مجلهٔ حقوقی

نشریهٔ مرکـز امـور حقـوقی بین‌المللی معـاونت حقـوقی و امـور مجلس ریاست جمهوری

فهرست مطالب

- **قلمرو زمانی صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری** ۱۱
  جواد طهماسبی
- **اسناد بین‌المللی حقوق بشر از دیدگاه اسلام** ۴۷
  ترجمهٔ دکتر فضل ا... موسوی
- **موازین و مرزهای مداخله بشردوستانه در رویه شورای امنیت** ۶۳
  زینب رشیدی‌نژاد
- **آراء مربـوط به ایـرادات مقدمـاتی صادره از دیـوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌های مشروعیت توسل به‌زور** ۱۰۳
  ترجمهٔ دکتر علی قاسمی
- **بررسی برخی از روشهای آموزش حقوق بشر** ۱۲۹
  فریبا نواب دانشمند
- **شروط ثبات در معاملات نفتی بین‌المللی** ۱۶۹
  ترجمهٔ مصطفی السان ـ علی رضائی
- **ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی** ۱۹۳
  علیرضا ابراهیم گل
- **اگزیستانسیالیسم در عراق: قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیـت و حقـوق اشغال نظامی** ۲۱۵
  ترجمهٔ حمیدرضا جاویدزاده
- **مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قراردادهای بیع متقابل و جایگاه قانونی آن** ۲۴۳
  دکتر محمدرضا صابر
- **دیوان بین‌المللی کیفری و میانکنش‌های حقوق داخلی و بین‌المللی** ۲۹۷
  ترجمهٔ روح‌الدین کرد علیوند
- **تأملی بر حکم دادگاه استیناف شهر لاهه (مورخ ۹ می ۲۰۰۷) در مورد معاونت در کاربرد سلاحهای شیمیایی توسط عراق** ۳۱۳
  دکتر سیدقاسم زمانی
- **حکم دادگاه استیناف شهر لاهه درخصوص مصدومین سلاحهای شیمیایی** متن انگلیسی ۳۲۷
- **کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل درباره استفاده از ارتباطـات الکترونیکـی در قراردادهای بین‌المللی** ۳۸۷

۳۷
پاییز ـ زمستان
۱۳۸۶

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۴۵ ـ ۱۱

قلمرو زمانی صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری

جواد طهماسبی *

چکیده:

صلاحیت تمام دادگاههای بین‌المللی کیفری موردی، متوجه جنایاتی بوده است که قبل از تشکیل آنها ارتکاب یافته‌اند. اما مقررات شکلی و ماهوی اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری دلالت بر منحصر بودن صلاحیت دیوان و اعمال مقررات آن در مورد جنایاتی دارد که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع می‌شوند. البته در مورد جنایات واقع شده در سرزمین یا توسط اتباع دولتهایی که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه به آن ملحق می‌شوند، دیوان زمانی می‌تواند اعمال صلاحیت کند که اساسنامه به‌صورت خاص در مورد آنها لازم‌الاجرا شود. تنها شورای امنیت است که بدون هیچ‌گونه محدودیت زمانی می‌تواند تمام وضعیت‌های حاوی جنایات در صلاحیت دیوان را که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده‌اند به دادستان دیوان ارجاع کند. صرف‌نظر از صریح بودن مقررات اساسنامه، در مورد زمان اعمال صلاحیت دیوان وضعیت‌هایی قابل طرح است که از نظر زمانی مبدأ اعمال صلاحیت دیوان را قابل بحث جلوه می‌دهند و نیز مقرراتی در اساسنامه پیش‌بینی شده است که صلاحیت دیوان را از نظر زمانی محدود، معلق و حتی ممکن است به اعتباری حق اعمال صلاحیت دیوان را منتفی نمایند.

وقوع بخشی از جرائم مستمر و مرکب قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، امکان محدودیت اعمال صلاحیت دیوان به مدت هفت سال در مورد جنایات جنگی، امکان عطف به ماسبق شدن صلاحیت دیوان در وضعیتی که یک کشور صلاحیت دیوان را به‌صورت موردی می‌پذیرد، فقدان محدودیت زمانی در مورد حق تقاضای تعلیق از سوی شورای امنیت، کناره‌گیری دولت عضو و نهایتاً عدم امکان اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایت تجاوز تا زمان تعریف این جنایت از سوی شورای امنیت، ازجمله مسائل قابل بحث هستند که در این مقاله به بررسی آنها می‌پردازیم.

---

*. دانشجوی دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی.

کلمات کلیدی: دیوان بین‌المللی کیفری، صلاحیت زمانی، لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، عضویت دولتها، صلاحیت موردی دیوان، مقررات انتقالی، جرایم مرکب و مستمر، کناره‌گیری، ارجاع و تعلیق شورای امنیت، جنایت تجاوز.

مقدمه

اساسنامه تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری،[1] پنجاه سال پس از اولین اقدام سازمان ملل[2] جهت تشکیل این دیوان سرانجام در تاریخ ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ یعنی ۲۶ تیر ماه ۱۳۷۷ در شهر رم به تأیید نمایندگان ۱۲۰ کشور از مجموعه ۱۶۰ کشور شرکت‌کننده در کنفرانس نمایندگان تام‌الاختیار دولتهای عضو سازمان ملل رسید. اساسنامه دیوان از اول جولای سال ۲۰۰۲ پس از اینکه شمار کشورهای تصویب‌کننده آن، در تاریخ ۱۱ آوریل ۲۰۰۲ از شصت کشور گذشت، لازم‌الاجرا شد و این دیوان در شهر لاهه هلند تشکیل گردید. در حال حاضر ۱۰۵ کشور این اساسنامه را تصویب کرده‌اند.[3]

یکی از مهمترین بحث‌های مطرح در مورد اساسنامه دیوان، مسئله صلاحیت است؛ به‌نحوی که در خلال کنفرانس رم از آن به «مسئله مسئله‌ها»[4] یاد شده است.[5] صلاحیت دیوان از جنبه‌های مختلف قابل بحث و گفتگو است. موضوع این مقاله بررسی ابعاد مختلف صلاحیت زمانی دیوان است؛ اما قبل از آغاز این بحث، اشاره‌ای گذرا به دیگر جنبه‌های صلاحیت دیوان ضروری است.

از نظر مبانی تعیین‌کنندهٔ صلاحیت، صلاحیت دیوان مبتنی بر «اصل سرزمینی بودن صلاحیت»[6] و «اصل شخصی بودن صلاحیت»[7] است. زیرا صلاحیت رسیدگی به جنایاتی را دارد که در قلمرو سرزمینی کشورهای عضو اساسنامه یا توسط اتباع این کشورها واقع شده باشند. البته در کنار این دو اصل مهم، شورای امنیت سازمان ملل نیز می‌تواند وضعیتی که احتمال وقوع جنایات در صلاحیت دیوان در آن وجود دارد را به دادستان دیوان ارجاع کند.

---

1. Rome statute of the International Criminal Court (ICC), U.N. Doc. A/conf.183/9, 17 July 1998.

۲. پس از جنگ جهانی دوم و تشکیل سازمان ملل، مجمع عمومی این سازمان در دومین نشست خود به‌موجب قطعنامه ۱۷۷(۲) (U.N.Doc.A/51، 21 November 1947) از کمیسیون حقوق بین‌الملل خواست تا اصول حقوق بین‌الملل پذیرفته شده در اساسنامه و احکام دادگاه نورمبرگ و توکیو را تنظیم کند.

۳. دولت جمهوری اسلامی ایران اساسنامه دیوان را امضاء کرده، اما هنوز عضویت آن به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است.

4. Question of questions.

5. Peter Kaul, Hans, "precondition to the exercies of jurisdiction" in the Antonio Cassese', the Rome statute of the International Criminal Court A commentary" Oxford Universal Press, 2002. Vol, 2. p. 584.

6. Territorial jurisdiction principle.

7. Personal jurisdiction principle.

در این حالت تفاوتی ندارد که جنایات موردنظر در سرزمین دولتهای عضو یا از سوی اتباع این دولتها واقع شده باشد و یا دولتهای غیرعضو. یعنی این جنایات در هر کجای دنیا واقع شوند شورای امنیت می‌تواند وضعیت را جهت تحقیق و تعقیب به دادستان دیوان ارجاع دهد.

یکی از ویژگی‌های مهم اساسنامهٔ دیوان از منظر صلاحیت، اصل صلاحیت تکمیلی[8] است. به‌موجب این اصل، اولویت رسیدگی با دولتهای ملی صلاحیت‌دار است، دیوان تنها زمانی اعمال صلاحیت می‌کند که این دولتها به لحاظ فروپاشی نظام قضائی یا در دسترس نبودن آن توان[9] رسیدگی به جنایات واقع شده را از دست داده باشند یا در صورت امکان رسیدگی، تمایل[10] انجام این امر مهم را نداشته باشند.

از نظر صلاحیت موضوعی، دیوان صلاحیت رسیدگی به چهار جنایت مهم بین‌المللی[11] یعنی نسل‌زدایی،[12] جنایات علیه بشریت،[13] جنایات جنگی[14] و جنایت تجاوز[15] را دارد. البته اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایت اخیر در حال حاضر ممکن نیست. دیوان زمانی در مورد جنایت تجاوز اعمال صلاحیت خواهد کرد که مطابق مواد ۱۲۱ و ۱۲۳ اساسنامه، مقررات مربوط به آن ازجمله تعریف جنایت تجاوز و تعیین شروطی که دیوان به‌موجب آن در خصوص این جنایت اعمال صلاحیت خواهد کرد، تصویب شده باشد.

اما از نظر قلمرو زمانی نیز که موضوع این مقاله است، صلاحیت دیوان قابل‌توجه است. به‌موجب مادهٔ ۱۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، دیوان تنها نسبت به جرایمی صلاحیت دارد که بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه ارتکاب یافته باشند. اگر دولتی پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه عضو آن شود، دیوان فقط نسبت به جنایاتی اعمال صلاحیت می‌کند که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد آن دولت، ارتکاب یافته باشد. علی‌رغم صراحت و سادگی مادهٔ ۱۱ اساسنامه، سؤالات زیادی در مورد محدودهٔ زمانی صلاحیت دیوان قابل طرح است. ازجمله: آیا شورای امنیت می‌تواند در مورد جنایات واقع شده قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه تقاضای اعمال صلاحیت کند؟

دولتی که عضو دیوان نیست و به‌موجب بند (۳) مادهٔ ۱۲ اساسنامه از دیوان به‌صورت

---

8. Principle of complementarity.
9. Inability.
10. Unwillingness.
11. Most serious crimes (core crimes).
12. Genocide.
13. Crimes against humanity.
14. War crimes.
15. The crime of aggression.

موردی تقاضای اعمال صلاحیت می‌کند، می‌تواند نسبت به جرایم واقع شده قبل از طرح این تقاضا، خواهان اعمال صلاحیت دیوان شود، یا این مسئله ناظر به جنایات قریب‌الوقوع یا در حال ارتکاب بوده و صلاحیت دیوان تنها محدود به جنایات واقع شده بعد از طرح درخواست دولت متقاضی است؟

وضعیت اعمال صلاحیت دیوان در مورد جرایم مستمر و مرکب، که قسمتی از آنها قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده است، چگونه می‌باشد؟

پس از ایجاد صلاحیت برای دیوان، تحت چه شرایطی صلاحیت آن محدود یا معلق می‌شود و یا پایان می‌پذیرد؟

در این مقاله درصدد هستیم که به بررسی سؤالات فوق به‌عنوان مهمترین ابهامات مربوط به صلاحیت زمانی و دیگر مسائلی، که ممکن است در این خصوص قابل طرح باشد، بپردازیم.

برای رسیدن به این هدف مطالب قابل طرح را در سه فصل مورد بحث قرار می‌دهیم. در فصل اول پس از نگاهی کلی به آن بخش از مقررات اساسنامه دیوان که مرتبط با مسئله صلاحیت زمانی دیوان هستند، این مقررات را با مقررات مشابه در اساسنامه دادگاههای موردی مقایسه می‌کنیم. با توجه به اینکه دیوان اعتبار صلاحیت خود را یا از عضویت دولتها و یا از اختیار شورای امنیت کسب می‌کند؛ لذا مسئله صلاحیت زمانی دیوان در فصل‌های سوم و چهارم این مقاله در پرتو مبانی تعیین‌کنندهٔ صلاحیت دیوان، یعنی عضویت دولتها و یا ارجاع شورای امنیت، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

فصل نخست
صلاحیت زمانی دیوان و مقایسهٔ آن با مقررات مشابه در اساسنامه دادگاههای موردی

مبحث نخست
نگاه کلی

صلاحیت دادگاههای بین‌المللی کیفری که پس از جنگ جهانی دوم و قبل از تصویب اساسنامه دیوان تشکیل شده‌اند، محدود به جنایات واقع شده قبل یا در زمان تشکیل آنها است. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری از این جهت با دادگاههای فوق‌الذکر کاملاً متفاوت است؛ زیرا صلاحیت آن تنها متوجه جنایاتی است که در آینده اتفاق خواهد افتاد و نسبت به جنایات واقع‌شده قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه صلاحیت رسیدگی ندارد. اصولاً به‌موجب حقوق داخلی کشورها، برخلاف قوانین ماهوی، مقررات شکلی ازجمله قوانین مربوط به صلاحیت عطف به ماسبق می‌شوند. درصورتی‌که مقررات شکلی اساسنامه دیوان همانند مقررات ماهوی آن، تنها ناظر به آینده است. به‌موجب (۱) یک ماده ۱۱ اساسنامه «دیوان تنها نسبت به جرایمی که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع می‌شوند، صلاحیت خواهد داشت».

«بندهای (۱) مواد ۱۱، ۲۲ و ۲۴، اساسنامه دیوان، سیستمی منطقی و شفاف را ایجاد می‌کنند که صلاحیت دیوان را به جنایات ارتکاب یافته بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه محدود می‌کند».[۱۶] ماده ۱۱ به‌شرح فوق‌الذکر ناظر به تعیین زمان اعمال صلاحیت دیوان است. اما مواد ۲۲[۱۷] و ۲۴[۱۸] اساسنامه مقررات ماهوی مربوط به تعیین حدود مسئولیت کیفری محسوب می‌شوند که از نقطه‌نظر صلاحیت نیز قابل استناد هستند.

علاوه بر این، ماده ۱۲۶ اساسنامه زمان لازم‌الاجرا شدن مقررات آن را بیان می‌کند. این ماده در کنار سایر مقررات مورد اشاره زمان دقیق اعمال صلاحیت دیوان را تعیین می‌کند. بند (۱) این ماده زمان لازم‌الاجرا شدن کلی اساسنامه را مشخص کرده است. به‌موجب این بند اساسنامه

---

16. Condorelli, Luigi and Santiago Villalpando "Referral and Deferral by the Securiry Council", in the Antonio, Cassese, *op.cit.* p. 634.

۱۷. بند (۱) مادهٔ ۲۲ که ناظر به بیان اصل قانونی بودن جرایم است مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل وی، در زمان وقوع منطبق با یکی از جرایمی باشد که در صلاحیت دیوان (بین‌المللی کیفری) است.»

۱۸. بند (۱) ماده ۲۴ که ناظر به بیان اصل عطف به ماسبق نشدن مقررات اساسنامه است مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، مسئولیت کیفری نخواهد داشت.»

از نخستین روز ماه بعد از انقضاء شصت روز از تاریخ تودیع شصتمین سند تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم‌الاجرا خواهد شد. با توجه به اینکه ده کشور به‌صورت همزمان در تاریخ ۱۱ آوریل سال ۲۰۰۲ سند تصویب اساسنامه را نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع نمودند، اساسنامه دیوان از تاریخ اول جولای سال ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد. بدیهی است دیوان از این تاریخ به بعد تنها نسبت به جرایم واقع شده در سرزمین دولتهای عضو یا توسط اتباع این دولتها صلاحیت رسیدگی دارد. در مورد دولتهایی که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه سند تصویب یا الحاق خود را نزد دبیرکل تودیع می‌کنند، به‌موجب بند (۲) مادهٔ ۱۲۶ اساسنامه از نخستین روز اولین ماه بعد از گذشت شصت روز از تاریخ سپردن سند مزبور در مورد این دولتها، لازم‌الاجرا خواهد شد.

ذکر این نکته مهم است که اعمال صلاحیت دیوان تنها به اعتبار عضویت دولتها نیست؛ بلکه، همان‌طورکه قبلاً بیان شد، شورای امنیت سازمان ملل به‌موجب بند (ب) ماده ۱۳ اساسنامه می‌تواند وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد در آن جنایات در صلاحیت دیوان ارتکاب یافته است، در اجرای فصل هفتم منشور سازمان ملل به دادستان ارجاع نماید. در این حالت محدودیتهای اعمال صلاحیت به‌شرح ماده ۱۲ اساسنامه یعنی رضایت دولت سرزمین محل وقوع جرم یا متبوع متهم نیاز نیست. یعنی دیوان می‌تواند بدون در نظر گرفتن وضعیت دولت موردنظر از حیث عضویت اساسنامه، مسئله را ارجاع نماید. علاوه بر این دولتهای غیرعضو اساسنامه در اجرای بند (۳) ماده ۱۲ اساسنامه می‌توانند با سپردن اعلامیه نزد رئیس دبیرخانه دیوان، اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایات ارتکابی در سرزمین خود را تقاضا کنند.

هریک از وضعیت‌های فوق‌الذکر، که به‌طورکلی دیوان می‌تواند صلاحیت خود را به‌استناد آنها اعمال کند، از منظر صلاحیت زمانی قابل بررسی و دقت نظر هستند. به‌نحوی‌که «اگر صلاحیت زمانی دیوان با توجه به هر جنبه خاص، به‌طور صحیح درک شود، پیشرفت بیشتری در گسترش عضویت دیوان حاصل می‌شود».[۱۹] زیرا، عدم عضویت دولتها آنها را از اعمال صلاحیت دیوان مصون نمی‌کند. در ادامهٔ این بحث در این خصوص بررسی خواهیم کرد که تمام افراد در هر کجای دنیا بالقوه در معرض اعمال صلاحیت دیوان می‌باشند.

از سوی دیگر، اعمال صلاحیت زمانی دیوان در آینده نیز مطلق نیست؛ بلکه ممکن است تحت شرایط خاصی معلق یا محدود شود. به‌موجب ماده ۱۶ اساسنامه، شورای امنیت سازمان ملل می‌تواند با صدور قطعنامه در اجرای فصل هفتم منشور، از دیوان درخواست نماید که هیچ‌گونه تحقیق یا تعقیب در مورد یک وضعیت خاص، به مدت دوازده ماه شروع نشود یا ادامه نیابد. این

19. J. Scheffer, David, "How to Turn the Tide Using the Rome Statute's Temporal jurisdiction", Journal of International Criminal justice 2 (2004), Oxford Universal Press, p. 28.

درخواست به دفعات نامحدود قابل تجدید است. علاوه بر این به‌موجب ماده ۱۲۴ اساسنامه، یک دولت عضو می‌تواند اعلام کند برای دورهٔ زمانی هفت ساله صلاحیت دیوان را نسبت به جنایات جنگی نمی‌پذیرد. در این صورت دیوان نمی‌تواند تا انقضاء دورهٔ زمانی مورد اشاره صلاحیت خود را در مورد جنایات ارتکابی در سرزمین آن کشور یا توسط اتباع آن، اعمال نماید؛ لذا اقتضاء دارد موارد فوق از منظر صلاحیت زمانی مورد بررسی قرار گیرند تا روشن شود صلاحیت زمانی دیوان تحت چه شرایطی معلق یا محدود می‌شود.

بررسی صلاحیت زمانی دیوان در وضعیت‌های مختلف از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. شاید بر همین اساس گفته شده است: «کلید درک صحیح اینکه اساسنامه رم در عمل چگونه نقش خود را ایفاء می‌کند، در صلاحیت زمانی آن نهفته است».[۲۰] خصیصه بارز صلاحیت زمانی دیوان که به‌نظر می‌رسد اهمیت صلاحیت زمانی ناشی از آن باشد، توجه اعمال صلاحیت به آینده است. همین مسئله اسباب نگرانی دولتها را فراهم نموده است؛ زیرا هریک از حکام فعلی در سراسر دنیا ممکن است روزی در معرض اعمال صلاحیت دیوان قرار گیرند. بر همین اساس دولتها در کنفرانس رم در مورد تعیین ابعاد مختلف صلاحیت دیوان ازجمله صلاحیت زمانی آن بیشتر از هر مسئله دیگری به بحث و بررسی پرداختند. با توجه به اینکه قلمرو اعمال صلاحیت دیوان از حیث زمان، علاوه بر مقررات شکلی اساسنامه در مقررات ماهوی آن نیز مورد توجه قرار گرفته و به‌نحوی می‌توان از مقررات ماهوی نیز برای تعیین محدودهٔ زمانی اعمال صلاحیت دیوان بهره گرفت، در مبحث بعدی به تحلیل این دو دسته از مقررات از منظر صلاحیت زمانی می‌پردازیم تا ابعاد مسئله روشن‌تر گردد.

مبحث دوم
تحلیل مقررات شکلی و ماهوی مربوط به صلاحیت زمانی در اساسنامه و ارتباط آنها با همدیگر

این بحث را با طرح سؤالی آغاز می‌کنیم که بررسی دقیق‌تر مقررات شکلی و ماهوی مرتبط با صلاحیت زمانی در اساسنامه دیوان لازمهٔ پاسخ‌گویی به آن است. تا از این طریق جایگاه و قلمرو هریک از این مقررات و نیز ارتباط آنها با همدیگر به‌طور دقیق واضح شود. سؤال این است که آیا بند (۱) ماده ۲۴ اساسنامه که مقرر داشته «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، مسئولیت کیفری نخواهد

---

20. *Ibid.*

داشت»، ما را از بند (۱) ماده ۱۱ بی‌نیاز نمی‌سازد؟ یعنی اگر به‌موجب بند (۱) مادهٔ ۲۴ هیچ‌کس را به‌خاطر اعمال ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه نمی‌توان مسئول دانست. بند (۱) مادهٔ ۱۱ دایر بر اینکه صلاحیت دیوان محدود به جرائم ارتکابی بعد از لازم‌الاجرا شدن است، چه حکم اضافه‌ای را نسبت به ماده ۲۴ بیان می‌کند. بدیهی است چنانچه کسی به‌موجب مقررات ماهوی اساسنامه که مادهٔ ۲۴ ناظر بر آن است، مسئول نباشد، به‌طریق اولی اعمال صلاحیت دیوان منتفی است. لذا اگر در مادهٔ ۱۱ به عدم امکان صلاحیت دیوان تأکید هم نمی‌شد، مسئولیتی قابل تصور نیست که دیوان بتواند صلاحیت خود را دایر بر تحقیق یا تعقیب و نهایتاً محاکمهٔ اشخاص مسئول اعمال نماید.

از طرفی بند (۱) مادهٔ ۲۲ نیز در کنار مقررات فوق‌الذکر شائبه بی‌نیازی از مادهٔ ۱۱ را تقویت می‌کند، زیرا به‌موجب این بند «هیچ‌کس مطابق اساسنامه مسئولیت کیفری نخواهد داشت مگر اینکه عمل او، در زمان وقوع منطبق با یکی از جرائمی باشد که در صلاحیت دیوان است». به‌موجب این بند از مادهٔ ۲۲ اصل قانونی بودن جرایم در اساسنامه پذیرفته شده است؛ در نتیجه اعمال ارتکابی در صورتی قابل تعقیب در دیوان است که در زمان ارتکاب مطابق مقررات بین‌المللی جزء جنایات در صلاحیت دیوان به شمار آید، تا در این صورت دیوان بتواند صلاحیت خود را در مورد آنها اعمال نماید.

در مورد ماده ۲۲ این نکته قابل ذکر است که این ماده ما را از مادهٔ ۱۱ اساسنامه بی‌نیاز نمی‌کند، زیرا علی‌رغم بند (۱) مادهٔ ۲۲ اعمال صلاحیت دیوان ممکن است به گذشته تسرّی یابد. به این شرح که بسیاری از مصادیق جنایات بیان شده در اساسنامه دیوان ممکن است به‌موجب معاهدات یا حقوق عرفی بین‌المللی قبل از تصویب اساسنامه دیوان نیز جرم بین‌المللی محسوب شوند؛ لذا این مسئله قابل طرح می‌باشد که اعمالی ممکن است هم به‌موجب مقررات سابق و هم به‌موجب مقررات اساسنامه جنایت بین‌المللی تلقی شوند. در این صورت اگر مادهٔ ۱۱ وجود نداشته باشد منعی برای اعمال صلاحیت دیوان در مورد این جنایات وجود ندارد. بند (۱) مادهٔ ۲۴ اساسنامه نیز مانع از اعمال صلاحیت دیوان به اعمال فوق‌الذکر نمی‌باشد، زیرا اگرچه به‌موجب این بند هیچ‌کس براساس اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، مسئولیت ندارد، اما این امر مانع از تعیین مسئولیت برای افراد به‌موجب سایر مقررات بین‌المللی نیست.

بنابراین فردی ممکن است به‌موجب مقررات بین‌المللی حاکم در زمان ارتکاب جنایت، مجرم محسوب شود و این زمانی قابل تصور است که جنایتی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رخ داده که به‌موجب مقررات حاکم آن زمان جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت یا نسل‌زدایی باشند. در این صورت از نظر ماهوی، تعیین مسئولیت برای شخص مرتکب به‌موجب مقررات

اساسنامه صورت نمی‌گیرد، تا مادهٔ ۲۴ مانع از این امر شود؛ بلکه مسئولیت این شخص به‌موجب دیگر مقررات بین‌المللی حاکم در زمان وقوع جرم است. در فرض فوق‌الذکر ماده ۲۴ اساسنامه مانع از آن نیست که دیوان مرتکبین جنایات بین‌المللی واقع شده قبل از جولای ۲۰۰۲ را تحت تعقیب قرار دهد؛ یعنی از نظر ماهوی به استناد مقررات بین‌المللی حاکم در زمان وقوع جنایت مرتکب را مسئول بداند و آنها را از نظر شکلی و مسائل مربوط به صلاحیت براساس مقررات اساسنامه در دیوان تحت تعقیب قرار دهد. بنابراین هیچ‌یک از مواد ۲۲ و ۲۴ اساسنامه مانع از اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایات ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه نیستند. حکم ماده ۱۱ اساسنامه اینجا حائز اثر است؛ زیرا به‌عنوان یک قانون شکلی مانع از اعمال صلاحیت دیوان به جنایات ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه می‌شود. یک مثال جوانب مسئله را روشن‌تر خواهد کرد؛ صدام حسین و دیگر صاحب‌منصبان آن وقت در عراق، قبل از لازم‌الاجراشدن اساسنامه، در این کشور و نیز در ایران و کویت مرتکب جنایات نسل‌زدایی یا جنایات جنگی شده‌اند. اعمال ارتکابی از سوی آنها در زمان وقوع مطابق کنوانسیون منع و مجازات نسل‌زدایی ۱۹۴۸ و کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۶ و قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، جنایت بین‌المللی محسوب می‌شوند. حال اگر هر یک از دولتهای عراق، کویت و ایران به عضویت اساسنامه درآیند، مقررات مواد ۲۲ و ۲۴ اساسنامه مانع از اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایات مورد بحث نیست؛ زیرا اعمال ارتکابی از سوی افراد فوق در زمان وقوع مطابق دیگر مقررات بین‌المللی جنایت محسوب شده‌اند و منطبق با جرائم پیش‌بینی شده در صلاحیت دیوان نیز هستند؛ بنابراین بند (۱) ماده ۲۲ مانع از اعمال صلاحیت دیوان نیست. از طرفی مسئولیت این افراد به‌موجب مقررات اساسنامه تعیین نمی‌شود تا این اقدام مغایر بند (۱) مادهٔ ۲۴ اساسنامه باشد؛ زیرا به‌موجب آن هیچ‌کس براساس مقررات اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، مسئولیت کیفری نخواهد داشت. به عبارت دیگر مسئولیت کیفری افراد مورد بحث از نظر ماهوی به‌موجب مقررات بین‌المللی حاکم در زمان ارتکاب جنایات از سوی آنها تعیین می‌شود. دیوان بین‌المللی کیفری صرفاً از نظر شکلی صلاحیت خود را جهت رسیدگی به این جنایات که ازجمله جنایات مشمول صلاحیت آن نیز محسوب می‌شوند، اعمال می‌کند. بدیهی است مقررات صلاحیت و تعقیب که مقررات شکلی محسوب می‌شوند، اگر ممنوعیتی برای تسرّی آنها به گذشته وجود نداشته باشند، عطف به ماسبق می‌شوند. بر این اساس باید بین مقررات مواد ۲۲ و ۲۴ اساسنامه یعنی اصل قانونی بودن جرائم و اصل عطف به ماسبق نشدن مقررات اساسنامه با مسئله عدم اعمال صلاحیت زمانی دیوان قایل به تفکیک شد؛ زیرا مقررات مندرج در مواد ۲۲ و ۲۴ که به فصل سوم اساسنامه مربوط می‌شوند، موافق با اصل پذیرفته شده

«عطف به ماسبق نشدن مقررات کیفری ماهوی» در حقوق داخلی است. بر این اساس هدف دو ماده فوق، تنظیم صلاحیت زمانی دیوان نیست، بلکه هدف آنها این است که به صراحت اصل عطف به ماسبق نشدن حقوق کیفری ماهوی را بیان کنند؛ لذا در صورت فقدان مادهٔ ۱۱ اساسنامه، دیوان صلاحیت داشت به کلیه جنایات بین‌المللی ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه نیز رسیدگی کند. البته در این حالت اعمال صلاحیت دیوان مشروط به این بود که اولاً جنایات ارتکابی در زمان وقوع طبق مقررات بین‌المللی جنایت محسوب شوند، ثانیاً این جنایات در حال حاضر نیز به‌موجب مقررات اساسنامه دیوان ازجمله جنایات در صلاحیت موضوعی دیوان به حساب آیند.

اما برای روشن شدن جوانب مختلف مسئله صلاحیت زمانی دیوان، نگاهی به مقررات اساسنامه دادگاههای موردی در این خصوص ما را یاری می‌نماید.

مبحث سوم
صلاحیت زمانی دادگاههای موردی

دادگاههای موردی عکس‌العملی نسبت به وقایعی مشخص محسوب می‌شوند. از این حیث وابستگی ماهوی به آن وقایع دارند. در حالی که دیوان یک نهاد همیشگی است که بدون تکیه بر هرگونه وقایع خاص، به‌عنوان یک نهاد مستقل دایمی بین‌المللی شکل گرفته است.

دادگاههای نظامی بین‌المللی تشکیل شده بعد از جنگ جهانی دوم، از سوی دول فاتح برای محاکمه جنایتکاران جنگی در دول محور اروپایی و ژاپن تشکیل شده‌اند. دادگاههای یوگسلاوی سابق و رواندا نیز، از سوی شورای امنیت سازمان ملل برای رسیدگی به جنایاتی تشکیل شدند که قبلاً در سرزمین یوگسلاوی سابق و رواندا واقع شده بودند؛ اما چتر صلاحیت دیوان بر جنایاتی گسترش می‌یابد که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه ارتکاب می‌یابند. منشور مورخ ۸ اوت ۱۹۴۵ لندن و توافقنامه مربوط به محاکمه و مجازات جنایتکاران عمده در دول اروپایی[۲۱] اشاره‌ای به صلاحیت زمانی دادگاه نورمبرگ ندارند؛ اما با تعمق در اساسنامه این دادگاه، صلاحیت زمانی آن مشخص است؛ زیرا این دادگاه صلاحیت محاکمه و مجازات اشخاصی را داشت که در جهت منافع دول محور اروپایی عمل می‌کردند و در این مسیر مرتکب جنایات پیش‌بینی شده در اساسنامه این دادگاه شده بودند. بدیهی است محدوده زمانی شروع و اتمام جنگ جهانی دوم که جنایات مورد نظر در خلال آن

21. Agreement For the Prosecution and Punishment Of the major War criminals Of the European Axis, 8 August 1945, London.

ارتکاب یافته بودند، مشخص است.[۲۲] دادگاه نظامی بین‌المللی توکیو نیز که در تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۴۶ تشکیل شد، وضعیتی مشابه دادگاه نورمبرگ داشت. یعنی محدودهٔ زمانی اعمال صلاحیت آن شروع و خاتمه جنگ جهانی دوم در منطقه‌ی خاور دور بود. بر این اساس معیار تعیین صلاحیت زمانی این دادگاهها، خصیصه ارتباط جنایات مورد نظر با پدیدهٔ جنگ بود. با توجه به اینکه دادگاههای مورد بحث به صورت موردی و برای رسیدگی به جنایات مرتبط با جنگ جهانی دوم تشکیل شدند؛ لذا مسئله عدم تعیین زمان دقیق اعمال صلاحیت آنها، مشکلی را ایجاد نکرد و در روند رسیدگی‌ها نیز این موضوع مطرح نشد. به‌خصوص اینکه در این دادگاهها سران و فرماندهان ارشد تحت تعقیب قرار گرفتند و آنها نیز افرادی بودند که هدایت جنگ را به عهده داشتند که مسئله عدم ارتباط اعمال آنها با پدیدهٔ جنگ مطرح نبود.

برخلاف اساسنامه دادگاههای فوق، در اساسنامه دادگاههای یوگسلاوی سابق و رواندا تاریخ شروع و اعمال صلاحیت زمانی دادگاه به‌طور دقیق قید شده است. دادگاه یوگسلاوی سابق صلاحیت رسیدگی به جنایاتی را دارد که از ابتدای سال ۱۹۹۱ به بعد در سرزمین کشور یوگسلاوی سابق واقع شده است؛ لذا این دادگاه تنها می‌تواند اشخاصی را تحت تعقیب قرار دهد که برای ارتکاب تخلفات عمده حقوق بشردوستانه بین‌المللی در سرزمین یوگسلاوی سابق از سال ۱۹۹۱ به بعد مسئول هستند.[۲۳] تاریخ انتهای پایان اعمال صلاحیت دادگاه یوگسلاوی سابق در اساسنامه آن مشخص نشده است؛ اما صلاحیت موقتی این دادگاه، محدود به فاصله زمانی بین ابتدای سال ۱۹۹۱ تا تاریخ تعیین شده از سوی شورای امنیت برای استقرار صلح می‌باشد.[۲۴] بر این اساس صلاحیت دادگاه در مورد جنایاتی که پس از تشکیل دادگاه واقع شدند نیز اعمال می‌گردد. با توجه به اینکه در زمان تصویب قطعنامه‌های مربوط به تشکیل دادگاه یوگسلاوی سابق[۲۵] درگیری‌های موردی در آن منطقه هنوز ادامه داشت؛ لذا امتداد صلاحیت زمانی دادگاه محدود به زمان مشخصی نشد،[۲۶] تا جنایات واقع شده در درگیری‌های احتمالی و موردی در آینده را نیز پوشش دهد.

اساسنامه دادگاه رواندا از نظر تعیین صلاحیت زمانی از اساسنامه تمام دادگاههای بین‌المللی کیفری قبلی دقیق‌تر است؛ زیرا نه تنها مانند دادگاه یوگسلاوی سابق زمان شروع اعمال صلاحیت آن مشخص است، بلکه تاریخ انتهای صلاحیت زمانی آن نیز به‌طور دقیق تعیین

---

۲۲. اول سپتامبر ۱۹۳۹ تا ۸ اوت ۱۹۴۵.

23. Statute Of the International Criminal Tribunal for the Former Yougoslavia, 1993, U.N. Doc. S/Res/827(1993), 32 ILM 1203(1993). Art. 1.

24. SC Res. 827(S/RES/827(1993), Para2.

25. U.N. Doc. S/RES/827 (1993); 32 ILM 1203(1993).

26. Open-ended.

شده است. به‌موجب مادهٔ یک اساسنامه، این دادگاه اختیار دارد اشخاصی را که در فاصله زمانی اول ژانویه ۱۹۹۴ تا ۳۱ دسامبر همان سال جنایات مشمول صلاحیت دادگاه را در قلمرو کشور رواندا یا توسط اتباع این کشور در سرزمین کشورهای همسایه مرتکب شده‌اند، تحت تعقیب قرار دهد.[۲۷] گرچه نسل‌زدایی در رواندا در تاریخ ۶ آوریل ۱۹۹۴ شروع شد،[۲۸] اما ریشه این جنایات به تاریخ‌های قبل از آن برمی‌گشت. زیرا طراحی و زمینه‌سازی وقوع این جنایات محدود به تاریخ تعیین شده نبود. بر همین اساس نه تنها دولتهایی مثل فرانسه بلکه خود کشور رواندا نیز به قطعنامه مربوط به تشکیل این دادگاه رأی منفی دادند. آنها معتقد بودند که باید اول اکتبر ۱۹۹۰ تاریخ شروع اعمال صلاحیت دادگاه تعیین شود تا دادگاه بتواند به تمام اقدامات، ازجمله طراحی و زمینه‌سازی که منجر به نسل‌زدایی رواندا شد، رسیدگی نماید.

در مورد تاریخ انتهای صلاحیت دادگاه بعضی از کشورها ازجمله فرانسه بر این عقیده بودند که وقایع بعد از این تاریخ هم تحت پوشش قرار گیرد، یا امکان تجدیدنظر در این تاریخ وجود داشته باشد.[۲۹] در عمل نیز تعیین تاریخ شروع و انتهای اعمال صلاحیت دادگاه سبب ایجاد مشکل گردید. به‌نحوی که این دادگاه اعلام کرد: «برخی از وقایع قبل از سال ۱۹۹۴ ارتکاب یافته که دادگاه معتقد است این وقایع زمینه یا سبب ارتکاب جرایمی هستند که عناصر آنها در سال ۱۹۹۴ تحقق یافته است و این اسباب باید در تفهیم اتهام متهم مورد توجه قرار گیرند».[۳۰]

نکتهٔ دیگری که اشاره به آن ضرورت دارد، نقش شورای امنیت در صلاحیت زمانی دیوان است. به این شرح که علی‌رغم اینکه دادگاههای یوگسلاوی سابق و رواندا توسط شورای امنیت و در اجرای فصل هفتم منشور سازمان ملل ایجاد شده‌اند، اما در اساسنامه این دادگاهها نقشی برای این شورا در خصوص دخالت در صلاحیت زمانی آنها پیش‌بینی نشده است؛ در حالیکه دیوان یک نهاد مستقل بین‌المللی است که به‌موجب معاهده چند جانبه و براساس ارادهٔ دولتها ایجاد شده است؛ ولی شورای امنیت می‌تواند صلاحیت آن را به حالت تعلیق درآورد و یا برای آن ایجاد صلاحیت کند. این نکته نیز می‌تواند یکی از تفاوت‌های دادگاههای موردی فوق‌الذکر و دیوان از نقطه نظر صلاحیت زمانی محسوب شود.[۳۱]

نکتهٔ آخر اینکه، حدود صلاحیت زمانی دیوان بین‌المللی کیفری با دادگاههای مزبور کاملاً متفاوت است. زمان آغاز صلاحیت دیوان بستگی به مبنایی دارد که به‌موجب آن صلاحیت

---

27. Statute Of the International Criminal Tribunal For Rwanda 1994. U.N. Doc. S/RES/955, (1994).

28. Resolution 955, 8 Novamber 1994.

29. French intervention during the security councils, debate on the Resolution 955. 8 November 1994.

30 . Hassan Ngeze and Ferdinand Nahimand *V.* the prosecutor, Decision on the International Criminal Tribunal for Rwanda, (ICTR),99-52- A.

31. *See*, Bourgon, Stephane, "Jurisdiction Ratione Temporise", in the, Antonio Cassese, *op. cit.* p. 546.

دیوان ایجاد یا تعیین می‌شود. آغاز صلاحیت دیوان برای دولتی که قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه عضو شده با دولتی که پس از آن عضویت اساسنامه را می‌پذیرد متفاوت است. در حالت ارجاع شورای امنیت و نیز پذیرش صلاحیت دیوان با اعلامیه، به‌موجب بند (۳) ماده ۱۲ اساسنامه، تاریخ شروع صلاحیت زمانی دیوان در هرکدام از این حالت‌ها، وضعیت دیگری دارند.

از طرفی عوامل محدودکنندهٔ صلاحیت زمانی دیوان مانند اختیار شورای امنیت در تعلیق تحقیق یا تعقیب و نیز مسئله کناره‌گیری[۳۲] دولتها دارای ویژگی خاصی هستند که وضعیت دیوان را با دادگاههای موردی متفاوت می‌نماید. در ادامه این مبحث در خصوص هریک از وضعیت‌های مورد اشاره بحث و بررسی لازم صورت خواهد گرفت. اما قبل از آن نیاز است برای روشن شدن تمام جنبه‌های صلاحیت زمانی دیوان مقررات اساسنامه و سابقهٔ تدوین آن با دقت بیشتری مورد توجه قرار گیرد.

مبحث چهارم
روند شکل‌گیری مقررات صلاحیت زمانی در اساسنامه دیوان

نگرانی دولتها در مورد امکان اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایات واقع شده قبلی، آنها را به دقت بیشتر در مورد مقررات مربوط به صلاحیت زمانی دیوان سوق داد. بر همین اساس گرچه در پیش‌نویس سال ۱۹۹۴ تهیه شده از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل، هیچ اشاره‌ای به موضوع صلاحیت زمانی دیوان نشده بود،[۳۳] اما دولتها با این سکوت موافق نبودند.

در پیش‌نویس فوق‌الذکر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها پیش‌بینی شده اما در مورد عدم امکان عطف به ماسبق نشدن صلاحیت زمانی اساسنامه مقرراتی وضع نشده بود. این مسئله برای اولین بار در خلال جلسات کمیته موقت،[۳۴] که از سوی مجمع عمومی سازمان ملل برای بازنگری پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل تشکیل شده بود مطرح شد.[۳۵]

نهایتاً در کمیته مقدماتی[۳۶] مقرر شد که اعمال صلاحیت دیوان به جرایمی که بعد از

---

32. Withdrawal.

33. Report of the International Law commission on the work of it's forthy-sixth session, 2 May- 22 July, 1994. U.N. Doc. A/49/10, 29.

34. Adhoc committee.

35. Report of the Ad hoc committee, on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. Doc. A, 151/22, 1995, para 58.

36. Preparatory committee.

لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع می‌شوند، محدود شود.[۳۷] بر این اساس «کمیته مقدماتی سه گزینه را پیشنهاد نمود: اول اینکه در اساسنامه، اصل عطف به ماسبق نشدن رفتار مجرمانه شخصی[۳۸] همراه اصل قانونی بودن جرایم[۳۹] پیش‌بینی شود؛ دوم اینکه، قید گردد که اساسنامه باید صرفاً نسبت به رفتارهای واقع شده بعد از لازم‌الاجرا شدن آن اعمال گردد؛ سوم اینکه صلاحیت زمانی دیوان تعریف شود.»[۴۰]

البته تمام این پیشنهادها جز موارد اختلاف نظر بین دولتها بود که در پیش‌نویس اساسنامه بین کروشه قید شده بودند. نهایتاً در اوت ۱۹۹۷ مقرراتی که هم‌اکنون در قالب بند (۱) ماده ۱۱ اساسنامه[۴۱] قید شده است از سوی کمیته مقدماتی به اساسنامه اضافه شد.[۴۲]

در کنفرانس رم این مسئله مطرح شد که مقررات مربوط به عطف به ماسبق نشدن مقررات اساسنامه که هم‌اکنون در قالب ماده[۴۳] ۲۴ اساسنامه قید شده است در بند (۱) ماده ۱۱ ادغام شوند. اما نهایتاً با توجه به تفاوت ماهوی این مقررات، نه تنها ادغام نشدند بلکه مقررات ماده ۱۱ در فصل دوم اساسنامه قید شد که عنوان آن صلاحیت قابل پذیرش و حقوق قابل‌اجرا است.[۴۴] و مادهٔ ۲۴ در فصل سوم که موضوع آن اصول عمومی حقوق کیفری است.[۴۵] بدیهی است قواعد مربوط به عدم اعمال صلاحیت دیوان به گذشته یا به عبارت دیگر مقررات مربوط به تعیین زمان دقیق لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، مقررات شکلی محسوب می‌شوند، در حالی‌که مقررات مربوط به عطف به ماسبق نشدن ماهوی می‌باشند و فصل‌بندی اساسنامه نیز تقریباً بر همین اساس صورت گرفته است.[۴۶] با توجه به اینکه قبلاً در مورد مقررات مواد ۲۴ و ۱۱ بحث لازم صورت گرفت و ارتباط بین آنها بیان شد، در اینجا نیازی به بحث بیشتر به‌نظر نمی‌رسد.

---

37. Report of the preparatory committee on the establishment of an International Criminal Court, Vol. 1(proceeding of the preparatory committee during March, April and August, 1996).U. N. G. A, 50th, sess, 22, U. N. Doc. A/51/22(1996).

38. Non- retroactivity ratione personae.

39. Nullum crimen sine lege.

40. Bourgon, Stephane, *op. cit.* p. 548.

۴۱. بند (۱) ماده ۱۱ مقرر می‌دارد: «دیوان تنها نسبت به جرایمی صلاحیت دارد که بعد از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه ارتکاب یافته باشند.»

42. Decisions taken by the praparatory committee at its session held from 4 to 15 August 1997. U.N. Doc. A/AC. 249/1997/ L.8/ Rev. 1(1997). Reprinted from Bourgon Stephane, *op. cit.* p. 548.

۴۳. بند (۱) ماده ۲۴ مقرر داشته «هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه نسبت به عملی که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، مسئولیت کیفری نخواهد داشت.»

44. JURISDICTION, ADMISSIBILITY AND APPLICABLLE LAW.

45. GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW.

46. *See*. A, Williams, Sharon, "jurisdiction ratione temporal" in the Trifferer(ed.), Otto, Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, Baden. Baden, 1999. pp. 323-328.

فصل دوم
صلاحیت زمانی دیوان در پرتو عضویت دولتها

از نقطه‌نظر صلاحیت زمانی، دولتهای عضو اساسنامه به‌طورکلی مشمول یکی از وضعیت‌های زیر می‌شوند. اگر یک دولت عضو قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه عضویت آن را پذیرفته باشد، از حیث اعمال صلاحیت مشمول بند (۱) ماده ۱۲۶ اساسنامه است. در این صورت شروع صلاحیت زمانی دیوان در مورد این دولت، همان تاریخ لازم‌الاجرا شدن کلی اساسنامه، یعنی نخستین روز ماه بعد از انقضاء شصت روز از تاریخ تودیع شصتمین سند تصویب، پذیرش، موافقت یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد می‌باشد. چنانچه دولتی پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، عضویت آن را بپذیرد، مشمول بند (۲) مادهٔ ۱۲۶ اساسنامه است. یعنی در این حالت اساسنامه از نخستین روز ماه بعد از انقضاء شصت روز از تاریخ سپردن سند تصویب، پذیرش، موافقت یا الحاق توسط آن دولت نزد دبیرکل سازمان ملل در مورد وی لازم‌الاجرا است؛ لذا دیوان تنها می‌تواند نسبت به جنایاتی اعمال صلاحیت کند که پس از این تاریخ در سرزمین آن دولت یا توسط اتباع آنها ارتکاب یافته باشد.

اساسنامهٔ دیوان یک معاهدهٔ چندجانبهٔ[۴۷] بین‌المللی است. از این رو دور از انتظار نیست که تابع قواعد حاکم بر معاهدات باشد. اصل «عدم تأثیر معاهدات به زمان قبل از لازم‌الاجرا شدن» به‌عنوان یک قاعدهٔ کلی حاکم بر معاهدات در ماده ۲۸ کنوانسیون وین در مورد معاهدات ۱۹۶۹[۴۸] پذیرفته شده است. به‌موجب این ماده «به‌جز در مواردی که از معاهده یا از قرائن موجود قصدی دیگر استنباط شود، مقررات معاهده هیچ طرفی را نسبت به عمل حقوقی یا مسئله‌ای که پیش از لازم‌الاجرا شدن معاهده در قبال این طرف انجام گرفته یا به وجود آمده و یا وضعیتی که پیش از آن تاریخ منتفی شده باشد، ملتزم نمی‌سازد». مادهٔ ۱۱ اساسنامهٔ دیوان نیز از این جهت که اعمال صلاحیت دیوان را به رسیدگی به جرایم ارتکابی پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه محدود می‌کند، مطابق و همسو با مقررات فوق‌الذکر است.

از مطالب بیان شده چنین استنباط می‌شود که نقطهٔ آغاز صلاحیت زمانی دیوان به اعتبار عضویت دولتها مشخص است. اما مقررات دیگری در اساسنامه پیش‌بینی شده است که مرتبط با صلاحیت زمانی دیوان و مربوط به عضویت دولتها است؛ ازجمله مقررات انتقالی و مسئلهٔ کناره‌گیری دولتهای عضو. علاوه بر این ابهامات دیگری قابل طرح است که اساسنامه حکم صریحی در مورد آنها ندارد؛ ازجمله مسئله نحوه اعمال صلاحیت دیوان در مورد جرایم مرکب و

---

47. Multilatural treaty.

48. Viena Convention on the Law of Treaties. (1969). 1155, U. N.T.S.331.

مستمر. با توجه به اینکه بررسی هرکدام از این وضعیت‌ها و ارتباط آنها با عضویت دولتها نیاز بـه دقت بیشتری دارد هرکدام را در یک مبحث جداگانه مورد بحث قرار می‌دهیم.

مبحث نخست
جرایم مستمر و مرکب

تعیین تاریخ یا لحظهٔ وقوع جرم و نهایتاً مشخص شدن اینکه در آن زمان چه مقرراتـی از نظر صلاحیت اعمال می‌شود، در جرایم آنی و ساده کار مشکلی نیست؛ زیرا «جرم آنی به فعل یا ترک فعلی گفته می‌شود که در یک لحظه صورت گیرد و یا مدت وقوع آن زیـاد نباشـد».[۴۹] امـا «در مقایسه با جرایم آنی که با ارتکاب یک عمل یا ترک فعـل فـوری صـورت مـی‌گیـرد، جـرم مستمر با ارتکاب فعل یا ترک فعلی که دوام دارد و مبین قصد مجرمانه مستمر است تحقق پیـدا می‌کند».[۵۰] «به عبارت دیگر جرم با عناصر خود به‌طور دائم تجدید حیات می‌کند».[۵۱]
ویژگی مشترک جرایم مستمر و مرکب که به‌نحوی با صلاحیت زمانی نیز مرتبط است، استمرار و دوام وقوع آنها است؛ یعنی تحقق این جـرایم ممکـن اسـت زمـانی نـسبتاً طـولانی را بـه خـود اختصاص دهد، به‌نحوی‌که بخشی از جرم در زمانی واقع شود که دیوان نتواند صـلاحیت خـود را اعمال کند، حال آنکه در زمان تحقق بخشی دیگر از این جـرایم مقـررات دیـوان حـاکم باشـد و بتواند اعمال صلاحیت نماید. بدین شرح که ممکن اسـت جنایـات در صـلاحیت دیـوان قبـل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه یا لازم‌الاجرا شدن آن در مورد دولـت خـاص شـروع شـده باشـد و در زمان لازم‌الاجرا شدن نیز تداوم یابد؛ یا در مورد جرایم مرکب ممکن است بخشی از جنایت قبـل از لازم‌الاجرا شدن و بخشی دیگر پس از آن واقع شود. نحوهٔ اعمال صـلاحیت دیـوان در اینجـا مسئله قابل بحثی است.

اساسنامه در این مورد حکم خاصی ندارد، یعنی در مقررات آن بـه ایـن مـسئله اشـاره‌ای نشده است؛ لذا با استفاده از روح و مفهوم بعضی از مقررات اساسنامه و نیز استناد به سایر حقـوق قابل‌اجرا باید حکم موضوع را استنباط کرد.

مادهٔ ۲۴ اساسنامه در این مورد قابل استناد است. به‌موجب بند (۱) مـادهٔ ۲۴ «هـیچ‌کـس به‌موجب این اساسنامه نسبت به عملی کـه قبـل از لازم‌الاجـرا شـدن آن مرتکـب شـده اسـت، مسئولیت کیفری نخواهد داشت». این مسئولیت ممکن است نسبت به بخشی از جرم باشـد؛ لـذا

---

۴۹. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول، ۱۳۷۴، ص۳۷۵.
۵۰. صانعی، پرویز، پیشین، ص۳۷۶.
۵۱. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، نشر دادآفرین، چاپ ششم، ۱۳۸۱، ص ۲۵۸.

می‌توان گفت در مورد جرایم مستمر و مرکب تنها آن بخش از جرم که پس از لازم‌الاجـرا شـدن ارتکاب یافته است به‌موجب مقررات اساسنامه دیوان قابل مجازات است. علاوه بر این بـه‌موجـب بند (۱) مادهٔ ۱۱ اساسنامه، دیوان صلاحیت رسیدگی به جرایمی را نـدارد کـه قبـل از لازم‌الاجـرا شدن ارتکاب یافته باشد.

در مورد جـرایم مـستمر ممکـن اسـت کـه جـرم بـا تمـام عناصـر مـورد نیـاز در زمـان لازم‌الاجراشدن اساسنامه نیز تداوم داشته باشد که صـرف‌نظـر از اینکـه بخـشی از جـرم قبـل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده است، شخص مرتکب به‌خاطر همـین بخـشی کـه در زمـان حاکمیت مقررات اساسنامه تداوم داشته دارای مسئولیت تام است. تنهـا در مـورد جـرایم مرکـب است که اگر بخشی از آن قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده باشـد نمـی‌تـوان مقـررات اساسنامه را در مورد آن اعمال نمود؛ لذا ممکن است بخشی از جرم که در زمان حاکمیت مقررات اساسنامه، واقع شده است قابل تعقیب کیفری نباشد.

«شعبهٔ تجدیدنظر دادگاه روآندا، در عمل به این موضوع پرداخته است. این شعبه در عـین حال که اذعان کرده است، وقایع مورد ادعا که قبل از سال ۱۹۹۴ واقع شده مـی‌توانـد در ایجـاد زمینهٔ تاریخی یک حکم محکومیت مفید باشد، اما نمی‌تواند مبنای یک اتهام محسوب شـود».[۵۲] همان‌طور که قبلاً گفته شد، یادآوری این نکته قابل ذکر است که دادگاه روانـدا تنهـا صـلاحیت رسیدگی به جنایاتی را دارد که در فاصله زمانی اول ژانویه ۱۹۹۴ تا ۳۱ دسـامبر همـان سـال در سرزمین روآندا یا توسط اتباع روآندایی در سرزمین کشورهای همسایه واقع شده‌اند. بر این اساس چنانچه بخشی از جنایات در صلاحیت موضوعی دادگاه روآندا، قبل از سال ۱۹۹۴ رخ داده باشـند دادگاه صلاحیت رسیدگی به آنها را ندارد. تنها آن بخش از جنایات که در فاصلهٔ زمانی فوق‌الذکر واقع شده است موردنظر دادگاه است.

بر این اساس معیار اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری نیز در مورد جرایم مرکب و مستمر همان زمان لازم‌الاجرا شدن اساسنامه است؛ یعنی دیوان نمی‌تواند نسبت به آن بخـش از جرایم که قبل از تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد یک کشور، در سرزمین آن یـا توسـط اتباع آن واقع شده‌اند، اعمال صلاحیت نماید؛ لذا تنها آن بخش از جرایم که پـس از ایـن تـاریخ ارتکاب یافته‌اند مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. بدیهی است در این حالت زمانی می‌توان مرتکبین را مسئول دانست که تمام عناصر و شرایط تشکیل‌دهنده مسئولیت هنگام لازم‌الاجرا شدن اساسنامه تحقق یافته باشد؛ بنابراین در مورد جرایم مستمر که با تمام عناصر و شرایط در زمان لازم‌الاجـرا شدن اساسنامه تداوم داشته مشکلی و مانعی برای رسیدگی و اعمال صـلاحیت دیـوان مفـروض

---

52. Bourgon, Stephane, *op. cit.* p.550.

نیست. اما در مورد جرایم مرکب در صورتی‌که بخشی از آن قبل از لازم‌الاجـرا شـدن اساسـنامه دیوان واقع شده باشد نسبت به بخش انجام شده در زمان لازم‌الاجرا شدن در صـورتی مـی‌تـوان مسئولین را تحت تعقیب قرار داد که این بخش اخیر بـه تنهـایی از زمـره جنایـات در صـلاحیت دیوان محسوب شود و حایز تمام عناصر و شـرایط لازم باشـد. در غیـر ایـن صـورت هـیچ‌گونـه مسئولیتی قابل تصور نیست.

مبحث دوم
مقررات انتقالی[۵۳]

مقررات انتقالی در اینجا از این جنبه مورد توجه و بررسی قـرار مـی‌گیـرد کـه علـی‌رغـم عضویت یک دولت در اساسنامه، صلاحیت دیوان در یک محدودهٔ زمانی خاص در مورد جنایـات جنگی مربوط به آن دولت قابل اعمال نیست. بنابراین به‌عنوان یک عامل محدودکنندهٔ صلاحیت زمانی دیوان مطرح هستند.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، قاعدهٔ کلی راجع به زمان اعمال صلاحیت دیوان ایـن اسـت که پس از پیوستن یک دولت به اساسنامه، دیوان خود به خود قدرت اعمـال صـلاحیت در مـورد جنایات واقع شده در سرزمین یا توسط اتباع آن دولت را دارد. از این رو نیـاز بـه رضـایت مجـدد دولت عضو جهت اعمال صلاحیت دیوان نیست. تنها اسـتثنائی کـه در ایـن مـورد در اساسـنامه پیش‌بینی شده است ماده ۱۲۴ یا همان مقررات انتقالی است. به‌موجب این ماده دولتی که عـضو اساسنامه می‌شود، تا مدت هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد خـود، مـی‌توانـد اعلام کند که صلاحیت دیوان را نسبت به جرایم مذکور در ماده ۸ که ادعا می‌شود در قلمـرو یـا توسط اتباع آن دولت ارتکاب یافته‌اند، نمـی‌پـذیرد. بنـابراین دیـوان در ایـن مـدت حـق اعمـال صلاحیت نسبت به جرایم مورد نظر را ندارد. به عبارت دیگر، این مقررات صلاحیت دیـوان را در یک دورهٔ زمانی مشخص محدود می‌کند. «این اعلام تنها برای یک‌بار می‌تواند صادر شود؛[۵۴] لذا این محدودیت از سوی دولتهای عضو قابل تمدید نیست. از سوی دیگر دولتی که این محدودیت را هنگام عضویت خود برای اعمال صلاحیت دیوان ایجاد کرده است، به‌موجب قسمت آخر مـاده ۱۲۴ اساسنامه می‌تواند در هر زمانی از آن اعراض کند. بدیهی است در ایـن صـورت محـدودیت مورد بحث برای اعمال صلاحیت دیوان منتفی می‌شود.

نکته دیگری که در مورد مقررات انتقالی قابل ذکر است، ضرورت بازنگری ایـن مقـررات

---

53. TRANSITIONAL PROVISION.

54. Bourgon, Stephane, *op. cit.* p. 555.

در کنفرانس بازنگری موضوع ماده ۱۲۳ اساسنامه است. علی‌رغم اینکه به‌موجب بنـد (۱)[۵۵] مـادهٔ اخیر تمام مقررات اساسنامه می‌تواند موضوع کنفرانس بازنگری قرار گیرد اما مقررات ماده ۱۲۴ از وضعیت اختیاری خارج و ظاهراً بازنگری آن در کنفرانس مورد نظر ضروری است. احتمال حـذف این مقررات در کنفرانس قوی است؛ زیرا نتیجهٔ این مقررات سبک شمردن اهمیت جنایات جنگی نسبت به سایر جنایات در صلاحیت دیوان اسـت. در صـورتی‌کـه بـا توجـه بـه کثـرت منازعـات مسلحانه در دنیا و گستردگی جنایات واقع شده در خلال آنها، موضوع کاملاً برعکس می‌باشـد و به‌نظر می‌رسد نسبت به‌ضرورت رعایت حقوق بشردوستانه بین‌المللی بایـد حـساسیت ویـژه‌ای در دنیا وجود داشته باشد. به هر حال امیدواریم در کنفرانس بازنگری این محدودیت اعمال صلاحیت دیوان حذف شود.

ابهامات متعددی راجع به مقررات انتقالی مطرح شده است. از جمله اینکه اگر یـک دولـت دیگر عضو اساسنامه مطابق ماده ۱۲ اساسنامه جرایم واقع در خلال هفت سال موضوع مادهٔ ۱۲۴ را به دیوان ارجاع کند[۵۶] یا دادستان خواهان تعقیب این جرایم شود، دیـوان صـلاحیت رسـیدگی دارد. به‌عبارت دیگر «آیا صلاحیت زمانی دیوان، در پایان هفت سال، باز هم همین‌طـور محـدود خواهد ماند یا نه»[۵۷] به عبارت دیگر اگر در خلال هفت سال مورد نظر توسط اتباع دولت مربـوط یا در سرزمین آن جنایات جنگی واقع شد به‌موجب مقررات انتقالی دیوان قدرت اعمال صـلاحیت در خلال این مدت را ندارد و حال پس از گذشت مدت مورد نظر، دیوان می‌تواند صلاحیت خـود را در مورد همان جرایم اعمال کند یـا اینکـه ممنوعیـت اعمـال صـلاحیت ادامـه دارد؟ مقـررات اساسنامه در این مورد ساکت است. گفته شده است که «جرایم ارتکاب یافته در خلال این مدت، دیگر از اعمال صلاحیت دیوان در امان نخواهند بود».[۵۸] یعنی دیوان تنها نمی‌تواند در مدت هفت سال اعمال صلاحیت کند بلکه پس از انقضاء این مدت حتی در مورد جرایم ارتکاب یافته در این مدت نیز حق اعمال صلاحیت دارد. اظهارنظر قطعی در این مورد منوط به استنباط قضات دیـوان است. اما به‌نظر می‌رسد استنباط فوق‌الذکر با روح و هدف مقررات مادهٔ ۱۲۴ اساسنامه همخـوانی ندارد؛ زیرا این مسئله مسلم است که اگر دولتی عضویت اساسنامه را نپذیرد، بجـز مـوارد خـاص

---

۵۵. بند (۱) ماده ۱۲۳ اساسنامه مقرر می‌دارد: «هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن این اساسـنامه، دبیرکـل ملـل متحـد یـا شخص دیگری که مجمع دولتهای عضو تعیین می‌کند، یک کنفرانس بازنگری به‌منظور بررسی اصلاحیه‌های پیـشنهادی بـر این اساسنامه تشکیل خواهد داد. این بازنگری می‌تواند شامل فهرست جنایات مندرج در ماده ۵ باشد اما محدود به آن نیـست. کلیه شرکت‌کنندگان در مجمع، دولتهای عضو می‌توانند با همان شروط در کنفرانس (بازنگری) شرکت کنند».

56 . *See*. H. Arsanjani, Mahnosh, "The Rome statute of the International Criminal Court: Exceptions to the jurisdiction" in the, Mauro, Politi and Giusepe Nesi, "The Rome statute of the International Criminal Court" A challenge to impunity, Ashgate publishing company, 1998, p. 52.

57. Bourgon, Stephane, *op. cit.* p.556.

58. opting out mechanism.

مثل ارجاع شورای امنیت، دیوان حق اعمال صلاحیت در مورد جرایم ارتکابی توسط اتباع این دولت یا واقع شده در سرزمین آن را ندارد؛ زیرا آنچه این حق را برای دیوان ایجاد می‌کند رضایت دولت مورد نظر است. بدیهی است در مورد مقررات انتقالی رضایت این دولت در مورد جنایات جنگی واقع شده در خلال هفت سال مندرج در ماده ۱۲۴ اساسنامه وجود ندارد. بر این اساس همانند آن است که این دولت نسبت به جرایم فوق‌الذکر عضویت اساسنامه را نپذیرفته و فقدان صلاحیت دیوان استصحاب می‌شود؛ لذا پس از گذشت هفت سال مورد نظر نیز دیوان به اعتبار عضویت دولت مربوط نمی‌تواند اعمال صلاحیت کند. ارجاع دیگر دول عضو یا اقدام دادستان نیز نمی‌تواند این ممنوعیت را منتفی نماید.

ابهام دیگر مربوط به ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت است. «مسئله این است که آیا شورای امنیت، در اجرای بند (ب) مادهٔ ۱۳ و مطابق فصل هفتم منشور سازمان ملل، می‌تواند بر مقررات انتقالی غلبه کند؟» به عبارت دیگر آیا شورای امنیت می‌تواند در مورد جنایات جنگی واقع‌شده در قلمرو یک دولت یا توسط اتباع آن دولت که علی‌رغم عضویت اساسنامه مطابق ماده ۱۲۴ اساسنامه اعلامیه عدم پذیرش صلاحیت دیوان در مورد این جنایات را دارد، اقدام کند؛ یعنی می‌تواند وضعیت حاوی این جنایات را به دادستان ارجاع دهد یا خیر؟

بعضی پاسخ این سؤال را منفی می‌دانند. یعنی معتقدند شورای امنیت در این حالت نمی‌تواند وضعیت حاوی جنایات جنگی را به دیوان ارجاع دهد؛ «زیرا این امر به توسعه صلاحیت دیوان منجر خواهد شد و این مسئله مغایر با قصد دول عضو می‌باشد، در نتیجه موجب عدم‌محدودیت صلاحیت دیوان است».[۵۹]

پاسخ مزبور مخدوش به‌نظر می‌رسد؛ زیرا مبنای صلاحیت در وضعیت‌های مورد بحث متفاوت است. به‌نحوی که ایجاد محدودیت براساس یک مبنا نمی‌تواند به وضعیت دیگر صلاحیت دیوان که مبنای متفاوتی دارد سرایت کند. به این شرح که مقررات انتقالی مبتنی بر عضویت یا به عبارت دیگر رضایت دولتها است، درحالی‌که رضایت دولت هیچ تأثیری در اعمال صلاحیت دیوان به‌موجب ارجاع شورای امنیت ندارد. همان‌طور که عدم عضویت یک دولت نمی‌تواند مانع ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت باشد، مقررات انتقالی که جزئی از این عدم رضایت محسوب می‌شود، مانع ارجاع شورای امنیت نیست؛ لذا علی‌رغم اعلامیه موضوع مادهٔ ۱۲۴ اساسنامه، در خصوص جنایات جنگی که در سرزمین یک دولت عضو یا توسط اتباع آن ارتکاب یابد، شورای امنیت می‌تواند وضعیت حاوی این جنایات را به دادستان ارجاع دهد. اینکه گفته شده است این مسئله مغایر با قصد دول عضو می‌باشد، استدلال مؤثری نیست زیرا همین

---

59. Bourgon, Stephane, *op. cit.* p.556.

وضعیت در حالت عدم عضویت یک دولت نیز جاری است؛ یعنی یک دولت وقتی عضویت اساسنامه را نپذیرفته قصدش عدم اعمال صلاحیت دیوان در مورد جنایات مرتبط با آن دولت است. درحالی‌که شورای امنیت بدون توجه به این فقدان رضایت می‌تواند وضعیت را ارجاع دهد. از طرفی گفته شده است که این امر منجر به توسعه صلاحیت دیوان است. این ایراد نیز اگر وارد باشد به اصل اختیار شورای امنیت دایر بر ارجاع یک وضعیت مربوط است و حالت مورد بحث ویژگی خاصی ندارد که از این دید مورد انتقاد باشد، بلکه جزئی از کل اختیار اصلی شورای امنیت محسوب می‌شود.

واقعیت این است که هرکدام از این مقررات ازجمله مادهٔ ۱۲۴ و سایر قید و شرط‌هایی که در اساسنامه درج شده‌اند، در پی پیشنهاد یک یا چند دولت خاص بوده.[۶۰] از آنجائی‌که مسئله اصلی در کنفرانس رم جلب رضایت دولتها و یا جلب رأی مثبت آنها برای تصویب اساسنامه بود؛ لذا این پیشنهادات به‌نحوی در متن اساسنامه گنجانیده شده است، تا شاید کلیّت اساسنامه که هدف آن محاکمه جنایات مهم بین‌المللی است، به‌خاطر عدم جلب رضایت دولتها مخدوش نشود. بر این اساس ناهماهنگی و ناهمگونی بین مقررات آن مشهود است و شیوهٔ تفسیر و اجرای این مقررات بستگی به مهارت مفسران آن در هنگام اجرا دارد.

مبحث سوم
صلاحیت موردی دیوان[۶۱]

تنها ارجاع شورای امنیت نیست که دولتهای غیرعضو اساسنامه را بالقوه در معرض اعمال صلاحیت دیوان قرار می‌دهد. صلاحیت موردی دیوان نیز وضعیتی است که تمام دولتهای غیرعضو به‌موجب آن در معرض اعمال صلاحیت احتمالی دیوان هستند. منظور از صلاحیت موردی دیوان حقی است که به‌موجب بند (۳) ماده ۱۲ اساسنامه برای دولتهای غیرعضو اساسنامه تعریف و تبیین شده است. به‌موجب این مقررات یک دولت غیرعضو بدون اینکه اساسنامه را تصویب کند یا به آن ملحق شود، می‌تواند با سپردن اعلامیه نزد رئیس دبیرخانه به‌صورت موردی صلاحیت دیوان را نسبت به جنایات خاصی بپذیرد. در این وضعیت دولت مورد بحث باید بدون هیچ‌گونه تأخیر و استثناء با دیوان همکاری کند.

برخلاف ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت که موردی نبوده بلکه یک وضعیت (situation) به‌طورکلی به دیوان ارجاع می‌شود، پذیرش صلاحیت موردی دیوان از سوی دولتها

---

۶۰. ماده ۱۲۴ به پیشنهاد دولت فرانسه در اساسنامه درج شد.

61. Adhoc jurisdiction.

ناظر به جنایات خاص و مورد نظر (crim in quation) است.

از منظر صلاحیت زمانی این سؤال قابل طرح است که اگر دولتی بدون اینکه اساسنامه را تصویب نموده باشد، با سپردن اعلامیه از دیوان تقاضا کند که نسبت به جنایات خاصی که در سرزمین آن کشور واقع شده‌اند اعمال صلاحیت کند، از چه تاریخی برای دیوان حق اعمال صلاحیت ایجاد می‌شود؟ آیا دولت مزبور می‌تواند صلاحیت دیوان را نسبت به جنایات واقع شده قبل از اعلامیه تقاضا کند، یا اینکه این وضعیت تنها ناظر به جنایات در حال وقوع یا قریب‌الوقوع است؟

ابتدا باید به این نکتهٔ بدیهی اشاره کنیم که دیوان نمی‌تواند صلاحیت خود را نسبت به جنایات واقع شده قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه اعمال کند؛ لذا جنایات مورد تقاضای دولت پذیرندهٔ صلاحیت موردی دیوان، باید پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رخ داده باشند تا دیوان حق اعمال صلاحیت داشته باشد.

اما نکتهٔ اصلی این است که اگر پس از لازم‌الاجرا شدن کلی اساسنامه، در سرزمین یک دولت غیرعضو یا توسط اتباع او جنایاتی واقع شده باشد، این دولت می‌تواند نسبت به جنایات مزبور از دیوان تقاضای اعمال صلاحیت کند یا اینکه تنها نسبت به جنایات احتمال‌الوقوع یا جنایات در حال وقوع می‌تواند با سپردن اعلامیه تقاضای اعمال صلاحیت کند؟

اساسنامه پاسخ صریحی به این پرسش ندارد. اما شیوه نگارش بند (۳) ماده ۱۲ و بند (۲) ماده ۱۱ آن به‌نحوی است که استنباط می‌شود دولت غیرعضو می‌تواند پس از وقوع جنایت در صلاحیت دیوان، صلاحیت آن را جهت رسیدگی به این جنایات بپذیرد؛ زیرا برخلاف حالتی که یک دولت به عضویت اساسنامه درمی‌آید، برای وضعیت مورد بحث زمان مشخصی جهت اعمال صلاحیت دیوان تعیین نشده است. از طرفی مقررات اساسنامه، پذیرش صلاحیت موردی دیوان نسبت به جنایات در شرف وقوع یا محتمل‌الوقوع را نیز ممنوع نمی‌نماید. بنابراین یک دولت می‌تواند به‌صورت موردی، پس از لازم‌الاجرا شدن کلی اساسنامه، صلاحیت دیوان را جهت رسیدگی به جنایاتی که پس از این زمان در سرزمین آن دولت یا توسط اتباع وی ارتکاب یافته است، به‌موجب اعلامیه بپذیرد.

در نتیجه، با توجه به مطالب فوق، تمام افراد در سراسر جهان از اول جولای سال ۲۰۰۲ یعنی تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان، صرف‌نظر از اینکه دولت متبوع آنها عضو اساسنامه باشد یا نه، در معرض اعمال صلاحیت بالقوه دیوان قرار دارند؛[۶۲] زیرا دولت متبوع آنها در هر زمانی می‌تواند با سپردن اعلامیه صلاحیت دیوان در مورد جنایات ارتکابی در سرزمین خود یا

---

62. *See*, J. Scheffer, David, *op. cit.* pp. 31- 32.

توسط اتباع مربوط را بپذیرد. از طرفی با توجه بـه اینکـه بـه‌موجـب مـاده ۲۹ اساسـنامه دیـوان بین‌المللی کیفری،[۶۳] جرایم در صلاحیت این دیوان مشمول مرور زمان نمی‌شوند؛ لذا در هر زمان افراد مرتکب این جنایات در معرض خطر اعمال صلاحیت دیوان هستند و پایانی برای این خطـر بالقوه وجود ندارد. این احتمال زمانی پررنگ‌تر می‌شود که یک حکومت در سرزمینی سقوط کند و مخالفان سکان هدایت جامعه را در اختیار بگیرند. در صورت عدم امکان تعقیب صـاحب‌منـصبان حکومت قبلی که در معرض اتهام ارتکاب جنایات بین‌الملل هستند، در دادگاههای داخلی، دولـت جدید می‌تواند با پذیرش صلاحیت موردی دیوان نسبت به تعقیب آنها اقدام کند. این وضـعیت از دیدگاه پیشگیری از وقوع جنایات بین‌المللی و نیز بی‌کیفر ماندن[۶۴] مرتکبین ایـن جنایـات، حتـی اگر از سرزمین مربوط نیز گریخته باشند، قابل‌توجه و تأیید است.

مبحث چهارم
کناره‌گیری[۶۵]

به‌موجب ماده ۱۲۷ اساسنامه هر دولت عضو می‌تواند با اعلام کتبی به دبیرکـل سـازمان ملل متحد از اساسنامه دیوان کناره‌گیری کند. با توجه به ماهیت معاهده‌ای بودن دیوان، این حق مطابق و هم‌جهت با مقررات پیش‌بینی شـده در حقـوق معاهـدات بـه‌شـرح کنوانـسیون ویـن[۶۶] می‌باشد. به‌موجب مادهٔ فوق‌الذکر کناره‌گیری یک سال پس از تاریخ دریافت اعلامیه نافذ خواهـد بود، مگر اینکه در اعلامیه تاریخ دیرتـری مـشخص شـده باشـد.[۶۷] قبـل از انقـضاء ایـن مهلـت کناره‌گیری هیچ تأثیری در وضعیت عضویت دیوان و حق اعمال صلاحیت آن ندارد. علاوه بر آن به‌موجب بند (۲) همان ماده هیچ دولتی به‌دلیل کناره‌گیری از اساسنامه، نسبت به تعهدات ناشـی از زمان عضویت در آن ازجمله تعهدات مالی‌ای که به عهده داشته است، معاف نخواهد شد. ایـن مسئله نیز کاملاً مطابق با بنـد (ب) از قـسمت یـک مـاده ۷۰ [۶۸]کنوانـسیون ویـن در رابطـه بـا حقوق‌معاهدات می‌باشد. در مورد همکاری‌های قضائی نیز همین وضعیت حاکم اسـت؛ زیـرا بنـد فوق‌الذکر در ادامه می‌افزاید که کناره‌گیری یک دولت تأثیری بر هیچ‌یک از همکاری‌هایی که آن

---

۶۳. ماده ۲۹ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد: «جرایم در صلاحیت دیوان، به هیچ وجه مشمول مرور زمان نخواهد شد».

64. Impunity.

65. Withdrawal.

66. Viena Convention on the Law of Treaties (1969). 1155, U.N.T.S.331.

۶۷. بند (۱) مادهٔ ۱۲۷.

68. Viena Convention on the Law of Treaties, Article 70 paragraf 1(b), which asserts that unless the parties otherwise agree, termination of a treaty "does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination".

دولت در رابطه با تحقیقات و رسیدگی‌های کیفری مکلف به انجام آن بوده و پیش از تاریخ نافذ شدن کناره‌گیری شروع شده است، نخواهد گذاشت. این بخش از ماده نیز ناظر به تکالیف یا تعهدات دولت در زمان عضویت می‌باشد که با توجه به آنچه گذشت دولت موظف به انجام این تعهدات است.

اما در رابطه با صلاحیت دیوان و وضعیت کناره‌گیری، چند حالت قابل تصور است. حالت اول مربوط به جنایاتی است که در زمان عضویت دولت و قبل از نافذ شدن کناره‌گیری، تحقیق یا تعقیب نسبت به آنها شروع شده است. در مورد این مسئله بخش آخر بند (۲) ماده ۱۲۷ حکم روشنی دارد. به‌موجب آن کناره‌گیری به هیچ‌وجه آسیبی به ادامه بررسی یک موضوع که پیش از تاریخ نافذ شدن کناره‌گیری توسط دیوان تحت بررسی بوده است، نخواهد رساند؛ لذا دیوان به رسیدگی خود ادامه می‌دهد.

ابهامی که پاسخ آن در مادهٔ ۱۲۷ و سایر مقررات اساسنامه به‌طور روشن بیان نشده است این است که «آیا وقتیکه در حین کناره‌گیری جرایمی در حال ارتکاب هستند، و در رابطهٔ با آنها هیچ‌گونه رسیدگی آغاز نشده است، اتباع آن دولت مصون از هرگونه تعقیب از سوی دیوان می‌باشند؟»[۶۹] یا به‌عبارت دیگر اگر قبل از کناره‌گیری جرایمی در قلمرو دولت عضو یا از سوی اتباع آن ارتکاب یافته یا ارتکاب آنها در زمان کناره‌گیری ادامه داشته باشد. دیوان پس از تاریخ نافذ شدن کناره‌گیری می‌تواند شروع به تحقیق یا تعقیب نماید؟

در پاسخ به این سؤال گفته شده است که مادهٔ ۷۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در این وضعیت حاکم است و به استناد آن دیوان حق آغاز رسیدگی بعد از کناره‌گیری را دارد.[۷۰] به‌نظر می‌رسد این استدلال صحیح باشد زیرا اولاً وضعیت مورد بحث خارج از یک «تعهد یا وضعیت قانونی» به‌شرح مندرج در ماده ۷۰ کنوانسیون معاهدات نیست؛ ثانیاً این کنوانسیون به‌موجب ماده ۲۱ اساسنامه[۷۱] دیوان ازجمله حقوق قابل اجرا در اساسنامه محسوب می‌شود؛ ثالثاً با توجه به اینکه جنایات موردنظر در زمان عضویت دولت مورد بحث واقع شده‌اند و در آن زمان برای دیوان حق اعمال صلاحیت به اعتبار عضویت آن دولت ایجاد شده، منتفی شدن این حق نیاز به دلیل دارد که در مسئله مورد بحث مفقود است و از طرفی کناره‌گیری نسبت به تعهدات و

---

69. Slade, Tuiloma and Roger S. Clark, "preamble and final clauses", chapter fifteen, in the, S. Lee, Roy, The International Criminal Court – The Making of the Rome statute Issues, Negotiations. Results, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1999. p. 447.

70. *Idid*

۷۱. ماده ۲۱ اساسنامه دیوان با عنوان «حقوق قابل‌اجرا» مقرر می‌دارد: «۱- دیوان اجرا خواهد کرد: الف: در وهلهٔ نخست، این اساسنامه، عناصر تشکیل‌دهندهٔ جرایم و آیین‌نامه دادرسی و ادله مربوط به آن... ب: در مرحلهٔ دوم برحسب اقتضاء معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل ازجمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه ...».

وضعیت‌های قانونی قبل از نافذ شدن اثری ندارد؛ لذا حق اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن جنایات با تأخیر یا گذشت زمان از بین نمی‌رود و استصحاب می‌شود.

در هر صورت با رعایت شرایط بیان شده به‌شرح فوق، کناره‌گیری یک دولت وضعیتی است که صلاحیت زمانی دیوان را در مورد جنایاتی که پس از نافذ شدن کناره‌گیری واقع می‌شوند پایان می‌دهد. این نکته نیز روشن است که کناره‌گیری تأثیری در اعمال صلاحیت دیوان به‌موجب ارجاع شورای امنیت یا پذیرش موردی دیوان توسط کشور مورد نظر ندارد؛ یعنی محدودیت اعمال صلاحیت تنها مربوط به اعمال صلاحیت به اعتبار عضویت دولت است.

فصل سوم
صلاحیت زمانی دیوان در پرتو اختیارات شورای امنیت

مبحث نخست
ارتباط دیوان و شورای امنیت از منظر صلاحیت

دیوان بین‌المللی کیفری برای انجام رسالت خود یعنی اجرای عدالت کیفری جهت تحقق صلح جهانی، ناگزیر از داشتن ارتباط با دیگر نهادی بین‌المللی است. نقش سازمان ملل به‌عنوان متولی اصلی حفظ صلح و امنیت جهانی در این میان بسیار پررنگ‌تر از دیگر سازمانهای بین‌المللی است. بر همین اساس در اساسنامه دیوان ارتباط آن و سازمان ملل متحد از زوایای مختلف مورد توجه قرار گرفته است. ارجاع وضعیت حاوی جنایت در صلاحیت دیوان از سوی شورای امنیت، درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب از دیوان، نقش شورای امنیت در تعریف جنایت تجاوز، ارتباط مالی شورای امنیت و دیوان، نقش شورای امنیت در همکاری بین‌المللی دولتها با دیوان ازجمله مهمترین جنبه‌های ارتباطی دیوان و سازمان ملل متحد محسوب می‌شوند.

از منظر صلاحیت، ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت و درخواست تعلیق تعقیب یا تحقیق از سوی او قابل توجه است؛ زیرا اولی به نوعی برای دیوان ایجاد صلاحیت می‌نماید و دومی اعمال صلاحیت دیوان را معلق می‌کند. علاوه بر این نقش شورای امنیت در تعریف جنایت تجاوز و احراز آن نیز از بعد صلاحیت قابل توجه است؛ زیرا دیوان زمانی می‌تواند صلاحیت خود را در مورد این جنایت اعمال کند که مقررات مربوط به تعریف جنایت تجاوز و شروطی که دیوان به‌موجب آن در خصوص این جرم اعمال صلاحیت خواهد کرد، از سوی شورای امنیت تعیین شود و در کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان، به تصویب دولتهای عضو برسد.

شورای امنیت می‌تواند به‌موجب بند (ب) ماده ۱۳ اساسنامه دیوان[۷۲] وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد در آن یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید. در این صورت دیوان صلاحیت رسیدگی به آن جنایات را پیدا می‌کند. بدیهی است در این حالت عضویت دولت محل وقوع جنایت در اساسنامه دیوان، یا دولت متبوع

---

۷۲. ماده ۱۳ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد:
«دیوان می‌تواند مطابق مقررات این اساسنامه صلاحیت خود را نسبت به جنایات مذکور در ماده ۵ اعمال نماید، چنانچه:
الف) یک دولت عضو وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد در آن یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، به‌موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع دهد؛
ب) شورای امنیت وضعیتی را که به‌نظر می‌رسد در آن یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است به‌موجب فصل هفتم منشور ملل به دادستان ارجاع نماید؛
ج) دادستان تحقیقاتی را به‌موجب مادهٔ ۱۵ در مورد آن جنایت شروع نموده باشد».

متهمین پیش‌شرط اعمال صلاحیت دیوان محسوب نمی‌شود؛ در نتیجه دیوان جهت اعمال صلاحیت خود نیازمند اخذ رضایت هیچ دولتی نیست. این مسئله علاوه بر بند (ب) مادهٔ ۱۳ به‌نحوی از بند (۲) ماده ۱۲ [۷۳] اساسنامه نیز فهمیده می‌شود؛ زیرا به‌موجب این بند، تنها در مورد بند (الف) و (ج) مادهٔ ۱۳ اساسنامه، عضویت دولتهای سرزمینی یا متبوع متهم ضروری است و عدم درج بند (ب) مادهٔ ۱۳ مؤید استدلال مزبور است.

اختیار شورای امنیت دایر بر ارجاع یک وضعیت به دیوان، مبتنی بر مقررات فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد است. به‌موجب مقررات این فصل، احراز هرگونه تهدید بر علیه صلح یا نقض آن و نیز احراز عمل تجاوز به عهدهٔ شورای امنیت است.[۷۴] در صورت احراز وقوع جنایاتی که صلح را نقض یا تهدید نماید شورای امنیت در اجرای ماده ۱۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌تواند آن وضعیت را جهت رسیدگی به دادستان دیوان ارجاع نماید.

علاوه بر این، ممکن است شورای امنیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را در تعلیق تحقیق یا تعقیب شروع شده از سوی دیوان بین‌المللی کیفری تشخیص دهد. بر این اساس مادهٔ ۱۶ اساسنامه دیوان این حق را برای شورای امنیت پیش‌بینی کرده است که در اجرای فصل هفتم منشور ملل متحد می‌تواند با صدور قطعنامه‌ای از دیوان درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب نماید، در این حالت هیچ تحقیق یا تعقیبی به‌موجب اساسنامه دیوان نمی‌تواند به مدت دوازده ماه شروع شود یا ادامه یابد. این درخواست قابل تجدید توسط شورای امنیت می‌باشد.

ارتباط بین دو سازمان نشان حمایت جامعه بین‌المللی از دیوان تلقی شده و مظهر اقتدار و مشروعیت آن است.[۷۵] گرچه شیوه اجرا این ارتباط موجبات نگرانی طرفداران تشکیل یک دیوان مقتدر را فراهم نموده؛ زیرا از این بیم دارند که دیوان به‌عنوان یک نهاد قضائی مستقل متأثر از امیال سیاسی شود که به‌راحتی از طریق شورای امنیت قابل اعمال هستند.

در این مقاله ما صرفاً از منظر صلاحیت زمانی به بررسی اختیارات شورای امنیت

---

۷۳. بند (۲) ماده ۱۲ اساسنامه مقرر می‌دارد:

«۲- در حالت مادهٔ ۱۳، بند (الف) یا (ج)، دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال نماید که حداقل یکی از دولتهای ذیل عضو این اساسنامه باشند یا صلاحیت دیوان را برطبق بند (۳) پذیرفته باشند:

الف) دولتی که در قلمرو آن فعل یا ترک فعل مورد نظر روی داده یا در صورتی‌که آن جنایت در کشتی یا هواپیما ارتکاب یافته، دولتی که آن کشتی یا هواپیما در آن به ثبت رسیده است؛

ب) دولتی که شخص مورد تحقیق یا تعقیب تبعه آن است.»

۷۴. به‌موجب مادهٔ ۳۹ منشور سازمان ملل «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید بر علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز نموده و توصیه‌هایی خواهد نمود، یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی به چه اقداماتی برطبق مواد ۴۱ و ۴۲ باید مبادرت شود.»

۷۵. میرزایی ینگجه، سعید «سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی» در مجموعه «دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران» به اهتمام اسحاق آل حبیب، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۷۸، ص ۲۶۰.

می‌نگریم و بحث را تنها از این دیدگاه در سه مبحث جداگانه پیگیری می‌کنیم. در ابتدا صلاحیت زمانی و ارتباط آن با حق ارجاع شورای امنیت بررسی می‌کنیم و سپس صلاحیت زمانی را در پرتو مسئله تعلیق شورای امنیت پیگیری خواهیم کرد، در مبحث آخر نیز به بررسی ارتباط شورای امنیت و تعریف جنایت تجاوز از منظر صلاحیت زمانی می‌پردازیم.

مبحث دوم
صلاحیت زمانی دیوان و ارجاع شورای امنیت

نقطهٔ تلاقی بحث پیرامون صلاحیت زمانی و ارجاع شورای امنیت این سؤال است که آیا ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت محدود به جنایات ارتکابی پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه است، یا شورای امنیت می‌تواند وضعیت‌های حادث قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه را نیز ارجاع دهد؟

اساسنامه دیوان در این مورد حکم صریحی ندارد. عده‌ای هیچ‌گونه محدودیت زمانی برای ارجاع شورای امنیت قایل نیستند و معتقدند «از همان ابتدا یک مصالحه‌ای حاصل شد که چنانچه شورای امنیت مطابق فصل هفتم منشور اقدام می‌کند و یک وضعیت را به‌موجب بند (ب) ماده ۱۳ ارجاع می‌دهد، نباید هیچ‌گونه محدودیتی از نظر صلاحیت شخصی، زمانی یا سرزمینی وجود داشته باشد».[۷۶] آنان برای اثبات ادعای خود به مادهٔ ۱۲ اساسنامه استناد می‌کنند و معتقدند در بندهای (۲) و (۳) این ماده به قسمت‌های (الف) و (ج) مادهٔ ۱۳ اشاره شده است در حالی‌که به قسمت (ب) مادهٔ ۱۳ که مربوط به ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت است، اشاره نشده است؛ بنابراین نتیجه می‌گیرند که رضایت دولتها پیش شرط اعمال صلاحیت دیوان محسوب نمی‌شود. از طرفی مقررات ماده ۱۱ که اعمال صلاحیت دیوان را محدود به جرایمی می‌کند که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده‌اند، موضوعی است که مبتنی بر ارادهٔ دولتها است. بدین‌شرح که ارادهٔ دولتها دایر بر پذیرش عضویت اساسنامه است که زمان لازم‌الاجرا شدن آن را به‌شرح مادهٔ ۱۲۶ اساسنامه تعیین می‌کند، یعنی اساسنامه زمانی لازم‌الاجرا می‌شود که ۶۰ کشور اساسنامه را تصویب کرده باشند یا به آن ملحق شده باشند؛ لذا اینکه اساسنامه در چه زمانی لازم‌الاجرا می‌شود بستگی به ارادهٔ دولتها دارد. با توجه به اینکه ارادهٔ یا رضایت دولتها به‌موجب مقررات مواد ۱۲ و ۱۳ تأثیری در حق شورای امنیت دایر بر ارجاع وضعیت به دیوان ندارد، این عدم تأثیر، محدود به موارد پیش‌بینی شده در ماده ۱۲ اساسنامه نیست بلکه مقررات ماده ۱۱ اساسنامه نیز که حاصل ارادهٔ دولتها است پیش‌شرط ارجاع شورای امنیت

---

76. Olasolo, Hector, The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Martinus Nijhoff publishers, Leiden. Boston, 2005, p. 128.

محسوب نمی‌شود. بنابراین شورای امنیت می‌تواند جرایمی را که قبل از لازم‌الاجـرا شـدن اساسـنامه ارتکاب یافته‌اند به دیوان ارجاع نماید.[۷۷]

بعضی از طرفداران استدلال فوق با تردید در این خصوص اظهارنظر می‌کنند. زیرا عقیده دارند که «بند (۱) ماده ۱۱، بند (۱) ماده ۲۲ و بند (۱) ماده ۲۴ اساسنامه از قرار معلـوم سیـستمی منطقی و شفاف ایجاد می‌کنند که صلاحیت دیوان را به جنایات ارتکاب یافته بعـد از لازم‌الاجـرا شدن اساسنامه محدود می‌کنند. از آنجائی‌که این مقررات با عباراتی مطلق بیان شده‌اند و بـه‌نظـر می‌رسد که با اصول عمومی حقوق کیفـری مـرتبط باشـند، یـک نتیجـه ایـن اسـت کـه چنـین محدودیتی در مورد ارجاع شورای امنیت نیز الزام‌آور باشد».[۷۸]

این نویسنده در ادامه بیان می‌کند که «بند اول ماده ۱۱ صـلاحیت دیـوان در ارتبـاط بـا جنایات ارتکاب‌یافته را به پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه نسبت می‌دهد. از قـرار معلـوم چنـین محدودیتی با عباراتی بیان شده است که حتی در مورد ارجاع شورای امنیت نیز الزام‌آور باشـد».[۷۹] ولی ایشان در پایان مبحث موضوع را با نتیجه‌گیری به‌نحو دیگری ختم می‌کنـد و معتقـد اسـت «عبارات مادهٔ ۱۱ و منطق سیستم دیوان بـه‌طـورکلی مـانع از ارجـاع وضـعیت حـاوی جنایـات مشمول صلاحیت دیوان نیست که قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه ارتکاب یافته باشند. به شرط آنکه چنین رفتاری به‌موجب قواعد معتبر حقوق بین‌الملل در زمان ارتکاب عمل جرم تلقی شود و مسئله با اصل عطف به ماسبق نشدن مقررات اساسنامه نیز منطبق باشد».[۸۰]

همانطور که قبلاً اشاره شد، کسانی‌که معتقدند در حالت ارجاع شورای امنیـت محـدودیت پیش‌بینی شده در ماده ۱۱ لازم‌الرعایه نیست و دیوان می‌توانـد در ایـن حالـت حتـی نـسبت بـه جنایات ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه اعمال صلاحیت کند، به این استدلال تمـسک می‌کنند که «در کل محدودیت‌های زمانی ایجاد شده در ماده ۱۱ را می‌توان اینگونه تفسیر کـرد که این محدودیتها چیزی بیش از پیامد طبیعی قاعدهٔ ممنوعیت اقدام دیوان بدون رضایت دولـت به‌شرح مادهٔ ۱۲ نمی‌باشد».[۸۱] از طرفی پیش‌شرطهای مندرج در مادهٔ ۱۲ اساسـنامه در رابطـه بـا ارجاع شورای امنیت لازم نیست. یعنی رضایت دولت محل وقـوع جـرم یـا دولـت متبـوع مـتهم به‌شرحی کـه در مـادهٔ ۱۲ اساسـنامه پـیش‌بینـی شـده اسـت، جهـت ارجـاع وضـعیت از سـوی شورای‌امنیت نیاز نیست. این مسئله در بنـد (۲) مـادهٔ ۱۳ اساسـنامه آشـکار اسـت؛ لـذا مـادهٔ ۱۱

---

77. *See*, Condorelli, Luigi and Santiago Villalpando. "Referral and Deferral by the Security Council" in the Antonio, Cassese, *op. cit.* p. 634- 637. and, Olasolo, Hector, *op. cit.* p. 128.

78. Condorelli, Luigi and Santiago, Villalpando, *op. cit.* pp 634- 635.

79. *Ibid*. p. 636.

80. *Ibid*.

81. *Ibid*.

اساسنامه دیوان که به‌نحوی رضایت دولتها را در مورد اعمال صلاحیت پیش‌بینی می‌نماید در حالت ارجاع شورای امنیت لازم نمی‌باشد. این استدلال از وضوح لازم برخوردار نیست. تسرّی آنچه در مورد مادهٔ ۱۲ قید شده است به مقررات مادهٔ ۱۱ قدری دشوار است. شاید به‌خاطر همین دشواری، نویسنده فوق‌الذکر در پایان اعلام می‌کند که «تنها رویه قضائی است که می‌تواند راه‌حلی قطعی دربارهٔ مسئله صلاحیت زمانی دیوان ارائه نماید».[۸۲]

مخالفین توسعه صلاحیت دیوان و تسرّی آن به زمان قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، با تمسک به اطلاق مقررات ماده ۱۱ با توسعه صلاحیت دیوان مخالفت می‌کنند.[۸۳]

به‌نظر می‌رسد توسعه صلاحیت دیوان به زمان قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه با هدف تشکیل دیوان، که رسیدگی به جنایات مهم بین‌المللی در آینده است، مغایر باشد. مادهٔ ۱۱ اساسنامه نیز به‌طور مطلق و بدون هیچ‌گونه قید و شرطی زمان اعمال صلاحیت دیوان را مشخص کرده است. هیچ‌یک از مقررات دیگر اساسنامه نیز این اطلاق مادهٔ ۱۱ را مقید یا محدود نمی‌کنند. از طرفی شورای امنیت برای رسیدگی به جنایات ارتکاب یافته قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه، همانند آنچه در مورد یوگسلاوی سابق و رواندا اقدام نمود، می‌تواند مبادرت به تشکیل دادگاههای موردی کند. ضمن اینکه اساسنامه مبتنی بر اراده و خواست دولتهایی است که مقررات آن را تصویب یا به آن ملحق شده‌اند، توسعهٔ صلاحیت آن به جنایاتی که صریحاً مورد خواست و ارادهٔ دولتها نبوده، صحیح به‌نظر نمی‌رسد.

مبحث سوم
صلاحیت زمانی دیوان و درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب توسط شورای امنیت

برخلاف مسئله ارجاع یک وضعیت از سوی شورای امنیت، که مرتبط با شروع اعمال صلاحیت زمانی دیوان است و از این منظر مورد بحث و بررسی قرار گرفت، درخواست تعلیق توسط شورای امنیت یک عامل محدودکننده اعمال صلاحیت دیوان محسوب می‌شود و از منظر پایان دادن یا به عبارت صحیح‌تر محدود نمودن صلاحیت زمانی دیوان مورد بحث است.

حق شورای امنیت دایر بر درخواست تعلیق از دیوان بین‌المللی کیفری همانند آنچه در مورد حق ارجاع از سوی این شورا گفته شد، ناشی از فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد است. بر همین اساس در صدر ماده ۱۶ اساسنامه شیوه اعمال این ماده به‌موجب قطعنامه‌ای قید شده است که از سوی شورای امنیت در اجرای فصل هفتم منشور صادر می‌شود؛ لذا شورای امنیت

---

82. *Ibid*.
83. Bourgan, Stephane, *op. cit*. p. 548.

زمانی می‌تواند این حق را اجرا کند که هدف از این اقدام حفظ صلح و امنیت بین‌المللی باشد.

با این وصف چنانچه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی منوط به تعلیق اجرای عدالت کیفری باشد، اساسنامه دیوان اجرای عدالت کیفری را به نفع صلح و حفظ امنیت، معلق می‌نماید. با توجه به اینکه، هدف از اجرای عدالت کیفری در سطح بین‌المللی تحقق صلح و جلوگیری از تکرار نقض آن است، این حق شورای امنیت نیز اگر صحیح و به دور از تأثرات سیاسی و تنها با هدف تحقق صلح و امنیت اجرا شود می‌تواند در تحقق صلح مفید باشد.

از منظر صلاحیت زمانی تنها این موضوع قابل‌توجه است که این حق شورای امنیت می‌تواند برای مدت نامعین اعمال صلاحیت دیوان را به حالت تعلیق درآورد. گرچه در ماده ۱۶ اساسنامه پیش‌بینی شده است که شورای امنیت می‌تواند تنها برای مدت دوازده ماه تقاضای تحقیق یا تعقیب را مطرح نماید، اما با توجه به اینکه این درخواست به‌موجب همان شرایط قابل تجدید است،[۸۴] مسئله را قابل تأمل وانمود می‌کند. به‌خصوص اینکه محدودیتی برای تجدید این تقاضا پیش‌بینی نشده است؛ یعنی شورای امنیت می‌تواند مدت تعلیق یک ساله را به دفعات نامحدود تجدید نماید. این وضعیت با هدف ایجاد دیوان دایر بر تلاش جهت پایان دادن به بی‌کیفری ارتکاب شدیدترین جنایات بین‌المللی، سازگار نیست. با توجه به تأثیر ارتباطات سیاسی بر روند تصمیم‌گیری شورای امنیت، این حق در عمل راهی برای مداخله قدرتها و تأثیرپذیری روند رسیدگی قضائی دیوان از تحولات سیاسی کشورها شده است. این وضعیت با ویژگی استقلال دیوان به‌عنوان یک رکن قضائی منافات دارد.

مبحث چهارم
صلاحیت زمانی دیوان و جنایت تجاوز

ماده ۵ اساسنامه دیوان جنایت تجاوز را در شمار جنایاتی ذکر کرده است که صلاحیت دیوان منحصر به آنها است؛ اما با توجه به اینکه دولتها، در مورد تعریف جنایت تجاوز و تعیین

---

۸۴. شورای امنیت سازمان ملل به‌موجب قطعنامه ۱۴۲۲–۱۲ ژوئیه ۲۰۰۲

(Security Council, Resolution, 1422 92002), U.N. Doc. S/Res/1422 (2002), 12 July 2002)

هرگونه تحقیق یا تعقیب در مورد وضعیت‌هایی که ممکن است در خلال آنها نیروهایی حافظ صلح سازمان ملل مرتکب جنایات در صلاحیت دیوان شده باشند را به مدت یک سال معلق کرد. این تقاضا به‌موجب قطعنامه ۱۴۸۷ مورخ ۱۳ ژوئیه ۲۰۰۳ به مدت یک سال دیگر تمدید شد.

Security Council, Resolution, 1487 (2003), U.N. Doc. S/Res/1487 (2002), 13 July 2003.

جهت مطالعه بیشتر ر.ک:

- Robert Cryer and Nigel D. Withe (2002), The Security Council and the International Ciminal Court: who's feeling threatened?, Year Book of International Peace Operations, 8, pp. 70-143.

حدود اختیار شورای امنیت در این خصوص، به توافق نرسیدند به‌موجب بند (۲) ماده ۵ اساسنامه «دیوان زمانی در مورد جنایت تجاوز اعمال صلاحیت خواهد کرد که مطابق مواد ۱۲۱ و ۱۲۳، مقررات مربوط به آن شامل تعریف این جنایت و تعیین شروطی که دیوان به‌موجب آن در خصوص این جنایت اعمال صلاحیت خواهد کرد، تصویب شده باشد. این مقررات باید هماهنگ با مقررات مربوط در منشور ملل متحد باشد». این صلاحیت خفته[۸۵] دیوان حداقل تا پس از تشکیل اولین کنفرانس تجدیدنظر و لازم‌الاجرا شدن مصوبه آن همچنان ادامه خواهد داشت.

گرچه در حال حاضر دیوان توان اعمال صلاحیت در مورد این جنایت را ندارد. اما درج جنایت تجاوز در اعداد جنایات در صلاحیت دیوان بی‌دستاورد نیست. اگر این جنایت از ردیف و شمار جنایات مهم بین‌المللی که دیوان صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد حذف می‌شد ممکن بود که این‌گونه استدلال شود که جنایت تجاوز دیگر از آن اهمیت برخوردار نیست که در شمار این جنایات قید شود. علاوه بر این، سنگ بنایی برای آینده نهاده شده است و امید می‌رود در آینده قدم‌های بعدی یعنی تعریف تجاوز و تعیین شروط اعمال صلاحیت دیوان مبتنی بر این سنگ بنا شکل گیرد. شاید قدمی مؤثر جهت محاکمه و اجرای عدالت در مورد متجاوزین و عاملی برای پیشگیری از جنایات مشابه در سطح جهان برداشته شود. تحقق این امید به عزم دولتها در کنفرانس بازنگری بستگی دارد.

به هر حال از منظر صلاحیت زمانی، دیوان در حال حاضر توان اعمال صلاحیت در مورد جنایت تجاوز را ندارد. طرفداران عدالت بین‌المللی، چشم به نتایج کنفرانس بازنگری اساسنامه رم دوخته‌اند به امید آنکه در این کنفرانس موجبات اعمال صلاحیت دیوان در مورد این جنایات فراهم شود و زمان آن برسد که متجاوزین ارضی نیز از چنگال عدالت کیفری در امان نباشند.

---

85. Dormant jurisdiction.

نتیجه‌گیری

شروع اعمال صلاحیت دیوان محدود و منحصر به جنایاتی است که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه واقع شده باشند. حتی شورای امنیت که به‌طور مطلق در اساسنامه دیوان حق ارجاع وضعیت حاوی جنایات در صلاحیت دیوان برای او پیش‌بینی شده است نمی‌تواند جنایات واقع شده قبل از زمان لازم‌الاجرا شدن اساسنامه را ارجاع کند.

زمان شروع اعمال صلاحیت در مورد جنایات واقع شده در سرزمین یا از سوی اتباع دولتهایی که قبل از لازم‌الاجرا شدن به عضویت اساسنامه دیوان درآمده‌اند، همان تاریخ لازم‌الاجرا شدن کلی اساسنامه است، در حالی‌که اگر کشوری پس از لازم‌الاجرا شدن عضویت اساسنامه را بپذیرد و به آن ملحق شود این تاریخ متفاوت است. یعنی مبدأ محاسبه لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در مورد این کشور تاریخ تودیع اسناد تصویب یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل است. به این شرح که دیوان از نخستین روز ماه بعد از شصتمین روز از تاریخ سپردن سند الحاق یا تصویب اساسنامه نزد دبیرکل سازمان ملل، می‌تواند نسبت به جنایاتی که پس از این تاریخ در سرزمین یا توسط اتباع آن کشور واقع شوند، اعمال صلاحیت کند.

در مورد جرایم مستمر یا مرکبی که قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه آغاز شده‌اند زمان اعمال صلاحیت همان تاریخ لازم‌الاجرا شدن است؛ لذا تنها آن بخش از جنایات که بعد از این تاریخ واقع شده‌اند مشمول صلاحیت دیوان می‌شوند. بدیهی است در این حالت مرتکبین درصورتی مسئول هستند که آن بخش از جرایم واقع یا تداوم یافته در زمان لازم‌الاجرا شدن تکافوی تحقق شرایط مسئولیت آن را بدهد. در غیر این صورت نمی‌توان آنها را به استناد اعمال ارتکابی قبل از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه مسئول دانست.

دولتهایی که به عضویت اساسنامه دیوان درمی‌آیند می‌توانند زمان اعمال صلاحیت دیوان را در مورد جنایات جنگی به مدت هفت سال نپذیرند. این مقررات که مقررات انتقالی نامیده شده‌اند سبب محدود شدن اعمال صلاحیت دیوان در محدودهٔ زمانی نسبت به جنایات جنگی می‌شود. این محدودیت از سوی دولتهای عضو قابل تمدید نیست و این دولتها می‌توانند در هر زمان از آن اعراض کنند.

البته دیوان در این حالت تنها به اعتبار عضویت دولت مورد بحث نمی‌تواند اعمال صلاحیت کند. اگر وضعیت حاوی جنایات جنگی در خلال زمان مورد نظر از سوی شورای امنیت ارجاع شود و یا همان دولت در اجرا بند (۳) ماده ۱۲ اساسنامه با سپردن اعلامیه خواهان اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایات جنگی واقع شده در خلال مدت مورد نظر شود، منعی برای اعمال صلاحیت دیوان در این دو حالت وجود ندارد.

اگر دولتی عضو اساسنامه نباشد می‌تواند به‌صورت موردی صلاحیت دیوان را در مورد جنایات واقع شده در سرزمین خود یا توسط اتباع مربوط بپذیرد و اعمال آن را تقاضا کند. در این حالت از نظر زمانی محدودیتی برای اعمال صلاحیت دیوان وجود ندارد. دیوان می‌تواند نسبت به جنایات واقع شده در سرزمین دولت پذیرنده یا ارتکاب یافته توسط اتباع آن دولت، از زمان لازم‌الاجرا شدن ابتدایی اساسنامه، اعمال صلاحیت کند. نکتهٔ قابل‌توجه در این مورد این است که تمام جنایاتی که پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه در هر کجای دنیا اتفاق افتاده باشد اعم از اینکه دولت محل وقوع آنها عضو اساسنامه باشد یا خیر، به‌صورت بالقوه در معرض اعمال صلاحیت دیوان هستند؛ زیرا دولت محل وقوع این جنایات یا دولت متبوع مرتکبین آنها می‌توانند در هر زمان صلاحیت دیوان را برای رسیدگی به این جنایات بپذیرند. بدیهی است این جنایات مشمول مرور زمان نیز نمی‌شوند؛ لذا پایانی برای این صلاحیت بالقوه دیوان قابل تصور نیست. کناره‌گیری دولتها نیز تأثیری در مسئله ندارد. از منظر شروع اعمال صلاحیت دیوان آخرین نکته اینکه دیوان تا زمان تشکیل کنفرانس بازنگری و اساسنامه که هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن تشکیل خواهد شد قدرت اعمال صلاحیت در مورد جنایت تجاوز را ندارد پس از آن نیز باید دید در کنفرانس مزبور دولتهای عضو اساسنامه چه تصمیمی در این مورد اتخاذ می‌کنند.

اما جنبهٔ دیگر مسئله صلاحیت زمانی دیوان، زمان پایان یافتن حق اعمال صلاحیت دیوان است. اگر سبب ایجاد حق صلاحیت دیوان ارجاع شورای امنیت باشد، محدود به زمان خاصی نیست و شورای امنیت می‌تواند در هر زمان که تشخیص دهد، که وضعیت حاوی جنایات مشمول صلاحیت دیوان تهدیدی یا نقض صحیح تلقی می‌شود، می‌تواند از دیوان تقاضا کند که تحقیق یا تعقیب خود را در این خصوص آغاز کند. اما از نظر ارتباط شورای امنیت با دیوان، مسئله قابل بحث، حق دیوان در مورد تقاضای تعلیق تعقیب یا تحقیق شروع شده است.

این حق شورای امنیت محدود به وضعیت‌های ارجاع شده از سوی این شورا نیست بلکه کلی و مطلق است؛ یعنی می‌تواند تقاضا کند هرگونه تعقیب یا تحقیق که در دیوان شروع شده است اعم از اینکه از سوی دولتهای عضو یا دادستان ارجاع شده باشد، تعلیق شود. از طرفی محدودهٔ زمانی نیز برای این تقاضای شورای امنیت پیش‌بینی نشده است. این حق شورای امنیت می‌تواند برای مدت نامعین اعمال صلاحیت دیوان را به حالت تعلیق درآورد. علی‌رغم اینکه در ماده ۱۶ اساسنامه دیوان محدودهٔ زمانی دوازده ماهه برای تقاضای تعلیق شورای امنیت پیش‌بینی شده است اما این دورهٔ زمانی به‌صورت نامحدود قابل تمدید است.

از نقطه‌نظر عضویت دولتها، برای اعمال صلاحیت دیوان محدودیت زمانی قابل تصور است؛ زیرا هر دولت عضو می‌تواند از عضویت دیوان کناره‌گیری کند. از این زمان به بعد دیوان دیگر صلاحیت رسیدگی به جنایات مرتبط با این کشور را به اعتبار عضویت آن ندارد؛ البته

کناره‌گیری دولت عضو هیچ تأثیری نسبت به حق اعمال صلاحیت دیوان و تعهدات قبلی دولت مورد بحث نداشته و یک سال پس از تاریخ دریافت اعلامیه از سوی دبیرکل سازمان ملل متحد، نافذ خواهد بود. کناره‌گیری به هیچ‌وجه به ادامه بررسی یک موضوع که پیش از تاریخ نافذ شدن آن رسیدگی در دیوان آغاز شده است آسیبی نمی‌رساند. همچنین اگر جنایاتی قبل از کناره‌گیری در سرزمین دولت مربوط یا توسط اتباع او واقع شده‌اند یا در حال وقوع می‌باشند، دیوان می‌تواند صلاحیت خود را نسبت به آنها اعمال کند. بدیهی است که کناره‌گیری در مورد حق شورای امنیت دایر بر ارجاع وضعیت مشمول جنایات در صلاحیت دیوان که پس از کناره‌گیری دولت مربوط حادث شده‌اند، تأثیری ندارد؛ یعنی اگرچه دیوان به اعتبار عضویت قبلی دولت مزبور توان اعمال صلاحیت ندارد، اما اگر وضعیت حاوی جنایات در صلاحیت دیوان که در سرزمین این کشورها حادث شود، شورای امنیت می‌توان آن وضعیت را به دیوان ارجاع کند. همچنین دولت مورد بحث علی‌رغم کناره‌گیری می‌تواند به‌صورت موردی صلاحیت دیوان را در خصوص جنایات واقع شده پس از کناره‌گیری بپذیرد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۶۲ ـ ۴۷

اسناد بین‌المللی حقوق بشر از دیدگاه اسلام*

نویسنده: محمد برویـن**
مترجم: دکتر سید فضل ا... موسوی***

چکیده

این مقاله سه موضوع اصلی را که در اسناد بین‌المللی حقوق بشر مطرح گردیده مورد بررسی قرار داده است و آنها را از دیدگاه اسلام مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد. موضوع‌های مذکور عبارتند از ازدواج، مجازات اعدام، واژه‌شناسی‌ها و ویژگیهای آنها می‌باشد. تکیه من محدود به دو سند بین‌المللی است: اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین ۱۹۶۶ در خصوص حقوق اقتصادی، اجتماعی و سیاسی. نهایتاً این مقاله چنین نتیجه‌گیری و تأکید می‌کند که مسلمانان به‌طورکلی از این اسناد حقوق بشر حمایت می‌کنند و آنها را به‌عنوان یک نقطه شروع خوب برای بحث و گفتگو بین فرهنگها و مذاهب تلقی می‌کنند. به هر حال مسلمین معتقدند که این اسناد به‌طور خالص و ناب بین‌المللی تلقی نمی‌شوند، زیرا آنها در یک برهه زمانی که اکثریت گسترده‌ای از جمعیت جهان تحت نظام استعماری به سر می‌بردند تنظیم و نوشته شده است و بنابراین مفاهیم مزبور به بررسی و ارزیابی مجددی، توسط گروهی از متخصصان بین‌المللی و متفکرینی که نمایندگی کلیه مذاهب، فرهنگها و مکاتب سیاسی مهم را برعهده دارند، نیاز دارد تا این معاهدات بین‌المللی مورد احترام تمامی مردم در هر جایی که هستند قرار گیرد.

---

*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:
Mohamad Berween, ***"International Bills of Human Rights: An Islamic Critique"***, the International Journal of Human Rights, Vol. 7, No. 4, winter 2003, pp. 129-142.

. از دانشگاه بین‌المللی **A&M تگزاس.

***. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

مقدمه

اسلام حامی هر تلاشی منصفانه و منطقی در کمک به هر انسانی، در هر کجا و هر راهی را که انتخاب کرده است، می‌باشد تا آنان بتوانند با کرامت، آزادی و احترام زندگی کنند.

مسلمانان به اکثریت گسترده‌ای از معاهدات بین‌المللی مرتبط با حقوق بشر اعتقاد دارند. به هر حال من هم این بحث را مطرح می‌کنم که این معاهدات بین‌المللی حقوق بشری شامل مفاهیم متعددی است که مبتنی بر تفاسیر مضیق و قوم مدارانه است. تحفظهای عمده‌ای که مسلمانان در ارتباط با این اسناد دارند در اعلامیه‌های حقوق بشر و میثاقین ۱۹۶۶ در خصوص حقوق اقتصادی، اجتماعی و سیاسی یافت می‌شوند. این تحفظها را می‌توان در سه موضوع زیر خلاصه نمود: ازدواج، مجازات اعدام و واژه‌شناسی‌ها و مفاهیم و ویژگیهای آنها.

موضوع ازدواج

ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر که به‌وسیله مجمع عمومی سازمان ملل در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ پذیرفته شده این چنین بیان می‌دارد:

> « زنان و مردانی که به سن قانونی رسیده‌اند بدون هیچ‌گونه محدودیت نژادی، ملی و مذهبی حق ازدواج و تشکیل خانواده را دارند. هر زن و مرد رشیدی حق دارند بدون هیچ‌گونه محدودیتی از حیث نژاد، ملیت یا مذهب با همدیگر ازدواج کنند و تشکیل خانواده دهند. ۱- در تمامی مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مرتبط به ازدواج دارای حقوق مساوی می‌باشند. ۲- ازدواج باید با رضایت کامل و آزاد زن و مرد واقع شود. ۳- خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماعی است و مستحق حمایت جامعه و دولت می‌باشد».

مسلمانان در ارتباط با الفاظ این ماده برخی تحفظهای عمده دارند. برای مثال بند اول این ماده شامل دو معیار بحث‌انگیز و یا حداقل محدودیت فرهنگی است: (الف) مفهوم «سن رشد» برای ازدواج؛ (ب) مفهوم «حقوق مساوی» در ارتباط با ازدواج.

سن رشد

اولین معیار برای ازدواج به‌موجب این ماده مفهوم «سن رشد» است. این شرط برای حق ازدواج که توسط ماده مذکور مشخص شده بدین معنی است که طرفهای ازدواج به سن رشد رسیده باشند و رضایت کامل و آزادشان را در خصوص ازدواج ابراز دارند. در این جا این سؤالها مطرح می‌گردد: «سن رشد» چه سالی است آیا ۲۱ سال است؟ یا ۱۸ سال؟ یا ۱۶ سال؟ یا چیز دیگری است؟ چه کسی این حق را دارد که در این خصوص تصمیم بگیرد؟ آیا ملل مختلف

می‌توانند معیارهای گوناگونی داشته باشند؟ آیا چنین معیاری تنها در مورد ازدواج مصداق دارد یا سایر موضوعهای اجتماعی نظیر مجازات و کار را در بر می‌گیرد؟ و اگر چنانچه چنین معیاری در کلیه موارد اجتماعی به‌کار می‌رود چرا برخی از کشورها نظیر ایالات متحده امریکا از تصویب برخی از معاهدات حقوق بین‌المللی بشر در مخالفت با سن مورد نظر امتناع می‌ورزند؟ برای مثال، ایالات متحده امریکا سالها بود که از تصویب میثاقین ۱۹۶۶ در خصوص حقوق اقتصادی، اجتماعی و سیاسی امتناع می‌ورزید. یکی از دلایل عمده آن این بود که بند (۵) ماده ۶ از این آموزه بشر بین‌المللی مقرر می‌دارد که مجازات اعدام در خصوص کسانی که کمتر از ۱۸ سال دارند و جنایتی را مرتکب می‌شوند، اعمال نمی‌شود. حتی هنگامی که ایالات متحده امریکا این سند را درسال ۱۹۹۲ تصویب کرد نسبت به حق اعدام مجرمین نوجوان حق شرط قایل شد. ایالات متحده تنها کشوری است که نسبت به این حق، شرط مطروحه را ابراز داشته است.[۱]

همچنین ممکن است کسی چنین بیان دارد که مفهوم «سن رشد» که در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر آمده است منوط به تفاسیر و همچنین محدودیت‌های فرهنگی است. چنین مطلبی براساس ارزشها و سنن مسیحیت که (طبعاً) جهانی نیستند، نوشته شده است و نباید بر سایر سنن، مذاهب و فرهنگها تحمیل گردد. بنابراین این یک واژه نسبی است که می‌تواند از یک فرهنگ در مقایسه با فرهنگ دیگر که مبتنی بر عوامل و اوضاع و احوال متعدد دیگری است، متفاوت باشد. برای مثال ایالات متحده امریکا در سال ۱۹۷۱ مجبور شد از طریق اصلاح قانون اساسی ملی خود که سن رشد را، آن‌طور که در ماده ۱۶ متذکر می‌شود از ۲۱ سال به ۱۸ سال تقلیل دهد.

حقوق مساوی

اولین معیار برای ازدواج به‌موجب ماده ۱۶ اعلامیه «حقوق مساوی»در خصوص ازدواج است. برطبق این معیار:

موارد ممنوعه در ازدواج: شخصی ممکن است این‌گونه فرض نماید که ماده ۱۶ نمی‌خواهد این‌گونه بیان کند که ازدواج بین پدر و دختر، مادر و پسر، برادر و خواهر و غیره مجاز است. اما به هر حال هیچ نشانهٔ لفظی و محتوایی در این ماده وجود ندارد که بیانگر این باشد که ایجاد چنین واحدی ناخوشایند و مذموم است. طرفداران چنین سندی استدلال می‌کنند که این ماده نمی‌تواند چنین قصدی داشته باشد که ازدواجهایی را در محدوده موارد ممنوعه مجاز بشمارد. [اما به هر حال] در این مورد سؤالهایی مطرح است؛ منظور طرفداران این ماده از موارد

---

۱. قابل دسترسی در سایت:

www.deathpenaltyinfo.org

ممنوعه چیست؟ و بر چه پایه‌ای استوار است؟ چگونه می‌توان موارد ممنوعه را تعیین کرد؟ چه نظام یا نظامهای ارزشی می‌تواند اعمال شود؟ و کدام مذهب را می‌توان استثناء کرد و بر چه مبنایی؟ تمام این سؤالها و بسیاری دیگر نظیر آن توسط این ماده پاسخ داده نمی‌شود. این موارد در معرض تفاسیر زیادی قرار دارند. برای مثال اسلام بسیاری از این موارد ازدواج را ممنوع می‌داند. قرآن کریم می‌فرماید:

«بعد از نزول این حکم زن پدر را نباید به نکاح درآورد مگر آنکه پیش از این (در زمان جاهلیت) کرده‌اید که خدا از آن درگذشت. زیرا این کاری زشت، قبیح و مبغوض خداوند است. ازدواج با مادر، دختر، خواهر، عمه، خاله، دختر برادر، دختر خواهر، مادران و خواهران رضاعی، مادر زن، دختران زنانتان که در دامن شما تربیت شده‌اند درصورتی‌که با زن مباشرت کرده باشید، ممنوع و حرام است و در صورت عدم مباشرت و طلاق اشکالی وجود ندارد که با دخترش ازدواج کنید. همچنین ازدواج با زن فرزندان صلبی (نه زن پسر خوانده شما) برشما ممنوع و حرام است. جمع بین دو خواهر (در یک زمان) به‌عنوان همسر نیز ممنوع و حرام است مگر آنچه پیش از نزول این حکم انجام داده‌اید که خداوند از آن درگذشت، زیرا خداوند در حق بندگانش بخشنده (آمرزنده) و مهربان است. نکاح زن محصنه (شوهر دار) نیز بر شما حرام است مگر آن زنان که در جنگهای با کفار به حکم خداوند متصرف و مالک شده‌اید. بر شماست که پیرو کتاب خداوند باشید (با زنانی که ازدواج با آنها به حرمت یاد شد ازدواج نکنید) و هر زنی غیر از موارد ذکر شده حلال است که با مال خود از طریق ازدواج و نه از راه زنا با وی همسر گردید. پس چنانچه از آنان بهره‌مند شوید مهر معین را که مزد آنان است به آنان بپردازید. باکی بر شما نیست که بعد از تعیین مهر هم به چیزی با هم تراضی کنید. البته خداوند به حقایق امور آگاه است».[۲]

براساس این ممنوعیتها که اسلام تعیین کرده است، آیا مسلمانان نمی‌توانند استدلال نمایند که تمام این موارد ممنوعه در ازدواج باید جهانی و بین‌المللی باشد؟ و اگر این‌طور نیست چرا مسلمانان چنین حقی ندارند که به آنچه اعتقاد دارند عمل کنند؟ البته برطبق بند (۱) ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین حقی ندارند. این بند به‌روشنی بیان می‌دارد که حق ازدواج باید بدون هیچ محدودیت مذهبی اعمال شود. بند مذکور چنین بیان می‌دارد: «هر زن و مرد رشیدی حق ازدواج و تشکیل خانواده را، بدون هیچ محدودیتی از لحاظ نژادی، ملیتی و مذهبی دارد».

۲. قرآن کریم، سوره نساء، آیات ۲۲ تا ۲۴.

چگونه این مطلب می‌تواند ممکن باشد؟ یک شخص ممکن است استدلال نماید که اساس و ریشه کلیه ممنوعیتها در خصوص ازدواج عمدتاً مبتنی بر یک مذهب (یا مذاهب) در هر جامعه‌ای می‌باشد. بنابراین چگونه شخصی می‌تواند به دور از مذهب باشد؟ آیا محدودیتهای خاصی که به‌وسیله یک مذهب توصیف می‌شود می‌تواند به‌موجب این ماده معتبر تلقی شود (این گونه که اکنون هست) و آنهایی که به‌وسیله مذاهب دیگر توصیف می‌شوند مردود باشند؟

یک شخص ممکن است این سؤال را مطرح نماید که چه کسی حق دارد که این محدودیتها را وضع نماید؟ چرا ما نمی‌توانیم بگوییم «بدون هرگونه محدودیت»؟ آیا این امر به این علت نیست که تنظیم‌کنندگان سند اعلامیه جهانی حقوق بشر اعتقادی به مذهب نداشته‌اند؟ یا اینکه مذاهبشان به آنان آموزش می‌دهد که چنین کنند؟ و آیا همه ما مجبوریم که از آنان پیروی کنیم؟

تعارض با حقوق مذهبی: شخصی ممکن است چنین استدلال نماید که آیا بند (۱) ماده ۱۶ اعلامیه مذکور که می‌گوید: «هر زن و مرد رشیدی حق ازدواج و تشکیل خانواده را بدون هیچ محدودیت نژادی ملیتی و مذهبی دارد» با ماده ۱۸ آن در تعارض نیست که بیان می‌دارد:

> «هرکس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود؛ این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهارعقیده و ایمان می‌باشد و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هرکس می‌تواند از این حقوق منفرداً یا مجتمعاً به‌طور خصوصی یا به‌طور عمومی برخوردار باشد»؟*

اگر وضعیت چنین است که هرکس حق دارد که براساس ماده ۱۸ به‌موجب مذهب خود عمل نماید پس چرا مسلمانان نباید به‌موجب مذهب خویش ازدواج نمایند؟ چگونه یک شخص می‌تواند مذهب خود را اظهار دارد درحالی‌که مجاز نیست در خصوص ازدواج به آن عمل کند؟ اگر شخصی حق دارد که «عقیده و مذهب خود را در زمینه تعلیمات و اجرای مراسم دینی ابراز دارد» چرا مسلمانان باید به‌گونه‌ای دیگر عمل نمایند؟ بند (۳) ماده ۲۱ اعلامیه بیان می‌دارد:

> «اساس و منشأ قدرت حکومت، اراده مردم است. این اراده باید به‌وسیله انتخاباتی برگزار گردد که از روی صداقت و به‌طور ادواری صورت پذیرد. انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رأی مخفی یا طریقه‌ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رأی را تأمین کند».

---

* . در واقع در ماده ۱۶ می‌گوید ازدواج باید بدون هیچ‌گونه محدودیت مذهبی انجام شود ولی در ماده ۱۸ بیان می‌دارد که آزادی مذهب وجود دارد و هرکس حق دارد طبق مذهب خود عمل کند.(مترجم)

چه اتفاقی می‌افتد اگر به‌صورت دمکراتیک (یا به‌وسیله اجماع) اکثریت مردم در یک کشور (نظیر یک کشور اسلامی) تصمیم بگیرند که مقررات مذهبی خود را در خصوص ازدواج اعمال نمایند؟ آیا آنان مجاز نیستند؟ آیا این دقیقا چیزی نیست که این ماده می‌گوید؟

معنی و مفهوم تساوی: چرا ازدواج باید مبتنی بر تساوی باشد؟ و معنی تساوی چیست؟ تساوی می‌تواند معانی مختلفی را در رابطه با مردمی مختلف داشته باشد؟ آن می‌تواند یکی (یا تمام) معانی زیر را داشته باشد: تساوی حقوقی، تساوی در نتیجه و تساوی در فرصت.

- تساوی حقوقی، درصورتی است که یک حکومت رفتار یکسانی را با افراد داشته باشد خواه به‌صورت دوستانه یا به‌گونه‌ای دیگر؛

- تساوی در نتیجه، براساس نظریه دمکراتیک مساوات‌طلبانه دربردارنده این مطلب است که یک نظام سیاسی تنها در آن حدی مشروعیت دارد که آن تساوی را در میان همه شهروندان مورد حمایت قرار داده و ارتقاء بخشد.[۳] این نظریه، دمکراسی را به‌عنوان هر نظام سیاسی تعریف می‌نماید که حداکثر اهداف تساوی‌گری را تحقق بخشد. این تعریف دربردارنده مشکل جدی تصمیم‌گیری در این مورد است که منظور ما از تساوی چیست و چگونه آن‌را ارزیابی می‌کنیم؟ این نظریه بر نتایجی که حکومت برای مردم دارد تأکید می‌کند تا شکل اجرایی آن. نظریه مزبور در واقع تمرکز بر داده‌ها را به تمرکز بر نتیجه و بازده تغییر جهت می‌دهد.[۴] این نظریه معتقد است که تساوی سیاسی ابزاری به‌سوی غایت بهره‌مندی از تساوی مزدها و امتیازات است. این مطلب بدین معنی است که مساوات باید براساس نتیجه مورد ارزیابی قرار گیرد.

آیا چنین مفهومی از تساوی مفید خواهد بود؟ شکاکین در این خصوص متقاعد نمی‌شوند. آنان استدلال می‌کنند که هزینه برقراری مساوات برای یک هدف اساسی مرکزی هدفی بالا و دور از دسترس است.[۵] این شکاکین معتقدند دنبال کردن تساوی نهایتاً منجر به تقاضاهایی می‌شود که آن تنها برای «حق دنبال کردن خوشبختی» نیست بلکه برای «حق رسیدن به آن» است؛

- تساوی در فرصت، به‌موجب نظریه دمکراتیک سنتی، بر ویژگی‌های داده‌های نظام سیاسی تأکید می‌کند و بنابراین بر راهی که حاکم است تمرکز می‌کند. این بدین معناست که تمام مردم

---

3. Ryan J. Barilleaux, ***American Government: Principle, Process, Politics*** (New Jersey: Prentice-Hall, 1996), p.54 .

4. Marian Irish, James W.Prothro and Richardson**, *The Politics of American Democracy*** (New Jersey: Prentice- Hall, 1977), P.37.

5. Barilleaux (note 3), p, 55.

در زندگی فرصتهای یکسان دارند و سرنوشت‌شان تحت تأثیر جنس یا عضویت در یـک مذهب یا گروه قومی نیست. اگـر وضعیـت چنیـن باشد، اولیـن کـار ایـن خواهـد بود که در خصوص ازدواج با کدام نظریه تساوی موافق هستیم و کدامیک را اعمال می‌کنیم؟ یا اینکه هیچ‌کدام را نباید اعمال کنیم؟ برخی از جوامع و مذاهب معتقدند که طرفهای ازدواج به‌جای اینکه رقیب یکدیگر باشند مکمل یکدیگرند و بنابراین مفهوم مساوات دراینجا موضوعیت ندارد و نباید هرگز آن را در این مورد اعمال کرد.

آخرین نکته در خصوص تساوی در ازدواج، موضوع انحلال آن است. در این مورد سؤال این است که چگونه هم شوهر و هم زن می‌توانند مورد رفتار منصفانه قرار گیرند؟ و اگر فرزندانی داشته باشند مسئله نگهداری و حضانت آنان چگونه خواهد بود؟ تمامی این موضوعات مبتنی بر انصاف و عدالت هستند تا تساوی. شخصی ممکن است این بحث را مطرح کند که این بسیار مشکل خواهد بود که بین ادعاهای متعارض مادر و پدر تساوی را مورد لحاظ قرار دهیم. به راستی این سند خودش اعتراف دارد هنگامی که در بند (۲) ماده ۲۵ آن بیان می‌دارد: «مادران و کودکان حق دارند که از کمک و مراقبت ویژه‌ای بهره‌مند شوند. کودکان چه بر اثر ازدواج و چه بدون ازدواج بدنیا آمده باشند، حق دارند که همه از یک نوع حمایت اجتماعی برخوردار شوند». چرا در اینجا هیچ تساوی وجود ندارد؟ اگر زنان و مردان آن‌گونه که ماده بیان می‌دارد دارای حقوق مساوی هستند چرا برای مثال مردان حقوق برابر برای حمایت ندارند؟ چرا ماده تنها بیان می‌دارد مادران و کودکان مستحق کمک و مراقبت ویژه هستند؟ چرا مردان مشمول این مراقبت نیستند؟

موضوع مجازات اعدام

مجازات «اعدام» ابزار مشترک و معمول مجازات در طول تاریخ بوده است.[۶] به‌موجب مطالب مرکز اطلاعات مجازات اعدام، « اولین مقررات وضع شده در خصوص مجازات اعدام به قرن هیجده قبل از میلاد مسیح در مجموعه قوانین پادشاه بابل یعنی حمورابی بازگشت پیدا می‌کند که مجازات اعدام را برای ۲۵ جرم مختلف تدوین کرد. همچنین مجازات اعدام بخشی از «مجموعه قوانین هی‌تیت»* در قرن چهارده پیش از میلاد، «مجموعه قوانین دِراکُنیین آتِن»** در قرن هفده قبل از میلاد، که مجازات اعدام را تنها مجازات برای تمامی جرائم مقرر کرده بود،

---

6. *Ibid*, p.99 .

***.** Hittite Code.

****.** Draconian Code of Athens.

و در قرن پنجم پیش از میلاد قانون رومی الواح دوازده‌گانه را تشکیل می‌داد».[۷]

به هر حال اخیراً مخالفان مجازات اعدام موفق به متوقف کردن آن در بسیاری از کشورها و همچنین موفق به ارتقاء این ممنوعیت در صحنه بین‌المللی ازجمله در رهنمودی که برای «جوامع متمدن» است، شده‌اند.

برای مثال بند (۲) ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق بشر سازمان ملل متحد در خصوص حقوق مدنی و سیاسی که در ۲۳ مارس ۱۹۷۶ به تصویب رسیده است، بیان می‌دارد:

> «در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده است صدور حکم اعدام جایز نیست مگر در مورد مهمترین جرائم طبق قانون لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب جنایت که آن‌هم نباید با مقررات این میثاق و کنوانسیون راجع‌به جلوگیری و مجازات جرم نسل‌کشی (ژنوسید) منافات داشته باشد. اجرای این مجازات جایز نیست مگر به‌موجب حکم قطعی صادره از دادگاه صالح».

مجازات اعدام غالباً در زمینه‌های متعددی که به مهمترین آنها در زیر اشاره می‌شود مورد چالش و مخالفت قرار گرفته است.

۱ـ مجازات اعدام مانع انجام جرم نمی‌شود؛ ۲ـ مجازات اعدام رفتار بدی را القاء می‌کند؛ ۳ـ مجازات اعدام هزینه دارد؛ ۴ـ مجازات اعدام مجازاتی خشن و غیرمعمول است؛ ۵ـ مجازات اعدام به‌طور تساوی اعمال نمی‌شود؛ ۶ـ در این مجازات خطر اعدام شخص بی‌گناه وجود دارد.

بررسی مجازات اعدام

عامل بازدارندگی: مخالفان مجازات اعدام به این نکته اشاره می‌کنند که هنوز ثابت نشده است که انجام این مجازات سبب جلوگیری از جرم می‌شود. «کسانی که مخالف مجازات اعدام هستند معتقدند که آن هیچ ارزش بازدارندگی نداشته بلکه آن یک عمل وحشیانه را در یک جامعه متمدن تشکیل می‌دهد».[۸] کِلی زیگلِر این‌چنین استدلال می‌نماید که «این مطلب ثابت شده است که مجازات اعدام آن‌گونه اثر قوی را که برای آن ایجاد گردیده تا اثر بازدارندگی داشته باشد، ندارد».[۹]

بنابراین آیا مجازات اعدام یک بازدارنده مؤثر برای یک جرم خشونت بار به حساب می‌آید؟

---

۷. قابل دسترسی در سایت:
www.deathpenaltyinfo.org

8. Barbara A. Bardes, Mark C .Shelly and Steffen W. Schmith, ***American Government and politics Today: The Essentials*** (New York:Wadsworth/ Thomson Learning (2000-2001 edition), p. 134.

9. Kelly zeigler, "The Death Penalty Is No Solution", ***Daily Utah Chronicle***, 2 March. 1999, University of Utah.

آقای روبرت دبلیو لی، حداقل در یک زمینه مهم، این‌گونه اظهار می‌دارد: «بدون هیچ‌گونه بحثی، این مسئله نمی‌تواند مورد اعتراض قرار گیرد که یک قاتل هنگامی که اعدام می‌شود، برای همیشه از کشتن دوباره [شخصی دیگر] بازداشته می‌شود. اما به هر حال اثر بازدارندگی و ترسیدن برای دیگران به مقدار زیاد بستگی به این دارد که با چه سرعت و اطمینانی مجازات اعمال می‌گردد.»[10]

هرگونه مجازاتی از جمله اعدام، اگر چنانچه احساس گردد به‌عنوان یک بلوف است، معنا و اثر بازدارندگی خود را از دست می‌دهد و بنابراین در نظر مجرمین به‌عنوان یک ببرکاغذی تلقی می‌گردد. برای مثال در ایالات متحده امریکا، در راستای فرجام‌خواهی‌های بی‌پایان و اطالهٔدادرسی، مجازات اعدام بی‌معنا شده و توسط همان گروهی که خواستار لغو آن هستند، به‌جهت اینکه اثر بازدارندگی ندارد، بی‌اثر تلقی می‌شود. کسی ممکن است این‌گونه استدلال نماید که هرگونه مجازاتی خواه حبس و زندانی شدن باشد خواه مجازات مالی (جریمه)یا اعدام، درصورتی‌که به‌طور مؤثر و جدی اعمال گردد، اثر بازدارندگی مؤثر خواهد داشت. برای مثال:

در بهار سال ۱۹۹۴ یک جوان امریکایی به نام مایکل فی (Michael Fay) با خانواده‌اش در سنگاپور زندگی می‌کرد. او به آسیب رساندن و خرابکاری به خودروها متهم گردید. وی ادعا می‌کرد که پلیس سنگاپور او را مجبور نمود که به خرابکاری اقرار نماید. اما به هر حال به‌موجب قانون و عرف سنگاپور او به چهار ماه زندان و شش ضربه شلاق با ترکه «راتان» محکوم گردید. این نوع شلاق به‌سرعت پوست را خراش می‌دهد و سبب درد شدید در شخص شلاق خورده شده و او را به حالت شوک می‌برد. سنگاپوریها، با ارزش نهادن به نظم عمومی در راستای حمایت از آزادیهای مدنی، معتقدند که طبیعت سخت مجازات مردم را از ارتکاب به جرائم بازمی‌دارد. در نتیجه، خرابکاری و آسیب‌رسانی در سنگاپور خیلی کم اتفاق می‌افتد. در نهایت رئیس جمهور بیل کلینتون از مقامات سنگاپور درخواست نمود تا شدت مجازات را کاهش دهند و آنها مجازات شش شلاق را به چهار کاهش دادند. «مایکل فی» پس از تحمل مجازات به کشورش بازگشت.[11]

نهایتاً اینکه هیچ‌کس اذعان ندارد که هدف عمده مجازات اعدام، بازدارندگی است. حامیان مجازات اعدام از جمله مسلمانان معتقدند کسانی که قربانیان بی‌گناه را می‌کشند مستحق مردن

---

10. Robert W.Lee, "Deserving to Die", ***The New American***, 1990, reprinted in George Mckenna and Stanley Feingold (eds.), ***Taking Sides: Clashing Views on Controversial Political Isses*** (New York: McGraw Hall/ Dushkin, 2001), PP. 136-44.

11. Christine Barbour and Gerald C .Wright, ***Keeping the Republic: Power and Citizenship in American Politics*** (New York: Houghton Mifflin, 2001), P.179.

هستند. این مجازات درست و عادلانه است. «ربرت دبلیو، لی» این چنین بیان می‌دارد:

«بازدارندگی هرگز نباید به‌عنوان دلیل اولیه برای اجرای مجازات اعدام تلقی گردد. این مسئله هم غیراخلاقی و هم غیرعادلانه است که یک شخص صرفاً به‌عنوان اینکه عبرتی برای دیگران باشد مجازات شود. ملاحظه اساسی و عمده باید چنین باشد که آیا مجرم مستحق چنین مجازاتی است؟ اگر نیست، نباید اجرا گردد، فارغ از اینکه چه اثر بازدارندگی ممکن است داشته باشد. مضافاً اینکه در صورت جایگزینی موضوع «بازدارندگی» به‌جای «عدالت» به‌عنوان مبنای مجازات کیفری، مسئله تقصیر یا بی‌گناهی متهم به‌کلی مسئله بی‌ربطی است. بازدارندگی می‌تواند با اعدام یک شخص بی‌گناه به‌عنوان یک شخص مقصر مؤثر واقع گردد. اگر اجرای مجازات نسبت به یک شخص که جرم را انجام داده است و باعث بازدارندگی و ترس شخص دیگری گردد، خوب است. با چنین نتیجه‌ای باید معتقد بود که [بازدارندگی] به‌عنوان امتیازی است که عدالت اعمال گردد، نه به‌عنوان دلیلی برای مجازات. ملاحظه قطعی باید چنین باشد که آیا متهم به مجازات [شایسته‌ای] رسیده است؟[۱۲]

اِعمال رفتار بد: مخالفان مجازات اعدام می‌گویند که اگر حکومت به‌عنوان مثال و نمونه‌ای است که بیانگر رفتار شایسته‌ای است، هنگامی‌که زندانی کردن به‌سادگی می‌تواند جامعه را حفظ نماید، آیا دلیلی برای اعمال مجازات اعدام وجود دارد.

زیگلر می‌نویسد:

«جامعه به این نیاز دارد که ببیند خشونت نمی‌تواند با خشونت بیشتر جبران گردد. حکومت [در واقع با کشتن مجرم] به شهروندانِ خود می‌آموزد که کشتن قابل‌قبول و قابل‌توجیه نیست مگر اینکه توسط حکومت انجام پذیرد. روش عملکرد اجتماعی «عمل کن براساس آنچه من می‌گویم نه آنچه من عمل می‌کنم» روش مؤثری نیست».[۱۳]

مسئله این است که چه کسی حق دارد مجرمین را در یک جامعه به مجازات برساند؟ آیا دولت یا هر شخص زمینی دیگر حق یا اختیار (قدرت) دارد که مداخله نماید و از طرف شخص قربانی اعمال بخشش کند؟ در اعتقادات مذهبی (مذهب اسلام و مسیحیت) مسئول‌ترین مراجعی که می‌توانند رحمت و بخشش را اعمال نمایند یکی خداوند است و دیگری شخصی که قربانی آن بی‌عدالتی شده است. در خصوص قتل، تا جایی که به این زندگی دنیایی مربوط می‌شود، مقتول دیگر وجود ندارد که این بخشش را اعمال نماید. آیا پس این حق جامعه به‌طورکلی و

12. Lee (note10), P.137.
13. Zeigler (note 9), P.1.

به‌ویژه دولت نیست که از طرف قربانی بی‌گناه تصمیم بگیرد؟ و اگر اکثریت افراد یک جامعه احساس نمایند که مجازاتی بایسته و قوی برای جنایاتی فجیع یعنی ـ نفس در برابر نفس ـ است، بنابراین آیا مجازات اعدام بایستی اعمال گردد؟ به‌نظر می‌رسد که تنها مجازات زندان برای شخصی که افراد زیادی را به قتل رسانده یا مرتکب تجاوز به عنف شده و سپس آنها را به قتل رسانده در مقایسه با خساراتی که به جامعه و قربانیان وارد شده است، ناعادلانه باشد. برای مثال «توماس دی» در خصوص بسیاری از موارد در ایالات متحده امریکا این چنین می‌نویسد: «مجازات حبس ابد تحت جریان سیاستهای آزادی زودرس (بخشودگی‌ها) و آزادی‌های مشروط در بسیاری از ایالتها، در واقع به‌معنی حبس کمتر از ده سال است. قاتلین محکومیت یافته آزاد شده‌اند و بعضاً مجدداً مرتکب قتل شده‌اند».[۱۴]

مجازات اعدام یک بیان مناسبی از مجازات استحقاقی است که در عبارت کتاب مقدس (مسیحیان) تحت عنوان چشم در برابر چشم انعکاس یافته است. [۱۵] بنابراین اشخاصی که مرتکب جنایات شنیع می‌شوند، استحقاق این را دارند که در برابر آزاری که آنان به دیگران رسانده‌اند جان خود را از دست بدهند. مخالفان (مجازات اعدام) اکثراً می‌پذیرند که حق بنیادین اخلاقی و حقوقی جامعه این است که انسانها اعدام شوند اما معتقدند و اصرار می‌ورزند که یک سیاست رحمت و عشق یک بیان عالی‌تری از تمدن را ارائه می‌دهد و آن بسیار مطابق با ایده-آلهای مذهبی و اخلاقی است.[۱۶] اکثر مردم در بسیاری از جوامع، مجازات مرگ را به‌عنوان یک مجازات کیفری مناسب و ضروری تلقی می‌کنند. اهداف اجتماعی مجازات اعدام که مبتنی بر «استحقاق» و «بازدارندگی» است، اعمال مجازات مرگ را توجیه می‌کند. این مجازات آخرین بیان و اظهار معنی‌داری از خشونت اخلاقی یک جامعه در برابر رفتار مجرمانهٔ خاص است.

