را به هم می ریزد که اهداف مشروعی که از استقلال تعهد گشاینده اعتبار انتظار می رود، دیگر قابل تحقق نیست». رک. دعوای آیتک. (با نقل قول از دعوای شرکت رومن سرامیکس به طرفیت بانک پیپلز نشنال (۱۹۸۳)، (با نقل قول از دعوای اینتراورد اینداستریز). در این موارد است که دادگاه می تواند پرداخت وجه اعتبار را منع کند.^{۹۳}»

نه متن بند (۵-۱۰۹) از ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل و نه شرح رسمی آن، هیچ یک دلالت ندارد بر اینکه قصد ذی نفع به اغفال و فریب باید به اثبات برسد. بنابراین، می توان گفت که «تقلب عمده» به موجب ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل «بیشتر به شدت و وخامت تأثیری که تقلب بر معامله می گذارد، توجه دارد تا به حالت روانی ذی نفع».^{۹۴} نکته عمده ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل بسیار امیدبخش است. بند (۵-۱۰۹) از ماده ۵ نه تنها معیار تقلب را در حقوق اعتبارات اسنادی مقرر داشته است، بلکه معیار «نوع

92. *Id.* at 3rd para, 1st sentence.

93. *Id.*

شرح رسمی، عبارت مذکور را از دعوای زیر نقل کرده است:

Ground Air Transfer v. Westates Airlines, 899 F.2d 1269, 1272-1273 (1990).

94. Buckley, *supra* note 47, at 97.

همچنین رک.

Task Report, *supra* note 48, at 1615.

خاصی از تقلب» را که همان «تقلب در اعتبار اسنادی»^{۹۵} است نیز بیان داشته؛ معیاری که خاص اعتبارات اسنادی طراحی شده تا با ارتکاب تقلب در این مکانیسم خاص تجاری مبارزه کند. در انجام این مهم، ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل پیشنهادات کمیته تحقیق را پذیرفته و رویکردی را که در دعوای امری-واترهوس اتخاذ شد، تأیید کرده است.

مع ذلک، یکی از ابعاد شرح رسمی بند (۵- ۱۰۹) به طور کامل رضایت بخش نیست؛ مثالی که برای توضیح معنای معیار تقلب در دعوای اعتبارات اسنادی تضمینی ارائه شده، چنانکه باید، مثال شاخص و کثیرالمصدقی نیست. در مثال مذکور، یعنی در دعوای گروند ایر ترنسفر به طرفیت وستایتز ایرلاینز،^{۹۶} وستایتز با شرکت چارتر وان قرارداد اجاره هواپیما منعقد کرده بود که براساس آن وستایتز (موجر) جهت پروازهای اجاره‌ای، هواپیما و خدمه در اختیار شرکت چارتر وان (مستأجر) قرار می‌داد. در قرارداد اجاره هواپیما شرط گردید که چارتر وان یک اعتبارنامه تضمینی به نفع وستایتز اخذ کند تا چنانچه چارتر وان (مستأجر) تعهدات ناشی از قرارداد اجاره هواپیما را ایفاء نکرد، وستایتز خسارات خود را از محل آن اعتبارنامه جبران کند. توافق شد که موجر (ذی نفع) ظرف ده روز از تاریخ تخلف از انجام تعهد اخطاریه‌ای برای مستأجر ارسال کند و به هنگام مطالبه وجه اعتبارنامه یک نسخه از این اخطاریه را به صادرکننده اعتبارنامه ارائه نماید.

هنگامی که اختلاف بین طرفین قرارداد بروز کرد و هر یک از طرفین ادعا کرد طرف دیگر قرارداد را نقض کرده است، چارتر وان در مقابل اقدام موجر دائر بر عدم تحویل یکی از هواپیماهای مورد اجاره، با کسر مقداری از مال الاجاره و عدم پرداخت آن در سررسید از خود عکس العمل نشان داد و از آنجا که پیش‌بینی می‌کرد وستایتز وجه اعتبارنامه را مطالبه کند، پیش‌دستی کرد و از دادگاه درخواست نمود دستور موقت مقدماتی دائر بر منع وستایتز از دریافت وجه اعتبارنامه صادر نماید. دادگاه بدوی با این استدلال که احتمال نمی‌رود ذی نفع اعتبار در اختلافی که راجع به قرارداد پایه با متقاضی اعتبار دارد، پیروز شود، مبادرت به صدور دستور موقت نمود.^{۹۷} اما دادگاه حوزه قضائی یکم این رأی را فسخ نمود، با این استدلال که:

«وستایتز (ذی نفع اعتبار) به درستی حق دارد بگوید که شرایط مصرح در اعتبارنامه را جهت مطالبه وجه دارا است، او ظرف ده روز از تاریخ تخلف از تعهد اخطاریه قصور برای چارتر وان فرستاده... مهم‌تر از این، با توجه به آنکه وستایتز براساس قرارداد حداقل «ظاهراً» به طور مشروع وجه اعتبار را مطالبه نموده، لذا مطالبه وجه از سوی وستایتز در شمول استثنای سنتی

95. Dolan, *supra* note 25, at 7-47.

96. *Ground Air Transfer v. Westates Airlines*, 899 F.2nd 1269 (1990).

97. *Id.* at 1274.

جعل یا تقلب قرار نمی‌گیرد [تا صدور دستور موقت موجه باشد]^{۹۸}.

با مطالعه وقایع موضوعی دعوای گروند ایر ترنسفر مشخص می‌گردد که این دعوا نمونه‌ای از دعوای مربوط به اختلافات قراردادی صرف است که در آن بحث از مطالبه احتمالی وجه اعتبارنامه نیز به‌میان آمده است. در این دعوا اصلاً تقلبی وجود نداشت، چه رسد به «تقلب عمده». به‌هرحال، یک مثال ویژه که نه تنها در آن تقلب دیده شود، بلکه آن تقلب «عمده» نیز باشد، می‌تواند ما را در فهم تقلب «عمده» به‌درستی راهنمایی کند.

۳. مطالعه دعوای راجع به بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل

با آنکه فقط هفت سال از اصلاح ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل می‌گذرد، تقریباً تمامی ایالت‌های امریکا این ماده را پذیرفته‌اند و نخستین بار در سپتامبر ۱۹۹۷ دادگاههای امریکا این ماده را اعمال نمودند. با وجود این، معیار تقلب که در بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ مقرر شده، هنوز چندان به‌بوته آزمون نهاده نشده است.^{۹۹}

در دعوای شرکت وسترن شوریتی به‌طرفیت بانک سوزرن اورگون،^{۱۰۰} شرکت وسترن

98. *Id.*

۹۹. می‌توان برای این امر دلایلی چند را برشمرد. مهمترین دلیل اینکه بیشتر دعوای‌ای که تا این اواخر رسیدگی شده، همچنان ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل را اعمال نموده‌اند؛ چراکه اعتبارات اسنادی مطرح در این دعوای پیش از تصویب ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل افتتاح شده بوده‌اند. علت دیگر ممکن است این باشد که پس از وضع ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل، «تعداد دعوای مربوط به تقلب به‌نحو قابل‌توجهی کاهش یافته است». رک. James G. Barnes & James E. Byrne, "Letters of Credit: 1995 Cases", 51 Business L. 1417, 1425 (1996). بنا به گفته دو نویسنده فوق، کاهش تعداد دعوای یکی از «نشانه‌های تأثیر... ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل است». رک.

Id. at 1418.

این گفته، گفته‌ای منطقی است؛ چه اینکه بند ۵-۱۰۹ با بیان معیار تقلب عمده، رهنمون‌هایی را برای دادگاهها در رسیدگی به دعوای‌ای از این دست فراهم آورده، و کاربران اعتبارات اسنادی را خاطر جمع کرده که اقامه دعوا بر مبنای‌ای همچون «تقلب حکمی» راه به جایی نخواهد برد. در نتیجه، اشخاصی که پیش از تدوین ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل با استناد به این‌گونه مبنای اقامه دعوا می‌کردند، از اقامه دعوا براساس چنین جهاتی متوقف شده‌اند. نگارندگان، در بخش «رویه قضائی فدرال و ایالتی» بانک اطلاعاتی لکسیز (Lexis) چندین مرتبه جستجو نمودند که آخرین آنها در ۵ ژوئن ۲۰۰۲ بود. تنها ۳ دعوا در این خصوص یافت گردید که عبارتند از:

Mid-America Tire v. PTZ Trading Ltd. Import and Export Agents, 2000 Ohio App. LEXIS 5402; 43 UCC Rep. Serv. 2d (Callaghan) 964 (2000); New Orleans Brass v. Whitney National Bank and the Louisiana Stadium and Exposition District, La. App. LEXIS 1764 (2002); and Western Surety Co. v. Bank of Southern Oregon, 257 F.3d 933 (1999); 2001 U.S. App. LEXIS 15565; 44 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 1239 (2001).

100. Western Surety Co. v. Bank of Southern Oregon, 257 F.3d 933; *aff'd* 2001 U.S. App. LEXIS 15565; 44 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 1239 (2001).

شورتی برای شرکت ساختمان‌سازی بلاک اک جهت پروژه‌ای که این شرکت در ایالت واشنگتن در دست انجام داشت، ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد صادر نمود. شرکت وسترن شورتی همچنین، برای پروژه‌ای که شرکت ساختمان‌سازی بلاک اک در اورگون در حال انجام داشت، ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد صادر کرد. به‌منظور تضمین متقابل ضمانت‌نامه‌های مزبور، بانک سوزرن اورگون (خوانده) دو فقره اعتبارنامه تضمینی به‌نفع شرکت وسترن شورتی صادر کرد. این دو اعتبارنامه غیر از شماره سریال، تاریخ صدور، تاریخ انقضاء و مبلغ کل اعتبارنامه، اساساً مشابه یکدیگر بود. در هیچ‌یک از این دو اعتبارنامه تضمینی تصریح نشده بود که هر یک به کدام یک از دو پروژه فوق ارتباط دارند. شرکت ساختمان‌سازی بلاک اک از انجام پروژه‌ای که در ایالت واشنگتن در دست اجرا داشت، تخلف کرد و وجه ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد مطالبه گردید. لذا شرکت وسترن شورتی برواتی به بانک سوزرن اورگون ارائه داد و وجه هر دو اعتبارنامه تضمینی را مطالبه کرد. بانک سوزرن اورگون از پرداخت وجه خودداری کرد به این دلیل که بانک تصور می‌کرده یکی از اعتبارنامه‌ها برای پروژه‌ای که در اورگون در حال اجرا بوده، صادر می‌شود و هیچ ارتباطی به پروژه واشنگتن ندارد [به عبارت دیگر، بانک معتقد بود این دو اعتبارنامه برای دو پروژه جداگانه است و حال که صرفاً یکی از دو پروژه ناتمام رها شده، فقط وجه یکی از دو اعتبارنامه که به آن پروژه مرتبط است قابل مطالبه می‌باشد].

شرکت وسترن شورتی جهت امتناع ناروا از پرداخت، علیه بانک سوزرن اورگون اقامه دعوا کرد. از آنجا که بانک خوانده نتوانست ثابت نماید اعتبارنامه ویژه پروژه خاصی است، دادگاه با استناد به معیار «تقلب عمده»، مذکور در بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل به‌نفع خواهان رأی داد. در بخشی از رأی دادگاه آمده است:

«قانون مربوطه ایالت اورگون در این خصوص مقرر می‌دارد که چنانچه پرداخت وجه برات ارائه شده ارتکاب تقلب عمده از سوی ذی‌نفع را تسهیل نماید، بانک گشاینده اعتبار می‌تواند با رعایت حسن نیت وجه برات صادره روی اعتبار اسنادی را نپردازد.

به‌هرحال، تقلب به‌عنوان یک دفاع قاطع در برابر تعهد ناشی از اعتبار اسنادی، باید به‌نحو مضیق تفسیر شود... اگر ذی‌نفع حتی ظاهراً یا در واقعیت امر حق مطالبه وجه اعتبار را داشته باشد، دیگر تقلب به‌عنوان دفاع قابل‌پذیرش نخواهد بود.»^{۱۰۱}

در این رأی با آنکه دادگاه ظاهراً به معیار «تقلب عمده» مذکور در بند ۵-۱۰۹ قانون تجارت متحدالشکل استناد نمود، اما موضعی که دادگاه در این رأی اتخاذ نموده مشابه موضعی

101. *Id.*

است که در آرای مبتنی بر «تقلب آشکار» که پیش از این بررسی شد، اتخاذ گردیده است. در دعوی نیو اورلئان برس به طرفیت بانک ویتنی نشنال و استادیوم و نمایشگاه لوئیزیانا،^{۱۰۲} نیو اورلئان برس که یک باشگاه ورزشی هاکی روی یخ بود برای استفاده از استادیوم قرارداد اجاره‌ای را با استادیوم و نمایشگاه لوئیزیانا منعقد کرده بود. به منظور تضمین پرداخت مال‌الاجاره، نیو اورلئان برس (مستأجر) از بانک ویتنی نشنال درخواست نمود یک اعتبارنامه تضمینی به نفع استادیوم و نمایشگاه لوئیزیانا (موجر) صادر کند. در خصوص پرداخت مال‌الاجاره اختلافی بین طرفین بروز کرد و استادیوم و نمایشگاه لوئیزیانا اسنادی را جهت مطالبه وجه اعتبارنامه ارائه داد. نیو اورلئان برس با استناد به اینکه اسناد ارائه شده حاوی اظهارات خلاف واقع است و پرداخت وجه اعتبار باعث زیان‌های غیرقابل جبران خواهد شد، از دادگاه درخواست کرد دستور موقتی دائر بر منع پرداخت وجه اعتبارنامه صادر نماید، لیکن درخواست او رد شد. در مرحله پژوهش، دادگاه حوزه قضائی چهارم رأی دادگاه بدوی را تأیید کرد با این استدلال که هیچ «تقلب عمده‌ای» طبق آنچه در بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدهالشیکل تعریف شده در این پرونده مشاهده نمی‌شود. دادگاه مزبور در اتخاذ این تصمیم به معیار «تقلب عمده» مذکور در بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدهالشیکل، بویژه شرح رسمی آن استناد کرد و بخش کاملی از عبارت رأی گروند ایر ترنسفر را که پیش از این بررسی کردیم نقل نمود که مضمون آن عبارت این است که تنها هنگامی می‌توان به قاعده تقلب استناد جست که مطالبه وجه اعتبار اسنادی «در واقعیت امر مطلقاً هیچ مبنایی نداشته باشد» یا رفتار ذی‌نفع «آنچنان اساس معامله را به هم ریزد که اهداف مشروعی که از استقلال تعهد گشاینده اعتبار انتظار می‌رود دیگر قابل تحقق نباشد».^{۱۰۳} در این رأی، دادگاه موضعی همانند موضع دعوی شرکت وسترن شورتی اتخاذ کرد، یعنی رویکردی که دقیقاً با رویکرد آرای مبتنی بر معیار تقلب «آشکار»، مشابه است.

در دعوی شرکت مید-امریکا تایر به طرفیت شرکت واردات و صادرات پی‌تی‌زد تریدینگ لیمیتد و نمایندگان،^{۱۰۴} شرکت مید-امریکا تایر و شرکت جنکو مشترکاً جهت خرید تایرهایی با اوصاف ویژه، با نمایندگان شرکت پی‌تی‌زد تریدینگ لیمیتد عقد بیعی منعقد نمودند و مقرر شد که ثمن از طریق اعتبار اسنادی پرداخت شود. در طی مذاکرات، نمایندگان شرکت پی‌تی‌زد

102. New Orleans Brass v. Whitney National Bank and the Louisiana Stadium and Exposition District, La. App. LEXIS 1764 (2002).

۱۰۳. بنگرید به زیرنویس شماره ۹۳ و متن همراه آن.

104. Mid-America Tire v. PTZ Trading Ltd. Import and Export Agents, 2000 Ohio App. LEXIS 5402; 43 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 964 (2000).

در این دعوا، قاضی یانگ رأی را انشاء کرد؛ قاضی والش با این رأی موافق، و قاضی والن دارای نظر مخالف بود.

تریدینگ لیمیتد توصیفات خاصی را در خصوص کمیت، کیفیت و قیمت حلقه‌های لاستیک به خریداران اظهار داشتند. پس از انعقاد قرارداد، مشخص شد که کمیت، کیفیت و قیمت تایرهای موضوع قرارداد هیچ‌یک با آنچه وعده داده شده بود، منطبق نیست. خریداران از دادگاه درخواست نمودند دستور موقتی دائر بر منع پرداخت وجه اعتبار اسنادی صادر کند. دادگاه با استناد به اینکه نمایندگان فروشنده نسبت به خریداران مرتکب اظهارات کذب و تقلب عمده گردیده‌اند، با درخواست موافقت و دستور موقت صادر نمود.

مع‌ذلک، این رأی در مرحله پژوهش با اکثریت آراء فسخ گردید. دادگاه پژوهش، نخست این سؤال را مطرح کرد: «اصطلاح «تقلب عمده» چگونه باید... تفسیر شود؟»^{۱۰۵} پس از بحث‌های طولانی دادگاه پژوهش پاسخ می‌دهد که تقلب عمده «باید به‌طور مضیق محدود به مواردی از تقلب شود که تخلف ذی‌نفع... اساس معامله را به هم می‌ریزد».^{۱۰۶} یا مطالبه وجه اعتبارنامه «در واقعیت امر مطلقاً مبنایی نداشته باشد».^{۱۰۷} بدین‌سان، دادگاه پژوهش همان رویکردی را در خصوص معیار تقلب اختیار کرده که دعوی نیو اورلئان پذیرفته بود. مع‌ذلک، قاضی والن با نظر اکثریت قضات دادگاه پژوهش مخالف بود و در این خصوص اظهارداشت:

«به‌نظر اینجانب، شرکت پی تی زد تریدینگ لیمیتد با ارتکاب تقلب از تعهدات خود مبنی بر «رعایت حسن نیت، دقت، عدالت و اعمال مراقبت» تخلف کرده است... چنانچه ذی‌نفع اعتبار (شرکت پی تی زد تریدینگ) در معاملات خود حسن نیت را رعایت نکند و نسبت به متقاضی اعتبار (شرکت مید- امریکا تایر) مرتکب تقلب گردد، می‌توان پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف ساخت».^{۱۰۸}

به‌نظر می‌رسد قاضی والن با محسوب کردن تخلف ذی‌نفع از تعهدات «رعایت حسن نیت، دقت، عدالت و اعمال مراقبت» به‌عنوان ارتکاب «تقلب عمده»، در عین احترامی که برای او قائلیم، به نحو نامناسبی از «ایراد تقلب به‌معنای بسیار موسع حمایت کرده است... تقلب عمده

105. *Id.*

106. *Id.*

قاضی این عبارت را از رأی زیر نقل نموده است:

Roman Ceramics Corp. v. People's Nat'l. Bank, 714 F.2d 1207, 1212 footnote 12 (C.A.3, 1983).

رأی فوق نیز به نوبه خود عبارت مذکور را از رأی زیر نقل کرده است که ما آن را در زیرنویس شماره ۲۶ و متن همراه آن، مورد بررسی قرار داده‌ایم:

Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank, 461 Pa. 343, 359, 336 A.2d 316, 324-325 (1975).

107. *Id.*

108. *Id.*

۲۸۱ ❖ مطالعه تطبیقی قاعده ...

در شرح رسمی بند (۵-۱۰۹) قانون تجارت متحدالشکل توضیح داده شده و در هیچ جای این شرح، اصطلاحی معادل با مفهوم «حسن نیت» دیده نمی‌شود.^{۱۰۹}

این مرور اجمالی بر آراء نشان می‌دهد که دادگاههای امریکا در اعمال معیار «تقلب عمده» که در ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل آمده، برحسب ظاهر عموماً رویکردی مشابه با رویکرد آرای مبتنی بر تقلب «آشکار» که قبلاً مطالعه شد، اختیار نموده‌اند. بنابر موضعی که این دادگاهها پذیرفته‌اند صرفاً در موارد معدودی که مطالبه وجه اعتبار اسنادی «در واقعیت امر مطلقاً مبنایی ندارد» می‌توان قاعده تقلب را اعمال کرد. این موضع، رویکردی «بیش از حد مضیق و محدود» است.^{۱۱۰} اما مسئله‌ای که نگران‌کننده‌تر است آنکه می‌بینیم بعضی از قضات معیار «تقلب عمده» را معادل با تخلف از تعهد «رعایت حسن نیت، دقت، عدالت و اعمال مراقبت» تعبیر می‌کنند.

این تفسیر که نزدیک به معیار موسع «تقلب حکمی» که قبلاً مطالعه کردیم، می‌باشد کاملاً نامناسب است. بدین سان، می‌توان گفت با آنکه معیار یکنواخت و مناسبی زیر عنوان معیار «تقلب عمده» در بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل مقرر شده است، همچنان در آینده نیز دیدگاه‌های متنوع و متباینی در خصوص معیار تقلب در امریکا دیده خواهد شد.

سوم. موضع حقوق بریتانیا

حقوق انگلستان نیز همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی، قاعده تقلب را در حقوق اعتبارات اسنادی به رسمیت شناخته است. مع‌ذک، برخلاف نظام حقوقی امریکا، در بریتانیا هیچ مقررات موضوعه‌ای در خصوص قاعده تقلب وجود ندارد. این قاعده را صرفاً در کامن لای (رویه قضائی) انگلستان می‌توان یافت. دعوای مشهور انگلیسی در خصوص قاعده تقلب، دعوای یونایتد سیتی مرچنتس (اینوستمنتس) به طرفیت رویال بانک کانادا^{۱۱۱} می‌باشد، لرد دیپلاک در این دعوا اظهار نظر نمود:

«بر اصل کلی [استقلال اعتبار] یک استثنای شناخته‌شده وارد شده و آن موردی است که فروشنده به منظور مطالبه وجه اعتبار اسنادی با تزویر و تقلب اسنادی را به بانک تأییدکننده اعتبار ارائه می‌کند که صریحاً یا ضمناً حاوی تقلب عمده است و به عدم صحت آن اسناد علم

109. James G. Barnes & James E. Byrne, "Letters of Credit: 2000 Cases", 56 Business L. 4 (2001), reprinted in Annual Survey of Letter of Credit Law & Practice 13, 18 (2002).

110. *Id.*

111. United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada, [1979] 1 Lloyd's Rep. 267, [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, [1983] A.C. 168.

دارد. اگرچه در میان آرای معتبر انگلیسی هیچ دعوی‌ای که در آن، استثناء مذکور اعمال شده باشد، دیده نمی‌شود، اما این استثناء مدت‌ها است که در دعاوی امریکایی تثبیت شده که دعاوی مشهور یا «قاعده‌ساز» سزتجن به طرفیت هانری شرودر بانکینگ کورپریشن، از جمله آنها است.»^{۱۱۲}

می‌توان گفت که عبارت فوق، بیانی خلاصه از جایگاه قاعده تقلب در حقوق انگلستان است و از این رو است که از آن زمان به بعد عبارت مذکور تقریباً در کلیه دعاوی انگلیسی راجع به تقلب در اعتبار اسنادی، نقل و مورد استناد قرار گرفته است. اظهار نظر فوق نشان داد که در انگلستان قاعده تقلب به رسمیت شناخته می‌شود و به علاوه روشن ساخت رأی سزتجن «سنگ زیربنای حقوق انگلستان در این زمینه» می‌باشد.^{۱۱۳}

با وجود آنکه قاعده تقلب در انگلستان معتبر دانسته شده، محاکم انگلیس چندان تمایلی به مداخله در عملیات اعتبار اسنادی از خود نشان نداده‌اند. اظهار نظر مشهور لرد جنکینز، قاضی دادگاه پژوهش، در دعاوی حمزه ملاس و پسران به طرفیت بریتیش ایمکس اینداستریز لیمیتد^{۱۱۴} دلیل این بی‌میلی را تبیین می‌نماید:

«به قدر کافی روشن به نظر می‌رسد که گشایش اعتبار اسنادی تأیید شده معامله‌ای است بین بانک و فروشنده کالا که تعهد مطلق پرداخت را بر عهده بانک می‌نهد، قطع نظر از هر اختلافی که ممکن است بین خریدار و فروشنده در خصوص اینکه آیا کالا مطابق مندرجات قرارداد است یا خیر، مطرح باشد. این مکانیسم تجاری پیچیده، بر این مبنا قوام یافته که اعتبارات اسنادی تأیید شده دارای چنین خصیصه‌ای باشد. به نظر من صحیح نیست که این دادگاه در دعاوی حاضر این رویه شناخته شده و دیرینه را زیر پا گذارد... آن مکانیسم... کاملاً از کار خواهد افتاد اگر اختلاف بین فروشنده و خریدار باعث مسدود شدن وجه (اگر من بتوانم این تعبیر را به کار ببرم) حسابی گردد که اعتبار در مورد آن افتتاح شده است.»^{۱۱۵}

از آنجا که دادگاههای انگلستان معمولاً رویه عدم مداخله در عملیات اعتبار اسنادی را در پیش گرفته‌اند، لازم است پیش از بررسی معیار تقلب در حقوق انگلستان، برخی مسائل دیگر را که بر اعمال قاعده تقلب تأثیر می‌گذارند، مورد اشاره قرار دهیم. این مسائل عبارتند از: (۱) معیار

112. [1983] A.C. 168, 183, per Lord Diplock.

113. Raymond Jack et al., *Documentary Credits* (3rd edn 2001), 260.

114. *Hamzeh Malas & Sons v. British Imex Industriars Ltd.*, [1958] 2 QB 127.

115. *Id.*, 129.

اثبات و (۲) لزوم تقلب ذی نفع.

الف. معیار اثبات

دادگاههای انگلستان با اصرار بر رویه عمومی عدم مداخله در عملیات اعتبارات اسنادی، معیار اثباتی بسیار سنگینی را جهت اعمال قاعده تقلب وضع نموده و لازم دانسته‌اند که خواهان ثابت نماید به وضوح در معامله تقلب رخ داده است. در دعوی آر. دی. هاربتل (مرکانتیل) لیمیتد به طرفیت بانک نشنال وستمنستر لیمیتد،^{۱۱۶} قاضی کر اظهار نظر نمود:

«از موارد احتمالی تقلب آشکاری که بانک از آن مطلع باشد، بگذریم در سایر موارد، محاکم اختلافات ناشی از قراردادهای [پایه] را به خود بازرگانان وا می‌گذارند تا چنانچه برای ایشان فراهم باشد یا در قرارداد شرط کرده باشند، از طریق دادخواهی یا داوری حل و فصل کنند... در غیر این صورت، اعتماد و اطمینان در تجارت بین‌المللی به طرز غیرقابل جبرانی لطمه می‌بیند».^{۱۱۷}

دشواری احراز این معیار اثباتی، در دعوی دیسکانت ریکوردز لیمیتد به طرفیت بانک بارکلیز لیمیتد^{۱۱۸} به خوبی نمود یافته است. در این دعوا خواهان که یک خریدار انگلیسی بود با یک شرکت فرانسوی به نام پرومودیسک برای خرید تعداد ۸۶۲۵ عدد صفحه گرامافون و ۸۲۵ عدد نوار ضبط صوت عقد بیعی منعقد کرد. خریدار (خواهان) به بانک خوانده دستور داد که یک اعتبار اسنادی به نفع فروشنده افتتاح کند. فروشنده، کالایی که ظاهراً منطبق با کالای مورد سفارش به نظر می‌رسید ارسال کرد و براتی را به همراه اسنادی که برحسب ظاهر مرتب بودند، به بانک تأییدکننده اعتبار واقع در پاریس ارائه داد و بانک آنها را پذیرفت. با رسیدن کالا به مقصد، خریدار کالا را در حضور نماینده بانک گشاینده اعتبار بازرسی کرد. بازرسی کالا مشخص ساخت که «۹۴ عدد کارتن وجود دارد که دو عدد از آنها خالی است، ۵ عدد کارتن با آشغال یا پوشال پر شده و تعداد بیست و پنج عدد از جعبه‌های صفحه گرامافون و سه جعبه از نوارهای ضبط صوت به طور ناقص پر شده است به جای ۸۲۵ عدد نوار ضبط صوت مورد سفارش تنها ۵۱۸ عدد نوار ضبط صوت و ۲۵ قاب نوار وجود دارد... و از میان تعداد ۵۱۸ نوار ضبط صوت تحویل شده، ۷۵ درصد مطابق سفارش نیست... همچنین از میان ۸۶۲۵ صفحه گرام مورد سفارش، تنها ۲۷۵ عدد مطابق سفارش است و بقیه طبق سفارش نیست و یا کالای وازده است یا

116. R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. Nat'l Westminster Bank Ltd., [1977] 2 All ER 862.

117. *Id.*, 870.

118. Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd., [1975] 1 All ER 1071.

فروش نرفتنی».^{۱۱۹}

خریدار با استناد به دعوای سزتجن تلاش کرد گشاینده اعتبار را از پرداخت وجه براتی که فروشنده بر روی اعتبار اسنادی صادر نموده بود، منع سازد و ادعا نمود که فروشنده مرتکب تقلب شده است. قاضی مرگاری از دادگاه چانسری دیویژن ادعای خریدار را رد کرده، بین دعوای حاضر و دعوای سزتجن قائل به تفاوت گردید و اظهار داشت:

«لازم به توجه است که در دعوای سزتجن دادرسی مشتمل بر درخواست رد دادخواست به علت عدم ذکر سبب دعوا بود. از این روی، دادگاه ناگزیر بود وقایع مذکور در دادخواست را حقیقت فرض نماید. در دادخواست، ادعای تقلب شده بود و لذا دادگاه با تقلب محرز سروکار داشت. در دعوای حاضر مسلماً هیچ تقلب محرز وجود ندارد، بلکه صرفاً ادعای تقلب مطرح است. خواندگان که با موضوع ارتباطی ندارند، همان گونه که انتظار می رود هیچ دلیلی در مورد موضوع تقلب ارائه نداده اند. در واقع، بعید به نظر می رسد هر دعوایی که پرومودیسک یک طرف آن نباشد، دربردارنده دلیلی برای حل و فصل این موضوع باشد. بنابراین، مسئله باید بر این اساس فیصله یابد که در دعوای حاضر تقلب ادعا شده اما به اثبات نرسیده است».^{۱۲۰}

در دعوای دسکنت ریکوردز، خریدار دلیل خود را در حضور شخص ثالث (گشاینده اعتبار) تحصیل کرد که ثابت می نمود بخش عمده ای از کالا اشغال یا کارتن های خالی است. جالب توجه است که دادگاه رأی داد «تقلب ثابت شده ای وجود ندارد، بلکه صرفاً ادعای تقلب مطرح است». با توجه به اینکه در یک چنین پرونده ای گفته می شود خواهان «صرفاً ادعای تقلب» نموده، تصور اینکه در محاکم انگلستان در دعوای تقلب در اعتبار اسنادی اثبات تقلب تا چه پایه دشوار است، دیگر چندان مشکل نخواهد بود.

ب. لزوم ارتکاب تقلب از سوی ذی نفع

در حقوق انگلستان برای اعمال قاعده تقلب، دخالت ذی نفع در ارتکاب تقلب یا اطلاع او از تقلب شرط است. به عبارت دیگر، اگر تقلب از سوی شخصی غیر از ذی نفع ارتکاب یافته باشد، نمی توان قاعده تقلب را اعمال نمود، هر چند در معامله تقلب وجود دارد. این معنا در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس (اینوستمنتس) لیمیتد به طرفیت روبال بانک کانادا^{۱۲۱} و دعوای

119. *Id.*, 1073.

120. *Id.*, 1074.

121. *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 267, [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, [1983] A.C. 168.

مونترود لیمیتد به طرفیت شرکت گروندکوتر فلشورتریس (با مسئولیت محدود)^{۱۲۲} به خوبی به تصویر کشیده شده است. از آنجا که وقایع موضوعی این دو دعوا جدید است و مباحث مطرح در آن در تکامل قاعده قلب قابل مذاقه است، شایسته می‌نماید هر دوی این دعاوی به تفصیل در اینجا مطالعه شود.

۱. دعوی یونایتد سیتی مرچنتس

دعوی یونایتد سیتی به جهت وقایع موضوعی بدیع آن و استدلالی که در این دعوا در خصوص قلب شخص ثالث ارائه شده، شهرت دارد.^{۱۲۳} در این دعوا، شرکت انگلیسی گلاس فایبر اند اکویپمنت لیمیتد برای فروش یک خط تولید فایبر گلاس با یک شرکت پرویی به نام شرکت سهامی ویتروفرورزوس قرارداد بیعی منعقد کرد. مقرر شد ثمن از طریق یک اعتبار اسنادی غیرقابل فسخ پرداخت شود. اعتبار اسنادی مزبور از سوی بانک سهامی کانتیننتال پرو افتتاح و توسط بانک شاهنشاهی کانادا تأیید گردید. شرکت گلاس فایبر اند اکویپمنت لیمیتد (فروشنده و

122. Montrod Ltd. v. Grundkotter Fleischvertriebs GmbH., [2001] EWCA Civ. 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm.) 257, [2002] 1 WLR 1975.

۱۲۳. برای مطالعه بیشتر درباره این دعوا رک.

Xiang Gao, "The Identity of the Fraudulent Party under the Fraud Rule in the Law of Letters of Credit", (2001) 24 U. New South Wales L. J. 119, at 128 et seq.

