مجلهٔ حقوقی

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

فهرست مطالب

- **استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل** ۱۱
  دکتر ستار عزیزی
- **رویه دیوان اروپایی در ارتباط با مصونیت دولتها از اقدامات اجرایی** ٤٧
  ترجمهٔ امیرساعد وکیل
- **مسئولیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق** ۹۱
  علی داعی
- **سوانح احوال «شارل دو ویشر»: زندگی یک حقوقدان نمونه** ۱۲۳
  ترجمهٔ دکتر محسن محبی
- **جامعه بین‌المللی و مقابله با نقض حقوق بشردوستانه در بحران دارفور** ۱٤۱
  عطیه باباخانی
- **نظم عمومی در حقوق اروپا** ۱۸۵
  ترجمهٔ فیض‌الله جعفری
- **تعهدات خریدار در بیـع بـین‌المللـی، مطالعـه‌ای تحلیلـی در رویـه قـضائی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا** ۱۹۹
  ترجمهٔ دکتر ماشاءالله بنانیاسری
- **التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟** ۲۳۳
  سیدضیاءالدین مدنی
- **قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات (تراکنشهای) الکترونیکـی در عرصـه جهانی** ۲٦۱
  ترجمهٔ مصطفی بختیاروند
- **مقابله با تروریسم هسته‌ای: یک پاسخ معاهداتی** ۲۸۵
  ترجمهٔ محمدرضا مهماندار
- **حکم استیناف دادگاه لندن در پرونـده دولت جمهوری اسلامی ایـران علیـه گالری برکت** ۳۱۹
- **کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای** ٤۲۷
- **چکیده مقالات به زبان انگلیسی**

۳۸

بهار ـ تابستان

۱۳۸۷

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۴۵ ـ۱۱، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۳/۶، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۳/۱۵

استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل*

دکتر ستار عزیزی**

چکیده

ایالت کوزوو در ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ علی‌رغم اعلام مخالفت شدید صربستان، روسیه و چین، اعلامیه استقلال خود را صادر نمود که تا زمان نگارش این مقاله از سوی ۴۱ کشور به‌رسمیت شناخته شده است. علمای حقوق بین‌الملل در خصوص مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل، دو موضع متفاوت اتخاذ کرده‌اند. گروه اول بر این اعتقادند که در حقوق بین‌الملل، حقی برای مردمِ ساکن در قسمتی از سرزمین یک دولت برای جدا شدن یک‌جانبه و بدون کسب رضایت دولت پیشین وجود ندارد و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله اصل حفظ تمامیت ارضی دولتها از یکپارچگی سرزمینی کشورها حمایت می‌کنند. اما گروهی دیگر بر این باورند که در نظام حقوق بین‌الملل قاعده‌ای در مورد «حق جدا شدن» یا «ممنوعیت جدا شدن» یک‌جانبه قسمتی از سرزمین یک دولت، نفیاً یا اثباتاً وجود ندارد و دولت جدید درصورتی که بتواند به‌صورت مؤثر به اعمال حاکمیت بپردازد، موجودیت آن به‌عنوان تابع جدید حقوق بین‌الملل قابل پذیرش خواهد بود. در این مقاله پس از بررسی دو رهیافت فوق‌الذکر، مورد کوزوو به‌عنوان آخرین دولتی که به‌صورت یک‌جانبه اعلام استقلال نموده واکنش و موضع جامعه بین‌المللی جهت تبیین عملکرد جدید دولتها در این ارتباط مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. فرضیه مورد نظر نگارنده آن است که قضیه کوزوو نشان می‌دهد که نظریه دوم در نظام حقوق بین‌الملل کنونی بیش از رهیافت اول می‌تواند بیانگر رویه و عملکرد دولتها باشد، مضاف بر آنکه به‌نظر می‌رسد به‌موجب قاعده‌ای در حال ظهور که حق تعیین سرنوشت خارجی را در موارد نقض سیستماتیک حقوق بشر قابل مطالبه می‌داند، می‌توان اعلام استقلال کوزوو را مشروع دانست.

واژگان کلیدی: حق تعیین سرنوشت داخلی و خارجی، کوزوو، جدایی یک‌جانبه، انحلال، وضعیت غیراستعماری، اقلیتها، تمامیت ارضی، استقلال، شناسایی.

---

* . این نوشتار به استاد فرزانه حقوق بین‌الملل، دکتر جمشید ممتاز تقدیم می‌گردد.

** . استادیار دانشگاه بوعلی سینا.

مقدمه

عمدتاً دولی که از کشور پیشین جدا می‌شوند و به‌صورتی یک‌جانبه اعلام استقلال می‌کنند (همچون کوزوو) در اعلامیه استقلال خود، به حق تعیین سرنوشت مردم (به‌صورت ضمنی یا صریح) اشاره می‌کنند و این حق را مبنای جدا شدن و تشکیل کشور مستقل می‌دانند. از این‌رو قبل از ورود ماهوی به موضوع مقاله حاضر، لازم است به دو نکته اشاره شود:

۱ـ حق تعیین سرنوشت در دو حوزه داخلی و خارجی مورد مطالعه قرار گرفته و به این دو حوزه تقسیم می‌شود و تقریباً عموم حقوقدانان متخصص در این حوزه، به لزوم توجه به این تقسیم‌بندی اذعان دارند.[۱] جنبه داخلی حق تعیین سرنوشت به اعمال این حق در چارچوب حفظ تمامیت ارضی کشور مربوط می‌شود، به این معنا که در درجه اول تمام مردم ساکن در یک کشور حق دارند نظام سیاسی خود را آزادانه انتخاب نمایند و در حکومت مشارکت داشته باشند، (ماده ۱ مشترک میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) و در درجه دوم اقلیتهای ساکن در کشور نیز می‌توانند آزادانه هویت خود را ابراز نموده و آن را حفظ نمایند.[۲] جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت مربوط به حق تشکیل کشور مستقل مربوط می‌شود و به‌نظر می‌رسد که تنها سرزمین یا گروههای خاصی از مردم می‌توانند از این حق برخوردار شوند.

۲ـ در حوزه تعیین سرنوشت خارجی نیز، بنابر رویه‌ای کاملاً پذیرفته شده، اعمال حق تعیین سرنوشت را باید در دو حوزه استعماری و غیراستعماری از همدیگر تفکیک نمود. حقوقدانان

---

1. Cassese Antonio**, Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal**, Cambridge University Press, 1995.p.131; Brady E. Jennifer, " The Huaorani Tribe of Ecuador: A Study in Self- Determination for Indigenous Peoples ", *Harvard Human Rights Law*, 1997, vol:10.p.298; Fresa, *op. cit*. p.15; Aukerman Miriam, "Definitions and Justifications: Minority and Indigenous Rights in a Central/East European Context", *Human Rights Quartely*" (2000) vol:22.p.1035 ,Robert McCorquodale," Self-Determination:A Human Rights Approach", *International and Comparative Law Quarterly*,1994,vol:43, p.863; Murray Rachel & Wheatley Steven, "Group and African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly* (2003), vol: 25.pp.228- 229; Martti Koskenniemi, "National Self- Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice" ,*International and Comparative Law Quarterly*, 1994, vol: 43, p.248, Alexander Kiss, "The Peoples` Right to Self-Determination",*Human Rights Law Journal*,1986,vol:7,pp.165-175, Siegfried Wiessner," Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis" , *Harvard Human Rights Journal*, 1999,vol:12,p.116, Frederic L. Kirgis, "The Degrees of Self-Determination In The United Nations Era", *The American Journal of International Law*,1994,vol: 88, p.307, Thornberry Patrick, "Self-Determination, Minority,Human Rights: A Review of International Instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, October 1989, vol. 38. p. 869.

2. Report by Alain Pelle: " Legal Opinion on Certain Questions of International Law Raised by the Reference",in Bayefsky F. Anne, **Self-Determination in International Law:Quebec and Lessons Learned**, 2000, Kluwer Law International.p. 210, para. 35.

در پذیرش این قاعده اتفاق‌نظر دارند که حق تعیین سرنوشت به سرزمینهای مستعمره، حق استقلال و تشکیل دولت مستقل را می‌دهد. البته سرزمینهای مستعمره می‌توانند از دیگر اشکال حق تعیین سرنوشت بهره گیرند و در این ارتباط اسناد ملل متحد به‌صراحت اعلام داشته‌اند که «استقلال» تنها ساز و کار و شیوه اِعمال حق تعیین سرنوشت نیست؛ مثلاً در قطعنامه‌های شماره ۷۴۲ ، ۱۵۴۱ و ۲۶۲۵ مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد به شیوه‌ها و ساز و کارهای متعدد اِعمال حق تعیین سرنوشت اشاره شده است که از جمله عبارتند از: استقلال، اتحاد با کشوری دیگر، الحاق سرزمین به کشوری مستقل یا هر گونه همگرایی و وضعیت سیاسی دیگری که با اراده و اختیار آزاد مردم محقق گردد.[۳] همان‌گونه که قاضی «دیلارد» در رأی مشورتی «صحرای غربی» گفته است، آنچه اهمیت دارد، احراز اراده آزاد مردم است و نتیجه اِعمال حق تعیین سرنوشت، موضوعیت ندارد.[۴] بنابراین استقلال و تشکیل کشور مستقل؛ عالی‌ترین گزینه مورد انتخاب برای سرزمینهای مستعمره می‌باشد.[۵] در حقوق بین‌الملل معاصر، جلوگیری از اعمال این حق در مورد سرزمینهای مستعمره به نقض یک قاعده آمره می‌انجامد.[۶]

برخلاف وضعیت استعماری، بهره‌مندی از حق تعیین سرنوشت خارجی برای سرزمینهایی که مستعمره نیستند با تردید جدی روبروست (غیر از مواردی که سرزمینی از طرف بیگانه به اشغال درآمده است). روشن است که سرزمین کوزوو در زمره سرزمینهای مستعمره قرار ندارد. ازاین‌رو در مقاله حاضر پس از مطالعه مختصری از تاریخ کوزوو و چگونگی روند تحصیل استقلال این سرزمین، ابتدا این مسئله بررسی خواهد شد که آیا مردم کوزوو حق دارند از وجه خارجی حق تعیین سرنوشت برخوردار شوند یا خیر؟ و در صورتی که پاسخ به سؤال مذکور منفی باشد، در مرحله دوم این موضوع را باید بررسی نمود که آیا اعلام استقلال یک‌جانبه، نامشروع بوده یا به‌موجب دیگر قواعد موجود در نظام حقوق بین‌الملل معاصر می‌توان آن را مشروع دانست؟

---

۳. در این ارتباط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۵۳ با توجه به انعقاد موافقتنامه‌ای میان ایالات متحده امریکا و «پورتوریکو» (سرزمین مستعمره امریکا) در سال ۱۹۵۲ که طی آن به این سرزمین خودگردانی اعطا گردید؛ اعلام نمود که دیگر امریکا الزامی به ارائه گزارش به ملل متحد ندارد.

Rodolfo Stavenhagen, **Ethnic Conflicts and the Nation-State**,London: Macmillan Press Ltd.1996

4. B.C. Nirmal, **The Right to Self-Determination In International Law,** Deep & Deep Publications PVT LTD,1999, p.137.

5.Wayne Norman,"Secession and (Constitutional) Democracy", in Requejo Ferran, **Democracy and National Pluralism**, Routledge new york, 2001.p.84.

6. Brownlie**, Principles of Public International Law**, fifth Edition,1998,Oxford University Press.p.513,Cassese, *op.cit,* pp.135-140, Azadon Tiewul, "Relations between the United Nations Organization and the Organization of African Unity in the Settlement of Secessionist Conflicts", *Harvard International Law Journal*, vol:16, p. 260.

لازم به ذکر است که بررسی موضع حق جدا شدن در قضیه درخواست جدایی ایالت کبک از کشور کانادا در دیوان عالی این کشور مطرح شد. بدین‌ترتیب که وزیر دادگستری دولت فدرال کانادا از دیوان عالی فدرال تقاضا نمود به سه پرسش پاسخ دهد که سؤال دوم به موضوع مقاله حاضر ارتباط دارد:[۷]

آیا حقوق بین‌الملل به مجلس یا دولت ایالت کبک به‌صورت یک‌جانبه حق می‌دهد که از کشور کانادا جدا شوند؟ در این ارتباط آیا به‌موجب مقررات حقوق بین‌الملل؛ حق تعیین سرنوشت برای مجلس یا دولت ایالت کبک برای جدایی یک‌جانبه از کانادا وجود دارد؟

در پاسخ به این سؤال، دیوان عالی کانادا از نظریات مشورتی علمای برجسته حقوق بین‌الملل از جمله قضات دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیسیون حقوق بین‌الملل کمک گرفت.[۸]

در مقاله حاضر به‌ویژه در بخش اول، عموماً به‌نظریات مندرج در آن قضیه استناد شده است. لازم به ذکر است که علمای حقوقی طرفِ مشورتِ دیوان، با ارائه قرائتهای مختلف از رویه دولتها، نسبت به مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل نظرات متفاوتی ابراز داشتند.

پروفسور جیمز کرافورد و پروفسور لوزیس وایلدهابر بر این اعتقاد بودند که حقوق بین‌الملل کنونی از تمامیت ارضی دولتها حمایت به عمل می‌آورد و قسمتی از سرزمین یک دولت نمی‌تواند به‌صورت یک‌جانبه اعلام جدایی نماید. اما پروفسور توماس فرانک، پروفسور آلن پله و پروفسور ژرژ ابی صعب، نظری متفاوت و مغایر داشته و بر این اعتقاد بودند که حقوق بین‌الملل در این رابطه ساکت است و در این سیستم، قاعده‌ای وجود ندارد که جدایی یک‌جانبه را مجاز و یا ممنوع بداند و در صورتی که سرزمین جدا شده بتواند به‌صورت مؤثر موجودیت پیدا کند باید تشکیل آن دولت را مشروع دانست.

---

۷. جهت مطالعه رأی مذکور رک. ستار عزیزی، حمایت از اقلیتها در حقوق بین‌الملل، نشر نور علم , چاپ اول ۱۳۸۵.

۸. کارشناسانی که دیوان عالی کانادا در این مرحله از نظر مشورتی آنان استفاده نمود؛ عبارتند از:

۱ـ پروفسور توماس فرانک: مدیر بخش مطالعات بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه نیویورک و سردبیر مجله امریکایی حقوق بین‌الملل.

۲ـ پروفسور روزالین هیگینز : عضو سابق کمیته حقوق بشر و رئیس کنونی دیوان بین‌المللی دادگستری.

۳ـ پروفسور آلن پله : استاد حقوق بین‌الملل دانشگاه ۱۰ پاریس و عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل.

۴ـ پروفسور مالکوم شاو : استاد دانشگاه اسکس.

۵ـ پروفسور کریستین توموشات : استاد دانشکده حقوق و اقتصاد بن (آلمان).

۶ـ پروفسور ژرژ ابی صعب : استاد حقوق بین‌الملل دانشگاه ژنو.

همچنین دو نفر از اساتید مشهور حقوق بین‌الملل به‌عنوان کارشناس، دادستان کل کانادا را در این پرونده یاری می‌دادند که عبارت بودند از:

پروفسور جیمز کرافورد : استاد دانشگاه کمبریج و عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل و پروفسور لوزیس وایلدهابر: استاد دانشگاه باسل سوئیس و قاضی دیوان اروپایی حقوق بشر.

اعلام جدایی یک‌جانبه کوزوو و شناسایی آن از سوی تعدادی از دولتها از جمله برخی دول عضو دایمی شورای امنیت (همچون ایالات متحده امریکا، انگلیس و فرانسه) از یک‌سو و مخالفت تعدادی دیگر از دولتها (همچون روسیه و چین) و به‌ویژه دولت پیشین (جمهوری صربستان)، موضوع مهم مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل را بار دیگر مطرح ساخت. از این‌رو پس از گذشت تقریباً ده سال از ارائه نظر مشورتی علمای فوق‌الذکر بررسی مجدد این موضوع، خصوصاً با لحاظ عملکرد کنونی دولتها و واکنش آنها نسبت به استقلال یک‌جانبه کوزوو لازم و ضروری به‌نظر می‌رسد. مضاف بر اینکه دولت محلی کانادا هیچ‌گاه اقدام به صدور اعلامیه استقلال ننموده است تا واکنش دولتها در این رابطه مورد بحث و بررسی قرار گیرد، اما درخصوص کوزوو، رویکرد و واکنش دولتها در خور مداقه و مطالعه می‌باشد.

همچنین از لحاظ روش بررسی مسئله نیز تفاوتی قابل توجه میان پرونده کبک و نظر مشورتی علمای حقوق بین‌الملل با موضوع استقلال کوزوو وجود دارد؛ چه آنکه در قضیه کبک از علمای حقوق بین‌الملل سؤال شده بود که آیا ایالت کبک حق جدا شدن از کانادا را دارد یا نه؟ اما در قضیه کوزوو صرف‌نظر از وجود یا عدم وجود حق مذکور، به مسئله مشروعیت استقلال کوزوو پرداخته می‌شود؛ زیرا میان «داشتن حق» و «ممنوع نبودن» انجام یک عمل تفاوت وجود دارد. پروفسور توماس فرانک در این ارتباط می‌گوید، بنابر مضمون اصلی که دیوان دایمی بین‌المللی دادگستری در قضیه لوتوس بیان نموده است، «در حقوق بین‌الملل، آنچه که ممنوع نشده باشد مجاز است». از این رو در این رهیافت، کافی است که در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای وجود نداشته باشد که جدایی یک‌جانبه کوزوو را ممنوع بداند تا بتوان اعلام استقلال آن سرزمین را مشروع دانست.

بدیهی است که شیوه طرح سؤال، می‌تواند پاسخ بدان را متفاوت سازد. از آنجا که دادستان کل کانادا در طرح سؤال خود از عبارت «حق جدا شدن» استفاده کرده بود؛ لذا نه تنها پروفسور جیمز کرافورد و پروفسور لوزیس وایلدهابر به سؤال مذکور، پاسخ منفی دادند (زیرا به ممنوعیت جدایی یک‌جانبه اعتقاد داشتند)، بلکه حقوقدانانی هم که بر این اعتقاد بودند که در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای وجود ندارد تا جدایی یک‌جانبه را مجاز و یا ممنوع بداند و در صورتی که سرزمین جدا شده بتواند به‌صورت مؤثر موجودیت پیدا کند باید تشکیل آن دولت را مشروع دانست، نتوانستند به سؤال دادستان پاسخ مثبت دهند و دیوان عالی کانادا نیز به موضوع مؤثر بودن به‌عنوان عنصری در پذیرش مشروعیت جدایی یک‌جانبه نپرداخت اما در مقاله حاضر، معیار «مؤثر بودن»* به‌عنوان یکی از پاسخهای محتمل به سؤال طرح شده در مقاله، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. به‌علاوه با توجه به سرکوب مردم کوزوو از سوی دولت صربستان و

*. Effectivity.

مداخله ناتو جهت پایان دادن به این جنایات، به‌نظر می‌رسد که بررسی این قاعده در حال ظهـور نیز که حق تعیین سرنوشت خارجی را در مـوارد نقـض سیـستماتیک حقـوق بـشر قابـل مطالبـه می‌داند، ضروری است.

بخش اول
رویکردهای متفاوت در خصوص مشروعیت جدایی یک‌جانبه

موضوع جدایی یک‌جانبه و بررسی مشروعیتِ آن، از مسائل مهمی است که از دیرباز نـزد علمای حقوق بین‌الملل مطرح بوده است. همان‌گونه که در مقدمـه مطـرح شـد ایـن موضـوع در قضیه درخواست جدایی ایالت کبک از کانادا نیز بار دیگر مطرح گردید و آن دسـته از حقوقـدانان که نظر مشورتی آنان در این رابطه از سوی دیوان عالی کانادا اخذ گردید، دو رهیافت متفـاوت در این‌باره ابراز داشتند. در این بخش، دو رهیافت مذکور در پرتو آن قضیه و با اضافه نمودن بحثها و ادله جدید و نظریاتی که نگارنده ابراز نموده است مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول
نامشروع بودن جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل

به‌نظر می‌رسد که از بدو پیدایش دولت ـ ملت در قرن هفـدهم تـاکنون، دولتهـا، جـدایی قسمتی از سرزمین خود را قابل قبول ندانسته و با آن مخالف ورزیـده‌انـد و بـه‌گونـه‌ای طبیعـی، واکنش مذکور در قالب تصمیمات سازمانهای بین‌المللی و آراء مراجع قضائی مـنعکس شـده و تـا قرن حاضر تداوم داشته است.

رأی کمیسیون حقوقدانان جامعه ملل در سالهای اولیه قرن بیستم که در قضیه درخواست جدایی یک‌جانبه ساکنان جزایر آلاند صادر شد نیز مؤید این نظر است. این قضیه بـه درخواسـت ساکنان جزایر آلاند که سوئدی زبان هستند (واقع در دریای بالتیک و نزدیک سواحل سوئد) برای جدایی از کشور فنلاند مربوط می‌شود. مردم این جزیره در سال ۱۹۲۰ خواستار جـدایی از کـشور فنلاند و الحاق به کشور مادر (سوئد) شدند. موضوعی که با حمایت دولت سوئد به اختلافی میان دو کشور منجر گردید. این اختلاف در شورای جامعـه ملـل مطـرح گردیـد و شـورا کمیتـه‌ای را متشکل از سه نفر حقوقدان، مامور رسیدگی به این درخواست کرد و از کمیته سؤال نمود کـه آیـا ساکنان جزایر آلاند مطابق قواعد حقوق بین‌الملل مـی‌تواننـد از فنلانـد جـدا شـده و بـه کـشور پادشاهی سوئد بپیوندند؟

کمیسیون حقوقدانان بر این اعتقاد بود که حق تعیین سرنوشت، اصلی سیاسی است و در حقوق بین‌الملل موضوعه وارد نشده است:[۹]

«حقوق بین‌الملل موضوعه؛ حق گروههای ملی برای جدا شدن از دولت موجود را به صرف تمایل آنها به رسمیت نمی‌شناسد. وجود یا عدم وجودِ حقِ بخشی از مردم یک کشور که از طریق همه‌پرسی و یا دیگر وسایل بتوانند آینده سیاسی خود را تعیین کنند تنها در اختیار دولت‌های متبوع آنهاست. اختلاف میان این دو کشور در این موضوع، در شرایط عادی مسئله‌ای است که حقوق بین‌الملل آن را در صلاحیت داخلی یکی از آن دولت‌ها قرار می‌دهد. هر راه‌حل دیگری غیر از این، به نقض حاکمیت دولت می‌انجامد و خطر بروز مشکل و بی‌ثباتی را به‌دنبال خواهد داشت که منافع جامعه بین‌المللی را به خطر خواهد انداخت».[۱۰]

همچنین نگاهی به اسناد بین‌المللی صادره در نظام ملل متحد که به حق تعیین سرنوشت اشاره داشته‌اند، نشان می‌دهد که در آن اسناد و یا حداقل در مذاکرات مقدماتی تدوین آنها، نمایندگان دولت‌ها بر این نکته اصرار داشته‌اند که حق تعیین سرنوشت نباید به مفهوم ایجاد حق تجزیه‌طلبی و تشکیل کشور مستقل برای گروه‌های قومی و اقلیت تلقی گردد. در این ارتباط بند (۶) قطعنامه‌های شماره ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد چنین اشعار می‌دارد:

«هیچ‌یک از بندهای فوق، مشوق تجزیه و یا خدشه‌دار کردن جزئی یا کلی تمامیت ارضی و یا وحدت سیاسی دول حاکم و مستقل که نمایندگی کل خلق‌های متعلق به سرزمین خود را بدون تمایز از حیث نژاد، عقیده یا رنگ پوست بر عهده دارند، نخواهد گردید و چنین دلالتی نیز ندارد».

لزوم حفظ تمامیت ارضی دول حاضر در اسناد خاص مربوط به حقوق اقلیت‌ها نیز مورد تاکید قرار گرفته است. بر همین اساس در بند (۴) ماده ۸ بیانیه حقوق اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی ۱۹۹۲ مصوب مجمع عمومی ملل متحد ، چنین مقرر شده است:

«هیچ حقی در این بیانیه، به‌عنوان مجوز اقدام علیه اهداف و اصول منشور ملل متحد از جمله؛ حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت‌ها تفسیر نخواهد شد».

---

9. Martti Koskenniemi, "National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice,*International and Comparative Law Quarterly*", 1994, vol: 43, p.246.

10. Cassese Antonio, **Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal**, Cambridge University Press, 1995, pp.28-29.

در ماده ۲۱ کنوانسیون چارچوب حمایت از اقلیت‌های ملی شورای اروپا مصوب ۱۹۹۴ نیز بار دیگر بر مخالفت با تجزیه‌طلبی گروه‌های اقلیت تاکید گردید:

«هیچ چیزی در این کنوانسیون متضمن حق دخالت در عمل یا انجام اقدامی مغایر اصول اساسی حقوق بین‌الملل به‌ویژه حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت‌ها نبوده و اینگونه تفسیر نخواهد شد».

از ظاهر ماده مذکور و دیگر اسناد بین‌المللی چنین استنباط می‌شود که هر نوع اقدام گروه اقلیت علیه تمامیت ارضی دولت چه به‌صورت فعالیت‌های مسالمت‌آمیز و چه با توسل به‌زور، ممنوع می‌باشد. با توجه به این واقعیت که نزدیک به ۵۰۰۰ گروه قومی و ملی در اقصی نقاط جهان وجود دارد؛[۱۱] بدیهی است که شناسایی حق تعیین سرنوشت خارجی برای تمام این گروه‌ها، مشکلات عظیم سیاسی و امنیتی برای جامعه بین‌المللی به‌دنبال خواهد داشت.[۱۲]

کمیته حقوق بشر به تأسی از رهیافت مندرج در معاهدات بین‌المللی و عملکرد دولت‌ها، میان حقوق اقلیت‌ها و حق تعیین سرنوشت قائل به تمایز است. به اعتقاد کمیته، حق تعیین سرنوشت متفاوت از حق اقلیت‌هاست و در هر صورت برخورداری اقلیت‌ها از حقوق مندرج در ماده ۲۷ نباید به حاکمیت و تمامیت ارضی دولت‌ها آسیبی وارد سازد.[۱۳] کمیته رفع تبعیض نژادی نیز اعمال حق تعیین سرنوشت در وضعیتهای غیراستعماری را موجد حق جدا شدن نمی‌داند:

«در خصوص حق تعیین سرنوشت خلق‌ها؛ دو جنبه را باید از همدیگر تفکیک نمود. حق تعیین سرنوشت دارای یک جنبه داخلی است که به‌معنای حق تمام خلق‌ها به تعقیب آزادانه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور خود بدون دخالت خارجی می‌باشد. در این خصوص، ارتباطی میان حق تعیین سرنوشت با حق هر شهروند به مشارکت در امور عمومی کشور آن‌گونه که در بند (c) ماده ۵ کنوانسیون رفع تبعیض نژادی آمده است، در تمام سطوح وجود دارد. جنبه خارجی حق تعیین سرنوشت نیز به‌معنای آن است که همه خلق‌ها حق تعیین آزادانه وضعیت سیاسی و جایگاه خود در حقوق بین‌الملل را بر پایه اصل حقوق برابر دارند. این حق با آزادی خلق‌ها از استعمار و ممنوعیت تسلط، سلطه و بهره‌برداری خارجی پیوند دارد».[۱۴]

بر این اساس بسیاری از حقوقدانان نیز بر این باورند که حقوق بین‌الملل معاصر به

---

11. McCorquodale, "Self-Determination:A Human Rights Approach", *op.cit*, p.857.

۱۲. ستار عزیزی، **حمایت از اقلیتها در حقوق بین‌الملل**، صص۳۷۱-۳۷۰.

13. General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27) : para. 3.2.

14. General Recommendation No. 21: Right to self-determination : 23/08/96, para.4.

گروه‌های اقلیت حق جدا شدن از کشور و تشکیل دولت مستقل را نمی‌بخشد بلکه تنها سرزمین‌های استعماری و تحت اشغال خارجی را از استقلال بهره‌مند می‌گرداند.[۱۵]

پروفسور کرافورد و وایلدهابر که از سوی دادستان کل کانادا جهت ارائه نظر مشورتی راجع به وجود یا عدم وجود حق جدا شدن کبک از کانادا دعوت شده بودند، نیز نظر خود را چنین اعلام نمودند که «از سال ۱۹۴۵ تاکنون جامعه بین‌المللی نسبت به پذیرش جدایی یک‌جانبه، در فرضی که دولت پیشین یا مادر مخالف بوده‌اند، قویاً اکراه داشته و رویه دولتها در این خصوص روشن است».[۱۶]

به اعتقاد پروفسور کرافورد، تنها رویه متناقض با قاعده فوق‌الذکر به استقلال بنگلادش مربوط می‌شود که به‌دنبال دخالت نظامی هند در دسامبر ۱۹۷۱ به‌صورتی یک‌جانبه از پاکستان جدا شد. با این وجود و در مورد بنگلادش نیز، کرافورد در گزارش خود این واقعیت را متذکر می‌شود که تا زمان تسلیم نیروهای پاکستان در ۱۶ دسامبر ۱۹۷۱، غیر از هند هیچ کشور دیگری بنگلادش را به رسمیت نشناخته بود. (کشور هند ۲ روز پس از اعلان جنگ به پاکستان در تاریخ ۶ دسامبر بنگلادش را به رسمیت شناخت). علاوه بر آن، بنگلادش که در سال ۱۹۷۲ تقاضای عضویت در سازمان ملل متحد نمود تنها در سال ۱۹۷۴ و پس از شناسایی از سوی پاکستان به عضویت این سازمان درآمد. کرافورد، استقلال جمهوریهای سه‌گانه بالتیک و شناسایی آنها از سوی دیگر کشورها را نیز منافی قاعده فوق‌الذکر نمی‌داند. لازم به ذکر است که جمهوریهای بالتیک در دوران میان دو جنگ اول و دوم جهانی، دولی مستقل و عضو جامعه ملل بودند و توسط شوروی به‌صورتی غیرقانونی اشغال شده و در سال ۱۹۴۰ به این کشور منضم شدند. در همان زمان نیز بسیاری از دولتها مخالفت خود را با این اقدام شوروی اعلام داشتند و این موضوع در شناسایی استقلال آنها بسیار مؤثر بود. همچنین شورای دولتی اتحاد جماهیر شوروی در تاریخ ۶ سپتامبر ۱۹۹۱ به‌اتفاق آراء استقلال این جمهوریها را شناسایی نمود. به اعتقاد کرافورد این مسئله به‌روشنی از بیانیه رئیس شورای امنیت هنگام پذیرش عضویت آنها در سازمان ملل متحد

---

15. Cassese**,** *op.cit*, p.334; Nirmal, *op.cit*, P.133; Aukerman, *op.cit*. p.1035; Gilbert, *op.cit*, p.18; Ramaga, *op.cit*, p.4; Quane, *op.cit*, p.544, McCorquodale, "Self-Determination:A Human Rights Approach", *op.cit*, p.859, Sally V Mallison and W. Thomas Mallison Jr, "The Juridical Bases for Palestinian Self-Determination", *The Palestine Yearbook of International Law*, 1984, vol:1, p.40, Luzius Wildhaber, "Territorial Modifications and Breakups in Federal States", *The Canadian Yearbook of International Law*, 1995,p.42 , Jenonne Walker," International Mediation of Ethnic Conflicts", *Survival*, 1993, vol:35, no.1, p.102.

16. Report by James Crawford: " State Practice and International Law in Relations to Unilateral Secession" , in Bayefsky F. Anne, **Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned**, p.42 ,para.26, Report by Luzius Wildgaber, in *Ibid*, p.64.

آشکار می‌شود که بدون رأی مخالف در شورا به تصویب رسید: «استقلال جمهوریهای بالتیک به‌صورت مسالمت‌آمیز از طریق گفتگو، رضایت طرفین مربوط و براساس آمال و آرزوهای هر سه جمهوری اعاده شد و ما این پیشرفت را تبریک می‌گوییم.[۱۷] بنابراین کرافورد تاکید می‌کند که با وجود ذکر عناصری همچون «اعاده استقلال» و «رضایت طرفین» در بیانیه شورای امنیت مشخص می‌گردد که شناسایی استقلال این جمهوریها منافاتی با قاعده اعلام شده یعنی ممنوعیت شناسایی اعلام یک‌جانبه استقلال بدون رضایت دولت پیشین ندارد. لازم به ذکر است که شورای امنیت موضوع پذیرش عضویت این جمهوریها در سازمان ملل متحد را تا تاریخ ۱۲ سپتامبر یعنی ۶ روز پس از پذیرش استقلال آنها از سوی شوروی بررسی نکرد.

از نکات قابل توجه در رهیافت کرافورد باید به تمایزگذاری وی میان موارد «جدایی»* و «انحلال»** اشاره نمود. به اعتقاد وی «مهمترین تفاوت آن است که در موارد انحلال، هیچ‌کدام از طرفین نمی‌توانند روند مذکور را وتو نمایند. بالعکس، در مواردی که حکومت دولت پیشین وضعیت خود را حفظ می‌نماید، رضایت آن به جدا شدن ضروری است».[۱۸] بر همین اساس، استقلال جمهوریهای شوروی و یوگسلاوی سابق به‌دلیل آنکه در ادبیات حقوق بین‌الملل از موارد انحلال محسوب می‌شوند بدون ابراز رضایت مشروع خواهد بود. با این وجود، در ۲۱ دسامبر ۱۹۹۱، پروتکل آلماتا به امضای ۱۱ جمهوری (غیر از گرجستان) رسید و آنها پذیرفتند که روسیه جانشین اتحاد جماهیر شوروی در شورای امنیت شود و از حق وتوی آن برخوردار گردد. در برابر، روسیه نیز متعهد گردید از عضویت جمهوریها در سازمان ملل متحد حمایت نماید. (لازم به ذکر است که اوکراین و بلاروس جزو اعضاء اصلی ملل متحد بودند و گرجستان نیز در تاریخ ۶ مه ۱۹۹۲به‌عنوان آخرین جمهوری به عضویت سازمان درآمد).

برخلاف استقلال جمهوریهای شوروی سابق که بدون مخالفت دولت روسیه مورد شناسایی بین‌المللی قرار گرفته و به عضویت سازمان ملل متحد درآمدند، استقلال جمهوریهای یوگسلاوی سابق با مخالفت دولتی مواجه شد که مدعی بود جانشین یوگسلاوی سابق است. با این وجود، این جمهوریها مورد شناسایی دول ثالث قرار گرفته و به عضویت سازمان ملل متحد پذیرفته شدند. ادعای جانشینی یوگسلاوی سابق هیچ‌گاه از سوی جامعه بین‌المللی پذیرفته نشد و کمیته بادینتر نیز در نظریه شماره ۱ خود اعلام نمود که وضعیت یوگسلاوی سابق از مصادیق انحلال است و در نظر شماره ۸ بار دیگر بر نظر خود تأکید نمود و اعلام کرد که «انحلال دولت

---

17. Crawford Report , p.46.para.35.

*. Secession.

**. Dissolution.

18 . *Ibid*, p.42.para. 28.

به‌معنای آن است که آن دولت، دیگر شخصیت حقوقی ندارد». (لازم به ذکر است که این کمیته از رؤسای دادگاههای قانون اساسی کشورهای آلمان، ایتالیا و اسپانیا و رئیس دیوان داوری بلژیک تشکیل یافته بود و جلسات خود را با ریاست رئیس شورای قانون اساسی فرانسه (رابرت بادینتر) برگزار می‌نمود و جهت پاسخ‌گویی به مشکلات حقوقی ناشی از حل بحران یوگسلاوی تشکیل شده بود). بر این اساس در قطعنامه‌های مختلف شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد از رهیافت کمیته بادینتر حمایت به عمل آمده است.[۱۹] هرچند کرافورد در موارد انحلال، موضوعاً ابراز رضایت دولت پیشین را لازم نمی‌داند اما به این نکته اشاره می‌کند که «هیچ‌یک از جمهوریهای تشکیل‌دهنده یوگسلاوی سابق تا زمان تصویب قانون اساسی جدید کشور صربستان و مونته‌نگرو در ۲۷ آوریل ۱۹۹۲ که به‌صورت ضمنی متضمن اعراض از ادعاهای سرزمینی این کشور در مورد دیگر جمهوریها بود، به عضویت سازمان ملل متحد پذیرفته نشدند.[۲۰]

جدایی اریتره از اتیوپی نیز در سال ۱۹۹۳ در گزارش کرافورد مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته و نامبرده این مورد را نیز در چارچوب تز مورد ادعای خود تحلیل کرده است. لازم به ذکر است که اریتره یکی از واحدهای مجزای مستعمراتی انگلستان بود در سال ۱۹۵۲ تحت قیمومت سازمان ملل متحد به همراه اتیوپی فدراسیونی را تشکیل داد اما این فدراسیون در سال ۱۹۶۲ به‌صورت یک‌جانبه اقدام به انحلال فدراسیون نمود که سازمان ملل متحد هیچ‌گونه واکنشی بدان نشان نداد و جبهه آزادیبخش خلق اریتره بدون آنکه مورد شناسایی بین‌المللی قرار گیرد سالها برای استقلال اریتره جنگید. پس از آنکه سازمان مذکور برای سرنگون نمودن حکومت «منگستو هایله ماریام» به مخالفان وی یاری رساند آنگاه حکومت انتقالی اتیوپی پذیرفت که مردم اریتره از حق تعیین سرنوشت برخوردار شوند که در همین راستا رفراندومی تحت نظارت سازمان ملل متحد برگزار گردید و ۹۹/۸ درصد مردم این سرزمین به استقلال اریتره رأی دادند و متعاقب آن اریتره به عضویت سازمان ملل متحد پذیرفته شد.[۲۱] در این مورد نیز کرافورد مبنای شناسایی اریتره از سوی جامعه بین‌المللی را ابراز رضایت اتیوپی نسبت به استقلال اریتره می‌داند.

آخرین مورد از موارد جدایی و انحلال تا زمان ارائه گزارش کرافورد در سال ۱۹۹۶ به انحلال کشور چکسلواکی و تقسیم آن به دو کشور چک و اسلواک مربوط می‌شود. انحلال کشور

---

19. Security Council Resolution 757 (1992), 30 may 1992, Security Council Resolution 777 (1992), 19 September 1992, General Assembly Resolution 47/1, 22 September 1992.

20. *Ibid*, pp.48.49. para.41.

21. Security Council Resolution 828 (1992), 26 may 1993, General Assembly Resolution 47/230, 28 May 1993.

پیشین به‌صورتی کاملاً مسالمت‌آمیز انجام گرفت و براساس توافق دولتین و مجالس ایالتی هر دو سرزمین قرار شد که کشور چکسلواکی در تاریخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۲ منحل شده و از اول ژانویه ۱۹۹۳ دو کشور جدید تشکیل شود.

پروفسور کرافورد پس از ذکر موارد جدایی و انحلال پس از سال ۱۹۴۵ در تکمیل گزارش خود به موارد و نمونه‌هایی در مورد تلاشهای ناموفق تجزیه‌طلبانه اشاره نمود که حاکی از آن است که اگر دولت مادر به جدا شدن قسمتی از سرزمین خود رضایت ندهد، دولت مستقل خودخوانده یا گروه اقلیتی که برای جدایی تلاش می‌کنند از طرف جامعه بین‌المللی مورد شناسایی قرار نمی‌گیرند. کرافورد به برخی از این گروه‌ها اشاره می‌کند که خواهان جدایی از کشور مربوط هستند.

تبت (چین)، کاتانگا (کنگو)، بیافرا (نیجریه)، کشمیر (هند)، پنجاب شرقی (هند) ایالات کارن و شان (برمه)، دولت فدرال ترک قبرس (قبرس)، تامیل ایلام (سری لانکا)، جنوب سودان (سودان)، سومالی لند (سومالی)، بوگینویل (پاپوا گینه جدید)، کردستان (عراق و ترکیه)، جمهوری صربرسکا (بوسنی و هرزگوین)، چچن (فدراسیون روسیه)، کوزوو (صربستان و مونته نگرو)، آبخازیا (گرجستان)، (اوستیای جنوبی) (گرجستان)، ناگورنو ــ قره‌باغ (آذربایجان)، جمهوری دموکراتیک یمن (یمن)، کرس (فرانسه)، باسک (اسپانیا)، تیرول جنوبی (ایتالیا)، برتابی (فرانسه)، آلزاس (فرانسه)، کاتولینا (اسپانیا)، فارو (دانمارک)، اسکاتلند (پادشاهی متحده)، فلمینگ (بلژیک)، پادونیا (ایتالیا). (تأکید مجدد بر این نکته الزامی است که گزارش کرافورد در سال ۱۹۹۶ ارائه شده است).

کرافورد معتقد است که «در تمام موارد فوق‌الذکر، خصیصه عامی وجود دارد که باید آن را در نظر گرفت. در هر موردی که حکومتِ کشور مورد بحث در ابراز مخالفت خود با جدا شدن، اصرار ورزیده است، تلاشها (برای جدا شدن) نهایتاً در سطح بین‌المللی مورد حمایت قرار نگرفته یا شناسایی نشده است. این موضوع حتی در مواردی که دیگر جنبه‌های بشردوستانه قضایا، نگرانی و اقدام وسیعی ایجاد نموده است نیز صادق است. برای مثال وضعیت کردها در شمال عراق نگرانیهای بین‌المللی زیادی ایجاد نمود و باعث شد که شورای امنیت به‌موجب فصل هفتم منشور و برخی دولتها به ابتکار فردی خود از جهات نظامی و مدنی، اقدامات بشردوستانه انجام دهند اما عملیاتهای انجام شده در شمال عراق از جمله ایجاد مناطق پرواز ممنوع که از سوی برخی دول غربی ایجاد شد، علی‌رغم تداوم سرکوب کردها صراحتاً بر مبنای رعایت اصل تمامیت ارضی کشور عراق انجام گردید.[۲۲] (در اینجا کرافورد به برخی قطعنامه‌های شورای امنیت از

---

22. Crawford Report, p.53.para.52.

جمله قطعنامه شماره ۶۸۸ اشاره می‌کند که صراحتاً بر لزوم رعایت تمامیت ارضی دولت عراق تأکید داشتند).

پروفسور کرافورد در جمع‌بندی گزارش خود می‌گوید: «به‌صورت خلاصه اگر بگوییم، خارج از وضعیتهای استعماری، اصل حق تعیین سرنوشت به (پذیرش) جدایی یک‌جانبه بخشی از سرزمین دول مستقل نمی‌انجامد، حق تعیین سرنوشت در خارج از وضعیتهای استعماری، در درجه نخست، روندی است که به‌وسیله آن، مردم ساکن در دول مختلف، آینده خود را از طریق نهادهای قانون اساسی و بدون دخالت خارجی تعیین می‌کنند. اگر دولتی با تمایلِ ابراز شده بخشی از مردم خود برای جدا شدن روبرو شود، تصمیم‌گیری در مورد چگونگی ابراز واکنش در مورد آن بر عهده حکومت آن کشور خواهد بود. مثلاً می‌تواند بر این نکته پای فشارد که هر نوع تغییر باید پس از طی روند اصلاح قانون اساسی انجام پذیرد. در حقیقت، از سال ۱۹۴۵ تاکنون، خارج از وضعیتهای استعماری، هیچ دولت جدیدی در صورت مخالفت دولت پیشین به عضویت ملل متحد پذیرفته نشده است.[۲۳] لازم به ذکر است که پروفسور لوزیس وایلدهابر در گزارش خود اعلام می‌دارد که با نظریات و نتیجه‌گیریهای گرفته شده از سوی پروفسور کرافورد موافقت کامل دارد.[۲۴]

گفتار دوم
مجاز بودن (عدم ممنوعیت) جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل

در ابتدا لازم است به این نکته اشاره شود که مجاز بودن جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل در رهیافت اخیر به این معنا نیست که در حقوق بین‌الملل قاعده‌ای وجود دارد که خارج از وضعیت استعماری به گروهی جدایی‌طلب حق جدا شدن* از کشور پیشین اعطا کند، بلکه مفهوم آن دقیقاً این است که جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل ممنوع نیست** و به تعبیری دیگر، «درست است که حقوق بین‌الملل اجازه جدا شدن (یک‌جانبه) نمی‌دهد اما به این معنا و مفهوم نخواهد بود که جدا شدن را ممنوع بداند».[۲۵] پروفسور فرانک می‌گوید در

---

23. *Ibid*, p.57, para. 60.

24. Report by Luzius Wildhaber, in Bayefsky F. Anne, **Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned**, p.64.

***.** Right to Secession.

****.** Is not Prohibitted.

25. Report by Thomas M. Franck: "Opinion Directed at Question 2 of the Refernce, in Bayefsky F. Anne, **Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned** , p. 77, para.2.5.

حقوق بین‌الملل، حق انقلاب کردن وجود ندارد اما در همان حال، عدم وجود حق مذکور به‌معنای ممنوعیت آن نیست. وی می‌گوید که لازم است میان مفاهیم «داشتن حق» و «مجاز بودن» تفاوت قائل شد. موضوعی که در دیوان دایمی بین‌المللی دادگستری (PCIJ) و در قضیه لوتوس مطرح شد. در این قضیه از دیوان سؤال شد که آیا دولت ترکیه با اعمال صلاحیت کیفری خود در محاکمه افسر فرانسوی که در نتیجه تصادم کشتی او با کشتی ترک در دریای آزاد باعث مرگ چند نفر از اتباع آن دولت شده بود، حقوق بین‌الملل را نقض کرده است یا نه؟

دیوان به این سؤال این‌گونه پاسخ نمی‌دهد که ترکیه حق محاکمه افسر فرانسوی را دارد، بلکه می‌گوید: «اعمال صلاحیت (دولت ترکیه) مجاز خواهد بود مگر آنکه ثابت شده باشد که ممنوعیت اعمال صلاحیت در رابطه با تصادم (کشتیها) در دریای آزاد وجود دارد».[۲۶] به عبارت دیگر نظام حقوق بین‌الملل به ترکیه اجازه اعمال صلاحیت در رسیدگی به‌خطای ناخدای فرانسوی را می‌دهد اما حقی لازم‌الاجرا به آن دولت اعطا نکرده است. پروفسور فرانک در ایضاح بیشتر این مطلب که میان «داشتن حق» و «مجاز بودن» انجام یک عمل تفاوت وجود دارد، از دو مثال یاری می‌گیرد که ممکن است خوانندگان را در فهم رهیافت مورد نظر وی به‌خطا اندازد. وی در بیان «داشتن حق» از حق دولت کویت در حفظ تمامیت ارضی آن که در بند (۴) ماده ۲ منشور بدان اشاره شده است به‌عنوان حقی نام می‌برد که در حقوق بین‌الملل مورد شناسایی قرار گرفته و شورای امنیت با توسل به فصل هفتم منشور و صدور مجوز توسل به‌زور جهت بیرون راندن نیروهای عراقی از آن کشور، تامین و تحقق حق مذکور را تضمین نموده است. به این معنا، حق کویت برای عراق وظیفه و تکلیفی جهت رعایت آن ایجاد می‌کند. پروفسور فرانک اضافه می‌کند که نوع دیگری از حقوق نیز در نظامهای حقوقی از جمله حقوق بین‌الملل وجود دارد. در نوع اخیر، میان «مزیت»* و «حق»، ارتباط وجود دارد. در این ارتباط وی از «حق ازدواج کردن» به‌عنوان نمونه‌ای از حق در معنای اخیرِ آن، نام می‌برد. در این معنا، حق به‌معنای مجاز بودن است. ذی‌نفع می‌تواند ازدواج کند یا نکند و قانون کسی را ملزم به ازدواج نکرده است، بلکه حق مذکور به افراد ذی‌نفع این امتیاز را می‌دهد که با توافق مشترک و حصول دیگر شرایط لازم در قانون با همدیگر ازدواج کنند. حق مذکور در برابر مخالفت والدین و مأمور ثبت ازدواج قابل ادعاست، زیرا اشخاص ثالث حق ندارند که در اعمال امتیاز دیگران مداخله نمایند.[۲۷]

اما به‌نظر می‌رسد که پروفسور فرانک در بیان مثالهای مورد نظر خود به‌خطا رفته و نتوانسته موضوع را به‌خوبی تبیین نماید و بر بحث حاضر تطبیق دهد. در حقیقت، تفاوتی میان دو

---

26. Judgment No.9, The Case of the S.S "Lotus" , Sept.7,1927,Ser. A., No.10, P.C.I.J, p.21.

*. Privilege.

27. Report by Thomas M. Franck: pp.76-77, paras. 2.1-2.7.

مثال ارائه شده از سوی او وجود ندارد؛ زیرا در هر مورد، تعهد دیگر اشخاص به‌منع مداخله در جهت اجرای حقوق ذی‌نفع وجود دارد؛ در مثال اول، دولت عراق متعهد است که به حق کویت در حفظ تمامیت ارضی خود احترام گذارد و در مثال دوم، دیگران متعهد هستند که مانع اعمال حق ازدواج ذی‌نفع نشوند. همچنان‌که به‌صورت ضمنی از گزارش پروفسور فرانک و دیگر همفکران وی برمی‌آید، بهتر آن بود که نامبرده در بیان مثال خود، بین «داشتن حق» و «ممنوع نبودن» یک عمل تفاوت قائل می‌شد. چنین عبارتی را می‌توان از متن گزارش پروفسور فرانک استنباط نمود. چه آنکه وی در گزارش خود به این اصل حقوقی اشاره نموده است که «هر آنچه ممنوع نباشد، مجاز است».

تفاوت آثار حقوقی این دو مفهوم در موضوع مورد بحث ما به‌روشنی پیداست. هنگامی که می‌گوییم برای جدا شدن قسمتی از سرزمین یک دولت، حقی برای گروه جدایی‌طلب وجود ندارد اما مردم ساکن در یک سرزمین مستعمره از حق استقلال برخوردارند، به نتایج متفاوتی می‌رسیم. اگر دولت استعمارگر مانع تحصیل حق استقلال سرزمین مستعمره شود، تعهدی را نقض کرده است که همان تعهد عدم مداخله و مانع نشدن در اعمال حق مذکور است (و حتی استعمارگر، یک قاعده آمره را نقض کرده است). اما در وضعیت غیراستعماری، اگر دولت مادر، مانع جدا شدن قسمتی از سرزمین خود شود، تعهدی را نقض نکرده است چه آنکه گروه جدایی‌طلب از حق جدا شدن برخوردار نبوده که با ایجاد مانع در اعمال حق مذکور، دولت مادر را ناقض حقوق بدانیم. از سوی دیگر گروه مدعی جدایی نیز اگر برای جدا شدن تلاش نماید و آن هدف را محقق سازد، ناقض هیچ تعهدی در حقوق بین‌الملل نیست، زیرا جدا شدن در حقوق بین‌الملل ممنوع نیست.

تحلیل فوق‌الذکر از نتیجه‌گیری گزارش پروفسور فرانک الهام می‌گیرد که همچون آلن پله و ژرژ ابی صعب چنین خاطرنشان نموده است: اگر فقدانِ حق جدا شدن در حقوق بین‌الملل به این معنا باشد که نظام حقوق بین‌الملل و نهادهای قضائی و سیاسی که حقوق بین‌الملل از سوی آنها اعمال می‌شود، معمولاً به مردم جهت جدا شدن یاری نمی‌رسانند، آن گزاره را باید تصدیق نمود اما اگر از این عبارت، چنین برداشت شود که حقوق بین‌الملل جدا شدن را ممنوع کرده است، بی‌تردید اشتباه خواهد بود.

مخالفان پروفسور کرافورد آن بخش از گزارش وی را که موضوع تجزیه‌طلبی و اعمال حق تعیین سرنوشت را در رویه دولتها تنها پس از سال ۱۹۴۵ مورد بررسی قرار داده است مورد نقد قرار داده‌اند. به اعتقاد آنها این زمان اگر تنها در مورد استعمارزدایی باشد، معقول خواهد بود؛ زیرا قاعده منع استعمارزدایی مخلوق دوران پس از جنگ دوم جهانی است اما موارد جدا شدن

چنین نیست و از قرن شانزدهم تاکنون بسیاری از کشورها مخلوق جدایی بوده و حقوق بین‌الملل مانع شناسایی و پذیرش آنها در نظام بین‌المللی نشده است.[۲۸]

موافقان نامشروع بودن جدایی یک‌جانبه از وجود اصول و قواعدی مانند «منع مداخله» و «تمامیت ارضی» در حقوق بین‌الملل به‌عنوان مدرکِ ممنوعیت آن استفاده می‌کنند اما پروفسور ابی صعب، پله و ملکم شاو از اصول و قواعد مزبور چنین برداشتی ندارند. آنان معتقدند که اصولی مانند تمامیت ارضی، منع توسل به‌زور از حاکمیت و تمامیت دولتها در روابط بین‌المللی حمایت می‌کنند و محل و موضعِ اجرای آنها در چارچوب روابط و مرزهای داخلی کشورها نیست. به عبارت دیگر، اصول مذکور، دولتها را متعهد می‌سازد که استقلال و حاکمیت دیگر دولتها را خدشه‌دار نسازند و دولتها نمی‌توانند از حق تعیین سرنوشت مردمی که در سرزمین کشور دیگر سکونت دارند جهت مختل نمودن تمامیت ارضی آن دولت بهره گیرند. بر این اساس، اگر جدایی قسمتی از سرزمین یک دولت در نتیجه توسل به‌زور و تجاوز دولتی خارجی باشد، این اقدام ناقض تعهد مندرج در بند (۴) ماده ۲ منشور ملل متحد خواهد بود اما اگر جدا شدن در نتیجه یک مخاصمه صرفاً داخلی باشد، مصداق نقض قواعد فوق‌الذکر نخواهد بود؛ زیرا مردمان داخل کشورها الزامی به رعایت آن قواعد ندارند. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان، مواردی همچون عدم شناسایی رودزیا و جمهوری خودخوانده ترک قبرس شمالی از سوی جامعه بین‌المللی با توجه به مداخله و تجاوز کشور خارجی توجیه می‌گردد.[۲۹] بر این اساس و به‌موجب این رهیافت، وجود موادی همچون بند (۴) ماده ۲ منشور در دیگر اسناد بین‌المللی همچون بند (۶) قطعنامه‌های شماره ۱۵۱۴ و ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، تنها دولتها را متعهد و ملزم به رعایت آن می‌سازد. همچنین به‌نظر می‌رسد که حقوقدانان معتقد به این رهیافت، تعهدات مندرج در مواد ۲۱ کنوانسیون چارچوب حمایت از اقلیت‌های ملی شورای اروپا مصوب ۱۹۹۴ و بند (۴) ماده ۸ بیانیه حقوق اقلیت‌های ملی یا قومی، مذهبی و زبانی ۱۹۹۲ مصوب مجمع عمومی ملل متحد را نیز تنها متوجه دول عضو می‌دانند. اگرچه نه تنها حقوقدانان مذکور بلکه مخالفان این تفسیر نیز به مواد اخیر اشاره نمی‌کنند. عدم اشاره به این مواد از سوی کرافورد عجیب به‌نظر می‌رسد؛ زیرا زمان تصویب آنها قبل از تنظیم و ارائه گزارش در سال ۱۹۹۶ بوده است.

اما از یک‌سو، به‌نظر می‌رسد که در عمل، تفاوت‌گذاری میان مصداقی از جدا شدن که با

---

28. Report of Franck:pp.76-79, Report by Alain Pelle: p.108, para. 30.

29. Report by George Abi-saab: " The Effective Required of an Entity that Declares Its Independence in Order for it to be Considerd a State in International Law", in Bayefsky F. Anne, **Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned**, pp.72-73, Report by Alain Pelle:p.98, para. 19, Report by Malcolm N. Shaw: " Re: Oeder in Council P.C.1996-1497 of 30 September 1996. p.136, paras. 41-43.

کمک و دخالت خارجی به دست آمده باشد با موردی کـه جـدایی صـرفاً در نتیجـه مخاصـمه‌ای کاملاً داخلی روی داده باشد، بسیار مشکل است. چه آنکـه طبیعـی اسـت کـه گـروه شورشـی و جدایی‌طلب در مقایسه با دولت مرکزی از توان کمتری برخوردارند و عموماً بـدون عـدم مداخلـه خارجی، امکان موفقیت گروه جدایی‌طلـب بـسیار کـم خواهـد بـود. مـواردی همچـون موفقیـت بنگلادش در تحصیل استقلال (به جهت مداخله هند) و عدم موفقیت تامیلها در سری‌لانکا بـرای تشکیل دولت «ایلام» (به‌دلیل فقدان کمک خارجی و مخالفـت دولـت هنـد در همـسایگی ایـن کشور) مؤید این دیدگاه است.

از سوی دیگر، پروفسور کرافورد، این استدلال را کـه اصـول منـع توسـل بـه‌زور و منـع مداخله، نه در امور داخلی که در روابط بین‌المللی اعمال می‌شوند را نمی‌پذیرد. به‌اعتقـاد وی ایـن اصول هم در امور داخلی و هم در امور بین‌المللی کاربرد دارند و اگر در بند (۴) مـاده ۲ منـشور و در دیگر اسناد بین‌المللی به لزوم رعایت آنها از سوی گروه‌های داخلی اشاره نشده است «به ایـن دلیل نیست که جدایی مجاز است، بلکه از آن‌رو است که گروه‌هـای داخلـی (بـه اسـتثناء اعمـال حداقل قواعد مربوط در حقوق بشر و حقوق بشردوستانه) به مانند دولتها موضوع حقوق بین‌الملل نیستند. به اعتقاد کرافورد، یک گروه صرفاً با اعلام تمایل خود به جدا شدن نمی‌تواند به موضـوع حقوق بین‌الملل مبدل گردد و حداقل تا حـصول مرحلـه‌ای پیـشرفته در ایـن رونـد، جـدا شـدن موضوعی است که در چارچوب صلاحیت داخلی دولت مربوط قرار می‌گیرد.[۳۰]

پروفسور پله با رد استدلال کرافورد و در مقام پاسخگویی به وی می‌گویـد: هرچنـد تـابع حقوق بین‌الملل نبودن ممکن است در مورد برخی گروه‌هـای داخلـی درسـت باشـد امـا مطمئنـاً گروهی که عنوان «مردم»* بر آنها صدق می‌کند، تابع حقوق بین‌الملل هـستند. آنگـاه پلـه ایـن سؤال را مطرح می‌کند و خود بدان پاسخ می‌دهد: حال باید دید که آیا تعهدات مربوط به رعایـت تمامیت ارضی دولتها شامل (حفظ تمامیت ارضی) دولتی نیز خواهد بود که گروه مربوط خواهـان جدا شدن از آن دولت است یا خیر؟

«به‌نظر می‌رسد که پاسخ این سؤال منفی است. به این دلیل کـه حـق تعیـین سرنوشـت مردم همچون اصل تمامیت ارضی دولتها در نظـام معاصـر حقـوق بـین‌الملـل، اصـلی اساسـی و غیرقابل تخلف** است. با توجه به جایگاه و ارزش برابر و مساوی آنها، هر دو اصـل همـدیگر را خنثی می‌کنند. مردم کبک می‌توانند (حق دارند) استقلال خـود را بـه دسـت آورنـد و کانـادا نیـز

---

30. Crawford Report, p.157. para. 6.

*. People.

**. Imperative.

می‌تواند (حق دارد) تمامیت ارضی خود را حفظ کند. از آنجا که هر دو طرف تابع حقوق بین‌الملل هستند، به رعایت اصول بنیادین حقوق بین‌الملل، الزام دارند که به اعتقاد من، ممنوعیت توسل به‌زور، یکی از آن اصول است.[۳۱]

از جمله تفاوتهایی که در رهیافت پروفسور کرافورد با پله وجود دارد می‌توان به حدود و دامنه حق دولت مرکزی در سرکوب و در واکنش به تلاش گروه جدایی‌طلب اشاره نمود. چه آنکه پله بر این اعتقاد است که طرفین (گروه جدایی‌طلب و حکومت مرکزی) نمی‌توانند جهت تحصیل هدف خود به‌زور متوسل شوند اما کرافورد می‌گوید «از آنجا که حق جدا شدن در غیروضعیت استعماری وجود ندارد، لذا گروه جدایی‌طلب جهت رسیدن به هدف خود، تنها دو راه دارد:

۱ـ استفاده از ابزار سنتی دست‌یازی به جنگ استقلال بخش؛

۲ـ مذاکره جهت رسیدن به استقلال در صورت موافقت دولت مرکزی. طبیعی است که در حقوق بین‌الملل چنین الزامی برای دولت وجود ندارد.

از این‌رو دولت می‌تواند از زور جهت سرکوب جدایی‌طلبان استفاده کند و در این ارتباط تنها باید قواعد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را رعایت نماید».[۳۲]

اما پروفسور پله در تأیید نظر خود به قطعنامه شماره ۷۱۳ مورخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۹۱ شورای امنیت اشاره می‌کند که در آن توسل به‌زور محکوم شده است و از همه دولتها خواسته شده تحریمی سراسری و کلی جهت تحویل اسلحه و تجهیزات به طرفین مخاصمه اعمال نمایند.

در این بخش، به‌نظر می‌رسد که رهیافت پروفسور پله در مساوی خواندن حق تعیین سرنوشت مردم (خارجی) و اصل تمامیت ارضی در نظام حقوق بین‌الملل، عدولی از فرضیه اصلی اوست که به‌موجب آن حقوق بین‌الملل در خصوص جدا شدن بخشی از سرزمین یک دولت، ساکت است؛ زیرا وی حق دولت برای دست‌یازی به نیروی نظامی جهت سرکوبی تمایل تجزیه‌طلبانه را رد می‌کند و نتیجه ضمنی این گفته آن خواهد بود که حقوق بین‌الملل تا حدودی به شناسایی حقِ جدا شدن برای گروه جدایی‌طلب نزدیک می‌شود. پروفسور «برونو سیما» (عضو دیوان بین‌المللی دادگستری) در تفسیر بند (۴) ماده ۲ منشور، نکاتی را بیان می‌نماید که با بخشی از نظریات پروفسور پله و کرافورد مغایر است. وی بر این اعتقاد است که بند فوق‌الذکر، تهدید یا استفاده از زور را در روابط بین دولتها ممنوع می‌نماید و در موردی که استفاده از زور منحصراً

---

31. Report by Alain Pelle: p.211, para. 37.

لازم به ذکر است که پله در قسمتی دیگر از گزارش خود چنین استدلال می‌کند که حق تعیین سرنوشت در زمره قواعد آمره (Jus Cogens) است درحالی‌که تمامیت ارضی دولتها چنین وصفی ندارد به این دلیل که دولتی می‌تواند به اراده خود آن را تغییر دهد. بنابراین حق تعیین سرنوشت بر اصل تمامیت ارضی دولتها برتری دارد.

32. Report by James Crawford: "Response to Experts Reports of the *Amicus Curiae* ", p.154. para. 3.

داخل در قلمرو دولتی رخ دهد، ساکت است. این مسئله بدین معناست کـه ایـن بنـد مـانع اقـدام شورشیان به انجام حملات نظامی علیه حکومت مرکزی نمی‌گردد و در عوض دولت مرکزی نیـز می‌تواند به سرکوب شورشیان اقدام نماید. پروفسور سیما مدعی است که در این خصوص نـوعی اجماع در دکترین حقوقی وجود دارد.[۳۳]

با این وجود، به‌نظر می‌رسد که رهیافت دیوان اروپایی حقوق بشر در این ارتباط، در یکـی از آراء خود که پس از صدور نظریات فوق‌الذکر در سال ۲۰۰۱ صادر شده، به موضع پروفسور پلـه نزدیک‌تر است؛ زیرا این مرجع قضائی معتقد است که حتی احـزاب جـدایی‌طلـب نیـز بـه شـرط رعایت اصول دموکراتیک و عدم دست‌یازیدن به‌خشونت می‌توانند به فعالیت بپردازند:

«این واقعیت که گروهی از اشخاص، خواهان خودگردانی و یا حتی جـدایی بخـشی از سـرزمین کشور هستند ـ و خواهان تغییر در قانون اساسی و تغییرات سرزمینی هستند ـ بـه خـودی خـود توجیه‌گر ممنوعیت برگزاری اجتماعات نیست. درخواست تغییـرات سـرزمینی در سـخنرانی‌هـا و تظاهرات به خودی خود؛ تهدیدی متوجه تمامیت ارضی دولتها و امنیت ملی آنها نمی‌سازد».[۳۴]

حال که انحلال احزاب تجزیه‌طلبی که با شرایط مذکور فعالیت می‌کنند امکان‌پذیر نیست بدیهی است که دولت به طریق اولی نمی‌تواند در برابر درخواسـتهای تجزیـه‌طلبانـه بـه‌خـشونت متوسل شود مگر آنکه گروه تجزیه طلب برای تحصیل هدف خود، ابتدائاً از زور استفاده نماید.

در بخشی دیگر از گزارش خود، پروفسور پله، موضعِ کلیدی پروفسور کرافورد کـه شـرط مشروعیت جدایی را اعلام رضایت دولت پیشین می‌داند، به چالش می‌کشد. به اعتقـاد وی«رونـد جدا شدن ممکن است به احراز توافق دولت پیـشین بیانجامـد و یـا رضـایت آن دولـت تحـصیل نگردد اما به هر حال وجود این موافقتنامه اساسی نخواهد بود».[۳۵] به اعتقـاد وی اعـلام رضـایت دولت پیشین تنها وجودِ مؤثر دولت جدا شده را تأیید می‌کند کما اینکه در وضـعیتهای اسـتعماری نیز در بسیاری از موارد، دولت استعمارگر طی موافقتنامه‌ای، وجود دولـت سـابقاً مـستعمره را بـه

---

33. Simma Bruno. "The Charter of The UN:A Commentary". Oxford University Press 1995. p. 116.

34. Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden *v*. Bulgaria, Application Number: 29221/2001, 2 October 2001 para. 97.

لازم به ذکر است که متعاقب خودداری شهردار صوفیا از اعطای مجوز برگزاری دو تجمع مسالمت‌آمیز مقدونی‌تبارها، بار دیگر شکایتی از سوی مسئولان انجمن لیندن علیه دولت بلغارستان در دیوان اروپایی حقوق بشر اقامه گردید که دیوان در تاریخ ۲۴ نوامبر ۲۰۰۵ رأی خود را به پیروی از حکم پیشین خود صادر نمود و صـرف طـرح مطالبـات تجزیـه‌طلبانـه و یـا درخواسـت خودمختاری برای منطقه «پیرین» را برای ممنوعیت برگزاری تجمعات مسالمت آمیز کافی ندانست.

Case of Ivanov and Others *v.* Bulgaria, Application no. 46336/99, para. 64.

35. Report by Alain Pelle: p.91, para. 8.

رسمیت شناخت اما هیچ حقوقدانانی مبنای استقلال سرزمین مستعمره را رضایت دولت استعمارگر نمی‌داند، بلکه استقلال را نتیجه اعمال حق تعیین سرنوشت می‌داند. مثلاً پله در پاسخ به کرافورد که می‌گوید پذیرش عضویت بنگلادش در سازمان ملل تنها زمانی امکان‌پذیر شد که پاکستان آن کشور را به رسمیت شناخت، چنین پاسخ می‌دهد که عدم پذیرش پاکستان تنها به‌دلیل اعمال حق وتوی چین در شورای امنیت در اعتراض به مداخله هند در تأسیس کشور بنگلادش بود و قبل از اعلام شناسایی پاکستان نیز چندین کشور، بنگلادش را به رسمیت شناخته بودند. مضاف بر اینکه عضویت در ملل متحد و شناسایی از سوی دیگر کشورها، هیچ‌کدام از جمله عناصر تشکیل‌دهنده دولتها نیست و هرکدام از آن عوامل تنها می‌تواند موجودیت دولتی را که پایه‌های آن ضعیف است، مستحکم نماید. چه آنکه شناسایی تنها خصیصه اعلامی دارد و همچنین بدیهی است که به‌موجب ماده ۴ منشور ملل متحد، تنها دولتها می‌توانند به عضویت سازمان پذیرفته شوند و باید ثابت شود که نهاد درخواست‌کننده، شرایط دولت بودن را دارد و از سوی دیگر نمی‌توان گفت که دولتهای ناشی از تجزیه و انحلال در سازمان ملل متحد پذیرفته نمی‌شوند.[۳۶]

همچنین پروفسور پله تفکیک میان جدایی و انحلال در رهیافت کرافورد را مورد انتقاد قرار می‌دهد و این مسئله را تنها در مواردی مانند آثار جانشینی کشورها دارای ارزش تئوریک و عملی می‌داند و انجام این تفکیک را در بررسی موضوع مشروعیت جدایی یک‌جانبه بی‌ارتباط می‌داند. به اعتقاد وی، کرافورد از آن جهت به این تفکیک دست زده است که نتوانسته پذیرش جدایی جمهوریهای یوگسلاوی سابق را بر اساس رهیافت خود توجیه کند. مضاف بر آنکه کرافورد نیز خود معترف است که برخی اوقات تفکیک میان جدایی و انحلال بسیار مشکل است. او در این خصوص به یوگسلاوی اشاره می‌کند که ابتدا دو جمهوری کروآسی و اسلوونی جدایی خود را از کشور یوگسلاوی اعلام نمودند که با مخالفت شدید مقامات دولت فدرال روبرو شد که کمیته بادینتر نیز به این واقعیت اشاره نموده است؛ بنابراین تا آنجا که به این دو جمهوری مربوط می‌شود، موارد مذکور را باید جدایی تلقی نمود که بدون احراز رضایت دولت پیشین انجام گردید. به اعتقاد پله، «این مثال نشان می‌دهد که تفکیک و تمایز میان انحلال و جدایی در بررسی موضوع حاضر، نامعقول است».[۳۷]

پروفسور پله در تکمیل بیان نقایص گزارش کرافورد می‌نویسد که رویه دولتها آن‌گونه که کرافورد مدعی است، همگونی و انسجام ندارد (مثلاً رویه دولتها در مورد بنگلادش مغایر رهیافت کرافورد است و استقلال اریتره نیز پس از ۳۱ سال جنگ و درگیری به دست آمد) و از سوی

36. *Ibid*, pp.110-116, paras. 32-39.
37. *Ibid*, p.102, para. 24.

دیگر اصولاً برخی رویه‌ها قابل استناد و بررسی نیست. به اعتقاد پله در گزارش پروفسور کرافورد از گروههای قومی و اقلیتی نام برده شده است که یا درخواست جدایی از حمایت درصد کمی از مردم برخوردار است (مانند کرس در فرانسه که درخواست استقلال مورد حمایت تنها ده درصد مردم است) و یا برخی گروهها اصولاً امکان ابراز نظر ندارند.[۳۸]

در پایان، پروفسور ابی صعب، پله و ملکم شاو در کنار ابراز انتقادات فوق‌الذکر نسبت به رهیافت پروفسور کرافورد و وایلدهابر در تفسیر رویه دولتها نسبت به موضوع جدایی یک‌جانبه، بر این نکته تاکید کردند که حقوق بین‌الملل جدایی را نه مجاز می‌داند و نه آن را ممنوع کرده است. و ابی صعب اعلام نمود که «جدا شدن، اساساً یک پدیده است و حقوق بین‌الملل قاعده‌ای در مورد آن ندارد».[۳۹] به اعتقاد آنان، اگر قسمتی از سرزمین یک دولت از کشور مادر جدا شود و خود برخوردار از سه عنصر تشکیل‌دهنده دولت یعنی حکومت، جمعیت و سرزمین باشد می‌توان از آن به‌عنوان دولت یاد نمود. تنها شرط لازم در مشروع شناختن این واحد سرزمینی آن است که «مؤثر»* باشد. ابی صعب می‌گوید: «عنصر قابل بحث در ارزیابی مؤثر بودن دولت، توان مؤثرِ سازمانِ حکومتی است. به عبارت دیگر، حکومتی مؤثر قلمداد می‌گردد که بتواند بر جمعیتی در یک سرزمین حکومت کند. مواردی وجود دارد که حکومت را نمی‌توان مؤثر دانست مثلاً اگر حکومت در کنترل جمعیت ناتوان باشد به این معنا که مزایا و کارکردهای حکومتی قابل اعمال نباشد و یا اختیارات آن از سوی دیگر نهادها مورد اختلاف باشد».[۴۰]

پروفسور پله نیز می‌گوید: «حقوق بین‌الملل معاصر جدا شدن مردم در وضعیت غیراستعماری را تشویق نمی‌کند اما آن را نیز ممنوع نمی‌داند. در این مورد، حقوق در برابر واقعیت و مؤثر بودن (وجود دولت جدید) تعظیم می‌کند. رضایت دولت پیشین به‌صورتی قابل توجه، تاسیس و تثبیتِ مؤثر دولت جدید را تسهیل نماید اما از نقطه‌نظر حقوقی، آن رضایت ضروری نیست».[۴۱]

لازم به ذکر است که پروفسور پله در توجیه عدم شناسایی گروههای تجزیه‌طلبی مانند چچن، کاتانگا و بیافرا که در گزارش پروفسور کرافورد از آنها در میان گروههای ناموفق تجزیه‌طلب نام برده شده بود به مسئله عدم مؤثر بودن آنها اشاره می‌کند»؛ زیرا مؤثر بودن به معنای اعمال مسالمت‌آمیز و مداوم اقتدار دولتی تعریف می‌شود. بدیهی است هنگامی که

---

38. *Ibid*, pp.109-112, para. 30-33.

39. Report by George Abi-saab: pp.72-73.

***.** Effective.

40. Report by George Abi-saab, p.73.

41. Report by Alain Pelle: p.117, para.40.

مخاصمه مسلحانه در جریان است، مؤثر بودن آرام و مسالمت آمیز وجود ندارد».[۴۲]

پروفسور مالکوم شاو نیز در عین پذیرشِ نقش مهم رضایت دولت پیشین، آن را غیرقاطع و تعیین‌کننده می‌داند. همچنین وی نیز همچون دیگر همفکران خود، شناسایی را یک عمل سیاسی می‌داند که به‌وسیله آن وجود معیارهای بین‌المللی دولت بودن شناخته می‌شود». دولت بودن به‌عنوان موضوعی حکمی، با فراهم شدن معیارهای عملیِ دولت بودن تثبیت می‌شود و به شناسایی وابسته نیست اگرچه در عمل، شناسایی در روند به دست آوردن دولت، نقش مهم تأییدکننده‌ای دارد».[۴۳]

در تأیید نظر خود، پروفسور شاو نظریه شماره ۸ کمیته بادینتر را بیان می‌کند:

«در حالی‌که شناسایی یک دولت از سوی دیگر دولتها تنها ارزش اعلامی دارد اما این شناسایی در کنار عضویت در سازمانهای بین‌المللی نشان‌دهنده اعتقاد آن دولتهاست که واحد شناسایی شده یک واقعیت است و براساس حقوق بین‌الملل بدان حقوق و تعهدات معینی می‌دهد».

وی در خصوص اهمیت عامل شناسایی چنین اضافه می‌کند: «بالعکس، عدم شناسایی دولت جدید از سوی اکثریتِ قاطع دول حاضر، نشانه و مدرک این اعتقاد است که نهاد مزبور منطبق با معیارهای دولت بودن تأسیس نشده است».[۴۴]

بخش دوم
مشروعیت استقلال کوزوو در پرتو رویه دولتها

در این بخش، مشروعیت اعلام جدایی یک‌جانبه کوزوو از صربستان مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در ابتدا لازم است جهت تبیین هرچه بهتر این مسئله، تاریخ این سرزمین و به‌ویژه حوادث دو دهه اخیر که منجر به صدور اعلامیه استقلال شد، ذکر گردد.

گفتار اول
تاریخ مختصر کوزوو تا زمان اعلام استقلال

کوزوو سرزمینی است که در منطقه بالکان قرار گرفته و مساحتی برابر با ۱۰۹۰۸ کیلومتر مربع جمعیتی نزدیک به ۲ میلیون و دویست هزار نفر دارد و بیش از ۹۰ درصد جمعیت آن،

---

42. *Ibid*, p.110, para.31.
43. Report by Malcolm N. Shaw: p.142, para.64.
44. *Ibid*, p.143, para.66.

آلبانیایی‌تبار می‌باشند. ایـن سـرزمین در سـال ۱۶۰ قبـل از مـیلاد حـضرت مـسیح بـه تـصرف امپراتوری رم درآمد و در قرون ششم و هفتم بعد از میلاد، اقوام اسلاو به بالکان مهاجرت نمودند و در سال ۸۵۰ میلادی در امپراتوری بیزانس ادغام گردید. لازم به ذکر است که در سـال ۱۳۸۹ جنگی خونین میان صربها و نیروهای عثمانی در سرزمین کوزوو درگرفت کـه در تـاریخ بـه نـام «نبرد کوزوو»* نام گرفته است و در ایـن جنـگ صـربها توانـستند عثمـانی را شکـست دهنـد و ازاین‌رو سرزمین کوزوو نزد ملی‌گرایان صرب اهمیتی نمادین یافته است. هر چنـد کـه نیروهـای عثمانی پس از درگیری فراوان توانستند در سال ۱۴۵۵ بر صربها تفوق یابند و کوزوو را به اشغال خود درآورند. از آن تاریخ تا سال ۱۹۱۲ حاکمیت عثمانی بر این سرزمین تداوم داشت و حاکمیت طولانی مدت عثمانی از جمله باعث شد که ساکنان کوزوو به دین اسلام مشرف شوند.

در سال ۱۹۱۲ جنگ اول بالکان با شرکت و ائتلاف صربها، بلغارهـا، یونـانی‌هـا و اهـالی مونته‌نگرو علیه عثمانی آغاز شد که در نتیجه، سلطه عثمانی بر سـرزمین کـوزوو پایـان یافـت و بخش قابل توجهی از آن سرزمین به تصرف پادشـاهی صربـستان و بخـش کمتـری بـه قلمـرو پادشاهی مونته‌نگرو منضم گردیـد. آلبانیـایی‌تبارهـای سـاکن کـوزوو ناخـشنود از اشـغال مجـدد سرزمین خود از آن سرزمین مهاجرت نموده و صربستان اقدام به سکونت دادن صـربها بـه جـای آنان نمود.

پس از پایان جنگ اول جهانی، کشور جدیدی با عنوان پادشاهی صربـستان، کروآسـی و اسلوونی به‌وجود آمد و صربها به‌دلیل آنکه از یک‌سو فرماندهی جنگ استقلال بخش علیه اتریش را بر عهده داشتند و از سوی دیگر ۳۹ درصد از کل جمعیت این کشور را صربها تشکیل می‌دادند، لذا از جایگاه برتری در کشور برخوردار بودند. این موضوع باعث سوءاستفاده آنها از قـدرت شـد و آنها خواهان تشکیل کشوری بسیط و متمرکز بودند. بر این اساس الکساندر پادشاه صربـستان در سال ۱۹۲۹ قانون اساسی را لغو نمود و تحـت عنـوان کـشور یوگـسلاوی (سـرزمین اسـلاوهای جنوبی) دیکتاتوری فردی ایجاد نمود.[۴۵]

آغاز جنگ دوم جهانی و تهاجم آلمان نازی به کشور یوگسلاوی به فروپاشی ایـن کـشور در سال ۱۹۴۱ انجامید و کوزوو به اشغال ایتالیاییها درآمد. اما یوگسلاوها به رهبری مارشال تیتـو در برابر اشغالگران آلمانی به پا خواستند و با اخراج متجاوزان از کشور، دولتی فدرال و کمونیـست پس از جنگ ایجاد نمودند. سیاست دولت کمونیستی متفاوت از دولت ملی‌گرای قبل از جنگ بود

---

*. Battle of Kosovo.

45. Bugajski Janusz, **Ethnic Politics in Eastern Europe: A Guide to Nationality Policies,Organizations,and Parties**, Center for Strategic and International Studies, 1995.

و علاوه بر صربستان، اسلوونی و کروآسی، دیگر ایالتهای متمایز قومی کشور نیز همچون مقدونیه و بوسنی و هرزگوین به‌عنوان جمهوری، شخصیتی مستقل و برابر در اداره کشور فدرال یافتند. در راستای این سیاست، در دهه ۱۹۵۰ میلادی به سرزمین‌های کوزوو و وودینا نیز در چارچوب جمهوری صربستان، خودمختاری اعطا گردید و بدین‌ترتیب نفوذ و اعتبار پیشین صربها در ساختار قدرت کشور کاهش یافت. از سوی دیگر در دوران پس از جنگ به‌صورتی روزافزون بر جمعیت آلبانیایی‌تبار کوزوو افزوده گشت به این ترتیب که جمعیت آنان از ۷۳۳ هزار در سال ۱۹۴۸ به یک میلیون و سیصد هزار نفر در سال ۱۹۸۱ رسید. این موضوع نگرانی صربها نسبت به گسترش نفوذ و تسلط آلبانیایی‌تبارها در این ناحیه تاریخی را افزایش داد. در عین حال، رهبران آلبانیایی‌تبار نیز وضعیت موجود را ایده‌آل ندانسته و خواهان ارتقاء وضعیت اداری و سیاسی کوزوو به سطح یک جمهوری مستقل (بسان شش جمهوری دیگر کشور) در چارچوب کشور یوگسلاوی بودند.

مرگ تیتو در دهه ۱۹۸۰ میلادی برای ملی‌گرایان صرب، فرصتی طلایی پدید آورد تا خودمختاری کوزوو را محدود سازند. میلووسویچ به بهانه آزار و اذیت صربها در کوزوو و تلاش رهبران آلبانیایی‌تبار جهت جدا نمودن کوزوو از صربستان، اختیارات حکومت محلی کوزوو را بسیار محدود ساخت تا آنجا که در جولای ۱۹۹۰ پارلمان این ایالت منحل گردید و روزنامه آلبانیایی زبان «ریدیلین»* و رادیو و تلویزیون محلی «برشتینا» تعطیل شد و النهایه به‌موجب قانون اساسی جدید صربستان، خودمختاری کوزوو از بین رفت.[۴۶]

در واکنش به اقدامات دولت مرکزی و متعاقب صدور بیانیه استقلال از سوی اسلوونی و کروآسی در ژوئن ۱۹۹۱ و هجوم ارتش صرب به این جمهوریها، پارلمان در تبعید کوزوو، اعلام نمود که کوزوو به یک جمهوری مستقل تبدیل شده است و آنان انجام رفراندومی را در این ارتباط به تصویب رساندند. ۸۷ درصد مردم کوزوو در رفراندوم سپتامبر ۱۹۹۱ حاضر شدند و ۹۱ درصد از مجموع رأی‌دهندگان از استقلال کوزوو حمایت نمودند. در آن سوی مقابل نیز اسلووبودان میلووسویچ، رهبر ملی‌گرایان افراطی صرب در دسامبر ۱۹۹۲ با کسب ۵۵/۶ آراء به مقام ریاست جمهوری رسید و فشارها علیه آلبانیایی‌تبارها فزونی گرفت. وقوع درگیری در بوسنی و هرزگوین و دخالت ارتش صرب در آنجا باعث شد تا چندی اعمال فشار صربها بر آلبانیایی‌تبارها کاهش یابد اما پس از انعقاد صلح دیتون و خاتمه درگیریها در بوسنی بار دیگر توجه صربها به کوزوو معطوف گردید و ملی‌گرایان صرب با توجه به شکست آنان در حفظ کشور یوگسلاوی و ناکامی در جلوگیری از استقلال جمهوریهای تشکیل‌دهنده کشور بیش از گذشته

---

*. Ridilin.

46. *Ibid*, pp.138-139.

مصمم به حفظ کوزوو شدند. این موضوع باعث شد که میان ارتش صرب و ارتش آزادیبخش کوزوو (KLA) در سال ۱۹۹۶ جنگی خونین رخ دهد که در زمستان سال ۱۹۹۸ منجر به آوارگی بیش از ۳۰۰ هزار نفر شد. همچنین جنگ باعث شد که مردم کوزوو علاوه بر تلفات جانی، با کمبود مواد اولیه از جمله غذا روبرو شوند و بحرانی انسانی پدیدار گردد. کشورهای غربی و بهویژه سازمان ناتو تحت فشار افکار عمومی و پس از ناکامی در تحصیل مجوز شورای امنیت سازمان ملل متحد در روز ۲۴ مارس ۱۹۹۹ جهت پایان بخشیدن به رنج مردم آلبانیاییتبار کوزوو مداخله نموده که تا روز ۱۰ ژوئن همان سال به مدت ۷۷ روز به طول انجامید. پایان مداخله ناتو به صدور قطعنامه شماره ۱۲۴۴ مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۹۹ شورای امنیت انجامید که براساس آن اداره کوزوو از سوی شورای امنیت به «هیأت ماموریت سازمان ملل جهت اداره موقت کوزوو» * واگذار گردید. در مقدمه این قطعنامه «تعهد تمام دول عضو سازمان به رعایت احترام حاکمیت و تمامیت ارضی جمهوری فدرال یوگسلاوی و دیگر کشورهای منطقه آنگونه که در بیانیه نهایی هلسینکی و ضمیمه دوم قطعنامه اخیر ذکر شده است مورد تأیید مجدد قرار میگیرد» علاوه بر آن «قطعنامههای پیشین شورا در خصوص لزوم رعایت خودمختاری قابل توجه و حق تعیین سرنوشت معنادار برای کوزوو را یادآور میگردد».

اما روابط خونین صربها و آلبانیاییتبارها در گذشته نشان میداد که همزیستی مشترک آنان در کشور واحد به آسانی امکانپذیر نخواهد بود و لازم است در وضعیت حقوقی کوزوو تغییر ایجاد شود. بر این اساس از سال ۲۰۰۶ مذاکرات بینالمللی جهت تعیین وضعیت نهایی کوزوو با سرپرستی مارتی آهتیساری (رئیس جمهور سابق فنلاند)، نماینده ویژه دبیرکل سازمان ملل متحد از فوریه ۲۰۰۶ آغاز گردید. این مذاکرات عمدتاً مبتنی بر ایجاد حکومتی غیرمتمرکز در کوزوو و لزوم رعایت حقوق اقلیتهای ساکن آلبانی بهویژه صربها بود. آهتیساری در تاریخ ۲ فوریه ۲۰۰۷ گزارش خود را منتشر نمود. گزارش وی دربردارنده اعطای امتیازاتی به اقلیت صرب بود. همچنین در گزارش مذکور اگرچه از عنوان استقلال استفاده نگردید اما آثار آن بهصورتی ضمنی از متن گزارش قابل استنباط بود. چه آنکه به کوزوو حق درخواست عضویت در سازمانهای بینالمللی و ایجاد نیروهای امنیتی و تصویب نشانهای ملی را اعطا میکرد. با توجه به آنکه آلبانیاییتبارها کماکان خواهان استقلال بوده و صربها بر حفظ و تدوام حاکمیت خود بر کوزوو تاکید میکردند؛ لذا مذاکرات تعیین وضعیت به بن بست رسید و آهتیساری اعلام نمود که گزارش خود را بههمراه پیشنهاداتش به شورای امنیت تسلیم خواهد نمود. در اوایل ماه مه ۲۰۰۷ اعضاء اروپایی شورای

---

*. United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK);
قرار بود به مأموریت UNMIK هنگامی که قانون اساسی کوزوو در ۱۵ ژوئن ۲۰۰۸ لازمالاجرا گردد، پایان داده شود.

امنیت (غیر از روسیه)، آلمان و ایالات متحده متن پیش‌نویس قطعنامه‌ای را به شورای امنیت تسلیم نمودند که جایگزین قطعنامه ۱۲۴۴ شده و پیشنهادات آهتیساری را مورد تأیید قرار می‌داد و به وظایف UNMIK پس از طی یک دوره انتقالی ۱۲۰ روزه خاتمه می‌داد اما از آنجا که این گزارش با مخالفت بلگراد روبرو شد، رئیس جمهور روسیه اعلام نمود که از صدور هرگونه قطعنامه در شورای امنیت که مورد موافقت هر دو طرف بحران یعنی بلگراد و برشتینا نباشد جلوگیری خواهد نمود و آن را وتو می‌کند. بر این اساس هرچند دیگر دول دایم عضو شورا چهار بار قطعنامه را جهت رفع نگرانی روسیه و درج ملاحظات این کشور اصلاح نمودند اما روسیه همچنان به تصویب آن رضایت نداد.

بن‌بست مذکور باعث گردید که مجلس محلی حکومت خودگردان کوزوو[۴۷] بیانیه استقلال خود را با حمایت از قبل اعلام شده برخی کشورهای بزرگ در تاریخ ۱۷ فوریه ۲۰۰۸ صادر نماید. صدور این بیانیه با اعلام مخالفت بلگراد و مسکو مواجه شد اما دولی همچون ایالات متحده، ترکیه، آلبانی، اتریش، آلمان، ایتالیا، فرانسه و انگلیس اقدام به شناسایی کوزوو کردند که در حال حاضر تعداد دول شناسایی‌کننده به ۴۱ کشور بالغ می‌شود.

گفتار دوم
بررسی واکنش دولتها به استقلال کوزوو

می‌توان مواضع کشورهایی را که تاکنون نسبت به صدور اعلامیه استقلال کوزوو، واکنش نشان داده‌اند را در چند گروه ذیل تقسیم نمود. لازم به ذکر است که این تقسیم‌بندیها با بررسی مواضع دولتها استخراج شده‌اند و ممکن است نام تعدادی از دولتها در دو گروه تکرار شده باشد. به این معنا که ممکن است دولتی اعلام کرده باشد که در حال بررسی موضوع می‌باشد و صریحاً موضع خود را اعلام نکرده باشد اما از عبارات به‌کار رفته در سخنان مقامات آن کشور، چنین ارزیابی می‌گردد که تمایل به شناسایی کوزوو دارد (مانند پرتقال).[۴۸]

۱ـ دولتهایی که استقلال کوزوو را مورد شناسایی قرار داده‌اند: این دولتها به ترتیب تاریخ اعلام شناسایی عبارتند از: افغانستان، کاستاریکا، آلبانی، فرانسه، ترکیه، ایالات متحده امریکا، بریتانیا، استرالیا، سنگال، لتونی، آلمان، استونی، ایتالیا، دانمارک، لوکزامبورگ، پرو، بلژیک،

۴۷. لازم به ذکر است کهUNMIK در سال ۲۰۰۱ اقدام به تاسیس نهادهای موقت دولت خودگردان (Provisional (PISG) Institutions of Self-Government متشکل از مجلس منتخب، ریاست جمهوری و نخست‌وزیری نمود و اولین انتخابات مجلس در همان سال برگزار گردید.

۴۸. جهت دیدن مواضع کامل دولتها به آدرس ذیل رک.

http://en.wikipedia.org/wiki/International_reaction_to_the_2008_Kosovo_declaration_of_independence.

لهستان، سوئیس، اتریش، ایرلند، سوئد، هلند، ایسلند، اسلوونی، فنلاند، ژاپن، کانادا، موناکو، مجارستان، کروآسی، بلغارستان، لیختن اشتاین، کره جنوبی، نروژ، جزایر مارشال، نائورو، بورکینافاسو، لیتوانی، سان مارینو و جمهوری چک.

لازم به ذکر است که تایوان نیز اقدام به شناسایی کوزوو نموده است اما کوزوو به‌دلیل ترس از واکنش منفی چین، تایوان را مورد شناسایی قرار نداد. (تایوان با ۲۳ کشور روابط دیپلماتیک دارد).

۲ـ دولی که تمایل به شناسایی کوزوو داشته و ممکن است در آینده نزدیک، آن سرزمین را مورد شناسایی قرار دهند: با بررسی مواضع رسمی آنها، دول ذیل را می‌توان در این گروه قرار داد : ارمنستان، بنگلادش، مقدونیه، مالزی، مونته‌نگرو، پاکستان، پرتقال.

۳ـ دولی که مخالفت شدید خود را با استقلال کوزوو اعلام نموده‌اند: علاوه بر عربستان، صربستان و روسیه، این دولتها نیز به اعلام مخالفت شدید با استقلال کوزوو پرداخته و آن را مغایر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل دانسته‌اند: آرژانتین، آذربایجان، بلاروس، بولیوی، چین، کلمبیا، قبرس، گرجستان، قرقیزستان، مولداوی، رومانی، سری‌لانکا، تاجیکستان و ونزوئلا.

۴ـ دولی که تمایلی به شناسایی کوزوو نداشته و به ابراز مخالفت ملایم پرداخته‌اند: یونان، هند، مصر، اندونزی، عراق، ایران، قزاقستان، لائوس، لیبی، مالی، مراکش، اسلواکی، اسپانیا، سودان، اکراین، اوروگوئه و ویتنام.

۵ـ دولی که منتظر تصمیم‌گیری شورای امنیت باقی مانده‌اند: بنگلادش، برزیل، شیلی، قبرس، اردن، لیبی، پرتقال، اسپانیا، تایلند و ازبکستان.

۶ـ دولی که طرفین اختلاف (صربستان و کوزوو) را به انجام مذاکرات بیشتر و انجام گفتگو جهت حل مسئله با توافق مشترک، دعوت نموده‌اند: برزیل، شیلی، چین، مصر، یونان، هند، اندونزی، قزاقستان، کویت، مکزیک، پاناما، فیلیپین، سنگاپور و افریقای جنوبی.

۷ـ دولی که اعلام کرده‌اند در حال بررسی موضوع هستند و ترجیح داده‌اند که فعلاً از اعلام موضع صریح خودداری نمایند: الجزایر، بوسنی و هرزگوین، کلمبیا، هند، مالزی، مالت، مکزیک، موزامبیک، نیوزیلند، نیکاراگوئه، پاناما، پاراگوئه، پرتقال، سنگاپور، اسلواکی، اوگاندا، اکراین، ازبکستان و زامبیا.

گفتار سوم
آیا اعلام استقلال کوزوو مشروع است؟

حال با توجه به مواضع فوق‌الذکر که تفاوتها و تعارضات قابل توجهی نیز میان آنها وجود دارد باید به بررسی این مسئله پرداخت که آیا می‌توان اعلام استقلال کوزوو را در زمان کنونی مشروع دانست یا خیر ؟

شناسایی استقلال کوزوو از سوی ۴۱ دولت عضو سازمان ملل متحد نشانگر این واقعیت است که نمی‌توان به‌صورت مطلق، جدایی یک‌جانبه را در حقوق بین‌الملل ممنوع دانست و یا حداقل تئوری مذکور، در این قضیه نتوانست اعمال گردد. بنابراین به‌نظر می‌رسد که استقلال کوزوو را نمی‌توان نامشروع تلقی نمود و در توجیه مشروعیت استقلال کوزوو می‌توان از دو نظریه کمک گرفت.

۱ـ رهیافتی که جدایی یک‌جانبه را در حقوق بین‌الملل ممنوع نمی‌داند که این رهیافت در بخش اول مقاله توضیح داده شد.

۲ـ رهیافتی نوظهور که به‌موجب آن، در موارد انکار حقوق بنیادین بشری، استفاده و استناد به حق تعیین سرنوشت خارجی برای گروه تحت ستم، امکان‌پذیر می‌باشد.

نظر به اینکه رهیافت اخیر را تاکنون توضیح نداده‌ایم لذا ابتدا خود رهیافت مطالعه شده و سپس قابلیت اعمال این تئوری در مشروع سازی استقلال کوزوو بررسی خواهد شد و آنگاه به امکان اعمال رهیافت دوم در قضیه کوزوو پرداخته خواهد شد.

الف ـ پذیرش جدایی یک‌جانبه در موارد انکار حقوق بنیادین بشری

چندی است که حقوقدانان بین‌المللی، دسته دیگری را نیز به دو گروه قبلی برخوردار از حق تعیین سرنوشت خارجی (مردم ساکن در سرزمین‌های مستعمره و جمعیت تحت اشغال دولت خارجی) اضافه نموده‌اند و رویه قضائی بین‌المللی نیز در چند رأی معدود خود از ورود این نظریه به حقوق بین‌الملل استقبال نموده است. گروه اخیر، مردمی هستند که حقوق بنیادین انسانی آنها از سوی گروه حاکم انکار شده است. به این معنا که اگر حکومت یک کشور؛ حق موجودیت فیزیکی یا دیگر حقوق بنیادین گروه‌های اقلیت قومی و زبانی را انکار نماید و آنها را از مشارکت مؤثر در اداره امور کشور محروم نماید و به‌صورت سیستماتیک علیه آنان، تبعیض روا دارد، در این صورت حق جدایی از آن کشور و تشکیل دولت مستقل برای گروه تحت ستم فراهم خواهد شد.[۴۹]

---

۴۹. حقوقدانان ذیل از طرفداران برخورداری دسته اخیر از حق تعیین سرنوشت خارجی هستند:

لازم به توضیح است که این تـز ملهـم از قطعنامـه ۲۶۲۵ مجمـع عمـومی ملـل متحـد می‌باشد. در ایـن قطـعنامـه همچـــون قطعنامـه ۱۹۶۰ پـس از آنکـه از کـشورهای اسـتعمارگر خواسته شده تا حق استقلال مردمانِ ساکن در سرزمین‌های مستعمره را به رسمیت بشناسند، بـر رعایت تمامیت ارضی و وحدت سیاسی دول عضو سازمان تأکید شده است اما در ایـن قطعنامـه، حفظ یکپارچگی سرزمینی دولت‌ها به رعایت اصل عدم تبعیض در رفتار با تمام گروه‌های متبـوع کشور مشروط گردیده است:

«هیچ‌یک از بندهای فوق مشوق تجزیه و یا خدشه‌دار کردن جزئی و یا کلی تمامیت ارضی و یا وحدت سیاسی دول حاکم و مستقل که بر اساس اصـل (تعیـین سرنوشـت) عمـل مـی‌کننـد و ازاین‌رو نمایندگی کل خلق‌های متعلق به سرزمین خود را بدون تمایز از حیـث نـژاد، عقیـده یـا رنگ پوست برعهده دارند، نخواهد گردید و چنین دلالتی نیز ندارد».*

نکته قابل توجه در این مسئله آن است که تمامی حقوقدانانی که در ارائه نظر مشورتی به دیوان‌عالی کـانادا شرکـت داشتند و دو رهیافـت متفاوت در پذیرش جدایی یک‌جانبـه در حقـوق بین‌الملل داشتند و در بخش اول مقاله به‌نظریات متفاوت آنها پرداخته شد، در خصوص ایجاد حق جدایی در فرض سوم مورد بحـث در ایـن قـسمت از مقالـه اتفـاق‌نظـر داشـتند. (در میـان ایـن حقوقدانان، تنها پروفسور کرافورد به‌صراحت از پدیدار شدن حق مـذکور صـحبت نکـرده اسـت. هرچند از فحوای کلام او می‌توان، وجود این حق را بـه‌صـورت ضـمنی اسـتنباط نمـود.[50] مـثلاً پروفسور لویز وایلدهابر که به تبعیت از رهیافت کرافورد در پذیرش مشروعیت جدایی یک‌جانبـه، رهیافتی مضیق اتخاذ کرده بود اما در پذیرش حق تعیین سرنوشـت خـارجی بـرای مردمـی کـه حقوق بشری آنها به‌صورت مداوم و سریع نقض می‌شود چنین اشعار می‌دارد). لازم به ذکر اسـت که منشأ اولیه عبارات ذیل از رأی انفرادی نـامبرده در قـضیه لوزیـدوس علیـه ترکیـه در دیـوان

John Chipman, "Managing the Politics of Parochialism", *Survival*,vol:35, No.1, Spring1993, p. 151, Robert W. McGee & Danny Kin-Kong Lam, "Hong Kong's Option to Secede", *Harvard International Law Journal*, 1992, vol:33, p. 34, Onyeonoro S. Kamanu, "Secession and the Right of Self-Determination: an O.A.U Dilemma", *The Journal of Modern African Studies*, 1974 , vol:12, p. 361, Lauri Hannikaineng," Self-Determination and Autonomy in International Law" , in Suksi Markku, **Autonomy: Applications and Implications**, 1998, Kluwer Law International.p. 83, Kirgis, *op.cit*, p.306; Cassese, *op.cit*, p. 319; Nanda Ved P.," Self-Determination and Secession under International Law", *Denv. J. Int`l L. & Pol`Y*, 2001, vol: 29. p. 325; Musgrave Thomas, **Self-Determination and National Minorities**, (2002), Oxforad University press.p. 257, Eide,*op.cit*, para.19.

*. تأکید از نگارنده است.

50. Crawford Report, pp.57-58. para. 61.

اروپایی حقوق بشر بوده و در گزارش تقدیمی به دیوان عالی کانادا یک‌بار دیگر از آن استفاده نموده است:

«تا دوران اخیر، در رویه بین‌المللی، حق تعیین سرنوشت در عمل معادل حق استعمار زدایی و مترادف آن بوده است. اما در سالهای اخیر به‌نظر می‌رسد که اجماعی پدیدار شده است که اگر حقوق بشری گروهی از مردم به‌صورت مداوم و سیستماتیک نقض شود و یا در صورتی که بدون سرکوب، به‌صورت کلی و وسیع و به شیوه‌ای غیردموکراتیک و تبعیض‌آمیز آنها را در (ساختار حکومت) مشارکت ندهند، آنان نیز از حق تعیین سرنوشت برخوردار می‌شوند. بنابراین اگر این توصیف درست باشد، آنگاه حق تعیین سرنوشت وسیله‌ای است که می‌توان از آن در تأسیس معیارهای بین‌المللی حقوق بشر و دموکراسی استفاده نمود».[۵۱]

علاوه بر آن، پروفسور وایلدهابر عباراتی را نیز از مقاله نوشته شده در سال ۱۹۹۵ در مجله کانادایی حقوق بین‌الملل در گزارش خود ذکر نمود:

«در رویه ارکان ملل متحد، حق تعیین سرنوشت چیزی بیش از استعمارزدایی نبوده است و به‌صورتی طبیعی نسبت به ادعای بهره‌مندی از حقوق ویژه و حتی جدایی از سوی اقلیتها سکوت نموده است و در عوض، از حاکمیت و استقلال ارضی دولتها حمایت به عمل آورده است و منع مداخله و احترام به صلاحیت داخلی مورد استناد قرار گرفته است. موارد جدایی و پیدایش دولتهای جدید که ریشه در استعمارزدایی نداشته‌اند یا با توافق ارادی تشکیل نشده‌اند را پس از تثبیت موفقیت جنبش جدایی‌طلب با اکراه پذیرفته است اما در سالهای اخیر و خصوصاً از دوران فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی و یوگسلاوی سابق، وضعیت متفاوت شده است. قرائنی وجود دارد که در حال حاضر، حق تعیین سرنوشت فراتر از وضعیت استعمارزدایی حرکت نموده است و تحریک‌گر ادعاهایی است که فراتر از اشغال خارجی، مواردی را در برمی‌گیرد که حقوق بشر را به‌گونه‌ای وقیح و آشکار نقض می‌کند و اراده اکثریت و حاکمیت مردم را در بدترین شکل آن سرکوب می‌کند. این ادعاها، تعیین سرنوشت فرا استعماری و جدیدی را تشکیل می‌دهد. در اینکه آیا حقوق بین‌الملل معاصر فراتر از این رویکرد پیش رفته است یا نه محل تردید است اما اساساً حقوق بین‌الملل به اقلیتها حق جدا شدن جهت تشکیل دولت جدید را براساس اراده خود نمی‌دهد».[۵۲]

پروفسور توماس فرانک، مالکم شاو و آلن پله نیز هرکدام در گزارش خود به‌صراحت از

---

51. Report by Luzius Wildhaber, p. 64.

52. *Ibid*, pp. 64-65.

پدیدار شدن حق تعیین سرنوشت در وضعیتهای استثنائی فوق‌الذکر در حقوق بین‌الملل کنونی حمایت کرده‌اند. با این تفاوت که پروفسور فرانک، دایره وضعیتهای مربوط به برخورداری از حق جدا شدن را گسترش داده و آن را به موارد عدم رعایت حقوق اقلیتها که در ماده ۲۷ ذکر شده است، سرایت می‌دهد[۵۳] بر همین اساس دیوان‌عالی کانادا نیز در رأی مربوط به قضیه کبک به امکان وجود تئوری مزبور در پیدایش حق جدا شدن اشاره نمود اما مردم کبک را از مصادیق آن ندانست؛ زیرا روشن است که حقوق بشری آنان به‌صورت سیستماتیک نقض نشده و یا آنها از مشارکت مؤثر در امور حکومتی منع نشده‌اند.[۵۴]

پروفسور پله نیز با نقل قول از پروفسور آنتونیو کاسسه می‌گوید اگر حق موجودیت مردمی تحت ستم درون یک کشور انکار گردد از حق جدا شدن بهره‌مند خواهند شد. و پروفسور شاو نیز از این موضع حمایت می‌کند.[۵۵]

کمیسیون افریقایی حقوق بشر و خلق‌ها نیز در بررسی شکایت «جرالد موک» رئیس کنگره خلقِ کاتانگا علیه دولت زئیر به تئوری مزبور استناد نمود. لازم به ذکر است که رأی کمیسیون در سال ۱۹۹۵ صادر شد و تقاضای کنگره خلق برای جدایی سرزمین کاتانگا از کشور زئیر رد شد. کمیسیون بر این باور بود که حق تعیین سرنوشت می‌تواند به چند شیوه از جمله استقلال، خودگردانی، اداره محلی، فدرالیسم، کنفدرالیسم و دولت بسیط اعمال گردد. همچنین کمیسیون با در نظر گرفتن مسائل موضوعی قضیه، به این نتیجه رسید که نقض حقوق بشری مردم کاتانگا به درجه‌ای نبوده است که عدم رعایت تمامیت ارضی دولت زئیر را توجیه نماید و چون حق مردم کاتانگا به مشارکت در ساختار حکومتی این کشور (ماده ۱۷ منشور افریقایی حقوق بشر و خلق‌ها) انکار نشده است؛ لذا مردم کاتانگا باید حق تعیین سرنوشت خود را به شیوه‌ای اِعمال نمایند که به حاکمیت و تمامیت ارضی دولت زئیر لطمه‌ای وارد نسازد. از این‌رو تقاضای شناسایی استقلال سرزمین کاتانگا و جدایی این بخش از سرزمین کشور زئیر رد گردید.[۵۶]

به‌نظر می‌رسد که مشروعیت استقلال کوزوو را می‌توان بر مبنای« حق جدا شدن به‌دلیل انکار حقوق بنیادین بشری» توجیه نمود. چه آنکه تردیدی نیست که صربها در طول دهه ۱۹۹۰

---

53. Report of Franck:p.79, para. 2.13.

54. Bayefsky F. Anne, Self-Determination in International Law:Quebec and Lessons Learned, 2000, Kluwer Law International.p. 499.

55. Report by Alain Pelle: p.108, para.43, Report by Malcolm N. Shaw, p.138, para. 49.

56. Ved P. Nanda, "Self-Determination and Secession under International Law", *Denv. J. Int`l L. & Pol`Y*, 2001, vol: 29, p. 311.

به‌صورتی سیستماتیک حقوق بشری مردم کوزوو از جمله حق حیات آنان را نقض کرده بودند و مداخله ناتو برای توقف کشتار آنان براساس تئوری« مداخله بشردوستانه» توجیه گردید.[۵۷]

در اعلامیه شناسایی برخی کشورها مانند کانادا (به‌صورت صریح) و اظهارات وزیر امور خارجه امریکا و سفیر بریتانیا در شورای امنیت و در بخشی از اعلامیه دولت سوئد و اتحادیه اروپا (به‌صورت ضمنی) نیز به تئوری مذکور در توجیه مشروعیت استقلال کوزوو اشاره شده است. در بیانیه شناسایی دولت کانادا چنین می‌خوانیم: «کوزوو موردی منحصر به فرد است که استقلال آن با توجه به تاریخ اخیرِ این سرزمین که با جنگ و پاکسازی قومی همراه بوده است، توضیح داده می‌شود ...».

کاندولیزا رایس وزیر امور خارجه امریکا در این ارتباط می‌گوید: «عوامل غیرمعمولی در وضعیت کوزوو جمع شده‌اند. از جمله اوضاع و احوال فروپاشی یوگسلاوی، وقوع پاکسازی قومی و جنایات ارتکابی علیه غیرنظامیان و طولانی شدن اداره کوزوو از سوی ملل متحد در هیچ کجای جهان یافت نمی‌شود».[۵۸] نماینده دایم بریتانیا در شورای امنیت نیز با ذکر سخنانی مشابه، به‌نحوی ضمنی اعمال حق جدا شدن در موارد انکار حق موجودیت (جمعیت جدایی‌طلب) و ارتکاب پاکسازی قومی به رسمیت می‌شناسد. در مقدمه بیانیه استقلال کوزوو نیز به‌صورتی ضمنی به مشروعیت استقلال با توجه به رنجهای گذشته این ملت اشاره شده است: «با یادآوری سالها نزاع و خشونت در کوزوو که وجدان تمامی انسانهای متمدن را آزرده ساخت».

با این وجود، به‌نظر می‌رسد که برخلاف وجود اجماعی تقریبی میان حقوقدانان متخصص در این حوزه، تئوری مذکور از سوی دولتها چندان مورد استقبال قرار نگرفته است؛ زیرا جز در موارد فوق‌الذکر، دولتهای شناسایی‌کننده کوزوو به رهیافت مذکور در توجیه شناسایی این دولت استفاده نکردند.

ب- مؤثر بودن موجودیت دولت کوزوو

مشروعیت استقلال کوزوو را نیز می‌توان به‌موجب رهیافت دومی که در بخش اول مقاله مورد مطالعه قرار گرفت، مورد بررسی قرار داد. همچنان‌که گفته شد، براساس این تئوری؛ نظام حقوق بین‌الملل نه حقی برای جدایی یک‌جانبه قائل است و نه آن را ممنوع می‌داند. در نتیجه اگر قسمتی از سرزمین یک کشور با تجمیع عناصر سه‌گانه تشکیل دولت، اعلام استقلال نموده و بتواند حاکمیت مؤثر خود را به‌صورتی مسالمت‌آمیز و مداوم اعمال نماید آنگاه باید تشکیل آن دولت را مشروع دانسته و آن را تابع حقوق بین‌الملل دانست. در این رهیافت، شناسایی عامل

---

57. Simma Bruno, "NATO , The UN and The Use of Force: Legal Aspects". EJIL.vol:10, no:1. p. 9.

58. http://www.asil.org/insights/2008/02/insights080229.html.

تشکیل‌دهنده دولت نیست اما می‌تواند به مؤثر بودن موجودیت دولت کمک نماید.

به‌نظر می‌رسد که در بررسی مؤثر بودن موجودیت دولت کوزوو، می‌توان بـه مؤلفـه‌هـا و عناصر ذیل اشاره نمود:

۱ـ در بررسی تاریخ کوزوو خاطرنشان گردیـد کـه بـیش از ۹۰ درصـد جمعیـت کـوزوو، آلبانیایی‌تبار بوده و اعلام استقلال این سرزمین با حمایت قاطع مـردم آن کـشور صـورت گرفتـه است. بنابراین حکومت کوزوو در اعمال حاکمیت خود بر سرزمین و مردم کوزوو با مشکلی داخلی مواجه نیست و حضور فعال نیروهای ناتو و ملل متحد نیز می‌توانـد مـانع بـروز مخالفـت اقلیتـی صرب‌تبار ساکن این سرزمین باشد.

۲ـ همان‌گونه‌که در بخش اول مقاله خاطرنشان گردید، شناسایی با وجود آنکـه اعلامـی است اما نشان‌دهنده و بیانگر آن است که دول عضو جامعه بین‌المللی بر این اعتقادند کـه دولـت جدید با رعایت معیارهای دولت بودن ایجاد شده است. تعـداد قابـل توجـه دول شناسـایی‌کننـده کوزوو و همچنین اهمیت جایگاه برخی دول مذکور می‌تواند به مؤثر بودن موجودیت دولت کوزوو کمک نماید. به‌نظر می‌رسد که شناسایی دول همسایه و قدرتمند مخصوصاً دولـی کـه در همـان قاره‌ای قرار دارند که دولت جدیدالتاسیس آنجاست مؤثرتر از اعلام شناسایی دولی خواهد بود که در قاره‌های دیگر قرار دارند. درست است که از مجموع ۱۹۲ دولت عضو ملل متحد تاکنون تنهـا ۴۱ دولت، کوزوو را شناسایی نموده‌اند اما توجه به این واقعیت لازم است که کوزوو در قاره اروپـا قرار دارد و اکثریت دول اروپایی آن را شناسایی کرده‌اند (۲۹ دولـت از ۴۷ دولـت عـضو شـورای اروپا). مضاف بر اینکه از جمع ۲۷ دولت عضو اتحادیه اروپایی، ۲۰ دولت و تعداد قابل تـوجهی از همسایگان بوسنی نیز همچون آلبانی، کروآسی و مقدونیه؛ دولت کـوزوو را شناسـایی نمـوده‌انـد؛ بنابراین امکان بقای مؤثر بودن این دولت در قاره اروپا (ازجهـات مختلـف سیاسـی و اقتـصادی) بسیار محتمل است و به‌قطعیت نزدیک می‌گردد. علاوه بر نکات فـوق‌الـذکر همچنـین بایـد بـه شناسایی کوزوو از سوی سه عضو دایم شورای امنیت سـازمان ملـل متحـد (فرانـسه، انگلـیس و ایالات متحده امریکا) اشاره نمود که در هرم قدرتهای سیاسی و نظامی جهان قرار دارند. از این‌رو به‌نظر می‌رسد که در مؤثر بودن موجودیت دولت کوزوو تردیدی نبایـد داشـت کمـا آنکـه دولـت صربستان تاکنون اقدامی عملی جهت بی‌اثر نمودن استقلال کـوزوو (از جملـه عملیـات نظـامی) انجام نداده است و با پیروزی اخیرِ طرفداران عضویت در اتحادیـه اروپـایی در انتخابـات پارلمـان صربستان، امـکان وقـوع چنین امـری بسیـار بعیـد است. در بیـان اهمیـت عامـل شناسـایی در مؤثر نمودن موجودیت یک دولت، تنها اشاره به این حقیقت کافی است کـه دولـت خـود خوانـده کوزوو در سال ۱۹۹۱ برای اولین بار اعلام استقلال نموده بود اما به‌دلیل عدم شناسایی این بیانیه

از سوی دیگر کشورها، عملاً هیچ‌گونه اثری بر جای ننهاد.

نتیجه‌گیری

در بررسی نظریات علمای حقوق بین‌الملل، به‌صورتی کلی می‌توان به وجـود دو رهیافـت در خصوص مشروعیت جدایی یک‌جانبه اشاره نمود. در رهیافـت اول، جـدایی یـک‌جانبـه مغـایر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله لزوم رعایت تمامیت ارضی دولتها می‌باشـد و بنـابر رهیافـت دوم، اصولاً نظام حقوق بین‌الملل در مورد جدایی یک‌جانبه ساکت است و بنابر اصول حقوقی، هر آنچه که ممنوع نباشد، مجاز است. با بررسی واکنش دولتها به اعلامیه استقلال یک‌جانبـه کـوزوو بـه این نتیجه می‌رسیم که هیچ‌کدام از دو رهیافت فوق‌الذکر نمی‌تواند به‌تنهایی موضع کنونی نظـام حقوق بین‌الملل را بیان نماید. از یک‌سو برخی دولتها در بیان مخالفت خود در شناسایی کوزوو به لزوم رعایت اصولی همچون تمامیت ارضی اشاره کرده‌اند و از سوی دیگر برخی دولتها نسبت بـه استقلال کوزوو ابراز خرسندی نموده‌اند. تعداد اندکی از دولتها نیز به‌دلیل وقوع پاکـسازی قـومی، مردم کوزوو را در برخورداری از حق تعیین سرنوشت خارجی محق دانسته‌اند.

هرچند به‌نظر می‌رسد کـه استـقلال کـوزوو را النهـایه می‌تـوان براسـاس رهیـافتی کـه مؤثر بودن را تنها شرط مشروعیت و استقرار دولت جدا شـده مـی‌دانـد، توضـیح داد امـا حقیقـت غیرقابل انکار آن است که موضع دولتها در واکنش به اعلام اسـتقلال کـوزوو یکـسان نیـست و چون در رویه دولتها در این ارتباط، انسجام و هماهنگی وجود ندارد و نظـر بـه اینکـه بخـشی از قواعد حقوق بین‌الملل ریشه در عملکرد دولتها دارد؛ لذا نمی‌توان به‌قاطعیـت، یکـی از دو دیـدگاه مذکور را به‌عنوان موضع مسلم حقوق بین‌الملل تلقی نمود. نگاهی به بیانیه‌های شناسایی کـوزوو از سوی دول شناسایی‌کننده نشان می‌دهد که علاوه بر دول مخالف اسـتقلال کـوزوو (بـه‌ویـژه دولی که مخالفت شدید خود را ابراز کرده بودند) که نگران نقض قواعدی همچون حفظ تمامیـت ارضی خود بودند، جمع کثیری از دول شناسایی‌کننده نیز در بیانیه شناسایی بر ایـن نکتـه تأکیـد داشتند که پذیرش استقلال کوزوو، «موردی خاص»* است و نباید آن را بـه‌عنـوان رویـه تلقـی نمود که از جمله می‌توان به بیانیه‌های دولی مانند مجارستان، کانادا و لهستان اشاره نمود. وزرای خارجه اتحادیه اروپایی نیز در شورای امور عمومی و روابط خارجی در ۱۸ فوریه ۲۰۰۸ نیـز (یـک روز پس از صدور اعلامیه استقلال کوزوو) تأکید نمودند که کوزوو مورد منحصر به فردی اسـت. چه آنکه این سرزمین در دهه ۱۹۹۰ درگیر مخاصمه بوده و از سال ۱۹۹۹ نیز به‌موجب قطعنامـه ۱۲۴۴ شورای امنیت تحت نظارت سازمان ملل متحد اداره شده است و خاطرنـشان نمودنـد کـه

*. Sui Generis.

دول عضو اتحادیه‌ی اروپایی باید براساس رویه ملی و حقوق بین‌الملل روابـط خـود بـا کـوزوو را تعیین نمایند.

حساسیت دولتها در موضوع جدایی‌طلبی و ترس آنها از مستمسک قرار گرفتن حق تعیین سرنوشت در این ارتباط، باعث شد که حتی مجلس ایـالتی کـوزوو نیـز در بیانیـه اسـتقلال خـود به‌صراحت از واژه «حق تعیین سرنوشت» نام نبرد هرچند که مـضمون ایـن حـق را مـی‌تـوان از عبارت به‌کار رفته در بند اول بیانیه استخراج نمود: «ما به‌عنوان رهبرانی که به‌صورت دموکراتیک از سوی مردم خود انتخاب شده‌ایم، اعلام می‌داریم که کوزوو دولتی مستقل و حاکم اسـت. ایـن بیانیه، اراده مردم را منعکس می‌سازد».

همچنین در مقدمه بیانیه استقلال کوزوو جهت رفع نگرانی کشورها بر ایـن نکتـه تأکیـد شده است:

«با در نظر گرفتن اینکه کوزوو، مورد خاصی است که از فروپاشـی بـدون اجمـاع کـشور یوگسلاوی ناشی می‌شود و برای دیگر وضعیتها نمی‌تواند رویه تلقی گردد».

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص ۸۹ ـ۴۷، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۱۰/۱۱، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۱۲/۱۴

رویهٔ دیوان اروپایی در ارتباط با مصونیت دولتها از اقدامات اجرائی*

آگوست رینیش**
ترجمه: امیرساعد وکیل***

چکیده

رویهٔ دادگاههای ملی در اروپا در مورد مصونیت اجرایی تا متحدالشکل شدن فاصله زیادی دارد. در طول دهه‌های پیشین، اصول مشترک مشخصی پدیدار شده است. از مصونیت مطلق از اقدامات اجرایی، به‌طور گسترده اجتناب شده و تقریباً تمام دادگاهها دیدگاههای مضیقی را به اشکال مختلف نسبت به آن برگزیده‌اند. اقدامات اجرایی معمولاً در صورت انصراف یا در مورد اموال مشخص تجویز می‌شود. در عمل، مهمترین استثناء مصونیت به اموال غیردولتی مربوط است. در نخستین گام، هدف از اموالی که قرار است موضوع اقدامات اجرایی واقع شوند، تعیین می‌کند که آیا مشمول مصونیت هستند یا نه. هدف این مقاله بررسی رویهٔ قضائی ۵۰ سال گذشته در اروپاست تا نشان دهد آیا تلاشهای مختلفی که برای تدوین قواعد در سالهای اخیر صورت گرفته و مهمترین آنها کنوانسیون سازمان ملل متحد درخصوص مصونیت قضائی دولتها و اموال آنها مورخ ۲۰۰۴ می‌باشد، در واقع، همین رویه را تدوین کرده یا از آن عدول می‌کند.

---

* . مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:
August Reinisch, "European Court Practice concerning State Immunity from Enforcement Measures," The European Journal of International Law, vol. 17, no. 4, pp. 803-836.

** . استاد حقوق بین‌الملل و حقوق اروپایی در دانشگاه وین.
*** . دانشجوی دورهٔ دکترای حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی.

۱ـ مقدمه

مصونیت اجرایی یا مصونیت از اقدامات اجرایی با مصونیت قضائی تفاوت دارد. مصونیت قضائی ناظر بر محدودیت صلاحیت و رسیدگی به دعاوی علیه دولتها در دادگاههای ملی است،[۱] درحالی‌که مصونیت اجرایی معطوف به اختیارات اجرایی دادگاههای ملی یا سایر نهادهای حقوقی داخلی است.

در طول قرن بیستم، در بسیاری از کشورهای اروپایی، مفهوم مصونیت قضائی مطلق به مفهوم مصونیت قضائی محدود یا مضیق تغییر یافته است. در ارتباط با محدود ساختن قلمرو مصونیت از اقدامات اجرایی، دیدگاه تردیدآمیزی وجود دارد که در رویهٔ قضائی اکثر کشورهای اروپایی متداول شده است. به لحاظ سنتی چنین به‌نظر می‌رسد که برخلاف مفاهیم مصونیت قضائی«محدود یا نسبی»، مصونیت اجرایی، امری مطلق به حساب می‌آمد. این موضوع، ما را به این نکته رهنمون می‌شود که مصونیت اجرایی را به‌عنوان «آخرین سنگر مصونیت دولتها» تلقی نماییم.[۲]

معمولاً دلیل اصلی تفاوت میان مصونیت مطلق و مصونیت نسبی در وصف تحمیلی‌تر اقدامات اجرایی در مقایسه با اختیارات قضائی صرف دیده می‌شود.[۳] با این حال، در زمینهٔ اقدامات اجرایی، از این پس نمی‌توان مصونیت را به‌طورکلی، قاعده‌ای قطعی و مسلم انگاشت. تعدادی از دادگاههای ملی، به‌وضوح چنین اظهار عقیده کرده‌اند که مصونیت اجرایی هم دیگر، مفهومی مطلق نیست. با این همه، این دادگاهها بر سر تعیین ضوابط و معیارهای اعطای مصونیت اجرایی یا سلب آن دست و پنجه نرم می‌کنند. همچنین، تبیین علمی و مفهوم‌سازی دربارهٔ مرز میان اقدامات اجرایی مجاز و غیرمجاز نیز اغلب با دشواری‌هایی مواجه است.[۴]

علاوه بر امکان انصراف از مصونیت اجرایی، مهمترین گرایش عمومی، حاکی از آن است که برخی از اموال دولتی که در راستای اهداف عمومی به‌کار گرفته نمی‌شوند، می‌تواند موضوع اقدامات اجرایی قرار گیرند. برخلاف شروط مصونیت قضائی، هرچند ماهیت عمل مورد نظر معیار

---

1. See H. Fox, The Law of State Immunity (2002); Lauterpacht,"The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States" , 28 British Yearbook In't L (1951) 220; I. Pingel-Lenuzza, Les Immunitiés des Etats en Droit International (1997) ; C. Schreuer, State Immunity: Some Recent Developments (1988); Sinclair, "Law of Sovereign Immunity—Recent Developments" 167 RdC (1980) 113; Trooboff, "Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles". 200 RdC (1986) 200 and the contributions to 10 Netherlands Yearbook Int'l L (NYIL)(1979).

2. [1991] Yearbook Int'l Commission (YBILC), ii, Part Two, 1, at 56.

3. Cf. Schreuer, *supra* note 1, at 126; Sinclair, *supra* note. 1, at 218.

4. See Bouchez, "The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution", 10 NYIL (1979)3, at 17 ff.

تمییز نیست ولی هدف مورد نظر در استفاده از اموال، شاخص تعیین‌کنندهٔ جواز یا عدم جواز اقدامات اجرایی می‌باشد. این امر، حکایت از آن دارد که محدودیت‌های حاکم بر مصونیت اجرایی در مقایسه با مصونیت از اعمال صلاحیت (مصونیت قضائی)، کمتر جنبهٔ تحمیلی دارد. همین‌طور، بازتاب‌هایی از دیدگاه محتاطانه‌تری نیز در برخی تلاشهای انجام گرفته برای تدوین قواعد در سطح ملی و بین‌المللی دیده می‌شود.

عموماً قانونگذاری ملی در حوزهٔ مصونیت، به‌عنوان یک اصل، اقدامات اجرایی علیه دولتهای خارجی را ممنوع می‌سازد. یکی از چند قانون مصوب کشورهای اروپایی در این زمینه، قانون مصونیت دولتی انگلستان[۵] مورخ ۱۹۷۸ می‌باشد که نمونه‌ای از رویکرد یاد شده است.[۶] این قانون، اقدامات اجرایی را تنها «دربارهٔ اموالی که فعلاً مورد استفادهٔ تجاری قرار می‌گیرند یا قصد بر آن است که برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار گیرند»، تجویز می‌نماید.[۷] کنوانسیون اروپایی مصونیت کشورها مورخ ۱۹۷۲[۸] راهکار نسبتاً خاصی را در پیش گرفته است، چنانکه به‌طورکلی اقدامات اجرایی را منع می‌کند مشروط به اینکه امکان اعلام صریح انصراف از مصونیت وجود داشته باشد.[۹]

این کنوانسیون به‌عنوان یک راه‌حل جایگزین برای عدم امکان اتخاذ اقدامات اجرایی مقرر می‌کند که کشورهای متعاهد باید آراء صادره دادگاهها علیه خود را مطابق مقررات کنوانسیون مزبور به اجرا درآورند.[۱۰] از این‌رو کشورها در میان خود مبادرت به صدور یک اعلامیهٔ اختیاری مطابق مادهٔ ۲۴ کنوانسیون کرده‌اند و پذیرفته‌اند که در مورد آراء صادره از سوی دادگاهها دربارهٔ فعالیتهای صنعتی و تجاری، اقدامات اجرایی نسبت به اموالی که «منحصراً در این فعالیت‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند»، میسر است.[۱۱] راه‌حلی که توسط کنوانسیون اروپایی ارائه شده، آشکارا دلالت بر آن دارد که نه به تدوین حقوق عرفی موجود در این موضوع پرداخته و نه چنین قصدی را دنبال می‌کند؛ بلکه این کنوانسیون بیانگر نوعی سازش و اتخاذ راهکاری

---

5. State Immunity Act 1978, c. 33 (UK), 17 ILM (1978) 1123.

٦. بند دوم مادهٔ ۱۳ قانون مصونیت دولتی انگلستان مقرر می‌کند: «اموال یک کشور نباید موضوع فرآیند اجرایی یک رأی قضائی یا داوری یا در دعوای حبس مال، مورد ضبط، توقیف یا فروش قرار گیرد». همین‌طور مادهٔ ۱۶۰۹ قانون مصونیت‌های دول خارجی مورخ ۱۹۷۶ مقرر می‌دارد: «مطابق موافقتنامه‌های بین‌المللی موجود که امریکا در زمان تصویب این قانون به عضویت آنها درآمده است، اموال یک کشور خارجی در ایالات متحده باید مصون از توقیف و اجرا باشند مگر موارد مقرر در مواد ۱۶۱۰ و ۱۶۱۱ این‌فصل».

7. S. 13 (4) UK SIA, *supra* note 5.

۸. کنوانسیون اروپایی مصونیت دولتی ۱۹۷۲ در ۱۶ می۱۹۷۲ امضا و در ۱۱ ژوئن ۱۹۷۶ لازم‌الاجرا شد.

۹. همان، مادهٔ ۲۳.

۱۰. همان، بند اول ماده ۲۰.

۱۱. همان، ماده ۲۶.

بینابین، میان‌کشورهای قایل به قاعدهٔ مصونیت مطلق از اقدامات اجرایی در برابر کشورهایی است که تحت برخی شرایط، این اقدامات را مجاز می‌شمارند. به این ترتیب که تعهد دولتها به اجرای آراء دادگاهها را با قاعدهٔ عدم تجویز هرگونه اقدام اجرایی درهم می‌آمیزد.[۱۲]

البته پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت دولتها که توسط انجمن حقوق بین‌الملل[۱۳] تهیه شده، قواعد را به‌نحوی تدوین کرده که با رویهٔ واقعی محاکم در زمینه مصونیت دولتها نزدیک‌تر و سازگارتر است. این پیش‌نویس همچون قانون مصونیت دولتی در ایالات متحده، سه استثناء عمده را نسبت به قاعدهٔ کلی مصونیت از اقدامات اجرایی پیش‌بینی می‌کند: انصراف و عدول از مصونیت اموالی که برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند و اموالی که برخلاف حقوق بین‌الملل ضبط شده است.[۱۴] در حالتی مشابه، مؤسسهٔ حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۱ در قطعنامهٔ بازل (سوئیس)، اتخاذ اقدامات اضطراری را نسبت به اموالی که در غیرمقاصد حاکمیتی مورد استفاده واقع می‌شوند و یا نسبت به آنها انصراف از مصونیت اجرایی اعلام شده، تجویز می‌کند.[۱۵]

کنوانسیون ۲۰۰۴ سازمان ملل متحد درخصوص مصونیت قضائی دولتها و اموال آنها (کنوانسیون سازمان ملل)[۱۶] بر پایهٔ مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل درمورد مصونیتهای قضائی دولتها و اموال آنها مورخ ۱۹۹۱ (مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل)[۱۷] تهیه شده است و منعکس‌کنندهٔ رویکرد محدود اتخاذ شده توسط بسیاری از دادگاههای ملی در رابطه با مصونیت اجرایی است. این کنوانسیون به شیوه‌ای مضیق، استثنائاتی را نسبت به قاعدهٔ کلی مصونیت اجرایی بیان می‌دارد که در عمل، اتخاذ اقدامات اجرایی به‌ندرت

---

12. http://conventions.coe. int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm, at para. 92.

۱۳. انجمن حقوق بین‌الملل، پیش‌نویس مواد کنوانسیون مونترال در زمینهٔ مصونیت دولتی ۱۹۸۲ و پیش‌نویس اصلاحی مواد کنوانسیون مصونیت دولتی مقررات مربوط به اجرای مصونیت را تغییر نداده‌اند.

۱٤. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون.

15. Institut de Droit International, Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement, Basel Session 1991, 64 Annuaire de l'Institut de Droit International (1992 II) 389.

16. UN GAOR, 59th Session, Supp. No. 22(A/59/22), 16 Dec. 2004, Annex I, available at http://daccessdds. un. org/doc/UNDOC/ GEN/NO4/478/54/PDF/NO447854. pdf? Open Element. See Stewart. "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", 99 AJIL (2005) 194. این کنوانسیون در ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ برای امضاء مفتوح شد.

17. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property [1991] YBILC, ii, Part Two, 13. See also Kessedjian and Schreuer, "Le Projet d'Articles de la Commission du Droit Intenrational des Nations Unies sur les immunités des Etats", 96 Revue Générale de Droit International Public (1992) 299; Heß, "The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property", 4 EJIL (1993)269.

مجاز خواهد بود. مادهٔ ۱۸ مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل،[۱۸] سه استثناء عمدهٔ مصونیت اجرایی را مقرر می‌سازد که عبارتنداز: (۱) انصراف از مصونیت؛ (۲) اموالی که به‌طور خاص مبنای طرح یک دعوی هستند؛ و (۳) دارایی‌هایی که برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند و در قلمروی دولت متبوع دادگاه واقع شده‌اند و متصل و مرتبط با ادعای اصلی یا شخصیت حقوقی مدعی‌علیه هستند. کنوانسیون جدید سازمان ملل بین «اقدامات اضطراری پیش از رأی» و «اقدامات اضطراری پس از رأی»، تمایز قایل شده و بدین‌سان از این رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل فاصله می‌گیرد. در ارتباط با اولین دسته از اقدامات، مادهٔ ۱۸ کنوانسیون جدید سازمان ملل، جواز اقدامات اجرایی را تنها در دو مورد: (۱) رضایت و (۲) اموال خاص صادر می‌کند.[۱۹] ولی در ارتباط با اقدامات اضطراری پس از رأی، کنوانسیون سازمان ملل سه استثناء مقرر در پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل مورخ ۱۹۹۱ را حفظ کرده است. البته این کنوانسیون، معیار ارتباط مال با موضوع ادعای اصلی را در مورد اموالی که برای مقاصد تجاری به‌کار می‌روند با حذف عبارت «مرتبط بودن با ادعای اصلی» تعدیل می‌کند.[۲۰]

این مقاله در پی تجزیه وتحلیل رویهٔ اخیر دیوان اروپایی در زمینهٔ مصونیت اجرایی[۲۱] است و در نظر دارد نشان دهد که آیا تمایلات موجود در حقوق که در کنوانسیون‌های مذکور مطرح شده‌اند در برابر این رویه، تقویت شده‌اند، تعدیل گردیده‌اند یا متوقف مانده‌اند.

---

18. See Byers, "State Immunity: Article 18 of the ILC's Draft", 44 Int'l& Comp LQ (1995) 882.

۱۹. مادهٔ ۱۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد مقرر می‌کند: «نمی‌توان تدابیر قهری قبل از رأی دادگاه نظیر توقیف یا ضبط اموال یک کشور را در ارتباط با دعوایی نزد یک دادگاه کشور دیگر اعمال نمود مگر:

الف ـ کشور صریحاً رضایت خود را نسبت به اتخاذ اقدامات نامبرده اعلام کرده باشد:

۱- توسط موافقتنامهٔ بین‌المللی؛

۲- توسط قرار داوری طی یک قرارداد کتبی؛

۳- توسط اعلامیه‌ای که به اتفاق نظر طرفین نزد دادگاه یا پس از اختلاف صادر شده باشد؛ یا

ب ـ کشور اموالی را به ادعایی که موضوع دادرسی است اختصاص داده باشد».

۲۰. مادهٔ ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد مقرر می‌کند: «نمی‌توان تدابیر قهری پس از رأی دادگاه نظیر توقیف، ضبط و اجرای رأی نسبت به اموال یک کشور در ارتباط با دادرسی در دادگاه کشور دیگر اعمال‌نمود مگر...

ج ـ ثابت شده باشد که مال مزبور به مصارفی غیر از اهداف دولتی غیرتجاری رسیده یا قصد بر آن بوده و در قلمروی کشور مقر دادگاه واقع است، مشروط به اینکه تدابیر قهری پس از رأی را تنها نسبت به اموالی می‌توان اعمال نمود که از ارتباط با موجودیتی که رأی دادگاه علیه آن صادر شده است، برخوردار باشد».

21. See Reinisch, "State Immunity from Enforcement Measures", in G.Hafner, M. Kohen, and S. Breau (eds), State Practice Regarding State Immunities (forthcoming).

۲ـ مفهوم سازهای کلی قضائی مصونیت اجرایی

به‌نظر می‌رسد اغلب دول اروپایی پذیرفته‌اند مصونیت از اقدامات اجرایی را دیگر نمی‌توان مطلق تلقی نمود.[۲۲] با این حال، کشورها در مفهوم‌سازی‌های مختلف خود از مفهوم مضیق مصونیت، عموماً نسبت به حذف سپر مصونیت سنتی محتاطانه‌تر عمل کرده‌اند. این مسئله، بازتابی از این مطلب است که اقدامات اجرایی، متضمن مداخله مستقیم و بیشتر در حاکمیت یک کشور خارجی است تا اینکه دخالت در صلاحیت قضائی آن کشور به حساب آید.

الف ـ مصونیت مطلق از اقدامات اجرایی

پرونده‌های بسیار اندکی این نظر را منعکس می‌کنند که مصونیت اجرایی همچنان باید اصولاً مطلق باقی بماند. اغلب آنها قضایای قدیمی‌تری هستند که چندان نمایانگر قواعد حقوقی موجود نیستند، اگرچه به‌طور خاص، دادگاههای فرانسه تا همین اواخر، بیشتر تمایل نشان داده‌اند که مصونیت اجرایی را امری مطلق بیانگارند.[۲۳] این موارد نادر تا حدودی ممکن است درکشورهایی که قوانین نسبتاً در دلالت بر اطلاق مصونیت اجرایی روشن هستند، گمراه‌کننده باشد. به همین دلیل است که برای نمونه می‌توان چنین فرض کرد که دادگاههای روسیه نه از بابت عرف قضائی بلکه به‌خاطر قوانین لازم‌الاجرا (در صورت فقدان اعراض از مصونیت) به مصونیت مطلق از اقدامات اجرایی توافق خواهند کرد.[۲۴]

ب ـ امتیاز اصلی اجرای مفهوم مضیق مصونیت

درحالی‌که در زمینهٔ مصونیت قضائی، ماهیت عمل به‌عنوان عمل حاکمیتی یا عمل تصدی‌گری تعیین‌کننده است، اما در ارتباط با مصونیت اجرایی، برای تصمیم‌گیری در خصوص اعطا یا عدم اعطای مصونیت، نوع استفادهٔ مورد نظر از اموالی که موضوع اقدامات اجرایی هستند،

---

22. Cf. Irak, *v.* SA Dumez, Tribunal civil, Brussels, 27 Feb. 1995, [1995] Journal des Tribunaux (JT) 565, 106 International Law Reports (ILR) 284.

در قضیهٔ معروف حساب بانکی فیلیپین چنین رأی داده شد: «تاکنون هیچ عرفی شکل نگرفته که کاملاً عام بوده که به پشتوانهٔ اجماع حقوقی لازم، یک قاعدهٔ حقوق بین‌الملل عرفی تشکیل شود که بدان وسیله کشور مقر دادگاه به‌طور کامل از اتخاذ اقدامات اجرایی قهری علیه یک کشور خارجی محروم شود».

23. Socifros *v.* USSR, Cour d'Appel, Aix, 23 Nov. 1938, 9 Ann. Dig. (1938-40) 236, at 238. See also more recently Clerget *v.* Banque Commerciale pour l'Europe de Nord and Banque de Commerce Ectérieure du Vietnam, Cour d' Appel, Paris, 7 June 1969, 52 ILR 310, at 315:

«به‌موجب رأی اخیر، مصونیت اجرایی به‌هیچ‌وجه با مصونیت قضائی مرتبط نبوده و اطلاق اصلی که در بالا ذکر شد باید حتی در مورد عملی که وصف حقوق خصوصی دارد، اعمال شود».

24. See *infra*, the text to note 94.

لحاظ می‌شود.[۲۵]

در یکی از مشهورترین پرونده‌های مربوط به مصونیت اجرایی یعنی قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین، دادگاه قانون اساسی آلمان اظهار داشت:

«این یک قاعدهٔ عام حقوق بین‌الملل است که اجرای حکم دادگاه صالح یک کشور بر مبنای یک دستور قضائی اجرا علیه یک کشور خارجی که در ارتباط با عمل غیرحاکمیتی آن کشور خارجی صادر شده، بر این اساس که اموال آن کشور در قلمروی کشور متبوع دادگاه ذی‌صلاح قرار دارد، بدون رضایت کشور خارجی مادامی که آن اموال در زمان آغاز اقدامات اجرایی در خدمت مقاصد حاکمیتی آن کشور خارجی هستند، مقبول نیست».[۲۶]

این دیدگاه، مؤید تفکیکی اساسی بین اموالی است که از یک طرف برای مقاصد حاکمیتی به‌کار می‌روند و از طرف دیگر، برای مقاصد غیرحاکمیتی مورد استفاده قرار می‌گیرند. این دیدگاه در بسیاری از تصمیمات دادگاههای کشورهای اروپایی انعکاس یافته است. یک دادگاه هلندی، این‌تفکیک را به‌عنوان یک قاعدهٔ حقوق بین‌الملل قلمداد کرده و بیان می‌دارد که دارایی‌های خدمات عمومی مصون از اقدامات اجرایی در کشور دیگر هستند،[۲۷] اخیراً این قاعده طی رأی صادره از سوی یکی از دادگاههای بلژیک نیز اتخاذ شده است.[۲۸] همچنین مطابق تصمیم دادگاه قانون‌اساسی ایتالیا، به‌منظور ممانعت از مصونیت اجرایی، ضرورت دارد اموالی که موضوع درخواست فرآیند عملیات اجرایی قرار می‌گیرند، از قبل برای کارکردهای عمومی (عمل حاکمیتی) تعیین‌نشده باشند.[۲۹] همچنین دیوان استیناف ایتالیا دریافت که این اندیشه که مصونیت اجرایی درکشور متبوع دادگاه، محدود به آن دسته از دارائی‌های کشور است که در اجرای وظایف و اختیارات حاکمیتی به‌کار می‌رود یا مختص اهداف عمومی است، اکنون به‌عنوان یک قاعده در

---

25. Bouchez, *supra* note 4, at 25; Fox, *supra* note 1, at 399.

26. Philippine Embassy Case, *supra* note 22, at 164 (ILR) , confirmed in the NIOC Revenues Case, Bundesverfassungsgericht, 12 Apr., 1983, BVerfGE 64, 1, 65 ILR 215, at 242. See also Spanish Consular Bank Accounts Case, Landgericht, Stuttgart, 21 Sept. 1971, 65 ILR 114, at 117;

در قضیهٔ اخیر دادگاه رأی داده بود: «یک قاعدهٔ حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد که به‌موجب آن، اجرای رأی علیه اموال یک کشور خارجی که به اهداف حاکمیتی اختصاص پیدا کرده، قابل قبول نیست».

27. Cabolent *v.* NIOC, The Hague Court of Appeal, 28 Nov. 1968, 1 NYIL (1970) 225; 47 ILR 138, at 148.

28. Leica AG *v.* Central Bank of Iraq'et Etat irakien, cour d'appel, Brussels, 15 Feb. 2000 [2001] JT 6;

«در این قضیه در بیان شرایط اعمال مصونیت اجرایی، تفکیک میان کالاهایی که برای اهداف عمومی به‌کار می‌روند با کالاهایی که برای اهداف غیرحاکمیتی به مصرف می‌رسند، تأیید نشده است».

29. Condor and Filvem *v.* Ministry of Justice, Case No. 329, 15 July 1992; 101 ILR 394, at 402.

جامعهٔ بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است،[۳۰] حتی دادگاههای سوئیس که در نفی مصونیت اجرایی کشورهای خارجی، خیلی آزادانه عمل کرده‌اند،[۳۱] مصونیت دارایی‌هایی که برای اجرای اعمال حاکمیتی اختصاص یافته‌اند را رعایت می‌نمایند.[۳۲]

همان‌گونه که در ذیل نشان داده خواهد شد، تعیین دقیق این موضوع که آیا شرط هدف عمومی محقق شده است یا خیر، محور اکثر آراء مربوط به مصونیت اجرایی را تشکیل می‌دهد.

ج ـ تعدیل مصونیت اجرایی و قضائی

از برخی تصمیمات دادگاهها چنین برمی‌آید که مصونیت از اقدامات اجرایی باید همچون مصونیت قضائی به‌نحو مضیق اعمال گردد. به‌ویژه در سوئیس، این رویهٔ قضائی در عالی‌ترین دادگاه یعنی دادگاه فدرال استقرار یافته که برای اجرای رأی، به‌عنوان پیامد منطقی اعمال صلاحیت، هنگامی که مصونیت قضائی نفی شده باشد از اعمال مصونیت اجرایی نیز امتناع می‌گردد.

دادگاه فدرال همواره چنین رأی داده که مصونیت اجرایی را باید به‌عنوان پیامد مصونیت قضائی تلقی کرد.[۳۳] از همین رو چنین گرایشی دیده می‌شود که در مورد اموال کشور خارجی از اعمال مصونیت اجرایی ممانعت به عمل می‌آید. سیاست اصلی در دفاع از توسعه محدودیت‌های حاکم بر مصونیت اجرایی، این حقیقت را به ذهن متبادر می‌سازد که امتناع از اعمال صلاحیت در مرحلهٔ اجرا به محدودیت در اعمال صلاحیت قضائی در مفهوم مضیق مصونیت می‌انجامد و بدین‌ترتیب آن را بی‌معنی می‌کند.[۳۴] این رویکرد آزادانه در اتخاذ اقدامات اجرایی، به لحاظ قضائی تنها با شرط پیوند موضوع مبنای اختلاف با کشور سوئیس، مقید شده و این قید فراتر از آن است که اموال موضوع عملیات اجرایی باید در سوئیس واقع باشند.

این مسئله با اجرای نافرجام حکم داوری در دعوای امتیازات نفتی، لیامکو علیه لیبی تبیین می‌شود.[۳۵] شرکت نفت امریکایی به‌منظور برآورده ساختن ادعای خود در برابر لیبی، قرار توقیف اموال کشور لیبی را در بانک‌های سوئیس گرفت. هنگامی که لیبی با ادعای مصونیت

---

30. Libya *v.* Rossbeton SRL, Case No. 2502, 25 May 1989, 87 ILR 63, at 66.

31. See *infra* text starting at note 33.

۳۲. «یک کشور خارجی که حق بهره‌مندی از مصونیت قضائی را ندارد از مصونیت اجرایی هم برخوردار نیست، مگر اقدامات اجرایی نسبت به دارایی‌هایی صورت گیرد که اختصاص به اجرای اعمال حاکمیتی داشته باشد».
République Arabe d'Egypte v. Cinetel, Tribunal fédéral suisse, 20 July 1979, 65 ILR 425, at 430.

۳۳. دادگاه فدرال مصونیت اجرایی را به‌سادگی، پیامد مصونیت قضائی در نظر می‌گیرد.

34. Royaume de Grèce *v.* Banque Julius Bär & Cie, Tribunal fédéral Suisse, 6 June 1956, ATF 82175, 18 ILR 195, at 198.

35. Liamco *v.* Libya, Arbitral Award, 12 April 1977, 20 ILM (1981)1.

خود، نسبت به توقیف اموالش اعتراض کرد، دادگاه فدرال سوئیس، به‌دلیل فقدان پیوند حقوقی کافی بین مبنای دعوای سلب مالکیت و کشور سوئیس مبادرت به ابطال قرارهای توقیف نمود. در واقع با اینکه مقر داوری ژنو بود اما این امر برای تحقق شرط پیوند حقوقی کافی محسوب نمی‌شد.[۳۶]

این مفهوم پیوند سوئیس با مبنای موضوع اختلاف درتصمیمات پیش از این دادگاههای سوئیس نظیر قضیهٔ مهم ژولیوس بار بال و پر گرفت و آن هنگامی بود که دادگاه دربارهٔ فعالیت‌های یک‌کشور خارجی اظهار داشت:

«در مورد یک رابطهٔ حقوقی که یک کشور خارجی طرف آن است، به شرطی این رابطهٔ حقوقی در پیوند با قلمروی سوئیس به حساب می‌آید که منشأ آن در سوئیس بوده یا در سوئیس به اجرا گذارده شود یا طرف اجراکننده تعهد، حداقل اقداماتی را برای اینکه سوئیس محل اجرای آن رابطهٔ حقوقی محسوب شود، به عمل آورده باشد».[۳۷]

رأی ژولیوس بار مبتنی بر سابقهٔ قضیه‌ای درسال ۱۹۱۸ بود. دادگاه فدرال سوئیس در قضیهٔ دریفوس[۳۸] اجازهٔ توقیف حساب‌های بانکی نگهداری شده در بانک‌های سوئیس را به‌منظور تأمین ادعاهای ناشی از موضوع اوراق قرضه دولت اتریش به نفع کشور اتریش صادر کرد. درحالی‌که این فعالیت به‌عنوان یک عمل تصدی‌گری و غیرحاکمیتی توصیف می‌شود. در قضیهٔ والدر[۳۹] که دادگاه فدرال، ادعای مطروحه را تنها به‌دلیل نبود یک ارتباط نزدیک کافی با کشور سوئیس رد کرد، همین استدلال تأیید شده است.

این سوابق بعد از ۱۹۴۵ نه تنها در رأی ژولیوس بار که از آن یاد کردیم مورد تأیید قرار گرفته، بلکه در دیگر قضایایی که متداعیین، رویکرد آزادانه‌تری را در دادگاههای سوئیس اتخاذ کرده‌اند تا اجازهٔ اعمال تدابیر اجرایی علیه کشورهای خارجی را به‌عنوان پیامد امتناع از اجرای مصونیت قضائی بیابند نیز مجدداً تأیید شده است.[۴۰]

برای نمونه در دعوای جمهوری اتحادیهٔ عربی علیه دیم، خواهان، خانمی بود که در

---

36. Lybie *v.* LIAMCO, Tribunal fédéral Suisse, 19 June 1980, ATF 106 Ia 142, 62 ILR 228.

37. Julius Bär & Cie, *supra* note 34, at 197 (ILR).

38. K.K. Oesterreichisches Finanzministerium *v.* Dreyfus, Tribunal fédéral suisse, 13 Mar. 1918, ATF 44 I49, 5 Ann. Dig. (1929-1930) 122 (note 2).

39. Greek Republic *v.* Walder and Others, Tribunal fédéral suisse, 28 Mar. 1930, ATF 56 I 237, 5 Ann. Dig. (1929-1930) 121.

40. Banque centrale de la Répbulique de Turquie *v.* Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA, Tribunal fédéral Suisse,15 Nov. 1978, ATF 104 Ia 367, 65 ILR 417.

زوریخ اقامت داشت و موفق شد به‌عنوان یک دستور موقت، اموال متعلق به یک کشور را به‌منظور تأمین اجاره بهای یک ویلا در وین توقیف نماید.[۴۱] ظاهراً دادگاه، در امور موضوعی پیوندی کافی با سوئیس دیده که همان مندرجات قرارداد اجاره مبنی‌بر شرط انتخاب دادگاههای سوئیس و پرداخت در حساب یک بانک سوئیسی است. مضافاً دادگاه فدرال، این ادعا را رد کرد که اموال متعلق به یک کشور باید از اقدامات اجرایی معاف باشند چرا که برای پرداختهای مربوط به خرید اسلحه مورد استفاده بوده‌اند، دادگاه دریافت که چون هدف خرید اسلحه در هنگامی که درخواست توقیف اموال صورت گرفته وجود نداشته، پس مانعی برای اجرای صلاحیت دادگاههای سوئیس وجود ندارد.[۴۲]

این بحث نشان می‌دهد که حتی در رهیافت آزادانهٔ سوئیس هم در توقیف یا هرگونه اقدام قهری نسبت به اموالی که به‌وضوح به مقاصد حاکمیتی اختصاص دارند مثل ادارهٔ مأموریت‌های دیپلماتیک، کنسولی و غیره محدودیت دیده می‌شود. دادگاه فدرال در این ارتباط روشن کرده است که شباهت تشریفات اعمال مصونیت قضائی و اجرایی، محدودیت‌هایی را در معافیت اموالی که به‌طور خاص به مقاصد عمومی اختصاص یافته‌اند، شامل می‌شود. دادگاه فدرال رأی‌داد:

> «دیوان فدرال، مصونیت اجرایی را پیامد مصونیت قضائی تلقی می‌کند. یک کشور خارجی که در یک قضیهٔ خاص مصونیت قضائی ندارد، محق نیست که از مصونیت اجرایی بهره‌مند گردد مگر اینکه اقدامات اجرایی ناظر بر آن دسته از دارایی‌هایی باشند که مختص اعمال حاکمیتی است».[۴۳]

با این اوصاف، از قرار معلوم، رویکرد خیلی خاص دادگاههای سوئیس، در زمینهٔ اجرای آراء علیه کشورهای خارجی، بیشتر متمایل به این گرایش عمومی است که اموال در خدمت اهداف حاکمیتی را معاف از اقدامات اجرایی تلقی کند.[۴۴]

گاهی برخی کشورها تمایلاتی را از خود مبنی‌بر مصونیت قضائی و مصونیت اجرایی نشان داده‌اند. مثالی که در این خصوص یافت می‌شود مربوط به یکی از آراء دادگاه داخلی دربارهٔ

---

41. RAU *v.* dame X, Tribunal fédéral suisse, 10 Feb. 1960, ATF 86I23; 65 ILR 385.

٤٢. در نظام حقوقی کشور سوئیس، عدم اختصاص اموال به مصرفی مشخص باعث معتبر شناخته شدن توقیف دارایی‌های یک کشور خارجی می‌شود.

43. http://www. bger.ch/index/federal.htm.

44. See *supra* text starting at note 25.

روند طولانی داوری و رسیدگی قضائی سوکوبل[۴۵] در قضیهٔ سوکوبل علیه یونان[۴۶] می‌باشد که از یک دادگاه بلژیکی درخواست شد دستور اجرای یک حکم داوری علیه کشور یونان را صادر نماید. دادگاه مدنی بروکسل به‌طور صریح، ارتباط واقعی میان مصونیت اجرایی و مصونیت قضائی در موضوع تحت رسیدگی را یادآور شد.[۴۷] به عقیدهٔ این دادگاه، کشورهای خارجی در تصدی‌گری به‌عنوان نتیجهٔ مستقیم عدم بهره‌مندی این اعمال از مصونیت قضائی، مصونیت اجرایی خود را هم از دست می‌دهند:

«منافع عمومی که به معافیت اجرایی کشور بلژیک در قلمروی خود ربط پیدا می‌کند، در مورد یک کشور خارجی که در بلژیک دست به معاملاتی می‌زند صادق نیست. این کشور خارجی، به دست خویش، خود را تابع قوانین بلژیک قرار داده و نمی‌تواند مدعی بهره‌مندی از ملاحظات مربوط به اقتدار و شئونات کشوری متعلق به خود در برابر آن دسته از مقامات بلژیک شود که مجری اختیارات حاکمیتی هستند و باید به اعمال این اختیارات دست یازند».[۴۸]

با این حال به‌طورکلی، دادگاههای بلژیک از این استدلال پیروی نمی‌کنند، اگرچه در احراز ادعاهای مربوط به مصونیت اجرایی، قایل به تفکیک بین اهداف عمومی در برابر اهداف خصوصی هستند.[۴۹] دیوان استیناف ایتالیا هم به دلایل عقلی بر برخورد متوازن با مصونیت قضائی و اجرایی تأکید دارد:

«اگر مصونیت قضائی نسبت به فعالیتهای مشمول حقوق خصوصی اعمال نشود، همین وضعیت در مورد مصونیت اجرایی رأیی که به‌عنوان یک ادعای شخصی شناخته شده در هنگامی که یک کشور خارجی از آن رأی تبعیت نمی‌کند، صادق است».[۵۰]

با این حال در قضیهٔ کوندور و فیل‌وم، دادگاه قانون اساسی ایتالیا به‌روشنی تشابه میان مصونیت قضائی و مصونیت اجرایی را رد کرد و رأی داد که مصونیت اجرایی کشورهای خارجی

---

45. Socobel *v.* l'Etat hellenique et la banque de Grèce, Tribunal civil, Brussels, 30 Apr. 1951, [1951] JT 302; 18 ILR 3.

46. Cf. Bülck, "Société Commerciale de Belgique Case", IV Encyclopaedia of Public International Law (2000) 446.

47. Socobel, *supra* note 45, at 5 (ILR).

48. *Ibid*, at 6.

49. See *supra* note 28.

50. Libya *v.* Rossbeton, *supra* note 30, at 67 (ILR).

در کشور مقر دادگاه، گسترش مصونیت قضائی نیست».[۵۱]

د ـ الهام از مصونیت دیپلماتیک

ممکن است هم‌پوشانی‌های خاصی میان ملاحظات ناب مصونیت کشور و لزوم حمایت از نمایندگی دیپلماتیک و کنسولی کشورها مشاهده شود که در حقوق دیپلماتیک و کنسولی عرفی و قراردادی تصریح شده است. این منطق در تعدادی از پرونده‌های مربوط به حساب‌های سفارت[۵۲] که دلیل مصونیت اجرایی در کشور مقر دادگاه در وهلهٔ اول بر مبنای قابلیت و ظرفیت سفارتخانه‌ها به خدمت در وظایف دیپلماتیک خود بود، وجود دارد. این هم‌پوشانی در هنگامی که ساختمانهای دیپلماتیک یا کنسولی، موضوع تشریفات اجرایی قرار می‌گیرند نیز آشکار می‌شود. در این شرایط از یک طرف هم حقوق دیپلماتیک[۵۳] و هم حقوق کنسولی[۵۴] و از طرف دیگر، حقوق مصونیت کشورها معافیت‌هایی را مقرر می‌کنند.[۵۵] به همین دلیل، پرونده‌هایی که درصدد اتخاذ اقدامات اجرایی نسبت به ساختمانهای سفارتخانه‌ها برآمده‌اند، عمدتاً در دادگاههای اروپایی به موفقیتی دست نیافته‌اند.[۵۶]

گاهی اعطای مصونیت اجرایی به اموال کشورها در حقوق دیپلماتیک یاکنسولی قابل توجیه است. یکی ازدادگاههای ایتالیا در یکی از پرونده‌ها چنین تصمیم گرفته است:

«مفاد بندهای اول و سوم مادهٔ ۲۲ و شق (الف) بند اول مادهٔ ۳۱ کنوانسیون وین در خصوص روابط‌دیپلماتیک مورخ ۱۸ آوریل ۱۹۶۱ نه تنها مصونیت ساختمانهای سفارتخانه‌های خارجی را از هرگونه اقدامات ناشی از تصمیمات قضات دادگاههای حقوقی مقرر می‌دارد بلکه ناظر بر

---

51. Condor and Filvem, *supra* note 29, at 401 (ILR).

52. See *infra* text starting at note 164.

۵۳. بند سوم مادهٔ ۲۲ کنوانسیون وین در زمینهٔ روابط دیپلماتیک مورخ ۱۹۶۱ مقرر می‌کند:«ساختمانهای مأموریت، اثاثیه و دیگر اموال داخل آن و وسایل نقلیهٔ مأموریت باید از بازرسی، توقیف یا اجرا مصون باشند».

۵٤. بند سوم مادهٔ ۲۵ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در زمینهٔ روابط کنسولی مقرر می‌دارد: «ساختمانهای‌کنسولی، اثاثیه، اموال پست کنسولی و وسایل نقلیهٔ آن باید به‌منظور دفاع ملی و استفادهٔ عمومی مصون از توقیف باشند».

۵۵. مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ملل متحد که مبتنی بر مادهٔ ۱۹ پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل است در خصوص مصونیت دولتی مقرر می‌کند:

« ۱ـ موارد زیر به‌ویژه اموال یک کشور نباید به‌عنوان اموال مورد استفاده دولت در غیر از اهداف غیرتجاری طبق شق (ج) مادهٔ ۱۹ تلقی شوند:

الف ـ اموالی شامل حساب بانکی که برای اهداف مأموریت دیپلماتیک کشور یا پست‌های کنسولی، هیأتهای نمایندگی ویژه، نمایندگی‌های سازمانهای بین‌المللی، هیأت‌های نمایندگی نزد ارکان سازمانها یا کنفرانس‌های بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرند یا قصد برآن است که برای این منظور مورد استفاده واقع شوند...».

56. Embassy Eviction Case, Court of First Instance, Athens, No.2626/1965, 65 ILR 248.

معافیت از اعمال صلاحیت یا اتخاذ اقدامات اجرایی نسبت به اموال غیرمنقول نیز می‌باشد».[۵۷]

دادگاه فدرال سوئیس هم صریحاً به بند سوم مادهٔ ۲۲ کنوانسیون وین در زمینهٔ روابط دیپلماتیک اشاره کرده و رأی می‌دهد که حساب‌های بانکی سفارتخانه به تأمین حوایج مالی یک هیأت دیپلماتیک اختصاص داشته و مصون از توقیف می‌باشد.[۵۸] در قضیهٔ دیگری در ارتباط با توقیف حساب‌های سفارتخانه، شورای دولتی هلند چنین نظر داد:

«در این ارتباط، ضروری است در نظر داشته باشیم که به‌طور سنتی، اهمیت فراوانی به اعمال مؤثر وظایف سفارتخانه‌ها و کنسولگری‌ها داده شده که مؤید آن کنوانسیون وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ در خصوص روابط دیپلماتیک و روابط کنسولی می‌باشد».[۵۹]

مصونیت‌های دیپلماتیک و موارد تعرض‌ناپذیری هم به‌عنوان ملاحظات مهمی برای دادگاهها در هنگام تفسیر و قلمروی انصراف از مصونیت به‌کار رفته‌اند.[۶۰]

هـ ـ نفی کلی مصونیت از عملیات اجرایی

با بررسی قضایا می‌توان گفت، دادگاهها در کشورهای اروپایی، نسبت به نفی کامل مصونیت اجرایی، محتاطانه برخورد کرده‌اند. مع‌هذا، گاهی دادگاهها به کلی‌گویی روی آورده‌اند که به‌نظر می‌رسد درصدد بوده‌اند تقریباً هیچ محملی برای مصونیت اجرایی قایل نباشند. برای نمونه، در یک قضیه مصونیت در هلند در سال ۱۹۷۳ دیوان عالی هلند، تصریح به پذیرش مفهومی بسیار مضیق از مصونیت کرد و رأی داد:

«حقوق بین‌الملل، مخالف هرگونه عملیات اجرایی علیه اموال کشور خارجی مستقر در سرزمین کشور دیگر نیست».[۶۱]

---

57. Cecchi Paone *v.* Czechoslovakia, Pretore, Rome, 31 Mar. 1989 [1990] Rivista de diritto internazionale Privato e processuale 153.

58. Z. *v.* Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy, Tribunal fédéral suisse, 31 July 1990, 102 ILR 205.

59. M.K. *v.* State Secretary for Justice, Raad van State, President of the Judicial Division, 24 Nov. 1986, 94 ILR 357, at 360.

60. See *infra* text at note 104.

61. Societé Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire (SEEE) *v.* Yugoslavia, Hoge Raad, 26 Oct. 1973, 65 ILR 356.

ظاهراً عموم دادگاههای ترکیه از اعطای مصونیت اجرایی به کشورهای خارجی امتناع می‌ورزند. در شماری از پرونده‌های اخیر، دادگاههای ترکیه چنین رأی داده‌اند که اموال کشور خارجی را می‌توان تحت یک‌سری تدابیر احتیاطی توقیف کرد. دادگاه استیناف ترکیه در ۱۹۹۳ چنین رأی داد که کشورهای خارجی از مصونیت اجرایی برخوردار نیستند و اموال آنها در ترکیه قابل توقیف است چرا که قانون قابل اجرا در ترکیه، فقط دارایی‌های کشور ترکیه را معاف از عملیات اجرایی می‌داند.[۶۲] به همین دلایل، یکی از محاکم ترکیه رأی داد که اموال منقول و غیرمنقول یک کشور خارجی را می‌توان توقیف نمود.[۶۳]

و ـ تجویز عملی انجام اقدامات اجرایی

در تعدادی از کشورها اقدامات اجرایی علیه اموال کشورهای خارجی هنوز مستلزم اعطای مجوز اعمال اختیار اجرایی است.[۶۴] این امر، متضمن آن است که آغاز اقدام اجرایی علیه یک کشور خارجی و اموال آن، مستلزم اخذ مجوزی است که معمولاً توسط وزارت خارجه کشور مقر دادگاه و گاهی مقارن با آن توسط وزارت دادگستری اعطا می‌شود.

این رویه، یک‌سری انتقادات ماهوی را به خود دیده است.[۶۵] از این رهگذر، تصمیم به اعطا یا امتناع از مصونیت اجرایی، جنبه‌های سیاسی یافته و تابع ملاحظات سیاسی امور اجرایی قرار می‌گیرد. قوهٔ مجریه معمولاً اعطاکنندهٔ مصونیت است و از همین رو، احتمال اینکه اعطای مصونیت، بیشتر با اختلاف روبرو شود بالاتر از آن است که اعطای مصونیت منحصراً از طریق یک تصمیم قضائی صورت گیرد. شرط تجویز به‌شدت حقوق خواهانهای احتمالی را برای درخواست جبران خسارت محدود می‌کند. در برخی کشورها این مسئله حتی به‌عنوان یک نقض بالقوهٔ حق بنیادی دسترسی به عدالت و دادگستری دیده شده و در نتیجهٔ این انتقاد، شرط اخذ مجوز در تعدادی از کشورها کنار گذاشته شده است. یکی از بارزترین مثال‌ها در ایالات متحده است که به‌موجب قانون مصونیت دول خارجی، تصمیم در خصوص اعطا یا عدم اعطای مصونیت اجرایی به قوهٔ قضائیه محول شده است.[۶۶] در بعضی کشورهای اروپایی نیز قوانین به این سمت و سو اصلاح شده‌اند.

---

62. Société X *v.* Etats-Unis d'Amérique, Cour de cassation, 11 June 1993.

63. Société *v.* La République Azerbaïdjan, Tribunal d'exécution, 21 Feb. 2001.

٦٤. برای نمونه، در کروآسی، مادهٔ ۱۸ قانون اجرای آراء محاکم مقرر می‌کند: «اقدام اجرایی یا اقدام تأمینی را نمی‌توان نسبت به اموال یک کشور خارجی بدون رضایت وزارت خارجه جمهوری کروآسی اعمال نمود مگر یک کشور خارجی در مورد اجرای رأی توافق کند».

65. Schreuer, *supra* note 6, at 136.

66. See also House Report, 15 ILM (1976) 1402.

ایتالیا یک مثال از این تحول است. با این حال، ایـن تحـول از مجـرای دخالـت قـانونی پارلمان روی نداده است، بلکه ناشی از تجدیدنظر قـضائی اعمـال شـده از سـوی دادگـاه قـانون اساسی ایتالیاست. در اصل، قانون ۱۹۲۶ مقرر می‌کرد که اموال منقول یا غیرمنقـول، کـشتی‌هـا، وجوه، اوراق بهادار و هر دارایی دیگر متعلق به کشور خارجی بدون اجازه وزارت دادگستری نبایـد توقیف یا ضبط شده و به‌طورکلی، موضوع اقدامات اجرایی واقع شود.[۶۷]

در امریکا در مقایسه با ایتالیا که یک رویهٔ نسبتاً تـدریجی را در مـورد مـصونیت قـضائی اتخاذ کرده، به‌ندرت اجـازهٔ انجـام عملیـات اجرایـی صـادر شـده اسـت.[۶۸] پـس از چنـد تـلاش موفقیت‌آمیز،[۶۹] شرط اخذ مجوز انجام عملیات اجرایی در قضیهٔ کوندور و فیل‌وم به‌دلیل مغایرت با حق بنیادی بشری دسترسی به دادگاه که در اصـل ۲۴ قـانون اساسـی ایتالیـا درج شـده بـود بـا اعتراض و مخالفت روبرو گردید.

دادگاه قانون اساسی دریافت که:

«ماده واحدهٔ فرمان اجرایی سلطنتی شماره ۱۶۲۱ مـورخ ۳۰ اوت ۱۹۲۵ کـه بـا قـانون شـماره ۱۲۶۳مورخ ۱۵ ژوئیه ۱۹۲۶ اصلاح شد، طبق قانون اساسی، تا جایی که کسب مجـوز از وزارت دادگستری را برای اقدامات حمایتی یا اجرایی علیه اموال متعلق به یک کشور خارجی ضـروری می‌سازد، غیر از اموالی که مطابق قواعد عمومی بـه رسـمیت شـناخته شـده حقـوق بـین‌الملـل نمی‌توان آنها را موضوع عملیات اجرایی دانست، بی‌اعتبار محسوب می‌شود».[۷۰]

تقریباً در همان زمان که دادگاه قانون اساسی به چالش حقوق بنیادی می‌پرداخت، دادگاه قانون اساسی اسپانیا مجبور بود به مشکل مشابهی در قضیهٔ ابوت بپردازد.[۷۱] هرچند این قضیه به شرط مربوط نمی‌شد اما دادگاه اسپانیا باید به این موضوع می‌پرداخت کـه آیـا مـصونیت اجرایـی مطلق، مغایر حق دسترسی به دادگاهها می‌باشد یا خیر. دادگاه قانون اساسی تا حدی نقـض حـق بنیادی استمـاع عـادلانه را تـوسط یک محـکمه به‌نحو مقـرر در اصل ۲۴ قانون اساسی اسـپانیا به رسمیت شناخته است. دادگاه قانون اساسی اسپانیا نظر داد که با این فرض که موضـع کنـونی

---

67. See Cohndorelli and Sbolci, "Measures of Execution against the Property of Foreign States: The Law and Practice in Italy", 10 NYIL (1979) 197.

68. Schreuer, *supra* note 1, at 136.

69. Prefect of Milan *v.* Federici and Savoldi, Corte di Cassazione, 30 Sept. 1968, 65 ILR 270. See also Banamar-Capizzi *v.* Embassy of the Republic of Algeria, 4 May 1989, 87 ILR 56.

70. Condor and Filvem, *supra* note 29, at 406 (ILR).

71. Diana Gayle Abbott *v.* Repùblica de Sudàfrica, Tribunal Constitucional, 1 July 1992, [1992] Aranzadi, Decision No. 107, 113 ILR 413.

در حقوق بین‌الملل، مصونیت اجرایی مطلق را تحمیل نمی‌کند باید آن را نقض بند اول اصل ۲۴ قانون اساسی تلقی کرد که چرا بدون هیچ مبنای حقوقی، حق اجرا را محدود می‌کند.[۷۲] گفته شده است که یک حق بنیادی برای اجرای تصمیمات قضائی وجود دارد که دادگاه قانون اساسی هم این حق را مطلق نمی‌انگارد و آن را شامل اقدامات اجرایی علیه اموال کشورهای خارجی که از طریق مصونیت‌های بین‌المللی مورد حمایت قرار می‌گیرند، ندانسته است. مطابق نظر دادگاه قانون‌اساسی، اقدامات اجرایی نسبت به حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها در قلمرو مصونیت اجرایی جای می‌گرفتند و لذا از سوی دادگاههای داخلی این مصونیت نمی‌شد.