اعدام هزینه دارد: علاوه بر این، به‌موجب نظر مخالفان که مجازات اعدام هزینه دارد ـحتی گران‌تر از حبس ابد ـ دقیقاً به این علت است که حکومت باید هر تلاشی را اعمال کند تا مطمئن شود که شخصی بی‌گناه اعدام نشود. در هر صورت موافقان مجازات اعدام معتقدند که مجازات مرگ مجرمان را می‌ترساند و اینکه جامعه نباید با نگهداری از مجرمان شرور در زندان برای ابد یا مدت طولانی از لحاظ مالی متحمل هزینه گردد.[۱۷]

---

14. Thomas R. Dye**, *Politics in American*** (New Jersey: Prentice-Hall, 1999), P.540.

15. Benjamin Ginsberg, Theidire J. Lowi and Margaret**, *We the People: An Introduction to American Politics*,** (New York: W.W. Nortton, 2001), P.179.

16. John H .Ferguson and Dean, E Mc Henry, ***"The American System of Government"*** , (New York: McGraw-Hill, 1977), P. 566.

17. *Ibid*.,PP.565-6.

غیرمعمول و خشونت‌بار بودن مجازات اعدام: مخالفانِ مجازات اعدام معتقدند که مجازات مرگ فی‌نفسه غیرمعمول و خشونت‌آمیز است. موافقانِ مجازات مرگ استدلال می‌کنند که در طول تاریخ «غیرمعمول بودن و خشونت‌بار بودن» به مجازاتهایی اشاره داشته است که سخت‌تر از آن جرائم بوده‌اند ـ عبارت مذکور به شکنجه و اعدامهایی که درد مرگ را طولانی‌تر می‌کرده‌اند اشاره داشت.[۱۸] «پوتر استوارت» قاضی دادگاه ایالات متحده امریکا می‌نویسد که «مجازات اعدام به‌ندرت اعمال می‌گشته و اینکه به آن شکلی که کشته شدن به‌وسیله برق‌گرفتگی غیرمعمول و خشونت‌بار است مجازات اعدام نیز غیرمعمول و خشونت‌بار است».[۱۹] من همچنین معتقدم که حبس ابد یک جایگزین مناسب برای مجازات اعدام است. حبس ابدی که مشروط به آزادی نباشد ممکن است برای مجرمان از مجازات مرگ بدتر باشد. در این صورت آن‌هم ممکن است به‌عنوان یک مجازات غیرمعمول و خشونت‌بار توصیف گردد.

عدم تساوی: مخالفان مجازات مرگ معتقدند که آن در بسیاری از کشورها به‌طور غیربرابر اعمال می‌گردد. برای مثال در ایالات متحده امریکا، درصد زیادی از آنانی که اعدام می‌شوند از فقرا، و قشر غیرتحصیل کرده و غیرسفیدپوست هستند.[۲۰] با این عدم تساوی در مجازات اعدام، همیشه این خطر وجود دارد که افراد بی‌گناه و آنانی که جانشان ارزان است، اعدام گردند. «فرگسون» و «مک هنری»[۲۱] می‌نویسند که عمل کشتن «منجر به ارزان کردن جان انسانها و تضعیف روحیه کسانی می‌شود که مجازات را اجرا می‌نمایند. مجازات مزبور همچنین سبب غم و غصه و بی‌آبرویی غیرضروری و غالباً سبب مریضی دوستان و خویشاوندان [شخص معدوم] می‌گردد».[۲۲]

از سوی دیگر موافقان مجازات اعدام از آن انتقاد، حمایت می‌کنند. از این جهت که آنان فکر می‌کنند که مجازات اعدام بسیار موجه‌تر خواهد بود اگر چنانچه بدون هیچ ملاحظه‌ای اجرا گردد، بدین معنی که مجازات به‌طور مساوی برای تمام آحاد جامعه بدون در نظر گرفتن نژاد، جنس، طبقه یا موقعیت اعمال گردد.

بارقه الهی (روح الهی): مخالفان مجازات اعدام معتقدند که در هر انسانی روح الهی دمیده

---

18. Barders (note 8), P.134.

19. Susan Welch, John Gruhl, John Comer and Susan M.Rigdon, ***American Government***, (New York: Wadsworth, 2001), P.459.

20. Dye (note 14), P.540.

21. Ferguson and McHenry (note 16), P.560.

22. *Ibid*.

شده است که هیچ‌کس، حتی جامعه حق ندارد آن را از بین ببرد. موافقان مجازات اعدام بحث خود را با مفهومی از عدالت شروع می‌کنند، بدین ترتیب که فرض را بر این می‌گذرانند که افراد عاملان و کارگزاران مختاری هستند که باید شخصاً مسئول انتخابهای درست یا غلط خود باشند. اگر قضیه این چنین باشد، افراد باید آماده باشند تا هنگامی که رفتارشان تهدیدی جدی برای جامعه یا اعضای آن است جان خود را از دست بدهند.

چه مواقعی مجازات اعدام قابل توجیه است؟

از دیدگاه اسلام، مجازات اعدام با توجه به شرایط زیر، قابل توجیه است:

۱. به شکلی غیرتبعیض‌آمیز انجام پذیرد، بدین معنی که نسبت به همه به‌طور مساوی اعمال شود (بدون در نظر گرفتن جنس، نژاد، مذهب، تمکن مالی و...)؛

۲. کشورها، روند دادرسی صالح و مجزایی را برای اتهامات و مجازات کیفری فراهم کرده باشند؛

۳. مجازات اعدام نباید به شکلی دلخواهانه و هوس‌بازانه درخواست و انجام شود؛

۴. اجرای مجازات اعدام نباید باعث کاهش و از بین رفتن آثار مجازات‌های اعدام منصفانه و سازگار و قابل اعتمادی که توسط قانون لازم شمرده شده است، گردد. ما باید مطمئن شویم که مجازات یک روند منصفانه‌ای را طی می‌کند. بدین معنی که اعمال آن نباید اصل مساوات را نقض نماید و مطمئن باشیم که روند لازم را طی می‌کند؛

۵. مجازات اعدام حقوق قربانی یا قربانیان را ملحوظ دارد و به اعضای خانواده قربانی اجازه دهد که به امتیازات بیشتری نایل گردند؛

۶. مجازات اعدام خیلی زیاد خارج از تناسب آن با سختی جرم نباشد؛

۷. مجازات اعدام به‌طور خودبه‌خودی برای هر شخصی که محکوم به اعدام شده، اعمال نشود؛ قاضی باید هرگونه عوامل منصفانه‌ای را برای کم کردن مجازات به‌کار گیرد.

موضوع ویژگی‌های واژه‌شناسی

موضوع دیگری که در ارتباط با اسناد بین‌المللی حقوق بشر وجود دارد، مسئله ویژگی مفاهیم و واژگان آنهاست. بدین معنی که بسیاری از مفاهیم در این اسناد فاقد تعاریف دقیقی است که در خصوص آنها توافق جهانی حاصل شده باشد. برای روشن شدن موضوع، اجازه دهید که به برخی مثال‌ها از اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره نماییم.

ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر این‌گونه بیان می‌دارد:

«تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان می‌باشند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند.»

سؤال‌هایی که باید در ارتباط با این ماده پاسخ داده شوند، موارد زیر است: منشأ این آزادی و برابری چیست؟ آیا خداوند است، طبیعت است یا چیز دیگر؟ آیا ما حق نداریم که درباره این فرض عمده بحث کنیم؟

مثال دیگری که فقدان کیفیت برخی از مفاهیم عمده و اصلی در این سند را نشان می‌دهد در ماده ۳ یافت می‌شود. این ماده بیان می‌دارد که «هر شخصی حق حیات، آزادی و امنیت شخصی دارد». اصولاً هر شخص عاقلی به این موضوع معتقد است و اذعان دارد. ولی به هر حال سؤال این است که آزادی چیست و چه چیزی آن را تشکیل می‌دهد؟ آیا بدین معنی است که هرکس حق دارد هرچه مایل است انجام دهد یا اینکه محدودیت‌های خاصی وجود دارد؟ و اگر دارای برخی از محدودیت‌هاست، این محدودیت‌ها کدام‌اند؟ و بر چه مبنایی استوار هستند؟

مثال دیگری که فقدان کیفیت برخی از این مفاهیم را در این سند نشان می‌دهد، می‌توان در ماده ۱۸ یافت که بیان می‌دارد:

> «هر کس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود؛ این حق، متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهارعقیده و ایمان می‌باشد و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هرکس می‌تواند از این حقوق منفرداً یا مجتمعاً به‌طور خصوصی یا به‌طور عمومی برخوردار باشد».

در اینجا سؤال‌های زیر را می‌توان مطرح نمود:

منظور از مذهب چیست؟ این آزادی «متضمن آزادی اظهارعقیده و ایمان و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است» یعنی چه؟ اگر چنین آزادی وجود دارد، پس چرا مسلمانان نباید مذهب خود را برطبق آنچه اسلام می‌گوید، ابراز دارند؟ و بالاخره مفهوم «عمل کردن به مذهب» چیست؟

مثال دیگری که فقدان کیفیت و چگونگی برخی از مفاهیم اصلی در این سند را نشان می‌دهد، می‌توان در بند (۱) ماده ۲۷ دید که بیان می‌دارد: «هرکس حق دارد آزادانه در زندگی فرهنگی اجتماع شرکت کند. از فنون و هنر متمتع گردد و در پیشرفت علمی و فواید آن سهیم باشد». در اینجا یک شخص ممکن است سؤال نماید که «منظور از زندگی فرهنگی اجتماع» چیست؟ چه کسی این زندگی فرهنگی را تعیین می‌کند؟ و بر چه مبنایی است؟

و سرانجام آخرین مثالی که فقدان کیفیت و چگونگی برخی از مفاهیم عمده در این سند

را نشان می‌دهد، بند (۲) ماده ۲۹ می‌باشد که بیان می‌دارد:

«هرکس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود، تنها تابع محدودیت‌هایی است که به‌وسیله قانون که منحصراً به‌منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای مقتضیات صحیح و عادلانه اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی، در شرایط یک جامعهٔ دموکراتیک است، وضع گردیده است.»

راستی، معنی «مقتضیات صحیح و عادلانه اخلاقی» چیست؟ «نظم عمومی» بر چه مبنایی استوار است و آیا مردم می‌توانند «در یک جامعهٔ دموکراتیک» هرچه را به آن معتقد هستند، به آن عمل کنند؟

نتیجه‌گیری

در خاتمه این مقاله اجازه دهید که تکرار کنم که از متن اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌وضوح برمی‌آید که نویسندگان و تنظیم‌کنندگان آن به سکولاریسم معتقد بوده‌اند که برای آنان به‌معنی جدایی کامل بین حقوق انسان از یک‌سو و مذهب، نظام‌های ارزشی و فرهنگ از سوی دیگر بوده است. تنظیم‌کنندگان و نویسندگان این سند درکشان از این جدایی، در خصوص اخلاق و مذهب خودشان که همانا بر سنت‌های یهودی ـ مسیحی مبتنی بوده است. چنین استدلالی ممکن است در غرب یا جوامع غیراسلامی دیگر قابل‌قبول باشد. اما از دیدگاه اسلامی مشکلات متعددی را به همراه دارد که مهم‌ترین آنها به شرح زیر است:

مشکل عمده چنین تفسیری این است که تلاش می‌کند تا فرهنگ و مذهب غربی را بر فرهنگ و مذاهب بقیه جهان برتری بخشد. برای مثال:

«این تفسیر ساده‌انگارانه از حقوق بشر نمی‌تواند توسط مسلمانان پذیرفته شود و موافق با نظام ارزشی مورد تأیید شریعت اسلامی نیست».

نویسندگان این سند از یک‌سو بر مشارکت و دموکراسی به‌عنوان تنها ابزار شناخته شده تصمیم‌گیری تأکید می‌کنند، اما از سوی دیگر آنان اولین کسانی هستند که این اصل مهم را نقض می‌کنند. برای مثال بند (۳) ماده ۲۱ بیان می‌دارد:

«اساس و منشأ قدرت حکومت، اراده مردم است. این اراده باید به‌وسیله انتخاباتی برگزار گردد که از روی صداقت و به‌طور ادواری صورت پذیرد. انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رأی مخفی یا طریقه‌ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رأی را تأمین نماید».

اگر این چنین باشد و اگر این یک سندی است که از جانب تمام مردم دنیا صحبت می‌کند بنابراین سؤالاتی که یک شخص ممکن است مطرح نماید این است که هنگام نگارش اعلامیه جهانی حقوق بشر چه کسی یا کسانی نماینده مذاهب و فرهنگ‌های غیرغربی بودند؟ چه کسانی نمایندگان افریقائی‌ها بودند؟ چه کسانی نماینده آسیایی‌ها بودند؟ و سرانجام چه کسی یا کسانی نماینده منافع مسلمانان بودند؟ به‌وضوح پاسخ سؤالات مذکور روشن است که هیچ‌کس. برای توجیه این عیب و نارسایی از سوی نویسندگان اعلامیه جهانی حقوق بشر موافقان این سند استدلال می‌کنند که برخی از شرکت‌کنندگان غیرغربی در کمیته‌ای که پیش‌نویس آن سند را تهیه می‌کرد، حضور داشتند. برای مثال خانم «آن الیزابت مایر»[۲۳] برای توجیه این نکته خاص بیان می‌دارد که کشورهای اسلامی نیز در تدوین پیش‌نویس اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ همکاری داشتند. فریدون هویدا نویسنده ایرانی که بعداً سفیر ایران در سازمان ملل متحد شد، در کمیته‌ای که پیش‌نویس اعلامیه جهانی حقوق بشر را می‌نوشتند، همکاری می‌کرد. اما خانم پروفسور مایر به ما نمی‌گوید که فریدون هویدا که بوده، شاید او نمی‌دانسته است. فریدون هویدا کسی بود که نگران اسلام و ارزش‌های آن نبود. علاوه بر آن، او تعیین گردید، چرا که او نماینده رژیم سکولار و غیرمذهبی و دیکتاتوری ایران در آن زمان بود. در سال ۱۹۵۲ در زمانی که مردم ایران موفق به سرنگونی رژیم شاه شدند، او ترفیع گرفت و تعیین گردید تا نماینده و سفیر ایران در سازمان ملل باشد.[۲۴]

در پایان باید بگویم که مسلمانان به‌طورکلی از اعلامیه حقوق بشر حمایت می‌کنند. آنان این سند را به‌عنوان یک نقطه شروع عالی برای گفتگو بین تمام مذاهب و فرهنگ‌ها تلقی می‌کنند. به هر حال مسلمانان معتقد هستند که آن یک سند جهانی خالص و ناب نیست؛ زیرا سند مزبور در یک فضایی نوشته شده که اکثریت زیادی از جمعیت جهان تحت نظام استعمار بودند. این سند تنها بیانگر فرهنگ و دیدگاه غربی‌هاست.

---

23. Ann Elizabeth Mayer, **Islam and Human Rights: Tradition and Politics** (Boulder, Co. Westview Press. 1991), P. 11.

۲۴. به کودتای۲۸ مرداد ۱۳۳۲ و بعد از آن اشاره دارد.(مترجم).

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۱۰۲ ـ ۶۳

موازین و مرزهای مداخله بشردوستانه در رویه شورای امنیت

زینب رشیدی‌نژاد*

چکیده

آنچه در ادبیات حقوق بین‌الملل، «مداخله بشردوستانه» نام گرفته است، توسل به قوای نظامی توسط نهاد حافظ صلح و امنیت بین‌المللی (شورای امنیت) در قالب فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد است که به جهت جلوگیری از نقضهای فاحش و گسترده حقوق بشر در داخل مرزهای ملی صورت می‌گیرد.

اقدام به مداخله بشردوستانه در دو دهه اخیر (از جنگهای داخلی در عراق و سومالی، تا درگیری‌های قومی و نژادی در کوزوو و دارفور) با توجه به طبع و سرشت سیاسی شورا و یا منافع اعضاء دائم آن که عموماً تابع شرایط و اوضاع و احوال موجود بوده است، این بحث را مطرح می‌کند که شورای امنیت به‌عنوان رکن اجرایی سازمان ملل متحد قانوناً ملزم است در فرآیند مداخله بشردوستانه موازینی را مورد توجه قرار دهد و قیودی را رعایت کند.

واژگان کلیدی: عدم مداخله، مداخله بشردوستانه، شورای امنیت، حقوق بشر، حاکمیت

*. فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل از دانشگاه علامه طباطبایی.

مقدمه

از آن زمان که حاکمیت یگانه قبله‌گاه جامعه بین‌المللی محسوب می‌گردید و حقوق بین‌الملل در مقام تکریم حاکمیت، اصولاً دولتها را از مداخله در امور یکدیگر منع، و آنها را حاکم مطلق بر سرنوشت اتباع خویش قلمداد می‌نمود، مدت زمان بسیاری گذشته است.

بعد از جنگ جهانی دوم و ایجاد سازمان ملل متحد با وظیفه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی عرصه‌ای جدید در این زمینه ایجاد گردید. ابتنای سازمان ملل متحد بر اصل برابری حاکمیت دولتهای عضو و تلقی ممنوعیت تهدید یا توسل به‌زور و عدم مداخله در امور داخلی دولتها به‌عنوان اصول اساسی سازمان ملل متحد، نمی‌توانست فارغ از اهداف سازمان به‌ویژه بند (۳) ماده ۱ و مواد ۵۵ و ۵۶ آن در مورد احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی تفسیر و اجرا شود؛ زیرا به زودی مشخص شد که میان صلح پایدار در جامعه بین‌المللی و احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد، پیوندی وثیق و رابطه‌ای متقابل وجود دارد.

بنابراین در راستای اعطای مسئولیت اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به شورای امنیت به‌عنوان رکن اجرایی سازمان ملل متحد و مقابله با عوامل تهدید کننده صلح، ناقض صلح و اعمال تجاوزکارانه (ماده ۳۹ منشور) اختیاراتی اعم از توسل به اقدامات غیرنظامی و نظامی (مواد ۴۱ و ۴۲ منشور) به شورا اعطا شد.

اگرچه بروز جنگ سرد (۱۹۹۰-۱۹۵۰) و تقابل سیاسی دو ابرقدرت جهان، موجب شد که شورای امنیت علاوه بر عدم توفیق در برخورداری از نیروهای بین‌المللی (ماده ۴۳ منشور) نتواند از توسل به نیروهای نظامی ملی جهت اقدام، استفاده چندانی بنماید، اما فروپاشی شوروی سابق و پایان جنگ سرد در اوایل دهه ۱۹۹۰که با ایجاد بحران‌های بین‌المللی جدید همچون جنگهای داخلی، شورشها، کشتار جمعی، پاکسازی نژادی، قتل و غارت و غیره در داخل کشورها همراه بود، شورا را بر آن داشت تا با تلقی نقض فاحش و گسترده حقوق بشر به‌عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی براساس اختیارات خود در قالب فصل هفتم منشور اقداماتی را انجام دهد. «به عبارت دیگر تعارض و تقابلی که به مدت چند دهه **استفاده حداقلی** از فصل هفتم منشور را باعث شده بود از میان رفته، و فرصتهای جدیدی که از این طریق برای همکاری میان اعضاء دائم شورای امنیت پیش آمده بود به شورا این امکان را داد تا خود را با اقتضائات جدید وفق دهد. با این اقدامات شورای امنیت ثابت کرد که دیگر نباید غفلت کرد و در مقابل نقضهای بنیادین حقوق انسانها آن هم به‌طور مداوم و گسترده در حین این مخاصمات کاری نکرد».[۱]

---

۱. ممتاز، جمشید و رنجبریان، امیرحسین، **حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه داخلی**، نشرمیزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.صص ۲۰۷-۲۰۶.

امروزه با گذشت حدود هفده سال از فروکش کردن شعله‌های جنگ سرد،[۲] شورای امنیت در زمینه مقابله با نقض حقوق بشر در عراق (۱۹۹۱ –۱۹۹۰)، سومالی (۱۹۹۳–۱۹۹۲)، بوسنی و هرزگوین (۱۹۹۴– ۱۹۹۳)، رواندا (۱۹۹۴)، هاییتی (۱۹۹۵)، کوزوو (۱۹۹۸)، تیمور شرقی (۱۹۹۹) و دارفور (از سال ۲۰۰۳ تا به امروز)، اقداماتی را انجام داده است و از این طریق توانسته است از برافروخته شدن بیش از پیش آتش جنگها بکاهد.

اما موضوع اصلی این است که امروزه با توجه به نیاز وجود یک سیستم امنیت جمعی و جامع جهت همکاری در برابر تهدیدات گسترده و اداره این سیستم توسط شورای امنیت از یک‌سو و معین نشدن دقیق مرزهای حقوقی اختیارات شورای امنیت از سوی دیگر ، آیا این رکن سیاسی از اختیاراتی نامحدود جهت مداخله برخوردار است؟ یا اینکه طی انجام عملیات مداخله‌گرایانه ملزم است اصول و قواعدی حقوقی را در جهت تأمین مؤثرتر حفظ صلح و امنیت بین‌المللی رعایت کند؟ در صورتی که شورای امنیت و یا دولتهایی که با مجوز شورا به مداخله مبادرت می‌ورزند مقید به رعایت موازین حقوق بین‌الملل باشند، آیا در عمل توجه لازم را به آن موازین مبذول داشته‌اند؟

لذا در این مختصر تلاش می‌شود تا پس از ارائه مفهوم و مبانی مداخله بشردوستانه، موازین و سپس مرزها، محدودیتها، الزامات شورای امنیت و رعایت آن در قالب رویه بین‌المللی مورد ارزیابی قرار گیرد.

---

۲. البته پایان جنگ سرد به‌معنای هماهنگی کامل میان مواضع دولتهای ایالات متحد امریکا و روسیه در مورد کلیه مسائل بین‌المللی نیست. برای نمونه در ماههای اخیر استقرار سیستم ضدموشکی امریکا در کشورهای اروپای شرقی، اعتراض و واکنش شدید روسیه را برانگیخته است. بنابراین به لحاظ وجود تعارض منافع نسبتاً دائمی میان قدرتهای بزرگ، واژه «پایان جنگ سرد» استعاره‌ای از نوعی خوش‌بینی غیرواقعی و فعلاً دور از دسترس می‌باشد. به‌نظر می‌رسد که کاربرد واژه «کاهش دامنه و شدت جنگ سرد» در این مورد واقع‌گرایانه‌تر باشد.

مبحث اول
مبانی مداخله بشردوستانه

الف ـ مداخله بشردوستانه: مفهوم و سبب

به‌طور کلی کمتر واژه‌ای را در حقوق بین‌الملل می‌توان یافت که به بحثهای پیچیده و دامنه‌داری مثل «مداخله بشردوستانه» انجامیده باشد. این واژه که به لحاظ ادبی از دو واژه منفک «مداخله» و «بشردوستانه» تشکیل گردیده است به‌معنی مداخله قهرآمیزی است که عموماً از طریق عملیات نظامی توسط شورای امنیت، گروهی از دولتها یا سازمانهای بین‌المللی با مجوز شورای امنیت در قلمرو دولت دیگر و در جهت حفظ و حمایت از جان و حقوق اساسی و بنیادین افراد موجود در قلمرو آن دولت، صورت می‌گیرد.[۳]

از دیدگاه حقوق بین‌الملل «مداخله شامل دخالت دو یا چند کشور در دولت دیگر است، که به تناسب نوع واقعه منجر به توسل به‌زور می‌گردد».[۴] این امر که به‌منظور حفظ یا تغییر نظام موجود یا وادار نمودن کشور مذکور به انجام رفتاری مشخص صورت می‌گیرد از نظر حقوق بین‌الملل امری ناپسند و غیرمشروع تلقی می‌گردد. اما آنچه که سبب مشروعیت این مداخله می‌شود، واژه «بشردوستانه» با مفهومی اخلاقی و ارزشی است که اگرچه تاکنون هیچ تعریفی از آن به عمل نیامده است،اما می‌توان گفت که «این اصطلاحی است مربوط به نگرانی از نقضهای مهم و بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه یا انکار برخی از حقوق اساسی بشر، حقوقی که مربوط به اجابت نیازهای حیاتی انسان به‌ویژه حق حیات و صیانت در مقابل رفتار بی‌رحمانه و اعمال غیرانسانی است.»[۵]

بنابراین مداخله بشردوستانه زمانی رخ می‌دهد که دولتی حقوق اولیه و اساسی بشر را به‌طور عمده، وسیع و مداوم نقض کرده باشد، به‌طوری که این نقض، وجدان بشریت را جریحه‌دار ساخته

---

۳. لازم به ذکر است که برای مداخله بشردوستانه که با اهداف بشردوستانه انجام می‌شود واژه‌هایی دیگر نیز مانند تهاجم بشردوستانه، تجاوز بشردوستانه و حتی حمله‌های مسلحانه بشردوستانه مورد استفاده قرار گرفته است. اما از آنجا که واژه‌های فوق‌الذکر دارای معنی دقیقی نیستند، هیچ‌یک از آنها نمی‌توانند استفاده از زور برطبق مقررات منشور را توجیه کنند. بنابراین استعمال آنها در عمل کاربردی ندارد و آنچه نهایتاً مورد استفاده است همان واژه مداخله بشردوستانه است. به عبارت دیگر نمی‌توان تهاجم، تجاوز، حمله را به بهانه هدف بشردوستانه توجیه کرد اما این امر در مورد مداخله با اهداف بشردوستانه امکان‌پذیر است. برای اطلاع بیشتر رک.

Orakhelashvili, Alexander, "Legal Aspects of Global and Regional International Security the Institutional Background in, Nato Eapc Research Fellowship Program (1998-2000)", May 2000, pp. 55-56. available at: http://www.nato.int/acad/fellow/98-00/orakhelashvili.pdf

4. *Black, Henry Campbell, M.A Blacks Law Dictionary, West publishing CO, sixth Edition, 1990, p. 740.*

۵. شایگان، فریده ، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، **انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران، بهار ۱۳۸۰، ص ۱۰.**

باشد. به واقع مداخله بشردوستانه توسل به‌زور در جهت کاهش یا توقف نقض حقوق افراد علیه دولت و یا گروههایی است که اقدام به نقض وسیع و فاحش حقوق بشر و آزادی‌های اساسی آنان کرده است. این تعریف از مداخله که مبتنی بر ملاحظات و ارزشهای عمومی است مفهومی کاملاً منطقی است و مورد قبول اکثریت جامعه بین‌المللی قرار گرفته است.[۶]

مداخله بشردوستانه اگرچه از آغاز با هدف و غایتی بشردوستانه انجام شد[۷] ولی در عمل بر مبنای منافع ملی دولتها ادامه یافت. به بیان دیگر دولتها برای انجام آن به صیانت نفس و حمایت از بشریت استناد کردند اما واقعیت این بود که این امر توجیهی در جهت پنهان کردن منافع حیاتی آنها قلمداد گردید وحمایت از بشریت صرفاً نمایی ظاهری برای سرپوش گذاشتن بر مقاصد غیرقانونی آنها بود.

با پایان جنگ جهانی دوم و تنظیم منشور سازمان ملل متحد به‌منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، ضمن تأکید بر احترام به حقوق بشر، انتظار می‌رفت که مداخلات بشردوستانه، واقعاً رنگ و صبغه‌ای انسانی یابد و هیچ دولتی نتواند بر مبنای منافع ملی خود وارد عمل شود، ولی تضاد منافع میان دو ابرقدرت و تشدید جنگ سرد موجب شد واقعیت این‌گونه رقم نخورد.

به هر حال با فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی (سابق)، وحدت دو آلمان در اوایل دهه ۱۹۹۰ و ایجاد وفاقی نسبی میان اعضاء دائم شورای امنیت، زمینه لازم فراهم آمد تا شورا نسبت به ایفای مسئولیت اصلی خود نقش فعال‌تری را به عهده گیرد و با واکنش در قبال نقضهای فاحش حقوق بشر زمینه لازم را برای احراز اسباب و علل مداخله بشردوستانه فراهم آورد.

اما آنچه که به‌عنوان سبب و علت مداخله بشردوستانه نیاز به تبیین دارد «نقضهای فاحش وگسترده حقوق بشر» است. بنابراین برای روشن کردن این موضوع باید بین نقض موردی و اتفاقی حقوق بشر که هر روز در گوشه و کنار جهان رخ می‌دهد با نقضهای گسترده و فاحش، تمایز قائل شد.[۸]

---

6 . *Mani, V.S, "Humanitarian Intervention Today", Recueil des Cours, Academie de Droit International. vol. 313, 2005, p. 29.*

۷. از نظر تاریخی استفاده از زور و اقدام به مداخله در جهت حمایت از بشریت، البته نه در مفهوم امروزی، به قرون وسطی برمی‌گردد. «در آن زمان مداخله به‌عنوان اقدامی در جهت حمایت از مردم ستمدیده توسط مذهب کاتولیک مطرح شد و به مردم اجازه داد که برای نجات دیگران اقدام به مداخله نمایند. برای اطلاع بیشتر رک.

Chesterman, Simon, *Just War or Just Peace, Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, First Publisher, 2001, p. 13.

همچنین بعد از آن پیمانهای دوجانبه یا چندجانبه‌ای درجهت حمایت از حقوق اقلیتها منعقد گردید که عموماً مفاد این پیمانها از این قرار بود که جمعی از دولتها حق دارند درکشور دیگری که به حمایت از اقلیت ملتزم شده، ولی آن را رعایت نکرده‌اند، دخالت کنند. ر.ک.

کروبی، محمدتقی ، دکترین مداخله بشردوستانه در پرتو حقوق بشر هزاره سوم، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۱و۱۲، پیاپی۱۸۱،۱۸۰، تابستان ۱۳۸۴.، ص ۸.

8. Dower, Nigel,"Violent Humanitarianism an Oxymoron?" in Alexander Moseley and Richard Norman (eds.,), *Human Rights and Military Intervention*, Published Ashgat, England, 2002, p. 86.

در واقع باید گفت که در این فرآیند باید از یک‌سو شأن و منزلت قاعده بین‌المللی ذی‌ربط، و از سوی دیگر شدت و گستردگی نقض قاعده ادعایی را مطمح نظر قرار داد.

بند (۲) ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) شماری از حقوق بشر را به‌عنوان حقوق غیرقابل انحراف قلمداد می‌کند که حتی بروز وضعیت فوق‌العاده عمومی در کشور، تعلیق اجرای آن حقوق را توجیه نمی‌نماید. این حقوق از جمله شامل حق حیات و ممنوعیت شکنجه می‌باشد. اینها در واقع همان حقوق اساسی هستند که تحت هیچ شرایطی نباید از آنها تخطی جست. بنابراین می‌توان گفت حقوق بنیادین بشر، امروزه از نظر ماهیت قواعدی آمره هستند.[۹]

علی‌رغم اینکه شورای امنیت در قطعنامه‌های خود بارها و بارها به نقض حقوق بشر استناد کرده، ولی هنوز معیار دقیقی از اینکه چه موضوعاتی باعث جریحه‌دار شدن وجدان بشری می‌شود عرضه نکرده است. البته با توجه به مفهوم نسل‌کشی و نیز قرار گرفتن برخی اعمال در زمره جرایم علیه بشریت طبق اساسنامه‌های دادگاههای بین‌المللی کیفری (موقت ـ دائم) مسلماً می‌توان مصادیق آن را که شامل قتل، نابودی، به‌بردگی گرفتن، اخراج، انتقال اجباری جمعیت، محبوس کردن، محروم کردن شدید دیگری از آزادی جسمانی، شکنجه، خشونت جنسی، اذیت و آزار، ناپدید کردن اجباری ، تبعیض نژادی و سایر اعمال غیرانسانی مشابه است، در حیطه نقض فاحش حقوق بشر قرار داد.

لازم به ذکر است که نقض فاحش حقوق بشر به‌عنوان عنصری لازم، نه کافی در مداخلات بشردوستانه مطرح است؛ زیرا این امر در صورتی می‌تواند منجر به مداخله شود که صلح و امنیت بین‌المللی را برهم زند. به عبارت دیگر صرف نقض حقوق بشر و بدون به رسمیت شناختن تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی (به‌عنوان حداقل معیار) مجوزی برای مداخله بشردوستانه وجود ندارد. در حقیقت مراجع بین‌المللی کیفری با توجه به عناصر مادی و معنوی جرایم بین‌المللی ذی‌ربط، و فارغ از تأثیر آن اعمال بر صلح و امنیت جهانی به اجرای عدالت بین‌المللی همت می‌گمارند در حالی که شورای امنیت به‌عنوان نهاد سیاسی حافظ صلح و امنیت بین‌المللی صرفاً توجه خود را به تأثیر اعمال مزبور بر صلح و امنیت جهانی معطوف می‌دارد.[۱۰]

تجاوز دولت عراق به کردها در شمال و شیعیان در جنوب این منطقه و سرکوب آنها که

---

۹. ذاکریان، مهدی ، حقوق بشر در هزاره جدید، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۱، ص ۴۳.

۱۰. هرچند که جرایم بین‌المللی از آن جهت که مغایر نظم عمومی بین‌المللی و به دیگر سخن بر خلاف صلح و امنیت بشری هستند به چنین وصفی متصف شده‌اند اما تفاوت شکلی و ماهیتی موجود میان اشتغالات قضائی و اشتغالات سیاسی و نیز استقلال مراجع قضائی بین‌المللی از مراجع سیاسی بین‌المللی ایجاب می‌نماید که اسباب مداخله بشردوستانه که تا حد زیادی با درک شخصی اعضاء شورای امنیت (به‌ویژه پنج عضو دائم آن) پیوندی ناگسستنی دارد با بحث اعمال صلاحیت مراجع بین‌المللی کیفری نسبت به جرایم بین‌المللی که نوعی ارزیابی و قضاوت عینی نسبت به فعل یا ترک‌فعل‌های محقق شده می‌باشد، مشتبه نگردد.

منجر به حرکت گسترده آوارگان و کثرت پناهندگان به سوی مرزهای بین‌المللی شد، و نیز درگیری بین گروهها و قبائل مختلف، گرسنگی و جان باختن مردم سومالی در این درگیریها که تراژدی عظیم بشریت را پدید آورد، همچنین قتل و آوارگی میلیونها انسان در بوسنی و هرزگوین، کشتار صد هزار نفر از مردم، پناهندگی و بی‌خانمانی یک و نیم میلیون نفر در رواندا، افزایش مداوم نقض آزادی‌های اجتماعی در هاییتی، پاکسازی قومی و نسل‌کشی و نقض حقوق اقلیتها در کوزوو، نادیده گرفتن حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش در تیمور شرقی، قتل، گرسنگی، خشونت شدید، ضرب و جرح خیل عظیم پناهندگان در دارفور موجب شد که شورای امنیت این اقدامات را تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی قلمداد کرده و اقدام به مداخله بشردوستانه نماید.

ب ـ تقابل مداخله بشردوستانه با اصول حقوق بین‌الملل

مداخله بشردوستانه اگرچه مبتنی بر ملاحظات بشردوستانه و در راستای هدف غایی منشور ملل متحد در جهت حمایت از بشریت است، اما به‌وضوح در مغایرت با دو اصل اساسی منشور یعنی اصل منع توسل به‌زور (بند (۴) ماده ۲ منشور ملل متحد) و اصل عدم مداخله و احترام به حاکمیت دولتها (بند (۷) ماده مذکور) قرار دارد و از این جهت مورد چالش قرار گرفته است.

علی‌رغم عقیده برخی که معتقدند اصول منع توسل به‌زور، عدم مداخله در امور داخلی دولتها و احترام به حاکمیت آنها درصدد تأمین حمایت افراد وضع شده‌اند، و آسایش همه افراد بشر در گرو اعمال آن است و در نتیجه هرگونه توسل به‌زور و نادیده گرفتن اصل حاکمیت و عدم مداخله، تجاوز آشکار به این اصول تلقی می‌گردد،[11] باید گفت زمانی که دولتها در ایفای تعهد خود در رعایت یا تضمین رعایت حقوق بشر قصور ورزند، یا اینکه نتوانند در مقابله با نقض فاحش حقوق بشر اقدامی مؤثر انجام دهند، و یا زمانی که کشوری در آتش منازعات و درگیری‌های داخلی میان گروههای رقیب گرفتار شده و فاقد دولتی مشخص است، آیا می‌توان باز هم به این اصول توسل جست و در جهت نجات خیل عظیم قربانیانی که ابتدائی‌ترین حقوق‌شان به‌طور فاحش، گسترده و سیستماتیک مورد نقض قرار گرفته است هیچ اقدامی انجام نداد؟

به عبارت دیگر آیا ممکن است با توجه به اهداف متعدد منشور ملل متحد، **استثنائاً** میان تضمین رعایت حقوق بشر، و احترام به حاکمیت و منع توسل به‌زور و عدم مداخله در امور داخلی

---

11 . Wheeler, Nicolas J., *Saving Stranger, Humanitarian Intervention in Society*, Oxford Press, First Publish, 2000, p. 28. Quoted H.Bull (ed.) Intervention in World Politics (Oxford: Oxford University Press), 1984, p. 193.

دولتها تعارضی پدید آید؟[۱۲] و در صورتی که پاسخ این پرسش مثبت باشد برای رفع این تعارض چه تمهیدی باید اندیشید؟

در واقع شاید در نگاه اول بر مبنای تفسیر موسع از منشور به‌نظر برسد که از آنجائی‌که اصل منع توسل به‌زور و قرینه آن یعنی اصل حل و فصل اختلافات بین‌المللی از طرق مسالمت‌آمیز به‌عنوان اصول اساسی حقوق بین‌الملل در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی وضع شده است، به‌کارگیری و توسل به هرگونه زور و نیروی نظامی علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با اهداف ملل متحد مباینت داشته باشد ممنوع قلمداد می‌گردد،[۱۳] اما طبق تصریح خود منشور در ماده ۵۱ و اعمال اقدامات قهری طبق فصل هفتم منشور باید با عقیده حقوقدانانی همراه شد که معتقدند چون بند (۴) ماده ۲ منشور ملل متحد در جهت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی وضع شده است و با دیگر اصول و اهداف ملل متحد سازگاری دارد، توسل به‌زور در حیطه مواردی که منشور به آن تصریح کرده است، مشروع تلقی می‌گردد[۱۴] دیوان نیز در قضیه مشروعیت یا عدم مشروعیت استفاده از سلاحهای هسته‌ای (در تأئید این نظر) موارد استثنائی عدم توسل به‌زور را محدود به همان دو مورد مصرح در منشور دانسته است.[۱۵]

به‌وضوح مشخص است که مداخله بشردوستانه در حیطه ماده ۵۱ منشور قرار نمی‌گیرد؛ زیرا نقض فاحش و گسترده حقوق بشر توسط دولت علیه افراد موجود در قلمرو و یا تحت صلاحیت آن، نمی‌تواند مصداق «حمله مسلحانه» به کشور دیگر تلقی گردد و در نتیجه، نمی‌توان بحث مجوز

---

۱۲. استثنائی بودن این تعارض بدان لحاظ مورد تأکید قرار گرفته است که اصولاً این امر برخلاف عقل سلیم و منطق حقوقی است که سندی بین‌المللی، به‌ویژه سندی که مبنای تأسیس سازمانی بین‌المللی است جامع اهداف و اصولی باشد که در اساس معارض یکدیگر بوده و با هم مانعه‌الجمع‌اند. وحدت و یکپارچگی سند و لزوم توجه به سیاق آن به‌هنگام تفسیر و اجرا ایجاب می‌نماید که اولاً اجرای همزمان و هماهنگ تمام قسمتهای یک سند حقوقی بین‌المللی را مفروض انگاریم و ثانیاً تا حد امکان به جمع میان بخشهای مختلف آن سند مبادرت ورزیم.

۱۳. لازم به ذکر است عده‌ای دیگر از حقوقدانان از جمله «تیسون» برخلاف وجود تفسیر موسع با اعتقاد به تفسیر محدود و مضیق از این ماده این‌گونه بیان می‌کنند: « اگر تنظیم‌کنندگان منشور می‌خواستند تهدید یا توسل به‌زور را در تمام موارد ممنوع کنند می‌بایست بند (۴) ماده ۲ به‌صورت مطلق و غیرمقید تنظیم می‌نمودند. اما آنچه که از منطوق ماده برمی‌آید آن است که تدوین‌کنندگان منشور ممنوعیتی را بنا نهاده‌اند که دارای سه خصیصه کلی باشد. برای اطلاع بیشتر رک.

Teson, Fernando, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2 nd, Transnational Publishers, 1997, p.150.

در واقع طرفداران نظریه تفسیر مضیق این اصل، به‌دلیل آنکه هدف مداخله بشردوستانه را در راستای هدف مذکور در بند (۳) ماده ۱ منشور ملل متحد می‌دانند، معتقدند مداخله بشردوستانه امری کاملاً قابل توجیه است. شاید با در نظر گرفتن این توجیه در نگاه اول به‌نظر رسد که توسل به‌زور برای صلح و ارتقای حقوق بشر با این اهداف مغایرتی ندارد، اما با تبعیت از این نظر، باید این نتیجه را هم پذیرفت که اگر دولتی از همکاری اقتصادی و اجتماعی با دولت دیگر امتناع ورزد آن دولت حق توسل به‌زور علیه آن را دارد و این نتیجه‌گیری خود به‌معنی نقض صلح و امنیت بین‌المللی، و قطعاً ناصواب است. ر.ک.

Frank,Tomas and Rodly, Nigel, "After Bangladesh The Law of Humanitarian Intervention by Military Force", ***American Journal of International Law***, vol. 61, 1973, pp. 299-302.

14 . Chesterman, Simon, *op. cit.,* p. 5.

15 . Nuclear Weapon, ICJ Reports (1996), paras. 38.47.

توسل به‌زور را در قالب دفاع مشروع و با عنوان جدید «مداخله بشردوستانه» مطرح کرد. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه نیکاراگوئه بر این امر صحه گذاشت و اعلام کرد که «استفاده از زور روشی مناسب جهت حمایت از حقوق بشر نیست».[۱۶]

اما نظام امنیت جمعی سازمان ملل متحد در قالب فصل هفتم منشور که به‌عنوان دیگر استثناء مصرح بند (۴) ماده ۲ منشور مطرح گردیده است در مواردی به اجرا درمی‌آید که شورای امنیت با احراز یکی از مصادیق تهدید علیه صلح ، نقض صلح و تجاوز در جهت اعمال مسئولیت اساسی خویش اقدام نموده و تصمیماتی را با توجه به مواد ۴۱ و ۴۲ منشور اتخاذ کند. بر این اساس هنگامی که نقض حقوق بشر به آن درجه از شدت و گستردگی برسد که به‌زعم شورای امنیت برای صلح و امنیت بین‌المللی مخاطره‌آمیز باشد، توسل به‌زور با مجوز شورای امنیت قابل توجیه است.

در واقع این استثناء به‌عنوان موضوعی مشترک در زمره استثنائات اصل عدم مداخله و احترام به حاکمیت داخلی دولتها نیز قرار گرفته است. زیرا طبق بند (۷) ماده ۲ منشور ملل متحد اگرچه هیچ‌یک از ملل متحد مجاز نیستند در اموری که ذاتاً در حیطه صلاحیت داخلی هر دولتی است دخالت نمایند،[۱۷] لیکن عدم مداخله به تصریح بند مذکور، به اعمال اقدامات قهری پیش‌بینی‌شده در فصل هفتم منشور لطمه‌ای وارد نمی‌آورد.

در تبیین این مطلب باید گفت هرچند جامعه بین‌المللی حقوق بشر را در چارچوب نظام ملی و در حیطه صلاحیت داخلی دولتها پذیرفته است و با اتکاء به ساز وکارهای تعبیه شده در آن نظام، آن را مورد حمایت قرار می‌دهد، ولی وقتی دولتی در ایفای تعهد بین‌المللی خود در زمینه حمایت از

---

16 . Nicaragua Case**,** *ICJ Reports* (1986), para. 265.

۱۷. واقعیت این است که موضوعاتی که ذاتاً در حیطه صلاحیت داخلی دولتها قرار دارند هنوز مبهم و موضوع اختلاف سیاسی است زیرا ارگان‌های سیاسی بین‌المللی و به‌ویژه شورای امنیت در این زمینه به میزان تأثیرپذیری صلح و امنیت بین‌المللی از وقایع محقق‌شده در کشور یا منطقه‌ای خاص توجه کرده‌اند. تردیدی نیست که تفویض عمل تشخیص داخلی یا بین‌المللی بودن موضوعات به ارگان‌های سیاسی یعنی مجمع عمومی و شورای امنیت واکنش گزینشی آنها را در پی خواهد داشت. برای اطلاع بیشتر رک.

Zemanek, Karl Human Rights Protection V.S. Non-Intervention: A Perennial conflict? In L.C Vohrah, *et. al*. (eds.), **Man's Inhumanity to Man**, Kluwer Law International, Printed in The Netherlands, 2003, p. 965.

در واقع باید خاطرنشان ساخت که با توجه به رویه قضائی بین‌المللی معیار تشخیص «امور داخل در حیطه صلاحیت داخلی»، تعهدات بین‌المللی هر دولت است به عبارت دیگر هر موضوعی که دولت در آن مورد تعهدی بین‌المللی نداشته باشد مسئله‌ای داخلی محسوب می‌شود. به بیان دیگر با توجه به اصل استقلال و حاکمیت دولتها و تجلی این اصل در فرآیند التزام دولتها به تعهدات بین‌المللی، این معیار در مورد هر دولت اصولاً جنبه شخصی دارد و بسته به مورد باید اعمال گردد. البته امروزه با توجه به توسعه و پیشرفت حقوق بین‌الملل به‌ویژه در زمان حیات سازمان ملل متحد، می‌توان چنان معیاری را در گستره قواعد آمره بین‌المللی و تعهدات عام‌الشمول، عینی قلمداد نمود و در حیطه برخی از تعهدات بین‌المللی تمکین نوعی حاکمیت و تعدیل فراگیر و همگانی اصل عدم مداخله در امور داخلی را ملاحظه نمود.

حقوق بشر و مقابله با نقض آن اهمال نماید، لازم است اقدام بین‌المللی لازم توسط نهادهای بین‌المللی ذی‌صلاح و به انحای مختلف ـ از بررسی گزارشهای ارسالی گرفته تا اقدامات قهری ـ صورت می‌پذیرد؛ زیرا متهم اصلی نقض حقوق بشر اصولاً همان دولتی است که قانوناً نه تنها مکلف به احترام به حقوق بشر، بلکه موظف به تضمین رعایت آن در مورد تمام اشخاص موجود در قلمرو و یا تحت صلاحیت خود بوده است.

بنابراین در صورت نقض حقوق بشر به‌صورت فاحش، گسترده و سیستماتیک و در پی آن احراز هرگونه عاملی که صلح و امنیت بین‌المللی را برهم زند موجب می‌شود که شورای امنیت با توسل به اقدامات قهری محق به مداخله در اموری گردد که در غیر از این صورت مداخله در امور داخلی دولتها تلقی می‌شود.

مبحث دوم
شورای امنیت در مقام مداخله بشردوستانه

با تحولات حقوق بین‌الملل مداخله یک جانبه یک یا چند دولت با انگیزه حفظ و حمایت از جان و حقوق اساسی و بنیادین افراد نه تنها دیگر امری مشروع تلقی نمی‌گردد بلکه تلاش انفرادی دولتها حتی قدرتمندترین آنها در مقابل تهدیدات امروزی به نتیجه نخواهد رسید.

بنابراین مداخله بشردوستانه در مفهوم امروزین (امنیت جمعی) مداخله قهرآمیزی است که عموماً از طریق عملیات نظامی توسط شورای امنیت، در جهت حمایت از بشریت صورت می‌گیرد. شایان ذکر است اقدام به مداخله بشردوستانه اگرچه در جهت حمایت از بشریت است اما بیشتر از جنبه بین‌المللی بودن آن مد نظر شورا قرار گرفته است تا جنبه بشری آن.

باید گفت که امروزه نیاز به امنیت جمعی که به‌عنوان «آزادی بیشتر» مورد توجه قرار گرفته است، از جنبه بشری بودن آن حائز اهمیت گردیده است؛ زیرا همکاری جهانی میان دولتها نه تنها سبب پیشرفت‌های داخلی است، بلکه به‌دلیل حمایت از بشریت در مقیاسی وسیع نفع همه کشورها را به دنبال دارد. در واقع شکل‌گیری این همکاری به‌طور پایدار موجب برخورداری مردم جهان از حقوق حقه‌شان مانند امنیت، توسعه و عدالت می‌شود.[۱۸]

بنابراین آنچه در این مبحث به‌عنوان موازین مداخله بشردوستانه مورد بررسی قرار می‌گیرد، توسل به اقدامات نظامی توسط شورای امنیت است. هرچند که در بررسی کلی عملکرد شورای امنیت در جهت اعاده صلح و امنیت بین‌المللی، این نهاد از اقدامات غیرنظامی نیز بهره جسته است، اما آنچه از نظر موضوعی مورد بررسی قرار می‌گیرد، اقدامات نظامی نهاد مذکور می‌باشد.

الف ـ شورای امنیت و ایفای مسئولیت

منشور ملل متحد با تصمیم به محفوظ داشتن نسلهای آینده از بلای جنگ، اولین هدف خود را در ماده۱، حفظ صلح وامنیت بین‌المللی قرار داده و بر مبنای همین امر، طبق ماده۳۹ منشور مسئولیت این مهم را به شورای امنیت واگذار کرده است. این بدان معناست که شورای امنیت در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی دارای نمایندگی نبوده، بلکه نهاد مسئول با قابلیت اقدام قطعی است و بر همین اساس کشورهای دارای حق وتو باید پذیرای مسئولیتی بیشتر در ارتقای امنیت بین‌المللی باشند.

البته واگذاری این مسئولیت با مشکلاتی در اجرا مواجه شد که از آن جمله می‌توان به عدم

---

18 . A/59/2005/**In Larger Freedom: toward Development, Security and Human Rights for All** .Report of Security General, 21 Mars 2005,paras 18,19,20.

تعریف واژه صلح و امنیت بین‌المللی[۱۹] و عدم تشکیل نیروهای ملل متحد طبق ماده ۴۳ منشور اشاره کرد.

اما با این حال عدم تعریف دقیق از واژه صلح و امنیت بین‌المللی موجب شد که واژگان مندرج در ماده ۳۹ نیز دارای تعریف دقیق و مشخصی نبوده و تشخیص و احراز آنها نیز کاملاً به شورای امنیت واگذار شود.[۲۰]

به هر حال شورای امنیت سازمان ملل متحد، با احراز تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی طبق ماده ۳۹ منشور موظف به اعمال اقدامات خود در جهت اعاده صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد و بی‌تردید برای اجرای تصمیمات خویش از طریق نظامی نیازمند مشارکت گسترده سیاسی، نظامی و مالی دیگر اعضای سازمان ملل متحد است.

هرچند که وجود مکانیسم اجرایی عملیات امنیت جمعی جهت ایفای مسئولیت شورا، صراحتاً در ماده ۴۳ منشور ملل متحد ذکر شده است، اما از آنجائی‌که تاکنون در هیچ رویه‌ای توافقنامه‌ای برطبق ماده مذکور منعقد نگردیده است، از همان ابتدای دهه ۹۰، (بحران عراق) بحثهای جدیدی در ناتوانی شورای امنیت و عدم کارایی آن مطرح شد.[۲۱]

---

۱۹. البته گزارش هیأت عالی دبیرکل تحت عنوان «جهانی امن‌تر، مسئولیت مشترک ما» که در ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۴، به دبیرکل ملل متحد تقدیم گردید تعریفی از تهدید علیه امنیت بین‌المللی ارائه کرده است که به‌موجب آن تهدید علیه امنیت بین‌المللی یا تهدید برون مرزی، تهدیدات به هم پیوسته‌ای هستند که حمله به یکی حمله به همه محسوب می‌شود. بنابراین مبنا تهدید علیه امنیت بین‌المللی خطر تهدیدات دیگر را گسترش می‌دهد. ر.ک.

A More Secure World: Our Shared Responsibility*: The Report is Available*

http://www.un.org/secureworld/report.pdf

این گزارش بر مبنای بررسی تهدیدات پیش روی جامعه بین‌المللی در دوران معاصر و ارزیابی توانایی سازمان ملل متحد برای مقابله به آنان در ۴ فصل، ۲۰ بخش، ۳۰۲ بند و ۱۰۱ توصیه تهیه شده است .کوفی عنان بر مبنای این گزارش در ۲۱ مارس ۲۰۰۵ نظرات خود را تحت عنوان «در آزادی بیشتر به سوی توسعه و امنیت و حقوق بشر برای همه» در ۶ فصل با تأکید بیشتر بر حقوق بشر به مجمع عمومی ارائه کرد.ر.ک.

A/59/2005/*op.cit.*, *supra* note18.

۲۰ . عدم تعریف دقیق این مفاهیم و واگذاری تشخیص آن به شورای امنیت ناشی از افکار دولتها نسبت به دو جنگ ویران‌کننده جهانی و تمایل تدوین‌کنندگان منشور نسبت به نامحدود بودن اختیارات شورای امنیت در اتخاذ تصمیم و تعیین مصادیق این وضعیت‌ها بود. اما بدون تعریف رها کردن این مفاهیم و احراز آن به اراده شورا با توجه به وجود حق وتوی اعضاء دایم شورای امنیت و توسعه عوامل وابسته به اقتصاد،گسترش روابط دوستانه، تساوی حقوق، خودمختاری ملل و ابعاد بشردوستانه به‌عنوان صلح، موجب اقتدار بیش از اندازه شورای امنیت (با توجه به سیاسی بودن این نهاد) گردید. این امر موجب شده است که شورای امنیت با وجود عبارت Shall Determine از مسئولیت خود در شناسایی تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی شانه خالی کند؛ زیرا بارها و بارها از تروریسم به‌عنوان عامل تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی یاد کرده است، ولی هرگز فقر وتوسعه کشورهای جهان سوم را به‌عنوان وضعیت تهدید کننده صلح وامنیت برنشمرده است..

۲۱. ر.ک. شفیعی، محمد، بررسی مشروعیت دخالت های نظامی بشردوستانه از دیدگاه حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی، شماره ۲۰ ،۱۳۷۶، ص ۳۹۸.

البته طبق گزارش جهانی امن‌تر، مسئولیت مشترک ما، مکانیسم امنیت جمعی باید دارای سه عنصر تأثیر، کارایی، انصاف باشد تا پایدار باقی بماند و کارایی آن به مشروعیت تصمیمات اتخاذی و درک مشترک مشروعیت آن تصمیمات بر مبنای شواهد و و دلایل درست اخلاقی بستگی دارد. برای اطلاع بیشتر ر.ک.

همچنین این موضوع مورد توجه هیأت عالی منتخب دبیرکل در ارائه گزارش «جهانی امن‌تر، مسئولیت مشترک ما» (۲۰۰۴) نیز قرار گرفت زیرا آنها با توجه به ضعف موجود جهت اصلاحات شورای امنیت پیشنهاد کردند که اعضایی که همکاری مالی، نظامی و دیپلماتیک بیشتری دارند باید در روند تصمیم‌گیری نقش بیشتری داشته باشند و کشورهای درحال توسعه نیز البته تا جایی که قابلیت شورا تخریب نگردد، باید در فعالیت آن مشارکت بیشتری داشته باشند.[۲۲]

به هر حال ذکر مواد ۴۶ و ۴۷ منشور در خصوص تشکیل یک کمیته ستاد نظامی با مسئولیت هدایت و راهنمایی هریک از نیروهای مسلح، حکایت از آن دارد که هیچ الزامی جهت انعقاد توافقنامه مطابق ماده ۴۳ منشور ملل متحد وجود ندارد.

بر این اساس موضوع اعطای مجوز مطابق بند (۲) ماده ۲۴ (صریحاً) و مقررات فصل هفتم منشور(تلویحاً)، در جهت اقدامات شورای امنیت تاکنون راه گشا بوده است. به عبارت دیگر فقدان انعقاد موافقت‌نامه خاص مطابق ماده ۴۳ منشور مانع از آن نیست شورای امنیت صلاحیت خود را در توسل به‌زور به نیروهای نظامی دولتهای عضو واگذار کند. «پطروس پطروس غالی نیز در ۱۹۹۴ با اذعان به این امر که شورای امنیت نمی‌تواند خود در صدد عملکرد اجرایی بر آید تأکید کرد که باید این عملیات از طریق *نیروهای چند ملیتی*[۲۳] صورت گیرد».[۲۴]

بر مبنای ضرورت شناخت چنین صلاحیتی برای شورای امنیت جهت انجام مسئولیت خطیر خویش شورا با ذکر واژه Authority اختیارات خود را بر مبنای فصل هفتم منشور به دولتها[۲۵] و سازمانهای منطقه‌ای اعطا نموده است.[۲۶]

A More Secure World: Our Shared Responsibility, ***op.cit.,*** paras 31-43

22. *Ibid.*, para. 249 .

۲۳. لازم به ذکر است که باید میان نیروهای امنیت جمعی یا نیروهای ملل متحد با نیروهای چند ملیتی تمایز قائل شد. زیرا نیروهای ملل متحد مطابق با طرح منشور عملیات خود را انجام می‌دهند در حالی که نیروهای چند ملیتی توسط گروهی از دولتها خارج از سیستم سازمان ملل متحد به فعالیت می‌پردازند. برای مطالعه بیشتر ر.ک.

White, N.D., and Ulgen, Ozlem, " The Security Council and the Decentralised Military Option: Constition and function ", ***Netherland International Law Review****.vol XLIV, 1997/3, p. 381.*

24 . Quoted: from David M. Milone"The Security Council In the Post-Cold War: A Study In the Creative Interpretation of the U.N Charter ",**International Law and Politics**, vol 35, Winter 2003, No.2, p. 492 .

۲۵. البته رویدادهای دو دهه اخیر حاکی از این است که شورای امنیت علاوه بر اعطای مجوز به دولتها سرپرستی و فرماندهی نیروهای چند ملیتی را برای انجام عملیات به یک دولت واگذار نموده است. فرماندهی امریکا، فرانسه و استرالیا به ترتیب درسومالی و هاییتی، رواندا و تیمور شرقی مصادیق این ادعا می‌باشد.

See: S/RES 794, December 3, 1992, .S/RES 929, June 22, 1994, S/RES 1264, September 15, 1999, S/RES 1272, October 25, 1999.

۲۶. به‌طورکلی سازمانهای بین‌المللی می‌توانند وظایف و اختیارات خود را به یک سازمان بین‌المللی دیگر اعطا کنند. شورای امنیت نیز با پیروی از این قاعده مطابق ماده ۵۲ منشور و با عنایت به وجود منافع اساسی جامعه جهانی، عدم امکان سوء

با وجود صلاحیت شورای امنیت در تفویض اختیارات خود جهت توسل به نیروی نظامی، رکن حافظ صلح و امنیت بین‌المللی در مقام تصمیم‌گیرنده اجازه داده است که دولتها و سازمانهای بین‌المللی از قدرت او در راستای مهمترین مسئولیتش استفاده نمایند. بر همین مبنا می‌توان گفت هدف اساسی شورای امنیت از اعطای مجوز، صرفاً جبران خلأ ناشی از عدم اجرای ماده ۴۳ منشور بوده است. به عبارت دیگر «فقط در این صورت است که سازمانهای منطقه‌ای یا دولتها به‌طور جمعی می‌توانند مداخله بشردوستانه را اعمال کنند».[۲۷]

ب ـ مداخله بشردوستانه توسط شورای امنیت

به‌طورکلی هدف از رجوع به اقدامات فصل هفتم، بهتر عمل کردن شورای امنیت در جهت تحقق هدف اصلی سازمان ملل و در راستای همان مسئولیتی است که به شورای امنیت واگذار شده است.

اما نظر به اینکه هدف مداخله بشردوستانه تأمین امنیت اقدامات انسان دوستانه و کمک‌رسانی به جمعیتهایی می‌باشد که در معرض خطر قرار گرفته اند قبل از پرداختن به اقدامات نظامی لزوم توضیح مختصری در زمینه تمهیداتی که شورای امنیت قبل یا در حین مداخلات بشردوستانه (طبق ماده ۴۰ منشور) به کار می‌برد ضروری به‌نظر می‌رسد. البته شورای امنیت این تمهیدات را به جهت اجتناب از شدت وضعیت به کار گیرد و از آنجائی که به کارگیری آنها به‌عنوان تدابیر تأمینی، فوری و ضروری تلقی می‌شوند به هیچ عنوان حالت مداخله‌گرایانه نداشته و با حفظ حقوق و وضعیت طرفین صرفاً خصوصیت بازدارندگی را دارا می‌باشند.

۱ـ تمهیدات شورای امنیت

ماده ۴۰ منشور مقرر می‌دارد: «برای جلوگیری از وخیم‌تر شدن وضعیت، شورای امنیت می‌تواند قبل از آنکه طبق ماده ۳۹ مبادرت به توصیه یا تصمیم به اتخاذ اقدامی کند طرفهای ذینفع را دعوت کند که اقدامات موقتی را که شورای امنیت ضروری تشخیص می‌دهد، انجام دهند. اقدامات مذکور به حقوق یا ادعاها یا موقعیت طرفهای ذینفع لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. در صورت عدم اجرای اقدامات موقتی شورای امنیت این قصور را چنانکه باید وشاید منظور نظر می‌دارد».

استفاده دولتها، رعایت حقوق بشر و جلوگیری از نقضهای جدی‌ترحقوق بشر اعطای مجوز به سازمانهای بین‌المللی را بیشتر مد نظر خود قرار داده است.برای مطالعه بیشتر رک.

Sarooshi, Danesh**, The United Nations and Development of Collective Security**, Oxford University press, 2000, p. 280**.**

27. Zaklin, Ralf, Beyond Kosovo: The United Nations and Humanitarian Intervention, in L.C Vohrah, *et.al* (eds.), *Man's Inhumanity to Man*, Kluwer Law International, Printed in The Netherlands, 2003. p. 950**.**

ارسال کمکهای بشردوستانه جهت کاهش وخامت اوضاع قربانیان در شـرایط اضـطراری از طریق تأمین نیازهای حیاتی آنان مانند آب ، غذا ، دارو و خدمات پزشکی، درخواست آتش‌بس جهت فراهم آوردن امکان سازش میان طرفین و اعزام نیروهای حافظ صلح به هدف نظارت بر آتش‌بـس یا ایجاد فضایی مساعد برای تسهیل اعاده صلح و امنیت بین‌المللی، از جملـه اقـداماتی اسـت کـه شورای امنیت به هنگام در مخاطره قرار گرفتن صلح و امنیت بین المللی انجام می‌دهد.

در سالهای آغازین دهه ۹۰ رعب و وحشت ناشی از تجاوزات دهشتناک بر حقوق بشر که در اثر بروز مناقشات و درگیریهای مسلحانه در کشورهایی چون عراق و سومالی به‌وجود آمد، موجب واکنش مبتکرانه شورای امنیت در صدور قطعنامه‌هایی با هدف تسهیل کمک‌رسانی بشردوستانه به قربانیان شد.[۲۸]

ارسال کمکهای بشردوستانه به‌عنوان عاملی برای جلوگیری از وخیم‌تر شدن وضعیت و تسکین مردم در اغلب موارد از جمله در بحران رواندا، بوسنی و هرزگوین، هاییتی، کوزوو، تیمور شرقی و حتی دارفور مورد توجه قرار گرفته است.[۲۹]

حمایت از مقررات حقوق بشردوستانه، وجود ملاحظات انسان‌دوستانه، ایجاد فرصت مناسب برای سازش، بیم و احساس خطر از گسترش بحران و جنگهای داخلی به کشورهای همسایه،[۳۰] موجب تصویب قطعنامه ۷۱۳(۱۹۹۱) در بوسنی و هرزگوین و قطعنامه ۱۱۹۹(۱۹۹۸) در کوزوو بر مبنای ایجاد آتش‌بس گردید. همچنین از دولت سودان نیز در بحران دارفور درخواست آتش‌بس شد، اما به‌طورکلی هیچ‌یک از آنها نتوانست در جلوگیری از ادامه جنگ و وخامت اوضاع منتج به نتیجه گردد؛ بنابراین رویه شورای امنیت در به‌کارگیری این روش نه تنها حاکی از نوآوری نبود بلکه مثمر ثمر هم واقع نشد.

---

۲۸. ارسال کمکهای بشردوستانه در عراق مطابق بند (۳) قطعنامه ۶۷۸ و در خواست شورا از عراق مبنی بر اجـازه دسترسـی فوری سازمانهای بین‌المللی بشر دوستانه به کلیه افراد نیازمند در تمام نقـاط عـراق و فـراهم آوردن تـسهیلات لازم را بـرای عملیات این سازمانها، صورت گرفت. اما در سومالی سازماندهی کمکهای بشردوستانه از طریق دبیرکل و نیروهای پاسدار صلح موسوم به یونوسوم و نهایتاً توسل به‌زور برای تحویل کمکهای بشردوستانه حاکی از گستردگی بیشتر این عملیات بـود. البتـه لازم به ذکر است که توسل به نیروی نظامی که جهت تحویل کمکهای بشردوستانه (در سومالی، بوسنی و هرزگوین و غیـره) صورت گرفت، نمی‌تواند راه حل صحیحی باشد؛ زیرا هرچند توسل به‌زور برای کمک بـه غیرنظامیـان و اهـداف بـشردوستانه صورت می‌گیرد اما ضمن اینکه نمی‌تواند از ارتکاب جرایم بین‌المللی علیه غیرنظامیان جلوگیری کند، خود موجب می‌شـود بـر غیرنظامیانی که از جنگ و مخاصمه صدمه دیده‌اند و از نیازهای اساسی خود محروم شده‌اند، فشاری مضاعف وارد آورد. امروزه کمکهای بشردوستانه به‌عنوان ابزارهای حیـاتی در جهـت ایفـای مـسئولیت حمایـت از غیرنظامیـان (بـه‌عنـوان یـک اصـل لازم‌الاتباع) مطرح می‌باشد.

29 . See: S/RES 836 June 4, 1993. S/RES 1199 September 23, 1998.S/RES 1264 September 15, 1999. S/RES 1590 March 24, 2005.

30. Diter, Felek, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, New York, 1995. p. 59.

نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد که قبل ازجنگ سرد سعی داشتند از طریق ایجاد فضای مساعد جهت انجام مذاکرات سیاسی و نیل به یک راه‌حل جامع از طریق مسالمت‌آمیز، نظارت بر آتش‌بس، جلوگیری از تشدید مخاصمات،کنترل و مهار آن مأموریت خود را برای حفظ صلح انجام دهند بعد از جنگ سرد با تحول در حیطه عملکردی‌شان با وظایفی پیچیده اما خطرناک‌تر، از حالت حفظ صلح سنتی خود خارج شده و اقدام به اجرای صلح نمودند.

به‌عبارت دیگر شورای امنیت با اعطای مجوز استفاده از ابزارهای لازم به این نیروها در بوسنی، سومالی، رواندا و غیره جهت حمایت از عملیات امدادی بشردوستانه و کمک به اجرای آن، مأموریت حفظ صلح واجرای صلح را به آنها واگذار می‌کند[۳۱] و این امر در حالی رخ می‌دهد که منطق حفظ صلح منبعث از مبانی سیاسی و متمایز از مبانی اجرایی می‌باشد.[۳۲]

به هر حال توسعه وظایف و گسترش حیطه عملکرد نیروهای حافظ صلح در زمینه تسهیل کمکهای بشردوستانه، نظارت بر انتخابات در تیمور شرقی[۳۳] و نهایتاً استقرار صلح و امنیت در هاییتی و تیمور شرقی دال بر افزایش قابل توجه نقش این نیروها در مداخلات بشردوستانه است. به عبارت دیگر تجویز اقدامات قهری به نیروهای مذکور سهم بسزایی در موفقیت این نیروها در اجرای وظایف خویش و بازگرداندن امنیت به هاییتی و تیمور شرقی داشته است.[۳۴]

۲ـ اقدامات نظامی

اقدامات نظامی، تدابیر قهری مسلحانه‌ای هستند که به‌عنوان ضمانت اجرای مؤثر و واقعی در برابر«تهدید علیه صلح،»«نقض صلح» یا «عمل تجاوزکارانه» پیش بینی گردیده است.

ماده ۴۲ منشور ملل متحد که مستند شورای امنیت در عملیات نظامی است، بیان می‌کند: «درصورتی که شورای امنیت تشخیص دهد که اقدامات پیش‌بینی شده در ماده ۴۱ کافی نخواهد بود یا ثابت شده باشد که کافی نیست می‌تواند به‌وسیله نیروهای هوایی، دریایی یا زمینی به اقداماتی که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی ضروری است، مبادرت ورزد».

بنابراین با توجه به مفهوم ماده ۴۲ ضمانت اجراهای نظامی در صورتی اجرا می‌شوند که عدم کفایت ماده ۴۱ در بکارگیری ضمانت اجراهای غیرنظامی ثابت شده یا مشخص شود که

---

31. Sarooshi, Danesh, *op. cit., supra* note 26, p. 164..

32 . Mani, V.S, *op. cit., supra* note 6, p, 281.

33 . U.N.Doc.S/RES1264 (1999), September 15, 1999, para. 3.

۳۴. در واقع تجویز توسل به‌زور به نیروهای حافظ صلح در هاییتی و تیمور شرقی موجب تقویت سازمانهای مؤثر در امنیت هاییتی، تثبیت امنیت در سراسر تیمور شرقی و حفظ حقوق بشر در آینده گردید.

بکارگیری این ماده مثمرثمر نخواهد بود،[۳۵] اما لازم نیست که همـه راهـها امتـحان گردد و عدم موفقیت آن اثبات شود، بلکه اگر مشخص باشد که علی‌رغم سعی بر این معیارها، موفقیت حاصل نمی‌گردد، کافی است.[۳۶]

البته امروزه بنا به گزارش «جهانی امن‌تـر، مـسئولیت مـشترک مـا» پـنج شاخـصه جهـت مشروعیت توسل به‌زور توسط شورای امنیت مد نظر قرار گرفته است که عبارتند از :

۱. تهدید جدیت داشته باشد؛
۲. تهدید علیه کشور یا امنیت انسانی باشد؛
۳. توسل به‌زور با هدف مناسب(توقف یا جلوگیری از تهدید مورد بحث) صورت گیرد؛
۴. توسل به نیروی نظامی به‌عنوان آخرین ابزار مورد استفاده قرار گیرد (اقدامات غیرنظامی اعمال شده باشد)؛
۵. از ابزاری متوازن استفاده شود. (نتایج فعالیت نظامی بدتر از عدم انجام این عملیات نباشد). در واقع این بند به توازن قدرت، مقدار، مدت و شدت فعالیتهای غیرنظامی برای برخورد با تهدید مورد نظر و توازن نتایج اشاره دارد.[۳۷]

به عبارت دیگر این وظیفه شورای امنیت است که برای توسل به‌زور نگاهی عمیق به جدیت تهدید و تناسب ابزارهای نظامی با تهدید موجود و اهداف نظامی داشته باشد. همچنین شورای امنیت باید احتمال موفقیت را تخمین زند که آیا شانس معقولی برای موفقیت وجود دارد یا خیر ؟

در واقع اقدامات نظامی با تعهد به‌وجود احتمال موفقیت، شفافیت سنجش و اندیشه شورای امنیت را به دولتها و افکار عمومی نشان می‌دهد.[۳۸]

در رویه شورای امنیت ناکارآمدی و عدم کفایت اقدامات مـاده ۴۱ در جلـوگیری از کـاهش رنج بشریت موجب شد که شورای امنیت مطابق قطعنامه‌های ۶۸۸ (۱۹۹۰) در عـراق،۷۹۴ (۱۹۹۲) در سومالی، ۹۲۹ (۱۹۹۴)در رواندا،۹۴۰ (۱۹۹۴) در هاییتی و ۱۲۷۲ (۱۹۹۹) در تیمورشرقی بـا ذکـر عبارت «استفاده از ابزارهای لازم» از اقدامات نظامی بهره جوید. بر همین اساس شورای امنیـت در

---

۳۵. اقدامات ماده ۴۱ مطابق منشور ملل متحد شامل متوقف کردن تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات و راه آهـن دریایی، هوایی، پستی تلگرافی، رادیویی، و سایر وسایل ارتباطی و قطع روابط سیاسی می‌باشد کـه هـدف از اجـرای آن فـشار آوردن به دولتها جهت پذیرش تقاضای شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. شایان ذکر اسـت اقـدامات ذکـر شده در ماده ۴۱ تمثیلی بوده و به هیچ وجه جنبه انحصاری و محدود ندارد. به دیگر سخن شـورای امنیـت بـا اختیـار تـام در تصمیم‌گیری می‌تواند هر اقدام غیرنظامی را که لازم می‌داند پیش‌بینی و اعمال نماید.

36. Kolb, Robert, "Note on Humanitarian Intervention", *RICR*, vol.85, No.849, March 2003**,** p. 132.

37 . A More Secure World: Our Shared Responsibility**. ,** ***op. cit., supra*** note 19, para. 207.

38 . A/59/2005/, *op. cit., supra* note 18, para.126.

بسیاری از بحرانهای بشردوستانه از جمله عراق، سومالی و رواندا با ایجاد مناطق امن[۳۹] تشکیل یک نیروی چند ملیتی را به رهبری امریکا در هائیتی و تشکیل حکومت موقت در تیمور شرقی به نقضهای حقوق بشر خاتمه داد.

نکته حائز اهمیت این است که که اگرچه بر مبنای فصل هفتم (ماده ۴۱ منشور) دستوراتی برای وقایع بوسنی و هرزگوین در ۱۹۹۳ و جریان کوزوو در ۱۹۹۹ صادر شد، اما به‌دلیل فقدان اراده سیاسی ناشی از تهدید روسیه به استفاده از حق وتوی خویش در تصویب قطعنامه بر مبنای ماده ۴۲، اقدامی در این زمینه صورت نگرفت.

اما با توجه به گستردگی حیطه اختیارات دراعمال اقدامات مطابق مواد ۳۹ و ۴۲ منشور نمی‌توان پذیرفت که این نهاد بین‌المللی ملزم به رعایت هیچ محدودیت و تقیدی در اقدامات بشردوستانه نباشد. بنابراین در مبحث بعدی محدودیتهای شورای امنیت مد نظر قرار می‌گیرد.

۳۹. در حقوق بین‌الملل بشردوستانه مناطق امن شامل اردوگاه، بندر، شهر، روستا یا ساختمانی است که با هدف حمایت از افراد آسیب‌پذیری که در جنگ شرکت ندارند، اعم از نظامیانی که به‌دلیل بیماری یا جراحات از صحنه نبرد دور شده‌اند یا غیرنظامیانی که در جنگ و مخاصمه شرکت ندارند، اما در معرض تهدید آن قرار گرفته‌اند، تشکیل می‌گردد بنابراین مناطق امن، با هدف ایجاد فضایی مصون از هرگونه حملات نظامی و ارائه کمکهای بشردوستانه غذایی و دارویی، و ارائه خدمات پزشکی و تأمین امنیت اشخاص آسیب‌پذیر، جریان بازگشت پناهندگان را ممکن ساخته و به آن سرعت می‌بخشد.

مبحث سوم
مرزها و محدودیتهای شورای امنیت

مداخله بشردوستانه در راستای اهداف مقدس جامعه بین‌المللی با استفاده از وسائل قانونی، از مشروعیت لازم برخوردار خواهد بود. به عبارت دیگر شورای امنیت به‌عنوان رکن صالح اقدامات جمعی، بعد از احراز ضرورت مـداخله بشردوستانه به‌دلیل نقض‌های جدی حقوق بشر باید هر اقدامی را که بر مبنای ماده ۴۱ و ۴۲ منشور ملل متحد مؤثر تشخیص می‌دهد ضمن احترام به حاکمیت داخلی دولتها با رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه و اصل ضرورت و تناسب، به‌کار گیرد.

به‌نظر می‌رسد رعایت این اصول برای ممانعت از هرگونه سوءاستفاده، غلبه بر منفعت ملی دولتها، مشروعیت مداخله و استفاده از قدرت در جهت عدالت وضع گردیده است.

بنابراین در این قسمت مرزها و محدودیتهای وارد بر عملکرد شورای امنیت در حین مداخله و رعایت این محدودیتها توسط آن مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

الف ـ رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه

حقوق بشردوستانه بین‌المللی مجموعه‌ای از قواعد بین‌المللی با هدف محدود ساختن آثار جنگ نسبت به مردم و اهداف جنگی می‌باشد و شورای امنیت به‌عنوان یکی از ارکان سازمان ملل متحد موظف گردیده است که برای تأمین بهتر اعاده صلح و امنیت بین‌المللی در اعمال انجام عملیات قهرآمیز بر مبنای ماده ۴۱ و ۴۲ منشور ملل متحد، این حقوق را مدنظر قرار دهد. در واقع با لزوم رعـایت حقـوق بشردوستانه در جنگها و مخاصمات داخلی می‌توان گفت که حقوق بشردوستانه نوعی محدودیت بر توسل به‌زور تلقی می‌شود. رعایت این حقوق متضمن در نظر گرفتن دو اصل ضرورت و تناسب می‌باشد.

۱ـ اصل ضرورت

به‌طورکلی حملات نظامی، باعث خسارت به شهروندان و نابودی زندگی بشر می‌شود.[۴۰] بنابراین در مداخله بشردوستانه باید با توجه به مقاصد انسان‌دوستانه و حفاظت از غیرنظامیان از انجام عملیاتی که فاقد ضرورت نظامی می‌باشند، خودداری نمود.[۴۱]

در همین راستا اصل ضرورت بیان می‌دارد که استفاده از زور علاوه بر لزوم، باید از نظر

---

40 . Marie, Jean, **Customary International Humanitarian Law**, ICRC, Cambridge, vol. 1, 2005**,** p. 49.
41. *Ibid*, p. 46.

عقلایی با احتمال بالای موفقیت جهت پایان دادن به تجاوزات بشری همراه باشد.[۴۲] همچنین این اصل مستلزم عدم موفقیت در آزمایش گزینه‌های دیگر غیر از توسل به‌زور می‌باشد. به عبارت دیگر پاسخ به مداخله باید به‌صورت مرحله به مرحله صورت گیرد و توسل به‌زور به‌عنوان آخرین روش به‌کار گرفته شود.

برای رعایت اصول حفاظت از غیرنظامیان، احتمال بالای موفقیت در اقدام نظامی و آزمایش گزینه‌های دیگر غیر از توسل به‌زور می‌توان گفت که رعایت اصل ضرورت در رعایت تقدم ماده ۴۱ بر ۴۲ منشور می‌باشد. به دیگر سخن توسل به‌زور در صورتی انجام شود که به‌واقع عدم کفایت ضمانت اجراهای ماده ۴۱ منشور مشخص شده باشد.

با توجه به صراحت ماده ۴۲ منشور ملل متحد که مقرر می‌دارد «در صورتی که شورای امنیت تشخیص دهد که اقدامات پیش‌بینی شده در ماده ۴۱ کافی نخواهد بود یا ثابت شده باشد که کافی نیست می‌توان به‌زور متوسل شد» می‌توان دریافت که لزوم رعایت اصل ضرورت در این ماده صراحتاً بیان شده است.

رعایت این اصل از دو جنبه حائز اهمیت است، اول آنکه با اعمال این اصل، بشریت و مقاصد انسان‌دوستانه مدنظر قرار می‌گیرد و دوم اینکه ضروریات نظامی رعایت می‌شود. بدین معنی که یک دولت یا دولتها در وضعیت نقضهای حقوق بشری از به‌کارگیری میزان نیروی نظامی فراتر از حدی که برای دستیابی به هدف لازم باشد خودداری می‌نمایند.[۴۳] به عبارت دیگر دولتها مطابق منشور ملل متحد در توسل به‌زور با محدودیتهایی مواجه می‌باشند؛ البته همان‌طور که تا ضرورت اقتضا نکند نمی‌توان به عملیات نظامی متوسل شد، هیچ زمانی هم ضروریات نظامی نمی‌تواند موجب تجاوز به قواعد بشردوستانه گردند.[۴۴]

رویه شورای امنیت در استفاده از حربه تحریم اقتصادی[۴۵] در عراق، بوسنی و هرزگوین، هاییتی و دارفور، تحریم تسلیحاتی[۴۶] در عراق،سومالی، بوسنی و هرزگوین وکوزوو و خلع سلاح در

---

42 . Zacklin, Ralph, *op. cit., supra* note 27, p. 950.

43 . Diter, Fleck, *op. cit., supra* note 30, p. 31.

44. *Ibid.* p. 31.

۴۵ . تحریم اقتصادی که از ابتکارات شورای امنیت پس از جنگ سرد و اغلب به‌عنوان اولین معیار اجرایی در جهت اعاده صلح و امنیت بین‌المللی است که هدف از آن تغییر و تعدیل در رفتار دولتی است که صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر انداخته است. ر.ک.
ممتاز، جمشید، انطباق تحریم‌های شورای امنیت با حقوق بین‌الملل بشردوستانه ، مجله سیاست خارجی، سال۱۳، ۱۳۷۸ ص۱۱۳۴.

۴۶. هدف از تحریم تسلیحاتی، انسداد ورود منابع تسلیحاتی خارجی می‌باشد تا با منع ارسال هرگونه سلاح و تجهیزات نظامی به منطقه بحرانی، جنگ هر چه سریعتر خاتمه یابد. این وضعیت با وجودی که اغلب همراه با تقویت و تضعیف یکی از اطراف مخاصمه است، دارای اثر مفید و مؤثری در پایان یافتن منازعات تلقی می‌گردد. برای مطالعه ر.ک.

دارفور،[۴۷] محاصره دریایی جهت تضمین تحریم اقتصادی[۴۸] در عراق ، بوسنی و هرزگـوین، هـاییتی و ایجاد مناطق امن نشانگر توسل به ماده ۴۱ منشور می‌باشد. امـا بـا عـدم کفایـت ایـن اقـدامات شورای امنیت در اغلب قطعنامه‌های خود با عبارت «با استفاده از کلیه ابزارهـا و روشـهای لازم» از اقدامات ماده ۴۲ بهره جسته است و اصل ضرورت و تقدم ماده ۴۱ بر ۴۲ منشور را رعایـت نمـوده است.

۲ـ اصل تناسب

عنصر ضرورت همواره با تناسب همراه است و به این معناست که با اثبات ضرورت مداخله بشردوستانه و فقدان چاره‌ای جز توسل به نیروی نظامی برای پایان دادن به نقض فاحش حقوق بشر، باید نیروی نظامی را به حد کفایت و نه بیش از آن به‌کار گرفت تا منجر به تخریب اموال غیرنظامیان و در پی آن افزایش رنج بشری بدون هیچ ضرورتی نگردد. به عبارت دیگر صدمات اتفاقی ناشی از یک حمله بایستی در مقایسه با مزیت قطعی که از آن حمله نظامی انتظار می‌رود، متناسب باشد.

همچنین رعایت این اصل موجب می‌شود که از به‌کارگیری تعداد وسیعی از نیروهای نظامی که خود علاوه بر هزینه، مشکلات بسیاری را در دولت موردمداخله‌ایجادمی‌کند، خودداری گردد.[۴۹]

بررسی اصل تناسب در رویه شورای امنیت می‌تواند از دو منظر مورد توجه قرار گیرد؛ اول اینکه آیا اقدامات شورای امنیت با توجه به اثبات وجود عنصر ضرورت مداخله بشردوستانه در به‌کارگیری اقدامات قهرآمیز، متناسب با فاجعه بشری بوده است؟ و دیگر آنکه شورای امنیت توانسته است با اتخاذ تصمیمات به‌موقع خود درد و رنج بشریت را کاهش دهد؟

۲ـ۱ ـ هدف بشردوستانه

همان‌طور که گفته شد، قصد مداخله بشردوستانه باید بر مبنای رفع کامل رنج بشریت باشد

نوروزی، حسین ، جوانشیری، احمد ، شورای امنیت پس از جنگ سرد، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، پـاییز ۱۳۸۴. ص۳۰۱.

۴۷. لازم به ذکر است تحریم تسلیحاتی با خلع سلاح متفاوت است. تحریم تسلیحاتی عدم ارسال سلاح جنگی به یک کشور از سوی دیگر کشورهای جهان است، اما خلع سلاح به‌معنی گرفتن سلاح از گروههای درون یک کشور توسط دولت آن کشور است. در بحران دارفور شورای امنیت پیش از احراز وضعیت تهدید کننـده صـلح و امنیـت بـین‌المللـی، خواسـتار خلـع سـلاح نیروهای جان جاوید از دولت سودان شد.

۴۸ . محاصره دریایی که با توقف کشتی‌ها به‌منظور بازرسی و تفتیش محموله‌های آنها صورت می‌گیـرد، بـه‌عنـوان یکـی از موارد اعمال ماده ۴۱ منشور ملل متحد مطرح است زیرا اگرچه با توسل بـه‌زور و نیـروی نظـامی همـراه اسـت امـا در جهـت تضمین ماده ۴۱ می‌باشد.

49. Orford, Anne, "Reading Humanitarian Intervention: Human Rights and Use of Force in International Law", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 17, spring 2004, p. 9. Available at: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss17/booknotes-Reading.shtml.

و اهداف سیاسی و منافع ملی مد نظر قرار نگیرد. به عبارت دیگر بشردوستی تنها سبب انحصاری برای مداخله بشردوستانه باشد.[۵۰]

بنابراین عدم رعایت این اصل در مداخلات نظامی خصوصاً در بمبارانهای هوایی منجر به مرگ بیش از پیش شهروندان غیرنظامی می‌شود که این خود نقض حقوق بشردوستانه را دامن می‌زند. البته این تجاوزات و عدم رعایت این اصل از سوی سازمان ملل متحد مورد محکومیت قرار گرفته اما ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته نشده است.[۵۱]

بررسی و استنباط از قطعنامه‌های شورای امنیت و ذکر عبارت استفاده از «کلیه ابزارها و روشهای لازم» نشان‌دهنده گستردگی اختیارات این نهاد در به‌کارگیری نامحدود از ابزارهای متعدد جهت پایان دادن به رنج بشری و حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی است که این امر صراحتاً مغایر با اصل تناسب بوده و موجبات مسئولیت شورای امنیت را مطرح می‌کند.

لازم به ذکر است که از آنجائی‌که هدف از رعایت اصل تناسب رعایت حال بشریت است به‌نظر می‌رسد که بی‌مناسبت نباشد که یکی از اقدامات شورای امنیت در اعاده صلح و امنیت بین‌المللی (تحریم اقتصادی) به‌دلیل تأثیر مستقیم بر غیرنظامیانی که خود در مصیبت گرفتار آمده‌اند مورد بررسی قرار گیرد.

فلسفه اعمال تحریم اقتصادی اثری است که بر شرایط زندگی و جمعیت آن کشور ایجاد می‌کند و با اخلال در نظام اقتصادی کشور به‌طور غیرمستقیم جمعیت را علیه حکومت هدایت و به‌طور اجباری حکومت را مجبور به پذیرش پیشنهاد و تقاضای شورای امنیت می‌نماید اما با این حال موجب محرومیت بیش از پیش افراد بشری از نیازهای حیاتی خود می‌شود.[۵۲]

اگرچه شورای امنیت در قطعنامه‌های ۶۶۶ (۱۹۹۰) و ۸۲۰ (۱۹۹۳) ضمن مجازات تحریم اقتصادی در عراق و بوسنی و هرزگوین، با مستثنی کردن مواد غذایی و دارویی اقشار آسیب‌پذیر غیرنظامیان را مورد توجه قرار داده و مواضع انسان دوستانه را رعایت کرده است، اما با انطباق قطعنامه‌های مربوط به اعمال تحریم اقتصادی با حقوق بشردوستانه و کنوانسیونهای ژنو باید گفت که با اعمال این ضمانت اجرا موجبات مسئولیت خویش را فراهم کرده است.

در توضیح این مطلب می‌توان گفت از آنجائی‌که شورای امنیت چه در عراق و چه در بوسنی و هرزگوین قصد نداشت از این حربه قطعی به‌عنوان یک سلاح جنگی استفاده کند، اعمال این تحریم موجب گرسنگی مردم و ایجاد فشاری مضاعف بر غیرنظامیان گردید و آنها را دچار

---

۵۰. لازم به ذکر است که رفع کامل رنج بشریت دارای مفهوم وسیعی است که نه تنها شامل توقف جنگ بلکه شامل اعاده صلح و امنیت بعد از تعارض هم می‌شود و این امر هنوز ایده آل است و به آن دست نیافته‌ایم.

51. Orford Anne, *op. cit.*, p. 15.

52. *Kirigs, Frederic L.,* ***Enforcing International Law****, Jan , 1996 available at: http://www.asil.org/insights/insight1.htm*

مشقت‌های انکارناپذیر نمود که این امر با توجه به رعایت حقوق بشردوستانه قابل توجیه نبود.[۵۳] خصوصاً اینکه این تحریمها تأثیر چندانی بر حکومت آنها در توقف خشونت نداشت.

در هاییتی نیز اعمال قطعنامه ۸۴۱ (۱۹۹۳) در زمینه تحریم تسلیحاتی جابجایی و آوارگی مردم از خانه‌هایشان، بی‌نظمی و هرج و مرج اقتصادی را پدید آورد که این امر با کثرت هجوم پناهندگان به کشورهای دیگر و افزایش بحران بشردوستانه موجبات تهدید علیه صلح و امنیت را بیش از پیش فراهم کرد.

بنابراین عملکرد شورای امنیت علیه هاییتی، جمهوری فدرال یوگسلاوی و عراق هرچند همگام با درنظرگرفتن ملاحظات بشردوستانه بود، اما به‌کارگیری این اقدامات که از یک‌سو موجب دشوار ساختن دسترسی مردم به غذا و دارو و افزایش مرگ و میرکودکان شد و از سوی دیگر تغییر رفتار چندانی را در رفتار رهبران آن دولتها به ارمغان نیاورد و موجبات مسئولیت شورای امنیت را در عدم رعایت حقوق بشردوستانه فراهم کرد.

البته لازم به ذکر است که تجربه عراق، یوگسلاوی و هاییتی بیانگر کاستی‌های نظام تحریم سازمان ملل متحد است و این تجربه تلخ ضرورت ایجاد موازنه مناسب بین حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و احترام به قواعد بشردوستانه بین‌المللی را آشکار ساخته است، بنابراین وظیفه سازمان ملل متحد است که با پیش‌بینی آثار سوء تحریم‌ها بر جمعیت غیرنظامی، تبعات منفی این ضمانت اجرا را به حداقل کاهش دهد.[۵۴]

۲ـ۲ ـ عملکرد به‌موقع شورای امنیت

عملکرد به‌موقع شورای امنیت به‌عنوان یکی از موارد اصل تناسب باید در اعمال امنیت جمعی مد نظر قرار گیرد؛ زیرا در غیر این صورت نه تنها رنج بشریت کاهش نمی‌یابد، بلکه اغلب موجبات صدمات بیشتر بشری را نیز فراهم می‌نماید.

نقضهای فاحش حقوق بشری در بوسنی و هرزگوین، خصوصاً برای اقشار آسیب‌پذیر غیرنظامیان یعنی کودکان و زنان به‌حدی بود که شورای امنیت بازداشت زنان را به‌طور دسته جمعی و هتک ناموس آنان را طبق قطعنامه ۷۹۸ در ۸ دسامبر ۱۹۹۲ محکوم و آن را اقدامی حیوانی و ضد بشری توصیف کرد. اما شورای امنیت با وجود تلقی تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی در پی نقضهای حقوق بشری اقدامات خود را فقط به صدور قطعنامه‌های چندی در زمینه کمک‌های بشردوستانه و الزام صربها به رعایت حقوق بشردوستانه محدود نمود.

---

۵۳. ممتاز، جمشید، پیشین، ص، ۱۰۳۱.

۵۴ . پیشین. ص، ۱۰۳۱.

به عبارت دیگر شورای امنیت به‌دلیل فقدان اراده سیاسی ناشی از اختلاف اعضای دائم شورای امنیت (خصوصاً روسیه و گرایش آن به صربها)، فقدان منافع ضروری قدرتهای بزرگ در این بحران، تمسک به دلایل نژادی، مذهبی، تاریخی به اقداماتی کمرنگ، ضعیف، بی‌اثر و بعضاً همسو با منافع صربها همچون اعمال تحریم تسلیحاتی طرفین به بهانه کاهش خونریزیها، ایجاد مناطق امن و صدور قطعنامه‌های فاقد ضمانت اجرا بسنده نمود[۵۵] و با عدم کفایت اقدامات ماده ۴۱ نتوانست از اقدامات نظامی به‌دلیل عدم توافق آنها در مورد شیوه‌های اجرایی آن بهره جوید.

تعلل و صدور قطعنامه‌های بی‌تأثیر که به‌نحوی از انحا حاکی از طفره رفتن شورای امنیت در ایفای وظایف خویش می‌باشد، موجب فرصت دادن به صربها و پاکسازی قومی گردید و این فاجعه عظیم انسانی به‌حدی رسید که دبیرکل سازمان ملل اظهار داشت که شورای امنیت براساس منافع اعضای دائم عمل می‌کند نه براساس اجرای عدالت.[۵۶]

بنابراین وجود سبب مداخله بشردوستانه در بوسنی و هرزگوین و عدم اجرای ماده ۴۲، حکایت از قصور شدید شورای امنیت در انجام عملکرد به‌موقع جهت توسل به‌زور دارد.

نقض فاحش حقوق بشر در رواندا به‌حدی بود که در همان ابتدای بحران، کشورها و شورای امنیت وجود ضرورت مداخله را محرز می‌دانستند، زیرا هیچ کشوری ادعا نکرد که نسل‌کشی و کشتار مردم در رواندا امری داخلی است.[۵۷] اما به‌دلیل عدم تمایل به مشارکت و تأمین تجهیزات از سوی دولتهای عضو عدم موفقیت در عملکرد سومالی،[۵۸] هیچ دولتی حتی هفته‌ها بعد از شروع نسل‌کشی بحث مداخله بشردوستانه را مطرح نکرد و همین امر باعث تأخیر در صف‌آرایی نیروها شد.[۵۹] بنابراین اکراه نیروهای جامعه بین‌المللی و مأمورین حفظ صلح از عملکرد سریع در رواندا به‌علت تجربه تلخ سومالی نه تنها موجب تقویت امید به نجات بشریت در آینده نشد بلکه موجبات کاهش آن را هم فراهم کرد.

به هر حال اعطای مجوز به فرانسه جهت انجام اقدامات نظامی مطابق قطعنامه ۹۲۹

---

۵۵. آقایی، سید داود، نقش و جایگاه شورای امنیت سازمان ملل متحد در نظم نوین جهانی ، انتشارات پیک فرهنگ ، چاپ اول، تهران، آذر ماه، ۱۳۷۵، ص ۴۹۲.

۵۶ . آسایش زارچی، محمد جواد ، بحران بوسنی و مذاکرات صلح، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۵ ، ص ۷۴ .

57. Wheeler, Nicolas J., *op. cit., supra* note 11, p. 238.

۵۸. ربوده شدن ۸۰٪ مواد غذایی فرستاده شده به سومالی، توسط راهزنها و گروههای سیاسی و حمله به کشتی های حامل مواد غذایی، موجب عدم توزیع سریع کمکهای بشردوستانه و در نتیجه کشتار بی‌حد و حصر مردم گشت. این امر که خود سبب وخیم‌تر شدن اوضاع سومالی می‌شد موجب شد که شورای امنیت تصمیمات متعدد از جمله ایجاد مناطق امن و اعزام نیروهای حافظ صلح با رهبری امریکا (یونیتاف) برای توزیع کمکهای بشردوستانه اتخاذ کند. اما این عملیات موفقیت آمیز نبود و دلیل آن را می‌توان فقدان وجود مقامات سیاسی به رسمیت شناخته شده در سومالی دانست. مقاماتی که در صورت وجود سازمان ملل متحد می‌توانست با آنها به‌طور قابل اطمینانی موافقتنامه‌هایی برای اعزام و فعالیت حافظان صلح منعقد نمایند و بدین‌وسیله توزیع کمکهای بشردوستانه و نجات غیرنظامیان را ممکن سازد.

59 . *Ibid*. p. 238.

(۱۹۹۴) هرچند با تأخیر صورت گرفت اما به‌دلیل نجات جان صدها و هزاران زندگی می‌توان از آن به‌عنوان پاسخ جامعه بین‌المللی به ژنوسید در این منطقه یاد کرد. البته شورای امنیت با وجود توانایی در به‌کارگیری نیرو و اتخاذ تدابیر لازم، می‌توانست از وقوع ژنوسید جلوگیری کند اما تأخیر عملکرد شورا چه در اعلام وضعیت ژنوسید و چه اقدام مطابق فصل هفتم منشور موجب شد بزرگترین قصور جامعه بین‌المللی در رواندا رخ دهد و این سوال را به ذهن متبادر کند که آیا اگر در این روزهای سیاه بین دولتها ائتلافی جهت حمایت از جمعیت توتوسی شکل می‌گرفت،[۶۰] شورای امنیت ترجیح نمی‌داد که صلاحیت در مداخله داشته باشد؟

همچنین شورای امنیت با درک پاکسازی قومی و نقض حقوق بشر (مرگ تعداد زیادی غیرنظامی و آوارگی ۲۳/۰۰۰ مسلمان کوزوو) در این منطقه، از همان بدو شکل‌گیری بحران می‌توانست با اقدام مناسب از تبدیل آن به فاجعه بین‌المللی ممانعت به عمل آورد و با صدور قطعنامه‌های الزام‌آور به‌موجب فصل هفتم منشور زمینه فرصت یافتن صربها را جهت پاکسازی قومی از بین ببرد. اما عدم به‌کارگیری استراتژی مناسب و تکیه بر راه‌حلهای قابل پشتیبانی به‌دلیل فقدان اراده سیاسی ناشی از تهدید به اعمال حق وتو توسط روسیه مانند بحران بوسنی و هرزگوین، موجب شد که نتواند اقدام عاجلی جهت اجرای ماده ۴۲ انجام دهد و با صدور قطعنامه‌ای مناسب از تجاوز صربها جلوگیری کند.

اضطرار بشردوستانه و عدم اقدام مؤثر از سوی شورا، مجوزی بود که دولتها بتوانند به‌طور انفرادی یا جمعی به اقدامات مسالمت‌آمیز گوناگون متوسل شوند. در راستای همین امر دولتهای عضو ناتو در جهت استراتژی جدید خود سعی در رهایی جنوب شرقی اروپا از خشونت و بی‌ثباتی کردند و طی عملیات هوایی ۷۷ روزه بدون مجوز شورای امنیت، یوگسلاوی را به عقب‌نشینی و اعطای خودگردانی عمده به کوزوو وادار نمودند.[۶۱] در واقع اگر اقدام ناتو نبود، مصیبت و فاجعه بشردوستانه‌ای که در رواندا اتفاق افتاد در کوزوو هم رخ می‌داد.

اگرچه صدور قطعنامه‌های ۱۱۶۰، ۱۱۹۹، ۱۲۰۳ (۱۹۹۸) طبق ماده ۴۱ منشور ملل متحد بر رعایت حقوق بشر در کوزوو، تأمین امنیت، بازگشت آوارگان و محدودیت کلیه اقدامات

---

۶۰. درگیری‌های رواندا ریشه در تاریخ استعماری این کشور داشت و به خصومت‌های قومی دو قبیله با اکثریت توتوسی و اقلیت هوتوسی باز می‌گشت. از آنجایی‌که اکثریت مطلق اعضاء دولت رواندا از قبیله توتوسی و مخالفان دولت از قبیله هوتو بودند، اختلاف بر سر اعضاء دولت و نحوه تشکیل مجلس مؤسسان سرگرفت که با به بن‌بست رسیدن مذاکرات سیاسی از یک‌سو و کشته شدن رئیس جمهور رواندا در یک سانحه هوایی، بحرانی عظیم در رواندا شکل گرفت.

۶۱. در ابتدا ناتو بر مبنای دفاع مشروع شکل گرفت در ۱۹۹۱ با تغییر استراتژیکی خود بر مبنای فصل هفتم منشور سعی در ممانعت از تعارض و مدیریت بحرانهای اروپا کرد. برای اطلاعات بیشتر ر.ک.
کیهانلو، فاطمه، مداخله بشردوستانه و سازمانهای منطقه‌ای مشمول فصل هشت منشور، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره۱، سال۱۳۸۴، ص۳۱۴-۳۰۹.

خشونت‌آمیز تأکید داشت، اما تصویب قطعنامه ۱۲۴۴ (۱۹۹۹) بعد از حمله ناتو و دستور استقرار نیروهای نظامی تحت نظارت سازمان ملل متحد و با مشارکت ناتو توانست آینده بهتر مردم کوزوو را تأمین نماید.[۶۲] بنابراین قطعنامه مذکور که آغازی برای پایان فصل تاریک و زشت تاریخ منطقه بالکان بود، توانست به جنگ کوزوو پایان دهد.

همچنین پاشیده شدن بذر عداوت میان دول اندونزی و تیمور شرقی و آغاز جنگهای داخلی در پی واگذاری حکومت به تیموریها توسط پرتغال و اعلام داعیه جدایی از اندونزی در ۱۹۷۵ که نهایتاً موجب اعلام استقلال این منطقه طبق اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش گردید، زمینه دیگری را برای مداخله شورای امنیت فراهم نمود.

شورای امنیت در پی تهاجم اندونزی به تیمور شرقی قطعنامه ۳۸۴ را با تأیید حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش تصویب و از دولت اندونزی خواست نیروهایش را از تیمور شرقی خارج کند، اما این دولت بر اوضاع سیاسی تیمور مسلط شد و از ۱۹۷۵ تا ۱۹۹۸ حاکمیت سیاسی خود را در تیمور شرقی (که بخشی از دولت اندونزی محسوب می‌گشت) حفظ کرد. با شروع مجدد بحران و به اوج رسیدن آن در سال ۱۹۹۹ شورای امنیت طبق قطعنامه ۱۲۶۴ وضعیت تیمور شرقی را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی کرد و با تصویب قطعنامه ۱۲۷۲ (۱۹۹۹) جهت مقابله با تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی بر پایه فصل هفتم منشور، تصمیم خود را برای ایجاد دستگاه اداره موقت برای تیمور شرقی و سپردن اداره این منطقه به دست تیموریان اعلام نمود و برای دسترسی به این هدف اجازه داد که از عملیات نظامی استفاده گردد.

انتقادی که بر عملکرد شورای امنیت در تیمورشرقی مطرح می‌گردد عدم اقدام مؤثر شورا در طول سالهای بحران منطقه است. البته به‌نظر می‌رسد که این تأخیر مربوط به عدم اجرای حقوق بین‌الملل در اعمال حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش به‌عنوان یکی از اصول اساسی منشور بوده است. به هر حال شورای امنیت در بحران اخیر تیمور شرقی به‌سرعت از خود واکنش نشان داده و در زمانی کوتاه، مداخله را تجویز نمود.

امروز فجایع و خشونتهایی از قبیل نابودی روستاها، تجاوز و ارتکاب جرائم جنسی، غارت و آواره کردن اهالی دارفور، قتل غیرنظامیان و ناپدید شدن آنان، وجود دو میلیون نفر آواره‌ای که از خانه‌های خود گریختند و بیش از ۳۰۰/۰۰۰ نفری که در این وقایع جان سپرده‌اند،[۶۳] حکایت از ضرورت اعمال مداخله بشردوستانه در دارفور سودان دارد. شورای امنیت با توجه به ناکارآمدی مواد ۴۰ و۴۱ منشور در انجام آتش‌بس، خلع سلاح، و ناتوانی در توقف ژنوسید باید می‌توانست مجوز استفاده از

---

۶۲. پیشین، ص ۳۱۴.

63. Nsongurua, Udombana, "When Neutrality Is a Sin: The Darfur Crisis and The Crisis of Humanitarian Intervention in Sudan", *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2005, p. 1156.

«تمام ابزارهای لازم» را مطابق رویه سابق طبق ماده ۴۲ منشور به دولتها اعطا نماید، زیرا انتظار می‌رفت که شورا با توجه به سابقه عدم پاسخ مناسب وبه‌موقع به بحران رواندا که از آن تحت عنوان نقطه تاریک تاریخ جهان یاد می‌شود به دارفور پاسخ مناسب دهد، اما این اتفاق هنوز رخ نداده است.

البته لازم به ذکر است که نمی‌توان اقدام بی‌سابقه شورا را در ارجاع این وضعیت به دیوان بین‌المللی کیفری نادیده گرفت،[۶۴] اما تأخیر و عدم عملکرد شورای امنیت منجر به از دست رفتن زندگی تعداد زیادی از مردم دارفور شده است.

تأخیر در توسل به‌زور جهت اخذ تصمیم و انجام اعمال زورمدارانه برای منع خشونت و تجاوز علیه بشریت در رواندا، عدم اقدام مناسب در منع شکل‌گیری فاجعه بشردوستانه در کوزوو و بوسنی و هرزگوین با وجود درک ضرورت مداخله در همان بدو شکل‌گیری بحران در این منطقه، تأخیر در اقدام مناسب در تیمور شرقی طی ۲۴ سال از آغاز بحران و عملکرد ناموفق شورای امنیت شورا در دارفور منجربه از دست رفتن زندگی تعداد زیادی از مردم این نواحی شدونتایج اسفناکی را به بار آورد که جملگی حکایت از قصور جامعه بین‌المللی دارد.

با بررسی رویه شورای امنیت و قصور آن در انجام به‌موقع اقدامات مناسب می‌توان دریافت که با سپری شدن دوران جنگ سرد اگرچه شورای امنیت قدرت خویش را بازیافته است، اما وجـود حـق وتـو در اعمـال سیستم امنیـت جمعی بنابر ملاحظات سیاسی هنوز هم به شورای امنیت اجازه فعالیتی پرثمر و به‌موقع را نداده است و شورای امنیت نتوانسته اصل تناسب و عملکرد به‌موقع را برای جلوگیری از وخامت وضعیت و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی رعایت نماید و از این بابت در برابر جامعه بین‌المللی مسئول قلمداد گردیده است. این در حالی است که دارندگان حق وتو مسئولیتی عظیم‌تر در تحقق اهداف منشور دارند.

ب ـ لزوم احترام به حاکمیت داخلی دولتها

برمبنای اصل عدم مداخله و احترام به حاکمیت داخلی دولتها هیچ کشوری یا به‌طور دقیق‌تر هیچ‌یک از تابعان حقوق بین‌الملل نمی‌تواند خدشه‌ای به حاکمیت دولتها وارد آورد.

البته در عصر حاضر با سیر تحولات حقوق بشر و خارج شدن آن از حیطه داخلی دولتها و حمایت سازمان ملل متحد از این امر به شورای امنیت این اختیار داده شده است که در صورت

---

۶۴. با تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در ۱۹۹۸ شورای امنیت طبق بند «ب» ماده ۱۳ اختیار یافت که وضعیتی را که شامل یک یا چند جرم ارتکابی مندرج در ماده ۵ اساسنامه دیوان باشد به‌موجب فصل هفتم به دادستان دیوان ارجاع دهد. این امر با تلاقی توصیه کمیسیون تحقیق شورای امنیت در ارجاع وضعیت موجود در زمینه نقض فاحش حقـوق بـشر (جـرائم علیه بشریت و جرائم جنگی) به دیوان موجب شد که شورا با تـصویب قطعنامـه ۱۵۹۳(۲۰۰۵) بحـران دارفـور را بـه دیـوان بین‌المللی کیفری ارجاع دهد. بنابراین ارجاع وضعیت به دیوان بر مبنای ماده ۴۱ منشور اقدامی مناسب جهـت اعـاده صـلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌گردد.

خشونت و تجاوز به بشریت و نقض اساسی حقوق او، حاکمیت کشورها را نادیده گیرد و با تعلل در انجام وظایف خود به خشونت دولتها دامن نزند.

اگرچه مداخلات بشردوستانه از طریق ایجاد مناطق امن، منطقه ممنوعه پروازی و اقدامات نظامی موجب محدودیت حاکمیت دولتها می‌شود ولی از آنجائی‌که هدف از اعمال این معیارها تجاوز به صلاحیت داخلی دولتها نمی‌باشد، شورای امنیت باید مراقبت کند، مداخلاتی که انجام می‌دهد، موجبات تغییر نظام حکومتی و نقض اساسی حاکمیت آنها را فراهم نکند.

تصویب قطعنامه ۶۸۸ (۱۹۹۱) سرآغاز بحثهای جدیدی در نقض بند هفتم ماده ۲ منشور بود؛ زیرا رئیس جمهوری عراق بعد از موافقت با ورود سازمانهای کمک‌رسانی، در مواجهه با صدور قطعنامه ۶۸۸ جهت ایجاد مناطق امن اعلام کرد که نیازی به صدور این قطعنامه نبوده است و این قطعنامه را مداخله در امور داخلی دولت عراق ذکر کرد که برخی دولتها نیز این نظر را تأئید کردند.[۶۵]

در بررسی احترام به حاکمیت دولت عراق حین مداخلات بشردوستانه، باید بین عملی که از سوی متحدین صورت گرفت و اقداماتی که شورای امنیت اعمال نمود، تمایز قائل شد.

ایجاد مناطق امن اگرچه در نگاه اول نقض حاکمیت عراق بود و صدام هم خود به این مسئله اذعان داشت، ولی به واقع بر پایه قطعنامه‌های شورای امنیت بنا شده بود و نمی‌توان آن را غیرقانونی دانست.[۶۶] اما ایجاد مناطق ممنوعه پروازی به‌دلیل عدم تجویز چنین عملی از سوی شورای امنیت (علی‌رغم تلاش متحدین در توجیه آن) بی‌شک نقض حاکمیت دولت عراق محسوب می‌گشت.[۶۷]

به هر حال آنچه مهم است این است که اقدامات نیروهای ائتلاف در راستای اهداف بشری

---

۶۵. البته نگرانی و مخالفت دولتها با عملکرد شورا در عراق ترس از رویه شدن آن بود. در حالی‌که شورای امنیت در مقدمه این قطعنامه، با احترام به حاکمیت و تمامیت ارضی و استقلال عراق سعی در هویدا کردن قصد خود در بشردوستانه بودن قطعنامه داشت. برای مطالعه بیشتر رک.

Wheeler Nicolas J., ***op.cit.,*** . 11, p. 153.

66. S/RES 688, April 5, 1991 para. 8.

۶۷. مناطق ممنوعه پروازی در عراق توسط امریکا و هم پیمانان وی (فرانسه و انگلیس) تشکیل و به عراق هشدار داده شدکه پروازهای نظامی خود را متوقف سازد و اعلام شد که اعمال این ممنوعیت به‌وسیله پروازهای گشتی برفراز منطقه صورت خواهد گرفت. اما خودداری دولت عراق از عقب نشینی موشکهای ضد هوایی خود از منطقه موجب گردید که نیروهای ائتلاف، بغداد را هدف حملات موشکی قرار دهند. نیروهای ائتلاف بر مبنای استدلالات ضمنی مستنبط از قطعنامه‌های صادره شورای امنیت در صدد توجیه اقدامات خود برآمدند. اما از آنجائی‌که هیچ‌یک از قطعنامه‌های شورای امنیت به‌طور ضمنی هم به تشکیل این مناطق اشاره نداشتند؛ بنابراین اقدامات نیروهای چند ملیتی برای ایجاد مناطق ممنوعه پروازی در عراق غیرقانونی و غیرمشروع تلقی و به‌طور قطع نقض حاکمیت دولت عراق محسوب گردید. البته شورای امنیت سازمان ملل، صراحتاً اصطلاح مناطق ممنوعه پروازی را در قطعنامه ۷۸۱ (۱۹۹۲) به‌کار گرفت. ولی با وجود مشروعیت وجود آن، این مناطق هرگز در بوسنی و هرزگوین ایجاد نشد. جهت مطالعه استدلالات نیروهای ائتلاف رک.
امین‌زاده، الهام، مناطق پرواز ممنوع و عملکرد شورای امنیت، **سیاست خارجی**، سال ۱۳، زمستان ۷۸، صص. ۱۱۵۶-۱۱۵۵.

برطبق ماده ۴۲ منشور برای مدت محدودی حاکمیت دولت عراق را محدود کرد.

جدایی عملکرد شورای امنیت از نیروهای متحدین در عراق از یک‌سو و عظمت رنج بشری در سومالی از سوی دیگر، باعث شد که شورا مجوز توسل به‌زور را صراحتاً طبق قطعنامه ۷۹۴ (۱۹۹۲) در این منطقه صادر کند. جالب آنکه توسل به‌زور در سومالی لطمه‌ای به احترام به حاکمیت داخلی آن دولت وارد نکرد؛ زیرا در ابتدای اقدامات شورای امنیت، نماینده دولت سومالی در سازمان ملل متحد با ارسال نامه‌ای به شورا ضمن قدردانی از شورای امنیت به‌خاطر توجه به وضعیت سومالی، خاطرنشان ساخت که هر اقدامی در مورد حل بحران سومالی هرچند قهرآمیز باشد مداخله در امور داخلی سومالی تلقی نمی‌شود، چرا که در جهت نجات زندگی انسانی و احیای کرامت بشری است و مردم این کشور نیازمند و امیدوار به کمکهای سازمان هستند.[۶۸]

هرچند که عده‌ای معتقدند وخامت اوضاع داخلی و فقدان حکومت مرکزی در سومالی، شورای امنیت را ملزم به مداخله بدون رضایت حکومت سومالی کرده است، اما باید گفت حین صدور قطعنامه ۷۹۴ که به‌علت نقض فاحش حقوق بشری صادر شد بسیاری از اعضاء شورا معتقد بودند که در این مسئله «دخالت در سومالی مطرح نیست، زیرا قبل از صدور قطعنامه در سومالی، حکومت مرکزی و صاحب قدرتی وجود نداشت».[۶۹]

به عبارت بهتر از آنجائی‌که اصل شناسایی یک دولت و به رسمیت شناختن حاکمیت دولتها به ارائه دیگر اعضای جامعه بین‌المللی وابسته است می‌توان گفت دولتها با تصویب قطعنامه ۷۹۴ اعلام کردند که نقض حاکمیت و اصل عدم مداخله در سومالی وجود ندارد.

واقعیت این است که قطعنامه ۷۹۴ و ۸۱۴ (۱۹۹۳) قلمرو سوءاستفاده از توسل به‌زور را توسعه داد،[۷۰] زیرا عملکرد شورا در سومالی بسیار وسیع‌تر از حیطه وظایفش در منشور ملل متحد بود که اگرچه این اقدامات با توجه به فقدان حکومت مرکزی قابل توجیه است، اما در هر موردی نمی‌توان مداخله شورا را در چنین سطح وسیعی پذیرفت.

تشکیل دادگاههای بین‌المللی کیفری در یوگسلاوی سابق و رواندا و مسئول دانستن افراد مجرم و محکومیت آنها به‌دلیل نقض کنوانسیونهای ژنو و قواعد حقوق بشر و ارتکاب جنایت علیه

---

۶۸. کرمی جهانگیر ، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مداخله بشردوستانه، انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۵، ص ۱۱۱.

۶۹. داوود آقایی، پیشین، ص ۴۷۱ .

۷۰ . شورای امنیت طبق قطعنامه ۷۹۴ (۱۹۹۲) مجوز استفاده از کلیه ابزارهای لازم را ، برای ایجاد محیط امن جهت تحویل کمکهای بشردوستانه اعطا و طبق قطعنامه ۸۱۴ (۱۹۹۳) به دبیرکل مجوز داد که کلیه اقدامات لازم از جمله دستگیری و بازداشت را برای محاکمه و مجازات را برعلیه اشخاص مسئول حملات مسلحانه انجام دهد.

بشریت،[۷۱] اگرچه اقدامی مبتکرانه از سوی شورای امنیت تلقی شد، اما صلاحیت سازمان ملل متحد را طبق اصل عدم مداخله زیر سؤال برد.[۷۲]

می‌توان گفت شورای امنیت در جریان محاکمه افراد در بحران یوگسلاوی و رواندا از یک سو با ذکر صریح مبنای حقوقی اقداماتش در قطعنامه‌های ۸۲۷ (۱۹۹۳) و ۹۵۵ (۱۹۹۴) مطابق صلاحیت خویش عمل کرده است و از سوی دیگر نقض فاحش حقوق بشر، آن هم در حدی که در یوگسلاوی و رواندا صورت گرفت جایی برای اعمال اصل عدم مداخله باقی نگذاشته است.

وضعیت «هاییتی» با توجه به ویژگی منحصر به فرد بودن آن، از نظر قلمرو اصل عدم مداخله بسیار حایز اهمیت است؛ زیرا هرچند که دولتهای موافق مداخله مانند امریکا و فرانسه با توجه به آوارگی صدها هزار نفر از مردم و تأثیر آن بر مرزهای بین‌المللی و آثار بین‌المللی آوارگان و پناهندگان، همچون موارد قبل وضعیت را داخلی ندانسته و مداخله شورای امنیت را امری خلاف اصل عدم مداخله نمی‌پنداشتند، اما این بار مانند موارد قبل نمی‌توان برای توجیه عملکرد شورای امنیت به نقض فاحش حقوق بشر استناد جست؛ زیرا نقض فاحش حقوق بشر آنقدر جدی نبود که بتواند این مداخله را توجیه کند و مهمتر آنکه هدف شورای امنیت از مداخله در هاییتی احیای دموکراسی و احترام به نظر ملّتی بود که محق به تعیین حکومتشان بودند.

به عبارت دیگر در این قضیه شورای امنیت به اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش و احترام به دموکراسی به‌عنوان یکی از اصول اساسی منشور استناد نموده و مداخله را بر مبنای آن شکل داده است.

تنها تفاوت این وضعیت با رویه‌های دیگر شورای امنیت در اجرای اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش این است که تا قبل از این مورد اصل مذکور برای رویه‌های استعماری مورد توجه قرار گرفته بود و شورا جهت استقلال و تحقق به این اصل به حاکمیت دولتها توجهی نکرده بود.

به دیگر سخن تاکنون سابقه نداشته که شورای امنیت در جهت مسئله‌ای سیاسی و داخلی مانند انتخابات یک کشور، اقدام به مداخله نماید. بنابراین مطابق رویه قبلی اقدام نظامی سازمان

---

71. S/RES. 808 (1993), February 22, 1993,preamble**.** S/RES 827(1993). May25, 1993. S/RES 955 (1994) November 4, 1994**.**

۷۲. ایجاد یک دادگاه بین‌المللی کیفری به‌منظور تعقیب متهمین به نسل کشی و سایر نقضهای حقوق بشردوستانه به‌نظر عده‌ای از حقوقدانان امری تقنینی و خارج از حیطه صلاحیت شورا بود. تقنینی بودن عملکرد شورا را می‌توان پذیرفت اما نمی‌توان اقدام به قانونگذاری بودن آن را خارج از اختیارات شورای امنیت تلقی کرد، زیرا اگرچه شورای امنیت نهاد سیاسی است و اقدامی که صورت گرفته است اقدامی قضایی است، اما با توجه به خشونت و بی‌رحمی علیه بشریت از یک سو و در معرض خطر قرار گرفتن صلح و امنیت بین‌المللی از سوی دیگر، انتظار می‌رفت که شورای امنیت اقدام به عملی کند که بتواند هرگونه تهدید علیه صلح را رفع کند. در این زمان نگرش شورا برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی تشکیل دادگاه بین‌المللی کیفری بوده است. بنابراین نمی‌توان عمل شورا را همراه با تأئید دولتهای عضو سازمان عملی خارج از حدود اختیارات آن تلقی کرد. ر.ک. شایگان، فریده ، پیشین ، ص ۲۰۳.

ملل متحد علیه دولت هاییتی، نقض حاکمیت آن دولت تلقی می‌گردد.

اما باید گفت در حقوق بین‌الملل جدید، آنچه که حاکمیت محسوب می‌شود مربوط به حاکمیت مردم است. با این استدلال اگر یک حکومت قانونی که به وسیله مردم انتخاب شده، کمک نظامی بخواهد، چگونه حاکمیت نقض می‌شود؟ و یا اگر منظور از اقدام نظامی بازگشت یک حکومت قانونی باشد که در انتخاباتی سالم به قدرت رسیده، اما به‌وسیله یک کودتای نظامی برکنار شده، آیا باید موضوع را نقض حاکمیت پنداشت؟

بنابراین می‌توان با تفسیر موسّع از منشور نسبت به اصل حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش، این اصل را، عام‌الشمول دانست و اینگونه توجیه کرد که تعیین حاکمیت و تعیین سرنوشت خویش به‌عنوان حقوق اساسی متعلق به همه مردم است و این نتیجه را گرفت که شورای امنیت با همین استدلال و تفسیر در جهت حق تعیین سرنوشت، اقدام به مداخله بشردوستانه در هاییتی نموده است و به‌خطر افتادن این اصل را تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی دانسته و اقداماتی را بر همین مبنا اعمال کرده است.[۷۳]

در تأئید این مطلب باید خاطرنشان ساخت، از آنجائی‌که مداخله در هاییتی به درخواست و رضایت خود مردم هائیتی انجام شده، نقض حاکمیتی روی نداده است و اگر منظور از اقدام نظامی بازگشت حکومت قانونی‌ای باشد که در انتخاب آزاد و سالم به‌قدرت رسیده است، اما به‌وسیله کودتای نظامی برکنار شده است، می‌توان گفت مداخله شورای امنیت مداخله در امور داخلی نبوده است.[۷۴] با پذیرش این استدلال و درخواست و رضایت دولت هاییتی هرگونه شبهه‌ای در رابطه با نقض حاکمیت از بین رفته و می‌توان گفت که مداخله شورای امنیت در هاییتی خلاف اصل عدم مداخله نبوده است.

تصویب قطعنامه ۱۲۴۴ (۱۹۹۹) در خصوص کوزوو موجب شد که شورای امنیت، تمامیت ارضی یوگسلاوی را به رسمیت بشناسد و کوزوو را به‌عنوان بخشی از یوگسلاوی مورد تأیید قرار دهد.

عملکرد ناتو (با فقدان مجوز از سوی شورای امنیت) و ایجاد هرج و مرج سیاسی و اقتصادی در کوزوو، اضمحلال سرویسهای مالیاتی و خسارتهای جنگی بعد از آن، بی‌شک نقض مسلم اصل عدم مداخله و حاکمیت دولتها محسوب می‌گردد؛ زیرا با استقرار نیروهای غیرنظامی و امنیتی تحت نظارت سازمان ملل و با مشارکت ناتو در کوزوو دست دولت بلگراد از کلیه امور اداری و سیاسی و فرهنگی کوتاه شد.

---

73. .Falk, Richard, "The Haiti Intervention A Dangerous World order Precedent for The United Nations", *Harvard International Law Journal*, vol. 3. No. 2. Spring 2005, p. 343.

74. Riesman, W.Michael, "Haiti and Validity of International Action", *American Journal of International Law*,vol.89, No.1,January 1995, pp. 82-83.

در این میان، جامعه بین‌المللی در هرج و مرج بی‌نظمی ایجاد شده، سعی نمود حکومت موقتی تشکیل دهد. این امر همراه با افزایش خشونت، علاوه بر به‌هم ریختن ثبات منطقه، خود بحران بشردوستانه را شدیدتر کرد.[۷۵] اما امروزه نیروهای سازمان ملل متحد در مورد کوزوو بر جنبه‌های ساختاری حکومت موقت با در نظر گرفتن ساختار سیاسی تأکید دارند و یک رویه سیاسی را برای رسیدن به راه حل نهایی تعقیب می‌کنند.[۷۶]

سه ماه بعد از وقایع کوزوو، با برگزاری رفراندوم در تیمور شرقی و رأی اکثریت تیموریان بـه استقلال این منطقه، درگیـری و در پی آن نقـض حقـوق بشـر، روی داد. بـا این حال شورای امنیت در همان ابتدای بحران با تصویب قطعنامه‌های۳۸۴ و ۳۸۹ ضمن تأکید بر حق ملت تیمور شرقی در تعیین سرنوشتشان از دولت اندونزی خواست که بدون تأخیر نیروهایش را از این سرزمین بیرون برد و از دولتها خواست که به تمامیت ارضی تیمور شرقی احترام گذارند.

در بحران تیمور شرقی (۱۹۹۹) شورا در اولین اقدام خود، جهت توقف خشونت نیروهای نظامی و حمایت از تیمور شرقی نیروهایی را به این منطقه اعزام و طبق قطعنامه ۱۲۷۲(۱۹۹۹) جهت اعاده صلح و امنیت بین‌المللی و بازگشت پناهندگان و نجات آوارگان اقدام به ایجاد حکومت موقت با نظارت جامعه بین‌المللی در این سرزمین نمود. شورای امنیت با اخذ این تصمیم توانست امور یک دولت دموکراتیک و معتبر و نیز کلیه ابزارهای ضروری برای انجام آن را به تیموریها بسپارد. بنابراین سازمان ملل با اقدامی صحیح اقدام به ایجاد حکومت موقت کرد.

شورای امنیت در تیمور شرقی اقدامی را (تشکیل حکومت موقت) انجام داد که پیشتر در کوزوو انجام داده بود. اما در تیمور این اقدام شکلی وسیع‌تر و کامل‌تر داشت؛ «زیرا به نیروهای سازمان ملل متحد قدرت صلاحیت اعمال کلیه قوانین، اجرای آنها و نیز انجام امور قضائی، کمک مؤثر در جهت خدمات اجتماعی، حفظ نظم،گسیل کمک‌های بشردوستانه، کمک به توسعه اعطا شد».[۷۷]

علی‌رغم شباهت عملکرد شورای امنیت در این دو بحران، اساساً ایجاد حکومت موقت در تیمور شرقی با کوزوو متفاوت بود، زیرا از یک‌سو جامعه بین‌المللی هرگز نپذیرفت که تیمور شرقی بخشی از اندونزی، تابع قانونی یا تحت نظارت دولت اندونزی باشد و از سوی دیگر برای مردم تیمور نیز استقلال تحت نظر اندونزی قابل قبول نبود. بنابراین این اقدامات در جهت استقلال تیمور شرقی انجام شد در حالی‌که شورای امنیت، خود،کوزوو را به‌عنوان منطقه عضو دولت یوگسلاوی تلقی می‌کرد. به هر حال سیاست شورای امنیت چه در کوزوو و چه در تیمور شرقی منجر به اعاده صلح و امنیت در منطقه و بازگشت صدها هزار نفر پناهنده شد. پس این اقدام شورا که در جهت

---

75 . Orford, Anne, *op. cit., supra* note 49, p. 21.

76 . *Ibid*. p. 21.

77 . *Ibid*, pp. 22-23.

اعاده صلح و امنیت بین‌المللی منجر به تشکیل یک حکومت موقت (نه دائم) شده است، خلاف اصل عدم مداخله نمی‌باشد.

با بررسی رویه شورای امنیت در اعمال مداخله بشردوستانه به‌نظر می‌رسد که شورا در اقدامات خویش سعی کرده است که به اصل حاکمیت دولتها خدشه‌ای وارد نیاورد و فقط در جهت اعاده صلح و امنیت بین‌المللی موقتاً محدودیتهایی را برای دولتها ایجاد نموده است. علاوه بر آن اقدامات شورای امنیت در هاییتی و کوزوو و تیمور شرقی، نشانگر آن است که حاکمیت از آن ملتهاست نه دولتها.

ج ـ لزوم نظارت و تمرکز بر نیروهای نظامی

اعطای مجوز از سوی شورای امنیت (به دولتها یا سازمانهای منطقه‌ای) جهت انجام عملیات حفظ صلح و امنیت بین‌المللی باید در حیطه اختیارات شورا و به‌طور محدود صورت پذیرد؛ زیرا در غیر این صورت اگر نیروهای نظامی دولتهای عضو در حیطه وظایف خود در جهت اجرای اهداف منشور، عملی خلاف حقوق بین‌الملل انجام دهند این شورای امنیت است که به‌عنوان مسئول، باید پاسخگو باشد. [۷۸]

به همین دلیل اعطای صلاحیت به دولتهای عضو باید با نظارت و کنترل همه جانبه‌ای از سوی شورای امنیت همراه باشد تا اجرای عملکرد صحیح تضمین شود.[۷۹] به دیگر سخن مسئولیت شورای امنیت، در انجام اقدامات اجرایی طبق فصل هفتم منشور، عملکرد صحیح نیروهای چند ملیتی، رعایت محدودیتها و تضمین آن موجب شده است که مسئله نظارت شورای امنیت از اهمیت بسیاری برخوردار باشد.

بنابراین شورای امنیت برای تضمین اعمال هرگونه اقدام اجرایی در جهت اهداف سازمان ملل متحد و انطباق آن با منافع ملل متحد، باید در هر زمانی اقتدار و کنترل کامل خود را بر اعمال اختیارات فصل هفتم منشور اعمال نماید.[۸۰] سیستم نظارتی شورای امنیت، بر دولتها و سازمانهای منطقه‌ای اعمال می‌گردد.

---

۷۸ . لازم به توضیح است شورای امنیت به‌عنوان یکی از ارکان سازمانهای بین‌المللی به هیچ عنوان مسئولیت نمی‌پذیرد، بلکه تمام مسئولیت ناشی از عملکرد ارکانهای سازمان بین‌المللی متوجه سازمان است. بنابراین هرجا مسئله مسئولیت شورا مطرح می‌گردد، منظور مسئولیت سازمان ملل متحد است.ر.ک.
زمانی، سید قاسم، حقوق سازمانهای بین‌المللی: شخصیت، مسئولیت، مصونیت، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، ص ۸۷-۸۶ .

79. Sarooshi, Danesh, *op. cit., supra* note 26, p.154.

80 . Niels, Blokker, "Is The Authorization, Authorized? Power and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by Coalitions of The Able and Willing," European Journal of International Law, vol 11, No.3., 2000. p. 1002-1003.

۱ـ لزوم نظارت شورای امنیت بر دولتهای عضو

براساس نظام منشور ملل متحد مسئولیت اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی با شورای امنیت است و اگر کشورهای عضو (چه در قالب دولتها و چه در قالب سازمانهای بین‌المللی) بدون هیچ نظارتی به نیروی نظامی متوسل شوند، اداره امور از دست شورای امنیت خارج شده و در صورت تخطی آنها موضوع مسئولیت شورای امنیت مطرح می‌گردد. همچنین مداخله بشردوستانه توسط دولتها ممکن است زمینه سوءاستفاده آنها را فراهم آورده و سبب مداخله آنها در راستای منافع خود شود. بنابراین شورای امنیت با توجه به وظیفه خطیری که به عهده دارد، باید با نظارت مستمر، سدی را پیش روی سوء استفاده دولتها ایجاد کند. نظارت بردولتها به دو طریق صورت می‌گیرد، الزام به گزارش‌دهی و استفاده از مدت زمان محدود که با عنوان موقتی بودن مداخله بشردوستانه مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱ـ ۱ ـ الزام به گزارش‌دهی

در راستای تعهد به انجام نظارت مستمر که عمدتاً به عهده شورای امنیت است تعهدی هم برای دولتهای عضو وجود دارد که با شورای امنیت همکاری نمایند و با ارائه گزارش مستقیم به دبیرکل و شورای امنیت، شورا را به‌طور مرتب و دوره‌ای در جریان اقدامات خویش قرار دهند.[۸۱] این تعهد دارای اهمیتی اساسی برای اجرای عملیات است؛ زیرا از یک‌سو شورای امنیت می‌تواند با تطبیق گزارش از عملکرد انجام شده و قطعنامه صادره از میزان پیشرفت انجام عملیات نظامی و اوضاع و احوال منطقه مطلع شود[۸۲] و از سوی دیگر با حصول اهداف تعیین‌شده می‌تواند تصمیمات لازم را در جهت خاتمه اعطای مجوز اتخاذ کند.[۸۳]

بنابراین شورای امنیت در راستای وظیفه نظارتی خود باید دولتها را ملزم نماید تا برطبق یک مبنای منظم، پیشرفت عملیات را به شورای امنیت گزارش دهند. این وظیفه پیش شرط ضروری برای شوراست تا با اعمال کنترل و اقتدار کامل بر اقدام اجرایی قادر به ایفای تعهداتش طبق منشور ملل متحد باشد.

با این حال الزام به گزارش‌دهی این مشکل جدی را پدید می‌آورد که با توجه به عنصر محرمانه بودن طرحهای نظامی سبب فاش شدن آنها می‌شود.

شورای امنیت در اکثر قطعنامه‌هایی که بر مبنای فصل هفتم منشور صادر می‌کند، خصوصاً

---

81 . Sarooshi, Danesh, *op.cit*, p.155.

82. White, N.D and Ulgen, Ozlem,*op.cit.*, *supra* note 23, p. 410.

83. Sarooshi, Daneshi, *op.cit*, p.159.

قطعنامه‌هایی که مجوز مداخله بشردوستانه را اعطا می‌کند، سیستم گزارش‌دهی را جهت نظارت خود، قید می‌کند.

الزام به گزارش‌دهی در قطعنامه ۶۷۸ (۱۹۹۰) رعایت شد. شورا در بند (۴) این قطعنامه از کشورهای مربوط خواست به‌طور منظم شورای امنیت را از پیشرفت اقدامات انجام شده در تعقیب بندهای (۲) و (۳) قطعنامه حاضر مطلع نمایند. این الزام به گزارش‌دهی اعضای مختلف نیروهای ائتلاف را بر آن داشت تا گزارشهای منظمی را به شورای امنیت در خصوص طریقه‌ای که در آن اختیارات تفویض شده فصل هفتم منشور را اعمال می‌نمایند، ارائه دهند. این گزارشات، اطلاعات کافی را برای شورای امنیت فراهم کرد تا بتواند به‌طور مؤثر بر اجرای اختیارات تفویض شده نظارت نماید.

همچنین شورای امنیت در قطعنامه ۷۹۴ (۱۹۹۲) در بند (۳) اعلام نمود که نیروهای نظامی برای تثبیت مکانیسم مناسب میان سازمان ملل و نیروهای سومالی باید عملیات انجام شده را گزارش دهند. در این قطعنامه مکانیسم کنترل مطلق بر قطعنامه‌ها به‌طور دائم و نقش دبیرکل در نظارت بر نیروها و نیز الزام به گزارش‌دهی وجود داشت و لازم بود که دبیرکل بر پایه قانونی مناسب گزارش دهد و این گزارش‌دهی برای اولین بار باید ظرف پانزده روز صورت می‌گرفت. شورای امنیت بعد از تأسیس «یونوسوم دو» نظارت خود را بر این نیروها محدود و سرپرستی خود را بر انجام عملکرد آنها خاتمه داد.

عملیات فیروزه در رواندا نیز مبنی بر اعلام همین گزارش‌دهی طبق یک قانون مناسب ظرف ده روز صورت گرفت. شورای امنیت در بند (۱۰) قطعنامه ۹۲۹ (۱۹۹۴) نیز از کشورهای ذی‌ربط خواست به‌نحو مقتضی و به‌طور منظم در مورد اجرای عملیات و پیشرفت حاصله در انجام اهداف مورد اشاره در بندهای (۲) و (۳) قطعنامه به شورای امنیت گزارش دهند. شورا تعهد به گزارش‌دهی را به عهده فرانسه و دبیرکل قرار داد.

در هاییتی نیز شورای امنیت در قطعنامه ۹۴۰ (۱۹۹۴) بند (۱۳) مسئله گزارش‌دهی را مطرح کرد و اولین گزارش ظرف هفت روز ارسال شد. هرچند که نیروهای امریکایی ظرف هفت روز جهت اقدامات نظامی صف نکشیدند، اما شورا تیمی ۶۰ نفری از مأموران سازمان ملل را در این منطقه برای نظارت بر عملکرد نیروهای چند ملیتی فرستاد و دولتهای درگیر ملزم شدند تا به‌طور منظم در این رابطه به شورا گزارش دهند.

همچنین شورا در ابتدای قطعنامه ۱۲۴۴(۱۹۹۹) اعلام می‌کند که رهبری نیروهای امنیت در کوزوو باید به‌طور قانونی و همراه با گزارش باشد. همچنین در تیمور شرقی فرمانده نیروهای چند ملیتی موظف گردید ظرف چهارده روز گزارش دهد و پس از آن گزارش خود را به‌طور دوره‌ای به شورا و دبیرکل تقدیم نماید.

در دارفور نیز شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۱۵۵۶(۲۰۰۴) از دبیرکل خواست ظرف سی روز گزارش خود را در رابطه با روند خلع سلاح نیروهای جان جاوید توسط دولت سودان ارائه دهد. البته لازم به ذکر است که در دارفور الزام به گزارش‌دهی در مورد اقدامات ماده ۴۱ منشور ملل متحد بوده نه توسل به‌زور طبق ماده ۴۲ آن.

می‌توان گفت تعهد نیروها در الزام به گزارش و در جریان گذاشتن شورای امنیت از نتیجه اقدامات خود می‌تواند موجب ایفای نقش کامل شورا در راستای فصل هفتم منشور شود. اگرچه شورای امنیت در قطعنامه‌های خود سیستم گزارش‌دهی را متذکر شده اما واقعیت این است که ضمانت اجرایی برای عدم وصول گزارشات یا اعلام گزارشات خلاف واقع در نظر نگرفته است.

۲ـ۱ـ موقتی بودن اقدامات نظامی

اعطای مجوز مداخله بشردوستانه به دولتها به‌طور نامحدود می‌تواند زمینه سوءاستفاده دولتها را بیش از پیش فراهم کند و این امر ضمن عدم مطابقت با اصل ضرورت و تناسب موجب فشار شدید و مضاعف بر غیرنظامیان می‌شود.[۸۴]

بنابراین برای جلوگیری از هرگونه فشار مضاعف، اعطای مجوز از سوی شورای امنیت باید به‌صورت موقتی، با ذکر مدت زمان محدود و به‌طور موردی صورت گیرد تا مداخله‌کننده، مداخله را در کوتاهترین زمان ممکن انجام دهد.

در تمام عملیات اجرای صلح شورای امنیت فقط در چند مورد محدود اقدام به تعیین مدت زمان محدود جهت مداخله بشردوستانه نموده است.

در قطعنامه ۹۲۹ (۱۹۹۴) مجوز اقدامات بشردوستانه فقط برای مدت دو ماه به نیروهای چند ملیتی اعطا شد، مگر اینکه دبیرکل تشخیص دهد که این نیروها به مدت بیشتری جهت انجام فعالیت بشردوستانه نیاز دارند.

به‌کارگیری واژه موقتی در بند (۶) قطعنامه ۸۳۶ به‌طور غیرمستقیم حاکی از محدود کردن زمان انجام عملیات زمینی یا هوایی جهت پاسخگویی به حمله یا بمباران به مناطق امن است.

همچنین شورا در بند (۱۹) قطعنامه ۱۲۴۴ (۱۹۹۹) بیان می‌کند که حضور نیروهای امنیت بین‌المللی در کوزوو برای یک دوره یک ماهه است، مگر اینکه شورا اقدام به اخذ تصمیم دیگری نماید. این امر مبتنی بر آن است که شورا وظیفه‌ای برای تجدید حضور نیروی نظامی در کوزوو به‌طور قانونی ندارد.

همان‌طور که مشخص است علی‌رغم اهمیت ذکر مدت زمان مشخص برای مداخله

---

84. Blokker, Niels, *op. cit., supra* note 80, p .1009.

بشردوستانه، شورای امنیت در تمام پرونده‌های اجرای صلح از این روش، فقط در بعضی از قطعنامه‌ها استفاده نموده است. نمایندگان مکزیک در پذیرش قطعنامه ۹۴۰ در هاییتی ضرورت وجود مدت زمان مشخص برای انجام عملیات نظامی را به شورای امنیت گوشزد کردند و اذعان داشتند که اعطای مدت زمان نامحدود به نیروهای چند ملیتی در این زمینه علاوه بر اینکه خلاف اصل تناسب است خطر بزرگی برای روابط بین‌المللی محسوب می‌گردد.[۸۵] البته همان‌طورکه ذکر شد به‌دلیل آسیبهای جامعه بین‌المللی از عدم ذکر مدت محدود و مشخص برای مداخلات بشردوستانه این موضوع به‌عنوان یکی از موارد «ابزار متوازن» در شرایط مشروعیت توسل به‌زور توسط شورای امنیت مورد توجه قرار گرفته است.

۲ـ نظارت شورای امنیت بر سازمانهای منطقه‌ای

نویسندگان منشور خود برای پیشگیری از سوءاستفاده و انحراف سازمانهای منطقه‌ای و اجرای صلاحیت شورای امنیت در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، ماده ۵۴ را جهت تضمین و نظارت شورای امنیت پیش‌بینی کرده‌اند که طبق این ماده فعالیتهایی که به‌موجب ترتیبات یا مؤسسات منطقه‌ای برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی انجام می‌شود باید به‌طور کامل به اطلاع شورای امنیت برسد.

عملکرد سازمانهای منطقه‌ای در زمینه مداخله بشردوستانه باید طبق ماده ۵۲ سازگار با اصول و اهداف ملل متحد بوده و مطابق ماده ۵۳ مجوز صریح شورای امنیت صورت گیرد. بنابراین ماده ۵۴ را می‌توان به‌عنوان آخرین تضمینی تلقی کرد که نویسندگان منشور برای پیشگیری از سوءاستفاده و انحراف سازمانهای منطقه‌ای در اجرای صلاحیت خود در زمینه حفظ و صلح امنیت بین‌المللی در نظر گرفته‌اند.[۸۶]

در واقع می‌توان گفت شورای امنیت با تلفیق مواد ۵۲ و ۵۴ منشور می‌تواند اطلاعات مورد نیاز را برای اعمال کنترل و اقتدار کامل بر اقدامات اجرایی ترتیبات منطقه‌ای به‌دست آورد.

اعطای مجوز به ناتو در بحران بوسنی موجب شد که اجرای عملیات نظامی، نظارت بر امر تحریم تسلیحاتی، تحریم اقتصادی، دفع تجاوز صربها از مناطق امن، دفاع از نیروهای پاسدار صلح در بوسنی و نظارت بر اجرای قطعنامه‌های مربوط به پروازهای نظامی بر فراز بوسنی و حمایت از توزیع کمکهای انسان دوستانه به سازمان آتلانتیک شمالی سپرده شود.