این دعوا متضمن یک موضوع مهم دیگری در خصوص حقوق اعتبارات اسنادی نیز می‌باشد، و آن موضوع این است که چنانچه معامله پایه نامشروع باشد، آیا تعهد پرداخت وجه اعتبار اسنادی لازم‌الاجرا است یا خیر. شرکت سهامی ویتروفرورزوس (خریدار) از شرکت گلاس فایبر اند اکویپمنت لیمیتد (فروشنده) درخواست کرد و فروشنده موافقت نمود که در اسناد مربوطه ثمن دو برابر ثمن المسمی اعلام شود و مبلغ مازاد به نفع یک شرکت امریکایی مستقر در میامی که ارتباط نزدیکی با خریدار داشت حواله گردد. علت این امر، فرار از مقررات کنترل ارزی کشور پرو بود که به موجب آن خروج ارز از کشور پرو و انتقال آن به ایالات متحده ممنوع بود. لذا استدلال شد که معامله پایه بین شرکت سهامی ویتروفرورزوس (خریدار) و شرکت گلاس فایبر اکویپمنت لیمیتد (فروشنده) نامشروع بوده و/یا غیرقابل اجرا می‌باشد؛ چه اینکه اجرای این قرارداد مخالف با مقررات کنترل ارزی کشور پرو و احکام موافقت‌نامه برتون وودز (۱۹۴۶) است. این استدلال در مرحله رسیدگی بدوی تماماً مقبول افتاد، اما در مرحله پژوهش جزئی از این استدلال پذیرفته گردید؛ بدین معنا که پرداخت بخشی از وجه اعتبار اسنادی مجاز دانسته شد، و پرداخت بخشی دیگر از آن منع گردید. دادگاه بدوی رأی داد که عقد بیع بین خریدار و فروشنده یک قرارداد مبادله ارز شمرده می‌شود، زیرا آن «یک مبادله ارزی بوده که در پوشش بیع پنهان شده است» و پرداخت وجه اعتبار اسنادی در واقع ترتیب اثر دادن به مفاد یک قرارداد مبادله ارزی است که مخالف مقررات کنترل ارزی کشور پرو و احکام موافقت‌نامه برتون وودز (۱۹۴۶) می‌باشد. لذا دادگاه بدوی رأی داد که معامله اعتبار اسنادی غیرقابل اجرا است. دادگاه پژوهش با این نکته که درون عقد بیع در واقع «یک معامله ارزی پنهان شده» موافق بود و رأی داد که اعتبار اسنادی «جزء لاینفک» حیل‌ای بوده که برای فرار از مقررات کنترل ارزی پرو اندیشیده شده است. مع‌ذک، دادگاه پژوهش آن بخش از عقد بیع را که مخالف قوانین پرو نبود، نافذ شناخت و به خواهان اجازه داد که ثمن دستگاههای ارسالی را از طریق اعتبار اسنادی مطالبه کند. مجلس اعیان رأی دادگاه پژوهش را در خصوص این موضوع تأیید کرد. از آنجا که بحث از این موضوع از حوصله مقاله حاضر خارج است، بیش از این بدان نمی‌پردازیم. برای مطالعه تفصیلی در خصوص این موضوع برای نمونه رک.

Linda C. Cansler, "International Letters Of Credit - The American Accord Case - Fraud Exception Limited", (1982) 17 Texas Int'l L. J. 229, 241; Gerald T. McLaughlin, "Letters Of Credit and Illegal Contracts: The Limits of the Independence Principle", (1989) 49 Ohio State L. J. 1197.

ذی نفع اعتبار) کلیه حقوق، امتیازات و منافع ناشی از این اعتبار اسنادی را به شرکت یونایتد سیتی مرچنتس انتقال داد. مطابق قرارداد بیع، محموله باید در تاریخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۶ یا پیش از آن از لندن به کالائو ارسال می‌گردید. به محض تکمیل تجهیزات موضوع قرارداد، شرکت فروشنده آنها را برای نمایندگان حمل‌ونقل که با آنها طرف حساب بود، فرستاد و جزئیات مندرجاتی که باید در برنامه قید می‌شد، از جمله آخرین مهلت ارسال بار را به نمایندگان حمل‌دستور داد، که ایشان نیز به نوبه خود درج این جزئیات را به آقای بیکر که یکی از خدمه شرکت مسئول بارگیری بود، اعلام داشتند. با همه این تفصیلات، کالا در تاریخ ۱۶ دسامبر ارسال گردید نه در تاریخ ۱۵ دسامبر که در قرارداد مقرر بود و رویال بانک کانادا (تأییدکننده اعتبار) متوجه این تزویر گردید، لذا هنگامی که اسناد جهت مطالبه وجه ارائه شد، بانک مزبور اسناد را نپذیرفت.

خواهان به جهت امتناع ناروا از پرداخت وجه اعتبار اقامه دعوا کرد. خواندگان در مقابل دفاع نمودند که اسناد ارائه‌شده از این حیث که کالا در تاریخ ۱۵ دسامبر بارگیری نشده، مزورانه است. قاضی موکاتا از دادگاه کوئینز بنچ دیویژن* رأی داد که «آقای بیکر نماینده خواهان‌ها در تنظیم و صدور برنامه نبوده است [تا خواهان‌ها مسئول فعل یا ترک فعل او باشند]، و در ارائه اسناد هیچ تقلبی از جانب خواهان‌ها رخ نداده است».^{۱۲۴} قاضی مزبور با استناد به قاعده سبب متقابلانه موجد حق اقامه دعوا نیست دفاعیات خواندگان را مردود اعلام کرد و نتیجه گرفت:

«چنانچه فروشنده‌ای که اسناد را به موجب اعتبار اسنادی ارائه می‌کند، خود شخصاً مرتکب تقلب یا رفتار نادرست و غیراخلاقی شده باشد، براساس قاعده سبب متقابلانه موجد حق اقامه دعوا نیست، به حق می‌توان بانک را مجاز دانست از پرداخت وجه در قبال اسنادی که ظاهراً مطابق با شروط اعتبار است، خودداری کند. اما معتقدم در پرونده حاضر هیچ تقلبی از جانب خواهان‌ها رخ نداده، و در واقع احساس نمی‌کنم که خواهان‌ها به‌هنگام ارائه اسناد از اینکه تاریخ روی برنامه‌ها کذب است، اطلاع داشته‌اند... بنابراین، به نظر اینجانب... خواهان‌ها... حق دارند به قائم‌مقامی ذی‌نفع سابق وجه اعتبار را مطالبه کنند».^{۱۲۵}

رأی دادگاه بدوی در مرحله پژوهش فسخ گردید. دادگاه پژوهش استدلال نمود نیابتی که متقاضی اعتبار به بانک اعطاء نموده تنها ناظر به این است که بانک وجه را در قبال اسناد اصل و صحیح بپردازد. اسناد مجعول مطابق این دستور نبوده و معتبر نمی‌باشد و این واقعیت که تقلب از سوی شخص ثالثی بجز ذی‌نفع ارتکاب یافته است مانع از آن نیست که بانک، دفاع تقلب را در

*. Queen's Bench Division.

124. [1979] 1 Lloyd's Rep. 267, 278.

125. [1979] 1 Lloyd's Rep. 267, 278.

برابر ذی نفع مطرح کند. علی‌هذا، امتناع بانک از پرداخت وجه در قبال اسناد مجعول موجه است. قاضی لرد آکتر اظهارداشت:

«مگر اینکه به‌نحو دیگری توافق شده باشد، نمی‌توان فرض کرد که خریدار (متقاضی اعتبار) به بانک اجازه داده باشد وجه را در برابر اسنادی که به جعلیت آن علم دارد بپردازد. اگر اسناد مجعول باشد، واضح است که آن اسناد اعتباری ندارد. دستورات خریدار به بانک باید چنین تفسیر شود که خریدار لازم دانسته فقط اسناد معتبر پذیرفته شود...»

این ماهیت سند است که باید در تعیین اینکه سند مطابق شروط اعتبار است یا نیست، مبنای تصمیم‌گیری قرار گیرد نه هویت صادرکننده سند... چنانچه نظر اینجانب مبنی بر اینکه ماهیت سند است که تعیین می‌کند سند مطابق شروط اعتبار است یا نیست نه هویت صادرکننده سند، صحیح باشد مقتضای این نظر آن است که چنانچه بانک مطلع باشد برنامه‌ها توسط شخص ثالث به‌نحو مزورانه تنظیم شده است، بانک مکلف است آن سند را سند غیرمنطبق محسوب نماید به همان طریق که اگر اطلاع می‌یافت خود خریدار مرتکب تقلب شده است».^{۱۲۶}

دادگاه پژوهش همچنین مسائل توزیع زیان بین اشخاص باحسن نیت (بی‌گناه)، و حق وثیقه بانک گشاینده اعتبار را در صورت ارتکاب تقلب از سوی شخص ثالث، مورد بررسی قرار داد. در خصوص مسئله نخست (توزیع زیان بین اشخاص بی‌گناه) قاضی لرد استفنسون اظهارداشت:

«بانک برای ارائه اسناد صحیح به ذی‌نفع اعتماد می‌نماید. چنانچه ذی‌نفع برای تهیه اسنادی که ارائه می‌کند ناگزیر باشد به اشخاص دیگر مراجعه کند، برای کلیه طرف‌های درگیر مهم است که آن اسناد نه تنها با مقررات اعتبار، بلکه با واقعیت امور نیز مطابقت داشته باشد و اگر به‌علت وجود قصد اغفال و فریب نزد هر یک از اشخاصی که در تهیه اسناد دخیلند، اسناد دارای چنین ویژگی نباشد، من صلاح می‌بینم که در مقام انتخاب بین دو شخص بی‌گناه، ذی‌نفع را برگزینم و زیان را بر او تحمیل کنم نه بر بانک یا مشتری بانک (متقاضی اعتبار)».^{۱۲۷}

و اما در خصوص مسئله دوم (حق وثیقه ذی‌نفع در صورت ارتکاب تقلب از سوی شخص ثالث) قاضی لرد آکتر بیان داشت:

«نمی‌توان بانک را به پرداخت وجه اعتبار اسنادی ملزم نمود مگر اینکه کلیه پیش‌شرط‌های لازم برای پرداخت وجه اجرا شده باشد و بانک نباید مکلف به قبول و پرداخت وجه در قبال اسنادی باشد که علم دارد کاغذ باطله‌ای بیش نیستند. اگر نظری بجز این بدهیم، گشاینده اعتبار

126. [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, 628-9.

127. *Id.*, 620.

را از حق وثیقه‌ای که در مقابل پرداخت وجه دارد، محروم گردانیده‌ایم، حق وثیقه‌ای که یکی از خصایص اصلی روش تأمین مالی از طریق اعتبار اسنادی به‌شمار می‌رود».^{۱۲۸}

افزون بر این، دادگاه پژوهش با استناد به اصل انطباق دقیق اسناد معتقد بود که رأی قاضی موکاتا نقش عجیب و غریبی را بر دوش بانک می‌نهد. به گفته دادگاه پژوهش:

«آخرین مهلت برای ارسال ماشین‌آلات ۱۵ دسامبر ۱۹۷۶ بود. ماشین‌آلات در واقع در تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۷۶ ارسال گردید و چنانچه فرضاً همان تاریخ واقعی (۱۶ دسامبر) در بارنامه به‌عنوان تاریخ حمل قید می‌شد، بانک به‌علت این قاعده دقیق که اسناد باید از هر جهت با شروط اعتبار اسنادی منطبق باشند از پرداخت وجه درمقابل ارائه آن اسناد خودداری می‌کرد ... این حکم عجیب و غریب خواهد بود، چنانچه سند به‌درستی و صادقانه تاریخ ارسال بار را ۱۶ دسامبر نشان دهد با این وجود بانک ملزم باشد از پرداخت امتناع کند و اگر سند درحالی‌که تاریخ واقعی ارسال بار ۱۶ دسامبر است، به دروغ تاریخ ارسال بار را ۱۵ دسامبر نشان دهد و به‌رغم اینکه بانک از این تزویر اطلاع دارد مکلف باشد وجه اعتبار را بپردازد».^{۱۲۹}

مجلس اعیان رأی دادگاه پژوهش را نقض کرد و دوباره به رأیی که قاضی موکاتا در مرحله بدوی داده بود، بازگشت. لرد دیپلاک که رأی دادگاه (مجلس اعیان) را انشاء نمود،^{۱۳۰} همچنین با استناد به قاعده سبب متقابلانه موجد حق اقامه دعوا نیست، به‌عنوان مبنای اعمال قاعده تقلب، رأی داد که قاعده تقلب در این دعوا قابل اجرا نیست، زیرا تقلب توسط یک شخص ثالث و بی‌آنکه ذی‌نفع از آن مطلع باشد، ارتکاب یافته است. لرد دیپلاک اظهار داشت:

«به‌هرحال، دعوی حاضر در شمول استثنای تقلب قرار نمی‌گیرد. قاضی موکاتا رأی داده است که فروشندگان از عدم صحت تاریخی که آقای بیکر در بارنامه به‌عنوان تاریخ واقعی بارگیری کالا بر روی کشتی امریکن اکورد قید نموده، بی‌اطلاع بوده‌اند. فروشندگان گمان می‌کردند این تاریخ، تاریخ واقعی است و کالا واقعاً در ۱۵ دسامبر ۱۹۷۶ یا تاریخی پیش از آن، که در اعتبار اسنادی لازم دانسته شده بود، بارگیری شده است ...

نظری که برای اعمال قاعده تقلب، علم فروشنده (ذی‌نفع) را به وجود نادرستی در اسناد لازم نمی‌شمارد، به گرمی از استثنای تقلب استقبال نموده و آن را به موجودی زائد و مزاحم تبدیل

128. *Id.*, 628.

129. *Ibid.*, per Griffith LJ.

۱۳۰. لرد فرازر، لرد راسل، لرد اسکارمن، و لرد بریج با رأی مزبور موافق بودند.

خواهد کرد».^{۱۳۱}

رویال بانک کانادا استدلال می‌کرد که بانک تأییدکننده اعتبار قانوناً مکلف نیست وجه اعتبار اسنادی را در قبال اسنادی به ذی‌نفع بپردازد که حاوی اظهارات نادرست در خصوص یک واقعیت مهم است، اگرچه اسناد موصوف برحسب ظاهر مطابق با شروط اعتبار باشند. اما، لرد دیپلاک استدلال رویال بانک کانادا را نپذیرفت و مردود اعلام کرد به این دلیل که مطابق مقررات عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.بی.) همین که اسناد ارائه شده برحسب ظاهرشان با شروط اعتبار منطبق باشد بانک مکلف است وجه اعتبار اسنادی را به ذی‌نفع بپردازد. لرد دیپلاک در این باره اظهار داشت:

«بی‌هیچ شک و تردید، در یک اعتبار اسنادی غیرقابل فسخ و تأییدشده، تعهد قراردادی بانک تأییدکننده اعتبار در مقابل بانک گشاینده، و بانک گشاینده اعتبار در برابر خریدار (متقاضی اعتبار) این است که کلیه اسناد ارائه شده را با مراقبت معقولی بررسی کنند تا مطمئن گردند که اسناد مزبور برحسب ظاهرشان منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار می‌باشد، و در این صورت وجه مقرر در اعتبار را به فروشنده‌ای (ذی‌نفعی) که اسناد را ارائه داده، بپردازند، یا چنانچه در اعتبار چنین مقرر شده باشد، براتی را که فروشنده (ذی‌نفع) صادر نموده قبول یا بدون حق رجوع به براتکش تنزیل کنند (تنزیل بدون حق رجوع). این معنا در آخرین ویرایش عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.بی.) نیز بیان شده است...».^{۱۳۲}

نهایتاً لرد دیپلاک حکم دادگاه پژوهش را مبنی بر اینکه بانک حق دارد صرف‌نظر از هویت متقلب، از پرداخت وجه اعتبار در برابر اسناد مجعول خودداری کند، مردود اعلام کرد و نظر داد در این دعوا ذکر تاریخ مقدم بر تاریخ واقعی در بارنامه باعث بطلان سند نیست. لرد دیپلاک در این خصوص بیان داشت:

«دادگاه پژوهش در این دعوا به خلط مبحث دچار شده و قیاسی فراهم آورده که مقدمه و نتیجه آن با یکدیگر ارتباطی ندارند. دادگاه پژوهش از این مقدمه آغاز کرده که بانک تأییدکننده اعتبار می‌تواند از پرداخت وجه اعتبار در مقابل اسنادی که به جعلیت آن علم دارد، خودداری کند، حتی اگر فروشنده (ذی‌نفع اعتبار) به واقعیت امر جاهل باشد. از این مقدمه، دادگاه پژوهش نتیجه گرفته است که اگر ارتکاب جعل از سوی شخص ثالث بانک تأییدکننده اعتبار را از تعهد

131. [1983] A.C. 168, 184.

این دعوا غالباً به نام کشتی‌ای که کالا روی آن بارگیری شده بود، دعوی امریکن اکورد نامیده می‌شود.

132. [1983] A.C. 168, 184.

پرداخت وجه به فروشنده (ذی نفع اعتبار) معاف می گرداند، پس ارتکاب تقلب از سوی شخص ثالث نیز باید همین نتیجه را داشته باشد.

من نمی خواهم بگویم مقدمه راجع به اسناد معمول که در رأی دادگاه پژوهش آمده صحیح است، حتی در موردی که به سبب جعلی بودن، سند فاقد هرگونه اثر حقوقی بوده و باطل به شمار می رود و در نتیجه ارزش نداشته باشد وثیقه ای برای بانک تأییدکننده اعتبار در قبال وجهی که به حساب خریدار می پردازد، قرار گیرد... من ترجیح می دهم فعلاً به این مسئله نپردازم که چنانچه سندی که فروشنده (ذی نفع) باحسن نیت ارائه می دهد به علت ارتکاب جعل از سوی شخص ثالثی باطل بوده و فروشنده از جعلیت سند بی اطلاع باشد، فروشنده (ذی نفع) با حسن نیت در مقابل بانک تأییدکننده اعتبار چه حقوقی دارد؛ زیرا این مسئله در دعوی حاضر مطرح نمی شود. بارنامه ای که نماینده متصدی حمل تاریخ بارگیری را خلاف واقع روی آن قید نموده، سندی باطل و فاقد اثر نیست. این بارنامه رسیدی معتبر و قابل انتقال دال بر تحویل کالا به متصدی حمل می باشد که به دارنده آن حق می دهد کالا را در مقصد (یعنی کالائو) از متصدی حمل مطالبه کند، و همچنین دلیل انعقاد قرارداد حمل و شروطی که ضمن آن آمده می باشد».^{۱۳۳}

باید پذیرفت که از نظر اصول حقوقی و مصلحت تجاری رأی دادگاه پژوهش قانع کننده تر به نظر می رسد^{۱۳۴} و بنابه دلایلی که در ادامه خواهد آمد، رأی قاضی موکاتا و رأی مجلس اعیان را - با همه احترامی که برای ایشان قائلیم - مشکل می توان پذیرفت:

اولاً، مقررات و رویه های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.بی.) مقرر می دارد که در عملیات اعتبار اسنادی «کلیه طرف های درگیر با اسناد سرو کار دارند، نه با کالا، خدمات و/یا اجرای تعهداتی که اسناد به آنها مرتبط است».^{۱۳۵} و همین که اسناد ارائه شده ظاهراً با شروط اعتبار مطابق باشد، بانک حق دارد تعهد خود را ایفاء کند. هدف از این مقررره حمایت از بانک و بستن باب بازرسی دقیق معامله پایه توسط بانک است؛ بازرسی ای که از محدوده فعالیت ها و

133. *Id.*, 187-188.

۱۳۴. در تأیید این نظر همچنین رک.

Clive M. Schmitthoff (1981) *J. Business L.* 381, 383.

کلایو ام اشمیتوف در مقاله فوق می نویسد: «رأی دادگاه پژوهش بیانگر منطق تجاری مستحکمی است. بویژه، آن بخش از رأی که اعلام می کند چنانچه بارنامه مزور ارائه شود و بانک نسبت به این تزویر مطلع باشد، نباید وجه اعتبار اسنادی را پردازد، صحیح به نظر می رسد. در خصوص این موضوع، مهم نیست که آیا فروشنده [ذی نفع اعتبار] در وقوع تخلف دخالت داشته، یا اینکه برعکس تقلب توسط شخص ثالثی بدون اطلاع فروشنده ارتکاب یافته باشد. اگر بانک را ملزم بدانیم که در خصوص ماهیت و نوع تقلب تحقیقات مفصلی را انجام دهد، کسب و کار بانک را از شتاب و حرکت لازم بازداشته ایم».

۱۳۵. ماده ۴ مقررات و رویه های متحدالشکل اعتبارات اسنادی.

کسب و کار عادی بانک خارج است،^{۱۳۶} اما این بدان معنا نیست که حتی اگر بانک مطلع باشد اسناد بیانگر واقعیت نیستند (به عنوان مثال، اسناد ارائه شده، جعل شده‌اند) بانک مکلف باشد وجه اعتبار را به ذی نفع یا ارائه کننده اسناد بپردازد. از آنجا که تنها شغل و وظیفه هر شخصی که در عملیات اعتبار اسنادی مشارکت دارد و تنها توجه ایشان، صرفاً بررسی اسناد است، کیفیت لازم برای اسناد باید بالا باشد. اسناد نه تنها باید برحسب ظاهر منطبق با شروط اعتبار باشد، بلکه باید اصل، صحیح و معتبر بوده و نمایانگر واقعیت امور باشد. اصالت و صحت اسناد، پایه و اساس موفقیت مکانیسم اعتبارات اسنادی است.^{۱۳۷} چنانچه اسناد ارائه شده مجعول یا مزورانه باشد، در حقوق اعتبارات اسنادی چنین اسنادی مطابق اعتبار نمی باشد، هر چند اسناد از حیث ظاهر با شروط اعتبار مطابق بنماید. این ماهیت اسناد و نه هویت شخص متقلب است که اهمیت دارد: اگر اسناد ارائه شده مجعول یا مزورانه باشد، قاعده تقلب اعمال می شود، [و اینکه چه کسی مرتکب جعل یا تقلب شده است، محلی از اعراب ندارد].

مقررات قانون تجارت متحدالشکل امریکا و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت نامه های مستقل و اعتبارنامه های تضمینی نیز از این دیدگاه حمایت کرده اند. به موجب بند (۵-۱۱۴)(۲) ماده ۵ قدیم قانون تجارت متحدالشکل چنانچه «یکی از اسناد لازم مجعول یا مزورانه باشد یا تقلبی در معامله رخ داده باشد» صرف نظر از هویت شخص متقلب، قاعده تقلب قابل اعمال خواهد بود. در حال حاضر، بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل حاوی مقررات مشابهی است.^{۱۳۸} بند (الف) ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت نامه های مستقل و اعتبارنامه های تضمینی بین المللی مقرر می دارد که چنانچه «واضح و

۱۳۶. مقایسه کنید با:

Roy Goode, *Commercial Law* (2nd edn. 1995), 1008.

137. [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, 620; A. G. Davis, *The Law Relating to Commercial Letters of Credit* 3rd (1963), 149.

داویدس در کتاب فوق الذکر می نویسد: «اگر اسناد مجعول باشد، بدیهی است که اسناد معتبر به شمار نخواهد آمد. دستور خریدار [متقاضی گشایش اعتبار] به بانک مبنی بر گشایش اعتبار باید چنین تفسیر شود که خریدار لازم دانسته صرفاً اسناد معتبر پذیرفته شود، و تعهد بانک در مقابل فروشنده [ذی نفع اعتبار] نیز باید به همین شکل تفسیر گردد. هر تفسیر دیگری جز این، مخالف با هدف و غلیت اصلی از معاملات اعتبار اسنادی خواهد بود». همچنین رک.

Maurice Megrah, "Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit" (1982) 24 Ariz. L. Rev. 255, 257.

مگره در مقاله فوق می نویسد: «بانک به طور ضمنی تعهد می کند وجه اعتبار را در برابر اسناد منطقی که «اصل و صحیح» باشد، بپردازد؛ در غیر این صورت، اعتبارات اسنادی تبدیل به حقه ای خواهد شد و در معرض هرگونه کلاهبرداری قرار خواهد داشت».

۱۳۸. برای دیدن متن این مقرره بنگرید به زیرنویس شماره ۸۸ و متن همراه آن. برای دیدن تجزیه و تحلیل بیشتر این مقرره رک.

Xiang Gao, "The Identity of the Fraudulent Party under the Fraud Rule in the Law of Letters of Credit", (2001) 24 U. New South Wales L. J. 119, 123-124.

آشکار» باشد «هر یک از اسناد اصل و صحیح نبوده یا مجعول و مزورانه است»، می‌توان به قاعده تقلب استناد کرد. به عبارت دیگر، کنوانسیون مزبور نیز اساساً به ماهیت اسناد توجه دارد نه به هویت شخصی که مرتکب تقلب شده است.^{۱۳۹}

این دیدگاه همچنین در بسیاری از آرای که در داخل یا خارج از بریتانیا صادر شده، مورد تأیید قرار گرفته است. به عنوان نمونه، در دعوی ادوارد اون انجیرینگ لیمیتد به طرفیت بانک بارکلیز اینترنشنال لیمیتد،^{۱۴۰} لرد دنینگ اظهار داشت که «چنانچه بانک مطلع باشد اسناد مجعول است یا مطالبه وجه به نحو متقلبانه در شرایطی صورت گرفته که هیچ حقی برای مطالبه وجود ندارد، بانک نباید وجه اعتبار اسنادی را پردازد». ^{۱۴۱} در دعوی استابلیسمنت اسفکا اینترنشنال آنستال به طرفیت بانک مرکزی نیجریه،^{۱۴۲} دادگاه اظهار نمود:

«اسناد مربوط به هریک از بسته‌ها باید صحیح و معتبر باشد. اگر به علت ارائه اسناد مجعول یا مزورانه - مربوط به هریک از بسته‌ها - این شرط محقق نباشد، از نظر حقوقی خوانندگان (بانک) در خصوص تعهد مربوط به آن بسته می‌تواند این امر را به عنوان دفاع مطرح کند».^{۱۴۳}

در دعوی شرکت الد کلونی تراست به طرفیت لایرز تایتل و بانک تراست کمپانی^{۱۴۴} دادگاه حوزه قضائی دوم امریکا امتناع بانک از پذیرفتن قبض انبار مزورانه را تأیید کرد، و استدلال نمود که «چنانچه بانک گشاینده اعتبار مطلع باشد که یک سند به رغم ظاهر صحیح، در واقعیت امر مجعول، مزورانه یا غیرقانونی است، نمی‌توان از بانک خواست چنین سندی را به عنوان سند منطبق با شروط اعتبار اسنادی بشناسد».^{۱۴۵} در رأی سزتنجن، دادگاه اظهار داشت که «اعمال این دکتربین (یعنی اصل استقلال اعتبار) نیازمند این پیش شرط است که اسناد همراه برات اصل و صحیح بوده و با مقررات اعتبار اسنادی مطابقت دارد».^{۱۴۶}

ثانیاً، ماهیت عملیات اعتبار اسنادی اقتضاء می‌نماید که اسناد ارائه شده لزوماً اصل و صحیح باشد. اعتبار اسنادی ساخته و پرداخته شده تا انجام معامله پایه بین متقاضی اعتبار و

۱۳۹. برای دیدن متن این ماده بنگرید به زیرنویس شماره ۲۰۰ و متن همراه آن. برای دیدن تجزیه و تحلیل بیشتر این ماده رک.

Gao, *ibid*, at 124-125.

140. Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank Int'l Ltd., [1978] 1 All ER 976.

141. *Id.*, 982.

142. Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria, [1979] 1 Lloyd's Rep. 445.

143. *Id.*, 447, per Lord Denning MR.

144. Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title and Bank Trust Co., (1924) 297 F. 152.

145. *Id.*, 158.

146. 31 N.Y.S. 2d 631, 634.

ذی‌نفع اعتبار را تسهیل نماید. اسناد لازم در عملیات اعتبار اسنادی کارکردها و وظایف خاصی را ایفاء می‌کنند. به‌عنوان مثال، در عملیات اعتبار اسنادی تجاری یک صورت‌حساب تجاری و مجموعه کامل بارنامه لازم دانسته می‌شود. صورت‌حساب تجاری حاوی اظهارات ذی‌نفع (فروشنده) در خصوص کالای ارسال شده است. بارنامه سندی است دال بر دریافت کالا توسط متصدی حمل و به‌عنوان سند مالکیت کالای موضوع حمل نیز عمل می‌کند. هنگامی که متقاضی از گشاینده اعتبار درخواست افتتاح اعتبار و پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع در قبال اسناد می‌نماید، انتظار می‌رود اسناد، اسنادی باشند که اجرای تعهدات ناشی از معامله پایه از سوی ذی‌نفع را به اثبات رسانند. از منظر گشاینده اعتبار، با افتتاح اعتبار اسنادی و پرداخت وجه گشاینده اعتبار معمولاً به اسناد به‌عنوان وثیقه می‌نگرد. برای اینکه اسناد این وظیفه را به انجام رسانند، اسناد باید لزوماً اصل و صحیح بوده و دلیل بر واقعیت امر باشند. تنها اسناد صحیح است که می‌تواند طرفین را به هدفی که از معامله داشته‌اند، برساند و بانک‌ها و متقاضیان اعتبار تنها این‌گونه اسناد را خواهند پذیرفت، چرا که در غیر این صورت منافع ایشان محفوظ نخواهد ماند. متقاضی اعتبار با اعتماد به اینکه اسناد صحیحی ارائه خواهد شد به گشاینده اعتبار اجازه می‌دهد وجه را به ذی‌نفع بپردازد، و گشاینده اعتبار [با ذی‌نفع] توافق می‌کند وجه را به ذی‌نفع بپردازد مشروط بر اینکه اسنادی که ظاهراً مطابق باشد، دریافت دارد، متقاضی اعتبار و گشاینده اعتبار توافق می‌کنند مکانیسم اعتبار اسنادی را به کار گیرند و در پی احراز صحت و سقم وقایع مذکور در اسناد نباشند. اگر اسناد را نتوان دلیلی بر صحت وقایع مذکور در آنها دانست، پایه و اساس تجاری اعتبارات اسنادی فرومی‌ریزد.^{۱۴۷} هر چند در کلیه اعتبارات اسنادی صریحاً شرط نمی‌گردد که اسناد باید اصل و صحیح باشد، اما منطقاً ذی‌نفع یا ارائه‌کننده اسناد به‌طور ضمنی متعهد می‌شود که اسناد ارائه‌شده اصل و صحیح باشد.^{۱۴۸}

ثالثاً، اصل انطباق دقیق اسناد در حقوق اعتبارات اسنادی ایجاب می‌کند که اسناد ارائه‌شده جهت مطالبه وجه دقیقاً با شروط اعتبار مطابقت داشته باشد. «حتی انحراف جزئی از شروط اعتبار که از نظر تجاری اهمیتی نداشته باشد، مانع حق مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع است، مگر در موردی که این انحراف در شمول موارد مسامحه مذکور در عرف و عادات متحدالشکل

۱۴۷. مقایسه کنید با:

Roy Goode, "Abstract Payment Undertakings" in Peter Cane and Jane Stapleton (ed.), *Essays for Patrick Atiyah* (1992), 209, 230-231.

۱۴۸. به‌عنوان نمونه رک.

Benjamin's Sale of Goods, 5th ed. (1997), 1715; Henry Harfield, *Bank Credits and Acceptances*, 5th ed. (1974), 80; Reade H. Ryan, "Who Should Be Immune from the 'Fraud in the Transaction' Defense in a Letter of Credit Transaction", (1990) 56 Brooklyn L. Rev. 119, 126; G W Smith, "Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud: The American Accord" (1983) 24 Virginia J. Int'l L. 55, 58.

اعتبارات اسنادی (یوسی.پی.)، چنانچه در اعتبار شرط شده باشد، قرار گیرد».^{۱۴۹} برای نمونه، اگر در اعتبار اسنادی مقرر شود که برنامه باید ثابت کند محموله در تاریخ ۱۵ دسامبر یا تاریخی پیش از آن ارسال شده، اما برنامه ارائه شده نشان دهد که کالا در ۱۶ دسامبر ارسال شده، بانک مکلف است از پرداخت وجه اعتبار اسنادی خودداری کند، مگر اینکه این ناهمخوانی مورد اغماض قرار گیرد. در غیر این صورت، خریدار (متقاضی اعتبار) می تواند با استناد به اینکه بانک دقیقاً از دستورات او اطاعت نکرده است از بازپرداخت وجه خودداری نماید. در دعوی یونایتد سیتی مرچنتس، اگر فرضاً در برنامه‌ها با تزویر تاریخ مقدم قید نمی شد یا ذی نفع یک برنامه ارائه می داد که تاریخ واقعی بارگیری در آن ذکر شده بود، بانک به آسانی می توانست با استناد به اصل انطباق دقیق اسناد، از قبول اسناد و پرداخت وجه خودداری کند و ذی نفع هم برای اقامه دعوا علیه بانک دلیلی در اختیار نداشت.^{۱۵۰} اما همین که در اسناد با تزویر تاریخ مقدم قید شد، ذی نفع توانست در دادگاه اقامه دعوا کند و در دعوا پیروز شود که این امر صاحب نظران را واداشت زبان به انتقاد بگشایند:

«جای تعجب و نگرانی است اگر ببینیم در یک سند، تاریخ واقعی بارگیری قید شود و بانک بتواند با استناد به دکرین انطباق دقیق اسناد از قبول سند خودداری کند، اما سندی که در آن صادرکننده با تزویر تاریخ بارگیری را به صورت غیرواقعی قید می نماید، به عنوان یک سند معتبر در دست ذی نفع شمرده شود»!^{۱۵۱}

رابعاً، اعتبار اسنادی ابزاری است که متعاقبین آن را به کار می گیرند تا خطرات معامله پایه را کاهش دهند و بین خود توزیع کنند. متقاضی اعتبار و گشاینده اعتبار به امید دستیابی به اسناد صحیح و معتبر با یکدیگر قرارداد گشایش اعتبار منعقد نموده اند و پیش بینی کرده اند خطراتی را که در روند عادی تجارت رخ می دهد، قبول کنند، اما قانوناً دیگر نباید ملزم باشند خطر پذیرش اسناد مجعول و مزورانه را نیز بردوش کشند. ذی نفع «خود شخصاً متعهد است

149. Goode, *supra* note 147, 228.

۱۵۰. مقایسه کنید با:

Griffith LJ. in *United City Merchants v. Royal Bank of Canada*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, 632.

151. Benjamin's *Sale of Goods* 5th ed. (1997), 1715.

همچنین رک.

Cansler, *supra* note 123, 240.

کنسلر در مقاله فوق الذکر می نویسد:

«رای مجلس اعیان بانکها را در وضعیت غیرعادی و نابهنجاری قرار می دهد. به موجب اعتبار اسنادی، بانک تأییدکننده اعتبار مکلف است اسنادی را که مطابق شروط اعتبار باشد، پذیرفته و وجه اعتبار را بپردازد. پس از رأی دعوی امریکن اکورد، بانکها مکلفند که اسناد مزورانه و مجعول را پذیرفته و وجه اعتبار را بپردازند، مگر اینکه جعل یا تزویر در اسناد توسط ذی نفع ارتکاب یافته باشد».

