

مجله حقوقی بین المللی

نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی
ریاست جمهوری

فهرست مطالب

- ♦ تأملی در وحدت و کثرت نظام حاکم بر سیستم حقوق بین الملل ۱۳
دکتر آرامش شهبازی
- ♦ مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادهای
یحیی ابراهیمی ۶۱
- ♦ ارزیابی احتمال تعلیق وضعیت دارفور سودان از سوی شورای امنیت ۹۱
دکتر حسین آقایی جنت مکان
- ♦ صلاحیت تکمیلی دیوان بین المللی کیفری: پویایی نظام های قضایی ملی در
مقابله با بی کیفری ۱۱۱
هاله حسینی اکبرنژاد
- ♦ تأثیر تصویب اساسنامه دیوان بین المللی کیفری بر جرم انگاری جنایات
بین المللی در قوانین داخلی دولت ها و اعمال صلاحیت جهانی از سوی آنها ۱۴۳
معصومه سادات میرمحمدی
- ♦ تجمیع محکومیت ها برطبق معیار سلیبسی در حقوق بین الملل کیفری و بررسی
رویه قضایی اخیر محاکم بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا ۱۷۵
هادی آذری
- ♦ شروط داوری در سیر تحولات حقوق قراردادهای بین المللی نفت و گاز ۱۹۷
رضا آریان کیا
- ♦ تحلیل عملکرد جامعه بین المللی در پاسخ به اقدامات دزدان دریایی در سواحل
سومالی و خلیج عدن ۲۱۵
محمد قربان پور
- ♦ اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل ۲۴۳
ترجمه مجتبی اصغریان
- ♦ اثر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی بر قواعد حقوق بین الملل عرفی ۲۶۳
ترجمه حجت سلیمی ترکمانی

- ♦ رابطه متقابل سازمان جهانی تجارت WTO و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای RTAS ۲۹۳
ترجمه فرزاد مهرانی
- ♦ اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی و هماهنگ‌سازی حقوق بیع بین‌المللی ۳۲۱
ترجمه دکتر مصطفی السان
- ♦ رد قاعده رانووا در مورد اموال فرهنگی منقول: پرونده جمهوری اسلامی ایران و دنیزبرند [سر سرباز هخامنشی] ۳۳۷
ترجمه سوسن چراغچی
- ♦ کنوانسیون ایمنی هسته‌ای (۱۷ ژوئن ۱۹۹۴) ۳۴۹
ترجمه محسن مجدی‌کیا
- ♦ چکیده مقالات به زبان انگلیسی و فرانسه

تأملی در وحدت و کثرت نظام حاکم بر سیستم حقوق بین‌الملل

دکتر آرامش شهبازی^۱

«واقعیت چنین است که پیچیدگی در خود نیرویی محرکه دارد. پیچیدگی سیستم‌ها، در پیچیدگی بیش‌تر نظم درونی و بیرونی سیستم‌ها دخیل است. مخلوقات پیچیده، انگیزه‌ای به‌سمت اجتماعاتی پیچیده‌اند، ماشین‌های پیچیده، به صنایع پیچیده منتهی می‌شوند، سلاح‌های پیچیده، درگیری‌های پیچیده را به‌همراه دارند و پیچیدگی‌های قابل تأمل در گیتی، همیشه بیش از واقعیت دانش بشری بوده و هست... تا جایی که ادراک و حکمت بشری را به همه آن، راهی نیست».^۲

چکیده

وحدت و کثرت، فرایندهایی در مسیر حیات حقوق بین‌الملل هستند؛ فرایندهایی که گرچه به‌ظاهر در تقابل با هم قرار می‌گیرند، چنان با مقتضیات حقوق بین‌الملل هماهنگ شده‌اند که جز در مواردی خاص، دیالکتیک موزونشان مانع از تهدید جدی سیستم حقوق بین‌الملل است. در این مسیر پرتلاطم، گاه وحدت

۱. مدرس دانشگاه و پژوهشگر حقوق بین‌الملل email:arameshshahbazi@gmail.com

2. Rescher Nicholas, "Nature and Understanding: The Metaphysics and Method of Science", Clarendon Press, 2000, p. 25.

وجهه غالب و گاه کثرت مشخصه بارز حاکم بر سیستم حقوق بین الملل است. لازمه درک مناسبی از «وضعیت فعلی» حقوق بین الملل، نخست درک مفهومی متغیرهای ذریبط و آنگاه قرار دادنشان در مسیر پرافت و خیز حیات حقوق بین الملل است. در این مقاله، ضمن تأمل در مفاهیم «وحدت» و «کثرت» در حقوق بین الملل، از خلال نگرشی سیستمی به حقوق بین الملل به تبیین و تشریح این مفاهیم خواهیم پرداخت و در پاسخ به این پرسش اساسی که شاخصه اصلی حقوق بین الملل معاصر «وحدت» است یا «کثرت»، در یک جمع بندی نهایی، سیستم حقوق بین الملل را سیستمی با ویژگی وحدت در عین کثرت خواهیم یافت.

واژگان کلیدی: وحدت، کثرت، رژیم‌های خودبسنده (خاص)، سیستم حقوق بین الملل، سازمان جهانی تجارت

مقدمه

مباحث نظری و ماهوی حقوق بین الملل، همواره تازگی و طراوت خود را حفظ می‌کنند و در گذر زمان هیچ‌گاه کهنه و فرسوده نمی‌شوند. از همین رو، هرگاه مسأله‌ای به‌طور جدی در ادبیات حقوق بین الملل مطرح می‌شود یا از نو قابل توجه می‌نماید، مباحث جدی و ماهوی حقوق بین الملل از نو خودنمایی می‌کنند.^۳ «وحدت یا کثرت نظام حاکم بر سیستم حقوق بین المللی» بحث تازه‌ای در ادبیات حقوق بین الملل نیست. با این حال، از ۲۷ اکتبر سال ۲۰۰۰ که «ژیلبر گیوم» رئیس وقت دیوان بین المللی دادگستری در گزارش سالانه خود خطاب به مجمع عمومی ملل متحد صراحتاً اعلام کرد که «نظام حقوق بین الملل» در خطر تلاشی و تشتت است،^۴ توجه حقوقدانان برجسته بین المللی به این موضوع بیش‌تر جلب شده است.

«کثرت»^۵ فرایندی متعلق به دوران معاصر حقوق بین الملل نیست. گستره سیستم حقوق بین الملل، اقتضای موضوعات، هنجارها، رژیم‌ها و نهادهای حقوقی فراوان را دارد و این هنجارها،

۳. این درحالی است که توماس فرانک معتقد است دوران مباحث ماهیتی حقوق بین الملل به‌سر آمده و عصر توجه به مسائلی ماورای آن است. رجوع کنید به:

Frank, Thomas, "Fairness in international law and Institutions", Oxford University Press, 1998, ch.1.

4. Speech by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations, 30 October 2001.

5. fragmentation

یافتن معادلی برای این لفظ در ادبیات حقوقی داخلی قدری دشوار است، زیرا رویکرد مثبت و منفی درخصوص اصطلاح مورد نظر وجود دارد. نخست) اگر این واژه با بار منفی در نظر گرفته‌شود، بهترین معنا از هم گسیختگی است که در خود نوعی بار القایی منفی به همراه دارد. چندپارگی، انشقاق یا تجزیه نیز وصفی مشابه دارند؛ چرا که در آن‌ها نوعی شکاف یا خلأ حقوقی احساس می‌شود. دوم) اگر با نگاهی مثبت به اصطلاح مزبور بنگریم، در خواهیم یافت که فرایندی این‌چنینی همواره با حقوق بین الملل زندگی کرده و به‌تازگی عارض آن نشده است، بلکه تنها با تشدید برخی جهات مانند تنوع بیش از پیش موضوعات، نهادهای بین المللی و حتی تابعان حقوق بین الملل بیش‌تر خودنمایی می‌کنند. با این وصف، نباید آن را به‌گونه‌ای تفسیر کرد

نهادهای و تأسیسات مدتهاست که با حقوق بین الملل آمیخته‌اند.^۶ با این حال، آنچه اینک توجه حقوقدانان بین المللی را به خود جلب کرده، خطری است که از جانب این کثرت در ماهیت حقوق بین الملل احساس می‌شود.

نمی‌توان انکار کرد که حقوق بین الملل با نوعی تورم روبه‌رو است، تورم در هنجارها، رژیم‌های حقوقی، نهادها و حتی تورم در تابعانش. به نظر می‌رسد آنچه اینک «کثرت» را به دغدغه‌ای جدی تبدیل کرده، از یک‌سو همین تورم و از سوی دیگر عدم توسعه برخی سازوکارهای موجود در سیستم بین المللی در جهت انسجام بیش‌تر آن است. به عبارت دیگر، همزمان که حقوق بین الملل در پاسخ به نیازهای مادی سیستمی‌اش مبادرت به شناسایی و پذیرش تابعان، هنجارها و رژیم‌های جدید می‌کند، نتوانسته به نوعی هماهنگی و تعالی معنوی در میان اجزای خود دست یابد.^۷

سیستم حقوق بین الملل معاصر که از یک‌سو پیشرفته و از سوی دیگر عقب‌مانده است، حقوقدانان بین المللی را به این اندیشه فرو می‌برد که آیا این پیشرفت خود زمینه‌ای را برای فروپاشی آن فراهم نمی‌کند؟ این پرسش که تا پیش از اظهارات «گیوم» همچنان با اظهارنظرهای بسته‌گرفته‌ای در میان حقوقدانان بین المللی همراه بود، به یکباره به ادبیات حقوق بین الملل در این خصوص جانی تازه بخشید تا جایی که می‌توان آن را جرقه‌ای در تأمل چند ساله کمیسیون حقوق بین الملل و غنای دکتترین حقوقی در این خصوص قلمداد کرد. در این مجال، نخست به تأملی در مفهوم وحدت و کثرت سیستمی حقوق بین الملل و در ادامه به تجلی این مفاهیم در گستره هنجاری نظام حاکم بر سیستم حقوق بین الملل از حیث نظری و همچنین رویه بین المللی خواهیم پرداخت.

که قرار است انسجام سیستم را به یکباره بر هم زند و لازم باشد باری منفی را به خواننده القاء کند. البته چنین فرضی به‌طور کامل مردود نیست، اما حقوق بین الملل در مقابل راهکارهایی برای حفظ انسجام ذاتی خود دارد. با این وصف و از آن‌جا که قصد نداریم با این فرایند به مقابله برخیزیم، بلکه مسیر درست را در تقویت انسجام سیستم می‌دانیم، معادلی مانند «کثرت» یا «تکثر» مناسب به نظر می‌رسد، زیرا درحالی‌که باری منفی القا نمی‌کند، نوعی شدت در افزایش موضوعات، صلاحیت‌ها و مانند این‌ها را نیز به همراه دارد. سوم) معادلی مانند جامعیت نیز به تمامیت یک سیستم حقوقی اشاره می‌کند که در آن خلأیی احساس نمی‌شود. به عبارتی مراد از جامعیت، حضور تمامی اطراف سیستم حقوقی است که بکلی از بحث حاضر خارج است، چرا که در این بحث، نه به جامعیت و مانعیت یک سیستم حقوقی، بلکه به رابطه درونی اجزا و عناصر آن از حیث رابطه عام و خاص و تقدم و تأخر خواهیم پرداخت.

6. Cf. Koskeniemi, M., "Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol", 3 Yearbook of International Environmental Law, (1992), pp.123-162.

۷. البته این‌گونه سازگاری هم با توجه به مقتضیات سیستم حقوق بین الملل تنها در پرتو ساز و کارهای مادی قابل تحقق است، مگر آن‌زمان که ارزش‌هایی همسو و مشترک چنان در سیستم حقوق بین الملل خودنمایی کنند که از آن به‌عنوان جامعه‌ای حقوقی شبیه جوامع (پیشرفته) ملی یاد شود.

مبحث اول) وحدت و کثرت، امکان و امتناع

وحدت و کثرت، فرایندهایی در مسیر حیات حقوق بین الملل هستند. فرایندهایی که گرچه به ظاهر در تقابل با هم قرار می گیرند، چنان با مقتضیات حقوق بین الملل هماهنگ شده اند که جز در مواردی خاص، دیالکتیک موزونشان مانع از تهدید جدی و سیستمیک حقوق بین الملل است. در این مسیر پرتلاطم، گاه وحدت وجهه غالب و گاه کثرت مشخصه بارز نظام حاکم بر سیستم حقوقی بین الملل است. لازمه درک مناسبی از «وضعیت کنونی» حقوق بین الملل، نخست درک مفهومی مؤلفه های ذریبط و آنگاه قرار دادنشان در مسیر پرافتوخیز حیات حقوق بین الملل است. از این حیث، نخست به تأملی در مفهوم وحدت و کثرت خواهیم پرداخت، سپس در چارچوبی تاریخی متغیرهای اصلی را از نظر گذرانیده، در ادامه به وحدت و کثرت در گستره حقوق بین الملل از ابعاد مختلف و چگونگی آن خواهیم پرداخت.

بند اول) درک مفهومی وحدت در سیستم حقوق بین الملل

«سیستم حقوق بین الملل» صرفاً تا جایی می تواند به حیات خود ادامه دهد که وحدت ارگانیک و ماهوی لازم را در قالب چارچوبی مؤثر برای برقراری روابط بین المللی مخاطبانش تضمین کند.^۸ این وحدت سیستمیک در رابطه توأمان سیستم حقوقی و نظام حقوقی مشهود است. با این حال، همچنان که وحدت، مفاهیم متنوعی را به ذهن متبادر می سازد، در سطوح مختلف نیز قابل بحث است. نخستین مفهومی که از وحدت بر می آید تجانس و یکدستی عناصر موجود در یک سیستم^۹ یا یکنواختی یک نظام حقوقی است. گرچه این مفهوم از وحدت در یک سیستم حقوقی ملی یا داخلی قابل تصور است، با این حال، فقدان برخی پیش شرطها مانند یک قانون اساسی واحد، یک قوه مجریه منسجم و قوه قضاییه ای با صلاحیتی عام، مانع از تحقق این فرض در حقوق بین الملل به نظر می رسد. از سوی دیگر، در همین حال نباید از خاطر برد که در این مجال، از وحدت به عنوان یک «فرایند»^{۱۰} و نه یک «پیامد»^{۱۱} یاد می شود.^{۱۲} با این وصف، وحدت

8. A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the "Fragmentation" of International Law, European Journal of Legal Studies, Issue 1, 2007 p. 23.

۹. به زعم کلسن نیز یک نظام حقوقی بدون «وحدت» وجود نخواهد داشت. لذا گرچه او به تفکیک دو نوع سیستم حقوقی می پرداخت، یکی سیستم ایستا و دیگری سیستمی پویا، لکن معتقد بود که وحدت در هر دو سیستم حقوقی به ادامه حیات آن ها می انجامد. رجوع کنید به:

Dupuy, P.M., "L'unité de l'ordre juridique international", *op.cit.*, pp. 67-ff; and C. Leben, "Ordre juridique", in Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF, 2003, pp. 1113-ff.

10. process

11. result

۲۱. به نظر می رسد آنچه درخصوص «کثرت» در حقوق بین الملل هنوز هم معرکه آرای گوناگون است، این است که کثرت هم می تواند به عنوان یک فرایند باشد و هم در قالب پیامد و نتیجه این فرایند خودنمایی کند. به عبارت دیگر از یک سو

فرایندی است که در مسیر آن، حقوق بین‌الملل هماهنگی لازم برای بقای خویش را تضمین می‌کند. این فرایند که «ذاتی» سیستم حقوق بین‌الملل است،^{۱۳} به همکاری میان اجزای مختلف آن و حفظ بقای سیستم حقوق بین‌الملل می‌انجامد.

وحدت، در نظام حقوق بین‌الملل به تنظیم روابط میان سیستم‌ها و زیرسیستم‌های حقوقی می‌انجامد. لذا با درک و تفسیری یکسان از «قواعد اولیه»^{۱۴} موجود در نظام حقوقی مادر (حقوق بین‌الملل عام)، اعمال قواعد ثانوی زیرسیستم‌ها مانع از انسجام ذاتی سیستم حقوق بین‌الملل نخواهد بود. برای مثال، در صورتی که مفهوم «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها»، دارای همان موضوع و معنا صرف نظر از تعهدی که در صورت نقض آن وجود دارد، باشد، این امر باعث می‌شود که قضیه همچنان در چارچوب سیستم حقوق بین‌الملل عام و تحت نظارت اصول کلی نظام حقوق بین‌الملل باقی بماند، حتی اگر نوع خاصی از مسئولیت بین‌المللی، در قالب موضوعات متفاوتی (در زیرسیستم‌های مختلف) قابلیت طرح داشته باشد.^{۱۵}

«دوپوی» قائل به دو جنبه شکلی و ماهوی از وحدت در سیستم حقوق بین‌الملل است. به زعم وی، نخستین جنبه وحدت که ثمره وحدت شکلی حقوق بین‌الملل است، متضمن این واقعیت است که سیستم حقوق بین‌الملل مرکب از دسته‌ای از قواعد شکلی خاص است که بر تمامی هنجارهای ثانوی براساس نظریه هارت، مشتمل بر شکل‌گیری هنجارها، اعمال، تجدیدنظر و مجازات نقض قواعد (قواعد حاکم بر مسئولیت دولت‌ها) حاکمند. این قواعد دقیقاً قواعدی هستند که از آن‌ها به‌عنوان قواعد تکمیلی یا الحاقی حقوق بین‌الملل خاص نام برده می‌شوند (قواعد خاص). به زعم او، چنین قواعدی چه در قالب یک سیستم فرعی حقوقی قرار بگیرند و چه نگیرند، در برداشتی خاص به آن‌ها «رژیم‌های خودبسنده»^{۱۶} گفته می‌شود. با وجود این، نوعی وحدت ثانوی نیز وجود دارد که مبین بعد ماهوی یا مادی وحدت است و به وجود قواعد آمره‌ای که در ارتباط با ماهیت چنین هنجارهایی است و صرفاً در ارتباط با شکل و صورت

چندپارگی، فرایندی است که ابتدایی بودن حقوق بین‌الملل و این‌که هنوز مانند حقوق داخلی به دوران بلوغ نرسیده را نشان می‌دهد و از سوی دیگر این فرایند در تحقق رژیم‌هایی خودبسنده به نتیجه رسیده است. با این حال این دو معنا مانع‌الجمع به نظر می‌رسند، زیرا اگر حقوق بین‌الملل ابتدایی باشد، همزمان متضمن نتیجه مبتنی بر تحقق رژیم‌های خاص نیست و از طرف دیگر اگر حقوق بین‌الملل متلاشی شده باشد یا کثرت پیامد این چندپارگی باشد، وضعیت جدید با فرض قبلی چندان موجه به نظر نمی‌رسد. به هر حال، به زعم نگارنده، فرض کثرت تنها به‌عنوان فرایندی در سیستم حقوقی قابل بررسی است که نتیجه یا پیامد آن در خلال نظام حقوقی حاکم بر سیستم و در فرایند رابطه حقوقی متجلی است.

13. Cf. Dupuy, "L'unité de l'ordre Juridique International", *op.cit.*, pp. 25-33.

۴۱. قواعد اولیه، قواعد کنترل رفتارند. رجوع کنید به:

Hart, H.L.A., "The Concept of Law", (2d ed. 1994), pp.79-99.

۵۱. لذا برای مثال در قلمرو محیط زیست به‌عنوان یک رژیم حقوقی خاص، مسئولیت، مفهومی به‌عنوان مسئولیت مشترک، اما متفاوت شکل می‌گیرد.

16. self – contained regimes

تأملی در وحدت و کثرت نظام ... ❖ ۱۷

آن‌ها نیست، دلالت می‌کند. به هر حال، «هر دو نوع وحدت مذکور، از منطق متفاوتی تبعیت می‌کنند. منطق نخست که ناظر بر وحدت شکلی است، در اصل شخصیت (ماهیت) هنجار قابل درک است. برای مثال، معاهده‌ای امضا می‌شود و مسئولیت ناشی از آن هم محقق می‌شود، که این امر صرف‌نظر از ماهیت هنجار خاص است.^{۱۷} دیگری که ویژگی یک وحدت ماهوی است، در ارتباط با منطق سلسله‌مراتبی میان هنجارها است. به عبارتی در حالی که منطق نخست، جنبه افقی دارد و در ارتباط با هویت یا شخصیت هنجارها است، دومی جنبه عمودی داشته، مربوطه به اقتدار درونی آنها است».^{۱۸}

این دو منطق در برخی موارد با یکدیگر متناقضند؛ زیرا حتی خارج از یک چارچوب قراردادی، منزلت اجتماعی قاعده می‌تواند به شکل‌گیری یا تخطی از آن منجر شود. برای مثال، مسائل مرتبط با حق شرط و الحاق به معاهدات حقوق بشری، مصونیت دولت‌ها و مصونیت سران کشورها، که با مباحثی مانند تعقیب سیستماتیک مسئولین «جنایات بین‌المللی»، مانند ژنوسید، شکنجه یا تجاوز سازماندهی شده روبه‌رو شده‌اند، بسیار ملموس‌تر از تشریح این روابط در حوزه مبانی حقوق بین‌الملل است که هنوز هم به زعم وی در میان تابعیت از حاکمیت ملی دولت‌ها و تأیید حقوق و ارزش‌های بشری در نوسانند.^{۱۹} به علاوه به زعم «دوپویی» نمی‌توان با رویکردهای کلاسیک موافق بود که براساس آن‌ها، وحدت حقوق بین‌الملل تنها در تکنیک‌های شکلی است که آن‌ها را بکار می‌برد، چرا که از زمان تصویب منشور ملل متحد^{۲۰} به این طرف، حقوق بین‌الملل، هنجارهای بنیادین ماهوی فراوانی پیدا کرده‌است.^{۲۱} به نظر وی، درست است که از زمان قضیه *لوتوس* برخی هنجارهای بنیادین مانند «برابری حاکمیت دولت‌ها»^{۲۲} وجود داشته، اما تعداد این هنجارها بسیار محدود بوده‌است. این هنجارهای محدود که در زمره قواعد اولیه حقوق بین‌الملل هستند، مشتمل بر دسته‌ای از اصول حقوق بین‌الملل عرفی و هنجارهای آمره می‌شوند. حتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «*بارسلونا تر/کشن*» نیز از دسته‌ای از آن‌ها به این نحو یاد می‌کند: «لازم است تمایزی اساسی میان «تعهدات دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی در

۷۱. با این وصف، ماهیت هنجار تنها در تعیین میزان خسارت مؤثر است.

18. Dupuy, on Fragmentation, p.6.

19. Ibid, pp. 5-8.

20. See Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the UN Charter Revisited", 1 Max Planck Y.B. U.N. L., (1997), p.1 in *ibid*.

21. Dupuy, Pierre-Marie, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., p. 794.

22. See S.S. Lotus Case (*Fr. v. Turk.*), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

کلیت خود» و «تعهدات دولتها در مقابل یکدیگر» که در زمینه روابط دیپلماتیک صورت گیرد، قائل شد که به لحاظ ماهیتی، تعهدات دسته دوم، دغدغه کلیه دولتها محسوب می‌شوند.^{۲۳}

«دوپویی» معتقد است تعهدات دسته دوم، نه قواعد شکلی که هنجارهای بنیادنی هستند که از حیث ماهوی مورد توجه قرار می‌گیرند. این قسم از قواعد، متضمن وحدت «ماهوی» حقوق بین‌الملل بوده، مشتمل بر قواعد منع توسل به زور، منع ارتکاب ژنوسید، عدم مداخله، حقوق بنیادین بشر و مانند آنها هستند.^{۲۴} با این وصف، وجود و توسعه چنین هنجارهایی در حقوق بین‌الملل بخشی از تحول کلیدی و مهمی است که وی آن را «توسعه حقوق بین‌الملل» می‌خواند.^{۲۵}

با این حال از سوی دیگر می‌توان رویکرد «دوپویی» در ارتباط با شکل و ماهیت هنجارها در فرایند حفظ انسجام (وحدت) حقوق بین‌الملل را به نوعی دیگر نیز تعبیر کرد. با این وصف، وحدت در معنای خاص تنها با تصور وجود یک قانون اساسی واحد در نظام حقوق بین‌الملل که به ترسیم سلسله مراتبی در میان هنجارهای حقوقی می‌پردازد محقق می‌شود. روشن است که این سلسله مراتب خود از دو حالت خارج نیست. یا سلسله مراتب در میان هنجارها جنبه شکلی می‌یابد،^{۲۶} یا جنبه ارزشی که در آن هنجارهای ارزشی (مانند قواعد آمره، تعهدات عام‌الشمول یا تعهدات بنیادین حقوق بشری) در رأس هرم قرار می‌گیرند. چنین وحدتی، وحدت در معنای خاص کلمه است که بدون وجود یک قانون اساسی شکلی نیز تحقق می‌یابد، چرا که حتی با وجود کثرت نیز می‌توان به وجود وحدت قائل بود.^{۲۷}

23. Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 32, para. 33 (Feb. 5).

24. Dupuy, The danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System, *op.cit.*, p. 795.

۵۲. به زعم او این توسعه چند ویژگی شناخته شده دارد که عبارتند از : نخست) توسعه قلمرو مادی اعمال حقوق بین‌الملل. حقوق بین‌الملل در حال حاضر به علت ضرورت رو به رشد همکارهای بین‌المللی، تقریباً تمامی حوزه‌های کیفی، سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، علمی و فنی زندگی بشر را پوشش می‌دهد. دوم) افزایش بازیگران بین‌المللی با نقش پررنگی که از سوی بازیگران غیردولتی ایفا می‌شود. سوم) تلاش برای افزایش کارایی تعهدات عمومی بین‌المللی، از طریق برخی سازوکارهای قراردادی و پیچیده بخصوص در حوزه حقوق بشر، حقوق بین‌الملل اقتصادی، حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل محیط. رجوع کنید به: *Ibid*, p. 795.

۶۲. برقراری سلسله مراتب در میان منابع حقوق بین‌الملل موجود در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند صورتی از آن باشد.

27. "The Constitutionalization of the International Legal Order", Susan C. Breau, *Leiden Journal of International Law*, Sweet & Maxwell Limited and Contributors, 2008, 21(2), pp. 545-561.

بند دوم) وحدت و کثرت حقوق بین الملل در بستر تاریخی

برخی حقوقدانان بین المللی در تشریح رابطه وحدت و کثرت در یک بستر تاریخی، به بیان چندین مقطع تاریخی متفاوت پرداخته‌اند که گاه حتی در هر مقطع یکی از دو متغیر ذیربط بر دیگری غالب است: ترجیح وحدت، رجحان تنوع، سازگاری وحدت و کثرت در نهایت ابهام و انکار هر دو مفهوم.

الف) کثرت، سرآغازی در جهت تحقق مفهوم وحدت (۱۹۱۴-۱۸۷۰)

تا پیش از نیمه دوم قرن نوزدهم میلادی، هیچ‌گاه همبستگی نوع بشر به معنای واقعی تحقق نیافته بود. در این چارچوب، تخصصی شدن قواعد حقوقی به‌عنوان پدیده‌ای مثبت و قابل توجه تلقی می‌شد که در نهایت به جهان‌شمولی آن‌ها می‌انجامید. واقعیت این بود که این دوران تنها مرکب از قواعد معدودی بود که حوزه‌های خاصی را پوشش می‌دادند و این قواعد نیز بر محدودی از دولت‌ها الزام‌آور بودند. با این حال، همین قواعد گامی به جلو در مسیر جهان‌شمولی قواعد حقوقی به حساب می‌آمدند. آنچه درخصوص آن توافق وجود داشت ایده استقرار حقوق بین‌الملل همه‌گیر از طریق تدوین مقررات خاص توسط «ملل متمدن» بود. در این سازوکار مقررات خاص به‌عنوان «الگوهای» برای تدوین قواعد عام و جهان‌شمول محسوب می‌شدند و دول متمدن نیز پرچمداران اصلی ابداع و ارائه این الگوها بودند. در همین حال، رویکردهای مخالف با ساز و کار نخست، قواعد حقوق بین‌الملل عام را محصول معاهدات خاص نمی‌دانستند، بلکه آن را در جهت تجمیع معاهدات عامی تلقی می‌کردند که منافع مشترک دولت‌ها را مورد توجه قرار می‌داد. با این حساب به معاهدات عامی که برای نخستین بار و برای کلیه دولت‌ها تنظیم می‌شدند، مانند کنوانسیون لاهه ۱۸۶۵ که به شکل‌گیری اتحادیه جهانی پست در سال ۱۸۷۴ انجامید نیز تأسی می‌جستند. در واقع، از همین زمان به بعد نخستین سازمان‌های بین‌المللی در قالب کمیسیون‌های فنی و خاص رفته‌رفته در قلمرو بین‌المللی نمود یافتند. بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی در این زمان معتقد بودند که پیوستن برخی دول بزرگ و قدرتمند بیرون از قاره اروپا بخصوص از امریکا به ترویج و تشخص بیش‌تر معاهدات مزبور می‌انجامد. با این حال، ماهیت متکثر حقوق بین‌الملل از طریق بسط معاهدات عام و مشارکت بیش‌تر دولت‌ها - نه صرفاً دولت‌های اروپایی - از نو خودنمایی می‌کند.^{۲۸}

28. Martineau, Anne-Charlott, *op.cit*, p.45.

حقوق بین‌الملل در این دوران محصول پیوند میان رویکردهایی بود که حقوق بین‌الملل را تنها محصول معاهدات خاص منعقد میان دولت‌های حاکم نمی‌دانستند، بلکه آن را توأمان محصول اراده دولتها و تدوین رویه بین‌المللی (عمدتاً رویه دول متمدن) از سوی حقوقدانان بین‌المللی تلقی می‌کردند. البته چنین وضعیتی، موضعی آرمانگرایانه محسوب می‌شد که نه تنها تناقضی میان تنوع و وحدت قائل نبود، بلکه آن‌ها را در هماهنگی با هم تصور می‌کرد.^{۲۹}

ب) نهادهای سازی به عنوان ابزاری در جهت حرکت به سوی یک نظام حقوقی واحد (۱۹۲۵-۱۹۱۴)

از جنگ جهانی اول به عنوان نوعی اضمحلال اجتماعی یا آشوبی بنیان‌برافکن یاد می‌شود که تلاش‌های مستمر در راه تحقق صلح از طریق قانون را به یکسره نابود کرد. به زعم بسیاری در این دوران، حقوق بین‌الملل با بحرانی عمیق روبه‌رو بود که زمینه‌ساز تغییراتی ساختاری در آن شد. با این حال در همین زمان، تأسیس نهادهای بین‌المللی به عنوان تنها علاج جنگ‌های جهانی اول و دوم، زمینه‌ساز شکل‌گیری جامعه ملل شد.^{۳۰} از سال ۱۹۱۸ میلادی به این سو، چنین پیش‌بینی می‌شد که حقوق بین‌الملل باید به عنوان سیستم حقوقی متحدالشکلی در آید که گرایش به سمت کثرت در بعد هنجاری و نهادین را پذیرا نیست. گرچه در این دوران تدوین قوانینی همه‌گیر در لاهه به عنوان راهکاری برای تحکیم حقوق بین‌الملل شناخته می‌شد، اما این راهکار عملاً به شکست انجامید. به زعم بسیاری قواعدی که در این دوران تنظیم می‌شدند، عمدتاً با جزئیات فراوان تنظیم می‌شدند و این جزئیات فراوان مانع از تحقق اهداف مورد نظر قانونگذاران می‌گردیدند. به عبارتی، هدف از وضع قوانین، قربانی دقت در تنظیم آن‌ها می‌شد. از سوی دیگر برخی از معاهدات نیز یا با مخالفت و اعتراض دولتها روبه‌رو می‌شدند و یا صرفاً جنبه متقابل و طرفینی داشتند. از این حیث، اهداف حقوق بین‌الملل از طریق اسنادی که در این دوران تنظیم می‌شدند تا حد زیادی با واقعیات موجود، فاصله داشتند. آنچه حقوق بین‌الملل در این دوران به آن احتیاج داشت، تدوین برخی اصول کلیدی، اما کلی حقوقی و معاهداتی انگشت‌شمار اما دارای مضامینی شفاف و روشن بود.^{۳۱} دولت‌های اروپایی و امریکای لاتین قویاً معتقد بودند که تنها نهادهای بین‌المللی قادر به تنظیم این اصول در قالب قواعدی جهان‌شمول هستند. به زعم برخی جهان‌شمولی حقوق بین‌الملل و حفظ وحدت نظام بین‌المللی، دیگر منحصر به عده معدودی از

29. Ibid.

30. Kennedy, D, 'Move to Institutions', 8 Cardozo Law Review, spring 1986-78, p.845.

۱۳. این از آن حیث بود که حقوق بین‌الملل در این دوران دیگر تا حد زیادی از جریان غالب دوران‌های قبلی به‌ویژه فاصله زمانی ۱۹۱۴-۱۸۷۰ که به انتقاد از برخی اصول حقوق طبیعی به عنوان مجموعه‌ای از اصول انتزاعی و بنابراین اختیاری می‌پرداخت، فاصله گرفته بود.

دولت‌ها (به‌ویژه دولت‌های اروپایی) نبود، بلکه لازم بود تا نهادی بین‌المللی تأسیس شوند که همه دولت‌ها در آن عضویت داشته باشند. با این وصف تنها «اجتماعی از ملل» می‌توانست به نحو مشروعی مسیر متحد و قانون اساسی جهان‌شمولی را برای همه دولت‌ها ترسیم کند و با این وصف دیگر اروپا مأموریت خود به‌عنوان تنها منادی ملل متمدن را از دست داد.^{۳۲} اما مسأله مطرح، جانشین یا جانشینان احتمالی اروپا بود. برخی حقوق‌دانان امریکایی با صدرنشینی دوباره اروپاییان در جامعه ملل جدید، مخالف بودند. آن‌ها اعتقاد داشتند که جامعه ملل احیاگر دیپلماسی کهنه سیستم قرن نوزدهم است که به جای تکیه بر اصلاحات دموکراتیک و توسعه اجتماعی به دنبال تحقق «منافع فردی» دولت‌ها است. به زعم ایشان جنگ و آثار تخریبی آن محوریت تمدن را از اروپا به سمت امریکای لاتین سوق داده و از این زمان به بعد، رهبری حقوق بین‌الملل ضرورتاً با این قاره است. از این زمان باور پذیرفته شده این بود که جهان‌شمولی حقوق بین‌الملل، دیگر تنها تحقق خواسته چندین قدرت بزرگ نیست، بلکه تحقق نهادی مرکب از همه دولت‌ها است؛ نهادی که تضمین‌کننده وحدت حقوق بین‌الملل و تجلی‌بخش آن است.

ج) غلبه بر کثرت با رویکردی سیستمی به حقوق بین‌الملل (۱۹۳۹-۱۹۲۵)

براساس یک رویکرد سیستمیک، ضعف نهادین و هنجاری حقوق بین‌الملل، مسأله‌ای تکنیکی است که با پیمودن خطوطی که حقوق بین‌الملل از قبل ترسیم کرده، محو می‌شوند. این رویکرد به‌ویژه از سوی «هرش لوترپاخت» با دکتترین «نظام حقوقی بدون خلأ» مطرح شد.^{۳۳} در این رویکرد سیستمیک، جامعیت حقوق بین‌الملل، جایگزین رابطه میان عام و خاص شد. به‌نظر «اریک کافمن»، مرزی واقعی میان قواعد عام و خاص وجود ندارد، زیرا عام می‌تواند جزئی از خاص باشد و خاص جزئی از عام؛ با این پیش‌فرض که قدرت هنجاری موجود در هر کدام به اندازه گستره هنجارها به آن‌ها حیات می‌بخشد.^{۳۴} با این وصف، ویژگی کثرت در حقوق بین‌الملل دیگر مسأله‌ساز نیست، زیرا این امر از سوی سیستم حقوقی پذیرفته شده و از آن‌جا که امکان کنترلش در درون خود سیستم مهیا است، دغدغه‌ای جدی به حساب نمی‌آید. چنین رویکردی

32. Koskeniemi, M, 'International Law in Europe: Between Tradition and Renewal', (2005) 16 European Human Rights Law Review, p.113.

33. Lauterpacht, H, "The Function of Law in the International Community", (1933), pp.70-84.

34. Kaufmann, E, 'Règles générales du droit de la paix', (1935-IV) 54 RCADI 309, p. 314, cited in dupuy, *op.cit.*

حتی تا آن‌جا پیش رفته که بر اساس آن «تکثر تنها فرایند عارضی سیستم حقوقی نیست، بلکه تجلی خود حقوق بین‌الملل است».^{۳۵}

در پی کناره‌گیری آلمان از کنفرانس تدوین ۱۹۳۰ و کنفرانس خلع سلاح ۱۹۳۲ و در نقطه مقابل آن، انعقاد موفقیت‌آمیز معاهداتی خاص در زمینه‌های داوری و کمک‌های متقابل میان آلمان و برخی دولت‌های دیگر، مسأله ضرورت «سازگاری بین هنجارهای حقوقی مغایر» در دکترین ادبیات حقوق بین‌الملل رواج گرفت. در این خصوص «شارل روسو» در سال ۱۹۳۲ با نگارش مقاله‌ای در این خصوص اظهار داشت که معضل موجود، چگونگی سازگاری میان معاهدات عام (تعهدات ناشی از میثاق) و معاهدات خاص است و به فقدان راه‌حلی مؤثر در این خصوص تأکید کرد.^{۳۶} به زعم او، تکنیک‌های حقوقی مختلفی که در هر مورد به‌طور خاص تعبیه می‌شوند، هر کدام به شیوه‌ای متفاوت قادر به حل مسأله‌اند و لذا اصل «قاعده خاص»^{۳۷} به‌طور کلی بر سایر شیوه‌های رفع تعارض رجحان ندارد.^{۳۸}

با شروع جنگ دغدغه کثرت هنجاری و نهادین شدت گرفت. در واکنش به ادله موجود، برخی از برتری و تفوق معاهدات عام بر معاهدات خاص سخن به میان می‌آوردند و دسته‌ای دیگر نیز شکل‌گیری نهادهای بین‌المللی را ابزاری در جهت «فدرالیسم بین‌المللی»^{۳۹} و مقابله با کثرت تلقی کرده، تعهدات ناشی از آن‌ها را از اعتبار بیش‌تری در جهت تحقق انسجام در سیستم حقوق بین‌الملل برخوردار می‌دانستند.^{۴۰}

د) کثرت، آیین‌های تمام‌نما از جهانی نامتحد (۱۹۶۰-۱۹۳۹)

ضعف حقوق بین‌الملل ناشی از وقایع ناگوار دوران جنگ جهانی دوم، مانع از تحقق خواسته‌های جامعه ملل شد. با این حال با شکل‌گیری ملل متحد، سیستم حقوق بین‌الملل که به‌ناچار خود را در تعامل با سیاست یافت، به این امر منتهی شد که تنها در هم‌آغوشی با «تنوع»^{۴۱} خواهد

۳۵. چنین رویکرد رادیکالی درخصوص کثرت، با انتقاد بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی مواجه شده‌است. لویی لوفور در این خصوص چنین اظهار نظر کرده‌است که «اگر رژیم‌های خاص دارای هنجارهای مخصوص به خود و نهادهای اختصاصی باشند، چگونه یک نظام حقوق بین‌الملل دارای وحدت موجودیت می‌یابد؟ آیا گسترش تکثر با ویژگی‌های منحصر به‌فرد، به فروپاشی کلیت سیستم نمی‌انجامد؟». رجوع کنید به:

L. Le Fur, "Précis de droit international public" (1933), at 303, cited in Dupuy, Dangers, *op.cit.*, p. 247.

36. Rousseau.C, 'De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international', (1932) RGDIP, pp.132, 151, cited in Martineau, *op.cit.*, p. 14.

37. Lex specialis

38. Basdevant. J, 'Règles du droit de la paix', (1936-IV) 58 RCADI, pp. 492-493, cited in *ibid.*

۳۹. دوپویی از طرفداران این ایده در برابر کثرت حقوق بین‌الملل است.

40. *Ibid.*

۱۴. که خود می‌توانست محصول سیاست باشد.

توانست در برابر واقعیات موجود پاسخ مناسبی داشته باشد و این امر مستلزم آن بود تا همزمان وحدت خود را نیز حفظ کند. از همین زمان بود که ارائه رویکردهای عملگرایانه و افراطی در بیان جایگاه منشور به عنوان سنگ بنای نظام حقوق بین الملل عمومی^{۴۲} و حتی طرح قانون اساسی جامعه بین المللی رفته رفته در ادبیات حقوق بین الملل رواج یافت.^{۴۳}

از این زمان، تعارض میان قدرت های بزرگ، تردیدهایی را درخصوص ایده حقوق بین الملل به عنوان یک سیستم حقوقی معتبر، واحد و جهان شمول برمی انگيخت و در مواجهه با رویکردهای حقوقدانان آلمانی،^{۴۴} فراگیری حقوق بین الملل چیزی بیش از یک فرضیه مناقشه برانگیز نبود.^{۴۵} از سوی دیگر، حقوقدانان مارکسیست نیز با به چالش کشاندن وحدت حقوق بین الملل مدعی سه سیستم حقوق بین الملل مجزا از یکدیگر بودند. سیستم حقوق بین الملل سرمایه داری، سیستم حقوق بین الملل سوسیالیستی و در نهایت یک سیستم حقوقی برای تنظیم روابط حقوقی میان دو سیستم حقوقی قبلی.^{۴۶} اما همچنان مسأله کلیدی در این دوران، کارایی حقوق بین الملل با توجه به تنش میان حقوق و سیاست بود، به طوری که هنوز بسیاری از حقوقدانان بین المللی نیز روش های سیاسی را بهترین سازوکار حل اختلافات و حل تنش های بین المللی تلقی می کردند. علاوه بر این برای بسیاری از حقوقدانان بین المللی، مسأله مهم در این مقطع، وحدت یا کثرت حقوق بین الملل نبود، بلکه مسأله تأمل در ماهیت سیستم حقوق بین الملل، «کارویژه ها» و «کارایی» آن است، هرچند نبود وحدت، زمینه بروز چنین ضعف هایی را تشدید می کند.^{۴۷}

42. Rolin. H, 'Les principes de droit international public', (1950-II) 77 RCADI, at 434, in Anne-Charlotte Martineau, *op.cit.*, p. 17-18.

43. Waldock, H., 'General Course on Public International Law', (1962-II) 106 RCADI 1, at 28, cited in *ibid.*

۴۴. اشاره به رویکردهای کانت و هابرماس از حقوق بین الملل. رجوع کنید به:

Thomas Giegerich Special Issue: "The Kantian Project of International Law, The is and the ought of International Constitutionalism": How far Have We Come on Habermas's Road to a well-considered Constitutionalization of International Law?", German Law Journal; 2009, pp. 32.

45. Wilk. K, 'International and Global Ideological Conflict: Reflections on the Universality of International Law', (1951) 45 AJIL, p.648.

46. Grzybowski. K, "Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice" (1970), p.15, cited in. Anne-Charlotte Martineau, *op.cit.*, p. 18.

47. *Ibid.*

هـ) کثرت، تجلی حقوق مشترک بشریت (۱۹۸۹-۱۹۶۰)

حقوق بین‌الملل در این دوران به برقراری ارتباط میان «حاکمیت» در گذشته و آینده و از سوی دیگر حال و آینده جامعه بین‌المللی می‌پردازد. همین است که در راستای تحقق وحدت در جامعه بین‌المللی، تنوع و کثرت پدیده‌های مثبت و قابل توجهی محسوب می‌شوند.^{۴۸}

جریان فکری غالب در این دوره در راستای توسعه یک «نظام حقوقی بین‌المللی» حرکت می‌کرد که هدفش در این خلاصه می‌شد: غرب و شرق و شمال و جنوب را آشتی داده، جامعه‌ای جهانی بسازد که مسائل متعددی از توسعه و استعمارزدایی تا حقوق بشر را پوشش دهد و بهترین فرمول حاکم بر وضعیت این دوران همان ایده تبدیل «حقوق بین‌الملل همزیستی» به «حقوق بین‌الملل همکاری» از طریق تمرکز بر تنوع قواعد، رویه‌ها و نهادها به گونه‌ای بود که می‌کوشید تا تنش میان حاکمیت و جامعه بین‌المللی را به نفع دومی حل کند.^{۴۹}

برخلاف رویه غالب دوران قبلی، جریان فکری غالب در این دوران از کثرت در سیستم حقوق بین‌الملل^{۵۰} استقبال می‌کند. در اواخر دهه ۱۹۶۰ میلادی فریدمن اظهار داشت که حقوق بین‌الملل دیگر تنها به عنوان «مجموعه‌ای از اصول» شناخته نمی‌شود، بلکه مرکب از الگوهای متعددی از روابط بین‌المللی است. با این حال، قلمرو و حد و مرز این مجموعه تا جایی است که از اصول اساسی تبعیت می‌کند.^{۵۱} از این دوران رویکرد حقوقدانان بین‌المللی جهان سوم نیز در زمره دکترین حقوقی قرار می‌گیرد و توجه این قشر به مفاهیمی مانند کثرت و وحدت جلب می‌شود. حقوقدانان جهان سومی وحدت و تنوع را در راستای تقویت پروژه‌های مورد نظر خود به کار می‌گیرند.^{۵۲} رویکرد این حقوقدانان به وضوح نشان از این دارد که صرفاً خواهان تغییر حقوق بین‌الملل نیستند، بلکه خواهان اصلاح آنند و این امر به‌ویژه در صورتی مورد قبول آنها است که با منافعشان سازگاری داشته باشد.^{۵۳}

48. Kennedy, 'When Renewal Repeats: Thinking against the Box', 32 New York University Journal of International Law and Politics, (2000) p. 365.

49. Freidmann. M, *op.cit*, pp.212-220.

۵۰. از این دوران با عنوان تنوع از آن یاد می‌شود.

51. Friedmann, "The Changing Structure of International Law", (1964), p.367.

۲۵. برای مثال آناند، همزمان از یک سو در خصوص تنوع (با ایده مسئولیت مشترک اما متفاوت) و از سوی دیگر از ایده وحدت (با بیان این که همبستگی‌های زیست‌محیطی به اشکال دیگری از همبستگی، بخصوص مسئولیت مشترک تضمین توسعه جهان سوم می‌انجامد) در پیشبرد ادعاهای جهان سوم استفاده می‌کند. رجوع کنید به:

Anand, P. R, 'Development and Environment: The Case of the Developing Countries', (1980) 24 Indian Journal of International Law 1.

۳۵. برای مثال در خصوص قلمروهای آبی، مثل دریای سرزمینی و منطقه اقتصادی و انحصاری و ...

از همین زمان، به نظر «بروانلی»، تمایل به کثرت در مقابل وحدت در گستره حقوق بین الملل در ادبیات حقوقی در حال افزایش است و این به دلیل آن است که به دامنه بسیاری از موضوعات مستقل از یکدیگر، مانند «حقوق بین الملل بشر» یا «حقوق توسعه» و «حقوق تجارت» در حقوق بین الملل افزوده شده و این امر می تواند کیفیت و انسجام حقوق بین الملل را در کل در معرض مخاطره قرار دهد.^{۵۴}

(و) کثرت، رهایی از توهم مفهومی به سوی پذیرش واقعیت‌ها (۱۹۸۹ به بعد)

کثرت به‌ویژه در حوزه رسیدگی‌های قضایی، مسائل جدیدی مانند «محاکم اختیاری»^{۵۵} و «تعارض صلاحیت محاکم» را با خود به همراه آورده است. به نظر می‌رسد راه‌حل‌هایی متضمن جهان‌شمولی مبتنی بر انسجام و وحدت که بر وجود سلسله‌مراتب هنجاری و نهادین^{۵۶} تأکید می‌کنند، از دید برخی حقوقدانان تا حد زیادی منسوخ شده است.^{۵۷} پروژه سال‌های ۱۹۸۹ - ۱۹۶۰ میلادی که نوید حقوق به بلوغ رسیده‌ای را می‌داد که در آن یک سیستم حقوقی چندگانه حاکم باشد نیز در قالب شبه فدرالیسم بین‌المللی شکست خورده به نظر می‌رسد.^{۵۸}

شاید دو تجربه ناموفق جهانگرایی و فدرالیسم بین‌المللی این باشد که حقوق بین‌الملل، به‌ویژه در اروپا می‌کوشد تا با پدیده کثرت از طریق باور به یک قانون اساسی مواجه شود. از آنجا که قانون اساسی از پیش هم در حقوق بین‌الملل وجود داشته است، از این حیث تنوع و کثرت تنها در راستای کمک به همان ادبیات مبتنی بر قانون اساسی قابل تفسیرند. نباید از یاد برد در صورتی که وحدت و کثرت در هویت و شخصیت‌بخشی به مفهوم حقوق بین‌الملل تأثیر داشته باشند، هرگونه تفسیری در جهت نادیده گرفتن یکی از آن‌ها، تعبیری ناقص و نادرست از حقوق بین‌الملل خواهد بود.^{۵۹}

این تقسیم‌بندی تاریخی مبین این واقعیت است که مباحث مورد توجه پیرامون کثرت مباحث جدیدی نیستند، بلکه این مباحث نشان از وجود دغدغه‌های از پیش موجود درخصوص نهادهای خاص و حوزه‌های معین حقوق بین‌الملل می‌دهد. با این حال نمی‌توان باور داشت که کثرت در دوارن معاصر حقوق بین‌الملل، همان کثرت نیمه دوم قرن نوزدهم میلادی است، همان‌طور که

54. Simma, B, 'Self-contained Regimes', (1985) 15 Netherlands Yearbook of International Law, p.111.

55. forum shoppings

۵۶. قانون اساسی سیستم حقوقی بین‌المللی

57. Postmodern Anxieties, 15 Leiden J. Int'l L, (2002), pp.560-66

58. Martineau, *op.cit.*

59. Cf., Kingsbury, B. and N. Krisch, 'Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order', (2006) 17 EJIL, p.1-ff.

نمی‌توان معتقد بود موضوع آن بکلی عوض شده است. با این حال آنچه همه این مقاطع تاریخی را به یکدیگر پیوند می‌دهد، شیوه‌های نسبتاً معین و مشخصی است که در آن‌ها به کثرت استناد می‌شود. «با این وصف می‌توان ادعا کرد بدون اینکه تکثر تهدیدی جدی در ماهیت حقوق بین‌الملل محسوب شود، از مدتها قبل در هسته مرکزی آن وجود داشته و با آن عجین بوده است».^{۶۰}

بند سوم) وحدت و کثرت در رویکردی سیستمی از حقوق بین‌الملل

با توجه به مباحث قبلی، کثرت، عارضی سیستم حقوق بین‌الملل مدرن یا فرایندی جدید نیست. ماهیت رضایی حقوق بین‌الملل به خلق سیستم‌ها و رژیم‌های متعددی در حوزه حقوق بین‌الملل انجامیده است. با این حال می‌توان گفت، به‌طور کلاسیک این رژیم‌ها که عمدتاً ثمره ملاحظات اقتصادی دولت‌های متحد در خلال جنگ سرد بودند و به‌تنهایی به حیات خود ادامه می‌دادند، با پایان جنگ سرد و با پیوستن بسیاری از کشورهای کمونیستی پیشین به نهادهایی مانند برتون وودز، دیگر واقعاً نشان از کثرت نداشتند، به‌طوری‌که با وابستگی متقابل و رو به رشد میان دولت‌ها در زمینه‌های مختلفی مانند اقتصاد، محیط زیست، حقوق بشر و تجارت، جدایی مطلق میان حوزه‌های متنوع حقوق بین‌الملل نیز تنها جنبه تصنعی پیدا کرده است.^{۶۱} همزمان ظهور بازیگران غیردولتی در سیستم حقوق بین‌الملل^{۶۲} نیز دولت‌ها را تحت فشار قرار داده تا مسائل را در انزوا و به‌طور فردی مورد توجه و ملاحظه قرار ندهند. سازمان‌های غیردولتی که نمادی از «جامعه مدنی بین‌المللی»^{۶۳} تلقی می‌شدند، دولت‌ها را تحت فشار قرار می‌دادند تا مسائل زیست‌محیطی یا حقوق بشری را مطابق با تعهدات بنیادین بین‌المللی دنبال کنند.^{۶۴} با این وصف، عواملی مانند خاتمه جنگ سرد، همبستگی متقابل جهانی و رشد سازمان‌های غیردولتی، فشار بیش‌تر به سمت حقوق بین‌الملل یکپارچه‌تر را به همراه داشت.^{۶۵} در همین حال، نباید از نظر دور داشت که برخی حوزه‌های مختلف یا شاخه‌های گوناگون حقوق بین‌الملل ضرورتاً بر یکدیگر

60. Martineau Charlotte, Anne, The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law, 22 Leiden Journal of International Law, 1, 2009, p.9.

61. Pauwelyn, Joost, Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law, Symposium, Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Interconnected Islands, Michigan J. International Law, no. 25, 2004, p. 903-905.

۲۶. از جمله سازمان‌های غیردولتی، شرکت‌ها و مؤسسات، همچنین باور عمومی. برای مطالعه بیش‌تر به‌ویژه در ساختار سازمان جهانی تجارت، رجوع کنید به: آرامش شهبازی، تعامل سازمان‌های غیردولتی با سازمان جهانی تجارت، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۵، ص. ۳۳۰-۳۹۳.

63. international civil society, see *ibid.*

64. Pauwelyn, *op.cit.*, p. 902.

65. Pauwelyn, *op.cit.*, p.904.

منطبق می‌شوند و حل بسیاری از معضلات مدرن حقوق بین‌الملل نیز نیازمند تأملی عمیق و دقیق در این تقابل و تعامل است. بنابراین از آن‌جا که برای مثال، حل بسیاری از معضلات زیست‌محیطی به حوزه تجارت یا اقتصاد وابسته است، تنها ترسیم یک چارچوب واحد برای حل مسائل موجود در حوزه «وضع قوانین»^{۶۶} و در حوزه «اجرای قوانین»^{۶۷} می‌تواند به نحو مطلوب به انسجام و هماهنگی سیستم حقوق بین‌الملل منتهی شود.^{۶۸}

تکثر سیستم‌های حقوق بین‌الملل، به خودی خود فرایندی نامیمون نیست، علاوه بر این که احتمال حذف آن از سیستم حقوق بین‌الملل بعید است. از طرفی «تنوع و تعدد در مخاطبان سیستم مانند دولت‌ها نیز خود ریشه در این واقعیت دارد که چون همه این مخاطبین منافع یکسان ندارند، لذا همه دولت‌ها نه اجباری در پیوستن به همه رژیم‌های قراردادی دارند و نه تمایلی».^{۶۹} بنابراین درست است که کثرت، در مسیر حیات حقوق بین‌الملل همواره با آن قرین است، لیکن نباید به شکل‌گیری رژیم‌های منزوی و خودبسنده‌ای بینجامد که از سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل کاملاً مستقل هستند.^{۷۰}

کثرت عمدتاً دو معنا را به ذهن متبادر می‌سازد؛ یا عمدتاً به منظور بیان فرایند تجزیه حقوق بین‌الملل به رژیم‌های منطقه‌ای یا کارکردی متفاوتی به کار می‌رود که منافع و موقعیت خاصی برای مخاطبین خود به همراه دارند،^{۷۱} یا نشانگر این واقعیت است که حقوق بین‌الملل هنوز پدیده‌ای «ابتدایی»^{۷۲} است. به هر حال، به نظر می‌رسد ما در حال حاضر با وضعیت متناقضی روبه‌رو هستیم که در آن، بی‌نظمی‌های موجود به اجتماعی بی‌سامان انجامیده که عقب‌افتادگی ناشی از کثرت نه در نتیجه توسعه نیافتگی حقوق بین‌الملل که متأثر از توسعه‌یافتگی بیش از حد (به‌عبارتی در نتیجه کثرت بیش از حد) آن است.^{۷۳}

به هر حال، نمی‌توان انکار کرد که فرایند کثرت، در سیستم حقوق بین‌الملل، با ظهور زیرسیستم‌هایی جدید همراه است. این زیرسیستم‌ها به لحاظ موضوعی در قالب رژیم‌های

66. law-making

67. law-enforcement

68. Pauwelyn. *op.cit.*, p. 905.

69. Pauwelyn, *op.cit.*, p.905.

70. Puwelyne, *op.cit.*, p. 904.

71. Koskeniemi. M, 'International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education', (2007) 1 European Journal of Legal Studies 1, p.2; Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, 'Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', (2004) 25 Michigan Journal of International Law, p. 999.

72. primitive

73. This is explained well in V. Kanwar, 'International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System', (2004) Interdisciplinary Journal of Political Theory, p.41.

خودبسنده (رژیم‌های خاص) و طرح بحث منطقه‌گرایی و جهانگرایی قابل توجهند. با این وصف ابتدا به تأملی کوتاه در مفهوم رژیم‌های خودبسنده و سپس بحث منطقه‌گرایی خواهیم پرداخت. لازم به ذکر است که با تأسی به رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل از کثرت در مخاطبان سیستم حقوق بین‌الملل امتناع کرده، آن را به فرصتی دیگر وامی‌گذاریم.

بند چهارم) جایگاه رژیم‌های خاص (خودبسنده) در سیستم حقوق بین‌الملل

به‌زعم برخی حقوق بین‌الملل معاصر یک شاخصه بارز دارد و آن این است که از شاخه‌های تخصصی متعددی که در کنار یکدیگر چیده شده‌اند، شکل گرفته است. هریک از این شاخه‌های تخصصی در چشم‌انداز کلی حقوق بین‌الملل، ویژگی‌های متفاوتی از سازوکار حل و فصل اختلاف گرفته تا نحوه مدیریت و تخصیص منابع دارند و این حوزه‌های تخصصی معمولاً با عنوان «رژیم‌های خودبسنده (خاص)» شناخته می‌شوند.^{۷۴}

گاهی رژیم‌های خودبسنده (خاص) صرفاً بر دسته‌ای از قواعد ثانوی مانند قواعد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها اطلاق می‌شود.^{۷۵} گاه نیز به مجموعه در هم تنیده‌ای از هنجارها و قواعدی اطلاق می‌شود که هر مسأله را متفاوت از آنچه که در حقوق بین‌الملل عام مورد توجه قرار می‌گیرد، مورد بررسی قرار می‌دهند.^{۷۶} گاهی نیز به شاخه‌های اختصاصی حقوق بین‌الملل مانند حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق محیط زیست گفته می‌شود که دارای تکنیک‌ها و شیوه‌های تفسیری و مدیریتی خاص هستند که اغلب به تغییر یا تخصیص حقوق بین‌الملل عام می‌پردازند.^{۷۷} با این حال، از آن‌جا که بحث حاضر، در ارتباط با کثرت موضوعی در سیستم حقوق بین‌الملل است، روشن است که مراد، رژیم‌های خاص در معنای دوم است.

74. Simma Bruno, "Self-Contained Regimes" (1985) 16 Netherlands Yearbook of International Law, p.111; Simma Bruno & Dirk Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law" (2006) 17 Eur. J. Int'l L. p. 483; Anja Lindroos & Michael Mehling, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO," (2005) 16 Eur. J. Int'l L. p. 857.