قضیهٔ ابوت با دعوایی در سال ۱۹۹۴ علیه برزیل پیگیری شد، دادگاه قانون اساسی اسپانیا تأیید کرد حق بنیادی اخذ یک تصمیم قضائی و اجرای آن می‌تواند با استثنائات موجهی محدود گردد که مصونیت اجرایی اموال کشور خارجی می‌تواند یکی از این استثنائات موجه باشد.[۷۳] در دعوای دیگری همان دادگاه رأی داد که عملیات اجرایی، جزء لاینفک حق بنیادی مقرر در اصل ۲۴ قانون اساسی است که هر تفسیر دیگری، کارآیی آن را از بین می‌برد و آن را به یک اعلامیهٔ صرف آمال و آرزوها مبدل خواهد ساخت.[۷۴] مضافاً دادگاه قانون اساسی اعلام نمود که دادگاههای پایین‌تر، از ظرفیت‌های موجود برای اجرای آرائی دربارهٔ اعتبارات، کمک‌ها یا یارانه‌های اعطایی به کشور خارجی استفاده نکرده بودند.

دادگاه قانون اساسی اسپانیا طی رأیی در سال ۲۰۰۱ ضمن تأیید مجدد رویهٔ قضائی قبلی خود که حق اجرای رأی دادگاه را بخشی از حق استماع عادلانه تلقی می‌کند، تصریح نمود که اموال دیپلماتیک و کنسولی همیشه مصون از عملیات اجرایی هستند و تعیین ماهیت کاربرد اموال در امور حاکمیتی یا تصدی‌گری، یک مسئله اساسی محسوب نمی‌شود و لذا این امر باید توسط دادگاههای عادی احراز گردد.[۷۵]

در یونان هم، شرط اخذ مجوز اجرا برای اقدام اجرایی علیه کشورهای خارجی مبتنی بر قانونگذاری است.[۷۶] به‌علاوه، رویهٔ قضائی یونان حکایت از آن دارد که شرایط اخذ مجوز اقدامات

---

72. Abbott, *supra* note 71, at 422 (ILR).

73. Esperanza Jequier Beteta *v.* Embajada de Brasil, Tribunal Constitucional [1994] Aranzadi, No. 292 BOE (29 Nov. 1994).

74. Emilio Blanco Montero *v.* Embajada de Guinea Ecuatorial,Tribunal Constitucional [1997] Aranzadi, No. 18 BOE (14 Mar. 1997), No. 63 (suplemento).

75. Maite GZ v. Consulado General de Francia, Tribunal Constitucional, 17 Sept. 2001 [2001] Aranzadi, No. 176, BOE, 19 Oct.2001, No. 251 (suplemento).

76. Art. 1(1) of Greek Emergency Law No. 15/1938. Cf. Schreuer, *supra* note 1, at 136.

اجرایی در مورد تجویز دستورات موقت هم اعمال می‌شود.[۷۷]

این موضوع که آیا شرایط اخذ مجوز برای اقدامات اجرایی، با حق دسترسی به دادگاه مطابقت دارد یا خیر، همان‌طورکه توسط دادگاههای ایتالیا مورد بحث واقع شده،[۷۸] در برابر دادگاههای یونان نیز مطرح شده است. در جریان پروندهٔ قتل عام دیستیمو[۷۹] که توسط قربانیان جنگ جهانی دوم علیه آلمان اقامه شد، دادگاههای یونان بر سر این نکته تردید داشتند که آیا اعلام رضایت قبلی وزیر دادگستری که به‌موجب مادهٔ ۹۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی یونان، شرط ضروری آغاز تشریفات اجرای حکم علیه یک کشور خارجی است، با بند اول مادهٔ ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند سوم مادهٔ ۲ و همچنین مادهٔ ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مغایرت دارد یا نه.[۸۰] شعبهٔ دیوان عالی کشور یونان تصمیم گرفت که این مسئله را به هیأت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع دهد و این دیوان چنین رأی داد:

> «حق جبران خسارات مؤثر در مورد تشریفات اجرایی، ممکن است تحت شرایط خاصی، تابع محدودیت‌هایی قرار گیرد. این محدودیت‌ها باید توسط قانون مقرر شده و نباید از ماهیت حقوق مورد حمایت تخطی کرده یا نامتناسب با هدف مورد نظر و ابزارهای مورد استفاده باشد».[۸۱]

مضافاً دیوان عالی اعلام داشت که عدم رضایت وزیر دادگستری به اتخاذ تشریفات اجرایی علیه یک کشورخارجی اگر نسبت به آن دسته از اموال یک کشور خارجی صورت گیرد که برای مقاصد حاکمیتی مورد استفاده قرار می‌گیرند یا این اقدامات موجب به خطر افتادن روابط بین‌المللی یونان با آن کشور خارجی شود، مغایر قواعد یاد شده کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوقی مدنی و سیاسی نمی‌باشد.[۸۲] تلاش در جهت اجرای این رأی در آلمان

---

۷۷. «مطابق مادهٔ ۶۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست دستور موقت علیه یک کشور خارجی به شرطی قابل قبول است که وزارت دادگستری رضایت خود را اعلام دارد».

Court of First Instance of Théssaloniki, Judgment No. 1822/1981.

78. See *supra* text at note 70.

79. Prefecture of Voiotia *v.* Germany, Court of First Instance, Livadeia,Case No. 137/1997, 30 Oct. 1997, partly reproduced in Bantekas, "Case Note", 92 AJIL (1998) 765; Areiopagos, Case No: 11/2000, 4 May 2000, partly published in Gavouneli and Bantekas, "Case Note", 95 AJIL (2001) 198. See also Vournas, "Prefecture of Voiotia *v.* Federal Republic of Germany", 21 New York Law School J. Int'l and Comparative L (2001) 629.

80. Prefecture of Boeteia *v.* Germany, Areiopagos, Chamber, Judgements Nos. 301 and 302/2002, 19 Feb. 2002 (on file with the author).

81. Prefecture of Boeteia *v.* Germany, Areiopagos, Full Court, Judgments Nos. 36 and 37/2002, 28 June 2002, reported under "Facts" of the ECtHR's Kalogeropoulou case, App. No., 59021/00. 12 Dec.2002.

82. *Ibid*.

هم به‌جایی نرسید چرا که دیوان عالی آلمان از شناسایی رأی دادگاههای یونان با این ملاحظه که مغایر اصول حقوق بین‌الملل در خصوص مصونیت دولتهاست سرباز زد.[۸۳]

در دعوای کالوگروپولو و سایرین علیه یونان و آلمان، خواهانهای ناکام تلاش کردند که در برابر دیوان اروپایی حقوق بشر این رأی را به چالش بکشند و این‌طور استدلال کردند که حق اجرای یک حکم قطعی تحت بند اول مادهٔ ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تضمین شده و امتناع از اتخاذ تدابیر اجرایی به‌منزلهٔ نقض این ماده است. اما دیوان اروپایی حقوق بشر با تکیه بر سه رأی اخیر خود، دادخواست را رد کرد.[۸۴] دیوان اروپایی حقوق بشر در قضایای العدسنی علیه انگلستان،[۸۵] فوگارتی علیه انگلستان[۸۶] و مک‌الهینی علیه ایرلند و انگلستان[۸۷] احراز کرد نظر به اینکه اعطای مصونیت به یک کشور در جریان دعاوی مدنی، هدف مشروعی را در حقوق بین‌الملل تحت ارتقای نزاکت و حسن روابط میان کشورها از طریق احترام به حاکمیت کشور دیگر دنبال می‌کند، لذا هیچ تخلفی از مادهٔ ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر روی نداده است.[۸۸] مطلب حائز اهمیت اینکه در این پرونده‌ها، دیوان در خصوص تناسب لغو حق دسترسی به دادگاه که در رویهٔ قضائی پیشین خود در خصوص مصونیت سازمانهای بین‌المللی نظیر قضیهٔ آبجو و ریگان[۸۹] و قضیهٔ گندم و کندی[۹۰] قایل بر آن شده بود، مبادرت به تحقیقات عمیق و دقیقی نکرد.

۳ـ انواع استثنائات مصونیت اجرایی

الف ـ انصراف از مصونیت اجرایی

به‌طورکلی این امر پذیرفته شده است که یک کشور می‌تواند همان‌گونه که از مصونیت قضائی انصراف ورزد از مصونیت اجرایی هم اعراض نماید. این مطلب به‌طور واضح در مواد ۱۸ و ۱۹کنوانسیون ملل متحد که در صورت رضایت صریح کشورها،[۹۱] اتخاذ اقدامات اجرایی را تجویز می‌کند، منعکس شده است و همچنین می‌توان این موضوع را در کنوانسیون اروپایی

83. Bundesgerichtshof, 26 June 2003, III ZR 245/98, [2003] Neue Juristische Wochenschrift 3488.
84. *Supra* note 81.
85. App. No. 35753/97, 34 EHRR (2001) 273 (Judgment).
86. App. No. 37112/97, 34 EHRR (2001) 302 (Judgment).
87. App. No. 31253/96, 34b EHRR (2001) 322 (Judgment).
88. Al-Adsani, *supra* note 85, at para. 54; Fogarty, *supra* note 86, at para. 34, McElhinney, *supra* note 87, at para. 5.
89. App. No. 28934/95, 18 Feb. 1999 (Judgment).
90. App. No. 26083/94, 18 Feb. 1999 (Judgment).
91. See *supra* note 16.

حقوق بشر،[۹۲] پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل[۹۳] و قوانین ملی در باب مصونیت جستجو کرد. این استثناء نسبت به مصونیت اجرایی، حتی در کشورهایی که قایل به قاعدهٔ مصونیت مطلق هستند، به‌رسمیت شناخته شده است. برای نمونه، قانون آیین دادرسی مدنی جدید روسیه مقرر می‌دارد که« تنها در صورت رضایت مقامات ذی‌صلاح کشور مربوطه، توقیف اموال یک کشور خارجی که در قلمرو فدراسیون روسیه واقع است، اتخاذ سایر اقدامات اجرایی علیه این اموال و توقیف این اموال به‌منظور اجرای رأی یک دادگاه میسر است مگر توسط یک معاهدهٔ بین‌المللی مصوب فدراسیون روسیه یا یک قانون فدرال، برخلاف آن مقرر شده باشد».[۹۴]

۱ـ آیا انصراف از مصونیت قضائی، انصراف از مصونیت اجرایی را نیز دربرمی‌گیرد؟

قاعدهٔ کلی آن است که اعلام رضایت مستقل در خصوص مصونیت اجرایی لازم است و انصراف از مصونیت قضائی، در حالت عادی، متضمن انصراف از مصونیت اجرایی نیست.[۹۵] شرط اعلام انصراف مجزا، آشکارا در کنوانسیون ملل متحد،[۹۶] مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل[۹۷] و قوانین ملی درج شده است.[۹۸]

براساس این قانون عادلانه، جای تعجب باقی نمی‌ماند که دادگاههای ملی نیز به‌طورکلی، علاوه بر انصراف از مصونیت قضائی، یک اعلام انصراف دیگر از مصونیت اجرایی را نیز لازم می‌دانند. نمونه پیروی از این قاعده را می‌توان در تصمیم دیوان عالی چکسلواکی در سال ۱۹۸۷ یافت نمود. دیوان عالی این کشور رأی داد که «اینکه یک کشور خارجی، در دادگاههای چکسلواکی در جریان استماع دعوی حاضر شود، به این مفهوم نیست که آن کشور

---

۹۲. مادهٔ ۲۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر می‌کند: «نباید هیچ اقدام اجرایی یا تدابیر پیشگیرانه نسبت به اموال یک کشور عضو در قلمروی کشور دیگر عضو اتخاذ گردد مگر تا حدی که کشور مزبور در هر مورد خاص، رضایت کتبی خود را ابراز کرده باشد».

۹۳. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل مقرر می‌کند: «اموال یک کشور خارجی در کشور مقر دادگاه در حالات زیر نباید مصونیت اجرایی از رأی دادگاه یا حکم داوری داشته باشند:

۱ـ کشور خارجی به‌طور صریح یا ضمنی از مصونیت اجرایی انصراف داده باشد جزء با توجه به واژگان، استنباط انصراف میسر نیست».

۹٤. مادهٔ ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی فدراسیون روسیه که در فوریه ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا شد، جایگزین ماده ۴۳۵ قانون آیین‌دادرسی مدنی اتحاد جماهیر شوروی است.

95. See Bouchez, *supra* note 4, at 23.

۹٦. ماده ۲۰ کنوانسیون ملل متحد مقرر می‌کند: «هنگامی که رضایت به تدابیر قهری طبق مواد ۱۸ و۱۹ ضروری است، رضایت به اجرای صلاحیت طبق مادهٔ ۷ نباید متضمن رضایت به اتخاذ اقدامات قهری باشد».

۹۷. بند دوم مادهٔ ۱۸ مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل.

۹۸. بند سوم مادهٔ ۱۳ قانون مصونیت دولتی انگلستان که به اجرای مصونیت می‌پردازد، اشعار می‌دارد:«مقرره‌ای که صرفاً ارجاع به صلاحیت دادگاهها را در بر دارد را نباید به‌عنوان رضایت مورد نظر در این ماده تفسیر کرد».

خود را تسلیم صلاحیت این دادگاهها ساخته و موافق اجرای رأی دادگاه علیه خود است».[۹۹] یکی از دادگاههای انگلیس هم در سال ۱۹۹۷ رأی به ضرورت اعلام انصراف مجزا از مصونیت اجرایی داده است. این دادگاه در قضیهٔ یک بانک بین‌المللی علیه جمهوری زامبیا رأی داد که «حضور در دادگاه و انصراف از مزایای یک کشور در روند دادرسی دلالت بر انصراف از مصونیت‌ها یا مزایای موجود در جریان رسیدگی به دعوای اجرای رأی علیه یک کشور خارجی ندارد».[۱۰۰] یک دادگاه فرانسوی نیز طی واژه‌هایی خالی از هرگونه ابهام علاوه بر اعلام اینکه شرط داوری به‌منزلهٔ انصراف از مصونیت قضائی است، رأی داد که «انصراف از مصونیت قضائی به‌هیچ‌وجه، متضمن انصراف از مصونیت اجرایی نیست».[۱۰۱]

۲ـ قلمروی انصراف

در هنگامی که دادگاه هایم‌لی مجبور به تفسیر انصراف از مصونیت اجرایی است، این گرایش در آن دیده می‌شود که قلمروی این انصراف را به‌منظور اجتناب از تعارض احتمالی با مصونیت‌های ناشی از حقوق کنسولی یا دیپلماتیک محدود سازد. در سال ۱۹۸۹ پرونده‌ای که در انگلستان مطرح شد، مثال خوبی از این رویکرد را به ما نشان می‌دهد. دیوان عالی انگلستان چنین رأی داده است:

> «انصراف قراردادی از مصونیت قضائی و اجرایی برای انصراف از تعرض‌ناپذیری و مصونیت اماکن یا اموال یک مأموریت دیپلماتیک یا اموال و یا اقامتگاه خصوصی یک مأمور دیپلماتیک که به ترتیب تحت مواد ۲۲ و ۳۰ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک از آن بهره‌مند هستند، کفایت نمی‌کند».[۱۰۲]

موضوع مشابهی در ارتباط با تداخل میان انصراف و مصونیت‌های دیپلماتیک در تصمیم

---

99. Nejvyšší sond Éeskoslovenské socialistické republiky (Czechoslovak Supreme Court Opinion) Cpjf 27/86 published as Rc 26/1987, 27 Aug. 1987, 87 sbírka soundích rozhodnutí (Collection of Judicial Decisions) 9-10 (on file with the author).

100. An International Bank *v.* Republic of Zambia, QBD, 23 May 1997,118 ILR 602.

101. Socialist Federal Republic of Yugoslavia *v.* Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises,Tribunal de grande instance, Paris, 6 July 1970, 98 Journal de Droit International (JDI) (1971) 131, 65 ILR 46, at 49;

یک دادگاه فرانسوی رأی داده بود که «این دو نوع مصونیت در تعامل با هم نیستند و انصراف از یکی در برابر دادگاههای فرانسه، حق استناد به نوع دیگر مصونیت را دربرنمی‌گیرد».

102. A Co. Ltd *v.* Republic of X, QBD, 21 Dec. 1989, [1990] 2 Lloyds Rep. 520, 87 ILR 412.

یک دادگاه فرانسوی در پروندهٔ نوگا آمده است.[۱۰۳] این دادگاه از یک‌سو باید به انصراف صریح در یک موافقتنامهٔ وام می‌پرداخت که به‌موجب آن از هرگونه مصونیت مربوط به اجرای یک حکم داوری، اعلام انصراف شده بود و از سوی دیگر باید به حمایت از اموال کشورها، به‌ویژه حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها که در جهت ایفای وظایف مأموریت‌های دیپلماتیک نقشی ضروری بازی می‌کنند، رسیدگی می‌کرد. در نهایت دادگاه استیناف فرانسه به نفع مصونیت رأی داد.[۱۰۴]

۳ـ انصراف ضمنی

دشوارترین موضوع در ارتباط با انصراف از مصونیت‌ها به این مسئله مربوط می‌شود که آیا انصراف از مصونیت باید صریح باشد یا اینکه امکان اعلام انصراف ضمنی هم وجود دارد و اگر می‌توان قایل به انصراف ضمنی شد، چه اعمالی را می‌توان در حکم انصراف تلقی نمود. به‌نظر می‌رسد که هم کنوانسیون سازمان ملل متحد[۱۰۵] و هم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،[۱۰۶] رضایت صریح را لازم می‌دانند. اگرچه پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل به‌طور روشن،احتمال انصراف ضمنی از مصونیت اجرایی را در نظر می‌گیرد.[۱۰۷]

در این شرایط، هنگامی که از دادگاهها درخواست شده که درصدد تفسیر مفهوم قیود داوری مورد پذیرش کشورها برآیند، مشکلات خاصی ایجاد شده است. ادبیات مضیق کنوانسیون ملل متحد، مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اشاره بر آن دارد که یک قید داوری، بخودی خود، دلالت ضمنی بر انصراف از مصونیت اجرایی نداشته بلکه انصراف از مصونیت اجرایی مستلزم اعلام رضایت دیگری به‌طور صریح می‌باشد. این رویکرد به‌طور سنتی مورد قبول دادگاههای کشورهای اروپایی واقع شده است.[۱۰۸] معهذا، برخی از دادگاههای ملی آماده هستند تا از موافقتنامه‌های داوری تفاسیر موسع‌تری به عمل آورند.

دادگاههای فرانسه از طریق این تفسیر موسع، استنباط خود را از ادبیات موجود در قواعد

---

103. Ambassade de la fédération de Russie en France *v.* Société NOGA, Cour d'Appel, Paris, 1st Chamber, section A, 10 Aug. 2000 [2001] 128 JDI 116.

104. *Ibid*.

۱۰۵. شق (الف) مواد ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون ملل متحد هر دو اعلام رضایت صریح کشور را لازم می‌داند.

۱۰۶. مادهٔ ۲۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اعلام رضایت صریح هر کشور را به‌طور مکتوب در هر قضیهٔ خاص برای اعمال تدابیر اجرایی لازم می‌داند.

۱۰۷. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل، قایل به یک استثناء برای مصونیت می‌شود مشروط بر اینکه کشور خارجی به‌طور صریح یا ضمنی از مصونیت اجرایی خود انصراف ورزیده باشد.

108. See Duff Development *v.* Kelantan Governmant [1923] 1 Ch 385 (CA), 2 ILR 124, [1924] AC 797 (HL).

داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که مقرر می‌دارد: «با طرح اختلاف نزد اتاق بازرگانی بین‌المللی، باید چنین انگاشت که طرفین اختلاف، اجرای حکم داوری را بدون هیچ تأخیری پذیرفته و از حق خود مبتنی بر هرگونه پژوهشخواهی حتی اگر به‌طور معتبر صورت گرفته باشد، انصراف ورزیده‌اند»، تغییر داده‌اند.[۱۰۹] این مقرره توسط دادگاههای فرانسه طوری تفسیر می‌شود که متضمن انصراف از مصونیت اجرایی نمی‌باشد.[۱۱۰] با این حال در قضیهٔ کرایتون، دادگاه استیناف، رویکرد خود را تغییر داد.[۱۱۱]

دادگاههای سوئد نیز مجبور به تفسیر موافقتنامه‌های داوری و معنای ضمنی آنها در قبال مصونیت اجرایی شده‌اند. دیوان عالی سوئد طی تصمیمی که در سال۱۹۷۲ اتخاذ کرد با توجه به انتصاب یک داور در وضعیتی که یک کشور خارجی از تعیین داور خود سرباز زده از اینکه موافقتنامهٔ داوری را به‌عنوان انصراف ضمنی از مصونیت تلقی کند، امتناع ورزید،[۱۱۲] البته در قضیهٔ دیگری در ارتباط با داوری، دادگاههای سوئد، اراده و تمایل بیشتری برای پذیرش ایدهٔ انصراف ضمنی از خود نشان داده‌اند. در سال ۱۹۸۰ دادگاه پژوهش نظر داد که لیبی با قبول شرط داوری از مصونیت خود انصراف داده است. این شرط در یک موافقتنامهٔ امتیاز نفتی با یک شرکت امریکایی گنجانده شده بود و اختلاف نزد یک مرجع داوری طرح شد. مدعی موفق شد که در برابر دادگاههای سوئد، خواستار اجرای حکم داوری شود اما کشور محکوم‌علیه با ادعای برخورداری از مصونیت به آن اعتراض کرد.[۱۱۳]

ب ـ اجرای رأی نسبت به اموالی که به‌طور خاص برای تأمین هزینه‌های دعوی کنار گذاشته شده‌اند (اموال تخصیص یافته)

اموال در حکم پول، منتقل شده و در کشور مقر دادگاه به‌منظور پرداخت برخی تعهدات،

---

۱۰۹. بند دوم مادهٔ ۲۴ مقررات آشتی و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از اول ژانویه ۱۹۸۸ تا ۳۱ دسامبر ۱۹۹۷ لازم‌الاجرا بود.

110. Eurodif et Sofidif, *supra* note 101, 65 ILR 93, at 98.

111. Société Creighton *v.* Ministre des Finances de l'Etat du Qatar et autre, Cour de cassation (1st Civil Chamber), 6 July 2000, Bulletin civil I, n^{o} 207, [2001] Revue de l'arbitrage 114. The same result had already been reached by a lower French court with regard to ad hoc arbitration in Société Bec Frères *v.* Office des Céréales de Tunise, Cour d'Apple, Rouen, 20 June 1996 [1997] Revue de l'arbitrage 263, 113 ILR 485.

«پذیرش شرط داوری از طریق کشور امضاءکننده به‌منظور اجرای یک حکم داوری طبق مادهٔ ۲۴ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به‌منزلهٔ اعراض از مصونیت اجرایی آن کشور است».

112. Tekno-Pharma AB *v.* Iran, Svea Hovrett, 24 May 1972, Högsta domstolen (Supreme Court), 21 Dec. 1972, 65 ILR 383.

113. Libyan American Oil Company *v.* Libya, Svea Hovrett, 18 June 1980, 20 ILM (1981) 89, 62 ILR 225.

به‌طور کلی موضوع اقدامات اجرایی قرار می‌گیرند و از مصونیت اجرایی برخوردار نیستند. قابلیت دسترسی به اموال اختصاص یافته یا بودجه‌های تخصیصی برای اقدامات اجرایی در کنوانسیون ملل متحد[۱۱۴] مورد قبول قرار گرفته است.[۱۱۵] این موضوع به‌طورکلی در رویه قضائی پذیرفته شده است. برای نمونه می‌توان به رأی دادگاه استیناف فرانسه در سال ۲۰۰۱ اشاره کرد.[۱۱۶] این نحوهٔ استدلال در پرونده‌های قبلی مطروحه در دادگاههای فرانسه نظیر قضیهٔ سوسیه‌ته سوناتراچ هم با توجه به اینکه اموال در مالکیت یک کشور بوده، اتخاذ شده بود.[۱۱۷]

این تصمیم بر پایهٔ رأی قبلی دادگاه استیناف اتخاذ شده که اشعار می‌داشت مصونیت اجرایی در موارد خاصی که دارایی‌های توقیف شده از نظر کشور خارجی برای نیل به عملیات بازرگانی محض توسط آن کشور یا رکن ایجاد شده توسط آن به‌کار گرفته شده‌اند، کنار می‌رود.[۱۱۸]

این قاعده که بودجه‌های تخصیص یافته از مصونیت اجرایی برخوردار نیستند توسط مجلس اعیان هم مورد شناسایی واقع شده بود. درپرونده الکام، مجلس اعیان به حساب‌های بانکی سفارتخانه‌هایی رسیدگی کرد که به‌طور عادی برای ایفای مقاصد حاکمیتی به‌کار می‌رفتند و از عملیات اجرایی مصون بودند. با این حال، مجلس اعیان پذیرفت که حتی حساب بانکی سفارتخانه‌ها اگر توسط کشور خارجی، تنها به معاملات تجاری اختصاص یابند، از مصونیت اجرایی برخوردار نخواهند بود.[۱۱۹]

---

۱۱٤. شق (ب) مواد ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون ملل متحد، قایل به یک استثناء در خصوص مصونیت اجرایی می‌شود و آن تا حدی است که کشور مزبور اموال مورد نظر را برای پرداخت هزینه‌های طرح دعوایی که موضوع دادرسی است، اختصاص داده باشد.

۱۱۵. بند سوم مادهٔ ۴ قطعنامه اظهار می‌دارد: «اموال یک کشور اگر برای پرداخت هزینه‌های دعوی اختصاص یافته باشند، مصون از اقدامات اجرایی قهری نمی‌باشد».

116. Société Creighton Ltd *v.* Ministére des Finances et le Ministére des Affaires Municipales et de l'Agriculture du Gouvernement de l'Etat du Qatar, Cour d'Appel, Paris, 12 Dec. 2001 [2003] Revue de l'arbitrage 417, 527.

117. Société Sonatrach *v.* Migeon, Cour de cassation (1st Civil Chamber), 1 Oct. 1985, 77 ILR 525;
«باید میان دو دسته از دارایی‌ها قایل به تفکیک شد: دارایی‌های یک کشور خارجی اصولاً موضوع توقیف قرار نمی‌گیرند مگر به‌طور استثنائی هنگامی که این اموال برای فعالیت‌های اقتصادی و بازرگانی طبق حقوق خصوصی مورد استفاده قرار گیرند، این مصونیت اعمال نمی‌شود. از سوی دیگر، دارایی‌های نهادهای عمومی، خواه خصوصی شده باشد یا نه که متمایز از کشور خارجی است، ممکن است موضوع توقیف واقع شود».

118. Eurodif et Sofidif, *supra* note 101, at 97 (ILR).

119. Alcom Ltd *v.* Republic of Colombia [1984] 2 All ER 6, 74 ILR 170, at 187 (HL).

ج ـ تدابیر اتخاذ شده علیه دارایی‌هایی که در جهاتی غیر از مقاصد غیرتجاری دولتی به‌کار می‌روند

اغلب اسناد مربوط به مصونیت و رویهٔ قضائی دادگاههای اروپایی قایل به یک استثناء نسبت به اعمال مصونیت برای اموالی است که برای اهداف غیردولتی به مصرف می‌رسند. برای نمونه، کنوانسیون سازمان ملل اموالی را که به‌طور خاص توسط یک کشور برای مقاصد غیرتجاری دولت به‌کار می‌روند، یا قرار است که به‌کار روند، از مصونیت معاف می‌سازد؛[۱۲۰] همین‌طور، پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل از عملیات اجرایی علیه اموالی که برای مقاصد و فعالیت‌های بازرگانی مورد استفاده قرار می‌گیرند، صحبت می‌کند.[۱۲۱] حقوق انگلستان نیز امکان اتخاذ تدابیر اجرایی نسبت به اموالی را که در آن زمان برای اهداف تجاری مورد استفاده قرار گرفته‌اند یا قصد بر آن است که به مصارف مذکور برسند، مقرر می‌کند.[۱۲۲]

۱ـ شرط ارتباط

یکی از مجادله برانگیزترین موضوعات مربوط به مصونیت اجرایی، این مسئله است که آیا نفی مصونیت، مستلزم وجود ارتباط یا پیوندی میان اموالی می‌باشد که قرار است موضوع عملیات اجرایی قرارگیرند یا نه. درحقیقت، انواع گوناگونی از شروط ارتباط در اسناد بین‌المللی، قوانین ملی و رویهٔ دادگاهها وجود دارد که در موقعیت‌های گوناگون ممکن است منجر به نتایج مختلف شود.

یکی از شروط پیوند که به‌طور صریح در قانون مصونیت دول خارجی در ایالات متحده[۱۲۳] ذکر شده، ناظر بر ارتباط میان اموال و مبنای دعوی است. همچنین پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل این شرط پیوند را در مورد «اموالی که برای اهداف مورد نظر در فعالیت‌های بازرگانی مورد استفاده هستند یا در فعالیت‌های تجاری مورد استفاده بوده‌اند که دعوی بر پایهٔ آن طرح شده است» مقرر می‌کند.[۱۲۴]

به‌طورکلی رویکرد مضیق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر هم که در مادهٔ ۲۶ آن انعکاس یافته، اتخاذ اقدامات اجرایی را تنها نسبت به اموالی که به‌طور انحصاری در ارتباط با فعالیت‌های

---

۱۲۰. شق (ج) مادهٔ ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد.
۱۲۱. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل.
۱۲۲. بند چهارم مادهٔ ۱۳ قانون مصونیت دولتی انگلستان.
۱۲۳. قانون مصونیت حاکمیت خارجی ایالات متحده، اتخاذ اقدامات اجرایی را مشروط به اینکه مال مزبور برای فعالیت بازرگانی که مبنای دعواست مورد استفاده بوده یا هست، مجاز می‌شمرد.
۱۲٤. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل.

صنعتی یا بازرگانی مورد استفاده قرار گرفته‌اند، مجاز می‌شمارد.[۱۲۵]

نوع دیگر پیش شرط پیوند را می‌توان در ارتباط میان اموال و کشور خوانده دید. پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل بیان داشت که یکی از دوگونهٔ اصلی پیوند، وجود ارتباط میان اموال با دعوایی می‌باشد که مورد رسیدگی است.[۱۲۶] شرط پیوند، شدیداً از سوی برخی کشورها مورد انتقاد قرار گرفته است. در حقیقت، کوشش برای واژه‌پردازی شرط پیوند در پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل تا انتهای بررسی‌های کمیسیون بر این موضوع مجادله‌برانگیز باقی ماند.[۱۲۷] در کنوانسیون جدید سازمان ملل این موضوع تعدیل شده، تا جایی که ارتباط میان اموال و مبنای دعوی کنار گذاشته شده است.[۱۲۸]

آزادانه‌ترین رویکرد اتخاذ شده در حقوق انگلستان قابل پیگیری است که تنها مقرر می‌دارد اموالی که قرار است موضوع عملیات اجرایی قرار گیرند بدون اینکه پیوند خاصی مورد توجه باشد، باید در آن زمان مورد استفاده تجاری بوده یا قصد بر آن باشد که از آنها استفاده‌های تجاری شود.[۱۲۹]

رویهٔ دادگاههای اروپایی در خصوص شرط پیوند یکسان نیست. به‌نظر می‌رسد خیلی از آراء از این شرط، فاصله گرفته‌اند. برای نمونه، دادگاه قانون اساسی ایتالیا، قایل به یک ارتباط خاص موضوع دادخواست یعنی اختصاص اموال به معاملهٔ بازرگانی که اختلاف از آن ناشی شده، گردیده درحالی‌که این محدودیت به‌طور عمومی به رسمیت شناخته نشده و مخصوصاً در اروپای غربی ازجمله انگلستان، این شرط رد شده است.[۱۳۰] حقیقت این است که خیلی از دادگاههای ملی حتی در مورد شرط پیوند بحث نمی‌کنند و این دلالت بر آن دارد که این دادگاهها بدون در نظر گرفتن ارتباط یا پیوندی خاص، به هدفی که اموال برای آن به‌کار گرفته می‌شوند، توجه دارند.[۱۳۱]

از سوی دیگر هنوز این رویه در بعضی از کشورهای اروپایی وجود دارد که از لحاظ کردن

---

۱۲۵. مادهٔ ۲۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

۱۲۶. شق (ج) بند اول مادهٔ ۱۸ مواد پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل مقرر می‌نمود: «هیچ اقدام قهری نظیر توقیف، بازداشت و اجرا نسبت به اموال یک کشور خارجی را در ارتباط با دعوایی که نزد دادگاه کشور دیگر مطرح است نمی‌توان اتخاذ کرد مگر تا حدی که مال مزبور به‌طور خاص برای اهدافی غیر از مقاصد غیرتجاری دولت مورد استفاده قرار گرفته باشد یا قصد بر این باشد و این مال در سرزمین کشور مقر دادگاه واقع بوده و با دعوایی که موضوع دادرسی است، مرتبط باشد».

127. See HeB, *supra* note 17, at 277f.

۱۲۸. شق (ج) مادهٔ ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد.

۱۲۹. بند چهارم مادهٔ ۱۳ قانون مصونیت دولتی انگلستان.

130. Condor and Filvem , *supra* note 29, at 402 (ILR).

131. Société Eurodif *v*. République islamique d'Iran, Cour de cassation (1st civil chamber), 14 Mar. 1984 [1984] Revue critique de droit international privé 644, 77 ILR 513, at 515.

شرط ارتباط حمایت می‌کنند؛ دادگاههای فرانسه به‌طور سنتی این شرط را پذیرفته‌اند. دادگاه استیناف در هر دو قضیهٔ یورودیف و سوناتراچ چنین رأی داد که احراز یک ارتباط خاص میان اموال توقیف شده کشور و فعالیتی که مبنای دعوی است، ضروری می‌باشد.[۱۳۲] با این حال، در رأی اخیر دادگاه پژوهش در قضیهٔ کرایتون، حتی چنین به‌نظر می‌رسد که دادگاههای فرانسه، شرط ارتباط را رها کرده‌اند.[۱۳۳]

۲ـ تفکیک میان اموال در دسترس برای اقدامات اجرایی و اموالی که موضوع این اقدامات قرار نمی‌گیرند

امکان اتخاذ اقدامات اجرایی نسبت به اموالی که برای تصدی‌گری یا اهداف غیرعمومی مورد استفاده قرار می‌گیرند تا حدی ناشیانه یا اموالی که به مصارف غیرتجاری می‌رسند[۱۳۴] در کنوانسیون سازمان ملل درج شده که در بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده است.[۱۳۵] مشکل واقعی، تعریف و شناسایی قلمرو اموالی می‌باشد که برای اهداف حاکمیتی مورد استفاده قرار نمی‌گیرند و لذا مشمول صلاحیت اجرایی واقع می‌شوند.[۱۳۶] با بررسی رویهٔ قضائی می‌توان به‌روشنی پذیرفت که قوانین زیادی وجود دارد که به‌طورکلی اموال را همان‌طورکه در کنوانسیون سازمان ملل متحد و دیگر اسناد مربوط به مصونیت، پیگیری و اصلاح شده برای مصارف حاکمیتی یا اهداف غیرتجاری مشخص می‌کنند.

الف ـ ساختمانهای سفارتخانه

ساختمانهای مأموریت‌های دیپلماتیک و کنسولی همچون اموال مربوط به فعالیت‌های دیپلماتیک یا کنسولی، از دیگر اموالی هستند که در خدمت اهداف غیرتجاری به‌کار می‌روند و از عملیات اجرایی مصون می‌باشند. این مصونیت، ریشه در تعرض‌ناپذیری این اماکن تحت حقوق دیپلماتیک و کنسولی دارد[۱۳۷] و صریحاً در تعدادی از قوانین مصونیت دولتی مورد تأیید

---

۱۳۲. مصونیت اجرایی یک کشور خارجی یا نهاد عمومی که به حساب خود عمل می‌کند را استثنائاً فقط به شرطی می‌توان کنار گذاشت که بدهی توقیف شده مربوط به یک فعالیت خصوصی باشد که موضوع دعوی قرار گرفته است.

133. Creighton *v.* Qatar;

«در این قضیه تصمیم گرفته شد که کالاهایی که دولت برای پرداخت هزینه‌های طرح دعوی در نظر گرفته است این قابلیت را دارند که موضوع توقیف واقع شوند».

۱۳٤. شق (ج) مادهٔ ۱۹ کنوانسیون ملل متحد مبتنی بر شق (ج) بند اول مادهٔ ۱۸ پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل است.

135. See *supra* text at note 26.

136. See Société de droit irakien Rafidain Bank et crts *v.* Consarc Corporation , Société droit américain et crts, Cour d'Appel, Brussels,10 Mar. 1993 [1994] T 787.

137. See *supra* note 53 and 54.

مجـدد قـرار گرفتـه اسـت.[۱۳۸] رویـهٔ دادگاههـا در ارتبـاط بـا مـصونیت امـاکن، و سـاختمانهای سفارتخانه‌ها نسبتاً یکسان می‌باشد.[۱۳۹]

با این حال، دادگاهها تبیین کرده‌اند که مصونیت اجرایی سفارتخانه‌ها تا محـدوده‌ای کـه ایفای وظایف مأموریت اقتضا می‌کند، قابل تسری است. پـس امـوال غیرمنقـول تحـت مالکیـت دولت مادامی که برای اهداف دیپلماتیک مورد اسـتفاده قـرار نگیرنـد، از طریـق مـصونیت‌هـای اجرایی، مورد حمایت قرار نمی‌گیرند.[۱۴۰]

ب ـ مراکز فرهنگی

در یک قضیهٔ مربوط به توقیف مال غیرمنقول تحت مالکیت یک کشور که به‌عنوان یک مرکز فرهنگی است، دادگاه فدرال سوئیس، رویهٔ قـضائی قبلـی خـود را تعـدیل نمـود و بـه‌طـور سختگیرانه‌ای با مصونیت قضائی و اجرایی به‌نحو متوازن برخورد نمود. دادگـاه فـدرال سـوئیس رأی داد که بنابر حقوق بـین‌الملـل عمـومی، برخـی از اشـیای تحـت خـدمت اهـداف عمـومی، به‌طورکلی معاف از اقدامات اجرایی هستند:

> «مـستقل از ماهیـت اخـتلاف، مـصونیت از اقـدامات اجرایـی قهـری نـسبت بـه دارایـی‌هـایی اعمال‌می‌شود که یک کشور خـارجی در سـوئیس مالـک آن اسـت و آن امـوال بـرای خـدمات دیپلماتیک یا دیگر تکالیف ضروری بر عهدهٔ آن کشور در راستای اعمال اختیارات حاکمیتی وی اختصاص یافته است».[۱۴۱]

در این قضیهٔ خاص، دادگاه فدرال رأی داد که مؤسسهٔ اسپانیایی، مختص وظایف مربـوط به اختیارات حاکمیتی[۱۴۲] تلقی شده و لذا مورد توقیف واقع نمی‌شود.

به همین ترتیب، در قضیه قتل عام دیستیمو در راستای اجرای رأی دادگاه عـالی یونـان، تلاش در خصوص اتخاذ اقدامات اجرایی علیه مؤسسهٔ گوته در آتن بی‌نتیجه ماند.[۱۴۳] البته هرچند

---

۱۳۸. شق (الف) بند اول مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ملل متحد بر مبنای شق (الف) بند اول مادهٔ ۱۹ مـواد پـیش‌نـویس کمیـسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مصونیت دولتی است.

139. See the Legation Building Case, Bundesgericht, 15 Mar. 1921, 1 Ann. Dig. (1919-1922) 291; در این رأی، دادگاه نظر داد: «ساختمانهای سفارتخانهٔ یک کشور خارجی، موضوع عملیات اجرایی قرار نمی‌گیرند».

140. Hungarian Embassy Case, Bundesgerichtshof, 26 Sep. 1969, 65 ILR 110.

141. Espagne *v.* X SA, Office des poursuites du canton de Berne Président du Tribunal d'arrondissement 4 du canton de Berne,Tribunal fédéral suisse, 30 Apr. 1986, ATF 112 Ia 148; [1987] Annuaire suisse de droit international 158; 82 ILR 38, at 41.

142. *Ibid*., at 45 (ILR).

143. Prefecture of Boeteia *v.* Germany, *supra* note 81.

این دادگاه نبود که از اتخاذ اقدامات اجرایی علیه مؤسسهٔ گوته و مؤسسهٔ باستان‌شناسی آلمـان در آتن سرباز زد و بلکه قوهٔ مجریه از اعطای مجوز خودداری نمود اما در هر حـال، اثـر آن یکـسان است: اموال غیرمنقولی که به‌عنوان یک مرکز فرهنگی مورد اسـتفاده قـرار مـی‌گیرنـد، موضـوع عملیات اجرایی واقع نمی‌شوند.

ج ـ دفتر اطلاعات

دادگاه فدرال سوئیس رأی داد ساختمانهایی هم که به‌عنوان دفاتر اطلاعـات بـه‌منظـور اهداف عمومی یک کشور به‌کار می‌روند از اقدامات اجرایی معاف می‌باشند. این دادگاه با استدلال موسع خود، ضمن تمییز اموال دولتی چنین استدلال نمود:

«تنها دارایی‌های موروثی مقامات و نه دارایی‌های اداری آنها قابل توقیف است، زیرا دارایی‌های مقامات محلی به‌طور مستقیم به ایفای وظایف آنها طبق حقوق عمومی اختصاص دارند».[۱۴۴]

د ـ اموال نظامی به‌ویژه کشتی‌های جنگی

کشتی‌های جنگی و دیگر تجهیزات نظامی به‌طورکلی نمی‌توانند موضوع عملیات اجرایی واقع شوند.[۱۴۵] این موضوع به‌طور صریح در کنوانسیون سازمان ملل مـتحکس شـده کـه صـریحاً اموال دارای وصف نظامی یا مورد استفادهٔ عملیات نظامی یا اموالی که قـرار اسـت بـرای اجـرای عملیات نظامی به‌کار گرفته شوند را به‌عنوان اموال دولتـی دارای ماهیـت غیربازرگـانی توصـیف می‌کند.[۱۴۶]

به همین دلیل طی پرونده‌ای در هلند در سال ۱۹۸۷ دستور قضائی توقیف یک ناو جنگی به‌منظور تأمین حقوق و پرداخت هزینه‌های عملیات امدادی، از آنجا که یک کشتی جنگـی حتـی در هنگامی‌که در حال انجام وظیفه نیست برای اهداف غیرتجاری به‌کـار مـی‌رود،[۱۴۷] رد شـد. از طرف دیگر، در سال ۱۹۹۳ به‌موجب تصمیم دیوان عالی هلند چنـین رأی داده شـد کـه توقیـف موقتی یک کشتی تحت مالکیت دولتی، هنگامی که کشتی توقیف شده مورد استفادهٔ یک شرکت کشتیرانی بازرگانی بوده که خواهان برای بیع کالا وارد روابط قراردادی شده است، به‌موجب اصل مصونیت، کشتی از عملیات اجرایی مستثنی نمی‌شود:

«هیچ قاعدهٔ نانوشته‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد که اثر بخشیدن به توقیف (موقت یا غیـر

---

144. Egypte *v.* Cinetel, *supra* note 32, at 435 (ILR).

145. See Fox, *supra* note 1, at 391.

۱٤٦. شق (ب) بند اول مادهٔ ۲۱ کنوانسیون ملل متحد.

147. Wijsmuller Salvage BV *v.* ADM Naval Services, Rechtbank Amsterdam (District Court), Amsterdam, 19 Nov. 1987 [1989] NYIL 294.

آن) یک کشتی متعلق به یک کشور را که قرار است برای کشتیرانی تجاری مورد استفاده قرار گیرد فقط به شرطی تجویز کند که توقیف به‌منظور بیمه یا تأمین خواستهٔ دعوای ناشی از عملکرد آن کشتی به عمل آید».[۱۴۸]

این مفهوم که کشتی‌های تحت مالکیت دولتی مورد استفاده در خدمات بازرگانی، موضوع اقدامات اجرایی قرار می‌گیرند را می‌توان در کنوانسیون ۱۹۲۶ بروکسل در خصوص یکنواخت‌سازی برخی قواعد مربوط به مصونیت کشتی‌های دولتی دریافت.[۱۴۹] اندیشهٔ امتناع از اعمال مصونیت اجرایی در مورد کشتی‌های تجاری در رویهٔ قضائی کشورهای دیگر هم وجود دارد.[۱۵۰] گاهی دادگاهها صریحاً به منطق استفادهٔ تجاری در برابر استفادهٔ عمومی استناد می‌کنند. برای نمونه، یک دادگاه فرانسوی رأی داد:

«یک کشتی متعلق به کشور خارجی که توسط یک شخص خصوصی اجاره شده، یک عمل تجاری خصوصی را انجام می‌دهد که هیچ نقطهٔ مشترکی با خدمات عمومی یا دولتی ندارد. لذا قواعد مربوط به مصونیت کشتی‌های دولتی در مورد این کشتی‌ها اعمال نمی‌شود و این کشتی‌ها را درصورتی‌که مسئولیتی در جریان حمل و نقل دریایی به آنها قابل انتساب باشد، می‌توان توقیف نمود».[۱۵۱]

هـ ـ وجوه بانک مرکزی

اینکه وجوه بانک مرکزی، نوعاً اموال غیرتجاری محسوب شده و از اقدامات اجرایی مصون هستند در کنوانسیون ملل متحد انعکاس پیدا کرده که اموال بانک مرکزی یا هر مرجع پولی دیگر کشور را از اینکه به هرنحوی موضوع عملیات اجرایی قرار گیرند، معاف می‌دارد.[۱۵۲] معافیت مشابهی هرچند محدودتر را می‌توان در پیش‌نویس کنوانسیون انجمن

148. The Russian Federation *v.* Pied-Rich BV, Hooge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court), 28 May 1993 [1994] NYIL 512.

۱۴۹. کنوانسیون بین‌المللی یکنواخت‌سازی برخی قواعد مربوط به مصونیت کشتی‌های تحت مالکیت دولت یا کنوانسیون بروکسل مورخ ۱۹۲۶ و پروتکل الحاقی بروکسل مورخ ۱۹۳۴.

150. Szczesniak *v.* Backer and Others, Cour d'Appel, Brussels, 14 July1955 [1957] II Pasicrisie 38; 65 ILR 23.

151. Société Paul Liegard *v.* Capitain Serdjuk and Mange, Tribunal de commerce, La Rochelle, 14 Oct. 1964, 65 ILR 38, at 39.

۱۵۲. شق (ج) بند اول مادهٔ ۲۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد.

حقوق بین‌الملل[۱۵۳] و قطعنامهٔ مؤسسه بین‌المللی توسعه یافت.[۱۵۴] قانون مصونیت دولتی انگلستان مقرر می‌دارد که اموال بانک مرکزی یک کشور یا هر مرجع پولی دیگر نباید این‌طور تلقی شوند که برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرند یا قصد بر این است که به‌منظور اهداف تجاری به‌کار روند.[۱۵۵]

طی پرونده‌ای در انگلستان در سال ۲۰۰۱ مصونیت وجوه بانک مرکزی از اعمال تشریفات اجرایی به‌رسمیت شناخته شد:

«مصونیت از تشریفات اجرایی یک بانک مرکزی (بند چهارم مادهٔ ۱۴ قانون مصونیت دولتی) یک عنصر مرتبط برای دادگاه در هنگام اخذ تصمیم در خصوص این مطلب است که آیا بنابر مصلحت اجازهٔ اعمال تشریفاتی را که باید خارج از صلاحیت اعمال شوند، صادر کند یا خیر».[۱۵۶]

باید توجه داشت که این تصمیم اتخاذ شده بر مبنای قانون مصونیت دولتی، متفاوت از قضیهٔ ترندتکس است که بر پایهٔ حقوق بین‌الملل عرفی در آن تصمیم‌گیری شد. دادگاه استیناف در این قضیه، این نکته را مورد توجه قرارداد که بانک مرکزی نیجریه، شاخه‌ای از نظام دولتی نیست که از حق ادعای مصونیت برخوردار باشد؛ لذا این بانک مصونیت نداشته و بنابراین، وجوه آن نیز از توقیف یا دستور قضائی مصون نمی‌ماند.[۱۵۷]

طی قضیهٔ نوگا در فرانسه که در فوق از آن یاد شده،[۱۵۸] توقیف سرمایهٔ بانک مرکزی مورد بحث بود. با این حال، دادگاه به این دلیل که سرمایه در خدمت اهداف عمومی است از توقیف امتناع‌نکرد. در عوض، دادگاه، توجه خود را به این مطلب معطوف داشت که وجوه بانک مرکزی روسیه را به‌عنوان یک نهاد حقوقی مستقل نمی‌توان برای تأمین بدهی فدراسیون روسیه به‌عنوان یک شخص ثالث مورد استفاده قرار داد.[۱۵۹]

اما رعایت معافیت وجوه بانک مرکزی در دادگاههای اروپا نامحدود نیست. یک مثال

---

۱۵۳. شق (ج) مادهٔ ۷ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل، عملیات توقیف یا اجرا را مشروط به اینکه اموال مزبور در بانک مرکزی یک کشور برای اهداف مورد نظر بانک‌های مرکزی به‌کار گرفته شده باشد، ممنوع اعلام می‌کند.

۱۵٤. شق (ج) بند دوم مادهٔ ۴ قطعنامه.

۱۵۵. بند چهارم مادهٔ ۱۴ قانون مصونیت دولتی انگلستان.

156. Banca Carige SpA Cassa di Risparmio Geneva e Imperia *v.* Banco Nacional de Cuba and another, Ch. D (Companies Court), 11 Apr. 2001 [2001] 3 All ER 923.

157. Trendtex Trading Corporation *v.* Central Bank of Nigeria, CA, 13 Jan. 1977 [1977] 2 WLR 356, 64 ILR 111.

158. NOGA, *supra* note 103.

159. See Fox, *supra* note 1, at 411.

خوب، تصمیم دادگاه فدرال سوئیس در ۱۹۸۵ است که به‌موجب آن دادگاه پذیرفت که اصولاً آن دسته از اموال کشور خارجی که برای اهداف عمومی به‌کار می‌روند از اقدامات اجرایی در سوئیس معاف هستند. دادگاه فدرال در مورد اموال بانک مرکزی یک کشور خارجی که به بانک ملی سوئیس سپرده شده بود، قایل به عدم اعمال معافیت مزبور نسبت به این اموال شد مگر به‌طور مشخص ثابت می‌شد که این اموال برای مقاصد عمومی به‌کار گرفته شده‌اند:

«بنابراین ادعای مصونیت، تنها با این استدلال مورد قبول است که ماهیت دارایی‌های توقیف شده، ثابت شود که به دارایی‌های قابل شناسایی برای اجرای اعمال حاکمیتی اختصاص دارد. در ارتباط با پول و وثیقه‌ها، دفاع به استناد مصونیت قابل قبول نیست مگر این اسناد یا مبالغ به‌طور مشخص به ایفای تکالیف حاکمیتی اختصاص یافته باشند».[۱۶۰]

در حقیقت، دادگاه فدرال سوئیس از الغای دستور توقیف یک دادگاه پایین‌تر سوئیس به این دلیل که کشور استیناف‌دهنده نتوانست جزئیاتی دربارهٔ هدف مورد نظر تودیع بخشی از دارایی‌های خصوصی مالی بانک مرکزی لیبی ارائه دهد، امتناع ورزید.[۱۶۱] پیش‌تر، همان دادگاه سوئیسی از اعمال مصونیت نسبت به توقیف وجوه بانک مرکزی ترکیه در چند بانک سوئیسی امتناع‌ورزیده بود.[۱۶۲]

رویکرد محدودی هم در بانک مرکزی آلمان در قضیهٔ نیجریه اتخاذ شده است. دادگاه این مبنای اولیه را که تنها دارایی‌های اختصاص یافته به خدمات عمومی از توقیف و عملیات اجرایی قهری معاف هستند، مورد تأیید مجدد قرار داد و در ارتباط با دارایی‌هایی که به‌طور خاص تحت تأثیر قرار می‌گیرند رأی داد که دادخواست‌دهندگان درصدد دست یافتن به پول و حساب‌های خوانده هستند یعنی دارایی‌هایی که در خدمت عمومی خوانده نیستند.... استفاده احتمالی از این دارایی‌ها جهت سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های تجاری آینده دولت را نمی‌توان عاملی برای اعمال مصونیت نسبت به این اموال درحال حاضر دانست.[۱۶۳]

---

160. République socialiste du peuple arabe de Lybie-Jamahiriya *v.* Actimon SA, Tribunal fédéral suisse, 24 Apr. 1985, ATF 111 Ia 62; 82 ILR 30, at 35.

161. *Ibid*, at 36 (ILR).

162. Banque centrale de la République de Turquie *v.* Weston, *supra* note 40.

163. Central Bank of Nigeria Case, Landgericht, Frankfurt, 2 Dec. 1975 [1976] Neue Juristische Wochenschrift 1044, 65 ILR 131, at 137.

و ـ حساب‌های سفارتخانه

حساب‌های سفارتخانه و کنسولگری،[۱۶۴] حداقل مادامی که در اجرای مأموریت‌های دیپلماتیک یا کنسولی مورد استفاده قرار می‌گیرند، به‌طور طبیعی، برای مقاصد غیرتجاری (عمومی) محسوب می‌شود و از همین رو با تدابیر مصونیت اجرایی به‌ویژه مصونیت از توقیف مورد حمایت قرار می‌گیرند. این استثناء همچنین به‌طور صریح در کنوانسیون سازمان ملل مقرر شده است که تبیین می‌سازد مصونیت، محدود به حساب‌های سفارتخانه نیست بلکه به اموال ازجمله حساب‌های بانکی که به‌منظور تحقق اهداف مأموریت دیپلماتیک یا مقامات کنسولی، مأموریت‌های ویژه، هیأت‌های اعزامی به سازمانهای بین‌المللی یا هیأت‌های اعزامی به ارکان سازمانها یا کنفرانس‌های بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرند یا قصد بر این است که برای این مقاصد به‌کار روند نیز تسری پیدا می‌کند.[۱۶۵] به‌طورکلی، ایدهٔ زیربنایی حمایت از عملکرد ماموریت‌های کشوری از سوی دادگاههای ملی مورد قبول قرار گرفته است. با این حال، سئوالاتی دربارهٔ مسائلی چون حساب‌های مختلف، بار اثبات، مصارف قبلی، کنونی و آتی حساب‌ها و مشکلات مرتبط مطرح شده است.[۱۶۶] رویهٔ قضائی کاملی در ارتباط با این مسائل وجود دارد چرا که حساب‌های سفارتخانه‌ها، دارایی‌هایی هستند که در مقایسه با اموال دیگر، بیشترین احتمال وجود دارد که در دسترس کشورهای خارجی قرار گیرند. در حقیقت به لحاظ کمیت، قضیه‌هایی که به حساب‌های سفارتخانه‌ها می‌پردازند در رتبه نخست، قضیه‌های مطروحه در مبحث مصونیت اجرایی هستند.

همان‌طور که تاکنون به آن پرداختیم، مدارک مفصلی در خصوص پذیرش عمومی معافیت از تدابیر اجرایی حساب‌های سفارتخانه‌هایی که برای خدمات عمومی به مصرف می‌رسند، وجود دارد. برای نمونه، دادگاه قانون اساسی آلمان، این مطلب را به‌عنوان یک قاعدهٔ حقوق بین‌الملل تلقی می‌کند که تدابیر اجرایی نسبت به اموالی که در خدمت هدف حاکمیتی کشور خارجی قرار می‌گیرند، غیرقابل قبول است. این دادگاه به‌طور خاص‌تر دربارهٔ حساب‌های سفارتخانه رأی داد:

«دعاوی مطروحه علیه حساب جاری بانکی سفارتخانه یک کشور خارجی که در کشور مقر دادگاه وجود دارد و برای تأمین مخارج سفارتخانه مورد استفاده قرار می‌گیرد، توسط کشور مقر

---

۱٦٤. به‌طورکلی دادگاههای ملی در ارتباط با مصونیت اجرایی، قایل به هیچ تمایزی میان حساب‌های دیپلماتیک و کنسولی نمی‌شوند.

۱٦٥. شق (الف) بند اول ماده ۲۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد.

166. Fox, *supra* note 1, at 380ff, 404ff.

دادگاه، موضوع عملیات اجرایی قهری واقع نمی‌شود».[۱۶۷]

همچنین یک دادگاه هلندی حساب‌های بانکی را چنین تلقی می‌کند:

«اموالی که قصد بر آن است تا برای خدمات عمومی آن کشور مورد استفاده قرار گیرند. احداث، نگهداری و ادارهٔ سفارتخانه‌ها یک بخش اساسی عملکرد دولت است و بنابراین جزو خدمات عمومی به حساب می‌آید؛ لذا پولهایی که قرار است تا برای اجرای این عملیات مصرف شوند باید به‌عنوان اموالی که قصد بر آن است تا در خدمات عمومی به‌کار آیند، تلقی شوند».[۱۶۸]

در قضیهٔ آلکام، مجلس اعیان به‌طور ضمنی این موضوع را یک قاعدهٔ عرفی حقوق بین‌الملل تلقی می‌کند که حساب بانکی یک مأموریت دیپلماتیک که برای پرداخت هزینه‌های ایفای وظایف مأموریت مصرف می‌شود، در کشور پذیرنده از مصونیت اجرایی برخوردار است.[۱۶۹] همچنین دادگاه قانون اساسی اسپانیا رأی داد که اقدامات احتیاطی علیه حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها در هر حال، مشمول صلاحیت اجرایی قرار می‌گیرند.[۱۷۰] همین دادگاه در قضیهٔ دیگری صریحاً اموال مأموریت‌های دیپلماتیک و کنسولی را از مصونیت مطلق نسبت به تدابیر اجرایی برخوردار دانست.[۱۷۱] فرض بر این است که این دادگاه حق دسترسی به دادگاهها ازجمله حق اجرای رأی که یک حق بنیادین بوده، به رسمیت شناخته است.[۱۷۲]

گاهی ممکن است عمومی بودن هدف استفاده از اموال مورد تردید باشد. چند رویهٔ قضائی وجود دارد که این مفهوم را مشخص می‌کند. برای نمونه، دادگاه فدرال سوئیس رأی داد که سرمایه‌های اختصاص یافته به هزینه‌های رفاهی پرسنل سفارتخانه هم بخشی از دارایی‌های حمایت شدهٔ مورد استفاده برای تأمین سرمایه یک هیأت دیپلماتیک است.[۱۷۳] از طرف دیگر، طی قضیه‌ای در آلمان، حساب یک سفارتخانه مورد نظر نبود بلکه حساب بانکی یک مؤسسهٔ تجاری خارجی که به‌عنوان بخش تجاری کنسولگری آن کشور عمل می‌کرد مد نظر بود که دادگاه هدف استفاده از این حساب را مورد توجه قرار داد. دادگاه آلمان در این قضیه از آنجا که عملکرد مؤسسه تجاری خارجی از وصف خصوصی برخوردار است و به‌جای آنکه اهداف حاکمیتی داشته

167. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22, at 150 (ILR).

168. State of the Netherlands *v.* Azeta BV, Rechtbank Rotterdam (District Court, Rotterdam), 14 May 1998 [1998] KG 251, English summary at [2000] NYIL 264.

169. Alcom *v.* Colombia, *supra* note 119, at 182 (ILR).

170. Abbott, *supra* note 71, at 423 (ILR).

171. Maite, *supra* note 75.

172. See *supra* the text at note 71.

173. Z. *v.* Geneva Supervisory Authority, *supra* note 58.

باشد که توسط کنسولگری دنبال گردد، فقط هدف تجاری دارد، از اعمال مصونیت در برابر توقیف امتناع نمود.[۱۷۴]

اما رویهٔ قضائی هم وجود دارد که به جهتی متفاوت اشاره دارد. در برخی موارد، سرمایه‌های در دست دولت حتی اگر برای اهداف عمومی مصرف شده‌اند، از توقیف مصون نمانده‌اند. دادگاه بخش آمستردام هلند در قضیه‌ای در سال ۱۹۷۸ به‌طور آشکار، هیچ اعتنایی به اهداف استفادهٔ اموال نکرده و بر ماهیت افتتاح یک حساب بانکی متمرکز مانده است. در این هنگام است که گفته می‌شود استناد یک کشور خارجی به اهداف مورد نظر برای هزینه‌های مبالغ توقیف شده یعنی اهداف عمومی، راه به جایی نمی‌برد چرا که این وضعیت که بیشتر این مبالغ برای اهداف عمومی مورد استفاده قرار می‌گیرند باعث نمی‌شود که خود وجوه از توقیف مصون باشند.[۱۷۵] این قضیه، متضمن یک دعوای شبه‌جرم (جرم مدنی) بود که توسط یک مرکز نوسازی و مرمت هلندی علیه مراکش طرح شد و در این جریان، خواهان، خواستار یک دستور قضائی تأمین اموال نگهداری شده توسط خوانده شده بود که اتفاقاً این دستور را هم گرفت. دادگاه هلند درخواست کشور مراکش را برای انصراف از صدور دستور تأمین را رد کرد.

برخی از دادگاهها در جریان اعمال صلاحیت، رویکرد مضیق‌تری را هم اتخاذ کرده‌اند که اعراض از مصونیت حساب‌های بانکی سفارتخانه‌هاست. دادگاه کشور چک طی قضیه‌ای در سال ۱۹۹۷ از تصمیم قبلی خود مبنی‌بر تجویز اقدامات اجرایی نسبت به حساب‌های سفارت‌خانه‌های خارجی با این استدلال که یک کشور، تنها اگر به‌طور داوطلبانه به اعمال صلاحیت تن دهد، می‌تواند تابع صلاحیت دادگاههای چک قرار گیرد،[۱۷۶] عقب‌نشینی کرد. یک دادگاه فرانسه رأی داد که انصراف از مصونیت (که در واقع، غیرمبهم نبود) را نمی‌توان به‌نحوی تفسیر کرد که حساب‌های بانکی ضروری برای انجام امور یک هیأت دیپلماتیک شامل آن شود.[۱۷۷]

اگر بپذیریم که مصونیت اجرایی اموال کشور در وهلهٔ نخست منوط به آن است که آیا این اموال برای یک هدف عمومی به‌کار می‌روند یا خیر، ادلهٔ اثبات دعوی در احراز این هدف، نقشی تعیین‌کننده پیدا می‌کند. چنین به‌نظر می‌رسد که بسیاری از دادگاهها، بیشتر و بیشتر تمایل بر آن دارند که هدف عمومی را برای این اموال حداقل اگر از سوی کشور خوانده مورد ادعا قرار گیرد و خواهان خلاف آن را ثابت نکند، مفروض بدانند.

---

174. Foreign Trade Institute Bank Account Case, Landericht,Hamburg, 26 Mar. 1981, 65 ILR 209.

175. The Kingdom of Morocco *v.* Stichting Revalidatie Centrum "De Trappenberg", Rechtbank Amsterdam (District Court, Amsterdam), 18 May 1978 [1979] NYIL 444; 65 ILR 375.

176. General Health Insurance Company of the Czech Republic *v.* Embassy of the State of Palestine, Obvodni sond pro Prahu 6 (District Court), Prague 6/ case No. E 1426/97, 15 Dec. 1997.

177. NOGA, *supra* note 103.

بسیاری از دادگاههای اروپایی در اینکه وصف هدف استفاده از دارایی‌های کشورهای خوانده را مورد تردید قرار دهند، با احتیاط عمل می‌کنند. قضیه‌های کلاسیک، ناظر بر توقیف نافرجام حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها هستند. دادگاه قانون اساسی آلمان در جریان اظهارنظر در خصوص قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین، اصول گسترده‌ای را که از سوی شماری از دادگاههای دیگر دنبال شده، مقرر نمود. در حالی که این دادگاه به‌طور اساسی رأی داد که مصونیت اجرایی را نمی‌توان مطلق انگاشت، با تأیید یک شبه فرض به نفع اهداف حاکمیتی حساب بانکی یک سفارتخانه، بار سنگینی را بر دوش خواهانها گذاشت. این دادگاه رأی داد:

«حقوق بین‌الملل عام به‌دلیل موانع موجود در تشخیص برای قضاوت در این خصوص که قابلیت عملکرد به مخاطره افتاده و احتمال سوءاستفاده از عملکرد وجود دارد یک حوزهٔ حمایتی وسیع به نفع کشور خارجی ایجاد می‌کند و به خطر انتزاعی نوعی اشاره دارد اما به تهدید مشخصی که نسبت به قابلیت ایفای مأموریت‌های دیپلماتیک وجود دارد، اشاره‌ای نمی‌کند.... برای مقامات اجرایی کشور پذیرنده، مجبور کردن کشور فرستنده به ارائه جزئیات اهداف کنونی، گذشته یا آیندهٔ استفاده از سرمایه‌ها بدون رضایت آن کشور، مداخله در امور صلاحیت انحصاری کشور فرستنده محسوب شده و مغایر حقوق بین‌الملل است».[۱۷۸]

همچنین یک اظهار رسمی که دارایی‌های معین کشور خارجی برای اهداف عمومی به‌کار می‌روند اخیراً در رأی دیگری در آلمان در ارتباط با اوراق قرضهٔ دولت برزیل صورت گرفته است.[۱۷۹] در این قضیه، اظهارات وزیر دارایی برزیل به‌جای یک سوگند، دلیل کافی در اثبات هدف حاکمیتی بود. از منظر دادگاه،[۱۸۰] مجبور کردن کشور به ارائه دلایل بیشتر، مداخله‌ای غیرمشروع در امور داخلی برزیل محسوب می‌شود.

در راستای مسیری که دادگاه قانون اساسی آلمان ترسیم می‌نماید، دیوان عالی اتریش، طی رأیی‌در سال ۱۹۸۶ نظر داد که اجرای یک رأی نسبت به حساب بانکی یک سفارتخانه، استثنائاً به این شرط مجاز است که خواهان ثابت کند آن حساب بانکی، صرفاً برای اهداف خصوصی سفارتخانه مورد استفاده قرار می‌گیرد. دادگاه لحاظ نمود که:

«هرچند هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل نبوده که اجرای رأی علیه کشورهای خارجی را به‌طورکلی ممنوع کند، اما چنین قاعده‌ای وجود دارد که اجرای رأی نسبت به اموالی که برای

178. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22, at 186, 189 (ILR).

179. X. *v.* Brazil, Landgericht, Frankfurt am Main, 23 May 2000 [2001] Recht der Internationalen Wirtschaft 308.

180. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22.

عملکردهای حاکمیتی (سفارتخانه) به‌کار می‌روند را تجویز می‌کند. به‌خاطر مشکلات پیش‌رو برای قضاوت در این خصوص که آیا توان ایفای وظایف مأموریت دیپلماتیک به مخاطره افتاده بوده یا نه، حقوق بین‌الملل حمایت وسیعی را برای کشورهای خارجی عرضه می‌کند و به خطر انتزاعی نوعی موجود نسبت به قابلیت انجام مأموریت‌های دیپلماتیک برای انجام وظایف اشاره می‌کند و اشاره به تهدیدی مشخص در یک قضیهٔ خاص ندارد».[۱۸۱]

دیوان عالی اتریش در مورد حساب‌های مختلط، صریحاً از تصمیم خود در سال ۱۹۵۸ در دعوای نئوتسین علیه اندونزی بازگشت و اعلام داشت اجرای رأی نسبت به حساب بانکی یک مأموریت کشور خارجی فقط به شرطی غیرقابل قبول است که انحصاراً به اجرای حقوق حاکمانهٔ یک کشور صاحب حاکمیت (نمایندگی در خارج از قلمرو) اختصاص داشته باشد و اجرای رأی به شرطی قابل قبول است که اموال برای اهداف خصوصی هم مورد استفاده قرار گرفته باشند. در این قضیه دیوان عالی رأی داده بود که:

«قبل از اینکه دستور موقت صادر شود باید تحقیقاتی در این خصوص به عمل آید که آیا آنچه در بانک سپرده شده، مالی است که از معافیت دیپلماتیک برخوردار است یا حسابی برای پرداخت معاملات تجاری مشمول حقوق خصوصی می‌باشد. حقیقت این است که نمی‌توان چنین استدلال‌کرد که حساب بانکی مورد نظر به نام جمهوری اندونزی که به‌منظور هزینه‌های اقامهٔ دعوی افتتاح شده، حاکی از آن نیست که این حساب منحصراً برای ایفای حقوق حاکمهٔ یک کشور خارجی افتتاح شده (نمایندگی در خارج) و آن را نمی‌توان به‌عنوان یک دارایی دانست که مصروف فعالیتهای مشمول حقوق خصوصی می‌شود».[۱۸۲]

دادگاهی طی یک رأی در سال ۱۹۸۶ به‌طور صریح به قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین درآلمان[۱۸۳] استناد کرد و رأی داد که حساب‌های بانکی مختلط را که هم هزینه‌ها و هم مخارج یک هیأت نمایندگی را تأمین می‌کند، بدون رضایت کشور خارجی نمی‌توان موضوع عملیات اجرایی قرار داد و لذا طلبکار باید ثابت کند که حساب بانکی سفارتخانه، «تنها بابت اجرای عملیات خصوصی مصرف شده و در این صورت، مشمول اقدامات اجرایی واقع می‌شود».[۱۸۴]

---

181. L -W Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG *v.* DVA, Oberster Gerichtshof, 30 Apr. 1986, 77 ILR 489.

182. Neustein *v.* Republic of Indonesia, Oberster Gerichtshof, 6 Aug.1958, 65 ILR 3.

183. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22.

184. L-W Verwaltungsgesellschaft, *supra* note 181, at 494 (ILR).

ایدهٔ بطلان‌پذیر بودن فرض اهداف عمومی اموال تحت مالکیت دولت از سوی دیوان استیناف فرانسه هم در سال ۱۹۸۴ مورد پذیرش واقع شده است.[۱۸۵]

در انگلستان، قضیهٔ مشهور آلکام[۱۸۶] هم استدلال بسیار نزدیکی با دادگاه قانون اساسی آلمان در قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین ارائه داد.[۱۸۷] در ارتباط با هدف حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها مجلس اعیان نظر داد:

«تأییدیه رئیس هیأت دیپلماتیک در این خصوص که مال مورد نظر، مورد استفادهٔ تجاری کشور متبوع وی نبوده و چنین قصدی هم در بین نبوده است که از این اموال برای مقاصد تجاری استفاده شود، یک دلیل قاطع است مگر خلاف آن ثابت شود».[۱۸۸]

استدلال دادگاه قانون اساسی آلمان در قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین هم با واژه‌پردازی‌های مشابه توسط شورای دولتی هلند در تصمیم مورخ ۱۹۸۶ دنبال شد و رأی داد «این مطلب که قواعد حقوق عرفی در ارتباط با اجرای یک رأی دادگاه، مصونیت اجرایی را تجویز می‌کنند، چنانچه عملیات اجرایی در ارتباط با دارایی‌هایی باشد که قرار است برای اهداف عمومی به مصرف برسند، حتی اگر دادگاه صادرکنندهٔ رأی طبق این قواعد صلاحیت این اقدام را داشته باشد، محل تردید است». شورای دولتی هم اظهار داشت:

«سفارت ترکیه در لاهه اعلام داشته که تمام وجوه حساب توقیف شده به‌منظور پرداخت هزینه‌های سفارت ترکیه در لاهه جهت اجرای مأموریت‌های خود، توسط دولت ترکیه به حساب بانکی مزبور انتقال یافته است.... صدور اعلامیه‌ای این چنین را باید مبنایی کافی برای این فرض تلقی کرد که قصد بر این بوده که این وجوه در واقع برای اهداف عمومی کشور ترکیه مورد استفاده واقع شود».[۱۸۹]

شورای دولتی هلند ادامه داد:

---

185. Société Eurodif , *supra* note 131.

دارایی‌های متعلق به یک کشور خارجی، فرض می‌شود که ناظر بر یک فعالیت عمومی هستند؛ لذا این طلبکاران دولت هستند که باید به هر روشی ثابت کنند دارایی‌های توقیف شده به یک فعالیت اقتصادی یا تجاری تحت حقوق خصوصی مربوط می‌شود.

186. Alcom *v.* Colombia, *supra* note 119.

187. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22.

188. Alcom *v.* Colombia, *supra* note 119, at 187 (ILR).

189. MK, *supra* note 59, at 360 (ILR).

«الزام هیأت نمایندگی ترکیه در هلند به ارائهٔ جزئیات و دلایل بیشتر که وجوه از این حساب به چه حسابی واریز شده است طبق حقوق بین‌الملل، مداخله‌ای غیرموجه در امور داخلی این هیأت به حساب می‌آید».[۱۹۰]

این طرز استدلال در آراء دیگر نیز مورد تأیید مجدد قرار گرفته است. دادگاه دیگری در هلند رأی داد:

«طی نامه‌ای که از معاون وزیر خارجه واصل شد و یادداشتی که سفارت در هلند ارسال داشته اظهار گردیده که در نظر بوده تا موجودی‌های اعتباری حساب بانکی توقیف شده برای اجرای امور سفارتخانه به‌کار روند و همین برای دفاع از این فرض که قصد بر این بوده که وجوه موجود برای خدمات عمومی مصرف شوند، کفایت می‌کند. این به خوانده بستگی داشت که با استناد به امور موضوعی و یا اوضاع و احوال درصدد دفاع از ادعای خود برآید. خوانده به اشتباه تقاضا می‌کند که سفارت باید اطلاعات بیشتری دربارهٔ ماهیت حوزهٔ موجودی‌های سپرده شده در بانک ارائه دهد چرا که این امر، مستلزم مداخله‌ای غیرقابل قبول درامور داخلی این هیأت، تحت حقوق بین‌الملل می‌باشد».[۱۹۱]

می‌توان رویکرد مشابهی را در دعاوی مطروحه نزد دادگاههای ایتالیا مشاهده نمود. برای نمونه، دادگاه استیناف ایتالیا در دعوای بانامار- کاپیزی علیه سفارت جمهوری الجزایر رأی داد:

«دعاوی مربوط به توقیف یا اجرا خارج از صلاحیت رسیدگی این دادگاه هستند چرا که به‌نظر می‌رسد وجوه مورد نظر در این دعاوی برای تأمین هزینه‌های لازم جهت ایفای اهداف حاکمیتی اختصاص یافته‌اند. بنابراین اگر تمام یا بخشی از این وجوه به‌طور مؤثر برای این اهداف به‌کار رفته باشند هر تلاشی برای بررسی این دعوی ناچاراً به مداخله‌ای غیرمشروع در امور هیأت دیپلماتیک کشور مزبور منجر خواهد شد».[۱۹۲]

حداقل در بدو امر به‌نظر می‌رسید که دادگاههای بلژیک تمایل دارند که به هدف زیربنایی دارایی توجه کنند. در دو رأی مورخ ۱۹۹۵ دادگاه بروکسل رأی داد که تعیین این موضوع حائز اهمیت بوده است که آیا کل یا جزئی از وجوه توقیف شده به فعالیتهای حاکمیتی

---

190. *Ibid*.

191. Netherlands *v.* Azeta, *supra* note 168.

192. Banamar-Capizzi *v.* Embassy of the Republic of Algeria, Corte di Cassazione, 4 May 1989, 87 ILR 56, at 60.

اختصاص داشته‌اند یا نه. در دعوای جمهوری زئیر علیه هوپ، دادگاه رأی داد که اختیـار بررسـی دارایی‌های متعلق به یک کشور برای تعیین ماهیت آن اموال را دارد.[۱۹۳] از آنجا که کشور خوانده، قادر به ارائهٔ هرگونه دلیل و مـدرکی بـر اینکـه حـساب‌هـای بـانکی توقیـف شـده سـفارت بـه فعالیت‌های حاکمیتی اختصاص داشته، نبوده است، دادگاه به مصونیت اجرایی رأی نـداد. بـا ایـن حال دادگاه پژوهش بروکسل از این قاعده تخطی نمـوده و رأی داد کـه یـک کـشور خـارجی را نمی‌توان مجبور به اثبات ماهیت سرمایه‌اش نمود.[۱۹۴]

در دعوای عراق علیه سادومز، عکس همین موضوع روی داد. دادگاه مدنی بروکسل نظـر داد که اثبات هدف عمومی وجوه دولت بر عهدهٔ کشور خوانده اسـت.[۱۹۵] ایـن تـصمیم در مرحلـهٔ پژوهشخواهی توسط دادگاه پژوهش بروکسل نقض رأی مزبور که بر این فرض اسـتوار بـود کـه حساب‌های بانکی سفارت، هدف عمومی داشته‌اند. مضافاً دادگاه رأی داد که الزام یک کـشور بـه اثبات اهداف حاکمیتی در حساب‌های بانکی سفارتخانه‌ها مغایر اصل مصونیت خواهد بود.[۱۹۶]

در دعوایی که در سال ۲۰۰۰ در دادگاه پژوهش بروکسل مطرح شد، این دادگاه بـه‌طـور صریح، بطلان‌پذیر بودن فرض اهداف عمومی سرمایه‌های سفارت را تأیید کرد.[۱۹۷]

به‌نظر می‌رسد دادگاههای سوئیس هم برای پذیرش فرض اهداف عمـومی سـفارتخانه و حساب‌های بانکی مقامات کنسولی بیشتر آمادگی دارند و این در حالی است کـه حـداقل در بـدو امر، نگرش مضیق‌تری حاکم بود. دادگاه فدرال سوئیس در قضیه‌ای در سال ۱۹۸۲ قراری صـادر کرد که مبتنی بر ارائهٔ اطلاعات بیشتر از یک مقام کنسولی دربارهٔ یک حساب بانکی به‌نام پرسنل بود که هم بابت مخارج شخصی وهم هزینه‌های کنسولی به مصرف می‌رسید.[۱۹۸] همـین دادگـاه طی پرونده‌ای در سال ۱۹۸۶ از الغای دستور توقیف دادگاه پایین‌تر سوئیس به این دلیل که کشور

---

193. Zaire *v.* d'Hoop and Another, Tribunal civil, Brussels, 9 Mar. 1995 [1995] T 567., 106 ILR 294.

194. République du Zaïre *v.* d'Hoop et crts, Cour d'Appel, Brussels, 8 Oct. 1996 [1997] T 100.
«به‌موجب اصل حاکمیت و اصل مصونیت، نمی‌توان یک کشور خارجی را مجبور کرد که ماهیت سرمایهٔ توقیف شـدهٔ خـود را ثابت کند».

195. Irak *v.* SA Dumez, Tribunal civil, Brussels, 27 Feb. 1995 [1995] T 565; 106 ILR 284, at 290.

196. Etat d'Irak *v.* Vinci Constructions Grands Projets SA de droit francais, Cour d'Appel, Brussels, 4 Oct. 2002 [2003] T 318.
«وجوه سپرده شده در حساب بانکی یک هیأت دیپلماتیک چنین فرض مـی‌شـود کـه بـه اهـداف حـاکمیتی اختـصاص دارد. درخواست از یک کشور جهت اثبات هدف این سرمایه، مغایر اصل مصونیت خواهد بود که بنابر تعریف، متضمن یک فرض به نفع دولت است».

197. Leica AG *v.* Central Bank of Iraq et Etat irakien, Cour d'Appel, Brussels, 15 Feb. 2000 [2001] JT 6.

198. Griessen *v.* Autorité de surveillance des offices de poursuite pour dettes et de faillite du canton de Genéve, Tribunal fédéral suisse,Chambre des poursuites et faillites, 23 Dec. 1982, ATF 108 III 107; 82 ILR 5.

پژوهشخواه هیچ مدرکی در ارتباط با اهداف مقرر جهت تودیع وجوه ارائه نداده است و بدین ترتیب بخشی از دارایی‌های مالی خصوصی بانک مرکزی لیبی را تشکیل می‌دهد، امتناع ورزید.[۱۹۹] در پرونده‌ای در سال ۱۹۹۰ دادگاه فدرال رأی داد که مقامات سوئیس از این حق برخوردار بوده‌اند که به یادادشت‌های دیپلماتیک ناظر بر عملکردهای حاکمیتی خاص حساب‌های بانکی نگاهداری شده به‌نام یک مأموریت دائمی خارجی در ژنو در نبود هر مدرکی مغایر آن استناد کنند.[۲۰۰]

ز ـ سایر اموال کشور

در حالی که حساب‌های بانکی سفارتخانه یا کنسولگری در اغلب دعاوی، مبنای اجرای رأی علیه کشور خارجی واقع می‌شوند، ممکن است دیگر دارایی‌های ملموس و غیرملموس هم موضوع تلاش برای اتخاذ اقدامات اجرایی قرار گیرد. در این موارد، هدف استفاده از دارایی‌هاست که معمولاً به‌عنوان معیار تشخیص این مطلب به‌کار می‌رود تا معلوم شود آیا اموال مورد نظر باید با مصونیت حمایت شوند یا نه. برای نمونه، در جریان دعوایی در فرانسه که درصدد اجرای حکم داوری علیه یوگسلاوی بودند، بدهی‌های یوگسلاوی به خط هوایی ملی فرانسه مشمول توقیف واقع نشد چون قصد بر این بود که هزینه‌های پرواز اضافی را که به‌طور مستقیم به اجرای اختیارات انحصاری آن کشور در مورد حاکمیت ملی و بین‌المللی آن کشور همچون اعمال حاکمیت بر سرزمین و فضای هوایی مربوط بود، پوشش داده شود.[۲۰۱]

اعمال معیار هدف در مورد سایر اموال دولتی هم در پرونده‌ای که در سال ۱۹۷۱ در بلژیک مطرح شد، مورد تأیید قرار گرفت. در این دعوی خواهان درصدد توقیف فیلمی بود که برای کشور لیبریا، ساخته شده بود. مطابق رأی دادگاه بلژیک:

«راه‌حل این مشکل را باید در پرتو هدف کشوری که اموالش مورد توقیف قرار گرفته یا قرار است مورد توقیف قرار گیرد، جستجو نمود. اگر اموال برای اهداف حاکمیتی اختصاص یافته یا به مصرف رسیده باشند، توقیف، حتی توقیف احتیاطی میسر نیست چرا که حتی در مورد توقیف احتیاطی، آزادی مصرف و تخصیص اموال توقیف شده، تحت‌الشعاع قرار خواهد گرفت و اهداف مورد نظر کشور، نقش برآب خواهد شد یا صدمه خواهد دید».[۲۰۲]

---

199. Actimon, *supra* note 160. at 36 (ILR).

200. Z. *v.* Geneva Supervisory Authority , *supra* note 58, at 207 (ILR).

201. Socialist Federal Republic of Yugoslavia *v.* Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises, Crédit Lyonnais, Air France and Others, Tribunal de grande instance, Paris, 3 July 1985, 82 ILR 58, at 73.

202. NV Filmpartners, Tribunal Civil, Brussels, 27 July 1971, 65 ILR 26, at 28.

بر این اساس، دادگاه، توقیف فیلمی را که تصور می‌شد بدون تردید، صرف ستایش رئیس کشوری می‌گردید که عکس وی در فیلم‌ها دیده می‌شد و در ارتقای منزلت آن کشور در کنار شخصیت‌سازی رئیس کشور نقش داشت، مجاز ندانست.[۲۰۳]

د ـ سایر تدابیر اجرایی نظیر تدابیر اجرایی موقتی پیش از رأی دادگاه

وقتی تدابیری اجباری با هدف اجرای احکام دادگاهها علیه یک کشور به‌کار بسته می‌شود، قبل از اینکه رأی نهایی صادر شود، اتخاذ تدابیر موقتی لازم است. مهمترین تدابیر موقتی توقیف اموال پیش از رأی دادگاه می‌باشد که به‌منظور تأمین اموال برای اجرای نهایی حکمی که بعداً صادر می‌شود، صورت می‌پذیرد. این روش غالباً نسبت به توقیف حساب‌های بانکی[۲۰۴] و توقیف کشتی‌های تجاری اعمال می‌شود.[۲۰۵] این سؤال مطرح است که آیا قواعد مربوط به مصونیت اجرایی نسبت به اقدامات موقتی هم اعمال می‌شود یا آیا قواعد مجزایی در این خصوص وجود دارد یا نه. چنین به‌نظر می‌رسد که رویهٔ مستقر اغلب دادگاههای کشورهای اروپایی به این تفاوت بی‌توجه بوده و معیار یکسانی را در مورد مجاز بودن اتخاذ تدابیر قبل و بعد از رأی دادگاه به‌کار می‌بندند.[۲۰۶] برای نمونه، دادگاه استیناف ایتالیا رأی داد:

«بنابر یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی،دارایی‌های یک کشور خارجی از تدابیر موقتی و اجرایی معاف هستند، مشروط به اینکه این دارایی‌ها برای اجرای عملکردهای حاکمیتی یا حصول اهداف عمومی مصرف شده باشند. پس هم در مورد اقدامات اجرایی و هم در مورد اقدامات احتیاطی می‌توان مصونیت قضائی را نسبت به فعالیت‌های صورت گرفته در راستای انجام اختیارات یک مرجع عمومی اعمال نمود درحالی‌که این مصونیت مشمول فعالیت‌های خصوصی نمی‌شود».[۲۰۷]

آراء دادگاههای آلمان در قضیهٔ بانک مرکزی نیجریه و قضیهٔ نیوک هم مربوط به توقیف،[۲۰۸] قبل از رأی دادگاه بود که در هر دو پرونده، معیار هدف که در مورد دعاوی اجرای احکام عادی نیز به‌کار می‌روند، اعمال گردید.[۲۰۹] همچنین دادگاههای سوئیس به‌همین موازین

203. *Ibid*.
204. Neustein *v.* Indonesia, *Supra* note 182.
205. Russia *v.* Pied-Rich BV, *supra* note 148.
206. Schreuer, *supra* note, 1, at 162.
207. Libia *v.* Condor Srl, Corte di Cassazione, 23 Aug. 1990 [1991]Rivista di diritto internazionale 679.
208. Central Bank of Nigeria Case, *supra* note 163.
209. NIOC Revenues Case, *supra* note 26.

هم در دعاوی توقیف قبل از رأی و هم دعاوی اجرای رأی نهایی دادگاه متوسل شده‌اند.[۲۱۰]

قانون مصونیت دول خارجی ایالات متحده، قایل به تفکیک مهمی با ممنوع ساختن توقیف قبل از رأی به‌منظور اثبات صلاحیت دادگاههای امریکا و الزام عمومی انصراف صریح از توقیف قبل از رأی می‌شود.[۲۱۱] قانون مصونیت دولتی انگلستان هم رضایت مکتوب را برای اعطای هرگونه معافیت، شرط می‌داند[۲۱۲] مثل اینکه دستور ماروا[۲۱۳] خوانده را از جابجایی و انتقال سرمایه‌ها از کشور مقر دادگاه ممنوع نمود. برخلاف قاعده استقرار یافته در قضیهٔ ترندتکس[۲۱۴] که طبق حقوق کامان‌لا مورد تصمیم‌گیری واقع شد، توقیف اموال کشور که برای اهداف تجاری مورد استفاده هستند، طبق قانون مصونیت دولتی انگلستان قبل از حکم دادگاه مجاز نیست.[۲۱۵]

پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل به‌طور خاص تدابیر قبل از صدور رأی را که به‌منظور جلوگیری از بروز موقعیتی که کشور خوانده تلاش کند، اجرای یک رأی نهایی را عقیم سازد، مجاز شناخته است.[۲۱۶]

درحالی‌که پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل قایل به تفاوتی میان این دو نوع تدابیر اجباری نیست، کنوانسیون سازمان ملل متحد، تفکیک روشنی در دو مادهٔ مستقل میان تدابیر قهری قبل و بعد از صدور رأی دادگاه به عمل می‌آورد. در نتیجهٔ معرفی این تمایز جدید، تدابیر قبل از صدور رأی، تنها هنگامی که رضایت وجود داشته باشد یا این تدابیر قرار باشد نسبت به اموال خاصی صورت گیرد، مجاز خواهد بود[۲۱۷] و در مورد اموالی که برای اهداف تجاری به‌کار می‌روند، عملی نیست.[۲۱۸]

---

210. See RAU *v.* Dane X., *supra* note 41; Weston, *supra* note 40; République Arabe d'Egypte *v.* Cinetel, *supra* note 32.

۲۱۱. شق (د) مادهٔ ۱۶۱۰ قانون مصونیت حاکمیت خارجی ایالات متحده.

۲۱۲. بندهای دوم و سوم مادهٔ ۱۳ قانون مصونیت دولتی انگلستان.

213. Mareva Compania Naviera SA *v.* International Bulk Carriers Ltd [1975] 2 Lloyd's Rep. 509.

214. Trendtex *v.* Central Bank of Nigeria , *supra* note 157.

215. Fox, *supra* note 1, at 409.

۲۱۶. مادهٔ ۸ پیش‌نویس کنوانسیون انجمن حقوق بین‌الملل مقرر می‌دارد: «در شرایط استثنائی ممکن است دادگاه، دستور موقتی در ارتباط با اموال یک کشور خارجی صادر کند که متضمن توقیف، بازداشت یا اجرا ازجمله توقیف دارایی‌ها تحت این کنوانسیون باشد به شرطی که یک طرف علی‌الظاهر ثابت کند این دارایی‌ها ممکن است از محدوده‌های سرزمینی کشور مقر دادگاه جابجا شود یا در آن سرزمین تلف شود که در این صورت احتمال اجرای حکم دادگاه از بین می‌رود».

۲۱۷. مادهٔ ۱۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد.

۲۱۸. این استثناء تنها در ارتباط با تدابیر قهری پس از صدور رأی دادگاه وجود دارد که در مادهٔ ۱۹ کنوانسیون ملل متحد مورد توجه قرار گرفته است.

٤ـ نتیجه‌گیری

این تجزیه و تحلیل از رویهٔ دادگاههای کشورهای اروپایی در ارتباط با مصونیت اجرایی، مؤید ظهور اصول معینی در این رشته از حقوق است که در تلاشهای اخیر به‌منظور تدوین این قواعد همچون کنوانسیون سازمان ملل متحد انعکاس یافته است.[۲۱۹] این امر، مبین تحکیم رویکرد مضیقی است که اتخاذ تدابیر اجرایی علیه اموالی را که به‌روشنی در خدمت اهداف غیردولتی‌هستند، مجاز می‌شمرد. در عین حال، رویهٔ قضائی کشورهای اروپایی در خصوص مصونیت اجرایی، بخودی خود، دلالت بر سطح نسبتاً بالایی از تعامل فرا قضائی میان دادگاههای کشورهای گوناگون دارد. این حقیقت را می‌توان در رویهٔ دادگاههای آلمان در قضیهٔ حساب بانکی سفارت فیلیپین[۲۲۰] دید که در آلمان مورد بررسی قرار گرفت و پس از در نظر گرفتن دیگر سوابق در سایر کشورها، هریک از دادگاههای کشورهای اروپایی به نوبهٔ خود به آن پرداختند.[۲۲۱]

البته هنوز مشکل محدودیت‌های عملی وجود دارد که ممکن است دادگاههای ملی را از نظر انداختن به ماورای نظامهای حقوقی خود باز دارد. ازجملهٔ این موانع، عدم دسترسی به آراء دادگاههای کشورهای دیگر یا حداقل عدم دسترسی به نسخ ترجمه شده است. ولی این مشکل در نتیجهٔ ارتقای قابلیت دسترسی به تصمیمات دادگاههای ملی در اینترنت به‌وضوح تقلیل پیدا کرده است. همچنین به‌نظر می‌رسد که ریسک ناشی از آنکه دادگاههای ملی ممکن است کمتر متمایل باشند که در پی تدوین قواعد مصونیت دولتی، رویه‌های قضائی دادگاههای خارجی را نیز مد نظر قرار دهند مثل آنچه در انگلستان روی داد، موضوعیت خود را از دست داده است. بلکه برعکس، حقوق مصونیت اجرایی دولت ثابت کرده است که می‌تواند زمینه‌ای برای بارورسازی متقابل حقوق موضوعهٔ قضائی باشد.

---

۲۱۹. کنوانسیون سازمان ملل متحد.

220. Philippine Embassy Bank Account Case, *supra* note 22.

221. See *supra* text starting at note 27.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۱۲۲ـ۹۱، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۱۱/۲۴، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۱۲/۱۷

مسئولیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق

علی داعی *

چکیده

در طول هشت سال دفاع مقدس حدود ۴۰/۰۰۰ ایرانی به اسارت نظامیان عراقی درآمدند. علی‌رغم اینکه دولت عراق طرف کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و ملزم به قواعد عرفی حمایت از اسیران جنگی بود، ابتدایی‌ترین حقوق اسیران جنگی ایرانی رعایت نمی‌شد. تا حدی که می‌توان گفت عملکرد عراقی‌ها در این زمینه کلکسیونی از موارد نقض عمده حقوق بین‌الملل بشردوستانه بود. با توجه به اینکه این اقدامات جنایت جنگی محسوب و موجب مسئولیت کیفری فردی و مسئولیت بین‌المللی دولت براساس حقوق بین‌الملل می‌شوند، در این جستار ضمن بررسی اصول و قواعد مربوط به حمایت از اسیران جنگی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، با استناد به دو گزارش هیأت‌های تحقیق دبیرکل سازمان ملل در سالهای ۱۹۸۵ و ۱۹۸۸، گزارش‌های بازدید نمایندگان کمیته بین‌المللی صلیب سرخ از بازداشتگاههای اسیران ایرانی در عراق، مصاحبه با تعدادی از اسیران آزاد شده ایرانی و کتب خاطرات آنان، موارد نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق مستند خواهد شد. به‌دنبال آن مسئولیت کیفری جنایتکاران جنگی عراقی و مسئولیت بین‌المللی دولت عراق مطرح و شیوه‌های جبران خسارت اسیران جنگی ایرانی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی: اسیران جنگی، کنوانسیون سوم ژنو، قربانیان نقض‌های عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تکلیف رعایت و تضمین رعایت، مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت بین‌المللی دولت، شیوه‌های جبران خسارت.

---

* . دانشجوی دورهٔ دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبایی. نگارنده بر خود فرض می‌داند از راهنمایی‌های استاد گرامی جناب دکتر امیرحسین رنجبریان در تکمیل مقاله تقدیر و تشکر نماید.

مقدمه

نیروهای مسلح عراق در ۳۱ شهریور سال ۱۳۵۹ شمسی با تهاجمی غافلگیرانه و تمام عیار از مرزهای ایران اسلامی گذشته و مسافتی به طول ۱۵۰۰ کیلومتر از نوار مرزی کشورمان را به اشغال خود درآوردند. این‌گونه بود که جنگی هشت ساله بر ملت ایران تحمیل شد؛ جنگی که تلفات و قربانیان فراوانی به‌دنبال داشت. یک‌دسته از قربانیان این جنگ نابرابر، اسیران جنگی ایرانی بودند که در بازداشتگاههای اعلام شده، مخفی یا زندان‌های مخوف عراق، هدف انواع رفتار غیرانسانی و انتقام‌جویی رژیم حاکم در عراق قرار داشتند و علی‌رغم اینکه ایران و عراق طرفهای کنوانسیون سوم ۱۹۴۹ ژنو بودند،[1] ابتدایی‌ترین حقوق اسیران جنگی ایرانی رعایت نمی‌شد. تا حدی که می‌توان گفت عملکرد عراقی‌ها در این زمینه کلکسیونی از موارد نقض عمدهٔ کنوانسیون سوم ژنو بود.

هدف از نگارش این مقـاله آن است تا ضمن آشنایی با حقوق اسیران جنگی بر پایهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه، موارد نقض حقوق اسیران ایرانی در عراق احصاء و به‌دنبال آن جوانب مختلف مسئولیت‌های ناشی از نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در بازداشتگاههای عراق بررسی شود تا مسئولیت دولت عراق به دست فراموشی سپرده نشود و عاملان آن نیز بدانند روزی به دست عدالت سپرده خواهند شد. نوآوری این جستار در آن است که تاکنون این موضوع به‌عنوان موضوعی خاص مورد بررسی قرار نگرفته است.

به‌منظور اثبات موارد نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق، علاوه بر استناد به اظهارات اسیران ایرانی آزاده شده، با توجه به اینکه دسترسی به گزارش‌های کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به همت کمیسیون حمایت از اسراء و مفقودین نیز فراهم شد، موارد نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی به‌واسطه استناد به مصاحبه‌ها، گزارش‌های بازدید کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ از بازداشتگاههای اسیران ایرانی در عراق و دو گزارش هیأت‌های تحقیق دبیرکل سازمان ملل در سال‌های ۱۹۸۵ و ۱۹۸۸ مستند شده و در مواردی به کتب خاطرات اسیران ایرانی آزاد شده نیز ارجاع داده شده است. با توجه به اینکه نگارنده خود نیز قریب هشت سال را در بازداشتگاههای عراقی سپری کرده است و خود شاهد و قربانی بسیاری از نقض‌های حقوق بشردوستانه بوده است؛ به‌نظر می‌رسد که با استفاده از این روش جای هیچ‌گونه شبه در راستی‌آزمایی موارد مطروحه باقی نماند.

کوتاه سخن آنکه، در این جستار با قواعد و ساز و کارهای حقوق بین‌الملل بشردوستانه

---

۱. عراق در ۱۹۵۶/۰۲/۱۴ برابر با ۱۳۳۴/۱۱/۲۵و ایران در تاریخ ۱۹۵۷/۰۲/۲۰ برابر با ۱۳۳۵/۱۲/۰۲بـه کنوانـسیون سـوم ملحق شدند. رک.

http://www. icrc. org/ihl. nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P

در حمایت از اسیران جنگی آشنا می‌شویم، موارد نقض حقوق اسیران ایرانی در عراق را اثبات می‌نماییم، مسئولیت کیفری فردی و مسئولیت بین‌المللی دولت عراق و تاثیر تحولات عراق بر مسئولیت بین‌المللی ناشی از نقض حقوق بشردوستانه نسبت به اسیران جنگی را طرح و شیوه‌های جبران خسارت اسیران ایرانی را بررسی کرده و توصیه‌هایی در این زمینه ارائه می‌دهیم. در ضمن به‌منظور احتراز از اطاله کلام در این مقاله از علائم و اختصارات زیر استفاده شده است:

ک ۱ (کنوانسیون اول ۱۹۴۹ ژنو)؛
ک ۲ (کنوانسیون دوم ۱۹۴۹ ژنو)؛
ک ۳ (کنوانسیون سوم ۱۹۴۹ ژنو)؛
ک ۴ (کنوانسیون چهارم ۱۹۴۹ ژنو)؛
پا ۱ (پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهای ژنو)؛
پا ۲ (پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای ژنو).

گفتار اول
حمایت از اسیران جنگی در حقوق بین‌الملل

در دوران کهن اسارت با مرگ و یا بردگی مترادف بود. تنها در تمدن‌های بزرگی مانند تمدن ایران باستان[۲] و یا بعدها در دوران تمدن اسلام، اسیران جنگی به نوعی تحت حمایت قرار داشتند.[۳] این رویه تا آغاز قرن هفدهم میلادی ادامه داشت تا اینکه رفته‌رفته تلاش علمای حقوق و منادیان انسان‌گرایی به ثمر نشست و در پایان قرن هفدهم میلادی، تدوین اصول و قواعد مربوط به حمایت از اسیران جنگی و تحول در این راستا آغاز شد. این قواعد تا مدتها جنبهٔ عرفی داشتند ولی رفته‌رفته در اسناد بین‌المللی مهمی تدوین و به الزامات معاهده‌ای تبدیل شدند.

---

۲. مانند اینکه کوروش کبیر (در قرن هفتم قبل از میلاد) در زمینهٔ رفتار انسانی با اسیران جنگی دستوراتی دارد. وی دستور داد مجروحین کلدانی مانند مجروحین سپاه ایران مداوا شوند. به نقل از:
Dieter Fleck & others , "*The Hand Book of Humanitarian Law in Armed Conflicts*", New York: Oxford University Press, 1995, p. 12.

۳. به‌عنوان مثال در جنگ بدر اسیری از پیامبر اکرم (ص) تقاضای آزادی کرد و آن حضرت، وی را به شرط اینکه دیگر در جنگ با مسلمانان شرکت نکند، آزاد کرد. (مستدرک، ج ۱۱، ص ۱۲۰، ح ۱۲۵۸۷) و یا اینکه ایشان پس از فتح مکه تمام مردم مکه اعم از رزمنده و غیررزمنده را عفو کردند. (کافی، ج ۳، ص ۵۱۲، ح ۲ و ج ۵، ص ۱۰، ح۲) جهت اطلاع بیشتر رک. محقق داماد، مصطفی، جایگاه حقوق بشردوستانه در علم سیَر اسلام، در بررسی تحولات اخیر بشردوستانه بین‌المللی: مجموعه مقالات نخستین همایش حقوق بشردوستانه بین‌المللی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (دبیرخانه کمیته ملی حقوق بشردوستانه، تهران، سرسم، ۱۳۸۲ ص ۸۹).

ازجمله اعلامیهٔ بروکسل ۱۸۷۴ (مواد ۲۳ و ۲۴)،[۴] فصل دوم از مقررات لاهه منظم بـه عهدنامـهٔ چهارم مورخ ۱۹۰۷ (مواد ۴ تا ۲۰)،[۵] کنوانسیون ۲۷ ژوئیهٔ ۱۹۲۹ ژنـو،[۶] کنوانـسیون سـوم ۱۹۴۹ ژنو[۷] وبالاخره موادی از پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ [۸] به کنوانسیون‌های ژنو، ازجمله مواد (مواد ۱، ۵، ۶، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷ و ۷۵).

بر پایهٔ این مقررات، تنها رزمندگان و افرادی که رزمنده محـسوب مـی‌شـوند از وضـعیت «اسیر جنگی» و از حمایت‌های مربوطه برخوردار می‌شوند (مـادهٔ ۴ ک۳ و مـواد ۴۳و ۴۴ پـا۱).[۹] آنان علی‌رغم اینکه در مخاصمات مسلحانه شرکت داشته‌اند، تبهکار نیستند. انسانهای بی‌گنـاهی هستند که در راستای سیاست دولت خود، در مخاصمات مسلحانه شرکت کـرده‌انـد؛ لـذا شـرکت آنان در مخاصمات مسلحانه قانونی است (بند (۲) مادهٔ ۴۳ پا ۱).[۱۰]

بر پایهٔ این ملاحظات و اقتضای انسانیت، به‌محض اینکه رزمنـدهٔ طـرف مخاصـمه و یـا سایر افرادی که رزمنده محسوب می‌شوند و دیگر به‌طور مستقیم در جریان نبرد قـرار ندارنـد، در اختیار طرف مقابل قرار می‌گیرند، وضعیت اسیر جنگی آغـاز مـی‌گـردد. (مـواد ۴ و ۶ ک۳ و۴۱-۴۴- ۴۵ پا۱). طرف مخاصمه‌ای که سلاحش را به زمین گذاشته است و وسیله‌ای برای دفـاع از خود ندارد، تسلیم شده است و یا به هر دلیلی قادر به نبرد و یا دفاع از خـود نیـست، نبایـد هـدف حمله قرار گیرد (مادهٔ ۴۱ پاراگراف ۱ پا ۱، مادهٔ ۲۳ پاراگراف ۱ مقـررات لاهـه)، وی بایـد اسـیر گرفته شود. بنابراین از لحظهٔ آغاز اسارت تا خاتمهٔ آن و بازگشت به میهن، جـان، مـال، سـلامت

---

4. Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874.

5. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, *available at*: http://www. icrc. org/ihl. nsf/TOPICS?OpenView.

6. Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 27 July 1929, *available at*: http://www. icrc. org/ihl. nsf/TOPICS?OpenView.

7. Geneva Conventions of 12 August 1949 Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949 *available at*: http://www. icrc. org/ihl. nsf/TOPICS?OpenView.

8. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. at: http://www. icrc. org/ihl. nsf/ TOPICS?OpenView.

۹. جهت اطلاع بیشتر رک.

Lapidoth Ruth , " Qui A Droit au Statut de Prisonnier de Guerre" *Revue Generale de Droit International Public*, 1978, pp. 170 - 210. & Murphy Ray, " Prisoner of War Status and the Question of the Guantanamo Bay Detainees" *Human Rights Law Review*, 2003, Vol. 3, pp. 257-278.

۱۰. رک.

Marko Sassoli & Others , "*How Does Law Protect in War :Cases, Documents, and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law* "Geneva, ICRC , 1999,Vol. 1, p. 121.

روحی و جسمی، شرافت و حیثیت آنـان محتـرم و تحـت حمایـت اسـت. «قـدرت اسـیرگیرنده» مسئول تضمین رفتار انسانی و احترام به اسیران جنگی اسـت(مـواد ۱۲، ۱۳ و ۱۴ک۳). بـه ایـن مفهوم که ملزم است اسیران سالم و مجروح را تحت مراقبت قرار دهد (مادهٔ ۱۵ ک۳)، آنان را در شرایط انسانی نظیر نیروهای مسلح متبوع خود به مناطق امن و سپس به بازداشتگاههای دائمـی منتقل نماید (مواد ۱۹ و ۲۰ ک۳). تفتیش و بازجویی اسیران جنگی به‌منظـور شناسـایی هویـت آنان مجاز ولی غارت اموال و یا کسب اطلاعات نظامی از آنان و شکنجه ممنوع است (مواد ۱۷و ۱۸ ک۳).

در ضمن تنها هدف از بازداشت اسیران جنگـی ممانعـت از شـرکت آنـان در مخاصـمات مسلحانه است بنابراین شرایط اسکان، زیست، بهداشت و مراقبت‌های پزشـکی آنـان بایـد نظیـر نیروهای مسلح متبوع «قدرت اسیرگیرنده» باشد (مواد ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۶، ۲۷، ۲۹، ۳۰ و ۳۱ ک۳). افسران، زنان و سالخوردگان باید از رفتار ترجیحی برخوردار باشـند (مـادهٔ ۱۴ و مـواد ۴۳ تـا ۴۵ ک۳). هر اسیر جنگی، حداکثر یک هفته پس از آنکه به بازداشتگاه منتقل شد (اعم از بازداشـتگاه ترانزیت یا دائم) و اعم از اینکه به‌دلیل بیماری یا جراحت به بیمارستان منتقـل شـده باشـد) بایـد بتواند طی کارتی که به وی داده خواهـد شـد خـانواده و آژانـس اطلاعـات اسـیران جنگـی را از وضعیت خود مطلع کرده و پس از آن به‌طور مستمر با آنان مکاتبه نمایـد. «قـدرت اسـیرگیرنده» موظف است دسترسی اسیران جنگی به نمایندگان قدرت حامی و یا کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ و مقامات رسمی و امکان تداوم مکاتبهٔ اسیران جنگی با بستگانشان را فراهم و فعالیت‌های دینی، آموزشی، ورزشی و تفریحی آنان را تشویق نموده و امکانات لازم را در این جهت در اختیـار آنـان قرار دهد (مواد ۳۴، ۳۵، ۳۸، ۷۰، ۷۱، ۱۲۲، ۱۲۳ ک۳).

استفاده از نیروی کار اسیران جنگی در شرایط انسانی مجاز ولی بیگاری و بردگی ممنوع است (مواد ۴۹ تا ۵۷ ک۳). اسیران جنگی اهلیت حقوقی خود را حفظ کـرده و در صـورت لـزوم می‌توانند آن را به اجرا بگذارند (مادهٔ ۷۷ ک۳). در ازای این حمایـت‌هـا، اسـیران جنگـی مکلـف هستند به مقررات حاکم در نیروهای مسلح «قدرت اسـیرگیرنده» احتـرام بگذارنـد. نقـض ایـن مقررات حسب مورد، تنبیه‌های انضباطی و یا مجازات قضائی به‌دنبال خواهد داشـت ولـی در هـر حال تنبیه بدنی فردی و یا دسته جمعی، تنبیه و مجازات‌های ظالمانه و خشن ممنوع است و اصل دادرسی عادلانه باید مراعات گردد (مواد ۸۰ تا ۹۰ و مواد ۹۵ تا ۹۸ و مواد ۹۹ تا ۱۰۸ ک۳).

علاوه بر تکالیف فوق‌الذکر، «قدرت اسیرگیرنده» مکلف است اسـیران معلـول و بیمـاران صعب‌العلاج را حین مخاصمات به میهن بازگرداند (مواد ۱۰۹ تا ۱۱۳ ک۳). فوت، فـرار موفـق و خاتمهٔ مخاصمات مسلحانهٔ فعال موجب خاتمهٔ اسارت می‌شود و در انجـام تکـالیف فـوق، تقابـل

نقشی ندارد (مواد ۹۱، ۱۱۸ تا ۱۲۰ ک۳). ناگفته نماند، از یک‌سو، اسیر جنگی نمی‌تواند از حقوق اعطایی اعراض و یا اغماض نماید (ماده ۷ ک۳) از سوی دیگر، نقض برخی از موارد پیش گفته ازجمله قتل عمد، شکنجه و رفتار غیرانسانی، آزمایش‌های پزشکی و بیولوژیکی، وارد آوردن درد و رنج و یا جراحت شدید جسمی، وادار کردن اسیر به خدمت در نیروهای مسلح دشمن، محروم کردن اسیر از حق دادرسی عادلانه (مادهٔ ۱۳۰ک ۳ و مادهٔ ۸۵ (۴) (b) پا ۱)، نقض عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه (جنایت جنگی) محسوب و موجب مسئولیت کیفری فردی (مادهٔ ۱۲۹ ک۳) و مسئولیت بین‌المللی دولت خاطی می‌گردد. به‌طورکلی طرفهای کنوانسیون نسبت به نقض مقررات کنوانسیون مسئولند و نمی‌توانند با استناد به محاکمهٔ افرادی که معاهده را به نوعی نقض کرده‌اند از خود رفع تکلیف نماید (مادهٔ ۱۳۱ ک۳). طرف مخاصمه‌ای که کنوانسیون را نقض نماید در صورت اقتضا، مسئول پرداخت غرامت است. دولتها مسئول همهٔ اعمال افرادی هستند که بخشی از نیروهای مسلح آنان را تشکیل می‌دهند. (مادهٔ ۹۱ پا ۱ و مادهٔ ۳ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه).

به‌علاوه، تمام دولتها موظفند در برابر نقض این مقررات از خود واکنش نشان داده و دولت خاطی را وادار به مراعات آن نمایند (مادهٔ ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو)؛ زیرا هدف غایی از این مقررات مانند تمام قواعد حقوق بشری، حفظ کرامت انسانی و کاهش درد و رنج انسان‌ها است. انسان‌هایی که به‌دلایل خارج از ارادهٔ خود در وضعیت آسیب‌پذیری قرار گرفته و مستحق حمایت‌اند.[۱۱] مسئله‌ای که در طول ۱۰ سال اسارت اسیران ایرانی در عراق رعایت نشد و آنان به شدیدترین وجه ممکن در معرض نقض‌های عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه قرار گرفتند.[۱۲]

گفتار دوم
موارد نقض حقوق اسیران ایرانی در عراق

حال که اصول و قواعد حاکم بر حمایت از اسیران جنگی در حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار گرفت، در ادامه تلاش خواهیم کرد با استناد به شهادت اسیران جنگی ایرانی، گزارش‌های کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ، دو گزارش هیأت‌های تحقیق دبیرکل سازمان ملل در سالهای ۱۹۸۵ و ۱۹۸۸ از وضعیت اسیران جنگی ایرانی و عراقی و کتب خاطرات اسیران جنگی ایرانی، از آنچه که بر اسیران ایرانی در بازداشتگاههای عراق گذشت، تصویری ارائه دهیم. هرچند بررسی

۱۱. جهت اطلاع بیشتر از این مقررات رک. علی داعی، مسئولیت بین‌المللی نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در عراق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، شهریور ۱۳۸۶، ص۵۷-۷.
۱۲. رک. همان، ص ۱۱۴-۵۹.

دقیق و همه جانبهٔ موارد نقـض حقـوق اسـیران جنگـی ایرانـی در عـراق در قالـب ایـن نوشـتار امکان‌پذیر نیست ولی آنچه بیان خواهد شد در واقع «مشتی است نمونـهٔ خـروار». ایـن مـوارد را می‌توانیم به‌شرح ذیل خلاصه کنیم:

۱ـ کوچ اجباری غیرنظامیان مناطق اشـغالی و انتقـال آنـان بـه بازداشـتگاههای اسـیران جنگـی (نقـض مـواد ۴۹ و ۸۴ ک۴).[۱۳] لازم بـه ذکـر اسـت کـه بخـشی از اسـیران ایرانـی را غیرنظامیان تشکیل می‌دادند. بخش اعظم آنان (حدود ۱۵۰۰ نفـر) غیرنظامیـانی بودنـد (ازجملـه سالخوردگان و زنان و کودکان) که در شهرهای مرزی و در تهاجم روزهای اول جنـگ، از سـوی نظامیان عراقی بازداشت شده بودند، بخش دیگری از آنان (حداکثر حدود ۵۰۰ نفـر) از سـاکنین مناطق مرزی کردنشین ایران بودند که در ترددهـایی کـه بـه روسـتاهای مـرزی عـراق داشـتند دستگیر و یا از سوی گروههای معارض جمهوری اسلامی ایران دسـتگیر و بـه نظامیـان عراقـی فروخته شده بودند.

۲ـ بازداشت پزشکان و بهیاران و اعضاء سازمان هلال احمر و انتقال آنان به سـلول‌هـای انفرادی زندان‌های عادی عراق (نقض مواد ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۶، ۱۷، ۲۱، ۲۲، ۲۵، ۲۹،۳۰، ۳۳، ۳۸، ۷۰، ۷۱، ۷۷، ۱۲۲ و ۱۲۶ ک۳).[۱۴]

۳ـ رفتار غیرانسانی با مقامات رسمی بازداشت شدهٔ ایرانی (مسئلهٔ اسارت شهید تندگویان و تعدادی از مسئولین وقت وزارت نفت جمهوری اسلامی ایران که به شـهادت شـهید تنـدگویان پس از تحمل ۱۰ سال اسارت منجر شد). (نقـض مـواد ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۶، ۱۷، ۲۱، ۲۲، ۲۵، ۲۷، ۲۹، ۳۰، ۳۸، ۷۰، ۷۱، ۷۷،۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۲۶ ک۳).[۱۵]

۴ـ اعدام اسیران جنگی و قتل عمد مجروحین: تقریباً هر رزمنده ایرانـی کـه بـه اسـارت

---

13. UN Doc. S/ 16962,The Report of a Mission Dispatched by the Secretary-General on the Situation of Prisoners of War in the Islamic Republic of Iran and Iraq , January 1985, at para. 96 – 97.& Memorandum from the International Committee of Red Cross to States Parties to Geneva Conventions of August 12, 1949 concerning the Conflict between Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq; Geneva, May 7, 1983. at para. 2.

– رئیسی، رضا، *اسیر شمارهٔ ۳۳۹: خاطرات اسیر آزاد شدهٔ ایرانی خدیجه میرشکار*، (تهران: حوزهٔ هنری سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۲).

14. UN Doc. S/16962, *op. cit.,* at paras. 103-105.

– شیر سلیمان، علی اکبر ، *خروش خاموش: مروری بر زندگی آزادهٔ سرافراز دکتر سید عباس پاک نژاد*، (یزد: مؤسسهٔ انتشارات یزد، ۱۳۷۹)، ص ۱۳۷–۹۷. و شانکی، مریم، *چشم در چشم آنان: خاطرات خواهر آزاده فاطمه ناهیدی*، (تهران: حوزه هنـری سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵).

15. UN Doc. S/16962, *op. cit.,* at para. 99.

– عربلو، احمد، پرنده‌ای که با قفس پرواز کرد: زندگی‌نامهٔ داستانی شهید محمد جواد تندگویان، (تهران: نشر شـاهد، ۱۳۸۵). و یحیوی، محسن، ده سال تنهایی، (تهران: دفتر حفظ آثار و ارزشهای دفاع مقدس، ۱۳۷۱).

نظامیان عراقی درآمده است مواردی از اعدام خودسرانه، قتل عمد مجروحین با زدن تیرخلاصی، تلاش جهت اعدام اسیران که در مواردی ممانعت و مداخله سرباز یا افسر دیگر عراقی را به‌دنبال داشته است (به قصد استفاده از اطلاعات رزمندگان ایرانی و یا از روی ترحم) را یا شخصاً تجربه کرده و یا به چشم خود دیده است. اگر نظامیان عراقی مطمئن و یا مظنون می‌شدند، رزمنده ایرانی پاسدار است یا در همان خط مقدم جبهه او را به قتل می‌رساندند و یا در بغداد وی را از دیگران جدا کرده و از سرنوشت وی دیگر خبری به‌دست نمی‌آمد. تکرار این‌گونه اقدامات که جنایت جنگی و از شدیدترین نوع موارد نقض عمده کنوانسیون سوم محسوب می‌شود (ماده ۱۳۰ ک۳) قرینه‌ای بر سیستماتیک و گسترده بودن آن است (نقض مواد ۴، ۱۲ و ۱۳ ک۳).[۱۶]

۵ـ انتقال اسیران ایرانی به بازداشتگاههای مخفی و یا زندان‌های عمومی عراق (نقض مواد ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۶، ۱۷، ۲۱، ۲۲، ۲۵، ۲۷، ۲۹، ۳۰، ۳۸، ۴۵،۷۰، ۷۱، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۲۶ ک۳).[۱۷]

۶ـ بی‌توجهی به وضعیت اسیران مجروح و عدم مداوای آنان: نظامیان عراقی با تهدید و ضرب و شتم اسیران مجروح را وادار به راه رفتن کرده و یا اینکه بدون توجه به وضعیت جراحت، آنها را روی زمین می‌کشیدند، به داخل خودروهای نفربر پرت کرده و یا از نفربر به پایین پرت می‌کردند، آنان را در سلولهای فاقد هرگونه امکانات بهداشتی به همراه سایر اسیران سالم حبس کرده، با همان حال مورد بازجویی و شکنجه قرار داده و در خودروهای روباز و زیر آفتاب داغ ساعتها در خیابانهای شهرهای بین راه در معرض تماشای مردم قرار می‌دادند تا اینکه در صورت زنده ماندن به بازداشتگاه منتقل و آنگاه در صورت تشخیص پزشک عراقی در بهداری بازداشتگاه بستری می‌شدند. این رفتار با مجروحین در بسیاری از موارد موجب شهادت آنان می‌شد. (نقض مواد ۱۵ ک۱، ۱۸ ک۲، ۱۲، ۱۳، ۱۹ و ۳۰ ک۳).[۱۸]

---

۱۶. جهت اطلاع از اسناد به دست آمده از وزارت بهداشت عراق مبنی بر اعدام اسیران ایرانی در عراق از طریق حلق‌آویز رک. علی داعی، همان، پیوست ۲ ص ۱۶۸. جهت اطلاع از اظهارات شهود در مورد اعدام رزمندگان ایرانی پس از اسارت و قتل عمد مجروحین از طریق زدن تیر خلاصی رک. علی داعی، همان، ص ۶۳

17. R - 1093, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp Romadi 1, 26,27 and 28 July 1981 at para. 20.

۱۸. در گزارش صلیب سرخ در این باره آمده است: «بیماران از جراحت مزمن ناشی از جنگ در عذاب بودند، وضعیت جراحت ۹۰ اسیر جنگی در این بازداشتگاه به‌شرح ذیل است: ۷۲٪ شکستگی دست و پا که ۱۶ مورد آن باید مورد عمل جراحی قرار گرفته و احیاناً قطع شود. ۱۰٪ دارای جراحات در ناحیهٔ شکم هستندکه باید مورد عمل جراحی قرار گیرند. ۷٪ مبتلا به جراحات در ناحیهٔ جمجمه بودند که بعضی از آن‌ها به از دست دادن بخشی از استخوان جمجمهٔ منجر شده است. ۵٪ یک چشم خود را از دست داده‌اند که عدم رسیدگی در بعضی موارد موجب کوری کامل شده است...». به نقل از:
R – 2853, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 9, 9,10 and 11 November 1985, at para. 12.
در گزارش هیأت تحقیق دبیرکل سازمان ملل در این باره آمده است:

۷ـ غارت اموال اسیران جنگی در آغاز اسارت و عدم استرداد آن هنگام بازگشت به میهن (نقض مواد۱۸، ۴۰ و ۱۱۹ک۳).[۱۹]

۸ـ شرایط غیرانسانی انتقال اسیران ایرانی از منطقهٔ نبرد بـه بازداشـتگاههای ترانزیـت و دائمی و یا هنگام انتقال از بازداشتگاهی به بازداشتگاه دیگر: پس از اینکـه رزمنـدگان ایرانـی، در اختیار نظامیان عراقی قرار می‌گرفتند (چه سالم و چه مجروح) ابتدا چشمها و سپس با سیم تلفن، دست‌هایشان را از پشت می‌بستند و با ضربات قنداق تفنگ و لگد، با پای پیـاده و یـا در صـورت جراحت با کشیدن به روی زمین، به سمت مرکز تجمع نظامیان عراقی هدایت می‌شدند. در آنجـا اسیران جنگی را بدون سر پناه زیر آفتاب نـشانده و از دادن آب هـم دریـغ مـی‌ورزیدنـد، سـپس نظامیان عراقی با گرفتن دست و پای اسیران ایرانی آنان را به داخل خودروهای نفربر پرت کرده و ابتدا به پادگانی نظامی در شهرک تنومه (تنومه شهری است بین شلمچه و بصره که در فاصـلهٔ ۲۰ تا ۳۰ کیلومتری بصره قرار دارد) منتقل می‌کردند. در آنجا اسیران ایرانی را در اتاق‌های ۱۰×۵ زندانی میکردند، بسته به تعداد اسیران، گاهی ۱۵۰ تا ۱۷۰ نفر را در یک اتاق حـبس مـی‌کردنـد بدون اینکه آب یا غذایی به آنها بدهند یا به وضعیت مجروحین رسیدگی کنند. در بـدو ورود نیـز عراقی‌ها با کابل و چماق به استقبال اسیران جنگی می‌آمدند. درب سلول‌ها ۲۴ ساعته بسته بـود. گاهی یک نوبت به اسیران اجازه می‌دادند از سرویس بهداشتی کثیف و خون آلـود آن جـا، زیـر ضربات کابل استفاده کنند (نقض مواد ۱۳، ۲۰، ۲۴، ۴۶، ۴۷، ۴۸ ک۳).[۲۰]

۹ـ نقض اصول مربوط به بازجویی اسیران جنگی ایرانی: در این مورد کافی است بیانـات شادروان حاج آقا ابوترابی دربارهٔ بازجویی و شکنجه را نقل کنیم؛ ایشان در این باره می‌گوید:

«پس از اسارت، عراقی‌ها شروع کردند به بازجویی و گفتند اگر درست پاسخ ندهی با میخ سرت را سوراخ می‌کنیم. اواخر شب دوباره آمدند و میخی را روی سرم گذاشتند و با سنگ بزرگی روی

«... به ما در مورد فوت اسیری در بازداشتگاه عنبر (کمپ ۸) به‌علت عدم رسیدگی پزشکی پس از حمله قلبی و اسیرانی کـه در نتیجه عدم معالجه کافی دچار معلولیت دائمی شده بودند اطلاعاتی داده شد. ما با اسیرانی ملاقات کردیم که با وجود نیاز به جراحی به آنها اجازه عمل جراحی داده نمی‌شد... ما در میان اسیران ایرانی عدم رسیدگی پزشکی مختلف، ازجمله بیماری‌های مزمن، کاهش قدرت بینایی و شنوایی و سایر بیماری‌ها و درد و رنج فراوانی یافتیم...». به نقل از:

UN Doc. S/16962, *op. cit.,* at paras. 142 – 145.

۱۹. جهت اطلاع از اظهارات شهود رک. علی داعی، همان، ص ۷۰ . جهت اطلاع بیـشتر رک. عبـدالملکی، صـفر، *داسـتان ناتمام*، (تهران: پیام آزادگان،۱۳۸۴)، ص ۱۰۶. و محمدی ، حمید، *بازداشتگاه موصل ۳*، (تهران: حوزهٔ هنری سـازمان تبلیغـات اسلامی ۱۳۶۹)، ص ۱۴.

۲۰. جهت اطلاع از اظهارات شهود رک. علی داعی، همان، ص ۷۱. و اکبری، رحمت الله، *زخم غزال: خاطرات بازداشتگاه ۱۲ و ۱۸ عراق*، (تهران: رسانش، ۱۳۸۳)، (بستن دست و چشم و ضرب و شـتم بـا قنـداق تفنـگ ص ۲۲، عـدم توجـه بـه‌وضـع مجروحین، کشیدن روی زمین و یا وادار کردن آنان به پیاده روی، ص ۲۳، پرت کردن اسیران به داخل نفربـر، ص ۲۳، عبـور دادن از تونل وحشت در تنومه عراق، ص ۲۴).

آن می‌زدند. صبح هیچ نقطه‌ای از سرم جای سالم نداشت و همه جایش شکسته و خون آلود بود. پس از آن ما را به پشت مقر فرماندهی بردند و به سینه دیوار گذاشتند و سربازها آمادهٔ شلیک شدند اما پس از تهدیدهای فراوان، دست از سر ما برداشتند... بعد از انتقال به العماره، دوباره صحنهٔ اعدام تکرار شد این بار فرمان آتش هم داده شد ولی افسر عراقی گفت دوباره تا فردا صبح به ما مهلت می‌دهد...». (نقض مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۷ ک۳).[۲۱]

۱۰ـ فیلم‌برداری، مصاحبهٔ رادیویی اجباری با دیکته کردن موارد آن، وادار کردن اسیران ایرانی به توهین به مقامات متبوع خود، قراردادن آنان در برابر کنجکاوی‌های عمومی و گرداندن آنان در شهرهای عراق و عدم مراقبت از آنان در برابر حملهٔ غیرنظامیان (نقض مواد ۱۲و ۱۳ ک۳).[۲۲]

۱۱ـ رفتار خشن و ظالمانه، شکنجهٔ جسمی و روحی، توهین و تحقیر اسیران ایرانی در بازداشتگاههای موقت و دائمی عراق: در گزارش‌های کمیتهٔ بین‌المللی صلیب سرخ در این باره آمده است: «در ششم مارس ۱۹۸۴، ۴۷۰ اسیر به بازداشتگاه موصل ۳ منتقل شدند. نگهبانان، اسیران تازه وارد را به پشت اتاق یک منتقل کردند. در آنجا نگهبانان، ابتدا اسیران ایرانی را به‌نوبت بالای سر بلند کرده و به زمین می‌کوبیدند. سپس با مشت و لگد آنها را مورد ضرب و شتم قرار می‌دادند. پس از اینکه اسیر از جا بلند می‌شد، وی باید از بین ده‌ها سرباز مجهز به چوب و کابل عبور می‌کرد.پس از آن، او مجبور بود همین رفتاری را که با او شده است نسبت به سایر اسیران مشاهده کند. علاوه بر سربازان، فرمانده و سایر افسران مسئول بازداشتگاه نیز در این کار مشارکت داشتند... موارد مورد ادعای اسیران ایرانی از سوی پزشک همراه هیأت مورد تأیید قرار گرفت. در این حادثه دو اسیر چشم خود را از دست دادند». (نقض مواد ۱۲، ۱۳ و ۴۶ ک۳).[۲۳]

---

۲۱. به نقل از: علیدوستی قزوینی، علی، *خاطراتی پیرامون سید آزادگان ابوترابی*، (تهران: عرش اندیشه،۱۳۸۵).
جهت اطلاع از اظهارات شهود رک. علی داعی، همان، ص ۷۴. و گروه تحقیق و پژوهش ستاد رسیدگی به امور آزادگان، *مقاومت در اسارت: دفتر اول*، (تهران: ستاد رسیدگی به امور آزادگان، ۱۳۷۴)، صص ۷۶–۷۵ (بازجویی در استخبارات بغداد، آویزان کردن از سقف با وجود جراحت شدید از ناحیهٔ پای چپ و ضرب و شتم با کابل و چوب در همان حال). و عبدالهی سرافراز، *کمپ ۹*، (تهران: انتشارات کامیاب،۱۳۸۳)، صص ۳۳–۳۲ (بازجویی به همراه ضربات باتوم برقی و کابل در شهر نیسان عراق، بازجویی دوم در استخبارات بغداد با شوک الکتریکی و وادار کردن اسیران ایرانی به توهین به امام، ص ۴۶).
۲۲. مقاومت در اسارت، همان، صص ۱۶۳–۱۶۲.
۲۳. به نقل از:
R - 2065, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 4 [Mosul 3], 23, 24 and 25 May 1984, at para. 20.
در گزارش بازدید نمایندگان صلیب سرخ از بازداشتگاه صلاح الدین (بازداشتگاه افسران ایرانی) آمده است:«ضرب و شتم اسیران ایرانی و رفتار توهین‌آمیز نگهبانان عادی است ». به نقل از:
R - 2159, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 17, 7, 8 and 9 July 1984 at para. 20.
در گزارش بازدید نمایندگان صلیب سرخ از بازداشتگاه رمادی ۱ در این باره آمده است: «سربازها همواره چماق در دست دارند و به هر بهانه‌ای اسیران را مورد ضرب و شتم قرار می‌دهند و به آنان توهین می‌کنند». به نقل از:

۱۲ـ سرکوب اعتراض اسیران ایرانی به شیوه‌های ظالمانه و خشن و استفاده از سلاح گرم علیه آنان (نقض مواد ۱۲ و۱۳ ک۳).[۲۴]

۱۳ـ بی‌احترامی به شخصیت، شرافت و بی‌توجهی به سلامت روحی و جسمی اسیران ایرانی، بی‌احترامی به زنان و سالخوردگان و توهین و تحقیر آنان؛ خانم فاطمه ناهیدی در این باره می‌گوید: «... سرگرد محمودی (فرماندهٔ بازداشتگاه عنبر) برای شکنجهٔ ما، نوجوانان بسیجی را می‌آورد جلوی اتاق خواهران و آنان را می‌زد و از آنها می‌خواست که به حضرت امام (ره) و یا خواهران توهین کنند...». (نقض مادهٔ ۱۴ ک۳).[۲۵]

۱۴ـ بی‌احترامی به افسران (نقض مواد ۱۴، ۴۳، ۴۴ و ۴۵ ک۳).[۲۶]

۱۵ـ حبس ۱۷ تا ۱۹ ساعتهٔ اسیران ایرانی در اتاق‌هایشان در بازداشتگاههای فاقد امکانات زیستی و بهداشتی کافی و عدم دسترسی دائم به سرویس‌های بهداشتی و عدم تأمین

R - 1093, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp Romadi 1, 26, 27 and 28 July 1981 at para. 20.
جهت اطلاع از موارد مشابه رک.
R -2139, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 8, 4, 5 and 6 July 1984, at para. 20.
R -2176, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 8, 24, 25 and 26 August 1984, at para. 20.
R -2014, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 2 [Mosul 1], 9,10 and 11 November 1983, at para. 20.

۲٤. جهت اطلاع از وقایعی که در بازداشتگاههای عراق منجر به قتل و جرح و نقض عضو اسیران ایرانی شده رک. علی داعی، همان، صص ۸۹–۸۳. این وقایع در اسناد ذیل نیز منعکس شده است:
UN Doc. S/16962, *op. cit.,* at paras. 58-66.& No Number , ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 1 [Mosul 2] , 21 and 22 January 1983. R-1729, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp1 [Mosul 2], 22, 23 and 24 March 1983, at para. 20.& 2052, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 1 [Mosul 2] , 22, 23 and 24 May 1984 .& R - 1828, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 6 [Romadi 1] , 23, 24 and 25 May 1983, at para. 20.& R- 2175, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 6 [Romadi 1], 8, 9 and 10 August 1984, at para. 20.

25. R -2065, ICRC Report, *op. cit.,* at para. 20.

برگرفته از: شانکی، مریم، همان، ص ۱۰۷.

۲٦. در مورد لزوم ادای سلام نظامی به سربازهای عراقی و رفتار توهین‌آمیز با افسران ایرانی رک.
R- 2127, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 5, 1, 2 and 3 June 1984, at para. 20.
در مورد شکنجهٔ افسران ازجمله آویزان کردن آنان از دست و یا پا در اتاق و یا در مقابل نور آفتاب و بستن به پنجره و سایر شکنجه‌ها رک.
R - 2214, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 5, 22 ,23 and 24 September 1984 , at para. 20.
R - 2439, ICRC Report, *op. cit.,* at para. 20.
در مورد رفتار با افسران ایرانی در گزارش‌های بازدید صلیب سرخ از بازداشتگاه عنبر (کمپ ۸) آمده است: «... شهاب الدین شهبازی میگوید چهار نگهبان وی را به توالت بند یک برده و دست‌هایش را از پشت بستند، آن‌قدر وی را زدند تا از دهان و گوشش خون آمد.» به نقل از:
R - 1471, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 8, 27, 28 and 29 July 1982. at para. 20.

آب، غذا و لباس‌کافی (نقض مواد۱۳، ۲۱، ۲۵، ۲۶، ۲۷ و ۲۹ ک ۳).[۲۷]

۱۶ـ عدم رسیدگی‌های پزشکی کافی و درمان بیماران و مجروحین که در مواردی منجر به فوت و یا نقص عضو اسیران ایرانی شده است (نقض ماده ۱۲، ۳۰ و ۳۱ ک۳).[۲۸]

۱۷ـ ممنوعیت فعالیت‌های مذهبی، تفریحی، آموزشی و ورزشی (نقض مواد ۳۴ و ۳۸ ک۳).[۲۹]

۱۸ـ عدم رعایت شرایط مربوط به استفاده از نیروی کار اسیران ایرانی و بیگاری کشیدن از آنان (نقض مواد ۴۹، ۵۰، ۵۷ و ۶۲ ک۳).[۳۰]

۱۹ـ ممانعت از تماس با نمایندگان کمیتهٔ صلیب سرخ و تهدید و ارعاب در این باره و عدم اجازه به اسیران ایرانی جهت انتخاب نماینده (نقض مواد ۷۷، ۷۹، ۸۰، ۸۱ و ۱۲۶ ک۳).[۳۱]

۲۰ـ حاکمیت قوانین انضباطی خشک و شدید در بازداشتگاه، خارج از عرف نیروهای مسلح عراق و عدم رعایت قبح عقاب بلابیان(نقض مواد ۴۱، ۸۲ و ۸۶ ک۳).[۳۲]

---

27. UN Doc. S/16962, *op. cit.,* at para. 138.

علاوه بر این، اسیران ایرانی مجبور بودند روی یک پتو بر سطح سیمانی بخوابند که این مسئله و مدت طولانی داخل باش (۱۶ تا ۱۹ ساعت) مشکلات جسمی فراوانی را برای آنان ایجاد می‌کرد. در گزارش‌های صلیب سرخ در این باره آمده است: «... *این شرایط زیستی موجب کمر درد، سردرد، درد مفاصل و اختلال دستگاه گوارش اسیران ایرانی شده است...*».

R- 2662, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 2 [Mosul 1] , 25, 26 and 27 March 1986, at para. 17.

۲۸. در گزارش هیأت تحقیق دبیرکل سازمان ملل در این باره آمده است:

«... به ما در مورد فوت اسیری در بازداشتگاه عنبر (کمپ ۸) به‌علت عدم رسیدگی پزشکی پس از حمله قلبی و اسیرانی که در نتیجه عدم معالجه کافی دچار معلولیت دائمی شده بودند، اطلاعاتی داده شد. ما با اسیرانی ملاقات کردیم که با وجود نیاز به جراحی به آنها اجازه عمل جراحی داده نمی‌شد... ما در میان اسیران ایرانی عدم رسیدگی پزشکی مختلف، ازجمله بیماری‌های مزمن، کاهش قدرت بینایی و شنوایی و سایر بیماری‌ها و درد و رنج فراوانی یافتیم...».

UN Doc. S/16962, *op. cit.*, at paras. 142 – 145.

– در گزارش صلیب سرخ آمده است: «... ناصر پشته‌کانی دارای کارت ۱۸۰۳ و احمد رضا اسدی دارای کارت ۷۹۸۲ در اثر عدم رسیدگی پزشکی کافی فوت کردند. دکتر عراقی موضوع را تأیید کرد. پزشک همراه هیأت نیز علت فوت این افراد را تشخیص غلط کادر پزشکی بازداشتگاه تشخیص داد».

R – 2251, Report on ICRC Visit to Iranian Prisoners of War in Tamuz Military Hospital,18 November 1984, at para. 10.

۲۹. در گزارش صلیب سرخ در این باره آمده است: «... درست پس از بازدید قبلی صلیب سرخ.... همهٔ اسیران ایرانی به‌دلیل برپایی مراسم مذهبی مورد ضرب و شتم قرار گرفتند. ۱۰۰ نگهبان به همراه فرماندهٔ خود وارد اتاق‌ها شده و اسیران را مورد حمله قرار دادند. ۶۰ نفر نیز به سلول انفرادی فرستاده شدند». به نقل از:

R - 2014, ICRC Report, *op. cit.,* at para. 20. See also R – 2121, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 5 , 5 and 6 May 1984., at para. 14. & R – 2559, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 8 , 3,4 and 5 December 1985, at para. 14.

30. R – 1093, ICRC Report*, op. cit.,* at para. 12.

31. R – 2602,ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 6, 20,21 and 22 January 1986, at para. 20. & R – 2322, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 7, 6 and 7 March 1985., at para. 20.

۳۲. در گزارش‌های صلیب سرخ در این باره آمده است: «*نگهبانان بازداشتگاه مقررات خود را اِعمال می‌کنند و در اِعمال آن از آزادی کامل برخوردارند. ضرب و شتم اسیران جنگی و تحقیر و اهانت به آنان ادامه دارد*». به نقل از:

R – 2176, ICRC Report*, op. cit.,* at paras. 21-22.

۲۱ـ تنبیه بدنی، تنبیه دسته جمعی، اعتراف‌گیری اجباری، تنبیه دسته جمعی به‌دلیل اعمال فردی، حبس اسیران در اتاق‌هایشان، محکومیت اسیران جنگی به زندان انفرادی طولانی بدون اینکه از تخلف خود و یا از حکم مطلع باشند، در سلول‌های فاقد شرایط مصرح در کنوانسیون سوم بدون رعایت آیین مربوطه و محرومیت از دسترسی به آب و غذای کافی و سرویس‌های بهداشتی و هواخوری در طول مدت محکومیت. (نقض مواد ۸۶، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۰، ۹۶، ۹۷، ۹۸ و ۱۰۸ ک۳).[۳۳]

۲۲ـ عدم دسترسی اسیران ایرانی به دادرسی عادلانه، محاکمهٔ اسیران در دادگاه انقلاب عراق بدون برخورداری از وکیل انتخابی و محرومیت از حق دفاع و عدم اطلاع به صلیب سرخ و انتقال اسیران متهم به سلول انفرادی در زندان‌های عمومی در طول محاکمه و دادرسی و شکنجهٔ آنان (نقض مواد ۸۳، ۹۵، ۹۶، ۹۷، ۹۸، ۹۹، ۱۰۳، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۶ و ۱۰۸ ک۳).[۳۴]

– در گزارش هیأت تحقیق دبیرکل سازمان ملل نیز آمده است: « آنها *(اسیران ایرانی)* از روزمرگی در بازداشتگاه‌ها و بی‌کاری ناشی از محدودیت‌های انضباطی که به آنان تحمیل شده بود و فقدان فرصت‌ها گلایه داشتند». به نقل از:
UN Doc. S / 20147,The Report of a Mission Dispatched by the Secretary-General on the Situation of Prisoners of War in the Islamic Republic of Iran and Iraq, 24 August 1988, at para. 99.

۳۳. اشاره به زندانی کردن اسیرانی که از قواعد انضباطی بازداشتگاه تخلف کرده‌اند به زندان انفرادی بیش از ۳۰ روز در سلول‌های تاریک بازداشتگاه که هیچ روزنه‌ای به بیرون ندارد. بدون هواخوری و کاهش چشمگیر آب و غذا و بدون دسترسی به سرویس بهداشتی به همراه تنبیه بدنی:
R - 2283, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 2 [Mosul 1] , 26, 27 and 28 November 1984, at para. 20.

– تنبیه دسته‌جمعی و حبس۲۴ ساعته اسیران در اتاق‌هایشان بدون آب و غذا و یا دسترسی به سرویس‌های بهداشتی:
R-1653, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 4 [Mosul 3], 16 and 17 September 1982., at para. 20.

– زندانی کردن اسیران ایرانی در سلولی بدون منفذ در گرمای ۴۲ درجهٔ سانتی‌گراد درتابستان، طوری که لباس آنها همواره خیس عرق بود. بدون هواخوری و دسترسی به سرویس بهداشتی:
R – 2484, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 7, 10, 11 and 12 August 1985, at para. 20.

– تنبیه بدنی، قراردادن اسیران زیر آفتاب به مدت طولانی در تابستان، سینه‌خیز بردن، حبس اسیران در اتاق‌هایشان بدون آب و غذا و دسترسی به سرویس‌های بهداشتی:
R – 3034, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 6, 8, 9 and 10 September 1987, at para. 20.

در گزارش هیأت تحقیق دبیرکل سازمان در مورد این ادعای مقامات عراقی که تنها فرماندهٔ بازداشتگاه حق دارد در صورت تخلف انضباطی حکم به سه روز حبس انفرادی بدهد آمده است: «*ما معتقدیم، خارج مقررات فوق تنبیه بدنی و یا حبس در اتاق‌های مجازات به همراه محرومیت از آب و غذا و سایر تسهیلات از طریق‌های غیررسمی‌تر اعمال می‌شود*». به نقل از:
UN Doc. S/ 16962, *op. cit.,* at para. 124.

۳٤. جهت اطلاع از اظهارات شهود رک. علی داعی، همان، ص ۱۰۵.
در ضمن در گزارش تحقیق هیأت دبیرکل سازمان ملل در این باره آمده است: «در کمپ ۴ (موصل ۳) تعداد زیادی از اسیران دربارهٔ محاکمه و محکومیت دو اسیر به ۱۵ سال حبس به ما مطالبی گفتند. ما موضوع را با مقامات عراقی در میان گذاشتیم... مقامات عراقی توضیح دادند آن دو نفر به‌علت توهین به رئیس جمهور عراق توسط دادگاه انقلاب عراق محاکمه و محکوم شده بودند. ما از آنها دربارهٔ مبنای قانونی موضوع توضیح خواستیم. آنها درپاسخ گفتند این مسئله در تمام کشورها رایج است...». به نقل از:

۲۳ـ مجازات قضائی فراریان دستگیر شده و انتقال آنان به سلول‌های زندان‌های عادی و رفتار ظالمانه و خشن با آنان و تنبیه دسته جمعی سایر اسیران جنگی (نقض مواد ۸۷، ۹۲ و ۹۳ ک۳).[۳۵]

۲۴ـ عدم آزادسازی اسیران معلول و بیماران صعب‌العلاج به‌ویژه اسیرانی که در کمیتهٔ مختلط، مشمول بازگشت به میهن تشخیص داده شده بودند (نقض مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ ک۳).[۳۶]

گفتار سوم
مسئولیت بین‌المللی دولت عراق و تکالیف ناشی از آن

در گفتار پیشین با استناد به اسناد و مدارک موجود و شهادت شهود موارد نقض حقوق اسیران ایرانی احصاء شد. بسیاری از این نقض‌ها مشمول نقض‌های عمدهٔ موضوع مادهٔ ۱۳۰ کنوانسیون سوم هستند. بخشی نیز در زمرهٔ نقض‌های عادی کنوانسیون سوم قرار دارند. در ادامه به بررسی مسئولیت‌های ناشی از نقض قواعد حقوق بشردوستانه و تکلیف دولت عراق در این زمینه می‌پردازیم.

۱ـ مسئولیت کیفری فردی مقامات و نظامیان عراقی
الف ـ کیفر افراد در حقوق بین‌الملل بشردوستانه

چنانکه می‌دانیم حقوق بین‌الملل بشردوستانه افراد را به‌طور مستقیم خطاب قرار داده و ضمن وضع حقوقی برای حمایت از افراد، تعهداتی را نیز از آنان می‌خواهد.[۳۷] در واقع در نظام

UN Doc. S /20147, *op. cit.,* at paras. 119 – 121.

۳۵. ر.ک. نیری، حسین، *فرار از موصل: خاطرات شفاهی محمد رضا عبدی*، (تهران: سوره مهر، ۱۳۸۳).
در گزارش صلیب سرخ در این باره آمده است: «... به‌دلیل اقدام به فرار، افراد ذیل از بازداشتگاه به مکان نامعلومی منتقل شده‌اند که نمایندگان کمیته به آنان دسترسی ندارند: بیژن ابراهیمی، صابر میرزایی، اصغر تهرانی، سهراب نوروزی، حسن عراقی، سید مهدی جاویدان، ذوالفقار طلوعی، محمد رضا مالکی و یوسف رستمی». به نقل از:
R – 1165, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 6, 29, 30 and 31 October 1981, at para. 20.
در گزارش دیگری آمده است:« *دو اسیر جوانی که از کمپ ۷ مبادرت به فرار کرده بودند پس از سپری کردن بیش از شش ماه در سلول انفرادی در بغداد در کمپ ۸ مورد بازدید نمایندهٔ کمیته قرار گرفتند*». به نقل از:
R – 2304, ICRC Report on Visit to Prisoner of War Camp 8, 16, 17 and 18 November 1984, at para. 20.

۳٦. در گزارش‌های صلیب سرخ در این بارهٔ آمده است: « نمایندگان کمیته از اینکه بیمارانی که در سال ۱۹۸۵ مورد تأیید کمیتهٔ مختلط قرار گرفته بودند و هنوز در اسارت بسر می‌برند و از مراقبت‌های پزشکی لازم نیز برخوردار نیستند، اظهار تأسف نمودند». به نقل از:
R – 2132, Report on ICRC Visit to Iranian Prisoners of War in Tamuz Military Hospital, 3 November 1987, at para. 7.

37. Barboza Julio, " International Criminal Law" , *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, Vol. 278, p. 75.

حقوقی بین‌المللی، موقعیت‌هایی هست که مسئولیت «فرد» به‌طور مستقیم مطرح می‌شود.[۳۸] این مسئولیت فردی، امکان محاکمه و مجازات افرادی را فراهم می‌کند که از قواعد این نظام حقوقی تخلف می‌کنند.[۳۹] بدون کیفر دادن کسانی که از قواعد بشردوستانه تخطی می‌کنند، تضمین رعایت این قواعد دشوار خواهد بود.[۴۰] به همین دلیل دادگاه نورمبرگ اعلام کرد:

«از آنجا که جرایم علیه حقوق بین‌الملل توسط افراد و نه توسط موجودیت‌های انتزاعی ارتکاب می‌یابند، تنها با مجازات افرادی که مرتکب چنین جنایاتی شده‌اند مقررات حقوق بین‌الملل قابل اجرا می‌باشد».[۴۱]

بر این اساس، مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم عامل مؤثری در تضمین قواعد کنوانسیون سوم محسوب شده و منعکس‌کنندهٔ اصل فوق‌الذکر است. این قاعده موجب می‌شود تا هر فردی که به هر علت در مخاصمات مسلحانه شرکت دارد، آگاه باشد، بدون توجه به مقام و منصب، در صورت عدم رعایت اصول و قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه مسئول است (اصل اول و دوم اصول نورمبرگ).[۴۲] همان‌گونه که تخطی از قواعد کیفری داخلی در شرایط عادی مستوجب کیفر است، عدم رعایت این قواعد نیز کیفر مرتکب را حسب مورد، در دادگاههای ملی و یا مراجع قضائی بین‌المللی به‌دنبال خواهد داشت.[۴۳] به‌علاوه، مسئولیت کیفری فردی، منحصر به ارتکاب موارد

---

۳۸. جهت اطلاع بیشتر رک.

Komarow Gary, "Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems " *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, Vol. 29, pp. 21 - 37.

۳۹. ممتاز، جمشید، رنجبریان، امیر حسین ، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی* ، (تهران : میزان، ۱۳۸۴)، ص ۱۸۶.

٤٠. اصل مسئولیت کیفری فردی در حقوق بین‌الملل جنبه عرفی داشته و در اسناد بین‌المللی ذیل مورد تأکید قرار گرفته است: مواد ۴۴ و ۴۷ کد لیبر (Lieber code)، مادهٔ ۶ اساسنامهٔ دادگاه نورمبرگ، مادهٔ ۵ اساسنامهٔ دادگاه توکیو، مادهٔ ۴۹ ک۱، مادهٔ ۵۰ ک۲، مادهٔ ۱۲۹ ک۳، مادهٔ ۱۴۶ ک ۴، مادهٔ ۸۵ پا ۱، مادهٔ ۲و۳ اساسنامهٔ دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و مواد ۵ و ۲۵ اساسنامهٔ دیوان بین‌المللی کیفری.

41. The Trial of Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, Part. 22, at 447.

٤٢. جهت اطلاع بیشتر از اصول نورمبرگ رک.

Simonovic Ivan, " Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends" *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, pp. 701-710. & Jescheck Hans-Heinrich, " The General principles of International Criminal Law Set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute" *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2, pp. 38-55.

43. Cassese Antonio, "On the Current Trend towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law" *European Journal of International Law*, 1998,Vol. 9, No. 1, pp. 2 – 17.

نقض عمده نبوده و هرگونه تلاش به‌منظور ارتکاب، کمک، معاونت، طراحی و یا ترغیبِ[۴۴] انجـام آنچه جنایات جنگی محسوب می‌شود را نیز در بر می‌گیرد (اصل هفتم اصول نـورمبرگ).[۴۵] سـایر موارد نقض کنوانسیون که نقض عمده محسوب نمی‌شوند نیز مشمول تنبیه‌های انضباطی هستند (مادهٔ ۱۲۹ پاراگراف ۳).[۴۶]

بنابراین تمام افرادی که در ارتکاب موارد نقض حقوق اسـیران جنگـی ایرانـی در عـراق به‌نحوی نقش داشته‌اند، از مباشرین گرفته تا شرکاء و معاونین آن، تا مسئولین دولتـی کـه یـا از موارد نقض آگاه بوده‌اند و یا حسب مسئولیتی که داشته‌اند بایـد از آن آگـاه مـی‌بودنـد، برحـسب نقشی که داشته‌اند[۴۷] مسئولیت کیفری داشته و جنایتکـار جنگـی محـسوب مـی‌شـوند. بـه‌ویـژه فرماندهان نظامی که نیروهای تحت فرماندهی آنان در خطوط مقدم جبهـه مرتکـب جنایـاتی در حق اسیران جنگی ایرانی شده‌اند و مقامات وقت وزارت دفاع و مسئولین «کمیتهٔ دائمی حمایت از قربانیان جنگ» عراق که زیر مجموعهٔ ادارهٔ کل اطلاعات این وزارتخانه بوده و مسئولیت مستقیم نگهداری اسیران جنگی ایرانی را برعهده داشتند.

---

44. Timmermann Wibke Kristin, " Incitement in International Criminal Law" *International Review of Red Cross*, 2006, No. 864, pp. 823- 852.

٤٥. جهت اطلاع بیشتر از مسائل مربوط به مسئولیت کیفری فردی در حقوق بین‌الملل رک.
Murphy Peter, "The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law" , *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2, pp. 932-936. & Pejic Jelena, "Accountability for International Crimes: From Conjecture to Reality" , *International Review of Red Cross,* 2002, No. 845, pp. 13 – 33. & Klein Pierre ,"Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law" *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13, No. 5, pp. 1241 - 1255. Greppi Edoardo ," The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law" , *International Review of Red Cross*, 1999, No. 835,pp. 531 – 553.

٤٦. البته این مسئله مانع از آن نیست که دولتها به موارد نقض عادی کنوانسیون نیز در قانون داخلی خود جنبه کیفری دهند. ولی در هر حال مجازات قضائی و نه انضباطی این اعمال مسئله‌ای داخلی باقی خواهد ماند و موجب صـلاحیت جهـانی و یـا اصل استرداد یا محاکمه متهمین نخواهد شد. دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی در قضیهٔ تادیچ در این باره اشـعار مـی‌دارد: «نقض این قواعد (حقوق بین‌الملل بشردوستانه) باید براساس قواعد معاهده‌ای و یا عرفی مسئولیت کیفری فـردی مرتکـب را به‌دنبال داشته باشد». به این مفهوم که عمل ارتکابی باید براساس عرف و یا معاهده‌ای بین‌المللی، جنایـت جنگـی محـسوب شود تا بتوان مسئولیت کیفری فرد را احراز نمود. ناگفته نماند در آراء دادگاههای نورمبرگ و توکیو مواردی وجود دارد که افراد به‌دلیل ارتکاب سایر اعمالی که در منشور این دادگاهها جنایت جنگی محسوب نشده بود نیز محکوم شدند مانند: بی‌حرمتی به اجساد مردگان در پرونده‌های تیساتو (Tisato) و کیکوچی (*Kikuchi*)، توهین به حساسیت‌هـای مـذهبی اسـیران جنگـی در پرونده‌های تاناکا چویچی (*Tanaka Chuichi*) وهاگن دورف *(Hagendorf)* و غیره.
Cf. Henkaerts Jean-Marie , *op.cit.,* p. 571.

47. Cassese Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise" *Journal of International Criminal Justice*, 2007, Vol. 5, pp. 109-133.

ب ـ وظیفهٔ دولتها در شناسایی، تعقیب و کیفر جنایتکاران جنگی عراقی[۴۸]

همان‌طور که پیشتر اشاره شد، مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم کشورها را ملزم به شناسایی و تعقیب کیفری افرادی می‌کند که یا خود مرتکب جنایات جنگی شده‌اند و یا دستور ارتکاب آن را صادر کرده‌اند. این ماده با استفاده از اصل «یا مستردکن یا محاکمه کن» (Aut Dedere Aut Judicare)[۴۹] به این مفهوم که چنانچه افراد مظنون به ارتکاب یکی از موارد نقض عمدهٔ کنوانسیون در حوزهٔ صلاحیت دولت طرف کنوانسیون، یافت شود، آن دولت فارغ از ارتباط فرد از لحاظ تابعیت و یا محل ارتکاب عمل با آن دولت،[۵۰] ملزم است او را نزد محاکم خود محاکمه و مجازات کند و یا اینکه مرتکب را به کشوری مسترد دارد (براساس قوانین داخلی کشور مذکور) که قصد محاکمهٔ متهم را دارد،[۵۱] البته این اصل مانع از آن نیست که متهم به یک دیوان بین‌المللی تحویل داده شود.[۵۲]

اصل«محاکمه یا استرداد» و اصل صلاحیت جهانی[۵۳] یکی از مهمترین عوامل کیفرگریزی جنایتکاران جنگی است.[۵۴] بدین منظور، دولتها موظفند قوانین ومقررات کیفری

---

٤٨. جهت اطلاع از شکل‌گیری تئوری‌های مربوطه طی جنگ جهانی دوم رک.
Kelsen Hans, " Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals" *California Law Review*, 1943, Vol. 31, pp. 530 – 571.

٤٩. جهت اطلاع بیشتر رک.
Enache-Brown Colleen & Ari Fried , " Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law" , *MCGILL Law Journal,*1998 , Vol. 43, pp. 614 – 633. & Plachta **.** M, "The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle *aut dedere aut judicare*, " *European Journal of International Law*, 2001, Vol. 12, pp. 125 - 140.

50. Pictet J. S, " *The Fundamental Priciples of the Red Cross and Peace*", Geneva: Hunry Dunant Institute , 1984., p. 623.

51. *Ibid*.

52. *Ibid*., p. 624.

٥٣. صلاحیت جهانی نسبت به تعداد محدودی از جرایم اِعمال می‌گردد که به‌موجب آن هر کشور حتی بدون هرگونه ارتباط سرزمینی یا تابعیتی با جرم، حق محاکمه را خواهد داشت. در حقوق بین‌الملل، این جرائم عبارتند از: دزدی دریایی، تجارت برده، داد و ستد زنان و کودکان. شناسایی صلاحیت جهانی برای این جرایم به‌طور عمده به این دلیل است که چنین جرائمی اغلب در مکان‌هایی که جزو حاکمیت هیچ کشوری نیست و لذا هیچ کشوری نمی‌تواند اعمال صلاحیت سرزمینی نماید، ارتکاب می‌یابند. اخیراً برخی معاهدات چند جانبه برای جرائمی مشخص مانند هواپیماربایی و دیگر تهدیدات نسبت به مسافرت هوایی،دزدی دریایی، حمله علیه دیپلمات‌ها، امنیت هسته‌ای، تروریسم، آپارتاید و شکنجه نیز صلاحیت جهانی را به رسمیت شناخته است. برای جرائمی مانند ژنوسید، جنایت علیه بشریت، و جنایات جنگی که از جرایم خطرناک در اساسنامه رم هستند نیز اعمال صلاحیت جهانی به‌طور وسیعی مورد قبول قرار گرفته است. به نقل از: شبس ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، «مترجمین سید باقر میرعباسی،حمید الهویی نظری»، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۴)، ص ۸۳ .

٥٤. جهت اطلاع بیشتر از مباحث مربوط به صلاحیت جهانی رک.
فروغی، فضل الله، اصل صلاحیت جهانی در حقوق کیفری داخلی و بین‌المللی، پایان‌نامهٔ دکترای حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۸۶.

داخلی خود را با کنوانسیون سوم تطابق داده و قوانین لازم را تصویب کنند. در ضمن صدور عفو عمومی پس از خاتمهٔ مخاصمات، شامل جنایتکاران جنگی نشده و نمی‌توان و نباید این دسته افراد به هر دلیلی مورد عفو قرار گیرند.[۵۵] لازم به یادآوری است، مسئولین موارد نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی از این قاعده مستثنی نبوده و درصورتی‌که برقراری ثبات در عراق مستلزم اعلان عفو عمومی باشد، چنین عفوی تأثیری بر مسئولیت کیفری این افراد ندارد. در ضمن تمام دولتهای طرف کنوانسیون سوم ملزم‌اند در صورت یافت شدن این افراد در حوزهٔ صلاحیت شان، آنان را محاکمه و یا جهت محاکمه به ایران مسترد نمایند.

همان‌گونه که می‌دانیم، محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی قابل عفو و اغماض نبوده و مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم، دولت فعلی و آتی عراق را ملزم به ممانعت از کیفرگریزی این دسته افراد می‌کند. البته اصل «یا محاکمه کن یا مسترد کن» این اجازه را به دولت ایران می‌دهد، در صورت یافت شدن افراد مذکور در خاک ایران آنان را به دست عدالت بسپارد، و یا انجام این تعهد بین‌المللی را از دولت متبوع متهمین و سایر دولتهای طرف کنوانسیون سوم براساس مادهٔ ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو مطالبه کند.

لازم به توضیح نیست که تمام دولتهای طرف کنوانسیون‌های ژنو ملزم و متعهد هستند از کیفرگریزی جنایتکاران جنگی عراقی به‌طور عام و جنایتکاران در حق اسیران جنگی ایرانی به‌طور خاص ممانعت کرده و از دولت عراق بخواهند به تعهدات خود در این زمینه عمل کند. یکی از راههای نیل به این هدف، تشکیل سازمان‌های دولتی و یا غیردولتی در سطح ملی با حوزهٔ فعالیت بین‌المللی و برگزاری کنفرانس‌های ملی و بین‌المللی به‌منظور پیگیری مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم به‌طور خاص و پیگیری محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی عراقی در طول هشت سال دفاع مقدس به‌طور عام است. در ضمن به‌نظر می‌رسد یکی از نکات اصلی و محوری در ایجاد صلح و امنیت با ثبات و دائمی بین ایران و عراق، وادار کردن دولت عراق به ایفای این

Xavier Philippe, "The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the two Principles intermesh? " *International Review of Red Cross* , 2006, No. 862, pp. 375 – 398. & Bekou Olympia & Cryer Robert, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter? "*International Comparative Law Quarterly*, 2007, Vol. 56, pp. 49 - 68. & Kress Claus , "Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international" *Journal of International Criminal Justice*, 2006, Vol. 4, pp. 561 - 585. & O'Keefe Roger, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept" *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, pp. 735 - 760.

۵۵. ممتاز، جمشید، رنجبریان، امیر حسین، همان، ص ۲۷۷، جهت اطلاع بیشتر رک.

Gavron Jessica, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court*"* *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, Vol. 51, pp. 91 – 117. & Stahn Carsten, "United Nations Peace-Building. Amnesties and Alternative Forms of Justice: A Change in Practice?" *International Review of Red Cross*, 2002, No. 845, pp. 191-205.

تعهد است که نباید در تعاملات سیاسی بین دو کشور از آن غفلت شود.

از سوی دیگر تا زمان نگارش این مقاله هیچ‌یک از فرماندهان و یا نیروهای نظامی عراقی که مسئولیت نگهداری اسیران جنگی ایرانی را به عهده داشتند در هیچ دادگاهی محاکمه و مجازات نشده‌اند. بنابراین، مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم نیز نقض شده است. با توجه به موارد فوق‌الذکر، دولت وقت و یا آتی عراق مکلف است که اولاً نسبت به انجام تحقیق، پیگرد قضائی، محاکمه و مجازات عاملین نقض‌های عمده در حق اسیران جنگی ایرانی اقدام نماید و ثانیاً به‌نحو مقتضی نسبت به جبران خسارت وارده ازجمله پرداخت غرامت در حق قربانیان نقض‌های مذکور اقدام کند.

ج ـ شیوه‌های محاکمهٔ جنایتکاران جنگی عراقی

جامعهٔ جهانی در دوران معاصر در محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی شیوه‌های مختلفی را به‌کار گرفته است، از ایجاد دادگاههای بین‌المللی خاص مانند دادگاههای بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا گرفته تا تشکیل دادگاههای مختلط مانند دادگاه سیرالئون و یا تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری.

به‌نظر نگارنده، درصورتی‌که این ارادهٔ سیاسی در دولت مردان عراق وجود داشته باشد. بهترین شیوهٔ محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی عراقی تشکیل دادگاه کیفری خاص مختلط، متشکل از قضات عراقی و بین‌المللی است؛ زیرا تشکیل چنین دادگاهی، از این جهت که قضات بین‌المللی در آن نقش دارند هم جامعهٔ بین‌الملل را درگیر موضوع کرده و به دادگاه جنبهٔ بین‌المللی می‌دهد و هم از این جهت که نظام قضائی عراق در این دادگاه سهیم است دولت عراق در تأمین اسناد و مدارک، روشن شدن جرایم و کیفر جنایتکاران عراقی تشویق خواهد شد. قضات عراقی در صورت کنار گذاشتن تعصب، درک بهتری از مسائل خواهند داشت و با زبان و آداب و رسوم و روحیات مظنونین و متهمین آشنایی بیشتری دارند و در صدور حکم می‌توانند عادلانه‌تر رفتار کنند.

این شیوهٔ دادرسی در کاهش فشار افکار عمومی بر دولت عراق مؤثر است و حضور قضات بین‌المللی در کنار قضات عراقی می‌تواند رعایت عدالت را تضمین کند. به‌علاوه دادگاه مختلط خاص، هزینه‌های کلان دادگاههای بین‌المللی کیفری خاص را نخواهد داشت.[۵۶] ازاین‌رو دولت عراق هم می‌تواند در اجرای عدالت سهیم باشد و هم منافع اتباع خود را حفظ کند. البته

---

۵۶. جهت اطلاع بیشتر از مزایای دادگاههای مختلط نسبت به دادگاههای کیفری بین‌المللی خاص رک.
Simonovic Ivan, "Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends" *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, p. 708.

ناگفته نماند تشکیل چنین دادگاهی تابع ملاحظات سیاسی، امنیتی و راهبردی است که فائق‌آمدن بر آن بر عهدهٔ نظام اجرایی و قضائی‌کشورمان است.

۲ـ مسئولیت بین‌المللی دولت عراق و وظیفهٔ جبران خسارت

به‌طورکلی طرفهای کنوانسیون ژنو نسبت به نقض مقررات کنوانسیون مسئولند و نمی‌توانند با استناد به محاکمهٔ افرادی که معاهده را به نوعی نقض کرده‌اند از خود رفع تکلیف نماید (مادهٔ ۱۳۱ ک۳). طرف مخاصمه‌ای که کنوانسیون را نقض نماید در صورت اقتضا، مسئول پرداخت غرامت است. دولتها مسئول همهٔ اعمال افرادی هستند که بخشی از نیروهای مسلح آنان را تشکیل می‌دهند. (مادهٔ ۹۱ پا ۱ و مادهٔ ۳ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه).

الف ـ مسئولیت دولت عراق به‌دلیل نقض عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه

همان‌گونه که می‌دانیم نقض تعهدات بین‌المللی موجب مسئولیت بین‌المللی دولت می‌شود (مادهٔ ۱ طرح مسئولیت دولتها، ۲۰۰۱). این اصل یک اصل کلی است که در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز صادق است. اصول حاکم بر آن نیز همان است که در طرح مسئولیت دولتها ۲۰۰۱ (از این به بعد طرح مسئولیت) آمده است. دولتها مسئول اَعمال ارکان خود ازجمله نیروهای مسلح خود هستند(مادهٔ ۴ طرح مسئولیت). [۵۷]

بر این اساس، رزمندگان یک کشور اعم از منظم و نامنظم نیز رکن دولت محسوب شده و اعمال آنان منتسب به دولت است. این قاعدهٔ کلی در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (مادهٔ ۵۱ ک۱، مادهٔ ۵۲ ک۲، مادهٔ ۱۳۱ ک۳ و مادهٔ ۱۴۸ ک۴) ازجمله کنوانسیون سوم، به این صورت مقرر شده است که در کنار الزام دولتها به تعقیب و محاکمه افراد متهم به ارتکاب موارد نقض عمده، مسئولیت دولت به قوت خود باقی است. لازم به یادآوری است که این مسئولیت، مسئولیت براساس حقوق بین‌الملل است[۵۸] یعنی نوعی مسئولیت خاص (sui generis) است که بیشتر به جبران خسارت محدود می‌شود؛[۵۹] زیرا مسئولیت کیفری دولت تاکنون در

---

۵۷. این مسئله که تمام اجزای دولت رکن دولت محسوب می‌شوند در رأی ۱۹۹۹ دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تأیید قرار گرفته است. رک.

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights. ICJ Reports 1999, at p. 87, para. 62.

58. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina *v.* Serbia and Montenegro), ICJ Reports, 2007, at p. 63, para. 170.

59. Barboza Julio*, op. cit.,* p. 99.

حقوق بین‌الملل پذیرفته نشده است.[۶۰]

در مورد دولت عراق نیز این اصول حاکم است. در این خصوص باید توجه داشت کـه در انتساب اعمال نیروهای مسلح عراق به دولت عراق مشکلی در میان نیست. همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، ارکان دولت عراق از نیروهای مسلح گرفته تا مقامـات اجرایـی و قـضائی ایـن کـشور مرتکب موارد نقض عمدهٔ کنوانسیون سوم شده‌اند. بنابراین نه تنهـا مـسئولیت دولـت عـراق در مقابل دولت ایران بلکه در برابر جامعهٔ جهانی در کلیت آن (International Community as a Whole) ایجاد شده است. در ضمن موارد نقض عمدهٔ کنوانسیون‌های ژنو علاوه بر مـسئولیت معاهده‌ای دو جانبه، موجب مسئولیت مشدد دولت نیز می‌شود.[۶۱] زیرا این قواعد «قواعد آمـره» (Jus Cogens)[۶۲] محسوب می‌شوند[۶۳] و تابع نقض قواعد آمرهٔ حقوق بین‌الملل هستند (مادهٔ ۴۱ طرح مسئولیت).[۶۴] بنابراین مسئولیت دولت عراق در این مورد مسئولیت بین‌المللی در برابر جامعهٔ

---

٦٠. دسته‌بندی اعمال خلاف دولتها به جنحه و جنایت از سوی آقای آگو، گزارشگر طرح مسئولیت کمیسیون حقوق بین‌الملل در مادهٔ ۱۹ پیش‌نویس طرح مسئولیت دولتها (۱۹۹۶) موجب طرح دیدگاههای موافق و مخالف در محافل علمـی و سـازمان ملل در مورد « مسئولیت کیفری» دولتها شد که در نهایت در سال ۲۰۰۱ از سوی آقای کرافـورد کنـار گذاشـته شـد. جهـت بررسی دیدگاههای موافق و مخالف رک.

Pellet Alain, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes" *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 2, pp. 425 – 434. & Abi-Saab Georges," The Uses of Article 19" *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 2, pp. 339-352.& Gaja Giorgio, "Should all References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility" *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 2, pp. 365 – 370. & William Bowett Derek, "Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility" *European Journal of International Law*, 1998, Vol. 9, No. 1, pp. 163 – 173.

61. Cassese Antonio ,"*International Law*" (2nd edn) , New York: Oxford University Press, 2005., p. 262 at para. 13.5 .

٦٢. جهت اطلاع بیشتر رک.

Shelton Dinah, " Normative Hierarchy in International Law " *American Journal of International Law,* 2006, Vol. 100, p. 291& Rubin P. Alfred, " Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes? " *New England Law Review*, 2001, Vol. 35, pp. 265 – 280.

63. Crawford James, " *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* " Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 246, at para. 5 &Cassese Antonio," International Law… *op. cit.*, at para. 21.2 & Henkaerts Jean-Marie & Others," *Customary International Humanitarian Law*", Vol. 1, New York: Cambridge University Press, 2005, *op.cit.,* pp. 568 -570. & Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 257, at para. 79 & The Prosecutor *v.* Zoran Kupreskic and others, ICTY Trial Chamber, Judgment, The Hague, 14 January 2000,Case No. IT-95-16-T, para. 520.