اسناد مرتب و منظم ارائه دهد و لذا این واقعیت که او در ارائه اسناد مجعول با حسن نیت عمل کرده مؤثر در مقام نیست».^{۱۵۲} حالت روانی ذی‌نفع و علم یا جهل (سوء نیت یا حسن نیت) او تأثیری بر این موضوع ندارد،^{۱۵۳} اما «به نظر می‌رسد در دعوی یونایتد سیتی مرچنتس قاضی موکاتا [و بعداً مجلس اعیان] نکته اساسی فوق را نادیده گرفته است. قاضی موکاتا در این دعوا علی‌رغم آنکه در بارنامه تاریخ ارسال محموله به نحو مزورانه‌ای قید شده بود، رأی داد که ذی‌نفع حق دارد وجه اعتبار را وصول کند، با این استدلال که تقلب از سوی کارگزار بارگیری که نماینده متصدی حمل بوده ارتکاب یافته است، نه از سوی بایع (ذی‌نفع اعتبار)».^{۱۵۴}

مصلحت تجاری اقتضاء می‌کند خطر زیان ناشی از تقلب شخص ثالث را بر ذی‌نفع تحمیل کنیم. رأی صادره در دعوی یونایتد سیتی مرچنتس بر این نظریه که تقلب از سوی شخص ثالث و بدون اطلاع ذی‌نفع ارتکاب یافته است، پس ذی‌نفع بی‌گناه است، اما در این دعوا، کلیه طرف‌هایی که در عملیات اعتبار اسنادی مستقیماً مداخله داشتند – یعنی متقاضی اعتبار، ذی‌نفع اعتبار، و بانک‌های درگیر – همگی بی‌گناه بودند، تنها آقای بیکر مرتکب تقلب شده بود. در چنین شرایطی چه کسی شایسته است زیان وارده را متحمل شود؟ اگرچه روابط قراردادی با عاملین بارگیری در این دعوا مورد بحث و بررسی قرار نگرفته، اما حقایق نشان می‌دهد که ذی‌نفع اعتبار رابطه نزدیکتری با آنها داشته تا بانک‌های ذی‌ربط یا متقاضی اعتبار. در چنین شرایطی، این ذی‌نفع اعتبار بود «که [کارگزار بارگیری] را عهده‌دار صدور بارنامه نمود و او [کارگزار بارگیری] بارنامه را به‌طور مزورانه صادر کرد، و ... همو است ... که باید تاوان تقلب او را بدهد».^{۱۵۵}

اگر از منظر مصلحت و نظم عمومی کنترل و مبارزه با تقلب به قضیه بنگریم هم، بایست تقلب شخص ثالث در شمول قاعده تقلب قرار گیرد و این ذی‌نفع باشد که کلیه زیان‌های ناشی از تقلب شخص ثالث را بر دوش کشد. چنین حکمی باعث می‌گردد ذی‌نفع که معمولاً خود اسناد را از اشخاص ثالث دریافت می‌دارد و سپس جهت مطالبه وجه ارائه می‌دهد، انگیزه بیابد مراقبت و دقت بیشتری را بر رفتار آن اشخاص اعمال کند. دیدگاه مقابل، باعث می‌شود ذی‌نفع تقلب خود را آسانتر پنهان کند، زیرا ذی‌نفع به‌خوبی می‌تواند ادعا کند که تقلب از سوی شخص ثالثی بجز او ارتکاب یافته است. جای شگفتی نیست که در اثر این رأی مجلس اعیان، اظهار نظر شده است:

152. Goode, *supra* note 147, 294.

Smith, *id.*, 62.

همچنین رک.

153. Smith, *ibid.*

154. Goode, *supra* note 147, 294.

155. United City Merchants v. Royal Bank of Canada, [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, 623, per Stephenson LJ.

«به نظر می‌رسد حقوق انگلستان... از فروشندگان زیرکی حمایت می‌نماید آنان که از خدمات اشخاص ثالث و بسیار محتاط و پنهانکاری استفاده می‌کنند که راز اعمال متقلبانه‌شان را نزد خود نگاهدارند. بدینسان، عملاً حقوق انگلستان فروشندگان را ترغیب می‌کند مادامی که بارنامه‌ها صحیح و معتبر به نظر می‌رسند، در خصوص جزئیات فعالیت اشخاص ثالثی که در معاملات آنها درگیرند تحقیق نکنند، زیرا هرگونه علم نسبت به تقلب شانس فروشنده را در دریافت وجه به مخاطره می‌اندازد. بانکی که خارج از اسناد دلیلی متقن دال بر ارتکاب تقلب از سوی شخص ثالث به دست آورد هم نمی‌تواند از پرداخت وجه اعتبار اسنادی‌ای که در حکومت حقوق انگلستان باشد، خودداری کند، همان‌گونه که این معنا در رأی یونایتد سیتی مرچنتس (امریکن اکورد) بیان شده است.»^{۱۵۶}

بدیهی است که این نتیجه، نتیجه مطلوبی نیست. این رویکرد محاکم انگلستان را قبلاً به بیراهه رهنمون کرده و خواهد کرد. دعوای اخیر مونترود لیمیتد به طرفیت شرکت گروندکوتر فلشورتربیس (بامسئولیت محدود)^{۱۵۷} نمونه‌ای از این گمراهی است.

۲. دعوای مونترود

وقایع موضوعی دعوای مونترود، جدید و بدیع است. مطابق دعوای مونترود، شرکت آلمانی گروندکوتر فلشورتربیس (بامسئولیت محدود) مقدار زیادی گوشت منجمد خوک به یک شرکت روسی به نام بالاریس فروخت. مقرر شد ثمن از طریق اعتبار اسنادی‌ای که توسط بانک استاندارد چارترد لندن به نفع شرکت گروندکوتر (فروشنده) افتتاح‌گردید، به فروشنده پرداخت شود. گشایش اعتبار اسنادی توسط بانک آلمانی کامرزبانک به ذی‌نفع (شرکت گروندکوتر) ابلاغ گردید. گشایش این اعتبار اسنادی به تقاضای بانک فیبی صورت گرفت که این بانک نیز به نوبه خود براساس دستورات مونترود عمل کرده بود و از جانب او از بانک چارترد لندن تقاضای گشایش اعتبار اسنادی نمود (مونترود یک مؤسسه مالی و اعتباری و سرمایه‌گذاری بود که برای دیگران در تجارت بین‌المللی اعتبارات اسنادی فراهم می‌آورد). اعتبار اسنادی مزبور که در آن مونترود به‌عنوان متقاضی اعتبار تعیین شد، تابع عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی) بود و وجه آن ۴۵ روز پس از رؤیت در هنگام ارائه اسناد مشخص، از جمله گواهی‌های بازرسی که به امضای مونترود (متقاضی اعتبار) رسیده،

156. Smith, *supra* note 148, 58, 70.

157. Montrod Ltd. v. Grundkoter Fleischvertriebs GmbH., [2001] EWCA Civ. 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm.) 257, [2002] 1 WLR 1975.

قابل پرداخت بود.

برخلاف اکثر معاملات اعتبار اسنادی، مونترود خریدار در معامله پایه نبود. مونترود، اساساً نه با بالاریس (خریدار) و نه با گروندکوتر (فروشنده) هیچ ارتباطی نداشت. به واسطه یک شرکت سنگاپوری از مونترود خواسته شده بود که معامله بین خریدار و فروشنده را تأمین اعتبار کند. [در واقع، شرکت بالاریس (خریدار) از طریق یک واسطه از مونترود درخواست اعطای تسهیلات اعتباری نموده بود و مونترود به منظور دادن این تسهیلات اعتباری به بانک فیبی دستور داد که از جانب او اعتباری اسنادی نزد بانک استاندارد چارترد لندن افتتاح کند که ذی نفع آن اعتبار شخصی باشد که کالا را به تسهیلات گیرنده (یعنی بالاریس) می فروشد]. طی مذاکراتی که بین خریدار و فروشنده جریان داشت، گروندکوتر بنایش بر این بود که بالاریس می تواند از جانب مونترود (متقاضی گشایش اعتبار) سخن بگوید و در واقع به اتکای اینکه بالاریس از این حیث از مونترود نمایندگی دارد، حاضر به معامله با او شد. بالاریس به گروندکوتر چنین القاء نمود که گواهی های بازرسی را یکی از کارکنان گروندکوتر به نام آقای وایلر، به نمایندگی (از جانب) مونترود امضاء کند، اما گروندکوتر (فروشنده) از اینکه بالاریس (خریدار) در واقع حق ندارد از جانب مونترود در خصوص محتویات اعتبار اسنادی سخن بگوید، بی اطلاع بود. مونترود ارائه گواهی های امضاء شده توسط خودش را شرط کرده بود تا از امضای خود به عنوان یک «تدبیر حفاظتی» استفاده کند، بدین معنا که تا مطمئن نشده وجه توسط بالاریس (متقاضی تسهیلات) به حساب مونترود (تسهیلات دهنده) واریز گردیده، با خودداری از امضاء کردن گواهی های بازرسی، پرداخت وجه اعتبار اسنادی را غیرممکن سازد. [در اظهارات فروشنده آمده که اگر فروشنده از وجود این «شرط حفاظتی» مطلع می گردید، اساساً حاضر به انعقاد قرارداد بیع با بالاریس نبود].

گروندکوتر (فروشنده) کالاهای موضوع قرارداد را به وسیله ۲۰ کامیون حاوی محموله برای بالاریس ارسال کرد و گواهی های بازرسی مربوط به محموله هر یک از کامیون ها توسط آقای وایلر به نمایندگی از مونترود امضاء گردید. در تاریخ ۲۲ مارس ۲۰۰۰ شش مجموعه از اسناد به بانک استاندارد چارترد و بانک فیبی ارائه شد و مورد پذیرش آنها قرار گرفت، اما در تاریخ ۲۷ مارس ۲۰۰۰ مونترود به بانک فیبی اطلاع داد که گواهی های بازرسی توسط او صادر نشده و هیچ پرداختی نباید صورت گیرد. در همان روز، بانک فیبی به بانک استاندارد چارترد (گشاینده اعتبار) اطلاع داد که گواهی های بازرسی مورد ارائه، مجعول می باشند. در تاریخ ۶ آوریل ۲۰۰۰ بانک استاندارد چارترد چهارده مجموعه دیگر از اسناد را دریافت داشت که به عنوان اسنادی که برحسب ظاهر منطبق با شروط اعتبار اسنادی هستند، پذیرفته شدند.

در ۱۱ آوریل ۲۰۰۰ مونترود از دادگاه عالی انگلستان درخواست کرد: (۱) حکمی صادر

نماید مبنی بر اینکه هیچ گواهی بازرسی معتبری از سوی مونترود که منطبق با مقررات و شروط اعتبار اسنادی مزبور باشد صادر نشده؛ و (۲) صدور دستور وقت دائر بر منع بانک فیسی و بانک استاندارد چارترد لندن از پرداخت وجه اعتبار اسنادی. اما در تاریخ ۱۹ آوریل ۲۰۰۰ قاضی استیل خواسته‌های او را مردود اعلام کرد. قاضی استیل رأی داد که با توجه به محتویات پرونده، مونترود نتوانسته ارتکاب تقلب از سوی گروندکوتر (فروشنده)، یا اطلاع بانک استاندارد چارترد از چنین تقلبی را به اثبات رساند؛ اما در عین حال، قاضی مزبور تأیید می‌نماید که چنانچه مونترود دلیل جدیدی در اختیار داشت حق دارد تجدید تقاضا نماید.

در ۷ ژوئن بانک استاندارد چارترد با استناد به اینکه درخواست مونترود از سوی قاضی استیل مردود اعلام شده و مونترود به اتکای ادله جدید در دادگاه به تجدید درخواست نیز مبادرت نکرده، وجه اعتبار اسنادی را پرداخت. بانک استاندارد چارترد از بانک فیسی خواست وجه را بازپرداخت کند و بانک فیسی نیز از دادگاه تقاضای صدور رأی اختصاری (رأی بدون نیاز به رسیدگی) علیه مونترود را نمود تا چنانچه در مقابل بانک استاندارد چارترد محکوم به بازپرداخت وجه شود، او نیز بتواند جهت مطالبه وجه به مونترود مراجعه کند. بنابراین، پیش از آنکه دعوای مورد بررسی (مونترود لیمیتد به طرفیت شرکت گروندکوتر فلشورتریس) نزد قاضی ریموند جک در دادگاه کوینز بنچ دیویژن مطرح شود،^{۱۵۸} وجه اعتبار اسنادی به ذی‌نفع پرداخت شده بود، پول از دست گشاینده اعتبار (بانک استاندارد چارترد) خارج شده و خریدار (بالاریس) از صحنه رفته و ناپدید شده بود.

در دعوای مونترود به دو دلیل زیر استناد شده بود: (۱) به هنگام پرداخت وجه توسط بانک استاندارد چارترد، تقلب گروندکوتر (ذی‌نفع) نزد بانک مزبور واضح بود؛ و (۲) گواهی‌های بازرسی که ادعا می‌شود به نمایندگی از مونترود امضاء گردیده، باطل بوده و غیرمنطبق با اعتبار به‌شمار می‌روند. اما هیچ‌یک از این دو استدلال پذیرفته نشد. در خصوص استدلال نخست، قاضی ریموند جک رأی داد که گواهی‌های بازرسی بدون اجازه مونترود امضاء گردیده، اما گروندکوتر (ذی‌نفع اعتبار، امضاء کننده گواهی‌های بازرسی) متقلب محسوب نمی‌شود؛ [چرا که در این خصوص فاقد سوء نیت بوده است]. قاضی ریموند جک درباره دلیل نخست (مشخص بودن تقلب ذی‌نفع نزد بانک چارترد به هنگام پرداخت وجه اعتبار) اظهارداشت:

«به‌دلایلی که در ادامه خواهیم گفت، بنده قانع شده‌ام که گروندکوتر حداقل تا تاریخ ۱۰ آوریل ۲۰۰۰ که مونترود گواهی آقای هوری را ارائه داد، اطلاع نداشته است که برای امضای گواهی‌های بازرسی از جانب مونترود نمایندگی ندارد. گروندکوتر تصور می‌کرده که دارای چنین

۱۵۸. مطابق گزارش منتشره پرونده، قاضی ریموند جک در تاریخ ۲۸ نوامبر ۲۰۰۰ به دعوا رسیدگی و اتخاذ تصمیم نمود.

اختیاری است. تا آن موقع، گروندکوتر از اعمال و نیت مونترود اطلاعی نداشته، جز آنچه از ظاهر خود اعتبار اسنادی قابل مشاهده بوده است... گروندکوتر متقلبانه عمل نکرده است... در نتیجه، مونترود و بانک فیبی برای اثبات اینکه به هنگام ارائه اسناد یا پرداخت وجه دلیل قاطع و روشنی دال بر تقلب نزد بانک استاندارد چارترد بوده، بسیار ناتوانند. لذا، با صرف نظر نمودن از استدلال بطلان اسناد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهیم داد، بانک استاندارد چارترد حق دارد از بانک فیبی بازپرداخت وجه را بخواهد».^{۱۵۹}

و اما در خصوص استدلال دوم (بطلان اسناد به علت عدم اعطای نمایندگی از جانب مونترود)، قاضی ریموند جک رأی داد که در حقوق انگلستان جهت جلوگیری از پرداخت وجه اعتبار اسنادی در صورتی که اسناد ارائه شده «برحسب ظاهر» مطابق با شروط اعتبار باشد، استثنایی تحت عنوان «استثنای بطلان» به رسمیت شناخته نشده است. قاضی ریموند جک پس از نقل عبارت کامل لرد دیپلاک در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس که پیش از این در مقاله حاضر آمده،^{۱۶۰} اظهار نمود:

«عبارت لرد دیپلاک در دعوای فوق توان اثبات این نظر را ندارد که به موازات استثنای تقلب، استثنای دومی نیز وجود دارد ناظر به موردی که بانک به هنگام پرداخت وجه اطلاع دارد اسناد ارائه شده باطل است، اگر چه ذی نفع نسبت به هر حیل‌های مبری و بی‌گناه باشد. تا آنجا که من می‌دانم، بجز عبارت لرد دیپلاک که آن نیز چنین معنایی را نمی‌رساند، در آرای گزارش شده هیچ مؤید دیگری برای اثبات این نظر که در کنار استثنای تقلب، استثنایی نیز به نام «استثنای بطلان» وجود دارد، نمی‌توان یافت».^{۱۶۱}

افزون بر این، قاضی ریموند جک به شماری از مواد یو.سی.پی. ۵۰۰ نیز استناد کرد و بیان داشت که در مقررات یو.سی.پی. نیز جایگاهی برای این استثناء (استثنای بطلان اسناد) نمی‌توان یافت. قاضی ریموند جک در این باره گفت:

«استثنای تقلب تنها استثنای شناخته شده است. بنابراین، بررسی و تطبیق مواد یو.سی.پی. نیز استدلال بانک فیبی و مونترود را مبنی بر وجود استثنای دومی که خاص بطلان است، اثبات نمی‌کند.

به نظر من، «استثنای بطلان» هیچ جایگاهی در حقوق انگلستان ندارد و نباید داشته باشد. وجود

159. [2001] 1 All ER (Comm.) 368.

۱۶۰. رک. زیرنویس شماره ۱۳۳ و متن همراه آن.

161. [2001] 1 All ER (Comm.) 368.

چنین استثنایی در هیچ‌یک از آرای معتبر نیز تأیید نشده است. این استثناء نهاد اعتبارات اسنادی را که نیازمند سادگی و شفافیت است، پیچیده‌تر می‌گرداند. در تعریف اینکه سند باطل چه سندی است، نیز مشکلاتی بروز می‌کند. به‌علاوه، این استثناء می‌تواند توالی فاسدی را در خصوص حقوق اشخاص ثالث به‌همراه آورد».^{۱۶۲}

در پژوهش‌خواهی، آن بخش از رأی قاضی ری‌موند جک که گروندکوتر را مبری از تقلب شناخته بود، مورد اعتراض قرار نگرفت. پژوهش‌خواهی به آن بخش از رأی که اصطلاحاً «استثنای بطلان» نام‌گذاری شده بود، متمرکز گردید. اما دادگاه پژوهش نیز آن را نپذیرفت. در درجه نخست، از نظر دادگاه پژوهش در این دعوا اسناد ارائه شده برحسب ظاهرشان با شروط اعتبار اسنادی مطابقت داشتند؛ بنابراین، گشاینده اعتبار براساس مقررات یو.سی.پی. ۵۰۰ مکلف بود وجه اعتبار را به ذی‌نفع بپردازد. قاضی لرد پوتر، پس از بررسی مواد متعددی از یو.سی.پی. اظهارداشت:

«از مجموع اصل استقلال اعتبار و این قاعده که بانک‌های ذی‌ربط در عملیات اعتبار اسنادی با اسناد سروکار دارند و نه با کالا (مواد ۳ و ۴ یو.سی.پی.)، به‌همراه تعهد بانک‌گشاینده اعتبار به پرداخت وجه، در صورتی که اسناد مقرر منطبق با شروط اعتبار باشد (ماده ۹ یو.سی.پی.)، فهمیده می‌شود که گروندکوتر به‌عنوان ذی‌نفع اعتبار بی‌شک حق دارد وجه اعتبار را وصول کند و بانک استاندارد چارترد به‌عنوان گشاینده اعتبار در مقابل اسناد ارائه شده مکلف به پرداخت است، مشروط بر اینکه اسناد مزبور «برحسب ظاهرشان» با مقررات اعتبار مطابقت داشته باشند (رک. مواد ۱۱۳ الف، ۱۱۴ الف، ۱۱۴ ب، و ۱۴ ج یو.سی.پی.). در این پژوهش‌خواهی ادعا نشده و مشخصاً نیز ادعا نمی‌توان کرد، که اسناد ارائه‌شده و بویژه گواهی‌های بازرسی برحسب ظاهر با مقررات اعتبار مطابقت ندارند. به‌موجب مقررات یو.سی.پی. ۵۰۰ تعهد بانک استاندارد چارترد مبنی بر پرداخت وجه مسلم است مگر اینکه تقلبی از سوی ذی‌نفع اعتبار ارتکاب می‌یافت که البته در دعوای حاضر قاضی رأی داده تقلبی نیز از سوی ذی‌نفع رخ نداده است».^{۱۶۳}

سپس، دادگاه پژوهش بعد از بررسی بعضی آرای انگلیسی، بویژه دعوای یونایتد سیتی مرچنتس این استدلال را رد نمود که چنانچه سندی برحسب ظاهر منطبق با شروط اعتبار باشد، اما ذاتاً و صرف‌نظر از سوء نیت یا حسن نیت مطالبه‌کننده وجه متقلبانه باشد، مطالبه‌کننده حق

162. [2001] 1 All ER (Comm.) 368, 381.

163. [2001] EWCA Civ. 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm.) 257, [2002] 1 WLR 1975.

ندارد وجه را وصول کند. قاضی لرد پوتر در این خصوص بیان داشت:

«تقلب به عنوان استثنایی بر اصل استقلال اعتبار در حقوق انگلستان به رسمیت شناخته شده و این استثناء تاکنون محدود به تقلبی بوده که ذی نفع یا شخص دیگری که براساس شروط اعتبار اسنادی وجه را مطالبه می کند، مرتکب می شود یا از ارتکاب آن اطلاع داشته است، و به نظر من بهتر است که استثنای تقلب به همین گونه باقی بماند. این رویه نباید کنار گذاشته شود و نباید این استثناء را به موارد دیگر بسط و توسعه دهیم، به این دلیل که سند ارائه شده هر چند از حیث ظاهر با شروط اعتبار اسنادی مطابقت دارد، اما به علت اینکه سند مزبور در واقع امر و فارغ از سوء نیت یا حسن نیت مطالبه کننده وجه متقلبانه است، مطالبه کننده حق ندارد وجه اعتبار را وصول کند. به نظر من، اظهارات لرد دیپلاک در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس نیز به روشنی این معنا را افاده می کند که دامنه استثنای تقلب را توسعه ندهیم... اگر چه لرد دیپلاک در دعوای مذکور عقیده خود را در خصوص سند مجعولی که به علت مجعول بودن «باطل» شمرده می شود، ابراز نمی دارد و صرفاً پس از طرح مسئله، از کنار آن به سکوت می گذرد، اما قدر مسلم این است که از گفته لرد دیپلاک در دعوای موصوف به هیچ وجه درک نمی شود که وی استثنای بطلان را به رسمیت شناخته باشد، اگر چه این استثناء شامل سندی گردد که مجعول نیست (یعنی به نحو متقلبانه ساخته نشده)، بلکه توسط شخصی سند صادر گردیده که نسبت به اختیار خود بدون سوء نیت در اشتباه بوده است. به نظر اینجانب نیز چنین استثنایی را نبایدست به رسمیت شناخت».^{۱۶۴}

در دعوای مونترود، روی آنچه اصطلاحاً «استثنای بطلان» نامیدند، تمرکز شد، اما وقایع موضوعی دعوا نشان می دهد که در این دعوا تقلب وجود داشته است: متقلب بالاریس بود [نه ذی نفع اعتبار (گروند کوتر)]. با توجه به اینکه بالاریس نه متقاضی و نه ذی نفع اعتبار اسنادی بود، لذا شخص ثالثی بود که نسبت به معامله اعتبار اسنادی بیگانه به شمار می رفت. بنابراین، دعوای مونترود همانند دعوای یونایتد سیتی مرچنتس، نمونه ای از تقلب شخص ثالث در اعتبارات اسنادی است. مع ذلک، به علت رأی که در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس صادر گشته بود، خواهان ناگزیر شد استدلال های خود را در قالب جدیدی عرضه کند.

رأی مونترود از نظر حقوقی مولود رأی یونایتد سیتی مرچنتس است، اما بیش از پیش امکان و مجال اعمال قاعده تقلب را در بریتانیا محدود کرد. در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس سند توسط یکی از کارکنان متقلب کارگزار بارگیری و بدون اطلاع ذی نفع جعل شده بود، حال آنکه

164. *Ibid.*

در دعوی مونتروود عنصر مادی جعل سند توسط خود ذی نفع بی گناه به انجام رسید؛ ذی نفعی که خریدار متقلب و حقه باز وضعیت واقعی را بر او مشتبه ساخته بود. به نظر می رسد ماحصل مجموع این دو دعوا آن است که هم اکنون در حقوق انگلستان چنانچه ذی نفع یا شخص مطالبه کننده وجه، با حسن نیت اسنادی ارائه کند که برحسب ظاهر مطابق شروط اعتبار اسنادی است اما در واقع مجعول است، قاعده تقلب اعمال نخواهد شد، حتی اگر سند مجعول توسط خود ذی نفع ساخته شده باشد، مشروط بر اینکه ذی نفع متوجه نباشد سندی را صادر می کند که مجعول است یا به طور عمده واقعیت امور برخلاف واقع در آن ذکر می شود.

براساس وقایع موضوعی دعوی مونتروود، آرای صادره از سوی قاضی ریموند جک و دادگاه پژوهش قابل دفاع است؛ چه اینکه وجه اعتبار در ۶ ژوئن ۲۰۰۰ یعنی درست پیش از صدور آرای فوق پرداخت شده بود و لذا دیگر قاعده تقلب قابل اعمال نبود. بانک پرداخت کننده وجه همین که اسناد ارائه شده برحسب ظاهرشان منطبق با شروط اعتبار اسنادی بود، حق دارد بازپرداخت وجه را بخواهد حتی اگر ادعا شود تقلب در معامله وجود داشته است. در صورتی که وجه اعتبار قبلاً پرداخت شده باشد، دیگر قاعده تقلب یا اینکه چه شخصی مرتکب تقلب شده، بر حق مطالبه بانک برای بازپرداخت تأثیر نمی گذارد. آنچه در این دو رأی قابل دفاع نیست، مبنایی است که براساس آن قاضی ریموند جک و دادگاه پژوهش استدلال «بطالان اسناد» را که متقاضی در دعوی بدوی و پژوهشی مطرح کرده بود، رد نمودند.

به منظور اینکه بانکها در اختلافات بین طرفین معامله پایه گرفتار نیابند، عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) به بانکها اجازه داده است که وجه اعتبار را در قبال اسنادی ظاهراً منطبق بپردازند و «هیچ تعهد یا مسئولیتی را در خصوص شکل، کفایت، صحت، اصالت، جعل و تزویر یا اثر حقوقی هریک از اسناد... یا در خصوص حسن نیت یا فعل یا ترک فعل، ملائت، اجرا یا خوش حسابی و اعتبار... هیچ یک از اشخاص برعهده نگیرند».^{۱۶۵} اما، این نظر که یو.سی.پی. به ذی نفع نیز حق می دهد با ارائه اسنادی که برحسب ظاهرشان مطابق با شروط اعتبار اما در واقع امر مجعول هستند، وجه اعتبار را دریافت دارد، نظری نادرست است.^{۱۶۶} اگر این دیدگاه تبدیل به نظر مشهور در حقوق اعتبارات اسنادی گردد، فایده و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی مورد تردید قرار خواهد گرفت. در دعوی مورد بحث، دادگاه پژوهش بر آن بود که به رسمیت شناختن «استثنای بطلان» یا تقلب شخص ثالث، به نحو غیرعادلانه منافع ذی نفع اعتبار را به مخاطره خواهد انداخت. به گفته دادگاه پژوهش:

165. *Ibid.*

۱۶۶. مقایسه کنید با: Goode, *supra* note 147, 229-230.

همچنین رک. Davis, *supra* note 137, 150.

«مصالح محکمی اقتضاء می کند که با ایجاد استثنای عامی تحت عنوان «استثنای بطلان» قلمرو استثنای تقلب را گسترش ندهیم... یک چنین استثنایی احتمالاً نسبت به منافع ذی نفع اعتبار که در این زنجیره قراردادی مشارکت دارد در موردی که حسن نیت او محل تردید نیست اثر ناعادلانه می گذارد. بنابراین، چنین تعمیمی نظام اعتبار اسنادی را که در خدمت تأمین مالی تجارت بین المللی است، تضعیف خواهد کرد».^{۱۶۷}

اما، در مقابل می توان گفت اینکه اجازه دهیم اسناد مجعول تعهد پرداخت وجه اعتبار اسنادی را لازم الاجرا گرداند نیز «به همان میزان یک تهدید بالقوه خطرناک برای کارایی تجاری اعتبار اسنادی» در پی دارد.^{۱۶۸} رمز رواج و شیوع اعتبارات اسنادی در این حقیقت نهفته است که این مکانیسم، تعادلی منصفانه بین منافع متعارض طرف های ذی ربط برقرار می سازد. گردش سالم و طبیعی اعتبار اسنادی نه تنها دسترسی ایمن و سریع ذی نفع به ثمن معامله یا [درمورد اعتبارنامه تضمینی] دریافت مطمئن و سریع مبلغی پول از سوی ذی نفع را در صورت تخلف متقاضی اعتبار از اجرای تعهد ممکن می سازد، برای متقاضی نیز وام و اعتبار و/یا مزایای اقتصادی دیگری فراهم آورده و با ملزم نمودن ذی نفع به ارائه اسنادی اصل و درست که نشانگر اجرای صحیح تعهدات ناشی از معامله پایه است، از متقاضی در مقابل مطالبه نابجای وجه اعتبار مراقبت می نماید. چنانچه ارائه اسناد مجعول یا مزور بتواند تعهد پرداخت وجه اعتبار را لازم الاجرا گرداند، تعادلی که در مکانیسم اعتبار اسنادی مدنظر است، از میان خواهد رفت. همانند هر ابزار تجاری، رواج و شیوع اعتبار اسنادی قائم به اعتماد کاربران آن است. همان گونه که پروفیسور کزولچیک تبیین می نماید:

«اطمینان از پرداخت وجه اعتبار اسنادی برای آنان که به عنوان ذی نفع، پول، کالا یا خدمات خود را در اختیار متقاضی اعتبار قرار می دهند، عنصری بس مهم است... اما [در برابر سوءاستفاده ها] برای متقاضی اعتبار چه تمهیدی بیاندیشیم؟ رها کردن متقاضی اعتبار بی آنکه راه چاره ای در مقابل تقلب فراروی او قرار دهیم، نیز به همین سان انتظارات و امیدهای متقاضی اعتبار را ناکام خواهد نهاد. گذشته از این، اگر اعتبار اسنادی به ابزاری گریز ناپذیر، غیرقابل توقیف و آسان جهت ارتکاب تقلب مبدل گردد، چگونه ممکن است متقاضی با حسن نیت حاضر گردد به دنبال گشایش اعتبار اسنادی و تعهد بازپرداخت وجه اعتبار به بانک گشاینده باشد؟ همان گونه که در خصوص سایر نهادهای حقوقی بازرگانی صادق است، رویکردی که از

167. [2001] EWCA Civ. 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm.) 257, [2002] 1 WLR 1975.

168. Smith, *supra* note 148, 96.

یک طرف رابطه به زبان طرف دیگر رابطه حمایت کند، باعث تضعیف کارایی آن نهاد می‌گردد».^{۱۶۹}

چنانکه پیش از این مذکور افتاد، اینکه قاعده تقلب اعمال بشود یا نه، به ماهیت اسناد ارائه شده بستگی دارد، نه به هویت شخص متقلب. اسنادی که به موجب اعتبار اسنادی ارائه می‌شوند، نه تنها باید برحسب ظاهر با شروط اعتبار مطابقت نمایند، بلکه باید اصل و صحیح نیز باشند و بر همان چیزی دلالت نمایند که باید بر آن دلالت کنند. در صورتی که اسناد ارائه شده مجعول یا مزورانه باشند، حتی اگر برحسب ظاهر با شروط اعتبار مطابق باشند، قاعده تقلب اعمال خواهد شد، قطع نظر از اینکه جعل و تزویر اسناد توسط چه شخصی و در چه شرایطی (باحسن نیت یا با سوء نیت) صورت گرفته است.

از گزارش منتشره دعوی مونترود مشخص نمی‌گردد که آیا بانک کامرزبانک پیش از آنکه اسناد را به بانک استاندارد چارترد ارائه دهد وجه اعتبار را به ذی‌نفع پرداخته یا پس از آن. اگر کامرزبانک پیش از اینکه اسناد را به بانک استاندارد چارترد ارائه دهد، وجه را پرداخته باشد، اصلاً قاعده تقلب در این دعوا قابل اجرا نبوده است، حتی پیش از آنکه گشاینده اعتبار (بانک استاندارد چارترد) وجه را به کامرزبانک بپردازد یا حتی هنگامی که دعوی مربوط به اعلام بطلان گواهی‌های بازرسی و صدور دستور موقت نزد قاضی استیل مطرح بوده است.

در دعوی حاضر (دعوی مونترود) نیز همانند دعوی یونایتد سیتی مرچنتس مصلحت تجاری اقتضاء می‌نماید خطر زیان ناشی از تقلب شخص ثالث را بر ذی‌نفع تحمیل کنیم. در دعوی مونترود کلیه طرف‌هایی که مستقیماً در عملیات اعتبار اسنادی مشارکت داشتند - یعنی متقاضی اعتبار، ذی‌نفع اعتبار، و بانک‌های ذی‌ربط - جملگی بی‌گناه بودند، تنها بالاریس مرتکب

169. Boris Kozolchik, "The Immunisation of Fraudulently Procured Letter of Credit Acceptances: All Services Exportacao Importacao Comercio S.A. v. Banco Bamerindus Do Brazil S.A.", (1992) 58 Brooklyn L. Rev. 369, 370.

برای دیدن نظراتی با مضمون مشابه، همچنین رک.

Albert J. Givray, "Letters of Credit", (1989) 44 Business L. 1567, 1618.

گیوری در مقاله فوق می‌نویسد: «اگر گشاینندگان اعتبار همواره مأخوذ به ظاهر اسناد ارائه شده باشند حتی اگر به‌رغم ظاهر صحیح، اسناد مزبور آلوده به جعل یا تقلب دیگری باشد اعتبارات اسنادی آنچنان در معرض سوء استفاده قرار خواهد گرفت که به موجودی بی‌فایده مبدل خواهد گشت»؛

James E. Byrne, "Critical Issues in the International and Domestic Harmonisation of Letter of Credit Law and Practice", in Commercial L. Annual (1995) 389, 397.

پرفسور بایرن در مقاله فوق می‌نویسد: «اگر اعتبار اسنادی به وسیله‌ای مبدل شود که بی‌جهت از یکی از طرفین به زبان طرف دیگر جانبداری می‌کند، خاصیت و جاذبه اصلی خود را به‌عنوان برقرار کننده تعادل بین منافع متقاضی اعتبار و ذی‌نفع اعتبار از دست خواهد داد».

تقلب شده بود [که او نیز نسبت به عملیات اعتبار اسنادی بیگانه محسوب می‌شد]. چه شخصی شایسته است زیان وارده را تحمل کند؟ متقاضی اعتبار (مونترود) اساساً هیچ ارتباط مستقیمی با بالاریس نداشت. این ذی‌نفع اعتبار (فروشنده) بود که ارتباط قراردادی با بالاریس داشت. بنابراین، ذی‌نفع اعتبار است که برای بالاریس موقعیتی فراهم آورده که توانسته ایشان را به اشتباه اندازد و لذا این ذی‌نفع اعتبار است که بایست بار این زیان را بر دوش کشد.

ج. تدلیس عمدہ

تمام این دعاوی به اثبات می‌رساند که در بریتانیا قراردادان یک عمل در شمول عنوان تقلب که استثنایی بر قاعده استقلال اعتبارات اسنادی به‌شمار می‌رود، بسی دشوار است. هنگامی که رأیی مبنی بر ارتکاب تقلب در معامله صادر نمی‌گردد، دیگر دادگاه نیازی نمی‌بیند که معیار تقلب یا سایر مسائل راجع به اعمال قاعده تقلب را بررسی کند. از آنجا که در انگلستان قاعده تقلب صرفاً در تعداد اندکی از دعاوی به‌مورد اجرا گذاشته شده است، لذا بحث از اینکه چه نوع تقلبی امکان استناد به قاعده تقلب را فراهم می‌سازد نیز به همین ترتیب صرفاً در تعداد اندک شماری از دعاوی به‌چشم می‌خورد.