اما بحران کوزوو و انجام عملیات ۷۷ روزه ناتو که بدون مجوز شورای امنیت صورت گرفت،

---

85 . White, N.D and Ulgen, Ozlem, *op.cit.*, p. 409.

۸۶. صباحی، برزو، نقش سازمانهای منطقه‌ای در اجرای قطعنامه شورای امنیت، انتشارات آینه آثار، چاپ اول، تهـران، ۱۳۷۹، ص۷۱-۷۰.

بحث هرگونه نظارت را از سوی شورای امنیت منتفی ساخت.

اعطای مجوز به دولتهای عضو، هرچند هنوز هم مسئله نقض استقلال و حاکمیت دولتها و در یک کلام نقض اصل عدم مداخله را تداعی می‌کند، اما سیستم رایجی است که به‌دلیل عدم استفاده از ماده ۴۳ منشور به‌کار گرفته می‌شود. به هر حال این سیستم هنوز به آرمانهای خود و مطابقت با متن و محتوای منشور دست نیافته است. اما مهمتر از آن با بررسی رویه شورای امنیت در این زمینه، می‌توان گفت فقدان مکانیسم نظارت موثر از سوی شورا بر عملیات نظامی موجب گردید بحث اعطای مجوز به دولتها و سازمانهای بین‌المللی با موفقیت چندانی جهت اهداف بشردوستانه همراه نباشد؛ زیرا اگرچه شورای امنیت در قطعنامه‌های خود سیستم گزارش‌دهی را متذکر شده است، اما هیچ ضمانت اجرایی برای عدم وصول گزارشات در نظر نگرفته است، همچنین عدم پیش‌بینی اعمال زمان‌بندی محدود در منشور ملل متحد موجب شده است که شورای امنیت این روش را به‌طور کمرنگ در قطعنامه‌های خود به‌کار گیرد. این در حالی است که شورای امنیت در تمامی قطعنامه‌های خود بر مبنای توسل به نیروی نظامی از واژه «تمام ابزارهای لازم» یا «تمام معیارهای لازم» بهره جسته و اختیاراتش را به‌طورکلی و نامحدود به دولتهای عضو و سازمانهای بین‌المللی اعطا کرده است.[۸۷]

بنابراین به‌نظر می‌رسد عدم تأثیرگذاری اقدامات شورا حاکی از ضعف درونی آن بوده و این امر علاوه بر مسئولیت شورای امنیت به مشکلات و پیامدهای مداخله بشردوستانه دامن زده است.

87. Mani, V.S, *op. cit., supra* note 6, p.280.

نتیجه

واگذاری مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به شورای امنیت در پی جنگ جهانی دوم و پیوند این مسئولیت عظیم با ارتقای حقوق بشر موجب شد که شورای امنیت نتواند نسبت به نقضهای بنیادین حقوق بشر بی‌تفاوت بماند. اگرچه شروع جنگ سرد در همان سالهای آغازین پس از تصویب منشور ملل متحد، مانع فعالیت شورای امنیت در اخذ تصمیم و صدور قطعنامه‌های لازم‌الاجرا برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی شد، اما با پایان آن، شورای امنیت توانست با تلقی نقضهای حقوق بشر در جنگهای داخلی به‌عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی اقداماتی را در راستای وظیفه اصلی خویش انجام دهد.

البته بی‌تردید شورای امنیت طی این مسیر با مشکلات حقوقی و سیاسی ناشی از اعمال حق وتو، محدودیت‌های انسانی و فقدان تشکیل نیروهای ملل متحد طبق ماده ۴۳ منشور مواجه بوده است.

محدودیت نیروی انسانی و عدم تشکیل نیروی نظامی ملل متحد طبق ماده ۴۳ منشور که حتی با فروپاشی شوروی و همکاری بیشتر اعضاء دایم شورای امنیت هیچ‌گاه رفع نشد، موجب شد که شورا با استفاده از سیستم اعطای مجوز به دولتها و سازمانهای منطقه‌ای به وظیفه خویش عمل کند.

به هر حال با توجه به این مشکلات رویه شورا در رعایت مرزها و محدودیتهای مداخله بشردوستانه از دو منظر به‌صورت مثبت و منفی ارزیابی می‌گردد.

در واقع به‌نظر می‌رسد عملکرد شورای امنیت در وضع قطعنامه‌های شدید در سومالی، تشکیل دادگاههای بین‌المللی کیفری در یوگسلاوی و رواندا برای اولین بار، اعزام نیروهای حافظ صلح با قدرت نظامی و وظیفه اجرای صلح در هاییتی و تیمور شرقی و تأثیر مثبت آن در پایان بخشیدن به مخاصمات، و از همه مهمتر تلقی جدید نقض فاحش حقوق بشر (ناشی از نقض حق ملتها در تعیین سرنوشت خویش) به‌عنوان عامل تهدید صلح و امنیت بین‌المللی،[88] حکایت از روندی مثبت در مداخلات بشردوستانه دارد. علاوه بر این اتخاذ تمهیداتی چون ارسال کمکهای بشردوستانه در جهت حمایت از غیرنظامیان که موجب تسکین موقت اوضاع شد، توانسته است نوآوری عملکرد شورای امنیت را دربرداشته باشد.

اما اعمال تحریمهای اقتصادی و فشار بیش از حد بر غیرنظامیان، عدم رعایت اصل منع تبعیض در تحریمهای تسلیحاتی در یوگسلاوی و هائیتی، اقدامات دیر هنگام در رواندا که نوعی بی‌تفاوتی در برابر کشتار جمعی تلقی می‌شود، عدم انجام اقدام مثمرثمر و کافی در بوسنی و هرزگوین و کوزوو به‌دلیل فقدان اراده سیاسی و واکنش غیرمؤثر شورای امنیت در بحران دارفور، که همه ناشی از ناتوانی جامعه بین‌المللی در جلوگیری از نقض فاحش حقوق بشری یا محدود کردن

---

88 . Malone, David M, *op.cit. supra* note 24, p. 489.

دامنه آن است، نشانگر نقطه‌های تاریکی در رویه شورای امنیت در زمینه مداخله بشردوستانه می‌باشد.

در بررسی تطابق عملکرد شورای امنیت با آنچه که این نهاد ملزم به رعایت آن است می‌توان گفت که به‌نظر می‌رسد شورای امنیت اصل ضرورت و احترام به حاکمیت داخلی را در اقدامات خود مدنظر قرار داده است. البته با توجه به اختیارات اعطا شده به شورا انتظار می‌رفت که شورا بتواند وظیفه خویش را در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به‌نحوی صحیح‌تر انجام دهد، اما رویارویی با مشکلات حقوقی و سیاسی در اعمال حق وتو، ضعف در ساختار شورای امنیت، محدودیت‌های انسانی و فقدان مکانیسم اجرایی مناسب ناشی از عدم تشکیل نیروهای ملل متحد طبق ماده ۴۳ منشور، موجب شد که شورا نتواند امنیت جمعی را بدان نحو که در منشور ملل متحد پیش‌بینی شده است، انجام دهد.

به عبارت دیگر اگر شورای امنیت به دور از هرگونه منافع سیاسی اعضاء دائم با به‌کارگیری اقدامات به‌موقع جهت رفع رنج بشریت و توجه بیشتر به غیرنظامیان حین انجام عملیات، اقدام به مداخله بشردوستانه می‌نمود، دیگر دولتها و سازمانهای بین‌المللی در جهت حمایت از حقوق بشر اقداماتی را انجام نمی‌دادند که سالها تلاش سازمان ملل متحد را برای تثبیت قاعده منع توسل به‌زور نادیده گیرد.

بنابراین عدم عملکرد به‌موقع شورای امنیت و عدم تمرکز بر نیروهای نظامی دولتها و سازمانهای بین‌المللی، موجبات مسئولیت شورای امنیت را فراهم کرد.

بنابراین امروز بهتر است یک نیروی واکنش سریع تحت فرماندهی سازمان ملل (نه یکی از دولتهای عضو) از جهت وضعیت قابل قبول‌تری که دارد تشکیل شود و اقدامات اولیه را جهت ارائه کمکهای بشردوستانه، ایجاد مناطق امن برای آوارگان و دیگر مداخلاتی که برای بیماری یا قحطی صورت می‌گیرد به‌سرعت انجام دهد نه اینکه همین اقدامات را چند ماه و چند سال بعد از وقوع حادثه انجام دهند. به واقع اگر با پایان جنگ سرد این نیرو تشکیل شده بود صدها هزارتن از مرگ و آوارگی نجات یافته بودند.

همچنین شورای امنیت باید برای موفقیت در اعمال سیستم امنیت جمعی، طبق پیشنهاد دبیرکل سازمان ملل متحد در گزارش «آزادی بیشتر: به سوی توسعه و امنیت و حقوق بشر برای همگان» که در ۲۱ مارس ۲۰۰۵ آن را به مجمع عمومی تقدیم نمود، قطعنامه‌ای را در زمینه اصول خویش در توسل به‌زور، اعطای مجوز و فرماندهی نیروی نظامی مورد تصویب قرار دهد.

در واقع با از بین بردن نقاط ضعف و بازدارنده شورای امنیت در فقدان سیستم نظارتی مؤثر، ارائه امکانات بهتر متناسب با وظیفه خطیر شورای امنیت و ایجاد هماهنگی در اراده سیاسی اعضاء دائم می‌توان نظام امنیت جمعی را کاراتر و مؤثرتر از قبل مشاهده نمود و دیگر تکرار حمله ناتو، تأخیر در واکنش به نسل‌کشی، پاکسازی نژادی و دیگر جرایم بین المللی علیه بشریت را شاهد نبود.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۱۲۷ ـ ۱۰۳

آراء مربوط به ایرادات مقدماتی صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌های مشروعیت توسل به‌زور*

سایمن اولی‌سان**
ترجمهٔ دکتر علی قاسمی***

چکیده

دیوان بین‌المللی دادگستری در آراء مربوط به ایرادات مقدماتی در پرونده‌های مشروعیت توسل به‌زور معتقد بود که صلاحیت استماع دعاوی را ندارد. با وجود اتفاق آراء اعضای دیوان در این نتیجه‌گیری، روشن است که بین قضات درخصوص مبانی‌ای که منجر به این تصمیم شد اختلاف‌نظر عمیق وجود داشت. تنها اکثریت ساده‌ای از قضات به این استدلال ملزم بودند که دیوان باید در مورد مسئله صلاحیت به‌علت شخصی (صلاحیت مربوط به شخص خوانده) در ارتباط با عضویت صربستان و

---

*. مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه بلژیک)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه کانادا، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه فرانسه)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه آلمان)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه ایتالیا)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه هلند)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه پرتغال)، ایرادات مقدماتی؛ مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته‌نگرو علیه انگلستان)، ایرادات مقدماتی؛ آراء ۱۵ دسامبر ۲۰۰۴ که به نشانی الکترونیکی زیر در دسترس است:
http://www.icj-cij.org

**. مشخصات مأخذ مقاله به شرح زیر است:
Olleson Simon, "Killing Three Birds with One Stone"? The Preliminary Objections Judgments of the International Court of Justice in the Legality of Use of Force Cases, Leiden Journal of International Law, 18 (2005), pp. 237-255.

به‌علاوه نویسنده دارای MA (از دانشگاه کمبریج)، LLM (از دانشگاه نیویورک) و Diploma در حقوق بین‌الملل (از دانشگاه کمبریج) می‌باشد.
***. عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری.

مونته‌نگرو در سازمان ملل قبل از سال ۲۰۰۰ اتخاذ تصمیم نماید.

اقلیت قضات شدیداً به انتخاب چنین مبنایی برای تصمیم‌گیری به‌ویژه با توجه به الزامات آشکاری که برای دیوان در مورد سایر پرونده‌های مطروحه در آن وجود داشت، انتقاد داشتند.

واژگان کلیدی

بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، انتخاب مبانی برای تصمیم‌گیری، صلاحیت ذاتی، دیوان بین‌المللی دادگستری، عملکرد قضائی، اصل صلاحیت به‌علت شخصی، ایرادات مقدماتی.

۱. مقدمه

در ۱۵ دسامبر ۲۰۰۴، دیوان بین‌المللی دادگستری (دیوان) در خصوص ایرادات مقدماتی خواندگان هشت پرونده باقیمانده در خصوص مشروعیت توسل به‌زور که توسط صربستان و مونته‌نگرو (خواهان)[۱] در سال ۱۹۹۹ علیه اعضای ناتو اقامه شده بود، رأی داد.[۲]

این پرونده‌ها در ارتباط با بمباران اهدافی در داخل خاک فدرال یوگسلاوی در بهار سال ۱۹۹۹ اقامه شد؛ واکنشی که در مقابل جنایات صرب‌ها علیه اقلیت آلبانی تبار کوزوو صورت گرفته بود.

آراء دیوان شامل نکات زیادی در مورد صلاحیت دیوان است، از جمله ارزیابی شرایطی که طبق آن حق مراجعه به دیوان به‌موجب بند (۲) ماده ۳۵ برای کشورهایی «غیر» از کشورهایی که عضو اساسنامه می‌باشند، بالاخص با توجه به تفسیر مضیق گستره و معنای اصطلاح «معاهدات لازم‌الاجرا» در ماده مزبور، وجود دارد. با وجود این، اختلاف اساسی در ارتباط با این آراء ناشی از موضع پذیرفته شده توسط دیوان در خصوص موضوع صلاحیت به‌علت شخصی بود که به‌نظر دیوان الزامی بوده و همچنین موضوع مربوط به آزادی دیوان در انتخاب از میان مبانی متعدد موجود برای تصمیم‌گیری بود. اگرچه تمام اعضای دیوان در مقام نتیجه‌گیری بر عدم پذیرش پرونده‌ها[۳] متفق بودند، اما مطالعه دقیق عقاید و اعلامیه‌های جداگانه منضم به این آراء نشان می‌دهد که در میان اعضای دیوان در خصوص مبنای این تصمیم اختلاف عمیقی وجود داشت. همچنین ردّ پرونده‌ها بر مبنای فقدان صلاحیت شخصی که با اکثریت ساده ۸ رأی

---

۱. در جریان رسیدگی نام خواهان تغییر کرد. پرونده‌ها در اصل توسط جمهوری فدرال یوگسلاوی اقامه شده بود که در آن زمان ادعا می‌شد جانشین جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی است. جمهوری فدرال یوگسلاوی در اول نوامبر ۲۰۰۰ به عضویت سازمان ملل متحد پذیرفته شد و در چهارم فوریه ۲۰۰۳ رسماً به صربستان و مونته‌نگرو تغییر نام داد. برای رعایت اختصار درتمامی ارجاعات از این کشور به‌عنوان خواهان یاد می‌شود.

۲. اگرچه دیوان تصمیم گرفت که پرونده‌ها ادغام نشوند، ولی قسمت‌های اصلی استدلال هریک از آراء اساساً یکسان است. به‌علاوه، دیوان استدلالات خواندگان را به‌صورت یک مجموعه قلمداد نمود. آراء مربوط به بلژیک و هلند شامل بخش‌های اضافی با تکیه بر معاهدات دوجانبه با خواهان شده است، در حالی‌که رأی علیه پرتغال متضمن بخش اضافی مختصر مربوط به این استدلال که پرتغال عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی نبوده است می‌باشد. در این نوشتار تمامی ارجاعات بعدی تنها به بندهای رأی صادره در ارتباط با هلند خواهد بود (مشروعیت توسل به‌زور، صربستان و مونته نگرو علیه هلند؛ ایرادات مقدماتی، رأی مورخ ۱۵ دسامبر ۲۰۰۴). بندهای مربوطه در برخی از آراء دیگر شماره‌های متفاوت دارند.

۳. رک. عبارت حکم (بند ۱۲۸) که به اتفاق آراء پذیرفته شد. قاضی Simma در رأی‌گیری شرکت نکرد؛ بنابراین با قاضی اختصاصی Kerca که توسط خواهان منصوب شده بود دیوان متشکل از ۱۵ عضو بود؛ اگرچه چهار خوانده از میان ۵ خواندگان، قاضی‌ای که در دیوان تابعیت آنها را داشته باشد، نداشتند و لذا امکان انتصاب قاضی اختصاصی در مرحله اقدامات موقت برای آنها مقدور نبود (بلژیک، کانادا، ایتالیا، اسپانیا و پرتغال برای مرحله اقدامات موقت قاضی معرفی نکردند، اگرچه بعداً قاضی معرفی کردند)، دیوان با توجه به حضور قضات انگلیسی، هلندی، فرانسوی در دیوان و علی‌رغم تصمیم مبنی‌بر عدم ادغام پرونده‌ها حکم داد که قضات اختصاصی به تنهایی نباید در مرحله رسیدگی به ایرادات مقدماتی رأی صادر کنند. برای مثال رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته نگرو علیه بلژیک)، ایرادات مقدماتی، رأی مورخ ۱۵ دسامبر ۲۰۰۴، بند ۱۸.

در مقابل ۷ رأی به‌دست آمد. قوت احساسات قضات اقلیت از عبارات قاطع به‌کار رفته در اعلامیه مشترکشان و نیز از شماری از نظریات ابرازی از سوی هریک از آنها هویدا است.[۴] در واقع میان اعلامیه مشترک و عقاید جداگانه اگر نگوییم در شکل، در ماهیت و جوهر اختلاف وجود داشت. اعلامیه مشترک درواقع نوعی فرمول‌سازی عبارت حکم بود* و به‌نحوی طراحی شده بود که جداگانه زمینه عملی بی‌طرفانه‌ای را برای دیوان فراهم می‌آورد که حکم دهد صلاحیت رسیدگی به دعاوی را ندارد، زمینه‌ای که اجازه می‌داد تا دیوان به اتفاق آراء پرونده‌ها را رد کند.[۵]

چند عامل عمده برای فهم استدلال دیوان و انتقادات اقلیت قضات وجود دارد. نخست، از دیوان تقاضا شده بود که در مورد ایرادات مقدماتی خواندگان اظهارنظر نماید در شرایطی که قبلاً دیوان در تصمیم‌گیری درباره تقاضای خواهان مبنی‌بر اقدامات موقت رأی داده بود که صلاحیت ولو به‌طور ظاهری نمی‌تواند بر مبنایی که مورد استناد قرار گرفته تثبیت شود و علاوه بر آن دیوان لزومی نمی‌بیند که درباره صلاحیت به‌علت شخصی (خوانده) اظهارنظر کند. دوم، خواهان در فاصله بین مرحله اقدامات موقت و تسلیم لوایح نهایی خود در مورد ایرادات مقدماتی موضع خود را شدیداً درباره صلاحیت تغییر داده بود. و سوم شاید به‌عنوان مهمترین عامل، موضوعاتی که بالقوه در هر تصمیم دیوان در مورد ایرادات مقدماتی مطرح می‌شد تبعات آشکاری برای دو پرونده «*اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی*» مطروحه نزد دیوان داشت که به ترتیب توسط بوسنی و هرزگوین و کروآسی مطرح شده بود و در این پرونده‌ها خواهان (یوگسلاوی) خوانده بود. قبل از پرداختن به استدلالات دیوان، هریک از نکات فوق باید به‌طور خلاصه بررسی شود، اگرچه ارتباط بین عامل دوم و سوم، به‌گونه‌ای است که شایسته است با یکدیگر مورد بحث قرار گیرند.

۲. پیشینه و زمینه

در ۲۹ آوریل ۱۹۹۹ خواهان دادخواستی با طرح دعاوی جداگانه علیه ده دولت عضو ناتو خواستار اتخاذ اقدامات موقت از سوی دیوان در هریک از این پرونده‌ها شده بود؛ خواهان در این

---

۴. رک. اعلامیه مشترک نایب رئیس Ranjeva و قضات Guillaumme، Higgins، kooijmans، al khasawneh، Buergenthal، Elaray (که از این پس اعلامیه مشترک نامیده می‌شود ...) به‌ویژه بند یک: «هرکدام از ما موافقیم که از نظر حقوقی این پرونده نمی‌تواند با رسیدگی در ماهیت آغاز شود؛ معهذا، ما شدیداً با این استدلال دیوان که اساس رأی را تشکیل می‌دهد به‌ویژه مبنایی که دیوان با تکیه به آن به عدم صلاحیت خود نظر داد مخالف هستیم». رک. نظریه مستقل Higgins, Kooijmans و Elaray . همچنین دو نفر از قضاتی که اکثریت را تشکیل دادند نظریه مستقل ثبت و یا اعلامیه مشترک منتشر کردند. رک. اعلامیه قاضی Koroma و نظریه مستقل قاضی اختصاصی Kerca.

*. Dispositif.

۵. بند ۱۲۸.

دعاوی مدعی بود معاهده منع و مجازات کشتار جمعی توسط خواندگان نقض شده است.[۶] به‌منظور احراز صلاحیت دیوان، خواهان در تمام پرونده‌های فوق به ماده ۹ معاهده مذکور استناد کرد و به‌عنوان گزینه جایگزین هم به اعلامیه‌های صادر شده توسط برخی خواندگان (بلژیک، کانادا، هلند، پرتغال، اسپانیا و انگلستان) طبق ماده مربوط به قبول داوطلبانه صلاحیت اجباری دیوان[۷] و یا براساس دعوت برخی خواندگان به قبول صلاحیت دیوان مطابق بند (۵) ماده ۳۸ قواعد دادرسی دیوان استناد کرد.[۸] علاوه بر آن، در دور دوم جلسات استماع که برای بررسی اتخاذ اقدامات موقت در ۱۲ مه سال ۱۹۹۹ برگزار شد، خواهان همچنین سعی کرد که بر معاهدات دوجانبه‌ای تکیه نماید که گفته می‌شد، این معاهدات در مورد بلژیک و هلند حاوی مقرره‌ای است که صلاحیت دیوان را احراز می‌کند.[۹] دیوان اتخاذ اقدامات موقت را برای هر ده پرونده رد کرد. اگرچه تعدادی از خواندگان صراحتاً اعلام نمودند که دیوان در مرحله اقدامات موقت به‌علت عضویت نامشخص خواهان در سازمان ملل و در نتیجه تردید عضویت آن در اساسنامه دیوان[۱۰] صلاحیت به‌علت شخصی را ندارد اما دیوان اعلام کرد که این استدلال برای تصمیم‌گیری وی ضروری نمی‌باشد[۱۱] و در عوض تصمیم خود را عمدتاً برمبنای فقدان صلاحیت ظاهری، به‌علت مادی و فقدان شرط زمانی اتخاذ کرد.[۱۲]

پرونده‌های متشکله علیه اسپانیا و امریکا از فهرست دیوان خارج شدند و دیوان اعلام نمود طبق هر مبنایی که در نظر گرفته شود،[۱۳] آشکارا در مورد این پرونده فاقد صلاحیت است.[۱۴]

---

۶. کنوانسیون منع و مجازات کشتار جمعی مصوب ۹ دسامبر ۱۹۴۸ نیویورک.

۷. بند (۲) از ماده ۳۶ اساسنامه دیوان مبنایی بود که دیوان به‌عنوان اساس صلاحیت خود علیه کشورهای فوق به آن استناد کرد.

۸. از این مبنا علیه فرانسه، آلمان، ایتالیا، اسپانیا و امریکا استفاده شد.

۹. رک. مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه بلژیک)، اقدامات موقت، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹، [۱۹۹۹] گزارش دیوان بین‌المللی صص ۱۲۴ تا ۱۳۰، بند ۱۴؛ مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه هلند)، اقدامات موقت، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹ [۱۹۹۹] گزارش دیوان صص ۵۴۲ تا ۵۴۸، بند۱۴.

۱۰. این نکته توسط بلژیک، کانادا، هلند، پرتغال، اسپانیا و انگلستان مطرح شد. رک. برای مثال به «مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه هلند)» اقدامات موقت، رک. قرار مورخ دوم ژوئن، زیرنویس شماره ۹، ص ۵۵۳، بند ۳۱.

11. *Ibid*., para. 33.

۱۲. اگرچه بلژیک در ارتباط با استناد خواهان به بند صلاحیت اجباری دیوان علیه آن کشور به فقدان صلاحیت به‌علت شرط زمانی استناد نکرد و تنها به فقدان صلاحیت به‌علت شخصی اکتفا کرد [رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه بلژیک)، اقدامات موقت، پیشین، ص ۱۳۳، بند ۱۲۴]، معهذا دیوان به آن استدلال تأکید و بر این مبنا اتخاذ تصمیم کرد. علاوه بر آن، دیوان ضرورتی نمی‌دید که به این استدلال پرتغال مبنی بر اینکه معاهده منع و مجازات کشتار جمعی در هنگام تقدیم دادخواست خواهان لازم‌الاجرا نشده است، ترتیب اثر دهد [رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه پرتغال)، اقدامات موقت، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹، [۱۹۹۹] گزارش دیوان صص ۶۵۶ تا ۶۷۰، بندهای ۴۱ تا ۴۳].

۱۳. در مورد اسپانیا دیوان این چنین نتیجه‌گیری کرد که شرط استثناء مقرر در پذیرش صلاحیت اجباری دیوان مطابق ماده اختیاری قبول صلاحیت، در مواردی کاربرد خواهد داشت که خواهان دوازده ماه قبل از تقدیم دادخواست صلاحیت دیوان را پذیرفته باشد. (رک. مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه اسپانیا، گزارش فوق، صص ۷۶۸ تا ۷۷۱، بندهای ۲۱

هشت پرونده دیگر اگر چه از لیست خارج نشدند[۱۵] اما دیوان اعلام کرد که یوگسلاوی نتوانسته است حداقل صلاحیت ظاهری دیوان نسبت به آنها را جهت اتخاذ اقدامات موقت با تکیه بر هریک از مبانی استنادی زیر ثابت نماید؛ حتی صلاحیت در مورد چهار دولتی[۱۶] که خواهان ادعا کرده بود دیوان براساس اعلامیه‌های مربوط به شرط پذیرش صلاحیت اجباری دیوان نسبت به آنها صلاحیت دارد.[۱۷] حکم به صلاحیت درباره آنها وقتی است که شرط زمانی صلاحیت به‌وضوح موجود باشد در حالی‌که قبول صلاحیت دیوان از سوی خواهان فقط ناظر به آینده بود صرف‌نظر از اینکه اختلاف مورد بحث قبل از سپردن اعلامیه رخ داده بود. در ارتباط با انگلستان که از قبول صلاحیت دیوان طبق شرط پذیرش صلاحیت اجباری مستثنی شده بود و اختلافات بر اساس قبول صلاحیت دیوان در مدت «کمتر از دوازده ماه» قبل از تقدیم دادخواست اقامه گردیده بود،[۱۸] دیوان نظر داد با توجه به اینکه قبول صلاحیت توسط خواهان تنها سه روز پیش از ثبت دادخواست بوده است این امر آشکارا نمی‌تواند مبنای صلاحیت حتی صلاحیت ظاهری دیوان را تشکیل دهد.[۱۹]

دیوان درخصوص استناد به ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی برای احراز صلاحیت دیوان نظر داد که صلاحیت ظاهری در این مورد را ندارد، چرا که اعمال زور علیه یک دولت یا تهدید به آن نمی‌تواند فی‌نفسه یک عمل کشتار جمعی باشد و به‌نظر نمی‌رسد در این مرحله از رسیدگی، بمباران یوگسلاوی که اساس دادخواست این کشور را تشکیل می‌دهد «ذاتاً

تا ۲۵)، همچنین حق شرط اسپانیا در خصوص ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی (*Ibid*., paras. 29-33) و نیز اینکه اسپانیا طبق بند (۵) ماده ۳۸ قواعد دادرسی به‌طور آشکار صلاحیت دیوان را قبول نکرده است، مورد توجه دیوان قرار گرفت (*Ibid*., at 772-773, paras 21-25). در مورد امریکا دیوان عقیده داشت حق شرط این کشور بر ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی که مقرر می‌داشت قبل از ارجاع اختلاف به دیوان بایستی«رضایت صریح» امریکا جلب شود، قابل اجرا بود. [(رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه امریکا)، اقدامات موقت، پیشین، صص ۹۲۴ــ۹۲۳، بندهای ۲۱ تا ۲۵]؛ همچنین دیوان اعلام کرد که دعوت به قبول صلاحیت دیوان صورت نگرفته است (*Ibid*., at 924-925-paras. 26-28).

۱۴. پرونده مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه اسپانیا)، اقدامات موقت، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹، [۱۹۹۹] گزارش دیوان صص ۷۶۱ تا ۷۷۴، بندهای ۳۵ و (۲)۴۰؛ پرونده مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه امریکا)، اقدامات موقت، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹، [۱۹۹۹] گزارش دیوان صص ۹۱۶ تا ۹۲۶، بندهای ۲۹ و (۲)۳۴.

۱۵. علی‌رغم اعلام عدم صلاحیت ظاهری در این مرحله از رسیدگی، دیوان اعلام کرد که این اعلام هرگز به مفهوم پیش‌داوری در ارتباط با صلاحیت دیوان برای رسیدگی به ماهیت دعوی و نیز هر مسئله مربوط به قابلیت پذیرش دادخواست یا پیش‌داوری در خصوص ماهیت این پرونده‌ها نمی‌باشد (رک. برای مثال مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه هلند)، گزارش فوق، ص ۵۵۷، بند ۴۶. همچنین رجوع شود به اظهارنظر جداگانه قاضی Oda که تمام ده پرونده را به‌علت فقدان صلاحیت ظاهری دیوان از فهرست خارج نمود.

۱۶. بلژیک، کانادا، هلند، پرتغال.

۱۷. برای مثال رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه هلند، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹ دیوان درباره اقدامات موقت، گزارش فوق، صص۵۵۲ تا ۵۵۳، بندهای ۲۶ تا ۳۰.

۱۸. رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه انگلستان، قرار مورخ دوم ژوئن ۱۹۹۹ دیوان درباره اقدامات موقت، گزارش صص ۸۳۴ـ۸۲۶، بند ۲۲.

19. *Ibid*., at 836, para. 25.

متضمن قصد و نیت» مقرر در ماده ۲ معاهده منع و مجازات کشتارجمعی باشد؛[۲۰] لذا دیوان نظر داد که در این مرحله از رسیدگی قادر نیست که مشخص نماید اقدامات مورد بحث از نظر عنصر و علت مادی قابلیت برابری با کشتار دسته جمعی را دارند.[۲۱]

سرانجام در خصوص معاهدات دوجانبه‌ای که علیه بلژیک و هلند به آنها استناد شده بود، دیوان نظر داد، اینکه اجازه داده شود با تأخیر و در خلال جلسات استماع یک مبنای دیگر برای صلاحیت ارائه گردد «به‌طور جدی اصل دادرسی عادلانه و اجرای عدالت را به مخاطره می‌اندازد»* و بر این اساس دیوان نظر داد که حداقل برای احراز صلاحیت درباره اقدامات موقت نمی‌تواند به این معاهدات دوجانبه استناد کند.[۲۲]

موضع اصلی خواهان هم در سازمان ملل[۲۳] و هم نزد دیوان درخصوص پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور* در مرحله اقدامات موقت این بود که این کشور جانشین جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی می‌باشد و این‌گونه نتیجه‌گیری می‌کرد که عضو منشور ملل متحد و به تبع آن عضو اساسنامه دیوان[۲۴] و همچنین عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بوده است.[۲۵]

این موضع در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* که توسط بوسنی و هرزگوین علیه خواهان (یوگسلاوی) در سال ۱۹۹۳ در ارتباط با جنایاتی از جمله نقض معاهده

---

۲۰. رک. مشروعیت توسل به‌زور، پرونده یوگسلاوی علیه هلند، قرار دوم ژوئن ۱۹۹۹ درباره اقدامات موقت، گزارش فوق ص ۵۵۶، بند ۴۰.

21. *Ibid*.,at para. 41.

***.** توضیح آنکه معاهده دو جانبه مورد ادعای خواهان علیه هلند و بلژیک یک سند اضافی بود که در زمان تقدیم دادخواست ارائه نشده بود و در جلسه دوم استماع ارائه شد و از این رو دیوان این استدلال را به‌علت آنکه با تأخیر ارائه شده بود و قبول آن با دادرسی عادلانه منافات داشت نپذیرفت (مترجم).

۲۲. رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه بلژیک، اقدامات موقت، گزارش‌های فوق ص ۱۳۹، بند ۴۴؛ مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه هلند، زیرنویس شماره ۹، صص ۵۵۷ـ۵۵۶، بند۴۴.

۲۳. این موضع نه به‌وسیله شورای امنیت (S/Res/777-1992) و نه توسط مجمع عمومی (A/Res/47/1) پذیرفته نشد. هر دو نهاد نتیجه گرفتند که خواهان به‌طور اتوماتیک جانشین جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی نمی‌باشد و این کشور نباید در کارهای مجمع عمومی مشارکت نماید. همچنین رک. (1993) S/Res/821 و A/Res/47/229 در ارتباط با مشارکت در فعالیت‌های شورای اقتصادی و اجتماعی. همچنین رک. قطعنامه (1992) S/Res/757 شورای امنیت که اشاره می‌کند به اینکه ادعای خواهان مبنی بر تداوم اتوماتیک عضویت از طریق عضویت جمهوری فدرال یوگسلاوی به‌طور کلی قابل قبول نمی‌باشد.

۲۴. دیوان اظهار نظر نمود که دادخواست‌های اصلی حداقل به‌طور ضمنی اشاره داشته است که مطابق بند (۱) ماده ۳۵ اساسنامه دیوان این مرجع در دسترس صربستان و مونته نگرو است، بر این مبنا که این کشور عضو سازمان ملل و به تبع آن عضو اساسنامه دیوان می‌باشد ... متعاقباً در یادداشت تقدیمی توسط صربستان و مونته نگرو این مطلب به صراحت بیان شد (بند ۲۸).

۲۵. به‌طور آشکار بیشترین استناد این کشور در پرونده‌های مشروعیت توسل به‌زور، به ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بود (رک. مشروعیت توسل به‌زور، یوگسلاوی علیه هلند، اقدامات موقت، پانویس شماره ۹، ص ۵۵۵، بند ۳۷: «با توجه به اینکه هیچ اختلافی درباره اینکه هم یوگسلاوی و هم بلژیک عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی هستند و حق شرطی را نیز در این‌خصوص بیان ننموده‌اند».

منع و مجازات کشتار جمعی که در خلال درگیری بالکان رخ داده بود، مجدداً اتخاذ شد و این‌طور ادعا شد که خواهان در این ارتباط مسئول می‌باشد.

موضع اولیه خواهان (یوگسلاوی) به‌عنوان خوانده در پرونده مزبور این نبود که آن کشور عضو سازمان ملل و به تبع آن عضو اساسنامه دیوان یا عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی نبوده است؛ در عوض یوگسلاوی به استدلالات دیگری برای رد صلاحیت دیوان در این پرونده توسل جست، از جمله اینکه طبق معاهده منع و مجازات کشتار جمعی دیوان فاقد شرط مادی صلاحیت می‌باشد، و اینکه در زمان طرح دعوی علیه وی دولت بوسنی و هرزگوین جانشین یوگسلاوی در ارتباط با معاهده منع و مجازات کشتار جمعی نشده بود.[۲۶]

دیوان در ابتدای دو قرار صادره راجع به اقدامات موقت در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* مطروحه از جانب بوسنی و هرزگوین در حالی‌که صلاحیت ظاهری خود را مفروض تلقی نمود، نتیجه‌گیری کرد که اگرچه راه حل انتخابی خالی از اشکال قانونی نمی‌باشد ولی از دیوان خواسته نشده در آن مرحله راجع به وضعیت خواهان به‌عنوان عضو سازمان ملل تصمیم قطعی اتخاذ کند.[۲۷] بر این اساس حتی اگر خواهان عضو سازمان ملل نمی‌بود به هر حال ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی «در بادی امر به‌عنوان مقرره‌ای خاص در یک معاهده لازم‌الاجرا» داخل در مفهوم بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه قلمداد گردید و بدین‌ترتیب دیوان یک مبنای ظاهری جایگزین برای صلاحیت به‌علت شخصی پیدا کرد.[۲۸]

در مراحل بعدی رسیدگی به پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* مطروحه از جانب بوسنی و هرزگوین دیوان تمامی ایرادات مقدماتی خواهان را مردود دانست[۲۹] و استدلال کرد که خواهان مذکور در زمان ثبت دادخواست علیه آن به‌عنوان ادامه جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی ملتزم به معاهده مزبور بوده است،[۳۰] به‌علاوه دیوان اعلام کرد که دعاوی متقابلی که از سوی خواهان اقامه شدند به استناد معاهده مذکور قابل پذیرش هستند.[۳۱]

در دوم ژوئیه ۱۹۹۹ کروآسی نیز دعوایی مشابه دعوای بوسنی و هرزگوین در ارتباط با

---

۲۶. رک. ایرادات مختلفی که در پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی در مرحله ایرادات مقدماتی صورت گرفت (جلد دوم گزارش دیوان در سال ۱۹۹۶ صص ۵۹۶ تا ۶۰۴، بند ۱۴).

۲۷. رک. پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی، اقدامات موقت، قرار ۸ آوریل ۱۹۹۳، گزارش دیوان در همان سال، صص ۳ تا ۱۴، بند ۱۸.

28. *Ibid*., at para. 19.

۲۹. رک. پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی، ایرادات مقدماتی، زیرنویس شماره ۲۶، همین مقاله.

30. *Ibid*., at 610, para. 17.

۳۱. اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی، دعاوی تقابل، قرار مورخ ۱۷ دسامبر [۱۹۹۷]، ص ۲۴۳ گزارش دیوان. دعوای تقابل بعداً با یادداشت مورخ ۲۰ آوریل ۲۰۰۱ خواهان مسترد شد. رک. دستور مورخ ۱۰ دسامبر ۲۰۰۱، [۲۰۰۱] ص ۵۲۷ گزارش دیوان.

نقض ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی اقامه نمود؛ و به این ترتیب بار دیگر ماده ۹ معاهده مزبور برای احراز صلاحیت دیوان مورد استناد قرار گرفت.[۳۲] در زمان صدور رأی در پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور*، ایرادات مقدماتی نسبت به صلاحیت و قابلیت پذیرش و همچنین پاسخ کروآسی[۳۳] به آن ایرادات ارائه و ثبت گردید، اگرچه تاریخی برای جلسه استماع شفاهی تعیین نشد.

موضع خواهان ناگهان به دنبال تغییر دولت در پاییز ۲۰۰۰ تغییر کرد. خواهان با پذیرفتن این واقعیت که عضویت او به‌عنوان جانشین جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی در سازمان ملل پذیرفته نمی‌باشد، تقاضا کرد به‌عنوان عضو جدید در سازمان ملل پذیرفته شود؛ این عضویت در اول نوامبر ۲۰۰۰ تحقق یافت.[۳۴] خواهان همچنین متعاقباً موضع خود را در طرح دعوی نزد دیوان به‌شدت تغییر داد؛ این تصمیم در واقع تاکتیکی حساب شده بود تا براساس آن با قربانی‌کردن پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور*، از خطر صدور آراء متناقض در ماهیت پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* اجتناب شود.[۳۵]

نخستین علائم این تغییر در آوریل ۲۰۰۱ خود را نشان داد، زمانی‌که خواهان با تکیه بر تحولات مذکور در فوق درون سازمان ملل، درخواست تجدیدنظر در رأی ۱۹۹۶ دیوان در مورد ایرادات مقدماتی ارائه شده در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* را با هدف گشایش دوباره باب صلاحیت دیوان تقدیم کرد.[۳۶] خواهان چنین استدلال کرد که پذیرش درخواست عضویت وی در سازمان ملل در سال ۲۰۰۰ به این معنی است که آن کشور قبل از

---

۳۲. برای دسترسی به دادخواست رک. آدرس اینترنتی

www. icj. cij. org

دادخواست بر این مبنا مورد رسیدگی قرار گرفت که هم خواهان و هم کروآسی دولتهای جانشین یوگسلاوی سابق بوده و به این ترتیب به‌عنوان جانشین آن دولت، عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی می‌باشند (بند ۲۸). همچنین این امر به‌طور ضمنی حاکی از عضویت خواهان در اساسنامه دیوان است.

۳۳. رک. پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی (کروآسی علیه صربستان و مونته نگرو)، قرار مورخ ۱۴ نوامبر ۲۰۰۲، [۲۰۰۲] ص ۶۱۰ گزارش دیوان. خواهان ایرادات مقدماتی خود را در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۲ تقدیم کرد و بدین‌طریق رسیدگی ماهوی معلق شد. دیوان ۲۹ آوریل ۲۰۰۳ را برای پاسخگویی کروآسی تعیین کرد. ایرادات مقدماتی و پاسخ کروآسی در حال حاضر در دسترس عموم نمی‌باشد.

۳۴. رک. S,Res/1326 (۳۱ اکتبر ۲۰۰۰) و A/Res/55/12 (اول نوامبر ۲۰۰۰).

۳۵. می‌توان حدس زد که همین موضع در ایرادات مقدماتی خواهان در دعوای مطروحه توسط کروآسی هم پذیرفته شده باشد.

۳۶. درخواست تجدیدنظر در ۲۴ آوریل ۲۰۰۱ ثبت شد، به فاصله اندکی پس از آنکه ادعای متقابل در پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی مسترد گردید (پانویس قبلی ص ۳۱). لایحه خواهان در پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی در ۲۲ فوریه ۱۹۹۹ مطابق دستور مورخ ۱۱دسامبر ۱۹۹۸ دیوان ثبت شد (ICJ Rep. 743 [1998]). پس از آن خواهان در ۱۲ مارس ۲۰۰۱ به معاهده منع و مجازات کشتار جمعی ملحق شد. کروآسی به این الحاق ظاهری معترض بود هم بر این اساس که خواهان پیش از این متعاهد به معاهده بوده است هم اینکه حق شرط خواهان نسبت به ماده ۹ معاهده با موضوع و هدف آن مغایرت داشت. بوسنی و هرزگوین در تاریخ ۲۷ دسامبر ۲۰۰۱ به الحاق خواهان به معاهده معترض بود بر این اساس که خواهان پیش از این متعاهد به معاهده بوده است و لذا حق شرط آن پوچ و بی‌معنی است.

سال ۲۰۰۰ و از جمله در زمان شروع رسیدگی به دعوای مطروحه علیه وی در سال ۱۹۹۳ نمی‌تواند عضو سازمان ملل و در نتیجه عضو اساسنامه دیوان بوده باشد. این کشور همچنین استدلال کرد از آنجایی که جانشین جمهوری سوسیالیستی فدرال یوگسلاوی نبوده است، در آن زمان عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی نیز نمی‌توانسته باشد.[۳۷]

در نتیجه، خواهان در لوایحی که در دسامبر ۲۰۰۲ در پاسخ به ایرادات مقدماتی خواندگان در پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور* تقدیم کرد موضع مشابهی گرفت و اعلام کرد قبل از اول نوامبر سال ۲۰۰۰ نمی‌توانسته است به لحاظ عدم عضویت در سازمان ملل عضو اساسنامه باشد؛ به‌علاوه ادامه دهنده شخصیت یوگسلاوی سابق نبوده و تا قبل از پذیرش معاهده منع و مجازات کشتار جمعی (با حق شرط نسبت به ماده ۹) در مارس ۲۰۰۱ ملتزم به رعایت معاهده مذکور نمی‌باشد.[۳۸] هیچ مبنای تخییری که ایجادکننده صلاحیت دیوان باشد اقامه نشد و لذا خواهان صرفاً از دیوان تقاضا کرد که صلاحیت خود را در دفاعیاتی که در این لوایح ارائه شده[۳۹] احراز کند و در واقع از تمام استدلالاتی که قبلاً برای اثبات صلاحیت دیوان استناد کرده بود اعراض نمود.[۴۰]

در این شرایط از حیث فقدان صلاحیت دیوان تفاوتی بین خواهان و خوانده وجود نداشت. با این حال روشن بود که اگر دیوان می‌خواست بر مبنایی دیگر به اعمال صلاحیت به‌علت شخصی که مورد نظر خواهان بود بپردازد نتیجه این می‌شد که یافته‌ها و نتایج قبلی دیوان در مورد صلاحیت دیوان در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* مطروحه از سوی بوسنی و هرزگوین شدیداً تضعیف می‌شد و مبنای صلاحیتی که مورد استناد کروآسی نیز بود به مخاطره می‌افتاد.

۳. استدلال دیوان

موضعی که خواهان اتخاذ کرده بود تأثیر این سؤال را مطرح می‌کرد که آیا خواهان عضو اساسنامه می‌باشد یا نه و آیا بر مبنای آن در زمان تقدیم دادخواست‌ها حق مراجعه به دیوان برای خواهان وجود داشته یا نه؟

---

۳۷. دادخواست توسط دیوان رد شد. رک. درخواست تجدیدنظر، رأی مورخ ۱۱ جولای ۱۹۹۶ در پرونده مربوط به اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی (بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی) ایرادات مقدماتی (یوگسلاوی علیه بوسنی و هرزگوین) ICJ Rep. 7 [2003].

۳۸. لوایح کتبی در ایرادات مقدماتی، ۱۸/۲۰ دسامبر ۲۰۰۲، که در بند ۲۹ ذکر شده است.

۳۹. همچنین در طول جلسات استماع، خواهان از دیوان درخواست نمود که رأی دهد و اعلام نماید که دارای صلاحیت به‌علت شخصی است و ایرادات مقدماتی مطروحه توسط خواندگان را رد نماید و در صورتی‌که احراز نماید دارای صلاحیت به‌علت شخصی است وارد رسیدگی ماهوی شود رک. بند۲۳.

۴۰. برای اطلاع از بحث مفصل درباره موضع پذیرفته شده توسط خواهان، رک. نظریه مستقل قاضی کوئیج منس Kooijmans در بندهای ۱۶ تا ۲۰.

دیوان از اتخاذ مبانی تصمیم عدم صلاحیت خود در مرحله اقدامات موقت (فقدان صلاحیت مادی و صلاحیت زمانی) اجتناب کرد و استدلال نمود که مسئله صلاحیت دیوان به‌علت شخصی یک موضوع اساسی است که نباید مغفول بماند و بر مبنای آن دیوان باید تصمیم‌گیری کند.

به هرحال دیوان ابتدا به مجموعه‌ای از استدلال‌ها که با اشکال مختلف از سوی خواندگان متعدد مطرح شده بود پرداخت تا مشخص نماید، آیا با توجه به تغییر موضع خواهان از زمان مرحله اقدامات موقت تا مرحله تسلیم لوایح درباره ایرادات مقدماتی، پرونده‌ها باید رد شوند:

> «از ابتدا و با حذف پرونده‌ها از فهرست رسیدگی با یک تصمیم اولیه و خلاصه در هر پرونده؛ دیوان باید نظر دهد که این پرونده‌ها اساساً موضوع اختلافی را تشکیل نمی‌دهند (قابل طرح نمی‌باشند) یا اینکه دیوان اعلام عدم صلاحیت کند یا اعلام نماید که از دیوان خواسته نشده در مورد ادعاها تصمیم‌گیری کند؛ یا اینکه از اعمال صلاحیت امتناع ورزد»،

بدون پرداختن به این مسئله که آیا خواهان در زمان تقدیم دادخواست عضو اساسنامه بوده یا نه.[۴۱]

اگرچه دیوان این دسته از استدلالات اولیه را از مسئله صلاحیت به‌علت شخصی رسماً جدا کرد،[۴۲] اما تأثیر آن بر دیدگاه اکثریت روشن بود و کم و بیش، آثار آن در برخورد دیوان با هر یک از استدلالات اولیه آشکار است. در واقع دیوان بررسی استدلالات را با این ملاحظه آغاز کرد که «مسئله عضویت یا عدم عضویت خواهان در اساسنامه در زمان اقامه دعاوی حاضر یک مسئله اساسی است یا نه».[۴۳]

دیوان این ادعا را رد کرد که تغییر موضع خواهان منجر به اسقاط دعوی طبق ماده ۸۹ قواعد دادرسی دیوان می‌گردد. دیوان اعلام کرد که خواهان صراحتاً اسقاط دعوی را انکار نموده و از دیوان تقاضا کرده است که درباره صلاحیت اظهارنظر کند، «حتی اگر این درخواست احتمالاً منجر به این نتیجه شود که دیوان اعلام عدم صلاحیت کند»[۴۴] دیوان خاطرنشان نمود که نقش آن در اسقاط دعوی خواه از طریق ابتکار عمل خواهان یا هردو طرف دعوی[۴۵] آن است که «پرونده‌ها را ابتدا ثبت و سپس از فهرست رسیدگی خارج نماید».[۴۶] دیوان علاوه بر آن تأکید کرد

---

۴۱. بند ۲۵.

۴۲. بند ۲۹.

43. *Ibid.*

۴۴. بند ۳۰.

۴۵. مواد ۸۸ و ۸۹ قواعد دیوان.

۴۶. بند ۳۱، رأی پرونده بارسلونا تراکشن، (شرکت با مسئولیت محدود Light and Power)، ایرادات مقدماتی، ICJ [1967] Rep. 6.

که «اگرچه ممکن است درست باشد که نتیجه منطقی ادعای صربستان و مونته نگرو در لوایح‌شان این باشد که پرونده مزبور فراتر نرود ... » این نتیجه یافته‌های خود دیوان است و نه اینکه آن کشور دعوای خود را از حوزه رسیدگی دیوان خارج کرده باشد.[۴۷]

سپس و در پی مواجهه با این استدلال که دیوان به اعتبار موقعیت رسمی‌اش دارای اختیار خاتمه دادن به پرونده‌ها است «زمانی که این امر را برای اجرای صحیح عدالت ضروری بداند». دیوان تصدیق کرد «اگرچه قواعد دادرسی دیوان چنین روشی را پیش بینی نکرده است اما تردیدی نیست که تحت شرایط خاص دیوان ممکن است با اختیار خودش چنین تصمیمی اتخاذ کند»[۴۸] و به دو موقعیت که چنین مسیری را طی نموده است اشاره کرد یعنی موردی که دادخواست صرفاً حاوی دعوتی از سوی خواهان برای قبول صلاحیت دیوان بوده که مورد قبول (خوانده) واقع نشده و مورد دوم اینکه «دیوان آشکارا فاقد صلاحیت بوده است».[۴۹] با این حال بدون بحث بیشتر دیوان صرفاً اعلام کرد که «پرونده‌های حاضر تحت شمول هیچ‌کدام از دو طبقه‌بندی فوق قرار نمی‌گیرند»[۵۰] و بدین ترتیب اختیار ذاتی خود را به همان دو مورد مجزای مذکور محدود کرد.

قاضی هیگینز* علاوه بر اظهارنظر در بیانیه مشترکی که در صفحات بعدی مورد بحث قرار خواهد گرفت، به‌طور خاص در نظریه مستقل خود از فقدان تجزیه و تحلیل در استدلال دیوان در این خصوص انتقاد کرد و اظهار داشت اختیار ذاتی دیوان منحصر به دو مورد مذکور در فوق نمی‌باشد که به‌نظر می‌رسد در رأی دیوان آمده است. وی تأکید کرد که «به‌سختی می‌توان منبع حقوقی این مطلب را پذیرفت که حق دیوان به خارج کردن پرونده‌ها از فهرست منحصر به دو موقعیت فوق باشد».[۵۱] به عقیده او «صلاحیت دیوان ناشی از خصیصه قضائی آن و لزوم اختیار تنظیم موضوعات مربوط به اجرای عدالت است» و ملاک عملی برای اعمال چنین صلاحیتی این است که «شرایط به‌گونه‌ای مناسب، ضروری و معقول باشد تا دیوان بتواند پرونده‌ها را از فهرست خارج کند و این اقدام به‌عنوان اختیار ذاتی در صیانت از روند رسیدگی قضائی صورت می‌گیرد».[۵۲]

---

۴۷. قاضی هیگینز معتقد بود که خواهان از تعقیب دعوی صرف‌نظر نکرده است. رک. بند اول نظریه مستقل وی.

۴۸. بند ۳۲.

۴۹. هر دو مبنا در مرحله اقدامات موقت در رابطه با اسپانیا و امریکا مورد استناد قرار گرفتند. رک. پرونده مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه اسپانیا)، اقدامات موقت، زیرنویس پیشین شماره ۱۳؛ مشروعیت توسل به‌زور (یوگسلاوی علیه امریکا)، اقدامات موقت، زیرنویس پیشین شماره ۱۳؛ و بحث مذکور در زیرنویس شماره ۱۴.

۵۰. بند ۳۲.

*. Higgins.

۵۱. نظریه مستقل قاضی هیگینز، بند ۹.

52. *Ibid*., para. 12.

قاضی هیگینز معتقد بود که «ماهیت نامنظم»[۵۳] روندی که توسط خواهان دنبال شده، بالاخص تکیه اولیه به وضعیتش به‌عنوان عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی و انکار بعدی این موضع بدون استرداد دعوی توسط وی مبنای کافی را تشکیل می‌دهد که دیوان بتواند برای خارج‌کردن پرونده‌ها از فهرست رسیدگی به اختیارات ذاتی خود متوسل شود.[۵۴] به عقیده وی تأخیر خواهان در پاسخ به ایرادات مقدماتی زمینه دیگری را برای چنین اقدامی فراهم می‌نماید و موضعی که در نهایت اتخاذ شد این بود که خواهان تنها بتواند از دیوان تقاضا نماید که در مسئله صلاحیت به‌علت شخصی «تصمیم‌گیری» نماید.[۵۵]

همچنین قاضی کوئیج منس بر مبنای زیر از ابتدا پرونده‌ها را از فهرست رسیدگی خارج می‌کرد:

> «این مطلب متناسب با اعتبار و شأن دیوان نیست که یکی از اصحاب دعوی بحث ماهیتی را مطرح نکند صرفاً به این احتمال که دیوان ممکن است صلاحیت نداشته باشد، آنهم زمانی که مبانی صلاحیتی که قبلاً ارائه شده بود را مسترد کرده باشد».[۵۶]

اهمیت دیدگاه اکثریت در رابطه با ماهیت الزامی مسئله صلاحیت به‌علت شخصی به‌صورت استدلالات گوناگون بروز کرد، مبنی‌بر اینکه دیوان باید از اظهارنظر در مورد صلاحیت خودداری نماید. این استدلالات که به‌طور متنوع ارائه شد این بود که «این توافق واقعی بین طرفین در خصوص صلاحیت است که سرنوشت پرونده‌ها را تعیین می‌کند» و باعث می‌شود که اختلاف مطرح شده در دیوان فیصله یابد، به‌علاوه دیگر اختلافی در خصوص اینکه آیا دیوان طبق مفهوم بند (۶) ماده ۳۶ اساسنامه صلاحیت دارد یا نه وجود ندارد و سرانجام اینکه «اعمال صلاحیت دیوان براساس زمینه‌ای که توسط خواهان اعراض شده و همواره مورد انکار خواندگان است باعث پوچ شدن اصل اعمال صلاحیت با تراضی طرفین می‌شود».[۵۷]

در مقام پاسخ به این انتقادات، دیوان با حالتی که گویا از قبل این انتقادات را می‌دانست پاسخ داد و اعلام کرد دیوان در انتخاب مبنا برای اتخاذ تصمیم آزاد است:

> «باید تمایزی بین مسئله صلاحیت بر اساس تراضی یک‌طرف و مسئله حق هر طرف دعوی برای حاضر شدن در دیوان مطابق شرایط اساسنامه که موضوع رضایت نیست، وجود داشته باشد. مسئله این است که آیا صربستان و مونته نگرو به‌عنوان یک امر حکمی به‌عنوان عضو

---

53. *Ibid*., para. 16.
54. *Ibid*., para. 14-15.
55. *Ibid*., para. 16.

۵۶. نظریه مستقل قاضی کوئیج منس، بند ۲۴.
۵۷. بند ۳۴.

اساسنامه در زمان آغاز رسیدگی به این پرونده‌ها حق استفاده از دیوان را دارد یا نه. از آنجا که این مسئله مستقل از خواست و اراده طرفین دعوی است، حتی اگر طرفین اکنون به یک موضع مشترک در این‌خصوص رسیده باشند، دیوان ضرورتاً موضع آنها را موضعی صحیح نمی‌داند. نقش دیوان برای بررسی موضوع و نتیجه‌گیری خود قطع نظر از رضایت طرفین الزامی است و این امر مخالف با اصل صلاحیت طبق تراضی طرفین نیست».[۵۸]

در پاسخ به این اظهارات که موضع اتخاذ شده توسط خواهان متأثر از پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* است که توسط بوسنی و هرزگوین علیه وی مطرح شده بود، در این پرونده بین خواهان و خواندگان اختلافی در صلاحیت دیوان وجود نداشت و اختلاف فقط بین خواهان (صربستان و مونته نگرو) و بوسنی و هرزگوین بود و اینکه «رسیدگی‌های جاری نمی‌تواند در تحصیل عقیده مطلوبی [از دیوان] جهت استفاده در تمام قسمت‌های مستقل دعوی به‌کار برده شود»،[۵۹] دیوان به‌طور خلاصه فقط پاسخ داد که نمی‌تواند صرفاً به‌خاطر انگیزه یکی از طرفین دعوی یا به‌خاطر اینکه تصمیم او ممکن است در پرونده دیگری تأثیر داشته باشد از رسیدگی به پرونده خودداری کند.[۶۰]

سرانجام دیوان با این استدلال مواجه شد که باید بی‌درنگ پرونده را مختومه نماید، زیرا موضع خواهان از حیث عدم عضویت در معاهده مذکور در زمان مربوطه حاکی از آن است که اختلاف واقعی در مورد نقض تعهدات مندرج در این معاهده نمی‌تواند وجود داشته باشد زیرا در فرض عدم عضویت خواهان در معاهده منع و مجازات کشتار جمعی هیچ‌یک از تعهدات واقعی که بر حسب ادعا بر عهده وی می‌باشد نقض نشده است.[۶۱] در عین حال دیوان به استدلالاتی پرداخت مبنی‌بر اینکه خواهان یا حق دادخواهی خود را از دست داده یا از آن چشم‌پوشی نموده یا اینکه از تعقیب دعوی منع شده[۶۲] و یا اینکه، به‌طور موسع، با درخواست اعلام عدم صلاحیت از سوی دیوان، حکایت از آن داشتند که دیگر نباید خواهان را به‌عنوان تعقیب‌کننده حل و فصل دعوی توسط دیوان قلمداد نمود.[۶۳] در رد این استدلالات دیوان به درخواست خواهان اشاره کرد که از آن خواسته بود «در مورد صلاحیت خود اظهارنظر نموده و چنانچه صلاحیت دارد در ماهیت دعوی نیز

---

۵۸. بند ۳۵.
۵۹. بند ۳۸.
۶۰. بند ۳۹.
۶۱. بند ۴۰.
۶۲. بند ۴۱.

63. *Ibid.*

اتخاذ تصمیم نماید»[۶۴] و نتیجه گرفت که صرفاً براساس همین مبنا نمی‌توان حکم داد که خواهان از حقوق شکلی یا ماهوی خود صرف‌نظر کرده، یا از ادامه رسیدگی منع شده است.[۶۵]

دیوان با رد تمام این استدلال‌ها مبنی‌بر اینکه چرا باید پرونده‌ها را بدون اظهارنظر درخصوص صلاحیت رد نماید، به بررسی آن موضوع پرداخت. بنابه عقیده اکثریت، نتیجه طبیعی ماهیت «بنیادین» صلاحیت دیوان به‌علت شخصی، اساس تصمیم آن را تشکیل داد.

بنابراین درحالی‌که دیوان به رویه سابق خود تأکید می‌نماید، جایی که مکرراً اعلام کرده بود که «دیوان آزاد است که مبنای تصمیم خود را انتخاب نماید»[۶۶] و زمانی که صلاحیتش از جهات مختلف مورد ایراد قرار می‌گیرد آزاد است که مبنای تصمیم‌گیری خود را به‌صورت انتخابی بر یک یا چند مبنا قرار دهد بالاخص «زمینه‌ای که مستقیم و مؤثر است».[۶۷] دیوان اعلام نمود که پرونده‌های سابق از پرونده‌های فعلی از حیث اصحاب دعوی متمایز هستند.

> «بدون شک، در مواردی که طرفین عضو اساسنامه بوده‌اند، دیوان مطابق بند (۱) ماده ۳۵ اساسنامه در دسترس آنها است، اما در رسیدگی حاضر که اعتراض به حق مراجعه خواهان به دیوان وجود دارد، این امر صدق نمی‌کند و از حیث رجوع به دیوان پرونده فعلی از تمام پرونده‌های مذکور در بالا متمایز است.
>
> ... این مسئله که آیا در زمان اقامه دعوای فعلی صربستان و مونته نگرو عضو اساسنامه دیوان بوده یا نه یک مسئله اساسی است؛ زیرا اگر عضو اساسنامه نبوده باشد، دیوان مطابق بند (۱) ماده ۳۵ نباید در دسترس وی باشد. در این وضعیت مطابق بند (۲) ماده ۳۵، صربستان و مونته‌نگرو صحیحاً به دیوان راه نیافته، حال تحت هرعنوان که به صلاحیت استناد کرده باشد، چرا که این کشور حق مراجعه به دیوان را نداشته است.
>
> صلاحیت قضائی دیوان فقط ناظر به دولتهایی است که طبق ماده ۳۵ اساسنامه حق مراجعه به آن را دارند و تنها این‌گونه دولتها هستند که می‌توانند به دیوان صلاحیت اعطا کنند».[۶۸]

بر این اساس، دیوان معتقد است که وظیفه دارد بررسی نماید که آیا خواهان شرایط مندرج در مواد ۳۴ و ۳۵ اساسنامه را حائز بوده و در نتیجه قبل از آنکه به موضوع صلاحیت خود

---

۶۴. بند ۴۲

65. *Ibid.*

۶۶. بند ۴۵، از جمله رک. پرونده سکوهای نفتی (ایران و امریکا)، رأی ماهوی (۲۰۰۳)، گزارش دیوان، صص ۱۶۱ تا ۱۸۰، بند ۳۷.

۶۷. بند ۴۵ که به قضیه وامهای نروژ (فرانسه علیه نروژ)، صص ۹ تا ۲۵ گزارش دیوان، اشاره می‌کند. همچنین رک. پرونده‌های دیگر.

۶۸. بند ۴۵ (تأکید در نسخه اصلی وجود دارد).

طبق مواد ۳۶ و ۳۷ اساسنامه (یعنی ایراد به عدم صلاحیت مادی یا زمانی) بپردازد حق مراجعه به دیوان را دارد یا نه.[۶۹]

استدلال اکثریت در این‌باره که دیوان آزادی انتخاب دارد و همچنین استناد آنها به ماهیت اجباری مسئله صلاحیت به‌علت شخصی اصلی‌ترین موضوع مورد انتقاد در بیانیه مشترک ضات اقلیت بود. آنها معتقد بودند که دیوان زمینه‌ای را که مبنای صلاحیت آن را تشکیل می‌دهد آزادانه انتخاب می‌نماید ولی در مورد پرونده حاضر ملزم نیست که در مورد صلاحیت به‌علت شخصی اظهارنظر نماید.[۷۰] به‌علاوه قضات اقلیت اعلام کردند که انتخاب مبنای تصمیم‌گیری توسط دیوان«باید به‌گونه‌ای باشد که نقش قضائی آن را منعکس نماید».[۷۱] در این‌خصوص اقلیت سه معیاری را که باید در این انتخاب مورد توجه باشد برشمردند: اول، «انطباق با رویه گذشته دیوان به‌منظور پیش‌بینی‌پذیری»، دوم «اصل قطعیت» (یعنی دیوان باید مبنایی را انتخاب کند که در حقوق قطعی و مسلم باشد) و سوم «تبعات احتمالی برای دیگر پرونده‌های مطروحه».[۷۲]

براساس هریک از این سه معیار نسبت به استدلال اکثریت انتقاد صورت گرفت. در مورد معیار اول، اقلیت معتقد بودند که «انسجام (عدم تناقض) جوهر استدلال قضائی است. این اصل به‌ویژه در رابطه با بخش‌های مختلف یک پرونده یا در مورد پرونده‌های دارای ارتباط نزدیک با همان پرونده صدق می‌کند»؛[۷۳] از این دیدگاه انتقاد خاص متوجه انحرافی بود که از رویکرد اتخاذشده در مرحله اقدامات موقت صورت گرفته بود؛ در آن مرحله پرونده‌ها بر اساس معیار صلاحیت مادی یا زمانی تعیین تکلیف شده بود. همچنین انحراف بیشتری نسبت به پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* صورت گرفته بود که در آن از اخذ تصمیم راجع‌به مسئله صلاحیت به‌علت شخصی خودداری شده بود.[۷۴]

در رابطه با انتقاد دوم اقلیت قضات با حکم اکثریت مبنی‌بر اینکه الحاق خواهان به سازمان ملل در سال ۲۰۰۰ جایگاه و وضعیت قانونی وی را قبل از این اتفاق روشن کرده است

---

69. *Ibid*.

۷۰. اعلامیه مشترک. . . ، بند ۱۳، و همچنین رک. بند ۲. به‌علاوه رک. نظریه مستقل قاضی کوئیج منس که علاوه بر اظهارنظر در اعلامیه مذکور نظری را که در مرحله اقدامات موقت اعلام کرده بود رسماً پس گرفت. این نظر حاکی از آن بود که استدلال دیوان بر مبنای فقدان صلاحیت به‌علت شخصی دور شدن از دیدگاه منطقی است که به دیوان صلاحیت شخصی تردیدآمیزی می‌دهد.

۷۱. اعلامیه مشترک ... بند ۳.

72. *Ibid*.

73. *Ibid*.

۷۴. *Ibid*. بند ۱۱. انتقاد همچنین نسبت به این استدلال دیوان صورت گرفت که آیا بند (۲) ماده ۳۵ موجب اعطای صلاحیت به دیوان در رابطه با معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بوده است یا خیر. و اینکه آیا این مسئله با نظریات قبلی دیوان در این‌خصوص در پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی ناسازگار است یا خیر.

مخالف بودند. آنها اعلام کردند که مبنای این استدلال دارای اعتبار قانونی اندک بوده و لذا نامشخص و غیرقطعی است و تاب تفاسیر زیادی را دارد و متفاوت با مبانی است که قبلاً به آنها استناد شده است.[۷۵]

در نهایت انتقادی در مورد تبعات تصمیم اتخاذ شده در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتارجمعی* مطروحه توسط بوسنی و هرزگوین صورت گرفت، اگرچه این انتقاد محدود بود به اینکه موضع پذیرفته شده در آن پرونده این تردید را به‌همراه داشت که آیا خواهان بین سالهای ۱۹۹۲ تا ۲۰۰۰ عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بوده است یا نه، و از این‌رو «این برخورد دیوان با راه‌حل‌های انتخابی برای مسئله صلاحیت در بخشهای قبلی در همان پرونده متناقض بوده است».[۷۶]

از استدلال دیوان چنین برمی‌آید که به اعتقاد این مرجع، خواهان بدون تردید از جمله کشورهای مدنظر در ماده ۳۴ اساسنامه بوده است.[۷۷] از همین‌رو دیوان به این مسئله می‌پردازد که آیا خواهان در زمان تقدیم دادخواست‌ها دارای شرایط منظور در ماده ۳۵ اساسنامه بوده است یا نه؟

برای بررسی این مبنای مشترک که براساس آن خواهان مدعی بود باید از طریق عضویت در سازمان ملل[۷۸] عضو اساسنامه باشد، دیوان به ارزیابی مواضع اتخاذ شده از سوی شورای امنیت، مجمع عمومی و موضع پذیرفته شده توسط دبیرخانه سازمان از جمله عقیده مشاور حقوقی سازمان پرداخت.[۷۹]

نتیجه‌گیری دیوان پس از مرور در رویه خود این بود که اگرچه بین سالهای ۱۹۹۲ تا ۲۰۰۰ «وضعیت‌های بسیار گیج کننده و پیچیده‌ای»[۸۰] در ارتباط با جایگاه قانونی خواهان در سازمان ملل وجود داشت (وضعیتی که دیوان در پرونده *درخواست تجدیدنظر* از آن به وضعیتی *«منحصر به فرد»* یاد کرده بود)[۸۱] که آن وضعیت با تغییر موضع خواهان و درخواست عضویت در

---

۷۵. اعلامیه مشترک ...، بند ۱۲.

۷۶. *Ibid*. بند ۱۳. (برای آگاهی از بحث درباره استدلال دیوان در این خصوص رک. منبع پیشین). اقلیت همچنین معتقد بودند که جریان اقدامات «به‌طور مناسبی منعکس‌کننده نقش دیوان به‌عنوان یک مرجع قضائی نمی‌باشد» (منبع پیشین).

۷۷. بند ۴۵.

۷۸. بند ۵۱.

۷۹. بندهای ۷۶ـ۵۳. برای قطعنامه‌های مربوطه رک. زیرنویس پیشین شماره ۲۳. یادداشت مشاور حقوقی سازمان ملل در بند ۶۱ آمده است.

۸۰. بند ۷۲.

۸۱. *Ibid* (رک. درخواست تجدیدنظر، زیرنویس شماره ۳۶، صص۲۳ و ۳۱، بندهای ۵۰ و ۷۱)؛ دیوان بسیار تلاش نمود تا خاطرنشان سازد که استفاده از واژه "sui generis" در تقاضای اعمال تجدیدنظر در رأی یک واژه تجویزی نمی‌باشد که نتایج حقوقی مشخصی از آن به دست آید بلکه صرفاً برای شرح حالت بی‌نظمی وضعیتی بود که خواهان دچار آن بود ... و دیوان خود را ملزم نمی‌دید که به بیان موضع قطعی خواهان در رابطه با منشور و اساسنامه دیوان بپردازد (بند۷۳).

مجمع عمومی و متعاقباً پذیرش این درخواست در سال ۲۰۰۰ تغییر کرده بود. بـه عقیـده دیـوان «این تحول جدید به حالت «*منحصر به فرد*» خواهان در سـازمان ملـل پایـان داد[۸۲] و وضـعیت حقوقی نامشخص مربوط به جایگاه وی در سازمان ملل را روشن ساخت».[۸۳]

در نتیجه دیوان این‌گونه اظهارنظر نمود که اکنون قادر است به‌طور قطعـی نتیجـه‌گیـری کند که خواهان قبل از سال ۲۰۰۰ عضو سازمان ملل نبوده است و لذا زمانی که دادخواست خـود را ثبت کرده در آن مقام عضو اساسنامه دیوان نبوده است.[۸۴]

دیوان به‌خوبی از تناقض آشکار بین موضع پذیرفته شده در مورد ماهیـت الزامـی مـسئله صلاحیت به‌دلیل شخصی و برخورد متفاوت خود با این مسئله در مرحله اقدامات موقـت در سـال ۱۹۹۹ (و در پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی*) آگاهی داشت. توجیه دیـوان مختصر بود و تأکید بر این داشت که موقعیت موجود در زمان صدور احکـام حاضـر «بـه‌وضـوح متفاوت» از آن چیزی است که قبلاً در ارتباط با پرونده‌ها مطرح بوده اسـت؛ همچنـین در زمـان تصمیمات قبلی، اتخاذ تصمیم در مورد مسئله با «وضعیت‌های قانونی پیچیده‌ای همراه بـود کـه آن را در هاله‌ای از ابهام فرو برده بود».[۸۵]

دیوان همچنین به تأثیر رأی خود بر پرونده *درخواست تجدیدنظر* پرداخت؛ در این پرونـده خواهان اساساً این استدلال را مطرح کرده بود که قبل از سال ۲۰۰۰ عضو سـازمان ملـل نبـوده است. دیوان در آنجا رأی به غیرقابل پـذیرش بـودن دعـوی داد، بـر ایـن اسـاس کـه واقعیـات ناشناخته‌ای وجود ندارد که تشکیل‌دهنده «عوامل قطعی و تأثیرگذاری» باشند که در زمان صدور رأی درباره ایرادات مقدماتی در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* وجود داشته‌اند تا بدین‌ترتیب مجال اعمال ماده ۶۱ اساسنامه فراهم شود؛ خواهان بیشتر تلاش می‌کـرد کـه بـه نتایج قانونی حاصله از حقایق ناشی از این رأی استناد نماید.[۸۶]

دیوان با تفسیر رأی صادره در پرونده *درخواست تجدیدنظر* اعلام کرد، اگرچه در آنجا نظر داده است که «تغییری معطوف به گذشته در وضعیت سال ۲۰۰۰ وجود ندارد که حقیقت جدیدی

---

۸۲. بند ۷۷. دیوان ادامه داد که پذیرش خواهان در سازمان ملل نمی‌توانـد و نبایـد تـأثیری در بازگـشت بـه تـاریخی کـه جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق تجزیه شده است داشته باشد. در سال ۲۰۰۰ مسئله اعاده حقوق عضویت جمهـوری فـدرال سوسیالیستی سابق یوگسلاوی به‌نفع جمهوری فدرال یوگسلاوی مطرح نبود. همان زمان روشن شد که وضعیت «*منحصر به فرد*» خواهان نمی‌تواند منجر به عضویت وی در سازمان شود.

۸۳. بند ۸۷.

84. *Ibid.*

۸۵. *Ibid*. مقایسه شود با انتقاد اقلیت در بیانیه مشترک که معتقد بودند استدلال دیوان در رابطه بـا موضـع پیـشین «دور از خود واضحی» بوده است (بیانیه مشترک بند ۱۲). همچنین رک. نظریه مستقل قاضی العربی که بعداً مورد بحث قـرار گرفتـه است.

۸۶. پرونده درخواست تجدیدنظر، زیرنویس ۳۶، صص ۳۱ـ۳۰، بند ۶۹.

را در پی داشته باشد»، اما این امر مستلزم صدور رأی مبنی‌بر اینکه واقعاً چه وضعیت حقوقی پیش از سال ۲۰۰۰ وجود داشته، نیست.[۸۷] در نتیجه دیوان حکم داد که خواهان در زمان تقدیم دادخواست عضو سازمان ملل و عضو اساسنامه نبوده و بنابراین مطابق بند (۱) ماده ۳۵ اساسنامه حق مراجعه به دیوان را ندارد.[۸۸]

علاوه بر انتقادات عمومی به ماهیت غیر متقاعدکننده استدلال اقلیت قضات، این نتیجه‌گیری دیوان مشخصاً توسط قاضی العربی * مورد نقد قرار گرفت. او معتقد بود که خواهان در ساختار و شکل‌گیری قبلی‌اش ادامه جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق بوده و لذا در زمان تقدیم دادخواست عضو سازمان ملل بوده است. وی استدلال کرد که مصوبات مربوطه در شورای امنیت و مجمع عمومی حاکی از تعلیق عضویت این کشور نبوده و فقط خواهان را به‌عنوان استمرار کشور جمهوری سوسیالیستی یوگسلاوی از شرکت در فعالیت‌های مجمع عمومی منع و محروم کرده است.[۸۹] همچنین به عقیده وی، پذیرش بعدی خواهان به‌عنوان عضو جدید آنچنان که دیوان در پرونده *درخواست تجدیدنظر* رأی داده است به‌صورت معطوف به گذشته نمی‌تواند وضعیت خواهان را تغییر دهد.[۹۰] و اظهارنظر ضمنی دیوان مبنی‌بر اینکه خواهان قبل از سال ۲۰۰۰ عضو سازمان ملل نبوده است «مبنای حقوقی محکمی» ندارد[۹۱] و لذا به نظر او دیوان باید حکم دهد که خواهان عضو سازمان ملل بوده و در زمان تقدیم دادخواست در سال ۱۹۹۹ عضو اساسنامه دیوان بوده است.[۹۲]

سیر منطقی استدلال دیوان در مورد ماهیت اساسی مسئله صلاحیت به‌علت شخصی منجر به این شد که علی‌رغم عدم استناد خواهان به این مبنا،[۹۳] دیوان اعلام نماید که ضروری است قابلیت دسترسی خواهان به دیوان مطابق بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه را بررسی نماید و اینکه آیا ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی طبق مقررات اساسنامه دیوان جزء «مقررات خاص در معاهدات لازم‌الاجرا» می‌باشد یا نه. این رشته از اقدامات دیوان توسط هفت قاضی گروه اقلیت در اعلامیه مشترک مورد انتقاد قرار گرفت. آنان معتقد بودند که «تحیرآور» است که

---

۸۷. بند ۸۸ اشاره می‌کند به پرونده درخواست تجدیدنظر، زیرنویس ۳۷، ص ۲۰، بندهای ۷۲ـ۷۰.

۸۸. بند ۹۰.

*. Elaraby.

۸۹. نظریه مستقل قاضی العربی، بخش دوم، بند ۹.

۹۰. *Ibid.* بند دوم، درخواست تجدیدنظر، زیرنویس پیشین ۳۷، ص ۳۱، بند ۷۱.

۹۱. نظریه مستقل قاضی العربی، بخش دوم، بند ۱۳.

۹۲. *Ibid.* برای تقویت نظریه خود او نتیجه‌گیری مشابه دیوان بین‌المللی کیفری در پرونده دادستان علیه میلان میلوسویچ را ذکر کرد.
(Case No. IT-99-37-PT) تصمیمی که در مقام اعتراض به صلاحیت دیوان اتخاذ شد. ششم می ۲۰۰۳، بندهای ۳۷ تا ۴۴. در ارتباط با مسئولیت خواهان در قبال مصوبات شورای امنیت.

۹۳. بند ۹۲. با این وجود برخی از خواندگان به‌منظور مخالفت با استناد خواهان با آن مسئله این موضوع را مطرح کردند. به‌عنوان نمونه رک. بندهای ۹۶ و ۹۷ (رأی صادره در مورد بلژیک و ایتالیا).

دیوان به چنین مسائلی می‌پردازد.[۹۴]

همچنان‌که در بالا ذکر شد سابقاً در یکی از قرارهای مربوط به اقدامات موقت در پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* این طور اعلام شد که دیوان حکم داد در جایی که هر دو طرف دعوی مدعی عضویت معاهده منع و مجازات کشتار جمعی باشند، دیوان مطابق ماده ۹ معاهده و نیز بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه ظاهراً و به‌علت شخصی صلاحیت دارد.[۹۵] با این حال دیوان فقط توجه مختصری به این مسئله که این تصمیم بایستی در پرونده حاضر پیروی شود یا خیر، نمود و چنین اظهارنظر کرد حتی اگر این تصمیم در پرونده‌ای متفاوت اتخاذ شده بود «مسئله اساسی در پرونده مزبور این است که این امر باعث نمی‌شود که از استدلالات و نتیجه‌گیری‌های پرونده‌های قبلی تبعیت شود».[۹۶] در این تلقی، دیوان این‌گونه اظهارنظر کرد که رأی قبلی او در ضمن رسیدگی فرعی راجع‌به یک دادخواست در مرحله اقدامات موقت صادر شده است و در نتیجه مناسب دید که در حال حاضر یک حکم قطعی در این‌خصوص صادر نماید.[۹۷] لذا دیوان مجدداً به بررسی مسئله قابلیت اجرا و تفسیر بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه پرداخت.[۹۸] ابتدا دیوان این‌گونه اظهارنظر کرد که اگرچه معنی معمولی و طبیعی عبارت «مقررات خاص» در فراز «مقررات خاص در معاهدات لازم‌الاجرا» در بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه باید آشکارا به حل و فصل اختلافات ناشی از مقررات معاهدات تفسیر شود، اما معنی معمولی و طبیعی عبارت «معاهدات لازم‌الاجرا» پاسخ روشنی به مسئله زمان دقیق لازم‌الاجرا شدن معاهده نمی‌دهد. و این عبارت باید به‌طور معقول و در ارتباط با معاهداتی که در زمان لازم‌الاجرا شدن اساسنامه و یا معاهداتی که در زمان اقامه دعوی لازم‌الاجرا شده‌اند تفسیر گردد.[۹۹]

در تأیید تفسیر دوم این واقعیت وجود دارد که بند (۱) ماده ۳۶ اساسنامه که به معاهدات و عهدنامه‌های لازم‌الاجرا اشاره کرده سابقاً توسط دیوان به همان معنی تفسیر شده بود، «همانگونه که عبارت معاهده یا عهدنامه لازم‌الاجرا» مذکور در ماده ۳۷ اساسنامه تفسیر گردیده بود.[۱۰۰]

با این حال دیوان تصمیم گرفت که تفسیر اول تفسیر مطلوبی است و معتقد بود هدف و مقصود بند (۲) ماده ۳۵ تعیین شرایط مراجعه به دیوان است.

«رزرو موقعیت مربوط به مقررات قراردادی مربوطه که بعداً به‌وجود می‌آید امری طبیعی است و

---

۹۴. اعلامیه مشترک ...، بند ۱۱. همچنین نظریه مستقل قاضی العربی، بخش سوم، بند ۱.

۹۵. پرونده اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی، اقدامات موقت، زیرنویس پیشین ۲۷، ص ۱۴، بند ۱۹.

۹۶. بند ۹۷، مذکور در ایرادات مقدماتی پرونده مرز زمینی و دریایی بین نیجریه و کامرون (کامرون علیه نیجریه)، ۱۹۹۸ گزارش دیوان، صص ۲۷۵ تا ۲۹۲، بند ۲۸.

۹۷. بند ۹۸.

۹۸. بند ۹۹.

۹۹. بند ۱۰۰.

100. *Ibid*.

به‌علاوه این با مفهوم اصلی متن اساسنامه برای امکان توسل دولت‌ها به دیوان در آینده صرفاً با انعقاد یک معاهده خاص بین خودشان، اعم از معاهدات دو یا چندجانبه، ناسازگار می‌باشد البته معاهداتی که مقرراتی در این خصوص داشته باشند».[۱۰۱]

در تأیید این نتیجه‌گیری دیوان به‌کارهای مقدماتی مقررات اساسنامه مراجعه کرد اگرچه مقدمات مربوط به اساسنامه برای دیوان فعلی مبهم بود.[۱۰۲] دیوان این‌گونه اظهارنظر کرد که مقدمات بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی که دیوان فعلی جانشین آن شده است،[۱۰۳] نشان می‌دهد که این مقررات فقط مربوط به معاهداتی است که بعداً لازم‌الاجرا شده‌اند.[۱۰۴] دیوان استدلال کرد که در مباحث مربوط به‌کارهای مقدماتی بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه فعلی دلیلی وجود نداشت که این مقرره به شکل متفاوت‌تری از اساسنامه دیوان قبلی تفسیر شود یا اینکه تعمیم در حق رجوع به دیوان قلمداد شود. این مقرره باید همانگونه تفسیر شود که مقرره همتای آن در اساسنامه دیوان دائمی تفسیر می‌شد.[۱۰۵] بنابراین، دیوان نتیجه‌گیری کرد که «حتی به فرض اینکه خواهان در تاریخ مربوطه عضوی از معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بوده باشد»،[۱۰۶] با توجه به اینکه معاهده مذکور بعد از اساسنامه لازم‌الاجرا شده است، بند (۲) ماده ۳۵ حق رجوع به دیوان را برای خواهان به‌وجود نمی‌آورد.[۱۰۷]

سرانجام در احکام مربوط به بلژیک و هلند، اگرچه، همچنان که قاضی کوئیج منس تأکید کرد،[۱۰۸] خواهان در لوایح کتبی به این نکات اعتنا ننمود، دیوان با یک منطق غیرقابل انعطاف معاهدات دوجانبه بلژیک و هلند با یوگسلاوی که به ترتیب مربوط به سالهای ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ بود را مورد بررسی قرار داد. این معاهدات حاوی مقرراتی بودند که به دیوان دائمی اعطای صلاحیت می‌کردند.

---

۱۰۱. بند ۱۰۱. این علی‌رغم این واقعیت، آن‌گونه که دیوان بیان داشت (رک. بند ۱۱۲)، اگر این تفسیر صحیح باشد ظاهراً معاهده‌ای وجود ندارد که به دیوان از این طریق اعطای صلاحیت کند.

۱۰۲. رک. به بند ۱۱۲. برای بحث راجع به کارهای مقدماتی اساسنامه دیوان فعلی رک. بندهای ۱۱۱ـ۱۰۹.

۱۰۳. بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری.

۱۰۴. بحث کارهای مقدماتی در رابطه با اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در بندهای ۱۰۸ـ۱۰۲ ذکر شده است. دیوان همچنین به دو پرونده در دیوان دائمی دادگستری استناد کرد که در ارتباط با بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه بودند اگرچه دیوان دائمی عملاً قاعده‌ای در این ارتباط به‌طور رسمی اعلام نکرده بود (رک. قضیه کشتی بخار ویمبلدون و پرونده منافع خاص آلمان در لهستان درسیلیسای علیا).

۱۰۵. بند ۱۱۲.

۱۰۶. دیوان پیش‌تر در ایرادات مقدماتی پرونده معاهده منع و مجازات کشتار جمعی اعلام کرد (زیرنویس پیشین ۲۶) که خواهان به این استدلال که خودش عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی نیست استناد نکرده است و دیوان خود به ماده ۹ کنوانسیون مذکور برای حکم در مورد صلاحیت خود استناد کرده است.

۱۰۷. بند ۱۱۳.

۱۰۸. رک. نظر مستقل قاضی کوئیج منس، بند۲۰.

دیوان حکم داد، همچنان‌که قبلاً نظر داده، خواهـان در زمـان تقـدیم دادخواسـت عـضو اساسنامه نبوده است، به‌موجب بند (۱) ماده ۳۵ اساسنامه خواهان در ارتباط با هر دو معاهده حـق مراجعه به دیوان را نداشت.

از این حیث که مواد مربوط به صلاحیت در دو معاهده فوق داخل در مفهوم بند (۲) ماده ۳۵ می‌باشد یا نه، دیوان اظهارنظر کرد که اگرچه برخلاف معاهده منع و مجازات کشتار جمعی دو معاهده مذکـور آشکارا در زمان لازم‌الاجرا شدن اساسنامه فعلی لازم‌الاجـرا بـوده‌اند،[۱۰۹] مـاده ۳۵ اساسـنامه «در خصوص حق رجوع به دیوان فعلی است و نه دیوان دائمی سابق».[۱۱۰] در اظهارنظری موافـق بـا رأی پرونده بارسلونا تراکشن (اگرچه مسائل متفاوت‌اند)[۱۱۱] دیوان درخصوص ایرادات مقدماتی این‌گونه بیان داشت که اگرچه صلاحیت دیوان دائمی تحت شرایطی مطابق ماده ۳۷ اساسنامه به دیوان فعلی منتقل شده است، این مقرره صراحتاً از طرفهای یک معاهده که حاوی مقـرره‌ای در مـورد صـلاحیت دیوان دائمی است می‌خواهد که عضو اساسنامه دیوان فعلی باشند. دیوان استدلال کرد:

> «طرفهای چنین معاهده‌ای با عضویت در اساسنامه توافق می‌کنند که رجوع بـه دیـوان دائمـی همانند رجوع به دیوان فعلی تلقی شود. با این وجود این بدان معنا نیست کـه بنـد (۲) مـاده ۳۵ اساسنامه نیز باید این‌گونه تفسیر شود چرا که این بند نه به صلاحیت توافقی (اختیاری) بلکه بـه شرایط حق رجوع به دیوان مربوط می‌شود. ... ماده ۳۷ فقـط در پرونـده‌هـایی مـی‌توانـد مـورد تمسک قرار گیرد که طرفین قبل از طرح آن در دیوان عضو اساسنامه بوده باشـند، یعنـی طبـق بند (۱) ماده ۳۵ و نه بند دوم آن».[۱۱۲]

بنابراین، رأی دیوان مبنی‌بر اینکه خواهان در زمان مربوطه عضو اساسنامه نبوده است، در عین حال حکایت از آن داشت که دیوان طبق بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه در رابطه با معاهـدات دو جانبه فاقد صلاحیت به‌علت شخصی بوده است.[۱۱۳]

تعجب‌آور نبود که در پرتو یافته‌های مربوط به فقدان صلاحیت به‌علت شخصی دیوان ضـرورتی احساس نکرد که به دیگر ایرادات مقدماتی مطروحه توسط خواندگان در ارتباط با صلاحیت زمانی مربوط به‌شرط صلاحیت اختیاری یا صلاحیت مادی در مورد معاهده منع و مجازات کشتار جمعی بپردازد.[۱۱۴]

---

۱۰۹. دیوان در مورد اینکه آیا هر دو قرارداد هنوز به قوت خود باقی هستند یا خیر اتخاذ تصمیم نکرد رک. بند ۱۲۵. پرونـده مشروعیت توسل به‌زور (صربستان و مونته نگرو علیه بلژیک)، ایرادات مقدماتی، زیرنویس پیشین ۳، بند ۱۲۶.

۱۱۰. بند ۱۲۲.

۱۱۱. پرونده بارسلونا تراکشن، ایرادات مقدماتی، زیرنویس پیشین ۴۶، ص ۳۲، بند ۱۲۵.

۱۱۲. بند ۱۲۳.

۱۱۳. بند ۱۲۵.

۱۱۴. بند ۱۲۶.

نتیجه‌گیری

استدلال اکثریت قضات دیوان در مورد ماهیت الزامی و اساسی صلاحیت دیوان به‌علت شخصی و رد هرگونه آزادی در ابتنای تصمیم بر سایر مبانی صلاحیت اگرچه غیرقابل دفاع نمی‌باشد، در اساسنامه و در تصمیمات قبلی دیوان به آن اشاره نشده است. به هرحال پذیرش این سلسله استدلالات که شامل رد هرگونه آزادی انتخاب مبانی جایگزین برای مبنای تصمیم دیوان و رد ایرادات مقدماتی است، فی‌نفسه باید به‌عنوان انتخاب آگاهانه اکثریت از میان راههای متعدد جهت فیصله دادن به پرونده تلقی شود که با آگاهی کامل از تبعات بالقوه برای دیگر پرونده‌های پیش روی آن صورت گرفته است. در شرایط دیگر انتخاب این مبانی نسبتاً غیراختلافی است. تأثیر بالقوه این تصمیم بر پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* و بازگشت از راه رفته‌ای که دیوان در مرحله قبلی همین پرونده طی کرده بود، باعث بروز انتقادات اقلیت قضات شده است.

از این دیدگاه باید تأکید کرد که اقلیت قضات در مورد مبنای حل «این» مسائل در «این» پرونده با اکثریت موافق نبودند. اقلیت اعلام کردند که استنتاج دیوان تفسیر مناسبی از مقررات مربوطه در اساسنامه نمی‌باشد و به استثنای قاضی العربی، جملگی اذعان داشتند: اینکه دیوان اعلام نمود که خواهان قبل از سال ۲۰۰۰ عضو سازمان ملل نبوده مورد قبول نمی‌باشد؛ اگرچه آنها اعلام کردند که این نتیجه «دور از واقعیت بوده است».[۱۱۵] مخالفت آنها بیشتر بر این واقعیت متمرکز بود که اکثریت احساس می‌کردند حتی زمانی که گزینه‌های دیگری برای تصمیم‌گیری مشابه در دسترس بوده بجای اینکه اجازه داشته باشند براساس آن گزینه‌ها برای فیصله دادن دعوی به همان نتیجه برسند، باز بایستی برمبنای صلاحیت شخصی تصمیم‌گیری نمایند؛ که این مسئله صلاحیت شخصی، آشکارا شامل مبانی است که در پرتو آنها دیوان درسال ۱۹۹۹ اقدامات موقت را نپذیرفت و اختیارات ذاتی خود را براساس رفتار غیرقانونی خواهان اعمال کرد.

انتقادات اقلیت قضات بدون شک در خور توجه بود، اگرچه مسئله صلاحیت شخصی دیوان بلا تردید مسئله اساسی بود. استدلال اقلیت باعث طرح این سؤال شد که چرا دیوان نباید خود را ملزم بداند در مورد مسئله صلاحیت حکم دهد. در مرحله اقدامات موقت در پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور* این مسئله به‌وسیله تعدادی از خواندگان مطرح شد ولی دیوان آن را کنار نهاد. همچنین در پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* طرح شده از طرف بوسنی و هرزگوین عضویت مشاجره‌انگیز خواهان در سازمان ملل توسط خود دیوان مطرح شد ولی تصمیم دقیقی در این مورد اتخاذ نگردید. تفسیر ارائه شده از سوی اکثریت قبل از ارائه

---

۱۱۵. اعلامیه مشترک، بند ۱۲.

موضع دیوان نسبت به موضوع با تکیه بر این واقعیت که وضعیت حقوقی خواهان در سازمان ملل پیش از سال ۲۰۰۰ پیچیده و نامعلوم بوده و با تصدیق ماهیت الزامی و مفروض مسئله توسط آنان در تناقض می‌باشد. موضعی که خواهان در تقاضای تجدیدنظر از ایرادات مقدماتی در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* مطروحه از جانب بوسنی و هرزگوین اتخاذ کرده بود، بیانگر آن است که این بحث‌های مشابه در هر پرونده‌ای که به مرحله ماهوی برسد غیرقابل اجتناب است. به هر حال تصمیم‌گیری در مورد مسئله صلاحیت به‌علت شخصی در پرونده حاضر باعث شده است که ظاهراً دیوان به‌طور غیرضروری نتیجه‌گیری خود در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* طرح شده از طرف بوسنی و هرزگوین را تضعیف کند. لازم به توضیح است اگرچه دیوان معتقد بود که باید در مورد مسئله عضویت خواهان در سازمان ملل و به تبع آن در مورد عضویت خواهان در اساسنامه نظر بدهد، دیوان به‌طور دقیق از اظهار عقیده در مورد دیگر استدلال ارائه شده توسط خواهان راجع‌به صلاحیت اجتناب نمود و این استدلال درخصوص عدم عضویت خواهان در معاهده منع و مجازات کشتار جمعی در زمان مربوطه بود. در عوض، دیوان معتقد بود استدلالش را در ارتباط با حق رجوع به دیوان مطابق بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه قرار دهد بر این فرض که خواهان عضو اساسنامه بوده است.[۱۱۶] به هر صورت، همچنان‌که اقلیت قضات اعلام کردند، اینکه دیوان در پاسخ به استدلال خواهان مبنی بر عدم عضویت در معاهده منع و مجازات کشتار جمعی در زمان مربوطه موضع‌گیری نکرده است «ممکن است راه‌حل‌های انتخابی دیوان» برای صلاحیت در پرونده *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* را زیر سؤال برد.[۱۱۷] شاید تعجب‌برانگیز باشد که اقلیت قضات انتقاد خود را محدود به این مسئله کردند؛ رأی دیوان و اعلام اینکه خواهان بین سالهای ۱۹۹۲ تا ۲۰۰۰ عضو اساسنامه نبوده است به همراه استدلال دیوان در مورد گسترهٔ بند (۲) ماده ۳۵ اساسنامه و انفکاک تصمیم دیوان از تصمیمات قبلی خود در این زمینه مبیّن آن است که این مقررات و تصمیمات بالقوه حشو و زایدند، از جمله و بالاخص در مورد معاهده منع و مجازات کشتار جمعی، به‌نظر می‌رسد باعث از بین بردن بنیانی باشند که طبق آن دیوان در حال حاضر بر صلاحیت خود به‌علت شخصی در پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* تأکید کرده است.

علاوه بر آن، اکثریت با مخالفت خود با ردّ پرونده‌ها در آستانه شروع از یک سلسله رفتارهای خواهان که به‌طور مشخص غیرمعمول بود چشم‌پوشی کردند؛ رفتارهایی که می‌توان بی‌نظمی و حتی سوءاستفاده نامید. اگرچه مسئله صلاحیت شخصی مسئله‌ای مهم است اما اکثریت قضات به آن بهایی بیش از حد دادند و حتی آن را بر صلاحیت ذاتی و اختیارات دیوان در

---

۱۱۶. بند ۱۱۳، مذکور در فوق، متن در زیرنویس ۱۰۷.
۱۱۷. اعلامیه مشترک. . . ، بند ۱۳.

ارتباط با اعمال نقش قضائی مقدم داشتند.

نکتهٔ باقی مانده این است که باید دید تأثیر کامل رأی حاضر بر پرونده‌های *اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی* چه خواهد بود. این نتایج در صورتی شناخته می‌شوند که دیوان در ماهیت پرونده بوسنی و هرزگوین و همچنین ایرادات مقدماتی پرونده کروآسی رأی بدهد. به هرحال انتظار می‌رود که در پرونده بوسنی و هرزگوین خواهان در حالی‌که رأی دیوان در پرونده‌های *مشروعیت توسل به‌زور* را در اختیار دارد مجدداً باب صلاحیت دیوان را هم براساس عدم عضویتش در اساسنامه و هم براساس مغایرت وضعیت آن به‌عنوان عضو معاهده منع و مجازات کشتار جمعی باز نماید.[۱۱۸]

همچنین انتظار می‌رود مطابق استراتژی خواهان از آوریل ۲۰۰۱ در پرونده ایرادات مقدماتی، کروآسی صلاحیت دیوان را به‌علت شخصی رد نماید. در این شرایط خواهان به‌خوبی می‌تواند با ترغیب دیوان به صدور رأی در مورد صلاحیت شخصی در پرونده حاضر در واقع با یک تیر سه نشان را هدف قرار دهد.*

---

۱۱۸. جالب اینکه دیوان در تاریخ ۸ دسامبر ۲۰۰۴ زمان جلسه استماع پرونده بوسنی و هرزگوین را ۲۷ فوریه ۲۰۰۶ تعیین کرد، یعنی یک هفته قبل از صدور رأی در پرونده‌های مشروعیت توسل به‌زور.

***.** سرانجام دیوان در ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ در خصوص پرونده‌های اعمال معاهده منع و مجازات کشتار جمعی رأی ماهوی صادر نمود که خلاصه آن به شرح زیر است:

۱ـ دیوان با اکثریت ۱۰ رأی در مقابل ۵ رأی اعلام نمود که در مورد رسیدگی به این پرونده‌ها که در ۲۰ مارس ۱۹۹۳ مطرح شده است دارای صلاحیت بود و مبنای صلاحیت آن ماده ۹ معاهده منع و مجازات کشتار جمعی است.

۲ـ با اکثریت ۱۳ رأی در مقابل ۲ رأی اعلام کرد صربستان از طریق ارگانها یا اشخاص ذی‌ربط خود که مطابق حقوق‌بین‌الملل عرفی فعالیت می‌کرده‌اند تعهدات خود در معاهده مذکور را نقض نکرده است.

۳ـ با اکثریت ۱۳ رأی در مقابل ۲ رأی اعلام کرد دولت صربستان در ارتکاب عمل نسل‌کشی توطئه و تبانی و تشویق نکرده و لذا تعهدات خود را نسبت به معاهده فوق نقض کرده است.

۴ـ با اکثریت ۱۱ رأی در مقابل ۴ رأی دیوان رأی داد که دولت صربستان در ارتکاب نسل‌کشی مشارکت ننموده و لذا تعهدات خود نسبت به معاهده منع و مجازات کشتار جمعی را نقض نکرده است.

۵ـ با اکثریت ۱۲ رأی در مقابل ۳ رأی اعلام نمود صربستان درخصوص اعمال متضمن کشتار جمعی که در جولای ۱۹۹۵ در صربرنیستا اتفاق افتاده است تعهدات خود نسبت به معاهده فوق را در جهت جلوگیری از ارتکاب چنین اعمالی نقض کرده است.

۶ـ با اکثریت ۱۴ رأی در مقابل ۱ رأی دیوان اعلام نمود که درخصوص عدم انتقال راتکوملادیچ (Ratko Meladic) که متهم به ارتکاب عمل کشتار جمعی و مشارکت در آن بوده است به دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، دولت صربستان تعهدات خود در معاهده منع و مجازات کشتار جمعی را نقض کرده است.

۷ـ با اکثریت ۱۳ رأی در مقابل ۲ رأی اعلام نمود که دولت صربستان تعهدات خود را در جهت عمل به اقدامات موقت که در ۸ آوریل و ۱۳ دسامبر ۱۹۹۳ توسط دیوان در این پرونده اتخاذ شده بود نقض کرده است چرا که آن کشور از کشتار جمعی در صربرنیستا در سال ۱۹۹۵ جلوگیری نکرده است.

۸ـ با اکثریت ۱۴ رأی در مقابل ۱ رأی دیوان اعلام کرد که دولت صربستان می‌بایست فوراً اقدامات عملی لازم در جهت تضمین تبعیت کامل از الزامات خود در معاهده منع و مجازات کشتار جمعی برای مجازات این اعمال آن‌گونه که در ماده ۲ معاهده تعریف شده است و همچنین سایر اقدامات مقرر در ماده ۳ معاهده فوق را انجام داده و اشخاص متهم به ارتکاب اعمال کشتار جمعی را به دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق تحویل دهد و همکاری لازم را با دادگاه داشته باشد.

۹ـ با اکثریت ۱۳ رأی در مقابل ۲ رأی دیوان رأی داد که در ارتباط با تخلفات منـدرج در بنـدهای ۵ و۷ فـوق حکـم دادگاه متضمن آن است که دولت صربستان می‌بایست جلب رضایت نماید. این حکـم حـاکی از پرداخـت خـسارت نمی‌باشد و در ارتباط با تخلفات مندرج در بند ۵ تضمین عدم تکرار می‌تواند مناسب باشد. (مترجم).

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۱۶۷ ـ ۱۲۹

بررسی برخی از روشهای آموزش حقوق بشر

فریبا نواب دانشمند*

چکیده

هزاره سوم میلادی در شرایطی آغاز شده است که جامعه جهانی همچنان باچالش‌هایی جدی در زمینه دستیابی به صلح و امنیت بین‌المللی روبه‌رو است. موارد متعدد نقض حقوق بشر موجب شده است که دولتهای جهان به فکر یافتن راه‌حلی به‌منظور جلوگیری از وقوع چنین پیشامدهایی باشند.

ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی را مبنای تحقق صلح و امنیت در جهان معرفی می‌کند. یکی از بهترین راههای ترویج حقوق بشر و احترام به آزادی‌های اساسی، درونی ساختن و نهادینه کردن ارزشها و اصول حقوق بشر است که به‌منظور تحقق یافتن آن آموزش حقوق بشر ضروری می‌باشد و برای مؤثرتر ساختن این آموزش‌ها نیازمند شناخت و بررسی شیوه‌ها و روش‌های آموزشی هستیم که بتواند ما را در رسیدن به این هدف یاری رساند.

این مقاله در نظر دارد به بررسی فرایند آموزش حقوق بشر و روش‌های آموزشی نوینی که در این زمینه توصیه شده است بپردازد.

واژگان کلیدی

حقوق بشر، آموزش، آموزش حقوق بشر، روش، آموزش رسمی، آموزش غیررسمی، فراگیر، مقطع تحصیلی.

---

*. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بشر دانشگاه تهران.
از استاد ارجمندم جناب آقای دکتر امیر حسین رنجبریان که با راهنمایی‌ها و تشویق‌های بزرگوارانهٔ خود مرا در نوشتن این مقاله یاری نمودند خالصانه تشکر و قدردانی می‌نمایم.

مقدمه

از سال ۱۹۴۵ (زمان تأسیس سازمان ملل متحد) ترویج و حمایت ازحقـوق بـشر یکـی از مهمترین نگرانی‌ها و زمینه‌های اصلی کار سازمان ملل متحد بوده است. بر همـین اسـاس اسـت که سازمان ملل متحد آموزش حقوق بشر را یکی از حقوق اساسـی بـشر دانـسته و آن را وسـیله مهمی جهت ترویج حقوق بشر می‌داند.

هدف از آموزش حقوق بشر، تعلـیم مهارتهـا، ارائـه اطلاعـات علمـی و شـکل دادن بـه رفتارهایی است که باعث پیشبرد فرهنگ حقوق بشر می‌شود.

در کنفرانس ۱۹۹۳ وین، آموزش حقوق بشر، تعلیم و آگـاهی دادن در ایـن زمینـه بـرای تقویت تفاهم مشترک، بردباری و صلح بین جوامع ضروری دانسته شده است.[1]

با توجه به اهمیت آموزش در رعایت حقوق بشر، سازمان ملل متحـد سـالهای ۱۹۹۵ تـا ۲۰۰۴ را دهه آموزش حقوق بشر اعلام کرد، تا از این‌طریـق موجـب افـزایش آگـاهی جهـانی از حقوق بشر و تقویت فرهنگ جهانی حقوق بشر شود.[2] سپس سازمان ملل در جهت یاری رساندن به این امر «برنامه اقدام دهه آموزش حقوق بشر» را تصویب نمود.

به همین مناسبت فعالیت‌های بسیاری در کشورهای مختلف انجام شد کـه دسـتاوردهای مهمی به‌همراه آورد. از جمله آنکه در حدود سی کشور اقدام به اصلاح برنامه درسی مدارس کرده یا اقدامات دیگری در جهت ترویج آموزش حقوق بشر به‌عمل آورند.

آنچه مسلم است آنکه به‌منظور تحقق یافتن حق آموزش حقوق بشر عـلاوه بـر تـصویب اسناد و همکاری سازمان‌های مختلف نیازمند تدوین برنامه‌ها و راهکارهـا و همچنـین روشـهایی هستیم که در غالب آن روش‌ها بتوان آموزش حقوق بشر را ارائه نمود.

جریان آموزش حقوق بشر به مانند هر فرایند آموزشی دیگری از عناصر و اجزایی تشکیل یافته است که آگاهی و توجه نسبت به این عناصر می‌تواند به اجرای مؤثرتر آموزش حقوق بـشر کمک کند. همچنین گروههای سنی مختلف و اقشار متفاوت جامعه دارای ویژگی‌های گونـاگونی هستندکه این خصوصیت‌ها باید مورد نظر قرار گیرند. توجه به بافت فرهنگی، سیاسی و نیازهـای مردمان هر منطقه دارای اهمیت اساسی است، زیرا آموزشی مؤثر و موفق اسـت کـه بـا نیازهـای زندگی واقعی افراد منطبق بوده و منجر به توانمند ساختن اشخاص شود. آموزش حقوق بشر بایـد قابلیت تغییر و تحول در زندگی افراد را داشته باشـد بـه همـین منظـور توصـیه مـی‌شـود کـه از روش‌های آموزشی مشارکتی و فراگیر ـ محور کـه در آنهـا فراگیـران نقـش اصـلی را در جریـان

---

1. Vienna Declaration on Human Rights of Action, UNA/CONF. 157/23 (19 July 1993) , para 73.

2. United Nations Decade for Human Rights Education, General Assembhy, A /RES /49 /184, December 23, 1994.

یادگیری ایفا می‌کنند استفاده شود. تحقیقات نشان داده‌اند که روش‌های آموزشی موفق، شیوه‌هایی هستند که در آنها فرایند یادگیری از طریق پیگیری فعال دانش و نه دریافت منفعل آن تسریع می‌شود و آن روش‌ها به توسعه مهارت‌های تفکر و استدلال پیشرفته کمک می‌کنند.

این مقاله در نظر دارد به‌طور اختصار آموزش حقوق بشر را به‌عنوان یک فرایند آموزشی مورد توجه قرار دهد و برخی از روش‌های آموزشی را که در این زمینه می‌تواند مؤثرتر واقع شوند بررسی نماید.

بخش نخست
آموزش حقوق بشر

الف ـ مفهوم و اهداف آموزش حقوق بشر

واژه انگلیسی Education (آموزش و پرورش ـ تعلیم و تربیت) در اصل به معنای رهبری کردن یا به‌بار رسانیدن است. اگر نتایج ذهنی جریان آموزش و پرورش را در نظر بگیریم، می‌توانیم بگوییم که آموزش و پرورش فعالیتی است که به ذهن انسان شکل و نظام می‌بخشد و آن را موافق موازین اجتماعی درمی‌آورد.[۳] یونسکو آموزش را چنین تعریف می‌کند:

آموزش و پرورش عبارت است از تمام کنش‌ها و اثرات و راه‌ها و روش‌هایی که برای رشد و تکامل توانایی‌های مغزی، معرفتی و همچنین مهارتها، نگرش‌ها و رفتار انسان به‌کار می‌روند؛ البته به‌طریقی که شخصیت انسان را تا ممکن‌ترین حد آن تعالی بخشد و یکی از ارزش‌های مثبت جامعه‌ای که در آن زیست می‌کند باشد.

در وجه محدودتر، اصطلاح آموزش و پرورش یا تعلیم و تربیت، به‌عنوان وسیله‌ای استفاده می‌شود که متوجه هر نوع فعالیتهایی باشد که هدفشان انتقال معارف نظری و عملی، بویژه توسط وسایل منظم (سیستماتیک) است.[۴]

آموزش حقوق بشر را نمی‌توان به روش خاصی محدود و منحصر نمود، بلکه هر پدیده و امکاناتی که بتواند به ترویج رعایت حقوق بشر و ارزش‌های انسانی توجه کند حتی اگر با چنین عنوانی شناخته نشود، آموزش حقوق بشر محسوب می‌شود. در دهۀ ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ تلاش‌ها برای تعریف کردن آموزش حقوق بشر (HRE) به فراگیری شناختی نوجوانان و جوانان در فضای مدارس رسمی تأکید داشت و به این ترتیب به آموزش بزرگسالانی که مدرسه را به پایان رسانده بودند و

---

۳. جان دیویی، *مقدمه‌ای بر فلسفه آموزش و پرورش یا دموکراسی و آموزش و پرورش*، ترجمه امیر حسین آریانپور ،تهران، دانشسرای پسران تبریز با همکاری انتشارات فرانکلین، ۱۳۳۹، ص ۱۴.

۴. صفوی، امان‌الله، *کلیات روشها و فنون تدریس* تهران، انتشارات معاصر، ۱۳۷۴، ص ۱۱.

یا هرگز فرصت حضور یافتن در مدرسه را نداشتند، توجهی نمی‌شد.

اما رشد فعالیت‌های حقوق بشری در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ با خود رشد شناسایی توان بالقوهٔ قالب حقوق بشر برای تغییر اجتماعی و اهمیت آگاهی‌های حقوق بشری برای همهٔ بخش‌های جامعه را به ارمغان آورد.[۵]

سازمان عفو بین‌الملل، آموزش حقوق بشر را به‌عنوان برنامه‌ای که به‌منظور فراهم کردن دانش و درک در مورد حقوق بشر و تلاشی برای معرفی ارزش‌های حقوق بشری در برنامه‌ها و آموزش‌های رسمی و غیر رسمی است تعریف می‌کند.[۶]

و نیز می‌توان گفت، آموزش حقوق بشر، مجموعه‌ای از آموزش‌ها در جهات زیر است:

الف ـ ایجاد آگاهی در خصوص ارزش‌های مربوط به حقوق بشر؛

ب ـ توسعه و تقویت رعایت حقوق بشر از طریق آموزش و پرورش؛

ج ـ آشنایی با ساز و کارهای تضمینی جهت برخورد و مقابله با موارد نقض حقوق بشر و التزام و اجبار به رعایت آن.[۷]

بنابراین، نمی‌توان آن را به معرفی سادهٔ محتوای حقوق بشر در یک برنامهٔ سنگین درسی تنزل داد. بلکه می‌باید محدودهٔ وسیعی از فرایندهای یادگیری و فعالیت‌هایی را شامل شود که کودکان و بزرگسالان را قادر می‌سازد که به‌صورت انفرادی و یا جمعی شخصیت خود را در اجتماع پرورش دهند.

آموزش حقوق بشر شامل یادگیری و تمرین حقوق بشر است. به این معنا که حقوق بشر در تمام سطوح نظام آموزشی اجرا می‌شود و از طریق انتقال محتوا و نیز تجربه کردن، آموزش داده می‌شود.[۸]

به‌طور کلی می‌توان گفت آموزش حقوق بشر ناظر به سه حوزهٔ اصلی است:

۱ـ آموزش‌هایی که سطح «دانش» مخاطبان را درخصوص حقوق بشر ارتقا می‌دهند. برای مثال؛ آموزش‌های که به معرفی اسناد حقوق بشر، تحولات تاریخی مربوط به حقوق بشر،... می‌پردازد (حیطهٔ شناختی)؛[*]

۲ـ آموزش‌هایی که شناسایی و معرفی ایستارها و «نگرش‌های» حقوق بشری یا مغایر با

---

5. Nancy Flowers *et al., The human Rights Education Hand book, Effective Practices for learning, Action* and *change*, 2002, www server. law. wits. as za /humanrts /edumat /pdf /hreh. pdf, p. 1.

6. Amnesty Internatinal organization, *sinko, A Manual For teaching human rights,* June 1999, http: // web. amnesty, org /library /pdf /AFRO 1003199, p. 7.

۷. امیرارجمند، *اردشیر، «آموزش حقوق بشر»*، مجلهٔ تحقیقات حقوقی، شمارهٔ ۲۵ ـ ۲۶ (بهار ـ تابستان ۷۸)، ص ۱۶۶ـ ۱۶۵.

۸. *یونسکو و آموزش حقوق بشر*، ترجمهٔ وزارت آموزش و پرورش، تهران، وزارت آموزش و پرورش و کمیساریای عالی حقوق بشر، [بدون تاریخ]، ص ۵.

***.** Cognitive Domain.

حقوق بشر را هدف قرار داده‌اند، از جمله توجه دادن افراد به مسئله شأن و کرامت انسان، برابـری انسانها و... که می‌تواند افراد را برای مشارکت فعال در جامعه آماده سازد (حیطهٔ عاطفی)؛*

۳ـ آموزش‌هایی که «مهارت های» حقوق بشری مخاطبان را افزایش می‌دهـد و آنهـا را در احقاق حقوق خویش و بازداشتن از نقض حقوق‌شان توانا می‌سازد، از جمله مهارت‌های مربوط به حل مسئله، همکاری و... (حیطه روانی ـ حرکتی)** .[۹]

در زمینه ضرورت و اهداف آموزش حقوق بشر باید گفت:

دلیل وجودی هر سیستم آموزشی، تحقق بخشیدن به هدفهای آن نظام اسـت[۱۰] و اسـناد بین‌المللی حقوق بشرنیز اهداف امیدبخشی را برای آموزش حقوق بشر مقرر می‌کند، بـرای مثـال کنگرهٔ بین‌المللی آموزش حقوق بشر وین ۱۹۷۸ اهداف آموزش حقوق بشر را چنین اعـلام کـرد: «تشویق برخوردهای مبتنـی بـر دگرپـذیری، احتـرام و همبـستگی، بـه‌دسـت آوردن شـناخت و اطلاعات در مورد حقوق بشر و آگاه ساختن افراد از راهها و وسایلی که به یاری آنها حقوق بشر را می‌توان به واقعیت اجتماعی و سیاسی بدل کرد».[۱۱]

همچنین قطعنامهٔ ۴۹/۱۸۴ مجمع عمـومی، هـدف از آمـوزش و پـرورش را رسـیدن بـه هدف‌های زیر می‌داند:

الف ـ تقویت رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی؛

ب ـ شکوفایی همه جانبهٔ شخصیت انسانها و مفهوم حیثیت و کرامت شخصی آنان؛

ج ـ ارتقای حسن تفاهم، دگرپذیری، برابری میـان مـردان و زنـان و دوسـتی بـین تمـام کشورها، افراد بومی و گروههای نژادی، ملی، قومی، دینی و زبانی؛

د ـ بهره‌مندی تمام افراد از وسایل ضروری برای مشارکت حقیقی در جامعه‌ای آزاد؛

هـ ـ پیشبرد و گسترش فعالیت‌های ملل متحد در راه حفظ صلح.[۱۲]

بعضی از مربیان و صاحب‌نظران بر اهداف شناختی آموزش حقـوق بـشر تأکیـد بیـشتری دارند و برخی دیگر بر ادغام و همبستگی فراگیری‌های شناختی و عاطفی اصرار بیشتری دارند.

اما آنچه مسلم است این می‌باشد که هدف نهایی از آموزش حقوق بشر توانمنـد سـاختن

---

*. Affective Domain.

**. Psychomotor Domain.

۹. *گزارش طرح ملی بررسی حقوق بشر در نظام آموزشی مدارس ایران*، تهران، مرکز مطالعات حقوق بـشر دانـشگاه تهـران، بهار و تابستان ۱۳۸۳، ص ۴.

۱۰. شعبانی، حسن، *مهارت‌های آموزشی و پرورشی*، تهران؛ سمت، ۱۳۷۹، ص ۱۳۶.

11. Vienna congress Human Rights Education (1978).

12. United Nations Decade for Human Rights Education, General Assembly, A/RES /49 /184, December 23, 1994.

افراد است و توانمندسازی «فرایندی است که کنترل و تسلط مردم و یا اجتماعات را بر زنـدگی و تصمیمات مؤثر بر زندگی خودشان افزایش می‌دهد».[۱۳]

ب‌ـ اجزای سازنده آموزش حقوق بشر

هر تجربه آموزشی از اجزای سازنده‌ای تشکیل می‌شود که به‌طور ویژه در مـورد آمـوزش حقوق بشر هم که آموزش و عمل را به هم پیوند می‌دهد مؤثر می‌باشند. یـک فعالیـت آموزشـی می‌تواند چندین بخش از این عناصر را تقویت کند. این عناصر به مربیان و فعالان حقوق بشر در طراحی و سازمان دادن محتوای آموزشی و اتخاذ استراتژی‌هـایی کـه منجـر بـه یـک فراگیـری هدفمند و تحقق نتیجهٔ عملی شودکمک می‌کند.

هنگامی‌که این اجزای سازنده با هم مورد استفاده واقع می‌شود، کمـک بـسیار مهمـی در جهت مؤثرتر ساختن آموزش‌ها می‌نماید. هنگامی‌که افراد دانش، مهارت، تعهد و تجربه را توامان کسب می‌نمایند و زمانی که یادگیری مشتمل بر دانش، عمل و تفکـر (انعکـاس)* شـود، فرآینـد آموزش بدرستی انجام یافته است.

دو نکته در مورد عناصر سازندهٔ آموزش حقوق بشر وجـود دارد: اولاً ایـن عناصـر وسـیله هستند و مانند هر وسیله دیگری آموزگاران باید به‌طور انتخابی و در مورد معقول از آنهـا اسـتفاده کنند و نباید مدل را به‌طور مطلق بپذیرند و یا رد کنند؛ ثانیاً این اجزای سازنده به‌طور متوالی (بـه ترتیب) و مستقل از یکدیگر نیستند.

۱ـ جزء سازندهٔ اول: تفکر**

این بخش به پاسخگویی این سؤال می‌پردازد که فراگیران چه دانـش‌هـا و اطلاعـاتی را باید درک نمایند و چه توانایی‌های جدید فکری باید به دسـت آورنـد؟ هـدف ایـن جـزء سـازندهٔ آموزش حقوق بشر ایجاد دانش و فهم در فراگیران است.

چگونه می‌توان از این جزء سازنده استفاده کرد؟

۱ـ۱ـ توجه به دانش و تجارت فراگیران در زمینه حقوق بشر در بدو آموزش

توصیه می‌شود که مربی ابتدا سابقه و سرگذشتی شخصی از هر یک از فراگیران به دست آورد. زیرا آموزش حقوق بشر به دانش هر یک از فراگیران و معلم هر دو وابسته است. تجـارب و

---

13. Nancy Flowers *et al*, part 1. c. *op.cit.*,pp. 1-5.

*. Reflection.

**. Thinking.

درکی که هر یک از فراگیران حقوق بشر داشته‌اند در فرایند آموزش حقوق بشر دارای اهمیت است.

همچنین فراگیران باید بتوانند بین مفاهیم حقوق بشر و زندگی و تجارب خودشان پیوند برقرار نمایند. تنها در این صورت است که فرایند آموزش حقوق بشر بدرستی می‌تواند تحقق یابد.

۱ـ۲ـ ایجاد درک مشترک از تاریخچه و مفاهیم اساسی حقوق بشر

کسب برخی اطلاعات در مورد حقوق بشر بسیار مهم است و همهٔ فراگیران باید از آنها مطلع باشند. مثلاً آگاهی از اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، تاریخچهٔ حقوق بشر بین‌الملل، سازمان‌های منطقه‌ای، ملی و بین‌المللی حقوق بشر نمونهٔ مطالبی هستند که فراگیران باید در جریان آنها قرار گیرند.

۱ـ۳ـ پایه‌گذاری دانش مورد نیاز برای فراگیری‌های آینده

دانشی که در طول یک دورهٔ آموزش حقوق بشر ارائه می‌شود باید نقطهٔ شروعی باشد که افراد را برای برداشتن گامهای بعدی توسط انتقال مهارت‌های تحقیق، ارائه کردن مستندات، مطالعهٔ منابع مفید و توانایی طرح کردن پرسش در وضعیت حقوق بشری آماده کند. همچنین این دانش می‌تواند بنیادی برای مهارتهای عملی آموخته شده در سایر بخش‌های آموزش حقوق بشر شود.

۱ـ۴ـ اجازه دادن فرصت‌های انتقادی برای تأمل

مرور، تجزیه‌وتحلیل و تأمل در مورد دانش و تجربهٔ آموزشی که آنها کسب کرده‌اند به فراگیران اجازه می‌دهد بتوانند در مورد حقوق بشر فکر کنند، آن را درونی کنند و عکس‌العمل نشان دهند.

مربیان حقوق بشر می‌توانند از مجلات، گفتگوها، بحث‌های گروهی و سایر روشها به‌منظور تجزیه‌وتحلیل امور و مرتبط ساختن افکار و تجارب به یکدیگر استفاده کنند.

۱ـ۵ ـ ایجاد توانایی برای تفکر انتقادی، استدلال اخلاقی و تصمیم‌گیری

برای درک حقوق بشر نیاز به فکر کردن به شیوه‌های جدید وجود دارد.[۱۴] هدف عمدهٔ آموزش نیز باید وادار کردن افراد به تفکر باشد. تفکر راهی برای معنادار کردن روابط بین رخدادها، مفاهیم، اصول و اشیا است و تفکر انتقادی هم اندیشیدن دربارهٔ شیوهٔ خود تفکر است. در تفکر انتقادی عوامل مؤثر بر رفتارها و نگرش‌ها، ابتدا مشخص شده و مورد ارزشیابی قرار

---

14. *Ibid*, Part III. C, pp. 1–3.

می‌گیرند و سعی می‌شود از مهارت‌های تفکر، بالاترین استفاده صورت گیرد. این نوع تفکر بهره‌گیری از راهبردها و مهارت‌های شناختی به‌منظور بالا بردن بازز مطلوب رفتارهاست.

انیس تفکر انتقادی را تفکر مستدل و تیزبینانه دربارهٔ اینکه چه چیزی را باور کنیم و چه اعمالی را انجام دهیم تعریف کرده است.[۱۵] مواردی نظیر واداشتن فراگیران به تفکر به‌منظور حل مسئله، ایجاد روحیهٔ انتقادی و نقدپذیری در معلمان و فراگیران، تشویق فراگیران به سؤال و کنجکاوی موجب تقویت تفکر انتقادی در فراگیران می‌شود[۱۶] و همگی این موارد بخش‌های مهمی از آموزش حقوق بشر را تشکیل می‌دهند.

۲ـ جزء سازندهٔ دوم: احساسات

جزء سازندهٔ دوم جنبه‌های شخصی و احساسی آموزش حقوق بشر را مورد توجه قرار می‌دهد. هدف از این جزء، تقویت کردن تعهد و مشارکت است. این جزء شامل دو نکته بسیار مهم است: ۱ـ تمرکز بر ارزشها، عقاید و احساساتی که یک شخص را در جهت عمل به حقوق بشر برمی‌انگیزد؛ ۲ـ در ارتباطات و فرهنگ مشترکی که بر محیط آموزشی حاکم است به حقوق بشر عمل بشود.

در واقع آموزش‌های حقوق بشر باید بر ارتباطات شرکت‌کنندگان در فراگیری، تأثیر بگذارد و کمک کند که آنها به‌سوی اهداف مشترکی که نسبت به آنها مسئولیت دارند با یکدیگر همکاری نمایند. این جزء سازنده در اینکه فعالان پس از ترک محیط آموزشی به کار خود ادامه دهند مؤثر است و موجب می‌شود که افراد دیرتر دچار خستگی شوند و شبکه‌های گروهی را توسعه دهند. این جزء قصد دارد که به این پرسش پاسخ دهد که چطور ماهیت تجربهٔ آموزشی می‌تواند موجب بهبود شرایط اجتماعی و احساسی شرکت‌کنندگان در دوره‌های آموزشی مهم هم به‌صورت شخصی و هم به‌طور گروهی بشود.

چگونه می‌توان از این جزء سازنده استفاده کرد؟

۲ـ۱ـ تشویق فراگیران به خدمتگزاری در راستای حقوق بشر

داستانهای امیدوارکنندهٔ فعالان و داستان‌های غم‌انگیز نقض حقوق بشر هر دو در برانگیختن فراگیران اهمیت دارند و تحقیقات نشان می‌دهند که هنگامی‌که افراد به‌طور احساسی با چیزی مرتبط می‌شوند بیشترین یادگیری صورت می‌پذیرد.

---

۱۵. صباغیان، زهرا، «*آموزش و پرورش و تفکر انتقادی*»، تربیت، شمارهٔ ۱۰ و ۱۱، تابستان ۸۴، ص ۵۳ـ۵۲.
۱۶. چت مایرز، *آموزش تفکر انتقادی*، ترجمهٔ خدایار ابیلی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۴ صص ۵۲ـ۷.

۲ـ۲ـ کمک به شرکت کنندگان در ارزیابی رعایت حقوق خود و دیگران

آموزش حقوق بشر موجب می‌شود که افراد توجه بیشتری به رعایت حقوق بنیادی خود و دیگران بنماید.

۲ـ۳ـ ایجاد یک شبکه یک پارچه‌ای که در طی اجتماع آموزشی و پس از ترک آن باقی بماند

تحقیقات نشان داده است که مردم هنگامی بهتر می‌آموزند که احساس کنند بخشی از یک اجتماع هستند که با فراگیران دیگر در ارتباط می‌باشند. آموزش حقوق بشر می‌تواند اجتماعی را ایجاد کند که با افراد آن در حین فراگیری و پس از اتمام دورهٔ آموزشی با یکدیگر پیوند می‌یابند و ارتباطاتشان را حفظ می‌کنند.

۲ـ۴ـ ایجاد توانایی‌ها و مهارت‌هایی جهت ائتلاف سازی‌هاو تشکیل گروهها و اجتماعات پیگیری کننده

آموزش حقوق بشر به مردم می‌آموزد که چگونه اجتماعی را به‌منظور پیگیری آموزش‌های حقوق بشر ایجاد کنند نظیر ایجاد شبکه‌های حمایتی و....

۲ـ۵ ـ ایجاد مهارت‌هایی جهت رشد، درمان و سلامتی شخصی

حمایت از حقوق بشر کاری سخت و طاقت فرساست و اغلب به افسردگی و احساس گناه در میان فعالان منجر می‌شود. شنیدن نقض‌های حقوق بشر و یا تشخیص و شناسایی تضییع‌های حقوقی می‌تواند احساسات افراد را متأثر سازد. افرادی که درگیر حقوق بشر هستند به فرصت‌هایی برای گفتگو کردن و منعکس ساختن احساساتشان به‌منظور حفظ سلامت روانی‌شان نیاز دارند. همچنین باید بیاموزند که چگونه میان کارهای حقوق بشری و بخش‌های دیگر زندگی‌شان توازن برقرار نمایند. آنها بیش از سایرین نیازمند مهارت‌های اساسی برای سازگاری با ضربه‌هایی که بر خودشان و سایرین تأثیرگذار است، می‌باشند.

۲ـ۶ـ برگزاری جشن موفقیت‌های گروه آموزش حقوق بشر

آموزش حقوق بشر باید فعالیتی شاد و نشاط‌آور باشد. هنگامی‌که گروهی کاری انجام می‌دهند که منجر به یک پیروزی می‌شود و یا در آموزش به موفقیت می‌رسند برگزاری مراسم و جشن مناسب اهمیت دارد.

۳ـ جزء سازندهٔ سوم: آماده سازی*

این جزء سازنده در پی پاسخگویی به این سؤال است که چه مهارت‌هایی باید پس از اتمام دورهٔ آموزشی در فراگیران ایجاد شود؟

آموزش حقوق بشر به شرکت‌کنندگان در کسب مهارتهایی که آنها برای اعمال حقوق خود و دیگران احتیاج دارند کمک می‌کند. مهارت‌های زیادی در آموزش حقوق بشر مهم هستند مانند چگونگی مداخله، هنگامی‌که افراد شاهد وقوع نقض حقوق بشر هستند، نحوهٔ برقراری ارتباط با افرادی که صاحبان قدرت هستند، سازماندهی کردن دیگران و تعلیم دادن دیگران در مورد حقوق بشر. مهارت‌هایی که آموزش داده می‌شوند باید با موقعیت‌ها و نیازهای فراگیران متناسب و مرتبط باشند.

چگونه از این جزء سازنده باید استفاده کرد؟

۳ـ۱ـ تشخیص و شناسایی مهارت‌های مورد نیاز فراگیران

مربیان باید از فراگیران در مورد نیازهایشان سؤال کنند و نقاط قوت و ضعف شرکت‌کنندگان را تشخیص دهند و این نقطهٔ آغازی برای آموزش مهارت‌ها است. چنین برآوردی به مربیان در تشخیص اینکه چه مطالبی را باید آموزش دهند کمک خواهد کرد. همچنین مربیان می‌توانند برنامه‌های طراحی کنند که فراگیران در مهارت‌هایی که دارا هستند با یکدیگر سهیم شوند.

۳ـ۲ـ آموزش افراد به‌منظور کسب مهارت‌های بالا بردن توانایی حمایت از خود در زمینهٔ حقوق بشر

اغلب، آموزش حقوق بشر با حقوق فردی یک شخص آغاز می‌شود. چطور شخصی بداند که حقوقش چه زمانی نقض شده است؟ چگونه می‌تواند از نقض‌ها جلوگیری کند؟ چگونه وقتی حقوق فرد نقض شد می‌تواند مداخله کند؟

۳ـ۳ـ ایجاد مهارت هایی در فراگیران برای آموزش حقوق بشر به دیگران

مردم هنگامی بهتر می‌آموزند که به دیگران آموزش دهند بنابراین برای دست یافتن به آموزش بیشتر می‌توان به آماده ساختن افراد برای تدریس حقوق بشر به دیگران اقدام کرد. این استراتژی باعث می‌شود که حقوق بشر بهتر در فراگیران «درونی» شود.

---

*. Equipping.

۳ـ۴ـ ایجاد مهارت‌هایی برای حمایت از حقوق بشر و ترویج آن

آموزش حقوق بشر در به‌دست آوردن مهارت‌هایی در زمینهٔ تحقیق، جمع‌آوری و ارائهٔ مستندات که در حمایت حقوق بشر بسیار اهمیت دارند، ایجاد ائتلاف‌ها و آگاه کردن مردم نسبت به حقوق‌شان کمک می‌نماید. به‌طور کلی، باید گفت هر نوع مهارتی که به مردم در عمل کردن به حقوق بشر کمک کند بخش با ارزشی از آموزش حقوق بشر می‌باشد.[۱۷]

۴ـ جزء سازندهٔ چهارم: عمل کردن*

چگونه تجربهٔ آموزشی منجر به بهبود وضعیت حقوق بشر خواهد شد؟ هدف این جزء سازنده، به اجرا در آوردن آموزش‌های حقوق بشر است. قطعاً عمل کردن به آموزش‌ها بخش ضروری از آموزش حقوق بشر است. باید فرصت‌هایی ایجاد شوند که فراگیران درس‌ها و مهارت‌های آموخته شده را به مرحلهٔ اجرا بگذارند. این تمرین آموزش را تداوم می‌بخشد و موجب معنادارشدن آموزش می‌شود و همچنین آموزش در مورد حقوق بشر را به آموزش برای حقوق بشر تبدیل می‌کند. جزء عملی آموزش حقوق بشر اشکال بسیار متعددی می‌تواند به خود بگیرد. شرکت‌کنندگان می‌توانند نقش‌هایی را به شکل بازی و تقلید برعهده بگیرند و سناریوهایی را به نمایش درآورند که به آنها در اعمال ایده‌های کارگاه آموزشی کمک می‌کند.

همچنین آنها می‌توانند مهارت‌هایی در زمینهٔ استراتژی‌های عمل کسب نمایند که آنها را در موقعیت‌ها و پرونده‌های مربوط به حقوق بشر و نیز فعالیت‌های مربوط به تصویب لوایح از طریق نمایندگان مجلس، تجهیز و بسیج حمایت‌ها، آموزش و برداشتن گامهای حقوقی رسمی یاری می‌نمایند.

چگونه می‌توان از این جزء سازنده استفاده کرد؟

۴ـ۱ـ اعمال کردن، تمرین و تکرار مهارت‌ها و درس‌های آموخته شده در کارگاه آموزشی

آموزش تجربی شامل ۳ مرحله است: ۱ـ یادگیری یک توانایی؛ ۲ـ اعمال کردن آن؛ ۳ـ تأمل بر آن تجربه. تکرار مهارت‌های آموخته شده در موقعیت‌های گوناگون زندگی در ایجاد توانایی و افزایش اعتماد به نفس بسیار مؤثر است. به همین دلیل انجام دادن مهارت‌های مربوط به حقوق بشر برای فراگیری حقیقی حقوق بشر ضروری است.

---

17. Nancy Flowers *et al*, part III. c, *op.cit.*, pp. 4-7.

*. Takeing Action.

۴ـ۲ـ متعهد کردن افراد به کار حقوق بشر خواه به شکل آموزش، حمایت و دفاع، دخالت یا ایجاد کردن اجتماعات

آموزش حقوق بشر اغلب با انجام پاسداری و حمایت از حقوق دیگران همراه است.

۴ـ۳ـ الگو ساختن رعایت حقوق بشر و کرامت انسان در خود اجتماع آموزشی

اگر آموزش به‌طور صحیح، مؤثر و صادقانه انجام شود این آموزش همیشه باید حقوق بشر را رعایت کند. فعل و انفعالات و اعمال همه این مجموعه، شامل: آموزش دهنده ـ فراگیر، فراگیر ـ فراگیر و شرکت کننده ـ غیر عضو، همگی باید مبتنی بر اصول حقوق بشر باشند. نقض‌های حقوق بشر که در اجتماع آموزشی اتفاق می‌افتد باید به سرعت و با دقت مورد توجه قرار گیرد. می‌توان گفت احترام به تکثر و تنوع، وجود دموکراسی و آموزش فراگیر ــ محور از ویژگی‌های استراتژی‌های آموزشی مبتنی بر حقوق بشر هستند. مربیان حقوق بشر باید واقعاً با فراگیران مشارکت کنند و آماده ایجاد اشتباهات و تصحیح آنها باشند و در صدد بهبود تدریس خود براساس درخواست و کاربردی که در جهان واقعی وجود دارد بر آیند.

۴ـ۴ـ حمایت و یاری شرکت کنندگان برای طراحی و ایجاد برنامه‌هایی برای عمل پس از اتمام تجربهٔ آموزشی

چگونه شرکت کنندگان می‌توانند امیدوار باشند به آنچه از طریق آموزش حقوق بشر فراگرفته‌اند؟ آنها چه اهداف جدیدی بر اساس درک جدیدشان از حقوق بشر دارند؟ برای نائل‌شدن به این اهداف چه گامهایی می‌توان برداشت؟ با چه موانعی آنها در بازگشت به محیطهای قبلی خویش نظیر خانواده و... روبرو خواهند شد؟ آنها از چه حمایت‌ها و فرصت‌هایی برخوردار خواهند بود؟ مربیان می‌توانند با کمک کردن به فراگیران ازطریق ارائه پاسخهایی به این سؤالات به تداوم جریان آموزش پس از اتمام دورهٔ آموزشی کمک نمایند. طراحی برنامه‌های عملی نوشته‌شده خواه به‌صورت فردی و یا گروهی می‌تواند نتیجهٔ طبیعی یک تجربهٔ آموزشی حقوق بشر باشد.[۱۸]

ج ـ انواع آموزش حقوق بشر

به‌طور کلی، آموزش حقوق بشر را می‌توان در دو نظام آموزشی رسمی و غیررسمی ارائه نمود. در نظام رسمی، آموزش حقوق بشر در مدارس و دانشگاهها انجام می‌شود و در نظام غیررسمی، آموزش حقوق بشر به اقشار وگروه‌های مختلف مردم و خارج از مدارس؛ مثلاً ازطریق

18. *Ibid*, part. III: c, pp. 8-10.

سازمان‌های غیردولتی، رسانه‌ها و... انجام می‌پذیرد.[۱۹]

۱ـ آموزش رسمی*

وارد ساختن اطلاعات حقوق بشر به آموزش رسمی برحسب سطوح آموزشی متغیر است. بیشترین اطلاعات مستقیم حقوق بشر در سطح آموزش‌عالی یا متوسطه و کمترین آن در سطوح پیش از دبستان، ابتدایی و راهنمایی تحصیلی وجود دارد.[۲۰]

۱ـ۱ـ آموزش حقوق بشر در سطح پیش دبستانی

آموزش و پرورش در دورهٔ پیش از دبستان، به‌عنوان درون‌دادی** حساس هم از نظر رشد کلی یک فرد و هم از نظر تأثیر در پذیرش و نگهداری کودکان در سطوح ابتدایی دارای اهمیت است و باید در سیاست‌های ملی آموزش و پرورش دولتها مورد توجه و تأکید فراوان قرار گیرد.[۲۱]

شش سال اولیهٔ زندگی کودک سالهایی حساس هستند، زیرا میزان رشد در این سالها نسبت به مراحل دیگر رشد، سرعت بسیار بیشتری دارد. کودکان در این دوران تمایل به خود محوری دارند و هر چیز را از دیدگاه و دریچهٔ چشم خود می‌بینند. آنها به فعالیت‌های گروهی بزرگ عادت ندارند و نیز نمی‌توانند برای مدت طولانی ساکت و آرام بنشینند. کودکان به‌طور طبیعی و با طیب خاطر به موسیقی و اشعار دارای وزن و قافیه پاسخ می‌دهند.

برای طراحی برنامهٔ آموزشی دوران پیش دبستانی باید به نکات زیر توجه نمود:

- آموزش و پرورش در دوران اولیهٔ کودکی برنامه‌ای است برای کودکان ۳ تا ۶ ساله که در دورهٔ پیش از دبستان به سر می‌برند.
- برنامه‌های آموزشی برای مقطع پیش از دبستان باید رشد ـ محور و کودک ــ محور باشند و از رویکرد بازی و فعالیت پیروی کنند.
- برنامهٔ آموزش و پرورش در دوران اولیهٔ کودکی باید بر رشد کلی و همه جانبهٔ

---

19. Grath Meintjens, Human Rights Education as Empowerment: Relations on pedagogy, in George J. Andreopoulos and Richard pierre claude, *Human Rights Education for the Twenty - First century* (philadelphia: University of pennsylvania press, 1997), pp. 75-76.

***.** Formal Education.

۲۰. جانسون سیمونیدس، *حقوق بشر، ابعاد نوین و چالش‌ها، دستورالعمل آموزش حقوق در دانشگاهها*، مترجم محمدعلی شیرخانی، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۸۳.

****.** In put.

۲۱. ونیتا کول، برنامهٔ آموزش و پرورش در دروهٔ پیش از دبستان، ترجمهٔ فرخنده مفیدی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، سمت، ص ۵.

کودک، شامل رشد جسمی و حرکتی، رشد شناختی، رشد زبان و گفتار، رشد عاطفی ـ اجتماعی، رشد خلاقیت، ابراز وجود و درک زیبایی‌ها تمرکز نماید.

- برنامهٔ مناسب باید بتواند تعامل با محیط، مشارکت فعال در فعالیت‌های گروهی و توانایی حل مسائل خلاق را در کودکان تقویت کند.
- در برنامه‌ریزی برای این مقطع باید به نظر و طراحی قبلی برنامه‌ها توجه شود ولی در عین حال این برنامه‌ها باید نسبت به نیازهای کودکان انعطاف‌پذیر باشند.
- برنامه‌های این مقطع باید کودکان را برای دوران ابتدایی آماده نماید.[۲۲]

به آموزش‌های حقوق بشر در سطوح پیش از دبستان در بسیاری از مناطق جهان به‌خوبی پرداخته نشده است، چرا که آموزش پیش از دبستان برای اکثریت مردم در بسیاری کشورها وجود ندارد و در بسیاری از مناطق جهان، آموزش حقوق بشر در این سطوح در آغاز راه می‌باشد.[۲۳]

مطابق با متن سیاست آموزشی کشور کاستاریکا با اصول پروژهٔ مدارس وابسته به یونسکو، نیل به اهداف زیر برای آموزش حقوق بشر به کودکان مشخص شده است:

کودک باید قادر بشود که:

- در انجام تکلیف روزانه از روش‌های خلاق استفاده بکند.
- اهداف، احساسات، افکار و تمایلات خود را با استفاده از روش‌های مختلف توصیفی در جوی همراه با احترام متقابل اظهار بدارد.
- اصول همکاری و اتحاد را در کاری که در خانواده، مدرسه یا اجتماع انجام می‌دهد، به‌منظور بهبود کیفیت زندگی به‌کار ببرد.
- حقوق و مسئولیت‌های خود را در موقعیت‌هایی که در خانواده، مدرسه و اجتماع با آنها روبرو می‌شود تجزیه و تحلیل کند.
- عقاید و نظراتی را که توسط افراد دیگر در مورد موقعیت‌ها و حوادث محیط پیرامون ابراز می‌شود، تجزیه و تحلیل کند.
- رسوم، عقاید و ارزش‌های را که در خانواده و اجتماع به آنها عمل می‌شود بفهمد و شرح دهد.
- در جشنواره‌های ملی که اصول دموکراتیک را جشن می‌گیرند، شرکت کند.[۲۴]

---

۲۲. پیشین، ص ۵.

۲۳. جانوس سیموبندس، *پیشین*، ج ۲، ص ۱۸۴.

۲۴. یونسکو، *فرهنگ دموکراسی: رویکردی نو برای مدارس*، مترجم سهراب رضایی، تهران، عابد، ۱۳۸۱، صص ۵۱ـ۴۸.

روش آمـوزش و پـرورش در دورهٔ پـیش دبـستانی بایـد شـامل فعالیـت‌هـایی نظیـر داستان‌سازی، فعالیت‌های نمایشی، بحث و گفتگوهای آزاد و سازمان‌یافته، سـرودها، گـردش در طبیعت، بازی با معماها (پازلها) و ... بشود. استفاده از نمایشگاه‌ها و تابلوهای اعلانات و جشن‌های فرهنگی همگی می‌توانند روش‌های مناسبی باشند که به کودکان کمـک کنـد تـا بداننـد چطـور هرچیزی با زندگی مدرسه مرتبط است و کودکان را تشویق کند تا در مورد کـار افـراد دیگـر فکـر کنند و همچنین والدین را قادر می‌سازند تا از عنـاوین کـار و علایـق بچـه‌هایـشان آگـاه شـوند. همچنین استفاده از کارگاه قصه‌گویی و شعر نیز می‌تواند فرصت‌هایی را برای تقویت مهارت‌های شنیداری و خلاقیت کودکان فراهم کند.