75. See Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) [1980] I.C.J. Reports 41, para 86.

76. See Case of the S.S. "Wimbledon" [1923] P.C.I.J. (Ser. A) No. 1 at 23-4.

77. Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), p.62.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای به ضرورت توجه به «پیکره عظیمی از هنجارهای موجود حقوق بین‌الملل» تأکید کرد.^{۷۸} سپس به شناسایی مجموعه‌هایی جزئی‌تر که مجزا و متفاوت از یکدیگرند اشاره کرد.^{۷۹} آنچه از این بیان دیوان قابل برداشت است، تعامل متجلی در این مجموعه در قالب رابطه میان یک سیستم حقوقی مادر (حقوق بین‌الملل عام) و زیرسیستم‌هایی است که دارای موضوعات حقوقی متفاوتند.^{۸۰}

«مارتی کاسکنیمی» گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش سال ۲۰۰۴ خود اعلام کرد که «رژیم‌های خودبسنده در عالم واقعیت حقوق بین‌الملل وجود خارجی ندارند. علاوه بر این اظهار داشت که به زعم او هیچ‌گاه نمی‌توان حقوق بین‌الملل عام را از سیستم حقوق بین‌الملل استثنا کرد. او تا آن‌جا پیش رفت که حتی پیشنهاد کرد به‌جای «رژیم‌های خودبسنده» که در ابتدا پیشنهاد شده بود، از اصطلاح «رژیم‌های خاص»^{۸۱} استفاده شود.^{۸۲} با این وصف، مسأله این است که آیا قصد کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز از بیان رژیم‌های حقوقی خاص، همان زیرسیستم‌ها بوده است؟ پاسخ به این پرسش، نیازمند تأملی کوتاه در مفهوم رژیم‌ها است. به زعم «استفان کراسنر» «رژیم بین‌المللی»^{۸۳} مجموعه‌ای از اصول، هنجارها و قواعد و آیین‌های تصمیم‌گیری صریح یا ضمنی است که انتظارات بازیگران در یک حوزه مشخص از روابط بین‌المللی حول آن به یکدیگر نزدیک می‌شوند. در این تعریف «اصول» باورهای مسلم علیّ یا اخلاقی، «هنجارها»، استانداردهای رفتاری هستند که در قالب بایدها یا نبایدها جای می‌گیرند. «قواعد» نیز دستورالعمل‌هایی خاص یا اجرایی‌اند و «آیین‌های تصمیم‌گیری»

78. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advisory Opinion, [1996] I.C.J. Rep. p. 226, para 23.

79. *Ibid*, p. 226.

۸۰. بنابراین به زعم دیوان، کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۹۷ لاهه، اعلامیه سن‌پترزبورگ ۱۸۶۸، کنفرانس بروکسل ۱۸۷۴ و همچنین کنوانسیون‌های ژنو ۱۸۶۴، ۱۹۰۶، ۱۹۲۹ و ۱۹۴۹ از این حیث که به شیوه‌ای همانند سایر تعهدات قراردادی چندجانبه از ابتدا حیات خود را در مجموعه حقوق بین‌الملل عام اعلام کنند، ضمیمه سایر معاهدات می‌شوند. با این حال، به تدریج یک سیستم حقوقی پیچیده را تشکیل می‌دهند که به عنوان حقوق بین‌الملل بشردوستانه خوانده می‌شود. روشن است که در این رویکرد در نهایت غلبه با وحدتی سیستمیک در قالب یک سیستم حقوقی است.

Ibid, para.75.

81. special regimes

82. Koskeniemi, M, "Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes'", UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1 (2004).p.134.

۸۳. به زعم برخی رژیم مفهومی بین‌رشته‌ای است که دارای ویژگی‌های سیاسی و حقوقی است. از این رو در گفتمان حقوق و سیاست به کرات از رژیم‌های بین‌المللی یاد می‌شود. با این حال در محور اصلی بحث حاضر تنها تمرکز بر مفهوم حقوقی آن است، رجوع کنید به:

Noortmann, Math, *Enforcing International Law: From Self-Help to Self-Contained Regimes*, (Burlington, VT: Ashgate, 2005), p. 133-134.

رویه‌های حاکم برای اتخاذ و اجرای انتخاب‌های جمعی هستند.^{۸۴} «کراتوچویل» و «راگی» نیز رژیم بین‌المللی را درکی مشترک و اصولی از اشکال مورد قبول و مطلوب رفتار اجتماعی تلقی می‌کنند.^{۸۵} این در حالی است که به زعم برخی، حقوقدانان بین‌المللی، حتی «رژیم‌های بین‌المللی» را در مفهومی به مراتب محدودتر و منحصر به مجموعه‌ای از معاهدات و نهادهای بین‌المللی تلقی می‌کنند.^{۸۶} با این وصف، منظور از تکرر و تعدد رژیم‌های بین‌المللی، گونه‌گونی فرهنگ‌های اجتماعی حاکم بر مسائلی خاص است که قواعد متفاوت و هنجارهای منحصر به فرد آن‌ها ضرورتاً محدود به قواعدی که به‌طور صریح توسط معاهدات چندجانبه عام، تنظیم شده نیست.

در همین حال، به اعتقاد برخی یک رژیم «علاوه بر قواعد، هنجارها و اصول، بر سیستم‌های فرعی موجود در رژیم نیز حکایت می‌کند. به این ترتیب، گرچه نیت اصلی یک رژیم خودبسنده این خواهد بود که مانع از اعمال حقوق بین‌الملل عام در هر قضیه شود،»^{۸۷} به هر حال به نظر می‌رسد مفهوم یک رژیم خودبسنده پس از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *گروگانگیری* تا حد زیادی محدود به وجود قواعد ثانوی خودبسنده در نظام بین‌المللی شده است. هیأت فراجام سازمان جهانی تجارت نیز در همین خصوص اظهار داشته است که موافقتنامه گات «فارغ از حقوق بین‌الملل عمومی» قرائت و تفسیر نخواهد شد.^{۸۸} به عبارت دیگر با این وصف، یک رژیم خاص به هیچ وجه جدا از سیستم حقوق بین‌الملل عام نخواهد بود، چرا که قواعد اولیه‌ای مشابه با قواعد سیستم مادر خواهد داشت.

84. Krasner, D. Stephen, "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables," in Krasner (ed.), *International Regimes* (Ithaca: Cornell University Press, 1983), p.2, cited in Alexandra Khrebukova, *A Call to Freedom: Towards a Philosophy of International Law in an Era of Fragmentation*, 4 *Journal of International Law & International Relations*, 2008, p.60.

85. Friedrich Kratochwil and John Gerard Ruggie, "International Organization: A State of the Art on an Art of the State" (1986) 40 *Int'l Org.* p.764.

86. Karel Wellens, *op.cit.* p. 1157.

87. Simma, 'Self-Contained Regimes', XVI *Netherlands Ybk* (1985), p.117.

88. US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Appellate Body, 29 Apr. 1996, WT/DS2/AB/R at 17.

دیوان در این قضیه اظهار داشت که به اختصار حقوق دیپلماتیک یک رژیم خودبسنده است که از یک طرف، به بیان تعهدات دولت پذیرنده در ارتباط با تسهیلات، مزایا و مصونیت‌هایی که متعلق به هیأت دیپلماتیک است می‌پردازد و از سوی دیگر، به پیش‌بینی سوءاستفاده‌های احتمالی هیأت پرداخته، شیوه‌هایی را که هیأت دیپلماتیک می‌تواند در مقابل به آن‌ها متوسل شود، توجه می‌کند. چنین شیوه‌هایی در نوع خود مؤثرترین اقدام محسوب می‌شوند.

Ibid. p.38.

برخی دیگر معتقدند «سه مؤلفه در هر رژیم حقوقی خاص (خودبسنده) مورد ارزیابی قرار می‌گیرد: الف) میزان یکپارچگی در زیرسیستم، ب) سازوکارهای اجباری و الزامی حل و فصل (اختلاف، ج) مجوز یا عدم مجوز ضمنی خودیاری به‌عنوان بخشی کارآمدتر از الزام به اجرای دیگر ساز و کارهای مختلف رژیم‌ها».^{۸۹} ریه‌هاخن معتقد است سیستم حقوق بین‌الملل در قالب سیستم‌های فرعی متعددی تعبیه شده که قواعد اولیه و ثانویه‌شان به‌خوبی و هماهنگی با یکدیگر کار می‌کنند.^{۹۰} با این تعبیر، به‌نظر می‌رسد درک حقوق‌دانان بین‌المللی از سیستم یا زیرسیستم حقوقی به معنای «رژیم» به مراتب بیش از متخصصین حوزه روابط بین‌الملل است که به زعم ایشان رژیم تا حد زیادی به مفهوم «نظام حقوقی» حاکم بر رژیم به‌کار رفته‌است.

رویکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص بحث مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نیز که از تصریح به شناسایی مستقیم «رژیم‌های خودبسنده» (در قالب زیرسیستم‌ها) اجتناب کرد و به جای آن از «اشکالی وسیع‌تر و شدیدتر از قواعد خاص»^{۹۱} سخن به‌میان آورد،^{۹۲} خود قرینه‌ای در برداشت کمیسیون در مسأله کثرت از این رژیم‌ها و همچنین قواعد خاص در یک سطح است.

به هر حال، کمیسیون موضوع مذکور (مسئولیت) کوشید تا از رویکرد «ریه‌هاخن» مبنی بر وجود سیستم‌های حقوقی برابری با عنوان رژیم‌های خودبسنده در حقوق بین‌الملل اجتناب کرده، و به سمت رویکرد گزارشگر ویژه، «آرانجیو روییز» مبتنی بر حاکمیت خودکار حقوق بین‌الملل عام در حقوق بین‌الملل حرکت کند، مگر در جایی که دولت‌ها با رضایت خود و در قالب یک رژیم حقوقی خاص از شمول آن خارج می‌شوند.^{۹۳}

با این حال، گزارش کمیسیون در موضوع کثرت متضمن این است که رژیم‌های بین‌المللی به بیان «عقلانیت‌های اجتماعی»^{۹۴} متفاوت می‌پردازند. برخورد میان آن‌ها نیز در واقع برخورد میان همین عقلانیت‌های متفاوت است، برای مثال منطق محیط زیست در برابر منطق تجارت، یا

89. Brea C. Susan, The Constitutionalization of the International Legal Order, *op.cit.*, p. 566.

90. Riphagen, 'State Responsibility: New Theories of Obligation in Interstate Relations', in R. St. J. Macdonald, D. M. Johnston (eds), The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory (1983) p. 600.

91. strong forms of *lex specialis*

92. International Law Commission, Report on the Work of its Fifty-third Session, Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), para 5.

93. Bruno Simma & Dirk Pulkowski, "Of Planets and the Universe, *op.cit.*, pp.492-494.

در واقع محور اصلی بحث کمیسیون حقوق بین‌الملل در بحث مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها پیرامون رژیم‌های خودبسنده این بود که آیا توسل به اقدامات متقابل (*countermeasures*) از حقوق بین‌الملل عام در رژیم‌های خودبسنده امکان‌پذیر است؟ تنش‌های موجود در پاسخگویی به این پرسش و رویکرد گزارشگر ویژه آرانجیو روییز، زمینه این بحث را فراهم آورد که کرافورد، به‌عنوان گزارشگر ویژه بعدی پیشنهاد دهد که این بحث به‌صورت مستقل در حوزه‌ای مانند کثرت حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار گیرد.

۴۹. هر سیستم حقوقی یک عقلانیت اجتماعی محسوب می‌شود.

منطق حقوق بشر در برابر منطق روابط دیپلماتیک قرار می‌گیرد. با این وصف کثرت در حقوق بین‌الملل، به بیانی از جنبه‌های بنیادین واقعیت اجتماعی جهانی شده می‌پردازد که عبارت است از جایگزینی اصل «تفکیک عقلانیت‌های کارکردی» به جای مفاهیم مبتنی بر تفکیک‌های مرزی.^{۹۵} به این ترتیب، همانند تفکیک کلاسیک حاکمیت سرزمینی و جایگزینی اصل حاکمیت کارکردی، تمرکز در این بحث نیز نه به قلمروی عینی و ملموس که بر مفهوم کارکردی آن است.

با این وصف، ظهور رژیم‌های خاص به‌عنوان یک شیوه منطقی ارتباطی میان عناصر موجود در یک سیستم حقوقی محسوب می‌شود. لذا با در نظر گرفتن رابطه میان رژیم‌ها (زیرسیستم‌ها) با سیستم مادر حقوق بین‌الملل، دیگر رژیم‌های خاص، مجموعه‌ای از نهادهای پاسخگو در هنگام تعارضات موجود در موضوعاتی خاص و محدود نیستند.^{۹۶} بنابراین نباید پنداشت که یک رژیم تنها به قلمرو مسائلی محدود تعلق دارد، بلکه در مقابل، رویکرد هر رژیم رویکردی است که کل سیستم متأثر از آن خواهد شد و لذا رویکردی جهان‌شمول است.

برای مثال، از دریچه حقوق بین‌الملل محیط زیست، تمامی مسائل سیاسی بین‌المللی به قابلیت اعمال هنجارهای زیست‌محیطی مرتبط است. این از آن جهت است که در عقلانیت زیست‌محیطی، مهم‌ترین دغدغه موجود، حفظ یک اکوسیستم امن و قابل سکونت است. با توجه به تأثیر غیرقابل اجتناب انسان بر محیط زیست اطراف خود، تمامی مسائل حقوقی و سیاسی بین‌المللی در رژیم حقوقی خاص محیط زیست قابل طرح و بررسی هستند. این رژیم در حل تعارضات احتمالی و برقراری سلسه‌مراتبی در میان مسائل مورد توجه عمدتاً به تکنیک‌های خاص خود جهت برقراری توازن در ارزش‌های جهانی می‌اندیشد و چنین منطقی در سایر رژیم‌های حقوقی نیز با توجه به عقلانیت خاصشان وجود دارد. چنین سناریویی نشان‌دهنده رویکرد هر رژیم به‌عنوان یک قدرت غالب در اولویت بخشیدن به عقلانیت خاص خود در چارچوب ساختار «نظام حقوق بین‌المللی» در کل است.

به هر حال درخصوص رژیم‌های خودبسنده دو رویکرد وجود دارد که می‌توان هر دو را در کنار یکدیگر قرار داد؛ یک رویکرد عام و یک رویکرد خاص. رویکرد عام، کلیت نظام حقوقی را نقطه شروع تلقی می‌کند، درحالی‌که رویکرد دوم، ناشی از یک بررسی دقیق از یکی از زیرسیستم‌های حقوقی است. بنابراین، تمامی تحلیل ما به این بر می‌گردد که رویکردمان خاص

95. ILC Report, *op.cit.*, p. 71.

96. Khrebtukova Alexandra, *op.cit.*, p.62, citing Martti Koskenniemi, "The Effect of Rights on Political Culture," in Philip Alston (ed.), *The EU and Human Rights* (Oxford University Press, 1999), Peter L. Berger and Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality* (New York: Doubleday, 1966).

باشد یا عام. به عبارتی ابتدا از مجموعه ستاره‌های ریز و درشت (زیرسیستم‌ها) به تحلیل کائنات (حقوق بین‌الملل) بپردازیم یا از درک عمومی کائنات (حقوق بین‌الملل) به شناخت ستاره‌های اطراف و اکناف نائل آییم. در فرض نخست، حقوق کائنات^{۹۷} (حقوق بین‌الملل عام) بر مجموعه ستاره‌ها نیز حاکم است و در فرض دوم، قواعد نجومی^{۹۸} (قواعد مربوط به سیستم‌های فرعی) جایی برای اعمال حقوق جهانی باقی نمی‌گذارد.

«آرانجیو روئیز» نیز در همین ارتباط با تمثیل جامعه اروپا به‌عنوان یک رژیم خاص معتقد است: «به‌طور کلی، متخصصین حقوق جامعه تمایل دارند تا جامعه را یک رژیم خودبسنده تلقی کنند، درحالی‌که متخصصین حقوق بین‌الملل، عموماً معتقدند که معاهدات مؤسس جامعه نیز ویژگی‌های معاهدات عادی دیگر را دارند و به خلق یک رژیم خودبسنده نمی‌انجامند».^{۹۹}

درحالی‌که به‌نظر می‌رسد حقوق بین‌الملل در حال حاضر تا حد زیادی از یک مجموعه اندک اما ضابطه‌مند اصول حقوقی به شبکه گسترده‌ای از هنجارهای حقوقی تبدیل شده، صورت اخیر متضمن یک سیستم حقوق بین‌الملل باثبات است که در آن، وحدت و کثرت و ثبات و تغییر، همگی به نحو متقابلی به هم وابسته‌اند. از یک طرف، رژیم‌های خاص جدید حقوق بین‌الملل، در پاسخ به برخی نواقص موجود یا فقدان انعطاف لازم سیستم عام حقوق بین‌الملل شکل گرفته‌اند و از سوی دیگر، همان رژیم‌هایی که خود را از حقوق بین‌الملل عام رها کرده‌اند، هنوز به جهات متعدد، مثلاً از حیث اجرای تعهدات اولیه به مجموعه اولیه وفادار مانده‌اند. به عبارت دیگر، کثرت نظام حقوق بین‌الملل، مقید به تأیید همزمان بلوک‌های مرکزی سازنده آن است که همان حقوق بین‌الملل عام محسوب می‌شود. سیستم حقوق بین‌المللی سیستمی است که می‌تواند مجموعه‌ای متنوع را متحد کند، سیستمی که همزمان یکدست و ناهمگن، واحد و متکثر است.^{۱۰۰}

بنابراین، رویه حقوق بین‌الملل متضمن دیالکتیک‌های ذاتی میان وحدت و کثرت در حقوق بین‌الملل است. حقوق‌دانان باید منطق خاص تنوع رژیم‌های حقوقی را بدانند. گرچه توافقات سازمانی موجب تأسیسات جدید، تا حد زیادی در راستای منع اعمال حقوق بین‌الملل عامند، لکن حقوق بین‌الملل عام همچنان اعتبار اولیه خود را از دست نخواهد داد، چرا که «قواعد اولیه کنترل رفتار» در هر حال اعتبار خود را همچنان حفظ می‌کنند.^{۱۰۱}

97. law of universe

98. planetary rules

99. Arangio-Ruiz, G., 'Summary Records of the Meetings of the Forty-fourth Session', ILC Yearbook Vol. I (1992) 76.

100. Craven, M. 'Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law', XIV Finnish Yearbook IL (2003) 3, at 12 in Simma, of Planets, *op.cit.*, p. 47.

۱۰۱. لذا برای مثال، قواعد مسئولیت بین‌المللی همچنان حاکم است، اما قواعد ثانوی آن در تعیین میزان خسارت، نحوه جبران و مانند این‌ها بسته به نوع تأسیس متفاوت خواهد بود.

به‌رغم دغدغه برخی از حقوق‌دانان بین‌المللی در مورد کثرت و مسائل حاشیه‌ای و متعاقب آن در گستره حقوق بین‌الملل، برخی معتقدند در صورت آگاهی سایر رژیم‌ها از تصمیمات اتخاذی توسط یک رژیم حقوقی خاص یا دامنه و گستره هنجاری رژیم، بیش‌ترین سازگاری و تفاهم در میان رژیم‌های حقوقی مختلف امکانپذیر خواهد بود.^{۱۰۲} رویکرد دیگر مبتنی بر این است که محاکم موجود در یک رژیم حقوقی خاص، قواعد حقوقی سایر رژیم‌های حقوقی را به‌عنوان قواعد ذیربط حقوقی قابل اعمال در روابط میان طرفین مورد شناسایی قرار دهند.^{۱۰۳} برخی نیز معتقدند گسترش رژیم‌های بین‌المللی و دیوان‌های جداگانه آن‌ها تهدیدی برای انسجام سیستم حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شود؛ زیرا در نهایت می‌توان انتظار داشت که اظهارات سنجیده‌تر و مطلوب‌تری در گستره حقوق بین‌الملل توسعه یابند و از این حیث، به حقوق بین‌الملل غنای بیش‌تری بخشند.^{۱۰۴} به هر حال، روشن است که ارتباط میان حقوق بین‌الملل عام و خاص در رابطه‌ای سیستمیک غیرقابل انکار است. با این حال، برای روشن شدن مفهوم رژیم‌های خودبسنده (خاص) لازم است ویژگی خودبستگی را بیش‌تر مورد توجه قرار دهیم.

بند پنجم) خودبستگی رژیم‌های حقوقی

از آن‌جا که در واقع هیچ رژیم حقوقی قادر نیست در انزوا به حیات خود ادامه دهد، مسلم است که «خودبستگی»^{۱۰۵} ویژگی روابط حقوقی میان سیستم‌ها و زیرسیستم‌های یک مجموعه حقوقی نیست.^{۱۰۶} به مجرد این‌که یک رژیم حقوقی خاص، فاقد قواعد اولیه یا برخی قواعد ثانوی باشد، هنجارهای حقوق بین‌الملل عام وارد عمل می‌شوند. علاوه بر آن در زمانی‌که رژیم نتواند به‌درستی کارویژه‌های تعریف شده خود را به انجام رساند، باز هم حقوق بین‌الملل عام جایگزین آن می‌شود.^{۱۰۷} پس در واقع هیچ رژیم حقوقی (زیرسیستم‌ها) قادر نیست مستقل از حقوق بین‌الملل عام به حیات خود ادامه دهد.^{۱۰۸}

102. Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law," (2004) Michigan Journal of International Law 25, p.999.

103. Pauwelyn, Joost, "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of InterConnected Islands" (2004) 25 Mich.J.Int'l L., p.903.

104. Charney I. Jonathan, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals" (1999) 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol, pp.697-700.

105. self-containedness

106. See Simma, Self-Contained Regimes, *op.cit.*, p.111.

107. See ILC Report, *supra*, *op.cit.*, p.100.

108. See ILC Report, *ibid.*

با این حال، در صورتی که خودبستگی را زمینه‌ساز تداوم حیات و بقای سیستم بدانیم، وضعیتی قابل تصور هست که براساس آن، رژیم‌های (خاص) خودبسته، به‌عنوان عقلانیت‌های اجتماعی متفاوت بتوانند خودبسته باشند.^{۱۰۹} به این ترتیب، از آن‌جا که نهادها و مراجع ذیصلاح رسیدگی در کلیه رژیم‌ها، به‌منظور مدیریت اعمال هنجارها و قواعد حقوقی و تضمین تداوم آن‌ها شکل می‌گیرند، هر رژیم قادر خواهد بود تا سلسله‌مراتبی از هنجارها و تأسیسات مورد نظر خود را براساس عقلانیت مورد نیازش طراحی کند. قضاوت‌ها در درون هر رژیم نیز براساس ارزش‌های آن رژیم و در راستای تضمین حیات مستمر رژیم صورت خواهد گرفت. با این وصف، هر رژیم حقوقی با تداوم بقا و تضمین حیات خود، به نوعی خودبستگی دست می‌یابد^{۱۱۰} که در آن خواهد توانست زمینه لازم برای بقای خود را فراهم آورده، تضمین کند.

برای روشن‌تر شدن موضوع، از رژیم جهانی تجارت به‌عنوان یک عقلانیت اجتماعی خاص مثال می‌زنیم. به زعم کمیسیون حقوق بین‌الملل، از آن‌جا که نهادهای حل اختلاف سازمان جهانی تجارت، به‌طور گسترده از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوقی (مربوط به سیستم مادر) در تفسیر معاهدات سازمان استفاده کرده‌اند، می‌توان به این امر اذعان داشت که معاهدات سازمان، صرف‌نظر از ماهیتشان، با حقوق بین‌الملل عام ارتباط نزدیک و تنگاتنگی دارند. تنها مسأله‌ای که باقی می‌ماند این است که آیا امکان دارد «عقلانیت تجاری» گاه و بیگاه با عقلانیت «حمایت از حاکمیت» در تعارض قرار گیرد و در این صورت، کدام بر دیگری مرجح است، کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص معتقد است که اصول و اهداف کلی حقوق تجارت، برای نهادهای تجاری و مفسران سازمان قابل قبول‌تر و مناسب‌تر از تکنیک‌های کلاسیک تفسیر است.^{۱۱۱} بنابراین درحالی‌که به‌طور کلی سیستم‌های اجتماعی قادر نخواهند بود بدون برقراری ارتباط با محیط پیرامونشان به حیاتشان ادامه دهند،^{۱۱۲} اما در تعارض در تفسیر، لازم است از همان سازوکارهای بدوی حقوق بین‌الملل، همانند «اصل قاعده خاص» یا «اصل قاعده مؤخر» در حل تعارضات احتمالی استفاده شود.

مسأله دیگری که باید به آن پرداخت این است که آیا تفاوت قواعد اولیه و قواعد ثانویه زیرسیستم‌ها یا توسل به آن‌ها از سوی بازیگران متفاوت در زمینه‌ها و حوزه‌های مختلف، تهدیدی علیه وحدت، انسجام و کارایی کل سیستم حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود؟ پاسخ به

۹۱. به این معنا که خود را از زوال نجات بدهند و دائمی باشند.

110. Khrebtukova, Alexandra, *op.cit.*, p.64.

111. ILC Report, *op.cit.*, pp.71-2.

۱۲۱. به نظر می‌رسد حتی مدعیان استقلال سیستم‌های حقوقی نیز میزانی از این ارتباط را می‌پذیرند.
N., Bruno Simma and Dirk Pulkowski, *op.cit.*, p.492. citing, Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997), at 170, 776, 779.

این پرسش در دو مرحله مجزا از هم قابل بیان است. با این حال، پیش از آن، لازم به ذکر است که گرچه در این مبحث به کثرت سیستمیک می‌پردازیم، اما تجلی این کثرت همچنان در نظام حقوقی (رابطه حقوقی میان سیستم‌ها و زیرسیستم‌ها) خود را می‌نمایاند. با این وصف، دو نوع تعارض در سیستم و زیرسیستم‌ها در هر حال در این قسمت به یکدیگر ملحق شده، در کثرت در نظام حقوقی مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

نخست در تفاوت میان قواعد ثانوی که در این صورت، در واقع، با اقتدار نسبی شاخه‌های مختلف در سیستم حقوق بین‌الملل کارایی رو به رشد قواعد اولیه همچنان تضمین می‌شود. بنابراین بعید به نظر می‌رسد که خللی به انسجام سیستم مادر حقوق بین‌الملل (حقوق بین‌الملل عام) وارد شود. با این وصف، شاخه‌های مختلف حقوقی جزئی جدایی‌ناپذیر از حقوق بین‌الملل عام محسوب می‌شوند^{۱۱۳} که در صورت فقدان اصول اولیه در زیرسیستم یا ناکارامدی آن‌ها، قواعد اولیه سیستم مادر فعال می‌شوند. صورت دوم که در واقع بحث اصلی در آن است، کثرت در قواعد اولیه زیرسیستم‌ها است. آنچه کمیسیون حقوق بین‌الملل در بحث مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نیز بر آن تأکید داشت، ضرورت وجود قواعد اولیه یکسان در سیستم حقوق بین‌الملل عام برای سیستم‌ها و زیرسیستم‌های موجود (رژیم‌های حقوقی خاص) بود. در این فرض و با توجه به قواعد کلی (برای مثال در بحث مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به‌عنوان ضرورت جبران خسارت در کلیه سیستم‌ها و زیرسیستم‌ها با موضوعات متفاوت) به این مطلب اشاره شد که حوزه زیرسیستم‌ها در اصل جبران خسارت تعیین‌کننده نبوده، تنها در حوزه قواعد ثانویه اثرگذارند. با این وصف، با قیاس میان کثرت قواعد ثانویه زیرسیستم‌ها و کثرت در نظام حقوقی، به تقابل میان هنجارهای دو سطح متفاوت در مبحث کثرت در نظام حقوقی خواهیم پرداخت.

بند ششم) منطقه‌گرایی و جهانگرایی در حقوق بین‌الملل

به زعم کمیسیون حقوق بین‌الملل، منطقه‌گرایی عمدتاً رویکردها و شیوه‌هایی خاص در ارتباط با اعمال حقوق بین‌الملل هستند.^{۱۱۴} به اعتقاد کمیسیون در این معنا گرچه در حقوق بین‌الملل از

113. Wellens, Karel, Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends, in Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law 3, 27 (L.A.N.M. Barnhorn & K.C. Wellens eds., 1995). In Karel Wellens, Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law Symposium, Fragmentation of International Law and Establishing the an Accountability Regime for Intrnational Organizations: the Role of the Judiciary in Closing the Gap, 25 Michigan Journal of International Law, 2004, 1160.

114. ILC. Rep. *op.cit.*, 2006, p. 105.

رویکردهای «انگلیسی - امریکایی» یا «قاره‌ای»^{۱۱۵} سخن به میان می‌آید، معمولاً چنین مرزبندی‌هایی کم‌تر در گستره حقوق بین‌الملل قابل قبول است.^{۱۱۶}

منطقه‌گرایی به هیچ‌وجه به معنای حذف یا نادیده گرفتن ماهیت جهان‌شمول حقوق بین‌الملل نیست. به عقیده برخی، «اولین و مهم‌ترین اصل حقوق بین‌الملل ویژگی جهان‌شمولی آن است. این ویژگی به حقوق بین‌الملل امکان می‌دهد تا در تمامی کشورها، صرف‌نظر از فرهنگ، اقتصاد، سیاست یا ریشه‌های تاریخی و مذهبی‌شان معتبر و قابل اجرا باشد.»^{۱۱۷} با این حال، «روبرت جینگز» خود می‌افزاید این سخن به آن معنا نیست که جهان‌شمولی حقوق بین‌الملل مانع از تفاوت‌های منطقه‌ای است. به عبارتی جهان‌شمولی هرگز به معنای یکسانی و یکنواختی نیست. بنابراین می‌توان گفت که حقوق بین‌الملل منطقه‌ای، با گستره‌ای از متغیرهای ذریع‌بخشی از یک سیستم حقوقی فراگیر محسوب می‌شود که در نهایت اعتبار خود را از کلیت سیستم حقوقی می‌گیرد.^{۱۱۸}

نباید از خاطر برد که اگر در حقوق بین‌الملل کلاسیک، گونه‌گونی مناطق جغرافیایی، نیروهای محرکه پنهان حقوق بین‌الملل محسوب می‌شدند، امروزه این نیروها، اغلب در قالب منافع جهانی در حوزه‌هایی مانند منافع تجاری، دغدغه‌های زیست محیطی یا حتی حقوق بشری در آمده‌اند. با این وصف، با برقراری پیوندی میان تکرر سیستمیک و منطقه‌گرایی همچنان می‌توان در این خصوص نیز اذعان داشت که انحصار موضوعات در حوزه‌های جغرافیایی (همانند شکل‌گیری زیرسیستم‌ها)، به معنای خروجشان از کلیت سیستم حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شود.

115. continental international law

116. International Law Commission Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, p. 104, citing Hersch Lauterpacht, "The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law", BYBIL vol. 12 (1931) pp. 31-62. See also e.g. Edwin D. Dickinson, "L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains", Recueil des cours, vol. 129 (1970) pp. 305-395.

117. Jennings Robert, "Universal International law in a Multicultural World" in Maarten Bos & Ian Brownlie, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987) also published in *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (The Hague: Kluwer, 1998) p. 341 cited in ILC. *Rep.op.cit*, p. 105.

این اصل، حقوق بین‌الملل را از انحصار یک منطقه جغرافیایی یا یک قلمرو اقلیمی یا حتی یک حوزه موضوعی خاص خارج می‌کند. به این ترتیب، حقوق بین‌الملل در کلیت خود جهان‌شمول است، البته جهان‌شمولی با منطقه‌گرایی حقوق بین‌الملل تضعیف نخواهد شد، چرا که منطقه‌گرایی به‌زعم برخی حتی به اعمال و اقتدار بیش‌تر حقوق بین‌الملل نیز می‌انجامد. با این وصف، جهان‌شمولی پیش از منطقه‌گرایی به ذهن متبادر می‌شود.

118. *Ibid.*

از سوی دیگر، منطقه‌گرایی به معنای تکنیکی برای قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل نیز به کار می‌رود.^{۱۱۹} این جنبه از آن جهت حائز اهمیت است که به تبعیت بیش‌تر بازیگران منطقه‌ای و در نتیجه تضمین اجرای مؤثر و کارآمدتر آن در هر منطقه جغرافیایی می‌انجامد. از آن‌جا که بازیگران در هر منطقه جغرافیایی، قواعدی را که با فرهنگ پیرامونشان سنخیت بیش‌تری داشته‌باشند به بهترین نحو اجرا می‌کنند.^{۱۲۰} قانونگذاری در سطح منطقه‌ای می‌تواند باور به قراردادادن قواعد حقوقی در چارچوبی باشد که نه‌تنها کارآمدی سیستم حقوقی را زیر سؤال نمی‌برد، بلکه به انسجام و اجرای بهتر هنجارهای حقوقی می‌انجامد، با این شرط که مغایرتی با اصول حقوق بین‌الملل عام نداشته‌باشند.

به زعم «ژرژ سل» منطقه‌گرایی، تابعی از «فدرالیسم» و فرایندی است که از سوی تک‌تک دولت‌ها به قصد خلق واحدهای هنجاری بزرگ‌تر ناشی از دوایر گسترده «همبستگی» دنبال می‌شود. این امر تنها ناشی از جاذبه‌های طبیعی میان دولت‌های همسایه نیست، بلکه گاهی ناشی از ضرورت «تقسیم کار»^{۱۲۱} و گاهی مقابله با یک تهدید مشترک^{۱۲۲} است. در این صورت نیز موضوعات حقوقی در قالب‌هایی اعمال می‌شوند که به‌مراتب با استقبال بیش‌تری همراه خواهند بود.

«قاضی آلوارز» در همین رابطه در قضیه پناهندگی در منطقه آمریکای لاتین چنین اظهار داشت که «قواعد منطقه‌ای حتی در زمانی که یک دولت به‌طور خاص مقرره مورد نظر را نپذیرفته یا تصویب نکرده، برای او الزام‌آور است».^{۱۲۴}

119. ILC Rep.op.cit, p. 106.

۲۰۱. شاید از همین رو باشد که رژیم‌هایی مانند حقوق بشر یا تجارت آزاد در قالب‌های منطقه‌ای، مانند حقوق بشر در اروپا یا آمریکا آغاز گشته است.

۱۲۱. در قالب اتحادیه‌های اقتصادی منطقه‌ای

۲۲۱. در جهت توسعه سیستم امنیت منطقه‌ای

123. Scelle, "Cours de droit international public", (Paris: Domat-Montchrestien, 1948) p.253.

۱۲۴. در قضایای پناهندگی هایدولانوره (۱۹۵۱) کلمبیا اظهار داشت که نوعی حقوق آمریکایی یا آمریکای لاتینی در ارتباط با پناهندگی دیپلماتیک پدید آمده است. «قاضی آلوارز» معتقد بود که این امر با خواست و اراده مردم آمریکای لاتین صورت گرفته است و این اقدام را در راستای هماهنگی با خواسته‌ها و اراده آن‌ها در ارتباط با قاره‌ای دانست که در آن زندگی می‌کنند. در واقع این اظهار، با هدف عدول از حقوق بین‌الملل عام و همراه با این توجیه بود که اراده و نیت اصلی و قبلی در این خصوص وجود داشته است. با این وصف، کلمبیا و قاضی آلوارز هر دو معتقد بودند که هنجارهای مذکور، هم برای کلمبیا و هم برای سایر دولت‌های منطقه که چنین عرفی را نپذیرفته بودند، الزام‌آور است. درحالی‌که حتی «آلوارز» تأثیر این قواعد را به سایر دولت‌های خارج از منطقه در مسائلی که با آمریکای لاتین در ارتباط بود، نیز تسری می‌داد. رجوع کنید به:

Asylum case (Colombia/Peru) I.C.J. Reports 1950 (dissenting opinion of Judge Alvarez) p. 293, 316.

در فرض مواجهه جهانگرایی و منطقه‌گرایی^{۱۲۵} نیز کمیسیون حقوق بین‌الملل، قواعد منطقه‌ای را به تبعیت از رویکرد «اندرو هورل» به قلمروی اجرایی خاصی منحصر می‌کند. با این وصف، رابطه موجود همانند رابطه قواعد عام و خاص خواهد بود و قواعد منطقه‌ای و جهانی مکمل یکدیگر خواهند بود.^{۱۲۶}

تا این‌جا روشن شد که کثرت در سیستم حقوقی رخ می‌دهد و در نظام حقوقی خود را می‌نمایاند. با این حال، پیش از آن‌که وارد نظام حقوقی و چگونگی مواجهه با تعارض احتمالی شویم لازم است به سیاست احتمالی در خصوص کثرت بپردازیم. این امر نه تنها به روشن شدن بیش‌تر مفهوم کثرت می‌انجامد، بلکه تأکیدی دوباره بر رابطه تنگاتنگ حقوق و سیاست است.

مبحث دوم) کثرت نظام حاکم بر سیستم حقوق بین‌الملل از حیث هنجاری

در مبحث گذشته به این نکته اشاره کردیم که فرایند کثرت در سیستم حقوق بین‌الملل و در نظام حقوق بین‌الملل، در دو سطح متمایز، اما مرتبط متجلی می‌شود. به عبارتی گرچه کثرت اصلی در سیستم حقوقی صورت می‌گیرد، اما تأمل در آن تنها از خلال نظام حقوقی حاکم بر سیستم امکان‌پذیر است یا به عبارت بهتر نتیجه کثرت در نظام حقوقی و از خلال رابطه موجود در هنجارها و رژیم‌های موجود در سیستم قابل مشاهده خواهد بود. در این مبحث به تبیین و تشریح این مفاهیم و ارزیابی حقوقی آن‌ها از حیث نظری و همچنین در روبه خواهیم پرداخت.

۲۵۱. این بحث، دارای جنبه‌های عمیق فلسفی در حوزه نسبی‌گرایی است که نه کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش خود به آن‌ها اشاره کرده و نه می‌توان به تفصیل در این مجال به آن‌ها پرداخت. کمیسیون حقوق بین‌الملل به یک جنبه دیگر نیز اشاره کرد که به نظر نمی‌رسد در این نوشته در متن قرار گیرد. بحث کمیسیون در ارتباط با ترتیبات منطقه‌ای موضوع بند ۱ ماده ۵۲ منشور ملل متحد و تقدم و تأخر چنین اقداماتی با اقدامات اجرایی شورای امنیت بود. براساس بند ۲ ماده ۵۲، اعضای ترتیبات یا کارگزاری‌های منطقه‌ای باید هر تلاشی را در راستای حل اختلافات خود از طریق ارجاع اختلافات به شورا به عمل آورند. روشن است که اقدامات اژانس‌های تخصصی یا ترتیبات منطقه‌ای نمی‌تواند صلاحیت شورای امنیت را در هر زمانی که صلاح بداند مسأله را مورد رسیدگی قرار دهد، مثلاً در زمانی که اقدامات صورت گرفته مناسب یا مؤثر نبوده، استثنا کند. لذا برخی معتقدند فصل هشتم منشور ملل متحد، مقرراتی کارکردی‌اند که براساس اصل صلاحیت فرعی مبتنی بر عمل مؤثر (subsidiarity) به بهترین واکنش در برابر یک مسأله خاص منجر می‌شوند؛ هرچند اعتبار اقدامات شورای امنیت در هر قضیه محفوظ است. رجوع کنید به:

Hummer & Schweitzer, "Article 52", in Bruno Simma (ed.), "The Charter of the United Nations. A Commentary" (Oxford: Oxford University Press 1995) pp. 683-722.

126. ILC Rep. p.111-112, citing Andrew Hurrell, "Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World" in Tim Dunne & Nicholas J. Wheeler (eds.), Human Rights in Global Politics (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) pp. 294-297.

بند اول) تأملی در تعارض هنجارها از حیث نظری

کثرت هنجاری، مبین تعامل پیچیده‌ای است که از تنوع و تکثر هنجارهای حقوقی مختلفی که در اسناد و منابع حقوقی متعدد آمده‌اند، ناشی می‌شود. در چنین وضعیتی، دغدغه اصلی این است که در یک موضوع معین کدام هنجار بر دیگر هنجارهای موجود غالب است و چگونه می‌توان میان هنجارهای متعدد موجود، سازشی قابل قبول برقرار کرد.^{۱۲۷} برای مثال، درحالی‌که عمده منابع موجود در سیستم حقوق تجارت بین‌الملل به آزادسازی تجارت باور دارند، دغدغه‌ها و ارزش‌های غیراقتصادی مندرج در برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی (به‌ویژه اسناد بشری) ممکن است در مسیر محدودسازی تجارت حرکت کنند.^{۱۲۸}

از آن‌جا که کثرت عمدتاً در طی یک فرایند متعارض هژمونیک، صورت عینی می‌گیرد، انعکاسی موقتی و گذرا از چندپارگی چندبعدی در میان هنجارها و تأسیسات موجود در جامعه جهانی در کل است.^{۱۲۹}

به هر حال، سه نوع تکثر در گستره حقوق بین‌الملل از یکدیگر قابل تحققند. نخست، آنگاه که نهادهای جدید به‌صور گوناگون به تفسیر قوانین عام می‌پردازند، به تکثر دامن می‌زنند. در قضیه *تادیچ* در سال ۱۹۹۹، دیوان فرجام یوگسلاوی سابق، معیار «کنترل کلی» را به‌عنوان قانون حاکم بر مسئولیت دولت‌های خارجی بر اقدامات طرفین در یک مخاصمه مسلحانه جایگزین معیار «کنترل مؤثر» که توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۸۶ تعیین شده بود، دانست. با این اقدام، به زعم بسیاری، دیوان در راستای تقویت مسئولیت بین‌المللی، در مقابله «با بی‌کیفری» حرکت کرد.^{۱۳۰} صورت دوم تکثر، ایجاد رژیم‌های جدید به‌عنوان استثنائاتی بر قواعد عام حقوق بین‌الملل است. برای مثال، معاهدات حقوق بشری، از سوی نهادهای حقوق بشری به نحوی متفاوت از شیوه «مرسوم»^{۱۳۱} در سایر تعهدات قراردادی تفسیر می‌شوند و

127. Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003); and C. MacLachlan, 'The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention' (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279.

۲۸۱. برای مثال درخصوص تعارض میان قواعد تجاری و هنجارهای زیست‌محیطی رجوع کنید به:

Trade and Environment in the WTO: State of Play' (2002) 36(1) *Journal of World Trade* 129.

درخصوص تعارض میان قواعد تجاری و موافقتنامه‌های موجود در زمینه تنوع فرهنگی رجوع کنید به:

T Voon, 'UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures' (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 635).

129. Teubner and Fischer-Lescano, 'Regime-Collision, *Ibid.*, p. 1004.

130. The Prosecutor v. Dusko Tadic 1999, p. 50, para 122.

131. regular

معمولاً این اقدام با توجه به هدف و موضوع چنین معاهداتی و در راستای ترجیح این حوزه‌ها بر تشریفات غیرقابل انعطاف حقوق بین‌الملل کلاسیک صورت می‌گیرد.^{۱۳۲}

صورت سوم تکثر نیز زمانی محقق می‌شود که رژیم‌های حقوقی گوناگون مثلاً تجارت در برابر محیط زیست، حقوق بشر در برابر حقوق بشردوستانه و حقوق دریاها در برابر حقوق جامعه اروپا، در مقابل یکدیگر قرار گرفته، به رقابت با یکدیگر می‌پردازند.

به این ترتیب، تکثر حقوق بین‌الملل مورد نظر در این مجال، انشعاب سیستم حقوق بین‌الملل به رژیم‌های کاربردی معین مانند حقوق تجارت، حقوق بشر، حقوق کیفری، حقوق محیط زیست، حقوق دریاها و مانند اینها است که هر کدام مبتنی بر دسته‌ای خاص از منافعت و با تخصص و حوزه صلاحیتی محدودتری مدیریت می‌شوند.^{۱۳۳} با این اوصاف، به این بحث در دو قالب کلی نظری و رویه (برای مثال در حوزه تجارت جهانی) خواهیم پرداخت.

کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است در صورت بروز هر گونه تعارض - در نتیجه تنوع و تکثر - در نظام - سیستم حقوق بین‌المللی، تعارض موجود از طریق دو اصل پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل کلاسیک یعنی «اصل قاعده خاص»^{۱۳۴} و «قاعده مؤخر»^{۱۳۵} قابل حل است.^{۱۳۶}

با این وصف، گرچه قواعد خاص، تحت شرایطی می‌توانند از حقوق بین‌الملل عام تخطی کنند، حقوق بین‌الملل عام، همچنان اعتبار اصلی و اولیه خود را حفظ خواهد کرد. همان‌گونه که پیش از این نیز گفته شد، در یک سیستم حقوقی کارآمد، همچنان ضروری است تا خلأهای موجود در رژیم‌های حقوقی متفاوت (زیرسیستم‌ها) با قواعد اولیه حقوق بین‌الملل عام پر شود. از طرفی در زمانی که اثبات شود این ساختارهای هنجاری خاص نمی‌توانند موضوع ذریبط را به نظم کشند، حقوق بین‌الملل عام قادر خواهد بود به‌عنوان جایگزین آن‌ها عمل کند.^{۱۳۷} این در حالی است که خود کمیسیون ضمن اشاره به این مطلب که قواعد عادی حل تعارض میان هنجارها در برخی قواعد خاص قابل اعمال نیست، به تأیید وجود هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل و بیان ارزش

۳۲۱. این امر برای نهادهای حقوق بشری این امکان را فراهم می‌آورد تا به نحو گسترده صلاحیت خود را افزایش دهند. برای آگاهی بیشتر رجوع کنید به:

e.g. Human Rights Committee, General Comment No. 24 (52) 2006, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

133. Koskeniemi, Martti, Critical Modernities: Politics and Law beyond the Liberal Imagination, CONSTITUTIONALISM AS MINDSET: REFLECTIONS ON KANTIAN THEMES ABOUT INTERNATIONAL LAW AND GLOBALIZATION, Theoretical Inquiries Law, no.9. pp. 13-14.

134. Lex specialis derogate generalis

135. Lex posterior derogate priori

136. ILC Rep. *op.cit.*, p. 22, 34.

137. ILC Rep., *op.cit.*, con.15-16.

آن‌ها در رابطه‌ای سلسله‌مراتبی با سایر هنجارهای حقوقی می‌پردازد.^{۱۳۸} به این ترتیب باید پیش از هر چیز سطحی که هنجارها با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند، تمیز داده شود. به زعم کمیسیون اعمال قانون خاص معمولاً به معنای نابودی قاعده عام زیربط نیست.^{۱۳۹} قانون عام همچنان معتبر و قابل اجرا باقی می‌ماند و ضرورت اعمال اصل «هماهنگ‌سازی»،^{۱۴۰} همچنان به‌عنوان دستورالعملی کلی و اولیه برای تفسیر و اعمال قانون خاص زیربط و همچنین در تمامی مواردی که قانون خاصی آن موارد را پوشش نمی‌دهد، لازم‌الاجرا است.^{۱۴۱} با این وصف، تلاش در برقراری نوعی وحدت سیستمیک، در نتیجه تفسیر راهکاری اولیه در پیشگیری از بروز تعارض محسوب می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه حق عبور در سال ۱۹۵۷ اظهار داشت: «این یک قاعده کلی تفسیر است که لازم است هر متنی، به‌گونه‌ای تفسیر شود که آثاری مطابق با حقوق موجود، نه در مغایرت با آن ایجاد کند».^{۱۴۲} با این حال، چنین اصلی تنها قادر است با تشویق طرفین به اتخاذ برخی سازوکارهای خاص از بروز برخی تعارضات سطحی پیگیری کند، هرچند که در عمل، در پیشگیری از بروز تعارضات جدی عاجز است.^{۱۴۳} این از آن جهت است که چنین راهکارهایی عمدتاً تنها جنبه

۳۸۱. به زعم کمیسیون «یک قاعده حقوق بین‌الملل می‌تواند به لحاظ ماهیت و سرشت، همچنین به لحاظ پذیرش جهانی آن بر دیگر قواعد حقوقی اولویت داشته باشد. این قضیه درخصوص هنجارهای آمره صادق است. رجوع کنید به:

ILC Rep., *op.cit.*, 2006, concl.32.

139. Nicaragua case, *ibid.* p. 14 at p. 95 para. 179,

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه در همین رابطه اظهار داشت: روشن است که... قاعده بین‌الملل عرفی، حتی در جایی که دو مجموعه عرفی و قراردادی محتوایی همسان داشته باشند، به حیات خود ادامه می‌دهد و همچنان منصرف از قاعده بین‌المللی قراردادی قابل اعمال است. نظر دیوان را با توجه به این نکته در نظر بگیرید که عمده هنجارهای عام حقوق بین‌الملل ماهیتاً از جنس عرف‌های عامند. با این وصف می‌توان گفت که حقوق عرفی زیربنا و هنجارهای قراردادی عمدتاً روبنای حقوق بین‌الملل را به نمایش می‌گذارند. برای مطالعه بیش‌تر رجوع کنید به: سیدقاسم زمانی، حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه، مجله حقوقی، ش ۲۰، ۱۳۷۵، ص ۲۹۷-۲۵۱.

۴۰۱. یا وحدت سیستمیک، تلاش در جهت مذاکره و پیشگیری از شکل‌گیری تعهداتی مغایر با تعهدات اولیه از سوی طرفین یا اشخاص ثالث.

۴۱۱. دیوان بین‌المللی دادگستری در بند ۲۵ صفحه ۲۴۰ نظریه مشورتی خود درخصوص مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای به این ترتیب به تشریح ارتباط میان حقوق بشر و حقوق مخاصمات مسلحانه می‌پردازد: «...حمایت از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمان جنگ متوقف نمی‌شود، مگر در چارچوب عملکرد ماده ۴ میثاق... این که معیار محرومیت خودسرانه از حق حیات چیست، به هر حال، توسط قاعده خاص تعیین می‌شود و به عبارتی، توسط قانون قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه که برای ضابطه‌مند کردن رفتار متخاصمین در زمان جنگ تدوین شده است. بنابراین این که آیا میزانی خاص از خسارت‌های جانی از طریق توسل به سلاح‌های معینی در زمان مخاصمه می‌تواند مصداق محرومیت خودسرانه از حق حیات تلقی شود که مغایر با ماده ۶ میثاق است، تنها از طریق ارجاع به قانون قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه تعیین خواهد شد و از اصطلاحات به‌کار برده‌شده در متن میثاق قابل استنباط نیست».

142. Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections) (*Portugal v. India*) I.C.J. Reports 1957 p. 142.

143. Borgen, Resolving Treaty Conflicts", *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005), pp. 605-606.

تأملی در وحدت و کثرت نظام ... ❖ ۴۳

پیشگیرانه دارند و روشن است که پیشگیری در نهایت نخواهد توانست در کلیه موارد از بروز تعارض در مرحله بعدی جلوگیری کند. بنابراین ضمن توجه به سازوکارهای لازم در جهت پیشگیری از بروز هرگونه تعارض لازم است به راهکارهایی جدی در حل معضلات احتمالی نیز اندیشید.

با این وصف و با توسل به این واقعیت که عمده‌تاً سازوکار حل تعارض در حقوق بین‌الملل عمومی سازوکاری بدوی است، کمیسیون حقوق بین‌الملل با طرح دوباره سازوکارهای موجود در کنوانسیون وین به تکرار راهکارهای قبلی اشاره می‌کند؛ اما یک معضل ساختاری همچنان وجود دارد و آن این است که چگونه می‌توان تقدم و تأخری را در میان دو اصلی که کمیسیون به آن‌ها اشاره کرده، برقرار کرد.^{۱۴۴} با توجه به همین امر، به زعم برخی، این دو سازوکار موجود در حقوق بین‌الملل معاصر، نمی‌توانند راهکاری جامع در حل تعارض تعهدات قراردادی باشند؛^{۱۴۵} اما همزمان باید به این نکته توجه کرد که چون امروزه بسیاری از معاهدات دارای یک سازوکار مشخص حل اختلافند که مرجع قضایی مشخص و سازوکار از پیش تعیین‌شده‌ای را برای حل تعارض احتمالی پیش‌بینی می‌کنند،^{۱۴۶} کارکردگرایی و تفاوت‌های فنی در هر قضیه با قضیه دیگر، در بسیاری موارد از بروز تعارض پیشگیری و در مرحله بعدی با توجه به مقتضیات خاص هر مورد آن‌ها را حل و فصل می‌کند.

در تعارض سیستمیک میان زیرسیستم‌ها با قیاس از تعارض در هنجارهای حقوقی، مسأله قابل حل است. اگر بپذیریم که رژیم‌های خاص، «اشکال تقویت شده‌ای» از قواعد خاص هستند، با این وصف، روشن است که دو سازوکاری که به آن‌ها اشاره شد، در تعارض سیستمیک نیز به کار می‌آیند. با این حال، همچنان نباید از یاد برد که بحث در تعارض میان رژیم‌های خاص (زیرسیستم‌ها) با یکدیگر، متفاوت از تعارض میان رژیم‌ها (زیرسیستم‌ها) و سیستم مادر (حقوق بین‌الملل عام) است.

144. Bobbio, N., Contribution a la Toria del Derecho, 361-64 (Fernando Torres, Valencia, 1980), cited in Pablo Zapatero, Symposium International Trade and Commrcial Law for the Twenty first Century: Modern Intrnational Law and the Advent of Spcial Lgal Systems, 23 Ariz. J. Int'l & Comp. Law, (Fall, 2005), p. 59.

۴۵۱. به زعم «یان سینکлер» وضعیت‌های متفاوت حادث، مانع از این است که دو اصل فوق به‌تنهایی بتوانند به حل تعارض بینجامند. رجوع کنید به:

Sinclair, Ian M., "the Vienna Convention of th Law of the Treaties", 93-94, 98 (Manchester Univ. Press, 1984).

146. C.F. Amerasinghe, Jurisdiction of International Tribunals, (Kluwer L. Int'l, 2003) in Pablo Zapatero, *op.cit.*, p. 62.

در فرض انتخاب یک رژیم از بین چندین رژیم حقوقی (در فرض تعارض زیرسیستم‌ها) قابل اعمال در یک قضیه معین، به زعم برخی، مسأله اساسی این است که موضوع مطرح از کدام زاویه مورد بررسی قرار گیرد و کشف زاویه مسأله به این بر می‌گردد که تأسیس مرتبط در راستای رسالت و هدف ساختاری‌اش چگونه مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.^{۱۴۷} برای مثال، اگر رکن استیناف سازمان جهانی تجارت با گوشت‌های هورمونی به‌عنوان یک مسأله تجاری (به جای یک مسأله در ارتباط با سلامت) برخورد کرد، این امر ناشی از این حقیقت است که سازمان متعهد بوده از چنین زاویه‌ای با این قضیه برخورد کند.^{۱۴۸} یا برای مثال، مشابه همین قضیه، اگر دیوان امریکایی حقوق بشر، حمایت کنسولی را در زمره حقوق بشر توصیف کرد، این امر دارای ارتباط کاملاً منطقی با دورنمایی از منافی بود که دیوان متعهد به حمایت از آن‌ها محسوب می‌شد.^{۱۴۹} یا برای مثال در برخی قضایای مطرح در اشغال عراق نیز مباحث فراوانی از زوایای مختلف «حقوق بشر» و «امنیت» مطرح شد و مورد بررسی قرار گرفت که در هر یک، قضیه از دریچه‌های متفاوت یا به عبارت بهتر از دریچه منافع و اهداف رژیم‌های خاص مورد بررسی قرار می‌گرفت.^{۱۵۰} در چنین قضایایی بی‌تردید مسأله می‌تواند از دریچه «امنیت» و همچنین از منظر «حقوق بشر» ارزیابی شود. انتخاب قالب و زاویه دید نیز به اتخاذ تصمیم می‌انجامد. با این حال، همچنان برای تعیین قالب، چیزی ماورای رژیم، دستورالعمل یا قاعده صریح یا ضمنی حقوقی وجود ندارد. از همین رو، آنچه درخصوص تعارض هنجاری ذیل دو اصل «قاعده خاص» و «قاعده مؤخر» آمده بر تعارض زیرسیستم‌ها نیز جاری است.

147. Koskeniemi, Martti, «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», Modern Law Review, Volume 70, January 2008, no 1, p. 211.

148. Lowenfield, Anderas, International Economic Law, Oxford, 2008.

149. Inter-American Court of Human Rights, The Right to Information on Consular Assistance Advisory Opinion OC-16/99 (10 October 1999).

۱۵۰. در قضیه‌ای که در سال ۲۰۰۵ میلادی به دادگاه عالی بریتانیا ارجاع شده است، خواهان (شهروندی با تابعیت دوگانه عراق و بریتانیا) ادعا کرد این که او برای مدت ده ماه بدون این که متهم شناخته شود، در حبس بوده است حقوق او را براساس قانون حقوق بشر سال ۱۹۹۸ نقض کرده است. به هر حال دیوان به این مسأله از زاویه «امنیت» نگریست، درحالی که مسأله حقوق بشر برای آن مرجع با چنین رویکردی، جنبه فرعی داشت. این مرجع اظهار داشت: «از آن‌جا که شورای امنیت، خودش مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به عهده دارد، خود متعهد است تعیین کند که نیاز به کاربرد یک نیروی قهری الزامی است. هدف آن نیز بازگرداندن امنیتی است که حقوق بشر کافی در داخل عراق را تأمین می‌کند. کسانی که به شورای امنیت در تحقق چنین امری کمک می‌کنند، از سوی شورای امنیت مجوز چنین اقدامی را دارند که این مجوز شامل بازداشت برای رسیدن به هدف شورا در موارد ضروری نیز می‌شود. رجوع کنید به:

The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v Secretary of State for Defence Judgment of 12 August 2005, Case No CO/3673/2005, [2005] EWHC1809 (Admin) at [104].

بند دوم) تعارض هنجارهای حقوق بین الملل در عمل

کار کمیسیون حقوق بین الملل در حوزه تکرر، عمدتاً متمرکز بر تأکیدی مجدد بر قواعد بدوی از پیش موجود برای حل تعارضات است. کمیسیون به این نتیجه می‌رسد که ماهیت فرایند حل اختلاف در سیستم حقوق بین الملل منحصرأ جنبه سیاسی ندارد^{۱۵۱} و دورنمای هر رژیم باید با توجه به هنجارهایش در قالب «قاعده خاص» مورد توجه قرار گیرد.^{۱۵۲}

به هر حال، به نظر می‌رسد چندپارگی، معضلی نیست که نیاز به حل داشته باشد، بلکه در مقابل، نشانه‌ای از این ضرورت است که سیستم حقوق بین الملل، «تنوع هنجارهای حقوقی»^{۱۵۳} یا به عبارت بهتر «کثرت تنوع هنجارهای حقوقی» را در پرتو ساز و کارهای موجود به دقت مورد توجه قرار دهد. با این وصف، برای روشن شدن بیش تر جنبه عملی بحث، به اختصار به سیستم موضوعی جهانی تجارت به عنوان یک مثال اکتفا می‌کنیم.