در دعوی یونایتد سیتی مرچنتس، لرد دیپلاک به‌هنگام بررسی موضوع تقلب شخص ثالث و رد ادعای خوانده، به موضوع معیار تقلب نیز اشاره کرد. در عبارات لرد دیپلاک که پیش از این نقل‌گردید، چنین آمده است:

«بر قاعده عمومی [استقلال] تعهداتی که بانک تأییدکننده اعتبار در برابر بایع (ذی‌نفع اعتبار) برعهده می‌گیرد، یک استثناء وارد شده است: آن استثناء ناظر به موردی است که بایع به‌منظور دریافت وجه اعتبار، به‌نحو متقلبانه اسنادی به بانک تأییدکننده اعتبار ارائه می‌دهد که صریحاً یا ضمناً حاوی تدلیس عمدہ از واقعیت است، و بایع به عدم صحت اظهارات خود علم دارد».^{۱۷۰}

بنابره گفته لرد دیپلاک، تدلیس عمدہ نوعی تقلب است که استناد به قاعده تقلب را در حقوق انگلستان میسر می‌سازد. ریموند جک در مقام یک نویسنده نه قاضی، تدلیس عمدہ را به‌شکل زیر تفسیر نموده است: اصطلاح تدلیس و نمایش خلاف واقع از امور «بسیار نزدیک به تعریف عناصر تدلیس و مانور متقلبانه است که شبه جرم فریب را تشکیل می‌دهد».^{۱۷۱} شبه جرم فریب مشتمل بر اجزاء و عناصر ذیل است: «(۱) علم به اینکه توصیف ارائه‌شده خلاف واقع است؛ (۲) فقدان ظن به صحت توصیف ارائه‌شده؛ یا (۳) مدلس با بی‌احتیاطی توجه نکند به اینکه

۱۷۰. همچنین بنگرید به زیرنویس شماره ۱۱۱.

171. Raymond Jack *et al.*, *Documentary Credits* (3rd edn. 2001), 66.

توصیف ارائه شده حقیقت است یا کذب».^{۱۷۲} واژه «عمده» مفهوم این معنا است که «تدلیس نسبت به تعهدی که بانک مبنی بر پرداخت برعهده گرفته، اساسی و عمده باشد به نحوی که اگر سند ارائه شده حقیقت مطلب را می‌گفت بانک مکلف بود سند را نپذیرد».^{۱۷۳} نظری که ریموند جک در تفسیر اصطلاح «تدلیس عمده» به دست داده نزدیک به تفسیری است که شرح رسمی بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل امریکا از مفهوم «تقلب عمده» ارائه می‌دهد. مع‌ذک، به نظر می‌رسد تفسیر ریموند جک با عبارات خود لرد دیپلاک در تعارض است، آنجا که لرد دیپلاک می‌گوید:

پاسخ این سؤال که «توصیف و نمایش خلاف واقعی که در اسناد، ارائه شده، نسبت به چه موضوعی باید عمده باشد؟» این خواهد بود: «تدلیس/زحیث/ارزش مال باید عمده باشد؛ بدین معنا که چنانچه فرض کنیم خریدار وجه اعتبار را به گشاینده اعتبار بازپرداخت نکند، کالای معرفی شده در اسناد باید به قیمتی قابل فروش باشد که بتواند حق وثیقه بانک را فعلیت بخشد. در غیر این صورت، تدلیس عمده رخ داده است. بنابراین، با توجه به قیمت کالا باید تدلیس عمده را تشخیص داد. اما در دعوی حاضر، چنین امری تحقق نیافته که بانک تأییدکننده اعتبار حق داشته باشد از پرداخت وجه اعتبار اسنادی خودداری کند، در مقصد (کالا) ارزش قابل حصول دستگاه‌های تولید گلاس فایبر که مطابق مشخصات مورد نظر خریدار ساخته شده، به صرف اینکه محموله (دستگاه‌های ارسالی) به جای ۱۵ دسامبر ۱۹۷۶ در ۱۶ دسامبر در فلیکس تاو بر روی کشتی بارگیری شده تحت تأثیر قرار نگرفته و کاهش نمی‌یابد».^{۱۷۴}

بنا به نظر لرد دیپلاک، تدلیس با توجه به ارزش واقعی کالا باید «عمده» یا «غیر عمده» محسوب گردد. در دعوی یونایتد سیتی مرچنتس درج تاریخ مقدم بر تاریخ واقعی در بارنامه، تدلیس عمده محسوب نگردید؛ زیرا این اظهار خلاف واقع بر ارزش کالا تأثیری نگذاشت. اما، بنابه تفسیری که ریموند جک ارائه داد، درج تاریخ مقدم بر تاریخ واقعی در بارنامه را باید تدلیس عمده به شمار آورد؛ زیرا چنانچه فرضاً در بارنامه تاریخ واقعی بارگیری قید می‌شد، بانک مکلف می‌بود از پذیرش اسناد خودداری کند. با وجود احترامی که برای لرد دیپلاک قائلیم، باید پذیرفت که تفسیر ریموند جک روایت و بیانی است که به مراتب از اصل کلام لرد دیپلاک بهتر است (اگرچه تفسیر صحیحی از نظری که لرد دیپلاک در این دعوا داد، نمی‌باشد) و باید اذعان کرد که نظر لرد دیپلاک با حقوق و رویه شناخته شده اعتبارات اسنادی همگام و همسو نیست.

172. *Id.*, at 267.

173. *Id.*, at 266.

174. [1983] A.C. 168, 186.

نظر لرد دیپلاک در دعوای یونایتد سیتی مرچنتس مینی بر اینکه تدلیس عمده قسمی تقلب است که استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، در دعوای انگلیسی بعد از آن نیز مقبول افتاده است. در دعوای تمهیلپ لیمیتد به طرفیت وست^{۱۷۵} دادگاه پژوهش از سخنان لرد دیپلاک در خصوص معیار تقلب که در بالا نقل گردید، تبعیت کرد و براساس آن رأی دادگاه بدوی را تأیید نمود.

در دعوای بانکوسانتاندر اس ای به طرفیت بایفرم لیمیتد،^{۱۷۶} بانک تأییدکننده اعتبار تعهد پرداخت یک اعتبار اسنادی وعده‌دار را پیش از سررسید تنزیل کرد و پرداخت نمود. مدت زمان اندکی پس از تنزیل، کشف گردید که بخشی از اسناد ارائه شده مزورانه است. در نتیجه، گشاینده اعتبار از پرداخت وجه به بانک تأییدکننده اعتبار خودداری کرد. بانک تأییدکننده اعتبار جهت بازپرداخت مبلغ اعتبار در دادگاه کوینز بنچ دیویژن علیه گشاینده اعتبار اقامه دعوا کرد و درخواست صدور رأی اختصاری (رأی فوری بدون نیاز به طی مراحل عادی رسیدگی) نمود و مدعی شد به‌رغم ارتکاب تقلب در اسناد، وی مصون از ایراد تقلب است و قاعده تقلب در برابر او قابل استناد نمی‌باشد. در مقام رسیدگی به مسائل مقدماتی، در این پرونده تقلب اثبات شده فرض گردید. دادگاه بدوی بر مبنای تقلب اثبات شده به نفع گشاینده اعتبار (خواننده) رأی داد. در مرحله پژوهشی، دادگاه پژوهش رأی بدوی را تأیید کرد. هر دو دادگاه بدوی و پژوهش به عبارت فوق‌الذکر لرد دیپلاک در خصوص معیار تقلب، با نظر مساعد استناد کردند.

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد در انگلستان «تدلیس عمده» به‌عنوان معیار تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی پذیرفته و مستقر شده است. از حیث لفظی، موضع حقوق انگلستان در خصوص معیار تقلب، نزدیک به موضعی است که حقوق امریکا به موجب بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل تحت عنوان معیار «تقلب عمده» پذیرفته است. از آنجا که هیچ‌یک از دو معیار فوق هنوز به قدر کافی به بوته آزمون گذاشته نشده، بسیار زود است که مقایسه‌ای منطقی بین آن دو صورت گیرد، لیکن اگر ناگزیر به مقایسه این دو باشیم، به نظر می‌رسد تفاوتشان در این باشد که موضع حقوق امریکا در قانون تجلی یافته است، اما موضع حقوق انگلستان را در روبه قضائی (کامن لا) می‌توان یافت. تفاوت موضع این دو نظام حقوقی در این باره در آن است که دادگاههای امریکا «بیشتر به شدت و وخامت اثری که تقلب بر معامله دارد توجه می‌کنند تا به حالت روانی (حسن نیت یا سوء نیت) ذی‌نفع»،^{۱۷۷} حال آنکه محاکم انگلستان، حداقل اگر تفسیر

175. Themehelp Ltd. v. West, 1995(4) All E.R. 215.

176. Banco Santander S.A. v. Bayfern Ltd., 1999 Lloyd's Rep. Bank 239; *aff'd in* 2000 Lloyd's Rep. Bank. 165.

177. Buckley, *supra* note 47, at 97.

ریموند جک را بپذیریم، اثبات حالت روانی (علم و سوء نیت) متقلب را لازم می‌شمارند.

چهارم. موضع حقوق کانادا

دادگاههای کانادا عموماً در موارد اعمال قاعده تقلب، بیشتر بر درجه اثبات تمرکز کرده‌اند تا بر معیار تقلب. دادگاههای کانادا هنگام رسیدگی به نوع تقلبی که استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، همانند همکاران انگلیسی خود، احتمالاً این سؤال را خواهند پرسید که آیا تقلب «روشن یا آشکار» یا «وجود اماره‌ای قوی دال بر تقلب» به اثبات رسیده است و به معیار تقلب در معنایی که ما در اینجا بررسی می‌کنیم، یعنی به این مسئله که تقلب تا چه میزان جدی و خطرناک است، توجهی نخواهند کرد. دادگاههای کانادا، همچنین به این موضوع نیز پرداخته‌اند که آیا اعمال قاعده تقلب بایست منحصر به موارد ارتکاب جعل یا تزویر در اسناد باشد، یا به موارد تقلب در معامله پایه نیز تسری یابد. دعوای بانک نوآ اسکوتیا به طرفیت آنجلسیکا-وایت‌ویر لیمیتد^{۱۷۸} این موضوع را به خوبی به تصویر کشیده است.

در دعوای آنجلسیکا-وایت‌ویر، دادگاه چهار موضوع را در خصوص اعمال قاعده تقلب مورد بررسی قرارداد، لیکن معیار تقلب که محل بحث ما است از جمله آن موضوعات نبود. دادگاه هنگام رسیدگی به تقلب مورد ادعا در این پرونده که عبارت بود از درج قیمت‌های بالاتر در صورت حساب تجاری تا حدود ۱۷ دلار به ازای هر دوجین بیش از قیمتی که در قرارداد بیع بر آن توافق شده بود، به این مسئله توجه نکرد که تقلب تا چه میزان جدی و خطرناک است، بلکه به این مسئله پرداخت که آیا تقلب (۱) «پیش از پرداخت وجه برات، آن قدر در دید بانک بوده که تقلب را نزد بانک آشکار یا واضح گرداند»؛^{۱۷۹} و (۲) آیا می‌توان «صورت حساب ۰۰۱۴ را در حدی که به درج قیمت‌های قابل مطالبه در آن مربوط می‌گردد، سندی مزورانه و حاوی اظهار خلاف واقع محسوب داشت، یا اینکه باید این عمل را به عنوان تقلب در اجرای معامله پایه (بیع) به‌شمار آورد».^{۱۸۰} به نظر می‌رسد دادگاه با ساده شمردن این سؤال که آیا این عمل «از نوع تقلبی است که بتوان در شمول استثنای تقلب قرارداد»^{۱۸۱} تلویحاً اشاره می‌نماید که تقلب مفهوم ساده‌ای است که معنای آن را در کانادا از هر کسی پرسید، می‌داند.

به علت رویکرد اجمالی و کلی دادگاههای کانادا نسبت به معیار تقلب، با این موضوع حتی

178. Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd., 36 D.L.R. 4th 161 (1987).

179. 36 D.L.R. 4th 161, 178 (1987).

180. *Id.*

181. *Id.*

آن هنگام که در یک پرونده کانادایی مطرح گردیده، نوعاً به شکل بسیار ساده و خام برخورد شده است. به عنوان نمونه، در دعوی سی‌ان‌دی ریسرچ اند دولپمنت لیمیتد به طرفیت بانک نوآ اسکوتیا،^{۱۸۲} قاضی گالیگان در مقام صدور دستور موقت دائر بر منع بانک گشاینده اعتبار از پرداخت وجه اعتبار، اظهار داشت:

«به نظر من، در این پرونده باید با درخواست دستور موقت موافقت نمود. از دیدگاه من، در این دعوا حداقل به دو دلیل باید دستور موقت صادر کرد. اولین دلیل اینکه خواهان اماره‌ای قوی دال بر اینکه مطالبه وجه از سوی نماینده وزارت جنگ ایران متقلبانه است، ارائه داده. تسلیم کالا بی‌گمان صورت گرفته است و مطالبه وجه ضمانت‌نامه تسلیم کالا، لاجرم تلویحاً متضمن این معنا است که تسلیم کالا صورت نپذیرفته که این امر به روشنی خلاف واقع و کذب است.»^{۱۸۳}

مع الوصف، گفته شده است که در کانادا موضوع معیار تقلب در دعوی شرکت سینپلکس ادئون به طرفیت وان‌هاندرد بلور وست جنرال پارتنر اینداستریز،^{۱۸۴} «با تفصیل بیشتری بررسی شده است.»^{۱۸۵} در دعوی سینپلکس، به منظور ساخت یک مجتمع چند منظوره، یک شرکت مختلط سهامی تشکیل شده بود. برای اجرای پروژه ساخت قراردادهای متعددی منعقد شد و در این قراردادها شرط گردید سینپلکس (خواهان) برای تضمین اجرای تعهدات ناشی از بعضی قراردادها که برعهده داشت، یک اعتبارنامه تضمینی به متعهدله ارائه دهد. سینپلکس از تعهد ساخت پروژه تخلف کرد و لذا ذی‌نفع وجه اعتبارنامه را مطالبه نمود. خواهان (متقاضی صدور اعتبارنامه) در دادگاه اقامه دعوا کرد و ضمن درخواست صدور دستور موقت منع پرداخت، مدعی شد که از انجام تعهدی که اعتبارنامه به منظور تضمین اجرای آن صادر شده، تخلف نکرده و هرگونه مطالبه وجه اعتبارنامه از سوی خواندگان متقلبانه است و بنابراین قاعده تقلب باید اعمال گردد. قاضی بلر، با مرور و بازگویی وقایع موضوعی دعوا و اصل استقلال اعتبارنامه، پیش از رد درخواست خواهان خاطر نشان کرد:

«من اندکی درنگ می‌کنم و در حاشیه عرایضم عاملی را که گاهی ظاهراً در بحبوحه این نوع اختلافات گم می‌شود، متذکر می‌گردم، اختلافاتی که هر روز بیشتر و بیشتر در مواقع تنش و بحران اقتصادی به دادگاهها سرازیر می‌شود؛ و آن نکته این است که تقلب استثناء است و هیچ

182. *CND Research & Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 18 C.P.C. 62 (1980).

183. *Id.*, at 65.

184. *Cineplex Odeon Corp. v. 100 Bloor West General Partner Inc.*, 1993 A.C.W.S.J. LEXIS 43709; 1993 A.C.W.S.J. 576951; 37 A.C.W.S. (3d) 1132 (1993).

185. S. P. Jeffery, "Standby Letters of Credit: A Review of the Law in Canada", 14 *Banking & Finance L. Rev.* 505, 528 (1999).

چیزی کمتر از تقلب نمی‌تواند در شمول عنوان تقلب قرار گیرد».^{۱۸۶}

وی سپس ادامه می‌دهد:

«از دید طرفی که خواهان منع پرداخت وجه اعتبار اسنادی است، تقریباً هر نوع رفتار یا حالت ذی‌نفع که با دیدگاه او از جهان هستی مطابق و سازگار نیست، ممکن است تقلب به‌شمار رود و لذا منع پرداخت را توجیه کند. البته با توجه به ویژگی‌ها و اصول شناخته‌شده اعتبارات اسنادی مسلماً قضیه بدین قرار نمی‌تواند باشد...»

تقلب یک واژه روشن و سراسرست چهار حرفی است که فقط به‌معنای «تقلب» است. صرف یک اختلاف ولو به حق یا اختلاف راجع به تفسیر قرارداد، تقلب نیست؛ چه اینکه به هر حال، هرطرف دعوا جز خویشتن را نمی‌بیند و اختلاف یک‌طرفه دیده می‌شود. اگرچه تقلب مفهومی لغزنده است و به تعریف دقیق تن در نمی‌دهد، مع‌ذلک این مفهوم به‌خوبی در حقوق شناخته شده و به‌نظر من مفهوم تقلب باید وجوهی از نادرستی، دغل‌کاری یا فریب را افاده نماید.

در دعوی واشبرن به‌طرفیت راییت (۱۹۱۳) جناب قاضی ریدل اظهارداشت:

.. اشتباه یا لغزش در تفسیر یک قرارداد تقلب شمرده نمی‌شود، همانگونه که قاضی ویلز در دعوی اکس پی. واتسن (۱۸۸۸) بیان داشته، تقلب عبارت است از «عمل نادرست و از حیث اخلاقی گناه، و بیشتر شرارت‌هایی... که صورت می‌گیرد، و همچنین رنج و گرفتاری‌های بی‌هوده‌ای که وارد می‌شود. اصطلاحات «غیرمشروع» و «خلاف قانون» واقعاً اصطلاحات مناسبی برای بیان آن است» رک. دعوی اکس پی. واتسون (۱۸۸۸)، ص. ۳۰۹. مواردی را که بتوان گفت مطالبه وجه اعتبار اسنادی «آشکارا خلاف واقع یا کذب» یا مطالبه «کاملاً بدون توجیه» است، یا موردی که آشکار است «حق مطالبه وجه وجود ندارد»، جملگی از مواردی هستند که در شمول ضوابط فوق‌الذکر قرار می‌گیرند، و باید در چارچوب ضوابط فوق که در خصوص مفهوم «تقلب» بیان گردید، تفسیر شوند».^{۱۸۷}

اگر عبارت فوق را لب و چکیده، موضع حقوق کانادا در خصوص معیار تقلب به‌حساب آوریم، باید گفت موضع حقوق کانادا تا حدودی گیج‌کننده و متعارض است. چنانکه دیده می‌شود، عبارت فوق‌الذکر از یک‌سو، اعلام می‌کند که تقلب در کانادا عبارت است از عمل «نادرست» یا «فریب» یا مطالبه‌ای که «آشکارا خلاف واقع یا کذب» است. این تعابیر مشابه با مفهوم تقلب به معنایی که در کامن لا دارد، می‌باشد که نیازمند وجود قصد اغفال و فریب نزد شخص متقلب است.

186. *Id.*, at para. 29.

187. *Id.*, at paras. 30-32.

اما از سوی دیگر، عبارت فوق‌الذکر بیان می‌دارد در کانادا مواردی که مطالبه وجه اعتبار اسنادی «کاملاً بدون توجیه» است یا «آشکار است که «حق مطالبه وجه» وجود ندارد» نیز تقلب شمرده می‌شود که این گفته مشابه موضع حقوق امریکا است که بیشتر به شدت و حدت عمل متقلبانانه توجه می‌کند. با این همه، عبارت فوق‌الذکر تصویر و گزارشی مطابق واقع از موضع نظام حقوقی کانادا در این زمینه است: از یک سوی، کانادا کشوری با پیشینه و سنت انگلیسی است و لذا دور از انتظار نیست که محاکم کانادا به‌طور سنتی از راه و روش همکاران انگلیسی خود دقیقاً تبعیت کنند و معیار تقلب به‌معنای مصطلح در کامن‌لا را در این زمینه بپذیرند، از سویی دیگر، تأثیر و نفوذ موضع نظام حقوقی امریکا را در حوزه حقوق اعتبارات اسنادی در همه جای دنیا می‌توان سراغ گرفت و مشاهده نمود و حداقل بعضی از دادگاههای کانادا نیز دقیقاً از رویکرد امریکا در خصوص این مسائل پیروی نموده‌اند.

پنجم. موضع حقوق استرالیا

در نظام حقوقی استرالیا، در شمار اندکی از دعاوی که بحث از قاعده تقلب مطرح شده، دو نوع معیار برای تقلب در اعتبارات اسنادی پیشنهاد شده است: (الف) معیار تقلب عمدی؛ و (ب) معیار تقلب آشکار مبتنی بر قواعد انصاف.

الف. معیار تقلب عمدی

معیار تقلب عمدی در دعوی شرکت بامسئولیت محدود کنترنیک دیستری بیوترز (ریسیور اند منیجر اپوینتد) به‌طرفیت بانک نیوسووت ولز^{۱۸۸} بیان گردید. در این دعوا، شرکت کنترنیک (خواهان) می‌خواست مقداری نیمه هادی از شرکت چک خریداری کند. کنترنیک بابت معاملاتی که قبلاً با شرکت چک داشت نیز به شرکت مزبور بدهکار بود. در معامله حاضر پیشنهاد شد از اعتبار اسنادی استفاده شود تا هم بدهی‌های قبلی و هم قیمت کالاهایی که هم‌اکنون کنترنیک قصد خرید آن را داشت از طریق آن پرداخت شود. منابع مالی لازم برای کسب و کار شرکت کنترنیک (خریدار) گاهی توسط بالفر تأمین می‌گردید؛ بدین نحو که بالفر از طریق تقاضای گشایش اعتبار اسنادی نزد بانک نیوسووت ولز به‌نفع شخصی که به کنترنیک کالا می‌فروخت به کنترنیک تسهیلات اعتباری اعطا می‌کرد. بالفور معامله حاضر را نیز به همین طریق تأمین مالی کرد، اما تأمین‌کننده منابع مالی (بالفور) اطلاع نداشت که این

188. Conronic Distributors Pty. Ltd. (Receiver & Manager Appointed) v. Bank of New South Wales, 1984(3) N.S.W.L.R. 110.

اعتبار اسنادی دین قبلی را نیز شامل می‌گردد. همین که تأمین‌کننده منابع مالی (بالفور) حقیقت مطلب را کشف کرد، جهت منع بانک از پرداخت وجه اعتبار اسنادی و منع چک (ذی‌نفع اعتبار) از ارائه اسناد اقامه دعوا کرد. دیوان عالی ایالت نیوسووت ولز با درخواست، موافقت و دستور موقت صادر نمود. قاضی هلشام از دیوان عالی نیوسووت ولز ضمن صدور قرار دستور موقت اظهار داشت: «به‌نظر من، دعوای حاضر را صرفاً براساس تقلب می‌توان مورد رسیدگی قرار داد. به‌گمان من، کافی است بالفور اثبات کند چک به هنگام ارائه اسناد جهت مطالبه وجه قصد تحصیل پول با نیرنگ و فریب دارد، تا بتوان به هر صورت به نفع بالفور دستور موقت صادر کرد. در این صورت، چک پول را با استفاده از اسنادی که به جعلیت آن علم دارد و با مشارکت خود او ساخته شده است، تحصیل و به جیب می‌زند».^{۱۸۹}

ب. معیار تقلب فاحش براساس قواعد انصاف

معیار تقلب فاحش براساس قواعد انصاف در دعوای شرکت هورتیکو با مسئولیت محدود (استرالیا) به طرفیت شرکت تجهیزات انرژی با مسئولیت محدود (استرالیا)^{۱۹۰} بیان گردید. در این دعوا، شرکت تجهیزات انرژی استرالیا (خوانده) برای طراحی، ساخت و نصب یک دستگاه بویلر (دیگ بخار) با هورتیکو (خواهان) قراردادی منعقد کرده بود. هورتیکو (متعهد) برای تضمین اجرای تعهد، یک ضمانت‌نامه بانکی به نفع شرکت تجهیزات انرژی استرالیا (متعهدله) تهیه کرد و ارائه داد. پس از مدتی، قرارداد از سوی هر دو طرف منحل گردید و شرکت تجهیزات انرژی استرالیا برای جبران خساراتی که در اثر عدم اجرای قرارداد متحمل شده بود، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نمود. هورتیکو جهت جلوگیری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه دعوایی اقامه کرد، و ضمناً مدعی شد که ضمانت‌نامه صرفاً خاص تضمین اجرای قرارداد توسط خواهان، بوده است و برخلاف آنچه خوانده ادعا می‌کند قرار نبوده که ضمانت‌نامه علاوه بر این، برای مطالبه خسارت هم مورد استفاده قرار گیرد.

قاضی یانگ از دیوان عالی ایالت نیوسووت ولز، استدلال خواهان را نپذیرفت و آن را رد نمود. مع الوصف، این قاضی محترم در مستند فرعی رأی اظهارداشت:

«در خصوص معاملات تجاری همچون معامله حاضر، دادگاهها همواره رویکرد «عدم مداخله» را در پیش گرفته‌اند، و به‌نظر من، هیچ چیزی کمتر از تقلب واقعی نمی‌تواند دخالت دادگاه را در

189. *Id.*, at 114.

برای مطالعه بیشتر در خصوص این دعوا رک. زیرنویس‌های شماره ۸۷-۹۰.

190. *Hortico (Australia) Pty. Ltd. v. Energy Equipment Co. (Australia) Pty. Ltd.*, 1985(1) N.S.W.L.R. 545.

این گونه معاملات توجیه نماید؛ اگر چه در بعضی دعاوی (نه در دعاوی حاضر) ممکن است عمل خلاف وجدان شخص آن قدر فاحش و زننده باشد که اعمال اختیار صلاحیدیدی دادگاه را سبب گردد و لذا دادگاه در قرارداد دخالت کند.^{۱۹۱}

این دیدگاه که تقلب فاحش براساس قواعد انصاف استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌گرداند، حدود ده سال بعد مجدداً توسط همین قاضی در دعاوی شرکت این فلیتبل توی به طرفیت بانک دولتی نیوسووت ولز^{۱۹۲} دوباره بیان گردید. در دعاوی شرکت این فلیتبل توی، خواهان (خریدار) جهت خرید اسباب بازی‌های پلاستیکی قابل بادشدن با فروشنده‌ای قرارداد منعقد کرد. مقرر شد مبیع به دفعات در چند قسمت تحویل داده شود و ثمن از طریق اعتبارات اسنادی پرداخت گردد. در مورد یکی از قسط‌های مبیع، مغایرت‌هایی بین مندرجات اسناد و کالای تحویل شده دیده می‌شد. هنگامی که فروشنده شرح موقوف را برای خریدار بازگو کرد، خریدار نسبت به مغایرت‌ها رضایت داد و از آن اغماض نمود، اما بعداً نظرش را تغییر داد و جهت منع گشاینده اعتبار از پرداخت وجه برات قبول شده اقامه دعوا کرد و مدعی شد فروشنده با ارائه اسنادی که به خلاف واقع بودن آنها علم داشته، مرتکب تقلب شده است. قاضی یانگ ادعای خریدار (خواهان) را نپذیرفت و دعاوی او را مردود اعلام کرد. اما، مجدداً در بخش فرعی رأی به عنوان اشاره‌ای گذرا و در حاشیه، پس از نقل آرای سزتنجن، هورتیکو، و سایر آرای مرتبط با قاعده تقلب، اظهارداشت:

«باید متذکر شوم آنچه من در این پرونده می‌گویم بعدها به نحو وسیعی تفسیر خواهد شد. اما، با این وجود هنوز هم عاقلانه است که این احتمال را که رفتار خلاف وجدان به عنوان یک استثناء بتواند مانع پرداخت وجه اعتبار اسنادی شود، باقی و مفتوح گذاریم.»^{۱۹۳}

مع‌ذلک، قاضی بات از دیوان عالی ایالت ویکتوریا در دعاوی شرکت الکس فکاس با مسئولیت محدود به طرفیت شرکت اسکودا اکسپورت^{۱۹۴} این دیدگاه را که تقلب فاحش براساس قواعد انصاف استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، نپذیرفت. در این دعوا، الکس (خواهان) برای فروش و نصب سیستم مخابراتی، سامانه نظارت از راه دور و سامانه تنظیمی مربوط به ساخت یک خط لوله انتقال نفت در هند، قراردادی را با شرکت اسکودا اکسپورت (خوانده) منعقد

191. *Id.*, at 554.

192. *Inflatable Toy Co. v. State Bank of NSW*, 34 N.S.W.L.R. 243 (1994).

193. *Id.*, at 251.

194. *Olex Focas Pty. Ltd. v. Skodaexport Co.*, 134 F.L.R. 331 (1996).

کرده بود. شرکت اسکودا اکسپورت پیمانکار اصلی پروژه بود و الکس یکی از پیمانکاران فرعی بود که توسط شرکت اسکودا اکسپورت استخدام شده بود.

شرکت اسکودا اکسپورت موافقت کرد ۱۵ درصد از مبلغ قرارداد را تحت عنوان پیش پرداخت تجهیز/تدارک به الکس بپردازد. به منظور تضمین استرداد پیش پرداخت، مقرر شد الکس ضمانت نامه های مستقلی را که طرفین آن را ضمانت نامه تجهیز/تدارک نامیدند، به نفع شرکت اسکودا اکسپورت اخذ و تسلیم نماید. به علاوه، الکس ملزم گردید به منظور تضمین حسن اجرای تعهدات ناشی از معامله پایه، نوع دیگری از ضمانت نامه، تحت عنوان ضمانت نامه حسن اجرای قرارداد را به میزان ده درصد مبلغ قرارداد تهیه و تسلیم نماید. وجه کلیه این ضمانت نامه ها «به محض اولین درخواست... بدون نیاز به وخواست یا اعتراض یا ارائه دلیل اثبات» قابل مطالبه بود.^{۱۹۵} شرکت اسکودا اکسپورت (ذی نفع ضمانت نامه) مجاز بود صرفاً بخشی از مبالغ ضمانت نامه ها را مطالبه کند.

با بروز اختلافاتی بین طرفین، آن چنان که ادعا شده شرکت اسکودا اکسپورت تهدید کرد که تمام وجه ضمانت نامه ها را مطالبه خواهد کرد مگر اینکه الکس شرایط این شرکت را در خصوص حل و فصل اختلافات بپذیرد.^{۱۹۶} تا آن تاریخ، پیش پرداخت هایی که به موجب ضمانت نامه های تجهیز مورد تضمین واقع شده بود، عمدتاً مسترد گردیده بود. خواهان همچنین مدعی شد که مجموعاً ۹۵ درصد تجهیزات موضوع قرارداد تسلیم شده و ۷۸ درصد از خدمات طراحی، ساخت، مونتاژ و راه اندازی، ارائه گردیده است. در این دعوا و الکس با استناد به دو دلیل صدور دستور موقت مقدماتی دایر بر منع از پرداخت وجه ضمانت نامه های مستقل را درخواست نمود: (۱) شرکت اسکودا اکسپورت با تهدید به مطالبه وجه ضمانت نامه ها، مرتکب تقلب شده است، بی آنکه خود نیز باور داشته باشد، نسبت به مبالغی که توسط ضمانت نامه ها مورد تضمین قرار گرفته، دارای حق است؛ و (۲) شرکت اسکودا اکسپورت با تهدید به مطالبه وجه و ضمانت نامه ها مرتکب رفتار خلاف وجدان به معنای مقرر در ماده ۵۱ الف الف قانون عرف و عادات تجاری مصوب ۱۹۷۴ گردیده است.

قاضی بات به هنگام بررسی نخستین دلیل مورد استناد خواهان، به پیروی از روش سنتی

195. *Id.*, at 340 (For Mobilisation Guarantees) and 342 (For Performance Guarantees).

۱۹۶. در واقع، شرکت اسکودا اکسپورت به بانک طرف حساب خود، یعنی بانک بازرگانی چکسلواکی، دستور داد که وجه کلیه ضمانت نامه ها را مطالبه کند و بانک مزبور چنین کرد. در این باره رک.

Id., at 345.

برای مطالعه بیشتر درباره مشروح مذاکرات این دعوا و خلاصه ای جامع از مطالبه وجه ضمانت نامه ها توسط ذی نفع، رک. Ross P. Buckley, "Sections 51AA and 51AC of the Trade Practices Act 1974: The Need for Reform", 8 Trade Practices L. J. 5, 6, note 6 (2000).

دعاوی انگلیسی که درجه بالایی از اثبات را در این خصوص لازم می‌شمردند، در آغاز تجزیه و تحلیل خود بیان داشت:

«امروزه در ایالت ویکتوریا، همانند انگلستان موضع حقوق در این باره روشن است. اصلی که آشکارا همه پذیرفته‌اند و استقرار یافته این است که در ضمانت‌نامه غیر مشروط حسن اجرای قرارداد، همچنین در اعتبار اسنادی تأییدشده، نمی‌توان پرداخت وجه از سوی بانک و مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع را با صدور دستور موقت منع نمود مگر در مورد تقلب فاحش که بانک احتمالاً، به‌هنگام پرداخت مورد نظر از آن تقلب آگاه باشد یا در مورد جعل اسناد (که احتمالاً این مورد صرفاً در خصوص اعتبارات اسنادی قابل‌اعمال است) یا احتمالاً در مورد عدم مشروعیت معامله پایه. [فقط در این موارد است که دادگاه می‌تواند دستور موقت منع پرداخت یا منع مطالبه وجه ضمانت‌نامه مستقل یا اعتبار اسنادی را صادر نماید].»^{۱۹۷}

سپس در ادامه، این قاضی دانشمند شماری از آرای انگلیسی و استرالیایی راجع به این موضوع را بررسی می‌نماید و برای اثبات این معنا که قاعده تقلب را تنها در فرض تقلب آشکار می‌توان به مورد اجرا گذاشت، عباراتی طولانی را از آرای مزبور نقل نموده^{۱۹۸} و نهایتاً درخواست خواهان مبنی بر صدور دستور موقت به علت ارتکاب تقلب را رد کرد. این قاضی فاضل، به‌هنگام بررسی نظری که قاضی یانگ در دعاوی هورتیکو از آن حمایت کرده مبنی بر اینکه تقلب فاحش براساس قواعد انصاف استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، خاطر نشان ساخت:

«به‌نظر من، عالی‌جناب یانگ در آن رأی بسیار محتاطانه سخن می‌گوید، از این رو است که وی سخنان خود را درباره مفهوم تقلب با اشاره به رویه عمومی «عدم‌مداخله» دادگاهها در معاملات تجاری آغاز می‌کند... با همه احترامی که برای قاضی یانگ قائم با نظر ایشان موافق نیستم، بنده معتقدم با توجه به کلیه آرای دیگری که نقل نمودم، نمی‌توان رفتار آشکارا خلاف وجدان را که به حد تقلب واقعی نرسد، به‌عنوان مبنای صدور دستور موقت منع پرداخت یا منع مطالبه وجه ضمانت‌نامه مستقل یا اعتبار اسنادی قرار داد.»^{۱۹۹}

197. *Olex*, 134 F.L.R. 331, 348 (1996).