استفاده از روش‌های مختلف تدریس که تفاوت‌های بین فردی شاگردان را درنظـر دارد مورد تأکید است، به این منظور که همه دانش‌آموزان با اعمال روش‌های متفاوت به نتایج یکسان برسند.[۲۵]

۱ـ۲ـ آموزش حقوق بشر در مقطع دبستان

اصل هفتم اعلامیهٔ حقوق کودک (۱۹۵۹) مقرر می‌دارد که کودک «... باید از آمـوزش و پرورشی برخوردار شود که ... بـه او اجـازه دهـد تـا، در شـرایط برابـری فرصـت‌هـا و امکانـات، استعدادهای خود، قضاوت شخصی و حس مسئولیت‌های اخلاقی و اجتماعی خود را رشد دهـد و عضو سودمند جامعه گردد». [۲۶]

با توجه به اینکه بسیاری از کودکان تحصیلات خود را پس از این مرحله دنبال نخواهنـد کرد، برای اکثریت آنان دبستان یگانه فرصتی است جهـت کـسب آمـوزش و پـرورش در زمینـهٔ حقوق بشر. شرکت‌کنندگان دردورهٔ مطالعاتی آزمایشی بین‌المللی در مـورد آمـوزش حقـوق بـشر، هدفهای این آموزش را درسطح دبستان به نحو ذیل معین کرده‌اند:

۱ـ فهماندن تدریجی این مطلب به کودک که مدرسه یک اجتماع است و کمک‌کردن به وی برای ادغام در این گروه اجتماعی که حق اوست؛

۲ـ واداشتن کودک به شرکت همواره فعالانه‌تـر در زنـدگی مدرسـه و بـدین‌وسـیله، بـسط فضائل اجتماعی اساسی در نزد او، فضائلی از قبیل: احتـرام بـه حقـوق دیگـران؛ حـس همبـستگی، انضباط و مسئولیت؛ تمایل به فداکردن منافع شخصی خودش به سود جمع؛ و درک حیثیت انسانی؛

۳ـ عادت دادن او به اینکه مطابق راه و رسم دموکراسی زندگی کند.

---

۲۵. پیشین، ص ۶۱.

۲۶. اعلامیهٔ حقوق کودک، اصل ۷.

در جریان کوشش برای نیل به این هدفها، چنین پیشنهاد شده است که باید به کودکـان کمک کرد تا:

الف ـ شناختی پایه‌ای به‌دست آورند که به آنان امکان دهد تا تمدن خودشان و تمـدنهای بیگانه را بفهمند و ارزیابی کنند، و نیز به تفاوتهای موجود میان ملل پی‌برند؛

ب ـ کنجکاوی و ذوق پژوهش را کسب کنند؛

ج ـ مفهوم مکان و زمان را دریابند؛

د ـ قاموسی غنی به‌دست آورند که بتوانند با آن افکـار و نظـرات جدیـد را بیـان کننـد و دیگران را از اکتشافات خویش آگاه سازند؛

هـ ـ توانایی استنتاج معقول و انتقادی به‌دست آورند.[۲۷]

آنچه باید در مدارس ابتدائی به آن توجه شود توسعهٔ نگرش احترام‌آمیز نسبت به منزلت انسان و شناخت تنوع و تفاوت‌های فردی می‌باشد. این یک نقطهٔ شروع برای مفاهیم اصلی و اساسی حقوق بشر می‌باشد.[۲۸] مفاهیم درس‌هایی نظیر تاریخ، جغرافیا، علوم اجتماعی، ادبیـات، زبـان و هنـر امکـان می‌دهد که حقوق بشر به مستقیم‌ترین نحوی در ذهن کودکان رسوخ یابد.[۲۹] در مطالعهٔ تاریخ می‌توان نقش شخصیت‌های بزرگ و میزان فداکاری آنها را مشخص نمود و از این راه روح وطن‌خواهی ونوع دوستی را در شاگردان پرورش داد. همچنین می‌توان زندگی و افکار و عقایـد ملـل مختلـف را مـورد مطالعه قرارداد و بدین‌وسیله روح تسامح را در برخورد به عقاید مختلف دربچه‌ها ایجاد نمود و آنها را به بررسی عقلانی و قضاوت صحیح دربارهٔ افکار و آراء دیگران تشویق کرد.[۳۰] در درس‌هـای مربـوط بـه جغرافیا معلمان می‌توانند از ویژگیهای محیط‌زیستی فراگیران صحبت کنند و نیز مسئولیت افراد انسان را نسبت به محیط زیست‌شان خاطرنشان نمایند.[۳۱] در اروپا، خاورمیانه، آسیا و اقیانوسیه، منابع حقوق بشر در سطوح ابتدایی ازطریق دوره‌های تعلیمات مـدنی در دسـترس قـرار مـی‌گیـرد.[۳۲] اسـتفاده از روش‌های فعال توصیه می‌شود، بویژه اینکه بایدکودکان را برآن داشت که به جستجوهایی درلغتنامه‌ها و کتابهای معتبر مبادرت ورزند. در خانه پرسش‌هایی دربارهٔ برخی موضوعات به‌عمل آورند، بـه سـؤال کردن از دیدارکنندگان خارجی بپردازند، قطعات بریده شده از روزنامه‌ها، تـصاویر و اشـیاء بـه نمـایش

---

۲۷. شیلا کید، پیشنهادی چند برای آموزش حقوق بشر، ترجمهٔ پرویز همایون‌پور، تهران، کمیسیون ملی یونسکو با همکاری انتشارات فرانکلین، ۱۳۵۱، صص ۳۶ـ۳۵.

28. UNESCO, *All human beings…A manual for human rights education*, (unesco 2000), 580.

29. UNESCO, *op.cit.*, p. 58.

۳۰. علی شریعتمداری، *روانشناسی تربیتی*، اصفهان، انتشارات مشعل، ۱۳۴۹، ص ۳۱۹.

31. UNESCO, *op.cit.*, p. 58.

۳۲. جانوس سیمونیدس، *پیشین*، ص ۱۸۵.

گذاشتنی را گردآورند، به تنظیم آلبوم‌ها و روزنامه‌های دیواری، و نیز به نگاهداری پرونده‌هایی از اخبار و تصاویر مبادرت ورزند. آنان در ساختن مدل و دوختن لباس برای نمایش‌ها شرکت کرده و به یادگرفتن ترانه‌هایی که برای جشن‌های مدرسه‌ای در تاریخ معین برگزار می‌شود، بپردازند.[۳۳] در طی درس‌ها و فعالیت‌هایی که در دبستان انجام می‌شود باید به دانش‌آموزان آموزش داده شود که جامعه نیازمند خدمات همهٔ افراد بشر است و هرگروهی از اقشار جامعه رسالت خاصی را برعهده دارند.[۳۴] در حدود سال آخر دبستان کودکان، پس از کسب چنین آمادگی، باید قادر باشند که مستقیماً به مطالعهٔ اعلامیهٔ ملل متحد دربارهٔ حقوق کودک و فصول سادهٔ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بپردازند. صندوق ملل متحد برای کودکان نسخهٔ مصور و حاشیه‌نویسی شده‌ای از این اعلامیه را منتشر کرده است.[۳۵]

در طرح درسی که برای آموزش حقوق بشر در مقطع ابتدایی در ایران توسط وزارت آموزش و پرورش و کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل ترجمه و تهیه شده است، آموزش حقوق زیر پیشنهاد شده است:

حق زیستن در محیطی پاک در سالهای اول تا سوم ابتدایی و در درس علوم، حق استراحت و اوقات فراغت در سالهای اول تا سوم و در موضوعات درسی علوم اجتماعی، تربیت بدنی و بهداشت، حق مراقبت و حمایت در سالهای اول تا سوم و در درس‌های علوم اجتماعی و آموزش اخلاق، حق آزادی انجمن‌ها و گروهها، در سالهای اول تا سوم و در آموزش اخلاق، حق محافظت از آسیب‌ها در سالهای چهارم تا پایان ابتدایی و در درس مطالعات اجتماعی، حق برخورداری از آموزش در سالهای چهارم تا پایان ابتدائی در آموزش اخلاق، حمایت در برابر بهره‌کشی اقتصادی در همان سالهای پایانی ابتدایی و در درس مطالعات اجتماعی، حق آزادی عقیده و بیان، در سالهای پایانی ابتدائی و در درس آموزش مدنی و مطالعات اجتماعی و حق کار در همان سالهای پایانی ابتدائی و در موضوعات درسی مطالعات اجتماعی و اقتصاد خانواده.[۳۶]

۱ـ۳ـ آموزش حقوق بشر درسطح راهنمایی و دبیرستان

الف ـ مقطع راهنمایی

مقطع سنی راهنمایی دوران گذر از مرحلهٔ تفکر انضمامی (عینی) به مرحلهٔ تفکر انتزاعی است.[۳۷] دانش آموزان این مقطع توانایی تجزیه و تحلیل بیشتری برای درک مفاهیم اعلامیهٔ

---

۳۳. شیلاکید، *پیشین*، ص ۳۷.

34. UNESCO, *op.cit.*, p. 58.

۳۵. شیلاکید، *پیشین*، ص ۳۷.

۳۶. طرح درسهایی در زمینه آموزش حقوق بشر، در دوره‌های ابتدایی و متوسطه، ترجمهٔ وزارت آموزش و پرورش، تهران، وزارت آموزش و پرورش و کمیساریای عالی حقوق بشر، ۱۳۸۳، صص ۴۳ـ۲.

۳۷. صافی، احمد، آموزش و پرورش ابتدائی، راهنمایی تحصیلی و متوسطه، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص ۶۷.

جهانی حقوق بشر دارند، بنابراین در برنامه‌های آموزشی این دوره پیشنهاد می‌شود آموزگاران این مقطع به ذکر ماجراهای واقعی از نقض حقوق بشر بپردازند و از دانش آموزان بخواهند که این ماجراها را به‌طور گروهی مورد تجزیه و تحلیل قرار دهند و با اصول اعلامیهٔ جهانی تطبیق دهند.[۳۸] در سطح راهنمایی وارد ساختن آموزش حقوق بشر معمولاً در دروسی مانند تعلیمات مدنی و تاریخ انجام می‌شود.[۳۹]

ب ـ مقطع دبیرستان

دورهٔ متوسطه از دوره‌های مهم، حساس و مؤثر در زندگی فردی و اجتماعی آدمی است. در این دوره قسمت اعظم استعدادهای اختصاصی نوجوان و جوان بروز می‌کند، قدرت یادگیری به حد اعلای خود می‌رسد، کنجکاوی جهت معینی می‌یابد و مسائل جدید زندگی نظیر انتخاب رشته، انتخاب شغل، گرایش به مرام و مسلک، ذهن آنان را به خود مشغول می‌دارد و به مرحلهٔ ادراک ارزشهای اجتماعی، اقتصادی و معنوی می‌رسند. از این‌رو این دوره در نظامهای تعلیم و تربیت کشورهای مختلف جهان اهمیت زیادی دارد.[۴۰] در مدارس متوسطه فرصت‌های بسیاری برای بحث کردن در مورد مسائل حقوق بشر وجود دارد. اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر و کنوانسیون حقوق کودک نیز باید، به‌طور دقیق و کاملاً منطقی مطالعه شوند.[۴۱] همچنین می‌توان توجه فراگیران را به مسائلی نظیر استعمار، شباهت‌های میان مذاهب، مشکلاتی نظیر آلودگی محیط‌زیست، سلامتی و آمار مرگ و میر، میراث فرهنگی بشر، سازمان ملل و اهداف آن، صلح، و.... جلب نمود.[۴۲] شاگردان را به بحث و بررسی در این امور تشویق نموده فعالیت‌های گروهی در این مقطع سنی برای تقویت حس مشارکت و احساس همدردی و مهمتر از آن درک برابری افراد ضروری است.[۴۳] فعالیت دیگری که برای این مقطع پیشنهاد می‌شود، تهیه منشوری برای کلاس و درواقع مشخص کردن قوانین و مقرراتی برای کلاس می‌باشد و در گام بعدی از دانش آموزان برای تهیه و تدوین حقوق بشر دعوت می‌شود. از آنها خواسته می‌شود تصور نمایند که مسئولیت برنامه‌ریزی برای کل جامعهٔ جهانی را بر عهده دارند و باید برنامه و گزارش کاری در مورد

---

۳۸. پاتریک منسون، درک اعلامیه جهانی حقوق بشر، از معرفی حقوق بشر در مدرسهٔ راهنمایی، ترجمهٔ وزارت آموزش و پرورش، تهران، وزارت آموزش و پرورش و کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل، ۱۳۸۳، ص ۱.

۳۹. جانوس سیمونیدس، *پیشین*، ج ۲، صص ۱۸۷ـ۱۸۴.

۴۰. صافی، احمد، پیشین، صص۹۰ـ۸۹.

41. UNESCO, *op.cit.*, p. 60.

۴۲. مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد، راهنمای آموزش دربارهٔ سازمان ملل متحد برای دانش آموزان دورهٔ دبیرستان، صص۵۲ـ۱۲.

43. United Nations, ABC, teaching human rights, practical activities for primary and secondary Schools, New York, United Nations, 1989, p. 6.

«خواسته‌ها»، «نیازها»، «حقوق» و «مسئولیت»ها تهیه کنند.[۴۴]

تغییرات اساسی در برنامه‌های درسی، به‌منظور هماهنگ ساختن آنها با آموزش حقوق بشر، بندرت لازم است و غالباً کوشش بر این می‌باشد که مفاهیم و مسائل مربوط به حقوق بشر به مواد معمولی درسی پیوسته شود.[۴۵] برای مثال درس ریاضیات می‌تواند علاوه بر امکاناتی که وابسته به تاریخچهٔ تحول هر علمی است، امکانات مبتنی بر داده‌های بین‌المللی را نیز عرضه دارد. استعدادهایی که دانش آموزان در آمار مقدماتی، تحلیل نمودارها و یا تفسیر داده‌ها از خود نشان می‌دهند، به‌خوبی می‌توانند در اطلاعات مربوط به خواربار و جمعیت‌شناسی، تولید کشاورزی و صنعتی، هزینه‌های تسلیحات و آموزش و پرورش و دیگر موضوعاتی که با پیشرفت حقوق بشر کم و بیش رابطه دارند، مورد استعمال قرارگیرند.[۴۶]

در درس علوم برای مثال بررسی انتقال و توزیع خصلت‌ها و روابط میان عوامل ارثی و عوامل فرهنگی را می‌توان کاملاً در قلمرو زیست‌شناسی قرارداد و آن را همچون سلاحی برضد تعصبات نژادی به‌کار برد. دانش آموزان می‌توانند مواد ضد تبعیض اعلامیهٔ جهانی، بویژه مواد مربوط به نژادها را مورد بحث قرار دهند.

در درس ادبیات از آثار منظوم، خاطرات داستانها و کتب مذهبی یا سیاسی که صحنهٔ اجتماعی را در زمانها و مکانهای مختلف روشن می‌سازد سخن می‌رود. این آثار از برخی نمونه‌های انکار حقوق و آزادی‌های بشر سخن می‌گویند و مبارزاتی را که برای به چنگ‌آوردن آنها انجام گرفته است، توصیف می‌کنند. مطالعهٔ ادبیات دیگر کشورها و نوشته‌های جدید، ولو به‌صورت ترجمه، حائز اهمیت است و نیز در ضمن دروسی از ادبیات که به کتابهای ویژه کودکان و آثار نویسندگان جوان مربوط می‌شوند می‌توان به بررسی حقوق کودکان و جوانان نیز پرداخت.[۴۷]

در درس هنر و موسیقی می‌توان با استفاده از مشارکت دانش آموزان در کشیدن نقاشی‌ها و اختلاط رنگها، ساخت مجسمه و برگزاری نمایشگاه‌ها به آموزش حقوق بشر پرداخت[۴۸] و نیز فعالیت هنری به خودی خود تأییدی است بر حق «شرکت آزادانه درزندگی فرهنگی». شناخت و ارزیابی هنرهای خارجی پیوندهای همدردی و تفاهم میان ملت‌ها را نشان می‌دهد، پیوندهایی که حس احترام و تعهد نسبت به حقوق جهانی و عمومی را تقویت می‌کنند. به هنگام مطالعهٔ تاریخ

---

44. *Ibid*, pp. 19-20.

45. UNESCO, *op.cit.,* pp. 60-61.

۴۶. شیلاکید، *پیشین*، ص ۴۹.

۴۷ شیلاکید، پیشین، ص ۴۹.

48. UNESCO, *op.cit.,*pp. 64_65.

هنر یا زندگی‌نامه هنرمندان و موسیقی دانان، آدمی با مسائل مهمی در زمینهٔ آزادی بیان، حمایت از علم و هنر، حفظ آثار و ابنیهٔ هنری مواجه می‌شود. اینها همه موضوعاتی درخور بحث می‌باشند و می‌توانند مفهوم جهانی بودن حقوق بشر را به‌خوبی محسوس سازند.[۴۹] در طرح درسی که توسط وزارت آموزش و پرورش ایران و کمیساریای عالی حقوق بشر ترجمه و تکثیر شده است حقوق و موضوعات زیر برای آموزش در مقطع دبیرستان پیشنهاد شده‌اند:

حق برخورداری از امکانات برابر در اوایل متوسطه و در دروس آموزش و پرورش مدنی و آموزش اخلاق، حق برخورداری از خدمات دولت در اوایل دورهٔ متوسطه و در مطالعات اجتماعی، حق حیات در اوایل متوسطه در دروس مربوط به اخلاق و آموزش مدنی، حق رهایی از تبعیض، در اواخر مقطع دبیرستان، موضوع مطالعات اجتماعی، حقوق کارگران مهاجر در اواخر متوسطه و حق برخورداری از شرایط کاری عادلانه و مطلوب در اواخر متوسطه و در درس مطالعات اجتماعی، کودکان خیابانی در اوایل متوسطه در موضوعات درسی آموزش شهری، حق مشارکت در سالهای آخر متوسطه، موضوع درس‌های اقتصاد و مطالعات اجتماعی، حق حمایت، برای سالهای آخر متوسطه و در درس مطالعات اجتماعی، حق توسعه در سالهای آخر متوسطه و در دروس مطالعات اقتصاد محلی، حقوق بشر برای همه (جهان شمولی و جدایی‌ناپذیری حقوق بشر) در سال آخر دبیرستان و در موضوعات درسی مطالعات اجتماعی.[۵۰]

۲ـ آموزش غیررسمی*

در بسیاری مناطق دنیا اقدامات زیادی برای تعلیم و آموزش حقوق بشر جدا از برنامه‌های مدارس انجام گرفته است که اغلب این اقدامات توسط ارگانهای غیردولتی هدایت و رهبری می‌شوند. به‌خصوص، از این میان، گسترش درس‌ها و برنامه‌های آموزشی که هدف آنها گروه‌هایی نظیر معلولان، کودکان خیابانی و حامیان و پشتیبانان آنها مانند ارگانهای غیردولتی، رسانه‌های جمعی و برخی رهبران جامعه می‌باشند. برخی نیز بخش صاحب قدرت جامعه را هدف قرار می‌دهند، مانند کارمندان دولت، ارتش، نمایندگان مجلس و پرسنل اجرایی قانون که ممکن است در غیر این‌صورت از آزادی عمل خود در مقابل سایر مردم سوءاستفاده کنند[۵۱] و نیز کارگاههای مؤسسات حرفه‌ای، سازمان‌های فرهنگی و مذهبی، جوانان، انجمن‌های وابسته به یونسکو، روستائیان.[۵۲] مزایای آموزش غیررسمی عبارتند از:

---

۴۹. شیلاکید، *پیشین*، ص ۵۷.

۵۰. طرح درسهایی در زمینهٔ آموزش حقوق بشر، دوره‌های ابتدایی و متوسطه، پیشین، صص ۱۰۷ـ۴۷.

***.** Non - Formal Education.

۵۱. جانوس سیمونید س، *پیشین*، ج ۲، ص ۱۹۲.

52. Montreal Declaration.

۱ـ مربیان دیگر مجبور به مقابله با مشکلات و مسایل موجود بر سر راه آموزش رسمی نیستند؛

۲ـ این نوع آموزش می‌تواند رویکردی ترکیبی مرکب از چند رشتهٔ مختلف مانند تاریخ، فلسفه، جامعه شناسی، حقوق، علوم سیاسی، اقتصاد و غیره را در پیش بگیرد؛

۳ـ راههای مدنظر را می‌توان براساس نیازها و علایق‌شان تقسیم‌بندی و سازماندهی کرد؛

۴ـ انعطاف ذاتی این شیوهٔ آموزش، آزادی بیشتری را به آموزگاران و مربیان برای تعیین برنامهٔ درسی می‌دهد.

این شیوه براحتی قابل انطباق با محدودیت‌های عملی هریک از گروه‌های مدنظر چه از لحاظ محیط سیاسی یا اجتماعی است. ضمن تحسین این پیشرفت‌ها هنوز باید گفت که ارزیابی تأثیر دقیق آموزش حقوق بشر در سطوح غیررسمی مشکل می‌باشد. بسیاری از برنامه‌ها، مقطعی و غیر روشمند و فاقد ساز و کارهای درون ساختاری ارزیابی مناسب که قادر به تعیین ارزش اجرایی آنها باشد، هستند. همچنین بخش تجارت خصوصی به مقدار کافی با آموزش‌های غیررسمی موجود منطبق نگردیده است.[۵۳]

بخش دوم
روش‌های آموزش حقوق بشر

انتخاب روش تدریس، یکی از مراحل مهم فرآیند آموزش است و معمولاً معلم پس از انتخاب محتوا باید خط مشی و روش مناسب تدریس خود را انتخاب کند. درواقع، به مجموعهٔ تدابیر منظمی که معلم برای رسیدن به هدف، با توجه به شرایط و امکانات، اتخاذ می‌کند «روش تدریس» می‌گویند.[۵۴]

در آموزش حقوق بشر دو دیدگاه وجود دارد که یکی آموزش حقوق بشر را، روی هم چیدن، پرکردن ذهن فراگیران و صرف انتقال محتوا و دانش در مورد حقوق بشر تعریف می‌کند که اصطلاحاً به آن روش «ذخیره سازی آموزش و پرورش»* می‌گویند. در اجرای این روش معلم نقش محوری دارد و معلومات را مانند هدیه‌ای به فراگیران انتقال می‌دهد و دیدگاه دیگر که معتقد است آموزش حقوق بشر علاوه بر انتقال دانش باید منجر به کسب مهارتها، تغییر در

---

53. Garth Meintejens,*op. cit*,pp. 79_78.

۵۴. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۴۱.

*. Banking education.

نگرش‌ها و به‌طورکلی توانمندسازی افراد شود.[۵۵] در این رویکرد برآموزش با روش‌های مشارکتی تأکید می‌شود.[۵۶] روش‌های تشریک مساعی در یادگیری در بردارندهٔ اقدام جمعی فراگیران در تفکر جدید، فعال و منجسم است.[۵۷] این روش دارای ساختاری دموکراتیک است و این ساختار موجب افزایش تعهد فردی می‌شود. این الگوی تدریس با کاوشگری و تحلیل انتقادی موقعیت‌ها و مسائل مختلف زندگی می‌تواند موجب هدایت تفکر و عملکرد مناسب برای ترویج و حمایت حقوق بشر شود. به این الگوهای تدریس روش «آموزش فراگیر ــ محور» یا «الگوی فعال تدریس» نیز می‌گویند که در آنها فراگیران نقش اصلی را در فرایند یادگیری ایفا می‌کنند در این نوع الگو، معلم نقش راهنما و به تعبیر جان دیویی «رهبر آموزشی» را برعهده دارد. این الگوها را می‌توان به گروه‌های کوچکتری تقسیم کرد، مانند: الگوهای پردازش اطلاعات، شبیه‌سازی‌ها، الگوهای گروهی (اجتماعی) و الگوهای تدریس انفرادی.

الگوهای پردازش اطلاعات که در آنها به جمع‌آوری اطلاعات، نحوهٔ سازمان‌دهی اطلاعات، ایجاد فرضیه و حل مسئله می‌پردازند و قوهٔ تفکر فراگیران را تقویت می‌نمایند.[۵۸] الگوهای تدریس گروهی (اجتماعی) بر نحوهٔ افزایش یادگیری بر حسب تعامل اجتماعی تأکید می‌کنند.[۵۹] در روشهای آموزش انفرادی شرایط یادگیری باید چنان سازماندهی شود که هر فراگیر بر اساس توانایی‌های خود به فعالیت و یادگیری بپردازد. این بخش به شرح برخی روش‌ها و راهکارهایی که برای آموزش حقوق بشر پیشنهاد شده‌اند، می‌پردازد.

الف ـ روش‌های آموزشی فراگیر ـ محور

۱ـ الگوهای تدریس و پردازش اطلاعات

۱ـ۱ـ روش بارش مغزی یا طوفان مغزی*

در تعریف روش بارش مغزی، می‌توان گفت روشی که عده‌ای در آن می‌کوشند با ارائه تمام افکار و اندیشه‌های خود درخصوص حل یک مسئله و یا پاسخ به یک پرسش، راه‌حلی بیابند. استفاده از این روش موجب بروز و تقویت خلاقیت و آفرینندگی بیشتر خواهد شد. نحوهٔ اجرای روش بارش مغزی به این صورت است که:

---

55. Garth Meintjes, Human Rights Education as Empowerment: Reflections on pedagogy, *op.cit.*, pp. 65-66.

56. Nancy Flowers *et al*, part IV,A, *op.cit.*,p. 1.

۵۷. بروس جویس، مارشاویل، بورلی شاورز، *الگوهای تدریس، خانواده الگوهای اجتماعی، پردازش اطلاعات و انفرادی*، مترجم محمدرضا بهرنگی، تهران، بهرنگی، ۱۳۷۲، ص ۳۷.

۵۸. بروس جویس و همکاران، پیشین، صص ۱۶۳ـ۱۶۱.

۵۹. پیشین، ص ۵۷.

*. Brainstorming.

۱ـ یک مسئله، موضوع یا پرسشی توسط معلم ارائه می‌شود و در محلی که همهٔ فراگیران بتوانند ببینند نوشته می‌شود؛

۲ـ از فراگیران خواسته می‌شود تا باورها و اندیشه‌های خود را دربارهٔ آن مسئله در سریع‌ترین زمان ممکن عرضه کنند. اظهارنظرهای فراگیران در محلی که سایرین بتوانند ببینند به‌صورت کلمات منفرد یا عبارت‌های کوتاه یادداشت می‌شود. خلاق‌ترین پیشنهادها، مفیدترین و جالبترین پیشنهادها محسوب می‌شوند؛

۳ـ به فراگیران گفته می‌شود که قضاوت و ارزشیابی در مورد اندیشه و فکر اعضا تا پایان بارش مغزی ممنوع است؛[۶۰]

۴ـ همهٔ افراد به اظهارنظر کردن تشویق می‌شوند. اما آنها را نباید اجبار نمود. اگر معلم برای تشویق کردن گروه ابراز نظرات خود را ضروری بداند در بیان آنها آزاد است؛

۵ـ هنگامی که ایده‌ها و نظرات تمام می‌شوند معلم بارش مغزی را متوقف می‌کند؛

۶ـ در این مرحله معلم و فراگیران باهمکاری یکدیگر و گاه به‌صورت مستقل به ارائه نظر و تشریح و نقد و تفسیر نظریات و باورهای عرضه شده می‌پردازند.[۶۱]

۱ـ۲ـ مطالعات موردی*

در مطالعه موردی مثالهایی از موقعیت‌های واقعی یا فرضی به فراگیران برای بحث و بررسی کردن ارائه می‌شود که می‌توانند به توسعه مهارت‌های تحلیلی، تفکر انتقادی، حل مسئله و همکاری‌های تیمی کمک نمایند. در مطالعه موردی باید جزئیات مورد مطالعه به‌خوبی تشریح شود، اما نباید این مسئله آن‌قدر به طول بینجامد که فرصتی برای تحلیل مورد بوجود نیاید. موارد مطالعه می‌توانند از متون کتابها، روزنامه‌ها یا تلویزیون یافت شوند. به‌طور کلی می‌توان موارد مطالعه را به سه دسته زیر تقسیم نمود:

۱ـ موارد واقعی که از وقایع تاریخی یا خارجی استخراج می‌شوند؛

۲ـ موارد ساختگی یا فرضی که برای مخاطب قرار دادن موضوعات و مسائل خاص یا استفاده در کارگاه‌های آموزشی مورد توجه قرار می‌گیرند؛

۳ـ موارد کار میدانی که می‌تواند از طریق مصاحبه‌هایی با شرکت‌کنندگان در اجتماع

---

60. Nancy Flowers *et al*, Index of Methods, techniques and Activities, Method 1, Brainstorming, *op.cit.*, p. 1.

61. Amnesty international, *op.cit.*,pp. 24-25.

*. Case Studies.

انجام شود.[۶۲]

نحوه انجام مطالعه موردی به صورت زیر است:

۱ـ آموزگار مورد مطالعه را برای فراگیران شرح می‌دهد و همچنین منظور و هدف از ارائه کردن آن مورد را بیان می‌نماید؛

۲ـ متن مورد مطالعه را میان فراگیران منتشر و پخش می‌کند؛

۳ـ لیستی از سؤالات و مسائلی که باید شرکت‌کنندگان در مورد آن پس از مطالعه موردی بحث کنند بر تخته نوشته می‌شود؛

۴ـ مطالعه موردی می‌تواند به‌طور فردی، دو نفره یا در گروههای کوچک انجام شود؛

۵ـ پاسخ‌های شرکت‌کنندگان به سؤالات و مسائل بررسی می‌شود و نکات یادگیری از آنها استخراج می‌گردد.[۶۳]

۱ـ۳ـ بیان خلاق*

بیان خلاق موضوعات به واقعی‌تر و ملموس‌تر شدن مفاهیم کمک می‌کند و موجب می‌شود. مفاهیم انتزاعی، شخصی شوند و بر نگرش‌ها اثر می‌گذارد. استفاده از این روش تنها محدود به کودکان یا گروههای کم‌سواد نمی‌باشد و دانشگاهیان و سایر اقشار را نیز فرامی‌گیرد. برای بیان خلاق می‌توان از روش‌های مختلفی استفاده نمود. نظیر:

۱ـ نوشتن ـ استفاده از شعر، داستان، مقاله یا نامه، همگی منابعی هستند که می‌توانند برای بیان مسائل حقوق بشری استفاده شوند؛

۲ـ هنرهای تجسمی ـ نقاشی، تصاویر متحرک (انیمیشن)، مجسمه‌سازی، عکس، پوستر، پرچم، مواردی هستند که می‌توانند کمک به افزایش آگاهی‌های حقوق بشری نمایند؛

۳ـ موسیقی ـ امکانات موسیقی برای فراگیری بسیار گسترده می‌باشند. همه گروههای سنی به آوازهایی که الهام‌بخش، انرژی‌دهنده و به یاد آوردندهٔ پیام انقلاب‌های تاریخی برای برقراری عدالت هستند پاسخ می‌دهند.[۶۴]

---

62. Nancy Flowers *et al,* Index of Methods, Techniques and Activities, Method 2: case studies, *op.cit.,* p. 1.

63. Amnesty international, *op.cit.,* p. 39.

***.** Cretive expression.

64. Nancy Flowers *et al,* Methods 4, Creative Expression, *op.cit.*,pp. 1-2.

۱ـ۴ـ روش پرسش و پاسخ*

پرسش و پاسخ، فنی است که می‌تواند در کلیهٔ روش‌های تدریس و فعالیت‌های آموزشی به‌کار رود. بویژه، هنگامی‌که معلم می‌خواهد دانش آموز را به تفکر دربارهٔ مفهومی جدید یا بیان مطلبی که آموخته است، تشویق کند.[۶۵] دراین روش سؤالهای برنامه‌ریزی شده، فعالیت ذهنی شاگردان را در مسیر مطالب و مفاهیم جدید قرارداده، آن را هدایت می‌کنند تا خودشان به کشف مفاهیم جدید توفیق یابند. معلم باید ترتیبی اتخاذ کند که همهٔ شاگردان در جریان فعالیت‌های آموزشی قرارگیرند و فعالانه به اندیشه و پاسخ بپردازند. از طرف دیگر، معلم باید به شاگردان فرصت کافی برای تفکر و تأمل و پاسخ دادن بدهد. باید از طرح سؤالات متعدد به یکباره و یا سؤالات مبهم اجتناب نمود.[۶۶]

آموزش مشارکتی، معلمان را تشویق به استفاده کردن از سؤالاتی که باز هستند و فقط یک جواب درست ندارند، بلکه به تجزیه و تحلیل و ارزیابی اطلاعات می‌پردازند توصیه می‌کند. انواعی از سؤالات باز عبارتند از:

ـ سؤالات فرضی؛ مثلاً، شما چه انجام می‌دادید اگر ...

ـ اندیشیدن؛ مثلاً، چطور ما می‌توانیم به حل کردن این مشکل کمک کنیم؟

ـ جستجو کردن عقاید؛ مثلاً، در این‌باره چه فکر می‌کنید یا در این مورد چه احساسی دارید؟

ـ بررسی کردن عقاید؛ مثلاً، چرا شما این‌طور فکر می‌کنید؟

ـ واضح و خلاصه کردن؛ مثلاً، من درست می‌گویم در مورد اینکه شما چه فکر می‌کنید که ...

می‌توان نظرات شرکت‌کنندگان را خلاصه کرد و از آن نتیجه‌گیری نمود. سؤالات می‌توانند به برانگیختن علاقه و تعیین کردن سطح دانش شرکت‌کنندگان و تجارب قبلی‌شان در ارتباط با موضوع کمک کنند.[۶۷]

---

*. Questioning.

۶۵. صفوی، امان‌الله، *پیشین*، ص ۲۷۰.

۶۶. شعبانی، حسن، *پیشین*، صص ۲۶۵ـ۲۶۴.

67. Amnesty international, *op.cit.*,pp. 26-27.

۲ـ شبیه سازی‌ها

۲ـ۱ـ روش ایفای نقش* (نمایش)**

روش ایفای نقش را می‌توان برای تجسم عینی موضوعات و درس‌هایی که برای نمایشنامه مناسب هستند، به‌کار گرفت. در این روش، فرد یا افرادی از شاگردان موضوعی را به‌صورت نمایشنامه اجرا می‌کنند. فنون نمایشی به‌دلیل آنکه تمرکز حواس و ارتباط عاطفی بیشتری در آنها برقرار می‌شود، یادگیری را افزایش می‌دهند.[۶۸] ایفای نقش، بویژه برای آن تدوین شده است تا موارد زیر را رشد دهد:

الف) تحلیل ارزش‌ها و رفتار فردی؛ ب) ایجاد راهبردهایی برای حل مسائل میانفردی و فردی؛ ج) رشد همدلی نسبت به دیگران.[۶۹] همچنین از این روش می‌توان به‌منظور تجربه کردن یک موقعیت ناآشنا مثل پناهندگی و افزایش درک و توسعهٔ آگاهی‌ها و توجه به نقطه نظرات متفاوت (برای مثال عمل کردن در نقش فرد مرتکب جرم، شاهد یا مدافع) استفاده کرد.[۷۰] برای روش ایفای نقش ۹ مرحله پیشنهاد می‌شود:

مرحله ۱) گرم کردن گروه، شامل شناسایی یا معرفی مسئله؛ مرحله ۲) گزینش شرکت‌کنندگان؛ مرحلهٔ ۳) پردازش صحنه؛ مرحلهٔ ۴) آماده ساختن مشاهده‌گران؛ مرحلهٔ ۵) نمایش؛ مرحلهٔ ۶) بحث و ارزشیابی؛ مرحلهٔ ۷) نمایش دوباره، شامل ایفای نقش‌های اصلاح شده؛ پیشنهاد مراحل بعدی یا جانشین‌های رفتاری؛ مرحلهٔ ۸) بحث و ارزشیابی؛ مرحلهٔ ۹) تجارب مشترک و تعمیم شامل ارتباط موقعیت دارای مسئله به تجربهٔ واقعی و مسائل جاری؛ کشف اصول کلی رفتاری.[۷۱]

از میان انواع روش‌های نمایشی می‌توان به تئاترهای خیابانی اشاره کرد که به‌منظور افزایش آگاهی‌های عمومی در زمینهٔ حقوق بشر بویژه در میان تماشاچیان کم‌سواد می‌تواند مورد استفاده واقع شود. نمونهٔ دیگر تئاتر عروسکی است که می‌توان برای ارائهٔ موضوعات حقوق بشر از آن استفاده کرد.[۷۲]

---

*. Role Play.

**. Dramatization.

۶۸. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۶۸.

۶۹. بروس جویس و همکاران، *پیشین*، ص ۱۳۵.

70. Nancy Flowers *et al*, Method 7: Dramatization, *op.cit.*,p. 1.

۷۱. بروس جویس و همکاران، *پیشین*، ص ۱۱۹.

72. Nancy Flowers *et al, op.cit.*,pp. 1_2.

۲ـ۲ـ روش شبیه‌سازی*

روش شبیه‌سازی مشابه روش ایفای نقش می‌باشد با این تفاوت که شبیه‌سازی‌ها طولانی‌تر هستند و می‌توانند ساعتها به‌طول انجامند و نیز در شبیه‌سازی بازیگر به جای خودش بازی می‌کند و وانمود به بازی به‌جای دیگری نمی‌کند. چون شبیه‌سازی‌ها افراد زیادی را شامل می‌شوند، باید شرکت‌کنندگان نقش خود و دیگران را خوب متوجه شوند و با گذشته و سابقهٔ نقش نیز آشنا شوند تا بتوانند نقشی را که قرار است تجربه کنند با واقعیت خارجی و جهانی آن مقایسه و تطبیق کنند.[۷۳] الگوی شبیه‌سازی چهار گام دارد: گام اول جهت‌دهی است که در آن عنوان کلی شبیه‌سازی و مفاهیمی که قرار است در شبیه‌سازی وارد شوند توضیح داده می‌شود. گام دوم: مهارت آموزی به شرکت‌کننده است که شامل برقرار کردن و هدایت صحنهٔ کار شبیه‌سازی است. گام سوم اجرای شبیه‌سازی است و گام چهارم توضیح بعدی است که شامل خلاصه کردن رویدادها و ادراکات، تجزیه و تحلیل فرآیند، مقایسهٔ فعالیت شبیه‌سازی با جهان واقعی می‌باشد. الگوی شبیه‌سازی، درخلال فعالیت واقعی و در جریان بحث‌های پس از آن، انواعی از نتایج آموزشی از جمله فراگیری مفاهیم و مهارتها، همکاری، تفکر انتقادی و تصمیم‌گیری؛ همدلی، آگاهی از سیستمهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، احساس اثر بخشی را آموزش داده و پرورش می‌دهد.[۷۴] از این روش، در بیشتر دانشگاه‌های دنیا، بویژه برای تشویق دانشجویان حقوق بین‌الملل، روابط بین‌الملل و علوم سیاسی در یادگیری مباحث نظری و اجرای آموخته‌های درسی به‌منظور تقویت مهارت‌های آنها در امور سیاسی و کسب آمادگی برای برعهده گرفتن نقش‌های متعدد استفاده می‌شود.[۷۵]

۳ـ الگوهای تدریس گروهی (اجتماعی)

۳ـ۱ـ روش مناظره و مذاکره**

مناظره کمک به روشن شدن مواضع متفاوت در مورد یک مسئله جدال‌انگیز می‌کند. همچنین به تقویت مهارتهای شنیداری، گفتاری، تفکر منطقی و تحلیل کمک می‌نماید. همه شرکت‌کنندگان در یک مناظره باید بتوانند نظرشان را به نفع یا علیه یک مسئله بیان کنند و در مورد مواضع‌شان بحث و گفتگو نمایند. به‌طور کلی مذاکرات به دو دسته رسمی و غیررسمی

---

*. Simulation.

73. Nancy Flowers *et al*, Method 24, Simulation, *op.cit.*,p. 1.

۷۴. بروس جویس و همکاران، پیشین، صص ۴۱۸ـ ۴۱۷.

۷۵. ذاکریان، مهدی، شبیه‌سازی در روابط بین‌الملل، تهران، پژوهشکدهٔ مطالعات راهبردی، ۱۳۸۳، صص ۳۳ـ۳۲.

**. Debates and Negotiations.

تقسیم می‌شوند:

۱ـ مذاکره رسمی ـ شامل یک موضوع برای بحث، آمادگی برای بحث، بیـان مواضـع، رد مواضع، خلاصه‌سازی نظرات و رای‌گیری می‌باشد.

۲ـ مذاکره غیر رسمی ـ از شرکت کنندگان خواسته می‌شود که در مورد یک مسئله تا حل کامل آن نظراتشان را بیان کنند. شرکت کنندگان به دو گروه تقسیم می‌شوند. اعضای هـر گـروه نظراتشان را بیان می‌کنند، به این صورت که شخص الف یک علتی را برای حمایت یـک مـسئله بیان می‌کند. شخص ب با دقت نظر او را گوش می‌دهد و خلاصه می‌کند یا مجدداً دلیل فرد الف را بیان می‌کند و یا نظری مخالف او می‌دهد و به همین ترتیب تـا هـر فـردی حـداقل یـک‌بـار فرصت بیان نظر خود را داشته باشد. می‌توان در روش شبیه‌سازی و بازی نقش‌هـا در اختلافـات کارگری میان کارگران و کارفرمایان و یا تعارضات خانوادگی و ... نیـز از روش منـاظره اسـتفاده کرد. در مذاکره آنچه مهم است حل اختلاف است و برنـده و بازنـده بـودن مطـرح نیـست. ایـن مناظره‌ها به افزایش مهارت‌های مربوط به حل و فصل تعارضات و ایجاد توافق (اجمـاع‌سـازی)* کمک می‌نماید.[۷۶]

۳ـ۲ـ روش مباحثه و انواع آن

روش مباحثه یکی از کهن‌ترین روش‌هایی است که در طول تاریخ تعلیم و تربیت به کـار رفته است. روش مباحثه انواع مختلفی دارد که در زیر به آن اشاره می‌شود:

الف ـ بحث کنترل شده توسط معلم

الگوی بحث کنترل شده بدین قرار است: معلم ـ شاگرد ـ معلم. بـا ایـن الگـو ابتـدا معلـم فراگیران را به طرح مسئله یا سؤال ترغیب می‌کند. سپس یکی از دانش آمـوزان موضـوعی را بـا اجازهٔ معلم مطرح می‌سازد. معلم در رابطه با آن موضوع پاسخ می‌دهـد. گفتگـوی بـین آن دو تـا جایی که معلم لازم بداند ادامه می‌یابد. سپس محصل دیگری وارد بحث می‌شود و این بار معلـم بحث را با وی دنبال می‌کند. این گفتگوی دوجانبه بین معلم و شاگرد ادامه می‌یابد. در این روش معلم ضمن اینکه بحث را هدایت می‌کند، کنترل کامل آن را نیز برعهده دارد و شـاگردان مجـاز نیستند بدون اجازهٔ وی وارد بحث شوند.

---

*. Consensus Building.

76. Nancy Flowers *et al,* Method. 5. Debates and Negotiations , *op. cit* ,pp. 1_2.

ب ـ بحث آزاد

در این روش معمولاً معلم با طرح یک سؤال یا بیان مطلبی بحثی را آغاز می‌کند و دانش‌آموزان را برای مشارکت در بحث، آزاد می‌گذارد. شاگردان به‌محض اینکه خود را آزاد می‌یابند برای اظهارنظر و شرکت در بحث از یکدیگر سبقت می‌گیرند و گفتگوی بین آنان با شور و شوق فراوان ادامه می‌یابد. در پایان، معلم با جمع‌بندی نظرات نتیجه‌گیری می‌کند.[۷۷]

ج ـ روش بحث گروهی

روش بحث گروهی گفتگویی است سنجیده و منظم دربارهٔ موضوعی خاص که مورد علاقهٔ مشترک شرکت‌کنندگان در بحث است. روش بحث گروهی برای کلاس‌هایی قابل اجرا است که جمعیتی بین ۶ تا ۲۰ نفر داشته باشند. درصورت بالابودن جمعیت کلاس باید آنها را به گروههای کوچکتر تقسیم نمود. در این روش، معمولاً معلم موضوع یا مسئله خاصی را مطرح می‌کند و شاگردان دربارهٔ آن به بحث و اظهار نظر می‌پردازند و در نهایت نتیجه می‌گیرند.[۷۸]

ترتیب قرارگرفتن و نشستن شرکت کنندگان در بحث گروهی در نوع ارتباط مؤثر است.[۷۹] نحوهٔ نشستن باید کنش متقابل و مشارکت را تشویق کند. طرز نشستن به شکل دایره یا نیم دایره به‌گونه‌ای که افراد بتوانند یکدیگر را ببینند، ترجیح داده می‌شود.[۸۰] قاعدتاً اداره‌کننده یا رهبرگروه کمتر از سایر اعضا صحبت می‌کند. رهبر گروه هنگامی‌که تشخیص می‌دهد، گفتگوها از موضوع خارج می‌شوند بحث را به مسیر اصلی باز می‌گرداند. همچنین رهبر گروه باید مراقب باشد که افراد خاصی بحث را به خود اختصاص ندهند و همهٔ افراد را به شرکت در بحث تشویق کند.[۸۱] همچنین فضای حاکم بر جلسه توأم با احترام متقابل و احساس امنیت و امانت باشد.

این روش فرصت مناسبی به آموزگاران می‌دهد تا از نگرش‌های فراگیران در زمینهٔ مسائل حقوق بشر آگاه شوند.[۸۲] همچنین به شاگردان فرصت می‌دهد تا نظرات، عقاید و تجربیات خود را با دیگران درمیان گذارند و اندیشه‌های خود را با دلایل مستند بیان کنند[۸۳] و نیز امکان مناسبی برای تمرین کردن مهارت‌های مربوط به همکاری‌های گروهی، نظیر صحبت کردن در

---

۷۷. صفوی، امان‌الله، *پیشین*، صص ۲۶۳ـ۲۶۱.

۷۸. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۷۳.

۷۹. صفوی، امان‌الله، *پیشین*، ص ۲۶۷.

80. Amnesty international *op.cit.*,p. 25.

۸۱. صفوی، امان‌الله، *پیشین*، ص ۲۶۷.

82. Amnesty international, *op.cit.*,p. 25.

۸۳. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۷۴.

جمع، خوب شنیدن، رعایت حقوق سایرین فراهم می‌کند.[۸۴]

۳ـ۳ـ روش گردش علمی*

روش گردش علمی گامی برای مطالعهٔ جامعه است که با توجه به هدفهای معین آموزشی، از طرف معلم و فراگیر طراحی و تنظیم می‌شود.

ملاقات کردن افراد و مکان‌های جدید که معمولاً در جوامع ناشناخته باقی مانده‌اند یادگیری را افزایش می‌دهد. این بازدیدها می‌تواند از مکان‌هایی صورت گیرند که به توسعهٔ حقوق بشر می‌پردازند؛ مثل بیمارستان‌ها، زندان‌ها، و یا مکان‌هایی که در آنها تلاش می‌شود که از نقض حقوق بشر جلوگیری شود و از قربانیان این نقض‌ها حمایت شود؛ نظیر سازمان‌های غیردولتی و ادارات دولتی حمایت‌کننده افراد بی‌خانمان و آسیب‌پذیر. گردش علمی را از نظر برنامه‌ریزی می‌توان به سه مرحله تقسیم کرد:

الف) فعالیت‌های قبل از رفتن به گردش علمی.[۸۵] در این مرحله شرکت‌کننده را باید برای ملاقات آماده کرد. برای مثال سؤالاتی که شاگردان در ضمن گردش علمی باید پاسخ گویند دقیقاً تهیه، تنظیم و تکثیر شود و یا اطلاعاتی راجع به سابقهٔ موضوع مورد نظرداده شود و وظایف هریک از شاگردان در جمع‌آوری اطلاعات و مدارک معین شود.[۸۶]

ب) فعالیت‌های ضمن گردش علمی. معلم باید بازدید را طبق برنامهٔ زمانی پیش برد و فراگیران را دریافتن پاسخ سؤالاتشان یاری کند، جریان بازدید را به‌گونه‌ای هدایت کند که همهٔ شاگردان درجمع‌آوری اطلاعات شرکت فعالانه داشته باشند.

ج) فعالیت‌های پس از گردش علمی. معمولاً در فعالیت‌های پس از گردش علمی است که یادگیری طبقه‌بندی و تثبیت می‌شود.

فعالیت‌های بعد از گردش علمی وسعت و عمق بهره‌گیری شاگردان را از گردش علمی روشن می‌سازد.[۸۷] این موضوع موقعی صادق است که راههای مناسبی برای پاسخ دادن به تجربهٔ آموزشی فراهم شود. برای مثال انتشار مجله، بحث‌های گروهی کوچک، بیان خلاق نظیر نثر، نظم، داستان و نمایشنامه در کلاس ارائه شوند.[۸۸] نگارش خلاقانهٔ آنچه اتفاق افتاده است معمولاً نشان‌دهندهٔ موفقیت گردش علمی است.

---

84. Amnesty international,*op. cit*,p. 25.

***.** Field Trips.

85. Nancy Flowers *et al,* Method 10, Field Trips *op.cit.*, p. 1.

86. *Ibid*,p. 1.

۸۷. شعبانی، حسن، *پیشین*، صص ۲۷۳ـ۲۷۲.

88. *Ibid*, p. 1.

با شرکت در تهیه گزارش و بحث پیرامون گردش علمی، شاگردان قادر خواهند بود تا نتایج گردش علمی را به‌عنوان تجربهٔ شخصی خود قلمداد کرده، یادگیری خود را تقویت نمایند.

بیشترین محاسن این روش را می‌توان در پیوند فعالیت‌های آموزشی با جامعه، کسب تجارب واقعی و فعال بودن شاگردان دانست، و از محدودیت‌های آن می‌توان به عدم تکافوی امکانات، نیاز به زمان بیشتر، و برهم زدن برنامه رسمی مدرسه اشاره کرد.[۸۹] برای مثال، می‌توان به بازدید دانشجویان حقوق بشر دانشگاه تهران «از خانه کار کودک» و «انجمن حمایت از کودکان» اشاره کرد.

۴ـ الگوهای تدریس انفرادی

۴ـ۱ـ روش پروژهٔ تحقیقی (طرح)*

طرح‌ها تحقیقات مستقلی هستندکه به شرکت کنندگان اجازه می‌دهند موضوعی را عمیقاً بررسی کنند و نتایج و یافته‌های خود را با دیگران سهیم شوند. چند نکتهٔ مهم در این روش وجود دارد:

۱. به شرکت کنندگان باید کمک شود که موضوعاتشان را به‌طور دقیق و روشن معین کنند[۹۰] طرح باید جنبهٔ مسئله‌ای داشته باشد؛ یعنی، باید مسئله‌ای در ذهن شاگردان به وجودآید تا آنان درحل آن کوشش کنند[۹۱] و نیز می‌تواند به صورت یک سؤال مطرح شود؛ مثل اینکه رفتار پناهندگان هنگامی که به مرز می‌رسند چگونه است؟

۲. اهداف، روش‌ها، محدوده‌های زمانی انجام مراحل کار، منابع و وسایل باید مشخص شوند.

۳. روشی که از طریق آن نتایج کار می‌تواند ارائه شوند باید مشخص گردد؛ مثل گزارش کتبی، نمایشگاه، بیان خلاق و هنرمندانه، پوستر، پایگاههای اینترنت. همچنین باید امکانی فراهم شود تا نتایج این طرح‌ها به‌طور عمومی به دیگران ارائه شود.

۴. محور طرح باید فعالیت شاگرد و انگیزهٔ درونی او باشد و معلم باید به‌عنوان سرپرست و راهنما، ناظرفعالیت‌ها باشد.

برای انجام طرح‌های تحقیقاتی می‌توان از منابع کتابخانه‌ای، همچنین مصاحبه‌ها و منابع

---

۸۹. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۷۳.

*. Research Projects.

90. *Idid*, Method 22, Research Projects, p. 1.

۹۱. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۳۲۳.

اینترنتی که در زمینهٔ آمارها، اسناد و مقالات حقوق بشر بسیار غنی هستند، استفاده نمود.[۹۲]

۴ـ۲ـ روش مصاحبه*

انجام مصاحبه موجب می‌شود که فراگیری به‌صورت مستقیم انجام شود و مسائل حقوق بشر به‌صورت شخصی درآیند و از حالت مسائل انتزاعی و مجرد خارج شوند. مصاحبه می‌تواند با اعضای یک خانواده، افرادی از جامعه، فعالان حقوق بشر، متخصصان و یا شاهدان وقایع مربوط به نقض حقوق بشر و غیره انجام شود.

فراگیرانی که در روند انجام مصاحبه شرکت می‌کنند باید نسبت به اهداف مصاحبه و نتایجی که از انجام آنها انتظار می‌رود آگاه بشوند. همچنین باید سؤالات را قبل از انجام مصاحبه آماده کرد. سؤالات باید دقیق و روشن و بدون ابهام باشند و به گونه‌ای تنظیم شوند که بتوان اطلاعات مورد نظر را از پاسخ آنها استخراج کرد. انجام مصاحبه با شاهدان عینی وقایع تاریخی نظیر انقلاب‌ها، جنگ‌ها، کشتارهای دسته جمعی... می‌تواند تصویر دقیقی از یک مسئله یا واقعه را منعکس سازد. دراین موارد نیز مصاحبه‌کنندگان را باید از قبل با سابقه موضوع آشنا نمود. می‌توان نتایج این مصاحبه‌ها را منتشر ساخت که کمک به افزایش آگاهی نسبت به آن وقایع تاریخی می‌نماید.[۹۳]

ب‌ـ روش آموزشی معلم‌ـ محور
روش‌های سخنرانی**

روش سخنرانی در نظامهای آموزشی، سابقه‌ای طولانی دارد. ارائه مفاهیم به‌طور شفاهی از طرف معلم و یادگیری آنها از طریق گوش‌کردن و یادداشت برداشتن از طرف شاگرد، اساس کار این روش را تشکیل می‌دهد.[۹۴] امروزه این روش صور و شکل‌های مختلفی یافته است که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱ـ دعوت از افراد برای سخنرانی

می‌توان از افرادی با تخصص‌های خاص در زمینهٔ حقوق بشر دعوت نمود که برای شرکت‌کنندگان سخنرانی نمایند. برای مثال از روزنامه‌نگاران و یا محققان به سبب داشتن

---

92. Nancy Flowers *et al,* Method 10: Field 11. Games,*op.cit.,* p. 1.

***.** Interviews.

93. *Ibid*, Method, Interviews, p. 1.

****.** Presentations.

۹۴. شعبانی، حسن، *پیشین*، ص ۲۴۴.

اطلاعات با ارزش در این زمینه و یا بعضی کارشناسان مثل قضات و یا کارمندان سازمان‌های غیردولتی و یا پزشکان متخصص و یا به‌دلیل تجارب خاص مثل زندانیان و پناهندگان دعوت به سخنرانی نمود.

۲ـ دعوت از هیأت‌های رسمی و غیررسمی

به‌منظور بهتر گوش‌کردن شرکت‌کنندگان و افزایش یادگیری باید سعی شود که سخنرانی‌ها کوتاه باشند و سخنرانان با یکدیگر تعویض شوند. پیشنهاد می‌شود که بهتر است این سخنرانان بتوانند با شرکت‌کنندگان به‌طور شخصی‌تری نیز ارتباط برقرار کنند. مثلاً با ترتیب دادن یک بحث گروهی کوچک یا یک عصرانهٔ مشترک. تفاوت میان هیأت‌های رسمی و غیررسمی درنحوهٔ برقراری ارتباط اعضا با یکدیگر و کنش‌های متقابل هیأت با هم و با شرکت‌کنندگان می‌باشد. مثلاً اعضای هیأت‌های رسمی یکدیگر را مخاطب قرار نمی‌دهند.

در این روش می‌توان زمانی را برای طرح سؤالات شرکت‌کنندگان اختصاص داد. سؤالات مطرح می‌شوند و از اعضا هیأت دعوت می‌شود که هرکدام می‌خواهند به آنها پاسخ گویند. به‌طورکلی سخنرانان زمان کمی را در اختیار دارند.

۳ـ سخنرانی‌های شرکت‌کنندگان

ممکن است شرکت‌کنندگان به فرصت‌هایی برای ارائه تحقیقاتشان و یا شرح تجارب و یا بیان عقایدشان نیاز داشته باشند. اداره‌کنندگان این جلسات باید برای این سخنرانی‌ها زمان‌بندی مناسبی انجام دهند به‌گونه‌ای که همهٔ افراد مورد نظر زمانی برای ارائهٔ مطالب خود داشته باشند و فردی تمام یا بیشتر زمان جلسه را به خود اختصاص ندهد.[۹۵]

اگرچه این روش دارای مزایایی است از قبیل اینکه در استفاده از زمان صرفه‌جویی می‌شود، کم‌هزینه است و مناسب برای کلاس‌های پرجمعیت می‌باشد، اما دارای معایبی نیز می‌باشد به سبب آنکه در واقع روشی معلم ـ محور است و معلم تنها متکلم وحده محسوب می‌شود و شاگردان چندان فعال نیستند و تنها از حس شنوایی خود استفاده می‌کنند. همچنین در این روش به تفاوتهای فردی فراگیران توجه نمی‌شود و آموزش‌ها در یک سطح برای همهٔ شرکت‌کنندگان ارائه می‌شود.[۹۶] بنابراین به‌نظر می‌رسد که از این روش در آموزش حقوق بشر که فضای یادگیری باید پویا و فعال باشد نباید به‌طور دائمی و مستمر استفاده شود، بلکه باید از

---

95. Nancy flowers *et al,* Method 21, Presentation, *op.cit.,* pp,1_2.

۹۶. شعبانی، حسن، پیشین، صص ۳۰۸ـ۳۰۷.

روش‌هایی که در آنها به فراگیر اجازهٔ مشارکت و فعالیت بیشتری داده می‌شود، استفاده نمود.

ج ـ استفاده از ابزارها و وسایل برای آموزش

۱ـ روش استفاده از رایانه و اینترنت

امکان استفاده از کامپیوتر در آموزش بر مبنای واقعیتی ساده و اساسی استوار است، مبنی‌بر اینکه یادگیری تا حد قابل ملاحظه‌ای مبتنی بر پردازش اطلاعات است.[۹۷] اینترنت نیز یکی از ابزارها و مفاهیم نوین اطلاع‌رسانی و فناوری اطلاعات می‌باشد که به سرعت توانسته است همه ابزارهای سنتی اطلاع‌رسانی را متأثر نماید و توانمندی‌های جدیدی را برای توسعه فناوری ارتباطات و اطلاعات به ارمغان آورد.[۹۸]

به انجام آموزش با استفاده از ابزارهای فناوری الکترونیک، نظیر کامپیوتر و اینترنت «آموزش الکترونیک»* می‌گویند. این نوع از آموزش هم در حوزه‌های آموزش رسمی و هم غیررسمی کارآیی دارد.[۹۹] استفاده از کامپیوتر دستیابی به آموزش را برای گروهها و سطوح مختلف جامعه نظیر افراد دارای معلولیت، جوانان خارج از مدرسه، زنان و جوامع دورافتاده میسر می‌سازد.[۱۰۰] مهمترین ویژگی آموزش از طریق کامپیوتر این است که توان عظیمی برای فردی ساختن آموزش در آن نهفته است. در این روش آموزش، فراگیر می‌تواند با آهنگ خاص خود پیش برود و مسیری را در برنامه آموزشی دنبال کند که به بهترین وجهی با علایق و استعدادهای او هماهنگ است و می‌تواند سرعت پیشرفت خود را تنظیم کند.[۱۰۱] استفاده از کامپیوتر به‌عنوان اساس و پایه‌ای برای پخش اطلاعات و تسهیل ارتباط بین فراگیران ــ آموزگاران و فراگیران ــ فراگیران عمل می‌کند.[۱۰۲] استفاده از کامپیوتر یادگیری فعال را تشویق می‌کند. همچنین همکاری‌های گروهی را افزایش می‌دهد.[۱۰۳] برای مثال، امکان ارتباطات دوسویه‌ای که همزمان می‌باشد نظیر کنفرانس‌های ویدئویی و کنفرانس‌های شنیداری را میسر می‌سازد و نیز ارتباطات

---

۹۷. یونسکو، واحد امور فناوری‌های اطلاعات مربوطه به آموزش و همکاران، فناوری اطلاعات در آموزش ابتدایی، پیشنهادها و راهکارها، ترجمه ابراهیم طلایی، تهران، مدرسه، ۱۳۸۲، صص۲۶ـ۲۵.

۹۸. عبادی، رحیم، فناوری اطلاعات و آموزش و پرورش، مؤسسه فرهنگی منادی تربیت، ۱۳۸۲، صص ۴۸ـ۴۷.

*. E-Learning.

۹۹. پیشین، ص۵۳.

۱۰۰. عطاران، محمد، فناوری اطلاعات بستر اصلاحات در آموزش و پرورش، تهران، مؤسسه توسعه فناوری آموزشی مدارس هوشمند، ۱۳۸۳، صص ۳۳ـ۲۴.

۱۰۱. ارنست هیلگارد و همکاران، زمینه روانشناسی، ترجمه محمد نقی براهنی و دیگران، تهران، انتشارات رشد، ۱۳۷۵، ص ۳۹۳.

۱۰۲. گروه کار فدراسیون بین‌المللی پردازش اطلاعات IFIP، فناوری اطلاعات و ارتباطات در آموزش از راه دور، ترجمه، نادرقلی قورچیان، انتشارات فراشناختی اندیشه، تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۶.

۱۰۳. عطاران، محمد، پیشین، صص۲۹ـ۲۸.

غیرهمزمان نظیر جلسات بحث کامپیوتری و پست الکترونیک را به‌وجود می‌آورد.[۱۰۴] پست الکترونیک مکمل مهمی برای تدریس کلاس است و خدمات اطلاع‌رسانی کلاس را گسترش می‌دهد و می‌تواند تبادل جدی اطلاعات را برای تحقیق مشارکتی میسر سازد[۱۰۵] برنامه‌های تعاملی متصل * کاربرد آموزشی دارند:

۱ـ به‌عنوان یک تمرین چندرسانه‌ای متعامل برای افراد؛**

۲ـ برای ارتباطات دوطرفه غیرهمزمان و بحث‌های گروهی متصل؛***

۳ـ به‌منظور بحث‌های همزمان و شبیه‌سازی هم در کلاس و هم با کنفرانس‌های تصویری.****[۱۰۶]

به‌عنوان نمونه‌ای از استفاده این روش می‌توان به طرح "THRO"***** اشاره کرد. این طرح که به هدف افزایش دانش حقوق بشر و آموزش تفکر انتقادی و بهبود روابط بین‌الملل ایجاد شده است، از شبکه گسترده جهانی (WWW) و صفحات وب برای آموزش‌های خود استفاده نموده است. در این طرح معلمان می‌توانند از پرونده‌های ارائه شده برای تمرین‌های فردی یا گروهی، بحث و تحلیل و شبیه‌سازی استفاده کنند.[۱۰۷] یکی از پرونده‌های که در این طرح بررسی شد مورد بوسنی‌وهرزگوین است که به اتهام ژنوسید علیه یوگسلاوی سابق، صربستان و مونته‌نگرو و گرفتن خسارت از آنها رسیدگی می‌شد. فراگیران باید حقایق موجود در این پرونده را بررسی و تحلیل کنند و بتوانند راه‌حل معقول ارائه نمایند و سپس عقاید اولیه خودشان را در پرتو حکم دادگاه ارزیابی کنند.

نمونه دیگری از این آموزش‌ها کنفرانس متنی است که از ۱۹۸۰ توسط دانشگاه مرینلند به‌طور on line به‌منظور مشارکت فراگیران در شبیه‌سازی مذاکرات دیپلماتیک و حل اختلافات بین‌المللی ایجاد شده است.[۱۰۸]

---

۱۰۴. گروه کار فدراسیون بین‌المللی پردازش اطلاعات IFIP، پیشین، ۲۶.

۱۰۵. عطاران، محمد، پیشین، ص۳۴.

***.** On line.

****.** Solo.

*****.** Text com.

******.** Video con.

106. Jr. Howard Tolley, Project THRO: Teaching Human Rights On Line, 20 Human Rights Quarterly, 4 Novamber,1998, pp. 948.

*******.** Teaching Human Rights On Line.

107. *Ibid*, pp. 945-946.

108. *Ibid*, pp. 955-956.

مطالعات انجام شده نشان داده است که استفاده از صفحات وب و تکنولوژی جدید بـرای آموزش، امتیازات بهتری در غنی‌سازی دانش و توسعه مهارتهایی نظیر تفکـر انتقـادی، تحلیـل و حل مسئله داشته‌اند.[۱۰۹] اگرچه شبکه جهانی یک اکسیر نیست، اما پتانسیل و قابلیت بالایی برای استفاده هوشیارانه دارد که می‌تواند ما را در نیل به اهداف آموزشی‌مان در زمینه حقوق بشر یـاری نماید.[۱۱۰]

۲ـ روش استفاده از فیلم‌ها و ویدئوها

به دلایل متعددی فیلم‌ها مؤثرترین وسایل ارتباطی از میان کلیهٔ مواد دیداری و شنیداری هستند.[۱۱۱] تاکنون فقط فیلم‌ها توانسته‌اند بعضی اثرات بصری خاص و بعضی تجربیات تـصویری را بـه کلاس‌های درس بکشـانند[۱۱۲] و بنابـراین ابزاری قـدرتمند بـرای آمـوزش دادن حقـوق بشر محسوب می‌شوند. آنها به‌خوبی می‌توانند بر ادراکات و نگرش‌های فراگیـران تـأثیر بگذارنـد. سازمان عفو بین‌الملل نیز ویدئو کاست‌های را برای آموزش جوانان تهیه کرده است.[۱۱۳]

۳ـ استفاده از عکس‌ها و تصاویر*

عکس یکی از مواد آموزشی مفید و مؤثر است که یک معلـم بـه تنهـایی یـا بـه کمـک فراگیران می‌تواند با داشتن یک دوربین عکاسی براحتی دست به تهیه آن بزند[۱۱۴] و یا می‌تواند از تصاویر مجلات و روزنامه‌ها استفاده کند. با وجود آنکه عکس‌ها و تصاویر یکسانی به افراد نـشان داده می‌شوند، اما برداشت‌های متفاوتی از مشاهدهٔ آنها انجـام مـی‌شـود کـه خـود نـشان‌دهنـدهٔ تفاوت‌های فردی می‌باشد[۱۱۵] و احـساسات افـراد را دربـارهٔ مفـاهیم انتزاعـی فـرا مـی‌خوانـد. از شرکت‌کنندگان خواسته می‌شود که سؤالاتی دربارهٔ عکس‌ها مطرح کنند؛ مثلاً دربـارهٔ عکـس‌هـا چه فکری می‌کنند؟ چه برداشتی نسبت به عکس‌ها دارند و نتیجه‌گیری از بحث‌شـان را خلاصـه کنند.[۱۱۶] کاریکاتورها نیز می‌تواننـد تـأثیرات بـسیار قـوی برجوانـان داشـته باشـند و تعـصبات و

---

109. *Ibid*, pp. 955-956.

110. *Ibid*, p. 961.

۱۱۱. حمصی، فردوس، عالی، شهیندخت، *تکنولوژی آموزشی*، اصفهان، انتشارات امیرکبیر، شعبهٔ اصفهان، ۱۳۷۱، ص ۱۳۳.

۱۱۲. جمیز و آرفری، نورمن س، دال، *پژوهشی دربارهٔ کاربرد تکنولوژی آموزشی*، ترجمـه ناصـرموفقیان، تهـران، انتـشارات فرانکلین، ۱۳۵۳، ص ۶۵.

113. Amnesty international, *op.cit., pp*. 29–30.

***.** Films and videos.

۱۱۴. حمصی، فردوس، عالی، شهیندخت، پیشین، ص ۹۹.

115. Amnesty International, *op.cit.,* p. 32.

116. Nancy flowers *et al*, Method 14, Interpretation of Images, *op.cit.,* p. 1.

کلیشه‌ها را منعکس سازند.[۱۱۷]

۴ـ رسانه‌های گروهی*

روزنامه‌ها، مجلات، سینما، برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی، همگی ابزارهای مهمی برای یادگیری و پخش اطلاعات هستند. مثلاً می‌توانیم از شرکت‌کنندگان بخواهیم که به یافتن و تحلیل کردن عصبانیت در رسانه‌ها بپردازند و در مورد آنها بحث کنند.[۱۱۸] می‌توان یک موضوع حقوقی جاری که در رسانه‌های گروهی مورد توجه زیادی قرار گرفته را انتخاب نمود. یک گزارش یا داستان در مورد آن را در اختیار گروه‌های فراگیران قرار دارد تا در مورد آن به بحث و بررسی بپردازند؛ مثل اینکه آیا در مورد عنوان گزارش پیشنهادی چه نظری دارند؟

استفاده از رادیو و نوارهای صوتی نیز می‌تواند یک مکمل مفیدی برای آموزش حقوق بشر محسوب شود. اگرچه باید راههای دیگری را نیز در نظر گرفت که بتواند آموزش رادیویی را تکمیل کند. قبل از شروع پخش مطالب باید آن موضوع مورد نظر را برای فراگیران مشخص نمود. در این زمینه می‌توان سؤالاتی را نیز مطرح کرد. پس از پخش می‌توان در مورد مطالب پخش شده بحث کرد و نظرات آنها و اینکه آیا موافق و یا مخالف هستند را جویا شد.[۱۱۹]

---

117. Amnesty international, *op.cit.,* pp. 33.

***.** Mass Media.

118. Nancy flowers *et al,* Method 18, Media, *op.cit.,* p. 1.

119. *Ibid*, pp. 34-35.

نتیجه

علی‌رغم ظهور آموزش حقوق بشر در بسیاری از مناطق دنیا و درواقع علی‌رغم اینکه ملل متحد دهه ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۴ را دههٔ آموزش حقوق بشر اعلام کرده، اما هنوز آموزه‌های حقوق بشر به‌درستی وارد مواد درسی مدارس ابتدائی، متوسطه و سایر انواع آموزش‌ها نشده است. به‌طورکلی، راه آینده آموزش حقوق بشر در تمام مناطق جهان براساس درخواست سیاسی و اجتماعی برای پیشبرد حق آموزش، آزادی و تکثرگرایی در هر جامعه و همچنین تأمین منابع جهت مشارکت مردم و دموکراتیزه شدن شکل می‌گیرد.[۱۲۰] فرهنگ جهانی حقوق بشر یک هدف درازمدت است که ازطریق ایجاد یک نظام جامع تعلیم و تربیت و اطلاعات عمومی هدفدار برای تمام گروههای جمعیتی بویژه زنان، کودکان، اقلیت‌ها، بومیان و معلولان، شامل تمام سطوح تعلیم و تربیت اعم از رسمی و غیر رسمی قابل دسترسی است.

همچنین پیشرفت واقعی در ساخت فرهنگ حقوق بشر با نیاز رسیدگی به توده‌های عظیم محروم شده و بیسوادان و میلیونها کودکانی که حتی فرصت دسترسی به مبادی تعلیم و تربیت را ندارند از طریق تمام وسایل ممکنه و برنامه‌های مبتکرانه، پیوستگی دارد. از این نقطه نظر تأکید بر «تعلیم و تربیت برای همه»، «تعلیم و تربیت مادام‌العمر» و ترویج «آموزش بدون مرز» از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است.[۱۲۱]

در فرآیند آموزش حقوق بشر، روش‌ها و فنون تدریس از جایگاه مهمی برخوردار هستند. روش تدریس درواقع راه منظم و با قاعده‌ای است برای ارائه مطالب آموزشی. انتخاب روش تدریس، یکی از مراحل مهم آموزش است[۱۲۲] که این انتخاب باید با توجه به امکانات محیطی، فضای فرهنگی، میزان آگاهی مربی و وضعیت فراگیران صورت گیرد. نکته دیگری که در زمینهٔ روش‌های ارائه آموزش حقوق بشر باید توجه شود این است که استفاده از روش‌های فعال و فراگیر ـ محور کمتر از یک دهه است که در نظام آموزشی ایران مطرح شده است[۱۲۳] و با در نظر گرفتن نیاز آموزش حقوق بشر به استفاده از این روشها باید بر فراگیری و اعمال آنها تأکید بیشتری شود.

باید در نظر داشت که هر روش در یک موقعیت خاص و با محتوا و شاگردانی خاص ممکن است کارآیی ویژه‌ای داشته باشد، اما ویژگی‌های خاصی که در همهٔ روش‌های آموزش حقوق بشر مشترک هستند عبارتند از:

۱ـ ترویج و گسترش توانمندسازی شخصی، ارزیابی خود و احترام به خود؛

---

۱۲۰. جانوس سیمونیدس، *پیشین*، ج ۲، صص ۱۸۷ـ۱۸۴.
۱۲۱. جانوس سیمونیدس، پیشین، صص ۴۵ـ۴۴.
۱۲۲. صفوی، امان‌الله، پیشین، ص ۲۳۸.
۱۲۳. نقیه، مجید، الگوهای فعال تدریس(1)، الگوی بدیعه‌پردازی، تهران، جوکار، ۱۳۸۲، ص ۱.

۲ـ توانمند ساختن فراگیران در جستجو کردن اطلاعات و آنچه باید بدانند؛
۳ـ ایجاد تعهد فعال در شرکت‌کنندگان به فراگیری؛
۴ـ تشویق محیط‌های آموزشی بدون سلسله مراتب، دموکراتیک و تشریک مساعی در یادگیری؛
۵ـ احترام به تجارب شرکت‌کنندگان و بررسی و شناسایی نقطه‌نظرات متفاوت؛
۶ـ تشویق به تأمل، تحلیل و تفکر انتقادی؛
۷ـ تعهد به پاسخهای شخصی و عاطفی همچنین به یادگیری شناختی؛
۸ـ تشویق تغییرات رفتاری و نگرشی؛
۹ـ تشویق خطرپذیری و استفاده از اشتباهات به‌عنوان منبع یادگیری؛
۱۰ـ تأکید بر انتقال مهارت‌ها و فراگیری عملی؛
۱۱ـ شناسایی اهمیت نشاط و شادی و خلاقیت در جریان آموزش و یادگیری.[۱۲۴]

سخن آخر اینکه آموزش حقوق بشر باید به‌گونه‌ای انجام شود که فرد را چنان توانمند سازد تا در مورد مسائلی که در ارتباط با آنها آموزش ندیده است نیز بتواند تصمیم بگیرد و در نهایت اینکه به قول آنیموس ویت *«آموزش آن چیزی است که باقی بماند حتی اگر هر آنچه در مدرسه فراگرفته‌ایم فراموش شود»*.[۱۲۵]

124. Nancy Flowers *et al*, part IV. A, Methods for Human Rights Education, *op.cit.*, pp. 1–2.
125. Garth Meintjes, *op.cit.*, pp. 79-78.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۱۹۱ ـ ۱۶۹

شروط ثبات در معاملات نفتی بین‌المللی

نویسنده: مارگاریتا تی.بی. کول*
ترجمه: مصطفی السان**
علی رضایی***

۱. مقدمه
۲. تعریف شروط ثبات
الف. مخاطرات؛
ب. انواع شروط ثبات.
۳. اعمال و تفسیر شروط ثبات
۴. داوری‌های بین‌المللی تفسیرکننده شروط ثبات
الف. پرونده‌های قدیمی
۱. پرونده شرکت با مسئولیت محدود لِنا گُلدفیلدز و اتحاد جماهیر شوروی؛
۲. پرونده شرکت نفت بین‌المللی *سافیر* (با مسئولیت محدود) و شرکت ملی نفت ایران؛
۳. پرونده شرکت نفت عربستان سعودی و شرکت نفت عربی ـ امریکایی (*آرامکو*).

---

*. استاد مدعو حقوق و مطالعات بین‌الملل دانشگاه مونتری، مکزیک. منبع مقاله:
Margarita T.B. Coale, *Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions*, **Denver Journal of International Law and Policy**, March 2002, pp. 217-238.
. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، (mostafaelsan@yahoo.com**).
***. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (**ali62rezaee@yahoo.com**).

ب. پرونده‌های مربوط به ملی‌کردن توسط دولت لیبی

۱. پرونده شرکت با مسئولیت محدود لیبیایی اکتشاف بی.پی. و دولت جمهوری عربی لیبی؛

۲. پرونده شرکت نفت ماورای بحار *تگزاکو*/ شرکت نفت آسیایی *کالیفرنیا* و دولت جمهـوری عربی لیبی؛

۳. پرونده شرکت نفت لیبیایی ـ امریکایی و دولت جمهوری عربی لیبی.

ج. دیگر پرونده‌های دربردارنده شروط ثبات

۱. پرونده *اگیپ* (*AGIP*) و جمهوری مردمی کنگو؛

۲. پرونده دولت کویت و شرکت نفت امریکایی *ایندیپندنت* (Aminoil).

نتیجه‌گیری

۱. مقدمه

در قرن حاضر، نفت[۱] به یکی از مهمترین کالاهای دنیای مدرن، تبدیل شده است. «کالایی که برای راهبرد ملی حیاتی بوده و تعیین‌کننده سیاست بین‌المللی به‌شمار می‌آید».[۲] همزمان با ظهور صنعت مدرن نفت در کشورهای در حال توسعه، که در آنها مالکیت صنایع تقریباً و عموماً به دولت تعلق دارد،[۳] شرکتهای نفتی بین‌المللی با سرمایه و تخصص لازم، کنترل اکتشاف و بهره‌برداری منابع نفتی را به‌دست گرفته‌اند.[۴] اگرچه تقریباً همه کشورهای تولیدکننده نفت، دارای شرکتهای نفتی با مالکیت دولت می‌باشند، اما این وضعیت (کنترل بیگانگان) اساساً تغییر نکرده است.[۵] این وضعیت مستلزم آن است که شرکت نفت بین‌المللی و دولت به برخی توافقات در خصوص گسترش منابع نفتی دست یابند.[۶]

اکتشاف و بهره‌برداری منابع نفتی، شرکت نفت بین‌المللی را در وضعیت تجاری کاملاً پیچیده‌ای در مقابل کشور خارجی قرار می‌دهد. این ترتیب، دولت مالک منابع را با شرکتهایی که فناوری، سرمایه و تجهیزات لازم را برای گسترش و توسعه در اختیار دارند، در بخشی که نوسان سرمایه، مخاطرات (ریسک) و سود بسیار محتمل است، به‌هم پیوند می‌دهد.[۷] پرسشهایی همچون نحوه «مشارکت» و شیوه اختصاص سود در روند ترتیبات فی‌مابین کشور خارجی و شرکت نفت بین‌المللی، اساسی به‌شمار می‌آیند؛[۸] چرا که توافقات نفتی، از آنجا که نیازمند هزینه مقدار زیادی

---

۱. در این مقاله، اصطلاح نفت (Petroleum)، هم نفت و هم گاز را شامل می‌شود.

2. Gao, Zhiguo, *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*, 1 (1994).

3. Taverne, Bernard, *An Introduction to the Regulation of the Petroleum Industry*, 11 (1994).

استثنائات این قاعده معمولاً در کشورهای توسعه‌یافته از قبیل ایالات متحده و هلند که مالکیت منابع زیرزمینی به مالک آن زمینها تعلق دارد، اتفاق می‌افتد (همان).

4. *See*: Gao, *supra* note 2, at 1; *See* generally: Ernest E. Smith & John S. Dzienkowski, *A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements*, *24* ***Texas International Law Journal***, 13 (1989).

(بررسی ترتیبات نفتی بین‌المللی از ابتدای قرن حاضر).

5. *See*: Smith & Dzienkowski, *supra* note 4, at 35; *See* also: Oil.com, www.wn.com/?t=oilcom/left/production.txt

(نمونه‌برداری آخرین اکتشافات نفتی جهانی).

۶. اصطلاح «توافق» در این ساختار می‌تواند معانی زیادی از قبیل توافقهای مربوط به نحوه مشارکت در محصول، مجوزها، واگذاری، قراردادهای خدمات، توافقهای مربوط به مشارکت و توافقهای عملیاتی مشترک داشته باشد. رک.

Vock, R. Daniel, *Petroleum Development Agreements: Form and Drafting*, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 251 (1990).

(تحلیل پیچیدگی توافقهای منعقده در صنعت نفت)

See also: Samir Mankabady, *Energy Law*, 25-73 (1990); Smith & Dzienkowski, *supra* note 4, at 35.

7. *See*: Curtis, Christopher T., *The Legal Security of Economic Development Agreements*, 29 **Harvard International Law Journal**, 317-18 (1988); *See* also GAO, *supra* note 2, at 1.

8. *See*: GAO, *supra* note 2, at 1.

سرمایه و سرمایه‌گذاری بلندمدت در پروژه‌هایی شامل اکتشاف، ارزیابی و توسعه می‌باشند[۹] که باید از سود حاصله تأمین شود، باعث گردیده که این سرمایه‌گذاریها، شرکت نفت بین‌المللی را برای مدتی طولانی، در معرض مخاطرات جدی قرار دهد.[۱۰] در عین حال، به دلیل آنکه قیمت نفت غیرقابل‌پیش‌بینی می‌باشد، کشور طرف قرارداد ممکن است بعد از انعقاد، آن را به دلیل سود سرشار نامطلوب بداند، به‌خصوص اگر عملیات و فعالیت شرکت نفت بین‌المللی ثابت کند که بسیار سودآور است.[۱۱]

مجموعه این عوامل، دولت خارجی را ترغیب می‌کند تا درصدد تعدیل توافقهای بلندمدت در جهت پاسخ به فشار سیاسی و اوضاع و احوال تغییریافته، برآید.[۱۲] از سوی دیگر، شرکت نفت بین‌المللی نیز تلاش می‌کند تا از مذاکره مجدد درباره توافق، اثر تغییرات متعاقب بر حقوق کشور، یا حتی ملی‌کردن تمامی سرمایه شرکت، اجتناب کند.[۱۳] در طول زمان، شرکتها تلاش کرده‌اند تا مخاطرات موجود در معاملات نفتی را از طریق توزیع ریسک، بیمه مخاطرات، مقابله با مخاطرات، سازماندهی و مدیریت مخاطرات یا ایجاد نظام قراردادی برای مدیریت مخاطرات، مورد بحث و بررسی قرار دهند.[۱۴] هنگامی که شرکت درصدد «توزیع مخاطرات» است، معمولاً تلاش می‌کند که اتحادیه‌های سرمایه‌گذاری مشترک تشکیل دهد تا از این طریق بتواند وسیله دفاعی هماهنگ و مؤثری در مقابل دخالت کشور میزبان ایجاد نماید.[۱۵] همچنین، شرکت ممکن است تلاش کند «تا از طریق خرید بیمه‌نامه، خود را در مقابل مخاطرات بیمه نماید» و با این شیوه از خود در برابر تغییر و تحولات قراردادی در نظام مالی‌ای که بر آن توافق شده، شامل تضمینات ارزی خارجی، حمایت نماید.[۱۶] «راهبرد دفاع در مقابل مخاطرات» مستلزم آن است که

---

9. *See*: Thomas W. Waelde & George Ndi, *Stabilizing International Investment Commitments*: *International Law Versus Contract Interpretation*, 31 **Texas International Law Journal**, 215, 227 (1996).

۱۰. رک. کُرتیس، ص ۳۱۸. به‌عنوان قاعده عمومی، پروژه‌های نفتی شامل اکتشاف ده ساله یا بیشتر در حوزه‌هایی از قبیل پیمایش زمین‌شناختی، حفاری و تخمین می‌باشد.

World Mineral Exploration: Trends and Economic Issues 2-11 (John E. Tilton et al., eds., 1988).

11. *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 227.

12. *Id*. at 233.

13. *Id*.

14. *Id*. at 233-34.

15. *See*: Ivan K. Fong & John Kent Walker, *International High-Technology Joint Ventures: An Antitrust and Antidumping Analysis*, 7 **International Tax & Business Law**, 57, 61 (Winter 1999); *See* also: Joel Davidow, *Special Antitrust Issues Raised by International Joint Ventures*, 54 **Antitrust Law Journal**, 1031, 1037 (1985); *See* generally: Roger L.M. Dunbar, *International Renegotiations*: *The Case of the Dominican Republic and Falconbridge*, 15 **Natural Resource Forum**, 258, 263-68 (1991).

16. *See:* Jorg-Dietrich Wirmistich, *Coverage of Political Risk by National Agencies*: *The German Investment Scheme, in Promotion of Direct Investment in Developing Countries*, (1986); *See* also: John C.

شرکت خارجی تلاش کند تا نفوذ اقتصادی، مالی و سیاسی خود را بـه‌کـار گیـرد تـا دولتهـا را از الغای توافقات مربوط به سرمایه‌گذاری دلسرد کند.[۱۷] همچنین شـرکتها بایـد تـلاش کننـد تـا از طریق اعمالی که شامل مشارکت با دولت میزبان، توقع کم در پروژه و انعطاف در سرمایه‌گـذاری می‌باشد، «خطر را مدیریت نمایند» تا از این طریق بتوانند خود را با انتظارات و فشارهای ناشی از تغییر وفق دهند.[۱۸] نهایتاً، شرکت نفتی ممکن است تلاش کند تا بـه‌وسـیله قـرارداد و از طریـق شروطی که داوری بین‌المللی، انتخاب قانون، حساب خارجی و نیز شروط ثبـات را دربرمـی‌گیـرد، مخاطرات را کاهش دهد.[۱۹]

صرف‌نظر از مقوله وسیع مدیریت مخاطرات،[۲۰] این مقاله بر استفاده از شروط ثبات بـرای حمایت از شرکت نفت بین‌المللی تأکید دارد. بخش دوم به تبیین انواع شروط ثبـات مـی‌پـردازد. به‌علاوه، آن دسته از شروط ثبات مخاطراتی بررسی می‌شود که به مسائل مالی و غیرمالی ارتباط می‌یابند. بخش سوم مقاله، مبنایی که برای اجرا و تفسیر شروط ثبات به‌موجـب حقـوق داخلـی و اصول حقوق بین‌الملل به‌کار رفته را مورد بررسی قرار می‌دهد و بخش چهارم به تحلیل چگونگی اعمال این معیار نسبت به شروط ثبات در هشت داوری انجام شـده، مـی‌پـردازد. بخـش پـنجم، مشتمل بر ارائه شمای کلی از نحوه به‌کارگیری شروط ثبات در داوری‌های مورد بحث می‌باشد.

۲. تعریف شروط ثبات

شرکت بین‌المللی می‌تواند با استفاده از مفاد قرارداد درصدد کـاهش مخـاطرات برآیـد.[۲۱] البته کنترل بسیاری از مخاطرات از طریق قرارداد مشکل یا غیرممکن به‌نظر مـی‌رسـد؛ از قبیـل مخاطرات تجاری (نوسان قیمت)، مالی (نوسان نرخ سود)، زمین‌شناسی (فقدان ذخیره نفتی)، فنی (ناتوانی از راه‌اندازی تأسیسات به‌نحو برنامـه‌ریـزی شـده)، مـدیریتی (مـسائل شـغلی) و بلایـای طبیعی.[۲۲] شروط ثبات تنها به نوع خاصی از مخاطرات که ممکن است قرارداد را تحت تأثیر قـرار

Kinna, *Investing in Developing Countries*: *Minimization of Political Risk*, 1 **Journal of Energy & National Resources Law**, 89 (1983); *See* generally: Douglas A. Paul, *New Developments in Private Political Risk Insurance and Trade Finance*, 21 **International Law**, 709 (1987).

17. *See*: Kinna, *supra* note 16, at 95-99; *See* also: Jurgen Voss, *The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies*, 31 **International & Comparative Law Quarterly**, 686-88 (1982).

18. *See*: Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 234.

19. *Id.*

20. *See*: Gao, *supra* note 2, at 201-240; *See* generally: Taverne, *supra* note 3.

21. *See*: Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 221.

22. *Id.*

دهد، یعنی مخاطرات سیاسی ارتباط می‌یابد.[۲۳] در این بخش ابتدا، مخـاطرات شـرح داده خواهـد شد و سپس انواع شروط ثبات موجود بررسی می‌شود.

الف. مخاطرات

پرسش اصلی در خصوص امنیت معامله نفتی، ماهیت و میزان خطری است که بر سر راه سرمایه‌گذاری قرار دارد.[۲۴] منابع با عمر طولانی و طرحهای انرژی از قبیـل اکتـشاف و اسـتخراج نفت و گاز، در مقایسه با طرحهای کوتاه‌مدت به ثبات و پایداری بیشتری نیاز دارند.[۲۵] ضرورتهای مالی این سرمایه‌گذاران عبارتند از: بازگشت سریع سرمایه از طریق اسـتهلاک، لحـاظ نـرخ حـق امتیاز متناسب با هزینه‌های استخراج و پیش‌بینی یک نظام منعطف برای خروج درآمـد و پـول و کسر مالیات تنها پس از بازیافت سرمایه.[۲۶]

شرکتها برای فرار از بلاتکلیفی مالی، مدام بـه‌دنبـال تـأمین ثبـات بـرای وضـع موجـود هستند.[۲۷] این تعهدات گاه در قالب دستورها یا آیین‌نامه‌های اداری و در اکثر موارد از طریق قـوه مقننه یا به‌عنوان شروط قراردادهای خاص ایجاد می‌شوند.[۲۸] شرکتها البته نگرانیهـایی دارنـد کـه جنبه مالی ندارد.[۲۹] نگرانی عمده این است که کشور خارجی موضوع شرکت را ملی اعلام نمـوده

---

23. *See:* Curtis, *supra* note 7, at 346; *See* also: Eli Lauterpacht, *Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments*, 8 **Journal of Energy & National Resources Law**, 241, 243-44 (1990).

شروط ثبات تنها آن دسته از قیودی هستند که توسط شرکتهای خارجی به‌کار گرفته می‌شوند تا سرمایه‌گذاری را تضمین نمایند. شرط داوری و انتخاب قانون نیز به‌کرات مورد استفاده قرار می‌گیرند.

See: N. Stephen Kinsella & Paul E. Comeaux, *Political Risk and Petroleum Investment in Russia*, **Currents** 48 (Summer 1993) [بعد از این، مخاطرات سیاسی در روسیه]. *See* also: N. Stephen Kinsella & Paul E. Comeaux, *Reducing the Political Risk of Investing in Russia and other C.I.S. Republics*: *International Arbitration and Stabilization Clauses*, **Russian Oil & Gas Guide** 21 (April 1993) [از این به بعد، کاهش مخاطرات در روسیه].

24. *See*: Lauterpacht, *supra* note 23, at 242.

25. *See* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 266.

26. *Id*. at 224.

27. *Id*. at 226.

28. *See:* Peter Fischer & Thomas W. Waelde, *Collection of International Concessions and Related Instruments*, 195, 481 (1981).

از آنجا که تأمین مالی طرحهای نفتی اغلب از طریق وامهای سنگین خارجی صورت می‌گیرد، نگرانی اصلی سرمایه‌گذاران، توانایی شرکت در بازپرداخت بدهی‌هایش می‌باشد. بر این اساس، ثبات و پایداری نظام مالی و ارزی خارجی از اساسی‌ترین نیازهایی است که موجب می‌شود تا وام‌دهنده درصدد بررسی قرارداد امتیاز برآید.

See generally: Grover R. Castle, *Project Finance: The Alternative That Can Leverage Borrowing Power*, 5 **Natural Resource Forum**, 196 (1981); Z. Mikdashi, *Oil Funding and International Financial Arrangements*, 9 **Natural Resource Forum,** 283 (1985).

29 . *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 230.

یا مصادره نماید.[۳۰] این عمل ممکن است به‌طور مستقیم، از طریق وضع قانون، یا به‌نحو غیرمستقیم، از طریق شروط مداخله در آزادی عمل سرمایه‌گذار به‌منظور کنترل مؤسسه انجام گیرد که مورد اخیر بسیار شایع می‌باشد.[۳۱]

شرکتها نیز خواستار حمایت در مقابل تغییر و تحولات حقوق‌کار می‌باشند که ممکن است از هزینه‌های فزاینده استخدام، مداخله دولت در تصمیم‌گیریهای راجع‌به تولید،[۳۲] افزایش ناخواسته هزینه‌های نیرو (انرژی) و زیربنایی،[۳۳] تغییر در مقررات حسابداری که موجب افزایش مالیات می‌گردد، تعهدات ناخواسته تأمین خدمات محلی اجباری یا زیربنایی و قراردادهای تهیه، ناشی شده باشد.[۳۴] در حال حاضر، مهمترین نگرانی، در این زمینه، تحمیل تعهدات جدید از طریق مقررات لاحق یا وضع قواعد اداری یا قضائی برای تفسیر قوانین سابق می‌باشد.[۳۵]

ب. انواع شروط ثبات

قرارداد امتیاز با قرارداد استاندارد که یکی از طرفین آن دولتی مستقل است، تفاوت دارد.[۳۶] هر دولتی نسبت به اموال اختیار مطلق دارد و می‌تواند قوانین خود را تغییر دهد، به‌منظور کاهش تنش میان این قدرتها و تحمیل محدودیت قراردادی بر آنها، شرکت نفتی می‌تواند از آن کشور تضمینات مخصوصی که به‌موجب حقوق بین‌الملل به اجرا در می‌آیند را درخواست کند.[۳۷] «شروط ثبات به‌ویژه درصدد آن هستند تا از قرارداد در مقابل اقدامات آینده دولت یا تغییراتی که در حقوق یا قانونگذاری یا تنظیم قوانین و مقررات به‌وجود می‌آید، ضمانت نمایند».[۳۸] به‌طور خاص، شروط ثبات تعهد ویژه‌ای است که بر اساس آن کشور خارجی نمی‌تواند مفاد قرارداد را با وضع

---

۳۰. در خصوص بررسی کامل جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت، رک.

Lauterpacht, *supra* note 23, at 242-43; *See:* C.F. Amerasinghe, *Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice*, 41 **International & Comparative Law Quarterly**, 22 (1992).

31. Lauterpacht, *supra* note 23, at 242-43.

۳۲. برای مثال، دستور کاهش تولید یا وارد ساختن خسارت به تأسیسات زیربنایی از طریق اجبار به تولید مازاد.

۳۳. مثل هزینه‌های راه‌آهن و لوله‌کشی.

34. *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 230.

35. *Id*. at 230-31.

36 . *See* e.g. *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, 27 **International Law Reports**, 117 (1963).

(داوری درخصوص تفسیر قرارداد امتیاز میان دولت عربستان سعودی و شرکت نفت *استاندارد کالیفرنیا*).

37. *See:* Comeaux & Kinsella, *Developing Countries*, *supra* note 36, at 18; Curtis, *supra* note 7, at 345-46.

38 . Curtis, *supra* note 7, at 346.

قانون یا هر وسیله دیگری، بدون رضایت طرف دیگر قرارداد، تغییر دهد.[۳۹] شروط ثبات به انواع مختلفی تقسیم می‌شوند.[۴۰] با پذیرش شرط ثبات، دولت خارجی حق خود را در تغییر یک‌جانبه تعهدات کنار گذاشته و به شرکت نفتی خارجی اعتماد می‌کند.[۴۱] شرطی که مقرر می‌دارد دولت حق ندارد به‌طور یک‌جانبه قرارداد را اصلاح کرده یا بدان خاتمه دهد، «شرط تغییرناپذیری»[۴۲] نامیده می‌شود. نوع دیگر شرط ثبات که معمولاً «شرط ثبات به‌معنای اخص» به‌حساب می‌آید، بیان می‌دارد، حقوق قراردادی دولت، در زمان اجرای قرارداد، توسط آن دولت بوجود می‌آید تا بدین وسیله از اعمال یا حاکمیت تغییرات بعدی در قانون دولت طرف قرارداد جلوگیری کند.[۴۳] نوع دیگر شروط ثبات مقرر می‌دارد که قرارداد باید همواره با «قصد خیر» یا «حسن‌نیت» اجرا شود؛ بنابراین اصلاح یا خاتمه یک‌طرفه قرارداد مجاز نمی‌باشد؛[۴۴] برای مثال از آنجا که مصادره در حقوق بین‌الملل ممنوع نیست و تنها برخی از انواع غرامات را مقرر می‌دارد، یک شرط ثبات می‌تواند، برخی از انواع حمایتها را درخصوص مصادره، از شرکت به عمل آورد.[۴۵] این شروط ممکن است به شکل وسیع یا محدود ظاهر شوند که فقط می‌توانند جنبه‌های محدودی از قرارداد از قبیل نظام مالیاتی حاکم را ثبات و استحکام بخشند.[۴۶]

---

39. *See*: Michelle Flores, *A Practical Approach to Allocating Environmental Liability and Stabilizing Foreign Investment in the Energy Sectors of Developing Countries*, 12 **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, 141, 159-61 (2001).

40. *See*: Keith W. Blinn, *et al*., *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects* , 284, 302 (1986).

(اظهار می‌دارد که سه نوع شرط ثبات متفاوت از هم وجود دارد).

(معتقد است که چهار نوع شرط ثبات متفاوت از هم وجوددارد)**.** Curtis, *supra* note 7, at 346

41. Comeaux & Kinsella, *Developing Countries*, *supra* note 36, at 23؛ *See* also: Curtis, *supra* note 7, at 321.

42. *See*: Curtis, *supra* note 7, at 347.

43. *See: id*. at 346-47.

44. Curtis, *supra* note 7, at 346-47.

45 . Stephen M. Schwebel, *Justice in International Law*, 401-15 (1994).

(به بحث پیرامون حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی می‌پردازد). بر این امر اتفاق‌نظر وجود دارد که دولتها حق دارند «تا منابع طبیعی را حتی‌الامکان با پرداخت غرامت متناسب وارده به مالک آن ملی کرده، سلب مالکیت نمایند».

G.A. Res.1803, U.N. GAOR/17Th Sess., Supp. No. 17,at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962).

[از این به بعد، «قطعنامه مجمع عمومی»] نیز رک. (به بازخورد قطعنامه‌های سازمان ملل در نحوه تشخیص جبران خسارت «مناسب» می‌پردازیم).

46. Schwebel, *supra* note 45**; General Assembly Resolution** *supra* note 45; Amerasinghe, *supra* note 45, at 33; See also Blinn, supra note 40, at 302-04.

۳. اعمال و تفسیر شروط ثبات

هنگامی که اختلافی پیرامون قرارداد امتیاز میان شرکت نفت خارجی و دولت میزبان به‌وجود می‌آید، انتخاب قانون حاکم به‌ویژه در قسمت مربوط به اعتبار شرط ثبات، حایز اهمیت بسیار است؛ چرا که تفسیر شرط ثبات در قرارداد بین‌المللی، می‌تواند شامل زنجیره‌ای از استدلالهای حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق ملی و احتمالاً عرف بازرگانی بین‌المللی باشد که می‌توان ادعا کرد، نتایج حاصله، از پیچیده‌ترین مسائل حقوق بازرگانی بین‌المللی هستند.[۴۷]

به لحاظ سنتی بسیاری از اختلافات به قراردادهای امتیازی مربوط می‌شود که به‌وسیله قوانین داخلی دولت اعطاکننده امتیاز کنترل می‌شود.[۴۸] اخیراً نظریه‌ای ارائه شده که بر اساس آن، قرارداد امتیاز بین‌المللی تلقی می‌شود چرا که دارای شرط ثبات است و بنابراین تابع قانون کشور میزبان نمی‌باشد.[۴۹] مسئله حکومت قانون داخلی بر قرارداد یا «بین‌المللی کردن قرارداد»، اختلافاتی را بین کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه موجب گردیده است.[۵۰]

کشورهای در حال توسعه که عموماً دولتهای اعطا کننده امتیاز می‌باشند، چنین استدلال می‌کنند که قوانین داخلی آنها بر قرارداد امتیاز حاکم است و حقوق بین‌الملل نباید در این باره اعمال شود چرا که حق لغو قرارداد از سوی دولت در مقابل شخص خصوصی به‌طور ضمنی با مفهوم حاکمیت ملی مرتبط است.[۵۱] اگر اقدامات دولت بر اساس قانون آن دولت، نقض قرارداد به‌حساب نیاید، حتی اگر آن اقدامات با قرارداد موافق نباشد، آن دولت حق دارد تا قرارداد را خواه با پرداخت غرامت یا بدون پرداخت غرامت به طرف دیگر قرارداد، تعدیل نماید.[۵۲] بنابراین اگر شرط ثبات در قرارداد نفتی بین‌المللی تابع قانون داخلی باشد، احتمالاً غیرمعتبر اعلام خواهد شد.[۵۳]

مبنای «حاکمیت دائمی» را می‌توان در دیدگاهها و نظریات چند تن از «مفسران مشهور» و اعلامیه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد در حمایت از مفهوم حاکمیت دائمی، یافت.[۵۴] به‌موجب این نظریه «توصیف حاکمیت به‌طور دائمی، متضمن این معناست که دولت

---

47. *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 237.

48. *See*: Michael E. Dickstein, *Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements*, 6 **International Tax & Business Law**, 54, 54 (1988).

49. Dickstein, *supra* note 48, at 54.

50. *Id*. at 55.

51. *Id*.

52. Dickstein, *supra* note 48, at 55; *See* also E. Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, 188-89 (1965).

53. *See:* Waelde & Ndi, *supra note 9, at 23*9.

54. *See*: Dickstein, *supra* note 48, at 62-63.

میزبان هرگز صلاحیت قانونی خویش را در تغییر وضعیت یا روش اکتشاف منابع نفتی، صرف‌نظر از هرگونه ترتیبی که ممکن است اتخاذ شده باشد، از دست نمی‌دهد».[۵۵] با وجود دیدگاه‌های فوق، پیشنهاد حکومت قانون داخلی بر قرارداد امتیاز نفتی بین‌المللی از حمایت چندانی برخوردار نبوده است؛ مگر اینکه در مورد حاکم بودن آن، هیچ‌گونه ابهام یا قید و شرط صریحاً مغایری وجود نداشته باشد.[۵۶] کشورهای توسعه‌یافته ـ که شرکتهای متبوع آنان تمایل دارند تا طرفین خصوصی قرارداد باشند ـ بر این نکته پافشاری می‌کنند که دولتهای حاکم باید به تعهدات قراردادی خود پایبند بوده و حقوق بین‌الملل بر اختلافات مربوط به چنین تعهداتی حاکم باشد. بنابراین طرف ناقض قرارداد باید یا تعهدات خویش را اجرا کرده و یا غرامت نقدی (پولی) را معادل ارزش تمام انتظاراتی که از اجرای قرارداد عاید می‌شد، پرداخت کند.[۵۷]

حقوق بین‌الملل فی‌نفسه قابل‌اعمال بر هر قرارداد امتیاز نمی‌باشد.[۵۸] به‌منظور کسب حمایت، شرکت نفتی باید درصدد بین‌المللی‌کردن قرارداد برآید.[۵۹] دکترین بین‌المللی‌کردن قرارداد که فراملی‌کردن و غیرمحلی‌کردن یا غیرملی‌کردن نیز نامیده می‌شود درصدد آن است تا شکلی از حل اختلافات الزام‌آور را که در کنترل دولت طرف قرارداد نباشد، تضمین نماید.[۶۰]

تعیین صریح قانون حاکم می‌تواند این مسئله را حل کند.[۶۱] هنگامی که تصریحی در خصوص انتخاب قانون وجود ندارد، سه تئوری مختلف عموماً به‌کار گرفته می‌شود تا از اعمال

---

55. *See* Edouardo Jimiénezde Aréchaga, *State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property*, 11 **New York University Journal of International Law & Policy**, 179-180 (1978).

56. *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 238.

57. Dickstein, *supra* note 48; Kinsella & Comeaux, *Reducing Risk in Russia*, *supra* note 23, at 24.

58. *See*: John Crawford & Wesley Johnson, *Arbitrating with Foreign States and Their Instrumentalities*, 5 **International Financial Law Review**, 11, 12 (1986).

59. *See*: Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 241.

60. *Id.*

61. *See:* Derek William Bowett, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, 59 **British Year Book of International Law**, 49, 50 (1988).

طرفین قرارداد می‌توانند قرارداد خود را به‌طور صریح تابع اصول عام حقوقی یا حقوق بین‌الملل نمایند.

(*See*: Curtis, *supra* note 7, at 331). اصول کلی حقوق، آن دسته از اصول و قواعد حقوقی هستند که نظامهای معتبر حقوقی در ماهیت آنها با یکدیگر مشترکند؛ مثل اصل لزوم وفای به عهد. دانشمندان بسیاری به بحث در خصوص تفاوت حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی حقوقی پرداخته‌اند. این تفاوتها در مقاله حاضر مورد بررسی قرار نگرفته است. در مورد این بحث به‌طور کلی، رک.

For a thorough review of the subject, *see* generally: Reese, *The Law Governing International Contracts*, in: **International Contracts** 3 (H. Smit, N. Galston & S. Levitskyeds. 1981).

قانون کشور خارجی بر قرارداد جلوگیری شود.[۶۲] این سه تئوری عبارتند از تئـوری خـلأ، تئـوری بین‌المللی‌کردن و تئوری عرف بازرگانی فراملی.[۶۳]

به‌موجب تئوری بین‌المللی‌کردن، برخی از قراردادها بر حسب ماهیتشان بین‌المللی بوده و بنابراین باید تابع حقوق بین‌الملل باشند.[۶۴] منطق این امر، رضایت متقابل طرفین قرارداد می‌باشد. رضایت طرفین به‌عنوان اصل جهانی و تثبیت‌شده در راستای اصل استقلال اراده مـورد پـذیرش قرار گرفته است.[۶۵] بین‌المللی‌شدن قرارداد امتیاز بر این مبنـا، طرفـدارانی را در طـول دهـه‌هـای گذشته به‌دست آورده که این امر، بسیاری از داوران را به پذیرش بـین‌المللـی‌کـردن قراردادهـای امتیاز، ترغیب کرده است؛ چرا که طرفین بـه هنگـام مـذاکرات قـراردادی بـر ایـن امـر رضـایت داشته‌اند.[۶۶]

۴. داوری‌های بین‌المللی تفسیرکننده شروط ثبات

این گفتار به بررسی داوری‌های بین‌المللی مرتبط با قراردادهای امتیاز نفتی حاوی شروط ثبات می‌پردازد. هرچند این پرونده‌ها بسیار پیچیده بوده و اوصاف جالب و قابل‌توجهی دارنـد، امـا در اینجا صرفاً به جنبه‌هایی از آنکه حاوی شرط ثبات است، تأکید می‌گردد.

الف. پرونده‌های قدیمی

۱. پرونده شرکت با مسئولیت محدود لنا گُلدفیلدز و اتحاد جماهیر شوروی[۶۷]

در ۱۲ اکتبر ۱۹۳۰، یک شرکت تقریباً ورشکسته انگلیسی اقدام به شروع به داوری علیـه یک دولت متخاصم و بزرگ خارجی نمود که قبلاً به‌عنوان شـرط ارجـاع اخـتلاف بـه داوری در قرارداد امتیاز کتبی منعقده میان طرفین بر آن توافق شده بود.[۶۸] روابط طرفین هنگامی آغاز شـد

---

62. *See*: Bowett, *supra* note 61.

63. *Id*. at 50-53.

۶۴. این نظر توسط داور پرونده *تگزاکو* علیه جمهوری عربی لیبی (*توپکو*) پذیرفته شده است. پرونده مذکور در بخش چهارم همین مقاله بررسی خواهد شد.

65. *See*: F.V. Garcia-Amador, *State Responsibility in Case Of Stabilization Clauses*, 2 **Journal of Transnational Law & Policy**, 23, 30 (1993).

66. *Id*. at 30-31; *See* also: Bowett, *supra* note 61, at 51.

67. *Lena Goldfields Arbitration*, **Annual Digest of Public International Law Cases** (H. Lauterpacht ed., **1929-1930)**. See *also*: A, Nussbaum, *The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government*, **Cornell Law Quarterly**, 31, 42 (1950-51).

(مقاله اخیر به تحلیل دوباره پرونده *لنا* پس از فقدان نسخه انگلیسی آن می‌پردازد).

68. *See*: V.V. Veeder, *The Lena Goldfields Arbitration: the Historical Roots of Three Ideas*, 47 **International & Comparative Law Quarterly**, 747 (1998) (بررسی کامل پرونده و پیشینه آن).

که شرکت *لنا گُلدفیلدز* در سال ۱۹۰۸ با هدف تحصیل ۷۰ درصد از سهام شرکت روسی *لِنا گُلدفیلدز* که در سال ۱۹۵۵ برای توسعه معادن طلای رودخانه *لنا* و رودهای فرعی آن، در *سیبری* تأسیس شده بود، اقدام به مشارکت نمود.[۶۹] طرفین تا ژوئیه سال ۱۹۱۸، یعنی زمانی که دولت جدید شوروی همه معادن را که سهام شرکت روسی *لنا* نیز از آن جمله بود، بدون پرداخت غرامت، ملی اعلام کرد، روابط حسنه‌ای داشتند.[۷۰] در سال ۱۹۲۵ پس از دو سال مذاکره پیچیده میان دولت جدید شوروی و *لنا گلدفیلدز*، شرکت یک قرارداد امتیازی را به تصویب رسانید که به *لنا گلدفیلدز*، حق استثنا کردن معادن طلا و دیگر فلزات موجود در منطقه *اُرال* و بخش‌هایی از *سیبری* را می‌داد.[۷۱] مدت قرارداد امتیاز در یک بخش ۳۰ سال و در بخش دیگر ۵۰ سال بود.[۷۲]

در اکتبر ۱۹۲۵، *لنا گلدفیلدز* بر اساس قرارداد امتیاز شروع به‌کار نمود.[۷۳] به هر حال در سال ۱۹۲۹، دولت اتحاد جماهیر شوروی تعدادی از سیاستهایی را که قراردادهای امتیاز با سرمایه‌داران خارجی را منع می‌کرد، پذیرفت.[۷۴] در نتیجه *لنا گلدفیلدز* به‌شدت تابع رفتار دولت طرف قرارداد بود و به همین دلیل توانایی انجام موضوع قرارداد امتیاز را نداشت.[۷۵] به دلیل مزاحمت و ممانعت رسمی اتحاد جماهیر شوروی که موجب ناتوانی شرکت *لنا گلدفیلدز* از اجرای قرارداد امتیاز گردید و نیز به‌علت شکست مذاکرات راجع‌به حل اختلافات فی‌مابین، *لنا گلدفیلدز* موضوع را بر مبنای شرط داوری مندرج در قرارداد، به مرجع داوری ارجاع داد.[۷۶]

این پرونده اولین داوری است که حاوی شرط انتخاب قانون و شرط ثبات می‌باشد.[۷۷] ماده ۸۹ قرارداد که در بردارنده شرط قانون بود، مقرر می‌داشت: «طرفین روابط خویش را به این قرارداد و بر اصول قصد خیر و حسن نیت و همچنین تفسیر متعارف مفاد و عبارات قرارداد مبتنی می‌نمایند».[۷۸] ماده ۷۶ حاوی شرط ثبات بود که بر اساس آن اتحاد جماهیر شوروی تعهد می‌کرد تا هرگونه تغییری را در قرارداد به‌وسیله دستور، حکم یا دیگر اعمال یک‌جانبه به‌جز با رضایت *لنا* انجام ندهد.[۷۹]

---

69. Veeder, *supra* note 68, at 756-57.
70. *Id*. at 757.
71. *Id*. at 758.
72. *Id*.
73. *Id*. at 761.
74. *Id*.
75. Veeder, *supra* note 68, at 762.
76. *Id*. at 762-63.
77. *See*: Garcia-Amador, *supra* note 65, at 37.
78. *Id*.
79. *Id*.

به‌علت تأثیر متقابل میان شروط قرارداد، دیوان داوری در همان ابتدا اظهار داشت که قرارداد میان یک شخص خصوصی و یک دولت مستقل باید بین‌المللی تلقی شود.[۸۰] دیوان داوری چنین رأی داد که قرارداد میان *لناگلدفیلدز* و دولت اتحاد جماهیر شوروی، هر چند از حیث مسائل عادی محکوم به حقوق روسیه است، لکن آنجا که به تضمینهای قراردادی موقعیت شرکت ارتباط می‌یابد، تابع اصول کلی حقوقی بوده است.[۸۱] به هر حال دیوان شرط ثبات قرارداد را با توجه به ماده ۷۶، مورد بررسی و نقد قرار نداد.[۸۲] نمی‌توان اهمیت رأی دیوان داوری را در این مورد نادیده گرفت؛ چرا که برای اولین بار، دیوان داوری اظهار داشت، قوانین دیگر در کنار قوانین داخلی می‌توانند بر رابطه قراردادی میان یک شرکت خارجی و یک شخص خصوصی حاکم باشند.

۲. پرونده شرکت نفت بین‌المللی سافیر (با مسئولیت محدود) و شرکت ملی نفت ایران[۸۳]

یکی دیگر از داوری‌های مشهورِ حاوی شرط ثبات، پرونده *سافیر* می‌باشد.[۸۴] *قرارداد اعطای امتیاز توسط دولت ایران* دربردارنده شرط انتخاب قانون، شبیه پرونده *لنا گلدفیلدز* بود که بر اساس آن شرط، طرفین توافق کرده بودند که مفاد قرارداد را بر اساس اصول حسن‌نیت و قصد خیر انجام دهند.[۸۵] شرط استثناء بیان می‌داشت:

«هیچ مصوبه عمومی یا قانون، هیچ اقدام یا حکم اداری از هر نوعی که باشد خواه توسط دولت یا هر یک از مقامات دولتی که در ایران (مرکزی یا محلی) از جمله شرکت ملی نفت ایران صادر شود، نمی‌تواند قرارداد را باطل کرده یا مفاد آن را تغییر دهد و یا مانع اجرای قرارداد شده، یا آن را به تأخیر اندازد. هیچ‌گونه ابطال، اصلاح یا تغییری نمی‌تواند روی دهد، جز در مواردی که طرفین نسبت به آن با هم توافق نمایند».[۸۶]

---

80. *Id.*

81. *See*: Christopher Greenwood, *State Contracts in International Law-The Libyan Oil Arbitrations*, 53 **British Yearbook of International Law**, 27, 41 (1982).

82. *See*: Garcia-Amador, supra note 65, at 38.

83. 35 I.L.R. 136 (1967).

84. *See*: Garcia-Amador, *supra* note 65, at 38.

85. *35 I.L.R. at* 140.

86. 35 I.L.R. at 140.

داور در ابتدا اظهار داشت که قرارداد، شـرط صـحیح انتخـاب قـانون را در برنـدارد؛[۸۷] در نتیجه چنین تصمیم گرفت که قرارداد میان طرفین باید در پرتو مفـاد و عبـارات رایـج کـه بـین طرفین شرط گردیده، شبیه قرارداد میان ایرانیان، تفسیر گردد.[۸۸] داور سپس اظهار داشت، «امنیت حقوقی سرمایه‌گذاریها، مسئولیتها و مخاطرات قابل‌توجه شرکت خارجی، با اعمـال کامـل قـانون ایران، که در اختیار دولت ایران بوده و قابل‌تغییر است، نمی‌تواند تضمین گـردد».[۸۹] بنـابراین داور رأی داد که علاوه بر اصول‌کلی‌حقوقی، قوانین ایران نیز بر قرارداد حاکم می‌باشد.[۹۰] به هـر حـال داور از شرط ثبات قرارداد امتیاز چشم‌پوشی کرده و چنین رأی داد که دولت ایران از شرط تخلف کرده است، اگرچه دیوان داوری تشخیص داد در مواردی که قرارداد امتیـاز نابهنگـام خاتمـه داده شود، وظیفه پرداخت غرامت وجود دارد.[۹۱]

گاهی اوقات این رأی در مورد قضایایی مورد استناد قرار می‌گیرد که بر مبنای آن طرفین قرارداد توسعه اقتصادی، می‌توانند تعیین کنند که قراردادشان تابع اصول‌کلی‌حقوقی خواهد بود.[۹۲] به هر حال توجیهات دیگری برای وضع چنین قاعـده‌ای از سـوی داور وجـود دارد؛ بـرای مثـال تخلفات ادعایی از قرارداد، شامل تخلف از تعهدات خاص مذکور در همـان پـاراگرافی کـه شـرط ثبات نیز در آن قید شده، نمی‌شود.[۹۳]

۳. پرونده شرکت نفت عربستان سعودی و شرکت نفت عربی ـ امریکایی (آرامکو)[۹۴]

در سال ۱۹۴۵، دولت عربستان سـعودی قـراردادی را بـا شـرکت نفـتکش‌هـای دریـایی عربستان سعودی و مالک آن شرکت، *آریستوتل اُناسیس* منعقد نمود که بر اساس آن، به شـرکت حق تقدم حمل نفت عربستان سعودی را برای مدت ۳۰ سال می‌داد.[۹۵] قرارداد اعطای امتیـاز بـه شرح مذکور، با قرارداد شرکت نفت عربی ـ امریکایی تعارض آشکار داشت. شرکت نفـت عربـی ـ امریکایی ادعا کرد، قرارداد امتیاز نفتی در سال ۱۹۳۳ توسط عربـستان سـعودی اعطـا شـده کـه

---

87. *Id*. at 173.
88. *Id.* at 174-75.
89. *Id.* at 171.
90. *Id.* at 175.
91. *See*: Amerasinghe, *supra* note 30, at 37.
92. *See:* Curtis, supra note 7, at 331-32.
93. *See:* Garcia-Amador, *supra* note 65, at 39.
94 . 27 I.L.R. 117 (1963).
95. *See:* Alan Redfern & Mrtinhunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 373 (3d ed., 1999).

به‌موجب آن، به شرکت عربی‌ـ امریکایی حق انحصاری داده شده بود تا از منطقه امتیازی خود در عربستان سعودی، نفت استخراج و حمل نماید.[۹۶]

به‌دلیل این تعارض، در سال ۱۹۵۵، دیوان داوری میان پادشاهی عربستان سعودی و شرکت نفت عربی‌ـ امریکایی در ژنو بر اساس ارجاع به داوری موردی،[۹۷] اظهار داشت که شرط ثبات در قرارداد امتیاز شرکت عربی‌ـ امریکایی وجود داشته است. دیوان رأی داد که «به‌دلیل حاکمیت مطلق دولت در قلمرو سرزمینی، دولت دارای اختیار تضمین حقوق است و بر همین اساس می‌تواند خود را از انصراف از قرارداد پیش از انقضای دوران امتیاز، ممنوع نماید».[۹۸] در سال ۱۹۵۸ دیوان داوری با صدور رأی به نفع شرکت عربی‌ـ امریکایی اظهار داشت که دولت عربستان بر توافق خویش با شرکت عربی‌ـ امریکایی پایبند می‌باشد[۹۹] و بنابراین قرارداد شرکت *اُناسیس* با قرارداد اخیر در تعارض است. این پرونده از آن جهت اهمیت دارد که پس از پرونده *سافیر*، اولین موردی است که اعتبار شروط ثبات به‌موجب حقوق بین‌الملل به‌رسمیت شناخته شده است.[۱۰۰]

ب. پرونده‌های مربوط به ملی‌کردن توسط دولت لیبی

علی‌رغم آرای داوری اخیرالذکر، وضعیت حقوقی قراردادهای منعقده میان دولتها و شرکتهای خارجی «مبهم و بحث‌انگیز» باقی مانده، به‌نحوی که هرگونه تصمیم داوری یا قضائی بسیار مفید بوده است.[۱۰۱] سه پرونده لیبیایی [که در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرند] پس از ملی‌کردن سهام شرکتهای خارجی به‌موجب قراردادهای امتیاز نفتی بلندمدت که این نوع از سهام را بوجود آورده بود، مطرح شدند.[۱۰۲]

---

96. *Id.* at 373.

97. *Id.*

98. 27 I.L.R. at 168: *See* also: *Mobil Oil Iran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3 (1987).

(قاضی براوِر به‌عنوان موافق). (رویه‌های حقوقی معتبر بین‌المللی مبین این نتیجه هستند که قیود قراردادی همچون [ثبات]، در دورانی که برای آن مقرر شده، حکومت را از اعمال حقوق خود که به‌موجب دیگر اصول حقوق بین‌الملل برای ضبط مال بیگانگان برای اهداف عمومی و بدون تبعیض و با غرامتی عادلانه، به رسمیت شناخته شده، منع می‌نماید).

99. 27 I.L.R. at 169.

100. *See:* Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 246.

101. *See:* Greenwood, *supra* note 81, at

۱۰۲. تفسیرهای زیادی در خصوص این داوری‌ها از سوی حقوقدانان دانشگاهی ابراز شده و اکثر مسائل از سوی ایشان مطرح گردیده است. این مقاله، تنها بر این نکته تأکید دارد که چگونه محکمه داوری شرط ثبات را تفسیر می‌نماید. برای تحلیل کامل آیین و آرای داوری، رک.

See: *Id*. at 27-28; Robert B. Von Mehren & P. Nicholas Kourides, *International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases*, 75 **American Journal Of**

شرکتهای طرف این قراردادها «در تلاش برای اطمینان از ثبات قراردادی، شروطی در اختیار داشتند که مقرر می‌داشت، مجلس قانونگذاری لیبی نمی‌تواند بدون رضایت همه طرفهای قرارداد آن را تغییر دهد و نیز شرط انتخاب قانونی گنجانیده شده بود که به نحو استادانه‌ای از اعمال انحصاری قانون لیبی بر قرارداد جلوگیری می‌کرد».[۱۰۳] دو مورد از پیچیده‌ترین مسائل مرتبط با قراردادهای منعقده میان طرفهای خصوصی و دولت خارجی توسط این پرونده‌ها بوجود آمد؛ یکی اینکه تا چه حد طرفین قادرند تا قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند و دوم اینکه آیا ملی‌کردن می‌تواند به‌طور غیرقانونی و از طریق تنظیم چنین توافقهایی انجام گیرد؟[۱۰۴]

دولت پادشاهی لیبی قراردادهای امتیاز نفتی را با شرط داوری که شبیه پرونده‌های بین سالهای ۱۹۵۵ تا ۱۹۶۸ بود، اعطا کرد. هریک از قراردادهای امتیاز به شرکت طرف قرارداد حق انحصاری به‌منظور اکتشاف، استخراج و فروش نفت را از مناطق خاصی از سرزمین لیبی برای مدت ۵۰ سال می‌داد.[۱۰۵] همه شروط و مقررات مرتبط، در عباراتی یکسان مورد بحث واقع شده‌اند؛ چراکه آنها مبتنی بر قرارداد امتیاز نمونه‌ای بودند که در فهرست قانون نفت لیبی مصوب ۱۹۵۵، آمده بود.[۱۰۶]

سه مقرره مرتبط، برای حمایت از منافع شرکت نفت طرف قرارداد طراحی شده بودند.[۱۰۷] اولین آنها به‌عنوان شرط انتخاب قانون، درصدد بود تا قرارداد امتیاز را از حیطه حاکمیت قانون لیبی خارج سازد. آخرین اصلاحیه بند ۷ ماده ۲۸ مقرر می‌داشت:

> «این امتیاز تابع اصول حقوقی لیبی که با اصول حقوقی بین‌المللی مشترک بوده، می‌باشد و بر اساس آن تفسیر می‌شود و در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، تابع اصول‌کلی‌حقوقی، مشتمل بر اصولی که ممکن است توسط مراجع بین‌المللی به‌کار گرفته شوند، بوده و بر همان مبنا تفسیر می‌شود».[۱۰۸]

International Law, 476 (July1981); Robin C.A. White, *Expropriation of the Libyan Oil Concessions - Two Conflicting International Arbitrations*, 30 **International & Comparative Law Quarterly**, 1(1981); Note, *Unilateral Action by Oil-Producing Countries: Possible Contractual Remedies of Foreign Petroleum Companies*, 9 **Fordham International Law Journal**, 63 (1985-86).

103. *See:* Greenwood, *supra* note 81, at 27-28.

104. *Id*. at 28.

105. *See*: Von Mehren & Kourides, *supra* note 102, at 478-79.

106. *Id*. at 478.

107. *See*: Greenwood, *supra* note 81, at 28.

۱۰۸. تاریخچه قرارداد امتیاز در پرونده شرکت نفت ماورای بحار *تگزاکو* و شرکت نفت آسیایی *کالیفرنیا* و *دولت جمهوری عربی لیبی* مورد بررسی قرار گرفته است، رک.

53 **International Law Reports**, 389 (1978). Clause 28 (7) is reproduced in 53 I.L.R. 297, at 303.

دومین پیش‌بینی مهم، ماده ۱۶ یعنی شرط ثبات بـود کـه قـرارداد را از هرگونـه مـسائل حاشیه‌ایِ ناشی از تغییرات بعدی در قانون لیبی استثنا می‌کرد. آخـرین اصـلاحیه مـاده ۱۶ مقـرر می‌داشت:

«۱. دولت لیبی باید تمامی اقدامات لازم را جهت برخورداری شرکت از همه حقـوق اعطـاشـده به‌موجب قرارداد امتیاز، مبذول دارد. حقوق قراردادی که صریحاً به‌وسـیله قـرارداد امتیـاز حاضـر بوجود آمده‌اند جز با رضایت طرفین قرارداد تغییر نخواهند کرد.

۲. این امتیاز در طول مدت اعتبار، بر طبق قانون نفت و دستورالعمل‌هایی که در تـاریخ اجـرای توافق اصلاحی که به‌موجب پاراگراف ۲ در این قرارداد امتیاز ایجاد شده‌اند، تفسیر می‌شـود. هـر اصلاح یا الغای چنین مقرره یا دستورالعملی بر حقوق قراردادی شرکت، بدون رضایت آن، تـأثیر نخواهد داشت».[۱۰۹]

نهایتاً، ماده ۲۸ مقرر می‌دارد که همه اختلافات بـه داوری ارجـاع مـی‌شـوند مگـر آنکـه طرفین دوستانه آن را حل و فصل نمایند.[۱۱۰] این مواد بدین معنی هستند کـه هریـک از طـرفین حق دارد تا موضوع را به داوری ارجاع دهد.[۱۱۱] بند ۳ ماده ۲۸ این امکـان را مـورد بررسـی قـرار می‌دهد که یکی از طرفین می‌تواند درصدد برآید تا شرط داوری را از طریق امتناع از تعیین یـک داور از اثر بیندازد که در این خصوص، ماده فوق بیـان مـی‌دارد: «در ایـن مـوارد، رئـیس دیـوان بین‌المللی دادگستری، اقدام به تعیین داور منفرد می‌نماید».[۱۱۲]

بین سالهای ۱۹۷۱ تا اوایل سال۱۹۷۴ دولت لیبی سهام و اموال شرکتهای نفتی خـارجی را در لیبی ملی کرد.[۱۱۳] «سه مرجع داوری مستقل، به مشروعیت ملی‌سازی و پرداخـت خـسارت به شرکتها رأی دادند».[۱۱۴] اگر چه آرای داوری عموماً به نفع شرکتهای خارجی بود، امـا «داوران، علی‌رغم شباهت بسیار این دعاوی به نتایج مختلفی دست یافتند».[۱۱۵]

---

109. 53 I.L.R. at 322.
110. *Id*. at 302.
111. *Id*. at 302.
112. *Id*. at 402-04.
113. *See*: Patrick M. Norton, *A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation*, 85 **American Journal Of International Law**, 474, 479 (1992).
114. *Id*. at 479.
115. *See*: Greenwood, *supra* note 81, at 28.

۱. پرونده شرکت با مسئولیت محدود لیبیایی اکتشاف بی.پی. و دولت جمهوری عربی لیبی[۱۱۶]

پرونده شرکت *بی.پی.* تنها دربردارنده یک قرارداد امتیاز بود که در ابتدا و در سال ۱۹۵۷ به *نلسون بَنکر هانت* اعطا گردید.[۱۱۷] در سال ۱۹۶۰، *هانت* نیمی از سهام خویش را به شرکت *بی.پی.* منتقل کرد.[۱۱۸] شرکت *بی.پی.* عملیات اکتشاف را شروع کرد و به مقادیر زیادی نفت دست یافت.[۱۱۹] *بی.پی.* به‌عنوان عامل *هانت* و مباشر از سوی خود فعالیت می‌کرد.[۱۲۰] در سال ۱۹۶۹، دولت پادشاهی سرنگون و یک نظام انقلابی برسرکار آمد.[۱۲۱] دولت جدید تعهد کرد تا به قراردادهای امتیازی که توسط سلف خویش اعطا شده بود، احترام گذارد.[۱۲۲] به هرحال در دسامبر ۱۹۷۱، به‌منظور انتقام برای آنچه که از آن می‌توان به‌عنوان شکست پادشاهی متحد انگلستان در جلوگیری از تصرف ایران بر جزایر سه‌گانه در خلیج فارس یاد کرد، دولت لیبی، همه سهام شرکت *بی.پی.* را که به‌موجب قرارداد امتیاز به او داده شده بود ملی اعلام کرد.[۱۲۳] مدتی کوتاه پس از قانون ملی‌کردن، شرکت *بی.پی.* کتباً از دولت لیبی درخواست ارجاع امر به داوری نمود.[۱۲۴] اما دولت لیبی از پاسخ به این درخواست، امتناع نمود که متعاقب آن شرکت *بی.پی.* از رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست کرد تا یک داور تعیین کند.[۱۲۵]

دولت لیبی در روند داوری شرکت نکرد و رأی داور علیه کشور لیبی صادر گردید.[۱۲۶]

داور چنین تشخیص داد که قرارداد منعقده یک رابطه قراردادی از نوع قراردادهای اداری بوده که به‌موجب شرط ثبات، «آزادی دولت لیبی در تغییر یا ختم قرارداد امتیاز به‌وسیله اقدامات یک‌جانبه محدود شده است؛ مگر اینکه اثبات کند که واقعاً در منافع عمومی‌اش تغییراتی رخ داده است».[۱۲۷] بنابراین، هرچند، به‌شرط ثبات مندرج در ماده ۱۶ در متن رأی داوری یا در تصمیم

---

116. I.L.R. 297.

117. *Id*. at 298.

118. *See:* Greenwood, *supra* note 81, at 29.

119. *Id*.

۱۲۰. دعوای دیگری بین آقای *هانت* و *بی.پی.* در ایالات متحده و انگلیس مطرح بود. دعوای مذکور از موضوع این مقاله خارج است، با این‌حال برای جزئیات موافقتنامه طرفین، رک:

B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd v. Hunt (No.2) [1979] 1 W.L.R. 783; *Hunt v. Coastal States Gas Producing Company*, 570 S.W. 2d 503 (1978).

121. *B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd v. Hunt* (No.2) [1979] 1 W.L.R. 783, at 792.

122. *See:* Greenwood, *supra* note 81, at 29.

123. *Id*.

124. 53 I.L.R. 389, 390.

125. *Id*. at 399.

126. *Id*.

127. *See*: White, *supra* note 102, at 5-6.

نهایی، صریحاً اشاره نشده بود، اما داور اظهار داشت که ملی‌کردن، نقض اساسی قرارداد امتیاز محسوب شده؛ چراکه منجر به فسخ کامل قرارداد می‌شود.[۱۲۸]

۲. پرونده شرکت نفت ماورای بحار تگزاکو/ شرکت نفت آسیایی کالیفرنیا و دولت جمهوری عربی لیبی[۱۲۹]

پرونده تگزاکو/ کالاسیاتیک، سرگذشتی شبیه پرونده شرکت *بی.پی.* دارد. بین سالهای ۱۹۵۵ تا ۱۹۶۸، *تگزاکو* و *کالاسیاتیک* که هر دو شرکت امریکایی بودند، چهارده قرارداد امتیاز نفتی را از دولت پادشاهی لیبی به‌دست آوردند.[۱۳۰] در سال ۱۹۷۳، دولت انقلابی لیبی ۵۱ درصد از سهام شرکتها را در قرارداد امتیاز ملی کرد.[۱۳۱] هنگامی‌که شرکتها شروع به ارجاع موضوع به داوری نمودند، ۴۹ درصد باقیمانده سهامشان نیز ملی شد.[۱۳۲] دولت لیبی به درخواست شرکتها مبنی بر تعیین داور پاسخ نداد، اما هنگامی که شرکتها به‌موجب بند ۳ ماده ۲۸ از رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری تقاضای تعیین داور نمودند، دولت لیبی طی لایحه‌ای با چنین انتخابی مخالفت کرد.[۱۳۳] لیبی ضمن اعتراض به آیین رسیدگی داوری اظهار داشت که اختلافات نباید به داوری ارجاع شود چرا که ملی‌کردن از اعمال حاکمیت محسوب می‌شود.[۱۳۴] پس از بررسی لایحه، رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری داور منفردی تعیین کرد.[۱۳۵] رأی ابتدایی داوری (دایر بر صلاحیت) در نوامبر ۱۹۷۵ صادر و متعاقب آن رأیی راجع‌به ماهیت در ژانویه ۱۹۷۷ صادر گردید.[۱۳۶]

داور پرونده *توپکو* که تمام مسائل را با جزئیات کامل بررسی کرده بود به نتایج متفاوتی در خصوص حق برخورداری از غرامت دست یافت.[۱۳۷] او در ابتدا این نکته را که قرارداد، اداری به شمار می‌آید، رد کرد.[۱۳۸] سپس اقدام به بررسی ماهیت و مفاهیم ضمنی شرط ثبات نمود.[۱۳۹] داور در آغاز اظهار داشت که ماده ۱۶، «در اصل، به حاکمیت دولت لیبی خدشه‌ای وارد نمی‌کند»؛

---

128. 53 I.L.R. at 329.
129. 53 I.L.R. 389 (1979).
130. *See:* Greenwood, *supra* note 81, at 30.
131. *Id*.
132. 53I.L.R. at 393-8.
133. *See*: von Mehren & Kourides, *supra* note 102, at 489.
134. *Id*. at 489.
135. *Id*.
136. 53 I.L.R. 389 (1979).
137. *See* White, *supra* note 102, at 6.
138. *See Id*.
139. *Id*.

چراکه همه اختیارات تقنینی و حاکمیتی لیبی محفوظ بوده، به‌گونه‌ای که دولت لیبی می‌توانست قدرت و اختیارش را با اشخاصی که در قبال آنها تعهدات قراردادی نداشته، به مرحله اجرا گذارد.[۱۴۰] داور در این رابطه بیان داشت:

«صرف پذیرش حق ملی‌کردن در حقوق بین‌الملل کافی نیست تا به یک دولت اختیار دهد تا بتواند تعهدات خویش را نادیده بگیرد، چرا که حقوق بین‌الملل نیز اختیار دولت را در متعهد ساختن خویش از نظر بین‌المللی به‌ویژه با پذیرش گنجاندن شرط ثبات در قرارداد که با شخص خصوصی خارجی منعقد کرده می‌پذیرد».[۱۴۱]

داور سپس با معتبر دانستن شروط ثبات به نتیجه زیر دست یافت:

«بنابراین، در مورد حقوق بین‌الملل قراردادها، ملی‌کردن نمی‌تواند بر قراردادی که بین‌المللی محسوب شده و حاوی شروط ثبات بوده و میان دولت و شرکت خصوصی خارجی منعقد شده، غلبه کند. این وضعیت تنها در صورتی متفاوت خواهد بود که بتوان چنین نتیجه گرفت که اعمال حق ملی‌کردن از سوی دولت، فی‌نفسه آن دولت را در موقعیتی فراتر و برتر نسبت به عقد و نظم حقوقی بین‌المللی قرار می‌دهد و به‌مثابه قانون حکومتی است که فراتر از حیطه تعدیل قضائی یا هر جرح و تعدیل دیگری به‌شمار آید».[۱۴۲]

اهمیت داوری پرونده *توپکو* در این است که اولاً داور، قرارداد امتیاز را بین‌المللی اعلام کرد و ثانیاً شرط ثبات را به‌عنوان مبنای عمل تفسیر نمود. به‌بیان دیگر، داور اظهار داشت «هنگامی که قرارداد بین‌المللی محسوب می‌شود، طرفین در وضعیت مساوی قرار داشته و دولت میزبان، به تضمینهایی که در مقابل سرمایه‌گذار نموده، ملتزم است».[۱۴۳]

۳. *پرونده شرکت نفت لیبیایی ـ امریکایی و دولت جمهوری عربی لیبی*[۱۴۴]

آخرین داوری که در پی ملی‌کردن شرکتها توسط دولت لیبی انجام شد، مربوط به پرونده *لیامکو* است. این پرونده به پرونده *توپکو* شباهت داشت؛ با این تفاوت که این شرکت یکی از شرکتهای نفتی مستقل کوچک بود که توسط دولت پادشاهی لیبی به مشارکت ترغیب شده

---

140. *Id.*17 I.L.M. 1, 24-25 (1978).
141. *Id.*
142. 17 I.L.M. at 25.
143. *See*: White, *supra* note 102, at 11.
144. 62 I.L.R. 140 (1977); 20 I.L.M. 1 (1977).

بود.[۱۴۵] شرکت *لیامکو* از ایالت *دِنور* امریکا، ۲۵ درصد از سهم مشاع و نیمی از منافع را در سه قرارداد امتیاز به‌هنگام انقلاب لیبی، مالک شده بود.[۱۴۶] ۵۱ درصد از سهام شرکت *لیامکو* در همان زمان ملی‌شدن سهام شرکت *توپکو*، ملی اعلام شد.[۱۴۷] دوباره، هنگامی که شرکت *لیامکو* ارجاع اختلاف به داوری را آغاز کرد، سهام باقیمانده نیز ملی گردید.[۱۴۸] روند داوری در این پرونده از آن جهت که دولت لیبی در جلسات داوری شرکت نکرد، به پرونده *توپکو* شباهت داشت.[۱۴۹] رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری بنابر درخواست شرکت *لیامکو* یک داور تعیین و رأی داوری در ۱۲ آوریل ۱۹۷۷، صادر شد.[۱۵۰]

در تحلیل شرط ثبات، داور منفرد احراز کرد که «شرط ثبات نه فقط بر اساس قانون نفت لیبی، بلکه همچنین به‌موجب اصل کلی تضمین قراردادها که هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است، تحقق یافته است».[۱۵۱] داور تا آنجا پیش رفت که بیان داشت از آنجا که قراردادهای امتیاز شرکت *لیامکو* الزام‌آور بوده، فسخ آن معتبر نخواهد بود مگر آنکه «رضایت متقابل طرفین قرارداد، مطابق با اصل ضمانت اجراهای قراردادهای مزبور و به‌ویژه شروط صریح، ماده ۱۶ قرارداد، وجود داشته باشد».[۱۵۲] به هرحال، نتیجه رأی داوری با دیدگاههای داور در ارتباط با اعتبار و صحت شروط ثبات سازگاری نداشت، بنابراین و به همین علت ارزیابی اینکه شرط ثبات چگونه رأی داوری را تحت تأثیر قرار داده، مشکل است.[۱۵۳]

ج. دیگر پرونده‌های دربردارنده شروط ثبات

۱. *پرونده اگیپ و جمهوری مردمی کنگو*[۱۵۴]

در ۱۲ ژانویه ۱۹۷۴، همه بخش‌های توزیع نفت در کنگو ملی شدند.[۱۵۵] این اقدام تمام شرکتهایی را که در این بخش فعالیت می‌نمودند، تحت تأثیر قرار داد؛ به‌جز *اگیپ* که در روزهای اخیر با دولت، در مورد فروش ۵۰ درصد از سرمایه *اگیپ* مذاکره کرده بود.[۱۵۶] قرارداد میان *اگیپ*

---

145. 62 I.L.R. at 155.
146. *Id*. at 155-56.
147. *Id*. at 162.
148. *Id*. at 165.
149. *Id*.
150. *Id*. at 165-220.
151. 62 I.L.R. at 31.
152. *Id*. at 62.
153. *See*: Garcia-Amador, *supra* note 65, at 44.
154. 21 I.L.M. 726 (1982).
155. *See:* Garcia-Amador, *supra* note 65, at 44.
156. 21 I.L.M. at 727.

و دولت لیبی دربردارنده چندین شرط ثبات[۱۵۷] و شرط داوری بود. در ۱۲ آوریل ۱۹۷۵، رئیس‌جمهور کنگو دستور ملی‌کردن *اگیپ* را داد.[۱۵۸] متعاقب این دستور، ارتش، اداره مرکزی شرکت را تصرف و تمام دارایی‌ها، پرونده‌ها و اسناد حسابداری را توقیف کرد.[۱۵۹]

اگیپ، درخواست ارجاع اختلاف به داوری نمود.[۱۶۰] همانند داور *توپکو*، مرجع داوری اظهار داشت، شروط ثبات که دولت آزادانه آنها را پذیرفته، «اصول راجع‌به اختیار قانونگذاری مطلق و تنظیم روابط از سوی دولت را متأثر نمی‌سازد؛ چرا که دولت این اختیارات را در رابطه با اتباع داخلی یا بیگانگانی که در مقابل آنها التزام مشابهی ننموده، حفظ می‌کند».[۱۶۱] از این‌رو، حکم شد که شروط ثبات، به‌موجب حقوق بین‌الملل معتبر و قابل‌اجراست.[۱۶۲]

۲. پرونده دولت کویت و شرکت نفتی امریکایی ایندیپندنت[۱۶۳]

در سال ۱۹۴۸، امیر کویت، قرارداد امتیاز نفت را برای مدت ۶۰ سال به شرکت *امین‌اُویل* که شرکتی امریکایی بود، واگذار کرد.[۱۶۴] قرارداد امتیاز حاوی شرط ثبات بود که مقرر می‌داشت:

> «شیخ (امیر) کویت جز از طریق آنچه که در ماده ۱۱ مقرر شده است، حق نخواهد داشت تا از طریق قانون عام یا خاص یا اقدامات اداری یا هرگونه اقدام دیگری این قرارداد را الغا نماید. هیچ تغییری در مفاد و عبارات این قرارداد توسط شیخ کویت یا شرکت صورت نخواهد گرفت به‌جز در مواردی که شیخ و شرکت به این توافق مشترک نائل آیند که آن مورد با منافع هر دو طرف نامطلوب است تا در نتیجه بتوانند تغییر، الحاق یا اضافات خاصی، در آن صورت دهند».[۱۶۵]

---

۱۵۷. در یکی از شروط ثبات، دولت اقداماتی را پذیرفت که به‌موجب آن از اعمال اصلاحات آتی قوانین که ساختار و ترکیب شرکت را متأثر می‌نماید، خودداری کند. رک. Garcia-Amador, *supra* note 65, at 45.

158. 21 I.L.M. at 729.

159. *See*: Christopher Koa, *The International Bank for Reconstruction & Development & Dispute Resolution: Conciliating and Arbitrating with China through the International Center for Settlement of Investment Disputes*, 24 **New York University Journal of International Law & Policy**, 439, 459 (1991).

160. *Id.*

161. 21 I.L.M. at 735-36.

162. *See*: Waelde & Ndi, *supra* note 9, at 245.

163. 21 I.L.M. 976 (1982).

164. George Delaume, *Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria*, 63 **Tulane Law Review**, 575, 606 (Feb. 1989).

165. 21 I.L.M. at 990-91.