بحث از کثرت سیستمیک، مواجهه قواعد سیستم مادر (حقوق بین الملل عام) و یک زیرسیستم (رژیم حقوقی جهانی تجارت) و ضرورت یک رویکرد واحد از «سیستم حقوق بین الملل» به چند دلیل، جدی و قابل تأمل است. نخست ادعای نقض تعهدات اعضا براساس معاهده سازمان جهانی تجارت موضوع صلاحیت اجباری هیأت‌های سازمان و هیأت فرجام است. دوم این که بسیاری از اختلافات بین المللی دارای برخی جنبه‌های اقتصادی یا تجاری هستند. بنابراین ممکن است در حالی که اساساً تنها جنبه یک اختلاف تجاری را ندارند،^{۱۵۴} نزد سازمان اقامه شوند و از این حیث باید به مسائل مختلفی که در ضمن رسیدگی مطرح می‌شود اهمیت داد. سوم آن که امروزه دولت‌ها بیش از پیش در تجارت آزاد دوجانبه یا منطقه‌ای حاضر می‌شوند. در این زمان، مسائل و مقررات و حتی سیستم‌های حل اختلاف موجود در آن‌ها در بسیاری موارد با سیستم چندبعدی سازمان جهانی تجارت متقارن یا متعارض می‌شود.^{۱۵۵} تنها برقراری ارتباطی

151. See ILC, Apr. 13 Rep., p. 35.

تفاسیر حقوقی و بنابراین، استدلال‌های قضایی باید رابطه‌ای سیستماتیک میان اصول و هنجارها برقرار کنند و از آن‌جا که تفکرات سیستماتیک در منطق حقوقی نفوذ می‌کنند و در قالب تعهدات غیرسیاسی مجریان قانون در اجرای تصمیمات منطق با اولویت‌ها و انتظارات جامعه‌ای که در آن به اعمال قانون می‌پردازند تجلی می‌یابند، از اهمیت فراوانی برخوردارند. رجوع کنید به:

Cf. Kennedy, David, The Nuclear Weapons Case, in International Law: the International Court of Justice and Nuclear Weapons, pp. 462, 466 (Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands eds., 1999).

152. See ILC, Apr. 13 Rep., p. 410.

به علاوه این که موضوع عام یا خاص بودن یک قاعده باید تعیین کننده باشد و این که اولویت باید به قاعده مؤخر نسبت به قاعده مقدم اعطا شود، ماهیت اسناد، هدف و موضوع معاهدات و این که با وجود برخی تنش‌ها در سیستم حقوقی چه شیوه‌ای منطقی اعمال قانون به حساب می‌آید، مورد توجه قرار می‌گیرند.

153. See ILC, Apr. 13, Rep., p. 487.

۵۴۱. از این حیث، در وهله نخست مشمول صلاحیت اجباری سازمان نیستند.

155. Pauwelyne, *op.cit.*, p.905.

میان واقعیات مذکور و عملکرد واقعی سازمان با سیستم مادر خواهد توانست به درک درستی از این تعارض بینجامد، با این وصف چنین تلفیقی را در چند سطح از نظر خواهیم گذراند:

۱. تعارض در مرحله شکل‌گیری تعهدات

هر قاعده حقوقی یا تعهد قراردادی ضرورتاً در چارچوب وسیع‌تر پیکره حقوق بین‌الملل از پیش موجود شکل می‌گیرد. با این وصف، زمانی که قواعد نوین حقوق بین‌الملل خلق می‌شود، پلی از قواعد حقوقی نوظهور به مجموعه حقوق بین‌الملل موجود، بخصوص به ابزارهای کارامدی مانند «کنوانسیون وین حقوق معاهدات»^{۱۵۶} و قواعد موجود در حوزه «مسئولیت بین‌المللی»^{۱۵۷} دولت‌ها زده می‌شود. چنین تعهداتی که در زمره حقوق بین‌الملل عام شمرده می‌شوند در هر تعهد قراردادی جدید اعمال خواهند شد، مگر این که به‌طور خاص و صراحتاً از شمول آن خارج شده باشند. در چنین مواردی، حقوق بین‌الملل عام اساساً ابزاری برای انسجام و وحدت میان رژیم‌های قراردادی موضوعی جدیدی خواهد شد که به پیکره‌اش افزوده می‌شوند.^{۱۵۸}

به‌علاوه هر معاهده، حداقل در روابط میان طرف‌هایش با سایر معاهدات مورد توجه قرار می‌گیرد. لذا گرچه ممکن است هر دو معاهده از سوی همان دولت‌ها تصویب شود، عمدتاً مذاکره و تنظیم پیش‌نویس اولیه آن‌ها از سوی مقامات مشورتی متفاوتی در این دولت‌ها صورت می‌گیرد.^{۱۵۹} در این صورت با وجود هرگونه تنش در میان معاهدات، نخست تلاش می‌شود تا از بروز هرگونه تعارض ممانعت به‌عمل آید و عنداللزوم تا جای ممکن کوشیده می‌شود تا تفسیر به‌گونه‌ای صورت گیرد که میان تفاسیر مختلف هماهنگی به‌وجود آید.^{۱۶۰}

با این وصف، قسمت «سوم» بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق وین درخصوص معاهدات نیز که مقرر می‌دارد «در اعمال یک معاهده باید کلیه قواعد ذیربط حقوق بین‌الملل قابل اعمال در روابط طرفین را مورد توجه قرار داد» به‌عنوان مقرره‌ای از نظام حقوقی سیستم مادر کارایی خود را در حل تعارض احتمالی نشان خواهد داد؛ اما به هر حال، در مواردی امکان تفسیر به‌گونه‌ای که هیچ‌گونه تعارضی در میان هنجارها صورت نگیرد وجود ندارد.

۵۶۱. گرچه کنوانسیون‌های وین ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ نیز مانند بسیاری از تعهدات قراردادی دیگرند و از این حیث تنها زمانی به‌عنوان یک منبع ایجاد تعهد شناخته می‌شوند که دولت یا سازمان بین‌المللی مربوط در زمره طرفین آن درآمده باشند، اما، از آن‌جا که با اقبال فراوانی روبه‌رو شده و بسیاری از مندرجات آن‌ها جنبه عرفی یافته‌اند به‌عنوان دستورالعملی کلی درخصوص دیگر تعهدات قراردادی محسوب می‌شوند و با این وصف می‌توانند جزء پیکره حقوق بین‌الملل عام به حساب آید.

۵۷۱. منظور قواعد اولیه حوزه مسئولیت مانند ضرورت جبران خسارت، ضرورت انتساب عمل به متخلف و ... است.
158. Pauwelyne, *Ibid.*, p.906.

۵۹۱. در این وضعیت برای مثال ممکن است وزارت بازرگانی در برابر وزارت امور خارجه و وزارت بهداشت در برابر وزارت کشاورزی قرار گیرد و مانند این‌ها.

۶۰۱. کمیسیون حقوق بین‌الملل از این مرحله بدوی، با عنوان هماهنگ‌سازی (harmonization) یاد می‌کند.

با این حال، صور مختلف بروز تعارضات هنجاری از یکدیگر قابل تفکیکند. با این وصف، تعارض تنها در میان دو تعهد مانعه‌الجمع تحقق نمی‌یابد، بلکه ممکن است میان تعهد به انجام فعل «الف» ناشی از یک هنجار (مثلاً درخصوص آزادسازی تجارت) و حقی روشن در عدم انجام فعل «الف» براساس یک هنجار دیگر (مثلاً مجوز ممنوعیت واردات کالایی خاص براساس یک معاهده زیست محیطی) بروز کند.

گاه نیز تعهدات مانعه‌الجمعند. به هر روی اشکال بروز این تعارض، موجداتی است که در خود رژیم خاص و در برخی تعارضات موجب بی‌اعتباری در سیستم حقوقی مادر (حقوق بین‌الملل عام) است. با این توضیح، برخی تعارضات در میان هنجارها ممکن است به اختتام هر دو هنجار بینجامد، یعنی در نتیجه تعارض، یکی از دو هنجار مورد نظر اعتبار خود را از دست بدهد، خاتمه یابد یا دیگر قانونی تلقی نشود. می‌توان این نحو از تعارض را تعارض «ذاتی هنجاری» نامید. برای مثال، هنجارهای جدید مغایر با قواعد آمره حقوق بین‌الملل،^{۱۶۱} باطل^{۱۶۲} و گاه به واسطه ماده ۵۹ کنوانسیون وین بی‌اعتبار می‌شوند. از سوی دیگر، ممکن است یک تعهد قراردادی جدید ناشی از یک موافقت‌نامه دوجانبه میان تعداد محدودی از دولت‌ها، برای مثال در میان اعضای سازمان جهانی تجارت یا براساس یک موافقت‌نامه چندجانبه موسع و از پیش موجود، به‌صراحت ممنوع شده باشد، بخصوص در صورتی که این «موافقت‌نامه خاص» به تمتع حقوق سایر طرفین معاهده یا اجرای تعهداتشان خللی وارد سازد.^{۱۶۳} لذا در صورتی که موافقت‌نامه طرفینی (محدود در میان برخی طرفین معاهده اصلی) بر حقوق و تعهدات اعضای سازمان که عضو این موافقت‌نامه نیستند تأثیر بگذارد، فاقد اعتبار حقوقی است. این موضوع در سازمان جهانی تجارت قابل بررسی است.

برای مثال، قانونمندی یک معاهده زیست محیطی که براساس مقررات سازمان، در میان برخی - و نه همه - اعضای سازمان جهانی تجارت منعقد می‌شود، به این امر بستگی دارد که آیا محدودیت‌های تجاری تجویزی یا تحمیلی معاهده زیست محیطی ضرورتاً به تمامی اعضا (از جمله اعضای که عضو معاهده زیست محیطی نیستند) یا صرفاً آن دسته از اعضای سازمان که با معاهده مزبور موافقت کرده‌اند، قابل تسری است یا نه. با این وصف، همه چیز به ماهیت تعهدات سازمان بستگی دارد، یعنی آیا این تعهدات جزء «تعهدات عام‌الشمول» و جمعی محسوب می‌شوند یا ضرورتاً در زمره تعهدات دوجانبه قرار می‌گیرند که تنها در روابط قراردادی برخی اعضای سازمان مؤثرند و تأثیری بر حقوق و تعهدات سایر اعضای سازمان ندارند. از آن جا که

۱۶۱. این قواعد در زمره حقوق بین‌الملل عام قرار می‌گیرند.

۱۶۲. مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون وین حقوق معاهدات.

۱۶۳. همان، مواد ۳۴ و ۴۱.

بیش‌تر تعهدات سازمان در قالب تعهدات دوجانبه جای می‌گیرند،^{۱۶۴} قراردادهای منعقد در خارج از مقررات سازمان، در صورتی که تنها در میان برخی از اعضای سازمان منعقد شوند، مشروط به این که بر حقوق سایر اعضای سازمان تأثیری نگذارند، می‌توانند به وضع محدودیت‌های تجاری خاصی منتهی شوند و همچنان معتبر باقی بمانند.

دسته‌ای دیگر از تعارضات هنجاری، به اعتبار حقوقی هیچ‌کدام از هنجارها خللی وارد نمی‌آورند. با این حال، قواعد مرجع تعیین می‌کنند که کدام هنجار در یک وضعیت خاص بر دیگری مقدم است. در چنین وضعیتی، اگر هر دو هنجار معتبر و قانونی باشند، تعارضی مطرح می‌شود که می‌توان آن را تعارض در اجرای «قانون قابل‌اعمال»^{۱۶۵} نامید.^{۱۶۶} در چنین مواردی، به پیشنهاد کمیسیون حقوق بین‌الملل، صلاحیت اجرای قواعد حل تعارض تنها با مرجعی است که دارای چنین صلاحیتی باشد.^{۱۶۷}

به هر حال از آن‌جا که هیچ سلسله مراتبی در میان منابع حقوق بین‌الملل وجود ندارد، به منظور حل تعارض باید نخست به قواعد حل تعارض صریحی که در معاهده وجود دارد^{۱۶۸} و در صورتی که به چنین قواعدی تصریح نشده باشد، به قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل عام رجوع کرد. مهم‌ترین سازوکار موجود در حقوق بین‌الملل عام، اصل «قاعده مؤخر» است^{۱۶۹} و به نظر می‌رسد اصل «قاعده خاص» نیز در مواردی که قاعده مؤخر کارایی ندارد قابل تأمل است.^{۱۷۰} در قلمرو حقوق داخلی هر دو اصل، مبین نقش نیت و اراده قانونگذار است. با این حال در سیستم حقوق بین‌الملل، از آن‌جا که نمی‌توان با قطعیت یک مقطع زمانی معین را در مورد یک مقرر قراردادی خاص اعلام کرد،^{۱۷۱} «قاعده خاص» همیشه در این قلمرو کارایی لازم را نخواهد داشت. علاوه بر این در معاهدات چندجانبه‌ای که صرفاً یک چارچوب قراردادی یا یک سیستم متکامل را تنظیم می‌کنند که پیوسته توسعه می‌یابد و خود را با تحولات مدرن تطبیق

164. See Pauwelyn, Joost, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature", 5 Eur. J. Int'l. L. 907 (2003).

165. Conflict in the applicable law

166. ILC. Rep. *op.cit.*, pp. 25-26.

۱۶۷. کمیسیون به‌صراحت می‌افزاید که برای مثال نهادهای حل اختلاف حقوق بشری، صلاحیت رسیدگی به مندرجات موافقتنامه‌های تحت پوشش (covered agreements) سازمان جهانی تجارت را نخواهند داشت. رجوع کنید به:

Bartels, Lorand, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", Journal of World Trade, vol. 35, (2001) pp. 501-502, 511-14., ILC Rep. *op.cit.*, p. 28.

۱۶۸. برای مثال ماده ۱۰۴ نفتا مقرر می‌دارد که موافقتنامه‌های زیست‌محیطی بر سایر توافقات نفتا حاکمند.

۱۶۹. ماده ۳۰ کنوانسیون وین.

۱۷۰. برخلاف اصل قاعده مؤخر، کنوانسیون وین به این اصل تصریح نمی‌کند.

۱۷۱. امکان مذاکره مجدد درخصوص معاهده یا الحاق از سوی برخی دولت‌ها ممکن است چنین امری را با دشواری همراه سازد.

می‌دهد، عمدتاً این معاهدات را «معاهدات مستمر»^{۱۷۲} یا «معاهدات پویا»^{۱۷۳} می‌نامند؛ زیرا به‌سختی می‌توان در مقایسه با سایر معاهدات آن‌ها را مؤخر یا مقدم قلمداد کرد و چه بسا این اقدام تنها جنبه تصنعی و صوری داشته باشد.^{۱۷۴} دشوار است بتوان چنین معاهده‌ای را صرفاً به زمانی که شکل گرفته منحصر کرد و مثلاً درخصوص سازمان جهانی تجارت آن را به ۱۵ آوریل ۱۹۹۴ یعنی زمانی که موافقتنامه اولیه سازمان جهانی تجارت متولد شد محدود ساخت.

با این وصف، از آن‌جا که به‌نظر می‌رسد اصل «قاعده مؤخر» در این موارد غیرقابل اعمال است، به زعم برخی در این خصوص می‌توان از اصل «قاعده خاص» استفاده کرد.^{۱۷۵} اگر چنین سازوکاری را در قلمرو جهانی تجارت بپذیریم، در بسیاری از موارد، قواعد عام‌تر سازمان جهانی تجارت - که عمدتاً در ارتباط با محدودیت یا ممنوعیت‌های کمی وارداتی است - تسلیم یک حق یا تعهد خاص‌تر در تحمیل ممنوعیتی معین بنا بر یک موافقتنامه زیست‌محیطی (خاص‌تر) می‌شوند.

علاوه بر این موارد، نوعی تعارض خاص نیز قابل طرح است و آن زمانی است که تعارض، میان دو معاهده‌ای وجود دارد که تنها یکی از دو کشور به هر دو تعهد ملتزم است و کشور دیگر صرفاً در یکی از معاهدات عضویت دارد. این تعارض را می‌توان در یک الگوی نمونه، در تعارض مدل «الف» «ب» یا «الف» «ج» تشریح کرد. در این فرض، «الف» تعهدی در برابر «ب» دارد و متعاقب این تعهد یا در جای دیگر، همان تعهد یا تعهدی مشابه با آن را نسبت به «ج» دارد. در انطباق این وضعیت با تعهدات سازمان جهانی تجارت، دولت «الف» به دولت «ب» تعهد می‌دهد که براساس مقررات سازمان محدودیتی در تجارت متقابل در روابط میانشان ایجاد نکند. سپس «الف» با «ج» موافقت می‌کند که ورود کالاهای تجاری کالاهای دولت ثالث (از جمله «ب») به دولتش را ممنوع کند. این وضعیت از حیث دولت «الف» با نوعی تعارض در اجرای تعهدات قراردادی همراه است. در چنین وضعیتی، دولت «الف» موظف است خود را به تعهدات متقابل در برابر دولت «ب» درخصوص «عدم وضع ممنوعیت» و از سوی دیگر برقراری نوعی «محدودیت تجاری» ملتزم بداند. در هر کدام از وضعیت‌های مطرح، انتخاب دولت «الف» می‌تواند به نقض حقوق دولت‌های «ب» یا «ج» بینجامد.

172. continuing treaties

173. living treaties

۷۴۱. برای آگاهی بیش‌تر رجوع کنید به: هدایت‌الله فلسفی، «حقوق بین‌الملل معاهدات»، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹.

175. Cf. Pauwelyn, Joost, *ibid*, p.909; Anja Lindroos and Michael Mehling, Dispersing the Chimera of 'Self-Contained Regimes, International Law and the WTO', EJIL, vol. 16 (2005) pp. 860-871.

حقوق بین‌الملل در پاسخ به چنین تعارضی هیچ پاسخ مشخصی ندارد. با این حال، قواعد مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها^{۱۷۶} همچنان قابل اعمال است. با این وصف در مثال مذکور در صورتی که دولت «الف» تصمیم به برقراری محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌های تجاری بگیرد و از این طریق حقوق دولت «ب» را نقض کند دولت «ب» حداقل می‌تواند مدعی جبران خسارت یا اقدامات متقابل در چارچوب سازمان جهانی تجارت شود.^{۱۷۷} با این حال در صورتی که دولت «الف» تصمیم بگیرد محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌های تجاری نسبت به دولت «ب» را برطرف کند تعهدات متقابل زیست‌محیطی خود در برابر دولت «ج» را نقض کرده و باز هم مسئولیت بین‌المللی دولت مزبور قابل طرح است. با این وصف، در چنین مواردی تنها راه حل ممکن برای جمع تعهدات هر دو معاهده و حل تعارض، مذاکره مجدد یا تعدیل مفاد هر دو قرارداد به صورتی خواهد بود که بتوان مفاد تعهدات را با یکدیگر جمع کرد.

۲. تعارض در اجرای تعهدات قراردادی

علاوه بر طرح بحث تعارض در زمان شکل‌گیری تعهدات، گاهی تعارض در زمان اجرای تعهدات قابل طرح است. در این خصوص سه مسأله مهم قابل تأمل و تفکیک است: نخست بحث صلاحیت هیأت‌های سازمان جهانی تجارت است که این صلاحیت‌ها تنها منحصر به ادعاهای مرتبط با نقض موافقتنامه‌های تحت شمول سازمان جهانی تجارت است. دوم حقوقی است که سازمان جهانی تجارت می‌تواند در زمان تفسیر مقررات سازمان به آن رجوع کند که در فرایند تفسیر ممکن است هیأت‌های فرجام به قواعدی غیر از قواعد سازمان رجوع کنند.^{۱۷۸}

سوم حقوقی است که هیأت‌های رسیدگی در زمان بررسی و تصمیم‌گیری درخصوص اعتبار لوایح ادعایی به آن‌ها رجوع می‌کنند. گرچه صلاحیت هیأت‌های رسیدگی سازمان منحصر به ادعاهایی است که در چارچوب سازمان صورت می‌گیرد، تمامی هنجارهای لازم‌الاجرای حقوق بین‌الملل در روابط دو طرف اختلاف می‌تواند بخشی از «قانون قابل اعمال» قابل استناد در برابر هیأت‌های رسیدگی باشد. مثلاً «قواعد غیرسازمانی»^{۱۷۹} سازمان جهانی تجارت نیز بخشی از

۷۶۱. به عنوان قواعد نظام حقوقی حاکم بر سیستم مادر (حقوق بین‌الملل عام).

۷۷۱. ر.ک: سیدقاسم زمانی، جایگاه اصل تناسب در سازمان جهانی تجارت، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، زیر چاپ، ۱۳۸۸.

۷۸۱. با این حال به نظر می‌رسد این امر محدود به قواعدی است که انعکاسی از نیت مشترک تمامی اعضای سازمان است و نه قواعد طرفینی. رجوع کنید به: مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین، بخصوص جزء سوم بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین در این خصوص قابل اعمال است که اشعار می‌دارد: «کلیه قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال در روابط طرفین».

179. Non-WTO law

این قواعد در پرکردن خلاءهای سازمانی در سازمان جهانی تجارت نقش برجسته‌ای دارند. رجوع کنید به:

همین قانون قابل اعمال است و بخصوص می‌تواند به‌عنوان مانعی در برابر قوانین سازمان جهانی تجارت به حساب آید. به زعم برخی قانون قابل اعمال در یک اختلاف خاص ممکن است تنها مشتمل بر قانون الزام آور بین دو طرف اختلاف باشد – که در این صورت لازم نیست بر کلیه اعضای سازمان الزام‌آور باشد.^{۱۸۰}

۳. صلاحیت در برابر قانون قابل اعمال

تفاوت میان «صلاحیت» و «قانون قابل اعمال» به‌خوبی در برخی محاکم و دیوان‌های حقوقی بین‌المللی پذیرفته‌شده و اعمال می‌شود.^{۱۸۱} با این حال، چنین تفکیکی در سازمان جهانی تجارت محلی از اعراب ندارد. هرچند برای مثال، درحالی‌که صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی منحصر به کنوانسیون مونترال بود، این امر مانعی برای دیوان در اعمال سایر قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل به‌ویژه قطعنامه ۷۴۸ شورای امنیت نبود.^{۱۸۲}

با این وصف، استناد به «قواعد غیرسازمانی» در برابر یک هیأت رسیدگی نمی‌تواند مانعی در رسیدگی به ماهیت قضیه و یا بروز تعارض به حساب آید. به این ترتیب، قواعد سازمان و قواعد غیرسازمانی هر دو می‌توانند در کنار یکدیگر و با اعتباری «برابر» اعمال شوند. در صورت بروز هر گونه تعارضی در این مرحله، یا باید قواعد خارج از سازمان بی‌اعتبار تلقی شوند یا این‌که معتبر به حساب آیند و از آن‌جا که هر دو، وصف «قوانین قابل اعمال» می‌گیرند و به این ترتیب، تعارض در «قوانین قابل اعمال» (سازمانی و غیرسازمانی) مطرح خواهد شد. با این وصف، برای حل تعارض لازم است یک قانون بر قانون دیگر ارجح شناخته شود. تا این مرحله بحث از قانون قابل اعمال مطرح بود، لکن در زمان ترجیح یکی از دو قانون بر دیگری، در صورتی‌که قواعد سازمان حاکم شمرده شده و نقض شده باشند، هیأت‌های رسیدگی – بدوی یا فرجامی – موظف به رسیدگی به نقض چنین قوانین قابل اعمالی هستند و در صورتی‌که قواعد غیرسازمانی حاکم باشند و اعمال این قواعد، توجیهی در نقض قواعد سازمانی قرار گیرند، هیأت‌های رسیدگی

Meinhard, d Hilf, "Power, Rules and Principles--Which Orientation for WTO/GATT Law?", 4 J. Int'l. Econ. L. (2001).p. 111; Joost Pauwelyn, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?, 95 Am. J. Int'l. L. (2001), pp.535, 563.

180. Meinhard Hilf, *ibid*.

181. در قضیه کارخانه ماکس دیوان دآوری اعلام می‌دارد: «دیوان می‌پذیرد که تمایزی اساسی میان قلمرو صلاحیتی‌اش و قانون قابل اعمال از سوی دیوان وجود دارد.» رجوع کنید به:

MOX Plant (Ireland v. United Kingdom) (Perm. Ct. Arb. 2003) (Order No. 3, June 24, 2003, at para. 19), at <http://www.pca-cpa.org/PDF/MOX%20Order%20no3.pdf>.

182. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. U.S.*), 1992 I.C.J. 114 (Provisional Measures of Apr. 14, para. 42).

ادعای نقض تعهدات سازمان را نخواهند پذیرفت و در نهایت، در حل تعارض، تنها زمانی قواعد غیرسازمانی از سوی هیأت‌های سازمان اعمال می‌شوند که صلاحیت درخصوص آن‌ها و همچنین رسیدگی به آن‌ها در دادگاهی دیگر صورت گرفته باشد و براساس آن‌ها تا زمانی که رسیدگی به نتیجه‌ای ختم نشده باشد، نمی‌تواند در سازمان مطرح شود و مانعی در اعمال صلاحیت و رسیدگی از سوی هیأت‌های رسیدگی محسوب می‌شود.^{۱۸۳}

۴. صلاحیت در برابر تفسیر

به رغم صلاحیت محدود هیأت‌های سازمان جهانی تجارت، که منحصر به دعاوی مطرح در سازمان است، رویه‌ای متداول در سازمان شکل گرفته که براساس آن، هیأت‌های رسیدگی و فرجام می‌توانند به قواعد غیرسازمانی متوسل شوند تا معانی موجود در موافقتنامه‌های سازمان را مورد «تفسیر» قرار دهند.^{۱۸۴} بنابراین در وادی تفسیر، مراجع حل اختلاف سازمان جهانی تجارت، به اصول و قواعدی فراتر از آنچه حقوق سازمان خوانده می‌شوند، استناد کرده‌اند و این همان رابطه وثیقی است که میان قواعد و اصول حقوق بین‌الملل در سطح بین‌المللی وجود دارد. برای

۸۳۱. نفتا و مرکوسور هر دو متضمن مقرراتی از این دست هستند. با این وصف در صورتی که یک عضو سازمان همان دعوا را برای مرتبه دوم به سازمان ارجاع دهد، به زعم «پاولین» هیأت رسیدگی موظف است مقررات ذریبط سازمان جهانی تجارت را اعمال کند و تصمیم بگیرد که براساس توافق طرفین، فاقد صلاحیت است. به لحاظ تکنیکی سازمان صلاحیت خود را نادیده می‌گیرد و به نفع قواعد نفتا یا مرکوسور عقب‌نشینی می‌کند، زیرا دومی به لحاظ زمانی مؤخر و به لحاظ عمومیت خاص‌تر است. مثال مشابهی درخصوص تنش میان دو مرجع قضایی دیگر نیز وجود دارد. در قضیه کارخانه ماکس (اختلاف میان ایرلند و انگلستان)، ایرلند مدعی نقض تعهدات دولت انگلیس براساس کنوانسیون حقوق دریاهای از طریق زباله‌های رادیواکتیو در قلمرو آبی ایرلند توسط کارخانه ماکس در نزدیکی خاک ایرلند بود. در دستور موقتی که از سوی دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای در ۳ دسامبر ۲۰۰۱ صادر شد، این دیوان اظهار داشت که دارای صلاحیت اولیه برای رسیدگی براساس بند اول ماده ۲۸۸ کنوانسیون حقوق دریاهای است. متعاقباً یک دیوان دآوری به بررسی ماهوی قضیه براساس ضمیمه هفتم کنوانسیون پرداخت و در دستور ۲۴ ژوئن ۲۰۰۳ خود به این نتیجه رسید که برخلاف نظر دیوان، حقوق دریاهای فاقد صلاحیت رسیدگی به این قضیه است. تصمیم دیوان اخیر تا حد زیادی مبتنی بر استدلال انگلستان مبنی بر این بود که اختلاف مزبور منحصر در صلاحیت محاکم جامعه اروپا براساس ماده ۲۹۲ معاهده اتحادیه است. دیوان دآوری بر این نظر بود که اظهار نظر در این خصوص که آیا قضیه تابع کنوانسیون حقوق دریاهای هست و در این صورت کنوانسیون بر کدامیک از جنبه‌های قضیه حکومت دارد، منحصر در صلاحیت جوامع اروپایی است. به نظر دیوان این مسأله‌ای است که باید در چارچوب نهادهای جامعه اروپایی و به‌ویژه دیوان دادگستری اروپا مورد رسیدگی قرار گیرد. بنابراین به زعم دیوان از آن‌جا که امکان رسیدگی به قضیه در دیوان امکان‌پذیر نیست، حل اختلاف حاضر تنها در چارچوب جامعه امکان‌پذیر است. جالب این‌جا است که دستور صادره یادآور ملاحظاتی مانند احترام و نزاکت نزد محاکم بین‌المللی در زمانی است که همزمان در حال رسیدگی به اختلاف معینی هستند و خود نشانگر این است که هرگاه رسیدگی منجر به دو تصمیم مخالف در یک مسأله شود، کمکی به حل قضیه مورد اختلاف نخواهد کرد. رجوع کنید به:

MOX Plant (Ireland v. United Kingdom) (Int'l. Trib. for the L. of the Sea 2001) (Order of 3 December 2001), at <http://www.itlos.org> (Case No. 10), specially p.8, para.26; p.9, para. 38.

184. Marceau, Gabrielle, "A Call for Coherence in International Law--Praises for the Prohibition Against 'Clinical Isolation' in WTO Dispute Settlement", J. World Trade, Oct. 1999, 87-ff.

مثال، هیأت فرجام دیوان، در تفسیر خود از عبارت «منابع طبیعی تقلیل نیافتنی»^{۱۸۵} در جزء «سوم» ماده ۲۰ موافقتنامه گات با ارجاع به برخی از مقررات خاص موجود در معاهدات زیست محیطی موجود به توسیع مفهوم این گونه منابع طبیعی پرداخته،^{۱۸۶} همان گونه که در برخی موارد، تلفیق این دو حوزه (حقوق بین الملل عام و خاص) به تقلیل قلمرو استثنائات گات^{۱۸۷} انجامیده است.

با توجه به «تفاهمنامه حل اختلاف سازمان جهانی تجارت»،^{۱۸۸} که به قواعد و آیین های رسیدگی به اختلاف مربوط است نیز چنین به نظر می رسد که سازوکار حل اختلاف سازمان با الگوی حقوقی خاص خود و به نحوی مستقل قابل اعمال است.^{۱۸۹} با این وصف و با اعمال اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت برای مراجع قضایی، می توان این حق را برای هیأت های رسیدگی و فرجام قائل شد تا بتوانند صلاحیت خود را گسترش دهند یا به موارد معینی محدود کنند. با این حال، علاوه بر مسأله صلاحیت، همچنان حدود و قلمرو اجرای «قانون قابل اعمال» در هر قضیه مطرح است. در این خصوص سه رویکرد متفاوت قابل طرح است.

رویکرد نخست، سازمان جهانی تجارت را به عنوان یک سیستم حقوقی بسته و مستقل از نظام حقوق بین الملل معرفی می کند. عمده استدلال این رویکرد توسل به «تفاهمنامه حل اختلاف» به عنوان یک ساز و کار حل اختلافات مستقل از سیستم مادر حقوق بین الملل است، درحالی که به هیچ وجه دیگر موافقتنامه های سازمان در نظر گرفته نمی شود.^{۱۹۰} این در حالی است که مقررات تفاهمنامه، خود بر اعمال هنجارهای موافقتنامه های سازمان تصریح می کنند.^{۱۹۱}

185. Unreductional Natural Resources

186. Appellate Body Report, United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/AB/R, DSR1998:VII2755, &psign; 128− 132 (1998).

۱۸۷. در قضیه سکوه های نفتی در مقرره های مشابه جزء «سوم» بند «ب» ماده ۲۱ گات، منافع حیاتی امنیتی با ارجاع به اصول کلی حقوق بین الملل در ارتباط با منع توسل به زور تفسیر شد. رجوع کنید به:

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 2003 I.C.J. 90 (November6), at <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopjudgment/iop&uscore;ijudgment&uscore;20031106.PDF>.

188. Dispute Settlement Understanding (DSU), 33 ILM(1994) 1144.

بند یک ماده ۲۳ تفاهمنامه حل اختلاف مقرر می دارد: «اعضای سازمان موظفند در صورت نقض تعهدات یا بطلان یا خلی در منافع طرفین دیگر براساس موافقتنامه اصلی یا هرگونه مانعی در حصول اهداف موافقتنامه های سازمان، به قواعد و آیین های این تفاهمنامه مراجعه و از آن ها تبعیت کنند.

189. Pauwelyn, 'The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?', 95 AJIL (2001) 553.

190. Cf. generally Bartels, Lorand, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", Journal of World Trade, vol. 35 (2001).

۱۹۱. بند ۲ ماده ۳ تفاهمنامه، به ضرورت حفظ امنیت و افزایش قابلیت پیش بینی سیستم چندجانبه تجارت بین المللی در راستای تضمین حقوق و تعهدات اعضا براساس موافقتنامه های سازمان تأکید می کند. بند ۳ ماده ۳ تفاهمنامه به حفاظت از

رویکرد دوم بر تلقی سازمان تجارت جهانی به عنوان یک سیستم ترجیحی در نظام حقوق بین الملل مبتنی است که متضمن برتری موافقتنامه‌های سازمان بر سایر قواعد قابل اعمال حقوق بین الملل است.^{۱۹۲} این رویکرد از بند ۲ ماده ۳ و بند ۲ ماده ۱۹ تفاهمنامه حل اختلاف نیز قابل برداشت است.^{۱۹۳} به این ترتیب، عمده تعارض ممکن میان قواعد سازمان و سایر قواعد حقوق بین الملل، از طریق تفسیر حل می‌شود.

رویکرد بعدی که سازمان جهانی تجارت را به عنوان بخشی جدایی‌ناپذیر از حقوق بین الملل عام معرفی می‌کند،^{۱۹۴} متضمن این است که با توجه به این که هیچ سلسله مراتبی، جز اولویت قواعد آمره در حقوق بین الملل وجود ندارد، قواعد عام حقوق بین الملل به عنوان قواعد قابل اعمال در چارچوب حل اختلافات سازمان نیز اعمال می‌شوند. به این ترتیب با توجه به برابری حاکمیت دولت‌ها، قواعد تجارت آزاد در سیستم حقوق بین الملل اعمال می‌شوند و این به آن معنا است که یک سیستم حقوقی یا نظام حقوقی خاص که از حوزه حقوق بین الملل عام خارج شده باشد، در عمل وجود نخواهد داشت.

به هر حال، مرجع استیناف سازمان جهانی تجارت، این مسأله را مورد توجه قرار داد که توافقنامه‌های سازمان نباید مجزا از نظام حقوقی حاکم بر سیستم حقوق بین الملل عام در نظر گرفته شوند. علاوه بر این می‌افزاید: «حقوق بین الملل عرفی عموماً بر موافقتنامه‌های موجود میان اعضای سازمان حاکم است.»^{۱۹۵}

منافی که مستقیماً یا به طور غیرمستقیم از موافقتنامه‌های سازمان ناشی می‌شوند و حفظ توازن مطلوب میان حقوق و تعهدات اعضا، بند ۱ و ۲ ماده ۷ تفاهمنامه به طور خاص به ضرورت هر مسأله در پرتوی مقررات ذیربط در موافقتنامه‌های سازمان اشاره کرده و از هیأت رسیدگی می‌خواهد مندرجات این موافقتنامه‌ها و به علاوه موافقتنامه‌هایی را که طرفین اختلاف به آن‌ها اشاره می‌کنند مورد توجه قرار دهند و ماده ۱۱ تفاهمنامه، هیأت‌های رسیدگی را موظف به ارزیابی اجرا و انطباق با موافقتنامه‌های سازمان می‌کند.

192. Bartels, 'Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings', 35 J World Trade (2001), 506-509.

۱۹۳. بر این اساس، توصیه‌نامه‌ها و مقررات تفاهمنامه حل اختلافات در حقوق یا تعهدات اعضا براساس موافقتنامه‌های سازمان تغییری به وجود نخواهد آورد. بسیاری معتقدند منظور این است که هیچ قاعده حقوقی دیگر قادر نخواهد بود بر حقوق و تعهداتی که در موافقتنامه‌ها با آن‌ها اشاره شده، دخل و تصرفی کند.

194. Palmetier and Mavroidis, 'The WTO Legal System: Sources of Law', 93 AJIL (1998) 399.

این در حالی است که هیأت‌های حل اختلاف یا هیأت فرجام دیوان هیچ یک به طور مستقیم به این مسأله تصریح نکرده است.

195. Appellate Body Report, United States -- Standards of Reformulated and Conventional Gasoline, 16 WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996); Panel Report, Korea -- Measures Affecting Government Procurement, 7.96, WT/DS163/R (May 1, 2000).

تأملی در وحدت و کثرت نظام ... ❖ ۵۵

نباید از خاطر برد که رژیم‌هایی حقوقی مانند کنوانسیون‌های اروپایی و امریکایی حقوق بشر، نیز پیوسته به نظام حقوقی حاکم بر سیستم حقوق بین‌الملل عام ارجاع می‌دهند، بدون این که حقوق بین‌الملل عام در این رژیم‌ها «جذب»^{۱۹۶} شده باشد.^{۱۹۷} محاکم کیفری یوگسلاوی و رواندا نیز مکرراً به اعمال مقرراتی پرداخته‌اند که از اساسنامه آن‌ها خارج بوده است. این امر به گونه‌ای است که حتی زمانی که به نظر می‌رسد خلأیی برای اعمال مصلحت حقوقی در مجموعه مقررات برجا گذاشته شده نیز حقوق بین‌الملل عام همچنان جایگاه خود را حفظ کرده است. برای مثال در سال ۱۹۹۲ در قضیه لاکربی دیوان بین‌المللی دادگستری با توسل به ماده ۱۰۳ منشور تأیید کرد که تصمیمات شورای امنیت بر حقوق دولت‌ها در معاهدات خاص اولویت دارد.^{۱۹۸}

در نهایت «پاولین» نیز با تبعیت از رویکرد اخیر معتقد است تلقی حقوق تجارت بین‌الملل به عنوان یک زیرسیستم مستقل، در عمل تهدیدی بر «حاکمیت قانون»^{۱۹۹} در روابط بین‌المللی بوده، کارایی و اعتبار تعهدات بین‌المللی را زیر سؤال می‌برد.^{۲۰۰} با این وصف به نظر می‌رسد جدایی و استقلال رژیم‌های خودبسنده تنها شبی از یک دنیای خیالی است که جایی در عالم واقعیت سیستم حقوق بین‌الملل ندارد.^{۲۰۱}

بند سوم) وحدت در عین کثرت

«تجدد... وحدتی است که در آن نوعی تناقض به نظر می‌رسد. وحدتی در عین کثرت، ما را به گردابی از فروپاشی و بازسازی، تناقض و کشمکش و بیم و ابهام می‌کشاند.»^{۲۰۲} و این سرنوشت حقوق بین‌الملل معاصر است: وحدت در عین کثرت.

این که حقوق بین‌الملل، پیوسته در حال تغییر و تحول است، حرف تازه‌ای نیست. با این حال، آنچه امروزه حقوق‌دانان بین‌المللی را به فکر فرو برده، مخاطره‌ای است که از جانب کثرت، وحدت حقوق بین‌الملل را تهدید می‌کند. «گرچه نمی‌توان نوعی وحدت حقوقی در جامعه جهانی را

196. Incorporation

197. e.g., Luzius Caflisch & Antonio Cancado Trindade, La convention américain et européenne de droit des l'homme et le droit international général, 108 Revue General de Droit International Public, . 5, 5-62 (2004).

198. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. U.K.), 1992 I.C.J. 3, 15, paras. 39-40.

199. Cf. Lipsky, G. A., The Principle of Effectiveness in International Law', in G. A. Lipsky (ed.), Law and Politics in the World Community (1953), p.33.

200. Pauwelyn, 'The Role of Public International Law in the WTO, *op.cit.*, pp.558-560.

201. Anja Lindroos and Michael Mehling, Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the, Eur J Int Law 16, 2005, p.85.

202. Berman, M., All That is Solid Melts Into Air, 1988, p.15.

نادیده گرفت، با این حال، چنین وحدتی با یکدستی و تجانس مترادف نیست و این خود ناشی از تنوع و تفاوت در ارزش‌ها و نوع آگاهی‌های موجود در سیستم حقوقی بین‌المللی و «تعارض‌های درون سیستمی»^{۲۰۳} است.^{۲۰۴}

بسیاری معمای کثرت حقوق بین‌الملل را در تنش درونی سیستم یا به عبارتی در دگردیسی نقشی می‌دانند که حقوق‌دانان بین‌المللی در معرض آن قرار گرفته‌اند. به این ترتیب که هرچه مسائل موجود در درون یک سیستم حقوقی به نحو اصولی‌تر تنوع یابند، امکان برقراری وحدت و استقلال بیش‌تر سیستم فراهم است.^{۲۰۵} با این وصف، چندپارگی در حال گسترش حقوق بین‌الملل ناشی از درهم‌تنیدگی رو به رشد موضوعات بین‌المللی^{۲۰۶} و کاملاً طبیعی است. به عبارت دیگر به موازات تنوع موضوعات و حوزه‌های نوین، کثرت در هنجارها و تعارض در صلاحیت‌ها هم پدید می‌آید. با این حال، با حضور کثرت وحدت از بین نمی‌رود. در اینجا است که نقش خطیر حقوق‌دانان بین‌المللی آشکار می‌شود و در جایی که همچنان اصل «حاکمیت قانون» اصلی معتبر و لازم‌الاجرا است، اصل «حاکمیت حقوق‌دانان» نیز به آن افزوده می‌شود؛^{۲۰۷} حقوق‌دانانی که باید به جای تأسی به ابداعاتی در مواجهه با کثرت، به احیای نقش خویش در «خوب بازی کردن با کارت‌های پیچیده‌ای که در اختیارشان هست» بپردازند.

در صورت اخیر چه رویکردمان شبیه «گره‌دار هافنر» باشد و معتقد باشیم که «موزاییک‌های کنار هم قرارگرفته‌ای سازنده پیکره حقوق بین‌الملل» هستند،^{۲۰۸} چه مانند «جوست پاولین» به «جزایر به هم مرتبطی از بدنه حقوق بین‌الملل باور داشته باشیم،^{۲۰۹} و چه در مقابل این دو، با

203. Inter-Systemic Contradictions

204. Teubner and Fischer-Lescano, 'Regime-Collisions', *ibid*, p. 1008.

این رویکرد، تفاوتی میان سیستم حقوقی و محیط پیرامون آن - که محیطی سیاسی، اقتصادی یا مذهبی است - قائل نیست. با این وصف، تعارض منطقی میان حوزه تجارت و سلامت، در حوزه تصادم میان سیستم‌های تجارت و بهداشت قابل طرح است که هر کدام توافقات سازمانی و حقوقی مخصوص به خود را دارد. در همین زمان، یک سیستم حقوقی مرکب از نهادهای تجاری و بهداشتی در برابر محیط سیاسی و اقتصادی اطراف خود بسته است. سیستم حقوقی ذیربط می‌کوشد تعارضات موجود در قلمرو موضوعی خود را بدون توجه به سیستم‌های دیگری مانند سیستم سیاسی، حل و فصل کند.

205. Van Hoecke, M., 'Legal Orders Between Autonomy and Intertwinement', in K.-H. Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization* (2004) 177, at 193 cited in *simma, of planets, op.cit.* p. 503.

206. Van Hoecke, M., *op.cit.* p.187.

207. Cf. Weiler, 'The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement', 35 *JWT* (2001) 191, at 197.

208. Hafner, Gerhard, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, 25 *Mich. J. Int'l L.* 849 (2004).

209. Pauwelyn, Joost, *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, *op.cit.* p. 903 (2004).

«راثو» در تحقق «یک جامعه منسجم و متحد حقوق بین‌المللی»^{۲۱۰} همداستان شویم، در هر حال، نه منکر «وحدت» حقوق بین‌الملل می‌توان بود و نه مخالف با حقیقت «کثرت» آن؛ چرا که بدون وحدت، سیستم حقوق بین‌الملل قادر به ادامه حیات نیست و بدون کثرت، تنوع و پویایی لازم را نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

حقوق بین‌الملل، هم یک ابزار تعامل قدرت و هم مانعی در راه اعمال قدرت به حساب می‌آید.^{۲۱۱} از سوی دیگر نمی‌توان انکار کرد که حقوق بین‌الملل تأسیسی چند بعدی است که مشتمل بر هنجارهای رسمی و غیررسمی، نهادها و رژیم‌های گوناگون است؛^{۲۱۲} رژیم‌ها، هنجارها و نهادهایی که با خصوصیات و ویژگی‌های حقوقی متفاوت در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند. «وحدت» زمینه لازم را فراهم می‌آورد تا سیستم حقوق بین‌الملل به حیات خود ادامه دهد و «کثرت» نشان از پویایی آن دارد، نشان از این که حقوق بین‌الملل تنوع را می‌شناسد و در خود می‌پذیرد.

با این حال، از یک سو تکرار هنجارها و از سوی دیگر طرح مباحث فراوانی مانند کثرت نهادهای بین‌المللی قانونگذار با صلاحیت‌های متقارن و مرزهای کارکردی مبهم، افزایش محاکم صلاحیتی، رویه‌های متناقض محاکم متعدد بین‌المللی در قضایای متعدد به طرح بحث چندپارگی و دغدغه این که آیا چندپارگی، وحدت نظام حقوق بین‌الملل را به مخاطره می‌افکند دامن زده است.^{۲۱۳} در واکنش به واقعیات موجود، ادبیات حقوقی، رویکردهای متفاوتی در این خصوص، اتخاذ کرده است. درحالی که برخی حقوقدانان بین‌المللی این مباحث را دغدغه‌هایی جدی تلقی نکرده و معتقدند کثرت حتی به همکاری بهتر میان نهادهای قانونگذاری و شبکه‌هایی از سازمان‌های دولتی در سیستم حقوقی بین‌المللی منجر شده است، برخی دیگر معتقدند که کثرت دارای آثار مخربی بر تجلی نهادین و منسجم یک سیستم مقتدر حقوقی در صحنه بین‌المللی بوده است.^{۲۱۴} دیگران نیز چنین امری را به تخصص‌گرایی بیش‌تر در نهادهای بین‌المللی تعبیر

210. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Multiple International Judicial Forums: a Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation?, 25 Mich. J. Int'l L. 929 (2004).

211. see Barnett and Duvall, 'Power in International Politics', 59 International Organizations (2005) 39.

212. See Ruggie, 'Multilateralism: the Anatomy of an Institution', 46 International Organizations (1992) 561, at 568-574.

213. Koskenneimi Martti, "Postmodern Anxieties", 15 Leiden J. Int'l L. (2002), pp.553-555.

214. Koskenneimi Martti & Päivi Leino, Fragmentation of International Law, *op.cit.*, p.553.

می‌کنند^{۲۱۵} که خود زمینه هماهنگی بیش‌تر در محتویات سیستم بین‌المللی مادر را از رهگذر رسیدگی‌های کارشناسانه به مسائل مختلف هموار می‌سازد. برخی نیز چنین مباحثی را صرفاً «دغدغه‌هایی پست‌مدرنی» می‌دانند که رفته‌رفته جایگزین مباحث ماهوی کلاسیک حقوق بین‌الملل می‌شوند.^{۲۱۶}

کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش نهایی خود در همین زمینه، در نهایت به این نتیجه می‌رسد که کثرت، تهدیدی علیه سیستم حقوق بین‌الملل نیست، زیرا اگر تعارضات انعکاسی از تکثر یا تنوع باشند، برداشتی که از آن‌ها می‌شود، مآلاً بستگی به نگاه ناظر دارد. بنابراین، کلیه پیامدهایی که متعاقب آن حاصل شوند، خطاهای تکنیکی (هنجاری) حقوقی نیستند، بلکه نتایج طبیعی مسیری است که نظام حقوقی در یک سیستم چندگانه که مملو از ارزش‌های حقوقی متفاوتی است - و موظف است چنین ارزش‌هایی را سامان بدهد و با یکدیگر هماهنگ کند - می‌پیماید.^{۲۱۷}

از سوی دیگر، کمیسیون حقوق بین‌الملل، کنوانسیون وین حقوق معاهدات و سایر قواعد حقوق بین‌الملل عام، مانند قاعده خاص، قاعده مؤخر، و قاعده آمره و مفهوم تعهدات بین‌المللی را که می‌توانند در راستای حل تعارض ناشی از تکثر به‌کار روند، را مورد توجه قرار می‌دهد. این شیوه‌ها، ارزش‌های حقوقی متعدد را با استفاده از زبانی که تمامی حقوقدانان می‌توانند آن را بشناسند و با آن موافق باشند، در کنار هم قرار می‌دهند و به این طریق آنچه را قبلاً خاتمه یافته تلقی می‌شد، از نو به چالش می‌کشاند.^{۲۱۸}

با این وصف می‌توان ادعان داشت که تکثر به‌معنای واقعی در سیستم حقوقی صورت می‌گیرد. تکثر در زیرسیستم‌ها و هنجارها و یا حتی تأسیسات حقوقی، می‌تواند تجلی تکثر در سیستم حقوقی تلقی شود و چنین تکثری تنها در بستر نظام حقوقی حاکم بر سیستم حقوق بین‌الملل متجلی است. به عبارت دیگر، از آن‌جا که بدون توجه به روابط حقوقی میان اجزای مختلف سیستم حقوقی و فارغ از آن، تکثر معنا پیدا نمی‌کند، تنها در دل نظام حقوقی حاکم بر سیستم حقوقی است که قابل رهگیری است. لذا سیستم بدوی حل تعارض حقوق بین‌الملل، تعارضات مطرح در زیرسیستم‌ها و در هنجارهای حقوقی موجود در سیستم حقوقی را به یک دید

215. Martti Koskenniemi, "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics", 70 Mod. L. Rev., 1, 2007, p.4.

216 Martti Koskenniemi and Paivi Leino, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, 15 Leiden Journal of International LAW, (2002), 553-554.

217. Dupuy, P.M., Doctrinal "Debates on Fragmentation of International Law", *op.cit.*

218. Pauwlyne, Joost, «Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law», (2003), in Competition and Comity in William Thomas Worster, The Fragmentation of International Law, Brooklyn Journal of International Law, no.34, 2008. pp. 18, 34-48.

نگریسته، برای آن‌ها نسخه‌هایی مشابه می‌پیچد؛ اصل قاعده خاص و اصل قاعده برتر قابل اعمالند، مگر در مواجهه با هنجارهای ارزشی موجود در سیستم حقوق بین‌الملل عام. به هر حال، به نظر می‌رسد آنچه در نهایت در تعامل وحدت و کثرت قابل قبول باشد این است که با توجه به واقعیتی ملموس به نام کثرت، «وحدت» را تا آن‌جا بپذیریم که به استبداد منتهی نشود و برای تنوع تا جایی ارزش قائل شویم که به خطر هرج و مرج نظام حقوقی نینجامد.^{۲۱۹} از سوی دیگر نباید از یاد برد که قواعد حقوقی نوعی کشش به سمت مرکز دارند و الفاظ حقوقی نمی‌توانند فارغ از زبانی باشند که اعتبار خود را از آن می‌گیرند. این قواعد تنها در چارچوب سایر الفاظ حقوقی و دستور زبانی که آن‌ها را به دیگر الفاظ مرتبط می‌کنند، معنا می‌شوند. بنابراین برای حل معمای تکثر هیچ نوآوری خارق‌العاده‌ای، فارغ از مجموعه ادبیات حقوق بین‌الملل موجود لازم نیست و نباید به دنبال یافتن آن برآمد.^{۲۲۰} چارچوب حقوق بین‌الملل، همانند مدرنیته همیشه متکثر بوده است. با استناد به تکنیک‌های تخصصی شناخته‌شده، تعارض میان قواعد ناشی از رژیم‌های مختلف قابل حل است. با این حال، برای این که قواعد شکلی با تغییر اوضاع و احوال سازگار شوند و اقتدار حقوقی لازم به آن‌ها بخشیده شود، لازم است از صورت آن‌ها بگذریم و به ماهیتشان برسیم و این خود سرآغازی نو برای تأمل در «مباحث ماهوی حقوق بین‌الملل» است.

219. Martineau, Anne-Charlotte, *op.cit*, p.27.

220. Koskenneimi, Critical Modernities: «Politics and Law beyond the Liberal Imagination», *op.cit*, pp.20-21.

مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن‌نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادهای

یحیی ابراهیمی^۱

چکیده

اصل لزوم رعایت حسن‌نیت و رفتار منصفانه دارای آثار حقوقی گسترده‌ای در نظام‌های حقوقی دنیا به‌ویژه نظام‌های گروه حقوق نوشته است. این قاعده در بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی، مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی،^۲ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۳ و حقوق داخلی برخی کشورها ازجمله آلمان، ایتالیا، فرانسه و ایالات متحده به‌طور صریح به‌عنوان یکی از اصول مهم حقوق قراردادهای شناخته شده است و طرفین در روابط تجاری خود ملزم به رعایت آن هستند. آثار این قاعده به حدی گسترده و لازم‌الرعایه است که در دو سند بین‌المللی یاد شده، که هم اکنون بسیاری از روابط تجاری بین‌المللی بر پایه آن‌ها تنظیم می‌شود، طرفین با وجود اصل آزادی قراردادهای نمی‌توانند برخلاف قاعده مذکور توافق کنند یا حتی موارد اعمال آن را محدود سازند.

واژگان کلیدی: حسن‌نیت، رفتار منصفانه، سوءنیت، مذاکره و تشکیل قراردادهای، تفسیر قراردادهای، اجرای قراردادهای

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی ebrahimiyahya@gmail.com

2. Unidroit

3. Principles of European Contract Law (PECL)

مقدمه

حسن‌نیت، اصلی ذاتاً اخلاقی و وجدانی است که همگام با تحولات جوامع انسانی و گسترش ارتباطات اجتماعی و تجاری و ظهور اختلافات پیچیده حقوقی، در جهت حل قسمتی از مسائل حقوقی، به‌ویژه نزدیک ساختن مقررات و ضوابط خشک حقوقی به موازین عدالت و انصاف پا به عرصه حقوق نهاده است. با توجه به این که عالم اخلاق و دنیای وجدانیات برگرفته از فطرت پاک انسانی است و رو به راستی و تعالی فکری بشر دارد، از همان آغاز در تنظیم روابط شخصی و اجتماعی انسان‌ها اصول و ضوابط اخلاقی نقش برجسته‌ای داشته است. کم‌کم با تأسیس قواعد حقوقی و مراجع قضایی، این اصول و قواعد اخلاقی به تدریج وارد حقوق گردید و در تنظیم قوانین حقوقی و جزایی به کار گرفته شد. اصولی چون لزوم وفا به عهد،^۴ حاکمیت اراده،^۵ منع دارا شدن غیر عادلانه،^۶ قبح عقاب بلایبان و مانند آن نیز در واقع از عالم اخلاق وارد حقوق شدند و امروزه به شکل اصول مسلم حقوقی در حوزه‌های حقوق قراردادهای، اموال، خانواده، کیفری و ... حکومت می‌کنند. بدین ترتیب، این اصول علی‌رغم ریشه اخلاقی‌شان که در ابتدا تنها مظهر حسن و قبح اخلاقی تلقی می‌شدند و هیچ ضمانت‌اجرای خارجی نداشتند، امروزه به‌عنوان اصولی بنیادین و اساسی در حقوق شناخته شده، مبنای بسیاری از تعهدات دیگر را تشکیل می‌دهند. به عبارت دیگر می‌توان گفت این اصول ماهیتی اخلاقی-حقوقی دارند.

در تنظیم مناسبات تجاری برای بازرگانان بسیار مهم و حیاتی است که بدانند دست‌کم در کجا و در چه وضعیتی قرار دارند. اگر دادگاه‌ها بیش از حد در روابط قراردادی افراد دخالت کنند، که بعضاً ممکن است به نتایجی خلاف انتظار اولیه طرفین منتهی شود، نظم تجاری به هم می‌ریزد و بازرگانان نمی‌توانند برای تنظیم فعالیت‌های آینده تجاری خود برنامه‌ریزی کنند. لذا ابهام در شناخت مفهوم حسن‌نیت و آثار آن باعث عدم امکان قابلیت پیش‌بینی تصمیمات قضایی می‌گردد و ممکن است آینده حیات تجاری بازرگانان با مخاطراتی همراه شود.

بدون یک تعریف دقیق و روشن قانونی، ابهامات بی‌شماری برای طرفین و مراجع رسیدگی مطرح می‌شود. از جمله سؤالات اساسی این است که معنای حسن‌نیت و تعریف حقوقی آن چیست؟ آیا شرط حسن‌نیت روی دیگر سکه سوءنیت است و تنها یک تعهد سلبی راجع به عدم سوءنیت، فریب، تدلیس و امثال آن محسوب می‌شود یا نهادی است جدید و مصادیق

4. pacta sunt servanda

5. autonomy of the parties

6. unjust enrichment

جدیدی را به مفهوم فوق اضافه می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا حسن‌نیت تنها متشکل از تعهد به عدم انجام مصادیق متعدد سوءنیت است و چیزی غیر از آن نیست یا این که این نظریه هم تعهدات سلبی (مانند منع فرصت‌طلبی، گریز از مسئولیت، فریبکاری و تدلیس در روابط حقوقی و ...) و هم تعهدات اثباتی (مانند تعهد به همکاری، تعهد به دادن اطلاعات^۷ و...) را بر عهده طرفین بار می‌کند؟ آیا حسن‌نیت تنها مستلزم داشتن یک وجدان پاک است یا این که علاوه بر وجدان پاک، یک استاندارد برای رفتار منصفانه و عادلانه نیز به‌شمار می‌رود؟ به‌علاوه، آثار حسن‌نیت در مراحل مختلف قرارداد چیست و چه ضمانت اجرایی دارد؟

این نوشتار مشتمل بر سه گفتار است: در گفتار نخست، مفهوم حسن‌نیت و تعاریف آن در منابع معتبر حقوقی، نظر علمای حقوق و رویه قضایی مورد بحث واقع شده، سپس در گفتار دوم آثار حسن‌نیت در مراحل مختلف قرارداد مورد بررسی قرار گرفته و در گفتار سوم ضمانت‌اجرای نقض این اصل یا رفتار مغایر با حسن‌نیت بیان شده است.

۱. مفهوم حسن‌نیت

۱-۱. تعریف حسن‌نیت

حسن‌نیت ترکیبی اضافی متشکل از دو کلمه «حُسن» و «نِیت» می‌باشد که در حقوق قراردادها معمولاً همراه با تعبیر «رفتار منصفانه»^۸ به‌کار می‌رود. در فرهنگ حقوقی بلک در تعریف حسن‌نیت آمده است:

«یک حالت ذهنی مبتنی بر: (۱) صداقت در عقیده یا هدف، (۲) پایبندی به تعهد و التزام در مقابل دیگری، (۳) رعایت استانداردهای تجاری متعارف رفتار منصفانه در یک تجارت یا کسب و پیشه معین، یا (۴) فقدان قصد تقلب و تدلیس یا تحصیل امتیاز برخلاف وجدان»^۹.

در فرهنگ مزبور در تعریف عبارت لاتین *bona fides* نیز آمده است:

«(۱) یک استاندارد رفتاری مورد انتظار از یک انسان متعارف، به‌ویژه به‌هنگام بستن قرارداد و اعمال حقوقی مشابه، (۲) اقدام بدون قصد متقلبانه یا سوءنیت»^{۱۰}.

7. duty to inform; duty to disclose; obligation de renseignement (fr.)

8. fair dealing

9. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th edition (2004), Thomson publication, USA, p. 713.

Good faith A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage. - Also termed bona fides.