برای دیدن شرح و نقدی ویژه بر این عبارت رک.

Alan L. Tyree, "Performance Bonds and Section 51AA of the Trade Practices Act", 8 J. Banking & Finance L. & Practice 338, 339 (1997).

۱۹۸. برای نمونه، قاضی مزبور عباراتی را از آرای زیر نقل نمود:

Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank Int'l Ltd., 1978(1) All E.R. 976; and *Bolivinter Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank*, 1984(1) Lloyd's Rep. 251.

199. *Olex*, 134 F.L.R. 331, 354 (1996).

شایان ذکر است که قاضی بات بر مبنای استدلال دوم خواهان پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های تجهیز را منع نمود: شرکت

بنابراین، با وجود آنکه تاکنون در استرالیا گفته شده دو نوع تخلف امکان استناد به قاعده تقلب را فراهم می‌آورد، اما در عمل تنها معیار «تقلب عمدی» به مورد اجرا گذاشته شده است. همچنان که در خصوص معیار تقلب فاحش قواعد انصاف، دوبار توسط همان قاضی (قاضی یانگ) از دیوان عالی ایالت نیوسووت ولز مورد اشاره قرار گرفته، لیکن در هیچ دعوایی به مورد اجرا گذاشته نشده است. به علاوه، این معیار از سوی دیوان عالی ایالت ویکتوریا مردود اعلام شده

اسکودا اکسپورت در مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌ها، مطابق ماده ۵۱ الف قانون عرف و عادات تجاری مصوب ۱۹۷۴ مرتکب رفتار خلاف وجدان شده است. این رأی «بیشتر نویسندگان را شگفت‌زده کرد و انتقادات صریح و متعددی را برانگیخت». رک. Buckley, *supra* note 196, at 6.

به‌طور کلی، تاکنون انتقادات از این رأی بر این نکته متمرکز بوده که رأی مزبور ماده ۵۱ الف قانون عرف و عادات تجاری را به غلط اعمال کرده است. ماده ۵۱ الف قانون عرف و عادات تجاری مصوب ۱۹۷۴ مقرر می‌دارد: «یک شرکت تجاری نباید در کسب و کار و تجارت خود مرتکب رفتاری شود که از نظر حقوق نانوشته ایالات و ولایات که در طی زمان گرد آمده، برخلاف وجدان باشد». رأی فوق «قلمرو پذیرفته‌شده این ماده را به‌نحو قابل ملاحظه‌ای توسعه داده است». رک.

Ross P. Buckley, "Unconscionability Amok, or Two Readily Distinguishable Cases?", 26 Australian Business L. R. 323, 326 (1998).

به هر تقدیر، به علاوه رویکرد پذیرفته‌شده در این رأی نمایانگر تحول و حرکتی نامطلوب در حقوق اعتبارات اسنادی است؛ چه اینکه ظاهراً این رویکرد مبنای دیگری برای مداخله و ممانعت از پرداخت وجه اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های مستقل حداقل در استرالیا ایجاد می‌کند: این مینا، رفتار خلاف وجدان است؛ مبنایی که می‌تواند به شدت بر کارایی و سودمندی تجاری اعتبارات اسنادی اثر منفی گذارد؛ چرا که «در اثر این مقرر قانونی، اگر به همین گونه در تجارت بین‌المللی اعمال شود، قاعده استقلال اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد و سایر ضمانت‌نامه‌های بانکی که قاعده‌ای مشهور و معتبر شناخته می‌شود، به طرز چشمگیری زیرپا گذاشته می‌شود». رک.

Olex Focus Pty. Ltd. v. Skodaexpert Co. Ltd., 134 F.L.R. 331, 358 (1996).

آنچه بیش از این نگران‌کننده است اینکه چه بسا این رأی باب فتنه‌ها و گرفتاری‌های بعدی را در استرالیا باز کند، و باعث وارد شدن «استثنائات» بیشتری بر مکانیسم پرداخت اعتبارات اسنادی گردد. به‌عنوان مثال، سایر مواد قانون عرف و عادات تجاری، از قبیل ماده ۵۲ آن که راجع به عمل گمراه‌کننده و فریبکارانه است، و ماده ۵۳ آن که راجع به توصیفات و اظهارات کذب و گمراه‌کننده است، نیز ممکن است در آینده در خصوص اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های مستقل قابلیت اعمال یابد. اگر چنین اتفاقی حادث شود، فایده و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های مستقل جداً ضایع خواهد شد. برای دیدن سلسله‌ای از مقالات که از این رأی انتقاد نموده‌اند، رک.

Robert Baxt, "Are Bank Guarantees Safe from the Unconscionable Conduct Provisions of the Trade Practices Act?", 1997 The Australian Banker 62; Robert Baxt, "A Bombshell on Unconscionable Conduct", 25 Australian Business L. Rev. 227 (1997); Robert Baxt, "Unconscionability Taken One Step Too Far?", 25 Australian Business L. Rev. 301 (1997); Robert Baxt, "Unconscionable Conduct under Trade Practices Act", 71 Australian L. J. 432 (1997); Robert Baxt and Joel Mahemoff, "Unconscionable Conduct Under the Trade Practices Act - An Unfair Response By the Government: A Preliminary View", 26 Australian Business L. Rev. 5, 13-15 (1998); Jeffrey Browne, "The Fraud Exception to Standby Letters of Credit in Australia: Does it Embrace Statutory Unconscionability?", (1999) 11 Bond L. R. 98; Ross P. Buckley, "Sections 51AA and 51AC of the Trade Practices Act 1974: The Need for Reform", 8 Trade Practices L. J. 5 (2000); Alan Tyree, "Performance Bonds and Section 51AA of the Trade Practices Act", 8 J. Banking & Finance L. & Practice 338 (1997); Warren Pengilly, "Unconscionability: Are the Litigation Floodgates Opening in Relation to Commercial Transactions?", 13 Australia & New Zealand Trade Practices L. Bulletin 11 (1997); and Ben Zillmann, "A Further Erosion Into the Autonomy of Bank Guarantees", 13 Building & Construction L. 354, 357 (1997).

❖ ۳۱۷ مطالعه تطبیقی قاعده ...

است. این مسئله که آیا معیار تقلب فاحش براساس قواعد انصاف، می تواند مبنایی واقعی برای اعمال قاعده تقلب باشد یا خیر، موضوعی است که آینده پاسخ آن را مشخص خواهد نمود.

ششم. موضع کنوانسیون ملل متحد راجع به ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی (از این به بعد کنوانسیون سازمان ملل متحد نامیده می شود) در مورد مسئله تقلب موضوعی متفاوت با موضع بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل اتخاذ کرده است. در حالی که قانون تجارت متحدالشکل امریکا جهت اعمال قاعده تقلب معیار عام «تقلب عمده» را در این خصوص پیش بینی کرده، کنوانسیون سازمان ملل متحد از کاربرد «اصطلاحات «تقلب» و «سوء استفاده از حق» اجتناب نموده^{۲۰۰} و در ماده ۱۹ سه مبنای اساسی برای امکان استناد به قاعده تقلب مشخص کرده است:

(۱) هریک از اسناد اصل و صحیح نبوده یا مجموعی یا مزورانه باشد؛

(۲) وجه بر مبنایی که در مطالبه نامه و اسناد پیوست آن ادعا شده، قابل مطالبه نباشد؛ یا

(۳) براساس نوع و هدف ضمانت نامه مستقل یا اعتبارنامه تضمینی مربوطه، مطالبه وجه هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری نداشته باشد».

و اما در خصوص مطالبه های که «هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری» ندارد، بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون بدین گونه مفهوم این عبارت را بیشتر روشن می سازد:

(۱) «واقع یا خطری که ضمانت نامه مستقل یا اعتبارنامه به منظور حمایت ذی نفع در برابر آن صادر گردیده، بدون شک رخ نداده باشد؛

(۲) تعهد پایه مضمون عنه (متقاضی صدور) توسط دادگاه یا مرجع داور باطل اعلام شده باشد مگر اینکه تصریح شود بطلان تعهد پایه نیز در زمره خطراتی است که تحت پوشش ضمانت نامه مستقل یا اعتبارنامه قرار می گیرد؛

(۳) تعهد پایه بدون تردید مطابق رضایت خاطر ذی نفع اجرا شده باشد؛

(۴) خطای عمدی ذی نفع آشکارا مانع اجرای تعهد پایه شده باشد؛ یا

(۵) در مورد مطالبه وجه ضمانت نامه متقابل، ذی نفع ضمانت نامه متقابل به عنوان صادرکننده

200. Eric E. Bergsten, "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters", 27 Int'l L. 859, 872 (1993).

ضامن) ضمانت‌نامه‌ای که به ضمانت‌نامه متقابل مربوط است، با سوء نیت وجه اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل مربوطه را پرداخته باشد».

این فهرست جامع نیست، اما شیوه‌ای مؤثر و امیدبخش برای تعیین نوع تخلفی است که امکان استناد به قاعده تقلب را فراهم می‌سازد. این ماده کنوانسیون بی‌تردید مفصل‌ترین مقررهای است که تاکنون برای رفع ابهام و توضیح تخلفی که قاعده تقلب را قابل اجرا می‌گرداند، وضع گردیده است. مقررات کنوانسیون در خصوص قاعده تقلب «از حیث قلمرو، واضح و مضیق است و معیاری عالی را در سطح بین‌المللی به دست می‌دهد».^{۲۰۱} مقررات این کنوانسیون، مسلماً رهنمون‌های مناسبی برای دادگاهها است تا موارد اعمال قاعده تقلب را اصلاح کنند و بهبود بخشند.

هر چند کنوانسیون سازمان ملل برای امکان توسل به قاعده تقلب، وجود دلیلی «واضح و روشن» را لازم می‌شمارد، اما در کنوانسیون اشاره‌ای نشده که قصد (سوء نیت) متخلف نیز باید به اثبات رسد. با مطالعه متن کنوانسیون استنباط می‌شود که کنوانسیون، همسو با ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل بیشتر بر نوع و ماهیت تخلف تأکید دارد تا برحالت روانی (سوء نیت یا حسن نیت) متخلف. با همه این تفصیلات، داشتن قواعد یک بحث است و اجرای صحیح و شایسته آنها بحثی دیگر؛ چه اینکه اجرای این قواعد در اختیار دادگاههایی است که هر یک جدا از دیگری می‌باشند. از آنجا که ممکن است دادگاهها همچنان معیار اثباتی‌ای را که در پاره‌ای آرای انگلیسی ارائه شده، اعمال کنند، باید منتظر ماند تا آینده ارزش واقعی مقررات کنوانسیون را نشان دهد.

هفتم. نتیجه گیری

قاعده تقلب «بحث‌انگیزترین و گیج‌کننده‌ترین موضوع»^{۲۰۲} در حقوق اعتبارات اسنادی است. پیچیدگی این موضوع عمدتاً ناشی از آن است که معیار تقلب به دشواری قابل تعریف است. دیدگاه‌های متنوع و متفاوتی که دادگاهها و نویسندگان در خصوص جوهر و اساس معیار تقلب ارائه داده‌اند، نشان‌دهنده دو دسته از مصالح متعارضی است که در این زمینه رویاروی یکدیگر قرار گرفته‌اند. این مصالح متعارض عبارتند از:

201. Comment, Litigation Digest: Agritrade International Pte. Ltd. v. Industrial and Commercial Bank of China, [1998] 3 S.L.R. [Singapore], 4, 3 Documentary Credit World 8, 13 (2000).

202. Comment, *supra* note 62, at 995.

«اهمیت حفظ و پاسداشت اصل استقلال اعتبارات اسنادی از یک‌سوی...؛ و اهمیت منع یا پیشگیری از تقلب در عملیات اعتبار اسنادی از سوی دیگر».^{۲۰۳}

از یک‌سوی، اگر تقلب بسیار وسیع تعریف شود یا معیار تقلب بسیار سهل الوصول و ساده تعیین گردد، ممکن است قاعده تقلب مورد سوء استفاده متقاضی اعتبار قرار گیرد که صرفاً به علت سود نبردن از معامله پایه مایل نیست بانک گشاینده اعتبار وجه اعتبار را بپردازد. اگر منع پرداخت وجه اعتبار اسنادی فراوان اجازه داده شود، اعتماد تجاری به اعتبارات اسنادی به‌عنوان یک ابزار کارآمد برای تضمین اجرای تعهدات از میان خواهد رفت.^{۲۰۴}

از سوی دیگر، اگر تقلب بسیار مضیق و محدود تعریف شود یا معیار تقلب بسیار سنگین و صعب‌الحصول تعیین گردد، تأثیر قاعده تقلب به خطر خواهد افتاد. تعیین معیار بسیار خشک و انعطاف‌ناپذیر برای تقلب، ممکن است باعث افزایش ارتکاب اعمال متقابلانه از سوی ذی‌نفع‌های اعتبارات اسنادی گردد، متقاضیان گشایش اعتبار را در استفاده از اعتبارات اسنادی دلسرد نماید و نهایتاً به فایده و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی لطمه وارد کند.^{۲۰۵}

بنابراین معیاری برای تقلب مناسب است که بین این مصالح متعارض، تعادل و سازشی معقول برقرار سازد. از نظر حقوقی، این معیار باید هدف و غایت قاعده تقلب را برآورد و برای دادگاهها قابل اجرا باشد. از لحاظ تجاری، این معیار باید کارایی اعتبارات اسنادی را تسهیل کند. بنابراین ملاحظات، باید از مفاهیم و اصطلاحات موسع و گسترده یا معیارهایی از قبیل معیار تقلب آشکار که ممکن است بسیار خشک و غیرقابل‌انعطاف باشد و معیار تقلب حکمی که ممکن است منجر به سوء استفاده از قاعده تقلب گردد، دوری‌گزید، و معیاری مناسب و عملی برای تقلب انتخاب کرد.

تلفیق مقررات بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل با مقررات ماده

203. Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd., 36 D.L.R.4th 161, 168 (1987).

برای دیدن دیدگاهی خاص که از وجود قواعد سفت و سخت در حقوق اعتبارات اسنادی دفاع می‌کند، رک. Henry Harfield, "Identity Crisis in Letter of Credit Law", 24 Arizona L. Rev. 239, 239 (1982).
هارفیلد در مقاله فوق می‌نویسد: «حکومت قواعد سفت و سخت بر اعتبارات اسنادی نیازی بنیادین و اساسی است. اگر اعتبارات اسنادی تابع قواعد منعطف‌تری که مناسب حل و فصل منصفانه اختلافات است، قرار گیرد چه بسا وجود وهستی اعتبارات اسنادی به‌عنوان یک‌مکانیسم تجاری سودمند، نابود گردد؛ درست همان‌گونه که یک پیچک درخت مو می‌تواند یک درخت بلوط را از پایاندازد و خفه کند».

204. R. J. Gavigan, "Wysko Investment Company v. Great American Bank: A New Attack on the Usefulness of Letters of Credit", 14 Northwestern J. Int'l L. & Business 184, 202 (1993).

۲۰۵. مقایسه کنید با:

Stephen J. Leacock, "Fraud in the International Transaction: Enjoining Payment of Letters of Credit in International Transactions", 17 Vanderbilt J. Transnat'l L. 855, 899 (1984).

۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد، بهترین راه حلی را که تاکنون در خصوص تعیین حدود و ثغور «استثنای تقلب» اندیشیده شده، فراروی ما می‌نهد. به‌موجب بند (۵-۱۰۹) ماده ۵ اصلاحی قانون تجارت متحدالشکل، استناد به قاعده تقلب در صورتی ممکن و مجاز است که «تقلب عمده» باشد. چنانکه پیش از این بررسی کردیم، معیار تقلب عمده نه تنها از مفاهیم موسعی همچون تقلب آشکار و تقلب اعتباری دوری می‌گزیند، بلکه متضمن ماهیت خاص و ویژه اعتبارات اسنادی نیز می‌باشد. مع‌ذلک، از آنجا که قید «عمده»، کلی و مجمل است، اعمال این معیار به شرح مذکور در ماده ۵، به‌رغم پاره‌ای راهنمایی‌هایی که رویه قضائی به‌دست داده، همچنان در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ چرا که ممکن است دادگاههای مختلف این اصطلاح را به‌نحو متفاوتی تفسیر کنند، همان‌طور که دادگاهها در تفسیر رأی سزتجن چنین کردند. با این‌همه، ابهام در مفهوم تقلب عمده را می‌توان با توسل به مقررات ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد تا حدودی کاهش داد، ماده مذکور فهرست مبسوطی از انواع تخلفاتی را که تقلب عمده شمرده می‌شوند، ارائه داده است. تخلفات احصاء شده در کنوانسیون سازمان ملل متحد راهنمای عملی قابل توجهی برای دادگاهها و کاربران اعتبارات اسنادی تواند بود. بنابراین، اگر بتوان قاعده تقلب را به‌نحو تدوین نمود که معیار تقلب عمده مقرر در بند (۵-۱۰۹) به‌عنوان یک معیار عام با مقررات ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد به‌عنوان مصادیق جزئی آن معیار عام با یکدیگر درآمیزند، قابلیت پیش‌بینی قاعده تقلب تا حد زیادی افزایش خواهد یافت.

بهترین جایگاه برای قاعده تقلبی که بدین نحو تدوین گشته، قراردادن آن در چارچوب مقررات عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)^{۲۰۶} است، مجموعه قواعدی تأثیرگذار و پرنفوذ در خصوص اعتبارات اسنادی که تقریباً در کلیه اعتباراتی که در سراسر جهان گشایش می‌یابد، از طریق ارجاع در ضمن اعتبار شرط می‌گردد. اتاق بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان تدوین‌کننده و ناشر عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی صالح‌ترین مجموعه برای تدوین قاعده تقلب است؛ چرا که این اتاق بیشترین تخصص و تجربه را در زمینه مسائل اعتبارات اسنادی داراست.^{۲۰۷}

206. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP), ICC Publication No. 500.

عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) اساساً مجموعه‌ای از شروط استاندارد قراردادی برای بانک‌ها است که توسط بانکداران تدوین شده است. گروه کاری که آخرین تجدید نظر یو.سی.پی. را تهیه کرد، نخستین گروه کاری بود که اعضای بجز بانکداران نیز در آن مشارکت داشتند. در این گروه کار چند تن از وکلای متخصص در دعاوی بانکی و دو تن از اساتید حقوق حضور داشتند. گروه‌هایی که اصلاً اعتبارات اسنادی برای رفع احتیاجات آنها ایجاد شده، یعنی صادرکنندگان و واردکنندگان، متأسفانه به‌طور مستقیم دارای نماینده در روند تدوین یو.سی.پی. نبودند. در این باره رک.

John Andrew Spanogle Jr., "The Arrival of International Private Law", 25 George Washington J. Int'l L. & Economics 447, 492 (1992).

۲۰۷. محاکم اکثر کشورها، بجز ایالات متحده آمریکا، نسبت به مسائل اعتبارات اسنادی بی‌تجربه و نآزموده‌اند و اقامه

از آنجا که عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، از حیث شکل صرفاً مجموعه‌ای از شروط قراردادی است، لذا هر مقرراتی که در این مجموعه درباره تقلب گنجانده شود تابع قانون محلی (داخلی) در خصوص موضوع خواهد بود.^{۲۰۸} مع الوصف، دلیلی ندارد که پیش‌بینی کنیم دادگاهها به مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی همان قدر و منزلتی را ندهند که به سایر مقررات این مجموعه می‌دهند. مهم‌تر از این، مجموعه مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی دکترین استقلال اعتبار اسنادی را بیان می‌دارد،^{۲۰۹} پس چرا این مجموعه استثناء و محدوده‌های وارد بر این دکترین را نیز بیان نکند؟

امید می‌رود که در تجدید نظر بعدی مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، کمیته تجدید نظر بررسی موضوع تقلب را نیز صلاح ببیند و در انجام این مهم مقررات قانون تجارت متحدالشکل امریکا و کنوانسیون سازمان ملل متحد را چراغ راه خود قرار دهد و از آنها الهام گیرد. اگر مجموعه مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی قواعد ناظر به تقلب را آن‌گونه که در بند (۵-۱۰۹) قانون تجارت متحدالشکل آمده، پذیرا شود و با اقتباس تعریفی که از تقلب در ماده ۱۹ کنوانسیون آنستیرال آمده، آن را بسط و گسترش دهد، نتیجه آن استقرار رویه حقوقی مفیدی خواهد بود که به افزایش کارآمدی تجاری اعتبارات اسنادی بسیار کمک، و استفاده از اعتبارات اسنادی جهت ارتکاب تقلب و کلاهبرداری را محدود خواهد نمود.

دعاوی تقلب در اعتبارات اسنادی خارج از ایالات متحده امریکا اندک است. از این‌روی، در کشورهای دیگر این مجال فراهم نگشته است که مجموعه رویه قضائی پخته و منسجمی در خصوص مسئله تقلب در اعتبارات اسنادی شکل بگیرد. کشور انگلستان رویه قضائی پخته و تکامل‌یافته‌ای در مورد کلیت حقوق اعتبارات اسنادی دارد، اما در خصوص مورد تقلب در اعتبارات اسنادی به‌طور خاص فاقد چنین رویه قضائی می‌باشد.

208. Robert Wight and Alan Ward, "The Liability of Banks in Documentary Credit Transactions under English Law", 1998 J. Int'l Banking L. 387, 390.

۲۰۹. مواد ۳ و ۴ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (ویرایش ۱۹۹۳، نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی).

مرکز منطقه‌ای داوری تهران در یک نگاه

دکتر مشکان مشکور*

مرکز منطقه‌ای داوری تهران^۱ (که از این پس «مرکز» نامیده می‌شود) براساس موافقتنامه^۲ ۳ می ۱۹۹۷ (موافقتنامه مقرر) فی‌مابین دولت جمهوری اسلامی ایران و سازمان مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی^۳ که در تاریخ ۲۰ تیرماه ۱۳۸۳ به تصویب مراجع قانونی ایران رسیده است^۴ ایجاد شد اما عملاً فعالیت‌های خویش را در آذرماه ۱۳۸۴ با انتشار «قواعد داوری» آغاز کرد. علی‌رغم مشکلات فراوان، مرکز در تلاش است با برآوردن ویژگی‌هایی همچون سرعت بالای رسیدگی، بی‌طرفی، محرمانه بودن و هزینه‌های معقول رسیدگی، محیط مساعدی را برای پاسخگویی به نیاز فزاینده موجود در منطقه برای حل و فصل اختلافات فرامرزی از طریق داوری و سایر مکانیسم‌های جایگزین حل و فصل اختلافات ایجاد نماید.

مرکز تحت نظارت سازمان مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی عمل کرده و گزارش سالانه خود را به مجمع عمومی سالانه آن سازمان تسلیم می‌کند. مرکز به موجب موافقتنامه مقرر از مصونیتها و مزایای لازم جهت تحقق اهداف و وظایف خویش برخوردار است.^۴ به‌علاوه دولت

*. مدیر مرکز منطقه‌ای داوری تهران.

1. Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC).

2. Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO).

سازمان مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی و سلف آن کمیته مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی برای تأسیس مراکز منطقه‌ای داوری به ترتیب در کوالالمپور، قاهره، لاگوس و نایروبی توافقنامه‌های مشابهی با دولتهای مالزی، مصر، نیجریه و اخیراً کنیا منعقد کرده‌اند.

۳. قانون موافقتنامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیایی-آفریقایی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داوری در تهران مصوب ۱۳۸۰/۵/۲۳.

۴. به‌موجب موافقتنامه مقرر، دولت جمهوری اسلامی ایران متعهد شده است که به مصونیت اماکن، اموال، اسناد و پرسنل خارجی مرکز احترام گذارده و در خصوص معافیت از مالیاتها و تعرفه‌های گمرکی، مزایایی را برای مرکز قائل شود. در این خصوص رک.

M. Mashkour, *Building a Friendly Environment for International Arbitration in Iran*, J. Int. Arb., vol. 17, No. 2, April 2000, pp. 79-83.

❖ ۳۲۳ مرکز منطقه‌ای داوری ...

جمهوری اسلامی ایران به موجب موافقتنامه مذکور متعهد است که به استقلال مرکز احترام بگذارد.

مأموریت اصلی مرکز ارائه روشهایی کارآمد به اطراف ذی نفع در روابط تجاری بین‌المللی جهت حل و فصل منصفانه اختلافات فی‌مابین آنهاست. دیگر مأموریت‌های مرکز عبارتند از:

الف- تشویق و ترویج داوری تجاری بین‌المللی در منطقه؛

ب- هماهنگی فعالیتها و مساعدت به مؤسسات داوری موجود در منطقه؛

ج- مساعدت در برگزاری داوریهای خاص بویژه در مواردی که بر اساس قواعد آنستیرال

انجام می‌شوند؛

د- کمک به اجرای آرای داوری.

مدیریت مرکز به عهده «مدیر» است که پس از مشورت با دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی منصوب می‌گردد. مأموریت وی اجرای قواعد داوری و مقررات داخلی مرکز با استقلال و بی‌طرفی کامل است. در جهت انجام مأموریت مزبور، یک دبیرخانه و هیأت داوری او را همراهی می‌کنند.

قواعد داوری

اولین و مهمترین اقدام مرکز پس از تصویب موافقتنامه مقر، تهیه و تدوین قواعد داوری بود. این کار تقریباً ۱۸ ماه به طول انجامید. هدف تعیین شده عبارت بود از تهیه مجموعه قواعدی که نه تنها برای متخصصان داوری بین‌المللی آشنا باشد بلکه آخرین تحولات در زمینه داوری بین‌المللی را نیز منعکس نماید. پیش‌نویس نهایی این قواعد که براساس نقطه‌نظرات و پیشنهادات متخصصین داوری بین‌المللی تهیه شده بود به دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی تسلیم شد و در ۳۱ ژانویه ۲۰۰۵ مورد تأیید وی قرار گرفت. در حال حاضر، امکان دسترسی به این قواعد از طریق پایگاه داده‌ای مرکز در شبکه جهانی^۵ و همچنین در قالب کتابچه وجود دارد. به‌هنگام تهیه این قواعد، مرکز دو راهبرد اصلی را مدنظر داشت؛ یکی سهولت مراجعه و دیگری کیفیت. لذا اولاً تصمیم گرفته شد که قواعد داوری مرکز اساساً از قواعد داوری آنستیرال پیروی کند زیرا که متخصصان عرصه داوری تجاری بین‌المللی با آن کاملاً آشنا می‌باشند و در نتیجه موجبات اطمینان آنان فراهم می‌شود. در عین حال برخی مقررات قواعد آنستیرال برای

5. www.trac.ir.

لحاظ کردن ویژگی نهادین داوریهایی که قرار است به موجب قواعد داوری مرکز انجام شود تغییر یافتند. به علاوه جهت نیل به درکی بهتر و در پرتو تجربیات دیگر داوریهای سازمانی و رویه‌های قضائی بین‌المللی، قواعد مرکز به مواردی پرداخته‌اند که در قواعد آنسیترال مشخصاً از آنها سخنی به میان نیامده است همچون تشکیل دادگاه داوری در داوریهای چندجانبه.

قواعد مرکز به گونه‌ای تدوین شده‌اند که طرفین در انتخاب داوران مورد نظر یا آیین برگزیدن ایشان حداکثر آزادی ممکن را داشته باشند. اگرچه مرکز جهت مساعدت به طرفین، فهرستی از داوران برگزیده را در اختیار دارد که به صورت منظم با دعوت از متخصصان حقوقی مجرب برای پیوستن به این فهرست از طریق پایگاه داده‌ای مرکز یا ارسال سوابق خویش به دبیرخانه روزآمد می‌شود، با وجود این نه مرکز و نه طرفین، هیچ اجباری به پیروی از فهرست مزبور ندارند. این فهرست تنها ابزاری است که به هنگام انتخاب داوران از سوی طرفین، طیف وسیعتری از گزینه‌ها را در اختیار آنان می‌گذارد، بدون آنکه به آزادی انتخاب آنها خدشه‌ای وارد کند. همچنان که مرکز ممکن است در صورتی که اعمال قواعدش ایجاب کند داورانی را برگزیند که نامشان در این فهرست نیامده است.

طرفین در انتخاب محل داوری،^۶ قواعد شکلی و همچنین قانون ماهوی که بایستی توسط داوران اعمال شود نیز آزادند.

مداخله مرکز در این موارد در حداقل ممکن می‌باشد و تنها تا حدی است که برای کمک به انجام داوری ضروری باشد. لازم به تأکید است که علی‌رغم واژه «منطقه‌ای» در نام مرکز که ممکن است برخی محدودیت‌های جغرافیایی و منطقه‌ای را تداعی کند، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی، فارغ از تابعیتشان، می‌توانند شرط داوری مرکز را در قراردادهایشان درج کرده و لذا اختلافاتشان را برای حل و فصل نهایی به مرکز ارجاع کنند.

هیأت داوری

برای ارتقای کیفیت رسیدگی‌های داوری و تأمین استقلال و بی‌طرفی بیشتر در اجرای قواعد، «مقررات داخلی» مرکز که بخش لاینفک قواعد آن محسوب می‌شود تشکیل یک هیأت داوری را پیش‌بینی کرده که اعضای آن به مدت سه سال پس از مشورت با دبیرکل سازمان

۶. اگر طرفین در خصوص محل داوری در قرارداد داوری فی‌مابین یا پس از آن توافق نکنند، بر اساس ماده ۳ قواعد داوری مرکز، داوری در تهران انجام خواهد شد. این امر موجب اطمینان از شناسایی و اجرای رأی صادره می‌شود زیرا که دولت جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۸۰ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی را تصویب کرده است. در این خصوص رک.

A. Saharian, *Tehran Regional Arbitration Center: Elements Justifying its Establishment*, J. Int. Arb., Vol. 21, No. 5, October 2004, pp. 459-471.

مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی منصوب می‌شوند. اعضای هیأت داوری از میان اتباع دول عضو سازمان و تا یک سوم از میان اتباع سایر کشورها انتخاب می‌شوند.^۷ هدف از این نسبت، تحقق حضور نمایندگان سیستم‌های حقوقی گوناگون و توجه به حساسیتهای مختلف در هیأت داوری است. مدیر باید در مورد تمامی مسائل مربوط به اجرای قواعد داوری و اصلاح و تغییر آنها و بویژه هنگامی که به موجب قواعد داوری مداخله مرکز لازم است همچنین در خصوص انتصاب و تعویض داوران با هیأت داوری مشورت کند. به علاوه، در صورت جرح داور، تصمیم‌گیری نهایی با کمیته‌ای مرکب از سه تن از اعضای این هیأت خواهد بود.

به موجب بند ۲ ماده ۵ مقررات داخلی، مرکز از انتخاب هر یک از اعضای هیأت داوری به عنوان داور منع شده است. مع‌ذلک طرفین می‌توانند اعضای هیأت داوری را به عنوان داور یا وکیل انتخاب کنند. در این صورت و به طور کلی هنگامی که یکی از اعضای این هیأت به هر شکلی در رسیدگی‌های جاری نزد مرکز مشارکت داشته باشد، به موجب بند ۳ همان ماده، عضو مزبور باید فوراً مدیر مرکز را از این امر مطلع نموده و از شرکت در مباحثات و صدور توصیه‌های هیأت داوری در خصوص آن رسیدگی خودداری کند.

محرمانه بودن

مرکز خود را نسبت به تأمین ماهیت محرمانه تمامی دعاوی ارجاع شده به آن متعهد می‌داند. رسیدگی‌های داوری مرکز، علنی نیستند. تمامی اطلاعات مربوط به هر قضیه محرمانه مانده و از دیگر پرونده‌ها جدا می‌گردد. بند ۱ ماده ۴ مقررات داخلی، مشخصاً مقرر می‌کند که مدیر، اعضای دبیرخانه و اعضای هیأت داوری باید به ماهیت محرمانه کار مرکز، اسناد تسلیم شده به آن یا به داوران در ارتباط با یک دعوی احترام گذارده و از افشای چنان اطلاعات یا اسنادی

۷. پس از مشورت با دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی، دکتر مجتبی کزازی، پروفیسور جیمز کرافورد و آقای دمنیک هشر به عنوان اعضای هیأت داوری انتخاب شدند.

دکتر مجتبی کزازی، ایرانی و دارای سابقه قضاوت می‌باشد. او چندین سال در دهه ۱۳۶۰ به عنوان مشاور حقوقی ارشد در دیوان داوری ایران - ایالات متحده فعالیت کرده است. او همچنین تهیه‌کننده اصلی قواعد رسیدگی کمیسیون غرامات سازمان ملل متحد (UNCC) در مورد جنگ عراق علیه کویت است و به مدت بیش از ۱۴ سال در حل و فصل بسیاری از دعاوی فردی، شرکتی و دولتی نقش داشته و اکنون دبیر شورای حکام آن کمیسیون در ژنو است.

پروفیسور جیمز کرافورد از استرالیا، استاد حقوق بین‌الملل و رئیس شورای دانشکده حقوق دانشگاه کمبریج است. به عنوان یکی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل، وی در تدوین بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی و در بسیاری از دعاوی بین‌المللی نقش داشته است. او همچنین از تجربه بالایی در حوزه داوری بین‌المللی برخوردار است.

آقای دومینیک هشر از فرانسه، مشاور کل و معاون دبیرکل سابق دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی بوده است. او یکی از صاحب‌نظران برجسته در زمینه داوری بین‌المللی است و اکنون قاضی شعبه نخست دادگاه استیناف پاریس است که دعاوی مربوط به داوری به آن ارجاع می‌شود. او همچنین مسئول روابط بین‌الملل دیوان عالی کشور فرانسه است. آثار و مقالات وی در حوزه داوری بین‌المللی به کرات توسط همگان مورد استناد قرار گرفته‌اند.

خودداری کنند. تنها طرفین دعوی، رونوشتی از آرای دیوان داوری را دریافت می‌کنند. در عین حال به‌موجب بند ۲ ماده ۴ مقررات داخلی، مرکز مجاز است به منظور تشویق و ارتقای داوری بین‌المللی، با رضایت طرفین، پس از حذف اسامی و دیگر ارجاعات موجود در متن که به شناسایی طرفین دعوی بینجامد به انتشار کل یا بخش‌هایی از رأی اقدام کند. این ماده همچنین مقرر می‌کند که در صورت انتشار آراء، اسرار تجاری طرفین نیز باید حذف شوند.