در سال ۱۹۶۱، توافقنامه‌ای تکمیلی مورد مذاکره قرار گرفت که قرارداد امتیاز را اصلاح می‌کرد.[۱۶۶] در سال ۱۹۷۷، پس از چندین سال تلاش جهت اصلاح قرارداد و افزایش دستمزد شرکت *آمین اُویل*، کویت قانونی را وضع کرد که به قرارداد امتیاز خاتمه داد.[۱۶۷] درسال ۱۹۷۹، طرفین توافق کردند تا اختلافات فی‌مابین را به داوری موردی ارجاع دهند.[۱۶۸]

شرکت *آمین اُویل*، ادعا کرد که قرارداد امتیاز غیرقانونی لغو شده؛ چرا که شرط ثبات وجود داشته و الغای قرارداد تخلف از حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود.[۱۶۹] به دلیل اینکه قرارداد امتیاز چندین بار مورد مذاکره قرار گرفته بود، دیوان داوری احراز کرد که «شرط ثبات دیگر صلابت پیشین را ندارد».[۱۷۰] به هرحال، دیوان داوری نتیجه گرفت که شروط ثبات مانع الغای قرارداد نمی‌باشند، مشروط بر آنکه چنین شروطی هنوز الزام‌آور محسوب شوند. علاوه بر آن، دیوان داوری صریحاً استدلال کویت در خصوص حاکمیت دائمی را نپذیرفت.[۱۷۱]

۵. نتیجه گیری

کشورها با داشتن ذخیره‌های نفتی قابل‌توجه بدون توانایی مالی جهت توسعه و گسترش این منابع، همواره به شرکتهای نفتی خارجی که توسعه مالی و فنی، اکتشاف و تولید این منابع را تأمین می‌کنند، وابسته بوده‌اند. این امر به‌ویژه با ضروریات کشورهای تازه استقلال‌یافته در اروپای مرکزی و شرقی انطباق کامل دارد.

به‌منظور مقابله با این چالش، دانستن اینکه چگونه، چه زمان و چرا شروط ثبات در گذشته به‌کار گرفته می‌شده و آرای داوری چگونه با شروط ثبات برخورد می‌کنند، هم برای شرکتها و هم برای کشورهای میزبان دارای اهمیت است. آرای داوری که در این مقاله مورد بحث واقع شد نشان می‌دهد که این شروط با جدیت توسط داوران به‌کار گرفته می‌شوند. به‌کارگیری زبان صحیح در این‌گونه شروط چندان اهمیتی ندارد؛ شروط مذکور، بیشتر از منظر سیاسی مورد بررسی قرار می‌گیرند. از این دیدگاه، محدودیتهای حاکمیت به‌موجب شروطی از این قبیل، در پرتو اوضاع و احوال حاکم بر معامله، مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

---

166. *Id*. at 991.
167. *Id*. at 998.
168. *See:* Delaume, *supra* note 164, at 607.
169. *Id.*
170 . 21 I.L.M. at 1024.
171. *See:* Garcia-Amador, *supra* note 65, at 48.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۲۱۴ ـ ۱۹۳

ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی

علیرضا ابراهیم‌گل*

فهرست مطالب

چکیده
۱ـ درآمد
۲ـ تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان
الف ـ تدابیر حمایتی پیش از شروع محاکمه
ب ـ تدابیر حمایتی در طی محاکمه
ـ عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای متهم
ـ عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای عموم
ـ تدابیر معطوف به حمایت از شهود و قربانیان در برابر ضربه عاطفی مجدد
ج ـ قواعد حاکم بر تأمین ادله
د ـ شهادت کتبی
۳ـ موازنه حقوق متهم و شهود
۴ـ عدم تمایل شهود به شهادت
الف ـ عدم تمایل دولت به اجبار یک شاهد به حضور در دادگاه
ب ـ عدم تمایل شاهد به حضور در دادگاه
ج ـ عدم تمایل شاهد درخصوص پاسخ به سؤالات
۵ـ وضعیت خاص برخی گروههای شهود
الف ـ روزنامه نگاران
ب ـ ناظران حقوق بشری
ج ـ سازمانهای کمک‌رسانی و توسعه
د ـ هیأتهای صلیب سرخ
هـ ـ پرسنل مرتبط با فعالیتهای ملل متحد
نتیجه‌گیری

---

*. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

چکیده

اهمیت شهادت به‌عنوان یکی از ادله اثبات دعوای کیفری بر کسی پوشیده نیست و این مدعا در مورد هر دو نوع رسیدگیهای کیفری داخلی و بین‌المللی صادق است. در رسیدگیهای نوع اخیر کـه عمومـاً در پی مخاصمات داخلی و نقضهای شدید حقوق بشری و حقوق بشردوستانه و به همت جامعه بین‌المللی به‌عنوان تدبیری در جهت حفظ و اعاده صلح و تقویت عنصر عدالت در دوگانه صلح ـ عدالت و بازدارندگی از ارتکاب چنان جنایاتی در آینده به‌کار گرفته شده‌اند، مسئله شهادت اهمیت افزونتری می‌یابـد زیـرا کـه ترس از شهادت توسط شاهدان عینی، مانع از اثبات دعوای دادستان علیه متهم و نتیجتاً عدم محکومیـت متهمین و نفی استدلال بازدارندگی این محاکم مـی‌شـود. از سـوی دیگـر اسـتانداردهای پذیرفتـه شـده بین‌المللی که در کنوانسیونهای مختلف حقوق بشری متبلور شده‌اند حقوقی رابرای متهمین بر مـی‌شـمرد که مجموعاً تحت عنوان «حق بر دادرسی عادلانه» طبقه‌بندی شده‌اند و محاکمه بدون آنها مورد پذیرش نخواهد بود؛ لذا ما با دو ضرورت حفظ و رعایت حقوق متهم و حمایت از شهود مواجهیم و می‌توان گفـت در صورت ایجاد تعادل میان این دو ضرورت است که رسیدگی واجد وصف «منصفانه» خواهد بود.

واژگان کلیدی: شهادت ـ رسیدگیهای کیفری ـ حقوق بـشر ــ حقـوق بـشردوستانه ــ دادرسـی منصفانه ـ برابری امکانات دفاع

گواهان، چشمها و گوشهای دستگاه اجرای عدالتند و دستگاه کشف جرم بی‌ایشان کر و کور می‌ماند.

جرمی بنتام

۱ـ درآمد

بی‌تردید اعتبار هرسیستم قضائی و هر محکمه قضائی و اعتماد طرفین دعوی و عموم نسبت به آن به وجود یک دادرسی منصفانه بستگی مستقیم دارد. حق برخورداری از «دادرسی منصفانه» در بردارنده مجموعه اصول و قواعدی است که جهت رعایت حقوق طرفین در رسیدگی به دعوای آنان پیش‌بینی گردیده است و در اسناد بین‌المللی حقوق بشری همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر (مواد ۱۰ و ۱۱)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (بندهای ۲ـ۷ ماده ۱۴)، کنوانسیون اروپایی (ماده ۶) و کنوانسیون امریکایی (ماده ۸) حقوق بشر آمده است و بر عرفی شدن یک سری استانداردهایی که به تقویت تضمینات حقوق بشری در اجرای عدالت کیفری منجر می‌شود دلالت می‌کند.[۱] اصولی همچون اصل برابری امکانات دفاع،[۲] اصل تقابل یا دوطرفه بودن دفاع، اصل لزوم مستدل بودن تصمیم مرجع رسیدگی و حق اطلاع و دسترسی به مفاد و مدارک پرونده. بدون رعایت این موارد در جریان دادرسی، امکان دفاع مؤثر از سوی طرفین وجود ندارد و رسیدگی واجد صفت منصفانه نخواهد بود.[۳]

از سوی دیگر یکی از مهمترین ادله سنتی، مهم و شناخته شده اثبات دعوای کیفری، شهادت است و آن عبارت است از اخبار صحیح از وقوع امری به‌منظور ثبوت آن در دادگاه[۴] و شاهد (گواه) هر شخصی است که اطلاعاتی را در خصوص یک رسیدگی کیفری داراست و می‌تواند آنها را ارائه دهد یا پیشتر آنها را در اختیار مراجع مسئول قرار داده است.[۵] در زمانهای گذشته شهادت در امور کیفری قلمرو اجرایی وسیعی را به خود اختصاص می‌داد و بی‌قید و شرط آن را می‌پذیرفتند اما به‌تدریج اهمیت سابق خویش را از دست داد و بر اهمیت ادله کتبی افزوده شد. اما از آنجایی که جرم از امور اتفاقیه است و تحصیل سند کتبی جز در مورد یک سری جرایم

---

۱. یاوری، «اسدا...، حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم تابستان ۱۳۸۳، شماره ۲، ص۲۵۴.

2. Egalite des armes.

۳. یاوری اسدا...، پیشین، همان، ص۲۸۰.

۴. گلدوزیان، ایرج، حقوق کیفری تطبیقی، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد) ۱۳۷۴، ص ۹۸.

۵. توصیه شماره (۹) ۲۰۰۵ کمیته وزیران شورای اروپا به دولتهای عضو در خصوص حمایت از شهود و دیگر متهمانی که با سیستم قضائی همکاری می‌کنند.

خاص و معین، ممتنع است با وجود تردیدها و نقاط ضعفی که در شهادت و گواهی وجود دارد[۶] در امور کیفری نمی‌توان از آن صرف‌نظر کرد.[۷] اما یک سیستم کیفری مطلوب باید از هر دو جنبه شکلی و ماهوی سرآمد باشد به‌گونه‌ای که حقوق متهمین به همان اندازه حقوق عامه در فرآیند رسیدگی مراعات شود زیرا که اگر عدالت ایجاب می‌کند که مرتکب جرم مجازات شود همان عدالت اقتضا می‌کند که شخص مذکور تمام امکانات دفاع از خود را داشته باشد چه مجازات نکردن صد نفر بهتر از محکوم کردن یک نفر بی‌گناه است.[۸] لذا اثبات دعوی با شهادت همیشه باید با توجه به اصل برائت صورت گیرد اصلی که از آثار آن ضرورت اعطای فرصت و امکانات لازم به متهم جهت دفع اتهام از خود است.[۹] همان‌طور که متهم مجبور به مواجهه با شهود مخالف است از حق شهادت شهود موافق خود نیز برخوردار است. اما در همه سیستم‌های حقوقی درصورتی‌که این شهود، خود قربانی و مجنی‌علیه نیز باشند تدابیری خاص برای حمایت از ایشان در نظر گرفته می‌شود نظیر اینکه هویت ایشان برای متهم فاش نمی‌شود یا در مواجهه مستقیم با متهم شهادت نمی‌دهند و تدابیری جهت حمایت از تمامیت جسمی و روانی شهود، قربانیان و خانواده‌هایشان و جلوگیری از ضربه عاطفی مجدد[۱۰] به ایشان اتخاذ می‌شود. پس باید تلاش شود میان حقوق طرفهای یک دعوای کیفری یعنی دادستان، متهم و شهود و قربانیان تعادل برقرار شود. رسیدگیهای کیفری بین‌المللی نیز از این امر مستثنی نیستند و اعتبار و حیثیت یک دادگاه بین‌المللی کیفری نیز بسته به میزان موفقیت آن در ایجاد تعادلی نسبی میان حقوق این سه گروه دارد.[۱۱]

تاکنون بیش از هفت محکمه بین‌المللی کیفری تشکیل شده است[۱۲] که جز دیوان بین‌المللی کیفری مابقی حالت موقت دارند.[۱۳] این تحقیق در پرتو اسناد تأسیس این محاکم و رویه قضائی آنها به بررسی ابعاد شهادت در رسیدگیهایی می‌پردازد که از سوی این محاکم انجام

---

۶. برای مطالعات تکمیلی به فصل شهادت در کتاب «روانشناسی قضائی» نوشته پروفسور التاویلا ترجمه مرحوم دکتر مهدی کی‌نیا، مجد ۱۳۷۴ مراجعه کنید.

۷. آخوندی، محمود، «آیین دادرسی کیفری»، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۲، صص۱۱۶ـ۱۱۳.

۸. استفانی و دیگران، گاستون، «آیین دادرسی کیفری»، ترجمه دکتر حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۳.

۹. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ج۲، ص۲۰۵.

10. Retraumization.

۱۱. گیتی شیایزری، کریانگ ساک، حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، انتشارات سمت ۱۳۸۳، ص۵۳۴.

۱۲. دادگاه نظامی نورمبرگ برای محاکمه جنایتکاران آلمان نازی، دادگاه توکیو برای محاکمه جنایتکاران دولت ژاپن، دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی، دادگاه بین‌المللی کیفری رواندا، دادگاه تیمور شرقی، دادگاه سیرالئون و دیوان بین‌المللی کیفری.

13. Adhoc.

شده یا ممکن است در آینده انجام شوند و در تمام موارد به اصل ایجاد تعادل میان حقوق متهمان و شهود و قربانیان و تحقق عدالت توجه می‌کند. این اصل، ضرورت اتخاذ تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان در رسیدگی کیفری بین‌المللی را ایجاب می‌کند.

حال در مواردی که برای اثبات دعوای کیفری بین‌المللی حضور شاهد ضرورت داشته و او از حضور در محکمه استنکاف کند یا دولت متبوع او تمایلی به اجبار وی به حضور در دادگاه نداشته باشد یا نهایتاً حتی در صورت حضور به سؤالات دادستان پاسخ نگوید وضعیت چگونه است؟ همچنین وضعیت خاص برخی گروههای شهود موجب شده که در ادای شهادت وضعیت متمایزی نسبت به سایرین داشته باشند. فلسفه این ترجیحات و امتیازات چیست؟ کیفیت این تدابیر و پاسخ به این سؤالات دغدغه این تحقیق است.

۲ـ تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان

محاکم بین‌المللی کیفری عموماً به استثناء دیوان بین‌المللی کیفری پس از وقوع وضعیتهای نقض فاحش حقوق بشردوستانه و ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت تأسیس شدند تا مرتکبان آن اعمال را محاکمه و مورد مجازات قرار دهند تا از این طریق از وقوع چنین حوادثی در آینده جلوگیری شود و عدالت درخصوص ایشان اجرا شود. بسیاری از شهودی که در این محاکم شهادت می‌دهند خود قربانیان جرایمی هستند که متهم از بابت آنها محاکمه می‌شود. بسیاری از شهود از خانه‌هایشان رانده شده و تحت شکنجه، تجاوز به عنف و یا دیگر اشکال رفتار غیر انسانی قرار گرفته‌اند. به‌علاوه آنها متعلق به گروه نژادی ـ مذهبی متفاوتی با متهمان هستند. در نتیجه تداوم کینه و دشمنی بین گروههای مختلف نژادی، شهادت یک شاهد ممکن است نه تنها خود او بلکه خانواده‌اش و تمامی جامعه نژادی ـ مذهبی که به او تعلق دارد را در معرض خطر قرار دهد؛ لذا به جهت آنکه ایشان هم در اجرای عدالت همکاری کرده و هم متحمل آسیبی از این بابت نشوند، اتخاذ تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان در رسیدگیهای کیفری بین‌المللی ضروری است، تدابیری که در تمام اسناد تأسیس محاکم بین‌المللی پیش‌بینی شده و چه پیش از محاکمه، در طی آن و تا پس از پایان محاکمه تداوم دارد. اما نظر به ضرورت رعایت حقوق متهم، هرگونه تدابیر حمایتی باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱ـ متهم یا وکیل او باید این امکان را داشته باشد که صحت اظهارات شهود را مورد ارزیابی قرار دهد. این امر از طریق پرسش متهم یا وکیل مدافع او از شاهد یا پرسش دادستان از شاهد ممکن است؛

۲ـ تدابیر حمایتی تنها وقتی که «دقیقاً ضروری» باشد اتخاذ شود؛

۳ـ متهم نباید صرفاً براساس شواهد ارائه شده از سوی یک شاهد ناشناس محکوم شود

یا این شواهد نباید دلیل اصلی محکومیت او باشد.

الف ـ تدابیر حمایتی پیش از شروع محاکمه

بند (۱) ماده ۶۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به اتخاذ تدابیر مقتضی برای حمایت از امنیت و سلامت جسمی و روانی، شأن و محرمانه بودن هویّت قربانیان و شهود اشاره می‌کند و البته بر این امر تأکید می‌کند که این تدابیر نباید بر حق متهم به یک محاکمه منصفانه و بی‌طرفانه خدشه وارد کند. ماده ۲۲ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی نیز به تکلیف دادگاه در اتخاذ مقرراتی در جهت حمایت از قربانیان و شهود اشاره دارد. به‌دلیل مشابهت اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی با اساسنامه دادگاه کیفری روآندا، مقرره مشابهی نیز در اساسنامه دادگاه اخیر وجود دارد. بند (۱) ماده ۲۴ مقررات رسیدگی دادگاه تیمور شرقی نیز از اتخاذ تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان سخن می‌گوید.[۱۴]

محاکم فوق‌الذکر به‌صورت دقیق‌تر به محتوای این تدابیر در قواعد رسیدگی و ادله خویش پرداخته‌اند. به‌عنوان مثال بند (۳) ماده ۸۷ قواعد رسیدگی و ادله دیوان کیفری مقرر می‌کند که:

یک شعبه درصورت درخواست اتخاذ تدابیر حمایتی به‌موجب بند (۱) ماده حاضر، می‌تواند طی جلسه‌ای غیرعلنی برای ممانعت از افشای هویت یا موقعیت یک قربانی، شاهد یا دیگر اشخاصی که به‌دلیل گواهی یک شاهد در معرض خطر قرار خواهند گرفت تدابیری اتخاذ کند و دستور دهد که:

الف: نام قربانی، شاهد و دیگر اشخاصی که به‌دلیل شهادت یک شاهد در معرض خطر قرار خواهند گرفت یا هرگونه اطلاعاتی که به شناسایی او بینجامد از اسناد عمومی شعبه حذف شود؛

ب: دادستان، وکیل و هر شخص دیگری که در رسیدگیهای یک قضیه شرکت می‌کنند از افشای چنین اطلاعاتی به اشخاص ثالث منع شوند؛

ج: ادای شهادت از طریق تجهیزات الکترونیکی یا دیگر ابزارهای ویژه همچون استفاده از وسایل مربوط به تغییر تصاویر و صدا، استفاده از تکنولوژی دیداری ـ شنیداری نظیر ویدئوکنفرانس و تلویزیون مدار بسته انجام شود؛

د: برای شهود، قربانیان و دیگر اشخاصی که به‌دلیل شهادت یک شاهد در معرض خطر قرار می‌گیرند از نام مستعار استفاده شود.

همچنین بند (الف) ماده ۶۹ قواعد رسیدگی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و روآندا

---

14. Dixon Rodney and Khan, Karim, "International Criminal Courts, Practices, Procedures and Evidence", Sweet and Maxwell Publication Ltd (2003), pp. 230-32.

مقرر می‌دارند که:

در «*شرایط استثنائی*» دادستان می‌تواند از شعبه بدوی درخواست کند تا به عدم افشای هویت یک قربانی یا شاهد تا زمانی که تحت حمایت دادگاه قرار گیرد رأی دهد.

البته بند (ج) همان ماده بر این امر تأکید می‌کند که هویت شهود و قربانیان باید در مدت کافی پیش از شروع محاکمه فاش شود تا متهم و وکیل او وقت کافی برای دفاع داشته باشند. بند (ب) ماده ۷۵ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی و رواندا به تدابیر حمایتی مشابهی که در بند (۳) ماده ۸۷ قواعد رسیدگی دیوان بین‌المللی کیفری آمده بود اشاره می‌کنند. بند (۱) ماده ۳۵ مقررات رسیدگی دادگاه تیمور شرقی از رسیدگی غیرعلنی به قضایا و عدم افشای هویت شهود به‌عنوان تدابیر حمایتی سخن می‌گوید.[۱۵]

اما معیار تشخیص اینکه افشای هویت یک شاهد برای متهم یا وکیل او در مرحله پیش از محاکمه، علی‌رغم تعهد این دو مبنی بر عدم افشای عمومی آن ممکن است او را در معرض خطر قرار دهند چیست؟ در این خصوص اظهار شده است که دادستان باید شواهد عینی ارائه کند مبنی‌بر اینکه یک شاهد درصورت افشای نام در معرض خطر قرار می‌گیرد و صرف نگرانیهای یک شاهد به خودی خود برای احراز اینکه در معرض خطر قرار دارد کفایت نمی‌کند و باید شواهدی بیش از این ارائه شود زیرا این امر با حق متهم به دانستن هویت شاهد مربوط است.[۱۶]

ب ـ تدابیر حمایتی در طی محاکمه

تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان در طی محاکمه عبارتند از عدم افشای هویت شهود برای متهم، شهادت دادن از پشت پرده، ممانعت از افشای نام شهود برای عموم و رسانه‌ها، شهادت دادن در جلسات غیرعلنی یا در جلسه علنی با استفاده از تکنیک‌های تغییر چهره، صدا یا شهادت کتبی. به‌عنوان مثال درقضیه تادیج، هویت یکی از شهود از متهم مخفی نگه داشته شد یا در قضیه کرنوجلاچ ۲۶ شاهد با نام مستعار یا از پشت پرده یا با تغییر چهره شهادت داده‌اند.[۱۷]

موضوع حمایت از شهود نخستین‌بار در قضیه تادیج مطرح و از ۵ دسته تدابیر حمایتی سخن گفته شد که هم پیش از محاکمه، در طی آن و پس از محاکمه قابل اعمالند:

۱ـ تدابیری جهت عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای متهم؛

۲ـ تدابیری جهت محرمانه‌ماندن نام و هویت شهود و قربانیان از دسترس رسانه‌ها و عموم؛

---

15. Dixon and khan, *op.cit.*, pp. 233–34.

16. *Ibid*, pp. 235–36.

17. *Ibid*, pp. 239–40.

۳ـ تدابیر مربوط به جلوگیری از آسیب عاطفی مجدد به قربانی از طریق عدم مواجهه مجدد با متهم؛

۴ـ تدابیر گوناگون برای بعضی شهود و قربانیان؛

۵ـ تدابیر کلی برای تمامی شهود و قربانیانی که در محضر دادگاه شهادت می‌دهند.[۱۸]

در ذیل سه گروه نخست از این تدابیر را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ـ عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای متهم[۱۹]

بند (الف) ماده ۶۹ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی از عدم افشای هویت شهود برای متهم و وکیل او سخن می‌گوید. همچنین بند (ج) این ماده به افشای هویت قربانی یا شهود در مدت زمان کافی[۲۰] پیش از شروع رسیدگی اشاره می‌کند. بررسی این دو بند نشان می‌دهد که اولاً هم حقوق شهود و قربانیان و هم حقوق متهم لحاظ شده است و ثانیاً عدم افشا موقت است. حال اگر درخواست شود که هویت شهود و قربانیان به‌صورت دائمی افشا نشود وضعیت چگونه است آیا این امر با حق متهم به اطلاع از هویت شهود مغایرت ندارد. موضع رویه قضائی در این‌خصوص چیست؟

در قضایای مطروحه در دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق در قضایای بلاسکیچ، دلالیچ و تادیچ درخواست عدم افشای کامل هویت شهود مطرح شد.

در قضیه تادیچ شعبه بدوی شماره ۲ برای پذیرش عدم افشای کامل وجود پنج شرط را لازم دانست:

ـ ترس جدی (واقعی) برای امنیت و سلامتی شاهد یا خانواده‌اش وجود داشته باشد؛

ـ شهادت یک شاهد خاص برای اثبات ادعای دادستان اهمیت داشته باشد؛

ـ شعبه بدوی احراز کند علی‌الظاهر هیچ دلیلی مبنی‌بر عدم صداقت شاهد وجود ندارد؛

ـ یک برنامه حمایتی از شهود وجود ندارد یا ناکافی است؛

ـ هرگونه تدبیری که قرار است اتخاذ شود ضروری است.[۲۱]

در این قضیه شعبه مزبور رأی داد تا هویت تعدادی از قربانیان و شهود برای همیشه

---

18. Amerasingh, Chittharanjan. F, "Evidence in International Litigation", Martinus Niijhoff Publication (2005), pp. 342–43.

19. Anonymity.

۲۰. در قضیه کردیچ، شعبه بدوی در این خصوص مقرر کرده بود که هویت و گواهی شهودی که شهروند فعلی یا قبلی یا تبعه یوگسلاوی بودند باید طی ۲۱ روز از شروع محاکمه و هویت و گواهی سایر شهود طی ۳۰ روز از شروع محاکمه در اختیار متهم و وکیل او قرار گیرد. به نقل از Dixon & Khan , 236.

21. Amerasinghe, chittharanjan. F, *op.cit.,* pp. 347-48.

از متهم و وکیل او مخفی بماند. بعداً شروط پنج‌گانه مزبور در قضیه بلاسکیچ (۱۹۹۶) نیز مجدداً مورد تأیید قرار گرفت. با این وجود اسناد مربوط به دادگاه یوگسلاوی ناشناس‌ماندن شهود در جلسه محاکمه را نمی‌پذیرد. بند (۱) ماده ۲۹ و بند (۲) ماده ۲۱ اساسنامه دادگاه به‌حق متهم به محاکمه منصفانه و قسمت (۵) بند (۴) ماده ۲۱ به‌حق او جهت بازجویی از شهود مخالف اشاره دارند. بند (ب) ماده ۵۷ قواعد رسیدگی دادگاه که فهرست تدابیر حمایتی که شعبه می‌تواند صادر کند را برمی‌شمرد به «عدم افشای کامل» هویت یک شاهد برای متهم یا وکیل او در حین محاکمه اشاره نکرده است. قواعد رسیدگی دادگاه نیز در بندهای (الف) و (ج) ماده ۶۹ از عدم افشای کامل هویت یک شاهد سخن نگفته‌اند از این‌رو عدم افشای هویت یک شاهد در طی محاکمه مغایر قواعد رسیدگی دادگاه است. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در این‌خصوص ساکت است.[۲۲] دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز عدم افشای کامل هویت شهود را نپذیرفته است زیرا به اعتقاد این دادگاه «محاکمه منصفانه» مستلزم آن است که متهم فرصت کافی برای آماده کردن دفاعیات خویش و پرسش از شهود دادستان را داشته باشد و هنگامی‌که او نداند از کجا و توسط چه کسی متهم شده است قادر به این امر نخواهد بود.[۲۳] قاضی استفن در رأی مخالف خویش به‌شدت از رأی اکثریت انتقاد کرد[۲۴] زیرا این رأی حق متهم به محاکمه منصفانه را نقض کرده و ممکن است به محکومیت او براساس شواهد و ادله نادرست بینجامد و افزود ماده ۲۲ اساسنامه جلسات غیرعلنی را می‌پذیرد اما جلسات رسیدگی غیرمنصفانه را نمی‌پذیرد.[۲۵]

همچنین معقول است که این ماده را به‌گونه‌ای تفسیر کنیم که منظور از آن عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای رسانه‌ها و عموم باشد نه برای متهم یا وکیل او.[۲۶] در پاسخ به این استدلالات اظهار شده است که شرط محاکمه منصفانه را نمی‌توان به‌صورت انتزاعی درنظر گرفت. دادگاه کیفری یوگسلاوی در طی یک مخاصمه مسلحانه و با خطر واقعی برای امنیت و سلامت آنهایی که با آن همکاری می‌کنند ایجاد شده است. لذا دادگاه

---

۲۲. والین لوک، «قربانیان و شهود در جنایات بین‌المللی: از حق حمایت تا حق بیان»، دکتر توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، مجله حقوقی مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۳۴، بهار و تابستان ۸۵، ص ۵۴.

23. Amerasinghe, chittharanjan. F, *op.cit.*, pp. 349-50.

۲۴. قاضی استفن در بخشی از رأی خویش اظهار داشت که بند (۱) ماده ۲۰ مقرر می‌کند که حقوق متهم باید مورد احترام کامل (full respect) قرار گیرد در عین اینکه به حمایت از شهود و قربانیان باید «توجه مقتضی» (due regard) شود و این نشانگر تقدم و اولویت محاکمه منصفانه متهم بر تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان است. ازاین‌رو درصورتی‌که عدم افشای هویت شهود دادستان به‌طرز قابل توجهی متهم را از حقوقش محروم کند، دادگاه نمی‌تواند به این امر رأی دهد (صص ۱۰ و ۱۴ رأی جداگانه قاضی استفن) لذا حکم به عدم افشای هویت شهودی که برای دفاع متهم اهمیت بسیاری دارند چهره عدالت و فرآیند قضائی را مخدوش می‌کند. (صص ۲۱ـ ۱۹. همان)

25. Leigh , Monroe, American Journal of International law, Vo1. 90, No. 2 April 1996, p. 236.

26. Chinkin, Christine. M, American Journal of International law, Vo1. 91, No. 1, January 1997, p. 81.

باید به یکی از مهمترین جنبه‌های این مخاصمه مسلحانه یعنی شیوع ترس و نگرانی در میان غیرنظامیان توجه کند. این عامل از آن رو اهمیت دارد که برخلاف دادگاه نورمبرگ، تعقیب و رسیدگی به اتهامات در دادگاه کیفری یوگسلاوی به میزان زیادی متکی به شهادت ناظران عینی است. همچنین برخلاف بسیاری از محاکم داخلی، دادگاه کیفری یوگسلاوی در رابطه با مسئله امنیت شهود نمی‌تواند برنامه حمایتی موثری را به‌کار بندد که از مرزهای ملی فراتر رفته و از شهود در اماکن مختلف حفاظت شود. واحد شهود و قربانیان که به‌موجب ماده ۳۴ قواعد رسیدگی دادگاه در دفتر دادگاه تشکیل شده است نیز منابع بسیار محدودی دارد و تنها می‌تواند به‌هنگام حضور شهود در مقر دادگاه در لاهه از آنها حمایت به عمل آورد. ایمنی قربانیان و شهود نیز بخشی از منفعت جامعه بین‌المللی در جستجوی عدالت را تشکیل می‌دهد. شورای امنیت این دادگاه را به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد برای «پایان بخشیدن به جنایات ارتکاب‌یافته در یوگسلاوی سابق و اتخاذ تدابیر مؤثری برای محاکمه اشخاص مسئول آنها» تشکیل داده است. دادگاه مزبور سه کارکرد دارد: تحقق عدالت، بازدارندگی از ارتکاب جنایات بیشتر، کمک به اعاده و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی. عدم تمایل شهود به شهادت به‌دلیل نگرانی و ترس و تهدید از صدمه به سلامت شخصی و اعضای خانواده مانع از این می‌شودکه مسئولان ارتکاب چنان جنایاتی به‌گونه‌ای موفقیت‌آمیز تحت تعقیب قرار گرفته و مجازات شوند و این‌گونه ما از نیل به اهداف فوق بازمی‌مانیم. برای حل مشکل ناشناس ماندن شهود که درعین حال باید به هر دو ضرورت حمایت از شهود و رعایت کامل حقوق متهم توجه شود راه‌حلی از سوی وکیل مدافع متهم در قضیه بلاسکیچ ارائه شد. او در لایحه‌ای پیشنهاد داد که نوعی داور مستقل (ombudsman) از طرف شعبه منصوب شود تا مدارک و اسناد دادستان را مورد مطالعه قرار داده و آنهایی را که می‌توانند به تبرئه متهم بینجامند را تعیین کند. اگرچه شعبه در این قضیه این راه‌حل را ضروری ندانست، لکن می‌توان گفت در مواردی که تنها راه حمایت از شهود، ناشناس ماندن آنها باشد می‌توان آن را به‌کار گرفت.[۲۷] ازاین‌رو سؤالی که در نهایت مطرح می‌شود این است که آیا محاکمه منصفانه، متضمن حق مطلقی به دانستن هویت شخص وارد کننده اتهام است یا خیر.

محاکمه منصفانه اصولاً متضمن یک جلسه رسیدگی علنی است که در آن متهم این فرصت را دارد که شاهدان مخالف را مورد پرسش قرار داده و درخواست کند شهود موافق او نیز در جلسه حضور یابند. اما مقررات مربوط به محاکمه منصفانه جزء حقوق غیرقابل نقض

27. Zappala, Salvatore, "The Rights of Accused" in The Rome statute of the International criminal court: A commentary vol. 2, edited by Antonio Cassese, paola Gaeta and John. R.W.B. Jones, 2002.

مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیستند و این بدان معنی است که این مقررات مطلق نبوده و در شرایط استثنائی قابل محدود شدن هستند. حق اطلاع متهم از هویت شهود از این سنخ است.[۲۸]

ـ عدم افشای هویت شهود و قربانیان برای عموم

دستور عدم افشای هویت شهود و قربانیانی که در معرض خطر هستند یا به دلایل اجتماعی اصلح است که نام آنها در اختیار عموم و رسانه‌ها قرار نگیرد به درخواست دادستان توسط دادگاه صادر می‌شود. این دستور ممکن است در طی فرآیند رسیدگی و حتی پس از پایان آن در ارتباط با رسانه‌ها و عموم همچنان معتبر باقی بماند. این ادعا به‌ویژه در مورد قربانیان خشونتهای جنسی صادق است.[۲۹] محاکم داخلی عموماً با چنین روشهایی آشنا هستند. همچنان‌که در قضایای مربوط به خشونتهای جنسی و تجاوز به عنف به‌دلیل نیاز به محرمانه ماندن هویت شهود و قربانیان رسیدگی به‌صورت غیرعلنی برگزار می‌شود. این رسیدگیهای غیرعلنی مغایر با منصفانه بودن محاکمه محسوب نمی‌شود. بند (۱) ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی استثنائات وارده بر محاکمه علنی را برمی‌شمرد. محاکمه علنی عموماً برای اهداف اطلاع‌رسانی، آموزشی و جلوگیری از محاکمات ساختگی ضروری‌اند، اما این دلایل و اهداف هنگامی‌که نیاز به محرمانه بودن ضروری شناخته شود، کنار گذاشته می‌شوند.[۳۰] حمایت از شهود در برابر عموم اصولاً مضر به حقوق متهم شناخته نمی‌شود درصورتی‌که متهم و وکیل او به اسامی شهود و قربانیان دسترسی داشته و بتوانند در ارتباط با آنها تحقیقاتی را به عمل آورند.[۳۱]

ـ تدابیر معطوف به حمایت از شهود و قربانیان در برابر ضربه عاطفی مجدد

در این روش از تلویزیونهای مدار بسته یک‌طرفه یا دیگر تدابیری که این امکان را میسر می‌سازد که شاهد بدون دیدن متهم شهادت دهد و محدودیت درخصوص سؤالاتی که طرفین می‌توانند از شاهد بپرسند استفاده می‌شود عموماً چنین تدابیری در مورد قربانیان خشونتهای جنسی به‌کار می‌رود.[۳۲]

---

28. Chinkin, christine. M, *op.cit.,* pp. 75_77.

29. Morris, virgina and scharf, Michal. P, "An Insiders guide to the International criminal tribunal for former yogoslavia, Transnational Publisher Inc. (1995), pp. 244-45.

30. Amerasinghe, chitthanjan. F, *op.cit.,* pp. 351-52.

31. W.B Jones, John R, "protection of victims and witnesses", in Antonio cassese , *op.cit.,* p. 1363.

32. Amerasinghe, chittharanjan. F, *op.cit.,* p. 353.

ج ـ قواعد حاکم بر تأمین ادله

قواعد حاکم بر تامین ادله برای منصفانه بودن رسیدگیهای کیفری اهمیت دارند؛ به‌موجب قسمت (۵) بند (۴) ماده ۲۱ متهم حق دارد شاهدانی را که علیه او شهادت داده‌اند مورد پرسش قرار داده و درخواست کند که تحت همان شرایطی که گواهان مخالف او در جلسه حاضر شده‌اند شاهدان موافق او نیز در جلسه حضور یابند. مطابق قسمت (ب) همین بند متهم باید فرصت کافی و تسهیلات لازم برای آماده کردن دفاعیاتش را داشته باشد. ماده ۶۶ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی مقرر می‌کند که دادستان طی ۳۰ روز از اولین ملاقات با متهم باید تمامی اسناد مثبته به همراه کیفرخواست و هرگونه اظهاراتی را که از متهم اخذ کرده است دراختیار وکیل مدافع او قرار دهد. همچنین دادستان باید طی زمان مقرر توسط شعبه بدوی، رونوشتی از اظهارات تمام شهودی را که دادستان قصد دارد آنها را برای ادای شهادت در محاکمه دعوت کند در اختیار وکیل مدافع متهم قرار دهد.[۳۳]

د ـ شهادت کتبی[۳۴]

گواهی شهود در رسیدگی به ماهیت اتهامات کیفری علیه متهم اهمیت بسیاری دارد؛ اینکه یک شاهد شخصاً در برابر دادگاه شهادت دهد مزایایی دارد از قبیل اینکه:

الف: شخصی که پس از سوگند یاد کردن در محضر دادگاه شهادت می‌دهد از ماهیت جدی رسیدگیها و اهمیت شهادت صادقانه و دقیق و نتایج قانونی مترتب بر عدم شهادت یا شهادت غیرصادقانه آگاه‌تر خواهد بود؛

ب: هر دو طرف کاملاً این فرصت را خواهند داشت که راجع به موارد مطروحه در قضیه که در زمان محاکمه شفاف‌تر و واضح‌تر از زمان تحقیقات یا مرحله پیش از محاکمه است از شاهد سؤال کنند. شعبه بدوی نیز مطابق بند (ب) ماده ۸۵ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی این امکان را خواهد داشت که از شاهد سؤالاتی بپرسد؛

ج: قاضی رسیدگی‌کننده بهتر می‌تواند درخصوص ارزیابی قابل پذیرش بودن اظهارات شاهد به هنگام ادای شهادت تصمیم بگیرد.

با توجه به موارد فوق، اصل بر حضور شاهد در جلسه محاکمه است اما در بعضی وضعیتهای استثنائی امکان حضور شاهد وجود ندارد. در این موارد امکان استماع گواهی یک شاهد از طریق شهادت کتبی مطابق آیین مندرج در ماده ۷۱ قواعد رسیدگی دادگاه وجود دارد.

---

33. Amerasinghe, chittharanjan. F, *op.cit.,* pp. 354-55.

34. Deposition.

بدین منظور هر یک از طرفین می‌تواند از شعبه بدوی صدور دستوری برای شهادت کتبی و انتصاب یک مقام ناظر بر اخذ آن را درخواست کند.

این درخواست باید کتبی بوده و شامل تمام اطلاعات مربوطه همچون نام و نشانی شهود، موضوعات مورد سؤال، تاریخ و محل اخذ شهادت و شرایط استثنائی توجیه‌کننده این درخواست باشد. شعبه بدوی در صورت احراز دو شرط زیر درخواست شهادت کتبی را می‌پذیرد:

الف) موجه بودن اخذ شهادت کتبی به‌دلیل شرایط استثنائی؛

ب) احراز عادلانه بودن استفاده از آن در محاکمه.

از این روش عموماً در مواردی که یک شاهد مهم که در مراحل تحقیقات و پیش از جلسه محاکمه مورد بازجویی قرار گرفته است و متعاقباً به دلائلی همچون بیماری شدید، مرگ، تهدید و ناپدید شدن غیرقابل دسترسی بوده یا تمایل به ادای شهادت ندارد مورد استفاده قرار می‌گیرد.[۳۵]

۳ـ موازنه حقوق متهم و شهود

در فراز پیشین از اتخاذ تدابیر حمایتی برای شهود سخن گفتیم و اینک زمان آن فرارسیده است که از رابطه این تدابیر حمایتی با حقوق طرف دیگر یک دعوای کیفری یعنی متهم سخن گوییم. در بررسی اسناد تأسیس محاکم بین‌المللی دیدیم که همگی به الحان مختلف به این امر اشاره می‌کنند که تدابیر حمایتی نباید نافی حق متهم بر یک محاکمه منصفانه و بی‌طرفانه باشد. لذا در تمام موارد مربوط به درخواست حمایت از شهود و قربانیان باید این امر اثبات شود که تدابیر درخواستی با حقوق متهم به‌ویژه به‌حق او بر رسیدگی علنی مغایر نباشد.[۳۶] یعنی میان دو منفعت یعنی حق متهم بر یک محاکمه منصفانه و حق شاهد بر تدابیر حمایتی توازن برقرار شود. حقوق متهم در مواد ۲۰ و ۲۱ اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی و همچنین ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر آمده است. البته در اعمال مقررات اخیر باید به ماهیت خاص دادگاه و اساسنامه آن توجه کرد زیرا در مقررات اساسنامه تعهدی ایجابی به حمایت از شهود و قربانیان وجود دارد این در حالی است که هیچ‌یک از مقررات مذکور به حمایت از شهود و قربانیان به‌عنوان یکی از ملاحظات اولیه اشاره نمی‌کنند؛ لذا در اعمال اصل محاکمه منصفانه یک متهم مندرج در اسناد حقوق بشری باید به مقررات اساسنامه و قواعد رسیدگی آن توجه شود.[۳۷] این مواد مقرر می‌کنند که برای تسهیل انجام یک

---

35. Morris and scharf, *op.cit.*, p. 349-51.

36. Dixon and Khan, *op.cit.*, p. 240.

۳۷. مواد ۲۰ و ۲۲ اساسنامه و ماده ۵۷ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق.

محاکمه منصفانه، شهود و قربانیان باید مورد حمایت قرار گیرند. البته نظری هم وجود دارد که معتقد است بررسی مواد ذی‌ربط نشانگر اولویت حق متهم بر محاکمه منصفانه نسبت به‌حق شهود بر تدابیر حمایتی است. آنها به این اشاره می‌کنند که بند (۱) ماده ۲۰ اساسنامه مقرر می‌کند شعبه بدوی باید تضمین کند که یک محاکمه، منصفانه و سریع بوده و با یک سری قواعد رسیدگی و با رعایت کامل «حقوق متهم و توجه مقتضی» به حمایت از شهود و قربانیان انجام شود. بند (الف) ماده ۷۵ قواعد رسیدگی دادگاه کیفری یوگسلاوی مقرر می‌کند یک قاضی یا یک شعبه می‌تواند به درخواست شخص ذی‌نفع یا هر یک از طرفین یا شهود و قربانیان ذی‌ربط به تدابیر مقتضی برای محرمانه ماندن و حمایت از شهود و قربانیان رأی دهد مشروط بر آنکه این تدابیر با حقوق متهم مغایر نباشند. بررسی این مواد نشان می‌دهد که اگرچه در این مواد به تدابیر حمایتی از شهود و قربانیان اشاره شده اما آنها امکان تحدید منصفانه بودن محاکمه به‌عنوان یکی از حقوق متهم را نمی‌پذیرند. بنابراین اگرچه آنها به توازن حقوق طرفین اشاره دارند اما در تحلیل نهایی می‌توان گفت که حقوق متهم اولویت دارد[۳۸] و دادگاه خود باید به‌عنوان بهترین مدافع حقوق بشر عمل کند و به‌ویژه از حق هر متهم به محاکمه منصفانه مطابق استانداردهای موجود رسیدگی مقتضی به‌موجب حقوق بین‌الملل معاصر پاسداری کند.[۳۹]

۴ـ عدم تمایل شهود به شهادت

در رسیدگیهای کیفری حقوق داخلی، محاکم صلاحیت دارند در مواردی که حضور یک شاهد در جهت منفعت عدالت لازم باشد او را ملزم به حضور کرده و در صورت استنکاف با او برخورد قانونی کنند. در رسیدگیهای کیفری بین‌المللی نیز چنین صلاحیتی برای محاکم شناخته شده است. در این خصوص می‌توان به بند (۱) ماده ۶۵ قواعد رسیدگی دیوان بین‌المللی کیفری و ماده ۲۹ اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق و بند (۱) ماده ۱۷ اساسنامه دادگاه نورمبرگ اشاره کرد.[۴۰] در چارچوب دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق درخصوص حق اجبار یک شاهد به حضور در دادگاه باید بین اجبار دولت و شاهد تفاوت گذارد. در حالت اول ممکن است یک دولت تمایلی به این نداشته باشد که یکی از اتباعش یا شخص دیگری که تحت صلاحیت اوست شهادت دهد. این امر می‌تواند ناشی از اجبار یکی از اعضای نیروهای مسلح او به شهادت باشد درصورتی‌که شواهدی مربوط به دوره خدمت از طرف آن دولت یا دوره جابجایی او به‌دست آید

38. Amerasinghe, chittharanjan. F, *op.cit.*, p. 344-46.

39. Chinkin, Christine. M, *op.cit.*, p. 79.

۴۰. البته در ارتباط با شهادت در دادگاه نورمبرگ باید خاطرنشان ساخت که ماده اخیر مقرر می‌کرد که شهود تنها «در صورت امکان» احضار می‌شوند و این خود حاشیه صلاحدید وسیعی به دولتها می‌داد که به‌نظر می‌رسید دادگاه بر آن کنترلی ندارد. به نقل از Zappala, p. 1322.

که نشانگر شرکت آن دولت در ارتکاب آن جرایم باشد. در حالت دوم یک دولت ممکن است به شهادت این شخص علاقمند باشد اما او خود تمایلی به این امر نداشته باشد.

الف ـ عدم تمایل دولت به اجبار یک شاهد به حضور در دادگاه

دادگاه کیفری یوگسلاوی به موجب قطعنامه ۸۲۷ شورای امنیت و براساس فصل هفتم منشور ملل متحد تأسیس شد. به‌موجب این قطعنامه تمامی دولتها موظفند که کاملاً با دادگاه و ارگانهای آن همکاری کرده و هرگونه اقدام لازم به‌موجب حقوق داخلی را در این راستا اتخاذ کنند. ماده ۲۹ اساسنامه این دادگاه مقرر می‌کند که دولتها باید در تحقیقات و تعقیب اشخاص متهم به ارتکاب نقضهای شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی با دادگاه همکاری کنند. راجع به شهود به‌موجب ماده ۳۹ قواعد رسیدگی دادگاه، دادستان می‌تواند شهود را احضار و از آنها بازجویی کند و در این جهت می‌تواند خواستار کمک و مساعدت مقامات دولتی ذی‌ربط شود و دولت نیز به‌موجب ماده ۲۹ اساسنامه موظف به این همکاری است. ماده ۵۶ قواعد رسیدگی دادگاه مقرر می‌کند دولتی که قرار بازداشت یا حکم انتقال یک شاهد را دریافت کرده است باید فوراً و با تمام تلاش خویش اجرای صحیح این حکم را تضمین کند. به‌علاوه ماده ۵۸ قواعد رسیدگی دادگاه مقرر می‌کند که تعهد مقرر در ماده ۲۹ اساسنامه بر هرگونه منع قانونی راجع به تسلیم یا انتقال ... یک شاهد به دادگاه که ممکن است ناشی از حقوق داخلی یا معاهدات استرداد دولت ذی‌ربط باشد اولویت دارد. پس مبنای تسلیم یا انتقال شهود یا متهمین به دادگاه، تعهد آن دولت همکاری با دادگاه است. حال درصورتی‌که یک دولت نتواند یک قرار انتقال را اجرا کند موظف است دلایل خویش را به دفتر دادگاه گزارش دهد. درصورت عدم وجود چنین گزارشی، دادگاه می‌تواند شورای امینت را از این امر مطلع سازد. همچنین دولتی که تمایلی به همکاری با دادگاه ندارد یا با مطلع نکردن شهود از درخواست دادگاه یا متقاعد نکردن ایشان برای شرکت در دادگاه در کار آن مانع ایجاد می‌کند ناقض ماده ۲۹ اساسنامه و تعهد خویش به همکاری با دادگاه است.[۴۱]

ب ـ عدم تمایل شاهد به حضور در دادگاه

توانایی مقامات دولتی برای اجبار شاهدی که تمایلی به گواهی ندارد به حقوق داخلی بستگی دارد. ممکن است قواعد حقوقی عامی در آن حقوق داخلی وجود داشته باشد که در ارتباط با صلاحیت بین‌المللی قابل‌اعمال باشد یا مقررات داخلی مربوط به همکاری با دادگاه در جهت

41. Hampson, Francoise. J, "International criminal tribunal for the fromer Yugoslavia and the reluctant witness, International comparative law quarterly, vol, 47, part 1, january 1998, pp. 55-57.

ایفای تعهد آن دولت به همکاری متضمن حق اجبار شهود به حضور در دادگاه باشد. به‌عنوان مثال بریتانیا به‌موجب ماده ۱۹ قرار ملل متحد متعهد به رعایت درخواستهای دادگاه جهت ارائه ادله است. ماده ۹ این قرار به دادگاه صالح اختیار می‌دهد که درصورت درخواست دادگاه یوگسلاوی حکم به بازداشت و انتقال شخصی دهد که راجع‌به او چنین درخواستی را دریافت کرده است. شاهدی که تمایل به حضور ندارد ممکن است مشمول مجازات مقرر در حقوق داخلی شده یا درصورتی‌که حقوق داخلی این‌گونه مقرر کند بازداشت و به دادگاه انتقال داده شود؛ درصورتی‌که چنین مقرراتی وجود نداشته باشد دولت مربوطه ناقض تعهدش در رابطه با همکاری با دادگاه محسوب می‌گردد، اما شاهد نمی‌تواند تحت صلاحیت دادگاه قرار گیرد.[۴۲]

در چارچوب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ماده ۹۳ تحت عنوان «سایر اشکال همکاری» درخواستهای همکاری دیوان از دولتها را در موارد مختلف لازم‌الاجرا شناخته است که یکی از آنها تسهیل حضور اختیاری شهود در محضر دادگاه است. ذکر عبارت «تسهیل حضور اختیاری» نشانگر عدم الزام به حضور است و به تبع آن دولتها نیز نمی‌توانند آنها را ملزم به حضور کنند. اما موضع اتخاذ شده در قوانین اخیرالتصویب کشورهایی همچون فنلاند و افریقای جنوبی مغایر این مقرره اساسنامه است. در این قوانین برای شاهد احضار شده از سوی دیوان بین‌المللی کیفری درصورت عدم حضور بدون عذر موجه، مجازات حبس یا جریمه پیش‌بینی شده است اما در قوانین بعضی کشورهای دیگر چنین الزامی پیش‌بینی نشده است.[۴۳]

ج ـ عدم تمایل شاهد در خصوص پاسخ به سؤالات

اگر شاهدی که تمایلی به حضور در دادگاه ندارد در دادگاه حاضر شود پرسش بعدی آن است که آیا او باید به سؤالات مطروحه پاسخ دهد و در صورت استنکاف قابل‌مجازات است یا خیر. قاعده کلی در این‌خصوص در بند (الف) ماده ۷۷ قواعد رسیدگی دادگاه آمده است که به‌موجب آن شاهدی که از پاسخ به سؤالات مربوط به مسئله تحت بررسی دادگاه خودداری می‌کند استهزاء کننده دادگاه تلقی شده و شعبه مربوطه می‌تواند او را به جریمه‌ای حداکثر تا ۱۰۰۰۰ دلار یا حداکثر ۶ ماه حبس محکوم کند. این رأی قابل‌تجدیدنظرخواهی است. این ماده منوط به بند (e) ماده ۹۰ قواعد رسیدگی دادگاه است. به‌موجب این ماده یک شاهد می‌تواند به اظهار هر مطلبی که به متهم شدن او بینجامد اعتراض کند. با این وجود شعبه می‌تواند او را مجبور به پاسخ به سؤالات کند. به‌عبارت دیگر درصورتی‌که شعبه ایراد شاهد را رد کند عدم پاسخ بعدی او به سؤالات، استهزاء دادگاه تلقی می‌شود. نهایتاً خود شعبه می‌تواند به دلایلی که

---

42. Hampson, Francoise. J, *op.cit.*, pp. 57-58.

۴۳. میر محمد صادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۸، صص ۵۸ـ۲۵۷.

مناسب می‌داند یک شاهد را از پاسخ به سؤالات معاف کند اما در ماده مربوطه بـه مبـانی چنـین معافیتی اشاره نشده است.[۴۴]

۵ـ وضعیت خاص برخی گروههای شهود

در رسیدگیهای کیفری بین‌المللی گروههایی از شهود در خصوص شهادت از امتیـازهـای خاص برخوردارند گروههایی همچون روزنامه‌نگاران، کارمندان صلیب سرخ، پرسـنل سـازمانهای کمک‌رسانی و توسعه و پرسنل سازمان ملل متحد. ممکن است این اشخاص تمایلی بـه شـهادت نداشته باشند و این عدم تمایل نه از باب ترس برای خود یا خانواده‌هایشان بلکه از آن روست که ممکن است شهادت آنها بر فعالیتهایشان در آینده تأثیر بگذارد. شاید در حالتی که بحث شـهادت یکی از اعضای یکی از این گروهها از سوی دادستان مطرح باشد دادستان بتواند به مقررات مـاده ۷۰ قواعد رسیدگی دادگاه استناد کرده و اطلاعاتی را که در اختیار او گذاشته شده محرمانه تلقـی کند و این‌گونه از افشای هویت ایشان خودداری کنـد. امـا در وضـعیتی کـه مـتهم یـا وکیـل او درخواست کنند که یکی از اعضای این گروهها در دادگاه حضور یافته تا او بتوانـد بـرای دفـاع از خویش از آنها سؤالاتی را بپرسد چه باید کرد. آیا می‌توان او را ملزم به حضور، پاسخ‌گویی و ادای شهادت کرد. بخشهای ذیل به‌دنبال پاسخ به این سؤال از دریچه بررسی وضـعیت ادای شـهادت توسط هریک از این گروههاست.

الف ـ روزنامه‌نگاران

یکی از مهمترین دلایلی که برای عدم شهادت از سوی روزنامه‌نگاران مطرح شده، ترس و نگرانی از ایمنی و سلامتی دیگر روزنامه‌نگاران است. استدلال دیگری مطرح شده است تحـت عنوان ضرورت عدم افشای منابع اطلاعاتی. اگر چنین ضرورتی پذیرفته نشود، اطلاعات و شواهد در اختیار عموم قرار نمی‌گیرد و لذا منافع عمومی اقتضا می‌کند که منابع اطلاعاتی مکتوم بمانند.

اهمیت حرفه روزنامه‌نگاری در حقوق بین‌الملل به‌رسمیت شناخته شـده اسـت. وضـعیت خبرنگاران جنگی همراه نیروهای مسلح مدتهاست که در حقـوق مخاصـمات مـسلحانه پذیرفتـه شده است. به‌علاوه تصمیمات مراجع بین‌المللی حقوق بشری نقش ویـژه‌ای بـرای مطبوعـات در یک جامعه آزاد قائل شده‌اند که یکی از آثار آن حق روزنامه‌نگاران بـه عـدم افـشا هویـت منـابع خبری خویش است و حتی در بعضی کشورها همچون سوئد افـشای منـابع خبـری توسـط یـک روزنامه‌نگار جرم است.

---

44. Hampson, Fransoise. J, *op.cit.*,P.S 8.

در مجموع می‌توان گفت که دلایل قوی در حمایت از این اصل مـی‌تـوان ارائـه داد کـه روزنامه‌نگاران نباید ملزم به افشای منابع خبری خویش شوند البته اگر منافع عدالت اقتـضاء کنـد یقیناً وضعیت متفاوت خواهد بود.[۴۵]

در رویه قضائی دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق رویه‌ای در جهت تأیید این اصل به چشم می‌خورد. در ۱۱ دسامبر ۲۰۰۲ شعبه استیناف دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق با نقض رأی شعبه بدوی، امتیـازاتی را برای خبرنگاران جنگی راجع‌به ادای شهادت پذیرفت. تفـصیل قـضیه از ایـن قرار است که در فوریه ۱۹۹۳ جاناتان سی راندال خبرنگار سـابق روزنامـه واشـنگتن پـست طـی مقاله‌ای در این روزنامه اظهاراتی را از برجانین که در آن زمان یک مسئول امور مسکن در بوسنی بود نقل کرد. این اظهارات در مصاحبه راندال با برجانین آمده بود که آن را با کمک روزنامه‌نگـار x که هویت او اعلام نشده است انجام داد. در این مقاله راندال از برجانین نقل کـرده بـود کـه او مدافع اخراج غیرصربها از این منطقه و ایجاد محیطی است که پاکسازی نژادی شده اسـت. ایـن مقاله همچنین از قصد برجانین برای تدوین قانونی جهت اجبار غیرصربها به خروج از خانـه‌هـای دولتی سخن می‌گوید. بعدها، برجانین به اتهامات جنایت علیه بشریت همچـون اخـراج و انتقـال اجباری، دستگیر و محاکمه شد. در ژانویه ۲۰۰۲ دادستان، مقاله راندال را به‌عنوان یکی از دلایـل اتهامی خویش علیه برجانین مطرح کرد زیرا دقیقاً با اتهام وی مرتبط بـود. رانـدال طـی نامـه‌ای آمادگی خویش جهت تأیید حقیقت و صحت اظهارات انتسابی به برجانین را اعـلام کـرد اگرچـه افزود که او ترجیح می‌دهد شهادت ندهد. برجانین ضمن رد این اظهارات استدلال می‌کرد او باید این امکان را داشته باشد که سؤالاتی را از راندال بپرسد. در این راسـتا دادسـتان از شـعبه بـدوی درخواست کرد که قراری جهت احضار شاهد[۴۶] صادر کند که شعبه مربوطه نیـز بـا ایـن موافقـت کرد. راندال به این قرار اعتراض کرد اما شعبه بدوی درخواست او را نپذیرفت و استدلال کـرد در اساسنامه دادگاه یا قواعد رسیدگی آن هیچ مقرراتی در تأیید امتیازاتی که او برای عدم گواهی بـه آن استناد می‌کند وجود ندارد و او باید آنچـه را کـه منتـشر کـرده اسـت تأییـد کنـد. در تجدیـد نظرخواهی، راندال و ۳۴ شرکت رسانه‌ای و اتحادیـه مطبوعـاتی کـه بـه‌عنـوان یـاور دادگـاه در رسیدگی پژوهشی شرکت کرده بودند استدلال کردند کـه شـعبه بـدوی بایـد امتیـازاتی را بـرای روزنامه‌نگاران در باب شهادت بپذیرد. شعبه استیناف ابتدائاً به این مطلب اشـاره کـرد کـه قـضیه مورد بحث مربوط به خبرنگاران جنگی است و ادای شهادت توسط آنها اختیاری است. بـه‌عـلاوه فعالیت خبرنگاران جنگی متضمن یک منفعت عمومی است که الزام بـه ادای شـهادت مـانعی در انجام وظایفشان به‌وجود می‌آورد. با وجود این برای آنکه بتوان یک خبرنگار جنگی را احضار کرد

45. Hampson, Francoise. J, *op.cit.*, pp. 63-64.
46. Subpoena.

طرف درخواست‌کننده باید اثبات کند که شواهدی که او بـه‌دنبـال آن اسـت اولاً در رسـیدگی و اتخاذ تصمیم اهمیت بسیاری دارد. ثانیاً از منبع دیگری قابل دریافت نیست.

شعبه استیناف این دو معیار را در این قضیه اعمال نکرد اما با نقـض تـصمیم بـه احـضار شاهد در این قضیه اظهار داشت که این معیارها بر هر درخواست مربوط به احضار روزنامه‌نگـاران به‌عنوان شاهد قابل‌اعمال است.[۴۷]

ب ـ ناظران حقوق بشری

ناظران حقوق بشری به دو گروه تقسیم می‌شوند. یکی آنهایی که با سازمانهای غیردولتی همچون عفو بین‌الملل و دیده‌بان حقوق بشر فعالیت می‌کنند. دیگری آنهایی کـه بـا سـازمانهای بین‌المللی بین‌الدولی همکاری می‌کنند مثـل نـاظران اعزامـی کنفـرانس امنیـت یـا گزارشـگران موضوعی سازمان ملل متحد. به‌نظر می‌رسد که ناظران حقـوق بـشری گـروه نخـست وضـعیتی مشابه روزنامه‌نگاران دارند؛ لذا علی‌الظاهر باید همچون روزنامه‌نگاران با ایشان رفتـار شـود. آنهـا باید به سؤالاتی که از ایشان پرسیده می‌شود پاسخ گویند اما باید بتوانند هویت منـابع اطلاعـاتی خویش را افشا نکنند. ناظران گروه دوم در نگاه نخست به‌نظر می‌رسد که وضعیتی مـشابه گـروه اول دارند اما وابستگی نهادین آنها به دولتها یا سازمانهای بین‌المللی وضـعیت ایـشان را متفـاوت می‌کند. کنوانسیون ۱۹۴۶ راجع‌بـه مزایـا و مـصونیت‌هـای ملـل متحـد، پرسـنل آن سـازمان را درصورتی‌که طرف دعوی قرار گیرند مورد حمایت قرار می‌دهد و البته نه در قبال حـضور ایـشان به‌عنوان شاهد. به‌علاوه مشخص نیست که آیا این امر به یک محکمـه بـین‌المللـی هـم تعمـیم می‌یابد یا خیر. از سوی دیگر مناسب نیست که پرسنل سازمان ملـل متحـد کـه در زمینـــه‌هـای حقوق بشری فعالیت می‌کنند از پاسخ به پرسشهای یک دادگاه که به‌موجب فصل هفـتم منـشور ملل متحد برای مجازات مرتکبان شدیدترین نقضهای حقوق بشری تأسیس شده، استنکاف کنند. پس صرف کار کردن شخصی برای یک سازمان بین‌المللی بین‌الدولی دلیـل کـافی جهـت عـدم شهادت محسوب نمی‌گردد.[۴۸]

ج ـ سازمانهای کمک‌رسانی و توسعه

فعالیت سازمانی کمک‌رسانی از رساندن کمکهای اضطراری تا کار در توسـعه بلنـدمـدت متغیر است. در میان آنها سازمانهای غیردولتی همچون اکسفام و سازمانهای بین‌الدولی همچـون یونیسف و سازمان جهانی بهداشت و کمیساریای عالی پناهندگان ملل متحد به چشم می‌خورد. از

47. Megan. A. Fairlie American Journal of International Law, Vol. 98, No. 4, pp. 805-806.
48. Hampson, Francoise. J, *op.cit.,* pp. 64_66.

آنجایی که این سازمانها بیشتر در یک مناقشه درگیرند پس احتمال اینکه در ارتباط با یک وضعیت، شاهدان بیشتری نیز از این گروه نسبت به گروههای حقوق بشری وجود داشته باشد بیشتر است. کار ایشان جمع‌آوری اطلاعات نیست اما آنها در طی انجام فعالیتشان شواهد بسیاری از جنایات و جرایم را ملاحظه کرده یا اطلاعاتی از این قبیل را از کسانی که به آنها کمک‌رسانی می‌کنند دریافت می‌نمایند. در ارتباط با این اشخاص باید به دو اصل توجه کرد؛ اولاً افشای هویت آنها یا ملزم کردن ایشان به پاسخگویی، کار آنها یا دیگر سازمانهای مشابه را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ به‌علاوه این امر با بی‌طرف بودن این سازمانها مغایرت دارد. حال می‌توان پرسید که آیا بی‌طرفی موجب می‌شود که آنها از اظهار نظر در خصوص جنایات ارتکاب یافته خودداری کنند یا این دو با هم قابل‌جمع است؟ راه‌حل در جمع این دو عنصر با مقتضیات مربوط به حق متهم بر رسیدگی مقتضی است. ثانیاً اصل دوم مربوط به محرمانه بودن است؛ اصلی که به‌ویژه ارتباط با فعالیت مأموران کمیساریای عالی پناهندگان صادق است. از زندانیانی که از مراکز بازداشت در شمال غربی بوسنی آزاد شده بودند و از طریق کروآسی انتقال داده شدند اطلاعات بسیار زیادی جمع‌آوری شد. آنها ممکن است فکر کنند که افشای این اطلاعات برای امنیت و سلامتی خود و اعضای خانواده‌هایشان خطرناک باشد. مأموران کمیساریا می‌توانند به ماده ۷۰ قواعد رسیدگی استناد کنند اما دلیلی وجود ندارد که همه اطلاعاتی که این سازمانها دریافت کرده‌اند واجد ویژگی محرمانه باشند.[۴۹]

د ـ هیأتهای صلیب سرخ

صلیب سرخ در زمینه مورد بحث ما وضعیت ویژه و خاصی دارد. موضع صلیب سرخ در ارتباط با ارائه شواهد و ادله در رسیدگیهای محاکم در زمانهای متفاوت متغیر بوده است. از اواخر دهه ۱۹۴۰ صلیب سرخ سیاست محکمی داشته است که نه او و نه هیچ‌یک از مأمورانش در رسیدگیهای کیفری شهادت نخواهند داد. نیاز به بی‌طرفی عملی جهت انجام مذاکره با طرفین درگیر و ملاقات با زندانیان می‌تواند دلیلی باشد که این منع همچنان تداوم داشته باشد. البته مواردی وجود دارد که دادگاه ممکن است به این نتیجه برسد که حقوق متهم اولویت دارد. صلیب سرخ موافقتنامه‌های مقری را با تعداد بسیاری از دولتها منعقد کرده است که به‌موجب آن پرسنل خارجی او نه تنها مصونیت قضائی دارند بلکه از ادای شهادت هم مصون هستند. اگرچه این امر قانع‌کننده است اما به‌سختی در خصوص صلاحیت کیفری بین‌المللی قابل توجیه است.[۵۰]

---

49. Hampson, Francoise. J, *op.cit.*, pp. 66-67.

50. Hampson, Francoise. J, *op.cit.*, p. 70.

هـ ـ پرسنل مرتبط با فعالیتهای ملل متحد

این گروه شامل اعضای یگانهای ملی شرکت کننده در یک عملیات سازمان یا عملیاتی است که با مجوز آن انجام می‌شود و اعضای نیروی پلیس غیرنظامی سازمان و همچنین اعضای دبیرخانه سازمان نیز می‌شود. ترکیب تعهد دولتها به همکاری با دادگاه و توانایی آنها به ملزم کردن اعضای نیروهای مسلحشان حاکی از تعهدی روشن و صریح درخصوص پاسخ به سؤالات مطروحه از سوی این اشخاص است. در این ارتباط اولاً باید توجه داشت که ممکن است شخص مزبور به‌علت پایان رسیدن دوره خدمت ضرورت دیگر جزء نیروهای مسلح نباشد. ثانیاً او ممکن است به‌دلیل تعهدات قانونی داخلی در ارتباط با محرمانه بودن در صورت پاسخ با مشکل مواجه شود.

در خصوص اعضای نیروی پلیس غیرنظامی ملل متحد[51] می‌توان گفت که آنها درصورت موافقت مقامات ملی می‌توانند به سؤالات پاسخ گویند. راجع‌به اعضای نیروهای حافظ صلح ملل متحد اگرچه اصل بر پذیرش پاسخ به سؤالات است اما وضعیتهایی وجود دارد که ضروری است دادگاه بعضی مقتضیات مربوط به محرمانه بودن عملیات را بپذیرد. حال مقامات بلندپایه سازمان چطور، آیا آنها را نیز می‌توان ملزم به ادای شهادت کرد؟ این سؤال این موضوع را مطرح می‌کند که آیا یک قطعنامه صادره به‌موجب فصل هفتم، دبیرخانه را نیز ملزم می‌کند؟ می‌دانیم که قطعنامه‌های شورای امنیت که بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد صادر می‌شوند برای اعضای ملل متحد یعنی دولتها الزام‌آور است. دبیرخانه یکی از ارگانهای اصلی ملل متحد است که از طریق آن دبیرکل وظایف محوله به وی از سوی سایر ارگانها همچون شورای امنیت را ایفا می‌کند. ماده ۳۹ قواعد رسیدگی مقرر می‌دارد که دادستان می‌تواند از هر مرجع بین‌المللی ذی‌ربط درخواست کمک کند و دبیرخانه می‌تواند یکی از این مراجع باشد. در عین حال ماده ۱۰۰ منشور ملل متحد مقرر می‌کند که پرسنل در انجام وظایف خویش از هیچ دولت یا هیچ مرجع دیگری خارج از سازمان دستور نمی‌گیرد. در قضیه تادیچ دادگاه اظهار داشت که به‌موجب ماده ۴۱ منشور تأسیس شده است و ارگانی فرعی به‌موجب بند (۲) ماده ۷ نیست. حال مشخص نیست که دستورات یک شعبه دادگاه به یک شاهد، دستورات یک مرجع خارج از سازمان تلقی می‌شود یا خیر. به‌عنوان مثال رادوان کارادزیچ، راتکف ملادیچ، در چارچوب ماده ۶۱ محاکمه شدند. در این قضایا، آقای آکاشی نماینده دبیرکل به‌عنوان شاهد در چارچوب این ماده در رسیدگی حاضر نشد. ممکن است که دادستان یک مقام بلندپایه سازمان را به شهادت دعوت نکند یا وی تنها بر مبنای ماده ۷۰ حاضر به همکاری با دادگاه شود یا اصولاً حاضر نشود که شهادت دهد اما اگر متهم یا

---

51. UNCIVPOL.

وکیل مدافع او شخص مزبور را به ادای شهادت فراخواند و از شعبه حکمی را در این رابطه تقاضا کند و شعبه نیز با این امر موافقت کند مشخص نیست وضعیت چگونه است. در نهایت به‌نظر می‌رسد که عدم همکاری یک مقام بلندپایه سازمان با دادگاه امری استثنائی است چون در غیر این‌صورت این امر به استنکاف از اجرای عدالت می‌انجامد.[۵۲]

نتیجه‌گیری

در این مقاله ابعاد یکی از مهمترین ادله اثبات دعوای کیفری یعنی شهادت در رسیدگیهای کیفری بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفت. نگارنده از یکسو این مسئله را با در نظر گرفتن طرفهای دیگر دعوای کیفری یعنی دادستان و شهود و حقوق و اختیارات آنها و از سوی دیگر با مجموعه اصول و قواعدی که امروزه تحت عنوان «دادرسی منصفانه» نامیده می‌شوند و محاکمهٔ هر متهمی با هر درجه از شدت جرم که باید با توجه به آنها باشد، مورد مطالعه قرار داد. محاکم بین‌المللی کیفری که در جهت برقراری عدالت و جلوگیری از ارتکاب نقضهای فاحش حقوق بشری در آینده و نهایتاً اعادهٔ صلح تأسیس شده‌اند تنها درصورتی می‌توانند به این اهداف نائل شوند که شهود با اطمینان و ایمنی خاطر بتوانند در مورد کردار متهمان گواهی دهند و ایشان نیز از تمام تضمینات لازم حق دفاع برخوردار باشند تا شائبه ساختگی بودن و بی‌طرف نبودن یک محکمه بین‌المللی رفع گردد. جهت آشتی این دو مهم، اسناد تأسیس محاکم بین‌المللی کیفری یک سری تدابیر حمایتی را برای شهود و قربانیان مقرر کرده‌اند، در عین اینکه خاطرنشان ساخته‌اند که این تدابیر نباید به حقوق متهمین خدشه وارد کند.

---

52. Hampson, Francoise. J, *op.cit.*, pp. 71-72.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۲۴۱ ـ ۲۱۵

اگزیستانسیالیسم در عراق: قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت و حقوق اشغال نظامی *

نویسنده: مارتین زوانبرگ **

مترجم: حمیدرضا جاویدزاده ***

فهرست مطالب

چکیده
یک مسئله مقدماتی
جنگ و اشغال عراق
اعمال حقوق اشغال نظامی
الف ـ قلمرو اعمال حقوق اشغال نظامی
ب ـ محتوای حقوق اشغال نظامی
ایالات متحده و انگلیس به‌عنوان دولتهای اشغالگر
نیروی تثبیت عراق (SFIR)
قطعنامه شماره ۱۴۸۳ و حقوق اشغال نظامی
آیا شورای امنیت می‌تواند از حقوق اشغال نظامی عدول کند؟
آیا شورای امنیت در قضیه عراق از حقوق اشغال نظامی عدول کرده است؟
نتیجه‌گیری

---

*. Marten Zwanenburg,"Existentialism in Iraq: Security Council resolution 1483 and the law of occupation", International Review of Red Cross, No. 856, vol. 86, December 2004, p. 745-769 .

. نویسنده، حقوقدان وزارت دفاع هلند و دارای مدرک دکترا از دانشگاه «لیدن» است. نقطه نظرات مطرح شده در این مقاله صرفاً دیدگاههای شخصی وی بوده و هیچ ارتباطی با وزارت دفاع هلند ندارد. نویسنده از اعضای «*گروه کاری حقوق سازمانهای بین المللی انجمن حقوق بین الملل هلند***» که نظرات و دیدگاههای خود را در خصوص این مسئله در اختیار وی قرار داده‌اند، تشکر و سپاسگزاری می‌کند.

***. مدرس دانشگاه و دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه پیام نور مرکز تهران.

چکیده

در دوره اشغال نظامی و تا زمان انتقال حاکمیت به دولت موقت عـراق در ژوئـن ۲۰۰۴، حقـوق اشغال نظامی بخش مهمی از رژیم حقوقی قابل اعمال در عراق بود. قطعنامه‌های شورای امنیت در مـورد عراق به‌ویژه قطعنامهٔ شماره ۱۴۸۳ نیز بخش مهم دیگری از این رژیم حقوقی را تـشکیل مـی‌داده، البتـه لزوماً از همه جهات با حقوق اشغال نظامی منطبق نبوده است. در این نوشتار، نویسنده رابطهٔ میان حقـوق اشغال نظامی و قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت را مورد بررسـی قـرار داده و ایـن پرسـش را مطـرح کرده که آیا و تحت چه شرایطی، شورای امنیت می‌تواند از حقوق اشغال نظامی عدول کند. بدین منظـور، نویسنده مواد مربوطه منشور را مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. در ادامه نویسنده این مسئله را مورد بررسی قرار می‌دهد که آیا شورای امنیت واقعاً در عراق از حقـوق اشـغال نظـامی عـدول کـرده اسـت یـا خیـر. نویسنده برای پاسخ به این پرسش، قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیـت و عملکـرد دولتهـا را تحلیـل و بررسی کرده است.

جنگ سال ۲۰۰۳ خلیج فارس و پیامـدهای آن، بحثهـای جـدی و شـدیدی را در میـان حقوقدانان برانگیخت. بیشتر این مباحـث بـر موضـوع «حقـوق حـاکم بـر جنـگ» * و بـه‌ویـژه مشروعیت حمله ۲۰ مارس ۲۰۰۳ ایالات متحده، انگلیس و متحدان آنها به عراق متمرکز بـوده[۱] و مسائل «حقوق حاکم در جنگ» یا حقوق بشردوستانه** کمتر در کانون توجه قرار گرفته است. این امر جای تأسف دارد؛ زیرا که اشغال عـراق توسـط ایـالات متحـده و انگلـیس یکـی از چنـد نمونه‌ای است که دولتها قبول دارند که حقوق اشـغال نظـامی در مـورد آن قابـل اعمـال اسـت. تاکنون، حقوق اشغال نظامی بیشتر*** درمورد سرزمین‌های اشغالی توسط اسرائیل مطـرح بـوده است. اسرائیل اعمال حقوق اشتغال نظامی را از نظر قانونی در مورد سرزمینهای اشغالی فلـسطین قبول ندارد با این حال، اعلام نموده که آن را در عمل**** اعمال و رعایت می کند.[۲]

---

*. Jus ad bellum.

1. See e.g. Colin Warbrick,"The use of force against Iraq", international & comparative law Quarterly, vol. 52, No. 3, 2003, p. 811(2003); "Agora: Future implications of the Iraq conflict", American Journal of International law, vol. 97, No. 3, July 2003, p. 553

**. Jus in bello.

*** . de jure.

**** . De facto.

۲ . در مورد قابلیت اعمال حقوق اشغال نظامی در مورد سرزمینهایی که اسرائیل اشغال کرده است رک.
International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004
available at the website of the ICJ :http/www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwpframe.htm

در مورد وضعیت عراق، هم حقوق اشغال نظامی و هم قطعنامه‌های شورای امنیت حـاکم است. پرسشی که به میان می‌آید این است که این دو منبع حقوقی چه ارتباطی با یکدیگر دارنـد. در این مقاله استدلال شده که ممکـن اسـت قطعنامـه شـماره ۱۴۸۳[۳] شـورای امنیـت برخـی از مقررات حقوق اشغال نظامی را کنار گذاشته باشـد. اهـداف و برنامـه‌هـای پـیش بینـی شـده در قطعنامه برای دولتهای اشغالگر مبنی بر ایجاد تغییرات سیاسی و اقتصادی در عراق و نیز اشـاره این قطعنامه به دولتهایی که با اعزام نیروی نظامی در «نیروی ایجـاد ثبـات چنـدملیتی عـراق » (SFIR) شرکت کرده‌اند، امکان عدول از برخی از موازین حقـوق اشـغال نظـامی یـا حتـی عـدم اعمال آن حقوق را به‌طور کلی، فراهم کرده است. طی این مقاله، برخی از نمونـه‌هـای عینـی در این خصوص طرح و بررسی شده است. این استدلال بر این فرض مبتنی است که هنگـامی کـه شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور ملل متحد اقدام می‌کند، می‌تواند از حقـوق بـین‌الملـل تخطی کند. در دهۀ ۱۹۹۰، بحثهای علمی بسیار دقیقی در خـصوص ایـن فرضـیه و شـرائط آن، صورت گرفته است.[۴] آن بحثها به‌ویژه بر محدودیتهای قـانونی اعمـال تحریمهـای اقتـصادی و موضوع قضیه «لاکربی» در دیوان بین‌المللی دادگـستری (ICJ) متمرکـز بـود هـر چنـد ایـن دو مسئله نتایج حقوقی قطعی در پی نداشته‌اند.

اگرچه در ژوئن ۲۰۰۴، اشغال عراق به پایان رسید، اما این موضوع بر اهمیـت تأمـل و تدقیق در رابطه میان حقوق اشغال نظامی و قطعنامه‌های شورای امنیت لطمه‌ای وارد نمـی‌کنـد. حتی پس از انتقال حاکمیت هم قوانینی که دولتهای اشغالگر تصویب کرده بودنـد معتبـر بـوده و هنوز هم به قوت خود باقی‌اند؛[۵] از سوی دیگر، این احتمال نیز وجود دارد که حقوق اشغال نظامی و قطعنامه‌های شورای امنیت در شرائط دیگری در مورد همان وضعیت مطرح شود.[۶]

---

3. SC Res.1483, 22 May 2003.

4. See e.g. Gabriel Oosthuizen,"playing the devil's advocate :the United Nations Security council is unbound by law", Leiden Journal of international law, vol.12, N o.3,1999, p. 549; Bernd Martenczuk", the security council , the international court and judicial review: What lessons from Lokerbie?, "European Journal of international law, vol. 10, No. 3, 1999, p. 517; Terry Gill,"Legal and some political limitations on the power of UN security council to exercise its enforcement powers under chapter 7 of the Charter", Netherlands Yearbook of international law, vol. 26, 1995, p. 33

۵. از ایـن‌رو اعتبار قوانین مصوب «دولت موقت ائتلاف» که مغایر حقوق اشغال نظامی بوده و هنوز معتبر است تا زمـانی کـه صریحاً توسط دولت موقت عراق تصویب نشده، ممکن است مورد تردید واقع شوند.

۶. به عنوان نمونه، رک. سناریوهای احتمالی دولت پادشاهی انگلیس برای مداخلـه نظـامی در سـودان و متعاقبـاً، تـصویب قطعنامه شورای امنیت در پاسخ به این وضعیت رک.

Matthew Tempest,"Blair: Nothing is ruled out in Sudan", The Guardian, 22 July 2004.

یک مسئله مقدماتی

پیش از بررسی این پرسش که آیا شورای امنیت می‌تواند حقوق حاکم بر اشغال نظامی را کنار بگذارد و آیا در عمل نیز این کار را کرده است یا خیر، این مسئله مقدماتی مطرح است که چگونه حقوق اشغال نظامی با اقدامات لازم برای آغاز فرآیند انتقال یعنی بازسازی کامل سیستم دولت اقتدارگرایی پیشین سازگار می‌باشد؟. به عبارت دیگر، آیا بدون دخالت و تصمیم شورای امنیت، خود حقوق اشغال نظامی برای ایجاد این‌گونه تغییر احتمالی کافی است؟ اگرچه، این مسئله مهمی است اما موضوع بحث اصلی این مقاله نیست. حداقل در مورد خاص عراق تردید جدی وجود دارد که این نتیجه بدون مداخله شورای امنیت به دست آمده باشد.[۷]

افزون بر آن، همان‌گونه که این مقاله نشان می‌دهد دولتها در برخی موارد برای توجیه اقدامات و موضع‌گیریهای خود در عراق به‌طور صریح یا ضمنی به مجوز شورای امنیت استناد کرده‌اند و نه حقوق حاکم بر اشغال نظامی و این امر قاطعانه گویای آن است که از نظر این دولتها، این اقدامات و موضع‌گیریها فراتر از حقوق حاکم بر اشغال نظامی است.

این مقاله به این مسئله که آیا برای ایجاد تغییر در دولتها باید اصلاحاتی در حقوق اشغال نظامی انجام گیرد یا خیر به تفصیل نمی‌پردازد. اما طرفداران چنان اصلاحاتی بایستی توجه داشته باشند که تفسیر موسعتری از حقوق اشغال نظامی می‌تواند دولتها را برای تغییر نظام تشویق کند زیرا باعث می‌شود که دولتها به آسانی بتوانند بدون نقض حقوق، دست به چنین اقدامی بزنند.[۸]

جنگ و اشغال عراق

پس از اینکه نیروهای نظامی ایالات متحده و انگلیس با حمایت شمار اندکی از نیروهای استرالیایی و لهستانی، نیروهای نظامی عراق را شکست دادند، حاکم موقت عراق شدند و دست به اقداماتی زدند تا پس از جنگ، در آنجا حکومتی تشکیل دهند. ریاست این حکومت که ابتدا «دفتر بازسازی و کمک بشردوستانه» نامیده شد به عهده یک ژنرال بازنشسته آمریکایی به‌نام «های گارنر» بود که راجع‌به اقدامات خود به پنتاگون گزارش می‌داد. چند ماه بعد، یک دیپلمات آمریکایی به نام «ال.پل برمر » برای اداره این حکومت که بعداً «دولت موقت ائتلاف»* نامیده

---

7. See David Scheffer, "Beyond occupation law", American Journal of International law, vol. 97 No. 4, October 2003, p. 844; Mahmoud Hmoud,"The use of force against Iraq: Ocupation and Security Council Resolution 1483", Cornell International law Journal ,vol. 36, 2004, p. 449. But see Eyal Benvenisti, "the Security Council and the law on occupation: Resolution 1483 on Iraq in historical perspective", at http://www.tau.ac.il/law/members/Benvenisti/work.html

۸. در مورد تغییر رژیم رک.

Michael Reisman,"Why regime change is (almost always) a bad idea", American Journal of International Law, vol. 98, No. 3, July 2004, p. 516.

شد، منصوب گردید[۹]. «دولت موقت ائتلاف» اختیارات زیادی برای خود قائل شد[۱۰] و در ۱۶ ژوئن ۲۰۰۳، فرمان شمارهٔ (۱) خویش را تصویب کرد. در بخشی از این فرمان مقرر شده که «دولت موقت ائتلاف» به منظور اعمال مدیریت کارآمد در عراق در طول دوره انتقال حکومت، اختیارات دولت را به‌طور موقت اعمال می‌کند[۱۱] و برای این منظور، همهٔ اختیارات قضایی، تقنینی و اجرایی لازم برای نیل به اهدافش را براساس قطعنامه‌های ذی‌ربط شورای امنیت اعمال خواهد کرد.[۱۲]

اعمال حقوق اشغال نظامی

الف ـ قلمرو اعمال حقوق اشغال نظامی

ایالات متحده و انگلیس، براساس حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در بخشی از دوره اشغال نظامی دولتهای اشغالگر محسوب می‌شدند.[۱۳] در مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه در ارتباط با قوانین و عرفهای جنگ زمینی[۱۴] و کنوانسیون چهارم ژنو، ۱۹۴۹[۱۵] مقرراتی در خصوص اشغال نظامی پیش بینی شده است. ماده ۴۲ مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ مقرر کرده است:

«قلمرو یک سرزمین هنگامی اشغال شده محسوب می‌شود که واقعاً تحت حاکمیت و اقتدار ارتش متخاصم قرار گیرد. اشغال نظامی تنها به آن بخشی از قلمرو تسری دارد که این حاکمیت و اقتدار در آن استقرار داشته و اعمال می‌گردد».[۱۶]

***.** CPA (Coalition Provisional Authority).

9. Steven.R. Weisman, "US set to name civilian to oversee Iraq", New York Times, 2 May 2003.

10. Mike Allen,"Expert on terrorism to direct rebuilding", The Washington Post, 2 May 2003.

11. Coalition Provisional Authority Regulation Number 1, 16 May 2003, CPA/REG/16 May 2003/01, setion 1(1)

12. *Ibid*., section1(2)

۱۳. همان‌گونه که در ادامه این بحث گفته خواهد شد، قلمرو یک سرزمین زمانی اشغال شده محسوب می‌شود که عملاً تحت کنترل نیروهای اشغالگر قرار گیرد.برخی اظهار کرده‌اند که تنها فرماندهان حاضر در میدان نبرد می‌توانند زمان دقیقی را که این مسئله در مورد عراق اتفاق افتاده مشخص کنند. در هر حال، با اطمینان می‌توان گفت که از اول مه ۲۰۰۳ که «جرج بوش»، رئیس جمهور آمریکا، پایان عملیات عمده نظامی را اعلام نمود عراق اشغال شد.

14. Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land, annexed to the Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October1907, 2 AJIL Supp. 90(1908).TS No. 539, 205 Parry's TS 277(Hague Regulations).

15. Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 , 75 UNTS 287(Fourt Geneva Convention).

16. United States v. Wilhelm List and others (the Hostages Trial), United States Military Tribunal, Nuremberg,VIII Law Reports of Trials of War Criminals 55 (1949).

این ماده تصریح نموده که وقوع اشغال نظامی یک امر موضوعی است و ضرورتی نـدارد که اشغالگر یا هر طرف دیگری، اشغال نظامی را اعلام کند. همچنین، به‌نظر می‌رسد که براساس مقررات این ماده ضروری است که دولت اشغالگر عملاً بر قلمرو اشغالی اعمال کنترل کند.

همان‌گونه که *دادگاه نظامی ایالات متحده* مستقر در «نورنبرگ» در پرونده «*گروگانها*» تصریح نمود این شرط نباید به‌طور مضیق تفسیر شود و کافی است که نیروهای اشـغالگر در هـر زمانی که اراده کنند بتوانند کنترل فیزیکی هر بخشی از کشور را به دست گیرنـد.[17] در قـضایای مربوط به کشورهای یونان و یوگوسلاوی، این دادگاه اظهار داشت این حقیقت که در آن کشورها عملیاتهای چریکی علیه آلمانیها جریان داشت و چریکهـا در زمـان‌هـای مختلفـی مـی‌توانـستند بخشهایی از آن کشورها را کنترل کنند استنباط نمی‌شود که اشغال نظامی وجود نداشـته اسـت. برخی بر این باورند که عراق نیز مصداقی از همان وضعیت است.

ماده (۲) مشترک کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ مقرر کرده که این کنوانسیونها بر همه مـوارد اشغال جزئی و کامل قلمرو یک دولت متعاهد اعمال می‌شود حتی اگـر ایـن اشـغال بـا مقاومـت مسلحانه مواجه نشده باشد. تفسیر کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ بر کنوانسیون چهارم ژنـو حـاکی از آن است که مفهوم واژه اشغال (Occupation) در این کنوانسیون از مفهـوم منـدرج در مـاده (۴۲) مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ موسع‌تر است. براساس ایـن تفـسیر، تا جایی‌که با اشخاص ارتباط دارد اعمال کنوانسیون چهـارم ژنـو بـه وجـود وضـعیت اشـغال در چارچوب مفهوم ماده(۴۲) مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ بستگی ندارد.[18]

شعبه اول بدوی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگوسلاوی سابق(ICTY) نیز در رأی خویش در قضیه Prosecutor v. Naletilic and Martinovic با ارائه یک تعریف دو لایه از اشغال، این نظریه را تأیید و اعلام نمود که بر اساس ماده (۴۲) مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷، کنترل عملی یا واقعی قلمرو سرزمینی لازم است. این شعبه، شـماری از عوامـل مـوثر در احراز کنترل واقعی را بر شمرد.[19] این دادگاه، در مورد اشـغال بـه مفهـوم منـدرج در کنوانـسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ ،معیار دیگری را تأیید و اعلام نمود در اعمال حقوق حاکم بر اشغال نظامی، که «اشخاص» را به‌عنوان غیرنظامی تحت تأثیر قرار می‌دهد، لازم نیست که دولت اشغالگر کنتـرل

---

17. *Ibid*., at 56. *see also* Gerard Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the law and Practice of Belligerent Occupation, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, p. 28.

18. Jean Pictet(ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, international committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 60.

19. Prosecutor v. Mladen Naletilic and vinko Martinovic, Judgment, Case No. IT-98-34-T, Tr. CH.1, 31 March 2003, para. 218.

یا اقتدار واقعی داشته باشد و همین که دولت اشغالگر افراد غیرنظامی را دستگیر کند، از حیث [اعمال] حقوق قانونی اشخاص یاد شده، وضعیت اشغال نظامی برقرار می‌شود.[۲۰]

تفسیر شعبه بدوی از قلمرو اعمال مقررات کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص اشغال نظامی، قابل انتقاد و ایراد است. به‌نظر می‌رسد که این دادگاه، تعیین «اشخاص تحت حمایت» را با تعیین وضعیت «اشغال نظامی» در هم آمیخته و معتقد نیست که کنوانسیون مشتمل بر مقرراتی است که به‌طور خاص در مورد سرزمین‌های اشغالی اعمال می‌گردد. رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *«آثار حقوقی ساخت دیوار در سرزمین های اشغالی فلسطین»* اگرچه موضوع حقوق اشغال نظامی را بررسی کرد اما در مورد حدود قلمرو آن، موضع صریحی اتخاذ ننمود.[۲۱]

ب ـ محتوای حقوق اشغال نظامی

اعمال حقوق اشغال نظامی، تعهداتی را بر عهده دولت اشغالگر می‌گذارد. اشغال نظامی اساساً مدت محدودی دارد.[۲۲] در این مدت محدود، دولت اشغالگر براساس مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و کنوانسیون چهارم ژنو، دارای یک سری اختیارات محدود مدیریتی و برخی تعهدات است. برخی از این تعهدات عبارتند از:

ممنوعیت تملک وجوه، دارایی، اوراق بهادار به‌جز آنهایی که اختصاصاً اموال دولت تلقی می‌شوند؛[۲۳] تعهد به اداره بناهای دولتی، املاک و اموال غیرمنقول، جنگلها و املاک کشاورزی متعلق به دولت متخاصم طبق قواعد حق انتفاع[۲۴] و تعهد دولت اشغالگر به تضمین برخورداری جمعیت غیرنظامی از غذا و مواد دارویی تا حداکثر امکانات موجود و در دسترس.[۲۵] یکی از تعهدات مهم ناشی از حقوق اشغال نظامی که در ماده (۴۳) مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷مقرر شده آن است که دولت اشغالگر جز در مواردی که کلاً ناگزیر می‌شود، باید قوانین لازم الاجراء و معتبر کشور اشغالی را رعایت و اجرا کند.

---

20. *Ibid*., *para*. 221.

21. *op.cit*.(note 2).

22. See e.g. Hans Peter Gasser," Protection of the civilian population", in D.Fleck(ed.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict, Oxford uUniversity Press, Oxford, 1995, p. 242.

23. Hague Regulations, Art. 53.

24. *Ibid*., Art. 55.

25. Fourth Geneva Convention, Art. 55.

در سال ۱۹۴۹، ماده ۶۴ کنوانسیون چهارم ژنو، ماده (۴۳) فوق را تکمیل کرد.[۲۶] ظاهراً، از نظر تدوین‌کنندگان مقررات لاهه، «ضرورت نظامی» تنها شرطی است که دولت اشغالگر با استناد به آن می‌تواند به‌طور کامل از رعایت و اجرای قوانین معتبر سرزمین اشغالی خودداری کند.[۲۷] در سالهای بعد، برخی از مفسران از این نظریه حمایت کردند که ملاحظات دیگری به‌ویژه رفاه و آسایش مردم سرزمین اشغالی می‌تواند جایگزین شدن قانون جدید را مشروع و مجاز کند.[۲۸] حتی برخی از حقوقدانان از این هم فراتر رفته و تأیید می‌کنند که برای تخطی از قانون ملی صرفاً بایستی توجیه کافی وجود داشته باشد.[۲۹]

اکنون به‌نظر می‌رسد که به‌طور کلی در آموزه‌های حقوقی پذیرفته شده که رفاه و آسایش مردم سرزمین اشغالی، می‌تواند عدول از قوانین معتبر ملی را توجیه کند؛[۳۰] این نظریه گویای برتری روزافزون حقوق بشر و تأثیر آن در تفسیر حقوق بشردوستانه این واقعیت است که احترام به انسان، در ریشه حقوق بین‌الملل بشردوستانه نوین نهفته است. با این حال، لازم به یادآوری است که استفاده از یک ضابطه و معیار ذهنی تحت عنوان «توجیه کافی» ممکن است موجب سوءاستفاده شود؛ زیرا دولت اشغالگر موارد *مطلقاً ضروری* را عمدتاً براساس دیدگاههای اجتماعی ـ اقتصادی خود تعریف و تعیین می‌کند و این ممکن است با تعریف خود مردم سرزمین اشغالی از این موضوع تفاوت زیادی داشته باشد. بنابراین، در تأیید و پذیرش تعریف موسعی از آن چه به‌طور مطلق ممکن است از اجرای قوانین لازم‌الاجرا و معتبر جلوگیری کند باید احتیاط کرد.

---

۲۶. به‌موجب این ماده ،قوانین کیفری سرزمین اشغالی معتبر و به قوت خود باقی می‌ماند مگر در مواردی که این قوانین، امنیت دولت اشغالگر را تهدید کند یا مانع اجرای این کنوانسیون شود که در این صورت، دولت اشغالگر آن را ملغی یا تعلیق خواهد کرد. با توجه به این ملاحظه اخیر و ضرورت تضمین اجرای کارآمد عدالت، دادگاههای سرزمین اشغالی به‌کار خود ادامه داده و به همه جرائم مشمول قوانین یاد شده رسیدگی خواهند نمود. با این حال، دولت اشغالگر می‌تواند مردم را به رعایت و اجرای قوانینی ملزم کندکه برای انجام تعهداتش به‌موجب این کنوانسیون، اداره منظم سرزمین اشغالی، تأمین امنیت دولت اشغالگر، افراد و اموال نیروها و دولت اشغالگر و همین طور تأسیسات و خطوط ارتباطی مورد استفاده آنان ضرورت دارد.

27. Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation, Princton University Press, Princton 1993, p. 14.

28. See e.g. Allan Gerson ,"War ,Conquered territory and military occupation in the contemporary international legal system", Harvard International Law Journal ,Vol. 18, No. 3, Summer 1977, p. 535; Odile Debbasch, L'occupation Militaire: Pouvoirs Reconnus aux Forces Armees Hors de Leur Territoire National, Pichon et Durand-Auzias, 1962, p. 172.

29. Ernst. H. Feilchenfeld, The International Economic law of Belligerent Occupation, Carnegie Endowment for International Peace, Washington , 1942, p. 89.

30. Von Glahn , *op.cit.* (note 17), p. 97, Gerson, *op.cit.* (note 28), p. 538.

ایالات متحده و انگلیس به‌عنوان دولتهای اشغالگر عراق

در ۸ مه ۲۰۰۳ ، ایالات متحده و انگلیس طی نامه‌ای به رئیس شورای امنیت سازمان ملل متحد اعلام کردند که به تعهداتشان به‌موجب حقوق بین الملل عمل خواهند کرد.[۳۱] براساس آن نامه، این تعهدات از جمله شامل تعهداتی است که با نیازهای اساسی بشردوستانه مردم عراق مرتبط است. به‌نظر می‌رسد این مسئله به حقوق اشغال نظامی اشاره دارد که دولت اشغالگر را ملزم می‌کند با امکانات در دسترس، غذا و مواد دارویی مورد نیاز مردم را در بیشترین حد ممکن تأمین نماید.[۳۲] اما به‌نظر می‌رسد که در آن زمان دولت ایالات متحده به‌طور صریح اعلام کرده باشد که او یک اشغالگر است. در ۷ آوریل ۲۰۰۳، یک مقام وزارت دفاع ایالات متحده در گزارشی اعلام نمود که در آن زمان، اشغالگر یا نیروی اشغالگر نظامی مفهوم خاص حقوق جنگ نبوده[۳۳] و در مفهوم اخص کلمه، اشغال نظامی زمانی محقق می‌شود که جنگ به‌طور قطعی پایان یافته و اشغال نظامی اعلام شده باشد.[۳۴] در ۲۵ آوریل ۲۰۰۳، رامسفلد، وزیر دفاع [وقت] ایالات متحده، اظهار نمود ایالات متحده زمانی دولت اشغالگر تلقی می‌شود که پایان جنگ، اعلام شده باشد.[۳۵] این امر نشانگر آن است که از نظر آن دولت از اول مه ۲۰۰۳ که جرج بوش رئیس جمهور امریکا، پایان عملیات عمده جنگی در عراق را اعلام کرد اشغالگر محسوب می‌شود.[۳۶] مدتی بعد مقامات ایالات متحده آشکارا اعلام نمودند که ایالات متحده، دولت اشغالگر است.[۳۷] مقامات انگلیس چندین بار به‌طور صریح اشاره کردند که انگلیس، عراق را اشغال کرده است.[۳۸]

در ۲۸ ژوئن ۲۰۰۴، دولتهای اشغالگر، حاکمیت کامل را به دولت موقت عراق منتقل و «دولت موقت ائتلاف» را منحل کردند.[۳۹] پیشتر در قطعنامه شماره ۱۵۴۶ مورخ ۸ ژوئن ۲۰۰۴ شورای امنیت سازمان ملل متحد تاریخ انتقال قدرت ۳۰ ژوئن ۲۰۰۴ پیش‌بینی شده بود. بند (۲)

---

۳۱. رک. نامه مورخ ۸ مه ۲۰۰۳ نمایندگان دائمی دولت پادشاهی انگلیس و ایالات متحده امریکا در سازمان ملل خطاب به رئیس شورای امنیت سازمان ملل UN Doc.S/2003/538.

32. *Op.cit*. (note 25).

33. Briefing on Geneva Convention , EPWs and War Crimes ,7 April 2003, Department of Defence.

34. *Ibid*.

35. Department of Defence News Briefing-Secretary Rumsfeld and General Myers, 25 April 2003.

36. Amy Goldstein & Karen DeYoung "Bush to say major combat has ended", The Washington Post , 1 May 2003.

37. See e.g. Rajiv Chandrasekaran,"The final word on Iraq's future: Bremer consults and cajoles , but in the end ,he's the boss",The Washington Post, 18 June 2003, p. A01.

38. *See* e.g. written statement to the House of Commons by the Foreign Secretary Jack Straw on a timetable for a new constitution and elections in Iraq, 20 November 2003.

39. Rajiv Chandrasekaran,"U.S. hands authority to Iraq two days early: Fear of attacks hastens move interim leaders assume power", The Washington Post , 29 June 2004, at A. 01.

سازمان ملل، ایالات متحده آمریکا و چهره های شاخص سیاسی عراق در انتخاب اعضای دولت موقت عراق دخیل بوده‌اند.

اجرایی آن قطعنامه تصریح کرده بود که شورای امنیت «از این موضوع کـه تـا ۳۰ ژوئـن ۲۰۰۴ اشغال نظامی پایان یافته، دولت موقت ائتلاف منحل می‌شود و عراق دوباره، حاکمیت کامل خود را به‌دست می‌گیرد استقبال می‌کند».[۴۰]

مطلب فوق این پرسش را به میان می‌آورد که اشغال نظامی عراق چه زمـانی بـه پایـان می‌رسد. این پرسش از لحاظ موضوع تحت بررسی یعنی رابطـه میـان قطعنامـه شـماره ۱۴۸۳ و حقوق اشغال نظامی و احتمال این که شورای امنیت این حقوق را کنار بگذارد مطرح نشده اما در جای خود، پرسش مهمی است. به‌نظر «لاترپاخت»، وضعیت اشـغال نظـامی هنگـامی بـه پایـان می‌رسد که اشغالگر از سرزمین اشغالی عقب‌نشینی کند یا این که از آنجا بیرون رانده شـود.[۴۱] در ماده(۶) کنوانسیون چهارم ژنو، صرفاً به بیان این مسئله اکتفا شده که اعمال حقوق اشغال نظامی یک سال پس از توقف کلی عملیات نظامی قطع می‌شود اما در مدت اشغال، برخی مقررات معتبر و به قوت خود باقی می‌مانند. به عبارت دیگر، اعمال حقوق اشغال نظامی، زمانی پایان می‌یابد که دیگر، کنترل مؤثر بر سرزمین اشغالی وجود نداشته باشد زیرا که[۴۲] بدون کنترل مؤثر، دیگر اشغال نظامی وجود ندارد. غیر از دو نمونه‌ای که «لاترپاخت» نام برده، در حالتی نیز که نیروهای نظامی دولت اشغالگر سابق در سرزمینی که قبلاً اشغال کرده‌اند باقی بمانند اما قدرت قـانونی در دسـت دولت اشغالگر نباشد، اعمال حقوق اشغال نظامی متوقف می‌شود. این یک مسئله موضوعی اسـت ولی شناسایی بین‌المللی از جمله تأیید شورای امنیت سازمان ملل متحد مـی‌توانـد یـک شـاخص تلقی شود.[۴۳]

بیانیه مطبوعاتی ۲۸ ژوئن ۲۰۰۴ رئیس شورای امنیت سازمان ملل متحد در ایـن ارتبـاط اهمیت بسزایی دارد. براساس این بیانیه: اعضای شورای امنیت از این کـه مـسئولیت و حاکمیـت عراق به‌طور کامل به دولت موقت، کاملاً مستقل و حاکم عراق منتقل می‌شود و بدین‌ترتیـب بـه اشغال نظامی کشور پایان داده می‌شود، استقبال می‌کنند.[۴۴] گزارش رسانه‌ها نیـز حکایـت از ایـن دارد که ۲۸ ژوئن، انگلیس و ایالات متحده عملاً حاکمیـت اداری را واگـذار کردنـد.[۴۵] اظهـارات

---

40. SC Res. 1546, 8 June 2004.

41. H.Lauterpacht(ed.), Oppenheim's International Law: A Treatise, Vol.2: War , Disputes, and Neutrality, Longman, London, 1952, P. 436

42. Georg Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunal,Vol. .II: The Law of Armed Conflict, Stevens, london, 1968, p. 317.

43. Marco Sassoli,"Article 43 of the Hague Regulations and peace operations in the twenty-first century", background paper prepared for informal high-level expert meeting on Current Challenges to International Humanitarian Law, Cambridge, 25-27 June 2004.

44. Press statement by Security Council President of 28 June 2004, UN Doc. SC/8136.

45. Robin Wright, Rajiv Chandrasekaran,"U.S. now taking supporting role in Iraq,officials say", The Washington Post, 22 September 2004.

«کالین پاول»، وزیر امور خارجه [وقت] ایالات متحده، مبنی بـر ایـن کـه در صـورت درخواسـت دولت عراق، یگانهای نظامی ایالات متحده، عراق را ترک خواهند کـرد بـر همـین معنـا دلالـت دارد.[۴۶] در نتیجه، به‌نظر می‌رسد در ۲۸ ژوئن ۲۰۰۴، وضعیت اشغال نظامی پایان یافته باشد.

نیروی ایجاد ثبات در عراق*

ایالات متحده و انگلیس پس از تصرف کامل عراق، به یک سـری اقـدامات سیاسـی و تلاشهای دیپلماتیک مبادرت کردند تا حتی‌الامکان، کشورهای بیشتری را متقاعد کنند تا نیـروی نظامی در اختیار نیروی ایجاد ثبات در عراق قرار دهند. فرماندهی این نیـرو بـا ایـالات متحـده و وظیفه آن ایجاد فضای مطمئنی برای فعالیت «دولت موقـت ائـتلاف» بـود. برخـی از کـشورها، تصمیم گرفتند که نیروی نظامی در اختیار SFIR قرار دهند. از میان آنها، از دولت لهستان دعوت شد فرماندهی لشکر چند ملیتی را به‌عهده گیرد که آن دولت هـم ایـن دعـوت را پـذیرفت. امـا، ایالات متحده و انگلیس پی بردند که بسیاری از دولتها تمایـل ندارنـد نیـروی نظـامی در اختیـار SFIR قرار دهند. عدم تمایل این کشورها چند دلیل داشت؛ دلیل اول، مخالفت گـسترده افکـار عمومی جهان با حمله به عراق بود؛ دلیل دوم بی توجهی «واشنگتن» بـه‌نظـر اکثریـت اعـضای شورای امنیت سازمان ملل متحد در تصمیم برای حمله بـه عـراق[۴۷] و دلیـل سـوم آن بـود کـه بسیاری از کشورها نمی‌خواستند به خاطر مشارکت در SFIR به عنوان دولت اشـغالگر محـسوب شوند.

صرف‌نظر از آثار قطعنامه شماره ۱۴۸۳، به‌نظر می‌رسد نحوه مشارکت بـسیاری از دولتهـا در SFIR ،آنها را در وضعیت دولت اشغالگر قرار داد. همان‌گونه کـه Lijnzaad اظهـار داشـته، دولتهایی که تحت فرماندهی یا براساس دستورالعمل یـک دولـت اشـغالگر مأموریتهـایی انجـام می‌دهند، خود نیز در وضعیت دولت اشغالگر قرار می‌گیرند.[۴۸] این مسئله تا حد زیادی بـه ماهیـت فعالیتهای انجام شده در سرزمینهای اشغالی، ساختار فرماندهی و تصمیم‌گیری ملی بستگی دارد.

---

46. Glenn Kessler,"Powell says troops would leave if leaders asked", the Washington Post, 15 May 2004.

***.** SFIR.

47. Guy Dinmore, James Politi, Mark Odell,"US struggles to top up Allied force in Iraq", Financial Times, 2 July 2003.

48. Liesbeth Lijnzaad ,"How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation" in L. Lijnzaad, J.van Sambeek & B. Tahzib-lie(eds.), Making the Voice of Humanity Heard, Martinus Nijhoff, Leiden/london, 2003, p. 298; *see also* Hmoud , *op.cit*. (note 7), p. 451.

برخی از دولتهایی که نیروی نظامی در اختیار SFIR قرار داده بودند برای آن کـه دولـت اشغالگر تلقی نشوند، مأموریت خود را در عراق محدود کردند. به‌عنوان مثال، نروژ اصـرار داشـت که نیروهای نظامی آن در عراق تنها امـور «بـشردوستانه» انجـام مـی‌دهـد و در نتیجـه، دولـت اشغالگر تلقی نمی‌شود.[۴۹] البته، این ادعا ایراد دارد زیرا کـه وزارت دفـاع نـروژ پذیرفتـه بـود کـه نیروهای آن کشور برای انجام مأموریتهای نظامی و بشردوستانه اعـزام مـی‌شـوند.[۵۰] کـشورهای دیگری که نیروی نظامی اعزام کرده بودند ادعای مشابهی مطرح کردند امـا ماننـد دولـت نـروژ ماموریت نیروهای نظامی خود را محدود نکرده بودند. این‌گونه ادعاها نیز از نظر حقـوقی چنـدان وجاهت و قابلیت بررسی ندارد. فرمان شماره ۱۷ «دولت موقت ائتلاف»[۵۱] کـه وضـعیت حقـوقی نیروهای ائتلاف را مشخص می‌کرد مؤید این دیدگاه است و تصریح کرد که این نیروهـا تحـت صلاحیت انحصاری دولتهای اعزام‌کننده هستند. البته، این فرمان میان نیروهای ائـتلاف اعزامـی از ایالات متحده و انگلیس از یک‌سو و نیروهای اعزامی از سوی کشورهای دیگر، تفکیکی قائـل نشده بود. همه آنها در ذیل تعریف «نیروهای ائتلاف» قرار گرفته بودند:

«همه کارکنان نظامی و غیرنظامی غیرعراقی که در اختیار نیروهـای ائـتلاف قـرار داده شده یا تحت فرماندهی آن قرار گرفته‌اند یا همه نیروهایی که توسط دولت ائتلافی به‌کـار گرفتـه شده‌اند شامل غیرنظامیان وابسته و نیز همه کارکنان نظامی و غیرنظامی غیرعراقی که در اختیـار رئیس دولت موقت ائتلاف قرار گرفته یا تحت کنترل و مدیریت آن هستند.[۵۲]

خلاصه، اینکه بسیار بعید است دولتی کـه نیـروی نظـامی در اختیـار SFIR قـرار داده، اشغالگر محسوب نشود مگر این که با مداخله شورای امنیت، آن دولت از وضعیت دولت اشـغالگر خارج شود.

قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت و حقوق اشغال نظامی

دغدغه و نگرانی در مورد وضعیت دولتهای اشغالگر یکی از عواملی اسـت کـه در تـدوین قطعنامه شماره ۱۴۸۳ نقش بسیار مهمی ایفاء کرد. پس از جنـگ، احـساس شـد کـه لازم اسـت

---

49. "Norway's role in Iraq catches more flak", Aftenposten, 9 December 2003.

50. "Norwegian soldiers head for Iraq", Aftenposten, 26 June 2003.

51. Coalition Provisional Order No.17, Status of the Coalition , Foreign Liaison Missions , their personnel and Contractors, 26 June 2003, CAP/ORD/26 June 2003/17.

در ۲۷ ژوئن ۲۰۰۴ ، این فرمان مطرح شد که به‌موجب آن مزایـا و مـصونیتهای اعطـا شـده بـه نیروهـای ائـتلاف بـه طـرز گسترده‌ای توسعه پیدا کرد. رک.

See CPA Order No.17 (revised) of 27 June 2004, CPA/ORD/27 June 2004/17.

52. *Ibid*., Section 1(1).

فرآیند تثبیت و انتقال سیاسی در عراق تبیین و به نقش سازمان ملل در آن فرآیند توجه شود تصویب این قطعنامه، نتیجهٔ این احساس ضرورت بود.

در ۹ مه ۲۰۰۳، ایالات متحده، انگلیس و اسپانیا به‌صورت غیررسمی پیش‌نویس قطعنامه‌ای را به شورای امنیت ارائه کردند. این پیش‌نویس، دقیقاً خواسته‌ها و مقاصد ایالات متحده و انگلیس در عراق را که در نامهٔ روز قبل آن دو دولت به شورای امنیت آمده بود دنبال می‌کرد.[۵۳] در آن نامه به تشکیل «دولت موقت ائتلاف» برای اعمال موقت اختیارات دولت و در صورت لزوم، تأمین امنیت، میسر ساختن ارسال کمکهای بشردوستانه و انهدام سلاحهای کشتارجمعی اشاره شده بود. همان‌گونه که در بالا گفته شد، ایالات متحده و انگلیس در آن نامه براساس حقوق بین‌الملل بشر دوستانه خود را دولت اشغالگر تلقی کردند.

در پیش‌نویس قطعنامه، یک بند مقدماتی آمده بود که با اشاره به آن نامه، اختیارات، مسئولیتها و تعهدات این دو دولت به‌عنوان دولتهای اشغالگر براساس حقوق بین‌الملل قابل اعمال و نیز مسؤلیت دولتهای دیگری که اکنون یا در آینده ممکن است تحت نظر یک فرماندهی واحد فعالیت کنند، به‌رسمیت شناخته شد. [۵۴] «جک استراو»، وزیر امورخارجه [وقت] انگلیس، طی اظهاراتی در مجلس عوام آن کشور تأیید نمود که در این بند مقدماتی، وضعیت دولت اشغالگر پذیرفته شده است.[۵۵] در پیش‌نویس قطعنامه، ابتدا احتمال این که دولتهای دیگری که نیروی نظامی در اختیار SFIR قرار دهند نیروهای اشغالگر باشند، منتفی نشده بود. براساس متن اولیه قطعنامه، این دولتها به همراه انگلیس و ایالات متحده بخشی از نیروهای «مقام» را تشکیل می‌دادند.[۵۶] اما در این پیش‌نویس تغییرات بسیاری صورت گرفت تا خواسته‌های طرفهای ذی‌نفع از جمله کشورهای فرانسه، آلمان و فدراسیون روسیه لحاظ گردد. خواسته کشورهای اخیر این بود که در قطعنامه نقش زیادی به سازمان ملل داده شود. دیگر طرفهای ذی‌نفع کشورهایی بودند که بالقوه ممکن بود به SFIR نیروی نظامی اعزام و در آن مشارکت کنند. دغدغه این کشورها موجب شد که در پیش‌نویس قطعنامه، بند دیگری گنجانده شود که براساس آن، شورای امنیت از تمایل دولتهای عضو برای مشارکت در ثبات و امنیت عراق از طریق اختصاص نیروی انسانی ،تجهیزات و دیگر منابع تحت نظر «مقام» استقبال کرد.

---

53. *Op. cit*. 9 note 31).

54. Draft Security Council Resolution of 9 May 2003, copy on file with the author.

55. Statement by the Foreign Secretary, Jack Straw,to the House of Commons, 12 May 2003, vol. 405, part 392, column 22.

56. Lijnzaad, *op.cit.* (note 48), p. 295.

پیش‌نویس مورخ ۱۵ مه ۲۰۰۳ نیز با تکرار بند مقدماتی به تعهدات آن دو دولت و دولتهایی که با آنها همکاری می‌کردند اشاره نموده بود. اما در نسخه نهایی پیش‌نویس قطعنامه، بین «ایالات متحده و انگلیس» از یک طرف و «دولتهای دیگری که با آنها همکاری می‌کردند» از طرف دیگر، آشکارا تفکیک انجام شد. بند ۱۳ و ۱۴ مقدماتی پیش‌نویس نهایی قطعنامه تصریح می‌کرد:

«با در نظر گرفتن نامه مورخ ۸ مه ۲۰۰۳ نمایندگان دائم ایالات متحده و دولت پادشاهی انگلیس به رئیس شورای امنیت (*S/2003/538*) و با قبول مسئولیت، اختیارات و تعهدات خاصی که این کشورها به‌عنوان دولتهای اشغالگر به‌موجب حقوق بین‌الملل قابل اعمال تحت فرماندهی واحد (مقام)دارند ... افزون بر آن، نظر به این که دولتهای دیگری که اشغالگر نبوده‌اند و اکنون یا در آینده ممکن است تحت نظر مقام فعالیت کنند...».[۵۷]

درج بند ۱۴ در مقدمهٔ قطعنامه وضعیت مبهمی ایجاد کرد. ممکن است شورای امنیت آن را این‌گونه تعبیر کند که به‌موجب حقوق بین‌الملل بشردوستانه،«دولتهای دیگر» معیارهای لازم برای آنکه اشغالگر محسوب شوند را ندارند. به عبارت دیگر، ممکن است شورای امنیت به‌موجب فصل هفتم منشور تصمیم بگیرد که در مورد «کشورهای دیگر» وضعیت دولت اشغالگر را کلاً کنار بگذارد. این در حالی است که اگر تصمیم شورای امنیت نبود آن دولتها اشغالگر محسوب می‌شدند. این تفسیر که صرفاً براساس بند مقدماتی، صورت گرفته تفسیر موسعی است. با این حال، دولت هلند استدلال کرد که این تفسیر، تفسیر صحیحی از قطعنامه شماره ۱۴۸۳ است. این دولت در پاسخ به پرسش نماینده مجلس آن کشور اعلام نمود که تصمیم شورای امنیت در بند ۱۴ مقدماتی قطعنامه در مورد وضعیت دولتهایی که نیروی نظامی در اختیار SFIR گذاشته‌اند لازم‌الاتباع و معتبر می‌باشد.[۵۸] به‌نظر این دولت، براساس ماده ۲۵ منشور، تصمیم شورای امنیت در این خصوص برای همه اعضای سازمان ملل متحد لازم الاتباع است. به‌علاوه، ماده ۱۰۳ منشور تصریح نموده که در صورت تعارض میان تعهدات دولتهای عضو ملل متحد به‌موجب منشور سازمان ملل و تعهدات آنها به‌موجب هر معاهده دیگر، تعهدات آنها براساس منشور مقدم خواهد بود.

اما این تنها روش نبود که از طریق استناد به قطعنامه ۱۴۸۳ بخشی از حقوق اشغال نظامی کنار گذاشته شود. در ۱۹ سپتامبر۲۰۰۳، «پل برمر» فرمان شماره ۳۹ «دولت موقت

57. SC Res.1483, preambular paras.13-14.

58. Kamerstukken TK 2002-03, 23432, No.116, at 8; Kamerstukken TK 2002-03,23432 , No. 117, at 20.

ائتلاف» را تصویب کرد.[۵۹] این فرمان تغییرات مهمی در قانون سرمایه‌گذاری عراق ایجاد نمود و جایگزین تمامی قوانین معتبر قبلی در زمینه سرمایه‌گذاری شد و اقتصاد عراق را به‌طور بی‌سابقه‌ای به‌روی سرمایه‌گذاری خارجی گشود؛ مثلاً به سرمایه‌گذاران خارجی اجازه داد شرکتهای عراقی را به‌طور کامل تملک کنند؛ بدون اینکه برای بازگشت سود آن سرمایه به عراق هیچ قید و شرطی تعیین کند. در حالی که قانون اساسی عراق این حالت را تنها به اتباع کشورهای عربی محدود کرده بود. این قانون، معتبر و نافذ است مگر این که به‌وسیله دولت عراق ملغی شود.

بلافاصله، تردیدهایی در مورد مشروعیت این فرمان مطرح شد. برخی مفسران بر این نظر بودند که تصویب این فرمان مغایر حقوق اشغال نظامی است؛ چون دولت موقت (اشغالگر) تنها به‌طور محدود می‌تواند در ساختارهای اقتصادی، اداری و حکومتی دولت اشغالی مداخله نماید.[۶۰] این مفسران به‌ویژه استدلال می‌کردند که تصویب این فرمان مغایر ماده (۴۳) مقررات لاهه است. ممکن است ادعا شود که چنین تغییر بنیادین اقتصادی در قانون سرمایه‌گذاری عراق برای ایالات متحده و انگلیس آن چنان ضروری بوده که اگر این تغییر انجام نمی‌شد به هیچ‌وجه نمی‌توانستند قوانین معتبر را اجرا نمایند اما اثبات این ادعا خیلی دشوار است. با این حال، ظاهراً تلقی «دولت موقت ائتلاف» این بوده که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ به آن اجازه داده که برخلاف حقوق اشغال نظامی اقدام کند.

برخی ادعا کرده‌اند که فرمان شماره ۳۹ منطبق با قطعنامه شماره ۱۴۸۳ است. مقامات آمریکایی می گویند که اقدامات آن کشور در عراق به‌طور کلی مطابق قطعنامه شماره ۱۴۸۳ است.[۶۱] یک مقام دولتی انگلیس در مجلس اعیان(لردان) اعلام نمود که دولت انگلیس اطمینان دارد که سیاستها و اقدامات آن در عراق مطابق تعهدات بین‌المللی آن کشور بوده است.[۶۲] وزیر امورخارجه انگلیس اعلام نمود که دولت متبوع او متقاعد شده که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت مبنای حقوقی صحیحی برای اهداف سیاسی فرمان سرمایه گذاری خارجی دولت موقت ائتلاف است.[۶۳] وزیر امورخارجه هلند در پاسخ کتبی به پرسش یکی از نمایندگان مجلس اظهار

---

59. Coalition Provisional Authority Order No. 39, Foreign Investment, 19 September 2003, CPA/ORD/19 September 2003/39.

این فرمان به‌موجب فرمان شماره ۴۶ مصوب ۲۰ دسامبر ۲۰۰۳ «دولت موقت ائتلاف» اصلاح گردید. CPA/ORD/20 December 2003/46

60. Thomas Catan,"Iraq business deals may be invalid , law experts warn", Financial Times, 2 November 2003, Daphne Eviatar,"Free-market Iraq? Not so fast",10 January 2004, New York Times.

61. "Questions raised about legality of US attempts to transform Iraq", Pakistan Tribune, 14 January 2004.

62. Hansard, House of Lords, vol. 653(145), c. 293 WA.

63. HC Deb. 20 November 2000 c.1304W.

نمود که فرمان شماره ۳۹ به دلایل مختلف مغایر حقوق بین‌الملل نبوده است. این دلایل عبارتند از: هدف و موضوع مقررات لاهه، کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹، هدف و موضوع فرمان شماره ۳۹ و چگونگی شکل‌گیری آن و در نهایت، این که در قطعنامه شماره ۱۴۸۳ از دولتها خواسته شده از طریق اقدامات معطوف به تجدید ساختار اقتصادی، به مردم عراق کمک کنند.[۶۴] ظاهراً، به‌نظر این دولت به فرض این که فرمان شماره ۳۹ حقوق اشغال نظامی را نقض کرده باشد، این نقض به استناد و با مجوز قطعنامه شماره ۱۴۸۳ بوده است. چالشهایی که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ برای حقوق اشغال نظامی پدید آورده و دو مورد از آن در بالا بررسی شد، دو پرسش مهم و اساسی را مطرح می کند که در ادامه این نوشتار بررسی خواهد شد. پرسش اول این است که آیا شورای امنیت مجاز است از حقوق اشغال نظامی عدول کند؟. دومین پرسش این است که آیا شورای امنیت در مورد خاص عراق عملاً از حقوق اشغال نظامی عدول کرده است یا خیر؟.

اما پیش از پاسخ به این پرسشها، در اینجا چالشهایی دیگری بررسی می‌شود که «دولت موقت ائتلاف» برای حقوق اشغال نظامی ایجاد کرده است؛ بدین معنا که اقداماتی انجام داده که قطعاً، مغایر حقوق اشغال نظامی بوده است. تغییر نظام مالیاتی عراق یکی از این موارد است. فرمان شماره ۳۷ «دولت موقت ائتلاف» یک نظام مالیاتی برای سال ۲۰۰۳ وضع کرد.[۶۵] در مقدمه این فرمان آمده است که «دولت موقت ائتلاف» تصمیم گرفته در نظام مالیاتی عراق بازنگری عمده‌ای داشته باشد.[۶۶] حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا واقعاً «دولت موقت ائتلاف» به‌طور کلی قادر نبوده نظام مالیاتی موجود را اجرا کند؟.

ماده ۴۸ مقررات اجرایی ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه تصریح کرده که دولت اشغالگر می‌تواند مالیات، مطالبات و عوارض را به‌نفع دولت اخذ نماید به‌شرط اینکه تا جایی که امکان دارد این کار طبق ارزیابی و قواعد مالیاتی موجود باشد. از دیدگاه برخی آموزه‌ها و اندیشه‌های حقوقی، این مقررات به دولت اشغالگر اجازه نداده که مالیات جدید و مضاعف برای خود یا سرزمین اشغالی اخذ کند.[۶۷] همچنین، در دکترین حقوقی پذیرفته شده که استثناء مندرج در ماده ۴۳ مقررات لاهه ممکن است بسته یا طول مدت اشغال نظامی به‌ویژه در ارتباط با قواعد حاکم بر وضع مالیات، موسع‌تر تفسیر شود.[۶۸] اما اشغال عراق در مقایسه با نمونه‌های دیگر اشغال نظامی سرزمینهایی که اسرائیل اشغال کرده، اشغال طولانی مدت تلقی نمی‌شود. همچنین

64. Aanhangsel Handelingen II 2003/04, No. 720.
65. CPA /ORD/19 September 2003/37.
66. *Ibid*., preambular para. 4.
67. Glahn, *op.cit*. (note 17).
68. Sassoli, *op.cit*. (note43).

مشخص نیست چه ضرورتی داشته که دولتهای اشغالگر در عـراق بـا فرمـان شـماره ۶۴ دولـت موقت ائتلاف در «قانون شرکتها» عراق تغییراتی ایجاد کنند.[۶۹] به‌نظر می‌رسد این تغییرات، بیشتر نشانگر ترجیحات ایالات متحده برای اقتصاد آزاد باشـد تـا یـک ضـرورت مطلـق بـرای امنیـت دولتهای اشغالگر یا آسایش و رفاه مردم عراق.

به‌نظر «شیفر»، تصمیم شورای امنیت در ارتباط با صندوق توسعه عراق، مدیریت «نفـت، فرآورده‌های نفتی وگاز طبیعی» و تشکیل یک دولت موقت عراقی (به‌عنـوان دولـت انتقـالی کـه توسط خود مردم عراق اداره شود)، تعهدات دیگری است کـه آن شـورا بـرای ایـالات متحـده و انگلیس ایجاد و تحمیل کرده است. این در حالی است که این اقدامات مغایر نص صـریح حقـوق اشغال نظامی می‌باشد.[۷۰] اما برخلاف دو نمونه بالایی یعنی فرمان شماره ۳۹ و وضـعیت حقـوقی برخی دولتهایی که به SFIR نیروی نظامی اعزام و در آن شرکت داشته‌اند، به نظر می‌رسد کـه نمی‌توان این ایرادات و چالشها را براین اساس توجیـه کـرد کـه اگرچـه ایـن اقـدامات، فراتـر از چارچوب حقوق اشغال نظامی است اما خود شورای امنیت آن را تجویز کرده است. مسئله‌ای کـه مورد تأکید و توجه اصلی این مقاله است.

آیا شورای امنیت می‌تواند از حقوق اشغال نظامی تخطی کند؟

منشأ اختیارات و تعهدات شورای امنیت، منشور ملل متحد و حقوق بین‌الملل عـام اسـت. منشور ملل متحد یک معاهده است و به این اعتبار، سازمان و ارکان آن باید تقسیم صـلاحیتها و محدودیتهای مربوط به اختیارات پیش‌بینی شده در آن معاهده را رعایت کنند.[۷۱] ماده ۲۴ منشور، در ساختار ملل متحد برای شورای امنیت نقش ویژه‌ای قائل شده و مـسئولیت اولیـه آن شـورا را حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مقرر نموده است. اما شورای امنیت در انجام ایـن مـسوولیت بایـد اصول و اهداف سازمان ملل متحد را رعایت کند. اهداف سازمان ملل متحد در مـاده (۱) منـشور بیان شده است. به‌موجب این ماده یکی از اهداف سازمان، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اسـت[۷۲]

---

69. CPA/ORD/5 March 2004/64.

70. Scheffer, *op.cit*. (note 7), p. 846

71. Ian Brownlie, Principles of Public International Law,Clarendon Press, London, 1998, p. 697; Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, A.Ch., 2 October 1995, *para*. 28.

۷۲. بند (۱) ماده (۱) منشور مقرر داشته:
حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و برای این منظور به عمل آوردن اقدامات دسته جمعی مؤثر برای جلوگیری از و برطرف کردن تهدید صلح و متوقف کردن هرگونه عمل تجاوز یا سایر کارهای ناقض صلح و فراهم آوردن موجبات تعـدیل و حـل و فـصل اختلافات بین‌المللی یا وضعیتهایی که ممکن است منجر به نقض صلح گردد با شیوه های مـسالمت‌آمیـز و بـر طبـق اصـول عدالت و حقوق بین‌الملل.

شورای امینت برای تعدیل و حل و فصل اختلافات بین‌المللی باید طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل عمل کند. اما زمانی که شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور عمل می‌کند چنانکه تعهدی وجود ندارد؛ تصمیمات شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور برای دولتهای عضو الزام‌آور است. ماده (۲۴) و بند (۱) ماده (۱) منشور تصریح می‌کنند که این تصمیم ممکن است از حقوق بین‌الملل قابل اعمال، عدول کند.[۷۳] کارهای مقدماتی منشور نیز این تفسیر را تأیید می‌کند. پیشنهادهای کنفرانس «دمبارتن اکس» در بخش مقررات مربوط به اهداف و اصول، هیچ اشاره‌ای به حقوق بین‌الملل نکرده است. در کنفرانس ملل متحد در مورد سازمان بین‌المللی که قرار شد پس از جنگ تشکیل شود، چین با حمایت دولتهای شوروی، انگلیس و ایالات متحده پیشنهاد کرد متنی افزوده شود تا براساس آن حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات با توجه مقتضی به اصول عدالت و حقوق بین‌الملل صورت گیرد.[۷۴] دیگر هیأتهای نمایندگی بر این عقیده بودند که این عبارت کافی نیست و برای رعایت دقیق اصول عدالت، حقوق بین‌الملل و اصول اخلاقی، باید قید صریحی در منشور آورده شود.[۷۵] چندین بار پیشنهاد شد که پس از واژه های «صلح و امنیت»، عبارت «مطابق با اصول عدالت و حقوق بین‌الملل» درج شود اما این پیشنهادها رد شد.[۷۶] این نشان می‌دهد که طراحان و تدوین‌کنندگان پیش‌نویس منشور بر این نظر بوده‌اند که شورای امنیت هنگام تصمیم‌گیری براساس فصل هفتم منشور می‌تواند از حقوق بین الملل قابل اعمال عدول کند.

اصل عدول شورای امنیت از حقوق بین‌الملل قابل اعمال، در ماده ۱۰۳ منشور تأیید و مقرر شده که اگر تعهدات دولتهای عضو به‌موجب منشور با تعهدات آنها به‌موجب هر معاهده بین‌المللی دیگر تعارض داشته باشد تعهدات ناشی از منشور بر تعهدات دیگر مقدم خواهد بود.[۷۷] تعهدات ناشی از منشور شامل تعهداتی است که مستقیماً از مقررات منشور و نیز از تصمیمات الزام‌آور شورای امنیت ناشی می‌شود.[۷۸] دیوان بین‌المللی دادگستری در دستور موقت مربوط به

---

73. Ruediger Wolfrum,"Article 1" , in B.Simma (ed.), The charter of the United Nations: A commentary, Oxford University Press, Oxford,1994, p. 52.

74. UNCIO III, at 622, Doc. 2 G/29.

75. Summary Report of Third Meeting of Committee I/1, Doc. 197, 10 May 1945, UNCIO Documents vol. 6, pp. 281-282.

76. Summary Report of the Ninth Meeting of Committee I/1, Doc.742, 1 /1/23/1 June 1945, UNCIO vol. 6 at 317, at 318; Verbatim Minutes of First Meeting of Commission 1, 14 June 1945, Doc.1006, UNCIO.

۷۷ . ماده ۱۰۳ منشور مقررداشته: در صورت تعارض میان تعهدات دولتهای عضو ملل متحد ناشی از این منشور و تعهدات آنها به‌موجب یک معاهده بین‌المللی دیگر، تعهدات ناشی از منشور مقدم خواهد بود.

78. Rudolf Bernhardt,"Article 103", in Simma , *op.cit.* (note 73), p. 1120.

قضیه «لاکربی» این مسئله را تأیید کرد.[۷۹] در این قضیه، برخی از قضات صریح‌تر از تصمیم خود دیوان به این مسئله پرداختند. به‌عنوان نمونه، قاضی «ادا» در اعلامیه خود بیان داشت که براساس منشور ملل متحد، قطعنامهٔ شورای امنیت قدرت الزام‌آور دارد صرف نظر از اینکه با حقوق بین الملل ناشی از منابع دیگر مطابقت داشته باشد یا خیر.[۸۰]

ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد تنها به تعهدات ناشی از معاهدات اشاره دارد و نه تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی. اما این بدان معنا نیست که تعهدات ناشی از منشور بر حقوق بین‌الملل عرفی مقدم نیست. این مطلب از ماده ۲۵ منشور ملل متحد قابل استنباط است.[۸۱] به موجب این ماده، دولتهای عضو ملل متحد موافقت می‌کنند که تصمیمات شورای امنیت را مطابق منشور قبول و اجرا کنند. در این ماده، در مورد تصمیمات مطابق با حقوق بین‌الملل عرفی، هیچ محدودیتی وجود ندارد.[۸۲] هدف خاص ماده ۱۰۳ بیان این مطلب است که در اینجا، قواعد عمومی مربوط به حل تعارض میان معاهدات اعمال نمی‌شود.[۸۳] برخی مفسران چنین استدلال می‌کنند که در هرصورت و علی‌رغم مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد، شورای امنیت تابع قواعد آمره (Jus Cogens) و مقید به آنها است.[۸۴] آنها چنین ادعا می‌کنند که این قواعد از نظر سلسله مراتب بر همه قواعد دیگر حقوق بین‌الملل، برتری دارند و در نتیجه، شورای امنیت با توجه به این ویژگی، باید آنها را رعایت کند. «لاتر پاخت»، قاضی اختصاصی در قضیه اعمال کنوانسیون منع نسل‌کشی (بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی) این استدلال را در نظر شخصی خود ارائه داد.[۸۵] اما ظهور مفهوم «قواعد آمره»، تغییراتی در منشور ملل متحد ایجاد نکرد. اگرچه صحیح

---

79. Questions of Interprettation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order, 1992, ICJ Reports 3, at 16, *para*. 39.

80. *Ibid*., Declaration by Judge Roda, *para*. 1.

81. Michael Reisman,"The constitutional crisis in the United Nations", American Journal of International Law, vol. 87, No.1, January 1993, p. 93 .

به‌نظر می‌رسد عملکرد برخی دولتها نیز مؤید تسری قلمرو اعمال ماده ۱۰۳ منشور به حقوق بین‌الملل عرفی است. یکی از این نمونه‌ها، بیانیه ۲۴ مارس ۱۹۹۹ فدراسیون روسیه خطاب به شورای امنیت در ارتباط با کوزوو است. در این بیانیه آمده است که ماده ۱۰۳ منشور به صراحت و به‌طور مطلق، تعهدات اعضای سازمان ملل متحد ناشی از منشور را بر تعهدات بین‌المللی دیگر آنها مقدم می‌داند.

۸۲. در این خصوص رک. Jost Delbruck ,"Article 25", in Simma, *op.cit*. (note 73), pp.459-460

83. Bernhardt, *op.cit*. (note 78), p. 1118.

84. Gill, *op.cit*. (note 4), p. 33.

۸۵. مفهوم «قواعد آمره» به عنوان مفهوم برتر بر هر دوی حقوق عرفی و حقوق قراردادی قابل اعمال است. کمکی که ماده ۱۰۳ منشور می‌تواند در صورت تعارض میان یکی از تصمیمات شورای امنیت و یک تعهد معاهده ای به شورای امنیت دهد ــ صرفاً از باب سلسله مراتب قواعد ــ نمی‌تواند به تعارض میان قطعنامه شورای امنیت و قواعد آمره تسری داشته باشد. در این خصوص رک.

است که شورای امنیت نمی‌تواند از «قواعدآمره» عدول کند اما باز این پرسش مطرح است که آیا تعهدات ناشی از حقوق اشغال نظامی، از جنگ «قواعد آمره» است یا خیر.

با اینکه به‌نظر برخی صاحب نظران، این تعهدات، ویژگی قواعد آمره را ندارند،[۸۶] اما دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی مربوط به قضیه «*آثار حقوقی ساخت دیوار در سرزمینهای اشغالی فلسطین*» چنین نظر داد که حد اقل برخی قواعد حقوق اشغال نظامی می‌تواند ویژگی آمره (peremptory) داشته باشد. دیوان نظر داد که همه کشورها متعهدند که وضعیت غیرقانونی ناشی از ساخت دیوار را به‌رسمیت نشناسند و هرگونه مانع ناشی از ساخت دیوار را برچینند. نتیجه‌گیری دیوان بین‌المللی دادگستری آن بود که حقوق قابل اعمال به وضعیت سرزمینهای اشغالی توسط اسرائیل شامل حقوق اشغال نظامی نیز می‌شود. این تعهدات در واقع، اعمال اصول مندرج در مواد ۴۰ و ۴۱ پیش نویس مواد مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل است. این مواد ناظر بر مسئولیت بین‌المللی دولت است که از نقض جدی تعهد ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام توسط یک دولت ایجاد می‌شود. اگر این مواد با نتیجه‌گیری دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه ساخت دیوار با هم در نظر گرفته شود چنین به نظر می‌رسد که حقوق اشغال نظامی می‌تواند مشمول قواعد آمره باشد.

شعبه دوم بدوی دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگوسلاوی سابق در حکم مربوط به پرونده Kupreskic به صراحت اعلام نمود که بیشتر قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه به‌ویژه قواعدی که جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی را منع نموده، قواعد آمره حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند و نمی‌توان آنها را نقض نمود.[۸۷] در هیچ‌یک از مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور مقرر نشده که چنان چه شورای امنیت از قواعد خاصی از حقوق بین‌الملل عدول کند، نظام جایگزین قابل اعمال چیست. اما پذیرش این مسئله سخت است که تدوین‌کنندگان منشور ملل متحد بر این نظر بوده‌اند که در مواردی که شورای امنیت از حقوق بین‌الملل عدول می‌کند، خلأ حقوقی ایجاد شود. ممکن است این استدلال حقوقی مطرح شود که شورای امنیت باید معیار جایگزین را مشخص نماید زیرا که شورای امنیت به نمایندگی از کل اعضای ملل متحد اقدام می‌کند پس نمی‌تواند بدون نظرات و رسیدگی دقیق، اختیاراتی به دولتها بدهد.[۸۸] افزون بر آن،

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide , Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Separate Opinion of Judge Lauterpacht, 1993 ICJ Reports 4, at 440

86. Scheffer, *op.cit.* (note 7), p. 852.

87. Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al., Judgment, Case No. IT-95-16-T, Tr.ch.II, 14 January 2000, *para*. 520.

88. *See* e.g. Derek Bowett,"The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures", European Journal of International Law, vol. 5, 1994, p. 8

استدلال شده که شورای امنیت باید در هر زمانی، بر اعمال اختیاراتی که به‌موجب فصل هفتم منشور تفویض شده، اقتدار و کنترل کامل داشته باشد.[۸۹] تصمیم شورای امنیت مبنی بر این که دولتها می‌توانند در عراق برخی اقداماتی انجام دهند که در جای دیگر مجاز به انجام آن نیستند، از این‌گونه تفویض اختیارات است. طبق این استدلال، شورای امنیت باید معیاری ارائه نماید که براساس آن بتواند چگونگی اعمال اختیارات تفویض شده را به‌طور دقیق بررسی و در این مورد اظهارنظر نماید.

استدلال حقوقی دیگر آن است که شورای امنیت موظف است براساس اصل حسن نیت عمل کند. دولتهای عضو منشور سازمان ملل متحد براساس بند (۲) ماده (۲) منشور ملل متحد باید تعهدات خود را با حسن نیت انجام دهند. در نگاه نخست، به‌نظر می‌رسد که این شرط تنها به دولتهای عضو منشور مربوط است؛ در حالی‌که اگر همین بند با جمله نخست ماده (۲) خوانده شود به‌نظر می‌رسد که بر ملل متحد نیز قابل اعمال است.[۹۰] در هر حال، اصل حسن نیت بر دولتهای عضوی که در فرآیند تصمیم‌گیری سازمان ملل شرکت می‌کنند، اعمال می‌شود. همان‌گونه که کرگیس (Kirgis) اظهار می‌دارد اگرچه تعریف اصل حسن نیت مشکل است اما حداقل به‌نظر می‌رسد این اصل، شورای امنیت را ملزم می‌کند که وظائف مبتنی بر منشور را مسئولانه انجام دهد.[۹۱] ممکن است استدلال شود که عدول بی‌حد و مرز شورای امنیت از حقوق اشغال نظامی رفتار غیرمسئولانه‌ای از جانب آن شورا است. حتی اگر شورای امنیت ملزم به ارائه معیاری جایگزین نباشد اما سیاست خردمندانه ایجاب می کند که این‌گونه عمل کند. در این خصوص عملیاتهای حمایت از صلح ملل متحد آموزنده است. برخی ادعا می‌کنند که حقوق اشغال نظامی بر آن قبیل عملیات قابل اعمال نیست؛ زیرا نظام حقوقی جایگزین یعنی قطعنامه شورای امنیت بر آنها حاکم است.[۹۲] اگرچه قطعنامه‌های شورای امنیت عموماً چارچوبی به‌عنوان راهنمای مسائل عملی ناشی از اداره سرزمین ارائه نمی‌دهد. در مجموع، شورای امنیت حداقل در خصوص قواعد غیرآمره می‌تواند از حقوق اشغال نظامی عدول کند ولی در این صورت نیز، باید استاندارد رفتاری جایگزین را ارائه کند.

---

89. Danesh Sarooshi,The United Nations and the Development of Collective Security: The delegation by the Security Council of its Chapter VII powers, Oxford University Press, Oxford,1999, pp. 34, 159-160

90. See e.g. Erika de Wet ,The Chapter VII powers of the United Nations Security Council, Hart, Oxford/Portland,Or., 2004, p. 195.

91. Frederic kirgis,"Security Council governance of post-conflict societies: A plea for good faith and informed decision-making", American Journal of International Law, Vol. 95, No.3, July 2001, p. 581.

92. Daphna Shraga, Intervention in L. Condorelli, A.M. La Rosa & S.Scherrer (eds.), les Nation Unies et le Droit International Humanitaire, Pedone, Paris,1996, p. 433.

آیا شورای امنیت در قضیه عراق از حقوق اشغال نظامی عدول کرده است؟

برای تشخیص این که آیا شورای امنیت در قضیه عراق از حقوق اشغال نظامی عدول کرده است یا خیر، باید قطعنامه شماره ۱۴۸۳ را تفسیر کرد. اصول قابل اعمال برای این تفسیر توسعه پیدا نکرده و ناقص است.[۹۳] نظر معتبر در این خصوص در بخشی از رای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد قضیه «نامیبیا» مطرح شده است:

«پیش از تصمیم‌گیری در مورد اثر الزام‌آور قطعنامه شورای امنیت، باید عبارات آن بدقت بررسی شود. با توجه به ماهیت اختیارات ناشی از ماده ۲۵ منشور ملل متحد، برای احراز این که آیا این اختیارات اعمال شده است یا خیر، حسب مورد باید موارد زیر مدنظر قرار گیرد؛ عباراتی از قطعنامه که باید تفسیر شود، مباحثات منتهی به صدور قطعنامه، مقرراتی از منشور که به آن استناد شده و به‌طورکلی، همه اوضاع و احوالی که می‌تواند در تعیین آثار حقوقی قطعنامه شورای امنیت کمک کند.[۹۴]

تنها با استناد به منطوق و ظاهر عبارات قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت نمی‌توان به این پرسش پاسخ داد که آیا شورای امنیت در وضعیت حقوقی دولتهایی که با اعزام نیروی نظامی به SFIR مشارکت داشته‌اند تغییر داده است یا خیر. از یک‌سو، براساس بند (۱۴) مقدماتی قطعنامه چنین به‌نظر می‌رسد که شورا وضعیت حقوقی این دولتها را تغییر داده است. از سوی دیگر، بند(۵) اجرایی قطعنامه از همه طرفهای ذی‌ربط خواسته که به تعهدات ناشی از حقوق بین‌الملل به‌ویژه کنوانسیون های ژنو ۱۹۴۹ و مقررات لاهه ۱۹۰۷ به‌طور کامل عمل نمایند. ممکن است بند (۵) اجرایی قطعنامه این‌گونه تفسیر شود که این کنوانسیونها که بخش عمده‌ای از حقوق اشغال نظامی را تشکیل می‌دهد تحت شرائطی، بر همه دولتهای ذی‌ربط از جمله دولتهایی که تحت‌نظر «مقام» فعالیت می‌کنند، قابل اعمال است. اما اگر تلقی و برداشت از بند (۱۴) مقدماتی قطعنامه این باشد که اساساً همه دولتهایی که تحت نظر «مقام» فعالیت می‌کنند دولتهای اشغالگر نیستند در این صورت، آن دولتها تعهدات دولت اشغالگر را نخواهند داشت. با این حال، آن دولتها متعهدند که آن بخش از مقررات حقوق اشغال نظامی را که در مورد همه دولتهای عضو کنوانسیون‌های ژنو اعمال می‌شود، رعایت کنند؛ از جمله مقررات موضوع ماده ۵۹ کنوانسیون چهارم ژنو برای فراهم آوردن امکان کمک‌رسانی آزادانه به مردم سرزمین اشغالی.

---

93. See Michael Wood ,"The interpretation of Security Council resolutions", Max Planck Yearbook of United nations Law, Vol. 2, 1998, p. 73.