٦٤. جهت اطلاع بیشتر رک.

Scobbie Iain, "The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law " *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13, pp. 1201 – 1220.

جهانی است و استیفای حقوق قربانیان موارد نقض عمدهٔ حقوق بین‌الملـل بـشردوستانه در واقـع استیفای حقوق جامعهٔ جهانی در کلیت آن است.

نکتـه آخر اینکه، بـاید توجـه داشته باشیـم حـــوزه‌هـــای مـسئولیت فـــرد و دولـــت در حقوق بین‌الملل بشردوستانه بی‌ارتباط با هم به شمار نمی‌آیند، بلکه به تعبیـر صـاحب‌نظـران، دو حوزهٔ متقارن[۶۵] و یا مکمل[۶۶] هستند و طرح مسئولیت فرد منافاتی با مسئولیت دولـت نـدارد. بـا این همه باید توجه داشت که دولت یک موجود انتزاعی بیش به‌نظر نمی‌آید. تمام اقدامات دولـت از سوی افراد انجام می‌شود و این افـراد هـستند کـه بـا رفتـار خـود مـسئولیت دولـت را ایجـاد می‌کنند.[۶۷] مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم نیز بر همین معنا دلالت دارد.

ب ـ تأثیر تحولات سیاسی عراق در مسئولیت بین‌المللی این دولت

با توجه به اصل دوام کشورها، تغییرات سیاسـی ناشـی از انقـلاب و تغییـر رژیـم سیاسـی کشورها و یا تغییر رؤسای دولتها، نوع و شکل دولت، جایگاه بـین‌المللـی و نـام کـشور، تـأثیری بـر حقوق و تکالیف کشورها براساس حقوق بین‌الملل ندارد.[۶۸] به عبارت دیگر دولت جایگزین نسبت به تمام اَعمال دولت سلف خود ملزم و پاسخگو است. فارغ از علل و اسباب بـه قـدرت رسـیدن دولـت پیشین و یا دولت جایگزین، این تغییرات در شخصیت بین‌المللی کشور تغییری ایجاد نمی‌کند. ماننـد اینکه فرانسه طی قرون متمادی دستخوش تحولات زیادی شد. این کشور از لحـاظ نـوع حکومـت ابتدا سلطنتی بود، بعد جمهوری و سپس به امپراتوری تبدیل شد و بار دیگر به جمهوری تغییر شکل داد. ولی در شخصیت، حقوق و تکالیف بین‌المللی این کشور تغییری ایجاد نشد.[۶۹]

این اصل که از اصول ثابت شدهٔ حقوق بین‌الملل عرفـی اسـت بـه‌خـوبی در رأی داوری «تینکو کانسشن» (Tinoco Concession) انگلیس علیـه کاسـتاریکا در سـال ۱۹۲۳ مـنعکس شده است. قاضی «تافت» (Taft) در حکم خود اشعار داشت: «با توجه به اینکه «تینکو» در طول مدت حکومت خود بدون هیچ‌گونه مقاومت و یا درگیری تا قبل از برکناری، ادارهٔ کشور را برعهده

---

65. Nollkaemper Andre, " Concurrence between Iindividual Responsibility and State Responsibility in International law" *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, Vol. 52, p. 622.

66. Cancado Trinadad A.A, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave violations of Human Rights: The Crime of State Revisited" (ed) Ragazzi Maurizio, "*International Responsibility today: Essays in Memory of Oscar Schachter*" Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005 , p. 253.

67. Spinedi Marina, " State Responsibility *v.* Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium Non Datur*?" *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13, No. 4, pp. 895 - 899.

68. Brownlie Ian, " Principles of public International Law" (5th Edition), New York, Oxford, 1998, p. 80 at para. 7.

69. Oppenheim L. ," International Law" (8th Edition) , Longman, 1967, p. 152 – 154.

داشته است تمام حقوق اعطایی از سوی وی معتبر است».[۷۰] در این رأی بر این نکتـه تأکیـد شـده است که تغییرات ناشی از انقلاب و تغییرات فرا قانون اساسی تاثیری بر هویت و شخصیت حقـوقی کشورها نداشته و دولت جایگزین، پاسخگوی تمام اعمال دولت سلف خود باقی می‌ماند.[۷۱] بنـابراین با توجه به این اصل، همان‌طور که دولت فعلی و یا آتی عراق مسئول تمام بدهی‌ها و اَعمـال دولـت سابق عراق است، بر همین مبنا در برابر خسارات وارده به جمهوری اسلامی ایران در طـول هـشت سال دفاع مقدس، ازجمله نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی مسئول و پاسخگو است.

ج ـ تکلیف جبران خسارت

لازم به یادآوری است که مسئولیت دولـت ازجملـه مـسئولیت دولـت عـراق، مـسئولیت براساس حقوق بین‌الملل است؛ یعنی نتیجهٔ آن جبران خسارت اسـت. دیـوان دائمـی بـین‌المللـی دادگستری در قضیهٔ کارخانه کروزو در سال ۱۹۲۷ اشعار می‌دارد:

«نقض یک تعهد مستوجب جبران خسارت است... جبران خسارت پیامد اجتنـاب‌ناپـذیر کوتـاهی در اجرای یک معاهده است و نیازی نیست که این مسئله در معاهده ذکر شود».[۷۲]

به‌علاوه در طرح مسئولیت (مادهٔ ۳۱ طرح مسئولیت) آمده است «دولت مـسئول، موظـف است خسارات ناشی از عمل از لحاظ بین‌المللی خلاف خود را به‌طور کامـل جبـران کنـد». ایـن قاعده در مادهٔ ۱۳۱ کنوانسیون سوم نیز به‌طور ضمنی با این عبارت کـه «دولتهـا نمـی‌تواننـد بـا محاکمهٔ مرتکبین موارد نقض عمده از خود سلب مسئولیت کنند»، منعکس شده است.[۷۳]

این قاعده دربارهٔ دولت عراق نیز قابل اجرا است. جبران خسارت نیـز اشـکال گونـاگونی دارد. همان‌گونه که در طرح مسئولیت دولتها (۲۰۰۱) آمده است جبران خسارت می‌تواند به شکل

---

۷۰. موضوع دعوی از این قرار بود که در سال ۱۹۱۷ «تینکو» ، رهبر سیاسی کاستاریکا با سرنگونی دولت ایـن کـشور زمـام قدرت را به دست گرفت و قانون اساسی جدیدی را اعلام کرد. در سال ۱۹۱۹ دولت پیشین موفق شد دولت «تینکو» را ساقط کرده و به قدرت باز گردد. دولت جدید در سال ۱۹۲۲ با تصویب قانونی تمام حقوق اعطاء شده از سوی دولت ساقط شـده بـه شرکت‌های انگلیسی را لغو کرد. متعاقب آن موضوع به داوری ارجاع شد.

71. Casses Antonio,"International Law… *op. cit.,* p. 77, at para. 4.4.

72. Factory at Chorzow Case, Merits, 1927, PCIJ , Series A, No. 17, p. 27.

در ضمن دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در رای ۱۹۹۷ خود اشعار می‌دارد: « این قاعده از قواعد با ثبات حقوق بین‌الملل است که دولت زیاندیده مستحق دریافت غرامت است».

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) , ICJ Reports 1997 , p. 7, at p. 81, para. 152.

۷۳. لازم به ذکر است که هرگونه نقض کنوانسیون چه نقض عمده و چـه نقـض عـادی موجـب مـسئولیت دولـت مربوطـه می‌شود. رک.

Gillard Emanuela-Chiara, " Reparation for Violations of International Humanitarian Law" *International Review of Red Cross*, 2003, No. 851, p. 534.

اعادهٔ وضع به حالت سابق، پرداخت غرامت و یا جلب رضایت زیاندیده و یا ترکیبی از آنها باشد. (مادهٔ ۳۴ طرح مسئولیت) با وجود اینکه در بخش آخر مادهٔ ۹۱ پروتکل اول از واژهٔ پرداخت غرامت استفاده شده است ولی تنها زمانی پرداخت غرامت امکان‌پذیر است که امکان اعادهٔ وضع به حالت سابق وجود نداشته باشد.[۷۴] غرامت نیز عبارت است از مبلغی وجه نقد (و یا کالا وخدمات) متناسب با مال ضایع شده و یا خسارت وارده که به طرف مقابل پرداخت می‌شود.[۷۵]

۳ـ مکانیزم‌های جبران خسارت اسیران ایرانی

الف ـ مکانیزم‌های مستقل از مذاکرات صلح

اول‌ـ اقامهٔ دعوی در دادگاههای ملی عراق: اصل جبران خسارت زیاندیده در تمام نظامهای حقوقی شناخته شده، پذیرفته شده است. نظام حقوقی عراق نیز نباید از این قاعده مستثنی باشد. بنابراین یکی از شیوه‌های جبران خسارت اسیران ایرانی توسل به این محاکم است. به‌نظر می‌رسد توسل به این راهکار با دو مانع مواجه خواهد شد:

ایراد عدم صلاحیت: یکی از شیوه‌هایی که قربانیان جنایات جنگی پس از جنگ جهانی دوم به آن متوسل شده‌اند اقامه دعوی در محاکم داخلی دولت ناقض قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه بوده است. پس از جنگ جهانی دوم دعاوی متعددی در دادگاههای ملی آلمان، ژاپن و امریکا در زمینهٔ نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه مطرح شد. در برخی از این دعاوی، دادگاههای ملی بر ذی‌حق بودن افراد بر مطالبهٔ غرامت از دولت حکم صادر کرده‌اند. مانند اینکه دادگاههای آلمان از سال ۱۹۹۰ به بعد این حق را شناخته و به نفع شکات حکم صادر کرده‌اند. دادگاه قانون اساسی آلمان در پرونده « کار اجباری» در سال ۱۹۹۶ مقرر داشت که در حقوق بین‌الملل عمومی، هیچ مقرره‌ای وجود ندارد که مانع پرداخت غرامت دولت به افراد شود.[۷۶]

با این حال دادگاههای ملی، در برخی موارد نیز بر بی‌حقی خواهان و یا غیرمسموع بودن دعوی حکم صادر کرده‌اند. به‌عنوان مثال دادگاه منطقه‌ای توکیو در سال ۱۹۶۳ در پرونده « شیمودا» (Shimoda) اعلام کرد براساس حقوق بین‌الملل، افراد حق دریافت خسارت، به‌طور مستقیم از دولت را ندارند.[۷۷]

---

۷٤. حکم دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کروزو در سال ۱۹۲۷ در این باره صراحت دارد: «... اعاده وضع به حالت سابق، اگر این امر ممکن نباشد، پرداخت مبلغی برابر با ارزش اعاده وضع به حالت سابق...».

Factory at Chorzow Case, *op. cit.,* p. 47.

75. Sandoz Y. & others (eds)," *Commentary on the Additional Protocols*" Geneva: ICRC/ Nijhoff , 1987., p. 1056, at para. 3655.

۷٦.جهت اطلاع بیشتر رک.

Henkaerts Jean-Marie & Others, *op. cit.* p. 544.

77. Victims of atomic bomb *v.* Japan, Tokyo District Court,7 December 1963.

دیوان عالی فدرال آلمان نیز در قضیه «دیستومو» (Distomo) رابطهٔ جبـران خـسارت را رابطهٔ « دولت با دولت » تلقی کرد. دیوان در این قضیه مقرر داشت : « *با توجه به ایـن رویکـرد که جنگ رابطهٔ دولت با دولت است و این تئوری در دوران جنگ جهانی دوم نیز حاکم بود*».[۷۸]

دادگاههای ملی به‌طورکلی با استدلال‌های زیر با این حق مخالفـت کـرده‌انـد: ۱ــ حـق دادخواهی فردی، در قراردادهای صلح از افراد سلب شده است؛ ۲ـ جبران خسارت جنگ مسئله‌ای بین‌الدولی است؛ ۳ـ مسئله مشمول مرور زمان شده است و ۴ـ خسارات وارده ناشی از عمل دولت بوده و دولتها از مصونیت برخوردارند.[۷۹] البته اخیراً در این رویه دادگاههای ملی تغییراتـی حاصـل شده و گرایش‌هایی در جهت استماع این‌گونه دعاوی در حال شکل‌گیری است. [۸۰]

به‌نظر می‌رسد در صورت توسل اسیران جنگی ایرانی به این گزینه، محاکم عراق نیـز در این باره رویه‌ای مشابه پیش‌گیرند. البته می‌دانیم که در این مسئلهٔ خاص بحث مـصونیت مطـرح نخواهد شد؛ زیرا علاوه بر بی‌تأثیری مصونیت در ارتکاب موارد نقـض عمـدهٔ حقـوق بـین‌الملـل بشردوستانه،[۸۱] با توجه به محاکمه و اعدام صدام و سایر عوامل حزب بعث در دادگاه ویژهٔ عـراق، در نظام قضائی فعلی این کشور از دولت و مقامات سابق عراق سلب مصونیت شـده اسـت. ولـی این استدلال که مسئلهٔ جبران خسارات جنگ مسئله‌ای بین‌الدولی بوده و به مذاکرات صـلح بـین دو دولت مربوط می‌شود هنوز به قوت خود باقی است. در هر حال این راهکار هنوز آزموده نـشده

---

78 . Germany, Federal Supreme Court, Distomo Case 2003.

جهت اطلاع بیشتر رک.

Gattini Andrea , "To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?" *Journal of International Criminal Justice,* 2003, vol. 1, p. 356.

۷۹. مانند اینکه دادگاه استیناف امریکا در پرونده «گلداستار» در سال ۱۹۹۲ (مربوط به مداخله نظامی امریکا در پاناما) برخود اجرا بودن ماده سه کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه ایراد وارد کرد و مقرر داشت هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که هدف از تنظیم این ماده ایجاد یک حق فردی بوده است. در سال ۱۹۹۲ دادگاه استیناف دیگر امریکا نیز دعوای دیگری را علیه آلمـان درباره بدرفتاری در طول جنگ جهانی دوم، با استناد به اصل مصونیت دولتها رد کرد.

United States , Court of Appeals for the District of Columbia, Princz Case, 1992.

۸۰.جهت اطلاع بیشتر رک.

Frulli Micaela, "When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case" *Journal of International Criminal Justice*, 2003, No. 1, pp. 406 – 427.

۸۱. جهت اطلاع بیشتر رک.

Mcgregor Lorna, " State Immunity and Jus Cogens" *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Vol. 55, pp. 437 – 445. & Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, " State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case" *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, pp. 89 - 112. & Caplan Lee M.," State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory" *American Journal of International Law*, 2003, Vol. 97, pp. 741 – 781.

است ولی به‌نظر می‌رسد نتیجهٔ مطلوبی به‌دنبال نخواهد داشت. مگر آنکه بـه شـرایط توسـل بـه حمایت دیپلماتیک کمک کند.

مشکلات عملی شکایت در محاکم عراق: لازم به ذکر است، بدون در نظر گرفتن رویکـردی که محاکم عراق در مورد شکایت اسیران ایرانی اتخاذ خواهند کرد، این گزینه مشکلات عملـی نیـز به‌دنبال دارد. از یک‌سو تعداد اسیران ایرانی حدود ۴۰/۰۰۰ نفر است. از سوی دیگر علاوه بر اسیران جنگی، سایر افرادی که به‌نحوی قربانی جنایات جنگی عراق بوده‌اند ازجملـه مـصدومین شـیمیایی، غیرنظامیانی که قربانی موشک باران و بمباران‌های شهرها و مناطق مسکونی بودند و غیرنظامیـانی که به عراق کوچ داده شدند و دیگران نیز می‌توانند به این گزینه متوسل شوند. به این شـکل تعـداد شکایت قربانیان ممکن است به چند میلیون برسد. به‌نظر مـی‌رسـد حتـی اگـر محـاکم عـراق ایـن دعاوی را وارد تشخیص دهند، توان رسیدگی به آن را نداشته باشند.

دوم ـ اقامهٔ دعوی براساس اصل صـلاحیت جهـانی: یکـی دیگـر از راهکارهـای جبـران خسارت اسیران ایرانی اقامهٔ دعوی نزد محاکم ملی دولی است که اصل صـلاحیت جهـانی را در نظام قضائی خود وارد کرده‌اند. برخی از دولتها، بر مبنای اصل صلاحیت جهانی، دادگاههای خود را به روی قربانیان جنایات جنگی گشوده‌اند. ولی توسل به ایـن نـوع دادخـواهی همـواره نتیجـه مطلوبی در پی ندارد؛ زیرا اصل صلاحیت جهانی بیـشتر در مـورد افـراد قابلیـت اجـرا دارد و نـه دولتها. درست است که این گزینه ممکن است در مورد محاکمهٔ جنایتکاران عراقی که احیانـاً در حوزهٔ صلاحیت آن کشور یافت می‌شوند، کارآیی داشته باشد. ولی بعید به‌نظر مـی‌رسـد در زمینـهٔ جبران خسارات ایشان مؤثر واقع شود.

سوم ـ توسل به حمایت دیپلماتیک: بی‌شک یکی از گزینه‌های جبران خسارت اسـیران ایرانی، توسل به این نهاد حقوقی است. در واقع حمایت دیپلماتیـک نهـادی سیاسـی، مـصلحتی است و پذیرش آن از سوی دولت متبوع تبعه، کاملاً اختیاری و تابع ملاحظات سیاسی و راهبردی دولت است.[۸۲] در ضمن توسل به آن، دعوای تبعه را به دعوای دولت تبدیل مـی‌کنـد. در نتیجـه دولت می‌تواند از دعوی چشم‌پوشی نموده و یا آن را به حالت تعلیق درآورد.[۸۳] بـه‌عـلاوه یکـی از شرایط توسل به آن، رجوع مقدماتی بـه دادگاههـای داخلـی اسـت، کـه تـأمین ایـن شـرط نیـز دشـواری‌هـای خـاص خـود را بـه‌دنبال دارد؛ مـگر اینـکه اثبـات شود رعایت این شرط تکلیـف ما لا یطاق و یا بی‌فایده است.[۸۴] البته بعضی از صاحب‌نظران معتقدند زمانی که خـسارت وارده بـه

---

۸۲. جهت اطلاع از آخرین تحولات مربوط به اقدامات کمیسیون حقوق بین‌الملل در این باره رک.
Vermeer-Künzli Annemarieke, " As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection " *European Journal of International Law,* 2007, Vol. 18, pp. 37 – 68.

۸۳. فیوضی، رضا، همان، ص ۲۸۸.

۸٤. همان، ص ۳۸۹.

تبعه، ناشی از نقض قواعد آمره است رعایت این شرط لازم نیست.[۸۵] بنابراین مسئلهٔ توسل به این راهکار در حوزهٔ اختیارات مقامات اجرایی و قضائی کشورمان و تابع معادلات سیاسی است؛ زیرا به‌نظر می‌رسد برقراری صلح و آرامش بر جبران خسارت اتباع ارجحیت دارد. به‌علاوه همان‌گونه که توسل به حمایت دیپلماتیک می‌تواند اهرم فشاری بر طرف مقابل باشد به همان اندازه نیز می‌تواند روابط دوستانهٔ بین دو کشور را مختل نماید.[۸۶] به‌نظر می‌رسد درصورتی‌که معاهدهٔ صلحی بین ایران و عراق منعقد نشود توسل به این گزینه از گزینهٔ اول عملی‌تر خواهد بود.

ب ـ مکانیزم‌های مرتبط با مذاکرات و معاهدهٔ صلح

یکی از شیوه‌های رایج جبران خسارت قربانیان جنایات جنگی، حل و فصل موضوع در قالب معاهدات صلح است. این رویه در حقوق بین‌الملل ریشه و سابقه دارد. دولتها معمولاً پس از مخاصمات مسلحانه به شیوه‌های زیر مسئلهٔ جبران خسارت قربانیان را حل و فصل می‌نمایند: ۱ـ از طریق قرارداد حل و فصل مقطوع (Lump Sum Agreement) ۲ـ ایجاد دیوان داوری ۳ـ ایجاد کمیسیون غرامت ۴ـ چشم‌پوشی و یا تعلیق دائم و نامحدود دعاوی خسارت.

اول‌ـ از طریق قرارداد حل و فصل مقطوع: یکی از معمول‌ترین راههای جبران خسارت قربانیان جنایات جنگی، حل و فصل موضوع از طریق قرارداد حل و فصل مقطوع است.[۸۷] به این شکل که طرفین مخاصمه موافقت می‌کنند با پرداخت مبلغ معینی به هر قربانی، بدون در نظر گرفتن ماهیت، شدت و نوع نقض، موضوع جبران خسارت اتباع زیاندیده فیصله یابد. توسل به این راهکار موجب حل و فصل سریع اختلاف بدون صرف انرژی و امکانات بسیار می‌شود. به‌عنوان نمونه، متحدین و ژاپن در سال ۱۹۵۱ توافق کردند دعاوی اسیران جنگی هلندی، انگلیسی و فیلیپینی علیه ژاپن با پرداخت ۷۵ دلار به هر اسیر جنگی فیصله یابد.[۸۸]

مهمترین ایراد این روش آن است که جبران خسارت، واقعی نیست و تمام قربانیان بدون توجه به نوع خسارت وارده در یک سطح قرار می‌گیرند. در ضمن معمولاً مبلغ پرداختی به

---

85. Vermeer-Künzli Annemarieke, " A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes " *International and Comparative Law Quarterly*, 2007,Vol. 56, pp. 553 – 581.

86. Gattini Andrea , " To What Extent are State…, *op. cit.* p. 364.

۸۷ . جهت اطلاع بیشتر رک.

Warbrick Colin, "Addendum: Protection of Nationals Abroad: Lump-Sum Settlements" *International and Comparative Law Quarterly,* 1991, Vol. 40, p. 492.

88. Gattini Anderea, "To What Extent are State …*op. cit.,* p. 365.

قربانیان، سمبلیک و ناچیز است. توسل به این شیوه، زمانی مطلوب است که غرامت پرداختی در خور توجه، متناسب و مؤثر در تأمین حداقل نیازهای قربانیان باشد.

دوم ـ تشکیل دادگاه داوری: یکی دیگر از شیوه‌های حل و فصل اختلافات، تشکیل دادگاه داوری است. مانند دیوان داوری ایران و امریکا. استفاده از این شیوه از آن جهت مطلوب است که دعاوی قربانیان به‌صورت موردی طرح و دربارهٔ آن حکم صادر می‌شود. احکام صادره نیز مشمول اصل امر مختومه خواهند بود؛ لذا هر دعوی یک‌بار و برای همیشه حل و فصل خواهد شد.[۸۹] در این شیوه، جبران خسارت با ماهیت، نوع و شدت نقض، متناسب خواهد بود. ولی با توجه به لزوم اثبات دعاوی براساس آیین دادرسی خاص، بررسی حقوقی آن و غیره هزینه و زمان زیادی صرف رسیدگی به هر پرونده خواهد شد.

سوم ــ ایجاد کمیسیون غرامت: شاید یکی از موفق‌ترین تجربه‌های سازمان ملل در حل وفصل دعاوی مربوط به خسارت قربانیان جنایات جنگی، تشکیل کمیسیون غرامت عراق و کویت باشد. این کمیسیون موفق شد در طول ۱۴ سال فعالیت به بیش از ۲/۷۰۰/۰۰۰ دعوی رسیدگی کرده و در مورد ۱/۵۰۰/۰۰۰ دعوی حکم به پرداخت غرامت صادر نماید. این کمیسیون بر مبنای فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد از سوی شورای امنیت ایجاد شد.[۹۰] البته این کمیسیون ماهیت قضائی نداشته و بیشتر یک نهاد حل و فصل اختلافات است.[۹۱]

این کمیسیون اولین نهاد « قربانی محور» است[۹۲] که افراد در فرآیند مطالبه غرامت ناشی از نقض عمدهٔ حقوق بشردوستانه، نقش اصلی و محوری دارند.[۹۳] برای اولین‌بار در تاریخ

---

۸۹. جهت اطلاع بیشتر رک.
محبی، محسن، دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحدهٔ آمریکا: ماهیت، ساختار، عملکرد، « ترجمهٔ محمد حبیبی»، (تهران: نشر فردا فر، ۱۳۸۳).

90. Security Council Resolution 692, 20 May 1991, S/RES/692 (1991).

۹۱. رک.
Gattini Andrea , "The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparation" *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, pp. 161-181. & Crook R. John, "Current Development: the United Nations Compensation Commission–A New Structure to Enforce State Responsibility " *American Journal of International Law*, 1993, vol. 87, p. 144.

۹۲. جهت اطلاع بیشتر رک.
Caron D. David & Morris Brian, "The UN Compensation Commission: Practical Justice, not Retribution" *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, No. 1, pp. 183 – 199.

۹۳. این کمیسیون از زمان تشکیل در سال ۱۹۹۱ تا سال ۲۰۰۵ دو میلیون وهفتصد هزار دعوی به ارزش سیصد و پنجاه میلیارد دلار به ثبت رساند. دعاوی مطروحه در هیأتهای سه نفره متشکل از کارشناسان خبره مستقل مورد بررسی قرار می‌گرفت. توصیهٔ هیأت به شورای مدیران کمیسیون که اعضای آن را نمایندگان اعضای شورای امنیت تشکیل می‌دادند ارجاع شده و مورد تصویب قرار می‌گرفت. غرامت‌ها نیز از صندوق غرامت عراق که از درصدی از صادرات نفت عراق تامین می‌شد

معاصر نهادی تشکیل شده است که علاوه بر دولتها، افراد حقیقی یا حقوقی قربانی نقض‌های عمده حقوق بشردوستانه نیز می‌توانند بدون توسل به حمایت دیپلماتیک، مطالبه غرامت نمایند.[۹۴] بر پایه جزء الف بند (۱) ماده ۵ آیین دادرسی موقت این کمیسیون، افراد دارندگان حق در برابر کمیسیون محسوب می‌شوند، هرچند که دعوی باید به دولت متبوع و یا دولت محل اقامت فرد زیاندیده تسلیم شود [۹۵] ولی دعاوی، دعوای فرد محسوب می‌شوند و نه دولت تسلیم‌کننده دعوی. به همین دلیل دادخواست باید حاوی امضای خواهان باشد.[۹۶] بر پایهٔ این مقررات دولت تنها نماینده خواهان است و در صورت حصول رأی مثبت، غرامت باید به فرد تسلیم شود.[۹۷] شیوهٔ رسیدگی به دعاوی ساده و بدون تشریفات قضائی محاکم داوری است. به همین علت سرعت عمل آن مطلوب و قابل قبول است. البته نباید فراموش کنیم این کمیسیون از حمایت قدرت‌های بزرگ برخوردار بود و شاید یکی از علل موفقیت آن نیز همین واقعیت باشد. در هر حال تجربه نشان داد، این مکانیزم درصورتی‌که به‌درستی ایجاد و مدیریت شود نتایج مطلوبی به‌دنبال خواهد داشت.

چهارم- چشم‌پوشی و اعراض از حق قربانیان از سوی دولت: همان‌گونه که می‌دانیم در حقوق بین‌الملل سنتی، افراد تحت انقیاد دولتها قرار داشتند؛ لذا پس از جنگ جهانی دوم دیدگاه غالب این بود که دولتها مختارند از حقوق خود و یا اتباعشان در زمینهٔ مطالبهٔ جبران خسارت ناشی از مخاصمات مسلحانه اعراض نمایند. کلسن در این باره می‌نویسد:

> «... دیدگاه مخالف بر مبنای این دکترین اشتباه بنا شده است که حقوق بین‌الملل تنها حقوق بین دولتها است؛ لذا دولت تنها می‌تواند در رابطه با دولت دیگر حقوق و تعهداتی ایجاد و یا زائل نماید و نه دربارهٔ افراد... ولی این دیدگاه در تناقض آشکار با حقوق بین‌الملل موضوعه است».[۹۸]

شاید این دیدگاه کلسن در دوران جنگ جهانی دوم به‌درستی ابراز شده بود ولی همان‌گونه که پیشتر بیان شد، امروزه نقض عمدهٔ قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه نقض

پرداخت می‌گردید. این کمیسیون یک میلیون و پانصد و پنجاه دعوی را وارد تشخیص داد و پنجاه و دو و نیم میلیارد دلار غرامت پرداخت کرد.

94. Caron D. David & Morris Brian, *op cit*.

95. UN Doc. S/AC.26/Dec.10 (26 June 1992). Decision Taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at the 27th Meeting, 6th Session, Held on 26 june 1992.

96. UN Doc. S/AC.26/Dec.1 (2 August 1991), para. 19.

97. UN Doc. S/AC.26/Dec.18 (24 March 1994). Distribution of Payments and Transparency : Decision Taken by The Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 41st Meeting, Held in Geneva on 23 March 1994.

98. Gattini Andrea, *op. cit.,* p. 349.

قواعد آمره محسوب شده[۹۹] و منافع جامعهٔ جهانی در کلیت آن را بـه خطـر مـی‌انـدازد. بنـابراین اعراض از حقوق ناشی از نقض قواعد آمره از سوی دولت اعتباری ندارد.[۱۰۰] این اصـل در تفـسیر مادهٔ ۴۵ طرح مسئولیت دولت این‌گونه بیان شده است: «*تنها اعراض و یا رضایت معتبر، موجب اسقاط حق استناد به مسئولیت از سوی دولت زیاندیده می‌شود. اینکه اعراض و یا رضایتی معتبـر است یا خیر باید با توجه به اوضاع و احوال حقوق بین‌الملل عمومی مورد قضاوت قرار گیرد*».[۱۰۱] با توجه به موارد فوق‌الذکر به‌نظر می‌رسد دولت نتواند در جریان مذاکرات و یا انعقاد معاهدهٔ صلح از حق قربانیان به جبران خسارت، اعراض نماید.

نتیجه‌گیری

جبران خسارات ناشی از نقض‌های عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه (فارغ از اینکه ایـن حق رابطهٔ دولت با دولت است یا فرد با دولت) بخش مهمی از عدالت ترمیمی در حقوق بین‌الملل است. دولتها و نظام حقوقی آنها مهمترین ابزار اجـرای حقـوق بـین‌الملـل بـشردوستانه هـستند. بی‌شک مرکز ثقل تعهد دولتها به رعایت و تضمین رعایت این حقوق، الزام آنها به جبران خسارت وارده به قربانیان موارد نقض عمدهٔ آن و دسترسی قربانیان به عدالت است.

با وجود اینکه پرداخت غرامت در این فرآیند نقش اساسی دارد، تـشفی صـدور قربانیـان، تنها از این طریق حاصل نمی‌شود، بلکه افشای حقایق مربوط به درد و رنج آنان، محاکمهٔ عاملین و مسببین موارد نقض، و باقی ماندن یاد آن در وجدان عمومی جامعه بـرای آنـان مهمتـر اسـت. هیچ‌چیز دردناک‌تر از این نیست که دیگران تصور کنند ادعای آنان آمیخته با مبالغه است، مسئله‌ای که موجب سکوت و در نتیجه فراموشی مسئولیت نقض‌های عمده در حق آنان خواهد شد. با این اوصاف اجابت مطالبات آنان و در نظر گرفتن حقوق آنان در فرآیند صلح، نه تنها موجبـات تـشفی صدور آنان را فراهم می‌آورد، بلکه موجب تضمین عدم تکرار آن در آینـده خواهـد شـد. بـر ایـن اساس سه حق اسیران جنگی و سایر قربانیان ایرانی جنایات جنگی عراق بلا استیفا مانـده اسـت: ۱ـ حق دسترسی به عدالت ۲ـ حق جبران خسارت کافی و مؤثر ۳ـ حق بر افشای حقیقت.

مسلماً برقراری صلح و امنیت پایدار بین دو کشور بدون اسـتیفای حقـوق مـذکور دشـوار به‌نظر می‌آید. درست است دولت فعلی عراق از جنایات رژیم حزب بعث منزجر است ولـی مـرهم زخم کهنهٔ قربانیان جنایات جنگی، گردن نهادن دولت عراق به تعهدات بین‌المللی خـود در قبـال موارد نقض عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه است که این مهـم بـدون تحـرک فعـال مقامـات

99. ICJ Reports 1996, *op. cit.* p. 257, at para. 79.
100. Gattini Andrea, *op. cit.,* p. 366.
101. Crawford James, *op. cit.,* p. 266, at para. 4.

اجرایی کشورمان حاصل نخواهد شد.

همان‌گونه که بیان شد، استیفای این حقوق بدون همکاری دولت عـراق ممکـن نیـست؛ زیرا آنچه در این تحقیق در مورد نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی بیان شد، تنها بخش نـاچیزی از واقعیت‌های موجود بود. در حالی که هنوز اسناد و مدارک فراوانی در وزارت دفاع، سازمان امنیت و آرشیوهای ارتش عراق وجود دارد که می‌تواند به روشن شدن تمام ابعاد موارد نقـض عمـده در مورد ایرانیانی که در اختیار مقام‌های عراقی قرار داشتند کمک کند و شـاید یکـی از شـیوه‌هـای جبران خسارت دربارهٔ اسیران ایرانی، تضمین حق ایشان در دسترسـی و افـشای ایـن حقـایق در افکار عمومی جهان باشد[۱۰۲] تا شاید موجب شرمساری حامیان عرب و غربی دولـت وقـت عـراق بشود که علی‌رغم آگاهی از ماهیت غیرانسانی این رژیم، مهر سکوت بر لـب نهادنـد و تعهـدات خـود بر مبنای مادهٔ ۱ مشترک کنوانسیون‌های ژنو را نادیده گرفته و در برابر نقـض قواعـد آمـرهٔ حقوق بین‌الملل از خود واکنشی نشان ندادند.

در خاتمه، براساس یافته‌های عملی این جستار از جانب اسیران بی‌گنـاه ایرانـی کـه در زندان‌های عراق اعدام شده و یا به قتل رسیدند، از جانب آنان کـه دچـار نقـص عـضو شـدند، از جانب آنان که درد و رنج‌های فراوانی را متحمل شدند، از دولت مردان جمهوری اسـلامی ایـران می‌خواهم در تعامل با دولت عراق و در فرآیند هرگونه چارچوبی که در آینده به‌منظور حل و فصل اختلافات مربوط به دوران هشت سال دفاع مقدس ایجاد خواهد شد نسبت به موارد ذیل بـه جـد مساعی خود را به‌کار گیرند:

۱ـ الزام دولت عراق به افشای حقایق و واقعیت‌های مربوط به نقض حقوق اسیران جنگی ایرانی در بازداشتگاههای رسمی، مخفی و یا زندان‌های عادی عراق.

۲ـ حمایت از تشکیل سازمانی به‌منظور پیگیـری محاکمـهٔ جنایتکـاران عراقـی و جبـران خسارت اسیران ایرانی و برگزاری کنفرانس‌های ملی و بین‌المللی در این زمینه.

۳ـ پذیرش و ثبت رسمی دعاوی کیفری و مدنی اسیران جنگـی ایرانـی و یـا وراث آنـان علیه دولت وقت عراق از سوی نظام قـضائی کـشورمان بـه‌منظـور تـسهیل توسـل بـه حمایـت دیپلماتیک در صورت لزوم.

۴ـ تلاش در مجامع بین‌المللی در جهت ایجاد ساز و کـار مناسـب بـه‌منظـور محاکمـه و مجازات جنایتکاران جنگی عراقی ترجیحاً دادگاه کیفری مختلط.

---

102. Crettol Monique & Anne-Marie La Rosa, " The Missing and Transitional justice: The Right to Know and the Fight Against Impunity" *International Review of Red Cross*, 2006, No. 862, pp. 355 – 362.

۵ـ تلاش در جهت ایجاد ساز و کار مناسب به‌منظور تضمین جبران خسارت عادلانهٔ اسیران ایرانی ازجمله تشکیل کمیسیون غرامت.

۶ـ اعلام اسامی متهمین و مظنونین به ارتکاب جنایت جنگی به کشورهای طرف کنوانسیون‌های ژنو جهت اجرای مادهٔ ۱۲۹ کنوانسیون سوم.

از دیدگاه نگارنده تلاش مقامات جمهوری اسلامی ایران در جهت به واقعیت پیوستن توصیه‌های فوق‌الذکر نه تنها خدمتی تاریخی در حق قربانیان ایرانی جنایات جنگی عراق خواهد بود، بلکه خدمتی شایان به حقوق بین‌الملل بشردوستانه در تضمین اجرای کنوانسیون‌های ژنو و کمک به شکل‌گیری قاعده‌ای عرفی در زمینهٔ تضمین حق قربانیان نقض‌های عمدهٔ حقوق بین‌الملل بشردوستانه به دادخواهی و جبران خسارات وارده به آنان خواهد بود. از سوی دیگر شاید بی‌توجهی به این امر موجب شود بار دیگر، حاکمی دیگر در عراق با پاره کردن قرارداد الجزایر دست به ماجراجویی بزند.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص ۱۳۹ـ۱۲۳، تاریخ دریافت مقاله:۱۳۸۷/۲/۲۹، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۳/۲۵

سوانح احوال «شارل دو ویشر»: زندگی یک حقوقدان نمونه*

فرانسوا ریگو

ترجمه: دکتر محسن محبی

اشاره

انگیزه اصلی در برگرداندن این نوشته به زبان فارسی، بحث و تحلیل علمی آراء و نظرات حقوقی «شارل دوویشر» نیست، بلکه نشان دادن نمونه‌ای از زندگی یک حقوقدان راستین است که چگونه با اندیشه‌ها و آرمانهای خود به‌درستی و بی‌کاستی، زیسته است. می‌گویم «حقوقدان راستین» زیرا حقوقدان بودن، مسئولیت بزرگی بر دوش انسان می‌گذارد که شیوه زندگی او را نیز می‌پردازد و می‌سازد. و این، بسی فراتر از انتخاب یک رشته تحصیلی یا یک شغل است. حقوقدانان بیش از هر چیز با مفاهیم والا و برجسته‌ای مانند آزادی و عدالت سر و کار دارند. اینکه این کلمات، دستاویز و گاه بازیچه دست و زبان اصحاب قدرت و مکنت است، حدیث تلخ و طولانی است، اما نه از قدر و ارج آنها در عرصه اندیشه کم می‌کند نه از مسئولیت حقوقدانان در پرداختن به این مفاهیم و گسترش آنها می‌کاهد. زندگی حقوقدانانی مانند «دوویشر» که خود را یکسره وقف دانش و آرمان خود کرده‌اند و در این راه دمی از پای ننشستند، افق مسئولیت همه حقوقدانان راستین را بسی دورتر می‌برد و در عین حال چشم‌انداز امید را نیز در منظر همه انسانهایی که دلداده عروس آزادی و عدالت‌اند، فراخ‌تر می‌گشاید.

«شارل دوویشر» (۱۹۷۳ـ۱۸۸۴) حقوقدان بلژیکی است که اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن بیستم می‌زیسته و رنج‌های دو جنگ جهانی را به‌چشم دیده است و برای آزادی وطن خود از اشغال بیگانه، از هیچ کوششی دریغ نورزیده است. در آن روزگار که دفتر تاریخ معاصر جهان، برگ به برگ گشوده می‌شد و طرح

---

*. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:
François Rigaux, An Exemplary Lawyer's Life, European Journal of International Law, oxford University Press, vol. 11, No. 4, Dec. 2000, pp. 877-886.

حقوق بین‌الملل معاصر بر بستر روابط بین‌الملل جدید ریخته می‌شد، شارل دوویشر سهم بزرگی در تدوین، گسترش و سازماندهی شاکله نظری حقوق بین‌الملل معاصر ایفا کرده است. وی در هر دو دادگاه جهانی، قاضی بود و نقش بلامنازعی در شکل‌دادن به اندام حقوق بین‌الملل در لباس رویه قضائی نیز داشته است. شرح بیشتر ماجرا را در این مقاله می‌خوانید.

یک انگیزه دیگر هم در کار شد تا این نوشته به زبان فارسی درآید: نویسنده این مقاله که آن را در سمپوزیوم «شارل دوویشر» (سال ۲۰۰۰) ارائه کرده، «فرانسوا ریگو» استاد پر آوازه حقوق بین‌الملل در دانشگاه لوآن بلژیک است که اکنون در آستانه ۸۰ سالگی است.

حق‌گزاری فرانسوا ریگو نسبت به «دوویشر» – احساسات وطن دوستانه و هم میهن بودن آن دو به کنار- بیشتر به‌خاطر نقشی است که «دوویشر» در راه آرمان صلح و همبستگی در حقوق بین‌الملل ایفا نموده است. جمله‌ای که ریگو در پایان این نوشته از دوویشر نقل می‌کند گواه خوبی است، می‌گوید «به یاد آوردیم که حقوق بین‌الملل از عصر کانت تا به‌حال به‌دنبال همین آرمان صلح و برادری - همبستگی بین‌المللی - است».

باری، اینکه استاد فحل و نام‌آوری مانند «ریگو» فروتنی و وفاداری به آرمانها را بدان پایه می‌رساند که زبان و قلم به ستایش استاد دیگری می‌گشاید، برای ما نیز آموزنده است. راستی را، نگاه استادی به قامت استادی دیگر، تماشایی است. اما در جامعه ما، ستایش استادان و نام آوران عرصه‌های علم و هنر، به دست و زبان دیگر استادان چندان متداول نیست. چند استاد معتبر حقوق را می‌شناسیم که دست و قلم به شرح حال استاد دیگری گشوده باشد و به آراء و افکار او پرداخته باشد؟ جز بعض «نکوداشت»های سطحی یا «چهره‌سازی»های خنک که گاه نمایش وهن است تا ستایش ذهن، کدام کار جدی و صادقانه در معرفی اساتید و پیشگامان حقوق ایران یا سایر عرصه‌های علم و ادب هنر (از رفتگان و زندگان) سراغ داریم؟

راستی، سبب چیست؟ آیا کسی را نداریم که کار در خور ستایش و درخشانی کرده باشد؟ یا ما در شناساندن آن چهره‌ها کوتاهی کرده‌ایم و تعلل ورزیده‌ایم؟ دانش حقوق در جامعه ما هنوز دانش جوانی است و عمر آن به عصر مشروطه برمی‌گردد. عمر پیشگامان حقوق ایران نیز چندان طولانی نیست. در آن زمان بعضی از فقیهان هوشمند دست در دست وطن خواهان درست آئین، به عرفی کردن فقه، کمر بستند و بستر لازم را برای شکل‌گیری نظام حقوق مدرن ایران فراهم آوردند. دست مریزاد و خدایشان بیامرزاد. اینکه بن اصلی آنچه را که نظام جدید حقوق ایران می‌خوانیم، فقه است، به نفس خود نه مزیت است نه منقصت. یک واقعیت تاریخی است به نام میراث سنت که باید به جای خود، بدون شیفتگی یا دشمنی، شناخته شود و با نقد و بازبینی مستمر، نو شود و باید با درک منطق روش کار و نوآوری‌های پیشگامان و اساتید متقدم، راه آنها، ادامه یابد. ما فقیهان نام‌آور فراوانی داریم که در پایه‌ریزی بنیان حقوق معاصر ایران نقش اساسی داشته‌اند. اجر آنها مشکور باد. این فقیهان و عالمان دینی به برکت انقلاب اسلامی، شأن و جایگاه برتری یافته‌اند و قدر کار و تلاش آنها به شایستگی، دانسته شده است. اما در همین عرصه اساتید حقوق هم داشته‌ایم که حق آنها را به درستی نگزارده‌ایم. دکتر سیدحسن امامی، و پیش از او حائری شاه باغ، بروجردی عبده، منصورالسلطنه عدل و دیگران،

و پیش‌تر از ایشان نویسندگان قوانین مادر مانند قانون مدنی و قانون مجازات و قانون تشکیلات عدلیه. همه این اساتید دستی گشاده به میراث فقهی و چشمی گشوده بر دنیای نو و نیازهای آن داشتند، اما یک به یک، ناشناخته در دامان گذشته‌ها غنوده‌اند. دریغ که آن اندیشه‌وران و زمان شناسان چگونه میراث سنت عصر خود را نقد کردند و آن را در زمان حاضر از آب درآوردند و افکار خود را چگونه زیستند و نقد عمر بر سر آن نهادند، هیچ معلوم نیست. در عرصه حقوق جزا نیز حق اساتیدی مانند دکتر نقابت، هیئت، علی آبادی، پاد و دیگران هم پایه ایشان هنوز بر گردن ما است. در زمینه حقوق بین‌الملل که پاک ریزه‌خوار یافته‌ها و ساخته‌های دانش دیگران در غرب هستیم، بهتر است لب فرو بندیم تا رنج شرمساری را کمتر احساس کنیم. درست است که دانش حقوق بین‌الملل، هم به لحاظ خاستگاه و هم به لحاظ زیستگاه، یک دانش اروپایی است و ما - همچون سایر حقوقدانان در نظامهای حقوقی غیراروپایی ـ شارحان یا حاشیه نویسان بر حقوق بین‌الملل بوده‌ایم و هستیم، اما، باری، پیشگامانی همچون صدیق حضرت، حکمت و متین دفتری را حقی است بر ذمه ما. این نواندیشان در زمانه خود، به یمن فراستی که داشتند، فرس تحقیق را خوش راندند و از بازار حقوق معاصر اروپایی هر متاع تازه را ستاندند و نهال نظام حقوقی جدید ایران را، بی‌مزد و منت در ایران کاشتند. اما قدر و ارج کار آنها نیز چنان‌که باید، شناخته نیست. از استادان و اندیشه‌پردازان زنده روزگار ما - که عمرشان به بلندی آفتاب دراز باد ـ و حقی برگردن نظام حقوقی ایران دارند نام نمی‌بریم تا تخم شبهه در زمین غرض ورزان نیفکنده باشیم.

باری، این مقاله فرانسوا ریگو در شناساندن «دوویشر» نمونه‌ای است از حق گزاری نسبت به پیشگامان که برای ما درسها و عبرت دارد.

«فرانسوا - ریگو» استاد مسلم حقوق بین‌الملل و عضو انستیتو حقوق بین‌الملل و استاد دانشکده حقوق دانشگاه لوآن بلژیک است. وی را بر من، حق استادی و تعلیم، تمام است و هرچه بدان مباهات کنم، زیبنده این نام است. محمد بجاوی حقوقدان برجسته الجزایری که در دهه ۱۹۹۰، رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری بود، در مراسم بزرگداشت وی به سال ۱۹۹۶ گفت «کتاب حقوق بین‌الملل پروفسور ریگو، سالها است که بدیل و جانشین ندارد و به راستی «ام‌الکتاب» (Livre de la livres) به‌شمار می‌رود».

در فضلیت فرانسوا ریگو این نکته هم گفتنی است که در سالهای سخت و تنگ دهه ۱۳۶۰ که تازه دیوان داوری ایران ـ امریکا تاسیس شده بود، استادانه و جوانمردانه، به کمک اساتید و حقوقدانان ایرانی آمد. در آن سالها، عده‌ای از حقوقدانان ایرانی، غیرتمندانه آستین همت بالا زدند و به کار دفاع از حقوق دولت و ملت در آن دیوان مشغول شدند. اما این شجاعت و صداقت را داشتند که بپذیرند از چند و چون مسائل پیچیده حقوق بین‌الملل و دعاوی بین‌المللی آن‌هم در سطح دیوان داوری، اطلاع و تسلط عمیق نداشتند یا اگر داشتند برای چنان کار سترگی، کافی و روزآمد نبود و به‌هرحال محتاج راهنما و استاد قابل اعتمادی بودند تا آن راه دشوار را به سلامت بپیمایند و الحق به سلامت پیمودند. در شرف علمی و انسانی پروفسور ریگو همین بس که در آن

روزگار تنهایی و سردرگمی، به کمک ایران آمد و همراه دوست و همکار فاضل و برجسته‌اش ـ پروفسور جو ورهون ـ هر دو میان همت بربستند و دانسته‌ها و تجربه‌های خود را بی‌کم و کاست و بی منت و خواست، با اساتید و حقوقدانان ایرانی در میان گذاشتند و نشان دادند که به‌عنوان «حقوقدان»، دلداده آزادی و دلبسته عدالت‌اند و بس. م.م.

چکیده

این نوشته مروری است بر زندگی «شارل دوویشر» *(Charles de Visscher)* در نخستین سالهای زندگی علمی او در دانشگاه «گنت» *(Gent)* (بلژیک)، تصویر کوتاهی از زندگی او در لندن در طول جنگ جهانی اول، تدریس در دانشگاه کاتولیک لوون در ۱۹۳۱، نقش او در کمیته سیاسی مخفی که در زمان جنگ جهانی دوم تشکیل شده بود و با دولت در تبعید بلژیک که در لندن مستقر بود، تماس دائمی داشت، و بالاخره مروری است بر زندگی او در سالهایی که به‌عنوان قاضی در دو دادگاه جهانی یعنی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری *(PCIJ)* و نیز دیوان بین‌المللی دادگستری *(ICJ)* عضویت داشت. زندگی شارل دوویشر، نمونه‌ای است از زندگی حقوقدانی که اندیشه‌ورزی کرد و اندیشه‌های خود را زیست.

یک ماجرای خصوصی و داخلی شخصیت فردی «شارل دوویشر» را شکل داد، و دو فاجعه بلاخیز یعنی دو جنگ جهانی اول و دوم از او چهره یک شخصیت خادم ملت و مدافع وطن پرست ساخت، که امروز او را به همین عنوان می‌شناسیم و ستایش می‌کنیم. جنگ جهانی اول، تمایلات و علقه‌های علمی او را به سمت و سوی حقوق بین‌الملل کشاند و جنگ جهانی دوم که بلژیک در اشغال دشمن بود، برای وی فرصتی ایجاد کرد که توان شخصیتی و روحیه خود را بهتر شکل دهد و استوار سازد.

در حالی‌که ۱۲ سال بیشتر نداشت مادر خود را در مرگی زودرس، از دست داد و به فاصله کوتاهی پس از آن پدرش که استاد پزشکی قانونی در دانشگاه «گنت» بود، درگذشت. اسقف «گنت» سرپرستی این نوجوان یتیم و برادر کوچک او بنام «فرناند» را به شخصی به‌نام «آبه واته» (Abbe Watte') واگذار کرد که بعداً مسئول کلیسای «سنت‌ساوور» (Saint Sauveur) شد.

سرگذشت این دو برادر و مسیری که با هم طی کردند، آن دو را سخت به‌هم وابسته کرده بود، ولی این، ماجرا به تنهایی کافی نیست که روابط نزدیک آن دو را تا سال ۱۹۶۴ که «فرناند» درگذشت، توضیح دهد. آثار این ارتباط نزدیک، بیش از هر چیز در احساس مسئولیتی بود که «شارل دوویشر» نسبت به برادرش «فرناند» که فقط یک‌سال از او کوچکتر بود، داشت.

«فرناند» در دانشگاه «گنت» و بعداً در دانشگاه «لوون» بلژیک درس می‌داد، و پس از یک دوره کوتاه که در دانشکده‌های «لیل» (Lille) بود، به پیروی از برادرش «شارل» به «لوون» آمد و در آنجا حقوق روم درس می‌داد. «فرناند» در مکتب طرفداران حقوق روم، چهره شاخصی بود، اما در نظر او حقوق باستان یا حقوق روم، بیش از آنکه برای حقوقدانان معاصر منبع الهام و اقتباس باشد، موضوعی بود برای مطالعات خاص. «فرناند» نخستین رئیس «آکادمی بلژیک در رم» (Belgian Academy of Rome) در سالهای پس از ۱۹۹۴ بود. اقامت او در ایتالیا و نیز موقعیت او به‌عنوان رئیس فعالیت‌های اکتشافی در منطقه «آبروزی» (Abruzzi) و در یکی از شهرهای رم باستان بنام شهر «آلبا فوسنس»(Alba Fucens)، برای او عرصه جدیدی از فعالیت گشود - یعنی بازشناسی باستان شناختی جوامع منسوخ.[۱]

کسانی که بعدها این دو برادر را دیده بودند، نمی‌توانستند تفاوت شخصیت آن دو را نادیده انگارند و به‌خوبی درمی‌یافتند که «شارل» یک آدم جدی و محتاط است که در چشم کسانی که او را به‌درستی نمی‌شناختند، ظاهراً دیر آشنا و خیلی رسمی به‌نظر می‌رسید؛ ولی «فرناند» آدمی بود هوشیار، شاد که همواره لبخندی بر لب داشت. اما هر دو در یک چیز مشترک بودند: آداب دانی فوق‌العاده با ویژگیهای استثنائی در ذهن و ضمیر.

«دوویشر» در ۸ اکتبر ۱۹۰۷ با درجه «دکتر در حقوق»[۲] (Dectur en Driot) از دانشگاه «گنت» فارغ التحصیل شد و سپس در کانون وکلای زادگاهش پذیرفته شد و دوره کارآموزی وکالت خود را تحت سرپرستی «ژرژ فان دن بوسکه» (Georges van den Bossche) استاد حقوق مدنی شروع نمود.

همین استاد او را تشویق کرد که نخستین تحقیق خود را در زمینه حقوق مدنی که در آن روزگار رشته اصلی حقوق به‌شمار می‌رفت، انجام دهد. دو تحقیق او در زمینه حقوق مدنی در سالهای ۱۹۰۹ و ۱۹۱۰ منتشر شد.[۳] در همان ایام، این حقوقدان جوان در مسابقات بین

---

۱. ذکر نام و یاد «فرناند دوویشر» در اینجا لازم است ـ نه فقط به لحاظ تأثیری که او در شخصیت برادر بزرگش «شارل دوویشر» داشته، بلکه به‌خاطر آنکه آثار مهمی در زمینه حقوق بین‌الملل نوشته و به‌ویژه به خاطر درسی که در آکادمی حقوق بین الملل لاهه به سال ۱۹۳۴ ارائه کرده است. وی عضو دیوان داوری فرانسه ـ اسپانیا بود که برای رسیدگی به اقدام فرانسه در انحراف مسیر آب دریاچه لاتوک تشکیل شد (رأی مورخ ۱۶ نوامبر ۱۹۵۷) همچنین عضو انستیتو حقوق بین‌الملل بود و در سال ۱۹۳۷ و نیز ۱۹۵۰ دبیرکل انستیتو شد. برای اطلاع بیشتر در مورد «فرناند دوویشر»
رک. Ruyt, 151 Annuaire de Academie Royale de Belgique, 1985, P.101.

۲. در اصطلاحات مورد استعمال در بلژیک در آن زمان، این عنوان (دکتر در حقوق) معادل بالاترین درجه علمی در حقوق محسوب می‌شد.

۳. علاقمندان به آثار «شارل دوویشر» می‌توانند به کتابخانه دانشکده حقوق «لوون ـ لا ـ نو» مراجعه کنند. ورثه «دوویشر» کتابخانه او را به دانشکده حقوق هدیه کردند. عنوان دو مقاله «دوویشر» چنین است:

دانشگاهی سال ۱۹۰۹ـ ۱۹۰۸ برنده شد و در زمینه علوم سیاسی نیز تحصیل نمود و در ۲ فوریه ۱۹۰۹ در رشته علوم سیاسی درجه دانشگاهی دریافت نمود.

در سالهای منتهی به جنگ جهانی اول، تلاش زیادی برای مبارزه و نفی مبانی و اساس بورژوازی در جریان بود. «دوویشر» به اعتبار اصل و ریشه خانوادگی‌اش، با اینکه متعلق به بورژوازی بود، اما هیچ‌گاه زیاده خواهیها و خودخواهی‌های بورژوازی را نپذیرفت و با آن موافق نبود. وی جذب نظام حقوقی جدید یعنی مکتب «حقوق اجتماعی» (Social Law) و اندیشه‌های پیشرو «ریموند سالی»(Reymont Salleilles) شد. پس به پاریس رفت و همانجا اثر خود به نام «قراردادهای دسته جمعی کار» را در سال ۱۹۱۱ نوشت که با مقدمه‌ای به قلم همان استاد فرانسوی‌ـ ریموند سالی‌ـ منتشر گردید.[۴] یک سال بعد «ریموند سالی» درگذشت و «دوویشر» مقاله‌ای در بزرگداشت او نوشت.[۵] در سالهایی که «دوویشر» در زمینه قراردادهای دسته جمعی کار تحقیق می‌کرد، این موضوع بسیار جدید بود و هنوز در بلژیک و فرانسه به‌عنوان قانون موضوعه، به عرصه قانونگزاری درنیامده بود، گرچه در هلند و سوئیس صورت قانون به خود گرفته بود. «ریموند سالی»، آنچه را که بعدها به‌ویژگی پایدار شخصیت این دانشجوی جوانش تبدیل شد، نیک دریافته بود و در مقدمه‌ای که بر کتاب «دوویشر» جوان نگاشته به آن اشاره کرده است:

> «آقای «دوویشر» که هم وکیل است و هم حقوقدان می‌خواست قبل از هر کاری و از ابتدا یک کار اجتماعی انجام دهد، این است که دست به یک کار حقوقی زد و این کتاب را تألیف کرد، و این همان چیزی است که من آرزو داشتم و اکنون آن را ستایش و تحسین می‌کنم».[۶]

خود «دوویشر» هم در مقدمه این کتاب نوشت:

> «در عمل، مذاکره و انعقاد قرارداد کار به صورت انفرادی، کارگر را در مقابل کارفرما در وضعیت فرودست و ضعیف قرار می‌دهد. همان‌طورکه اشاره شد، تساوی بین کارفرمای مجربی که عجله‌ای برای انعقاد قرارداد ندارد، با کارگری که از شرایط بازار کار آگاه نیست و نیازمند هم هست، صرفاً در عالم تئوری وجود دارد. فقط سازمان دسته جمعی کارگری است که می‌تواند این تساوی را هنگام انعقاد قرارداد کار فراهم و تأمین نماید. نتیجه ضروری سازمان دسته

Etude sur la responsabilitie' civile, L'abus de droit, le risqué cre'e' (1990); and De la clause par laquelle l'epoux survivant est autorise' a reprendre sur prise'e contradictorie tout ou partie des biens qui composent la succession de sonconjoint (1910).

4. Le Contrant collectif de travail, The'ories juridiques et projects legislatifs (1911).

5. Raymond Saleilles.In Memoriam.15 Revue catholique de Droit (1912) 1.

6. *Supra* note 4. at XXI.

جمعی کارگری عبارت است از مذاکره و انعقاد قرارداد دسته جمعی کار.»[۷]

در سالهای ۱۹۱۲ و ۱۹۱۳، «دوویشر» حداقل چهار مقاله دیگر دربـاره حقـوق اجتمـاعی نوشت.[۸] در ۱۹۱۱ جانشین پروفسور «آلبریک رولن» (Alberic Rolin) شد که ابتدا حقوق جـزا و سپس آئین دادرسی کیفری تدریس می‌کرد،[۹] و پس از اینکـه رولـن در ۱۹۱۳ بازنشـسته شـد، برای تدریس حقوق بین‌الملل خصوصی جانشین او گردید.

«هنری رولن» فرزنـد «آلبریـک رولـن» (Albertic Rolin) خـود یـک اسـتاد حقـوق بین‌الملل نامدار بود و در سالهای قبل از شروع جنگ جهانی اول درسهای «دوویـشر» را تعقیـب می‌کرد. وی در مصاحبه‌ای که پس از مرگ استاد خود با روزنامه «لوسوار» (Le soir) داشته، بـر روشنی و دقت در روش تدریس «دوویشر» گـواهی داده اسـت. در سـال ۱۹۵۴، «شـارل وولـر» (Charles Vuller) رئیس برجسته دادگاه نخستین بروکسل در گفتگـو بـا نگارنـده، بـا لحـن و لسانی نه کمتر از آنچه «هنری رولن» گفتـه اسـت، از دقـت و موشـکافی اسـتاد جـوانش یعنـی «دوویشر» در تدریس حقوق جزا سخن‌ها می‌گفت و آن را می‌ستود.

اجازه دهید لختی در شهر «گنت» در «مرکز ملی مطالعات حقـوقی» بـه‌ویـژه در زمینـه حقوق مدنی، حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق جزا تأمل کنیم.

«فرانـسوا لورانـت» (۱۸۸۷– ۱۸۱۰) (Francios Laurent) در حقـوق مـدنی و حقـوق بین‌الملل خصوصی و «شارل دوویشر» در عرصه حقوق جزا، چهره شاخص خود را در همین شهر بدست آوردند، و «ژاک ژوزف هاوس» (۱۷۸۹–۱۸۸۱) و «آلبریک رولن» در عرصه حقـوق جـزا نیز همانجا بود که استادان برجسته‌ای شدند. «گوستاو رولـن ژاکومـوس» (۱۹۰۲–۱۸۳۵) بـرادر بزرگتر آلبریک رولن، مؤسسه حقوق بین‌الملل را در سالن «آرسـنال» شـهرداری گنـت در سـال ۱۸۷۳ تأسیس نمود و در سال ۱۸۶۸ همراه با «اسر» (Asser) و «وست لیـک» (West Lake) مجله حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی را پایه‌گذاری کـرد. پـسرش، «ادوارد» از سـال ۱۹۱۷ تـا ۱۹۳۱ قاضی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری بود. اشاره به این مؤسسات از ایـن جهـت مهـم است که «دوویشر» بعدها نقش و حضور مؤثر و فوق‌العاده‌ای در آنها یافت.

---

7. *Ibid*. at 11.

۸. رک. کتابشناسی جامعی که همراه مقاله «فان دن مرش» چاپ شده:
Ganschof van den Meresch, Annuaire de l'Academie royal de Belgique, 1981, D.115; same author, Bulletin de le classe des.

۹. آثار منتشر نشده دوویشر که در کتابخانه دانشکده حقوق لوون موجود است، شامل دست‌نویس‌های یکی از دانـشجویان از تقریرات دوویشر در «درس آئین دادرسی کیفری» است که در سال تحصیلی ۱۹۱۳–۱۹۱۴ ارائه کرده است.

موضوع اولین پژوهشی که توسط جانشین رولن در زمینه حقوق بین‌الملل منتشر شد، راجع به یکی از موضوعات حقوق خصوصی بود و آن عبارت بود از شرایط و مقررات حاکم بر بنیادی که مشاوران پادشاه لئوپولد دوم (Leopold II) برای اینکه مانع از انتقال میراث پادشاه به دخترش شود، تاسیس آن را به پادشاه پیشنهاد کرده بودند.[۱۰]

در سال ۱۹۱۴، با تقسیم سربازان گارد شهری که دوویشر هم عضو آن بود، ناگزیر به آنتورب (Antwerp) بازگشت. بعد از پایان خدمت نظامی، همراه خانواده‌اش به انگلستان پناهنده شد.[۱۱] بی‌گمان، جنگ جهانی اول، باعث شد مسیر تحقیقات و کتابها و فعالیتهای او حول حقوق بین‌الملل متمرکز شود. در مقالاتی که در مجلات حقوقی انگلستان و فرانسه منتشر کرد به مسئله نقص حقوق بین‌الملل که بلژیک هم در ۴ اوت ۱۹۱۴ قربانی آن شده بود، پرداخت.[۱۲] کتابهائی نیز در همین زمینه‌ها نوشت که اولین آن «مسئله بلژیک: جستجو و تحقیق قضایی»[۱۳] و سپس کتاب «بلژیک و حقوقدانان آلمانی» بود.[۱۴]

تا پیش از ۱۹۱۴ به‌طورکلی پذیرفته شده بود که، جنگ تجاوزآمیز خلاف حقوق بین‌الملل نیست و نقض حقوق بین‌الملل به‌شمار نمی‌رفت. از این‌رو، «دوویشر» تلاش خود را بر مطالعه وضع خاص بلژیک متمرکز کرد تا نشان دهد که نه تنها با توجه به موضع بی‌طرفی دائمی که بلژیک اتخاذ کرده بود، آن کشور باید از هرگونه تجاوز مصون بماند، بلکه امپراطوری آلمان که جانشین پروس شده بود و یکی از پنج کشور امضاکننده عهدنامه‌ای بود که استقلال و بی‌طرفی دائمی بلژیک را تضمین کرده بودند، نیز مکلف بوده به بی‌طرفی بلژیک احترام بگذارد.[۱۵] در کتابی که به اسم «بلژیک و حقوقدانان آلمانی»(Belgtique et les geristes allemande) نوشت با تفسیری که «ارنست نای» (Ernest Nay) از معاهدات تضمین‌کننده استقلال بلژیک ارائه کرده بود[۱۶] و نیز استدلالی که صدراعظم وقت آلمان «بت مان هال وگ» – (Bethmann

---

10. Des fondations en droit international prive'. A propos de la Fondation de Niederfullbach. 9 Revue de droit international prive' et de droit pe'nal international (1913) 183.

۱۱. جای دیگری که این دو برادر بار دیگر با هم برخورد کردند، در انگلستان بود که فرناند همراه خانواده‌اش در سال ۱۹۱۴ به آنجا رفت و تا ۱۹۱۶ در اکسفورد زندگی می‌کرد تا اینکه به عضویت دولت در تبعید بلژیک که در انگلستان قرار داشت، درآمد.

۱۲. لیست این مقالات در کتابشناسی آثار دوویشر آمده است. رک.پاورقی ۸

۱۳. این دو کتاب را ای .اف .جوردن (E.F.Jourdain) از فرانسه ترجمه کرده و با مقدمه «فان دن هوول» (van den Heuvel) در ۱۹۱۶ چاپ شده است.

۱٤. سال بعد یعنی در ۱۹۱۷ این کتاب به زبان آلمانی ترجمه و منتشر شد.

15. For references, see Rigaux, "La repression des crimes de droit international a Nuremberg et a Tokyo". 9 (6th Series) Bulletin de la Class des Letters de l'Academie rouyale de Belgique (1998) 501-539. at 507 n.12.

16. La Belgique et les juristes allemands, at 59-61.

(Hollweg) در سخنرانی خـود در ۴ اوت ۱۹۱۴ در مجلـس (Reichstag) مطـرح کـرده بـود و می‌خواست اشغال بلژیک را به بهانه «وضعیت اضطراری» توجیه کند، به مخالفت برخاسـت و آن را رد کرد.[۱۷]

مجلس آلمان آن را به اتفاق آراء پذیرفت، و صدر اعظم آلمان هم به نظـرات حقوقـدانان توسل نجست. طرفداران جنگ می‌گفتند که او به موضع آلمان صدمه زده، و بعض دیگر نیز کـه طبعاً تعدادشان کم بـود از اسـتدلال او در مـورد «وضـع اضـطراری» قـانع نـشدند. در میـان آن حقوقدانان از همه روشن‌تر و صریح‌تر نظر «هانس ویبرگ» (Hans Wehberg) بود کـه بعـدها در جزوه‌ای که سال ۱۹۱۹ منتشر کرد، شرح داد چگونه به‌خاطر اینکه آشکارا گفته بـود وضـعیت اضطراری مورد ادعای آلمان، نمی‌تواند نقض بی‌طرفـی بلژیـک از جانـب آلمـان را توجیـه کنـد، تهدیـد شـده بـود.[۱۸] «والتـر شـاکینگ» (Walter Schueking) کـه در ۱۹۳۰ قاضـی دیـوان بین‌المللـی دادگـستری شـد؛[۱۹] و نیـز «لامـاش» (Lammasch) همـین نظـر را تأییـد کردنـد. «ویبرگ» پس از پایان جنگ مورد غضب و دشمنی قرار گرفت و ناچار شد به ژنـو بگریـزد. او از ۱۹۲۶ تا ۱۹۵۰ دبیرکل انستیتو حقوق بین‌الملل بود (که بعداً فرناند دوویشر جانشین او شد) و تـا زمان مرگ نیز دوست وفادار «شارل دوویشر» باقی ماند.

در طول جنگ جهانی اول، دکترین «دوویشر» به عقایـد و آراء «آنزیلـوتی»[۲۰] حقوقـدان برجسته بین‌المللی بسیار نزدیک شده بود، و از این رو دیگر لازم نبود برای اثبات اینکـه هرگونـه توسل به جنگ ـ که بلژیک هم قربانی آن شده بود ـ در هر حال نقض حقوق بین‌الملل است، به این بحث بپردازد که آیا جنگ تجاوزآمیز منطبق با موازین حقوق بین‌الملل هست یا نه. «هرمـان کانتورویکز» (Herman Kantorowicz)، طی اظهارنظری که به سال ۱۹۲۷ برای وزیر خارجـه وقت ارسال کرد ولی پس از مرگ او در ۱۹۶۷ منتشر شد،[۲۱] با روش خـود بـه مـسئله مـسئولیت شروع جنگ جهانی اول پرداخته است. شایسته است کـه از ایـن حقوقـدان در بحـث از دکتـرین حقوق بین‌الملل نامی برده شود، زیرا یکی از اولین کسانی است که عقیده داشت که از پایان قرن

---

۱۷. در مورد ترجمه فرانسه سخنرانی صدراعظم آلمانی رک. همان منبع ص ۱۷ـ۱۶.

18. H.Wehberg, Als Pazifist im Weltkrieg (undated, but the year 1919 apears in the bibliography published in Melanges Wehberg).

۱۹. «شالر دوویشر» پس از مرگ والتر شوکینگ، یادنامه‌ای در بزرگداشت او منتشر کرد (۱۹۳۵) که در مجله‌ای که شوکینگ سردبیر آن بود، چاپ شد.

20. D.Anzilotti, "Corso die diritto internazionale", in Opere di Dionisio Anzilotti. Vol.1.420 - 421. the third edition, the last revised by the author. Dates from September 1927.

21. H.Kantorowiez, Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914. Aus dem Nachlass herausgegeben und eingeleitet von ImmanuelGeiss, mit einem Geleitwort von Gustav Heinemann (1967).

۱۹، جنگ همراه تجاوز برخلاف حقوق بین‌الملل بوده است. وی در اثبات نظر خود، من‌جمله، به رویه مشترک دولتها اشاره می‌کند که همواره فقط در مقام دفاع دست به جنگ گشوده‌اند. «کانتورویکز» در دفاع از مدعای خود به اسناد رسمی استناد می‌کند که دول متخاصم در هفته‌های اول پس از ۹ اوت ۱۹۱۴ منتشر کردند و برای پنهان کردن اندیشه تجاوز، بعضی قسمتهای آن اسناد را حذف کردند یا در آنها دست بردند.

پس از جنگ جهانی اول، «دوویشر» مشاور حقوقی وزارت امور خارجه بلژیک شد و با کمیته کارشناسانی که از آنها خواسته شده بود در مورد مسایل سازمان جدید (جامعه ملل) پیشنهاداتی را برای شورای جامعه ملل تهیه کند، مشارکت و همکاری نمود.

در ۱۹۲۴ به ریاست دانشکده حقوق «گنت» منصوب شد. در سال ۱۹۲۰ جانشین «ادوارد رولن ژاکمین» (Eduardo Rolin – Jaequemyns) شد (که خود او هم به جای پدرش نشسته بود)، و عضو هیأت مدیره «مجله حقوق بین‌الملل و تطبیقی» گردید که انتشار آن تا جنگ دوم جهانی ادامه یافت و بعد متوقف شد. حضور «دوویشر» در این مجله اعتبار و جایگاه ویژه‌ای به آن بخشید. در اغلب شماره‌های این مجله، «دوویشر» مقاله‌ای داشت که در آنها به مسایل اساسی و عمده می‌پرداخت و گاه موضوعاتی را مطرح می‌کرد که در آن زمان بسیار نو بود و سالها بعد طنین آن پیدا شد- مانند «حمایت بین‌المللی از اشیا و آثار تاریخی.»[۲۲]

در سال ۱۹۳۹ به‌دنبال وضع مقررات در مورد زبان که در دانشگاه گنت پیش آمد، سابقه دانشگاهی او قطع شد ولی بلافاصله دانشگاه کاتولیک «لوون» از او دعوت کرد تا از خرمن دانش و تجربه وی خوشه چینی نماید. «دوویشر» درس‌های متعددی را در دانشگاه لوون تدریس می‌کرد و به‌ویژه از ۱۹۳۲ به جای «بارون دسکاپ» (Baron Descamps) «حقوق مدنی» درس می‌داد، و از ۱۹۳۶ به جای «ویسکانت پراسپر پوله» (Viscount Prosped Poullat) حقوق بین‌الملل خصوصی تدریس می‌کرد. بعد از اینکه به‌عنوان قاضی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری (PCIJ) منصوب شد، استادان دیگری به جای او این درسها را ارائه نمودند.

«دوویشر» در دعاوی متعددی نزد دیوان دائمی بین المللی هم حاضر شد و مدافعاتی را ارائه کرد و در دعوایی که بلژیک طرف آن بود، به‌عنوان «قاضی ویژه» منصوب گردید. تا اینکه بالاخره در سال ۱۹۳۷ پس از مرگ «بارون ادوارد رولن - ژاکماین»، مجمع عمومی جامعه ملل او را به‌عنوان قاضی همان دیوان انتخاب کرد. پس از تشکیل دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ)

22. 86 Revue de droit international et de legislation compare (1935-1) 32 et seq and 246 et seq. This article was translated into English and published in 1949 by the Department of State, under the title: International Protection of Works of Art and Historic Monuments. See also La Conference internationale des Fouilles (Le Caire 9-15 nars 1937) et l'oeuvre de l'office international des musees', Revue de droit international et de le'gislation compare (1937) 1.

نیز مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد به سال ۱۹۴۶ وی را به‌عنوان قاضی دیوان انتخاب و منصوب کردند و ۱۶ سال عضو آن دیوان بود.

«فیلیپ کوورو» (Phillippe Courreeur) کارها و آثار «دوویشر» را در این سمپوزیوم طی مقاله‌ای بررسی کرده است. در اینجا کافی است که تکریم و احترامی را که «والتر جان گانش هوف ون در مرش» (Walter – Jean Gaushof van der Meersch) دادستان دیوان عالی کشور بلژیک و نایب رئیس دادگاه اروپایی حقوق بشر، در بزرگداشت «دوویشر» ادا کرده است به یاد آوریم.[۲۳]

در طول جنگ دوم جهانی «دوویشر» خدمات زیادی کرد که کمتر از خدماتی که طی ربع قرن قبل از آن برای کشورش کرده بود، نبود. اما این بار با شجاعت تمام، خطر کرد و در عملیات مخفیانه در زمانی که بلژیک تحت اشغال بود شرکت نمود. وی با پنج نفر دیگر که وی را به‌عنوان رئیس خود برگزیده بودند، در یک کمیته سری سیاسی شرکت کردند و با دولت در تبعید بلژیک که در لندن مستقر بود، تماس برقرار نمودند. «گانش هوف ون در میرش» (Ganshof van der Meersch) که یکی از اعضای کمیته سری بود، گزارش مفصلی از فعالیتهای آن کمیته داده است[۲۴] و «دوویشر» نیز در یادداشتی که درباره یکی دیگر از اعضای کمیته یعنی دادستان کل بلژیک «لئون کورینل» (Leon Cornil) نوشته، به این فعالیتها اشاره کرده است.[۲۵] این کمیته سری رسماً به‌عنوان رابط دولت در تبعید بلژیک، در لندن تشکیل گردید. بعدها پس از آزادی بلژیک در ۲۶ سپتامبر ۱۹۴۴ «دوویشر» در اولین دولتی که پس از آزادی بلژیک از اشغال متحدین تشکیل گردید به‌عنوان وزیر مشاور منصوب گردید.

در سال ۱۹۲۱ به‌عنوان عضو پیوسته انستیتو حقوق بین‌الملل، در سال ۱۹۲۷ به‌عنوان عضو اصلی و در سال ۱۹۲۵ به‌عنوان معاون دبیرکل و بالاخره در سال ۱۹۲۷ به‌عنوان دبیرکل انستیتو انتخاب و منصوب شد و در بسیاری از مسائل و موضوعات حقوق بین‌الملل که در انستیتو مورد بحث و بررسی قرار می‌گرفت، به‌عنوان مخبر عمل کرده است. تا اینکه بالاخره در ۱۹۴۷ به‌عنوان رئیس انستیتو، انتخاب شد و درسال ۱۹۵۴ نیز ریاست افتخاری انستیتو به وی اعطا

---

۲۳. رک. کتابشناسی مذکور در پاورقی ۸ بالا، ۱۴۲–۱۴۴ که فهرست دعاوی و پرونده‌هایی که دوویشر در آنها قاضی بوده نیز آمده است.

۲٤. رک. کتابشناسی دوویشر پاورقی ۸ بالا، ص ۱۴۹–۱۵۳.

25. Annuaire de l'Academie (1967) 229-239. at 231-232. *See also* van der Meersch, "Enkele juridische Aspecten van de Actie der Regering tijdens de Oorlog 1940-1945". In Liber Amicorum August de Schriver (1968) 393: Baron Snoy et d'Oppuers. "In Memoriam Charles de Visscher". Chronique de politique etrangere (January 1973) 87: H. Bernard, La Resistance 1940-1945 (1 st ed.) 43-44: J. Gerard – Libois and J. Gotovitch L'an 40. La Belgique occupee (1971)173.

گردید. از سال ۱۹۳۲ عضو هیأت امنای آکادمی حقوق بین‌الملل (لاهه) شد. به سال ۱۹۶۵ همراه با «هنری رولن» مجله حقوق بین‌الملل بلژیک را راه اندازی کرد که نخستین هیأت تحریریه آن مجله را تشکیل می‌دادند و «دوویشر» رئیس آن بود. از آن زمان بـه بعـد، رئـیس تحریریـه ایـن مجله، همواره یکی اساتید حقوق بین‌الملل از دانشگاههای بلژیک بوده است.

دانشگاههای پاریس، مون پلیه، پواتیـه و ویـن بـه «دوویـشر» دکتـرای افتخـاری اعطـا نمودند. وی عضو وابسته «انستیتو فرانسه» عضو افتخاری انجمن حقوق بین‌الملل امریکا، عـضو خارجی آکادمی سلطنتی «ویتن شاپن» هلند (Wetenschappen) و نیز عـضو پیوسـته آکـادمی «سـن تومـاس آکـوئین» رم بـود. سـه دوره هـم در سـالهای ۱۹۲۵–۱۹۳۵و۱۹۵۴ درس «دوره عمومی حقوق بین‌الملل» را در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه ارائه نمود.[۲۶]

در ۴ دسامبر سال ۱۹۳۳ به‌عنـوان عـضو پیوسـته [رابـط] «آکـادمی سـلطنتی بلژیـک» برگزیده شد و سپس در ۶ مه ۱۹۴۰ به‌عنوان عضو اصلی مؤسسه مذکور انتخاب شد و در اجلاس سیاسی آکادمی در ۶ مه ۱۹۳۶ و نیز در اجلاس عمومی آن در ۶ مه ۱۹۵۳ سخنرانی کرد. از آنجا که انتشارات آکادمی محرمانه است و در دسترس عموم قرار نمی‌گیرد، خوب است به خلاصـه‌ای از سخنرانی او اشاره کنیم.

موضوع سخنرانی او در سال ۱۹۳۶ «دیوان دائمی دادگستری و نقش آن در توسعه حقوق بین‌الملل»[۲۷] بود که تجزیه و تحلیل عالمانه‌ای از نقش صلاحیت بین‌المللی است. به قول او این دیوان «بیش از آنکه نگران توسعه حوزه قانون باشد، به‌دنبال تنظیم و تثبیـت مرزهـای مـسلم و غیرقابل تردید آن است». این سخنرانی حاوی ملاحظـات و نظـرات صـریح «دوویـشر» دربـاره پاره‌ای از احکام دیوان است. درباره یک پرونده خاص – یعنـی درخواسـت نظـر مـشورتی دیـوان درباره طرح ترتیبات گمرکی بین آلمان و اتریش– (طرحی که به نظر دیوان اگر اجرا می‌شد و اگر طبق برنامه مذکور اقتصاد نابرابر این دو کشور در بازار مشترک اروپا که تازه شروع بـه‌کـار کـرده بود ادغام می‌شد، استقلال جمهوری جوان اتریش را به خطر می‌انداخت) «دوویـشر» بـه قاضـی «آنزیلوتی» (Angilotti) پیوست و با اینکه هر دو قاضی جـزو اکثریـت بودنـد، مـشترکاً نظریـه جداگانه‌ای دادند و دلایل خود را برای موافقت با رأی بیان کردند. همین بیان، نقطه شـروع دوره دوم آثار و نوشته‌های او به‌ویژه در زمینه تفکیک بین اختلاف حقوقی و اختلاف سیاسی بـه‌شـمار می‌رود:

«تمام روند پیشرفت در حقوق بین‌الملل مشخصاً عبارت است از روند تحول تدریجی اختلافـات سیاسی به اختلافات حقوقی، و نیز ناظر است به آوردن تدریجی تعارض منافع (سیاسـی) دولتهـا

26. Principes generaux de droit international public'. 86 RdC (1954-II) 449.

27. 22 (5th Series) Bulletin de la Classe des Letters (1936) 151.

به عرصه درک عینی یا منطقی، و از این رهگذر آوردن آن تعارض منـافع بـه عرصـه گفتگـوی حقوقی، تعارضی که تا آن زمان به هرگونه قضاوت ارزشی آسیب می‌رساند و مضر بود».

البته، همان‌طورکه هر قاضی بین‌المللی باید از پرداختن به اختلافات سیاسی اجتناب ورزد، به‌همین ترتیب همین‌که «قصد سیاسی دولتها بـه صـورت قـرارداد و در قالـب یـک موافقتنامـه بین‌المللی اعلام می‌شود، و از زمانی که آن قصد به‌عنوان علت منطقی انعقاد موافقتنامـه حقـوقی خود را، نشان می‌دهد» بر ذهن قاضی بین‌المللی نقش می‌بندد (و تأثیر خود را می‌گذارد).

سخنرانی «دوویشر» در سال ۱۹۵۳ درباره «ملی کردن در حقوق بین‌الملل»[۲۸] بـا وجـود ایجاز و اختصار، بسیار مهم است و خواندن آن بر هر مورخ تاریخ حقوق واجب است. «دوویـشر» از دکترین دیوان دائمی دادگستری که در ۱۹۲۵ اعـلام شـده بـود و مبتنـی بـر نظریـه «حقـوق مکتسب» بود فاصله می‌گیرد و پیشنهاد می‌کند که حقوق بین‌الملل باید از اتباع خارجی که اموال او توسط دولت دیگری مصادره شده است، حمایت کند. بـا خـارج کـردن مفهـوم ملـی کـردن از مفهوم مصادره، «دوویشر» بین این دو مفهوم تفکیک قائل می‌شود و می‌گوید:

«ملی کردن، عبارت است از اصلاح بخش وسیعی از اقتصاد کشور که مبتنی بر دلایـل سیاسـی داخلی و خارجی است و خود دولت ملی‌کننده آن را تشخیص می‌دهد و تنها قاضی آن است و از این رو اصولاً خارج از ضابطه و معیارهای حقوق بین‌الملل است. و بدین‌سان ملی کردن، چهره کاملاً متفاوتی از مصادره دارد».

این بیان از جانب یک حقوقدان غربی با توجه به اعتبار و حیثیت فراوانی که داشت و نیـز با توجه به موقعیتی که در بالاترین دادگاه بین‌المللی داشت، یک موضع‌گیری بسیار صریح و حتی انقلابی محسوب می‌شد، چه، نیازی را که چند ده سال بعد و پس از بـروز نهـضت اسـتعمارزدائی به‌وجود آمد، بسی زودتر دریافته بود و آن را تایید می‌کرد.

پس از استقلال بلژیک، کانون فارغ التحصیلان ادبیات و علوم اخلاقی و سیاسی بلژیـک وینستون چرچیل را در ۵ نوامبر ۱۹۵۴ به‌عنـوان عـضو پیوسـته آن کـانون پـذیرفت و در جلـسه فوق‌العاده کانون در ۱۵ نوامبر ۱۹۴۵ که با حضور پادشـاه بلژیـک (الیزابـت) و بـسیاری از سـران دولتی تشکیل شد، میزبان چرچیل بود.[۲۹] پس از مرگ ایـن دولتمـرد برجـسته انگلیـسی، کـانون مذکور از «دوویشر» درخواست کرد در مراسم بزرگداشت چرچیل به او ادای احتـرام و سـخنرانی

28. 39 (5th Series) Bulletin de la Classe des Letters (1953) 258.

29. Bulletin de la Classe des Letters et des Sciences morales et politiques (1945) 207.

کند.[۳۰]

آثار عالمانه و تحقیقی «دوویشر» بسیار زیاد است و می‌توان آنها را برحسب دو دوره زندگی او تقسیم کرد که هر کدام ویژگیهای خاص خود را دارد «دوویشر» اندکی پس از اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) را ترک نمود، درگذشت. اما تصویری که از خود بجا گذاشت، تصویر یک استاد فاضل، انسان شجاع، بصیر و نیکوکار و نیز یک قاضی بین‌المللی است که دانش و نوشته‌های او در احکام و تصمیمات درخشان و بی‌نظیر وی در دیوان متجلی شده است. وی اکراه داشت که نظر مخالف یا نظر جداگانه صادر کند و نظرات خود را ضمن آراء دیوان می‌آورد. در تمام دوران قضاوتش دو بار نظریه جداگانه نوشت. برای اینکه از این حیث هم با آنچه «آنزیلوتی» به آن مشهور است شریک باشد، کتاب مستقلی چاپ نکرد. افزون بر مشارکت در یک کار دسته جمعی دیگر - یعنی تهیه پیش‌نویس منشور ملل متحد به‌عنوان عضو هیأت نمایندگی بلژیک در کنفرانس سانفرانسیسکو – در اولین جلسه انستیتو «حقوق بین‌الملل که پس از جنگ جهانی دوم تشکیل شد، گزارشی تحت عنوان «حقوق بنیادی انسان، مبانی بازگشت و تجدید حیات و بازسازی حقوق بین‌الملل» تهیه نمود. در تاریخ ۹ آوریل ۱۹۴۷ انستیتو حقوق بین‌الملل در اجلاس «لوزان» (سوئیس) اعلامیه‌ای را تصویب کرد که متن و شرح آن، کار شخص «دوویشر» بود.[۳۱] این تاریخ مهم است زیرا دقیقاً یک‌سال قبل از «اعلامیه جهانی حقوق بشر» ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ است و نیز تقریباً یک‌سال قبل از «اعلامیه امریکایی حقوق بشر» می‌باشد.[۳۲] البته در اعلامیه انستیتو حقوق بین‌الملل فهرست حقوق بنیادی بشر آنچنان که بعداً در اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر متداول شد، وجود نداشت اما چند اصل بنیادی به صراحت در این اعلامیه انستیو ذکر شده که نهایت اهمیت را دارد، مانند: احترام به حقوق بشر، ایجاد یک نظام حقوقی بین‌المللی واقعی و مؤثر، تأیید همراه با تأکید اینکه غایت و هدف از قدرت دولت خدمت به انسان است، احترام به افکار عمومی در پرتو احترام به قانون که حقوقدانان کمتر از دیپلماتها به آن توجه می‌کنند، به چالش خواندن برداشت دولت سالارانه از دکترین حقوقی و بالاخره ضرورت اتخاذ تضمین مؤثر و اقدامات کنترلی که بدون آن حقوق افراد را نمی‌توان حفظ نمود.

در این سمپوزیوم، «پروفسور ورهون» جداگانه درباره اثر علمی بزرگ «دوویشر» به‌نام «تئوری‌ها و واقعیتها در حقوق بین‌الملل عمومی» (theories et realites en driot

30. Bulletin de la Classe des Letters et des Sciences morales et politiques (1965) 60.

31. 41 Annuaire de l'Institut de droit international (1947). Session de Lausanne, at 1-13 (report), 152-190 (discussions in plenary session) and 258-260 (resolution).

32. Final Act of the Bogota Conference, 30 March to 2 May 1948.

(international public) (۱۹۵۳) که اصالت و تازگی آن مشهود است، اظهارنظر کرده است. «پل روتیر» به‌درستی این کتاب را نوزایی (رنسانس) یک نویسنده ۶۹ ساله می‌داند که از دانش و تجربه‌ای درخشان و نیز از معرفت تاریخی قابل توجه برخوردار است و با حقوقدانان بزرگ عصر خود در ارتباط بوده.[۳۳]

اتفاقی نبود که در سخنرانی که در اجلاس عمومی آکادمی سلطنتی بلژیک در ۶ مه ۱۹۵۳ ارائه کرد، جمله‌ای گفت که گویا از همین کتاب برگرفته است. در آن زمان عقیده غالب بین حقوقدانان محافظه کار این بود که ملی کردن را نباید از مصادره تفکیک نمود و در هر دو مورد باید خسارت پرداخت شود ـ البته اگر ناظر به اموال و منافع خارجیان باشد. دوویشر با اشاره به عقیده غالب در آن دوران از ضرورت تحول آرام در عین احترام به وضع موجود سخن گفت و نوشت:

«این سخن درستی است که انسان‌های اهل قانون در دفاع از خود با یک نوع از زحمت و دردسر مواجهند. اما متأسفانه این سخن یک سخن کاملاً تئوری است که در مقابل آن، تجربه تاریخ و تحول جامع اجتماعی وجود دارد. بی‌گمان، حقوقدانان به حفظ و ثبات در وضع موجود ــ که البته با عدم تحرک و سنگ شدگی یکی نیست ـ علاقه و اشتیاق وافر دارند اما به قول «هاریون» (Haurion) آن ثبات «همان حرکت آهسته و پیوسته‌ای است که اجازه می‌دهد بعضی اشکال چیزها پا برجا بماند» چیزهایی که هر نسل به آن عادت کرده‌اند. اما حقوقدانان باید توجه داشته باشند که زمانی فرا می‌رسد که ریتم و آهنگ حوادث شتابی می‌گیرد: زمانی که وضع ثابت و منظم موجود شروع به تحول می‌کند و سرعت می‌گیرد و سرانجام شکل و شمایل یک انقلاب را به‌خود می‌گیرد. اگر حقوق از نیروهای معنوی که در اختیار دارد برای حفظ عناصر مفید در تثبیت وضع موجود کمک می‌گیرد، به این معنی نیست که از روند تحول کناره‌گیری می‌کند و از خود سلب مسئولیت می‌کند. اگر حقوق با تأیید بر احترام به قراردادها و اصل جبران خسارت که آن را با قاطعیت بیان می‌کند، در واقع احتیاط می‌ورزد و اگر با عجله و شتاب در روند تحول مخالفت می‌نماید، لزوماً به این معنی نیست که در مقابل تحول، از خود سلب مسئولیت کند».[۳۴]

در ۱۷ مارس ۱۹۵۱ «دوویشر» در جلسه یاد بود و بزرگداشت «آنزیلونی» که توسط «موسسه ایتالیایی سازمان بین‌المللی» در رم برگزار شده بود، سخنرانی کرد. در آن زمان فاصله

33. 55 Annuaire de l'Institut de Droit international (1973). Session du Centenaire, Rome. 884. 3439 (5th Series) Bulletin de la Classe des Letters (1953) 258, at 262.

نسلها قابل توجه بود: «دوویشر» (۱۹۷۳-۱۸۸۴) و «کلسن» (۱۹۶۷-۱۸۸۱) نیم نسل پس از آنزیلوتی (۱۹۵۰-۱۸۶۷) بودند، اما هر دو در مقابل سلف خود این امتیاز بیشتر را داشتند که کار خود را ادامه داده بودند و تا جائی‌که به «دوویشر» مربوط می‌شد نیز پس از جنگ جهانی، روح و نیروی جدیدی هم به آن دمیده بود.[۳۵]

با این‌که دوویشر به «پوزیتویسم حقوقی» آنزیلوتی و نیز به بی‌اعتمادی او به داده‌هایی که به کمک تجربه صریحاً قابل اثبات نباشد، وفادار بود،[۳۶] اما خود را از آنچه آنزیلوتی آن را «نقش و نشانه عصر لیبرال» می‌دانست و به کمک آن تفاوت آشکار بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را توضیح می‌داد، کنار کشید و گفت:

> «هر آنچه در نظام حقوق داخلی خودسرانه باشد، تهدید مستمر حقوق بین‌الملل و صلح بین‌المللی به‌شمار می‌رود، زیرا فقط در کشورهایی که دولت به اعتبار اصل احترام به قانون، پذیرفته که قدرت خود را با تسلیم به حکومت قانون، محدود سازد و این کار را از نظام داخلی شروع کرده، نوعی تعدیل و تعادل در روابط خارجی دولت مشاهده می‌شود». [۳۷]

«دوویشر» و «آنزیلوتی» همان‌طورکه در دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری با هم پیوندهایی داشتند، به‌عنوان دو حقوقدان بین‌المللی در یک موضوع دیگر هم قرابتها و شباهتهایی داشتند و آن عبارت بود از هم درس بودن در حقوق مدنی و حقوق بین‌الملل خصوصی که به دیسپلین و نظمی که در آن از همه پیشی گرفتند، ختم می‌شد.

«شارل دوویشر» در مسیر فعالیتهای گوناگون و پیگیر کارهای خلاق و اثرگذاری که از خود بجا گذاشته، از حمایت همسرش «هلن مرتنز» (Helene Mertens) برخوردار بود. پسر عموی همسرش «خوزه مرتنز دو ویلیام» (Josse Mertens de William) رئیس دیوان عدالت اروپائی بود. این زن سعی می‌کرد شوهر خود را تا زمان مرگش در ۲ اوت ۱۹۵۸ از نگرانیهای روزانه زندگی برکنار نگه دارد و نگه داشت. فرزند بزرگشان بنام «ژاک» که وکیل برجسته‌ای بود و در آغاز راه شکوفائی‌های علمی خود قرار داشت، در جریان یک مأموریت داوطلبانه در خط مقدم در کانال آلبرت در ۱۰ مه۱۹۴۰ درگذشت و مرگ او ضربه مهلکی بر این زوج وارد نمود. از بین هفت فرزندشان، یکی راهب بودائی شد، دو تا کشیش شدند و یکی که به زبان روسی خیلی روان صحبت می‌کرد، برای پیوستن به گروههای مسیحی مرتب به روسیه می‌رفت. پسر

---

35. See Rigaux, "Retour a Anzilotti", in Divenire social e adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti, vol. I (1999) 405.

36 . De Visscher, "Dionisio Anzilotti", 6 La Comunita internazional (1951) 247. at 248.

37. *Ibid*, at 249.

دیگرشان بنام «پل» جای پدر را در دانشگاه کاتولیک لوون بلژیک گرفت و حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل تدریس می‌کرد و ۱۲ سال هم دبیرکل انستیتو حقوق بین‌الملل بود. دو نوه‌اش نیز در دانشگاه درس می‌دادند: دختر «پل» بنام «فرانسواز لورکین دوویشر» (Francoise Leurquin de Visscher) در دانشگاه کاتولیک لوون، و نیز نوه دیگرش به‌نام «فرانسوا آست» (Franscois Ost) که پسر «کلر» (Claire) بود، در سطح بین‌المللی به‌خوبی شناخته شده بود و متخصص برجسته فلسفه حقوق و نیز حقوق محیط زیست و رئیس پیشین دانشکده حقوق «سن‌لویی» در بروکسل بود.

ممکن است نفس کار «شارل دوویشر» چندان حوزه سخت و دشواری را در نگیرد، اما می‌توان به جرأت گفت که کار او از جهات دیگری جالب است و آن عبارت است از جاذبه و افسونی که در کار او نهفته است. زبان او طبیعی، ساده، موجز و روشن است و پر از عبارات و جملات مناسب و کوتاه است که می‌توان جُنگی از کلمات قصار و گزین‌گویه‌های او را جمع‌آوری کرد. از چشمه قلم او هر اندیشه‌ای به آسانی جاری است و بی‌گمان به همین علت شایسته آن است که آثار او به دقت خوانده شود. بدون اینکه صدای خود را بلند کند، خطر می‌کند و به خواننده سطحی فرصت می‌دهد که از حقایق مهم و اساسی که به آرامی و بی‌سر و صدا بیان شده، بگذرد.

سبک همراه چشم‌پوشی و نیز اندیشه‌های متین و جدی او، بعضی را به این فکر انداخته که بگویند «دوویشر» شکاک است. برعکس، به‌نظر می‌رسد که او «آرمان گرا» است، بدون اینکه دچار توهم و خیال واهی شده باشد. معرفت او از مردم و حوادث تاریخی هیچ‌گاه موجب نشد که امید به دنیای بهتر را در آینده از دست بدهد. زندگی وی از مجموعه‌ای از وفاداریها و پایبندیها متعادل تشکیل شده است؛ وفاداری به قانون و پای بندی به جامعه بین‌المللی، به کشورش به خانواده‌اش و به دین‌اش.

اگر دکترین «دوویشر» در نظر ما چنین قانع‌کننده است، به‌خاطر آن است که توانسته آرمانهای خود را با فعالیتهایش، همراه و همساز نماید. در زندگی‌اش نیز، نظریه‌ها و واقعیتها اغلب با هم تجانس و هم‌گرایی داشتند. زندگی او به‌عنوان یک قاضی بین‌المللی، یک سیاستمدار، یک مبارز و عضو نهضت مقاومت، و به‌عنوان یک استاد؛ و نیز الگویی که با زندگی‌اش برای فرزندان خود به‌جای گذاشت و سعی می‌کردند در زندگی همواره در خدمت دیگران باشند؛ همه و همه با آرمان «صلح و برادری» که انگیزه و محرک همه نوشته‌های او در طول زندگی‌اش بوده است، هماهنگ و هم‌ساز است.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۱۸۴ـ۱۴۱، تاریخ دریافت مقاله:۱۳۸۷/۳/۴، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۴/۵

جامعه بین‌المللی و مقابله با نقض حقوق بشردوستانه در بحران دارفور

عطیه باباخانی *

چکیده:

جنگهای داخلی سودان پس از استقلال این کشور *در سال ۱۹۵۶، میان اعراب* مستقر در شمال و مسیحیان و دیگر اقوام جنوب کشور آغاز شد که هر یک آثاری دهشتناک بر جای گذاشت و تراژدی دارفور به‌عنوان جدیدترین بخش این ددمنشی‌ها و خشونتها، مهلک‌ترین آنها نیز نام گرفت. بحران دارفور سودان که عنوان وخیم‌ترین بحران انسان‌دوستانه جهان را از آن خود کرده و همچنان ادامه یافته است صحنه غم‌بار درگیریهای وحشیانه و خونبار و نقض فاحش اصول و قواعد بنیادین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بوده است. مخاصمه دارفور از اواخر سال ۲۰۰۲ و اوایل ۲۰۰۳ و به دنبال حمله دو گروه شورشی«ارتش آزادی بخش سودان» و «جنبش عدالت و برابری» به پایگاههای پلیس محلی و تأسیسات دولتی و غارت و تاراج اموال به اتهام اعمال تبعیض ناروا توسط دولت حاکمه سودان به نفع اعراب آغاز شد. در پاسخ به این اقدامات دولت سودان که حملات اولیه را جدی تلقی نکرده بود با بهره‌گیری از تنش‌های قومی میان اعراب و سیاه پوستان آفریقایی، با تجهیز شبه نظامیان عرب، اقدامات متقابلی را اتخاذ نمود.

واژگان کلیدی: حقوق بشردوستانه، دیوان کیفری بین‌المللی، بحران دارفور، شورای امنیت، مقابله با بی‌کیفری.

* . کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل.

مقدمه

جهان معاصر به‌ویژه در دهه آخر قرن بیستم و آغاز قرن جدید شاهد نقض هنجارهای اساسی و بی‌اعتنایی آشکار به بدیهی‌ترین ارزشهای انسانی بوده است. حاکمیت‌های لجام گسیخته در عرصه بین‌المللی که در اندیشه جلب منافع و امتیازهای بیشتری می‌تازند مانع از آن گردیده‌اند که بلای جنگ و مصایب آن به‌عنوان واقعیتی ماندگار و دردناک در تاریخ بشر از این عرصه رخت بربندد. از زمان تصویب منشور ملل متحد به‌عنوان راهنمای زندگی مسالمت‌آمیز در جامعه بین‌المللی در سال ۱۹۴۵، نه تنها بنیانها و ساختارهای خشونت طلبی از دل جوامع رخت بر نبسته است بلکه وقوع صدها جنگ خانمان‌سوز که غیرنظامیان بی‌پناه، قربانیان اصلی آن بوده‌اند، استقرار صلح و امنیت بین‌المللی را دور از دسترس نموده است.

در این میان نزاعها و درگیری‌های داخلی میان حاکمان و گروه یا گروههایی که به خشونتهای مسلحانه متوسل شده‌اند نیز به موازات درگیریهای بین‌المللی و چه بسا فجیع‌تر از آن با ریشه‌هایی متفاوت از یکدیگر پیش می‌روند. از این‌رو منفعتی که این مخاصمات و بحرانها نصیب دلالان تسلیحات جنگی و نظامی می‌کنند نیز مانع از اتخاذ رویکردی فراگیر و همه جانبه برای مقابله با آنها شده است؛ اینطور به‌نظر می‌آید که ممنوعیت جنگ در منشور ملل متحد و قواعد حاکم بر مخاصمات صرفاً قواعدی نوشته هستند که تا اجرای کامل آنها جامعه بین‌المللی هنوز راه درازی را در پیش دارد، چنان چه وجود مخاصمات مسلحانه در بسیاری از نقاط جهان شاهد بر این مدعاست.

این مخاصمات و علی‌الخصوص مخاصمات داخلی بستر مناسبی برای نقض گسترده و فاحش حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بوده‌اند. آنچنان که آغاز یک مخاصمه مقدمه‌ای است برای ارتکاب اعمالی چون تجاوز به عنف و هتک ناموس، شکنجه، قتل عام و نقض شمار متعددی از حقوق اقتصادی و فرهنگی که با دستاویزها و بهانه‌های مختلف صورت می‌گیرد.

احترام به دو اصل تعیین سرنوشت و عدم مداخله در مخاصمات داخلی، سبب گردیده است تا حل و فصل این مخاصمات و بحرانها نسبت به بحرانهای بین‌المللی، چالشهای بیشتری را فرا روی خود ببینند. به همین دلیل، بسیاری از این مخاصمات علی‌رغم تلاشهای جامعه بین‌المللی چندین دهه به‌طول انجامیده‌اند. در این میان سوءاستفاده و ارتکاب اعمال خشونت‌آمیز علیه غیرنظامیان بی‌گناه به‌ویژه زنان و کودکان که به گواه تاریخ صدمات زیادی را به واسطه وقوع جنگها متحمل شده‌اند، بدون توجه به اصول و قواعد داخلی و بین‌المللی تحت سلطه جوّ مطلق مصونیت ماحصل این مخاصمات و بحرانها بوده‌اند.

در کنار تمامی این مسائل، منافع قدرتهای بزرگ در کنترل این بحرانها و یا تداوم آنها مانع اتخاذ رویکردی یکسان برای پایان بخشیدن به آنها، دستگیری و محاکمه مرتکبین و باز

گرداندن صلح و امنیت بین‌المللی بوده است.

به‌نظر می‌رسد توجه به تأثیر متقابل حقوق بشر و حقـوق بـشردوستانه بـر روی یکـدیگر، منجر به ایجاد موازنه‌ای میان دو اصل عدم مداخله و تعیـین سرنوشـت خواهـد شـد کـه ضـمن متعادل شدن اصول مزبور، کنترل بحران را به‌دنبال خواهد داشت. وقوع جنایاتی از ایـن دسـت و نقض گسترده و فاحش حقوق بشر به موجودیتهای مختلف امکان می‌دهد که بدون این که متهم به دخالت در امور داخلی کشوری شوند، خواستار پایان یافتن چنین بحرانهایی باشند تا آنجایی که این مسئله منجر به پذیرش صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللـی بـرای رسـیدگی بـه وضـعیتهای مزبور نیز گردیده است.

لیکن جامعه بین‌المللی در یافتن راههای مؤثر برای حمایت از موازین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در جریان منازعات داخلی موفق نبوده اسـت؛ چنانچـه تـداوم مخاصـمات داخلـی در سومالی، یوگسلاوی سابق، روآندا، هائیتی، لبنان، عراق، افغانستان با ریشه‌های مختلف مؤید ایـن مدعاست.

در جدیدترین بخش، بحران دارفور سودان که عنوان وخیم‌تـرین بحـران انـسان‌دوسـتانه جهان را از آن خود کرده و همچنان ادامه یافته است نیز صحنه غم بـار درگیریهـای وحـشیانه و خونبار و نقض فاحش اصول و قواعد بنیادین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بوده است. در ایـن راستا شورای امنیت سازمان ملل کوشید تا با صدور قطعنامه ۱۵۹۳ در جهـت اجـرای عـدالت در قبال متهمان به نقض اصول و هنجارهای انسان‌دوستانه گام بردارد.

از این‌رو در این تحقیق ضمن اشاره‌ای کوتاه به تاریخچه مخاصمه دارفور و عوامل مـؤثر در شکل‌گیری آن، التزام دولت سودان و طرفهای درگیر به قواعد حقوق بشردوستانه و نقض آنها طی درگیریها را مورد بررسی قرار می‌دهیم و در قسمت پایانی، ارجاع وضعیت دارفـور بـه دیـوان کیفری بین‌المللی و اقدامات دیوان و شورای امنیت پس از ارجاع مورد تامل قرار خواهد گرفت. در قسمت نتیجه‌گیری نیز علاوه بر ذکر نتایج حاصله از درگیریها و اقدامات اتخاذی در قبال آنها، به تکالیف دولت سودان جهت خاتمه دادن هرچه سریع‌تر به بحران اشاره می‌گردد.

بخش اول
آغاز مخاصمه دارفور و دامنه آن

از ژوئیه ۲۰۰۳ نیروهای نظامی دولت سودان و شبه نظامیـان «جانجاویـد» در پاسـخ بـه حملات شورشیان دارفور ، منطقـه‌ای در غـرب سـودان و مـرز چـاد، اقـدامات متعـددی را علیـه

غیرنظامیان به علت حمایت آنها از گروههای شورشی، اتخـاذ نمودنـد. در جریـان ایـن اقـدامات، غیرنظامیان هدف خشونت‌های متعددی شامل قتل، اعدام‌های خودسرانه، شکنجه، تجاوز به عنف و هتک ناموس، تخریب و غارت اموال و ... قرار گرفتند.

گفتار اول
ریشه‌های اختلاف

به‌منظور درک عوامل مؤثر در مخاصمه کنونی دارفور لازم است به مخاصمات پیشین واقـع شده در کشور سودان توجه نمود. تاریخچه مخاصمات داخلی در سـودان بـه سـال ۱۹۷۲ و سـپس ۱۹۸۳ برمی‌گردد که همگی به دنبال وارد نمودن اصول ایدئولوژیک در عرصـه زمامـداری روی داد. مورد اخیر آثار متعددی بر جا گذاشت و به‌عنوان طولانی‌ترین مخاصمه در قاره آفریقا نام گرفت کـه فجایع بشردوستانه و نقض‌های پی در پی حقوق بشر از جمله موارد قابل ذکر آن است.

مخاصمه امروز دارفور ادامه عظیم‌ترین جنگ آفریقایی داخل سودان بین اقوام شـمال و جنوب می‌باشد. ریشه‌های این مخاصمه به دوران اسـتعمار و زمـانی کـه شـمال سـودان توسـط انگلیسی‌ها و جنوب کشور توسط گروهی دیگر اداره می‌شد، باز مـی‌گـردد. قـسمت‌هـای شـمالی تحت تصرف انگیسی‌ها توانستند به‌لحاظ اقتصادی و صنعتی پیشرفت کنند و در این میان توجهی به بخش‌های جنوبی نمی‌شد. پس از استقلال سودان در دهه پنجاه نیز دولت سیاسـت پیـشین را دنبال کرد و با کنار گذاردن قسمت‌های شرقی و غربی و جنوبی، شمال سودان را مرکز توجهـات قرار داد و کلیه امکانات را برای این منطقه فراهم نمود.

در خصوص مخاصمه کنونی دارفور، باید به تفاوت میان قبایل عرب و قبایل معـروف بـه آفریقایی در وهله اول و از سوی دیگر توجه ویژه به هویت قبیله‌ای اشخاص اشـاره کـرد. بخـش عمده این تفاوتها ناشی از تأثیرات فزاینده انزوا، منافع اقتصادی متضاد و چند دستگی سیاسی کـه منطقه را احاطه کرده بود، می‌باشد. تفاوت میان قبایل عرب و آفریقـایی کـه در گذشـته تمـایزی بی‌اهمیت محسوب می‌شد، هم اکنون علت عمـده گـروه‌بنـدی‌هـای سیاسـی در نقـاط مختلـف می‌باشد.[1]

بنابراین مسلم است که مخاصمه کنونی دارفور ریشه‌هـای مختلفـی دارد کـه عـلاوه بـر دشمنی‌های قبیله‌ای ناشی از بیابان‌گردی، وجود سلاح‌های مدرن، ریشه‌هـای عمیـق مـرتبط بـا هویت، نحوه اداره منطقه و ظهور شورشیان مسلح که از حمایت عمومی قبایل خاصـی بهـره‌منـد

1. Mohamed I.Khalil, The Darfur Tragedy , 22 Sept. 2004, a*vailable* at: http://www.mideasti.org/ articles/ doc268.html.

بودند، نقشی اساسی در شکل‌گیری بحران حاضر ایفا می‌کنند. در این میان بی‌توجهی دولت به منطقه دارفور و انزوای سیاسی و رها کردن بسیاری از پروژه‌های عمرانی منطقه، افزایش مالیاتها و عدم تأمین نیازهای اولیه مردم منطقه نیز نقش به سزایی در ایجاد بحران داشته است.[۲]

لذا می‌توان وضعیت کنونی دارفور را نتیجه سه عامل مهم خشکسالی‌های دهه هشتاد، اغتشاش و بی‌نظمی در سیستمی که به صورت قبیله‌ای اداره می‌شد و همچنین ترغیب شبه نظامیان و استفاده از آنها در جنگ به‌عنوان نماینده دولت، دانست.[۳]

در بسیاری از مباحث مطرح شده حول محور ریشه‌های مخاصمه‌ای که شدت و گستردگی فجایع و نقض فاحش اصول بنیادین و اساسی ناظر بر جنگ آن را تبدیل به بحران نموده است، به موضوع نفت اشاره‌ای نشده است، در حالی که نفت بیشترین حجم صادرات دولت سودان را تشکیل می‌دهد و مهمترین علت نگرانی دولت آمریکا از وجود بحران دارفور می باشد. از آنجایی که دولت کلینتون با تروریست خواندن سودان، این کشور را تحریم کرده بود، هم اکنون نیز دولت آمریکا به این منبع ارزشمند دسترسی ندارد و لذا موضوع نفت از جمله موارد حائز اهمیت برای این دولت می‌باشد.[۴]

گفتار دوم
طرفهای مخاصمه

براساس شواهد موجود شورشیان به‌عنوان آغازکنندگان مخاصمه، اولین فعالیتهای نظامی خود را در اواخر سال ۲۰۰۲ و اوایل ۲۰۰۳ با حمله مستقیم به پایگاههای محلی پلیس آغاز نموده و اموال و سلاحهای دولتی را به غارت بردند که در پی آن دولت بسیاری از نیروهای پلیس را از مراکز شهری خارج کرد؛ عملی که حکایت از عدم کنترل عملی دولت بر مناطق مورد استقرار شورشیان داشت.[۵]

به‌نظر می‌رسد که دولت سودان حملات اولیه شورشیان را جدی نگرفته بود اما پس از مدتی گروههای مذکور به معضل اساسی دولت تبدیل شدند.گزارشات حاکی از آن است که شدت

---

2. *Ibid*.

3. *Ibid*.

٤. بیل کلینتون از سال ۱۹۹۳ تا ۲۰۰۱ رئیس جمهور ایالات متحده آمریکا بود.

5. Sudan News, Embassy of the Republic of Sudan,"Darfur Conflict, Its History, Nature and Development" July 14, 2006, p. 2.
available at: http://www.sudanembassy.org/sudannewsletter/SudaNews.pdf

حملات سریع نظامی، دولت را که برای مقابله با آنها مجهز نبود، غافلگیر کرده و از سوی دیگر غارت سلاحهای دولتی نیز بر قدرت شورشیان افزوده بود. فقدان نیروی نظامی کافی برای مقابله با شورشیان به علت استقرار نیروهای دولتی در جنوب سودان و حضور نیروهای دولت در مراکز مهم شهری ایالات دارفور از دیگر مشکلات پیش روی دولت بود. از آنجایی که اغلب اعضای نیروهای مسلح سودان از اهالی دارفور بودند، امتناع از مبارزه علیه هموطنان خود مانع دیگری در مقابل دولت سودان ایجاد نمود.[۶]

براساس اطلاعات منابع موثق از جمله خود دولت، مواجهه دولت با تهدید نظامی از سوی شورشیان، سبب شد که دولت از قبایل محلی برای مقابله با شورشیان درخواست کمک نماید که این امر خود آتش تنش میان قبایل را بیش از پیش شعله‌ور نمود.[۷] از آنجا که ایجاد تغییر در مرزبندی ایالات توسط رژیم عربی حاکم در خارطوم سبب رویگردانی قبایل کشاورز از دولت و در مقابل جلب حمایت مجموعه‌ای از شبه نظامیان بیابانگرد گردیده بود، قبایل بیابانگرد عربی که به‌طور سنتی موطن مشخصی نداشته و آرزوی آن را در سر داشتند، درخواست دولت را اجابت نمودند.[۸]

در واقع دولت برای به خدمت گرفتن موفق این نیروها به آنها قول پرداختهای مالی و دستیابی به اموال حاصل از تاراج از جمله زمین و همچنین تصدی پستهای اجرایی داد.[۹] در واقع دولت متمایل به استخدام نیرو از قبایلی خاص بود چرا که تصور می‌کرد هدف برخی گروهها از دریافت سلاح و اظهار تمایل به همکاری با دولت، تدارک شورش علیه دولت می‌باشد.[۱۰] لذا گروههای قومی مدنظر دولت با سابقه نارضایتی از دیگر گروههای قومی، جنبش‌های شورشی را پایه‌ریزی کردند که در این میان علاقه وافر دستیابی به زمین و سایر منابع، پشتوانه نیروهای شبه نظامی برای درگیریها شد.[۱۱]

---

6. Research Paper 04/51, Sudan: conflict in Darfur, 23 JUNE 2004. *available at*: http://www parliament.uk/commons/lib/research/rp2004/rp04-051.pdf

۷. فرماندار سابق شمال دارفور ژنرال ابراهیم سلیمان در این‌باره می‌گوید: هنگامی که مشکل شورشیان در دارفور آغاز شد، ما در دولت سودان گزینه‌های مختلفی پیش رو داشتیم که از آن میان گزینه غلط را انتخاب کردیم. ما بدترین گزینه را انتخاب کردیم.

"Entrenching Impunity"Government Responsibility for International Crimes in Darfur",Volume 17, Dec. 2005 No. 17 (A), p.6. *available at*: http://hrw.org/reports/2005/darfur1205/darfur1205text.pdf

8. Research Paper 04/51, *op. cit.* p. 8.

9. "Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General". United Nations. Published: January 25th, 2005. Location: Geneva, Switzerland**,** paras. 67-8. *available at*: at:.http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

10. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para 68.

11. Entrenching Impunity…, *op. cit.*, p. 9.

در واقع پاسخ دولت سودان به شورشها بر مبنای تاکتیک‌هایی کـه در جنگهـای داخلـی جنوب سودان به کارگرفته بود، ترسیم شد. دولت سودان با اعطای مصونیت به مأموران نیروهـای نظامی، مقامات عالی رتبه غیرنظامی و رهبران شبه نظامیان، روند اعمال خـشونت و نقـض‌هـای مکرر حقوق بشر و بشردوستانه در دارفور را تسهیل کرد. دولت سودان در عوض خلع سلاح شـبه نظامیان، آنها را به خدمت نیروهای نظامی، امنیتی و پلیس در آورد. مأموران عالی رتبـه سـودانی به جای اذعان به مسئولیت دولت ناشی از شدت و وسعت جنایات ارتکـابی در دارفـور بـه انکـار، اغماض و اجتناب از پذیرش مسئولیت دولت ناشـی از حمـلات وحـشیانه و خانمـان سـوز علیـه غیرنظامیان دارفور، می پردازند. هنگامی که به‌نظر می‌رسید شورشیان عملیات تهـاجمی را بـرای دقایقی متوقف کرده‌اند، مقامات سودانی بـه اعمـال سیاسـت‌هـای خـود کـه ادامـه حملـه علیـه غیرنظامیان را مجاز می‌دانست، می پرداختند و از طریق سوءاستفاده‌های ساختاری و بنیادین، جـوّ ترس و تهدید را رواج می‌دادند.

لذا دولت سودان برای سرکوب گروههای شورشی نقشی فعال در جریان مخاصمه دارفور ایفا نمود و از این رو خود به‌عنوان یکی از طرفین مخاصمه قلمداد مـی‌شـود. ارگانهـای مختلـف دولت بنابه وظایف اختصاصی خود نقشی کلیدی در جریان مخاصمه مسلحانه دارفور ایفا نمودنـد که در این بین می توان به «سازمان امنیت ملی و سرویس اطلاعاتی» [۱۲] اشاره نمود که نقـشی محوری در طراحی، برنامه‌ریزی و اجرای سیاست‌های مربوط به مخاصمه داشت.

در این میان شبه نظامیان عرب معروف به «جانجاوید»[۱۳] کـه تحـت اوامـر دولـت و بـا هدایت و همدستی مأموران دولت سودان عمل می‌نمودند و نسبت به اعمال ارتکابی از مـصونیت برخوردار بودند، از جمله طرفهای درگیر در مخاصمه دارفور می‌باشند.[۱۴]

پس از مواجههٔ دولت سودان با شورشیان در اوایل سال ۲۰۰۳ و ناتوانی در سرکوبی آنها، دولت مرکزی برخی از قبایل عرب را برای همکاری جهت مقابله با شورشیان فراخواند. برخـی از سران قبایل که ارتباط نزدیکی با مأموران محلی و همچنین مأموران دولت مرکزی داشتند، نقشی کلیدی در سازماندهی شبه نظامیان و همکاری با مأموران دولتی ایفا نمودنـد.گزارشـات حـاکی از آن است که اعرابی از میان مردان جنگجو، قانون شکنان، و بعضاً متهمان جانی برگزیده می‌شدند که در میان آنها اتباع برخی از دول همسایه علی‌الخصوص چاد و لیبی نیز حضور داشتند.[۱۵]

---

12. National Security and Intelligence Service.

۱۳. «جانجاوید، اصطلاحی متداول میان قربانیان حملات است که عموماً برای این گروه از شبه نظامیان استعمال می‌شود.

14. M.A. Mohamed Salih, Understanding the Conflict in Darfur, May 2005, Centre of African Studies University of Copenhagen, p.12. *available at* : www.teol.ku.dk/ca.

15.. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 102.

شواهد حاکی از آن است که اعضای شبه نظـامی قبایـل و سـران آنهـا بـرای حملـه بـه روستاها از دولت، مقرری دریافت می‌کردند و بر اساس اظهارات یکی از مأموران عالی رتبهٔ دولت، سران قبایل مبالغی به‌عنوان هدیه برای موفقیت در به‌کارگیری شبه نظامیان دریافت می‌نمودنـد. همچنین کمیسیون بین‌المللی تحقیق شواهد مستندی در دست دارد مبنی بر آن که این گـروه از شبه نظامیان به‌طور ضمنی با مأموران دولـت در خـصوص تـصاحب کلیـه امـوال ربـوده شـده و دریافت وجه برای حمله به روستاها توافق کرده‌اند.[۱۶]

با وجود این، دولت سودان همواره کوشیده است تا با تشبیه شبه نظامیـان بـه راهـزن یـا سارق مسلح آنها را عوامل خارج از کنترل دولت توصیف نماید و منکر هرگونه ارتباط میـان ایـن عوامل با دولت شود. البته این نگاه عمومیت نداشته و مأموران رسمی در نقاط مختلف پاسخ‌هـای مختلفی در رابطه با وضعیت نیروهای جانجاوید و ارتباط آنها با دولت ارائه دادنـد؛ چنانچـه بعـضاً مستنداتی مبنی بر نقش مؤثر مأموران دولتی در استخدام شبه نظامیان، پرداخـت حقـوق، تـأمین سلاح و تجهیزات و هماهنگ نمودن حملات آنها با حملات نیروهای دولتی وجود دارد.[۱۷]

در مقابل دولت و شبه‌نظامیان جانجاوید، گروههای شورشی قرار داشتند. شواهد حـاکی از آن است که دو گروه شورشی در دارفور، «جنبش آزادی بخش سـودان»[۱۸] و «جنـبش عـدالت و برابری»،[۱۹] در طول سالهای ۲۰۰۱ –۲۰۰۰ علیه دولت مرکزی، که به‌نظر عامل محرکـه بحـران کنونی می‌باشد، شکل گرفتند. اعضای جنبش‌های شورشی متعلق به روستاهای محلـی و مـدافع گروههای خاصی از قبایل بودند که در پاسخ به حملات فزاینده دیگر قبایل ایجاد شدند. لازم بـه ذکر است که گروههای مزبور خود را نمایندگان قبایلی خـاص نمـی‌دانـستند و معتقـد بودنـد بـه نمایندگی از کل مردم دارفور و به‌منظور تغییر ساختارهای دولتی به پا خاسته‌اند. گر چه بر اسـاس ساختارهای سیاسی به‌نظر می‌رسد جنبش آزادی بخـش سـودان متـأثر از سیاسـت جدیـد دولـت سودان است که توسط جنبش آزادی‌بخش مردم سودان نیز اتخاذ گردیده بود و جنبش عـدالت و برابری هم متأثر از اصول سیاسی اسلام است؛ لیکن هسته مرکزی هر دو گروه شورشی متشکل از سه قبیله"Zaghawa", "Massalit", "Fur" است.[۲۰] هر دو گروه برنامه سیاسـی مشخـصی ارائه نموده‌اند که یکپارچگی سودان، ایجاد فرصتهای برابر جهت تصدی مشاغل سیاسی در دولت توسط تمامی اشخاص و گروهها از محورهای اصلی آن می‌باشد. از سوی دیگر دلایـل مـشابهی

---

16. *Ibid*., para. 111.

17. *Ibid*., para 117.

18. Sudan Liberation Movement/Army (SLM/A).

19. Sudan's Justice and Equity Movement (JEM).

20. Mahgoub El-Tigani, Inside Darfur: Ethnic Genocide by a Governance Crisis, December 2004, *available at*: http://www.sudantribune.com/article.php3?id_article=7285

چون انزوای اجتماعی- اقتصادی و سیاسی دارفور و مردم را نیز علت اصلی شورشها عنوان می‌کنند.[۲۱]

علی‌رغم وجود اختلافات ایدئولوژیکی میان دو گروه، مبارزه با دولت سودان و شبه نظامیان عرب هدف واحد گروههای شورشی قرار گرفت. با این حال حمایت از هویتهای مختلف سبب بروز تنش میان این دو گروه شد.[۲۲]

بخش دوم
نقض حقوق بشردوستانه در مخاصمه دارفور

قواعد حقوق بشردوستانه، قواعدی خاص دوران مخاصمه مسلحانه و حمایت از قربانیان جنگی می‌باشند.[۲۳] به‌گونه‌ای که می‌توان گفت در دورهٔ جنگ، حقوق بشردوستانه به نوعی پوشش‌دهندهٔ قواعد حقوق بشر نیز می‌باشد، چرا که تعهد دولتها در اجتناب از هر گونه رفتار ناقض حقوق بشر و همچنین تعهد آنان به حمایت از زندگی اشخاص تحت صلاحیت خود از جمله اصول ذاتی و فطری می‌باشد که وظیفه حمایت از افراد به هنگام مخاصمهٔ مسلحانه را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین دولت سودان نیز بنابه تعهدات عرفی و قراردادی خود ملزم به رعایت اصول و قواعد مذکور در جریان مخاصمه دارفور بوده است.

گفتار اول
التزام دولت سودان و طرفهای درگیر به قواعد حقوق بشردوستانه حاکم بر مخاصمات مسلحانه

دولت سودان متعهد به کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، کنوانسیون اتاوا راجع به ممنوعیت استفاده، ذخیره، تولید و انتقال مینهای ضد نفر و تخریب آنها[۲۴] مورخ ۱۸ سپتامبر ۱۹۹۷ (در ۱۳ اکتبر ۲۰۰۳ به تصویب دولت سودان رسید) می‌باشد، در حالی که به پروتکل‌های

21. *Supra* note 1.

22. Martin Plaut, Who are Sudan's Darfur rebels?, May 5, 2006. *Available at:*_http: //news. bbc. co. uk/2/hi/africa/3702242.stm

۲۳. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بشر، حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل بشر، بررسی تحولات اخیر حقوق بشردوستانه بین‌المللی، به اهتمام کمیته ملی حقوق بشردوستانه، تهران، نشر سرسم، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۸۲.

24. Ottawa Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction.

۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیونهای ژنو، حداقل در قالب تعهدات قراردادی، متعهد نمی باشد. این دولت اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را امضاء نموده لیکن هنوز تصویب نکرده است [۲۵] و با توجه به آثار امضا نباید اعمالی خلاف موضوع و هدف اساسنامه انجام دهد.[۲۶] دولت سودان همچنین شماری از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مربوط به مخاصمه مسلحانه دارفور را به امضاء رسانیده که تمامی موارد به واسطهٔ امضاء دولت، الزام‌آور می‌باشند. پنج مورد از توافقات مذکور با شورشیان، یک مورد با اتحادیهٔ آفریقا و دو مورد با سازمان ملل متحد منعقد گردیده است.[۲۷]

علاوه بر تعهدات قراردادی دولت سودان، نباید قواعد عرفی حقوق بشردوستانه را از یاد برد. این قواعد که دربرگیرندهٔ مخاصمات مسلحانه اعم از داخلی و بین‌المللی می‌باشند حاصل رویه و عملکرد دادگاهها و محاکم ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی و همچنین اعلامیه‌های دولتها، سازمانهای بین‌المللی و گروههای نظامی می‌باشد. هسته مرکزی تمام این قواعد در ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو گنجانیده شده است. از آنجائی که این ماده دربرگیرندهٔ بنیادی‌ترین اصول احترام به کرامت انسانی است می‌بایست به‌عنوان قاعده‌ای آمره در مخاصمات مسلحانه داخلی رعایت شوند.[۲۸] این اصول و قواعد در برگیرندهٔ هر دولت یا گروه شورشی است که ساختاری سازمان یافته داشته و بر بخشی از یک سرزمین کنترل مؤثر دارد. [۲۹] دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشت که ماده ۳ مشترک «موجد معیارهای حداقلی» قابل اعمال در هر مخاصمه مسلحانه می‌باشد و منعکس‌کنندهٔ همان مفاهیمی است که دیوان در سال ۱۹۴۹ در قضیهٔ کورفو از آنها تحت عنوان «ملاحظات اساسی انسانیت» یاد کرده است.[۳۰]

بنابراین قواعد عرفی بین‌المللی حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی علاوه بر حمایت از غیرنظامیان، مجروحان و اشخاص در معرض خطر تجاوز مسلحانه در جهت قاعده‌مند نمودن رفتارهای ظالمانه میان طرفین مخاصمه نیز گام برمی‌دارند بررسیهای صورت گرفته حکایت از

25.. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 154.

۲۶. ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین حقوق معاهدات.

27. 1-The Humanitarian Cease Fire Agreement on the Conflict in Darfur, of 8 April 2004; 2- The Protocol on the Establishment of Humanitarian Assistance in Darfur, of 8 April 2004; 3- The Protocol on the Improvement of the Humanitarian Situation in Darfur, of 9 November 2004, 4- The Protocol on the Enhancement of the Security Situation in Darfur in Accordance with the N'Djamena Agreement, also of 9 November 2004.

28. Rafael Nieto-Navai, International Peremptory Norms (Jus Cogense) and International Humanitarian Law, In: Men's Inhumanity To Man , *op. cit.* , p. 640.

۲۹. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: ایو ساندوز، **اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی**، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، در مجموعه مقالات حقوق جنگ، گردآوری حسین شریفی طرازکوهی، پژوهشکده علوم دفاعی و استراتژیک دانشگاه امام حسین، چاپ اول، ۱۳۷۵، صص ۲۷-۱۲۶.

30. Nicaragua *v.* United States of America, Merits, Judgment on Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I. C. J. 1986, para. 218.

توجه دولت سودان به اصول کلی و قواعد مندرج در پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ دارد اگر چـه بارهـا و بارها رسماً اعلام نموده است که به علت عدم پذیرش پروتکل‌هـای مزبـور، تعهـدی نـسبت بـه مقررات فوق نـدارد. لـیکن امـضای پروتکـل ایجـاد کمکهـای بـشردوستانه در دارفـور مـورخ ۸ آوریل۲۰۰۴ ،[۳۱] پروتکل گسترش امنیت در دارفور مورخ ۹ نوامبر ۲۰۰۴ و پروتکل توسعه شـرایط بشردوستانه در دارفور مورخ ۹ نوامبر ۲۰۰۴ ، مستندی بر پذیرش اصول و قواعد موجود در حـوزه مخاصمات مسلحانه داخلی می‌باشد.

مفاد مندرج در این موافقتنامه‌ها، گرچه به صورت ضمنی، بیانگر اراده طرفها بر وفـاداری به قراردادهای متعدد حقوق بشردوستانه، به‌ویژه پروتکل های الحاقی است، اگرچه این معاهـدات رأساً تعهدات قراردادی برای دولت سودان در بر نداشته باشند. بنابراین لزوم پایبندی دولت سودان به آنها در جریان مخاصمه دارفور اجتناب ناپذیر می‌نماید.

از سوی دیگر شورشیان دارفور که به یک نهاد سازمان یافته با کنتـرل مـؤثر و ثابـت بـر یک منطقه تبدیل شده و تا حدی شخصیت حقوقی بین‌المللی آنها به رسمیت شناخته شده است، مکلف به رعایت قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل عرفـی در زمینـه مخاصـمه مـسلحانه مـی‌باشـند. امضای موافقتنامه‌های مختلف با دولت سودان که در آن اصول بنیادین حقـوق بـشردوستانه درج شده است نیز مبنایی دیگر برای متعهد بـودن گروههـای شورشـی اگـر چـه بـه‌صـورت ضـمنی می‌باشد، چراکه حقوق بین‌الملل عرفی به آنها صلاحیت ورود به موافقتنامه‌های بـین‌المللـی کـه دربرگیرنده تعهداتی مشخص می‌باشند را داده است و بر همین مبنا با امضای توافقات بین‌المللـی مختلف با دولت سودان، اجرای موازین حقوق بشردوستانه را متعهد گردیده‌اند.

گفتار دوم
نقض اصول بشردوستانه و ارتکاب جنایات بین المللی در بحران دارفور

همان‌گونه که پیش‌تر نیز اشاره شد نقض قواعد حقوق بشر و بـشردوستانه ممکـن اسـت منجر به ارتکاب جرایم بین‌المللی گردد که در قـضیه تـادیچ، دیـوان کیفـری بـین‌المللـی بـرای یوگسلاوی سابق آنها را طبقه‌بندی نمود و هم اکنون نیز به‌صـورت جـامعی در اساسـنامه دیـوان کیفری بین‌المللی درج شده است. این نقض‌ها همچنین می‌تواند مسئولیت دولت یا موجودیتهـای

۳۱. در این پروتکل هر دو طرف دولت و شورشیان، مکلف شدند تا حمایت لازم برای اجرای کنوانسیونهای چهار گانه ژنـو و دو پروتکل الحاقی، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاقین، کنوانسیون ژنو ۱۹۵۲ در رابطه با امـور پناهنـدگان، اصـول راهنمـای آوارگان داخلی و مفاد قطعنامه ۴۶/۱۸۲ مجمع عمومی را به‌عمل آورند. چنین ارجاعی به پروتکل های الحاقی آشکارا نشان از تمایل طرفین به قبول اصول کلی مندرج در این اسناد دارد.

بین‌المللی غیردولت (که به‌عنوان ارگانهایی رسمی عمل می‌نمایند) را به همراه داشته باشد که در نتیجه مکلف به جبران خسارت قربانیان چنین نقض‌هایی خواهند بود.

این جنایات عبارتند از:

۱) جنایات جنگی[۳۲]

۲) جنایات علیه بشریت[۳۳]

۳) ژنوسید[۳۴]

۱ـ جنایات جنگی

این طبقه از جرایم بین‌المللی به هرگونه «نقض فاحش حقوق بشردوستانه»[۳۵] در جریان مخاصمه مسلحانه اعم از داخلی و بین‌المللی اطلاق می‌شود که مسئولیت کیفری فردی متهمان را به‌دنبال دارد.

این جنایات که مغایر با حقوق بشردوستانه بین المللی قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه می‌باشند سه اصل اساسی «ضرورت»،[۳۶] «انسانیت» [۳۷] و «مروت»[۳۸] را زیر پا می گذارند.

به‌موجب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به‌عنوان سند نهایی در برگیرنده تعریف جنایات جنگی، این جنایات در سه دسته عمده قرار می گیرند؛ دو دسته اول مربوط به جنایات جنگی ارتکابی در جریان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است و دسته سوم مخاصمات مسلحانه داخلی را در بر می گیرد که شامل نقض‌های فاحش ماده ۳ مشترک و دیگر قوانین و عرفهای قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی می‌باشد.[۳۹]

نتایج حاصل از تحقیقات کمیسیون بین‌المللی تحقیق گویای آن است که شماری از جنایات ارتکاب یافته در دارفور سودان در قالب جنایات جنگی قرار دارند. چنانچه کمیسیون پس

---

32. War Crimes.

33. Crimes Against Humanity .

34. Genocid.

۳۵. نقض فاحش شرایطی دارد که به‌موجب تصمیم شعبه تجدید نظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده تشخیص صلاحیت رسیدگی به قضیه تادیچ به شرح ذیل می‌باشد:

ـ نقض باید تخلف از یک قاعده حقوق بشردوستانه بین‌المللی باشد.

ـ قاعده باید ماهیتاً عرفی باشد یا چنانچه مربوط به حقوق قراردادی است، می‌بایست شرایط لازم را داشته باشد.

ـ نقض باید فاحش باشد، یعنی باید نقض یک قاعده حامی ارزش‌های مهم به‌شمار آید و آثاری فاحش برای قربانی به‌بار آورد.

ـ به‌موجب حقوق عرفی یا قراردادی، نقض قاعده باید منجر به مسئولیت کیفری فردی شخص خاطی گردد.

36. Necessity.

37. Humanity.

38. Chivarly.

۳۹. کریانگساک کیتیچایساری، **حقوق کیفری بین‌المللی**، ترجمه بهنام یوسفیان، محمد اسماعیلی، انتشارات سمت، چاپ اول،۱۳۸۳، ص۲۵۱.

از بررسی تمام گزارشها و شواهد ارائه شده در خصوص ارتکاب حملات غیرتبعیض‌آمیز علیه غیرنظامیان در روستاها، دریافت که حملات مزبور توسط نیروهای مسلح دولت سودان و شبه نظامیان جانجاوید مستقلاً یا مشترکاً واقع شده است و شورشیان نیز در ارتکاب چنین حملاتی مشارکت داشته‌اند؛ لیکن مستندی مبنی بر گستردگی و سیستماتیک بودن حملات آنها وجود ندارد. زیرا هدف اکثر حملات گروههای شورشی پایگاههای پلیس، اهداف نظامی یا نیروهای امنیتی بوده است، اگرچه شواهدی هر چند اندک حکایت از حمله شورشیان به غیرنظامیان و پایگاههای آنها از جمله نیروهای اعزامی برای کمک رسانی و ارائه خدمات بشردوستانه، دارد.[۴۰] بنابراین غیرنظامیان قربانیان اصلی مخاصمه مسلحانه دارفور بودند زیرا دولت سودان روشهای متعددی را برای مبارزه متقابل علیه شورشیان به‌کار می‌گرفت که غیرنظامیان با قومیت مشابه شورشیان که اغلب حامی و عضو گروههای شورشی تلقی می شدند، هدف اصلی نیروهای مسلح و شبه نظامیان جانجاوید بودند.[۴۱] کمیسرعالی حقوق بشر در گزارش خود تصدیق می‌کند که علی‌رغم ادعای دولت مبنی بر حضور شورشیان در مناطقی که مورد حمله قرار گرفته‌اند، حضور آنها در میان غیرنظامیان اثبات نشده است و علت حمله صرفاً مشابهت قومیت این گروه از غیرنظامیان با شورشیان بوده است.[۴۲]

حقوق بین‌الملل ممنوعیت حمله به غیرنظامیان (افرادی که مستقیماً در مخاصمه شرکت ندارند)، حمله عمدی علیه اهداف غیرنظامی، حملات غیرتبعیض‌آمیز و بدون اعمال تفکیک میان غیرنظامیان و افراد نظامی را به‌رسمیت شناخته است. لذا اعمال احتیاط برای تفکیک اهداف و رعایت اصل تناسب در جریان مخاصمه ضروری می‌نماید.

در خصوص اعمال احتیاط لازم جهت تفکیک میان اهداف، توجیهات متعددی توسط نیروها و مأموران دولتی در رابطه با حملات نیروهای مسلح و شبه‌نظامیان جانجاوید به روستاها ارائه شده است. از آن جمله می‌توان به حضور شورشیان در زمان حمله میان غیرنظامیان و استفاده از آنها به‌عنوان پایگاه آغاز حملات و یا حمایت غیرنظامیان از شورشیان اشاره نمود. بر این اساس مأموران دولتی معتقد بودند که حضور شورشیان وصف غیرنظامی روستائیان را سلب

40. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op.cit.*, paras. 238-40.

41. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Follow-up to the World Conference on Human Rights: Situation of human rights in the Darfur region of the Sudan, May 7, 2004 [hereinafter May 2004 UNHRC Report]. para. 57. *Available at:* www. unhchr.ch/Huridocda/ Huridoca. nsf/ (Symbol)/E.CN.4.2005.3.En?Opendocument

42. *Ibid*. , para. 62.

می‌کند و آنها را خارج از گروههای تحت حمایت قرار می‌دهد.[۴۳]

در مخاصمه دارفور محرز است که مأموران نظامی هیچ‌گونه احتیاطی در جهت تفکیک قائل شدن میان غیرنظامیان و شورشیان به هنگام حملات ننموده‌اند. شواهد نیز حاکی از آن است که در هیچ یک از موارد پیش از شروع حمله، اخطاری مبنی بر وقوع حمله از طریق رادیو، تریبونها یا هواپیماهایی که بر فراز روستا پرواز می‌کردند، شنیده نشده است.[۴۴]

از سوی دیگر، نقض آشکار اصل تناسب نیز در مخاصمه مسلحانه دارفور قابل اثبات می‌باشد. طی وقوع حمله، هیچ یک از گروههای مسلح در روستا حاضر نبوده که این مسئله مؤید آن است که هدف مستقیم چنین حملاتی صرفاً غیرنظامیان بوده‌اند؛ اگرچه در مواردی که احتمال حضور عناصر مسلح نیز می‌رفته حمله به روستا نمی‌توانسته است منطبق با اصل تناسب باشد زیرا در بسیاری موارد روستاها کاملاً تخریب یا سوزانده شده‌اند و غیرنظامیان اگر کشته یا مجروح نشده باشند، مجبور به فرار از روستا برای جلوگیری از ورود صدمات بیشتر شده‌اند.

بنابراین روش اتخاذی در غالب موارد بیانگر قصد گسترش ترس و وحشت میان غیرنظامیان به‌منظور وادار ساختن آنها به فرار از روستا می‌باشد. لذا از منظر حقوق کیفری بین‌المللی این گونه نقض‌های آشکار حقوق بشردوستانه بلاشک منجر به تحقق جنایات جنگی آن هم در حد وسیع گردیده است.

شورشیان نیز اگرچه مسئول حمله به غیرنظامیان تلقی می‌شوند و از این منظر مرتکب جنایات جنگی شده‌اند لیکن در حملات آنها علیه غیرنظامیان اثری از گستردگی یا سیستماتیک بودن حمله یافت نمی‌شود.[۴۵]

در این میان تخریب خانه های خصوصی، پناهگاهها، محصولات، مناطق کشاورزی و مغازه‌ها نیز به‌صورت گسترده‌ای بدون هیچ‌گونه توجیه نظامی در دارفور روی داده است. چنانچه هیأت نمایندگی کمیسرعالی سازمان ملل از شمار زیادی از روستاها بازدید کردند که کاملاً سوزانده شده و ساکنان روستاها فرار کرده بودند.[۴۶]

با توجه به ممنوعیت تخریب روستاها، محصولات، دامها، آب آشامیدنی، مناطق

---

۴۳. برای مثال وزیر دفاع سودان در مصاحبه‌ای با کمیسیون بین‌المللی تحقیق اظهار داشت که «حتی حضور یک نیروی شورشی در روستا سبب تبدیل هدف غیرنظامی به نظامی خواهد شد». از نظر وی «روستا منطقه‌ای کوچک می‌باشد که در آن امکان تفکیک وجود ندارد و بنابراین کلیت آن به‌عنوان هدفی نظامی قلمداد می شود». و یا وزیر امور اجتماعی غرب دارفور روستائیان را مسئول تخریب روستاها و آوارگی‌های گسترده می‌داند چراکه به فرزندان خود اجازه ملحق شدن به شورشیان را داده‌اند و از روستاها برای انجام عملیات نظامی استفاده می‌کنند.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 249.

44. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 265.

45. *Ibid*., paras. 267-68.

46. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.*, para. 70.

کشاورزی، در پروتکل الحاقی دوم[۴۷] و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی که تخریب داراییها و اموال را جرم انگاشته و ارتکاب چنین اعمالی را طی یک مخاصمه مسلحانه داخلی یا بین‌المللی حتی با توسل به ضرورتهای نظامی، توجیه ناپذیر قلمداد نموده است؛[۴۸] بدیهی است که اعمال ارتکابی نیروهای دولتی، شورشیان و شبه نظامیان مغایر با اصول و استانداردهای بین‌المللی می‌باشد.

براساس حقوق بین‌الملل عرفی، چپاول یا غارت اموال از جمله مصادیق جنایات جنگی است. چنانچه شق ۵ از جزء «ه» بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز غارت شهر یا محلی، اگرچه غلبه بر آن با زور صورت گرفته باشد را در زمره جنایات جنگی می‌داند. این جرم که «تمامی اشکال تصرف غیرقانونی اموال»[۴۹] در یک مخاصمه مسلحانه را در برمی‌گیرد عبارت است از محروم نمودن مالکان بدون رضایت آنها از دسترسی به اموال و داراییهای خود در جریان یک مخاصمه مسلحانه داخلی یا بین‌المللی و اختصاص داراییها و کالاهای مزبور برای استفاده‌های خصوصی یا شخصی با انگیزه مجرمانه.[۵۰] با توجه به این تعریف، تاراج روستاها و تصرف دامها، محصولات، کالاهای ساکنان خانه‌ها و دیگر داراییهای شخص توسط نیروهای دولتی و یا شبه نظامیان تحت کنترل آنها بی‌شک از جمله مصادیق جنایات جنگی است.

آنچه مسلم است آن که غارت گسترده و سیستماتیک اموال غیرنظامیان توسط شبه نظامیان جانجاوید طی حملاتی ویژه صورت گرفته است اما در این ارتباط گزارشی مبنی بر غارت اموال توسط نیروهای دولتی در دست نمی‌باشد. از سوی دیگر شورشیان نیز به‌صورت نامحسوسی دست به غارت و تاراج وسایل نقلیه، غذا و تجهیزات زده‌اند که در مقابل موارد منتسب به شبه نظامیان جانجاوید، قابل توجه نمی‌باشد. اغلب شاهدان در مصاحبه با کمیسیون بین‌المللی تحقیق با تأکید بر ارتکاب جرم غارت و تاراج مدعی بودند که نیروهای جانجاوید تمام داراییهای آنها حتی کالاهای ضروری برای ادامه حیات را نیز به غارت برده‌اند.[۵۱] کمیسیون بین‌المللی تحقیق نیز با ارزیابی آمار و شواهد موجود غالب غارتها را منتسب به نیروهای جانجاوید دانست و نقش فعال نیروهای دولتی را تأیید نکرد. هدف اصلی غارت و تاراج اموال به‌ویژه مواد غذایی و

---

۴۷. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: CESCR General Comment No. 7, (20/5/97)

48. Dieter Fleck,The Hand Book of Humanitarian Law In Armed Conflicts, Oxford university press, 1995. p. 212.

۴۹. دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه سلیبیچی مقرر داشت که غارت در مفهوم سنتی متضمن عنصر خشونت است در حالی که چپاول هرگونه تصرف غیرقانونی اعم از اینکه همراه با خشونت یا بدون خشونت باشد را در برمی‌گیرد.

Celebici, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 591.

۵۰. کریانگساک کیتیچایساری ، همان، ترجمه بهنام یوسفیان، محمد اسماعیلی، ص ۳۵۲.

51. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 380.

تجهیزات ضروری برای ادامه حیات، همانند جرائم پیشین قبایل آفریقایی بودند. براساس اطلاعات موجود نزد کمیسیون، غارتها غالباً توسط شبه نظامیان در جریان حمله به روستا، به صورت گسترده و سیستماتیک و توسط دولت سودان به واسطه رواج و تبلیغ فرهنگ مصونیت و حمایت مستقیم از شبه نظامیان صورت گرفته است.[۵۲]

علاوه بر موارد فوق، کشتار دشمنان نظامی مجروح و زندانی، حبس غیرقانونی و ناپدیدسازی اجباری توسط دولت و شبه نظامیان و بکارگیری کودکان زیر ۱۵ سال در درگیریهای مسلحانه از دیگر مصادیق جنایات جنگی است که وقوع آن در جریان بحران دارفور احراز شده است.

۲ـ جنایات علیه بشریت

این جنایات جرایم شنیعی هستند که نقض فاحش کرامت انسانی و تحقیر شدید و یا خوار نمودن بشر را به دنبال دارند.

از جمله مصادیق آن می‌توان به قتل، قلع و قمع، به بردگی گرفتن، تبعید یا کوچ اجباری یک جمعیت، شکنجه، تجاوز جنسی و دیگر اشکال خشونت جنسی، تعقیب و آزار مداوم و ناپدید نمودن اجباری اشخاص اشاره کرد.

وجه ممیزه این دسته از جرایم با جرایم جنگی در آن است که در این گروه نقض‌های استثنائی یا پراکنده مد نظر نمی‌باشد و صرفاً در برگیرنده نقض‌هایی است که بخشی از یک حمله گسترده یا سازمان یافته علیه یک جمعیت غیرنظامی باشند، اعم از اینکه در زمان صلح یا جنگ ارتکاب یافته باشند.

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ماده ۷ خود تعریفی عمومی از جنایات علیه بشریت ارائه داده و در آن به عوامل ریشه‌ای جرم اشاره کرده است. این ماده اعمالی که در زمان حمله و تهاجم همه جانبه علیه مردم غیرنظامی در زمان جنگ یا صلح ارتکاب می‌یابد را مد نظر دارد و کوشیده است تا عملیات اتفاقی و جرم‌های معمول طبق قوانین ملی هر کشور را از گروه جنایات علیه بشریت خارج نموده و با پیش‌بینی چارچوب قانونی، گستردگی، همه جانبه بودن و یا سیستماتیک بودن حملات به این مهم نائل آمده است. در واقع هدف این مقرره ممنوع کردن ارتکاب اعمالی است که با خشونت و وحشی‌گری همراه بوده و به‌صورت وسیع و با توسل به بی‌حرمتی در دفعات متعدد و با استفاده از روشهای مشابه صورت پذیرفته باشد و امنیت جامعه بین‌المللی را به مخاطره انداخته و یا باعث برانگیختن احساسات بشردوستانه شده باشد. شواهد

---

52. *Ibid*., para. 398.

گویای آن است که چنین اعمالی در قالبهای مختلف و به کرات در جریان مخاصمه دارفـور روی داده است.

کمیسیون بین‌المللی تحقیق در جریان تحقیقات خود به منابع متعددی دسـت یافـت کـه مؤید کشتار وسیع غیرنظامیان از اوایل سال ۲۰۰۳ بود. این گزارشها اکثریت کشتارها را براسـاس شواهد شاهدان به نیروهای جانجاوید منسوب مـی‌نمـود کـه بـا اسـتفاده از اسـلحه‌هـایی چـون کلاشینکف و یا دیگـر سـلاح‌هـای اتوماتیـک و بعـضاً بـا هـدف قـرار دادن گروهـی خـاص از غیرنظامیان (غالباً مردان به سن جنگ رسیده) و یا بدون تمایز قائـل شـدن میـان آنهـا، ارتکـاب می‌یافت.[۵۳]

آمارها حکایت از کشتار غیرنظامیان توسط نیروهای دولتی با همراهی و همـاهنگی شـبه نظامیان به‌ویژه هنگام خروج از چادرها،[۵۴] ارتکاب جنایات توسط شبه‌نظامیان[۵۵] و هدف قرار دادن غیرنظامیان به‌واسطه بمبارانهای هوایی نیروهای دولتی دارد[۵۶] کـه همگـی مؤیـد آن اسـت کـه کشتار و قتل عام غیرنظامیان در زمره جرایم بارز ارتکابی بوده است.

در پرتو واقعیت‌های احراز شده، کمیسیون بین‌المللی تحقیق معتقـد اسـت کـه مجموعـه منسجم و مـوثقی از عوامـل، مؤیـد مـشارکت دولـت و شـبه‌نظامیـان در قتـل شـمار زیـادی از غیرنظامیان می‌باشد که نقشی در مخاصمه نداشته‌اند. از سوی دیگر کشتارهای گسترده واقعـه در دارفور و نقش دولت و شبه نظامیان در تدارک آنها در پرتو جو غالب مصونیت مطلق و ترغیب به ارتکاب جرایم فاحش علیه بخش‌های مشخصی از جمعیـت غیرنظـامی[۵۷] و همچنـین مـشارکت مأموران و مسئولان دولتی از جمله عواملی است که احتمال ارتکاب این کشتارها را در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی و به‌صورت گسترده به ذهن متبادر می‌سازد که با این توصیف در زمـره جرایم علیه بشریت قرار می‌گیرد.[۵۸]

---

53. *Ibid*., paras. 269-71.

٥٤. از جمله حملاتی که کشتار وسیع غیرنظامیان را در پی داشت در ژانویه ۲۰۰۴ و در روستای Surra در جنوب دارفور واقع شد که طی آن نیروهای دولتی و شبه نظامیان ۲۵۰ نفر شامل زنان و تعداد زیادی از کودکان را از میان جمعیت ۱۷۰۰ نفـری روستا کشته و ۳۰ نفر نیز مفقود گردیدند. باقی اهالی مجبور به فرار شدند و اجساد مردگان را دفن نشده رها کردند.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 272.

۵۵. روستای Amika Sara در جنوب دارفور توسط آتش‌بار هلیکوپترهـا و بـا حمایـت هواپیماهـای Antonove و همچنـین حمایت نیروهای جانجاوید در جبهه زمینی در اکتبر ۲۰۰۴ بمباران شد که در جریان آن ۱۷ نفر از غیرنظامیان کشته شـدند در حالی که هیچ گونه مدرکی مبتنی بر حضور شورشیان و یا فعالیت آنان در این منطقه و مناطق مشابه هـدف چنـین حملاتـی یافت نشده است.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 280.

٥٦. هدف تعداد زیادی از قتل عام‌ها و کشتارها اشخاص متعلق به قبایل آفریقایی بودند.

57. *Ibid*., para. 293.

58. *Ibid*., para. 293.

از جمله نتایج اجتناب‌ناپذیر این‌گونه کشتارها، تجاوزات، سوزاندن، غارت و تخریب اموال، کوچ یا جابه جایی اجباری است که در سودان و در نزدیکی مرز چاد واقع شده است؛ سیاستی که به‌نظر می‌رسد هدف اصلی اش ممانعت از بازگشت روستائیان به خانه‌ها و منع هرگونه کمک به شورشیان می‌باشد. کوچ اجباری به «جابه جایی اجباری افراد به محلی دیگر در همان سرزمین اطلاق می‌گردد که از جمله عناصر آن بیرون راندن یا دیگر انواع اعمال قهرآمیز می‌باشد».[۵۹] بنا بر آخرین گزارش کمیسیونر سازمان ملل در امور پناهندگان در فوریه ۲۰۰۸ به دنبال تهاجم متقابل دولت علیه گروههای شورشی، موج جدیدی از جابجایی و آوارگی آغاز شد.[۶۰]

گزارشهای رسیده حاکی از اجباری بودن وگستردگی جابه جایی هایی می‌باشد که منجربه آوارگی بیش از یک میلیون و هشتاد و پنج هزار نفر از مردم دارفور شده است، آوارگانی که غالباً در صورت بازگشت به روستاها بازداشت و یا کشته می‌شدند.[۶۱] کمیسیون بین‌المللی تحقیق در بررسی‌های خود دریافت که آوارگان داخلی که در داخل دارفور باقی مانده‌اند با تهدیدات و خطرات زیادی مواجه می‌باشند و در صورت خروج از چادرها خطر حمله، تجاوز به عنف و دیگر خشونتها آنها را تهدید می‌کند.[۶۲] کمیسیون بین‌المللی تحقیق بر آن است که از جمله اهداف اصلی این جابه جایی ها و کوچ های اجباری تأمین یکی از سیاست های اصلی دولت که همانا قطع حمایت از شورشیان می‌باشد، بوده است، چراکه اکثر آوارگان متعلق به سه قبیله‌ای می‌باشند که به‌عنوان هستهٔ اصلی گروههای شورشی قلمداد می‌شوند. در این میان شبه‌نظامیان جانجاوید نیز قبل از جابه جایی‌های صورت گرفته به آرزوی دیرینه خود که همانا دستیابی به زمین می‌باشد، نائل آمده‌اند، چنانچه کمیسیون بین‌المللی تحقیق شواهدی مبنی بر استقرار قبایل عرب در مناطقی که پیش از آن به آوارگان تعلق داشته، یافته است.[۶۳]

با توجه به اصول فوق و با بررسی سیاستهای اتخاذی دولت سودان در انتقال اجباری جمعیت دارفور به صورت گسترده و حضور تعداد بسیاری از آوارگان داخلی در مرزهای چاد، ارتکاب جرم انتقال اجباری جمعیت به‌عنوان یکی از مصادیق جنایات علیه بشریت محرز می‌باشد. در این مورد نیز ماهیت تبعیض آمیز جابه جایی‌ها مؤید وقوع جرم تعقیب و آزار می‌باشد.

از سوی دیگر در مهمترین بخش، بنا به گزارش منابع مختلف، تجاوز به عنف به صورت گسترده و همراه با دیگر اشکال فاحش خشونت در هر سه ایالت دارفور ارتکاب یافته است. بر این

---

۵۹. کریانگساک کیتیچایساری، **حقوق کیفری بین‌المللی**، ترجمه حسین آقایی جنت مکان، انتشارات دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص۱۵۲.

60. UN High Commissioner for Refugees,relief web site.

61. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.* , para. 74.

62. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 328.

63. *Ibid*., para. 329.

اساس تجاوزات معمولاً بیش از یک بار و توسط بیش از یک نفر و همراه با دیگر اعمال خشونت‌آمیز (شلاق و ضرب و شتم) ارتکاب یافته است[۶۴] که هتک ناموس در معرض عام و برده خطاب کردن زنان از جمله موارد گزارش شده می‌باشد. در یک بررسی کلی تمامی موارد ارتکابی را می‌توان در سه دسته جای داد:[۶۵]

ـ تجاوزات جمعی و گروهی در جریان حملات

ـ ربودن دختران و زنان، حبس و هتک ناموس به عنف

ـ هتک ناموس به عنف به هنگام خروج از چادرها برای جمع‌آوری آب یا هیزم

براساس گزارشهای ارائه شده توسط سازمانهای غیردولتی، تجاوز به عنف، سوءاستفاده جنسی، و هتک ناموس همچنان در دارفور ادامه دارد. نهادهای بشردوستانه گزارش کرده‌اند که حدود شصت تا هفتاد درصد زنانی که چادرها را به‌منظور جمع‌آوری هیزم ترک کرده‌اند قربانی تجاوز و خشونتهای جنسی شده‌اند. علی‌رغم اینکه دولت سودان کوشیده است تا با ایجاد «مکانیسم‌هایی»[۶۶] پاسخگوی قربانیان این‌گونه خشونتها باشد، لیکن سازمانهای غیردولتی همچنان از وجود جو ترس و وحشت میان قربانیان خبر می‌دهند که این امر سبب ادامه تجاوزات و عدم تمایل به ثبت شکایات شده است.[۶۷]

غالب موارد گزارش شده به جنایات شبه نظامیان جانجاوید و سربازان دولتی اختصاص دارد و موارد محدودی از تجاوز توسط شورشیان اعلام شده است.[۶۸] این در حالی است که مأموران دولتی هرگونه هتک ناموس و تجاوز به عنف آن هم به‌صورت گسترده را تکذیب کرده و مدعی‌اند که هیچ‌گونه شکایت رسمی در این رابطه ارائه نشده است، چراکه دولت در صورت وصول شکایت به بازجویی و مجازات متهم می پرداخت. اما در مقابل ادعای پزشکان، پرستاران و ماماها برخلاف اظهارات دولت می‌باشد.[۶۹] با این حال کمیسیون بین‌المللی تحقیق دریافته است که در غالب موارد حساسیت موضوع مانع از گزارش آن بوده و در موارد اعلام شده نیز مسئولان

---

64. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.*, para. 66.

65. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 334.

66. See: Second Periodic Report of the United Nations High Commissioner on the Human Rights Situation in Sudan, 27 /1/2006. paras. 35-37. *Available at*: www.hic mena. org/documents OHCHR%20on%20Sudan%202.doc.

٦٧ . زنان آواره در گفتگو با نمایندگان شورای امنیت از نیاز به حمایت بیشتر برای مقابله با چنین تجاوزاتی سخن می‌گفتند و مدعی بودند در اثر تجاوزات بسیاری از دختران با سنین پائین (۱۰ ساله)حامله شده‌اند.

S /2006/433, Report of the Security Council mission to the Sudan and Chad, 4-10 June 2006, 22 June 2006, para. 59.

68. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.*, para. 66.

69. *Ibid*., para. 68.

در رسیدگی مؤثر و کافی قصور نموده‌اند.[۷۰] در بسیاری موارد قربانیان و نمایندگان آنها به مراجع ذی‌صلاح مراجعه ننموده‌اند که از جمله علل این مسئله را می‌توان ترس از انتقام جویی، عدم رسیدگی و جبران خسارات ناشی از خشونت جنسی،[۷۱] بی‌اعتمادی نسبت به تشکیلات دولت و ننگ اجتماعی ناشی از هتک ناموس دانست.[۷۲] در مواردی که ظاهراً به‌نظر می‌رسد عدالت اجرا شده است نیز بسیاری از مسئولان و متهمان احضار نشده‌اند و در برخی از موارد اعمال آنها سبب وخیم‌تر شدن اوضاع گردیده به گونه‌ای که رفتارهای تحقیرآمیز و توهین‌آمیز سبب قربانی شدن مجدد خواهان شده است.[۷۳]

شواهد سازمان عفو بین‌الملل نیز حکایت از آن دارد که تجاوز به عنف و دیگر اشکال خشونت جنسی یکی از ابزارهای جنگ به‌منظور تحقیر، تنبیه، کنترل، ترویج ترس و جا به جایی زنان و خانواده و دیگر اشکال خشونت جنسی توسط نیروهای جانجاوید و سربازان دولتی در دارفور می‌باشد که به‌عنوان بخشی از یک عملیات گسترده و سیستماتیک در زمره جنایات علیه بشریت تلقی می‌شود و آگاهی مرتکبان از اینکه اعمال آنها بخشی از یک حمله گسترده و سیستماتیک علیه غیرنظامیان بوده، وجود مصونیت متهمان را تأیید می‌کند.[۷۴]

لذا جرایم مذکور به‌عنوان هتک ناموس و تجاوز به عنف و بعضاً بردگی جنسی از مصادیق جنایات علیه بشریت می‌باشند و در این مورد نیز عنصر تبعیض‌آمیز بودن در ارتکاب جرم مشهود می‌باشد چراکه هدف اصلی جرایم سه قبیله آفریقایی بودند که این مسئله مؤید جرم تعقیب و آزار می‌باشد.[۷۵]

بنابراین دولت سودان در راستای اجرای قواعد داخلی خود و همچنین استانداردهای حقوق بین‌الملل به‌ویژه حقوق بین‌الملل بشر، وظیفه پیشگیری و تحقیق و تنبیه اعمال خشونت جنسی را داشته و ملزم بوده است که کمکهای پزشکی را برای قربانیان فراهم نموده و به‌نحو مؤثری دسترسی آنها به شیوه‌های جبران خسارت را فراهم آورد.[۷۶] لیکن عدم پایبندی دولت به تعهدات فوق سبب وخامت اوضاع و محرکی برای ارتکاب گسترده جنایات گردیده است؛ به

---

70. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 336.

71. Second Periodic Report of the United Nations High Commissioner, *op. cit.*, para. 21.

72. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.*, para. 68.

73. Second Periodic Report of the United Nations High Commissioner , *op. cit.*, para. 21.

74. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 360.

75. *Ibid*.

۷۶. شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۱۳۲۵ در تاریخ ۳۱ اکتبر ۲۰۰۰ با یادآوری تعهد دولتها به مبارزه با بی‌کیفری از آنها می‌خواهد همه عاملان تمامی انواع خشونت جنسی نسبت به زنان و دختر بچه‌ها را تحت تعقیب و محاکمه قرار دهند. جمشید ممتاز، امیرحسین رنجبریان، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه داخلی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، بهار۱۳۸۴، ص.۱۳۱.

گونه‌ای که ارتکاب مصادیق متعددی از جنایات علیه بشریت در جریان مخاصمه دارفور محرز می‌نماید.

۳ـ جنایت ژنوسید

بنابر تصریح کنوانسیون ۱۹۴۸ پیشگیری و مجازات جنایت ژنوسید، ممنوعیت ارتکاب این جرم به‌عنوان ارتکاب مجموعه‌ای از اعمال ممنوعه علیه گروههای مورد حمایت،[۷۷] هم اکنون در زمره قواعد عرفی بین‌المللی قرار گرفته و قاعده‌ای آمره محسوب می‌شود.

بررسی وقوع یا عدم وقوع ژنوسید نیازمند یافتن سه عنصر اساسی و لازم برای تحقق این جنایت می‌باشد. بنابراین اولین سؤالی که در این قسمت مطرح می‌شود به موضوع «گروههای مورد حمایت» اختصاص دارد. با توجه به تعاریف ارائه شده از این گروهها می‌توان گفت که قبایل "Fur"،"Massalit" و"Zaghawa" در زمره گروههای نژادی و قومی قرار دارند که استقرار آنها در منطقه دارفور سودان مقدم بر روی کار آمدن دولت کنونی سودان می‌باشد. این قبایل به زبان "Nilo-Saharan " صحبت می‌کنند که کاملاً متمایز از زبان اعراب سودانی است و بنابراین زبان، فرهنگ و هویت قومی مشترک همگی عواملی است که می‌تواند آنها را به‌عنوان گروهی خاص هدف جنایت ژنوسید قرار دهد؛ چنانچه تمامی قربانیان جنایات ارتکابی همین سیاهان آفریقایی می‌باشند که در مقابل اعراب سودانی قرار دارند. یک تحلیل ذهنی ساده نیز، درستی یافته‌های فوق را تائید می‌کند؛ چنانچه اعضای هریک از قبایل خود را سیاه پوست می‌دانند و هویتی متمایز از هویت اعراب سودانی برای خود قائل می‌باشند. تنشهای ادواری که میان قبایل سیاه پوست آفریقایی و اعراب نیز سابقه‌ای طولانی دارد، حکایت از تمایز میان گروههای مزبور دارد. واقعیت آن است که قربانیان و مباشران به‌صورت ذهنی، قبایل آفریقایی سیاه پوست را گروهی متمایز تلقی می‌کنند که خود مؤید مفهوم ارائه شده از گروه در کنوانسیون ژنوسید می‌باشد.[۷۸] چنانچه هیأت حقیقت‌یاب سازمان ملل در دارفور دریافت که بسیاری از روستاهای آفریقایی در حالی هدف تخریب قرار گرفته‌اند که روستاهای مجاور آنها که

---

۷۷. « مفهوم گروه ملی، قومی، نژادی و مذهبی به‌صورت مبسوطی بررسی شده است و هم اکنون توافق عمومی و بین‌المللی نسبت به مفهوم دقیق این اصطلاحات وجود ندارد بنابراین هر یک از این اصطلاحات می‌بایست در پرتو مفاهیم فرهنگی، اجتماعی و سیاسی خاصی ارزیابی شود.» در این میان نامی از گروه فرهنگی، گروه سیاسی و یا گروه قبیله‌ای آورده نشده است چراکه این گروهها فاقد خصوصیات لازم برای قرار گرفتن در زمره گروههای مورد حمایت می‌باشند اگرچه بعضاً به‌عنوان زیر مجموعه یکی از چهار گروه اصلی قلمداد می‌شوند.

78.. Amnesty International, *op. cit.*, p. 26.

به اعراب تعلق داشت، حفاظت شده بودند.[۷۹]

پس از احراز گروهها و قبایل سیا ه پوست آفریقایی به‌عنوان گروه مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید، نوبت به بررسی عنصر دوم که متوجه اعمال ممنوعه است، می‌رسد. ماده ۲ کنوانسیون ژنوسید پنج مورد را تحت عنوان اعمال ممنوعه شناسایی کرده است که از این میان اثبات یکی از موارد برای تحقق جنایت ژنوسید کافی می‌باشد.

۱ـ قتل اعضای گروه که هرگونه فعل یا ترک فعلی که نهایتاً منجر به مرگ قربانی شود را در برمی‌گیرد، در گزارشها سازمان ملل و دیگر نهادهای بین‌المللی تصریح شده است.[۸۰]

۲ـ ایراد صدمه شدید جسم یا روحی به اعضای یک گروه: در این رابطه دیوان کیفری بین‌المللی برای روآندا در قضیه کاییشما و روزیندانا[۸۱] صدمه شدید جسمانی را صدمه‌ای که شدیداً سلامت را جریحه‌دار می‌کند، سبب تغییر چهره یا صدمه شدید به حواس یا اندامهای داخلی و خارجی می‌شود توصیف، می‌کند.[۸۲] دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در این تعریف شکنجه و سایر رفتارهای تحقیرآمیز را نیز در زمره این اعمال قرار می‌دهد.

قربانیان جنایت دارفور از صدمات شدید جسمی و روحی رنج برده‌اند، چنانچه اسناد حاوی مصادیق سوء استفاده‌ها و جنایاتی چون هتک ناموس و تجاوز به عنف، ضرب و شتم، تحقیر، تخریب وسایل ضروری و اولیه و اموال علیه اعضای قبایل غیرعربی می‌باشد.[۸۳] بخش دموکراسی وزارت امور خارجه آمریکا در گزارش خود اعلام داشت که ۲۱٪ از پناه جویان دارفور در مصاحبه‌های خود مدعی شده‌اند که در زمره قربانیان و یا شاهدان ضرب و شتم بوده‌اند.[۸۴]

۳ـ قرار دادن عمدی گروه در معرض شرایط نامساعد زندگی به انتظار نابودی فیزیکی

---

79. United Nation Inter- Agency Fact Finding and Rapid Assessment Mission, kaliek Town,South Darfur. UN Resident Coordinator. 4/25/2004. *Available at:* http://www. reliefweb. int/w/rwb. nsf/6/8f4f1f5860913 bacc1256ea00f ?OpenDocument

۸۰. سازمان بهداشت جهانی تعداد قربانیانی که توسط نیروهای دولت سودان و شبه نظامیان جانجاوید به قتل رسیده اند را ۵۰۰۰۰ نفر برآورد کرده است و تعداد پناهندگانی که هر ماه از بین می‌روند را نزدیک به ۱۰۰۰۰ نفر تخمین زده است.
Available at: www. medbroadcast. com/health news details pf. asp?news id=4772&news channel id=1000

81. Kayishema and Ruzindana**,** Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 109.

82. *Ibid*. , para. 510.

۸۳. دیده‌بان حقوق بشر در گزارش مورخ ۱۱ آگوست ۲۰۰۴ به تهدید آوارگان داخلی مستقر در شهرهای تحت کنترل دولت به حبس و یا ضرب و جرح اشاره می‌کند.
Public International Law and Policy Group, *op. cit.*, p. 3

84. United State Department of Stste Bureau of Democracy, Human rights, and Labor and Bureau of Intelligence and Research, "Documenting Acrocities in Darfur", 9 September 2004, *Availabale at:* www. state. gov/g/drI/rIs/36028. htmhtm

کلی یا جزیی آن گروه که نهایتاً نابودی جسمی قربانیان را به دنبال دارد، اگرچه تحقق فوری مرگ ضروری نیست اما دولت سودان و شبه نظامیان با فراری دادن غیرنظامیان از خانه های خود آنها را وادار به زندگی در شرایط نامناسبی نمودند که نابودی جسمانی آنها را در پی داشت.[۸۵] چنانچه در بخش دیگری از گزارش دپارتمان امریکا به تخریب ۴۰۵ روستای دارفور از فوریه ۲۰۰۳ تا آگوست ۲۰۰۴ اشاره شده است.