10. Ibid., p. 178.

به عقیده بسیاری از صاحب نظران حقوق، حسن نیت مقوله‌ای ذهنی، کیفی و مبهم بوده؛ لذا تعریف آن امری بسیار دشوار است.^{۱۱} برخی از نویسندگان نیز با این استدلال که این اصطلاح، مفهومی بسیار وسیع و مبهم دارد آن را فاقد یک معنای دقیق و مشخص و «غیرقابل تعریف» می‌دانند. به نظر ایشان «حسن نیت دارای مفهومی سیال و نامحدود است، چنان که به نحو بسیار وسیعی دست قضا و وکلای دادگستری را باز گذاشته تا در هر زمان مطابق با آنچه اوضاع و احوال اقتضا می‌کند آن را تعریف کنند».^{۱۲} با وجود این همین صاحب نظر در تعریف حسن نیت می‌گوید: «انتظار هریک از طرفین قرارداد به این که طرف مقابل به نحوی درست و منصفانه تعهدات قراردادی خود را انجام دهد، به گونه‌ای که عمل او در عرف تجارت مقبول باشد».^{۱۳} وی در ادامه تعریف، به این مفهوم یک اعتبار بین‌المللی می‌دهد: «یک دکترین بین‌المللی که طرفین هر قرارداد بین‌المللی را ملزم می‌کند به طور متعارف عمل کنند، چنان که هریک از طرفین از طرف مقابل خود چنین انتظاری دارد».^{۱۴}

از دیدگاه اکانور^{۱۵} حسن نیت با قواعد حقوقی مرتبط مانند انصاف^{۱۶} و معقولیت^{۱۷} رابطه نزدیک دارد. بر این اساس، وی حسن نیت را بدین ترتیب تعریف می‌کند: «یک اصل بنیادین که از قاعده لزوم وفا به عهد و سایر قواعد حقوقی که به طور مستقیم و مشخص با صداقت، انصاف و معقولیت در ارتباط است، گرفته شده و اعمال آن به وسیله معیارهای صداقت، انصاف و معقولیت که در یک زمان مشخص بر جامعه تجاری حاکم هستند، تعیین می‌شود».^{۱۸} پرفسور شلختریم^{۱۹} که خود از اعضای تیم تدوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و از مفسران بزرگ این کنوانسیون

bona fides (boh-na fl-deez), n. [Latin] 1. Good faith. 2. Roman law. The standard of conduct expected of a reasonable person, esp. in making contracts and similar actions; acting without fraudulent intent or malice.

11. William Tetley, "Good Faith in Contract. Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering", McGill University, p.7. <http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>.

12. Powers, Paul, "Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 18 Journal of Law and Commerce (1999), 333-353 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html>.

13. Ibid. at 352. See also E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations" (1987) 87 Columbia L. Rev. 217, who intertwines the notions of fair dealing and good faith. cited in William Tetley, op.cit, p. 9.

14. Powers, op.cit, p. 352.

15. O'Connor

16. fairness

17. reasonableness

18. J.F. O'Connor, "Good Faith In English Law", Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield USA, 1990, p. 102.

19. Schlechtriem

است اعتقاد دارد که حسن نیت در بازرگانی بین‌المللی باید با مراجعه به استانداردهای معقولیت تفسیر گردد. به عقیده ایشان «معقول» چیزی است که در عرف تجاری مربوط قابل قبول باشد.^{۲۰}

به نظر صاحب نظری دیگر، حسن نیت دارای معانی متفاوتی در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف است.^{۲۱} ایشان در بیان دلالت وسیع و چندگانه اصل حسن نیت اظهار داشته‌اند:

«اصل حسن نیت معانی بسیار گسترده‌ای دارد: در مفهوم مضیق آن، حسن نیت یک ابزار تفسیری است که مانع می‌شود تا یک طرف با تخطی جزئی طرف مقابل در اجرای قرارداد، با پافشاری سختگیرانه و ناروا برحق فسخ خود، قرارداد را منحل کند. در معانی گسترده‌تر، این اصل تعهداتی ایجابی نیز بر عهده طرفین قرار می‌دهد که در حین اجرای مفاد قرارداد با هم ارتباط و مراوده داشته، عیوب و نواقص کشف شده در کالاها را به‌نحو مطلوب برطرف سازند یا در اصلاح و تعدیل تعهدات قراردادی در صورت حدوث اوضاع و احوال پیش‌بینی نشده، با یکدیگر همکاری کنند. برطبق این اصل، انحرافات یا تخلفات جزئی هریک از طرفین از مفاد قرارداد نباید به‌عنوان رویدادی که موجب ایجاد حق فسخ و انحلال قرارداد می‌شود، تلقی گردد».^{۲۲}

مطابق تعریف دایرةالمعارف فرانسوی دالوز،^{۲۳} «حسن نیت معادل حقوقی حسن اراده اخلاقی است. حقوق با توجه به این حسن اراده (و نه فقط حسن قصد) برای آن در اعمال و روابط حقوقی ارزش قائل شده و آثار و امتیازاتی به آن اعطا می‌کند که غالباً در مفهوم متضاد خود برای به جریان انداختن ضمانت اجرای سوءنیت، به‌ویژه تدلیس یا تقلب، متبلور می‌شود».^{۲۴}

از میان معانی مختلف حسن نیت، دو معنای کلی و مستقل برای این مفهوم مورد شناسایی قرار گرفته است: از یک طرف، «درستکاری در اعمال حقوقی» و به‌طور خاص در قراردادهایی که

20. Schlechtreim, Peter, Commentary on the UN Convention On the International Sale Of Goods, Clarendon Press, Oxford, 1998, Art. 7(1), pp. 59-68.

21. Rosett, "Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 45 Ohio St. L.J. p290 (1984). Cited in Alejandro M. Garro, "Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods".

22. Ibid., p. 290.

23. Dalloz

۲۴. امینی، منصور و غلامعلی سیفی زیناب (مترجمان)، «حسن نیت»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۰ دوره جدید، ۱۳۷۵، ص ۱۹۴.

مبتنی بر اعتماد است و از طرف دیگر، «تصور اشتباه و قابل اغماض» که به منزله یک حق مورد حمایت واقع شده است.^{۲۵}

دیگر نویسندگان فرانسوی نیز دو معنا برای این اصطلاح ذکر کرده‌اند:

۱. صداقت در انعقاد و اجرای اعمال حقوقی؛
 ۲. باور نادرست و بدون تقصیر به وجود یا عدم یک واقعه، یک حق یا یک قاعده حقوقی.^{۲۶}
- براساس این دو معنا، دو کارکرد مستقل برای حسن‌نیت قابل ذکر است: در کارکرد نخست، حسن‌نیت به‌عنوان یک قاعده لازم‌الاجرا و به عبارت بهتر به‌عنوان یک اصل کلی در کلیه اعمال حقوقی و به‌ویژه در انعقاد، اجرا و تفسیر قراردادها حکومت دارد. در کارکرد دوم که در برخی دیگر از حوزه‌های حقوق همچون اموال و مالکیت، اسناد تجاری، نکاح و غیره حاکم است، حسن‌نیت به‌عنوان یک مبنای حقوقی توجیه‌کننده برای حمایت از شخص در موارد اشتباه و تصور نادرست به‌کار می‌رود که ناظر بر عدم اطلاع و ناآگاهی شخص است.^{۲۷} این مفهوم از حسن‌نیت که بیش‌تر در حقوق فرانسه مورد توجه واقع شده، «جنبه حمایتی» دارد و موجب حمایت قانونگذار از شخص با حسن‌نیت (ناآگاه) می‌شود.^{۲۸} این معنای حسن‌نیت در قانون مدنی ایران نیز ضمن مواد مختلف^{۲۹} مورد توجه واقع شده است.^{۳۰}

۵۲. همان، ص ۱۹۴.

26. R. Guillien et J. Vincent, "lexique de termes juridiques", Paris, 1972.

به نقل از: صفایی، سید حسین و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص ۴۶.

۷۲. به‌طور کلی حقوق خصوصی ایران متکی بر اندیشه حمایت از مالک بوده، حسن‌نیت و اعتماد به ظاهر، اثری در تملک ندارد. کوروش، کاویانی، «اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مقابل دارنده با حسن‌نیت سند تجاری»، رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۱۵.

۸۲. انصاری، علی، «حسن‌نیت در قراردادها در حقوق ایران و فرانسه»، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، خرداد ۱۳۸۴، ص ۲۶. همچنین منصور، امینی، و غلامعلی سیفی زیناب، همان، ص ۱۹۴.

۹۲. به‌عنوان نمونه: مواد ۳۲۵، ۱۱۶۴ و ۱۱۶۵ ق.م.

۳. تا قبل از تصویب قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، جزء در یک مورد قانونگذار ایران در هیچ‌یک از قوانین موضوعه صراحتاً حسن‌نیت را به رسمیت نشناخته بود که این مورد نیز در اصلاحات بعدی حذف گردید. این مورد که در آن صراحتاً به حسن‌نیت اشاره شده، ماده ۶ قانون صدور چک مصوب ۱۳۴۴ بود که به‌موجب قانون صدور چک سال ۱۳۵۵ نسخ گردید. این ماده اعلام کرده بود: «در کلیه موارد مذکور در مواد فوق، هرگاه صادرکننده چک حسن‌نیت خود را به اثبات برساند، تعقیب موقوف می‌گردد». با این حال در ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ نیز که برگرفته از ماده ۹۲ قانون مدنی سوئیس بود، با تکیه بر معیار نوعی یا عرفی حسن‌نیت، به‌جای عبارت «هزینه‌هایی که از روی حسن‌نیت صورت گرفته است» عبارت «مخارج متعارفه» به‌کار رفته بود که این ماده نیز در سال ۱۳۶۱ مورد اصلاح قرار گرفته و در سال ۱۳۷۰ به‌طور کامل حذف گردید.

در ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی برای نخستین بار اصل حسن‌نیت به‌طور صریح در قوانین موضوعه ایران مقرر گردیده است. از جمله نوآوری‌های قانون تجارت الکترونیک این است که در ماده سوم از فصل سوم این قانون، زیر عنوان «تفسیر قانون» صراحتاً از لزوم رعایت حسن‌نیت سخن به میان آمده است:

«در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و لزوم رعایت حسن‌نیت توجه کرد».

منظور از حسن نیت که در مراحل مختلف قراردادها حکمفرما است و موضوع بحث ما در این مقاله به شمار می‌رود معنای نخست آن است. لذا در این مقاله، بجز در مواردی معدود که به آن اشاره شده، معنای دوم حسن نیت مد نظر نیست و به آن به تفصیل پرداخته نشده است. بنا به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد بتوان تعریفی از حسن نیت به شرح زیر ارائه کرد: «رفتاری صادقانه، عادلانه و معقول که طرفین در قرارداد خود از یکدیگر یا حتی اشخاص ثالث که مشمول قرارداد بودند یا متعاقباً با قرارداد ارتباط پیدا می‌کنند انتظار دارند».

چنین انتظاری هریک از طرفین را ملزم می‌کند که در مذاکرات قراردادی و در زمان انعقاد قرارداد با انصاف و صادق باشد و بعد از وقوع قرارداد نیز در تفسیر و اجرای تعهدات و نیز اعمال حقوق خود صادقانه و منصفانه عمل کند.

۱-۲. تعریف سوءنیت

در استعمال مفهوم حسن نیت در کتب، مقالات حقوقی و آرای دادگاه‌ها یا مراجع داور، از عبارت bad faith یا mala fides که نقطه مقابل حسن نیت است استفاده می‌شود که به فارسی می‌توان از آن به «سوءنیت» یاد کرد.^{۳۱} یکی از راه‌های شناخت هر چیز، شناسایی از طریق ضد آن است؛ چنان که گفته‌اند: «تعرف الاشياء باضدادها». به نظر برخی از نویسندگان، عنصر سوءنیت نقطه مقابل حسن نیت است که در لغت به معنای «قصد مخالف قوانین و نظامات و مبانی اخلاق و مذهبی» است.^{۳۲}

۱-۲-۱. تعریف پرفسور سامرز

پاره‌ای از حقوقدانان بر این نظرند که حسن نیت فاقد یک تعریف دقیق و روشن حقوقی است و فی‌نفسه بر لزوم انجام فعلی دلالت نمی‌کند، بلکه عموماً ناظر بر ترک فعل بوده، به عنوان یک

همچنان که از عبارات صریح ماده یادشده و عنوان فصل مذکور پیدا است، این مقرر ناظر بر قراردادها نیست، بلکه مربوط به ضوابط تفسیر مواد قانون فوق است. البته با توجه به پذیرش صریح این قاعده توسط قانونگذار ممکن است از ملاک این ماده در حوزه قراردادها، به‌ویژه در مورد تفسیر قراردادها، استفاده کرد. با وجود این، با توجه به نحوه نگارش و سیاق عبارات ماده مذکور، به نظر می‌رسد این ماده با الهام از ماده ۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین تنظیم شده است و مقنن نظری بر پذیرش و وارد کردن یک نهاد حقوقی جدید با این نام در نظام حقوقی ایران نداشته است.

۱۳. روشن است که این سوءنیت با آنچه در حقوق کیفری به کار می‌رود و از عناصر تشکیل‌دهنده بزه به‌شمار می‌رود، اندکی متفاوت است. سوءنیت یا سوءقصد که در متون جزایی مورد استفاده قرار می‌گیرد ترجمه عبارت malice یا evil intention است که از ارکان تحقق جرم (عنصر روانی) محسوب می‌شود، درحالی که منظور از سوءنیت که موضوع بحث ما در این نوشتار است لزوماً قصد انجام فعل مجرمانه نیست، بلکه ممکن است نوعی پنهانکاری یا شانه خالی کردن از انجام تعهدات صریح قراردادی یا ترک برخی تعهدات ضمنی ناشی از قرارداد باشد.

۲۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۷۶، ص ۳۶۸.

مانع عمل می‌کند تا برخی رفتارهای نامناسب و نادرست را که با هدف کلی قرارداد تعارض دارند از قرارداد مستثنا سازد.^{۳۳} بنابراین ایشان بهترین شیوه تبیین حسن‌نیت را تعریف غیرمستقیم یا سلبی آن دانسته، بیان کرده‌اند که حسن‌نیت باید بر این اساس که چه نیست تعریف شود، نه بر این اساس که چه هست. به بیان دیگر، حسن‌نیت باید به‌طور غیرمستقیم و با بیان مصادیق سوءنیت توصیف گردد.

این تعریف سلبی از حسن‌نیت که توسط حقوقدان مشهور امریکایی، پروفیسور سامرز، مطرح شده در آرای قضایی صادر شده در این کشور و نیز در مجموعه موسوم به «شرح جدید حقوق»^{۳۴} راجع به قراردادهای منعکس گردیده است. ایشان مواردی را به‌عنوان مصادیق شاخص سوءنیت برمی‌شمارد که با اندکی تغییر در بند «د» ماده ۲۰۵ مجموعه یاد شده درج شده است: «ارائه یک فهرست کامل از مصادیق سوءنیت امری است دشوار، لکن موارد زیر از جمله مواردی هستند که در تصمیمات قضایی دادگاه‌ها به‌طور رسمی به کار رفته‌اند:

- گریز و طفره رفتن از هدف اصلی در مذاکرات؛

- اهمال، کم‌کاری و عدم جدیت و دقت؛

- اجرای قرارداد به‌نحوی خودخواهانه؛

- سوءاستفاده از یک اختیار در تعیین بعضی شروط قرارداد؛

- مداخله یا عدم همکاری با طرف مقابل در اجرای قرارداد».^{۳۵}

در فرهنگ بلک نیز در مقابل اصطلاح bad faith عبارت «عدم صداقت در عقیده یا هدف»^{۳۶} ذکر گردیده و به‌دنبال آن، موارد فوق با ذکر منبع آورده شده است.^{۳۷}

صاحب نظری دیگر، پیرو نظر فوق چنین اظهار داشته است: «حسن‌نیت یک مانع است؛ یعنی

33. R.S. Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", Va. L. Rev., no. 54, 1968, p. 201; also R.S. Summers, "The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization", Corn. L. Rev., no. 67, 1982, p. 810-840. <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/clqv67&id=828&print=section§ion=41&ext=.pdf>.

۴۳. منظور از «شرح جدید حقوق»، مجموعه نظرهای تهیه شده توسط یک انجمن حقوقی به نام «موسسه حقوقی امریکا» (American Law Institute) است که به منظور شرح، تبیین و تحلیل قواعد کامن‌لای امریکا به شکلی سازمان یافته و به‌صورت مواد قانونی تدوین شده است. چاپ اول این مجموعه مشتمل بر ۱۹ جلد بوده که دو جلد از آن مربوط به حقوق قراردادها (منتشر در ۱۹۳۲) بوده است. دومین ویرایش این مجموعه با عنوان شرح جدید دوم راجع به قراردادهای (Restatement (Second) On Contracts) در سال ۱۹۷۹ تکمیل شده و انتشار یافته است. (سیدحسین، صفایی (مترجم)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۷۸. همچنین رجوع کنید به: http://en.wikipedia.org/wiki/Restatement_of_Contracts,_Second.

35. Restatement (Second) on Contracts, § 205 comment (d)

36. dishonesty of belief or purpose

37. Ibid, p. 149

عبارتی است بدون یک معنای کلی که فی‌نفسه تعریف مشخصی ندارد و به‌عنوان نافی طیف وسیع و اشکال نامتجانس سوءنیت به‌کار می‌رود».^{۳۸}

۱-۲-۲. تعریف پرفسور بارتن

برخی دیگر از صاحب‌نظران با انتقاد شدید از تعریف سلبی حسن‌نیت، این تعریف را نادرست دانسته، با ارائه یک ضابطه بر مبنای انتظارات اولیه طرفین از قرارداد به تحلیل این مفهوم پرداخته‌اند:

«سوءنیت در اجرا وقتی محقق می‌شود که یکی از طرفین از اختیار خود به‌گونه‌ای استفاده کند تا امتیازاتی را که به‌موجب قرارداد از آن‌ها صرف‌نظر کرده دوباره به دست آورد»^{۳۹} و این زمانی است که وی از اجرای قرارداد به‌نحو متعارف که مورد انتظار طرف دیگر بوده امتناع می‌ورزد. به‌عکس، حسن‌نیت در اجرا زمانی محقق است که طرف از اختیار خود برای تحقق هدف معقولی که طرفین به هنگام انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند، استفاده می‌کند. ملاک تفسیر در این مورد عینی است. بنابراین نظریه اجرای با حسن‌نیت، توجه مستقیم خود را معطوف به امتیازاتی می‌کند که طرف اعمال‌کننده اختیار^{۴۰} به‌هنگام تشکیل قرارداد از آن‌ها چشم‌پوشی کرده و نیز به دلایل وی برای به‌کار گرفتن این اختیار در حین اجرای قرارداد توجه مستقیم دارد».^{۴۱}

در پرونده معروف *Gateway Realty Ltd v. Arton Holdings Ltd.* مفهوم سوءنیت بدین ترتیب بیان شده است:

«با توجه به شرایط و مندرجات قرارداد و نیز اوضاع و احوال مربوط به هر مورد، مفهوم سوءنیت شکل می‌گیرد. در بسیاری از موارد می‌توان گفت سوءنیت وقتی اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین بدون توجه متعارف و معقول، نسبت به قرارداد به‌گونه‌ای عمل می‌کند که نتیجه عمل او باطل و بی‌اثر کردن اهداف یا منافی است که طرف دیگر به‌خاطر آن وارد قرارداد شده است؛ یا این‌که موجب ورود خسارتی سنگین به طرف دیگر می‌شود که این موارد با اهداف و

38. E.P. Belobaba, Good Faith in Canadian Contract Law, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Ontario, 1985, p. 78.

39. "To recapture opportunities foregone upon contracting"

40. discretion exercising party

41. Steven J. Burton, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith," (1980) 94 Harvard Law Review, P. 373 <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hlr94&id=387&print=section§ion=18&ext=.pdf>.

انتظارات نخستین طرفین به هنگام ورود به قرارداد منافات دارد».^{۴۲}

همچنین در ادامه همین رأی آمده است: «تعیین این که آیا طرفین، تعهدات مندرج در قرارداد را با حسن نیت انجام داده‌اند یا خیر، مستلزم اثبات سوءنیت خواننده از سوی خواهان نیست».^{۴۳} این پرونده قاعده‌ای را بیان می‌کند که از مفاد قرارداد طرفین به دست آمده و به موجب قانون تحمیل نشده است. به نظر می‌رسد قرارداد موصوف، انتظارات خاصی درباره مفهوم این قاعده و معیارهای اجرای قرارداد برای طرفین ایجاد می‌کند. اگر این انتظارات متعارف و معقول باشند باید برآورده شوند؛ زیرا این‌ها همان اهدافی هستند که طرفین به هنگام بستن قرارداد در ذهن داشته‌اند. البته بدیهی است برای این که چنین انتظاراتی معقول تلقی شوند، لازم است اولاً مورد تراضی طرفین باشند و ثانیاً با مفاد صریح قرارداد منافاتی نداشته باشند.

۲. آثار حسن نیت در مراحل مختلف قرارداد

۲-۱. تأثیر حسن نیت در مرحله مذاکرات و تشکیل قرارداد

درباره حکومت حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی یا به عبارت دیگر، تعهدات پیش قراردادی ناشی از حسن نیت، بحث‌های زیادی مطرح است. در این مورد، اولین و اساسی‌ترین پرسش این است که آیا وقتی هنوز هیچ قراردادی بین طرفین امضا نشده و هیچ رابطه قراردادی بین آن‌ها ایجاد نگردیده، می‌توان بر مبنای حسن نیت در قرارداد، مسئولیت پیش قراردادی یکی از طرفین را توجیه کرد و بر همین اساس، تعهدات فرعی دیگر مانند تعهد به دادن اطلاعات، تعهد به عدم استفاده از اطلاعاتی که در جریان مذاکرات بی‌نتیجه به دست آمده‌اند، تعهد به عدم افشای اطلاعات محرمانه و اسرار تجاری طرف مقابل در جریان مذاکرات، تعهد بر عدم قطع ناگهانی مذاکرات، منع عدول از ایجاب و ... چه جایگاهی دارند؟ پاسخ به این پرسش در کشورهای گروه کامن‌لا و گروه رومی ژرمنی کاملاً با هم متفاوت است.

از آن‌جا که رویکرد کشورهای حقوق نوشته نسبت به نظریه حسن نیت بسیار وسیع و فراگیر است، در این کشورها عموماً به‌طور صریح، دلالت حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی و ضرورت رعایت آن در متن قوانین موضوعه یا رویه قضایی بیان شده و دادگاه‌ها بر این اساس و

42. *Gateway Realty v. Alton Holdings Ltd.*; cited in Richler Joel, Is There A Duty Of Good Faith in the Canadian Law of Contract? Good Faith as a Legal Requirement in Business Dealings, Blake Cassels & Graydon LLP, 2003.

43. *Gateway Realty v. Alton Holdings Ltd.*; cited in *Ibid.* p.23

به‌طور قاطع راجع به مسئولیت پیش قراردادی مبتنی بر حسن‌نیت رأی صادر کرده‌اند که به‌عنوان نمونه آرای صادر شده در سه کشور ایتالیا، آلمان و فرانسه را می‌توان ذکر کرد.

ماده ۱۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا درباره ضرورت رعایت حسن‌نیت در جریان مذاکرات مقدماتی و تعیین مسئولیت طرفین پیش از قرارداد مقرر داشته است: «طرفین در جریان مذاکرات مقدماتی و تشکیل قرارداد باید نسبت به یکدیگر با حسن‌نیت رفتار کنند».^{۴۴} این سخن بدان معنا است که طرفین باید با جدیت و صداقت با هم مذاکره کنند و از قطع ناگهانی مذاکرات، افشای اسرار تجاری و اطلاعات محرمانه طرف مقابل و هرگونه سوءرفتار و تقلب و نیرنگ پرهیز کرده، اطلاعات لازم و اساسی را در اختیار طرف مذاکره خود قرار دهند و حداکثر تلاش خود را برای به نتیجه رسیدن مذاکرات و انعقاد قرارداد به عمل آورند.^{۴۵} بدیهی است که این مقرر هیچ تعهدی مبنی بر لزوم انجام توافق و انعقاد قرارداد ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در این صورت با اصل آزادی اراده قراردادی منافات خواهد داشت.

در حقوق آلمان که از پیش‌کسوتان حقوق نوشته است، حکومت این اصل در مرحله مذاکرات اولیه و نظریه مسئولیت پیش‌قراردادی با توجه به تفسیر موسع از ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور و سابقه تاریخی این بحث در این نظام حقوقی کاملاً پذیرفته شده است. نظریه «تقصیر پیش‌قراردادی»^{۴۶} که نخستین بار در سال ۱۸۶۱ در حقوق این کشور توسط ایرینگ^{۴۷} مطرح شد، به حقوق سایر کشورهای اروپایی از جمله بلژیک نیز سرایت کرده است.

بنابر نظریه یاد شده، طرفین با شروع مذاکراتشان وارد رابطه خاصی می‌شوند که منجر به ایجاد حقوق و تعهدات خاصی فراتر از حدود و قلمرو شبه جرم و مسئولیت غیرقراردادی می‌شود. به عقیده ایشان، طرفین مذاکره از نظر قراردادی ملزمند مراقبت لازم و ضروری را به عمل آورند. بنابراین، طرفی که مرتکب نقض این تعهد می‌شود، براساس این تقصیر پیش‌قراردادی، مسئول جبران خسارات است.^{۴۸}

شایان ذکر است که ایرینگ این عقیده را تنها در مواردی قابل اجرا دانسته که تقصیری به یکی از طرفین قابل انتساب باشد و لذا این نظریه را در مذاکراتی که به‌طور متعارف جریان داشته

44. Art. 1337: Negotiations and Pre-contractual Liability

"The parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall conduct themselves according to good faith."

45. Luisa Antonioli & Anna Veneziano, "Principles of European Contract Law and Italian Law", Kluwer Law International, 2005, p. 51.

46. *Culpa in Contrahendo*

47. Ihering

۸۴. عباسی، اسماعیل، «حسن‌نیت در قراردادها»، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، ص ۲۰۳.

و نهایتاً با عدم توافق طرفین عقیم مانده و به نتیجه نرسیده‌اند، قابل اعمال ندانسته است. دکترین «تقصیر پیش‌قراردادی» در حقوق فعلی آلمان کاملاً شناخته و تثبیت شده است و محاکم این کشور به این نظریه به‌عنوان مبنای مسئولیت پیش‌قراردادی استناد کرده و بر این اساس آرای صادر کرده‌اند.

در حقوق فرانسه نیز اگرچه تعهد مذاکره با حسن‌نیت همانند بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی صراحتاً در متن قانون نیامده، لیکن رویه قضایی حاکی از اعتبار حسن‌نیت در مرحله مذاکرات و مبنای مسئولیت پیش‌قراردادی است. در حقوق این کشور نیز همانند سایر کشورهای رومی ژرمنی و کشورهای کامن‌لا، اصل اولیه این است که طرفین در انجام مذاکره و خاتمه دادن به آن آزادند و این امر در واقع ناشی از اصل بنیادین حاکمیت اراده و آزادی قراردادی طرفین است، اما با توسعه تعهد کلی صداقت و وفاداری در جریان مذاکرات و به عبارت دیگر، تعهد به مذاکره با حسن‌نیت، محدودیت‌هایی در مقابل این اصل کلی ایجاد شده است. دیوان عالی فرانسه با اعلام این‌که هرگونه مسئولیت ناشی از نقض مذاکرات از سوءاستفاده از حق مذاکره ناشی می‌شود، امکان اقامه دعوا بر مبنای نقض چنین وظیفه‌ای را به‌منظور اطمینان از این‌که حق آزادی طرف در مذاکره به‌طور ناروا مخدوش نشده، محدود کرده است. بنابراین در صورتی که قطع مذاکرات توأم با سوءنیت صورت گرفته یا حداقل رفتاری بر مبنای نوعی تقلب و تزویر انجام شده باشد، سوءاستفاده از حق می‌تواند نوعی تقصیر محسوب و منجر به مسئولیت بر این مبنای گردد.

در هر حال در حقوق فرانسه، مرحله مذاکرات مقدماتی و تشکیل قرارداد خالی از تعهدات اخلاقی- حقوقی حسن‌نیت نیست و در این زمینه ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی در مورد مسئولیت مبتنی بر تقصیر مورد استناد قرار می‌گیرد. مبنای این مسئولیت این است که به واسطه سوءنیت یا فقدان حسن‌نیت یک طرف در جریان مذاکرات، تقصیری محقق شده است، آن هم بدون نیاز به اثبات این نکته که آیا طرف قصد اضرار به طرف مقابل را داشته یا خیر.

در اصول قراردادهای بین‌المللی^{۴۹} و اصول اروپایی حقوق قراردادهای نیز تحت تأثیر دکترین حقوق نوشته، حسن‌نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی به‌صراحت پیش‌بینی شده است. به‌عنوان نمونه ماده ۱۵-۲ اصول قراردادهای بین‌المللی راجع به مذاکره با حسن‌نیت مقرر می‌دارد:

«۱. هریک از طرفین در انجام مذاکره آزاد است و هیچ مسئولیتی به خاطر عدم رسیدن به توافق

متوجه وی نخواهد بود.

۲. بنابراین اگر یک طرف با سوءنیت مذاکره کند یا مذاکرات را قطع کند به لحاظ و زیان‌هایی که به

طرف مقابل وارد کرده، مسئول است.

۳. در صورتی که یک طرف با قصد عدم رسیدن به توافق وارد مذاکره با دیگری شود یا مذاکرات را ادامه دهد، این امر سوءنیت محسوب می‌شود».

همچنین در بخش سوم اصول اروپایی حقوق قراردادها ضرورت رعایت حسن‌نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی مورد تصریح قرار گرفته است. در نخستین ماده از این بخش تحت عنوان «مذاکرات مغایر با حسن‌نیت» چنین آمده است:

۱. هریک از طرفین در مذاکره آزاد است و در قبال نرسیدن به توافق مسئول نیست.
۲. با وجود این، طرفی که برخلاف حسن‌نیت و رفتار منصفانه مذاکره یا مذاکرات را قطع کرده است مسئول خساراتی است که به طرف دیگر وارد می‌شود.
۳. این که یکی از طرفین بدون قصد جدی رسیدن به یک توافق با طرف دیگر وارد مذاکره شود و یا آن را ادامه دهد، به‌طور خاص مغایر با حسن‌نیت و رفتار منصفانه است».

چنان که ملاحظه شد، در پذیرش تعهد مذاکره با حسن‌نیت و به تبع آن، مسئولیت پیش‌قراردادی مبتنی بر حسن‌نیت در کشورهای گروه حقوق نوشته جای تردید نیست. حداقل این است که در این کشورها رویه قضایی، خلأهای قانونی در این باره را مرتفع کرده است؛ لکن در حقوق کامن‌لا- حتی در ایالات متحده که اصل حسن‌نیت به‌طور صریح در قوانین داخلی آن مقرر شده است- حسن‌نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی و تشکیل قرارداد مورد پذیرش قرار نگرفته است. دلیل عمده این امر، تضاد این نظریه با اصل حاکمیت اراده و به‌ویژه اصل آزادی قراردادی طرفین اعلام شده است. از این رو، این نکته که آغاز مذاکره برای یک قرارداد به خودی خود موجب یک رابطه تعهدآور باشد در این کشورها مورد قبول واقع نشده است. استدلال آن‌ها در این خصوص، علاوه بر دلیل یاد شده، این است که قبول خطر از لوازم ورود به عرصه پرمخاطره تجارت است و تا زمانی که قرارداد امضا نشده، طرفین باید خطرهایی را بپذیرند. در حقوق امریکا، عموماً دادگاه‌ها بر دوش طرفینی که هنوز وارد قرارداد نشده‌اند، تعهد به مذاکره را تحمیل نمی‌کنند. دادگاه‌های کانادا حتی مقاومت بیش‌تری نسبت به پذیرش مذاکره با حسن‌نیت انجام داده‌اند؛ به‌طوری که در پرونده *Edger Brascan Corp. v. 117373 Canada Ltd.* دادگاه رأی داد که قانون ما تعهد مذاکره با حسن‌نیت را نپذیرفته است و این نظر حتی در جایی که قراردادی از قبل وجود داشته و مذاکرات در خصوص آن قرارداد به عمل می‌آید نیز قابل اعمال است.^{۵۰}

50. Rosenberg, Ken and Yachnin Maryth, "Do You Have to Negotiate in Good Faith?", A Comparative Analysis of Good Faith in Commercial Transactions in Canada and the United States, p. 8.

در برخی از پرونده‌های محاکم این کشور نظر داده شده که در مواردی می‌توان قائل به وجود یک تعهد مذاکره با حسن نیت بود، برای مثال در قراردادی که یک حق برای تجدیدنظر در میزان اجاره‌بها یا قیمت برخی لوازم یا قطعات یا خدمات موضوع قرارداد در نظر گرفته شده، به‌طوری که میزان آن در آینده با مذاکره طرفین تعیین گردد.^{۵۱} مثلاً در قراردادهای بلندمدت، تعیین قیمت یا میزان تمام اجزای موضوع قرارداد به هنگام امضای قرارداد ممکن نیست. به همین دلیل معمولاً طرفین تعیین قیمت یا میزان برخی از اقلام را منوط به مذاکره در آینده می‌کنند. با وجود این، هنوز نظر اکثریت بر این است که هیچ تعهد ماهوی مبنی بر مذاکره با حسن نیت وجود ندارد.

به‌طور کلی به نظر حقوقدانان کامن‌لا، در فقدان یک قرارداد یا توافقنامه قابل اجرا، سوءنیت ممکن است منجر به لزوم جبران خسارت بر مبنای مسئولیت کیفری (جرم) یا مسئولیت مدنی (شبه جرم) گردد؛ زیرا مسئولیت، ناشی از یک تعهد غیرقراردادی است. اخیراً در یک مطالعه تطبیقی در خصوص حسن نیت پیش‌قراردادی در حقوق آمریکا و فرانسه، چنین اظهار شده است: «وقتی که هیچ قرارداد یا توافقنامه مقدماتی بین طرفین به وجود نیامده است، هم در حقوق آمریکا و هم در حقوق فرانسه، اتفاق نظر وجود دارد که اصول و قواعد راجع به قراردادها قابل اعمال نیست. بنابراین هرگونه سوءرفتار پیش از قرارداد^{۵۲} باید براساس شبه جرم یا نظریه انصاف مورد قضاوت قرار گیرد».^{۵۳}

دعوی معروف *Walford v. Miles* که در سال ۱۹۹۲ در محاکم انگلیس مطرح شد به‌روشنی جایگاه بحث در حقوق کامن‌لا و به‌ویژه حقوق انگلیس و استدلالات قضایی محاکم این کشور را بر رد نظریه مسئولیت پیش‌قراردادی حسن نیت نشان می‌دهد. یکی دیگر از تعهدات بسیار مهم ناشی از حسن نیت در مرحله مذاکرات مقدماتی و تشکیل قرارداد، تکلیف به دادن اطلاعات مهم یا افشای اطلاعات اساسی^{۵۴} است. این تعهد که از لوازم و ضروریات حسن نیت در مرحله مذاکره و انعقاد قرارداد محسوب می‌شود، ممکن است به دو صورت مطرح شود:

در صورت نخست، معنای این تعهد آگاه کردن طرف مقابل از خصوصیات و ویژگی‌ها و نحوه استفاده از کالا و نیز مطلع ساختن وی از خطرهای احتمالی مربوط به آن است. در گونه دوم که

51. *Ibid*, p.7.

52. pre-contractual misbehavior

53. N.E. Nedzel, "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Pre-contractual Liability" *Tulane European and Civil Law Forum*, no. 12, 1997, p. 155.

54. duty to inform; duty to disclose

بیش‌تر در قراردادهای بیمه مصداق دارد، معنای این تعهد، افشای تمام مسائل مهم و اطلاعات اساسی و مؤثر در قرارداد است که بیمه‌گذار باید به‌هنگام مذاکره و امضای قرارداد، بیمه‌گر را از این واقعیت‌ها آگاه سازد.

پیشرفت فوق‌العاده صنعت و فناوری و گسترش ارتباطات اقتصادی و تجاری در سطح بین‌المللی و برهم خوردن تعادل و توازن اطلاعات و توانایی‌های دو طرف قرارداد و به عبارتی، موقعیت برتر فروشندگان و صاحبان فناوری، دانشمندان حقوق و محاکم قضایی غرب را به تأسیس قواعدی جدید مطابق با ضروریات روز واداشته است؛ چنان‌که برخی قواعد سنتی جای خود را به اصول و قواعدی جدید داده‌اند که منطبق بر نیازهای امروزیین تجاری هستند. در این راستا و به‌منظور تثبیت تعادل و توازن قدرت دو طرف قرارداد، قاعده سنتی «خریدار آگاه باش»^{۵۵} که براساس آن، خریدار باید هوشیاری و دقت نظر کامل خود را نسبت به انجام تحقیقات اولیه راجع به کالاها و بازرسی و تحویل آن‌ها به‌کار می‌گرفت و در غیر این صورت هیچ مسئولیتی بر عهده فروشنده قرار نمی‌گرفت، در حقوق امروز کم‌رنگ‌تر شده و اصولی مانند اصل افشای اطلاعات مهم و اساسی برای الزام فروشندگان و صاحبان دانش و فناوری به ارائه این اطلاعات به طرف ضعیف‌تر پدید آمده است.

بر مبنای این تأسیس نوین، هر طرف معامله که اطلاعات و دانش لازم را در مورد ویژگی‌ها، کیفیت، خطرهای احتمالی و سایر جوانب موضوع قرارداد دارد مکلف است کلیه واقعیت‌ها و مسائل مربوط را افشا کند و به اطلاع طرف مقابل برساند. در واقع، شخصی که اطلاعات و حقایق مربوط به مورد معامله را کتمان کرده و از این طریق موجب متضرر شدن طرف مقابل شده، دارای حسن‌نیت نبوده و این تعهد قراردادی را نقض کرده است.

از جمله مبانی مهم تعهد به دادن اطلاعات، مبانی اخلاقی و ضرورت رعایت حسن‌نیت در قراردادها است. نظریه تعهد به دادن اطلاعات در معنای عام کلمه، با اصل حسن‌نیت پیوند خورده است؛ بدین‌معنا که تعهد به دادن اطلاعات، علاوه بر کسب مشروعیت خود از طریق ضرورت‌های اجتماعی، اخلاقاً بر پایه ضرورت رعایت اصل حسن‌نیت در هنگام انعقاد و اجرای قرارداد استوار است و با سکوت فریب‌دهنده که مخالف اصل مذکور است این تعهد نقض می‌گردد.^{۵۶}

۵۵. «caveat emptor» اخطار به مشتری: اصلی که به‌موجب آن مشتری باید احتیاط لازم را به عمل آورده، جنس را به مسئولیت خود انتخاب و خریداری کند. (فرهنگ اصطلاحات حقوقی، تهیه شده در بخش ترجمه دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده، انتشارات گنج دانش، ص ۱۱).

۵۶. قاسمی حامد، عباس، «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۴ و ۱۶۵ (ش ۱۰ دوره جدید).

چنان‌که در آغاز بحث گفتیم، مصداق بارز تعهد به دادن اطلاعات در نوع دوم، قرارداد بیمه می‌باشد؛ لذا نظر به اهمیت حسن نیت و تعهد افشا در قرارداد مزبور، این تعهد را در قرارداد بیمه مورد بحث و مطالعه قرار می‌دهیم:

یکی از اصول کلی و مسلم حقوق قراردادهای این است که طرفین با حسن نیت و صادقانه با هم رفتار کنند. با وجود این در بیمه، موضع قانون سخت‌تر می‌گردد؛ در قرارداد بیمه طرفین موظفند با رعایت حداکثر حسن نیت^{۵۷} با هم رفتار کنند.

یکی از وجوه تمایز عمده بین قرارداد بیمه و سایر قراردادهای، وجود اصل حداکثر حسن نیت^{۵۸} است. این اصل در بیمه از عوامل اساسی تنظیم رابطه بین تعهدات طرفین است. بیمه‌گذار و بیمه‌گر باید با حسن نیت کامل و اعتماد متقابل نسبت به یکدیگر عمل کنند.^{۵۹}

قاعده کلی در قرارداد بیمه این است که بیمه‌گذار باید تمام اطلاعاتی را که جنبه اساسی و مهم دارند در اختیار بیمه‌گر قرار دهد تا بدین طریق، بیمه‌گر به تخمین و تعیین حق بیمه بپردازد.^{۶۰} برای مثال، در بیمه دریایی بیمه‌گذار باید تمام موارد مهم مثلاً در خصوص کالا یا کشتی یا شرایط مربوط به آن‌ها را به‌طور کامل اظهار کند. البته بیمه‌گذار تکلیفی به ابراز مواردی که بعداً ممکن است به اطلاع او برسد ندارد. در واقع، این وظیفه به مواردی که بیمه‌گذار «باید می‌دانست» (و در حال حاضر نمی‌داند) تسری پیدا نمی‌کند، بلکه شامل مواردی است که شخص در هنگام بستن قرارداد بیمه از آن‌ها آگاه و مطلع است.

بنابراین وظیفه بیمه‌گذار بیان کامل «موارد مهم»^{۶۱} است؛ یعنی مواردی که در تصمیم‌گیری بیمه‌گر در ارزیابی دامنه خطر یا تعیین حق بیمه مؤثر است.

نقض اصل حداکثر حسن نیت در قرارداد بیمه معمولاً به دو صورت است: مثبت یا منفی. نقض مثبت وظیفه حسن نیت کامل، در اظهار موارد مهم، همیشه عمدی و با سبق تصمیم است؛ درحالی‌که نقض منفی به‌طور غیرعمدی صورت می‌گیرد. نقض این وظیفه در صورت عمدی بودن، قرارداد را باطل و در صورت غیرعمدی بودن قرارداد را قابل فسخ می‌سازد و طرف دیگر حق دارد قرارداد را باطل اعلام کند.

در مورد نقض مثبت وظیفه حسن نیت کامل، ماده ۱۲ قانون بیمه ایران مقرر می‌دارد:

57. utmost good faith

58. uberrimae fide

59. Avinash , Dixit and Pierre M. Picard , On the Role of Good Faith in Insurance Contracting, Princeton University - Department of Economics and University of Manchester - School of Social Sciences http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=233535

۶۰. ضمانت اجرای تخلف از این تعهد در مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ مقرر شده است.

61. material facts

«هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبه بنماید و مطالب اظهار نشده و یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد، عقد بیمه باطل خواهد بود، حتی اگر مراتب مذکور تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد. در این صورت، نه فقط وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست، بلکه بیمه‌گر حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند».

همچنین ماده ۱۳ قانون بیمه ایران در خصوص نقض منفی وظیفه حسن‌نیت کامل اعلام می‌دارد:

«اگر خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد عقد بیمه باطل نمی‌شود. در این صورت، هرگاه مطلب اظهار نشده یا اظهار خلاف واقع قبل از وقوع حادثه معلوم شود بیمه‌گر حق دارد یا اضافه حق بیمه را از بیمه‌گذار در صورت رضایت او دریافت داشته، قرارداد را ابقا کند و یا قرارداد بیمه را فسخ کند ...».

در حقوق امروز غرب، به‌ویژه حقوق آمریکا و حقوق انگلیس، مسئولیت پیش‌قراردادی مبتنی بر اصل حداکثر حسن‌نیت در قرارداد بیمه که یک تعهد خشک مبنی بر ارائه کامل تمام اطلاعات اساسی را بر بیمه‌گذار تحمیل کرده و بر این اساس، حق یک‌طرفه ابطال قرارداد را از سوی بیمه‌گر ایجاد می‌کند، تحول یافته است. قاعده کلی این بوده که بیمه‌گذار باید تمام مسائل اساسی و اطلاعات مؤثر را نزد بیمه‌گر افشا کند و عدم افشای این اطلاعات اساسی منجر به بطلان یا ایجاد حق ابطال قرارداد برای بیمه‌گر است. دیدگاه جدید این است که در تمام موارد، عدم افشای اطلاعات اساسی منجر به بطلان قرارداد نمی‌شود، بلکه در این زمینه خود بیمه‌گر نیز باید تحقیق لازم را برای کسب اطلاعات اساسی و تحصیل حقایق به عمل آورد و این وظیفه به‌تنهایی بر عهده بیمه‌گذار نیست. به عبارت دیگر، کوتاهی بیمه‌گر در تحصیل اطلاعات بیش‌تر و پی‌بردن به حقایق نباید منجر به بطلان قرارداد یا به بیان بهتر، ایجاد حق ابطال برای او گردد. نتیجه این که رعایت حسن‌نیت، وظیفه هر دو طرف است نه فقط بیمه‌گذار.^{۶۲} مفهوم اصل حداکثر حسن‌نیت، اولین بار، توسط قاضی لرد منسفیلد^{۶۳} در دعوای معروف *Carter v. Boehm* در سال ۱۷۶۶ مطرح شد:

۲۶. عبدی مصباح، یونس (مترجم)، «تغییر دیدگاه درباره اصل حسن‌نیت در قراردادهای بیمه»، ماهنامه تازه‌های جهان بیمه، شماره ۹۷، تیر ۱۳۸۵، ص ۱۹.

63. Lord Mansfield

بیمه، یک قرارداد مبتنی بر تعهدات طرفین است ... بیمه‌گر به اظهارات بیمه‌گذار خویش اعتماد می‌کند ... قرارداد بیمه بر مبنای اعتمادی جریان پیدا می‌کند که در آن، بیمه‌گذار شرایط و اوضاع و احوال مورد بیمه را از بیمه‌گر مخفی نگه نمی‌دارد ... اگر این مخفی نگه‌داشتن اوضاع و احوال منجر به گمراهی بیمه‌گر در تخمین ریسک و خطر شود، مخفی نگه‌داشتن چنین شرایطی تقلب محسوب می‌شود و در نتیجه، بیمه‌نامه باطل می‌شود. هرچند این کتمان ممکن است به اشتباه و بدون قصد متقلبانه رخ داده باشد، ولی با این همه بیمه‌گر فریب خورده است؛ ... زیرا ریسک و خطری که در جریان است با خطری که در زمان انعقاد قرارداد توسط بیمه‌گر استنباط شده متفاوت است».^{۶۴}

بنابراین براساس دیدگاه سنتی، نقض این تکلیف، یعنی عدم افشای اطلاعات اساسی، موجب ایجاد حق ابطال برای بیمه‌گر است. به این قرارداد از ابتدای انعقاد، نه از زمان فسخ به‌عنوان یک عقد باطل نگریسته می‌شود و در نتیجه، بیمه‌گر حق بیمه را باز می‌گرداند، پرداخت‌هایی را که طبق قرارداد صورت گرفته پس می‌گیرد و از تمام مسئولیت‌ها مبرا می‌شود. به نظر می‌رسد فسخ یا ابطال قرارداد به شرح فوق یک اقدام شدید و غیرمنصفانه است و این حق، بیمه‌گذاران را از حمایتی که آن‌ها خواستار آن هستند، محروم خواهد کرد؛ محرومیتی که اغلب بدون هرگونه خطای واقعی از جانب بیمه‌گذار است. طرق جبرانی برای عدم افشا یا قلب حقیقت مسائل اساسی از طرف بیمه‌گذار در سایر نظام‌های حقوقی به‌طور کلی از سختی و شدت کم‌تری برخوردار است.

بسیاری از قضات ایالات متحده در جایی که قرارداد بیمه ممکن است بر مبنای دادن اطلاعات نادرست تنظیم شده باشد، مایل به دادن حکم به فسخ جزئی^{۶۵} هستند یا ممکن است بالنسبه محدودیت‌هایی را در مسئولیت بیمه‌گر ایجاد کنند. اقدامات مشابهی در سایر نظام‌های حقوقی اروپایی وجود دارد و فسخ یا ابطال کامل^{۶۶} قرارداد بیمه یا بیمه اتکایی در مقایسه با رویه محاکم انگلستان، کم‌تر رخ می‌دهد. در طول دهه‌ها، دادگاه‌های انگلستان رویکردی خشک نسبت به وظیفه حسن‌نیت اعمال می‌کردند. در سال‌های اخیر تعدادی از دعاوی وجود داشته‌اند که در آن‌ها قضات اقدام شدید و ناروای حق فسخ را تأیید نکرده و رویکرد خویش را تعدیل کرده‌اند.^{۶۷}

64. Watterson, Stephan, *Carter v. Boehm* (1766), ch. 3 in Charles Mitchel and Paul Mitchel, *Landmark Cases in law of Contract*, Hart Publishing, 2008, pp. 57.95.

65. partial rescission

66. complete rescission

در واقع، تعهد به اعلام، در مفهوم معمول آن در قراردادهای بیمه، بیشترین مسئولیت را برعهده بیمه‌گذار قرار می‌دهد تا بیمه‌گر و اعمال آن در اغلب موارد، ممکن است از منظر عقل سلیم، خلاف حسن‌نیت به نظر برسد.

۲-۲. تأثیر حسن‌نیت در اجرا و تفسیر قرارداد

یکی از قواعدی که باعث تکمیل اصل لزوم وفا به عهد می‌شود، قاعده حسن‌نیت در اجرای قرارداد است که براساس آن، اجرای مفاد قرارداد منوط به رعایت قاعده حسن‌نیت است. اجرای با حسن‌نیت قرارداد لازمه مفاد تراضی است و رفتار مغایر با حسن‌نیت با اصل الزام‌آور بودن قرارداد ناسازگار است و بر همین اساس، اصل احترام به قراردادها را باید همواره در ارتباط با قاعده حسن‌نیت مورد توجه و بررسی قرار داد. لذا نه تنها متعهد قرارداد باید در اجرای قرارداد حسن‌نیت داشته باشد، بلکه هر یک از متعاهدین باید به سهم خود سعی کند تا تعهدات به بهترین نحو اجرا شود.

در واقع، قاعده لزوم حسن‌نیت در اجرای قرارداد، نتیجه پیوند حقوق و اخلاق است و بنا بر رعایت همین پیوند، دو طرف باید در برابر هم با حسن‌نیت رفتار کنند و بر همین اساس، اجرای قرارداد را بخواهند.^{۶۸} راجع به رابطه نزدیک این اصل در اجرای قرارداد با اصل بنیادین لزوم وفا به عهد گفته‌اند:

«اصل حسن‌نیت، اصلی محوری و اساسی است که از قاعده لزوم وفا به عهد و سایر قواعد حقوقی که به‌طور مستقیم و مشخص با صداقت، انصاف و متعارف بودن یا معقولیت در ارتباطند، نشأت گرفته و اعمال آن به‌وسیله معیارهای صداقت، انصاف و معقولیت که در یک زمان مشخص بر جامعه تجاری حاکم هستند تعیین می‌شود».^{۶۹}

ضرورت اجرای با حسن‌نیت از مقولاتی است که در حقوق همه کشورهای حقوق نوشته و حتی امریکا به‌صراحت مقرر شده است. در این زمینه، قوانین مدنی فرانسه و آلمان پیشگام بوده، از سابقه طولانی برخوردارند.

براساس بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه: «قراردادها باید با حسن‌نیت اجرا شوند». ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان نیز با عباراتی کلی، این مفهوم را بیان می‌دارد.^{۷۰} این دو ماده برای

۸۶. شفایی، محمدرضا، بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۸۶.
69. O'Connor J.F., Good Faith in English Law, Dartmouth Publishing Company Ltd., Brookfield USA, 1990, p. 102.

۷۰. براساس این ماده: «متعهد مکلف است تعهد خود را با صداقت و اعتماد متقابل، طبق عادات و رسوم پذیرفته شده در تجارت، به اجرا در آورد».

حقوقدانان و دادگاه‌ها در حقوق نوشته بسیار معروف و شناخته شده‌اند و مبنای صدور بسیاری از احکام در رابطه با لزوم رعایت حسن‌نیت در اجرای قرارداد بوده‌اند.

ماده ۲ قانون مدنی سوئیس مقرر می‌دارد: «هرکس موظف است حقوق و تعهدات خود را براساس حسن‌نیت اعمال و اجرا کند». همچنین ماده ۱ قانون مدنی ژاپن مقرر داشته: «حقوق خصوصی باید با رفاه و آسایش عمومی منطبق باشد. حقوق و تعهدات باید با شرافت و درستی و منطبق با شرایط حسن‌نیت اعمال و اجرا شوند. سوءاستفاده از حق مجاز نیست».

در ماده ۲۲۱ قانون تعهدات و قراردادهای لبنان مصوب ۱۹۳۲ نیز آمده است: «قراردادهایی که به‌طور قانونی به‌وجود آمده، لازم‌الاجرا هستند و باید مطابق حسن‌نیت و انصاف و عرف، تفسیر و اجرا بشوند».

اگرچه کشورهای حوزه کامن‌لا موضعی سرسختانه در پذیرش حسن‌نیت داشته‌اند و به‌ویژه این رویکرد در حقوق انگلیس بسیار برجسته و قابل توجه بوده، لکن در حقوق امریکا که در حال حاضر پیشرو و طلایه‌دار کشورهای پیرو حقوق کامن‌لا است، موضوع الزام‌آور بودن رعایت حسن‌نیت در اجرای قرارداد و اعمال حقوق و ضمانت‌اجراهای ناشی از آن به‌صراحت در «قانون یکنواخت بازرگانی»^{۷۱} و مجموعه «شرح جدید حقوق»^{۷۲} درج شده است.

قانون یکنواخت بازرگانی به‌عنوان یک قانون یکنواخت در تمام ایالات امریکا، در ماده ۳-۱ مقرر می‌دارد: «هر قرارداد یا الزام مندرج در این قانون، تعهد حسن‌نیت در اجرا و اعمال آن را [بر طرفین] تحمیل می‌کند».

ماده ۲۰۵ ویرایش دوم «شرح جدید حقوق» امریکا راجع به قراردادها^{۷۳} نیز تحت تأثیر قانون مزبور در این باره مقرر می‌دارد: «هر قرارداد، تعهد به داشتن حسن‌نیت و رفتار منصفانه در اجرا و اعمال آن را بر هریک از طرفین تحمیل می‌کند».

به‌نظر می‌رسد با افزودن قید «رفتار منصفانه» در متن ماده اخیر، تکلیف اجرای با حسن‌نیت و منصفانه قرارداد، دقیق‌تر و روشن‌تر شده است.

در نخستین مقاله مهم که بعد از وضع قانون یکنواخت بازرگانی منتشر گردید، پرفسور فarns ورت^{۷۴} اظهار کرده که تعهد اجرای با حسن‌نیت می‌تواند مبنای حقوقی بسیاری از تعهدات دیگر- که ما حقوقدانان کامن‌لایی از آن به شروط ضمنی^{۷۴} یاد می‌کنیم- قرار گیرد. به‌عبارت دیگر، تعهد به اجرای با حسن‌نیت مندرج در قانون یکنواخت بازرگانی اساس و مبنای اعمال طیف

71. Uniform Commercial Code (UCC).

72. Restatement (Second) On Contracts, § 205

73. Farnsworth

74. implied terms

گسترده‌ای از تعهدات ضمنی در قرارداد است.^{۷۵}

به نظر دیگر حقوقدان معروف امریکایی که دیدگاه‌های وی در انتقاد شدید از نظرهای پروفیسور سامرز مطرح شده، «نظریه اجرای با حسن نیت، توجه مستقیم خود را معطوف به امتیازاتی می‌کند که طرف اعمال‌کننده اختیار در هنگام تشکیل قرارداد از آن‌ها چشم‌پوشی کرده و نیز به دلایل وی برای به کار گرفتن این اختیار در حین اجرای قرارداد توجه مستقیم دارد».^{۷۶} به عقیده این مؤلف «سوءنیت در اجرا وقتی محقق می‌شود که یکی از طرفین از اختیار^{۷۷} خود به گونه‌ای استفاده کند تا امتیازاتی را که به موجب قرارداد از آن‌ها صرف‌نظر کرده دوباره به دست آورد و این زمانی است که وی از اجرای قرارداد به نحو متعارف که مورد انتظار طرف دیگر بوده، امتناع می‌کند. به عکس، حسن نیت در اجرا زمانی محقق است که طرف از اختیار خود برای تحقق هدف معقولی که طرفین به هنگام انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند، استفاده می‌کند. ملاک تفسیر در این مورد عینی است».^{۷۸}

در بند «الف» ماده ۲۰۵ شرح جدید که با الهام از نظریه پروفیسور سامرز (نقش نفی‌کننده حسن نیت) تنظیم شده، آمده است: «اجرای با حسن نیت قرارداد بر پای‌بندی به هدف و منظور مشترک و هماهنگی با انتظارات موجه طرف دیگر تأکید می‌کند و رفتارهای گوناگونی را که به دلیل نقض استانداردهای عام شرافت، انصاف یا معقولیت به عنوان رفتارهای متضمن سوءنیت شناخته شده‌اند از قرارداد استثنا می‌کند». در بند «د» تفسیر همین ماده نیز در بیان مواردی که با اعمال حسن نیت از قرارداد مستثنا می‌شوند، گفته شده است: «ارائه فهرستی کامل از مصادیق متعدد سوءنیت ممکن نیست. با وجود این، موارد زیر از جمله مواردی است که در آرای دادگاه‌ها پذیرفته شده است: گریز و طفره رفتن از مقتضیات ماهیت قرارداد؛ اهمال، کم‌کاری و عدم جدیت، دقت و تلاش در اجرای قرارداد؛ سوءاستفاده از اختیار در تعیین بعضی مسائل قراردادی؛ ...».^{۷۹}

برخی از نویسندگان، همچون پلنیول و ریپر سعی کرده‌اند بر مبنای اصل حسن نیت در اجرای قرارداد، تعدیل قرارداد را در زمانی که اجرای مفاد آن برای متعهد قراردادی بسیار زیان‌آور و

75. Farnsworth, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code, 30 U. Chi. L. Rev. 666, 679 (1963).

76. Burton, Steven J. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith," (1980) 94 Harvard L. Rev., p.373 <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hlr94&id=387&print=section§ion=18&ext=.pdf>

77. discretion

78. Ibid, p. 373.

79. Ibid.

دشوار است توجیه کنند.^{۸۰}

طرفداران قاعده لزوم رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد، بند ۳ ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه را که مقرر داشته «قراردادها باید با حسن نیت اجرا شوند» چنین تفسیر می کنند که باید هر دو طرف قرارداد، در اجرای آن حسن نیت نشان دهند و قرارداد با حسن نیت اجرا شود. طرفین باید در اجرای قرارداد با یکدیگر همکاری و همیاری متقابل داشته باشند و از هر اقدامی که ایفای تعهد را برای یک طرف دشوار می سازد اجتناب ورزند. بنابراین از متعهدله نمی توان اجرای قرارداد را در شرایط سخت و دشوار انتظار داشت؛ چرا که عدم توجه به حوادث غیرمترقبه که اوضاع و احوال قرارداد را دگرگون ساخته و مطالبه اجرای دقیق و کامل قرارداد در چنین شرایطی، رفتار مغایر با حسن نیت تلقی می شود.^{۸۱}

به عبارت دیگر در شرایطی که تعادل اقتصادی و توازن اولیه قرارداد بر اثر تغییرات اقتصادی، تحولات سیاسی و غیره به سختی بر هم ریخته و اجرای تعهد با همان شرایط قبلی به حدی دشوار شده که مشکلات فوق العاده و هزینه های سنگین و غیرمعارف را به دنبال دارد، اگر متعهدله اجرای کامل آن را مطالبه کند نمی توان او را طلبکار با حسن نیت دانست و مدعی شد که درخواست اجرای دقیق قرارداد با رعایت قاعده حسن نیت توأم است.