94. Legal Cosequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971,. p. 53.

بسیاری از مباحثات منتهی به تصویب قطعنامه شماره ۱۴۸۳ آشکار نبوده و بسیاری از فرایندهای تصمیم‌گیری در مورد قطعنامه‌های شورای امنیت مشخصاً در مشورتهای غیررسمی انجام می شود. با این همه، تغییرات در پیش‌نویس این قطعنامه نشان می‌دهد که شورای امنیت وضعیت حقوقی دولتهایی را که نیروی نظامی اعزام کرده‌اند، تغییر داده است. همان‌گونه که در بالا گفته شد، برای این که ارتباط میان این دولتها از یک‌سو و دولتهای ایالات متحده و انگلیس از سوی دیگر کمتر شود، بند (۱۳) مقدماتی در جریان تهیه پیش‌نویس قطعنامه تغییر یافت.

مشروح و سوابق مذاکرات جلسه شورای امنیت که قطعنامه در آن تصویب شد می‌تواند در تفسیر آن کمک کند.[۹۵] اما در مورد این قطعنامه خاص اطلاعات بیشتری در دسترس نیست. هیأت نمایندگی «کامرون» بین دولتهای اشغالگر و «دولتهای عضوی» که ممکن است در آینده در بازسازی عراق کمک کنند تفکیک روشنی قائل شده[۹۶] اما مشخص ننموده که آیا در نبود قطعنامه شورای امنیت این «دولتهای عضو» نیز دولت اشغالگر محسوب می‌شوند یا خیر.

بررسی عملکرد بعدی دولتهایی که کمابیش به‌طور مسقیم درگیر قضیه بوده‌اند نشان می‌دهد که این دولتها چگونه قطعنامه را تفسیر و تعبیر کرده‌اند. این عملکرد می‌تواند یک ابزار تکمیلی تفسیر باشد.[۹۷] همان‌گونه که در بالا بیان شد هلند برای اثبات این که وضعیت دولت اشغالگر را ندارد به قطعنامه شماره ۱۴۸۳ استناد کرد. ظاهراً، نیوزلند هم چنین موضعی را اتخاذ نمود. در ۱۱ آگوست ۲۰۰۳، نخست وزیر نیوزلند در بیانیه‌ای اعلام کرد که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ مبنای حضور نیروهای نظامی آن کشور در عراق است و براساس این قطعنامه، دولت متبوعش می‌تواند بدون این که دولت اشغالگر تلقی شود در نیروی ایجاد ثبات در عراق شرکت فعالی داشته باشد.[۹۸] از طرف دیگر، وزیر امورخارجه این کشور در پاسخ به سؤال نمایندگان مجلس تاکید کرد که مأموریت نیروهای نظامی آن کشور مشابه ماموریت دولتهای اشغالگری مانند دولت دانمارک نیست و پیشنهاد اعزام مهندسان نیروی دفاعی نیوزلند در واقع پاسخ مثبتی به قطعنامه شماره ۱۴۸۳ بوده که ملل متحد آن را با اجماع تصویب کرد. این مهندسین، جزء نیروهای اشغالگر نبوده و حضور آنان در آن جا برای کمک به بازسازی عراق است.[۹۹]

این عملکرد بعدی دولتها نشان می‌دهد که حداقل برخی از دولتهای شرکت‌کننده در اعزام نیروی نظامی به SFIR بر این اعتقاد بودند که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ آنها را از شمول

---

95. Wood, *op.cit.* (note 93), at. 93.

96. S/PV. 4761 of 22 May 2003, at 10 (Cameroon).

97. Wood, *op.cit.* (note 93), at 95.

98. Press release, New Zealand Defence Force,11 August 2003.

99. Debates of Parliament, 30 July 2003, The Hon.Phil Goff.

دولتهای اشغالگر مستثنی کرده است به گونه‌ای که اگر این قطعنامه نبود، حتماً اشغالگر محسوب می‌شدند.

از منطوق و ظاهر عبارات قطعنامه شماره ۱۴۸۳ معلوم نیست که آیا شورای امنیت قصد داشته که به «مقام» اجازه دهد که در بازسازی اقتصادی عراق از حقوق اشغال نظامی عدول کند یا خیر. اما عبارات به‌کار رفته در این قطعنامه متضمن نقش گسترده‌ای برای «مقام» در بازسازی عراق است. در این قطعنامه از «دولت موقت ائتلاف» خواسته شده که از طریق اعمال مدیریت کارآمد در سرزمین اشغالی، رفاه و آسایش مردم عراق را تامین نموده و ارتقا دهد. به‌علاوه، قطعنامه به نقش «مقام» در بهبود بازسازی اقتصادی، شرائط توسعه پایدار و اصلاحات حقوقی و قضایی اشاره نموده است. به‌نظر می‌رسد که انجام این مأموریتها با محدودیتهای موجود در حقوق اشغال نظامی سازگار نیست.[۱۰۰]

به‌نظر «توماس.دی.گرانت»، این ناسازگاری نشانگر آن است که شورای امنیت از مقررات لاهه و کنوانسیون چهارم ژنو عدول کرده است.[۱۰۱] از سوی دیگر، قطعنامه شماره ۱۴۸۳ به‌طور صریح از همه طرفهای ذی‌ربط خواسته که به تعهدات خویش ناشی از حقوق بین‌الملل از جمله کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ و مقررات لاهه ۱۹۰۷ عمل کنند بدون اینکه در مورد آن مقرراتی که با بازسازی عراق سازگار نیستند استثنایی قائل شود.

در مشروح مذاکرات جلسهٔ شورای امنیت که این قطعنامه در آن به تصویب رسیده در تأیید این استدلال که بخشی از حقوق اشغال نظامی کنار گذاشته شده شواهدی وجود دارد. هیأت نمایندگی اسپانیا در شورای امنیت با اشاره به این که قطعنامه برای کسانی که دوره انتقال را در عراق مدیریت خواهند کرد، دستورالعملهایی دارد و شفافیت در امور اقتصادی هیچ ارتباطی با این دستورالعملها ندارد اعلام نمود که قطعنامه چارچوب حقوقی مناسبی برای بررسی وضعیت خاص، غیرعادی و وخیم ارائه داده است.[۱۰۲] این اظهارات متضمن این معناست که حقوق اشغال نظامی تنها نظام حقوقی قابل اعمال نیست. به‌ویژه، پاکستان بر این نظر است که شورای امنیت در این قطعنامه، برخی اختیاراتی را به دولتهای اشغالگر به نمایندگی «مقام» تفویض کرده است.[۱۰۳] ممکن است استدلال شود که این تفویض اختیارات غیرضروری است مگر این که عدول از حقوق بین‌الملل موجود لازم بوده باشد.

---

100. But see Alexsander Orakhelashvili, "The post-war Settlement in Iraq: The UN Security Resolution 1483 (2003) and general international law", Journal of Conflict & Security Law, Vol . 8, 2003, p. 307.

101. Thomas D. Grant,"Iraq: How to reconcile conflicting obligations of occupation and reform", ASIL Insight, June 2003.

102. *Op.cit*. (note 96.), at 6 (Spain).

103. *Ibid*, at 11(Pakistan).

همان‌گونه که در بالا بیان شد به‌نظر می‌رسد عملکرد بعدی برخی دولتها (مانند هلند) نشان می‌دهد که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت از حقوق اشغال نظامی عدول کرده است. نماینده دولت انگلیس در پاسخ به سوال نماینده مجلس اعیان (لردان) در مورد مشروعیت فرمان شماره ۳۹ اعلام نمود که شورای دولت موقت عراق در مورد محتوای آن قانون تصمیم‌گیری و «دولت موقت ائتلاف» از آن پشتیبانی کرد.[۱۰۴] این ممکن است به این معنا باشد که «دولت موقت ائتلاف» می‌تواند در برخی موارد و به شرط این که مقامات عراق موافقت نمایند از حقوق اشغال نظامی عدول نماید. در حقیقت، بند (۴) مقدماتی قطعنامه از «مقام» می‌خواهد که رفاه مردم عراق را از طریق اداره کارآمد کشور بهبود دهد. این نشان می‌دهد که «مقام» باید قبل از اتخاذ تصمیمات مهم با نمایندگان عراق مشورت کند زیرا این مردم عراق هستند که بهتر می‌دانند چه چیزی برای بهبود و ارتقاء رفاه آنان لازم است. اما این مسئله نافی این واقعیت نیست که «مقام» تصمیم نهایی در توشیح فرمان شماره ۳۹ را اتخاذ کرده است.

104. Hansard, house of Lords, 8 October 2003, c. 293-294.

نتیجه‌گیری

وضعیت عراق، حقوق اشغال نظامی را در کانون توجه جدیدی قرار داده است. کمتر اتفاق می‌افتد که دولتها وضعیت دولتهای اشغالگر را بپذیرند؛ همان‌گونه که ایالات متحده و انگلیس در مورد عراق چنین کردند. با این حال، تصویب قطعنامه شماره ۱۴۸۳ و اقدامات ایالات متحده، انگلیس و دولتهایی که در عراق به آن دو دولت کمک کردند در مورد رابطه میان آن قطعنامه و حقوق اشغال نظامی پرسش‌هایی را مطرح نمود. چنین به‌نظر می‌رسد که شورای امنیت در اقدام به‌موجب فصل هفتم منشور ملل متحد حداقل می‌تواند از آن دسته قواعد حقوق اشغال نظامی که جزء قواعد آمره حقوق بین‌الملل نیست، عدول کند. ادعای این که شورای امنیت در قطعنامه شماره ۱۴۸۳ از قواعد حقوق اشغال نظامی عدول کرده با تجزیه و تحلیل قطعنامه و شرائط حاکم بر تصویب آن صریحاً تایید یا رد نشده است. مفسران در مورد این عدم صراحت ابراز تاسف و استدلال می‌کنند که شورای امنیت با اعطاء مسئولیتهای نظامی و غیرنظامی و نظارت ملل متحد، بخش زیادی از حقوق اشغال نظامی را با مجموعه وسیع حقوق بین‌الملل نوین، به‌عنوان منبع راهنما برای نیل به اهداف انتقال، مورد تردید و تحت الشعاع قرار داده است.[۱۰۵] من این استدلال را به‌طور کامل تأیید می‌کنم. اگر شورای امنیت بخواهد با صدور قطعنامه‌ای از حقوق بین‌الملل عدول کند باید آن را به گونهٔ صریح و گویا بیان و نظام حقوقی جایگزینی را که باید اعمال شود، مشخص سازد. تصمیم به عدول از حقوق اشغال نظامی مهم و اساسی است. این تصمیم نباید دو پهلو و مبهم اتخاذ شود. اما از اوضاع ژئو پلیتیکی زمان تصویب قطعنامه شماره ۱۴۸۳ چنین بر می‌آید که عدول صریح، امکان پذیر نبوده است. تصمیم صریح در این مورد امکان داشت به عنوان حمایت از مداخله نظامی در عراق تلقی شود و این در حالی است که بسیاری از اعضای دائمی شورای امنیت این مسئله را قبول نداشتند. در این خصوص، مقایسه بین SFIR و عملیاتهای مربوط به پشتیبانی از صلح که سازمان ملل متحد تجویز کرده از جمله ISAF و KFOR، گمراه کننده است.[۱۰۶] در مورد KFOR شورای امنیت، در قطعنامه‌هایش صریحاً مأموریتها را مشخص کرده و استفاده از همه وسائل لازم برای نیل به آن مأموریتها را تجویز کرد. اما در مورد SFIR در نگاه نخست به‌نظر می‌رسد که شورای امنیت، وضعیت واقعی ایالات متحده و انگلیس را اساساً به‌عنوان دولتهای اشغالگر مورد توجه قرار داده است. تنها در قطعنامه شماره ۱۵۱۱ مصوب ۱۶ اکتبر ۲۰۰۳ بود که شورای امنیت به نیروهای چند ملیتی تحت فرماندهی واحد اجازه داد تا هرگونه اقدام لازم برای مشارکت در حفظ امنیت و ثبات در عراق را انجام دهند.[۱۰۷] همچنین،

---

105. Scheffer, *op.cit*. (note 7), p. 850.
106. The analogy is made by Scheffer, *Ibid*., p. 859.
107. SC Res.1511,16 October 2003.

قطعنامه شماره ۱۵۱۱ بر ماهیت موقتی اعمال مسئولیتها، اختیارات و تعهدات قابل اعمال توسط «دولت موقت ائتلاف» که در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده و در قطعنامه شماره ۱۴۸۳ درج گردیده، تأکید کرد.[۱۰۸]

از تجزیه و تحلیلی که ارائه شد می‌توان نتیجه برخلاف آنچه برخی اظهار می‌کنند تحولات در عراق دلیلی برای تجدید نظر در نظام موجود حقوق اشغال نظامی، نیست.[۱۰۹] حقوق حاکم بر اشغال نظامی هنوز چارچوب مهمی برای پاسخگویی به این‌گونه وضعیتهاست. در موارد استثنایی که بسیار مضیق تلقی شده شورای امنیت ممکن است از برخی مقررات عدول کند. در موردی همچون عراق که در خصوص مشروعیت رویدادهایی که به اشغال آن منتهی شد دیدگاههای مختلفی وجود دارد عدولی ممکن نیست یا اگر هم ممکن باشد عدول گنگ و مبهمی است و دولتهای ذی‌ربط برای انجام تغییرات یا اصلاحات از آزادی محدودی برخوردارند.

در سرزمین اشغالی، تغییرات بسیار مهم در نظام سیاسی، حقوقی و اقتصادی باید به خود مردم آن سرزمین واگذار شود. اگر چنین تغییراتی لازم باشد باید هر چه زودتر قدرت یا حکومت را به مردم محلی واگذار کرد. در مورد عراق این بدان معناست که هرچه زودتر قدرت باید به مردم عراق منتقل شود. این همان چیزی است که قطعنامه شماره ۱۴۸۳ شورای امنیت در بند (۴) مقدماتی مدنظر داشته و تصریح نموده که مصمم است هرچه زودتر آن روزی فرا رسد که خود مردم عراق سرنوشت خود را تعیین کنند.[۱۱۰]

---

108. *Ibid*., *para*.1.

109. Scheffer,op.cit.(note), p. 859. *see also* D.P.Goodman, "The need for fundamental change in the law of belligerent occupation", Stanford Law Review,Vol. 37, 1985, p. 1573.

110. SC Res.1483, preambular *para*. 4.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۲۹۵ - ۲۴۳

مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قراردادهای بیع متقابل و جایگاه قانونی آن[۱]

دکتر محمد رضا صابر[۲]

فهرست مطالب

چکیده
مقدمه
گفتار اول) قراردادهای بیع متقابل و تأسیسات عمده حقوقی مشابه
بند یکم) اقسام تجارت متقابل (Counter Trade)
الف) معاملات تهاتری(Barter Contracts)
ب) قراردادهای خرید متقابل (Counter Purchase Contracts)
پ) معاملات افست (Offset)
ت) معاملات بای بک (Buy- Back Contracts)
بند دوم) بررسی بیع متقابل در فقه‌ومقایسه آن با برخی تأسیسات حقوقی‌داخلی‌و خارجی
الف) بیع متقابل از دیدگاه فقه
۱ـ عدم طرح قراردادهای بیع متقابل و شبه آن در فقه
۲ـ تراضی طرفین، توجیه‌کننده قراردادهای بیع متقابل
ب) تأسیسات حقوقی داخلی

---

۱. این مقاله از رساله دکتری تخصصی حقوق تجارت بین‌الملل نگارنده اقتباس شده است که در اردیبهـشت ۱۳۸۶ در مرکـز آموزشهای عالی بین‌المللی دفاع شده است.

۲. دکترای حقوق تجارت بین‌الملل و قاضی دیوان عالی کشور.

۱ـ بیع
۲ـ معاوضه
۳ـ جعاله
۴ـ اجاره به شرط تملیک
۵ـ ماده ۱۰ قانون مدنی
پ) تأسیسات حقوقی خارجی
۱ـ قرارداد مشارکت در تولید
۲ـ قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری
۳ ـ قراردادهای امتیازی
۴ـ قراردادهای خدماتی
بند سوم) ماهیت خاص بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین
گفتار دوم) جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قوانین و مقررات
بند یکم) از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
الف) اصل ۸۱
ب) اصل ۴۴
پ) اصل ۷۷

بند دوم) از دیدگاه قوانین عادی و مقررات
الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی در برنامه‌های پنج ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور
ب) قوانین بودجه سالانه
پ) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی
نتیجه

چکیده

اتخاذ قراردادهای بیع متقابل به‌عنوان روش تأمین مالی پروژه‌های صنعت نفت و گاز در ایران از یک‌سو ناشی از محدودیتها و الزامات قانونی و از سوی دیگر ناشی از الزامات اقتصادی بوده است. قراردادهای بیع متقابل ماهیتاً از تأسیسات حقوقی خارجی مشابه، همچون قراردادهای مشارکت در تولید، قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری، قراردادهای امتیازی متفاوت است. همچنین این قراردادها از نظر ماهیتی متفاوت از تأسیسات حقوقی داخلی همانند بیع، معاوضه، جعاله، اجاره به شرط تملیک هستند. این قراردادها در مدل ایرانی خود ماهیتی خاص دارند و مشابهت کاملی با هیچ‌یک از تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی ندارند. طرفین چنین قراردادی قصد می‌کنند یک مجموعه قرارداد جدید با شرایط کاملاً متفاوت از سایر قراردادهای مرسوم، در قالب یک قرارداد جامع منعقد نمایند که مبنای اصلی آنها همانند قراردادهای دیگر، تراضی طرفین است. این تراضی تا جایی که مخالف قوانین و مقررات نباشد پذیرفتنی و لازم‌الاجرا است. سیری در این مقاله جایگاه این قرارداد را برای خواننده روشن‌تر خواهد کرد.

واژگان کلیدی: قراردادهای بیع متقابل، سرمایه‌گذاری، فاینانس، محدودیتهای قانونی، الزامات اقتصادی.

مقدمه

تأمین مالی پروژه‌های صنعت نفت به‌عنوان سرمایه برترین صنعت کشور همواره یکی از اساسی‌ترین دغدغه‌های دولت مردان و دست‌اندرکاران این بخش بوده است. محدودیت حاصل از اصول ۴۴، ۸۰ و ۸۱ قانون اساسی و به تبع آن، قوانین بودجه سالانه و قوانین برنامه پنج ساله توسعه و نیز قوانین نفت به‌ویژه قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ موجب شد تا در دهه اخیر، برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی روش بیع متقابل به‌ویژه در بخش بالادستی نفت و گاز برگزیده و استفاده شود. عوامل مؤثر در اتخاذ شیوه بیع متقابل از نقطه‌نظر داخلی همان‌طورکه گفته شد، یکی محدودیتها و الزامات قانونی است و دیگری الزامات اقتصادی منبعث از قوانین بودجه‌ای کشور و برنامه‌های کلان اقتصادی. در بعد بین‌المللی نیز از تحولات مهم در نقاط مختلف جهان در عرصه نفت و ضرورت تعامل صحیح و سازنده با دنیای پیرامونی نباید غافل بود. نفت فقط یک عنصر اقتصادی نیست بلکه در جهان کنونی از آن به‌عنوان یک متغیر سیاسی بهره می‌برند. روش بیع متقابل در ایران به‌عنوان یک شیوه سرمایه‌گذاری غیر استقراضی در واقع مدل اصلاح شده از بای بک (Buy-Back) در سایر کشورها است که متناسب با منافع و احتیاجات کشور و ایجاد انگیزه برای شرکتهای نفتی خارجی برای آوردن سرمایه و تکنولوژی و دانش فنی خود به ایران مورد استفاده قرار گرفته است. جالب توجه اینکه قراردادهای یاد شده از بدو استفاده مورد نقد جدی و بحث و گفتگو در محافل و مجالس مختلف علمی، اقتصادی و حقوقی قرار گرفته و با همه انتقاداتی که بر آن وارد شده، به لحاظ جایگاه قانونی ویژه آن، نسبتاً مقبولیت عام یافته است. از سوی دیگر با تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و استقبال سرمایه‌گذاران خارجی از مزایای حمایتی این قانون، تلاش سرمایه‌گذاران خارجی و مشاوران داخلی آنان در جهت تلفیق مقررات بیع متقابل با پوشش‌های قانونی یاد شده و نیز امکان استفاده از سایر قراردادها افق روشنی را در تأمین مالی پروژه‌های بخش بالادستی و حتی پایین‌دستی صنعت نفت ایجاد نموده است. اصل خدشه‌ناپذیر منافع کشور و ضرورت اکتشاف و توسعه میادین و ذخایر نفت و گاز و توسعه پایدار و همه جانبه، ایجاب می‌نماید که با بررسی محدودیتها و تنگناهای قانونی و اجرایی بیع متقابل به بحث پیرامون ماهیت حقوقی و قراردادی و جایگاه قانونی آن پرداخت.

با توجه به مطالب پیش گفته شده نگارنده با درک اهمیت مباحث و ضرورتهای کنونی کشور، مقاله حاضر را در دو گفتار ارائه نموده است. ابتدائاً برای تبیین ماهیت حقوقی قراردادهای یاد شده به اختصار به‌شرح و بحث پیرامون اقسام تجارت متقابل و مقایسه اجمالی آن با برخی تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی پرداخته شده، آنگاه ماهیت خاص آن مورد توجه قرار گرفته است. پس از آن جایگاه این‌گونه قراردادها در قوانین و مقررات اعم از اساسی و عادی نیز مورد مطالعه قرار گرفته است. در پایان، نتیجه مباحث با پیشنهادات لازم در چند بند ارائه شده است.

گفتار اول
قراردادهای بیع متقابل و تأسیسات عمده حقوقی مشابه[۳]

این قسمت به بررسی مفهوم و ماهیت بیع متقابل و مقایسه این تأسیس با برخی از تأسیسات مشابه داخلی و خارجی و همچنین به بررسی موضوع در فقه امامیه اختصاص دارد. در آغاز به بررسی مفهوم بیع پرداخته و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا می‌توان تأسیس «بیع متقابل» را که ترجمه اصطلاح (Buy-Back) که خود نیز غلط مصطلحی می‌باشد در زمره بیع به‌معنای مصطلح در نظام حقوقی ایران دانست یا اینکه خود نهادی نوین می‌باشد؟

ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران بیع[۴] را بدین عبارت تعریف کرده است:

«بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از این تعریف سه ویژگی تملیکی بودن، معوض بودن و عین معین بودن مبیع فهمیده می‌شود. منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خود به خود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری

---

۳. جهت مطالعه پیرامون ماهیت قراردادهای بیع متقابل ر.ک. منابع فارسی:

– جانکوفسکی، دکتر ادوارد، «ماهیت قراردادهای بیع متقابل ایران»، نشریه اقتصاد انرژی، ش ۲۲، اسفند ۱۳۷۹.

– کلایو ام. اشمیتوف، «حقوق تجارت بین‌الملل»، ج۱، ترجمه شده زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، انتشارات سمت. چاپ اول، ۱۳۷۸.

منابع انگلیسی:

- Dr.Christain Ule & Dr.Alexander Brexendorff, "IRAN INVESTING IN THE OIL & GAS INDUSTRY", from a Business and Legal perspective, 2005: (WWW. mena – legal . com).

- Tamara Milenkovic´- Kerkovic´, "Drafting An International Buy-Back Agreement", Series: Economics and Organization, Vol.2, N° 2, 2004.

- Ruben Berrios and Josephine E.Olson, "Counter Trade as a Form of Debt Payment", University of Pittsburgh for CIED.

- Dr.S.N.Ebrahimi and Dr.A.Shiravi Khouzani, "The Contractual Form Of Iran's Buy-Back Contracts In Comparision with Production Sharing And Service Contract",2003 , Society of Petroleum Engineers Inc.

۴. جهت مطالعه بیشتر ر.ک.

– شهید ثانی، «شرح لمعه»، توضیح و تصحیح کلانتر، جلد سوم، انتشارات دارالعالم‌الاسلامی، چاپ بیروت، ۱۴۰۳ ه.ق، ۱۹۸۳م .

– امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد ۱، انتشارات اسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۷۱.

– جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، «مجموعه محشای قانون مدنی»، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹ .

– شهیدی دکتر مهدی، «حقوق مدنی ۶ : عقود معین» (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض، صلح)، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲.

– کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره‌ی عقود معین»، ج۱، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.

ندارد.[۵] معوض یعنی عین مالی که فروخته می‌شود و با مال دیگر (که امروز به‌طور معمول پول است) مبادله می‌شود. این وصف، بیع را از تمام انواع عقود رایگان ممتاز می‌سازد؛ زیرا در این‌گونه قراردادها، یا مالی بدون هیچ‌گونه عوض به دیگری واگذار می‌شود، یا اگر تعهدی نیز بر انتقال گیرنده شرط شود، بین این تعهد و موضوع اصلی همبستگی به‌وجود نمی‌آید.[۶] همچنین از تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که مبیع باید عین باشد و عین عبارت از مالی است که وجودی مادی و محسوس دارد و به‌طور مستقل مورد داد و ستد قرار می‌گیرد.[۷] اما چهارمین ویژگی که در این تعریف وجود ندارد اما حقوقدانان آن را ازجمله ویژگی‌های این عقد به شمار می‌آورند، لازم بودن عقد بیع است.[۸] حال با توجه به مطالب عنوان شده پیرامون مفهوم بیع در حقوق داخلی، در اینجا به تبیین و توضیح مفهوم و ماهیت بیع متقابل پرداخته می‌شود. در آغاز ضروری است در مورد تجارت متقابل که اعم از بیع متقابل است گفته شود که «مجموعه‌ای از روشهای تجاری است که در آن صادرکننده یا واردکننده، تعهد می‌نماید در ازای کالا یا خدمات صادره به کشور خریدار یا وارده از کشور فروشنده، خدماتی را به ارزش کل معامله یا بخشی از آن خریداری یا صادر نماید».[۹]

لازم به ذکر است که بیع متقابل به‌عنوان یکی از شیوه‌های تجارت متقابل،[۱۰] از سوی کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا نیز به‌شرح زیر تعریف شده است:[۱۱]

> «در این شیوه موضوع معامله اولیه عبارت است از ماشین‌آلات، تجهیزات، حق اختراع، اکتشاف و دانش فنی یا کمکهای فنی (تجهیزات ـ تکنولوژی) که به‌منظور نصب و استقرار تسهیلات تولیدی برای خریدار مورد استفاده قرار خواهد گرفت و وفق توافق طرفین فروشنده متعاقباً تولیدات به دست آمده از تسهیلات تولیدی مذکور را از خریدار اولیه ابتیاع می‌کند».

کلمه (Buy-Back) را بیشتر نویسندگان به بیع متقابل یا خرید متقابل ترجمه نموده‌اند و حتی در متون قانونگذاری در این مورد به همین عنوان ذکر گردیده است به‌عنوان مثال آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی مصوب ۱۳۷۹، قانون جدید تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ و همچنین آیین‌نامه اجرایی شیوه قراردادهای بیع متقابل (در مورد ماده ۱۴

---

۵. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۲۸. همچنین: شهیدی، دکتر مهدی، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، جلد اول، نشر حقوقدان، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۷، ص ۸۵.

۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص۳۶.

۷. منبع پیشین، ص ۴۱.

۸. منبع پیشین، ص ۴۳.

۹. اشرف‌زاده، حمیدرضا، «مجموعه آشنایی با تعاریف و اصطلاحات بازرگانی ـ اقتصادی» (تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۰)، ص ۲۳۴.

10. Counter Trade.

۱۱. حسن بیگی، ابوالفضل، «نفت، بای بک و منافع ملی»، انتشارات آوای نور، تهران ۱۳۸۱، ص۷.

برنامه چهارم توسعه) مصوب ۱۳۸۴/۰۴/۱۵و... . بیشتر نویسندگان حقوقی نیز همین اصطلاح «بیع متقابل یا خرید متقابل» را برای ترجمه Buy-Back در نوشته‌های خود استفاده کرده‌اند.[۱۲]

به‌نظر می‌رسد که ترجمه «توافق بازخرید یا پس‌خرید محصول» از سایر ترجمه‌ها رساتر و با ماهیت این قرارداد نیز سازگار باشد.[۱۳] اما از آنجا که اصطلاح «بیع متقابل» در بیشتر موارد به‌جای Buy-Back استفاده می‌شود در مقاله حاضر نیز همین عبارت را به تبعیت از عرف جامعه به‌کار می‌بریم. بیع متقابل در سالهای متمادی در آیین‌نامه‌های مصوب تعریف شده است که به اختصار به ذکر چند مورد اکتفا می‌شود.

به‌موجب ماده ۱ آیین‌نامه معاملات متقابل مصوب ۱۳۶۹/۰۱/۲۰ هیأت وزیران «معامله متقابل عقدی است که بین دو شخص حقیقی یا حقوقی منعقد می‌گردد و ضمن آن یک‌طرف «تأمین‌کننده» در مقابل تعهد طرف دیگر «صادرکننده» مبنی بر تولید و تحویل از کالا یا کالاهای مشخص جهت صدور به خارج از کشور طی زمان مورد توافق، تعهد می‌نماید مواد، ابزار، ماشین‌آلات، قطعات و خدمات مورد نیاز آن طرف را برای ایفای تعهدش در اختیار وی قرار دهد».

ماده ۳ آیین‌نامه مزبور مقرر می‌دارد: «صادرکننده شخص حقیقی یا حقوقی ایرانی است که تحت قرارداد معامله متقابل تعهد می‌نماید در ازای دریافت قطعات، ابزار، ماشین‌آلات و یا خدمات از طرف دیگر قرارداد «تأمین‌کننده» رأساً یا به‌واسطه، کالا یا کالاهای مورد توافق را از محصولات همان واحد تولیدی یا تولیدات صنعتی هم گروه (به تشخیص وزارتخانه صنعتی ذی‌ربط) به مقدار معین و در زمان مقرر صادر یا جهت صدور در اختیار «تأمین‌کننده» قرار دهد».

در ماده ۲ آیین‌نامه بیع متقابل غیرنفتی مصوب ۷۹ بیع متقابل به این صورت تعریف شده است: «بیع متقابل یا معاملات دو جانبه به مجموعه‌ای از روشهای معاملاتی اطلاق می‌شود که به‌موجب آن سرمایه‌گذار تعهد می‌نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیرنقدی) را برای تأمین‌کننده کالاها و خدمات مورد نیاز، شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه یا خدمات، جهت ایجاد، توسعه، بازسازی و اصلاح واحد تولیدی و خدماتی در اختیار سرمایه‌پذیر قرار دهد و بازپرداخت تسهیلات، شامل اصل و هزینه‌های تبعی آن را از محل صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه‌پذیر دریافت کند».

در مجموع، از بیان تعاریف مختلف چنین استنباط می‌شود که به عبارت ساده بیع متقابل از دو

---

۱۲. به‌عنوان مثال ر.ک. گروه نویسندگان، « کالبد شکافی سرمایه‌گذاری صنعت نفت (قراردادهای بیع متقابل)»، انتشارات کویر، تهران ۱۳۸۰و کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل» (قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل)، ترجمه حمیدرضا اشرف زاده، ویرایش سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، جلد اول، آبان ۱۳۷۲.

۱۳. کلایو ام. اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، ترجمه شده زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، انتشارات سمت، چاپ اول ۱۳۷۸، ص ۲۵۱.

یا چند قرارداد مجزا تشکیل شده است که قرارداد نخست قرارداد خرید تکنولوژی، تجهیزات، خدمات و غیره از طرف کشور سرمایه‌پذیر می‌باشد و قراردادهای بعدی قرارداد فروش محصولات تولیدی همان سرمایه‌گذاری به کشور یا شرکت سرمایه‌گذار جهت استهلاک هزینه‌ها، سود سرمایه و بهره مربوط به سرمایه‌گذار می‌باشد. به بیان دیگر بیع متقابل در قراردادهای نفتی را می‌توان این‌گونه تعریف کرد که به‌موجب این قرارداد «شرکت نفتی خارجی کلیه هزینه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری، اعم از خرید تجهیزات، نصب، راه‌اندازی و کلیه هزینه‌های مربوط به استفاده از نیروی انسانی و هزینه‌های عملیاتی تا مرحله توسعه میدان نفتی یا گازی خاص را تأمین می‌کند و بعد از آنکه تولید به سطح مقرر در قرارداد رسید، کلیه تجهیزات را در اختیار شرکت ملی نفت قرار می‌دهد و در مقابل، شرکت ملی نفت توافق می‌کند که کلیه خدمات پیمانکار اعم از هزینه‌ها، حق‌الزحمه و سود از طریق فروش مستقیم نفت یا گاز حاصله از میدان به پیمانکار طرف قرارداد یا از طریق تخصیص عواید حاصل از سهم گاز یا نفت طرف قرارداد که توسط شرکت ملی نفت ایران به‌طرفهای ثالث فروخته شده را طی اقساط معین و در مدت زمان معلوم (دوره استهلاک بین ۵ تا ۸ سال) جبران نماید. محل تأمین هزینه‌های جمعی پیمانکار خارجی از تولیدات در دوره استهلاک حداکثر تا ۶۰ درصد محصول می‌باشد».[۱۴]

بعد از توضیح مختصر در معرفی قرارداد بیع متقابل، در مباحث آتی برای شناخت بهتر به بررسی ماهیت بیع متقابل و مقایسه آن با سایر نهادهای داخلی و خارجی مبادرت می‌شود، لیکن به لحاظ اینکه بیع متقابل یکی از شیوه‌های تجارت متقابل (Counter Trade) می‌باشد، ابتدا لازم است به مقایسه بیع متقابل با برخی شیوه‌های تجارت متقابل و پاره‌ای نهادهای دیگر درحقوق داخلی و فقه اسلامی پرداخته شود تا ماهیت آن بهتر تبیین گردد.

بند یکم) اقسام تجارت متقابل (Counter Trade)

از آنجا که بیع متقابل یکی از شیوه‌های مهم تجارت متقابل است؛ لذا جهت روشن شدن موضوع درآغاز باید مفهوم تجارت متقابل و انواع آن مشخص شوند. اشمیتوف تجارت متقابل را این‌گونه تعریف کرده است:[۱۵]

«تجارت متقابل، روشهای گوناگون ارتباط دو معامله صادراتی با یکدیگر را شامل می‌شود که یکی از دو معامله از کشور صادرکننده و دیگری از کشور واردکننده نشأت می‌گیرد. ساده‌ترین شکل تجارت متقابل، معاملات فروش متقابل[۱۶] و معاملات تهاتری[۱۷] است». به بیان دیگر تجارت متقابل

---

14. Dr. S.N.Ebrahimi and Dr. A.Shiravi Khouzani. *op.cit*. p.2.

برای مطالعه بیشتر ر.ک. دفتر همکاریهای فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، «طرح پژوهشی بررسی الگوهای قراردادهای مناسب برای تأمین مالی در بخش بالادستی نفت و گاز»، تهیه‌کننده: گروه مشاوران، دی ماه۱۳۸۴، ص۶.

۱۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۴۱.

16. Reciprocal sales.

در واقع اشاره به ترتیبات قراردادی دارد که به‌موجب آن فروشنده کالا متعهد می‌شود تا تمام یا بخشی از پرداخت را به‌صورت کالا یا خدمات از خریدار اصلی خریداری کند.[۱۸]

تجارت متقابل به‌عنوان یک پدیده بسیار مهم در تجارت بین‌الملل، مخصوصاً از اواسط دهه ۱۹۷۰ مطرح گردیده و در سطح وسیع آن اولین‌بار پس از جنگ جهانی اول ظهور یافت. آلمان در دوران جمهوری وایمار و در شرایطی که پول کشور در اثر بی‌ثباتی بیش از حد نمی‌توانست وسیله مبادله خارجی قرار گیرد، به شیوه تجارت متقابل متوسل گردید. به این ترتیب این کشور توانست اقتصاد خسارت دیده از جنگ را دوباره به حالت عادی و سالم بازگرداند. سایر کشورهای اروپایی نیز سیستم تهاتری و ترتیبات تسویه بین‌المللی را به‌عنوان وسیله‌ای جهت کمک به بهبود اوضاع اقتصادی بعد از جنگ به‌کار گرفتند.[۱۹] تا پایان دهه ۱۹۸۰ تقریباً حدود ۱۰۰ کشور از تجارت متقابل بهره جسته‌اند.

کشورهای در حال توسعه نیز به‌علل کمبود ارز، جلب سرمایه‌گذاری خارجی، نداشتن تکنولوژی روز، افزایش روز افزون اشتغال و به‌طورکلی جهت توسعه کشور به شیوه‌های مختلف تجارت متقابل متوسل شده و می‌شوند. عمده‌ترین عاملی که در انواع تجارت متقابل مورد نظر طرف پیشنهاددهنده است، استفاده کمتر از ارز معتبر و کمیاب است و از عواملی که کشورهای کوچک را ناچار به انجام چنین مبادلاتی می‌سازد، فرار از نوسانات نرخ ارز است. نکته دیگری که در انجام تجارت متقابل تلویحاً به آن پرداخته می‌شود، استفاده از سیستم بازاریابی پیشرفته کشورهای توسعه یافته است، که کشورهای کوچک می‌توانند بدون سرمایه‌گذاری در این بخش از امکانات کشور طرف قرارداد خود استفاده کنند. این نیز باعث کاهش ریسک می‌گردد؛ زیرا کشور کوچک می‌داند که همواره در مقابل تولیدات او تقاضای ثابتی وجود دارد و او نیاز به تعطیلی خط تولید خود و یا تأمین هزینه‌های گزاف انبارداری ندارد و مطمئناً اگر هر فرآیند تولید با روند تقاضای ثابتی رو به رو باشد، می‌تواند در برنامه‌ریزیهای خود در جهت بسط و توسعه فرآیند تولید موفق‌تر باشد.[۲۰] **تجارت متقابل** چه **برای کسب منافع بیشتر** باشد و چه **برای جلوگیری از ضرر** به تمام یا بخشی از منافع، دارای ویژگیهای خاص خود می‌باشد. این ویژگی‌ها را می‌توان به‌شرح زیر نام برد:

«زمان یا مدت نسبی، شیوه توافق، رابطه محصولات تجارت متقابل، ترتیبات قانونی و حقوقی، رابطه ارزش مبادلات طرفین، حجم و اندازه معامله، انگیزه‌های انتقال تکنولوژی».[۲۱]

---

17. Barters.

18. Ruben Berrios and Josephine E.Olson. *op. cit.* p. 1.

۱۹. حسن بیگی، ابوالفضل، منبع پیشین، ص ۶.

۲۰. اصغرزاده، عبداله، «آشنایی با تجارت متقابل»، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، اردیبهشت۱۳۷۴، ص۳۳.

۲۱. لئو . جی. بی . ولت، «تجارت بدون پول»، ترجمه سید محمدحسین عادلی، موسسه خدمات فرهنگی رسا، چاپ اول، زمستان۱۳۶۵، صص۴۰ و ۴۱.

هیچ‌کدام از این خصیصه‌ها به‌عنوان رکن لاینغیر در تجارت بین‌الملل محسوب نمی‌شوند بلکه با جمع‌بندی آن شمائی از آنچه تجارت بین‌الملل نامیده می‌شود را به دست می‌دهند، هرچند نتوان با جمع آنها تعریف جامع و مانعی ارائه داد. پس از روشن شدن مفهوم تجارت متقابل، به بررسی انواعی از آن می‌پردازیم:

الف) معاملات تهاتری (Barter Contracts)

برخی عنوان کرده‌اند، یک معامله تهاتری آن است که به‌موجب آن بدون استفاده از ارز خارجی یک مبادله دو طرفه انجام می‌پذیرد. این روش به‌عنوان قدیمی‌ترین و ساده‌ترین روش تجارت متقابل به شمار می‌آید. بخش عمده‌ای از این نوع معاملات بین اتحاد جماهیر شوروی و اوپک و سایر کشورهای نفت‌خیز در مورد نفت خام صورت می‌گرفت.[۲۲] انگیزه و هدف از انعقاد این‌گونه قرارداد معمولاً این است که یکی، یا هر دو طرف قرارداد دارای یک ارز غیرقابل تبدیل و یا کمبود ارز کافی برای پرداخت در قبال محصولات می‌باشند.[۲۳] بنابراین، این‌گونه معاملات بیشتر در بین کشورهای ضعیف و یا کمتر توسعه یافته رواج داشت؛ مانند کشورهای اروپای شرقی و کشورهای جهان سوم.[۲۴] برخی دیگر نیز گفته‌اند که اگر قرارداد ناظر به مبادله کالا با کالا[۲۵] یا کالا با خدمات[۲۶] باشد از نظر حقوقی، یک معامله تهاتری به شمار می‌آید نه قرارداد فروش.[۲۷] نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر است اینکه برخی از استادان اصطلاح «مبادله تهاتری» را در فارسی در مقابل واژه انگلیسی (Counter Trade Contracts) که حقوقدانان آن را به «تجارت متقابل» ترجمه نموده‌اند، قرار داده‌اند.[۲۸] ایشان قراردادهای تهاتری موضوع این بند را که (Barter Contracts) می‌باشد، به واژه «معاوضه» برگردانده و گفته‌اند کاربرد متداول این معامله در جایی است که خریدار در مقابل ماشین‌آلات و یا کالاهای صنعتی ساخته شده، محصولات کشاورزی یا مواد اولیه تحویل می‌دهد.[۲۹] اما به‌نظر می‌رسد که واژه معاوضه برای این‌گونه قراردادها مناسب نباشد، چرا که ممکن است با قرارداد معاوضه قانون مدنی اشتباه گرفته شود و در مورد واژه مبادله تهاتری که این حقوقدانان در مقابل واژه (Counter Trade Contracts) به‌کار برده‌اند، برخی دیگر از

---

22. Ruben Berrios and Josephine E . Olson , *op.cit* , p. 2 (www.pitt.edu/~ibcmod/journal/articles/peru.htm).

23. *Ibid* , p. 2.

۲۴. اصغرزاده، عبدالله، «آشنایی با تجارت متقابل»، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی اردیبهشت،۱۳۷۴، چاپ اول، ص ۶.

25. Exchange of goods for goods.

26. Exchange of goods for Services.

۲۷. کلایو ام . اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۴۲.

۲۸. نصیری، دکتر مرتضی، «حقوق چند ملیتی»، نشر دانش امروز وابسته به انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، تهران ۱۳۷۰، ص ۲۰۲.

۲۹. منبع پیشین، ص ۲۰۶.

حقوقدانان[۳۰] گفته‌اند که اصطلاح تهاتر (Barter) با ماهیت حقوقی توافقهای طرفین درباره تمام انواع تجارت متقابل سازگاری ندارد. گاهی،«قراردادهای تهاتری»[۳۱] به‌عنوان یک «قرارداد جبرانی»[۳۲] نامیده شده‌اند؛ زیرا تحویل کالاها توسط یکی از طرفین، جبران تحویل کالاها از سوی طرف دیگر است. اگر یکی از طرفین در تحویل موضوع تعهدش مطابق با قرارداد کوتاهی کند، این امر می‌تواند دلیلی برای عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر شود.[۳۳] حقوقدانان معمولاً قراردادهای تهاتری را به قرارداد تهاتری واقعی (ساده) و تهاتری بهادار[۳۴] تقسیم می‌کنند؛ که برای پیشگیری از اطاله کلام از شرح آنها خودداری می‌شود.

ب) قراردادهای خرید متقابل (Counter Purchase Contracts)

در خرید متقابل فروشنده و خریدار یک معامله اولیه، توافق می‌نمایند که فروشنده متعاقباً محصولاتی را از خریدار (یا شخص ثالثی در کشور خریدار) خریداری نماید (یا وسیله انجام خرید به‌وسیله شخص ثالثی شود). در این قالب بهای هر دو جریان محصولات- یعنی محصولات فروخته شده تحت معامله اولیه از یک‌سو و محصولات فروخته شده تحت (قرارداد) خرید متقابل از سوی دیگر ـ به پول پرداخت می‌شود و ارزش محصولات خریداری شده تحت قرارداد خرید متقابل می‌تواند کمتر، مساوی یا بیشتر از ارزش محصولات فروخته شده در معامله اولیه باشد.[۳۵]

قراردادهای خرید متقابل به‌موجب دو قرارداد جداگانه که با یک پروتکل به یکدیگر مربوط می‌شوند، انجام می‌شود. قرارداد نخست مانند قراردادهای نقدی بین‌المللی است و چندان تفاوتی با آن ندارد. اما قرارداد دوم کمی وسیع‌تر و پیچیده‌تر است. اگرچه قرارداد دوم در واقع خرید کالاهای مشخصی با قیمت معینی می‌باشد اما معمولاً به‌جای اسامی کالا، لیستی از کالاهای صادراتی و قابل ارائه و به‌جای قیمت ثابت و معین، فرمول و معیار قیمت‌گذاری را مشخص می‌کنند. در تجارت بین شرق و غرب عموماً کارگزار سفارشات متقابل، سازمانهای تجارت خارجی می‌باشند. در بسیاری موارد نیز اتفاق می‌افتد که کالا از سازمان تجاری دیگری در همان کشور به‌صورت متقابل خرید می‌شود.[۳۶]

در قرارداد «خرید متقابل» نیازی نیست کالایی که برطبق معامله دومی (خرید متقابل) به فروش می‌رسد با کالایی که در معامله اولیه به فروش رسیده است، ارتباطی داشته باشد، اما در معامله

---

۳۰. کلایو ام . اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۰.

31. Barter Contracts.

32. Compensation Contract.

۳۳. کلایو ام . اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۰.

34. Valued Barter.

۳۵. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل»، منبع پیشین، صص ۱۱ و۱۲.

۳۶. لئو . جی . بی . ولت، منبع پیشین، ص ۴۵.

بیع متقابل فروشنده ماشین‌آلات و تجهیزات و تکنولوژی تعهد می‌کند که از خریدار محصولاتی را که به‌وسیله این ابزار تولید شده است، خریداری نماید. پیش از این گفته شد که قراردادهای خرید متقابل، از دو قرارداد جداگانه تشکیل می‌شود که قرارداد سومی یا پروتکلی این دو قرارداد را به‌هم ربط می‌دهد. در زیر مهمترین ویژگی‌های خاص این پروتکل یا قرارداد سوم را
بررسی می‌نماییم:

۱ـ معمولاً درصدی از کل قیمت قرارداد فروش، موضوع معاملهٔ خرید متقابل قرار می‌گیرد که این رقم اصولاً معادل کل مبلغ قرارداد منهای پیش پرداخت است.

۲ـ هرگاه طرفین راجع به نوع کالایی که قرار است موضوع خرید متقابل باشد در موقع امضای قرارداد اولی نتوانند به‌توافق برسند، می‌توان لیستی از کالاها را به‌عنوان موضوع قرارداد خرید متقابل در نظر گرفت. در اینجا درصدی از انواع موضوع خرید متقابل مورد تعهد قرار می‌گیرد و خریدار اصلی اختیار دارد که کاهش تحویل یک نوع کالا را از محل تحویل کالای دیگر جبران کند. در این قرارداد معمولاً فروشنده درخواست می‌کند که شرط مشتری ممتاز در قرارداد خرید متقابل درج شود که در واقع خریدار اصلی ناگزیر خواهد شد کالاهای تهاتری را به ارزان‌ترین قیمت ممکن به فروشنده اصلی واگذار کند.

۳ـ ارز ـ طرفین باید در قرارداد خرید متقابل در مورد ارزی که بهای محصولات خرید متقابل براساس آن اعلام و پرداخت خواهد شد به‌توافق برسند.[۳۷] اگر ارزی که بهای محصولات براساس آن پرداخت می‌شود غیر از ارزی باشد که محصولات براساس آن قیمت‌گذاری شده است، طرفین باید در مورد روشی هم که براساس آن ارز مورد استفاده در قیمت‌گذاری به ارز مورد استفاده جهت پرداخت تبدیل شود، توافق کنند.[۳۸]

۴ـ در قرارداد خرید متقابل نباید به‌طرف خارجی اجازه داده شود که کالای خریداری شده را در بازارهای سنتی کشور عرضه کند. به‌عنوان مثال بازار سنتی خاویار ایران در اروپاست، بنابراین، به مصلحت است که در قرارداد خرید متقابل خاویار، بازار اروپای غربی استثناء شود.[۳۹]

۵ـ ضمانت‌نامه اجرای تعهد[۴۰] – هرچند موافقت‌نامه‌های فروش متقابل از یکدیگر جدا هستند اما گاهی صادرکننده اصرار دارد که کالای فروش متقابل، قبل از زمانی ارسال شود که واردکننده می‌خواهد کالای خودش را ارسال کند؛ اما واردکننده خارجی نیز تا زمانی که از حصول پول خود مطمئن نباشد تمایلی به ارسال کالاها ندارد. در این جاست که فروشنده متقابل خارجی (واردکننده)

---

۳۷. در مورد پول محاسبه (money of account) و پول پرداخت (money of payment) مراجعه شود بـه داراب پـور، دکتـر مهراب، «جنبه‌هایی از حقوق بازرگانی» بخش انگلیسی، ۱۳۷۴ ه.ش، ص۹۴.

۳۸. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل، منبع پیشین، ج۱، ص ۲۲.

۳۹. نصیری، دکتر مرتضی، منبع پیشین، صص ۲۱۰ و ۲۱۱ .

40. Performance Guarantee.

مجبور می‌شود یک ضمانت‌نامه اجرای تعهد معمولاً با افتتاح یک حساب امانی[۴۱] در نزد یک بانک فراهم کند. بر این اساس بانک تعهد می‌کند پول را فقط زمانی بپردازد که شرایط معین و مشخصی محقق شده باشد، مثلاً هنگامی که خریدار متقابل،[۴۲] قیمت خرید کالاهای متقابل خریداری شده را به حساب امانی ریخته و بانک نیز به محض حصول آگاهی از ارسال کالاهای فروش متقابل، مبلغ حساب را به نفع فروشنده متقابل یا بانک مربوط وی آزاد کرده باشد.

۶ـ در قرارداد خرید متقابل این شرط گنجانده می‌شود که فروشنده اولیه می‌تواند تعهد خرید خود را به شخص (حقیقی یا حقوقی) دیگری نیز منتقل نماید. این ویژگی یکی از وجوه تمایزی است که میان قراردادهای خرید متقابل و قراردادهای تهاتری وجود دارد؛ زیرا در قراردادهای تهاتری انتقال تعهد دریافت متقابل کالا به شخص ثالث امکان‌پذیر نیست. معاملات خرید متقابل خود انواعی به‌شرح زیر دارد:

اول ـ معاملات موازی[۴۳]

معاملات موازی از انواع متداول خرید متقابل است که استقلال قراردادهای خرید از یکدیگر از شرایط اصلی آن به‌شمار می‌آید و بر این اساس در این نوع معاملات، در برخی کشورها امکان استفاده از مزایای «صندوق ضمانت اعتبار صادراتی»[۴۴] و سایر امکانات بیمه‌ای و «تأمین منابع مالی»[۴۵] وجود دارد و به همین دلیل از دیدگاه یک کشور صنعتی نوع کاملتری از معاملات جبرانی است.[۴۶]

دوم ـ معاملات به‌هم پیوسته[۴۷]

این روش برخلاف روش پیشین است. این نوع فروش صادراتی، مشروط به انعقاد، یا در صورت امکان، اجرای تعهدات فروش متقابل توسط فروشنده صادراتی است.[۴۸] اما این روش مزایای روش پیشین را ندارد. به این معاملات به‌هم پیوسته، خریدهای مقدم، معاملات مرتبط و پیش جبران نیز گفته می‌شود. اخیراً از این سیستم، که در آن تحویل کالاهای خرید متقابل مقدم بر تحویل کالاهایی است که به اروپا صادر می‌شود، به‌طور فزاینده‌ای استفاده شده است. به‌عنوان یک قاعده،

---

41. Escrow Account.

۴۲. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، صص ۲۴۹ و ۲۵۰.

43. Parallel Deals.

44. Export Credit Guarantee Department (ECGD).

45. Financing.

۴۶. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، ص۱۶.

47. Linked Deals (Junction).

۴۸. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج۱، صص ۲۴۷ و ۲۴۸.

طرفین با این توافق شروع می‌کنند که برای تمام خریدهای شرکت غربی از اروپای شرقی، ازجمله خریدهایی که با فروشها مرتبط نمی‌شود، می‌توان اعتباری در نظر گرفت که در مقابل تحویلهای بعدی تسویه شود.[۴۹] در این روش واردکننده‌ای در کشور «الف» کالاهای کشور «ب» را خریداری می‌کند و تأییدیه‌ای مبنی بر اینکه واردات به‌منظور تأمین بهای صادرات کالا در آینده از کشور «الف» به کشور«ب» صورت می‌گیرد، دریافت می‌نماید. واردکننده اولیه در ازای دریافت مبلغی، می‌تواند تأییدیه مزبور را به یک صادرکننده با تعهدات متقابل بفروشد.[۵۰] ملاحظه می‌شود که در این نوع قراردادها نیز، قرارداد و توافق طرفین است که حرف اول در تعهدات طرفین را می‌زند و عرف و قانون در درجه دوم از اهمیت قرار دارند. حتی قوانین نمونه‌ای هم که در مورد این‌گونه موارد تنظیم می‌شود صرفاً راهنما و راهگشای طرفین قرارداد بوده و الزام‌آور نمی‌باشد. و اصل آزادی قراردادها نقش حیاتی و اساسی را بازی می‌کند.

پ) معاملات افست (Offset)

کلمه افست در معنای لغوی معادل جبران، متعادل و خنثی کردن است، و در برخی از کتابها معاملات افست که در واقع شکلی از تجارت متقابل است، به معاملات تعادلی نیز ترجمه شده که عبارتست از:[۵۱]

« توافقی که برطبق آن، صادرکننده تجهیزات (غالباً هواپیمایی و نظامی) تعهد می‌نماید تا قطعات مورد استفاده در این تجهیزات یا محصولات دیگر را از کشور واردکننده خریداری نموده یا موجبات خریداری آنها را فراهم نماید». این معاملات به دو دسته تقسیم می‌شوند: افست مستقیم،[۵۲] افست غیرمستقیم.[۵۳]

در معاملات افست مستقیم صادرکننده تجهیزات یا تکنولوژی متعهد می‌شود قطعاتی را که در ساخت این تجهیزات یا تکنولوژی به‌کار می‌رود، از کشور واردکننده خریداری نماید. این قطعات ممکن است با همکاری فنی صادرکننده یا به‌طور مستقل در کشور واردکننده ساخته شود. به این ترتیب دراین روش فعالیت تعهد شده به محصولات فروخته شده ارتباط دارد.

در معاملات افست غیرمستقیم صادرکننده تجهیزات، هرگونه محصولاتی را که در کشور واردکننده

---

۴۹. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، ص۱۷.

۵۰. زینال‌زاده، ایرج؛ ابراهیمی، محسن؛ محمدی، ابوالفضل؛ مجموعه قوانین، مصوبات و مقررات دربارهٔ خرید متقابل، چاپ اول، نشر قانون، ۱۳۷۵، صص ۴۸ و ۴۹. همچنین ر.ک. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل»، منبع پیشین، ص۱۷ به بعد و اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، ص۱۷.

۵۱. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، صص ۱۸ و۱۹ و نیز ر.ک. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، صص۲۵۲ و ۲۵۳.

52. Direct Offset.

53. Indirect Offset.

برای صادرات اختصاص یافته است، خریداری می‌نماید یا موجبات خرید این محصولات را فراهم می‌کند. به بیان دیگر در این نوع معامله ارتباطی بین محصولات و تکنولوژی و کالای فروخته شده وجود ندارد.[۵۴] توافق‌های تعادلی از ویژگی‌های تثبیت شده در فروش محصولات دارای تکنولوژی پیشرفته، مانند سیستمهای دفاعی و هواپیماها هستند.[۵۵] معاملات افست به روشهای ذیل انجام می‌شود:

۱ـ تولید تحت الامتیاز (لیسانس)[۵۶]

در این نوع معامله، اجازه ساخت و تولید تجهیزات یا قطعات به شرکتهای داخلی کشور واردکننده اعطا می‌شود و محصولات تولیدی از این شرکتها، ممکن است:

- در تجهیزاتی که قرار است به کشور واردکننده فروخته شود به‌کار می‌رود؛
- به‌وسیله گیرنده حق‌الامتیاز خریداری شود؛
- به شخص ثالثی فروخته شود.

۲ـ تولید مشترک[۵۷]

معامله در قالب تولید مشترک می‌تواند به شکل یک موافقت‌نامه ساده میان صادرکننده و یک شرکت واقع در کشور خریدار یا سرمایه‌گذاری مشترک میان آن دو صورت پذیرد.

۳ـ تولید به‌وسیله پیمانکاران فرعی[۵۸]

منظور قراردادهایی است که با شرکتهای متعدد واقع در کشور خریدار برای ساخت یا مونتاژ کالا منعقد می‌شود.

۴ـ ایجاد زیرساختهای محلی[۵۹]

در این روش ممکن است از صادرکننده درخواست شود که تأسیسات محلی نظیر مدارس کارآموزی، مؤسسات تحقیقاتی یا دفاتر فروش منطقه‌ای و مانند آنها را در کشور خریدار بر پا سازد.[۶۰]

---

۵۴. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، صص ۱۸ و ۱۹.
۵۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۲.

56. License Production.
57. Co- Production.
58. Subcontractor Production.
59. Local infrastructure.

۶۰. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، صص ۱۹ و ۲۰.

در همه انواع این قراردادها، تعهدات و تکالیف طرفین براساس توافق و اراده طرفین و ملاحظه سود و زیان آنهاست. قالب‌های مختلف قرارداد، برای به‌منصه ظهور رساندن، اهـداف اقتـصادی متعاقـدین است.

ت) معاملات بای بک (Buy- Back Contracts)

برخی از حقوقدانان ایرانی این نوع قرارداد را به «تهاتر تولیدی»[۶۱] و برخی دیگر، به «توافـق بازخرید محصول»[۶۲] ترجمه کرده‌اند اما در متون قانونی، این قرارداد به‌عنوان «بیع متقابـل» شـناخته شده است.

برخی گفته‌اند که تهاتر تولیدی معامله طویل‌المدتی است که به‌موجب آن یک کارخانه کامل با تجهیزات و تکنولوژی، نصب و فروخته می‌شود و خریدار در مقابل، تعهد می‌کند که بهای کارخانه را به‌صورت تولیدات حاصله در اختیار فروشنده قرار دهد.

تعهد واقعی فروشنده در این معامله تهاتری این است که محصولات را در بازار بین‌المللی بـه قیمت مناسب بفروشد و از عایدات حاصله طلب خود را استیفا کند.[۶۳] از آنجا که بیع متقابل دربرگیرنده دو قرارداد اصلی می‌باشد، کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا این قرارداد را به این شکل تعریف نموده است:

> «در این قرارداد موضوع قرارداد اولیه، ماشین‌آلات، تجهیزات، امکانات، دانش و یا همکاری فنی است که برای تامین امکانات تولید به خریدار ارائه خواهد گردید، طرفین توافق می‌کننـد کـه فروشـنده در پایان، محصولات تولید شده، به‌وسیله امکانات تولیدی را از خریدار اولیه خریداری نماید».[۶۴]

در مجموع می‌توان مشخصات و ویژگی‌های ذیل را برای قراردادهای بیع متقابل برشمرد:

۱ـ دو قرارداد مجزا

این قرارداد، از دو قرارداد اصلی تشکیل می‌شود. در قرارداد نخست، فروشنده یـا صـادرکننده، متعهد می‌شود که امکانات تولید (کارخانه، معادن و ....) را فراهم کـرده و در قبـال آن بهـای فـروش تجهیزات و کارخانـه و تکنولـوژی را بـه‌صـورت بخـشی از محـصولات همـان کارخانـه و امکانـات سرمایه‌گذاری شده، دریافت دارد، در واقع قرارداد دوم، قرارداد بازخرید محصول ناشی از همان امکانات

---

۶۱. نصیری، دکتر مرتضی، «حقوق چند ملیتی»، انتشارات امیر کبیر، تهران ۱۳۷۰، ص ۲۱۳.
۶۲. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۵۱.
۶۳. نصیری، دکتر مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۱۳ به بعد.
64. w.w.w. jurisint. org. (International Buy – Back Contracts).

و تکنولوژی می‌باشد. این دو قرارداد به‌وسیله، یک پروتکل به‌هم مرتبط می‌شوند.[۶۵]

۲ـ ارتباط بین کالاها و تجهیزات و وسایل صادراتی با کالاهای بازخرید شده[۶۶]

چنانچه موضوع بیع متقابل توسعه، استخراج و بهره‌برداری از یک میدان نفت و گاز باشد، نفت و گازی که بعداً بر اثر فرآیند توسعه و استخراج و تصفیه به دست می‌آید، از سوی صادرکننده اصلی بازخرید می‌شود. اگر در بیع متقابل موافقت شود تا متقابلاً کالاهایی خریداری شود که با صادرات کالاها و خدمات اصلی ارتباط تولیدی نداشته باشد، در این صورت قرارداد موجود، در واقع قرارداد خرید متقابل است نه بیع متقابل.[۶۷]

۳ـ بلندمدت بودن قرارداد

این نوع قراردادها در واقع ازجمله قراردادهای بلند مدتی[۶۸] به شمار می‌آیند که دوره مؤثر آنها می‌تواند از ۵ تا ۲۰ سال باشد.[۶۹] به‌عنوان مثال یک میدان نفتی معمولاً تا به مرحله تولید تجاری برسد مدت زمانی بالغ بر۴ تا ۵ سال زمان نیاز دارد. بنابراین مدت زمانی که برای ساخت پروژه باید صرف شود و مدت زمانی که پروژه باید مورد بهره‌برداری قرارگیرد (تا ازطریق بازخرید محصولات، هزینه‌های صورت گرفته مستهلک شود) موجب می‌شود تا اجرای کامل یک قرارداد بیع متقابل سالها به طول انجامد.[۷۰]

۴ـ سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل

منظور از سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل این است که این قرارداد در پروژه‌های عظیم و پربها و گران قیمت مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌عنوان مثال کشور چین در ۲۰ سال اخیر قراردادهای بیع متقابل زیادی را در صنایع مختلف منعقد نموده است و همچنین بیع متقابل با توجه به تجربه کشورهای آسیایی موسوم به «ببرهای آسیایی» یعنی کشورهای تایلند، کره جنوبی و فیلیپین در صنعت خودروسازی بسیار مناسب است. دولتهای این کشورها با اتخاذ سیاستهای مناسب در صنعت خودروسازی و سایر صنایع توانسته‌اند که غولهای بزرگ اقتصادی مانند دوو و سامسونگ را

---

65. Tamara Milenković- kerković, *op. cit* , p.p.166,170.

66. www.jurisint.org (International Buy- Back Contracts).

۶۷. شیروی،دکتر عبدالحسین، «انواع روش‌های قراردادی تجارت متقابل»، نشریه اندیشه‌های حقوقی،سال دوم،ش۷، پاییز وزمستان۱۳۸۳،ص ۲۱.

68. Long-Term.

69. Tamara Milenkovic – Kerkovic, *op. cit*. p. 268.

۷۰. شیروی، دکتر عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۱۹.

به‌وجود آورند.[۷۱] قراردادهای بیع متقابل که در ارتباط با توسعه میادین نفت و گاز بین ایران و شرکتهای خارجی منعقد شده است، نشان می‌دهد که این پروژه‌ها عظیم بوده و مبالغ آن از صدها میلیون دلار فراتر رفته است.[۷۲] به‌عنوان مثال در تبصره ۱۱ بند «د» از قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور (مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۵) در مورد طرح‌های توسعه میادین نفت و گاز آمده است: «تا سقف دو میلیارد و هشتصد و پنجاه میلیون (۲/۸۵۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار اعتبار مورد نیاز .... به‌صورت فاینانس و یا بیع متقابل خواهد بود». این رقم کلان نشان‌دهنده پربها و سنگین بودن عوضین این قراردادهاست.

بند دوم) بررسی بیع متقابل در فقه و مقایسه آن با برخی تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی

الف) بیع متقابل از دیدگاه فقه

در فقه هیچ‌گاه در مورد قراردادهایی که در زمان کنونی در تجارت بین‌الملل مرسوم می‌باشد، سخنی به‌میان نیامده است. فقها بیشتر در مورد عقود معین (مانند بیع، اجاره، مضاربه و ...) به‌شرح و تفصیل پرداخته‌اند و در برخی از کتابهای فقهای متأخر (مانند مکاسب شیخ اعظم انصاری) مباحثی که امروزه به قواعد عمومی قراردادها مشهورند، آمده است. بنابراین، باید دید که مبانی فقهی اجازه انعقاد چنین قراردادهایی را داده است یا خیر؟ به دیگر سخن، آیا قراردادهای بیع متقابل به شکلی که در حقوق ایران در صنعت نفت وگاز رایج است از نظر فقهی قابل پذیرش است؟ درهمین راستا موارد زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱ـ عدم طرح قراردادهای بیع متقابل و شبه آن در فقه

در بیشتر قراردادهایی که در گذشته مرسوم بود، اطراف قرارداد دو نفر بودند به‌عنوان مثال یک بایع و یک مشتری وجود داشتند و ثمن و مبیع نیز از پیچیدگی و غموض خاصی برخوردار نبود، این مسئله به اقتضای زندگی ساده و معمولی گذشته که روابط انسانها و کشورهای مختلف افزایش نیافته، جوابگوی نیازهای مردم و جامعه بود.

در تعریف بیع در فقه آمده است:[۷۳] « انشاء تملیک عین بمال» که با دقت نظر در این تعریف به‌نظر می‌رسد که قراردادهای بیع متقابل را نتوان با هیچ‌یک از عقود معین فقهی توجیه کرد. چه آنکه این قراردادها، از پیچیدگی‌ها و ظرافت‌های خاصی برخوردارند که در هیچ‌یک از عقود معین دیده نشده است و دیگر آنکه همان‌طورکه توضیح داده‌ایم این قرارداد، دو قرارداد مجزا و جدا از هم می‌باشد یعنی

---

71. Tamara Milenkovic - Kerkovic, *op. cit*, p. 267.

۷۲. شیروی، دکتر عبدالحسین، منبع پیشین، صص ۲۰- ۱۹.

۷۳. انصاری، شیخ مرتضی، «کتاب المکاسب»، ج ۳، ص ۱۱، ناشر مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هفتم، قم ۱۴۲۵ ه.ق/۱۳۸۰.

در ظاهر یک قرارداد اما هنگامی که مورد کالبد شکافی قرار می‌گیرد، دو قرارداد کاملاً جدا از یکدیگر می‌باشند که هرکدام دارای پیچیدگی‌ها و نکات مهمی می‌باشد که در عقود معین (مانند جعاله ، بیع و ...) یافت نمی‌شود و همان‌طورکه ملاحظه گردید طرفین تعهدات بسیاری را در این قرارداد مرکب برعهده گرفته‌اند.

اکنون دانسته شد که جستجوی قراردادهای بیع متقابل در فقه و یافتن عقدی که بتوان آن را شبیه این قراردادها دانست، ساده‌اندیشی و عدم تدقیق در موضوع می‌باشد. البته بدیهی است که صرف تراضی طرفین، توجیه‌کننده و مجوز مشروعیت این قراردادها می‌باشد که شارع مقدس نیز همین امر را پذیرفته است و در آینده توضیحات و نظرات گوناگون فقها را در این زمینه بررسی خواهیم نمود.

۲ـ تراضی طرفین توجیه‌کننده قراردادهای بیع متقابل

در فقه برخی از فقهاء همانند میرزای قمی صاحب جامع الشتات[۷۴] عقود را توقیفی (متوقف بر نص شارع) می‌دانند بدین معنا که تنها عقودی لازم‌الوفاء و مشروع هستند که شارع آنها را تنفیذ نموده باشد. به عقیده این گروه تنها عقود معین (مانند بیع، اجاره و ....) لازم‌الوفاء می‌باشند و هر عقدی که در قالبی غیر از این عقود، منعقد شود هرچند مورد نیاز جامعه و ضروری باشد، مشروع و لازم‌الوفاء نمی‌باشد. این دسته از فقهاء آیه شریفه «اوفوا بالعقود»[۷۵] را ناظر به عقود زمان شارع می‌دانند.

اما در زمان کنونی، فقها عقیده دارند که عموم و اطلاقاتی مانند آیه «اوفوا بالعقود» یا آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض»[۷۶] یا حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» ناظر به‌همه قراردادها، چه عقود معین و چه عقودی که بنا به نیاز مسلمین به‌وجود آمده، می‌باشند. به بیان دیگر تنها تراضی طرفین را حتی اگر در قالب هیچ عقدی از عقود معین (مانند اجاره، بیع و ....) نباشد، به شرطی که خلاف کتاب و سنت نباشد، کافی می‌دانند و به صرف اینکه عقد سابقه‌ای در شرع نداشته آن را باطل نمی‌دانند.

امام خمینی در کتاب البیع پس از ذکر اقوال مختلف علماء در مورد «العقود» در آیه «اوفوا بالعقود» می‌فرماید:[۷۷] «... ثم ان الاظهر من بین الاحتمالات و الابعد من مخالفه الظاهر، هو ان

---

۷۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن الحسن الجیلانی، «جامع الشتات»، ج ۲، چاپ موسسه کیهان، بهار۱۳۷۱، ص ۴۱. بعضی از حقوقدانان ایشان (میرزای قمی) را از عداد مخالفین اصل آزادی قراردادها برشمرده‌اند و حال آنکه این فقیه نامدار از نظریه قبلی خویش عدول کرده است. ایشان پس از ذکر نظر سابق خود می‌گوید «و من جمیع ما ذکرنا ظهر ان حمل الایه علی جمیع العقود الموثقه اولی، سواء کان من العقود المخترعه بین العباد و سواء کان من العقود المتداوله فی الفقه و غیرها.» بنابراین مرحوم میرزای قمی را باید از زمره کسانی دانست که معتقد به اصل آزادی قراردادها هستند. به نقل از: حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کیهان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۳، پاورقی ص ۴۹.

۷۵. سوره مائده آیه۱.

۷۶. سوره نساء آیه ۲۹.

۷۷. خمینی، امام روح الله، «کتاب البیع»، ج ۴، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بهار ۱۳۷۹، ص ۲۷.

العقود» استعیرت لمطلق العقود المعامليه و العهديه، كعقد البيع و التعهدات المتداوله بين الدول او الاشخاص.....»

«بدين معنا كه از روشن‌ترين احتمالات موجود و نزديكترين اقوال به ظاهر آيه اين است كه «عقود» به معنای مطلق عقود معامليه و عهديه می‌باشد، مانند عقد بيع و تعهدات رايج بين دولتها يا اشخاص».

لذا نظريه «عقود» به معنای همه عقود و تعهدات رايج بين اشخاص و حتی دولتها می‌باشد و مختص عقود معينه زمان شارع نمی‌باشد. و تراضی طرفين برای مشروعيت عقد كافی است. البته به شرطی كه تراضی مخالف با كتاب و سنت نباشد.

آيه‌الله سيد ابوالقاسم خويی (ره) در كتاب مصباح الفقاهه فی المعاملات[۷۸] بر اين نكته عقيده دارند كه:

فمفاد الايه: «انه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً» بدين معنا كه مفهوم آيه وفای به عهد اين است كه هر تراضی كه در عرف صدق عنوان عقد را داشته با شد، لازم‌الوفاء می‌باشد. به ديگر سخن عموم اين آيه، همه قراردادهای معين و غيرمعين را در برمی‌گيرد و بنابراين هر تراضی كه عرفا اطلاق «عقد» يا «قرارداد» بر آن ممكن باشد و مخالفتی با احكام شرع نداشته باشد صحيح و لازم‌الوفاست و تحت اين عموم قرار می‌گيرد.

با وصف آنچه گفته شد، می‌توان نتيجه گرفت كه در قراردادهای بيع متقابل، كه از قراردادهای نامعين می‌باشد، تراضی طرفين برای لزوم و صحت اين قراردادها كافی است؛ چرا كه برای هريک از طرفين اين قرارداد، همان‌طوركه گفتيم تعهداتی به‌وجود می‌آيد و عرف نيز به اين تعهدات طرفينی«عقد» می‌گويد؛ فلذا تحت عموم آيه «اوفوا بالعقود» قرار می‌گيرد و لازم‌الوفاء و مشروع می‌باشد.

ب) تأسيسات حقوقی داخلی

۱ـ بيع

قبلاً اشاره گرديد كه يكی از ويژگی‌های عقد بيع تمليكی بودن آن است ولی همان‌طوركه ملاحظه گرديد در بيع متقابل تمليک به‌صورتی كه در بيع مطرح است صورت نمی‌گيرد و تنها تعهداتی برای طرفين ايجاد می‌شود. نكته ديگر اينكه اگر دو نفر كالايی را با پول مبادله كنند دادگاه در مقام فصل خصومت بايد آن را خريد و فروش بداند، هرچند دو طرف آن را «معاوضه» ناميده

---

۷۸. خويی، آيه الله العظمی سيدابوالقاسم، «مصباح الفقاهه فی المعاملات»، تقرير ميرزا محمد علی توحيدی، ج۳، دارالهادی، بيروت، چاپ اول، ص ۹۵.

باشند.[۷۹] اما در قالب یک قرارداد بیع متقابل هیچ‌گونه پرداخت نقدی وجود نخواهد داشت و بازپرداخت هزینه‌ها و سود، از عواید حاصل از فروش نفت یا گاز خواهد بود.[۸۰] براساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران «بیع عبارت است از از تملیک عین به عوض معلوم» اما در بیع متقابل علاوه بر فروش تجهیزات، بحث انتقال تکنولوژی مفهوم بیع را که مختص عین است از بیع متقابل متمایز می‌گرداند. (با دقت نظر) در قرارداد نمونه بیع متقابل کمیسیون اقتصادی اروپا به‌خوبی عهدی بودن این نوع قرارداد فهمیده می‌شود،[۸۱] به متن این ماده توجه فرمایید:

Article 1- The Buy- Back Commitment

1,1. Alpha hereby agrees to buy (or cause the purchase) from Beta, under the terms and conditions set forth in this contract , products manufactured by Beta using the equipment / the thechnology sold by Alpha , and take delivery of the said products.

1,2. Beta hereby agrees to sell to Alpha (or to his assignee (as defined below in Article 6)), under the terms and conditions set forth in this contract, such products, and to accept the purchase by Alpha of such products as Buy-Back within the framework of this contract.

به عبارت فارسی:

ماده۱ـ تعهد خرید متقابل

۱ـ۱ـ بدین وسیله آلفا موافقت میکند که محصولاتی را که بتا به‌موجب شروط این قرارداد به‌وسیله استفاده از وسایل و تکنولوژی فروخته شده توسط آلفا تولید کرده است از بتا بخرد (یا سبب خرید را به‌وجود آورد) و همچنین محصولات مذکور را تحویل بگیرد.

۱ـ۲ـ بدین‌وسیله بتا موافقت می‌کند که طبق شرایط و مقررات مذکور در قرارداد، محصولات مذکور را به آلفا (یا قائم مقام وی که در ماده ۶ از آن تعریف شده) بفروشد و با خرید محصولات از آلفا به‌عنوان بیع متقابل در چارچوب این قرارداد موافقت نماید.

ملاحظه می‌شود که در این راستا اصولاً بحث انتقال مالکیت، مورد توجه منعقدکنندگان این‌گونه قراردادها در بدو امر نمی‌باشد. یکی دیگر از تفاوتهای بیع متقابل با بیع قانون مدنی آن است

---

۷۹. کاتوزیان، دکتر ناصر، «عقود معین»، ج۱، ص۱۲.

80. Dr. Christian Ule & Dr.Alexander Brexendorff , *op. cit*. p. 23.

۸۱. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل»، ج ۳، ترجمه حمیدرضا اشرف‌زاده، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تیر ماه ۱۳۷۲.

که در عقد بیع لازم نیست که ثمن و مبیع با یکدیگر سنخیت داشته باشند، یعنی یکی محصول و نتیجه دیگری باشد اما در بیع متقابل یکی از شروط الزامی و اصلی که ماهیت این قرارداد را تشکیل می‌دهد غالباً این است که همان محصولی که از سرمایه‌گذاری پیمانکار (سرمایه‌گذار خارجی) به دست می‌آید به خود او فروخته می‌شود.

در تبصره ۳ ذیل ماده ۸ آئین نامه اجرایی نحوه قراردادهای بیع متقابل موضوع بند «ج» ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۴/۰۴/۱۵ هیأت وزیران آمده است: «در این‌گونه قراردادها، هزینه مستقیم و غیرمستقیم اکتشافی در قالب قراردادهای منعقد شده منظور و به همراه هزینه‌های توسعه میدان تجاری کشف شده از محل فروش محصولات تولیدی همان میدان، بازپرداخت خواهد شد».

۲ـ معاوضه

در حقوق بیشتر کشورها «معاوضه» اختصاص به مبادله کالا به کالا دارد و«بیع» ویژه مبادله کالا با پول است.[۸۲] عقد بیع، معاوضه تکامل یافته است بدین معنی که به‌جای مبادله مستقیم دو کالا در بیع پول نقش واسطه را بازی می‌کند و به‌عنوان معیار ارزشها با کالای عرضه شده مبادله می‌شود.[۸۳] در حقوق ایران تمیز بیع و معاوضه وابسته به قصد مشترک دو طرف است؛ بدین معنی که اگر آنان خواسته باشند که دو چیز را بی‌هیچ امتیازی با هم مبادله کنند، توافق تابع قواعد معاوضه است و هرگاه چنین اراده کنند که یکی از دو عوض، مبیع و دیگری ثمن و بهای آن به شمار آید قراردادی که بسته می‌شود بیع است.[۸۴] قانون مدنی در ماده ۴۶۴ معاوضه را این‌گونه تعریف کرده است: «معاوضه عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین، مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف اخذ می‌کند بدون ملاحظهٔ اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد».

بنابراین اوصاف عقد معاوضه به‌شرح زیر است:

۱ـ معاوضه از عقود معوض است؛[۸۵] زیرا در آن دو موضوع متقابل وجود دارد که با هم مبادله می‌شود و هریک از آن دو، عوض دیگری قرار می‌گیرد.

۲ـ معاوضه از عقود لازم است؛ چون نه تنها قانونگذار به جایز بودن آن اشاره نکرده است، بلکه شباهت زیاد آن با بیع نیز اصل لزوم قراردادها را در این باره تأیید می‌کند.

۳ـ معاوضه از عقود تملیکی است؛ در اثر معاوضه هریک از دو طرف، مالی را که داشته از دست

---

۸۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره عقود معین» ج۱، ص ۱۳.
۸۳. منبع پیشین، ص ۳۳۷.
۸۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۱۴.
۸۵. منبع پیشین، صص ۳۴۰ و ۳۴۱.

می‌دهد و در برابر آن مالک مالی می‌شود که طرف دیگر به معامله گذارده است.

با دقت نظر در اوصاف معاوضه، به‌طورکلی می‌توان گفت که قرارداد بیع متقابل از عقود عهدی و متمایز از معاوضه می‌باشد چرا که به‌موجب آن برای طرفین، تعهدات و حقوقی متقابل به‌وجود می‌آید و در حین توافق مالکیتی ایجاد نمی‌شود.

از انطباق این مفاهیم و تعاریف با بیع متقابل درمی‌یابیم کـه در بیـع متقابـل از نظـر حقـوقی فروشنده در قبال واگذاری حق مالکیت مشروط کارخانه، تجهیزات، تکنولوژی و ...، تمام یا قـسمتی از عوائد محصول تولیدی به‌وسیله همین تجهیزات و تسهیلات را طی مـدت معینـی بـرای اسـتهلاک هزینه‌ها و سود سرمایه و حق‌الزحمه به خود اختصاص می‌دهد.

نکته دیگر اینکه در معاوضه بین دو مال ارتباطی وجود ندارد اما همان‌طورکـه گفتـیم در بیـع متقابل محصولاتی که از سرمایه‌گذاری کشور سرمایه‌گذار در کشور سرمایه‌پذیر به دست می‌آید، بهای پرداختی یکی از طرفین (کشور سرمایه‌پذیر) می‌باشد یعنی قیمت خرید تجهیزات و تکنولـوژی لزومـاً می‌بایست محصولات تولیدی ناشی از همان سرمایه‌گذاری باشد نه مال دیگری.[۸۶]

۳ـ جعاله

به‌موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلـوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیرمعین». نـسبت بـه ماهیـت جعالـه میـان فقهـاء از یک‌طرف و حقوقدانان از طرف دیگر اختلاف‌نظر وجود دارد؛ به‌طوری‌که عده‌ای اعتقاد دارند که جعاله ایقاع است و عده‌ای برعکس، آن را عقد دانسته‌اند و جالب توجه اینکه با وجود اختلاف‌نظر در ماهیت جعاله برخی با ساده‌انگاری کوشیده‌اند تا قرارداد بیع متقابل را با عقد «جعاله» توجیه کنند.[۸۷]

اینک جهت تبیین موضوع و آشنایی با نظرات عده‌ای از فقهاء و حقوقدانان بـه بررسـی ایـن عقاید می‌پردازیم؛ صاحب مسالک می‌گوید:[۸۸] «... و لا یفتقر إلی القبول» یعنی جعاله به قبول نیـازی ندارد و صرف ایجاب برای ملزم شدن جاعل کفایت می‌نماید. بنابراین، در اینجا ایشان نظر ایقاع بودن را پذیرفته است. در جای دیگری همین فقیه جعاله را عقد می‌داند،[۸۹] به این عبارت که«...و یجوز أن یکون العمل مجهولاً لأنه عقدٌ جایزٌ».

شهید ثانی در همین کتاب از قول فقهای پیشین خود مانند علامه حلی در تبصره المتعلمین و

---

86. Dr. Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff , *op.cit* . p. 21.

۸۷. عزیز اللهی، محمدرضا، پایان نامه دکتری با عنوان «بیع متقابل از دیدگاه فقه و حقوق»، ص۱۶۶، مدرسـه عـالی شـهید مطهری، سال ۸۴– ۱۳۸۳.

۸۸. زیدالدین بن علی العاملی (معروف به شهید ثـانی)، «مـسالک الأفهـام إلـی التنقـیح شـرایع الإسـلام»، ج۱۱، ص ۱۴۹، مؤسسه‌المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.

۸۹. شهید ثانی، «شرح لمعه»، منبع پیشین، ص ۱۵۲.

شیخ طوسی در مبسوط آورده است[۹۰] که ایشان جعاله را عقد می‌دانند و قبول فعلی (و نه لفظی) را در تحقق عقد کافی می‌دانند. صاحب جواهر نظریه ایقاع بودن جعاله را پذیرفته است؛[۹۱] بدین توضیح که در جعاله بین ایجاب و قبول مقارنه‌ای وجود ندارد. حال آنکه اگر جعاله از عقود بود، به این مقارنه نیازمند بود. ایشان قول فقهای دیگر از قبیل شهید ثانی در عقد بودن جعاله را چنین توجیه می‌نمایند که شاید منظور ایشان از به‌کار بردن لفظ «عقد» معنای «عهد و ایفاء به پیمان» بوده است نه عقد بودن به‌معنای مصطلح و روایاتی را نیز در این زمینه ذکر می‌کنند. امام خمینی (ره) و صاحب منهاج نیز جعاله را ایقاع دانسته‌اند.[۹۲]

حقوقدانان نیز با استنباط متفاوت از تعریف جعاله در قانون مدنی در ماهیت آن اختلاف نظر دارند. دکتر جعفری لنگرودی در حاشیه ماده ۵۶۱ قانون مدنی ضمن اعتقاد به خروج جعاله از قلمرو عقود برای اثبات نظر خویش به دلایل زیر استناد کرده است:

اول ـ از عناصر عمومی عقود این است که هر عاقد از نظر عاقد دیگر معلوم و معین باشد و حال آنکه جعاله چنین نیست.

دوم ـ قبول، عنصر عقود است و حال آنکه اگر عامل (در جعاله) بدون اطلاع از کار جاعل در تعیین جایزه، مال مفقود او را (مثلاً) یافته باشد استحقاق مال‌الجعاله را دارد.

سوم ـ اهلیت عاقد شرط صحت عقد است و حال آنکه در جعاله اهلیت عامل ضرورت ندارد؛ صغیر و سفیه هم اگر مال مفقود جاعل را بیابند استحقاق مال‌الجعاله را دارند.

چهارم ـ عقد باید طرف معین (یک یا چند نفر) داشته باشد؛ عقد به‌طرفیت عام منعقد نمی‌شود و حال آنکه جعاله به‌طرفیت عموم صحیح است.[۹۳]

برعکس مرحوم دکتر شهیدی(ره) جعاله را عقد دانسته و در توجیه نظر خویش گفته‌اند: «..... به‌نظر ما با توجه به مجموعه مقررات مربوط به جعاله، نظیر ماده ۵۶۵ قانون مدنی که برای جعاله دو طرف می‌شناسد و ماده ۵۶۶ قانون مدنی که فسخ جعاله را پیش‌بینی کرده است و فسخ وسیله انحلال یک عقد می‌باشد، همچنین با توجه به آثار و احکامی که جعاله دارد، چاره‌ای جز عقد دانستن آن

---

۹۰. منبع پیشین، ص ۱۵۰.

۹۱. نجفی، شیخ محمدحسن، «جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام»، ج ۳۵، صص ۱۸۹ و ۱۹۰، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۹۸۱ میلادی.

۹۲. خمینی، امام روح الله، ترجمه تحریرالوسیله، جلد دوم، ناشر، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بهار ۱۳۶۶، ص ۵۱۳ و خویی، سید ابوالقاسم، «منهاج الصالحین»، ج۲، کتاب الجعاله، ناشر مکتبه لطفی بطهران، چاپ چهارم، ۱۳۹۴ ق ۱۳۵۳ ش، ص ۱۲۷ و همچنین ر.ک. قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی؛ ره پیک، دکتر حسن؛ کیایی، دکترعبدالله؛ «تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی»، انتشارات سمت، چاپ اول ۱۳۸۲، ص۲۰۳، ذیل ماده۵۶۱ قانون مدنی.

۹۳. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، «مجموعه محشای قانون مدنی(علمی، تطبیقی، تاریخی)»، انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۹، صص۳۲۵ و ۳۲۶.

نیست، هرچند که ماده ۵۶۱ در این قسمت صراحتی ندارد».[۹۴]

عده‌ای دیگر از حقوقدانان در نوشته‌های خود جعاله را عقد می‌دانند که به‌منظور پیشگیری از اطاله کلام از ذکر آنها خودداری می‌شود.[۹۵] اکنون که نظرات مختلف فقهاء و حقوقدانان را پیرامون ماهیت جعاله دانستیم، جا دارد به این پرسش پاسخ دهیم که آیا در ماهیت قرارداد بیع متقابل نیز این‌چنین اختلاف نظرها از حیث عقد یا ایقاع بودن و آثار آن وجود دارد؟ و آیا می‌توان قرارداد مزبور را جعاله نامید؟ با توجه به مباحث قبلی قطعاً پاسخ منفی است؛ زیرا قراردادهای بیع متقابل همان‌طورکه از عنوان آنها پیداست از دو قرارداد جداگانه و پیچیده با ظرافتهای خاص خود تشکیل گردیده‌اند و طرفین قرارداد معین (یا قابل تعیین) و معلوم و تعهدات و حقوق ایشان نیز مشخص می‌باشد و موارد ابهامی نیز وجود ندارد تا این قراردادها را به «جعاله» که بیش از یک التزام ساده و معمولی نیست، تشبیه کنیم؛ بنابراین، قراردادهای بیع متقابل جزء عقود (نه ایقاعات) به شمار می‌آیند.

نکته دیگر آنکه، در جعاله گفته شده که عامل می‌تواند پس از انجام قسمتی از عمل، از بقیه خودداری کند و هیچ مسئولیتی نیز ندارد،[۹۶] اما در قراردادهای بیع متقابل تکالیف و حقوق شرکت سرمایه‌گذار مو به مو معین گردیده و این شرکت بدون دلیل و توجیه فنی و حقوقی نمی‌تواند از انجام عمل خودداری نماید. در صورتی که یک‌طرف به تعهدات خود عمل نکند ناقض قرارداد محسوب شده و خسارات سنگینی برعهده وی گذارده خواهد شد. پس نسبت دادن و شبیه دانستن بیع متقابل به جعاله، ساده‌اندیشی و بی‌اطلاعی از این‌گونه قراردادها و عملکرد آن در تجارت بین‌الملل است.

۴ـ اجاره به شرط تملیک

ممکن است گفته شود که معاملات بیع متقابل همانند یا مصداقی از اجاره به شرط تملیک به شمار می‌آید. با این توضیح که تجهیزات و تکنولوژی سرمایه‌گذاری شده در کشور سرمایه‌پذیر تا زمان بازپرداخت محصولات ناشی از آن در دست آنها اجاره است و بهای این اجاره به‌صورت اقساط و به شکل اجاره به شرط تملیک برطبق برنامه زمان‌بندی شده، به شرکت سرمایه‌گذار پرداخت می‌گردد و در پایان با پرداخت، آخرین اجاره بها، تجهیزات و وسائل همگی به ملکیت خریدار (کشور سرمایه‌پذیر)

---

۹۴. شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی۶ : «عقود معین(بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)»، انتشارات مجد، چاپ اول۱۳۸۲، ص۱۱۰.

۹۵. جهت اطلاع بیشتر ر.ک. امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی» جلد دوم، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ هفتم۱۳۷۱، ص۱۲۱ و کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی: «عقود معین(مشارکتها ـ صلح)»، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم۱۳۸۳، ص۲۵۶.

۹۶. شهید ثانی، منبع پیشین، ص ۱۵۰ و ماده ۵۶۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل، رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد».

درمی‌آید.

در ماده ۵۷ آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیأت وزیران با اصلاحات بعدی، آمده است: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که درآن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجره را مالک گردد». اصلاحی ماده ۵۸ آیین‌نامه مذکور مصوب ۱۳۸۱/۰۵/۳۰ هیأت وزیران مقرر می‌دارد: «بانکها می‌توانند به‌منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، ساختمان و مسکن، بازرگانی و کسب و کار و مصرف کالاهای بادوام ساخت داخل کشور به‌عنوان موجر مبادرت به معاملات اجاره به شرط تملیک نمایند». در این فرض با توجه به قصد مشترک طرفین می‌توان گفت که تملیک معلق بر پرداخت تمام اقساط اجاره یا ثمن می‌باشد.[۹۷] در مورد تفاوتهای قرارداد اجاره به شرط تملیک با بیع متقابل باید گفت که:

اول) مهمترین ویژگی قرارداد بیع متقابل ارتباط مستقیم میان ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی و تکنولوژی وارد شده و کالای تولید شده ناشی از همین تجهیزات می‌باشد. به بیان دیگر مقداری از محصولات تولیدی به‌وسیله همین امکانات سرمایه‌گذاری شده، به‌عنوان بهای این سرمایه‌گذاری پرداخت می‌گردد.[۹۸] اما در اجاره به شرط تملیک این ارتباط بین محصولات تولیدی و اجاره بها وجود ندارد یعنی الزامی نیست که حتماً اجاره بها ناشی از محصولات همان تجهیزات سرمایه‌گذاری شده باشد و به هر شکل که توافق صورت بگیرد، قرارداد «اجاره به شرط تملیک» محقق می‌باشد.

دوم) در برخی از موارد در بیع متقابل، «فروشنده ماشین‌آلات به‌جای فروش، آنها را اجاره می‌دهد، در این حالت تعهد متقابل همچنان خرید محصولات حاصل از ماشین‌آلات خواهد بود که به این طریق اجاره بها پرداخت می‌شود»،[۹۹] اما در همین حالت نیز با پرداخت آخرین قسط، تکنولوژی و دانش فنی به مالکیت مستاجر درنمی‌آید، بلکه با پایان مدت اجاره می‌باید تکنولوژی و تجهیزات و سایر وسایل سرمایه‌گذاری شده، به مالک اصلی (فروشنده) برگردد.

۵ـ قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی

به‌موجب ماده ۱۰ قانون مدنی:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

---

۹۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره عقود معین»، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ص ۷۷ به بعد.

98. Tamara Milenkovic′- kerkovic′ ,*op. cit* , p.268.

۹۹. اصغرزاده، عبداله، منبع پیشین، ص ۲۵.

در حقوق ایران به‌وسیله این ماده اصل آزادی قراردادها پذیرفته شده است؛ بدین معنی که جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجادکرده باشد، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمانهای ایشان است و آزادی اراده را باید به‌عنوان «اصل» پذیرفت.[۱۰۰] این اصل در مرحله نخست بیان می‌دارد که اراده برای انشاء عقد و ایجاد التزام و الزام کافی است و دوم اینکه اراده در تعیین آثار عقد آزاد است؛ بنابراین، متعاملین در ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است، بدون اینکه به شکل خاصی از عقد و یا نحوه بیان اراده انشائی یا استفاده از الفاظ خاصی، مقید باشند.[۱۰۱]

همان‌گونه که می‌دانیم قرارداد بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی‌نام) می‌باشد. با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در حقوق و فقه ایران نباید تردید جدی روا داشت که قراردادهایی که در قالب و مدل قرارداد بیع متقابل در صنعت نفت و گاز منعقد می‌گردند، با لحاظ عرف حاکم بر قراردادهای نفتی یکی از انواع قراردادهای پذیرفته شده در ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد؛ چرا که بیع متقابل مجموعاً نوعی قرارداد خصوصی میان دو شخص حقیقی و یا حقوقی است که بر مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین و عدم مخالفت با موازین قانونی منعقد می‌شود و میان طرفین نافذ و معتبر است. در این رابطه توجه به نکات زیر لازم به‌نظر می‌رسد:

۱ـ براساس فقه و قانون برای ایجاد تعهد و التزام، لازم نیست که تراضی و توافق افراد در قالب عقد ویژه‌ای از عقود معین درآید، بلکه قراردادهای خصوصی به هر شکل و شیوه‌ای که منعقد شود تابع قواعد عمومی قراردادها و نافذ و معتبر است. بنابراین، قرارداد بیع متقابل نیز مورد شمول حکم ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد.

۲ـ قرارداد در هر قالبی که به‌وجود آید لازم‌الوفاء می‌باشد به عبارت دیگر دو طرف می‌بایست به تعهدات ناشی از قرارداد (چه با نام و چه بی‌نام) احترام بگذارند و آنها را ایفاء نمایند.[۱۰۲] قرارداد غیرمعین بیع متقابل نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد به عبارت دیگر طرفین باید تعهداتی را که از این قرارداد ناشی می‌شود، به‌موقع اجرا گذارند.[۱۰۳]

ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع

---

۱۰۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، ص۱۴۴.

۱۰۱. حائری، مسعود، «مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۳، ص ۳۹.

۱۰۲. برای مطالعه نظرات مخالف، ر.ک. داراب پور، دکتر مهراب، «ارزیابی تطبیقی ایفاء عین تعهد»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۰-۲۹، سال ۱۳۷۹، ص۱۸۹ به بعد.

۱۰۳. جهت مطالعه بیشتر در این مورد، ر.ک. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، از ص۱۴۴ به بعد و حائری، مسعود، منبع پیشین، صص۳۹، ۴۰ و ۱۸۶ به بعد.

است...».

۳ـ قراردادهای غیرمعین تا جایی نافذ و معتبر است که مخالف صریح قانون نباشد. همان‌گونه که برخی حقوقدانان گفته‌اند، مقصود از "صریح قانون" تأیید اصل مباح بودن قراردادهاست و کنایه از اینکه در منع قانونگذار تردید نباشد وگرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است.

مفاد این ماده را می‌توان بدین‌گونه خلاصه کرد که «هرچه منع نشده آزاد است». روح و مفهوم قانون چیزی جز مقصود قانونگذار نیست؛[۱۰۴] بنابراین قراردادهای مخالف با آنها نیز باطل است. به عبارت دیگر ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را تنها در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ و معتبر می‌شناسد، به قوانین امری نظر داشته و خواسته است از توافق اراده افراد برخلاف این‌گونه قوانین جلوگیری کند.[۱۰۵] ممکن است به این نظر اشکال شود که یکی از شروط قراردادی در بیع متقابل شرط پرداخت سود و بهره وجوه سرمایه‌گذاری شده به شرکتهای نفتی خارجی و بیگانه است و پرداخت سود و بهره مخالف صریح شرع و قانون است و مالاً این قرارداد از شمول ماده ۱۰ قانون مدنی خاصه مشروعیت جهت و حرام بودن بهره طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی[۱۰۶] خارج است و مالاً نافذ نیست. این اشکال را می‌توان با سه استدلال پاسخ گفت: یکی اینکه با فرض حرمت پرداخت سود و بهره به شرکت خارجی، چنین شرطی باطل است اما موجب بطلان قرارداد نیست و با بقاء و صحت قرارداد می‌توان آن را همچنان مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

دوم اینکه اساساً حرمت پرداخت چنین سودی که استهلاکی نیست بلکه عملیاتی، انتاجی و تولیدی است در فقه ثابت و قطعی نیست یا حداقل محل تردید و اختلاف است؛ کما اینکه بنا به فتاوای عده‌ای از فقهای اخیر سود تولیدی و انتاجی از شمول ربای حرام خارج و منصرف می‌باشد.[۱۰۷]

سوم اینکه، پرداخت سود سرمایه‌گذاری بنا به مصلحت و منافع اقتصادی جامعه و اقتضائات جهانی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، شرعی و قانونی شناخته شده است. برای نمونه لایحه استفاده از منابع مالی خارجی در قالب فاینانس از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد ولی

---

۱۰۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص۱۵۷، برای دیدن نظر مخالف ر.ک. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج۴، چاپ هفتم، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۱، ص۴۸ و نیز حائری، مسعود، منبع پیشین، ص ۹۳ به بعد.

۱۰۵. صفایی، دکتر سید حسین، «دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها»، ج ۲، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۲، ص۵۰ .

۱۰۶. ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت هر معامله (اعم از معین و غیرمعین) شرایط ذیل اساسی است :۱ــ قصد طرفین و رضای آنها. ۲ـ اهلیت طرفین. ۳ـ موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴ـ مشروعیت جهت معامله».

۱۰۷. صانعی، آیت الله شیخ یوسف، «ربای تولیدی و انتاجی»، مجموعه کتب فقه و زندگی، مؤسسه فرهنگی فقه‌الثقلین، سال ۱۳۸۳، ص ۳۱.

سرانجام در مجمع تشخیص مصلحت به تصویب رسید.[۱۰۸] ازاین‌رو شرط پرداخت سود سرمایه به بیگانگان در قراردادهای بیع متقابل علاوه بر اینکه مخالفتی با قانون ندارد که موافق مقررات جاری قانونی نیز می‌باشد.[۱۰۹]

از این‌رو به‌نظر می‌رسد اگر قرارداد بیع متقابل را یکی از مصادیق اصل آزادی قراردادها بدانیم، هیچ مشکلی پیش نمی‌آید. به‌نظر می‌رسد که تطبیق ماده ۱۰ قانون مدنی با بیع متقابل با ماهیت ویژه این قرارداد نیز که از قراردادهای گوناگون تشکیل یافته است، هماهنگ و سازگار باشد؛ چرا که طرفین قرارداد بیع متقابل هیچ‌گاه قصد ایجاد عقدی از عقود معین را نداشته‌اند و تنها خواسته‌اند که حقوق و تعهداتی برای طرفین ایجاد و عملیاتی ویژه صورت بگیرد و این مفهوم با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها نیز مطابق و هماهنگ می‌باشد و با فقه نیز سازگاری دارد.

پ) تأسیسات حقوقی خارجی

۱ـ قراردادهای مشارکت در تولید

در این نوع قراردادها سهمی از نفت خام تولید شده (نه سود) به پیمانکار پرداخت خواهد شد. در صورت پرداخت مالیات یا حق‌الامتیاز از سوی پیمانکار به همان نسبت سهم وی از تولید نیز افزایش خواهد یافت.[۱۱۰] لازم به ذکر است که قرارداد مشارکت در تولید را نباید با قرارداد مشارکت در درآمد[۱۱۱] یا مشارکت در سود[۱۱۲] اشتباه گرفت؛ زیرا در قراردادهای اخیر که از انواع قراردادهای خطرپذیر خدمت می‌باشند، پیمانکاران سهمی از سود (نه تولید) را دریافت می‌کنند؛ اما در قراردادهای مشارکت در تولید برای پیمانکاران در زمان صدور بر مقداری از محصولات (نفت و گاز) مالکیت ایجاد می‌شود.[۱۱۳] در قراردادهای مشارکت سه مسئله حائز اهمیت است:[۱۱۴] «سرمایه‌گذاری، اداره فنی و بازاریابی».

---

۱۰۸. «قانون استفاده از منابع مالی خارجی» مصوب ۱۳۸۴/۰۸/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، منتشر شده در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران به‌شماره ۱۷۷۱۸ به تاریخ ۱۳۸۴/۰۹/۲۹: ماده واحده: «به دولت اجازه داده می‌شود در طول برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در چارچوب حکم بند(ب) ماده (۱۳) و جدول شماره (۷) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۱۱ و احکام قوانین بودجه‌های سالانه و سایر مجوزهای قانونی از تسهیلات و منابع مالی خارجی (فاینانس) استفاده نماید...»

۱۰۹. جهت دیدن نظر مخالف، ر.ک. صحرانورد، اسدالله، «تحلیل حقوقی مکانیسم بیع متقابل در قراردادهای نفتی ایران»، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شهریور ۱۳۸۱، صص ۷۸و۷۹.

110. Dr Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit*. p. 20.

111. Revenue Sharing Contracts.

112. Profit Sharing Contracts.

۱۱۳. دفترهمکاریهای فناوری معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص۷۵.

۱۱۴. موحد، محمدعلی، «نفت ما و مسائل حقوقی آن»، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، تهران ۱۳۵۷، ص ۲۴۶.

قراردادهای مشارکت معمولاً محدود به مرحلهٔ بالادستی یعنی فقط شامل بخش اکتشاف و بهره‌برداری می‌باشد. در این قرارداد هر یک از شرکاء باید سهم خود را از نفت تولید شده برداشت کنند و آن را در بازاری که دارد به فروش برسانند. در قراردادهای مشارکت در تولید، پیش از انقلاب طرف خارجی تعهد می‌کرد که سهم شریک خود (شرکت ملی نفت ایران) را برداشت و صادر نماید، چون طرف ایرانی بازار کافی موجود برای عرضه نفت خود نداشت.[۱۱۵] با این توصیف، ازجمله تفاوتهایی که می‌توان بین قرارداد بیع متقابل و قرارداد مشارکت در تولید ذکر نمود موارد ذیل هستند:[۱۱۶]

اول) دوره زمانی قرارداد بیع متقابل به نسبت دوره زمانی مشارکت در تولید، کوتاه (۸–۱۰ سال) و به هر حال بسیار کوتاهتر از طول عمر میدان نفتی ذی‌ربط می‌باشد؛ لذا تطبیق منافع پیمانکار و NIOC (شرکت ملی نفت ایران) در چارچوب چنین قراردادهایی دشوار به‌نظر می‌رسد.

دوم) شرایط مندرج در قرارداد بیع متقابل ممکن است از انعطاف لازم برخوردار نباشد، از این‌رو امکان دارد در مواجهه با شرایط غیر منتظره مشکلاتی به‌وجود آید.

سوم) در قراردادهای بیع متقابل، پیمانکار طی عملیات توسعه صرفاً به‌عنوان مجری میدان نفتی فعالیت می‌کند و هیچ‌گونه مشارکت و یا مالکیتی در تولید میدان ندارد.

اما در قراردادهای (P.S.A)[۱۱۷] یا مشارکت در تولید، دولت میزبان سهم خود را در قالب یک روش یا ترکیبی از چند روش دریافت می‌نماید. در ابتدا در صورت وجود یک شرکت دولتی، شرکت ایرانی که همکار پیمانکار به شمار می‌آید، سهمی از تولید را دریافت خواهد کرد. دوم آنکه از دیگر تفاوتهای این دو قرارداد این است که در قراردادهای مشارکت در تولید، معمولاً سهم شرکت خارجی از منابع به۱۰ الی ۹۰ درصد کل منابع قابل استحصال می‌رسد. (متوسط این سهم در جهان ۳۵ درصد است)؛ در حالی که در قراردادهای بیع متقابل عملاً سهم پیمانکار از منابع قابل استحصال مخزن به‌طور متوسط کمتر از ۵ درصد است. آنچه در مقایسه بین این دو شیوه قرارداد از همه برجسته‌تر است، آن است که در قراردادهای بیع متقابل سهم بیشتری از مخزن برای کشور میزبان، عدم مالکیت و حاکمیت شرکت خارجی بر عملیات تولید و مدیریت پس از توسعه مخزن می‌باشد. عدم مشارکت خارجی در ریسک قیمت در بیع متقابل در برابر مزایایی که برای کشور میزبان وجود دارد، به‌معنی آن نیست که پیمانکار هیچ ریسکی ندارد، چرا که پیمانکار بیع متقابل کماکان با ریسک وصول نشدن بخشی از

---

۱۱۵. موحد، محمدعلی، منبع پیشین ص ۲۴۷. جهت مطالعه پیدایش قراردادهای مشارکت در مسایل نفتی ایران ر.ک. همین منبع ص ۱۳۸ به بعد.

۱۱۶. جانکوفسکی، دکتر ادوارد، منبع پیشین، ص ۶۶.

117. Production Sharing Agreements.

مطالباتش به‌واسطه محقق نشدن سطح تولید پیش‌بینی شده، ریسک عملیات و افزایش سطوح هزینه بیش از سقف‌های مندرج در قرارداد، ریسک وقوع شرایط فورس ماژور و ریسک سطوح بسیار پایین نفت، که به وصول نشدن بخشی از مطالباتش منجر می‌شود، دست به گریبان خواهد بود.[۱۱۸]

در قراردادهای بیع متقابل پیمانکار هیچ‌گونه حق حاکمیت یا مالکیتی بر تولید نفت نداشته و برخلاف قراردادهای مشارکت در تولید (P.S.A) که با تداوم حضور پیمانکار همراه است، با تداوم حضور پیمانکار همراه نیست.[۱۱۹]

از مجموع ویژگی‌ها و مختصات بیان شده در مورد هر دو قرارداد می‌توان مهمترین تفاوتهای میان این دو قرارداد را در سه محور خلاصه کرد: یکی از تفاوتها در شیوه بازپرداخت هزینه‌های پیمانکار است؛ بدین توضیح که در قراردادهای مشارکت در تولید، محصول به دست آمده از پروژه تا پیش از رسیدن به مقدار معین و مورد توافق در قرارداد مشارکت متعلق به کارفرما (دولت صاحب مخزن) می‌باشد اما همین که تولید به سقف معین در قرارداد رسید، پیمانکار مخارجی را که در رابطه با اکتشاف و توسعه و اداره پروژه متحمل گردیده از طریق تصرف آزادانه و مشارکتی و مالکانه در نفت خام تولیدی برداشت می‌نماید؛ به عبارت دیگر از آن پس کشور صاحب مخزن و پیمانکار، شریک می‌شوند. اما در قراردادهای بیع متقابل بدون اینکه کمترین مالکیتی برای پیمانکار ایجاد شود هزینه‌ها و سود و حق‌الزحمه وی از طریق فروش سهمی از نفت استحصالی براساس توافق‌نامه طولانی مدت جبران خواهد شد.[۱۲۰] تفاوت دیگر در دوره زمانی تولید و مدت قرارداد است؛ بدین شرح که دوره تولید نفت و گاز در قراردادهای مشارکت در تولید بسیار طولانی‌تر از قراردادهای بیع متقابل است. در نتیجه در قراردادهای مشارکت، پیمانکاران انگیزه بیشتری برای به دست آوردن اقتصادی‌ترین نرخ تولید از طریق استفاده از تکنولوژی پیشرفته، دانش فنی، مهارتها، تجهیزات و ... دارند؛ ولی در قراردادهای بیع متقابل نگرانی و دغدغه عمده پیمانکاران عبارتست از رسیدن به یک نرخ متعارف محصول در طول سالهای بازپرداخت هزینه‌های انجام شده و نیز رسیدن به سطح تولید معین در قرارداد که این دوره بسیار کوتاهتر از قراردادهای مشارکت می‌باشد.[۱۲۱] تفاوت سوم ریسکی است که پیمانکاران در قرارداد مشارکت در تولید متحمل می‌شوند و با ریسک پیمانکار بیع متقابل متفاوت است. در قراردادهای نخست، ریسک هزینه‌های تولید و سود حاصل از فروش نفت هر دو تابعی از سطح تولیدات و قیمت نفت می‌باشند. به عبارت دیگر تولید بالاتر مساوی است با سود بیشتر؛ اما در قراردادهای دسته دوم،

---

۱۱۸. معصومی، یوسف، «موج دوم (چالش‌های توسعه در صنعت نفت ایران)» به‌وسیله داریوش مبصر و دیگران، انتشارات کویر، تهران ۱۳۸۱، صص ۱۵۶ و ۱۵۷.

۱۱۹. منبع پیشین، ص ۱۵۵.

120. Dr. S.N. Ebrahimi and Dr.A.Siravi Khouzni *op. cit.* P. 7.

۱۲۱. پیترولز، «تفاوت قراردادهای بیع متقابل و مشارکت در تولید»، دسامبر ۲۰۰۲، ص ۵.

ریسک پیمانکار افزایش هزینه‌های سرمایه‌ای به‌منظور رسیدن به اهداف مندرج در قرارداد برای تحقق سطح تولید است. البته با شروط قراردادی می‌توان همه این مخاطرات را کاهش یـا بـه‌طـرف مقابـل منتقل نمود.[۱۲۲]

۲ـ قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری[۱۲۳]

برخی از استادان حقوق برای این قراردادها، نام «مشارکت انتفاعی» برگزیده‌اند؛ زیرا جوینـت ونچر همواره به شکل شرکت نیست و سرمایه‌گذاری نیز یکی از فعالیتهای ناشی از آن است. جوینـت ونچر دو شکل عمده دارد: قراردادی و شرکتی و از آنجا که شکل شـرکتی معمـول‌تـر اسـت، معـادل فارسی «شرکت مشترک» برای آن ارائه شده است، بی‌آنکه به این دوگانگی توجه شده باشد.[۱۲۴]

برخی از حقوقدانان خارجی این قرارداد را بدین‌گونه تعریف کرده‌اند: مشارکت انتفاعی، واحـد تجاری مشترکی است که توسط دو یا چند مشارکت‌کننده برای یک مقصود مشخص تجاری، مالی یا فنی ایجاد می‌شود.[۱۲۵]

یکی از حقوقدانان ایرانی نیـز آورده اسـت: مـشارکت تجـارتی بـین‌المللـی Joint Venture به‌صورت واحدهای تجارتی هستند که به‌منظور ایجاد شعبه مشترک تجارتی کـشورهای مختلـف بـا انعقاد قرارداد فیمابین، آورده‌های نقدی یا غیر نقدی خود را در آن سرمایه‌گذاری می‌نماینـد؛ تـا بـدین وسیله دارای حق کافی در شعبه مشترک بوده و مسئولیت اداره و مدیریت آن را برعهده بگیرند.[۱۲۶]

قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری نوع پیشرفته‌تری از قراردادهای مشارکتی به شمار می‌آیند. براساس این قرارداد کشور صاحب نفت و شرکت عامل در سود و خطرپذیری توافق‌نامـه‌هـای نفتـی سهیم می‌شوند. میزان مشارکت در عقد قراردادهای مختلف متفاوت است. در این قـرارداد دولـت بـه مثابه یک شرکت در تولیدی که براساس یک قرارداد انجام می‌شود، سهیم است. با توضیحاتی که به اختصار در مورد قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری (J.V) داده شد؛ معلوم شد که در ایـن قالـب، دولت و کشور صاحب مخزن نیز در طرحهای اکتشاف یا توسعه میادین نفت و گاز با پیمانکار شـرکت می‌کند؛ به عبارت دیگر مشترکاً هر دو، عملیاتهای مربوطه را انجام می‌دهند و سرمایه‌گذاری مشترک صورت می‌پذیرد و بازپرداخت به اعضاء مشارکت از محل سود حاصله از اجـرای پـروژه و مطـابق بـا

---

۱۲۲. دفترهمکاریهای فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص ۸۱ .

۱۲۳. برای اطلاعات بیشتر ر.ک.

Dr. Asghar Hendi, "Joint Venture Under EC Competition Law", University of Strathclyde, Law School, 1995, PhD Thesis.

۱۲۴. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، پاورقی ص ۵۱۹.

۱۲۵. منبع پیشین، ص ۵۲۰.

۱۲۶. عرفانی، دکتر محمود، مقاله: «مشارکت تجارتی بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علـوم سیاسـی دانـشگاه تهـران، شماره ۳۰، دی ماه ۱۳۷۲، ص۶۳.

قرارداد پرداخت می‌گردد.[۱۲۷] اما همان‌طورکه شرح آن گذشت در قراردادهای بیع متقابل، پیمانکار کـه معمولاً شرکت خارجی می‌باشد، مسئولیت تأمین مالی پروژه را به‌عهده دارد و هـم اوسـت کـه همـه هزینه‌ها و مخارج لازم و تجهیزات مورد نیاز حسب مورد برای راه‌اندازی و توسعه میدان یا اکتشاف را به عهده می‌گیرد و بازپرداخت این هزینه‌ها براساس شروط قراردادی معمولاً پس از رسیدن میدان به تولید تجاری تا میزان خاص در قرارداد صورت می‌گیرد. بر این اساس در قراردادهای بیع متقابل ایرانی هیچ‌گونه مشارکت به‌معنای مشارکت در تولید یا سرمایه‌گذاری وجود ندارد و هیچ مالکیتی نیز از طرف کارفرما به پیمانکار منتقل نمی‌شود.

۳ـ قراردادهای امتیازی

این قرارداد، ساختار اصلی حقوقی برای اکتشاف، بهره‌برداری و تولید نفت را تشکیل می‌دهد و گفته شده است که هم اکنون نیز در شکل جدید و پیشرفته متداول‌ترین قراردادهـا در ایـن زمینـه در سطح جهان به شمار می‌آید.[۱۲۸] امتیاز بهره‌برداری شامل مجوز انحصاری کشف و بهره‌برداری از منابع هیدروکربن می‌گردد. در این حالت، مالکیت ذخایر نفتی و تملک آن در اختیار دولت خواهد بـود ولـی پس از حفاری یک چاه نفت و کشف ذخایر نفتی این عنوان به صاحب امتیاز واگذار می‌شـود. در ایـن شیوه دولت میزبان سهم خود را از طریق مالیات و یا هزینه‌های اضافی و حق‌الامتیاز دریافـت خواهـد نمود.[۱۲۹] در این قراردادها، دولت که مالک مخازن و میادین نفتی مـی‌باشـد طـی یـک قـرارداد ایـن مالکیت را به کشور یا شرکت خارجی منتقل می‌نماید. واقعیت امر آن اسـت کـه قراردادهـای منعقـده امتیازی در پیش از انقلاب به‌دلیل اهداف استعماری و سلطه بیگانگان بر صنایع نفت و گـاز ایـران، از طرف داخلی بسیار ناشیانه و بد تنظیم گردیده بودند کـه باعـث شـد درآمـدهای هنگفـت بـه جیـب شرکتهای خارجی سرازیر گردد. در این قراردادها دامنه منطقه امتیازی و زمـان آن بـسیار زیـاد بـود و درآمد دولت محدود به ۱۶ درصد بود، که سهم بسیار ناچیزی است. اما در حال حاضر در ۱۲۰ کـشور جهان فعالیت مشترک شرکتهای خارجی و کشورهای نفـت‌خیـز در چـارچوب قراردادهـای امتیـازی صورت می‌گیرد.[۱۳۰] این نوع قراردادها به اشکال دیگری مانند اعطای اجازه بهره‌بـرداری،[۱۳۱] اعطـای پروانه بهره‌برداری[۱۳۲] و اجاره[۱۳۳] نیز به‌کار می‌روند و به‌دلیل تسهیم متفاوت منافع نسبت بـه گذشـته

---

۱۲۷. ابراهیمی،دکترسیدنصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل»، شـبکه اطـلاع رسـانی نفـت و انرژی،گـروه مصاحبه، ۱۳۸۴/۱۱/۸،ص۸.

۱۲۸. به نقل از شبکه اطلاع‌رسانی نفت و انرژی(شانا)، گروه مقاله، «مروری بر قراردادهای نفتی»، مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۷.

129. Dr Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff , *op. cit*.p, 2۰.

۱۳۰. به نقل از شبکه اطلاع رسانی نفت و انرژی(شانا)، گروه مقاله، منبع پیشین.

131. Permit.

132. License.

تغییرات قابل ملاحظه‌ای در آنها داده شده است. در قراردادهای امتیازی کنونی، منطقه امتیازی[۱۳۴] محدود گردیده است.

قراردادهای جدید از نظر منافع بین امتیاز دهنده و امتیاز گیرنده از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردارند، به‌طوری‌که در صورت افزایش قیمت نفت، ساز و کارهایی برای افزایش منافع کشور میزبان پیش‌بینی شده است. کشور میزبان در قراردادهای جدید می‌تواند از طریق شرکت ملی نفت در قراردادهای امتیازی مشارکت کند. از این روش در خاورمیانه به‌طور وسیعی استفاده می‌شود و در مواردی، مشارکت کشور میزبان از ۲۵ درصد نیز تجاوز کرده است و برای نمونه، عربستان در سال ۱۹۸۱، صددرصد عملیات دریافت و پرداخت شرکت «آرامکو»[۱۳۵] را در اختیار گرفت. با توصیف مختصر قراردادهای امتیازی، حاصل از مقایسه آن با قراردادهای بیع متقابل، می‌توان به تفاوتهای زیر در این دو قرارداد پی‌برد:

اول) از نظر مالکیت، در قراردادهای امتیازی شرکت عامل و پیمانکار بر مخازن و تولیدات مربوط مالکیت کامل دارد و اما در قراردادهای بیع متقابل حق مالکیت کماکان متعلق به کشور میزبان و صاحب مخزن است.

دوم) شرکت سرمایه‌گذار در قرارداد نوع اول بر کلیه عملیات اعم از اکتشاف، بهره‌برداری، فرآورده‌ها، بازاریابی و غیره حاکمیت مطلق دارد لیکن در قرارداد بیع متقابل کنترل عملیات، هزینه‌ها و تولید توسط دولت میزبان صورت می‌گیرد.

سوم) در قراردادهای امتیازی ساختار تسهیم منافع برای کشور میزبان محدود به بهره مالکانه و مالیات است، در صورتی که در بیع متقابل با حفظ حاکمیت و مالکیت دولت صاحب مخزن، پرداخت هزینه‌ها و سود و سرمایه‌گذاری و حق‌الزحمه و ... از درآمد حاصل از فروش محصولات همان میدان مورد نظر با جدول زمان‌بندی شده از شروع تولید صورت می‌گیرد.

چهارم) در قراردادهای امتیازی، خطرپذیری در عملیات توسعه و اکتشاف متوجه پیمانکار است کما اینکه در بیع متقابل نیز به‌عهده شخص پیمانکار است؛ هرچند قرارداد بیع متقابل مدل ایرانی در مورد میادین کشف شده به امضاء رسیده‌اند و لذا خطرپذیری در این مقطع وجود نداشته است.

۴ـ قراردادهای خدماتی

این قراردادها به قراردادهای خرید خدمت نیز مشهور شده‌اند. در قانون نفت سال ۱۳۵۳ این

---

133. Lease.

134. Concession Area.

135. The Arabian American Oil Company.

قرارداد به نام «قرارداد پیمانکاری» بدین‌گونه تعریف شده است: «قراردادی که به‌موجب آن طرف قرارداد مسئولیت اجرای برخی از عملیات نفتی را درناحیه معینی از طرف شرکت ملی نفت ایران و به‌نام آن شرکت برطبق مقررات این قانون برعهده می‌گیرد».

براساس بند (۲) ماده ۳ همین قانون «شرکت ملی ایران می‌تواند به منظور عملیات اکتشاف و توسعه نفت ... قراردادهایی را... بر مبنای پیمانکاری ... امضاء نماید». بنابراین عملیات بالادستی نفت تنها می‌بایست در قالب قرارداد خرید خدمت باشد و براساس بند (۳) ماده ۳ همین قانون قرارداد مشارکت تنها در عملیات پایین‌دستی نفت مجاز می‌باشد. مطابق این نوع قرارداد هیچ‌گونه حق انحصاری و امتیاز ویژه به پیمانکار داده نمی‌شود؛ بلکه همه حقوق و مزایا در اختیار کشور صاحب مخزن است و پیمانکار تنها حق‌الزحمه خود را به‌صورت خرید بخشی از محصول تولیدی همان مخزن، دریافت می‌دارد. با این توصیف ضروری است در اینجا انواع قراردادهای خدماتی به اختصار مورد بررسی قرار گیرند:

اول) قراردادهای خدماتی خالص[۱۳۶]

نوع ساده این قرارداد به‌صورت پرداخت حق‌الزحمه مقطوع برای ارائه خدمات مشخص است و بابت دریافت کمکهای تکنیکی که کشور میزبان به آن نیاز دارد، هیچ سهمی از نفت خام تولیدی پیش‌بینی نشده است.[۱۳۷] طبق این قرارداد، پیمانکار در هر حال چه عملیات حفاری موفقیت‌آمیز باشد چه نباشد دستمزد مقطوع خود را می‌گیرد به عبارت دیگر پیمانکار کاری به تجاری بودن میدان ندارد بلکه تنها عملیاتی را که براساس قرارداد برعهده او گذاشته شده انجام می‌دهد. این شیوه قرارداد همانند بیع متقابل می‌باشد با این تفاوت که مشخصه ذاتی و اصلی بیع متقابل این است که پرداخت همه هزینه‌ها و حق‌الزحمه پیمانکار از محصول تولیدی همان میدان است اما در قرارداد خدمت، در این خصوص الزامی وجود ندارد و توافق برخلاف این نیز مجری است.

دوم) قراردادهای خدماتی خطرپذیر[۱۳۸]

همان‌گونه که از نام این قرارداد پیداست، خطر و ریسک عملیاتی که برعهده پیمانکار گذاشته می‌شود، تماماً برعهده خود اوست و اگر به‌عنوان نمونه عملیات اکتشاف منجر به کشف نفت به میزان تجاری نشود، قرارداد خود به خود منحل می‌شود و هزینه‌های پیمانکار قابل استرداد نمی‌باشد. اما

---

136. Pure Service Contracts.

۱۳۷. گروه نویسندگان، «کالبد شکافی سرمایه‌گذاری‌های صنعت نفت»، منبع پیشین، ص ۳۴.

138. Risk Service Contracts.

درصورت کشف، پیمانکار موظف به انجام عملیات تولید و بهره‌برداری می‌باشد و هزینه‌ها و دستمزد او پس از آغاز تولید بازپرداخت می‌شود.

همان‌گونه که پیشتر گفتیم قانون نفت سال ۱۳۵۳ این نوع قرارداد را مجاز اعلام نموده است. این نوع قرارداد به مجموعه‌ای از روشهای معاملاتی اطلاق می‌شود که به‌موجب آن سرمایه‌گذار (پیمانکار) تعهد می‌نماید، ضمن تأمین منابع مالی (نقدی و غیرنقدی) مورد نیاز صرفاً به اتکای عواید طرح اقتصادی، نسبت به ایجاد، توسعه، نوسازی، بازسازی، اصلاح و یا روزآمدکردن طرح مذکور اقدام کند و اقساط بازپرداخت پس از اجرای طرح توسط پیمانکار پرداخت خواهد شد.[۱۳۹] کارشناسان مسائل نفتی معتقدند که قرارداد بیع متقابل نوع پیشرفته و تکامل یافته قراردادهای خدماتی می‌باشد. به بیان دیگر می‌توان گفت که قراردادهای بیع متقابل قراردادهای خدماتی بیع متقابل هستند که تنها نوع جدیدی از بازپرداخت را معرفی می‌کند که آن هم برداشت هزینه‌ها و دستمزد پیمانکار از محل فروش محصول تولیدی همان مخزن می‌باشد و هیچ پرداخت نقدی صورت نمی‌گیرد.

سوم) قراردادهای خدماتی عملیاتی[۱۴۰]

این شیوه نیز نوع جدید و پیشرفته از قراردادهای خدماتی سابق به شمار می‌آید. این شیوه به لحاظ پذیرش ریسک و خطرات تجاری در عملیات نفتی ازجمله قراردادهای خدماتی خطرپذیر است با این فرق که ریسک و خطر در مراحل مختلف عملیات بالادستی بین دولت میزبان و شرکت پیمانکار تقسیم می‌شود.[۱۴۱] به‌عنوان ثمره بحث از مقایسه قرارداد بیع متقابل با قراردادهای خدماتی نکات زیر حاصل می‌گردد:

۱ـ بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای خدماتی مخاطره‌پذیر است، به این معنی که دولت هیچ تضمینی در مورد ریسک پیمانکار نمی‌دهد و کلیه مخاطرات عملیات برعهده پیمانکار می‌باشد.

۲ـ تفاوت اصلی بیع متقابل با قراردادهای خدماتی در نحوه پرداخت است.به‌موجب قرارداد بیع متقابل دولت (از طریق شرکت ملی نفت ایران) به‌عنوان مالک منابع نفتی و کارفرما، یک شرکت را به‌عنوان پیمانکار برای انجام خدمات مالی و تکنیکی برای عملیات مورد نظر به‌کار می‌گیرد. هزینه‌های صورت گرفته، سود و حق‌الزحمه پیمانکار از محل فروش محصولات یا عوائد حاصل از فروش همان پروژه، پرداخت و مستهلک می‌گردد.[۱۴۲] اما در قراردادهای خدماتی الزامی وجود ندارد که بازپرداخت از محل همان منبع مورد عملیات صورت بگیرد بلکه ممکن است، بازپرداخت به شکل

---

۱۳۹. ابراهیمی، دکتر سیدنصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل»، منبع پیشین، ص۸.

140. Operating Service Contracts.

۱۴۱. مؤسسه مطالعات عالی بین‌المللی انرژی، گزارش بیع متقابل، آبان ماه ۱۳۷۹، ص۸ .

142. Dr.S.N.Ebrahimi and Dr.A.Shiravi Khuouzani, *op.cit*. p. 9.

نقدی و یا از محل سایر منابع باشد.

۳ـ در هردو نوع قرارداد، مالکیت مخزن در طول دوره قرارداد و پس از آن در اختیار کشور صاحب مخزن است و در هیچ زمانی، این مالکیت به پیمانکار منتقل نمی‌شود.

۴ـ مدت قراردادهای خدماتی خطرپذیر معمولاً حداقل ۲۰ سال است ولی درقراردادهای بیع متقابل که آن هم نوعی از قرارداد خدماتی است، مدت زمان اولیه برای عملیات توسعه میدان معمولاً ۳ تا ۵ سال است و در عین حال جبران هزینه‌های پیمانکار از طریق فروش شصت درصد از نفت تولید شده، ممکن است تا ۱۲ سال ادامه داشته باشد.[۱۴۳]

بند سوم) ماهیت خاص بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین

پس از بررسی و مقایسه قراردادهای «بیع متقابل» با برخی تاسیسات حقوقی داخلی و خارجی و همچنین بررسی موضوع در فقه، دانستیم که «بیع متقابل» را نمی‌توان در هیچ‌کدام از قالبهای حقوق سنتی داخلی(عقود معین) و نهادهای دیگر خارجی جای داد. با توجه به برداشتهای متفاوتی که از اصطلاح (Buy-Back) در نوشته‌ها و تعابیر نویسندگان وجود دارد، در ادامه به این نکته خواهیم پرداخت که اصطلاح «بیع متقابل» که در مقابل واژه خارجی (Buy – Back Contracts) وضع شده است، واژه‌ای است کاملاً گمراه‌کننده که با ماهیت این قرارداد به‌هیچ‌وجه سازگاری ندارد و این قرارداد را باید نهاد نوینی دانست که شرایط مخصوص به خود را دارد که ممکن است در قراردادهای دیگر، چه نهادهای داخلی و چه نهادهای خارجی، یافت نشود.

کلمه "Buy – Back" را در فارسی قانونگذاران به «بیع متقابل»[۱۴۴] و برخی از حقوقدانان به «توافق بازخرید محصول»[۱۴۵] و عده‌ای از ایشان به «تهاتر تولیدی»[۱۴۶] ترجمه نموده‌اند. عده دیگری بی‌آنکه یک معادل فارسی برای این لفظ پیدا کنند آن را «بای بک»[۱۴۷] و برخی «خرید بازیافتی» نامیده‌اند.[۱۴۸] به‌کاربردن لفظ «بیع» در ترجمه «بای بک» کاملاً اشتباه و گمراه‌کننده به‌نظر می‌رسد چرا که ممکن است در دید حقوقدانان ناآشنا و همچنین مجریان امور، این شبهه را القاء نماید که این قرارداد نوعی «بیع» با همان شرایط و ارکان داخلی و حتی بین‌المللی باشد، در حالی که دانستیم که

---

۱۴۳. دفتر همکاری‌های فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص۸۲ .

۱۴۴. به‌عنوان مثال ر.ک. قوانین بودجه سالانه و همچنین آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی، مصوب ۱۳۷۹/۱۱/۹ (هیات وزیران).

۱۴۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱،ص ۲۵۱.

۱۴۶. نصیری، دکتر مرتضی، حقوق چند ملیتی، ص ۲۱۳ به بعد.

۱۴۷. کمیسیون اقتصادی اروپا، قراردادهای بین‌المللی بای بک، جلد۳، ترجمه حمید رضا اشرف‌زاده، ص ۲۰ و همچنین ر.ک. حسن بیگی، ابوالفضل، نفت، بای بک و منافع ملی، انتشارات آوای نور، تهران ۱۳۸۱.

۱۴۸. لئو. جی. بی. ولت، منبع پیشین، ص۴۶.

اصلاً مشابهتی بین این قرارداد با بیع‌های داخلی و خارجی وجود ندارد. شاید بـه‌نظـر برسـد کـه واژه «توافق بازخرید محصول» که در ترجمه کتاب تجارت بین‌الملل نوشته کلایو ام. اشـمیتوف آمـده، از همه اصطلاحات فارسی موجود، مناسب‌تر و با ماهیت خاص بیع متقابل نیز سازگارتر باشد. چرا که این اصطلاح، دست کم، یکی از ویژگی‌های مهم بیع متقابل را که ارتباط تولیدی بین کالاهـا و خـدمات صادراتی و کالاها و خدمات بازخرید شده می‌باشد، به‌خوبی نشان می‌دهد. به دلایل ذیل باید قـرارداد بیع متقابل را نهادی نوین دانست:

۱ـ همان‌گونه که عنوان گردید، قرارداد مذکور بـا هـیچ‌یـک از نهادهـای داخلـی و خـارجی مشابهت ندارد و خود قرارداد پیچیده‌ای است که مرکب از دو یا چند قرارداد فرعی دیگر می‌باشد.[۱۴۹]

۲ـ در قراردادهای بیع متقابل ایران، شرکت سرمایه‌گذار خارجی، کلیه وجـوه سـرمایه‌گـذاری مانند نصب تجهیزات، راه‌اندازی آنها و انتقال تکنولوژی و .... را برعهده مـی‌گیـرد. پـس از راه‌انـدازی تجهیزات و رسیدن تولید تا سقف مقرر در قرارداد، بازگشت سـرمایه و هزینـه‌هـا و سـود، بـه‌صـورت اقساطی در مدت معینی مثلاً هفت سال و به‌صورت تحویل محصولات تولیـد شـده ناشـی از همـین سرمایه‌گذاری و امکانات می‌باشد و این ویژگی اصلی قراردادهای بیع متقابل می‌باشد که در هیچ‌کدام از قراردادهای دیگر تجارت متقابل وجود ندارد.[۱۵۰]

۳ـ نکته دیگری که ما را به این نتیجه می‌رساند که «بیع متقابـل» نهـاد و قـراردادی نـوین است، این است که طرفین قصد می‌کنند قراردادی جدید با شرایط کاملاً متفاوت بـا سـایر قراردادهـا منعقد نمایند و هیچ‌گونه قصدی مبنی بر انعقاد قرارداد در قالب حقوقی ماننـد بیـع و .... کـه اصـلاً بـا این‌گونه قراردادها سازگار نیست، نداشته و ندارند. بنابراین، همان‌گونه که شارع مقدس بنابر آیه یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود[۱۵۱] و نیز آیه شریفه لاتاکلوا اموالکم بینکم باالباطـل الاّ ان تکـون تجـارة عـن تراض[۱۵۲] و نیز آیه مبارکه احل الله البیع و حرم الربا[۱۵۳] بـه تراضـی طـرفین احتـرام گذاشـته و آن را لازم‌الوفاء و صحیح اعلام نموده است، ما نیز برطبق این عمومات و اطلاقات که قالب ویژه‌ای را برای تراضی تعیین نکرده‌اند، باید به قراردادهای بیع متقابل با شرایط و ارکان خـاص خـود بنگـریم و آن را نهادی نوین اما لازم‌الوفاء و مشروع بدانیم. از مجموع مطالب گذشته می‌توان مدل ایرانی قراردادهـای بیع متقابل را واژه‌ای برای قراردادهای خدماتی با اوصاف خاص و توافق‌های جانبی دانست.

---

149. Tamara Milenkovic′- Kerkovic′, "Drafting An International Buy-Back Agreement", Series: Economics and Organization, Vol.2, N. 2, 2004, p. 168.

150. Tamara Milenkovic′- Kerkovic′, *op.cit.* p. 167.

۱۵۱. سوره مائده آیه۱.

۱۵۲. سوره نساء آیه۲۹.

۱۵۳. سوره بقره آیه۲۷۵.

گفتار دوم
جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قوانین و مقررات

در این مبحث انعقاد قراردادهای مورد نظر از لحاظ قانون اساسی و قوانین عادی و آیین‌نامه‌ها و مقررات به اجمال بررسی می‌شود. به بیان دیگر در این بخش بدواً شأن و جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قانون اساسی و سپس همین موقعیت در قوانین و آیین‌نامه‌ها و مقررات مرتبط مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند یکم) از دیدگاه قانون اساسی

ممنوعیتها، تنگناها و محدودیتهای زیادی در قانون اساسی برای سرمایه‌گذاری خارجی و البته به تصور و با هدف مقدس صیانت از منافع ملی و عدم تسلط بیگانگان بر معادن و ذخایر ملی، به‌وجود آمده است. به‌موجب تفسیری که از ماده ۱۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ به عمل آمد؛ قراردادهای بیع متقابل در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی به‌ویژه در صنعت نفت و گاز ظهور و بروز یافت و امکان سرمایه‌گذاری خارجی در این صنعت با سایر روشها به‌ویژه قراردادهای مشارکت عملاً منتفی شد؛ در قراردادهای بیع متقابل حاکمیت، مالکیت و تصدی‌گری بر منابع نفت و گاز، متعلق به کشور میزبان و سرمایه‌پذیر است و به‌علاوه بر قراردادهای مزبور، قوانین مالی، پولی و حقوقی کشور حاکم است. اصولی از قانون اساسی که همواره در رابطه با سرمایه‌گذاری‌های اقتصادی و طبعاً محدودیتها و ممنوعیت‌های ایجاد شده از این اصول، مورد توجه صاحب‌نظران و منتقدین و موضوع اظهارنظرهای مختلف قرارگرفته، اصول ۴۴، ۸۱،۷۷، ۱۲۵ و۱۳۹ قانون اساسی است که ضرورت دارد برخی از اصول یاد شده به اختصار مورد بررسی قرار گیرند.

الف) اصل۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

« دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجارتی و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است».

پس از تصویب این اصل، اداره ثبت شرکتها و مالکیتهای صنعتی با استناد به آن، از ثبت شرکتهای خارجی در ایران خودداری کرد و مشکلات بسیاری را به‌وجود آورد. به تاریخ ۱۳۶۰/۱/۸ نخست وزیر وقت، ضمن استفساریه‌ای از شورای نگهبان در خواست تفسیر اصل مذکور را نمود که شورا این‌گونه پاسخ داد:

«شرکتهای خارجی که با دستگاههای دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده‌اند، می‌توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیتهای خود در حدود قراردادهای منعقده طبق ماده ۳ قانون ثبت شرکتها به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند و این امر با اصل ۸۱ قانون اساسی مغایرتی ندارد».[۱۵۴]

علت وضع این اصل آن است که کشور ما همواره از اعطای امتیازات زیان دیده است. خاطره تلخ اعطای امتیازات به خارجیان در اواخر دوره قاجاریه و عواقب ناگواری که از آنها برای ملت ایران عاید گردید، هنوز از اذهان مردم محو نشده است.[۱۵۵]

به‌نظر می‌رسد که مقصود از «امتیاز دادن» تشکیل شرکتها و مؤسسات به خارجیان آن است که آنان شرکتها و مؤسساتی در ایران تشکیل دهند که اکثر سهام یا سرمایه شرکتها یا مؤسسات مزبور متعلق به بیگانگان و اختیار تصمیم‌گیری (کنترل) نیز با آنها باشد.[۱۵۶] اما برخی با انتقاد از این نظریه گفته‌اند:

« گرفتن کنترل یک شرکت الزاماً نتیجه تملک بیش از ۴۹٪ سهام آن شرکت نیست. اگر سهام شرکت به‌طور وسیع پخش شده باشد، داشتن درصد کمی از سهام برای کنترل کافی به‌نظر می‌رسد. نادرستی این نظریه زمانی آشکارتر می‌شود که به یاد آوریم که در شرکتهای سهامی عام با سهام متفرق چه بسا مدیریت و کنترل شرکت در اختیار کسانی بیافتد که درصد کمی از سهام را دارا هستند».[۱۵۷] موضوع امتیاز، اداره یک «امر عمومی» است و تشکیل و اداره امور عمومی جزء حاکمیت و اختیارات انحصاری دولت است و دولت نمی‌تواند در این امور از خود سلب حاکمیت نموده و اداره آنها را به افراد تفویض کند.[۱۵۸] بر این اساس امتیاز یعنی استفاده انحصاری از یک چیز. اما این عقیده به‌نظر حقوقدانان چندان بنای محکمی ندارد. در زمان کنونی امتیاز، قراردادی است که به‌موجب آن دولت و یا مؤسسات صلاحیت‌دار اداری به تصویب قانونگذار، اداره یک امر عمومی و یا بهره‌برداری از یک ثروت ملی را به شخص یا اشخاص معینی واگذار کند که در مدت معینی آن را به هزینه خود به‌کار اندازد و در ازای کار و سرمایه خود از استفاده‌کنندگان آن امر عام المنفعه، وجوهی اخذ کنند یا در مقابل منافعی که از ثروت ملی عاید آنها می‌شود، سهمی به دولت بپردازد. موضوع امتیاز ممکن است اداره امور عام‌المنفعه مانند اداره آب، برق، پست و... یا بهره‌برداری از منابع و ثروت ملی، مانند امتیاز

---

۱۵۴. مجموعه نظریات شورای نگهبان، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول ۱۳۸۱، صص ۴۲ و ۴۳ و برای اطلاعات بیشتر ر.ک. مهرپور، دکترحسین، «مجموعه نظریات شورای نگهبان»، ج۳، انتشارات کیهان، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۱، ص۴۱.

۱۵۵. طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، «حقوق اداری»، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص۳۶۴.

۱۵۶. صفایی، دکتر سیدحسین، «مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی»، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص۲۶۷.

۱۵۷. مشایخ، نصیر، «آیا قانون اساسی با سرمایه‌گذاری خارجی مخالف است»؟، روزنامه صدای عدالت، تاریخ ۸۰/۴/۲ .

۱۵۸. طباطبایی مؤتمنی، دکتر منوچهر، منبع پیشین، ص۳۶۳.

بهره‌برداری از جنگلها و معادن و... باشد.[۱۵۹] بدین ترتیب موضوع امتیاز یک «امر عمومی» است. باتوجه به این موارد باید گفت « امتیاز» ملازمه با نوعی انحصار دارد.[۱۶۰] امتیازات انحصاری که در دوران قاجار براساس قراردادهایی مانند دادرسی به بیگانگان اعطا گردید، سبب شد تا قانونگذار جمهوری اسلامی هرگونه اعطای امتیاز را به بیگانگان ممنوع اعلام کند. اما همان‌طورکه می‌دانیم قراردادهایی مانند بیع متقابل و حتی مشارکت هیچ‌گونه انحصاری را برای طرف خارجی ایجاد نمی‌کند و همه اقدامات تحت نظارت شرکت ملی نفت ایران انجام می‌پذیرد. در تایید این نظریه در بند (ج) ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ آمده است:

« پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی ... متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌گذاران خارجی نباشد. منظور از امتیاز، حقوق ویژه‌ای است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد».

ب) اصل۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

«این اصل نظام اقتصادی را در اختیار سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی قرار داده است». اصل ۴۴ یکی از بحث‌انگیزترین اصول قانون اساسی بوده است که هنگام تصویب آن نیز افراد بسیاری که در شورای خبرگان تصویب قانون اساسی بوده‌اند، ایراداتی بر آن وارد نموده‌اند و بالاخره این اصل در جلسه پنجاه و هفتم از جلسات شورای تصویب قانون اساسی در تاریخ ۱۳۵۸/۸/۹ به تصویب رسیده است.[۱۶۱] برخی اصل یاد شده را عامل رکود اقتصادی و بن‌بست سرمایه‌گذاری می‌دانند و عقیده دارند که انحصار بازرگانی خارجی و کلیه صنایع بزرگ و مادر در دست دولت آفات عظیمی به‌دنبال دارد و برای ایجاد نظام مناسب سرمایه‌گذاری و تحرک اقتصادی، دولت باید از دخالت بیش از حد متعارف در بخشهای مختلف اقتصادی بپرهیزد و زمینه را برای فعالیت بازرگانان و سرمایه‌گذاران فراهم آورد.[۱۶۲] در این مورد، اولویت را باید به سرمایه‌گذاران داخلی داد؛ زیرا تا زمانی که اتباع داخلی رغبت و تمایلی به سرمایه‌گذاری نشان ندهند، به طریق اولی اتباع خارجی گرایش و انگیزه‌ای برای سرمایه‌گذاری در کشور نخواهند یافت.[۱۶۳] با دقت در این اصل روشن می‌شود که در

---

۱۵۹. منبع پیشین،ص۳۶۲.

۱۶۰. مشایخ، نصیر، منبع پیشین، تاریخ ۸۰/۴/۲ .

۱۶۱. جهت دیدن اختلاف‌نظرها و چگونگی تصویب این اصل ر.ک. «صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ج۳، ناشر اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ص۱۵۳۲ به بعد.

۱۶۲. امام، فرهاد، «حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران»، انتشارات یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳، بخش دوم مبحث سوم، ص۱۵۰ به بعد.

۱۶۳. اخلاقی، دکتر بهروز، «آینده سرمایه‌گذاری در ایران، علل و موانع پیشرفت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش۴۷، ۱۳۷۹، ص۱۱ به بعد.

واقع مالکیت مواردی که برشمرده شده است نظیر، صنایع بزرگ، صنایع مادر، معادن، بازرگانی خارجی و... در اختیار دولت می‌باشد؛ چونکه در این اصل بر مالکیت عمومی تصریح شده است. بنابراین، دولت با حفظ مالکیت این موارد برای خود می‌تواند، بهره‌برداری و استخراج معادن و صنایع را تا حدودی که برای طرف مقابل ایجاد مالکیت ننماید، به آنها واگذار نماید و این امر مخالف با قانون اساسی نمی‌باشد.