از سوی دیگر ممانعت از ارسال کمکهای بشردوستانه برای آوارگان که فی الواقع پیشگیری از دسترسی آوارگان به غذا و تجهیزات پزشکی می باشد تکمیل‌کننده موارد بالاست. بنابراین آواره نمودن سیستماتیک غیرنظامیان و ممانعت از ارسال کمکهای بشردوستانه برای آنها نمونه‌ای از قراردادن عمدی گروههای آفریقایی سیاه پوست در شرایط نامناسب برای نابودی جمعیت غیرعربی دارفور می‌باشد.[۸۶]

۴ـ تحمیل عمدی اقدامات به‌منظور جلوگیری از زاد و ولد از دیگر مصادیق می‌باشد که در این حالت مرتکب باید اقدامات و تدابیر خاصی را به قصد جلوگیری از زاد و ولد در گروههای تحت حمایت، نسبت به یک یا چند شخص اعمال نماید. البته اتخاذ اقدامات خاص بدون حصول نتیجه نیز کافی می‌باشد.[۸۷] بررسی اعمال و جنایات دولت سودان و شبه‌نظامیان جانجاوید نیز حکایت از کشتار اعضای گروه، وارد کردن صدمه شدید جسمی یا روحی به اعضای گروه، قرار دادن عمدی گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسب که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی شود و نهایتاً تحمیل اقداماتی که به قصد جلوگیری از توالد در یک گروه صورت می‌گیرد، دارد.[۸۸]

گزارشها حاکی از آن است که شبه نظامیان جانجاوید به هتک ناموس و تجاوز به عنف به‌عنوان ابزاری جهت جلوگیری از توالد کودکان غیرعربی متوسل می‌شدند؛ این جرم با اتخاذ اقداماتی در قالب:

باردار کردن زنان در حالی‌که کودکان آنها به‌لحاظ قومی آفریقایی قلمداد نخواهند شد، طرد کردن زنان مجرد به گونه‌ای که نتوانند وارد زندگی جدیدی شوند، آسیب رساندن به جسم زنان و ناتوان ساختن آنان برای باروری مجدد ارتکاب یافته است. در همین راستا شبه نظامیان جانجاوید با استفاده از تجاوز جنسی به پاکسازی دارفور از جمعیت قومی متفاوت از اعراب مبادرت

---

۸۵. دفتر هماهنگی امور بشردوستانه سازمان ملل تعداد غیرنظامیانی را که به علت تبعید اجباری و ترس از حملات شبه نظامیان و یا نیروهای دولتی از خانه‌های خود آواره شده‌اند را یک میلیون و دویست هزار نفر برآورد کرده است.

86. Public International Law and Policy Group, *op. cit.*, pp. 4-6.

۸۷. کریانگساک کیتیچایساری ، همان، ترجمه بهنام یوسفیان،محمد اسماعیلی، ص۱۵۹.

88.. Public International Law and Policy Group, *op. cit.*, p. 3.

نمودند، چراکه فرهنگ قبایل "Fur"،"Massalit" و"Zaghawa" به‌گونه‌ای بـود کـه کودکـان نامشروع را عرب سودانی قلمداد می‌کردند.[۸۹]

اعمال مذکور در بالا به حدی روشن می‌باشد که تردیـدی در تـأمین شـرایط لازم بـرای احراز جنایت ژنوسید نمی‌ماند. پس از احراز ارتکاب اعمال ممنوعه در دارفور، نوبت به اثبات قصد خاص نابودی کلی یا جزئی گروه می‌رسد که بدون وجود آن ارتکاب اعمال ممنوعه مـی‌توانـد در قالب دیگر جرائم فاحش بین‌المللی چون جنایات جنگی و یا جنات علیه بشریت توصیف گردد.

مستندات فراوان، مؤید اثبات قصد ژنوسید در جنایات ارتکابی در دافور و برنامه‌ریزی‌های سیستماتیک که قصد خاص نابودی نیز در آنها ملاحظه می‌شود، می‌باشـد، چنانچـه کمیـسرعالی سازمان ملل در حقوق بشر در گزارش می ۲۰۰۴ از ناپدید شدن شـمار زیـادی از غیرنظامیـان در دارفور طی ماههای اخیر خبر می‌دهد.[۹۰] از سوی دیگـر مـأموران حقیقـت‌یـاب سـازمان ملـل در گزارش خود تخریب شمار متعددی از روستاهای آفریقایی را توسط شبه نظامیان و مأموران دولتی تأیید کردند و اعلام داشتند که روستاهای مذکور هم اکنون در دست اعراب می‌باشد.[۹۱] که بر این اساس هدف قراردادن روستاهای غیرعربی و روشهای حمله به آنها مستندی کافی جهـت احـراز قصد خاص لازم برای ارتکاب ژنوسید می‌باشد و حتی اگر نتوان قصد خاص نابودی در کل را بـه اثبات رساند، آمار ۵۰۰۰۰ کشته و ۱۲۰۰۰۰۰ نفر آواره برای احراز قـصد خـاص نـابودی حـداقل بخشی از این گروهها کافی به‌نظر می‌رسد.[۹۲] سازمان پزشکان حقوق بشر نیز در ۲۳ ژوئیه ۲۰۰۴ اعلام داشت که شواهد و مدارک حکایت از مبارزه‌ای سازمان یافته دارد که به نمایندگی از دولت سودان شکل گرفته و به واسطه قتل یا جا به جایی اجباری میلیونها نفر از اهالی غیر عرب دارفور را مجبور به ترک محل سکونت خود نموده است. نیروهای دولتی به همراهی شبه نظامیان سبب بروز اغتشاشات شدید و تخریب زمین‌های تحت تصرف مردم غیرعرب دارفور، خانواده‌ها و تمامی ابزارهای لازم برای زندگی و امرار معاش شدند و بدینوسیله شرایطی را ایجاد نمودنـد کـه نهایتـاً نابودی اهالی غیر عربی دارفور را در پی داشته است.[۹۳]

با وجود ملاحظات فوق شماری از اشخاص و نهادهای بین‌المللی ماننـد اتحادیـه آفریقـا،

---

۸۹. شبه‌نظامیان زنان را «بردگان سیاه پوست» خطاب می‌کردند و می‌گفتند که آنها فرزندان عربی به دنیا خواهند آورد کـه زمام امور را در دست گیرند.

Genocid Intervention Fund, Darfur: Genocid Violence and Rape as a Weapon of Genocid. P.1

90. UNHRC Report, May 2004, *op. cit.*, para. 29.

91. United Nations Inter-Agency Fact Finding…, *op. cit.*

92. Genocid Intervention Fund, *op. cit.*, p. 9.

93. Physicians for Human Rights, Darfur - Assault on Survival: A Call for Security, Justice and Restitution, January 2006, *Availabale at:* http:/ /physiciansforhumanrights.org/library/ documents/ reports/darfur-assault-on-survival.pdf

دبیرکل سازمان ملل و رئیس سازمان پزشکان بدون مرز[۹۴] ابراز داشتند که به‌رغم وسعت جنایات ارتکابی در دارفور سودان، نمی‌توان به ارتکاب جنایت ژنوسید در این بحران حکم نمود.

در این بین کمیسیون بین‌المللی تحقیق نیز در راستای انجام یکی از وظایف خود که از جمله مبانی تأسیس این نهاد نیز محسوب می‌شود، دلایل و توجیهاتی را در رد ارتکاب جنایت ژنوسید در دارفور ارائه نموده است. این مرجع در بررسی‌های خود ارتکاب عناصر مادی تشکیل‌دهنده جرم ژنوسید در دارفور را تأیید کرده و با اتکاء به منابع موثق،کشتار سیستماتیک، گسترده و وسیع غیرنظامیان متعلق به قبایل خاص که نهایتاً منجر به ورود صدمات شدید جسمی و روحی به اعضای متعلق به قبایل مذکور شده است و همچنین قراردادن عمدی گروههای مذکور در معرض وضعیات زندگی نامناسب که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی گردیده، از جمله تخریب سیستماتیک روستاها و محصولات، فراری دادن مردم از خانه‌ها و غارت دامها را تأیید کرد.

لیکن تحقق ژنوسید را نیازمند بررسی بیشتر دو عنصر اساسی و لازم برای وقوع ژنوسید می‌داند:

ـ اولاً اینکه آیا گروههایی که هدف حمله قرار گرفته‌اند در زمره گروههای مورد حمایت حقوق بین‌الملل می‌باشند و اگر چنین است:

ـ آیا جرائم مزبور را همراه با قصد خاص ژنوسید (قصد خاص نابودی) ارتکاب یافته‌اند؟

در رابطه با مورد اول تمایز میان قربانیانی که هدف حملات و کشتارها قرار گرفتند به‌عنوان یک گروه قومی متفاوت از گروههای شبه نظامیان محرز نمی‌باشد چراکه گروههای مزبور به لحاظ مذهب و زبان[۹۵] مشترک بوده و ویژگی‌های فیزیکی و ظاهری اعضای این قبایل به سختی از یکدیگر قابل تمایز می‌باشد. لیکن سابقه ازدواج‌های بین قبیله‌ای و همزیستی اقتصادی و اجتماعی که به سالها قبل باز می‌گردد از جمله عوامل بروز اختلاف میان گروههای مزبور می‌باشد. آنچه مسلم است آن که ویژگی‌های مشابه مانع از آن است که این دو گروه را به لحاظ عینی متفاوت از یکدیگر قلمداد کنیم لیکن تمایز قائل شدن میان گروههای مزبور به لحاظ ذهنی نیازمند بررسی بیشتر می‌باشد.[۹۶] به‌واسطه بروز اختلافات در سالهای اخیر، وجوه مختلف تمایزات پررنگ‌تر شده است به گونه‌ای که تفاوتهای مذکور سابق بر آن معیاری غالب برای

---

94. Médecins Sans Frontières.

95. Physicians for Human Rights, Darfur - Assault on Survival: A Call for Security, Justice and Restitution, January 2006, *Availabale at:* http://physiciansforhumanrights.org/library/ documents/ reports/darfur-assault-on-survival.pdf

96.. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op. cit.*, para. 508.

شناسایی نبودند که در این میان طرفداری رسانه‌ها و برخی دیگر از نهادهـا و پافـشاری بـر ایـن تقسیم بندی‌ها در بروز اختلافات بی‌تأثیر نبوده است. شکاف میان قبایل و تـضاد سیاسـی موجـد اعتراضات شورشیان در مقابل دولت مرکزی، خود به‌عنوان وجه تمایز قبایل و گروههـای مـذکور تلقی می‌شود چرا که قبایل حامی شورشیان در دارفور غالباً به‌عنـوان قبایـل آفریقـایی و حامیـان دولت به‌عنوان قبایل عرب، شناخته می‌شوند. اما نباید فراموش شود که تمامی قبایـل آفریقـایی، حامی شورشیان نبودند همان‌گونه که همه قبایل عرب نیز حامی دولت نبودنـد، چنانچـه بـه‌نظـر می‌رسد برخی از قبایل عرب بی طرف و بعضاً حامی شورشیان می‌باشند.

از دیگر عوامل مؤثر در بروز اختلاف میان این دو گروه می‌توان به درگیری بر سر مراتـع و منابع آبی در جریان مخاصمه ۱۹۸۹–۱۹۸۷ میان قبایل بیابانگرد عربی‌الاصل و قبیله مستقر در آن محل " Fur" اشاره کرد. تمامی عوامل فوق جو تضاد و اختلافی را در پی داشـت کـه سـبب گردید افرادی که مستقیماً تحت تأثیر مخاصمه و اختلاف بودند خود را متعلق به یکـی از قبایـل عرب یا آفریقایی تلقی کنند.[۹۷]

به‌علاوه مصادیق دیگری در جریان مخاصمه دارفور وجود دارد کـه حکایـت از برداشـت شخصی خود گروهها از تمایز میان قبایل دارد. در این ارتباط می‌توان به تمایل شـبه نظامیـان در به‌کارگیری اصطلاحات تحقیرآمیز مانند برده، سیاه، "Nuba "، "Zurga" اشـاره نمـود کـه بـه نوعی قربانیان را اعضای گروههایی متفاوت قلمداد می‌نمودند؛ اگرچه در بسیاری از موارد استفاده از زبان تحقیرآمیز، ارتباطی با قومیت یا نژاد نداشت. در مقابل قربانیان نیـز مهاجمـان را افـرادی تندخو و متعلق به دیگر گروهها می‌دانستند. بنابراین با توجه به دلایل فوق شاید بتوان گفت کـه گروههای قربانی به لحاظ ذهنی در زمره گروههای مورد حمایت قرار دارند.[۹۸]

در جنایات ارتکابی در دارفور نیز باید گفـت اگرچـه عناصـری ماننـد گـستردگی فجـایع، ماهیت سیستماتیک حملات، کشتار وسیع، جابجایی اجباری، تجاوز و انگیـزه‌هـای نـژاد پرسـتانه مدنظر مرتکبان که هدف اصلی خود را اعضای قبایل آفریقایی قرار داده بودند، می‌تواند نمایـانگر قصد خاص ژنوسید باشد، لیکن وجود عواملی گویاتر دلالت بر فقدان قصد مزبور دارد.

حقیقت آن است که در شماری از روستاهایی که هدف حملات قرار گرفتنـد یـا سـوزانده شدند، مهاجمان از نابودی کلی جمعیتی که فرار نکرده بودند اجتناب مـی‌کردنـد و بـر قتـل عـام گروهی پسران جوان آن هم به صورت انتخابی تأکید داشتند.[۹۹]

---

97. *Ibid*.

98. *Ibid*., para. 511.

۹۹. برای مثال می‌توان به حمله ۲۲ ژانویه ۲۰۰۴ به وادی صالح اشاره کرد که ۲۵ روسـتا متـشکل از ۱۱۰۰۰ نفـر از اهـالی قبیله Fur در آن سکونت داشتند. پس از اشغال روستاها، کمیسر عالی دولت و فرمانده شبه نظامیان عرب تمامی افـرادی کـه نجات یافته بودند و یا موفق به فرار شده بودند را گرد هم جمع کرده و از میان آنها نام ۱۵ نفر را از روی لیست قرائت کرده و

این رویه مؤید آن است که قصد حمله‌کنندگان نابودی یک گروه قومی یـا بخـشی از آن نبوده است، بلکه آنها سیاست کشتار و قتل عام تمام مردانی که در زمـره شورشـیان بودنـد را در پیش گرفته بودند و برای عملی نمودن آن به اعمالی چون اخراج جمعیت برای تخلیه روسـتاها و جلوگیری از مخفی شدن شورشیان در میان غیرنظامیان و یا ممانعت از دریافت هرگونه حمایت از جانب جمعیت محلی متوسل می‌شدند. از سوی دیگر اسکان جمعیت اخـراج شـده از روسـتاها در چادر های مختص آوارگان داخلی بیانگر آن است که اگرچه غیرنظامیان مجبور بـه تـرک خانـه و زندگی در مناطقی که دولت برای آنها انتخاب کرده بود، شدند، لیکن بیرون راندن جمعیت منجـر به کشتار مستقیم و محو گروهها نشده است. عدم حمله به روستاهایی که جمعیت آنها مرکـب از قبایل عرب و آفریقایی بود از دیگر عواملی است که فقدان قـصد خـاص ژنوسـید از آن اسـتنباط می‌شـود.[۱۰۰] البتـه ایـن مـوارد مـانع از آن نخواهـد بـود کـه عملکـرد دولـت سـودان را نـاقض استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر و قوانین حقوق بشردوستانه قلمداد کنـیم، لـیکن دلالـت بـر قصد امحا و نابودی گروهی خاص ندارد.

از سوی دیگر با وجود سختی و دشواری شرایط زندگی در چادرها کـه شـدیداً نیـز قابـل انتقاد می‌باشد، باز هم به‌نظر نمی‌رسد که بتوان چنین شرایطی را عامل نـابودی گروهـی دانـست که آوارگان به آن تعلق دارند. به‌علاوه اینکه دولت سودان عموماً به نهادهای بـشردوستانه اجـازه ورود به منطقه جهت کمک رسانی به جمعیت را داده است تـا از ایـن طریـق کمکهـای غـذایی، دارویی و لجستیکی را فراهم نماید.

بنابراین مشخص است که قصد خاص کشتن اعضای گروه به‌منظور نـابودی آنهـا وجـود نداشته بلکه انگیزه این کشتارها، تصاحب متعلقات ساکنان روستا از جمله دامها و زمینهـای آنهـا بوده است.

بنابر ملاحظات بالا، کمیسیون بین‌المللی تحقیـق دریافـت کـه دولـت سـودان سیاسـت ژنوسید را در پیش نگرفته است اگرچه مسلماً، دو عنصر مـادی و معنـوی (بـر مبنـای اسـتاندارد ذهنی) جنایت ژنوسید از نقض‌های فاحش حقوق بشر توسط دولت سودان و شبه‌نظامیـان تحـت کنترل آنها قابل استنباط است. از سوی دیگر قصد تبعـیض‌آمیـز و همـراه بـا آزار دولـت سـودان

---

۷ نفر از قبیله Omdas را نیز فرا خواندند و همگی را به دار آویختند. سپس تمامی پسران جوان مـتهم بـه عـضویت در گـروه شورشیان را اعدام کردند. شواهد حاکی از آن است که حدود ۸۰۰ نفر از این جمعیت کشته نشدند و اغلـب مـردان جـوان کـه احضار شده بودند برای مدتی در زندان Mukjar حبس شدند.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op cit.*, para.513.

۱۰۰. برای مثال روستای Abaata متشکل از اعضای قبایل عرب و قبیله Zaghawa مورد حمله قرار نگرفت.

Ibid., para.156.

به‌منظور اخراج گروههای مشخص از یک منطقه و تعقیب اهداف سیاسی خاص قابل انکار نمی‌باشد، چنانچه اعمال چنین قصد تبعیض‌آمیزی همراه با آزار و تعقیب اهالی دارفور از سوی شبه نظامیان عرب و دولت مرکزی کاملاً مشهود بوده و حملات سیستماتیک به روستاهای مملو از غیرنظامیان آفریقایی، نابودی سیستماتیک، سوزاندن روستاها و جابه جایی اجباری غیرنظامیان از روستاها همگی مؤید وجود قصد آشکار آزار و تعقیب می‌باشد.

این نکته نیز حائز اهمیت است که بعضاً افرادی از جمله مأموران دولتی، قصد خاص ژنوسید را داشته‌اند و هدف آنها از حمله به قربانیان نابودی گروهی قومی، اگرچه به صورت جزئی، بوده است.[۱۰۱] بنابراین اگر هریک از افراد، از جمله مأموران دولتی، دارای چنین قصدی بوده باشند، بر عهده دادگاه صالح است که به این مسئله رسیدگی نمایند و در صورت احراز، مقامات مافوق آنها از باب مشارکت یا قصور در رسیدگی و مجازات و سرکوب چنین اعمالی که احتمالاً در زمره جنایت ژنوسید جای دارد، مسئول می‌باشند. به همین نحو دادگاه صالح مکلف است احراز نماید که آیا افراد عضو شبه‌نظامیان مورد حمایت دولت، یا مأموران خصوصی دولت، سیاست امحاء یا ریشه‌کنی را به‌عنوان جنایت علیه بشریت در پیش گرفته‌اند یا اینکه کشتار غیرنظامیان به حدی گسترده بوده است که بتوان تحت عنوان امحاء و نابودی آن را در زمره جنایت ژنوسید قرار داد.

بخش سوم
دیوان کیفری بین‌المللی راهکاری جهت مجازات ناقضان اصول بشردوستانه در بحران دارفور

بیش از دو دهه جنگ داخلی در سودان نهایتاً منجر به قربانی شدن بیش از دو میلیون نفر شد. لیکن رویهٔ سابق جامعه بین‌المللی حکایت از آن دارد که واکنش نسبت به این‌گونه مخاصمات معمولاً به کندی صورت گرفته است و این در حالیست که به‌نظر می‌رسد اعضای این جامعه همگی آماده ارائه گزارش از وخامت و شدت مخاصمه می‌باشند، لیکن هیچ یک توانایی ارائه راه‌حل مناسب برای خاتمه دادن به بحران را ندارد.

اولین گام در جهت حل بحران دارفور توسط رئیس جمهوری چاد در آگوست ۲۰۰۳

---

۱۰۱. چنانچه شعبه استیناف دیوان کیفری بین‌المللی برای روآندا در قضیه روزیندانا و کاییشما به‌درستی تأکید نمود که ژنوسید تنها توسط گروه خاصی از اشخاص ارتکاب نمی‌یابد بلکه قابلیت آن را دارد که توسط مأموران مادون یا سیاستگذاران و برنامه‌ریزان عالی‌رتبه ارتکاب یابد.

Kayishema and Ruzindana, op. cit., para.170. Kayishema and Ruzindana, *op. cit.*, para. 170.

برداشته شد. وی با ترتیب دادن ملاقات میان نمایندگان طرفهای درگیر موفق به امضای آتش‌بس چهل و پنج روزه میان آنها شد، اگرچه نماینده جنبش عدالت و برابری در این جلسه حاضر نشد. پس از اولین ملاقات، طرفها در موقعیت‌های مختلف با میانجی‌گری اتحادیه افریقا و دولت چاد با یکدیگر دیدار نمودند و موافقتنامه‌های آتش‌بس متعددی را به امضا رساندند. اما علی‌رغم تلاش‌های مذکور، مخاصمه و درگیری ادامه یافت.[۱۰۲]

در این هنگام بود که سازمان ملل متحد نیز بحران دارفور را مورد توجه قرار داد. واکنش اولیه سازمان ملل بیشتر دربرگیرنده زوایای بشردوستانه مخاصمه و فراخوانی برای ارسال کمکهای بین‌المللی به سودان بود؛ سازمان ملل در این فراخوان بحران دارفور را «شدیدترین مخاصمه بشردوستانه» از سال ۱۹۸۸ به بعد توصیف نمود.[۱۰۳]

نهایتاً طی سه سال و پس از صدور قطعنامه‌های متعدد توسط شورای امنیت،[۱۰۴] تنها اقدام تنبیهی اتخاذی علیه دولت سودان، صدور قطعنامه ۱۵۹۳ در سی و یکم مارس ۲۰۰۵ و ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی بود. مخالفت دولتهای عربی که روابط دوستانه‌ای با خارطوم داشتند، با اعمال هرگونه تحریم و مخالفت چین و پاکستان که سرمایه‌گذاری‌های کلانی در صنعت نفت نوپای سودان کرده بودند، نتیجه‌ای جز این در پی نداشت.[۱۰۵]

گفتار اول
ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی توسط شورای امنیت

اقدامات سازمان ملل به‌ویژه شورای امنیت در قبال بحران دارفور، اقداماتی آشنا و مشابه رویه‌های اتخاذی پیشین در یوگسلاوی سابق و روآندا بود. این روش با اظهار نگرانی عمیق و محکوم نمودن فجایع آغاز می‌شود وبا اتخاذ اقداماتی معین، نهایتاً به تشکیل کمیسیونی به‌منظور بررسی نقض‌های ارتکابی ختم می‌گردد.[۱۰۶]

در دوم آوریل ۲۰۰۴، رئیس شورای امنیت طی بیانیه‌ای بحران دارفور ر ا «بحران وسیع

102. *Ibid*., p. 27.
103. *Ibid*.
104. S/RES/1556 (2004), S/RES/1564 (2004), S/RES/1547 (2004), S/RES/1591 (2005).
105. Max Du Plessis and Christopher Gevers, Darfur Goes to the International CriminlCourt(Perhaps), African Security., Review 14(2) 2005. p.28 . *Available at*: www.iss.co.za/pubs/ASR/14No2/F2.pdf
106. Robert Cryer, Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice, Leiden Journal of International Law, 19 (2006), p.198. *Available at:* http://journals.cambridge.org/action/search

انسانی»[۱۰۷] توصیف کرد و از کلیه طرفهای درگیر درخواست نمود تا از غیرنظامیان حمایت لازم را به عمل آوردند، امکان دسترسی کامل آژانس‌های بشردوستانه به منطقه را فراهم کنند و در نهایت نیز خواستار آتش بس میان طرفها شد.[۱۰۸] از آن جایی که این اقدام اولیه تأثیر بسزایی در روند بحران ایفا نکرد، مورد انتقاد نهادهای بین‌المللی از جمله سازمان دیده‌بان حقوق بشر قرار گرفت.[۱۰۹]

شورای امنیت در اولین اقدام در یازدهم ژوئن ۲۰۰۴ به اتفاق آراء قطعنامه ۱۵۴۷ را صادر کرد و خواستار توقف فوری مخاصمه در دارفور سودان با استفاده از نفوذ طرفهای درگیر شد.[۱۱۰]

پس از صدور بیانیه‌های متعدد توسط دبیرکل سازمان ملل و دیگر نهادهای بین‌المللی و اظهار نگرانی از وضعیت بحرانی دارفور، در سی ام ژوئیه ۲۰۰۴ شورای امنیت سازمان ملل متحد با سیزده رأی موافق و دو رأی ممتنع (چین و پاکستان) قطعنامه ۱۵۵۶ را با استناد به فصل هفتم منشور ملل متحد به تصویب رساند و در آن وضعیت سودان را به‌منزله«تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی و ثبات در منطقه» دانست که این مسئله امکان تعیین تکالیف الزام‌آور برای دولت و طرفهای درگیر را میسر می‌نمود.[۱۱۱]

در بخش دیگری از قطعنامه نگرانی جدی شورا در مورد بحران انسانی و نقض‌های گسترده و دامنه‌دار از جمله تهدید حیات غیرنظامیان منعکس گردید و دولت سودان مسئول اصلی رعایت حقوق بشر و حمایت از غیرنظامیان قلمداد شد. شورا در پایان با احترام فراوان مقرر می‌دارد درصورتی‌که دولت سودان از خلع سلاح و تعقیب شبه نظامیان موسوم به جانجاوید در ضرب‌الاجل سی روزه تعیین شده در قطعنامه امتناع کند، اقدامات لازم از جمله اقدامات اقتصادی و دیپلماتیک بر اساس ماده ۴۱ منشور ملل متحد علیه این دولت، اتخاذ خواهد شد.

عدم پایبندی سودان به تعهدات مندرج در قطعنامه‌ها و همچنین نگرانی‌های بین‌المللی سبب شد تا جامعه بین‌المللی از شورای امنیت درخواست نماید تا اقدامات مؤثرتری اتخاذ کند.

فشارها در تاریخ هجدهم سپتامبر ۲۰۰۴ و به دنبال ارائه گزارش دبیرکل و صدور قطعنامه ۱۵۶۴ براساس فصل هفتم منشور ملل متحد افزایش یافت. در این قطعنامه، شورا مجدداً نگرانی خود را از عدم اجرای قطعنامه ۱۵۵۶ و یادداشت مشترک مورخ سوم ژوئیه ۲۰۰۳ ابراز داشت و ضمن حمایت از تلاش‌های اتحادیه آفریقا، تصمیمی مهم مبنی بر درخواست از دبیرکل

---

107. Massive Humanitarian Crisis.

108. http://www.un.org/News/press/docs/2004/sc8050.doc.htm

109. Human Rights Watch, 'If We Return, We Will be Killed': Consolidation of Ethnic Cleansing in Darfur, Sudan (2004). *Available at:* hrw.org/backgrounder/africa/darfur1104/darfur1104.pdf

110. S/RES/1547 (2004), 11/6/2004.

111. Robert Cryer, *op. cit.*, p. 199.

سازمان ملل متحد جهت تشکیل یک کمیسیون بین‌المللی تحقیق به‌منظور بررسی گزارش‌های مبتنی بر نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در دارفور، اتخاذ نمود.

در این قطعنامه از کمیسیون خواسته شد که اولاً صحت و سقم گزارشهای راجع به نقض حقوق بشر و بشر دوستانه در دارفور را بررسی نماید، ثانیاً معین نماید که آیا ژنوسید در منطقه محقق شده است و نهایتاً آن که مرتکبان جرائم مزبور را برای تعقیب و محاکمه معرفی کند.[۱۱۲]

کمیسیون بین‌المللی تحقیق به‌دنبال انتخاب اعضاء[۱۱۳] توسط دبیرکل سازمان ملل تشکیل شد. شرح وظایف کمیسیون در بند ۱۲ قطعنامه ۱۵۶۴ تعیین شده بود که بر این اساس کمیسیون موظف بود با بررسی و تحقیق در خصوص گزارشهای واصله توسط ارگانهای بین‌المللی و تبدیل احتمالات مندرج در این گزارشات به مجموعه‌ای از وقایع، به‌عنوان یک رکن حقیقت‌یاب عمل نماید.

از سوی دیگر برای بررسی وقایع از منظر حقوق کیفری بین‌المللی به‌منظور تشخیص وقوع یا عدم وقوع ژنوسید و تعیین مرتکبان جرائم مزبور، لازم بود که کمیسیون در وهله اول تعیین کند آیا جرائم ارتکابی ویژگی بین‌المللی دارند و اگر چنین است در کدام گروه قرار می‌گیرند. بنابراین کمیسیون نه تنها به تعیین مرتکبان جرائم پرداخت بلکه پس از ارزیابی سیستم قضائی سودان، مکانیسم‌های مناسب برای رسیدگی به جرائم ارتکابی را نیز تعیین کرد. البته لازم به ذکر است که نهاد مزبور از قدرتی مشابه مقام دادستانی برخوردار نمی‌باشد و برای نیل به هدف مزبور تنها می‌تواند با استناد به تعهدات دولت سودان و شورشیان، آنان را مکلف به همکاری نماید. بنابراین مناسب‌ترین استاندارد در راستای اجرای وظیفهٔ مذکور، تأمین مجموعه‌ای قابل اعتماد از اطلاعات منطبق با دیگر شرایط تصدیق شده بود که همگی به‌طور مستدلی حکایت از شرکت متهم در ارتکاب جرم دارند.[۱۱۴]

پس از انجام بررسی‌ها و تحقیقات لازم، سرانجام کمیسیون در بیست و پنجم ژانویه ۲۰۰۵ گزارش صد و هفتاد و شش صفحه‌ای را تقدیم دبیرکل سازمان ملل کرد. از مهمترین یافته‌های مندرج در این گزارش ارتکاب جنایات علیه بشریت و جرائم جنگی در دارفور سودان و عدم اتخاذ سیاست ارتکاب ژنوسید توسط دولت سودان می‌باشد.

در پایان این گزارش کمیسیون به شورای امنیت پیشنهاد می‌کند که وضعیت دارفور را بر

---

112. S/RES/1564 (2004), para.12.

۱۱۳. ترکیب اعضای کمیسیون عبارتند از: آنتونیو کاسسه، رئیس سابق دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، Mohamed Fayek، دبیرکل سازمان عربی حقوق بشر و وزیر خارجه اسبق مصر، Hilana Jilani، دبیرکل کمیسیون حقوق بر پاکستان، Dumisa Ntsebeza ، عضو سابق کمیسیون سازش و میانجی‌گری آفریقای جنوبی.

114. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op.cit.*, paras. 2-17.

اساس بند «ب» ماده ۱۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به دیوان ارجاع دهد. کمیسیون در توجیه این پیشنهاد، مخاصمه دارفور را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی می‌داند و معتقد است از آن جایی که سران و مقامات عالی‌رتبه متهم به ارتکاب جرائم و یا شرکت در آن می‌باشند، محاکمه آنها در سودان مشکل و تا حدی غیرممکن به‌نظر می‌رسد. بنابراین ارجاع وضعیت به دیوان کیفری بین‌المللی به‌عنوان تنها مرجع فعال در عرصه عدالت کیفری، بهترین انتخاب تضمین‌کننده اجرای عدالت و محاکمه عادلانه می‌باشد.[۱۱۵]

دو ماه پس از ارائه گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق و به دنبال مذاکرات فشرده و مشکلات ناشی از غیبت اعضای دائم (آمریکا و چین)[۱۱۶] برای رأی‌گیری در خصوص قطعنامه ۱۵۹۳، شورا نهایتاً در سی و یکم مارس ۲۰۰۵، ادامه بحران دارفور سودان را به منزلهٔ تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی قلمداد نمود و با پیروی از پیشنهاد کمیسیون بین‌المللی تحقیق و صدور قطعنامه ۱۵۹۳، وضعیت دارفور را به دادستان دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع داد.[۱۱۷] در واقع رضایت شورای امنیت در خصوص ارجاع وضعیت به دیوان زمانی حاصل شد که مخالفت با سایر گزینه‌های پیشنهادی احراز گردید. از آن جایی که دولت سودان عضو اساسنامه نمی‌باشد و مخاصمه نیز فاقد ماهیتی بین‌المللی است، دیوان تنها زمانی قادر به اعمال صلاحیت نسبت به وضعیت مزبور بود که شورای امنیت با توسل به فصل هفتم منشور ملل متحد، وضعیت را به دیوان ارجاع دهد.[۱۱۸]

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا ارجاع وضعیت دارفور به دیوان بهترین گزینه پیش روی شورای امنیت بوده است؟ به‌هرحال نمی‌توان گفت شورا به آسانی به دیوان متوسل شده است، چراکه تعهد شورا به منشور از یک سو و تعهد دیوان کیفری بین‌المللی به اساسنامه خود از سوی دیگر مانع از آن است که شورای امنیت به روش دلخواه خود متوسل شود.

---

115. *Ibid*., para. 572.

۱۱۶. دولت آمریکا شدیداً مخالف ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی بود و مدعی بود که امکان اعمال صلاحیت نسبت به اتباع دولی که عضو اساسنامه دیوان نمی‌باشند، از نظر این دولت پذیرفته نیست و از همین‌رو موافق صدور قطعنامه مزبور نمی‌باشد لیکن به دلیل نیاز جامعه بین‌المللی به همکاری جهت خاتمه دادن به بحران مزبور و جوّ حاکم مصونیت در سودان و از آن جایی که قطعنامه مزبور به اتباع و نیروهای دولت آمریکا به‌عنوان دول غیرعضو اساسنامه تسری نخواهد یافت، با صدور آن مخالفت نمی‌نماید.

UN Doc. S/PV.5158

۱۱۷. در پاراگراف اول قطعنامه، وضعیت دارفور سودان از تاریخ اول ژوئیه ۲۰۰۲ به دادستان دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع داده شده است. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به دکتر سیدقاسم زمانی، شورای امنیت و ارجاع وضعیت دارفور (سودان) به دیوان کیفری بین‌المللی، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۶ ، سال ۱۳۸۳، صص ۹۰-۶۱.

118. Zachary D. Kaufman, Justice in Jeopardy: Accountability for the Darfur Atrocities, Criminal Law Forum (2005)16, springer 2006. , pp. 345-46. *Available at:* www. humanityinaction.org/ docs/kaufman. 2006. pdf

از سوی دیگر نحوه برقراری ارتباط میان دیوان و شورای امنیت در عملی کردن قطعنامه و اجرای آن، نه تنها تعیین کننده موفقیت نهائی قطعنامه است بلکه بر نقش مفید و مـؤثر دیـوان نیز صحه می‌گذارد، چراکه مخالفت دولت سودان با ارجاع وضعیت به دیوان به‌عنوان دولتـی کـه تعهدی نسبت به اساسنامه و اجرای مفاد آن ندارد، می‌تواند مانعی پـیش روی انجـام تحقیقـات و رسیدگی‌ها باشد که نحوه برخورد دیوان با آن از اهمیت به‌سزائی برخـوردار اسـت. اگرچـه نبایـد فراموش کرد که شورای امنیت از آن چنـان صـلاحیتی برخـوردار اسـت کـه تمـامی دول عـضو سازمان ملل مکلف به تبعیت از تمامی تصمیمات آن می‌باشند.[۱۱۹]

در هر حال اگرچه این اقدام، سابقه‌ای چشمگیر برای دیوان محسوب خواهـد شـد، لـیکن دیوان راهی بس دشوار را پیش‌رو داشته و دارد چرا که ارجاع وضعیت دارفور به دیوان، بـا اسـتناد به یکی از جنجالی‌ترین مفاد اساسنامه که همانا به ترسیم رابطه میان دیوان کیفری بـین‌المللـی، شورای امنیت و دولی که عضو اساسنامه دیوان نیستند پرداختـه، صـورت گرفتـه اسـت چنانچـه بسیاری از اعضای جامعه بین‌المللی از این ارجاع با عنوان موفقیتی در عرصه عدالت کیفـری یـاد کردند.[۱۲۰]

این قطعنامه بیش از هر چیز ابتکاری چشمگیر در عرصه عدالت بین‌المللی تلقی می‌شود. ارجاع وضعیت دارفور، اختیار و اعتبار شورا در توسل به قدرت منشأ گرفته از فصل هفـتم منـشور جهت ارجاع وضعیتهای تهدیدکننده یا ناقض صلح و امنیت بین‌المللی بـه دیـوان جهـت تعقیـب متهمان و رسیدگی به جنایات ارتکابی را تصدیق و تأیید کرد. چرا که بحران مزبور اولین وضعیت ارجاعی توسط شورا به دیوان کیفری بین‌المللی می باشد و اتفاقاً نـاظر بـر دول عـضو اساسـنامه نیست و عدم استفاده از حق وتو را می‌توان به‌عنوان واقعه‌ای قابل توجه توصیف کرد.[۱۲۱]

از سوی دیگر ارجاع وضعیت دارفور به دیوان برای اولین بار این فرصـت را بـرای دیـوان فراهم می‌آورد که توانایی یا تمایل یک دولت در محاکمه متهمان احتمالی را تفـسیر نمایـد. ایـن مسئله می‌تواند معرف یک وضعیت مبهم و دو پهلو باشد که در آن شورای امنیت و دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص همکاری دولت سودان و دیگر دولتها و متابعت آنها از قطعنامـه ۱۵۹۳ بـه توافق نرسند که این امر منجر به ایجاد رویه‌ای در این حوزه خواهد شد. ارجـاع وضـعیت دارفـور همچنین از منظر برخورد دیوان کیفری بین‌المللی با دولتی که از همکاری امتناع می‌کند و تـدابیر اتخاذی شورای امنیت برای تضمین اجرای قطعنامه‌های خود، حائز اهمیت می‌باشد. اگـر شـورای

---

119. *Ibid*.

۱۲۰. بسیاری از سازمانهای دولتی و غیردولتی پس از ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی، آن را تیتر اخبار خود قرار دادند و از آن استقبال نمودند. برای ملاحظه مثالها مراجعه شود به: http://www.iccnow.org

121. *Ibid*.

امنیت از اختیارات مندرج در فصل هفتم منشور جهت الزام سودان یـا هـر دولـت دیگـری بـرای همکاری با دیوان استفاده کند، این مسئله در مقابل می‌تواند آغازگر رویه‌ای سیاسی و حقـوقی در مبحث تهدید یا توسل به زور در روابط بین‌المللی باشد. چنانچه قصور شورا در اجرای قطعنامه نیز می تواند اعتبار شورای امنیت را در حوزه اجرای عدالت خدشه‌دار کند.

با توجه به این که حاکمیت قانون از جمله ارزشهای بنیادین سیـستم حقـوقی و از جملـه اصولی است که در حقوق کیفری بین‌المللی به کرات به آن اشاره شده است، صـلاحیت شـورای امنیت نیز برای ارجاع وضعیت به دیوان از سویی با مبحث حاکمیت قـانون تلاقـی دارد. دیـدگاه جاری در بند «ب» ماده ۱۳ با جایگزینی دیوان کیفری بین‌المللی از ایجاد محاکم موقت اجتنـاب می‌کند. از آن جایی که تأسیس چنین دیوانهـایی بـه‌عنـوان نمونـه هـایی از عـدالت گزینـشی و تأسیس محاکم مزبور به‌منظور رسیدگی به شـرایطی خـاص، سـبب بلاتکلیفـی دیگـر وضـعیتها می‌شد، مورد انتقاد فراوان قرار گرفت. انتقادات مشابهی نیز می‌توان به اعمال بند «ب» مـاده ۱۳ وارد کرد. از همین‌رو نماینده سودان در مخالفت با ارجاع وضعیت دارفور به دیوان اظهار داشت که شورا با اعلام نگرانی از وضعیت دارفور، الزام سودان به ایجاد محاکم ویژه جهت نیل بـه ثبـات و امنیت را خواستار می‌شود و این در حالی است که در وضعیت مشابه در کشور عراق شورا سیاست متفاوتی در پیش گرفته است. این امر حکایت از عدم اجرای عـدالت و بـی‌اعتنـائی بـه حاکمیـت قانون دارد اگرچه پاسخ به این بی عدالتی نمی‌تواند امتناع دولت سودان از همکـاری باشـد.[۱۲۲] از سوی دیگر مستثنی‌سازی اتباع دیگر دول غیرعضو از صـلاحیت دیـوان در پـارگراف شـشم نیـز می‌تواند حاکمیت قانون را زیر سؤال برد چرا که اقتضای حاکمیت قانون، رعایت قانون و اجـرای آن به صورت برابر می‌باشد و این گونه مستثنی‌سازیها مطابق اصل رفتار برابر و مشابه نمی‌باشـد. اگرچه در این موارد عدم مطابقت با استانداردهای حاکمیت قانون آشکار است لیکن نمی‌توان بـه واسطه بی‌توجهی به مصادیق حاکمیت قـانون، از محاکمـهٔ حـداقل برخـی از مرتکبـان جنایـات بین‌المللی نیز صرف نظر کرد.[۱۲۳]

با وجود ایرادات و مشکلات فوق، قطعنامه ۱۵۹۳ را می‌توان در زمره اقدامات قابل توجـه شورای امنیت تلقی کرد که با وجود کاستی‌ها در بسیاری از جنبه ها موفـق بـوده اسـت، چراکـه به‌نظر می‌رسد اجرای حقوق کیفری بین‌المللی در بحران دارفور موکول به تصمیم‌گیـری شـورای امنیت بوده است. بنابراین اگرچه ممکن است ارجاع وضعیت بـه دیـوان موجـد رویـه‌ای مهـم در عرصهٔ عدالت بین‌المللی باشـد، لـیکن نبایـد فرامـوش کـرد کـه ایـن مهـم پـس از قـصورها و

122. *Supra* note 106, p. 215.
123. *Ibid*., p. 218.

بی‌توجهی‌های جامعهٔ بین‌المللی در رسیدگی به وضعیت دارفور روی داده است.[۱۲۴]

گفتار دوم
اقدامات دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت پس از ارجاع

چنانچه در مقدمه و ماده ۱ اساسنامه دیوان بر صلاحیت تکمیلی دیوان تصریح شده است، اساسنامه دیوان صلاحیت رسیدگی به جرائمی را که براساس قوانین داخلی کشورها، رسیدگی به آنها در صلاحیت محاکم ملی است را دارا نمی‌باشند. فی‌الواقع دیوان تنها زمانی صالح به رسیدگی است که دادگاه ملی صلاحیت دار قادر یا مایل به رسیدگی به جرائم تحت صلاحیت نباشد اصل صلاحیت تکمیلی زمانی مطرح می شود که یک دولت عضو یا دادستان دیوان مطرح‌کننده شکایت باشند و دیگر اینکه بنابه تشخیص دادستان شروع تحقیقات اساس مستدلی داشته باشد.[۱۲۵]

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که آیا صلاحیت تکمیلی دیوان نسبت به محاکم ملی در موارد ارجاع وضعیت توسط شورای امنیت نیز مصداق دارد یا خیر؟

در توجیه این اصل ۲ نکته قابل توجه می‌باشد:

اولاً آن که مبحث قابلیت پذیرش مبتنی بر صلاحیت مکانی یا شخصی در موارد ارجاع وضعیت توسط شورای امنیت مطرح نمی‌باشد. زمانی که شورای امنیت سازمان ملل وضعیتی را به دیوان ارجاع می‌دهد صلاحیت دیوان جنبه‌ای جهانی می‌یابد بدین معنا که لازم نیست جنایت در سرزمین یکی از دول عضو ارتکاب یافته یا متهمان اتباع دول عضو اساسنامه باشند. بنابراین در این گونه موارد صلاحیت مکانی و شخصی مدنظر قرار نمی‌گیرد.[۱۲۶]

ثانیاً ارجاع وضعیت توسط شورای امنیت به خودی خود می‌تواند نمایانگر ناتوانی یا عدم تمایل سیستم قضایی به تحقیق و تعقیب و مجازات مرتکبان احتمالی باشد. مسلم است که در این موارد نیز دادستان موظف است نحوه رسیدگی محاکم ملی، قوانین و رویه‌های موجود را مورد بررسی قرار دهد چنانچه «لوئیز مورنو اکامپو»[۱۲۷] دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در قضیه

---

124. Zachary D. Kaufman, *op.cit.*, pp. 35-38.

۱۲۵. بند ۱ ماده ۱۸ و بند ۳ ماده ۱۵ اساسنامه صراحتاً به این مورد اشاره کرده است.

126. Ali Agab Sudan, The International Criminal Court: Access to Justice and Place of Victims, Roundtable, Khartoum, 2-3 October 2005, Khartoum Center for Human Rights and Environmental Development report, , p. 5. *Available at:* www.fidh.org/IMG/pdf/SudanICC441-EN.pdf

127. Luis Moreno-Ocampo.

دارفور با صدور بیانیه مورخ ۲۹ ژوئن ۲۰۰۵ خطاب به شورای امنیت از اقدامات نهادهـای دائـم و موقت ملی در دارفور سودان برای رسیدگی به جرائم ارتکـابی خبـر داد و بـه تحلیـل فعالیتهـای مکانیسم‌های موقت چند جانبه[۱۲۸] که توسط مسئولان دولت سودان در سال ۲۰۰۴ تأسیس شـده بودند، پرداخت.[۱۲۹]

با توجه به اصل صلاحیت تکمیلی، محاکم سایر دولتها به غیر از سودان می‌تواننـد نقـش مهمی در اجرای عدالت و محاکمه متهمان جرائم ارتکابی دارفور ایفـا نماینـد. حـال ایـن سـؤال مطرح می‌شود که این اقدامات تا چه حد مطابق و همگام با فعالیت‌های دیوان می‌باشد. در پاسـخ به سؤال مذکور باید توجه داشت که نکتهٔ تعیین‌کننده این است که آیا اصـل صـلاحیت تکمیلـی دیوان در ارجاع وضعیت دارفور توسط شورای امنیت براساس بند «ب» ماده ۱۳ نیز مـصداق دارد یا خیر. کمیسیون بین‌المللی تحقیق برآن است که اگرچه براساس بند ۱ ماده ۱۸ اساسنامه دیوان، دادستان مکلف است تمامی دول عضو را از تصمیم خود برای آغاز تحقیقات در مورد یک قضیه و یا ارجاع وضعیت به دیوان توسط یکی از دولتها مطلع سازد، چنین تکلیفی در موارد ارجاع وضعیت توسط شورای امنیت صدق نمی‌کند.

با این حال مسئله فوق نمی‌تواند مانع از اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان در مـوارد ارجـاع وضعیت توسط شورای امنیت باشد. در واقع به‌نظر می‌رسـد کـه دادسـتان مکلـف نیـست ارجـاع وضعیت توسط شورای امنیت را به اطلاع دولتها برساند چراکه اطـلاع دولتهـا در چنـین مـواردی مفروض انگاشته می‌شود زیرا شورای امنیت نهاد عالی سازمان ملل بوده و تمامی اعـضا سـازمان طبق ماده ۲۵ منشور ملل متحد مکلف به تبعیت از تصمیمات آن می‌باشند. این در حالی است که عدم اطلاع رسانی دادستان در دو مورد دیگر مانع از آن خواهد بودکه دولتها از تـصمیم دادسـتان برای آغاز تحقیقات مطلع گردند. بنابراین اصل صلاحیت تکمیلی در موارد ارجاع وضعیت توسـط شورای امنیت نیز جاری است.[۱۳۰] در رابطه با وضعیت دارفور احراز شرط دوم ضرورت ندارد چراکه با توجه به توضیحات قبلی ناتوانی و عدم تمایل محاکم سودان و دیگر مراجع برای رسـیدگی بـه جنایات ارتکابی در دارفور محرز می باشد. کمیسیون بین‌المللی تحقیـق معتقـد اسـت کـه اصـل صلاحیت تکمیلی در رابطهٔ دیوان و محاکم سایر دولتها (غیـر از سـودان) جریـان دارد. مفـروض دانستن عدم توانایی و تمایل دولت به رسیدگی و ارجاع وضعیت به دیوان توسط شـورای امنیـت

---

۱۲۸. مکانیسم‌های فوق عبارتند از: کمیته مبارزه با تجاوز، دادگاههـای ویـژه و دادگاههـای تخصـصی کـه جـایگزین آنهـا شدند،کمیسیون ملی تحقیق و دیگر کمیته‌های موقت قضائی و مکانیسم‌های غیرقضایی.

129. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court Mr. Luis Moreno Ocampo to the Security Council on 29 June 2005 pursuant to the UN Security Council Resolution 1593 (2005), *Available at:* http://www.icc-cpi.int/library/cases/LMO_UNSC_On_DARFUR-EN.pdf

130. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, *op.cit.*, para. 607.

لزوماً عدم توانایی و تمایل سایر دولتها را که مدعی اعمال صلاحیت جهانی یا فرا سرزمینی می‌باشند را دربرنمی‌گیرد و بنابراین اعمال اصل صلاحیت تکمیلی دیوان در چنین مواردی ضروری می‌باشد.[۱۳۱]

پاراگراف هشتم قطعنامه ۱۵۹۳ دادستان دیوان را مکلف نمود در طول سه ماه از تاریخ تصویب قطعنامه و پس از آن هر شش ماه یکبار گزارشی از روند فعالیتها به شورا ارائه دهد. مقدم بر آغاز هرگونه تحقیق رسمی، دادستان مکلف به جمع‌آوری مدارک و اطلاعات لازم به‌منظور احراز مبنای منطقی آغاز تحقیقات در دیوان بود. در این راستا دادستان موظف به احراز سه فاکتور مندرج در بند ۱ ماده ۵۳ اساسنامه بود بدین ترتیب که آیا:

ـ اطلاعاتی که در اختیار وی قرار گرفته حکایت از وقوع یکی از جنایات تحت صلاحیت دیوان دارد؛

ـ مورد مشمول ماده ۱۷ اساسنامه است؛

ـ به‌رغم اهمیت جرم و منافع مجنی علیهم، دلایل مقتضی مبنی بر اینکه شروع تحقیقات مغایر با اجرای عدالت می باشد، وجود دارد.

به‌دنبال تصویب قطعنامه ۱۵۹۳ دفتر دادستان تحقیق و رسیدگی به وضعیت دارفور را از اول ژوئن ۲۰۰۵ به‌طور رسمی آغاز نمود و پروسه فشرده‌ای برای جمع‌آوری اطلاعات و تحلیل آنها جهت ایفای تعهدات اساسنامه‌ای خود ترتیب داد. به‌منظور تعیین قابلیت پذیرش وضعیت دارفور در دیوان و با توجه به اصل صلاحیت تکمیلی، دادستان به بررسی ماهیت جرائم ارتکابی و اطلاعات مربوط به کسانی که متهم به ارتکاب جرائم فاحش می‌باشند پرداخته است. مقام مذکور همچنین وضعیت نهادهای سودان، قوانین و روشهای رسیدگی را نیز بررسی کرده است. دولت سودان نیز اطلاعات مورد نیاز در ارتباط با سیستم قضائی سودان، اجرای عدالت کیفری در مناطق مختلف دارفور، سیستم‌های حل و فصل اختلاف و همچنین یک کپی از گزارشات کمیسیون ملی تحقیق را در اختیار دادستان قرار داد. دادستان پس از بررسی تمامی مدارک، گزارشها، ساختارهای قضائی به‌ویژه محاکم تازه تأسیس در یکم ژوئن ۲۰۰۵ دریافت که قضایایی در ارتباط با وضعیت دارفور وجود دارند که در دیوان قابل طرح می‌باشند و نقض فاحش حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه و همچنین ارتکاب جنایات بین‌المللی تحت صلاحیت دیوان را محرز دانست. متعاقب این ادعا دادستان تحقیقات خود را برای شناسایی متهمان آغاز نمود و تأکید کرد که نه تنها مقامات دولتی و سران شبه نظامیان بلکه اعضا و سران گروههای شورشی به‌ویژه دو گروه ارتش آزادی بخش سودان و جنبش عدالت و برابری نیز در دیوان محاکمه

131. *Ibid*., para.616.

خواهند شد.[۱۳۲]

نهایتاً دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در چهارمین گزارش خود در دسامبر ۲۰۰۶ از تکمیل اسناد و مدارک و شواهد با بهره‌گیری از شواهد شاهدان عینی، اسناد دولت سودان، گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق خبر داد. وی اظهار داشت که مدارک موجود مؤید مسئولیت کیفری برخی اشخاص به واسطه ارتکاب جنایات فاحش بین‌المللی در دارفور، می‌باشد. اشخاص مزبور متهم به ارتکاب جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت از جمله تعقیب و آزار، شکنجه، قتل و تجاوز به عنف می‌باشند.[۱۳۳]

به‌دنبال تکمیل تحقیقات دفتر دادستانی، اکامپو در مصاحبه‌ای در ۲۷ فوریه ۲۰۰۷ نام دو تن از سران سودانی، علی کشیب و احمد هارون را پس از ۲۰ ماه تحقیقات فشرده بابت انجام حملات علیه غیرنظامیان، اعلام نمود. وی اظهار داشت اگرچه به جنایات علی کشیب در محاکم ملی نیز رسیدگی شده است، لیکن اتهامات مدنظر دیوان متفاوت از آنها می باشد و بنابراین مانعی برای رسیدگی در دیوان وجود نخواهد داشت.[۱۳۴] اگرچه تا کنون متهمین مذکور همچنان مصون از تعقیب بوده و دولت سودان علاوه بر انتصاب احمد هارون در پستی کلیدی جهت انجام مذاکره با گروههای شورشی و از سوی دیگر آزادی علی کشیب از زندان، که گفته می‌شد تحت بازجویی قرار دارد، همچنان در مقابل درخواست دیوان ایستادگی می‌کند.[۱۳۵]

در این میان شورای امنیت سازمان ملل نیز با صدور قطعنامه‌های متعدد[۱۳۶] الزام طرفها به پایان دادن به درگیریها را خواستار گردید و از دولت سودان و سایر گروههای شورشی درخواست نمود تا به تعهدات قراردادی خود مندرج در موافقتنامه صلح دارفور پایبند باشند. از سوی دیگر شورای امنیت بدون توجه به مخالفت های دولت سودان با تصویب قطعنامه ۱۷۰۶ و

---

132. First Report of the Prosecutor of the International Criminl Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), p.4. *Available at*: http://www.icc- cpi.int/library/cases/ICC_Darfur UNSC_Report_29-06-05_EN.pdf.

133. Forth Report of the Prosecutor of the International Criminl Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), p. 1. *Available at:* http://www.icc- cpi.int/library/organs/otp/OTP ReportUNSC4-Darfur_English.pdf.

134. ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, 27 February 2007, *Available at:* http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/230.html.

135. Darfur's New Security Reality ,Africa Report N°134 , 26 November 2007, *Available at:* http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=5180&l=1.

136. UN Doc. S/RES/1672 (2006), 25 April 2006, UN Doc. S/RES/1679 (2006), 16 May 2006, UN Doc. S/RES/1713 (2006), 29 September 2006, UN Doc. S/RES/1665 (2006), 29 march 2006, UN Doc. S/RES/1713 (2006), 29 September 2006, UN Doc. S/RES/1706 (2006), 31 August 2006, UN Doc. S/RES/1714 (2006), 6 October 2006.

اتخاذ تصمیم مبنی بر حضور نیروهای سازمان ملل در سودان[۱۳۷] در راستای کسب رضایت دولت سودان برای به‌کارگیری ۲۰۶۰۰ نیروی حافظ صلح در دارفور بر ادامه رایزنی‌ها با دولت سودان تأکید کرد؛ اگرچه بدیهی است که این رضایت به لحاظ رسمی فاقد هرگونه ارزش می‌باشد.[۱۳۸] این در حالی است که علی‌رغم آن که «جنبش آزادی مردم سودان»[۱۳۹] و گروه شورشی «ارتش آزادی بخش سودان»[۱۴۰] حمایت خود را از حضور نیروهای سازمان ملل در دارفور اعلام کرده بودند، لیکن کشورهای تأمین‌کننده نیروهای سازمان ملل به علت عدم رضایت دولت سودان تمایلی به اعزام نیرو به دارفور نداشتند.[۱۴۱]

نهاد مزبور در قطعنامه ۱۷۱۴ علاوه بر اعلام نگرانی مجدد از وضعیت دارفور و دعوت کلیه طرفهای مخاصمه، اعم از آنهایی که طرف موافقت نامه صلح دارفور بوده یا نبوده‌اند، به پایان دادن به خشونتها و جنایات، استقبال از تصمیم اتحادیه افریقا جهت توسعه اختیارات «مأموران اتحادیه در سودان»، ترغیب اتحادیه افریقا و دبیرکل سازمان ملل در جهت اجرای مفاد قطعنامه ۱۷۰۶ (۲۰۰۶) بار دیگر تأکید کرد که وضعیت کنونی سودان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد.[۱۴۲] شورا در ادامه با استناد به فصل هفتم منشور ملل متحد حضور «مأموران سازمان ملل در سودان» را تا سی ام آوریل ۲۰۰۷ تمدید کرد[۱۴۳] و مجدداً خواستار التزام طرفها به تعهدات قراردادی خود شد.[۱۴۴]

دولت سودان نهایتاً در بیست و ششم دسامبر ۲۰۰۶ حضور بیست هزار نیروی حافظ صلح سازمان ملل در کنار نیروهای اتحادیه افریقا را پذیرفت. سخنگوی وزارت امور خارجه ضمن اعلام موافقت سودان با حضور نیروهای سازمان ملل در سودان اظهار داشت که حضور نیروهای حافظ صلح سازمان ملل در سایه نیروهای اتحادیه افریقا خواهد بود و صلاحیت صدور فرامین و دستورات صرفاً در اختیار اتحادیه افریقا می‌باشد.[۱۴۵] در سایه اختیارات شورای امنیت و ادغام نیروهای سازمان ملل و اتحادیه آفریقا که وظایف آنها در قطعنامه ۱۷۶۹(۲۰۰۷) تعریف شده است، در حال حاضر ۲۶۰۰۰ تن از نیروهای فوق در دارفور حضور دارند که موج ناامنی و خشونت

---

137. Getting the UN into Darfur, Crisis Group Africa Briefing N°43, 12 October 2006. , p. 1 Available at: www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4442&l=1.

138. *Ibid*., p. 1.

139. Sudan People's Liberation Movement(SPLM).

140. Sudan Liberation Army (SLA/M).

141. Getting the UN…, *op. cit.*, p. 2.

142. S/RES/1714 (2006), 6 October 2006, p. 2.

143. *Ibid*., para. 1.

144. *Ibid*., para. 3.

145. http://www.foxnews.com/story/0,2933,238397,00.html.

آنها را نیز در برگرفته است.[۱۴۶]

شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۱۲(۲۰۰۸) التزام و پایبندی طرفها به موافقتنامه جامع صلح و ایفای تعهدات ناشی از آن را مهمترین ابزار جهت حل بحران دارفور قلمداد نمود و در بندهای مختلف التزام طرفها به این موافقتنامه را یادآور شد.[۱۴۷]

علی‌رغم تمامی توصیه‌های شورای امنیت و الزام دولت سودان و گروههای شورشی به اتخاذ اقداماتی در جهت حل بحران، مسئول امور بشردوستانه سازمان ملل در جلسه مورخ آوریل ۲۰۰۸ شورای امنیت وضعیت دارفور در ۱۲ ماه گذشته را وخیم‌تر از پیش دانست و اظهار داشت که نیل به راه‌حلی با ثبات نیازمند اتخاذ اقداماتی جدی‌تر می‌باشد.[۱۴۸]

نتیجه‌گیری

بحران دارفور سودان که از سال ۲۰۰۳ و در پی حمله گروههای شورشی به پایگاههای پلیس محلی دارفور و عکس‌العمل دولت از طریق به‌کارگیری شبه‌نظامیان جانجاوید آغاز شده است، در حالی همچنان از جمله موضوعات محوری جامعه بین‌المللی می‌باشد که روند تلفات انسانی آن در حال افزایش می‌باشد و غیرنظامیان به‌عنوان قربانیان اصلی این مخاصمه آواره بیابانها شده‌اند؛ به گونه‌ای که تا مارس ۲۰۰۷ ،۱ نفر از هر ۳ نفر دارفوری آواره شده و همچنان در کمپها به سر می‌برند، و در دو ماه اول سال نیز ۸۰۰۰۰ نفر به تعداد آوارگان افزوده شده است. از این تعداد ۲۳۰۰۰۰ نفر نیز در اردوگاههای واقع در چاد مستقر شده‌اند؛ در حال حاضر بیش از ۴ میلیون نفر از اهالی دارفور نیازمند کمکهای بشردوستانه می‌باشند.[۱۴۹] این در حالی است که یک مقام رسمی حافظ صلح درسازمان ملل خطاب به شورای امنیت آغاز دور جدیدی از خشونتها در دارفور را گوشزد نمود.[۱۵۰]

براساس گزارشهای نهادهای بشردوستانه ارتکاب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی به‌عنوان مصادیق بارز نقض هنجارهای حقوق بشردوستانه مندرج در ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، پروتکل الحاقی دوم و قواعد عرفی موجود در این حوزه در قالب اعمالی چون حمله به غیرنظامیان، تخریب روستاها و غارت اموال، تجاوز به زنان و دختران، جا به جایی اجباری جمعیت، ناپدیدسازی اجباری جمعیت و ... همچنان ادامه دارد؛ این در حالی است که عدم پایبندی دولت سودان به تعهدات خود در قبال رعایت حقوق بشردوستانه بر شدت

146. http://www.un.org/apps/news.

147. S/RES/1812 (2008), 30 April 2008.

148. http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=26422&Cr=darfur&Cr1=

149. http://www.oxfam.org/en/programs/emergencies/sudan/update_0703

150. http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=26673&Cr=darfur&Cr1=

درگیری‌ها افزوده است و سرآغاز موج جدیدی از منازعات شده است؛ که انتخاب عنوان «بحران» برای درگیری‌های موجود در دارفور سودان نیز از همین واقعیت ناشی می‌شود.

امضا موافقتنامه‌های متعدد در بدو امر میان گروههای درگیر نویدبخش پایان خشونتها بود، لیکن نقض مکرر مفاد موافقتنامه‌ها و مهمتر از آن بی توجهی دولت سودان به تعهدات خود از جمله خلع سلاح شبه‌نظامیان جانجاوید و جوّ دامنه‌دار مصونیت در سودان که مأموران عالی‌رتبه و سران شبه‌نظامیان را معاف از هرگونه محاکمه نموده است به ادامه ناامنی و ددمنشی در منطقه دامن زده است.

در این میان شورای امنیت سازمان ملل متحد در مقام رکن حافظ صلح جامعه بین‌المللی به‌منظور تأمین صلح و ثبات در منطقه دارفور با صدور قطعنامه‌های مکرر، خواستار الزام طرفهای مخاصمه به پایبندی به تعهدات قراردادی خود از جمله موافقت نامه صلح دارفور شد؛ سندی که با میانجی‌گری و تلاشهای بی وقفه اتحادیه آفریقا به تصویب رسید.

شورای امنیت در قطعنامه ۱۷۱۴ علاوه بر اعلام نگرانی مجدد از وضعیت دارفور و دعوت از کلیه طرفهای مخاصمه، اعم از آنهایی که طرف موافقتنامه صلح دارفور بوده یا نبوده‌اند، به پایان دادن به خشونتها و جنایات، با استقبال از تصمیم اتحادیه افریقا جهت توسعه اختیارات «مأموران اتحادیه در سودان» و ترغیب اتحادیه و دبیرکل سازمان ملل در جهت اجرای مفاد قطعنامه ۱۷۰۶ (۲۰۰۶) بار دیگر تأکید کرد که وضعیت کنونی سودان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد.[۱۵۱] نهاد مزبور در ادامه با استناد به فصل هفتم منشور ملل متحد حضور «مأموران سازمان ملل در سودان» را تا ۳۰ آوریل ۲۰۰۷ تمدید کرد[۱۵۲] و مجدداً خواستار التزام طرفها به تعهدات قراردادی خود شد.[۱۵۳]

با این حال فقدان ضمانت اجراهای مناسب از جمله تحریم‌های اقتصادی و حتی نظامی علیه دولت به‌منظور تغییر در منافع و مزایای حزب پشتیبان دولت ملقب به حزب کنگره ملی را می‌توان از جمله عوامل مؤثر در ناکارآمدی اقدامات جامعه بین‌المللی برشمرد.

چنانچه عدم اتخاذ اقدامات تهدیدآمیز علیه حزب مذکور منجر به افزایش اعتماد به نفس این حزب برای انجام هرگونه اقدامی با بهره‌مندی از جوّ مصونیت و مخدوش کردن نفوذ جامعه بین‌المللی گردیده است به‌نظر می‌رسد بهترین گزینه برای تضعیف حزب کنگره ملی تحمیل ضمانت اجراهای اقتصادی از جمله بلوکه کردن دارائی‌های رژیم و آن دسته از مأمورانی است که

---

151. S/RES/1714 (2006), 6 October 2006, p. 2

152. *Ibid*.,para. 1.

153. *Ibid*., para. 3.

بیشترین مسئولیت را در ارتکاب جنایات دارفور برعهده دارند، همان‌گونه که در قطعنامه‌های (۲۰۰۴) ۱۵۵۶ و (۲۰۰۴)۱۵۶۴ شورای امنیت نیز به آن اشاره شده است. رویه هم گویای آن است که صرف ارعاب و تهدید ابزار مناسبی برای تغییر موضع کنگره نمی‌باشد و توسل به اعمال فشارهای جدی می‌تواند راهکاری مؤثر قلمداد شود؛ هر چند سخن گفتن قاطعانه از تأثیرگذاری اعمال فشار ممکن نمی‌باشد لیکن تراژدی دارفور و نقض تعهدات و پیمانها مؤید آن است که روشهای غیرسختگیرانه و مسالمت‌آمیز کارساز نخواهند بود.

در سطح منطقه‌ای اگرچه اتحادیه آفریقا به نوبه خود بهترین و بیشترین تلاشهای ممکن را برای حل بحران اتخاذ نموده است، هر ماه حداقل ۵۰۰۰ نفر جان خود را در اثر مخاصمه مزبور از دست می‌دهند. کم تجربگی و عدم دسترسی به منابع و امکانات لازم حکایت از آن دارد که اتحادیه آفریقا در حال حاضر بیش از هر زمانی نیازمند کمک و حمایت جامعه بین‌المللی برای کنترل بحران انسانی دارفور می‌باشد.

در این میان پیشنهاد ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی و طرح مسئولیت کیفری فردی مقامات عالی رتبه دولتی، شبه نظامیان و گروههای شورشی را می‌توان تحولی در روند واکنشها قلمداد کرد؛ با وجود این صدور قطعنامه (۲۰۰۵) ۱۵۹۳ و تصریح بر الزام همکاری دول غیرعضو با دیوان و متعهد نمودن تمامی دولتها و سازمانهای منطقه‌ای و بین‌المللی ذی‌ربط به همکاری کامل با دیوان جهت اجرای مفاد قطعنامه مزبور، در پرتو تداوم نا امنی‌ها در منطقه مانع از انجام تحقیقات توسط دادستان دیوان در دارفور، منطقه‌ای مملو از مستندات و مدارک، شده است. به‌گونه‌ای که به‌نظر می‌رسد از جمله علل مخالفت حزب کنگره ملی با استقرار نیروهای سازمان ملل در دارفور همانا هراس از ایجاد فضائی امن برای انجام تحقیقات توسط دفتر دادستان دیوان کیفری بین‌المللی خواهد بود که به دنبال آن بخشی از وظایف نیروها به دستگیری افرادی که شواهدی بر علیه آنها به‌دست آمده است اختصاص خواهد یافت. از سوی دیگر حضور ۲۰۶۰۰ نیرو در دارفور خود می تواند با تأمین منابع و مدارک مورد نیاز، تسهیل‌کننده روند جمع‌آوری دلایل و مدارک باشد.[۱۵۴] بنابراین ادامه نا امنی در دارفور، فقدان تأسیسات حمایتی از شاهدان عینی، فقدان امکانات لازم برای مشاهده نقض‌های فاحش و جمع‌آوری شواهد از شاهدان بالقوه، گامی در جهت تأمین منافع حزب مزبور خواهد بود.

دولت سودان نیز به‌منظور تأخیر در رسیدگی‌های دیوان با تشکیل محاکم اختصاصی و ویژه به جنایات ارتکابی رسیدگی نموده است و با برگزاری کنفرانسهای سازش میان گروهها داعیه ایجاد صلح و استقرار امنیت در منطقه را دارد. لیکن آمارهای موثق و متعدد که بر نقش

154. http://www.foxnews.com/story/0,2933,238397, 00.html

دولت سودان در برنامه‌ریزی و هماهنگی اتخاذ اقدامات علیه غیرنظامیان صحه گذارده‌اند حکایت از آن دارند که تاکنون هیچ یک از مأموران مادون، میان عالی‌رتبه اعم از نظامی و غیرنظامی تحت بازجوئی و تعقیب واقعی قرار نگرفته‌اند و غالب محاکمات به صورت فرمایشی برگزار شده است. بنابراین نه تنها توجه به ماهیت بین‌المللی جرائم ارتکابی و مشارکت پرسنل و مقامات دولتی در ارتکاب جرائم اعمال صلاحیت توسط یک مرجع بین‌المللی را توجیه می‌نماید، بلکه ضعف و شکنندگی سیستم قضایی سودان و وجود تفاوتهای بسیار میان سیستم حقوقی سودان و استانداردهای بین‌المللی موجود در این زمینه از یک‌سو و ناتوانی یا عدم تمایل سیستم قضائی سودان نسبت به رسیدگی به جرائم بین‌المللی و تعقیب آنها از سوی دیگر نیز مثبت این ادعا است. به‌علاوه آن که قوانین سودان نه تنها در برگیرنده جنایات فاحش ارتکابی در دارفور نیستند، بلکه برخی از آنها کاملاً برخلاف اصول و استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر می‌باشند. لذا طرح موضوع در دیوان کیفری بین‌المللی و توسل به صلاحیت تکمیلی دیوان منطبق با موازین موجود در این حوزه است.

اگرچه ارجاع وضعیت دارفور به دیوان کیفری بین‌المللی توسط شورای امنیت سازمان ملل گامی مهم در راستای اجرای عدالت کیفری بوده است، لیکن فقدان ضمانت اجرای مؤثر و نتیجتاً عدم همکاری دولت سودان با دیوان کیفری بین‌المللی و امتناع از تحویل دو متهم احضار شده توسط دادستان از یک‌سو و برگزاری محاکمات صوری از سوی دیگر مانع از آن گردیده است که عدالتی فراگیر در قبال ناقضان اصول انسان‌دوستانه قابلیت اعمال یابد.

در این برهه دولت سودان در حمایت از میلیونها آواره دارفوری مکلف است تا از خشونتهای آتی جلوگیری نماید و در سیاست «پاکسازی قومی» تجدیدنظر کند. دولت می‌تواند با اطلاع رسانی دقیق و درست از اعمال ارتکابی توسط نیروهای امنیتی سودانی و شبه‌نظامیان، خلع سلاح شبه‌نظامیان «جانجاوید»، تعلیق متهمان به ارتکاب جنایات جنگی از پستهای دولتی تا اعلام نتایج تحقیقات و رسیدگیها توسط دیوان کیفری بین‌المللی، برکناری پلیس و نیروهای امنیتی، گامی مؤثر در تأمین امنیت واقعی برای غیرنظامیان آواره دارفور به‌ویژه در طول جاده‌ها و شهرها و پایان دادن به ارتکاب اعمال تبعیض‌آمیز در قبال گروههای مختلف قومی بردارد.

بحران دارفور سودان همچنان ادامه داشته و هر روز بر وخامت و شدت آن افزوده می‌شود و قربانیان زیادی را به کام مرگ فرو می‌فرستد و یا باعث منکوب شدن کرامت انسانی به شدیدترین وجه ممکن می‌شود. با وجود استقرار نیروهای سازمان ملل در منطقه و همکاری با نیروهای اتحادیه آفریقا در دارفور هنوز پیش‌بینی پایان تراژدی دارفور غیرممکن می‌نماید. گواینکه شاید تدارک رفراندوم در سال۲۰۱۱ پس از برگزاری انتخابات سال ۲۰۰۹ در دارفور که

در موافقتنامه جامع صلح شمال ـ جنوب پیش‌بینی شده است، پایانی باشد بر بحران انسانی دارفور.[۱۵۵]

این که صدور احضاریه‌های دیوان کیفری بین‌المللی در تاریخ ۲۷ فوریه ۲۰۰۷ برای دو متهم به ارتکاب جنایات بین‌المللی در دارفور بتواند سرآغازی برای تعقیب و مجازات دیگر جنایتکاران بین‌المللی باشد و از این رهگذر در کاهش دامنه جنایات ارتکابی مؤثر باشد سؤالی است که زمان پاسخ‌گوی آن خواهد بود. گو اینکه این امر تا کنون در بحران اخیر نتیجه مطلوبی در پی نداشته است.

155. Darfur: Revitalising the Peace Process, Africa Report N°125, 30 April 2007, *Availabale at:* http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4769&l=1

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص ۱۹۷ـ۱۸۵، تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۶/۱۱/۲۵

نظم عمومی در حقوق اروپا*

کاترین کِسِجیان**
مترجم: فیض‌الله جعفری***

چکیده

هرکس معاهده مؤسس جامعه اروپا[1] را خوانده باشد، متوجه شده است که دولتهای عضو مجازند از اجرای حقوق جامعه اروپا، به این دلیل که قاعدهٔ مورد نظر با نظم عمومی آنها تناقض دارد، امتناع کنند. هرچند این مقررات ـ عمدتاً در حوزه قواعد بازار داخلی، که مورد تأکید این مقاله است ـ از سال ۱۹۵۷ بدون تغییر مانده است، رویه دیوان دادگستری اروپا[2] و بعداً حقوق ثانوی،[3] نشان می‌دهد که دولتهای عضو در استفاده از نظم عمومی خود به‌شدت کنترل می‌شوند. هدف این مقاله، اثبات این امر است که در عمل چیزی از این استثناء (ایراد)[4] باقی نمانده است، هرچند می‌دانیم که دیوان دادگستری اروپا و حقوق ثانوی نه تنها مفهوم و محتوای آنچه می‌توانست تشکیل‌دهنده نظم عمومی دولت عضو باشد، بلکه فرآیند واقعی اجرای آن‌را نیز تعیین کرده‌اند.

***.** مشخصات و مأخذ اصلی مقاله به قرار ذیل است:
Catherine Kessedjian, «**Public Order In European Law**», in: *Erasmus Law Review*, Vol. 1, Issue 1, **2007**, pp. 25-38.

****.** استاد دانشگاه پانتئون‌آسا پاریس۲ (Panthéon-Assas Paris II).
*****.** دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

1. European Community (EC) Treaty.

2. European Court of Justice.

۳. حقوق ثانوی (secondary law) در مقابل حقوق اولیه (primary law) است. منظور از حقوق اولیه، مقررات معاهدات مؤسس جامعهٔ اروپا، جامعهٔ اروپایی انرژی اتمی، جامعه زغال سنگ و فولاد، اتحادیه اروپا و معاهدات اصلاحی و تکمیلی نسبت به آنها است. سایر مقررات در اتحادیه اروپا، مثل تصمیمات دیوان دادگستری اروپا و دستورنامه‌ها (regulations) و دستورالعمل‌های مصوب نهادهای قانونگذاری اتحادیه اروپا، حقوق ثانوی را تشکیل می‌دهند. (ر.ک. مایک کاتبرت، **حقوق اتحادیه اروپا**، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، دکتر وحید اشتیاق و دکتر پرویز پرویزیان، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۹) (مترجم).

٤. منظور ایراد یا استثناء نظم عمومی(public policy exception) است که به‌موجب آن هرگاه قاعده‌ای از قواعد جامعه اروپا با نظم عمومی یکی از دولتهای عضو مغایرت داشته باشد، دولت مزبور می‌تواند از اجرای آن امتناع کند (مترجم).

۱ـ مقدمه

از همین ابتدا، باید روشن شود که تأکید مطالعه مختصر ما بر سؤال آتی است: تا چه حدی نظم عمومی دولت عضو می‌تواند در مسیر تشکیل نظم حقوقی اروپایی پا بر جا بماند؟[۵]

قبل از اینکه به این سوال بپردازیم، لازم است که مفهوم نظم عمومی را روشن کنیم.[۶]

در واقع، نقطه شروع ما اصطلاح فرانسوی ordre public است. این اصطلاح به انگلیسی Public Policy و یا Public Order ترجمه می‌شود. تا این تاریخ برای من روشن نیست که آیا تفاوتی در مضمون یا در روش، بین این مفاهیم در حقوق فرانسه و در حقوق انگلیس یا کامن‌لا وجود دارد یا خیر؟ جهت آگاهی خواننده از فرض اصلی ما، توضیح ذیل را ارائه می‌دهیم: تعریف ما از هرکدام از این اصطلاحاتی که اغلب استفاده می‌شود[۷] به‌گونه‌ای است که ماهیتاً همه قواعد امری را دربرمی‌گیرند. یعنی قواعدی که طرفین نمی‌توانند از آنها شانه خالی کنند؛ [حال] هر اسمی که آنها در زبان فرانسه به خود بگیرند (قوانین امری،[۸] قوانین با اجرای فوری،[۹] یا قواعد نظم عمومی).[۱۰] این قواعد امری منابع مختلفی دارند. آنها یا به‌وسیله دولتها، یک‌طرفه، برای حمایت از ارزشهای اساسی جامعه‌شان به‌وجود می‌آیند،[۱۱] یا در سطح منطقه‌ای و یا حتی در سطح بین‌المللی یا چندجانبه ایجاد می‌شوند. اگر در نظم حقوقی بین‌المللی ایجاد شوند، می‌توانند به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل (jus cogens) توصیف شوند.[۱۲] تا آنجایی که روش

---

۵. بزودی حدود این مقاله را می‌بینیم. ما در اینجا به نظم عمومی جامعه، یعنی قواعد امریی که به‌وسیله اتحادیه اروپا ایجاد شد و اجباراً باید در همه دولتهای عضو اجرا شود، نمی‌پردازیم. نمونه خوبی از این نوع نظم عمومی در قضیه اینگمار (Ingmar case (C-381/98, Ingmar 2000 [ECR] I-0930)) یافت می‌شود. در آن پرونده، دیوان دادگستری اروپا با قراردادی مواجه می‌شود که بین یک شرکت از ایالات متحده و کارگزار مستقر در انگلستان منعقد شده است. این قرارداد تابع قانون کالیفرنیا است که به‌وسیله طرفین انتخاب شده است. قرارداد مزبور توسط شرکت امریکایی فسخ می‌شود و کارگزار (نماینده) برای جبران خسارت اقدام می‌کند، هرچند قانون کالیفرنیا هیچ‌گونه جبران خسارتی برای چنین قضیه‌ای مقرر نمی‌کند. دیوان به دستورالعمل (directive) ۸۶/۶۵۳ مورخ ۱۸ مارس ۱۹۸۶ (JOCE L382, 17) در مورد نمایندگان مستقل توجه می‌کند و تصمیم می‌گیرد که نظم عمومی اروپا، پرداخت خسارت به‌دلیل فسخ قرارداد نمایندگی را تحمیل می‌کند، مگراینکه نماینده مرتکب تقصیر شده باشد. نتیجتاً در آن موضوع خاص، قانون کالیفرنیا کنار می‌رود تا قاعده امری جامعه اروپا جایگزین آن شود.

٦. نمونه مشکلات در ترجمه این مفاهیم را به‌عنوان نمونه در کنوانسیون رم در مورد قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (که در شرف تبدیل شدن به دستورنامه (Regulation) است) هنگام مقایسه نسخه‌های متعدد زبانی مواد (۳) ۳ و ۷ می‌توان دید.

۷. منظور همان اصطلاحات ordre public یا Public Policy یا Public Order است (مترجم).

8. Lois de Police.

9. Lois D'application Immédiate.

10. Règles D'ordre Public.

۱۱. این ارزشها ممکن است فرهنگی، انسانی، اجتماعی، اقتصادی یا سیاسی باشند.

۱۲. مفهوم بسیار بحث‌انگیز «نظم عمومی فراملی» در اینجا ذکر نمی‌شود. برای دیدن یک مقاله جدید در این مورد، ر.ک. C. Kessedjian, 'Transnational Public policy', ICCA Montreal 2006, forthcoming in ICCA Proceedings 2006.

مدنظر باشد. تفاوت بین *قانون امری* و *قاعده نظم عمومی* در لحظه‌ای است که آنها دخالت می‌کنند. قانون امری (Loi de police) فرآیند تعارض قوانین را محدود می‌کند. در حقیقت، آنگاه که قانون امری قابل اعمال باشد، دیگر نیازی و در واقع اختیاری در جستجوی قانون خارجی که می‌تواند نسبت به وضعیت مورد بررسی قابل اعمال باشد، وجود ندارد. به این خاطر است که گاهی از آنها به *قوانین با اجرای فوری* تعبیر می‌شود. در مقابل، قواعد نظم عمومی بعد از اینکه فرآیند تعارض قوانین انجام شده و قانون خارجی قابل اعمال دانسته می‌شود، دخالت می‌کند. شخص مسئول اجرای آن قانون باید یک تحلیل مقایسه‌ای (تطبیقی) از نتایجی که به‌طور بالقوه، از اعمال آن قانون خارجی و اعمال قواعد نظم عمومی به دست می‌آید، انجام دهد. اگر نتیجه غیرقابل قبول باشد، در این صورت آن بخش از قانون خارجی که مخالف قاعده امری دانسته می‌شود، نادیده گرفته می‌شود و قاعده امری اعمال می‌گردد. معمولاً، هر دوی قوانین امری و قواعد امری یا نظم عمومی مورد بررسی، متعلق به دولت مقر دادگاه هستند. با این حال، به‌طور قابل ملاحظه‌ای در اروپا، توجه به قاعده امری خارجی مجاز است.[۱۳]

معاهده مؤسس جامعه اروپا،[۱۴] از ابتدا، حاوی مقرراتی بوده که تاکنون تغییر نکرده است و به‌وسیله آن دولتهای عضو می‌توانستند از قواعد نظم عمومی خود در جهت منع اجرای قاعدهٔ اروپایی استفاده کنند. این وضعیت به‌ویژه برای اهداف بازار داخلی صادق است و ما تحلیل خود را به این حوزه از حقوق جامعه اروپا محدود می‌کنیم. این مقرره خاص این‌گونه مقرر می‌کند:

> «مقررات مواد ۲۸ و ۲۹ جلوی ممنوعیتها یا محدودیتهای راجع به واردات، صادرات یا کالاهای در حال ترانزیت را که بر مبانی اخلاق عمومی، نظم عمومی یا امنیت عمومی توجیه می‌شود، نمی‌گیرد...».[۱۵]

---

۱۳. این آن چیزی است که ماده ۷ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مقرر می‌کند. ماده (۱) ۷ از همان ابتدا بحث‌انگیز بوده است، تا حدی که، برخلاف رویه معمول در حقوق معاهدات اروپا، کشورهای عضو مجاز به ایجاد رزرو در جلوگیری از اعمال آن ماده در کشورشان شده‌اند. چنین رزروی از جانب آلمان، لوکزامبورگ و پادشاهی متحده (انگلستان) ایجاد شده است. این ماده همچنین نقطهٔ اتکای بحث و جنجال در طی مذاکرات جاری برای جایگزینی کنوانسیون رم با یک دستورنامه (regulation) است.

۱٤. معاهدهٔ مؤسس جامعه اروپا همان معاهده رم ۱۹۵۷ است که به‌موجب آن، «جامعه اقتصادی اروپا(EEC)» و «جامعه انرژی اتمی اروپا(EUROTOM)» تأسیس شدند. جامعه اقتصادی اروپا اکنون به‌موجب معاهدهٔ اتحادیه اروپا، فقط «جامعهٔ اروپا» نامیده می‌شود. حذف واژهٔ «*اقتصادی*» از عنوان آن، در جهت تأکید بر مقررات غیراقتصادی آن، ازجمله مسائل شهروندی، صورت گرفته است. اتحادیهٔ اروپا (EU) به‌موجب معاهده ماستریخت ۱۹۹۲ ایجاد شد. هرچند اکنون اشاره به اتحادیه اروپا، به‌جای جامعه اروپا، امری رایج و متداول است، با این حال جامعه اروپا مهمترین رکن اتحادیه اروپا است. (ر.ک. دکتر عبدالحسین شیروی، **حقوق تطبیقی**، چ. ۲، انتشارات سمت، ۱۳۸۴، صص ۲۵۱ تا ۲۶۵؛ مایک کاتبرت، پیشین، صص ۱ و ۲) (مترجم).

۱۵. این عبارت، ابتدای ماده ۳۰ معاهده جامعه اروپا است.

اولاً، باید دقت کرد که معاهده جامعه اروپا سه عنوان[۱۶] را به‌کار می‌برد، کـه بایـد آنهـا را دارای مضمون و محتوای جـدا و متفـاوت تلقـی کـرد و اینکـه آنهـا برطبـق تـصمیمات دیـوان دادگستری اروپا بدل همدیگر نیستند. ازاین‌رو ما در اینجا فقط به ایـراد (اسـتثناء) نظـم عمـومی می‌پردازیم.

ثانیاً، ممکن است که دو یا هر سه مفهوم به‌کار رفته در ماده ۳۰[۱۷] در یک پرونده مطـرح باشند.[۱۸] اگر در پرونده‌هایی که در ذیل مرور می‌کنیم این‌گونه باشد، ما دلایل (اسـتدلال) دیـوان دادگستری اروپا را فقط تا جایی که به‌استثناء نظم عمومی مربوط می‌شود، بررسی خـواهیم کـرد. ثالثاً، استثناء نظم عمومی نمی‌تواند جهت پوشش سایر حوزه‌هـای حمـایتی، همچـون حمایـت از مصرف‌کننده مورد استفاده قرار گیرد.[۱۹] همچنـین نمـی‌توانـد بعـضی حـوزه‌هـا را بـه صـلاحیت انحصاری دولت برگرداند.[۲۰] بنابراین، قاعدهٔ عمومی تفسیر، قاعده محدودی است. ماده مذکور بـه آزادی در توزیع کالاها مربوط می‌شود در حالی که مقررات مشابه در همه آزادیهـای دیگـر وجـود دارند.[۲۱] دیدگاه ما این است که استثناء نظم عمومی، همان‌گونه که به‌وسـیله دیـوان دادگـستری اروپا تفسیر شده است، در حوزه‌های بازار داخلی، در مورد هرگونـه آزادی و هـر حـوزه خاصـی از قانون، یکسان است. سعی ما بر این است که این مطلب را با بررسی رویهٔ قـضائی ایـن دیـوان و برخی از جدیدترین دستورالعمل‌ها اثبات کنیم. این سؤال دو جنبه دارد، که بایـد از هـم تفکیـک شوند: اول: محتوای اصطلاح نظم عمومی و دوم: این است که چگونه در عمل به‌کار می‌آید

۲ـ مفهوم نظم عمومی

جریان استثناء نظم عمومی کشورهای عضو در حقوق اروپا در مسیر درستی شـروع شـد. بنیانگذاران می‌دانستند که کشورهای عضو شیوه‌های متفاوتی برای سازماندهی جوامع‌شان دارنـد و [لذا] واقف بودند که کشورهای عضو ممکن است بر تفاوت ارزشها تأکید کنند و در مسیر انجام فعالیتهای خاص، از هم متمایز باشند. در نتیجه، همان‌گونه که در معاهده‌سازی[۲۲] معمـول اسـت، کشورهای عضو به استفاده از قواعد نظم عمومی خودشان، آنگاه که قواعد بـازار داخلـی بـا آنهـا

---

16. Case C-36/02, *Omega* [2004] ECR, I-09609.

۱۷. منظور اخلاق عمومی، نظم عمومی و امنیت عمومی است (مترجم).

18. Case C-54/09, Eglise de Scientologie [2000] ECR I-01335.

19. Case 177/83, Kohl [1984] ECR, Rec.3651.

20. Case 153/78, Commission of the European Communities *v.* Germany [1979] ECR, 02555.

به عبارت دیگر تخصیص صلاحیت بین کشورهای عضو و جامعه، در معاهده جامعه اروپا، به‌موجب مقررات خاصی مشخص شده است و استثناء نظم عمومی نباید جهت تغییر یا اصلاح این مقررات به‌کار گرفته شود.

۲۱. ماده ۴۶ برای آزادی ایجاد و با یک ارجاع، برای گردش آزاد خدمات؛ ماده ۵۸ برای گردش آزاد سرمایه.

22. Treaty-making.

تعارض داشته باشند، مجاز بودند. در ذهن بنیانگذاران روشن بود که تعیین مفهوم قواعد نظم عمومی باید به هر کشور عضو در جهت نیازهای خودش، واگذار شود. ازاین‌رو معاهده جامعه اروپا، تعریفی از این مفهوم یا شیوه اعمال آن ارائه نکرده است. نخستین بار که دیوان دادگستری اروپا[۲۳] می‌بایست با بررسی چنین استثنائی به پرونده رسیدگی کند، تصمیمی می‌گرفت مبنی بر اینکه کشورهای عضو مسئولیت منحصر به فرد در تعریف نظم عمومی خود دارند.[۲۴] دیوان مزبور با بیان اینکه نظم عمومی مفهومی سرزمینی دارد (یعنی نظم عمومی خاص برای هر کشور عضو) که ممکن است در طول زمان متحول شود، از دیدگاهی سنتی پیروی کرد. بر این اساس، دیوان دادگستری اروپا تصدیق کرد که کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را تغییر دهند، همان‌گونه‌که چنین تغییری با تحول اعضای جامعه و فعالیتهایشان ممکن است ضروری باشد. به این خاطر است که ما معمولاً می‌گوییم که نظم عمومی نه تنها یک مفهوم سرزمینی (مناسب برای هر کشور) است بلکه همچنین یک مفهوم منطبق بر زمان است. هیچ‌کس نمی‌داند نظم عمومی فردا چه خواهد بود.[۲۵]

با این حال در آن تصمیم، دیوان دادگستری اروپا در مورد آنچه بعداً مسیر ثابت استدلال می‌شود قبلاً اشاراتی کرده بود. اگر کشورهای عضو در تعریف نظم عمومی خود آزاد می‌بودند، اثر دقیق آن سیاست بر اعمال قواعد اروپایی موضوعی بود که دیوان حق داشت آن را کنترل کند، به‌گونه‌ای که نباید به‌طور غیرضروری بنیان و شالودهٔ اروپایی را متزلزل کند. این تصمیم متعادل زیاد دوام نیاورد. قبلاً در سال ۱۹۷۷، دیوان شروع به دخالت در اصل مفهوم نظم عمومی کشورهای عضو کرد. در پرونده بوشرو،[۲۶] دیوان توضیح می‌دهد:

این مفهوم، جدای از آشفتگی در نظم اجتماعی که تمام موارد نقض قانون را موجب می‌شود، یک تهدید واقعی و به اندازه کافی خطرناک که بر یک **منفعت اساسی در جامعه تأثیر می‌گذارد** را فرض می‌کند.

به‌موجب این تصمیم دیوان منع آزادی کشورهای عضو را در تعریف نظم عمومی خود

---

۲۳. دیوان دادگستری اروپا در سال ۱۹۵۲ تشکیل شد و رکن قضائی اصلی جامعه اروپا است. دیوان از ۲۵ قاضی و ۸ دادستان عمومی (Advocate-general) تشکیل شده است. از هر کشور یک قاضی با توافق جمعی همه کشورهای عضو انتخاب می‌شود. وظیفه دیوان، به‌موجب ماده ۲۲۰ معاهده جامعه اروپا، تضمین اجرای قانون در تفسیر و اجرای این معاهده و معاهدات بعدی است. (دکتر شیروی، پیشین، ص ۲۶۴) (مترجم).

24. Case 41/74, Yvonne van Duyn *v.* Home Office [1974] ECR, 01337 at 01351.

۲۵. این امر یک نتیجه در حقوق بین‌الملل خصوصی دارد، دادگاهی که با ایراد نظم عمومی روبرو می‌شود، باید نظم عمومی را آن‌گونه اعمال کند که در زمان صدور حکم تعریف شده است، نه در زمانی که واقعیات پرونده اتفاق افتاده‌اند. ممکن است سؤال شود که آیا با ملاحظه یافته‌های ما در این مقاله، این امر هنوز هم در حقوق بین‌الملل خصوصی اروپا حقیقت دارد؟ اما در اینجا ما از اظهارنظر در این موضوع خودداری می‌کنیم؛ زیرا نسبت به تحقیق ما یک موضوع حاشیه‌ای است.

26. Case 30/77, *Regina v. Pierre Bouchereau* [1977] ECR, 1999.

شروع کرد. اکنون دو معیار متحدالشکل برای هر قاعده‌ای که قرار باشد *به‌عنوان نظم عمومی* توصیف شود، لازم است: **اولاً**، باید حاوی خطر واقعی و کاملاً جدی باشد و نه فقط هر تجاوزی به یک قاعده؛ **ثانیاً**، هدف قاعده نظم عمومی باید حمایت از *منافع اساسی* جامعهٔ مورد نظر باشد.

اولین مورد از اعمال این نحوه جدید استدلال، یک‌سال بعد اتفاق افتاد، زمانی‌که دیوان با یک قاعده ملی مواجه شد که تجاری کردن و اتلاف پول (اساساً سکه‌ها) ـ که دیگر پول رایج نبود ـ را ممنوع می‌کرد.[۲۷] دیوان این سکه را کالاهایی تلقی کرد که قواعد گردش آزاد کالا نسبت به آنها اعمال می‌شود.

با این حال دیوان پذیرفت که دولت اختیار حاکمیتی در خصوص پول رایجش را دارد و ازاین‌رو در سازماندهی تجارت پول به‌نحوی که مناسب می‌بیند، آزاد است، حتی اگر پول مورد نظر، پول رایج نباشد. به هر حال این پرونده، در عین اینکه آشکارا به اعمال حاکمیتی سنتی دولت می‌پردازد، فایده زیادی در موضوع ما ندارد. دیوان به موضوع نظم عمومی در یک پاراگراف کوچک، بدون هیچ توضیح اضافی، پایان می‌دهد.

مسیر پرونده‌هایی که بیشتر بحث‌انگیز است، مربوط به انتقال کارگران در اجرای گردش آزاد خدمات می‌شود. یک نمونه پرونده به ترتیب ذیل است: شرکت ثبت شده در کشور الف (کشور مبدأ) جهت ساخت کارخانه در کشور ب (کشور میزبان یا کشور مقصد) قراردادی منعقد می‌کند. در کشور الف قوانین کار منعطف‌تر و سطح جبران خسارت پایین‌تر است، بنابراین شرکت مزبور تصمیم می‌گیرد که از نیروی کار خودش جهت اجرای قرارداد در کشور ب استفاده کند. کارگران موقتاً و برای مدت مورد نیاز، که معمولاً بیشتر از یک یا دو سال نیست، جابجا می‌شوند. کشور ب می‌خواهد قوانین کار خود را نسبت به کارگران مورد بحث اجرا کند. کشور ب، اغلب ادعا می‌کند که قانون کار آن دولت، بخشی از نظم عمومی یا قواعد امری آن است و بنابراین خودش را در مقام استثناء نظم عمومی معاهده جامعه اروپا قرار می‌دهد. نخستین بار که دیوان با چنین پرونده‌ای روبرو شد، مقرر کرد که دولت ب حق ندارد شرکت الف را در استفاده از نیروی کارش، جهت اجرای خدمات در کشور ب به‌موجب گردش آزاد خدمات، منع کند.[۲۸] کشورهای عضو با آگاهی از این تصمیم، شروع به مذاکره در مورد یک دستورالعمل کردند تا به‌طور واضح شماری از قواعد امری کشور مقصد را که می‌تواند نسبت به کارگران منتقل شده در زمینه گردش آزاد خدمات اعمال شود، معرفی کنند.[۲۹] با این حال دستورالعمل مزبور طرفین را از پیگیری در رویه‌های قضائی استخدامی مشابه منع نمی‌کند، که نتیجهٔ آن صف طولانی پرونده‌هایی است که

---

27. Case 7/78, *Thompson* [1978] ECR, 02247.

28. Case C-113/89, *Rush Portuguesa* [1990] ECR, 01417 .

29. Directive 96/71/CE of 16 December 1996.

قبلاً توسط دیوان مورد حکم قرار گرفته است و بیشتر از آن نیز هنوز در جریان رسیدگی است.[۳۰]

ما همه این پرونده‌ها را به‌طور تفصیلی بررسی نخواهیم کرد. در عوض، در راستای هدف‌مان، بر آموزه‌های (نکته‌های) اصلی که باید آموخته شوند تأکید خواهیم کرد. **نکته اول** اینکه، دیوان دیگر از بررسی موضع کشورهای عضو و تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا قاعده‌ای که دولت عضو آن را امری و مشمول استثناء نظم عمومی تلقی می‌کند، واقعاً می‌تواند این‌گونه توصیف شود یا خیر، اکراه و تردید ندارد ـ اگرچه هیچ‌گاه نداشته است.[۳۱] در واقع در قضیهٔ *آربلید*،[۳۲] دیوان تا جایی پیش رفت که آنچه را که برای اهداف استثناء نظم عمومی، قانون امری تلقی می‌شود، تعریف کرد.[۳۳] در انجام این کار[۳۴] دیوان از تعریفی استفاده کرد که کاملاً شبیه تعریف متخصصین حقوق بین‌الملل خصوصی است، آن‌گونه که این مفهوم به‌وسیله فرانسسکاکیس[۳۵] در مقاله تأثیرگذار خود در مورد قانون امری جعل شد.[۳۶] حتی اگر مضمون خود این تعریف عجیب نباشد، دیوان، آنگاه که تصمیم گرفت که برای اهداف استثناء نظم عمومی، تعریف مشترک و متحدالشکلی مورد نیاز است همه را شگفت‌زده کرد. در نتیجه، آزادی

---

30. Cases C-369/96, C-376/96, *Arblade* [1999] ECR, I-08453 ; C-165/98, *Mazzoleni*, [2001] ECR, I-02189 ; C-49/98, C-50/98, C-52 to 54/98, C-68 to C-71/98 *Finalarte*, [2001] ECR, I-0783; C-60/03, *Wolff & Müller* [2004] ECR, I-09553; C-445/03, *Commission v. Luxembourg* [2004] ECR; C-341/02, *Commission v. Germany*, [2005] ECR, I-02733; C-168/04, *Commission v. Austria* [2006] ECR, I-10191; C-208/05, *Innovative Technology Center* [2007] ECR. Cases still pending: C-341/05, *Laval un Partneri*, opinion of 21 March 2007; C-490/04, *Commission v. Germany* opinion of 14 November 2006.

۳۱. پرونده‌های متعددی در زمینه‌های مختلف وجود دارد:

پروندهٔ C-60/00, *Carpenter* [2002] ECR, I- 06279، که در آن دیوان مقرر کرد: این امر که شخص خارجی در سرزمین کشور عضو، با نقض مقررات مهاجرت اقامت می‌کند، بدون وجود سایر عوامل، تهدیدی برای نظم عمومی محسوب نمی‌شود.

پروندهٔ C-167/02, Inspire Art [2003] ECR I-101555، که در آن دیوان از اینکه قواعد راجع به تشکیل اشخاص حقوقی را به‌عنوان نظم عمومی توصیف کند، امتناع می‌کند.

پروندهٔ C-38/98 Renault *v.* Maxi car [2002] ECR I-02973 در مقام اعمال کنوانسیون بروکسل ۱۹۶۸ (اکنون تبدیل به دستورنامه 44/2001 شده است) که در آن ایتالیا از استفاده از ایراد نظم عمومی خود در عدم اجرای رأی فرانسوی منع شد؛ رأیی که در آن یک شرکت ایتالیایی به‌خاطر تجاوز به قواعد مالکیت فکری فرانسه محکوم شد، درحالی‌که حقوق ایتالیا فعالیت موضوع حکم را کاملاً قانونی می‌دانست.

32. Arblade.

۳۳. در بند ۳۰ این تصمیم، دیوان اعلام می‌کند: «در خصوص مسئله دوم موجود در هر دو پرونده، که راجع به توصیف مقررات مورد بحث به‌عنوان قواعد نظم عمومی در حقوق بلژیک هستند، اصطلاح قواعد امری باید به‌گونه‌ای فهمیده شود که موجب مطابقت مقررات ملی با آن چیزی باشد که برای حمایت از نظم سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی در کشور عضو مورد نظر، تعیین‌کننده است و هماهنگی اشخاص مقیم در سرزمین ملی کشور عضو و همه روابط حقوقی در آن کشور را با آن ضروری می‌داند».

۳٤. منظور تعریف قانون امری است (مترجم).

35. Francescakis.

36. Ph. Francescakis, 'Quelques précisions sur les lois d'application immédiate etleurs rapports avec les règles de conflit de lois'(1966) 55 *Revue critique de droit international privé* 1 .

کشورهای عضو در تعریف آنچه که آنها به‌عنوان قوانین امری خود تلقی می‌کنند، به‌طور قابل ملاحظه‌ای کاهش یافته است. اگر پرونده *بوشرو* مذکور در فوق، پرونده *آربلید* و سایر پرونده‌های مطرح در مورد آزادی گردش اشخاص[۳۷] را با هم ترکیب کنیم، آشکار است که کشورهای عضو فقط می‌توانند از اساسی‌ترین ارزشهای خود که نقطه ثقل نظام آنها است و باید به‌نحو خیلی محدودی تفسیر شود، حمایت کنند. **نکته دوم** اینکه کشور مقصد باید دائماً محتوای قواعد خودش را با محتوای قواعد کشور مبدا از لحاظ شرایط و تمام عناصر تشکیل‌دهندهٔ آنها مقایسه کند. حاصل آنکه کشور مقصد فقط حداقل تعداد ممکن از قواعد کشور مبدا را می‌تواند براساس استثناء نظم عمومی منع کند. این نتیجه مورد انتقاد قرار گرفته است به این دلیل که خیلی پیچیده است و منجر به نتایج نامعین می‌شود[۳۸] اما دیوان از این مسیر استدلال خیلی فاصله نگرفته است.

جدیدترین روش از حقوق ثانوی جامعه اروپا ناشی می‌شود. روش مزبور با دستورالعمل تجارت الکترونیک آغاز شد[۳۹] این دستورالعمل پیچیده است، اما هدف اصلی آن سازماندهی گردش آزاد خدمات در جامعه اطلاعاتی است.

مقرره اصلی آن ماده ۳ است که به چندین قسمت تقسیم می‌شود؛ مهمترین قسمتهای آن- برای هدف ما ـ قسمت ۱، ۲ و ۴(a)(i) است. ماده ۳(۱) تکالیف کشور مبدأ را بیان می‌کند:

«هر کشور عضو تضمین می‌کند که خدمات جامعه اطلاعاتی ارائه شده توسط ارائه دهنده خدمات که در سرزمینش تاسیس شده است، مقررات ملی قابل اعمال در کشور عضو را در موضوعی که داخل حوزه هماهنگ شده قرار می‌گیرد، رعایت کند» .

ماده ۳(۲) تکالیف کشور مقصد را تعیین می‌کند:

«کشورهای عضو نمی‌توانند، برای دلایلی که داخل حوزه هماهنگ شده قرار می‌گیرد، آزادی

---

۳۷. پروندهٔ C-100/01, Olazabal [2002] ECR I-10981. در آن پرونده، اولازابال، که به‌خاطر عضویت در ETA (گروه دفاع سرسختانه باسک) محکوم شده بود، از ماندن در فرانسه ممنوع شد؛ زیرا حضور او تهدیدی برای نظم عمومی تلقی شد. دیوان این عقیده را پذیرفت اما از شدت اعمالی که فرانسه به اولازابال تحمیل کرده بود، کاست و صرفاً بعضی از آنها را پذیرفت. سایر موارد مخالف شدید حق بنیادین او برای آزادی گردش به‌عنوان شهروند اروپایی تلقی شد.

38. See in particular Laurence Idot's comment under *Mazzoleni*, in (May 2001) *Review Europe*, comm. n° 174.

۳۹. دستورالعمل 2000/31/EC پارلمان اروپا و شورای ۸ ژوئن ۲۰۰۰ در مورد جنبه‌های خاص حقوقی خدمات جامعه اطلاعاتی، به‌ویژه تجارت الکترونیک، در بازار داخلی (دستورالعمل تجارت الکترونیک). ما یک تحلیل و بررسی از تمام حقوق ثانوی انجام نداده‌ایم و دستورالعمل‌های قبلی ممکن بود وجود داشته باشد که همان ساختار را برای دستورالعمل تجارت الکترونیک داشته باشد. به هر حال شایسته ذکر است که دستورالعمل 89/552/EEC در مورد تلویزیون بدون مرز، به‌طور دقیق، حوزه‌های نظم عمومی را مشخص می‌کند (حمایت از حقوق بشر، صغار و غیره)؛ بدون اینکه آن را به کشورهای عضو واگذار کند. کشورهای عضو مجاز هستند از آنچه دستورالعمل مقرر می‌کند، محدودتر باشند (مثلاً حمایت از زبان).

ارائه خدمات جامعه اطلاعاتی از کشور عضو دیگر را محدود کنند».

با این حال استثنائاتی به‌موجب ماده (۴)۳ مقرر شده است. آن استثنائی که به هدف ما مربوط می‌شود، به‌شرح ذیل است:

«کشورهای عضو می‌توانند اقداماتی جهت عدول از پاراگراف ۲ راجع به خدمات جامعه اطلاعاتی خاص اتخاذ کنند، به شرطی که شرایط ذیل فراهم شود: (الف) آن اقدامات باید: ۱ـ به یکی از دلایل ذیل ضروری باشد: نظم عمومی، به‌ویژه پیشگیری، رسیدگی، تفتیش و تعقیب جرایم کیفری، ازجمله حمایت از صغار و مبارزه علیه هرگونه انگیزه دشمنی بر مبنای نژاد، عقاید جنسی یا تابعیت و تجاوز به کرامت انسانی اشخاص معین...».

اولین بار، استثناء نظم عمومی با نمونه‌هایی تکمیل می‌شود که تشریح می‌کنند چه وضعیتهایی می‌تواند این‌گونه توصیف شود. هرچند که این لیست بسته (حصری) نیست و فقط به ارائه نمونه می‌پردازد، به‌خوبی معلوم است که زمانی که نوبت به تفسیر یک ماده یا شرط می‌رسد، نمونه‌های ارائه شده در آن به‌عنوان اماره‌هایی عمل می‌کنند که حدود شرط را مشخص می‌کند. ازاین‌رو آنگاه که از دیوان درخواست می‌شود بررسی کند که آیا اقدام اتخاذ شده توسط دولت عضو، می‌تواند واقعاً تحت استثناء نظم عمومی قرار گیرد یا نه، دیوان اقدام مزبور را با نمونه‌های مندرج در لیست مقایسه می‌کند؛ که البته در آن مقایسه آزادی زیادی که به دولتهای عضو داده شده، آشکار می‌شود. به تعبیر دیگر، برای اولین بار، دولتهای عضو، با ارائه این نمونه‌ها به حقوق ثانوی جامعه اجازه داده‌اند تا آزادی آنها را در تعریف نظم عمومی‌شان منع کند. این تحول مثلاً بر اهلیت دولت عضو در منع خدمات جامعه اطلاعاتی، با هدف حمایت از ارزش‌های اساسی خود، اثر خواهد گذاشت. این روش ممکن است با جنجال سیاسی که در بعضی کشورهای عضو در اثر دستورالعمل خدمات[۴۰] شروع شد، محدودیتی پیدا کرده باشد. در واقع، ماده (b)(۱)۱۶ دستورالعمل خدمات، نمونه‌هایی از آنچه شرایط نظم عمومی را برای کارکرد این دستورالعمل تشکیل می‌دهد، ارائه نمی‌کند. به هر حال سایر مقررات ممکن است مبهم‌تر باشند.[۴۱] در نتیجه ما باید چشم به تحولات حقوق ثانوی بدوزیم؛ زیرا این حقوق به‌طور اتفاقی ممکن است حاوی نمونه‌هایی باشد

40. Directive 2006/123, 12 December 2006, OJ L376, 27 December 2006, 36 .

٤١. مثلاً ماده ۱۲۵ مقرر می‌کند که این دستورالعمل بر قواعد حقوق کیفری کشورهای عضو تأثیر ندارد. اما بلافاصله پس از آن اعلام می‌کند که: «کشورهای عضو نمی‌توانند آزادی ارائه خدمات را با اعمال مقررات حقوق کیفری‌ای محدود کنند که به‌طور خاص، دستیابی به اعمال فعالیت خدماتی را برخلاف قواعد مندرج در این دستورالعمل، تنظیم کرده یا بر آن تأثیر می‌گذارند».

از آنچه کشورهای عضو مجازند تا به‌عنوان نظم عمومی تلقی کنند. نه تنها تعریف مفهـوم نظـم عمومی کشورهای عضو شدیداً توسط دیوان و حقوق ثانوی کنترل می‌شـود، کـارکرد خـود ایـن استثناء نیز تقریباً به‌طور کامل با حقوق جامعه اروپا شکل می‌گیرد.

۳ـ عملکرد واقعی استثناء نظم عمومی

در تحول حقوق ثانوی اروپا، زمانی که دستورالعمل مزبور، دستورالعمل کاملی بود و همـهٔ اقدامات لازم در جهت حمایت از نظم عمومی را شامل می‌شـد، خیلـی سـریع، آزادی کـشورهای عضو در استفاده از معیار نظم عمومی، غیرموجود تلقی شد. در مورد دسـتورالعمل‌هـای ۶۴/۲۲۱، ۶۸/۳۶۰ و ۷۳/۱۴۸ که راجع به معیارهای مربوط به حقوق شهروندان یـک کـشور عـضو جهـت ورود و سکونت در کشور عضو دیگر و امتناع از اجازه ورود به‌خاطر امنیت و نظم عمـومی بودنـد، نیز وضعیت به همین ترتیب بود. دیوان مقرر کرد که این دستورالعمل‌ها همـهٔ معیارهـای لازم را ارائه کرده‌اند و کشورهای عضو حق افزودن بر آن معیارها را ندارند.[۴۲]

در موارد متعدد دیگری[۴۳] دیوان تصمیم گرفت که زمانی‌که دستورالعملی تلاش مـی‌کنـد موضوع معینی را به‌طور کامل تنظیم کند، دولتهای عضو در طی مذاکرات می‌توانند از مفهوم نظم عمومی خود استفاده کنند؛ ولی آنگاه کـه مـذاکرات خاتمـه یافـت و مـتن جامعـه پذیرفتـه شـد، دولتهای عضو اهلیت استفاده از مفاهیم نظم عمومی‌شان را در جهت منع اعمال دسـتورالعمل یـا در جهت اجتناب از اثرات دستورالعمل از دست می‌دهند.[۴۴] تصمیمات مـرتبط دیـوان، مکـرراً بـر مبنای اصل همکاری ناشی از ماده ۱۰ معاهده جامعه اروپا، به‌ویژه پـاراگراف دوم آن، قـرار دارنـد که مقرر می‌کند: «[دولتهای عضو] از هر اقدامی که بتواند نیل به اهداف این معاهـده را بـه‌خطـر بیندازد، خودداری می‌کنند.» ابتدائاً تصور می‌شد که اسـتثناء نظـم عمـومی مـی‌توانـد بـه‌عنـوان استثنائی بر این تعهد منفی که توسط معاهده جامعه اروپا بر دولتهای عضو تحمیـل شـده اسـت، عمل کند. با این حال، در سالهای اخیر، به‌طور روز افزون، آشکار می‌شود که حتـی اسـتثناء نظـم

---

42. Case C-363/89, *Roux* [1991] ECR, I-00273. More recently, in the matter of waste management, Case C-277/02, *EU-Wood-trading* [2004] ECR, I-11957.

43. See, for example, case 5/77, *Denkavit*,1555 ; the opinion of the Advocate General in the case 34/79, *Henn & Darby* [1979] ECR, 03795 at 03821; Case C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle* [1994] ECR, I- 05077 point 31; Case C-5/94, *Hedley Lomasm* [1996] ECR, I- 02553, point 18; Case C-1/96, *Compassion in* World Farming Ltd. [1998] I-01251.

٤٤. پروندهٔ c-50/60, *commission v. the Netherlands* [2007] ECR در اعمال دستورالعمل 64/221/EEC مصوب ۲۵ فوریه ۱۹۶۴ در مورد هماهنگی اقدامات خاص راجع به جابجایی و سکونت اتباع خارجی که بر مبنای نظم عمومی، امنیت عمومی یا بهداشت عمومی توجیه می‌شود.

عمومی به‌وسیله اصل همکاری محدود می‌شود.

دیوان همچنین از *اصل تناسب*،[۴۵] برای کنترل تناسب اقدامات دولتهای عضو ناشی از قواعد امری آنها، استفاده کرده است. با این حال، این امر مختص نظم عمومی نیست. چرا که هر اقدامی از جانب دولتهای عضو، تابع معیار تناسب است. به‌علاوه معیار تناسب[۴۶] ممکن است به‌سادگی بر تغییر در اختیار دلالت کند. دیوان اختیار خودش را جایگزین اختیار کشورهای عضو کرد. اینکه آیا اختیار دیوان مشروع‌تر است یا اختیار کشورهای عضو، موضوعی است که باید بررسی شود، به‌ویژه هنگامی که به نظم عمومی کشورهای عضو مربوط می‌شود.

آخرین ضربه به آزادی کشورهای عضو در استفاده از نظم عمومی‌شان در مقابل تعهدات اروپایی آنها از دعوای Eglise de scientology[۴۷] ناشی می‌شود. در اینجا، دیوان، با اقدامات فرانسه در مورد انتقال سرمایه درون گروه کلیسایی علم‌شناسی به‌خاطر منافع شاخه فرانسوی، روبرو شد. یکی از این اقدامات مربوط به صدور اجازه قبل از هر انتقال است. باید به‌خاطر داشت که فرانسه کلیسای علم‌شناسی را یک فرقه تلقی می‌کند با تمام نتایج حقوقی و سیاسی که از چنین توصیفی ناشی می‌شود. واضح بود که اجازه قبلی، منع یا محدودیتی در مورد انتقال آزاد سرمایه ایجاد می‌کند. در این مورد هیچ اختلافی وجود نداشت. با این حال، فرانسه اعتقاد داشت که نظام اجازه قبلی، تنها راه برای مقامات فرانسوی است تا مطمئن شود که هیچ چیزی برخلاف سیاست آنها، علیه فرقه‌ها، انجام نمی‌شود. اما دیوان اعتقاد دیگری داشت، دیوان مقرر کرد که کلیت قانون به‌گونه‌ای است که هیچ مسئولی نمی‌تواند به‌طور تفصیلی بداند که چه اوضاع و احوالی باعث اعطاء یا امتناع از اعطای اجازه می‌شود. بنابراین، به نظر دیوان، شاید اجازه قبلی لازم باشد، اما نباید اجازه به‌عنوان یک شرط کلی و عام مدون شود. این نتیجه، به‌طور مستقیم، با معنی معمول و عملکرد استثناء نظم عمومی و این واقعیت که مفهوم و محتوای آن برحسب زمان متغیر است، مخالفت دارد. در حقیقت واضح است که دولت باید با فعالیتهای بازاری، خود را وفق دهد. اجبار دولت به تعریف تفصیلی اوضاع و احوال خاصی که در آن اجازه لازم خواهد بود، دولت را محکوم می‌کند که همیشه آخرین مسئول باشد، همیشه سعی کند راههایی برای پیشدستی در

---

٤٥. اصل تناسب (The Principle of Proportionality) یکی از اصول کلی حقوقی در نظام حقوقی اتحادیه اروپا است که از حقوق آلمان نشأت گرفته است. اصل تناسب یعنی اینکه بین مقررات و اقدامات اتخاذ شده از سوی اتحادیه و موضوع مورد نظر نسبت معقول و تعادل وجود داشته باشد. به عبارت دیگر چنانچه نهادهای اتحادیه، اقدام به وضع قانون یا مقررات خاصی بنمایند، بایستی اقدامات قانونگذاری و اجرایی آنها، با موضوع مربوطه متناسب باشد؛ و نمی‌توان تکالیف یا وظایف مالایطاق بر اشخاص، نهادها و دول تحمیل نمود. این اصل در مادهٔ ۵ معاهده ماستریخت قید شده و لذا لازم‌الاجرا می‌باشد. (رک. دکتر عباس کدخدایی، **ساختار و حقوق اتحادیه اروپایی**، ج. ۱، نشر میزان، ۱۳۸۰، صص ۹۷ و ۹۸) (مترجم).

46. Proportionality Test.

٤٧. زیرنویس شماره ۱۸.

اقدامات قانونی مخالف پیدا کند و فقط ابزارهایی را پس از وقوع حادثه، برای حمایت از نظم عمومی در اختیار دولت می‌گذارد. به‌علاوه اقدامات پس از وقوع حادثه، اغلب به معنای «همه برای هیچ»[۴۸] هستند.

مطالب مذکور در فوق به این معنا نیست که ما ضرورت تصدیق تناسب تدابیر نظم عمومی را که اهداف آن توسط دولتهای عضو اتخاذکننده آن اقدامات، بیان می‌شود انکار می‌کنیم. جای تردید نیست که استثناء نظم عمومی، همانند هر اقدام دیگری که توسط دولتهای عضو اتخاذ می‌شود، باید واقعاً منطبق با اصل تناسب باشد. در واقع، تطبیق و هماهنگی با اصل تناسب یک اصل کلی حقوقی، اعم از اروپایی، بین‌المللی یا ملی شده است که از ضرورت نظارت مناسب مشتق شده است. با این حال با اجبار دولتها به اینکه در خصوص نوع فعالیتهایی که به نظم عمومی آنها آسیب می‌رساند، دقیق باشند و به‌علاوه، با اجبار آنها به انجام قبلی آن، دیوان دولتها را از مهمترین اثر استثنائی نظم عمومی محروم می‌کند. در واقع، از دیدگاه سنتی، استثناء نظم عمومی به‌عنوان کنترل پس از حادثه فعالیتها در بازار عمل می‌کند. با این حال قانونگذاران نسبت به فعالان در بازار، از خلاقیت کمتری برخوردار هستند. لذا برای هر قانونگذار در دنیا، فوق‌العاده مشکل است که قبل از واقعه، تصور کنند که چه نوع تجاوزی در دنیای واقعی ارتکاب می‌یابد. مبارزه علیه آنچه اغلب امروزه تروریسم نامیده می‌شود، داستان‌واره است تا نمونه‌ای روشن از واقعیت.

٤ـ نتیجه

به‌طور خلاصه، هنگامی که تمام محدودیتهایی را که دیوان برای استفاده از استثناء نظم عمومی مبتنی بر معاهده جامعه اروپا، ایجاد کرده است، جمع کنیم، ممکن است تعجب کنیم که *پس چه باقی مانده است*؟ به عقیده ما پاسخ این است که *هیچ چیز*. واقعیت این است که این استثناء در حقوق اولیه دست نخورده باقی مانده،[۴۹] اما آزادی دولتهای عضو تا حدی کاهش پیدا کرده است که اکنون فوق‌العاده محدود شده است. دیوان حق داشت بیم داشته باشد که دولتها ممکن است از استثناء نظم عمومی سوء استفاده کنند. اما در نتیجه آن ترس و بیم، استثناء نظم عمومی، معنای اصلی خود را از دست داده است و فقط موارد معدودی باقی مانده که دولتها در اعمال آن استثناء مجاز شده‌اند. دعوای امگا[۵۰] نمونه جدیدی است که دیوان سرانجام اقدام دولت عضو به‌موجب استثناء نظم عمومی را پذیرفت. با این حال آن دعوی ممکن است کاملاً برای

---

48. All for Nought.

٤٩. شایسته توجه است که طرح معاهده قانون اساسی هیچ تغییری در این ایرادات نداده است.

50. Omega case (زیرنویس شماره ۱۷ فوق).

هدف ما اهمیت نداشته باشد. در آن پرونـده، دیـوان پـذیرفت کـه آلمـان تجـاری کـردن بـازی ویدیویی- اینترنتی معروف به «بازی در کشتار»[۵۱] را ممنوع کند؛ زیـرا آن بـازی صـریحاً نـاقض حمایت اساسی از انسان و حیات انسانی بود. اما چه کسی مـی‌توانـد اسـتدلال کنـد کـه امـروزه حمایت از حقوق بشر، نظم عمومی جامعه یا اروپا نیست؟ ازاین‌رو، دلیل اینکه آلمان مجاز باشد، از نظم عمومی خود برای منع تجاری کردن بازی مذکور استفاده کند، ممکن اسـت ایـن باشـد کـه نظم عمومی آلمان به‌طور واضح همان نظم عمومی اروپـا اسـت.[۵۲] مـا هنـوز منتظـر پرونـده‌ای هستیم که در آن نظم عمومی کشور عضو متفاوت از نظم عمومی جامعه اروپا باشـد و آن کـشور در دعوی پیروز شود.[۵۳] اینکه این وضعیت قابل قبولی هست یا نـه، نیـاز بـه بررسـی دارد. شـاید جامعه اروپا به‌گونه‌ای با هم متحد و منسجم شده است که اکنون استثناء نظم عمومی بایـد کنـار گذاشته شود. ما در مورد آن تردید داریم. این تردید عمدتاً به این خاطر اسـت کـه نظـم عمـومی بارزترین سمبل فرهنگ است و ما فکر می‌کنیم که فرهنگ‌های متفاوت کشورهای عضو، شکوه و جلال ایجاد می‌کند، نه ضعف و آسیب. در صورتی که نهادهای اروپایی به‌گونـه‌ای تـداوم یابنـد که گویی فرهنگهای کشورهای عضو دیگر نباید مجاز به ارائه خودشان باشند، ما نبایـد متعجـب شویم آنگاه که شاهد رشد اقدامات ضد اروپایی باشیم، همان‌گونه کـه بـه‌طـور تنـاوب در تـاریخ طرح‌ریزی اروپا شاهد آن بوده‌ایم.

---

51. Playing at Killing.

۵۲. به همین ترتیب است در پرونده C-7/98, *krombach* [2000] ERC I-01935 که آلمان مجاز شد، اجرای رأی کیفری فرانسوی که بعد از تشریفات مربوط به امتناع از حضور در دادگاه (contumace) صادر شده بود را منع کند. خصوصیات آن آیین و تشریفات، آن را با حق بنیادین هر شخص در بهره‌مندی از دادرسی منصفانه متضاد می‌کند. (ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر). به همین ترتیب، در زمینه ورشکستگی، رک.

C-341/04, *Eurofoods* [2006] ERC, I-03813.

۵۳. در مقام مقایسه می‌توان به تصمیم روزنگرن (Rosengren) صادره در ۷ ژوئن ۲۰۰۷ دقت کرد؛ که در آن دیوان یک‌بار دیگر به انحصار مالکیت دولتی الکل در سوئد طبق ایراد بهداشت عمومی معاهده جامعه اروپا توجه کرد. در اینجا باز هم، به‌دلیل نقض شرط تناسب، دیوان، سوئد را از اتخاذ اقدامی جهت جلوگیری از واردات خصوصی نوشیدنیهای الکلی منع کرد. همین وضعیت در پرونده‌های C-359/04 و placanica ECR, C-338/04 [2007] در مورد تنظیم بازیهای‌شانسی و شرط‌بندی بر روی وقایع ورزشی، صادق است. این فعالیت معمولاً توسط حقوق ثانوی خاص اروپا تنظیم نمی‌شود و دستورالعمل خدمات آن را از قلمرو اعمالش خارج می‌کند. با این حال آن فعالیت، به‌طور واضح، مشمول گردش آزاد خدمات به‌موجب حقوق اولیه قرار می‌گیرد.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۲۳۱ـ۱۹۹، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۱۱/۳۰، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۲/۲۸

تعهدات خریدار در بیع بین‌المللی
مطالعه‌ای تحلیلی در رویه قضایی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا*

لاری اِی. دیمتئو، لوسیَن جِی. دووگ، استفانی گرین،
ویرجینیا جی. مائورِر، و ماریسا آنه پاگناتارو**
ترجمه: ماشاءالله بناء نیاسری***

تعهدات خریدار در قراردادهای مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا محور این نوشتار است. با لحاظ اینکه حق فسخ قرارداد در کنوانسیون به‌طور محدود پیش‌بینی شده است، تکالیف سنگین متعددی از جمله تعهد به بازرسی کالا، تعهد به اطلاع عدم انطباق کالا به فروشنده، تعهد به اطلاع فسخ قرارداد به فروشنده، تعهد به حفظ و نگاهداری کالا در صورت رد مبیع، تعهد به تأدیه ثمن، و تعهد به تسلّم مبیع برعهده خریدار قرار دارد. در نوشته حاضر، بررسی می‌نماییم که محاکم و مراجع داوری تعهدات مصرَّح درکنوانسیون را چگونه تعبیرکرده‌اند.

---

*. این مقاله ترجمه فصل پنجم از کتاب زیر است:
Larry A. DiMatteo, Lucien J. Dhooge, Stephanie Greene, Virginia G. Maurer, and Marisa Anne Pagnattaro, International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, Cambridge University Press, First Published 2005, Chapter Five, PP. 76-100.

**. نویسندگان به‌ترتیب عبارتند از: دانشیار حقوق در دانشگاه فلوریدا، دانشیار حقوق بازرگانی در دانشگاه پِسیفیک، استادیار حقوق بازرگانی درکالج حقوق بُستون، استاد حقوق بازرگانی در دانشگاه فلوریدا، و استادیار حقوق درکالج بازرگانی دانشگاه جورجیا.

***. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

الف ـ تعهد به بازرسی کالا، اعلام عدم انطباق کالا به فروشنده، و حفظ و نگاهداری کالا

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا خریدار را ملزم می‌داند مبیع را بازرسی نموده، و هرگونه عیب یا نقصی را که در ایفای تعهدات بایع وجود دارد، به‌نحو کافی و به‌موقع اطلاع دهد، و چنانچه درصدد رد کالای تسلیمی بایع است کالا را [تا زمان استرداد به بایع] حفظ و نگاهداری نماید. این تعهدات در مواد ۳۸، ۳۹، ۴۴، و ۸۶ کنوانسیون بیان شده است. نخستین تعهد هر خریدار، الزام به بازرسی مبیع است. ماده ۳۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد که خریدار «مکلف است ظرف کوتاهترین زمان ممکن در آن اوضاع و احوال کالا را [شخصاً] بازرسی نموده یا شخص دیگری را مأمور این کار نماید».[1] در صورتی‌که قرارداد متضمن حمل کالا یا تغییر مسیر و مقصد کالای در حال حمل است، قواعد خاصی حکومت می‌کند. در فرضی‌که قرارداد متضمن حمل کالا می‌باشد، *ممکن است* بازرسی به پس از واصل شدن کالا به مقصد موکول گردد.[2] در مقام مقایسه، در صورتی‌که خریدار مسیر و مقصد کالای در حال حمل را تغییر داده یا کالا را پس از واصل شدن، مجدداً به مقصد دیگری ارسال می‌نماید، بازرسی ممکن است تا پس از رسیدن کالا به مقصد نهایی به تعویق افتد.[3] معذلک، در این موارد بازرسی کالا صرفاً در صورتی ممکن است به تعویق افتد که بی‌آنکه «فرصت متعارفی» برای بازرسی کالا وجود داشته باشد، مسیر و مقصد کالای در حال حمل تغییر یابد، یا کالا مجدداً به مقصد دیگری ارسال شود.[4] وانگهی، خریدار باید ثابت نماید بایع در زمان انعقاد قرارداد از احتمال تغییر مسیر و مقصد کالای در حال حمل یا ارسال مجدد کالا اطلاع داشته یا می‌باید اطلاع می‌داشت.[5]

عدم رعایت مقررات ماده ۳۸ حق خریدار را جهت توسل به دفاع عدم انطباق کالا در دعوایی‌که احتمالاً در آینده علیه فروشنده اقامه نماید، ساقط خواهدکرد. همچنین، خریدار چنانچه در اطلاعی‌که ظرف مهلت متعارف به بایع می‌دهد «نوع عدم انطباق» را مشخص نسازد، این وسیله دفاعی را از دست می‌دهد.[6] مهلت اعلام عدم انطباق کالا به فروشنده، از زمان کشف واقعی عیب یا نقص کالا، یا از زمانی‌که خریدار باید عیب یا نقص کالا را کشف می‌کرد، شروع به جریان می‌نماید.[7] به هر تقدیر، چنانچه «حداکثر ظرف مهلت دو سال از تاریخی‌که کالا به‌طور مادی به قبض خریدار داده شده است»، خریدار عیب یا نقص کالای تسلیمی را به بایع اطلاع

---

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, April 11, 1980, 1489 U.N.T.S. 3, 19 I.L.M. 671, (hereinafter CISG) at Art. 38(1).
2. *Id*. at Art. 38(2).
3. *Id*. at Art. 38(3).
4. *Id*.
5. *Id*.
6. *Id*. Art. 39(1).
7. *Id*.

ندهد، دیگر حق نخواهد داشت به عدم انطباق کالا با قرارداد استناد نماید.[۸] این مهلت زمانی دو ساله، تاحدی که با هرگونه گارانتی مقرر در قرارداد بیع منافات داشته باشد، قابل اعمال نخواهد بود.[۹] به‌علاوه، چنانچه خریدار در خصوص عدم اعلام عیب یا نقص کالا عذر موجهی ارائه دهد، حق تقلیل ثمن قابل پرداخت به بایع، یا حق مطالبه خسارات به استثنای عدم‌النفع را دارا خواهد بود.[۱۰]

خریدار در مقابل حقی که جهت رد کالای غیر منطبق دارا است، متقابلاً متعهد است کالای موصوف را به حساب فروشنده حفظ و نگاهداری کند. ماده ۸۶ کنوانسیون مقرر می‌نماید خریدار مکلف است به‌منظور حفظ و نگاهداری کالا اقداماتی را که «درآن شرایط متعارف است» معمول دارد.[۱۱] خریدار حق دارد هزینه‌های ضروری را که جهت حفظ‌ونگاهداری کالا متحمل شده، از بایع مطالبه کند و همچنین حق حبس کالا را تا زمان وصول این هزینه‌ها دارا است.[۱۲] چنانچه بایع مبیع را به قبض خریدار داده و خریدار متعاقب قبض آن مایل به رد کالای مزبور باشد، مکلف است کالا را به حساب بایع در قبض خود نگاه دارد.[۱۳] تعهد خریدار در این مورد مشروط بر این است که خریدار قادر باشد کالا را بدون تأدیه ثمن قبض نماید و نیز «مشقت یا هزینه نامتعارفی» بر او تحمیل نشود.[۱۴] در صورتی که بایع یا شخصی که از جانب او مأذون است بر کالا استیلاء یابد، در زمان واصل شدن کالا در مقصد حاضر باشد، تعهداتی که ماده ۸۶ برعهده خریدار می‌گذارد، قابل اعمال نخواهد بود.[۱۵]

---

8. *Id.* Art. 39(2).
9. *Id.*
10. *Id.* Art. 44.
11. *Id.* Art. 86(1).
12. *Id.*
13. *Id.* Art. 86(2).
14. *Id.*
15. *Id.*

۱ـ حقوق و تعهدات ناظر به بازرسی کالا: بررسی ماده ۳۸ کنوانسیون[۱۶]

آن دسته از دادگاه‌های داخلی که به تفسیر مقررات کنوانسیون راجع به بازرسی کالا، اعلام عدم انطباق کالا به فروشنده، و حفظ و نگاهداری کالا پرداخته‌اند، به سه مسئله که در مورد ماده ۳۸ مطرح است، توجه خاصی مبذول داشته‌اند. این مسائل عبارتند از مهلت زمانی که خریدار موظف است ظرف آن کالا را بازرسی نماید؛ دومین مسئله این است که مقصود از بازرسی کافی چیست؟ و سه دیگر، مسئله صحت و نفوذ شروط قراردادی است که مقررات کنوانسیون را در خصوص بازرسی کالا توسط خریدار تغییر دهد.

نخستین مسئله‌ای که دادگاه‌های داخلی در خصوص ماده ۳۸ مورد توجه قرار داده‌اند، مهلت زمانی است که خریدار موظف است ظرف آن کالایی را که از فروشنده ابتیاع نموده، بازرسی نماید. بند (۱) ماده ۳۸ کنوانسیون لازم می‌شمارد که بازرسی کالا «ظرف کوتاه‌ترین زمان ممکن درآن اوضاع و احوال» صورت پذیرد.[۱۷] این بند مهلت معینی را مقرر نمی‌دارد که لازم باشد بازرسی مزبور ظرف آن مهلت انجام گیرد تا خریدار مختار به رد کالا به استناد عدم انطباق باشد؛[۱۸] بلکه به‌نظر می‌رسد مهلتی که ظرف آن بازرسی کالا باید صورت گیرد، برحسب اوضاع و احوال خاص هر مورد متغیر است.[۱۹] نویسندگان به درستی متذکر شده‌اند «عبارت این بند ظاهراً مفهم این معنا است که کوتاه‌ترین زمان ممکن برای بازرسی یک دستگاه پیچیده که خریداری در یک شهر دورافتاده واقع در یک کشور در حال توسعه دریافت می‌کند، چه بسا متفاوت باشد با کوتاه‌ترین زمان ممکن برای بازرسی کالایی از نوع دیگر که خریداری باتجربه در یک شهر

---

۱۶. ماده ۳۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «(۱) خریدار مکلف است ظرف کوتاه‌ترین زمان ممکن با توجه به اوضاع و احوال، کالا را [شخصاً] بازرسی نموده، یا شخص دیگری را مأمور این کار نماید.

(۲) چنانچه قرارداد متضمن حمل کالا نیز باشد، بازرسی ممکن است تا پس از وصول کالا به مقصد به تعویق افتد.

(۳) چنانچه خریدار مسیر و مقصد کالای در حال حمل را تغییر دهد، یا پس از وصول کالا به مقصد، کالا را مجدداً به مقصد دیگری ارسال کند، بی‌آنکه وی فرصت متعارفی برای بازرسی کالا داشته باشد، و در زمان انعقاد قرارداد نیز بایع از احتمال تغییر مسیر و مقصد کالای در حال حمل یا ارسال مجدد کالا اطلاع داشته یا می‌بایست اطلاع می‌داشت، در این صورت امر بازرسی کالا ممکن است تا پس از وصول کالا به مقصد جدید به تعویق افتد».

17. *Id.* Art. 38(1).

18. Herbert Bernstein & Joseph Lookofsky, Understanding the Convention on the International Sale of Goods in Europe 4-9 (2d ed. 2002);

همچنین رک.

Joseph Lookofsky, In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. 263, 269 (2003).

۱۹. برای دیدن انتقاد از تفسیر موسع مهلتی که براساس ماده ۳۸ بازرسی کالا باید صورت پذیرد رک.

Amy H. Kastely, Reflections on the International Unification of Sales Law: Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention, 8 Nw. J. Int'l L. & Bus. 574, 618-19 (1988).

صنعتی بزرگ دریافت می‌دارد».[۲۰] این نظر از سوی پاره‌ای از نویسندگان که از لزوم ارائه تفسیری یکنواخت از ماده ۳۸ حمایت می‌کنند، مورد انتقاد قرار گرفته است.[۲۱] در مقابل، برخی نویسندگان منعطف بودن مهلت بازرسی را ستوده‌اند؛ بدین لحاظ که این انعطاف‌پذیری به‌منظور پیشبرد اجرای کنوانسیون در کشورهای در حال توسعه که به علت فقدان تشکیلات زیربنایی یا دورافتادگی جغرافیایی، دچار ضعف امکانات ارتباطی هستند، امری محتوم جلوه می‌کند.[۲۲]

در آرای دادگاه‌های داخلی نیز بر لزوم انعطاف‌پذیری مهلت بازرسی صحه گذاشته شده و از آن حمایت شده است. تفسیری که در سوئیس از ماده ۳۸ کنوانسیون ارائه شده بر این نکته اشارت دارد که دادگاه‌ها در تعیین مهلتی که لازم است بازرسی کالا صورت گیرد باید نوع کالا، کمیت، بسته‌بندی آن و کلیه شرایط دخیل دیگر را لحاظ نمایند.[۲۳] این تفسیر در رأی یکی از دادگاه‌های امریکا نیز تکرار شده است. در این رأی، دادگاه امریکایی خاطر نشان نمود که در تعیین مهلت بازرسی باید فقدان اشباه و نظایر و قیمی بودن کالای مورد نظر، روش تسلیم کالا (از جمله تسلیم کالا به‌دفعات)، و آشنایی یا عدم آشنایی کارگران خریدار با کالا را ملحوظ نظر قرار داد.[۲۴] دادگاه‌هایی که این نظر را اختیار کرده‌اند متذکر شده‌اند که خریدار می‌تواند دلیلی ارائه نماید دائر بر اینکه به علت وجود شرایط خاص، بازرسی نمی‌توانسته است به‌نحو دقیق صورت گیرد.[۲۵] هر چند در کنوانسیون صریحاً مقرر نشده است، بااین همه خریداری که درپی مهلت اضافی برای بازرسی کالا است باید ثابت نماید که به چه علت اعطای مهلت اضافی بدین منظور لازم است.[۲۶]

---

20. Alejandro M. Garro, Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 23 Int'l L. 443 (1989).

۲۱. به‌عنوان نمونه رک.

Franco Ferrari, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, 24 Ga. J. Int'l & Comp. L. 183 (1994); Sunil R. Harjani, The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts, 23 Hous. J. Int'l L. 49 (2000).

22. Lisa M. Ryan, The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Divergent Interpretations, 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 99, 111 (1995).

23. Obergericht Kanton Luzern, SJZ 94 515-18, Nov. 30, 1998.

24. Shuttle Packaging Sys. v. Jacob Tsonakis, INA, S.A., No. 1:01-CV-691, 2001 U.S. Dist. LEXIS 21630, (W. D. Mich. Dec. 17, 2001).

۲۵. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Koblenz, 14 S 358/94, Jul. 7, 1995(F.R.G.), *available at* http: // www. cisg. law. pace. edu/ cisg/ wais/db/cases2/950707g1.html.

26. HG Zürich, SZIER 930634/O, Nov. 30, 1998, (Switz.), *available at* http: //www. cisg.law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/981130s1.html.

مع‌الوصف، این تفسیر منعطف که مهلت بازرسی را برحسب اوضاع و احوال متغیر می‌داند، در سراسر جهان مقبول نیافتاده است؛ بلکه در مقابل، بخش اعظم رویه قضایی با حمایت از تفسیری‌که قائل به انعطاف‌پذیری‌کمتر در خصوص تعهد بازرسی است، تفسیر فوق‌الذکر را کنار نهاده است.[۲۷] این دسته از دادگاه‌ها، در مقام تعیین اینکه آیا بازرسی ظرف کوتاه‌ترین زمان ممکن صورت گرفته است یا خیر، دو رویه متفاوت در پیش‌گرفته‌اند. براساس رویه نخست، [به‌منظور پذیرش مهلت اضافی] لازم است خریدار عسر و حرج خاصی را که پیش از تقاضای مهلت اضافی برای بازرسی وجود داشته باشد، ثابت نماید. این دسته از محاکم بر این مبنا که خریدار با عسر و حرجی مواجه نبوده است، از پذیرش مهلت اضافی جهت انجام بازرسی‌کالا خودداری‌کرده‌اند. دادگاه‌هایی‌که این نظر را برگزیده‌اند عواملی همچون سهولت امر بازرسی در زمان تسلیم کالا،[۲۸] یا ظاهر بودن عیب یا نقص مورد ادعا، مانند سهل‌الرویه بودن عیب یا نقص و اختلاف و ناهمخوانی در رنگ و وزن کالاها را مد نظر قرار داده‌اند.[۲۹] فقدان اشباه و نظایر برای‌کالا، ماهیت پیچیده کالا، تسلیم کالا به‌دفعات، و نیاز به آموزش کارگران خریدار جهت بهره‌برداری از کالا نیز دشواری‌های خاصی را بر خریدار تحمیل می‌کند و دلایل موجّهی برای وجود مهلت بیشتر برای انجام امر بازرسی‌کالا توانند بود.[۳۰] وانگهی، دخل و تصرف نهایی در کالا

---

27. OLG Düsseldorf Recht der Internationalen Wirtschaft [RIW] 1050-51, Feb 10, 1994 (F.R.G.), *available a*t http: //cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940210g1.html; Rheinland Versicherungen *v.* Atlarex S.r.l., Trib. Di Vigevano, July 12, 2000, n.405, *available at* http: // www. cisg. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/000712i3.html.

برای دیدن انتقاد از تفسیر مضیق دادگاه‌های آلمان از ماده ۳۸ کنوانسیون رک.

Michael Joachim Bonell & Fabio Liguori, The United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law (Part II), 1 Uniform L. Rev. 359, 360 (1996);

همچنین رک.

Danielle Alexis Thompson, Translation of Oberlandesgericht Karlsruhe Decision of 25-06-1997 including Commentary – Buyer Beware: German Interpretation of the CISG has Led to Results Unfavorable to Buyers, 19 J.L. & Com. 245, 254-57 (2000).

۲۸. به‌عنوان نمونه رک.

Handelsagentur v. DAT-SCHAUB A/S, Mar. and Commercial Ct. of Copenhagen, n. H-0126-98, Jan. 31, 2002 (Den.), *available at* http://www.cisg.dk/shd310102.htm; OLG Düsseldorf, Recht der Internationalen Wirtschaft [RIW], 1050-51, Feb 10, 1994 (F.R.G.), *available at* http:// www. cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/940210g1.html.

29. HG Zürich, HG 930634/O, Nov. 30, 1998, (Switz.), *available at* http:// www.cisg.law. pace. edu/wais/db/cases2/981130s1.html.

۳۰. به‌عنوان نمونه رک.

Shuttle Packaging Sys. v. Jacob Tsonakis, INA, S.A., No. 1:01-CV-691, 2001 U.S. Dist. LEXIS 21630, (W. D. Mich. Dec. 17, 2001).

پس از تسلیم نیز عاملی است که ممکن است در این رسیدگی مؤثر افتد. دادگاه‌های دو کشور بلژیک و هلند که برای عامل اخیرالذکر اهمیت فراوانی قائل شده‌اند، با آنکه لازم دانسته‌اند بازرسی پیش از شروع به فرآوری کالا، تبدیل کالا، یا ادغام و امتزاج آن با کالایی دیگر در فرایند تولید صورت پذیرد، لیکن مهلت‌های معینی را برای انجام امر بازرسی کالا مشخص نساخته‌اند.[۳۱]

در مقابل، دسته دیگری از دادگاه‌ها در خصوص انجام امر بازرسی توسط خریدار مهلت‌های معینی را برقرار کرده، و بالاخص در مورد کالاهای فاسدشدنی از وجود یک فرجه زمانی معین برای انجام بازرسی کالا حمایت نموده‌اند. در مورد کالاهای فاسدشدنی، دادگاه‌های داخلی لازم دانسته‌اند که بازرسی بلافاصله پس از تسلیم مبیع به خریدار صورت پذیرد.[۳۲] این نظر با توجه به آثار و تبعاتی که تأخیر در بازرسی این‌گونه کالاها به همراه دارد، معقول می‌نماید. با وجود این بعضی از دادگاه‌های داخلی لزوم بازرسی به محض تسلیم کالا را به مورد کالاهای غیرفاسدشدنی نیز تسری داده‌اند.[۳۳] دادگاه‌های دو کشور آلمان و سوئیس با اعطای یک هفته

---

31. Silver Int'l v. Pochon Tissage, S.A., Rechtbank van Koophandel, Kortrjik, A.R 651/97, June 27, 1997, (Belg.), *available at* http://www.cisg.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1997-06-27.htm; Nurka Furs/Nertsenfokkerij De Ruiter, HOF Hertogenbosch [HOF][District Court of Appeal], Dec. 15, 1997, NIPR 201 (Neth.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971215n1.html; CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts, Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html.

۳۲. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Saarbrücken, 1 U 703/97-143, June 3, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisg.l aw. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/980603g1.html;

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش گل بود).

OLG Düsseldorf, 17 U 82/92, Jan. 8, 1993, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisg.law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/930108g1.html;

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش خیار بود).

CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts, Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.) *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html;

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش ماهی بود).

Fallini Stefano & Co./Foodik, Rb. Roermond, Dec. 19, 1991, NIPR 394 (Neth.), *available at* http:// www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/911219n1.html.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش پنیر بود).

۳۳. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Karlsruhe, 1 U 280/96, June 25, 1997, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisg. law. pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625g1.html; OLG München, 7 U 3758/94 Feb. 8, 1995, (F.R.G.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950208g4.html; LG Aachen, 41 O 198/89 Apr. 3, 1990, (F.R.G.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/900403g1.html.

مهلت به خریدار از تاریخ تسلیم مبیع، جهت انجـام عمـل بازرسـی، موضـع ملایمتـری را اتخـاذ کرده‌اند.[۳۴]

دادگاه‌های داخلی همچنین به مهلتی‌که خریدار موظف است ظرف آن مهلت در صـورت تغییر مسیر و مقصد کالای در حال حمل یا ارسال مجدد کالا به مـصرف‌کننـده نهـایی، کـالا را بازرسی‌کند، نیز اشاره نموده‌اند. به‌نظر می‌رسد بند (۳) ماده ۳۸ کنوانسیون در فرضی‌که اوضـاع و احوال محیط بر مورد، همچون نیاز به بازکردن بخش عمده‌ای از بسته‌بندی‌کالا پیش از بازرسی، امر بازرسی را غیرممکن می‌گرداند، به خریدار جهت انجام بازرسی مهلتی اعطاء می‌نمایـد. بـااین حال، ماده ۳۸ کنوانسیون اوضاع و احوالی را که در صورت وجود آن، تعویـق در بازرسـی ممکـن می‌شود، یا مهلتی را که ظرف آن باید با واصل شدن کالا به مقصد نهایی بازرسـی انجـام گیـرد، تعریف و تعیین نمی‌کند.

در خصوص مهلت زمان لازم برای بازرسی در فرض ارسال مجـدد کـالا، رویـه قـضایی اندکی به چشم می‌خورد. بااین همه، آرای قضایی و داوری موجود در این نکته اشتراک دارند کـه جملگی تفسیری مضیق از بند (۳) ماده ۳۸ به‌دست داده‌اند. تفسیر مضیق از بنـد (۳) مـاده ۳۸ از سه حیث قابل مشاهده است: اولاً، براساس بنـد (۳) مـاده ۳۸ بازرسـی‌کـالا را فقـط در صـورتی می‌توان به تعویق انـداخت کـه خریـدار صـرفاً واسـطه‌ای باشـد کـه کـالا را بـه قـصد فـروش خریداری‌کرده، یا اینکه کالا [بی‌آنکه نخست توسط خریدار قبض شود] مستقیماً به مصرف‌کننـده نهایی تسلیم گردد.[۳۵] در مقام مقایسه، چنانچه خریدار بدون اطلاع قبلی از اینکـه نهایتـاً تـا چـه میزان، چه موقع، و به چه کسی‌کـالا را دوبـاره خواهـد فروخـت، کـالای مزبـور را قـبض نمایـد نمی‌توان امر بازرسی را به تعویق انداخت.[۳۶] ثانیاً، چنانچه خریدار صرفاً به‌عنوان واسطه‌ای فعالیت کند که کالا را به قصد فروش خریداری‌کرده، یا در فرض تسلیم مستقیم کالا بـه اسـتفاده‌کننـده نهایی، بازرسی‌کالا صرفاً در صورتی ممکن است به تعویق افتد که خریدار بتوانـد نبـود «فرصـت واقعی» جهت بازرسی تمام کالا را به اثبات برساند.[۳۷] برعکس، چنانچه تنها بخشی از کالا بـرای استفاده‌کننده نهایی مجدداً ارسال‌گردد، خریدار همچنان متعهد است آن بخش از کالا را که هنوز

---

۳٤. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Koblenz, 14 S 358/94, Jul. 7, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/950707g1.html#cs; Handelsgericht Zürich, HG 930634/O, Nov. 30, 1998, (Switz.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981130s1.html.

35. OLG Saarbrücken, 1 U 69/92, Jan. 13, 1993, (F.R.G.), *available at* http: //cisg. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/ 930113g1.html.

36. *Id.*

37. Obergericht [OG] Kanton Luzern [Appellate Court], 94 SJZ 515-18, Nov. 30, 1998, (Switz.).

در قبض خود دارد، بازرسی کند.[۳۸] عدم انجام بازرسی به‌موقع، حقی را که خریدار براساس ماده ۳۸ کنوانسیون برای رد کالا به‌جهت عدم انطباق دارا است، ساقط می‌نماید. همچنین در صورتی‌که خریدار پیش از ارسال کالا برای استفاده‌کننده نهایی، کالا را فرآوری نموده یا مجدداً بسته‌بندی کرده باشد، نیز وی حق تعویق بازرسی را که براساس بند (۳) ماده ۳۸ کنوانسیون دارا است، از دست می‌دهد. نهایتاً، نکته سوم اینکه هرگونه تأخیر از سوی استفاده‌کننده نهایی در بازرسی کالا یا در اعلام عدم انطباق کالا نازل به‌منزله تأخیر خود خریدار بوده، و ممکن است حق استناد به ماد ۳۸ جهت رد کالا را ساقط نماید.[۳۹]

موضوع دیگری‌که دادگاه‌های داخلی بدان پرداخته‌اند آن است که چه بازرسی‌ای، بازرسی متعارف به شمار می‌رود؟ خریدار ملزم نیست کالا را آنچنان بازرسی نماید که کلیه عیوب یا نقایص احتمالی کشف‌گردد؛ بلکه بازرسی کالا از سوی خریدار بایست با توجه به اوضاع و احوال، متعارف باشد. و این بازرسی برحسب شروط قرارداد مورد نظر، عرف تجاری، نوع کالا، و امکانات فنی و تخصص و مهارت طرفین متفاوت است.

با مطالعه آرای صادره، می توان چهار قاعده عمومی در خصوص میزان دقت، کمال و تمامیت بازرسی مقرر در ماده ۳۸ استخراج‌کرد. در وهله نخست، خریدار مکلف است برای یافتن آثار و قرائن عدم انطباق، بسته‌بندی کالا را وارسی‌نماید.[۴۰] خریدار تعهد صریحی برعهده دارد دائر بر اینکه از طریق وارسی بسته‌بندی کالا، من‌جمله ملاحظه برچسب محصول، وزن، و تاریخ تولید، هرگونه عیب یا نقص سهل‌الرویه را بیابد.[۴۱] عدم‌کشف این قبیل عیوب یا نقایص ظاهری، حق رد کالا را که خریدار به استناد ماده ۳۸ کنوانسیون دارا است، ساقط می‌نماید. در مرحله بعد، خریدار ملزم است خود کالا را به‌دقت وارسی نموده و هرگونه عیب یا نقص سهل‌الرویه (ظاهر) را کشف نماید. در آرای صادره مشخص نشده است که مقصود از عیب یا نقص ظاهر و قابل‌رؤیت چیست؟ مع‌هذا، دادگاه‌های داخلی اختلاف و ناهمخوانی در رنگ، وزن، و یکدستی کالا را در زمره عیب یا نقص ظاهر دانسته‌اند.[۴۲] به‌علاوه، چنانچه کمیّت یا نوع و طبیعت کالا، بازرسی تمام و کمال کالا را غیرممکن سازد، خریدار از بازرسی تام و تمام کالا معاف است. مع‌الوصف، در این

---

38. *Id.*

39. OLG München, 7 U 3758/94 Feb. 8, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg.law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/950208g4.html.

40. Handelsagentur *V.* DAT-SCHAUB A/S, Mar. and Commercial Ct. of Copenhagen, n. H-0126-98, Jan. 31, 2002, (Den.), *available a*t http://www.cisg.dk/shd310102.htm.

41. *Id.*

42. HG Zürich, HG 930634/O, Nov. 30, 1998, (Switz.), *available at* http:// cisg.law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/981130s1.html.

موارد خریدار کاملاً از انجام بازرسی کالا معاف نمی‌گردد بلکه ملزم است به‌هنگام قبض مبیع، از کالا نمونه بردارد یا کالا را بازرسی تصادفی نماید، و هرگونه عیب یا نقص ظاهر را یافته و اطلاع دهد.[۴۳] اگر محموله‌های پیشین که از سوی همان فروشنده ارسال شده — در صورت وجود چنین محموله یا محموله‌هایی ـ غیرمنطبق با قرارداد بوده است، خریدار نمی‌تواند به نمونه‌برداری از کالا یا بازرسی تصادفی کالا بسنده و اعتماد نماید.[۴۴] لازم نیست خریدار عیوب یا نقایصی را کشف نماید که فروشنده با زیرکی آنها را مخفی نگاه داشته است.[۴۵] به هر تقدیر، بار اثبات اینکه بازرسی به‌نحو متعارف صورت گرفته است، بر دوش خریدار قرار دارد.[۴۶]

آخرین موضوعی که دادگاه‌های داخلی در خصوص ماده ۳۸ کنوانسیون مورد بررسی قرار داده‌اند، مسئله صحت و نفوذ آن دسته از شروط قراردادی است که برخلاف تعهدات مصرّح در ماده ۳۸ راجع به بازرسی کالا مورد توافق متعاقدین قرار گرفته است. نویسندگان متذکر شده‌اند که مقررات ماده ۳۸ کنوانسیون، من‌جمله مقررات ناظر به بازرسی کالا و لزوم اطلاع عدم انطباق کالا به فروشنده، در زمره قواعد تخییری بوده، و متعاقدین مخیرند که به شروطی متفاوت با مقررات این ماده توافق نمایند.[۴۷] بعضی از دادگاه‌های داخلی در آرای خود به این موضوع اشاره کرده‌اند.

---

43. OLG Koblenz, 14 S 358/94, Jul. 7, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/950707g1.html#cs;

(دردعوای فوق، موضوع قرارداد مواد شیمیایی بود).

Obergericht Kanton Luzern, 94 SJZ 515-18, Nov. 30, 1998.

(در دعوای فوق، موضوع قرارداد تجهیزات پزشکی بود).

44. LG Stuttgart, 3 KfH O 97/89, Aug. 31, 1989, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/890831g1.html.

(در این رأی آمده: در صورت وجود عدم انطباق در نخستین محموله کفش، خریدار ملزم بوده دومین محموله کفش را که از همان فروشنده دریافت کرده، به‌طور کامل بازرسی نماید).

45. LG Trier, 7 HO 78/95, Oct. 12, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/951012g1.html.

(در این رأی آمده: اینکه فروشنده ایتالیایی مشروبات فروخته‌شده به خریدار آلمانی را عمداً با آب درآمیخته و متعاقباً آن را اختفاء نموده است، مانع می‌گردد فروشنده بتواند به عدم بازرسی کافی کالا از سوی خریدار به‌هنگام تسلّم مبیع استناد نماید).

٤٦. به‌عنوان نمونه رک.

Obergericht [OG] des Kantons Luzern [Appellate Court], 11 95 123/357, Jan. 8, 1997, (Switz.), *available at* http://cisg3.law.pace.edu/cases/970108s1.html.

٤٧. به‌عنوان نمونه رک.

Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law - The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods 72 (1986); Louis F. Del Duca & Patrick Del Duca, Tenth Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law: Convention on the International Sale of Goods: Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods, 106 Dic. L. Rev. 205, 227 (2001).

(لوئیس دل دوکا و پاتریک دل دوکا در مقاله فوق به فواید تعیین مهلت از سوی خود متعاقدین جهت بازرسی کالا و اعلام عدم انطباق کالا اشاره نموده، و آن را به‌عنوان راهی برای گریختن از تردیدها و اختلاف نظرات ناشی از مواد ۳۸ و ۳۹ کنوانسیون معرفی می‌نمایند).

قصد متعاقدین مبنی بر عدول از مقررات ماده ۳۸ باید به‌وضوح در قرارداد مورد تصریح قرار گیرد. دراین خصوص، طرفی‌که خواهان به‌موقع اجرا گذاشتن چنین شرطی است باید ثابت نماید هردو متعاقدین از قابلیت اجرای‌کنوانسیون بر قرارداد خود آگاه بوده، و صریحاً قصد داشته‌اند قرارداد خود را از شمول [این ماده] کنوانسیون مستثنا نمایند.[۴۸] عبارتی‌که ادعا می‌شود دال بر عدول از مقررات ماده ۳۸ کنوانسیون است باید صریحاً عدم شمول مقررات این ماده را بر قرارداد پیش‌بینی نماید، و این معنا را نمی‌توان از طریق شروط مرتبطی‌که در قرارداد آمده، به‌شکل تلویحی استنباط کرد.[۴۹]

طرفین قرارداد در پی اعلام قصد صریح خود مبنی بر عدول از مقررات ماده ۳۸ کنوانسیون، ممکن است به مهلت معینی برای انجام امر بازرسی توافق نمایند یا به مهلت زمانی‌که برحسب عرف و عادت تجاری دراین خصوص مستقر شده، بسنده و اتکا کنند. چنانچه متعاقدین بر مهلت معینی برای انجام بازرسی‌کالا به توافق برسند، اطلاع‌های لازم باید ظرف مهلت مورد توافق داده شود تا مؤثر و معتبر باشد.[۵۰] مهلت‌های مورد توافق متعاملین که در آرای دادگاه‌های داخلی ملاحظه می‌شود، از هشت تا چهارده روز از تاریخ تسلیم کالا متغیر است.[۵۱] وانگهی، مهلت زمان بازرسی و اطلاع عدم انطباق‌کالا به فروشنده ممکن است برپایه عرف و عادت تجاری قرار داده شود.[۵۲] به‌هرحال، متعاقدینی‌که تعیین این مهلت‌ها را به عرف احاله

---

۴۸. به‌عنوان نمونه رک.

Obergericht [OG] des Kantons Luzern [Appellate Court], 11 95 123/357, Jan. 8, 1997, (Switz.), *available at* http://cisg3.law.pace.edu/cases/970108s1.html.

۴۹. به‌عنوان نمونه رک.

Int'l Chamber Of Commerce, Pub. No. 7565/1994, 6 ICC Int'l Ct. of Arb. Bull. 64, 64-6 (Nov. 1995).

(در این پرونده، دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از این شرط مندرج در قرارداد که در صورت شکست مذاکرات اصلاحی بین طرفین، مهلت سی روزه‌ای را جهت ارجاع امر به داوری معین می‌کرد، این معنا را استنباط نکرد که متعاملین قصد تراضی برخلاف مقررات ماده ۳۸ کنوانسیون را داشته‌اند).

۵۰. به‌عنوان نمونه رک.

LG Hannover, 22 O 107/93, Dec. 1, 1993, (F.R.G.), *available at* http: //cisg. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/931201g1.html.

۵۱. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Saarbrücken, 1 U 69/92, Jan. 13, 1993, (F.R.G.), *available at* http:/ /cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/930113g1.html;

(در قرارداد موضوع این دعوا، که راجع به خرید درب و پنجره بود، جهت اطلاع عدم انطباق‌کالا هشت روز مهلت تعیین شده بود).

LG Hannover, 22 O 107/93, Dec. 1, 1993, (F.R.G .), *available at* http: // cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/931201g1.html.

(در قرارداد موضوع این دعوا، که راجع به خرید کفش بود، مهلت ده روز جهت اعلام عدم انطباق‌کالا مقرر شده بود).

۵۲. به‌عنوان نمونه رک.

داده‌اند، بار اثبات وجود عرف و عادت مزبور، قابلیت اعمال این عرف و عـادات بـر تجـارت مـورد نظر، و قصد متعاقدین برای درج آن عرف و عادات در قراردادشان را بر دوش می‌کشند.[۵۳] گذشته از این، چنانچه در قرارداد مهلت معینی برای انجام بازرسی و اطلاع عدم انطباق کالا به فروشـنده مقرر شده باشد، متعاقدین نمی‌توانند به عرف و عادت استناد نمایند.[۵۴]

۲ـ اطلاع عدم انطباق کالا به فروشنده: بررسی ماده ۳۹ کنوانسیون[۵۵]

غالب آرای دادگاه‌های داخلی در خصوص بازرسـی کـالا و اطـلاع عـدم انطبـاق کـالا بـه فروشنده، ناظر به تفسیر ماده ۳۹ کنوانسیون است. این آراء به مسئله تعیین مهلت متعارف بـرای اطلاع عدم انطباق کالا به فروشنده، تعهد خریدار در مورد کشف عیب یا نقص مبیع، و مندرجات و مشخصات اطلاع عدم انطباق که در این ماده لازم دانسته شده، توجه خاصی مبذول داشته‌اند.

درخصوص مهلتی که خریدار مکلف است عیب یا نقص مبیع را به فروشنده اطـلاع دهـد، آرای قضایی فراوانی صادر شده اسـت. متأسـفانه ایـن آراء کـاملاً متـشتت و فاقـد یکپـارچگی و انسجامند. در این آراء جهت اطلاع عدم انطباق کالا به فروشنده، مهلت‌های گوناگونی لازم دانسته شده که از اطلاع فوری تا وجود مهلتی طولانی پس از تاریخ تسلیم مبیع قابل دسته‌بندی اسـت. همانند آنچه در خصوص ماده ۳۸ کنوانسیون متذکر شدیم، این انعطاف‌پـذیری در مهلـت اعـلام عدم انطباق کالا به فروشنده، از یک طرف به‌جهت بلاتکلیفـی و سـردرگمی کـه در اثـر آن پدیـد می‌آید از سوی پاره‌ای نویسندگان مورد انتقاد واقع شده است، و از طرفی دیگـر بـه‌جهـت اینکـه انعکاس‌دهنده واقعیات و مشکلاتی است که خریـداران مقـیم در کـشورهای در حـال توسـعه در خصوص اعلام عدم انطباق کالا به فروشنده بـا آن دسـت بـه‌گریباننـد، توسـط عـده‌ای دیگـر از نویسندگان مورد ستایش قرار گرفته است.[۵۶] یکی از وجوه اشتراک آرای مزبور آن اسـت کـه بـار

OLG Saarbrücken, 1 U 69/92, Jan. 13, 1993, (F.R.G.), *available at* http:// cisg.law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/930113g1.html; CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts, Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html.

۵۳. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Saarbrücken, 1 U 69/92, Jan. 13, 1993, (F.R.G.), *available at* http:// cisg.law.pace.edu/ cisg wais/db/cases2/ 930113g1.html.

54. *Id.*

۵۵. ماده ۳۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «(۱) چنانچه خریدار ظـرف مهلـت متعـارفی پـس از آنکـه عیـب یـا نقـص مبیـع را کشف‌کرده است یا می‌بایست کشف می‌کرد، عدم انطباق کالا را با مشخص ساختن نوع عدم انطباق، به بایع اطلاع ندهد، حق استناد به عدم انطباق کالا [و حقوق ناشی‌از آن] را از دست خواهد داد.

(۲) در هر صورت، چنانچه خریدار حداکثر ظرف مدت دو سال از تاریخی‌که کالا به‌طور مادی به قـبض وی داده شـده، عـدم انطباق کالا را به بایع اطلاع ندهد، حق استناد به عدم انطباق کالا [و حقوق ناشی‌از آن] را از دست مـی‌دهـد، مگـراینکـه ایـن مهلت زمانی دو ساله با مدت قراردادی تضمین کالا منافات داشته باشد».

۵۶. برای دیدن انتقاد از تفسیر موسع مهلتی که مطابق ماده ۳۹ کنوانسیون باید عدم انطباق کالا اطلاع داده شود رک.

اثبات متعارف بودن مهلتی‌که طی آن خریدار عدم انطباق‌کالا را به فروشنده اطلاع داده، بر دوش خریدار دانسته شده است.[۵۷]

دسته نخست از آرای فوق برآنند که عدم انطباق‌کالا باید بلافاصله یا ظرف مدت بسیارکوتاهی به فروشنده اطلاع داده شود. به‌عنوان مثال، یکی از دادگاه‌های دانمارک رأی داده است که خریدار روسی گوشت ماهی باید عدم انطباق‌گونه‌هایی را که فروشنده نهایتاً تسلیم نموده، «فوراً» اطلاع دهد.[۵۸] به همین ترتیب، یکی از دادگاه‌های بلژیک رأی داده است که لازم است خریدار هلندی تابلوهای نئون عدم انطباق‌کالا را ظرف «زمان‌کوتاهی» به بایع اطلاع دهد.[۵۹] برعکس، یکی از دادگاه‌های هلند لازم شمرده است که عدم انطباق محصولات لبنی موضوع قرارداد ظرف مدت زمان‌کوتاهی پس از تسلیم اطلاع داده شود.[۶۰] همچنین، یکی از محاکم آلمان رأی داده است که خریدار آلمانی منسوجات که عدم انطباق‌کالا را ظرف چند روز از تاریخ تسلیم به فروشنده فرانسوی اطلاع نداده است، از شرط لزوم اطلاع عدم انطباق‌کالا به فروشنده ظرف مهلت متعارف که در ماده ۹ کنوانسیون مقرر شده، متابعت نکرده است.[۶۱]

بعضی از دادگاه‌ها، مهلتی را که طی آن می‌باید مطابق ماده ۳۸ بازرسی‌کالا صورت پذیرد با مهلتی‌که می‌باید ظرف آن براساس ماده ۳۹ عدم انطباق‌کالا به فروشنده اطلاع داده شود، مرتبط دانسته‌اند. به‌عنوان نمونه، چنانچه خریدار برطبق ماده ۳۸ ملزم باشد فوری‌کالا را بازرسی‌کند، در این صورت وی ملزم خواهد بود عدم انطباق‌کالا را نیز فوراً اطلاع دهد. یکی از دادگاه‌های آلمان رأی داده است که خریدار آلمانی‌که از فروشنده‌ای ایتالیایی گل خریداری‌کرده،

Kastely, *supra* note 19, at 618-19.

برای دیدن نظر مخالف که اعمال مناسب و شایسته کنوانسیون در کشورهای در حال توسعه را مستلزم تفسیر موسع ماده ۳۹ می‌داند رک.

Ryan, *supra* note 22, at 111.

۵۷. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Koblenz, 3 O 212/97 Jul. 30, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/980730g1.html.

58. Handelsagentur v. DAT-SCHAUB A/S, Mar. and Commercial Ct. of Copenhagen, n. H-0126-98, Jan. 31, 2002, (Den.), *available at* http:// www. cisg. dk/shd310102.htm.

59. Epsilon BVBA v. Interneon Valkenswaard BV, Rechtbank van Koophandel, Hasselt, n. AR 1972/96, Jan. 21, 1997, (Belg.), *available at* http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1997-01-21.htm.

60. Fallini Stefano & Co./Foodik, Rb. Roermond, Dec. 19, 1991, NIPR 394 (Neth.), *available at* http:// cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/911219n1.html.

61. OLG Düsseldorf, RIW, 1050-51, Feb 10, 1994, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/wais/db/cases2/940210g1.html.

لازم بوده است فوراً کالا را بازرسی و فوراً عدم انطباق کالا را اطلاع دهد.[۶۲] به‌همین نحو، دادگاه دیگری خریدار آلمانی را که از فروشنده ایتالیایی کفش خریداری کرده بود، ملزم دانسته است یک روز پس از تسلیم کالا، عیب یا نقص کالا را به بایع اطلاع دهد.[۶۳] این آراء از این حیث که تمایل به حمایت از فروشنده داشته و نسبت به خریدار غیرمنصفانه به‌نظر می‌رسند، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند.[۶۴]

دسته دیگری از آراء مدت زمان طولانی‌ای را جهت اطلاع عدم انطباق دراختیار خریدار قرار داده‌اند. به‌عنوان مثال، با وجود آنکه در مورد یک محموله کاپشن چرم که فروشنده سوئیسی برای خریداری به لیختنشتاین ارسال کرده بود، عدم انطباق کالا به‌آسانی قابل کشف بود، دادگاه سوئیس رأی داد که خریدار هفت تا چهارده روز مهلت داشته تا عدم انطباق را به فروشنده اطلاع دهد.[۶۵] یکی از دادگاه‌های آلمان به‌نحو مشابه خریدار اتریشی را ملزم دانسته است عیب یا نقص موجود در پلاستیک خام موضوع قرارداد را ظرف هشت روز از تاریخ تسلیم، به فروشنده آلمانی اطلاع دهد.[۶۶] دادگاه دیگری در آلمان این مهلت را تا ده روز گسترش داده است.[۶۷] دو دادگاه دیگر در مورد کالایی مشابه مهلت اعلام عدم انطباق را تا دو هفته امتداد داده‌اند.[۶۸]

محاکم چهار کشور مهلت اعلام عدم انطباق را به بیش از دو هفته امتداد داده‌اند. در دعاوی مزبور، جهت اعلام عیب یا نقص کالا مهلت مشخصی تعیین شده است که بیش از دو هفته است، یا اینکه برای اطلاع عیب یا نقص کالا مهلت نامعلومی مقرر شده که برحسب اوضاع

---

62. OLG Saarbrücken, 1 U 703/97-143 June 3,1998, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/980603g1.html.

63. LG Aachen, 41 O 198/89, Apr. 3, 1990, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/wais/db/cases2/900403g1.html.

64. Michael G. Bridges, Uniformity and Diversity in the Law of International Sale, 15 Pace Int'l L. Rev. 55, 78 (2003);

همچنین رک.

Thompson, *supra* note 27, at 261.

65. HG Zürich, SZIER HG 930634/O, Nov. 30, 1998, (Switz.), *available at* http:/ /cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/981130s1.html.

66. OLG München, 7 U 3758/94, Feb. 8, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/950208g4.html.

67. OLG Karlsruhe, 1 U 280/96, Jun. 25,1997, (Switz.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/wais/db/cases2/970625g1.html.

68. Giustina Int'l Sp.A. v. Perfect Circle Europe SARL, CA Versailles, Cass. Com., no. 56, Jan. 29, 1998, (Fr.), *available at* http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/290198v.htm;

همچنین رک.

OLG Koblenz, 14 S 358/94, Jul. 7, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/950707g1.html#cs.

(در دعوای فوق موضوع قرارداد بیع، مواد شیمیایی بود).