هزینه‌های داوری

میزان هزینه داوری به‌موجب قواعد مرکز بر اساس جداول منضم به آن قواعد تعیین می‌شود که در پایگاه داده‌ای مرکز قابل دسترسی‌اند. هزینه‌های داوری به دو بخش مجزا تقسیم می‌شوند: هزینه‌های اداری و حق‌الزحمه داوران. هزینه‌های داوری که به لحاظ ماهیت بین‌المللی مرکز و دعوایی که به آن ارجاع می‌شود به یورو تقویم می‌شود از ۵۰۰ یورو تا سقف ۶۰،۰۰۰ یورو بسته به میزان خواسته نوسان دارد.^۸ حق‌الزحمه داوران به مرکز داده می‌شود و از این طریق تماماً به داوران پرداخت می‌گردد. این حق‌الزحمه درصدی از خواسته دعوی است و با آن نسبت عکس دارد. این حق‌الزحمه از حداکثر ۱۱ درصد برای دعوای کوچک تا ۰/۰۵ (پنج صدم درصد یا پنج ده هزارم) برای دعوای با خواسته بیش از ۱۰۰ میلیون یورو متغیر است. در تدوین این جداول تلاش شده تا این هزینه‌ها از هزینه‌های طرح دعوی در محاکم دولتی در بسیاری از کشورها به‌نحو قابل ملاحظه‌ای پایین‌تر باشد. همچنین حق‌الزحمه مزبور از هزینه‌های بسیاری از مؤسسات داوری بین‌المللی دیگر کمتر است.

توجه فزاینده

براساس آمار تهیه شده بر مبنای اطلاعات واصله به مرکز، شرط داوری مرکز در بسیاری از قراردادهای بین‌المللی پیرامون مبادلات بازرگانی، ساخت تأسیسات مهم زیربنایی همچون سدها، مجتمع‌های صنعتی، تأمین تجهیزات و ارائه خدمات مهندسی برای مجتمع‌های پتروشیمی، خدمات فنی مهندسی در زمینه نفت و حفاری چاههای نفت در خشکی و دریا و خدمات جانبی آنها، ضمانتنامه‌های بانکی و خودروسازی درج گردیده است.

به‌علاوه، شرط داوری مرکز اخیراً در نمونه‌های جدیدی از قراردادهای بین‌المللی همچون ارتباطات، اعتبارات صادراتی، فروش نرم‌افزارهای پیچیده و خدمات مشاوره‌ای در ارتباط با هواشناسی درج شده است. همچنین در برخی قراردادهای مرکز به‌عنوان مرجع ناصب تعیین شده

۸. بر اساس جدول فعلی، هزینه‌های اداری یک دعوی با خواسته ۵ میلیون یورو، ۱۹،۰۰۰ یورو و برای یک دعوی ۳۰ میلیون یورویی، ۴۹،۰۰۰ یورو است.

است. با یک تخمین اجمالی می‌توان گفت که در طی یکسال گذشته، شرط داوری مرکز در بیش از یکصد قرارداد بین‌المللی مهم درج شده است. طبق گزارش‌های واسله‌طرفین این قراردادها، از اتباع کشورهای مختلفی همچون اتریش، چین، هندوستان، فنلاند، فرانسه، آلمان، تاجیکستان، سوئد، امارات عربی متحده، بریتانیا و ونزوئلا می‌باشند.

در خرداد ماه ۱۳۸۵، نخستین درخواست حل و فصل یک اختلاف بین‌المللی به مرکز ارجاع شد. طرفین اختلاف یک شرکت مهندسی اروپایی و یک شرکت سرمایه‌گذاری ایرانی سازنده یک برج بودند. این اختلاف ناشی از تأخیر در پرداخت مبلغ برخی صورت‌حسابها و فسخ بعدی قرارداد توسط شرکت اروپایی بود. رسیدگی به ادعاها و ادعاهای متقابل طرفین مستلزم آن بود که مسائل پیچیده‌ای در باب مسئولیت مورد بررسی قرار گیرد و در مورد آنها اتخاذ تصمیم شود. در نهایت پس از چند دور تبادل لوایح کتبی و برگزاری جلسات شفاهی برای حل و فصل این دعوی، رأیی با اتفاق آرا از سوی کمیته ۵ نفره تأسیس شده به‌موجب مکانیسم خاص حل و فصل اختلافات در قرارداد صادر شد. تصمیم کمیته در آذرماه ۱۳۸۵ به طرفین ابلاغ شد.

حل و فصل چنین اختلاف پیچیده‌ای در مدتی نسبتاً کوتاه و به‌شیوه‌ای مستقل و بی‌طرفانه یقیناً مؤید توان مرکز منطقه‌ای داوری تهران در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی می‌باشد.

در بخش اسناد متن انگلیسی قواعد داوری منطقه‌ای تهران و ضمائم آن به همراه مقررات داخلی آن مرکز و نیز ترجمه متون مزبور به فارسی به نظر خوانندگان مجله حقوقی می‌رسد. ترجمه فارسی متون یاد شده توسط جناب آقای سیدمحمد اسبقی انجام گرفت و آقای علیرضا ابراهیم‌گل آن را بازخوانی و ویرایش کرد و نهایتاً استاد گرانقدر جناب آقای دکتر محمدعلی موحد که سابقه کار طولانی در داوریه‌های بین‌المللی دارند و در تنظیم قواعد نیز مشارکت فعال داشتند بر ما منت نهاده و آن را بازبینی نمودند. مرکز منطقه‌ای داوری تهران در نظر دارد ترجمه قواعد داوری را به زبانهای دیگر از جمله عربی نیز تهیه نماید. البته به‌منظور حفظ وحدت در تفسیر، نسخه انگلیسی قواعد ملاک عمل است و بر ترجمه‌های دیگر ارجحیت خواهد داشت.

قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران قواعد داوری

فهرست مطالب

پیشگفتار

شرط داوری نمونه مرکز منطقه‌ای داوری تهران

قواعد داوری

بخش اول: مقررات عمومی

ماده ۱- دامنه شمول

ماده ۲- مساعدت مرکز

ماده ۳- محل داوری

ماده ۴- محرمانه بودن

ماده ۵- اخطار، محاسبه مواعد

ماده ۶- درخواست داوری

ماده ۷- نمایندگی و دستیاری

بخش دوم: دیوان داوری

ماده ۸- تعداد داوران

ماده ۹- آیین نصب داوران

ماده ۱۰- استقلال و جرح داوران

- مادہ ۱۱- تعویض داور
مادہ ۱۲- تجدید جلسات استماع در صورت تعویض داور

بخش سوم: جریان داوری

- مادہ ۱۳- مقررات عمومی
مادہ ۱۴- زبان
مادہ ۱۵- دادخواست
مادہ ۱۶- لایحہ دفاعیہ
مادہ ۱۷- اصلاح ادعا یا دفاعیہ
مادہ ۱۸- ایراد بہ صلاحیت دیوان داوری
مادہ ۱۹- سایر لوايح کتبی
مادہ ۲۰- مواعد
مادہ ۲۱- ادلہ
مادہ ۲۲- جلسات استماع
مادہ ۲۳- اقدامات موقت
مادہ ۲۴- کارشناسان
مادہ ۲۵- قصور
مادہ ۲۶- ختم رسیدگی
مادہ ۲۷- اعراض از قواعد

بخش چهارم: رأی

- مادہ ۲۸- تصمیمات
مادہ ۲۹- شکل، اثر و ابلاغ رأی
مادہ ۳۰- قانون حاکم، حل و فصل دعوی براساس انصاف
مادہ ۳۱- حل و فصل دعوی یا سایر دلایل ختم دعوی
مادہ ۳۲- تفسیر رأی
مادہ ۳۳- تصحیح رأی
مادہ ۳۴- رأی تکمیلی

بخش پنجم: هزینه ها

ماده ۳۵- تصمیم در مورد هزینه‌های داوری

ماده ۳۶- تودیع هزینه‌ها

ضمیمه الف: حق‌الثبت و هزینه‌های اداری

ضمیمه ب: حق‌الزحمه داور

مقررات داخلی

ماده ۱: اهداف

ماده ۲: مدیریت مرکز

ماده ۳: هیأت داوری

ماده ۴: محرمانه بودن

ماده ۵: مشارکت اعضای مرکز در داوری

ماده ۶: اصلاح قواعد داوری

ماده ۷: سایر قواعد

پیشگفتار

مرکز منطقه‌ای داوری تهران (TRAC) که از این پس مرکز نامیده می‌شود) تحت نظارت سازمان مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی (AALCO)، و براساس قطعنامه مصوب بیست و دومین نشست سازمان مزبور در ژانویه ۱۹۸۷ در بانکوک (تایلند) و موافقتنامه مورخه ۳ مه ۱۹۹۷ فی‌مابین جمهوری اسلامی ایران و سازمان مزبور تأسیس گردیده است. براساس موافقتنامه مذکور، مرکز منطقه‌ای داوری تهران وظایف ذیل را بر عهده دارد:

- ۱- ترویج و ارتقای داوری تجاری بین‌المللی در منطقه؛
- ۲- هماهنگی فعالیتهای مؤسسات داوری موجود در منطقه و کمک به آنها؛
- ۳- کمک به داوری‌های خاص بویژه در مواردی که داوری‌های مزبور طبق قواعد آنسیترال انجام می‌شوند؛
- ۴- کمک به اجرای آرای داوری؛
- ۵- برگزاری داوری تحت نظارت مرکز.

قواعد داوری مرکز اساساً مبتنی بر قواعد داوری آنسیترال می‌باشند. به هر حال برای لحاظ کردن ماهیت سازمانی داوری‌هایی که بر مبنای قواعد داوری مرکز انجام خواهد شد، برخی از جنبه‌های قواعد داوری آنسیترال تغییر یافته‌اند. شایان ذکر است که به‌هنگام تدوین قواعد داوری حاضر، جدیدترین تحولات در زمینه داوری بین‌المللی مد نظر قرار گرفته‌اند.

در نهایت، به‌منظور ارتقای کیفیت داوری‌هایی که بر مبنای قواعد داوری حاضر انجام می‌شود و با هدف حفظ استقلال و بی‌طرفی کامل بویژه درخصوص نصب و جرح داوران، در مقررات داخلی مرکز تشکیل یک «هیأت داوری» پیش‌بینی گردیده که اعضای آن مرکب از حقوقدانان برجسته و متبحر در زمینه (داوری) بین‌المللی می‌باشند. اعضای این هیأت با مشورت دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی از میان اتباع کشورهای عضو و تا یک سوم از اعضای آن از میان اتباع سایر کشورها انتخاب خواهند شد.

مرکز منطقه‌ای داوری تهران بر این باور است که می‌تواند کمک‌های ارزشمندی را بویژه به جامعه تجاری برای حل و فصل اختلافات آنان ارائه کند و نهایتاً از این طریق در تقویت و ارتقای تجارت منطقه‌ای و جهانی و همکاری‌های اقتصادی بین‌المللی مشارکت نماید.

شرط داوری نمونه مرکز منطقه‌ای داوری تهران

مرکز منطقه‌ای داوری تهران درج شرط نمونه ذیل را در قراردادها به تمامی طرفه‌ایی که می‌خواهند اختلافات خود را براساس قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران حل و فصل نمایند، توصیه می‌کند:

« هرگونه و تمامی اختلافات ناشی از، راجع به یا در ارتباط با قرارداد حاضر برطبق قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران به‌صورت نهایی حل و فصل خواهد شد.»

طرفها همچنین می‌توانند قانونی که باید توسط داور(ها) اعمال شود و اینکه یک یا سه داور در مورد اختلاف تصمیم‌گیری نمایند را در شرط داوری ذکر کنند.

مرکز منطقه‌ای داوری تهران

قواعد داوری

بخش اول: مقررات عمومی

ماده ۱- دامنه شمول

۱-۱- هرگاه طرفین کتباً موافقت کرده باشند که اختلافاتشان را طبق قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران (که از این پس «قواعد» نامیده می‌شود) به داوری ارجاع نمایند، اختلافات مزبور طبق قواعد مزبور و هر اصلاحیه‌ای بر آن قواعد که طرفین به صورت کتبی مورد توافق قرار دهند، حل و فصل خواهد شد. ارجاع به داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران (که از این پس «مرکز» نامیده می‌شود) به منزله توافق طرفین برای تبعیت از این قواعد محسوب می‌شود.

۲-۱- این قواعد بر داوری حاکم خواهد بود. در صورتی که هریک از این قواعد با یکی از مقررات قانون حاکم بر داوری که عدول از آن برای طرفین مجاز نمی‌باشد تعارض پیدا کند مقررات قانونی مزبور ارجحیت خواهد داشت.

ماده ۲- مساعدت مرکز

۱-۲- مرکز کمک‌های لازم را برای داوری بر مبنای این قواعد به طرفین ارائه خواهد نمود.
۲-۲- مرکز وظایف خویش را برطبق مقررات داخلی خود که جزو لاینفک این قواعد محسوب می‌شوند، انجام خواهد داد.

ماده ۳- محل داوری

۱-۳- در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق نکرده باشند، محل داوری تهران خواهد بود.
۲-۳- (الف) رسیدگی داوری و استماع طرفین در محل داوری انجام خواهد شد؛
(ب) در صورتی که تشکیل جلسه رسیدگی در محل داوری عملاً مقدور نباشد، دیوان داوری می‌تواند به منظور مشورت بین داوران، بازرسی کالاها، اموال یا اسناد و همچنین برای استماع شهود، در هر محلی که مناسب بداند تشکیل جلسه دهد.

۳-۳- برای اینکه طرفین بتوانند در موقع بازرسی یا استماع شهود حاضر باشند، این امر باید با فرصت زمانی کافی از قبل به آنها ابلاغ شود.

۳-۴- رأی داوری، صادر شده در محل داوری محسوب خواهد شد.

ماده ۴- محرمانه بودن

داوری که بر مبنای این قواعد انجام می‌گیرد، محرمانه است. طرفین، از جمله وکلا و کارشناسان منصوب آنها، داوران، کارشناسان منصوب دیوان داوری، منشی‌ها و همچنین مرکز، متعهدند که هیچ‌گونه اسناد، حقایق اختلاف یا سایر اطلاعات مربوط به اختلاف یا جریان داوری را برای اشخاص ثالث فاش نسازند. آنها باید از انتشار رأی دیوان یا فراهم نمودن موجبات انتشار آن توسط سایرین اجتناب نمایند مگر آنکه طرفین نسبت به انتشار آن توافق کنند.

ماده ۵- اخطار، محاسبه مواعد

۵-۱- از نظر این قواعد، هرگونه اخطار از جمله ابلاغیه، مکاتبه یا پیشنهاد در صورتی دریافت شده محسوب می‌شود که شخصاً توسط مخاطب دریافت شود یا به اقامتگاه معمول، محل کار یا نشانی پستی وی تحویل شود، یا چنانچه هیچ‌یک از اینها پس از جستجوی کافی معلوم نشود، به نشانی آخرین اقامتگاه یا محل کار گیرنده ارسال گردد. اخطار در روزی دریافت شده محسوب می‌شود که به شرح فوق تحویل گردد.

۵-۲- مواعد موضوع قواعد حاضر، از روز بعد از دریافت اخطار، ابلاغیه، مکاتبه یا پیشنهاد شروع و محاسبه خواهد شد. چنانچه آخرین روز مدت مزبور در اقامتگاه یا محل کار گیرنده، تعطیل رسمی یا روز غیرکاری باشد، در این صورت مدت مزبور تا اولین روز کاری بعد از آن تمدید خواهد شد. تعطیلات رسمی یا روزهای غیر کاری واقع در طول مدت نیز جزو مدت مزبور محسوب می‌شود.

ماده ۶- درخواست داوری

۶-۱- طرفی که تمایل دارد داوری را براساس قواعد حاضر شروع کند باید درخواست داوری خویش را به مرکز تسلیم نماید.

۶-۲- جریان داوری از تاریخی شروع می‌شود که مرکز درخواست داوری را دریافت نماید.

۳۶- درخواست داورى باید به تعداد طرفه‌های دیگر به همراه یک نسخه اضافی برای هر داور و یک نسخه برای مرکز ارائه شود و شامل موارد ذیل باشد:

- (الف) درخواست ارجاع اختلاف به داورى؛
- (ب) نام و نشانی کامل، شماره‌های تلفن، دورنگار و پست الکترونیکی طرفه‌ها؛
- (پ) اشاره به شرط داورى یا موافقتنامه داورى جداگانه‌ای که مورد استناد است؛
- (ت) یک نسخه از قرارداد یا اسناد و مدارکی که اختلاف ناشی از یا در ارتباط با آن است؛
- (ث) ماهیت کلی ادعا و تعیین مبلغ مورد نظر در صورتی که مشخص باشد؛
- (ج) خواسته یا اقدامات مورد تقاضا؛
- (چ) پیشنهاد در مورد تعداد داوران (یک یا سه نفر) در صورتی که طرفین قبلاً در خصوص آن توافق نکرده باشند؛
- (ح) ابلاغیه انتصاب داور مذکور در قسمت الف بند ۱ ماده ۹ و یک نسخه از نامه قبولی داور، در صورتی که طرفین قبلاً توافق کرده باشند که سه داور باید انتخاب شوند؛
- (خ) مدرک نشان‌دهنده پرداخت حق‌الثبت.

۴-۶ درخواست داورى همچنین می‌تواند شامل نکات ذیل نیز باشد:

- (الف) پیشنهاد نصب داور واحد؛
- (ب) دادخواست مذکور در ماده ۱۵.

۵-۶ چنانچه درخواست داورى کامل نبوده، یا چنانچه نسخ یا ضمائم آن به تعداد لازم ارائه نشده یا چنانچه حق‌الثبت پرداخت نشده باشد، مرکز از خواهان می‌خواهد در مدت مناسبی که مرکز تعیین می‌کند، نسبت به رفع نواقص اقدام نماید. همچنین در صورتی که درخواست داورى به انگلیسی ارائه نشده باشد، مرکز می‌تواند درخواست نماید که در مدت مزبور ترجمه انگلیسی آن درخواست نیز تقدیم شود. چنانچه خواهان در مدت تعیین شده دستورات مزبور را اجرا نماید، در این صورت این‌گونه تلقی می‌شود که درخواست داورى در تاریخ دریافت آن توسط مرکز صحیحاً ثبت شده است.

۶-۶ مرکز بدون تأخیر، یک نسخه از درخواست داورى و ضمائم آن را برای خواننده ارسال می‌کند.

ماده ۷- نمایندگی و دستیاری

هریک از طرفها می‌تواند یک نفر یا بیش از یک نفر را به‌عنوان نماینده یا دستیار خود انتخاب نماید. اسامی و نشانی فرد یا افراد مزبور باید کتباً به مرکز و طرف دیگر ارسال شود. در این ابلاغیه باید مشخص شود که این افراد به‌عنوان نماینده منصوب می‌شوند یا دستیار.

بخش دوم: دیوان داوری

ماده ۸- تعداد داوران

اگر طرفها قبلاً در مورد تعداد داوران توافق نکرده باشند و چنانچه ظرف پانزده (۱۵) روز از دریافت درخواست داوری توسط خوانده، در مورد اینکه داوری فقط توسط یک داور صورت گیرد توافقی میان آنها حاصل نشده باشد یا مرکز احراز نکرده باشد که ماهیت اختلاف، انتصاب یک داور واحد را ایجاب می‌نماید، سه داور منصوب خواهند شد.

ماده ۹- آیین نصب داوران

۹-۱- آیین نصب داوران به شرح ذیل خواهد بود مگر اینکه طرفین به‌نحو دیگری توافق کرده باشند:

(الف) در داوری با سه داور، خواهان و خوانده باید هر کدام یک داور و دو داور منصوب آنها، رئیس دیوان داوری را تعیین کنند. چنانچه خوانده ظرف سی (۳۰) روز از دریافت درخواست داوری داور خود را تعیین نکند و قبولی وی را ارائه ننماید یا چنانچه توافق قبلی در مورد تعداد داوران موجود نباشد و طرفها ظرف پانزده (۱۵) روز پس از دریافت درخواست داوری توسط خوانده نسبت به ارجاع امر به داور واحد توافق نکنند و یکی از طرفها ظرف سی (۳۰) روز از آن تاریخ از تعیین داور خود امتناع و قبولی وی را ارائه ننماید، یا چنانچه داوران منصوب شده نتوانند ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ انتصاب خود در خصوص نصب رئیس دیوان داوری توافق نمایند، داور طرف ممتنع یا رئیس دیوان، بسته به مورد، توسط مرکز تعیین خواهد شد.

(ب) در صورت داوری با داور واحد، داور مزبور با تراضی طرفین ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ دریافت درخواست داوری توسط خوانده یا از تاریخی که طرفها توافق

کرده‌اند یا از تاریخی که مرکز لزوم ارجاع به داور واحد را احراز کرده باشد، تعیین می‌شود. چنانچه طرفها نتوانند در این خصوص تراضی نمایند، داور واحد توسط مرکز منصوب خواهد شد.

۲-۹- هرگاه براساس آیین توافق شده توسط طرفها برای نصب داوران، یکی از طرفین از عمل به‌نحو توافق شده تخلف کند یا طرفها یا داوران منصوب آنها نتوانند براساس روش مزبور به توافق برسند، یا یک شخص ثالث اعم از حقیقی یا حقوقی، از انجام وظایف محوله به او برطبق روش مزبور خودداری کند، هریک از طرفین می‌تواند از مرکز درخواست کند که انتصاب مورد نظر را انجام دهد مگر اینکه طرفین به‌نحو دیگری به توافق رسیده باشند.

۳-۹- مرکز در موقع انتصاب داوران باید ملاحظات لازم در مورد ویژگیهای داوران طبق توافق طرفین را در نظر بگیرد و از استقلال و بی‌طرفی داور اطمینان حاصل نماید. در هر صورت، رئیس دیوان داورى باید از میان اتباع یک کشور ثالث تعیین گردد و داور طرف ممتنع نباید از میان اتباع کشور متبوع طرف دیگر تعیین شود.

۴-۹- هرگاه در موافقتنامه داورى طرفها متعهد شده باشند که در صورت بروز اختلاف، باید شخص یا اشخاص معینی فی‌مابین آنها داورى نمایند و شخص یا اشخاص مزبور نخواهند یا نتوانند به‌عنوان داور عمل کنند، مرکز می‌تواند بنا بر درخواست هریک از طرفین ظرف سی (۳۰) روز از ابلاغ اولین درخواست، داور یا داوران جایگزین را منصوب نماید.

۵-۹- در صورتی که طرفها به‌نحو دیگری توافق نکرده باشند و طرفین داورى بیش از دو طرف باشند و اختلاف قابل‌ارجاع به داور واحد نباشد داوران باید به‌شرح ذیل تعیین شوند:

(الف) خواهان یک داور تعیین می‌کند و در صورت تعدد خواهانها، آنها مشترکاً یک داور تعیین خواهند کرد. داور خوانده یا خواندگان نیز به همان روش تعیین می‌شود.

(ب) چنانچه خواهانها یا خواندگان در مورد داوران خود به توافق نرسند، داور هریک از طرفین توسط مرکز تعیین خواهد شد.

(پ) رئیس دیوان داورى توسط دو داور تعیین می‌شود و در صورت عدم توافق آنها، رئیس دیوان داورى توسط مرکز تعیین خواهد شد.

(ت) سایر مسائل مربوط به داوریه‌های چند جانبه، از جمله جرح و استتکاف از تعیین داور مشمول قواعدی است که برای داوریه‌های دو جانبه در نظر گرفته شده است.

ماده ۱۰- استقلال و جرح داوران

۱-۱۰- شخصی که برای داورى در نظر گرفته مى‌شود، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که ممکن است در مورد بی‌طرفی یا استقلال وی شک و تردید موجهی ایجاد کند، برای اشخاصی که برای انتصاب احتمالی او به وی مراجعه می‌کنند فاش نماید. یک داور به‌هنگام انتصاب یا انتخاب، باید چنین اوضاع و احوالی را برای طرفها و مرکز فاش نماید. کلیه داورانی که براساس این قواعد داورى می‌کنند باید در تمام مدت بی‌طرف و مستقل از طرفها باقی بمانند.

۲-۱۰- هریک از داوران را در صورت وجود اوضاع و احوالی که موجد شک و تردید موجه نسبت به بی‌طرفی یا استقلال وی باشد، می‌توان جرح کرد.

۳-۱۰- هر طرف می‌تواند داور منصوب خود را تنها به دلایلی که پس از نصب وی از آنها آگاه شده باشد مورد جرح قرار دهد.

۴-۱۰- هریک از طرفین که قصد جرح یک داور را دارد باید اخطار جرح خود را ظرف سی (۳۰) روز پس از دریافت اخطار تعیین داور یا ظرف سی (۳۰) روز از اطلاع از اوضاع و احوال مذکور در مواد ۱۰(۲) و ۱۰(۳) فوق به مرکز ارسال نماید. یک نسخه از اخطار مزبور باید برای طرف دیگر و داورى که مورد جرح قرار گرفته و سایر اعضای دیوان داورى ارسال گردد.

۵-۱۰- ابلاغیه مزبور باید کتبی بوده و دلایل جرح در آن بیان شده باشد.

۶-۱۰- هرگاه یک داور توسط یک طرف جرح شده باشد، طرف دیگر می‌تواند با این امر موافقت نماید. داورى که مورد جرح قرار گرفته، می‌تواند پس از جرح از سمت خود کناره‌گیری نماید. هیچ‌یک از دو مورد فوق به‌معنی قبول اعتبار دلایل جرح نیست. در هر دو مورد آیین مقرر در ماده ۹ باید به‌طور کامل برای انتصاب داور جایگزین رعایت شود حتی اگر در جریان نصب داور جرح شده، یکی از طرفها از حق خود برای انتخاب یا شرکت در تعیین وی استفاده نکرده باشد.

۷-۱۰- اگر ظرف پانزده (۱۵) روز از دریافت اخطار جرح، طرف دیگر با جرح موافقت نکند و داور مورد جرح نیز کناره‌گیری نکند، مرکز در مورد جرح تصمیم‌گیری خواهد نمود.

۱۰-۸ چنانچه مرکز، جرح را تأیید نماید، داور جانشین باید برطبق آیین مقرر در ماده ۹ که در خصوص نصب یا انتخاب داور مورد جرح مجری بوده، منصوب یا تعیین شود.

ماده ۱۱- تعویض داور

۱۱-۱- در صورت فوت یا استعفای یکی از داوران در طول جریان داوری، داور جانشین وی طبق آیین مقرر در ماده ۹ که برای نصب یا انتخاب داور تعویض شده مجری بوده، منصوب یا تعیین خواهد شد.

۱۱-۲- هرگاه داوری به وظایف خود عمل نکند یا انجام وظیفه برای او قانوناً یا عملاً غیرممکن باشد، برطبق آیین مربوط به جرح و تعویض داور که در مواد پیشین قید گردیده است، عمل خواهد شد.

ماده ۱۲- تجدید جلسات استماع در صورت تعویض داور

اگر به موجب مواد ۱۰ و ۱۱، داور واحد یا سرداور تعویض گردد، کلیه جلسات استماع در مورد موضوعاتی که قبلاً راجع به آنها تصمیم نهایی اتخاذ نشده است تجدید خواهد شد مگر اینکه طرفها به نحو دیگری توافق کرده باشند. در صورت تعویض هر داور دیگر هم، جلسات استماع مذکور می تواند بنابر صلاحدید دیوان داوری تجدید گردد.

بخش سوم: جریان داوری

ماده ۱۳- مقررات عمومی

۱۳-۱- دیوان داوری می تواند با رعایت این قواعد، داوری را به نحوی که مقتضی می داند انجام دهد مشروط بر اینکه با طرفهای داوری به مساوات رفتار شده و در هریک از مراحل رسیدگی به هر طرف فرصت داده شود که مطالب خود را به طور کامل ارائه نماید و از ادعای خویش دفاع کند.

۱۳-۲- در صورت درخواست هریک از طرفین، دیوان داوری باید در هر مرحله از رسیدگی جلسات استماعی را جهت ارائه دلیل توسط شهود از جمله کارشناسان یا بحث و ارائه استدلالات شفاهی برگزار نماید. در صورت فقدان چنین درخواستی، دیوان داوری، خود در مورد اینکه آیا چنین جلساتی را برگزار نماید یا جریان داوری را براساس مدارک و سایر اسناد موجود انجام دهد تصمیم خواهد گرفت.

۱۳-۳- دیوان داوری باید در مراحل آغازین رسیدگی داوری و ضمن مشورت با طرفها، جدول زمانی موقتی را برای رسیدگی داوری تهیه و برای طرفها و مرکز ارسال کند.

۱۳-۴- کلیه اسناد و مدارک و اطلاعاتی که توسط یک طرف به دیوان داوری تقدیم می‌شود، باید توسط همان طرف همزمان برای طرف دیگر و مرکز ارسال شود.

ماده ۱۴- زبان

۱۴-۱- دیوان داوری باید بلافاصله پس از تشکیل با توافق طرفها، در مورد زبان یا زبانهایی که در جریان رسیدگی مورد استفاده قرار می‌گیرند اتخاذ تصمیم کند. تقدیم دادخواست، لایحه دفاعیه، هرگونه لوایح کتبی دیگر و جلسات استماع شفاهی در صورتی که برگزار شود باید مطابق زبان یا زبانهای مزبور باشد.

۱۴-۲- دیوان داوری می‌تواند دستور دهد که هرگونه اسناد و مدارک منضم به دادخواست یا لایحه دفاعیه و هرگونه مدارک یا ضmannم تکمیلی که در طول رسیدگی به زبان اصلی طرفین به دیوان تسلیم شده، به زبان یا زبانهایی که مورد توافق طرفها می‌باشد یا توسط دیوان تعیین شده ترجمه گردد.

ماده ۱۵- دادخواست

۱۵-۱- خواهان باید ظرف مدتی که دیوان داوری معین می‌کند، دادخواست خود را کتباً به اطلاع خواننده، هریک از داوران و مرکز برساند مگر اینکه دادخواست قبلاً ضمیمه درخواست داوری شده باشد. یک نسخه از قرارداد و موافقتنامه داوری، در صورتی که قرارداد حاوی شرط داوری نباشد باید به دادخواست ضمیمه شود.

۱۵-۲- دادخواست باید شامل موارد ذیل باشد:

(الف) نام و نشانی طرفها؛

(ب) شرح حقایق مؤید ادعا؛

(پ) نکات مورد اختلاف؛

(ت) خواسته یا اقدامات مورد تقاضا.

۱۵-۳- خواهان می‌تواند کلیه اسناد و مدارکی که آنها را در رسیدگی به دعوی مرتبط و با اهمیت می‌داند به دادخواست ضمیمه کند یا می‌تواند فهرستی از مدارک یا سایر اسنادی را که

ماده ۱۶- لایحه دفاعیه

۱-۱۶- خواننده باید ظرف مدتی که دیوان داوری تعیین می‌نماید، لایحه دفاعیه خود را کتباً به خواهان، هریک از داوران و مرکز تسلیم کند.

۲-۱۶- لایحه دفاعیه باید حاوی پاسخ به دلایل و موارد مذکور در قسمتهای (ب)، (پ) و (ت) دادخواست باشد که در بند ۲ ماده ۱۵ فوق به آنها اشاره شده است. خواننده می‌تواند کلیه مدارکی را که برای دفاع به آنها استناد می‌کند، یا فهرستی از مدارک یا سایر اسنادی را که تقدیم خواهد کرد به لایحه خویش ضمیمه نماید.

۳-۱۶- خواننده می‌تواند در لایحه دفاعیه خویش یا در مراحل بعدی داوری، در صورتی که دیوان تشخیص دهد که با توجه به اوضاع و احوال تأخیر او موجه بوده، دعوای متقابلی را که ناشی از همان قرارداد باشد مطرح نماید یا به‌منظور تهاتر به ادعایی که ناشی از همان قرارداد باشد استناد کند.

۴-۱۶- مقررات بند ۲ ماده ۱۵ بر دعوای متقابل و ادعایی که به‌منظور تهاتر مورد استناد قرار می‌گیرد نیز اعمال خواهد شد.

۵-۱۶- اگر خواننده به صلاحیت و تشکیل صحیح دیوان داوری ایراد کرده باشد باید مبانی موضوعی یا حکمی ایراد خود را در لایحه دفاعیه‌اش ذکر کند.

ماده ۱۷- اصلاح ادعا با دفاعیه

۱-۱۷- در طی جریان رسیدگی داوری هریک از طرفین می‌تواند ادعا یا دفاعیه خود را اصلاح یا تکمیل کند مگر اینکه دیوان داوری اصلاحیه مزبور را به‌علت تأخیر در انجام آن یا لطمه به حقوق طرف دیگر اجازه ندهد. در هر حال، دادخواست، دعوای متقابل یا لایحه دفاعیه را نمی‌توان به‌نحوی اصلاح نمود که از محدوده شرط داوری یا موافقتنامه جداگانه داوری خارج شود.

۲-۱۷- چنانچه یکی از طرفین، دادخواست، دعوای متقابل یا دفاعیات خود را اصلاح یا تکمیل کند، دیوان داوری می‌تواند هزینه‌های داوری را تعدیل کند.

ماده ۱۸- ایراد به صلاحیت دیوان داوری

۱-۱۸- دیوان داوری اختیار دارد در مورد ایرادات وارده به صلاحیت خود از جمله هرگونه ایراد مربوط به وجود یا اعتبار شرط داوری یا موافقتنامه جداگانه داوری تصمیم‌گیری کند.

۲-۱۸- دیوان داوری اختیار دارد در مورد وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داوری بخشی از آن را تشکیل می‌دهد، تصمیم‌گیری کند. از لحاظ این ماده، شرط داوری که بخشی از قرارداد را تشکیل داده و داوری برطبق قواعد حاضر را مقرر می‌کند، موافقتنامه‌ای مستقل از سایر شروط قرارداد محسوب می‌شود. تصمیم دیوان داوری مبنی بر کان‌لم‌یکن بودن قرارداد مزبور قانوناً مستلزم بی‌اعتباری شرط داوری نیست.

۳-۱۸- ایراد به صلاحیت دیوان داوری نباید دیرتر از زمان تقدیم لایحه دفاعیه یا در مورد دعوی متقابل، دیرتر از ارائه پاسخ به آن مطرح گردد.

۴-۱۸- اگر طرفین به‌نحو دیگری توافق نکرده باشند، اصولاً دیوان داوری، باید در مورد ایراد به صلاحیت خود طی یک رأی مرحله‌ای تصمیم‌گیری نماید.

ماده ۱۹- سایر لوایح کتبی

دیوان داوری در این مورد که طرفین علاوه بر دادخواست و لایحه دفاعیه، چه لوایح کتبی دیگری را باید تسلیم کنند یا می‌توانند ارائه نمایند، تصمیم‌گیری و برای تسلیم لوایح مزبور مواعدی را تعیین خواهد کرد.