از آنجا که اصل مذکور همه بخشهای مهم را در اختیار و انحصار دولت قرار داده است و این امر با واقعیت‌های اقتصادی دنیای کنونی سازگاری ندارد، در سال۱۳۸۳ رهبر انقلاب اسلامی طی نامه‌ای به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام، در مورد تدوین سیاستهای کلی نظام پیرامون اصل۴۴ قانون اساسی آوردند:

«دولت باید از فعالیتهایی که خارج از اصل۴۴ قانون اساسی است، خارج شده و به‌هیچ‌وجه وارد فعالیتهای اقتصادی خارج از این اصل نشود و همچنین مردم چه در شکل تعاونی، خصوصی و یا عمومی باید بتوانند در فعالیت‌هایی که دولت تاکنون فعال بوده و در صدر اصل ۴۴ ذکر شده با حفظ حاکمیت و نظارت دولت در تمام شرایط وارد شوند».[۱۶۴]

مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز پس از این دستور، در بند اول سیاستهای کلی نظام در اصل۴۴ قانون اساسی، دولت را موظف نمود تا کلیه فعالیتهای اقتصادی خود را در اموری که مشمول عناوین صدر اصل مذکور نیست، متوقف کند. متن این بند به‌شرح ذیل است:[۱۶۵]

«دولت موظف است هرگونه فعالیتهای اقتصادی (شامل فعالیتهای جدید، تداوم فعالیتهای قبلی، سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل۴۴ نباشند و نیز انجام آن بنا به تشخیص هیأت وزیران توسط بخشهای خصوصی و تعاونی امکان‌پذیر باشد، حداکثر تا پایان برنامه پنج ساله چهارم (حداقل۲۰ درصد کاهش فعالیت سالیانه) متوقف نماید. با توجه به مسئولیت نظام در حسن اداره کشور، در مواردی که تداوم یا شروع فعالیت، خارج از عناوین صدر اصل۴۴ توسط دولت ضرورت داشته باشد، این امر بنا بر پیشنهاد هیأت وزیران و تصویب مجلس شورای اسلامی برای مدت معین بلامانع است. اداره و تولید محصولات صرفاً نظامی، انتظامی و اطلاعاتی نیروهای مسلح و امنیتی که جنبه محرمانه دارد، مشمول این حکم نیست».

در بند (۲) از سیاستهای کلی نظام نیز، ورود بخشهای عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی را نیز به بسیاری از بخشهای دولتی مشمول صدر اصل ۴۴ مجاز اعلام نمود. در این بند آمده است:

---

۱۶۴. روزنامه دنیای اقتصاد، ضمیمه ۸۳/۱۰/۵، ص۲.
۱۶۵. منبع پیشین، ص۴.

«به‌منظور تحقق رشد و توسعه اقتصادی، جلوگیری از زیان جامعه و تبدیل دولت به کارفرمای بـزرگ و با توجه به مفاد اصل ۴۴ و اصل ۴۳ قانون اساسی، سرمایه‌گـذاری، مالکیـت و مـدیریت در زمینـه مذکور در صدر اصل ۴۴ به‌شرح ذیل توسط نهادها و بنگاههـای عمـومی غیردولتـی و بخـش‌هـای تعاونی و خصوصی در محدوده مجموعه بندهای مصوب این سیاست‌های کلی مجاز است:

الف)صنایع بزرگ،صنایع مادر (ازجمله صنایع بزرگ پایین‌دستی نفت و گاز و معادن بزرگ بـه اسـتثناء نفت وگاز)

ب) فعالیتهای بازرگانی خارجی در چارچوب سیاستهای تجاری و ارزی کشور مشروط بر آنکه موجـب انحصار نشود.

پ) بانکداری و بیمه.

ت) تأمین نیرو شامل تولید و واردات برق برای مصارف داخلی و صادرات.

ث) سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی با مراعات جهات ایمنی و رعایت حقّابه‌های مردم.

ج) کلیه امور پست و مخابرات به اسـتثناء شـبکه‌هـای مـادر مخـابراتی، امـور واگـذاری فرکـانس و شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و توزیع خدمات پایه پستی.

چ) راه و راه آهن.

ح) هواپیمایی و کشتیرانی».

این تفسیر و توضیح اصل ۴۴ قانون اساسی را هرچند توسط مقامی ماننـد مجمـع تـشخیص مصلحت نظام صورت گرفته است باید به فال نیک گرفت.[۱۶۶] همه این توضیح، تفاسـیر و دسـتورات نشان می‌دهد که اصل ۴۴ قانون اساسی به شکل کنونی دارای مشکلات عملی بسیار فراوانی است و می‌بایست در کنار سایر اصولی که نیازمند اصلاح می‌باشد، برطبـق اصـل ۱۷۷ قـانون اساسـی مـورد بازنگری قرارگیرد و تا آن زمان اگر تفسیری از این اصول می‌شود، برطبـق اصـل ۹۸ قـانون اساسـی به‌وسیله شورای نگهبان صورت بگیرد. چنانچه اصل یاد شده مقرر می‌دارد: « تفسیر قانون اساسی بـه عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود». همـان‌گونـه کـه ملاحظـه گردید، با وجود تخصیص‌های فراوانی که مجمع به این اصل وارد کرده، اما هنوز بخـش نفـت و گـاز کشور در اختیار بخش دولتی قرارگرفته است. این امر شاید به این دلیل است که در ماده ۲ قانون نفت

۱۶۶. در تاریخ ۱۳۸۵/۴/۱۰ از رسانه ملی صدا و سیما خبر ابلاغ سیاست‌های راهبردی و کلی بند (ج) اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی از سوی رهبر انقلاب اسلامی به‌منظور شتاب گرفتن رشد و توسعه اقتصادی کشور مبتنی بر اجرای عـدالت اجتماعی و فقرزدایی در چارچوب چشم انداز ۲۰ ساله کشور پخش و در جراید به چاپ رسید، کـه ایـن رویـداد بـه نوبـه خـود می‌تواند دگرگونی جدیدی در تلقی از مفهوم حاکمیت و تـصدی‌گـری دولـت در بخـشهای مختلـف باشـد. (ازجملـه روزنامـه جمهوری اسلامی شماره۷۸۰۷ دوشنبه ۱۲تیر ماه۱۳۸۵).

مصوب ۱۳۶۶ مقرر گردیده است: «منابع نفت کشور جزء انفال و ثروتهای عمومی است و طبق اصل ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد و کلیه تأسیسات و تجهیزات و دارایی‌ها و سرمایه‌گذاری‌هایی که در داخل و خارج کشور توسط وزارت نفت و شرکتهای تابعه به عمل آمده یا خواهد آمد، متعلق به ملت ایران و در اختیار حکومت اسلامی خواهد بود». در ادامه همین ماده تاکید شده که « اعمال حق حاکمیت و مالکیت نسبت به منابع و تاسیسات نفتی متعلق به حکومت اسلامی است که براساس مقررات و اختیارات مصرح در این قانون به عهده وزارت نفت می‌باشد که برطبق اصول و برنامه‌های کلی کشور عمل نماید». به‌نظر نویسنده در مقطع حساس کنونی که مکرراً اعلام می‌شود، کشور جمهوری اسلامی ایران براساس سند چشم‌انداز در افق ۱۴۰۴،[۱۶۷] بایستی الهام بخش، فعال و مؤثر در جهان اسلام با تحکیم الگوی مردم‌سالاری دینی، توسعه کارآمد، جامعه اخلاقی، نواندیشی و پویایی فکری و اجتماعی تأثیرگذار باشد؛ بایستی با الهام گرفتن از ابلاغ سیاستهای راهبردی و کلی بند (ج) اصل ۴۴ قانون اساسی و کاهش تصدی‌گری دولت، نسبت به مفهوم حاکمیت دگراندیشی نموده و با مفهوم جدیدی از آن زمینه را برای پیشبرد توسعه اقتصادی به شیوه جلب و جذب سرمایه‌گذاری‌های اصولی در معادن و صنایع مادر مهیا نمود و به‌نظر می‌رسد با توجه به موقعیت حساس و استراتژیکی کشور ما و در عین حال استقلال سیاسی آن و از سویی ضرورت استخراج ذخایر عظیم نفت و گاز جهت شکوفایی اقتصادی و رفع مشکلات عدیده اجتماعی ملت و مملکت خود، اعمال حاکمیت فقط ناظر به حضور فیزیکی، عملیاتی و تصدی‌گری دولت نباشد؛ بلکه می‌توان با تدبیر، نظارت فائقه و ارائه سیاستهای راهبردی به این مهم نائل آمد و با مدیریت قوی و حکیمانه مشارکت شرکتهای بزرگ سرمایه‌گذار اعم از داخلی و خارجی را بدون اینکه خللی به حاکمیت و مالکیت دولت به معنای عام کلمه وارد آید فراهم ساخت و این هدف را می‌توان با اصلاح بند (الف) و (ب) اصل ۴۴ قانون اساسی و کاستن تصدی‌گری دولت تحقق بخشید.[۱۶۸] کشور ایران با دارا بودن ۱۳۰ میلیارد بشکه نفت قابل استحصال و ۲۷ تریلیون متر مکعب گاز و با محاسبه ارزش ذخایر هیدروکربوری کشور در حدود ۳۰۰۰ میلیارد دلار و برخوردار بودن از برکات الهی برای بیش از یکصد سال آینده آن‌هم در حالی که هنوز در پهنه گسترده‌ای از کشور (۸۰ ٪) عملیات اکتشافی صورت

۱۶۷. برای اطلاعات بیشتر راجع به سند چشم انداز بیست ساله ر.ک. ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، مقاله: «جایگاه ایران در تعامل منطقه‌ای و بین‌المللی در چشم انداز بیست ساله کشور»، مجله حکومت اسلامی ویژه اندیشه و فقه سیاسی اسلام، صاحب امتیاز دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، سال دهم، شماره ۳۸، زمستان ۱۳۸۴، صص۱۶۷-۱۲۴. همچنین: جعفر پیشه، مصطفی، مقاله: «چشم انداز حکومت دینی، پارادکس توسعه و چالشهای پیش رو»، منبع پیشین، صص ۷۹-۵۷.

۱۶۸. در تاریخ ۱۳۸۵/۶/۶ از شبکه اول سیما دیدار اعضای هیأت دولت نهم با رهبر معظم انقلاب اسلامی پخش شد که مقام رهبری خطاب به هیأت دولت با تأکید بر کاستن تصدی‌گری دولت در وظایف غیرحاکمیتی، ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ را علاوه بر بند (ج) شامل بند (الف) و (ب) آن اعلام کردند که این رخداد را در تایید دیدگاه خود دانسته و در راستای اصلاح اصل ۴۴ مطلوب و مفید به‌نظر می‌رسد.

نگرفته است،[۱۶۹] و اینکه تنها کشوری است که به هر دو حوزه نفت و گاز خلیج فارس و دریـای خـزر دسترسی مستقیم دارد و در زمانی‌که کشورهای حوزه قفقاز برای استخراج این منابع وارد بازی بزرگی شده‌اند و وجود منابع عمده انرژی و نفت در خاورمیانه همگی موقعیت ایران را به حدی ارتقاء بخشیده است که با اکثر کشورهای همسایه دارای علایق و منافع مشترک می‌باشد، توسعه همه جانبه کشور را نمی‌توان با قواعد و قوانین قطعی و لایتغیری همچون فرمول‌های ریاضی مقایسه کرد که هیچ تنوع و تغییر و دگرگونی را برنمی‌تابد و پرواضح است که با طرز تلقی سنتی از حاکمیت، هیچگاه بـه توسـعه پایدار و تحقق آرزوی دیرینه تمدن بزرگ ایران اسلامی نخواهیم رسید.

پ) اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

«عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللـی بایـد بـه تـصویب مجلـس شورای اسلامی برسد». و در اصل۱۲۵ همین قانون نیز آمده است:

«امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقتنامه‌ها و قراردادهای دولت ایران بـا سـایر دولتهـا و همچنین امضای پیمانهای مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی اوست». به‌علاوه قانونگذار در اصل ۱۳۹، صلح دعاوی راجع به امـوال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری را در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد به تصویب مجلس موکول کرده است که در واقع اراده کرده به‌طور اسـتثناء آن دسـته از قراردادهـای بـین‌المللـی را کـه یک‌طرف آن شرکتها و اشخاص حقوق خصوصی مهم قرار گرفته‌اند نیز تصویب و کنترل کند.

در این مجال باتوجه به ذکر « قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی» بایـد بـه ایـن پرسـش پاسخ داد که آیا انعقاد هرگونه قرارداد توسط دولت و سازمانهای دولتی ایران و طرفهای خارجی نیاز به تصویب مجلس دارد؟ آیا انعقاد قراردادهای بیع متقابل با طرفهای سرمایه‌گـذار خـارجی، نیـز نیازمنـد تصویب مجلس می‌باشد؟

در پاسخ به این پرسش در آغاز، قرارداد بین‌المللی را تعریف نموده‌اند:

«قرارداد بین‌المللی عبارت از عقدی است که برای خرید یا هر نـوع تعهـد دیگـری در مـورد انتقال کالا و یا خدمات و ... بین دو یا چند شخص حقیقی یا حقـوقی و یـا سـازمانهای دولتـی در دو کشور مختلف منعقد می‌شود».[۱۷۰] همین نویسنده می‌گوید: چون این‌گونه قراردادها مشمول مقـررات قانون مدنی یک یا چند کشور معین می‌باشند و ارتباطی بـه حاکمیـت دولتهـا ندارنـد؛ لهـذا معاهـده

---

۱۶۹. ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، منبع پیشین، صص ۱۳۶ و ۱۳۷.

۱۷۰. عنایت، دکتر سید حسین، «تنظیم معاهدات بین‌الملـل در حقـوق کنـونی ایـران»، زمـستان ۶۵، مجلـه حقـوقی ش۷، صص۱۳۱-۱۳۰ و همچنین ر.ک، انصاری، دکتر ولی الله، «کلیات حقوق قراردادهای اداری»، نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص۶۶

محسوب نمی‌شوند و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌گردند.[۱۷۱] ایشان در پایان مقاله نتیجه‌گیری می‌کنند که چون انعقاد قراردادهای بین‌المللی اصولاً از اعمال اجرایی و اداری با تجار و ارباب صنایع و یا تشکیلات اقتصادی خارجی است، مشمول اصل۷۷ قانون اساسی نمی‌گردد. شورای نگهبان نیز در مورد لزوم تصویب قراردادهای بین‌المللی نظرات متشتت و مختلفی را ابراز نموده است؛ این شورا درباره موافقتنامه همکاری فنی ایران و لیبی چنین نظر داده که «قراردادهایی که بر مبنای موافقتنامه منعقد می‌شود و طبق اصل ۷۷ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی نیاز دارد، به‌موقع به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید».[۱۷۲]

در این نظر، اشاره نشده است که آیا قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز مانند معاهده‌های بین‌المللی تحت شمول این اصل قرار می‌گیرند یا خیر؟ از این نظر استفاده می‌شود که بررسی و تصویب کلیه قراردادهای بین‌المللی برعهده مجلس شورای اسلامی می‌باشد. شورای نگهبان به مناسبت دیگری در پاسخ به سوال نخست وزیری اعلام نموده که «قراردادهایی که یک‌طرف آن وزارتخانه یا مؤسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی می‌باشد، قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد.[۱۷۳] بر این اساس چنانچه طرف خارجی، شرکت خصوصی باشد، قرارداد نیازی به تصویب مجلس ندارد. اما استدلال شورای نگهبان مبنی بر بین‌المللی نبودن این قراردادها مخدوش می‌باشد؛ چونکه این قراردادها از مصادیق بارز قراردادهای بین‌المللی به شمار می‌آیند و شاید منظور شورای نگهبان این باشد که این‌گونه قراردادها معاهده بین‌المللی محسوب نمی‌شوند.[۱۷۴] شاید بتوان گفت که مجموع اظهارنظرهای شورای نگهبان حکایت از این دارد که به عقیده این شورا انعقاد قراردادهایی که دولت و سازمانها و شرکتهای دولتی ایران با سازمانها و مؤسسات خارجی دارای شخصیت حقوقی منعقد می‌کنند، نیاز به تصویب مجلس ندارد. مفهوم مخالف گفته مزبور آن است که هرگاه قرارداد میان دولت ایران و دولت خارجی باشد، اعتبار آن موکول به تصویب مجلس خواهد بود. مهم نیست که موضوع قرارداد تجاری باشد و به حقوق خصوصی ایران مرتبط است و یا غیرتجاری و به حقوق بین‌الملل عمومی مرتبط باشد.

بنابراین نظر قراردادهای تجاری بین‌المللی مانند بیع متقابل که بین شرکت ملی نفت ایران (به نمایندگی از وزارت نفت و دولت) با یک شرکت خارجی منعقد می‌شود، نیازی به تصویب مجلس ندارد، چرا که موضوع این قرارداد تابع حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌باشد؛ بلکه موضوع آن تجاری است و تابع قواعد عمومی همین قراردادها می‌باشد. در پایان به دلایل ذیل به‌نظر می‌رسد که

---

۱۷۱. عنایت، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۳۱.
۱۷۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱، ص ۱۸۴.
۱۷۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰، ص۹.
۱۷۴. عنایت، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۳۳.

قراردادهای بیع متقابل که در زمینه نفت و گاز در ایران منعقد می‌شود نیازی به تصویب مجلس ندارد:

۱ـ از سیاق اصل ۷۷ و ۱۲۵ که «عهدنامه‌ها و مقاوله‌نامه‌ها» را در کنار «قراردادهای بین‌المللی» آورده است، به‌نظر می‌رسد که منظور قانونگذار از «قراردادهای بین‌المللی» آن دسته از مواردی بوده است که در حیطه حقوق بین‌الملل عمومی و مربوط به سیاست کلی کشور است و با این توصیف، قراردادهای تجاری دولت از شمول این اصل خارج می‌گردد.

۲ـ همان‌طورکه می‌دانیم اعمال دولت را از لحاظ موضوع به دو دسته اعمال تصدی و اعمال حاکمیت تقسیم کرده‌اند.[۱۷۵] گاهی دولت در لباس یک تاجر ظاهر می‌شود و در اصطلاح حقوق اداری «اعمال تصدی» انجام می‌دهد که به‌نظرمی‌رسد اصل ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی منصرف از این اعمال باشد و تنها آن دسته از اعمال دولت را در برمی‌گیرد که دولت در مقام یک قدرت عمومی و سیاسی انجام می‌دهد و در اصطلاح به آنها «اعمال حاکمیت» گفته می‌شود.

بنابراین، قراردادهای تجاری حتی اگر توسط دولت یا نماینده دولت (مثلاً توسط شرکت ملی نفت ایران در قراردادهای بیع متقابل) منعقد شود، چون ازجمله اعمال تصدی به شمار می‌آید، تابع حقوق خصوصی و تجارت بوده و از محدوده حقوق عمومی خارج می‌گردد؛ بنابراین از شمول اصول ۱۲۵ و ۷۷ قانون اساسی منصرف بوده و نیازی به تصویب مجلس ندارد.[۱۷۶]

۳ـ از لحاظ عملی نیز اگر هر قراردادی که دولت ایران با سایر دول در زمینه‌های مختلف تجاری منعقد می‌کند، نیاز به تصویب مجلس داشته باشد، وقت و هزینه زیادی را از مجلس که وظیفه اصلی آن قانونگذاری می‌باشد، تلف می‌کند و مشکلات عملی بسیاری را نیز برای دولت به‌وجود می‌آورد. بنابراین، در قراردادهای تجاری که دولت با دیگر شرکتهای خصوصی یا دیگر دولتها منعقد می‌کند هرچند که مهم باشد، نیازی به تصویب مجلس ندارد و نظریه شورای نگهبان که در پیش از این به آن اشاره شد و همچنین رویه کنونی دولت و مجلس نیز شاهد بر همین مدعا می‌باشد.

بند دوم) از دیدگاه قوانین عادی و مقررات[۱۷۷]

در این قسمت نوبت به بررسی اجمالی جایگاه قراردادهای بیع متقابل در سایر مقررات موضوعه می‌رسد. بخش نخست بحث ما به قوانین برنامه‌های پنج ساله توسعه اختصاص دارد سپس به قوانین بودجه سالانه پرداخته می‌شود و در پایان موادی از قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری

---

۱۷۵. طباطبایی موتمنی، دکتر منوچهر، منبع پیشین، ص ۲۹۹.

۱۷۶. برای اطلاعات بیشتر، ر.ک. فلسفی، دکتر هدایت الله، «حقوق بین‌الملل معاهدات»، انتشارات فرهنگ نشر نو، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص۱۶۵ الی ۱۷۱ به‌ویژه پاورقی صص ۱۶۸ و ۱۶۹.

۱۷۷. جهت مطالعه قوانین و مقررات نفت و گاز و ... ر.ک. مجموعه قوانین و مقررات نفت، گاز و پتروشیمی (پیش از مشروطیت تاکنون) در دو جلد، تدوین: امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران بهمن ماه ۱۳۸۱.

خارجی و آیین‌نامه‌های ذی‌ربط مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد.

الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی در برنامه های پنج ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور

در قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۳۶۸ بند «ی» تبصره ۲۹ آمده است:

«به دولت اجازه داده می‌شود به‌منظور رفع قسمتی از نیازهای بخش صنعت و معدن درامور مربوط به تولید، صادرات و سرمایه‌گذاری‌های ذی‌ربط، به روش معاملات متقابل تا سقف ده میلیارد (۱۰/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار اقدام نماید...».

در قانون برنامه دوم توسعه نیز در بند «و» تبصره ۲۲ چنین مجوزی به دولت اعطا گردیده و در بند «م» همین تبصره مقرر گردیده:

«به‌دستگاههای اجرایی ذی‌ربط اجازه داده می‌شود در چارچوب اعتبارات این قانون.... سقف شش میلیارد و پانصد میلیون (۶/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار با استفاده از روشهای بیع متقابل،.... و تا سقف سه میلیارد و پانصد میلیون (۳/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار از طریق تعهدات فایناس، ... اجرا نمایند».

ملاحظه این قوانین و مجوزها پیرامون بیع متقابل که همگی دارای رقم‌های بسیار کلان است و هر سال نسبت به سال پیش از افزایش بیشتری برخوردار می‌شود، نمایان‌گر این است که به‌رغم همه انتقاداتی که کارشناسان فنی و حقوقی به این قالب قراردادی دارند، وزارت نفت تمایل بیشتری به انعقاد قراردادهای نفتی در قالب بیع متقابل نشان می‌دهد. در برنامه سوم توسعه نیز که در تاریخ ۷۹/۱/۱۷ به تصویب مجلس رسید، در بند «هـ» ماده ۸۵ مجوز انعقاد این شیوه قرارداد پیش‌بینی شده است.

در قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ نیز بر انعقاد قراردادهای بیع متقابل در زمینه‌های مختلف، به‌ویژه نفت و گاز، تاکید شده است. در بند (ب) ماده ۱۴ همین قانون مقرر گردیده است:

«به‌منظور افزایش ظرفیت تولید نفت و حفظ و ارتقای سهمیه ایران در تولید اوپک، تشویق و حمایت از جذب سرمایه‌ها و منابع خارجی در فعالیتهای بالادستی نفت و گاز، اطمینان از حفظ و صیانت هرچه بیشتر با افزایش ضریب بازیافت از مخازن نفت و گاز کشور، انتقال و به‌کارگیری فناوری‌های جدید در توسعه و بهره‌برداری از میادین نفتی و گازی و امکان استفاده از روشهای مختلف قراردادی بین‌المللی به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می‌شود .... به انعقاد قراردادهای اکتشافی و توسعه میدانها با تامین منابع مالی طرف خارجی یا شرکتهای صاحب صلاحیت داخلی .... اقدام نماید...».

همان‌گونه‌که قبلاً هم بیان گردید در قراردادهای بیع متقابل ریسک «تجاری نبودن میدان» به شرکت طرف قرارداد منتقل می‌گردد. در همین راستا بند «ه» ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اعلام می‌دارد:

«... در صورتی که در پایان مرحله اکتشاف، میدان تجاری در هیچ نقطه‌ای از منطقه کشف نشده باشد قرارداد خاتمه خواهد یافت و طرف قرارداد حق مطالبه هیچ گونه وجهی را نخواهد داشت».

این ویژگی (یعنی عدم حق مطالبه هزینه‌های انجام گرفته برای اکتشاف ناموفق منابع مربوطه) نیز دلالت بر پذیرش بیع متقابل به‌نحو مرسوم که مورد نظر این نوشتار است دارد.

ب) قوانین بودجه سالانه

تا قبل از سال ۱۳۶۸ سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه نفت و گاز تنها در بخش پایین‌دستی وجود داشت. با پایان جنگ تحمیلی و ضرورت بازسازی صنایع تخریب شده کشور جذب سرمایه‌گذاری خارجی در دستور کار دولت و برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قرار گرفت.[۱۷۸] همان‌گونه که ملاحظه نمودیم برنامه‌های پنج ساله اول و دوم و سوم و چهارم، قالب قراردادی بیع متقابل را در این زمینه پیش‌بینی نموده بودند. اکنون باید به قوانین بودجه سالانه کشور نظری افکنده شود تا مجوزها و راهکارهای لازم برای انعقاد این شیوه قراردادی روشن گردد. در قوانین بودجه سالانه کشور معمولاً در تبصره ۲۹ این قانون، طرح‌های مشمول قراردادهای بیع متقابل پیش‌بینی شده است. در اینجا در بین قوانین بودجه تنها به قسمت اول بند «ب» تبصره ۲۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۲ کل کشور بسنده می‌کنیم:

ب ـ «... به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می‌شود تا مبلغ ۲/۶ میلیارد دلار جهت احداث، توسعه و بازسازی واحدهای مشروحه زیر:

- طرح تکمیل پالایشگاه بندرعباس.
- .....
- احداث پالایشگاه مایعات گازی بندر عسلویه.
- توسعه میادین نفتی بلال و سیری.
- بازسازی و نوسازی تاسیسات میادین نفتی ابوذر، سروش، و بهرگانسر از طریق انعقاد قرارداد با شرکتهای ذی‌صلاح خارجی ایجاد تعهد نماید به‌نحوی که بازپرداخت اقساط مربوط به هریک از واحدهای فوق تنها از محل صادرات تولید

۱۷۸. گروه نویسندگان، منبع پیشین، صص ۱۰۱- ۱۰۰.

همان واحد انجام شود.

اشاره به قانون بودجه سال ۱۳۷۲ کل کشور به این دلیل است که پس از پایان جنگ تحمیلی، سرمایه‌گذاری خارجی در ایران به نسبت سالهای اوایل انقلاب و دوران جنگ، به‌طور محسوس و ملموسی رشد چشمگیری داشت. بخش اخیر این بند نیز تأکید بر روش بیع متقابل دارد؛ چرا که پرداخت هزینه‌ها و منافع شرکتهای خارجی را فقط از طریق «محل صادرات تولید همان واحد» قابل اجراء دانسته است. در قانون بودجه سال ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۵ کل کشور طرحهای گوناگونی مورد شمول قراردادهای بیع متقابل گردیده است، که به‌دلیل کفایت مباحث در این زمینه از ذکر آنها خودداری می‌شود. در قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور نیز مجوز سرمایه‌گذاری از طریق بیع متقابل پیش‌بینی شده است. در قسمت اخیر جزء (۱) بند «د» تبصره ۱۱ قانون مذکور آمده است:

«... سرمایه‌گذاری‌های موضوع این بند در صورت امکان از طریق بیع متقابل و در صورت عدم امکان از طریق فاینانس در چارچوب قانون استفاده از منابع مالی خارجی مصوب ۱۳۸۴/۸/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام قابل اجرا خواهد بود».

این جمله که در قسمتهای زیادی از این تبصره در مورد سرمایه‌گذاری خارجی و طرح توسعه میادین نفتی و گازی تکرار شده است؛ نمایان‌گر این نکته است که اولویت دولت برای انعقاد قرارداد با شرکتهای خارجی هنوز در قالب «بیع متقابل» متجلی است و برای انعقاد قرارداد به دیگر شیوه‌ها تا زمان کنونی اقبالی وجود ندارد. همه این محدویتها و راه کارهایی که در این قوانین پیش‌بینی شده است مسیر را به سمت پذیرش و انعقاد و اجرای قراردادهای بیع متقابل هدایت می‌کند و البته معمولاً شرکتهای خارجی مجبورند که تنها در قالب انعقاد این قراردادها با شرکت ملی نفت ایران همکاری نمایند.

پ) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

این قانون با بیست و پنج ماده و یازده تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مجلس شورای اسلامی تصویب و در جلسه روز شنبه مورخ ۱۳۸۱/۳/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب و جایگزین قانون «جلب و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» مصوب ۱۳۳۴/۹/۷ گردید و اصطلاحاً «فیپا» (FIPPA)[۱۷۹] نامیده می‌شود.

در ماده ۳ این قانون آمده است:

---

179. Foreign Investment Promotion and Protection Act (FIPPA).

«سرمایه‌گذاری‌های خارجی که براساس مفاد این قانون پذیرفته می‌شود از تسهیلات و حمایت‌های این قانون برخوردارند. این سرمایه‌گذاری‌ها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند:

الف) سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می‌باشد.

ب) سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخشها در چارچوب روشهای «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و متکی به تضمین دولت یا بانکها و یا شرکتهای دولتی نباشد».

بخش پایانی ماده اعلام می‌کند که بازگشت سرمایه و منافع سرمایه‌گذار تنها از محل طرح مورد سرمایه‌گذاری، پرداخت می‌شود و دولت هیچ تضمینی در این زمینه به عهده نمی‌گیرد. یعنی اگر طرح سرمایه‌گذاری شده، تجاری و سودآور نباشد، همه هزینه‌های شرکت سرمایه‌گذار بر باد می‌رود، بنابراین سرمایه‌گذاری در این زمینه با ریسک و خطر بالایی همراه است، تا آنجا که برخی از نویسندگان خارجی که در زمینه سرمایه‌گذاری در صنعت نفت و گاز ایران مطالعه نموده اعلام کرده‌اند که قانون جدید تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری از شفافیت چندانی در خصوص تضمین امنیت سرمایه‌گذاری برخوردار نمی‌باشد.[۱۸۰] و به عبارت ساده نمی‌توان به آن اعتماد کرد. در همین رابطه آیین‌نامه اجرایی شیوه انعقاد قراردادهای بیع متقابل، که در راستای ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه بر نحوه انعقاد قراردادهای بیع متقابل وضع شده، در تبصره ۲ ذیل ماده ۸ اعلام می‌دارد:

« در این‌گونه قراردادها، هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم اکتشافی در قالب قراردادهای منعقد شده، منظور و به‌همراه هزینه‌های توسعه میدان تجاری کشف شده از محل فروش محصولات تولیدی همان میدان بازپرداخت خواهد شد». در ادامه، تبصره ۳ همین آیین‌نامه مقرر می‌دارد «... در صورتی که عملیات اکتشاف، به کشف میدان تجاری در منطقه مذکور در قرارداد منجر نشود، قرارداد خاتمه خواهد یافت و طرف قرارداد حق مطالبه هیچ‌گونه وجهی را نخواهد داشت».

هیأت وزیران در آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱، مشوقات و تسهیلاتی را برای سرمایه‌گذار خارجی ازجمله در مواد ۲ و۳ و بندهای (الف) و (ب) ماده ۴ آیین‌نامه مانند برخورداری از رفتار یکسان با سرمایه‌گذاران داخلی و تضمین سرمایه خارجی در قبال ملی شدن، پیش‌بینی نموده است اما با این وجود، قانون جدید تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری و آیین‌نامه آن، نسبت به قانون قدیم و نسبت به جهان اقتصادی جدید یک عقب‌گرد محسوب می‌شود و

180. Dr. Christian ule and Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit*, p. 15.

نه تنها باعث تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نمی‌شود بلکه از بدبینی‌های سرمایه‌گذاران خارجی نیز نمی‌کاهد. همان بدبینی که دولتمردان نسبت به شرکتهای خارجی دارند، به نحو بالعکس نیز وجود دارد. قانع نمودن سرمایه‌گذاران خارجی جهت سرمایه‌گذاری در صنایع ایران، به‌ویژه صنعت نفت، با این‌گونه ساده اندیشی‌ها در قانونگذاری و اقدامات سطحی و جزئی صورت نمی‌پذیرد و سعه صدر بیشتری را می‌طلبد. در قراردادهایی مثل بیع متقابل، هیچگاه حفظ یک‌طرفه منافع کارساز نخواهد بود و با بدبینی نیز نمی‌توان به منافع اقتصادی مطلوب رسید. شجاعتی بزرگ و فکری سترگ می‌خواهد که جلو ضرر به اقتصاد کشور را گرفته و منافع آن را به شیوه‌های مختلف حفظ کرده و اقتصاد را شکوفا نماید.

نتیجه

الف ـ ماهیت قراردادهای بیع متقابل

۱ـ بیع متقابل ازجمله اقسام تجارت متقابل است که هم ویژگی‌های خاص خود را داراست و هم با سایر اقسام تجارت متقابل وجوه افتراق و اشتراک دارد.

۲ـ بیع متقابل با هیچ‌کدام از اقسام عقود معین در حقوق داخلی و فقه همانند عقد جعاله برخلاف نتیجه‌گیری برخی مطابقت ندارد و با توجه به مفاد قراردادی، ازجمله قراردادهای پیمانکاری و خدمت می‌باشد که می‌توان آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها تطبیق داد.

۳ـ بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین دارای ماهیتی خاص می‌باشد که برای قراردادهای خدماتی با اوصاف خاص و توافق‌های جانبی برگزیده شده است.

ب ـ جایگاه قراردادهای بیع متقابل

۱ـ قراردادهای بیع متقابل به‌منظور جذب و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی برای توسعه و رونق اقتصادی و مالاً حفظ منافع ملی، مورد استفاده قرار گرفته‌اند.

۲ـ قراردادهای یاد شده بدون تعهد دولت و تضمین بانک مرکزی و بازپرداخت کلیه هزینه‌ها از محصول پروژه به‌منظور حفظ اصول حاکمیت و مالکیت ملی بر منابع و مخازن و تولید صیانتی و انتقال تکنولوژی و دانش فنی منعقد شده‌اند.

۳ـ قراردادهای موصوف، به‌موجب الزامات قانونی و سایر محدودیتهای اقتصادی و سیاسی، برگزیده شده‌اند و در قوانین و مقررات موضوعه جایگاه ویژه‌ای دارند.

۴ـ با عنایت به نگرش جدید مقنن خصوصاً در ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در تجویز استفاده از روشهای مختلف قراردادی بین‌المللی و ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و سند چشم‌انداز بیست ساله کشور و ضرورت انکارناپذیر توسعه اقتصادی و حفظ منافع کشور، به موازات استفاده از مکانیزم بیع متقابل با اصلاح و گذر از برخی محدودیتهای ناشی از اصول قانون اساسی در صنعت نفت و گاز، استفاده از سایر مکانیزمها به‌طور جدی مورد توجه مسئولین امر و مراکز دانشگاهی و پژوهشی قرار گیرد.

در پایان لازم به ذکر است که مفید یا مضر بودن قرارداد بیع متقابل منوط به شرایط طرفین و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه می‌باشد که موضوع تحقیق جامع دیگر نویسنده بوده و امید است در مقالات بعدی تقدیم گردد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۳۱۲ ـ ۲۹۷

دیوان بین‌المللی کیفری و میانکنش‌های حقوق داخلی و بین‌المللی*

نویسنده: میری دلماس مارتی**
ترجمه: روح‌الدین کرد علیوند***

چکیده

نگارندگان کنوانسیون رُم با طرح اصل تکمیلی بودنِ صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در مادهٔ یک کنوانسیون نامبرده، به‌نظر می‌رسد، پیش از هر چیز دغدغهٔ حفظ صلاحیت دادگاههای ملّی کیفری و محدود کردن صلاحیت دیوان را داشته‌اند. با این حال، تکمیلی بودن صلاحیت دیوان نه به معنای استقلال مطلق هر یک از حوزه‌های ملّی و بین‌المللی عدالت کیفری، و نه وابستگی تنگاتنگ آنهاست؛ فرضیه پیشنهادی عبارت است از پیدایش مفهومی که از تناوب دو مفهوم یگانگی / دوگانگی فراتر رفته و به سلسله مراتب میان هنجارها کارکردی میانکنشی می‌دهد. این امر نظم حقوقیی را به دنبال دارد که می‌توان آن را نظمی کثرت‌گرا نامید. این مسئله، نخست از طریق ارجاع به مفاهیم حقوق موضوعه تبیین می‌شود که از این پس، مستلزم رویه‌های میانکنشی است. البته بررسی این رویّه‌ها ما را به تأمّلی بیشتر نظری، در مورد فرایندهایی که آنها را محدود می‌سازد، سوق می‌دهد.

پیش‌بینی اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در دیباچهٔ اساسنامهٔ دیوان و قرار دادن آن در مادهٔ یک اساسنامه، پیش از هر چیز، در جهت حفظ صلاحیت دادگاههای ملّی کیفری و

---

*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:
Mirelle Delmas-Marty *"La Cour pénal internationale et les interactions entre droit interne et international"* Revue des sciences criminelles et du droit comparé, Janvier – Mars 2003.

**. استاد در کالج فرانسه.

***. دانشجوی دورهٔ دکتری (رشته حقوق کیفری) دانشگاه پواتیه فرانسه.

محدود کردن صلاحیت دیوان بوده است. همان‌طورکه در پاراگراف یک مادهٔ ۱۷ اساسنامه بدان اشاره شده است، دعوایی که از جانب دادگاههای یک دولت، موضوع تحقیق یا تعقیب قرار گرفته باشد باید از طرف دیوان غیر قابل پذیرش ارزیابی شود. البته یک استثناء وجود دارد و آن جایی است که به‌نظر برسد دولت مـورد نظر «قصد تحقیق و تعقیب دعـوی را نداشته و یا اینکه از توانایی انجام واقعی و مناسب آن برخوردار نیست».

با این حال، تکمیلی بودن صلاحیت دیوان نه به‌معنای استقلال کامل هریک از حوزه‌های ملّی و بین‌المللی عدالت کیفری و نه به‌معنای وابستگی شدید آنهاست. درک این صلاحیت براساس مفاهیم سنتی نظم حقوقی که بر سلسله مراتب (تقدّم و تأخر) مبتنی است، دشوار است. این نظم سنتی که براساس هرم کلزن[۱](Kelsen) شکلی نمادین یافته، از چندین طبقه تشکیل شده است؛ قاعدهٔ فرو دست تابع قاعدهٔ فرا دست بوده تا جایی که به یک قاعدهٔ فرضی بنیادی که اتحاد سیستم را بنا می‌کند می‌رسد. در روابط میان حقوق ملّی و حقوق بین‌المللی چنین بازنمایی تنها در دو حالت امکان‌پذیر است؛ خواه یگانگی یا نظم حقوقی فراگیر که دیگر نظم‌های حقوقی تابع آن می‌باشند؛ خواه دوگانگی بدین معنی که نظم‌های حقوقی ملّی به صورت هرمهای جدا و مستقل در نظر گرفته می‌شوند.

در واقع، به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از دو نظم حقوقی یگانه یا دوگانه، عناصر کنونی مربوط به حوزهٔ عدالت کیفری بین‌المللی را دربر نمی‌گیرد.[۲] یگانگی حقوق ملی و حقوق بین‌المللی، همان‌طوری که ویژگی فرعی بودن صلاحیت دیوان حاکی از آن است، هنوز رؤیایی دست نیافتنی است. علاوه بر این، دیوان از این جهت، در مقایسه با دادگاههای بین‌المللی کیفری (یوگسلاوی سابق و رواندا) دچار عقب‌نشینی شده است. در مورد نظم حقوقی دوگانه نیز باید گفت اینکه این نظم به‌طور ضمنی در اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان مندرج است، یک تصور نادرست است چرا که مطابق چنین تصوری میان جرائمی که در دادگاههای ملی یا در دیوان بین‌المللی کیفری به مورد قضاوت گذاشته می‌شود فرق اساسی وجود دارد؛ زیرا نظم حقوقی دوگانه نه مستلزم برتری دادن حقوق بین‌الملل کیفری بر حقوق داخلی است و نه رابطهٔ میانکنش‌های روزافزون آنها به گونه‌ای است که قضات کیفری ملّی جایگاهی جهانی پیدا کنند. بدین خاطر است که فرضیه اینجانب بر پیدایش مفهوم سوّمی مبتنی است که از تناوب یگانگی/ دوگانگی فراتر رفته و رابطهٔ میانکنشی را جایگزین رابطهٔ سلسله ــ مراتبی قواعد می‌سازد؛ این همان چیزی است

---

۱. هانس‌کلزن (۱۸۸۱ـ۱۹۷۳)، حقوقدانی اتریشی و متخصص حقوق بین‌الملل بوده است. وی از سال ۱۹۲۰ و به مدت بـیش از سی سال نظریه خود با عنوان «نظریه ناب حقوق» را بنیان نهاد. کلزن حقوق را سیستمی طبقه‌بندی شده و پویـا از قواعـد می‌داند که براساس رابطه انتساب با هم مرتبط می‌باشند. این همان چیزی است که بسان رابطـه علیـت در اسـتدلال علمـی، اساس مدل استدلال حقوقی را تشکیل می‌دهد. بدین‌ترتیب ارزش هر قاعده حقوقی وابسته به جایگـاه آن در هـرم قواعـد و اعتبار قدرت ارگانی است که آن را بیان می‌کند.

۲. برای تحلیل گسترده‌تر این موضوع رک.

E .Lambert, *Les effets des arrêts de la CEDH, Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant,1999.

که نظم حقوقی کثرت‌گرا (پلورالیست) را تشکیل می‌دهد.[۳] رابطه یاد شده را می‌توان، نخست، با مراجعه به مفاهیمی از حقوق موضوعه که در بردارنده رویّه‌های میانکنشی است، تبیین کرد. با این حال بررسی این رویّه‌ها ما را به تأملی بیشتر نظری، در مورد فرایندهایی که این میانکنش را ممکن می‌سازد، فرا می‌خواند.

مفاهیمی که در بر دارنده رویّه‌های میانکنشی است

این مسئله بسیار پیچیده است؛ از یک طرف، منابع حقوق بین‌الملل کیفری، چه با عنوان اصول کلی حقوق و چه از طریق عرف بین‌المللی، به حقوق ملّی ارجاع می‌دهد و از طرف دیگر، توسعهٔ صلاحیت ملّی به خاطر نقش قواعد سنتی (صلاحیت سرزمینی و صلاحیت شخصی مثبت یا منفی) و هم به‌دلیل اصل صلاحیت جهانی، مستلزم ادغام قطعی حقوق بین‌الملل توسط قضات ملّی است، هرچند درجهٔ این ادغام بر حسب کشورها و به نسبت جرایم مورد نظر به میزان قابل توجهی متفاوت است.

منابع حقوق بین‌الملل کیفری و ارجاع به حقوق‌های ملّی

در منابع کلی حقوق بین‌الملل عمومی و یا در منابع خاص حقوق بین‌الملل کیفری،[۴] گاهی تحت عنوان اصول کلی حقوق و در مواردی تحت عنوان عرف بین‌المللی، به حقوق‌های ملی استناد شده است. *مفهوم اصول کلی حقوق*، به شکلی کهنه و دور از سبک امروزی در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری درج شده است. در این ماده اصول کلی حقوقیِ پذیرفته شده توسط «ملت‌های متمدن» پس از ذکر کنوانسیون‌های بین‌المللی (کلی یا خاص) و عرف بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفته است (بند الف پاراگراف ماده ۳۸). علاوه بر این، پاراگراف ۲ ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی از اصول کلی حقوقی به‌رسمیت شناخته شده توسط «مجموع ملّتها» نام می‌برد. همچنین در گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد در تاریخ ۳ می ۱۹۹۳، پیش از تأسیس دادگاههای بین‌المللی کیفری، با صراحت از این ماده به‌عنوان منبع کلی یاد شده است. به هر حال، مفهوم اصول کلی نه تنها اصول حقوق بین‌الملل را شامل می‌شود بلکه به حقوق‌های ملّی نیز بازگشت پیدا می‌کند. افزون بر این، مفهوم نامبرده دربردارنده اندیشهٔ مطالعهٔ تطبیقی است؛ هرچند این امر جنبه فرعی داشته و تنها در حالت نقص یا عدم صراحت

---

3. Pour un droit commun, Seuil, 1994, notamment p. 253 ; Trois défits pour un droit mondial, Seuil, 1998, P. 104 et s.

۴. رک.

Claus Kress, *Zeitschrift fur die gesamte Strarechtsswissenchaft*,11, Band, 1999, Heft 3, S. 597 ff. ; Bruno Simma et Andrens Paulus, *Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal*, in Droit international pénal, dir, Hérvé Assacio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, Pedone, 2000, p. 55-69.

حقوق بین‌الملل مورد استفاده قرار می‌گیرد. رویهٔ قضائی و دکترین بین‌المللی نیز در ادامهٔ مادهٔ ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تصریح واقع شده‌اند؛ بدین‌صورت که «تصمیم‌های قضائی و آموزهٔ متخصّصان حقوق عمومی ملّت‌های مختلف ابزاری جانبی برای تعیین قاعده حقوقی محسوب شده‌اند». (بند د پاراگراف یک ماده ۳۸ اساسنامه).

رویّهٔ قضائی دادگاههای بین‌المللی کیفری در جستجوی یک «ضابطه مشترک»[۵] میان سیستم‌های حقوقی، نمونه‌های متعددی از حقوق عمومی را ارائه می‌کند. دادگاههای بین‌المللی کیفری چه در زمینهٔ حقوق کیفری ماهوی (مسائلی چون مشارکت کیفری، تعریف امور توجیه‌کنندهٔ جرم، عناصر تشکیل دهندهٔ جرم تجاوز به عنف)، چه در مورد آیین دادرسی کیفری (حقّ اثبات یا رژیم حقوقی متهم خواهان مجرمیت خود،[۶] نتایج احتمالی آن در زمینه معاملهٔ مجازات) به بررسی برخی سیستم‌های ملّی پرداخته‌اند. با این وجود چنین رهیافت تطبیقی ناکافی و مبهم بوده و ممکن است بیشتر نقش مشروعیت بخشی به سیستم‌های ملی، از طریق استدلال از معلول به علت (a posteriori)، را به خود گیرد تا آنکه یک ابزار واقعی تفسیر باشد[۷] و یا اینکه تحت پوشش حقوق تطبیقی به حاکمیت یک سیستم بر سیستم دیگر منجر شود.

آنچه مسلّم است این است که هرچند اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری بسیار روشن‌تر است، اما ممکن است کمبودها و ابهام‌هایی در اساسنامه باقی مانده باشد. این دیوان بین‌المللی کیفری است که باید آنها را با استناد به قواعد تفسیری پیش‌بینی شده در اساسنامه رفع کند. بند یک ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، تنها به تأیید قابل اجرا بودن منابع عمومی حقوق بین‌الملل بسنده نمی‌کند بلکه از «اصول عمومی حقوق» به‌عنوان منابع دست دوم (در نبود منابع دیگر) نام می‌برد. این اصول را «دیوان از درون قوانین ملّی معرفی کنندهٔ سیستم‌های مختلف حقوقی دنیا و از جمله در مواردی از قوانین ملّی دولتهایی که جرم ارتکاب یافته در صلاحیت دادگاههای آنان است استخراج می‌کند. با این شرط که اصول نامبرده با اساسنامه دیوان و حقوق بین‌الملل و یا قواعد و هنجارهای بین‌المللی شناخته شده مخالفت نداشته باشد». تردیدی نیست که باید امکانات لازم را برای دیوان جهت شناسایی «قوانین ملّی معرفی کنندهٔ سیستم‌های مختلف حقوقی دنیا» و بررسی سازگاری آنها با «حقوق بین‌الملل و قواعد و هنجارهای بین‌المللی شناخته شده» فراهم ساخت.

---

5. Dénominateur commun.

۶. Plaidoyer coupable: براساس این رژیم متهم مجرمیت خود را نسبت به تمام یا برخی از اتهام‌های وارد شده می‌پذیرد.م

۷. برای تحلیل انتقادی این موضوع و خطرات مشروعیت‌بخشی از طریق استدلال آنی (استدلال از معلول به علت A posteriori) یا استفاده از یک سیستم به‌عنوان سیستم حاکم رک.

M. Delmas-Marty, L'influence du droit comparé, in Crimes internationaux et juridictions internationales, dir. A. Cassese et M.Delmas-Marty, PUF, 2002.

در مورد حقوق عرفی، اساسنامه آن را با این نام مورد اشاره قرار نمی‌دهد، بلکه از آن با عبارت «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل» یاد می‌کند. با این حال، مشارکت رویه قضائی ملّی در تشکیل عرف بین‌المللی به روشنی پذیرفته شده است. نمونه‌های متعددی را در این زمینه، بویژه در مورد مصونیت کیفری، می‌توان یافت. در نبود کنوانسیونهای بین‌المللی، این حقوق عرفی است که از قرن شانزدهم اصل مصونیت کیفری شخص حاکم را استخراج کرده است. با این توضیح که حقوق قراردادی به تدریج استثناهایی بر آن وارد کرده است. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در رأی Furundzija افراد را بدون در نظر گرفتن اینکه دارای وظایف رسمی بوده یا نبوده باشند، به‌طور فردی مسئول دانسته است. دادگاه در رأی یاد شده تصریح کرده است که «رد مصونیت در مواد اساسنامه،[۸] به‌طور مسلم بیانگر حقوق بین‌الملل عرفی است». به نظر می‌رسد تحوّل رویهٔ قضائی کشورها به‌عنوان عنصر اصلی تشکیل دهنده عرف جدید پذیرفته شده است؛ چه این عرف بر ویژگی خاص جنایت‌های بین‌المللی مبتنی باشد و چه بر حق بزه‌دیده بر دادرسی منصفانه. موارد زیر شاهدی بر این گفته است: آیین دادرسی استرداد (پینوشه Pinochet)؛ اجرای یک حکم بازداشت (یرودیا اندومباسی Yerodia Ndombassi)؛ توقیف دارایی‌های مستقر در سوئیس (میلوسویچ Milosovic) یا تعقیب‌های به قصد رسیدگی (نوریگا، بوترز Noriega, Bouterse). با وجود تردید برخی قاضیان ملّی، دیدگاههای اتخاذ شده توسط برخی دیگر از آنها دلیلی بر وجود یک عرف جدید بین‌المللی شمرده شده است. پاراگراف ۱ مادهٔ ۲۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تأییدی بر این عرف است.[۹]

این فرایند چرخشی [بین حقوق داخلی و بین‌المللی] که می‌توان از آن با عنوان «حلقه‌های غریب»[۱۰] نیز نام برد، پارادایم نوینی از نوع شبکه را جایگزین هرم قواعد می‌سازد.[۱۱] فرایند نامبرده با ادغام تدریجی حقوق بین‌المللی در حقوق داخلی تقویت شده است و توسعه صلاحیت دادگاههای ملّی را به همراه دارد.

---

۸. پاراگراف ۲ مادهٔ ۷ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و پاراگراف ۲ و ۶ مادهٔ ۷ اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری برای رواندا.

9. La mise en échec de la responsabilité pénal, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, dir. A.Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002.

10. "Boucles étranges", V. Pour un droit commun, préc., p.101 et s.

این اصطلاح نخستین بار در سال ۱۹۸۵ توسط هافستادر(Hafestader) با عنوان(strange loop) و در معنای زیر به‌کار رفته است: «میانکنش سطح‌های مختلف به‌گونه‌ای که سطح فراتر به سطح پایین‌تر نزدیک می‌شود و با حفظ ماهیت خود آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. همزمان، تأثیر سطح پایین‌تر به قطعیت سطح بالاتر می‌انجامد.» م. رک.

HOFSTADTER D., *Gödel, Escher, Bach, an Eternal Golden Braid*, New York/Hassocks (Sussex), 1979 ; trad.fr., Paris, 1985.

11. V. François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide aux réseaux*? Presse universitaire de Saint-Louis, p. 589 et s.

صلاحیت دادگاههای ملّی و ادغام حقوق بین‌المللی

اساسنامهٔ دیوان بین‌المللی کیفری اصل صلاحیت جهانی را به‌طور صریح برای تمام جرایم اساسنامه پیش‌بینی نکرده است. برخی از این جرم‌ها همانند شکنجه یا نقض کنوانسیونهای ژنو پیش از این توسط حقوق بین‌الملل قراردادی از اصل صلاحیت جهانی الزامی برخوردار شده‌اند.[۱۲] با این حال در مقدمهٔ اساسنامهٔ دیوان به یک اصل اخلاقی جهانی استناد شده است که براساس آن باید جرایم بسیار شدیدی که «مجموعهٔ جامعهٔ جهانی را هدف قرار می‌دهد»، بی‌کیفر باقی نماند و سرکوب آنها «به‌طور مؤثر از طریق اقدام‌های اتخاذ شده در سطح ملّی و نیز تقویت همکاری بین‌المللی تضمین شود» و نیز در مقدمه اساسنامه نامبرده آمده است که «وظیفهٔ هر دولت است که مرتکبین جرایم بین‌المللی را به دادگاههای کیفری آن دولت تسلیم نماید». این امکان وجود داشته و نیز جای امیدواری بوده است که اساسنامه رم نه تنها کشورهایی که به‌طور مستقیم درگیر این‌گونه جرم‌ها هستند را به اعمال صلاحیت سرزمینی تشویق کند بلکه «زمینهٔ تعقیب این‌گونه جرایم توسط دولت‌های دیگر را براساس اصول حقوقی دیگر و بویژه اصل صلاحیت جهانی فراهم آورد».

در حال حاضر، صلاحیت ملّی گاه بر قواعد سنّتی (صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی مثبت و منفی)[۱۳] و گاه بر اصل صلاحیت جهانی استوار است. رویه‌های ملّی، همان‌طوری که مطالعه تطبیقی آن را نشان می‌دهد، به‌طور قابل توجهی از یک سیستم حقوقی به یک سیستم حقوقی دیگر متفاوت می‌باشند. این پراکندگی با وجود تصویب اسناد متعدد بین‌المللی رو به افزایش است چرا که برخی از دولتها (همانند سنگال)[۱۴] با پرهیز از اتخاذ تدابیر اجرایی در سطح پایین‌تری از تعهدهای بین‌المللی خود باقی مانده حال آنکه دیگر کشورها حتّی از سطح تعهدهای خود فراتر رفته‌اند. از جمله کشورهای دستهٔ دوم می‌توان به اسپانیا[۱۵] اشاره کرد. در این کشور اصل صلاحیت جهانی پیش‌بینی شده در قانون جزا برای جرم نسل‌کشی با تفسیری مستقل از کنوانسیون ۱۹۴۸ آمیخته شده و به یک صلاحیت جهانی با قابلیت اجرایی بسیار وسیع منجر شده است. نمونه دیگر مربوط به کشور بلژیک است که در سال ۱۹۹۹ قانون سال ۱۹۹۳ خود در زمینه صلاحیت جهانی را اصلاح کرده و نیز امکان زیادی برای پذیرش درخواست مدعی خصوصی

---

12. V. Damien Vandermeersch, *La compétence universelle*, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, p 589 er s.

13. V. Bert Swart, La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux ci-dessus, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, préc.

14. V. Abdullah Cissé, Le droit sénégalais, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, préc.

15. V. Valentine Buck, Le droit espagnol, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, préc.

واقع شدن بزه‌دیدگان در نظر گرفته است.[۱۶]

با این حال، درجه بین‌المللی شدن حقوق ملّی تنها به قواعد صلاحیت محدود نمی‌شود. بین‌المللی شدن حقـوقهای ملّی همچنین به امـوری چون جایگاه داده شده به حقـوق بین‌الملل در زمینه مرور زمان، عفو و مصونیت نیز بستگی دارد. همان‌گونه که در گذشته پ.م. دیوپوی (P.M. Dupuy) بدان اشاره کرده است: «هرچند مصونیت قضائی مسئولان سیاسی دولت و صلاحیت جهانی دو مسئلهٔ کاملاً جدا از هم هستند، ولی پذیرش صلاحیت جهانی در حد بسیار زیادی به کاهش حوزه اجرایی مسئله اول (مصونیت قضائی مسئولان دولت) می‌انجامد».[۱۷] شعبه لردهای انگلیس در رأی ۲۴ مارس ۱۹۹۹ خود بین دو شرط نامبرده رابطه برقرار می‌کند. در این رأی مصونیت کیفری رئیس سابق دولت با کنوانسیون ۱۹۴۸ علیه شکنجه، که صلاحیت جهانی را برای این جرم پیش‌بینی می‌کند، ناسازگار ارزیابی شده است.

باز باید گفت که یک راه‌حل یکسان می‌تواند گاه از حقوق ملّی و گاه از حقوق بین‌الملل ناشی شود. پاره‌ای از مفاهیم، همانند قابل مرور زمان نبودن برخی جرم‌ها، که در بیشتر سیستم‌های حقوقی وابسته به سنت رومی ـ ژرمنی از حقوق بین‌الملل ناشی می‌شود، در حقوق کامن‌لا و یا حقوق اسلامی به‌عنوان یک قاعده داخلی تحمیل می‌شود. علاوه بر این در مواردی که قواعد بین‌المللی وارد شده در حقوق داخلی در معنایی مستقل تفسیر (وسیع یا محدود) می‌شوند، باید پدیدهٔ «ملّی یا داخلی‌سازی» حقوق بین‌الملل را مورد توجه قرار داد. به این نکته هم باید اشاره کرد که قاضیان حقوق داخلی حتی می‌توانند براساس صلاحیت از نوع سنتی حقوق بین‌المللی را در حقوق داخلی ادغام کنند. این کار چه براساس استفاده از تعاریف حقوق بین‌المللی کیفری با تکیه بر تفسیر برگرفته از حقوق داخلی و چه از طریق توسعه صلاحیت دادگاههای داخلی با فراخوانی مفاهیم برگرفته از اسناد بین‌المللی حمایت از حقوق بشر صورت می‌گیرد. به‌عنوان نمونه می‌توان به نپذیرفتن مرور زمان، عفو و مصونیت به نام حق بزه‌دیده بر دادرسی منصفانه اشاره کرد. بنابراین در برخورد دو محور صلاحیت و قواعد قابل اجرا است که اصول مدلهای ملّی ادغام حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی جای خود را پیدا می‌کنند؛ اصولی که بر رابطه میان دادگاههای ملّی و بین‌المللی حاکم است.

چهار مدل را می‌توان تصور کرد: دو مدل افراطی و دو مدل میانه‌ای. مدل‌های افراطی عبارتند از، مدل «ملّی ناب» (صلاحیت سنتی و برتری قواعد داخلی) و مدل «بین‌المللی ناب» (صلاحیت جهانی و برتری قواعد بین‌المللی). مدل نخست، به‌طور نمونه با عملکرد بسیاری از

---

16. V. Damien Vandermeersch, Le doit belge, *in* Juridictions nationales et Crimes internationaux, préc.
17. Crime et immunité, préc., p. 294.

کشورهای مسلمان و ایالات متحده آمریکا تطابق دارد حال آنکه مدل دوم با مدل کشورهای بلژیک و آلمان هماهنگی دارد که به تصویب قانون کیفری بین‌المللی اقدام کرده‌اند. در میان این دو مدل دو مدل میانه‌ای وجود دارد؛ مدل «ملی ادغام یافته» (صلاحیت سنتی و برتری قواعد بین‌المللی) همانند مدل اتخاذ شده توسط کشور آرژانتین و مدل « بین‌المللی تعدیل یافته»، (صلاحیت جهانی و برتری قواعد ملی). کشور فرانسه و بسیاری از کشورهای اروپایی از مدل اخیر پیروی می‌کنند.

در هر صورت، مطالعه حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که در عمل رویه‌های موجود به‌ندرت با یک مدل خاص برابری پیدا می‌کنند. عدم قاطعیت حقوق بین‌الملل و تحول پی در پی قانونگذاری‌های ملی باعث می‌شود که بسیاری از سیستم‌های حقوقی موجود همزمان به مدلهای مختلف وابسته باشند. این وابستگی به نسبت زمینه‌های مورد بحث همچون تعریف جرایم، مسئولیت کیفری، پذیرش دلایل احتمالی عدم تعقیب (مرور زمان، عفو، مصونیت) و یا قواعد آیین دادرسی تفاوت می‌کند.

با وجـود این امر، رابطـه میان دادگاههای ملّی و بین‌المللی براساس مـدل‌یابی تقریبی قابـل بررسی است. مدل «ملّی ناب» که بر رد قواعد بین‌المللی و حفظ صلاحیت سنتی پایدار است خطرهای متعددی را در بردارد؛ نخست، این مدل می‌تواند زمینهٔ پیدایش «دادگستری چیره یافتگان»[۱۸] را هموار کند؛ چرا که قواعد ملی به سختی می‌توانند در دورهٔ درگیری و کشمکش شرایط قضاوتی منصفانه توسط یک دادگاه مستقل و بی‌طرف را فراهم آورند. به‌ویژه هنگامی‌که یک دادگاه ویژه جایگزین دادگاههای حقوق عمومی می‌شود. از جمله این دادگاهها می‌توان به دادگاه خاص تشکیل شده، به دستور بوش، در ایالات متحده امریکا برای قضاوت در مورد مرتکبان خارجی حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ اشاره کرد. علاوه بر این، در مواردی که مسئولان مورد اتهام در مسند قدرت بوده یا باقی می‌مانند نوعی « نمایندگی معکوس»[۱۹] به‌نفع دیوان بین‌المللی کیفری آشکار می‌شود. حفظ تعارض تعقیب با محدودیت‌های سنتی صلاحیت (قواعدی چون مرور زمان، عفو یا مصونیت) نشان می‌دهد که دولت مورد نظر قصد یا توان اجرای واقعی یا مناسب تحقیق یا تعقیب‌ها، به همان معنای مورد نظر در ماده ۱۷ اساسنامه دیوان را ندارد. بنا به قول دامین واندرمرش (Damin Vandermeesch) « چنانچه بپذیریم که در برخی شرایط مصونیت مانعی برای تعقیب در حقوق داخلی است این امر شاخصی برای صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری است. در این حالت صلاحیت دیوان دیگر تکمیل کنندهٔ صلاحیت دولت‌ها نبوده

18. M. Cosnard, Quelques observation sur les décisions de la chambre des lords des 26 novembre 1998 et 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, RGDIP 1999. 309.

19. Subsidiarité inversée.

بلکه در تعقیب اشخاصی که می‌توانند در مقابل دادگاههای ملّی به مصونیّت قضائی استناد کنند، به صلاحیت انحصاری تبدیل می‌شود».[۲۰]

هر چند که شرایطی محدودکننده وجود دارد و یا به قول برت اسوارت (Bert Swart) «موارد عدم صلاحیت دیوان در حد قابل توجهی با مواردی تلاقی پیدا می‌کند که در آنها معیارهای سنتی صلاحیت به دولت امکان سرکوب جرایم بین‌المللی ارتکاب یافته در خارج از سرزمین خود را نمی‌دهد»، ولی باز صلاحیت دیوان لازم است.

اختلاف در «مدل بین‌المللی ناب» شدیدتر است. این مدل خطر دیگری در پی دارد و آن بالا بردن میزان نابرابری میان دولتها و تسهیل نوعی «دادگاه گردی»[۲۱] است. این امر به بزه‌دیدگان امکان می‌دهد کشورهایی را برای طرح شکایت خود در اولویت قرار دهند که صلاحیت جهانی و قواعد بین‌المللی را تصویب کرده‌اند. از اینجاست که در بلژیک روند شکایت‌های همراه با درخواست مدعی خصوصی واقع شدن، نتایج زیانبار پراکندگی و ناسازگاری مفاهیم ملّی را روشن ساخته است. اینکه هر دولت مربی بازی باشد خطر افزایش نابرابری، میان دولتهایی که با تحمیل قواعد بر دیگران خود را از آنها مستثنی می‌کنند (به‌عنوان نمونه رد مصونیت) و دولتهایی که آن قواعد را متحمّل شده بدون اینکه امکانات سیاسی و قضائی تحمیل آن بر دیگران را داشته باشند، را به‌دنبال دارد. در این راستا، وجود مدلهای میانی زمینهٔ هماهنگ‌سازی رویه‌های ملی را فراهم می‌آورد. ادغام تدریجی قواعد بین‌المللی (مدل «ملّی ادغام یافته») می‌باید قاضیان ملی را برای تبدیل شدن به حافظان حقوق مشترک آینده آماده سازد. در مقابل، اعمال صلاحیت جهانی بدون ادغام قواعد بین‌المللی (مدل « بین‌المللی تعدیل شده») می‌تواند نوعی انتقال را شکل دهد.

به‌طور خلاصه، عملکرد دادگستری بین‌المللی کیفری در آینده ممکن است از طریق موفقیت این مدلهای میانی تسهیل شود، به شرط آنکه انتقال در معنای واقعی آن و نه تنها به‌عنوان نقطهٔ پایان کار درنظر گرفته شود. این انتقال همچنین باید تحت کنترل فرایندهایی باشد که یک میانکنش منصفانه را ممکن می‌سازد.

فرایندهایی که یک میانکنش منصفانه را ممکن می‌سازد

میانکنشی که جایگزین سلسلهٔ مراتب قواعد می‌شود، همان‌طوری‌که در نمونه‌های یادشده می‌یابیم، در بردارنده خطرهایی است که پذیرفتنش را درحد زیادی دشوار کرده و گاهی نیز آن را

---

20. Le droit belge, préc.

۲۱. "forum shopping": مراد از دادگاه گردی آن است که بزه‌دیدگان به جهت برخورداری از امکان اقامه دعوا در مقابل دادگاههای متعدد، دادگاهی را انتخاب می‌کنند که بیشترین امتیازات را برای آنها داشته باشند. م.

برای دولتها و دادخواهان غیرمنصفانه می‌سازد. بدین‌خاطر تنها بررسی رویه‌ها برای مشروعیت دادن به آنچه به‌صورت یک گسیختگی معرفت شناختی[۲۲] آشکار شده است کفایت نمی‌کند. این گسیختگی مستلزم تأملی بیشتر نظری، از یک طرف در مورد تهیه قاعده بین‌المللی از طریق *فرایند پیوند زنی*[۲۳] و از طرف دیگر در مورد اجرای حقوق داخلی در راستای *فرایند جدّی هماهنگ‌سازی* است.

فرایند پیوند زنی

عنوان «شاخص مشترک» که تا حد زیادی مورد استفاده قاضیان بین‌المللی قرار گرفته (قاضیان دادگاه بین‌المللی و قاضیان کنوانسیون اروپایی دادگاه حقوق بشر) نخستین رهیافت از فرایندی بی‌نهایت پیچیده است. در عمل، کمتر شاهد همگرایی همزمان سیستم‌های مختلف حقوق هستیم. پیوند زنی، که اغلب در تلاقی عناصر یا سیستم‌های پراکنده با محتوای حقوق ملی و اسناد بین‌المللی قرار دارد، علاوه بر همزیستی بین این سیستم‌ها مستلزم یک فعالیت واقعی ترکیب نیز هست. این ترکیب هدف به هم آمیختن و تعادل میان سیستم‌های مختلف را دنبال می‌کند. تنها این فرایند می‌تواند از گرایش قاضیان چه برای مشروعیت‌دهی به راه‌حلی که از پیش برگزیده‌اند و چه ترجیح دادن سیستم حقوقی حاکم، به ضرر به هم پیوند دادن واقعی سیستم‌ها، جلوگیری کند.

باید توجه داشت که کنوانسیون رم اختیار تهیه آیین دادرسی و اثبات را به قاضیان دیوان (آن‌طور که قاضیان دادگاه بین‌المللی کیفری این اختیار را داشته‌اند) نداده، بلکه آن‌را به کمیسیون مقدماتی واگذار کرده است. هرچند در اینجا می‌توان نوعی بی‌اعتمادی نسبت به قاضیان را شاهد بود امّا روش به‌کار رفته تفکیک ضروری میان دو امر طراحی قواعد و اجرای آنها را تضمین می‌کند. فعالیت کمیسیون مقدماتی نشان می‌دهد که «رابطه مستقیمی بین مدلهای آیین دادرسی (اتهامی و تفتیشی) و حفظ حقوق بشر وجود دارد». اقدامات کمیسیون دارای نوعی تجربهٔ پیوندزنی است که نخستین مفسران به صراحت خاصی از آن تمجید کرده‌اند: «اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بیانگر ارادهٔ برقراری حقوقی مختلط از سیستم‌های اتهامی و تفتیشی است». در این زمینه دادگاه بین‌المللی کیفری را به‌عنوان یک بازتاب سراغ داریم، که به مفهوم تعادل بازگشت می‌دهد: «فلسفه‌ای که از آیین دادرسی دادگاه بین‌المللی کیفری استنباط می‌شود حفظ نوعی برابری میان آیین دادرسی اتهامی سیستم کامن‌لا و سیستم تفتیشی مربوط به سنت حقوق

---

22. Rupture épistémologique.

23. Le processus d'hybridation.

مدنی (رومی ـ ژرمنی) را دنبال می‌کند ولی با مراقبت از آنکه عدالت تحقق پذیرد».[۲۴] این دادگاه همچنین در یکی از آراء خود مشکل تفسیر آیین دادرسی را خاطرنشان می‌سازد. این آیین دادرسی از مقرراتی شکل گرفته «که میان دو سنت بزرگ حقوقی، کامن‌لا و سنت حقوق مدنی، آمیزش ایجاد کرده است».[۲۵] بدین‌ترتیب، با در نظر گرفتن چند نمونه اجرایی خاص به ارزیابی این روش می‌پردازیم.

تبیین این ***روش*** امری شایسته است چرا که باید قاضیان را در فعالیت تفسیری خود راهنما باشد. البته جای یادآوری است که، چه در اساسنامه‌های دادگاهها و دیوان بین‌المللی کیفری و چه در مقررات آیین دادرسی و اثبات آنها، فرایند پیوند زنی بیشتر در چارچوب حقوق‌های غربی محدود می‌شود. وابسته کردن پیوند زنی به قلمرو حقوق‌های غربی، با عنوان میراث «ملت‌های متمدن»، با این خطر روبروست که دیگر سنت‌های حقوقی را تا حد فرهنگ‌پذیری[۲۶] تدریجی‌شان از حقوق غربی پایین آورد. بدی این امر نه تنها سیاسی که فنی است زیرا برخورد دو سیستم خیلی زودتر به رویارویی برای چیرگی یکی بر دیگری منجر می‌شود تا تلاقی چندین سیستم. این امر را در برخی از دیدگاه‌های قاضیان دادگاههای بین‌المللی، که به‌نظر می‌رسد عقیده تأثیر غالب را پذیرفته‌اند، می‌توان مشاهده کرد. آنان خاطرنشان ساخته‌اند که در تأثیر غالب سیستم‌های کامن‌لا تردیدی نیست به‌طوری که بیشتر مواد اساسنامه و آیین دادرسی مُهر سیستم اتهامی را بر خود دارد. این مسئله در پرونده اردموویک *Erdemovic*[۲۷] *توسط* رئیس دادگاه، آقای کاسسه (Cassese)، مورد اشاره واقع شده است. ایشان سه دلیل را برای ترجیح دادن یک میانکنش در معنای پیوند زنی مطرح نموده است. از یک طرف، بازگشت به قانونگذاری ملی قابل‌توجیه نیست زیرا مراجعه به حقوق ملی به شکلی صریح و یا به‌طور ضمنی درخواست نشده است. از طرف دیگر، آیین دادرسی کیفری بین‌المللی «نتیجه تبیین و ادغام تدریجی قواعد و مفاهیم کیفری حقوق داخلی در حقوق بین‌المللی است». این آیین دادرسی نه ناشی از یک حقوق یکدست بلکه حاصل «هم‌آمیزی دو سیستم حقوقی متفاوت، کامن‌لا و حقوق رومی ـ ژرمنی، است». این همان چیزی است که باید در سطح بین‌المللی برتری فلسفهٔ استنباط شده از یک سیستم به ضرر سیستم دیگر را ممنوع کند. همچنین باید از سرهم کردن عناصر وابسته به دو سیستم دوری گزید، چرا که آیین دادرسی بین‌المللی بیش از هر چیز ترکیب و هم آمیزی دو سیستم را دنبال می‌کند. در نهایت «وارد ساختن مکانیکی مفاهیم حقوق ملّی» نیز باید کنار گذاشته شود زیرا این

---

24. Arrêt Delalic, TPIY,4 Févr. 1998.

25. Arrêt Delalic, 16 nov.1998.

26. Acculturation progressive.

27. Affaire *Eremovic*, TPIY, appel, 7 oct. 1997, § 3 et 4.

امر خطر تباهی ویژگی (خاص بودن) آیین دادرسی‌های بین‌المللی یا انحراف از آن ویژگی را به‌همراه دارد (ویژگی مربوط به بین ـ دولتی بودن بستر این آیین دادرسی‌ها و وابستگی آنها به سازمانی متفاوت از قدرتهای ملّی و فاقد امکانات سرکوب).

به همین خاطر است که بنابر عقیده آقای کاسسه، قاضی باید بررسی کند که آیا مفاهیم برگرفته از حقوق داخلی همین‌که به سطح بین‌المللی انتقال می‌یابند، بعدی نوین و مستقل از معنای نخستین خود کسب نمی‌کنند. در غیر این صورت قاضی باید به تطبیق و اصلاح لازم جهت رعایت ویژگی‌های دادرسی‌های بین‌المللی، از جمله دادرسی‌های مربوط به اسناد بین‌المللی حمایت از حقوق بشر، اقدام نماید. بنابراین براساس نظر وی تنها قاضی «صلاحیت خواهد داشت که آموزه‌ها یا مفاهیم حقوقی را از درون قانون‌گذاری و رویّه قضائی ملّی، به همان‌گونه که در بستر ملّی لحاظ و تفسیر شده‌اند، اتخاذ کند و سپس به اجرا درآورد».

این روش، که بر فرایند «ترکیب ـ هم‌آمیزی» مبتنی بوده و منطق حقوقی متفاوتی نسبت به سیستم‌های کیفری داخلی را تشکیل می‌دهد، باید در آینده به دیگر خانواده‌های حقوقی گسترش یابد. این امر در مواردی که میان سیستم‌های ملّی اختلاف وجود دارد، از خطر چیرگی جلوگیری می‌کند. اما این منطق حقوقی باید از طریق مراجعه به اصول راهبردی نظام‌مند شده و بدین‌ترتیب تکنیک‌های خاص و مؤثر خود را پیدا کند. این تکنیک‌ها به اصول راهبردی کارایی کامل خود را داده و نیز مانع از آن خواهد بود که گسترش روش میانکنشی با خطر هم‌سطح سازی (برابرسازی) سیستم‌های کیفری از پایین (یعنی انتخاب کوچکترین شاخص مشترک به‌عنوان معیار) روبرو شود. همان‌طوری‌که طرح مجموعهٔ قانونی *Corpus juris*[۲۸] اروپا آن را نشان می‌دهد، پیوندزنی تنها می‌تواند فرایندی تدریجی و تکاملی باشد. درستی این گفته در سطح جهانی، که با مشکل‌های بیشتری روبروست، بدیهی است.

اجرای روش *پیوندزنی*، چه در مسائل ماهوی و چه در امور دادرسی، کاری دقیق است. برای اجرای این روش می‌توان مفهوم دادرسی منصفانه را به‌عنوان یکی از اصول راهبردی، در نظر داشت. این مفهوم در اسناد بین‌المللی حمایت از حقوق بشر و بویژه در اسناد سازمان ملل متحد در مورد حقوق مدنی و سیاسی، همچنین در اسناد منطقه‌ای تبیین شده است. باید توجه داشت که برخی تفاوتهای موجود میان سیستم‌های ملّی دادگستری و عدالت بین‌المللی کیفری به‌لحاظ نبود هیأت منصفه مردمی در دادگستری اخیر قابل تبیین است. دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در این‌باره تصریح کرده است که «دعاوی در حضور قاضیان حرفه‌ای جریان

---

۲۸. *Corpus juris*: این مجموعه در برداردنهٔ مقررات کیفری برای حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا است که زیر نظر خانم دلماس مارتی در سال ۱۹۹۷ تهیه شده و در انتشارات Economica به چاپ رسیده است. چاپ دوم این مجموعه توسط انتشارات Intersentia در سال ۲۰۰۰ مقاومت‌های ملی نسبت به این مجموعه را مورد توجه قرار داده است.

پیدا می‌کند. قاضیان نامبرده به یاری آموزش و تجربه خود از توانایی ارزیابی عناصر دلیل و تعیین میزان اعتبار آن برخوردارند».

چنانچه اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را با مقررات دادگاه بین‌المللی کیفری مقایسه کنیم متوجه می‌شویم که از یک طرف، بسیاری از راه‌حل‌هایی که به‌طور تدریجی پذیرفته شده‌اند، دوباره اتخاذ شده‌اند. به‌عنوان نمونه می‌توان به معامله اتهام[۲۹] (مواد ۶۴ و بند دوم از ماده ۶۵) یا استماع شهود (به‌ویژه بند ب ماده ۶۴ که مدیریت دعوی توسط قاضیان و نه طرفین را تأیید می‌کند) اشاره کرد.

از طرف دیگر اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به اساسنامه دادگاه بین‌المللی کیفری دارای پیشرفت‌هایی است: نخست، برابری سلاح‌ها به‌نفع دفاع از متهم تقویت شده است. چنانچه مواد ۱۶ و ۴۸ اساسنامه دیوان در نظر گرفته شوند به‌نظر می‌رسد که اساسنامه پیشرفت مهمی در مقایسه با اساسنامه‌های دادگاههای اختصاصی داشته است. همچنین، نقش قاضی افزایش پیدا کرده است. در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری یک قاضی تحقیق، همانند آنچه که در مدل تفتیشی است، پیش‌بینی نشده است. در مدل تفتیشی قاضی تحقیق همزمان مسئول تحقیق و اتخاذ برخی اختیارات قضائی، همانند صدور قرار بازداشت است. با این حال، جستجوی دلایل تنها به طرفین دعوی، همانند سنت اتهامی، واگذار نشده است. به همین خاطر است که در اساسنامه دیوان، *شعبه‌ای مقدماتی* پیش‌بینی و نقشی اساسی بدان سپرده شده است (مواد ۱۵، ۵۶، ۵۷، ۵۸). بدین‌ترتیب اساسنامه بی‌آنکه تا مرحله ایجاد یک قاضی تحقیق واقعی، همانند سیستم اتهامی پیش رود، نهاد ایجاد شده توسط دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق با عنوان *قاضی آماده‌ساز پرونده*[۳۰] را تمدید کرده است. نهاد یاد شده ابتدا توسط رویه قضائی ایجاد و سپس از طریق اصلاح مقررات آیین دادرسی دادگاه، تصویب شده در ژوئیه ۱۹۹۸، (تکرار سوم ماده ۶۵ آیین دادرسی) در نظر گرفته شد. شعبه مقدماتی خود به جستجوی دلایل نپرداخته (این امر به دادستان واگذار شده است) بلکه بر رعایت قواعد پذیرش دلایل نظارت می‌کند. بنابراین، همان‌طوری که دادگاه بین‌المللی کیفری در مورد قاضی آماده ساز پرونده اشاره کرده است می‌توان گفت که شعبه مقدماتی « به‌گونه‌ای نقش هیأت منصفه بزرگ[۳۱] در سیستم کامن‌لا، یا قاضی تحقیق در برخی سیستم‌های حقوقی وابسته به سنت رومی- ژرمنی را ایفا می‌کند».[۳۲]

---

29. Guity plea.

30. Le juge de la mise en état.

31. Committing magistrate.

32. Arrêt Brdanin, 5 oct.1999.

بدین‌گونه مسئلهٔ دقیق مربوط به تشکیل پرونده که در مرحله مقدماتی انجام گرفته و نزد دادگاه صدور رأی فرستاده می‌شود، حل شدنی است. توضیح آنکه نهایی شدن پرونده زمینه برگزاری جلسه رسیدگی در سیستم‌های حقوقی رومی ـ ژرمنی را فراهم می‌آورد. حال آنکه در سیستم کامن‌لا تشکیل پرونده به‌خاطر وجود آیین دادرسی کاملاً شفاهی در نظر گرفته نشده است. رویه‌ای که در دادگاه بین‌المللی مرسوم شده بود و سپس آیین دادرسی دادگاه آن را پیش‌بینی کرد (ماده ۷۳ مکرر و تکرار سوم همین ماده) بدین قرار است که دادگاه بدوی می‌بایست پیش از آغاز مذاکرات، کنفرانسی را برگزار کرده و در طی آن از طرفین درخواست کند که به تشکیل نوعی پرونده اقدام نمایند. این پرونده فهرستی از شاهدان، خلاصه‌ای از اظهارات آنان، موارد توافق و اختلاف طرفین، فهرست اسناد قطعی و اسناد لازم به ارائه را شامل می‌شود. البته، از لحاظ اصل شفاهی بودن مذاکرات که براساس آن «دادگاههای بدوی و تجدیدنظر شاهدان را به‌طور فردی استماع می‌کنند»، مسئله دلیلِ «آنچه از عموم شنیده می‌شود»[۳۳] به صراحت در آیین دادرسی دادگاه حل نشده است. اصلاحات آیین دادرسی دادگاه در نهایت دلایل غیرمستقیم را بر مبنای رویّه دادگاه و در جهت تسریع دادرسی پذیرفته است. اصلاح به‌عمل آمده در تاریخ سوم و چهارم ۱۹۹۸ هیچ ترتیبی در مورد پذیرش نوشته‌ای جهت تأیید شهادت شفاهی مقرر نکرده است. همچنین اصلاح مربوط به ۱۲ آوریل ۲۰۰۱ لزوم وجود «شرایط استثنائی» برای اظهارنظر شاهدان نزد «مأموران رسمی» را حذف کرده است. چنین شهادت‌هایی ممکن است «به‌طور مستقیم توسط قاضی یا به درخواست طرفین»، «صرف‌نظر از امکان حضور شاهد در برابر دادگاه» خواسته شود. اصلاح نامبـرده امکان پذیرش اظهارات شاهدان شفاهی یا کتبی توسط قاضیان را «در صورت اقتضای عدالت»، وارد سایر قواعد عمومی دلیل کرده است. این ترتیب در اساسنامه دیوان نیز پیش‌بینی شده است (بند ب قسمت ۶ ماده۶۴).

در نهایت، مواردی وجود دارد که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری دست به نوآوری زده است. به‌عنوان نمونه مشارکت بزه‌دیدگان پذیرفته (بند (۳) ماده ۵۸ اساسنامه) و تصریح شده است که آنان می‌توانند از طریق وکلای خود معرفی شوند. بدین‌ترتیب بزه‌دیدگان به وضعیتی نزدیک به موقعیت مدعی خصوصی در سیستم‌های رومی ـ ژرمنی دست یافته‌اند. با این حال این امر تنها اقدامی وابسته به دعوای عمومی و اختیاری بوده و هیچ تأثیری بر شروع دعوای عمومی ندارد. در این زمینه قاضیان باید از طریق تفسیر خود به استحکام این قاعده مبادرت ورزند. واقعیت این است که پیوندزنی باید به‌عنوان یک فعالیت پیش‌رونده و تدریجی در نظر گرفته شود.

هنگامی‌که پرونده براساس اصل صلاحیت تکمیلی توسط قاضی دادگاه ملّی بررسی

---

۳۳. دلیل معروف به ouï-dire یا hearsay در حقوق انگلستان.

می‌شود، بی‌گمان بحث هماهنگ‌سازی را با خود به همراه دارد.

فرایند هماهنگ‌سازی

همان‌طوری که پ. م. دوپوی در مورد مصونیت‌ها بدان اشاره کرده است، رویه‌های ملّی، «هنوز دور از یکدست شدن هستند». در حقیقت، یکدست‌سازی به‌معنای برخورداری از قواعد کاملاً یکسان در نگاه نخست لازم به‌نظر نمی‌رسد. امّا، هماهنگ‌سازی، به‌عنوان فرایند نزدیک‌سازی پیرامون اصول راهبردی مشترک، برای تطابق سیستم‌های ملّی نه تنها مورد نظر بوده بلکه برای جلوگیری از دادگستری چیره‌یافتگان که بیشتر به انتقام‌جویی شبیه بوده تا عدالت، ضروری است. اهمیت دیگر هماهنگ‌سازی مربوط به اجتناب از نابرابری میان دولتها است که می‌تواند رویه‌های دادگاه گردی را تسهیل کند.

کلید هماهنگ‌سازی در به‌رسمیت شناختن *حاشیه ملّی تفسیر* است که از یک‌سو، استقلالی قطعی برای دادگاههای ملّی ایجاد و از سوی دیگر سازماندهی یک کنترل را اقتضا می‌کند. کنترل نامبرده از حدود افراطی مرتبط با این حاشیه تفسیر ممانعت می‌کند.

حاشیه ملّی تفسیر مستلزم مراجعه به دیگر اصول راهبردی است. این اصول می‌تواند به‌طور بالقوه انسجام مجموعه با فرایند پیوندزنی را فراهم آورد. تفاوت پیوندزنی با هماهنگ‌سازی در آن است که گزینه نخست بر اصول راهبردی مبتنی بوده و قصد آن تدوین قواعد بین‌المللی مشترک است حال آنکه هماهنگ‌سازی خود را به نزدیک ساختن حقوق‌های ملّی گرد این اصول محدود می‌کند. هماهنگ‌سازی هیچ ادعایی مبنی بر تحمیل قواعد یکسان ندارد بلکه تفاوت‌های میان حقوقهای ملّی را براساس حاشیه ملّی تفسیر می‌پذیرد. مفهوم اخیر از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر استخراج شده است به‌طوری که در برخی از دعاوی اقدامات محدودکننده و حتی نقض کننده حقوق بشر توسط کنوانسیون اروپایی حفظ حقوق بشر و آزادی‌های عمومی پذیرفته شده است. البته به شرط آنکه این اقدامات «برای یک جامعه دموکراتیک» لازم بوده یا به‌طور موقتی، در شرایط استثنائی و در حد ضرورت اتخاذ شده باشند. به‌عبارت دیگر اینجا بحث از آن است که دولتها نظم عمومی را با تکیه بر محدودیت حقوق بنیادی خواستار هستند. دیوان اروپایی حقوق بشر معتقد است که برای این امر قاضیان ملّی از جایگاه مناسب‌تری برخوردار هستند. با این حال امکان هیچ کنترلی را منع نمی‌کند و اختیار سانسور زیاده‌روی‌های بیجا نسبت به معیار تطابق با کنوانسیون که معیاری متغیر است را برای خود محفوظ می‌دارد. لازم به یادآوری است که مفهوم «حاشیه» به‌گونه‌ای غیرمستقیم رویه‌های انتقال قواعد بین‌المللی به حقوق داخلی را خاطرنشان می‌سازد.

اگرچه اصل حاشیه ملّی تفسیر برای ایجاد انعطاف ضروری است ولی نبود کنترل لازم

منجر به کنار زدن هرگونه هماهنگ‌سازی واقعی می‌شود. علاوه بر این خطر ایجاد موقعیت‌های تناقض‌آمیز در مورد تعیین مسئولیت کیفری یا مجازات را به دنبال دارد. به‌عنوان نمونه در رواندا دعاوی رسیدگی شده توسط دادگاههای ملّی به تعیین مجازات مرگ انجامیده حال آنکه برای جرایم شدید رسیدگی شده توسط دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق مجازات حبس ابد تعیین شده است.

در زمینه *کنترل حاشیه ملّی* دو راه حل را می‌توان در نظر گرفت؛ نخستین گزینه، راه حل حقوق بشر است که می‌بایست به هماهنگ سازی رویه‌های ملّی در جهتی مطابق با حقوق بین‌الملل بپردازد. نقش کلیدی این راه حل در اروپا و امریکای لاتین آشکار است. این هماهنگ‌سازی، تعریف قواعد آیین دادرسی و مقررات ماهوی در جایی که حقوق بین‌الملل فاقد صراحت یا ناقص است و نیز محدودیتهای مربوط به پذیرش دلایل رفع مسئولیت کیفری (مرور زمان، عفو، مصونیت) را شامل می‌شود. باید به توسعه این کنترل چه در سطح سازمان ملل متحد (ایجاد یک دادگاه واقعی حقوق بشر جهت اجرای معاهده‌های حقوق بشر) و چه در سطح منطقه‌ای پرداخت. همچنین باید دولتها را به تصویب اسناد موجود سازمان ملل و تکمیل آنها ترغیب کرد. این امر نیازمند یک اراده سیاسی است، با این حال، فشار شهروندان و انجمن‌های غیردولتی برای تحریک دولتها حتی از بین بردن اراده نامناسب آنها در این زمینه مؤثر است.

گزینهٔ دیگر توسل به تفسیر است؛ چه تفسیرهای دیوان بین‌المللی دادگستری که از این طریق نقش آن در حوزه کیفری نیز برجسته می‌شود و چه تفسیرهای دیوان بین‌المللی کیفری. در مورد اخیر تخصص دیوان در امور کیفری نقش آن را تسهیل می‌کند. هدف هریک از راه حل‌های نامبرده آن است که در برابر تردیدهای حقوق بین‌الملل و تعدد سیستم‌های ملّی به شناساندن رویه‌های موجود، مشخص ساختن معنای حقوق قراردادی و تحولات عرف بین‌المللی پرداخت. بدین‌ترتیب، از تفسیرهای نه تنها متفاوت بلکه تناقض‌آمیز نیز اجتناب می‌شود.

با این حال نمی‌توان بر ویژگی نوآوری سیاسی و یا حقوقی فرایندهایی که در امتداد اصل تکمیلی بودن صلاحیت به اجرا درمی‌آیند پافشاری فراوان کرد. اصل نامبرده، اصل سلسله مراتب قواعد را به نفع رابطه میانکنشی آنها، دگرگون ساخته است. بدیهی است که رابطه میانکنشی، قواعد حقوقی مشترک تکثرگرا و ناهمگون را ترسیم می‌کند. جای تأسف خواهد بود چنانچه این تحول به سرعت متوقف و به نظم حقوقی سنتی باز گردد، نظمی که حقوق بین‌الملل و حقوق‌های ملّی را از هم جدا کرده و در مقابل هم قرار می‌دهد. همانا باید به جستجوی روش‌های نو و مفاهیم جدید برای تبیین این تحول پرداخت.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۳۲۶ ـ ۳۱۳

تأملی بر حکم دادگاه استیناف شهر لاهه (مورخ ۹ می ۲۰۰۷) در مورد معاونت در کاربرد سلاحهای شیمیایی توسط عراق

دکتر سیدقاسم زمانی*

چکیده

استفاده رژیم عراق از سلاح‌های شیمیایی در طول هشت سال تجاوز مسلحانه به جمهوری اسلامی ایران و نیز علیه مردم عراق قربانیان زیادی را به‌جای‌گذاشت. حکم دادگاه استیناف شهر لاهه در تاریخ ۹ می ۲۰۰۷ با احراز قضائی استفاده مکرر رژیم بعث از سلاح‌های شیمیایی در سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۸ و محکومیت فرانس فان آنرات به اتهام ارسال پیش‌سازهای شیمیایی به این کشور در زمان جنگ پیامهای زیادی در خود دارد که با تأمل در آن حکم قابل استنباط می‌باشد.

واژگان کلیدی: سلاح‌های شیمیایی، جنایت جنگی، جنگ تحمیلی، فرانس فان آنرات، مصدومان شیمیایی، حقوق بشردوستانه.

* . استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

مقدمه

به‌رغم آنکه ممنوعیت استفاده یا تهدید به کاربرد زور در روابط بین‌المللی (بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد) نمونه اعلای قاعده آمره حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود و فلسفهٔ وجودی سازمان ملل متحد و وظیفهٔ اصلی رکن اجرایی آن (شورای امنیت) حفظ صلح و امنیت جهانی و مقابله با هرگونه تهدید صلح، نقص صلح و اعمال تجاوزکارانه می‌باشد اما وقوع جنگهای مسلحانه واقعیت عصر حاضر می‌باشد. بر همین اساس حقوق بشردوستانه بین‌المللی که در قالب اسناد بین‌المللی مختلف و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تجلی یافته است از جمله کاربرد سلاح‌های شیمیایی در جنگ‌ها را ممنوع ساخته است، سلاح‌هایی که ساخت و استفاده از آنها به لحاظ فنی و اقتصادی چندان سخت و دشوار نیست (بمب اتمی فقرا) اما با ایجاد درد و رنج زاید و غیرضروری قربانی را زجرکش می‌نمایند و به لحاظ قلمرو آثار و اهداف مورد حمله نیز غیرقابل کنترل می‌باشند.[۱]

رژیم بعث عراق که در ۳۱ شهریور ماه ۱۳۵۹ تجاوز مسلحانه خود علیه جمهوری اسلامی ایران را آغاز نمود سریعاً استفاده از سلاح‌های شیمیایی علیه افراد نظامی و غیرنظامی ایران را آغاز نمود و در اثر عدم واکنش بین‌المللی مؤثر بارها از این سلاح‌ها برای نیل به اهداف شوم خود استفاده نمود. استفاده رژیم بعث از این سلاح‌ها در اسفند ۱۳۶۶ علیه مردم حلبچه نشان داد که رژیم عراق برای حفظ سلطه خویش از کشتار مردم خود نیز ابایی ندارد. واقعیت تأسف بار در این مورد آن است که اشخاص و شرکت‌های خارجی زیادی در تجهیز شیمیایی عراق در طول سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۸ مشارکت فعال نمودند و عامدانه و آگاهانه در جنایات رژیم بعث در این زمینه معاونت داشته‌اند. آقای فرانس فان آنرات که به اتهام کمک به برنامه تسلیحات شیمیایی عراق در دهه ۸۰، توسط دادستانی هلند (شهر لاهه) تحت تعقیب قرار گرفت طبق حکم دادگاه بخش شهر لاهه در تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۵ به ۱۵ سال حبس و پرداخت غرامت به ۱۵ مصدوم شیمیایی (شاکی خصوصی) محکوم شد. با اعتراض متهم و دادستان پرونده در دادگاه استیناف مورد بررسی مجدد قرار گرفت. حکم دادگاه استیناف در ۹ می ۲۰۰۷ صادر گردید.

پس از بررسی مختصر تجاوز نظامی عراق به ایران و استفاده این کشور از سلاح‌های شیمیایی احکام فوق به‌اختصار مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

---

۱. سید قاسم زمانی: حقوق بین‌الملل و کاربرد سلاح‌های شیمیایی در جنگ تحمیلی عراق علیه جمهوری اسلامی ایران، بنیاد حفظ آثار و ارزش‌های دفاع مقدس، ۱۳۷۶، صص ۳۷ ـ ۳۵.

مبحث اول
تجاوز عراق به جمهوری اسلامی ایران و استفاده از سلاح‌های شیمیایی

در ۳۱ شهریور ماه ۱۳۵۹ (۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰) که کشور جمهوری اسلامی ایران مورد تجاوز مسلحانه همه‌جانبه ارتش رژیم بعث عراق قرار گرفت به‌سختی می‌شد تصور کرد که طولانی‌ترین جنگ قرن بیستم آغاز شده است. تهاجم نظامی ناگهانی عراق در طول ۵۵۰ کیلومتر نوار مرزی زمینی و دریا و هوا ، بسیاری از کارشناسان نظامی را به این نتیجه رسانده بود که جمهوری اسلامی ایران به‌زودی شکست را خواهد پذیرفت و خواسته‌های رژیم بعث عراق و از جمله بی‌اعتباری موافقت‌نامه ۱۹۷۵ الجزایر و حاکمیت این کشور بر اروند رود را گردن خواهد نهاد؛ به‌ویژه آنکه ظرف مدت نسبتاً کوتاهی بخشهای قابل توجهی از سرزمین ایران (حدود ۳۰,۰۰۰ کیلومتر مربع) تحت اشغال نظامی نیروهای عراقی درآمده بود. در همان زمانی که نیروهای ایران به تلاش برای عقب راندن نیروهای عراقی از سرزمین‌های اشغالی ادامه می‌دادند، متأسفانه سازمان ملل متحد که براساس منشور، مسئولیت حفظ صلح و امنیت جهانی و مقابله با هرگونه تهدید بر صلح، نقض صلح و تجاوز را به‌عهده دارد، واکنش مناسبی از خود نشان نداد. شورای امنیت در قطعنامه ۴۷۹ (مورخ ششم مهرماه ۱۳۵۹) با اکتفای به درخواست آتش‌بس، مزورانه در مقابل اشغال غیرقانونی سرزمین‌های ایران توسط عراق سکوت اختیار کرد. این‌چنین بود که «قطعنامه ۴۷۹ به‌سرعت مورد پذیرش عراق قرار گرفت و شورای امنیت مورد قدردانی و تشکر این دولت».[۲] ایران با رد قطعنامه مذکور، ابراز داشت که شورای امنیت باید اعمال تجاوزکارانه عراق را محکوم کرده، عقب‌نشینی فوری نیروهای عراقی را از سرزمین ایران درخواست کند و از آن کشور بخواهد که به ایران غرامت بپردازد و مقامات عراقی را به‌دلیل ارتکاب جنایات محکوم نماید.[۳]

شورای امنیت پس از صدور قطعنامه ۴۷۹ برای مدت طولانی (حدود بیست و دو ماه) سکوت اختیار کرد تا اینکه نیروهای ایران طی عملیات ثامن‌الائمه به شکست حصر آبادان اقدام نموده و با عملیات طریق‌القدس بخشهای مهمی از سرزمین‌های اشغالی در جنوب را آزاد کردند. همچنین آزادسازی قسمت‌هایی از مناطق اشغالی در غرب کشور، و حوالی شهرهای شوش و دزفول طی عملیات فتح‌المبین و بالاخره آزادی خرمشهر با عملیات بیت‌المقدس در سوم خرداد ۱۳۶۱، شورای امنیت را به‌تحرک واداشت. به‌دنبال این امر شورای امنیت که به درخواست اردن و حمایت امریکا تشکیل جلسه داده بود در بیست و یکم تیرماه ۱۳۶۱ (۱۲ ژوئیه ۱۹۸۲) طی

---

۲. پارسا دوست. منوچهر، نقش سازمان ملل در جنگ عراق و ایران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۱، ص ۱۳۶.

3. Secrurity Council Offical Records 35th year 2252nd Meeting, para. 87.

قطعنامه ۵۱۴ ضمن درخواست آتش‌بس، خواستار عقب‌نشینی نیروهای دو کشور به مرزهای شناخته شده بین‌المللی شد. با گسترش عملیات نظامی موفقیت‌آمیز ایران در جبهه‌های جنگ لحن قطعنامه‌های شورای امنیت نیز به‌تدریج تغییر یافت. شورا در سال ۱۳۶۲ طی قطعنامه ۵۴۰ (۱۳۶۲/۸/۹) لزوم بررسی علل عینی جنگ را مورد تأیید قرار داد و حدود دو سال بعد در قطعنامه ۵۸۲ (۱۳۶۴/۱۲/۵) از اقدامات ابتدایی که منجر به بروز مخاصمه شده است، ابراز تأسف نمود. بالاخره با تصرف فاو در سال ۱۳۶۶ توسط نیروهای ایرانی، شورای امنیت در قطعنامه ۵۹۸ (۲۹ تیرماه ۱۳۶۶) با استناد به مواد ۳۹ و ۴۰ منشور، احراز نمود که در منازعه میان ایران و عراق «نقض صلح» حادث شده است. سرانجام در ۲۶ تیرماه ۱۳۶۷ با پذیرش قطعنامه ۵۹۸ از طرف ایران، پس از هشت‌سال جنگ، آتش‌بس رسمی میان دو کشور برقرار گردید.[۴]

آنچه بیش از نفس تجاوز مسلحانه رژیم بعث عراق به جمهوری اسلامی ایران در ۳۱ شهریورماه ۱۳۵۹ و موضع جانبدارانه شورای امنیت از کشور متجاوز جلب توجه می‌کند نقض اصول و قواعد حقوق بشردوستانه توسط رژیم جنگ‌افروز عراق در طول هشت سال جنگ می‌باشد. واکنش شورای امنیت در قبال تجاوز همه جانبه عراق به جمهوری اسلامی ایران، رژیم بعث را جسارت بخشید تا در نیل به پیروزی و درهم شکستن مقاومت نیروهای ایرانی در ارتکاب هیچ جنایت جنگی به خود تردیدی راه ندهد. نقض فاحش و گسترده حقوق لازم‌الرعایه در مناطق اشغالی،[۵] حمله به مناطق و اهداف غیرنظامی، بدرفتاری با اسرای جنگی و ... بخشی از جنایات ارتکابی نیروهای نظامی عراق در جنگ علیه جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌رود. آنچه در این میان بیش از تمام جنایات ارتکابی نیروهای عراقی جلب توجه می‌کند کاربرد سلاحهای شیمیایی علیه نیروهای نظامی و مردم غیرنظامی ایران می‌باشد. نیروهای عراقی برای اولین‌بار در ۲۳ دی‌ماه ۱۳۵۹ به استفاده از سلاحهای شیمیایی علیه رزمندگان اسلام در محورهای «هلاله» و «نی‌خزر» مبادرت ورزیدند و سپس در سال ۱۳۶۰ دامنه کاربرد این سلاحها را در جبهه‌های هویزه، تپه‌های الله اکبر، جسر نادری و خرمشهر نیز ادامه دادند. در طول سالهای بعد نیز کم و بیش کاربرد این سلاحها علیه نیروهای ایران و مردم غیرنظامی استمرار داشت و تا ۱۸ مارس ۱۹۸۸ علیه شهر حلبچه در عراق نیز ادامه پیدا نمود. «براساس آمار استخراج شده از گزارشهای حمله‌های شیمیایی عراق، روند استفاده عراق از این سلاح، سال به سال سیر صعودی داشته است به‌گونه‌ای که تعداد حمله‌های عراق در «نمودار رشد نسبی» با

---

۴. برای مطالعه بیشتر رک. سیدقاسم زمانی و دکتر اسماعیل منصوری لاریجانی: نظام امنیت جمعی سازمان ملل متحد و تجاوز رژیم عراق به جمهوری اسلامی ایران،بنیاد حفظ آثار و ارزش‌های دفاع مقدس، ۱۳۷۸.

۵. برای مطالعه بیشتر رک. سیدقاسم زمانی: حقوق بشردوستانه بین‌المللی، اشغال سرزمین‌های ایران در جنگ تحمیلی، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۱.

حدود ده حمله در سال آغازین جنگ تحمیلی شروع می‌شود و در سال ۱۳۶۷ حدود ۴۵ حمله را در سال گزارش می‌کند».[۶]

واکنش شورای امنیت سازمان ملل متحد در قبال استفاده عراق از سلاحهای شیمیایی که در قالب بیانیه‌های مورخ ۳۰ مارس ۱۹۸۴، ۲۵ آوریل ۱۹۸۵، ۲۱ مارس ۱۹۸۶ و ۱۴ می ۱۹۸۷ و نیز قطعنامه‌های ۶۱۲ (مصوب ۹ می ۱۹۸۸) و ۶۲۰ (مصوب ۲۶ اوت ۱۹۸۸) تجلی یافت، آن‌چنان ملایم و مغرضانه بود که به هیچ‌وجه با عمق و گستره جنایات ارتکابی رژیم بعث در این زمینه تناسب نداشت. بر همین اساس رژیم وقت عراق که انکار کاربرد سلاحهای شیمیایی را بی‌فایده می‌دید در مقام توجیه استفاده از این سلاحها برآمد و با استناد به حربه‌هایی مثل اعمال رزرو نسبت به پروتکل ۱۹۲۵ ژنو، مقابله به مثل، دفاع مشروع و ارتباط دادن کاربرد سلاحهای شیمیایی با کل جنگ تلاش نمود که از اقدام خویش در این زمینه دفاع نماید.[۷] تردیدی وجود نداشت که ممنوعیت مطلق استفاده از سلاحهای شیمیایی در حد یک قاعده آمره بین‌المللی و تلقی این اقدام به‌عنوان یک جنایت جنگی هیچ توجیهی را در این زمینه برنمی‌تابید.

عراق در تأمین تسلیحات شیمیایی خویش در طول هشت سال جنگ با ایران تا حد زیادی به منابع خارجی متکی بود. به‌واقع دولتهایی مثل انگلستان، آلمان غربی، شوروی (سابق)، امریکا، یوگسلاوی (سابق)، بلژیک، ایتالیا، اسپانیا، چین، افریقای جنوبی، شیلی و شماری از دیگر دولتها یا رأساً به صدور مواد شیمیایی به عراق مبادرت ورزیدند یا نسبت به صدور آن توسط اتباع خویش به کشور عراق واکنش چندان مؤثری از خود نشان ندادند.[۸] تنها در سال آخر جنگ و به لحاظ وسعت استفاده عراق از سلاحهای شیمیایی بود که مثلاً، دادستانی آلمان علیه چند شرکت آلمانی که متهم به ارسال و صدور مواد شیمیایی به عراق برای ساخت بمبهای شیمیایی بودند، اعلام جرم کرد و آنها را تحت تعقیب قرار داد.[۹] با این حال پرونده مذکور صرفاً براساس نقض مقررات گمرکی پیگیری شد و بدون سر و صدا خاتمه پیدا کرد و نامی از شرکتهای شاخص آلمانی که مواد و تجهیزات و فناوری لازم را برای رژیم عراق فراهم کرده بودند، برده نشد.[۱۰]

آقای «فرانس فان آنرات» تبعه هلند یکی از افرادی بود که در ۶ دسامبر ۲۰۰۴ توسط

---

۶. بازشناسی جنبه‌های تجاوز و دفاع، مقالات ارائه شده به کنفرانس بین‌المللی تجاوز و دفاع، مردادماه ۱۳۶۷، جلد دوم: ابعاد سیاسی و مسائل حقوق بین‌الملل، نگاهی به استفاده رژیم عراق از سلاحهای شیمیایی در جنگ تحمیلی، ستاد تبلیغات جنگ، ص ۳۶۴.

۷. سیدقاسم زمانی، حقوق بین‌الملل و کاربرد سلاحهای شیمیایی در جنگ تحمیلی، همان، صص ۶۵ الی ۷۸.

۸. برای مطالعه بیشتر رک. سیدقاسم زمانی، تأملی بر رعایت حقوق بی‌طرفی در جنگ تحمیلی عراق علیه ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۰.

۹. روزنامه رسالت، ۱۳۶۸/۵/۱۴.

۱۰. احراز قضائی استفاده عراق از سلاحهای شیمیایی در طول جنگ تحمیلی علیه ایران، مجله حقوقی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵، ص ۲۱۳.

دادستانی شهر لاهه به اتهام ارسال مواد شیمیایی به عراق در دهه ۱۹۸۰ که برای تولید گازهای سمی (گاز خردل) استفاده شده بود، تحت تعقیب قرار گرفت.

همکاری جمهوری اسلامی ایران با دادستانی هلند برای حضور در ایران و بازدید از مناطق مرزی غرب و جنوب کشور و استماع اظهارات ۵۵ نفر از مصدومان شیمیایی سردشت، اشنویه، آلوت، زرده، خرمشهر و آبادان ابعاد جدیدی به این پرونده داد. با صدور کیفرخواست دادستانی شهر لاهه علیه «فرانس فان آنرات» و در پی جلسات رسیدگی متعدد در دادگاه بخش (بدوی) شهر لاهه از ۱۸ آوریل تا ۲۳ دسامبر ۲۰۰۵، دادگاه در بیست و سوم دسامبر ۲۰۰۵ رأی خود را صادر نمود. در مورد اتهام معاونت در نسل‌کشی که دادستان متوجه متهم ساخته بود، دادگاه بدوی ضمن آنکه با استناد به اسناد و رویه قضائی بین‌المللی، استفاده عراق از سلاحهای شیمیایی علیه مردم حلبچه در ۱۶ مارس ۱۹۸۸ را با نیت نابودی تمام یا بخشی از جمعیت کرد و در حقیقت مصداق نسل‌کشی قلمداد نمود، اما معاونت در نسل‌کشی را منوط به آن دانست که متهم نسبت به نیت نسل‌کشی مباشرین واقعاً آگاه بوده باشد؛ از آنجا که اطلاع متهم در زمان تحویل مواد شیمیایی مزبور نسبت به نیت نسل‌کشی مباشرین اثبات نشده و هیچ مدرکی توسط دادستان دال بر اطلاع متهم درباره نحوه رفتار مقامات عراقی نسبت به کردها قبل از ۱۶ مارس ۱۹۸۸ ارائه نگردیده است؛ بنابراین معاونت متهم در نسل‌کشی کردهای حلبچه اثبات نشده و متهم در این مورد تبرئه می‌گردد.

دادگاه در مورد معاونت متهم در جنایات جنگی رژیم عراق در استفاده از سلاحهای شیمیایی علیه مردم حلبچه و نیز در جنگ علیه ایران ابراز داشت که متهم در حالی به دولت عراق مواد شیمیایی عرضه داشته است که این کشور در حال جنگ با ایران و نیز درگیری نظامی با کردها بوده و متهم به این امر علم داشته که مواد ارسالی وی در تولید گاز سمی استفاده خواهد شد و این گاز سمی به احتمال زیاد مورد استفاده قرار خواهد گرفت. دادگاه بدوی به این حد اکتفاء نکرده و با اتکا به نظریه کارشناسی و شهادت شهود به این نتیجه رسید که گازهای خردل استفاده شده توسط دولت عراق در دهه ۱۹۸۰ به‌واقع تا حد قابل توجهی با استفاده از مواد شیمیایی عرضه شده توسط متهم تولید شده است. دادگاه با تأکید بر عدم شمول مرور زمان نسبت به اتهام متهم، ادامه داد که معاون جرم نمی‌تواند معاونت خود در این نوع جنایات جنگی را با این استدلال توجیه کند که انجام حملات شیمیایی تصمیم وی نبوده یا اینکه این جنایت حتی بدون کمک وی و از رهگذر مساعدت احتمالی دیگران نیز صورت می‌پذیرفت. دادگاه با توجه به وخامت جنایات عراق و نقش متهم در آن جنایات، با اذعان به عدم امکان اجرای واقعی عدالت با مجازات متهم، وی را به حداکثر میزان مجازات معاونت در جرایم جنگی در قوانین هلند یعنی ۱۵ سال حبس محکوم نمود.

در مورد ضرر و زیان ناشی از جرم و درخواست جبران خسارت ۱۵ مصدوم شیمیایی که به‌عنوان مدعی خصوصی در فرآیند رسیدگی حضور داشتند در وهلهٔ اول در مورد ایراد مرور زمان نسبت به این جنبه پرونده، دادگاه ابراز داشت که با توجه به عدم طرح چنین ایرادی از جانب متهم، نیازی نیست که دادگاه رأساً چنین امری را مورد بررسی قرار دهد. دادگاه قانون حاکم بر درخواست جبران خسارت مصدومان را در دو مرحله و به‌صورت جداگانه مورد توجه قرار می‌دهد. در مورد نفس مسئولیت آقای فرانس فان آنرات، دادگاه بدوی قوانین ایران و عراق را به‌عنوان قانون محل بروز خسارت حاکم دانسته و مطالبه غرامت را قانونی و موجه قلمداد می‌نماید. اما در مورد میزان غرامت با حاکم دانستن قانون مقر دادگاه (هلند) متهم را به پرداخت حداکثر غرامتی محکوم می‌نماید که در زمان بروز خسارت طبق قوانین هلند مجری بوده است. بر این اساس دادگاه برای هریک از دعاوی متهم را به پرداخت ۱۵۰۰ فلورن (۶۸۰/۶۷ یورو) غرامت و مبلغ ۱۰۰ یورو بابت هزینه دادرسی محکوم نمود.[۱۱]

مبحث دوم
حکم دادگاه استیناف شهر لاهه (۹ می ۲۰۰۷) در مورد مسئولیت فرانس فان آنرات به لحاظ معاونت در جرایم جنگی نیروهای عراق

حکم دادگاه بدوی شهر لاهه در محکومیت فرانس فان آنرات به ۱۵ سال حبس با احتساب مدت زمان بازداشت قبلی و پرداخت غرامت به مصدومان شیمیایی به لحاظ حقوقی و قضائی از اهمیت بسیاری برخوردار بود و به‌ویژه مورد استقبال نهادهای بشردوستانه و حقوق بشر قرار گرفت. با این حال عدم قطعیت رأی صادره و امکان تغییر مفاد رأی در مرحله استیناف دور از ذهن نبود. بر این اساس با اعتراض متهم و دادستان به رأی دادگاه بخش شهر لاهه پرونده فرانس فان آنرات به اتهام معاونت در کاربرد سلاحهای شیمیایی توسط نیروهای نظامی عراق در سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۸ در بوته آزمون قضائی دیگری قرار گرفت.

دادگاه استیناف متشکل از سه قاضی پس از تشکیل جلسات رسیدگی و امعان‌نظر دقیق پرونده در ۹ اکتبر ۲۰۰۶، دوم، چهارم، یازدهم، شانزدهم و بیست و پنجم آوریل ۲۰۰۷، رأی نهایی خویش را در ۹ می ۲۰۰۷ (۱۹ اردیبهشت ۱۳۸۶) صادر نمود.

یکی از اعتراضات متهم به رأی دادگاه بدوی ابهام در انتساب اتهاماتی بود که به وی نسبت داده شده بود. به ادعای متهم دوره زمانی و قلمرو مکانی جرایم ارتکابی توسط نیروهای

۱۱. خلاصه فارسی و متن کامل انگلیسی و هلندی حکم صادره از دادگاه بخش شهر لاهه در مورد آقای فرانس فان آنرات در شماره ۳۴ مجله حقوقی در صفحات ۲۳۳ تا ۴۶۲ آمده است.

عراقی که بین سالهای ۱۹۸۶ و ۱۹۸۷ و ۱۹۸۸ در عراق و ایران معین شده از آن‌چنان کلیتی برخوردار است که وی را از دفاع در مقابل اتهامات ادعایی ناتوان می‌سازد. از سوی دیگر عبارت «مواضعه و تبانی به هر نحو ممکن» که در حکم دادگاه بدوی آمده است درک معنای آن را دشوار می‌نماید. به تعبیر دیگر این عبارت از یک‌سو به جرایم اصلی دلالت دارند که معاونت وابسته به آنهاست و از سوی دیگر اتهام معاونت مستقل متوجه متهم شده است که تلفیق آن با جرایمی که قبلاً ارتکاب یافته، سخت و دشوار می‌باشد. دادگاه استیناف در این مورد ابراز داشت که حملات این‌چنینی مستقیماً به اعمال و اقداماتی دلالت ندارد که آقای فرانس فان آنرات متهم به آنها شده است، بلکه منظور از آن حملات اقدامات رژیم عراق می‌باشد. با این حال برخلاف پیشینه پرونده، شاخصهای زمانی و مکانی ذی‌ربط آن‌چنان نامعین و غیرمنجز تعیین شده‌اند که فاقد وضوح و شفافیت کافی است تا متهم قادر به دفاع از خویشتن باشد. عبارت «مواضعه و تبانی به هر نحو ممکن» نیز بدون توضیح بیشتر در زمره اتهامات متهم قرار گرفته و مشخص نمی‌سازد که به‌واقع چه اتهامی در مرحله بدوی متوجه وی بوده است. بر این اساس حکم دادگاه بدوی از جهات فوق با ماده ۲۶۱ قانون آئین دادرسی کیفری هلند منطبق نیست و مخدوش قلمداد می‌شود.

همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد دادگاه استیناف در آستانه ورود به رسیدگی قضائی به اعتراض متهم، به اقتضای اصل برائت می‌کوشد تا در مورد تعیّن و قطعیت قضائی اتهامات انتسابی که مبنای احراز مجرمیت متهم بوده است به بررسی بپردازد و در مورد امکان نفی حق دفاع متهم به لحاظ کلیت و ابهام اتهامات ادعایی با رعایت اصل برابری اظهارنظر نماید.

در مورد تساوی امکانات و فرصت‌ها متهم مدعی شد که چنین اصلی در رسیدگی به پروندهٔ حاضر رعایت نشده و دادرسی از این حیث منصفانه نبوده است. به ادّعای متهم، پروندهٔ حاضر در مورد اقدامات ادعایی است که حدود ۲۰ سال قبل و در منطقه‌ای رخ داده، که از فرهنگی کاملاً متفاوت برخوردار است و تحقیقات نیز در کشورهای متعددی صورت پذیرفته است. این امر عقلاً و منطقاً استقلال و بی‌طرفی تحقیقات را مردّد می‌نماید و اعمال نفوذ بخش دادستانی و ادارهٔ ملّی تحقیقات جنایی در فرآیند جمع‌آوری ادلّه را بسیار محتمل می‌سازد. دادگاه استیناف با تأکید بر ابعاد بین‌المللی پرونده مطروحه و زمان و مکان وقوع جرایم ذی‌ربط ابراز داشت که متهم به واسطه دو وکیل خویش از فرصت کافی برای شرکت در فرآیند تحقیقات و جمع‌آوری دلایل و امارات قضائی لازم جهت رفع اتهام برخوردار بوده است و در این راستا هیچ خدشه‌ای به حق دادرسی منصفانه وی و اصل برابری امکانات و فرصت‌ها وارد نشده است. دادگاه در مورد درخواست متهم جهت استماع شهادت ۱۹ شاهد تعرفه شده، با اشاره به حکم مقدماتی خویش در تاریخ ۲۳ اکتبر ۲۰۰۶، با توجه به عدم امکان استماع شهادت برخی شهود در فرجه

زمانی قابل قبول، استماع شهادت برخی از آنها در مرحلهٔ رسیدگی بدوی، فوت شماری از آنها، مؤثر نبودن شهادت برخی از شهود و اعلام خودداری دیگر شهود از ادای شهادت به رد درخواست وی، رأی صادر نمود.

آقای فرانس فان آنرات در مقابل دادگاه استیناف مدعی شد که اصل برابری اقتضای آن دارد که دیگر متهمان دخیل در اتهامات ادعایی نیز توسط دادستانی تحت تعقیب قرار گرفته و مورد محاکمه و مجازات واقع شوند. به زعم متهم، دیگر کشورها و شرکت‌ها نیز به اعمالی که به وی منسوب شده مبادرت ورزیده‌اند و همان‌طورکه اسناد و مدارک موجود نشان می‌دهد طی سالهای ۱۹۸۳ تا ۱۹۸۴ دو شرکت طی چند مرحله و در مجموع ۳۱۵۰ تن مواد شیمیایی به عراق ارسال کرده‌اند ولی مورد تعقیب دادستانی قرار نگرفته‌اند. به اعتقاد دادگاه هنگامی می‌توان به اصل برابری در تعقیب و محاکمه استناد جست که به‌واقع امکان اجرای آن وجود داشته باشد. دو شخص از سه شخص مورد ادعا تبعهٔ هلند نیستند و هیچ‌یک از آن سه نفر نیز مقیم کشور هلند نمی‌باشند. اگرچه آنها با متهم ارتباط داشته و در اعمالی که آقای آنرات بدانها متهم شده است با وی کار کرده‌اند امّا هیچ‌یک از ایشان در جرایمی که آقای آنرات متهم به ارتکاب آنها شده است سهیم نبوده‌اند. بر این اساس به‌زعم دادگاه، دادستانی دلایلی موجه برای شروع تعقیب آنها در اختیار نداشته است.

دادگاه استیناف رأی دادگاه بدوی را در این مورد تأیید نمود که متهم در نقض قوانین و عرف‌های جنگی توسط صدام حسین و علی حسن‌المجید و دیگر نیروهای عراقی در ۵ ژوئن ۱۹۸۷ در «زوا» در عراق و در ۱۶ مارس ۱۹۸۸ در حلبچه و در سوم می ۱۹۸۸ در قوک تپه معاونت داشته است.[۱۲] به زعم دادگاه در این جرایم، متهم فرانس فان آنرات در دوره زمانی ۱۹ آوریل ۱۹۸۴ تا ۳۵ اوت ۱۹۸۸ عامدانه وسایلی را تحویل عراق داده است که ویژه تولید گاز خردل بوده و متهم نسبت به‌این امر واقف بوده است. دادگاه همچنین این قسمت از رأی دادگاه بدوی را مورد تأیید قرار می‌دهد که صدام حسین و علی حسن‌المجید و دیگران در ۱۱ آوریل ۱۹۸۷ در خرمشهر، در ۱۶ آوریل ۱۹۸۷ در آلوت و در ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۷ در سردشت و رأس‌الحرمه

---

۱۲. شایان ذکر است که با تصویب اساسنامه دادگاه عالی کیفری عراق در مجلس این کشور در ۲۰۰۵/۱۰/۱۸ روند رسیدگی به جنایات صدام و دیگر مقامات بلندپایه نظامی رژیم بعث آغاز گردید. یکی از اتهامات متهمان این دادگاه بمباران شیمیایی حلبچه در سال ۱۹۸۸ بود، با این حال با بررسی یکی از اتهامات صدام مشهور به واقعه دجیل که در آن ترور ناموفق صدام حسین در ۸ ژوئیه ۱۹۸۲ باعث شده بود، صدام دستور حمله انتقام‌جویانه به روستای دجیل و کشتار مردم این روستا (۱۵۰ مرد و تعدادی کودک) را صادر و اجرا نماید. دادگاه در ۵ نوامبر ۲۰۰۶ حکم اعدام صدام را صادر کرد. این حکم در ۲۶ دسامبر ۲۰۰۶ مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر قرار گرفت و در ۳۰ دسامبر ۲۰۰۶ صدام با شمار زیادی اتهام رسیدگی نشده اعدام شد. (مائده میرشمس شهشهانی: صلاحیتها و مجازاتها در دادگاه عالی کیفری عراق؛ از تأسیس دادگاه تا اعدام صدام، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، صص ۲۰۳ـ۱۷۱). شایان ذکر است که این دادگاه در سپتامبر ۲۰۰۷ علی حسن المجید معروف به علی شیمیایی را به جرم کشتار کردها در سال ۱۹۸۸ در حلبچه به اعدام محکوم نمود.

(منطقه حوالی سردشت) و در ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۸ در زرده و در دوم اوت ۱۹۸۸ در اشنویه، همراه و در همکاری با دیگران مکرراً قوانین و عرف‌های جنگی خصوصاً منع استفاده از سلاح‌های شیمیایی و گازهای خفه‌کننده را نقض کرده‌اند و متهم با ارائه عامدانه وسایلی که بعداً به‌عنوان تسلیحات شیمیایی مورد استفاده قرار گرفته است به معاونت در جرایم مزبور مبادرت ورزیده است. حکم دادگاه استیناف در مورد سوءنیت متهم در این مورد بر این واقعیت مبتنی گشته که وی از سال ۱۹۸۵ تا ۱۹۸۸ به ارسال مواد شیمیایی به عراق یا به یک شرکت عراقی ادامه داده است.

متهم در جلسهٔ رسیدگی مورخ دوم آوریل ۲۰۰۷ در دادگاه استیناف این امر را مورد پذیرش قرار داد که در طول آن دوره، وی از طریق ژاپن به ارسال «تیودی گلیکول» به شرکتی وابسته به وزارت نفت عراق مبادرت ورزیده است. علاوه بر این دادگاه به شهادتنامه شریک تجاری متهم در اوزاکا در ۲۲ ژوئن ۲۰۰۵ استناد جست مبنی بر آنکه متهم از مقصد نهایی مواد شیمیایی ارسالی کاملاً آگاه بوده است. از سوی دیگر دادگاه با استناد به دلایل و امارات گوناگون این ادعای متهم در مرحله استیناف را رد می‌نماید که وی اطلاعی از این امر نداشته است که «تیودی گلیکول» ارسالی توسط وی برای عراق جهت تولید گاز سمی خردل استفاده می‌شود و هیچ دلیلی وجود نداشته که تولید گاز خردل که متهم سهم مهمی در آن جریان داشته است برای هدفی جز استفاده در جنگ صورت پذیرفته باشد. دادگاه استیناف اعلام داشت که ادلّه موجود در این مورد از قطعیت برخوردارند که رژیم عراق حملات هوایی یا گلوله باران‌های متعددی را علیه اماکن اثبات شده در آن کشور و در ایران صورت داده است. به زعم دادگاه در مورد ایران این حملات رژیم عراق در چارچوب یک مخاصمه مسلّحانه بین‌المللی به‌وقوع پیوسته است که از سپتامبر ۱۹۸۰ آغاز شده و تا اوت ۱۹۸۸ ادامه یافته است. در حقیقت دادگاه استیناف سوءنیت متهم در ارسال مواد شیمیایی به عراق را با توجه به زمان و دفعات ارسال و نیز تمهیدات مختلف برای تداوم ارسال بعد از اولین استفاده‌های عراق از گاز خردل در جنگ عراق علیه ایران احراز کرده است.

دادگاه استیناف با بررسی دقیق گزارش‌های کارشناسی و اسناد و مدارک موجود به این نتیجه می‌رسد که فرانس فان آنرات با عرضهٔ پیش‌ساز «تیودی گلیکول» به رژیم عراق نقش مهمی در تولید گاز خردل توسط این رژیم ایفا کرده است. حداقل ۳۸ درصد تولید عراق در این زمینه توسط متهم در سالهای ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۸ تأمین شده است. چنین مادّه‌ای از طریق انگلستان نیز در آن سالها به عراق ارسال شده است امّا در مقام مقایسه سهم متهم در این زمینه مهم و قابل توجه به شمار می‌رود. با وجود اینکه ارسال چنین ماده‌ای برای عراق توسط سایرین از سال ۱۹۸۴ به بعد متوقف گردید؛ لیکن متهم تا بهار ۱۹۸۸به ارسال ۱۱۱۶ تن از این ماده برای عراق

ادامه داده است و رژیم عراق در طی این سالها کاملاً به ارسال این ماده توسط متهم متکی بوده است.

در نهایت دادگاه استیناف با احراز معاونت متهم در جنایات جنگی ارتکابی رژیم عراق در استفاده از سلاح‌های شیمیایی، مجرمیت و لزوم مجازات وی را محرز تشخیص می‌دهد و با استناد به مواد ۸، ۱۰، ۴۹، ۵۷ و ۷۸ قانون جزا در زمان جنگ متهم را مستحق حداکثر مجازات حبس (۲۰ سال) در قوانین کیفری هلند قلمداد می‌کند.[۱۳] شایان ذکر است که در مرحله استیناف، دادستان معتقد بود که مجازات تعیین شده برای متهم در مرحله بدوی (۱۵ سال حبس) تناسب چندانی با اتهامات انتسابی به وی ندارد و این مجازات باید تشدید شود. به‌زعم دادگاه متهم در طول سالها و به‌صورت مستمر به معاونت خویش در استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی (گاز خردل) در جنگ با ایران و نیز علیه مردم عراق ادامه داده است. بی‌تردید رژیم بغداد با مبادرت به چنان اقداماتی مرتکب نقض‌های گسترده و فاحش حقوق بشر دوستانه بین‌المللی شده است، نقض‌هایی که متهم نیز در ارتکاب آنها سهم عمده‌ای داشته و امروز نیز به‌هیچ وجه از کرده خود ابراز ندامت و پشیمانی نمی‌کند. دادگاه استیناف با توجه به ماهیت وخیم و جدی نقض اصول حقوق بشر دوستانه توسط رژیم عراق و نقش مهم حمایتی متهم در آن، به‌این نکته اذعان داشت که قربانیان، بازماندگان و جامعه حقوقی بین‌المللی چه بهای هنگفتی بابت اقدامات متهم پرداخت کرده‌اند و اعمال مجازات شدید فقط می‌تواند بخشی از نتیجه آن اقدامات باشد. دادگاه ادامه می‌دهد که در تعیین مجازات جنبهٔ عمومی پیشگیرانه آن نیز باید ملحوظ نظر قرار گیرد. افراد و شرکت‌هایی که به تجارت بین‌المللی تسلیحات یا مواد خام قابل استفاده در این زمینه مبادرت می‌ورزند باید مراقب باشند که مبادا با اقدامات خویش در ارتکاب شدیدترین جنایات بین‌المللی سهیم شوند. دادگاه تنها واکنش مناسب و ضروری در این شرایط را تعیین مجازات حبس غیرقابل تعلیق برای مدّت زمان طولانی قلمداد می‌کند. نهایتاً دادگاه استیناف مجازات حبس متهم در مرحلهٔ بدوی (۱۵ سال حبس) را به ۱۷ سال حبس افزایش می‌دهد.

در مرحله رسیدگی استینافی درخواست جبران خسارت هریک از خواهانها به همان میزان ۶۸۰/۶۷ یورو توسط وکیل آنها مطرح شد که مورد ایراد وکلای متهم قرار گرفت. دادگاه اعلام داشت که اولاً در چارچوب رسیدگی کیفری در این مرحله، نمی‌تواند تفسیر شفاف و عاری از ابهام از قوانین ایران و عراق در مورد خواستهٔ خواهانها ارائه نماید. ثانیاً به‌زعم تردید جدی در مورد قابلیت اعمال قوانین ایران و عراق در مورد مزبور، حتی اگر قانون مدنی هلند نیز در مورد

---

۱۳. به اعتقاد دادگاه استیناف با وجود اینکه متهم جرایم مزبور را بیش از بیست سال قبل مرتکب شده و اینک وارد دوران کهولت (۶۵ سالگی) شده است و ظاهراً باید از تخفیف مجازات برخوردار شود، اما ماهیت عمل مجرمانه وی و آثار و نتایج ناشی از آن، چنان است که دادگاه نمی‌تواند تخفیف قابل توجهی در مجازات وی قائل شود.

جنبه حقوقی (مدنی) پرونده قابل اعمال می‌بود باز هم چنین کاری به‌سادگی امکان نداشت چرا که دعاوی خواهانها ماهیتی ساده و غیرفنی ندارد و به همین علت خارج از چارچوب پرونده کیفری اخیر قرار می‌گیرد. بنابراین با استناد به مواد ۳۳۲ تا ۳۳۷ قانون جزای هلند [قانون قبلی] و تفاسیر ارائه شده از آن توسط دولت که مورد حمایت پارلمان نیز قرار گرفته است می‌توان این‌چنین احتجاج نمود که رسیدگی به دادخواست ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه کیفری فقط در مواردی امکان‌پذیر است که جنبه مدنی مزبور ماهیتی ساده و شفاف داشته باشد. به‌واقع همین امر باعث شده است که در قانون آیین دادرسی کیفری فعلی برای میزان خواسته دادخواست ضرر و زیان ناشی از جرم نزد دادگاه کیفری سقف قائل شوند. بنابراین دادگاه استیناف با این نظر موافقت نکرد که حداکثر میزان غرامت مورد مطالبه تنها معیاری است که سادگی یک دعوای مدنی را به اثبات می‌رساند. بر همین اساس دادگاه استیناف دعوای جبران خسارت خواهانها را مسموع ندانست[۱۴] هرچند که به لحاظ عدم اعتراض متهم، حکم دادگاه بدوی در مورد پرداخت هزینه دادرسی را به نفع خواهانها ابرام نمود.

۱۴. اینکه دادگاه کیفری بخش شهر لاهه باید در این مورد به صدور قرار اناطه مبادرت می‌ورزید و یا اینکه هنوز امکان پیگیری دعاوی حقوقی مصدومان شیمیایی مزبور در دادگاههای حقوقی هلند امکان‌پذیر می‌باشد مستلزم بررسی دقیق‌تری است که در این مقال نمی‌گنجد.

نتیجه‌گیری

استفادهٔ بی‌محابا و مکرر عراق از سلاح‌های شیمیایی در دههٔ ۱۹۸۰ علیه شهروندان آن کشور و نیز علیه نیروهای نظامی و مردم غیرنظامی ایران جنایتی بین‌المللی بود که هیچ‌گاه از خاطرهٔ تاریخ محو نخواهد شد. هنوز مصدومان شیمیایی زیادی وجود دارند که در اثر جنایات ارتکابی رژیم بعث با مرگ دست و پنجه نرم می‌کنند. در این بین جامعه بین‌المللی هیچگاه نباید از اقدامات دولت‌ها و اشخاصی که به تسلیح شیمیایی عراق مبادرت کردند غافل شود و نقش مساعدت و معاونت آنها در جنایات بین‌المللی رژیم بعث را فراموش نماید. علاوه براین نباید از یاد برد که میان نفس عمل تجاوزکارانه رژیم بعث در حمله نظامی به جمهوری اسلامی ایران و استفادهٔ این رژیم از سلاحهای شیمیایی رابطه‌ای نزدیک وجود دارد. به‌تعبیر دیگر عدم واکنش مناسب شورای امنیت در قبال تجاوز نظامی عراق به ایران نقش انکارناپذیری در ترغیب اشخاص و دولتهای دیگر در تجهیز شیمیایی این رژیم و تحریک آن به استفاده از چنین سلاحهای مرگباری را داشته است.

تعقیب «فرانس فان آنرات» توسط دادستانی شهر لاهه به اتهام کمک آگاهانه و عامدانه به برنامهٔ شیمیایی عراق و محکومیت وی در مرحلهٔ رسیدگی بدوی (۲۳ دسامبر ۲۰۰۵) و استینافی (۹ می ۲۰۰۷) پیام‌های زیادی را با خود به‌همراه دارد. تعقیب فرانس فان آنرات هلندی توسط دستگاه قضائی آن کشور و محاکمه و مجازات وی، از یک‌سو استقلال و بی‌طرفی دستگاه قضائی آن کشور را به تصویر می‌کشد و از سوی دیگر هشدار به آنهایی محسوب می‌شود که با وجود معاونت در جنایات ارتکابی رژیم بعث عراق تاکنون به انحای مختلف از چنگال عدالت گریخته‌اند. در این پروندهٔ قضائی دادگاهی داخلی به‌صورت مستند و مستدل استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی را در حلبچه و در جنگ تحمیلی به‌صورت قضائی احراز نمود. هرچند حکم صادره حتی در سیستم قضائی هلند از اعتباری نسبی برخوردار است امّا تحقیقات گسترده دادستانی هلند و دقت دادگاه در ارزیابی بی‌طرفانه ادلّه موجود و استدلال قضائی آن در احراز مجرمیت آقای فرانس فان آنرات به رأی مزبور وزن و اعتباری داده که عملاً نه‌تنها در دیگر پرونده‌های قضائی مشابه در هلند، بلکه در سایر کشورها نیز می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. تشدید مجازات متهم از ۱۵ سال حبس به ۱۷ سال در مرحلهٔ رسیدگی استینافی و حکم به پرداخت غرامت به مصدومان نشان داد که در برخورد با آنان که زمینه و وسایل ارتکاب جنایات بین‌المللی را فراهم می‌آورند دادگاههای داخلی می‌توانند به دور از ملاحظات سیاسی با قاطعیت عمل کنند. تصریح دادگاه به اینکه قربانیان، بازماندگان و جامعه حقوقی بین‌المللی چه تاوان هنگفتی بابت معاونت فرانس فان آنرات در استفاده عراق از سلاحهای شیمیایی علیه ایران و مردم حلبچه متحمل شده‌اند از یک‌سو بر نقش معاونت در ارتکاب برخی جنایات بین‌المللی و آثار

فجیع آن اشاره دارد و از سوی دیگر دستگاه قضائی هلند را نماینـده کـل جامعـه بـین‌المللـی در تعیین و اعمال مجازات قلمداد کرده است.

در حکم دادگاه استیناف لاهه در مورد فرانس فان آنرات به‌صراحت اشاره شده اسـت کـه برخی از دیگر اشخاص در ایتالیا، ژاپن، امریکا، سوئیس، سـنگاپور، اردن و... در تجهیـز شـیمیایی عراق در دهۀ ۱۹۸۰ نقش داشته‌اند.

اگر نتوان اشخاص متهم به معاونت در استفاده عراق از سـلاح‌هـای شـیمیایی در جنـگ تحمیلی را به لحاظ موانع صلاحیتی در مراجع بین‌المللی تحت تعقیب قـرار داد و اگـر بـه لحـاظ وجود گذشت بیش از بیست سال از تاریخ آخرین استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی علیه ایران به لحاظ ایراد مرور زمان نتوان در برخی از کشورها متهمین را تحت تعقیب قرار داد یا مـسئولیت مدنی آنها را جهت جبران خسارات وارده مطرح نمود؛ امّـا هنـوز نمـی‌تـوان در تمـام کـشورهای ذی‌ربط مصدومان شیمیایی جنگ تحمیلی را صرفاً دارای حقوق غیرقابل استیفاء قضائی دانـست. اینکه آیا هنوز باید منتظر ماند تا مانند پرونده فرانس فان آنـرات دادسـتانی کـشوری خـاص بـه تعقیب متهمی معین به جرم معاونت در جرایم ارتکابی رژیم عراق علیه مردم ایران مبـادرت ورزد و پس از آن در جمع‌آوری ادلّه به کمک آن دادستانی بشتابیم یا اینکه باید با آموختن درس‌هـای لازم از پروندۀ فرانس فان آنرات فراتـر از شـعارهای سیاسـی و گریـستن در شـهادت مظلومانـه مصدومان شیمیایی، در مراجع قضائی خارجی در مقام احقاق حـق قربانیـان کـاربرد سـلاح‌هـای شیمیایی توسط رژیم بعث برآئیم پاسخ چندان دشواری ندارد. به‌نظر می‌رسد بیست سال درنـگ و تعلل برای کشف پاسخ این سؤال و اقدام براساس آن زمان چندان کوتاهی نباشد.

JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL IN THE HAGUE

LJN: BA6734, Gerechtshof 's-Gravenhage, 2200050906-2 Print uitspraak

Datum uitspraak:	09-05-2007
Datum publicatie:	08-06-2007
Rechtsgebied:	Straf
Soort procedure:	Hoger beroep
Inhoudsindicatie:	Vertaling arrest Van Anraat. Translation Van Anraat.

Uitspraak

LJN: BA4676, Court of Appeal The Hague, 2200050906 - 2

Date of judgment: 9 May 2007
Date of publication: 9 May 2007
Legal area: Criminal law
Proceedings: Appeal
Indications of contents: The criminal proceedings against Van Anraat: The defendant is an accessory to the violation of the laws (and customs) of war by the rulers in Iraq on account of supplying them considerable quantities of raw materials for the production of mustard gas during a period of several years. Sentenced to a term of imprisonment of seventeen years.

Pronouncement of the Court's decision
Cause-list number: 22-000509-06
Public Prosecutors' Office number: 09-751003-04
Date of judgment: 9 May 2007
JUDGMENT IN A DEFENDED ACTION

The Court of Appeal in The Hague
Three-judge section for criminal matters

Judgment

rendered in the appeal case against the sentence of the District Court in The Hague of 23 December 2005, in the criminal case against the defendant:

[defendant],
born in [place of birth] on [date of birth] 1942,
at present detained at Haaglanden Penitentiary [Penitentiaire Inrichting Haaglanden], Remand Prison [Huis van Bewaring] “Zoetermeer” in Zoetermeer.

1. Investigation of the case

This judgment has been rendered as a result of the investigation at the court sessions in the first instance and the investigation at the court sessions of the Court of Appeal on 9 October 2006 and – after interlocutory judgment on 23 October 2006 – on 2, 4, 11, 16 and 25 April 2007.
The Court has taken notice of the punishment demanded by the Advocate General and of the comments made by the defendant himself and by the defence counsels on behalf of the defendant.

2. Charges

The defendant has been charged with the facts as mentioned in the initiatory writ of summons, and as described or altered by respectively the Public Prosecutor and the Advocate General during the court sessions and during the appeal, being:

Count 1, principally:

that

Saddam Hussein Al-Tikriti and/or

Ali Hasan Al-Majid Al-Tikriti and/or

Hussein Kamal Hassan Al-Majid and/or

(an)other person(s) (who so far has/have remained unknown)

on or around 5 and/or 6 June 1987 and/or August 1988 in Zewa situated in Iraq and/or

on or around 16 March 1988 in Halabja,

situated in Iraq and/or

on or around 3 May 1988 in Goktapa (Gukk Tapah)

situated in Iraq and/or

on or around 25 August 1988 in Birjinni (Bergin)

situated in Iraq

in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq,

together and in conjunction with (an) other(s),

in any case in conspiracy,

(again and again) with the intention to completely or partially wipe out a national or ethnic group as such, intentionally has/have killed members of the group and/or inflicted grievous bodily and/or mental harm by then and there,

together and in conjunction, in any case in conspiracy,

in Iraq (in Zewa and/or Halabja and/or Goktapa (Gukk Tapah) and/or Birjinni (Bergin) and/or

(an) other place(s)

(intentionally) used chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) against persons, belonging to (part of) the Kurdish population group (in the country side and/or in Halabja) in Northern Iraq who were present then and there,

as a result of which those persons from (part of) that Kurdish population group (in the country side and/or in Halabja) have died and/or suffered grievous bodily and/or mental harm ((among other things) existing in that those persons from (part of) that Kurdish population group (in the country side and/or in Halabja) have found themselves in a (permanent) situation of (serious) fear) to commit said crime(s), defendant and/or his co-perpetrator(s) together and in conjunction, in any case alone,

at (one) (more) point(s) in time in the period between 19 April 1984, through 25 August 1988 in Den Helder and/or

Zoetermeer and/or

Rotterdam, in any case in The Netherlands

and/or in Baghdad

and/or in Samara, in any case in Iraq,

and/or Lugano, in any case in Switzerland

and/or in Antwerp, or in any case in Belgium

and/or in Milan and/or in Trieste, in any case in Italy

and/or in Luxemburg-City, in any case in Luxemburg

and/or in Baltimore, in any case in the United States of America

and/or in Tokyo and/or Osaka, in any case in Japan

and/or Singapore

and/or in Aqaba, in any case in Jordan

intentionally provided the opportunity and/or means and/or information to commit these crimes by then and there intentionally supplying Thiodiglycol (TDG) and/or Phosphoroxychlorid (POCL3) and/or other precursors intended for the production of chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) to (the Republic of) Iraq

and/or by supplying materials to (the Republic of) Iraq in order to construct (a) factory(ies) for the production of chemical weapons (Al-Muthanna State Establishment)

and/or by giving advise to (the Republic of) Iraq for the production of chemical weapons.