و احوال متفاوت است. به‌عنوان مثال، بعضی دادگاه‌های آلمان و سوئیس از تاریخ تسلیم مبیع، به خریدار یک ماه مهلت داده‌اند که عیب یا نقص کالا را به اطلاع فروشنده برساند. این مهلت یک ماهه در مورد انواع گوناگونی از کالاهای فاسدشدنی و غیرفاسدشدنی قابل اجرا دانسته شده است.[۶۹] برعکس، دادگاه‌های ایتالیا و هلند از تعیین مهلت مشخصی برای اعلام عدم انطباق کالا توسط خریدار، خودداری کرده‌اند. بالاخص، یکی از دادگاه‌های ایتالیایی رأی داده است که خریدار آلمانی ورق پلاستیک ولکانیده بلافاصله هنگام شروع به تولید محصول، باید عیب یا نقص کالای موضوع قرارداد را به اطلاع فروشنده ایتالیایی می‌رسانید.[۷۰] مع‌هذا، دادگاه موصوف مهلتی را که بایست ظرف آن تولید صورت پذیرد، مشخص نمی‌سازد جز آنکه اشاره می‌نماید اطلاع عیب یا نقص کالا به فروشنده چهار ماه پس از تاریخ تسلیم، دیر می‌باشد.[۷۱] یکی از دادگاه‌های هلند در رأی صادره به نتیجه مشابهی رسیده است. در این رأی آمده است خریدار یونانی که از فروشنده هلندی پارچه پشمی خریداری کرده، می‌باید پیش از شروع به تولید محصول، عدم انطباق کالا را به فروشنده اطلاع می‌داد.[۷۲] این دادگاه هلندی زمان معینی را برای تولید محصول مشخص نمی‌سازد جز آنکه اظهار می‌دارد اطلاع عدم انطباق سه هفته پس از تاریخ تسلیم مبیع دیرهنگام است.[۷۳]

در خصوص مهلتی که خریدار باید در صورت [فروش کالا به شخص‌ثالث و] تغییر مسیر و مقصد کالای در حال حمل، ظرف آن عدم انطباق کالا را اطلاع دهد، رویه قضایی به‌مراتب کمتری وجود دارد. آرای صادره در این مورد، شرایطی را جهت امکان تأخیر در اطلاع عیب یا

---

٦٩. به‌عنوان نمونه رک.

OLG München, Forum des Internationalen Rechts 106-7, (F.R.G.);

(در دعوای فوق موضوع قرارداد بیع، منسوجات بود).

OLG Thüringener, OLGR Thüringener 4-6 (F.R.G.1998);

(در دعوای فوق موضوع قرارداد بیع، ماهی زنده بود).

OLG Stuttgart, RIW, 943-44 (F.R.G. 1995);

(در دعوای فوق موضوع قرارداد بیع، ماشین‌آلات صنعتی بود).

AG Augsburg, n. 11 C 4004/95, (F.R.G. 1996), *available at* http:// www. jura. uni-freiburg. de/ ipri/ cisg/urteile/text/172.htm;

(در دعوای فوق موضوع قرارداد بیع، کفش بود).

OG Kanton Luzern, 94 SJZ 515-18 (Switz.) 1998.

(در دعوای فوق موضوع قرارداد، تجهیزات پزشکی بود).

70. Rheinland Versicherungen v. Atlarex S.r.1., Trib. Di Vigevano, July 12, 2000, n.405, *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000712; 3 html.

71. *Id.*

72. Nurka Furs/Nertsenfokkerij De Ruiter, HOF Hertogenbosch, 15 Dec. 1997, NIPR 201 (Neth.).

73. *Id.*

نقص کالا به فروشنده مقرر داشته‌اند. اولاً، در فرض مورد بحث تعویق در اطلاع عیب یـا نقـص کالا فقط در صورتی ممکن است که خریدار صرفاً به‌عنوان واسطه فعالیت کنـد، یـا اینکـه کـالا [بی‌آنکه نخست توسط خریدار قبض شود] مستقیماً به مصرف‌کننده نهایی تسلیم گردد.[۷۴] چنانچه در زمان تسلیم مبیع در محل تشکیلات خریدار، وی اطلاع نداشته باشد که تا چـه میـزان و چـه موقع کالای مزبور را مجدداً به مشتریان خود می‌فروشد، دیگر تأخیر در اطلاع عیب یا نقص کالا به فروشنده موجّه نخواهد بود.[۷۵] گذشته از این، در صورتی‌که خریدار با وجود ارسال مجـدد کـالا به مصرف‌کننده نهایی ثالث، «فرصت واقعی» برای بازرسی کالا داشـته اسـت، تـأخیر در اطـلاع عیب یا نقص کالا به فروشنده، قابل قبول نخواهد بود.[۷۶]

در فرض ارسال مجدد کالا، دادگاه‌های داخلی تأخیر طولانی در اعلام عیب یا نقص کالا را جایز نمی‌دانند. در دعوایی‌که موضوع آن فروش روکش‌های چسبنده توسط فروشنده‌ای آلمانی به خریداری اتریشی بود، دادگاه رأی داد اعلام عیوب یا نقایص مبیع که بیست و چهار روز پـس از تاریخ تسلیم کالا به مصرف‌کننده نهایی صورت گرفته، دیرهنگام می‌باشد.[۷۷] دادگاه بـرآن بـود که با توجه به اوضاع و احوال، اعلام عدم انطباق کالا ظرف ده یا یازده روز متعارف بوده اسـت.[۷۸] یکی از وقایع مهم دعوای مورد بحث آن بود که عیب مبیع ظاهر بود، و خریدار و مـصرف‌کننـده نهایی کالا می‌توانستند به‌هنگام تسلّم به‌آسانی آن را کشف کنند.[۷۹]

در شماری از آرای صادره بر صحت و نفوذ آن دسته از شروط قراردادی‌که مقررات مـاده ۳۹ را در خصوص لـزوم اعـلام عیب یـا نقــص کــالا تـغییــر دهنــد، صحــه‌گــذاشته شـده است.[۸۰] با این وصف، به‌منظوراینکه شروط خلاف مقررات ماده ۳۹ کنوانسیون مـؤثر باشـد، لازم

---

74. OLG Saarbrücken, n. 1 U 69/92, (F.R.G. Jan. 13, 1993), *available at* http:// jura.uni- freiburg.de/ ipri/cisg/urteile/text/83.htm.

75. *Id.*

76. OG Luzern, 11 95 123/357, Jan. 8, 1997, (Switz.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/970108s1.html.

77. OLG Karlsruhe, 1 U 280/96, June 25,1997, (F.R.G.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/970625g1.html.

78. *Id.*

79. *Id.*

به همین نحو، در دعوایی‌که راجع به خرید پلاستیک خام توسط خریداری اتریشی از فروشنده‌ای آلمانی بـود، دادگـاه رأی داد اطلاع عدم انطباقی‌که مصرف‌کننده نهایی دانمارکی یک ماه پس از تـاریخ تـسلیم داده، دیـرهنگـام اسـت. گذشـته از تـأخیر مصرف‌کننده نهایی در اعلام عیب، نکته دیگری‌که به اتخاذ این تصمیم توسط دادگاه کمک کرد، آن بود که خریـدار اتریـشی پس از اینکه از طریق مصرف‌کننده نهایی دانمارکی از عیب مبیع مطلع شد، خود نیز این اطلاع عدم انطباق را با دو ماه تـأخیر به فروشنده آلمانی رساند. برای دیدن این رأی رک.

OLG München, 7 U 3758/94, Feb. 8, 1995, (F.R.G.) *available at* http:// www. unilex. info/ case. cfm? pid=1&do=case&id=117&step=FullText.

۸۰. به‌عنوان نمونه رک.

است طرف متضرر از این امر به‌طور مشخص و صریح به تغییر مقررات ماده ۳۹ رضایت دهـد.[۸۱] شخص موصوف باید از اینکه کنوانسیون بر قرارداد مورد نظر حـاکم اسـت، آگـاه بـوده، و قـصد صریح خود را دائر به خروج قـرارداد از شـمول [ایـن مـاده] کنوانـسیون اعـلام دارد.[۸۲] وانگهـی، مهلتی‌که متعاقدین جهت اعلام عیب یا نقص مبیع تعیین کرده‌اند، می‌باید مهلتی منطقی باشد.[۸۳] آرای دادگاه‌های داخلی تا به حال، مهلت‌هایی را که به‌موجب قرارداد بین هشت تا چهارده روز در نظر گرفته شده است، منطقی شمرده ولذا صحیح و نافذ دانسته‌اند.[۸۴] پاره‌ای از دادگاه‌های آلمـان و هلند مهلت‌های تعیین شده برای اعلام عدم انطباق‌کالا را که موافق با عـرف مرسـوم تجـاری بوده، نیز صحیح دانسته و تأیید نموده‌اند.[۸۵]

لزوم اعلام به‌موقع عیب یا نقص کالا به فروشنده، بحث دیگری را به میان مـی‌آورد وآن تعهد خریدار مبنی برکشف عیب یا نقص مبیع است. رویه قضایی عمدتاً به سهولت کشف عیب یا نقص مورد ادعا عنایت نموده است. به‌علاوه، آن دسته از آرای قضایی‌که اعلام عدم انطبـاق‌کـالا از سوی خریدار را دیرهنگام اعلام کرده‌اند، توجه خود را بر این نکته معطوف داشته‌اند که آیـا بـا بازرسی‌کالا در زمان تسلیم، یا در زمان تولید بعدی، یا در زمانی‌که کالا به‌عنـوان یـک قطعـه در محصول نهایی ادغام شده است، عیب یا نقص کالا آشکار و قابل رؤیت بـوده اسـت یـا خیـر. در دعوای هاندلساگنتور بطرفیت شرکت دات–شائوب ای/اس،[۸۶] دادگاه دانمارک در خـصوص عـدم

LG Hannover, 22 O 107/93, Dec. 1, 1993, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex.info/ case. cfm? pid=1&do=167&step=FullText.

۸۱. رجوع‌کنید به فصل یازدهم همین‌کتاب.

۸۲. به‌عنوان نمونه رک.

OG Luzern 11 95 123/357, Jan. 8, 1997, (Switz.), *available at* http://www. cisgw3. law. pace. edu/ cases/ 970108s1.html.

۸۳. به‌عنوان نمونه رک.

OLG München, 7 U 4427/97, Mar. 11, 1998, (F.R.G.),
available at http://www.cisgw 3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980311g1.html#cabc.

84. OLG München, 7 U 4427/97, Mar. 11, 1998, (F.R.G.).

۸۵. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Saarbrücken, 1 U 69/92, Jan. 13, 1993, (F.R.G.), *available at* http://www. unilex. info/ case. cfm?pid=1&do=case&id=167&step=FullText;

(دعوای فوق راجع به مهلت اعلام عدم انطباق‌کالا در عرف تجاری صنعت تولید درب و پنجره است).

CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.), *available at* http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html.

(دعوای فوق راجع به عرف تجاری موجود در صنعت شیلات جهت اعلام عدم انطباق‌کالا است). مع‌الوصف، در صورت وجـود شرطی در قرارداد، مقررات خاص مندرج در قرارداد در خصوص اعلام عیب یا نقص مبیع، مقدم بر عرف خواهد بود.

86. Mar. and Comm. Ct. of Copenhagen, H-0126-98, Jan. 31, 2002, (Den.), *available at* http:// www. cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020131 d1.html;

انطباقی‌که با انجام بازرسی متعارف کالا در زمان تسلیم به‌آسانی قابل‌کشف بود، اعلام دیرهنگام عدم انطباق مبیع را موجه ندانست و نپذیرفت. دادگاه‌های آلمان و هلند در صورتی‌که عیب یا نقص مبیع به‌هنگام تولید بعدی محصول‌که باید به‌محض امکان پس از تسلیم کالا انجام گیرد، ظاهر و سهل‌الرویه بوده است، به اعلام [دیرهنگام] عدم انطباق از سوی خریدار ترتیب اثر نداده‌اند.[۸۷] تعهد خریدار دائر به اعلام عدم انطباق مبیع همچنین در صورتی‌که عیب یا نقص به‌هنگام ادغام یا امتزاج کالا در یک محصول نهایی آشکار می‌گردد، نیز لازم‌الوفا می‌شود.[۸۸]

برعکس، در صورتی‌که عیب یا نقص کالا، عیب یا نقصی باشد که بایع به آن علم داشته و با زیرکی آن را از معرض دید خریدار مخفی نگاه داشته است، اعلام دیرهنگام عدم انطباق‌کالا موجّه خواهد بود. براین اساس، یکی از دادگاه‌های آلمان در مورد مشروباتی‌که فروشنده ایتالیایی عالماً عامداً با آب مخلوط کرده بود، اعلام دیرهنگام عیب از سوی خریدار آلمانی را موجّه شمرد.[۸۹] به همین نحو، یکی از دادگاه‌های هلند در خصوص پنیر مملو از کرم‌گرفتگی‌که فروشنده

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق نوع ماهی فروخته شده از سوی فروشنده دانمارکی به خریدار روسی، از طریق ملاحظه برچسب و بسته‌بندی‌کالا به‌آسانی قابل‌کشف بوده است). همچنین رک.

OLG München, 7 U 4427/97, Mar. 11, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisgw3. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/980311g1.html.

(در رأی فوق آمده: چنانچه خریدار آلمانی در زمان تسلیم مبیع از سوی فروشنده ایتالیایی، پارچه‌های‌کشمیری موضوع قرارداد را بازرسی تصادفی می‌نمود، عیوب مبیع مشاهده می‌شد).

87. OLG Koblenz, 2 U 580/96, Sept. 11, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. Cisgw 3. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/980911g1.html;

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق مواد شیمیایی‌ای‌که خریدار مراکشی از فروشنده آلمانی خریداری‌کرده، هنگامی‌که مواد شیمیایی مزبور یک ماه پس از تسلیم جهت تولید لوله‌های پلاستیک مورد استفاده قرار می‌گرفته، به‌آسانی قابل رؤیت بوده است). همچنین رک.

OLG Karlsruhe, 1 U 280/96, June 25, 1997, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisgw3. law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/970625g1.html;

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق روکش‌های چسبنده‌ای‌که خریدار اتریشی از فروشنده آلمانی ابتیاع نموده، در زمان تبدیل بعدی‌کالا به محصول دیگر در مرحله تولید به‌آسانی قابل‌کشف بوده است).

CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.), *available at* http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html.

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق ماهی‌ای‌که خریدار هلندی از فروشنده فرانسوی ابتیاع نموده است، به‌هنگام کنسروکردن ماهی‌که با توجه به طبع فسادپذیر محصول در نزدیک‌ترین زمان ممکن پس از تسلیم باید صورت می‌گرفت، به‌آسانی قابل رؤیت بوده است).

۸۸. به‌عنوان نمونه رک.

OLG Köln, 18 U 121/97, Aug. 21, 1997, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw 3. law.pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/970821g1.html.

(در رأی فوق آمده: عیب مواد شیمیایی موضوع قرارداد، که به‌منظور تولید شیشه مورد استفاده قرار گرفته، به‌هنگام امتزاج مواد شیمیایی مزبور با مواد دیگر در مرحله تولید به‌سهولت قابل‌کشف بوده است).

89. OLG Koblenz, 2 U 580/96, Sept. 11, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisgw 3.law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/980911g1.html;

ایتالیایی تسلیم‌کرده بود، اعلام با تأخیر عیب را از خریدار هلندی پذیرفت.[۹۰] همچنین دادگاه‌های داخلی چنانچه عیب یا نقص کالا صرفاً از طریق انجام بازرسی‌هایی‌که در عرف تجاری معمول نیست، قابل‌کشف باشد، اطلاع با تأخیر عیب یا نقص کالا را موجّه شمرده‌اند.[۹۱] حداقل یکی از دادگاه‌های داخلی به‌هنگامی‌که عدم انطباق‌کالا چنان است که صرفاً کارشناس بسیار ماهر، همچون یک متخصص بهداشت، می‌توانسته است وجود آن را کشف‌کند، نیز اطلاع با تأخیر عدم انطباق‌کالا را قابل توجیه شمرده است.[۹۲] به هر تقدیر، بار ارائه دلیل در خصوص تقلب فروشنده، یا علم فروشنده به عیب یا نقص کالا، یا مخفی بودن عیب یا نقص کالا بر دوش خریدار قرار دارد.[۹۳]

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق مواد شیمیایی‌ای‌که خریدار مراکشی از فروشنده آلمانی خریداری‌کرده، هنگامی‌که مواد شیمیایی مزبور یک ماه پس از تسلیم جهت تولید لوله‌های پلاستیک مورد استفاده قرار می‌گرفته، به‌آسانی قابل رؤیت بوده است). همچنین رک.

OLG Karlsruhe, 1 U 280/96, June 25, 1997, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisgw3. law. pace.edu/ cisg/wais/db/cases2/970625g1.html;

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق روکش‌های چسبنده‌ای‌که خریدار اتریشی از فروشنده آلمانی ابتیاع نموده، در زمان تبدیل بعدی‌کالا به محصول دیگر در مرحله تولید به‌آسانی قابل‌کشف بوده است).

CME Coop. Mar. Etaploise/Bos Fishproducts Rb. Zwolle, Mar. 5, 1997, NIPR 230 (Neth.), *available at* http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970305n1.html.

(در رأی فوق آمده: عدم انطباق ماهی‌ای‌که خریدار هلندی از فروشنده فرانسوی ابتیاع نموده است، به هنگام کنسروکردن ماهی‌که باتوجه به طبع فسادپذیر محصول در نزدیک‌ترین زمان ممکن پس از تسلیم باید صورت می‌گرفت، به‌آسانی قابل‌رؤیت بوده است).

90. Fallini Stefano & Co./Foodik, Rb. Roermond, Dec. 19, 1991, NIPR 394 (Neth.), *available at* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/911219n1.html.

۹۱. به‌عنوان نمونه رک.

LG Trier, 7 HO 78/95, Oct. 12, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3. law.pace.edu/ cisg/ wais/ db/cases2/951012g1.html.

(در دعوای فوق دادگاه رأی داد: بازرسی‌کالا به‌منظور تشخیص اینکه آیا مشروبات موضوع قرارداد با آب مخلوط شده یا خیر، عرفاً در تجارت خرید و فروش مشروبات انجام نمی‌شود).

92. OLG Thüringener, 8 U 1667/97, May 26, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3. law.pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/980526g1.html#cabc.

(در دعوای فوق، دادگاه اعلام دیرهنگام عیب موجود در ماهی‌های زنده‌ای را که خریدار آلمانی از فروشنده چک ابتیاع نموده بود، موجّه شمرد. دادگاه استدلال‌کرد که صرفاً یک متخصص بهداشت می‌توانسته تشخیص دهد که ماهی‌های مزبور در زمان تسلیم مبتلا به بیماری عفونی بوده‌اند).

93. *Id.*

همچنین رک.

Trib. [District Court] di Vigevano, n.405, July 12, 2000, (It.), *available at* http:// cisgw3. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases/000712i3.html#cabc; HG Zürich, HG 930634, Nov. 11, 1998, (Switz.), *available at* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981130s1.html#cabc.

دادگاه‌ها همچنین موضوع مفاد و مشخصات اطلاع عدم انطباق مقرر در ماده ۳۹ کنوانسیون را نیز مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند. لزوم دقیق بودن مفاد و مندرجات اطلاع عدم انطباق از این حیث دارای اهمیت است که فروشنده از طریق آن مطلع می‌گردد چه اقداماتی برای برطرف ساختن عیب یا نقص کالا لازم است، و به وی امکان می‌دهد خود نیز به بازرسی کالا مبادرت کند.[۹۴] علی‌هذا، اطلاع عدم انطباقی که صرفاً اعلام کرده باشد کالا غیرمنطبق با قرارداد است برای ایفای تعهد قراردادی خریدار مبنی بر اعلام عیب یا نقص مبیع کافی به‌حساب نمی‌آید.[۹۵] چنانچه عدم انطباق کالا قابل توصیف دقیق باشد، لازم است توصیف دقیق عیب یا نقص کالا به‌موقع به اطلاع فروشنده رسانده شود.[۹۶] گذشته از این، اطلاع عدم انطباق باید عیب یا نقص کالا را معرفی کرده و برطرف نمودن آن را درخواست کند، نه اینکه با اشاره به بروز مشکلات خاصی در بهره‌برداری از کالا، تقاضای کمک به‌منظور انتفاع از کالا نماید.[۹۷]

در دعاوی متعددی، خریدار به‌علت دقیق نبودن اطلاع عدم انطباقی که داده، حق رد کالا را از دست داده است. یکی از دادگاه‌های آلمان اطلاع عدم انطباقی را که از طریق آن به فروشنده گل اعلام شده بود کالای تسلیمی او دارای «کیفیت پایین» و «ظاهر نامرغوب» است،

---

94. LG Erfurt, 3 HKO 43/98, Jul. 29, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex. info/case. cfm? pid=1&do=case&id=449&step=FullText.

95. LG Hannover, 22 O 107/93, Dec. 1, 1993, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex. info/case. cfm?pid=1&do=case&id=167&step=FullText.

96. *Id.*

همچنین رک.

LG Regensberg, 6 O 107/98, Sept 24, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3. law.pace. edu/ cisg/ wais/db/cases2/980924g1.html#ctoc;

(دعوای فوق راجع به قرارداد فروش منسوجات بود).

LG Erfurt, 3 HKO 43/98, Jul. 29, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. jura. unifreiburg.de/ ipri/ cisg/urteile/text/561.htm;

(دعوای فوق راجع به فروش کفی کفش بود).

Bronneberg/Ceramica Belvedere, HR, Feb. 20, 1998, NJ 480 (Neth.), *available at* http:// cisgw3. law. pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980220n1.html;

(دعوای فوق راجع به فروش کاشی کف بود).

HG Zürich, HG 930634, Nov. 11, 1998, (Switz.), *available at* http:// cisgw 3. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/981130s1.html#cabc.

(دعوای فوق راجع به فروش کاپشن‌های چرمی بود).

97. LG München, 8 HKO 24667/93, Feb. 8, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex. info/case.cfm? pid=1&do=case&id=225&step=FullText.

(این دعوا راجع به قرارداد فروش برنامه‌های رایانه‌ای است).

فاقد اثر دانسته است.[۹۸] به همین ترتیب، دادگاه‌های آلمان و ایتالیا اطلاع عدم انطباقی را که درآن قید شده کالا «معیوب» است یا «مشکلاتی را پدید آورده است»، فاقد صراحت و دقت کافی دانسته‌اند تا براساس ماده ۳۹ کنوانسیون اثری بر آن مترتب باشد.[۹۹] یکی از دادگاه‌های سوئیس به اطلاعی‌که از طریق آن به فروشنده ایتالیایی اعلام شده بود مبلمان ارسالی او حاوی «قطعات معیوب» و «پراز شکستگی» است، ترتیب اثر نداده است.[۱۰۰]

دادگاه‌های آلمان برای فرضی‌که موضوع قرارداد مشتمل بر یک سیستم یکپارچه یا اجزای متعدد یا محموله‌های متعدد است، در خصوص مفاد و مشخصات اطلاع مورد نیاز قواعدی تمهید کرده اند. در خصوص سیستم یکپارچه‌ای‌که درآن عیب یا نقصی مشاهده شده، اطلاع عدم انطباق باید به‌طور مشخص قطعه یا قطعات معیوب یا ناقص را معین نماید.[۱۰۱] اشاره به کلیت سیستم کافی نیست تا شرایط و الزامات مقرر در ماده ۳۹ کنوانسیون را محرزگردد؛[۱۰۲] بلکه اطلاع عدم انطباق باید قطعه یا قطعات معیوب یا ناقص را براساس شماره سریال و تاریخ تسلیم به‌نحو دقیق مشخص نماید.[۱۰۳] در موردی‌که مبیع دارای اجزاء و اقلام متعدد یا محموله‌های متعدد است، قواعد مشابهی حکومت می‌کند. در این موارد، اطلاع عدم انطباق باید آن جزء یا محموله از

---

98. OLG Saarbrücken, 1 U 703/97-143, Jun. 3, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. cisg. law. pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980603g1.html.

99. LG Erfurt, 3 HKO 43/98, Jul. 29, 1998, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex. info/case.cfm?pid=1&do=case&id=449&step=FullText.

(دعوای فوق راجع به فروش‌کفی‌کفش می‌باشد). همچنین رک.

Trib. di Vigevano, Note 435, Jul. 12, 2000, (It.), *available at* http:// cisgw3. law. pace.edu/ cases / 000712i3.html#cabc.

(در دعوای فوق، خریدار نمونه‌هایی از پلاستیک ولکانیده مورد تسلیم را جهت فرستادن به آزمایشگاه دراختیار نداشت، ولذا نتوانست ثابت نماید فروشنده پلاستیکی را به او فروخته که به‌منظور تولید کفش معیوب و نامناسب می‌باشد). در دعوای دیگری‌که خریدار آلمانی از فروشنده‌ای ایتالیایی محصولات چرمی خریداری‌کرده بود، یکی دیگر از دادگاه‌های آلمان در خصوص اطلاع عدم انطباقی‌که خریدار آلمانی داده بود دائر بر اینکه کالای تسلیمی «دارای شکل و شمایل بد» می‌باشد، و قابل فروش به مشتریان نیست، دادگاه به نتیجه مشابهی رسیده است. برای دیدن این رأی رک.

OLG München, 7 U 2070, Jul. 9, 1997, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3. law. pace.edu/ cisg/wais/ db/ cases2/970709g1.html#ctoc.

100. KG [District Court] Nidwalden, 15/96 Z, Dec. 3, 1997, (Switz.), *available at* http:// cisgw 3. law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971203s1.html.

101. BGH VIII ZR 306/95, Dec. 4, 1996, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw 3. law. pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/961204g1.html#ctoc.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش دستگاه‌های چاپ بود).

102. *Id.*

103. LG Marburg, 2 O 246/95, Dec. 12, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3.law. pace. edu/ cisg/wais/db/cases2/951212g1.html.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش ماشین‌آلات کشاورزی بود).

کالا را که معیوب یا ناقص است، مشخص سازد.[۱۰۴] اطلاع عدم انطباقی‌که کل‌کالای تسلیمی را معیوب یا ناقص معرفی کند، و به‌طور مشخص اجزاء یا محموله‌های خاصی را معین ننماید، الزامات و شرایط صریح ماده ۳۹ را تأمین نکرده است.[۱۰۵]

۳ـ عذر موجّه: بررسی ماده ٤٤ کنوانسیون[۱۰٦]

دادگاه‌هایی‌که به تفسیر ماده ۴۴ کنوانسیون پرداخته‌اند، به یک موضوع بسیار مهم توجه ویژه‌ای مبذول داشته‌اند، وآن موضوع دقیقاً عبارت از معاذیر موجّهه‌ای است که برای عدم اطلاع به‌موقع عیب یا نقص مبیع به فروشنده آنگونه‌که در ماده ۳۹ کنوانسیون لازم دانسته شده، می‌توان عنوان نمود. پاره‌ای از استادان از ماده ۴۴ کنوانسیون انتقاد نموده‌اند ازاین حیث که ماده مذکور فاقد وضوح بوده، و به‌نحو یله و رها از اطلاع با تأخیر یا ندادن اطلاع عدم انطباق‌کالا، که طبق ماده ۳۹ کنوانسیون باید ظرف مهلت متعارف داده می‌شد، غمض‌عین نموده وآن را موجّه می‌شمارد.[۱۰۷] ماده ۴۴ همچنین ازجهت اینکه درخصوص مفهوم «عذرموجّه» مبهم است، مورد انتقاد واقع شده است.[۱۰۸] در مقابل، عده‌ای از نویسندگان از ابهام این عبارت حمایت نموده‌اند و استدلال‌کرده‌اند که عبارت مزبور ملاک‌های گوناگونی را برای خریداران مختلف برحسب سطح تجربه و مهارت ایشان به‌دست می‌دهد.[۱۰۹] از این روی، حداقل یکی از مفسران این ماده، به فروشندگان توصیه کرده است با توافق برخلاف مقررات کنوانسیون در خصوص اطلاع عدم انطباق از جمله حذف معاذیر عدم اطلاع به‌موقع عیب یا نقص‌کالا، در برابر تردیدها و اختلاف نظرهای ناشی از ماده ۴۴ کنوانسیون، از منافع خود حفاظت نمایند.[۱۱۰]

---

104. LG München, 10 HKO 23750/94, Mar. 20, 1995, (F.R.G.), *available at* http:/ /cisgw3. law. pace. edu/cisg/wais/db/cases2/950320g1.html.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش‌گوشت منجمد خوک بود).

105. LG Marburg, 2 O 246/95, Dec. 12, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// cisgw3. law. pace.edu/ cisg/wais/db/cases2/951212g1.html.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به فروش ماشین‌آلات کشاورزی بود). افزون براین، همان طورکه قبلاً در مورد شبکه‌های یکپارچه اشاره‌کردیم، در اطلاع عدم انطباق باید شماره‌های سریال و تاریخ‌های تحویل قطعه یا قطعات معیوب آورده شود تا فروشنده در یافتن اسناد و مدارک راجع به آن قطعه یا محموله، به زحمت و مشقت نیافتد.

۱۰٦. ماده ۴۴ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «باوجود مقررات بند (۱) ماده ۳۹ وبند (۱) ماده ۴۳، چنانچه خریدار برای ندادن اطلاع مقرر در این دو بند، عذر موجّهی ارائه دهد، می‌تواند ثمن را مطابق ماده ۵۰ تقلیل دهد، یا خسارات وارده بجز عدم‌النفع را مطالبه‌کند».

107. Schlechtriem, *supra* note 47, at 70.

108. Garro, *supra* note 20.

109. Ryan, *supra* note 22, at 111-12.

110. E. Allan Farnsworth, The Vienna Convention: An International Law for the Sale of Goods, in Private Investors Abroad - Problems and Solutions in International Business 121, 127, 134 (Martha L. Landwehr ed., 1983).

رویه قضایی پراکنده‌ای که به تفسیر قید عذر موجّه مذکور در ماده ۴۴ پرداخته است، با این انتقادات همسو نمی‌باشد؛ بلکه آن دسته از محاکم داخلی‌که به این موضوع عنایت کرده‌اند، بسیار اکراه داشته‌اند که عدم رعایت حکم ماده ۳۹ کنوانسیون را موجّه بدانند. در این آراء، به علل‌گوناگونی استناد شده است تا ندادن اطلاع یا تأخیر در اطلاع عدم انطباق‌کالا غیرموجّه دانسته شود. یکی از دادگاه‌های هلند رأی داده است که خریدار یونانی جهت تأخیر سه هفته‌ای در اطلاع دادن عیوب مبیع به فروشنده هلندی پوست، نمی‌تواند به ماده ۴۴ کنوانسیون به‌عنوان عذر استناد نماید؛ چه اینکه عیوب مبیع از طریق نمونه‌برداری از کالا به‌سادگی قابل‌کشف بوده است.[۱۱۱] چنانچه خریدار در انتقال گلایه‌ها و شکایات مصرف‌کنندگان به فروشنده تأخیر نماید، عذر موجّه موجود نیست.[۱۱۲] یکی از دادگاه‌های آلمان استدلال‌کرده است که اهمیت سرعت در امور تجاری اقتضاء می‌نماید به عذر مذکور در ماده ۴۴ کنوانسیون به‌طوراستثنایی استناد نماییم. غالب اوقات اقدامی عاجل لازم می‌آید که این اقدام خود نیازمند اطلاع به‌موقع از عیب یا نقص کالا است.[۱۱۳] بااین وصف، در همین رأی دادگاه اظهار داشت چنانچه خریدار تاجری باتجربه وماهر در بازار بین‌المللی باشد، پذیرش عذر جهت تأخیر در اطلاع عدم انطباق‌کالا چندان موجّه نیست.[۱۱۴] دادگاه متذکر شده است که از تجار انفرادی و پیشه‌وران آسانتر می‌توان معاذیر را پذیرفت.[۱۱۵] اما همچنان در این صورت، ماهیت و نوع تفاوت‌هایی‌که تفاوت در برخورد را موجّه جلوه می‌دهد و عذرهای خاصی‌که از نظر دادگاه‌های داخلی قابل پذیرش خواهد بود، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد.

به‌هر حال، در آرای معدودی در خصوص خودداری خریدار از اطلاع به‌موقع عیب یا نقص کالا که در ماده ۳۹ لازم دانسته شده، عذر مذکور در ماده ۴۴ کنوانسیون پذیرفته شده است. در یکی از آرای داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بازرسی نادرست کالا از سوی شخص‌ثالث مستقل و بی‌طرف، مانند یک سازمان دولتی، یکی از مصادیق عذر مذکور در ماده ۴۴ کنوانسیون به حساب

---

111. Nurka Furs/Nertsenfokkerij De Ruiter, HOF [District Appeals Court] Hertogenbosch, Dec. 15, 1997, NIPR 201 (Neth.), *available at* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971215n1.html.

112. Bezirksgericht Unterrheintal, EV. 1998.2 (1KZ. 1998.7), Sept. 16, 1998, (Switz.), *available at* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980916s1.html#ctoc.

(در دعوای فوق، خریدار سوئیسی‌گلایه‌ها و شکایات مشتری را در خصوص مبلمانی‌که از فروشنده‌ای آلمانی خریداری‌کرده بود، با نه ماه تأخیر به فروشنده انتقال داد).

113. OLG München, 7 U 3758/94, Feb. 8, 1995, (F.R.G.), *available at* http:// www. unilex. info/case. cfm?pid=1&do=case&id=117&step=FullText.

(در دعوای فوق، قرارداد راجع به خرید و فروش پلاستیک خام بود).

114. *Id.*

115. *Id.*

آمده است.[۱۱۶] در این پرونده، هیئت داوری تشخیص داد که زمان بازرسی خریدار، در بندر بارگیری تعیین شده بود. بنابراین، با توجه به اینکه مطابق بند (۱) ماده ۳۹ کنوانسیون عیوب کالا باید به‌موقع اطلاع داده شود، کشف عیوب کالا در بندر تخلیه بسیار با تأخیر بوده است. هیئت داوری در ادامه با استناد به اینکه بازرسی‌کالا در بندر بارگیری به‌شکل ناقص و غلط، و توسط یک مؤسسه مستقل و بی‌طرف صورت گرفته، عدم اطلاع به‌موقع عیوب کالا از سوی خریدار را موجّه دانست. هیئت داوری اظهار داشت نظر به اینکه «هردو متعاقدین بر بازرسی‌کالا توسط یک مؤسسه مستقل و بی‌طرف توافق نموده‌اند، نمی‌توان خریدار را به‌تنهایی مسئول تحمل تبعات بازرسی غلط کالا به حساب آورد».[۱۱۷]

دیوان داوری اتاق بازرگانی و صنایع فدراسیون روسیه نیز در مقام پذیرش عذر خریدارکالای معیوب، ماده ۴۴ کنوانسیون را اعمال نموده است.[۱۱۸] در قراردادی، خریدار حق داشت کالا را توسط مؤسسه‌ای مستقل و بی‌طرف در بندر مقصد بازرسی نماید. مع‌الوصف، خریدار ثابت نمود که بنابه «دلایل‌فنی» بازرسی‌کالا صورت نپذیرفته است. نکته شایان توجه این پرونده آن بود که خریدار مطابق شرط ناظر به ارسال اظهارنامه مندرج در قرارداد، دعوای خود را به‌موقع اقامه نکرده بود. لذا نسبت به این دعوا ایراد شد؛ چه اینکه عذر مذکور در ماده ۴۴ کنوانسیون صرفاً در مورد اطلاع عدم انطباق‌کالا (موضوع ماده ۳۹) و اطلاع ادعاهای شخص‌ثالث (موضوع ماده ۴۳) قابل استفاده است، و در مورد سایر انواع اطلاع‌ها و اخطارها بویژه اخطاری‌که صریحاً به‌موجب شروط ضمن قرارداد پیش‌بینی شود، قابل اعمال نمی‌باشد.[۱۱۹]

ب ـ تعهد به تأدیه ثمن و تعهد به تسلّم مبیع

خریدار متعهد است در صورتی‌که کالا منطبق با قرارداد باشد یا در فرض عدم انطباق چنانچه کالا را بدون اعتراض پذیرفته است، ثمن کالا را پرداخته وآن را قبض نماید. این تعهدات در مواد ۵۴ تا ۶۰ کنوانسیون ذکر شده است. بدواً، تعهد خریدار دائر به تأدیه ثمن شامل کلیه تشریفاتی نیز می‌گردد که به‌موجب قرارداد یا براساس قوانین و مقررات حاکم لازم است رعایت شود تا پرداخت ثمن ممکن گردد.[۱۲۰] در موردی‌که قرارداد بیع منعقد شده است، لیکن متبایعین

---

116. ICC Arbitration No. 9187 of June 1999, *available at* http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/705.htm.

117. *Id.*

118. Arbitration Tribunal of Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Case No. 54/1999 of January 24, 2000, CLOUT Abstract No. 474, *available at* http:// cisgw3.law. pace.edu/ cases/ 000124r1.html.

۱۱۹. این دیدگاهی است که جهانگیر سعیداُف در تفسیری‌که بر این رأی نگاشته و در منبع زیر منتشر شده، اختیارکرده است: 7 Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb. 1, 28-30 (2003).

120. CISG, Art. 54.

صریحاً یا ضمناً ثمن را تعیین نکرده، یا سازوکاری برای تعیین آن پیش‌بینی نکرده‌اند، فرض می‌شود متعاملین «به‌طور ضمنی ثمنی را مدّنظر داشته‌اند که معمولاً در زمان انعقاد قرارداد برای مبیع در شرایط مشابه در تجارت مورد نظر مطالبه می‌گردد».[۱۲۱] گذشته از این، چنانچه ثمن برحسب وزن‌کالا تعیین شود، این ارجاع به‌عنوان ارجاع به وزن خالص کالا تفسیر خواهد شد، مشروط براینکه عبارتی برخلاف آن در قرارداد یافت نشود.[۱۲۲]

ماده ۵۷ کنوانسیون ناظر به محل اجرای تعهد خریدار دائر بر تأدیه ثمن است. چنانچه در قرارداد مکان پرداخت ثمن مشخص نشده باشد، خریدار مکلف است ثمن را در محل تجارت فروشنده بپردازد.[۱۲۳] مع‌الوصف، چنانچه تأدیه ثمن باید در مقابل تسلیم مبیع یا تحویل اسناد صورت گیرد، خریدار مکلف است ثمن را در محل تسلیم مبیع یا تحویل اسناد تأدیه کند.[۱۲۴] هزینه‌های اضافی‌که خریدار در مقام اجرای تعهد پرداخت ثمن متحمل شده و ناشی از تغییر در محل تجارت فروشنده پس از انعقاد قرارداد بیع می‌باشد، برعهده فروشنده است.[۱۲۵]

ماده ۵۸ کنوانسیون ناظر به موردی است که قرارداد بیع تاریخ مشخصی را برای تأدیه ثمن مقرر نکرده است. در صورت عدم تعیین زمان مشخصی برای تأدیه ثمن، خریدار مکلف است هنگامی‌که بایع کالا یا اسناد مثبت استیلاء بر کالا را دراختیار خریدار قرار می‌دهد، ثمن را بپردازد.[۱۲۶] فروشنده می‌تواند تسلیم مبیع یا تحویل اسناد مثبت استیلاء بر کالا را منوط به پرداخت ثمن نماید.[۱۲۷] در مقام مقایسه، چنانچه در قرارداد، حمل کالا نیز پیش‌بینی شده باشد، فروشنده می‌تواند مبیع را بنابراین شرط، ارسال دارد که کالا یا اسناد مثبت استیلاء بر آن بدون تأدیه ثمن به خریدار تسلیم نشود.[۱۲۸] به هر تقدیر، خریدار تا زمانی‌که فرصت بازرسی‌کالا را نیابد، تعهدی به پرداخت ثمن ندارد.[۱۲۹] مع‌هذا، در صورتی‌که تشریفات تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن که مورد توافق متعاملین قرارگرفته است با امکان بازرسی‌کالا منافات داشته وقابل جمع نباشند، خریدار مکلف است ثمن را بپردازد [بی‌آنکه بتواند پرداخت ثمن را موکول به بازرسی مبیع نماید].[۱۳۰]

---

121. *Id.* Art. 55.
122. *Id.* Art. 56.
123. *Id.* Art. 57(1)(a).
124. *Id.* Art. 57(1)(b).
125. *Id.* Art. 57(2).
126. *Id.* Art. 58(1).
127. *Id.*
128. *Id.* Art. 58(2).
129. *Id.* Art. 58(3).
130. *Id.*

صرف نظر از هرگونه جهلی‌که ممکن است در خصوص ثمن، یا مکان و زمان تأدیه وجود داشته باشد، خریدار ملزم است، بدون آنکه نیاز باشد فروشنده ثمن را مطالبه نماید یا هرگونه تشریفاتی را رعایت کند، ثمن را بپردازد.[۱۳۱] خریدار همچنین مکلف است مبیع را تسلّم نماید که این تعهد شامل انجام کلیه اقداماتی نیز می‌گردد که عرفاً لازم است تا فروشنده قادر به تسلیم و خریدار قادر به تسلّم مبیع شود.[۱۳۲]

۱ـ تشریفات پرداخت ثمن: بررسی ماده ٥٤ کنوانسیون[۱۳۳]

دادگاه‌های داخلی به یکی از مباحث ناشی از ماده ۵۴ کنوانسیون توجه خاصی مبذول داشته‌اند. آن بحث عبارت از شمارش تشریفاتی است که خریدار مکلف است به‌منظور ممکن شدن تأدیه ثمن رعایت نماید. تشریفاتی‌که دادگاه‌های داخلی در این مقام شناسایی کرده‌اند شامل دو الزام است. دادگاه‌های اتریش و سوئیس، وهمچنین دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در فرضی‌که برحسب شروط عقد بیع مقرر شده است پرداخت ثمن از طریق اعتبار اسنادی صورت گیرد، خریدار را ملزم به افتتاح اعتبار اسنادی دانسته‌اند.[۱۳۴] رعایت ماده ۵۴ همچنین مستلزم این است که خریدار عنداللزوم از مقررات تبدیل ارز، من‌جمله مجوز انتقال ارز نیز متابعت نماید.[۱۳۵] به هر تقدیر، باوجود این آراء، شرط نیست خریدار در تلاشی‌که برای انجام تشریفات قراردادی معمول می‌دارد، لزوماً به نتیجه نایل شود. عدم حصول نتیجه در صورت انجام تشریفات مورد نیاز، تخلف از قرارداد به حساب نمی‌آید. خریدار مکلف است تلاش توأم باحسن‌نیتی را مبذول دارد تا لوازم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد را فراهم آورد، و نمی‌تواند به

---

131. *Id.* Art. 59.

132. *Id.* Art. 60(a-b).

۱۳۳. ماده ۵۴ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «تعهد خریدار دائر به تأدیه ثمن شامل انجام اقدامات و متابعت از تشریفاتی نیز می‌گردد که به‌موجب قرارداد یا هرگونه قوانین و مقررات لازم است رعایت شود تا پرداخت ثمن ممکن گردد».

134. OGH, 10 Ob 518/95, Feb. 6, 1996, (Aus.), *available at* http:// cisgw3.law.pace.edu/ cases/ 960206a3.html;

همچنین رک.

Bezirksgericht der Saane, T 171/95, Feb. 20, 1997, (Switz.); ICC Arbitration Case No. 7197/1992, J. Du Droit Int'l 1028-37 (1993).

135. ICC Arbitration Case No. 7197/1992, J. Du Droit Int'l 1028-37 (1993).

در ضمن، ماده ۵۴ کنوانسیون فروشنده را ملزم نمی‌داند که انجام تشریفات قراردادی را از خریدار تقاضا نماید. برای دیدن این معنا رک.

Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Indus. of Budapest, VB 94124, Nov. 17, 1995, (Hung.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951117h1.html.

همچنین رک.

Trib. of Int'l Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce & Indus., 123/192, Oct. 17, 1995, (Russ.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951017r1.html.

عدم اقدام خود به‌عنوان عذری برای عدم حصول نتیجه استناد کند.[۱۳۶] فروشنده نباید مانع تلاش‌های خریدار جهت رعایت این تشریفات گردد.[۱۳۷]

۲ـ تعیین ثمن: بررسی ماده ۵۵ کنوانسیون[۱۳۸]

دادگاه‌های داخلی در آرای خود به دو موضوع که براساس ماده ۵۵ کنوانسیون مطرح می‌گردد، پرداخته‌اند. نخستین بحث عبارت است از اینکه آیا خودداری طرفین از تعیین ثمن مانع تشکیل قرارداد می‌شود یا خیر؛ و بحث دیگر شمارش عواملی است که در تعیین «ثمنی‌که به‌طور معمول در زمان انعقاد قرارداد برای کالای موضوع بیع، در شرایط مشابه در تجارت مورد نظر، مطالبه می‌شود» به کار می‌آید.[۱۳۹] در خصوص موضوع نخست، ظاهراً ماده ۵۵ متعارض با اصول شناخته شده حقوق قراردادها در عدّه زیادی از کشورها است که به‌منظور تشکیل قرارداد به‌نحو صحت تعیین ثمن معلوم و معینی را لازم می‌شمارند.[۱۴۰] یکی از روش‌های حل تعارض مزبور آن است که صرفاً پس از احراز اینکه قرارداد [براساس حقوق داخلی] به‌نحو صحیح منعقد شده است، ماده ۵۵ کنوانسیون را به‌موقع اجرا گذاریم.[۱۴۱]

با وجود این، همان طورکه پروفسور شلشتریم خاطرنشان نموده است لزوم تفسیر مضیق مقررات کنوانسیون در خصوص تشکیل قرارداد ایجاب می‌نماید که ثمن، معین یا قابل تعیین

---

۱۳۶. به‌عنوان نمونه رک.

Trib. of Int'l Commercial Arbitration at the Chamber of Commerce & Indus., 123/192, Oct. 17, 1995, (Russ.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951017r1.html.

(در دعوای فوق، دیوان داوری تجاری بین‌المللی وابسته به اتاق بازرگانی و صنایع فدراسیون روسیه رأی داد: خریدار روسی نمی‌تواند نداشتن نقدینگی را به‌عنوان عذر موجهّه عدم موفقیت در گشایش اعتبار اسنادی، مستند قرار دهد).

137. OGH, 10 Ob 518/95, Feb. 6, 1996, (Aus.) *available at* http:// cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html.

(در دعوای فوق، خودداری فروشنده آلمانی از تعیین بندر مبدأ [بارگیری] کالا، باعث شد خریدار اتریشی نتواند [به نفع فروشنده] اعتبار اسنادی افتتاح نماید).

۱۳۸. ماده ۵۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «در فرضی‌که قرارداد به‌نحو صحت منعقد شده است، لیکن ثمن صریحاً یا ضمناً تعیین نشده یا سازوکاری جهت تعیین آن مورد توافق قرار نگرفته است، در صورت فقدان قرینه‌ای برخلاف آن، فرض می‌گردد متعاقدین به‌طور ضمنی ثمنی را مدّنظر داشته‌اند که به‌طور معمول در زمان انعقاد قرارداد برای کالای موضوع بیع، در شرایط مشابه در تجارت مورد نظر، مطالبه می‌شود».

139. CISG, *supra* note 1, art. 55.

140. Monica Kilian, CISG and the Problem with Common Law Jurisidictions, 10 J. Transnat'l L. & Pol'y 217, 236 (2001);

همچنین رک.

Arthur Rosett, Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 45 Ohio St. L.J. 265, 289 (1984).

141. Schlechtriem, Uniform Sales Law, *supra* note 47, at 80.

باشد.[۱۴۲] براساس این نظر، «همچنان تعارض بین الزام به وجود ثمن معین یا قابل تعیین... از یک سوی، و امکان تعیین ثمن پس از انعقاد قرارداد از سویی دیگر وجود دارد».[۱۴۳] پروفسور شلشتریم برآن است که این تعارض را می‌توان بدین‌سان حل نمود که اصطلاح «صحت» را در ماده ۵۵ ناظر به کلیه شرایط صحت قرارداد بجز تعیین ثمن تفسیر نماییم، اگرچه این تفسیر مقبول بسیاری از کشورها نمی‌باشد.[۱۴۴] چنانچه این تفسیر پذیرفته شود، «ایجابی‌که ازحیث ثمن مجهول ونامعیّن است، در این صورت... این‌گونه تفسیرمی‌گردد که ایجاب مزبور به‌طور ضمنی به ثمنی راجع است که معمولاً برای چنین کالایی پرداخت می‌شود».[۱۴۵]

تفسیر دیگر آن است که براساس کنوانسیون، عدم تعیین ثمن مانع تشکیل قرارداد به‌نحو صحت نیست، بلکه ماده ۵۵ به‌عنوان حکمی عمل می‌نماید که در صورت سکوت متعاملین در خصوص ثمن، قرارداد را تکمیل می‌کند.[۱۴۶] در توجیه این تفسیر گفته شده است که تفسیر مزبور موافق ارزیابی قصد متعاقدین براساس فعل ایشان بوده، وبا حمایت از اعتماد مشروع متعاقدین، عدم تأیید تفاسیر حقوقی صرف از کنوانسیون، و «اصل لزوم حفظ و بقای قرارداد که بر کل کنوانسیون سایه افکنده» همسو و سازگار است.[۱۴۷]

آرای دو دادگاهی‌که به این موضوع اشاره کرده‌اند، نمایانگر تناقضاتی است که در ماده ۵۵ کنوانسیون وجود دارد. در مورد نخست، در دعوایی‌که راجع به فروش پوست چین‌چیلا توسط فروشنده‌ای آلمانی به خریداری اتریشی بود، دیوان عالی اتریش رأی داد اینکه در قرارداد متعاقدین برای پوست موضوع بیع برحسب اوصاف و کیفیت پوست، ثمن متغیر و در نوسان تعیین کرده‌اند، به تشکیل قرارداد لطمه‌ای نمی‌زند.[۱۴۸] دیوان دراسباب موجّهه رأی اعلام داشت که براساس ماده ۵۵ کنوانسیون چنانچه متعاقدین در قرارداد صریحاً یا ضمناً ثمن معینی را مقرر نمی‌کردند، دادگاه می‌توانست استنباط نماید که متعاقدین به‌طور ضمنی بر «نرخی‌که در بازار متعارف است» توافق‌کرده‌اند.[۱۴۹] دیوان به‌خصوص متذکر شد که متبایعین به قیمتی‌که دادگاه نخستین در رسیدگی بدوی به دعوا به میزان پنجاه مارک آلمان برای هر تخته پوست مقرر

---

142. *Id.*
143. *Id.*
144. *Id.* at 80, n.319.
145. *Id.*
146. Phanesh Koneru, The International Interpretation of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles, 6 Minn. J. Global Trade 105, 148 (1997).
147. *Id*. at 149.
148. M. v. K., Oberster Gerichtshof, SZ 67/197 (Aus. 1994).
149. *Id.*

نموده، اعتراضی نکرده‌اند.[۱۵۰] بدین‌سان، دیوان معتقد بود ثمن آنقدر معین است که قرارداد تشکیل شود و اعمال ماده ۵۵ کنوانسیون را غیرضرور تشخیص داد.[۱۵۱] برعکس، دیوان داوری تجاری بین‌المللی وابسته به اتاق بازرگانی و صنایع فدراسیون روسیه رأی داده است چنانچه متعاملین به‌طور ضمنی اعلام کرده باشند که در خصوص ثمن درآینده توافق خواهند کرد، ماده ۵۵ کنوانسیون قابل اعمال نیست.[۱۵۲] عدم موفقیت در توافق بعدی متعاملین در خصوص ثمن به اساس معامله باز می‌گردد و به بیان دقیق‌تر مانع تشکیل قرارداد است.[۱۵۳]

موضوع دیگری‌که دادگاه‌های داخلی در خصوص ماده ۵۵ بدان پرداخته‌اند، بررسی عواملی است که در مقام تعیین «ثمنی‌که به‌طور معمول در زمان انعقاد قرارداد برای‌کالای موضوع بیع، در شرایط مشابه در تجارت مورد نظر، پرداخت می‌شود» مدّنظر قرار گرفته است.[۱۵۴] بدواً لازم به ذکر است که حداقل یکی از دادگاه‌های داخلی رأی داده است در صورتی‌که متعاقدین باوجود اینکه قصد دارند کنوانسیون در کلیّت خود حاکم بر قرارداد باشد، برخلاف ماده ۵۵ توافق نمایند، توافق ایشان مقدم بوده و رجوع به نرخ بازار برای تعیین ثمن نادیده گرفته می‌شود.[۱۵۵] براساس این رأی، متعاقدین می‌توانند هر تعداد عواملی را که خواستند جهت تعیین ثمن مورد استفاده قرار گیرد، در قرارداد خود فهرست نمایند. از جمله عوامل قابل قبولی‌که در این فهرست می‌توان‌گنجاند، محدوده قیمت‌ها و حداقل و حداکثر قیمتی است که متعاملین در مورد کالای مورد نظر، مقررکرده‌اند، وهمچنین راهنمای قیمت‌های مخصوص هرکالا است که برحسب کیفیت و اوصاف‌کالا تعیین می‌شود.[۱۵۶] عامل مهم دیگر در این خصوص، عدم اعتراض خریدار ظرف «مهلت‌کوتاهی» نسبت به قیمتی است که در صورت‌حساب تجاری صادره از سوی فروشنده قید شده است.[۱۵۷] در مورد اخیر، دادگاه‌های داخلی چنین تلقی می‌کنند که موافقت خریدار با ثمن مذکور در صورت‌حساب تجاری صادره از سوی فروشنده، به‌مثابه موافقت با همان

---

150. *Id.*

151. *Id.*

152. Trib. of Int'l Comm. Arbitration at the Chamber of Commerce & Indus., n. 304/1993, Mar. 3, 1995 (Russ.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950303r1.htm.

153. *Id.*

154. CISG at Art. 55.

155. Entreprise Alain Veyron v. Societe Ambrosio, CA Grenoble, Cass. Com., Apr. 26, 1995 (Fr.), *available at* http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/2604952v.htm.

۱۵۶. به‌عنوان نمونه رک.

M .v. K., Oberster Gerichtshof, SZ 67/197 (Aus. 1994).

157. C. v. W., Bezirksgericht St. Gallen, SZIER 84-85 (Switz. 1998).

(در دعوای فوق، قرارداد که به‌طور شفاهی منعقد شده بود، راجع به فروش منسوجات توسط فروشنده‌ای هلندی به خریداری سوئیسی بود).

ثمنی است که مطابق ماده ۵۵ به‌طور معمول برای مبیع در شرایط مشابه در تجارت مورد نظر، پرداخت می‌شود.[۱۵۸]

۳ـ مکان تأدیه ثمن: بررسی ماده ۵۷ کنوانسیون[۱۵۹]

دادگاه‌هایی‌که به تفسیر ماده ۵۷ کنوانسیون پرداخته‌اند، توجه خود را به دو مسئله معطوف داشته‌اند. این دو مسئله عبارتند از اینکه آیا ماده ۵۷ نسبت به خوانده دعوا به دادگاه‌های داخلی جهت رسیدگی به دعوا صلاحیت اعطاء می‌کند یا خیر، و موضوع دیگر مسئله صحت شرط انتخاب دادگاه صالح به‌منظور ممانعت از اعمال صلاحیت شخصی فوق‌الذکر است. این مسئله که آیا ماده ۵۷ کنوانسیون صرف نظر از قوانین ملّی مُعطی صلاحیت به دادگاه‌های داخلی جهت رسیدگی به دعاوی راجع به پرداخت ثمن می‌باشد یا خیر، هنوز به پاسخی نیانجامیده است. آرای قضایی‌که دادگاه محل تجارت فروشنده را در فرضی‌که این محل در درون مرزهای ملی دادگاه رسیدگی‌کننده بوده است، صالح اعلام کرده، چندان اندک نیستند.[۱۶۰] مع‌ذلک، هیچ یک از آرای مزبور صریحاً اعلام نکرده است که ماده ۵۷ کنوانسیون به‌نحو مستقل و جدای از قوانین داخلی مُعطی صلاحیت به دادگاه محل تجارت فروشنده است. بدین لحاظ، تفسیر بهتر آن است که بگوییم ماده ۵۷ کنوانسیون نتیجه‌ای را که براساس قوانین داخلی راجع به آیین دادرسی و صلاحیت دادگاه‌ها به‌دست آمده، بالاخصّ این نتیجه را که در صورت فقدان شرط خلاف در قرارداد، دادگاه محل تجارت یا محل سکونت عادی فروشنده برای رسیدگی به کلیه دعاوی راجع به پرداخت ثمن صالح است، مورد تأکید قرار می‌دهد. این موضوع نهایتاً بی‌اهمیت به‌نظر خواهدآمد اگر این ماده با لازم دانستن اینکه دعاوی ناشی از پرداخت ثمن در دادگاه‌های داخلی

---

158. *Id.*

۱۵۹. ماده ۵۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «(۱) چنانچه خریدار ملتزم به تأدیه ثمن در محل مشخص دیگری نباشد، مکلف است ثمن را:

الف ـ در محل تجارت بایع، به وی تأدیه‌کند؛ یا

ب ـ اگر تأدیه ثمن باید در مقابل تسلیم کالا یا تحویل اسناد انجام‌گیرد، در محلی‌که تسلیم کالا یا تحویل اسناد صورت می‌گیرد، ثمن را به بایع تأدیه نماید.

(۲) هرگونه افزایش هزینه‌که لازمه تأدیه ثمن بوده، و ناشی‌از تغییر در محل تجارت فروشنده پس از انعقاد قرارداد بیع می‌باشد، برعهده فروشنده است».

۱۶۰. به‌عنوان نمونه رک.

SA Mo. v. SA Ma., Trib. de Commerce, Charleroi, A 2000/01451, Oct. 20, 2000, (Belg.), *available at* http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2000-10-20.htm; Silver Int'l v. Pochon Tissage, S.A., Rechtbank van Koophandel, Kortrjik, A.R 651/97, June 27, 1997, (Belg.), *available at* http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1997-06-27.htm; Dänisches Bettenlager & Co. v. Forenede Factors, Østre Landsret [Eastern Appellate Court] København (ØLK), B-3112-95, Jan. 22, 1996, (Den.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960122d1.html.

محل تجارت فروشنده مورد رسیدگی واتخاذ تصمیم قرار گیرد، ما را به همان نتیجه‌ای رهنمون شود که قواعد داخلی ناظر به صلاحیت به‌دست می‌دهد.

قطع‌نظر از راه‌حل نهایی مسئله فوق‌الذکر، به صلاح طرفین است و به ایشان توصیه می‌شود در قرارداد بیعی‌که مشمول‌کنوانسیون است، خود به انتخاب دادگاه صالح مبادرت کنند. برخلاف بسیاری از مقررات دیگرکنوانسیون، در خصوص صحت و نفوذ شرط انتخاب دادگاه صالح و تأثیری‌که این انتخاب بر اعمال ماده ۵۷ کنوانسیون دارد، میان دادگاه‌های داخلی اتفاق‌نظرکلی دیده می‌شود. این آراء به‌نحو یکسان براین راه رفته‌اند که دادگاه می‌بایست در صورت فقدان شرط خلاف در قرارداد بیع، مقررات ماده ۵۷ را در خصوص محل حل و فصل اختلاف به‌موقع اجرا گذارد.[۱۶۱]

به‌منظور آنکه شرط انتخاب دادگاه صالح جایگزین اعمال ماده ۵۷ کنوانسیون شود، طرفین باید از الزامات و مقررات آمره‌ای‌که دادگاه‌های داخلی مقرر داشته‌اند، تبعیّت کنند. شرط انتخاب دادگاه صالح باید صریح باشد.[۱۶۲] رویه‌گذشته متعاملین در قراردادهای سابقشان را نمی‌توان مفید این معنا (انتخاب دادگاه صالح) پنداشت.[۱۶۳] افزون براین، در صورت فقدان قصد صریح متعاقدین، ذکر حساب بانکی و سایر روابط تجاری درکشوری غیراز کشوری‌که کالا درآنجا تسلیم می‌شود، شرط انتخاب دادگاه صالح به شمار نمی‌آید.[۱۶۴] النهایه، عرف تجارت مورد نظر نیز

---

۱۶۱. به‌عنوان نمونه رک.

SA Mo. v. SA Ma., Trib. de Commerce, Charleroi, A 2000/01451, Oct. 20, 2000, (Belg.), *available at* http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html; BJR Trading v. Ekasa, Østre Landsret [Eastern Appellate Court] København (ØLK), B-1145-00, Dec. 4, 2000, (Den.), *available at* http://www.cisgdk/0ld04122000danskversion.htm; Sodime-La Rosa SARL v. Softlife Design Ltd., CA Paris, 1e ch., Oct. 15, 1997, (Fr.), *available at* http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/151097v.htm.

162. Silver Int'l v. Pochon Tissage, S.A., Rechtbank van Koophandel, Kortrjik, A.R 651/97, June 27, 1997, (Belg.), *available at* http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1997-06-27.htm.

163. Corte Suprema di Cassazione, Sez. Un. [Supreme Court], n.7759, Aug. 7, 1998, (It.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980807i3.html.

همچنین رک.

HG Zürich, 980280.1, Apr. 8, 1999, (Switz.), *available at* http:// cisg.law.pace.edu/cisg/wais/ db/cases 2/990408s1.html; Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, Dec. 3, 1997, (Switz.), available at http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971203s2.html.

164. HG Zürich, 980280.1, Apr. 8, 1999, (Switz.), *available at* http:// cisg.law.pace.edu/ cisg/ wais/db/cases2/990408s1.html.

همچنین رک.

Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, Dec. 3, 1997, (Switz.), *available at* http:// cisg. law. pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971203s2.html.

در اکثر موارد نمی‌تواند معادل شرط انتخاب دادگاه صالح باشد.[۱۶۵] چنین عرفی صرفاً در صورتی معرّف انتخاب دادگاه صالح خواهد بود که در تجارت مشهور باشد تقبل اعمالی از سوی متعاملین همواره به‌معنای انتخاب مرجعی غیراز مرجع مقرر در ماده ۵۷ به‌عنوان مرجع انحصاری حل و فصل اختلافات فی‌مابین متعاملین می‌باشد.[۱۶۶]

٤ـ زمان پرداخت ثمن: بررسی ماده ۵۸ کنوانسیون[۱٦۷]

دادگاه‌هایی‌که به تفسیر ماده ۵۸ کنوانسیون پرداخته‌اند به شناسایی و تعیین اسناد مثبت استیلاء بر کالا توجه خاصی نموده‌اند. استادان در مقام تفسیر ماده ۵۸ به اختلاف نظرها و تردیدی‌که در خصوص تعیین دقیق این اسناد وجود دارد، اشاره کرده‌اند. یکی ازنویسندگان برآن است که این عبارت بسیارکلی می‌باشد و لزوماً منحصر به اسناد مالکیت قابل معامله (بارنامه‌دریایی) نیست،[۱۶۸] بلکه سایر اسناد مانند بیمه‌نامه یا گواهی مبدأ ساخت، نیز ممکن است مرتبط با کالا بوده، و بر حق خریدار دائر بر تسلّم کالا تأثیر می‌گذارد.[۱۶۹] در این موارد، تحویل اسناد مزبور نیز باید بخشی از تعهدات مورد اجرای فروشنده باشد تا تعهد پرداخت ثمن از سوی خریدار لازم‌الوفاء شود.[۱۷۰] برعکس، در صورت خودداری فروشنده از تحویل سایر اسنادی‌که دارای اهمیت کمتری در اجرای معامله است، خریدار کماکان ملزم به تأدیه ثمن خواهدبود.[۱۷۱] مع‌هذا، در این صورت خریدار حق خواهد داشت از دادگاه داخلی صالح ضمانت‌اجراهای حقوقی یا ضمانت‌اجراهای مبتنی بر انصاف، مانند الزام به انجام عین تعهد را علیه فروشنده بخواهد.[۱۷۲]

با توجّه به آرایی‌که تاکنون بررسی نمودیم روشن می‌شود که در صورت فقدان شروط خاصی در قرارداد که موعدی را برای تأدیه ثمن توسط خریدار معین نماید، ثمن به‌محض تسلیم

---

165. Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, Dec. 3, 1997, (Switz.), *available at* http:// cisg. law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971203s2.html.

166. *Id.*

۱٦۷. ماده ۵۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «(۱) چنانچه خریدار ملتزم به تأدیه ثمن در موعد معینی نباشد، مکلف است هنگامی‌که بایع کالا یا اسناد مثبت استیلاء بر کالا را مطابق قرارداد و مقررات این‌کنوانسیون، دراختیار وی قرار می‌دهد، ثمن را تأدیه نماید. بایع می‌تواند تسلیم کالا یا تحویل اسناد را منوط به تأدیه ثمن نماید.

(۲) چنانچه قرارداد متضمن حمل‌کالا نیز باشد، بایع می‌تواند کالا را بنابراین شرط ارسال‌کند که کالا یا اسناد مثبت استیلاء برآن، صرفاً در مقابل تأدیه ثمن به خریدار تسلیم (تحویل) شود.

(۳) خریدار تازمانی‌که امکان بازرسی‌کالا را نیابد، ملزم به تأدیه ثمن نیست مگراینکه نحوه تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن که مورد توافق متعاملین قرارگرفته است، با امکان بازرسی‌کالا منافات داشته و قابل جمع نباشد».

168. Schlechtriem, Uniform Sales Law, *supra* note 47, at 81 n. 327.

169. *Id.*

170. *Id.*

171. *Id.*

172. *Id.*

مبیع قابل مطالبه است.[۱۷۳] وانگهی، علی‌الاصول اسناد مثبت استیلاء بر کالا باید توسط شخـصی تهیه شود که عهده‌دار صادرات کالا است.[۱۷۴] شایان ذکر است که شخص مسئول صادرات کـالا لزوماً در تمام موارد به فروشنده اشاره ندارد؛[۱۷۵] بلکه در یک دعوایی‌کـه بـه ایـن بحـث پرداختـه شده، دادگاه رأی داده است که فروشنده صرفاً در صورتی مسئول تهیه اسناد گمرکـی اسـت کـه قرارداد بیع چنین مقرر داشته باشد.[۱۷۶] فقدان رویه قضایی تکامل‌یافته‌ای در خصوص این موضوع احتمالاً حکایت از آن دارد که اختلاف نظر و تردید در این باره بیشتر دارای صبغه نظری است تـا اختلاف و تردیدی‌که موجد مشکلات عملی برای تجّاری باشد که در بازار جهانی فعالیت دارند.

---

۱۷۳. به‌عنوان نمونه رک.

Kanton St. Gallen, Gerichtskommission Oberrheintal, OKZ 93-1, June 30, 1995, (Switz.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950630s1.html.

(در دعوای فوق، دادگاه رأی داد: خریدار مکلف بوده به‌محض تسلیم و نصب درب‌ها در تشکیلات متعلق به او، ثمن را به بایع بپردازد).

۱۷٤. به‌عنوان نمونه رک.

Kantonsgericht [KG] St. Gallen [District Court], 3 ZK 96-145, Aug. 12, 1997, (Switz.), *available at* http://cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970812s1.html.

(در دعوای فوق، دادگاه ادعای خریدار را نپذیرفت. در این دعوا، خریدار مدعی بود باتوجه به آنکه فروشنده اسـناد لازم جهـت ترخیص کالا از گمرک را اخذ نکرده است، وی ملزم به تأدیه ثمن نمی‌باشد).

175. *Id.*

176. *Id.*

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص ۲۵۹ـ۲۳۳، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۲/۲۱، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۳/۱۴

التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقیّد به مکان؟ *

سید ضیاءالدین مدنی **

چکیده

شمول جغرافیایی تعهدات حقوق بشری دولت‌های متعاهد نسبت به اسناد و معاهدات حقوق بشری اکنون صرفاً به عرصه قلمرو تحت حاکمیت آنها محدود نمی‌گردد؛ بلکه به‌نظر می‌رسد با خروج از آن حیطه، سیر تکامل را می‌پیماید؛ به‌طوری‌که دولت‌های متعاهد را در حوزهٔ جغرافیایی گسترده‌تری ملتزم به رعایت حقوق و آزادی‌های مندرج در این اسناد می‌کند. به دیگر سخن، با احراز دسته‌ای از شرایط و متعاقباً از طریق توسعهٔ چارچوب گسترهٔ تحت صلاحیت دولت‌ها، اقداماتی که آنان در نقض التزامات قراردادی نشأت گرفته از اسناد تعهدآور حقوق بشری در خارج از عرصهٔ قلمرو خود (به‌طور مستقیم و یا حتی غیرمستقیم) مرتکب می‌گردند، و یا حتی در سرزمینی که نوعاً التزامات قراردادی مزبور، به‌طور معمول در آنجا قابلیت اجرا ندارد مرتکب می‌شوند را می‌توان درحوزهٔ مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مطرح ساخت.

واژگان کلیدی: حیطهٔ تحت صلاحیت، حقوق بشر، تعهدات حقوق بشری، قلمرو جغرافیایی صلاحیت، التزام بین‌المللی دولت‌ها به رعایت حقوق بشر، قلمرو جغرافیایی حقوق بشر.

---

* . نگارنده، نوشتار پیش رو را به دانشمند عالیقدر حقوق بین‌الملل دکتر جمشید ممتاز پیشکش می‌نماید.

** . نامزد دریافت درجهٔ دکتری در رشتهٔ حقوق بین‌الملل دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامهٔ طباطبایی و وکیل دادگستری.

مقدمه

بر کسی پوشیده نیست که روند بشرگرا شدن حقوق بین‌الملل در ابعاد مختلف با شتابی بیش از پیش در حال تکامل است. از این‌رو اکنون شاید بتوان آن‌را به‌عنوان چتری برای افراد بشر تلقی نمود تا دولت‌ها. این غایت اساساً در صورتی به‌طور کامل محقّق می‌گردد که به تحدید حاکمیت دولت‌ها به شکل جدی‌تری نگریسته شود؛ چه در غیر اینصورت، این روند به بیراهه خواهد رفت.

از سوی دیگر تأسیس و توسعهٔ اختیارات ارکان قضائی و شبه قضائی مأمور به رسیدگی به موارد نقض تعهدات حقوق بشری و پیش‌بینی زمینه‌ها و ضمانت‌های اجرایی تصمیمات اتخاذی این ارکان، گام مؤثر و مثبت دیگری در اعتلای سطح کلی اجرای حقوق بشر بوده و از ترویج بی‌کیفری ناقضان این حقوق پیشگیری نموده است، ضمن اینکه امکان احقاق حقوق و تظلّم خواهی قربانیان این تخلفات را نیز تقویت می‌نماید.

یکی از طرقی که مسیر را برای احقاق حق از اقدامات تخطّی جویانهٔ ارکان و کارگزاران دولتی یا وابسته به دولت فراهم ساخت، ایجاد مراجع صلاحیت‌دار قضائی و شبه قضائی فراملّی و منطقه‌ای بود که بدون نیاز به احراز پیش شرطی همچون توسل به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع، امکان تظلّم خواهی را برای فرد زیاندیده فراهم می‌نمود؛ پیش شرطی که هنوز هم با توجه به تحولات اخیر و اهتمام بیش از پیش کمیسیون حقوق بین‌الملل و سایر مراجع مرتبط برای خروج از تک بعدی بودن آن راهکار مؤثّری برای احقاق حق فراهم نمی‌ساخت چه آنکه آن را دشوار می‌ساخت؛ از این حیث که صرفاً حقی است در اختیار انحصاری دولت و اوست که تصمیم می‌گیرد که نسبت به یک فرد تبعه‌اش اعمال حمایت نماید یا خیر و در موارد بسیاری از اعمال این حمایت امتناع نموده و در نتیجه از فرد تبعه احقاق حقی صورت نگرفته است. از این‌رو، با توجه به ناکارآمدی این سامانه، باید در پی یافتن راهکار دیگری برای نیل به مقصود بود.

امروزه دیگر هرگز نمی‌توان چنین ادعا نمود که شمول جغرافیایی تعهدات حقوق بشری دولت‌های متعاهد نسبت به اسناد و معاهدات حقوق بشری صرفاً به عرصه قلمرو جغرافیایی تحت حاکمیت آنها محدود می‌گردد؛ بلکه با توجه به رویه قضائی سالهای اخیر محاکم قضائی و شبه قضائی در این وادی و تفسیرهای متعاقب به عمل آمده از نص و فحوای این اسناد تعهدآور ـ که در مباحث آتی بدان خواهیم پرداخت ـ دولت‌های عضو متعاهد، اصولاً در هر نقطه‌ای که اقـدام به اعمال صلاحیت و کنترل می‌نمایند، به تناسب صلاحیت و کنترل اعمال شده، مسئولیت خواهند داشت. در واقع، ارکان دست‌اندرکار و ناظر بر حسن اجرای مقررات حقوق بشر در تلاش‌اند تا از طریق توسعه حیطه شمول این تعهدات، حمایت بیشتری را از این حقوق به عمل آورده و تک تک افراد بشر را در هر نقطه‌ای زیر چتر حفاظتی این حقوق قرار داده و تا حد امکان، ترتیبات تظلّم خواهی و

احقاق حق را ـ در صورت پایمال شدن حقوق آنان ـ فراهم سازند. لذا شمول جغرافیایی تعهدات حقوق بشری دولت‌ها با توجه به روند پیش گفته به‌طور مستمـر در حال تحول و تکامل است.

دولت‌ها صرف‌نظر از تعهدات موجود در درون سرزمین خود که تحت حاکمیت مسـلّم آنان قرار دارد، نسبت به اعمال نمایندگان، کارگزاران و حتی کارمندان اداری خود در خارج نیز مسئولیت خواهند داشت در صورتی‌که این اعمال کاشف از نقض کنوانسیونی خاص و مفاد آن باشند. این نوع اعمال صلاحیت که به‌صورت فرعی اعمال می‌گردد استثنائی بر اصل سرزمینی بودن صلاحیت دولت‌ها بوده که از طریق ارگانهای تابعه خود اعمال می‌کنند؛ همچون اقدامات نظامی یک دولت عضو کنوانسیون حقوق بشری توسط نیروهای نظامی خود در قلمرو دولتی دیگر ـ که به‌طور معمول کنوانسیون در این منطقه اخیر اجرا نمی‌گردیده است ـ که منتج به نقض حقوق و آزادی‌های مندرج در آن کنوانسیون گردد.

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به مثابه سند التزام‌آور حافظ ترتیبات حقوق بشری در میان کشورهای اروپایی عضو، نمونه بارز و پیشرو در میان اسناد بین‌المللی در این حوزه می‌باشد. نیز مادهٔ یک این کنوانسیون فی‌نفسه، محور و نقطه اتکای این نوشتار قلمداد می‌گردد. علاوه بر این، منبع غنی آراء و رویه قضائی محاکم حقوق بشری و خاصه دیوان اروپایی حقوق بشر تحقیقاً بهترین ابزار برای نیل به هدف این نوشتار محسوب می‌گردد.

پرسش اصلی این نوشتار این است که آیـا می‌توان با احراز دسته‌ای از شرایط و متعاقباً از طریق توسعهٔ چارچوب گسترهٔ تحت صلاحیت دولتها، اقداماتی که آنان در نقض التزامات قراردادی نشأت گرفته از اسناد تعهدآور حقوق بشری، در خارج از عرصهٔ قلمرو خود، به‌طور مستقـیم و یا حتی غیـرمستقیم، مرتکب می‌گردند را در حوزهٔ مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مطرح ساخت و آنان را ملتزم به اجرای این تعهدات در خارج از کشور و یا حتی کشوری که کنوانسیون به‌طور معمول در آن اجرا نمی‌شود، نمود؟

۱ـ ماهیت حقوقی قواعد حقوق بشـر

بد نیست اگر بر این نکته مجدداً تأکید شود که «حقوق بشر تجلی بارز کرامت انسان است و تکلیف دولت‌ها به تضمین رعایت آن ناشی از شناخت همین کرامتی است که قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آن را اعلام نموده‌اند».[1] حال چنانچه حقوق بشر واقعاً با کرامت انسانی پیوند خورده و اگر حقوق بشر علقه‌ای با شناخت این کرامت ایجاد نموده باشد،

1. The resolution of Institute of International Law, Article 1, session of Jacques de compostelle, A.I.D.I. Vol.63, II 1990, p.286.

به‌نظر می‌رسد رعایت این حقوق باید به‌عنوان التزامی که از یک قاعدهٔ آمره حقوق بین‌الملل ناشی می‌شود به کلیهٔ دولت‌ها بازگردد.

فارق از وجود هر نوع تعهد قراردادی، محروم ساختن افراد بشر از آزادی و ایراد فشارهای جسمانی و اعمالی از این دست صراحتاً مغایر با هدف و منظور منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر بوده و موکول ساختن التزام به چنین اصول و قواعدی را به بـده‌بستان‌ها و ملاحظات قراردادی، به‌نوعی نقض غرض در فلسفه وجودی سازمان ملل متحد و جامعه بین‌المللی قلمداد می‌گردد. به همین لحاظ به‌نظر می‌رسد یکی از مهمترین راه‌های تضمین هر چه بیشتر قواعد حقوق بشر، گسترش شمول جغرافیایی التزامات آنان باشد.[۲]

هدف و مأموریت اصلی معاهده‌ای همچون کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حفظ «نظم عمومی اروپایی»[۳] به‌منظور حفاظت از افراد بشر بیان شده است. نیز، دیوان اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی را دارای ویژگی خاصی به‌عنوان یک سند قانون‌ساز و ضامن حفظ نظم عمومی اروپا در حراست از حقوق افراد بشر قلمداد نموده و خاطرنشان می‌سازد که نقش این کنوانسیون، تضمین نظارت بر تعهدات اطراف متعاهد در اجرای مفاد مندرج در آن می‌باشد.[۴]

کنوانسیون اروپایی در نگاه اول خصیصهٔ منطقه‌ای بودن سیستمِ خود را یادآور می‌شود، اما از سوی دیگر دیوان اروپایی حقوق بشر در آرائی چند ویژگی منطقه‌ای بودن خود را با نص موجود در ماده ۱۹ کنوانسیون در تعارض دانسته است؛[۵] ماده‌ای که هیچ‌گونه محدودیت سرزمینی را بر سیستم موجود در این کنوانسیون برنمی‌تابد. در آراء متعددی از دیوان اروپایی حقوق بشر نیز (چه توسط وکلای اطراف دعوی و چه توسط قضات دیوان) بر این نکته تأکید شده است که ملحوظ داشتن محدودیت جغرافیایی بر عرصه شمول کنوانسیون اروپایی «خلأ و صدمه‌ای جبران‌ناپذیر بر پیکرهٔ حفاظتی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» وارد خواهد ساخت.[۶] ازاین‌رو، آنچنان که ملاحظه می‌شود قواعد حقوق بشری از حیث گسترهٔ جغرافیایی اعمال، تابع رژیم خاصی هستند که به‌نظر می‌رسد سایر قواعد حقوق بین‌الملل از آن بی‌بهره‌اند.

شالوده ویژهٔ معاهدات حقوق بشر و یا معاهداتی حاوی مضامین بشرمأب، سبب گردیده تا نظامی متفاوت با سایر قواعد و ترتیبات بین‌المللی، متناسب با ماهیت خاص آنها در این حوزه لحاظ گردد. برای نمونه، در وادی اعمال حق شرط نسبت به این دسته از معاهدات، نظامی

---

2. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J Report 28 May 1951, p.23.

3. European public order.

4. Loizidou, *op. cit.,* judgment (preliminary objections), Para. 93.

5. Banković, *op. cit.,* Decision of Admissibility, Para. 79.

6. Among others see: Cyprus *v.* Turkey, judgment, Para.78.

علی‌حده به دولت‌ها دیکته شده است؛ «به‌طوری‌که اعمال حق تحفظ بر معاهدات حقوق بشری گاهی به‌عنوان عملی مغایر با موضوع و هدف معاهده تلقی شده و حتی برخی صاحب‌نظران تا آنجا پیش رفته‌اند که معاهدات حقوق بشری را به‌واسطهٔ مضمون ویژه‌شان، تحفظ‌ناپذیر قلمداد نموده و اساساً چنین اعلامیه‌ای نسبت به این دسته از معاهـدات را فقط بیانیه‌ای بی‌اثر تلقی می‌نمایند (و نه اعلامیه حق تحفظ) که دولتهای متعاهدِ دیگر، حتی الزامی به اعتراض بدان نیز ندارند.»[۷]

همچنین به‌زعم دیوان اروپایی حقوق بشر «مرجع قضائی رسیدگی‌کننده به قضایای دارای ماهیت حقوق بشری بایستی در احراز صلاحیت خود در رسیدگی به یک مسئله، قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل را مدنظر قرار دهد و در بررسی مسئلهٔ صلاحیت مکلف است به این قواعد توجه لازم را مبذول دارد. نیز محکمهٔ رسیدگی‌کننده باید مسئولیت یک دولت را در انطباق با اصول مسلم حقوق بین‌الملل احراز نماید، اگرچه لازم است که در بررسی مفاد یک سند التزام‌آور حقوق بشری، به «خصوصیت متفاوت و ویژهٔ یک معاهدهٔ حقوق بشری» نیز توجه نماید.»[۸]

۲ـ محدودهٔ جغرافیایی التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر در اسناد بین‌المللی

این مبحث اختصاص به بررسی اسناد بین‌المللی حاوی ترتیبات حقوق بشری دارد تا به تحلیل مفاهیم و مکانیزم های مشابه با مفهوم مد نظر ما در این نوشتار، بپردازد؛ و با کنکاش در تحولات و سیـر تکـامل صلاحـیت داخـلی دولتها در جستجوی پاسخ به این سئوال است که چگونه این مفهوم در مقاطع زمانی مختلف به‌واسطهٔ رویه ملل متحد، رویکرد محاکم قضایی، اقدامات سازمانهای منطقه‌ای و حتی عملکرد بعدی دولتها دستخوش دگردیسی گردیده است.

منشور ملل متحد را باید سند اولیه در رابطه با تعیین محدودهٔ جغرافیایی التزام بین‌المللی دولت‌ها در اجرای ترتیبات حقوق بشری دانست. بند هفت از ماده دو منشور سازمان ملل متحد اشاره به «*حیطهٔ تحت صلاحیت داخلی دولت‌ها*»[۹] دارد. چنین به‌نظر می‌رسد که باید این قید را مبنا و سنگ‌بنای آغازین سیر تکامل مفهوم مد نظر ما قلمداد نمود. محدودهٔ صلاحیت داخلی دولت‌ها بستگی به توسعهٔ حقوق بین‌الملل و روابط بین‌المللی دارد. از این‌رو مسائل مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی را دیگر نمی‌توان الزاماً داخل در حیطهٔ صلاحیت داخلی دولت‌ها تلقی کرد؛

---

7. E/CN.4/Sub.2/2004/42; Reservation to human rights treaties, Final working paper submitted by Françoise Hampson, Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 56th session, 19 July 2004.

8. Loizidou *v.* Turkey, Judgment (merits), Para.43 and 52.

تأکید از نگارندهٔ این نوشتار است.

9. Within the Domestic Jurisdiction of Any State.

چه، حقوق بین‌الملل موجودِ در معاهدات بین‌المللی، موضوع خاصی که در این معاهدات تنظیم گردیده را از حیطهٔ هرگونه صلاحیت انحصاری خارج می‌نماید. حتی حقوق بین‌الملل ایجاد شده به‌واسطهٔ روابط دوجانبه نیز موضوع و هدف خود را از درون چارچوب صلاحیت داخلی خارج ساخته است.[۱۰]

از سوی دیگر، جایگاه حقوق بشر در پیشگاه منشور ملل متحد همواره با عبارت‌هایی شامل «ارتقـاء»، «تشـویق» و «حفاظـت» مشخص گردیده است. «ارتقـاء» و «تشـویق» به رعایت حقوق بشر از دیدگاه ملل متحد به مثابه اموری بلامنازعه قلمداد می‌گردند؛ لذا تمامی اقدامات و ترتیبات مربوط بدان‌ها دیگر ماهیتاً در محیط انحصاری اختیار دولت‌ها مستقر نیستند. اما در مورد «حفاظـت» این صلاحیت به‌گونه‌ای متفاوت رقم خورده است و این تفاوت به‌طور عمده به تعریف این مفهوم برمی‌گردد. از این جهت باید اقدامات مرتبط و منتسب بدان را به دو دستهٔ اقدامات مستقیم و غیرمستقیم تقسیم نمود. اقدامات مستقیم در حفاظت از حقوق بشر را باید متعلق به صلاحیت داخلی دولت‌ها قلمداد نمود (اقداماتی چون رسیدگی قضائی به نقض حقوق بشر، انتساب مسئولیت، اتخاذ تصمیم در خصوص میزان و نحوهٔ جبران خسارت، اجرای بین‌المللی این تصمیم و ... از آن جمله‌اند). حال آنکه در وضعیت‌های مربوط به نقض شدید و سیستماتیک حقوق بشر، نسل‌زدایی، اهمال در عدم تبعیض و یا مسئلهٔ تعیین سرنوشت اساساً در صلاحیت ملل متحد قرار می‌گیرند. گفتنی است که برخی صاحب‌نظران در این خصوص صحبت از *صلاحیت متقارن*[۱۱] به میان آورده‌اند.[۱۲]

در مانحن‌فیه باید اشاره‌ای به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نمود. به‌نظر بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی، اولین سند تعهدآور حقوق بشری اعلامیه جهانی حقوق بشر نیست، بلکه ماده سه مکرر چهار کنوانسیون می‌باشد.[۱۳] در واقع اولین رگه‌های تعهدات حقوق بشری در حقوق بشردوستانه تبلور یافته است و این مسئله به‌واسطه قدمتی طولانی است که حقوق بشردوستانه داشته و در لابلای ترتیبات این حقوق در زمان درگیری، التزاماتی از این مجموعه نیز به زمان صلح اختصاص یافته است که همین امر به خودی خود سرآغاز رویکرد تازه جامعه جهانی به مسائل حقوق بشری بوده است.[۱۴] حقوق مذکور در این ماده در واقع همان حقوقی

---

10. Simma, Bruno, "The Charter of the United Nations, A Commentary" Edition 1995, Oxford University Press, p.152, Para. 36.

11. Concurrent Jurisdiction.

12. *Ibid*. Para. 39.

۱۳. از جمله رک. ممتاز (دکتر)، جمشید، *جزوهٔ درسی سمینار حقوق بشر، سال تحصیلی ۸۴-۱۳۸۳*، دانشکده حقوق و علوم‌سیاسی، دانشگاه تهران.

۱٤. ماده سه مشترک چهار کنوانسیون چنین اشعار می‌دارد:

هستند که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ ذکر شده‌اند و در میان دسته‌بندی‌های مرسوم آشکارا جزو قواعد آمره حقوق بین‌الملل قرار می‌گیرند.[۱۵] لذا این واقعیت نشانگر این است که می‌توان برای یافتن مبنای مفاهیم حقوق بشری به اسنادی که در اساس و ماهیت در چارچوب حقوق بشردوستانه قرار می‌گیرند، نیز مراجعه نمود.

ماده یک هر چهار کنوانسیون از دولت‌های عضو می‌خواهد که متعهد شوند که «کنوانسیون مزبور را در هر شرایطی رعایت کرده وتضمین بر رعایت آن کنند».[۱۶] از عبارت «در هر شرایطی» چنین مستفاد می‌گردد که محدودیتی در زمان و مکان اجرای این کنوانسیون اساساً وجود نداشته و دولت‌های عضو متعاهد، ملتزم به رعایت مفاد آن هستند؛ ضمن اینکه در بخش اخیر این ماده آمده است «تضمین بر اجرا و رعایت آن کنند» که بدین معنی است که دولت‌های عضو علاوه بر التزام خود بر رعایت مفاد کنوانسیون‌ها، متعهد گردیده‌اند که اتباع خود را نیز به رعایت این مفاد وادار کنند. بنابراین با درنظرگرفتن واقعیت مذکور مبنی بر وجود رگه‌های حقوق بشری در این کنوانسیون‌ها، می‌توان چنین نتیجه گرفت که التزامات دولت‌های متعاهد در اجرای (دست کم) مندرجات حقوق بشری این کنوانسیون‌ها، در محدوده‌ای خارج از قلمرو تحت حاکمیت آنان نیز قابلیت گسترش داشته است، به‌نحوی که می‌تواند آن دسته از اتباعی که در خارج کشور سکونت دارند را تحت پوشش قرار دهد.

رگه‌هایی از این مفهوم را نیز می‌توان در میثاق حقوق مدنی و سیاسی و پروتکل الحاقی

«در صورت بروز نزاع مسلحانه که جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دول معظمه متعاهد روی دهد هریک از متخاصمین مکلفند که لااقل ترتیبات ذیل را رعایت نمایند:

۱ـ با کسانی‌که مستقیماً در درگیری مسلحانه شرکت ندارند به انضمام افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند در همه احوال بدون هیچگونه تبعیض نامطلوب ناشی از نژاد، رنگ، مذهب، عقیده، جنس، اصل و نسب یا ثروت یا هر علت مشابه آن به اصول انسانیت رفتار خواهد شد. اعمال ذیل در مورد اشخاص مذکور بالا در هر زمان و در هر مکان ممنوع است و خواهد بود:

الف) لطمه به حیات یا تمامیت بدنی من‌جمله قتل به تمام اشکال آن، ایراد جراحت، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار.

ب) اخذ گروگان.

ج) لطمه به حیثیت افراد از جمله تحقیر و تخفیف.

د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضائی که ملل متمدن ضروری می‌دانند باشد.

۲ـ مجروحان و بیماران جمع‌آوری و پرستاری خواهند شد.

یک سازمان بشردوستانه بی‌طرف مانند کمیته بین‌المللی صلیب سرخ می‌تواند خدمات خود را به طرفهای درگیر عرضه دارد. گذشته از مراتب فوق دول متخاصم سعی خواهند کرد تمام یا قسمتی از سایر مقررات این کنوانسیون را نیز از طریق موافقتنامه‌های اختصاصی به‌موقع اجرا گذارند. اجرای مقررات فوق اثری در وضع حقوقی دول متخاصم نخواهد داشت».

۱۵. ممتاز، جمشید و رنجبران، امیرحسین، حقوق بین‌الملل بشر دوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.

16. … To respect and to ensure respect for all the present convention *in all circumstances* … .

آن جستجو کرد. ماده دو پاراگراف یک از میثاق حقوق مدنی و سیاسی چنین مقرر می‌دارد:«هر دولت عضو این کنوانسیون متعهد به رعایت و تضمین بر رعایت در مورد همه افراد داخل در حیطه سرزمین خود و تحت صلاحیت خود نسبت به حقوق شناسایی شده در این میثاق خواهد بود...»

کمیسیون حقوق بشر سابق طی جلسه ششم خود در تهیه طرح پیش‌نویس میثاق درسال ۱۹۵۰ با موجی از درخواست‌های اعضاء مبنی بر لحاظ نمودن عبارت «در حیطه سرزمین و تحت صلاحیت آن (دولت)»[۱۷] در ماده فوق (ماده دو پاراگراف یک) از این طرح مواجه بود؛ قیدی که مفاد طرح مزبور را از حیث حدود و ثغور جغرافیایی، از یک چارچوب محدود و مضیق خارج، و به عرصه‌ای بسیار گسترده‌تر و به شکلی تکامل یافته‌تر سوق می‌داد. البته این تحول در نوع خود، از یک‌سو، می‌توانست پیچیدگی‌ها و فراز و نشیبهایی را به همراه داشته باشد و از سوی دیگر دولت‌ها را در رعایت این موازیـن و حفظ و حراست از حقوق و آزادی‌ها مندرج در میثـاق با چالشی جدی روبرو سازد. قید مذکور تکالیف مقرر در میثـاق بین‌المللی را، در هر نقطه‌ای که دولت متعاهد اعمال کنترل و (در نتیجه) صلاحیت می‌نماید، به تناسب کنترل و صلاحیت اعمالی، لازم‌الاجرا قلمداد می‌کند.

در مقابل، درخواستهایی متعاقباً مبنی بر عدم لحاظ این عبارت عمدتاً توسط دولت‌ها در سالهای ۱۹۵۲ و ۱۹۶۳ مطرح شدند که با شکست مواجه شدند. این در حالی است که کمیته حقوق بشر به‌عنوان نهاد بین‌المللی ناظر بر حسن اجرای ترتیبات و حقوق و آزادی‌های مقرر در میثاق، در خصوص مفاهیمی معین، مصمم به توسعه مسئولیت دولت‌های متعاهد نسبت به اعمال ارتکابی کارگزاران و نیروهای آنان در خارج از قلمرو تحت حاکمیت خود[۱۸] بود. این اقدام کمیته حقوق بشر بدین جهت شایان توجه تلقی می‌گردد که ماده یک از پروتکل اختیاری منضم به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حق اعمال صلاحیت نهاد مزبور را در رسیدگی به شکایات *افراد حاضر در تحت صلاحیت* آنان میسور ساخت و ـ آنچنان‌که بعداً شاهد بودیم ـ خصیصه‌ای شبه قضائی بدان اعطا کرد. ماده یک پروتکل اختیاری منضم به میثاق ۱۹۶۶ در ما نحن فیه، چنین مقرر می‌دارد:

> «یک دولت عضو میثاق که به عضویت این پروتکل نیز درمی‌آید، صلاحیت کمیته (حقوق بشر) را در دریافت و بررسی مکاتبات[۱۹] *افراد تحت صلاحیت* خود که مدعی این هستند که قربانیان نقض حقوق مندرج در میثاق توسط هر یک از دولت‌های عضو می‌باشند را نیز مورد شناسایی قرار می‌دهد...».

---

17. Within its territory and subject to its jurisdiction.

18. The Contracting States' responsibility for the acts of their agents abroad ...

19. Communication.

حال باید به بررسی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پرداخت. همان‌طورکه پیش‌تر اشاره شد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌عنوان سند التزام‌آور حافظ حقوق و آزادیهای افراد بشر در قاره اروپـا، نمونه برجسته و در خور توجه در میان اسناد بین‌المللی در نوع خود تلقی می‌گردد. مادهٔ یک این کنوانسیون که فی‌نفسه نقش محوری و نقطه اتکای این نوشتار را ایفا می‌نماید در مقطع زمان تهیه متن پیش نویس کنوانسیون تا هنگام تصویب، با چالشهای جدی روبرو بود به‌گونه‌ای که دفعاتی چند دستخوش تغییر و اصلاح گردید. متن پیش‌نویس اولیه تهیه شده توسط کمیته مجمع مشاوران شورای اروپا (در خصوص مسائل حقوقی و اجرایی)، که النهایه در قالب ماده یک کنوانسیون اروپایی تجلی یافت، چنین مقرر می‌داشت که «دولت‌های عضو متعهد می‌شوند که حقوق تمامی افراد *ساکن در حیـطه قلمروشان* را تضمین نمایند ...».[۲۰]

کمیته بین‌الدولی خبرگان،[۲۱] که طرح پیش نویس مجمع مشاوران شورای اروپا را مورد بررسی قرار داد، در صدد این برآمد که عبارت «... *افراد تحت صلاحیت آنها* ...»[۲۲] را جایگزین قید «... *تمامی افراد ساکن در حیطه قلمروشان* ...»[۲۳] کند. در خصوص این جایگزینی، دلایل مدنظر کمیته خبرگان در متن ذیل که برگرفته از مجموعه مکتوبات کارهای مقـدماتی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌باشد، شایان توجه به‌نظر می‌رسند:

> «طرح پیش نویس مجمع (مشاوران شورای اروپا)، ترتیبات کنوانسیون اروپایی را به «... تمامی افراد ساکن در حیطه قلمرو دولتهای امضاکننده آن ...» توسعه داده است. اما به‌نظر کمیته چنان می‌رسد که عبارت «ساکن»[۲۴] بسیار مضیق و محدود باشد».[۲۵]

نکته حائز اهمیت راجع به نقطه‌نظر فوق‌الذکر آنکه مجمع مشاوران شورای اروپا با اندراج قـید اولیهٔ «... قلمرو دولت‌های امضاکننده آن ...» در واقع در مقام گسترش حوزه و چارچوب این تعهدات به آستانهٔ ماوراء حدود مرزی قـلمرو هر دولت عضو بوده‌اند؛ حال آنکه کمیته بین‌الدولی خبرگان قایل بر این است که آستانه فوق باید از حد مد نظر مجمع نیز فراتر رود به‌نحوی که در ورای عرصه سرزمین دولـت‌های عضو (یعنی حتی در مناطقی خارج از قاره اروپا) کنوانسیون نسبت به اقدامات آنان قابلیت تسری و اجرا داشته باشد.

---

20. Collected Edition of the Travaux pre´paratoires of the European convention of Human Rights, 4 November 1950, (Vol. III), P. 260.

21. Expert Intergovernmental Committee.

22. … persons within their jurisdiction … .

23. … all the persons residing within their territories … .

24. … residing … .

25. *Ibid*. at 260-261.

از این‌رو چنین احساس شد که زمینه‌های مناسبی برای توسعه ترتیبات کنوانسیون حتی به تمامی افراد داخل سرزمینهای دول امضاکننده، حتی آن افرادی که به‌معنای حقوقی کلمه نتوان *ساکن* واقعی قلمروها دانست، وجود دارد. کمیته مزبور بر همین اساس عبارت «... در حیطه صلاحیت ...»[۲۶] را جایگزین قید «... *ساکن* ...» در ماده یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمود که به خودی خود باید مبنا و فراز اساسی آغاز این سیر تکامل قلمداد گردد.

تفسیر دیگری که قبل از طرح ماده یک کنوانسیون صورت گرفت توسط نماینده بلژیک در ۲۵ اوت ۱۹۵۰ در حین نشست عمومی مجمع مشاوران شورای اروپا به عمل آمد که بدین منوال بود:

> « از این پس، حق حمایت از سوی دولت‌های ما، در پرتو اندراج قیدی صریح در کنوانسیون، با قدرت و اختیار تام و بدون هیچگونه تبعیض یا تفکیکی، نسبت به افراد دارای هر نوع تابعیت، که در قلمرو هریک از دول ما مدعی و معترض نقض حقوقشان هستند، اعمال می‌گردد».[۲۷]

اقدامات مقدماتی[۲۸] پیش گفته در تهیه و تدوین کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تا رهیافت نیل به این موفقیت پیش رفت که واژه‌پردازی ماده یک مشتمل بر قید «*در حیطه صلاحیت آنها*»، بدون آنکه به هیچ‌گونه بحث و مجادله‌ای دامن زند همانگونه که طرح گردیده بود توسط مجمع مشاوران در ۲۵ اوت ۱۹۵۰ بدون اصلاحیه‌های دیگری تصویب شد.[۲۹]

در میان تفسیرهای صورت گرفته از ماده یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌توان به‌نظر قضات دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه دعوای عیسی(Issa) اشاره نمود. در این رأی دیوان اروپایی حقوق بشر از ماده مزبور چنین استنتاج می‌کند که دول عضو متعاهد، موظف به پاسخگویی پیرامون هرگونه تخلف و نقض حقوق و آزادی‌های مورد حفاظت و حمایت کنوانسیون که نسبت به افراد حاضر «*در حیطه صلاحیت*» آنان ارتکاب یافته است، خواهند بود.[۳۰]

از فحوای نظر دیوان در این خصوص چنین استنباط می‌گردد که یک دولت متعاهد، چه نسبت به نقض‌های ارتکابی توسط ارکان یا کارگزارانش ـ در حین انجام وظیفه یا خارج از آن ـ و چه نقض مفاد کنوانسیون که توسط افراد دیگر حاضر در حیطه صلاحیت خود ارتکاب یابد،

---

26. ... within their jurisdiction … .

27. *Ibid*. at 267.

28. Travaux pre´paratoires.

29. Collected Edition of the Travaux pre´paratoires of the European Convection on Human Rights, 4 November 1950, (vol.VI, p.132).

30. Issa and others *v.* Turkey, judgment, no.31821/96, 19 October 2004, Para. 65 and 66.

مسئول خواهد بود. از تأکید قضات دیوان اروپایی حقوق بشر بر افراد حاضر «*در حیطه صلاحیت*» (یک دولت) چنین مستفـاد می‌گردد که نظر دیوان نیز اساساً بر عـدم تحـدید چارچوب صلاحیت به حیطه مرزهای جغرافیایی دولتهای متعاهد بوده است.[۳۱] *

مفاد اعلامیه امریکایی حقوق و وظایف بشر نیز از اندراج مفهوم مد نظر این نوشتار بی‌بهره نبوده است. ماده یک اعلامیه امریکایی حقوق بشر ۱۹۴۸ که به ابتنای آن صلاحیت ذاتی دیوان امریکایی حقوق بشر ملحوظ گردیده است، در بحث مورد نظر ما چنین مقرر می‌دارد:

«دول عضو این کنوانسیون ملتزم به احترام به حقوق و آزادی‌های شناخته شده در این سند و تضمین آن نسبت به *تمامی افراد موضوع صلاحیتشان* و اجرای آزادانه و تام آن آزادی‌ها و حقوق، بدون هیچ‌گونه تبعیضی شده‌اند».

در رابطه با این ماده، اشاره به استدلال موجود در یکی از آراء صادره از کمیسیون امریکایی حقوق بشر مفید به‌نظر می‌رسد. در گزارش مربوط به رأی پرونده کوآرد[۳۲] در ۲۹ سپتامبر سال ۱۹۹۹، کمیسیون امریکایی حقوق بشر، شکایت مربوط به بازداشت و رفتار غیرانسانی با خواهان دعوی توسط نیروهای ایالات متحده امریکا در روزهای اولیه عملیات نظامی در گرینادا را مورد بررسی قرار داده و این‌گونه اظهارنظر می‌کند:

«درحالی‌که التزام و اجرای فراسرزمینیِ[۳۳] اعلامیه امریکایی حقوق بشر منظور نظر هیچ‌یک از اطراف دعوی نسبت کنوانسیون ذکر این امر را مقتضی می‌داند که تحت شرایط خاصی، اعمال صلاحیتش درخصوص اعمالی که دارای موقعیت خارج سرزمینی هستند نه تنها مصداق خواهد داشت، بلکه با توجه به قواعد موجود در این خصوص، ضروری نیز به‌نظر می‌رسد. حقوق بنیادین افراد در سراسر امریکا بر مبنای اصول برابری و عدم تبعیض استوار است (بدون تمایز در نژاد، تابعیت ، عقیده یا جنسیت)؛ و نظر به اینکه حقوق افراد با فضیلت انسانیت عجین شده است، هریک از ایالات امریکا مکلف است حقوق حمایت شده *هر شخص موضوع صلاحیتش* را به‌موقع اجرا گذارد.

از آنجایی که این موضوع به‌طور عمده اشاره به افراد داخل در حیطه قلمرو هر ایالت دارد، اما تحت شرایطی می‌تواند به اعمالی با ویژگی‌های خارج سرزمینی (فراسرزمینی) که در آن فرد موضوع مسئله در قلمرو یک دولت حضور دارد اما موضوع کنترل و صلاحیت دولت دیگر است، صورت پذیرد ـ که معمولاً این نوع کنترل و اعمال صلاحیت از طریق اقدامات کارگزاران دولت اخیر در خارج از سرزمین تجلّی می‌یابد. اصولاً لازمه اعمال این کنترل نه تابعیت فرضی قربانی

---

31. *Ibid*.

* . کلیهٔ تأکیدها در این مبحث از نگارندهٔ این نوشتار است.

32. Coard *et al*. *v*. the United States, Report No. 109/99, Case No. 10.951, 29 September 1999.

33. Extraterritorial application.

است و نه حضور وی در یک محدوده خاص جغرافیایی مدنظر است، بلکه تحت شرایط خاصی، یک دولت، حقوق *فردِ موضوع صلاحیت یا کنترل* خود را باید به‌موقع اجرا بگذارد».[۳۴]*

همان‌طورکه ملاحظه می‌شود، نظر کمیسیون امریکایی حقوق بشر نیز بر این است که التزام هریک از ایالات امریکا به ایفای ترتیبات مندرج در اعلامیه امریکایی حقوق و وظایف بشر با اینکه در اصل افقی درون سرزمینی دارد اما تحت یک سلسله شرایط خاص می‌تواند در خارج از عرصهٔ جغرافیایی هر ایالت نیز نمود پیدا کند؛ که در این صورت ایالت مزبور موظف به صیانت از حقوق و آزادی‌های پیش گفته در آن نقطه نیز خواهد بود و در صورت تخطی نیز مسئلهٔ مسئولیت دولت مطرح می‌گردد.

۳ـ مفهوم قید «در حیطهٔ صلاحیت»

همان‌طورکه از *معنای معمولی*[۳۵] عبارت «در حیطهٔ صلاحیت» در مادهٔ یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برمی‌آید، چارچوب این ماده، هم در خصوص حیطهٔ تعهدات مثبت اعضای کنوانسیون، و هم در خصوص محدوده و گسترهٔ سیستم حمایت حقوق بشری آن، و نیز در مورد اختیارات ارکان کنوانسیون در بررسی و تحقیق در یک مورد خاص، تعیین‌کننده می‌باشد. آنچه می‌توان از کارهای مقدماتی کنوانسیون استخراج کرد، اشارهٔ روشنی به مفهوم مورد قصد طراحان آن در رابطه با مادهٔ مزبور است که نمی‌توان در مورد آن بی‌اعتنا بود.

از سوی دیگر باید به این نکته اشاره کرد که تفسیر مادهٔ یک کنوانسیون نمی‌بایست صرفاً برطبق کارهای مقدماتی آن صورت گیرد و صرفاً ابزار تفسیر نباید مذاکرات تدوین‌کنندگان کنوانسیون و به‌خصوص این ماده، مناط تصمیم‌گیری واقع شود و کارهای مقدماتی به‌تنهایی تعیین‌کننده نخواهند بود.[۳۶] با این وجود، ترتیبات مقدماتی به‌عنوان دلیلی روشن، منطبق با معنای معمولی مادهٔ یک کنوانسیون خواهد بود که پیش از این توسط دیوان اروپایی حقوق بشر مورد شناسایی قرار گرفته است. به دیگر سخن، کارهای مقدماتی به‌عنوان عنصری برای تفسیر به‌تنهایی و بدون توجه به رویهٔ دیوان اروپایی نمی‌تواند مناط اعتبار قرار گیرد، بلکه به‌عنوان عاملی فرعی در جهت تأئید رویهٔ دیوان و انطباق آن با منطوق واقعی مادهٔ یک به‌کار خواهد رفت.[۳۷] دیوان اروپایی حقوق بشر نه تنها این رویکرد را در مورد مقررات ماهوی کنوانسیون

---

34. Coard *et al*. *v.* the United States, *op. cit.,* Para. 47.

*. تأکیدها از نگارندهٔ این نوشتار است.

35. Ordinary meaning.

36. Banković, *op. cit.,* Para.65.

۳۷. مادهٔ ۳۲ کنوانسیون وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹.

اروپایی حقوق بشر اعمال کرده است،[۳۸] بلکه در خصوص تفسیر از مواد ۲۵ و ۴۶ این کنوانسیون که در مورد شناسایی صلاحیت ارکان کنوانسیون توسط یک دولت عضو بحث می‌کند نیز اعمال شده است؛[۳۹] دیوان در مورد این بحث بدین نتیجه می‌رسد که یک کنوانسیون (مثل کنوانسیون اروپایی و خاصه مواد ۲۵ و ۴۶ آن) نمی‌تواند صرفاً براساس مقاصد و نیّات نویسندگانش پس از گذشت زمانی بیش از پنجاه سال، مورد تفسیر قرار گیرد.[۴۰]

با توجه به نظراتی که در آراء مختلف توسط محاکم قضائی مربوطه ارائه شده است، به‌نظر می‌رسد که از نقطه‌نظر حقوق بین‌الملل عمومی، اختیار و حیطهٔ صلاحیت یک دولت بدواً سرزمینی است؛ بدین معنا که چارچوب صلاحیتی یک دولت براساس حقوق بین‌الملل عمومی در گام نخست، محدود به عرصهٔ سرزمین آن دولت می‌شود، جایی‌که آن دولت دارای حاکمیت نیز می‌باشد. اما مادامیکه حقوق بین‌الملل، اعمال صلاحیت یک دولت را در عرصهٔ برون‌سرزمینی و خارج از محدودهٔ مرزهای جغرافیایی خود مستثنی نمی‌کند، پایه‌های چنین صلاحیتی (مثل مواردی همچون تابعیت، پرچم، روابط دیپلماتیک و کنسولی، حمایت دیپلماتیک، جهانی‌سازی)،

---

38 . The Soering Judgment, *op. cit.* , p.102;

Also see: Dudgeon *v.* the United Kingdom, judgment, 22 October 1981, series A, no.45;

The X, Y and Z *v.* United Kingdom, judgment, 22 April 1997; V. *v.* the United Kingdom, no. 24888/94, ECHR, 1999; Matthews *v.* The United Kingdom, no.24833/94, ECHR, 1999.

39. Loizidou, *op. cit.*, preliminary objections, Para.71.

٤٠. ماده ۲۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر:

کمیسیون شکایات ارسالی به دبیرکل شورای اروپا را توسط هر فرد، سازمان غیردولتی یا گروهی از افراد که مدعی هستند قربانی نقض حقوق مندرج در این کنوانسیون از سوی هریک از دولت‌های معظم متعاهد شده‌اند، دریافت خواهد کرد، مشروط بر اینکه آن دولت متعاهد که از او شکایت مطرح گردیده، اعلامیه‌ای در پذیرش صلاحیت کمیسیون در دریافت شکایات پیش‌گفته صراحتاً صادر کرده باشد. دولت‌هایی که چنین اعلامیه‌ای صادر می‌کنند ملتزم می‌گردند که هیچ اقدامی در ممانعت از اعمال مؤثر این حق صورت ندهند.

چنین اعلامیه‌ای می‌تواند برای مدت زمانی خاص (نیز) صادر گردد.

اعلامیه‌های مزبور باید نزد دبیرکل شورای اروپا سپرده شود که وظیفهٔ ارسال نسخه‌هایی از آن به (همهٔ) دولت‌های معظم متعاهد و نیز انتشار آن اعلامیه‌ها را بر عهده دارد.

کمیسیون باید اختیارات مندرج در این ماده را فقط هنگامی به‌کار بندد که دست کم شش دولت متعاهد نسبت به اعلامیه‌های صادره در راستای بند پیشین ملتزم گردیده باشند.

ماده ۴۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر:

هریک از دولت‌های معظم متعاهد در هر زمانی می‌تواند اعلامیه‌ای صادر کند مبنی بر اینکه صلاحیت دیوان را درخصوص هر مسئله‌ای راجع به تفسیر و کاربرد این کنوانسیون، به‌صورت فی‌نفسه اجباری و بدون (نیاز به) هیچ توافق خاص، مورد شناسایی قرار می‌دهد.

اعلامیه‌های پیش‌گفته می‌توانند بی‌قید و شرط و یا مشروط بر عمل متقابلِ یکی از اعضای متعاهد و یا برخی از آنان صادر گردیده و یا برای مدت زمان خاصی صادر شوند.

اعلامیه‌های مزبور باید نزد دبیرکل شورای اروپا سپرده شود که وظیفهٔ ارسال نسخه‌هایی از آن به (همهٔ) دولت‌های معظم متعاهد را بر عهده دارد.

به‌عنوان قواعدی کلی، توسط حقوق حاکمیتی سرزمین دولت‌های مربوطه تعریف و تبیین گشته‌اند.[۴۱]

بر همین اساس، مثلاً اختیار یک دولت در اعمال صلاحیت بر اتباع خود که خارج از سرزمین وی حضور دارند، نسبت به صلاحیت سرزمینی همان دولت و دولت‌های دیگر جنبهٔ فرعی دارد.[۴۲] علاوه بر این، یک دولت نمی‌تواند بدون رضایت، دعوت یا عدم مخالفت دولت دیگر در سرزمین وی اعمال صلاحیت نماید، مگر اینکه در آن سرزمین به‌عنوان اشغالگر حضور داشته باشد، که در این صورت نیز در موارد معینی می‌تواند اعمال صلاحیت کند.[۴۳] بنابراین مادهٔ یک کنوانسیون اروپایی باید به‌گونه‌ای مدنظر قرار گیرد که منعکس‌کنندهٔ این جنبهٔ سرزمینی صلاحیت بوده و مبتنی بر *معنای معمولیِ* آن نیز باشد. چه، سایر پایه‌های صلاحیت استثنائی بوده و نیازمند توجیهی خاص و شرایطی ویژه است و باید به‌صورت مضیّق، آن هم به شکل موردی تحت بررسی قرار گیرد.

به بیان دیگر، اصل آن است که مفهوم صلاحیت، افقی سرزمینی داشته و محدود به عرصهٔ حاکمیت یک دولت می‌شود؛ اما به‌طور استثنائی، با اوضاع و احوالی ویژه، این صلاحیت قابل تسری به خارج از محدودهٔ مرزی دولت بوده و بستر انتساب مسئولیت در قبال نقض حقوق و آزادی‌های انسانی را به شکلی برون‌سرزمینی برای آن دولت مساعد می‌سازد.[۴۴] بنابراین باید توجه داشت که این صلاحیت توسط دولت‌های متعاهد، هنگامی‌که در خارج از محدودهٔ سرزمینی خود اقداماتی صورت می‌دهند نیز مصداق خواهد داشت و نیز هنگامی که اقدامات درون‌سرزمینی آنان نتایج خود را در خارج بروز داده و آثاری فراسرزمینی داشته باشد. این دسته از اقدامات یا آثار آن، به اعمال صلاحیت فراسرزمینی توسط دولت‌های عضو مطابق منطوق ماده یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر منتج می‌گردد.[۴۵] علاوه بر این، یک دولت عضو به‌واسطهٔ نقض حقوق و

---

٤١. برای مطالعهٔ رک.

" The Doctrine of Jurisdiction in international law ", Rdc, 1964, Vol.1; See: "The Doctrine of Jurisdiction in international law, Twenty years later", Rdc, 1984, vol.1; Bernhardt, Encyclopedia of public International Law, Edition 1997, Vol.3; "Jurisdiction of states" and Edition 1995, Vol.2, pp.337-343; "Extra –territorial Effects of administrative, Judicial and legislative Acts"; Oppenheim's International Law, 9th edition 1992 (Jennings and Walt), Vol.1, p.137; P.M.Dupuy, "Droit International Public", 4th Edition 1998, p.61 Brown lie, "Principal of International Law", 5th Edition 1998, pp.287, 301 and 312-314

42. Higgins, "problems and process" (1994), p.73; See: Nguyen Quoc Dinh, "Droit International public", 6thdition 1999 (Daillier and pellet), p.500.

43. Bernhardt, *op. cit.* , vol.3, p. 59;

See: Cassesse, International law, 2001, p.89; "Report on the preferential treatment of national minorities by their Kin-states", Venice commission 48th plenary meeting, Venice, 19-20 October 2001.

44. Select committee of experts on Extraterritorial Criminal Jurisdiction, European Committee on Crime, Council of Europe, "Extraterritorial Criminal Jurisdiction", 1990.

45. Loizidou *v.* Turkey, Judgment, 23 March 1995 (preliminary objection and merits), no.310, p. 52.
Also See: Issa and others *v.* Turkey, *op. cit.*, Judgment, p.68.

آزادی‌های مندرج در کنوانسیون در عرصهٔ سرزمین دولتی دیگر نیز مسئول شناخته خواهد شد چنانچه این اقدامات تحت اختیار و کنترل یا از طریق کارگزاران آن دولت (که چه به‌صورت قانونی و چه غیرقانونی در آن منطقه فعالیت می‌کنند) ارتکاب یافته باشد.

از محتوای مصوبات اخیر سازمان ملل متحد به‌ویژه قطعنامه‌های شورای امنیت هم می‌توان چنین استفاده نمود که دولت‌ها در جریان هر اقدامی بر ضد تروریسم باید تمام التزامات بین‌المللی را رعایت نمایند و عملکرد آنان باید در انطباق با موازین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه باشد.[۴۶] بنابراین از دیدگاه شورای امنیت تلاش در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در مقابله با تروریسم، به‌عنوان یک حق و یا حتی التزام برای دولت‌ها، بایستی همراه با رعایت ترتیبات حقوق بشر باشد. از این حیث، دولت‌ها به هیچ روی از اختیار و قدرت نامحدود در این خصوص برخوردار نیستند و التزامات بین‌المللی حقوق بشری آنان باید در جریان سلسله اقدامات ضد تروریستی مزبور ـ که معمولاً در خارج از مرزهای تحت حاکمیت شان فعلیت می‌یابد، به‌موقع اجرا گذاشته شود.

نمونهٔ بارز گفتمان پیش‌گفته، سلسله اقدامات دولت امریکا در جریان مبارزه با تروریسم است. این دولت عدهٔ قابل توجهی از افراد را پس از حمله به افغانستان به اتهام فعالیت‌های تروریستی به شیوه‌ای مغایر با حقوق بین‌الملل دستگیر و در پایگاه گوانتانامو تحت شرایط غیرانسانی و انواع فشارهای روحی و جسمی در بازداشت چندین ساله محبوس داشته است. در مقطع زمان آغازین بازداشت افراد منتسب به القاعده و طالبان و وابستگان آنان به اتهام ارتکاب اعمال ضد امنیت امریکا و انتقال این افراد به گوانتانامو، مقامات وزارت دفاع امریکا این ادعا را مطرح ساختند که پایگاه گوانتانامو در حیطهٔ تحت صلاحیت این دولت قرار نمی‌گیرد و ازاین‌رو التزامی مبنی بر رعایت موازین حقوق بشر بر ذمهٔ این دولت مستقر نیست؛ در نتیجه، به‌عنوان نمونه، مقررات مربوط به ممنوعیت اعمال شکنجه و بازجویی‌های همراه با خشونت (از جمله مفاد تحت شمول کنوانسیون منع شکنجه) در مورد افراد فوق قابلیت اجرا نخواهد داشت. به ابتنای استدلال‌های بی‌اساسی از این دست که عمدتاً توسط مشاوران ارشد حقوقی این حکومت مطرح می‌گردید، دولت امریکا از ایفای التزامات حقوق بشری خود در گوانتانامو شانه خالی کرد.[۴۷] آنچنان‌که ملاحظه می‌شود اعمال صلاحیت توسط دولت‌ها در اجرای موازین حقوق بشری، می‌تواند در حالتی که آنها در خارج از محدودهٔ سرزمینی خود دست به اقداماتی می‌زنند نیز ظهور و نمود پیدا کند و آنان را مکلف به اجرای همان التزامات درون‌سرزمینی خود نماید.

---

46. United Nations Documents, S/RES/1535, 26 March 2004, S/RES/ 1566, 8 October 2004.

47. See among others: Sean D. Murphy, "Contemporary practice of The United States", 98, *AJIL*, (2004).

٤ـ قید مکانی التـزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر در رویه قضائی بین‌المللی

در این مبحث به‌منظور تنویر هر چه بیشتر مسئلهٔ پیش رو در حوزهٔ عمل، آرائی چند از دیوان اروپایی حقوق بشر را مورد بررسی قرار خواهیم داد، از این حیث که از اعتقاد و عملکرد دولت‌ها در مواجهه با موارد مربوطه آگاهی یافته و نیز رویکرد یک محکمهٔ مأمور به رسیدگی به دادخواهی از نقض حقوق بشر را بسنجیم، و به‌طورکلی فرآیند تکامل مفهوم حیطهٔ تحت صلاحیت دولت‌ها را از حیث پایبندی آنان به التزامات حقوق بشری‌شان، مورد ارزیابی قرار دهیم.

٤ـ١ـ بررسی پرونده سوئـرینـگ علیه انگـلستان

دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیهٔ دعوای *سوئرینگ* (*Soering*) به‌نوعی برای اولین بار این باب را می‌گشاید و التزام موجود را به شکل گسترده‌تری تبیین می‌نماید. موضوع این قضیه استرداد یک فرد تبعهٔ آلمان به دولت ایالات متحده به اتهام به مباشرت در قتل والدین نامزدش با معاونت وی می‌باشد. آقای سوئرینگ در هنگام اقامت خود در کشور انگلستان دستگیر می‌شود و قبل از محاکمه در این کشور از سوی مقامات ایالات متحده امریکا درخواست استرداد وی به ابتنای تعهدی منبعث از قراردادی دوجانبه با دولت انگلستان، از دولت اخیر مطرح می‌شود. خانوادهٔ متهم سپس با دادخواهی نزد دیوان اروپایی حقوق بشر تقاضای الزام دولت اخیر به عدم استرداد وی را نمودند. استدلال وکلای متهم در طرح چنین دعوایی این بود که در صورت خروج فرد متهم از انگلستان و استرداد وی به ایالات متحده در واقع وی را از سیطرهٔ حفاظتی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر خارج خواهیم ساخت و وی را در خطر قرار گرفتن در معرض رفتارهای غیرانسانی قرار خواهیم داد؛ مثلاً اینکه در قوانین جزایی ایالات متحده همچنان مجازات اعدام وجود دارد و متهم احتمال دارد به مجازات اعدام محکوم گردد.

دیوان اروپایی حقوق بشر در بخش امور حکمیِ[۴۸] تصمیم خود در این پرونده این‌چنین نتیجه‌گیری می‌کند که تکلیف موجود در مادهٔ سه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر[۴۹] نه تنها دولت‌های ملتزم بدان را از وقوع هرگونه رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز در حیطهٔ صلاحیت‌شان منع می‌نماید، بلکه تعهد مضاعفی را ایجاد می‌نماید مبنی بر اینکه فرد حاضر در حیطهٔ صلاحیت آنان، نباید از طریق قرار گرفتن در اختیار دولت‌های دیگر نیز، در معرض چنین رفتار یا مجازاتی قرار گیرد. اقدام مزبور چه تحت عنوان استرداد و یا هر عنوان دیگری که صورت پذیرد سرنوشت متهم را به مخاطره خواهد انداخت. از نظر قضات دیوان اروپایی حقوق بشر، مادهٔ

---

48. Obiter Dictum .

٤٩. مادهٔ سه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر این‌گونه اشعار می‌دارد: «هیچ کس نبایـد مـورد شـکنجه یـا رفتـار یـا مجـازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار گیرد».

سه کنوانسیون مزبور دولت‌های عضو را از تسلیم یک فرد به خارج از حوزهٔ حفاظتی کنوانسیون (خارج از حیطهٔ سرزمین دولت‌های عضو آن) منع می‌دارد چنانچه قطعیت، اطمینان و تضمین لازم در این خصوص که حفاظت کم و بیش مشابهی (مشابه با نظام حمایتی مقرر در کنوانسیون) از فرد متهم به عمل خواهد آمد، معلول باشد.[۵۰] به دیگر سخن، دیوان اروپایی بر این اعتقاد است که دولت انگلستان به‌عنوان دولت عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نباید وی را به دولت ایالات متحده استرداد می‌نمود، درحالی‌که تضمینات خاصی نسبت به رعایت ترتیبات کنوانسیون اروپایی و یا ترتیباتی مشابه با آن، در مورد وی اخذ نشده و از این حیث وی را در معرض رفتار غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار داده است؛ با توجه به اینکه وی در جریان استرداد از حوزهٔ حفاظتی کنوانسیون خارج گردیده و در محدودهٔ قوانین دولتی که در آن مجازات اعدام در مورد جرائم خاصی جائز است، قرار می‌گیرد.[۵۱]

سپس دیوان با تأئید نظر خواهان در این دعوی، تعهد دولت انگلستان بر رعایت حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون اروپایی در هنگام خروج اجباری فرد از چارچوب حمایتی آن را احراز نموده و اخذ تضمینات لازم را شرط این خروج ملحوظ می‌دارد. در واقع استرداد مجرم در اوضاع و احوال این‌چنینی، با اینکه صراحتاً در واژه‌پردازی مختصر و کلی مادهٔ سه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر منع نشده، اما با رسالت و روح ماده و کنوانسیون اروپایی به‌طورکلی مغایرت داشته، و این التزام مبنی بر عدم استرداد، به مواردی که مجرم فراری در معرض خطر واقعی رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز در کشور درخواست کنندهٔ استرداد قرار خواهد گرفت نیز تسری می‌یابد.[۵۲]

در نتیجه، تصمیم دولت عضو کنوانسیون مذکور (انگلستان) مبنی بر استرداد مجرم فراری در چارچوب مادهٔ سه کنوانسیون قرار خواهد گرفت و بدین‌ترتیب مسئولیت آن دولت را تحت کنوانسیون به‌دنبال داشته است. باید توجه داشت که اساساً احراز مسئولیت دولت استردادکننده، در پی بررسی و سنجش ترتیبات و مقررات موجود در قوانین دولت درخواست‌کنندهٔ استرداد به عمل خواهد آمد تا مشخص گردد که آیا دارای مفادی مغایر با استانداردهای مقرّر در مادهٔ سه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده است یا خیر.[۵۳] اگر پاسخ مثبت باشد در این صورت استرداد متضمن مسئولیت دولت استرداد کننده خواهد بود بدین دلیل که متهم فراری را از محدودهٔ تحت حفاظت و صیانت کنوانسیون خارج نموده و در خطر رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز یا مجازاتهایی

50. Soering *v.* The United Kingdom, Judgment, 7 July 1989, Series A, Para. 82.
51. *Ibid*.
52. *Ibid*, p.88.
53. *Ibid*, p.91.

این‌چنینی قرار داده است. اما اگر پاسخ منفی باشد اساساً مسئولیت دولت استردادکننده نیز منتفی است. چرا که در قوانین دولت درخواست کنندهٔ استرداد قیود و ترتیباتی مشابه با ضوابط و استانداردهای کنوانسیون به‌طورکلی و مادهٔ سه آن به‌طور اخص موجود بوده است و از این حیث خطری همچون حالت پیشین فرد مجرم را تهدید نمی‌کند، خطری که همانا وی را با مجازات اعدام مواجه می‌ساخت.

النهایه، اشاره به استدلال بسیار مهم دیوان در پروندهٔ سوئرینگ در رابطه با حدود و ثغور التزامات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و خاصه گسترهٔ اعمال ماده یک آن شایان توجه به‌نظر می‌رسد:

> «مادهٔ یک محدودیتی را که نوعاً سرزمینی است درخصوص کنوانسیون قرار می‌دهد. علی‌الخصوص، ترتیبات اتخاذی توسط یک دولت عضو محدود به «حفاظت» از حقوق و آزادی‌های افراد در حیطهٔ صلاحیت خود آن دولت است. به‌علاوه، کنوانسیون اقدامات دولت‌هایی که عضو آن نیستند را تحت پوشش قرار نمی‌دهد، و همچنین به‌عنوان ابزاری برای اینکه دولت‌های عضو را ملتزم سازد تا استانداردهای کنوانسیون را بر دولت‌های دیگر تحمیل کنند، نیز تلقی نمی‌گردد». [۵۴]

٤ـ۲ـ بررسی پروندهٔ بـانـکویـچ و دیگران علیه بلژیک و ١٦ کشور دیگر ناتو

اشاره به استدلال دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه *بانکویچ* (Banković) حائز اهمیت به‌نظر می‌رسد. این پرونده در رابطه با دادخواهی گروهی از اتباع دولت جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق نزد دیوان اروپایی می‌باشد به این دلیل که خویشاوندان آنها در جریان حملات هوایی و بمباران‌های نیروهای ناتو در محل ساختمان رادیو و تلویزیون بلگراد کشته شده بودند. این قضیه مسئلهٔ مانحن فیه را به‌خوبی مورد بررسی قرار داده است.

در این پرونده در بخش پذیرش دعوی،[۵۵] خواهانهای پرونده موضوع دادخواهی خود را منطبق با مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و خاصه مادهٔ یک آن می‌دانند با استناد به اینکه عملیات صورت گرفته توسط دولت‌های عضو سازمان ناتو، یا در کشور جمهوری فدرال یوگسلاوی[۵۶] (کشور محل سکونت خواهانها) صورت گرفته و یا در سرزمین‌های تحت حاکمیت خود آن دولت‌ها حادث گردیده است (از این حیث که تصمیمات و برنامه‌ریزی‌های منتج به عملیات متعاقب، در درون قلمرو آن دولت‌ها اتخاذ گردیده‌اند بی‌آنکه الزاماً خود عملیات اجرایی در این نقاط واقع شده باشد) ولی آثار ناشی از آن در جمهوری فدرال یوگسلاوی سابق ظهور و

---

54. Soering, judgment, *op. cit*., Para.104.

55. Admissibility.

56. Former Federal Republic of Yugoslavia.

نمود یافته است؛ که در هر دو صورت قربانیان این حملات و خویشاوندانشان در حیطه تحت صلاحیت دولت‌های خوانده قرار داشته‌اند. ازاین‌رو آنان معتقدند که دیوان اروپایی از صلاحیت رسیدگی و اصدار در ماهیت دعوی برخوردار است.

در مقابل، دولت‌های خوانده به صلاحیت دیوان اروپایی در پذیرش دعوی اعتراض وارد کردند. اعتراض آنان بر این اساس بود که موضوع دعوی بر طبق صلاحیت شخصیِ[۵۷] دیوان با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در تعارض است بدین دلیل که خواهانها در داخل حیطه صلاحیت دولت‌های خوانده مطابق مفهوم ماده یک کنوانسیون قرار نمی‌گیرند؛ و در ادامه با استناد به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه«اصول پـولی گُـلد»[۵۸] ابراز داشتند که دیوان امکان صدور رأی در ماهیت دعوی را ندارد بدین سبب که مستلزم تبیین و تعیین حقوق و تعهدات ایالات متحده ،کانادا و سازمان نـاتو خواهد بود درحالی‌که هیچ‌یک از این سه، عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نبوده و درنتیجه طرف دعوای فعلی (بانکویچ) نیز نمی‌توانند باشند.[۵۹] در همین راستا دولت فرانسه ابراز داشت که بمباران مزبور، قابل انتساب به دولت‌های خوانده نیست، بلکه منتسب به سازمان ناتو است که سازمانی با اهلیت و شخصیت حقوقی بین‌المللی مجزا از دولت‌های عضو آن است. و نیز دولت‌های مجارستان، ایتالیا و لهستان ابراز داشتند که خواهانهای دعوی از توسل مقدماتی به مراجع داخلی و جبران خسارت‌های مؤثر موجود در آن کشورها امتناع نموده و درنتیجه پیش شرط مقرر در کنوانسیون فوق را رعایت نکرده‌اند.[۶۰]

وکلای مدافع خواهانها بر این اعتقاد بودند که دولت‌های خوانده از مسئولیت تضامنی[۶۱] (فردی یا انحصاری) در مورد حملات و بمباران‌های پیش‌گفته برخوردار خواهند بود، علی‌رغم اینکه این حملات توسط نیروهای نـاتو صورت پذیرفته و این نیروها هیچ جبران خسارت مؤثری را نمی‌توانند به‌عمل آورند.[۶۲] به بیان دیگر قربانیان و زیاندیدگان این پرونده محق خواهند بود به هریک از دولت‌های عضو سازمان فوق برای جبران خسارت مراجعه کنند.

دیوان اروپایی حقوق بشر، عملکرد دولت‌ها را در اعمال مفاد کنوانسیون از زمان تصویب

---

57. Ratione Personae.

58. Monetary Gold Principle .

59. Monetary Gold Removed from Rome in 1943, ICJ Reports 1954, P.19.

60. Banković and others *v.* Belgium and 16 other contracting states including Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and England, Decision as to the admissibility, no. 52207/99, 12 December 2001, para.35 and 36.

61. Severally liable.

62. Banković, *op.cit*., Para. 9.

تاکنون، موجب و علت ایجاد نوعی انحراف در فهم و درک آنان از مسئولیت برون سرزمینی تلقی نموده و بر این اساس، تصمیم‌گیری در قضیه‌ای همچون پرونده بانکویچ که از شرایطی خاص برخوردار است را تا حدودی دشوار می‌داند. اگرچه از زمان تصویب کنوانسیون تاکنون تعداد قابل توجهی عملیات نظامی که دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی در آنها به‌صورت برون مرزی حضور داشته‌اند، بروز یافته است (همچون جنگ خلیج فارس، بوسنی‌وهرزگوین و یوگسلاوی سابق)، اما هیچ دولتی تاکنون در جریان این رخدادها چنین تصوری نداشته است که اقداماتی که در خارج از حیطهٔ مرزهای خود صورت می‌دهد در قالب مفهوم مادهٔ یک کنوانسیون و مصداقی از اعمال صلاحیت مطابق منطوق آن ماده باشد.[۶۳]

به بیان دیگر، نظر دیوان اروپایی حقوق بشر این است که دولت‌ها هنوز بر چنین اعتقادی مبنی بر اعمال صلاحیت در نقطه‌ای ماوراء عرصهٔ جغرافیایی خود که طی یک عملیات نظامی یا هر نوع عملیات دیگر، مطابق آنچه چارچوب مادهٔ یک کنوانسیون تعیین می‌کند، نرسیده‌اند؛ در نتیجه دیوان فقدان چنین اعتقاد جمعی را نزد دولت‌ها و عدم شکل‌گیری یک عرف مبتنی بر این اعتقاد را دلیل این نقصان می‌داند.

نکتهٔ مهم دیگر که علت ثانوی فرضیهٔ عدم وجود این اعتقاد را قوّت می‌بخشد این است که در اکثر مواقعِ بروز چنین درگیریهایی، دولت‌ها اقدام به تعلیق مادهٔ ۱۵ کنوانسیون مزبور می‌نمایند که این به‌معنای اعلام حالت فوق‌العاده توسط یک دولت است. در این حالت مفاد خاصی از کنوانسیون به‌صورت تعلیق درآمده و به‌طور موقت توسط یک دولت اجرا نگردیده و یا به‌صورت محدود اجرا خواهند شد.[۶۴] حال با توجه به این مسئله، انتساب مسئولیت به این دولت‌ها از طریق احراز اعمال صلاحیت آنها در منطقه‌ای خارج از حیطهٔ سرزمین‌شان، ممکن است دور از ذهن به‌نظر برسد. به‌عنوان نمونه می‌توان به تعلیق‌هایی که اخیراً دولت‌های ترکیه و انگلستان

---

63. Banković, *op.cit*., Para. 127.

٦٤. ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر چنین اشعار می‌دارد:

در هنگام جنگ (درگیری‌های مسلحانه) یا سایر وضعیت‌های اضطراری عمومی که جان مردم به مخاطره می‌افتد، هریک از دولت‌های متعاهد می‌تواند تدابیری در تعلیق و عدول از التزامات خود تحت کنوانسیون اتخاذ نماید تا حدی که صرفاً برای خروج از وضعیت مزبور لازم به‌نظر می‌رسد، مشروط بر اینکه این اقدامات و ترتیبات مغایر با التزامات آنان تحت حقوق بین‌الملل نباشد.

هرنوع تعلیق نسبت به مادهٔ ۲، بجز در خصوص مرگ در نتیجه اقدامات مجاز در حین جنگ، مادهٔ ۳، مادهٔ ۴ بند (۱) و مادهٔ ۷ از این مقررات ممنوع است.

هر دولت عضو این کنوانسیون که از حق خود مبنی بر تعلیق استفاده می‌نماید، مکلف است دبیرکل شورای اروپا را کاملاً در جریان اقدامات صورت گرفته و دلایل اتخاذ چنین تدابیر و اقداماتی قرار دهد. نیز ملتزم است دبیرکل شورای اروپا را از زمان توقف این سلسله اقدامات و اجرای مجدد تام مفاد این کنوانسیون مطلع سازد.

صورت داده‌اند، اشاره کرد.[۶۵]

به همین ترتیب در پروندهٔ بانکویچ دیوان اروپایی برای پذیرش این نظر که مادهٔ ۱۵ کنوانسیون به‌طورکلی «درگیری‌های مسلحانه» و «وضعیت‌های اضطراری عمومی» را که چه در داخل و چه در خارج از سرزمین دولت‌های عضو معاهده تحت پوشش قرار می‌دهد، مبنای دقیقی نمی‌یابد. فی‌الواقع، باید خود مادهٔ ۱۵ با توجه به محدودیت «صلاحیتی» که در مادهٔ یک آمده است، مناط اعتبار قرار گیرد. به دیگر سخن، مفاد مادهٔ ۱۵ به خودی خود از طریق تمدید صلاحیتی که در مادهٔ یک آمده است محدود می‌گردد، پس در نتیجه تصّور اینکه مادهٔ یک از طریق تسری به مناطق خارج از سرزمین، صلاحیت گسترده‌تری را در اختیار دولت‌ها برای اعمال هرچه وسیع‌تر مفاد مادهٔ ۱۵ قرار می‌دهد، منطقی به‌نظر نمی‌رسد. دلیل این امر آن‌است که قائل بودن بر چنین توسعهٔ صلاحیتی نه تنها صیانت از حقوق و آزادی‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را به مخاطره می‌اندازد بلکه با موضوع و هدف آن نیز مغایرت خواهد داشت.[۶۶]

به هر ترتیب، اعمال صلاحیت، شرط لازم وضروری برای احراز مسئولیت دولت‌های متعاهد نسبت به افعال و ترک افعال منتسب به آنان که منتج به تخطی از حقوق و آزادی‌های مقرّر در کنوانسیون گردد، می‌باشد.[۶۷] در واقع وظیفهٔ هر محکمه‌ای نیز در این وضعیت آن است که بدواً مشخص نماید که آیا قربانیان دعوی تحت «اختیار» و یا «کنترل مؤثر» یک دولت خاص بوده‌اند یا خیر، که در این صورت به‌واسطه اعمال این اقدامات فراسرزمینی توسط آن دولت، قربانیان مذکور «در حیطهٔ صلاحیت» وی قرار خواهند گرفت.

نکته بسیار مهم در پروندهٔ بانکویچ آن است که دیوان اروپایی حقوق بشر در نهایت صدور رأی در ماهیت دعوی را مردود دانست آن‌هم به این دلیل که عملیات منجر به مرگ قربانیان از طریق حملهٔ هوایی صورت پذیرفته و دیوان نیز نتوانسته اعمال کنترل و در نتیجه صلاحیت را بر آن منطقه از بلگراد توسط نیروهای ناتو از ماوراء سطح سرزمین احراز نماید؛ لذا دیوان در عرصهٔ جغرافیایی که نه دولت آن (یوگسلاوی سابق) عضو کنوانسیون است و نه اینکه کنوانسیون به علتی از علل مذکور در قضایای بررسی شده در این نوشتار، به‌طور استثنائی و موقت در آن اجرا می‌گردد، فاقد صلاحیت و معذور از اصدار حکم است. با این وجود این پرونده

---

٦٥. تعلیق کشور ترکیه که در خصوص مناطق جنوب شرقی این کشور صورت گرفت در نهایت در ۵ مه ۱۹۹۲، از طریق اطلاع به دبیرکل توسط شورای اروپا، این دولت اقدام به تحدید چارچوب تعلیق خود کرد. تعلیق دولت انگلستان نیز در مورد ایرلند شمالی اعمال شد که در نهایت در تاریخ ۲۶ فوریه ۲۰۰۱، به استثناء مناطق مستعمراتی کراون (Crown dependencies)، نسبت به سایر نقاط، اقدام به لغو این تعلیق نمود.

66. Banković, *op.cit*., Para. 128.

67. Ilaşcu and others *v*. Moldova and Russia, no.48787/99, 8 July 2004, Para.311. Also see: Issa and others *v*. Turkey, *op. cit*., Judgment, Para.66.

دربردارندهٔ نکات بسیار مهمی پیرامون بحث مورد نظر ما در این نوشتار است. دیوان اروپایی به این دلیل که نتوانست اعمال کنترل مؤثر و صلاحیت لازم را مطابق مقررهٔ ماده یک، توسط دولت‌های خوانده در جریان عملیات هوایی احراز کند، از تصمیم‌گیری در ماهیت دعوی امتناع نمود. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که در صورت وقوع عملیات مثلاً به‌صورت زمینی فرضیه مورد نظر ما به اثبات رسیده و دیوان در این پرونده (که نه دولت محل مرگ قربانیان حادثه «یوگسلاوی سابق» عضو کنوانسیون اروپایی است و نه قربانیان از اتباع دولت عضو آن کنوانسیون بوده‌اند، نیز آنکه کنوانسیون مزبور به‌طور معمول در منطقهٔ محل رویداد اجرا نمی‌گردیده است) صالح به رسیدگیِ ماهوی می‌بود و اقدامات نقض صورت گرفته نیز قابل انتساب به دولت‌های خوانده بود.

٤ـ٣ـ بررسی پروندهٔ ایـلاشـکو و دیگران علیه مولـداوی و روسـیه

نمونه بارز دیگری که می‌توان در مسئلهٔ مورد بحث این نوشتار موشکافی نمود قضیهٔ دعوای *ایلاشکو*[۶۸] نزد دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. این پرونده مربوط به دستگیری غیرقانونی، رفتار غیرانسانی و شکنجه فردی به نام ایلاشکو به همراه افرادی دیگر توسط نیروهای جنبش جدایی طلب *تیراسپول*[۶۹] در منطقه *ترانسنیستریا*[۷۰] واقع در مولداوی می‌باشد. خواهانهای دعوی ابراز داشتند از آنجا که منطقهٔ مزبور اساساً تحت حاکمیت دولت مولداوی بوده است و در نتیجه این دولت باید بر آن اعمال کنترل مؤثر و صلاحیت تام می‌نموده است؛ بنابراین متعهد به اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم در تضمین رعایت حقوق مندرج در کنوانسیون در تمامی سرزمین خود (از جمله بخش فوق‌الذکر) بوده است.[۷۱]

در مقابل دولت مولداوی به‌عنوان یکی از خواندگان دعوی (به همراه روسیه) چنین بیان می‌دارد که با اینکه منطقهٔ ترانسنیستریا در واقع بخشی از قلمرو آن دولت محسوب می‌گردیده، اما تماماً تحت کنترل و صلاحیت رژیم جدایی طلب تیراسپول بوده است که بارها اعلام استقلال نمود اما از سوی جامعهٔ بین‌المللی مورد شناسایی قرار نگرفت. با وجود تمامی تلاش‌هایی که دولت قانونی مولداوی در اعمال کنترل بر بخش پیش‌گفته و متعاقباً حفاظت از خواهانهای دعوی که در زندان جنبش مذکور در بازداشت بودند، صورت داد اما صرفاً به‌واسطهٔ کمک‌هایی که فدراسیون روسیه و به‌ویژه ارتش چهاردهم سابق متعلق به این کشور به جنبش مزبور می‌نمودند، تلاش‌های مولداوی در این راستا عقیم مانده و مانع از آن گردید تا طی چندین سال بر آن بخش

---

68. ILAŞCU.
69. Tiraspol.
70. Transdniestria.
71. Ilaşcu and others *v*. Moldova and Russia, *op. cit.*, Para. 306.

از سرزمین خود (که اساساً تحت پوشش کنوانسیون اروپایی قرار می‌گرفت و آن دولت ملتزم به اجرای ترتیبات حقوق بشری این کنوانسیون نسبت به ساکنان حاضر در بخش اشغالی سرزمین خود بود) اعمال حاکمیت و صلاحیت نماید. ضمن اینکه دولت مولداوی هیچ وسیله و ابزار دیگری برای حفظ حقوق خواهانهای دعوی در اختیار نداشته است، صرف‌نظر از اینکه این اقدامات موقعیت اقتصادی و سیاسی مولداوی را هم به مخاطره می‌انداخت.[۷۲] در همین راستا استمداد مولداوی از مجامع بین‌المللی برای کمک در حل مسئله و سرکوب جنبش غیرقانونی و نامشروع تیراسپول نیز افاقه ننموده و به‌دلیل مخالفت‌های فدراسیون روسیه و کمک‌های این دولت به جنبش مزبور این درخواست‌ها نیز بی‌نتیجه ماند.

از سوی دیگر خواهانهای دعوی که درصدد احراز وجود کنترل مؤثر و اعمال صلاحیت توسط مولداوی و روسیه در منطقهٔ مزبور بودند بیان داشتند که نه تنها دولت مولداوی تعهدات مثبت خود را تحت کنوانسیون اجرا نکرده است، بلکه آن دولت اقداماتی صورت داده است که منتج به شناسایی عملی یا دوفاکتو[۷۳] رژیم تیراسپول گردیده و یا دست کم به پذیرش ضمنی یا تلویحی آن رژیم انجامیده است. موافقتنامه‌های دو جانبه، همکاری‌ها و تعاملات دوطرفه به‌ویژه در زمینه‌های گمرکی و پلیسی از جملهٔ این اقدامات می‌باشند.

در پروندهٔ ایلاشکو دیوان اروپایی حقوق بشر پس از مراجعه به کارهای مقدماتی کنوانسیون با یادآوری اینکه در بحث صلاحیت، کمیتهٔ بین‌الدولی خبرگان در هنگام تنظیم و بررسی طرح پیش‌نویس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،[۷۴] عبارت «تمامی افراد ساکن سرزمین‌های آنان»[۷۵] را با علم و عمد جایگزین عبارت « افراد ساکن در حیطهٔ صلاحیت آنها»[۷۶] در مادهٔ یک این کنوانسیون نموده است ابراز داشت آنچه مشخص است اینکه کمیتهٔ مذکور از این طریق قصد گسترش کاربرد و احاطهٔ کنوانسیون بر افرادی که ممکن است ساکن سرزمین دولت‌های عضو کنوانسیون نباشند را داشته است، چرا که عبارت جایگزین در حقیقت همان قیدی است که در مادهٔ دو طرح پیش‌نویس میثاق کمیسیون ملل متحد آمده است.

باید به این نکته اشاره کرد که کنوانسیون اروپایی، به‌عنوان سندی پویا باید در پرتو شرایط کنونی بین‌المللی تفسیر گردد، که این نوع تفسیر ریشه در رویهٔ قضایی و آراء محکمهٔ اروپایی دارد؛ به دیگر سخن، دیوان اروپایی چنین نقش مهمی را بر عهده دارد که مفاد کنوانسیون

---

72. Ilaşcu, *op. cit.*, Para. 304.
73. Defacto Recognition of States.
74. Expert Intergovernmental Committee.
75. All persons residing within their territories.
76. All persons residing within their jurisdiction.

را با شرایط دنیای امروزی و جدید (در هر مقطعی از زمان) وفق دهد و این نقش را از طریق صدور آراء و تدوین رویهٔ قضائی خود باید ایفاء کند.

٤ـ٤ـ بررسی پرونده عیسـی و دیگران علیه ترکیـه

موضوع این پرونده سلب حیات از تعدادی چوپان عراقی در بخشهای مرزی عراق با ترکیه توسط نیروهای نظامی دولت اخیر، در جریان مبارزات آنها با جنبش جدایی طلب پ.ک.ک، می‌باشد که خانوادهٔ قربانیان علیه آن دولت به تظلم خواهی مبادرت می‌ورزند. در پروندهٔ دعوای عیسی (Issa) و دیگران بر علیه دولت ترکیه نزد دیوان اروپایی حقوق بشر، شکات (که از خویشاوندان قربانیان بودند) با استناد به ماده یک از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر سعی در قرار دادن قربانیان خویشاوند خود تحت لوای کنوانسیون داشتند.[۷۷] دولت ترکیه بر این عقیده بود که اقدامات نظامی صورت گرفته و در نتیجه آن سلب حیات از افراد مزبور، نه در درون سرزمین آن دولت رخ داده است و نه در حیطهٔ سرزمینی که اساساً عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده و یا این کنوانسیون به‌طور معمول اجرا می‌گردیده است؛ ازاین‌رو چوپان‌های عراقی مذکور داخل در دسته افراد تحت حمایت این کنوانسیون قرار نگرفته و در نتیجه در حیطهٔ صلاحیت دولت ترکیه استقرار نخواهند یافت.

اما آنچنان‌که در نهایت مشاهده می‌گردد، دیوان اروپایی حقوق بشر چنین استدلال می‌کند که از آنجا که مقامات ترکیه‌ای در برخی بیانات رسمی خود پیرامون عملیات نظامی نیروهای خود در بخش شمالی عراق، به‌صراحت پذیرفته‌اند که در مقطع زمانی وقوع جنایات ارتکابی نسبت به قربانیان کُرد عراقی، آن منطقه تحت اختیار و کنترل دولت ترکیه بوده و این دولت نسبت به افراد حاضر در آن بخش از خاک عراق اعمال صلاحیت می‌نموده است؛ لذا به تناسب کنترل و صلاحیت اعمالی خود ملتزم به اجرای مفاد کنوانسیون در آن ناحیه بوده است.[۷۸] به‌علاوه، پذیرش و اقرار صریح آن دولت مبنی بر اعمال کنترل و در اختیار داشتن منطقهٔ مذکور در آن مقطع زمانی مورد نظر خواهان، در تعدادی چند از اسناد و مدارک رسمی موجود است.[۷۹] چه، ماهیت خاص این کنوانسیون چنین است که تمامی افراد و جزئیات حتی ناچیز و غیرملموس را تحت حفاظت خود قرار می‌دهد.[۸۰] به عبارت دیگر ساختار بشر محور این کنوانسیون و اهمیت

---

77. Issa and others *v.*Turkey, *op. cit.,* Para.64.

78. Issa and others *v.* Turkey, Judgment, para.63.

79. See: Government statement. Subject: Military Operation in Northern Iraq. Permanent Mission of Turkey to the United Nations Office of the Press Counselor, 20/3/95. And also, Turkey: Anti-Kurdish Offensive, Keesing's Record of World Events, News Digest for March 1995.

80. De minimis.

مفاد آن، چنین ایجاب می‌نموده است که ترتیبات آن را تا حد امکان به افراد مختلف و شرایط و اوضاع و احوال متفاوت گسترش دهند.

٤ـ٥ـ بررسی پروندهٔ لوازیدو علیه ترکیه

پروندهٔ لوازیدو نیز نمونهٔ بارزی از رویکرد متفاوت دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به مسئلهٔ مد نظر ما به‌شمار می‌رود. امور موضوعی این پرونده مربوط به تصرف غیرقانونی املاک و اراضی فردی (خانمی به نام لوازیدو)[۸۱] به‌عنوان مالک آن اموال و نیز اخراج غیرقانونی وی از منطقهٔ محل وقوع آن اراضی، و به‌طورکلی جمهوری ترک تبار قبرس شمالی،[۸۲] می‌باشد. این سلسله اقدامات که توسط نیروهای تحت امر و کنترل دولت ترکیه صورت گرفت منجر به نقض حق دسترسی و سلب غیرقانونی مالکیت از خانم لوازیدو گردید و برای مدت زمان مدیدی امکان استیفا از اموال و املاک وی را ناممکن ساخت.

در رأی لوازیدو نیروهای ترکیه دارای کنترل مؤثر در قبرس شمالی شناسایی شده و در نتیجهٔ این کنترل موثّر توسط دیوان اروپایی حقوق بشر ملتزم به اجرای تام حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی در منطقهٔ قبرس شمالی ــ یعنی جایی خارج از حیطهٔ مرزهای دولت ترکیه گردیدند.[۸۳] در این رأی نیز دیوان در مسئلهٔ مد نظر ما، به استدلال کم و بیش مشابهی دست می‌یازد:

> «دیوان با مد نظر قراردادن هدف و موضوع کنوانسیون (اروپایی حقوق بشر)، دریافت که مسئولیت دولت‌های متعاهد زمانی محرز می‌گردد که طی یک عملیات نظامی (چه قانونی و چه غیرقانونی) آن دولت‌ها «کنترل مؤثری» را در مناطق خارج از سرزمین‌های ملی خود اعمال کرده باشند. به‌بیان دیگر، التزام دولت‌ها به حفاظت از حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون، برگرفته از اعمال آن کنترلی است که به‌طور مستقیم از طریق نیروهای مسلح آنان و یا از طریق ارکان اداری محلی آنان، اجرا گردیده است». [۸۴]

بدین ترتیب دیوان اروپایی حقوق بشر با ابتنای به چنین استدلالی، نتیجه می‌گیرد که تمامی افرادی که متأثر از این سلسله خط‌مشی‌ها و اقدامات، قربانی یا متضّرر شده‌اند، داخل در حیطه صلاحیت دولت ترکیه تحت منطوق ماده یک کنوانسیون اروپایی قرار می‌گیرند؛ ازاین‌رو تعهد دولت

---

81. LOIZIDOU.

82. Turkish Republic of Northern Cyprus.

83. Loizidou *v.* Turkey, Judgment, 23 March 1995 (preliminary objection and merits), no.310.

84. Loizidou *v.* Turkey, merits, 23 March 1995, Para.146.

ترکیه در حفظ و حراست از حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون (مطابق با نظر دیوان اروپایی) به قبرس شمالی نیز تسری یافته است. در نهایت دیوان اروپایی ترکیه را به اجرای کنترل مؤثرِ تام در سرزمین قبرس شمالی یعنی در ماوراء حیطهٔ قلمرو دولت ترکیه، ملتزم می‌سازد.

شایان ذکر است که در بخش رسیدگی ماهویِ رأی لوازیدو، دیوان اروپایی حقوق بشر متذکّر می‌شود «هیچ نیازی نبود مشخص سازد که آیا دولت ترکیه درحقیقت بر اقدامات و خطمشی‌های کارگزاران خود *اعمال کنترل جزء به جزء*[85] داشته است یا خیر. چنین امری از وجود تعداد گستردهٔ نیروهای فعال آن دولت در قبرس شمالی به‌وضوح قابل درک است که ارتش ترکیه دارای کنترل وسیع مؤثر در آن بخش از جزیره[86] بوده است.»[87]

نتیجه‌گیری

توسعهٔ حقوق و آزادی‌های بشر مندرج در اسناد بین‌المللی مربوطه و تسری آن به خارج از محدودهٔ مرزهای دولت‌ها، به جایی که آنان بدون اعمال حاکمیت صرفاً اعمال کنترل مؤثر یا تام (یا هردو) و در نتیجه اعمال صلاحیت می‌نمایند موجب گردیده تا حفاظت وسیع‌تری از حقوق افراد بشر فراهم آمده، و به تبعِ آن به صدا در آوردن زنگ خطر برای دولت‌ها از این منظر که تصور نادرستی که در گذشته وجود داشته مبنی بر اینکه آنان در خارج از چارچوب مرزها، التزامی به اجرای تعهدات بین‌المللی خود (خاصه در زمینهٔ حقوق بشر) ندارند اساساً منتفی و محکوم به رد است. چه، این تعهدات مادامی‌که دولت‌ها در هر نقطه از دنیا اعمال کنترل و نهایتاً صلاحیت می‌نمایند، به تناسب کنترل اعمالی و حیطهٔ صلاحیت و حدود و ثغور آن، لازم الاتباع بوده و در صورت نقض آن ترتیبات به همان نسبت مسئولیت خواهند داشت.

بارزترین اهمیت و فلسفهٔ نظام پاسخگو دانستن و مسئول قلمداد کردن دولت عضو یک کنوانسیون حقوق بشری در چنین مواردی آن است که نباید به وی اجازه داد دست به ارتکاب نقض کنوانسیون در کشور ثالثی بزند که همانا این نقض‌ها و تخلفات را در عرصهٔ سرزمین خود مجاز به ارتکاب نیست. به دیگر سخن، با چنین تفسیری قصد آن بوده تا روزنهٔ سوءاستفاده از یک کنوانسیون حاوی ترتیبات حقوق بشری تا حد امکان بسته شود و دولت‌های عضو، به انجام اعمال خلافی که در سرزمین خود مطابق آن کنوانسیون، نقض تلقی می‌گردد، در کشور یا کشورهای دیگر نیز مبادرت نورزند و از این حیث بستر تضمین اجرای مفاد کنوانسیون را توسط دولت‌های متعاهد آن در هر نقطه از جهان فراهم سازد.

---

85. Detailed control.
86. Effective overall control over that part of the island.
87. *Ibid*.

به دیگر سخن، اگر مبنا را حیطهٔ تحت صلاحیت دولت لحاظ کنیم می‌توان گفت خلأ موجود برطرف خواهد شد و دیگر نمی‌توان در عمل، یک حوزهٔ جغرافیایی معیّن را برای اجرای التزامات پیش گفتهٔ دولت‌های متعاهد ترسیم نمود. چه، در هر نقطه که میزان و وسعت اعمال کنترل و صلاحیت به آستانهٔ لازم برسد در صورت وقوع نقض، اقدامات صورت پذیرفته، در حیطهٔ تحت صلاحیت آن دولتِ نوعی قرار خواهد گرفت؛ صرف‌نظر از اینکه این اقدامات در داخل قلمرو آن دولت صورت پذیرفته باشند یا خیر، قربانی یا مرتکبِ نقض تابعیت آن دولت را دارا باشد یا نباشد، سرزمینی که اعمالِ منجر به نقض تعهدات حقوق بشری در آن روی داده است عضو متعاهد آن سند التزام‌آورِ حقوق بشری باشد یا خیر، قربانی یا قربانیان تابعیت دولتی که عضو همان سند التزام‌آور حقوقِ بشری است، را دارا باشند یا نباشند، و یا حتی اقدامات مزبور در سرزمینی که به‌طور معمول کنوانسیون آن را تحت پوشش قرار می‌دهد رخ داده باشند یا خیر.

و کلام آخر اینکه، به‌نظر می‌رسد اعمال صلاحیت فراسرزمینی و مسئولیت ناشی از آن به شکل حالت استثنائی اعمال صلاحیت دولت آنچنان قوّت یافته است که می‌توان آن را به‌عنوان یک اصل مجزا، در عرض اصل صلاحیت سرزمینی یک دولت مطرح ساخت و از این حیث، صلاحیت دولت را به دو اصل (و نه یک اصل و یک استثناء) تقسیم نمود.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۲۸۳ـ۲۶۱، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۷/۱، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۹/۱۵

قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات (تراکنشهای) الکترونیکی در عرصه جهانی*

نویسنده: توماس جی. اسمندینگاف**

ترجمه و اضافات: مصطفی بختیاروند***

مقررات و الزامات مربوط به انجام تعاملات تجاری الکترونیکی کدامند؟ بدیهی است که در قلمرو تجارت، اشخاص تعاملات[۱] مختلف و بی‌شماری را صورت می‌دهند. این تعاملات، قراردادهای حاکم بر خرید و فروش کالاها، قرارداد اجاره، توافقات مربوط به ایجاد حقوق رهنی، قرض، عملیات صورت گرفته بر روی اسناد تجاری، تعامل با ارگانهای دولتی، انتقال حقوق یا مالکیت، قراردادهای اعطای پروانه، قرارداد بیمه، قرارداد نمایندگی و .... را دربرمی‌گیرند. به موازات تبدیل اینترنت به جزء لاینفک کسب و کار و در نتیجه، تسهیل تجارت جهانی، تمایل به

---

*. مأخذ مقاله

Tomas G. Smedinghoff, On Line Transactions: The Rules for Ensruing Enforceability in a Global Environment, The Computer and Internet Lawyer, Volume 23, Number 4, April 2006, pp. 6-17.

**. عضو هیأت نمایندگان امریکا در آنسیترال، کار گروه تجارت الکترونیکی؛ رئیس کمیسیون تجارت و جرایم الکترونیکی ایالت ایلینویز (۱۹۹۸-۱۹۹۶) و نویسنده قانون امنیت تجارت الکترونیکی این ایالت؛ رئیس بخش حقوق دانش و فناوری کانون وکلای امریکا؛ رئیس گروه تجارت الکترونیکی کانون وکلای امریکا (۲۰۰۳-۱۹۹۵) و نماینده کانون وکلای امریکا در کمیته تدوین قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی؛ مؤسسه حقوقی Wildmanharrold

E.mail:smedinghoff@wildmanharrold.com

***. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

E.mail:bakhtiarvand1@yahoo.com

۱. ترجمه اصطلاح"Transactions" که البته مفهومی اعم از قرارداد (Contract) دارد. قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی ایالات متحده (UETA) اصطلاح تعامل الکترونیکی را بدین صورت تعریف کرده است: «عمل یا مجموعه‌ای از اعمال حادث میان دو یا چند شخص در ارتباط با انجام امور مربوط به کسب و کار، تجارت یا امور دولتی». بنابراین ارسال اطلاعات مربوط به زندگی شخصی، تحصیلی و شغلی فرد (Resume) برای یک شرکت، در پی انتشار آگهی استخدام توسط شرکت مذکور تعاملی الکترونیکی محسوب می‌شود. تراکنش نیز به‌عنوان معادل فارسی این واژه به‌کار می‌رود (م).

انجام تعاملات مذکور از طریق این رسانه الکترونیکی به‌سرعت در حال افزایش است. در مقاله حاضر به مهمترین الزامات قانونی جهت انجام تعاملات الکترونیکی پرداخته شده است.

مانند تمامی تعاملات، تعاملات الکترونیکی نیز مدارک[۲] (که به‌طور معمول به آنها اسناد [۳] یا اسناد الکترونیکی[۴] اطلاق می‌شود) و امضاهایی[۵] (که به‌طور معمول امضای الکترونیکی[۶] نامیده می‌شوند) در بر دارند که به‌صورت الکترونیکی ایجاد، مبادله و ذخیره می‌شوند. مدارک و امضاهای مذکور غالباً از طریق تلاشهای فیزیکی انسان (مانند تایپ کردن یک نامه الکترونیکی)، پردازش صورت گرفته توسط رایانهٔ هر یک از طرفین (مثلاً با به‌کارگیری یک نرم‌افزار یا اصطلاحاً یک عامل الکترونیکی)[۷] و یا از رهگذر تعامل یک طرف با رایانه طرف دیگر (برای نمونه هنگامی که فردی به یک سایت اینترنتی وارد شده و خریدی را صورت می‌دهد) ایجاد می‌شوند. تعاملات الکترونیکی به وسیله یک رسانه الکترونیکی مانند اینترنت یا یک شبکه خصوصی با ارزش افزوده[۸] منتقل شده و مدارک دال بر آنها معمولاً بر روی یک رسانه با قابلیت خوانده شدن توسط رایانه مانند فلاپی، نوار، لوح فشرده و یا دی وی دی ذخیره می‌شود.

با توجه به قوانین و مقررات فعلی در ایالات متحده امریکا و در سطح بین‌المللی، به‌منظور انجام یک تعامل سنتی در محیط الکترونیکی، لازم است که هفت مسئله اساسی مورد بررسی قرار گیرد:

۱) آیا می‌توان تعامل را به‌شکل الکترونیکی انجام داد؟ آیا قوانین موجود به طرفین اجازه می‌دهد تعامل را به‌صورت الکترونیکی انجام دهند یا آنکه این قوانین موانعی در بر دارد که قابلیت اجرای آن را با تردید مواجه می‌سازد؟

۲) آیا فرایند برخط صورت گرفته، به قراردادی قابل‌اجرا منجر خواهد شد؟ آیا فرایند بر خط انجام شده به‌منظور انعقاد قرارداد، قرارداد معتبری را در پی خواهد داشت؟

۳) آیا تمامی اطلاعات لازم ارائه شده‌اند؟ آیا طرفین یکدیگر را از تمامی اطلاعاتی که قانون در رابطه با تعاملات الکترونیکی ضروری دانسته آگاه ساخته‌اند؟

۴) آیا اسناد مربوط به تعامل در دسترس طرفین قرار دارند؟ آیا نسخه‌هایی از اسناد الکترونیکی مشتمل بر تعامل در دسترس طرفین قرار داشته و امکان داون‌لود و چاپ کردن اسناد

---

2. Documents.
3. Records.
4. Electronic Records.
5. Signatures.
6. Electronic Signatures.
7. Electronic Agent.
8. Value-Added Network.

مذکور برای طرفین فراهم است؟

۵) آیا امضای الکترونیکی معتبری به‌کار رفته است ؟ آیا تشریفات مربوط به امضا که در خصوص تعامل صورت گرفته ضروری دانسته شده (در صورت وجود چنین تشریفاتی) از طریق به‌کارگیری امضایی که قانون آن را معتبر می‌داند محقق شده است ؟

۶) آیا تعامل قابل اعتماد است ؟ آیا در جریان فرایند صورت گرفته، تدابیر امنیتی مطلوب در خصوص اطلاعات مبادله شده، به‌منظور تضمین اصالت و تمامیت مراسلات به‌کار گرفته شده است؟

۷) آیا اسناد الکترونیکی به‌صورت مطلوب نگهداری شده است؟ آیا اسناد الکترونیکی مربوط به این تعامل الزامات قانونی مبنی بر نگهداری اسناد را محقق می‌سازد؟

در این مقاله هر یک از این پرسش‌های اساسی بررسی شده و وضعیت قانونی موجود در خصوص این مسائل ترسیم خواهد شد

۱) آیا می‌توان تعامل را به‌شکل الکترونیکی انجام داد؟

پرسش آغازین در خصوص هر تعاملی این است که آیا در صورتی‌که این تعامل به‌شکل الکترونیکی انجام شود از نظر قانونی معتبر و قابل اجرا[۹] خواهد بود؟[۱۰] در بیشتر موارد پرسش مذکور شامل تعیین این امر است که آیا قانون حاکم انجام تعامل را به‌صورت الکترونیکی مجاز می‌داند یا خیر (و یا مطلوب‌تر آنکه آیا قانون حاکم هرگونه مانع موجود در راه انجام تعامل به‌شکل الکترونیکی را برطرف نموده است یا خیر)؟

تلاش‌های تقنینی گسترده‌ای در سطح جهان به‌منظور قابل‌اجرا شناختن کلی تعاملات الکترونیکی صورت گرفته است. دولت فدرال امریکا، ۵۰ ایالت این کشور، اتحادیه اروپایی، سازمان ملل متحد و بسیاری از کشورهای دیگر، گونه‌ای از قانون ناظر بر قابلیت اجرا و اداره تعاملات الکترونیکی وضع کرده‌اند. این قوانین به‌طور کلی انجام بیشتر تعاملات را به‌صورت الکترونیکی مجاز می‌دانند.

ایالات متحده ـ در امریکا قابلیت اجرای تعاملات الکترونیکی تحت حاکمیت دو قانون

---

9. Enforceable.

۱۰. در این مقاله، فرض بر آن است که عناصر اساسی و قانونی مورد نیاز در هر نوع تعامل خاص موجود بوده و محقق شده‌اند. برای نمونه هرگاه تعامل مورد نظر شامل انعقاد قرارداد باشد، در این مقاله چنین فرض می‌شود که شرایط اساسی قرارداد مطابق قانون حاکم مانند ایجاب، قبول، عوض و ... موجود هستند و تأکید بر روی الزامات اضافی برای قابلیت اجرا که از طبیعت الکترونیکی تعامل ناشی می‌شوند خواهد بود.

زیر قرار دارد: قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی[11] یعنی قانونی فدرال که در سال ۲۰۰۰ تصویب شده و به‌طور کلی بر قوانین مغایر ایالتی حاکم است و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی[12] یعنی یک قانون یکنواخت ایالتی که در سال ۱۹۹۹ توسط کنفرانس ملی مأمورین عالی‌رتبه قوانین یکنواخت ایالتی[13] نهایی شده و تاکنون ۴۶ ایالت آن را تصویب کرده‌اند.

اتحادیه اروپایی ـ در این اتحادیه قابلیت اجرای تعاملات الکترونیکی تحت حاکمیت دستورالعمل امضاهای الکترونیکی[14] مصوب ۱۹۹۹، دستورالعمل تجارت الکترونیکی[15] مصوب ۲۰۰۰ و قوانینی است که هر یک از کشورهای عضو جهت اجرای این دستورالعملها به تصویب رسانده‌اند.

قوانین نمونه بین‌المللی ـ در سطح بین‌المللی نیز کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل[16] قوانین نمونه ناظر بر قابلیت اجرای تعاملات الکترونیکی را تهیه کرده که کار تدوین و تصویب قانون نمونه تجارت الکترونیکی[17] در سال ۱۹۹۶ و قانون نمونه امضاهای الکترونیکی[18] را در سال ۲۰۰۱ به پایان رساند. این قوانین نمونه، الگوی قوانین تصویب شده در بسیاری کشورها بوده‌اند.

موافقتنامه بین‌المللی ـ سازمان ملل متحد اخیراً کنوانسیون راجع‌به استفاده از مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی[19] را تصویب نمود. آنسیترال این توافقنامه بین‌المللی را طی سالهای ۲۰۰۵-۲۰۰۳ تهیه نمود و مجمع عمومی سازمان ملل آن را در تاریخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ تصویب کرد که هم‌اکنون جهت امضا و تصویب تمامی کشورها مفتوح است. هدف از این کنوانسیون رفع موانع و ارتقای اطمینان قانونی و قابلیت پیش‌بینی تجاری در مواردی است که مراسلات الکترونیکی در جریان انعقاد یا اجرای قراردادهای بین‌المللی به‌کار می‌روند.[20]

هر یک از این قوانین (و قوانین بسیاری از کشورهای دیگر) انجام بیشتر تعاملات را

---

11. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SI-GN).

12. Uniform Electronic Transactions Act (UETA).

13. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).

14. Electronic Signatures Directive.

15. Electronic Commerce Directive.

16. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

۱۷. بختیاروند، مصطفی، ترجمه قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال، خبرنامه انفورماتیک، شماره ۸۹.

۱۸. بختیاروند، مصطفی، ترجمه قانون نمونه امضاهای الکترونیکی آنسیترال، خبرنامه انفورماتیک، شماره ۸۸ .

19. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.

۲۰. رک. بختیاروند، مصطفی، معرفی کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به استفاده از مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، آبان ۱۳۸۵.

به‌صورت الکترونیکی مجاز دانسته‌اند.[۲۱] قوانین مذکور نوعاً این کار را از طریق بیان حکمی بدین مضمون انجام می‌دهند که نفوذ قانونی اسناد و امضاهای الکترونیکی تشکیل‌دهنده تعامل را نمی‌توان صرفاً به دلیل الکترونیکی بودن رد کرد.[۲۲] به‌علاوه، این قوانین غالباً مقرر می‌دارند که هرگاه قانون وجود سند کتبی را ضروری بداند، سند الکترونیکی و هرگاه امضا را لازم بداند امضای الکترونیکی این الزام قانونی را محقق خواهد نمود.[۲۳]

تأثیر این مقرره‌های به ظاهر ساده بسیار مهم است، چراکه مانع از آن می‌شوند که دادگاه در حکم خود تعاملات صورت گرفته را صرفاً به دلیل الکترونیکی بودن غیرقابل‌اجرا اعلام کند. این قوانین به شیوه‌ای مؤثر و کارامد، دغدغه‌های موجود درخصوص الزامات قانونی مربوط به مدارک کاغذی و امضاهای جوهری (سنتی) را مرتفع می‌نمایند.