ماده ۲۰- مواعد

به‌طور کلی مواعد تعیین شده توسط دیوان داوری برای ارسال لوایح کتبی از جمله دادخواست و لایحه دفاعیه، نباید از چهل و پنج (۴۵) روز تجاوز کند مگر اینکه دیوان داوری با توجه به اوضاع و احوال قضیه و بویژه پیچیدگی مسائل ذی‌ربط، تعیین مهلت‌های طولانی‌تری را موجه بداند.

ماده ۲۱- ادله

۱-۲۱- هریک از طرفین مسئول اثبات حقایقی است که در تأیید ادعا یا دفاع خود به آن استناد می‌کند.

۲-۲۱- دیوان داوری در صورتی که مقتضی بداند می‌تواند از هر طرف بخواهد ظرف مدتی که تعیین خواهد نمود، خلاصه‌ای از مدارک و سایر مستندات را که قصد دارد از آنها در تأیید مسائل مورد اختلاف که در دادخواست یا لایحه دفاعیه مطرح گردیده استفاده کند، به دیوان و طرف دیگر تسلیم نماید.

۳-۲۱- دیوان داوری می‌تواند در هر زمانی در طی جریان داوری از طرفها بخواهد ظرف موعدی که تعیین خواهد کرد مدارک، ضامم یا مستندات دیگری را تسلیم کنند.

ماده ۲۲- جلسات استماع

۱-۲۲- دیوان داوری می‌تواند در مورد یک قضیه صرفاً براساس مدارک ارائه شده توسط طرفها تصمیم‌گیری کند مگر اینکه یکی از طرفین درخواست کند که جلسه استماع برگزار شود.

۲-۲۲- در صورت تصمیم به برگزاری جلسه استماع، دیوان داوری باید روز، ساعت و محل تشکیل جلسه را در مدت زمان کافی از قبل به اطلاع طرفها برساند.

۳-۲۲- اگر قرار باشد که شهود استماع شوند، حداقل پانزده (۱۵) روز قبل از جلسه استماع، هریک از طرفها باید نام و نشانی شهود یا کارشناسان، موضوع شهادت و زبانهایی را که شهود به آنها شهادت خواهند داد به دیوان داوری و به طرف دیگر اطلاع دهد.

۴-۲۲- دیوان داوری ترتیب ترجمه اظهارات شفاهی مطروحه در جلسه استماع و ضبط مطالب جلسه را خواهد داد، مشروط بر اینکه با توجه به اوضاع و احوال قضیه این امر را ضروری بداند یا طرفها در این مورد توافق کرده باشند و مراتب توافق خود را حداقل ظرف پانزده (۱۵) روز قبل از برگزاری جلسه استماع به اطلاع دیوان رسانده باشند.

۵-۲۲- جلسات استماع، غیرعلنی خواهد بود، مگر اینکه طرفها به‌نحو دیگری توافق کرده باشند. دیوان داوری می‌تواند از هریک از شهود یا تمامی شهود دیگر بخواهد که به‌هنگام ادای شهادت توسط سایر شهود، جلسه را ترک نند. دیوان داوری در تعیین نحوه تحقیق از شهود آزاد است.

۶-۲۲- شهود همچنین می‌توانند شهادت خود را به‌صورت اظهارات کتبی امضاء شده ارائه کنند. هر شهادتی که اظهارات کتبی ارائه داده باید در جلسه استماع حاضر شود مگر اینکه طرفها به‌نحو دیگری توافق کرده باشند. اگر شهادتی که اظهارات کتبی ارائه کرده بدون دلیل معتبر در جلسه استماع شهادت حاضر نشود، دیوان داوری اظهارات کتبی وی را نادیده

۲۲-۷. دیوان داوری در مورد قابلیت پذیرش، مرتبط بودن، اهمیت و ارزش مستندات ارائه شده تصمیم‌گیری خواهد کرد.

ماده ۲۳- اقدامات موقت

۲۳-۱. دیوان داوری می‌تواند بنا به درخواست هریک از طرفین هر دستور موقت مرتبط با موضوع مورد اختلاف را که لازم یا مقتضی بداند از جمله اقدامات مربوط به حفظ کالاهای موضوع اختلاف، نظیر دستور سپردن آنها به شخص ثالث یا فروش کالاهای فاسد شدنی صادر کند.

۲۳-۲. دستور موقت مزبور ممکن است به صورت یک رأی مرحله‌ای صادر شود. دیوان داوری حق دارد که طرف متقاضی چنین دستوری را به سپردن تأمین برای هزینه‌های طرف مقابل ملزم کند.

۲۳-۳. درخواست اقدامات موقت توسط هریک از طرفین از مرجع قضائی مغایر با توافق بر داوری، یا اعراض از آن توافق محسوب نخواهد شد.

ماده ۲۴- کارشناسان

۲۴-۱. دیوان داوری می‌تواند پس از مشورت با طرفها، یک یا چند کارشناس را جهت تهیه گزارشی کتبی در مورد موضوعات خاصی که دیوان تعیین می‌کند، منصوب نماید. نسخه‌ای از شرح وظایف و اختیارات کارشناسان که توسط دیوان تهیه می‌شود، باید برای طرفها و مرکز ارسال شود.

۲۴-۲. طرفها باید هرگونه اطلاعات ذی‌ربط یا هرگونه مدرک یا کالاهایی را که کارشناس برای تحقیق لازم دارد، تهیه و ارائه دهند. هرگونه اختلاف بین یک طرف و کارشناس در خصوص ذی‌ربط بودن اطلاعات یا ارائه اسناد مورد درخواست کارشناس، برای تصمیم‌گیری به دیوان داوری ارجاع خواهد شد. کارشناس باید نماینده‌ای از هر طرف را برای شرکت در تحقیقات محلی دعوت کند و هر زمان که دیوان داوری دستور دهد نماینده‌ای از هر طرف برای حضور در سایر تحقیقاتی که کارشناس باید به عمل آورد دعوت خواهد شد.

۲۴-۳. دیوان داوری پس از دریافت گزارش کارشناس، باید نسخه‌ای از آن را برای طرفها ارسال

۲۴-۴- بنا بر تقاضای هریک از طرفین، کارشناس پس از تسلیم گزارش خود، ممکن است در جلسه‌ای که در آن طرفها حق حضور و سؤال از کارشناس را دارند، مورد استماع قرار گیرد. در این جلسه، هریک از طرفها می‌تواند شهود کارشناس را به‌منظور ادای شهادت در خصوص موضوعات مورد اختلاف معرفی کند. در این‌گونه رسیدگیها، مقررات ماده ۲۲ مجری خواهد بود.

ماده ۲۵- قصور

۲۵-۱- اگر خواهان بدون ارائه دلیل کافی برای قصور خود ظرف مدتی که دیوان داوری تعیین می‌کند ادعای خود را تسلیم نکند، دیوان داوری دستور ختم جریان داوری را صادر خواهد نمود. اگر خوانده بدون ارائه دلیل کافی برای قصور خود ظرف مدتی که دیوان داوری تعیین می‌کند، لایحه دفاعیه خود را تسلیم نکند، دیوان داوری دستور ادامه رسیدگی را صادر خواهد کرد.

۲۵-۲- مقررات ماده ۱-۲۵ فوق به تناسب اوضاع و احوال بر دعوای متقابل و دفاع در مقابل دعوای متقابل، مجری خواهد بود.

۲۵-۳- اگر یکی از طرفها که به‌نحو مقرر در این قواعد از تاریخ تشکیل جلسه استماع مطلع شده است، بدون ارائه دلیل کافی برای قصور خود در جلسه مزبور حضور نیابد، دیوان داوری می‌تواند رسیدگی را ادامه دهد.

۲۵-۴- اگر به یکی از طرفها به‌نحو مقتضی ابلاغ شده باشد که مستندات را ارائه کند و او ظرف مدت مقرر و بدون ارائه دلیل کافی در انجام این امر قصور کند، دیوان داوری در زمان صدور رأی این قصور را مورد توجه قرار خواهد داد.

ماده ۲۶- ختم رسیدگی

۲۶-۱- هرگاه دیوان داوری متقاعد شود که طرفها فرصت معقول برای ارائه ادعاهای خویش را داشته‌اند، ختم رسیدگی را اعلام خواهد کرد.

۲۶-۲- دیوان داور می‌تواند در صورتی که تحت شرایط استثنائی این امر را ضروری بداند، بنا بر تشخیص خود یا بنا بر درخواست یکی از طرفین، رسیدگی را در هر زمانی پیش از صدور رأی از سر گیرد.

ماده ۲۷- اعراض از قواعد

هرگاه یکی از طرفین با وجود اطلاع از عدم رعایت هریک از مقررات یا الزامات قواعد حاضر، فوراً اعتراض نکرده و به داورى ادامه داده باشد، فرض بر این است که از حق اعتراض خود منصرف شده است.

بخش چهارم: رأی

ماده ۲۸- تصمیمات

۲۸-۱- هرگاه تعداد داوران سه نفر باشد، صدور رأی یا اتخاذ هرگونه تصمیم دیگری توسط دیوان داورى با رأی اکثریت آنها انجام خواهد گرفت.

۲۸-۲- هرگاه در مورد مسائل شکلی، اکثریت حاصل نشود و نیز در مواردی که دیوان داورى مجاز بداند، سرداور می‌تواند رأساً تصمیم بگیرد که البته این تصمیم از طرف دیوان داورى قابل تجدیدنظر خواهد بود.

ماده ۲۹- شکل، اثر و ابلاغ رأی

۲۹-۱- دیوان داورى حق دارد علاوه بر صدور رأی نهایی، آراء مرحله‌ای یا جزئی صادر نماید.

۲۹-۲- رأی به صورت کتبی صادر شده و برای طرفین قطعی و لازم‌الاجرا است. طرفین تعهد می‌نمایند رأی صادره را با حسن نیت و بدون تأخیر اجرا نمایند. با ارجاع اختلاف به داورى بر طبق قواعد حاضر، فرض بر آن است که طرفین از حق خود برای اعتراض تا حدی که این انصراف می‌تواند صحیحاً صورت گیرد، صرف‌نظر نموده‌اند.

۲۹-۳- دیوان داورى باید دلایلی را که مبنای صدور رأی بوده بیان کند مگر اینکه طرفها توافق کرده باشند که دلایل ذکر نشود. هریک از داوران می‌تواند درخواست کند که رأی مخالف او یا رأی مخالف وی و دلایل آن ثبت شود.

۲۹-۴- دیوان داورى باید تمام سعی خویش را به کار بندد تا مطمئن شود رأی صادره از نظر

۵-۲۹- دیوان داوری باید قبل از امضای رأی، به منظور بررسی از جهت مسائل شکلی و مشورت راجع به تعیین هزینه‌ها پیش‌نویس رأی خود را به مرکز تقدیم کند. مرکز می‌تواند در صورت لزوم، بدون اینکه بر آزادی دیوان داوری در اتخاذ تصمیم خدشه‌ای وارد شود، اصلاحاتی را در شکل رأی به عمل آورد و نیز توجه دیوان داوری را به نکات ماهوی جلب نماید.

۶-۲۹- رأی باید توسط داوران امضاء شود و حاوی تاریخ و محل صدور آن باشد. هر گاه تعداد داوران سه نفر بوده و یکی از آنها رأی را امضاء نکند، باید دلایل عدم امضای او در رأی ذکر شود.

۷-۲۹- پس از صدور رأی، مرکز باید متن رأی امضاء شده توسط دیوان داوری را به طرفها ابلاغ کند، مشروط بر اینکه هزینه‌های داوری به‌طور کامل توسط طرفها یا یکی از آنها به مرکز پرداخت شده باشد. در صورت درخواست، مرکز، نسخ مصدق اضافی از رأی را صرفاً در اختیار طرفها قرار خواهد داد. یک نسخه اصل از هر رأی که طبق قواعد حاضر صادر شده باشد، در مرکز نگهداری خواهد شد.

۸-۲۹- رأی تنها در صورتی منتشر خواهد شد که هر دو طرف با انتشار آن موافق باشند.

۹-۲۹- مرکز باید طرفها را در رعایت تشریفات حقوقی یا اداری مورد نیاز، مساعدت کند.

ماده ۳۰- قانون حاکم، حل و فصل دعوی براساس انصاف

۱-۳۰- دیوان داوری باید در رسیدگی به قضیه طبق قواعد حقوقی که توسط طرفها به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت دعوی تعیین شده، تصمیم‌گیری کند. در صورتی که طرفین قانون حاکم را معین نکرده باشند، دیوان داوری باید قانونی را اعمال کند که به‌موجب قواعد تعارض قوانینی که مناسب تشخیص می‌دهد، تعیین می‌شود.

۲-۳۰- دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدانمنشی تصمیم بگیرد که طرفها بالصرحه چنین اجازه‌ای را به او داده باشند و قانون حاکم بر رسیدگی داوری نیز این اجازه را داده باشد.

۳-۳۰- دیوان داوری باید در کلیه موارد براساس مفاد قرارداد و با توجه به عرف بازرگانی قابل‌اعمال بر معامله تصمیم‌گیری کند.

ماده ۳۱- حل و فصل دعوی یا سایر دلایل ختم دعوی

۱-۳۱- اگر طرفها پیش از صدور رأی در مورد حل اختلاف فی‌مابین به توافق برسند، دیوان داوری یا قراری مبنی بر ختم رسیدگی داوری صادر خواهد کرد یا چنانچه هر دو طرف تقاضا کنند شرایط حل و فصل اختلاف را در رأیی مرضی‌الطرفین درج خواهد نمود. دیوان داوری ملزم به ارائه دلایل صدور چنین رأیی نیست.

۲-۳۱- هرگاه پیش از صدور رأی، ادامه رسیدگی داوری به دلایلی به‌جز دلیل مذکور در بند ۱ فوق، غیرضروری یا غیرممکن شود، دیوان داوری پس از مشورت با مرکز باید طرفها را از قصد خویش مبنی بر صدور دستور ختم رسیدگی مطلع سازد. دیوان داوری اختیار صدور چنین دستوری را دارد مگر اینکه یکی از طرفها به دلایل موجه با صدور چنین دستوری مخالفت کند.

۳-۳۱- نسخه‌هایی از دستور ختم جریان رسیدگی داوری یا رأی مرضی‌الطرفین که به امضای داوران رسیده است باید توسط دیوان داوری به طرفها ابلاغ شود. در هر دو مورد، مقررات بندهای ۲ و ۴ الی ۹ ماده ۲۹ اعمال خواهد شد.

ماده ۳۲- تفسیر رأی

۱-۳۲- هریک از طرفها می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز پس از تاریخ دریافت رأی با اطلاع به طرف دیگر، از دیوان داوری درخواست کند که تفسیری از رأی صادره ارائه دهد.

۲-۳۲- تفسیر مزبور باید ظرف چهل و پنج (۴۵) روز از تاریخ دریافت درخواست، ارائه شود. این تفسیر بخشی از رأی بوده و مقررات بندهای ۲ الی ۹ ماده ۲۹ در مورد آن اعمال خواهد شد.

ماده ۳۳- تصحیح رأی

۱-۳۳- هریک از طرفها می‌تواند ضمن اطلاع به طرف دیگر، ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ دریافت رأی، از دیوان داوری درخواست نماید که هرگونه اشتباه در محاسبه، هرگونه غلط انشائی و املائی یا اشتباهاتی از این قبیل را تصحیح کند. دیوان داوری می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز از ابلاغ رأی به ابتکار خود چنین تصحیحاتی را به عمل آورد.

۲-۳۳- این‌گونه تصحیحات باید کتبی بوده و بندهای ۲ الی ۹ ماده ۲۹ در مورد آنها اعمال خواهد شد.

ماده ۳۴- رأی تکمیلی

۱-۳۴- هریک از طرفها می‌تواند ضمن اطلاع به طرف دیگر ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ دریافت رأی از دیوان دآوری تقاضا کند که در مورد آن دسته از دعوی که در جریان رسیدگی دآوری اقامه شده ولی در رأی ذکری از آنها به میان نیامده رأی تکمیلی صادر نماید.

۲-۳۴- چنانچه دیوان دآوری تقاضای صدور رأی تکمیلی را موجه تشخیص دهد و به این نتیجه برسد که رأی قبلی را می‌توان بدون نیاز به تشکیل جلسات استماع اضافی یا ارائه مستندات دیگر با صدور رأی تکمیلی در مورد آن ادعاها تصحیح کرد، ظرف شصت (۶۰) روز از دریافت تقاضا، رأی خود را تکمیل خواهد کرد.

۳-۳۴- به‌هنگام صدور رأی تکمیلی، مقررات بندهای ۲ الی ۹ ماده ۲۹ اعمال خواهد شد.

بخش پنجم: هزینه‌ها

ماده ۳۵- تصمیم در مورد هزینه‌های دآوری

۱-۳۵- دیوان دآوری باید در رأی خود علاوه بر رسیدگی به ماهیت دعوی، هزینه‌های دآوری را تعیین کند و در این مورد که کدام یک از طرفین باید هزینه‌ها را بپردازد یا در مورد سهم هر طرف در پرداخت هزینه‌های دآوری تصمیم‌گیری کند.

۲-۳۵- اصولاً پرداخت هزینه‌های دآوری بر عهده طرف ناموفق خواهد بود. با این حال دیوان دآوری می‌تواند چنین هزینه‌هایی را بین طرفها تسهیم کند مشروط بر اینکه با در نظر گرفتن اوضاع و احوال قضیه این سهمیه‌بندی را معقول تشخیص دهد.

۳-۳۵- هزینه‌های دآوری شامل حق الزحمه داوران و هزینه‌های اداری که برطبق ضوابط «الف» و «ب» این قواعد توسط مرکز معین شده است و مخارج داوران و حق الزحمه کارشناسان در صورتی که چنین مخارجی وجود داشته باشد و همچنین هزینه‌های معقول حقوقی تحمیل شده بر طرفین خواهد بود.

۳۵-۴- مرکز می‌تواند حق الزحمه داوران را به مبلغی بیشتر یا کمتر از آنچه که از اعمال ضمیمه «ب» این قواعد حاصل می‌شود، تعیین کند مشروط بر اینکه این امر با توجه به اوضاع و احوال استثنائی قضیه قابل توجیه باشد.

۳۵-۵- هرگاه دیوان داوری قرار می‌بندی بر ختم جریان داوری یا رأی مرضی‌الطرفین صادر کند، باید هزینه‌های داوری مذکور در بند یک ماده ۳۵ را در متن همان قرار یا رأی تعیین نماید.

۳۵-۶- مرکز یا دیوان داوری بابت تفسیر، تصحیح و تکمیل رأی خود برطبق مواد ۳۲ الی ۳۴ هیچ‌گونه حق الزحمه اضافی دریافت نخواهد کرد.

ماده ۳۶- تودیع هزینه‌ها

۳۶-۱- مرکز می‌تواند قبل از تشکیل دیوان داوری از طرفها بخواهد که به‌طور مساوی مبلغی را بابت پیش پرداخت هزینه‌های مذکور در بند ۳ ماده ۳۵ تودیع کنند.

۳۶-۲- هنگامی که در برابر ادعاهای یک طرف، ادعاهای متقابل نیز مطرح شده باشند، مرکز می‌تواند به تقاضای هریک از طرفین پیش پرداخت‌های جداگانه‌ای برای هزینه‌های ادعاها و ادعاهای متقابل تعیین کند.

۳۶-۳- مرکز می‌تواند در طول جریان رسیدگی داوری، از طرفها تقاضا کند که پیش پرداختهای بیشتری را تودیع نمایند.

۳۶-۴- هرگاه ودیعه‌های مقرر ظرف سی (۳۰) روز پس از دریافت درخواست به‌طور کامل پرداخت نگردد، مرکز باید مراتب را به اطلاع طرفها برساند تا یک طرف یا دیگری مبلغ مورد نظر را پرداخت کند. چنانچه این پرداخت انجام نشود، مرکز می‌تواند بسته به مورد، دستور تعلیق یا ختم جریان داوری را در خصوص ادعاها و یا ادعاهای متقابل صادر کند.

۳۶-۵- هرگاه یکی از طرفها ادعایی مبنی بر حق تهاتر در مورد ادعاها یا ادعاهای متقابل مطرح کند، مرکز این ادعا را در موقع تعیین پیش پرداخت مربوط به تأمین هزینه‌های داوری تا حدی که ممکن است دیوان داوری را ملزم کند که موضوعات اضافی را مورد ملاحظه قرار دهد به همان نحوی که در مورد یک ادعای جداگانه عمل می‌شود، مورد توجه قرار خواهد داد.

۳۶-۶- مرکز پس از صدور رأی باید صورتحسابی از وجوه تودیع شده دریافتی را به طرفها بدهد و هرگونه مبلغ باقیمانده را در صورتی که وجود داشته باشد، به آنها مسترد کند.

ضمیمه « الف » - حق التبت و هزینه‌های اداری

- ۱- حق التبت: پانصد (۵۰۰) یورو
- ۲- هزینه‌های اداری

مبلغ مورد اختلاف (به یورو) تا ۵۰,۰۰۰	۳ درصد که حداقل آن ۵۰۰ یورو می‌باشد.
از ۵۰,۰۰۱ الی ۱۰۰,۰۰۰	۱,۵۰۰ + ۲٪ مازاد ۰۰۰,۵۰
از ۱۰۰,۰۰۱ الی ۵۰۰,۰۰۰	۲,۵۰۰ + ۱٪ مازاد ۱۰۰,۰۰۰
از ۵۰۰,۰۰۱ الی ۱,۰۰۰,۰۰۰	۶,۵۰۰ + هشتاد صدم درصد مازاد ۵۰۰,۰۰۰
از ۱,۰۰۰,۰۰۱ الی ۲,۰۰۰,۰۰۰	۱۰,۵۰۰ + چهل صدم درصد مازاد ۱,۰۰۰,۰۰۰
از ۲,۰۰۰,۰۰۱ الی ۵,۰۰۰,۰۰۰	۱۴,۵۰۰ + پانزده صدم درصد مازاد ۲,۰۰۰,۰۰۰
بیش از ۵,۰۰۰,۰۰۰	۱۹,۰۰۰ + ده صدم درصد مازاد ۵,۰۰۰,۰۰۰

که حداکثر آن ۶۰,۰۰۰ یورو می‌باشد.

ضمیمه « ب » - حق الزحمه داور

جدول حق الزحمه برای یک داور

مبلغ مورد اختلاف	حداقل	حداکثر
تا ۵۰,۰۰۰	۱,۰۰۰	۱۱٪
از ۵۰,۰۰۰ الی ۱۰۰,۰۰۰	۲٪	۷ / ۰۰٪
از ۱۰۰,۰۰۱ الی ۵۰۰,۰۰۰	۱٪	۴ / ۰۰٪
از ۵۰۰,۰۰۱ الی ۱,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۷۵٪	۲ / ۵۰٪
از ۱,۰۰۰,۰۰۱ الی ۵,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۵۰٪	۱ / ۰۰٪
از ۵,۰۰۰,۰۰۱ الی ۱۰,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۱۰٪	۰ / ۵۰٪
از ۱۰,۰۰۰,۰۰۱ الی ۵۰,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۰۵٪	۰ / ۱۵٪
از ۵۰,۰۰۰,۰۰۱ الی ۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۰۳٪	۰ / ۱۰٪
بیش از ۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰	۰ / ۰۱٪	۰ / ۰۵٪

مرکز منطقه‌ای داوری تهران

مقررات داخلی

ماده ۱- اهداف

مرکز منطقه‌ای داوری تهران (که از این پس «مرکز» نامیده می‌شود) به موجب موافقتنامه مورخ ۳ مه ۱۹۹۷ بین جمهوری اسلامی ایران و سازمان مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی (از این پس موافقتنامه) و (سازمان مزبور نیز از این به بعد AALCO نامیده می‌شود) تأسیس گردیده و اهداف آن به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- برگزاری داوری تحت نظارت مرکز؛
- ۲- تشویق و توسعه داوری تجاری بین‌المللی در منطقه؛
- ۳- هماهنگی فعالیتهای مؤسسات داوری موجود در منطقه و کمک به آنها؛
- ۴- کمک به داوری‌های خاص از جمله عمل به‌عنوان مقام ناصب بویژه در داوری‌هایی که طبق قواعد آنسیترال انجام می‌شود؛
- ۵- کمک به اجرای آرای داوری؛
- ۶- کمک در حل و فصل اختلافات.

ماده ۲- مدیریت مرکز

- ۱-۲- مرکز توسط یک مدیر که برطبق موافقتنامه انتخاب می‌گردد اداره می‌شود.
- ۲-۲- مدیر مرکز کلیه اختیارات لازم برای اعمال قواعد داوری و مقررات داخلی را دارد. بدین منظور یک دبیرخانه به وی در انجام وظایفش کمک می‌کند.
- ۳-۲- مدیر مرکز باید قواعد داوری و مقررات داخلی را با استقلال و بی‌طرفی اجراء کند و در مورد تمامی مسائل مربوط به اجرای قواعد داوری و بویژه مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ آن و نیز سایر مسائل مذکور در مقررات داخلی با هیأت داوری مشورت کند.
- ۴-۲- در مورد جرح داور براساس بند هفت ماده ۱۰ قواعد داوری کمیته‌ای مرکب از سه نفر از اعضای هیأت داوری تصمیم‌گیری خواهد نمود. اعضای کمیته توسط مدیر مرکز انتخاب خواهند شد. اعضای کمیته مستقل از طرفهای دعوی و داوران مربوطه خواهند بود.

ماده ۳- هیأت داوری

- ۱-۳- هیأت داوری از حقوقدانان مجرب و خوشنامی که در داوری‌های بین‌المللی از تجربه کافی برخوردار می‌باشند، تشکیل می‌شود.
- ۲-۳- اعضای هیأت داوری توسط مدیر مرکز پس از مشورت با دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی انتخاب می‌شوند. تا یک سوم اعضای هیأت داوری را می‌توان از میان اتباع کشورهای غیر عضو سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی انتخاب نمود.
- ۳-۳- اعضای کمیته برای مدت ۳ سال انتخاب خواهند شد. چنانچه عضوی استعفا دهد و یا نتواند وظایف خود را انجام دهد، جانشین وی برطبق بند فوق‌الذکر برای مدت باقیمانده انتخاب خواهد شد.

ماده ۴- محرمانه بودن

- ۱-۴- مدیر مرکز، اعضای دبیرخانه و اعضای هیأت داوری ماهیت محرمانه کار مرکز و اسناد تسلیم شده توسط طرفها یا داوران در ارتباط با دعاوی که تحت نظارت مرکز رسیدگی می‌شوند را رعایت خواهند نمود. آنها بویژه باید از افشای هرگونه اطلاعات یا مدرکی که در ارتباط با انجام وظایفشان برطبق قواعد داوری حاضر یا مقررات داخلی در اختیار آنها گذارده شده خودداری کنند.
- ۲-۴- مرکز به‌منظور تشویق و ترویج داوری بین‌المللی می‌تواند با رضایت طرفین متن کامل آرا یا گزیده‌ای از آنها را پس از حذف اسامی و هرگونه اطلاعاتی که موجب شناسایی هویت طرفها شود، منتشر نماید. اسرار تجاری نیز در صورت انتشار آرا حذف خواهند شد.

ماده ۵- مشارکت اعضای مرکز در داوری

- ۱-۵- مدیر مرکز و اعضای دبیرخانه نباید به‌عنوان داور یا مشاور در دعاوی که به مرکز ارجاع شده عمل نمایند.
- ۲-۵- مرکز نباید اعضای هیأت داوری را به‌عنوان داور منصوب کند.
- ۳-۵- در عین حال اعضای هیأت داوری می‌توانند به‌عنوان مشاور یا داور توسط هریک از طرفها انتخاب شوند. در این صورت و اکثراً هنگامی که یک عضو هیأت داوری تحت هر عنوانی

ماده ۶- اصلاح قواعد داوری

در صورت ضرورت، مدیر مرکز می‌تواند پس از مشورت با هیأت داوری، اصلاحاتی را در قواعد داوری یا مقررات داخلی پیشنهاد نماید. اصلاحات مزبور باید به دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی ارائه و بعد از تأیید وی به مرحله اجرا در خواهد آمد.

ماده ۷- سایر قواعد

مدیر مرکز می‌تواند با مشورت هیأت داوری و دبیرکل سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی قواعدی را برای سایر روشهای حل و فصل اختلاف تهیه کند.

سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی

ASIAN-AFRICAN LEGAL CONSULTATIVE ORGANIZATION (AALCO)

«سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی» که در اصل به نام «کمیته مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی» شناخته می‌شد، در ۱۵ نوامبر ۱۹۵۶ توسط هفت کشور آسیایی یعنی برمه، سیلان، هندوستان، اندونزی، عراق، ژاپن و جمهوری متحده عربی تشکیل شد. متعاقباً در آوریل ۱۹۵۸ به منظور مشارکت کشورهای قاره آفریقا در آن به نام «کمیته مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی» تغییر یافت. در سال ۲۰۰۰، نام کمیته به «سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی» (AALCO) تغییر یافت.

سازمان مشورتی حقوقی آسیایی- آفریقایی در سال ۲۰۰۵، ۴۷ عضو داشت که تقریباً متشکل از تمام کشورهای بزرگ آسیایی و آفریقایی بود. این کشورها عبارتند از: جمهوری عربی مصر، بحرین، بنگلادش، بروئی، دارالسلام، بوتسوانا، قبرس، جمهوری دموکراتیک خلق کره، گامبیا، غنا، هندوستان، اندونزی، عراق، جمهوری اسلامی ایران، ژاپن، اردن، کنیا، کویت، کامرون، لبنان، لیبی، مالزی، موریتس، مغولستان، میانمار، نپال، نیجریه، عمان، پاکستان، جمهوری خلق چین، فیلیپین، قطر، جمهوری کره، عربستان سعودی، سنگال، سیرالئون، سنگاپور، سومالی، آفریقای جنوبی، سریلانکا، دولت فلسطین، سودان، سوریه، تانزانیا، تایلند، ترکیه، اوگاندا، امارات متحده عربی و جمهوری یمن. استرالیا و نیوزیلند نیز به عنوان ناظر دائمی می‌باشند.

**TEHRAN REGIONAL ARBITRATION CENTRE
RULES OF ARBITRATION**

TABLE OF CONTENTS

Foreword

TRAC Standard Arbitration Clause

Rules of Arbitration

Section I: General Provisions

- Article 1. Scope of Application
- Article 2. Assistance by the Centre
- Article 3. Place of Arbitration
- Article 4. Confidentiality
- Article 5. Notice, Calculation of Periods of Time
- Article 6. Request of Arbitration
- Article 7. Representation and Assistance

Section II: The Arbitral Tribunal

- Article 8. Number of Arbitrators
- Article 9. Procedure for Appointing Arbitrators
- Article 10. Independence and Challenge of Arbitrators
- Article 11. Replacement of an Arbitrator
- Article 12. Repetition of Hearings in the Event of the Replacement of an Arbitrator

Section III: Arbitral Proceedings

- Article 13. General Provisions
- Article 14. Language
- Article 15. Statement of Claim
- Article 16. Statement of Defence
- Article 17. Amendments to the Claim or Defence
- Article 18. Pleas as to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal
- Article 19. Further Written Statements

- Article 20. Periods of Time
- Article 21. Evidence
- Article 22. Hearings
- Article 23. Interim Measures of Protection
- Article 24. Experts
- Article 25. Default
- Article 26. Closure of Proceedings
- Article 27. Waiver of Rules

Section IV: The Award

- Article 28. Decisions
- Article 29. Form, Effect, and Notification of Award
- Article 30. Applicable Law, Amiable Compositeur
- Article 31. Settlement or Other Grounds for Termination
- Article 32. Interpretation of the Award
- Article 33. Correction of the Award
- Article 34. Additional Award

Section V: The Costs

- Article 35. Decision as to Costs of Arbitration
- Article 36. Deposit of Costs

Appendix A- Registration Fee and Administrative Costs

Appendix B- Arbitrator's Fees

INTERNAL REGULATIONS

- Article 1. Objectives
- Article 2. Administration
- Article 3. Arbitration Board
- Article 4. Confidentiality
- Article 5. Participation of the Members of the Centre in Arbitrations
- Article 6. Modification of the Rules of Arbitration
- Article 7. Other Rules

Foreword

Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC) has been established under the auspices of the Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), pursuant to a resolution adopted during the twenty-second session of the AALCO in Bangkok in January 1987 and an Agreement signed on 3 May 1997 with the Islamic Republic of Iran.

Under this Agreement, Tehran Regional Arbitration Centre is vested with the following duties:

- i. Promotion of international commercial arbitration in the region;
- ii. Coordination of the activities of, and assistance to, existing arbitration institutions in the region;
- iii. Providing assistance to *ad hoc* arbitrations, specially in cases where they are taking place in accordance with the UNCITRAL Rules;
- iv. Assisting in the enforcement of arbitral awards; and,
- v. Conducting arbitration under the auspices of the TRAC.

The present Rules of Arbitration are essentially based on the UNCITRAL Rules of Arbitration. Certain aspects of the UNCITRAL Rules of Arbitration have however been modified in order to take into consideration the institutional character of arbitrations conducted under the Rules of Arbitration of TRAC.

It is to be noted that while drafting the Rules of Arbitration, due attention has been paid to the most recent developments in the field of international arbitration.

Finally, in an effort to enhance the quality of the proceedings that will be conducted under the Rules of Arbitration, and to offer higher independence and impartiality, in particular with respect to appointment and challenge of arbitrators, the Internal Regulations have foreseen the constitution of an Arbitration Board, whose members shall be outstanding lawyers with broad experience in international arbitration. They shall be appointed in consultation with the Secretary General of AALCO, from

amongst nationals of Member States and up to one third from amongst nationals of other countries.

Tehran Regional Arbitration Centre is confident that it shall be able to provide valuable assistance, in particular to the business community, for the settlement of disputes and thus to participate in the enhancement of regional and global trade and international economic cooperation.

Moshkan Mashkour

Director

TRAC Standard Arbitration Clause

TRAC recommends the insertion of the following standard clause to all parties wishing to submit their disputes to the TRAC Rules of Arbitration:

“Any and all disputes arising out of, relating to or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC).”

The parties may also wish to indicate in the arbitration clause the law that shall be applied by the arbitrator(s), and whether the dispute shall be decided by one or three arbitrators.

TEHRAN
REGIONAL ARBITRATION CENTRE

RULES OF ARBITRATION

Section I: General Provisions

Article 1. Scope of Application

- 1.1. Where the parties have agreed in writing that their disputes shall be referred to arbitration under the Rules of Arbitration of the Tehran Regional Arbitration Centre (hereinafter referred to as the "Rules"), then such disputes shall be settled in accordance with the Rules, subject to such modification as the parties may agree in writing. Reference made to arbitration by the Tehran Regional Arbitration Centre (hereinafter the "Centre") shall be deemed as an agreement by the parties to submit to the Rules.
- 1.2. The Rules shall govern the arbitration. In the event that any of the Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail.