(Article 1 Genocide Convention Implementation Act in conjunction with Article 48 Penal Code)

and/or

count 1. alternatively: if and in so far as the above should or could not lead to a conviction:

that

Saddam Hussein Al-Tikriti and/or

Ali Hassan Al-Majid Al-Tikriti and/or

Hussein Kamal Hassan Al-Majid and/or

(an)other person(s) (who so far has/have remained unknown),

on or around 5 and/or 6 June 1987 and/or August 1988 in Zewa situated in Iraq and/or

on or around 16 March 1988 in Halabja,

situated in Iraq and/or

on or around 3 May 1988 in Goktapa (Gukk Tapah)

situated in Iraq and/or

on or around 25 August 1988 in Birjinni (Bergin)

situated in Iraq

in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq,

together and in conjunction with (an) other(s), (again and again) has/have violated the laws and customs of war,

while that offence/those offences (again and again) resulted in the death of (an)other(s) and/or

that offence/those offences (again and again) inflicted grievous bodily harm on (an)other(s)

and/or that offence/those offences (again and again) was/were (an) expression(s) of a policy of systematic terror or wrongful actions against the whole population or a specific group thereof,

by then and there contrary to international customary law (in particular the prohibition on the use of chemical weapons and/or the prohibition on the use of poison or poison weapons and/or the prohibition on the use of asphyxiating, poisonous or other gases and/or the prohibition on inflicting unnecessary suffering and/or the prohibition on carrying out attacks which do not distinguish between military and civilians)

and/or the stipulations of the Geneva Gas Protocol (1925)

and/or the stipulations of Article 147 of the Geneva Convention on the Protection of Civilian Persons in Time of War ("Fourth Geneva Convention", 1949)

and/or the stipulations of the "common" Article 3 of the Geneva Conventions of 12 August 1949,

(as members of the Government (of the Republic) of Iraq) belonging to one of the fighting parties in a state of war

and/or in a (non-international and/or international) armed conflict

several times at places in the territory of Iraq (intentionally) using chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) against persons who were present then and there

and as a result of which those persons have died and/or suffered grievous bodily harm

and/or by (systematically) terrorizing (part of) that Kurdish population group (while those chemical weapons were (also) used against persons who did not directly participate in the hostilities,

being civilians from Zewa and/or Halabja and/or Goktapa (Gukk Tapah) and/or Birjinni (Bergin), in any case civilians in Northern Iraq

and/or the use of those chemical weapons involved the cruel and/or inhuman treatment and/or mutilation of these persons and/or purposely caused serious suffering to these persons) and

to commit said crime(s), defendant and/or his co-perpetrator(s)

together and in conjunction, in any case alone,

at (one) (more) points(s) in time in the period between 19 April 1984 through 25 August 1988

in Den Helder and/or Zoetermeer and/or Rotterdam, in any case in The Netherlands

and/or in Baghdad and/or in Samara, in any case in Iraq,

and/or Lugano, in any case in Switzerland

and/or in Antwerp, or in any case in Belgium

and/or in Milan and/or in Trieste, in any case in Italy

and/or in Luxemburg-City, in any case in Luxemburg

and/or in Baltimore, in any case in the United States of America

and/or in Tokyo and/or Osaka, in any case in Japan

and/or Singapore

and/or in Aqaba, in any case in Jordan

intentionally provided the opportunity and/or means and/or information to commit these crimes by then and there intentionally supplying Thiodiglycol (TDG) and/or Phosphoroxychlorid (POCL3) and/or other precursors intended for the production of chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) to (the Republic of) Iraq

and/or by supplying materials to (the Republic of) Iraq in order to construct (a) factory(ies) for the production of chemical weapons (Al-Muthanna State Establishment)

and/or by giving advice to (the Republic of) Iraq for the production of chemical weapons.

(Article 8 Criminal Law in Wartime Act in conjunction with Article 48 Penal Code)

Count 2.

that

Saddam Hussein Al-Tikriti and/or

Ali Hassan Al-Majid Al-Tikriti

and/or Hussein Kamal Hassan Al-Majid and/or

(an)other person(s) (who so far has/have remained unknown)

on or around 13 and/or 14 February 1986 and/or

27 February 1986 at (approximately) 40 kilometres south of Abadan, in any case in the surroundings of Abadan situated in Iran, and/or

on or around 10 and/or 11 April 1987 in Khorramshar

situated in Iran and/or

on or around 16 and/or 21 April 1987, in any case in April 1987, in Alut situated in Iran and/or

on or around 28 June 1987 in Sardasht and/or in Rash Harmeh (in the immediate surroundings of Sardasht) situated in Iran and/or

on or around 22 July 1988 in Zardeh situated in Iran and/or

on or around 2 August 1988 in Oshnaviyeh situated in Iran,

in any case at one (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iran,

together and in conjunction with (an) other(s), (again and again) has/have violated the laws and customs of war,

while that offence/those offences (again and again) resulted in the death of (an)other(s)

and/or that offence/those offences (again and again) inflicted grievous bodily harm on (an)other(s),

by then and there, contrary to

international customary law (in particular the prohibition on the use of chemical weapons and/or the prohibition on the use of poison or poison weapons and/or the prohibition on the use of asphyxiating, poisonous or other gases and/or the prohibition on inflicting unnecessary suffering and/or the prohibition on carrying out attacks which do not distinguish between military and civilians) and/or

the stipulations of the Geneva Gas Protocol (1925) and/or

the stipulations of Article 147 of the Geneva Convention on the Protection of Civilian Persons in Time of War ("Fourth Geneva Convention", 1949)

(as members of the Government (of the Republic) of Iraq) belonging to one of the fighting parties in a state of war and/or in an (international)

armed conflict

several times at places in the territory of Iran, (intentionally) using chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) against persons (military and/or civilians) who were present then and there,

and as a result of which those persons (military and/or civilians) have died and/or suffered grievous bodily harm

(while those chemical weapons were (also) used against persons who did not directly participate in the hostilities, being civilians from Khorramshar and/or Alut and/or Sardasht and/or Rash Harmeh and/or Zardeh and/or Oshnaviyeh, in any case civilians in Iran,

and/or the use of those chemical weapons involved the cruel and/or inhuman treatment and/or mutilation of these persons (military and/or civilians) and/or purposely caused serious suffering to these persons (military and/or civilians)).

to commit said crime(s), defendant and/or his co-perpetrator(s)

together and in conjunction, in any case alone,

at (one) (more) points(s) in time in the period between 19 April 1984 through 25 August 1988

in Den Helder and/or Zoetermeer and/or Rotterdam, in any case in The Netherlands

and/or in Baghdad and/or in Samara, in any case in Iraq, and/or

Lugano, in any case in Switzerland and/or

in Antwerp, or in any case in Belgium and/or

in Milan and/or in Trieste, in any case in Italy and/or

in Luxemburg-City, in any case in Luxemburg, and/or

in Baltimore, in any case in the United States of America and/or

in Tokyo and/or Osaka, in any case in Japan

and/or Singapore and/or

in Aqaba, in any case in Jordan,

intentionally provided opportunity and/or means and/or information to commit these crimes,

by then and there intentionally supplying Thiodiglycol (TDG) and/or Phosphoroxychlorid (POCL3) and/or other precursors intended for the production of chemical weapons (mustard gas and/or nerve gas(es)) to (the

Republic of) Iraq

and/or by supplying materials to (the Republic of) Iraq in order to construct (a) factory(ies) for the production of chemical weapons (Al-Muthanna State Establishment)

and/or by giving advise to (the Republic of) Iraq for the production of chemical weapons.

(Article 8 Criminal Law in Wartime Act in conjunction with Article 48 Penal Code)

Copies of the initiatory writ of summons and the demands for a further description of the charges and the amendment to the charges have been inserted into this judgment.

3. Course of the proceedings

In the judgment of the court of first instance the summons was invalidated on certain parts of the charges under count 1 principally, count 1 alternatively and count 2, regarding the phrase “in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq”. The defendant was acquitted of the charges under count 1 principally, while he was convicted on account of the charges under count 1 alternatively and count 2 and sentenced to a term of imprisonment of 15 years less the period spent in pre-trial detention. Furthermore a decision was taken concerning the claims of the injured parties and the articles seized before judgment as described in the sentence of the present case on appeal.

Both the defendant and the public prosecutor lodged an appeal against the sentence of the court of first instance.

4. Nullity of the summons

The defence put forward the plea of nullity against the summons concerning the period represented in counts 1 and 2 “in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq”, as well as against the place indications represented (alternatively) in counts 1 and 2 “in any case in Iraq” (count 1) and “in any case in Iran” (count 2). The defence argued that they could not defend themselves against this accusation, because this period and these places had been represented in such general terms that the defence could not understand what the writer of

the charges actually meant.

Furthermore the defence argued that after the insertion of the words "in any case in conspiracy", the indictment is hard to understand and self-contradictory. On the one hand it seems to refer to the main offences that have been committed together and in conjunction. On the other hand, in count 1-principally the defendant is charged with conspiracy, a preparatory offence, which is hard to combine with offences that have already been committed.

The Court considers the following.

The Court is of the opinion that the attacks as such do not directly refer to the acts that the defendant has been charged with, but to the acts of the Iraqi regime.

However, against the background of the case file, the above mentioned period and place indications have been represented in such an indefinite manner that it does not become sufficiently clear to the defendant against what he should defend himself.

With respect to the phrase “in any case in conspiracy” the Court considers that since no further description has been given in the charges, it does not become clear what the defendant is actually charged with on account of that phrase.

For that reason the indictment with regard to the above mentioned period and place indications, as well as the phrase “in any case in conspiracy”, do not satisfy the requirements of Article 261 of the Code of Criminal Procedure and therefore the writ of summons of first instance will have to be invalidated regarding the periods and places indicated in counts 1 and 2, “in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq”, “in any case at (one) (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iran”, as well as regarding the phrase “in any case in conspiracy”.

5. Judgment of the sentence of the court of first instance

The Court of Appeal has partly reached the same conclusions, although partly based on different grounds. Therefore the Court will reverse the sentence of the court of first instance.

6. The public prosecution's entitlement to proceedings

The defence pleaded to bar the prosecution because of lack of a fair trial. Concisely summarized, the counsel for the defence has brought forward the following arguments.

6. 1 Equality of arms

The defence claims that their (financial) means in this case have been largely insufficient, as a result of which they plead the infringement of the right to a fair trial and a violation of the equality of arms principle.

The defendant is assisted by his two counsels on the basis of assignment of legal assistance; recently the Legal Aid Board tightened its standards for legal assistance, stating that the counsels could only act on behalf of their client in replacement of the other and therefore they actually receive half of the fee.

This lack of financial means is even more serious because the present case concerns offences that were allegedly committed approximately 20 years ago in an other part of the world with a totally different culture and because the investigation was carried out in many countries all over the world. For that reason the defence has not had a reasonable chance to conduct an independent investigation, to exercise the necessary influence on the evidence gathered by the Public Prosecution Service and the National Criminal Investigation Department (who seemed to have unlimited means available) and so they claim that they could not put forward a defence with equal means as those that were available to the Public Prosecution Service. Therefore they argue that they had a substantial backlog as opposed to the Public Prosecution Service.

The Court considers the following.

It should be handed to the defence that the present criminal case has exceptional proportions, partly because of its international dimensions and the fact that the offences (serious international crimes) would have taken place decades ago and mainly in a non-European country. In hearing such a case, especially when the police and the Public Prosecution Service apparently have ample (extra) financial means available for the execution of their tasks, one should make sure that the defence does not end up in a

relatively disadvantageous position. This could be true if the present rules for financed legal aid should not acknowledge the special nature of this case. According to the Court, from this special nature arises the need for a defence carried out by two counsels working closely together, which indeed they did, also during the hearings. Moreover the defence brought forward, in general terms, a number of other aspects that hindered them in the performance of their duties, for lack of financial room.

First of all the Court concludes that the resulting practical problems, also due to the conscientious way in which the defence counsels performed their duties, did not represent any obstacle for them in the sense that they were almost always able to personally attend the numerous witness examinations conducted by the examining magistrate, which took place at many different locations in the world. Furthermore, in this case that has lasted for more than two years, the defence has had sufficient possibilities to bring forward their own requests for investigative activities and – depending on the assessment based on legal criteria by the first instance court and the Appeals Court – the defence has been able to carry out these further activities concerning subjects that they wished to investigate in the interest of their client. In view of the above, the Court is of the opinion that neither the arguments brought forward by the defence, nor otherwise the infringement of the right to a fair trial has become evident, nor that a violation of the equality of arms principle has taken place.

6. 2 Witnesses

During the counsel's speech the defence pleaded for an infringement of the right to a fair trial, because the following witnesses have not been heard; furthermore the defence submitted a request (once again) to hear those witnesses:

1. [Director of SEORGI]
2. [General Director of MSE]
3. [Iraqi witness 1]
4. [Iraqi witness 2]
5. [Iraqi witness 3]
6. [Iraqi witness 4]

7. [Iraqi witness 5]
8. Ali Hasan Al-Majid Al-Tikriti
9. Saddam Hussein Al-Tikriti
10. [former employee UNSCOM]
11. X and Y
12. [defendant's business partner]
13. [leader of the investigative police team]
14. [contact person AIVD 1]
15. [contact person AIVD 2]
16. Prof. Elffers
17. [defendant's ex-wife]
18. [expert witness]
19. [Ambassador of Iraq in the Netherlands]

Regarding the above mentioned witnesses, the Court pronounced a decision taken on the grounds as put forward in the interlocutory judgment of 23 October 2006, also taking into account the following considerations.

Regarding witnesses 1 and 2, in his official report of findings dated 19 December respectively 21 December 2006, based on the investigation conducted by the examining magistrate himself, as well as by the National Criminal Investigation Service, the examining magistrate concluded that it is not likely that these witnesses can still be heard. For that reason, the Court holds the opinion that it is not likely that these witnesses can be examined within an acceptable time-limit.

The requests for the examination of witnesses 3 up to and including 7 and 11 up to and including 18 have already been dismissed by the Appeals Court in the aforesaid interlocutory judgment. Regarding the witnesses 3 – 7 the Court ruled that it would be unlikely that these witnesses could be heard within an acceptable time-limit. Concerning witness 12 the Court considered that this witness had already been heard by the examining magistrate, as well as during the hearing in the first instance court (in the presence of the defence). Regarding witness 17 the Court considers that this witness had already been heard by the examining magistrate in the first instance in the presence of the counsel for the defence of the defendant.

With respect to the last two witnesses mentioned above the Court also

considers that it has not become evident what questions should (still) be put to these witnesses in relation to the facts that the Court needs to investigate, nor that there are circumstances that would require a (further) examination. In the counsel's speech the defence did not mention any facts or circumstances that could lead to another judgment regarding all the witnesses referred to in the above.

With regard to witness 8 the Appeals Court has taken a decision during the hearing of the case on appeal on 16 April 2007, which decision includes the fact that it is not likely that the witness will be heard within an acceptable term. Furthermore, in their reply by rejoinder the defence argued that it can be blamed on the inactivity of the Public Prosecution Service that the defence has not been able to question this witness, which is of importance in view of the fact that this witness could possibly have given a disculpatory statement about the defendant.

It should be handed to the defence that a large period passed since 23 October 2006, the date of the interlocutory judgment, when the Court requested the examining magistrate to verify the possibilities to hear or put questions to this witness at short notice, and 30 March 2007, the date that the Public Prosecution Service sent a request for legal assistance to the Iraqi authorities, while in the perception of the Court in that period no other activities have been carried out that were meant to meet with the request of the Court. However, the Court considers that this should not lead to further consequences, even more because in the rejoinder the defence did not draw any conclusions from its observations.

Witness 9 has died in the meantime.

In respect of witness 10 the following facts have been established. In his capacity as Unscom employee, the witness himself and/or together with others interviewed the defendant in October 1994, apparently about his role as supplier of chemical substances to Iraq.

As appears from one of the two letters submitted by the Public Prosecution Service on 20 April 2007, at the time of the interview the defendant gave evasive answers, whereby he apparently tried "to avoid self-implication", as the witness himself wrote in his letter.

The witness has made notes of that conversation. During the rejoinder

the defence requested to insert these notes into the case file and to examine the witness about these notes in relation to the possibility that these might contain disculpatory paragraphs for the defendant.

The Court concludes that the defence has not brought forward any facts or circumstances that might show the necessity of hearing this witness (as yet). In reaching this conclusion the Court has also taken into account the fact that the notes of the conversation in the above mentioned letter written by the witness himself are more of an incriminating nature, rather than disculpatory. For that matter the Court will not use the letters of this witness as evidence. For the same reason the Court does not find it necessary to include the notes of the witness into the case file.

Regarding witness 16, the Court will explain its considerations in paragraph 12.1.5 below.

On 4 April 2007, the Court already decided it was not necessary to hear witness 19. The defence did not bring forward any facts or circumstances that might lead to another conclusion.

Considering the facts and circumstances in the above, at this moment the Court does not see the necessity to hear these witnesses and therefore rejects these requests.

The defence also pleaded that the consequence of not hearing these witnesses is that their eventual incriminating statements cannot be used as evidence and that the testimony given by witness 12 seems very incredible and unreliable and for that reason these statements cannot be used as evidence either.

Subsequently, seen the above facts and circumstances, the Court is of the opinion that, whatever may come of it, in any case concerning witnesses 3 – 7, 12 and 17 the arguments of the defence need to be dismissed, because there are no legal rules that oppose the use of the statements of these witnesses as evidence in this case, with due observance of the necessary cautiousness. Moreover, under item 11.8 the Court will motivate its opinion on the credibility and reliability of witness 12.

6. 3 Violation of the equality principle

During the hearing the defence argued that the Public Prosecution

Service had acted contrary to the ban on arbitrariness and/or the equality principle, at any rate that it had not made a reasonable and fair weighing up of interests in deciding to prosecute the defendant. The defence, concisely summarized, put forward the following arguments.

The Public Prosecution Service did decide to start criminal proceedings against the defendant, but did decide not to prosecute (the witnesses) [defendant's business partner] and [director of the technical department of SEORGI] and furthermore the PPS decided to release [defendant's contact person at the Banca del Gottardo] from custody after his apprehension and examination, knowing that he would no longer be available for prosecution in person.

Other countries and companies were guilty of supplying to Iraq, which supplies can be compared to the accessory actions that the defendant has been charged with. This appears from the documents (letters of credit from the years 1982 through 1984), that show similar supplies by [company 1] and [company 2] of 900 tons of TDG and 400 tons of SOCL2 and 1850 tons of SOCL2 respectively.

The Court draws the following conclusions.

Actually the plea to the equality principle can only be valid when it has become apparent that both according to feasibility (the real chance estimated by the Public Prosecution Service that the proceedings that they have started will indeed lead to a conviction) as well as according to opportunity (the advisability to be determined by the Public Prosecution Service to commence a legal action against a certain defendant), these cases totally correspond with the case against the defendant. Two of the three persons mentioned by the defence do not have the Dutch nationality; and (as far as the Court is aware) all three do not reside in the Netherlands. Although they did have contact with the defendant and/or worked together with him in relation to the practices that he has been charged with, none of them is regarded to (eventually) have had a part in the offences that the defendant has been charged with and that can in any way be compared to the role of the defendant. For that reason it has not become plausible that regarding the aforesaid persons, potential criminal cases could be started similar to the case against the defendant, even more because the defence has not brought

forward any facts or circumstances that could support the commencement of such proceedings.

Furthermore, the Court considers that the supplies from [company 1] and [company 2], in so far as it can be established with any certainty that these were related to precursors for the production of combat gasses including mustard gas, according to the documents took place in or around the period from 1982 to 1983, while the supplies from the defendant allegedly took place years later, and therefore much less time before the attacks occurred as described in the charges.

The court deems that it cannot be excluded that this discrepancy would be of (considerable) influence on the feasibility of a potential legal action against the companies in question, and the question whether they can demonstrate any causal relationship between the supplies from the companies referred to by the defence and the attacks that occurred (years later).

Given those circumstances, the court believes that it has not become evident at all that these cases can be compared with the present case against the defendant, even more because the defence has not brought forward any facts or circumstances that could lead to another opinion.

The Court dismisses this plea.

6. 4 Plea contesting the conduct of the AIVD [Dutch National Intelligence and Security Service] and the violation of the nemo tenetur principle by the government

The defence pleaded for the disallowance of the Public Prosecution Service and/or a remission of the sentence pursuant to article 359a of the Code of Criminal Procedure because – concisely summarized – the public prosecutor together with the AIVD (claiming that the AIVD exceeded its powers) intentionally created a ground for suspicion against the defendant on account of the offences that he has been charged with in the meantime. Therefore they argue that the defendant has been manoeuvred into a position whereby he could or would make himself liable to prosecution, by letting him cooperate in a televised interview that was broadcasted on 6 November 2003, during the television program called Network.

Regarding this matter the Court has the following considerations.

Based on the statements made by the defendant himself and also based on other facts, the Court does not think it can be excluded that the defendant already had regular contact with officers of the AIVD before 6 November 2003.

However, the Court wants to observe that during the trial on appeal the defence did not bring forward any further circumstances that presented grounds for the allegation that there had been contact between the Public Prosecution Service (or police officers operating under the authority of the PPS) and the AIVD before the date mentioned above. Furthermore, the factual correctness of the observation made by the court of first instance at the hearing of 16 March 2005, about the fact that the public prosecutor stated that there had been no contact between the Public Prosecution Service (and the police) and the AIVD, has not been sufficiently verified by the defence. Therefore the Court does not consider that this kind of contact has become evident. This judgment is not altered by the fact that none of the AIVD officials were interviewed on this matter. The Court wishes to add in this respect that the chance that such an interview could indeed take place cannot be considered very large, seen that Mr. [Deputy Chief]of the AIVD did not receive permission from his superiors to give evidence.

In as far as it should even be assumed that the AIVD incited the defendant or gave him a misleading advice to cooperate in the televised interview concerned, the Court wishes to observe that it has not been clearly stated – neither by the defendant himself – nor has it become evident that the defendant, seen the fact that there was no obligation involved, did not render his cooperation to this program of his own free will. What's more, if there had been a case of any confidence inspired by the AIVD concerning the defendant's safety, meaning that he would not risk being prosecuted, or if there had been a case of unlawful action on behalf of the AIVD, this could not directly be contributed to the responsibility of the Public Prosecution Service, considering the strict separation of duties between the PPS and the AIVD, for the latter is not an investigative service under the responsibility of the Public Prosecution Service.

Moreover, the Court concludes that the contents of the televised

interview, except for being the cause for the start of criminal proceedings against the defendant, did not play any role of importance in the course of the case, which means that the contents were not used as evidence whatsoever.

For that reason the Court believes that the Public Prosecution Service did not intentionally commit a gross violation of the principle of due process, nor did it violate the nemo tenetur principle (the principle that nobody is obliged to cooperate to his own conviction) and consequently the plea by the defence for disallowance of the Public Prosecution Service and/or a remission of the sentence is rejected.

Furthermore, the Court is of the opinion that no other circumstances have come forward that could lead to the assumption that gross violation of the principles of due process have taken place that, by intentional disregard of the interests of the defendant, allegedly caused a violation of his right to a fair trial. Therefore the Court dismisses this plea.

7. Acquittal of the principle charge under count 1

Concisely summarized, the principle charge under count 1 accuses the defendant of having assisted Saddam Hussein and his people as an accessory to carry out attacks with chemical weapons in 1987 and 1988 on a number of places in Northern Iraq. The defendant's assistance allegedly consisted of supplying the chemical substances for those chemical weapons. The said attacks caused many people to die and/or suffer grievous bodily harm.

Saddam Hussein and his people are said to have carried out these attacks with the intention to partially or totally destroy the Kurdish population group.

For that reason the Public Prosecution Service believes that the defendant is guilty of being an accessory to genocide.

Article 1 of the Genocide Convention Implementation Act stipulates that, as far as relevant in this case, a person who intentionally kills members of an ethnic group, causes severe bodily harm or places such a group under certain living conditions that are aimed at their total or partial physical destruction, with the intention to partially or totally destroy that population group, is guilty of genocide.

In the judgment of the question whether it can be proven that the defendant is liable to punishment on account of the actions he is charged with in the present criminal proceedings, the following issues should be considered.

A. Is it possible to deduct from the evidence whether the actions described in the indictment – concisely summarized – the air attacks with mustard gas carried out by the Iraqi regime (the perpetrators), were indeed the consequence of the intention (hereafter: the genocidal intention) to partially or totally destroy the Kurdish population group in (Northern) Iraq as such?

B. Article 48 of the Penal Code stipulates inter alia that persons who intentionally provide the opportunity, means or information necessary to commit criminal offences are considered to be accessories to those crimes. From the text of this article follows that the intention of the accessory should be focussed on all component parts of the crime under consideration. Consequently the question that needs to be answered is the following: to what extent is the Dutch criminal court entitled to apply Dutch law in judging the requirement of intention in the present case and to what extent should it (also) consider the application of international criminal law?

C. (If the answer to question A would be affirmative,) was the purpose of the defendant (also) focussed on the – possible – genocidal intention of the perpetrators?

Re A. The Court considers that, in answering the question whether the perpetrators had a genocidal intention, other completed actions committed by the perpetrators against the population group involved should also be taken into account. Although the aforesaid population group does not appear as such in the indictment, they do come forward from documents in the case file, especially from the reports inserted under H 74 and H 75, which were drawn up by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights of the United Nations, Mr. Van der Stoel, even if these actions as such do not (all) fulfil the description of the crime referred to as genocide. From a number of documents, including the afore mentioned reports and statements in the case file, it appears that the offences put forward in the charges refer to the air attacks that were carried out partly during the so-called Anfal

Campaign by or under the command of the perpetrators. Moreover, they show that those attacks, however horrifying and shocking they were, formed part of a considerably larger complex of many years of actions against the Kurds in the Northern Iraqi territory, which is mainly inhabited by the Kurdish population. Apparently these actions involved the systematic destruction of hundreds of Kurdish villages. Hundreds of thousands of Kurdish civilians were chased from their home towns and deported to other places and tens of thousands of Kurds were killed. In one of his reports, Van der Stoel described the policy that constituted the basis for the so-called Anfal Campaign, as a policy that without a doubt had the characteristics of a genocidal design.

In view of the said facts and circumstances, the Court believes that the actions taken by the perpetrators, in any case even the ones that have not been included in the charges, as outlined in the above, as to their nature at least produce strong indications that the leaders of the Iraqi regime, also regarding the actions that have been put down in the charges, let themselves be guided by a genocidal intention with regards to at least a substantial part of the Kurdish population group in (Northern) Iraq.

Nevertheless, the Court deems that a final judicial judgment regarding the important as well as internationally significant question whether certain actions by certain persons as mentioned in the charges should be designated as genocide, deserves a better motivated judgment (which should be based on conclusive evidence) than the one on which the Court was able to establish its observation.

The Court would like to point out in this respect that Mr. Van der Stoel, in his capacity as witness, stated that he based his reports on human rights violations in Iraq (H 74 and H 75), reports which in this case should be regarded as highly relevant, on “a large stream of documents, fourteen tons” while, except for some annexes to those reports, there are no documents in the case file from which the findings and conclusions of the Special Rapporteur can be directly deduced and that could serve as evidence in these criminal proceedings to prove the offence of genocide with a sufficient degree of certainty.

In view of the consideration following hereafter under C, the Court

thinks that only these observations need to be stated, and that any other observations could only be qualified as ‘unnecessarily’.

Re B. The international aspects of the case under consideration have given the Court cause for a focus on international criminal law, especially when answering the question whether the defendant had the legally required degree of intention in committing the offences that he has been charged with. In this respect the Court concludes that, especially regarding the question which degree of intention is required for a conviction on account of complicity in genocide, international criminal law is still in a stage of development and does not seem to have crystallized out completely. The main question, which has not yet been answered unanimously in all respects, is whether the accessory must have “known” that the perpetrator acted with a genocidal intention or that a lesser degree of intention is sufficient, compared to or similar to the conditional intention as accepted in the Dutch legal system, or in other words: willingly and knowingly accepting the reasonable chance that a certain consequence or a certain circumstance will occur. The Court wishes to add that it holds the opinion that the legal history of the International Crimes Act does not provide an unambiguous answer for this matter either. Seen the fact that a ruling by the Court on this matter – notwithstanding the circumstance that such a ruling could possibly make a contribution to the development of law -, in view of the following consideration could not produce more than an ‘obiter dictum’ which in the eyes of the Court does not fit in with the decision on the case concerned, the Court has decided to leave this question for what it is.

Re C. When answering the above mentioned question, it is important to focus on the circumstance whether especially those actions carried out by the perpetrators that have not been included in the charges contribute to the credibility of the fact that these perpetrators did have genocidal intentions.

The Court takes the grounds that the case file does not include enough facts and circumstances which, with a sufficient degree of certainty, could lead to the assumption that the defendant, before or during the time of his actions in any way had knowledge about those actions of the perpetrators that have not been included in the charges, neither that he could reasonably suspect that these would occur or had occurred, nor did it become apparent

that the defendant, in those days, had any other relevant information from which he could have concluded the genocidal intention of the perpetrators. In this respect the Court has taken into account that, as appears from the documents, the Iraqi authorities kept their actions against the Kurds away from publicity as much as possible. (Consequently) even a number of Dutch ambassadors, who were assigned to Bagdad at that time, as evidenced by their statements, appeared to have had no knowledge about the things that were actually happening to the Kurds.

Based on the above, the Court has come to the conclusion that it has not been established with a sufficient degree of certainty that the defendant, before or during this actions, disposed of the information that could give him the knowledge that by acting the way he did, which actions he has been charged with in the present proceedings, he would be assisting the perpetrators in the fulfilment of this alleged genocidal intention, or that could have made him aware that he willingly and knowingly accepted that reasonable chance. Seen that this criteria of intention, which is regarded as minimal, (also from an international criminal law point of view) has not been met, the Court believes that it has not been legally and convincingly proven that his intentional act, not even in a conditional way, was also targeted at the genocidal intention of the perpetrators.

Therefore the defendant should be acquitted of the principle charge under count 1.

8. Conclusive evidence

The Court has found conclusive evidence which proves that the defendant has committed the offences he has been charged with under count 1, alternatively and count 2, on the understanding that:

Count 1. alternatively:
that
Saddam Hussein Al-Tikriti and
Ali Hassan Al-Majid Al-Tikriti and/or
(an)other person(s)
on 5 June 1987 in Zewa, situated in Iraq and
on 16 March 1988 in Halabja,

situated in Iraq and

on 3 May 1988 in Goktapa (Gukk Tapah)

situated in Iraq

together and in conjunction

(again and again) have violated the laws and customs of war,

while those offences (again and again) resulted in the death of others and those offences (again and again) inflicted grievous bodily harm on others

and those offences (again and again) were expressions of a policy of systematic terror or wrongful actions against a specific population group,

by then and there contrary to

international customary law (in particular the prohibition on the use of chemical weapons and/or the prohibition on the use of asphyxiating, poisonous or other gases and/or the prohibition on inflicting unnecessary suffering and/or the prohibition on carrying out attacks which do not distinguish between military and civilians)

and/or the stipulations of the Geneva Gas Protocol (1925)

and/or the stipulations of Article 147 of the Geneva Convention on the Protection of Civilian Persons in Time of War ("Fourth Geneva Convention", 1949)

and/or the stipulations of the "common" Article 3 of the Geneva Conventions of 12 August 1949,

(as members of the government (of the Republic) of Iraq) belonging to one of the fighting parties

in a (non-international and/or international) armed conflict

several times at places in the territory of Iraq (intentionally) using chemical weapons (mustard gas) against persons who were present then and there,

and as a result of which those persons have died or suffered grievous bodily harm and (systematically) terrorizing (part of) that Kurdish population group

while those chemical weapons were (also) used against persons who did not directly participate in the hostilities,

being civilians from Zewa and/or Halabja and/or Goktapa (Gukk

Tapah) (Bergin), in any case civilians in Northern Iraq,

and the use of those chemical weapons involved the cruel and/or inhuman treatment and/or mutilation of these persons and purposely caused serious suffering to these persons

to commit said criminal offences, defendant and his co-perpetrators

together and in conjunction,

at points in time in the period between

19 April 1984 through 25 August 1988

in Iraq and/or

in Switzerland and/or

in Italy and/or

in the United States of America and/or

in Japan and/or

in Singapore and

in Aqaba, in Jordan

intentionally provided the opportunity and means

by then and there intentionally supplying Thiodiglycol (TDG) intended for the production of mustard gas to (the Republic of) Iraq.

Count 2.

that

Saddam Hussein Al-Tikriti and

Ali Hassan Al-Majid Al-Tikriti and/or

(an)other person(s)

on 11 April 1987 in Khorramshar

situated in Iran and

around 16 April 1987, in Alut situated in Iran and

on 28 June 1987 in Sardasht situated in Iran and in Rash Harmeh (in the immediate surroundings of Sardasht) situated in Iran and

on 22 July 1988 in Zardeh situated in Iran and

around 2 August 1988 in Oshnaviyeh situated in Iran,

together and in conjunction

(again and again) have violated the laws and customs of war,

while those offences (again and again) resulted in the death of others and those offences (again and again) inflicted grievous bodily harm on others,

by then and there contrary to international customary law (in particular the prohibition on the use of chemical weapons and/or the prohibition on the use of asphyxiating, poisonous or other gases and/or the prohibition on inflicting unnecessary suffering and/or the prohibition on carrying out attacks which do not distinguish between military and civilians)

and/or the stipulations of the Geneva Gas Protocol (1925)

and/or the stipulations of Article 147 of the Geneva Convention on the Protection of Civilian Persons in Time of War ("Fourth Geneva Convention", 1949)

(as members of the government (of the Republic) of Iraq) belonging to one of the fighting parties in an (international) armed conflict several times at places in the territory of Iran (intentionally) using chemical weapons (mustard gas) against persons who were present then and there,

as a result of which those persons have died or suffered grievous bodily harm while those chemical weapons were (also) used against persons who did not directly participate in the hostilities,

being civilians from Khorramshar and/or Alut and/or Sardasht and/or Rash Harmeh and/or Zardeh and/or Oshnaviyeh, in any case civilians in Iran,

and the use of those chemical weapons involved the cruel and/or inhuman treatment and/or mutilation of these persons and purposely caused serious suffering to these persons to commit said crimes defendant and his co-perpetrators together and in conjunction,

at (one) (more) points(s) in time in the period between 19 April 1984 through 25 August 1988

in Iraq and/or

in Switzerland and/or

in Italy and/or

in the United States of America and/or

in Japan and/or

in Singapore and/or

in Aqaba, in Jordan

intentionally provided opportunity and means,

by then and there intentionally supplying Thiodiglycol (TDG) intended for the production of mustard gas to (the Republic of) Iraq.

All other or additional charges have not been proven. The defendant should be acquitted of those charges.

In as far language or writing mistakes appear in the indictment, these have been corrected in the conclusive evidence. As appears from the pleadings during the hearing, no harm was done against the defendant's interests

9. Argumentation

The Court founds its conviction that the defendant committed the proven offences on the facts and circumstances that serve as evidence and that specify the grounds for the conclusion that the charges have been proven.

In those cases where the law requires the judgment to be supplemented with proper evidence, this will be presented in an additional document that shall be included in the judgment as an appendix.

10. Documents

The defence pleaded to leave out the following documents from the evidence:

1. minutes of meetings
2. the statements made by witness X and Y;
3. document H 20 (the so-called FFCD 1995);
4. official reports of evidence outlines;

and concisely summarized, the defence based this plea on the following arguments.

Re 1: The defence finds it impossible to verify the origin of these documents and does not know how to verify their authenticity either. Consequently the defence challenges their authenticity and reliability.

Re 2: This regards two anonymous witnesses whose testimonies have not been signed, and the defence has not been able to interview these witnesses;

Re 3: The contents of this document are totally unreliable;

Re 4: This concerns official police reports in which an investigative officer made a selection of the evidence or gave an overview of the evidence.

The Court should not base its judgment on such ‘summaries’. Only the underlying complete documents should be used as evidence.

The Court considers as follows.

Re 1: The Court will not use the referred documents as evidence.

Re 2: Also with reference to the decisions taken by the Court in the interlocutory ruling of 23 October 2006, the Court will not use the aforesaid official reports as evidence.

Re 3: Hereafter under item 12.1.7. the Court will discuss the reliability of the document in question.

Re 4: The argument put forward by the defence cannot generally be acknowledged as true and does not find any support in law. This is even more valid because in this case the defence has not specified in concrete terms, in respect of each official report concerned, which point(s) allegedly contain(s) inaccuracies in relation to the underlying complete documents.

11. Evidentiary considerations to prove the complicity of the defendant regarding the proven charges under count 1. alternatively and count 2

11.1. In so far as relevant at this point, the defence brought forward the following meritorious defence pleas. The defence argued that the defendant did not act deliberately, in the meaning of conditional intention. They also argued that there was no question of a reasonable chance that, as a result of his actions in relation to TDG, the attacks on the proven places would take place.

The defence also pleaded that the possibility existed that the actions of the defendant only served the purpose of storage or transport of TDG.

Moreover they asserted that the defendant did not know that the TDG supplied by him would be used for the production of chemical weapons, also because of the fact that he was not aware that Iraq had the capability to produce such weapons and that it was not a matter of concealing the nature and destination of the substances that he supplied. Furthermore, the defence put forward that the defendant, after the attack on Halabja in March 1988, did no longer make any efforts to supply TDG to Iraq. Finally, the defence pleaded that the statements made by [defendant’s business partner] should be dismissed for reason of being unreliable.

With regard to the above mentioned pleas brought forward by the defence, in so far as these pleas have not already been refuted by the used evidence, the Court considers as follows.

11.2. The Court is of the opinion that based on the used evidence it has been established without any doubt that the persons referred to in the charges, in other words the Iraqi regime that was in power at that time, carried out (air) attacks or bombings – whether or not by using mustard gas, among other matters – or ordered these attacks to be carried out on the proven places in Iraq and Iran respectively, places that were mentioned in the charges under count 1. alternatively and count 2., and which had the results that have been brought forward in the judicial finding of facts. The Court believes that these attacks, in so far as they concerned count 2. (Iran), took place within the framework of an international armed conflict that was going on between Iran and Iraq between September 1980 and August 1988.

Regarding the attacks that took place in the proven period on the places in Iraq mentioned in the proven charges under count.1 alternatively, the Court considers it a proven fact that these were carried out within the framework of an international and/or non-international armed conflict (as also proven by the court of first instance). 'International' in so far as Kurdish groups and/or other opposition groups that worked together with the Iranian troops, formed part of the target of the bombings. In this respect the Court has also taken into account the circumstance that the war between Iraq and Iran also took place at the border region between those neighbouring countries and in some case Iranian soldiers operated within the borders of Iraq; 'non-international' in so far as the (air) attacks referred to were - mainly - targeted at Kurdish resistance groups in the armed conflict, that also lasted for years, against those - partly cooperating - resistance groups.

For proof of the nature of the armed conflicts, the Court's opinion is particularly founded on the official report dated 19 May 2005 drawn up by an investigative officer (F58), which includes the report on an investigation that had been conducted regarding certain sources, as well as on a report drawn up by [employee PPS 1] and [employee PPS 2], included in the case file under reference number F61. Furthermore, the Court's judgment rests partly on the statement made by the [co-author of the Human Rights Watch

reports] at the hearing of the first instance court on 30 November 2005.

11.3. The Court of Appeal holds the opinion that the air attacks with mustard gas referred to in the charges under count 1. alternatively, were also acts of a policy of systematic terror and an unlawful targeted action against a certain – Kurdish – population group.

Together with the court of first instance, the Court derives conclusive evidence especially (inter alia) from parts of the report about the situation of human rights in Iraq, dated 19 February 1993, drawn up by Mr. M. van der Stoel, Special Rapporteur to the Commission on Human Rights (file H75 – paragraphs 25 through 27), and partly from his report dated 25 February 1994 (file H74, pages 36 through 43) and from the evidence given to the Examining Magistrate on 1 November 2005 by [a Kurdish victim of the Iraqi attacks] (EM file pages 2022 through 2112).

11.4. With regard to the defendant's role, or his involvement, in the aforesaid attacks with mustard gas, the following facts were adequately established.

11.5. From 1985 up to and including 1988, the defendant supplied the chemical raw material TDG (Thiodiglycol) to Iraq, or to an Iraqi firm. In this context, the defendant stated during the court hearing in the first instance on 18 March 2005, that he himself or through the intermediary of one or more of his firms, or at least firms in which he was a leading figure, in the above mentioned period, supplied a total of 1,400 metric tons of the raw material TDG to the then government of the Republic of Iraq, which raw material came from the United States of America among other countries.

During the hearing of the case on appeal on 2 April 2007, the defendant also admitted that during this period he also supplied TDG that came from Japan and he specified that he had delivered it to the firm called SEORGI (State Establishment for Oil Refinery and Gas Industries), which was affiliated with the Iraqi Ministry of Oil. During the above mentioned court hearing he also admitted that, in 34 shipments of chemical substances, he mainly supplied TDG. The Court derives further details concerning these shipments and the firms that were involved, from the official report that is attached to the evidence from [official reporters] and dated 5 December 2005 (F90).

11.6. Different from what the defendant stated during the court session in the first instance, the Court derives in particular from the below mentioned evidence that the defendant knew that the final destination of the TDG was Iraq, and that it was going to be used there as well.

11.7. According to the statement that was made on 22 June 2005 in Osaka by defendant's trading partner for the chemicals between 1984 and 1988 (G 92d – pages 839 through 856) in relation to the trade in chemicals between him and the defendant, [defendant's trading partner] knew that the final destination of the chemicals was Iraq. He stated: "In 1984, when I started trading with [the defendant], he told me that the final destination of the chemicals was Iraq. Also, [the defendant] requested me to keep secret the fact that the chemicals would be shipped to Iraq." [The defendant] told me: first the chemicals will be shipped to Triest, Italy". After that, they will be transported to Iraq by truck." [Defendant's trading partner] also stated this during the court session of 2 December 2005.

11.8. The Court of Appeal is of the opinion that it considers the statements of [defendant's trading partner], that are included in the evidence, sufficiently trustworthy. The defence has argued that these statements should not be used as evidence because they are not reliable now that some parts are not consistent and in conflict with each other. However, after ample considerations, the Court of Appeal is of the opinion that these statements are essentially consistent notwithstanding the fact that at some points they are not identical. Moreover, the Court of Appeal notes that [defendant's trading partner] had been defendant's trading partner for years and that he incriminates himself as well in his statements.

11.9. For that matter, the defendant himself admitted during the preliminary investigation that he knew that the goods went to Iraq, as mentioned in his statement of 7 December 2004

(C 1.b.2): "first the goods went to Triest, after that to Iraq" and "I know that the goods had been shipped from Triest to Aqaba in Jordan. I understood that the goods had arrived. By asking SEORGI whether the products had arrived, I got the confirmation that it had occurred." In the light of all other evidence, the defendant states very cynically, in the opinion of the Court of Appeal: "I did not get any complaints about the quality of the

products either." The defendant also stated during the hearing on appeal of 2 April 2007 that he assumed that the substances which he supplied were going to be used in Iraq.

11.10. During the hearing on appeal, the defendant denied being aware of the fact that the TDG which was supplied by him – with the purity as appeared in the evidence – was suitable for the production of mustard gas and would be used for that purpose. From the evidence it becomes quite clear that the mentioned substance was suitable for such use. The fact that TDG, in the quantities as supplied by the defendant - more than eleven hundred (1,100) tons altogether – could only serve for the production of mustard gas and not – as continuously argued by the defendant and his defence – for use in the textile industry, has been stated by expert witness [A], among others, during the court session of 4 April 2007. [A] confirmed his earlier statement of 30 May 2007 before the examining magistrate in which he said that it is totally unthinkable that during the 1980's TDG was used in Iraq as textile 'additive' and that in Iraq not one factory had been found that was equipped for the production of textile paint or printing ink.

Also witness [head of the Iraqi team that set up the FFCD], who was in charge of quality control of mustard gas and who was head of the team that set up the already mentioned Full Final and Complete Disclosure (FFCD) stated mid 2005 before the examining magistrate: "If one speaks about tons of TDG, then there is only one possible application: mustard gas".

On 22 June 2005, [defendant's trading partner] stated: "From the negotiations that were held in 1984 it became obvious that the chemicals were going to be used as raw material for chemical weapons." He also stated – concisely summarized -: "Around May or June 1984 [the defendant] approached me and told me that he wanted to import the chemical substance TMP. During the negotiations both [Japanese supplier of chemicals 1] and [Japanese supplier of chemicals 2] explained that TMP is a precursor for poison gas and that it needed special attention during export. When I heard this I was certain that the manufacturing of poison gas in Iraq was the defendant's purpose."

During the initial negotiations with [Japanese supplier of chemicals 2], [the defendant] also mentioned TDG. TDG was bought from [Japanese

firm]. During the negotiations, the firm explained that these chemicals can be modified into chemical weapons such as poison gas. I had heard from [Japanese supplier of chemicals 1] and [Japanese supplier of chemicals 3] that restrictions had been set out for the export of TDG to the Middle East. I informed [the defendant] about this. From the beginning of the negotiations, the Japanese companies and I told him that the chemical substances could be modified into chemical weapons such as poison gas. And from his words I understood that he already knew this. [The defendant] was knowledgeable in the field of chemicals.

The chemicals were exported from Japan between 1984 and 1986 by [the defendant] and me. [The defendant] asked me whether I could find American chemical companies for the export of chemicals. In 1987 I went to America. [The defendant] and I went to [company that supplied TDG 1] in North Carolina. The subject was TDG. With [the defendant], among others, I visited [company that supplied TDG 2]. Just like at [company that supplied TDG 1], [the defendant] said that he wanted to export Thiodiglycol to Belgium. During the first negotiations I heard from [the defendant] that the goods were going to Iraq." [Defendant's trading partner] confirmed this statement on the main points during the court hearing on 2 December 2005.

11.11. The statements of [defendant's trading partner] concerning the final destination of the TMP and TDG are supported by the telex messages that were used as evidence and that originated from [the defendant] or his companies, [defendant's trading partner], SEORGI and supplying companies. It also becomes apparent that in these messages efforts are made to conceal the nature and the final destination of the chemicals. Following two telex messages (H10/8586 and H10/8549) of early September 2004 concerning the poison gas and the final destination of the chemicals to be announced, [the defendant] stated on 8 December 2004, during the preliminary investigation (C.1.b.4): "I see that one telex message mentions that it can be used as poison gas." I have contacted SEORGI. I have always believed that [defendant's trading partner] knew what it was going to be used for, that the goods had a questionable destination. In a telex message dated 1 September 1984 (H10/8586) [defendant's trading partner] mentions to [defendant] that as far as he is concerned, a necessary lie may be told.

Subsequently, [defendant] sends a telex message to [the director of SEORGI] on 3 September 1984 (H10/8549) saying with respect to the necessary lie: “my personal advice is ‘fuel additive’ and final destination ‘Triest’”. When [defendant’s trading partner] apparently keeps on mentioning a certain TDG application, [the defendant] admonishes him on 19 February 1985 as follows – rendered concisely -: “Particulars of TDG are certainly known to you, so you do not have to mention them.”

Furthermore, [the defendant] states: “At the start of the deliveries I personally asked [the director of SEORGI] whether poison gas was manufactured from the products. The telex message of 3 September 1984 shown to me and which I wrote, mentions Triest as final destination and that is actually wrong. Apparently the Japanese government wants to know the final destination because the telex message mentions that it can also be used as poison gas.”

Moreover, to the question whether the conclusion could be drawn that [the defendant] knew in 1986 that TDG could be used to manufacture chemical weapons, [the defendant] answered: “If this was the case in 1986, then so be it”. Moreover, on 7 January 2005 (C.1.b.7) the defendant also stated: “The customer in Iraq was SEORGI. I have never noted that it was used in textiles or any other civil industry.”

11.12. From the above mentioned under 11.10 and 11.11 the Court can draw no other conclusion than that already during the course of 1984, but in any case in 1986, the defendant knew that the TDG which was supplied by him would serve for the production of poison/mustard gas in Iraq and that efforts were made to conceal that purpose.

11.13. From the afore mentioned statement of [the head of the Iraqi team that set up the FFCD] it appeared that the customer SEORGI (or Sorgi), of which [name] was the director, was just a cover name, just like its predecessor SEPP. He states: “TDG was processed at Al Muthanna after its delivery. [The director of SEORGI] was the then head of Sorgi. He told me about his contacts with Al Muthanna. He told that goods arrived as if they were for Sorgi. I met [the defendant] for the first time in 1991. From conversations with [the defendant] it became clear to me that he knew Sorgi was a cover name. From 1987 on, we at MSE (Court: Muthanna State

Establishment) also used the cover name Sorgi. [The director general of MSE] succeeded [the director of MSE] in 1987 as director general of MSE. [The defendant] was in direct contact with [the director of MSE] first and after that with [the director general of MSE]. [The defendant] often visited him. [The defendant] had a good business relation with [the director general of MSE]. In his statement of 19 July 2005 before the examining magistrate, [a former executive of MSE] mentions that he was in charge of Al Muthanna with [the director of MSE] among others, and that he got in touch, through the intermediary of [the director of SEORGI], with the defendant and that this contact lasted at the offices of [the director of SEORGI] until the end of 1985 and that the defendant also had contacts with [the director general of MSE], who had succeeded [the director of MSE] as head of Al Muthanna. On 8 December 2004, the defendant states that he met [the director general of MSE] for the first time in 1985 or in 1986. “I have been in the office of [the director general of MSE] in Samarra several times.” The defendant also states on 7 December 2004 (C.1.b.3): “[the director general of MSE] told me that I should try to get products from America.” Furthermore, when at a later point in time the defendant applies for an Iraqi passport, he mentions that has worked together with this [director general of MSE] for several years. These statements lead the Court to the conclusion that the defendant was also in direct personal contact with persons who were in charge or who held important positions at MSE or Al Muthanna, the location where TDG was processed into mustard gas, and that he was aware of the supplies of TDG through cover companies in Iraq.

11.14. It appears from statements made by the defendant that he had lived in Iraq since 1978 and that he left Iraq again shortly after the start of the Iran – Iraq war in 1980. Soon thereafter, the defendant went back for a short period to make a damage assessment report of the bombarded technical installations at the request of the Iraqi authorities. The defendant was aware of the fact that Iran and Iraq had been fighting a war since the end of 1980. On 4 May 1980, the ex-wife of the defendant states before the examining magistrate: “Frans followed all world events. Frans and I regularly discussed the situation in Iraq because Iraq had become a part of our lives. When we lived in Italy and Switzerland we often watched the news on television. Also

in Singapore Frans watched the news on television." Furthermore, the defendant stated on 7 January 2005 (C.1.b.7) – rendered concisely -: the story about the Kurds was always an issue of the war in Iraq. In the beginning it was a war between Iraq and Iran.

11.15. Elsewhere in this judgment, the question whether the TDG which was supplied by the defendant could have been used during the attacks that are mentioned in the evidence, is dealt with in more detail. The answer to this question is affirmative.

11.16. From the defendant's awareness of the fact that his supplies of TDG served for the production of mustard gas in a country that was involved in a long lasting war with a neighbouring country and of the efforts to conceal the supplies of a precursor of that gas and the production of the poison gas itself, follows defendant's awareness that the mustard gas was going to be used by Iraq in the war that Iraq fought against and in Iran and against the allies, and/or those states which were considered as such in the sense that they were involved in an armed conflict with the Iraqi regime, and that this use of mustard gas has actually taken place. In view of this, the Court points out that the defendant had direct, and in some cases long lasting, contacts with prominent persons who were involved in the production of mustard gas in Al Muthanna.

Through his conscious contribution to the production of mustard gas in a country at war, the defendant knew under those circumstances that he was the one who supplied the material and created the occasion for the actual use of that gas, in the sense that he was very aware of the fact that in the given circumstances the use of this gas could not and would not fail to materialise. In different words: the defendant was very aware of the fact that -'in the ordinary cause of events'- the gas was going to be used. In this respect the Court assumes that the defendant, notwithstanding his statements concerning his relevant knowledge, was aware of the – also then known – unscrupulous character of the then Iraqi regime.

Furthermore, the Court notes that there is no evidence whatsoever that the production of the mustard gas, to which the defendant made an important contribution, was destined for stockpiling or served for anything else than its use during the war. In this respect the Court considers – perhaps

unnecessarily – that normally products are produced with the aim of using them in some way. The Court finds it very unlikely that the defendant could think that the mustard gas would only be used for stockpiling. The only thinkable purpose for that could have been to openly keep the gas available as a deterrence of the (potential) enemy, but the Court does not consider this very plausible, also in view of the fact that great efforts were made to keep the chemical weapon program a secret, a fact that was known to the defendant, especially in view of his knowledge of the use of cover names.

Also in view of what has been mentioned under the chapter 'causality', the Court is of the opinion that the defendant – together with others – intentionally provided the occasion and the means for the acts as described in the evidence, committed by the persons who are mentioned in the evidence. In view of all the aforementioned considerations, the defendant has intentionally been an accessory to those actions.

A message from [defendant's trading partner] dated 6 May 1988 (H10/4750) to a certain [American trading partner] in America concerning business with 'Frans' (Court: the defendant) mentioning, among other matters: "he is anxiously wishing to make shipment of 10 Ctrs T.H.D (Court: TDG) cargoes due to his clients are causing Materials Short Supply" and that the defendant stated in this respect on 8 December 2004 (C.1.b.4): "that he called it that", leads the Court to conclude that the defendant still wanted to supply TDG at that moment, 6 May 1988.

That moment was long after the attack on 16 March 1988 on Halabja, about which the defendant stated on 25 May 2005 (C.1.b.8) that he "was deeply shocked after March 1988".

This also leads the Court to believe that the atrocities of the poison gas and mustard gas attacks did not stop the defendant from willingly and knowingly supplying TDG to Iraq.

The Court adds to this that the defendant stated during the appeal hearing that the effects of the use of mustard gas during World War I were already known to him for a long time.

According to the Court it has not been made plausible that the defendant – as has been argued by his defence counsels – by way of delaying and through smart manoeuvres before [defendant's trading partner] made

any efforts to withdraw from participating in the supply of further deliveries.

According the Court, if the defendant had wanted to, it would have sufficed to simply mention that he would no longer participate in further deliveries.

11.18. The circumstance that the defendant, according to the Court, apparently made false and incredible statements about his actions and about his knowledge of the final destination and the use of TDG for the production of mustard gas, leads the Court to the conviction that the defendant nevertheless supplied the precursor for the mustard gas to Iraq, being fully aware of the expected use and the consequences thereof.

11.19. The Court notes that, with respect to the charges under count 1. alternatively, defendant's intention did not extend to the circumstance that these doings were acts of systematic terror or unlawful behaviour against a certain group of the population. In this respect, the Court takes article 49, paragraph 4 of the Dutch Penal Code into consideration.

12. Evidentiary considerations with respect to 'causality'.

12.1. Introduction.

12.1.1. In view of the above, it is an established fact that the defendant in 1985 and the following years supplied Thiodiglycol (TDG) to Iraq, knowing that this substance is a precursor for mustard gas. The Court is of the opinion that the defendant at least must have known that is was to be expected that the produced mustard gas would be implemented on the battle field, not only in the international armed conflict in which Iraq and Iran had been involved already for years, but also against the Kurds in their own country who had chosen the side of Iran, thus engaging themselves in the conflict.

For the judgment of the charges – being an accessory to the violation of the laws (and customs) of war by the rulers in Iraq by supplying them with the aforementioned precursor TDG – it is important to establish what role defendant's deliveries have played in the production of mustard gas and the actual implementation of ammunition that had been filled with that gas, at the locations that are mentioned in the charges.

12.1.2. With respect to this question an extensive report was drawn up

by the expert witness Mr. C. Wolterbeek at the request of the examining magistrate. He also testified in court during the hearing in the first instance as well as during the appeal. Already at an earlier stage, Wolterbeek had offered assistance to the investigation team regarding the questions that are connected to this subject. From now on there will mainly be references to the 'Report' of 10 November 2005 and the 'Additional Report' of 3 December 2005 of the expert witness. In principle, Wolterbeek identifies two scenarios; one mathematical scenario which is based on a 'substances balance', which scenario he describes as 'extreme', and a 'mix scenario', which he judges much more plausible.

12.1.3. The defence has phrased many points of criticism on these reports with respect to the trustworthiness of the investigation and the figures and assumptions used therein on the one hand, and to the expertise of Wolterbeek, who they deem not to be an independent third party, on the other.

In this respect, the Court notes that in reference to the above formulated question about the connection between the deliveries by the defendant and the ammunition that has been used, the defence seems to make demands which are not supported by the law. The Court will indeed answer to the acceptable demands after the evaluation of Wolterbeek's findings, but indicates already here and now that it will not accept a mathematical conclusive 'evidence', based on the concrete data which have been established in an (actual) laboratory environment with great accuracy, and – in view of the many uncertainties – cannot except that. It is also the Court's view that 'mathematical proof' is not necessary. Moreover, the Court rejects any reproaches of bias. The defence supports its claim with the only situation in which the expert witness offered 'assistance' to the Police during the investigation. Furthermore, during the appeal session Wolterbeek was confronted with a report from which could be concluded that deliveries of TDG had taken place from the United Kingdom, which were unknown to him up till then. The Public Prosecution Service then requested him to investigate this, resulting in Wolterbeek 'going pale', according to the defence, and from being an (independent) expert to becoming part of the investigation team. Apart from the fact that Wolterbeek's report concerning

the above mentioned subject did not materialise, the Court sees no reason to assume that Wolterbeek, by not turning down the request made by the Public Prosecution Service, would become biased. His findings could have been brought up for discussion for that matter and the defence would have had the opportunity to put questions to him about this matter. The defence was offered this opportunity three times and not once did anything come up that could be an indication of the assumed bias. It is therefore that the claim is dismissed.

12.1.4. With reference to the criticism (in general sense) of the defence with respect to the trustworthiness of the investigation and the methods that were used, the Court notes the following.

The essence of the question which the examining magistrate has put to the expert witness was whether it can be concluded, based on the case file, from which moment the mustard gas that was used by the Iraqis must have been produced with the TDG that was supplied by the defendant, and what factors may have been important in this respect.

The phrasing of the question requires as exact an answer as possible, which lead to Wolterbeek setting up a ‘substances balance’ in order to answer this question in the most accurate way possible. For this investigation he concentrated on data from the beginning of 1980 concerning the precursors that had been supplied to Iraq, the quantities of mustard gas that were produced from them and the implementation of the mustard gas-filled ammunition on the battle field. His final conclusion is based on the said ‘substances balance’ of available precursors, loss during the successive phases of the production and usage process and the end situation that was reached at the end of the year, after the cease-fire in the summer of 1988. While doing this, he made numerous substantiated ‘assumptions’, for instance with regards to the trustworthiness and completeness of the quantitative data he could dispose of, the fact that there was no realistic alternative purpose for the TDG (which in itself is a ‘dual capable’ substance, e.g. for use in the textile industry), the concentration of the production of mustard gas at one location (El Muthanna State Establishment) and the incapability of Iraq to produce the relevant precursors for mustard gas themselves in those years.

12.1.5. The Court will deal with the trustworthiness and completeness of the data that have been used for this ‘substances balance’ and Wolterbeek’s expertise in this respect in more detail shortly. With respect to the other qualities of the expert witness, the Court notes the following.

The defence has a point in arguing that Wolterbeek’s academic education was not (partly) directed at the business or processing approach of the relevant synthetic (in batches) production of the new chemical substances from base material (Wolterbeek is neither a chemist nor a chemical engineer) and that he possesses no particular mathematical or statistical qualifications. However, this is no reason to push aside his analysis and conclusion as untrustworthy. In the Court’s opinion the used method is certainly relevant, transparent and easily applicable as a model. Also, there are no calculating methods which require a specific expertise: for instance, statistics were not used as a method in this investigation.

Furthermore, the Court would like to note here that in their criticism on the findings of Wolterbeek, the defence concentrates on the starting principle that is used and that they do not criticise the method itself. The Court did not receive any indication that the defence wanted to involve a methodologist for a contra expertise with respect to Wolterbeek’s approach, or that they requested the Court to do so, neither did the Court interpret the request to hear the below mentioned professor Elffers as such. Therefore, the objection by the defence with respect to Wolterbeek’s expertise is not shared by the Court.

The fact that the expert witness wanted to test his approach and views (on certain matters) against that of a statistical and methodological expert (since this is how Professor Dr. H. Elffers can be regarded, who is affiliated with the Dutch Study Centre for Criminality and Law Enforcement [Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving]) cannot be used against Wolterbeek; on the contrary, the Court thinks that this is proof of a healthy self-critical attitude. Now that it can reasonably be ruled out that Wolterbeek (wrongly) brushed aside an eventual different vision of Elffers, there is no imperative necessity to hear Elffers as an (expert) witness as yet. Therefore, the request made by the defence in this respect is dismissed.

12.1.6. With respect to the data which have been used in compiling

the ‘substances balance’ and Wolterbeek’s expertise in this respect, the Court considers the following.

The special qualifications of the above mentioned expert witness on this subject are supported by the fact that Wolterbeek has been a member of the “United Nations Special Commission” (UNSCOM) which from 1991 onwards was in charge of the “immediate on-site inspections of Iraq’s biological, chemical and missile capabilities”, and from 1993 onwards he was one of three chemical advisors to the management of UNSCOM. He has also been involved with the succeeding organisation, the “United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission” (UNMOVIC). One of the tasks of UNSCOM was the assessment of the data that, within the scope of the ‘Full Final and Complete Disclosure’ (FFCD), had been supplied to the United Nations by Iraq. This assessment was done in various manners.

Here the Court mentions the findings, during eight years, of the 2000 UNSCOM inspectors, next to the many Iraqi documents, i.e. the so-called ‘chicken farm’ documents which were received from the Iraqis, the documents that were recovered by UNSCOM when excavating the (bombed) MSE building and the data that came from the Central Bank of Iraq. But also a number of United Nations member states handed over relevant information when asked for.

It is primarily on all these data which were available to UNSCOM and which could be compared thoroughly with the data supplied by Iraq, that Wolterbeek has drawn his conclusions. Besides, he has been able to use statements made by witnesses who had been involved with the chemical weapons program in Iraq and/or had cooperated with the setting up of the FFCD. A number of these witnesses have also been heard by the examining magistrate. Finally, a last category of data could be retrieved from documents which had been handed over by the United States of America and which came from the investigation that was initiated in Baltimore. To conclude, according to Wolterbeek the Iraqis deserve credit for supplying the data with regards to the mustard gas program openly; therefore there is no reason to believe that they deliberately withheld or forged important information. This is also stated by witness Alaa.

12.1.7. With all these (also quantitative) data and based on

intermediate conclusions in his report, Wolterbeek has attempted to substantiate his approach to the questions which had been asked by the examining magistrate. As the Court noted earlier, intermediate conclusions and answers do not have a mathematical certainty. Contrary to the defence's argument however, a qualitative answer to the questions based on intermediate conclusions is very well possible. As mentioned above by the Court, as it turns out the data which have been used by Wolterbeek were also derived from findings of UNSCOM and with respect to these findings it can be concluded that they are highly reliable in a qualitative sense, partly because of the use of many different 'sources'.

In a reaction to the criticism on the reliability of the data with regards to the substances supplied for chemical weapons in the eighties by third parties – which data are supposed to be exclusively based on the Letter of Credit mentioned in the FFCD and dependent on the memory of a certain Faisal – it can be concluded that those data indeed have been compared to data from the Central Bank of Iraq and the so-called Baltimore-papers, as mentioned by Wolterbeek in note 10 on page 18 of his report. For the argument that the FFCD-data are obviously incomplete, the defence finds support in the report of July 1991 "Exports to Iraq, Memoranda of Evidence" of the Trade and Industry Committee of the House of Commons in London (which according to its contents was a key subject of the "the Iraqi long range gun project") that was brought forward by the defence during the appeal hearing. After all, Annex F on page 49 of that report mentions that in 1988 shipments of chemicals including Thiodiglycol, valued at £ 154,920 and in 1989 valued at £ 33,639, were delivered to Iraq, which shipments can neither be found in the FFCD-data, nor in Wolterbeek's report.

The Court recognises that the 'source' brought forward by the defence (these data seem more or less to be put in perspective by a second report of November 1991 "Export to Iraq, minutes of evidence" of The Department of Trade and Industry) seems to negatively affect the accuracy of the said data, although in the UNSCOM-documents, there is apparently no 'paper trail' of such (a) delivery/deliveries. However, this certainly does not nullify the value of the data in the Report with respect to the role of the defendant in the Iraqi chemical weapons program. The Court will refer to this after discussing

the most important findings of Wolterbeek. The Court deems it not necessary to hear journalist Fisk with regards to the English report which Wolterbeek mentions in a foot note. If at all necessary, it would be more reasonable to have the Department of Trade and Industry instigate such an investigation. However, the Court has no desire for such an investigation. To many other questions which could negatively affect the meaning of his findings, Wolterbeek has recently, during the hearing on appeal, given unequivocal answers. Therefore the possibility of substantial quantities of TDG having been used for non-military purposes can be excluded.

Moreover, there is no reason whatsoever to assume that during the period in question, mustard gas with (relevant quantities of) TDG as a precursor was produced and processed with ammunition, at other locations than (Al Rashad and) Al Muthanna, and/or (relevant quantities of) TDG, mustard gas were stored elsewhere, although Wolterbeek cannot exclude this possibility (with absolute certainty). It must be noted that Iraq had started to set up (in Falujah) their own chemical plant during that period, but according to Wolterbeek this factory is irrelevant within the context of this matter. Finally, the data with regards to the use of mustard gas-filled grenades and bombs have a high degree of reliability, based on the covering documents which have been drawn up in this respect.

In observance of the afore mentioned grounds for certain reticence, the Court is of the opinion that there is no reason whatsoever not to make use of Wolterbeek's (substantiated) quantitatively formulated findings for a more qualitative assessment of defendant's share in the production of mustard gas by Iraq.

12.1.8. Before concentrating on Wolterbeek's most important findings, the Court notes that the defendant is also charged with a) supplying other precursors than TDG (such as Phosphoroxychlorid [POCL3] which would also be a precursor for tabun mustard gas, b) that he supplied materials for the setting up of a factory/factories for the production of chemical weapons and c) that he gave advice for the manufacturing of such weapons. In its closing speech (pages 74 and 78/79), the Public Prosecution Service (PPS) took the position that this complicity also needs to be declared proven. However, the Court establishes that there is absolutely insufficient

support in the case file for the relevancy of any chemical weapons program and advices (and therefore for the supposed complicity) and that this is not substantiated in the closing speech either. From the official report dated 3 January 2005 (F40, p. 14), which was drawn up with the assistance of Wolterbeek, that – rendered concisely - with respect to the supplied chemicals, the data that were available at that time cannot carry the conclusion that Phosphoroxychlorid as supplied by the defendant has been used for the production of ammunition with tabun as implemented on the battlefield. It cannot be denied however that the defendant has had an important share in the supply of this substance.

However, in comparison with the total quantity of supplied precursor, the production of this poison gas (exclusively in the years from 1984 until 1986) has been limited: after the war more than half of the Phosphoroxychlorid that was supplied by various parties was destroyed. Also one third of the produced tabun was destroyed (and therefore not 'processed' into ammunition).

Further data have not been added to the file after the publication of official report F40, neither has this precursor been mentioned in the investigation and the Wolterbeek report. The same goes for other chemicals that are mentioned in the report, such as Trimethylphosphite (TMP), supposedly a basis for sarin nerve gas.

In this context and for lack of conclusive evidence for the criminal relevancy with respect to the said supplies, the defendant must be acquitted and the Court shall concentrate on the TDG which has been supplied by the defendant and its significance for the production of mustard gas in the period in the indictment, i.e. between 19 April 1984 and 25 August 1988. In the opinion of the Court, the consequence is that the defendant must also be acquitted of being an accessory to the attacks with chemical weapons by the Iraqi regime in which it cannot be determined without reasonable doubt that mustard gas was used during those attacks.

The attacks in question are those on or near Abadan (Iran, February 1986), Zewa and Birjinni (both cities in Iraq, August 1988).

12.2. The arithmetic scenario: the 'substances balance' in relation to Thiodiglycol.

12.2.1. In his report Wolterbeek approached the significance of the TDG which was supplied by the defendant according to this scenario by means of the above mentioned 'substances balance'. For this, he used a number of already mentioned starting principles, (partly) based on his statement during the appeal session, which can be presented concisely as follows:

a) during the early nineteen eighties, the Iraqi chemical weapons program was still in its 'laboratory phase'. Therefore, the stock of the precursor TDG necessary for the production of mustard gas, can acceptably be put at zero;
b) Al Muthanna State Establishment (MSE) was the only location where (in any case after 1983 up to and including 1988) the synthesis process for mustard gas took place and where TDG (the only used precursor for mustard gas, besides a chlorine donor), mustard gas and mustard gas filled ammunition were stored;
c) it has been established that, in this period, Iraq was unable to produce TDG in relevant quantities and that there was no 'dual use' of the imported TDG;
d) the figures in relation to the production process of mustard gas and the implementation on the battle field (based on figures from the Iraqi battle forces) and which have been verified and if necessary adjusted by UNSCOM, have a high degree of reliability;
e) besides some 'incidents' which have lead to the loss of substantial quantities of mustard gas, there are reliable data from experience regarding the loss percentage of base material and final product during the course of the production/usage process;
f) also, the data with respect to the stocks in the annual statement of MSE are truly reliable;
g) it can be reasonably accepted as a fact that at the end of 1988, four months after the start of the cease fire, all unused ammunition had been returned to MSE.

12.2.2. With respect to the deliveries of TDG after 1980, the FFCD (p. 19; Report p. 18) give the following statement of the Letters of Credit (LC) regarding TDG to be supplied. From this statement it appears that:

a) from 1982, LC's for the delivery of at least a total quantity of 3,225 tons of TDG were issued by Iraq;
b) 1,825 tons concern LC's to other companies than the defendant's company; the ultimate LC which concerns another supplier than the defendant, was issued in 1983;
c) based on statements from witness Alaa, it must be believed that deliveries based on these LC's materialised during the course of 1984 at the latest;
d) from 1985, three LC's, concerning a total weight of 1,400 tons, were issued in relation to companies of the defendant;
e) these concern LC's with the following numbers, quantities of TDG and the relevant company of the defendant:
Number of LC Weight Company
85/3/579 400 tons Companies (Incorporated SA)
87/3/232 350 tons Companies
87/3/2790 650 tons Oriac International

12.2.3. In the "Official Report concerning deliveries of several chemicals to Iraq", dated 5 December 2005 (F90), the various deliveries of TDG to Iraq by the defendant have been listed (based on relevant documents such as way bills and bank payment orders) and the dates and times they took place (compare Report p. 19 Table 1B). From this Report it appears that (in as far as significant within the scope of these considerations):

a) the first shipment (nr. 7, on the first mentioned LC) of TDG supplied by the defendant (48,180 kilograms) from Japan, was loaded in Osaka on 31 May 1985 (with destination Triest/Italy) and was paid for in the second half of June 1985;
b) in 1985 as well as in 1986, shipments with a total weight of 192,720 kilograms of TDG were shipped from Japan;
c) in 1987, in total 366,600 kilograms of TDG were shipped by order of the defendant from the United States to Iraq;

d) during the first two months of 1988, three shipments with a total weight of around 364,000 kilograms of TDG were shipped by order of the defendant from the United States to Iraq;
e) all shipments together account for a total weight of over 1,116 tons of TDG. With respect to the third LC (87/3/2790) concerning 650 tons of TDG, it can only be established that in reality 364 tons were delivered.

These data, derived from F90, prove that during the period between mid 1985 and February of 1988 the defendant actually delivered at least 1,116 tons of TDG to Iraq.

In comparison with the data from the LC's, with a total of 1,400 tons (2.2), there is no such proof of the actual delivery of 284 tons of TDG. Although the case file contains statements from which can be derived that the defendant supplied 1,400 tons in reality (although there is no certainty with regard to dates and times), the Court will proceed on the assumption that the defendant only supplied 1,116 tons, which is to the defendant's advantage.

12.2.4. From the figures in Wolterbeek's Report (p. 32 and further, Table 5A, 5B) the annual implementation of mustard gas (MG) filled ammunition on the battle field can be derived; these figures are based on military documents concerning the use of weapons, together with the 'payload' of mustard gas per grenade of airplane bomb (Report p. 30). This results in the (UNSCOM) figures hereunder, concerning the total annual use of mustard gas as calculated and shown in table 5B of the Report. Also, the production figures for mustard gas in that year are mentioned based on Report p. 8/9 and 21.

Year 1981-83 1984 1985 1986 1987 1988

MG-ammunition 35 198 238 334 793 765

MG-production 233 240 345 250 1000 500

12.2.5. Finally, it is possible to determine the 'end-stocks' of mustard gas (also in non-used ammunition) and TDG at the end of December 1988, based on data which have been included in the 1988 MSE annual statement and the information that became available to Wolterbeek (in a later stage) concerning the 'end-stock' of TDG on 20 December 1988. These data result

in the following figures, in which the ‘end stock’ of ammunition has been calculated in relation to the quantity of TDG necessary, via payload and the weight balances as included in the Report (p. 22). Taking the loss into account, this results in 1 ton of TDG, 0.975 ton of mustard gas and 0.925 ton of mustard gas filled ammunition.

In fact, the payload of the ammunition that was found at the end of 1988 was 120,200 kilograms, which is consistent with 129,900 kilograms of TDG. The (bulk) stock of mustard gas at the end of 1988 was 32,300 kilograms, corresponding with 33,100 kilograms of TDG. Therefore, at the end of 1988, mustard gas to an equivalent of 163,000 kilograms of TDG was present at MSE. From data with respect to the packaging size, which became available at a later stage, the expert witness has drawn the conclusion that the TDG which was present at MSE at that moment, could not have been supplied by the defendant. At the appeal hearing, he confirmed that the ‘end stock’ of mustard gas as indicated above should yet be discounted in the calculations in his Additional Report.

12.2.6. The above mentioned data result in the following outcome:

a) in a scenario in which the TDG that was supplied by the defendant was the last to be processed into mustard gas, it can be calculated based on TDG supplied (essentially) by others and the implementation of mustard gas filled ammunition, that the ammunition which was filled with TDG supplied by the defendant must have been used at the end of 1987 at the latest. (Report p. 36). However, according to the Additional Report relatively high production losses during the first years should be taken into account (up to 30%). This could have lead to the situation that TDG supplied by the defendant would have had to be used already several months earlier;

b) the scenario as described in the Additional Report, assuming that all TDG supplied by the defendant was finished at the end of 1988, results in the conclusion that the TDG of the defendant would have to be used already many months earlier in 1987. However, at the appeal hearing Wolterbeek confirmed that in those calculations the residual stock of TDG, the mustard gas and

the ammunition of that moment should be taken into account. If one does that, the answer remains: end of 1987.

12.3. The mixing scenario

A fundamentally different scenario, in Wolterbeek's eyes not an 'extreme' but the most realistic one, is that for several reasons already shortly after the first deliveries of TDG by the defendant, quantities thereof were mixed with quantities of TDG supplied by 'third parties' and that this 'mix' was used for the production of mustard gas and that this mustard gas ended up in ammunition relatively shortly after and that this ammunition was actually used. This mixing scenario is based on considerations of Wolterbeek which he mentioned respectively in his Report and during the appeal hearing:

a) warehouse management did not apply a first in/first out scenario, neither did it apply a first in/last out scenario, mainly because the containers with TDG were placed widespread over the premises for fear of possible air raids. The TDG that was used was the nearest available;
b) according to Wolterbeek's statements in his Report (p. 27/28) in that respect, the TDG was used rather quickly after arrival for the production of mustard gas;
c) depending on the size/quantity of the batch that had to be made, corresponding packages were picked out;
d) the mixing was also necessary in order to achieve the envisioned quality of the mustard gas;
e) after production, the mustard gas was stored in storage tanks, creating a mix as well.

According to this scenario it can be assumed that the defendant's TDG ended up in ammunition filled with mustard gas in the course of the third quarter of 1985 (Report p. 28).

12.4. Legal framework of the ruling

Regarding the supplies of TDG to the Iraqi regime under consideration, the question needs to be answered whether the defendant (together with his co-perpetrator(s)) by doing so provided the "opportunity

and/or means to carry out the attacks described in the charges in 1987 and 1988 on the places referred to in Iraq and Iran. Article 48 of the Penal Code does not specify which interest the provided opportunity and/or means should have had for the committed criminal offence.

From case law administered by the Supreme Court it appears that it is not a requirement that the assistance offered should be indispensable (HR 15-12-1987 NJB 1988.99) or should have made an adequate causal contribution to the main offence (HR 8-1-1985 NJ 1988.6). It is sufficient when the assistance offered by the accessory has indeed promoted the offence or has made it easier to commit that offence (HR 10-6-1997 NJ 1979.585 concerning the provision of information). From international criminal law perspective, these requirements for the contribution of the so-called 'aider or abettor' are not essentially more severe.

12. 5 Conclusion

Based on the above, the following conclusions can be made:

a) The defendant played an important part by supplying the precursor Thiodiglycol to the Iraqi regime for the production of mustard gas: at least 38% of this substance had been supplied by him in the years 1980 up to and including 1988. If any TDG would also have been supplied from the United Kingdom to Iraq in those same years, this fact does not impair the qualification of 'important' regarding defendant's part in this matter.

b) When the supplies by others eventually stopped no later than in the course of 1984, the defendant supplied at least another 1,116 tons of this precursor until the spring of 1988.

c) The first shipment of TDG supplied by the defendant arrived in Iraq towards the summer of 1985; in that year he supplied a total of approximately 197 tons. Based on the considerations written under item 12.3 above, the Court deems it very likely that in the course of that year TDG supplied by the defendant was also used for the production and finally ended up in ammunition that was used for the attacks as mentioned in the charges.

Conclusive evidence for his co-responsibility regarding the

attacks mentioned in the charges (in so far as mustard gas was deployed in those attacks) is the following:

d) As of 1985, the supplementation of the essential precursor TDG to the Iraqi regime depended completely on the supplies made by the defendant.

e) For that reason, the unwholesome policy that was continuously carried out by the regime that from 1984 onwards seemed to find it necessary to deploy hundreds of tons of this poison gas during combat, depended to a decisive extent if not totally on those supplies.

Taking into consideration the crucial significance that the shipments of TDG supplied by the defendant since 1985 had for the chemical weapon program of the regime, the Court finds the defendant (together with his co-perpetrators) guilty of being an accessory to providing the opportunity and the means for the proven attacks with mustard gas in the years 1987 and 1988.

13. Liability to punishment on account of the proven charges

The proven charges constitute a punishable offence:

Regarding the proven charges under count 1. alternatively:

The defendant is found guilty of the offence of complicity in being an accessory to a violation of the laws and customs of war, while that offence resulted in the death or grievous bodily harm of another person or that offence was an expression of a policy of systematic terror or wrongful actions against the whole population or a specific group thereof, committed several times.

Regarding the proven charges under count 2:

The defendant is found guilty of the offence of complicity in being an accessory to a violation of the laws and customs of war, while that offence resulted in the death or grievous bodily harm of another person, committed several times.

14. Liability to punishment of the defendant

No circumstance has become plausible that would rule out the

punishability of the defendant. Therefore the defendant is liable to punishment.

15. Considerations regarding the applicable legislation

The Criminal Law in Wartime Act (WOS) which was applicable at the time of the period referred to in the charges, was amended several times afterwards; following the entry into force of the International Crimes Act (Wim) on 1 October 2003, the war crimes were devolved from the WOS to the Wim. Only the amendments to the law dated 27 March 1986 (Bulletin of Acts and Decrees (B.A.D.) 1986, 139) and dated 14 June 1990 (B.A.D. 1990, 369) are important when determining whether the later legal provisions are more favourable for the defendant than the law that was applicable during the period referred to in the charges.

Pursuant to Act of Parliament dated 27 March 1986, a new legal article 10a was inserted into the WOS, which makes it possible to impose an additional sentence provided by article 28, first paragraph, under 3°, of the Penal Code (deprive a person of his/her active and passive right to vote) on account of – inter alia – a conviction for being found guilty of war crimes, while by Act

of Parliament dated 14 June 1990, the death penalty as possible punishment was removed from the WOS.

The WOS as it reads as of 1 January 1991, after the amendment by Act of Parliament of 14 June 1990, is more favourable to the defendant in terms of an eventual penalty. From the devolvement of the penal provisions that refer to war crimes from the WOS to the Wim, as from 1 October 2003, it cannot be said that they result in more favourable provisions for the defendant. Based on the provisions in article 1, paragraph 2, of the Penal Code, the WOS will have to be the starting point as it read on 1 January 1991. Furthermore with regards to complicity, the Court has taken into consideration article 49, paragraph 2, of the Penal Code, as it read until 1 February 2006 (the date of entry into force of the Act regarding reassessment of maximum penalties). Pursuant to article 10 (old), 49, paragraph 2 (old), 57 and 78 of the Penal Code and article 8 of the WOS, as it read on 1 January 1991, viewed together and in relation to each other, the Court cannot

draw any other conclusion than that in this case the defendant is liable to a maximum term of twenty years imprisonment.

16. Grounds for the punishment

During the appeal trial, the advocate general moved that the sentence of the court of first instance be set aside and on account of the principal charge under counts 1. and 2. he demanded that the defendant be sentenced to a term of imprisonment of 15 years, less the period spent in pre-trial detention.

In making its assessment as to what penalty should be imposed, the Court has taken into account the following considerations.

During a number of years the defendant supplied raw material to the Iraqi regime for the production of chemical weapons. From 1985 until early 1988, in a total of twenty shipments he supplied at least more than 1,100 tons of Thiodiglycol (TDG) on the basis of three Letters of Credit. That substance was used for the production of mustard gas that was deployed during the war in Iran as well as in Iraq. By doing so during a number of years, the defendant has consciously made a substantial contribution to the continuing violation of the laws and customs of war committed by the Iraqi regime. Based on Dutch criminal law that was applicable at that time, a person who is found guilty of complicity in a criminal offence which carries a life sentence can be sentenced to a term of imprisonment of a maximum of 15 years. Seen the fact that the defendant committed the offence of complicity several times, in his case the penalty to be imposed will be a maximum term of twenty years imprisonment, which is based on the regulation set out in article 57, paragraph 2, of the Penal Code, concerning various offences for which one sentence is pronounced.

In determining the punishment in this case, the Court has taken into account the following circumstances, that on the one hand relate to the seriousness of the offences, the circumstances in which they were committed, as well as the intended purposes of the punishment to be considered when fixing the punishment, and on the other hand the personal circumstances of the defendant.

As results from the case file (in the period referred to in the charges),

the Iraqi regime carried out multiple attacks with (among others) mustard gas during the war with Iran on places in that country, as well as on the border region between Iraq and Iran, where Kurdish population groups lived that were suspected of collaboration with the Iranian enemy. Those attacks caused the death of at least thousands of civilians (that did not participate in the conflict) and caused

permanent and severe health problems to very many persons. It is beyond doubt that the regime in Bagdad by doing so committed extensive and extremely gross violations of the international humanitarian law by using a weapon that was already prohibited by the Geneva (Gas) Protocol of 17 June 1925.

The defendant has made an essential contribution to these violations – at a time that many, if not all other suppliers 'pulled out' with regard to the increasing international pressure – by supplying many times in the course of several years (among other matters) very large quantities of a precursor for mustard gas; in doing so the defendant made significant profits. Those supplies enabled the Iraqi regime to (almost) continue their deadly (air) attacks in full force during a number of years. Apparently the defendant did not give his deliberate support to the afore mentioned gross violations out of sympathy for the targets of the regime, but – as it should be assumed – the defendant acted exclusively in pursuit of large gains and fully neglected the consequences of his actions. Even today the defendant does not show any sense of guilt or any compassion for the numerous victims of the mustard gas attacks.

The Court recognizes that the proven offences were committed over more than twenty years ago and that the defendant is a man of advanced age, who is to be expected to spend a large part of the remaining years of his life in prison. The Court will only be able to attach limited weight to this slightly mitigating circumstance. In this case the most important aspect concerning the determination of the appropriate sanction – considering the extreme gross violation of the principles of humanitarian law that took place and the important supporting role that was played by the defendant – is to point out to the victims and survivors, as well as to the international legal community, how much value is put on the actions of the defendant and what severe

punishment can only be the consequence of these actions.

Finally in fixing the appropriate punishment, the Court has taken into account the general prevention aspect. People or companies that conduct (international) trade, for example in weapons or raw materials used for their production, should be warned that – if they do not exercise increased vigilance – they can become involved in most serious criminal offences.

It should be made clear to them that they will have to face prosecution and long-term prison sentences, in accordance with the seriousness of the crimes they committed.

Considering all of the above, the Court concludes that the only suitable and necessary reaction in these circumstances is a nonsuspended prison sentence of a very long term as set out below.

17. Seizure

The Appeals Court will order the return of seized goods, in so far as they have not yet been returned to the defendant, according to the copy of the seizure list attached to this judgment, numbered 4 through 10, 13 through 15, 18 through 20, 23, 24, 27, 28 and 29.

Regarding the seized articles as stated on the seizure list attached to this judgment as numbers 1 through 3, 11, 12, 16, 17, 21, 22, 25, 26 and 30 through 36, the Court will order the deposit of those seized articles on behalf of the entitled party, because it is not possible to establish to whom these articles actually belong.

18. The plaintiffs' claims

In the present criminal proceedings, counsel Mrs. L. Zegveld joined as a party to the action on behalf of the injured parties (plaintiffs) and submitted a claim for damages suffered as

a consequence of the offences charged to the defendant, up to a maximum of € 680.67 each (fl. 1,500.-).

[Names of 15 persons]

In the trial on appeal this claim was asserted and submitted for the same amount as before the first instance court, which amounts to € 680.67 each.

The advocate general has moved to allow the claims of the plaintiffs.

The Court wishes to point out that the injured parties have been allowed to give an additional explanation about their claims during the hearing. To the Court this explanation was considered to be very impressive.

The lawyer of the injured parties pleaded at the appeal trial that the Court does not have the liberty to deny the plaintiffs claims based on the principle of simplicity that was first introduced by the Terwee Act. Furthermore, she argued that the claim is of a simple nature and that based on the Conflict Law on Wrongful Acts, the claim should be judged according to the Iranian/Iraqi law.

The counsels for the defence of the defendant have disputed the claims. First of all they argued that the simplicity principle from the old stipulations of articles 332-337 of the Code of Criminal Procedure can also be applied.

Furthermore, the defence asserted that they question the applicability of the Conflict Law on Wrongful Acts, the "simplicity" of the applicability of the Iranian/Iraqi law dating from the eighties, also taking into account the concept of limitation and the possibility of the defendant to anticipate the causality regarding the individual injured parties.

With respect to the above the Court has the following considerations.

The case file includes several legal articles in relation to – possibly – applicable Iranian/Iraqi law. However, within the framework of these criminal proceedings, the Court does not consider itself capable to give an unambiguous interpretation of these stipulations according to Iranian/Iraqi law, also considering the questions regarding this subject raised by the defence.

In addition there is the question whether foreign law is indeed applicable, as argued by the lawyer of the injured parties. For that matter the Court is leaning towards that point of view, because the parties involved did not have any relevant relation with the Netherlands at the time of the events in Iran and Iraq that are referred to in this particular case.

But also if Dutch civil law should be applicable in this case, the Court believes it would not be simple to apply this law, also in view of the above mentioned questions that were raised by the defence. Therefore the Court concludes that the claims submitted by the plaintiffs do not have a simple

nature and finds that taking a decision on these claims does not fit within the scope of the past and present applicable legislation concerning claims submitted by plaintiffs within the framework of a criminal case, even though that case has the extent and importance of the one under consideration.

In the opinion of the Court the old legislation concerning claims of injured parties also provides the possibility to dismiss such claims based on the circumstances that those claims – also considering the accessory nature thereof – do not have a simple nature.

In this respect the Court founds its point of view on the legal history – also referred to by the defence – of articles 332-337 (old) of the Dutch Penal Code, especially the comments made in the Schedule to the bill of the Code of Criminal Procedure by the Ort-Government Commission

(1913), as well as the observations made by the Minister regarding the draft of that Code of Criminal Procedure dated 1917-1918. The aforesaid Commission stated: “a joinder of claims (…) can only be defended if these claims relate to small amounts and relatively simple cases.” The Minister in question stated that he ‘wanted to continue to limit the joinder of claims’ to cases of a very simple and transparent nature. The point of view of the Minister was supported by Parliament and a statutory regulation was adopted and included in the Code of Criminal Procedure, which only established the maximum amount of a civil claim.

Consequently the Court does not agree with the point of view that the maximum amount of a civil claim would be the only criterion for determining the simplicity of a civil claim, also taking into account the legal history on this matter.

For that reason the Court rules that the claims submitted by the injured parties are not allowable.

Considering the fact that the defence did not claim payment of costs of the injured parties and did not claim costs for the defence of the claims either, the Court does not need to give an order for costs of the injured parties.

19. Applicable statutory regulations

The Court has taken into consideration articles 47, 48, 49 (old) and 57

of the Dutch Penal Code and article 8 (old) of the Criminal Law in Wartime Act.

20. DECISION

The Court:

Reverses the sentence of the court of first instance and renders a new judgment.

Invalidates the initiatory writ of summons regarding the charges under count 1. and count 2., in so far as it concerns the indications of time and place “in any case at one (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iraq”, “in any case at one (or more) point(s) in time in the years 1986 and/or 1987 and/or 1988 in Iran”, as well as regarding the phrase “in any case in conspiracy”.

Declares that it has not been legally and convincingly proven that the defendant committed the offence he has been accused of under count 1. of the principal charge and therefore acquits the defendant of that charge.

Deems legally and convincingly proven that the defendant committed the offences he has been charged with alternatively under count 1. and count 2., as described in the above.

Declares not proven any additional or other charges in these proceedings, so that the defendant must be acquitted of them.

States that the proven facts constitute the above mentioned criminal offences.

Rules that the defendant is liable to punishment on account of the proven facts.

Sentences the defendant to a term of imprisonment of 17 (seventeen) years.

Stipulates that the time spent by the defendant in police custody and pre-trial detention before the execution of this penalty be deducted from this prison sentence, in so far as it has not yet been deducted from another sentence.

Orders the return of seized goods to the defendant according to the seizure list included in this sentence, numbered 4 through 10, 13 through 15, 18 through 20, 23, 24, 27, 28 and 29.

Orders the legal deposit of the seized articles listed on the seizure list attached to this sentence as number 1 through 3, 11, 12, 16, 17, 21, 22, 25, 26, 30 through 36 on behalf of the entitled parties.

Disallows the claims for damages by the injured parties [names of 15 persons].

This judgment was passed by Mr. G. Oosterhof, Chairman,

Mr. G.P.A. Aler and Mr. F. Heemskerk, Justices,

in the presence of Mrs. M.C. Zuidweg, clerk of the Court.

The judgment was pronounced at the public hearing of the Court of Appeal in The Hague

on 9 May 2007.

[End of translation]

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هفتم، ۱۳۸۶، صص ۴۱۸ ـ ۳۸۷

اسناد بین‌المللی

کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵)

اشاره مترجمان*

کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، آخرین سند مدون در عرصه تجارت الکترونیکی به‌شمار می‌آید که می‌توان آن را استمرار روند هماهنگ‌سازی نظام‌های حقوقی مختلف در این زمینه محسوب داشت. این کنوانسیون، که در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵، به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده، تاکنون توسط کشورهای لبنان، سنگال، افریقای مرکزی، چین، سنگاپور، سریلانکا، ماداگاسکار، سیرالئون و پاراگوئه امضا شده است. برخی دیگر از کشورها نیز ضمن اعلام قول مساعد مبنی بر امضای کنوانسیون، از آن حمایت کرده و بر اهمیت آن در عرصه تجارت الکترونیکی تأکید کرده‌اند. هدف آنسیترال به‌عنوان هسته حقوقی سازمان ملل متحد در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل، رفع موانع حقوقیِ تجارت بین‌الملل با به‌روز رسانی قوانین موجود و هماهنگ ساختن آنها در سطح بین‌المللی است. تلاش برای تحقق این هدف، به‌خوبی از مفاد کنوانسیون، قابل‌استنباط است.

---

* . متن انگلیسی این سند از پایگاه اینترنتی ذیل:
www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdf
برگرفته شده و توسط آقایان مصطفی السان عضو هیئت علمی دانشگاه تربیت معلم آذربایجان و علی رضایی دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی به فارسی برگردانده شده است.

باید خاطرنشان ساخت که کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، هر چند نخستین تجربه آنسیترال در باب وضع مقررات متحدالشکل و قابل‌پذیرش در سطح بین‌المللی به‌شمار نمی‌آید، اما حداقل در زمینه تجارت الکترونیکی، بهترین ثمره سالها تلاش، مطالعه و پژوهش می‌باشد که می‌توان در عرصه داخلی و بین‌المللی از آن بهره گرفت. به‌نظر می‌رسد که با وجود مقدماتی همچون قانون تجارت الکترونیکی و سیاست تجارت الکترونیکی کشورمان، می‌توان از پیوستن به این عهدنامه مهم سخن گفت. بدیهی است که تأخیر در این رابطه یا سعی در تصویب قانون داخلی معادل، به لحاظ تفاوت تأثیر عملی قانون داخلی و کنوانسیون بین‌المللی، توجیه‌پذیر نخواهد بود. به همین مناسبت، ترجمه کنوانسیون در ادامه خواهد آمد.

کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵)

مجمع عمومی سازمان ملل متحد،

با یادآوری، قطعنامه ۲۲۰۵ (بیست و یکم) ۱۷ دسامبر ۱۹۶۶ که به‌موجب آن کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد جهت تقویت هماهنگی و یکسان‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل ایجاد گردید، تا منافع همه، بویژه مردم کشورهای در حال توسعه را در جریان توسعه و گسترش چشمگیر تجارت بین‌الملل، در نظر داشته باشد،

نظر به اینکه، ابهامات ایجاد شده به دلیل تردید در خصوص ارزش حقوقی وسایل ارتباط الکترونیکی که در چارچوب قراردادهای بین‌المللی به‌کار گرفته می‌شوند، موجب موانعی بر سر راه تجارت بین‌الملل شده است،

با اعتقاد به اینکه، پذیرش قواعد یکسان جهت برداشتن موانعی که بر سر راه استفاده از وسایل ارتباط الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی وجود دارد- از جمله موانع ناشی از اسناد مربوط به حقوق تجارت بین‌الملل- شفافیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری تجاری قراردادهای بین‌المللی را افزایش داده و به دولت‌ها جهت دستیابی به خطوط و راهکارهای تجارت مدرن، کمک می‌کند،

با یادآوری جلسه سی و چهارم، سال ۲۰۰۱، که در آن جلسه کمیسیون تصمیم گرفت سندی بین‌المللی را در باب مسائل قراردادهای الکترونیکی، تهیه کند که این امر می‌تواند به برداشتن موانع موجود بر سر راه تجارت الکترونیکی در کنوانسیون‌های حقوقی متحدالشکل و توافقنامه‌های تجاری فعلی نیز، کمک نماید و کمیسیون، این امر را همراه با پیش‌نویسی از آن، به «کارگروه» تجارت الکترونیکی خود سپرد،

با تذکر این نکته که کارگروه، از سال ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۴، برای آماده‌سازی پیش‌نویس کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، شش جلسه را اختصاص داده و پس از آن نیز خود کمیسیون، پیش‌نویس کنوانسیون را در جلسه سی و هشتم در سال ۲۰۰۵، مورد بررسی قرار داد،

با اعلام اینکه همه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌نفع، برای شرکت در آماده‌سازی پیش‌نویس کنوانسیون در تمام جلسات کارگروه دعوت شدند و در جلسه سی و هشتم کمیسیون، به‌عنوان عضو یا ناظر فرصت کافی برای اعلام نظر و ارائه پیشنهادات داشتند،

با ابراز خرسندی از این نکته که متن پیش‌نویس کنوانسیون به منظور ارائه نظریات، قبل از تشکیل جلسه سی و هشتم کمیسیون، در اختیار همه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی که به حضور در جلسات کمیسیون و کارگروه، دعوت شده بودند، قرار گرفت و نظرات آنها قبل از تشکیل جلسه مذکور، پیش روی کمیسیون بود،

با ابراز خشنودی از اینکه کمیسیون در جلسه سی و هشتم خود، تصمیم گرفت تا پیش‌نویس کنوانسیون را به مجمع عمومی سازمان ملل متحد جهت بررسی، تسلیم نماید.

با توجه به تصویب پیش‌نویس کنوانسیون توسط کمیسیون،

۱. تشکر و قدردانی خود را از کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد به خاطر تدوین پیش‌نویس کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، اعلام می‌دارد.

۲. کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی را که به این قطعنامه پیوست می‌گردد، پذیرفته و از دبیر کل سازمان ملل متحد، درخواست می‌کند تا شرایط الحاق کشورها را فراهم نماید.

۳. از تمامی دولت‌ها درخواست می‌کند تا الحاق به کنوانسیون را مورد بررسی قرار دهند.

پیوست
کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی

دولت‌های عضو این کنوانسیون:

با تأکید بر این نکته که تجارت بین‌الملل بر پایه برابری و سود متقابل، عاملی مهم در ترویج روابط دوستانه در میان کشورها به‌حساب می‌آید،

خاطر نشان می‌سازند که استفاده از وسایل ارتباط الکترونیکی، کارآیی فعالیت‌های تجاری را بهبود بخشیده، روابط تجاری را افزایش داده و دسترسی به فرصت‌های جدیدی را برای اشخاص و بازارهای دور افتاده سابق، فراهم می‌کنند، و بنابراین نقش اساسی در ترویج تجارت و توسعه اقتصادی، هم در عرصه داخلی و هم در عرصه بین‌المللی، ایفا می‌نمایند،

با توجه به اینکه ابهامات ناشی از تردید در خصوص ارزش حقوقی وسایل ارتباط الکترونیکی که در چارچوب قراردادهای بین‌المللی به‌کار گرفته می‌شوند، موانعی را بر سر راه تجارت بین‌الملل ایجاد کرده است،

با اعتقاد به اینکه، پذیرش قواعد یکسان، جهت برداشتن موانعی که بر سر راه استفاده از وسایل ارتباط الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی وجود دارد ـ از جمله موانع ناشی از اسناد مربوط به حقوق تجارت بین‌الملل ـ شفافیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری تجاری قراردادهای بین‌المللی را افزایش داده و به دولت‌ها جهت دستیابی به خطوط و راهکارهای تجارت مدرن، کمک می‌کند،

نظر به اینکه، قواعد متحدالشکل باید به آزادی طرفین در انتخاب رسانه و فناوری‌های مناسب، احترام گذاشته، اصول بی‌طرفی در فناوری و کارکرد یکسان را، تا حدی که شیوه‌های منتخب طرفین با مضمون قواعد حقوقی مربوطه، سازگار باشد مدنظر قرار دهند،

تمایل دارند تا راه حل مشترکی را به منظور برداشتن موانعی که بر سر راه استفاده از ارتباطات الکترونیکی وجود دارد، با روشی قابل‌قبول در کشورهایی با نظام‌های حقوقی، اجتماعی و اقتصادی مختلف و متفاوت، فراهم کنند؛

به شرح زیر توافق نمودند:

فصل اول
قلمرو شمول کنوانسیون

ماده ۱: قلمرو شمول

۱. این کنوانسیون بر استفاده از ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد، میان اشخاصی که محل کسب آنها، در کشورهای مختلفی قرار دارد، اِعمال می‌شود.

۲. چنانچه از قرارداد یا معاملات صورت گرفته میان طرفین یا از اطلاعاتی که قبل یا به هنگام انعقاد قرارداد توسط ایشان ابراز شده، نتوان دریافت که محل تجارت آنها در کشورهای مختلف است، فرض می‌شود که در کشورهای مختلف محل تجارت ندارند.

۳. نه تابعیت طرفین و نه وصف مدنی یا تجاری طرفین یا قرارداد، در تعیین دامنه شمول

این کنوانسیون، ملحوظ نخواهد شد.

ماده ۲: استثنائات

۱. این کنوانسیون در مورد ارتباطات الکترونیکی مربوط به موارد زیر اِعمال نمی‌شود:

الف) قراردادهایی که برای مقاصد شخصی، خانوادگی یا خانگی، منعقد می‌شوند؛

ب) (۱) معاملات راجع‌به تعدیل نرخ ارز (۲) معاملات ارزی خارجی (۳) نظام‌های پرداخت بین‌بانکی، توافقات پرداخت بین‌بانکی یا نظام‌های تهاتر و تصفیه در ارتباط با اوراق بهادار یا سرمایه‌ها و اسناد مالی دیگر (۴) انتقال حق وثیقه در بیع، وام یا معاملات مربوط به نگهداری، بازخرید اوراق بهادار یا دیگر سرمایه‌ها یا اسناد مالی دیگر که نزد دلال یا واسطه، تودیع شده‌اند.

۲. این کنوانسیون در مورد برات، سفته، بارنامه داخلی، بارنامه دریایی، قبض انبار یا هر سند یا مدرک قابل‌نقل و انتقالی که به حامل یا ذی‌نفع آن حق می‌دهد که تسلیم کالا یا پرداخت مبلغی از پول آن را مطالبه نماید، اِعمال نمی‌شود.

ماده ۳: آزادی اراده طرفین

طرفین می‌توانند مواردی را از قلمرو شمول این کنوانسیون مستثنا کنند و یا از اثر هر یک از مواد آن عدول نمایند یا آن را تغییر دهند.

فصل دوم
مقررات عمومی

ماده ۴: تعاریف

از نظر این کنوانسیون:

(الف) ارتباط (Communication) عبارت است از هر اظهار، اعلام، تقاضا، ابلاغ یا درخواستی که مشتمل بر ایجاب و قبولِ یک ایجاب، بوده و طرفین در ارتباط با تشکیل یا اجرای قرارداد، بدان ملتزم شده یا آن را انتخاب کرده‌اند.

(ب) ارتباط الکترونیکی (Electronic Communication) عبارت است از هر ارتباطی که طرفین از طریق داده پیام، ایجاد می‌کنند.

(ج) داده پیام (Data Message) عبارت است از اطلاعاتی که با وسایل الکترونیکی،

مغناطیسی، نوری یا وسایل مشابه، تولید، ارسال، دریافت و یا ذخیره می‌شود و محدود بـه مبادلـه اطلاعات الکترونیکی، پست الکترونیکی، تلگراف، تلکس یا تلکپی نمی‌شود.

(د) ایجـاد کننـده (Originator) ارتبـاط الکترونیکـی، شخـصی اسـت کـه ارتبـاط الکترونیکی، به وسیله یا از طرف او، قبل از ذخیره، اگر وجود داشته باشد، ارسال یا تولید می‌شود، اما شامل شخصی که در جریان ارتباط الکترونیکی به‌عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد.

(ه) مخاطب (Addressee) ارتباط الکترونیکی، عبارت از شخصی است که ایجادکننده، قصد دارد وی ارتباط الکترونیکـی را دریافـت کنـد، امـا شـامل شخـصی کـه در جریـان ارتبـاط الکترونیکی به‌عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد.

(و) سیستم اطلاعاتی (Information System) عبارت است از سیستمی برای تولیـد، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام.

(ز) سیستم پیام خودکار (Automated Message System) عبارت اسـت از برنامـه رایانه‌ای یا وسایل الکترونیکی یا دیگر وسایل خودکاری که برای شروع به اقدام یا پاسخ بـه داده پیام یا اجرای تمام یا قسمتی از آن بدون نیاز به نظارت و مداخله شخص حقیقی در زمان شـروع عملیات یا پاسخ به داده پیامی که توسط سیستم تولید شده، به‌کار گرفته می‌شود.

(ح) محل کسب (Place of Business) عبارت است از مکانی که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تأسیس می‌کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یـا خـدمات خـارج از یـک محل معین نمی‌شود.

ماده ۵: تفسیر

۱. در تفسیر این کنوانسیون، همیشه باید بـه خـصوصیت بـین‌المللـی، ضـرورت توسـعه هماهنگی در کاربرد آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل، توجه کرد.

۲. مسائل و مشکلات مرتبط با موضوعات این کنوانسیون، که راه حـل آنهـا صـریحاً در کنوانسیون پیش‌بینی نگردیده، بر طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آن می‌باشـد، و در صورت فقدان چنین اصولی، مطابق با قـانون قابـل‌اعمـال بـه‌موجـب قواعـد حقـوق بـین‌الملـل خصوصی، حل و فصل می‌گردند.

ماده ۶: مکان طرفین

۱. از نظر این کنوانسیون، چنین فرض می‌شود که محل کسب شخص، مکانی است که توسط او تعیین شده است؛ مگر اینکه طرف دیگر اثبات کند که شخص معرفی‌کننده نشانی، در آنجا محل کسب ندارد.

۲. اگر یکی از طرفین محل کسب خویش را تعیین نکند، و یا بیش از یک محل تعیین نماید، از نظر این کنوانسیون، مکانی که نزدیکترین ارتباط را با همان قرارداد دارد، به‌عنوان محل کسب، شناخته می‌شود؛ البته با توجه به شرایط و اوضاع و احوالی که طرفین، قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد، در نظر داشته‌اند.

۳. اگر شخص حقیقی محل کسب نداشته باشد، اقامتگاه معمولی او به‌عنوان محل کسب وی، شناخته می‌شود.

۴. هیچ مکانی صرفاً به دلایل زیر محل تجارت محسوب نمی‌شود:

الف) محل استقرار تجهیزات و فناوری مورد نیاز، برای سیستم اطلاعاتی است و توسط شخص در ارتباط با تشکیل قرارداد، مورد استفاده قرار می‌گیرد، یا

ب) محلی که ممکن است سیستم اطلاعاتی برای اشخاص دیگر نیز در دسترس باشد.

۵. صرف این واقعیت که شخص از نام یک حوزه یا از آدرس پست الکترونیکی‌ای که به کشور مشخصی متصل است، استفاده می‌کند، نمی‌تواند اماره‌ای بر این باشد که محل کسب او در آن کشور قرار دارد.

ماده ۷: الزامات مربوط به اطلاعات

مواد این کنوانسیون تأثیری بر اِعمال هر قاعده حقوقی که طرفین را ملزم می‌نماید تا هویت، محل کسب یا دیگر اطلاعات خویش را افشا و اعلان کنند و یا آنها را از آثار حقوقی اظهارات نادرست، ناقص یا خلاف واقع در آن زمینه معاف می‌کند، نخواهد داشت.

فصل سوم
استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی

ماده ۸: شناسایی حقوقی ارتباطات الکترونیکی

۱. اعتبار یا قابلیت اجرایی ارتباط یا قرارداد، تنها به این دلیل که به شکل ارتباط

الکترونیکی مبادله شده است، نباید مورد انکار قرار گیرد.

۲. هیچ ماده‌ای در این کنوانسیون، طرفین را ملزم نمی‌نماید تا از ارتباطات الکترونیکی استفاده کرده و یا آن را بپذیرد، اما موافقت شخص مبنی بر انجام یا استفاده از این کنوانسیون، می‌تواند از رفتار او، استنباط شود.

ماده ۹: الزامات مربوط به شکل قرارداد

۱. این کنوانسیون حاوی هیچ الزامی در مورد شکلی خاص از ارتباط یا انعقاد قرارداد یا مدلل نمودن آن نمی‌باشد.

۲. در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید به صورت کتبی باشد یا بر کتبی نبودن آثاری بار می‌کند، چنین شرطی (مقرره‌ای)، به‌موجب ارتباط الکترونیکی، محقق می‌شود، مشروط بر اینکه اطلاعات مندرج در آن ارتباط، قابل‌دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت رجوع بعدی فراهم باشد.

۳. در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید توسط شخصی امضا شود یا آثار عدم امضا را بیان می‌کند، این شرط از طریق ارتباط الکترونیکی محقق می‌شود، اگر:

الف) ارتباط الکترونیکی، به روشی انجام شده باشد که برای تعیین هویت طرف و معلوم کردن قصد شخص در خصوص اطلاعات، به‌کار می‌رود؛ و

ب) روشی که به‌کار گرفته شده،

۱. یا برای هدفی که ارتباط الکترونیکی برای آن تولید یا اعلام شده از حیث جمیع شرایط، از جمله هرگونه توافق مربوطه، قابل‌اعتماد و مناسب باشد؛ یا

۲. به تنهایی یا به همراه دلیل دیگر، در عمل ثابت شده باشد که کارکردهای موصوف در بند (الفِ) فوق را داراست.

۴. در مواردی که قانون مقرر می‌دارد که نسخه اصل ارتباط یا قرارداد بایستی در دسترس قرار گیرد یا به همان شکل اصلی نگهداری شود یا آثار فقدان نسخه اصل را بیان می‌کند، این شرط به‌واسطه مبادله از طریق ارتباط الکترونیکی محقق می‌شود، اگر:

الف) اطمینان قابل‌استنادی در خصوص صحت اطلاعات مندرج در ارتباط الکترونیکی مربوطه از زمانی که برای نخستین بار و به‌شکل نهایی خود، به‌صورت ارتباط الکترونیکی یا

به‌صورت دیگر تولید شده، وجود داشته باشد؛ و

ب) در صورتی‌که به‌موجب قانون اطلاعات مندرج در ارتباط الکترونیکی باید در دسترس باشد، در این‌صورت، آن اطلاعات مذکور باید برای شخصی که باید اطلاعات در اختیار او قرار گیرد، قابل‌دستیابی باشد.

۵. از نظر بند ۴ (الف):

الف) معیار اطمینان از تمامیت و انسجام اطلاعات آن است که صرفنظر از اضافه شدن و هرگونه تصدیق یا تغییری که در فرایند معمول ارتباط، ذخیره و نمایش آن، حادث می‌شود آیا اطلاعات مربوط به‌صورت کامل و بدون تغییر باقی مانده‌اند یا خیر؛ و

ب) معیار اعتماد مورد نیاز، باید در پرتو هدفی که اطلاعات برای آن تولید گردیده و نیز اوضاع و احوال مرتبط با آن، ارزیابی شود.

ماده ۱۰: زمان و مکان ارسال و وصول ارتباطات الکترونیکی

۱. زمان ارسال ارتباط الکترونیکی هنگامی است که سیستم اطلاعاتی از کنترل ایجادکننده یا کسی که از سوی وی، ارتباط را ارسال می‌کند، خارج می‌شود؛ یا اگر ارتباط الکترونیکی از کنترل ایجادکننده یا کسی که از سوی او ارتباط را ارسال می‌دارد، خارج نشود، (زمان ارسال) هنگامی است که ارتباط الکترونیکی وصول می‌شود.

۲. زمان وصول ارتباط الکترونیکی هنگامی است که ارتباط الکترونیکی، توسط مخاطب در آدرس الکترونیکی که توسط او طراحی شده، قابل‌دسترسی است. زمان وصول ارتباط الکترونیکی در دیگر آدرس الکترونیکی مخاطب، هنگامی است که توسط او در آن آدرس قابل‌دسترسی است و مخاطب آگاه می‌شود که ارتباط الکترونیکی به آدرس او ارسال شده است. چنین فرض می‌شود که ارتباط الکترونیکی توسط مخاطب، هنگامی که به آدرس الکترونیکی او می‌رسد، قابل‌دسترسی است.

۳. چنین فرض می‌شود که ارتباط الکترونیکی آنچنان که ماده ۶ مقرر داشته از محل کسب ایجادکننده ارسال شده و در محل کسب مخاطب، واصل شده است.

۴. بند ۲ این ماده اعمال می‌شود، حتی اگر محل استقرار سیستم اطلاعاتی پشتیبان آدرس الکترونیکی، با مکانی که به‌نظر می‌رسد ارتباط الکترونیکی، بر اساس بند ۳ این ماده وصول شده، متفاوت باشد.

ماده ۱۱: دعوت به ایجاب

پیشنهاد انعقاد قرارداد از طریق یک یا چند ارتباط الکترونیکی که مخاطب آن شخص یا اشخاص معین نبوده‌اند، بلکه عموماً برای اشخاصی که از سیستم‌های اطلاعاتی استفاده می‌کنند، قابل‌دسترسی بوده، شامل پیشنهاداتی که متضمن سفارش غیرالزام‌آور از طریق سیستم‌های رایانه‌ای مذکور می‌شود، دعوت به ایجاب تلقی می‌شود مگر آنکه آشکارا بر این امر دلالت کند که شخصی که پیشنهادات را مطرح کرده، در صورتی ملتزم به ایجاب خواهد بود که قبول شود.

ماده ۱۲: استفاده از سیستم پیام خودکار برای تشکیل قرارداد

اعتبار یا قابل‌اجرا بودن قرارداد که از طریق روابط متقابل سیستم پیام خودکار با یک شخص حقیقی یا از طریق کنش‌های متقابل سیستم‌های داده پیام، تشکیل شده، نمی‌تواند صرفاً به این دلیل که شخص حقیقی، هر یک از اقدامات خاص را که به‌وسیله سیستم‌های پیام خودکار انجام شده یا قراردادهای منتج از آن را بررسی نکرده یا در آن مداخله‌ای نداشته، مورد انکار قرار گیرد.

ماده ۱۳: وجود شرایط قراردادی

این کنوانسیون، تأثیری بر اِعمال هر قاعده حقوقی که احیاناً هریک از طرفین را ملزم نماید که تمام یا برخی از شروط قرارداد را از طریق تبادل ارتباط الکترونیکی، مورد مذاکره قرار دهد و دربردارنده شروط قراردادی با اوصاف خاص هستند در دسترس طرف دیگر قرار دهد یا هر قاعده حقوقی که یکی از طرفین را از آثار حقوقی عدم انجام چنین کاری، معاف می‌کند، نخواهد داشت.

ماده ۱۴: خطا در ارتباطات الکترونیکی

۱. در مواردی که شخص حقیقی، خطایی در ارتباط الکترونیکی انجام می‌دهد که با سیستم پیام خودکار طرف دیگر مبادله می‌شود و سیستم پیام خودکار به آن شخص، فرصت تصحیح خطا را نمی‌دهد، آن شخص یا شخصی که از طرف او این کار انجام شده، حق دارد تا از آن بخش از ارتباط الکترونیکی که خطا در آن رخ داده، اعلام انصراف نماید، مشروط بر آنکه:

الف) شخص یا کسی که از طرف او اقدام می‌کند، در اولین فرصت، پس از آگاهی از خطا به اطلاع طرف دیگر برساند که خطایی در ارتباط الکترونیکی، از ناحیه او صورت گرفته است. و

ب) شخص یا کسی که از سوی او اقدام می‌کند، از کالاها یا خدمات در فرض تسلیم آنها از طرف دیگر، نفع یا ارزش قابل‌توجهی نبرده یا تحصیل نکرده باشد.

۲. این ماده بر اِعمال هر قاعده حقوقی که ممکن است بر آثار خطا غیر از آنچه در بند ۱

مقرر شده، حاکم باشد، اثری نخواهد داشت.

فصل چهارم
مقررات نهایی

ماده ۱۵: امین کنوانسیون

دبیرکل سازمان ملل متحد، به‌عنوان امین کنوانسیون شناخته می‌شود.

ماده ۱۶: امضا، تأیید، قبول یا تصویب

۱. کنوانسیون برای امضا توسط همه کشورها در اداره مرکزی سازمان ملل متحد در نیویورک از ۱۶ ژانویه ۲۰۰۶ تا ۱۶ ژانویه ۲۰۰۸، باز می‌باشد.

۲. اجرای این کنوانسیون، منوط به تأیید، قبول یا تصویب توسط دول امضاکننده می‌باشد.

۳. کنوانسیون به منظور الحاق توسط همه دولی که در تاریخ مقرر برای امضا، از دول امضاکننده نبوده‌اند، باز می‌باشد.

۴. اسناد تأیید، قبول، تصویب یا الحاق به دبیرکل سازمان ملل متحد سپرده می‌شوند.

ماده ۱۷: مشارکت از طریق سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی

۱. سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی که توسط دولت‌های مستقل، ایجاد شده و نسبت به موضوعات خاصی که تابع این کنوانسیون است، صلاحیت دارند، همانند دولت‌ها، می‌توانند کنوانسیون را امضا، تأیید، قبول و یا تصویب کرده یا بدان ملحق شوند. سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی، تا حدی که موضوعات تابع این کنوانسیون در صلاحیت آنها قرار دارد، همانند دولت‌های عضو از حقوق و تعهدات، برخوردارند. در مواردی که تعداد دول عضو در این کنوانسیون، مطرح باشد، سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی، نسبت به اعضای آن که عضو این کنوانسیون نیز به‌شمار می‌آیند، به‌عنوان دولت عضو، محسوب نمی‌گردند.

۲. سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی، در زمان امضا، تأیید، قبول، تصویب یا الحاق، اعلامیه‌ای را به امین کنوانسیون نوشته و موضوعاتی که در صلاحیت سازمان بوده و توسط دولت‌های عضو سازمان به آن اعطا شده و تابع کنوانسیون می‌باشد را تعیین می‌کنند. سازمان‌های منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی باید سریعاً هرگونه تغییری را در خصوص حدود صلاحیت، از جمله صلاحیت‌های اعطایی بعدی، که در اعلامیه مذکور در همین بند مشخص

شده اند، به امین اطلاع دهند.

۳. هر ارجاعی به «یک دولت عضو» یا «دولت‌های عضو» در این کنوانسیون، به‌طور مساوی در مورد سازمان منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی، در مواردی که اقتضای این امر وجود دارد، نیز اعمال می‌شود.

۴. این کنوانسیون، نباید بر هیچ قاعده مغایری ترجیح داده شود که در هر سازمان منطقه‌ای یکپارچه‌سازی اقتصادی، در مورد اشخاصی که محل‌های کسب مربوطه ایشان در دولت‌های عضو چنین سازمان‌هایی قرار دارد، اعمال می‌گردد، همان‌گونه که اعلامیهٔ تنظیمیِ منطبق با ماده ۲۱ پیش‌بینی می‌کند.

ماده ۱۸: اثر کنوانسیون در واحدهای سرزمینی داخلی

۱. اگر دولت عضو کنوانسیون، دارای دو یا چند واحد سرزمینی با سیستم‌های حقوقی مختلف باشد که در ارتباط با موضوعاتی که در این کنوانسیون بررسی می‌شوند، قابل‌اعمال باشد، می‌تواند در زمان امضا، تأیید، قبول، تصویب یا الحاق اعلام کند که کنوانسیون نسبت به همهٔ قلمرو سرزمینی یا فقط بر یک یا چند واحد از آنها اِعمال می‌شود، همچنین می‌تواند اعلامیه را با تسلیم اعلامیه دیگری در هر زمان، اصلاح کند.

۲. این اعلامیه‌ها باید به امین کنوانسیون و واحد سرزمینی دولتی که کنوانسیون بر آنها اِعمال می‌شود، اطلاع داده شود.

۳. اگر به‌موجب اعلامیه مندرج در این ماده، کنوانسیون بر یک یا چند واحد سرزمینی دولت عضو و نه بر همه آنها، اعمال شود و اگر محل کسب شخص در این کشور واقع شده باشد، از نظر این کنوانسیون، محل کسب، در آن کشور عضو در نظر گرفته نمی‌شود؛ مگر اینکه در واحد سرزمینی واقع شده باشد که معاهده در آنجا گسترش یافته و شامل آن واحد می‌شود.

۴. اگر دولت عضو به‌موجب بند ۱ این ماده، اعلامیه ندهد، کنوانسیون بر تمام واحدهای سرزمینی آن دولت اِعمال می‌شود.

ماده ۱۹: اعلامیه‌های مربوط به دامنه شمول

۱. هر یک از دول عضو می‌تواند اعلام کند که مطابق ماده ۲۱، این کنوانسیون را فقط در مواردی اعمال می‌کند که:

الف) دول مذکور در بند ۱ ماده ۱، عضو کنوانسیون باشند؛ یا

ب) طرفین توافق می‌کنند که کنوانسیون اِعمال شود.

۲. هر یک از دول عضو می‌تواند در اعلامیه تنظیمی مطابق ماده ۲۱، موضوعاتی را از شمول این کنوانسیون خارج نماید.

ماده ۲۰: ارتباطات مبادله شده به‌موجب دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی

۱. مقررات این کنوانسیون در مورد استفاده از ارتباطات الکترونیکی در انعقاد و یا اجرای قراردادی که عهدنامه‌های زیر به دلیل عضویت فعلی یا آتی کشور عضو این کنوانسیون مجری یا قابل‌اجراست، اعمال خواهد شد:

کنوانسیون راجع‌به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (نیویورک، ۱۰ ژانویه ۱۹۵۸)؛

کنوانسیون در خصوص مرور زمان در بیع بین‌المللی کالا (نیویورک، ۱۴ ژانویه ۱۹۷۴) و پروتکل آن (وین، ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)؛

کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره قرارداد بیع بین‌المللی کالا (وین، ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)؛

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به مسئولیت متصدیان پایانه‌های حمل و نقل در تجارت بین‌الملل (وین، ۱۹ آوریل ۱۹۹۱)؛

کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی (نیویورک، ۱۱ دسامبر ۱۹۹۵)؛

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به انتقال دیون پولی در تجارت بین‌الملل (نیویورک، ۱۲ دسامبر ۲۰۰۱).

۲. مقررات این کنوانسیون علاوه بر ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد کنوانسیون‌های بین‌المللی دیگر، معاهدات قراردادی که در بند ۱ این ماده به‌طور خاص بدان ارجاع نشده و نیز نسبت به دول عضو این کنوانسیون یا دولت‌هایی که در آینده عضو این کنوانسیون می‌شوند، اِعمال می‌شود، مگر اینکه آن دولت مطابق ماده ۲۱، اعلام کند که ملزم به این بند نخواهد بود.

۳. دولتی که اقدام به صدور اعلامیه مطابق بند ۲ این ماده می‌نماید، می‌تواند اعلام کند که مقررات این کنوانسیون در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در ارتباط با انعقاد یا

اجرای قراردادی که کنوانسیون، عهدنامه یا تفاهم‌نامه خاصی بر آن اعمال می‌گردد که کشور عضو این کنوانسیون، عضو فعلی یا آتی آن می‌باشد، نیز اعمال گردد.

۴. هر دولتی می‌تواند با صدور اعلامیه، اظهار دارد که مقررات این کنوانسیون در مورد استفاده از ارتباطات الکترونیکی در انعقاد یا اعمال قراردادی که بر آن، کنوانسیون، معاهده یا تفاهم‌نامه دیگری که صریحاً در اعلامیه آمده، اجرا می‌شود، از جمله همه کنوانسیون‌هایی که در بند ۱ همین ماده ذکر شده، مجری نخواهد بود، حتی اگر دولت مذکور، اجرای بند ۲ این ماده را به‌موجب اعلامیه تنظیم شده مطابق ماده ۲۱، استثنا نکرده باشد.

ماده ۲۱: آیین رسیدگی و آثار اعلامیه‌ها

۱. اعلامیه‌های موضوع بند ۴ ماده ۱۷، بند ۱ و ۲ ماده ۱۹ و بند ۲ و ۳ و ۴ ماده ۲۰، می‌توانند در هر زمان اظهار شوند، اعلامیه‌های زمانِ امضا، منوط به تأیید از طریق تصدیق، قبول یا تصویب می‌باشند.

۲. اعلامیه‌ها و تأییدیه‌های آنها باید کتبی بوده و رسماً به امین کنوانسیون اطلاع داده شوند.

۳. اعلامیه، همزمان با به اجرا درآمدن کنوانسیون در خصوص کشور عضو ذی‌ربط، دارای اثر خواهد بود. به هرحال، اعلامیه‌ای که امین پس از به اجرا درآمدن کنوانسیون، اعلام رسمی آن را دریافت می‌دارد، در اولین روز، پس از انقضای شش ماه از تاریخی که امین کنوانسیون رسید آن را دریافت می‌دارد، دارای اثر خواهد بود.

۴. هر دولتی که اعلامیه‌ای را به‌موجب این کنوانسیون اظهار می‌دارد، می‌تواند در هر زمانی از طریق اعلام رسمی کتبی، خطاب به امین کنوانسیون، آن را اصلاح کرده یا مسترد دارد. این اصلاح یا استرداد، در اولین روز، پس از انقضای شش ماه از تاریخ وصول رسید اعلامیه توسط امین، دارای اثر خواهد بود.

ماده ۲۲: حق شرط

هیچ‌گونه حق شرطی به‌موجب این کنوانسیون، مجاز نمی‌باشد.

ماده ۲۳: لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون

۱. این کنوانسیون در اولین روز، پس از انقضای شش ماه از تاریخی که سومین سند تصدیق، قبول، تصویب یا الحاق به امین کنوانسیون سپرده می‌شود، به اجرا درمی‌آید.

۲. زمانی که دولتی پس از سپردن سومین سند تصدیق، قبول، تصویب یا الحاق، کنوانسیون را تصدیق، قبول، تصویب یا بدان ملحق شود، کنوانسیون در خصوص آن دولت در اولین روز، پس از انقضای شش ماه، از تاریخی که سند تصدیق، قبول، تصویب یا الحاق به امین سپرده شده، به اجرا درمی‌آید.

ماده ۲۴: زمان اِعمال

این کنوانسیون و هر اعلامیه‌ای فقط نسبت به ارتباطات الکترونیکی که پس از تاریخی که کنوانسیون یا اعلامیه به اجرا درآمده یا در خصوص آن دولت دارای اثر است، اِعمال می‌شود.

ماده ۲۵: خروج از کنوانسیون

۱. دولت عضو می‌تواند با صدور اعلامیه رسمی و کتبی به امین کنوانسیون، از کنوانسیون خارج شود.

۲. خروج از کنوانسیون در اولین روز پس از انقضای دوازده ماه از تاریخ وصول اعلامیه توسط امین، دارای اثر است. در مواردی که مدت زمان طولانی‌تری برای خروج از کنوانسیون در اعلامیه پیش‌بینی شده، خروج از کنوانسیون، به هنگام انقضای مدت مزبور پس از وصول اعلامیه به امین، خواهد بود.

این کنوانسیون در روز ۲۳ نوامبر سال ۲۰۰۵، در یک نسخه اصلی که متون عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه، روسی و اسپانیایی آن، دارای اعتبار واحدند، در نیویورک تدوین گردید.

در مقام گواهی آن، اشخاصی که نماینده تام‌الاختیار حکومت‌های متبوع خود هستند، این کنوانسیون را امضا نموده‌اند.

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts

The General Assembly,

Recalling its resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, by which it established the United Nations Commission on International Trade Law with a mandate to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade and in that respect to bear in mind the interests of all peoples, in particular those of developing countries, in the extensive development of international trade,

Considering that problems created by uncertainties as to the legal value of electronic communications exchanged in the context of international contracts constitute an obstacle to international trade,

Convinced that the adoption of uniform rules to remove obstacles to the use of electronic communications in international contracts, including obstacles that might result from the operation of existing international trade law instruments, would enhance legal certainty and commercial predictability for international contracts and may help States gain access to modern trade routes,

Recalling that, at its thirty-fourth session, in 2001, the Commission decided to mprepare an international instrument dealing with issues of electronic contracting, which should also aim at removing obstacles to electronic commerce in existing uniform law conventions and trade agreements, and entrusted its Working Group on Electronic Commerce with the preparation of a draft,[1]

Noting that the Working Group devoted six sessions, from 2002 to 2004, to the preparation of the draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, and that the Commission considered the draft Convention at its thirty-eighth session in 2005, [2]

---

1. Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 17 and corrigendum (A/56/17 and Corr. 3), paras. 291-295.

2. Ibid., *Sixtieth Session, Supplement No. 17* (A/60/17), chap. III.

Being aware that all States and interested international organizations were invited to participate in the preparation of the draft Convention at all the sessions of the Working Group and at the thirty-eighth session of the Commission, either as members or as observers, with a full opportunity to speak and make proposals,

Noting with satisfaction that the text of the draft Convention was circulated for comments before the thirty-eighth session of the Commission to all Governments and international organizations invited to attend the meetings of the Commission and the Working Group as observers, and that the comments received were before the Commission at its thirty-eighth session, [3]

Taking note with satisfaction of the decision of the Commission at its thirtyeighth session to submit the draft Convention to the General Assembly for its consideration, [4]

Taking note of the draft Convention approved by the Commission,5

1. *Expresses its appreciation* to the United Nations Commission on International Trade Law for preparing the draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts; [5]

2. *Adopts* the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, which is contained in the annex to the present resolution, and requests the Secretary-General to open it for signature;

3. *Calls upon* all Governments to consider becoming party to the Convention.

Annex
United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts

The States Parties to this Convention,

---

3. A/CN.9/578 and Add.1-17.
4. *Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No. 17* (A/60/17), para. 167.
5. Ibid., annex I.

Reaffirming their belief that international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Noting that the increased use of electronic communications improves the efficiency of commercial activities, enhances trade connections and allows new access opportunities for previously remote parties and markets, thus playing a fundamental role in promoting trade and economic development, both domestically and internationally,

Considering that problems created by uncertainty as to the legal value of the use of electronic communications in international contracts constitute an obstacle to international trade,

Convinced that the adoption of uniform rules to remove obstacles to the use of electronic communications in international contracts, including obstacles that might result from the operation of existing international trade law instruments, would enhance legal certainty and commercial predictability for international contracts and help States gain access to modern trade routes,

Being of the opinion that uniform rules should respect the freedom of parties to choose appropriate media and technologies, taking account of the principles of technological neutrality and functional equivalence, to the extent that the means chosen by the parties comply with the purpose of the relevant rules of law,

Desiring to provide a common solution to remove legal obstacles to the use of electronic communications in a manner acceptable to States with different legal, social and economic systems,

Have agreed as follows:

Chapter I
Sphere of application

Article 1
Scope of application

1. This Convention applies to the use of electronic communications in

connection with the formation or performance of a contract between parties whose places of business are in different States.

2. The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between the parties or from information disclosed by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

3. Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2
Exclusions

1. This Convention does not apply to electronic communications relating to any of the following:

(a) Contracts concluded for personal, family or household purposes;

(b) (i) Transactions on a regulated exchange; (ii) foreign exchange transactions; (iii) inter-bank payment systems, inter-bank payment agreements or clearance and settlement systems relating to securities or other financial assets or instruments; (iv) the transfer of security rights in sale, loan or holding of or agreement to repurchase securities or other financial assets or instruments held with an intermediary.

2. This Convention does not apply to bills of exchange, promissory notes, consignment notes, bills of lading, warehouse receipts or any transferable document or instrument that entitles the bearer or beneficiary to claim the delivery of goods or the payment of a sum of money.

Article 3
Party autonomy

The parties may exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions.

Chapter II
General provisions

Article 4
Definitions

For the purposes of this Convention:

(a) “Communication” means any statement, declaration, demand, notice or request, including an offer and the acceptance of an offer, that the parties are required to make or choose to make in connection with the formation or performance of a contract;

(b) “Electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages;

(c) “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telegram, telex or telecopy;

(d) “Originator” of an electronic communication means a party by whom, or on whose behalf, the electronic communication has been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a party acting as an intermediary with respect to that electronic communication;

(e) “Addressee” of an electronic communication means a party who is intended by the originator to receive the electronic communication, but does not include a party acting as an intermediary with respect to that electronic communication;

(f) “Information system” means a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages;

(g) “Automated message system” means a computer program or an electronic or other automated means used to initiate an action or respond to data messages or performances in whole or in part, without review or intervention by a natural person each time an action is initiated or a response is generated by the system;

(h) “Place of business” means any place where a party maintains a nontransitory establishment to pursue an economic activity other than the temporary provision of goods or services out of a specific location.

Article 5
Interpretation

1. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2. Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 6
Location of the parties

1. For the purposes of this Convention, a party’s place of business is presumed to be the location indicated by that party, unless another party demonstrates that the party making the indication does not have a place of business at that location.

2. If a party has not indicated a place of business and has more than one place of business, then the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

3. If a natural person does not have a place of business, reference is to be made to the person’s habitual residence.

4. A location is not a place of business merely because that is: (a) where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with the formation of a contract are located; or (b) where the information system may be accessed by other parties.

5. The sole fact that a party makes use of a domain name or electronic

mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country.

Article 7
Information requirements

Nothing in this Convention affects the application of any rule of law that may require the parties to disclose their identities, places of business or other information, or relieves a party from the legal consequences of making inaccurate, incomplete or false statements in that regard.

Chapter III
Use of electronic communications in international contracts

Article 8
Legal recognition of electronic communications

1. A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.

2. Nothing in this Convention requires a party to use or accept electronic communications, but a party's agreement to do so may be inferred from the party's conduct.

Article 9
Form requirements

1. Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.

2. Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and

(b) The method used is either:

(i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or

(ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

4. Where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) There exists a reliable assurance as to the integrity of the information it contains from the time when it was first generated in its final form, as an electronic communication or otherwise; and

(b) Where it is required that the information it contains be made available, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be made available.

5. For the purposes of paragraph 4 (a):

(a) The criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change that arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) The standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

Article 10
Time and place of dispatch and receipt of electronic communications

1. The time of dispatch of an electronic communication is the time

when it leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator or, if the electronic communication has not left an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator, the time when the electronic communication is received.

2. The time of receipt of an electronic communication is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee. The time of receipt of an electronic communication at another electronic address of the addressee is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at that address and the addressee becomes aware that the electronic communication has been sent to that address. An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's electronic address.

3. An electronic communication is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, as determined in accordance with article 6.

4. Paragraph 2 of this article applies notwithstanding that the place where the information system supporting an electronic address is located may be different from the place where the electronic communication is deemed to be received under paragraph 3 of this article.

Article 11
Invitations to make offers

A proposal to conclude a contract made through one or more electronic communications which is not addressed to one or more specific parties, but is generally accessible to parties making use of information systems, including proposals that make use of interactive applications for the placement of orders through such information systems, is to be considered as an invitation to make offers, unless it clearly indicates the intention of the party making the proposal to be bound in case of acceptance.

Article 12
Use of automated message systems for contract formation

A contract formed by the interaction of an automated message system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message systems or the resulting contract.

Article 13
Availability of contract terms

Nothing in this Convention affects the application of any rule of law that may require a party that negotiates some or all of the terms of a contract through the exchange of electronic communications to make available to the other party those electronic communications which contain the contractual terms in a particular manner, or relieves a party from the legal consequences of its failure to do so.

Article 14
Error in electronic communications

1. Where a natural person makes an input error in an electronic communication exchanged with the automated message system of another party and the automated message system does not provide the person with an opportunity to correct the error, that person, or the party on whose behalf that person was acting, has the right to withdraw the portion of the electronic communication in which the input error was made if:

(a) The person, or the party on whose behalf that person was acting, notifies the other party of the error as soon as possible after having learned of the error and indicates that he or she made an error in the electronic communication; and

(b) The person, or the party on whose behalf that person was acting, has not used or received any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other party.

2. Nothing in this article affects the application of any rule of law that

may govern the consequences of any error other than as provided for in paragraph 1.

Chapter IV
Final provisions

Article 15
Depositary

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary for this Convention.

Article 16
Signature, ratification, acceptance or approval

1. This Convention is open for signature by all States at United Nations Headquarters in New York from 16 January 2006 to 16 January 2008.

2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3. This Convention is open for accession by all States that are not signatory States as from the date it is open for signature.

4. Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 17
Participation by regional economic integration organizations

1. A regional economic integration organization that is constituted by sovereign States and has competence over certain matters governed by this Convention may similarly sign, ratify, accept, approve or accede to this Convention. The regional economic integration organization shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that that organization has competence over matters governed by this Convention. Where the number of Contracting States is relevant in this Convention, the regional economic integration organization shall not count as a Contracting State in addition to its member States that are Contracting States.

2. The regional economic integration organization shall, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make a declaration to the depositary specifying the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that organization by its member States. The regional economic integration organization shall promptly notify the depositary of any changes to the distribution of competence, including new transfers of competence, specified in the declaration under this paragraph.

3. Any reference to a “Contracting State” or “Contracting States” in this Convention applies equally to a regional economic integration organization where the context so requires.

4. This Convention shall not prevail over any conflicting rules of any regional economic integration organization as applicable to parties whose respective places of business are located in States members of any such organization, as set out by declaration made in accordance with article 21.

Article 18
Effect in domestic territorial units

1. If a Contracting State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.

2. These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

3. If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.

4. If a Contracting State makes no declaration under paragraph 1 of

this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 19
Declarations on the scope of application

1. Any Contracting State may declare, in accordance with article 21, that it will apply this Convention only:

(a) When the States referred to in article 1, paragraph 1, are Contracting States to this Convention; or

(b) When the parties have agreed that it applies.

2. Any Contracting State may exclude from the scope of application of this Convention the matters it specifies in a declaration made in accordance with article 21.

Article 20
Communications exchanged under other international conventions

1. The provisions of this Convention apply to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which any of the following international conventions, to which a Contracting State to this Convention is or may become a Contracting State, apply:

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958);

Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 14 June 1974) and Protocol thereto (Vienna, 11 April 1980);

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 11 April 1980);

United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 19 April 1991);

United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 11 December 1995);

United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12 December 2001).

2. The provisions of this Convention apply further to electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which another international convention, treaty or agreement not specifically referred to in paragraph 1 of this article, and to which a Contracting State to this Convention is or may become a Contracting State, applies, unless the State has declared, in accordance with article 21, that it will not be bound by this paragraph.

3. A State that makes a declaration pursuant to paragraph 2 of this article may also declare that it will nevertheless apply the provisions of this Convention to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of any contract to which a specified international convention, treaty or agreement applies to which the State is or may become a Contracting State.

4. Any State may declare that it will not apply the provisions of this Convention to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which any international convention, treaty or agreement specified in that State's declaration, to which the State is or may become a Contracting State, applies, including any of the conventions referred to in paragraph 1 of this article, even if such State has not excluded the application of paragraph 2 of this article by a declaration made in accordance with article 21.

Article 21
Procedure and effects of declarations

1. Declarations under article 17, paragraph 4, article 19, paragraphs 1 and 2, and article 20, paragraphs 2, 3 and 4, may be made at any time. Declarations made at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

2. Declarations and their confirmations are to be in writing and to be formally notified to the depositary.

3. A declaration takes effect simultaneously with the entry into force

of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary.

4. Any State that makes a declaration under this Convention may modify or withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. The modification or withdrawal is to take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

Article 22
Reservations

No reservations may be made under this Convention.

Article 23
Entry into force

1. This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2. When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force in respect of that State on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 24
Time of application

This Convention and any declaration apply only to electronic communications that are made after the date when the Convention or the declaration enters into force or takes effect in respect of each Contracting State.

Article 25
Denunciations

1. A Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the depositary.

2. The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

DONE at New York, this 23 November, 2005, in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Convention.

Ratione Temporis Jurisdiction of the International Criminal Court

Javad Tahmasebi

Persian text, pp. 11-45

Abstract

Jurisdiction of *adhoc* International criminal tribunals covers the crimes committed before their establishment. But the procedural and substantive rules of the statute of International Criminal Court is an indication of its sole Jurisdiction and the exercise of its rules over the crimes committed after entering into the force of the statute. While ICC may exercise its jurisdiction over the crimes committed in the territory or by the nationals of a state after joining to and entering into force of the statute for that state, it is only the Security Council who may without any time restriction refer to the ICC prosecutor all situations concerning crimes within the jurisdiction of the court which have been committed after the statute entered into force.

Regardless of the explicit provisions of the statute pertaining to the time of the exercise of the jurisdiction of the court, situations may arise which calls for arguments over the commencnent date for the court's jurisdiction. Some perovisions in the statute limits the time, suspends, or even ceases the court's right of the exercise of its jurisdiction.

Occurrence of some continuous and compound offences committed before the statute become enforceable, restriction of exercise of the court's jurisdiction pertaining to war crimes for seven years, feasibility of retroactivity of the court's jurisdiction in cases where a state *ratione personae* accepts *adhoc* jurisdiction of the ICC, absence of time limitation regarding the right of the U.N. Security Council to request supension of the prosecution, state party withdrawal and finally impossibility of the exercise of ICC's jurisdiction regarding the crime of

aggression till a definition of this crime be given by the Security Council are the main discussions in this article.

Keywords: International Criminal Court, Ratione Temporis, Entery into Force of Statute, Court's *adhoc* Jurisdictions, Withdrawal, Referring and Suspending of the prosecution by Security Council, Crimes of Aggression.

Rules and limits of Humanitarian Intervention in Security Council Practice

Zainab Rashidi Nejad

Persian text, pp. 63-102

Abstract

In International law literature, Humanitarian intervention is resorting to military force by Security Council according to chapter VII of the United Nation Charter for prevention of massive and systematic breaches of human rights inside the national borders.

In the last two decades, humanitarian intervention (in Iraq and Somolia, ethnic and tribal conflicts in Kosovo and Darfur) due to political nature of Security Council interests of its permanent members has been subject to existing circumstances.

This leads to the idea that Security Council as the UN's enforcing organ is legally bound to take into account some rules and limits in humanitarian intervention process.

Keywords: Non-intervention, Humanitarian Intervention, Security Council, Human Rights, Sovereignty.

A Study of Some Methods of Human Rights Education

Fariba Navab Daneshmand

Persian text, pp. 129- 167

Abstract

The third millennium has begun while the international society is yet encountered with serious challenges regarding the achievement of international peace and Security. As a consequence of the occurrence of frequent breaches of the human rights, most of the states now perceive the necessity of a solution, which would prevent the recurrence of such events.

One appropriate way to approach the problem seems to be the institutionalization, internalization, universalisation and promotion of the human rights culture among societies, through human rights education. Achieving a proper human rights education requires study and consideration of the methods, means, instructors, and the learners in this process.

Keywords: Human Rights, Education, Human Rights education, Formal Education, Informal Education, Educational Level.

Aspects of Testimony in International Criminal Proceedings

Alireza Ebrahimgol

Persian text, pp. 193-214

Abstract

No doubt, testimony is one of the most significant evidence in proving a criminal case. This is true of both domestic and international criminal proceedings. The latter are generally used by the international community in the aftermath of internal conflicts and massive and flagrant breaches of human rights and humanitarian law as a device for maintenance and restoration of peace and strengthening element of justice in materialization of peace and preventing commission of such crimes in the future. In these proceedings testimony becomes more important since the fear of giving testimony by eye-witnesses leads to rejection of prosecutor's case against accused. On the other hand internationally established standards, embodied in different human rights conventions, grant the accused some rights generally categorized as "right to fair trail". Thus two necessity i.e. observing the accused rights and protecting witnesses. Creating a reasonable balance between these two necessity makes a trial qualified as "fair".

Keywords: Testimony, International Criminal Proceedings, Humanitarian Law, Eye-Witnesses, Fair Trail.

A Comparative Study of Legal Nature of Buy-Back Contracts and the Related Laws and Regulations

Mohammad Reza Saber
Persian text, pp. 243-295

Abstract

Selecting Buy-Back Contracts as a method of financing projects in oil and gas industry has been, in the one hand, due to the legal limitations and requirements and due to the economic requirements on the other hand. Buy-Back contracts are different in nature from foreign legal institutions such as Counter-Trade and its vorious forms, i.e. production sharing agreements, joint venture contracts, concession contracts. Moreover they are, in the Iranain model, different in nature from domestice legal institutions such as sales and barters.

Indeed Buy-Back Contracts have a *sui generis* nature and are not completely similar to any of foreign and domestic legal institutions. Parties to these contracts intend to make a series of contracts under a single contract with very different conditions from usual contracts. Their basis as every other contract is mutual consent of the parties. This mutual consent must be accepted and respected in so far as it is not against prevailing laws and regalations.

Keywords: Buy-Back Contracts, Investment-Barter, Finance, Legal Limitations, Economic Requirements.

Reflections on a Judgment in Re: Accessory in Using of Chemical Weapons by Iraqi Regime

Seyed Ghasem Zamani

Persian text, pp. 313-326

Abstract

The Hague Court of appeal issued its judgment against Frans Van Anraat on May 9th 2007 in Re "Victims of Chemical Weapons". The defendant was a Dutch national who was an accessory to the violation of the laws of war by Iraqi rulers through supplying them considerable quantities of raw materials for the production of mustard gas during a period of 8 years beginning from 1980. The appeal court sentenced the defendant to a 17 years term of imprisonment and payment of nominal compensation to injured plaintiffs. In this judgment the use of chemical weapons by Iraqi forces was established for the first time, by an independent Forum. It appears that the findings of this court may lead to a further investigation of the core of the matter of the violation of the International Humanitarian Law.

Keywords: Chemical Weapons, War Crimes, Imposed War, Frans Van. Anraat, Victims of Chemical Weapons, International Humanitarian Law.