قوانین امریکا و دیگر قوانین ملی و فراملی که به‌کارگیری اسناد و امضاهای الکترونیکی را مجاز می‌دانند عموماً ناظر بر بیشتر تعاملات مرتبط با کسب و کار، تعاملات تجاری (از جمله تعاملات مصرف‌کنندگان)[۲۴] و تعاملات دولتی هستند. با وجود این، استثنائات متعددی در رابطه با قلمرو تعاملاتی که به‌موجب این قوانین امکان انجام الکترونیکی آنها فراهم است وجود دارد. برای نمونه، در ایالات متحده، قانون امضاهای الکترونیکی و یا قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی صریحاً تمامی تعاملات موضوع همه مواد قانون یکنواخت تجاری[۲۵] (به استثنای بخش‌های ۱۰۷ـ۱ و مواد ۲ و ۲ الف)،[۲۶] وصیت‌نامه، متمم وصیت‌نامه، تراست به‌موجب وصیت‌نامه، مسائل مربوط به حقوق خانواده از قبیل فرزندخواندگی و طلاق، دستورها یا اخطاریه‌های دادگاه، الغای حق بهره‌گیری از خدمات شهری، تصاحب مجدد کالا، سلب حق راهن بر عین مرهونه،

---

۲۱. ماده (A) ۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی ایالات متحده؛ ماده ۷ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی؛ ماده (۱) ۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی؛ مواد ۵، ۶ و ۷ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال.

۲۲. ماده (A) ۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی ایالات متحده؛ ماده (۲)۵ دستورالعمل امضاهای الکترونیکی؛ ماده (۱)۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی؛ مواد ۵، ۶ و ۷ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال.

۲۳. برای نمونه رک. مواد (C)۷ و (D)۷ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی.

۲٤. با وجود این، ماده (۱)۲ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، قراردادهای مصرف‌کننده را از قلمرو شمول این کنوانسیون خارج ساخته است.

25. Uniform Commercial Code (UCC).

۲٦. این بدان معنا است که، برای نمونه، تعاملات موضوع مواد ۳ (اسناد تجاری)، ۴ (سپرده و دریافت بانکی)، 4A (انتقال وجوه)، ۵ (اعتبارات اسنادی)، ۶ (بیع کلی)، ۷ (قبض انبار، بارنامه و دیگر اسناد مالکیت)، ۸ (اوراق بهادار سرمایه‌گذاری)، ۹ (تعاملات رهنی، بیع صورت‌حسابها و اسناد مالکیت اموال منقول) از قانون یکنواخت تجاری، مشمول قانون امضاهای الکترونیکی یا قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی نیستند. با وجود این، ذکر این نکته ضروری است که برخی از مواد مذکور (مانند مواد A ۴ و۹) مفاد صریحی راجع‌به تعاملات الکترونیکی دارند.

اخطاریه‌های خلع ید، الغای مزایای بیمه درمان یا عمر، اخطاریه‌های پس گرفتن محصول و.... را از قلمرو شمول خود مستثنا نموده‌اند.[۲۷] با وجود این، لازم به ذکر است که قوانینی از این نوع که تجارت الکترونیکی را ممکن می‌سازد، به‌طور نوعی انجام هیچ یک از تعاملات استثنا شده از قلمرو اجرایی خود را ممنوع نمی‌کنند، بلکه قابلیت اجرای چنین تعاملاتی به قوانین دیگر موکول شده است.

بنابراین، در خصوص بسیاری از تعاملات، مسئله این نیست که آیا می‌توان تعامل را به‌شکل الکترونیکی صورت داد یا خیر، بلکه پرسش اصلی به‌نحوه انجام تعامل به‌شکل الکترونیکی مربوط می‌شود.

۲) قراردادها ـ آیا فرایند برخط [۲۸] صورت گرفته به قراردادی قابل‌اجرا منجر خواهد شد؟

تمامی تعاملات الکترونیکی مشتمل بر قرارداد نیستند، ولی در تعاملات مشتمل بر قرارداد، فرایند انعقاد قرارداد جهت تعیین قابلیت یا عدم قابلیت اجرای آن حائز اهمیت است. در رابطه با تعاملات الکترونیکی که شامل پذیرش مفاد یک قرارداد استاندارد[۲۹] به‌صورت بر خط (مانند قراردادهای منعقده از طریق کلیک {کلیک ـ قرارداد}[۳۰]) هستند، قواعد معینی در خصوص فرایند انجام تعامل، به عنوان الزامات تضمین قابل اجرا بودن قرارداد، به‌طورکلی و به‌تدریج در حال شکل‌گیری و پذیرفته شدن هستند. به‌طور خاص، جهت انعقاد یک قرارداد الکترونیکی استاندارد، رویه قضایی موجود شرایط زیر را لازم می‌داند:

الف) اخطار واضح به مشتری مبنی بر اینکه تعامل شامل یک قرارداد است؛

ب) دادن فرصت به مشتری جهت مرور مفاد قرارداد استاندارد پیش از پذیرش آن؛ و

ج) اعلانی صریح و روشن درخصوص اینکه چه چیزی پذیرش مفاد قرارداد تلقی می‌شود.

این الزامات فراتر از الزامات قراردادهای استاندارد نسبت به وجود امضا یا عمل دیگر دال بر رضا (از قبیل کلیک کردن بر روی عبارت«می‌پذیرم») است.

---

۲۷. برای ملاحظه فهرست کاملی از استثنائات رک. ماده ۷۰۰۳ قانون امضاهای الکترونیکی و ماده ۳(B) قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی.

28. On –Line.

29. Standard form Contract.

۳۰. Click- Wrap Contract؛ قراردادی است که تأمین‌کننده کالا یا خدمات به‌صورت برخط به خریدار ارائه می‌دهد و خریدار می‌تواند مفاد و شرایط آن را به وسیله کلیک کردن بر روی یک آیکون یا دکمه معین یا تایپ کردن کلمات یا با جملات مشخصی بپذیرد.

۱ـ۲) اخطاریه وجود قرارداد

نخستین شرط عبارت است از آگاه ساختن مشتری از وجود قراردادی که بر تعامل حاکم است. همان‌طور که در یک دعوا[۳۱] بیان شده، مشتری «صرف‌نظر از اعلام ظاهری رضایش، به آن دسته از مفاد قراردادی که متوجه آنها نشده و از آنها مطلع نیست و در سندی قرار گرفته‌اند که ماهیت قراردادی آن مبهم است ملتزم نمی‌باشد».

در قراردادهای استاندارد منعقده از طریق کلیک {کلیک ـ قرارداد} که بر روی وب سایت نمایش داده می‌شوند، کاربران هنگامی از مفاد توافق آگاهی می‌یابند که تمامی مفاد مذکور به آنها ارائه و پیش از کامل نمودن تعامل از آنها خواسته شود بر روی عبارت «می‌پذیرم» کلیک کنند (مانند وقتی که قرارداد در یک اسکرول باکس[۳۲] یعنی در پنجره‌ای کوچک به همراه اعلامیه‌ای مبنی بر اینکه این قرارداد بر تعامل حاکم بوده و خواننده باید با دقت آن را مرور کند، نمایش داده می‌شود). در صورت به‌کارگیری این ترتیبات به‌طور کلی تردیدی نیست که مشتری از وجود قرارداد آگاهی داشته و می‌داند که با اعمال خود به مفاد آن رضایت می‌دهد.[۳۳]

با وجود این، بسته به شیوه نمایش قرارداد یا ارجاع به آن، ممکن است مشکلاتی رخ دهد. در واقع، اخطاریه ناکافی مبنی بر وجود قرارداد، یکی از عمده‌ترین مشکلات قراردادهای منعقده از طریق مرور (مرور ـ قرارداد)[۳۴] است. برای نمونه، در یک دعوا، دادگاه یک گواهی استفاده از نرم‌افزار را بررسی می‌کرد که از طریق پیوند (لینک) در نقطه‌ای از صفحه وب قرار گرفته و قابل دسترس شده بود که شخص دان لودکننده نرم‌افزار امکان مشاهده و مرور آن را نمی‌یافت (به‌اصطلاح گواهی مذکور «زیر تاخوردگی»[۳۵] قرار گرفته بود). دادگاه مقرر داشت هنگامی که نوشته قرارداد به‌نظر نرسیده و توجه مخاطب به مفاد آن جلب نشود، در خصوص مفاد ارائه نشده

---

۳۱. دادگاه رسیدگی‌کننده، این شرط را به‌عنوان «اصل اخطار مشهود مبنی بر وجود قرارداد» توصیف کرد: "Conspicuous Notice of the Existence of Contract Terms" دادگاه در این دعوا، با اعمال قانون ایالت کالیفرنیا اعلام داشت فردی که نرم‌افزاری را داون‌لود کرده به مفاد قراردادی که ادعا می‌شد بر تعامل حاکم است ملتزم نمی‌باشد، چراکه به وی اطلاع داده نشده است که با داون‌لود کردن نرم افزار، قراردادی را منعقد می‌کند.

32. Scroll Box.

۳۳. دعوای Microstar v. Formgen؛ دادگاه آنچه را در این دعوا رخ داده بود با ضرورت اطلاع‌رسانی مناسب نسبت به وجود قرارداد مغایردانست، زیرا تنها اشاره به وجود یک قرارداد اعطای پروانه، در صفحه نخست ویرایشگر یک بازی وجود داشت که می‌گفت: «لطفاً جهت دریافت اطلاعات بیشتر در خصوص سطوح ایجاد شده توسط "BUILD. EXE" به فایل "LICENSE. DOC" مراجعه کنید».

۳٤. Browse-Wrap Contracts: قراردادهایی بر خط که (معمولاً از طریق یک پیوند) بر روی وب سایت ظاهر می‌شود ولی از کاربر نمی‌خواهد هیچ‌گونه اقدامی جهت اعلام صریح رضای خود به مفاد آنها صورت دهد به جز ، مثلاً، ادامه استفاده از وب سایت.

35. Below the Fold.

هیچ قراردادی منعقد نشده است.[۳۶]

موضوع دعوای دیگر، مفاد و شرایط یک قرارداد از طریق مرور (مرور ـ قرارداد) بود که در پایین صفحه اصلی سایت قرار گرفته و به ظاهر بر استفاده از آن وب‌سایت حاکم بود. از آنجا که مشتری جهت دسترسی به صفحه مورد نظر خود نیاز نداشت صفحه اصلی وب‌سایت را تا پایین مرور و مفاد و شرایط قرارداد مذکور را مطالعه کند، دادگاه اعلام کرد اخطاریه مناسب مبنی بر وجود این مفاد و شرایط به اطلاع کاربران نرسیده و بنابراین استفاده آنها از وب‌سایت رضایت دادن به مفاد و شرایط مذکور تلقی نمی‌شود.[۳۷]

۲ـ۲) امکان مطالعه قرارداد

تضمین اینکه امکان مطالعه قرارداد حاکم بر تعامل برای مشتری فراهم است نیز اهمیت دارد. مطالعه واقعی قرارداد توسط مشتری برای قابل‌اجرا بودن قرارداد (تعامل) ضروری نیست،[۳۸] اما فراهم آوردن فرصت و امکان متعارف برای مشتری به‌منظور مطالعه قرارداد امری اساسی محسوب می‌شود.[۳۹] به‌طور کلی چنین استنباط می‌شود که فرصت مرور و مطالعه قرارداد، در دسترس بودن واقعی مفاد قرارداد جهت مطالعه و حق یا امکان رد قرارداد و خودداری از انجام تعامل را دربر می‌گیرد.

قرارداد باید به‌گونه‌ای در دسترس قرار گیرد که توجه انسان متعارف را به خود جلب کرده و امکان مطالعه آن فراهم باشد. این بدان معنا است که مشتری لااقل باید به‌موجب دلیل قانع‌کننده‌ای بداند که مفاد قرارداد به شکل و در موقعیتی وجود دارد که با توجه به اوضاع و احوال، امکان مطالعه آن یا نسخه‌ای از آن را فراهم می‌سازد. ارائه متن کامل مفاد قرارداد به مشتری،

---

۳٦. Spetch v. Netscape Communications Corporation؛ در این دعوا دادگاه اعلام کرد: «هنگامی‌که از مصرف‌کنندگان خواسته می‌شود به صرف کلیک کردن بر روی یک عبارت (مثلاً Free Download) نرم‌افزار رایگان داون‌لود کنند، اشاره به وجود یک قرارداد اعطای پروانه، در یک صفحه پوشانده‌شده (Submerged Screen) برای کنجکاو نمودن مصرف‌کنندگان یا اخطاریه مطلوب مبنی بر وجود قرارداد مذکور کفایت نمی‌کند».

37. Ticket Master Corp. v. Tickets. com, Inc.

۳۸. دعوای Hill v. Gate Way 2000, Inc (در این دعوا دادگاه بیان داشت: «خواندن قرارداد برای نفوذ آن ضروری نیست؛ اشخاصی که قرارداد را بدون خواندن قبول می‌کنند این خطر را می‌پذیرند که مفاد خوانده نشده ممکن است نامطلوب باشند»). همچنین در دعاوی Chicago Pacific Corporation v. Canada Life Insurance Co. و Carr v. Cigna Securities, Inc. و Graff v. America Online,Inco. دادگاه به این قاعده کلی اشاره کرد که «شخصی که سندی را امضا می‌کنند، رضای خود را نسبت به مفاد آن اعلام داشته و بعداً نمی‌تواند اعتراض کند که سند را نخوانده یا مفاد آن را نفهمیده است». همچنین دادگاه در دعوای مذکور در پی‌نوشت شماره ۳۶ فوق‌الذکر اعلام داشت: «تردیدی نیست که شخص نمی‌تواند به این دستاویز که قرارداد را پیش از امضا کردن نخوانده، از مفاد آن رهایی یابد».

۳۹. برای نمونه در دعوای ProCD, Inc v. Zeidenbergدادگاه مقرر نمود که مفاد قرارداد موجود در جعبه یک نرم‌افزار، مصرف‌کنندگانی را که از نرم‌افزار استفاده می‌کنند متعهد می‌نماید زیرا اینان امکان مطالعه قرارداد مذکور و رد کردن آن از طریق پس دادن محصول را داشته‌اند. همچنین رک. دعوای Hill v. Gate Way 2000, Inc.

مثلاً به‌کارگیری یک اسکرول باکس، بی‌شک بهترین گزینه است. ولی این شیوه غالباً از دیدگاه مشتریان مطلوب نبوده و در نتیجه محدودیت بسیاری از ابزار و وسایل، حتی ممکن است عملی نباشد. فراهم ساختن یک پیوند به مفاد قرارداد که فوراً قابل دسترسی است می‌تواند پذیرفتنی باشد و در بسیاری موارد به رویه معمول تبدیل شده است.

همچنین مشتری باید حق خودداری از انعقاد قرارداد را داشته باشد، در غیر این صورت، امکان مرور و مطالعه لغو و بیهوده خواهد بود.[۴۰] در تعاملاتی که امکان مطالعه، پیش از التزام به تعامل فراهم است، تأمین حق مذکور به‌سادگی از این طریق حاصل خواهد شد که مشتری در صورتی‌که مفاد قرارداد را پذیرفتنی نداند امکان خودداری از انجام تعامل را (مثلاً به وسیله کلیک کردن بر روی عبارت «مخالفم» یا، به هر طریق دیگر، خاتمه بخشیدن به فرایند) بدون تحمل هرگونه تعهدی داشته باشد. در مقابل، در صورتی که مفاد قرارداد صرفاً پس از التزام اولیه به تعامل در دسترس قرار گیرند، رویه قضایی اعلام داشته که به‌طور معمول، امکان مطالعه فراهم نیست مگر آنکه مشتری در صورت مخالفت با مفاد قرارداد بتواند محصول را پس داده و پرداختهایی که صورت داده به وی بازگردانده شود.[۴۱]

۳ـ۲) تعیین رفتاری که قبول تلقی می‌شود

برای انعقاد قرارداد، توافق طرفین ضروری است. فروشنده، به‌عنوان «خداوندگار ایجاب»[۴۲] ممکن است شیوه قبول مشتری را بیان نموده و همچنین محدودیتهایی در خصوص رفتاری که قبول تلقی می‌شود اعلام نماید. مشتری می‌تواند به‌وسیله انجام اعمالی که از دیدگاه بایع قبول محسوب می‌شود ایجاب را بپذیرد.[۴۳] ولی روشی که بایع برای دلالت بر چنین موافقتی ضروری می‌داند باید واضح و بدون هرگونه ابهامی باشد. مشتری باید به‌روشنی بداند که چه رفتاری دلیل بر رضای به قرارداد خواهد بود.

قراردادهای استاندارد منعقده از طریق کلیک (کلیک ـ قرارداد)، به‌طور معمول از این لحاظ با مشکلی مواجه نیستند، زیرا به‌منظور انجام تعامل، مشتری نوعاً باید وجود چنین قراردادی

---

۴۰. رک. دعاوی
ProCD, Inc., v. Zeidenberg; Hill v. Gate Way 2000, Inc; I. Lan Systems v . Netscout Service Level Corp.

۴۱. دعوای
Master of Sun Trust Bank v. Sun International Hotels Ltd.

42. The Offer.

۴۳. دعاوی
Spetch v. Net Scape Communications Corporation; ProCD, Inc., v. Zeidenberg; Hill v. Gate Way 2000, Inc.

را تصدیق و قبول روشن و واضح خود را از طریق کلیک بر روی عبارت «می‌پذیرم» اعلام نماید. با وجود این، در قراردادهای منعقده از طریق مرور (مرور ـ قرارداد)، رفتاری که قبول تلقی می‌شود غالباً و به‌سادگی، عبارت است از پرداختن به تعامل و غالباً می‌تواند بدون هرگونه کلیک کردنی بر روی فوق پیوندی[۴۴] که به صفحه مفاد و شرایط متصل است و بدون دیدن قرارداد یا مفاد آن انجام شود. در چنین مواردی که رفتاری که قبول قرارداد محسوب می‌شود به‌طور واضح به آگاهی مشتری نمی‌رسد احتمال پذیرش دعوای الزام به انجام مفاد قرارداد وجود ندارد. برای نمونه، در یک دعوا[۴۵] دادگاه مقرر داشت در صورتی که در ایجاب به‌طور واضح به اطلاع مصرف‌کننده نرسیده باشد که کلیک کردن بر روی دکمه داون‌لود، حاکی از رضایت به مفاد قرارداد خواهد بود، این عمل رضایت به مفاد قرارداد تلقی نمی‌شود. شیوه اعلام رضایت یا مخالفت باید واضح و فاقد هرگونه ابهامی باشد.

۳) ارائه اطلاعات ـ[۴۶] آیا تمامی اطلاعات ضروری ارائه شده است؟

با توجه به ماهیت تعاملات الکترونیکی، گاهی این دغدغه وجود دارد که شخص کاملاً متوجه نشود طرف مقابل وی چه کسی بوده، در خصوص چه چیزی توافق می‌کند و یا اینکه چه امری در حال رخ دادن است. لذا در مواردی قانون حاکم به‌عنوان یکی از شرایط قابلیت اجرای قرارداد، ارائه اطلاعات معینی از سوی بایع به مشتری را ضروری می‌داند. این الزام قانونی غالباً (و نه همیشه) به‌عنوان تدبیری در جهت حمایت از مصرف‌کننده صورت می‌گیرد. مهمترین مقرره‌ها از این نوع عبارتند از:

(۱) الزاماتی که به‌موجب آن فروشندگان باید اطلاعات معینی را در خصوص خودشان و یا تعامل ارائه نمایند؛ و (۲) الزامات قانون امضاهای الکترونیکی در رابطه با ارائه اطلاعات و بیان رضایت در قراردادهای مصرف‌کنندگان.

۱ـ۳ـ) الزامات مربوط به ارائه اطلاعات در تعاملات الکترونیکی

در برخی تعاملات الکترونیکی، قوانینی که ارائه برخی اطلاعات مربوط به فروشنده و یا خود تعامل را الزامی می‌دانند ممکن است حائز اهمیت باشند. این قوانین نوعاً ناظر بر بیع‌های برخط بوده و به‌طور معمول بایع را مکلف می‌کند پیش از نهایی شدن تعامل، اطلاعات معینی را

---

44. Hyper- Link.

٤٥. دعوای

Spetch v. Net Scape Communications Corporation.

46. Information Disclosure.

برای خریدار احتمالی فراهم سازد.

برای نمونه، به‌موجب قانون کسب و کار و حرفه‌های کالیفرنیا،[۴۷] فروشندگانی که از طریق اینترنت به کسب و کار می‌پردازند مکلفند نام قانونی، نشانی و سیاست خود در خصوص بازپس گرفتن محصول و استرداد وجوه را بیان نمایند. این اطلاعات را می‌توان به‌صورت مکتوب یا به‌شکل الکترونیکی ارائه نمود ولی این عمل باید پیش از پذیرش هرگونه پرداخت، پردازش کارت اعتباری و یا انتقال وجوه توسط بایع انجام شود. هرگاه ارائه اطلاعات مذکور از طریق اخطاریه بر صفحه[۴۸] صورت گیرد، فروشنده باید اطلاعات را به‌صورت خوانا به یکی از طرق ذیل نمایش دهد: (۱) بر روی نخستین صفحه که هنگام دسترسی به وب‌سایت الکترونیکی وی نمایش داده می‌شود؛ یا (۲) بر روی صفحه‌ای که نخستین ایجاب مربوط به فروش کالا یا ارائه خدمات بر روی آن صورت گرفته؛ یا (۳) بر روی صفحه‌ای که خریدار ممکن است بر روی آن سفارش کالا یا خدمات را قرار داده باشد؛ یا (۴) بر روی صفحه‌ای که خریدار ممکن است بر روی آن اطلاعات پرداخت مانند شماره حساب کارت اعتباری را وارد کند؛ و یا (۵) در فناوری‌های غیر مبتنی بر مرور[۴۹] به شیوه‌ای که به کاربر فرصت و امکانی متعارف برای مرور و مطالعه اطلاعات مذکور را بدهد.[۵۰]

دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپایی نیز تکلیف مشابهی را مقرر می‌دارد. به‌موجب این دستورالعمل، فروشندگان برخط کالا ملزمند اطلاعات متنوعی را در رابطه با تعامل پیشنهادی در اختیار مشتری بگذارند.

اطلاعات مذکور عبارتند از: اعلامیه‌ای جامع و فاقد هرگونه ابهام در خصوص اقدامات فنی که باید جهت انعقاد قرارداد صورت گیرد، اینکه آیا قرارداد منعقده توسط فروشنده بایگانی می‌شود یا خیر و در صورت بایگانی، در چه محلی قابل دسترسی خواهد بود، ابزار فنی جهت تشخیص و تصحیح اشتباهات ورودی[۵۱] پیش از دادن سفارش و زبان‌های پیشنهادی برای انعقاد قرارداد.[۵۲] فروشنده همچنین ملزم است وصول سفارش خریدار را بدون تأخیر غیرموجه و به‌صورت الکترونیکی تصدیق نموده و ابزار فنی مناسب، کارامد و قابل دسترسی برای مشتری

---

47. California Business & Professions Code & 17538 (d).

48. On-Screen Notice.

49. Non-Browser-Based Technologies.

50. California Business & Profession Code § 17539 (D) (A).

51. Input Errors.

۵۲. ماده (۱)۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی.

مهیا سازد که امکان تشخیص و تصحیح اشتباهات ورودی را برای وی فراهم آورد.[۵۳]

۲ـ۳) الزامات قانون امضاهای الکترونیکی در رابطه با ارائه اطلاعات و بیان رضایت در قراردادهای مصرف‌کنندگان

یک الزام ویژه مبنی بر ارائه اطلاعات (و ابراز رضا) نیز ممکن است درخصوص برخی تعاملات مصرف‌کننده موضوع قانون امضاهای الکترونیکی اعمال شود. این امر در موارد معدودی اتفاق می‌افتد؛ در مواردی که (۱) قانون لازم بداند اطلاعات مربوط به تعامل به‌صورت کتبی برای مصرف کننده فراهم شود و (۲) فروشنده مایل باشد این اطلاعات را به‌صورت الکترونیکی به مصرف‌کننده تحویل دهد.[۵۴] برای مثال هرگاه قانون حاکم مؤسسات مالی را مکلف کند به‌صورت ماهانه صورت‌وضعیتهایی را به‌صورت کتبی به مشتریان خود ارائه نمایند و یک مؤسسه مالی بخواهد صورت‌وضعیتهای ماهانه مذکور را به شکل الکترونیکی تحویل دهد، در این صورت تعاملی که مصرف‌کننده از طریق آن، حساب بر خط خود را افتتاح می‌کند، از جمله باید اطلاعات خاصی را در برداشته و لازم است مؤسسه مالی رضایت مصرف‌کننده نسبت به دریافت این صورت وضعیتها را جلب نماید. در غیر این صورت، آن مؤسسه مالی مکلف خواهد بود صورت وضعیتهای ماهانه را به صورت کاغذی برای مصرف‌کننده ارسال کند.

به‌طور خاص، ارسال صورت‌وضعیتهای ماهانه مذکور (یا هرگونه اطلاعاتی که قانون حاکم ارائه آنها را به‌شکل کتبی ضروری می‌داند) به‌صورت الکترونیکی، صرفاً در صورتی پذیرفتنی است که مصرف‌کننده به‌طور صریح به دریافت سند الکترونیکی به جای سند کاغذی رضایت داده، چنین رضایتی را به‌شکل الکترونیکی اعلان نموده و این کار را به شیوه‌ای انجام دهد که به‌طور متعارفی حاکی از آن است که وی می‌تواند به اطلاعات الکترونیکی در همان قالبی[۵۵] که به‌کار خواهد رفت دسترسی پیدا کند. [۵۶] به‌علاوه، پیش از اعلام رضایت، اخطاریه‌ای

---

۵۳. مواد (۱)۱۱ و (۲)۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی.کنوانسیون سازمان ملل راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی هیچ‌گونه الزامی مبنی بر ارائه اطلاعات مانند الزاماتی که در دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا آمده است در بر ندارد. با وجود این، ماده ۷ کنوانسیون مذکور تصریح می‌دارد که مفاد این کنوانسیون مانع اعمال هیچ یک از مقررات قانونی نیست که ممکن است ارائه چنین اطلاعاتی را ضروری بداند.

۵٤. ماده ۷۰۰۱(C) قانون امضاهای الکترونیکی.

55. Format.

۵٦. مواد ۷۰۰۱(C)(1)(A) و ۷۰۰۱(C)(1)(C)(II) قانون امضاهای الکترونیکی. از این قانون به‌روشنی نمی‌توان دریافت که آیا تکلیف مصرف‌کننده مبنی بر اعلام توانایی بر دسترسی به اطلاعات به شیوه‌ای متعارف، هنگامی نیز محقق خواهد شد که وی صرفاً با ارسال پیغامی الکترونیکی اظهار دارد که می‌تواند به اسناد الکترونیکی در قالب‌های معین دسترسی پیدا کند و یا به‌گونه‌ای دیگر به پرسشی الکترونیکی در این خصوص که آیا توانایی دسترسی به سند الکترونیکی را دارد یا خیر پاسخ مثبت دهد؟ اگر عبارت قانون به‌طور لفظی و مضیق تفسیر شود نتیجه این خواهد بود که مطابق با قانون امضاهای الکترونیکی لازم

واضح که توجه کاربر را به خود جلب می‌کند و مصرف‌کننده را نسبت به امور ذیل آگاه می‌گرداند باید برای وی فراهم شود:

الف) حق وی نسبت به دریافت اطلاعات بر روی کاغذ؛

ب) اینکه آیا رضایت به دریافت اطلاعات به‌شکل الکترونیکی صرفاً ناظر به تعامل خاصی است که تعهد ارائه اطلاعات از آن ناشی می‌شود یا ناظر به مجموعه‌های معینی از اسناد که ممکن است طی مدتی که طرفین با هم ارتباط دارند ارائه شود؛

ج) ترتیباتی که مصرف‌کننده باید به‌منظور روزامد کردن اطلاعات مورد نیاز برای بر قراری ارتباط با وی صورت دهد؛

د) پس از اعلام رضایت، وی چگونه و در ازای پرداخت چه هزینه‌ای می‌تواند نسخه‌ای کاغذی از سند الکترونیکی را به‌دست آورد؛

هـ) شرایط و الزامات سخت‌افزاری و نرم‌افزاری جهت دسترسی به اسناد الکترونیکی و نگهداری آنها؛

و) حق وی مبنی بر رجوع از چنین رضایتی و اقداماتی که باید برای رجوع صورت دهد؛

ز) شرایط، عواقب و هزینه‌های رجوع از این رضایت.[۵۷]

قصور در ارائه اطلاعات فوق‌الذکر و یا اخذ رضایت ضروری مصرف‌کننده موجب بی‌اعتباری تعامل نمی‌شود.[۵۸] با این وجود، در صورت قصور، فروشنده ملزم است اطلاعات لازم را بر روی کاغذ برای مصرف‌کننده فراهم آورد یا آنکه عواقب نقض مقرره‌ای از قانون حاکم را که به‌موجب آن ارائه اطلاعات به صورت کتبی ضروری است بپذیرد.

٤) در دسترس بودن‌ـ[۵۹] آیا اسناد مربوط به تعامل در دسترس طرفین قرار دارند؟

شرط اساسی دیگر برای قابل‌اجرا بودن تعاملات الکترونیکی، آن است که اسناد مشتمل بر تعامل به‌شکلی منتقل شوند که گیرنده بتواند آنها را نگهداری و به‌صورتی دقیق تکثیر نماید. در ایالات متحده، قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی اصولاً مقرر می‌دارند که نفوذ، اعتبار و یا قابلیت اجرای سند الکترونیکی ممکن است رد شود هرگاه سند به‌شکلی باشد که قابلیت نگهداری و تکثیر برای مراجعه بعدی طرفین یا هر شخص محق به

است مصرف‌کننده به روشی رضایتش را اعلام کند که به‌طور متعارفی حاکی از آن باشد که وی واقعاً می‌تواند به سند الکترونیکی در همان قالب مربوط دسترسی پیدا کند.

۵۷. ماده (B)(۱)(C)۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی.

۵۸. ماده (۳)(C)۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی.

59. Accessibility.

نگهداری قرارداد یا سند دیگر را نداشته باشد.[۶۰]

دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپایی مقرره مشابهی را دربردارد. بر طبق این دستورالعمل، مفاد قرارداد و شرایط عمومی آن که برای گیرنده تهیه شده باید به‌گونه‌ای به وی ارائه شود که امکان ذخیره و تکثیر آنها برای وی فراهم باشد.[۶۱]

البته این الزامات، تعاملات الکترونیکی را به اشخاص واجد قابلیت فنی داون‌لود یا چاپ کردن اسناد محدود نمی‌کند، بلکه تأکید مقررات مربوط بر روی شکل سند ارسال شده از سوی فرستنده است و اساساً مقرره‌هایی از این دست مستلزم آن است که فرستنده عملی صورت ندهد که مانع داون‌لود، ذخیره یا چاپ سند مربوط شود. به‌کارگیری ابزار فاقد چنین قابلیتهایی (مانند ابزاری دستی بدون قابلیت چاپ کردن) نباید بر قابلیت اجرای تعامل مؤثر باشد. در مقابل، چنین مقرراتی، به‌طور واضح شکل قراردادهای منعقده از طریق کلیک (کلیک ـ قرارداد) را با چالش مواجه می‌کند که معمولاً در بسیاری از وب‌سایتها به‌کار رفته و در آنها قرارداد در پنجره‌ای مجزا نمایش داده می‌شود بدون آنکه از پنجره مذکور قابل داون‌لود یا چاپ شدن باشد.

۵) امضاـ آیا امضای الکترونیکی معتبری به‌کار رفته است ؟[۶۲]

تمامی تعاملات نیاز به امضا ندارند. ولی در بسیاری موارد، قانون یا آیین‌نامه‌ای برتعامل حاکم است که وجود امضا را شرط نفوذ قانونی آن می‌داند. بدیهی است که قانون کلاهبرداری[۶۳] (که در ایالات متحده امضای قراردادهای بیع با ارزش بیش از ۵۰۰ دلار را ضروری اعلام می‌دارد) بهترین نمونه از این نوع قوانین است. به‌علاوه، به‌موجب هزاران قانون و مصوبه فدرال، ایالتی و محلی نیز تسجیل انواع معینی از تعاملات به‌وسیله نوشته و امضا ضروری است. حتی در مواردی که قانون وجود امضا را پیش‌بینی نکرده، می‌توان از امضا برای قطعی‌تر کردن قابلیت اجرا و یا برخورداری از اطمینان بیشتر مبنی بر اینکه طرف مقابل به مفاد قرارداد رضایت داده بهره گرفت. در تمامی این موارد، استفاده از امضایی که قانون آن را معتبر و قابل اجرا تلقی می‌کند امری است حیاتی.

در سیستم حقوقی ایالات متحده، قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات

---

۶۰. ماده (E) ۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی. همچنین رک. ماده (C)۸ قانون یکنواخت تعـاملات الکترونیکـی: «هرگـاه فرستنده مانع ذخیره یا چاپ سند الکترونیکی توسط گیرنده شود، سند مذکور علیه گیرنده قابل‌اجرا نخواهد بود».

۶۱. ماده (۳)۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی.

۶۲. رک. بختیاروند، مصطفی، ماهیت و آثار حقوقی امضاهای الکترونیکی (پایان‌نامـه کارشناسـی ارشـد حقـوق خـصوصی– دانشگاه امام صادق (ع)، شهریور ۱۳۸۴).

63. Statute of Frauds.

الکترونیکی وجود سه مؤلفه را در امضا برای قابل اجرا بودن ضروری می‌دانند:[۶۴]

الف) صدا، نما و یا یک فرایند؛

ب) که به سند الکترونیکی منضم شده و یا به‌طور منطقی با آن مرتبط است؛[۶۵]

ج) و به قصد امضای سند الکترونیکی ایجاد شده است.

امضاهای الکترونیکی واجد این شرایط، به‌عنوان جانشین‌هایی برای امضاهای دستی در بیشتر تعاملات، از نظر قانونی قابل‌اجرا تلقی می‌شوند.[۶۶]

نماد ـ[۶۷] تعریف قوانین امریکا از امضا بیانگر پذیرش وجود شیوه‌های مختلفی از امضاهای الکترونیکی است. اگرچه امضاهای الکترونیکی، بنا به ماهیت خود، به‌صورت دیجیتال (یعنی مجموعه‌ای از صفر و یکها) نمایانده می‌شوند، می‌توانند شکلهای متنوعی به‌خود گرفته و به‌وسیله فناوریهای مختلفی ایجاد شوند. نمونه‌هایی از امضاهای الکترونیکی (که مطابق با قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی معتبرند) عبارتند از:

الف) نامی که توسط نویسنده در انتهای پیغام الکترونیکی تایپ شده است؛

ب) تصویر رقمی شده امضای دستی[۶۸] که به سند الکترونیکی منضم شده است؛

ج) کد، گذر واژه و یا شماره شناسایی شخصی[۶۹] سرّی جهت معرفی فرستنده به گیرنده (مانند آنچه درخصوص کارتهای خودپرداز[۷۰] و کارت‌های اعتباری[۷۱] صورت می‌گیرد)؛

د) یک شناساگر منحصر به فرد مبتنی بر مؤلفه‌های زیست‌شناختی[۷۲] از قبیل اثر انگشت، صدا و یا اسکن شبکیه چشم؛[۷۳]

هـ) کلیک کردن با ماوس (مثلاً بر روی عبارت «می‌پذیرم»)؛[۷۴]

---

٦٤. ماده (۵)۷۰۰۶ قانون امضاهای الکترونیکی و ماده (۸)۲ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی (تعاریف امضای الکترونیکی).

65. Attached to or Logically Associated with an Electronic Record.

٦٦. ماده (۸)۲ و (D)۷ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی و مواد (A)۷۰۰۱ و (۵)۷۰۰۶ قانون امضاهای الکترونیکی.

67. Symbol.

68. Digitized Image of Handwritten Signature.

69. PIN (Personal Identification Number).

70. ATM Cards.

71. Credit Cards.

72. Uniqu Biometric-Based Identifier.

73. Retinal Scan.

۷٤. با گنجاندن واژه فرایند (Process) در تعریف امضای الکترونیکی، قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی صراحت دارند که فرایند کلیک کردن با ماوس، در صورت تحقق دیگر شرایط، می‌تواند به‌عنوان امضا تلقی شود. همان‌طورکه در شرح قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی اشاره شده است این تعریف امضای الکترونیکی فرایند استاندارد کلیک کردن در صفحه وب (Standard Webpage Click-Through Process) را نیز در برمی‌گیرد. برای نمونه زمانی‌که شخصی کالا یا خدماتی را از طریق وب‌سایت فروشنده سفارش می‌دهد، ارائه اطلاعاتی از سوی خریدار به‌عنوان جزئی از

و) یک صدا (مانند صدایی که با فشار دادن دکمه شماره ۹ دستگاه تلفن به منظور اعلام موافقت ایجاد می‌شود)؛

ز) امضای دیجیتال (ایجاد شده از طریق به‌کارگیری رمز نگاری کلید عمومی).[۷۵]

بدیهی است که موارد فوق‌الذکر، فهرست جامعی از روشهای امضای سند به‌صورت الکترونیکی نیست. شیوه‌های دیگری برای امضای سند الکترونیکی وجود دارد و احتمالاً در آینده روشهای جدیدتری نیز ایجاد خواهد شد.[۷۶]

منضم شده‌ـ[۷۷] نکته مهم دیگر در تعریف امضای الکترونیکی ضرورت منضم بودن آن به سند امضا شده و یا وجود ارتباط منطقی بین این دو است. در جهان کاغذی، فرض می‌شود که نماد اتخاذ شده توسط شخص به‌عنوان امضا، به همان ورقه‌ای که وی قصد دارد آن را امضا کند منضم شده یا در جایی از آن قرار گرفته است. با وجود این، از آنجا که اسناد الکترونیکی را می‌توان به‌صورت مجزا از هرگونه رسانه ملموسی[۷۸] که ممکن است بر روی آن قرار داشته باشند مراسله نمود، این تعریف لازم می‌داند امضا به نوعی، به سند الکترونیکی منضم و یا به‌طور منطقی با آن مرتبط باشد.[۷۹]

این ویژگی مستلزم آن است که طرفین تعامل الکترونیکی ترتیباتی برای نگهداری از اسناد به‌کار گیرند که در آینده بتواند دلیلی مبنی بر اعمال یا به‌کارگیری امضایی معین در رابطه با سندی خاص فراهم نماید. مسلماً ساده‌ترین راه برای نیل به این مهم، ادغام امضا به‌عنوان جزیی از سند الکترونیکی ذخیره شده است. روش دیگر، ایجاد و به‌کارگیری فرایندی کاملاً مطمئن و قابل اثبات است که از طریق آن، امضا (یا دلیل تکمیل فرایند) جدای از سند الکترونیکی ذخیره

فرایندی که به دریافت کالا یا خدمات منجر می‌شود ضروری خواهد بود. هنگامی‌که مشتری سرانجام آخرین گام را برداشته و بر روی عبارت «موافقم» کلیک می‌کند، وی فرایند را اتخاذ نموده و انجام داده و این عمل را به قصد مرتبط کردن خویش با همه اسناد مربوط صورت داده است. ماده ۲ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی، یادداشت شماره ۷. روشن نیست که آیا فرایند کلیک کردن بر روی عبارت «موافقم» مشمول تعریف امضای الکترونیکی در دستورالعمل امضاهای الکترونیکی اتحادیه اروپایی هست یا خیر، زیرا در تعریف مذکور لازم دانسته شده که امضا مشتمل بر «داده‌هایی الکترونیکی» باشد. ماده (۱)۲ دستورالعمل امضاهای الکترونیکی.

۷۵. در خصوص مفهوم رمزنگاری کلید عمومی و امضای دیجیتال رک. بختیاروند، مصطفی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد،صص ۳۹ به بعد.

۷٦. در این رابطه رک. بختیاروند،مصطفی، مطالعه تطبیقی مقررات حاکم بر تعاملات الکترونیکی، مجموعه مقالات همایش بررسی ابعاد حقوقی فناوری اطلاعات، خرداد ۱۳۸۳.

77. Attached.

78. Tangible Media.

۷۹. رک. ماده (۱)۲ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی، یادداشت شماره ۷. این شرط با رویکرد اتخاذ شده به وسیله وزارت غذا و دارو در مقرراتی که راجع‌به امضای الکترونیکی تصویب نموده هماهنگ است. ماده ۷۰-۱۱ مقررات مذکور نیز لازم می‌داند امضاهای الکترونیکی با اسناد الکترونیکی مربوط به آنها به‌گونه‌ای مرتبط باشند که تضمین شود امضا را نمی‌توان با وسایل معمولی از سند جدا کرده، کپی نموده و یا به طریق دیگر به‌منظور جعل یک سند الکترونیکی منتقل نمود.

می‌شود ولی فرایند به‌گونه‌ای است که امکان مرتبط ساختن امضا و سند را در صورت نیاز و با اهداف اثباتی فراهم می‌سازد.

قصد[۸۰] امضا دال بر قصد امضاکننده در رابطه با سند امضا شده است. ماهیت قصد امضاکننده به تناسب هر تعامل متفاوت بوده و در بیشتر موارد احراز آن از طریق بررسی اوضاع و احوالی که امضا در آن صورت گرفته ممکن خواهد بود. برای نمونه، امضا می‌تواند حاکی از قصد التزام به مفاد قرارداد، تأیید تقاضای شخص زیر دست در خصوص تأمین مالی یک پروژه، مجاز داشتن بانک به انتقال وجوه، تأیید مشاهده و مطالعه مفاد تفاهم‌نامه، این واقعیت که امضاکننده نویسنده سند بوده و یا اینکه صرفاً مفاد سند به رؤیت امضاکننده رسیده و امکان مطالعه آنها را داشته است، باشد.

وجود چنین قصدی یکی از شرایط اساسی اعتبار امضا است. برای نمونه در یک دعوا دادگاه اعلام نموده که شماره تلفن فرستنده (یعنی یک نماد) که به یک سند فکس شده ضمیمه شده است می‌تواند به‌عنوان امضا تلقی شود. با وجود این، دادگاه مقرر داشت که با توجه به وقایع دعوای مذکور، شماره تلفن فرستنده امضا محسوب نمی‌شود زیرا به‌طور خودکار به‌وسیله دستگاه فکس ارسال‌کننده ثبت شده و توسط فرستنده به قصد امضای فکس خاص مورد بحث بر روی آن قرار نگرفته است.[۸۱]

با توجه به آنچه گفته شد، تنظیم فرایند به‌کارگیری امضای الکترونیکی بر روی سند به‌گونه‌ای که تضمین شود امضا به‌گونه‌ای اعمال شده که دال بر قصد امضاکننده مبنی بر امضای سند یا التزام به آن به هر طریق دیگر، باشد از اهمیت خاصی برخوردار است. این امر معمولاً با توجه به اوضاع و احوال به‌کارگیری امضا محقق می‌شود، دقیقاً همان‌طور که آنچه در پایان سند کاغذی قرارداد و پیش از امضای دستی نگاشته می‌شود به‌طور معمول بیانگر قصد شخص منشأ امضا است.

در دیگر کشورها، ممکن است شرایط اعتبار امضای الکترونیکی تا حدی متفاوت باشد. به‌عنوان مثال، مطابق دستورالعمل امضاهای الکترونیکی اتحادیه اروپایی، شرایط اعتبار امضاهای الکترونیکی به شرح ذیل است:

الف) داده‌های الکترونیکی؛

---

80. Intent.

۸۱. برای نمونه رک. دعوای Parma Tile Mosaic & Marble Co. v. Estate of Fred Short 2 No.20 همچنین Kohl meyer & Co. v. Bowen (اسم یک شرکت کارگزار بورس بر روی اعلامیه تأیید فروش اوراق بهادار چاپ شده بود. دادگاه اعلام کرد که هدف از چاپ کردن اسم مذکور تصدیق مفاد سند بوده و بنابراین شرط وجود امضا را که در قانون کلاهبرداری آمده است محقق می‌سازد).

ب) که به دیگر داده‌های الکترونیکی منضم شده یا با آنها مرتبطند؛

ج) به‌عنوان روشی برای تصدیق اصالت به‌کار می‌روند.[۸۲]

رویکرد سوم نسبت به امضاهای الکترونیکی را می‌توان در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مشاهده نمود؛ این کنوانسیون اعلام می‌دارد که الزامات قانونی مربوط به‌وجود امضا در صورت تحقق شرایط ذیل تأمین خواهد شد:

الف) روشی برای شناساندن امضاکننده به‌کار رفته باشد؛

ب) این روش به قصد دلالت بر تأیید اطلاعات مندرج در سند الکترونیکی از سوی امضا کننده به‌کار رفته باشد؛

ج) روش به‌کار رفته با توجه به تمامی اوضاع و احوال مرتبط به اندازه کافی برای هدفی که مراسله الکترونیکی بدان منظور ایجاد شده قابل‌اعتماد باشد.[۸۳]

الزامات مربوط به امضا در کنوانسیون فوق‌الذکر از آنچه به‌طور معمول در قوانین امریکا ضروری دانسته می‌شود فراتر رفته است. به‌ویژه، در این الزامات، تأکید بر امنیت است به‌گونه‌ای که باید (۱) خود امضا قابلیت شناساندن امضاکننده را داشته باشد، و (۲) سطح مطلوبی از اطمینان فراهم باشد. بدین ترتیب، از الزامات مذکور به‌خوبی بر می‌آید که تفاوت بسیاری میان امضاهای الکترونیکی که صرفاً شرایط اساسی مندرج در قوانین امریکا را دربردارد و امضای الکترونیکی قابل‌اعتماد[۸۴] وجود دارد. برای نمونه و همان‌طور که پیشتر گفته شد، کلیک کردن با ماوس بر روی عبارت «می‌پذیرم» یا تایپ کردن یک اسم در پایان پیغام الکترونیکی، در امریکا به‌عنوان امضاهایی قابل اجرا تلقی می‌شوند ولی این امضاها، به خودی خود، هیچ دلالتی بر هویت کسی که با ماوس کلیک کرده و یا اسم موجود بر روی سند الکترونیکی را تایپ کرده است ندارند. لذا پذیرش قابلیت اجرای قانونی امضاهای مذکور ممکن است قدری بی‌معنی و غیرواقعی به‌نظر برسد چرا که توانایی یک طرف بر تشخیص اصالت این امضاها یا به‌کارگیری آنها جهت تشخیص تمامیت سند ممکن است بسیار محدود باشد. نکته مهم و اساسی تشخیص اصالت

---

۸۲. ماده (۱)۲ دستورالعمل امضاهای الکترونیکی. این دستورالعمل همچنین نوع دیگری از امضای الکترونیکی معروف به «امضای الکترونیکی پیشرفته» (Advanced Electronic Signature) را شناخته است. چنین تلقی می‌شود که امضای الکترونیکی پیشرفته ایمن‌تر بوده و بنابراین از مقبولیت قانونی بیشتری برخوردار است. امضای واجد شرایط امضای الکترونیکی، در صورت داشتن ویژگی‌های زیر به‌عنوان امضای الکترونیکی پیشرفته نیز شناخته خواهد شد: (۱) ارتباط انحصاری با امضاکننده؛ (۲) توانایی شناساندن امضاکننده؛ (۳) ایجاد شدن به‌وسیله ابزاری که امضاکننده می‌تواند آنها را تحت کنترل انحصاری خود داشته باشد؛ و (۴) مرتبط بودن با داده‌های امضا شده به‌نحوی که هرگونه تغییر بعدی در این داده‌ها قابل کشف باشد.ماده (۲)۲ دستورالعمل تجارت الکترونیکی.

۸۳. ماده(۳)۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع‌به به‌کارگیری مراسلات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی.

84. Trust Worthy Electronic Signature.

هویت فردی است که نماد را اعمال یا فرایند را اجرا کرده است، یعنی توانایی شناسایی (و اثبات) اینکه چه کسی اسم را تایپ و یا بر روی عبارت «می‌پذیرم» کلیک کرده است. در نتیجه، اشخاص مایل به انجام تعاملات الکترونیکی، ممکن است دریابند که در برخی موارد، صرف به‌کارگیری امضای الکترونیکی حائز شرایط قانونی کفایت نمی‌کند.

در خصوص تعاملات خودکار که طرفین آنها از یکدیگر بسیار دور هستند و در آنها از اسنادی الکترونیکی استفاده می‌شود که به‌راحتی قابل تغییر است نیاز به‌روشی برای اطمینان یافتن از اصالت هویت فرستنده یا امضاکننده و تمامیت سند به امری حیاتی تبدیل می‌شود. بنابراین باید توجه داشت که امضای الکترونیکی، ممکن است، به خودی خود امنیتی را که فرض می‌شود امضای دستی منحصر به فرد به‌کار گرفته شده در یک تعامل مبتنی بر کاغذ فراهم می‌کند در بر نداشته باشد.

ضرورت وجود امنیت امری است بدیهی: ضرورت وجود چیزی که قابل‌اعتماد بودن تعامل را تضمین نماید.

٦) امنیت ـ آیا تعامل قابل‌اعتماد است؟

فراتر از مطابقت با الزامات قانونی مربوط به قابلیت اجرا، دغدغه اصلی طرفین تعامل الکترونیکی مسئله «اعتماد» است. انطباق امضای الکترونیکی با الزامات قانونی یک بحث است و داشتن درجه کافی از اطمینان در تعامل الکترونیکی به‌گونه‌ای که شخص به ارسال محصولات خود، انتقال وجوه و یا التزام فوری به تعهدی قراردادی راضی شود بحثی دیگر.

بی‌تردید وجود اعتماد تقریباً در تمامی تعاملات حائز اهمیت است. صرف‌نظر از انجام تعامل در فضای رایانه‌ای و یا در جهان سنتی مبتنی بر کاغذ، هر یک از طرفین جهت تمایل به انجام آن باید از سطحی از اعتماد و اطمینان برخوردار باشد. ولی اعتماد عناصر و درجات متفاوتی دارد. اعتماد به شرکای تجاری شخص همیشه مهم بوده است (آیا آنان وجیه و قابل‌اعتماد هستند؟ آیا به قول خود عمل خواهند کرد؟) ولی امروزه در محیط الکترونیکی کسب و کار، طرفین همچنین نیاز دارند که به خود تعامل اعتماد کنند.

منظور از اعتماد به تعامل چیست ؟ در تعاملات مهم مرتبط با کسب و کار که به در دسترس بودن رایانه و شبکه وابسته‌اند، طرفین نیاز خواهند داشت بدانند که این ابزار به‌نحو مطلوب و بدون هرگونه وقفه‌ای عمل می‌کنند. وقتی ارتباطات از راه دور جایگزین دیدار فیزیکی و یا رسانه‌ای مطمئن مانند پست می‌شود، طرفین باید بتوانند هویت یکدیگر را تشخیص دهند. زمانی که اسناد الکترونیکی که به‌راحتی قابل تکثیر و تغییر هستند جایگزین اسناد کاغذی امضا

شده می‌شوند طرفین به تضمینی نیاز دارند که نشان دهد این اسناد غیرجعلی و تغییرنیافته هستند. و هنگامی‌که داده‌های حساسیت برانگیز[۸۵] به‌طور الکترونیکی ذخیره شوند، باید تضمیناتی برای طرفین مبنی بر حمایت از این داده‌ها و در دسترس بودن آنها فراهم باشد.[۸۶]

تضمین اینکه تعامل از نظر قانونی قابل اعتماد است، مستلزم تشخیص اصالت هویت فرستنده و تمامیت اسناد مربوط به آن است.

۱ـ٦) تشخیص اصالت هویت فرستنده[۸۷]

در هر تعامل الکترونیکی مبتنی بر اینترنت، گیرنده باید به‌طور متعارفی اطمینان یابد که فرستنده و یا امضاکننده مراسله الکترونیکی همان کسی است که در مراسله معرفی شده است. لازمه نیل به این اطمینان، تشخیص اصالت هویت فرستنده یا امضاکننده است، یعنی تعیین اینکه آیا شخص در واقع همان کسی است که ادعا می‌کند؟ به‌طور دقیق‌تر، این فرایند عبارت است از تأیید هویت ادعایی شخص در جریان تعیین اینکه مثلاً منبع یا منشأ مراسله کیست؟[۸۸] چه کسی سند را ایجاد یا امضا کرده است؟ چه کسی سند را ارسال نموده است؟ آیا سند اصیل است و یا مجعول؟

امضا را می‌توان جهت تشخیص اصالت هویت منبع سند به‌کار برد. این مهم با استفاده از امضاهای دستی نگاشته شده بر روی اسناد کاغذی به‌خوبی محقق می‌شود، چرا که این امضاها را در صورت لزوم، می‌توان از طریق تحلیل دست‌خط با شخص خاصی مرتبط نمود. ولی بسیاری از امضاهای الکترونیکی معتبر از دیدگاه قانونی، چنین نقشی را ایفا نکرده و یا در شناسایی اصالت هویت فرستنده یا امضاکننده، چنان ضعیف عمل می‌کنند که فاقد هرگونه قدرت اثباتی در این

---

85. Sensitive Data.

۸٦. البته باید توجه داشت که ضرورت چنین اعتمادی یک مفهوم نسبی بوده و از تعاملی به تعامل دیگر به‌طور چشمگیری با توجه به مبلغ متفاوت خواهد بود. برای نمونه سطح اعتماد مورد نیاز برای یک فروشنده بر خط جهت ارسال حلقه‌های لاستیک به ارزش دویست هزار دلار بسیار بالاتر از سطح اعتماد ضروری برای یک کتاب فروشی برخط است که می‌خواهد کتابی بیست دلاری را ارسال نماید. کتابفروشی مذکور ممکن است در هر تعامل به سطح بالایی از اعتماد نیاز نداشته باشد، به ویژه هنگامی که شماره یک کارت اعتباری فراهم شده و خطر ورود خسارت در نتیجه کلاهبرداری، نسبتاً پایین (مثلاً بیست دلار) است. در مقابل، ارسال محصولی به ارزش دویست هزار دلار بر مبنای یک پیغام الکترونیکی ممکن است مستلزم سطح بالاتری از اعتماد باشد. به همین ترتیب، بانکی که می‌خواهد یک انتقال وجه چند میلیون دلاری را بر مبنای پیغامی الکترونیکی صورت دهد، حتی به تضمینات قوی‌تری نیاز خواهد داشت. بسته به ماهیت و مبلغ تعامل، حداقلی از خطر دریافت پیغام متقلبانه باید پذیرفته شود.

87. Authentication.

۸۸. در ماده (B)۱۰۰۱ قانون ایمنی ایالت هوم لند،" Authentication" بدین‌گونه تعریف شده است: «به‌کارگیری معرف‌های دیجیتال به‌منظور تضمین هویت کاربران و معتبر سازی دسترسی ایشان».

زمینه هستند و یا واجد قدرت اثباتی بسیار کمی می‌باشند.[۸۹] برای نمونه، در حالی که به‌موجب قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی تایپ کردن اسم شخص، کلیک کردن با ماوس و یا تقریباً هر صدا یا نماد دیگر می‌تواند امضای الکترونیکی معتبری تلقی شود، به‌راحتی می‌توان دریافت که این امضاها، به خودی خود، قدرت ناچیزی در تعیین هویت منبع سند دارند. از بسیاری جنبه‌ها، این امضاها معادل قانونی امضای دستی هستند. اما پرسش نهایی و تعیین‌کننده یعنی اینکه چه کسی اسم را تایپ کرده و یا با ماوس کلیک کرده است، غالباً بدون پاسخ باقی می‌ماند.

قوانینی که اعتبار قانونی امضاهای الکترونیکی را پذیرفته‌اند، امضاکننده ادعایی را از حق انکار امضای سند الکترونیکی محروم نمی‌کنند. دقیقاً مانند امضاهای دستی، امضاکننده ادعایی همیشه حق دارد منکر ایجاد و یا دادن نمایندگی به دیگری در ایجاد سند شود. در واقع، بسته به نوع امضای الکترونیکی به‌کار رفته و سطح ایمنی موجود در آن، احتمال قرار گرفتن امضای الکترونیکی در معرض خطر انکار، بیشتر از امضای دستی است. همان‌طور که یک دادگاه اعلام نموده امضای دستی نسبت به امضای تایپ شده دلیل قوی‌تری بر هویت محسوب می‌شود.[۹۰]

این خطر را باید با تدابیر امنیتی متناسب با تعامل برطرف نمود. بنابراین در صورت به‌کارگیری انواع ذاتاً ضعیف امضای الکترونیکی (مانند کلیک کردن بر روی عبارت «می‌پذیرم» و یا تایپ کردن نام شخص) تضمین اینکه هویت شخص کلیک‌کننده یا کسی که نام خود را تایپ کرده به‌طور مناسب (مثلاً با استفاده از ترتیبات مطلوب وارد شدن به سیستم یا دیگر ترتیبات شناسایی هویت) و به‌گونه‌ای تشخیص داده و تأیید شده که سطح افزوده‌ای از اطمینان نسبت به اعتبار امضا و قابلیت انتساب آن به شخص معین را فراهم می‌آورد اهمیت بیشتری می‌یابد. به همین ترتیب، به‌کارگیری انواع قوی‌تر امضاهای الکترونیکی مانند امضای دیجیتال مبتنی بر رمزنگاری کلید عمومی نیز ممکن است در موارد خاصی مطلوبیت داشته باشد.

۲ـ٦) تمامیت داده‌ها[۹۱]

در بحث تمامیت داده‌ها، سخن از دقیق و کامل بودن اطلاعات مانند اسناد و پیغامهای الکترونیکی مراسله شده از طریق اینترنت و یا ذخیره شده بر روی سیستم و تضمین این امر است

---

۸۹. برخی انواع امضاهای الکترونیکی مانند امضای دیجیتال ناشی از رمزنگاری، در صورت به‌کارگیری صحیح، می‌توانند تضمینی محکم در خصوص منبع امضا فراهم آورند. بعضی تکنیکهای مبتنی بر معرفهای زیست‌شناختی نیز می‌توانند نتیجه مشابهی به‌دست دهند.

۹۰. دعوای .Cloud Corporation v. Hasbro,Inc

91. Data Integrity.

که تغییرات غیرمجاز چه به‌صورت عمدی و چه غیرعمدی در این داده‌ها صورت نگرفته است. تضمین تمامیت داده‌ها مستلزم محافظت از آنها در برابر تغییر یا تخریب نامطلوب، از جمله به‌وسیله تضمین عدم قابلیت انکار[۹۲] و اصالت اطلاعات[۹۳] است.[۹۴] پرسشهای مطرح در این زمینه عبارتند از اینکه آیا سند دریافت شده توسط گیرنده همان سندی است که فرستنده ارسال نموده است ؟ آیا این سند کامل است؟ آیا سند در جریان ارسال یا ذخیره‌سازی تغییر یافته است؟

نگرانی نسبت به تمامی داده‌ها از این واقعیت ناشی می‌شود که اسناد الکترونیکی را به‌راحتی و به‌گونه‌ای غیرقابل کشف می‌توان تغییر داد. به‌علاوه، از آنجا که هر نسخه کپی شده از سند الکترونیکی، دقیقاً عین آن است، اصل سند الکترونیکی مفهومی ندارد.[۹۵] در نتیجه، برخلاف اسناد کاغذی، اسناد الکترونیکی به خودی خود هیچ‌گونه نشانه‌ای از تمامیت دربر ندارند.

پیش از اعتماد به پیغام الکترونیکی و عمل کردن بر مبنای آن، گیرنده باید از تمامیت پیغام مذکور مطمئن شود. هنگامی‌که موضوع مذاکره و انعقاد قراردادها به‌صورت بر خط، اعطای مجوز بهره‌برداری از مطالب دیجیتال، پرداختهای الکترونیکی و همچنین اثبات این تعاملات الکترونیکی در آینده از طریق به‌کارگیری اسناد الکترونیکی مطرح باشد، حفظ تمامیت داده‌ها برای تجارت الکترونیکی اهمیتی دو چندان می‌یابد. برای نمونه پیمانکاری را در نظر بگیرید که می‌خواهد از پیمانکاران فرعی پیشنهادهایی درخواست نموده و پیشنهاد خود را به دولت به صورت بر خط ارائه دهد. این پیمانکار باید قادر باشد از تغییر نیافتن پیغامهای حاوی پیشنهادهای پیمانکاران فرعی که پیشنهاد خود را بر مبنای آنها طراحی خواهد کرد اطمینان یابد. به همین ترتیب، در صورت لزوم اثبات مبلغ پیشنهادی یکی از پیمانکاران فرعی توسط پیمانکار مورد بحث، دادگاه برای آنکه پیغام حاوی این پیشنهاد را به‌عنوان دلیل در این دعوا تلقی کند، ابتدا از پیمانکار خواهد خواست تمامیت سندی را که از این مراسله حفظ و نگهداری کرده است اثبات نماید.[۹۶]

امضا را می‌توان به‌منظور تشخیص تمامیت سند به‌کار برد. این کار را در خصوص اسناد کاغذی به‌خوبی می‌توان انجام داد چرا که امضای دستی (یا پاراف) که در پایین هر صفحه قرار گرفته غالباً راهی است برای ممانعت از تغییرات غیرقابل کشف و به‌طور متعارفی قابل اعتماد است. ولی بیشتر امضاهای الکترونیکی معتبر از نظر قانون، این نقش را ایفا نمی‌کنند. کلیک کردن با ماوس و یا تایپ کردن نام شخص بر روی سند الکترونیکی که به‌راحتی قابل تغییر است به هیچ‌وجه تضمینی نسبت به تمامیت سند فراهم نمی‌کند. به‌طور معمول، به‌کارگیری الگوریتمهای

---

92. Non-Repudiation.

93. Authenticity.

۹۴. ماده (B)۱۰۰۱ قانون ایمنی هوم لند.

۹۵. البته به‌نظر مترجم، و برخلاف اعتقاد نویسنده، سند الکترونیکی هم می‌تواند اصل داشته باشد. در این خصوص رک. پایان‌نامه کارشناسی ارشد مترجم، صص ۱۲۶-۱۲۳.

۹۶. برای نمونه رک. دعوای Victory Med. Hosp v. Rice.

خردسازی[۹۷] یا الگوریتمهای رمزنگاری که غالباً با امضاهای دیجیتال همراه است، بهترین شیوه برای کشف تغییرات صورت گرفته در اسناد الکترونیکی است.

۷) نگهداری اسناد ـ[۹۸] آیا اسناد الکترونیکی مطلوب نگهداری شده‌اند؟

یکی از عوامل اساسی جهت قابل اجرا بودن تمامی تعاملات، حفظ اسناد، است. در صورت بروز اختلاف، لازم است دلیل قابل اعتمادی که مفاد تعاملات و توافق طرفین را تسجیل نموده ارائه شود. همچنین الزامات مشابهی مثلاً به‌منظور تأمین تکالیف قانونی (از قبیل تکالیف موجود در مقررات حاکم بر صنعت بیمه، اوراق بهادار و بانکداری و...) و نیز الزامات ارگانهای دولتی وجود دارد. در خصوص تعاملات الکترونیکی پرسش این است که آیا حفظ اسناد الکترونیکی، الزامات قوانین و مقررات حاکم یا قواعد ادله اثبات را تأمین خواهد ساخت و در این صورت شرایط پذیرش این اسناد چیست؟

قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی مستقیماً به این مسئله پرداخته و تکالیف مشابهی را مقرر داشته‌اند. اصولاً ذخیره سند الکترونیکی الزامات قانونی مربوط به نگهداری اسناد را تأمین خواهد کرد، مشروط بر آنکه نسخه ذخیره شده سند الکترونیکی:

الف) دقیقاً اطلاعات مندرج در سند مذکور را در بر داشته باشد؛[۹۹]

ب) برای مراجعه بعدی در دسترس باشد.[۱۰۰]

در خصوص قواعد اثبات، قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی مقرر می‌دارند که هرگاه مقررات مربوط به ادله اثبات و یا هر مقرره قانونی دیگری تکلیفی مبنی بر تهیه و یا نگهداری اصل یک سند مرتبط با تعامل را پیش‌بینی کرده باشد، این تکلیف با تأمین الزامات مربوط به دقیق و در دسترس بودن که در بالا آمده محقق خواهد شد.[۱۰۱] در این مقررات همچنین پذیرفته شده که اسناد را می‌توان صرفاً به‌صورت الکترونیکی نگهداری نمود. به‌علاوه، مقررات مذکور انعطاف‌پذیری زیادی برای طرفین در رابطه با نحوه ذخیره اسناد، زمان و مکان انتقال اسناد به رسانه‌های جدید و تأمین مقررات اثباتی حاکم دربردارند.

---

97. Hashfunction.

98. Record Retention.

۹۹. قانون امضاهای الکترونیکی و قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی تصریح می‌کنند که این شرط شامل اطلاعاتی نخواهد بود که تنها هدف آنها ممکن ساختن ارسال، مبادله و یا دریافت قرارداد یا سند دیگر است. ماده (۲)(D)۷۰۰۱ و قانون امضاهای الکترونیکی؛ ماده (B)۱۲ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی.

۱۰۰. ماده (A) ۱۲ قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی و ماده (D) ۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی. قانون اخیرالذکر مقرر می‌دارد که سند الکترونیکی ذخیره شده باید برای تمامی اشخاصی که به‌موجب قانون، آیین‌نامه و یا قاعده‌ای حقوقی حق دسترسی به آن را دارند، طی مدت مقرر در قانون، آیین‌نامه و یا قاعده حقوقی مذکور و به شکلی که قابلیت تکثیر دقیق برای مراجعه بعدی، از طریق انتقال، چاپ کردن و غیر آن را دارد، قابل‌دسترسی باشد.

۱۰۱. ماده (۳)(D)۷۰۰۱ قانون امضاهای الکترونیکی و ماده (D)(۱۲) قانون یکنواخت تعاملات الکترونیکی.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۳۱۸ـ۲۸۵، تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۱۰/۲۰، تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۱۱/۱۳

مقابله با تروریسم هسته‌ای: یک پاسخ معاهداتی

کریستوفر سی. جوینر *
ترجمه: محمدرضا مهماندار **

چکیده

تروریسم هسته‌ای تهدیدی جدی برای امنیت ملی به‌شمار می‌آید، حقیقتی که به‌طور محسوس در ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ با حملات القاعده به مرکز تجارت جهانی و پنتاگون اثبات گردید. این حملات آسیب‌پذیری جوامع غربی را در برابر تهدیدات خارجی تروریستی آشکار ساخت و این احتمال واقعی را که ممکن است گروههای تروریستی از سلاحهای هسته‌ای علیه شهرهای ایالات متحده یا اروپا استفاده کنند، مورد تأکید قرار داد.

این مقاله، ماهیت این تهدید و راهکارهای ممکن مقابله با آن را از طریق یک سند جدید چندجانبه یعنی کنوانسیون بین‌المللی راجع‌به سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای ۲۰۰۵ تجزیه و تحلیل می‌نماید. این کنوانسیون بستری قانونی برای همکاری بین‌المللی جهت جلوگیری از دستیابی تروریستها به سلاحهای هسته‌ای فراهم می‌سازد. این معاهده، به تملک، استفاده یا تهدید به استفاده از تجهیزات رادیواکتیو توسط عوامل غیردولتی، همدستان و سازماندهندگان آنها درصورتی‌که درصدد ایجاد صدمات جانی، آسیب جدی بدنی یا خسارات زیست محیطی یا خسارات مالی باشند، جنبه کیفری می‌دهد. این

---

*. استاد حقوق بین‌الملل، بخش دولتی و مدرسه خدمات خارجی ادموند ای . ولش، دانشگاه جورج تاون، مدیر مؤسسه سیاست و حقوق بین‌الملل، دانشگاه جورج تاون، دکترای دانشگاه ویرجینیا (امور خارجی سال ۱۹۷۷)، فوق لیسانس دانشگاه دولتی فلوریدا (دولتی سال ۱۹۷۳)، فوق لیسانس دانشگاه دولتی فلوریدا (روابط بین‌الملل سال ۱۹۷۲) لیسانس دانشگاه دولتی فلوریدا (تاریخ روابط بین‌الملل، ۱۹۷۰) مؤلف از نظرات مفید و پیشنهادات سردبیر و داوران گمنام EJIL راجع‌به نسخه اولیه این مقاله سپاسگزار است.
نشانی پست الکترونیکی: joynerc @ Georgetown . edu
**. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم انتظامی ناجا.

معاهده همچنین تبادل اطلاعات افزون‌تر و همکاری بین دولتها در پیگرد مظنونین به اقدامات تروریستی را تشویق می‌نماید. اما تأثیر این سند به میزان ارزش نهادن، رعایت و اجرای مقررات آن از سوی کشورهای عضو بستگی دارد. از این منظر، ارتقاء امنیت مواد شکافت‌پذیر ذخیره شده در تأسیسات هسته‌ای اهمیت بسیاری دارد. اگر دولتها وظایفشان به موجب این کنوانسیون را انجام دهند، این کنوانسیون کارکرد مناسبی داشته و اهدافش تحقق می‌یابند و هر اندازه که دولتها در اجرای تعهداتشان کوتاهی کنند، حمایتهای خاص در برابر تروریسم هسته‌ای در این کنوانسیون کم رنگ خواهد شد و خطر تروریسم هسته‌ای افزایش خواهد یافت.

تروریسم هسته‌ای تهدیدی جدی برای امنیت ملی محسوب می‌شود. با وجود اینکه از قبل در خصوص این تهدید در اوایل دهه ۱۹۹۰ آگاهی وجود داشت، اما اهمیت اساسی آن به‌طور محسوس در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ و زمانی‌که اعضای سازمان تروریستی القاعده چهار هواپیما را به سرقت برده و با سه فروند از آنها به مرکز تجارت جهانی و پنتاگون حمله کردند، به اثبات رسید.[۱]

این حملات آسیب‌پذیری کشورهای غربی در برابر تهدیدات تروریستی خارجی را آشکار ساخت. حملات ۱۱ سپتامبر همچنین امکان اینکه گروههای تروریستی بتوانند از سلاحهای کشتار جمعی علیه شهرهای غربی استفاده کنند را مورد تأکید قرار می‌دهد. به همین ترتیب این تهدید آشکار ساخت که القاعده می‌تواند با هواپیما ربایی به نیروگاههای هسته‌ای حمله کرده و حتی تبعات ویرانگر بیشتری را دامن زند. بدتر از آن اینکه مشهور است که القاعده به‌دنبال به‌دست آوردن مواد هسته‌ای شکافت‌پذیر خواه پلوتونیوم خواه اورانیوم غنی شده و دانش علمی مورد نیاز برای ساخت سلاح هسته‌ای است تا احتمالاً آن را در یک شهر غربی منفجر کند.[۲]

امکان فعالیتهای تروریستی آتی با استفاده از تجهیزات هسته‌ای نگرانی است که همه

---

۱. در ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ هواپیماهای ربوده شده از سوی ۱۹ عضو القاعده به برج های دوقلوی مرکز تجارت جهانی در شهر نیویورک و ساختمان پنتاگون در ویرجینیا برخورد کرد. تقریباً ۳۰۰۰ نفر کشته شدند. هواپیمای ربوده شده چهارم در حومه پنسیلوانیا سقوط کرد. در این خصوص رک.

See US Attacked : Hijacked jets Destroy Twin Towers and Hit Pentagon in Day of Terror'. New York Times, 12 sept, 2001, at 1: "Terrorists Hijack 4 Airliners, Destroy Word Trade Center, Hit Pentagon; Hundreds Dead; Washington Post, 12 sept.2001, at 1.for an authoritative analysis of these events see T.H.Kean and L, Hamilton. The 9/11 Report: The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (2004).

2. Rediff com.Al Qaeda bought nuclear weapons; 22 Mar. 2004. http.//www.rediff.com/news / 2004/ mar/22 mir. Htm (accessed 18 Mar . 2006); "Warning over al Qaeda nuclear Weapons fear, Daily Mail. 24 May 2005, *available at:* http.//www.daily mail.co.uk /pages/live/articles/news/html?in – article- id= 349848 & in -page- id = 1770 (accessed 15 Mar.2006). for an inventory of Al Qaeda's efforts to secure nucler weapons see Center for Nonproliferation Studies. Al-Qaeda's Nuclear Ambitions" (June 2005) *available at;* http.//www.epsusa.org /publications/newsletter/june 2005/algaede.html (accessed 18 Mar . 2006).

دولتها باید در نظر بگیرند.[۳] مشکلی که دولتها با آن مواجه هستند این است که برای جلوگیری از چنین حملات هسته‌ای فاجعه‌آمیز از سوی گروههای تروریستی چه می‌توان کرد. این تحقیق یکی از راهکارهای حل این مشکل را مورد توجه قرار می‌دهد، یعنی ضرورت تسهیم بهتر اطلاعات، استفاده از روشهای حقوقی بین‌المللی نزدیکتر در خصوص برخورد با گروههای تروریستی و ذخیره و انتقال فن‌آوری‌های هسته‌ای از طریق مجاری حقوقی بین‌المللی.

در ۱۵ آوریل سال ۲۰۰۵ ، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تروریسم هسته‌ای (از این پس کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای)[۴] را اتخاذ و برای امضا مفتوح گذاشت. هدف از این کنوانسیون بهبود چارچوب حقوقی موجود برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی برای همکاری بین‌المللی در تحقیق، پیگرد قانونی و استرداد آنهایی است که با استفاده از مواد رادیواکتیو یا تجهیزات هسته‌ای عملیات تروریستی انجام می دهند.[۵]

اما این ابزار تا چه اندازه واقعاً در مقابله با اقدامات تروریسم هسته‌ای بین‌المللی مؤثر است؟ این مقاله در سه موضوع این مسئله را بررسی می‌کند. بخش اول، نخست اهداف خاص کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای را با توجه به واقعیت تهدید تروریسم هسته‌ای و همچنین اصول مورد نظر در آن مورد بررسی قرار می‌دهد. دوم ارزیابی روشها و ابزارهای پیشنهادی کنوانسیون برای جلوگیری از تروریسم هسته‌ای و برخورد با عاملین احتمالی جرم بخش دوم

---

3. See generally Rostow, Before and After : The Changed U.N. Response to Terrorism Since September 11 th; 35 Cornell Int'ILJ (2002)675.

4. International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism. UN Doc A/RES/59/290(15 Apr.2005). AT Annex (hereninafter Convention on Nuclear Terrorism. *CNT) Available at:* http:// www.un int/usa/a-59-766.pdf (accessed 18 Mar . 2006). For initial reactions to the convention . see ' Statement by Ambassador stuart Holliday . Alternate United states Representative to the UN for special political Affairs, on the Adoption of the International Convention for the suppression of Acts of Nuclear Terrorism in the General Assembly , April 13 , 2005; United states mission to the united Nations press release # 68 (05). 13 Apr.2005. *Available at:* http:// WWW.usunnewyork . usmission . gov /05-068.htm (accessed 18 Mar . 2006): "New convention Against Nuclear Terrorism Bolsters Global framework ", International Atomic Energi agency staff report, 14 Apr . 2005,available at:http;//www.iaea. org/Newcenter/News/2005 conv – nucltrror.html (ACCESSED 20 Mar.2006) and statement by Alexander yakovnko . the spokesman of Russia's ministry of foreign Affairs. Concerning the Adoption by UN General Assembly of an International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism ; Russian Ministry of foreign affairs press statement , *available at:* http: // WWW. russianebassy . org . za/ statements / text/apr05 / dyakovenko – terrorism 140405.html(accessed 15 Mar . 2006).

5. Aita. Press Release, State Department Documents, "UN. General Assembly Adopts Nuclear Terrorism Treaty" (13 Apr. 2005) *available at:* http./ /www.globalsecurity.org/ security /library/news/2005/04/sec – 050413-usia 02 . html (accessed 29 Dec . 2006).

پیشینه کنوانسیون را شرح می‌دهد در حالی‌که رژیم حقوقی‌ای که ایجاد می‌کند موضوع بخش سوم است. این بخش استراتژیها و رویه‌های کنوانسیون برای تعریف جرائم و بهبود اقدامات چند جانبه جهت سرکوب تهدیدات دربرگیرنده تروریسم هسته‌ای را مطرح می‌سازد. موضوع سوم که در بخش چهار ارائه می‌شود به تحلیل چشم اندازهای واقعی کنوانسیون در راستای همکاری موفق اقدامات بین الدّولی در جهت ممانعت، جلوگیری و مجازات متهمان به تروریسم هسته‌ای می‌پردازد. مطلب مهمی که در اینجا وجود دارد این است که موفقیت یا شکست نهایی این کتوانسیون به میزان تمایل طرفهای متعاهد و توان آنها در عملی کردن مفاد آن بستگی خواهد داشت.

۱ـ خطرات تروریسم هسته‌ای

خطراتی که بواسطه تروریسم هسته‌ای مطرح گردیده بشرح ذیل می‌باشند:

۱ـ نیاز برای حفاظت کامل از راکتورهای هسته‌ای.

۲ـ امکان اینکه تروریستها بتوانند سلاحهای هسته‌ای بسازند یا به آنها دست پیدا کنند.

۳ـ امکان ساخت بمبهای کثیف از سوی عوامل تروریست.

الف ـ حفاظت از راکتورهای هسته‌ای

اکثر راکتورهای هسته‌ای در برابر حمله از سوی گروههای تروریست آسیب‌پذیر هستند، زیرا آنها فقط بوسیله موانع فیزیکی و نیروهای امنیتی محلی حفاظت می‌شوند. ترس از این است که یک حمله تروریستی علیه نیروگاه هسته‌ای، می‌تواند سیستم‌های ایمنی دیگری را نیز منهدم نموده و منجربه صدمه جدی و انتشار فاجعه‌آمیز مواد رادیواکتیو گردد. افشاگری‌های اخیر مبنی بر این که القاعده نیروگاههای هسته‌ای را به‌عنوان اهداف اصلی برای خرابکاری در نظر گرفته، نگرانی فزاینده‌ای میان کارشناسان ایجاد کرده چرا که اساساً راکتورهای هسته‌ای در سراسر جهان به‌ویژه در ایالات متحده از حفاظت کافی برخوردار نیستند.[۶]

ب ـ ساخت سلاحهای هسته‌ای

نگرانی دیگر مربوط به امنیت تأسیسات هسته‌ای از این جهت است که یک گروه تروریستی بتواند یک وسیله هسته‌ای بسازد. یک اجماع رو به رشد چنین سناریویی را ممکن

---

6. Start, NRCwarns of attacks on nuclear plants, CNN.31Jan.2002. available at: http; //archives. Cnn.com/2002/US/01/31/ret.terror.threats/ (accessed 19 MAR.2006); Grunwald and Behr. 'Are Nation's Nuclear power plants secure; Washington post, 4 Nov.2001.

می‌داند در صورتی‌که مهارت علمی و مواد شکافت‌پذیر مورد نیاز در اختیار باشد، یک گروه تروریستی می‌تواند یک بمب هسته‌ای عملیاتی با توان یک کیلو تن بسازد. تلاشهای القاعده برای دستیابی به مواد هسته‌ای و اطلاعات طراحی سلاح هسته‌ای احتمال این خطر را تشدید می‌کند.[۷] نکته اصلی در مورد تحقق این سناریو توان یک گروه تروریستی در به‌دست آوردن مواد شکافت‌پذیر خواه پولوتونیوم خواه اورانیوم غنی شده برای ساخت بمب هسته‌ای می‌باشد. این مواد ممکن است از منابع خارجی در بازار سیاه خریداری یا از نیروگاههای هسته‌ای سرقت شوند.[۸]

آژانس بین‌المللی انرژی اتمی (IAEA) استانداردهای حفاظتی را تعیین و بازرسی‌هایی را با هدف شناسایی فقدان قابل توجه مواد شکافت‌پذیر یا اینکه آیا حفاظت کافی در محل، جهت تضمین عدم سرقت مواد در حین حمل و نقل یا ذخیره‌سازی اعمال می‌شود یا خیر انجام می‌دهد.[۹] با وجود این مشکلی که وجود دارد آن است که استانداردهای آژانس هم اکنون فقط در زمینه حمل و نقل بین‌المللی مواد شکافت‌پذیر اعمال می‌شود و نه در خصوص امنیت اماکنی که این مواد در آنجا فرآوری، استفاده و ذخیره می‌شوند. این امر این نگرانی جدی مطرح می‌کند که

---

7. Albright , Al –Qaeda's Quixotic Quest to Nuclear . Asia Times , 22 Nov.2002, *available at :* http:/ / www.atimes. com/atimes/middle-East/DK22AKO1. html Albright, Al Qaeda's Nuclear Program: Through the Window of seized Documents', Special Forum 47 (The Nautilius Institute).2 Nov.2002. *available at:* http./ /www.nautilus.org/archives/for a/special-policy-Forum/47-Albright.html (accessed 9 May 2006).

مدرک مهمی حاکی از آن است که گروههای تروریستی دشمن با منافع امریکا به‌دنبال جستجو برای یافتن سلاحهای هسته‌ای سرقتی یا مواد هسته‌ای قابل کاربرد در سلاحهای هسته‌ای یا تلاش برای استخدام کارشناسان سلاحهای هسته‌ای بوده‌اند.

See bunn , the threat: the demand for black market fissile material (nuclear treat Initiative last updated 16 june 2005) *available at*: http.//www.nti . org/e-research/cnwm /threat/demand.asp (accessed 19 May 2006).

همچنین مدرکی موجود است دال بر اینکه اکثر گروههای تروریستی تمایل به نابودی جامعه غربی با سلاحهای کشتار جمعی ندارند.

See sand , "The Nuclear Terrorism: Who. Why . and How Capable", in C.D. Ferguson and W.C. Potter (eds), The Four Faces of Nuclear Terrorism (2004) G .Allison , Nuclear Terrorism, The ultimate preventable catastrophe (2004), at 19 – 42; and j.Stern. The ultimate Terrorists (1999).

8. See generally bunn, supra note 7: T estimony of laura S.H.Holegate , vice president for Russia /New Independent states program . Nuclear Threats Initiative,' Building a nuclear Bomb: Identifying Early Indicators of Terrorist Activities " before the House Committee on Homeland Security Subcommittee on prevention of Nuclear and Biological Attack, 26 May2005. See francis, " Experts Warn Loose Russian Nuclear Materials Could Lead to WMD in Terrorist Hands". NTI Global Security, 27 May 2005, available at www.nti . org-newwire/issues/2005-5-27.html #3A7EDFED (accessed 5 Mar. 2007).

9. See IAEA, "Nuclear Security Plan for 2006 – 2009", IAEA Doc GC (49)/17 and IAEA. Resolutions and Other Decisions of the General Conference, forty–Ninth Regular Session, 26-30 September 2005, (GC(49)RES/DEC(2005)).

آیا مواد شکافت‌پذیر ذخیره شده در نیروگاههای هسته‌ای در حقیقت امن هستند یا جابجا، مفقـود یا مورد سرقت قرار گرفته‌اند.

ج ـ ساخت بمب کثیف

تهدید سوم از ناحیه تروریست‌های هسته‌ای این است که ممکن اسـت آنهـا یـک بمـب کثیف منفجر کنند. یک بمب کثیف یک دسیسه انفجاری حاوی ایزوتوپهای رادیواکتیو بـه شـکل پودر یا ساچمه‌های ظریف است که پس از انفجار مواد هسته‌ای را پخش و منطقه وسیعی را آلوده می سازد.[۱۰]

خسارت اصلی ناشی از بمب هسته‌ای کثیف مربوط به خود انفجـار اسـت، در حـالی کـه آلودگی ناشی از مواد رادیواکتیو آن برای مردم و محیط زیست احتمالاً محدود خواهد بـود. هـدف اصلی یک بمب کثیف، القاء ترس و آلوده کردن مردم و اموال آنها با مواد رادیواکتیو می‌باشد.[۱۱]

تهدیدات تروریسم هسته‌ای امروز امری واقعی است. اکنون دغدغه اصلی این است کـه: دولتها برای جلوگیری از وقوع چنین فجایع هسته‌ای چه می‌توانند بکنند ؟ راهکار اساسـی بـرای پاسخ به این سؤال نیاز به همکاری و تشریک مساعی چند جانبه واقعی بـرای تـسهیم اطلاعـات جاسوسی با یکدیگر و هماهنگ‌سازی سیاسـتهای ملـی انفـرادی در اقـدامات بـین‌المللـی واحـد می‌باشد. تسهیل چنین همکاریی از طریق مجاری حقوقی بـین‌المللـی، بـه‌ویـژه صـدور بیانیـه و پیروی متقابل از تعهدات حقوقی لازم‌الاجرا میسر می‌باشد. در این راستا، دولتهـایی کـه احـساس نگرانی می‌کردند هفت سال تحت نظر سازمان ملل برای تنظیم یک توافقنامه چنـد بُعـدی ویـژه تحت عنوان کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تروریسم هسته‌ای مذاکره نمودند.[۱۲] این توافقنامه تـا به امروز مهمترین ابزار قانونی بین‌المللی برای مواجهه با تروریسم هسته‌ای از نظر بازدارنـدگی از چنین اعمالی، تعریف جرائم ذی‌ربط و نحوه محاکمه متهمین محسوب می‌شود.

---

10. Nuclear Regulatory Commission, 'Fact Sheet on Dirty Nuclear Bombs', *available at:* http://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/fact-sheets/dirty-bombshtml revised Feb. 2004) (accessed 20 Mar. 2006): World Health Organization, 'Nuclear terrorism and dirty bombs' and WHO/RAD Information Sheet. 'Radiation Dispersion Devise (Dirty Bomb", Feb. 2003. both *available at:* http://www.who.int/ ionizing-radiation/a e/terrorism/en/; and Karon, 'The "Dirty Bomb" Scenario', Time.com, 10 June 2002, *available at:* http: //www. time.com/time/ nation/article/0,8599, 182637. OQ.html (accessed 18 Mar. 2006).

11. See Ensor, 'A1 Qaeda Interested in Dirty Bomb. U.S. says'. ('NN.com, 6 Dec.2001, *available at:* http://archives.cnacom/2001/IIS/12/(14/rot.nuclear.report/: 'Analysis: Bin Laden's nuclear threat', BBC News, 26 Oct.2001, *availableat:* http://news.bbcco.uk/1/hi/world/suuth_asia/1621819.stm (accessed 18 Mar. 2006).

12. Convention on Nuclear Terrorism , *supra* note 4.

۲ـ پیشینهٔ کنوانسیون

تلاش بین‌المللی در جهت جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای تنها به یک دهه قبل باز می‌گردد. در ۱۵ دسامبر ۱۹۹۷، مجمع عمومی پیشنهاد نمود کمیته ویژه‌ای راجع‌به تروریسم توسط آن مجمع به‌موجب قطعنامه ۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶، تأسیس شود تا پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای را تهیه نماید.[۱۳]

بدین منظور، در سپتامبر ۱۹۹۸ کمیته ششم مجمع عمومی چنین کار گروهی را ایجاد و فیلیپ کرچ از کانادا را به‌عنوان رئیس آن تعیین کرد.[۱۴] این کمیته ویژه دومین جلسه خود را از ۱۷ لغایت ۲۷ فوریه ۱۹۹۸ برای مطالعه و بررسی پیش‌نویس کنوانسیون تروریسم هسته‌ای تشکیل داد که چندی پیش از آن از طریق دولت روسیه ارائه گردیده بود.[۱۵]

در پنجمین اجلاس این کمیته ویژه در سال ۱۹۹۸، هیأت روسیه رسماً متن پیش‌نویس خود از کنوانسیون تروریسم هسته‌ای را ارائه کرد.[۱۶] محرک اقدام روسیه احساس نیاز جدی این دولت برای مواجهه با تهدیدات بالقوه تروریسم هسته‌ای شامل به‌کارگیری بمب‌های هسته‌ای و نیاز به اتخاذ اقدامات متقابل مؤثر بین‌المللی علیه این تهدیدات بود.[۱۷] روسیه بر این باور بود که اسناد چندجانبه فعلی برای پاسخگویی به تهدیدات مستتر در اقدامات تروریسی هسته‌ای کافی

---

13 . Measures to eliminate international terrorism'. GA Res 52/165, UN Doc A/RES/ 52/653 (15 Dec. 1997). *See also* GA Res 49/60, UN Doc A/RES/49/60 (9 Dec. 1994), by which the General Assembly adopted the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism; GA Res 5 1/210. P 9, UN Doc A/ RES/51/210 (17 Dec. 1996 and GA Res 56/88. P 16. UN Doc A/RES/56/88 (24 Jan. 2002).

14. Measures to Eliminate International Terrorism: Report of the working Group', un GA DOC A/C.6/53/L.4 53 rd sess. (22 oct . 1998) . at2.

15. UN Doc A/AC.252/L.3 (17 Dec. 1996).

16 . See draft text of the convention on the suppression of acts of' nuclear terrorism submitted by the Russian Federation, UN Doc A/AC.252/L.3 and Corr.l and Corr.2, in 'Report of the Ad Hoc committee established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996', UN GAOR 53 rd sess.(Suppl NO 37) (A/53/37) (23 July 1998). Annex I (hereinafter Russian draft text).

۱۷. به گزارش منابع غیردولتی، انگیزه اقدام روسیه از ارائه این پیش‌نویس گزارشهایی در مورد ۱۰۰ دستگاه سلاح هسته‌ای تولید شده در طول سالهای جنگ سرد بود که وضعیتشان مشخص نبود و احتمال می رفت از سوی گروههای تروریستی آسیب‌پذیر باشد و مورد سرقت قرار گیرد: مراجعه شود به M.Bunn و A.Weir «محافظت از بمب»: یک برنامه عمل (۲۰۰۴) با شورای تحقیق ملی (کمیه طرح برنامه‌های جلوگیری از خروج پلوتونیوم و اورانیوم غنی شده از تأسیسات روسی، اداره اروپای مرکزی و اوراسیا)، تقویت بلند مدت امنیت هسته‌ای :محافظت از سلاحهای قابل استفاده در روسیه، توسعه، امنیت و همکاری (۲۰۰۵) ؛ شورای تحقیق ملی (کمیته امنیت بین‌المللی و کنترل سلاح)، نظارت بر سلاحهای هسته‌ای و مواد هسته‌ای منفجره: ارزیابی راهها و قابلیتها (۲۰۰۵) . تهدید اکنون متوجه استفاده احتمالی از بمب‌های اتمی کیف دستی، می‌باشد که وزنی به معادل ۶۵۱ پوند دارد و می‌تواند انفجاری بین ۰٫۵ تا ۲ هزار تنی بوجود بیاورد: مراجعه کنید به N.SOKOV. «کیف دستی هسته‌ای»: همیشه چمدان گم شده ، مقاله ای برای مرکز عدم تکثیر مطالعات، مؤسسه بین‌المللی مطالعات مونتری ، ۱۳ فوریه ۲۰۰۴ ، ذکر شده در یادداشت هفتم همان قرارداد صفحه ۴۹.

نیستند. آنها استدلال می‌کردند که کنوانسیون جدید خلأ قانونی بجا مانده از سایر معاهدات، به‌ویژه کنوانسیون ۱۹۸۰ در خصوص حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای را پر خواهد کرد.[۱۸] کنوانسیون حفاظت فیزیکی فقط مربوط به مواد هسته‌ای است که برای اهداف صلح‌آمیز به‌کار می‌روند و به مواد یا تأسیسات هسته‌ای به‌کار رفته برای اهداف نظامی تعمیم نمی‌یابد.

متن پیش‌نویس ارائه شده از سوی روسها پوشش وسیع‌تر اهداف احتمالی و انواع تروریسم هسته‌ای بود. از آنجایی که کنوانسیون حفاظت فیزیکی میان تروریسم هسته‌ای و دیگر اقدامات مجرمانه که در آن از مواد هسته‌ای استفاده می‌شود تفکیکی قائل نمی‌شود، این سند جدید این امکان را فراهم می‌سازد که تروریسم هسته‌ای به‌طور شفاف‌تر تعریف شده و به‌عنوان یک اقدام تروریستی متمایز شود. پیش‌نویس پیشنهادی روسیه همچنین شامل مقرراتی در خصوص اقدامات متقابل برای مبارزه با تروریسم بود، از جمله رویه‌هایی که می‌بایست پس از یک بحران اتخاذ کرد نظیر مسترد کردن هر نوع مواد رادیو اکتیو و تجهیزات به‌کار رفته در یک جرم به مالکان واقعی آن.

مطلب مهمی که در طول این بحث ها مشخص گردید این بود که متن پیش‌نویس پیشنهادی روسیه، مقررات حقوق کیفری در دیگر کنوانسیونهای ضد تروریستی را منعکس می‌کرد که به میزان قابل توجهی با دربرگرفتن مقررات ذی‌ربط دیگر از کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با بمب‌گذاری‌های تروریستی (CTB) تعریف می‌شود.[۱۹] اجرای استراتژی اخیر، در حقیقت عملی بودن این رویکرد را نشان داد همانطورکه متن کنوانسیون در پنج سال بعد تحول و تکامل یافت.

این کمیته کارش را به‌عنوان یک کارگروه کلی در دو مرحله اجرا کرد. در مرحله اول کار گروه بر تعاریف و جرائم تحت پوشش کنوانسیون پیشنهادی با رویکرد شفاف سازی نیاز به چنین سندی به موازات اهداف و حوزه واقعی آن تمرکز کرد. بدین منظور، کار گروه مزبور ماده ۱ متن پیش‌نویس روسیه را که حاوی تعاریف اصطلاحات منتخب به‌کار رفته در متن بود مورد بازنگری قرار داد. در مرحله دوم، کار گروه به بازنگری و ارزیابی مقررات ماهوی متن روسیه که متفاوت از مواد کنوانسیونهای ضدتروریسم سازمان ملل بود پرداخت.[۲۰] در این فرآیند ۳۹ پیشنهاد و

---

18. Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, 3 Mar. 1980, TIAS No 11080. 1456UNTS 101 (here in after Convention on Nuclear Materials).

19. International convention for the Suppression of Terrorist Bombing .15 Dec . 1997.S.Treaty Doc No. 106-6.37ILM 249 (hereinafter Convention on Terrorist Bombings).

20. Especially, the Convention on plastic Explosives for the Purpose of Detection. 1 Mar. 1991. US Treaty Doe No. 103-8. 2122 UNTS 359 (hereinafter Convention on Plastic Explosives) and the Convention on Terrorist Bombings, supra note 21.

در مذاکرات مربوط به پیش‌نویس عمدتاً بر برخی از مواد آن از جمله ماده ۲ (ماهیت جرم) ماده ۴ (راجع به قانونی بودن و

اصلاحیه مکتوب برای بازنویسی متن پیش‌نویس به‌وسیله هیأت‌های حداقل ۱۹ کشور ارائه گردید.[۲۱] در ادامه، کار گروه از ۲۸ سپتامبر لغایت ۱۹ اکتبر ۱۹۹۸ برای بررسی دو سند تشکیل داد. یکی پیش‌نویس متن تسلیمی از سوی دولت فدراتیو روسیه و دیگری متنی که توسط «دوستان رئیس» آماده شده بود.[۲۲] از این مباحث که مشتمل بر ۳۸ پیشنهاد مکتوب دیگر بود و اصطلاحاتی را به کار گروه پیشنهاد می‌کرد، دوستان رئیس متن مبنای بحثی را تهیه کردند که به‌وسیله کارگروه مورد بررسی قرار گرفت.[۲۳] براساس نظرات هیأت‌ها راجع‌به این متن در پیشنهادات مربوط به موادی که در این پیش‌نویس نبود،[۲۴] نهایتاً یک پیش‌نویس اصلاح شده به‌عنوان متن کنوانسیون آماده شد، این متن تجدید نظر شده شامل پیش‌نویس نهایی کنوانسیون به غیر از پیش‌نویس ماده ۴ بود. این ماده تکمیل کنوانسیون را بمدت چهار سال به تعویق انداخت.

مشکل اصلی در این ماده عبارتی است که تلاش کرده قانونی بودن یا غیرقانونی بودن استفاده از سلاحهای هسته‌ای توسط کشورها را تعیین نماید. در اواخر سال ۲۰۰۱ پیشنهادی از سوی مکزیک برای اصلاح این ماده ارائه گردید مبنی بر اینکه کنوانسیون به موضوع قانونی بودن استفاده یا تهدید به استفاده از سلاحهای هسته‌ای توسط کشورها نمی‌پردازد و نباید این‌گونه تفسیر شود.[۲۵] هنگامی این بحث حل و فصل شد، پیش‌نویس این موافقتنامه تکمیل گردید.[۲۶]

مشروعیت توسل دولتها به سلاحهای هسته‌ای) ماده ۵ (جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای درحقوق داخلی) ماده ۶ (حذف عوامل مخففه) ماده ۸ (حفاظت از مواد رادیو اکتیو تحت استانداردهای آژانس بین‌المللی انرژی اتمی) ماده ۱۰ (ایجاد شرایط تحقیق راجع به جرم ادعایی) ماده ۱۱ (الزام‌آور ساختن تعهد به استرداد یا محاکمه) ماده ۱۲ (تضمین رفتار منصفانه و رعایت حقوق بشری متهم) ماده ۱۳ (تعیین شرایط استرداد) ماده ۱۴ (متعهد کردن طرفین متعاهد به کمک و همکاری).

21. See Annex II , Writing amendments and proposal submitted by delegations , in Report of the Ad hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210of17December 1996, GAOR 53rd sess. Suppl No 37,UN Doc A/53/37 (23July 1998), at 14-34, *available at :*www. Un.org /documents / ga/ docs/53/plenary / a 53-37. htm (accessed 5 Mar. 2007).

22. The 'Friends' referred to a special group comprised of members of the Bureau of the Ad Hoc Committee that had been established by GA res. 51/210 of 17 Dec. 1996: see UN Doc A/C.6/53/WG.1/CRP.1.

23. UN Doc A/C.6/53/WG.1/CRP .1 /REV. 1. noted in "Measures to Eliminate International Terrorism: Report of the Working Group", UN Doc A/C.6/53/L.4, 53rd sess. at 2(22 Oct. 1998).

24. Namely, Art. 2 para.4of Art. 4. Art. 10, and the preamble . See 'Measures to Eliminate International Terrorism: Report of the Working Group, UN Doc Doc A/C.6/53/L4.53rd sess. At 2 (22 Oct.1998). *Available at*: http://daccess- ods .un.org/access. nsf/get ? open Agent & DS= A/c.6/53/L.48 lang=E (accessed 5 Mar. 2007).

25. Convention on Nuclear Terrorism, *supra* note 4, at Art. 4(4) .

26. See Proposal submitted by Mexico, UN Doc A/C.6/56/WG.1/CRP.9 -N, Art. 4(4), in UN Doc

کنوانسیون حاضر مبین اقدامی مهم و مطلوب در جهت تحقق چار چوب قانونی مقابله با تروریسم هسته‌ای و تضمین امنیت هسته‌ای است. با این حال حتی اگر این‌گونه باشد ممکن است کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای به اندازه‌ای که انتظار می‌رود موفق نشود. برخی پیشنهادات برای تسهیل در پذیرش کنوانسیون از طریق اجماع از حوزه معاهده مقابله با تروریسم هسته‌ای مستثنی گردید. برای مثال، در جلسات مذاکره بحث قابل توجهی در مورد معافیت فعالیتها و کارکنان نظامی از پیگرد قانونی در خصوص جرائم مشابه با مواردی که در کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای آمده‌اند صورت گرفت.[۲۷] با وجود این، در پایان معافیتهایی باقی ماند. دیگر هیأتها پیشنهاداتی را در خصوص اضافه نمودن مقررات خاصی جهت دفاع در برابر اقدامات تروریستی با استفاده از مواد و سلاحهای هسته‌ای توسط بازیگران دولتی مطرح کردند.[۲۸] با وجود این، متن نهایی کنوانسیون، به قانونی بودن استفاده یک کشور از سلاحهای هسته‌ای نمی‌پردازد. همچنین نکته قابل توجه این که پس از تکمیل متن پیش‌نویس در سال ۲۰۰۱، چهار سال طول کشید تا هیأتهای دولتها در خصوص تعریف تروریسم به اجماع دست یابند.[۲۹] ارائه یک تعریف قابل قبول جهانی از تروریسم طی چهار دهه گذشته مانع جدی در ایجاد رژیم واحد جهانی ضد تروریسم بوده است، زیرا از نظر برخی دولتها، یک شخص تروریست است و ازنظر برخی دولتها همان شخص مبارز آزادیخواه محسوب می‌شود لذا[۳۰] هیچ تعریفی از تروریسم در نسخه نهایی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای وجود ندارد.

۳ـ رژیم حقوقی مقابله با تروریسم هسته‌ای

حقوق معاهدات به‌عنوان منبع اصلی حقوق بین‌الملل معاصر عمل می‌کند. معاهدات و کنوانسیونها چارچوب حقوقی اصلی روابط بین‌المللی مدرن را که از مجرای آن انجام می‌شوند فراهم می‌سازد. در واقع شبکه پیچیده‌ای از قواعد چندجانبه مبتنی بر معاهده، روابط جاری

A/C.6/56/C.9 (29 Oct 2001).

27. See the discussion in 'Measures to Eliminate International Terrorism: Report of the Working Group'. UN Doc A/C6/53/L.4 (22 Oct. 1998), at 50-52..

28. See Proposal by Mexico. UN Doc /C.6/56/WG (2002).

29. See Center for Nonproliferation Studies, 'Draft International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism' (20 Sept. 2005).

۳۰. گزارش کوفی عنان، دبیرکل سازمان ملل به سران دولتها در سپتامبر ۲۰۰۵ تعریفی از تروریسم را پیشنهاد داد که به‌موجب آن تروریسم به هر اقدامی که منجر به مرگ یا صدمه جسمی جدی به غیرنظامیان یا افراد غیرمسلح با هدف تهدید جمعیت یا وادار کردن دولت یا سازمانی بین‌المللی برای انجام یا پرهیز از انجام هر عملی باشد اطلاق می‌گردد؛

See Annan, 'In. Larger Freedom: Towards Security. Human Rights and Development for All; Report of the Secretary-General' UN Doc A/59/2005 (21 Mar. 2005), at 26.

بین‌المللی را تقویت می‌کند و در تلاش است تا راهها و ابزار ارتقاء توان دولتها در مواجهه با معضلات منطقه‌ای و جهانی را هموار سازد.

همین گفته در خصوص تهدید تروریسم هسته‌ای نیز صادق است. کنوانسیون مقابله با ترورسیم هسته‌ای که نخستین موافقتنامه بین‌المللی ضدتروریستی از زمان حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ به ایالات متحده محسوب می‌شود، برای تقویت رژیم روبه رشد مقابله با تروریسم هسته‌ای که اکنون شامل ۱۳ موافقتنامه چندجانبه تحت حمایت سازمان ملل می‌باشد،[۳۱] طراحی گردید.

بدین منظور، سه پیش فرض اساسی در کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای وجود دارد:

۱ـ تروریسم هسته‌ای می‌تواند خطرناک‌ترین عواقب را برای بشریت در پی داشته باشد بنابراین تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌گردد.

۲ـ مجموعه حقوق بین‌الملل موجود کاملاً حملات تروریستها به تأسیسات هسته‌ای یا استفاده آنها از سلاحهای هسته‌ای را دربرنمی‌گیرد.

۳ـ همکاری بین‌المللی برای طرح و اتخاذ اقدامات مؤثر و عملی برای جلوگیری از اعمال تروریسم هسته‌ای و پیگرد قانونی و مجازات مجرمین بسیار ضروری است.[۳۲] ساختار سازمانی و

---

31. In addition to the Convention on Nuclear Terrorism, other UN terrorism conventions include: International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 9 Dec. 1999, S. Treaty Doc No. 106-49, GA Res 54/109. UN CAOR. 54 th Sess., Suppl No. 49. UN Doc A/54/49 (hereinafter Convention on Financing Terrorism); Convention on Terrorist Bombings, supra note21:Convention on Plastic Explosives, supra note 22: Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, 10 Mar.1988, 27 ILM 685; Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 10 Mar1988.S. Treaty Doc No.101-1, 2 7 ILM668; Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation (supplement to the Montreal Convention), 24 Feb. 1988, S. Treaty Doc No. 100-19, 1589 UNTS 474: Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, 3 Mar.1980, TIAS No.11080, 1456 UNTS 101 (hereinafter Nuclear Materials convention) International convention Against the taking of Hostages, 17 Dec.: 1979 TIAS No.11081.1316 UNTS 205; convention on the Prevention and Punishment of crimes Against Internationally protected persons, including Diplomatic Agents, 14 Dec 1973, 28 UST 1975. 1053 UNTS 167; Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, 2 3 Sept1971. 24 UST 546565, 974 UNTS 178 (26 Jan. 1973); Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16 Dec. 1970. 22 UST 1641860 UNTS 105 (hereinafter The Hague Convention): Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft14 Sep 1963 , 20 UST 2941, 704 UNTS 219 (hereinafter the TOKYO convention).

32. Convention on Nuclear Terrorism , supra note 4 , preamble.

چارچوب کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای و همچنین محتـوای برخـی مقـررات آن تقریبـاً کلمه به کلمه از کنوانسیون مقابله بـا بمـب‌گـذاری‌هـای تروریـستی عاریـه گرفتـه شـده اسـت. تهیه‌کنندگان پیش‌نویس، هماهنگی حقوقی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای با موارد قبلی، همچنین به حـداقل رسـاندن نارضایتی از مقررات از این اقدام مربوط بـه صـلاحیت، همکـاری، تبادل اطلاعات، استرداد، استثنای جرم سیاسی، انتقال بـین‌المللـی اشـخاص مظنـون، حاکمیـت ارضی کشور، حل و فصل اختلافات و بیانیه‌هـای حـاوی بنـدهای مربـوط بـه لازم‌الاجـرا شـدن کنوانسیون بود.

الف ـ تعریف جرم

طی ۶۰ سال گذشته تهدید یا به‌کارگیری سلاحهای هسته‌ای مهمتـرین دغدغـه دولتهـا بوده است. جنگ سرد بین ایالات متحده و اتحاد جماهیر شوروی کـه بـا اسـتراتژی بازدارنـدگی هسته‌ای شکل گرفت و از اواخر دهه ۴۰ تا ۱۹۸۹ زمانی‌که اتحاد شوروی فرو پاشید و جنگ سرد پایان یافت بر روابط آمریکا و شوروی حاکم بود.[۳۳]

از آن زمان به بعد امکان به‌کارگیری تجهیزات هسته‌ای از سـوی گروههـای تروریـستی یک دغدغه محسوب می‌شد اما بیشتر یک سناریوی احتمالی بود تا یـک اقـدام واقعـی بـه‌شـمار بیاید. برخورد هواپیماهای مسافربری در یازده سپتامبر از سوی القاعده به مرکز تجارت جهـانی و پنتاگون تبدیل این وضعیت احتمالی را به یک احتمال واقعـی ممکـن سـاخت. رهبـران کـشورها چنین تحولی را بسیار جدی تلقی کردند به‌نحوی که لازم دانستند و به‌عنوان یـک جـرم کیفـری خاص در حقوق بین‌الملل تعیین شود. مقابله با تروریسم هسته‌ای برای نیل بـدین هـدف شـکل گرفت.

دستاورد اصلی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای تعریف تروریسم هسته‌ای به‌عنوان یک جرم جدید در حقوق بین‌المللی است. همان‌گونه کـه در مـاده ۲ کنوانـسیون مقـرر گردیـده،

---

۳۳. پس از دستیابی اتحاد شوروی به سلاحهای اتمی در سال ۱۹۴۹، ایالات متحده دکترین استراتژیک را از طریق مقابله به مثل سنگین اتخاذ کرد هدف این استراتژی بررسی به‌کارگیری سلاحهای هسته‌ای اتحاد شوروی بواسطه تهدید به مقابلـه بـه مثل شدید با سلاحهای هسته‌ای از طریق موشکهای بالستیک بین قاره ای بود که خسارت جبران ناپذیری به اتحـاد جمـاهیر شـوروی وارد مـی کـرد. دکتـرین اسـتراتژیک ایـالات متحـده در دهـه ۶۰ بـه یـک اسـتراتژی انهـدام متقابـل حتمـی (MAD) تغییر یافت که بدنبال متقاعد کردن طرفین بود مبنی بر اینکه هزینه‌های تبادل موشکهای بالستیک بین قاره دارای کلاهک هسته‌ای به‌طور اجتناب ناپذیر هزینه های بالایی بر کشورهای یکدیگر تحمیل می‌کرد. چنین عقیده‌ای در خـصوص MAD طرفین را از روشن کردن آتش مناقشه ای که می‌توانست منجر به حمله مستقیم هسته‌ای علیه دیگری شـود، برحـذر داشت. ادبیات موجود راجع‌به این دوره از تاریخ رقابت استراتژیک امریکا ــ اتحاد جماهیر شوروی گسترده است؛ بـرای مثـال مراجعه شود به B.Brodie، جنگ و سیاست (۱۹۷۳) ; N.Brown ، جنگ هـسته‌ای: بـن‌بـست اسـتراتژی تهدیـد (۱۹۶۵) ؛ H.KAHN. جنگ گرمای هسته‌ای (۱۹۶۰) ; T.C.Schelling ، استراتژی مناقشه (۱۹۶۰) ؛ A.Wohlstetter ، توازن ظریف وحشت (۱۹۵۸).

شخصی که به‌طور غیرقانونی و عمدی مواد یا تجهیزات رادیواکتیو به‌دست بیاورد و عمداً قصد مرگ یا آسیب بدنی یا خسارت کلی به اموال یا محیط زیست را داشته باشد، مرتکب یک جرم کیفری بین‌المللی می‌گردد.[۳۴] همچنین اگر شخصی یک تأسیسات هسته‌ای را تهدید کند یا به آن صدمه بزند به‌نحوی که مواد رادیو اکتیو به قصد مرگ، آسیب جانی یا صدمه زیاد به اموال یا محیط زیست رها شود و یا آن شخص تهدید کند یا با توسل به زور هر گونه مواد رادیواکتیو، تجهیزات هسته‌ای یا امکانات هسته‌ای را تقاضا کند، مرتکب جرم شده است.[۳۵] شخصی که دیگران را برای انجام این جرم معاونت، سازماندهی یا هدایت کند نیز یک مجرم تلقی می‌گردد.[۳۶] این ماده اقدامات صورت گرفته از سوی افرادی که مشمول این تعریف می‌شوند را جنایتکار محسوب می‌کند.

به‌طور مختصر و مفید، اگر شخصی به‌طور غیر قانونی به مواد هسته‌ای دست یابد و یا به تأسیسات هسته‌ای آسیب برساند یا در طراحی یا اجرای چنین اقداماتی دخالت داشته باشد آن شخص مرتکب اقدام غیرقانونی تروریسم هسته‌ای شده و یک مجرم است.[۳۷]

ب ـ حقوق و وظایف اعضاء

از نظر حوزه صلاحیت رسیدگی قضائی، کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای به اصل حاکمیت دولت و صلاحیت سرزمینی کشورها احترام گذاشته و تحت شرایط خاصی رسیدگی به این‌گونه جرائم را به آنها واگذار می‌کند. یعنی، در مواردی که جرمی درون کشوری اتفاق می‌افتد، مقررات کنوانسیون اعمال نمی‌گردد، به‌ویژه اگر تبعه آن کشور مرتکب جرم شده باشد و در داخل قلمرو آن کشور دستگیر شود.[۳۸] اختیار دستگیری، پیگرد قانونی و محاکمه چنین متهمینی به

---

34. Convention on Nuclear Terrorism , *supra* note 4, art, 2.

35. *Ibid*., Art.2 (1). (1), and (3).

36. *Ibid*., Art.2 (4).

۳۷. نحوه بیان این ماده، جدید است زیرا به جرمی جدید در حقوق بین‌الملل مربوط می‌شود. با وجود این به میزان زیادی چیدمان و واژه گزینی آن مشابه ماده ۲ کنوانسیون بمب‌گذاری‌های تروریستی است. رک. پاورقی ۲۱.

۳۸. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای، پاورقی ۴، ماده ۳ کنوانسیون. این ماده ، تقریباً کپی کلمه به کلمه ماده ۳ معاهده CTB می‌باشد. ماده ۳ اصل صلاحیت سرزمینی را ترسیم می‌کند که در آن رسیدگی قضائی براساس محل ارتکاب تعیین می‌شود. یعنی یک کشور محق است صلاحیت انحصاری خود را بر جرائم انجام شده توسط هر شخص در قلمرو خود اعمال کند. گونه متفاوتی از این اصل، تئوری قلمرو «سیال»، سرزمینی هر کشور است که صلاحیت یک دولت در خصوص اقدامات کیفری ارتکابی روی عرشه کشتی و در هواپیمای دارای پرچم آن کشور را می‌پذیرد. این ایده فرض را بر این می‌گیرد که هواپیما یا کشتی حامل پرچم در هوا و دریا جزء لاینفک قلمرو آن کشور است. هر آسیبی به آن ناوگان ارتکاب جرمی علیه خود آن کشور محسوب می‌شود. بنابراین، اقدامات تروریستی ارتکابی علیه این ناوگانها در هر جایی در جهان انجام شود مسئولیت کیفری در پی دارد. از اصول صلاحیتی مربوط به استرداد مجرم، اصل صلاحیت سرزمینی قابل قبول‌ترین و از لحاظ سنتی کاربردی‌ترین اصل است.

دولت آن کشور خاص واگذار می‌شود تا طبق قوانین داخلی خود با آنها برخورد کنند.

با توجه به این اختیارات، روشن است که کنوانسیون حقوق و وظایف خاصی را برای دیگر کشورها ایجاد می‌نماید. این کنوانسیون از این جهت فراتر از بسیاری از موافقتنامه‌های بین‌المللی معاصر گام نهاده است، به‌نحوی که در ماده ۴ به‌وضوح اعلام می‌دارد که کشورهای عضو به منشور سازمان ملل و حقوق بین‌الملل به‌طورکلی ملزم هستند. در همین حال کنوانسیون حاضر تمایلی به تحت تأثیر قرار دادن حقوق، تعهدات یا مسئولیت‌های کشورها و اشخاص، به‌موجب حقوق بین‌الملل از جمله اصول حقوق بشردوستانه ندارد.[۳۹] در همان ماده تصریح می‌کند که استفاده از زور در حین یک درگیری مسلحانه تابع حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه در یک کشور، تحت صلاحیت آن کشور است و نه کنوانسیون حاضر.

ارتکاب جرم تروریسم هسته‌ای خارج از حوزه حقوق حاکم بر استفاده از زور در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است. در این جهت دامنه صلاحیتی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای از تجاوز به حوزه رژیم حقوقی بین‌الملل بشردوستانه که بر فعالیتهای نیروهای نظامی در حین درگیری مسلحانه حاکم است، احتراز می‌کند. به همین ترتیب این کنوانسیون سعی ندارد به مسائل مربوط به قانونی بودن استفاده یا تهدید به استفاده کشورها در به‌کارگیری سلاحهای هسته‌ای در روابط خود با دیگر کشورها بپردازد. اینکه استفاده یک کشور از سلاحهای هسته‌ای قانونی یا غیرقانونی است آگاهانه در کنوانسیون مورد توجه قرار نگرفته است.

با وجود این، کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای مقرر می‌دارد که اعضاء باید قوانین ملی خود را با جرائم کیفری مندرج در ماده ۲ کنوانسیون تطبیق دهند و بدین منظور مجازاتهایی

See the text supra at notes 37-42. See also Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987), sect. 402(1)(c). This theory is confirmed in the1963 Tokyo Convention by its reaffirmation of the 'law of the flag principle' that assigns the state of registration competence to exercise jurisdiction over offences and acts committed on board its aircraft: 1963 Tokyo Convention, supra note 31. Art. 3. *See also* Blakesley, 'United States Extradition Over Extraterritorial Crime', 29 J Crime L & Criminology (1982) 1109, at 1118-1119,1123).

۳۹. کنوانسیون تروریسم هسته‌ای، پاورقی ۴ فوق، ماده ۴ این کنوانسیون به‌طور کامل به شرح ذیل مقرر می‌کند:

۱ـ هیچ یک از مفاد این کنوانسیون بر حقوق، تعهدات و مسئولیتهای دولت و اشخاص طبق حقوق بین‌الملل به‌ویژه اهداف و اصول منشور ملل متحد و حقوق بین‌المللی بشردوستانه تأثیر نمی‌گذارد.

۲ـ فعالیتهای نیروهای مسلح در جریان یک درگیری مسلحانه، در مفهوم حقوق بین‌الملل بشر دوستانه تابع آن حقوق است و نه این کنوانسیون و فعالیتهایی که نیروهای نظامی یک کشور در انجام وظایف رسمی خود انجام داده‌اند تا جایی که تابع دیگر قواعد حقوق بین‌الملل باشند، تابع این کنوانسیون نیست.

۳ـ مقررات بند ۲ فوق نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که به معنای نادیده پنداشتن یا قانونی جلوه دادن اقدامات غیرقانونی یا ممانعت از تعقیب به‌موجب سایر قوانین باشد.

۴ـ این کنوانسیون به هیچ نحوی به مسئله مشروع بودن استفاده یا تهدید به استفاده از سلاحهای هسته‌ای از سوی دولت نمی‌پردازد و نباید اینگونه تفسیر شود.

متناسب با اهمیت این جرائم تعیین کنند.[۴۰] یکی دیگر از ویژگی‌های بارز این کنوانسیون این است که اعضاء باید تدابیری اتخاذ کنند تا تضمین شود اعمال مجرمانه تحت شمول این کنوانسیون، به‌ویژه زمانی‌که تروریستها قصد ایجاد هراس در عموم مردم، گروهی از اشخاص یا اشخاص خاصی را داشته باشند، به‌هیچ‌وجه با ملاحظات سیاسی، فلسفی، ایدئولوژیکی، نژادی، قومی، مذهبی یا مشابه توجیه‌پذیر نبوده و با مجازاتی متناسب با وخامت ماهیت عمل آنها پاسخ داده شوند.[۴۱] هدف از این مقرره آن است که هر متخلف متهمی نتواند با استناد به اینکه مبنای کیفری جرم اتهامی «جرمی سیاسی» است و در نتیجه انتظار استرداد به یک دولت متقاضی را کم رنگ کند، از تعقیب بگریزد.[۴۲]

اگر یک معاهده بین‌المللی بخواهد به اهدافش دست یابد، باید همکاری وسیع و مؤثری بین همه کشورهای عضو آن معاهده، وجود داشته باشد. همکاری و تعاون بین‌المللی در تبدیل توافق‌های روی کاغذ به تعهدات عملی اهمیت بسیاری دارند. اینها اصول ضروری هستند که هر کنوانسیونی برای نیل به موفقیت به آن متکی است.

ویژگی جدید و قابل توجه کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای روشی است که در آن راهها و ابزارهای همکاری کشورهای عضو در طراحی و اجرای استراتژی‌های ضدتروریستی را تشریح می‌کند. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای مقرر می‌دارد که دولتها باید همه اقدامات عملی لازم جهت خنثی‌سازی و بازداشتن تمهیدات تروریستها در قلمروشان را که ممکن است برای ارتکاب جرم در داخل یا خارج از کشورشان استفاده شوند، به‌کار گیرند.[۴۳] این تدابیر شامل منع فعالیتهای اشخاص، گروهها و سازمانهایی می‌شود که ارتکاب آن جرائم را تشویق، تحریک، سازماندهی کرده یا عمداً آنها را تأمین مالی نموده یا عمداً به ارائه کمک فنی یا اطلاعات اقدام کرده و یا برای ارتکاب آن جرائم زمینه‌چینی می‌کنند.[۴۴]

شیوه و کارآمدی سیستمهای اطلاعاتی در جهت تحقق سیاست‌های کشورهای عضو و منافع امنیتی آنها در اجرای کنوانسیون اهمیت بسیاری دارد. با وجود این، روشن است که دسترسی به اطلاعات محرمانه در مورد اعضای گروههای تروریستی، نقشه حمله آنها، نوع

---

40. *Ibid*. Art. 5. This provision corresponds verbatim to Art. 4 of the Convention on Terrorist Bombings. Supra note 4.

41. Convention on Nuclear Terrorism, supra note 4. Art. 6. This provision corresponds verbatim to Article 5 in the Convention on Terrorist Bombings, *supra* note 21.

42. Article 15 of the CNT explicitly rejects the applicability of the exception to political offenses in cases of nuclear terrorism. See text at note 70 infra.

43. *Ibid* , Art. 7 (1) (a) .

44. *Ibid*.

سلاحهایی که در اختیار دارند و محل استقرارشان برای پیش‌دستی یـا انجـام اقـدامات بازدارنـده علیه اقدامات احتمالی تروریسم هسته‌ای حیاتی است. از طرفی، چنـین اطلاعـاتی بـرای اعـضاء جهت بازداشت مجرمین و اجرای ترتیبات استرداد مجرمین ضروری است. در نتیجه، کنوانـسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای خواستار تبادل اطلاعات «صحیح و موثق» است به‌ویژه بـا دولتهـای دیگری که به‌دنبال اعمال صلاحیت بر یک مجرم ادعایی از طریق ترتیبـات اسـترداد هـستند.[۴۵] تبادل اطلاعات بین کشورهای عضو با هدف شناسایی، جلـوگیری، سـرکوب و تحقیـق راجـع‌بـه جرائم، اقامه دعوی کیفری علیه مجرمین ادعایی و مطلع کردن سازمانهای بـین‌المللـی در مـورد جرائم احتمالی می‌باشد.[۴۶]

محافظت از اطلاعات طبقه‌بندی شده برای امنیت ملی حیاتی است. در کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای، مقرره‌ای از حاکمیت کشورهای عضو حمایت می‌کند بدین‌صـورت کـه بـه دولتها اجازه می‌دهد طبق قوانین ملی خود از اطلاعات محرمانه دریافت شده از یک عضو دیگر یا آنهایی که از طریق مشارکت در فعالیتهای انجام شده به‌موجب این کنوانـسیون کـسب شـده‌انـد حفاظت کند.[۴۷] کنوانسیون دولتها را به افشاء اطلاعاتی که براساس قانون ملی مجـاز بـه افـشای آن نیستند یا امنیت آن کشور را یا حفاظت فیزیکی از مواد هـسته‌ای را بـه مخـاطره مـی‌انـدازد، مجبور نمی‌کند.[۴۸] به همین ترتیب کنوانسیون در تـلاش بـرای جلـوگیری از وقـوع جـرم، مقـرر می‌کند که اعضاء باید تمامی تلاش خود را برای تضمین حفاظت از مواد رادیو اکتیو انجام دهند و در این راستا توصیه‌ها و کارکردهای مربوط به آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را در نظر بگیرند.[۴۹]

برای اعمال حقوق کشورها نسبت به مجرم ادعایی، صلاحیت اهمیت بسیاری دارد. برای اینکه اقدامات یک کشور قانونی باشد لازم است که آن دولت قبلاً صلاحیت خـود در ارتبـاط بـا جرم مورد نظر و مجرم ادعایی احراز نماید. حقوق بین‌الملل صلاحیت دولت در اعمال قوانین خود در خارج از قلمرو خویش را محدود می‌سازد. عرفاً یک کشور نمی‌تواند یک مجرم توقیف شده در آن سوی مرزهایش را تعقیب کند مگر اینکه برای رسیدگی بـه جـرم ارتکـابی صـلاحیت داشـته باشد. به همین ترتیب برای آنکه دولتی حقوق و تعهداتش به‌موجب حقوق بین‌الملل را اعمال کند آن دولت باید در مورد چنین اقدامی که توسط یک دولت دیگر یا مجرم معـین ارتکـاب مـی‌یابـد

---

45. *Ibid* , Art. 7 (1) b) .

46. *Ibid*.

47. *Ibid* , Art. 7 (1) (2).

٤٨. همان، ماده ۷ (۳) ، ماده ۷ مختص کنوانسیون تروریسم هسته‌ای می‌باشد که شدت و دغدغه‌ای که دولتها در مورد نیاز به گردهمایی و تبادل اطلاعات برای جلوگیری و مقابله با آماده‌سازی در برابر تروریسم هسته‌ای و مجازات متخلفین اسـت را مورد تأکید قرار می‌دهد.

٤٩. همان ماده ۸ . این تبصره نیز مختص NTC می‌باشد.

خود را قانوناً صالح اعلام کرده باشد. در عمل باید پیش از اعمال صلاحیت برای رسیدگی، اجرا و مجازات، صلاحیت تجویزی وجود داشته باشد.[۵۰]

به‌طور خاص سه اصل صلاحیتی، از تئوری حقوقی صلاحیت فراسرزمینی مورد نیاز برای استرداد مجرمان تروریستی هسته‌ای حمایت می‌کند. به‌ترتیب اولویت حقوقی عملی، اینها عبارتند از اصل صلاحیت جهانی،[۵۱] اصل صلاحیت حفاظتی[۵۲] و اصل صلاحیت شخصی منفعل[۵۳] هستند. اصل صلاحیت جهانی جایگاه ویژه‌ای دارد زیرا مقرر می‌کند برخی اعمال تروریستی جنایت علیه بشریت است و به همین دلیل هر کشوری مجاز به دستگیری، پیگرد قانونی یا استرداد مجرمین از طرف جامعه بین‌المللی است. سازمان ملل متحد، با مشخص کردن چنین اقدامات تروریستی به‌عنوان جرائم بین‌المللی از طریق کنوانسیونهای مهم چندجانبه به‌گونه‌ای مؤثر این تخلفات را به‌عنوان جرائم بین‌المللی ارائه کرده و به‌کارگیری اصل صلاحیت جهانی را

---

۵۰. دستیابی به صلاحیت فراسرزمینی جهت اعمال حقوق یک کشور مشتمل بر یک فرآیند دو مرحله‌ای است. نخست، باید تعیین شود که آیا قانون داخلی یک کشور مرتبط با این اقدام است یعنی آیا زمینه‌هایی برای اعمال صلاحیت ملی آن دولت وجود دارد. دوم ، باید مشخص شود که آیا یک دولت مستقل باید چنین اقدامات فراسرزمینی را به‌موجب قواعد حقوق بین‌الملل ممنوع اعلام کند. در خصوص معیار دوم دولتها می‌توانند هریک از ۵ الگوی تئوریک موجود را جهت اعمال صلاحیت تجویزی به‌کار گیرند: (۱) اصل سرزمینی بودن (۲)) اصل تابعیت (۳) اصل حفاظتی (۴) اصل شخصیت منفعل و (۵) اصل جهان‌شمولی. جهت تسهیل فرصتهای اجرایی وسیعتر، این الگوهای قضائی با یک مقیاس بیشتر یا کمتر در مقررات ویژه کنوانسیونهای ضد تروریسم سازمان ملل متحد از جمله معاهده مقابله با تروریسم هسته‌ای وارد شده‌اند.

۵۱. اصل صلاحیت جهانی اذعان دارد که برخی اعمال چنان فجیع هستندکه همگان شدیداً آن را محکوم می‌کنند به‌گونه‌ای که هر دولت می‌تواند پس از بازداشت مجرم را مورد پیگرد قانونی قرار دهد. چنین جرائمی به همه دولتها مربوط می‌شود و مرتکبان آن دشمنان تمام بشریت محسوب می‌شوند. یعنی، از آنجایی که اقدامات تروریستی در سطح جهانی به‌عنوان جرائم بین‌المللی شناخته می‌شوند، هر دولتی ممکن است به‌موجب اصل صلاحیت جهانی و بر مبنای hoste humani- generis صلاحیت خویش را به چنین تروریستهایی تسری دهد:

Blakesley, 'Jurisdictional Issues and Conflicts of Jurisdiction', in M.C. Bassiouni (ed.). *Legal Responses to International Terrorism: USProcedural Aspects* (1988), at 142-153.

۵۲. اصل صلاحیت حفاظتی به اقداماتی مربوط است که در خارج از مرزهای یک کشور انجام می‌شوند اما برای منافع امنیتی کشورها مضر هستند. تحت اصل صلاحیت حفاظتی، یک کشور ممکن است نسبت به اقدامات خاصی که خارج از قلمرو آن رخ دهد، اعمال صلاحیت کند درصورتی‌که چنین اعمالی امنیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی آن کشور را تهدید کند. علاوه بر این، اصل صلاحیت حفاظتی برای دولتها امکان پیگرد قانونی تبعه‌های کشورهای دیگر برای ارتکاب جرم خارج از کشور خود را فراهم می‌سازد: شرح (سوم) قانون روابط خارجی ایالات متحده، پاورقی ۳۸ بخش ۴۰۲ (از این پس شرح).

۵۳. اصل صلاحیت شخصیت منفعل به یک کشور در خصوص جرائم ارتکابی علیه شهروندان کشور صلاحیت فراسرزمینی می‌دهد، صرف‌نظر از اینکه جرم کجا رخ دهد. در نتیجه، صلاحیت مبتنی بر تابعیت قربانی جنایت می‌باشد. اصل صلاحیت شخصیت منفعل به‌طور گسترده مورد استفاده قرار نمی‌گیرد. زیرا مناقشه برانگیز است و اغلب با اصل سرزمینی در تعارض می‌باشد. شخصیت منفعل بر این دلالت دارد که افراد آن سوی مرزهای کشورشان از حمایت قانونی کشور خودشان برخوردارند. این بخش فرض بنیادین صلاحیت یک دولت بر قلمروش را به چالش کشیده و منجربه تضعیف اصل حاکمیت سرزمینی می‌گردد:

See Ibid., sect. 402 cmt g.

برای همه دولتها ممکن می‌گرداند. تروریسم هسته‌ای به منزله چنین جرمی می‌باشد.[۵۴]

تعمق بیشتر از نقطه‌نظر امنیت ملی نشان می‌دهد که اصل صلاحیت حفاظتی، حق یک کشور به مجازات مرتکبان جرائمی که برای امنیت یا منافع حیاتی آن کشور مضر و خطرآفرین هستند را توجیه می‌کند. این مفهوم، صلاحیت مبتنی بر آگاهی از تهدید علیه امنیت ملی، تمامیت حاکمیت یک کشور را از ناحیه یک جرم فراسرزمینی مطرح می‌سازد.[۵۵] از آنجایی که تروریسم هسته‌ای سیاست خارجی کشوری را تحت تأثیر قرار می‌دهد، منافع حیاتی آن کشور عمیقاً تحت تأثیر خواهد گرفت. در واقع اگر یک وسیله هسته‌ای در یک منطقه شهری منفجر شود، دهها هزار نفر کشته شده و جامعه داخلی آن کشور هرگز شرایط قبلی را پیدا نمی‌نماید. بنابراین گسترش صلاحیت حفاظتی، برای احراز صلاحیت در رابطه با مرتکبان بالقوه تروریسم هسته‌ای با هدف استرداد مجرم، قانونی خواهد بود.

اصل سوم در مورد استرداد یک شخص متهم به ارتکاب تروریسم هسته‌ای، اصل صلاحیت شخصیت منفعل می‌باشد که مبنای بحث‌انگیزتری را در مورد حدود صلاحیت قضائی کشورها مطرح می‌نماید. این رویکرد اعمال صلاحیت برای استرداد اشخاصی که به شهروندان کشور خاصی صدمه می‌زنند را تعمیم می‌دهد.[۵۶] اگرچه اصل صلاحیت شخصیت منفعل به‌عنوان یک اصل صلاحیتی همچنان مورد اختلاف است ولی در خصوص تروریسم و دیگر حملات سازمان یافته علیه شهروندان یک کشور به‌دلیل ملیت آنها اعمال می‌گردد.[۵۷] استفاده از این اصل به همراه دیگر اصول صلاحیتی منطقی به‌نظر می‌رسد و اعمال اصل صلاحیت شخصیت منفعل برای تقویت ادعاهای صلاحیتی فراسرزمینی می‌تواند استرداد برای مقابله با اقدامات تروریسم هسته‌ای را تسهیل نماید.

تعجب‌آور نیست که اعمال صلاحیت بر جرائم، به‌عنوان یک دغدغه مهم کنوانسیون

---

٥٤. در اصل صلاحیت جهانی، یک شخص متهم به تروریسم هسته‌ای را می‌توان دستگیر و بدون درنظرگرفتن تابعیت متهم و مکان ارتکاب جرم و بدون اثبات هر نوع ارتباطی بین متهم و کشور تعقیب‌کننده، محاکمه شود. آنچه مهم است این است که جرم تروریسم هسته‌ای بصورت جهانی محکوم شود.

Ibid., sect. 404. *See also* Donovan and Roberts, "The Emerging Recognition of Universal Civil jurisdiction", 100 AJIL (2006) 142; M.C. Bassiouni, 'Universal jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice', *42 Virginia J Int'l L* (2001) 81 and Joyner, 'Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction In Bringing War Criminals to Accountability', *59 Law & Contemporary Problems* (1996) 153. at 159-160.

55. Third Restatement, supra note 38, sect. 402 (3), cmt f.

56. *Ibid* , sect. 402, cmt g.

٥٧. همان‌گونه که «شرح و تفسیر سوم» معتقد است، اصل شخصیت منفعل به‌طور معمول در خصوص جرائم پذیرفته نشده است، اما به‌عنوان اصل قابل اعمال در خصوص حملات تروریستی و دیگر حملات سازمان یافته به شهروندان یک کشور به‌دلیل ملیت آنها یا قتل نماینده سیاسی یا دیگر مقامات یک کشور به طرز فزاینده‌ای پذیرفته شده است:

Ibid, sect, 402 cmt g

مطرح گردد. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای با بهره‌گیری از اسناد ضدتروریستی پیشین، اصل صلاحیت سرزمینی را به‌عنوان شکل اصلی اعمال صلاحیت بر جرائم تروریسم هسته‌ای ارتکابی در داخل یک کشور یا بر عرشه ناوگان حامل پرچم آن کشور، انتخاب می‌کند.[۵۸] علاوه بر این، کنوانسیون اجازه می‌دهد که ملیت به‌عنوان مبنایی برای اعمال صلاحیت مورد استناد قرار گیرد اگر جرم توسط یک شخص بدون تابعیت در قلمرو کشوری یا علیه اتباع آن کشور، یا علیه تأسیسات یا اماکن دیپلماتیک آن کشور در خارج یا داخل هواپیمایی رخ دهد که توسط آن کشور به‌کار گرفته شده باشد.[۵۹]

یک دولت ممکن است همچنین تدابیری اتخاذ کند که برای اعمال صلاحیت بر متهم دستگیر شده در قلمروش ضروری باشد. درصورتی‌که آن دولت ترجیح دهد متهم را به کشوری

---

58. Convention on Nuclear Terrorism, *supra* note 4. Art. 9(1). This provision reflects the principle of territorial jurisdiction. See supra note 37. In full, Art. 9 provides that:

۱ـ هر دولت عضو باید در صورت لزوم تدابیری را جهت اعمال صلاحیت خود نسبت به جرائم مندرج در ماده (۲) اتخاذ کند، درصورتی‌که:

الف) جرم مزبور در قلمرو آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ب) جرم داخل شناور حامل پرچم آن دولت یا در هواپیمایی که در زمان ارتکاب جرم مزبور طبق قوانین آن دولت ثبت شده، ارتکاب یافته باشد؛ یا

ج) جرم مزبور توسط تبعه آن دولت ارتکاب یافته باشد.

۲ـ همچنین یک دولت عضو صلاحیت خود را جهت رسیدگی به جرائم مذکور اعمال می‌کند اگر:

الف) جرم مزبور علیه تبعه آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ب) جرم مزبور علیه دولت یا تأسیسات دولتی آن دولت در کشور خارجی اعم از سفارتخانه یا سایر ساختمانهای کنسولی یا دیپلماتیک آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ج) جرم مزبور توسط شخص بی‌تابعیتی که اقامتگاه دائمی وی در قلمرو آن دولت است ارتکاب یافته باشد؛ یا

د) جرم مزبور به هدف اجبار آن دولت به انجام یا امتناع از انجام هرگونه عملی، ارتکاب یافته باشد؛ یا

هـ) جرم مزبور داخل هواپیمایی که توسط حکومت آن دولت مورد بهره‌برداری قرار گرفته ارتکاب یافته باشد.

۳ـ پس از تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق به این کنوانسیون، هر دولت عضو باید به دبیر کل سازمان ملل اعمال صلاحیت خود را طبق قانون داخلی خود مطابق بند ۲ ماده حاضر اعلام کند. در صورت بروز هر تغییری دولت ذی‌ربط باید بلافاصله دبیرکل را مطلع کند.

۴ـ همچنین هر دولت عضو باید در صورت لزوم تدابیری برای احراز صلاحیت خود بر جرائم مندرج در ماده ۲ در مواردی که متهم به ارتکاب جرم در قلمرو وی حاضر است اتخاذ نماید، در صورتی‌که قصد نداشته باشد شخص مزبور را به هیچ‌یک از دولتهای عضوی که صلاحیت خود را مطابق بند ۱ و ۲ ماده حاضر احراز نموده‌اند مسترد نماید.

۵ـ این کنوانسیون استثنایی بر هرگونه اعمال صلاحیت کیفری محرز شده توسط یک دولت عضو مطابق قوانین داخلی آن ایجاد نمی‌کند.

۵۹. همان ماده ۹ (۲) . عموماً پذیرفته شده که اصل ملیت به یک کشور اجازه می‌دهد قوانینی را که اتباع خود را صرفنظر از محل اقامت تبعه یا محل وقوع جرم متعهد می‌کند وضع کند. این اصل صلاحیت یک دولت برابر اقدامات صورت گرفته از سوی شهروندان او در خارج از مرزهای قلمرو آن کشور تعمیم می‌دهد. دولت می بایست نه تنها از شهروندانش زمانی که خارج از کشور هستند حمایت کند بلکه شهروندانش را در صورت جرم مجازات کند صرفنظر از اینکه جرم در کجا بوقوع پیوسته است: Third Restatement, supra note 38, sect, 402

که جرم در آنجا رخ داده مسترد نکند.[۶۰]

اسناد ضد تروریستی از طریق مقرراتی که بازداشت، پیگرد قانونی و مجازات مجـرمین را تسهیل می‌کند تقویت می‌شوند. اگر یک دولت تصمیم بگیرد یک متهم را مسترد نکند، استراتژی حقوقی که عملاً به اثبات رسیده است آن است که آن دولت بتواند او را مورد پیگرد قـانونی قـرار دهد.[۶۱] اصل حقوقی در اینجاـ aut dedere aut judicare ــ (مسترد کن یا محاکمه کـن) تکلیـف به استرداد یا تعقیب متهمین می‌باشد.[۶۲] این اصل کشوری که متهم در آن بازداشت شده است را ملزم می‌کند یا آن شخص را به کشوری برای رسیدگی به آن جرم صلاحیت دارد، مسترد کنـد و یا در صورتی‌که ترجیح می‌دهد او را مسترد نکند، پرونده را برای پیگرد قانونی به مراجع ذیصلاح خویش تسلیم کند. با وجود این، لازم به ذکر است هیچ یک از اسناد ضد تروریستی سازمان ملـل ایجاب نمی‌کند که یک دولت باید یک متهم را از طریق اقدامات قضائی مورد پیگرد قـرار داده و یا اقدام به مجازات او کند. آنچه که مهم است این است که تصمیمی از سوی مراجع صـلاحیتدار در خصوص پیگرد قانونی، با توجه به اوضاع و احوال واقعی، اتخاذ شود. در واقع، این لحن حق بر رعایت تشریفات مقتضی، برگزاری یک محاکمه عادلانه و رعایت اصل برائت را محفوظ می‌دارد. احتمالاً تحقیق در مورد حقایق ادعای مطروحه علیه یک متهم تعیین می‌کنـد کـه آیـا قـضیه تـا مرحله محاکمه ادامه یابد یا خیر. اگر مدرک کافی به‌دست آید ممکن است پیگرد قانونی از طریق دادگاهها به‌عمل آید.

این ترتیبات در کنوانسیون مقابله تروریسم هسته‌ای پیش‌بینی شده‌اند. طبق کنوانـسیون،

---

60. *Ibid* , Art . 9 (4).

٦١. مقررات اصلی در این رابطه مواد ۷ و ۸ کنوانسیون لاهه سال ۱۹۷۰ می‌باشند. ماده ۷ کنوانسیون لاهه مقرر می‌کند کـه دولت متعاهدی که یک مجرم ادعایی در قلمرو او دستگیر می‌شود، در صورت عدم استرداد وی، ملزم است بـدون هـیچ‌گونـه استثنا و بدون در نظر گرفتن این که جرم در داخل قلمرو آن کشور رخ داده یا خیر، پرونده را برای پیگـرد قـانونی بـه مراجـع ذیصلاح تسلیم نماید. آن مراجع به همان روال پرونده جرائم عادی دارای ماهیت تحت قوانین آن کشور، اتخاذ تصمیم خواهند کرد.

See Hague convention. Supra not 31. Art.7, Art. 8 of the Hauge convention sets out the condition for extradition. Subsequen UN counter –terror argeements have replicated in great part the language of the Hauge convention's Art 7 and 8 in the formulation of their extradite or prosecute obligations.

Montreal Convention, supra note 31, Arts 7 and 8; Internationally Protected Persons Convention, supra note 31, Arts 7 and 8: Hostage-taking Convention, *supra* note 31, Arts 9 and 10: IMO Convention, *supra* note 31, Art. 11: Convention on Physical Protection of Nuclear Materials, supra note 20. Arts 10 and 11: Terrorist Bombing Convention, supra note 31, Arts 8 and 9: and Convention on Financing Terrorism, supra note 31. Art. 10.

٦٢. تکلیف استرداد یا پیگرد قانونی مجرم از کلام رومی aut dedere aut judicare ناشی می‌شود، واژه dedere به معنـای تسلیم کردن یا استرداد مجرم است، در حالی‌که judi care به نیاز رسیدگی یا پیگرد قانونی اشاره دارد. برای اسـتفاده از ایـن اصطلاح مراجعه کنید به R.Jennings و A.Watts ، حقوق بین‌الملل Oppenhim (ویـرایش نهـم ۱۹۹۲)، در شـماره‌هـای ۹۵۳، ۹۷۱ .

کشورها موظف اعمال صلاحیت و مجازات مرتکبین جرائم منـدرج در کنوانـسیون طبـق قـوانین داخلی خود می‌باشند. همچنین دولتها ملزم به استرداد یا پیگرد افراد متهم به ارتکاب یـا معاونـت در این جرائم هستند.[۶۳]

از این جهات، روشهای استرداد مجرمین بستری لازم برای محاکمه افراد متهم به جرائم کیفری بین‌المللی از جمله فعالیتهای تروریستی با اسـتفاده از تجهیـزات هـسته‌ای یـا حملـه بـه تأسیسات هسته‌ای را فراهم می‌کنند. مجرمی که از کشور محـل ارتکـاب جـرم خـارج مـی‌شـود خودش را از دسترس قانونی که او از آن تخطی کرده است، دور نگـه مـی‌دارد. از طریـق فراینـد رسمی استرداد، یک دولت متهم را به بازداشتگاه دولت دیگر منتقل می‌کند. این فرایند معمـولاً از طریق معاهده، رفتار متقابل یا نزاکت بین‌المللی انجام می‌گیرد. نقـش حیـاتی مقـررات اصـلی در تلاشهای حقوقی معاصر برای مبارزه با فعالیتهای تروریستی بین‌المللی مورد تأکید قرار می‌گیـرد، همان‌طورکه استرداد مجرمین که برای تـسهیل بازداشـت، پیگـرد قـانونی، محاکمـه و مجـازات افرادی که مرتکب اعمال تروریستی می‌شوند، مورد استفاده قرار می‌گیرد.[۶۴]

در صورت اعمال و اجرای دقیق ، استرداد مجرمین ممکن اسـت بـه‌عنـوان یـک عامـل بازدارنده موفق برای اقدامات تروریستی مجرمانه محسوب شود. علاوه بر این، دولتها اغلب ملـزم به کمک به یکدیگر در رسیدگیهای کیفری به‌موجب کنوانسیون هستند. بدین منظـور، مـاده ۱۳ کنوانسیون مقابله با تروریسم هـسته‌ای مقـرر مـی‌کنـد کـه جـرائم منـدرج در کنوانـسیون بـین کشورهای عضو به‌موجب معاهدات استرداد مجرمین موجود و خود کنوانسیون جـزء جـرائم قابـل استرداد محسوب می‌شوند. افزون بر آن، دولتهای متعاهدی که هیچ معاهده استرداد مجرمینی بـا یکدیگر ندارند، کنوانسیون می‌تواند به‌عنوان مبنای حقوقی استرداد مجرمین به‌کار گرفته شود.[۶۵]

کنوانسیون اعلام کند که صلاحیت جهانی ممکن است از سوی دولتهای عضو به‌عنـوان

---

۶۳. ماده ۱۱ به‌طور کامل بشرح ذیل می‌باشد:

۱ـ در موارد قابلیت اعمال ماده ۹ هر دولت عضوی که مجرم ادعایی در قلمرو او حضور دارد، و آن دولت از استرداد شخص مزبور خودداری نماید، ملزم است بدون هیچ‌گونه استثنا و صرف‌نظر از اینکه جرم در قلمرو آن دولت ارتکاب یافته باشد یا خیر، بدون تأخیر بی‌مورد و به‌منظور تعقیب و از طریق رسیدگی مطابق قوانین آن دولت پرونده را به مراجع ذی‌صلاح ارجاع دهد. مراجع مزبور به همان نحوی‌که در مورد سایر جرائم شدید طبق قانون آن دولت عمل می‌کنند، تصمیم خود را اتخاذ می‌نمایند.

۲ـ هرگاه دولت عضوی به‌موجب قانون خود مجاز به استرداد یا تسلیم یکی از اتباع خود باشد تنها مـشروط بـر آن کـه پـس از محاکمه و رسیدگی مربوط به درخواست استرداد و تسلیم، فرد مزبور جهت سپری کردن دوران حبس خود به آن کـشور عـودت داده شود و این دولت و دولت متقاضی استرداد آن شخص بر این موضوع و سایر شرایطی که صلاح بدانند توافق نماینـد، در آن صورت چنین استرداد یا تسلیم مشروطی جهت انجام تعهد مندرج در بند (۱) ماده حاضر کفایت می‌کند:

Ibid., Art. 11. Compare the Convention against Terrorist Bombings. supra note 21. Art. 8

64. See generally Joyner, 'International Extradition and Global Terrorism: Bringing International Criminal to Justice', 25 Loyola Los Angeles Int'l & Comp L Rev (2003) 493.

65. Convention on Nuclear Terrorism, *supra* note 4, Art, 13(2).

ابزاری قانونی برای استرداد مجرمین استفاده شود.[۶۶] و همه دولتهای عضو موظف بـه کمـک بـه یکدیگر «با تمام توان» برای ارتقاء سطح تحقیقات، رسیدگی کیفری و یا استرداد مجرمین بـرای مبارزه با مجرمین ادعایی هستند.[۶۷]

دانستن این امر مهم است که، در حقوق بین‌الملـل معاصـر، هـیچ قاعـده پذیرفتـه شـده بین‌المللی، دولتها را ملزم به استرداد یا حتی پیگرد قـانونی متهمـین پنهـان شـده در قلمروشـان نمی‌کند.[۶۸] در واقع، پروسه استرداد بین‌المللی مجرمین امروزه تقریباً از طریق معاهـدات دوجانبـه انجام می‌شود و شرایط خاص نظیر ملیت مجرم، رعایت عدالت در محاکمه یک خارجی یا ماهیت سیاسی جرم می‌تواند در فرایند استرداد مجرمین خلل ایجـاد کنـد. سیـستم بـین‌المللـی اسـترداد مجرمین، کامل و جامع نیست. هیچ کشوری دارای معاهدات استرداد مجرمین با همه کـشورهای دیگر نیست.[۶۹]

شاید مشکل سازترین نقص‌های موجود در فرایند استرداد مجـرمین در زمینـه تروریـسم هسته‌ای، استثنای جرم سیاسی باشد. بسیاری از معاهدات استرداد مجرمین معاصر به‌طور خاصـی

---

٦٦. به‌طور کلی کنوانسیون تروریسم هسته‌ای، استرداد مجرم را تحت شرایط ذیل ممکن می‌سازد:

۱ـ جرائم مندرج در در ماده ۲ باید در هر معاهده استرداد مجرمین موجود بین هر دولت عضو پیش از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون جزء جرائم قابل استرداد محسوب شود. دولتهای عضو متعهد می‌شوند چنان جرائمی را در هر معاهده استردادی که پس از آن منعقد می‌کنند جزء جرائم قابل استرداد محسوب کنند.

۲ـ زمانی‌که دولت عضوی که استرداد مجرم را به وجود یک معاهده منوط می‌سازد، درخواستی برای استرداد مجرم از کشوری دیگر که با آن معاهده استرداد مجرم ندارد، دریافت‌کند دولت درخواست شونده می‌تواند به انتخاب خود این کنوانسیون را به‌عنوان مبنای حقوقی استرداد مجرم در ارتباط با جرائم مندرج در تخلفات در ماده ۲ محسوب کند. استرداد مجرم تابع دیگر شرایط قوانین کشور درخواست شونده خواهد بود.

۳ـ دولتهای عضوی که استرداد مجرمین را به‌وجود یک معاهده مشروط نمی‌کنند، باید جرائم مندرج در ماده ۲ را منوط به شرایط مقرر در حقوق داخلی دولت درخواست‌شونده به‌عنوان جرائم قابل استرداد بین خودشان محسوب کنند.

۴ـ در صورت لزوم، جرائم مندرج در ماده برای استرداد مجرمین بین دولتهای عضو جزء جرائم قابل استرداد تلقی شوند به گونه‌ای که نه تنها در محل وقوع جرم ارتکاب یافته‌اند بلکه در قلمرو کشورهایی که مطابق بندهای ۱ و ۲ ماده ۶ خود را صالح دانسته‌اند، نیز ارتکاب یافته است.

۵ـ مقررات تمامی معاهدات استرداد مجرمین و ترتیبات بین دولتهای عضو در رابطه با جرائم مندرج در ماده ۲ بین دولتهای عضو تا جایی که مغایر این کنوانسیون باشد اصلاح می‌شود.

Ibid., Art 13. Compare the language of Art. 8 of the Hague Convention, supra note 31; Art. 8 of the Montreal Convention, supra note 31; Art. 11 of the IMO SUA Convention, supra note 31; and Art. 9 of the Convention on Terrorist Bombings, *supra* note 21

67. Convention on Nuclear Terrorism , supra note 4, Art, 14(2).

68. Third Restatement, supra note 38, at sect. 401 cmt B

٦٩. برای مثال ایالات متحده تقریباً با ۱۰۰ کشور معاهدات استرداد مجرمین دارد، هرچند امروزه حداقل ۱۹۳ کشور در جامعه بین‌المللی وجود دارد.

See US Dept. State, 'A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force as of January 1, 2006', *available at* http://www.state. gov/s/1/treaty/treaties/2006/index.htm (accessed 18 May 2006), Sect. l (Bilateral agreements), passim.

جرائم سیاسی را از این امر مستثنی می‌کنند، زیـرا دولتهـای آزادی خـواه و مـردم سـالار انزجـار شدیدی نسبت به تحویل مخالفان به دستان یک دولت مستبد دارند.[۷۰]

با وجود این، هیچ معیار پذیرفته‌شده‌ای راجع‌به آنچه «جرم سیاسی» تلقـی شـده یـا هـر قاعده حقوقی دیگر که از استرداد مجـرمین سیاسـی جلـوگیری کنـد، وجـود نـدارد. در نتیجـه ، تصمیم به استرداد مجرمین به معیارهای ذهنی دولت نگهدارنـده بـستگی دارد. بـا ایـن شـرایط، سیستم استرداد دو جانبه مجرمین تنها راه ملی جزیی برای سپردن تروریست‌های بین‌المللـی بـه دست عدالت است. حاصل اینکه، هر چند دولتها ممکن اسـت بـه توافـق برسـند کـه بـه توافـق رسیدند که اقدامات تروریستی، اقداماتی مجرمانه علیه جامعه بین‌المللـی اسـت، اجـرای دقیـق و جدی چند جانبه از طریق استرداد مجرمین ممکن است هنـوز دارای کاسـتی‌هـایی در خـصوص پیگرد قانونی چنین اقداماتی باشد.

در مقایسه با دیگر اسناد ضدتروریستی، کنوانسیون مقابله با تروریـسم هـسته‌ای سـازمان ملل، بوضوح ماهیت مشکل ساز بودن استثنای جرم سیاسی را می‌پذیرد. همان‌گونه که این استثنا را از کنوانسیون بمب‌گذاری تروریستی گرفته بود.[۷۱] در نتیجـه کنوانـسیون، مقابلـه بـا تروریـسم هسته‌ای استثنای جرم سیاسی را صریحاً رد می‌کند و در ماده ۱۵ ذیـل‌الـذکر قویـاً بـر آن تأکیـد می‌کند:

> «به‌منظور استرداد یا معاضدت حقوقی متقابل هیچ‌کدام از جرائم مندرج در ماده ۲ نباید به‌عنوان یک جرم سیاسی یا جرم مرتبط با یک جرم سیاسی یا جرمی که ناشی از انگیزه‌های سیاسی باشد تلقی شوند. بنابراین، درخواست استرداد یا معاضدت حقوقی متقابل براساس یک چنین جرمی تنها به این دلیل که به یک جرم سیاسی یا یک جرم مرتبط با جرم سیاسی یا جرم ناشی از انگیزه‌های سیاسی مربوط می‌شود، رد نخواهد شد».[۷۲]

هدف از این تصریح، تفکیک حقوقی اقدامات تروریستی از اقدامات جنـبش‌هـای رهـایی بخش ملی است. در گـذشتـه، ایـن مـعضل نه تنها مشکلات حقوقی زیـادی را بـرای تـعریـف تروریسم در پی داشت بلکه موانع سیاسی مستحکمی در اعمال فرآیند استرداد بین دولتهـا پدیـد

---

70. For overviews of the political offence exceptions see M.C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* (2nd end. 1996), at 502-583 and C.L. Blakesley. *Terrorism, Drugs, International Law, and the Protection of Human Liberty* (1992), at 264-270. The literature on the political offence exception is extensive: *See*. e.g., *Ibid*-, at 264 n. 415.

71. *See* convention on Terrorist Bombings, *supra* note 21, Art, 11.

72. Convention on Nuclear Terrorism , *supra* note 4, Art, 15.

آورده بود. این ماده تا حدی در رفع آن موفق بوده است. اما همزمان کنوانسیون مقرره دیگری دارد مبنی بر اینکه دولتها می‌توانند از استرداد مجرم به کشور دیگری امتناع کنند. همچون کنوانسیون گروگانگیری ۱۹۷۹ و کنوانسیون بمب‌گذاری تروریستی ۱۹۹۷، کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای اعلام می‌دارد اگر دولتی مدارک قابل توجهی داشته باشد مبنی بر اینکه درخواست کشوری برای استرداد مجرم با هدف پیگرد یا مجازات متهم بدلیل مسائل نژادی، مذهبی، ملیت یا قومی یا عقاید سیاسی بوده و یا پیروی از آن درخواست منجر به لطمه زدن به آن شخص به هر یک از این دلایل شود، آن دولت ملزم به استرداد مجرم نمی‌باشد.[۷۳] چنین شرایطی معمولاً برای دولتها در بررسی اعطاء پناهندگی سیاسی به افراد خواستار پناهندگی کارساز می‌باشند. در حالی‌که این ماده چتر حمایتی برای پناهندگان محسوب می‌شود، ضروری به‌نظر می‌رسد که دولتها نباید از این شرایط به‌عنوان راه فرار از قانون یا حربه‌ای برای حمایت از متهمین تروریست سوء استفاده کنند.

آنچه مبهم باقی می‌ماند تأثیر کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای در خصوص دغدغه‌های مربوط به اقدام احتمالی یک دولت در مبادرت به تحویل افراد تحت بازداشت به دیگر کشورها جهت برخورد شدیدتر است. مطابق کنوانسیون، فرد تحت بازداشت می‌بایست برای انتقال اعلام رضایت کند مگر آنکه پیگرد قانونی رسمی و درخواست استرداد در مورد او مطرح شود. حتی در صورت اعلام رضایت، کشوری که فرد بازداشتی به آن مسترد می‌گردد، ملزم به صدور اطلاعیه مناسب درخصوص بازداشت وی از جمله گزارش‌های محکومیت وی می‌باشد.[۷۴]

یک مشخصه جدید کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای، شیوه‌ها و رویه‌های مدیریت، کنترل و بازگرداندن مواد رادیواکتیو، تجهیزات یا تأسیسات هسته‌ای ضبط شده از مجرمان است. مواد و تجهیزات هسته‌ای می‌بایست تحت استانداردهای ایمنی مورد تأیید آژانس بین‌المللی انرژی هسته‌ای به کشور مبدأ بازگردانده شوند. هدف در اینجا آن است تضمین شود که مواد، تجهیزات رادیواکتیو یا تأسیسات هسته‌ای در تصرف دولتی قرار داده شود که قانوناً قدرت بر تصرف و استفاده از آنها را تنها برای اهداف صلح‌آمیز دارد.[۷۵]

---

73. *Ibid* ., Art. 16.

74. *Ibid* ., Art. 17.

۷۵. مشروح ماده ۱۸ بشرح ذیل می‌باشد:

۱ـ به محض ضبط یا در اختیار گرفتن کنترل مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای پس از ارتکاب جرائم مندرج در ماده ۲، دولت عضوی که مواد مزبور در اختیار آن است باید:

الف) جهت بی‌خطر نمودن مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای اقداماتی را به عمل آورد؛

ب) از نگهداری کلیه مواد هسته‌ای مطابق با پادمانهای قابل اعمال آژانس بین‌المللی انرژی اتمی اطمینان حاصل نماید؛ و

ج) توصیه‌های حفاظت فیزیکی و استانداردهای بهداشتی و ایمنی منتشر شده توسط آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را رعایت نماید.

راجع‌به پیگرد قانونی یک متهم ادعایی براساس قانون ملی یک کشور، آن کشور ملزم به مشورت و گزارش نتیجه رسیدگی به دبیرکل سازمان ملل می‌باشد.[۷۶] این کنوانسیون همچنین بر این مقرره پا فشاری می‌کند که کشورها می بایست تعهدات خود را براساس اصول برابری حاکمیتها، استقلال، تمامیت ارضی و عدم مداخله ایفا کنند.[۷۷] و مقرر می‌کند که اختلافات بین دولتها در زمینه تفسیر یا اجرای کنوانسیون از طریق داوری یا دیوان بین‌المللی دادگستری حل‌وفصل شود، اگرچه دولتها ممکن است نسبت به این آیین، شرط قائل شوند.[۷۸] سرانجام کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای فرصتی جدید برای حقوق مقابله با تروریسم فراهم می‌کند همچنان‌که این امکان را به آنها می‌دهد که اصلاحاتی در کنوانسیون انجام دهند، اصلاحاتی که

۲ـ به محض اتمام هر نوع رسیدگی مربوط به یکی از جرائم مندرج در ماده ۲ یا پیش از آن در صورت لزوم طبق حقوق بین‌الملل، هر نوع مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای بعد از مشورت (به‌ویژه درخصوص نحوه بازگشت و ذخیره‌سازی) با دولتهای عضو ذی‌ربط باید به دولت عضوی که به آن تعلق دارند، به دولت عضوی که شخص حقیقی یا حقوقی مالک آن مواد رادیواکتیو، وسیله، تأسیسات رادیواکتیوی مقیم یا تبعه آن است، یا به دولت عضوی که از قلمرو آن، مواد مزبور ربوده شده یا به نحو غیرقانونی به‌دست آمده است، بازگردانده شوند.

۳ (۱) چنانچه یک دولت عضو طبق حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل از بازگرداندن یا پذیرش مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای ممنوع شده باشد یا چنانچه دولت‌های عضو ذی‌ربط بدین نحو توافق کنند، با رعایت جزء (۲) بند (۳) ماده حاضر دولت عضوی که مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای را در اختیار دارد باید به انجام اقدامات مشروحه در بند (۱) ماده حاضر ادامه دهد؛ مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای مذکور باید صرفاً برای مقاصد صلح‌آمیز مورد استفاده قرار گیرند.

۳ (۲) چنانچه در اختیار داشتن مواد رادیواکتیو ، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای برای دولت عضو دارنده آن غیرقانونی باشد آن دولت باید اطمینان حاصل نماید که به محض امکان، آن مواد در اختیار دولتی قرار خواهد گرفت که قانوناً چنین اختیاری را داشته باشد و در صورت اقتضاء تضمینهایی مطابق الزامات بند (۱) ماده حاضر در مشورت با آن دولت به‌منظور بی‌خطر نمودن آنها ارائه نماید؛ مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای مزبور باید صرفاً برای مقاصد صلح‌آمیز مورد استفاده قرار گیرند.

۴ـ چنانچه مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای موضوع بندهای (۱) و (۲) ماده حاضر به هیچ‌کدام از دولتهای عضو یا یک تبعه یا مقیم یک دولت عضو تعلق نداشته یا ربوده نشده یا به به هر نحو دیگری به‌طور غیرقانونی از قلمرو یک دولت عضو به‌دست نیامده باشد یا چنانچه هیچ دولتی تمایل نداشته باشد مواد مزبور را طبق بند (۳) ماده حاضر دریافت کند باید در خصوص انتقال آن، با رعایت جزء (۲) بند (۳) ماده حاضر بعد از مشورت بین دولتهای مربوط و هر سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط تصمیم جداگانه‌ای اتخاذ شود.

۵ـ از نظر بندهای (۱،۳،۲) و (۴) ماده حاضر، دولت عضو دارنده مواد رادیو اکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای می‌تواند از سایر دولتهای عضو به ویژه دولتهای عضو و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط، علی الخصوص آژانس بین‌المللی انرژی اتمی درخواست کمک و همکاری نماید. دولتهای عضو و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط طبق این بند تا حداکثر امکان تشویق به ارائه همکاری شده‌اند.

۶ـ دولتهای عضوی که در حال انتقال یا نگهداری از مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای طبق ماده حاضر می‌باشند باید مدیرکل آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را از نحوه انتقال یا نگهداری چنین موادی مطلع کنند. مدیر کل آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باید اطلاعات را به سایر دولتهای عضو ارسال کند.

۷ـ در صورت پخش هرگونه اطلاعات در خصوص یکی از جرائم مندرج در ماده ۲ هیچ‌یک از مفاد ماده حاضر به هیچ طریق بر قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر مسئولیت ناشی از خسارات هسته‌ای یا سایر قواعد حقوق بین‌الملل تأثیر نمی‌گذارد.

76. *Ibid* ., Art. 19 and 20.

77. *Ibid* ., Art. 21.

78. *Ibid* ., Art. 23.

قابل بررسی و تصویب در کنفرانسهای بعدی است.[۷۹]

٤ـ اهمیت کنوانسیون

الف ـ تعریف جرمی جدید

کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای یک جرم جدید تحت حقوق بین‌الملل را تعریف می‌کند. تا پیش از این کنوانسیون، تروریسم هسته‌ای فقط به‌عنوان اقدام مجرمانه یک فرد به‌موجب حقوق داخلی تلقی می‌شد. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای، عمل تروریسم هسته‌ای را تا سطح جنایت علیه حقوق ملل که شامل ارتکاب هریک از چهار عمل ذیل است ارتقاء می‌دهد:

۱ـ استفاده از مواد منفجره هسته‌ای علیه اهداف عمومی به قصد کشتن، صدمه جسمی شدید یا خسارت اقتصادی قابل توجه.[۸۰]

۲ـ مالکیت غیرقانونی مواد رادیواکتیو به قصد کشتن یا ایراد صدمه جسمانی جدی.

۳ـ استفاده غیرقانونی از چنین موادی به قصد مرگ یا ایراد صدمه شدید جسمی یا خسارت قابل توجه به اموال یا محیط زیست.

۴ـ تهدید به یا استفاده از مواد هسته‌ای که منجر به صدمه جدی، مرگ یا خسارت به اموال گردد.[۸۱]

در حالی که «تروریسم» به‌طور خاص به‌عنوان یک اصطلاح در این متن به‌کار نمی‌رود، امور منع شده در کنوانسیون اقداماتی را مورد توجه قرار می‌دهد که عموماً به‌عنوان تروریسم لحاظ می‌شوند. همزمان با تکامل حقوق بین‌الملل مقابله با تروریسم، آشکار شد که سیاست دولتها مستلزم جرم‌انگاری خاص اعمال خاصی است که ماهیتاً تروریسی تلقی می‌شوند. آشکار شد که میزانی از توافق راجع‌به اقداماتی که بایستی منع شوند بهتر از عدم توافق است. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای دارای این منطق است. علاوه بر این ، با وجود شباهت با دیگر کنوانسیونهای ضدتروریستی تنبیهی، کنوانسیون حاضر به خسارات محیط زیستی همچون خسارت مالی و جانی اشاره دارد.

---

79. *Ibid*., Art. 26. Amendments need a two-thirds majority of all states parties to be adopted.

80. Cf. Convention on Terrorist Bombings, *supra* note 21. Art. 2(1).

81. *Cf.* Maritime Convention, *supra* note 27. Art. 3(1) (vessels): Fixed Platforms Convention, *supra* note 27.Art. 2(1).

ب- جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای در حقوق داخلی

کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای روش دیگری نیز در توسعه اسناد چندجانبه ضدتروریستی دارد و آن جرم‌انگاری در حقوق داخلی است. این کنوانسیون مستلزم وضع ممنوعیتهای خاصی در قوانین داخلی کشورهای عضو است، در عین آنکه در اجرای تعهدات بین‌المللی اختیارات قابل توجهی به دولتها تفویض می‌کند. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای عموماً الگوی اساسی بنا شده در کنوانسیونهای پیشین مقابله علیه تروریسم را دنبال می‌کند.

نخست، گروهی از فعالیتهای تروریستی که در زمان شناسایی آن صراحتاً موجب نگرانی دولتها بوده است.

دوم، دولتها ملزم به جرم‌انگاری این اقدامات و وضع مجازات در قوانین ملی خود متناسب با عمل مجرمانه هستند؛ و سرانجام دولتها ملزم به اعمال صلاحیت خویش بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی، تابعیت و در صورتی‌که روی کشتی باشد، دولت محل ثبت می‌باشند.

هدف اصلی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای جلوگیری (یا تا حد ممکن کاهش) از ارتکاب جرائم از طریق ممانعت از دسترسی گروههای تروریستی به مواد شکاف‌پذیر، حمایت مالی یا ارائه تجهیزات است. این هدف در ماده ۷ بیان می‌شود بدین ترتیب که دولتهای عضو باید برای مقابله ارتکاب جرائم تروریستی در داخل یا بیرون از قلمرو شان، شامل منع فعالیتهای غیرقانونی افراد، گروهها و سازمانهایی که در قلمرو آنها که به تشویق، تحریک، سازماندهی، تأمین مالی آگاهانه یا ارائه آگاهانه کمک فنی به اشخاص یا سازمانهای تروریستی می‌پردازند با یکدیگر همکاری نمایند.[۸۲] هرچند در کنوانسیون اشاره گذرایی به مسئله تأمین مالی می‌شود در ماده ۷ جلوگیری از دسترسی تروریستها به منابع مالی مورد تأکید قرار می‌گیرد. این ممنوعیت برگرفته از اصول مندرج در کنوانسیون حمایت مالی تروریسم،[۸۳] سال ۱۹۹۹ بود که با قطعنامه مجمع عمومی[۸۴] تصویب شده بود و هدف از آن محو تروریسم از طریق قطع پشتوانه‌های مالی آن می‌باشد. به‌ویژه آنکه تعداد و شدت اقدامات تروریستی بین‌المللی متکی به حمایت مالی است که ممکن است تروریستها کسب کنند.[۸۵]

---

82. Convention on Nuclear Terrorism, supra note 4. Art. 7. This obligation builds upon the 1980 convention on Plastic Explosives, supra note 22, preamble. The Convention on Plastic Explosives also aims to restrict the availability of harmful radioactive materials to terrorists by requiring states to prohibit and prevent the manufacture of unmarked explosives: *Ibid*., Art. II.

83. Convention on Financing Terrorism, *supra* note 27.

84. GA Res 54/109,P 1, UN DOC A/RES/54/109 (25 Feb 2000).

85. Convention on Financing Terrorism, *supra* note 27, Art, 1.

ج ـ هدف، قربانیان غیرنظامی هستند

کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای از الگوی حقوق ضدتروریسم تبعیت می‌کند که به‌موجب آن صدمات یا خسارات وارده برابر یک عمل، استاندارد فعالیت تروریستی است. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای همچون کنوانسیونهای تأمین مالی تروریسم[۸۶] و بمب‌گذاری‌های تروریستی[۸۷] صریحاً اقداماتی را که منجر به فوت یا آسیب جدی بدنی به افراد غیر نظامی می‌شود را منع می‌کند. این ممنوعیت، استاندارد در حال ظهور جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای به‌عنوان یک جرم در حقوق ضدتروریسم بین‌المللی یعنی ایراد آسیب جسمانی جدی به انسان را مورد تأکید قرار می‌دهد.

معاهدات پیشین ضدتروریستی آسیب یا خشونت علیه افراد را منع می‌کنند. در مقابل، کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای صراحتاً به آسیب وارده بر افراد غیرنظامی مربوط است. هر گونه آسیب یا صدمه ناشی از ارتکاب یک عمل منع شده تا سطح یک جرم کیفری ارتقاء می‌یابد.

کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای مستلزم آن است که اقدامات مجرمانه مورد بحث باید مستقل از کنوانسیون، ویژگی «غیرقانونی» داشته باشند بدین معنی که غیر قانونی بودن چنین اقداماتی جهانی است و وابسته به حقوق داخلی یک کشور نمی‌باشد. به همین ترتیب کنوانسیون با انگیزه‌های شخصی محدود نمی‌شود، بدین معنی که مستلزم انگیزه‌های مذهبی، سیاسی یا ایدئولوژیکی برای تعیین وضعیت یک شخص نیست و الزاماً گروههای تروریستی را از گروههای مرتکب جرائم سازمان یافته جدا نمی‌کند. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای وجود عنصر معنوی یعنی اینکه عمل تروریستی هدفمند و ارادی باشد را لازم می‌داند.

کنوانسیون تروریسم هسته‌ای با توجه به اسلافش، تلاشهای بین‌المللی برای محو شکل خاصی از تروریسم جهت حفظ صلح، امنیت و روابط دوستانه میان کشورها را به تصویر می‌کشد. روی سخن این معاهده همچون ۱۲ معاهده همراه آن با افراد است و اقدام دولتها مدنظر آن نمی‌باشد. کنوانسیون حاضر صراحتاً مقرر می‌دارد که فعالیتهای نیروهای مسلح در طی یک مخاصمه مسلحانه در حوزه صلاحیت کنوانسیون نمی‌باشد.[۸۸] اشاره به «شخص»[۸۹] در کنوانسیون ممکن است مقامات دولتی را نیز ملزم کند و کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای صراحتاً اعمال خود را بر چنین اشخاصی مستثنی نمی‌سازد. با وجود این، بنظر می رسد احتمالاً کنوانسیون در صورتی‌که چنین قصدی داشت، کشورها را ملزم به اجرای این امر می‌نمود.

---

86. Convention on Financing Terrorism, *supra* note 31, Art, 2.

87. Convention on Terrorist Bombings, *supra* note 21, Art, 2.

88. Convention on Nuclear Terrorism , *supra* note 4, Art, 4(2).

89. *Cf,* Convention on Financing Terrorism, *supra* note 31, Art, 2(1).

د ـ رفتار با زندانیان

کنوانسیون علاوه بر تعریف ماهیت جرائم، تعیین روشهای مناسب اعمال صلاحیت و تأیید توافقات دولتها به تحقیق، پیگرد قانونی یا استرداد متهمین ادعایی، به نحوه رفتار با زندانیان نیز تأکید دارد. برخلاف دیگر معاهدات ضدتروریستی، کنوانسیون حاضر، آشکارا به مسئله رفتار با مجرمین زندانی بوسیله یک دولت توجه دارد. این کنوانسیون رفتار منصفانه با زندانیان و بهره‌مندی کامل آنها از حقوق مطابق با قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل قابل اعمال از جمله حقوق بین‌الملل بشر را ایجاب می‌کند.[۹۰] هرچند رفتار منصفانه و قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل بدون تعریف و نامشخص است کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای مقرر می‌سازد که وضعیت متهمان می‌بایست به کشور اصلی زندانی و به دبیرکل سازمان ملل اعلام گردد و علاوه بر این باید به نمایندگان کشور متبوع زندانی و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ (ICRC) اجازه ملاقات داده شود و حقوق متهمین باید در قبال درخواستهای غیرقانونی تبعیض‌آمیز استرداد مجرمین یا انتقال بدون رضایت زندانی حمایت شوند.[۹۱] این مقررات در عمل، رویه استرداد غیرارادی مجرمان را محدود می‌کند.

نهایتاً کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای اعلام می‌دارد که یک زندانی از حقوق و تضمین‌های مربوطه راجع‌به حقوق زندانیان در دولت بازداشت‌کننده بهره‌مند خواهد شد.[۹۲] به همین ترتیب اشاره به مقررات قابل اعمال حقوق بین‌الملل در کنوانسیون این مسئله را مطرح می‌کند که منظور، کدام مقررات حقوق بین‌الملل است و این خود مشکل‌زاست.[۹۳] به همین ترتیب مشخص نیست، که آیا افزودن عبارت از جمله «حقوق بین‌الملل بشر» را بایستی این‌گونه

---

90. Convention on Nuclear Terrorism , *supra* note 4, Art, 12.

91. *Ibid* , Art, 10 .

۹۲. این مقرره به این استدلال که آیا قانون ملی از سوی دولت یک کشور مثل مورد ایالات متحده و زندانهای خلیج گوآنتانامو اعمال می‌شود یا خیر و چگونه می‌پردازد. در آن موضوع، برخی مقامات دولت ایالات متحده اظهار داشتند که به‌کارگیری قانون ایالات متحده به این نتیجه منجر می‌شود که حقوقی که زندانیان به‌طور عادی به‌موجب حقوق ایالات متحده از آن بهره‌مند می‌شوند در خصوص زندانیان خارجی زندانی خلیج گوآنتانامو اعمال نمی‌گردد. این افراد اعضای نیروهای مسلح نمی‌باشد، اما در عوض چیزی بیش از «مبارزان غیرقانونی بدون امتیاز» نیستند. به عبارت دیگر، استدلالی که از سوی دولت بوش مطرح گردید آن بود که اعمال حقوق ایالات متحده عملاً به عدم اعمال قانون ایالات متحده منجر می‌شود، حداقل در حالتی که در شرایط دیگر به‌کار رود. زندانیان در زندان گوآنتانامو بمدت نامعینی، نگهداری می‌شوند بدون اینکه رسماً متهم به ارتکاب جرمی می‌شوند، پیگرد یا برای جرمی مورد پیگرد قرار می‌گیرند و یا از برخورداری از وکیل یا یک محاکمه سریع و منصفانه برخوردار شوند. ماده ۱۲ معاهده *مقابله با تروریسم هسته‌ای بدنبال حذف شرایط مشابه در صورت وقوع تروریسم هسته‌ای می‌باشد.*

93 . *See* Convention on Nuclear Terrorism, supra note 4, Art. 16. One might recall, e.g., that disparate views are held by the Bush administration and most other governments as to whether the 1949 Geneva Conventions on the Laws of War apply to the detention of foreign nationals who are incarcerated at Guantanamo Bay.

تفسیر کرد که حقوق بشر بخشی از حقوق بین‌الملل است. استدلالی که می‌توان طرح کرد آن است که عبارت مقررات قابل اعمال حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بین‌الملل بشر به معنای حقوق بین‌الملل قابل اعمال به همراه قواعد بین‌المللی حقوق بشر است. با این وجود دیگران بر این اعتقادند که حقوق بین‌الملل بشر تنها به معنای مجموعه‌ای از قواعد حقوق بین‌الملل است و واژه «قابل اعمال» حقوق بین‌الملل را به‌طور کلی و حقوق بین‌الملل بشر را به‌طور خاص محدود می‌کند. چنین استدلالی بر این دلالت دارد که عبارت «مقررات قابل اعمال حقوق بین‌الملل از جمله «حقوق بین‌الملل بشر» به معنای حقوق بین‌الملل از جمله قواعد حقوق بشر است تاجایی که اعمال می‌شود.

معقول به‌نظر نمی‌رسد که کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای یک زندانی متهم به تروریسم هسته‌ای را در شرایطی رها کند که در عین حال وضعیت او مشابه وضعیت اسیر جنگی و یک جنایتکار معمولی باشد. اسیر جنگی حق ملاقات و ثبت از سوی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ را دارد. با وجود این هیچ تضمینی برای ملاقات افراد از سوی دولت متبوعشان وجود ندارد به‌ویژه اینکه با درک اینکه در یک جنگ سنتی، آن کشور می‌تواند کشور دشمن باشد. از طرف دیگر، یک جنایتکار معمولی حق ارتباط با دولت متبوع خود را دارد، و نه ضرورتاً با کمیته بین‌المللی صلیب سرخ. با وجود این همان‌گونه که قبلاً گفته شد، این امر بدین معنا نیست که کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای می‌تواند در یک خلاء حقوقی کارکرد داشته باشد، زیرا در صدد حمایت و توجه به هر دو حقوق بین‌الملل و حقوق ملی با توجه به شرایط خاص هر مورد می‌باشد.

تا اوایل سال ۲۰۰۷ ، ۱۱۵ کشور کنوانسیون را امضا و ۱۱ دولت آن را تصویب کرده‌اند.[۹۴] کنوانسیون در سی امین روز پس از تاریخ تودیع بیست و دومین سند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق، لازم‌الاجرا می‌شود. تعدادی از کشورهای غیرعضو، از جمله ایالات متحده و روسیه، حمایت شدید خود را از این معاهده اعلام کرده‌اند و به‌نظر می‌رسد در آینده نزدیک لازم‌الاجرا خواهد شد.[۹۵]

شایان ذکر است که پذیرش سیاسی و دامنه حقوقی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای با قطعنامه ۱۵۴۰ شورای امنیت سازمان ملل مصوب آوریل ۲۰۰۴ تقویت می‌شود.[۹۶]

---

۹٤. کشورهای عضو معاهده مقابله با تروریسم هسته‌ای شامل اتریش، جمهوری چک، السالوادور ، هند، کنیا، لاتویا، لبنان، مکزیک، مغولستان، شیسل، اسلواکی هستند.

95. CNT,*supra* note 4, Art. 25.

96. *See* UN Security Council Resolution 1540, UN Doc S/RFS/1540 (2004) (28 Apr. 2004), *available at:*http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/NO4/328/43/PDF/NO432843.pdf?OpenElement (accessed 3 Jan. 2007).

این قطعنامه که براساس فصل هفتم منشور سازمان ملل صادر شد، یک تعهـد حقـوقی الـزام‌آور برای همه اعضای سازمان ملل محسوب می‌شود. حامی اصلی این قطعنامه، ایـالات متحـده، بـه دنبال آن بود که شورای امنیت را به مجاز شمردن اقدامات عملی برای مجبور کردن دولتها برای مقابله با تهدید عوامل غیردولتی، از جمله گروههای تروریستی که به دنبال به‌دست آوردن قاچاق سلاحهای کشتار جمعی هستند تحریک کند. انگیزه صدور این قطعنامه افشاء بازار شـبکه تکثیـر هسته‌ای سازمان یافته دانشمند پاکستانی عبدالغدیرخان در سال ۲۰۰۳ بود.[۹۷]

اگرچه به قطعنامه ۱۵۴۰ در مقدمه کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای اشاره نمی‌شود، اما اهداف آن مستقیماً در کنوانسیون مطرح می‌باشد. تعهد اصلی این قطعنامه در بند ۱ اجرایـی ۱ آن می‌باشد که کشورها را از ارائه هر نوع حمایت به بـازیگران غیردولتـی کـه در صـدد توسـعه، به‌دست آورن، ساخت ، دارا شدن، حمل و نقل، انتقال یا استفاده از سلاحهای هسته‌ای، شـیمیایی یا بیولوژیکی و ابزار به‌کارگیری آنها هستند منع مـی‌کنـد. بـرای جلـوگیری از دخالـت بـازیگران غیردولتی در این اقدامات به تنهایی و بدون حمایت دولت، بند ۲ اجرایی قطعنامه از آن کـشورها تصویب و اجرای قوانین مؤثر از طریق قانونگذاری ملی را درخواست می‌کند که عوامل غیردولتی را از وارد شدن در هریک از این فعالیتها منع کند. بند ۳ اجرایی بـه آن کـشورها اتخـاذ و اجـرای تدابیر مؤثر جهت ایجاد یک سیستم جامع کنترل داخلی برای جلوگیری از تکثیر سلاحهای کشتار جمعی ومواد مرتبط به آن را توصیه می‌کند. بدین منظور، این قطعنامه همچنین مقرر می‌دارد که دولتها باید تدابیر مؤثر مناسـبی بـرای حـسابرسی و تـضمین چنـین اقلامـی در تولیـد، اسـتفاده، ذخیره‌سازی یا حمل و نقل، تقویت کنترلهای مرزی و اقدامات انتظامی برای شناسایی، جلوگیری و مبارزه با خرید و فروش غیرقانونی و تجارت این مواد و توسعه و اجرای کنترلهای صادرات ملی و مؤثر بر چنین اقلامی، وضع و به‌کار گیرند.[۹۸] سرانجام بند ۴ اجرایـی قطعنامـه کمیتـه ویـژه‌ای تحت عنوان«کمیته ۱۵۴۰» مرکب از همه اعضای شورای امنیـت تأسـیس کـرد. کمیتـه ۱۵۴۰ مسئول بررسی و ارزیابی گزارشات کشورهای عضو راجع‌به میـزان پیـشرفت حاصـله مطـابق بـا تعهدات ناشی از کنوانسیون است.[۹۹]

براساس گزارشهای [کمیته] ۱۵۴۰ دولتها مسئولیت عـدم تکثیـر سـلاحهای هـسته‌ای و

---

97. For discussion of A.Q. Khan's role in promoting nuclear proliferation for profit see Langewiesche, 'The Wrath of Khan', Atlantic Monthly (Nov. 2005) and Langewiesche, 'The Point of No Return', Atlantic Monthly (Jan./Feb. 2006).

98. Convention on Nuclear Terrorism, supra note 4. Art. 3(a)-(d)

99. *See* Olberg, 'Implementing Resolution 1540: What the National Reports Indicate' DisarmamentDiplomacy.Issue82(Spring2006). *Available at:* http:// www. acronym. org.uk/ dd/dd82/ 821o.htm (accessed 5 Jan . 2007).

امنیت مواد هسته‌ای در کشورشان را برعهده دارند. علاوه بر این، گزارشهای ارسالی دولتها می‌بایست میزان پیروی دولتها از تعهدات ناشی از قطعنامه ۱۵۴۰ شورای امنیت را مشخص کند. در مورد کشورهایی که در تحقق مفاد قطعنامه کوتاهی می‌کنند، بند ۷ اجرایی مقرر می‌کند که کشورهای دیگر می‌بایست راهکارها و توصیه‌های لازم راجع‌به زیرساختهای حقوقی و تنظیمی مورد نیاز برای رعایت کنوانسیون را ارائه کنند. در این صورت، قطعنامه ۱۵۴۰ می‌تواند به‌عنوان یک اقدام حقوقی لازم‌الاجرا تلقی شود که تبعیت بیشتر از کنوانسیون تروریسم هسته‌ای را تشویق می‌کند.

نتیجه

کنوانسیون تروریسم هسته‌ای چارچوب حقوقی بین‌المللی برای مقابله با تهدیدات تروریستی را گسترش می‌دهد. در این راستا، این معاهده بستر حقوقی لازم برای همکاری بین‌المللی با هدف جلوگیری تروریستها از به‌دست آوردن سلاحهای کشتار جمعی که انفجار آن می‌تواند عواقب فجیعی در یک جامعه ایجاد کند را فراهم می‌کند. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای اقدامات تروریسم هسته‌ای را به‌طور کلی تعریف می‌کند و طیف وسیعی از اهداف مورد توجه شامل نیروگاههای هسته‌ای و رآکتورهای هسته‌ای را برمی‌شمارد. این معاهده دارا شدن، استفاده یا تهدید به استفاده از وسایل رادیواکتیو از سوی عوامل غیردولتی، همدستان و سازمان‌دهندگان آنها در صورتی‌که هدف از این امر مرگ آسیب جدی بدنی یا خسارت مالی و زیست محیطی باشد را جرم‌انگاری می‌کند. کشورهای متعاهد ملزم به اتخاذ تدابیری هستند که آشکارا مقرر کنند اعمالی که هدف از آنها ایجاد هراس هسته‌ای باشد تحت هیچ شرایطی از جمله ملاحظات سیاسی، فلسفی، ایدئولوژیکی، نژادی، قومی، مذهبی یا دیگر ملاحظات مشابه قابل توجیه نیستند. به‌عبارت دیگر کشورها ملزم به جرم‌انگاری اقدامات تروریسم هسته‌ای همان‌گونه که در کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای تعریف گردیده و اصلاح قوانین جزایی داخلی خود جهت دستگیری، پیگرد قانونی و مجازات اشخاصی هستند که آنها را نقض می‌کنند. این معاهده تبادل بیشتر اطلاعات و همکاری گسترده‌تر بین کشورها در تعقیب تروریست‌های مظنون را تشویق می‌کند. در حالی‌که به هیچ شکل خاصی از مجازات در کنوانسیون به‌طور روشن اشاره شده اما اقدامات تنبیهی می بایست متناسب با شدت نقض باشد.

کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای دولتها را به همکاری در پیشگیری از حملات تروریستی با تسهیم اطلاعات و کمک به یکدیگر در پیگیری تحقیقات جزائی و اقدامات استرداد مجرمین تشویق می‌کند. این کنوانسیون همچنین ایجاب می‌کند که هرگونه ماده هسته‌ای یا رادیولوژیکی ضبط شده مطابق با استانداردهای حفاظتی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی محافظت

شود و ترتیبی اتخاذ شود که چنین رویه‌هایی مطابق با استانداردهای بهداشت و ایمنی و حفاظت فیزیکی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باشد. به همین ترتیب استفاده صلح‌آمیز انرژی هسته‌ای در این معاهده محفوظ می‌ماند. کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای توسعه و به‌کارگیری انرژی هسته‌ای برای اهداف صلح‌آمیز را حق همه کشورها می‌داند. این حق، البته مبتنی بر آن است که توسعه انرژی هسته‌ای برای اهداف صلح‌آمیز همان‌گونه که از سوی شورای امنیت در قطعنامه ۱۵۴۰ تأکید گردیده به‌عنوان پوششی برای تکثیر هسته‌ای مورد استفاده قرار نگیرد.

همانطوری که رویدادهای اخیر به وضوح نشان می‌دهد، انتشار کنوانسیونهای چند جانبه برای مقابله با اقدامات تروریسم و جلوگیری از ارتکاب آنها کافی نیست. ارزش اساسی یک معاهده در آن است که جزء لاینفک یک استراتژی وسیع‌تر، جامع‌تر و هماهنگ برای مبارزه با تروریسم باشد.

با وجود این، این حقیقت همچنان باقی است که یک توافق بین‌المللی به تنهایی نمی‌تواند تهدید تروریسم هسته‌ای را کاهش دهد. اگر قرار است کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای مؤثر باشد دولتها باید آن را رعایت، پیروی و اجرا کنند. دولتها کنوانسیون را منعقد می‌کنند، آنها باید از طریق حقوق داخلی خود آن را اجرا کنند و تابع مقررات آن باشند و مفاد آن را عملی سازند. تا جایی که دولتها این مسئولیتها را اجرا می‌کنند، این توافق بخوبی به اجرا درمی‌آید و به اهدافش خواهد رسید و هر چقدر که دولتها در تحقق تعهدات خود کوتاهی کنند، مراقبتهای خاص علیه تروریسم هسته‌ای در این کنوانسیون اثری ندارد.

در پایان، در حالی‌که کنوانسیون مبارزه با تروریسم هسته‌ای به‌عنوان یک عنصر ضروری رژیم حقوقی برای مقابله با فعالیت های تروریستی آشکار می‌شود اما کافی نیست. این کنوانسیون هنجارهای جدیدی را برای رفتار بین‌المللی از سوی افراد حقیقی ایجاد می‌کند و تعهداتی را برای اجرای آن قواعد بر دولتها تحمیل می‌کند. با این حال هنجارهای کاغذی نمی‌تواند تهدیدات دنیای واقعی را برطرف کنند. دولتها باید سیاست روشنی را به‌ویژه با در نظر گرفتن تلاشهای بین‌المللی مشترک برای ایمن‌سازی و تبادل اطلاعات در مورد اهداف، قابلیتها و طرحهای عملیاتی گروههای تروریستی که درصدد منفجر کردن تأسیسات هسته‌ای هستند درپیش گرفته و اجرا کنند. به‌علاوه این اهداف باید از طریق اراده سیاسی قاطع دولتها انجام شود که در صورت لزوم شامل استفاده از نیروهای مسلح برای دستیابی به آن اهداف می‌باشد.

در پایان، بایستی اظهار داشت که کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای به‌عنوان یک معاهده بین‌المللی چارچوب حقوقی برای جرم‌انگاری اقدامات تروریسم هسته‌ای و رفتار با متهمان بازداشت شده ایجاد می‌کند. اما این به عهده سیاست‌گذاران دولتی است که شیوه‌های قانونی

ضروری شامل استفاده از نیروی نظامی، برای اجرای این تعهدات حقوقی برای حفاظت و مراقبت از جوامع خود در برابر چنین تهدیداتی را اتخاذ کنند. در غیر این صورت ارزش عملی و سودمندی کنوانسیون مقابله با تروریسم هسته‌ای از دست می‌رود. بدتر از آن، نیز به خطـر انـداختن همـان جوامع مورد تهدید از سوی تروریست‌هایی می‌باشد که به‌دنبال دستیابی به سـلاحهای هـسته‌ای هستند. در عصری که یک شخص با در دست داشتن سلاحهای کشتار جمعی می‌توانـد همـه را تهدید کند پرداخت چنین بهای سنگینی برای جامعه بین‌المللی بسیار دشوار است.

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۴۲۶ـ۳۱۹، تاریخ دریافت مقاله: ۸۶/۱۰/۱، تاریخ پذیرش سند: ۸۶/۱۱/۲۰

شماره ارجاع: [2007] EWCA Civ 1374
شماره پرونده: A2/2007/0902/QBENF, A2/2007/0902(A) FC3

دادگاه استیناف (بخش مدنی)
استیناف از رأی جناب آقای قاضی گری
TLQ/06/0601
Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL
تاریخ: ۳۰ آذر ۱۳۸۶ (برابر با ۲۱ دسامبر ۲۰۰۷)

در محضر:
قاضی عالی انگلستان و ولز
جناب قاضی محترم لرد وال (Lord Justice Wall)
و جنـاب قـاضی محتـرم لـرد لارنس کالینز
(Lord Justice Lawrence-Collins)
فیمابین:
تجدیدنظرخواه: دولت جمهوری اسلامی ایران
و
تجدیدنظرخوانده: گالری برکت با مسئولیت محدود
سر سیدنی کنتریج، نورمن پالمر و دیوید اسکنل از مؤسسه ویدرز ال ال پی (Messrs Withers LLP) **از طرف تجدیدنظرخواه**
فیلیپ شپرد و دیوید هربرت از مؤسسه لین و شرکاء ال ال پی (Messrs Lane & Partners LLP) **از طرف تجدیدنظرخوانده**
تاریخ‌های استماع: ۱۷ و ۱۸ مهر ۱۳۸۶ برابر با ۱۰ـ۹ اکتبر ۲۰۰۷
حکم تأیید شده است*

*. این حکم توسط خانم شیلا مالکی دیزجی از انگلیسی به فارسی برگردانده شد و آقایان علیرضا ابراهیم گل و حسن قمـری و خانم فاطمه نوریه تهرانی ترجمه فارسی آن را ویرایش نمودند.

لرد فیلیپس از وورث متراورس:

مقدمه

۱ـ در صدور تصمیم حاضر در خصوص استیناف از رأی قاضی گری مورخ ۹ فروردین ۱۳۸۶ در رسیدگی به دو مسئله مقدماتی در دعوای مطروحه از سوی تجدیدنظرخواه (ایران) برای استرداد اشیاء عتیقه‌ای که حسب ادعا جزء میراث ملی ایران می‌باشد همه اعضا مشارکت کرده‌اند. قاضی گری درخصوص آن مسائل به نفع تجدیدنظرخوانده (*برکت*) رأی داد. یافته‌های وی برای این ادعا تعیین‌کننده است. به‌علت اهمیت این مسائل او نه تنها برای ایران بلکه برای سایر کشورهایی که درصدد بازپس‌گیری اشیاء عتیقه ارزشمندی هستند که جزء میراث ملی آنان می‌باشد امکان استیناف را فراهم ساخت.

۲ـ حفاری‌های غیرقانونی و قاچاق اشیاء عتیقه تجارت بسیار بزرگی شده است. در سال ۱۹۷۰ امضاکنندگان کنوانسیون یونسکو در خصوص اتخاذ تدابیر لازم برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی (که در سال ۲۰۰۲ به تصویب انگلستان رسید) نه فقط هریک از کشورهای عضو را به حفاظت از اموال فرهنگی در درون مرزهای خود علیه خطرات سرقت، حفاری مخفیانه و قاچاق غیرقانونی ملزم کردند، بلکه ضرورت فعال شدن کشورهای عضو نسبت به تعهدات اخلاقی برای احترام به میراث فرهنگی همه ملتها و اینکه حفاظت از میراث فرهنگی صرفاً در صورتی می‌تواند مؤثر باشد که در سطح ملی و بین‌المللی با همکاری نزدیک میان کشورهای عضو سازماندهی شود را به رسمیت شناختند. (مطالب مقدماتی ۳، ۴ و ۷ سند). در دیوانعالی ایرلند، قاضی‌القضات فینلی[1] اظهار داشت که همه دنیا قبول دارند که یکی از مهمترین داراییهای ملی متعلق به مردم میراث آنان و اشیائی است که به‌منزله دروازه‌ای به تاریخ باستانی آنان است؛ و جزء ضروری حاکمیت در یک دولت مدرن، مالکیت اشیاء عتیقه مهمی است که کشف شده و مالک مشخصی ندارد:

Webb v. Ireland [1988] I.R.353 at 383.

۳ـ در این استیناف، ایران درصدد است مالکیت خود نسبت به اشیاء عتیقه‌ای را که حدود ۵۰۰۰ سال قدمت دارند اثبات کند. این استیناف سؤالاتی را در خصوص شناسایی یا اجرای قوانین میراث ملی خارجی مطرح می‌سازد که در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz [1984] AC1 (CA and HL)* بی‌پاسخ مانده است. از زمان احکام دادگاه استیناف در سال ۱۹۸۲ و مجلس اعیان در سال ۱۹۸۳، انگلستان کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو را تصویب کرده است.

---

1. Finlay CJ.

۴ـ اشیاء عتیقه مرکب از هیجده کوزه، پیاله و فنجانهای حکاکی شده‌ای است که از جنس کلریت است (عتیقه‌جات). ایران مدعی است که قدمت آنها به دوره ۳۰۰۰ سال قبل از میلاد تا ۲۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح برمی‌گردد و از حفاری‌های اخیر در منطقه جیرفت ایران که به‌موجب قوانین ایران غیرمجاز و غیرقانونی بوده به دست آمده‌اند. **برکت** منشأ این اشیاء عتیقه را انکار کرده است اما به‌نظر می‌رسد که ادعاهای ایران برای رسیدگی به مسائل مقدماتی صحیح باشد.

۵ـ ***برکت*** صاحب یک گالری در لندن است که از طریق آن آثار هنری باستانی و عتیقات سراسر دنیا را خرید و فروش می‌کند. **برکت** عتیقات را در لندن در اختیار دارد. (***برکت***) مدعی است که آنها را از فرانسه، آلمان و سوئیس به‌موجب قوانینی که حق مالکیت نسبت به آنها داده است، خریداری کرده است. ایران این امر را نمی‌پذیرد. برای رسیدگی مسائل مقدماتی، ایران نمی‌تواند هیچ حق مالکیتی نسبت به این عتیقات جز تصرف آنها مطرح کند.

۶ـ مسائل مقدماتی که دستور رسیدگی به آنها صادر شده بود به‌شرح ذیل است:

(۱) آیا (ایران) به‌موجب مقررات قانونی ایران که در «جزییات اصلاحی دعوی» اظهار کرده، می‌تواند اثبات کند که بنابر قانون ایران مالک (عتیقات) می‌باشد و در آن صورت، به چه ترتیب؛

و

(۲) چنانچه خواهان (ایران) بتواند اثبات کند که به‌موجب قوانین ایران چنین حق مالکیتی دارد آیا این دادگاه باید آن حق مالکیت را به رسمیت بشناسد و/ یا اجرا نماید.

۷ـ مسئله اول نشانگر این حقیقت بود که هر دو طرف متفقند که موضوع حق مالکیت اشیاء عتیقه باید طبق قانون ایران یعنی قانون محل وقوع آن هنگام تحصیل چنین حق مالکیتی تعیین شود. ادعای اولیه ایران آن بود که قوانین ایران حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات به ایران اعطا کرده است که به‌موجب آن ایران حق تقاضای بازپس‌گیری آنها در رسیدگی‌های قضائی انگلستان را دارد. معذالک، در ادامه ادعای جایگزینی مطرح گردید که به‌موجب قوانین ایران، ایران «حق بلافصل تصرف» عتیقات را دارد که مبنای طرح ادعایی در انگلیس دایر بر تصرف من غیر حق یا دخالت من غیر حق در این اشیاء شده است. **برکت** به‌طور موفقیت‌آمیزی هر دو ادعا را رد کرد. بنابراین، جناب قاضی «با اندکی تأسف» به اولین سؤال پاسخ منفی داد (بند ۵۹).

۸ـ مسئله دوم بازتاب استدلال **برکت** است دایر بر اینکه چنانچه قوانین ایران حقی به ایران در ارتباط با این عتیقات داده است چنین قانونی جزایی یا عمومی بوده و بنابراین در این

قلمرو غیرقابل اجراست. همان‌طور که جناب قاضی به مسئله اول پاسخ منفی داد، ثابت شد که این موضوع نیز آکادمیک است. با وجود این، جناب قاضی آن را مختصراً مورد بررسی قرار داد. وی نتیجه‌گیری کرد که قوانین ذی‌ربط مورد استناد ایران ماهیتاً جزایی و عمومی است و در نتیجه در این کشور قابل اجرا نیست یا نمی‌تواند مستندی برای مبنای ادعای ایران به جبران باشد. این مورد نیز یک نتیجه‌گیری بود که جناب قاضی (بند ۱۰۰) « یک مورد اسف‌انگیز» توصیف کرد و اضافه کرد (احتمالاً وی از تصویب کنوانسیون یونسکو توسط انگلیس بی‌اطلاع بوده است) که پاسخ می‌تواند همانی باشد که توسط لرد دنینگ در پرونده ortiz ارائه گردید، یعنی کنوانسیون بین‌المللی مربوط به این موضوع.

۹ـ جناب قاضی ادله دو تن از کارشناسان را در مورد قوانین ایران استماع کرد. پروفسور محمد طالقانی ادله ایران و آقای حمید صبی ادله **برکت** را ارائه کرد. آنان در مورد مقررات موضوعه ذی‌ربط ایران اتفاق نظر اما در مورد اثر آنها اختلاف‌نظر داشتند. پروفسور طالقانی اظهار داشت که آنها نشانگر این حقیقت هستند که ایران مالک عتیقات مزبور می‌باشد. آقای صبی اظهار داشت که چنین نیست. جناب قاضی نتیجه‌گیری کرد که نظر آقای صبی بر نظر پروفسور طالقانی مرجح است. بر این اساس وی نتیجه‌گیری کرد که ایران هیچ‌گونه حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات ندارد. جناب قاضی در ادامه افزود که قوانین ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را مقرر می‌دارد اما از آنجایی که این امر یک حق مالکانه نمی‌باشد نمی‌تواند مبنایی برای ادعای تصرف من غیرحق و مداخله غیرقانونی باشد.

۱۰ـ به‌موجب این استیناف ایران مدعی است که جناب قاضی اشتباهاً نتوانست به این باور برسد که ایران حق مالکانه‌ای نسبت به این عتیقات دارد که او را محق به بازپس‌گیری آنها می‌کند. به همین ترتیب ایران مدعی است که حق بلافصل تصرف عتیقات می‌تواند به‌طور مقتضی مبنای ادعای تصرف من غیر حق یا مداخله غیرقانونی در این اشیا باشد. **برکت** درصدد است که بنابر دلایلی رأی جناب قاضی مورد تأیید قرار گیرد جز آنکه تجدیدنظرخوانده به‌موجب اخطاری این یافته جناب قاضی دایر بر اینکه قوانین ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را به ایران می‌دهد را مورد اعتراض قرار می‌دهد.

۱۱ـ ما پیشنهاد می‌کنیم که مسائل مطروحه در این استیناف به ترتیب ذیل بررسی شود:

الف) خواهان چه نفعی درامـوال منقـول را بایـد نـشان دهـد تـا مبنـایی بـرای ادعـای تـصرف من‌غیرحق در این قلمروی قضائی باشد؟

ب) ایران اساساً از چه منفعتی در این عتیقات برخوردار است؟

ج) آیا آن حق دلیلی برای اقامه دعوای تصرف من غیر حق به‌موجب قوانین انگلیس می‌باشد؟

چه منفعتی در اموال منقول مبنای دلیل اقامه دعوای تصرف من غیر حق به‌موجب قوانین انگلیس می‌باشد؟

۱۲ـ ادعای ایران به‌نحو مقرر در قانون مسئولیت مدنی (دخل و تصرف در کالا) مصوب ۱۹۷۷[2] در مورد تصرف من غیر حق می‌باشد. بخش اول قانون مذکور مقرر می‌دارد:

«تعریف دخل و تصرف غیرقانونی در کالا»

در این قانون «دخل و تصرف غیرقانونی» یا «دخل و تصرف غیرقانونی در کالا»، به‌معنای موارد ذیل است:

(الف) تصرف من غیر حق کالا (که غصب نیز خوانده می‌شود)؛

(ب) تعدی به کالا؛

(ج) غفلت تا حدی که به ایراد خسارت به کالا یا منافع ناشی از آن منجر گردد؛

(د) به‌موجب بخش ۲، هرگونه شبه جرم تا جایی که منجربه خسارت به کالا یا منافع ناشی از آن گردد».

۱۳ـ بخش ۲ از قانون مذکور مقرر می‌دارد:

«خلع ید

۱ـ غصب کان لم یکن می‌شود.

۲ـ دعوی برمبنای تصرف من‌غیر حق بابت فقدان یا تلف کالاست که امین در تخطی از وظایف خود نسبت‌به امانت‌گذار موجب آن شده است (یعنی در موردی است که در غیر این صورت تصرف من غیر حق نبوده لیکن قبل از اینکه خلع ید شود غصب بوده است)».

۱۴ـ این قانون امکان برخورداری از منافع مختلف در کالا را به رسمیت می‌شناسد. بنابراین بخش ۷ مقرر می‌دارد:

«مسئولیت مضاعف»

(۱) در این بخش «مسئولیت مضاعف» به‌معنای مسئولیت مضاعف متخلف که ممکن است در موارد زیر مطرح شود:

(الف) جایی که یک یا دو یا چند حق اقامه دعوی برای مداخله متخلفانه مبتنی بر حق تصرف مطرح باشد؛ یا

(ب) جایی که میزان خسارات دعوای دخل و تصرف غیرقانونی بر پایه حق مالکانه معادل یا شامل کل

---

2 . Torts (Interference) with Goods Act 1977.

ارزش کالا باشد، گرچه منفعت آن یکی از دو یا چند منفعت کالا باشد.
(۲) در رسیدگی‌هایی که هر یک از دو یا چند خواهان طرف باشند، جبران خسارت باید به‌گونه‌ای باشد که از مسئولیت مضاعف متخلف بین آن مدعیان اجتناب شود».

۱۵ـ قانون مذکور «حق تصرف» یا «حق مالکانه» را تعریف نمی‌کند و به‌علت تداخل بین این دو در این حیطه قانونی مشکل پدید می‌آید. اساساً، حقوق کامن‌لو تمایزی بین حق تصرف و حق مالکانه قائل نیست. تصرف (وضع ید) یک مال منقول حق مالکیت نسبت به آن می‌دهد. در صورت انتقال غیرارادی تصرف برای مثال در نتیجه فقدان یا سرقت مال منقول، شخصی که بدواً مال منقول را تصرف کرده بوده حق مالکیت مرجحی نسبت به متصرف بعدی دارد. متصرف بعدی حق مالکیت معتبری در مقابل کل دنیا بجز متصرف قبلی دارد. هر متصرفی می‌تواند علیه شخص ثالثی که در مال منقول مزبور دخل و تصرف کرده ادعا کند که وی حق بلافصل تصرف داشته است.

۱۶ـ منافع مال منقول قابل تسهیم است و این حقیقت است که تمایز بین حق مالکیت و تصرف را مطرح می‌سازد. بنابراین، جایی که متصرف قبلی (امانت‌گذار) طبق این شرایط، وضع ید را به متصرف بعدی (امین) اعطاء می‌کند که برای امانت‌گذار منفعت رجعی در مال منقول مذکور حفظ شود، می‌توان گفت امانت‌گذار از «حق مالکانه» و امین از حق «تصرف» برخوردار است. بنابراین، دخل و تصرف غیرقانونی در مال منقول می‌تواند برای منافع دو طرف زیانبار باشد.

۱۷ـ دخل و تصرف غیرقانونی در مال منقول دو مبنای مختلف اقامه دعوی را مطرح می‌کرد که عمدتاً همزمان بودند. غصب که دخل و تصرف حق مالکانه خواهان بوده و تصرف من‌غیر حق که دخل و تصرف در حق تصرف خواهان است. چنانچه کالا در ید امین در نتیجه تخلف از وظایف خود نسبت به امانت‌گذار مفقود یا تخریب می‌شد، ادعای مقتضی، تا پیش از قانون ۱۹۷۷ باید برمبنای غصب مطرح می‌شد و نه تصرف من غیر حق. معذالک، چنانچه ادعا را متصرف علیه شخص ثالث متخلفی مطرح سازد، ادعای مزبور یا برمبنای غصب مطرح می‌شود یا تصرف من غیر حق.

۱۸ـ شخصی که مال منقول را در ید دارد می‌تواند علیه شخصی که به‌طور غیرقانونی وی را از آن تصرف محروم کرده دعوای تصرف من غیر حق مطرح کند.

۱۹ـ در وضعیتی که (الف) که متصرف مال منقول است یا اینکه حق تصرف بلافصل مال منقول را دارد موافقت کند که دیگری (ب) بتواند تصرف مال مزبور را داشته باشد، اختلاف وجود دارد. آیا (ب) می‌تواند به حق قراردادی تصرف بلافصل خود به‌عنوان مبنایی برای دعوای تصرف من غیر حق علیه ج که در مال منقول به‌طور غیرقانونی دخل و تصرف کرده است استناد

کند؟ چنانچه الف به‌موجب قرارداد نه صرفاً تصرف بلکه مالکیتی که از آن برخوردار است را نیز به ب انتقال داده باشد، به‌نحوی که ب هم از حق مالکانه و هم حق بلافصل تصرف برخوردار شود، وی حق اقامه دعوای تصرف من غیر حق را خواهد داشت. با وجود این، چنانچه الف حق مالکانه خود را حفظ کرده باشد، مشخص نیست که ب بتواند با اتکاء به حق قراردادی بلافصل خود برای تصرف مبنایی برای طرح دعوای تصرف من غیر حق داشته باشد. ایران مدعی است او [ب] می‌تواند؛ و **برکت** مدعی است او نمی‌تواند.

۲۰ـ ویرایش چهارم قوانین انگلیس نوشته هالزبری،[3] جلد ۴۵ (۲) اشعار می‌دارد:

«**۵۵۹. حق تصرف و اموال.** جهت اقامه دعوی با عنوان تصرف من‌غیرحق، مدعی باید نشان دهد که وی یا تصرف داشته یا حق بلافصل تصرف مال منقول در زمان اقدام مورد نظر را داشته است. هریک از این دو رابطه با مال منقول، حق مالکانه لازم برای اثبات دعوای تصرف من‌غیرحق را تأمین می‌کند. چنانچه یکی از این دو مورد نشان داده شود، لازم نیست که خواهان مالک مال منقول باشد تا در طرح دعوای تصرف من‌غیرحق موفق باشد؛ در واقع، مالک مسئول تصرف من‌غیرحق نسبت به شخصی است که یا تصرف داشته یا حق بلافصل تصرف در زمان اقدام مالک را داشته است.

۵۶۰. حق قراردادی تصرف. به‌نظر می‌رسد حق قراردادی صرف برای تصرف جهت اقامه دعوی تصرف من‌غیرحق کفایت می‌کند و نیازی نیست که حق تصرف خواهان ناشی از منفعت مالکانه در مال منقول باشد».

۲۱ـ این اظهارات در نوشته‌های کتب درسی ذی‌ربط ذیل نیز مورد تأیید قرار گرفته‌اند:

(۱) Salmond, Law of Torts, 21st ed. 1996, p. 108: «هرگاه کالایی من‌غیرحق تصرف گردد، شخصی که هنگام تصرف من‌غیرحق تصرف واقعی داشته یا حق تصرف بلافصل آنها را داشته است می‌تواند طرح دعوی کند».

(۱) Winfield and Jolowicz, Tort, 17th ed. 2006, at p.762 اظهار می‌دارد که خواهان می‌تواند مدعی تصرف من‌غیرحق باشد چنانچه در زمان اقدام خوانده علیه وی، او حق بلافصل تصرف مال منقول را «بدون مالکیت یا تصرف واقعی» داشته باشد.

(۲) Markesinis and Deakin, Tort Law, 5th ed. 2003, at p.436:

---

3. Halsbury's Laws of England.

«به‌منظور امکان اقامه دعوای [تصرف من‌غیرحق] خواهان باید یکی از [حقـوق] حق مالکیت، تصرف (وضع ید)، یا حق بلافصل تصرف را داشته باشد».

(۳) F. H. Lawson, Remedies of English Law, 2nd ed. 1980, at p. 122

«در دعوای خلع ید و تصرف من‌غیرحق [خواهان] باید حق مالکیت خود را اثبات کند یعنی اثبات کند که وی حق تصرف بلافصل زمین یا مال منقول را دارد».

۲۲ـ این مطالب بی‌قید و شرط که به‌موجب آنها حق بلافصل تـصرف بـه‌عنـوان مبنـای اقامه دعوای تصرف من‌غیرحق کفایت می‌کند باید با دیدگاه جدید ویراستاران ویـرایش نـوزدهم Clerk and Lindsell, Torts (para 17-59) مقایسه گردد:

«**حق خواهان باید مالکانه باشد.** برای این منظور، به‌نظر می‌رسد که حق بلافصل تصرف که مالک به آن استناد می‌کند باید حقی مالکانه باشد؛ حق قراردادی صرف کافی نیست».

در حمایت از این گفته به دو رویه قضائی اشاره شده است،

Jarvis v. Williams [1955] 1 WLR 71; *International Factors v. Rodriguez* [1979] 1 QB 351.

جناب قاضی این منابع را مد نظر قرار داده و اعتقاد داشته که آنها مؤیـد مـتن مرقـوم در کتابClerk and Lindsell است. وی در نتیجه اظهار داشت (بند ۷۱):

«به همین دلیل من معتقدم که در دعوای فعلی ایران باید ماهیـت مالکانـه حـق تـصرف خـود نسبت به عتیقات را اثبات کند، همان‌طورکه برای موفقیت دعوای غصب (تصرف من‌غیـرحـق) یا دخل و تصرف غیرقانونی در مال غیرمنقول نیز لازم است. به همان دلایـل کـه پیـشتر ارائـه کردم این همان چیزی است که ایران قادر به انجام آن نیست».

۲۳ــ *Jarvis v. Williams* [1955] 1 WLR 71 مربـوط بـه دعـوای غـصب بـود. پترسون[۴] تعدادی وسایل حمام به خواهان ــ Jarvis ـ سفارش داد. Jarvis بنابه درخواسـت وی آنها را به ساختمان محل خوانده ویلیامز تحویل داد. پترسون وجهی برای کالای مزبـور پرداخـت نکرده و توافق کرده بود که Jarvis می‌تواند آنها را پس بگیرد. ویلیامز به Jarvis اجازه نداد کـه آن قطعات را جمع‌آوری کند و Jarvis علیه وی اقامه دعوی کرد. جناب قاضـی معتقـد بـود کـه ادعای وی بجا بوده است. دادگاه استیناف این یافته را نقض کرد.

---

4. Paterson.

۲۴ـ لرد اورشد ام آر [۵] پس از اشاره به بخش مربوط در رأی مرحله بدوی اظهـار داشـت (بند ۷۴):

«من معتقدم که حق قراردادی که خواهان در مقابل پترسون بـرای رفـتن و اسـترداد آن امـوال منقول از کارگزار پترسون داشته است حقی است که بـرای قـادر سـاختن خواهـان بـرای طـرح دعوای غصب این اموال منقول علیه کارگزار صاحب اموال کافی است. اما با تمام احترامـی کـه برای جناب قاضی دادگاه شهرستان قائلم اینجانب نمی‌توانم آن را به‌عنوان یـک فرضـیه خـوب قانونی بپذیرم. طبقات خاصی از اشخاص، برای مثال امانت‌داران [۶] بی‌تردید حـق خاصـی بـرای طرح دعواهای مطالبه قیمت مال غصبی و خلع ید دارند، اما من فکر می‌کـنم کـه قاعـده کلـی همان‌طورکه در Halsbury's Laws of England, 2nd ed., vol.33 at p.62, para. 98 به‌درستی بیان شده این است که « به‌منظور طرح دعـوای مطالبـه قیمـت مـال غـصبی یـا خلع‌ید، شخص باید حق تصرف و حق مالکیت اموال منقـول در زمـان تـصرف مـن‌غیرحـق یـا حبس را داشته باشد؛ و چنانچه وی هنگام تصرف من‌غیرحق ادعایی، مالکیـت امـوال منقـول را واگذار کرده باشد، یا چنانچه هنگام تصرف من‌غیرحق ادعـایی، مالکیـت وی نـسبت بـه امـوال منقول با انتقال مالی که به‌موجب قانون فاکتورز ۱۸۸۹ [۷] معتبر است سلب شده باشد، نمـی‌توانـد در این‌خصوص اقامه دعوی کند».

۲۵ـ لرد اورشد پس از اشاره به این قضیه ادامه داد (در ۷۵):

«بی‌تردید اگرچه به عبارتی صحیح است، و یقیناً به مفهوم اصلی ابتـدایی (قـرون وسـطایی) آن هنگامی که از اموال منقول صحبت می‌شود حق تصرف بلافصل نسبت به آنها به ذهـن متبـادر می‌شود، با وجود این معنی اموال منقول اکنون به‌خوبی قابل درک است. این موضوع در قـانون فروش اموال منقول مصوب ۱۸۹۳ [۸] آمده است. اگرچه خواهان می‌توانست به‌موجب قرارداد بین خود و پترسون حقی داشته باشد که چنانچه نقض شود بتواند موضوع دعوایی بابت نقض قرارداد باشد، و اگرچه وی خود حق رفتن و تصرف آن اموال منقول را داشت اما تا زمانی که چنان کنـد طبق تفسیر اینجانب از این ترتیبات، در معنایی که این شرط آن‌طورکه من فکر می‌کنم اکنـون عموماً قابل درک است، وی هیچ نفع مالکانه‌ای در این اموال منقول نداشته است. لـذا براسـاس رویه‌هایی که ذکر کردم، به‌نظر می‌رسد وی مبنای لازم را نداشته است کـه براسـاس آن بتوانـد

---

5. Lord Evershed MR.
6. Bailees.
7. Factors Act, 1889.
8. Sale of Goods Act, 1893.

دعوای غصب علیه خوانده را مطرح کند. بی‌تردید، وی می‌توانست علیه پترسون بابت قیمت اموال منقول یا خسارات ناشی از نقض این ترتیبات برای استرداد اموال منقول هنگامی که خوانده از تحویل آنها امتناع کرد، اقامه دعوی کند. اما من فکر می‌کنم که حقوق خواهان در ارتباط با این اموال منقول طوری نبود که وی را محق به اقامه دعوای خلع ید علیه خوانده نماید که در آن زمان تصرف اموال منقول را به‌عنوان کارگزار (نماینده) از طرف شخصی که مالکیت آن اموال با اوست برعهده داشته است».

۲۶ـ گروه مشاوران حقوقی ایران در طرح استدلالی خود در صدد بودند تا این قضیه را بر این مبنا که به دعوای خلع ید مربوط می‌شود. و نه دعوای تصرف من غیر حق از آن قضایا متمایز سازند. اشاره لرد اورشد به Halsbury چنین القاء می‌کند که وی چنین تمایزی را قائل نیست. *Jarvis v. Williams* پرونده‌ای است که تجزیه و تحلیل آن مشکل است. دادگاه شهرستان و دادگاه استیناف، هردو آماده بودند تا بر این مبنا که خواهان حق قراردادی برای استرداد اموال منقول از خوانده را داشته به آن رسیدگی کنند اما ماهیت دقیق این قرارداد بیان نشده است. چنانچه تجزیه و تحلیل قراردادی مناسب باشد، ما فکر می‌کنیم که قرارداد مزبور یک قرارداد مشروط بوده که به‌موجب آن توافق شده بود که چنانچه خواهان تصرف اموال منقول را بازپس گیرد، وی آنها را در ادای تعهد پترسون به پرداخت برای آنها دریافت خواهد کرد. آن قراردادی نبود که به‌موجب آن پترسون قصد انتقال حق بلافصل خود در تصرف اموال منقول را به خواهان داشته باشد. گرچه متنی که ما از حکم لرد اورشد ذکر کردیم یقیناً مؤید ادعای **برکت** است هنگامی که حقایق این پرونده بررسی می‌شود ما به آن توجه نمی‌کنیم اگرچه می‌تواند به‌عنوان رویه‌ای لازم‌الاجرا برای این ادعا تلقی گردد که حق قراردادی بر تصرف بلافصل هرگز نمی‌تواند مبنای دعوای تصرف من غیر حق باشد.

۲۷ـ ایران در طرح کلی خود استدلال می‌کند که تا جایی که استدلال لرد اورشد به شبه جرم تصرف من غیر حق نیز تسری یابد، نمی‌توان از آن پیروی کرد؛ زیرا با برخی رویه‌های جدیدتر در تعارض است که ما برخی از آنها را بعداً مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲۸ـ سر دیوید کایرنز[9] هنگام صدور حکم *International Factors v. Rodriguez* [1979] 1 QB 351 گفته بود که از قضیه *Jarvis v. Williams* پیروی می‌کند. آن پرونده متضمن یک توافق حق‌العمل‌کاری بود که به‌موجب آن خواهانها بدهی‌های دفتری شرکتی را خریداری کرده بودند که خوانده، مدیر آن بود. این قرارداد مقرر می‌کرد که چنانچه چکی بجای

9. Sir David Cairns.

پرداخت به خواهانها به شرکت پرداخت شود، باید به‌طور امانی برای خواهانها نگهداری و به آنـان منتقل شود. نقض این توافق توسط خوانده باعث شد تا چهـار مـورد چـک ایـن چنینـی در وجـه حساب بانکی شرکت پرداخت شود. دعوای تصرف من غیر حق خواهان پذیرفته شـد. سـر دیویـد رأی داد که قضیه *Jarvis v. Williams* محرز ساخت که مدعی تصرف من غیر حق باید نه تنها حق بلافصل تصرف را بلکه باید نفع مالکانه در موضـوع دعـوی را اثبـات کنـد. مـع‌ذالـک، نفـع خواهان در این چک‌ها این شرط را برآورده می‌کرد. لرد بریج[10] اظهار داشت که وی موافق است. با وجود این، لرد باکلی [11] معتقد بود که حق قراردادی خواهانها برای درخواسـت تحویـل فـوری چک‌ها به‌عنوان مبنای دعوای تصرف من غیر حق کفایت می‌کند، خـواه امانـت بلافـصل منـضم چک‌ها باشد یا خیر.

۲۹ـ قضیه *International Factors v. Rodriguez* مورد توجه هر سه عـضو دادگـاه اسـتیناف در پرونـده *MCC Proceeds v. Lehman Brothers International(Europe) 1998 4 All ER 675* قرار گرفت. مسئله ذی‌ربـط ایـن بـود کـه آیـا حـق مالکیـت عنـوان در گواهی‌های سهام می‌تواند مبنایی برای دعوای تصرف من غیر حق باشد. دادگاه معتقد بود که آن نمی‌تواند و اهمیتی را که به‌نظر می‌رسـید سـر دیویـد کـایرنز بـرای منـافع مالکانـه خواهـان در چک‌های این پرونده قائل است را رد کرد. لرد مامری[12] این نظر را اظهار داشت که بـرای اتخـاذ تصمیم آن امر لازم نیست. لرد فیل و هابهاوس[13] نیز با این امر موافقت کردنـد. لـرد هابهـاوس اظهار داشت (در ۷۰۰ و ۷۰۱):

«لرد باکلی در این پرونده برمبنای عنوان حق مالکیت در حقوق کـامن لـو کـه بـه امـین حـق تصرف بلافصل را می‌دهد تصمیم‌گیری کرد... برای اینکه خواهان در دعوای تصرف من‌غیرحق موفق شود وی باید اثبات کند که قانوناً عنوان حق مالکیت لازم، تصرف واقعی یا حـق تـصرف بلافصل را داشته است. چنانچه خواهان مالک قانونی اموال منقول ذی‌ربـط باشـد، وی معمـولاً حق خواهد داشت برای تصرف من‌غیرحق طرح دعوی کند حتـی اگـر در زمـان مربوطـه مـال غیرمنقول را در تصرف نداشته باشد اما در جایی که شخصی وجود دارد که حق مستمری بـرای تصرف بلافصل مال منقول مزبور دارد، وی می‌تواند حتی علیه صاحب مال منقول برای مداخله غیرقانونی در حق وی اقامه دعوی کند».

---

10. Bridge LJ.
11. Buckley LJ.
12. Mummery LJ.
13. Pill and Hobhouse LJJ.

۳۰ــ بنابراین به‌نحو شرح داده شده در قضیه *MCC Proceeds v. Lehman Brothers* بین *Jarvis v. Williams* و قضیه *International Factors v. Rodriguez* تعارض وجود دارد. چنانچه صاحب مال منقول که حق بلافصل تصرف آنها را دارد، ولو آنکه آنها در تصرف شخص ثالثی باشند، به‌موجب موافقتنامه‌ای حق مالکیت خود را به صاحب جدیدی منتقل می‌کند، مالک جدید می‌تواند علیه شخصی که آن اموال در ید اوست دعوای تصرف من‌غیر حق اقامه کند. در جایی که مالک مال منقول با حق بلافصل تصرف آنها به‌موجب قرارداد، حق اخیر را به شخص دیگری منتقل کند به‌طوری‌که دیگر حق بلافصل تصرف نداشته باشد اما مالکیت را حفظ کند، به‌طور اصولی صحیح به‌نظر می‌رسد که منتقل‌الیه باید حق تعقیب بابت تصرف من غیر حق را داشته باشد. به طریق اولی چنانچه قرارداد مزبور مقرر دارد که هنگامی منتقل‌الیه وضع ید می‌کند، مالکیت به وی منتقل خواهد شد. ما ملاحظه می‌کنیم که این امر با دیدگاههای آکادمیک مطابقت دارد و می‌تواند با حقایق پرونده *Jarvis v. Williams* تطبیق داده شود.

۳۱ـ انتقال قراردادی حقوق با حقایق این پرونده بسیار فاصله دارد. قاضی بر مبنای اهمیت برای *Jarvis v. Williams* نتیجه‌گیری کرد که خواهان در دعوای دخل و تصرف غیرقانونی باید برخی حق مالکانه مال منقول را اثبات کند و اینکه ایران نتوانست چنین کند. اکنون ما این مطلب را بررسی می‌کنیم که آیا ایران هیچ‌گونه نفعی در این عتیقات دارد و اگر دارد ماهیت چنین نفعی چیست؟

نفع ایران در عتیقات مزبور به‌موجب قوانین ایران

۳۲ـ در این زمینه میان طرفین توافق وجود داشت که قانون ذی‌ربط باید در مقررات قوانین موضوعه ایران یافت شود. جناب قاضی به‌طور مفصل به آن پرداخته و ما عین عبارات وی را که در متن حکم ایشان آورده شده است در اینجا می‌گنجانیم.

۳۳ـ به‌نظر می‌رسد که نقطه عزیمت مناسب در این ارتباط به آنچه که *جنبش مشروطه* در ایران خوانده می‌شود برگردد. در بند ۸ گزارش کارشناسی پروفسورطالقانی آمده است:

> «از دوران بسیار کهن ایران تحت حکومت مطلق سلاطین بوده است. پادشاهی ایران قلمرو پادشاه یعنی ملک وی بوده است. این چنین بوده که پادشاهان قلمروهای بیشتری را به دست آورده، قلمروهایی را واگذار کرده و بخشی از پادشاهی خود را با پادشاهان همسایه مبادله می‌کردند. آخرین نمونهٔ اعمال چنین قدرتی در سال ۱۸۹۳ میلادی (برابر با ۱۲۷۲ شمسی) به نمایش گذاشته شد. معذالک، اندکی بعد از این تاریخ *جنبش مشروطه* در ایران شکل گرفت و قلمرو پادشاه، قلمرو سلطنت یا اموال حکومت شد. هنگامی که قوانین اصلی ایران در قانون

مدنی ایران تدوین شد (بخش اول آن در سال ۱۹۲۸ میلادی برابر بـا ۱۳۰۷ شمـسی تـصویب شد) «اموال حکومتی» داخلی قانوناً جایگزین قلمرو پادشاه شد».

۳۴ـ با فرمان سلطنتی مورخ ۵ اوت ۱۹۰۶میـلادی (برابـر بـا ۱۴ مـرداد ۱۲۸۵ شمـسی) «مبانی قانون اساسی ایران» منتشر شد. این سند شامل آنچه که به‌عنوان «قوانین اساسی مـورخ ۳۰ دسامبر ۱۹۰۶ (برابر با ۹ دی ۱۲۸۵)» توصیف می‌شود بوده که مشتمل بر موادی بود که بـه وظایف، محدودیتها و حقوق مجلس شورای ملی می‌پرداخت.

۳۵ـ علی‌رغم اینکه در مقطعی از زمان و به طرقی حقـوق امـوالی کـه قـبلاً در تـصرف پادشاه بوده به دولت یا حکومت ایران انتقال یافته بود، این قوانین اساسی هیچ بخـشی از ادعـای ایران در این رسیدگی قضائی را تشکیل نمی‌دهد.

قانون مدنی

۳۶ـ از نظر زمانی، اولین مقررات موضوعه قانونی که ایران به آن استناد مـی‌کنـد قـانون مدنی می‌باشد که به‌موجب آن در سال ۱۳۰۷ شمـسی و بعـد از آن قـوانین عمـده مـدنی ایـران تدوین گردید. قانون مدنی به چند بخش تقسیم می‌شود. موادی کـه گفتـه مـی‌شـود بـه مـسئله مالکیت عتیقات مربوط می‌شود به‌شرح ذیل است:

فصل سوم
در اموالی که مالک خاص ندارد

ماده ۲۶ (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۲۱)[۱۴]ـ اموال دولتی که معـد اسـت بـرای مـصالح یـا انتفاعات عمومی، مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسـلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین اثاثیه و ابنیه و عمارات دولتی و سـیم‌هـای تلگرافـی دولتـی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثـال آنهـا و بالجملـه آنچـه از امـوال منقولـه و غیرمنقوله که دولت به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملـی در تحـت تـصرف دارد، قابـل تملـک خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیـه یـا شهری اختصاص یافته باشد.

۱۴. اصلاحی ماده ۲۶ در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ صورت گرفته است. (مترجم)

باب دوم
در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود
...

فصل اول
در مالکیت

ماده ۳۰ ـ هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفـاع دارد، مگـر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ماده ۳۱ـ هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.

ماده ۳۵ ـ تصرف به‌عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

ماده ۳۶ـ تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.

باب چهارم
در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضالّه

فصل اول
در اشیاء پیدا شده

ماده ۱۶۵ـ هرکس در بیابان یا خرابه که خالی از سکنه بوده و مالک خاصی ندارد مالی پیدا کند می‌تواند آن را تملک کند و محتاج به تعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهـد زمان حاضر است در این صورت در حکم سایر اشیاء پیدا شده در آبادی خواهد بود.

باب پنجم
در دفینه

ماده ۱۷۳ـ دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و برحسب اتفاق و تـصادف پیدا می‌شود.

ماده ۱۷۴ـ دفینه که مالک آن معلوم نباشد ملک کسی است که آن را پیدا کرده است.

ماده ۱۷۵ـ اگر کسی در ملک غیر، دفینه پیدا نماید باید به مالک اطلاع دهد، اگر مالک

زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آن را ثابت کرد، دفینه به مدعی مالکیت تعلق می‌گیرد.
ماده ۱۷۶ـ دفینه که در اراضی مباحه کشف شود متعلق به مستخرج آن است.

فصل دوم
در ضمان قهری

مبحث اول
در غصب

ماده ۳۰۸ـ غصب، استیلاء بر حق غیر است به‌نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز[۱۵] هم در حکم غصب است.

ماده ۳۰۹ ـ هرگاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آنکه خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود لیکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن خواهد بود.

ماده ۳۱۷ـ مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغصوب را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.

قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹

۳۷ـ مدت کوتاهی پس از تصویب قانون مدنی، در تاریخ ۱۲ آبان ۱۳۰۹ قانون خاصی تحت عنوان «قانون حفظ آثار ملی» تصویب شد. این قانون مقرر می‌دارد که دولت باید فهرستی از کلیه آثار ملی شناخته شده و برجسته ایران را که دارای اهمیت و ارزش تاریخی یا علمی یا هنری است تهیه کند. این قانون همچنین ثبت اموال منقول و غیرمنقول را مقرر می‌دارد. ماده ۳ صراحتاً می‌پذیرد که برخی از مواردی که در این فهرست ثبت می‌شود می‌تواند مالک خصوصی داشته باشد. مواد ۴، ۵ و ۶ به اموال غیرمنقول می‌پردازد. ماده ۷ و مواد بعدی به اموال منقول می‌پردازد. ماده ۹ مالک اموال منقول ثبت شده در فهرست آثار ملی را مکلف می‌کند که قبل از فروش چنین مالی به شخص دیگر سازمان دولتی مربوطه را مطلع سازد. براساس این ماده دولت دارای آنچه «حق شفعه» نامیده شده می‌باشد. هرکس مال ثبت شده در فهرست آثار ملی را

---

۱۵. در ترجمه انگلیسی عبارت بدون مجوز که در این محل در متن اصلی قانون وجود دارد، از قلم افتاده است.

بدون اطلاع وزارت[۱۶] به فروش برساند مستحق مجازات نقدی به میزان کل قیمت فروش مال مذکور می‌باشد. دولت حق دارد با پرداخت قیمت به مالک جدید مال مزبور را از مالک جدید پس بگیرد.

۳۸ـ از میان مواد بالقوه مهمی که در قانون مصوب ۱۳۰۹ یافت می‌شود می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

ماده ۱ـ کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکن را که تا اختتام دوره سلسله زندیه (اواخر قرن ۱۹ میلادی) در مملکت ایران احداث شده اعم از منقول و غیرمنقول با رعایت ماده ۲ قانون* می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد.

ماده ۹ـ هرکس مالک منقولی است که در فهرست آثار ملی ثبت شده اگر بخواهد آن را به دیگری بفروشد باید به اداره مربوطه دولتی کتباً اطلاع دهد. دولت اگر بخواهد آن مال را جزء مجموعه‌های دولتی آثار ملی قرار دهد در ابتیاع آن با شرائط متساوی بر مردم دیگر حق تقدم دارد... .

ماده ۱۰ـ هرکس اموال منقوله که مطابق این قانون از آثار ملی محسوب تواند شد برحسب تصادف و اتفاق به دست آورد اگرچه در ملک خود او باشد باید هرچه زودتر به وزارت معارف یا نمایندگان او اطلاع بدهد هرگاه مقامات مربوطه دولتی اموال مزبوره را قابل ثبت در فهرست آثار ملی دانستند نصف آن اموال به کاشف واگذار یا قیمت عادله آن به تصدیق اهل خبره به او داده می‌شود و نسبت به نصف دیگر دولت اختیار دارد که ضبط یا بلاعوض به کاشف واگذار کند.

ماده ۱۱ـ حفر اراضی و کاوش برای استخراج آثار ملی منحصراً حق دولت است ... .

ماده ۱۳ـ حفاری در اراضی که مالک خصوصی دارد گذشته از اجازه دولت استرضای مالک را نیز لازم دارد... .

ماده ۱۴ـ در ضمن عملیات حفاری یا تجاری آنچه در یک محل و یک موسم کشف شود اگر مستقیماً توسط دولت کشف شده تماماً متعلق به دولت است و اگر دیگری کشف کرده باشد دولت تا ده فقره از اشیائی که حیثیت تاریخی و صنعتی دارد می‌تواند انتخاب و تملک و از بقیه نصف را مجاناً به کاشف واگذار و نصف دیگر را ضبط کند هرگاه کلیه اشیاء زاید بر ده فقره باشد و دولت همه را ضبط کند مخارجی را که حفرکننده متحمل شده است به او می‌پردازد ... .

---

۱۶. منظور از وزارت در اینجا وزارت معارف است (مترجم).

*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً عبارت Observing the Article 3 of this Law (با رعایت ماده ۳ قانون) به‌کار برده شده است.

ماده ۱۵ـ اشیائی که از حفاری علمی کشف شود آنچه سهم دولت باشد باید در مجموعه‌ها و موزه‌های دولتی ضبط شود و فروش آنها جایز نیست و آنچه سهم کاشف باشد متعلق به خود اوست اشیائی که از حفاری تجارتی حاصل شده باشد دولت از قسمتی که به خود او تعلق می‌گیرد هرچه قابل موزه باشد ضبط و بقیه را به هر نحو مقتضی بداند نقل و انتقال می‌دهد. فروش این اموال از طرف دولت به مزایده خواهد بود.

ماده ۱۶ـ متخلفین از ماده ۱۰ و همچنین کسانی که بدون اجازه و اطلاع دولت حفاری کنند ولو در ملک خودشان باشد و کسانی که اموال آثار ملی را به‌طور قاچاق از مملکت خارج کنند محکوم به بیست تومان الی دو هزار تومان جزای نقدی خواهند شد و اشیاء مکتشفه هم برای دولت ضبط می‌شود ... .

ماده ۱۷ـ کسانی که بخواهند تجارت اشیاء عتیقه را کسب خود قرار دهند باید از دولت تحصیل اجازه کرده باشند و همچنین خارج کردن آنها از مملکت به اجازه دولت باید باشد و اگر کسی بدون اجازه دولت در صدد خارج کردن اشیائی که در فهرست آثار ملی ثبت شده برآید اشیاء مزبور ضبط دولت می‌شود ... .

نظام‌نامه اجرایی قانون

۳۹ـ در ۲۸ آبان ۱۳۱۱ شمسی نظام‌نامه اجرای قانون راجع‌به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ به تصویب هیأت وزیران رسید. در واقع این نظام‌نامه به‌منظور اجرای مقررات قانون مصوب ۱۳۰۹ تنظیم شده است. اموال (عتیقات.م) منقول در فصل دوم (مواد ۱۲ تا ۱۷) مورد نظر قرار گرفته است. به‌شرح ذیل:

ماده ۱۷ـ هرکس بر حسب اتفاق، عتیقات منقولی را بیابد اگرچه در ملک خود او باشد بایستی بلافاصله به‌وسیله نزدیک‌ترین نماینده اداره معارف و در صورت نبودن آن به توسط مأمورین مالیه به وزارت معارف اطلاع دهد پس از معاینه اشیاء توسط اداره عتیقات نصف آنها و یا نصف قیمت تجارتی آنها که توسط اهل خبره تعیین خواهد شد به یابنده آن داده می‌شود.

دولت مختار است نصف دیگر اشیاء را تصرف نموده یا به یابنده آن مسترد دارد.

ماده ۱۸ـ* حق حفر اراضی برای به دست آوردن عتیقات منحصراً متعلق به دولت است.

۴۰ـ فصل سوم از این نظام‌نامه به حفاری می‌پردازد. مقررات این فصل شامل موارد ذیل می‌شود:

---

*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً ماده ۱۸ جزء فصل سوم نظام‌نامه مذکور ذکر شده است.

ماده ۲۵ـ در ملک خصوصی وقتی می‌توان اقدام به حفر نمود که حفار علاوه بـر اجـازه نامه دولت از طرف مالک زمین هم تحصیل اجازه کرده باشد... .

ماده ۳۱ـ عتیقاتی که در ضمن حفاری قانونی تجاری و علمـی در یـک مکـان و یـک موسم حفاری یافت شده است به‌ترتیب ذیل بین دولت و حفار تقسیم خواهـد شـد بـدواً دولـت از اشیاء مکتشفه می‌تواند تا ده فقره را انتخاب و تملک نماید و بعد بقیه را بالسویه با صـاحب اجـازه حفر تقسیم خواهد کرد.

عتیقات غیرمنقول از تقسیم خارج خواهد بود و دولت می‌تواند آنها را تصاحب نماید.

اگر عده اشیائی که یافت شده است از ده تجاوز کند* دولت به‌موجب حقی که دارد همـه را برای خود بردارد. مخارجی را که حفرکننده متحمل شده است خواهـد پرداخـت صـاحب اجـازه حفر در صورتی می‌تواند سهم خود را از عتیقات مکتشفه تصاحب کند که اجرت‌المثل را کـه بایـد به مالک بدهد تأدیه نموده باشد.

ماده ۳۶ـ هرکس برخلاف مقررات ماده ده قانون و یا ماده هفده ایـن نظـام‌نامـه اقـدام نماید یا بدون اجازه صحیح به حفاری بپردازد و یا آنکه عتیقات را به‌طور قاچاق صادر کند بـه اداء جریمه از بیست تومان الی دو هزار تومان محکوم خواهد شد و اشیاء مکتشفه را دولـت توقیـف و ضبط خواهد نمود.

ماده ۴۱ـ [مقرر می‌نماید که تجارت اقلام خاصی از عتیقات مجاز است یعنی مـی‌توانـد خرید و فروش شود].

ماده ۴۸ـ اگر معاینه اداره عتیقات وجود اشیائی را که از طریق غیرمجاز به دسـت آمـده است معلوم داشت آن اشیاء توقیف و ضبط دولت خواهد شد.

مالکین و صادرکنندگان ممکن است برطبق قانون عتیقات تعقیب شوند... .

ماده ۵۰ـ هر عتیقه را که به ثبت فهرست آثار ملی رسیده و برای آن اجازه صدور تقاضا شده است دولت می‌تواند درصورتی‌که آن را برای توسعه مجموعه‌های ملی مفید بداند به قیمتـی که از طرف مالک آن اظهار شده است خریداری نماید.

درصورتی‌که مالک امتناع از فروش نماید اجازه خروج به او داده نخواهد شد.

ماده ۵۱ـ هر عتیقه که بخواهند بدون اجازه‌نامه صحیح از ایران خارج نماینـد توقیـف و ضبط دولت خواهد شد.

---

*. در متن انگلیسی حکم اشتباهاً عبارت shall not Exceed (تجاوز نکند) به‌کار برده شده است.

لایحه قانونی ۱۳۵۸

۴۱ـ در تاریخ ۷ اردیبهشت ۱۳۵۸[۱۷] شمسی یک لایحه قانونی (که قدرت قانونی دارد) تصویب گردید. عنوان این لایحه به‌شرح ذیل است:

«لایحه قانونی راجع به جلوگیری از انجام اعمال حفاری‌های غیرمجاز و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی که براساس ضوابط بین‌المللی مدت یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد».

این لایحه مقرر می‌دارد:

«نظر به ضرورت حفظ ذخایر متعلق و مربوط به میراث‌های اسلامی و فرهنگی و لزوم حفظ و حراست این میراث‌ها از نقطه نظر جامعه‌شناسی و تحقیقات علمی و فرهنگی و تاریخی و نظر به لزوم جلوگیری از غارت و صدور آن ذخایر ارزنده به خارج از کشور که طبق مقررات مملکتی و بین‌المللی منع شده است ماده واحده ذیل تصویب می‌شود:

۱) انجام هرگونه عمل حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اشیاء عتیقه و آثار تاریخی مطلقاً ممنوع است و مرتکب به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال و ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری به نفع بیت‌المال محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن تاریخی که به ثبت آثار ملی رسیده باشد انجام گیرد مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

۲) درصورتی‌که اشیاء مذکور در این قانون بر حسب تصادف کشف بشود، کاشف مکلف است آنها را در اسرع وقت به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی ارائه دهد. در این مورد هیأتی مرکب از قاضی شرع، دادستان محل و رئیس اداره فرهنگ و آموزش عالی یا نمایندگان آنها با حضور یک نفر کارشناس اهل خبره تشکیل و پس از بررسی به ترتیب زیر عمل خواهد شد:

الف‌ـ درصورتی‌که اشیاء مکشوفه در ملک شخصی باشد، در مورد فلزات قیمتی و جواهرات پس از توزین معادل دو برابر بهای روز ماده خام آن و در مورد سایر اشیاء نصف بهای تقویم شده به کاشف پرداخت خواهد شد.

ب‌ـ در صورتی‌که اشیاء مکشوفه در غیرملک شخصی به دست آید به میزان نصف حق‌الکشف مقرر در بند الف به کاشف پرداخت خواهد شد.

---

۱۷. تاریخ صحیح تصویب لایحه قانونی مذکور ۱۳۵۸/۲/۱۸ می‌باشد. (مترجم)

...

۳) منظور از اشیاء عتیقه اشیائی است که برطبق ضوابط بین‌المللی یکصد سال یا بیشتر از تاریخ ایجاد یا ساخت آن گذشته باشد، در مورد اشیائی که قدمت آن از یکصد سال کمتر باشد پس از تأدیه خمس بهای تقویم شده آن از طرف کاشف به نفع بیت‌المال اشیاء مکشوفه به وی تعلق خواهد گرفت.

۴) اشخاصی که اشیاء مکشوفه را برخلاف ترتیب مقرر در این قانون به‌معرض خرید و فروش بگذارند به مجازات مقرر در بند یک محکوم خواهند شد.

قانون اساسی جدید

۴۲ـ در همان سالی که لایحه قانونی مذکور تصویب شد قانون اساسی جدید ایران در تاریخ ۲ آبان ۱۳۵۸ شمسی تصویب شد.[۱۸] اصول مختلف آن شامل موارد ذیل می‌شود:

اصل ۴۵ (ثروتهای عمومی)

انفال و ثروتهای عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها، و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا برطبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هریک را قانون معین می‌کند».

اصل ۴۷ (مالکیت شخصی)

مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند.

اصل ۸۳ (اموالی که از میراث ملی است)

بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن هم درصورتی‌که از نفایس منحصر به فرد نباشد.

۴۳ـ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران در مورخ ۱۰ اسفند ۱۳۵۸ مصوبه‌ای صادر کرد که به‌موجب آن صدور هرگونه اشیاء عتیقه هنری از کشور ممنوع گردید.

---

۱۸. تاریخ تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۴ آبان ۱۳۵۸ برابر با ۱۵ نوامبر ۱۹۷۹ صحیح می‌باشد که در ترجمه انگلیسی ۲۴ اکتبر ۱۹۷۹ قید شده است. (مترجم)

۴۴ـ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۷۵ شمسی در فصل ۹ به تخریب اموال تاریخی/ فرهنگی می‌پردازد. سه ماده از مواد آن مورد استناد قرار می‌گیرد:

«**ماده ۵۵۹ـ** هرکس اشیاء و لوازم و همچنین مصالح و قطعات آثار فرهنگی‌ـ تاریخی را از موزه‌ها و نمایشگاهها، اماکن تاریخی و مذهبی و سایر اماکن که تحت حفاظت یا نظارت دولت است سرقت کند یا با علم به مسروقه بودن اشیاء مذکور را بخرد یا پنهان دارد در صورتی‌که مشمول مجازات حد سرقت نگردد علاوه بر استرداد آن به حبس از یک تا پنج سال محکوم می‌شود.

ماده ۵۶۱ـ هرگونه اقدام به خارج کردن اموال تاریخی‌ـ فرهنگی از کشور هرچند به خارج کردن آن نیانجامد قاچاق[۱۹] محسوب و مرتکب علاوه بر استرداد اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جریمه معادل دو برابر قیمت اموال موضوع قاچاق محکوم می‌گردد. ...

ماده ۵۶۲ـ هرگونه حفاری و کاوش به قصد به دست آوردن اموال تاریخی‌ـ فرهنگی ممنوع بوده و مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال و ضبط اشیاء مکشوفه به نفع سازمان میراث فرهنگی کشور و آلات و ادوات حفاری به نفع دولت محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن و محوطه‌های تاریخی که در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده است، یا در بقاع متبرکه و اماکن مذهبی صورت گیرد علاوه بر ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود.

تبصره ۱ـ هرکس اموال تاریخی‌ـ فرهنگی موضوع این ماده را حسب تصادف به دست آورد و طبق مقررات سازمان میراث فرهنگی کشور نسبت به تحویل آن اقدام ننماید به ضبط اموال مکشوفه محکوم می‌گردد».

...

یافته‌های قاضی در مورد مالکیت عتیقات

۴۵ـ پس از بررسی مقررات قانونی مختلف مورد استناد ایران، به‌ویژه استناد به لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸، جناب قاضی طبق عبارت خود وی «با تأسف» به این نتیجه رسید که ایران دلایل اثبات مالکیت عتیقات توسط خود، به‌موجب قوانین ایران، را ارائه نکرده است. وی اظهار داشت (در بند ۵۹):

« اینجانب کاملاً می‌پذیرم که ایران اقداماتی برای فهرست کردن و حفاظت از میراث ملی خود و جرم‌انگاری حفرکنندگان و صادرکنندگان غیرقانونی انجام داده است. اما مصوباتی که مورد

۱۹. به‌نظر می‌رسد در ترجمه انگلیسی از لفظ مناسبی در ازای واژه قاچاق استفاده نشده است. (مترجم)

استناد ایران قرارگرفته است در قضاوت اینجانب بـرای احـراز مالکیـت قـانونی عتیقـات کـافی نیست. من متقاعد نشده‌ام که آن مصوبات از جهات خاصی با مالکیت دولتی سازگار اسـت، امـا حتی اگر همه آنها به‌صورت پیش‌فرض استنتاجی این‌چنین بودنـد از نظـر مـن همچنـان بـرای داشتن اثر واگذاری مالکیت به دولت، کفایت نمی‌کند».

یافته جناب قاضی در ارتباط با ادعای ایران مبنی برحق بلافصل تصرف

۴۶ـ **برکت** قبول دارد که هرکسی که حق تصرف بلافـصل را داشـته باشـد حـق اقامـه دعوی بابت تصرف من‌غیرحق یا شبه جرم دخـل و تـصرف غیرقـانونی در امـوال منقـول را دارد مشروط بر اینکه حق تصرف باید حق مالکانه باشد. قاضی پس از بررسی منـابع، ادعـای **برکـت** دایر بر اینکه حق تصرف باید حق مالکانه باشد را مورد تأیید قرار داد. وی معتقد است کـه ایـران نتوانسته است نفع مالکانه لازم را اثبات کند، اگرچه ایران حق تصرف بلافصل این عتیقات را که حق بلافصل بوده، داشته است.

مالکیت عتیقات مزبور

۴۷ـ جناب قاضی اظهارات خویش را از یک موضع غیرقابل مناقشه آغاز کرد کـه تعیـین قانون ایران یک مسئله موضوعی بود؛ و اینکه هنگام مواجهه با ادله معارض قـانون خـارجی، وی مجبور بود که به اثر منابع خارجی که کارشناسان به‌عنوان بخشی از ادله خود به‌منظور ارزیـابی و تفسیر آن ادله و اتخاذ تصمیم بین شهادت معارض به آن استناد می‌کنند توجه کند:

Bumper Development Corp Ltd v. Commissioner of Police for the Metropolis [1991] 1 WLR 1362 at 1368 - 1369.

همان‌طورکه گفتیم جناب قاضی در ایـن پرونـده از نظریـه کارشناسـی پروفـسور محمـد طالقانی از طرف ایران و آقای حمید صبی از طرف **برکت** استفاده کرده است. پروفسور طالقانی تا قبل از مهاجرت به لندن در سال ۱۳۶۳ استاد حقوق دانشگاه تهران بوده است. وی تا سال ۱۳۷۳ در لندن به‌عنوان مشاور حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ایران فعالیت می‌کرده است، از آن زمان به بعد وی به‌عنوان مشاور حقوقی ایران بوده است. آقای صبی عضو کانون وکـلای ایـران بوده است. وی تا سال ۱۳۵۸، زمانی که به لندن مهاجرت کرد، وکالت می‌کرده است. از آن زمان به بعد وی به‌عنوان مشاور حقوقی ایران فعالیت داشته است. هـر دو کارشـناس، در ارائـه ادلـه و مدارک در خصوص حقوق ایران در محاکم انگلیس تجربه قابل توجهی دارند.

۴۸ـ هیچ منبع قضائی یا آکادمیک در خصوص این موضوع اصـلی یعنـی اینکـه آیـا اثـر قوانین ایران و به‌ویژه لایحه قانونی ۱۳۵۸ اعطای مالکیت عتیقات به دولت ایران می‌باشد، وجود

نداشت. در انتخاب میان نظر کارشناسان در خصوص این موضوع و ترجیح دادن نظر آقای صبی، جناب قاضی در مورد اعتبار نظر کارشناسی، مهارت یا هر موضوع دیگری که معمولاً هنگام انتخاب بین ادله کارشناسی مد نظر قرار می‌گیرد، قضاوت نکرده است. وی صراحتاً اظهار داشته است که از تلاش هر دو کارشناس در معاضدت وی راضی بوده است.

۴۹ـ در تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا جمهوری [اسلامی ایران] به‌موجب قوانین ایران مالکیت دارد، توجه به این نکته حائز اهمیت است که این برچسبی نیست که قانون خارجی به این رابطه حقوقی می‌دهد، بلکه ماهیت آن است که ذی‌ربط می‌باشد. چنانچه حقوق اعطایی به‌موجب قوانین ایران معادل مالکیت در حقوق انگلیس باشد، پس حقوق انگلیس با آن نظیر مالکیت به‌منظور حل تعارض قوانین رفتار می‌کند. مسئله‌ای که ما با آن مواجهیم این است که آیا حقوق ایران در ارتباط با این عتیقات معادل آن است که به‌موجب حقوق انگلیس اهلیت اقامه دعوی از باب تصرف من‌غیر حق می‌دهد.

۵۰ـ آنچه جناب قاضی انجام داد این بود که به قوانین بنگرد و در مورد تأثیر آن با توجه به مقایسه ادله کارشناسی با زبان و متن آن تصمیم‌گیری کند. ما پیشنهاد می‌کنیم که همان روند اتخاذ شود.

۵۱ـ نظر پروفسور طالقانی این بود که عتیقات مزبور بخشی از میراث ملی را تشکیل می‌داد که اساساً پادشاه یا شاه مالک آن بوده و متعاقباً به مالکیت جمهوری [اسلامی] ایران درآمده است. وی اظهار داشت که این امر به‌موجب کلیه مقررات قانونی مربوط اعطاء شده است. نظر آقای صبی این بود که مالکیت عتیقات تابع مقررات صریح قانون مدنی ایران می‌باشد. این مقررات مالکیت عتیقات را به کاشف آن اعطاء می‌کند. مقررات مذکور لازم‌الاجرا بوده مگر آنکه صراحتاً به‌موجب مقررات قانونی بعدی تغییر کرده باشد. چنین مقرراتی وجود نداشته است.

۵۲ـ بحث در محضر قاضی بر تأثیر مقررات قانونی تمرکز داشت. جناب قاضی دریافت که برخی از این موارد با نظر پروفسور طالقانی ناسازگار بود، اگرچه وی این القاء را که نظر وی بی‌طرفانه حاصل نشده است را رد کرد. او رأی داد که ایران نتوانسته است دلایل اثبات مالکیت عتیقات توسط خود، به‌موجب قوانین ایران، را ارائه کند. آقای فیلیپ شپرد[20] وکیل برکت دیدگاههای جناب قاضی را مورد تأیید قرار می‌دهد.

۵۳ـ وکیل سر سیدنی کنتریج[21] از طرف ایران لایحه‌ای تقدیم می‌کند دایر بر اینکه اثر مجموعی مقررات قانونی مربوطه ایران این است که مالکیت عتیقات مزبور را، همان‌طورکه این

20. Philip Shepherd QC.
21. Sir Sydney Kentridge QC.

مفهوم به‌موجب قوانین انگلیس فهمیده می‌شود، به ایران اعطاء می‌کند. قوانین ایران هرکس بجز حکومت ایران را از تلاش برای حفاری (به‌منظور به دست آوردن) عتیقات منع می‌کند. حقوق ایران هرکسی را که به‌طور غیرقانونی به حفاری (به‌منظور به دست آوردن) عتیقات بپردازد از حق مالکیت آنها منع می‌کند. عتیقاتی که (در اثر) حفاری توسط دولت (به دست آمده) به مالکیت دولت درمی‌آید همچنان‌که عتیقاتی که توسط شخص دیگری حفاری شده باشد. کسانی که حسب تصادف عتیقات را کشف کنند باید آنها را تحویل دولت دهند. اثر تمام این قوانین آن است که دولت، مالک این عتیقات می‌باشد.

۵۴ـ [پذیرش] این اظهارات مستلزم تجزیه و تحلیل مبسوط مقررات مربوط در قوانین ایران می‌باشد. رویکرد ما به اینها با توجه به دو اصلی که در مورد آن تفاهم وجود دارد، می‌باشد. قوانین باید تفسیر هدفمندی داشته باشد و مقررات خاص مربوط به عتیقات مقدم بر مقررات عام می‌باشد.

قانون مدنی

۵۵ـ ماده۲۶ قانون مدنی از جمله مقررات مورد استناد پروفسور طالقانی بود. جناب قاضی با ترجیح ادله آقای صبی معتقد است که اشیاء عتیقه منقول در شمول وصف «آثار تاریخی و اموال مشابه» و «در تصرف دولت برای مصالح عمومی» قرار نمی‌گیرد. به هر تقدیر، ماده ۲۶ صرفاً به اموال در تملک دولت می‌پردازد. ما این نتایج را تأیید می‌کنیم.

۵۶ـ جناب قاضی مشاهده کرد که از مقررات باب دوم مشخص است که قوانین ایران مالکیت خصوصی را هم به رسمیت شناخته هم به آن احترام می‌گذارد. این موضوع مورد اختلاف نبوده است. وی اظهار داشت که ماده ۳۵ موجد فرضی به نفع متصرف درخصوص مالکیت اموال می‌باشد. وی در مورد ماده ۳۶ مطلبی اظهار نداشت. به‌نظر ما نمی‌رسد که آن ماده مستقیماً به اینکه آیا عتیقات به ایران واگذار شده است ارتباطی داشته باشد، گرچه به‌سادگی با مطالب اظهار شده توسط آقای صبی دایر بر اینکه کاشف عتیقات در جریان حفاری غیرقانونی مالکیت آنها را تحصیل می‌کند، تطبیق نمی‌کند.

۵۷ـ در مورد اینکه این عتیقات در حکم دفینه نمی‌باشد، تفاهم وجود دارد. با وجود این جناب قاضی تأکید کرد که هم ماده ۱۶۵ و هم مواد ۱۷۶–۱۷۴ مؤید ادعای **برکت** هستند دایر بر اینکه قانون مدنی مقرر می‌دارد که کاشف اشیاء مالک آن می‌شود ما با آن اظهار کلی موافق می‌باشیم.

قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹

۵۸ـ جناب قاضی اظهار داشت که مقررات این قانون با اظهار کلی پروفسور طالقانی که مالک کلیه عتیقات دولت می‌باشد ناسازگار است. ما [با این نظر] موافقیم. ماده ۹ صراحتاً به اموال منقولی می‌پردازد که به‌عنوان بخشی از میراث ملی ثبت شده است اما مالک خصوصی دارد. مواد ۱۰، ۱۴ و ۱۵ مقرر می‌کند که دولت باید اشیاء عتیقه‌ای را که حسب تصادف یا در جریان حفاری‌های مجاز پیدا یا کشف شود با کاشف سهیم شود.

۵۹ـ جناب قاضی اظهار داشت که این مقررات نمی‌تواند به‌عنوان اعطای حق مالکیت داراییهای منقول به دولت تفسیر شود و اینکه آنها [مقررات مزبور] با مالکیت دولت نسبت به اموال منقول ناسازگار است. این ملاحظات کلی مستلزم احراز شرایطی است.

۶۰ـ ماده ۱۰ شرایطی را مقرر می‌دارد که به‌موجب آن دولت حق مالکیت اموال منقول را داشته یا تحصیل می‌کند. ماده مزبور مقرر می‌دارد که «نصف آن اموال به کاشف واگذار یا قیمت عادله آن به تصدیق اهل خبره به او داده می‌شود». تلویحاً چنانچه گزینه دوم انتخاب شود دولت مالک اموال مورد بحث می‌شود (یا باقی می‌ماند). ادامه این ماده «نسبت به نصف دیگر دولت اختیار دارد که آنها را ضبط یا بلاعوض به کاشف واگذار کند». این امر به دولت اختیار می‌دهد که مالک نصف دیگر شود (یا باقی بماند). واژه‌هایی که داخل پرانتز گذاشته‌ایم نشانگر این حقیقت است که شاید استدلال شود که زبان مربوط به‌طور کافی دقیق نیست که تا این امکان که عتیقات هنگام کشف به دولت تعلق داشته باشند را دربرگیرد ـ نگاه کنید به ماده ۱۷ نظام‌نامه اجرایی ۱۳۱۱ که زبان یا شاید ترجمه مقررات مربوط کمی متفاوت است.

۶۱ـ به‌نظر ما می‌رسد ماده ۱۴، به‌شرح ماده ۳۱ نظام‌نامه اجرایی، سهم دولت را به دولت به‌عنوان مالک و نه صرفاً متصرف واگذار می‌کند. این امر همچنین از اشاره‌ای که ماده ۱۵ به سهم کاشف که «اموال خود وی» می‌باشد، قابل استنباط است. ماده ۱۴ به دولت حق «تصاحب» کلیه اشیائی را که مستقیماً توسط دولت کشف می‌شود را می‌دهد. شاید بدین مفهوم باشد که تا هنگام تصاحب دولت مالک آنها نیست.

۶۲ـ به‌طور خلاصه این مقررات در مورد اینکه دقیقاً چگونه و چه زمانی دولت مالک سهم خود از عتیقاتی که در حفاری‌های قانونی کشف شده می‌شود صریح نیستند. به‌طورکلی ما این مقررات را با ادله آقای صبی دایر بر اینکه کاشف مالک است مگر و تا زمانی که عتیقات به دولت منتقل شود سازگارتر می‌بینیم. ما این مقررات مشکل را مستقیماً ذی‌ربط تلقی نمی‌کنیم. ما با اظهار سر سیدنی دایر بر اینکه «دولت خیلی به مالکیت نزدیک می‌شد اما مشکل می‌توان درک کرد که دقیقاً چه حقوقی دارد و چه حقوقی ندارد» موافقیم. اهمیت این مقررات آن است

که آنها اثر ماده ۱۶۵ را در جایی که به عتیقات مربوط است محدود می‌کنـد. آنهـا برخـی از ایـن حقوق را مطابق شرایط خود به دولت واگذار می‌کند. آنها زمینه کلیه مقررات مهم لایحـه قـانونی ۱۳۵۸ محسوب می‌شوند.

لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸

۶۳ـ جناب قاضی اظهار داشت که ادعای آقای ملک به نمایندگی از سوی ایران دایـر بـر این بود که لایحه قانونی ۱۳۵۸ «مقررات قانونی متقنی» است و سر سیدنی نیز همان موضـع را اتخاذ کرد. وی در اوایل لایحه خود (روز اول، صفحه ۱۷) به‌وضوح شیوه‌ای که ادعـای ایـران را مطرح کرد تشریح نمود:

«این سؤال که آیا کسی مالک است یا خیر را با بررسی حقوقی کـه آن شـخص دارد مـی‌تـوان مشخص کرد، برای مثال حق انتفاع انحصاری، حق واگذاری به غیر، حق اعاده تصرف. ... آنهـا عناصر مالکیت است و ادعای ما این است هر زبانی که در قانون ایران بـه‌کـار رود ـ و یقینـاً در قوانین ایران هیچ بندی وجود ندارد که از اصطلاحی استفاده کند دایر بر اینکه عتیقات به دولـت واگذار شده است ـ با وجود این چنانچه حقوقی که دولت داشت و هیچ‌کس دیگر نداشت بررسی شود، آنچه دولت داشت همان چیزی است که ما به‌عنوان مالکیت تلقی کرده‌ایم».

۶۴ـ وی با اعمال این رویکرد نسبت به لایحه قانونی ۱۳۵۸ اظهار داشت که این لایحـه جایگزین قانون مصوب ۱۳۰۹ و نظام‌نامه اجرایی ۱۳۱۱ می‌باشد. کاشـف عتیقـات دیگـر ادعـای مالکیتی نسبت به آنها نداشت. بیشترین چیزی که می‌توانست دریافت کند حق کشف بود. بـرای هر شخصی غیر از ایران غیرممکن بود که مالک عتیقاتی شود که لایحه قـانونی بـه آن تـسری می‌یابد.

۶۵ـ یافته‌های قاضی در ارتباط با لایحه قانونی ۱۳۵۸ با پذیرش ادله آقای صبی و لوایح ***برکت*** به‌شرح ذیل است:

« ۵۳. ... اینجانب نتوانستم هیچ مفاد قانونی تـا قبـل از لایحـه مـصوب ۱۳۵۸ پیـدا کـنم کـه مالکیت عتیقات را به دولت واگذار کند. تا حدی که پروفسور طالقانی مدعی است لایحه قـانونی مصوب ۱۳۵۸ چنین اثری دارد من نمی‌توانم با وی موافق باشم. همان‌طـوری‌کـه آقـای صـبی خاطرنشان می‌کند این لایحه علی‌الظاهر با هدف محدود جلـوگیری از غـارت آثـار [تـاریخی و فرهنگی] تصویب شده است. همان‌طورکه آقای صبی می‌گوید، این قانون اساسـاً حـداقل یـک قانون کیفری می‌باشد. هیچ‌گونه اعطای صریح مالکیت عتیقات به ایران یـا اظهـار اینکـه کلیـه عتیقات به دولت واگذار می‌شود، وجود ندارد. برای من درک اینکه چگونه ایـن مقـررات «مؤیـد

موضوع» مالکیت دولت است، مشکل می‌باشد. همان‌طورکه آقای صبی به‌درستی می‌گوید تنظیم‌کننده لایحه می‌توانسته به‌سادگی مالکیت دولتی کلیه عتیقات را درصورتی‌که چنین نیتی داشته مقرر نماید. به‌نظرم می‌رسد که با توجه به پیشینه تاریخی وضع این لایحه، هدف آن جرم‌انگاری چپاول گسترده عتیقاتی که در آن زمان صورت می‌گرفته بوده و نه وضع مقرراتی برای مالکیت دولتی عتیقات.

۵۴. به‌موجب لایحه مصوب ۱۳۵۸ مالکیت صرفاً زمانی متأثر می‌شود که به‌موجب بند (۱) به‌محض محکومیت مجرم در یک دادگاه کیفری به جرم انجام حفاری یا کاوش غیرمجاز یا درصورتی‌که به‌موجب بند (۴) اشیاء مکشوفه برای فروش یا خرید عرضه شود به نفع خزانه عمومی ضبط شود. بندهای (۱) و (۴) مثل مقررات مشابه در قانون مصوب ۱۳۰۹ صرفاً زمانی ایفای نقش می‌کند که دادگاه کیفری پس از صدور حکم به محکومیت مجازاتهایی را اعمال کند. بند (۲) تعهد شخصی برای کاشف ایجاد می‌کند تا اموال مکشوفه را به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی تحویل دهد. بند (۳) نیز مالکیت را متأثر می‌کند اما صرفاً در ارتباط با اشیائی که کمتر از صد سال قدمت دارند.

۵۵. اینجانب ادله آقای صبی را دایر بر اینکه این لایحه موضوعات گسترده‌تر راجع‌به مالکیت عتیقات غیرمکشوفه را دربرنمی‌گیرد، می‌پذیرم. اگر چنین نیتی وجود داشت به‌وضوح در این قانون تصریح می‌شد».

۶۶ـ در بررسی این یافته‌ها ما پیشنهاد می‌کنیم که کار خویش را با ملاحظه اینکه آیا به‌موجب لایحه قانونی ۱۳۵۸ امکان شناسایی شخصی غیر از ایران به‌عنوان مالک عتیقات مکشوفه وجود دارد (یا خیر) آغاز کنیم. این موضوعی است که جناب قاضی صراحتاً به آن نپرداخته است، اگرچه اظهارات نهایی وی در متنی که ما نقل قول کردیم نشان می‌دهد که وی صحت تجزیه و تحلیل آقای صبی را پذیرفته است.

۶۷ـ نظر آقای صبی دایر بر این بود که لایحه قانونی ۱۳۵۸ اعمال ماده ۱۶۵ قانون مدنی را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. مالکیت عتیقات خواه به‌طور غیرقانونی حفاری شده باشد یا حسب تصادف کشف شده باشند به کاشف واگذار شده است. حفار غیرقانونی مسئولیت تحویل آنها را در رسیدگیهای کیفری دارد اما تا آن موقع مالک باقی می‌ماند. کاشف تصادفی به‌موجب تعهد شخصی مکلف به تحویل آنها به اداره فرهنگ و آموزش عالی بود لیکن تا زمانی که چنین کند وی مالک باقی می‌ماند. ما فکر نمی‌کنیم که قبول چنین تجزیه و تحلیلی از لایحه قانونی ۱۳۵۸ ممکن باشد.

۶۸ـ شروع این بررسی با ماده۳ [لایحه قانونی] می‌تواند مفید باشد. جناب قاضی تقریباً صورت مبهمی اظهار داشت که این قانون «همچنین مالکیت را تحت تأثیر قرار می‌دهد اما تنها در مورد اشیائی که قدمت آن از یکصد سال کمتر باشد». مشکل است که لحن و نگارش ماده ۳ را با این اظهار که کاشف اشیائی که قدمت آنها کمتر از یکصد سال است قبل از تأدیه خمس بهای آنها به خزانه مالک آنها می‌شود تطبیق داد، اگرچه این ماده بیان نمی‌کند که تا زمان تأدیه مزبور چه کسی مالک است.

۶۹ـ ماده ۲ به شخصی که حسب تصادف عتیقات را کشف می‌کند می‌پردازد. هیچ راهی وجود ندارد که به‌موجب این لایحه قانونی وی بتواند از کشف خود بهره‌مند شود جز اینکه از حق کشف قانونی برخوردار شود. در وهله اول وی تعهد مثبتی برای تحویل «در اسرع وقت» آنها به نزدیکترین اداره فرهنگ و آموزش عالی دارد. وی حق در معرض فروش گذاشتن آنها را ندارد. چنانچه وی درصدد فروش آنها برآید به‌موجب ماده ۳۶ قانون مدنی مالکیتی به خریدار منتقل نمی‌شود. مضافاً اینکه، وی به‌موجب ماده ۵۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مرتکب جرم کیفری شده است. عتیقات مزبور مشمول ضبط خواهد بود.

۷۰ـ ماده ۱ به وضع شخصی که عتیقات را در نتیجه حفاری غیرقانونی کشف می‌کند می‌پردازد. جناب قاضی دریافت که وی وضعیت بهتری از کاشف تصادفی به‌موجب ماده ۲ ندارد و این یافته مورد اعتراض نبوده است. به‌علاوه، وی به‌دلیل خود حفاری مرتکب جرم کیفری شده است.

۷۱ـ با امعان‌نظر به تعهدات و محدودیتهایی که برای کاشف عتیقات متصور است ما معتقد نیستم که وی می‌تواند صحیحاً به‌عنوان «مالک» آنها توصیف شود. مقررات لایحه قانونی ۱۳۵۸ با ماده ۱۶۵ و مواد ۱۷۶ـ۱۷۳ قانون مدنی مغایرت دارد. آنها همچنین ناسخ ماده ۱۰ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ می‌باشد. کاشف عتیقات حق تصرف آنها و انتقال حق مالکیت به شخص دیگر را ندارد. تنها حقی که وی دارد دریافت حق کشف هنگام تحویل آنها به دولت است. کاشف هیچ حق مالکیتی نسبت به عتیقات مکشوفه ندارد.

۷۲ـ در نتیجه‌گیری راجع به اینکه به‌موجب لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ کاشف عتیقات نمی‌تواند وصف «مالک» را داشته باشد ما به دلایل فوق‌الذکر مفهوم مالکیت را از منظر انگلیسی آن مدنظر قرار داده‌ایم.

۷۳ـ Halsbury’s Laws of England, vol.35, para. 1227 معنی ذیل را از «مالکیت» ارائه داده است:

> «مالکیت شامل حقوق بی‌شماری در مورد اموال است، برای مثال حقوق انتفاع انحصاری، تخریب، تغییر و واگذاری به غیر و حفظ و اعاده تصرف اموال از کلیه اشخاص دیگر. موجودیت

آن حقوق جداگانه تلقی نشده بلکه همگی در یک حق کلی مالکیت ادغام می‌شود».

به‌موجب لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ کاشف عتیقات از هیچ یک از این خصائص مالکیت برخوردار نمی‌باشد.

۷۴ـ ما به موضع ایران برمی‌گردیم. ایران حق تصرف بلافصل هرگونه اشیا عتیقه مکشوفه را دارد، زیرا کاشف مکلف است «در اسرع وقت» آنها را تحویل دهد. در اینکه بلافاصله پس از اینکه عتیقات تحویل داده می‌شود آنها اموال ایران می‌شود هیچ بحثی وجود ندارد. چنانچه آنها تحویل داده نشوند و توسط کاشف به شخص ثالثی منتقل شوند شخص ثالث هیچ حق مالکیتی پیدا نمی‌کند و عتیقات قابل «ضبط» خواهند بود.

۷۵ـ چنانچه عتیقات در جریان حفاری غیرقانونی کشف شوند خواه در تصرف کاشف باقی بمانند یا به شخص ثالث منتقل گردد، توسط ایران «ضبط» می‌شود. در ادامه می‌گوید که بجز حق کشف کاشف اتفاقی، هیچ‌کس بجز ایران هیچ حقی در ارتباط با عتیقات مکشوفه تصادفی یا در نتیجه حفاری غیرقانونی ندارد، و حقوق ایران اساساً حقوق مالکیتی است.

۷۶ـ ***برکت*** در ادعای خویش راجع به اینکه لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ به ایران مالکیت اعطا نکرده است به‌طور موفقیت‌آمیزی در محضر جناب قاضی به چهار موضوع استناد کرد:

الف) مقررات «ضبط» [عتیقات] در ماده ۱.

ب) لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ در حکم «شخصی»[۲۲] است.

ج) قانونگذاران چنانچه چنین قصدی داشتند می‌توانستند به‌سادگی مقرره صریحی راجع‌به اعطای حق مالکیت عتیقات به ایران تصویب کنند.

د) هیچ سابقه قضائی از ایران که مدعی حقی نسبت به عتیقات در رسیدگی‌های مدنی شده باشد وجود نداشته است.

ما به ترتیب به هریک از آنها می‌پردازیم.

۷۷ـ واژه‌ای که ما به‌عنوان «ضبط»، در زبان فارسی اصیل، به آن اشاره کردیم می‌تواند دارای هر دو معنای «ضبط»[۲۳] و «مصادره»[۲۴] باشد. در ماده ۱، آن واژه هم در ارتباط با عتیقات

---

22. In personam.

23. Seizure.

24. Confiscation .

مکشوفه و هم در رابطه با ادوات حفاری به‌کار می‌رود. تا جایی که به مورد دوم مربوط می‌شود این ماده صراحتاً مصادره را مقرر می‌کند زیرا آن ادوات، اموال حفاران غیرقانونی است. **برکت** استدلال کرد که با قیاس برابر همین امر در خصوص عتیقات نیز باید صادق باشد. کلمه ضبط نمی‌تواند بسته به اینکه در مورد ادوات حفاری اعمال می‌شود یا عتیقات دو معنای متفاوت داشته باشد. وی ادامه می‌دهد که ماده ۱ مصادره عتیقات را مقرر می‌دارد که به معنای ضمنی لازم آن است که آنها در مالکیت شخصی بوده‌اند که از وی مصادره شده‌اند.

۷۸ـ ما این استدلال را نمی‌پذیریم. ما هیچ دلیلی نمی‌بینیم که ضبط در سیاق خود نتواند برای توصیف فعلی به‌کار رود که مصادره ادوات در مالکیت کاشف و وضع ید بر عتیقاتی تلقی شود که ایران نسبت به آنها حقوق مالکیتی دارد.

۷۹ـ تعهدات صریح ناشی از لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ دایر برعدم انجام حفاری‌ها و تحویل هرگونه اشیاء عتیقه مکشوفه در واقع تعهدات شخصی هستند. حق ضبط عتیقاتی که تحویل داده نشده است نیز حقی شخصی است. اما با وجود این، این حقوق به‌طور ضمنی حق مالکیت را تحت تأثیر قرار می‌دهد. **برکت** به این گفته که چنانچه عتیقات به‌موجب ماده ۲ تحویل داده می‌شد و حق کشف پرداخت می‌گردید عتیقات جزء اموال ایران می‌شدند، ایراد نگرفت. عتیقاتی که علناً ضبط شده نیز به ایران تعلق دارد. تنها مسئله‌ای که وجود دارد این است که ایران در چه مرحله‌ای مالکیت را تحصیل کرده است. در این مورد **برکت** اظهار داشت که صرفاً زمانی که عتیقات به تصرف ایران درآید و در مورد عتیقاتی که «ضبط» می‌شود، تنها پس از تکمیل فرآیند کیفری که متعاقب ضبط صورت می‌گیرد [ایران مالک می‌شود].

۸۰ـ ما می‌دانیم که این امر موضوعی بی‌حاصل است. با توجه به نتیجه‌گیری ما که کاشف، مالک عتیقات نبوده (و این حقیقت، که مورد تفاهم است، که مالک زمینی که این اشیاء از آن استخراج شده است هیچ ادعایی نسبت به آنها ندارد)، صرفاً دو احتمال وجود دارد. یا آنها اموال بدون مدعی[25] بوده که ایران نسبت به آن حق بلافصل تصرف داشته و لذا به محض اینکه ایران نسبت به آن وضع ید می‌کرد جزء اموال ایران می‌شد و نمی‌توانست اموال شخص دیگری تلقی شود. یا اینکه آنها حداقل از لحظه‌ای که کشف شده‌اند متعلق به ایران بوده‌اند. ما توجه داریم که گزینه قبلی تصنعی است. حقوق شخصی ایران در ارتباط با عتیقات مکشوفه آن‌قدر گسترده و انحصاری بوده که ایران به‌طور مقتضی مالک اموال مکشوفه قلمداد می‌شود.

۸۱ـ جناب قاضی (در بند ۵۳) اظهار داشت که:

«... تنظیم‌کننده لایحه می‌توانسته به‌سادگی مالکیت دولتی کلیه عتیقات را در صورتی‌که چنین

---

25. Bona vacantia.

نیتی داشته مقرر نماید. به‌نظرم می‌رسد با توجه به پیشینه تاریخی تصویب این لایحه، هدف از آن جرم‌انگاری چپاول گسترده عتیقات که در آن زمان صورت می‌گرفته بوده است و نه وضع مقرراتی برای مالکیت دولتی آنها».

۸۲ـ لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ به‌عنوان پاسخ فوری به چپاول عتیقات که بلافاصله پس از انقلاب [اسلامی] صورت گرفت، تصویب شده است. ما اطلاعی نداریم که چه کسی پس از انقلاب در دسترس بوده تا پیش‌نویس قانون را تهیه کند و به‌نظر می‌رسد که هیچ مبنایی برای استنباط نتایج از آنچه که در لایحه قانونی نیامده به جای بررسی اثر آنچه که مقرر کرده است وجود ندارد. با توجه به مشکلات تفسیر قوانینی که قبلاً به آن اشاره کردیم، ممکن است که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون کار خود را با این فرض شروع کردند که عتیقات در مالکیت ایران بوده‌اند. به هر تقدیر، بنابه دلایل فوق‌الذکر، اثر واضح لایحه قانونی این بود که حق مالکیت عتیقات را به ایران اعطا کند. تنها سؤالی که مطرح است آن است که چه زمانی و در چه شرایطی آن مالکیت (به ایران) واگذار شده است.

۸۳ـ ما نمی‌دانیم که می‌توان اهمیتی برای این حقیقت قائل بود، درصورتی‌که این‌چنین باشد، که این دعوی اولین‌باری است که ایران در رسیدگی‌های مدنی مدعی شده است که مالک عتیقات می‌باشد. چنانچه مقامات دولتی عتیقاتی را که به‌طور غیرقانونی در ایران نگهداری می‌شود را کشف کرده باشند، هیچ‌کس به حق مالکیت دولت نسبت به این عتیقات ایرادی نمی‌گیرد.

۸۴ـ بنابر دلایلی که ارائه شد و بر مبنای حقایقی که در نظر گرفته‌ایم، ما به این نتیجه رسیده‌ایم که یافته جناب قاضی دایر بر اینکه ایران به‌موجب قوانین ایران ثابت نکرده که مالک عتیقاتی است که موضوع این دعوی می‌باشد، صحیح نیست. چنانچه ما به چنین نتیجه‌ای نرسیده بودیم، نتیجه‌گیری می‌کردیم که به‌موجب قوانین ایران، ایران حق بلافصل تصرف عتیقات را دارد و به‌محض تصرف (وضع ید) مالک آنها می‌شود.

آیا نفع ایران در عتیقات می‌تواند سبب اقامه دعوای تصرف من‌غیرحق به‌موجب حقوق انگلیس باشد؟

۸۵ـ این سؤال به دو مسئله تقسیم می‌شود:

الف) آیا نفع ایران در عتیقات به‌گونه‌ای است که می‌تواند سبب طرح دعوای تصرف من غیر حق باشد؟ در آن صورت

ب) با وجود این آیا ادعای ایران به‌علت آنکه بر مبنای یک قانون کیفری یا

عمومی طرح شده در انگلیس قابل طرح است ؟
بین این دو مسئله تداخلی وجود دارد.

۸۶ـ به‌موجب حقوق انگلیس مالک مال منقول که حق بلافصل تصرف آن را دارد حق تعقیب متصرف من‌غیرحق را دارد. ایران اظهار می‌دارد که او هم مالکیت و هم حق بلافصل تصرف عتیقات را هنگامی‌که آنها در ایران بوده‌اند را داشته است. در نتیجه، به‌موجب اصول تعارض قوانین ما، موضوع اینکه آیا ایران مالک عتیقات می‌باشد یا خیر باید به‌موجب حقوق ایران به‌عنوان قانون محل وقوع اموال تعیین شود. نه در محضر قاضی نه در حضور ما در مورد اینکه آیا حق بلافصل تصرف نیز باید مطابق حقوق ایران بررسی شود یا خیر نیز هیچ بحثی وجود نداشته است. ما اساساً فکر می‌کنیم که پاسخ این سؤال در زمانی که حق بلافصل تصرف مطرح می‌شود به محل عتیقات بستگی دارد. بنابر حقایق این پرونده این امر به معنای آن است که حق بلافصل تصرف نیز باید به‌موجب قوانین ایران تعیین شود. بنابر دلایلی که ارائه کرده‌ایم دیدگاه اولیه ما این است که ایران هم از حق مالکیت و هم از حق بلافصل تصرف عتیقات به‌موجب حقوق ایران برخوردار است. اگر ما چنین دیدگاهی نداشتیم، باید نتیجه‌گیری می‌کردیم که ایران از حق بلافصل تصرف به‌موجب حقوق ایران برخوردار بوده که فی‌نفسه می‌توانست به‌عنوان مبنایی برای طرح دعوای دخل و تصرف غیرقانونی در این قلمرو قضائی کفایت کند. بنابراین ما به سؤال اول پاسخ مثبت دهیم.

۸۷ـ چنانچه ایران ادعا کرده بود که مالکیت و حق بلافصل تصرف را در نتیجه خرید عتیقات در ایران کسب کرده است، ما معتقد نیستیم که **برکت** به حق مالکیت ایران برای طرح دعوای دخل و تصرف در انگلیس ایراد می‌گرفت، علی‌رغم اینکه ایران هرگز تصرف واقعی عتیقات را به دست نیاورد. مع‌هذا، **برکت** اظهار می‌دارد که ایران نمی‌تواند مدعی دخل و تصرف غیرقانونی باشد؛ زیرا ایران هرگز مالکیت خود را با وضع ید بر عتیقات تکمیل نکرد. از آنجایی که ما این وضعیت را درک می‌کنیم این استدلال بر این عقیده مبتنی است که قوانین مورد استناد ایران که مبنای ادعایشان می‌باشد هم قوانین جزایی است و هم عمومی. **برکت** می‌پذیرد که چنانچه ایران عتیقات را متصرف می‌شد بدان وسیله می‌توانست حق مالکیتی را تحصیل کند و با طرح دعوای «موروثی»[۲۶] آن را اجرا کند. با وجود این، همان‌طورکه مشخص است **برکت** ادعا می‌کند آنچه که ایران درصدد انجام آن است اجرای یک قانون جزایی و عمومی خارجی است که در این کشور قابل طرح در دادگاه نمی‌باشد. این امر ما را به مسئله دوم هدایت می‌کند.

---

26. Patrimonial.

۸۸ـ پاسخ ایران دو وجهی است:

الف) چنانچه یک قانون خارجی به دولت خارجی حق مالکیت اموالی را که در قلمرو قضائی وی واقع است واگذار کند، آن حق مالکیت در انگلیس به رسمیت شناخته خواهد شد حتی اگر آن قانون جزایی یا عمومی باشد؛

ب) قوانین مورد استناد ایران جزایی نیست و تا جایی که عمومی است هیچ دلیلی از بابت نظم عمومی وجود ندارد که مانع اجرای آنها در این کشور شود.

۸۹ـ چون جناب قاضی معتقد بود که ایران نه مالکیت ونه حق بلافصل تصرف مالکانه خود را که به‌نظر وی برای طرح دعوای دخل و تصرف ضروری است اثبات نکرده است، وی پرداختن به مسئله قابلیت طرح دعوی در دادگاه را لازم ندانست.

۹۰ـ با وجود این وی این مسئله را بر مبنای این قضیه بررسی کرد که به‌موجب قوانین ایران، در حالی‌که عتیقات همچنان در ایران بوده است، ایران حق مالکیت معتبر آنها را تحصیل کرده است. وی بر این مبنا ادامه داد که ایران درصدد اجرای مفاد قوانین ایران که به او حق مالکیت اعطا کرده است در انگلیس می‌باشد و اینکه چنانچه قانون مربوط جزایی یا عمومی باشد، این دعوی قابلیت طرح در دادگاه را ندارد. حکم وی چنین القاء می‌کند که این رویکرد مطابق امتیاز داده شده توسط ایران است. چنانچه چنین امتیازی داده شده باشد، آنها [امتیازات مزبور] دیگر بیش از این وجود ندارد.

۹۱ـ جناب قاضی رأی داد که لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ (الف) یک قانون جزایی است که مقصود آن حراست از میراث ملی است؛ و (ب) نمونه از یک قانون حقوق عمومی است که دولت حق اجرای آن را ندارد. بر این اساس، وی به دومین سؤال مقدماتی پاسخ منفی داد: حتی اگر ایران به‌موجب قوانین ایران حق مالکیت نسبت به این اشیاء را داشته باشد، دادگاه انگلیسی آن را به رسمیت نشناخته یا اجرا نمی‌کند. جناب قاضی اضافه کرد (بند ۱۰۰) «چنانچه این جمع‌بندی تأسف‌انگیز است پاسخ می‌تواند همانی باشد که توسط لرد دنینگ در پرونده Ortiz ارائه گردید یعنی کنوانسیون بین‌المللی که کشورهای معینی به آن پیوسته و قوانین ضروری مطابق آن را تصویب کنند».

۹۲ـ استیناف ایران مبتنی بر استدلالات ذیل است: (الف) مقررات مربوط به لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ جزایی نمی‌باشد؛ (ب) رویکرد مناسب نسبت به حقوق عمومی خارجی این است که در هر مورد بررسی شود که آیا مبنای خاصی از نظم عمومی وجود دارد که مستلزم عدم اجرای قانون مورد نظر در انگلیس باشد؛ (ج) قوانین مربوط به حفظ میراث فرهنگی تاریخی نباید به‌عنوان قوانین عمومی به آن منظور تلقی شود؛ (د) به هر تقدیر، چنانچه یک کشور خارجی

به‌موجب قانون محل وقوع اموال مالک بوده و حق تصرف بلافصل داشته باشد، و اموال مزبور توسط یک شخص خصوصی قابل تملک نباشد، حق مالکیت آن باید صرف‌نظر از اینکه آیا آن اموال را به تصرف خود درآورده است یا خیر به رسمیت شناخته شده و اجرا شود.

۹۳ـ **برکت** نمی‌گوید که قوانین ایرانی مورد استناد ایران، نظم عمومی انگلستان را تا آن حد زیر پا می‌گذارد که نباید آنها را به رسمیت شناخت. مع‌هذا، **برکت** ادعا می‌کند هنگامی که ماهیت و نه شکل این رسیدگیها مورد نظر قرار می‌گیرد [مشخص می‌شود] آنچه که ایران درصدد انجام آن است اجرای قوانین ایران در این کشور است، قوانینی که هم جزایی است و هم عمومی. **برکت** اظهار می‌دارد که این امر در واقع یک دعوای موروثی نیست. آنچه ایران درصدد انجام آن است اعمال حاکمیت خود در این قلمرو قضائی است. این چیزی است که دادگاههای انگلیس تحمل نخواهند کرد.

۹۴ـ مسئله مقدماتی بر این مبنا رسیدگی شد که عتیقات در شرایط ادعایی که در جزییات ادعا آمد از ایران نشأت گرفته است. به‌منظور [تبیین] مسئله مقدماتی مزبور و در نتیجه به‌منظور [تبیین] این استیناف، باید فرض شود که (الف) عتیقات از منطقه جیرفت ایران استخراج شده است؛ (ب) آنها اخیراً حفاری شده است؛ و (ج) آنها به‌طور غیرقانونی از ایران خارج شده است. هیچ نشانه‌ای وجود نداشته و نمی‌تواند وجود داشته باشد که **برکت** حق مالکیت را از شخصی که به‌موجب قوانین ایران حق مالکیت داشته یا مدعی حق مالکیت بوده، اخذ کرده است.

قوانین جزایی، درآمد مالیاتی[۲۷] و سایر قوانین عمومی

۹۵ـ اکنون ما دومین جنبه اصلی این استیناف را بررسی می‌کنیم. همان‌طورکه گفتیم جناب قاضی به این نتیجه به‌زعم ایشان اسف‌انگیز رسید که حتی اگر ایران حق مالکیت را ثابت کرده بود، دادگاه انگلیسی از لحاظ مسئله مقدماتی آن حق مالکیت را به رسمیت نشناخته یا اجرا نمی‌کند؛ زیرا قانون ایرانی [مورد بحث] هم قانون «جزایی» و هم قانون «عمومی» است که در دادگاه انگلیسی قابل طرح نمی‌باشد. بنابراین، لازم است ماهیت و محدوده اصولی که وی به آن استناد کرده را مورد نظر قرار داد.

۹۶ـ طبق قاعده (۱) ۳ در:

Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, 14th ed. 2006 (“Dicey”), Para 5R-019:

«دادگاههای انگلیس برای رسیدگی به دعوای: ... اجرای مستقیم یا غیرمستقیم قانون

---

27. Revenue.

جزایی، درآمد مالیاتی یا سایر قوانین عمومی یک کشور خارجی صلاحیت ندارند...».

۹۷ـ ویرایش یازدهم Dicey در سال ۱۹۸۷ (صفحه ۲۲۰) چنین می‌گوید که عدم صلاحیت مربوط به دادگاههای محل اقامه دعوی نمی‌شود بلکه مربوط به دولت خارجی است که برای اجرای قانون خود در خارج از قلمرو خود صلاحیت بین‌المللی ندارد و اینکه مبنای این قاعده آن است که دادگاههای محل اقامه دعوی صلاحیت خود را در کمک به تلاش دولت خارجی برای اقدامی زاید بر صلاحیت خود اعمال نخواهند کرد. این دیدگاه اساساً توسط مجلس اعیان در موضوع *State of Norway's Application (Nos. 1&2)* [1990] 1 AC 723, at 808 اتخاذ شده، اما این قاعده به شکل سنتی خود به‌علت پذیرش گسترده آن در آراء قضائی حفظ شده است.

۹۸ـ نقطه آغاز هرگونه بحث و بررسی راجع به مسئله قابلیت اقامه دعوی در دادگاه که در این استیناف مطرح است باید در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1 (CA and HL) باشد. نیوزیلند درصدد بازپس‌گیری یک مجسمه مائوری[۲۸] بود که به‌طور غیرقانونی و برخلاف قانون اشیاء تاریخی مصوب ۱۹۶۲ نیوزیلند به این کشور صادر شده بود. آن مجسمه به‌طور قانونی توسط یک صادرکننده در نیوزیلند خریداری شده بود و نهایتاً به George Ortiz، کلکسیونر معروف فروخته شد که به‌منظور پرداخت باج به آدم ربایان دخترش در سازبی[۲۹] آن را در معرض فروش گذاشت. همان‌طورکه نهایتاً مجلس اعیان اعلام داشت، علت عدم موفقیت این دعوی آن بود که مقررات توقیف قانون ۱۹۶۲، حسب ادعای نیوزیلند، به مفهوم انتقال مالکیت مجسمه از صادرکننده به نیوزیلند به‌محض تلاش صادرکننده برای صدور غیرقانونی آن نبوده مگر تنها و هنگامی که مجسمه واقعاً توسط مقامات نیوزیلند ضبط می‌گردید، که هرگز چنان نشد.

۹۹ـ هر سه عضو دادگاه استیناف، لرد دنینگ ام آر، آکنر و او کانر[۳۰] این مسئله را بررسی کردند که اگر قانون ۱۹۶۲ در واقع قبل از خروج مجسمه از قلمرو نیوزیلند حق مالکیت را از صادرکننده به نیوزیلند منتقل می‌کرد وضعیت چگونه بود. لرد دنینگ اظهار داشت Ac [1984]) (At 20 که نکته مزبور از اهمیت گسترده‌ای برخوردار است و ادامه داد:

«اکثر کشورها قوانینی دارند که مانع صدور اشیاء تاریخی می‌شود مگر به‌موجب مجوز. این قانون می‌تواند ضبط خودکار آن اشیا را در صورت صدور یا شروع به صدور را مقرر نماید. ممکن

---

28. Maori carving.
29. Sotheby.
30. Lord Denning MR, Ackner and O'Conner LJJ.

است خیلی مطلوب باشد که هر کشوری باید در این مرحله قانون کشور دیگر را در این خصوص با ممکن ساختن بازپس‌گیری چنین اشیائی وبازگرداندن آنها به موطن اصلی اجرا کند. اما آیا قانون چنین مجوزی می‌دهد؟»

۱۰۰ـ وی به نتایج ذیل (درصفحه ۲۴) رسید:

«... چنانچه کشوری دارای قانون منع صدور آثار هنری باشد و چنانچه آنها صادر شوند توقیف خودکار آنها را به نفع دولت مقرر دارد، پس آنها در مقوله «قوانین عمومی» قرار می‌گیرد که توسط دادگاههای کشوری که به آن صادر شده است یا هر کشور دیگری اجرا نخواهد شد، زیرا آن اقدامی در اعمال اقتدار حاکمیتی است که خارج از قلمرو آن کشور اجرا نخواهد شد».

۱۰۱ـ نظر لرد آکنر (صفحه ۳۴) این بود که نیوزیلند درصدد اجرای یک قانون جزایی بود و وی باید این ادعا رد می‌کرده است به‌خاطر آنکه آن را «مسئلهٔ حقوق بین‌الملل عمومی» توصیف کرد. ادعا برای اجرای یک قانون جزایی خارجی بود زیرا دولت نیوزیلند درصدد استیفای حق خود برای حفظ اشیاء تاریخی در نیوزیلند از طریق مصادره آنها در صورت صدور غیرقانونی آنها بود. وی بدون اینکه به نتیجه قطعی برسد، اظهار داشت که تحت تأثیر استدلال قاضی استاتون[۳۱] در مرحله بدوی می‌باشد که چنین مقوله باقیمانده کلی مبهمی از «حقوق عمومی» وجود ندارد. لرد اوکانر (در صفحه ۳۵) همین نظر را داشت که این قانون به‌علت اینکه یک قانون جزایی می‌باشد نمی‌تواند در انگلیس اجرا شود.

۱۰۲ـ در مجلس اعیان، تنها لرد برایت من[۳۲] صحبت کرد که سایر اعضاء مجلس با او موافقت کردند. وی رأی دادگاه استیناف را به این علت که نیوزیلند حق مالکیتی نسبت به مجسمه مزبور ندارد ابرام نمود. وی اضافه کرد (در صفحه ۴۶) که تا آنجایی که به دیدگاههای فوق‌الذکر مربوط است، آنها [اظهارات] جنبی بوده و «اینجانب به جرأت فکر می‌کنم که به هر تقدیر عالیجنابان نمی‌خواهند در خصوص صحت یا عدم صحت دیدگاههای بیان شده مزبور نتیجه‌گیری کنند».

۱۰۳ـ معذالک وی در صفحه ۴۹ اظهارنظری می‌کند که ما به آن برخواهیم گشت:

«وکیل [خوانده] اظهار داشت که، من مایلم با او موافقت کنم، بازپس‌گیری اشیاء تاریخی صادر شده به طریق غیرقانونی به بهترین وجه در صورتی تأمین می‌شد که حق مالکیت آن مستقل از ضبط به دولت واگذار می‌گردید».

---

31. Staughton J.

32. Lord Brightman.

حقوق جزایی

۱۰۴ـ لرد دنینگ ام آر در صفحه ۲۰ در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* اظهار داشت: «هیچ‌کس هرگز در مورد اینکه محاکم ما به دعوای مطروحه از سوی حاکمیت خارجی، به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم، برای اجرای قوانین جزایی یا درآمد مالیاتی آن دولت خارجی رسیدگی نخواهند کرد تردید ندارد. ما جلسه تشکیل نمی‌دهیم تا برای کشور دیگری مالیات جمع‌آوری کرده یا برای آن مجازات اعمال کنیم».

۱۰۵ـ گفته می‌شود مبنای قاعده منع اجرای قوانین جزایی در این اصل نهفته است که جرائم صرفاً در کشوری که ارتکاب یافته‌اند، قابل تعقیب و مجازاتند و بر این اساس هیچ رسیدگی حتی به شکل دعوای مدنی که هدف آن اجرای، خواه مستقیم یا غیرمستقیم، مجازات مقرر شده برای چنین تخلفاتی توسط دولت باشد نباید در محاکم کشور دیگری مجاز باشد:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150, at 156.

۱۰۶ـ اینکه آیا یک قانون خارجی یا ادعای مبتنی بر قانون خارجی باید جزایی توصیف شود یا خیر بستگی به قانون انگلیس دارد و نه به برچسبی که توسط نظام حقوقی خارجی به آن قانون‌زده می‌شود و نه به اینکه به شکل دعوای خصوصی مطرح شده باشد. دادگاه انگلیس باید ماهیت حقی که اجرای آن درخواست می‌شود را تعیین کند و اینکه آیا اجرای آن، مستقیم یا غیرمستقیم، مستلزم اجرای قانون جزایی کشور دیگری خواهد بود یا خیر:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150, at 155; *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1, at 32, per Ackner LJ.

۱۰۷ـ مثال دادگاهی که به ماهیت دعوی توجه کرد در پرونده *Banco de Vizcaya v. Don Alfonsa de Borbon y Austria [1935] 1 KB 140* می‌باشد. پادشاه سابق اسپانیا اوراق بهادار نگهداری شده توسط بانک وست مینیستر لندن را مطالبه کرد. اوراق بهادار از ابتدا بنابه دستور شعبه مادرید به‌عنوان نماینده پادشاه نگهداری شده بود، اما هنگامی‌که شعبه مادرید بسته شد، پادشاه دستورالعملهایی صادر کرد دایر بر اینکه شعبه لندن بانک وست مینیستر باید اوراق بهادار را بنابه دستور بانکو د ویزکایا[۳۳] نگهداری کند. در سال ۱۹۳۱ اموال شخصی پادشاه سابق ضبط گردید، علیه وی [به اتهام] خیانت شدید و اعمال غیرقانونی اقامه دعوی شد. بانکو د ویزکایا علیه بانک وست مینیستر در لندن دعوای تحویل اوراق بهادار را طرح کرد. در این دعوی رأی داده شد که اجرای حق بانکو د ویزکایا نسبت به اوراق بهادار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم مستلزم اجرای قوانین جزایی جمهوری اسپانیا می‌باشد. وی ماهیتاً هرگز حقوق خود را اظهار

33. Banco de Vizcaya.

نمی‌کرد بلکه حقوق جمهوری اسپانیا را طرح می‌کرد. بدین‌سان، در پرونده *United States v. Inkley* [1989] QB 255 (CA) نیز ماهیت دعوی که موضوع یک حکم خارجی در مسائل پولی در رسیدگی مدنی برای اجرای وجه‌الضمان حضور در رسیدگی‌های کیفری بود. بنابراین قضاوت غیابی نسبت به مدعی علیه در خصوص حکم خارجی کنار گذاشته شد.

۱۰۸ـ در نتیجه یک قانون ممکن است به‌عنوان جزایی توصیف شود، حتی اگر جزء مجموعه قوانین کیفری دولت خارجی نباشد:

Att-Gen of New Zealand v. Ortiz [1984] AC 1, at 33, per Ackner LJ.

به جای قانون به‌طورکلی، مفاد ویژه مورد استناد باید طبقه‌بندی شود: همان منبع.

۱۰۹ـ همچنین ایـن حقیقت که مفادی مندرج در یک قانون یافت می‌شود که شامل ضمانت اجراهای کیفری، نظیر جریمه یا توقیف، باشد به آن معنا نیست که خود مفاد مزبور ماهیتاً جزایی است. به‌نظر می‌رسد که این نکته در پرونده *Schemmer v. Property Resources Ltd* [1975] Ch 273، مغفول مانده است. در این قضیه که قاضی گولدینگ[۳۴] (به‌عنوان دلیل جایگزین رأی مزبور) که رأی داد دادگاه انگلیسی، مالکیت مدیر تصفیه منصوب دادگاه ایالات متحده امریکا برای دریافت دارایی‌های گروهی از شرکتها (که مقر آنها در باهاما بود) و به‌عنوان ابزاری برای کلاهبرداریهای آی‌ـاوـ اس[۳۵] در دهه ۱۹۷۰ مورد سوء استفـاده قرار می‌گرفتند را به رسمیت نخواهد شناخت. مبنای آن بخش از حکم آن بود که مدیر تصفیه مطابق قانون مبادله اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴[۳۶] منصوب شده بود و آن قانون یک قانون جزایی بود. بنابراین مدیر تصفیه نه برای اجرای مقررات جزایی آن قانون بلکه برای حفظ و بازپس‌گیری اموال آن شرکت منصوب شده بود.

۱۱۰ـ در پرونده حاضر، جناب قاضی رأی داد این حقیقت که ساز و کار حفاظت از میراث آن [ایران] به‌دلیل تحصیل مالکیت دولت بود و نه به‌موجب مقررات توقیف، تمایزی بدون تفاوت (ترجیح بلا مرجح) بود. تأثیر آن یکسان بود: دولت به‌موجب فرآیند قهری قانونی که حق هر فردی را که ممکن بود در غیر این صورت مالک باشد یا مالک بماند (بند۹۰) لغو کرده و حق مالکیت تحصیل نمود. این مجازاتها شامل حبس و مصادره نه تنها اموال فرهنگی بلکه ادوات حفاری بود و آن جنبه‌های جزایی این نتیجه‌گیری را تأیید می‌کند که قانون مزبور به‌طرز صحیحی به‌عنوان جزایی توصیف شده است (بند ۹۱).

۱۱۱ـ به‌نظر ما، جناب قاضی از این حیث دچار اشتباه شده است. بخش عمده‌ای از لایحه

---

34. Goulding J.

35. IOS.

36. US Securities Exchange Act 1934.

قانونی مصوب ۱۳۵۸ که برای حفاری یا معامله غیرقانونی عتیقات جرایم کیفری با مجازات کیفری را مقرر کرده است، جزایی می‌باشد. اما این حقیقت که برخی از مقررات لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸ مجازاتهایی را اعمال می‌کند موجب نمی‌شود که همه مقررات این لایحه جزایی شود. تغییراتی که آن قانون در ارتباط با مالکیت عتیقات ایجاد کرد جزایی یا مصادره‌ای نبود. اثر آن [مقررات] عطف به ما سبق شونده نبود. آن [مقررات] هیچ‌کس را از مالکیت عتیقاتی که قبلاً مالک بوده‌اند محروم نکرد. آن [مقررات] قانون مربوط به مالکیت عتیقاتی که هنوز کشف نشده بود را تغییر داد، با این اثر که منوط به استحقاق کاشف اتفاقی نسبت به حق کشف، همه آنها به تملک دولت درخواهد آمد. این مقررات، جزایی نبوده و ادعا در این پرونده به آن دلیل قابل رد نیست.

حقوق عمومی

۱۱۲ـ آن بخش از قاعده ۳ (۱) از Dicey که به «سایر قوانین عمومی» اشاره می‌کند در طبع چهارم (1927, by Berriedale Keith, Rule 54, p 224)، آمده درحالی‌که به‌عنوان «قوانین سیاسی» مطرح می‌شود با ذکر قضیه قوانین *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* (1861) 3 De GF & 217 و بین حقوق مالکانه از ادعاهای مربوط به اجرای قوانین سیاسی اخذ شده است.

۱۱۳ـ عبارت «سایر قوانین عمومی» جایگزین اصطلاح «حقوق سیاسی» در طبع هفتم شد (1958, Dicey and Morris, ed. Dr J.H.C. Morris *et al.*, Rule 54, p.159). (به‌نظر می‌رسد) این امر در پاسخ به نقد اصطلاح «قوانین سیاسی» توسط دکتر اف ای مان[۳۷] در Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws (1955) 40 Tr.Gro.Soc 25, reprinted in F.A. Mann, Studies in International Law (1973) p. 492 (see a p. 500), and by Parker LJ in *Regazzoni v. K.C. Sethia* (1944) *Ltd* [1956] 2 QB 490, at 524 صورت گرفته است. اصطلاح جدید «قوانین عمومی» به‌عنوان معادل «حق ویژه» مورد استفاده دکتر مان به‌کار گرفته شد. رجوع کنید به:
Dicey, 7th ed. p. 162, n. 60.

۱۱۴ـ همان‌طورکه قبلاً گفتیم در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* فقط لرد دنینگ ام آر پذیرفت که نوعی از قوانین عمومی خارجی وجود دارند که دادگاه انگلیسی آنها را اجرا نخواهد کرد. پس از نتیجه‌گیری که چنین قاعده‌ای وجود دارد وی ادامه داد (صفحه ۲۰–

37. Dr F.A. Mann.

.(۲۱

«اما سایر قوانین عمومی» چیست؟ اینجانب فکر می‌کنم که آنها قوانینی است که از همان نوع[۳۸] قوانین «جزایی» یا «درآمد مالیاتی» است. پس "genus"چیست؟ یا به زبان انگلیسی مفهوم کلی که قوانین «جزایی» و «درآمد مالیاتی» و سایر قوانین مشابه را دربرمی‌گیرد چیست؟ فکر می‌کنم باید با بازگشت به طبقه‌بندی اعمال در حقوق بین‌الملل آن را دریافت. یک گروه شامل اعمالی می‌شود که توسط حاکمیت انجام می‌شود، اعمال حاکمه[۳۹] یعنی به‌موجب اقتدار حاکمیتی آن انجام می‌شوند. دسته دیگر آن اعمالی هستند که توسط وی از باب اعمال تصدی انجام می‌شوند یعنی آن مواردی که اعتبار خود را به‌موجب عمل آنها به دست می‌آورد. اعمال این تمایز بر مشکل فعلی ما را دکتر اف ای مان ۲۸ سال پیش به‌خوبی در مقاله‌ای تحت عنوان «حقوق ویژه کشورهای خارجی و تعارض قوانین» ترسیم کرد...

آن گروهی از قوانین به مشکل فعلی ما اعمال می‌شود و اجرا خواهد شد مربوط به اعمال اقتدار حاکمیتی دولت حاکم بر اموالی است که در قلمرو خود او واقع است ... اما قوانین دیگر اجرا نخواهد شد. به‌موجب حقوق بین‌الملل، هیچ دولت حاکمی، حاکمیتی ورای مرزهای خود ندارد. دادگاههای کشورهای دیگر اجازه نمی‌دهند که کشوری از این قیود فراتر رود. آنها هیچ‌یک از قوانین آن را که به معنای اعمال حاکمیت ورای حدود آن اقتدار است اجرا نخواهند کرد.

۱۱۵ـ نتیجه‌گیری وی آن بود که قانون منع صدور آثار هنری و توقیف خودکار به نفع دولت درصورتی‌که آنها صادر شوند در مقوله «قوانین عمومی» قرار می‌گیرد که توسط دادگاههای کشوری که [آن اشیا] به آنجا صادر شده‌اند اجرا نمی‌شود به‌علت آنکه آن عمل، اعمال اقتدار حاکمیتی است که خارج از قلمرو خود آن دولت اجرا نمی‌شود.

۱۱۶ـ سؤال مربوط به این اصل در پرونده *SpycatcherAtt-Gen (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30 دوباره مورد بررسی دیوانعالی استرالیا قرار گرفت. در آن پرونده خواسته دولت انگلیس اجرای وظایف رازداری آقای پیتر رایت، مأمور سابق اطلاعات، علیه ناشران استرالیایی بود. از لحاظ شکلی این دعوی یک دعوای حقوق خصوصی مبتنی بر ادعاهای نقض وظیفه امانتداری، و نقض تعهدات منصفانه و قراردادی اعتماد بود. در این قضیه رأی داده شد که دعوی قابل پذیرش نیست.

۱۱۷ـ اکثریت (قاضی‌القضات مازون، قاضی ویلسون، دیان، داسون، توهی و گادرون)[۴۰] رأی

38. Eiusdem generis.

39. jure imperi.i

40. Mason CJ, Wilson, Deane, Dawson, Toohey, and Gaudron JJ.

دادند که این دعوی به این دلیل موسع که دعوایی برای تحقق منافع حکومتی یک دولت خارجی است قابل اجرا نیست. این قاعده «به دعواهای مربوط به اجرای منافع دولت حاکم خارجی که ناشی از اعمال اختیارات خاص حکومت باشد اعمال می‌شود» (صفحه ۴۲) و اصل حقوقی «دعواهای مربوط به اجرای منافع حکومتی دولت خارجی» را غیرقابل اجرا ساخت (صفحه ۴۷). این دعوی باید با اشاره به ماهیت منفعتی که اجرای آن درخواست شده توصیف گردد تا شکل دعوی (صفحه ۴۶).

۱۱۸ـ در پرونده *President of the State of Equatorial Guinea v. Royal Bank of Scotland* [2006] UKPC 7، شورای سلطنتی (با سخنان لرد بینگهام و هافمن)[41] به‌صورت ضمنی دیدگاههایی را در خصوص قابلیت اقامه دعوی توسط دولتهای خارجی در اعمال اقتدار حاکمیتی اظهار کردند و به‌نظر می‌رسد حداقل به‌طور آزمایشی، رویکرد دیوانعالی استرالیا در پرونده *Spycatcher*، که اعمال این قاعده بستگی دارد که آیا «منفعت اصلی و اساسی» دولت در طرح دعوی ماهیتاً حکومتی است یا خیر را مورد تأیید قرار دادند: بندهای ۲۴و۲۵:

«۲۴. برای آن عالیجنابان به‌خوبی قابل استدلال به‌نظر می‌رسد که دعواهایی که تجدیدنظرخواهان می‌گویند مایلند در رسیدگیهای انگلیسی انجام دهند، معرف اعمال اقتدار حاکمیتی، یعنی حفظ امنیت آن کشور و حاکم آن است. بازداشت و محاکمه افراد مظنون، اعمال تدابیر امنیتی، اخذ معاضدت دیپلماتیک: عناوین خسارتی ادعایی تجدیدنظرخواهان در رسیدگیهای انگلیسی می‌تواند همگی به‌عنوان جنبه‌هایی از اقتدار حاکمیتی تلقی شود... همان‌طورکه دیوانعالی استرالیا در پرونده *Attorney-General (United Kingdom) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30, 46 اظهار داشت اعمال این قاعده به آنکه آیا «منفعت اساسی» دولت طرح‌کننده دعوی ماهیتاً حکومتی است یا (خیر) بستگی دارد...

۲۵. ... بنابراین ممکن است سؤال این نباشد که آیا این دعوی با اشاره به صدمه یا خسارت شخصی به اموال شکل گرفته است یا خیر بلکه آیا همان‌طورکه دیوانعالی استرالیا اظهار داشت، «منفعت اساسی» دولت طرح‌کننده دعوی ماهیتاً حکومتی است یا خیر».

۱۱۹ـ پس از بررسی کامل منابع و مآخذ مذکور، این دادگاه در پرونده *Mbasogo v. Logo Ltd* [2007] 2 WLR 1062 رأی داد که قاعده (۱) ۳ Dicey به‌طرز صحیحی قانون را منعکس کرده است. دادگاه اعلام کرد:

«۵۰. ... سؤال اصلی آن است که آیا در اقامه یک دعوی، خواهان عملی انجام می‌دهد که ویژگی حاکمیتی دارد یا آنکه به‌موجب اقتدار حاکمیتی انجام می‌دهد؛ و آیا این دعوی مستلزم

---

41. Lords Bingham and Hoffman.

اعمال یا اظهار یک حق حاکمیتی است. در آن صورت، دادگاه به این دعوی رسیدگی نکرده و آن را اجرا نخواهد کرد. از طرف دیگر، چنانچه در اقامه دعوی خواهان عملی انجام ندهد که ویژگی حاکمیتی داشته باشد یا به‌موجب اقتدار حاکمیتی باشد و دعوی مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی و درصدد تحقق عمل یا اعمال حاکمیتی نباشد، دادگاه به آن رسیدگی کرده و آن را اجرا خواهد کرد. همان‌طور که مشاهده می‌کنیم، آن تمایز گسترده‌ای از این اصل بود که دادگاه در پرونده*Emperor of Austria* case 3 De GF & J 217 درصدد نتیجه‌گیری از آن بود. در تصمیم‌گیری راجع‌به چگونگی توصیف یک دعوی، دادگاه باید البته ماهیت آن را بررسی کند و با ظواهر آن گمراه نشود: برای مثال نگاه کنید به پرونده:

Huntington v. Attrill [1893] AC 150.

۵۱. ما این تمایز را به آن شیوه گسترده انجام می‌دهیم زیرا به‌نظر می‌رسد که آن دلیل منطقی قاعده (۱) ۳ را درDicey, Morris & collins, The Conflict of Laws بیان می‌کند. ما به این نتیجه رسیده‌ایم که قاعده (۱) ۳ با بیان اینکه دادگاههای انگلیسی برای پذیرش دعوای اجرای «قوانین جزایی»، درآمد مالیاتی یا سایر قوانین عمومی یک دولت خارجی صلاحیتی ندارند، به‌طرز صحیحی قانون را منعکس می‌کند...».

۱۲۰ـ اما دادگاه استیناف (بند ۵۲) اظهار داشت لازم نیست راجع‌به اینکه آیا معیار در حقوق انگلیس همانی است که دیوانعالی استرالیا در پرونده *Spycatcher* بیان می‌کند، اظهارنظر شود.

۱۲۱ـ تصمیم واقعی در پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه استیناف آن بود که ادعاهای دولت گینه استوایی مبتنی بر منافع مالی آن نبود بلکه برای خسارت وارده به‌موجب اعمال اقتدار حاکمیتی ناشی از تصمیمات اتخاذی دولت برای حفاظت از دولت و شهروندان بود. دفاع از دولت و اتباع آن نمونه‌ای عالی از نقش دولت بود و دادگاه دعاویی را که مستلزم اعمال اقتدار حاکمیتی است اجرا نمی‌کند: بندهای ۵۷ ، ۶۱ و ۶۷ .

۱۲۲ـ دادگاه (بند ۶۰) پذیرفت که این پرونده مستلزم اجرای قانون عمومی نیست، اما به‌منظور محدود کردن آن با آن شیوه این اصل باید بسیار مضیق تفسیر شود.

۱۲۳ـ نتیجتاً، پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه تجدیدنظر در واقع پرونده‌ای نیست که مستلزم شروع به اجرای قانون عمومی خارجی باشد. گرچه دادگاه مقوله باقیمانده «سایر قوانین عمومی» را تأیید کرد اما دلیل قطعی آن است که دعوایی که مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی باشد قابلیت رسیدگی در دادگاه را ندارد. این امر با معیار به‌کار برده شده توسط دیوانعالی استرالیا چندان تفاوتی ندارد و دادگاه استیناف صحت اظهارنظر شورای سلطنتی (بند ۵۰) را

پذیرفت که فی‌نفسه به‌نظر می‌رسد که تأییدی بر معیار پیشنهادی دیوانعالی استرالیا باشد. این معیار با رویکرد کشورهای تابع حقوق نوشته چندان تفاوتی ندارد؛ بنابراین دیوان عالی فرانسه رأی به غیرمسموع بودن دعاوی جمهوری هائیتی علیه بابی داک دووالیر[۴۲] درخصوص غارت خزانه هائیتی داد به‌علت آنکه دعاوی مزبور به روابط بین دولت و مأمورانش و اعمال اختیارات دولتی مربوط بود:

Etat d'Hait v. Duvaleir, cass. Civ, I, May 29, 1990, 1991 Clunet 137, 1991 Rev. crit. 386.

۱۲۴ـ اعمال رویکرد دیوانعالی استرالیا در پرونده *Robb Evans of Robb Evans & Associates v. European Bank Ltd* [2004] NSWCA 82, (2004) 61 NSWLR 75 که در آن رأی داده شد (با تمایز *Schemmer v. Property Resources Ltd* [1975] Ch 273, در بند ۱۱۰ فوق) که مدیر تصفیه منصوب کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده [امریکا] می‌توانست به‌منظور بازپس‌گیری عواید حاصل از جعل کارت اعتباری در نیوساوت ولز اقامه دعوی کند: در زمینه حمایت از مصرف‌کنندگان، نظامهای تنظیم‌کننده [بازار] ممکن است در راستای یک منفعت عمومی بوده و به‌عنوان قوانین عمومی طبقه‌بندی شوند بدون اینکه یک نوع منفعت مرتبط دولتی تلقی شود؛ و در نتیجه آن رسیدگی ماهیتاً برای جبران خسارت اشخاصی طراحی شده بود که در معرض کلاهبرداری قرار گرفته بودند.

۱۲۵ـ بنابر منابع و مآخذ پیش روی، تنها مقوله خارج از قوانین جزایی و درآمد مالیاتی که موضوع تصمیم واقعی، برخلاف مقدمات حکم (نظرات جنبی قاضی)، می‌باشد دعوایی است که مستلزم اعمال یا اظهار حق حاکمیتی است. هیچ تصمیمی وجود ندارد که این دادگاه را مقید کند تا دریابد که آیا قاعده‌ای وجود دارد که مانع اجرای کلیه قوانین عمومی خارجی است یا خیر. معیار وضع شده دیوانعالی استرالیا نه تنها مطابق منابع و مآخذ انگلیسی از جمله در پرونده *Equatorial Guinea* در دادگاه استیناف می‌باشد، بلکه یک معیار مفید و عملی است.

۱۲۶ـ چه قوانینی در زمره مقوله قوانینی قرار می‌گیرند که به‌علت اعمال یا اظهار یک حق حاکمیتی یا تلاش برای اجرای منافع حکومتی اجرا نخواهد شد؟ همان‌طورکه گفتیم لرد دنینگ ام آر در پرونده *Ortiz* پیشنهاد کرد که قوانین عمومی پیش‌بینی شده به‌موجب قاعده (۱) ۳ از همان نوع قوانین جزایی یا درآمد مالیاتی است و اینکه نوع [قانون] مربوطه باید در اعمال حکومتی یعنی اعمال انجام شده به‌موجب اقتدار حاکمیتی یافت شود و نه اعمال تصدی. این تمایزی است که ناشی از قانون مصونیت دولتهاست: برای مثال نگاه کنید به پرونده *Kuwait*

42. Baby Doc Duvalier.

Airways Corp v. Iraqi Airways Co [1995] 1 WLR 1147, 1156, per Lord Goff of Chieveley و مطالب Dicey بندهای ۰۳۳ـ۱۰ و ۰۰۴ـ۱۰. این امر با تمایزی ارتباط دارد که دیوان دادگستری اروپایی قائل شد تا تعیین کند که آیا یک دعوی، برای مقاصد کنوانسیون بروکسل و آیین‌نامه شماره یک آن کنوانسیون« از نوع مدنی و بازرگانی» است جایی که سؤال آن است که آیا دولت مزبور عملی انجام می‌دهد که از اعمال اختیارات حاکمیتی آن است یا خیر. پرونده‌های ذکر شده در Dicey بندهای ۰۲۵–۱۱.

۱۲۷ـ بی‌تردید یک نمونه از قوانینی که در زمره این مقوله قرار می‌گیرند قانون کنترل تسعیر خواهد بود رجوع کنید به:

Lord Cable, deceased [1977] 1 WLR 7; and *Camdex International Ltd. v. Bank of Zambia* (No.2) [1997] CLC 714, at 724 (Simon Brown LJ) and 734 (Philips LJ).

۱۲۸ـ ممکن است، اما به‌هیچ‌وجه قطعی نیست، که محدودیتهای صادرات نیز در زمره این مقوله قرار گیرند. در پرونده *King of Italy v. de Medici* (1918) 34 TLR 623 خواسته صدور یک قرار اعدادی[۴۳] علیه یک عضو خانواده مدیچی و علیه [شرکت] کریستی برای منع آنها از انتشار آرشیو مدیچی بود. قرار مزبور در ارتباط با اوراقی که متعلق به دولت ایتالیا بود صادر شد اما در ارتباط با سایر اوراقی که به‌طور غیرقانونی از ایتالیا صادر شده بود رد شد. گفته شد که قانون ایتالیا صادرات آنها را منع کرده است «اما آشکار بود که این امر صرفاً تا زمانی که آنها در ایتالیا بودند قابل اعمال بود». (at 624, per Peterson J). در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* ، نظر لرد دنینگ ام آر (بند ۲۳) آن بود که از این جنبه، پرونده *King of Italy* موردی بود که منع صادرات اوراق خانوادگی، اعمال اقتدار حاکمیتی توسط پادشاه ایتالیا بود و در انگلیس اجرا نخواهد شد. این پرونده کاملاً گزارش نشده است و کمک زیادی نمی‌کند.

۱۲۹ـ در پرونده *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd* 1 WLR 1120 [1986]، سر نیکولاس براون‌ـ ویلکینسون وی سی از رد کردن دعوایی به صدور یک [حکم اعلامی] علیه [شرکت] کریستی و مالکان [یک اثر] ***گویا*** دایر براینکه اسناد صادراتی به دست آمده برای خارج کردن نقاشی مزبور از اسپانیا جعلی بوده است، امتناع کرد. این تصمیم صرفاً بر این اعتقاد استوار بود که این امر قابل بحث است که آیا کاربرد اسناد جعلی می‌تواند اعتبار اسناد صادراتی واقعی صادره از سوی اسپانیا را بی‌اساس کند با رجوع به تصمیم متخذه در پرونده *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* قابل تأیید است که در آن

---

43. Interlocutory injunction.

امپراطور اتریش می‌توانست علیه لوئیس کوسوت و منتشرکنندگان اقامه دعوی کند تا از بی‌ارزش کردن ارز مجارستان با چاپ پول جدید تقلبی جلوگیری کند.

۱۳۰ـ این پرونده‌ها احتمالاً اکنون در شمول مقررات بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی مصوب ۱۹۹۴ قرار می‌گیرد SI 1994/501؛ (در بند ۱۶۱ ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد)؛ زیرا اوراق (اسناد) در پرونده ایتالیا و [اثر هنری] **گویا** در پرونده اسپانیا، اشیاء فرهنگی ذی‌ربط (به‌نحو موصوف در ماده ۱ دستورالعمل شورا ۹۳/۷) تلقی شده و مشمول رسیدگی به‌موجب مقرره ۶ اصلاحی به‌موجب1997/1997 SI و 2001/3972 SI می‌باشند.

دعاوی موروثی و فعلیت بخشیدن تصرف

۱۳۱ـ ادعای مطروحه این پرونده تلاشی برای اجرای محدودیتهای صادراتی نیست، بلکه اظهار حق مالکیت است. اکنون به این موضوع می‌پردازیم که آیا دعوای ایران حتی اگر بر اشیاء مزبور وضع ید نکرده باشد قابل حمایت است یا خیر.

۱۳۲ـ نقطه شروع قاعده تقریباً [پذیرفته شده] بین‌المللی است که حق مالکیت اموال منقول به‌موجب آن به قانون محل وقوع اموال بستگی دارد و بر این اساس: «اعتبار انتقال اموال منقول عینی و تأثیر آن بر حقوق مالکانه طرفهای مربوط و اعتبار ادعاهای دیگر اشخاص تحت حاکمیت قانون کشوری است که مال منقول هنگام انتقال در آنجا بوده است (قانون محل وقوع اموال). ... چنانچه انتقال اموال منقول عینی که به‌موجب قانون کشوری که هنگام انتقال اموال منقول در آنجا بوده معتبر و مؤثر باشد در انگلیس نیز معتبر و مؤثر است...»

(Dicey, Rule 124, para 24R-001).

۱۳۳ـ چنانچه یک کشور خارجی به‌موجب قانون خود نسبت به مالی در قلمرو خود مالکیت تحصیل کرده باشد، جز مواردی که مستلزم تحصیل قهری آن حق مالکیت از اشخاص خصوصی باشد، اصولاً دلیلی وجود ندارد که دادگاه انگلیسی حق مالکیت آن را مطابق اصل کلی به رسمیت نشناسد.

۱۳۴ـ در پرونده*Government of India v. Taylor* [1955] AC 491, 511، لرد کیث از آونهلم[۴۴] اظهار داشت که اظهار اقتدار حاکمیتی توسط یک دولت در قلمرو دولت دیگر، که متمایز از دعوای موروثی توسط حاکمیت خارجی است، مغایر (صرف‌نظر از معاهده و کنوانسیون) کلیه مفاهیم حاکمیتهای مستقل است.

۱۳۵ـ بنابراین در پرونده *City of Gotha v. Sotheby's*، گزارش نشده، مورخ ۹

44. Lord Keith of Avonholm.

سپتامبر ۱۹۹۸ (قاضی موسی)،[۴۵] رأی داده شد که جمهوری فدرال آلمان حق بازپس‌گیری نقاشی Wtewael را که از ابتدا مالک بوده و در تصرف بنیاد هنری و علمی ساکس دوک کوبرگ‌ـ گوته[۴۶] قرار داشته و اینکه غارت شده بود را دارد. حق مالکیت جمهوری فدرال ناشی از انحلال آن بنیاد، و ادعای آن، اظهار اقتدار حاکمیتی نبود. مقایسه کنید با پرونده:

Kunstsammlungen Zu Weimar v. Elicofon, 678 F 2d 1150 (2d Cir. 1982).

۱۳۶ـ در نتیجه، هنگامی‌که دولتی همچون اشخاص خصوصی مالی را مالک می‌شود، مانعی برای بازپس‌گیری آن وجود ندارد. این امر مبنای آن بخش از تصمیم در پرونده *King of Italy v. de Medici* (1918) 34 TLR 623 است که در آن رأی داده شد که در این پرونده شواهد کافی وجود دارد که بخشی از آرشیو مدیچی متعلق به دولت ایتالیا است و اینکه آن دولت حق دارد از انتقال اموال خود به شخصی که حقی نسبت به آن ندارد، جلوگیری کند و لذا قراری صادر خواهد شد.

۱۳۷ـ آیا در جایی که کسب مالکیت قهری بوده است وضعیت متفاوت است؟ در پرونده *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co* [2002] 2 AC 883, 1077 لرد نیکولاس از بیرکنهد[۴۷] اظهار داشت:

> «به‌موجب اصول تعارض قوانین انگلیس، انتقال حق مالکیت اموال منقول عینی عموماً به قانون محل وقوع اموال بستگی دارد: قانون کشوری که مال منقول هنگام انتقال در آنجا قرار داشته است. به همین ترتیب، اعمال حکومتی که حقوق مالکانه را تحت تأثیر قرار می‌دهد توسط دادگاه انگلیسی معتبر شناخته خواهد شد، چنانچه آنها به‌موجب قانون کشوری که اموال هنگام اجرا شدن قانون مزبور در آن کشور قرار داشته معتبر شناخته شود».

۱۳۸ـ همچنین لرد برایتمن در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* نیز در اظهارنظر جنبی خود اعلام نمود (49 AC at [1984]): «وکیل مشاور اظهار داشت و من مایلم بپذیرم که بازپس‌گیری اشیاء خارجی که به‌طور غیرقانونی صادر شده است چنانچه قرار باشد حق مالکیت آنها مستقل از ضبط به پادشاه واگذار شود، را می‌توان به بهترین وجه تضمین کرد». این مقدمات حکم استدلال ایران را تأیید می‌کند مبنی بر اینکه (الف) چنانچه قانون خارجی مالکیت را منتقل کند، پس از آن اصل قانون جزایی/ قانون عمومی قابل اعمال نیست؛ و (ب) اینکه یک کشور خارجی باید به تصرف اموال فعلیت بخشد پیش شرط لازم نیست.

---

45. Moses J.

46. Duke of Saxe-Coburg-Gotha Foundation for Art and Science.

47. Lord Nicholls of Birkenhead.

۱۳۹ـ مطابق قاعده ۱۲۸ *Dicey*، (para 25R-001):

«عمل حکومتی که هر حق مالکانه خصوصی را در شیئی منقول یا غیرمنقول تحت تأثیر قرار می‌دهد در انگلیس معتبر و مؤثر شناخته می‌شود صرفاً درصورتی‌که آن عمل به‌موجب قانون کشوری که شئ در آن واقع است (قانون محل وقوع اموال) و به‌هنگامی‌که آن عمل صورت می‌گیرد معتبر و مؤثر شناخته شود».

۱۴۰ـ اما همان‌طورکه Dicey می‌گوید (para 25-012):

«اثر قاعده ۱۲۸ آن است که انتقال حق مالکیت به رسمیت شناخته خواهد شد، به‌گونه‌ای که چنانچه دولت خارجی اموال مزبور را منتقل کند حق مالکیت مالک جدید در انگلیس در مقابل مالک اصلی به رسمیت شناخته خواهد شد. اما درصورتی‌که مالک اصلی حفظ تصرف کند و اموال مزبور را به انگلیس آورد، وضعیت مشکل‌تر است. در چنین حالتی، مسئله شناسایی نخواهد بود بلکه اجرا است. چنانچه فرمان جزایی باشد نه دولت خارجی و نه نماینده آن نمی‌توانند حق مالکیت مبتنی بر آن فرمان را اجرا کنند، زیرا «یک قاعده بین‌المللی وجود دارد که به‌موجب آن هیچ دولتی... قوانین جزایی دولت دیگر را اجرا نخواهد کرد». اما سؤالات بحث برانگیزتر وقتی مطرح می‌شود که فرمان نه جزایی است و نه مغایر نظم عمومی انگلیس ... چنانچه دولت خارجی اموال مزبور را به تصرف خود درآورد، هیچ ایرادی به‌منظور حمایت از تصرف واقعی اموالی که آن دولت حق مالکیت قابل شناسایی نسبت به آنها به دست آورده است وجود ندارد».

۱۴۱ـ همچنین در بندهای ۰۲۶–۵ چنین گفته شده که چنانچه دولت خارجی دعوای موروثی داشته باشد «برای مثال، اموال انقلابیهای ناموفق یا حکومتهای سابق، *یا چنانچه آن اموالی را که به تصرف خود در آورده است مطالبه کرده یا باز پس بخواهد*» (تأکید از ماست)، این مورد از موارد اجرای حق مالکیت نیست، بلکه شناسایی بوده و دعوی اجرا خواهد شد. پرونده‌هایی که به‌عنوان منبع و مأخذ عبارات داخل گیومه ذکر شده است منبع بخش اول این نقل قول می‌باشد، یعنی اینکه دادگاه حق مالکیت دولت مزبور را نسبت به اموالی که در انگلیس توسط انقلابیها یا حکومتهای سابق نگهداری می‌شود به رسمیت خواهد شناخت، اما آنها به این موضوع که آیا دولت خارجی باید به تصرف اموال فعلیت بخشیده باشد یا خیر نمی‌پردازند. در پرونده‌های جانشینی انقلابی/ حکومتی این موضوع معمولاً مطرح نمی‌شود.

۱۴۲ـ بدین‌ترتیب در پرونده *King of the Two Sicilies v. Willcox* (1850-51) 1

Sim NS 301 در جریان یک انقلاب در سیسیل، حکومت انقلابی برای فرستادگان سیاسی خود در انگلیس وجه نقد ارسال کرد. رأی داده شد که پادشاه می‌تواند کشتی خریداری شده با پول مزبور را بازپس‌گیرد. شادول وی- سی[48] در صفحهٔ (۳۳۲) اظهار داشت: به‌نظر من، واضحتر از این نمی‌توان گفت که حاکمیت مستقل یک دولت در این کشور صلاحیت تعقیب حقوق شخصی خود را دارد». در دو قضیه متعاقب جنگ داخلی امریکا، ایالات متحده توانست اموال نگهداری شده در انگلیس به نفع ایالات متحده جنوب را بازپس‌گیرد:

United States of America v. Prioleau (1865) 35 L.J. Ch.7; *United States of America v. Wagner*(1867) L.R.2 Ch.App.582; (1869) L.R.8 Eq 69.

در هریک از این تصمیمات رأی داده شد که حکومتی که جایگزین یک حکومت دوفاکتو می‌شود وارث اموال آن شده و مالک تلقی می‌شود. همچنین در پرونده *USSR v. Belaiew* 42 TLR 21 (1975) پذیرفته شد که اسنادی که از ابتدا به نفع حکومت سلطنتی روسیه و بعداً به نفع حکومت موقت روسیه در لندن نگهداری شده است، جزء اموال حکومت شوروی شده و شوروی حق بازپس‌گیری آنها از خوانده که، عضو کمیته حکومتی روسیه که در سال ۱۹۱۶ توسط حکومت سلطنتی روسیه برای اخذ کمک از خارج تشکیل شد را دارد.

۱۴۳ـ معذالک، کمی تردید وجود دارد که چنانچه دولت خارجی درصدد مصادره یا ضبط اموال خصوصی باشد، حق مالکیت دولت تنها در صورتی در انگلیس به رسمیت شناخته می‌شود که آن دولت به تصرف اموال فعلیت بخشیده باشد.

۱۴۴ـ در پرونده *Luther v. Sagor* [1921] 3 KB 532، مقامات شوروی الوارهای مزبور را به تصرف خود درآورده بودند و در پرونده *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 KB 718 آنها آثار هنری را به تصرف خود درآورده بودند. این منابع و مآخذ همانهایی است که لرد تمپلمن[49] در پرونده *Williams & Humbert Ltd v. W & H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368, 431 به آن اشاره می‌کرد، هنگامی که وی گفت: «این منابع و مآخذ نشانگر این اصل است که دادگاه انگلیس قانون تصرف قهری دولت خارجی را به رسمیت خواهد شناخت و تغییر حق مالکیت اموالی که تحت کنترل دولت خارجی درآمده و نتایج آن تغییر حق مالکیت را به رسمیت خواهد شناخت».

۱۴۵ـ دکتر مان در Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws, in Studies in International Law (1973) 492 at 503-504 اظهار داشت:

«روسیه شوروی جواهرات شاهزاده پالی اولگا را مصادره کرده است. آنها در روسیه واقع است و طبق

48. Shadwell v-c.
49. Lord Templeman.

قانون روسیه حق مالکیت منتقل شده است. با وجود این، فرض کنیم که آنها در تصرف شاهزاده است که موفق می‌شود آنها را با خود به انگلیس آورد. چنانچه دولت روسیه دعوای دخل و تصرف غیرقانونی در اینجا مطرح کند، باید رد شود، زیرا هدف واقعی آن اجرای حقوق ویژه دولت خواهان است. از طرف دیگر، چنانچه دولت روسیه جواهرات را در روسیه تصرف کرده و آنها از وی ربوده شده بود، در آن صورت دعوی علیه سارق باید موفق باشد حتی اگر سارق صاحب اصلی (ابتدایی) بوده است؛ به آن دلیل که حق دولت روسیه قبلاً و به هنگامی که آنها را تصرف کرده تکمیل شده است، و این دعوی نه به‌منظور اجرای مصادره، بلکه برای اجرای سبب دعوایی که بعداً و صرف‌نظر از مصادره مطرح گردیده اقامه شده است».

۱۴۶ـ لرد دنینگ ام آر این تجزیه وتحلیل را در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* در صفحه۲۳ اتخاذ کرد. اما برای بررسی دیدگاه مخالف نگاه کنید به:
Wolf, Private International Law, 2nd ed 1950, at 526-527.

۱۴۷ـ ضرورت اینکه دولت خارجی قبل از اینکه بتواند ادعایی را در پرونده‌های مربوط به اعمال حقوق حاکمیتی اثبات کند، باید متصرف شده باشد در پرونده *Brokaw v. Seatrain UK Ltd* [1971] 2 QB 476 توضیح داده شده که در آن رأی داده شد ایالات متحده امریکا نمی‌توانست کالاهایی را که پیرو یک اخطار مالیاتی مالکیت آن را مدعی شده بود و توسط اشخاصی که حسب ادعا بدهی مالیاتی دارند با یک کشتی ثبت شده امریکایی حمل می‌شد، مطالبه کند. اخطار مالیاتی فوراً واجد اثر می‌گردید به‌نحوی که اشخاصی که چنین اموال منقولی را در ید داشتند قانوناً مکلف به تحویل اموال منقول می‌شدند. این ادعا قابل پیگیری نبود زیرا تلاشی بود در اجرای غیرمستقیم یک ادعای درآمد مالیاتی. اما لرد دنینگ ام آر (صفحه ۴۸۳) اظهار داشت:

«چنانچه حکومت ایالات متحده این اموال منقول را در تصرف واقعی خود گرفته بود، یعنی در انباری در بالتیمور، یا شاید توسط ناخدای کشتی به یک مأمور حکومت ایالات متحده امریکا واگذار شده بود، برای قادر ساختن آنها برای مطالبه اموال منقول کفایت می‌کرد. اما در اینجا چیزی از این نوع وجود ندارد. حکومت ایالات متحده امریکا صرفاً به این اخطار مالیاتی که به صاحبان کشتی داده شده استناد می‌کند این از نظر من برای فعلیت بخشیدن تصرف کفایت نمی‌کند».

۱۴۸ـ متعاقباً، تمایز بین این دو نوع قضایا یعنی، آنهایی که دولت خارجی قادر خواهد بود تا اموال خود را در انگلیس مطالبه کند، حتی اگر به تصرف خود در آنها فعلیت نبخشیده باشد و آن قضایایی که دولت مزبور نمی‌تواند آن را مطالبه کند مگر آنکه به تصرف خود در آن اموال

فعلیت بخشیده باشد به شیوه‌ای بستگی دارد که به‌موجب آن مالکیت را کسب کرده است. چنانچه آن [دولت خارجی] حق مالکیت را به‌موجب قانون عمومی با مصادره یا فرآیند قهری از مالک قبلی کسب کرده باشد، در آن صورت قادر نخواهد بود که اموال را در انگلیس از مالک قبلی یا جانشینان وی در حق مالکیت مطالبه کند مگر آنکه آنها را متصرف بوده باشد. چنانچه آن [دولت خارجی] آن اموال را به تصرف خود درآورده باشد برخورد با ادعای وی منوط به شناسایی خواهد بود؛ چنانچه آن دولت خارجی متصرف نبوده باشد درصدد خواهد بود تا اقتدار حاکمیتی خود را اعمال کند.

۱۴۹ـ اما در این رسیدگی‌ها ایران ادعایی را مبتنی بر کسب (مالکیت) قهری از مالکان خصوصی مطرح نمی‌کند. [ایران] ادعایی را مطرح می‌کند مبتنی بر حق مالکیت عتیقاتی که بخشی از میراث ملی ایران را تشکیل می‌دهد، حق مالکیتی که تقریباً ۳۰ سال پیش به‌موجب قانون اعطاء شده است. این یک ادعای موروثی است و نه ادعایی برای اجرای قانون عمومی یا اظهار حقوق حاکمیتی. ما فکر نمی‌کنیم که این امر در زمره مواردی باشد که شناسایی حق مالکیت یا حق تصرف به‌موجب قانون خارجی بستگی داشته باشد به اینکه آن کشور متصرف شده باشد یا خیر.

۱۵۰ـ در ایالت متحده [امریکا] حقوق موروثی دولت خارجی در چارچوب رسیدگی‌های کیفری به رسمیت شناخته شده است، حتی اگر آن دولت هرگز تصرف نداشته باشد. در پرونده *United States v. Schultz*, 333 F 3d 393 (2d Cir.2003)، شولتز، فروشنده موفق آثار هنری در شهر نیویورک، به تبانی برای دریافت اموال مسروقه [یعنی] عتیقات مصری که به طریق بین ایالتی وبازرگانی خارجی حمل و نقل شده بودند، محکوم گردید. جرم ماهوی واقعی نقض قانون اموال مسروقه ملی[50] بود. دادگاه استیناف بخش ۲ رأی داد که تأثیر قانون موروثی مصر دایر بر اینکه کلیه عتیقات مکشوفه در مصر پس از سال ۱۹۸۳ از اموال حکومت مصر تلقی می‌شود، مالکیت عتیقات توسط حکومت مصر را در پی داشته است و آن «مالکیت» توسط ایالت متحده [امریکا] برای تعقیب به‌موجب آن قانون به رسمیت شناخته شد. مقایسه کنید با پرونده *R v. Tokeley-Parry* [1999] Crim LR 578 (همچنین پرونده نقل و انتقال عتیقات مسروقه مصری: محکومیت به‌موجب قانون سرقت مصوب سال ۱۹۶۸ در ارتباط با درب به سرقت رفته از معبد هتپکا).[51]

نظم عمومی

۱۵۱ـ چنانچه ما از این نظر که این قضیه، ادعایی برای اجرای قانون عمومی خارجی

50. National Stolen Property Act.
51. Hetepka.

نمی‌باشد اشتباه می‌کنیم، در آن صورت به این مسئله نمی‌پردازیم که این امر باید به‌وسیله هر اصل کلی دیگری استثناء شود دایر بر اینکه این کشور به دعوایی که هدف از آن اجرای قانون عمومی کشور دیگری باشد رسیدگی نخواهد کرد.