این نظریه مصون از انتقاد نمانده است. حقوقدانانی که به مخالفت با این نظریه پرداخته اند حسن نیت را به عنوان یک قاعده عمومی پذیرفته اند، ولی اعتقاد دارند که اصل حسن نیت ایجاب می کند طرفین همواره به مفاد تراضی پایبند باشند و از اجرای آن خودداری نکنند و شروط قراردادی را یک طرفه تغییر ندهند. بنابراین، الزام به اجرای تعهد در موقعیتی که شرایط و اوضاع و احوال دگرگون شده، ولی متعهدله هیچ نقشی در ظهور و پیدایش آن نداشته، نه تنها هیچ مغایرتی با قاعده حسن نیت در اجرای قرارداد ندارد، بلکه کاملاً منطبق بر آن است.

البته مطابق ماده ۲۲۶۸ ق.م. فرانسه حسن نیت در هر مورد، اصل تلقی می شود و کسی که مدعی سوءنیت یا رفتار خلاف حسن نیت است باید ادعای خود را ثابت کند؛ ضمن آن که احراز و اثبات این امر که متعهدله با درخواست اجرای تعهد در شرایط منقلب شده و تغییر یافته، مرتکب سوءنیت شده یا مغایر با حسن نیت رفتار کرده بسیار سخت و بعید به نظر می رسد؛ چرا که مفهوم و قلمرو حسن نیت که یک امر درونی و نهانی است هنوز در حقوق به خوبی تبیین نشده است. مضافاً این که ملاک دقیقی برای تمیز و سنجش آن وجود ندارد. لازمه این سخن آن است که تا وقتی سوءنیت متعهدله در این خصوص به اثبات نرسیده نمی توان رفتار یا عملکرد او را مغایر با حسن نیت محسوب کرد.

۸۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۹۰.
۸۱. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون المدنی، ج ۱، ص ۶۲۸ و ۶۳۴.

در حقوق ایران در خصوص تعدیل قرارداد بر مبنای لزوم حسن نیت در اجرای آن، یکی از نویسندگان برجسته حقوق می‌نویسد: «بر فرض که بتوان تکلیف مربوط به اجرای با حسن نیت قرارداد را از قانون استنباط کرد، به دشواری می‌توان این قاعده را برخلاف اصل لزوم قراردادهای و پابندی دو طرف به مفاد عقد به کار برد. بی‌گمان هیچ‌کس حق ندارد در روابط اجتماعی به تقلب و تدلیس دست زند. رابطه قراردادی نیز از این قاعده بیرون نیست. ولی در این نتیجه تردید است که آیا سختگیری در گرفتن حق را می‌توان با حسن نیت در اجرای تعهد مخالف دانست؟ آیا لزوم داشتن حسن نیت باید در جهت تأیید مفاد تعهد و اجرای کامل آن به کار گرفته شود یا برای معاف شدن از اجرای آن؟»^{۸۲}

آثار حسن نیت در تفسیر قراردادهای نیز از دو جنبه قابل بررسی است:

۱. حسن نیت قاضی رسیدگی‌کننده: از جنبه نخست حسن نیت در تفسیر قرارداد بدین معنا است که مرجع رسیدگی‌کننده، هر قرارداد را با فرض صداقت و حسن نیت طرفین قرارداد تفسیر و از نکات مورد اختلاف رفع ابهام کند.

در این مفهوم، حسن نیت از ابزار و عواملی است که به قاضی کمک می‌کند تا حدود التزامات طرفین و آثار قراردادی را مشخص سازد؛ زیرا هر طرف قرارداد علی‌الاصول با اطمینان به حسن نیت طرف مقابل بر مفاد عقد تراضی کرده، تعهداتی را متقبل می‌شود و آثار قرارداد را می‌پذیرد و حق دارد که فرض صداقت و حسن نیت را در وجود طرف مقابل هم در مقام تعیین تعهدات و آثار قراردادی و هم در مقام اجرای آن‌ها محقق بداند و هیچ‌یک از طرفین حق ندارد از حسن نیت موجود سوءاستفاده کنند.

قاضی تفسیرکننده باید براساس مقتضای هریک از دو نظریه تقدم اراده باطنی و تقدم اراده ظاهری که در سیستم حقوقی حاکم بر قرارداد پذیرفته شده، عمل کند. به عبارت دیگر، اگر نظریه اراده باطنی پذیرفته شده باشد، قاضی باید از تمام عواملی که در دسترس او قرار دارند و او را به قصد واقعی طرفین می‌رسانند، غافل نشود. مثلاً اگر با شهادت شهود به قصد واقعی اطمینان

۲۸. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۹۱-۹۰. چنان‌که قبلاً گفتیم در حقوق ایران، اصل حسن نیت هنوز به‌طور قطع پذیرفته نشده، لکن قواعدی وجود دارد که بر مبنای انصاف و حسن نیت تدوین شده است. برخی نویسندگان حقوق برای توجیه این مفهوم در حقوق ایران، به مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی استناد کرده‌اند و رعایت حسن نیت در وفا به عهد را از لوازم عرفی عقد دانسته‌اند: (سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، «تعهدات و قراردادهای»، تهران، ۱۳۵۱، ص ۱۷۹. برخی دیگر نیز با توجه به پاره‌ای نصوص قانونی دیگر مانند مواد ۶۸۰، ۳۱۹، ۲۶۳، ۱۱۶۴ و ۱۱۶۵ قانون مدنی و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، قائل به قبول اصل حسن نیت در حقوق ایران شده‌اند: محمدجعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، «حقوق تعهدات»، انتشارات گنج دانش، ج ۳، ۱۳۷۸، ص ۲۰۶.

به‌منظور ملاحظه تحلیل تفصیلی مفهوم، آثار و جایگاه حسن نیت در حقوق ایران و سایر نظام‌های حقوقی گروه حقوق نوشته و کاملاً رجوع کنید به پایان‌نامه کارشناسی ارشد نگارنده با عنوان: «بررسی تطبیقی حسن نیت در قراردادهای»، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۸۵.

پیدا کرد، به بهانه وضوح عبارات از تمسک به شهادت صرف نظر نکند. ولی اگر نظریه اراده ظاهری پذیرفته شده باشد به سبب قرائن خارجی از مدلول صحیح عبارات اعراض نکند و فقط در صورتی که واقعاً عبارات برای او ابهام داشته باشند، به عرف و عوامل دیگر متوسل شود و در به کارگیری این عوامل نیز حسن نیت را رعایت کند.

۲. حسن نیت طرفین قرارداد: از این منظر لازم است هریک از متعاملین، حسن نیت را درباره دیگری مراعات کند. از جمله باید هنگام عقد قرارداد براساس آنچه در واقع از عبارات طرف مقابل فهمیده، عبارات خود را انشا کند و نباید از اشتباهات و خطاهای طرف مقابل سوءاستفاده کند.

فرض بر این است که طرفین، مطابق مقتضای آگاهی خود از عبارات قرارداد، اقدام به انشای عبارات قرارداد کرده‌اند، به طوری که می‌توان گفت هر قرارداد بر وجود حسن نیت در طرفین دلالت ضمنی دارد. بر این اساس، قاضی یا داور نیز باید عبارات هریک از طرفین را طوری تفسیر کند که با حسن نیت آن‌ها در برخورد با عبارات طرف دیگر منافات پیدا نکند؛ بدین معنا که طرف مقابل با توجه به آنچه به طور نوعی از عبارات طرف مقابل فهمیده می‌شود، عبارات خود را انشا کرده و تنها تعهداتی را که بدین صورت از عبارات او برمی‌آید، قبول کرده است. یکی از مباحثی که درباره حسن نیت طرفین مطرح می‌شود، تأثیر میزان اعتماد^{۸۳} و اطمینان متقابل هریک از طرفین به هم در تفسیر قرارداد است.

میزان اعتماد طرفین به یکدیگر و میزان شناخت آن‌ها از هم، سبب ایجاد ظهور خاصی برای متن قرارداد می‌شود؛ چون طرفین با عنایت به اعتمادی که به هم دارند، عبارات را موجز آورده و یا بعضی مسائل را مسکوت می‌گذارند. به علاوه چون هریک از طرفین دیگری را امین می‌داند و اطمینان دارد که او منافع وی خود را زیر پا نخواهد گذاشت، در درج شروط و بندهای قرارداد دقت کافی نمی‌کند. لذا توجه به شناخت هریک از طرفین از قصد و غرض دیگری، نقش اساسی در تفسیر ایفا خواهد کرد و باید دید که هریک از طرفین تا چه حد از قصد و غرض طرف مقابل آگاهی داشته و با توجه به این امر، مفاد قرارداد ظهور خاصی پیدا خواهد کرد و بدین ترتیب، معنایی که غرض و هدف مشترک آن‌ها را تأمین کند، بر قرارداد بار می‌شود.^{۸۴}

قوانین برخی از کشورها حسن نیت را در مرحله تفسیر قراردادها هم لازم‌الاجرا دانسته‌اند: در ماده ۱۷۳۲ قانون مدنی ایتوپی، حسن نیت به عنوان یکی از عوامل تعیین کننده حدود التزامات و آثار قراردادها شناخته شده است. به موجب ماده مزبور: «عقود باید بر مبنای حسن نیت تفسیر

83. reliance

۴۸. قشقای، حسین، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸، ص ۲۰۳.

شوند». همچنین ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان اعلام داشته که قرارداد باید مطابق با حسن نیت که نیازمند توجه به عرف عمومی است، تفسیر شود. نظر به ملازمه تفسیر و اجرای قرارداد و با توجه به این که اجرای صحیح و مطلوب هر قرارداد، مستلزم تفسیری درست و منطبق بر انتظارات اولیه طرفین از قرارداد است، در قوانین برخی کشورها از جمله فرانسه، تنها حسن نیت در مرحله اجرای قرارداد مورد تصریح مقنن قرار گرفته و راجع به حسن نیت در تفسیر قرارداد، نص صریحی مشاهده نمی شود. در حقوق امریکا که لزوم رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد صراحتاً در قانون یکنواخت بازرگانی و مقررات دیگر اعلام شده، راجع به رعایت آن در تفسیر قرارداد، مقرره‌ای دیده نمی شود. از این رو، تلازم و رابطه تنگاتنگ این دو موضوع باعث شده که محاکم و مراجع داوری در این کشورها لزوم رعایت حسن نیت در تفسیر قرارداد را هم مورد توجه قرار دهند.

۳. ضمانت اجرای حسن نیت

چنان که گفته شد، حسن نیت به عنوان اصل الزام آور و موجد تکلیف، متضمن تعهدات و وظایفی برای طرفین در جریان تشکیل، اجرا، تفسیر و اعمال حقوق ناشی از قرارداد است. به عبارت دیگر، طرفین باید با رعایت حسن نیت، مذاکرات قراردادی را آغاز کرده، در صورت توافق قرارداد را امضا کنند. همچنین لازم است در تفسیر و اجرای آن نیز با حسن نیت عمل کنند.

بنابراین، یکی از مسائل اساسی راجع به حسن نیت، موضوع ضمانت اجرای تخلف از این اصل در هریک از مراحل قرارداد است. به بیان دیگر، ضمانت اجرای نقض هریک از تعهدات ناشی از این اصل (به عنوان نمونه، تعهد به افشا و دادن اطلاعات اساسی، عدم عدول از ایجاب، عدم قطع ناگهانی و با سوءنیت مذاکرات، تعهد به همکاری، تعهد به صداقت، وفاداری و عدم توسل به فریب و نیرنگ و تقلب در جریان اجرای قرارداد و ...) چیست و در این صورت چه حقوق یا ساز و کار جبرانی و حمایتی برای طرف مقابل با حسن نیت ایجاد می شود؟ و مسئولیت نقض کننده حسن نیت چیست؟

به طور کلی، دو ضمانت اجرای عمده برای نقض این اصل می توان ذکر کرد که موضوع بند نخست و بند دوم زیر است: در بند اول ساز و کارهای خاتمه دهنده قرارداد مانند فسخ، ابطال یا بطلان قرارداد مورد بررسی قرار گرفته و در بند دوم، مسئولیت طرف خاطی به جبران خسارات وارده بیان شده است.

۳-۱. پایان دادن به قرارداد

خاتمه دادن به قرارداد از طریق فسخ یا ابطال آن توسط طرف مقابل و یا اعلام بطلان و بی‌اعتباری قرارداد در قانون یا رویه قضایی دادگاه‌ها و مراجع داوری از ابزارهای حقوقی به کار گرفته شده به عنوان ضمانت اجرای نقض حسن نیت یا اقدام مغایر با حسن نیت است؛ بدین ترتیب که قانونگذار در مواردی بر مبنای نقض تعهد لزوم رعایت حسن نیت در قرارداد، برای طرف متضرر از این تخلف، حق فسخ یا ابطال قرارداد را پیش‌بینی کرده و یا به‌طور کلی قرارداد را باطل و بی‌اثر اعلام کرده است.

حق فسخ یا ابطال قرارداد ممکن است مبتنی بر عدم انجام تعهد و یا قصور در انجام آن توسط طرف مقابل از سوی قانونگذار مقرر شده و یا در خود قرارداد به‌طور مطلق یا در شرایطی خاص برای یکی از طرفین پیش‌بینی شده باشد.

قرارداد بیمه، چنان‌که قبلاً گفته شد، نمونه بارز قرارداد مبتنی بر حسن نیت است. در این قرارداد، رعایت حد اعلای حسن نیت از جانب طرفین به‌ویژه بیمه‌گذار ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. بر این اساس، بیمه‌گذار باید تمام مسائل اساسی و حقایق مؤثر در قرارداد بیمه را در هنگام امضای آن افشا کند. ضمانت اجرای عدم افشا یا کتمان حقایق، ایجاد حق فسخ یا ابطال قرارداد و یا در مواردی بطلان قرارداد است. ماده ۱۲ قانون بیمه ایران مصوب ۱۳۱۶ در این رابطه مقرر می‌دارد:

«هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبه بنماید و مطالب اظهار نشده و یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود».

همچنین ماده ۱۳ قانون مزبور بر اثر نقض غیرعمدی تعهدات ناشی از اصل حداکثر حسن نیت حق فسخ قرارداد را برای بیمه‌گر پیش‌بینی کرده است. در این ماده آمده است:

«اگر خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد عقد بیمه باطل نمی‌شود. در این صورت هرگاه مطلب اظهار نشده یا اظهار خلاف واقع قبل از وقوع حادثه معلوم شود بیمه‌گر حق دارد یا اضافه حق بیمه را از بیمه‌گذار در صورت رضایت او دریافت داشته قرارداد را ابقا کند و یا قرارداد بیمه را فسخ کند ...».

ماده ۱۷ قانون بیمه دریایی سال ۱۹۰۶ انگلیس هم مقرر می‌دارد: «قرارداد بیمه دریایی، یک قرارداد مبتنی بر حد اعلای حسن نیت است و در صورتی که هریک از طرفین این تعهد را رعایت نکنند، قرارداد توسط طرف مقابل قابل ابطال است».

حکم به بطلان قرارداد در حقوق این کشور، قبل از تصویب قانون یاد شده در پرونده معروف *Carter v. Boehm* در سال ۱۷۶۶ مطرح شده بود. در این دعوا قاضی پرونده با تکیه بر اعتماد بیمه‌گر به اظهارات بیمه‌گذار و لزوم رعایت حد اعلای حسن‌نیت از جانب بیمه‌گذار حکم به بطلان بیمه‌نامه صادر کرده است:

«...اگر این مخفی نگه‌داشتن حقایق منجر به جهل بیمه‌گر در تخمین خطر شود، کتمان چنین شرایطی تقلب محسوب شده، در نتیجه، بیمه‌نامه باطل است. هرچند این کتمان ممکن است به اشتباه و بدون قصد متقلبانه رخ داده باشد، ولی با این همه، بیمه‌گر فریب خورده است...»^{۸۵}

در سال‌های اخیر، دادگاه‌های انگلیس دیدگاه خود راجع به ضمانت اجرای مزبور در قرارداد بیمه را تعدیل کرده، بر این باورند که فسخ یا ابطال قرارداد در این موارد، یک اقدام شدید و غیرمنصفانه است و تأیید چنین حقی برای بیمه‌گر، بیمه‌گذار را از حمایتی که وی خواستار آن بوده و برای آن وارد قرارداد شده، محروم خواهد کرد؛ به‌ویژه از آن رو که این محرومیت عموماً بدون تقصیر واقعی و عمدی از جانب بیمه‌گذار است.

دادگاه‌های امریکا با اتخاذ رویکردی معتدل‌تر در جایی که قرارداد بر مبنای دادن اطلاعات نادرست و یا عدم بیان برخی مسائل تنظیم شده، مایل به دادن حکم به فسخ جزئی هستند یا ممکن است بالنسبه محدودیت‌هایی را در مسئولیت بیمه‌گر در نظر بگیرند. در سایر نظام‌های حقوقی اروپایی نیز فسخ یا ابطال کامل قرارداد در مقایسه با رویه محاکم انگلیس کم‌تر دیده می‌شود.

یکی از نکات مهم در اعمال ضمانت اجرای قانونی فسخ یا ابطال قرارداد و به‌طور کلی خاتمه دادن به قرارداد، حسن‌نیت اعمال‌کننده آن‌ها است. به عبارت دیگر، کسی که خواهان فسخ یا ابطال قرارداد است باید خود نیز در استناد به حقوق و ضمانت اجرای مزبور حسن‌نیت را رعایت کند. لذا در صورتی که بنا به قرائن و اوضاع و احوال و انگیزه استفاده‌کننده از حق مزبور، توسل و استناد به آن مغایر با تعهد رعایت حسن‌نیت در قراردادها باشد، قبول این حق و ترتیب اثر دادن به آن به نظر غالب حقوقدانان و قضات ممنوع است. البته در خصوص عدم رعایت حسن‌نیت در این قسمت چه نتیجه‌ای به دنبال دارد وحدت‌نظر در سیستم‌های مختلف حقوقی وجود ندارد. برخی ضمانت‌اجرای جبران خسارت را اعمال می‌کنند و برخی به‌طور کلی اعمال حق را در چنین مواردی ممنوع کرده‌اند.

85. Watterson, Stephan, *Carter v. Boehm* (1766), ch 3 in Charles Mitchell and Paul Mitchell, *Landmark Cases in the Law of Contract*, Hart Publishing, 2008.

۳-۲. جبران خسارات

حکم به جبران خسارات پرکاربردترین ضمانت اجرای عدم رعایت حسن نیت یا رفتار مغایر با حسن نیت در مراحل مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد یا در اعمال حقوق ناشی از آن است. در طول مذاکرات مقدماتی و تشکیل قرارداد، به دلیل عدم وجود یک رابطه قراردادی بین طرفین، ضمانت اجراهایی چون حق فسخ، ابطال یا استناد به بطلان قرارداد موضوعیت ندارد و لذا در این مرحله، ضمانت اجرای نقض حسن نیت یا رفتار خلاف حسن نیت، مانند قطع ناگهانی مذاکرات، عدول با سوءنیت از ایجاب، افشای اطلاعات و اسراری که در نتیجه مذاکرات قبلی به دست آمده و مانند آن، حکم به جبران خسارات وارد به طرف مقابل است.

در ماده ۳۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی ضرورت جبران خسارت در صورت نقض تعهد حسن نیت در جریان مذاکرات مقدماتی به صراحت بیان شده است. به موجب این ماده، طرفی که مغایر با حسن نیت و رفتار منصفانه مذاکره می کند و یا مذاکرات را قطع می کند مسئول زیان هایی است که به دیگری وارد می آورد.

در کشورهایمانند آلمان و ایتالیا که در آنها دکترین تقصیر پیش قراردادی حکومت دارد، خودداری از ادامه مذاکرات، بدون توجیه متعارف، اصولاً نقض حسن نیت تلقی شده و محکومیت به جبران خسارت وارد به طرف متضرر را در پی دارد. در حقوق فرانسه نیز با تکیه بر نظریه سوءاستفاده از حق، حق امتناع از انعقاد قرارداد که نتیجه اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی است، در صورتی که پس از مذاکرات طولانی و به طور غیرمنتظره و غیرمتعارف باشد، منافی با حسن نیت محسوب شده، بر مبنای تقصیر غیرقراردادی سوءاستفاده از حق، طرف قرارداد مسئول جبران خسارات ناشی از آن است.

پس از تشکیل قرارداد و به عبارتی در اجرای قرارداد و اعمال حقوق ناشی از آن نیز ضمانت اجرای جبران خسارت قابل استفاده است. چنان که قبلاً گفتیم در پایان دادن به قرارداد و اعمال سایر حقوق منبث از قرارداد یا قانون نیز طرفین باید حسن نیت را رعایت کنند. بنابراین، عدم رعایت حسن نیت در استناد به حقوق و ضمانت اجرای مزبور ممکن است منجر به عدم اعتبار اعمال حق مزبور و محکومیت به جبران خسارات وارد گردد.

نتیجه بحث

حسن نیت در حقوق رُم مبتنی بر یک مفهوم اخلاقی بود که در قالب قواعدی معین، مانند قاعده لزوم وفا به عهد اعمال می شد. در این حقوق، حسن نیت همیشه با مفاهیمی چون درستکاری، قابلیت اعتماد و رفتار صادقانه و معقول همراه بود. به دنبال تحولات تجاری و تحول و توسعه قواعد حقوقی، حسن نیت به عنوان مبنایی که از آن، قواعد حقوقی جدید قابل استخراج است مورد

استفاده قرار گرفت؛ بدین معنا که حسن نیت نه تنها به عنوان یک ضابطه در تفسیر قراردادهای، بلکه به عنوان یک استاندارد برای ایجاد تعهدات الزام آور برای طرفین تلقی گردید.

صاحب نظران نظام های گروه حقوق نوشته مفاهیم «حسن نیت و رفتار منصفانه» را به عنوان یکی از ارکان اساسی نظام حقوقی خود تلقی می کنند. در مقابل، صاحب نظران حقوق کامن لا، به این مفاهیم تنها به عنوان یکی از تحولات حقوقی اخیر در جهت عادلانه و منصفانه کردن نظام حاکم بر حقوق قراردادهای می نگرند.

در حقوق کشورهای گروه نخست، اصل مزبور در زمینه مذاکرات اولیه و مسئولیت پیش قراردادی، تفسیر و اجرای قراردادهای، تصرف اموال منقول و غیرمنقول، نکاح، اسناد تجاری و غیره حکومت دارد و مبنای ایجاد قواعدی در این مباحث است. به طور کلی در نظام های حقوقی یاد شده، اصل بر حسن نیت است و شخصی که به سوء نیت استناد می کند باید آن به اثبات برساند.

در نظام های حقوقی مبتنی بر کامن لا به دشواری می توان در مورد رعایت حسن نیت در مراحل پیش از قرارداد و حتی مراحل اجرا و تفسیر قرارداد یک اصل کلی استنباط کرد و اصل اولیه این است که احکام قرارداد و شرایط آن حسب شروط قرارداد و نیز انتظارات اولیه طرفین تفسیر و تکمیل شود. در این نظام به قطعیت و حتمیت قرارداد و قابلیت پیش بینی آثار آن توجه خاصی شده و اصل حاکمیت اراده و به تبع آن، آزادی قراردادی و تراضی طرفین بر مفاهیمی چون عدالت معاوضی و انصاف ترجیح دارد.

در این گروه از کشورها، به ویژه انگلیس و کانادا، نه تنها یک اصل کلی تحت عنوان حسن نیت و رفتار منصفانه به رسمیت شناخته نشده، بلکه قضاوت و حقوق دانان آن ها به دلایلی چون عدم قطعیت و ابهام مفهوم حسن نیت و تضاد آن با تراضی طرفین و اصل حاکمیت اراده، با اتخاذ چنین ایده ای به عنوان یک قاعده کلی مخالفت کرده اند و در مقابل اذعان داشته اند که در درون این نظام حقوقی، قواعد جزئی مرتبطی وجود دارند که ناظر به حمایت از حسن نیت و رفتار منصفانه و عادلانه و منع فریب و نیرنگ و نیز سوء استفاده از حق هستند و نیازهای نظام حقوقی را در این خصوص تأمین می کنند.

در این میان، تنها امریکا به نحوی نسبتاً پیشرفته نظریه حسن نیت و رفتار منصفانه را در رابطه با اجرای قراردادهای به طور صریح پذیرفته است. در این کشور، تحت تأثیر دکترین نظام های حقوق نوشته و به طور خاص حقوق آلمان، این تأسیس حقوقی در قانون یکنواخت بازرگانی و به دنبال آن در مجموعه های تحلیلی حقوقی دیگر، مانند شرح جدید حقوق راجع به قراردادهای به طور صریح شناخته شده و از حقوق این کشور به دکتترین و رویه قضایی سایر کشورهای کامن لا مانند کانادا و استرالیا نفوذ کرده است.

در حقوق ایران، اصل حسن نیت بدان مفهوم که موضوع بحث محافل حقوقی و رویه قضایی محاکم غربی است مورد پذیرش مقنن و رویه قضایی قرار نگرفته و موارد بیان شده که بر پذیرش این مفهوم دلالت دارند تنها در خصوص مورد خویش قابل اعمال هستند و نمی‌توان از آن‌ها یک اصل کلی و فراگیر در قراردادها استنتاج کرد. با این حال به پشتوانه وجود ریشه‌های فقهی و مبانی اخلاقی، عقلی و عرفی در این اصل و تأثیراتی که این منابع در روابط حقوقی و حقوق اشخاص دارند، به نظر می‌رسد قانونگذار به کلیت این موضوع بی‌اعتنا نبوده و آن را در روح قوانین و مقررات ملحوظ داشته است.

امروزه با رشد پرشتاب روابط اقتصادی و تجاری در صحنه‌های داخلی و بین‌المللی، شناسایی صریح حسن نیت و فرض وجود آن در روابط اقتصادی، امری اجتناب‌ناپذیر است؛ چنان‌که محاکم قضایی و دیوان‌های داوری بین‌المللی در موارد فراوانی با استناد به این اصل، قراردادها و معاهدات بین‌المللی را تفسیر و مبادرت به صدور حکم کرده‌اند. انتظار می‌رود دستگاه قانونگذاری ما نیز در پاسخ به این نیاز حقوقی و در جهت انطباق بیش‌تر قوانین جاری با حقوق زنده دنیا، با درج صریح این اصل کلی در قوانین موضوعه، موجبات پویایی و توسعه قواعد عمومی قراردادها و حقوق اسلامی را فراهم سازد.

ارزیابی احتمال تعلیق وضعیت دارفور سودان از سوی شورای امنیت

حسین آقایی جنت‌مکان^۱

چکیده

با ارجاع وضعیت دارفور سودان به دادستان دیوان بین‌المللی کیفری و صدور حکم جلب عمرالبشیر- رئیس‌جمهور سودان- از سوی شعبه مقدماتی دیوان، جامعه بین‌المللی وارد چالش مهم و بزرگی شده است. دولت سودان و حامیان آن در بین کشورهای عربی، افریقایی و سازمان کنفرانس اسلامی و نیز برخی اعضای دائم شورای امنیت، ضمن اعتراض به صدور حکم جلب، آن را از نظر زمانی نامناسب و مغایر با منافع صلح و امنیت بین‌المللی دانسته، تعلیق رسیدگی به پرونده عمرالبشیر را براساس ماده ۱۶ اساسنامه از دیوان درخواست کردند. از طرف دیگر، دادستان دیوان و برخی از اعضای دائم شورای امنیت، اتحادیه اروپا و امریکا، با حمایت و پشتیبانی از صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان، تعلیق حکم را ناموجه و باعث خدشه‌دار شدن اعتبار بین‌المللی دیوان می‌دانند. نوشتار کوتاه حاضر کوشش دارد ابتدا واکنش‌های به عمل آمده نسبت به صدور حکم جلب را بیان کند و سپس به ماهیت ارجاع و تعلیق و شرایط قانونی آن‌ها بپردازد. در پایان، نظر موافقان و مخالفان درخواست تعلیق حکم جلب عمرالبشیر بررسی و این نتیجه ارائه گردیده که درخواست تعلیق حکم جلب رئیس‌جمهور سودان، نه به مصلحت جامعه بین‌المللی، صلح بین‌المللی و عدالت بین‌المللی است و نه در جهت منافع قربانیان حوادث دارفور سودان و اعتبار دیوان بین‌المللی کیفری.

واژگان کلیدی: دارفور، سودان، دیوان بین‌المللی کیفری.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید چمران اهواز Email: housein_aghaei@yahoo.com

مقدمه

دو ماه پس از گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق^۲ و توصیه این کمیسیون مبنی بر ارجاع فوری وضعیت دارفور سودان^۳ به دیوان بین‌المللی کیفری، شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۳۱ مارس ۲۰۰۵ (۱۱ فروردین ۱۳۸۴)، به موجب قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) و برطبق بند «ب» ماده ۱۳ اساسنامه دیوان و با احراز این امر که بحران موجود در دارفور سودان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است، وضعیت دارفور سودان را به دادستان دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع داد.^۴

با ارجاع وضعیت دارفور سودان به دادستان دیوان بین‌المللی کیفری، دادستان با استفاده از اختیارات خود به موجب مواد ۵۳ و ۵۴ اساسنامه^۵ وارد رسیدگی شد. با انجام تحقیقات لازم و تشخیص ارتکاب جرائم از سوی مقامات سودان و گروه‌های شبه‌نظامی تحت امر دولت سودان، دادستان دیوان براساس ماده ۵۷ اساسنامه^۶ در تاریخ ۱۴ ژوئیه ۲۰۰۸ صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان (عمرالبشیر) و تعداد دیگری از مقامات سودان را از شعبه مقدماتی دیوان درخواست کرد. در ۲۱ آوریل ۲۰۰۵ رئیس دیوان بین‌المللی کیفری، قاضی فیلیپ کرش^۷ با صدور قراری با استناد به درخواست دادستان دیوان و ماده ۱۷ موافقتنامه منعقد میان دیوان و سازمان ملل متحد و نیز مواد ۱۱، ۱۲ و ۱۳ اساسنامه و با توجه به بند ۲ ماده ۴۶ آیین‌نامه داخلی دیوان، وضعیت دارفور سودان را به شعبه اول مقدماتی دیوان ارجاع داد.^۸ شعبه اول مقدماتی

۲. برای اطلاع از نحوه تشکیل کمیسیون بین‌المللی تحقیق رجوع کنید به: قاسم، زمانی، شورای امنیت و ارجاع وضعیت دارفور سودان به دیوان کیفری بین‌المللی. مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۳، ش ۶؛ همچنین:

http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_Darfur.pdf

۳. درگیری‌ها در منطقه دارفور سودان از فوریه سال ۲۰۰۳ آغاز شده است که در نتیجه آن حدود ۳۰۰ هزار نفر کشته و حدود دومیلیون و پانصد هزار نفر بی‌خانمان شده‌اند. درگیری‌ها بین دولت حاکم سودان با گروه‌های اقلیت مسیحی مذهب ساکن در جنوب سودان است. برای مطالعه بیش‌تر رجوع کنید به: منبع فوق؛ همچنین:

L.condorelli and A.Ciampi, «Comments on the security Council referral of the situation in Darfur to the ICC», 3 *Journal of International Criminal justice* (2005)590-599, at 596.

۴. وضعیت دارفور سودان، اولین موردی است که توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع شده است.

۵. ماده ۵۳ اساسنامه مقرر می‌دارد: دادستان موظف است پس از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در دسترس او قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق کند مگر آن که تشخیص دهد مطابق این اساسنامه، دلایل قانع‌کننده‌ای برای اقدام وجود ندارد....

۶. ماده ۵۷ دراین زمینه مقرر می‌دارد (۳۰۰۰)

الف) در صورت درخواست دادستان، دستورات و قرارهایی را که برای تحقیق لازم است صادر کند.

7. Philip Kirsh

8. Decision Assigning the Situation in Darfur, Sudan to Pre- Trial Chamber, I, No: ICC-02/05, 21 April 2005.

دیوان متشکل از سه قاضی با ملاحظه دلایل دادستان، در تاریخ چهارم مارس ۲۰۰۹، با درخواست ۱۴ ژوئیه ۲۰۰۸ وی موافقت کرد.^۹

اعلام رسمی دادستان مبنی بر درخواست صدور حکم جلب عمرالبشیر به اتهام ژنوسید،^{۱۰} جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی^{۱۱} از قضات دیوان بین‌المللی کیفری، واکنش‌های متفاوتی را از سوی کشورها، سازمان‌های بین‌المللی و سایر بازیگران بین‌المللی به همراه داشت. سودان و متحدانش در میان کشورهای افریقایی، عربی و اعضای کنفرانس اسلامی و حتی برخی از اعضای دائم شورای امنیت، ضمن ابراز ناخرسندی از تصمیم دیوان، تعلیق رسیدگی و تحقیق در پرونده عمرالبشیر را خواستار شدند. آنچه در این واکنش‌ها مشترک بود درخواست تعلیق حکم جلب عمرالبشیر از سوی شورای امنیت بود. ارجاع یک وضعیت و تقاضای تعلیق تحقیق و تعقیب دو اختیاری هستند که به موجب مواد ۱۳ و ۱۶ اساسنامه دیوان به شورای امنیت واگذار گردیده‌اند. با ارجاع وضعیت دارفور سودان به دیوان، شورای امنیت از اختیار خود استفاده کرده است. بعد از ارجاع وضعیت مزبور، درخواست این است که شورای امنیت از اختیار خود برای تعلیق همان پرونده استفاده کند؛ اما این پرسش مطرح می‌شود که آیا شورای امنیت می‌تواند از اختیارش به موجب ماده ۱۶ اساسنامه^{۱۲} در جهت تعلیق رسیدگی به پرونده عمرالبشیر استفاده کند یا خیر. چنانچه پاسخ مثبت باشد، آیا اختیار شورای امنیت برای درخواست تعلیق رسیدگی مطلق است یا باید براساس منطق و اصولی باشد و دلایلی برای توجیه آن مطرح گردد. نوشتار حاضر ضمن

9. Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al bashir), ICC-02/05-01/09-506-03-20091/6CB PT, available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>:

۱۰. ناگفته نماند که در گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق و نیز در تصمیم شعبه مقدماتی دیوان، جنایت نسل‌کشی از سوی عمرالبشیر احراز نگردیده و تنها در درخواست دادستان دیوان این اتهام متوجه عمرالبشیر گردیده است. رجوع کنید به:

Cayley, Andrew T. «The Prosecutor's Strategy in seeking the Arrest of Sudanese President Al Bashir on Charges of Genocide», editorial Comments Recent Steps of the Prosecutor in the Darfur Situation: Prosecutor v. President, *Journal of International Criminal Justice* 2008, vol. 6., pp. 829-840.

۱۱. در حال حاضر، عمرالبشیر به دو اتهام جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی تحت تعقیب دیوان قرار گرفته است که عبارتند از: پنج فقره جنایت علیه بشریت شامل قتل عمد (ماده ۷(الف))، نابود کردن (ماده ۷(ب))، کوچ دادن اجباری ماده ۷(د)، شکنجه (ماده ۷(ه)) و تجاوز جنسی (ماده ۷(و)) اساسنامه دیوان و دو فقره جنایات جنگی شامل حملات عمدی علیه جمعیت غیرنظامی به عنوان یک کل یا علیه غیرنظامیانی که در مخاصمات مشارکت نداشته‌اند، (ماده ۸(۲)(ه)) و غارت کردن (ماده ۸(۲)(و)) اساسنامه دیوان. شایان ذکر است که عمرالبشیر متهم است این جنایات را به نحو مباشرت غیرمستقیم مرتکب شده است برای اطلاع بیش‌تر از مفهوم مباشرت غیرمستقیم رجوع کنید به: آقائی جنت مکان، حسین، «مبنای حقوقی درخواست صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان از سوی دادستان دیوان کیفری بین‌المللی» *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، زیر چاپ.

۱۲. ماده ۱۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به شرح زیر است: پس از صدور قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد (مبنی بر درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب) هیچ تحقیق یا تعقیبی به موجب اساسنامه نمی‌تواند به مدت دوازده ماه شروع شود یا ادامه یابد. این درخواست به موجب همان شرایط قابل تجدیدنظر توسط شورای امنیت است.

اشاره به بازتاب‌های بین‌المللی صدور حکم دستگیری عمرالبشیر، تلاش دارد احتمال درخواست شورای امنیت را مبنی بر این‌که رسیدگی به پرونده عمرالبشیر به حالت تعلیق درآید بررسی کند. سپس در صورت امکان، قانونی بودن درخواست تعلیق، شرایط آن و این‌که آیا تعلیق به مصلحت صلح و عدالت بین‌المللی است یا خیر، تجزیه و تحلیل خواهد شد.

مبحث نخست) واکنش‌های بین‌المللی به درخواست دادستان دیوان

با ارائه درخواست رسمی دادستان دیوان، واکنش‌های اعتراضی متفاوتی به درخواست صدور حکم جلب^{۱۳} بین‌المللی عمرالبشیر از سوی دولت سودان^{۱۴} و همچنین از سوی سایر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی به عمل آمد.^{۱۵} ^{۱۶} جامعه عرب^{۱۷} نخستین سازمانی بود که بلافاصله در تاریخ ۱۹ ژوئیه ۲۰۰۸ به اقدام دیوان اعتراض کرد.^{۱۸} دو روز بعد، شورای صلح و امنیت اتحادیه افریقا^{۱۹} درخواست صدور حکم جلب را تهدیدکننده صلح در منطقه اعلام کرد و از شورای امنیت سازمان ملل خواست با استفاده از قدرت «منفی» خود برای تعلیق تعقیب یا تحقیق به موجب ماده ۱۶ اساسنامه از دیوان بخواهد اقداماتش را دوازده ماه به حالت تعلیق درآورد.^{۲۰} شورای مزبور با تأکید بر بیانیه ۱۱ ژوئیه ۲۰۰۸ خود که در آن صریحاً تأکید کرده بود اجرای عدالت باید طوری

13. Warrant of arrest

۴۱. دولت سودان یک کمیته عالی‌رتبه برای مدیریت بحران با دیوان بین‌المللی کیفری به ریاست معاون اول رئیس‌جمهور، سالواکیبر (رئیس جبهه آزادی بخش مردم سودان، همتای ارشد در دولت وحدت ملی) تشکیل داد. نمایندگان دارفور و شرق سودان در دولت نیز در این کمیته بودند. گمان این بود که قصد داشتند وحدت ملی را در پاسخ به آنچه به‌عنوان تهدید کشور تلقی می‌شد، منعکس کنند. همراه با این هیأت رسمی، حزب کنگره ملی با گروه‌های عالی مخالف، کمیته ملی تشکیل داد تا از دولت در مقابل دیوان حمایت کند. در جبهه دیپلماتیک، دولت هیأت‌هایی را برای جلب حمایت جهان عرب اعزام کرد. خارطوم از سازمان‌های منطقه‌ای (اتحادیه کشورهای عربی، اتحادیه افریقا و کشورهای کنفرانس اسلامی) درخواست کرد تا کمک کنند آنچه را که تعرض دیوان به حاکمیت، وحدت و ثبات سودان تلقی می‌شود برطرف سازد.

۵۱. زمانی، قاسم، «دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار بازداشت عمرالبشیر»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷، ش ۱۴، ص ۳۴؛ همچنین رجوع کنید به:

Ciampi, Annalisa, «The Proceedings against President Al Bashir and the Prospects of their Suspension under Article 16 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, 2008, V(6),N(5). p.886 .

۶۱. روزنامه ایران، شماره ۴۱۶۱، شنبه هفدهم اسفند ماه ۱۳۸۷ ص ۳۱ با عنوان «تلاش جهانی برای توقف حکم دادگاه لاهه علیه عمرالبشیر».

17. The league of Arab States

18. see statement of the extra- ordinary session of the ministries council of the League of Arab states to examine the developments in Darfur region , 8 august 2008,in Arabic , posted at the official site of the Arab League, available at http://www.arableagueonline.org/las/arabic/details-ar.jsp?_id

19. African Union(AU)Peace and Security Council

۲۰. رئیس‌جمهور تانزانیا که ریاست اتحادیه افریقا را نیز عهده‌دار است اعلام کرد که با شورای امنیت رایزنی خواهد کرد تا ساز و کار ماده ۱۶ اساسنامه دیوان درخصوص تعلیق ادامه تحقیقات، فعال شود. برای مطالعه بیش‌تر رجوع کنید به: قاسم، زمانی، «دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار بازداشت عمرالبشیر»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷، ش ۱۴.

دنبال شود که تلاش‌هایی را که هدفشان گسترش صلح است به‌خطر نیندازد و مانع از آن‌ها نگردد، نگرانی اتحادیه آفریقا را از سوءاستفاده از اتهامات علیه رهبران آفریقا یادآوری کرد. به‌علاوه، شورا تصریح کرد که با توجه به ماهیت پیچیده فرایندهای موجود در سودان، تصویب درخواست دادستان از سوی شعبه مقدماتی دیوان می‌تواند تلاش‌های در حال پیشرفتی را که هدفشان تسهیل حل سریع بحران سودان و توسعه صلح و آشتی مستمر در سودان به‌عنوان یک کل است به‌طور جدی به‌خطر بیندازد و در نتیجه، منجر به رنج و بی‌ثباتی بیش‌تر برای مردم سودان، همراه با نتایج دور از دسترس برای کشور و منطقه گردد.^{۲۱} سازمان کنفرانس اسلامی و جنبش غیرمتعهدان نیز واکنش‌های مشابهی نشان دادند. اتحادیه اروپا در تاریخ ۱۵ ژوئیه ۲۰۰۸ با صدور بیانیه‌ای تأکید کرد که این وظیفه شعبه مقدماتی است که در پاسخ به درخواست دادستان اتخاذ تصمیم کند. اتحادیه اروپا همچنین یادآور شد که دیوان، نقشی اساسی در گسترش عدالت بین‌المللی ایفا کند و به‌ویژه درخواست دارد که حکم جلب صادر شده از سوی دیوان برای دستگیری احمد هارون^{۲۲} و علی کشیب^{۲۳} اجرا گردد.^{۲۴}

این مسأله در بررسی فعالیت مشترک صلح‌بانی سازمان ملل متحد و اتحادیه آفریقا^{۲۵} (عملیات دو جانبه اتحادیه آفریقا- سازمان ملل در دارفور که براساس قطعنامه ۱۷۶۹ (۲۰۰۷) برای یک دوره دوازده ماهه تا ۳۱ ژوئیه ۲۰۰۹ برقرار گردیده است) از سوی شورای امنیت مورد توجه قرار گرفت. قطعنامه ۱۸۲۸ (۲۰۰۸) که با ۱۴ رأی موافق (یک رأی ممتنع آمریکا) در ۳۱ ژوئیه ۲۰۰۸ پذیرفته شد بر لزوم محاکمه مرتکبان جنایات تأکید می‌کند و از دولت سودان مصرانه می‌خواهد تعهدات بین‌المللی خود را در این رابطه عملی کند. با این حال، قطعنامه با اشاره به نامه ۲۱ ژوئیه اتحادیه آفریقا، قصد خود را برای توجه بیش‌تر به نگرانی‌هایی که از سوی

۱۲. بنابراین شورای صلح و امنیت اتحادیه آفریقا از شورای امنیت درخواست کرد مطابق با ماده ۱۶ اساسنامه دیوان، فرایند آغاز شده از سوی دیوان را به حالت تعلیق درآورد، با در نظر گرفتن لزوم تأمین این که تلاش‌های درحال انجام صلح به‌خطر نیفتند، همچنین با در نظر گرفتن این حقیقت که در شرایط فعلی، هرگونه تعقیب به نفع بزه‌دیدگان و عدالت نخواهد بود. رجوع کنید به:

Communiqué of the 142nd meeting of the Peace and Security Council, 21 July 2008, P Security Council/MIN/COMM (CXLII) (available at <http://www.africa-union.org/root/uaq/actualites/2008/juillet/psc/142-communique-eng.pdf>).

22. The Decision of Pre-Trial Chamber I on Arrest of Warrants against Ahmad Harun and Ali Kushayb, both of 27 April 2007 (ICC-02/05-01/07).

23. Ibid.

24. EU Presidency Declaration after the communiqué of the prosecutor of the International criminal Court (ICC), 15 July 2008, available at http://www.euroaeu-un.org/article/en/article_8023_en.htm.

25. United Nations- African Union Mission in Darfur (UNAMID)

اعضای شورا در رابطه با تحولات احتمالی بعدی در زمینه درخواست ۱۴ ژوئیه ۲۰۰۸ دادستان دیوان مطرح می شود، یادآوری می کند.^{۲۶}

نماینده امریکا، بعد از رأی گیری اظهار داشت که ایالات متحده قویاً از گسترش فعالیت های مشترک صلح بانی سازمان ملل و اتحادیه افریقا حمایت می کند، اما در عین حال، با لحن قطعنامه مخالف است؛ زیرا پیام غلطی را برای دولت سودان می فرستد و تلاش هایی را که برای محاکمه عمرالبشیر و همدستان وی صورت گرفته از بین می برد. به همین دلیل امریکا به قطعنامه رأی ممتنع داد. وی اضافه کرد شورا نمی تواند فجایی را که در طول بحران دارفور واقع شده و رنج انسانی وسیعی را که جهان شاهد آن بوده نادیده بگیرد.^{۲۷} هیأت انگلیسی که متن پیشنهادی قطعنامه را تهیه و به عنوان یک هماهنگ کننده غیررسمی عمل می کرد، اظهار داشت: «شورای امنیت هیچ موضعی درخصوص این مسأله که آیا با توجه به پیشنهاد دادستان دیوان برای متهم ساختن عمرالبشیر باید اقدامی صورت گیرد یا خیر، اتخاذ نکرده است. این مسأله باید به وقت دیگری موکول گردد. فرانسه ضمن اصرار بر درخواست از دولت سودان برای اجرای حکم جلب احمد محمد هارون^{۲۸} وزیر کشور قبلی سودان و علی کشیب^{۲۹} رهبر گروه شبه نظامی جان جاوید در غرب دارفور^{۳۰} اعلام کرد درخواست اتحادیه افریقا، برای تعلیق جریان آغاز شده از سوی دیوان باید مد نظر قرار گیرد. هیأت نمایندگی ایتالیا حمایت جدی خود را از اقدام دیوان اعلام کرد و موافقت کامل خود را با بیانیه رئیس اتحادیه اروپا یادآور شد. بلژیک، کاستاریکا و کرواسی نیز از تصمیم شعبه مقدماتی اظهار رضایت کردند.

در مقابل، روسیه نگرانی عمیق خود را درخصوص تحولات منفی احتمالی حوادث در سودان بعد از درخواست دادستان دیوان مورد تأکید قرار داد و اظهار تأسف کرد که این نگرانی کاملاً در قطعنامه اظهار نشده است. چین از درخواست دادستان علیه رئیس جمهور سودان به عنوان یک

۶۲. رجوع کنید به: قطعنامه ۱۸۲۸ (۲۰۰۸) بندهای ۸ و ۹ مقدمه ۲۱.

۷۲. هیأت نمایندگی امریکا همچنین تأکید کرد: شورا باید وضعیت اسفباری را که هنگام تصویب قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) وجود داشته، به خاطر داشته باشد و ایالات متحده در آن زمان به اهمیت نقش شورا در ارتباط با تحقیقات و تعقیبات دیوان اشاره کرد. همان گونه که به خوبی می دانیم، ایالات متحده با توجه به نگرانی که در مورد دیوان دارد به آن قطعنامه رأی ممتنع داد، اما همان گونه که گفتیم هنگامی که قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) پذیرفته شد، ما قویاً از محاکمه کسانی که مسئول ارتکاب جرائم و شرارت هایی هستند که در دارفور واقع شده و پایان دادن به فرهنگ مصونیت در آنجا حمایت کردیم. نقض حقوق بشردوستانه و حقوق بشر باید با مسئولیت همراه باشد.

28. Ahmad Harun

29. Ali Kushayb

۳۰. حضور داوطلبانه علی کشیب و بحرادریس ابوجردا رئیس و هماهنگ کننده عملیات نظامی جبهه مقاومت متحد در تاریخ ۱۸ می ۲۰۰۹ در مقر دیوان، متعاقب احضار از سوی دیوان، می تواند کمک اساسی به دادستان دیوان در جمع آوری دلایل و مدارک لازم کند. جلسه رسیدگی به منظور تأیید اتهامات در تاریخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۹ برگزار شد. رجوع کنید به:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations>

تصمیم نابجا و نامناسب یاد کرد و حمایت صریح خود را از درخواست بجای اتحادیه افریقا و دیگر سازمان‌ها از شورای امنیت به منظور اتخاذ اقدام سریع برای تعلیق درخواست صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان اعلام داشت. واکنش‌های مشابهی نیز در بیانیه‌های هیأت‌های دیگر اعضای غیردائم شورای امنیت، یعنی بوركینافاسو، جمهوری عربی لیبی و ویتنام به عمل آمد. نماینده سودان گفت کشورش بسیار خرسند است که شورای امنیت قطعنامه ویژه‌ای را درخصوص یادآوری مجدد فعالیت مشترک صلح‌بانی سازمان ملل متحد و اتحادیه افریقا به تصویب رسانده است.

این واکنش‌های تند در شورای امنیت در مقابل دورنمای متهم ساختن عمرالبشیر از سوی دیوان، همان‌گونه که پیش‌بینی می‌شد منجر به اختلاف در مجمع عمومی گردید، به‌طوری‌که دولت‌های عضو اتحادیه افریقا اعتراض خود را نسبت به صدور حکم جلب رئیس‌جمهور سودان یادآوری کردند.^{۳۱} مسأله‌ای که بارها در این واکنش‌ها تکرار گردید این بود که حکم جلب درخواست‌شده امکان برقراری صلح در سودان را از بین می‌برد و در مقابل تعلیق از سوی شورای امنیت، دولت سودان باید متعهد گردد که مأموریت فعالیت مشترک صلح‌بانی^{۳۲} در دارفور را تضمین کرده، از وقوع جرائم علیه شهروندان در منطقه دارفور جلوگیری و امنیت کارکنان فعالیت مشترک صلح‌بانی را تأمین کند. به‌علاوه در جهت بازداشت و تحویل دو مظنون قبلی دیوان که از سال ۲۰۰۷ تحت تعقیب قرار دارند، همکاری لازم را به عمل آورد.^{۳۳}

در ادامه ابتدا به بررسی ماهیت حقوقی ارجاع و شرایط آن می‌پردازیم (مبحث دوم) و سپس به ماهیت تعلیق و شرایط شکلی و ماهوی آن خواهیم پرداخت (مبحث سوم).

مبحث دوم) ماهیت حقوقی ارجاع و شرایط آن

به‌موجب ماده ۱۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری سه شیوه برای شروع به رسیدگی در دیوان وجود دارد: (۱) یک دولت عضو وضعیتی را که در آن به نظر می‌رسد یک یا چند جرم ارتکاب یافته، به موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع کند؛ (۲) شورای امنیت وضعیتی را که در آن به نظر می‌رسد یک یا چند جرم ارتکاب یافته، به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع کند؛ (۳) دادستان تحقیقاتی را به موجب ماده ۱۵ در مورد آن جرم شروع کرده باشد.

۱۳. تعدادی از سران کشورها و وزرا در نامه خود به اجلاس مجمع عمومی که در ۱۹ سپتامبر ۲۰۰۸ آغاز به کار کرد، بر لزوم تعلیق رسیدگی به پرونده عمرالبشیر از سوی شورای امنیت تأکید کردند، برای ملاحظه بیانیه رسمی رجوع کنید به:

[Http://www.un.org/ga/63/generaldebate](http://www.un.org/ga/63/generaldebate)

32. UNAMID

33. Cross, 2009:278.

در مورد اختیار ارجاع مذکور از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد به دیوان بین‌المللی کیفری، بحث‌های مهمی در کمیته مقدماتی تهیه پیش‌نویس اساسنامه و کنفرانس رم مطرح شد.^{۳۴} برخی کشورها طرفدار ارجاع وضعیت از سوی شورا و برخی مخالف آن بودند. سرانجام با غلبه نظر موافقان، اختیار ارجاع به شورای امنیت داده شد.^{۳۵} ارجاع به دیوان بین‌المللی کیفری، ارجاع یک وضعیت است، نه یک پرونده یا شکایتی علیه شخص یا اشخاص.^{۳۶} اساسنامه دیوان آگاهانه از اصطلاح «وضعیت»^{۳۷} به جای اصطلاح «پرونده»^{۳۸} استفاده کرده است.^{۳۹}

از نظر شکلی ارجاع باید به موجب قطعنامه به عمل آید. علاوه بر این که قطعنامه باید در چارچوب فصل هفتم منشور باشد باید به تصویب حداقل ۹ عضو شورای امنیت که شامل رأی موافق ۵ عضو دائمی می‌شود، برسد.^{۴۰} ماده ۱۷(۱) موافقتنامه روابط بین سازمان ملل متحد و دیوان بین‌المللی کیفری تصریح می‌کند:

«۱. هرگاه شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، تصمیم بگیرد که به موجب ماده ۱۳(ب) اساسنامه، وضعیتی را به دادستان دیوان ارجاع دهد که در آن وضعیت به نظر می‌رسد یک یا چند فقره از جرائم مذکور در ماده ۵ اساسنامه ارتکاب یافته است، دبیرکل ملل متحد سریعاً تصمیم مکتوب شورای امنیت را به همراه اسناد و سایر منابعی که ممکن است مرتبط با تصمیم شورا باشد، به دادستان دیوان منتقل می‌کند. اطلاعات تهیه شده از سوی دیوان طبق اساسنامه و آیین دادرسی و ادله مربوط توسط دبیرکل به شورای امنیت اعلام می‌گردد».

مهم‌ترین ویژگی ارجاع شورای امنیت که آن را از ارجاع وضعیت توسط دولت‌های عضو متمایز می‌گرداند این است که خصیصه جهانی دارد، بدین معنا که ارجاع شورای امنیت مستلزم

34. Sharon.A.Williams.In O. Triffterer (ed), Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court (2th end. Munchen: C.H.Beck, 2008) Marg No. 11.

۳۵. برای مطالعه دیدگاه‌های موافقان و مخالفان رجوع کنید به: آقائی جنت مکان. حسین. نظارت قضایی بر تشخیص دادستان دیوان کیفری بین‌المللی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۱۳۸۸، ش ۳۹؛ همچنین رجوع کنید به: براتی، شهرام، «صلاحیت شورای امنیت درارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی»، *مجله پژوهشهای حقوق و سیاست*، سال ۱۳۸۳، ش نهم.

۳۶. شبت، ا. ویلیام، *مقدمه‌ای بر حقوق کیفری بین‌المللی*؛ ترجمه محمد باقر میرعباسی و حمید الهوتی نظری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، ص ۱۳۲.

37. Situation

38. Case

۹۳. اصطلاح «وضعیت» از سوی هیأت امریکایی پیشنهاد شد تا نگرانی برخی هیأت‌ها را در مورد رژیم پیش‌بینی شده در پیش‌نویس اساسنامه که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده بود کاهش دهد. پیش‌نویس اساسنامه به هر دولت عضو اجازه می‌داد پرونده‌های موردی مربوط به تخلفات افراد را انتخاب کند و در رابطه با آن‌ها به دادستان شکواییه ارائه کند که این امر موجب سیاسی‌شدن دیوان می‌گردید. به نظر هیأت امریکایی واژه «وضعیت» بار سیاسی کم‌تری دارد. در واقع، تشخیص این‌که آیا وضعیتی که توسط یک دولت عضو به دادستان ارجاع شده است، تعقیب کیفری افراد را اقتضا می‌کند یا خیر، به عهده دادستان واگذار می‌شود.

۴۰. سادات میدانی، حسین، *صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت*، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۴، ص ۵۵.

کسب رضایت هیچ کشوری اعم از کشور محل وقوع جرم یا کشور متبوع متهم نیست.^{۴۱} هنگام پیش‌بینی اختیار ارجاع وضعیت به دیوان که منوط به تصویب اعضای دائم شورای امنیت شد، بسیاری تصور می‌کردند که بند «ب» ماده ۱۳ اساسنامه و ماده ۱۶ آن، به‌ویژه با توجه به مخالفت امریکا با استقرار دیوان، هرگز صورت عملی به خود نخواهد گرفت.^{۴۲}

شرط ماهوی مهم ارجاع یک وضعیت از سوی شورا به دیوان این است که شورا احراز کند که وضعیت موجود تهدیدکننده صلح، ناقض صلح یا نوعی عمل تجاوزکارانه است.^{۴۳} در حقیقت، شورای امنیت قبل از هر چیز باید یک وضعیت عینی را احراز کند و بعد از آن می‌تواند ارتکاب یک یا چند جنایت را در آن وضعیت لحاظ کند.^{۴۴} بر همین اساس، شورای امنیت در قطعنامه ۱۵۹۳ با توجه به گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق احراز کرد که وضعیت موجود در سودان، صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره افکنده است. دیگر این که هدف اقدامات شورای امنیت باید حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی باشد. تردید نیست که دادرسی بین‌المللی ابزاری مناسب برای نیل به صلح بین‌المللی است.^{۴۵} سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا دادرسی کیفری بین‌المللی می‌تواند مغایر با استقرار صلح و عدالت بین‌المللی باشد. به نظر من، اجرای عدالت کیفری بین‌المللی همیشه به استقرار صلح و عدالت بین‌المللی منجر می‌گردد.^{۴۶} ارجاع یک وضعیت از سوی شورای امنیت به دادستان دیوان جنبه تکلیفی ندارد. به عبارت دیگر، چنانچه پرونده‌ای از سوی شورای امنیت یا یک دولت عضو به دادستان ارجاع گردد و دادستان به این نتیجه برسد که مبنای مستدل و کافی برای ادامه تعقیب وجود ندارد، می‌تواند با اطلاع به کشور ارجاع‌دهنده یا شورای امنیت، حسب مورد، و شعبه مقدماتی جریان رسیدگی را متوقف سازد. دلایل عدم تعقیب و توقف رسیدگی در اساسنامه دیوان پیش‌بینی شده‌اند. البته این تصمیم دادستان از سوی دولت ارجاع‌دهنده یا شورای امنیت در شعبه مقدماتی قابل تجدیدنظر است.^{۴۷} به عبارت دیگر، تشخیص ادامه تحقیق یا توقف آن نهایتاً براساس صلاحدید دادستان است.

۱۴. براتی، همان، ص ۱۳۸.

۲۴. زمانی، همان، ۱۳۸۳، ص ۶۳.

43. Akande, Dapo, «The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities», *Journal of International Criminal Justice* 2009 7(2), pp. 333-352.

۴۴. زمانی، همان، ۱۳۸۳، ص ۷۴.

۴۵. همان، ۷۶.

۴۶. دادستان دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در بیانیه ۲۷ می ۱۹۹۹ تصریح کرد که اعتقاد راسخ دارد «صلح پایدار و قابل دوام» با گریز از مجازات و بی‌عدالتی برقرار نمی‌شود و با توجه به ادله‌ای که کیفرخواست براساس آن‌ها صادر شده است تردید جدی وجود دارد که متهمان فوق برای انجام یک معاهده عادی صلاحیت داشته باشند، چه رسد به انعقاد یک موافقتنامه صلح، رجوع کنید به: کیتی چایساری، کریانگ ساک، *حقوق کیفری بین‌المللی* (ترجمه حسین آقائی جنت مکان)، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ص ۳۸۳.

۴۷. شیت، اوولیم، همان، ص ۱۳۴.