Article 2. Assistance by the Centre

- 2.1. The Centre shall provide necessary assistance to the parties for the arbitration pursuant to the Rules.
- 2.2. The Centre shall perform its duties in conformity with the Internal Regulations, which form an integral part of the Rules.

Article 3. Place of Arbitration

- 3.1. Unless otherwise agreed by the parties, the place of arbitration shall be Tehran.
- 3.2. (a) The arbitration shall take place and the parties shall be

(b) The Arbitral Tribunal may however meet at any place it deems appropriate for consultation between the arbitrators, for the inspection of goods, property or documents, as well as for hearing witnesses, in the event that such hearing at the place of arbitration is not practicable.

- 3.3. Sufficient advance notice shall be given to the parties to enable them to be present at the inspection or witness hearing.
- 3.4. The Award shall be deemed to have been made at the place of arbitration.

Article 4. Confidentiality

The arbitration conducted under the Rules is confidential. The parties, including counsel and experts appointed by them, the arbitrators, the Arbitral Tribunal's appointed experts and secretaries, as well as the Centre, undertake not to disclose to third parties any documents, facts or other information relating to the dispute or the arbitration proceedings. They shall refrain from publishing or causing others to publish the Award, unless the parties to the arbitration agree to such publication.

Article 5. Notice, Calculation of Periods of Time

- 5.1. For the purposes of the Rules, any notice, including a notification, communication or proposal, is deemed to have been received if it is physically delivered to the addressee or if it is delivered at his habitual residence, place of business or mailing address, or, if none of these can be found after making reasonable inquiry, at the addressee's last-known residence or place of business. Notice shall be deemed to have been received on the day it is so delivered.
- 5.2. For the purposes of calculating a period of time under the Rules, such period shall begin to run on the day following the day when a notice, notification, communication or proposal is received. If the last day of such period is an official holiday or a non-business day at the residence or place of business of the addressee, the period is extended

Article 6. Request for Arbitration

6.1. The party wishing to initiate arbitration under the Rules shall deliver its Request for Arbitration to the Centre.

6.2. The arbitration proceedings shall be deemed to commence on the date on which the Centre receives the Request for Arbitration.

6.3. The Request for Arbitration shall be submitted in as many copies as there are other parties, together with an additional copy for each arbitrator and one copy for the Centre, and shall include the following:

- (a) A demand that a dispute be referred to arbitration;
- (b) The full names and addresses, telephone and fax numbers and e-mail addresses of the parties;
- (c) A reference to the arbitration clause or the separate arbitration agreement that is invoked;
- (d) A copy of the contract or the document out of, or in relation to, which the dispute arises;
- (e) The general nature of the claim and an indication of the amount involved, if any;
- (f) The relief or remedy sought;
- (g) A proposal as to the number of arbitrators (i.e. one or three), if the parties have not previously agreed thereon;
- (h) The notification of the appointment of an arbitrator referred to in Article 9.1 (a) and a copy of the letter whereby he accepts to act as arbitrator, when the parties have previously agreed that three arbitrators shall be appointed;
- (i) Proof of payment of the Registration Fee.

6.4. The Request for Arbitration may also include:

- (a) The proposal for the appointment of a sole arbitrator;
- (b) The Statement of Claim referred to in Article 15.

- 6.5. If the Request for Arbitration is incomplete, or if the copies or attachments thereof are not submitted in the required number, or if the Registration Fee is not paid, the Centre will request the Claimant to remedy the defects within an appropriate period of time fixed by it. The Centre may also request within such time limit a translation of the Request for Arbitration if it is not submitted in English. If the Claimant complies with such directions within the time limit, the Request for Arbitration shall be deemed to have been validly filed on the date when the Request for Arbitration was received by the Centre.
- 6.6. The Centre shall provide without delay a copy of the Request for Arbitration and of any exhibits included therein to the Respondent.

Article 7. Representation and Assistance

Each party may be represented or assisted by one or more persons of his choice. The names and addresses of such person or persons must be communicated in writing to the Centre and the other party; such communication must specify whether the appointment is being made for purposes of representation or assistance.

Section II: The Arbitral Tribunal

Article 8. Number of Arbitrators

If the parties have not previously agreed on the number of arbitrators, and if, within fifteen (15) days after the receipt by the Respondent of the Request for Arbitration, the parties have not agreed that there shall be only one arbitrator, or the Centre has not determined that the nature of the dispute requires the appointment of a sole arbitrator, three arbitrators shall be appointed.

Article 9. Procedure for Appointing Arbitrators

- 9.1. Unless otherwise agreed by the parties, the procedure for appointment of the arbitrators shall be as follows:
- (a) In an arbitration with three arbitrators, the Claimant and

(b) In an arbitration with a sole arbitrator, the parties shall appoint the sole arbitrator by mutual consent, within thirty (30) days from the receipt of the Request for Arbitration by the Respondent or from the date on which the parties have agreed or the Centre has determined that a sole arbitrator shall be appointed. If the parties fail to agree, the sole arbitrator shall be appointed by the Centre.

9.2. Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties, a party fails to act as required, or the parties or their appointed arbitrators are unable to reach an agreement under such procedure, or a third party, whether a natural or judicial person, fails to perform any function entrusted to it under such procedure, any party may request the Centre to make that appointment, unless another procedure has been agreed upon by the parties.

- 9.3. When appointing arbitrators, the Centre shall have due regard to the qualifications required from the arbitrators in conformity with the agreement of the parties and shall seek to secure the independence and impartiality of the arbitrator. In any event, the President shall be appointed from amongst nationals of a third country and the arbitrator of the defaulting party shall not be appointed from amongst nationals of the country of the other party.
- 9.4. Where the parties have undertaken, in the arbitration agreement, that in case a dispute arises, a certain person or persons shall arbitrate and such person or persons are unwilling or unable to act as arbitrators, the Centre may appoint substitute arbitrator(s) at the request of either party within thirty (30) days from the notification of the first request.
- 9.5. Unless otherwise agreed by the parties, in cases where the arbitration comprises more than two parties and the dispute is not to be referred to a sole arbitrator, the arbitrators shall be appointed as follows:
- (a) The Claimant shall appoint one arbitrator; and where there is more than one Claimant, they shall jointly appoint one arbitrator. The arbitrator of the Respondent or Respondents shall also be appointed in the same manner.
 - (b) If the Claimants or Respondents do not reach agreement on their respective arbitrators, the arbitrator for either one of the parties shall be appointed by the Centre.
 - (c) The president shall be appointed by the two arbitrators and in case they do not reach agreement, the president shall be appointed by the Centre.
 - (d) Other matters concerning multi-party arbitrations, including

Article 10. Independence and Challenge of Arbitrators

- 10.1. A prospective arbitrator shall disclose to those who approach him in connection with his possible appointment any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, once appointed or chosen, shall disclose such circumstances to the parties and to the Centre. All arbitrators conducting an arbitration under the Rules shall remain at all times impartial and independent of the parties.
- 10.2. Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence.
- 10.3. A party may challenge the arbitrator appointed by him only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.
- 10.4. A party who intends to challenge an arbitrator shall send notice of his challenge to the Centre within thirty (30) days after receiving notice of the appointment of the said arbitrator or within thirty (30) days after the circumstances mentioned in Articles 10.2 and 10.3 become known to that party. A copy of the said notice shall be sent to the other party, to the arbitrator who is challenged and to the other members of the Arbitral Tribunal.
- 10.5. The notification shall be in writing and shall state the reasons for the challenge.
- 10.6. When an arbitrator has been challenged by one party, the other party

10.7. If, within fifteen (15) days from the receipt of the notification of challenge, the other party does not agree to the challenge and the challenged arbitrator does not withdraw, the decision on the challenge shall be made by the Centre.

10.8. If the Centre sustains the challenge, a substitute arbitrator shall be appointed or chosen pursuant to the procedure provided for in Article 9 that was applicable to the appointment or choice of the arbitrator being challenged.

Article 11. Replacement of an Arbitrator

11.1. In the event of death or resignation of an arbitrator during the course of the arbitration proceedings, a substitute arbitrator shall be appointed or chosen pursuant to the procedure provided for in Article 9 that was applicable to the appointment or choice of the arbitrator being replaced.

11.2. In the event that an arbitrator fails to act or in the event of the *de jure* or *de facto* impossibility of his performing his functions, the procedure in respect of the challenge and replacement of an arbitrator as provided in the preceding Articles shall apply.

Article 12. Repetition of Hearings in the Event of the Replacement of an Arbitrator

If under Articles 10 and 11, the sole or presiding arbitrator is replaced,

any hearings held previously with respect to matters that have not been already decided in a final decision shall be repeated, unless the parties agree otherwise; if any other arbitrator is replaced, such prior hearings may be repeated at the discretion of the Arbitral Tribunal.

Section III: Arbitral Proceedings

Article 13. General Provisions

- 13.1. Subject to the Rules, the Arbitral Tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.
- 13.2. If either party so requests at any stage of the proceedings, the Arbitral Tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the Arbitral Tribunal shall decide whether to hold such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials.
- 13.3. At an early stage of the arbitration proceedings and in consultation with the parties, the Arbitral Tribunal shall prepare a provisional timetable for the arbitration proceedings, which shall be provided to the parties and to the Centre.
- 13.4. All documents or information submitted to the Arbitral Tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party and to the Centre.

Article 14. Language

- 14.1. Subject to an agreement by the parties, the Arbitral Tribunal shall, promptly after its constitution, determine the language or languages to be used in the proceedings. This determination shall apply to the Statement of Claim, the Statement of Defence, any further written statements, and hearings, if any.
- 14.2. The Arbitral Tribunal may order that any documents annexed to the

Article 15. Statement of Claim

15.1. Unless the Statement of Claim was contained in the Request for Arbitration, within a period of time to be determined by the Arbitral Tribunal, the Claimant shall communicate his Statement of Claim in writing to the Respondent, each of the arbitrators and to the Centre. A copy of the contract and of the arbitration agreement, if not contained in the contract, shall be annexed thereto.

15.2. The Statement of Claim shall include the following particulars:

- (a) The names and addresses of the parties;
- (b) A statement of the facts supporting the claim;
- (c) The points at issue;
- (d) The relief or remedy sought.

15.3. The Claimant may annex to his Statement of Claim all documents he deems relevant or may add a reference to the documents or other evidence he will submit.

Article 16. Statement of Defence

16.1. Within a period of time to be determined by the Arbitral Tribunal, the Respondent shall communicate his Statement of Defence in writing to the Claimant, to each of the arbitrators and to the Centre.

16.2. The Statement of Defence shall reply to the particulars (b), (c) and (d) of the Statement of Claim referred to in Article 15, paragraph 2, and to the evidence. The Respondent may annex to his Statement all documents on which he relies for his defence or may add a reference to the documents or other evidence he will submit.

16.3. In his Statement of Defence, or at a later stage in the arbitration

- 16.4. The provisions of Article 15, paragraph 2, shall apply to a counter-claim and a claim relied on for the purpose of a set-off.
- 16.5. If the Respondent has raised an objection to the jurisdiction or to the proper constitution of the Arbitral Tribunal, the Statement of Defence shall contain the factual and legal bases of such objection.

Article 17. Amendments to the Claim or Defence

- 17.1 During the course of the arbitration proceedings either party may amend or supplement his claim or defence unless the Arbitral Tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it or the prejudice to the other party. However, a claim, counter-claim or defence may not be amended in such a manner that it falls outside the scope of the arbitration clause or the separate arbitration agreement.
- 17.2 The Arbitral Tribunal may adjust the costs of the arbitration if a party amends or supplements his claims, counter-claims or defences.

Article 18. Pleas as to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

- 18.1. The Arbitral Tribunal shall have the power to rule on objections regarding its lack of jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.
- 18.2. The Arbitral Tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of this Article, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under the Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the Arbitral Tribunal that the contract is

18.3. A plea that the Arbitral Tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than in the Statement of Defence or, with respect to a counter-claim, in the reply to the counter-claim.

18.4. Unless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal shall, in general, rule on a plea concerning its jurisdiction in an Interim Award.

Article 19. Further Written Statements

The Arbitral Tribunal shall decide which further written statements, in addition to the Statement of Claim and the Statement of Defence, shall be required from the parties or may be presented by them and shall fix the periods of time for communicating such statements.

Article 20. Periods of Time

The periods of time fixed by the Arbitral Tribunal for the communication of written statements, including the Statement of Claim and Statement of Defence, should in general not exceed forty-five (45) days, unless longer periods of time are considered justified by the Arbitral Tribunal under the circumstances of the case and, in particular, the complexity of issues involved.

Article 21. Evidence

21.1. Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support his claim or defence.

21.2. The Arbitral Tribunal may, if it considers it appropriate, require a party to deliver to the Tribunal and to the other party, within such a period of time as the Arbitral Tribunal shall decide, a summary of the documents and other evidence which that party intends to present in support of the facts at issue set out in his Statement of Claim or Statement of Defence.

21.3. At any time during the arbitration proceedings, the Arbitral Tribunal

Article 22. Hearings

- 22.1. The Arbitral Tribunal may decide the case solely on the basis of documents submitted by the parties, unless any of the parties requests a hearing.
- 22.2. In the event of a hearing, the Arbitral Tribunal shall give the parties adequate advance notice of the date, time and place thereof.
- 22.3. If witnesses are to be heard, at least fifteen (15) days before the hearing each party shall communicate to the Arbitral Tribunal and to the other party the names and addresses of the witnesses or expert witnesses he intends to present, the subject upon and the languages in which such witnesses will give their testimony.
- 22.4. The Arbitral Tribunal shall make arrangements for the translation of oral statements made at a hearing and for a record of the hearing if either is deemed necessary by the Tribunal under the circumstances of the case, or if the parties have agreed thereto and have communicated such agreement to the Tribunal at least fifteen (15) days before the hearing.
- 22.5. Hearings shall be held *in camera* unless the parties agree otherwise. The Arbitral Tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The Arbitral Tribunal shall be free to determine the manner in which witnesses are examined.
- 22.6. Evidence may also be presented in the form of written statements signed by witnesses. Each witness who has submitted a written statement shall appear for testimony at a hearing, unless the parties agree otherwise. If a witness who has submitted a written statement does not appear at a hearing for testimony without a valid reason, the Arbitral Tribunal shall disregard that written statement unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal determines

22.7. The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.

Article 23. Interim Measures of Protection

23.1. At the request of either party, the Arbitral Tribunal may order any interim measures it deems necessary or appropriate in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods.

23.2. Such interim measures may be established in the form of an Interim Award. The Arbitral Tribunal shall be entitled to require the provision of security for costs from the party requesting such measures.

23.3. A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement.

Article 24. Experts

24.1. The Arbitral Tribunal, after consulting with the parties, may appoint one or more experts to report to it, in writing, on specific issues to be determined by the Tribunal. A copy of the expert's terms of reference, established by the Arbitral Tribunal, shall be communicated to the parties and to the Centre.

24.2. The parties shall give the expert any relevant information or produce for his inspection any relevant documents or goods that he may require of them. Any controversy between a party and the expert as to the relevance of the required information or production shall be referred to the Arbitral Tribunal for decision. The expert shall invite a representative of each party to attend any site inspection, and, when the arbitral tribunal so determines, a representative of each party shall be invited to attend other inspections made by the expert.

24.3. Upon receipt of the expert's report, the Arbitral Tribunal shall

24.4. At the request of either party, the expert, after delivery of the report, may be heard at a hearing where the parties shall have the opportunity to be present and to interrogate the expert. At this hearing, either party may present expert witnesses in order to testify on the points at issue. The provisions of Article 22 shall be applicable to such proceedings.

Article 25. Default

25.1. If, within the period of the time fixed by the Arbitral Tribunal, the Claimant has failed to communicate his claim without showing sufficient cause for such failure, the Arbitral Tribunal shall issue an order for termination of the arbitration proceedings. If, within the period of time fixed by the Arbitral Tribunal, the Respondent has failed to communicate his Statement of Defence without showing sufficient cause for such failure, the Arbitral Tribunal shall order that the proceedings continue.

25.2. The provisions of Article 25.1 shall apply *mutatis mutandis* to the Statement of Counterclaim and Defence to the Counterclaim.

25.3. If one of the parties, duly notified under the Rules, fails to appear at a hearing without showing sufficient cause for such failure, the Arbitral Tribunal may proceed with the arbitration.

25.4. If one of the parties, duly invited to produce documentary evidence, fails to do so within the established period of time, without showing sufficient cause for such failure, the Arbitral Tribunal shall take note of this failure in making the Award.

Article 26. Closure of Proceedings

26.1. When it is satisfied that the parties have had a reasonable opportunity to present their case, the Arbitral Tribunal shall declare the

26.2. The Arbitral Tribunal may, if it considers it necessary owing to exceptional circumstances, decide, on its own motion or upon application of a party, to reopen the proceedings at any time before the Award is made.

Article 27. Waiver of Rules

A party who knows that any provision of, or requirement under, the Rules has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without promptly stating his objection to such non-compliance, shall be deemed to have waived his right to object.

Section IV: The Award

Article 28. Decisions

28.1. When there are three arbitrators, any Award or other decision of the Arbitral Tribunal shall be made by a majority of the arbitrators.

28.2. In the case of questions of procedure, when there is no majority or when the Arbitral Tribunal so authorizes, the presiding arbitrator may decide on his own, subject to revision, if any, by the Arbitral Tribunal.

Article 29. Form , Effect, and Notification of the Award

29.1. In addition to making a Final Award, the Arbitral Tribunal shall be entitled to make Interim or Partial Awards.

29.2. The Award shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out the Award in good faith and without delay. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made.

29.3. The Arbitral Tribunal shall state the reasons upon which the Award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given. Any arbitrator may request that his dissenting vote or his dissenting

- 29.4. The Arbitral Tribunal shall in any event make every effort to make sure that the Award is enforceable at law.
- 29.5. Before signing the Award, the Arbitral Tribunal shall submit the draft Award to the Centre for review as to the form and for consultation on the decision as to the assessment of the costs. The Centre may, where necessary, lay down modifications as to the form of the Award and, without affecting the Arbitral Tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance.
- 29.6. The Award shall be signed by the arbitrators and shall contain the date and place where the Award is deemed to have been made. Where there are three arbitrators and one of them fails to sign, the Award shall state the reasons for this absence of the signature.
- 29.7. Once an Award has been made, the Centre shall notify to the parties the text signed by the Arbitral Tribunal, provided always that the costs of the arbitration have been fully paid to the Centre by the parties or by one of them. Additional certified copies shall be made available by the Centre on request, solely to the parties. An original of each Award made in accordance with the Rules shall be deposited with the Centre.
- 29.8. The Award may be made public only with the consent of both parties.
- 29.9. The Centre shall assist the parties in complying with further legal or administrative formalities that may be necessary.

Article 30. Applicable Law, Amiable Compositeur

- 30.1. The Arbitral Tribunal shall decide the case in accordance with the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Arbitral Tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules that it considers applicable.
- 30.2. The Arbitral Tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorized the Arbitral

30.3. In all cases, the Arbitral Tribunal shall decide the case in accordance with the terms of the contract, taking into account the trade usages applicable to the transaction.

Article 31. Settlement or Other Grounds for Termination

31.1. If, before the Award is made, the parties agree to settle the dispute, the Arbitral Tribunal shall either issue an order for the termination of the arbitration proceedings or, if requested by both parties, record the settlement in the form of an Award on Agreed Terms. The Arbitral Tribunal is not obliged to give reasons for such an Award.

31.2. If, before the Award is made, the continuation of the arbitration proceedings becomes unnecessary or impossible for any reason not mentioned in paragraph 1 of this Article, the Arbitral Tribunal shall, after consultation with the Centre, inform the parties of its intention to issue an order for the termination of the proceedings. The Arbitral Tribunal shall have the power to issue such an order unless a party raises justifiable grounds for objection.

31.3. Copies of the order for termination of the arbitration proceedings, or of the Award on Agreed Terms, signed by the arbitrators, shall be communicated by the Arbitral Tribunal to the parties. In both instances the provisions of Article 29, paragraphs 2 and 4 to 9, shall apply.

Article 32. Interpretation of the Award

32.1. Within thirty (30) days after the receipt of the Award, either party, with notice to the other party, may request that the Arbitral Tribunal give an interpretation of the Award.

32.2. The interpretation shall be given in writing within forty-five (45) days after the receipt of the request. The interpretation shall form part of the Award and the provisions of Article 29, paragraphs 2 to 9, shall apply.

Article 33. Correction of the Award

- 33.1. Within thirty (30) days after the receipt of the Award, either party, with notice to the other party, may request the Arbitral Tribunal to correct in the Award any errors in computation, any clerical or typographical errors, or any errors of similar nature. The Arbitral Tribunal may within thirty (30) days after the communication of the Award make such corrections on its own initiative.
- 33.2. Such corrections shall be in writing, and the provisions of Article 29, paragraphs 2 to 9, shall apply.

Article 34. Additional Award

- 34.1. Within thirty (30) days after the receipt of the Award, either party, with notice to the other party, may request the Arbitral Tribunal to make an Additional Award as to the claims presented in the arbitration proceedings but omitted from the Award.
- 34.2. If the Arbitral Tribunal considers the request for an Additional Award to be justified and considers that the omission can be rectified without any further hearings or evidence, it shall complete its Award within sixty (60) days after the receipt of the request.
- 34.3. When an Additional Award is made, the provisions of Article 29, paragraphs 2 to 9, shall apply.

Section V: The Costs

Article 35. Decision as to Costs of Arbitration

- 35.1. The Award shall, in addition to dealing with the merits of the case, fix the costs of arbitration and decide which of the parties shall bear the costs or in what proportions the costs shall be borne by the parties.
- 35.2. The costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the Arbitral Tribunal may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable,

- 35.3. The costs of the arbitration shall include the arbitrators' fees and the administrative costs fixed by the Centre in accordance with Appendices A and B of the Rules, the expenses, if any, of the arbitrators, the fees and expenses of any experts, and the reasonable legal costs incurred by the parties.
- 35.4. The Centre may fix the arbitrators' fees at a figure higher or lower than that which would result from the application of the attached Appendix B, if it may be justified by the exceptional circumstances of the case.
- 35.5. When the Arbitral Tribunal issues an order for the termination of the arbitration proceedings or makes an Award on Agreed Terms, it shall fix the costs of arbitration referred to in Article 35, paragraph 1, in the text of that order or Award.
- 35.6. No additional fees may be charged by the Centre or the Arbitral Tribunal for interpretation or correction or completion of its Award under Articles 32 to 34.

Article 36. Deposit of Costs

- 36.1. The Centre may request each party to deposit an equal amount as an advance for the costs referred to in Article 35, paragraph 3, before the establishment of the Arbitral Tribunal.
- 36.2. Where, apart from the claims, counter-claims are submitted, the Centre may, at the request of either of the parties, fix separate advances on cost for the claims and counter-claims.
- 36.3. During the course of the arbitration proceedings, the Centre may request supplementary deposits from the parties.
- 36.4. If the required deposits are not paid in full within thirty (30) days after the receipt of the request, the Centre shall so inform the parties in order that one or another of them may make the required payment. If the payment is not made, the Centre may order the suspension or

- 36.5. Where one of the parties claims a right to a set-off with regard to either claims or counter-claims, the Centre shall take such set-off into account in determining the advance to cover the costs of arbitration in the same way as a separate claim insofar as it may require the Arbitral Tribunal to consider additional matters.
- 36.6. After the Award has been made, the Centre shall render an accounting to the parties of the deposits received and return the unexpended balance, if any, to the parties.

Appendix A – Registration Fee and Administrative Costs

1. Registration Fee: Euros 500.00
2. Administrative Costs

	Amount in Dispute (in Euro)
Up to 50,000	3 % with a minimum of Euros 500
From 50,001 up to 100,000	1,500 + 2% of excess over 50,000
From 100,001 up to 500,000	2,500 + 1 % of excess over 100,000
From 500,001 up to 1,000,000	6,500 + 0.80% of excess over 500,000
From 1,000,001 up to 2,000,000	10,500 + 0.40% of excess over 1,000,000
From 2,000,001 up to 5,000,000	14,500 + 0.15% of excess over 2,000,000
More than 5,000,000	19,000 + 0.10% of excess over 5,000,000 Up to a limit of Euros 60,000.

Appendix B – Arbitrator's Fees

Schedules of fees for one arbitrator

Amount in Dispute in Euros	Minimum	Maximum
Up to 50,000	1,000	11.00%
From 50,000 to 100,000	2.00 %	7.00%
From 100,001 to 500,000	1%	4.00%
From 500,001 to 1,000,000	0.75%	2.50%
From 1,000,001 to 5,000,000	0.50%	1.00%
From 5,000,001 to 10,000,000	0.10%	0.50%
From 10,000,001 to 50,000,000	0.05%	0.15%
From 50,000,001 to 100,000,000	0.03%	0.10%
Over 100,000,001	0.01 %	0.05%

TRAC Internal Regulation

Article 1. Objectives

The Tehran Regional Arbitration Centre (hereinafter referred to as the "Centre") is established pursuant to the Agreement (the Agreement) dated 3 May 1997, between the Islamic Republic of Iran and the Asian-African Legal Consultative Organization (hereinafter referred to as "AALCO") and its objectives are as follow:

- i. Conducting arbitration under the auspices of the Centre;
- ii. Promotion of international commercial arbitration in the region;
- iii. Coordinating the activities of, and offering assistance to, the existing arbitration institutions in the region;
- iv. Providing assistance to *ad hoc* arbitrations, including acting as appointing authority, particularly in cases where they are taking place in accordance with the UNCITRAL Rules; and
- v. Providing assistance in the enforcement of arbitral awards;
- vi. Providing assistance in the settlement of disputes.

Article 2. Administration

- 2.1. The Centre shall be administered by a Director who shall be appointed in accordance with the Agreement.
- 2.2. The Director shall have all necessary powers for the application of the Rules of Arbitration and the Internal Regulations. He shall

- 2.3. The Director shall implement the Rules of Arbitration and the Internal Regulations with independence and impartiality, and shall consult with the Arbitration Board, on all matters relating to the implementation of the Rules of Arbitration and especially its Articles 9, 10 and 11, as well as on other matters provided for under the Internal Regulations.
- 2.4. Decisions on a challenge of an arbitrator pursuant to Article 10.7 of the Rules of Arbitration shall be made by a committee comprising three members of the Arbitration Board. The members of the committee shall be appointed by the Director. They shall be independent from the parties and the arbitrators involved.

Article 3. Arbitration Board

- 3.1 The Arbitration Board shall consist of qualified lawyers of high standing and integrity with experience in international arbitration.
- 3.2 Members of the Arbitration Board shall be appointed by the Director, after consultation with the Secretary General of the AALCO. Members of the Arbitration Board may be appointed up to one third from amongst nationals of countries other than the member States of the AALCO.
- 3.3 Members of the Arbitration Board shall be appointed for three years. If a member resigns or is no longer in a position to exercise his functions, his successor shall be appointed in accordance with the above paragraph for the remainder of the term.

Article 4. Confidentiality

- 4.1 The Director, the members of the Secretariat and the members of the Arbitration Board shall respect the confidential nature of the work of the Centre and the documents submitted by the parties or the arbitrators in relation to cases administered under the auspices of the Centre. They shall in particular refrain from disclosing any information or document that has been communicated to them in connection with their duties under the Rules of Arbitration or the Internal Regulations.
- 4.2 For the purposes of promoting international arbitration, the Centre may publish with the consent of the parties, the full text of the Awards, or their extracts, after having deleted the names and other such references that may give an indication as to the identity of the parties. Business secrets shall also be deleted in case of publication of Awards.

Article 5. Participation of the Members of the Centre in Arbitrations

- 5.1 The Director and the members of the Secretariat shall not act as arbitrator or as counsel in cases submitted to the Centre.
- 5.2 The Centre shall not appoint members of the Arbitration Board as arbitrator.
- 5.3 Members of the Arbitration Board may however be appointed by either of the parties as counsel or arbitrator. In such events, and more generally when a member of the Arbitration Board is involved in any capacity in proceedings pending before the Centre, he shall immediately inform the Director of such involvement, and shall refrain from participating in the discussions or in the recommendations of the Arbitration Board concerning such proceedings. He shall further

Article 6. Modification of the Rules of Arbitration

Whenever necessary, the Director may, after consultation with the Arbitration Board, suggest modifications to the Rules of Arbitration or the Internal Regulations. The modifications shall be submitted to the Secretary General of the AALCO and shall become effective after his approval.

Article 7. Other Rules

The Director may, in consultation with the Arbitration Board and the Secretary General of the AALCO, prepare rules for alternative dispute resolution mechanisms.

**ASIAN-AFRICAN LEGAL CONSULTATIVE ORGANIZATION
(AALCO)**

The Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), originally known as the Asian Legal Consultative Committee was constituted on 15 November 1956 by seven Asian States, namely Burma, Ceylon, India, Indonesia, Iraq, Japan, and the United Arab Republic. Later, in April 1958, in order to include participation of countries of the continent of Africa its name was changed to Asian-African Legal Consultative Committee (AALCC). In 2000, the name of the Committee was changed to Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO).

AALCO had in 2005 forty-seven countries as its members, comprising almost all the major States from Asia and Africa.

These countries are: Arab Republic of Egypt; Bahrain; Bangladesh; Brunei Darussalam; Botswana; Cyprus; Democratic People's Republic of Korea; Gambia; Ghana; India; Indonesia; Iraq; Islamic Republic of Iran; Japan; Jordan; Kenya; Kuwait; Lebanon; Libya; Malaysia; Mauritius; Mongolia; Myanmar; Nepal; Nigeria; Oman; Pakistan; People's Republic of China; Philippines; Qatar; Republic of Korea; Saudi Arabia; Senegal; Sierra Leone; Singapore; Somalia; South Africa, Sri Lanka; State of Palestine; Sudan; Syria; Tanzania; Thailand; Turkey; Uganda; United Arab Emirates; and Yemen Arab Republic.

Australia and New Zealand have the status of Permanent Observers.

**Elements of the Crime of Genocide in the Jurisprudence of the
International Court of Justice and *Ad Hoc* International
Criminal Courts**

Sattar Azizi

Persian text, pp. 9-34

Abstract

On 26 February 2007, The International Court of Justice issued its judgment on the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*).

The Court finds that Serbia has not committed genocide, through its organs or persons whose acts engage its responsibility under customary international law, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and Serbia has not conspired to commit genocide, nor incited and complicit in genocide the commission of genocide, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

The Court finds, on the other hand, that Serbia has violated the obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in respect of the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995; and Serbia has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by having failed to transfer Ratko Mladić, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and thus having failed fully to co-operate with that Tribunal and has violated its obligation to comply with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993 in this

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 36, 2007

case, inasmuch as it failed to take all measures within its power to prevent genocide in Srebrenica in July 1995.

Here, we analyze the elements of the crime of Genocide in the above-mentioned judgment of the international court of justice at the comparison with the jurisprudence of the *Ad Hoc* international criminal courts.

We can conclude that the fragmentation of the international judicial courts has not arisen to conflict decisions but those bodies endorsed the earlier decisions of each other. Consequently, there is a consistent jurisprudence on the interpretation of the elements of the crime of Genocide.

It is obvious that the consistent jurisprudence can lead to the speed procedure in the trial of the suspected persons of the Genocide especially in the International Criminal Court (ICC).

**The Concept of Persecution Leading to Refugee Status in the National
Jurisprudence of the Host Countries**

Fatemeh Keyhanlou
Persian text, pp. 35-56

Abstract

One of the elements in the definition of refugee (Art. 1(A)(2) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees) which has envisaged a lot of debates among scholars and in national jurisprudence is "Persecution". Since the definition, scope and applicability of this element is not clear, the national jurisprudence has sought to clarify its concept by referring to its verbal meaning, some other articles of the 1951 Refugee Convention and reliance on discrimination. However, definition of persecution on account of a serious harm that is assessed by virtue of violations of human rights is the criterion with most acceptances. The admission of this definition in refugee host countries is such that one can not ignore its role as "subsequent practice" (Art. 31 (2)(b) 1969 Vienna Convention on Law of Treaties) in the interpretation of the 1951 Refugee Convention. It also substantiates the influence of the rules of human rights on the national legislation of States which was considered among matters "essentially within the domestic jurisdiction" of them for years.

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 36, 2007

**Security Council and
Measures for States to Combat against Terrorism**

**Shahram Zarneshan
Persian text, pp. 57-94**

Abstract

Terrorism is not a new phenomenon. History is full of terrorist acts which have taken or threaten many innocent people lives. Increasing terrorist acts led the international community to expand its arrangements against them. Consequently, approval of 12 world conventions and 7 regional ones is in parallel with the arrangements. Through the UN Security Council's Resolution No. 1373 after 9/11 terrorist act in 2001 in United States, these arrangements reached their climax and the Council made a broad range of measures for states in order to combat effectively against terrorism.

***Key Words:** Terrorism, Security Council, International Community, United Nations, International Measures (obligations). Resolution No. 1373.*

Development of the Principle of the Right of Self-Determination within the UN context

Mahnaz Akhavan kharrazian

Persian text, pp. 95-142

Abstract

The principle of "Self-Determination" is one of the principles the importance of which has been accepted for the structure of modern International Law. Article one of the UN Charter ,while explaining purposes and principles of the UN ,points to this principle as one of the foundations of peaceful relations and cooperation among states and nations. Yet, this principle is not as well-established as principles like equality of sovereign states or non-intervention, at least when we are speaking of "internal" Self-Determination. For many years, there was discussion on legal status of the principle: "Is it a legal principle of International Law or just a political one?" Codifying the Covenants was the end of the doubts about this principle's legal status ,but of course not the end of discussion; if it was a legal principle, then what was the exact meaning of "self"? Peoples under colonial regimes? Peoples under racist regimes? Or otherwise, all the peoples of the world?

End of the Cold War affected the discussion on this issue ,while affecting the whole arena of International Law. In fact, putting increasing emphasis on "democracy" and the values of democratic governance, "Human Rights", and rights of minorities is widening the scope of the principle, and strengthening its meaning. This article tries to study these issues and answer some of the questions.

Law Review (C.I.L.A.), Vol. 36, 2007

A Review of the U.K. Anti-Terrorism Crime and Security Act

Mahdi Hatami & Mahmood Hajizadeh

Persian text, pp. 143-168

Abstract

The Criminal Justice and observance of Human Rights principles have important roles in efficiency of bodies involved in combating against terrorism. As some states like U.K. have violated several international provisions such as International Civil and Political Covenant and the European Convention of Human Rights, this article tries to verify Anti-Terrorism Crime and Security Act (ATCSA) and its critiques with International standards. This study may comprise of vital message for those states which involved in operations against terrorism. The judgments of European Court of Human Rights and General Comments of International Human Rights Committee which are of important guidelines on judicial principles in combating against terrorism are also reviewed.