۱۵۲ـ قاضی استاتون در مرحله بدوی در پرونده *Att-Gen of New Zealand v. Ortiz* ([1982] QB 349, 371-372) اظهار داشت:

«چنانچه این معیار، معیار نظم عمومی باشد که در این پرونده خاص به قانون خارجی مورد نظر قابل اعمال است، قضاوت من آن است که دلایلی وجود دارد که چرا دادگاههای انگلیس باید ماده ۱۲ از قانون اشیاء تاریخی مصوب ۱۹۶۲ نیوزیلند[۵۲] را اجرا کنند. نزاکت ایجاب می‌کند که ما باید میراث ملی کشورهای دیگر را درحالی‌که در قلمرو خود آنهاست با شناسایی و اجرای قوانین آنها که بر حق مالکیت اموال تأثیر می‌گذارد، محترم شماریم. امید به عمل متقابل دلیل دیگر نظم عمومی است که همان نتیجه را در پی دارد».

۱۵۳ـ لرد آکنر پذیرفت که چنانچه معیار مزبور از نوع نظم عمومی باشد، دلیلی وجود ندارد که چرا دادگاههای انگلیس نباید قانون نیوزیلند را اجرا کنند: AC at 34 [1984].

۱۵۴ـ به اعتقاد ما، دلایل متقنی از اصول کلی وجود دارد که چرا ادعای دولتی برای بازپس‌گیری عتیقاتی که بخشی از میراث ملی آن را تشکیل می‌دهد و در غیر این صورت مطابق مقتضیات حقوق بین‌الملل خصوصی است نباید با اصل کلی مورد استناد ***برکت*** کنار گذاشته شود. برعکس به‌نظر ما یقیناً عدم پذیرش چنین ادعاهایی مغایر نظم عمومی است. مؤسسه حقوق بین‌الملل در رسیدگی به دعاوی اجرای قانون عمومی توصیه به مقداری انعطاف‌پذیری کرده است (به‌ویژه درصورتی‌که این امر به‌دلیل موضوع دعوی و ضرورتهای همکاری بین‌المللی یـا منافع دولتهای ذی‌ربط موجه باشد: Ann, 1977, vo1- 57-II, p.328) و انجمن حقوق بین‌الملل: Dicey, para 5-040, n.80.

۱۵۵ـ درک بین‌المللی دایر بر آن است که دولتها باید یکدیگر را در پیشگیری از انتقال غیرقانونی اشیاء فرهنگی از جمله عتیقات معاضدت کنند. تعدادی اسناد بین‌المللی وجود دارد که بخشی از هدف آن پیشگیری از معامله غیرقانونی اموالی است که بخشی از میراث فرهنگی دولتهاست، اگرچه هنوز مسئله اجرایی شدن آنها باقی است. انگلیس طرف برخی از آنها می‌باشد.

۱۵۶ـ در تاریخ اول اوت ۲۰۰۲، انگلیس کنوانسیون یونسکو در خصوص اتخاذ تدابیر لازم برای ممنوع کردن و جلوگیری از ورود و صدور و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی

---

52. Historic Articles Act 1962.

۱۹۷۰[۵۳] را تصویب کرد که از اول نوامبر ۲۰۰۲ قوت قانونی یافت. بیش از ۱۰۰ دولت این کنوانسیون را تصویب کرده‌اند از جمله ایران که در سال ۱۹۷۵ (۱۳۵۳) آن را تصویب کرد. کنوانسیون مزبور در ایالات متحده امریکا از طریق قانون اجرای اموال فرهنگی مصوب ۱۹۸۳[۵۴] اجرا شد.

۱۵۷ـ به‌موجب ماده ۲ طرفهای [عضو کنوانسیون] می‌پذیرند که ورود، صدور و انتقال غیرقانونی مالکیت اموال فرهنگی یکی از علل اساسی فقر میراث فرهنگی کشورهای مبدأ این اموال است و همکاری بین‌المللی به‌منزله یکی از مؤثرترین ابزارهای حمایت از اموال فرهنگی هر کشور می‌باشد و طرفهای (کنوانسیون) متعهد می‌شوند تا با ابزارهای در اختیار خود با چنین رویه‌هایی برخورد کنند. در ماده ۳ ورود، صدور یا انتقال مالکیت اموال فرهنگی که برخلاف تدابیر متخذ دولتهای عضو کنوانسیون حاضر صورت گیرد، غیرقانونی است.

۱۵۸ـ به‌موجب ماده ۱۳: «دولتهای عضو کنوانسیون حاضر به‌علاوه در قالب قوانین هر کشوری متعهد می‌شوند؛

(الف) با کلیه وسایل متناسب، از انتقال مالکیت اموال فرهنگی که موجب تسهیل ورود یا صدور غیرقانونی این اموال می‌گردد، جلوگیری کنند.

(ب) تضمین کنند که دستگاههای صلاحیتدار آنها به‌منظور تسهیل استرداد اموال فرهنگی که به‌طور غیرقانونی صادر شده‌اند، به مالک واقعی آنها در کوتاهترین مدت همکاری نمایند؛

...

(د) به‌علاوه، حق غیرقابل انکار هر کشور متعاهد این کنوانسیون را مبنی بر طبقه‌بندی و اعلام انتقال‌ناپذیر بودن بعضی اموال فرهنگی که بدین‌ترتیب نباید صادر شوند، را به رسمیت بشناسند، و درصورتی‌که این‌گونه اموال صادر شده باشند، استرداد آن را به کشور ذی‌علاقه تسهیل کنند».

۱۵۹ـ تعهدات وضع شده به‌موجب این کنوانسیون ماهیتاً خیلی کلی است و تعهد بند (د) ماده ۱۳ با عبارت «در قالب قوانین هر کشور» رقیق شده است. اگرچه این کنوانسیون به تصویب حکومت انگلیس رسیده است اما هیچ قانونی برای اجرای آن وضع نشده است، علی‌الظاهر به‌علت اینکه دولت معتقد است که قوانین فعلی برای قادر ساختن انگلیس به رعایت تعهدات خود به‌موجب این کنوانسیون کفایت می‌کند. قانون (جرائم) معامله اشیاء فرهنگی مصوب ۲۰۰۳[۵۵] به

---

53. UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import/ Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1970.

54. Cultural Property Implementation Act of 1983.

55. Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003.

توصیه‌های مندرج در گزارش هیأت مشورتی وزراء در خصوص تجارت غیرقانونی[۵۶] منتشره در دسامبر ۲۰۰۰ قوت قانونی بخشید. اثر این قانون تعیین جرائم کیفری در مورد معامله اشیاء فرهنگی که به‌طور غیرقانونی (پس از قوت قانونی یافتن قانون مذکور در دسامبر ۲۰۰۳) از یک محل باستان‌شناسی منتقل (جابجا) شده‌اند، می‌باشد: بخشهای (۱) ۱ و بندهای ۲، ۴، ۵ بخش ۲. این امر که آیا حفاری در انگلیس صورت گرفته است یا جای دیگری، یا آیا جرم مزبور به‌موجب قانون بخشی از انگلیس یا به‌موجب قانون هر کشور دیگری ارتکاب یافته است اهمیت چندانی ندارد: بخش (۳) ۲.

۱۶۰ـ دستورالعمل ۹۳/۷ شورا در خصوص «بازگرداندن اشیاء فرهنگی که به‌طور غیرقانونی از قلمرو دولت عضو خارج شده‌اند» با اثر (قانونی) از ۲ مارس ۱۹۹۴ به‌موجب آیین‌نامه بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی مصوب ۱۹۹۴، SI 1994/ 501، اصلاح شده به‌موجب SI 1997/1719 and SI 2001/3972، وارد حقوق انگلیس شد. دولت عضو حق دارد علیه متصرف یا در غیاب وی [علیه] دارنده برای بازپس‌گیری اشیاء فرهنگی که به‌طور غیرقانونی از قلمرو او خارج شده است اقامه دعوی نماید: Regulation 3(1). دادگاه می‌تواند دستور دهد که دولت عضو متقاضی خسارت پرداخت کند: Regulation 7(1).

۱۶۱ـ کنوانسیون یونیدروا[۵۷] راجع به اشیاء فرهنگی مسروقه یا صادر شده به‌طور غیرقانونی در ژوئن ۱۹۹۵ امضاء شد. کنوانسیون مذکور در سال ۱۹۹۸ به اجرا درآمد هنگامی‌که پنج سندی که لازم بود تصویب شود تودیع شده بود. به‌موجب کنوانسیون یونیدروا شیء فرهنگی که به‌طور غیرقانونی حفاری شده است یا به‌طور قانونی حفاری شده اما به‌طور غیرقانونی نگهداری می‌شود مسروقه تلقی می‌گردد: ماده (۲) ۳. دولت متعاهد می‌تواند از دادگاه دولت متعاهد دیگر دستور بازگرداندن شیء فرهنگی که به‌طور غیرقانونی از قلمرو کشور متقاضی را درخواست نماید: ماده (۱)۵ . مقرراتی برای پرداخت خسارت به خریداران بی‌تقصیر وضع شده است: مواد ۴ و (۱)۶ . کنوانسیون مذکور به تصویب ایران رسیده و در دسامبر ۲۰۰۵ (دی ماه ۱۳۸۴) برای او لازم‌الاجرا شد. اما توسط بسیاری از کشورهای بالقوه واردکننده [این اشیاء] تصویب نشده و گزارش ITAP مندرج در فوق عدم تصویب توسط انگلیس را توصیه می‌کند.

۱۶۲ـ همچنین یک طرح مشترک‌المنافع برای حمایت از میراث فرهنگی مادی وجود دارد که پیرو پیشنهادات حکومت نیوزیلند پس از شکست ادعای آن [کشور] در پرونده *Ortiz*، در موریس در نوامبر ۱۹۹۳ تصویب گردید. آن طرح مبتنی بر شناسایی متقابل ممنوعیتهای صادراتی

---

56. (ITAP) Ministerial Advisory Panel on Illicit Trade.

57. Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects.

است، اما منجر به اقدام عملی نگردیده است: رجوع کنید به O'Keefe (1995) 44 ICLQ 147.

۱۶۳ـ هیچ یک از این اسناد به‌طور مستقیم نتیجه این استیناف (پژوهشخواهی) را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، اما آنها نشان‌دهنده پذیرش بین‌المللی مطلوبیت حمایت از میراث ملی است. امتناع از شناسایی حق مالکیت دولت خارجی نسبت به عتیقات، که به‌موجب قانون آن [دولت] اعطا شده است مگر آنکه به تصرف چنین دولتی درآمده باشد، در اکثر موارد به رسمیت شناختن هر ادعایی توسط چنین دولتی برای بازپس‌گیری عتیقاتی که به‌طور غیرقانونی به این کشور صادر شده را غیرممکن می‌سازد.

نتیجه‌گیری

۱۶۴ـ بنابه دلایل فوق‌الاشاره، ما لوایح **برکت** را دایر برآنکه ادعای ایران باید رد شود به‌علت آنکه ایران هرگز متصرف این عتیقات نبوده یا بنابه این دلیل که ادعای ایران در واقع تلاشی برای اجرای قانون جزایی یا عمومی است را رد می‌کنیم.

۱۶۵ـ این استیناف مجاز است. به اولین مسئله مقدماتی باید پاسخ داده شود: «بلی به‌موجب مقررات قوانین ایران و به‌ویژه لایحه قانونی ۱۳۵۸» و به مسئله مقدماتی دوم باید پاسخ داده شود « بلی».

Emblem of Royal Courts of Justice

Neutral Citation Number: [2007] EWCA Civ 1374
Case No: A2/2007/0902/QBENF, A2/2007/0902 (A) FC3

IN THE SUPREME COURT OF JUDICATURE
COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION)
ON APPEAL FROM
The Honourable Mr Justice Gray
TLQ/06/0601

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL

Date: 21/12/2007

Before:

THE LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND AND WALES THE RIGHT HONOURBLELORD JUSTICE WALL

and
THE RIGHT HONOURABLE LORD JUSTICE LAWRENCE COLLINS

Between:
Government of the Islamic Republic of Iran **Appellant**

and
The Barakat Galleries Limited **Respondent**

Sir Sydney Kentridge QC, Norman Palmer and David Scannell (intructed by Messrs Withers LLP) for the Appellant
Philip Shepherd QC and David Herbert
(instructed by Messrs Lane & Partners LLP) for the Respondent
Hearing dates: 9th and 10th October 2007

Approved Judgment

Lord Phillips of Worth Matravers CJ:

Introduction

1.This is the judgment of the court, to which all of its members have contributed, on an appeal from a judgment of Gray J dated 29 March 2007 on a trial of two preliminary issues in an action brought by the appellant ("Iran") to recover antiquities alleged to form part of Iran's national heritage. Gray J decided those issues in favour of the respondent ("Barakat"). His findings are fatal to the claim. He gave permission to appeal because of the importance of the issues not only to Iran but to other countries seeking the return of valuable antiquities that form part of their national heritage.

2. The unlawful excavation and trafficking of antiquities has become very big business. In 1970 the signatories to the UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property (ratified by the United Kingdom in 2002) recognised not only that it was incumbent on every State to protect the cultural property within its borders against the dangers of theft, clandestine excavation and illicit export, but also that it was essential for every State to become alive to the moral obligations to respect the cultural heritage of all nations and that the protection of cultural heritage could only be effective if organised both nationally and internationally among States working in close co-operation (recitals 3, 4 and 7). In the Supreme Court of Ireland, Finlay CJ said that it was universally accepted that one of the most important national assets belonging to the people is their heritage and the objects which constituted keys to their ancient history; and that a necessary ingredient of sovereignty in a modern State was and should be an ownership by the State of objects which constitute antiquities of importance which were discovered and which had no known owner: *Webb v. Ireland* [1988] I.R. 353 at 383.

3. On this appeal Iran seeks to assert its ownership of antiquities which are almost 5,000 years old. The appeal raises questions which were left unsettled by *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 (CA and HL) on the recognition or enforcement of foreign national heritage laws. Since the decisions of the Court of Appeal in 1982 and of the House of Lords in 1983, the United Kingdom has ratified the UNESCO Convention of 1970.

4. The antiquities consist of eighteen carved jars, bowls and cups made from

chlorite (“the Objects”). Iran alleges that they date from the period 3000 BC to 2000 BC and originate from recent excavations in the Jiroft region of Iran which were unlicensed and unlawful under the law of Iran. The origin of the antiquities is denied by Barakat, but Iran’s allegations are assumed to be correct for the purpose of the preliminary issues.

5. Barakat has a gallery in London, from which it trades in ancient art and antiquities from around the world. It has the antiquities in its possession in London. It claims to have purchased them in France, Germany and Switzerland under laws which have given it good title to them. Iran does not accept this. For the purpose of the preliminary issues Iran can advance no title to the antiquities other than that of their possession.

6. The preliminary issues that were ordered to be tried were as follows:

> i) Whether under the provisions of Iranian law pleaded in the Amended Particulars of Claim, the claimant can show that it has obtained title to the Objects as a matter of Iranian law and if so by what means, and
>
> ii) If the claimant can show that it has obtained such title under Iranian law, whether this court should recognise and/or enforce that title.

7. The first question reflected the fact that it was common ground between the parties that the question of title to the antiquities fell to be determined according to Iranian law, as being the lex situs of the antiquities at the time of derivation of such title. Iran’s primary case was that Iranian law vested in Iran a proprietary title to the antiquities that entitled Iran to recover them in proceedings in England. It developed, however, an alternative case that Iranian law gave Iran an “immediate right to possession” of the antiquities that founded a claim in England for conversion or wrongful interference with the goods. Barakat successfully challenged both contentions. Accordingly the judge answered the first question in the negative “with some regret” (para 59).

8. The second question reflected Barakat’s contention that, if Iranian law did confer any right upon Iran in relation to the antiquities, such law was a penal or public law and thus one that was not enforceable in this jurisdiction. As the judge had answered the first question in the negative, this question proved to

be academic. The judge nonetheless gave it brief consideration. He concluded that the relevant Iranian law relied upon by Iran was both penal and public in character and that, accordingly, it could not be enforced in this country or relied upon to found Iran's claim to relief. This also was a conclusion which the judge described (para 100) as "a regrettable one", and added (presumably not having been informed that the United Kingdom had ratified the UNESCO Convention) that the answer might be the one given by Lord Denning MR in the *Ortiz* case, namely an international convention on the subject.

9. The judge heard evidence from two experts on Iranian law. Professor Muhammad Taleghany gave evidence for Iran and Mr Hamid Sabi for Barakat. They were agreed as to the relevant statutory provisions of Iranian law but differed as to their effect. Professor Taleghany stated that they reflected the fact that the antiquities were owned by Iran. Mr Sabi stated that they did not. The judge concluded that Mr Sabi's opinion was to be preferred to that of Professor Taleghany. He concluded, accordingly, that Iran had no proprietary title to the antiquities. The judge went on to hold that Iranian law gave Iran an immediate right to possession of the antiquities, but that as this was not a proprietary right it could not found a claim for conversion or wrongful interference with the goods.

10. By this appeal Iran contends that the judge wrongly failed to hold that Iran has a proprietary title to the antiquities that entitles Iran to recover them. Alternatively, Iran contends that its immediate right to possession of the antiquities can properly found a claim for conversion or wrongful interference with goods. Barakat seeks to uphold the judge's decision for the reasons that he gave save that, by a Respondent's, notice it challenges the judge's finding that Iranian law gives Iran *an immediate* right to possession of the antiquities.

11. We propose to approach the issues raised by this appeal in the following order:

i) What is the interest in moveable property that a claimant must show in order to found a claim in conversion in this jurisdiction?

ii) What, if any, interest in the antiquities does Iran enjoy?

iii) Does that right found a cause of action in conversion under English law?

What interest in moveable property founds a cause of action in conversion under English law?

12. Iran's claim is brought in conversion, as preserved by the Torts (Interference with Goods) Act 1977. Section 1 of that Act provides:

> "Definition of 'wrongful interference with goods'
>
> In this Act 'wrongful interference' or 'wrongful interference with goods', means-
>
> (a) conversion of goods (also called trover),
>
> (b) trespass to goods,
>
> (c) negligence so far as it results in damage to goods or to an interest in goods;
>
> (d) subject to section 2, any other tort so far as it results in damage to goods or to an interest in goods."

13. Section 2 of the Act provides:

> "Abolition of detinue
>
> (1) Detinue is abolished.
>
> (2) An action lies in conversion for loss or destruction of goods which a bailee has allowed to happen in breach of his duty to his bailor (that is to say it lies in a case which is not otherwise conversion, but would have been detinue before detinue was abolished)."

14. The Act recognises that it is possible to enjoy different interests in goods. Thus section 7 provides:

> "Double liability
>
> (1) In this section 'double liability' means the double liability of the wrongdoer which can arise-
>
> (a) where one or two or more rights of action for wrongful interference is founded on a possessory title, or
>
> (b) where the measure of damages in an action for wrongful interference founded on a proprietary title is or includes the entire value of the goods, although the interest is one of two or more interests in the goods.
>
> (2) In proceedings to which any two or more claimants are parties, the relief

shall be such as to avoid double liability of the wrongdoer as between those claimants."

15. The Act does not define "possessory title" or "proprietary title" and difficulty in this area of the law arises because of an overlap between the two. Originally the common law did not differentiate between possessory title and proprietary title. Possession of a chattel gave title to it. Where there was an involuntary transfer of possession, as a result for instance of loss or theft of the chattel, the person who had first possessed the chattel would have a superior title to the subsequent possessor. The subsequent possessor would have good title against all the world, save the earlier possessor. Each possessor could assert against a third party who interfered with the chattel that he enjoyed an immediate right to possession.

16. Interests in a chattel can be shared and it is this fact that has given rise to the distinction between proprietary and possessory title. Thus where an earlier possessor (the bailor) grants possession to a subsequent possessor (the bailee) on terms that reserve to the bailor a reversionary interest in the chattel, the bailor can be said to enjoy a "proprietary title" and the bailee a "possessory" title in the chattel. Wrongful interference with the chattel can then be detrimental to the interests of both.

17. Wrongful interference with a chattel used to give rise to two different causes of action, which were largely concurrent. Detinue, which was an interference with the proprietary right of the claimant and conversion, which was an interference with the possessory right of the claimant. Where goods in possession of a bailee were lost or destroyed as a result of breach of his duty to the bailor, the appropriate claim, before the 1977 Act, lay in detinue rather than conversion. Where, however, the claim was brought by the possessor against a third party wrongdoer a claim would lie either in detinue or in conversion.

18. A person in possession of a chattel can bring an action in conversion against a person who wrongfully deprives him of that possession.

19. Controversy exists as to the position where "A" who is in possession of a chattel, or who is entitled to immediate possession of the chattel, agrees that another ("B") may enter into possession of the chattel. Can B rely upon his contractual right to immediate possession to found an action in conversion

against C who wrongly interferes with the chattel? If by the agreement A has transferred to B not merely the right to enter into possession, but the ownership that A enjoyed, so that B enjoys both proprietary title and an immediate right to possession, he will be entitled to sue in conversion. If, however, A has retained his proprietary title, it is not clear that B can rely on his contractual right to enter into immediate possession to found a claim in conversion. It is Iran's case that he can; it is Barakat's case that he cannot.

20. The reissue of the 4th edition of Halsbury's Laws of England, volume 45 (2) states:

> **"559. Right of possession and property**. To sue in conversion a claimant must show that he had either possession, or an immediate right to possession, of the chattel at the time of the act in question. Either relationship with the chattel affords the necessary possessory title to sustain a claim for conversion. If either is shown, the claimant need not be the owner of the chattel in order to succeed in conversion; indeed an owner can be liable in conversion to a person who had either possession or the immediate right of possession at the time of the owner's act.
>
> …
>
> **560. Contractual right of possession.** It appears that a mere contractual right to possess will suffice to sue in conversion, and that the claimant's right of possession need not derive from a proprietary interest in the chattel."

21. These propositions receive support from the following statements in textbooks covering the subject:

> (1) Salmond, *Law of Torts*, 21st ed. 1996, p. 108: "Whenever goods have been converted, an action will lie at the suit of any person in actual possession or entitled at the time of conversion to the immediate possession of them."
>
> (2) Winfield and Jolowicz, *Tort*, 17th ed. 2006, at p. 762 states that a claimant can maintain conversion if at the time of the defendant's act he had an immediate right to possess the goods "without either ownership or actual possession".
>
> (3) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 5th ed. 2003, at p.436: "[i]n

order to be able to sue [in conversion] the plaintiff must have the right to any one of ownership, possession, or the immediate right to possess".

(4) F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, 2nd ed. 1980, at p. 122: "In ejectment and conversion [the claimant] must prove his title, that is to say that he has a right to the immediate possession of the land or chattel."

22. These unqualified statements that an immediate right to possession will suffice to found a cause of action in conversion are to be contrasted with the view of the editors of the 19th edition of Clerk & Lindsell, *Torts* (para 17-59:

> **"Claimant's right must be proprietary.** For these purposes, it seems that the immediate right to possession on which the owner relies must be a proprietary right; a mere contractual right will not do."

Two authorities are cited in support of this proposition, *Jarvis v Williams* [1955] 1 WLR 71; *International Factors v Rodriguez* [1979] 1 QB 351. The judge considered these authorities and held that they supported the passage in Clerk and Lindsell. He concluded (at para 71):

> "For these reasons I am satisfied that Iran is required in the present case to establish the proprietary nature of its right to possession of the antiquities which is required in order for an action in conversion or for wrongful interference with goods to succeed. For the reasons which I have already given, this is something which Iran is unable to do."

23. *Jarvis v Williams* [1955] 1 WLR 71 involved a claim in detinue. Paterson ordered some bathroom fittings from the plaintiff, Jarvis. At his request Jarvis delivered them to the premises of the defendant Williams. Paterson did not pay for the goods and agreed that Jarvis could take them back. Williams refused to permit Jarvis to collect the fittings and Jarvis brought an action against him. The judge held that he had a good claim. The Court of Appeal reversed this finding.

24. After reference to the relevant part of the judgment at first instance, Lord Evershed MR held (at 74):

> "I take that to mean that the contractual right which the plaintiff had vis-à-vis Paterson to go and collect these goods from Paterson's agent was a right of a

sufficient character to enable the plaintiff to bring an action in detinue against the agent of the owner of the property in these goods. But, with all respect to the county court judge, I am unable to accept that as a good proposition of law. Certain classes of persons, as for example bailees, have, no doubt, a special right to sustain actions in trover and detinue, but the general rule is, I think, correctly stated in the text of Halsbury's Laws of England, 2nd ed., vol.33 at p. 62, para. 98. 'In order to maintain an action of trover or detinue a person must have the right of possession and a right of property in the goods at the time of the conversion or detention; and he cannot sue if he has parted with the property in the goods at the time of the alleged conversion, or if at the time of the alleged conversion his title to the goods has been divested by a disposition which is valid under the Factors Act, 1889.' "

25. After reference to authority, Lord Evershed continued (at 75):

"Although it is, no doubt, true in a sense, and certainly in its original medieval conception, that when speaking of property in chattels there is in mind the right to their immediate possession, nevertheless the sense of property in chattels is now well understood. It is involved in the Sale of Goods Act, 1893, itself. Even though, by contract between himself and Paterson, the plaintiff may have had a right which, if infringed, could form the subject-matter of an action for breach of contract, and though he had a right to go and possess himself of these goods, nevertheless, until he has done so, there was in him according to my construction of the arrangement, no proprietary interest in the goods, in the sense in which that term is now, as I think, commonly understood. It seems to me therefore, that he had not, on the authorities which I have mentioned, the necessary foundation on which to sustain an action for detinue against the defendant. He, no doubt, could sue Paterson either for the price of goods or for damages for breach of this arrangement for the return of the goods when the defendant refused to deliver them over. But I think that the rights of the plaintiff as regards these goods were not such as entitled him to bring an action in detinue against the defendant, in whose possession they were, as agent, at the time, of the person in whom the property in the goods was then vested."

26. In their skeleton argument, counsel for Iran sought to distinguish this case on the basis that it referred to a claim in detinue, not a claim in conversion. Lord Evershed's citation from Halsbury suggests that he was drawing no such distinction. *Jarvis v Williams* is a difficult case to analyse. Both the County Court Judge and the Court of Appeal were prepared to proceed on the basis that the plaintiff had a contractual right to collect the goods from the defendant, but the precise nature of the contract is not spelt out. If a contractual analysis is appropriate, we think that the contract was a conditional contract under which it was agreed that, if the plaintiff recovered possession of the goods, he would receive them in discharge of Paterson's obligation to pay for them. It was not a contract under which Paterson purported to transfer to the plaintiff his immediate right to the possession of the goods. While the passage that we have quoted from the judgment of Lord Evershed certainly supports Barakat's case, we do not consider that, when the facts of the case are considered, it can safely be treated as binding precedent for the proposition that a contractual right to immediate possession can never found a claim in conversion.

27. Iran's skeleton argues that, in so far as Lord Evershed's reasoning extended to the tort of conversion, it should not be followed because it is in conflict with more recent authorities. We turn to consider some of these.

28. Sir David Cairns purported to follow *Jarvis v Williams* when giving the leading judgment in *International Factors v Rodriguez* [1979] 1 QB 351. That case involved a factoring agreement under which the plaintiffs had purchased the book debts of a company of which the defendant was a director. The agreement provided that if any cheque was paid to the company rather than to the plaintiffs, it should be held in trust for the plaintiffs and transferred to them. In breach of this agreement the defendant caused four such cheques to be paid into the company's bank account. The plaintiffs' action in conversion succeeded. Sir David held that Jarvis v Williams established that a claimant in conversion had to show not merely an immediate right to possession but a proprietary interest in the subject matter of the claim. This requirement was, however, satisfied by the plaintiffs' equitable interest in the cheques. Bridge LJ stated that he agreed. Buckley LJ

held, however, that the contractual right of the plaintiffs to demand immediate delivery of the cheques sufficed to found a claim in conversion, whether or not an immediate trust attached to the cheques.

29. *International Factors v Rodriguez* received consideration by all three members of the Court of Appeal in MCC *Proceeds Inc v Lehman Brothers International (Europe)* [1998] 4 All ER 675. The relevant issue was whether an equitable title in share certificates could found a claim in conversion. The court held that it could not, and disapproved the significance that Sir David Cairns appeared to have attached to the plaintiffs' equitable interest in the cheques in that case. Mummery LJ expressed the view that this was not necessary to the decision. Pill and Hobhouse LJJ agreed. The latter observed (at 700 and 701):

> "Buckley LJ decided the case on the basis of a common law possessory title as bailee giving the immediate right to possession…For a plaintiff to succeed in an action in conversion he must show that in law he had the requisite possessory title, either actual possession or the right to immediate possession. Where a plaintiff is the legal owner of the relevant chattel he will normally be entitled to sue in conversion even if he was not at the relevant time in possession of the chattel. But where there is a person who has a subsisting right to the immediate possession of the chattel, he may sue even the owner of the chattel for wrongfully interfering with his right."

30. There is thus a conflict between *Jarvis v Williams and International Factors v Rodriguez*, as explained in *MCC Proceeds v Lehman Brothers*. Where the owner of goods who has an immediate right to possession of them, albeit that they are in the possession of a third party, by agreement transfers his title to a new owner, the new owner can bring a claim in conversion against the person in whose possession they are. Where the owner of goods with an immediate right to possession of them by contract transfers the latter right to another, so that he no longer has an immediate right to possession, but retains ownership, it would seem right in principle that the transferee should be entitled to sue in conversion. *A fortiori* if the contract provides that when the transferee enters into possession, ownership will be transferred to him. We consider that this accords with the weight of

academic opinion and can be reconciled with the facts of *Jarvis v Williams*.

31. Contractual transfer of rights is far removed from the facts of this case. The judge concluded, on the strength of *Jarvis v Williams*, that a claimant in conversion must demonstrate some proprietary right in the goods and that Iran could not do so. We now turn to consider whether Iran has any interest in the antiquities and, if so, the nature of such interest.

Iran's interest in the antiquities under Iranian law

32. It was common ground that the relevant law is to be found in provisions of Iranian statute law. The judge set these out at length and we shall incorporate, in his own words, the passages of his judgment in which he did so.

33. The appropriate starting point appears to date back to what is called the Constitutional Movement which developed in Iran. At paragraph 8 of his expert report Professor Taleghany says: "Since time immemorial Iran was ruled by absolute monarchs. The kingdom of Iran was the king's domain, i.e. his estate. It was as such that the kings acquired further territories, ceded territories and exchanged part of their kingdom with the neighbouring kings. The last evidence of the exercise of such power was exhibited in 1893. However, a short while after this date there was a Constitutional Movement in Iran and the king's domain became the Crown's, or government property. When the Iranian main laws were codified in the Civil Code of Iran (section 1 of which was approved in 1928) the internal 'government properties' legally replaced the king's domain".

34. By a Royal Proclamation dated 5 August 1906 the so-called "Bases of the Persian Constitution" were promulgated. They include what are described as "The Fundamental Laws of December 30 1906", which include Articles dealing with the duties, limitations and the rights of the National Consultative Assembly.

35. Despite the fact that there would have been at some stage and by some means a transfer to the state or government of Iran of property rights previously owned by the king, these constitutional provisions form no part of Iran's case in these proceedings.

<u>The Civil Code</u>

36. In chronological order, the first statutory provision which is relied on by Iran

is the Civil Code by which in and after 1928 the main civil laws of Iran were codified. The Civil Code is divided into sections. The provisions which are said to touch upon the issue of ownership of the antiquities are the following:

Section 3
On Properties Which Have No Private Owner

…….

Article 26- (As amended on 21-8-1370 A.H, equivalent to 12-11-1991) Government properties which are capable of public service or utilisation, such as fortifications, fortresses, moats, military earthworks, arsenals, weapons stored, warships and also government furniture, mansions and buildings, government telegraph wires, public museums and libraries, historical monuments and similar properties and, in brief, any movable and immovable properties which may be in the possession of the government for public expediency and national interest, may not privately be owned. The same applies to properties that have, in the public interest, been allocated to a province, county, region or town.

Chapter 2
On Various Rights that
People May Have in Properties.

……

Section 1
On Ownership

Article 30- Every owner has the right to all kind of disposal and exploitation of his property, except where the law expressly provides otherwise.

Article 31- No property may be taken out of its owner's possession except by the order of law.

……

Article 35- Possession indicating ownership is proof of ownership unless the contrary is proved.

Article 36- Possession which is proved not to have derived from a valid title or lawful transfer shall not be valid.

Chapter 4
On Found Articles and Lost Animals
Section 1
On Found Articles

Article 165- Anyone who finds an article in the desert or in a ruined place which is not inhabited and which is not privately owned, may take ownership of it and there is no need to declare it; unless it is evident that the article belongs to modern times, in which case it is subject to the rules applicable to articles found in an inhabited locality.

Chapter 5
On Treasure Trove

Article 173- Treasure trove means valuables buried in the ground or in a building and found by chance or accidentally.

Article 174- Treasure trove whose owner is not known is the property of the finder.

Article 175- If a person finds treasure trove in the property of another person, he must inform the owner of the property. If the owner of the property claims ownership of the treasure trove and proves it, the treasure trove belongs to the person claiming ownership.

Article 176- Treasure trove found in ownerless land belongs to the person who finds it.

Section 2
On Tortious Liability
Subsection 1
On Usurpation

Article 308- Usurpation is the assumption of another's right by force. Laying hands on another person's property is also considered usurpation.

Article 309- If a person prevents an owner from possessory treatment of his property without himself assuming control of it, he is not considered a usurper, but if he destroys the said property or causes its destruction, he shall be liable.

….

Article 317- The owner can claim the usurped property or, if it is lost, its equivalent or the value of the whole or part of the usurped property from either from the original or successive usurpers at his option.

The National Heritage Protection Act 1930

37. Shortly after the enactment of the Civil Code, a specific Act was passed on 3 November 1930 entitled National Heritage Protection Act. This Act provides for an inventory to be built up by the State including all the known and distinguished items of national heritage of Iran which possess historical, scientific or artistic respect and prestige. Provision is also made for the registration of both immovable and movable properties. Article 3 expressly recognises that some property registered on the inventory will be privately owned. Articles 4 to 6 inclusive deal with immovable property. Article 7 and following deal with movable property. Article 9 obliges the owner of a movable property registered in the List for National Heritage to inform the pertinent governmental organisation before selling any such property to another person. According to that Article the state possesses what is described as "the pre-emption right". A person who sells a property registered in the List without notifying the Ministry is liable to a fine for as much as the selling price of the property. The government is entitled to withdraw the property from the new owner on refunding the paid price to the new owner.

38. Amongst the potentially material provisions to be found in the 1930 Act are the following:

Article 1 Observing the Article 3 of this Law, all artifacts, Buildings and places having been established before the end of Zandieh Dynasty in Iran [late 19th Century], either movable or immovable, may be considered as national heritage of Iran and shall be protected under the State control.

…

Article 9- The owner of a movable property - registered in the List for National Heritage- Shall be obliged to inform the pertinent governmental organization in writing before selling the property to another person. In

case the State intends to put the property among its collections of national heritage, it possesses the pre-emption right. ...

Article 10- Anyone who accidentally or by chance finds a movable property which according to this Law may be considered as an item of national heritage, though it has been discovered in his/her own property shall be obliged to inform the Ministry of Education or its representatives as soon as possible; in case the pertinent State authorities recognize the property worthy to be registered in the List for National Heritage, half of the property or an equitable price as considered by qualified experts shall be transferred to the finder, and the State shall have the authority, at its discretion, to appropriate or transfer the other half to the finder without recompense.

Article 11- The State has the exclusive right for land digging or excavation in sites to explore national relics. ……

…

Article 13- Excavations in private lands shall require the owner's consent as well as the permission of the State. ...

Article 14- During scientific and commercial excavations in one location and one season, if the State discovers the objects directly, it may appropriate them all, and if the discovery is performed by others, the State may choose and possess up to ten items out of the objects of historical artistic value; half of the rest of the objects shall be transferred freely to the discoverer, and the other half shall be appropriated by the State. In case all the discovered objects do not exceed ten items and the state appropriate them all, the expenses of the excavation shall be refunded to the discoverer. ...

Article 15- The share of the state out of the objects discovered during a scientific excavation shall be kept in State collections and museums, and not be sold; and the discoverer's share shall be his/her own property. Among the share of the State out of the objects discovered during a commercial excavation, what is liable to be kept in museums shall be appropriated, and the rest shall be transacted, by any means the state deems proper; the State shall put these properties to auction to be sold.

Article 16- The violators of Article 10, those who perform excavation

operations without the State permission and information, though in their own lands, as well as those who illegally take items of national heritage out of the country shall be fined as much as twenty to two thousand Tomans, and the discovered objects shall be confiscated [in Farsi, "zabt"] in the interest of the State. ...

Article 17- Those who intend to adopt dealing in antiquities as occupation should obtain permission from the State. Furthermore taking the antiquities out of the country shall require permission from the State. The registered objects in the list for National Heritage if attempted to be taken out of the country without the permission of the State, shall be confiscated in the interest of the State. …

The Executive Regulations

39.On 19th November 1932 the Executive (or Administrative) Regulations of the National Heritage Protection Act of 1930 were approved by the Council of Ministers. In effect these Regulations were designed to implement the provisions of the 1930 Act. Movable property is dealt with in Chapter 2 (Articles 12 to 17). These include:

Article 17- Anyone who accidentally finds a movable property, even though it has been discovered in his/her own property, shall be obliged to immediately inform the Ministry of Education through the nearest representative of the Department for Education or through the Finance officers if there is no Department for Education. After the objects have been examined by the Department for Antiquities, half of the items or half of the commercial price thereof as evaluated by qualified experts shall be transferred to the finder, and the State shall have the authority to possess or transfer the other half to the finder.

40. Chapter 3 of the Regulations deals with Excavation. The provisions of this chapter include:

Article 18- The State possesses the exclusive rights to land excavation for the purpose of obtaining antiquities.

……

Article 25- Excavation in private lands shall require the owner's

consent as well as the permission of the State…..

……..

Article 31- The manner of sharing the antiquities discovered in a place during a season of commercial or scientific excavation, between the excavator and the State shall be as follows: The first choice of the objects discovered, up to ten items, shall be that of the State, and then the State shall equally share the remainder with the licence holder. Immovable antiquities shall pertain to the State and not be divided. In case the discovered objects shall not exceed ten items the State, by virtue of the authority invested in it, shall possess them all and refund expenses that the excavator sustained. The holder of the excavator licence may possess his/her share of the antiquities recovered, provided that he/she had been refunded the rental value due to the owner. …

…

Article 36- Any person who takes measures violating the provisions of Article 10 from the law or Article 17 herein, or embark on excavation without securing proper permission at (sic) export antiquities illegally, shall be liable to a fine 20 to 2,000 Tomans, and the discovered objects shall be confiscated by the State.

…

Article 41- [Provides that certain classes of antiquities are authorised to be traded, i.e. that they can be bought and sold.]

…

Article 48- In case the examination by Department for Antiquities proved that some of the objects had been illegally obtained, those objects shall be seized and confiscated by the State. The owners and exporters may be prosecuted according to the Antiquities Act……

…

Article 50- In case the State recognises that the registered objects in the List for National Heritage, for which export permission has been requested, are beneficial for developing national collections, it shall have the authority to purchase the objects in question at the price declared by the owner. Should the owner refrain from selling the

objects; export permits shall not be granted.

Article 51- The Antiquities intended to be taken out of the country without obtaining proper permission shall be confiscated.

The Legal Bill of 1979

41.On 17 May 1979 a Legal Bill (which is accepted to have the force of law) was approved. The title of the Bill is:

Legal Bill Regarding Prevention of Unauthorised Excavations and Diggings intended to obtain antiquities and historical relics which, according to international criteria, have been made or have come into being one hundred or more years ago.

The Bill provides:

Considering the necessity of protection of relics belonging to Islamic and cultural heritage, and the need for protection and guarding these heritages from the point of view of sociology and scientific, cultural and historical research and considering the need for prevention of plundering these relics and their export abroad, which are prohibited by national and international rules, the following Single Article is approved.

1- Undertaking any excavation and digging intended to obtain antiquities and historical relics is absolutely forbidden and the offender shall be sentenced to six months to three years correctional imprisonment and seizure [in Farsi "zabt"] of the discovered items and excavation equipment in favour of the public treasury. If the excavation takes place in historical places that have been registered in the National Heritage List, the offender shall be sentenced to the maximum punishment provided (in this Section).

2- Where the objects named in this Act have been discovered accidentally, the discoverer is duty bound to submit them to the nearest office of Culture and Higher Education as soon as possible. In this case, a committee consisting of the Religious Judge, local Public-Prosecutor and the director of the office of Culture and Higher Education, or their representatives, will be formed with a specialised expert attending and who will examine the case and decide as follows:

A- Where the items are discovered in a private property, in the case of precious metals and jewels, they will be weighed and a sum equal to twice the market value of the raw material thereof will be paid to the discoverer. In the case of other objects, half of the estimated price will be paid to him.

B- Where the items are discovered in non-private property, a sum equal to half of the discovery reward, provided for in Section A, will be paid to the discoverer

...

3- Antiquities means objects that according to international criteria have been made or produced one hundred, or more, years ago. In the case of objects whose antiquity is less than a hundred years, the discovered objects will belong to the discoverer after he has paid a fifth of their evaluated price to the public treasury.

4- Persons who offer the discovered objects for sale or purchase in violation of the provisions of this Act will be sentenced to the penalty provided for in Section 1'.

The New Constitution

42. In the same year that the Legal Bill was approved, Iran on 24th October 1979 adopted a new Constitution. Its many provisions include the following:

Article 45 [Public Wealth]

Public wealth and property, such as uncultivated or abandoned land, mineral deposits, seas, lakes, rivers and other public waterways, mountains, valleys, forests, marshlands, natural forests, unenclosed pastureland, legacies without heirs, property of undetermined ownership and public property recovered from usurpers shall be at the disposal of the Islamic government for it to utilise in accordance with the public interest. Law will specify detailed procedures for the utilisation of each of the foregoing items'.

Article 47 [Private Property]

Private ownership, legitimately acquired, is to be respected. The relevant criteria are determined by law.

…

Article 83 [Property of National Heritage]

Government buildings and properties forming part of the national heritage cannot be transferred except with the approval of the Islamic Consultative Assembly; that, too, is not applicable in the case of irreplaceable treasures.

43. The Revolutionary Council of the Islamic Republic of Iran issued a decree on 29th February 1980 which prohibited export of any kind of antiquities or artistic objects from the country.

44.The 5th book of Islamic Punishment Law dated May 23 1996 deals at chapter 9 with the destruction of historical/cultural properties. This provides, inter alia:

Article 559- Any person found guilty of stealing equipments and objects, as well as the materials and pieces of cultural- historical monuments from museums, exhibits, historical and religious places or any other places which are under the protection and control of the state; or trades in such objects or conceals them - knowing that they are stolen - shall be obliged to return them and condemned to confinement of one to five years, if not subject to punishment for theft (as ordained by Islamic religion).

…

Article 561- Any attempt to take historical-cultural items out of the country, even if it would not be actually exported, shall be considered as illegal export. The violator shall be condemned to restitute the items, imprisoned from one to three years, and fined as twice as the value of the items exported. …

Article 562- Any digging or excavation intended to obtain historical-cultural properties is forbidden. The violator shall be condemned to undergo a confinement of six months to three years; the discovered objects shall be confiscated in the interests of The Iranian Cultural Heritage Organisation and the equipments of the excavation shall be confiscated by the state....

Note 1.Whoever obtains the historical/cultural properties, that are the subject of this Article, by chance and does not take (the necessary) steps to deliver the same, according to the regulations of the State Cultural Heritage Organisation, will be sentenced to the seizure of the discovered (found) properties.

…

The judge's findings on title to the antiquities

45. After considering the various statutory provisions relied on by Iran, of which the Legal Bill of 1979 was particularly relied upon, the judge concluded, as he put it, "with some regret" that Iran had not discharged the burden of establishing the ownership of the antiquities under the law of Iran. He said (at para 59)

> "I readily accept that Iran has gone to some lengths to list and secure protection for its natural heritage and to penalise unlawful excavators and exporters. But the enactments relied on by Iran fell short in my judgment of establishing its legal ownership of the antiquities. I am not persuaded that those enactments are in certain respects consistent with State ownership but, even if all of them were, that would still in my opinion not be enough to have the effect of vesting ownership in the State, as it were, by default of as a matter of inference."

The judge's finding in respect of Iran's claim based on immediate right to possession

46. Barakat accepted that a person with an immediate right to possession could bring a claim in conversion or for the tort of wrongful interference with goods subject only to the requirement that the right to possession should be a proprietary right. The judge, after consideration of authority, upheld Barakat's submission that the right to possession must be proprietary. He held that Iran had failed to establish the necessary proprietary interest, albeit that Iran did have an immediate right to possession of the antiquities which was an immediate right.

Ownership of the antiquities

47.The judge started from the uncontroversial position that determination of Iranian law was a question of fact; and that when faced with conflicting evidence of foreign law, he had to look at the effect of the foreign sources on which the experts rely as part of their evidence in order to evaluate and interpret that evidence and decide between the conflicting testimony: *Bumper Development Corp Ltd v Commissioner of Police for the Metropolis* [1991] 1 WLR 1362, at 1368-1369. As we have said, the judge was assisted by expert evidence from Professor Muhammad Taleghany on behalf of Iran and from Mr Hamid Sabi on behalf of Barakat. Professor Taleghany was a Professor of Law at Teheran University until 1984, when he moved to London. In London he was the legal adviser of the Iranian Bureau for International Legal Services until 1994, since when he has been a consultant on Iranian law. Mr Hamid Sabi was a member of the Iranian Bar. He practised law in Iran until 1979, when he moved to London, since when he has practised as a consultant on Iranian law. Both experts have considerable experience of giving evidence on Iranian law in English courts.

48. There was no judicial or academic authority on the central question, namely whether the effect of the Iranian legislation, and in particular the 1979 Legal Bill, was to vest ownership of antiquities in the Iranian State. In choosing between the experts on this question, and preferring the conclusions of Mr Sabi, the judge was not making a judgment on credibility, or expertise, or any of the other matters which are normally taken into account when choosing between expert evidence. He expressly recorded that he was satisfied that both experts did their best to assist him.

49. In deciding whether the Republic has ownership under Iranian law, it is important to bear in mind that it is not the label which foreign law gives to the legal relationship, but its substance, which is relevant. If the rights given by Iranian law are equivalent to ownership in English law, then English law would treat that as ownership for the purposes of the conflict of laws. The issue with which we are concerned is whether the rights enjoyed by Iran in relation to the antiquities equate to those that give standing to sue in conversion under English law.

50. What the judge did was to look at the legislation, and decide what its

effect was by testing the expert evidence against its language and context. We propose to adopt the same course.

51. It was Professor Taleghany's opinion that the antiquities formed part of the national heritage which was originally owned by the King or Shah and which subsequently became owned by the Republic of Iran. He asserted that this accorded with all the relevant statutory provisions. It was Mr Sabi's opinion that ownership of the antiquities was governed by express provisions of the Iranian Civil Code. These vested ownership of the antiquities in the finders. These provisions remained binding unless expressly altered by subsequent statutory provisions. There were no such provisions.

52. The debate before the judge focussed on the effect of the statutory provisions. The judge found that some of these were incompatible with Professor Taleghany's opinion although he rejected the suggestion that this opinion had not been objectively formed. He held that Iran had failed to discharge the burden of proving that, under Iranian law, the antiquities were property of the Republic. Mr Philip Shepherd QC for Barakat supports the judge's conclusions.

53. For Iran Sir Sydney Kentridge QC submits that the cumulative effect of the relevant Iranian statutory provisions is to vest ownership of the antiquities, as this concept is understood by the law of England, in Iran. Iranian law prohibits anyone other than the Government of Iran from seeking to excavate antiquities. Iranian law prohibits anyone who unlawfully excavated antiquities from acquiring any title to them. Antiquities excavated by the Government are owned by the Government as are antiquities that are excavated by anyone else. Those who find antiquities by chance have to hand them over to the Government. The effect of all these laws is that the government owns the antiquities.

54. These submissions require a detailed analysis of the relevant provisions of Iranian statutes. We approach these having regard to two principles that are common ground. The statutes should be given a purposive interpretation and special provisions dealing with antiquities take precedence over general provisions.

The Civil Code

55. Among the provisions relied upon by Professor Taleghany was Article 26 of the Civil Code. The judge, preferring the evidence of Mr Sabi, held that movable antiquities did not fall within the description "historical monuments and similar property", nor within the description "in use by the Government for the service of the public". In any event, Article 26 deals only with properties in the possession of the government. We endorse these conclusions.

56. The judge observed that it was clear from provisions of Chapter 2 that Iranian law both recognised and respected private ownership.That proposition has not been in issue. He commented that Article 35 created a presumption in favour of the possessor as to the ownership of property. He did not comment on Article 36. It does not seem to us that that Article bears directly on whether the antiquities are vested in Iran, although it is not readily reconciled with the proposition, advanced by Mr Sabi, that someone who finds antiquities in the course of unlawful excavation obtains title to them.

57. It is common ground that the antiquities do not constitute treasure trove. The judge nonetheless remarked that both Article 165 and Articles 174-176 lent some support to Barakat's assertion that the Civil Code provided for the finder of an article to become its owner. We agree with that general proposition.

The National Heritage Protection Act 1930

58. The judge observed that the provisions of this Act were incompatible with Professor Taleghany's broad proposition that all antiquities were owned by the State. We agree. Article 9 expressly deals with movable property that is registered as part of the National Heritage but which is privately owned. Articles 10, 14 and 15 make provision for the State to share with the finder antiquities that are found by chance or discovered during lawful excavations.

59. The judge remarked that these provisions could not be construed as conferring title to movable assets on the government and that they were inconsistent with the government having ownership of movables. These general observations call for some qualification.

60. Article 10 sets out circumstances in which the State has or acquires title to movable property. It provides that "half of the property or an equitable price as considered by qualified experts shall be transferred to the finder". It

is implicit that if the latter option is adopted the State becomes (or remains) the owner of the property in question. The section further gives the State the option "to appropriate or transfer the other half to the finder without recompense". This gives the State the option of becoming (or remaining) the owner of the other half. The words that we have placed in brackets reflect the fact that it is perhaps arguable that the language is sufficiently imprecise to accommodate the possibility that antiquities vest in the State when they are found – see Article 17 of the 1932 Regulations where the language, or perhaps the translation, of the relevant provisions is a little different.

61. Article 14, as explained by Article 31 of the Regulations, appears to us to vest the State's share in the State as owner, rather than mere possessor. This is also to be inferred from the reference in Article 15 to the discoverer's share being "his/her own property". Article 14 gives the State the right to "appropriate" all the objects that it discovers directly. This might suggest that until appropriation the State does not own them.

62. In summary there is a lack of clarity in these provisions about precisely how and when the State becomes the owner of its share of antiquities that are discovered in lawful excavations. Overall we think the provisions more consistent with Mr Sabi's evidence that the finder is the owner unless and until antiquities are transferred to the State. We do not consider that these difficult provisions are directly relevant. We have some sympathy with Sir Sydney's submission to us that "the State was coming pretty near to ownership but it is rather difficult to work out just what rights it has and what rights it does not have". The significance of the provisions is that they qualify the effect of Article 165 where antiquities are concerned. They vest some of these in the State in accordance with their terms. They provide background to the all important provisions of the Legal Bill of 1979.

The Legal Bill of 1979

63. The judge observed that it was Mr Malek's case for Iran that the Legal Bill of 1979 was the "clinching statutory provision" and Sir Sydney adopted the same stance. Early in his submissions (Day 1, p 17) he set out very clearly the way that he put Iran's case:

> "The question of whether someone is owner is decided by looking at what

rights that person has, for example the right of exclusive enjoyment, the right of alienation, the right of recovering possession. ... Those are the elements of ownership and it is our submission that whatever language is used in the Iranian statute – and certainly in the Iranian statute there is no clause which uses the term that the antiquities vest in the Government – nonetheless if one examines what rights the Government had and that no one else had, what the Government had amounted to what we would regard as ownership."

64. Applying this approach to the 1979 Legal Bill, he submitted that this replaced the provisions of the 1930 Act and the 1932 Regulations. The discoverer of antiquities no longer had any claim to ownership of them. The most that he could receive was a discoverer's reward. It was impossible for anyone other than Iran to become the owner of antiquities to which the Legal Bill applied.

65. The judge's findings in relation to the 1979 Legal Bill, accepting Mr Sabi's evidence and the submissions made on behalf of Barakat, were as follows:

"53. ... I have been unable to find any provision prior to the 1979 Bill which confers ownership of antiquities on the state.To the extent that Professor Taleghany is asserting that the 1979 Legal Bill does so, I cannot agree with him. As Mr Sabi points out, the Bill has on its face the limited objective of preventing the plundering of relics. It is, as Mr Sabi says, principally at least, a criminal statute. There is no express vesting of title to antiquities in Iran nor any declaration that all antiquities are vested in the state. I find it difficult to see how the provisions 'reflect the fact' of state ownership. As Mr Sabi rightly says, the draftsman could so easily have provided for state ownership of all antiquities if such had been his intention. It seems to me that, given the historical background to the Bill's enactment, its purpose was to criminalise the widespread pillaging of antiquities which was then taking place and not to make provision for state ownership of antiquities.

54. Under the 1979 Bill ownership is only affected when, by virtue of paragraph 1, seizure in favour of the public treasury takes place upon conviction of an offender in a criminal court for undertaking unlawful excavation or digging or where, by virtue of paragraph 4, discovered objects are offered for sale or purchase. Paragraphs 1 and 4, like the comparable provisions of the 1930 Act, only come into

play when the criminal court imposes penalties following conviction. Paragraph 2 imposes an in personam obligation on the discoverer to submit discovered items to the nearest office of Culture and Higher Education. Paragraph 3 also affects ownership but only in relation to objects less than 100 years old.

55. I accept the evidence of Mr Sabi and the Bill does not address wider questions of ownership of undiscovered antiquities. If that had been the intention, it would have been clearly spelt out in the legislation."

66. In considering these findings we propose to start by considering whether, under the 1979 Legal Bill, it is possible to identify anyone other than Iran as the owner of antiquities that are discovered. This is a question that the judge did not expressly address, although his concluding observation in the passage that we have just quoted suggests that he accepted the correctness of Mr Sabi's analysis.

67. It was Mr Sabi's evidence that the 1979 Legal Bill did not affect the application of Article 165 of the Civil Code. Ownership of antiquities, whether illegally excavated or found by accident, vested in the finder. The illegal excavator was liable to have them seized in criminal proceedings, but until that happened he remained the owner. The accidental finder was under an in personam obligation to hand them over to the Office of Culture and Higher Education, but unless and until he did so he remained the owner. We do not think that it was open to the judge to accept this analysis of the 1979 Legal Bill.

68. It is helpful to start with Article 3. The judge remarked, somewhat cryptically, that this "also affects ownership but only in relation to objects less than 100 years old". It is hard to reconcile the wording of Article 3 with the proposition that the finder of objects whose antiquity is less than one hundred years old becomes the owner of them before he has paid to the treasury one fifth of their worth, although the Article does not state who is the owner until this payment is made.

69. Article 2 deals with the person who accidentally finds antiquities. There is no way in which the Legal Bill permits him to benefit from his discovery other than by obtaining the statutory reward. In the first place he is under a positive obligation to hand them in to the nearest office of Culture and Higher Education 'as soon as possible'. He is not entitled to offer them for

sale. If he purports to sell them, no title will be transferred to the buyer by reason of Article 36 of the Civil Code. Furthermore he will be guilty of a criminal offence under Article 559 of the Punishment Law of 1996. The antiquities will be subject to seizure.

70. Article 1 deals with the position of the person who finds antiquities as a result of illegal excavation. The judge found that he could be in no better position than the accidental finder under Article 2 and this finding has not been challenged. Furthermore he will have been guilty of a criminal offence by virtue of the excavation itself.

71. Having regard to the obligations and restrictions that are placed upon the finder of antiquities we do not consider that he can properly be described as the "owner" of them. The provisions of the 1979 Legal Bill are inconsistent with both Articles 165 and Articles 173-6 of the Civil Code. They also supersede Article 10 of the National Heritage Protection Act of 1930. The finder of antiquities is not entitled to keep possession of them nor to transfer title to anyone else. His only right is to receive a reward on handing them over to the State. The finder has no ownership rights in the antiquities that he finds.

72. In concluding that under the 1979 Legal Bill the finder of antiquities cannot be described as the "owner" we have been considering the concept of ownership through English eyes for the reasons given above.

73. Halsbury's Laws of England, vol 35, para 1227, sets out the following meaning of "ownership":

> "Ownership consists of innumerable rights over property, for example rights of exclusive enjoyment, of destruction, alteration and alienation, and of maintaining and recovering possession of the property from all other persons. Those rights are conceived not as separately existing, but as merged in one general right of ownership."

Under the Legal Bill of 1979 the finder of antiquitiesenjoys none of these attributes of ownership.

74. We turn to the position of Iran. Iran is entitled to immediate possession of any antiquities found, for the finder is required to hand them over "as soon as possible". There has been no dispute that once the antiquities are

handed over, they become the property of Iran. If they are not handed over, but are transferred by the finder to a third party, the third party will get no title and the antiquities will be subject to “seizure”.

75. Where the antiquities are discovered in the course of illegal excavation, they will be subject to “seizure” by Iran, whether they remain in the possession of the finder or are transferred to a third party. It follows that, apart from the right of the accidental finder to a reward, no one enjoys any rights in relation to antiquities found accidentally or as a result of illegal excavation except Iran and the rights that Iran enjoys are essentially the rights of ownership.

76. There are four matters that Barakat relied on, successfully, before the Judge in contending that the Legal Bill of 1979 did not confer ownership on Iran:

i) The provision for “seizure” in Article 1.

ii)The 1979 Legal Bill acts “in personam”.

iii) The legislators could easily have made clear provision for title in antiquities to pass to Iran had that been their intention.

iv) There has been no recorded case of Iran asserting a right to antiquities in civil proceedings.

We shall deal with each in turn.

77. The word which we have referred to as “seizure”, zabt in the original Farsi, can mean both “seizure” and “confiscation”. In Article 1 it is used in relation to both the antiquities found and the excavation equipment. So far as the latter are concerned, the Article plainly provides for confiscation, for the equipment will be owned by the illegal excavators. Barakat argued that, by parity of reasoning the same had to be true of the antiquities. Zabt could not mean two different things, depending upon whether it applied to excavating equipment or to antiquities. It followed that Article 1 provided for confiscation of antiquities, which carried the necessary implication that they were owned by the person from whom they were confiscated.

78. We do not accept this argument. We can see no reason why, in its context, zabt could not be used to describe an act that constituted confiscation of equipment owned by the excavator and taking possession of antiquities in respect of which Iran had the rights of the owner.

79. The express obligations imposed by the 1979 Legal Bill not to conduct excavations and to hand over any antiquities found are indeed personal obligations. The right to seize antiquities that are not handed over is also a personal right. But these rights nonetheless inferentially affect title. Barakat did not challenge the proposition that, where antiquities were handed in under Article 2 and a reward paid, the antiquities became the property of Iran. Antiquities seized plainly also vested in Iran. The only issue has been at what stage Iran acquired ownership. Barakat contended that it was only when the antiquities came within the possession of Iran and, in the case of antiquities that were "seized", only on completion of the criminal process that followed from the seizure.

80. We consider that this is an arid issue. Given our conclusion that the finder did not own the antiquities (and the fact, as was common ground, that the owner of the land from which they came had no claim to them), there are only two possibilities. Either they were "bona vacantia" to which Iran had an immediate right of possession and which would become Iran's property once Iran obtained possession and which could not become the property of anyone else or they belonged to Iran from, at least, the moment that they were found. We consider that the former alternative is artificial. Iran's personal rights in relation to antiquities found were so extensive and exclusive that Iran was properly to be considered the owner of the properties found.

81. The judge observed (at para 53):

> "…the draftsman could so easily have provided for state ownership of all antiquities if such had been his intention. It seems to me that, given the historical background to the Bill's enactment, its purpose was to criminalise the widespread pillaging of antiquities that was taking place and not to make provision for state ownership of antiquities."

82. The Legal Bill of 1979 was enacted as an urgent response to the pillaging of antiquities which took place immediately after the revolution. We have no knowledge of who, after that revolution, was available to draft legislation and there appears to be no basis for drawing inferences from what was not included in the Legal Bill rather than considering the effect of what it did provide. Having regard to the problems of interpreting the earlier legislation to

which we have referred, it is possible that the draftsman started from the premise that antiquities were owned by Iran. At all events, for the reasons that we have given, the clear effect of the Legal Bill was to vest title to antiquities in Iran - the only question is when and in what circumstances the title vested.

83. We do not consider that any significance can be attached to the fact, if it be the case, that this action is the first occasion on which Iran has claimed to be the owner of antiquities in civil proceedings. In so far as State officials have discovered antiquities illegally held in Iran it may well be that no one has chosen to challenge the State's title to these.

84. For the reasons that we have given and on the facts that we have assumed, we have concluded that the judge was wrong to find that under Iranian law Iran had not shown that it was the owner of the antiquities which are the subject matter of this action. Had we not reached this conclusion we would have concluded that, under Iranian law, Iran had an immediate right to possession of the antiquities that would vest ownership on taking possession.

Does Iran's interest in the antiquities found a cause of action in conversion under English law?

85. This question sub-divides into two issues:

i) Is Iran's interest in the antiquities of such a kind as to found a claim in conversion? If so

ii) Is Iran's claim none the less not justiciable in England because it is founded on a penal or public law?

There is an overlap between these two issues.

86. Under English law the owner of a chattel who has an immediate right to possession of it has a right to sue in conversion. Iran contends that it obtained both ownership and an immediate right to possession of the antiquities when they were in Iran. It follows that, under our principles of conflict of laws, the question of whether Iran is the owner of the antiquities falls to be determined by the law of Iran as the lex situs. There was no discussion, either before the judge or before us, as to whether the immediate right to possession also falls to be considered according to the law of Iran. On principle we think that the answer to this question must depend on the situs of the antiquities when the immediate

right to possession arose. On the facts of this case this means that the immediate right to possession also falls to be determined by the law of Iran. For the reasons that we have given our primary view is that Iran enjoys both title and an immediate right to possession of the antiquities under the law of Iran. Had we not formed this view, we would have concluded that Iran enjoyed an immediate right to their possession under the law of Iran which of itself would suffice to found a claim in conversion in this jurisdiction. Thus we would answer the first question in the affirmative.

87. Had Iran asserted that it had acquired ownership and an immediate right to possession as a result of purchasing the antiquities in Iran we do not believe that Barakat would have challenged Iran's entitlement to bring a claim for conversion in England, notwithstanding that Iran never acquired actual possession of the antiquities. Barakat contends, however, that Iran cannot claim in conversion because Iran never perfected its title by obtaining possession of the antiquities. As we understand the position this argument is founded on the contention that the laws relied upon by Iran to found their claim are both penal and public laws. Barakat accepts that had Iran obtained possession of the antiquities it would have thereby acquired a title that it could enforce by advancing a "patrimonial" claim. As it is, however, Barakat contends that what Iran is attempting to do is to enforce a foreign penal and public law which is not justiciable in this country. This brings us to the second issue.

88. Iran's answer is twofold:

> i) Where a foreign law vests in the foreign State title in property that is within its own jurisdiction, that title will be recognised in England even if the law is penal or public;
>
> ii) The laws relied on by Iran are not penal and, in so far as they are public, there is no reason of public policy why they should not be enforced in this country.

89. Because the judge held that Iran had neither established ownership nor the proprietary immediate right to possession which he considered essential to found an action in conversion, he did not need to deal with the issue of justiciability.

90. He nonetheless addressed it on the premise that, under Iranian law, Iran had acquired a valid title to the antiquities whilst they were still in Iran. He proceeded on the basis that Iran was seeking to enforce in England the provisions of Iranian law under which Iran had acquired title and that, if the law in question was either penal law or public law, the claim was not justiciable. His judgment suggests that this approach was in accordance with concessions made by Iran. If such concessions were made, they are no longer.

91. The judge decided that the 1979 Legal Bill (a) was a penal law which had as its purpose the aim of protecting the national heritage; and (b) was a paradigm example of a public law which the state was not entitled to enforce. Accordingly, he answered the second preliminary question in the negative: even if Iran had title to the objects under Iranian law, the English court would not recognise or enforce it. The judge added (para 100): "If the conclusion is a regrettable one, the answer may be the one given by Lord Denning in *Ortiz*, namely an international convention where individual countries can agree and pass the necessary legislation."

92. Iran's appeal is based on the following propositions: (a) the relevant provisions of the 1979 Legal Bill are not penal; (b) the proper approach to a foreign public law is to consider in each case whether there is any special ground of public policy which requires the law in question not to be enforced in England; (c) laws for the preservation of the historic cultural heritage should not be regarded as public laws for that purpose; (d) in any event, where a foreign state owns or has the right to immediate possession under the lex situs, and the property is not susceptible of ownership by a private individual, its title should be recognised and enforced irrespective of whether it has reduced the property into its possession.

93. Barakat does not suggest that the Iranian laws relied on by Iran offend against public policy to the extent that this country should not recognise them. Barakat contends, however, that, when the substance and not the form of these proceedings is considered, what Iran is seeking to do is to enforce in this country Iranian laws that are both penal and public. Barakat contends that this is not, in reality, a patrimonial claim. What Iran is seeking to do is to exercise its own sovereignty within this jurisdiction. This is something that the English courts will not countenance.

94. The preliminary issue was tried on the basis that the antiquities originated from Iran in the circumstances alleged in the particulars of claim. For the purposes of the preliminary issue, and therefore for the purposes of this appeal, it must be assumed that (a) the antiquities derived from the Jiroft region of Iran; (b) they were excavated recently; and (c) they were removed from Iran illegally. There is, and can be, no suggestion that Barakat acquired title from any person who has, or claims, title under Iranian law.

Penal, revenue and other public laws

95. We turn to consider the second main aspect of the appeal. As we have said, the judge reached what he described as the regrettable conclusion that, even if Iran had established title, the English court would not, in the terms of the preliminary issue, recognise or enforce that title, because the Iranian law was both a "penal" law and a "public" law which was not justiciable in the English court. It is therefore necessary to consider the nature and scope of the principles on which he relied.

96. According to Rule 3(1) in Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed. 2006 *("Dicey")*, para 5R-019: "English courts have no jurisdiction to entertain an action: … for the enforcement, either directly or indirectly, of a penal, revenue or other public law of a foreign State ...".

97. The 11th edition of *Dicey* in 1987 (p.220) suggested that the lack of jurisdiction was not that of the courts of the forum but of the foreign State, which has no international jurisdiction to enforce its law outside its own territory, and that the basis of the Rule is that the courts of the forum will not exercise their own jurisdiction in aid of an attempt by the foreign State to act in excess of its own jurisdiction. This view was substantially adopted by the House of Lords in *Re State of Norway's Application (Nos. 1 & 2)* [1990] 1 AC 723, at 808, but the Rule is retained in its traditional form because of its wide acceptance in judicial decisions.

98. The starting point of any consideration of the justiciability issue raised in this appeal must be *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1 (CA and HL). New Zealand was seeking to recover a Maori carving, which had been unlawfully exported to this country contrary to the Historic Articles Act

1962 of New Zealand. It had been lawfully purchased within New Zealand by the exporter, and ultimately sold to George Ortiz, a well-known collector who put it up for sale at Sotheby's in order to pay a ransom to the kidnappers of his daughter. The reason why the action failed, as ultimately held by the House of Lords, was that the forfeiture provisions of the 1962 Act did not, as New Zealand alleged, effect a transfer of property in the carving from the exporter to New Zealand upon the exporter attempting to export it unlawfully, but only if and when the carving was actually seized by the New Zealand authorities, which it never was.

99. All three members of the Court of Appeal (Lord Denning MR, Ackner and O'Connor LJJ) considered what the position would have been had the 1962 Act in fact transferred title from the exporter to New Zealand before the carving had left New Zealand territory. Lord Denning remarked ([1984] AC at 20) that the point was of vast importance, and continued:

> "Most countries have legislation to prevent the export of their historic articles unless permitted by licence. This legislation may provide for automatic forfeiture on export or attempted export. It might be very desirable that every country should enforce every other country's legislation on the point - by enabling such articles to be recovered and taken back to their original home. But does the law permit of this? "

100. He reached the following conclusion (at 24):

> "… if any country should have legislation prohibiting the export of works of art, and providing for the automatic forfeiture of them to the state should they be exported, then that falls into the category of 'public laws' which will not be enforced by the courts of the country to which it is exported, or any other country, because it is an act done in the exercise of sovereign authority which will not be enforced outside its own territory."

101. Ackner LJ's view (at 34) was that New Zealand was seeking to enforce a penal statute, and he would have dismissed the claim on what he described as "this point of public international law." The claim was to enforce a foreign penal law because the New Zealand Government was seeking to vindicate its right to preserve historic articles in New Zealand by confiscating them if they were

illegally exported. Without reaching any firm conclusion, he said that he was impressed by the reasoning of Staughton J at first instance that there was no such vague general residual category of "public law". O'Connor LJ (at 35) concurred in holding that the law could not be enforced in England because it was a penal law.

102. In the House of Lords Lord Brightman gave the only speech, with which the other members of the House agreed. He upheld the decision of the Court of Appeal on the ground that New Zealand acquired no title to the carving. He added (at 46) that, so far as the views to which we have referred above were concerned, these were obiter and "I venture to think that, in any event, your Lordships would not wish to be taken as expressing any conclusion on the correctness or otherwise of the opinions so expressed."

103. He went on, however, at 49, to make an observation, to which we will revert:

> "Counsel submitted, and I am disposed to agree, that the recovery of unlawfully exported historic articles would be best ensured if title thereto were to vest in the Crown independently of seizure."

Penal laws

104. Lord Denning MR said in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* (at 20): "No one has ever doubted that our courts will not entertain a suit brought by a foreign sovereign, directly or indirectly, to enforce the penal or revenue laws of that foreign state. We do not sit to collect taxes for another country or to inflict punishments for it."

105. The rule against the enforcement of penal laws was said to have its foundation in the principle that crimes are only cognisable and punishable in the country where they were committed, and accordingly no proceeding, even in the shape of a civil suit, which had as its object the enforcement by the state, whether directly or indirectly, of punishment imposed for such breaches, ought to be admitted in the courts of any other country: *Huntington v Attrill* [1893] AC 150, at 156.

106. Whether a foreign law, or a claim based on foreign law, is to be characterised as penal depends on English law. It does not depend on the

label given to the law by the foreign system of law, nor on whether the claim is in form a private law claim. The English court has to determine the substance of the right sought to be enforced, and whether its enforcement would, directly or indirectly, involve the execution of the penal law of another state: *Huntington v Attrill* [1893] AC 150, at 155; *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1, at 32, per Ackner LJ.

107. An example of the court looking to the substance of the claim is *Banco de Vizcaya v Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 KB 140. The ex-King of Spain claimed securities held by Westminster Bank Limited in London. The securities had originally been held to the order of its Madrid branch as the agents of the King, but when the Madrid branch was closed, the King gave instructions that the London branch of the Westminster Bank should hold the securities to the order of the Banco de Vizcaya. In 1931 the private property of the ex-King was seized, he was declared guilty of high treason and an outlaw. The Banco de Vizcaya brought an action against the Westminster Bank in London for the delivery up of the securities. It was held that enforcement of the Banco de Vizcaya's right to the securities would directly or indirectly involve the execution of penal laws of the Spanish Republic. It was not in substance asserting its own rights at all, but the rights of the Spanish Republic. So also in *United States v Inkley* [1989] QB 255 (CA) the substance of the claim which was the subject of a foreign judgment for a money judgment in civil proceedings was to enforce an appearance bond in criminal proceedings. Judgment in default of defence on the foreign judgment was therefore set aside.

108. It follows that a law may be characterised as penal even if it does not form part of the criminal code of a foreign country: *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* [1984] AC 1, at 33, per Ackner LJ. The particular provision relied on should be categorised, rather than the law as a whole: ibid.

109. It follows also that the fact that a provision is found within a law which contains criminal sanctions, such as penalties or forfeiture, does not mean that the provision itself is penal in nature. This point seems to have been overlooked in *Schemmer v Property Resources Ltd* [1975] Ch 273, in which Goulding J held (as an alternative ground of the decision) that the English court would not recognise the title of a receiver appointed by the United States

court to get in the assets of a group of companies (based in the Bahamas) which had been used as the vehicle for the IOS frauds in the 1970s. The basis of that part of the decision was that the receiver had been appointed pursuant to the US Securities Exchange Act 1934, and that Act was a penal law. But the receiver had not been appointed to enforce the penal provisions of the Act, but to preserve and recover the property of the company.

110. In the present case, the judge held that the fact that the mechanism for protecting its heritage was by virtue of the state acquiring ownership rather than by a provision for forfeiture was a distinction without a difference. The effect was the same: the state acquired title by compulsory process of law which overrode the right of any individual who might otherwise have become or remained owner (para. 90). The sanctions included imprisonment, and confiscation not only of the cultural property but the excavation equipment, and those penal aspects supported the conclusion that the legislation was properly characterised as penal (para 91).

111. In our judgment, on this aspect the judge has fallen into error. The 1979 Legal Bill was in large part penal in that it created criminal offences with criminal penalties for unlawfully excavating or dealing with antiquities. But the fact that some of the provisions of the 1979 Legal Bill impose penalties does not render penal all the other provisions of the Bill. The changes that it made in relation to ownership of antiquities were not penal or confiscatory. They did not take effect retroactively. They did not deprive anyone who already owned antiquities of their title to them. They altered the law as to the ownership of antiquities that had not yet been found, with the effect that these would all be owned by the State, subject to the entitlement of the chance finder to a reward. These were not penal provisions, and the claim in this case does not fail on that ground.

Public law

112. That part of Rule 3(1) of *Dicey* referring to "other public law" has its origin in the 4th edition (1927, by Berriedale Keith, Rule 54, p 224) when it appeared as "political law," citing *Emperor of Austria v Day and Kossuth* (1861) 3 De GF & J 217 and distinguishing proprietary rights from claims to

enforce political laws.

113. The expression "political law" was replaced by "other public law" in the 7th edition (1958, *Dicey and Morris*, ed. Dr J.H.C. Morris et al, Rule 21, p 159). This was in response (it seems) to criticism of the expression "political law" by Dr F.A. Mann in *Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws* (1955) 40 Tr.Gro.Soc. 25, reprinted in F.A. Mann, *Studies in International Law* (1973) p. 492 (see at p 500), and by Parker LJ in *Regazzoni v K.C. Sethia* (1944) Ltd [1956] 2 QB 490, at 524. The new expression, "public law", was intended to be equivalent to "prerogative right", the term used by Dr Mann: see *Dicey*, 7th ed. p. 162, n. 60.

114. As we have already said, in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* only Lord Denning MR accepted that there was a residual category of foreign public laws which the English court would not enforce. After concluding that there was such a rule, he continued (at 20-21):

> "But what are 'other public laws'? I think they are laws which are eiusdem generis with 'penal' or 'revenue' laws.
>
> Then what is the genus? Or, in English, what is the general concept which embraces 'penal' and 'revenue' laws and others like them? It is to be found, I think, by going back to the classification of acts taken in international law. One class comprises those acts which are done by a sovereign 'jure imperii', that is, by virtue of his sovereign authority. The others are those which are done by him 'jure gestionis', that is, which obtain their validity by virtue of his performance of them. The application of this distinction to our present problem was well drawn by Dr. F. A. Mann 28 years ago in an article 'Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws' …
>
> Applied to our present problem the class of laws which will be enforced are those laws which are an exercise by the sovereign government of its sovereign authority over property within its own territory … But other laws will not be enforced. By international law every sovereign state has no sovereignty beyond its own frontiers. The courts of other countries will not allow it to go beyond the bounds. They will not enforce any of its laws which purport to exercise sovereignty beyond the limits of its authority."

115. His conclusion was that legislation forbidding export of works of art

and providing for automatic forfeiture to the state should they be exported fell into the category of "public laws" which would not be enforced by the courts of a country to which they were exported because it was an act done in the exercise of sovereign authority which would not be enforced outside its own territory.

116. The question of principle was considered again by the High Court of Australia in the Spycatcher case, *Att-Gen (UK) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30. In that case the British government sought to enforce against Australian publishers the duty of confidentiality owed by Mr Peter Wright, a former intelligence officer. In form the action was a private law action based on allegations of breach of fiduciary duty, and breach of equitable and contractual obligations of confidence. It was held that the action was not maintainable.

117. The majority (Mason CJ, Wilson, Deane, Dawson, Toohey and Gaudron JJ) held that the claim was not enforceable on the broad ground that it was a claim to vindicate the governmental interests of a foreign state. The rule applied "to claims enforcing the interests of a foreign sovereign which arise from the exercise of certain powers peculiar to government" (at 42) and the principle of law rendered unenforceable "actions to enforce the governmental interests of a foreign State" (at 47). The action was to be characterised by reference to the substance of the interest sought to be enforced, rather than the form of the action (at 46).

118. In *President of the State of Equatorial Guinea v Royal Bank of Scotland* [2006] UKPC 7, the Privy Council (speaking thorough Lords Bingham and Hoffmann) expressed views, obiter, on the justiciability of claims by foreign states in the exercise of sovereign authority, and seems to have approved, at least tentatively, the approach of the High Court of Australia in the *Spycatcher* case, that the application of the rule depends on whether "the central interest" of the state in bringing the action is governmental in nature: paras 24 and 25:

> "24. It appears to their Lordships well arguable that the claims which the appellants say they wish to make in the English proceedings represent an exercise of sovereign authority, namely the preservation of the security of the state and its ruler. The apprehension and trial of suspects, the imposition of security measures, obtaining diplomatic assistance: these heads of damage

alleged by the appellants in the English proceedings can all be regarded as aspects of sovereign authority … As the High Court of Australia said in *Attorney-General (United Kingdom) v Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30, 46, the application of the rule depends upon whether the 'central interest' of the state bringing the action is governmental in nature…

25. … It may therefore be that the question is not whether the claim is framed by reference to personal injury or damage to property but whether, as the Australian High Court said, the 'central interest' of the state in bringing the action is governmental in nature."

119. After a full review of the authorities, this court in *Mbasogo v Logo Ltd* [2007] 2 WLR 1062 decided that Rule 3(1) of Dicey accurately reflected the law. The court said:

"50 …The critical question is whether in bringing a claim, a claimant is doing an act which is of a sovereign character or which is done by virtue of sovereign authority; and whether the claim involves the exercise or assertion of a sovereign right. If so, then the court will not determine or enforce the claim. On the other hand, if in bringing the claim the claimant is not doing an act which is of a sovereign character or by virtue of sovereign authority and the claim does not involve the exercise or assertion of a sovereign right and the claim does to seek to vindicate a sovereign act or acts, then the court will both determine and enforce it. As we see it, that was the broad distinction of principle which the court was seeking to draw in the *Emperor of Austria* case 3 De GF & J 217. In deciding how to characterise a claim, the court must of course examine its substance, and not be misled by appearances: see, for example, *Huntington v Attrill* [1893] AC 150.

51. We put the distinction in that broad way because it seems to us to express the rationale behind rule 3(1) in *Dicey, Morris & Collins, The Conflict of Laws*. We have reached the conclusion that rule 3(1) does accurately reflect the law in stating that the English courts have no jurisdiction to entertain an action for the enforcement of 'a penal, revenue or other public law of a foreign state'…

120. But the Court of Appeal indicated (para 52) that it was not necessary to express a view whether the test in English law was the same as that suggested by the High Court of Australia in *the Spycatcher* case.

121. The actual decision in the Equatorial Guinea case in the Court of Appeal was that the claims by the Government of *Equatorial Guinea* were not founded on its property interests but were for losses suffered by virtue of an exercise of sovereign authority, which arose as a result of decisions taken by the State to protect the state and its citizens. The defence of a state and its subjects was a paradigm function of government, and the court would not enforce claims which involve the exercise of sovereign authority: paras 57, 61, 67.

122. The court recognised (at para 60) that the case was not one involving the enforcement of public law, but to restrict in that way would be to interpret the principle too narrowly.

123. Consequently, the *Equatorial Guinea* case in the Court of Appeal is not in fact a case involving the attempted enforcement of foreign public law. Although the court approved the residual category of "other public law" the ratio is that a claim involving the exercise or assertion of a sovereign right is not justiciable. This is not far removed from the test adopted by the High Court of Australia, and the Court of Appeal accepted (at para 50) the correctness of the expression of opinion by the Privy Council, which itself appears to give some approval to the test suggested by the High Court of Australia. Nor is it far removed from the approach in civil law countries: thus the French Cour de Cassation decided that the claims by the Republic of Haiti against Baby Doc Duvalier for looting of the Haitian treasury were inadmissible because they related to relations between a state and its officers, and to the exercise of public power: *Etat d'Haiti v. Duvalier*, Cass. civ. I, May 29, 1990, 1991 Clunet 137, 1991 Rev. Crit. 386.

124. The application of the approach of the High Court of Australia is illustrated by *Robb Evans of Robb Evans & Associates v. European Bank Ltd* [2004] NSWCA 82, (2004) 61 NSWLR 75, in which it was held (distinguishing *Schemmer v Property Resources Ltd* [1975] Ch 273, above, para 110) that a receiver appointed by the United States Federal Trade Commission could sue in

New South Wales to recover the proceeds of a credit card fraud: in the sphere of consumer protection, regulatory regimes may serve a public interest and be classified as public laws, without constituting a governmental interest of the relevant kind; and as a matter of substance, it was a proceeding designed to compensate persons who had been defrauded.

125. On the authorities as they now stand the only category outside penal and revenue laws which is the subject of an actual decision, as opposed to dicta, is a claim which involves the exercise or assertion of a sovereign right. There is no decision which binds this court to find that there is a rule which prevents the enforcement of all foreign public laws. The test laid down by the High Court of Australia is not only consistent with the English authorities, including the Equatorial Guinea case in the Court of Appeal, but is a helpful and practical test.

126. What laws fall within the category of laws which will not be enforced because they involve the exercise or assertion of a sovereign right, or seek to enforce governmental interests? As we have said, Lord Denning MR in *Ortiz* suggested that the public laws envisaged by Rule 3(1) are laws which are *eiusdem generis* with penal or revenue laws, and that the relevant *genus* is to be found in acts *jure imperii*, acts done by virtue of sovereign authority, rather than acts *jure gestionis*. This is a distinction deriving from the law of state immunity: see e.g. *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co* [1995] 1 WLR 1147, 1156, per Lord Goff of Chieveley and material in *Dicey*, paras 10-004, 10-033. It bears some relationship to the distinction which has been applied by the European Court of Justice to determine whether a claim is a "civil and commercial matter" for the purposes of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation, where the question is whether or not the state is acting in the exercise of its powers: cases cited in *Dicey*, para 11-025.

127. No doubt one example of laws within this category would be exchange control legislation: see *Re Lord Cable, deceased* [1977] 1 WLR 7; and *Camdex International Ltd. v Bank of Zambia* (No. 2) [1997] CLC 714, at 724 (Simon Brown LJ) and 734 (Phillips LJ).

128. It is possible, but by no means certain, that export restrictions may also be within this category. In *King of Italy v de Medici* (1918) 34 TLR 623 an interlocutory injunction was sought against a member of the de Medici family and against Christie's to restrain them from disposing of the Medici Archives.

The injunction was granted in relation to those of the papers which belonged to the Italian state, but refused in relation to other papers which had been illegally exported from Italy. It was said that Italian law prohibited their export "but it was manifest that this only applied so long as they remained in Italy" (at 624, per Peterson J). In *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* Lord Denning MR suggested (at 23) that on this aspect the King of Italy case was a case where the prohibition of export of the family papers was an exercise of sovereign authority by the King of Italy, and it would not be enforced in England. The case is not fully reported and is of little assistance.

129. In *Kingdom of Spain v Christie, Manson & Woods Ltd* [1986] 1 WLR 1120 Sir Nicolas Browne- Wilkinson V-C refused to strike out a claim for a declaration against Christie's and the owners of a Goya that export documents obtained for the removal of the painting from Spain had been forged. The decision goes no further than to hold that it was arguable that a claim that the use of forged documents could debase the credibility of genuine export documents issued by Spain was supportable by reference to the decision in *Emperor of Austria v Day and Kossuth* that the Emperor of Austria could sue Louis Kossuth and the printers to prevent them from debasing the currency of Hungary by printing false new currency.

130. These cases would probably now come within the Return of Cultural Objects Regulations 1994, SI 1994/501 (discussed below, para 161), since the papers in the Italian case and the Goya in the Spanish case would be relevant cultural objects (as defined by Article 1 of Council Directive 93/7) and subject to proceedings under reg 6 as amended by SI 1997/1997 and SI 2001/3972.

Patrimonial claims and reduction into possession

131. The claim in this case is not an attempt to enforce export restrictions, but to assert rights of ownership. We now turn to the question of whether the claim by Iran is maintainable even it has not taken possession of the objects.

132. The starting point is the almost universal rule that title to movables depends on the *lex situs*, and accordingly: "The validity of a transfer of a tangible movable and its effect on the proprietary rights of the parties thereto

and of those claiming under them in respect thereof are governed by the law of the country where the movable is at the time of the transfer *(lex situs)*. … A transfer of a tangible movable which is valid and effective by the law of the country where the movable is at the time of the transfer is valid and effective in England…" (*Dicey*, Rule 124, para 24R-001).

133. Where the foreign state has acquired title under its law to property within its jurisdiction in cases not involving compulsory acquisition of title from private parties, there is no reason in principle why the English court should not recognise its title in accordance with the general principle.

134. In *Government of India v Taylor* [1955] AC 491, 511, Lord Keith of Avonholm said that an assertion of sovereign authority by one State within the territory of another, as distinct from a patrimonial claim by a foreign sovereign, was (treaty or convention apart) contrary to all concepts of independent sovereignties.

135. Thus in *City of Gotha v Sotheby's*, unreported, September 9, 1998 (Moses J) it was held that the Federal Republic of Germany was entitled to recover a Wtewael painting originally owned and possessed by the Duke of Saxe-Coburg-Gotha Foundation for Art and Science, and which had been looted. The Federal Republic's title derived from the dissolution of the Foundation, and its claim was not an assertion of sovereign authority. Cf. *Kunstsammlungen Zu Weimar v Elicofon*, 678 F 2d 1150 (2d Cir. 1982).

136. Consequently, when a state owns property in the same way as a private citizen there is no impediment to recovery. This is the basis of that part of the decision in *King of Italy v de Medici* (1918) 34 TLR 623, in which it was decided that there was a prima facie case that part of the Medici Archive belonged to the Italian state and that it was entitled to prevent the disposition of its property by someone who was not entitled to it, and that an injunction would therefore be granted.

137. Is the position different where there has been compulsory acquisition? In *Kuwait Airways Corporation v. Iraq Airways Co* [2002] 2 AC 883, 1077 Lord Nicholls of Birkenhead said:

> "Under English conflict of laws principles the transfer of title to tangible movable property normally depends on the lex situs: the law of the country where the movable was situated at the time of the transfer. Likewise,

governmental acts affecting proprietary rights will be recognised by an English court as valid if they would be recognised as valid by the law of the country where the property was situated when the law takes effect."

138. So also Lord Brightman in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* observed, obiter ([1984] AC at 49): "Counsel submitted, and I am disposed to agree, that the recovery of unlawfully exported historic articles would be best ensured if title thereto were to vest in the Crown independently of seizure." That dictum supports Iran's contention that (a) if the foreign law transfers ownership, then the penal law/public law principle is inapplicable; and (b) it is not a necessary pre-condition that the foreign State should have reduced the property into its possession.

139. According to *Dicey*, Rule 128 (para 25R-001):

> "A governmental act affecting any private proprietary right in any movable or immovable thing will be recognised as valid and effective in England if the act was valid and effective by the law of the country where the thing was situated *(lex situs)* at the moment when the act takes effect, and not otherwise."

140. But, as *Dicey* says (para 25-012):

> "The effect of Rule 128 is that the transfer of the title will be recognised, so that where the foreign State disposes of the property the title of the new owner will be recognised in England as against the original owner. But where the original owner retains possession and brings the property to England, the position is more difficult. In such a case the issue will not be one of recognition, but of enforcement. If the decree is penal, neither the foreign government nor its nominee can enforce a title founded upon the decree, because there is an 'international rule whereby one State will not enforce the…penal laws of another State.' But more controversial questions arise where the decree is neither penal nor otherwise contrary to English public policy. … If the foreign State has reduced the property into its possession, there is no objection to protecting its actual possession of property to which it has acquired a recognisable title."

141. So also at para 5-026 it is suggested that where the foreign government

has a patrimonial claim "e.g. to the property of unsuccessful revolutionaries or former governments, or *where it claims or reclaims property which it has reduced into its possession"* (emphasis added), the case is not one of enforcement of title, but of recognition and the claim will be enforced. The cases cited as authority for the words in quotation marks are authority for the first part of the quotation, namely that the court will recognise the title of the state to property in England held by revolutionaries or former governments, but they do not touch on the question whether the property must have been reduced into possession by the foreign state. In the revolution/governmental succession cases the point will not normally arise.

142. Thus in *King of the Two Sicilies v Willcox* (1850-51) 1 Sim NS 301 during a revolution in Sicily, the revolutionary government sent money to its envoys in England. It was held that the King could recover a ship purchased with the money. Shadwell V-C said at (332): "It seems, to my mind, to be laid down as clear as any proposition can be, that the independent sovereign of a state is competent, in this country, to sue for his personal rights." In two cases following the American Civil War, the United States was able to recover property held in England on behalf of the Confederate States: *United States of America v Prioleau* (1865) 35 L.J. Ch. 7; *United States of America v Wagner* (1867) L.R. 2 Ch. App. 582; (1869) L.R. 8 Eq. 69. In each of these decisions it was held that the government which displaces a de facto government succeeds to its property, and is treated as the owner. So also in *USSR v Belaiew* (1975) 42 TLR 21, it was accepted that documents originally held in London on behalf of the Imperial Russian government, and later on behalf of the Russian provisional government, became the property of the Soviet government, and it was entitled to recover them from the defendant, a member of the Russian Government Committee which had been set up in 1916 by the Imperial Russian government to obtain supplies abroad.

143. There is little doubt, however, that where the foreign State has sought to confiscate or attach private property, the State's title will only be recognised in England if it has reduced the property to possession.

144. In *Luther v Sagor* [1921] 3 KB 532 the Soviet authorities had taken the timber into their possession, and in *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 KB 718 they had taken the works of art into their possession. It is those authorities to which Lord Templeman was referring in *Williams & Humbert Ltd v W & H Trade Marks (Jersey) Ltd* [1986] AC 368, 431, when he said:

"These authorities illustrate the principle that an English court will recognise the compulsory acquisition law of a foreign state and will recognise the change of title to property which has come under the control of the foreign state and will recognise the consequences of that change of title."

145. In *Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws, in Studies in International Law* (1973), 492 at 503-504 Dr Mann said:

> "Soviet Russia has confiscated the jewels of Princess Paley Olga. They are situate in Russia and by Russian law title has passed. However, let it be assumed that they remain in the possession of the Princess who succeeds in bringing them to England. If the Russian State brought here an action for conversion, it ought to be dismissed, because its true purpose is to enforce the plaintiff State's prerogative rights. On the other hand, if the Russian State had obtained possession of the jewels in Russia and they had been stolen from it, then an action against the thief ought to succeed even if the thief was the original owner; the reason is that the Russian State's right had already been completed when it obtained possession, and the action is brought, not in order to implement the confiscation, but to enforce a cause of action arising later than and irrespective of the confiscation."

146. Lord Denning MR adopted this analysis in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz,* at 23. But see Wolff, *Private International Law*, 2nd ed 1950, at 526-527, for a contrary view.

147. The need for the foreign State to have taken possession before it can maintain a claim in cases involving the exercise of sovereign rights is illustrated by *Brokaw v Seatrain UK Ltd* [1971] 2 QB 476, in which it was held that the United States could not claim goods pursuant to a notice of levy by which it claimed title to goods being shipped on a US registered ship by persons alleged to owe tax. The notice of levy took effect forthwith so that persons in possession of such goods were legally obliged to surrender the goods. The claim could not be pursued because it was an attempt at the indirect enforcement of a revenue claim. But Lord Denning MR said (at 483):

> "If the United States Government had taken these goods into their actual possession, say in a warehouse in Baltimore, or may be by attornment of the master to an officer of the United States Government, that might have been sufficient to enable them to claim the goods. But there is nothing of that kind

here. The United States Government simply rely on this notice of levy given to the shipowners, and that is not, in my view, sufficient to reduce the goods into their possession."

148. Consequently, the distinction between the two categories of cases, those where the foreign State will be able to claim its property in England even if it has not reduced it into its possession, and those where it may not claim unless it has reduced the property into its possession, depends on the way in which it has acquired ownership. If it has acquired title under public law by confiscation or compulsory process from the former owner then it will not be able to claim the property in England from the former owner or his successors in title unless it has had possession. If it has taken the property into its possession then its claim will be treated as depending on recognition; if it has not had possession it will be seeking to exercise its sovereign authority.

149. But in these proceedings Iran does not assert a claim based on its compulsory acquisition from private owners. It asserts a claim based upon title to antiquities which form part of Iran's national heritage, title conferred by legislation that is nearly 30 years old. This is a patrimonial claim, not a claim to enforce a public law or to assert sovereign rights. We do not consider that this is within the category of case where recognition of title or the right to possess under the foreign law depends on the State having taken possession.

150. In the United States the patrimonial rights of the foreign State have been recognised in the context of criminal proceedings, even where the State never had possession. In *United States v Schultz*, 333 F 3d 393 (2d Cir. 2003) Schultz, a successful art dealer in New York City, was convicted of conspiracy to receive stolen property, Egyptian antiquities, which had been transported in interstate and foreign commerce. The underlying substantive offence was violation of the National Stolen Property Act. The Court of Appeals for the Second Circuit decided that an Egyptian patrimony law, declaring all antiquities found in Egypt after 1983 to be the property of the Egyptian government, had the effect of making the Egyptian government the owner of the antiquities, and that "ownership" was recognised by the United States for the purposes of prosecution under the Act. *Cf R v Tokeley-Parry* [1999] Crim LR 578 (also a case of handling stolen Egyptian antiquities: conviction under Theft Act 1968 in relation to door taken from the Tomb of Hetepka).

Public policy

151. If we are wrong in the view that this is not a claim to enforce foreign public law, then we do not consider that it should be precluded by any general principle that this country will not entertain an action whose object is to enforce the public law of another State.

152. Staughton J (as he then was) said at first instance in *Att-Gen of New Zealand v Ortiz* ([1982] QB 349, 371-372):

> "If the test is one of public policy, applied to the foreign law in question in this particular case, there is in my judgment every reason why the English courts should enforce section 12 of the Historic Articles Act 1962 of New Zealand. Comity requires that we should respect the national heritage of other countries, by according both recognition and enforcement to their laws which affect the title to property while it is within their territory. The hope of reciprocity is an additional ground of public policy leading to the same conclusion."

153. Ackner LJ accepted that if the test were one of public policy, there was no reason why the English courts should not enforce the New Zealand law: [1984] AC at 34.

154. In our judgment, there are positive reasons of policy why a claim by a State to recover antiquities which form part of its national heritage and which otherwise complies with the requirements of private international law should not be shut out by the general principle invoked by Barakat. Conversely, in our judgment it is certainly contrary to public policy for such claims to be shut out. A degree of flexibility in dealing with claims to enforce public law has been recommended by the Institut de droit international (in particular where it is justified by reason of the subject-matter of the claim and the needs of international co-operation or the interests of the States concerned: Ann., 1977, vol. 57-II, p. 328) and the International Law Association: *Dicey*, para 5-040, n. 80.

155. There is international recognition that States should assist one another to prevent the unlawful removal of cultural objects including antiquities. There are a number of international instruments which have, in part, the purpose of preventing unlawful dealing in property which is part of the cultural heritage of States, although there still remains a question about their effectiveness. The United Kingdom is party to some of them.

156. On August 1, 2002 the United Kingdom ratified, with effect from November 1, 2002, the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1970. More than 100 States have ratified the Convention, including Iran, which ratified it in 1975. The Convention was implemented in the United States through the Cultural Property Implementation Act of 1983.

157. By Article 2 the parties recognise that the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property is one of the main causes of the impoverishment of the cultural heritage of the countries of origin, and that international co-operation constitutes one of the most efficient means of protecting each country's cultural property, and the parties undertake to oppose such practices with the means at their disposal. In Article 3 the import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under the Convention by the parties, is to be illicit.

158. By Article 13:

> "The States Parties to this Convention also undertake, consistent with the laws of each State:
>
> (a) To prevent by all appropriate means transfers of ownership of cultural property likely to promote the illicit import or export of such property;
>
> (b) To ensure that their competent services co-operate in facilitating the earliest possible restitution of illicitly exported cultural property to its rightful owner;
>
> ….
>
> (d) To recognize the indefeasible right of each State Party to this Convention to classify and declare certain cultural property as inalienable which should therefore ipso facto not be exported, and to facilitate recovery of such property by the State concerned in cases where it has been exported."

159. The obligations imposed by the Convention are very general in character, and the obligation in Article 13(d) is watered down by the phrase "consistent with the laws of each State." Although the Convention has been ratified by the United Kingdom Government, no legislation has been introduced to implement it, apparently because the Government is of the view that existing legislation is sufficient to enable the United Kingdom to comply with its obligations under the Convention. The Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 gave legislative effect to a recommendation

contained in the report produced by the Ministerial Advisory Panel on Illicit Trade (ITAP) published in December 2000. The effect of the Act is to provide for criminal offences in the case of dealing with cultural objects which have been illegally removed (after the Act came into force in December 2003) from an archaeological site: sections 1(1), 2(1), (2), (4), (5). It is immaterial whether the excavation was done in the United Kingdom or elsewhere, or whether the offence is committed under the law of a part of the United Kingdom or under the law of any other country: section 2(3).

160. Council Directive 93/7 on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State was incorporated into English law with effect from March 2, 1994 by the Return of Cultural Objects Regulations 1994, SI 1994/501, as amended by SI 1997/1719 and SI 2001/3972. A Member State has the right to take proceedings against the possessor, or failing him the holder, for the return of a cultural object which has been unlawfully removed from its territory: Regulation 3(1). The court may order the requesting member State to pay compensation: Regulation 7(1).

161. The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects was signed in June 1995. It came into force in 1998 when the necessary five ratifications had been effected. Under the Unidroit Convention, a cultural object which has been unlawfully excavated, or lawfully excavated but unlawfully retained, shall be considered stolen: Article 3(2). A contracting state may request the court of another contracting state to order the return of a cultural object illegally exported from the territory of the requesting state: Article 5(1). Provision is made for compensation to be paid to innocent purchasers: Articles 4 and 6(1). The Convention has been ratified by Iran and entered into force for it in December 2005. But it has not been ratified by many potentially importing countries, and the ITAP Report referred to above recommended against ratification by the United Kingdom.

162. There is also a Commonwealth scheme for the protection of the material cultural heritage, adopted in Mauritius in November 1993, following proposals made by the New Zealand Government after the failure of its action in the *Ortiz* case. It is based on mutual recognition of export prohibitions, but it has not resulted in concrete action: see O'Keefe (1995) 44 ICLQ 147.

163. None of these instruments directly affects the outcome of this appeal, but they do illustrate the international acceptance of the desirability of protection of

the national heritage. A refusal to recognise the title of a foreign State, conferred by its law, to antiquities unless they had come into the possession of such State, would in most cases render it impossible for this country to recognise any claim by such a State to recover antiquities unlawfully exported to this country.

Conclusion

164. For those reasons we reject Barakat's submissions that Iran's claim should be dismissed because Iran has never possessed the antiquities or on the ground that Iran's claim is in reality an attempt to enforce Iran's penal or public law.

165. This appeal is allowed. The first preliminary issue should be answered: "yes, by virtue of the provisions of Iranian law and, in particular, the Legal Bill of 1979" and the second preliminary issue should be answered "yes

مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شمارهٔ سی و هشتم، ۱۳۸۷، صص۴۶۲ـ۴۲۷

اسناد بین‌المللی
«کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای»*

مجمع عمومی سازمان ملل متحد — الف/۵۹/۷۶۶

نشست پنجاه و نهم — توزیع: عمومی
دستور کاری شمارهٔ ۱۴۸ — ۴ آوریل ۲۰۰۵
اقدامات معطوف به محو تروریسم بین‌المللی — نسخه اصلی: انگلیسی

گزارش کمیته ویژه‌ای که طبق قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶ مجمع عمومی تشکیل گردید.

«کنوانسیون بین‌الملل سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای»

۱ـ مجمع عمومی در بند بیست و دوم قطعنامه شماره ۵۹/۴۶ مورخ ۲ دسامبر ۲۰۰۴ خویش از کمیته ویژه‌ای که طبق قطعنامه ۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶ تشکیل شده بود درخواست نمود تا در صورت تکمیل پیش‌نویس کنوانسیون جامع در خصوص تروریسم بین‌المللی یا پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، در نشست پنجاه و نهم، به مجمع گزارشی ارائه نماید.

موضوعات مطروحه در پنجاه و نهمین نشست مجمع عمومی جهت اقدام

*. متن انگلیسی این سند از پایگاه اطلاعاتی سازمان ملل متحد به نشانی http: www. un. org/Docs /Journal/asp/ws. asp?m=a/59/766 برگرفته شد، خانم فرزانه کشاورز آن را به فارسی برگرداند و آقایان علیرضا ابراهیم گل و حسن قمری ترجمه فارسی را ویرایش کردند.

۲ـ در سی و پنجمین جلسه مجمع عمومی مورخ ۱ آوریل ۲۰۰۵ کمیته ویژه، پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای را نهایی کرد.

۳ـ در همان جلسه، کمیته ویژه تصمیم گرفت تا تصویب پیش‌نویس قطعنامه زیر را که پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای به آن منضم شده بود به مجمع عمومی پیشنهاد کند:

کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای

مجمع عمومی؛

با توجه به متن پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای که توسط کمیته ویژه تشکیل شده طبق قطعنامه شماره۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶ مجمع عمومی و گروه کاری کمیته ششم تهیه شده است،

۱ـ کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای منضم به قطعنامه حاضر را *تصویب* می‌کند و از دبیرکل درخواست می‌نماید تا کنوانسیون را در مقر سازمان ملل متحد در نیویورک از تاریخ ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۵ تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۶ جهت امضا مفتوح نماید؛

۲ـ از همه دولتها جهت امضا، تصویب، پذیرش، تأیید، یا الحاق به کنوانسیون *دعوت می‌کند.*

ضمیمه

کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای

دولتهای عضو این کنوانسیون،

با درنظرگرفتن اهداف و اصول منشور سازمان ملل متحد در خصوص حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و ترغیب حسن همجواری و روابط دوستانه و همکاری بین کشورها،

با یادآوری اعلامیه پنجاهمین سالگرد تأسیس سازمان ملل متحد در ۲۴ اکتبر ۱۹۹۵،

با به‌رسمیت شناختن حق کلیه دولتها جهت توسعه و استفاده از انرژی هسته‌ای برای مقاصد صلح‌آمیز و منافع مشروع آنها در مزایای بالقوه ناشی از استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای،

با به یاد سپاری کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای سال ۱۹۸۰،

با اظهار نگرانی عمیق از رشد جهانی اقدامات تروریستی در تمامی اشکال و مظاهر آن،

همچنین *با یادآوری* اعلامیه راجع به اقدامات مربوط به محو تروریسم بین‌المللی منضم به قطعنامه شماره ۴۹/۶۰ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۴ مجمع عمومی، که طی آن دولتهای عضو ملل متحد رسماً و مجداً تاکید نمودند کلیه رویه‌ها، روشها و اعمال تروریسم را به‌عنوان اقدامات جنایی

و غیرقابل توجیه و در هر کجا و توسط هر کس که ارتکاب یابند از جمله آن اقداماتی که روابط دوستانه میان دولت و ملتها را در معرض خطر قرار می‌دهد و تمامیت ارضی و امنیت کشورها را تهدید می‌کند، صریحاً محکوم می‌نمایند.

با توجه به اینکه آن اعلامیه همچنین دولتها را تشویق نمود فوراً ابعاد مقررات حقوقی بین‌المللی موجود در خصوص پیشگیری، سرکوب و محو تروریسم در تمامی اشکال و مظاهر آن را بررسی کنند تا از وجود یک چارچوب جامع حقوقی که حاوی تمامی جنبه‌های موضوع باشد اطمینان حاصل شود.

با یادآوری قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۶ مجمع عمومی و اعلامیه متمم ۱۹۹۴ در خصوص تدابیر مربوط به محو تروریسم بین‌المللی منضم به آن،

همچنین با یادآوری اینکه طبق قطعنامه شماره ۵۱/۲۱۰ مجمع عمومی کمیته ویژه‌ای من‌جمله برای تدوین کنوانسیون بین‌المللی سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای و تکمیل اسناد بین‌المللی مربوط موجود تشکیل شده بود،

با توجه به اینکه اقدامات تروریسم هسته‌ای می‌تواند وخیم‌ترین نتایج را در پی داشته باشد و ممکن است تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی باشد،

همچنین با توجه به اینکه مقررات حقوقی چند جانبه موجود به نحو کافی به آن حملات نپرداخته است،

با اعتقاد به نیاز عاجل به افزایش همکاری بین‌المللی بین دولت در خصوص طرح و به‌کارگیری و تدابیر عملی و مؤثر جهت پیشگیری از چنین اقدامات تروریستی و نیز پیگرد و مجازات مرتکبین آنها،

با توجه به اینکه فعالیتهای نیروهای نظامی دولتها تابع قواعد حقوق بین‌الملل و خارج از چارچوب این کنوانسیون می‌باشد و اینکه مستثنی کردن برخی اعمال از شمول این کنوانسیون به معنای اغماض از اقدامات غیرقانونی یا قانونی تلقی کردن آنها، یا ممانعت از تعقیب به‌موجب سایر قوانین نیست،

به‌شرح زیر *موافقت نموده‌اند*:

ماده ۱
از لحاظ این کنوانسیون

۱ـ مواد «**رادیو اکتیو**» به مواد هسته‌ای و دیگر مواد رادیو اکتیوی اطلاق می‌شود که حاوی نوکلئیدهایی هستند که باعث تغییر و تجزیه خود به‌خودی می‌شود (فرآیندی همراه با پخش یک یا چند نوع تشعشات یونی مثل آلفا ـ ، بتا ـ ، اجزای نوترون و اشعه گاما) و به دلیل ویژگیهای رادیولوژیکی یا شکاف‌پذیری آنها می‌توانند موجب مرگ، صدمات جسمانی شدید یا

خسارت جدی به اموال یا محیط زیست شوند.

۲ـ «**مواد هسته‌ای**» به پلوتونیوم، به استثنای ایزوتوپ تغلیظ شده متجاوز از هشتاد درصد در پلوتونیوم ۲۳۸، اورانیوم ۲۳۳، اورانیوم غنی شده در ایزوتوپهای ۲۳۵ یا ۲۳۳، اورانیوم حاوی ترکیبی از ایزوتوپهایی که در طبیعت وجود دارند غیر از آنهایی که به شکل کانی یا رسوبات کانیها هستند، یا هر نوع مادهٔ حاوی یک یا چند نوع از مواد مذکور اطلاق می‌شود. بدین‌ترتیب «اورانیوم غنی شده در ایزوتوپ ۲۳۵ یا ۲۳۳» به اورانیومی اطلاق می‌شود، که حاوی ایزوتوپ ۲۳۵ یا ۲۳۳ یا هر دو باشد، به میزانی که نسبت فراوانی جمع این ایزوتوپها به ایزوتوپ ۲۳۸ بزرگتر از نسبت ایزوتوپ ۲۳۵ به ایزوتوپ ۲۳۸ در طبیعت باشد.

۳ـ «**تأسیسات هسته‌ای**» به موارد زیر اطلاق می‌شود:

الف) هر رآکتور هسته‌ای اعم از رآکتورهایی که در شناورها، وسایط نقلیه، هواپیما یا اشیا فضایی جهت استفاده به‌عنوان منبع انرژی و به‌منظور به حرکت در آوردن شناورها، وسایط نقلیه، هواپیما یا اشیا فضایی مزبور یا به هر منظور دیگر نصب شده‌اند،

ب) هر نوع تأسیسات یا وسیله‌ای که جهت تولید، ذخیره سازی، فرآوری یا انتقال مواد رادیو اکتیو استفاده می‌شود.

۴ـ «**وسیله**» به موارد زیر اطلاق می‌شود:

الف) به هر نوع وسیله هسته‌ای قابل انفجار، یا

ب) هر نوع وسیله پخش مواد رادیو اکتیو یا هر وسیله ساطع‌کننده اشعه‌های رادیواکتیو که می‌تواند به دلیل خواص پرتویی خویش باعث مرگ، صدمات جسمانی شدید، خسارات جدی به اموال و محیط زیست شود.

۵ـ «**تأسیسات دولتی یا حکومتی**» اعم از هر تأسیسات موقت یا دائم یا وسیله‌ای است که توسط نمایندگان یک دولت، اعضای حکومت، قانونگذاری یا قضایی یا مسئولین یا کارمندان یک دولت یا سایر مراجع یا مؤسسات دولتی یا کارمندان یا مسئولین یک سازمان بین‌الدولی در خصوص انجام وظایف رسمی‌شان مورد استفاده قرار گرفته یا در تصرف آنها می‌باشد.

۶ـ «**نیروهای نظامی یک دولت**» به نیروهای مسلح یک دولت اطلاق می‌شود که طبق قانون داخلی آن دولت جهت اهداف اولیه دفاع یا امنیت ملی سازماندهی، تربیت و تجهیز شده‌اند و افرادی که در پشتیبانی از آن نیروهای مسلح عمل می‌کنند و تحت فرمان، کنترل یا مسئولیت اصلی آنها هستند.

ماده ۲

۱ـ از لحاظ این کنوانسیون شخصی مرتکب جرم می‌شود که آن شخص به‌طور غیرقانونی و عامداً:

الف) دارای مواد رادیو اکتیو باشد و یا یک وسیله از آن را درست کند یا آن وسیله را در تصرف داشته باشد؛

۱ـ به قصد کشتن یا ایراد صدمات شدید جسمانی؛ یا

۲ـ به قصد ایراد خسارت اساسی به اموال و یا محیط زیست.

ب) به هر طریقی از مواد رادیو اکتیو یا یک وسیله استفاده کند یا از تأسیسات هسته‌ای استفاده یا به آن خسارت وارد کند به‌نحوی که باعث رها شدن یا خطر رها شدن مواد رادیواکتیو را در موارد زیر در پی داشته باشد:

۱ـ به قصد کشتن یا ایراد صدمات شدید جسمانی؛ یا

۲ـ به قصد ایراد خسارت اساسی به اموال یا محیط زیست؛ یا

۳ـ به قصد مجبور نمودن یک شخص حقیقی یا حقوقی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت به انجام یک فعل یا ترک فعل.

۲ـ همچنین هر شخصی مرتکب جرم می‌شود اگر آن شخص:

الف) تحت شرایطی که حاکی از اعتبار آن تهدید است، تهدید کند مرتکب جرم مندرج در جزء (ب) بند (۱) ماده حاضر خواهد شد؛ یا

ب) با تهدید تحت شرایطی که حاکی از اعتبار تهدید است، به‌طور غیرقانونی یا عامداً یا با استفاده از زور مواد رادیو اکتیو، یک وسیله، یا تأسیسات هسته‌ای را، درخواست نماید.

۳ـ همچنین شخصی مرتکب جرم می‌شود که مرتکب شروع به جرم مندرج در بند (۱) ماده حاضر شود.

۴ـ همچنین شخصی مرتکب جرم می‌شود اگر آن شخص:

الف) شریک جرم مندرج در بندهای ۱، ۲ یا ۳ ماده حاضر باشد؛ یا

ب) دیگران را برای ارتکاب جرم در بندهای ۱، ۲ یا ۳ ماده حاضر سازماندهی یا رهبری کند؛ یا

ج) یا به هر طریق دیگر به ارتکاب یک یا چند جرم مندرج در بندهای ۱، ۲ یا ۳ ماده حاضر توسط گروهی از اشخاص که با یک هدف مشترک عمل می‌کنند کمک نماید، کمک مزبور باید عمدی بوده و هدف از آن پیشبرد فعالیت مجرمانه عمومی یا پیشبرد هدف گروه مزبور باشد، یا با آگاهی از نیت آن گروه جهت ارتکاب جرم یا جرائم مربوط باشد.

ماده ۳

چنانچه جرمی در یک دولت واحد ارتکاب یافته باشد، متهمان و قربانیان تابعیت آن دولت را داشته باشند، مجرم ادعایی در قلمرو آن دولت یافت شود و هیچ دولت دیگری طبق بند ۱ یا بند ۲ ماده ۹ مبنایی برای اعمال صلاحیت نداشته باشد، بـــه استثنای مفاد مواد ۷، ۱۲، ۱۴، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ که در صورت مقتضی در آن موارد مجری خواهد بود، این کنوانسیون، اعمال نمی‌شود.

ماده ۴

۱ـ هیچ‌یک از مفاد این کنوانسیون بر سایر حقوق، تعهدات و مسئولیتهای دولتها و اشخاص طبق حقوق بین‌الملل، به‌ویژه اهداف و اصول منشور سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل بشردوستانه تأثیر نمی‌گذارد.

۲ـ فعالیتهای نیروهای مسلح به هنگام یک درگیری مسلحانه، همچنان‌که آن واژگان در حقوق بین‌الملل بشردوستانه تفسیر می‌گردند تابع مقررات آن حقوق هستند و نه کنوانسیون حاضر و فعالیتهایی که نیروهای نظامی یک دولت در انجام وظایف رسمی خود مرتکب می‌شوند تا جایی که تابع سایر قواعد حقوق بین‌الملل باشند تابع این کنوانسیون نیست.

۳ـ مفاد بند(۲) ماده حاضر نباید به گونه‌ای تفسیر شود که به منزله چشم‌پوشی از یا قانونی جلوه دادن اعمال غیرقانونی، یا جلوگیری از تعقیب و پیگرد آنها به موجب سایر قوانین باشد.

۴ـ این کنوانسیون به هیچ نحوی به مسئله مشروع بودن استفاده یا تهدید به استفاده از سلاحهای هسته‌ای توسط دولتها نمی‌پردازد و نباید این‌گونه تفسیر شود.

ماده ۵

هر دولت عضو در صورت لزوم اقدامات ذیل را اتخاذ خواهد کرد:

الف) جرم‌انگاری اعمال مندرج در ماده ۲ به‌عنوان جرائم کیفری طبق حقوق داخلی خود،

ب) وضع مجازات مناسب برای آن جرائم با توجه به شدت ماهیت آن جرائم.

ماده ۶

هر دولت عضو در صورت لزوم و هرگاه مقتضی باشد جهت حصول اطمینان از مجازات اعمال مجرمانه موضوع این کنوانسیون، به‌ویژه در صورتی که اعمال مزبور با قصد یا به‌منظور ایجاد شرایط رعب و وحشت در میان عموم یا گروهی از اشخاص یا اشخاص به‌خصوصی طراحی شده باشد و تحت هیچ شرایطی با ملاحظات سیاسی، فلسفی، عقیدتی، نژادی، قومی، مذهبی یا دیگر انگیزه‌های مشابه توجیه‌پذیر نباشند، تدابیری از جمله وضع قوانین داخلی را اتخاذ خواهد

کرد تا [مرتکبان آن اعمال] متناسب با شدت جرمشان مجازات شوند.

ماده ۷

۱ـ دولتهای عضو به طرق ذیل با یکدیگر همکاری می‌کنند:

الف) اتخاذ کلیه تدابیر عملی از جمله در صورت لزوم، تغییر قانون داخلی خود برای پیشگیری و مقابله با تمهیدات ارتکاب جرائم مندرج در ماده ۲ در درون و بیرون از قلمروهای متبوع خود، اعم از تدابیر مربوط به منع فعالیتهای غیرقانونی اشخاص، گروه‌ها و سازمانهایی که در قلمرو آنها اقدام به تشویق، تحریک، سازماندهی می‌کنند، یا عالمانه به تأمین مالی یا ارائه کمکهای فنی یا اطلاعات مبادرت کرده یا در ارتکاب آن جرائم مشارکت دارند.

ب) تبادل اطلاعات درست و موثق مطابق با قانون داخلی خود و با رعایت شرایط به نحو مندرج در آن، و هماهنگ‌سازی تدابیر اداری و سایر تدابیر متخذه به نحو مقتضی جهت کشف، پیشگیری، سرکوب و تحقیق راجع به جرائم مندرج در ماده ۲ و همچنین به منظور آغاز رسیدگی‌های کیفری علیه اشخاص متهم به ارتکاب آن جرائم. یک دولت عضو به‌خصوص جهت مطلع ساختن فوری سایر دولتهای موضوع ماده ۹ در خصوص ارتکاب جرائم مندرج در ماده ۲ و نیز تمهیدات ارتکاب جرائم مذکور که از آن مطلع شده است و همچنین در صورت اقتضاء جهت اطلاع به سازمانهای بین‌المللی تدابیر مناسبی را اتخاذ می‌کند.

۲ـ دولتهای عضو باید جهت محرمانه نگه‌داشتن اطلاعاتی که به‌صورت محرمانه و به استناد مفاد این کنوانسیون از دیگر دولت عضو یا از طریق مشارکت در فعالیتی که برای اجرای این کنوانسیون انجام شده، دریافت می‌کنند، مطابق قانون داخلی خود تدابیر مناسبی را اتخاذ کنند. چنانچه دولتهای عضو اطلاعاتی را به‌طور محرمانه در اختیار سازمانهای بین‌المللی قرار دهند جهت حصول اطمینان از محرمانه ماندن چنین اطلاعاتی باید اقداماتی انجام شود.

۳ـ طبق این کنوانسیون دولتهای عضو ملزم نیستند اطلاعاتی را که طبق قانون داخلی خود اجازه مبادله آنها را ندارند یا اینکه امنیت دولت ذی‌ربط یا حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای را به مخاطره می‌اندازد، ارائه کنند.

۴ـ دولتهای عضو باید دبیر کل سازمان ملل را از مراجع ذی‌صلاح خود و نقاط ارتباطی مسئول ارسال و دریافت اطلاعات موضوع ماده حاضر مطلع نمایند. دبیرکل سازمان ملل متحد اطلاعات مزبور در خصوص مراجع ذی‌صلاح و نقاط ارتباطی را به کلیه دولتهای عضو و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی انتقال خواهد داد. مراجع مذکور و نقاط ارتباطی باید دائماً در دسترس باشند.

ماده ۸

به‌منظور جلوگیری از جرائم موضوع این کنوانسیون، دولتهای عضو باید با در نظر گـرفتن پیشنهادها و کارکردهای آژانس بین‌المللی انرژی اتمی تمام تلاش خـود را جهـت اتخـاذ تـدابیر مناسب، برای حصول اطمینان از حفاظت از مواد رادیواکتیو، بکار بندند.

ماده ۹

۱ـ هر دولت عضو باید در صورت لزوم تدابیری را جهت اعمال صلاحیت خود نـسبت بـه جرائم مندرج در ماده (۲) اتخاذ کند، درصورتی‌که:

الف) جرم مزبور در قلمرو آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ب) جرم داخل شناور حامل پرچم آن دولت یا در هواپیمایی که در زمان ارتکاب جرم مزبور طبق قوانین آن دولت ثبت شده، ارتکاب یافته باشد؛ یا

ج) جرم مزبور توسط تبعه آن دولت ارتکاب یافته باشد.

۲ـ همچنین یک دولت عضو صلاحیت خود را جهت رسیدگی به جرائم مذکور اعمال می‌کند اگر:

الف) جرم مزبور علیه تبعه آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ب) جرم مزبور علیه دولت یا تأسیسات دولتی آن دولت در کشور خارجی اعم از سفارتخانه یا سایر ساختمانهای کنسولی یا دیپلماتیک آن دولت ارتکاب یافته باشد؛ یا

ج) جرم مزبور توسط شخص بی‌تابعیتی که اقامتگاه دائمی وی در قلمرو آن دولت است ارتکاب یافته باشد؛ یا

د) جرم مزبور به هدف اجبار آن دولت به انجام یا امتناع از انجام هرگونه عملی، ارتکاب یافته باشد؛ یا

هـ) جرم مزبور داخل هواپیمایی که توسط حکومت آن دولت مورد بهره‌برداری قرار گرفته ارتکاب یافته باشد.

۳ـ پس از تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق به این کنوانسیون، هر دولت عضو باید به دبیر کل سازمان ملل اعمال صلاحیت خود را طبق قانون داخلی خود مطابق بند ۲ ماده حاضر اعلام کند. در صورت بروز هر تغییری دولت ذی‌ربط باید بلافاصله دبیرکل را مطلع کند.

۴ـ همچنین هر دولت عضو باید در صورت لزوم تدابیری برای احراز صلاحیت خود بر جرائم مندرج در ماده ۲ در مواردی که متهم به ارتکاب جرم در قلمرو وی حاضر است اتخاذ نماید، در صورتی‌که قصد نداشته باشد شخص مزبور را به هیچ‌یک از دولتهای عضوی که صلاحیت خود را مطابق بند ۱ و ۲ ماده حاضر احراز نموده‌اند مسترد نماید.

۵ـ این کنوانسیون استثنایی بر هرگونه اعمال صلاحیت کیفری محرز شده توسط یک

دولت عضو مطابق قوانین داخلی آن ایجاد نمی‌کند.

ماده ۱۰

۱ـ به محض دریافت اطلاعات در مورد اینکه یکی از جرائم موضوع ماده ۲ در قلمرو یک دولت عضو ارتکاب یافته یا در حال ارتکاب است یا اینکه شخصی که مرتکب آن شده یا کسی که ادعا می‌شود مرتکب آن جرم شده در قلمرو آن کشور حضور دارد، دولت عضو ذی‌ربط باید تدابیر لازم را طبق قانون داخلی خود جهت تحقق راجع به حقایق مندرج در آن اطلاعات، اتخاذ کند.

۲ـ به محض آنکه شرایط ایجاب کند، دولت عضوی که مرتکب جرم یا مجرم ادعایی در قلمرو وی حضور دارد باید در خصوص حصول اطمینان از حضور آن شخص به منظور تعقیب یا استرداد، تدابیر مناسبی را طبق قانون داخلی خود اتخاذ کند.

۳ـ هر فردی که تدابیر موضوع بند (۲) ماده حاضر راجع به وی اتخاذ می‌شود حق دارد:

الف) بی‌درنگ با نزدیکترین نماینده ذی‌صلاح دولت متبوع خویش یا دولتی که به هر صورت محق است از حقوق آن شخص حمایت کند، یا چنانچه آن شخص، یک شخص بی‌تابعیت باشد دولتی که شخص مذکور در قلمرو او به‌طور دائم ساکن است، تماس بگیرد،

ب) با نماینده آن دولت ملاقات کند.

ج) از حقوق خویش به‌موجب بندهای فرعی (الف و ب) فوق مطلع گردد.

۴ـ حقوق موضوع بند ۳ ماده حاضر باید مطابق قوانین و مقررات دولتی که مجرم ادعایی در قلمرو او حضور دارد اعمال شود، منوط به این که قوانین و مقررات مذکور بتوانند اهداف اعطای حقوق موضوع، بند ۳ را کاملاً محقق سازند.

۵ـ مفاد بندهای ۳ و ۴ ماده حاضر به حق هیچ‌یک از دولتهای عضو مدعی صلاحیت مطابق جزءهای ج از زیر بندهای ۱ و ۲ ماده ۹ برای دعوت از کمیته بین‌المللی صلیب سرخ جهت تماس و ملاقات با مجرم ادعایی خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

۶ـ چنانچه دولت عضوی شخصی را طبق ماده حاضر بازداشت کند، باید فوراً به‌طور مستقیم یا از طریق دبیرکل ملل متحد، دولتهای عضوی که مطابق بندهای (۱) و (۲) ماده (۹) خود را واجد صلاحیت دانسته‌اند و چنانچه مقتضی بداند، به سایر دولتهای عضو ذی‌نفع، بازداشت آن شخص و اوضاع و احوال موجب بازداشت وی را اعلام کند. دولتی که تحقیقات موضوع بند (۱) ماده حاضر را انجام می‌دهد فوراً دولتهای عضو مذکور را از کشفیات خود مطلع نموده و تمایل خود را جهت اعمال صلاحیت، اعلام کند.

ماده ۱۱

۱ـ در موارد قابلیت اعمال ماده ۹ هر دولت عضوی که مجرم ادعایی در قلمرو او حضور دارد، و آن دولت از استرداد شخص مزبور خودداری نماید، ملزم است بدون هیچ‌گونه استثنا و صرف‌نظر از اینکه جرم در قلمرو آن دولت ارتکاب یافته باشد یا خیر، بدون تأخیر بی‌مورد و به‌منظور تعقیب و از طریق رسیدگی مطابق قوانین آن دولت پرونده را به مراجع ذی‌صلاح ارجاع دهد. مراجع مزبور به همان نحوی که در مورد سایر جرائم شدید طبق قانون آن دولت عمل می‌کنند، تصمیم خود را اتخاذ می‌نمایند.

۲ـ هرگاه دولت عضوی به‌موجب قانون خود مجاز به استرداد یا تسلیم یکی از اتباع خود باشد تنها مشروط بر آن که پس از محاکمه و رسیدگی مربوط به درخواست استرداد و تسلیم، فرد مزبور جهت سپری کردن دوران حبس خود به آن کشور عودت داده شود و این دولت و دولت متقاضی استرداد آن شخص بر این موضوع و سایر شرایطی که صلاح بدانند توافق نمایند، در آن صورت چنین استرداد یا تسلیم مشروطی جهت انجام تعهد مندرج در بند (۱) ماده حاضر کفایت می‌کند.

ماده ۱۲

رفتار منصفانه در ارتباط با هر فردی که بازداشت شده یا تدابیر دیگری در خصوص وی اتخاذ شده یا طبق این کنوانسیون در جریان است باید تضمین شود، که شامل برخورداری از کلیه حقوق و تضمینات مطابق قانون دولتی است که شخص مورد نظر در قلمرو آن حضور دارد و مقررات قابل اعمال حقوق بین‌الملل، من‌جمله حقوق بین‌الملل بشر.

ماده ۱۳

۱ـ جرائم مندرج در ماده ۲ در هر معاهده استرداد موجود بین هر یک از دولتهای عضو قبل از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون در زمره جرائم قابل استرداد گنجانده شده تلقی خواهند شد. دولتهای عضو متعهد می‌شوند در هر معاهده استردادی که متعاقباً بین آنان منعقد خواهد گردید، جرائم مذکور را به‌عنوان جرائم قابل استرداد بگنجانند.

۲ـ هرگاه دولت عضوی که استرداد را مشروط به وجود معاهده‌ای می‌داند از دولت عضو دیگر که با آن هیچ معاهده استردادی منعقد ننموده درخواست استردادی را دریافت نماید، دولت عضو درخواست شونده بنابه اختیار خود می‌تواند این کنوانسیون را به‌عنوان مبنای حقوقی استرداد در رابطه با جرائم مندرج در ماده ۲ قلمداد نماید. امر استرداد تابع سایر شرایط مصرحه در قانون دولت درخواست شونده خواهد بود.

۳ـ دولتهای عضوی که استرداد را مشروط به وجود معاهده استرداد نمی‌دانند جرائم مندرج در مادهٔ ۲ را منوط به شرایط مندرج در قانون دولت درخواست شده به‌عنوان جرائم قابل استرداد بین خود، محسوب می‌کنند.

۴ـ در صورت لزوم، به منظور استرداد بین دولتهای عضو این‌گونه تلقی می‌شود که جرائم مندرج در ماده ۲ نه تنها در همان محلی که اتفاق افتاده‌اند بلکه در قلمرو دولتهایی که مطابق با بندهای ۱ و ۲ ماده ۹ خود را برای رسیدگی صالح دانسته‌اند نیز رخ داده‌اند.

۵ـ مفاد کلیه ترتیبات و معاهدات استرداد مجرمین بین دولتهای عضو در ارتباط با جرائم مندرج در ماده ۲ تا آنجا که با کنوانسیون حاضر در تعارض باشند میان دولتهای عضو اصلاح شده تلقی خواهد شد.

ماده ۱۴

۱ـ دولتهای عضو باید حداکثر همکاری را در زمینه تحقیقات یا رسیدگیهای کیفری یا استرداد در خصوص جرائم مندرج در ماده ۲ از جمله کمک در کسب تمام شواهد و مدارک موجود خود که برای دادرسی ضرورت دارد با یکدیگر به‌عمل آورند.

۲ـ دولتهای عضو طبق بند (۱) ماده حاضر باید تعهدات خود را مطابق معاهدات یا سایر ترتیبات مربوط به معاضدت حقوقی متقابل که ممکن است بین آنها وجود داشته باشد انجام دهند. در غیاب چنین معاهدات یا ترتیباتی، دولتهای عضو باید مطابق قانون داخلی خود با یکدیگر همکاری کنند.

ماده ۱۵

به‌منظور استرداد یا معاضدت حقوقی متقابل هیچ‌کدام از جرائم مندرج در ماده ۲ نباید به‌عنوان یک جرم سیاسی یا جرم مرتبط با یک جرم سیاسی یا جرمی که ناشی از انگیزه‌های سیاسی باشد تلقی شوند. بنابراین، درخواست استرداد یا معاضدت حقوقی متقابل براساس یک چنین جرمی تنها به این دلیل که به یک جرم سیاسی یا یک جرم مرتبط با جرم سیاسی یا جرم ناشی از انگیزه‌های سیاسی مربوط می‌شود، رد نخواهد شد.

ماده ۱۶

چنانچه دولت عضو درخواست‌شونده دلایل معتبر و قابل توجهی بر تأیید این امر داشته باشد که درخواست استرداد برای جرائم مندرج در ماده ۲ یا برای معاضدت حقوقی متقابل در رابطه با چنان جرائمی به‌منظور تعقیب یا مجازات شخصی به دلایل نژادی، مذهبی، ملیتی، منشأ

قومی، یا عقیده سیاسی آن شخص بوده یا پیروی از آن درخواست که باعث خدشه به موقعیت آن شخص به‌خاطر هریک از این دلایل می‌شود، هیچ‌یک از مقررات این کنوانسیون نباید به گونه‌ای تفسیر شود که تعهدی را جهت استرداد یا ارائه معاضدت حقوقی متقابل به او تحمیل کند.

ماده ۱۷

شخصی که در بازداشت به‌سر می‌برد یا در حال سپری کردن دوران حبس خود در قلمرو یک دولت عضو می‌باشد و حضورش در دولت عضو دیگر جهت شهادت یا شناسائی درخواست شده است یا به نحو دیگری به کسب شواهد جهت تحقیقات یا پیگرد جرائم مندرج در این کنوانسیون کمک می‌کند را می‌توان در صورت حصول شرایط زیر انتقال داد:

الف) شخص آزادانه رضایت خود را اعلام نماید، و

ب) مراجع ذی‌صلاح هر دو دولت منوط به شرایطی که آن دولتها مقتضی بدانند با یکدیگر توافق نمایند.

۲ـ از لحاظ ماده حاضر:

الف) دولتی که شخص به آنجا انتقال می‌یابد مجاز است و ملزم است که شخص انتقال یافته را در بازداشت نگه‌دارد، مگر اینکه دولت انتقال‌دهنده به‌گونه دیگری درخواست کرده باشد؛

ب) دولتی که شخص به آنجا انتقال می‌یابد باید بدون درنگ به تعهد خود مبنی بر بازگرداندن شخص به منظور توقیف در دولتی که از آنجا انتقال یافته به همان صورتی که قبلاً توافق نمودند یا به‌گونه دیگری که فیمابین مراجع ذی‌صلاح دولتین توافق شده است عمل نماید؛

ج) دولتی که شخص مزبور به آنجا انتقال یافته نباید دولت انتقال گیرنده را ملزم نماید تا رسیدگیهای مربوط به استرداد را جهت بازگرداندن آن شخص آغاز نماید؛

د) مدت زمانی را که شخص در دولتی که به آنجا انتقال یافته در حبس به‌سر می‌برد جزء مدت زمان حبسی منظور خواهد شد که وی باید در کشوری که از آنجا انتقال یافته بگذراند؛

۳ـ به استثنای مواردی که دولت عضوی که شخص قرار است از آنجا مطابق با مادهٔ حاضر انتقال یابد، موافقت نماید، آن شخص صرف‌نظر از ملیت‌اش، نباید به هیچ عنوان در قلمرو دولتی که بدانجا انتقال می‌یابد در ارتباط با اعمال یا محکومیتهای پیش از حرکت از قلمرو دولتی که از آنجا انتقال می‌یابد تحت پیگرد قرار گرفته، توقیف شده و یا از لحاظ آزادی شخصی تحت هرگونه محدویتی قرار گیرد.

ماده ۱۸

۱ـ به محض ضبط یا در اختیار گرفتن کنترل مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات

هسته‌ای پس از ارتکاب جرائم مندرج در ماده ۲، دولت عضوی که مواد مزبور در اختیار آن است باید:

الف) جهت بی‌خطر نمودن مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای اقداماتی را به عمل آورد؛

ب) از نگهداری کلیه مواد هسته‌ای مطابق با پادمانهای قابل اعمال آژانس بین‌المللی انرژی اتمی اطمینان حاصل نماید؛ و

ج) توصیه‌های حفاظت فیزیکی و استانداردهای بهداشتی و ایمنی منتشر شده توسط آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را رعایت نماید.

۲ـ به محض اتمام هر نوع رسیدگی مربوط به یکی از جرائم مندرج در ماده ۲ یا پیش از آن در صورت لزوم طبق حقوق بین‌الملل، هر نوع مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای بعد از مشورت (به‌ویژه درخصوص نحوه بازگشت و ذخیره‌سازی) با دولتهای عضو ذی‌ربط باید به دولت عضوی که به آن تعلق دارند، به دولت عضوی که شخص حقیقی یا حقوقی مالک آن مواد رادیواکتیو، وسیله، تأسیسات رادیواکتیوی مقیم یا تبعه آن است، یا به دولت عضوی که از قلمرو آن، مواد مزبور ربوده شده یا به نحو غیرقانونی به‌دست آمده است، بازگردانده شوند.

۳ (۱) چنانچه یک دولت عضو طبق حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل از بازگرداندن یا پذیرش مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای ممنوع شده باشد یا چنانچه دولت‌های عضو ذی‌ربط بدین نحو توافق کنند، با رعایت جزء (۲) بند (۳) ماده حاضر دولت عضوی که مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای را در اختیار دارد باید به انجام اقدامات مشروحه در بند (۱) ماده حاضر ادامه دهد؛ مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای مذکور باید صرفاً برای مقاصد صلح‌آمیز مورد استفاده قرار گیرند.

۳ (۲) چنانچه در اختیار داشتن مواد رادیواکتیو ، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای برای دولت عضو دارنده آن غیرقانونی باشد آن دولت باید اطمینان حاصل نماید که به محض امکان، آن مواد در اختیار دولتی قرار خواهد گرفت که قانوناً چنین اختیاری را داشته باشد و در صورت اقتضاء تضمینهایی مطابق الزامات بند (۱) ماده حاضر در مشورت با آن دولت به‌منظور بی‌خطر نمودن آنها ارائه نماید؛ مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای مزبور باید صرفاً برای مقاصد صلح‌آمیز مورد استفاده قرار گیرند.

۴ـ چنانچه مواد رادیواکتیو، وسایل یا تأسیسات هسته‌ای موضوع بندهای (۱) و (۲) ماده حاضر به هیچ‌کدام از دولتهای عضو یا یک تبعه یا مقیم یک دولت عضو تعلق نداشته یا ربوده نشده یا به به هر نحو دیگری به‌طور غیرقانونی از قلمرو یک دولت عضو به‌دست نیامده باشد یا چنانچه هیچ دولتی تمایل نداشته باشد مواد مزبور را طبق بند (۳) ماده حاضر دریافت کند باید

در خصوص انتقال آن، با رعایت جزء (۲) بند (۳) ماده حاضر بعد از مشورت بین دولتهای مربوط و هر سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط تصمیم جداگانه‌ای اتخاذ شود.

۵ـ از نظر بندهای (۳،۲،۱) و (۴) ماده حاضر، دولت عضو دارنده مواد رادیو اکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای می‌تواند از سایر دولتهای عضو به ویژه دولتهای عضو و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط، علی الخصوص آژانس بین‌المللی انرژی اتمی درخواست کمک و همکاری نماید. دولتهای عضو و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط طبق این بند تا حداکثر امکان تشویق به ارائه همکاری شده‌اند.

۶ـ دولتهای عضوی که در حال انتقال یا نگهداری از مواد رادیواکتیو، وسیله یا تأسیسات هسته‌ای طبق ماده حاضر می‌باشند باید مدیرکل آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را از نحوه انتقال یا نگهداری چنین موادی مطلع کنند. مدیر کل آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باید اطلاعات را به سایر دولتهای عضو ارسال کند.

۷ـ در صورت پخش هرگونه اطلاعات در خصوص یکی از جرائم مندرج در ماده ۲ هیچ‌یک از مفاد ماده حاضر به هیچ طریق بر قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر مسئولیت ناشی از خسارات هسته‌ای یا سایر قواعد حقوق بین‌الملل تأثیر نمی‌گذارد.

ماده ۱۹

دولت عضوی که مجرم ادعایی در آنجا مطابق حقوق داخلی خود یا آیین دادرسی قابل اعمال تحت تعقیب است، باید نتیجه نهایی رسیدگی را به دبیرکل سازمان ملل متحد ابلاغ کند و وی اطلاعات را به سایر دولتهای عضو ارسال می‌نماید.

ماده ۲۰

دولتهای عضو باید مستقیماً یا از طریق دبیرکل سازمان ملل متحد و در صورت لزوم با کمک سازمانهای بین‌المللی جهت تضمین اجرای مؤثر این کنوانسیون با یکدیگر مشورت کنند.

ماده ۲۱

دولتهای عضو باید تعهدات خود طبق این کنوانسیون را مطابق اصول برابری حاکمیت و تمامیت ارضی دولتها و عدم مداخله در امور داخلی سایر دولتها انجام دهند.

ماده ۲۲

هیچ‌یک از مفاد این کنوانسیون این حق را به یک دولت عضو نمی‌دهد تا در قلمرو دولت عضو دیگر اعمال صلاحیت کند یا وظایفی را انجام دهد که طبق قانون داخلی آن دولت منحصراً در صلاحیت مراجع دولت عضو دیگر قرار دارد.

ماده ۲۳

۱ـ هرگونه اختلاف بین دو یا چند دولت عضو در خصوص تفسیر یا اعمال این کنوانسیون که ظرف مدت معقولی از طریق مذاکره حل نشود، بنا به درخواست یکی از آنها، باید به داوری تسلیم شود. چنانچه، ظرف شش ماه بعد از تاریخ درخواست داوری، طرفین نتوانند در خصوص سازمان، داوری به توافق برسند، هریک از طرفین می‌تواند طی دادخواستی مطابق اساسنامه دیوان، اختلاف مزبور را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهد.

۲ـ هر دولت می‌تواند، در زمان امضا، تنفیذ، پذیرش یا تصویب این کنوانسیون یا الحاق به آن اعلام کند که خود را ملتزم به بند (۱) این ماده نمی‌داند. سایر دولتهای عضو ملزم به رعایت بند (۱) در خصوص هر دولت عضوی که چنین شرطی را اعلام نموده است، نیستند.

۳ـ هر دولتی که مطابق بند (۲) ماده حاضر اعلام شرط کرده است در هر زمانی می‌تواند آن شرط را طی اطلاعیه‌ای به دبیرکل سازمان ملل متحد مسترد نماید.

ماده ۲۴

۱ـ این کنوانسیون برای امضای کلیه دولتها از تاریخ ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۵ تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۶ در مقر سازمان ملل متحد در نیویورک مفتوح خواهد بود.

۲ـ این کنوانسیون منوط به تصویب، پذیرش یا تأیید می‌باشد. اسناد تصویب، پذیرش یا تأیید باید نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع شود.

۳ـ این کنوانسیون جهت الحاق هر دولتی مفتوح خواهد بود. اسناد الحاق باید نزد دبیرکل سازمان ملل متحد تودیع شوند.

ماده ۲۵

۱ـ این کنوانسیون در سی‌امین روز بعد از تاریخ تودیع بیست و دومین سند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق نزد دبیرکل سازمان ملل متحد، لازم الاجرا می‌شود.

۲ـ این کنوانسیون برای هر دولتی که آن را تصویب کرده، پذیرفته، تأیید کرده یا به آن ملحق شده است بعد از تودیع بیست و دومین اسناد تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق درسی‌امین روز بعد از تودیع اسناد تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق توسط آن دولت لازم‌الاجرا خواهد بود.

ماده ۲۶

۱ـ هر دولت عضو می‌تواند اصلاحیه‌ای را به ایـن کنوانـسیون پیـشنهاد کنـد. اصـلاحیه پیشنهادی باید به امین معاهده تسلیم شود، که وی آن را فوراً برای کلیه دولتهـای عـضو ارسـال خواهد کرد.

۲ـ چنانچه اکثریت دولتهای عـضو از امـین معاهـده، تـشکیل همایـشی جهـت بررسـی اصلاحات پیشنهادی را درخواست کنند، امین معاهده از کلیه دولتهای عضو جهـت حـضور در آن همایش که ظرف ۳ ماه بعد از صدور دعوتنامه آغاز می‌شود، دعوت به‌عمل می‌آورد.

۳ـ همایش باید تمام سعی خود را جهت حصول اطمینان از تصویب اصلاحات با اجماع را به‌عمل آورد. در غیر این‌صورت اصلاحات با دوسوم اکثریت کلیه دولتهای عضو تـصویب خواهـد شد. هر گونه اصلاحات تصویب شده در همایش باید فوراً توسط امین معاهده برای کلیه دولتهای عضو ارسال شود.

۴ـ اصلاحات تصویب شده به‌موجب بند (۳) ماده حاضر برای هر دولت عضوی کـه سـند تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق خویش را در سی‌امین روز بعد از تاریخی که در آن دوسوم دولتها اسناد ذی‌ربط خود را تودیع کرده‌اند، لازم‌الاجرا می‌شود. پس از آن اصـلاحات بـرای هـر دولـت عضو در سی‌امین روز بعد از تاریخ تودیع سند ذی‌ربط آن دولت به موقع اجرا درمی‌آید.

ماده ۲۷

۱ـ هر دولت عضو می‌تواند طی یک اطلاعیه کتبی به دبیرکل ملل متحد از عضویت این کنوانسیون انصراف دهد.

۲ـ انصراف یک‌سال پس از تاریخ وصول اطلاعیه توسط دبیرکل ملل متحد نافذ خواهـد بود.

ماده ۲۸

نسخه اصلی این کنوانسیون که به زبانهای عربـی، چینـی، انگلیـسی، فرانـسه، روسـی و اسپانیایی همگی از اعتبار یکسان برخوردار هستند نزد دبیرکل ملل متحد تودیع می‌شود، کـه وی نسخ مصدق آن را برای کلیه دولتها ارسال می نماید.

در تأیید مراتب فوق، امضاکنندگان زیر که از سوی دولتهای متبوع خود مجاز به این کار بوده‌اند این کنوانسیون را که از ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۵ جهت امضا در مقر ملـل متحـد در نیویـورک مفتوح بوده است امضا کرده‌اند.

INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF ACTS OF NUCLEAR TERRORISM*

[April 4, 2005]

United Nations General Assembly

A/59/766
Distr: General
4 April 2005
Original: English

Fifty-ninth session
Agenda item 148
Measures to eliminate international terrorism

Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996

International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism

1. In Paragraph 22 of its resolution 59/46 of 2 December 2004, the General Assembly requested the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1995 to report to the Assembly at its fifty-ninth session in the event of the completion of the draft comprehensive convention on international terrorism or the draft international convention for the suppression of acts of nuclear terrorism.

Matters calling of action by the General Assembly at its fifty-ninth session

2. At its 35th meeting, on 1 April 2005, the Ad Hoc Committee finalized the draft international convention for the suppression of acts of nuclear terrorism.

---

*. This document was reproduced and reformatted from the text appearing at the United Nations Documentation website (visited June 3, 2005) http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m= a/59/766

3. At the same meeting, the Ad Hoc Committee decided to recommend to the General Assembly the adoption of the following draft resolution, to which is annexed the draft international convention for the suppression of acts of nuclear terrorism:

International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism

The General Assembly,

Having considered the text of the draft international convention for the suppression of acts of nuclear terrorism elaborated by the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 and the Working Group of the Sixth Committee,

1. *Adopts* the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism annexed to the present resolution, and requests the Secretary-General to open the Convention for signature at United Nations Headquarters in New York from 14 September 2005 to 31 December 2006;

2. *Calls upon* all States to sign and ratify, accept, approve or accede to the Convention.

Annex

International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism

The States Parties to this Convention,

Having in mind the purposes and principles of the Charter of the United Nations concerning the maintenance of international peace and security and the promotion of good-neighbourliness and friendly relations and cooperation among States,

Recalling the Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations of 24 October 1995,

Recognizing the right of all States to develop and apply nuclear energy for peaceful purposes and their legitimate interests in the potential benefits to be derived from the peaceful application of nuclear energy,

Bearing in mind the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material of 1980,

Deeply concerned about the worldwide escalation of acts of terrorism in all its forms and manifestations,

Recalling also the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, annexed to General Assembly resolution 49/60 of 9 December 1994, in which, inter alia, the States Members of the United Nations solemnly reaffirm their unequivocal condemnation of all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, wherever and by whomever committed, including those which jeopardize the friendly relations among States and peoples and threaten the territorial integrity and security of States,

Noting that the Declaration also encouraged States to review urgently the scope of the existing international legal provisions on the prevention, repression and elimination of terrorism in all its forms and manifestations, with the aim of ensuring that there is a comprehensive legal framework covering all aspects of the matter,

Recalling General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 and the Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism annexed thereto.

Recalling also that, pursuant to General Assembly resolution 51/210, an ad hoc committee was established to elaborate, inter alia, an international convention for the suppression of acts of nuclear terrorism to supplement related existing international instruments,

Noting that acts of nuclear terrorism may result in the gravest consequences and may pose a threat to international peace and security,

Noting also that existing multilateral legal provisions do not adequately address those attacks,

Being convinced of the urgent need to enhance international cooperation between States in devising and adopting effective and practical measures for the prevention of such acts of terrorism and for the prosecution and punishment of their perpetrators,

Noting that the activities of military forces of States are governed by rules of international law outside of the framework of this Convention and that that exclusion of certain actions from the coverage of this Convention does not condone or make lawful otherwise unlawful acts, or preclude prosecution under other laws,

Have agreed as follows:

Article 1

For the purposes of this Convention:

1. "Radioactive material" means unclear material and other radioactive substances which contain nuclides which undergo spontaneous disintegration (a process accompanied by emission of one or more types of ionizing radiation, such as alpha-, beta-, neutron particles and gamma rays) and which may, owing to their radiological or fissile properties, cause death, serious bodily injury or substantial damage to property or to the environment.

2. "Nuclear material" means plutonium, except that with isotopic concentration exceeding 80 per cent in plutonium- 238; uranium-233; uranium enriched in the isotopes 235 or 233; uranium containing the mixture of isotopes as occurring in nature other than in the form of ore or ore residue; or any martial containing one or more of the foregoing; Whereby "uranium enriched in the isotope 235 or 233" means uranium containing the isotope 235 or 233 or both in an amount such that the abundance ratio of the sum of these isotopes to the isotope 238 is greater than the ratio of the isotope 235 to the isotope 238 occurring in nature.

3. "Nuclear facility" means:

(a) Any unclear reactor, including reactors installed on vessels, vehicles, aircraft or space objects for use as an energy source in order to propel such vessels, vehicles, aircraft or space objects or for any other purpose;

(b) Any plant or conveyance being used for the production, storage, processing or transport of radioactive material.

4. "Device" means:

(c) Any unclear explosive device; or

(d) Any radioactive material dispersal or radiation-emitting device which may, owing to its radiological properties, cause death, serious bodily injury or substantial damage to property or the environment.

5. "State or government facility" includes any permanent or temporary facility or conveyance that is used or occupied by representatives of a State, members of Government, the legislature or the judiciary or by officials or

employees of a State or any other public authority or entity or by employees or officials of an intergovernmental organization in connection with their official duties.

6. "Military forces of a State" means the armed forces of a State which are organized, trained and equipped under its internal law for the primary purpose of national defence of security and persons acting in support of those armed forces who are under their formal command, control and responsibility.

Article 2

1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally:

(a) Possesses radioactive material or makes or possesses a device:

(i) With the intent to cause death or serious bodily injury; or

(ii) With the intent to cause substantial damage to property or the environment;

(b)Uses in any way radioactive material or a device, or uses or damages a unclear facility in a manner which releases or risks the release of radioactive material:

(i) with the intent to cause death or serious bodily injury; or

(ii) With the intent to cause substantial damage to property or the environment; or

(iii) With the intent to compel a natural or legal person, an international organization or a State to do or refrain from doing an act.

2. Any person also commits an offence if that person:

(a)Threatens, under circumstances which indicate the credibility of the threat, to commit an offence as set forth in subparagraph 1 (b) of the present article; or

(b) Demands unlawfully and intentionally radioactive material, a device or a nuclear facility by threat, under circumstances which indicate the credibility of the threat, or by use of force.

3.Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.

4.Any person also commits an offence if that person:

(a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1, 2 or 3 of the present article; or

(b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in

paragraph 1, 2 or 3 of the present article; or

(c) In any other way contributes to the commission of one more offence as set forth in paragraph 1, 2 or 3 of the present article by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be international and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence concerned.

Article 3

This Convention shall not apply where the offence is committed within a single State, the alleged offender and the victims are nationals of that State, the alleged offender is found in the territory of that State and no other State has a basis under article 9, paragraph 1 or paragraph 2, to exercise jurisdiction, except that the provisions of articles 7, 12, 14, 15, 16 and 17 shall, as appropriate, apply in those cases.

Article 4

1. Nothing in this Convention shall affect other rights, obligation and responsibility of State and individuals under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations and international humanitarian law.

2. The activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law are not governed by this Convention, and the activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by this Convention.

3. The provisions of paragraph 2 of the present article not be interpreted as condoning or making lawful otherwise unlawful acts, or precluding prosecution under other laws.

4. This Convention dose not address, nor can it be interpreted as addressing, in any way, the issue of the legality of the use or threat of use of nuclear weapons by States.

Article 5

Each State Party shall adopt such measures as may be necessary:

(a) To establish as criminal offences under its national law the offences se forth in article 2;

(b) To make those offences punishable by appropriate penalties which take into account grave nature of these offences.

Article 6

Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, including, where appropriate, domestic legislation, to ensure that criminal acts within the scope of this Convention, in particular where they are intended or calculated to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature and are punished by penalties consistent with their grave nature.

Article 7

1. States Parties shall cooperate by:

(a) Taking all practicable measures, including, if necessary, adapting their national law, to prevent and counter preparations in their respective territories for the commission within or outside their territories of the offences set forth in article 2, including measures to prohibit in their territories illegal activities of persons, groups and organizations that encourage, instigate, organize, knowingly finance or knowingly provide technical assistance or information or engage in the perpetration of those offences;

(b) Exchanging accurate and verified information in accordance with their national law and in the manner of and subject to the conditions specified herein, and coordinating administrative and other measures taken as appropriate to detect, prevent, suppress and investigate the offences set forth in article 2 and also in order to institute criminal proceedings against persons alleged to have committed those crimes. In particular, a State Party shall take appropriate measures in order to inform without delay the other States referred to in article 9 in respect of the commission of the offences set forth in article 2 as well as preparations to commit such offences about which it has learned, and also to inform, where appropriate, international organizations.

2. States Parties shall take appropriate measures consistent with their national law to protect the confidentiality of any information which they receive in confidence by virtue of the provisions of this Convention from another State Party or through participation in an activity carried out for the implementation of this Convention. If States Parties provide information to international organizations in confidence, steps shall be taken to ensure that the confidentiality of such information is protected.

3. States Parties shall not be required by this Convention to provide any information which they are not permitted to communicate pursuant to national law or which would jeopardize the security of the State concerned or the physical protection of nuclear material.

4. States Parties shall inform the Secretary-General of the United Nations of their competent authorities and liaison points responsible for sending and receiving the information referred to in the present article. The Secretary-General of the United Nations shall communicate such information regarding competent authorities and liaison points to all States Parties and the International Atomic Energy Agency. Such authorities and liaison points must be accessible on a continuous basis.

Article 8

For purposes of preventing offences under this Convention, States Parties shall make every effort to adopt appropriate measures to ensure the protection of radioactive material, taking into account relevant recommendations and functions of the International Atomic Energy Agency.

Article 9

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 when:

(a) The offence is committed in the territory of that State; or

(b) The offence is committed on board a vessel flying the flag of that State or an aircraft which is registered under the law of that State at the time the offence is committed; or

(c) The offence is committed by a national of that State.

2. A State Party may also establish its jurisdiction over any such offence when:

(a) offence is committed against a national of that State; or

(b) The offence is committed against a State or government facility of that State abroad, including an embassy or other diplomatic or consular premises of that State; or

(c) The offence is committed by a stateless person who has his or her habitual residence in the territory of that State; or

(d) The offence is committed in an attempt to compel that State to do or abstain from doing any act; or

(e) The offence is committed on board an aircraft which is operated by the Government of that State.

3. Upon ratifying, accepting, approving or acceding to this Convention, each State Party shall notify the Secretary-General of the United Nations of the jurisdiction it has established under its national law in accordance with paragraph 2 of the present article. Should any change take place, the State Party concerned shall immediately notify the Secretary-General.

4. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 in cases where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite that person to any of the States Parties which have established their jurisdiction in accordance with paragraph 1 or 2 of the present article.

5. This Convention dose not exclude the exercise of any criminal jurisdiction established by a State Party in accordance with its national law.

Article 10

1. Upon receiving information that an offence set forth in article 2 has been committed or is being committed in the territory of a State Party or that a person who has committed or who is alleged to have committed such an offence may be present in its territory, the State Party concerned shall take such measures as may necessary under its national law to investigate the facts contained in the information.

2. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the State Party in whose territory the offender or alleged offender is present shall take the appropriate measures under its national law so as to ensure that person's presence for the purpose of prosecution or extradition.

3. Any person regarding whom the measures referred to in paragraph 2 of the present article are being taken shall be entitled to:

(a) Communicate without delay with the nearest appropriate representative of the State of which that person is a national or which is otherwise entitled to protect that person's rights or, if that person is a stateless person, the State in the territory of which that person habitually resides;

(b) Be visited by a representative of that State;

(c) Be informed of that person's rights under subparagraphs (a) and (b).

4. The rights referred to in paragraph 3 of the present article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the State in the territory of which the offender or alleged offender is present, subject to the provision that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under paragraph 3 are intended.

5. The provisions of paragraphs 3 and 4 of the present article shall be without prejudice to the right of any State Party having a claim to jurisdiction in accordance with article 9, subparagraph 1 (c) or 2 (c), to invite the International Committee of the Red Cross to communicate with and visit the alleged offender.

6. When a State Party, pursuant to the present article, has taken a person into custody, it shall immediately notify, directly or throught the Secretary-General of the United Nations, the States Parties which have established jurisdiction in accordance with article 9, paragraphs 1 and 2, if it considers it advisable, any other interested States Parties, of the fact that person is in custody and of the circumstances which warrant that person's detention. The State which makes the investigation contemplated in paragraph 1 of the present article shall promptly inform the said States Parties of its findings and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

Article 11

1. The State Party in the territory of which the alleged offender is present shall, in cases to which article 9 applies, if it does not extradite that person, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without undue delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through

proceedings in accordance with the laws of that State. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the law of that State.

2. Whenever a State Party is permitted under its national law to extradite or otherwise surrender one of its nationals only upon the condition that the person will be returned to that State to sever the sentence imposed as a result of the trial or proceeding for which the extradition or surrender of the person was sought, and this State and the State seeking the extradition of the person agree with this option and other terms they may deem appropriate, such a conditional extradition or surrender shall be sufficient to discharge the obligation set forth in paragraph 1 of the present article.

Article 12

Any person who is taken into custody or regarding whom any other measures are taken or proceedings are carried out pursuant to this Convention shall be guaranteed fair treatment, including enjoyment of all rights and guarantees in conformity with the law of the State in the territory of which that person is present and applicable provisions of international law, including international law of human rights.

Article 13

1. The offences set forth in article 2 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between any of the States Parties before the entry into force of this Convention. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be subsequently concluded between them.

2. When a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, the requested State Party may, at its option, consider this Convention as a legal basis for extradition in respect of the offences set forth in article 2. Extradition shall be subject to the other condition provided by the law of the requested State.

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offences set forth in article 2 as extraditable offences between themselves, subject to the conditions provided by the law of the requested State.

4. If necessary, the offences set forth in article 2 shall be treated, for the purposes of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territory of the States that have established jurisdiction in accordance with article 9, paragraphs 1 and 2.

5. The provisions of all extradition treaties and arrangements between States Parties with regard to offences set forth in article 2 shall be deemed to be modified as between States Parties to the extent that they are incompatible with this Convention.

Article 14

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with investigations or criminal or extradition proceedings brought in respect of the offences set forth in article 2, including assistance in obtaining evidence at their disposal necessary for the proceedings.

2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of the present article in conformity with any treaties or other arrangements on mutual legal assistance that may exist between them. In the absence of such treaties or arrangements, States Parties shall afford one another assistance in accordance with their national law.

Article 15

None of the offences set forth in article 2 shall be regarded, for the purposes of extradition or mutual legal assistance, as political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition or for mutual legal assistance based on such an offence may not be refused on the sole ground that it concerns a political offence or an offence connected with a political offence or an offence inspired by political motives.

Article 16

Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite or to afford mutual legal assistance if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request for extradition for offence set forth in article 2 or for mutual legal assistance

with respect to such offences has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's race, religion, nationality, ethnic origin or political opinion or that compliance with the request would cause prejudice to that person's position for any of these reasons.

Article 17

1. A person who is being detained or is serving a sentence in the territory of one State Party whose presence in another State Party is requested for purposes of testimony, identification or otherwise providing assistance in obtaining evidence for the investigation or prosecution of offences under this Convention may be transferred if the following conditions are met:

(a) The person freely gives his or her informed consent; and

(b) The competent authorities of both States agree, subject to such conditions as those States may deem appropriate.

2. For the purposes of the present article:

(a) The State to which the person is transferred shall have the authority and obligation to keep the person transferred in custody, unless otherwise requested or authorized by the State from which the person was transferred;

(b) The State to which the person is transferred shall without delay implement its obligation to return the person to the custody of the State from which the person was transferred as agreed beforehand, or as otherwise agreed, by the competent authorities of both States;

(c) The State to which the person is transferred shall not require the State from which the person was transferred to initiate extradition proceedings for the return of the person;

(d) The person transferred shall receive credit for service of the sentence being served in the State from which be was transferred for time spent in the custody of the State to which he was transferred.

3. Unless the State Party from which a person is to be transferred in accordance with the present article so agrees, that person, whatever his or her nationality, shall not be prosecuted or detained or subjected to any other restriction of his or personal liberty in the territory of the State to which that person is transferred in respect of acts or convictions anterior to his or her departure from the territory of the State from which such person was

transferred.

Article 18

1. Upon seizing or otherwise taking control of radioactive material, devices or nuclear facilities, following the commission of an offence set forth in article 2, the State Party in possession of it shall:

(a) Take steps to render harmless the radioactive material, device or nuclear facility;

(b) Ensure that any nuclear martial is held in accordance with applicable International Atomic Energy Agency safeguards; and

(c) Have regard to physical protection recommendations and health and safety standards published by the International Atomic Energy Agency.

2. Upon the completion of any proceedings connected with an offence set forth in article 2, or sooner if required by international law, any radioactive material, device or nuclear facility shall be returned, after consultations (in particular, regarding modalities of return and storage) with the States Parties concerned to the State Party to which it belongs, to the State Party of which the natural or legal person owing such radioactive material, device or facility is a national or resident, or the State Party from whose territory it was stolen or otherwise unlawfully obtained.

3(1) Where a State Party is prohibited by national or international law from returning or accepting such radioactive material, device or nuclear facility or where the State Parties concerned so agree, subject to paragraph 3(2) of the present article, the State Party in possession of the radioactive material, devices of nuclear facilities shall continue to take the steps described in paragraph 1 of the present article; such radioactive material, devices or nuclear facilities shall be used only for peaceful purposes.

3(2) Where it is not lawful for the State Party in possession of the radioactive material, devices or nuclear facilities to possess them, that State shall ensure that they are as soon as possible placed in the possession of a State for which such possession in lawful and which, where appropriate, has provided assurances consistent with the requirements of paragraph 1 of the present article in consultation with that State, for the purpose of rendering it harmless; such radioactive material, devices or nuclear facilities shall be used only for peaceful purposes.

4. If the radioactive material, devices or nuclear facilities referred to in

paragraphs 1 and 2 of the present article do not belong to any of the States Parties or to a national or resident of a State Party or was not stolen or otherwise unlawfully obtained from the territory of a State Party, or if no State is willing to receive such item pursuant to paragraph 3 of the present article, a separate decision concerning its disposition shall, subject to paragraph 3(2) of the present article, be taken after consultations between the State concerned and any relevant international organizations.

5. For the pouposes of paragraph 1, 2, 3 and 4 of the present article, the State Party in possession of the radioactive material, device of nuclear facility may reqest the assistance and cooperation of other States Parties, in particular the States Parties concerned, and any relevant international organizations, in particular the International Atomic Energy Agency. States Parties and the relevant international organizations are encouraged to proved assistance pursuant to this paragraph to the maximum extent possible.

6. The State Parties involved in the disposition or retention of the radioactive material, device or nuclear facility pursuant to the present article shall inform the Director General of the International Atomic Energy Agency of the manner in which such an item was disposed of or retained. The Director General of the International Atomic Energy Agency shall transmit the information to the other States Parties.

7. In the event of any dissemination in connection with and offence set forth in article 2, nothing in the present article shall affect in any way the rules of international law governing liability for nuclear damage, or other rules of international law.

Article 19

The State Party where the alleged offender is prosecuted shall, in accordance with its national law or applicable procedures, communicate the final outcome of the proceedings to the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit the information to the other States Parties.

Article 20

States Parties shall conduct consultations with one another directly or through the Secretary-General of the United Nations, with the assistance of international organizations as necessary, to ensure effective implementation of this Convention.

Article 21

The States Parties shall carry out their obligations under this Convention in a manner consistent with the principles of sovereign equality and territorial integrity of States and that of non-intervention in the domestic affairs of other States.

Article 22

Nothing in this Convention entitles a State Party to undertake in the territory of another State Party the exercise of jurisdiction and performance of functions which are exclusively reserved for the authorities of that other State Party by its national law.

Article 23

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation within a reasonable time shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If, within six months from the date of the request arbitration, the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice, by application, in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of the present article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 with respect to any State Party which has made such a reservation.

3. Any State which has made a reservation in accordance with paragraph 2 of the present article may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 24

1. This Convention shall be open for signature by all States from 14 September 2005 until 31 December 2006 at United Nations Headquarters in New York.

2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

3. This Convention shall be open to accession by any State. This instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 25

1. This Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of the deposit of the twenty-second instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.

2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to the Convention after the deposit of the twenty-second instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 26

1. A State Party may propose an amendment to this Convention. The proposed amendment shall be submitted to the Depositary, who circulates it immediately to all States Parties.

2. If the majority of the States Parties request the Depositary to convene a Conference to consider the proposed amendments, the Depositary shall invite all States Parties to attend such a Conference to begin not sooner than three months after the invitations are issued.

3. The Conference, shall make every effort to ensure amendments are adopted by consensus. Should this not be possible, amendments shall be adopted by a two-thirds majority of all States Parties. Any amendment adopted at the Conference shall be promptly circulated by the Depositary to all States Parties.

4. The amendment adopted pursuant to paragraph 3 of the present article shall enter into force for each State Party that deposits its instrument of ratification, acceptance, accession or approval of the amendment on the thirtieth day after the date on which two thirds of the States Parties have deposited their relevant instrument. Thereafter, the amendment shall enter into force for any State Party on the thirtieth day after the date on which that State deposits its relevant instrument.

Article 27

1. Any State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary –General of the United Nations.

2. Denunciation shall take effect one year following the date on which notification is received by the Secretary-General of the United Nations.

Article 28

The original of this Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall send certified copies thereof to all States.

In witness whereof, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Convention, opened for signature at United Nations Headquarters in New York on 14 September 2005.

The Independence of Kosovo: The Legallity of Unilateral Secession in International Law

Sattar Azizi

Persian text, pp.

Abstract

In February 2008, the Provisional Institutions of Self-Government, an assembly under UNMIK, declared the independence of the territory of Kosovo as the Republic of Kosovo despite strong opposition by Serbia, Russia and China which is recognized by 41 states until now. International Jurists have taken two different approches towards the legallity of unilateral secession in international law. The first group belives that there is no right of unilateral secession in international law without the consent of the state, and that international law prohibits unilateral secession and safegurds the territorial integrity of the states. The Secound group advocates the idea that while there may generally be no right to secede. The international law has long recognized a privilege of secession and has not in any way prohibited that. When a secession is achieved in fact, it is recognized in international law.This article, studies the independence of Kosovo as well as the reactions and practice of the states regarding the matter.

Keywords:Autonomy, Self-Determination Right, Kosovo, Unilateral Secession, Dissolution, Non-Colonial Situation, Minorities, Territorial Integrity, Independence, Recognition.

International Responsibility For Violation of The Rights of The Iranian POWs in Iraq

Ali Daei

Persian text, pp.

Abstract

During the imposed war on Iran between 1980 – 1988, Iraqi forces detained about 40000 Iranian combatants and civilians and considered them as prisoners of war. Although Iraq was a party to the Geneva Conventions of 1949, Iranian POWs become victims of various grave breaches of international humanitarian law by that regime.

Hence these violations are sanctioned under international law and engage the personal criminal responsibility and international responsibility of that state, in this article, first the rights of POWs under International Humanitarian Law will be discussed then the grave breaches of the rights of Iranian POWs in Iraq will be proved by reference to ICRC reports on visits to Iranian POWs camps in Iraq. It consists of the two reports of the missions dispatched by the UN Secretary-General on the situations of POWs in Iran and Iraq and interviews with Iranian POWs. The issue of personal criminal responsibility of Iraqi war criminals and the international responsibility of Iraq as well as the reparation to Iranian POWs will be examined later with a special look into the UN General Assembly's 2006 resolution on basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of International Human Rights Law and serious violations of International Humanitarian Law.

Keywords: Prisoners of War, Geneva Conventions, International Humanitarian Law, Criminal Responsibility, International Responsibility, Reparation.

International Community and Contrasts with Violence of Humanitarian Law in Darfur Crisis(Sudan)

Atieh Babakhani*

Persian text, pp.

Abstract

Darfur province became the latest chapter in Sudan's civil wars when Sudan Liberation Army/Movement (SLA) and Justice and Equality Movement (JEM) rebels took arms against government in February 2003. Rebels claimed years of political, economic and social marginalisation of the region. Rebels made up of predominantly African sedentary tribes, such as Fur, Zaghawa and Massaleit. After a string of military victories in spring 2003, the government responded to rebellion by arming Arab "Janjaweed" militia to clear civilian population bases of African tribes thought to be supporting rebellions. Violence and broken ceasefires continued throughout 2004 and 2005 despite intermittent peace talks and presence of African Union Protection Force from August 2004. Divisions between and within the two rebel groups exacerbates conflict and hinder negotiations.

Keywords: Humanitarian law, International Criminal Court, Darfur Crisis, Security Council, International Crimes.

*. L.L.M in International Law.

International Obligation of State to Respect Human Rights: Narrow to Locality?

Seyed Ziya-edin Madani

Persian text, pp.

Abstract

The geographical scope of the states' human right commitments is no more restricted merely to the territory within their sovereignty; but as it seems the scope is gradually moving forward to acquire a wider concept so that it obliges member states to a convention of human rights, to respect and protect the rights and freedom set forth therein in a vaster geographical domain. It is also worth noting that the positive obligations of States in securing the terms and rights set forth in a convention as such, either inside the territory (where a state exercises full sovereignty) or outside the territory, require to be proportionate to the extent and expansion of the control in fact and practically exercised by those States in the either region. In other words, through proving a number of conditions and subsequently through expansion of framework of the scope within their jurisdiction of states, it brings about the discussion of the responsibility of states to be attributed to the state breaching the contractual obligations (directly or indirectly) derived from human rights treaties whom is a party to outside the bordering territory thereof, or even in a territory where the said obligations are not typically implemented.

Keywords: Within the Jurisdiction, Human Rights, Human Right Obligations, Geographical Scope of Jurisdiction, International Commitments of States to Respect Human Rights, Geographical Scope of Human Rights.