مبحث سوم) ماهیت حقوقی تعلیق و شرایط آن

در مورد حق تعلیق تحقیق و تعقیب و واگذاری آن به شورای امنیت، اختلاف نظرهای فراوانی در هنگام مذاکرات مربوط به تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری وجود داشت که پرداختن به آن‌ها از حوصله نوشته حاضر خارج است. اختلاف نظرها به حدی بود که مذاکرات را در بن‌بست قرار داد. سرانجام بعد از بحث‌های فراوان پیرامون واگذاری این حق به شورای امنیت، سرانجام حق مذکور به آن شورا واگذار گردید.^{۴۸} جنبش عدم تعهد از مخالفان واگذاری این حق بود. برخی نیز آن را به منزله تسری حق وتو موجود در شورای امنیت به امر اجرای عدالت می‌شمردند.^{۴۹} برخی دیگر آن را باعث ناکارآمدی و تضعیف دیوان در آینده می‌دانند.^{۵۰} اما مهم‌ترین ایراد به اختیار درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب که به شورای امنیت واگذار گردیده، این است که این اختیار باعث نقض اصل استقلال قضایی دیوان محسوب می‌گردد و مانعی مهم در اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جرائم بین‌المللی است.^{۵۱}

برای گریز از این بحران، برخی پیشنهاد می‌کنند که باید راه کارهای حقوقی و سیاسی را به‌جای تعلیق به کار گرفت.^{۵۲}

به موجب ماده ۱۶ اساسنامه، چنانچه قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد صادر گردد و از دیوان خواسته شود تا تحقیق یا تعقیبی را معلق سازد، هیچ تحقیق یا تعقیبی به موجب اساسنامه نمی‌تواند به مدت دوازده ماه شروع شود یا ادامه یابد. این درخواست به موجب همان شرایط توسط شورای امنیت قابل تجدید است. از مطالعه ماده ۱۶ معلوم می‌گردد که به‌منظور تعلیق، دو شرط باید محقق گردد: شرط اول آن است که درخواست تعلیق باید به‌موجب قطعنامه رسمی شورای امنیت سازمان ملل متحد به عمل آید. درخواست شورای امنیت از دادستان دیوان بین‌المللی کیفری مبنی بر تعلیق تعقیب باید در قالب قطعنامه اتخاذ شود.^{۵۳} شرایط تصویب قطعنامه نیز همان است که در ماده ۲۷ منشور ملل متحد آمده است. به‌منظور تصویب قطعنامه تعداد ۹ رأی موافق که باید متضمن رأی مثبت کلیه اعضای دائم

۴۸. برای مطالعه بیش‌تر در این زمینه رجوع کنید به: میرزایی ینگجه، سعید، *سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی*، در *دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران* (به اهتمام اسحاق آل حبیب)، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۸، ص ۲۵۷ به بعد.

۴۹. همان.

۵۰. سادات میدانی، همان، ص ۵۸.

۵۱. براتی، همان، ص ۱۲۹.

۵۲. همان.

۳۵. هنگامی که شورای امنیت، در اجرای فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد، قطعنامه‌ای تصویب و از دیوان درخواست کند که با توجه به ماده ۱۶ اساسنامه، هیچ تحقیق یا تعقیبی را به عهده نگیرد یا دنبال نکند، این درخواست فوراً از طریق دبیرکل به رئیس [دیوان] و دادستان منتقل خواهد شد. دیوان، وصول این درخواست را از طریق دبیرکل اعلام و عنداللزوم، شورای امنیت را همچنان از طریق دبیرکل از اقداماتی که در این رابطه اتخاذ کرده است مطلع خواهد کرد.

شورای امنیت باشد، ضروری است.^{۵۴} بنابراین، هیچ‌کدام از اعضای شورای امنیت نمی‌تواند به‌تنهایی فعالیت دیوان را به حالت تعلیق درآورد. شرط دوم آن است که تصمیم شورا باید براساس فصل هفتم منشور ملل متحد باشد؛ بدین معنا که شورای امنیت باید شروع به تحقیق و تعقیب در دیوان و یا ادامه تحقیق یا تعقیب را مشمول عنوان تهدید علیه صلح، نقض صلح و یا عمل تجاوز بداند.^{۵۵} در صورت درخواست شورای امنیت هیچ تحقیق یا تعقیبی شروع نمی‌شود یا اگر شروع شده ادامه نمی‌یابد. مدت تعلیق نیز همان‌گونه که در ماده ۱۶ آمده است دوازده ماه است و امکان تمدید آن وجود دارد. ابهامی که در ماده ۱۶ وجود دارد این است که معلوم نیست تقاضای تعلیق چند بار قابل تمدید است.^{۵۶} برخی با تعلیق وضعیت دارفور سودان که به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع گردیده است، موافق و برخی مخالف هستند. بعد از بررسی و تحلیل دیدگاه موافقان و مخالفان، عقیده خود دال بر مخالفت با تعلیق را نیز ارائه خواهیم کرد.

مبحث چهارم) ارزیابی احتمال پیشنهاد تعلیق از سوی شورای امنیت براساس ماده ۱۶ اساسنامه

پیشنهاد تعلیق رسیدگی دیوان توسط شورای امنیت را از چند منظر می‌توان مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. نخست آن که از نظر حقوقی، تردید وجود ندارد که شورای امنیت می‌تواند از اختیارات مثبت^{۵۷} و منفی^{۵۸} خود در رابطه با یک وضعیت واحد استفاده کند. با تفسیر اصولی مواد ۱۳ و ۱۶ اساسنامه، تردید باقی نمی‌ماند که شورای امنیت حق دارد تحقیق و تعقیب شروع شده در دیوان را به مدت دوازده ماه (که به‌موجب همان شرایط قابل تعلیق مجدد است)، در رابطه با وضعیتی که شورا به دادستان دیوان ارجاع داده، به حالت تعلیق درآورد. به‌آسانی نمی‌توان محدودیت‌هایی را برای تشخیص شورای امنیت در رابطه با دلایل تعلیق پیش‌بینی کرد. بی‌تردید قدرت تشخیصی که شورای امنیت به‌عنوان یک ارگان سیاسی به موجب فصل هفتم از آن برخوردار است، بسیار وسیع است؛^{۵۹} ضمن این که شورای امنیت یک نهاد سیاسی است که وظیفه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را براساس دکترین صلاحیت نامحدود شورا به عهده دارد و همین امر به

۴۵. برای، همان، ص ۱۴۱، همچنین علی محمد، صالحی، تحلیل حقوقی ارجاع حقوقی یک وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد واحد علوم و تحقیقات اهواز، ۱۳۸۸، ص ۸۵. همچنین رجوع کنید به:

Ciampi, *op.cit.*, p. 887.

۵۵. شبت.ا. ویلیام، همان، ص ۱۳۳.

۵۶. برای مطالعه بیش‌تر درخصوص شرایط تعلیق رجوع کنید به: برای، همان، ص ۱۴۱.

57. Positive

58. Negative

59. Ciampi, *op.cit.*, p.889; Sharon.A.Wiliam. *op.cit.*, Art.16.Marg, No.25.

شورا اختیار می‌دهد که با توجیه شرایط خاص و به‌نحو موردی تصمیماتی اتخاذ کند که چندان در قالب‌های سخت و غیرقابل انعطاف هنجارهای حقوقی نمی‌گنجد.^{۶۰} از مطالعه ماده ۱۷ موافقتنامه روابط بین دیوان و شورای امنیت نیز می‌توان این اختیار را استنباط کرد.^{۶۱}

شورای امنیت سازمان ملل متحد تاکنون دوبار^{۶۲} از اختیارات قانونی خود برای تعلیق استفاده کرده است که اشاره به آن‌ها مفید به نظر می‌رسد. شورای امنیت در تاریخ ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۲ (۲۱ تیرماه ۱۳۸۱) قطعنامه ۱۴۲۲ را درخصوص مستثنا کردن عملیات ملل متحد از شمول صلاحیت دیوان به تصویب رسانده است. براساس قطعنامه مزبور که به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به تصویب رسیده، شورای امنیت مطابق ماده ۱۶ اساسنامه دیوان از دیوان می‌خواهد، چنانچه پرونده‌ای در ارتباط با فعالیت‌هایی که نیروها یا کارکنان فعلی یا قبلی دولت‌های غیرعضو اساسنامه رم در راستای انجام وظایف خویش در عملیات ایجاد شده^{۶۳} یا تجویز شده^{۶۴} از سوی ملل متحد انجام داده‌اند، مطرح گردد، از اول ژوئیه ۲۰۰۲ (تاریخ لازم‌الاجرا شدن اساسنامه دیوان) به مدت دوازده ماه تحقیق یا تعقیب را درخصوص هیچ‌یک از این پرونده‌ها شروع یا ادامه ندهد، مگر آن‌که شورای امنیت به نحو دیگری تصمیم بگیرد.^{۶۵}

همان‌گونه که معلوم می‌گردد اقدام شورای امنیت در تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ بی‌سابقه است و دامنه تفسیر خود از ماده ۱۶ را به‌شدت توسعه بخشیده است. تصویب قطعنامه مزبور مورد انتقاد قرار گرفته و بسیاری آن را خارج از صلاحیت شورا می‌دانند.^{۶۶} و اضافه می‌کنند منظور از این که درخواست به موجب فصل هفتم باشد این نیست که فصل هفتم صرفاً به صورت شکلی در قطعنامه درخواست‌کننده تعلیق مورد استناد قرار گیرد، بلکه منظور این است که چنان چه وضعیتی ماهیتاً با مسائل سه‌گانه مندرج در ماده ۳۹ منشور (نقض صلح، تهدید علیه صلح و عمل تجاوز) مرتبط باشد، شورا بتواند از دیوان درخواست تعلیق کند.

در نشست شورای امنیت درخصوص مأموریت نیروهای ملل متحد در بوسنی و هرزگوین در ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۲، نمایندگان ۶۶ کشور از بین ۷۲ کشور شرکت‌کننده عقیده داشتند که اعمال

۶۰. زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۳۹.

۶۱. همان‌جا.

۶۲. شورا به موجب قطعنامه ۱۴۸۷ (۱۲ ژوئن ۲۰۰۳) از دیوان درخواست کرد مهلتی را که شورا قبلاً در قطعنامه ۱۴۲۲ (۲۰۰۲) برای تعویق تحقیق یا تعقیب دیوان از اول ژوئیه ۲۰۰۲ تعیین کرده بود تمدید کند.

63. Established

64. Authorized

65. SC.Res.1422 (2002), 12 June 2002.

۶۶. سادات میدانی، همان، ص ۱۳۶.

صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی نمی‌شود و در نتیجه استناد به فصل هفتم برای تعلیق تحقیق یا تعقیب صحیح به نظر نمی‌رسد.^{۶۷}

هدف ماده ۱۶ اساسنامه دیوان این است که شورای امنیت بتواند تنها در موارد خاص تحقیق یا تعقیبی را تعلیق کند. هرچند این هدف در وضعیت دارفور سودان می‌تواند محقق گردد، لکن شورای امنیت در قطعنامه ۱۴۲۲ یک تقاضای عام را مطرح کرده که توسعه بیش از حد اختیارات شورا را به همراه دارد.

از طریق تفسیر نظام‌مند مواد ۱۳ و ۱۶ اساسنامه و همچنین موافقتنامه راجع به روابط بین دیوان و شورای امنیت که براساس ماده ۲ اساسنامه تنظیم شده، می‌توان دریافت که شورای امنیت مجاز است وضعیت‌ها و پرونده‌های در حال رسیدگی توسط دیوان را به حالت تعلیق درآورد. با توجه به این‌که واگذاری حق تعلیق تحقیق یا تعقیب، مغایر با اصول حقوقی و در تعارض با کارکرد سیاسی شورا است و در صورت استفاده غیراصولی از آن می‌تواند در آینده منتج به ناکارآمدی مؤثر دیوان گردد، در استفاده از آن باید جانب احتیاط را رعایت کرد.

به نظر می‌رسد در حال حاضر، درخواست تعلیق رسیدگی از سوی شورای امنیت مستلزم آن است که در رابطه با شرایطی که در زمان ارجاع موجود بوده، تغییر اساسی صورت گرفته باشد تا تصمیم به درخواست تعلیق از سوی شورای امنیت را توجیه کند. در تصمیم به درخواست تعلیق، دو مسأله باید مد نظر قرار گیرد: نخست این‌که در اصل، تصمیم شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد برای تعلیق اعمال صلاحیت دیوان در رابطه با پرونده عمرالبشیر، باید بخشی از تصمیم گسترده‌تر تعلیق وضعیت دارفور سودان باشد. دوم و مهم‌تر آن‌که، اوضاع و احوال استثنایی باید با توجه به وضعیتی که قبلاً به‌عنوان تعقیب مؤثر از سوی دیوان به موردی که اعمال صلاحیت دیوان تهدیدگر صلح و امنیت جهان باشد مشخص گردد. در این رابطه، باید به عوامل مهمی اشاره شود که بتوانند اوضاع و احوال را درخصوص وضعیت فعلی، استثنایی نشان دهند.^{۶۸}

مسأله دیگری که مطرح می‌گردد نحوه و زمان اعلام درخواست صدور حکم جلب علیه عمرالبشیر است. برخلاف رویه سابق دفتر دادستانی دیوان،^{۶۹} حکم جلب عمرالبشیر در همان

۷۶. جالب آن‌که برخی اعضای دائم شورای امنیت استدلال کردند که تهدید ایالات متحده امریکا به وتو کردن عملیات حفظ صلح ملل متحد، تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی می‌گردد و این امر می‌تواند مبنای صدور قطعنامه براساس فصل هفتم منشور باشد. برای مطالعه بیش‌تر در این‌باره رجوع کنید به: سادات میدانی، همان، ص ۱۳۶.

68. Ciampi, *op.cit.*, p.867.

۹۶. شایان ذکر است که دیوان تاکنون ۱۱ حکم جلب صادر کرده که ۶ مورد آن محرمانه بوده است. درمورد این مسأله که آیا دیوان می‌تواند قرار جلب محرمانه صادر کند یا خیر، تردیدهایی وجود دارد. رجوع کنید به: زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۲۹.

تاریخ صدور، علنی^{۷۰} شده است. در مورد علنی کردن حکم جلب عمرالبشیر مباحث زیادی مطرح است. برخی آن را مناسب و برخی نامناسب می‌دانند.^{۷۱} اما مهم‌تر از همه، زمان اعلام علنی صدور حکم جلب عمرالبشیر است. گوسنل در مقاله خود با طرح این پرسش که چرا حکم جلب محرمانه صادر نشده، ضمن اشاره به مشکلات مربوط به علنی شدن اجرای حکم جلب، آن را در کوتاه‌مدت یک پیام برای متهم می‌داند که از رفتن به حوزه‌های قضایی که احتمال دستگیری وی وجود دارد، خودداری ورزد، لکن در دراز مدت می‌تواند یک استراتژی تشویق و فشار (چماق و هویج) باشد تا سرانجام باعث انتقال و تحویل متهم به دیوان گردد.^{۷۲}

تصمیم به علنی کردن درخواست می‌تواند مشکلاتی را برای دیوان بین‌المللی کیفری به همراه داشته باشد. برخی با علنی کردن صدور حکم جلب به این دلیل مخالفت می‌ورزند که صدور حکم جلب می‌تواند وضعیت امنیتی سودان را تشدید کرده ارسال کمک‌های بشردوستانه به دارفور سودان را با مشکل مواجه سازد و به اعتبار دیوان نیز لطمه وارد کند. همان‌گونه که شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۲۸ (۲۰۰۸) مجدداً تأکید کرده است، امتناع برخی گروه‌های شورشی از پیوستن به فرایند سیاسی مانع از دستیابی به یک راه‌حل سیاسی جامع می‌گردد، ضمن آن‌که امنیت کارکنان امور بشردوستانه و نیز توانایی آنان برای تحویل کمک‌های بشردوستانه به مردم تقلیل یافته است. همین‌طور درگیری و خشونت‌های در حال وقوع در دارفور به طرز منفی بر ثبات سودان و همچنین منطقه تأثیرگذار است. از طرف دیگر، دیوان قویاً نیاز دارد تا به‌ویژه، در رابطه با وضعیت دارفور به نتایج قضایی ملموسی دست یابد؛ زیرا از مجموع ۱۲ حکم بازداشت صادر شده از سوی دیوان، ۷ فقره آن هنوز بلا تکلیف است. عدم موفقیت دیوان، عوامل متعددی دارد که از جمله آن‌ها عدم همکاری دولت‌ها در اجرای درخواست حکم جلب و تحویل متهمان است.

مسئله مهم دیگری که مطرح می‌شود این است که عده‌ای سعی دارند رسیدگی در دیوان را در تقابل با صلح و امنیت بین‌المللی قرار دهند، به‌گونه‌ای که رسیدگی دیوان به پرونده عمرالبشیر را مخرب صلح و بر هم زننده امنیت بین‌المللی می‌دانند. اتحادیه افریقا معتقد است در قضیه سودان «صلح» اهمیتی بیش از اجرای «عدالت کیفری» دارد. اتحادیه عرب نیز بارها بر به خطر افتادن صلح و تهدید مذاکرات در منطقه اشاره کرده و توسل به ماده ۱۶ را از سوی شورای امنیت مناسب می‌داند. درخصوص صدور حکم جلب عمرالبشیر دو رویکرد متفاوت بین‌المللی وجود دارد: برخی از حقوق‌دانان بین‌المللی اعتقاد دارند که درخواست حکم جلب و موافقت دیوان با آن

70. public Warrant

۱۷. زمانی، همان‌جا.

72. Gosnell, 2008: 843.

اقدامی در جهت برقراری عدالت است که از آرمان‌های بشریت محسوب می‌گردد.^{۷۳} رویکرد دوم، در تلاش برای پرهیز از وخامت امنیت و اوضاع و احوال و ملاحظه جنبه‌های سیاسی قضیه و در نظر گرفتن فرایند صلح است. این رویکرد، اقدامات دادستان را مغایر با صلح و امنیت بین‌المللی تلقی و ناصواب می‌داند.^{۷۴}

پیوند بین صلح و امنیت بین‌المللی ناگسستگی است و نمی‌توان بین این دو تفکیک دقیقی به عمل آورد. هرچند وظیفه حفظ و برقراری صلح و امنیت بین‌المللی به عهده یک نهاد سیاسی شورای امنیت و برقراری عدالت بین‌المللی به عهده نهاد حقوقی - قضایی این شورا واگذار گردیده، اما به نظر می‌رسد بین این دو مؤلفه رابطه‌ای عینی و معنادار وجود دارد. این رابطه را می‌توان از مطالعه مواد ۱۳ و ۱۶ اساسنامه و نیز موافقتنامه روابط بین این دو نهاد که براساس ماده ۲ اساسنامه تنظیم گردیده، استنباط کرد. این دو نهاد کارکردهای متفاوت دارند، اما با یکدیگر مرتبطند.^{۷۵} با این حال، نه دیوان که کارکرد ویژه‌اش برقراری عدالت کیفری است می‌تواند از تحقق صلح و امنیت بین‌المللی غفلت کند و نه شورای امنیت که کار ویژه‌اش تأمین صلح و عدالت بین‌المللی براساس رسالت منشور است، می‌تواند از هدف برقراری صلح از طریق اجرای عدالت چشم‌پوشد. همان‌گونه که شعبه بدوی دیوان یوگسلاوی سابق در پرونده یلسیک^{۷۶} اشاره کرده است، یکی از مأموریت‌های چنین دادگاه‌هایی یاری رساندن به استقرار مجدد «صلح» در یوگسلاوی سابق است.^{۷۷} نگارنده اعتقاد دارد همان‌گونه که دادستان دیوان یوگسلاوی سابق در بیانیه ۲۷ می ۱۹۹۹ تصریح کرده است: «صلح پایدار و قابل دوام» با گریز از مجازات و بی‌عدالتی برقرار نمی‌شود. آقای ژوانه در گزارش خویش به کمیسیون حقوق بشر راجع به بی‌کیفر ماندن مرتکبان نقض‌های حقوق بشری اظهار می‌دارد: «بدون پاسخ مؤثر به نیاز به تحقق عدالت، هیچ‌گونه صلح و آشتی پایداری وجود نخواهد داشت...».^{۷۸} از این رو، کسانی که می‌خواهند با توسل به صلح و امنیت بین‌المللی، عدالت کیفری را تعطیل کنند، سخت در اشتباهند. تعقیب مؤثر شدیدترین جنایات بین‌المللی در کل به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی

۷۳. زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۴۱.

۷۴. کنگره ملی سودان اقدام دادستان را نوعی اخاذی دانست و دیوان را ابزار قدرت‌های بزرگ قلمداد کرد. سفیر سودان در سازمان ملل متحد اظهار داشت که صدور کیفرخواست اثر قابل توجهی در تضعیف حفظ صلح ملل متحد خواهد داشت. برخی مقامات ملل متحد نیز نگرانی خود را از این تصمیم و پیچیده کردن جریان صلح در دارفور ابراز داشتند.

۷۵. زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۴۲.

76. Jelusic

۷۷. کیتی چایساری، کریانگ ساک، حقوق کیفری بین‌المللی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص ۳۸۳.

۷۸. گاورون، جسیکا، «عفو در پرتو تحولات حقوق بین‌الملل و تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ش ۴۴، ص ۳۴۳.

کمک می‌کند،^{۷۹} ضمن آن که دادستان هنگام اتخاذ تصمیم باید زمینه سیاسی و دیپلماتیک را مد نظر قرار دهد.^{۸۰} همکاری نهادهای سیاسی و قضایی در پایان دادن به بی‌سزایی جنایات بین‌المللی، جلوه‌ای از رابطه عمیق میان صلح و عدالت بین‌المللی است.^{۸۱}

مبحث پنجم) جایگزین کردن تعلیق با پذیرش تعهدات از سوی دولت سودان

هرچند دولت‌های غیرعضو اساسنامه، از نظر بین‌المللی تعهدی برای همکاری و اجرای حکم جلب و تحویل مظنونان به دیوان ندارند، در بخش دوم قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵)، شورای امنیت مقرر داشت که براساس این قطعنامه، دولت سودان و همه طرف‌های درگیر در بحران دارفور باید با دیوان و دادستان همکاری کامل کنند و هرگونه کمک لازم را ارائه دهند.^{۸۲} به موجب ماده ۸۷ (۵) اساسنامه رم، همچنین هر دولت غیرعضو اساسنامه می‌تواند براساس موافقتنامه ویژه دیگر یا هر توافق دیگر که با هرکدام از دولت‌هایی که عضو این اساسنامه نیستند، امضا می‌کند، آنان را برای اجرای موارد مذکور در این فصل دعوت به همکاری کند. قطعنامه مصوب شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور ملل متحد می‌تواند چنین مبنای مناسبی را فراهم سازد. بنابراین، برعکس کشورهای عضو، دولت سودان براساس شرایط مقرر در قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۶) شورای امنیت ملزم به همکاری با دیوان است. درکل، تعهدات دولت سودان به منظور همکاری با قضات و دادستان در اجرای وظایف‌شان حتی بر تعهدات او به موجب هرگونه موافقتنامه بین‌المللی، مطابق با ماده ۲۵ و ۱۰۳ منشور مقدم است^{۸۳} و^{۸۴} چنان چه یکی از دولت‌های عضو برخلاف مقررات این اساسنامه، به درخواست دیوان برای همکاری ترتیب اثر ندهد و بدین ترتیب، از اجرای وظایف و اختیارات دیوان به موجب اساسنامه جلوگیری کند، و شورای امنیت موضوع را به دیوان ارجاع داده باشد، ماده ۸۷ مقرر می‌دارد که دیوان می‌تواند مسأله را به مجمع عمومی دولت‌های عضو و یا به شورای امنیت گزارش دهد. دیوان در ششمین و هفتمین گزارش خود به شورای امنیت اشاره کرد که دولت سودان با دیوان همکاری نمی‌کند و از شورا خواست تصمیم

۹۷. چایساری، همان، ص ۳۷۲.

80. Ciampi, *op.cit.*

۱۸. زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

82. <http://www.un.org/news/Press/docs/2005/sgsm9797.doc.htm>

۳۸. برای مطالعه بیش‌تر در زمینه همکاری با دیوان رجوع کنید به: آقائی جنت مکان، حسین، «دادگاه ویژه لبنان؛ نگاهی متفاوت در حقوق کیفری بین‌المللی»، *مجله فصلنامه حقوق*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۹ (۲). همچنین:

op.cit., p.591 L.condorelli and A.Ciampi.

84. Sluiter, Goran, «Obtaining Cooperation from Sudan- Where is the Law?» Editorial Comments, *Journal of international criminal law*, 2008 6(5).

لازم را اتخاذ کند. در گزارش همچنین آمده بود که دفتر دادسرا قادر است براساس ماده ۵۸ اساسنامه تا ژوئیه ۲۰۰۸ درخواست جدیدی را به قضات ارائه کند (درخواستی که بعداً منجر به درخواست حکم جلب عمرالبشیر گردید).

در ۱۶ ژوئن ۲۰۰۸ و در پاسخ به درخواست مذکور، رئیس شورای امنیت از طرف شورا، مجدداً تصمیم شورا براساس فصل هفتم منشور را مطابق با قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵) یادآور شد که دولت سودان و کلیه طرف‌های درگیر در مخاصمه باید با دادستان و دیوان به‌طور کامل همکاری کنند و هرگونه کمک لازم را مهیا سازند. مطابق با قطعنامه ۱۵۹۳ (۲۰۰۵)، به‌منظور پایان بخشیدن به مصونیت به جرائم ارتكابی در سودان، این امر جدیدی نیست، بلکه بیان مجدد تعهداتی است که قبلاً برای دولت سودان به‌منظور همکاری با دیوان به‌موجب قطعنامه ۱۵۹۳ و مطابق با مقررات اساسنامه تعیین شده است.

با این حال، این مسأله نمی‌تواند باعث شود که درخصوص تعلیق شورای امنیت معامله‌ای صورت گیرد، همان‌گونه که در حال حاضر از سوی دولت سودان و حامیان آن پیشنهاد شده است. قطعنامه شورای امنیت قبلاً تعهداتی را برای دولت سودان و کلیه طرف‌های درگیر در بحران سودان برای همکاری کامل در انجام تحقیقات و تعقیبات با دیوان تعیین کرده است. همین‌طور سودان به موجب تعهدات پیشین خود براساس قواعد عرفی مربوط و معاهداتی که در آن‌ها عضو است ملزم به رعایت حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی بوده است. بنابراین، هیچ تعهد جدید یا تازه‌ای برای سودان در اجرای درخواست از این دولت برای دستگیری و تحویل علی کشیب و احمد هارون یا پیش‌گیری از جرائم بر ضد غیرنظامیان و حملات علیه کارکنان مأموریت مشترک صلح‌بانی سازمان ملل متحد و اتحادیه افریقا^{۸۵} در دارفور سودان تعیین نشده است، که خود به خود تصمیم به تعلیق از سوی شورای امنیت را توجیه کند.

با آن‌که فشارها بر شورای امنیت برای پیشنهاد تعلیق رسیدگی به پرونده عمرالبشیر زیاد است و حتی در میان حامیان سنتی دیوان این امکان وجود دارد که با درخواست تعلیق موافقت کنند و مایلند موضع نرم‌تری را درخصوص درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب به عمل آورند و حتی برخی از اعضای شورا نظیر چین و روسیه با چنین امری موافق هستند، به نظر می‌رسد ایالات متحده امریکا چندان مایل نیست حتی در قبال پذیرش تعهدات جدید از سوی دولت سودان، با درخواست تعلیق شورای امنیت موافقت کند،^{۸۶} به‌ویژه از آن رو که برای تصویب قطعنامه‌ای در

85. UNAMID

۶۸ به همین دلیل در سوم دسامبر ۲۰۰۸ دادستان دیوان بین‌المللی کیفری از اعضای شورای امنیت درخواست کرد که در مقابل تقاضای تعلیق تعقیب «عمرالبشیر» توسط دیوان مقاومت کنند. رجوع کنید به: <http://inthumrights.blogspot.com/2008/12icc-faces-deferral-of-al-bashir.html> (visited 24 May 2009).

این زمینه، کسب ۹ رأی که موافقت ۵ عضو دائم شورای امنیت را به همراه داشته باشد، نیاز است. به هر حال، شورا تاکنون از اختیار منفی خود برای تعلیق رسیدگی به وضعیت دارفور سودان استفاده نکرده است و بعید به نظر می‌رسد اعضای شورا در آینده نیز به این نتیجه برسند.

نتیجه‌گیری

اعلام علنی و رسمی درخواست دادستان دیوان بین‌المللی کیفری برای بازداشت عمرالبشیر رئیس‌جمهور سودان و موافقت شعبه مقدماتی دیوان با آن - درحالی‌که عمرالبشیر هنوز در مسند قدرت است - جامعه بین‌المللی را در شرایط کاملاً جدیدی قرار داده است.

جامعه بین‌المللی بیش از یک سده در انتظار محاکمه سران و مقامات عالی‌رتبه کشورها بوده و هر بار در انجام این مهم توفیقی نیافته است. تلاش‌های بین‌المللی برای محاکمه ویلهلم دوم قیصر آلمان بعد از جنگ جهانی اول و هیتلر رهبر آلمان بعد از جنگ جهانی دوم ناکام ماند. هرچند جامعه بین‌المللی توانست از طریق تشکیل دادگاه‌های اختصاصی (موقت) میلوزویچ رئیس‌جمهور سابق یوگسلاوی و برخی مقامات عالی‌رتبه رواندا را به پای میز محاکمه بکشاند، لکن آن‌ها زمانی تحت تعقیب قرار گرفتند که در مسند قدرت نبودند. رسیدگی به پرونده عمرالبشیر از این جهت اهمیت مضاعف می‌یابد که وی رئیس‌جمهور بالفعل است و از ابزارهای قضایی، اقتصادی، مالی، سیاسی و ... برخوردار است. توسل به نهادهای قضایی ملی برای اجرای عدالت کیفری درمورد مرتکبان شدیدترین جنایات بین‌المللی نظیر جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی چاره‌ساز نیست؛ زیرا در نهادهای قضایی ملی اراده و توانایی به محاکمه کشاندن صاحب‌منصبان و زمامداران حاکم در کشورها وجود ندارد. از طرف دیگر، استفاده از مصونیت در داخل مرزهای ملی آنان را از محاکمه و مجازات می‌رهاند. تاکنون در هیچ پرونده‌ای به اندازه پرونده عمرالبشیر اهتمام جامعه بین‌المللی بر محاکمه و مجازات عاملان جنایات بین‌المللی قوی نبوده است. ارجاع پرونده عمرالبشیر از سوی شورای امنیت، نتایج بررسی‌های کمیسیون بین‌المللی تحقیق، احراز اتهامات از سوی دادستان و تأیید این اتهامات از سوی شعبه مقدماتی دیوان و اظهارنظر دبیرکل سازمان ملل خطاب به متهم، مبنی بر این‌که دیوان یک نهاد قضایی بین‌المللی است که او نمی‌تواند در کار چنین نهادی دخالت کند، پشتوانه محکمی از عزم جامعه بین‌المللی را جهت محاکمه و مجازات عمرالبشیر فراهم کرده است.

اهمیت دیگر صدور حکم جلب عمرالبشیر این است که وی رئیس‌جمهور کشوری است که تاکنون به اساسنامه دیوان ملحق نگردیده و بنابراین، این اقدام مهم نشان می‌دهد که نه مصونیت‌های ملی و بین‌المللی اعتباری دارد و نه عضویت یا عدم عضویت یک کشور در دیوان می‌تواند سران جنایتکار آن کشور را از مجازات برهاند. به نظر می‌رسد جامعه بین‌المللی و مردم

جهان بایست تاریخ علنی شدن صدور حکم جلب عمرالبشیر را جشن می‌گرفتند؛ زیرا همان‌گونه که نگارنده در کتاب «محاكمه قدرت» آورده است، قرن بیست و یکم قرن «محاكمه قدرت» است و پایان فرهنگ بی‌سزایی.^{۸۷}

دیوان بین‌المللی کیفری، با الهام از تجربه دیوان‌های بین‌المللی کیفری اختصاصی نشان داده که دادرسی کیفری بین‌المللی عملی و امکان‌پذیر است و از این پس مفری برای گریختن جنایتکاران از چنگال عدالت وجود ندارد. خوشبختانه رسیدگی به پرونده عمرالبشیر تا این مرحله با موفقیت همراه بوده است. تعدادی از متهمان دارفور سودان از جمله علی‌الکشیب و بحر ادیس ابوحردا^{۸۸} داوطلبانه خود را به دیوان معرفی و مورد تحقیق قرار گرفته‌اند. دادستان دیوان نیز باید سعی کند از طریق احکام جلب محرمانه علیه متهمان دون‌پایه سودانی که در جنایات ارتكابی در دارفور مشارکت داشته‌اند، مبنای مستدلی برای ادامه تعقیب و نیز اقناع جامعه بین‌المللی فراهم سازد.^{۸۹} این امر باعث می‌شود که دولت سودان برای رهایی از فشار بین‌المللی مجبور شود متهم را تحویل دیوان کند. این مسأله می‌تواند به اعتبار دیوان و استقرار آن در اولین گامی که برداشته کمک کند. بهتر است متهم نیز هرچه زودتر خود را تسلیم کند تا از کیفیات مخففه قانونی و قضایی از سوی دیوان برخوردار گردد. بودند کسانی که اجرای عدالت کیفری بین‌المللی را سالیان متمادی به سخره می‌گرفتند، اما سرانجام تسلیم عدالت کیفری بین‌المللی گردیدند.

در پایان باید یادآور شد که به لحاظ اصولی و منطقی، صدور قطعنامه دال بر ارجاع یک وضعیت به دیوان بین‌المللی کیفری توسط شورای امنیت، و تعلیق رسیدگی به همان وضعیت در مدت زمان کوتاه از زمان ارجاع چندان موجه و مطلوب به نظر نمی‌رسد؛ زیرا شورای امنیت باید برای درخواست تعلیق توجیه داشته باشد. در برابر، تصویب هرگونه قطعنامه مبنی بر درخواست تعلیق تحقیق یا تعقیب از سوی شورای امنیت به اعتبار جهانی این شورا لطمه جبران‌ناپذیر وارد می‌سازد.

نکته‌ای که باید در نظر گرفت آن است که وضعیت دارفور سودان یکی از چهار وضعیتی است که به دیوان ارجاع شده و موضوع همه آن‌ها کشورهای آفریقایی است.^{۹۰} هرچند دادستان

۷۸. آقای جنت مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیردستان آنان در حقوق کیفری بین‌المللی)، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، فصل چهارم.

۸۸. جلسه رسیدگی برای تأیید اتهامات وی در تاریخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۹ برگزار شد.

۹۰. این پیشنهاد از سوی بیش‌تر صاحب‌نظران ارائه گردیده است. رجوع کنید به: زمانی، همان، ۱۳۸۷، ص ۴۴؛ Cross, op.cit., p.851; Gosnell, op.cit., p. 287.

۹۰. برخی ادعا کرده‌اند که دیوان برای محاکمه آفریقا و آفریقایی‌ها تشکیل شده است. رجوع کنید به: Kenneth Anderson, «The Rise of International Criminal Law: intended and Unintended Consequences». *European journal of International Law*, 2009, Vol.20.No.2.

همیشه تحقیقات خود را براساس ارجاع شورای امنیت یا ارجاع از سوی خود^{۹۱} کشورهای مورد نظر آغاز کرده است، لکن این مسأله عدالت‌گزینی را مطرح می‌سازد. از این رو، دیوان باید با ظرافت با این مسأله برخورد کند؛ زیرا از ۱۰۸ کشور عضو اساسنامه دیوان، ۳۰ کشور از قاره افریقا هستند که بزرگ‌ترین منطقه جغرافیایی را تشکیل می‌دهند. از این نظر احتمال دارد کشورهای افریقایی که به دیوان ملحق شده‌اند، از حمایت فعالانه خود از دیوان در آینده بکاهند و حتی خطر انصراف این کشورها از دیوان دور از ذهن نیست.

91. self-referral

صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری: پویایی نظام‌های قضایی ملی در مقابله با بی‌کیفری

هاله حسینی اکبرنژاد^۱

چکیده

این مقاله به بررسی مفهوم صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری و رابطه آن با نظام‌های قضایی ملی می‌پردازد. تکمیلی بودن، نوعی تعامل یا مناسبات را میان نظام‌های ملی و نظام بین‌المللی به‌وجود می‌آورد که در پایان دادن به پدیده بی‌کیفری مؤثر است. در واقع، صلاحیت تکمیلی دیوان، این مرجع را در تقابل یا تعارض با دادگاه‌های ملی قرار نمی‌دهد، هر چند مفاهیمی چون «عدم توانایی» یا «عدم تمایل» دولت‌ها و احراز آن‌ها ممکن است به‌طور غیرمستقیم منجر به هماهنگی نظام‌های کیفری ملی براساس معیارهای مشترک گردد. در این خصوص تلاش دولت‌ها برای وضع قوانین مقتضی قابل ذکر است تا دعاوی مربوط به آن دولت‌ها نزد دیوان مطرح نشود و اولویت دولت در اعمال صلاحیت محفوظ بماند. در این صورت می‌توان گفت که تکمیلی بودن صلاحیت دیوان، برای وضع قوانین لازم در راستای جرم‌انگاری جنایات مشمول صلاحیت دیوان است و این امر نه‌تنها در رابطه با دولت‌های عضو اساسنامه، بلکه حتی در مورد دولت‌های غیرعضو نیز صحیح به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: دیوان بین‌المللی کیفری، تکمیلی بودن، قابلیت پذیرش دعوا، جرایم بین‌المللی، بی‌کیفری

۱. فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق بشر از دانشگاه علامه طباطبائی halehhosseini@yahoo.com

مقدمه

تکمیلی بودن صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری از ویژگی‌های مهم این مرجع محسوب می‌شود که به موجب آن، اولویت دادگاه‌های ملی توسط دولت‌های عضو به رسمیت شناخته شده است. اصل صلاحیت تکمیلی با موضوع قابلیت پذیرش دعوا و نحوه احراز آن در فرایند رسیدگی دیوان، رابطه تنگاتنگ دارد؛ زیرا معیارهای قابل پذیرش بودن دعوا نزد دیوان متضمن این معنا است که چه پرونده‌هایی در دیوان بین‌المللی کیفری قابل طرح است و دیوان مکمل کدام دادگاه ملی و با کدام ویژگی‌ها است. بدیهی است در صورت عدم هماهنگی میان عملکرد نظام‌های قضایی ملی با ملاک‌های مقرر در اساسنامه، دیوان به عنوان مرجع صالح برای رسیدگی به جنایات بین‌المللی اقدام خواهد کرد و به این ترتیب، حق اولیه دولت‌ها در رسیدگی نادیده گرفته می‌شود.

اهمیت اصل صلاحیت تکمیلی دیوان در مقابله با بی‌کیفری برای آن دسته اعمالی که جنایات بین‌المللی قلمداد می‌شوند آن‌جا است که عدم تمایل یا عدم توانایی دادگاه‌های ملی برای تحقیق و تعقیب در مورد چنین نقض‌هایی، مانع از اعمال صلاحیت دیوان نمی‌شود و دیوان در مراحل احراز صلاحیت خود، اقدامات انجام گرفته توسط دولت‌ها را ارزیابی می‌کند. تکمیلی بودن ساز و کاری است که دولت‌ها را در ایفای مسئولیت اولیه‌شان ترغیب و آن‌ها را آماده می‌کند تا به تحقیق و تعقیب مهم‌ترین جنایات بپردازند^۲ و البته در صورت عدم رسیدگی و یا انجام رسیدگی‌های غیرحقیقی از سوی دولت‌ها، دیوان به ایفای وظایفش مطابق اساسنامه رم خواهد پرداخت.

در واقع، اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری بر اراده صریح دولت‌های عضو دلالت می‌کند که مبتنی بر تأسیس یک مرجع بین‌المللی که مسئولیت اولیه دولت‌ها را در اعمال صلاحیت کیفری به رسمیت شناخته باشد.^۳

2. Group of Experts, ICC- Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in Practice, Informal Expert Paper, 2003. available at: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Complementarity.pdf>.

3. Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, Issue 2, (September 2003) available at: <http://www.icc-cpi.int/otp/otp-policy.html>.

در جریان تدوین اساسنامه رم، تکمیلی بودن صلاحیت دیوان در پیش‌نویس ارائه شده از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل و مذاکرات کمیته ویژه و کمیته مقدماتی راجع به تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری به‌نحوی مورد تأکید قرار گرفته بود. برای اطلاعات بیشتر رجوع کنید به:

Preamble ILC Draft Statute in Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May-22 July 1992; Report of the Adhoc Committee on the establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22 (1995); Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/51/10, 1996.

در مقدمه اساسنامه (بند ۶) این نکته یادآوری شده که «این وظیفه هر یک از دولت‌ها است که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که مسئول ارتکاب جنایات بین‌المللی هستند، اعمال کنند». همچنین بند ۱۵ بیان می‌دارد: «دیوان بین‌المللی کیفری که به موجب این اساسنامه تأسیس می‌شود، مکمل محاکم کیفری ملی خواهد بود». به موجب ماده ۱ اساسنامه: «دیوان دارای صلاحیت تکمیلی نسبت به صلاحیت کیفری ملی است». بنابراین، در طی مذاکرات کنفرانس دیپلماتیک رم، توافق حاصل گردید که مراجع واجد صلاحیت ملی، مسئولیت اصلی تحقیق یا تعقیب جنایات مشمول صلاحیت دیوان را بر عهده دارند و اگر دولت‌ها با اعمال مؤثر صلاحیت نسبت به این جنایات به تعهد خود عمل کنند، در این صورت، دیوان با شناسایی تقدم صلاحیت‌های ملی، خود عهده‌دار رسیدگی نخواهد شد. پس می‌توان گفت اساس و مبنای اصل تکمیلی بودن این است که اگر سیستم قضائی ملی به‌طور مناسب عمل کند، دلیلی وجود ندارد که دیوان اعمال صلاحیت کند. با وجود این، ضرورت وجودی دیوان بین‌المللی کیفری غیرقابل انکار است؛ زیرا پیش‌بینی می‌شود دولت‌ها در اعمال صلاحیت بر جنایات بین‌المللی – که اغلب به‌نحوی در آن مشارکت دارند – تمایلی ندارند، به‌خصوص در مواردی که رابطه بین دولت و جنایات محدود شده است.^۴ همچنین دولت‌هایی که دارای تمایل و انگیزه کافی برای رسیدگی به جنایات مشمول صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری هستند، ممکن است به دلیل مخاصمات و یا عوامل دیگر از انجام تحقیق و تعقیب ناتوان باشند.^۵ در نتیجه بجز مواردی که یک موضوع توسط دولت‌های عضو به‌طور داوطلبانه به دیوان ارجاع می‌شود یا نظام قضایی غیرفعال^۶ است فقط در صورت عدم تمایل یا عدم توانایی حقیقی یک دولت در رسیدگی، دیوان صلاحیت خود را اعمال می‌کند. اصل این است که صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، مکمل صلاحیت محاکم ملی است، نه جایگزین آن و رسیدگی یک دولت دارای نظام قضایی فعال^۷، مانع از شروع رسیدگی دیوان می‌شود؛^۸ زیرا دولت‌های عضو، صلاحیت اولیه خود را برای رسیدگی به جنایات مندرج در اساسنامه اعلام داشته‌اند و یک شکایت تنها در صورتی در دیوان قابل پذیرش است که دیوان احراز کند محاکم ملی حقیقتاً مایل یا قادر به انجام رسیدگی نیستند.^۹

۴. اصل «صلاحیت جهانی» که در رابطه با برخی از جنایات مندرج در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری قابل اعمال است، بنابر رویه دولت‌ها چندان مورد اقبال قرار نگرفته و دولت‌ها در اعمال آن تا حدودی اکراه یا عدم تمایل دارند.

5. Cassese Antonio, Gaeta Paola and Jones John R.W.D, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 667-668.

6. inactive

7. functioning

۸. دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۵-۲۴.

۹. «اصل صلاحیت تکمیلی به معنایی که در اساسنامه رم آمده، مبتنی بر تقدم صلاحیت محاکم ملی، بلکه مبتنی است بر تقدم «رسیدگی» دادگاه‌های داخلی. به بیان دیگر، صلاحیت محاکم ملی به‌نحو اطلاق مقدم بر صلاحیت دیوان نیست؛ چه

بنابراین، به موجب اصل صلاحیت تکمیلی، قرار نیست دیوان با دادگاه‌های ملی رقابت کند و یا جایگزین آن‌ها شود، بلکه این اصل به تضمین این مهم تأکید دارد که جنایت نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی به عنوان جنایات مشمول صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری بدون کیفر یا مجازات نخواهد ماند، پس پایانی بر بی‌کیفری است.

مبحث اول) رابطه مفهوم قابلیت پذیرش دعوا و صلاحیت تکمیلی دیوان

اصل صلاحیت تکمیلی بیان‌کننده رابطه دیوان بین‌المللی کیفری با دادگاه‌های ملی است و این امر از طریق آیین «قابلیت پذیرش» تنظیم می‌شود.^{۱۰} در واقع، علاوه بر مقدمه و ماده یک اساسنامه که اصل تکمیلی بودن را مطرح می‌کنند، مواد ۱۷-۱۹ اساسنامه به تشریح چارچوب عملکرد دیوان به عنوان «مکمل» صلاحیت ملی پرداخته است. اصل صلاحیت تکمیلی، صلاحیت کیفری ملی و بین‌المللی را در تعارض با یکدیگر قرار نمی‌دهد، بلکه در عمل منجر به برقراری نوعی ارتباط متقابل میان آن‌ها می‌شود. اعمال این اصل، در شرایطی که دولت واجد صلاحیتی در حال تحقیق یا تعقیب باشد تصمیم مبتنی بر غیرقابل پذیرش بودن دعوا نزد دیوان را به دنبال دارد، مگر این که دولت در اقدامات خود حقیقتاً «ناتوان» یا «بی‌میل» شناخته شود.^{۱۱} بنابراین، قابلیت پذیرش دعوا، را می‌توان اعمال اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان و تقدم دادگاه‌های ملی در رسیدگی به جنایات مندرج در اساسنامه دانست. همچنین قابلیت پذیرش و تشریفات مربوط به آن در اساسنامه، متضمن رابطه پیچیده بین نظام‌های حقوقی ملی و دیوان بین‌المللی کیفری است که در عمل، احراز شرایط آن، با مشکلاتی همراه خواهد بود.

در جریان مذاکرات تدوین اساسنامه رم، سرانجام دولت‌ها به توافق رسیدند که جرایم ارتكابی در سرزمین یا توسط اتباع آن‌ها مشمول صلاحیت دیوان قرار گیرد.^{۱۲} این دو، پایه‌های صلاحیت

در این صورت لازم بود در فرضی که محاکم ملی هنوز شروع به رسیدگی نکرده‌اند، دیوان به انتظار بنشیند تا دادگاه ملی صلاحیتدار اعلام کند که در صورت عدم رسیدگی (در مدتی معین) دیوان موضوع را قابل پذیرش اعلام خواهد کرد. درحالی‌که اساسنامه چنین مقرر کرده که دیوان در صورتی موضوعی را غیرقابل پذیرش اعلام می‌کند که قبلاً از سوی محاکم ملی صلاحیتدار «در دست تعقیب یا تحقیق» بوده و یا رسیدگی به آن خاتمه یافته باشد. بنابراین اگر موضوعی در دیوان مطرح شود و «هنوز» دولت صلاحیتدار شروع به رسیدگی نکرده باشد، دیوان صلاحیت خود را اعمال می‌کند و اصل صلاحیت تکمیلی قابل اجرا نیست».

رجوع کنید به: شریعت باقری، محمد جواد، حقوق کیفری بین‌المللی، انتشارات جنگل، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص ۶۸۶۹.
۱۰. دیهیم، پیشین، ص ۲۵.

11. Delmas- Marty Mireille, "Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC", Journal of International Criminal Justice, No. 4, 2006, p.3.

۲۱. ماده ۱۲ اساسنامه: «۲. دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند که حداقل یکی از دولت‌های ذیل عضو این اساسنامه باشند یا صلاحیت دیوان را مطابق بند (۳) پذیرفته باشند:
الف) دولتی که در قلمرو آن، فعل یا ترک فعل مورد نظر روی داده است؛
ب) دولتی که شخص مورد تحقیق یا تعقیب تبعه آن است».

دیوان هستند و از صلاحیتی که هر کشور به تنهایی در ارتباط با همان جنایات محق به اعمال آن است محدودتر است.^{۱۳}

البته طراحان اساسنامه رم باز هم در پی محدود کردن دیوان^{۱۴} برای رسیدگی به مواردی بودند که حتی از لحاظ نظری، دیوان نسبت به آن‌ها واجد صلاحیت است. در نتیجه آن‌ها مقرر داشتند که اولویت و ابتکار عمل با دادگاه‌های ملی است و تنها هنگامی که نظام قضایی ملی «مایل یا قادر» به رسیدگی نباشد موضوع در دیوان قابل رسیدگی است. این مفهوم، همان چیزی است که در اساسنامه به عنوان «قابلیت پذیرش» مطرح گردیده است.

اساسنامه میان دو مفهوم به هم پیوسته «صلاحیت» و «قابلیت پذیرش» تمایز قائل شده است. «صلاحیت» ناظر بر معیارهای قانونی مربوط به اعمال صلاحیت دیوان است که شامل صلاحیت موضوعی، صلاحیت زمانی، صلاحیت مکانی و صلاحیت شخصی می‌شود؛ اما «قابلیت پذیرش» در مرحله بعد مطرح می‌گردد و عبارت از این است که آیا موضوعی که دیوان احتمالاً نسبت به آن واجد صلاحیت است، باید نزد دیوان مطرح شود یا خیر؟ به عبارت دیگر، قابلیت پذیرش، پس از احراز صلاحیت مورد توجه دیوان قرار می‌گیرد. دیوان ممکن است نسبت به موضوعی به دلیل وقوع آن در سرزمین یک دولت عضو، واجد صلاحیت باشد، اما به دلیل تعقیب توسط نظام قضایی همان دولت، آن دعوا غیرقابل پذیرش شناخته شود. به نظر می‌رسد قواعد صلاحیت، قواعدی مشخص و استثنا ناپذیرند؛ در حالی که قابلیت پذیرش دعوا، موضوعی است که تا حدودی به صلاحدید کشورها ارتباط پیدا می‌کند،^{۱۵} اگرچه باید در نظر داشت که مرز آن‌ها همیشه به آسانی قابل تشخیص نیست.

۳۱. صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی فعال یا منفعل، صلاحیت واقعی و صلاحیت جهانی، اصول صلاحیتی هستند که از سوی دولت‌ها قابل اعمالند.

۴۱. در تدوین اساسنامه این نگرانی وجود داشت که دیوان از اقتدار فوق‌العاده‌ای در تعقیب کیفری مقامات و شخصیت‌های دولتی، نظامی و ... برخوردار شود و به‌ویژه اینکه صلاحیت سرزمینی و شخصی که مبتنی بر رضایت کشورها است، به‌سادگی قابل تحصیل بوده و موانع مهمی در رسیدگی دیوان محسوب نمی‌شوند. لذا برای مهار این اقتدار فوق‌العاده دیوان در برابر حاکمیت کشورها، مسأله قابلیت پذیرش در دادرسی تقویت شد. رجوع کنید به: عنایت، سیدحسین، «قابلیت پذیرش دعوا در دیوان کیفری بین‌المللی»، در آل حبیب، اسحاق، دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۲۲.

۵۱. شبت، ویلیام، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه باقر میرعباسی و حمید الهویی نظری، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۴، ص ۷۸۸۰.

مبحث دوم) اعمال صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری یا بررسی قابلیت پذیرش دعوا

همان‌طور که مطرح شد نظام عدالت کیفری مقرر در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تا حد زیادی مبتنی بر دادگاه‌های داخلی دولت‌های عضو است و دیوان، مکمل صلاحیت‌های ملی است. اعمال اصل صلاحیت تکمیلی در اساسنامه، ضمن مسائل مربوط به قابلیت رسیدگی (ماده ۱۷) مطرح شده و شامل مقررات نسبتاً پیچیده است. ماده ۱۷ اساسنامه مقرر می‌کند:

«۱. با توجه به بند (۴) مقدمه و ماده ۱، دیوان تصمیم خواهد گرفت که در موارد ذیل موضوعی (توسط دیوان) غیرقابل رسیدگی است:

الف) آن موضوع توسط دولتی که بر آن صلاحیت دارد، در دست تحقیق یا تعقیب است، مگر آن که آن دولت حقیقتاً مایل یا قادر به اجرای تحقیق یا تعقیب نباشد.

ب) در مورد آن موضوع توسط دولتی که بر آن صلاحیت دارد، تحقیق به عمل آمده و آن دولت تصمیم گرفته باشد شخص مورد نظر را تحت پیگرد قرار ندهد، مگر آن که این تصمیم ناشی از عدم تمایل یا عدم توانایی آن دولت بر پیگرد باشد.

ج) شخص مورد نظر قبلاً به خاطر رفتاری که موضوع شکایت است، محاکمه شده باشد و محاکمه توسط دیوان به موجب بند (۳) ماده ۲۰ مجاز نیست.

د) موضوع از چنان اهمیتی برخوردار نباشد که اقدام دیگری از سوی دیوان را توجیه کند ...»

به این ترتیب، حقیقی نبودن رسیدگی‌ها، عدم تمایل و عدم توانایی به رسیدگی از جمله دلایلی هستند که دیوان در جریان بررسی قابلیت پذیرش دعوا، با استناد به آن‌ها خود می‌تواند به انجام تحقیق و تعقیب در رابطه با جنایات بین‌المللی مبادرت کند.

الف) معیارهای قابلیت پذیرش دعوی

۱. حقیقی نبودن رسیدگی‌ها

در جریان مذاکرات مربوط به تدوین اساسنامه، نمایندگان دولت‌ها مراقب بودند دیوان به عنوان مرجع تجدیدنظر تصمیمات دادگاه‌های داخلی پنداشته نشود و برای اجتناب از این امر سعی بر این بود تا ملاکی که به دیوان اجازه بررسی می‌دهد تا حد امکان «عینی»^{۱۶} باشد و در این رابطه سوالات متعددی مطرح گردید، از جمله این که:

هرگاه دولتی اقدامات و تلاش‌هایی در جهت تحقیق و تعقیب شروع کند، اما این احتمال که تلاش‌های مزبور به نتیجه مطلوب برسد، بسیار کم باشد، آیا این امر به دیوان اجازه می‌دهد دعوا را قابل پذیرش اعلام کند و یا امکان دارد دولتی به‌رغم این که درگیر مخاصمه است دارای پلیس و پرسنل قضایی کارآمدی باشد که بتوانند اقدامات مؤثری برای تحقیق و تعقیب جنایتکاران انجام دهند؟ در این صورت نیز آیا دیوان باید غیرقابل رسیدگی بودن را احراز کند؟ اهمیت سؤالهای مزبور آنجا بود که دولت‌ها تلاش می‌کردند شیوه‌ای اتخاذ کنند که احترام به اصل تکمیلی بودن را بر مبنای حاکمیت ملی و تعهد دولت‌های عضو برای تعقیب جنایات بین‌المللی پیگیری کنند، اگرچه هنوز هم در مورد قلمرو صلاحیتی مفروض برای دیوان بین‌المللی کیفری و لزوم احترام دولت‌ها به آن تردیدهایی وجود دارد.^{۱۷}

در پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل تصریح شده بود: «دیوان بدین منظور تأسیس می‌شود تا مکمل نظام‌های کیفری ملی در مواردی باشد که رسیدگی‌های قضایی در دسترس نبوده و یا مؤثر نباشند».

در کمیته مقدماتی، نظرهای مختلفی درباره این متن ارائه گردید، مبنی بر اینکه «غیر قابل دسترس بودن»^{۱۸} نظام‌های قضایی ظهور خارجی دارد و قدری واجد جنبه «عینی» است، اما احراز «غیرمؤثر بودن»^{۱۹} آن جنبه نظری دارد و معیاری «ذهنی»^{۲۰} محسوب می‌شود. لذا این امر سبب می‌شود که دیوان بین‌المللی کیفری در مقام قضاوت نسبت به نظام قضایی یک کشور برآید که با حاکمیت نظام قانونی کشورها و همکاری بین دیوان و کشورهای مختلف مغایر است.^{۲۱} همچنین همواره این ملاحظه وجود داشت که نباید به گونه‌ای وانمود شود که گویی دیوان کار تحقیق و تعقیب را بهتر از دادگاه‌های ملی انجام می‌دهد و عبارت «مؤثر بودن» به‌طور ضمنی متضمن این معنا بود. به همین دلیل، معیارهای دیگری از جمله فقدان «حسن نیت»^{۲۲} یا «پشتکار و جدیت»^{۲۳} و فقدان «دلایل و اسباب کافی»^{۲۴} یا معقول»^{۲۵} از سوی نمایندگان کشورهای عضو پیشنهاد گردید که مورد قبول قرار نگرفت. مذاکرات سرانجام بر انجام

17. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 674.

18. inavailability

19. ineffectively

20. subjective

۱۲. عنایت، پیشین، ص ۱۲۷.

22. good faith

23. diligence

24. Sufficient grounds

25. reasonable grounds

رسیدگی‌های «واقعی و اصیل»^{۲۶} به نتیجه رسید و گرچه سابقه چندانی از کاربرد این عبارت وجود ندارد،^{۲۷} اما این معیار ملاحظات برخی از نمایندگان را پوشش داد، زیرا احراز «حقیقی بودن» رسیدگی‌ها تا حد ممکن واجد جنبه «عینی» است^{۲۸} و دلیل اجتناب از دریافت‌های ذهنی در مورد رسیدگی‌های ملی، آن است که آستانه قابل پذیرش بودن یک دعوا در نزد دیوان را تنزل می‌دهد. با این حال، غیرقابل پذیرش دانستن صرفاً مبتنی بر تحقیقات یا تعقیبات حقیقی نیست و از آن که رسیدگی‌های غیرحقیقی در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری تعریف نشده است، ملاک عملی قابلیت پذیرش، عدم تمایل یا عدم توانایی یک دولت در انجام حقیقی رسیدگی‌ها است. بنابراین، معیار «حقیقی بودن» رسیدگی‌ها باید در رابطه با «عدم تمایل» یا «عدم توانایی» دولت تفسیر شود. از این رو واضح است که در مورد دولتی که در انجام تحقیق یا تعقیب «قادر» یا «مایل» نیست، خود به خود حقیقی نبودن رسیدگی‌ها اثبات می‌شود.^{۲۹} همچنین این دیدگاه مطرح شده است که هر گاه تردیدی درباره «عدم تمایل» یا «عدم توانایی» یک دولت در انجام تعقیب وجود داشت، باید ماهیت ادعای مذکور به گونه‌ای باشد که دیوان را قانع کند تحقیق یا تعقیب انجام شده در دادگاه‌های ملی «حقیقی» نبوده است.^{۳۰}

به نظر می‌آید ملاک «حقیقی بودن» رسیدگی‌ها در بررسی قابلیت پذیرش پرونده‌هایی که شامل نقض‌های گسترده و فاحش حقوق بشر می‌شوند و پایان دادن به بی‌کیفری این گروه از مرتکبان جنایات بین‌المللی، تأثیر بسزایی خواهد داشت؛ زیرا واقعیت غیرقابل انکار این است که دولت‌ها نه تنها اغلب در تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی کوتاهی می‌کنند، بلکه چنین تعقیباتی را با موانع قضایی، قانونی و اجرایی مواجه می‌کنند و چه‌بسا در شرایطی برای جلوگیری از اجرای عدالت، توسط یک مرجع صلاحیتدار- مانند دیوان بین‌المللی کیفری - در ظاهر، خود به تحقیق و تعقیب مبادرت ورزند. وجود معیار «حقیقی بودن» رسیدگی‌ها تا حدودی زمینه را برای این که قضاوتی عادلانه در مورد اقدامات دولت‌ها در قبال جنایات بین‌المللی انجام گیرد فراهم می‌کند.

26. genuinely

27. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 674.

۲۸. «حقیقی بودن» رسیدگی‌ها نسبت به عبارت «کافی بودن» و یا «دلایل و اسباب قابل قبول» بیش‌تر قابل تعیین و تشخیص است و عبارت مطرح شده بیش‌ترین تشابه را به معیار «حقیقی بودن» دارد که مفهوم «حسن نیت» است، اگرچه به دلیل این که مضیق‌تر از آن است، مورد قبول قرار نگرفت. خصوصاً در صورت احراز ناتوانی دولت در انجام رسیدگی، همواره به این نتیجه نمی‌رسیم که دولت مزبور فاقد «حسن نیت» بوده است.

29. Terracino, Julio Bacio, "National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdictions and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, 2007, p. 430.

30. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 67.

۲. «عدم تمایل» دولت به رسیدگی

اثبات عدم تمایل دولت به رسیدگی به جنایات مشمول صلاحیت دیوان، از نظر فنی دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا برای اثبات آن به ابزار و امکاناتی نیاز است تا به روش‌های اتخاذی دولت نفوذ شود.^{۳۱} همچنین احراز مایل نبودن دولت مستلزم قضاوتی دقیق درباره ماهیت اقدام و قصد دولت خواهد بود تا آن‌جا که حقوقدانان معتقدند «عدم توانایی» راحت‌تر از «عدم تمایل» اثبات می‌گردد.^{۳۲}

ماده ۱۷ اساسنامه باید به‌طور مضیق تفسیر شود؛ زیرا به صورت سلبی^{۳۳} نگارش یافته و به عبارت دیگر، استثنای وارد بر اصل قابل پذیرش بودن (تحقیق یا تعقیب توسط دولت صلاحیتدار) و استثنائات وارد بر استثنا (عدم تمایل یا عدم توانایی دولت صلاحیتدار) را مطرح می‌کند. با وجود این باید در نظر داشت که گرچه تفسیر مضیق از ماده ۱۷ قابل قبول است، اما خود دیوان باید عدم تمایل را آن‌گونه که مطابق با مفهوم واقعی آن و هدف اساسنامه است، تفسیر کند.^{۳۴} تا جدی‌ترین جنایات بین‌المللی بی‌کیفر نمانند. بنابراین در تأیید «تمایل» یک دولت برای احراز عدم قابلیت پذیرش دعوا، صرف انجام تحقیق در یک «وضعیت کلی»^{۳۵} کافی نیست، بلکه باید احراز شود که تحقیق واقعاً و به‌طور مستقیم در رابطه با افراد مسئول انجام گرفته و برای اثبات آن، دولت باید مژنونین را مورد پیگرد قرار دهد و اسناد و مدارک لازم از جمله اظهارات گواهان و ... را جمع‌آوری و ضبط کند.^{۳۶} تصمیم دادستان کل فدرال آلمان (۱۰ فوریه ۲۰۰۵)^{۳۷} در این

31. Group of Experts, ICC- Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in Practice, Informal Expert Paper, 2003, p. 14. available at: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>.

32. Bekou, Olympia and Cryer Robert, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter", International Comparative Law Quarterly, vol. 56, 2007, p. 63.

33. negative fashion

34. Stahn, Carsten, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", Journal of International Criminal Justice, No. 3, 2002, p. 709.

35. general situation

36. Delmas- Marty, *op. cit.*, p.4.

37. Decision of the German Federal Prosecutor General (10 February 2005);

شکایت مزبور براساس قانون کیفری بین‌المللی آلمان (The German International Criminal Code) مطرح گردید که صلاحیت جهانی را مقرر می‌کند، اما موارد معینی را نیز موقوف به صلاحیت (تشخیص) دادستان کرده است. شکایت در ۳۰ نوامبر ۲۰۰۴ مطرح شد و طی آن دادستان فدرال آلمان تصمیم گرفت که تحقیق براساس بخش ۱۵۳ قانون مزبور انجام گیرد و این تصمیم که طبق اصل تکمیلی بودن گرفته شد، مقرر کرد که صلاحیت جهانی نسبت به صلاحیت ملی فرعی و ثانوی است. دادستان این بخش از قانون را در راستای ماده ۱۷ اساسنامه رم تفسیر کرد، بدین ترتیب که شروع تحقیق در ایالات متحده آمریکا در خصوص مسأله ابوغریب و جنایات ارتكابی در عراق، حتی اگر مستقیماً علیه افراد مطرح در این پرونده نباشد و صرفاً یک وضعیت کیفری کلی محسوب گردد برای این‌که رسیدگی توسط دولت صلاحیتدار محسوب شود کافی است و مانعی برای شروع تحقیق در کشور آلمان خواهد بود.

زمینه قابل تأمل است که بر عدم تعقیب دعوا علیه رامسفلد و چندین مقام رسمی آمریکایی دیگر که متهم به شکنجه و جنایات جنگی در عراق هستند، صادر گردید. مبنای این رأی، ماهیت فرعی یا ثانوی صلاحیت جهانی دادگاه‌های ملی بود که با استناد به ماده ۱۷ اساسنامه و اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری مطرح شد و البته واکنش‌های شدیدی را برانگیخت. در خصوص این دیدگاه گفته شده که اگرچه تفسیر مضیق از «تکمیلی بودن» در مورد دولت‌ها برای اعمال اصل صلاحیت جهانی قابل قبول است^{۳۸} اما دیوان باید قدری فراتر و متناسب با وظیفه‌اش برای حمایت از بشریت در مقابل فجیع‌ترین جنایات بین‌المللی تصمیم بگیرد.

اثبات «عدم تمایل» نه تنها دشوار است، بلکه از نظر سیاسی نیز واجد حساسیت است. شناسایی یک دولت به عنوان دولت «بی‌میل» در رسیدگی به جنایات بین‌المللی، اتهامی علیه آن دولت قلمداد می‌گردد و معمولاً مورد اعتراض دولت‌ها قرار می‌گیرد.^{۳۹} به همین دلیل، ملاک‌های «عدم تمایل» تا حد امکان «عینی» تعیین شده‌اند تا به دیوان در تعیین دولتی که حقیقتاً مایل به رسیدگی نیست، اختیار گسترده‌ای داده نشود و بر همین اساس به منظور تصمیم‌گیری در مورد عدم تمایل یک دولت در رسیدگی به موضوعی خاص، دیوان باید با توجه به اصول شناخته شده دادرسی^{۴۰} در حقوق بین‌الملل بررسی کند که آیا یک یا چند مورد از ملاک‌های مقرر وجود دارد یا خیر؟

۲-۱. مصون نگهداشتن از مسئولیت کیفری

مطابق قسمت «الف» بند (۲) ماده ۱۷ اساسنامه، یکی از مواردی که در پی عدم تمایل دولت در رسیدگی احراز می‌شود عبارت است از این که «رسیدگی به این منظور انجام شده یا در دست انجام است یا تصمیم ملی به این منظور اتخاذ شده که شخص مورد نظر را از مسئولیت کیفری در قبال جنایات داخل در صلاحیت دیوان مصون نگاه‌دارد».

38. Delmas- Marty, *op. cit.*, p.4.

۹۳. دادستان باید درجات مختلف «عدم تمایل» و اختلافات داخلی را در نظام‌های ملی در نظر بگیرد. برای مثال، قوه قضاییه ممکن است مایل باشد اما قوه مجریه مایل نباشد و یا به‌رغم تمایل قضات تحقیق ممکن است عدم تمایل ارتش یا نظامیان در کشور مانع از انجام تحقیقات باشد. همچنین عدم تمایل در بخشی از حکومت، ممکن است، «ناتوانی» بخش دیگر را موجب شود که تحقیق یا تعقیب را شروع کرده است و «عدم تمایل گزینشی» نیز قابل تصور است، آن هم در مواردی که دولت مایل به تعقیب جنایات ارتكابی از سوی شورشیان است، اما به جنایات ارتكابی از سوی مأموران و قوای دولتی کاری ندارد. در این‌باره رجوع کنید به:

Group of Experts, ICC – Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in Practice, Informal Expert Paper, 2003, p. 14.

۴۰. شبت، پیشین، ص ۹۱.

این ملاک، متضمن بررسی دقیق و موشکافانه دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به رسیدگی‌های ملی است که در انجام تحقیقات و تعقیبات دارای قصد متقلبانه هستند و به بیان دیگر، اقدام به انجام رسیدگی‌های صوری می‌کنند. ایده اصلی ممنوعیت مصون نگهداشتن از مسئولیت کیفری این است که جنایتکاران بین‌المللی نباید خود را در برابر مسئولیت کیفری، مشمول حمایتی قرار دهند که ناقض اساسنامه است و از جمله درصدد رد رویه‌هایی است که با اعطای «عفو»، مرتکبین نقض‌های فاحش حقوق بشر را از تعقیب و یا تحمل مجازات معاف می‌کنند؛ زیرا اقدامات مزبور قصد آشکار دولت در ممانعت از مسئولیت کیفری را نشان می‌دهد.^{۴۱} همچنین فاصله گرفتن آشکار یک دولت از رسیدگی‌های قانونی معمول نیز نشانه دیگری است که باید تردیدهایی جدی را در مورد مشروعیت اعمال صلاحیت دولت برانگیزد.

برای مثال، نادیده گرفتن مقررات آیین دادرسی کیفری (چه در مورد افراد عادی و چه در مورد نظامیان) از طریق منصوب کردن قاضی تحقیق خاصی که با افراد متهم از نظر سیاسی در یک حزب قرار دارد و یا تغییر شیوه رسیدگی عادی به محاکمات سری و غیرعلنی می‌تواند از عوامل تعیین‌کننده باشد، زیرا رویه سؤال برانگیز دولت در محاکمات غیرعلنی منطبق با اصول دادرسی شناخته شده در حقوق بین‌الملل نیست. بنابراین، قصد دولت از اتخاذ این شیوه رسیدگی می‌تواند مصون نگهداشتن فرد از تحقیق و تعقیب بین‌المللی باشد.

ملاک‌های تشخیص قابلیت پذیرش دعوا در اساسنامه رم، از جمله احراز قصد مصون نگهداشتن مرتکب از اجرای عدالت، به دلایل مختلف مورد انتقاد قرار گرفته‌اند؛ زیرا بحث‌های مربوط به آن ممکن است دیوان را برای سال‌ها گرفتار موضوعات صلاحیتی پیچیده و اختلاف‌برانگیز کند. بدون تردید استانداردهای مقرر تا حدودی بالا هستند اما مبنای نظام تکمیلی بودن تضمین‌کننده آن است که بجز در شرایطی که کاملاً واضح و آشکارند، دیوان در رسیدگی‌های ملی مداخله نمی‌کند.^{۴۲} به همین دلیل، اثبات اینکه یک دولت، تحقیقات و تعقیبات را برای هدف مصون نگهداشتن متهم انجام داده است به راحتی میسر نیست اما غیرممکن هم

41. Stahn, *op. cit.*, p. 714.

۲۴. این دیدگاه نیز از سوی برخی از حقوقدانان مطرح شده است که مطابق قسمت «الف» بند (۲) ماده ۱۷ چندان روشن نیست که دیوان از چه طریقی می‌تواند احراز کند که «رسیدگی به این منظور انجام شده یا در دست انجام است» که شخص را از مسئولیت کیفری رهایی بخشد. در عبارت مزبور، دلیل، عین مدعا و مستلزم دور است، چرا که دیوان برای احراز «عدم تمایل» باید معین کند که «رسیدگی به این منظور انجام شده که ...» و طبعاً برای احراز این که «رسیدگی به چه منظوری» انجام شده باید «عدم تمایل» احراز شود، از این رو بنا بر نظر ایشان، مقررات قسمت «الف» در احراز عدم تمایل دولت چندان کارآمد نخواهد بود. رجوع کنید به: شریعت باقری، پیشین، ص ۷۸.

نیست.^{۴۳} و با استناد به ادله و مدارک موجود که شامل قوانین و مقررات، دستورها، درجات عفو، ساختار نظام قضایی و یا مکاتبات و مراسلات می‌گردد تا حدودی قابل احراز است.^{۴۴} از آن‌جا که دیوان در بررسی قابلیت پذیرش فقط می‌تواند «ملاحظه کند»^{۴۵} این سؤال مطرح می‌شود که آیا تشخیص قابل پذیرش بودن در رابطه با «عدم تمایل» یک دولت می‌تواند مبتنی بر ملاکی باشد که در متن ماده ۱۷ به آن اشاره‌ای نشده است؟ با توجه به روح حاکم بر ماده، پاسخ مثبت به این سؤال چندان بعید به نظر نمی‌رسد و این نظر که مفاد ماده مزبور حصری نیست، قابل قبول است.^{۴۶} در واقع، هدف اساسنامه و ضرورت تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری برای به کیفر رساندن جنایات ضد بشری و همچنین ابتکار عمل دولت‌ها برای پنهان کردن برخی فجایع بیرحمانه و غیرانسانی، پویایی دیوان را در عمل و نیز در تفسیر اساسنامه طلب می‌کند. مفهوم «مصون نگهداشتن» مفهومی موسع است و می‌توان سایر ملاک‌ها یعنی تأخیر غیرقابل توجیه و مستقل یا بی‌طرفانه نبودن را به‌راحتی از فرعیات آن دانست و به عبارت دیگر، آن ملاک‌ها، در تشخیص مصون نگهداشتن به دیوان کمک خواهند کرد.^{۴۷}

۲-۲. تأخیر غیرقابل توجیه

اگر دولتی که اقدامش برای تحقیق و تعقیب، به دلیل تأخیر غیرقابل توجیهی که در رسیدگی اعمال می‌کند مورد قبول نباشد ممکن است نتواند مانع از قابل پذیرش دانستن دعوا نزد دیوان گردد؛ زیرا با توجه به اوضاع و احوال موجود با قصد اجرای عدالت نسبت به شخص مورد نظر مغایرت دارد و البته با توجه به صدر ماده (۲) ۱۷ دیوان باید در احراز تأخیر غیرقابل توجیه، فاکتورهای عینی را در نظر بگیرد.^{۴۸} از آن‌جا که ماده ۱۷ صریحاً مشخص نکرده که این معیارها چه هستند، رسیدگی‌های معمول در پرونده‌های مشابه با همان موضوع، بیش‌ترین اهمیت را دارا هستند. برای مثال، اگر تحقیق نسبت به اتهامات مرتکبی ۶ ماه به طول بینجامد، چنانچه رسیدگی‌های ملی در پرونده‌های جدی مشابه تقریباً در همین مدت زمانی انجام گیرد، تأخیر غیرقابل توجیه احراز نخواهد شد، اما اگر مدت رسیدگی‌ها از رویه معمول ملی تجاوز کند و

43. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 676.

44. Group of Experts, ICC- Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in Practice, Informal Expert Paper, 2003, p. 29.

45. consider

۴۶. عنایت، پیشین، ص ۱۲۸.

47. Group of Experts, ICC- Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in Practice, Informal Expert Paper, 2003, p. 28.

۴۸. در پیش‌نویس اساسنامه و در طول مذاکرات کمیته مقدماتی در این ماده عبارت “undue delay” به کار رفته بود که البته در کنفرانس رم به “unjustified delay” تغییر کرد تا ملاک را بیشتر عینی کند.

توضیح متقاعدکننده‌ای برای آن ارائه نگردد ممکن است یک تأخیر غیرقابل توجیه یا حتی مصون نگهداشتن فرد از مسئولیت کیفری به حساب آید.^{۴۹} بنابراین در احراز تأخیر غیرقابل توجیه، دیوان با دو سؤال مواجه است: اولاً در جایی که تأخیر رخ داده است آیا توجیهاتی برای تأخیر وجود دارد؟ و ثانیاً اگر تأخیر غیرموجه باشد، آیا با قصد اجرای عدالت نسبت به فرد مغایر است؟

۳-۲- بی طرفانه یا مستقل نبودن رسیدگی‌ها

سومین معیار «عدم تمایل» دولت، بی طرفانه یا مستقل نبودن رسیدگی‌ها است و البته باید در نظر داشت که صرف وجود تردیدهایی در این زمینه، دیوان را قانع نمی‌کند، بلکه این تردیدها باید چنان باشند که دیوان را متقاعد کنند اقدامات دولت به نحوی صورت گرفته است یا می‌گیرد که در آن شرایط، با قصد اجرای عدالت نسبت به شخص مورد نظر مغایرت دارند. رسیدگی‌هایی که فرد را از مسئولیت کیفری مصون نگه دارد (ملاک اول قسمت «الف» بند (۲) ماده ۱۷) ممکن است بر بی طرفی و مستقل بودن اثر بگذارد. بنابراین می‌توان گفت که این سه معیار تا حدودی دارای تداخل یا همپوشانی هستند و چون قصد اصلی از گنجاندن این موارد مرتبط، اجرای عدالت نسبت به متهم و رعایت اصول دادرسی شناخته شده است امکان دارد دیوان نهایتاً در رویه قضایی خود تفکیک چندانی قائل نشود.

نکته مهم دیگر آن است که حتی در مواردی هم که دولت با حسن نیت در حال رسیدگی است، چنانچه سایر جنبه‌های رسیدگی به‌طور جدی بر بی طرفی و مستقل بودن اثر بگذارد ممکن است دیوان دعوا را قابل پذیرش اعلام کند. در این‌جا نیز عامل کلیدی برای دیوان آن است که ملاحظه کند آیا تحقیقات و تعقیبات، مطابق رویه معمول کشور در مورد جرائم جدی بوده است یا خیر. قاعده ۵۱ قواعد آیین دادرسی^{۵۰} مقرر می‌کند که یک دولت ممکن است در هنگام ملاحظه مسائل مربوط به قابلیت پذیرش، توجه دیوان را به اطلاعاتی جلب کند که نشان می‌دهد دادگاه‌های آن، قواعد و ضوابط بین‌المللی را برای استقلال و بی طرفی تعقیب رعایت کرده‌اند.^{۵۱}

49. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 676.

50. rules of procedure

۱۵. قاعده ۵۱ قواعد آیین دادرسی، در رابطه با «اطلاعات ارائه شده بر اساس ماده ۱۷ اساسنامه» مقرر می‌کند: «با لحاظ مسائل اشاره شده در بند ۲ ماده ۱۷ اساسنامه و براساس مجموعه اوضاع و احوال پرونده، دیوان می‌تواند به‌عنوان نمونه اطلاعاتی را مد نظر قرار دهد که دولت مذکور در بند ۱ ماده ۱۷ اساسنامه، ممکن است آنها را برای ارائه به دادگاه (به منظور نشان دادن این‌که دادگاه ملی آن دولت معیارهای به رسمیت شناخته شده بین‌المللی و موازین استقلال و بی طرفی را در تعقیب جرم مشابهی رعایت کرده) برگزیده باشد یا این‌که دولت مذکور به صورت کتبی خطاب به دادستان تأیید کرده باشد که موضوع از طریق آن دولت در حال تحقیق یا تعقیب است».

این قاعده فقط این فرصت را به وجود آورده که چنین اطلاعاتی برای ملاحظه دیوان ارائه گردد و البته دولت‌ها متعهد به ارائه اطلاعات مزبور نیستند. با وجود این، احتمال دارد که در مورد قابلیت پذیرش، دیوان با استناد به مبنای قاعده ۵۱ از دولت‌ها توقع داشته باشد اطلاعاتی ارائه دهند که رسیدگی‌های ملی مطابق با تحقیقات و تعقیبات مقرر برای پرونده‌های مشابه بوده است و این رسیدگی‌ها با استانداردهای بین‌المللی تطابق دارد. قصور یک دولت در ارائه چنین اطلاعاتی، لطمه جدی به چالش‌های مربوط به قابل پذیرش بودن وارد نمی‌کند؛ اما از آنجایی که دادستان باید غیرقابل رسیدگی بودن دعا را اثبات کند وجود این اطلاعات به وی کمک خواهد کرد.^{۵۲}

۳. «عدم توانایی» دولت در رسیدگی

«عدم توانایی» در تحقیق و تعقیب جنایات مشمول صلاحیت دیوان نیز از ملاک‌های قابل پذیرش بودن دعا نزد دیوان است و تقریباً اتفاق نظر وجود دارد که احراز عدم توانایی از عدم تمایل واجد پیچیدگی‌های کمتری است؛ زیرا در این مورد لازم نیست در انگیزه پنهان دولت‌ها عمیق شویم و یا به قصد آن‌ها پی ببریم. البته به این دلیل که اثبات عدم توانایی، تشخیص مبتنی بر واقعیات است شاید چندان هم کار آسانی نباشد.^{۵۳}

به نظر می‌رسد ماده (۳) ۱۷ که ناظر بر تعریف «عدم توانایی» است شامل اوصافی دقیق‌تر و کامل‌تر از مقررات مربوط به «عدم تمایل» است.^{۵۴} به‌طور کلی، مذاکرات مربوط به «عدم توانایی» کم‌تر به طول انجامید و علت اصلی این امر، آن بود که «عدم توانایی» بیش‌تر «عینی» و مبتنی بر واقعیت است و مفاد مقرر در آن تا حدی قابل ارزیابی موضوعی است، ازجمله فروپاشی کامل یا قابل ملاحظه نظام قضایی ملی یا در دسترس نبودن این نظام قضایی. با این حال ضروری به نظر می‌رسد که مصادیق آن قدری دقیق‌تر مطرح شود تا به دیوان در تشخیص «عدم توانایی» یک دولت کمک کند. هدف از پیش‌بینی «عدم توانایی» در اساسنامه، اشاره به وضعیتی است که در آن، نهادها یا ارکان یک کشور و ازجمله نظام قضایی آن دچار فروپاشی کامل شود. در چنین نمونه‌هایی^{۵۵} دولت ممکن است متمایل و مشتاق به تعقیب باشد، اما توانایی انجام این کار وجود ندارد.^{۵۶}

52. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 676.

53. Terracino, *op. cit.*, p. 434.

۴۵. شریعت باقری، پیشین، ص ۷۹.

۵۵. در جریان مذاکرات تدوین اساسنامه رم، در ضمن مفهوم «عدم توانایی» دولت، مثال رواندا پس از نسل‌کشی بارها مطرح گردیده است.

56. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 677.

با اثبات «عدم توانایی» دولت، قوا یا مقامات دولتی (برخلاف عدم تمایل) متهم به فریبکاری یا نیرنگ نخواهند شد، اما دولت‌ها معمولاً از قبول عدم توانایی در رسیدگی ناخرسند می‌شوند و به همین دلیل، احرار این امر باید با دقت و موشکافی همراه باشد و ملاک آن جدی و دقیق باشد. البته باید در نظر داشت که دیوان بین‌المللی کیفری یک نهاد نظارتی حقوق بشر نیست و وظیفه ندارد تضمین کند تمام رسیدگی‌ها به‌طور کامل مطابق با معیارهای بین‌المللی هستند.^{۵۷} در ماده (۱۷۳)، دو حالت برای «عدم توانایی» در نظر گرفته شده است:^{۵۸}

۱. فروپاشی کامل یا قابل توجه نظام قضایی ملی،

۲. عدم دسترسی نظام قضایی به متهم، دلایل و مدارک، گواهان و یا انجام دادرسی.

به نظر برخی، حالت دوم را باید نتیجه‌اولی دانست، زیرا در اثر فروپاشی کامل یا قابل توجه نظام قضایی یک کشور، دولت از دسترسی به متهم، دلایل و یا اصولاً انجام دادرسی ناتوان می‌شود.^{۵۹}

۱-۳. فروپاشی نظام قضایی ملی

عدم توانایی در صورت «فروپاشی»^{۶۰} ناظر بر وضعیت‌هایی مانند درگیری دولت در جنگ داخلی، بلایای طبیعی، اشغال سرزمین توسط نیروهای خارجی و یا هر واقعه دیگری است که منجر به بی‌نظمی عمومی گردد. ایده «فروپاشی» به اختلال در نظام قضایی که بر اثر آن از ایفای وظایفش به‌طور معمول برنمی‌آید برمی‌گردد. در ماده (۱۷۳) دو نوع فروپاشی پیش‌بینی شده است: «فروپاشی کامل»^{۶۱} و «فروپاشی اصولی»^{۶۲} که تعریف آن‌ها در جریان مذاکرات اساسنامه، قدری با مشکل مواجه بود. کمیته مقدماتی در پیش‌نویس اساسنامه، عبارت «فروپاشی جزئی»^{۶۳} را آورده بود که در کنفرانس رم به «فروپاشی اصولی» تغییر یافت. دلیل این تغییر آن بود که در جریان مخاصمه مسلحانه‌ای که فروپاشی جزئی را به همراه دارد، یک دولت ممکن است با جابه‌جایی منابع یا انتقال محاکمات به محل دیگر بتواند از عهده انجام تحقیق یا تعقیب حقیقی

57. Terracino, *op. cit.*, p. 434.

۵۸. ملاک‌های عدم توانایی ناظر بر پرونده خاصی نیست که مانند عدم تمایل به‌طور موردی بررسی شود، بلکه مبتنی بر وضعیت کلی در یک کشور است.

59. *Ibid.*

60. *collaps*

61. *total collaps*

62. *substantial collaps*

63. *partial collaps*

برآید، درحالی که فروپاشی اصولی، مستلزم آن است که تأثیر قابل ملاحظه‌ای بر نظام قضایی ملی بر جای مانده باشد.^{۶۴}

۲-۳. در دسترس نبودن نظام قضایی ملی

«در دسترس نبودن» دارای تعریف مشخص نیست و به نظر می‌رسد امکان تفاسیر مختلف را به همراه دارد و شامل وضعیت‌هایی از جمله کمبود پرسنل لازم، قضات، قضات تحقیق، بازپرس و دادستان و فقدان ساختار قضایی متناسب یا خلأ قوانین شکلی و ماهوی می‌گردد.^{۶۵} «فروپاشی» به وضعیت استثنایی ناشی از وقایع خارج از اراده دولت (مانند جنگ، اشغال و ...) برمی‌گردد، درحالی که «در دسترس نبودن» بیش‌تر شامل یک وضعیت عمومی است که دائمی بوده، منجر به ناکارآمدی سیستم قضایی یک دولت در انجام رسیدگی‌ها می‌شود^{۶۶} و یا به عبارت دیگر، ضعف دستگاه قضایی دولت صلاحیت‌دار در عمل به اصول دادرسی شناخته در حقوق بین‌الملل را به همراه دارد. از مسائل مهمی که در این‌جا مطرح می‌شود، عفو یا مصونیت‌هایی است که در اغلب کشورها اعمال می‌شود و اگر چنان باشند که مانع از تعقیب جنایتکاران بین‌المللی توسط دادگاه‌های ملی شوند به دیوان اجازه می‌دهند که برای رسیدگی به فجایع غیرانسانی که خصوصاً در دو دهه اخیر وجدان بشریت را آزرده است، دعوای مزبور را قابل پذیرش قلمداد کند.^{۶۷} همان‌طور که گفته شد، برخی از حقوق‌دانان «عدم دسترسی» را نتیجه «فروپاشی» نظام قضایی می‌دانند و این بدان معنا است که دیوان در ملاحظه تحقق «فروپاشی کامل» یا «فروپاشی اصولی» باید حداقل وجود یکی از عوامل زیر را احراز کند:

۱. دولت در دستیابی به متهم ناتوان باشد؛

۲. دولت در دستیابی به اسناد ضروری و یا گواهان ناتوان باشد؛

۳. دولت از جهات دیگر در انجام رسیدگی‌ها ناتوان باشد.

این عوامل تحت عنوان «در دسترس نبودن نظام قضایی» از برداشت‌های ذهنی توسط دیوان خواهد کاست، اگرچه مورد سوم به دیوان آزادی می‌دهد تا در صورت بروز اوضاع و احوال غیرقابل پیش‌بینی که رسیدگی‌های ملی را دچار اختلال کرده مانع از انجام رسیدگی‌های حقیقی

64. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 677; and also Terracino, *op. cit.*, pp. 434-435.

65. Group of Experts, ICC- Office of the Prosecutor, The Principle of Complementarity in (Practice, Informal Expert Paper, 2003, p. 15).

۶۶. در این صورت، یک نظام کارآمد و توسعه یافته که به دلیل فقدان معاهده استرداد، توان دسترسی به یک متهم را ندارد، می‌تواند با استناد به تکمیلی بودن صلاحیت دیوان، به قابل پذیرش دانستن پرونده اعتراض کند. رجوع کنید به: شبت، پیشین، ص ۹۱.

۷۶. شریعت باقری، پیشین، ص ۷۹.

می‌شود، دعوا را قابل پذیرش اعلام کند. بنابراین، فراتر از دسترسی به متهم، ادله و مدارک و گواهان، در اختیار داشتن نیروی انسانی واجد صلاحیت جهت انجام تحقیق و تعقیب حقیقی نیز یک عامل تعیین کننده است.^{۶۸}

در تبیین مفهوم «عدم توانایی»، اشاره به قضیه دارفور سودان که توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع داده شد،^{۶۹} ضروری به نظر می‌رسد. گزارش کمیسیون بین‌المللی تحقیق در خصوص وضعیت دارفور^{۷۰} تصریح کرد:

برقراری صلح و آرامش و خاتمه دادن به تخلفات در منطقه دارفور برای ارتقای وضعیت حقوق بشر ضروری است. اما مسلم است که برقراری صلح واقعی بدون توسل به عدالت محقق نخواهد شد. عملکرد سیستم قضایی داخلی کشور سودان دلالت بر این امر می‌کند که دولت سودان توانایی و کارآمدی لازم و یا تمایل چندانی به تحقیق و تفحص و تعقیب در خصوص مرتکبان این جنایات را ندارد. بنابراین ضروری است متهمان به ارتکاب جنایات فوق در یک دادگاه بین‌المللی کیفری ذیصلاح محاکمه شوند. مطابق ماده ۱۳ اساسنامه، دیوان صلاحیت رسیدگی به جنایات علیه صلح و امنیت بین‌المللی را دارد و نقض موارد حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در دارفور می‌تواند تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی تلقی می‌شود. پس دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی را خواهد داشت.^{۷۱}

68. Cassese, Gaeta, Jones, *op. cit.*, p. 678.

۹۶. بحران اخیر در دارفور از فوریه ۲۰۰۳ آغاز گردید، هنگامی که دو گروه شورشی یعنی ارتش آزادیبخش سودان (SLA) و جنبش عدالتخواه (JEM) سلاح در دست گرفتند و به تأسیسات دولتی حمله کردند. بنابر ادعای شورشیان، دلیل عمده این نارضایتی‌ها اقدامات تبعیض‌آمیز حکومت عرب سودان به نفع عرب‌ها و اعمال ظلم و ستم به آفریقایی‌های سیاه پوست بوده است. دولت مرکزی هم با گسترش دامنه نارضایتی‌ها از هیچ اقدامی جهت سرکوب شورشیان فروگذار نکرده است. از جمله این که حملات هوایی گسترده‌ای را علیه افراد غیر نظامی که شورشیان از میان آنها برخاسته بودند، ترتیب داد. اقدامات دولت مرکزی به همین جا ختم نمی‌شود، بلکه شاید یکی از مهم‌ترین اتهاماتی که متوجه دولت سودان است، انجام عملیات زمینی علیه شورشیان با به خدمت گرفتن قبایل عربی سازمان یافته در قالب گروه شبه‌نظامی موسوم به «جان جاوید» است. شواهد و دلایل حمایت و پشتیبانی حکومت سودان از حملات شبه نظامیان «جان جاوید» غیرقابل انکار است، هر چند دولت سودان منکر چنین امری شده و شبه‌نظامیان را مجرم قلمداد کرده است. نهادهای حقوق بشری تخمین زدند که از زمان شروع مخاصمه ظرف ۱۸ ماه، شبه‌نظامیان عرب حداقل ۳۰,۰۰۰ آفریقایی سیاه پوست را به قتل رسانده، زنان و دختران را مورد تجاوز قرار داده، صدها روستا را از بین برده و منابع آب را آلوده ساخته‌اند. در پی این امر، بیش از یک میلیون نفر خانه‌های خود را ترک کرده و به سوی اردوگاه‌های پناهندگان در سودان و شرق چاد روانه شده‌اند. همچنین بیش از ۲,۲۰۰,۰۰۰ نفر نیاز مبرم به مواد غذایی و پناهگاه دارند. تلفات انسانی این درگیری‌ها و جلوگیری دولت سودان از دسترسی نهادهای حقوق بشری، ملل متحد را وارد عمل کرد. از جمله کمیسر عالی پناهندگان و کمیساریای عالی حقوق بشر گزارش‌هایی در مورد وضعیت حقوق بشر در دارفور ارائه کردند و در نهایت شورای امنیت وضعیت آن را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع کرد. رجوع کنید به: زمانی، سید قاسم، «شورای امنیت و ارجاع وضعیت دارفور (سودان) به دیوان بین‌المللی کیفری»، مجله پژوهشهای حقوقی، ش ۶، سال سوم، ۱۳۸۳، ص ۹۰-۶۱.

70. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary General, 1 February 2005.

71. *Ibid*, Para. 568.

کمیسیون در تفسیر ماده ۱۷ اساسنامه، حداقل ۶ دلیل برای ارجاع قضیه دارفور به دیوان بین‌المللی کیفری شمرده است:

۱. نقض‌های گسترده حقوق بشر و حقوق بشردوستانه که صلح و امنیت بین‌المللی را تهدید می‌کنند؛

۲. دشواری تحقیق و تعقیب در سودان به این دلیل که نیروهای وابسته به دولت خصوصاً مقامات ارشد دولتی که طبق نظر کمیسیون تحقیق مسئول شناخته شده‌اند، در داخل کشور سودان با استناد به مصونیت و رتبه سیاسی خود از هر گونه پاسخگویی مبرا هستند و انجام هر گونه تحقیق، تعقیب و محاکمه نسبت به این افراد از طریق مراجع داخلی امکان نخواهد داشت؛

۳. ضرورت اعمال اقتدار دیوان بین‌المللی کیفری که هم سران حکومتی و هم شورشیان را در انجام تحقیقات ملزم به همکاری کند و امکان تعقیب کیفری هر دو گروه را فراهم آورد؛

۴. تضمینات دادرسی عادلانه، مطابق آنچه در اساسنامه رم و قواعد رسیدگی و ادله دیوان آمده است؛

۵. امکان میانجیگری یا مداخله به صورت فوری؛

۶. کاستن از تحمیل بار هزینه‌های زیاد به جامعه بین‌المللی.

لازم به ذکر است که دو دلیل اخیر، از تأسیس دادگاه ویژه^{۷۲} ممانعت می‌کند؛ (زیرا روند دادرسی در این نوع دادگاه‌ها، هم کند و هم پرهزینه است).^{۷۳} تحلیل کمیسیون از اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری و به منظور مقابله با «بی‌کیفری»، آن است که نباید اعمال روش‌های ممکن توسط سایر مراجع نادیده گرفته شود و ارجاع به دیوان را به‌عنوان جایگزینی دیوان به جای مراجع دیگر مدنظر قرار نداده است^{۷۴} و به‌طور خاص پیشنهاد می‌کند که به دیگر ابعاد مسأله «صلاحیت جهانی» یا سایر اشکال صلاحیت فراسرزمینی توجه گردد و رسیدگی در دولت‌های ثالث اعمال‌کننده صلاحیت جهانی انجام شود.

بنابراین تکمیلی بودن صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری و اعمال مقررات مربوط به آن، ازجمله احراز عدم تمایل یا عدم توانایی دولت بنا بر نظر کمیسیون، مستلزم تضاد یا تعارض صلاحیت دادگاه‌های ملی و صلاحیت دیوان نیست، بلکه در واقع، اصل تکمیلی بودن درصدد برقراری نوعی ارتباط مؤثر میان نظام‌های کیفری داخلی و نظام کیفری بین‌المللی است.^{۷۵}

72. Ad hoc

73. Ibid, Paras. 606-609.

74. Ibid, Para. 604.

75. Ibid., Paras. 613-616.

ب) اعتبار قضیه محکومٌ بها و اصل صلاحیت تکمیلی

اعتبار قضیه محکومٌ بها و منع محاکمه مضاعف متهمان^{۷۶} به یکی از حقوق اساسی متهمان مربوط می‌شود. بر مبنای این قاعده، هیچ کس را نمی‌توان برای ارتکاب جرم واحدی دو بار محاکمه و مجازات کرد. اعمال این قاعده، فقط محدود به مرحله مجازات نیست، بلکه در سراسر جریان دادرسی، یعنی مرحله تعقیب، محکومیت و مجازات جریان دارد.^{۷۷}

اعتبار امر محکومٌ بها در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوق کیفری (فصل سوم) در ماده ۲۰ و در ضمن مسائل مربوط به قابلیت رسیدگی در ماده ۱۷ مد نظر قرار گرفته است.

مطابق ماده ۱۷ اساسنامه، اگر موضوعی از قبل توسط دولتی که بر آن صلاحیت دارد در دست تحقیق یا تعقیب باشد و یا تحقیق به عمل آمده و آن دولت تصمیم گرفته است که شخص مورد نظر را تحت پیگرد قرار ندهد، دیوان آن موضوع را غیر قابل پذیرش اعلام می‌کند، مگر آن که عدم تمایل یا عدم توانایی دولت در انجام حقیقی تحقیق یا تعقیب احراز گردد. همچنین در حالتی که شخص مورد نظر قبلاً به خاطر رفتاری که موضوع شکایت است، محاکمه شده باشد و محاکمه توسط دیوان به‌موجب بند (۳) ماده ۲۰ مجاز نباشد، دعوا در دیوان غیرقابل رسیدگی قلمداد می‌شود.

به‌موجب بند (۳) ماده ۲۰ اساسنامه، کسی که به خاطر ارتکاب یکی از جنایات مشمول صلاحیت دیوان در یک دادگاه داخلی محاکمه شده است نمی‌تواند در دیوان بین‌المللی کیفری برای همان رفتار مورد محاکمه قرار گیرد، مگر آن که دادرسی دادگاه مزبور به منظور مصون نگه‌داشتن شخص مورد نظر از مسئولیت کیفری بین‌المللی انجام شده یا به‌طور مستقل و بی‌طرفانه و با قصد اجرای عدالت نسبت به آن شخص صورت نگرفته باشد.

قاعده اعتبار قضیه محکومٌ بها به‌عنوان مبنایی برای اصل صلاحیت تکمیلی مطرح شده است، به این صورت که هرگاه کسی به اتهام جرم یا جرائمی که تحت صلاحیت دیوان است در دادگاه ملی دولت صلاحیتدار محاکمه شود، محاکمه مجدد وی در دیوان ممنوع است، مگر در شرایط استثنایی که ذکر گردید. در واقع، اساسنامه بین اصل صلاحیت تکمیلی و قاعده عدم جواز محاکمه مضاعف، تلفیق ظریفی به عمل آورده و البته به نظر برخی، دیوان باید به قاعده عدم جواز محاکمه مضاعف گردن می‌نهد و به محاکمات دیوان و محاکم ملی اعتبار امر مختوم را اعطا می‌کرد؛ حال آن که ماده ۲۰ اساسنامه در پرتو صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری، شکلی کم و بیش یک سویه یافته است، یعنی احکام صادره از دیوان مطلقاً در حکم امر مختوم

76. non bis in idem

77. میرمحمد صادقی، حسین، دادگاه کیفری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۳، ص ۴۷.

هستند^{۷۸} اما احکام صادره از محاکم ملی در صورتی اعتبار امر مختوم را دارند که به تشخیص دیوان، صوری یا مخالف موازین عدالت نباشند.^{۷۹} به این ترتیب، دیوان در مقام ارزیابی رسیدگی نظام‌های قضایی داخلی - چه در مرحله تحقیقات اولیه و چه در مرحله تعقیب - می‌تواند اقدامات انجام گرفته و یا احکام صادر شده را فاقد اعتبار تلقی کند؛ البته در صورتی که انگیزه اصلی، رها کردن متهم از مسئولیت کیفری بوده و یا رسیدگی‌ها، غیر مستقل و توأم با جانبداری انجام گرفته باشد. رویکرد مبتنی بر استثنای پذیرد قاعده اعتبار قضیه محکوم^{۸۰} بها نسبت به محاکمه و مجازات جنایات بین‌المللی و خصوصاً نقض‌های فاحش حقوق بشر در سال‌های اخیر از سوی مجامع عملی و نهادهای ناظر حقوق بشر مورد توجه قرار گرفته است.^{۸۱} مبنای آن، منافع مشروع کل جامعه بین‌المللی در رسیدگی به جنایات ناقضین شدید حقوق بشر است تا عواملی همچون اعطای عفو و مصونیت، تعقیبات کیفری صوری و مغایر با اجرای عدالت و ناتوانی نظام‌های ملی، تحت لوای قاعده منع محاکمه مجدد، مانع از تعقیب این جنایتکاران توسط یک مرجع صلاحیتدار نگردد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در یکی از گزارش‌های خود تصریح کرده، در مواردی که سیستم قضایی ملی دولتی به‌طور مستقل و بی‌طرف اقدام نکرده و یا رسیدگی‌ها به قصد مصون نگهداشتن متهم از مسئولیت کیفری بین‌المللی بوده است، جامعه بین‌المللی نباید ملزم به شناسایی تصمیمی باشد که نتیجه دادرسی کیفری غیرقانونی و مغایر با معیارهای تعیین شده محسوب می‌شود.^{۸۱}

مبحث سوم) بررسی عملکرد دولت‌های عضو اساسنامه رم در چارچوب صلاحیت تکمیلی دیوان

ارزیابی چگونگی اقدام دولت‌ها در رسیدگی به جنایات مشمول صلاحیت دیوان و تأثیر اصل صلاحیت تکمیلی بر آن، از جمله موضوعات مهمی است که مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است.

جرم‌انگاری جنایت نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی در قوانین داخلی دولت‌ها از تبعات ضروری عضویت در اساسنامه رم است تا بخش‌های مختلف اساسنامه از جمله

۸۷. ماده (۲) ۳۰ اساسنامه: «کسی که به اتهام ارتکاب یکی از جرایم مندرج در ماده ۵ در دیوان محکوم یا از آن تبرئه شده است، در دادگاه دیگری به خاطر همان جنایت محاکمه نخواهد شد».

۹۷. شریعت باقری، پیشین، ص ۷۰.

۸۸. برای اطلاعات بیش‌تر رجوع کنید به:

Amnesty International, Principle 6, May 1999; Princeton Project on Universal Jurisdiction Law, Principle 9, 2001-2002.

81. Report on the International Law Commission's 48th Session, 6 May to 26 July 1996, U.N. Doc. A/51/10, 1996, p. 67.

اصل صلاحیت تکمیلی و اولویت دادگاه‌های ملی بر دیوان محقق گردد. همچنین رسیدگی به این جنایات ذیل عنوان «جرائم عادی» یا عدم تعقیب آن‌ها به دلیل وجود خلأ قانونی از جمله مهم‌ترین مواردی است که در رابطه با اقدام دولت‌ها در تعقیب، محاکمه و مجازات جنایات بین‌المللی پیش‌بینی می‌شود که توسط دولت‌ها اعمال گردد.

البته به نظر می‌رسد صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری در عمل بر هریک از این اقدامات تأثیر خواهد گذارد، به‌نحوی که انتظار می‌رود موانع موجود در اعمال صلاحیت کیفری توسط دادگاه‌های ملی قدری تعدیل بشود.

الف) جرم انگاری جنایات مشمول صلاحیت دیوان در قوانین ملی

اعمال قوانین ماهوی اساسنامه و خصوصاً تعریف جرایم (مواد ۸-۵ اساسنامه رم) در حقوق داخلی کشورها کار چندان ساده‌ای نیست. دولت‌ها نه فقط قوانین ملی خود، بلکه گاه باید نظام‌های عدالت کیفری خود را هماهنگ سازند و به همین دلیل، راهبردهای آن‌ها در تحقق مفاد اساسنامه و خصوصاً در تعریف جنایات مندرج در آن متفاوت است. اما آنچه اساساً دولت‌ها را در این حوزه ترغیب می‌کند، مفهوم «تکمیلی بودن» صلاحیت دیوان است. دولت‌ها برای این که «قادر» یا «مایل» به تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی محسوب گردند ناگزیر باید تضمین کنند که نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی در نظام تقنینی آن‌ها جرم انگاری شده‌اند^{۸۲} و در نتیجه، دولت در رسیدگی حداقل با خلأ قانونی مواجه نیست. شیوه دولت‌ها در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در راستای این هدف متفاوت بوده است که در این جا به‌طور مختصر به آن پرداخته می‌شود.

۱. وارد کردن تعاریف اساسنامه در قوانین داخلی

برخی از دولت‌ها عیناً تعاریف مندرج در اساسنامه رم را در حقوق داخلی خود پذیرفته‌اند. دولت‌های مختلفی اساسنامه یا بخش‌هایی از آن را در قوانین به‌عنوان ضمیمه یا فهرست آورده‌اند. انگلیس،^{۸۳} استرالیا^{۸۴} و افریقای جنوبی^{۸۵} از جمله کشورهایی هستند که مواد ۶، ۷ و ۸ اساسنامه را به‌عنوان فهرستی^{۸۶} در قوانین خود وارد کرده‌اند.

82. Kleffner, Jann, "The Impact of Complementarity on National and International Criminal Law", Journal of International Criminal Justice, No.1, 2003, p.95.

83. United Kingdom: ICC Act 2001.

84. Australia: International Criminal Court Act 2002, No. 41, and ICC Act 2002, No. 42.

85. Republic of South Africa: Implementation of the Rome Statute of the ICC Act 27, 2002.

86. as schedules

آلمان^{۸۷} و هلند^{۸۸} نیز عیناً تعاریف نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت اساسنامه را پذیرفتند. واضح است که آوردن عین عبارت اساسنامه رم در حقوق داخلی، به دولت این امکان را می‌دهد که به تحقیق یا تعقیب جنایات بپردازد، بدون این‌که با مانع قانونی مواجه گردد. اما باید توجه داشت که تفسیر دادگاه‌های ملی از عین عبارات اساسنامه احتمالاً مشکلاتی را به همراه دارد، زیرا این تفاسیر ممکن است مضیق‌تر و یا موسع‌تر به جنایات بپردازند.^{۸۹}

برای نمونه قانون جزای استرالیا،^{۹۰} در راستای تکمیلی بودن صلاحیت دیوان، این امکان را به دادگاه‌های این کشور می‌دهد که به تعقیب جنایات علیه بشریت، نسل‌کشی و جنایات جنگی، مطابق تعاریف مندرج در اساسنامه رم بپردازند. در جریان تصویب قانون مزبور این ملاحظه وجود داشت که حاکمیت دولت استرالیا محترم شمرده شود و به همین منظور، راهکارهایی پیش‌بینی شده که اولویت قانون استرالیا و اقدامات انجام گرفته توسط این دولت را در رابطه با جنایات مشمول صلاحیت دیوان تأیید کند. از جمله بخش ۲۶۸ قانون (در رابطه با جنایات موضوع آن) باید بر اساس قوانین و اصول داخلی استرالیا تفسیر شود. البته تفاوت مهم قانون استرالیا با قوانین بین‌المللی مشابه، گستره صلاحیت کیفری در آن است، زیرا مطابق قسمت ۱۲۱، صلاحیت کیفری مقرر در آن^{۹۱} علاوه بر اشخاص حقیقی به اشخاص حقوقی نیز قابل تسری است.^{۹۲}

بنابراین، همان‌طور که در قوانین تصریح شده، تفسیر براساس قوانین داخلی و توسط قضات ملی انجام خواهد گرفت.

۲. تعاریف وسیع‌تر از اساسنامه در قوانین داخلی

برخی از دولت‌ها تمام یا بخشی از جنایات بین‌المللی را با عبارات موسع‌تر در حقوق داخلی خود پذیرفته‌اند و به نظر می‌رسد تعاریف موسع در قوانین ملی بیش‌تر ناظر به «جرائم جنگی» است. برخی از دولت‌ها در قانونگذاری، افعالی را به‌عنوان جنایات جنگی شمرده‌اند که در ماده ۱۸ اساسنامه قید نشده‌اند. برای مثال، تنزیل ارزش پول رایج داخلی، خارج کردن غیرقانونی ارز و تغییر اجباری ملیت یا مذهب در قانون کیفری جدید بوسنی و هرزگوین از جنایات جنگی است.^{۹۳}

87. Germany: Act to Introduce the Code of Crimes against International Law, 26 June 2002.

88. Netherlands: International Crimes Act, 20 June 2002.

89. Terracino, *op. cit.*, p. 423; and also Kleffner, *op. cit.*, p. 95.

90. The Australian commonwealth Criminal Code, 1 July 2002.

91. Part 2.5, section 121.

92. Kyriakakis, Joanna, "Australian Prosecution of Corporations for International Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, 2007, p. 814.

93. Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Art 173 (1)(b).

به علاوه برخی دولت‌ها، گرسنگی دادن به غیرنظامیان را به‌عنوان یک شیوه جنگی در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی،^{۹۴} و یا تأخیر غیرموجه در بازگرداندن یا استرداد غیرنظامیان و زندانیان را به‌عنوان جنایت جنگی قلمداد کرده‌اند.^{۹۵}

دولت هلند، در قوانین خود نقض حقوق و عرف‌های مربوط به جنگ را جنایات جنگی شمرده است.^{۹۶} در رابطه با مفهوم «گروه‌های قربانی»،^{۹۷} قانون فرانسه تعریف نسل‌کشی را با کاربرد عبارت «گروه شناخته شده با هر معیار خودسرانه دیگر» وسیع‌تر کرده است.^{۹۸}

همچنین قانون اکوادور مقرر می‌کند که گروه‌های قربانی نسل‌کشی می‌توانند سیاسی یا برمنای جنسیت، گرایش‌های جنسی، سن، سلامت یا نوع پرستش باشند. این قانون همچنین در رابطه با جنایات علیه بشریت، شامل تعاریف گسترده‌تری از اساسنامه است و افعالی را جنایت علیه بشریت محسوب می‌کند که حتی به‌عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا نظام‌مند ارتکاب نیافته باشند.^{۹۹} چنین تعریفی به‌طور قابل ملاحظه قلمرو جنایات علیه بشریت را که تحت صلاحیت اکوادور هستند گسترش می‌دهد. قانون کنگو نیز تعاریف وسیع‌تری از جنایات علیه بشریت را در بردارد و به‌موجب آن، علم به این که حمله مستقیم علیه جمعیت غیرنظامی بوده است، شرط لازم برای ارتکاب جنایت علیه بشریت نیست. به علاوه اغلب افعال تشکیل‌دهنده جنایات علیه بشریت در عبارات کلی‌تری در پیش‌نویس کنگو آورده شده‌اند.^{۱۰۰}

به‌طور منطقی یک تعریف گسترده‌تر، متضمن آن است که افعال تشکیل‌دهنده نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی در حقوق ملی، شامل مواردی شود که در اساسنامه لازم دانسته نشده و این می‌تواند مطلوب باشد؛ زیرا برخی از جنایات در اساسنامه ضمن مذاکرات رم مورد مسامحه قرار گرفته‌اند.^{۱۰۱} با این حال، خطر این امر برای دولت‌هایی است که صلاحیت فراسرزمینی اعمال می‌کنند و در هر حال دولت‌ها چنانچه از تعاریف شناخته شده در حقوق عرفی فراتر بروند، متعرض اصل قانونی بودن و ناقض حاکمیت دیگر دولت‌ها خواهند شد.^{۱۰۲}

94. Argentina: Art 10 of the Law of Implementation of the Rome Statute of the ICC, 13 December 2006 and Germany: Section 11 (1)(5) of the German Code of Crimes against International Law and Ecuador: Art102(18) of its Draft Legislation.

95. Netherlands: Section 5(2) (d)(ii) of International Crimes Act.

96. Dutch: Section 7(1), 6, 5 of International Crimes Act.

97. victim groups

98. French: Criminal Code, Art 211-1.

99. Ecuador: Title III of Draft Legislation.

100. Congo: Criminal Code, Art 222.

۱۰۱. واضح‌ترین مثال‌های آن، در مورد ممنوعیت کاربرد سلاح‌های شیمیایی و بیولوژیک و نیز به قحطی کشاندن در مخاصمات مسلحانه داخلی بود که به‌عنوان جنایت جنگی پذیرفته نشدند.

102. Terracino, *op. cit.*, pp. 424-425.

۳. تعاریف مضیق‌تر از اساسنامه در قوانین داخلی

دولت‌های معینی که گام‌های مثبتی نیز در اعمال اساسنامه دیوان برداشته‌اند در نظام‌های حقوقی خویش تعاریف محدودتری از نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی را پذیرفته‌اند. برای نمونه، قانون کشور بوسنی و هرزگوین که از جنبه‌هایی تعاریف گسترده‌تری از جنایات بین‌المللی ارائه کرده است، بسیج اجباری یا داوطلبانه کودکان یا به کار گرفتن آن‌ها برای مشارکت فعال در امور جنگی را به‌عنوان جنایت جنگی نپذیرفته،^{۱۰۳} در حالی که قسمت «ب» بند (۲) ماده ۸ اساسنامه، آن را احصا کرده است.

تعاریف مضیق از جنایات بین‌المللی در قوانین ملی، همچنین در وضعیت‌هایی به چشم می‌خورد که دولت‌ها قانون خاصی برای اعمال اساسنامه به تصویب نرسانده‌اند و در نتیجه، تعاریفی را حفظ کرده‌اند که قبلاً در قوانین داخلی‌شان موجود بوده و مضیق‌تر از اساسنامه است. مثلاً قانون کنونی فرانسه،^{۱۰۴} افعال ریشه‌کن کردن، زندانی کردن، محرومیت شدید از آزادی جسمانی، تجاوز جنسی و جنایات جنسی، اذیت و آزار و آپارتاید را که در اساسنامه رم وجود دارد، از قلم انداخته است و به نظر می‌رسد پیش‌نویس قانون جدید این نقصان را با اضافه کردن اعمال مذکور به‌عنوان جنایات علیه بشریت جبران کند. در قانون فرانسه، تعریف نسل‌کشی دارای این شرط اضافه است که «اعمال مزبور باید به‌عنوان بخشی از یک نقشه هماهنگ»^{۱۰۵} و از قبل تعیین شده باشد. بنابراین، قانون مزبور، دارای تعریف محدودتری از نسل‌کشی در مقایسه با اساسنامه رم است. البته باید در نظر داشت که یک تعریف محدود، لزوماً متضمن ایجاد مشکلاتی برای رسیدگی‌های ملی نیست. جایی که عمل ارتكابی توسط متهم، به‌موجب اساسنامه واجد وصف مجرمانه است، اما در تعاریف مندرج در حقوق داخلی دولت نمی‌گنجد، دولت می‌تواند صرف‌نظر از تعریف محدود، به تعقیب بپردازد.^{۱۰۶} البته در عمل ممکن است وضعیت‌هایی پیش آید که تصمیم‌گیری برای دادگاه‌های ملی برای تحقیق و تعقیب اعمال ارتكابی زیر عنوان «جنایات بین‌المللی» چندان آسان نباشد و تعقیب بر مبنای ارتكاب «جرایم عادی» به موجب قوانین داخلی و یا حتی عدم امکان تعقیب را موجب گردد. بنابراین اهمیت جرم‌انگاری کامل و مطابق با اساسنامه رم در متون قانونی دولت‌های عضو بیش از پیش معلوم می‌باشد تا ماهیت اصل صلاحیت تکمیلی دیوان در رابطه با نظام‌های قضایی ملی محقق شود.

103. Bosnia and Herzegovina Criminal Code

104. France Criminal Code Art. 212-1.

105. coordinated plan

106. Terracino, *op. cit.*, pp. 426-427.

ب) تعقیب زیر عنوان «جرایم عادی»

در برخی موارد دولتی در مواجهه با ارتکاب جنایات بین‌المللی، به دلیل وجود قوانین داخلی محدود یا مضیق‌تر از تعاریف اساسنامه رم تصمیم می‌گیرد که متهم را زیر عنوان «جرایم عادی»، نه جنایات بین‌المللی تحت پیگرد قرار دهد. در این صورت دولت به جنایات بین‌المللی مانند «جرایم عادی» نگریسته و آن‌ها را در همین طبقه یا گروه قرار داده است. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا برای استناد به «تکمیلی بودن» صلاحیت دیوان، تعقیب جنایات بین‌المللی زیر عنوان «جرایم عادی» توسط محاکم ملی قابل قبول است یا خیر؟ و آیا تحقیق و تعقیب این جنایات همانند جرایم معمولی توسط دادگاه‌های یک دولت، می‌تواند بر «عدم توانایی» یا «عدم تمایل» آن دولت به رسیدگی دلالت کند و در نتیجه، دعوا نزد دیوان قابل پذیرش تشخیص داده شود؟

۱. ارزیابی معیار «عدم تمایل»

اقدام دولتی که جنایتکاری بین‌المللی را بر مبنای ارتکاب جرم عادی مطابق قوانین و مقررات داخلی خود، محاکمه و مجازات می‌کند بدون این که قصد مصون نگهداشتن وی از محاکمه در دیوان را داشته باشد، دلالت بر «عدم تمایل» آن دولت به تحقیق یا تعقیب نخواهد کرد،^{۱۰۷} زیرا فهرست مندرج در ماده (۲) ۱۷ اساسنامه، احصایی است و باید در تعقیب با استناد به ارتکاب «جرایم عادی» بررسی شود که آیا تأخیر غیرموجه و یا عدم استقلال و بی‌طرفی در رسیدگی‌ها وجود داشته است یا خیر؟ و به صرف رسیدگی ذیل این عنوان نمی‌توان نتیجه گرفت که دولت قصد مصون نگهداشتن فرد را داشته است؛ زیرا در واقع با توجه به همه قوانین شکلی و ماهوی که در اختیار داشته، نسبت به محاکمه متهم اقدام کرده و حقیقتاً شروع به رسیدگی کرده است.^{۱۰۸}

۲. ارزیابی معیار «عدم توانایی»

در احراز «عدم توانایی» دولت، دو عامل «فروپاشی» و «در دسترس نبودن نظام قضایی» تعیین‌کننده است. حال اگر دولتی، به این دلیل که قوانین داخلی اش شامل تعاریف اساسنامه رم در مورد نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی نمی‌شود جنایات مزبور را ذیل عنوان «جرایم عادی» تحت تعقیب قرار دهد، ممکن است اظهار شود که این دولت دارای نظام قضایی مناسب و در خور تعقیب جنایات بین‌المللی نیست؛ اما باید در نظر داشت که حتی در چنین

107. Kleffner, *op. cit.*, p. 96.

108. Terracino, *op. cit.*, p. 432.

شرایطی (خلاً قوانین داخلی) نیز می‌توان تصور کرد که نظام قضایی دولت مزبور شامل مقررات و ساختاری باشد که در حد قابل قبول، عدالت را در مورد متهم اعمال کند. بنابراین اگر رسیدگی‌ها به‌طور حقیقی انجام شود و متهم و ادله و مدارک لازم و شهود در دسترس باشند، نمی‌توان دولت را به عدم توانایی به دلیل در دسترس نبودن نظام قضایی محکوم کرد که البته در این حالت نیز بنا بر اوضاع و احوال موجود، دیوان نهایتاً تصمیم می‌گیرد.^{۱۰۹}

به نظر می‌رسد اکنون در مرحله‌ای هستیم که تلاش دولت‌ها برای تعقیب، محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی توسط دادگاه‌های ملی باید مورد حمایت قرار گیرد، ولو این‌که فجیع‌ترین و بی‌رحمانه‌ترین جنایات بین‌المللی را ذیل عناوین «جرایم عادی» از جمله قتل، تجاوز، سوء قصد، سرقت و ... قلمداد کنند؛ زیرا چنین اقداماتی در جهت ایجاد ناامنی برای جنایتکاران و پیشگیری از «بی‌کیفری» مؤثر خواهد بود، ضمن این‌که هنوز تا رسیدن به مقصد نهایی که اعمال قواعد ماهوی اساسنامه در حقوق داخلی و جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی است فاصله زیادی وجود دارد و دولت‌ها از امکانات موجود خود برای تحقق بخشیدن به اهداف اساسنامه بهره می‌گیرند.

در واقع، همین انتظار از دولت‌ها که باید در راستای تکمیلی بودن صلاحیت دیوان، به تحقیق و تعقیب نقض‌های شدید و گسترده حقوق بشر بپردازند - و حتی استناد به قوانین داخلی نیز در صورتی که اقداماتشان مؤثر و مطابق با معیارهای بین‌المللی باشد آن‌ها پذیرفته می‌شود - از اهمیت زیادی برخوردار است، زیرا تاکنون اغلب دولت‌ها نه تنها در صدد پیگرد چنین جنایاتی نبوده‌اند، بلکه خود نیز به‌نحوی آن‌ها را حمایت و پشتیبانی کرده‌اند، در این شرایط، اعتماد به دادگاه‌های ملی و قوانین داخلی دولت‌ها، می‌تواند نقطه شروع خوبی برای به میدان آوردن دولت‌ها برای مقابله با نقض حقوق بشر محسوب گردد.

۳. امکان محاکمه مجدد توسط دیوان

انجام تحقیقات و تعقیبات بر مبنای «جرایم عادی» به‌طور خودکار موجب نمی‌شود که پرونده در دیوان قابل پذیرش شناخته شود و این امر با اصل «اعتبار قضیه محکوم‌بها» مطابق ماده (۳) ۲۰ اساسنامه^{۱۱۰} نیز تأیید می‌شود؛ زیرا به هر حال رسیدگی انجام شده و موضوع، همان بوده است و

109. Ibid. , pp. 435-436.

۱۰۱. ماده (۳) ۲۰ اساسنامه: «کسی که برای ارتکاب عملی که به‌موجب مواد ۶ و ۷ و ۸ جرم شناخته شده، توسط دادگاه دیگری محاکمه شده است، توسط دیوان برای همان رفتار محاکمه نخواهد شد، مگر آن‌که جریان دادرسی در دادگاه دیگر: الف) به منظور صیانت شخص مورد نظر از مسئولیت کیفری جنایت مشمول صلاحیت دیوان بوده است یا آن‌که، ب) دادرسی مستقلانه و بی‌طرفانه مطابق ملاک‌های شناخته شده حقوق بین‌الملل صورت نگرفته و به شیوه‌ای انجام شده که در اوضاع و احوال مربوط مغایر با قصد اجرای عدالت نسبت به شخص مورد نظر بوده است».

دیوان فقط در صورتی می‌تواند یک دعوا را قابل پذیرش بداند که رسیدگی‌های ملی مطابق یکی از استثنائات مندرج در ماده (۳) ۲۰ اساسنامه انجام گرفته باشد. هر دو استثنا به آنچه «محاکمات صوری»^{۱۱۱} و محاکمه زیر عنوان «جرایم عادی» گفته می‌شود برمی‌گردد. محاکمه هنگامی صوری محسوب می‌شود، که اتهام انتسابی آشکارا با عمل ارتكابی مطابق نباشد؛ مثل آن که در دادگاه ملی، فردی که مرتکب نسل‌کشی شده، فقط به «سوء قصد» متهم گردد.^{۱۱۲}

تفاوت اصلی جنایات بین‌المللی با جرایم عادی می‌تواند این باشد که جنایات بین‌المللی، اولاً مشمول مرور زمان نمی‌شوند، ثانیاً مصونیت یا بی‌کیفری به هر نوع در مورد آن‌ها منتفی است و ثالثاً، دامنه عنصر مادی آن‌ها با توجه به مصادیق ماده ۲۵ اساسنامه و ماده ۲۸ اساسنامه گسترده‌تر از حقوق ملی در مورد جرایم عادی است.

برخی از حقوقدانان درباره اعمال صلاحیت تکمیلی و قاعده اعتبار امر محکوم‌بها، آن هم قضیه در مواردی که فردی توسط یک نظام قضایی ملی به دلیل جرم عادی کیفری نظیر قتل و نه به واسطه ارتكاب جرائمی واقعاً بین‌المللی مانند نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی محاکمه شده است، معتقدند اغلب کسانی که حقوق بشر را نقض می‌کنند مایلند این اتهام را بپذیرند که مرتکب قتل یا تجاوز شده‌اند، اما اتهام به جرایم شدیدتر نظیر نسل‌کشی یا جنایات علیه بشریت را قبول نمی‌کنند و بر همین اساس ماده (۳) ۲۰ مقرر می‌دارد: «کسی که برای ارتكاب عملی که به موجب مواد ۶، ۷ و ۸ جرم شناخته شده، توسط دادگاه دیگری محاکمه شده است توسط دیوان، برای همان رفتار محاکمه نخواهد شد...». پس اساسنامه، دیوان را تنها از محاکمه مجدد فرد به اتهام جنایات داخل در صلاحیت دیوان، منع می‌کند، نه جرائم عادی.^{۱۱۳}

با وجود این در یک نگاه کلی، از نظر مقاصد و اهداف مهم اساسنامه، پایان دادن به «بی‌کیفری» از طریق انجام تعقیبات مؤثر ملی محقق می‌شود و باید تضمین گردد که جدی‌ترین جنایات بین‌المللی بدون مجازات باقی نمی‌مانند. تعقیب زیر عنوان جرایم عادی تا حدودی این

111. Sham trials

۱۲۱. پیشینه ماده (۳) ۲۰ اساسنامه نیز چنین تفسیری را تأیید می‌کند که تعقیب زیر عنوان جرایم عادی یکی از استثنائات ماده مزبور نیست. تعقیب با این توصیف از جنایات مندرج در اساسنامه، یکی از مسائل بسیار بحث‌برانگیز در جریان مذاکرات تدوین اساسنامه بود. قسمت «الف» بند (۲) ماده ۴۲ پیش‌نویس، از الگوی دادگاه‌های ویژه (دادگاه رواندا و دادگاه یوگسلاوی) پیروی کرده و رسیدگی ذیل عناوین جرایم عادی را به‌عنوان استثنایی بر قاعده منع محاکمه مجدد شمرده بود که البته این بند مورد اختلاف نظر بود، زیرا دولت‌ها را متعهد می‌کرد جنایات اساسنامه را الزاماً در قوانین داخلی خود به‌عنوان جنایات بین‌المللی وارد کنند. برخی از نمایندگان دولت‌ها مطرح کردند که مفهوم «تکمیلی بودن» صلاحیت دیوان متضمن آن است که دادگاه‌های ملی و بین‌المللی باید دارای این حق باشند که وقایع را به‌طور متفاوت ارزش‌گذاری کنند، بدون این که دیوان مجاز به مداخله باشد. همچنین این بیم وجود داشت که متهم، دوبار در معرض محاکمه و مجازات قرار گیرد. در نهایت این بند اساسنامه حذف گردید. رجوع کنید به:

Terracino, *op. cit.*, pp. 437-438.

۱۳۱. شبت، پیشین، ص ۹۵-۹۴.

❖ ۱۳۷ صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری ...

هدف را تأمین می‌کند. حتی اگر اعتبار رسیدگی ملی برای جرایم عادی به‌طور کلی در حقوق بین‌الملل، محل تردید باشد، حداقل در رابطه با اساسنامه رم، این تردید جایی ندارد و بیان اساسنامه ما را مجبور می‌کند که این رسیدگی را معتبر بدانیم.^{۱۱۴}

ج) عدم امکان تعقیب به دلیل محدودیت‌های قانونی

یک دولت ممکن است به دلیل نقص یا کمبود مقررات مقتضی، امکان تعقیب جنایات مشمول صلاحیت دیوان را نداشته باشد. در مورد دولتی که تعاریف جنایات بین‌المللی را در قوانین داخلی خود وارد نکرده، دشوار است که نتیجه بگیریم به انجام رسیدگی‌ها مایل نبوده و بر همین اساس حقیقتاً تحقیق یا تعقیب را انجام نداده است؛ زیرا اولاً بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۷ اساسنامه به تحقیقات و تعقیبات ملی اشاره کرده‌اند و فقط در این مراحل، تشخیص «عدم تمایل» دولت پیش‌بینی شده است و شامل قبل آن نمی‌شود. در واقع دیوان برای احراز «عدم تمایل» به قرائن موجود می‌نگرد که شامل تحقیقات و تعقیبات صوری است و دریافت کلی دیوان از «عدم تمایل» دولت با توجه به قوانین داخلی و ... کفایت نمی‌کند، بلکه باید در پرونده‌ای خاص مرحله‌ای از تحقیق و تعقیب انجام شده باشد. ثانیاً دلایل عدم وضع قانون داخلی نسبت به موازین حقوق بین‌الملل کیفری، متعدد و پیچیده است. از رهیافت‌های حقوقی تا ملاحظات سیاسی ممکن است دلیل کوتاهی دولت باشد. با وجود این، نمی‌توان قضاوت کرد که دولتی با هدف مصون نگهداشتن مرتکبی از مسئولیت کیفری، تعاریف جنایات بین‌المللی را در حقوق داخلی‌اش وارد نکرده و یا به این دلیل چنین کرده که در اعمال عدالت نسبت به افراد مرتکب تمایلی نداشته است.^{۱۱۵}

اما عدم امکان تعقیب به دلیل خلأ قانونی درباره جنایات بین‌المللی، مشمول عدم دسترسی به نظام قضایی و در نتیجه موجب «ناتوان» شمردن دولت می‌شود؛ زیرا واضح است که چنین دولتی نمی‌تواند پس از ارتکاب جنایات، اقدام به تحقیق و تعقیب کند. فقدان مقررات شکلی و ماهوی لازم از مصادیق در دسترس نبودن نظام قضایی است که دیوان براساس آن، دولت را «ناتوان» در رسیدگی و دعوا را قابل پذیرش در دیوان اعلام می‌کند.^{۱۱۶}

بنابراین، استناد به اصل صلاحیت تکمیلی، در صورتی برای دولت‌های عضو قابل تصور است که قوانین داخلی، امکان تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی را برای آن‌ها فراهم سازند و به

114. Terracino, *op. cit.*, p. 438.

115. *Ibid*, p. 432.

116. *Ibid*, p. 435.

عبارت دیگر، مقدمه اولویت رسیدگی های ملی، تصویب مقرراتی است که اختیارات لازم را به دادگاه های داخلی بدهند.

مبحث چهارم) تأثیر اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بر دولت های غیر عضو

اصل صلاحیت تکمیلی دیوان، یکی از جنبه های اساسنامه رم محسوب می شود که با مخالفت دولت های غیرعضو روبه رو است. دولت چین قائل به این نظر است که تکمیلی بودن این اختیار را به دیوان می دهد که در مورد رسیدگی یک دولت قضاوت کند، مبنی بر این که آیا آن دولت در انجام محاکمات مناسب بر اتباع خود مایل یا قادر بوده است یا خیر و این امر دیوان را به یک رکن فراملی^{۱۱۷} مبدل می کند، در حالی که با توجه به جریان مذاکرات انجام شده برای تأسیس آن، دیوان یک نهاد معاهده ای^{۱۱۸} میان دولت ها است. همچنین اصل صلاحیت تکمیلی دیوان در عمل با حاکمیت دولت ها در تعارض است.^{۱۱۹} این دیدگاه نسبت به تکمیلی بودن دیوان مورد انتقاد قرار گرفته، زیرا مبنای این اصل، ترغیب دولت ها به اعمال صلاحیت خود نسبت به جنایات بین المللی بوده است و نه تضعیف یا کنار گذاشتن صلاحیت های کیفری ملی. دیوان به حاکمیت دولت ها و اقتدارات ناشی از آن احترام می گذارد و به همین دلیل در صورتی اجازه اعمال صلاحیت به دیوان داده شده که دولت صلاحیت دار مربوط مایل یا قادر به رسیدگی نباشد. همچنین معیارهای تکمیلی بودن، در جریان مذاکرات بسیار مورد بحث قرار گرفت تا این که نهایتاً ماده ۱۷ اساسنامه به تصویب رسید که گویای اراده مشترک دولت های عضو است و برای اجرای موازین مقرر در آن، دیوان دارای این اختیار است که به احراز معیارهای تعیین شده در عملکرد دادگاه های ملی پردازد و این ارزیابی لزوماً خدشهای به حاکمیت دولت ها وارد نخواهد کرد.^{۱۲۰}

بنابراین، اصل صلاحیت تکمیلی در اساسنامه رم، یکی از موانع اعمال صلاحیت دیوان بر اتباع دولت های غیر عضو قلمداد می شود.^{۱۲۱} در صورتی که دولتی حقیقتاً بتواند و مایل باشد که

117. super- national organ

118. treaty organization

119. Jianping, Lu and Zhixiang, Wang, "China's Attitude towards the ICC", Journal of International Criminal Justice, No. 3, 2005, p. 611.

120. Ibid, p. 613; and also Wenqi, Zhu, "On Co-operation by States not Party to the International Criminal Court", International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 861, 2006, pp. 92-94.

۲۱۱. محدودیت های دیگر اعمال صلاحیت دیوان برای دولت های غیر عضو عبارتند از: مصونیت دولت ها یا مصونیت سیاسی شخص یا اموال دولت ثالث: ماده (۱) ۹۸، موافقتنامه های منعقد براساس ماده (۲) ۹۸، تعلیق شورای امنیت: ماده ۱۶ و موافقتنامه های استرداد با دولت های عضو: ماده ۸۹ اساسنامه. رجوع کنید به:

Bohlander, Michael, "Darfur, The Security Council, and the International Criminal Court", International Comparative Law Quarterly, vol.55, 2006, p. 231.

در رابطه با جنایات مشمول صلاحیت دیوان تحقیق یا تعقیبی را انجام دهد و صلاحیت دیوان به عنوان مکمل صلاحیت‌های ملی، در جایی که محاکم داخلی به نحو قابل قبولی در حال رسیدگی هستند و یا رسیدگی نموده‌اند، اعمال نمی‌شود. البته باید در نظر داشت که تحقق تکمیلی بودن مستلزم آن است که دیوان به همان ترتیبی که مطابق اساسنامه رسیدگی را به دولت‌های عضو واگذار می‌کند، در رابطه با دولت‌های غیرعضو نیز عمل کند.^{۱۲۲} همچنین دولت‌های غیر عضو دارای این حق هستند که به صلاحیت دیوان و قابل پذیرش بودن دعوا اعتراض کنند^{۱۲۳} و به این ترتیب، بنا بر شرایط و اوضاع و احوال ممکن است دولت‌های غیر عضو در جریان رسیدگی دیوان مشارکت کنند.^{۱۲۴}

به نظر می‌رسد تأثیر اساسنامه رم بر دولت‌های غیر عضو از طریق امکان محاکمه اتباع این دولت‌ها در دیوان و ارزیابی عملکرد محاکم داخلی دولت‌های غیر عضو در رسیدگی به جنایات مشمول صلاحیت دیوان، موجب هماهنگی نظام‌های قضایی این دولت‌ها با نظام‌های قضایی دولت‌های عضو و در راستای تحقق ایده عدالت کیفری بین‌المللی باشد و شاید یکی از دلایل مخالفت شدید دولت‌های غیرعضو نیز نگرانی از همین تأثیرات جانبی، اما مهم دیوان بر عملکرد آن‌ها است.

اقدامات دولت امریکا، برای این که شدیداً از اعمال صلاحیت دیوان بر اتباعش بدون رضایت آن دولت ممانعت به عمل آورد، محل تأمل است. بنا بر همین مخالفت با دیوان، امریکا به ابزارهای سیاسی و حقوقی مختلف متوسل شده است تا تضمین کند که دیوان نمی‌تواند بر اتباعش اعمال صلاحیت کند. این اقدامات شامل وضع قوانین و مقررات داخلی،^{۱۲۵} انعقاد

۲۲۱. این امر از قسمت «ب» بند (۱) ماده ۱۷ اساسنامه قابل استنباط است، زیرا در آن به «دولت صلاحیتدار» اشاره می‌شود، نه «دولت عضو» یا به موجب ماده (۱) ۱۸ اساسنامه «دادستان به کلیه دولت‌های عضو و دولت‌هایی که با توجه به اطلاعات موجود معمولاً بر جنایات مورد نظر اعمال صلاحیت می‌کند اعلام دارد».

۲۳۱. مواد ۱۹، ۱۸(۴) و ۸۲ اساسنامه و نیز قواعد ۵۶-۵۴ از قواعد دادرسی و ادله در مورد دولت‌های غیر عضو قابل اعمال است.

124. Wenqi, *op. cit.*, pp. 97-98. also see: Akande, Dapo, "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non- Parties: Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2003, p. 647.

۲۵۱. در سال ۲۰۰۱ دولت امریکا قانون حمایت از اعضای سرویس‌های امریکایی (American service member's Protection Act) را به تصویب رساند. مطابق این قانون، بخشی از دولت ملزم گردید که با سایر دولت‌ها تماس بگیرد و مذاکره کند و موافقتنامه‌هایی را به تصویب برساند که از ارجاع پرونده‌ای در رابطه با اتباع امریکایی به دیوان جلوگیری به عمل آورد. برای اعمال فشار بر سایر دولت‌ها، این قانون صریحاً بیان می‌دارد که دولت امریکا کمک‌های نظامی خود را از دولت‌هایی که از انعقاد چنین موافقتنامه‌هایی استنکاف بورزند، سلب خواهد کرد. رجوع کنید به:

Jianping, Zhixiang, *op. cit.*, p. 670.

موافقتنامه‌هایی با سایر دولت‌ها،^{۱۲۶} اعمال فشار بر سازمان ملل^{۱۲۷} و تصویب قطعنامه‌هایی در شورای امنیت^{۱۲۸} می‌شود که هر یک به نحوی رسیدگی دیوان را بر شهروندان این دولت ممنوع ساخته است.^{۱۲۹} البته عملکرد دولت آمریکا در رابطه با دیوان چنان بوده که به زعم برخی، جایگاه این دولت را از سایر دولت‌های غیرعضو متمایز ساخته است، زیرا مخالفت آمریکا مبتنی بر منافع آن کشور می‌باشد که با اعمال فشار و از هر روشی خواهان محو صلاحیت دیوان بر اتباع خود است؛^{۱۳۰} در حالی که دیوان بین‌المللی کیفری با این هدف تأسیس شده که تعقیب مؤثر مرتکبین جنایات سنگین حقوق بشری میسر و به بی‌کیفری آن‌ها پایان داده شود و به همین دلیل، اساسنامه رم برای ارتقای اعمال صلاحیت ملی دولت‌های عضو و غیر عضو تمهیداتی اندیشیده است، البته اگر با ایجاد موانعی مواجه نگردد.^{۱۳۱}

همچنین باید در نظر داشت که موفقیت نهایی دیوان هنگامی قابل تصور است که کل جامعه بین‌المللی - اعم از دولت‌های عضو و غیرعضو - با آن همکاری و از اقداماتش حمایت و پشتیبانی کنند. انتظار می‌رود که عضویت در دیوان بین‌المللی کیفری تحولات اساسی و مهمی را در نظام‌های داخلی هر یک از دولت‌های عضو به وجود آورد، هر چند که این امر منوط به گذشت مدت زمانی طولانی است.

۲۶۱. ماده ۹۸ اساسنامه، با پیش‌بینی همکاری دولت‌ها در اعراض از مصونیت متهم و تسلیم وی به دیوان، سعی بر آن داشته تا حریم تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مورد مصونیت را پاس بدارد. پیرو این امر ایالات متحده آمریکا برای جلوگیری از تعقیب نظامیان خود توسط دیوان، به عقد موافقتنامه‌های دو جانبه با شماری از دولت‌ها مبادرت کرده تا با اعطای مصونیت به آن نیروها در قبال جرایم ارتكابی، مانع تعقیب آنها در دیوان شود. رجوع کنید به: زمانی، سید قاسم، «استقرار دیوان کیفری بین‌المللی: بیم‌ها و امیدها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۲، ۱۳۸۱، ص ۷۳.

۲۷۱. در ۱۹ ژوئن ۲۰۰۲، نماینده آمریکا به شورای امنیت اعلام کرد که این دولت در هیچ اقدام حفاظت از صلح سازمان ملل شرکت نمی‌کند، مگر این که دیوان به شهروندان آمریکایی مصونیت اعطا کند و پس از آن، آمریکا پرسنل نظامی خود را از نیروهای حافظ صلح مستقر در تی‌مور شرقی فراخواند. رجوع کنید به:

Jianpin, Zhixiang, *op. cit.*, p. 610.

۲۸۱. در ماده ۱۶ اساسنامه دیوان، امکان تعویق تحقیق یا تعقیب توسط دیوان به مدت ۱۲ ماه در صورت درخواست شورای امنیت، پیش‌بینی شده است. بر همین اساس، شورای امنیت طی قطعنامه ۱۴۲۲ در تاریخ ۱۲ ژوئیه ۲۰۰۲ در اجلاس شماره ۴۵۷۲ به اتفاق آرا درخواست کرد که دیوان از تاریخ اول ژوئیه ۲۰۰۲ به مدت ۱۲ ماه پرونده‌های علیه پرسنل شرکت‌کننده در عملیات نیروهای حافظ صلح را به جریان نیندازد (UNSC Res/1422, 12 July 2002, UN Doc S/RES/1422) که در ۱۲ ژوئن ۲۰۰۳ نیز تمدید گردید (UNSC Res/1487, 12 June 2003, UN Doc S/RES/1487) رجوع کنید به: زمانی، پیشین، ص ۷۵-۷۴.

129. Akande, *op. cit.*, p. 619.

۳۰۱. این مطلب توسط حقوقدانان چینی به این دولت تذکر داده شده است و در ضمن پیشنهادهایی از چین خواسته‌اند که به جای مخالفت با دیوان در نظام آن مشارکت کند تا بتواند از منافع اتباع خود حمایت کند و از آن‌جا که هدف دیوان، مجازات جنایات بین‌المللی است که منافع همه بشریت را تهدید می‌کند، توصیه شده که چین با عضویت در آن، جایگاه خود را به‌عنوان دولتی که خواهان مجازات این جنایات است ارتقا بخشد. رجوع کنید به:

Jianping, Zhixiang, *op. cit.*, p. 619.

131. Wenqi, *op. cit.*, pp. 100-101.

❖ ۱۴۱ صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری ...

نتیجه

تکمیلی بودن صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در اساسنامه رم با شناسایی اولویت برای دادگاه‌های ملی، این هدف را دنبال می‌کند که جدی‌ترین موارد نقض حقوق بشر که ذیل عنوان یکی از جنایات بین‌المللی قابل پیگرد هستند، بی‌کیفر باقی نمانند. آیین قابلیت پذیرش دعوا و معیارهای مربوط به آن نیز که طریق اعمال اصل صلاحیت تکمیلی دیوان به شمار می‌رود متضمن برخی ملاحظات دقیق و فنی است که نظام‌های قضایی ملی را به‌طور غیرمستقیم با معیارهای قابل قبول از نظر بین‌المللی هماهنگ می‌سازد.

به بیان دیگر، صلاحیت تکمیلی، تضمینی به شمار می‌رود برای مقابله با محاکمات صوری و غیر حقیقی که امکان دارد در یک کشور به قصد رها ساختن جنایتکاران بین‌المللی از اجرای عدالت انجام گیرد. نکته مهم در تحلیل ملاک‌های حقیقی بودن رسیدگی و تشخیص تمایل و توانایی دولت در انجام آن، توجه به جایگاه دیوان در مقام تشخیص و احراز هر یک از ملاک‌های مقرر است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که دولت‌ها رسیدگی به جنایات بین‌المللی را با موانع مختلف مواجه کنند و به هر طریق ممکن از اعمال صلاحیت دیوان ممانعت به عمل آورند. بر همین اساس می‌توان برای دیوان در تشخیص عدم تمایل و عدم توانایی دولت‌ها در رسیدگی به جنایات مندرج در اساسنامه، نوعی وظیفه نظارت بر صلاحیت‌های ملی قائل شد، زیرا اصلاح، ارتقا و هماهنگی نظام‌های کیفری ملی از اهداف ضمنی اساسنامه است؛ هرچند که در هر حال، دیوان به‌عنوان یک مرجع تجدیدنظر و بازبینی آرای دادگاه‌های ملی و یا یک مرجع فراملی قلمداد نمی‌گردد. لذا این انتظار از دیوان معقول است که تفاسیرش از مفاهیمی چون «عدم تمایل» و «عدم توانایی» متناسب با وظیفه اصلی‌اش در راستای حمایت از ارزش‌های مشترک جامعه بشری در مقابل فجیع‌ترین جنایات بین‌المللی باشد.

شاید بتوان گفت که اساسنامه رم به نوعی درصدد ارائه ویژگی‌های یک نظام توانمند و کارآمد در امر تعقیب، محاکمه و مجازات جنایات بین‌المللی است و از دولت‌های عضو و حتی غیرعضو نیز انتظار دارد که در راستای تحقق چنین نظامی برای پایان دادن به پدیده شوم بی‌کیفری حرکت کنند.

تأثیر تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی دولتها و اعمال صلاحیت جهانی از سوی آنها

معصومه سادات میرمحمدی^۱

چکیده

جامعه بین‌الملل نسبت به کوتاهی دولتها در انجام تعهداتشان در خصوص تعقیب جنایات بین‌المللی و اتخاذ تمهیدات مناسب در ارتباط با مرتکبین آنها، تحمل نداشته و ندارد و برای خاتمه بخشیدن به این بی‌کیفری، دادگاه‌های کیفری بین‌المللی و در نهایت دیوان بین‌المللی کیفری را ایجاد کرد؛ اما در عین حال در مقدمه اساسنامه این دیوان، مبارزه با جنایات بین‌المللی را که بی‌کیفر ماندن آنها تهدید علیه صلح و امنیت جهان به شمار می‌رود،^۲ وظیفه همه دولتها می‌داند. دیوان وظیفه اصلی مداخله برای محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی را به دولتها واگذار می‌کند و در همان حال ابزاری را پیش‌بینی می‌کند (صلاحیت تکمیلی) که به لطف آن با کاهلی و عدم تمایل دولتها برخورد شده، و مانع از این

۱. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران m.mirmohamadi@yahoo.com

۲. دبیرکل سازمان ملل در سال ۲۰۰۰ به شورای امنیت که تعهد اصلی را در حفظ صلح و امنیت بشری بر عهده دارد، توصیه کرد که ساز و کارهای حقوقی و تعقیبی را در ابعاد داخلی و بین‌المللی تشویق کند؛ ساز و کارهایی که به دلیل عدم توانایی یا عدم تمایل اطراف درگیر نسبت به تعقیب افراد مرتکب ژنوسید، جرائم علیه بشریت و جنایات جنگی، باید در دیگر دادگاه‌های داخلی یا بین‌المللی اعمال شوند:

Report of the Secretary General to the Security Council on Protection of Civilians in Armed Conflict: UN Doc.S/1999/957(8 September 1999), p.10, Recommendation B5; available at: [http://www.un.org/ Docs/sc/reports/1999/sgrep99.htm](http://www.un.org/Docs/sc/reports/1999/sgrep99.htm) (visited on : 26 October 2009).

رئیس شورای امنیت نیز در ژوئن ۲۰۰۶ ضمن بیانیه‌ای، بر مسئولیت دولتها بر انجام تعهداتشان در پایان دادن بی‌کیفری و تعقیب افراد مسئول در ژنوسید، جنایات علیه بشریت و نقض‌های جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه تأکید کرد و اقدام آنها را در این زمینه، ابزاری در برقراری صلح و امنیت تلقی کرد و فرار مرتکبین از عدالت را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی دانست:

S/PRST/2006/28(22 June 2006).

گردد که افراد مسئول نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل از چنگال عدالت بگریزند. اجرای اساسنامه دیوان از سوی دول عضو، آن‌ها را قادر می‌سازد نقش غالبی را که در روند تعقیب و محاکمه جنایات بین‌المللی برعهده دارند به‌خوبی ایفا کنند. بدین ترتیب برخی دولت‌ها پس از تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، بنا بر اصل صلاحیت تکمیلی دیوان (ماده ۱ و ۱۷ اساسنامه) در جهت اعمال صلاحیت دادگاه‌های ملی خود بر جرائم مذکور در اساسنامه، اقدام به جرم‌انگاری آن جرائم در قوانین داخلی خود کردند.

واژگان کلیدی: جنایات بین‌المللی، اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، دادگاه‌های ملی، قوانین داخلی، صلاحیت جهانی، جنایت ژنوسید، جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی

قرن بیستم سرشار از جنایاتی است که صفحات تاریخ را بیش از پیش سیاه کرده‌اند. جنایاتی که آنتونیو کاسسه آن‌ها را نقض قواعد بین‌المللی می‌داند که مسئولیت کیفری افراد مرتکب را به‌دنبال دارند.^۳ اما به نظر می‌رسد که هیچ اجماع خاصی در خصوص جرائمی که بین‌المللی خوانده می‌شوند، وجود ندارد. برای مثال، کاسسه رویکردی بسیار محدود را درخصوص جرائم بین‌المللی در پیش می‌گیرد، وی جرائم بین‌المللی را نقض قواعد عرفی بین‌المللی می‌داند، قواعدی که به‌منظور حمایت از ارزش‌هایی به وجود آمده‌اند که برای جامعه بین‌المللی حائز اهمیت بوده، در مجازات مرتکبین آن‌ها منفعت همگانی وجود دارد. در مقابل، دیگر حقوق‌دانان^۴ رویکرد وسیع‌تری نسبت به تعریف این جرائم اتخاذ کرده‌اند و جنایات بین‌المللی را جرائمی می‌دانند که در معاهدات بین‌المللی برای آن‌ها مسئولیت کیفری فردی در نظر گرفته شده است. در واقع، تعریف کاسسه تعریفی مبتنی بر حقوق عرفی است و صرفاً جرائمی را در برمی‌گیرد که ممنوعیت آن‌ها ریشه عرفی دارد. اما تعریف دیگر که دامنه وسیع‌تری از جرائم را شامل می‌شود، مبتنی بر حقوق قراردادی است، یعنی جرائمی که در غالب کنوانسیون‌ها مورد جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. بدین ترتیب به‌منظور تفکیک و نیز تأکید بر اهمیت جرائم دسته اول، آن‌ها را «جنایات بین‌المللی»^۵ و جرائم دسته دوم را «جرائم مبتنی بر حقوق بین‌الملل»^۶ می‌خوانیم.

3. Antonio Cassese, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, p. 23.

۴. به‌عنوان مثال، باسیونی فهرست بلندبالایی مشتمل بر ۲۴ جرم را به‌عنوان جرائم بین‌المللی برمی‌شمرد: M.Chierief Bassiouni, International Crimes: Digest/Index of International Instruments, Published by Oceana Pubns, 1986

5. international crimes

6. crimes of international law

اگرچه لزوماً اجماعی درخصوص ارائه فهرستی از جنایات بین‌المللی وجود ندارد، اما تعریف مشابه برخی از این جنایات (جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت، نسل‌کشی) در اسناد بین‌المللی متعدد و معاهدات بین دولت‌ها، حاکی از این است که درخصوص اهمیت این جرائم برای جامعه بین‌الملل و نیز مبنای عرفی آن‌ها، پذیرش وسیعی وجود دارد. این جنایات همان جنایاتی هستند که در صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قرار گرفته‌اند.

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در اسناد بین‌المللی

کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۰۷ و ۱۸۹۹ (درخصوص قوانین و رسوم جنگ) اگرچه اقدام به جرم‌انگاری جنایات جنگی نکرده‌اند، اما منبعی در تعریف این جنایات به شمار می‌روند. بعد از جنگ جهانی اول، متحدان به‌دنبال عهدنامه ورسای ۱۹۱۹، سومین کمیسیون فرعی از کمیسیون مربوط به مسئولیت‌ها^۷ را برای بررسی نقض‌ها و تخلفات صورت گرفته از قوانین و رسوم جنگی در این جنگ تشکیل دادند. این کمیسیون فرعی از تعاریف مذکور در کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه در جهت جرم‌انگاری اعمال ارتكابی بهره می‌جست. بر همین اساس، رسیدگی‌هایی در لایپزیگ آلمان صورت گرفت و به‌دنبال آن، کمیسیون، مقامات ترکیه را نیز به اتهام ارتكاب «جرائم علیه قوانین بشری» مسئول شناخت و در نتیجه در ۱۹۲۰ رسیدگی‌هایی نیز در استانبول و طبق قوانین داخلی صورت پذیرفت.

در اثنای جنگ جهانی دوم در ۱۹۴۳، متفقین طی اعلامیه‌هایی از جمله اعلامیه مسکو^۸ قصد خود را مبنی بر تعقیب جنایتکاران جنگی اعلام کردند. در همان سال «کمیسیون ملل متحد درخصوص جنایات جنگی»^۹ در لندن تأسیس گردیده تا به جمع‌آوری و بررسی مدارک مربوط به این جنایات و مرتکبان آن‌ها بپردازد. پس از اتمام جنگ، استقرار دادگاه نورنبرگ پیرو توافقنامه لندن و نیز دادگاه توکیو، حاکی از قصد جدی در محاکمه این جنایتکاران بودند. منشور دادگاه نظامی نورنبرگ، نقطه عطفی در جرم‌انگاری جنایت علیه بشریت به شمار می‌رفت؛ چه برای اولین بار مصادیق این جنایت در ماده ۶(c) این منشور احصا گردید^{۱۰} و اجرای حقوق بین‌الملل را

7. Sub-Commission III of the Commission on Responsibilities of the Preliminary Peace Conference of Paris.

8. Declaration de Moscou sur les Atrocites (1er November 1943); available at : <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html> (visited on : 24Oct2009).

9. UNWCC.

۱۰. طبق بند c ماده ۶ منشور نورنبرگ جنایات علیه بشریت عبارتند از: قتل عمد، نابودسازی، برده‌داری، اخراج و سایر اقدامات غیرانسانی که علیه یک جمعیت غیرنظامی صورت می‌گیرد، اعم از این‌که در زمان جنگ یا قبل از آن روی دهد، یا اذیت و آزار به دلایل سیاسی، مذهبی یا نژادی ... صرف‌نظر از این‌که ارتكاب آن‌ها نقض قوانین داخلی کشور محل ارتكاب محسوب شوند یا نه». برای ملاحظه منشور و توافقنامه لندن، رجوع کنید به:

مشروط به مجازات مرتکبان کرد.^{۱۱} پس از آن، منشور توکیو نیز همین عبارات را با تغییرات اندکی از جمله تصریح به مسئولیت رهبران و تحریک کنندگان جرم در ماده ۵(ج) به کار برد.

دو ماه پس از اولین محاکمه نورنبرگ، در دسامبر ۱۹۴۵ شورای نظارتی که از سوی متفقین برای اداره آلمان اشغالی تشکیل شده بود، با صدور دستورالعمل شماره ۱۰،^{۱۲} محاکم نظامی را از سوی متفقین مجاز به محاکمه جنایتکاران کرد.^{۱۳} جرم‌انگاری در این دستورالعمل که سند بین‌المللی به حساب نمی‌آمد، بسیار شبیه به منشور نورنبرگ بود.

نقش سازمان ملل نیز در این خصوص جالب توجه بود؛ چنان‌که مجمع عمومی سازمان ملل متحد پس از صدور اعلامیه‌های متفقین و در نهایت محاکمات نورنبرگ و توکیو، ضمن صدور قطعنامه‌ای در ۱۳ فوریه ۱۹۴۶^{۱۴} به همه اعضای سازمان ملل متحد توصیه کرد که به‌منظور محاکمه مجرمان جنگی آن‌ها را به کشورهای محل وقوع این جرائم مسترد دارند و از دول غیرعضو سازمان نیز خواست تا به استرداد فوری این مجرمان به کشورهای محل وقوع جنایات مبادرت ورزند.

جنایت ژنوسید علی‌رغم این‌که در طول جنگ جهانی دوم روی داده بود، در منشور نورنبرگ به‌عنوان یک جرم مستقل احصا نگردید. در منشور نورنبرگ این جنایت ذیل عنوان نابودسازی یا اذیت و آزار به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی آمده بود، اما در نهایت ژنوسید به‌عنوان یک جرم مستقل در قالب کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید در ۱۹۴۸ مقرر گردید.

کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل الحاقی اول به آن‌ها در ۱۹۷۷ به‌طور خاص جنایات جنگی را جرم‌انگاری کرده‌اند. نوآوری خاص این کنوانسیون‌ها این بود که طبق مواد ۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷ (به ترتیب کنوانسیون اول تا چهارم)، مواردی تحت عنوان نقض‌های فاحش کنوانسیون‌ها به شمار آمدند^{۱۵} و افراد مظنون به ارتکاب این موارد، صرف‌نظر از تابعیت یا محل ارتکاب جرم، از سوی دولت‌های عضو موضوع قاعده «استرداد یا تعقیب» قرار می‌گرفتند.

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/350?OpenDocument> (visited on: 24 October 2009).

۱۱. طبق ماده ۵ منشور نورنبرگ، جرائم علیه حقوق بین‌الملل توسط افراد و نه توسط موجودیت‌های انتزاعی ارتکاب می‌یابد و تنها با مجازات افرادی که مرتکب چنین جرائمی شده‌اند، مقررات حقوق بین‌الملل قابل اجرا است.

12. Control Council Law 10.

۱۳. آمریکا، انگلستان، فرانسه، شوروی، استرالیا، کانادا، هلند، نروژ، دانمارک، چین و لهستان نسبت به ایجاد چنین محاکمی اقدام کردند؛ میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق جزای بین‌الملل: مجموعه مقالات*، نشر میزان، بهار ۱۳۸۶، ص ۳۹.

14. A/Res/1/3(13 February 1946).

۱۵. ماده ۱۴۷ کنوانسیون چهارم این موارد را چنین برمی‌شمرد: قتل عمد، شکنجه یا رفتار غیرانسانی از جمله آزمایش‌های بیولوژیک، ایراد صدمات شدید عمدی یا صدمه به تمامیت جسمی یا سلامت، انتقال یا تبعید اجباری یا توقیف غیرقانونی افراد مورد حمایت، مجبور کردن فرد مورد حمایت به خدمت در نیروهای مسلح دشمن، یا محرومیت عمدی افراد مورد حمایت از حق برخورداری از دادرسی عادلانه طبق مقررات این کنوانسیون، گروگانگیری، تخریب گسترده و تصرف اموال بدون وجود ضرورت نظامی و به‌طور افراطی و غیرقانونی.

آغاز دهه نود و فزونی یکباره مخاصمات داخلی در سراسر جهان^{۱۶} و خاتمه تقابل دو بلوک شرق و غرب و در نتیجه، پایان دوران رکود اعتبار شورای امنیت در جهت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، سبب گردید تا این رکن با صدور قطعنامه‌های متعدد که حاکی از اصل مسئولیت کیفری فردی مرتکبین جنایات بین‌المللی^{۱۷} بودند موجب شود تا بار دیگر عدالت کیفری بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد. با استقرار دادگاه‌های کیفری خاص برای یوگسلاوی و رواندا براساس قطعنامه‌های شورای امنیت، گامی دیگر در جهت جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی که «بی‌شک بخشی از حقوق عرفی»^{۱۸} به شمار می‌آمدند، برداشته شد. یکی از مهم‌ترین ابتکارات این دادگاهها، به‌ویژه دادگاه ویژه یوگسلاوی، این بود که از یک سو وقوع جنایات علیه بشریت را محدود به زمان جنگ ندانست و از سوی دیگر جنایات جنگی را به مخاصمات داخلی نیز تسری بخشید.^{۱۹} درخصوص ژنوسید نیز دادگاه ویژه رواندا در ۱۹۹۶ تفسیر نوینی از مفهوم ژنوسید ارائه کرد.

تأسیس این دو دادگاه ویژه و آرای صادر از سوی آنها به زمینه‌های ایجاد یک دیوان بین‌المللی کیفری سرعت و استحکام بخشید، به‌طوری‌که طراحان اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری از اساسنامه‌ها و آرای قضایی این دو دادگاه یاری بسیار جستند. در نهایت دیوان بین‌المللی کیفری که شاید از زمان تأسیس سازمان ملل، مهم‌ترین نوآوری در حقوق بین‌الملل باشد، با اساسنامه‌ای که یکی از پیچیده‌ترین اسناد بین‌المللی است، به‌وجود آمد.^{۲۰}

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین ملی

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی دولت‌ها از روش‌هایی است که دولت‌ها از طریق آن تمایل خویش را به مبارزه با این جنایات نشان می‌دهند. با این حال، اگرچه برخی از این جنایات در کنوانسیونهای بین‌المللی که از سوی دول بی‌شماری به امضا رسیده بودند، درج شده

۱۶. در خصوص علل شیوع این مخاصمات، رجوع کنید به: ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان، *حقوق بین‌الملل بشردوستانه: مخاصمات مسلحانه داخلی*، نشر میزان، بهار ۱۳۸۴، ص ۱۷.

17. See inter alia: S/RES/794(1992), S/RES/808(1993), S/RES/820(1993), S/RES/859(1993), S/RES/935(1994), S/RES/913(1994), S/RES/1010(1995), S/RES/1193(1998), S/RE/1556(2004), S/RES/1738(2006), S/RES/1794(2007).

18. UN/S/25704(3 May 1993)

19. Prosecutor v. Dusko Tadic (case No. AR 72-1-94 IT), 2 Oct 1995, para.126; available at : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>(visited on 20 October 2009).

۲۰. برای ملاحظات تکمیلی، رجوع کنید به: ویلیام ا. شبت، *مقدمه‌ای بر دیوان بین‌المللی کیفری*، ترجمه سیدباقر میرعباسی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴.

است؛ اما پس از گذشت مدت مدیدی از تصویب این کنوانسیونها، در قوانین داخلی دولتها همچنان نشانی از جرم‌انگاری کامل این جنایات به چشم نمی‌خورد.

تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نقطه عطفی در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی دولتها به شمار می‌رود. اصل صلاحیت تکمیلی دیوان، انگیزه‌ای قوی برای دولتها بود تا به جرم‌انگاری و اعمال صلاحیت بر جنایاتی بپردازند که در اساسنامه مقرر شده بود.^{۲۱} بر مبنای همین انگیزه، دولتها در کنار معیارهای صلاحیت سرزمینی به معیارهای فراسرزمینی و به‌ویژه معیار صلاحیت جهانی نیز روی آوردند. در واقع، سیستم عدالت کیفری مفروض از سوی دیوان به شدت متکی بر رسیدگی توسط دادگاه‌های ملی است؛ چنان‌که بر خلاف دادگاه‌های بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا که بر دادگاه‌های ملی تقدم داشتند، دیوان مکمل دادگاه‌های ملی است. به عبارت دیگر در صورت بروز تعارض مثبت بین یک دولت و دیوان، اصولاً دادگاه‌های ملی بر دیوان مقدم خواهند بود.^{۲۲} بنابراین، آنچه برای پیشبرد جریان تعقیب جنایات بین‌المللی از سوی دادگاه‌های ملی لازم است، وضع قوانین داخلی است که در زمینه امور شکلی و ماهوی، مقتضی و کافی باشند.

پس از تصویب مقرراتی از سوی دولتها برای اجرای اساسنامه دیوان، مسلم گردید که برخی دولتها یا همان تعاریف مذکور در اساسنامه را در مقررات خود وارد کرده‌اند و یا به‌طور گزینشی، صرفاً برخی از جنایات مذکور در اساسنامه را در مقررات خود ذکر کرده‌اند. بدین ترتیب، تفاوت جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در اساسنامه دیوان و قوانین داخلی بی‌شک بر توان دولتها در تعقیب این جنایات تأثیر خواهد گذارد.

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی پیش از تصویب اساسنامه دیوان

۱. جنایات جنگی

جرم‌انگاری جرائم جنگی در قوانین داخلی کشورها عمدتاً با تصویب کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ به آنها صورت پذیرفته است. آلمان علی‌رغم تصویب کنوانسیونهای ژنو در ۱۹۵۵، پیرو این نظر که قواعد عادی حقوق کیفری درخصوص جرم‌انگاری جنایات جنگی کافی هستند، به‌طور مستقل به جرم‌انگاری جنایات جنگی در قوانین داخلی خود پرداخت.

21. Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmshurst: An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2007, p.63.

22. Julio Bacio Terracino, "National Implementation of ICC Crimes", 5 Journal of International Criminal Justice 2007, p. 421.

انگلستان نیز در ۲۳ سپتامبر ۱۹۵۷ کنوانسیونهای ژنو را تصویب کرد. نقض‌های فاحش کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ در قانون کنوانسیونهای ژنو ۱۹۵۷^{۲۳} و اصلاحیه آن در سال ۱۹۹۵^{۲۴} (پس از تصویب پروتکل‌های الحاقی) در این کشور جرم‌انگاری شدند. این قوانین جرائم جدیدی را وارد حقوق انگلستان کردند، اما درخصوص پروتکل الحاقی دوم، تصویب این پروتکل از سوی انگلستان منجر به ایجاد جرم جدیدی در حقوق انگلستان نشد و صرف تصویب این پروتکل نیز نمی‌توانست به خودی خود و بدون طی جریان قانونگذاری، از نیروی الزام‌آوری در حقوق انگلستان برخوردار باشد.^{۲۵} قانون جرائم جنگی انگلستان ۱۹۹۱^{۲۶} نیز صرفاً مربوط به جرائم ارتكابی در آلمان یا قلمرو آلمان اشغالی در طول جنگ جهانی دوم توسط اتباع انگلیسی بود؛ چنان که در بخش اول این قانون آمده است: (۱) طبق مقررات مندرج در این بخش، افراد متهم به قتل عمد و قتل غیرعمد یا دیگرکشی، صرف‌نظر از تابعیت آن‌ها در زمان ارتكاب جرائم ذیل، باید در انگلستان تعقیب شوند: الف) جرمی که از ابتدای سپتامبر ۱۹۳۹ تا پنجم ژوئن ۱۹۴۵ در مکانی روی داده باشد که در آن زمان جزئی از آلمان یا آلمان اشغالی بوده‌اند... . طبق این قانون رضایت دادستان کل پیش‌شرط لازم برای شروع تعقیب قضایی؟

بلژیک در ۳ سپتامبر ۱۹۵۲ کنوانسیونهای چهارگانه ژنو و سپس در ۱۶ آوریل ۱۹۸۶ پروتکل‌های الحاقی به این کنوانسیونها را تصویب کرد؛ اما با توجه به فقدان ماهیت «خوداجرایی»^{۲۷} برای اکثر مقررات این اسناد بین‌المللی و نیز با توجه به اعمال اصل قانونی بودن جرم و مجازات، وضع مقررات داخلی برای جرم‌انگاری این قوانین در حقوق داخلی لازم می‌نمود. بنابراین، قانون ۱۶ ژوئن ۱۹۹۳ در ارتباط با مجازات نقض‌های فاحش کنوانسیونهای ژنو و پروتکل‌های الحاقی آن‌ها که دربردارنده مجازات نقض‌های مذکور در این معاهدات بودند و علاوه بر مخاصمات بین‌المللی، مخاصمات داخلی را نیز دربرمی‌گرفتند در بلژیک تصویب شدند.^{۲۸} در ۱۰ فوریه ۱۹۹۹ قانون ۱۹۹۳ اصلاح گردید و به قانون مربوط به مجازات نقض‌های

23. Geneva Conventions Act 1957; available at: www.opsi.gov.uk/Acts/ukpga/1957/cukpga_19570052_en_1

24. Geneva Conventions (Amendment) Act 1995; available at: www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950027_en_1 (visited on: 26 October 2009).

25. Safinaz Jadali, Les Etats et la mise en œuvre du principe compétence universelle: vers une répression sans frontière?, Thèse pour le doctorat en droit international, Université Robert Schuman – Strasbourg (2008), p.156.

26. War Crimes Act 1991; available at: www.opsi.gov.uk/acts/acts1991/Ukpga_19910013_en_1 (visited on: 24 October 2009).

27. self-executing

۲۸. برای ملاحظه این قوانین، رجوع کنید به:

www.ulb.ac.be/droit/cdi/1993.html (visited on 20 October 2009).

فاحش حقوق بین‌الملل بشردوستانه^{۲۹} تبدیل شد. آن دسته از جرائم جنگی که نقض فاحش کنوانسیونها محسوب نمی‌شدند، در دامنه قانون ۱۹۹۳ قرار نمی‌گرفتند، اما ممکن بود بر مبنای حقوق کیفری معمولی مورد تعقیب قرار بگیرند. نکته مهم در خصوص قانون ۱۹۹۳ این بود که دامنه اعمال قانون مزبور به مخاصمات داخلی که در پروتکل الحاقی دوم تعریف شده بود نیز تسری می‌یافت. بدین ترتیب، قانونگذار بلژیک تصمیم گرفت جرائمی را که برای مخاصمات بین‌المللی پیش‌بینی شده بودند در خصوص مخاصمات داخلی نیز جرم‌انگاری کند. با این حال در این قانون استخدام کودکان زیر ۱۵ سال در مخاصمات مسلحانه جرم‌انگاری نشده بود.

هلند نیز در ۳۱ اگوست ۱۹۵۴ کنوانسیونهای ژنو و سپس در ۲۶ ژوئن ۱۹۸۷ پروتکل‌های الحاقی را تصویب کرد. این کشور کنوانسیونهای ژنو و نیز سایر جرائم غیر از نقض‌های فاحش کنوانسیونها (تخلفات از قوانین و رسوم جنگ) را از طریق قانون جرائم زمان جنگ^{۳۰} در مقررات داخلی خود وارد کرد. نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای ژنو که مربوط به مخاصمات مسلحانه داخلی است نیز در ماده ۸ این قانون جرم‌انگاری شده بود.

ایالات متحده آمریکا بدو با تلاش برای شناسایی قوانین و اصول بشریت در معاهده ورسای و سپس در طول جنگ جهانی دوم، معترض بود؛ اما وقوع بیرحمی‌های گسترده علیه یهودیان از سوی نازی‌ها منجر به تغییر رویه این کشور گردید. در نتیجه روزولت در ژانویه ۱۹۴۵ دستورالعمل «محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی نازی» را که گویای نیاز به تعقیب این‌گونه جنایات بود، پذیرفت.^{۳۱} در ادامه، این کشور در ۸ فوریه ۱۹۵۵ کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ را تصویب کرد و تعهدات مذکور در این کنوانسیون‌ها ذیل عنوان جرائم جنگی در بند ۲۴۴۱ ماده ۱۸ کد ایالات متحده آمریکا، ذکر شدند.^{۳۲} طبق این قانون برای اعمال صلاحیت کیفری، مرتکب یا قربانی باید تبعه آمریکا باشد.

ایران نیز در ۲۰ فوریه ۱۹۵۷ کنوانسیونهای چهارگانه ژنو را تصویب کرد، درحالی‌که پروتکل‌های الحاقی به این کنوانسیونها را صرفاً امضا کرده است.

29. La loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire; available at: <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/belgique.htm> (visited on : 20 October 2009).

30. War Crimes Act, Act of 10 July 1952; available at: <http://www.legislationline.org/countries/country/12> (visited on: 24 October 2009)

31. William J Aceves & Paul L Hoffman, Prosecuting Crimes against Humanity in the United States: The Need for a Comprehensive Liability Regime, p.241; in Mark Lattimer, Philippe Sands, Justice for Crimes against Humanity, Hart Publishing, 2003, p.241.

32. http://www.opensocietypolicycenter.org/pub/doc_121/War%20Crimes%20Act%20as%20amended%20by%20MCA%20-%20CID%20excerpts.pdf (visited on: 26 October 2009).

۲. جرم‌انگاری جنایت ژنوسید

جرم‌انگاری ژنوسید در قانون داخلی کشورها نیز پس از تصویب کنوانسیون ژنوسید صورت گرفت. برخی کشورها نظیر هلند ابتدا این جرم را در قوانین داخلی خود وارد کردند و سپس به عضویت کنوانسیون درآمدند و برخی دیگر نیز پس از تصویب کنوانسیون، در قوانین داخلی خود، ژنوسید را به عنوان جرمی مستقل پذیرفتند.

آلمان پس از تصویب کنوانسیون ژنوسید در ۱۹۵۴، در کد کیفری خود^{۳۳} در بخش (۱) ۶ صریحاً ژنوسید را جرم‌انگاری کرد و این جرم‌انگاری با تعریف کنوانسیون یکسان بود.

انگلستان نیز به موجب قانون ژنوسید ۱۹۶۹ کنوانسیون ژنوسید را در حقوق داخلی جرم‌انگاری کرد و در تعریف ژنوسید صریحاً به تعریف مذکور در کنوانسیون ارجاع داد.^{۳۴} درخصوص انگلستان ذکر این نکته حائز اهمیت است که بدون وجود قانون پارلمانی، صرف این واقعیت که جرمی بین‌المللی تلقی شود، به خودی خود دربردارنده صلاحیت محاکمه جنایتکاران برای دادگاه‌های انگلستان نخواهد بود. بلژیک هم علی‌رغم تصویب کنوانسیون در ۶ سپتامبر ۱۹۵۱، ۴۸ سال بعد در قانون ۱۹۹۹ ژنوسید را جرم‌انگاری کرد.^{۳۵}

در ۲۰ ژوئن ۱۹۶۶ هلند عضو کنوانسیون ژنوسید گردید و چنان‌که اشاره شد، قبل از این عضویت تعهدات این کنوانسیون را از طریق قانون اجرای کنوانسیون ژنوسید ۱۹۶۴ در حقوق داخلی خویش وارد کرده بود.^{۳۶} تعریف ژنوسید در این قانون از کنوانسیون اقتباس گردیده بود، اما در ۱۹۹۷ به گونه‌ای اصلاح گردید که گروه مورد حمایت در این تعریف، بتواند «گروه‌های دارای فلسفه خاص از زندگی»^{۳۷} را نیز دربرگیرد. تفاوت عمده این قانون با کنوانسیون ژنوسید در این بود که در ماده ۲ این قانون برخلاف کنوانسیون، مسئولیت فرماندهان نیز برای ژنوسید شناسایی شده بود.

33. Strafgesetzbuch (StGB) available at: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28> (visited on : 24 October 2009).

34. UK's Genocide Act 1969; <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200809/jtselect/jtrights/153/153.pdf> (visited on: 20 October 2009).

35. لازم به ذکر است که در زمان تصویب کنوانسیون ژنوسید، بلژیک نیازی به تطبیق مقررات داخلی خود با این کنوانسیون نمی‌دید، چه معتقد بود «اصول موجود در کنوانسیون، گویی قبلاً در سیستم حقوقی بلژیک وجود داشته‌اند»:

E.David, Elements de droit penal international, 1997-1998, PUB, p.550 quoted by: Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, Juridictions nationales et crime internationaux, (Paris: Presses Universitaires de France, 2002), p.82.

36. The Genocide Convention Implementation Act of 1964; <http://www.hrw.org/en/node/11297/section/12>.

37. groups with a certain philosophy of life.

در اسپانیا، ژنوسید بدو در کد کیفری ۴۴/۱۹۷۱ در ۱۵ نوامبر ۱۹۷۱ در ماده (a,b) ۱۳۷ جرم‌انگاری گردید. در این قانون، اصطلاح «اجتماعی» در تعریف گروه مورد حمایت به کار گرفته شده بود؛ اما به منظور انطباق این قانون با کنوانسیون ژنوسید، این کلمه در کد کیفری ۱۹۸۳ با کلمه «نژادی» جایگزین شد. پس از آن در کد کیفری ۱۹۹۵ در ماده ۶۰۷ نیز همین تعریف از ژنوسید به کار رفت.^{۳۸}

ایالات متحده آمریکا در ۱۹۸۷ قانون اجرای کنوانسیون ژنوسید را وضع و در ۲۵ نوامبر ۱۹۸۸ کنوانسیون ژنوسید را تصویب کرد.^{۳۹}

ایران نیز در ۱۴ آگوست ۱۹۵۶ کنوانسیون ژنوسید را به تصویب رسانید، اما نسبت به اجرایی کردن مواد این کنوانسیون اقدامی به عمل نیاورد. این در حالی است که ایران در جریان مذاکرات مربوط به پیش‌نویس این کنوانسیون در خصوص افراد متهم به ژنوسید یا دیگر اعمال مذکور در کنوانسیون اظهار کرده بود که دادگاه‌های دولت‌های غیر از دولت سرزمینی می‌توانند افراد مذکور را محاکمه کنند، مشروط بر این که این دولت‌ها ایشان را بازداشت کرده باشند و هیچ درخواستی از طرف دولت متبوعشان برای استرداد آن‌ها صورت نگرفته باشد.^{۴۰}

۳. جرم‌انگاری جنایت علیه بشریت

شاید بتوان جنایت علیه بشریت را در بین سایر جنایات بین‌المللی به لحاظ جرم‌انگاری در قوانین داخلی مهجورترین مورد دانست، چه به دلیل عدم وجود کنوانسیون بین‌المللی در این خصوص،^{۴۱} دولت‌ها نیز عمدتاً به جرم‌انگاری در این زمینه نپرداخته و صرفاً نظاره‌گر اسناد دربردارنده این جنایات از جمله منشور دادگاه نورنبرگ و قطعنامه مجمع عمومی (۱۱ دسامبر ۱۹۴۶)^{۴۲} بوده‌اند. از

۳۸. دادگاه اسپانیا در پرونده («سیلینگو» Scilingo) ضمن تفسیر موسع از ماده (۴) ۲۳ که ژنوسید را موضوع صلاحیت فراسرزمینی دادگاه‌های اسپانیا قرار می‌دهد، دامنه گروه مورد حمایت در کنوانسیون ژنوسید را به گروه‌های سیاسی نیز تسری می‌دهد و قائل به ژنوسید اجتماعی است:

Giulia Pinzauti, An Instance of Reasonable Universality: The Scilingo Case, JICJ, Vol. 3, Issue 5, p. 1095, 2005.

39. The Genocide Convention Implementation Act of 1987; available at: <http://www.Religioustolerance.org/genocide.htm> (visited on: 20 October 2009).

40. UN. Doc. A/C.6/218((1948)).

۴۱. در خصوص برخی مصادیق جنایت علیه بشریت نظیر شکنجه و آپارتاید، کنوانسیون‌هایی وجود دارد که به طور مستقل و جداگانه آن‌ها را جرم‌انگاری می‌نماید:

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (10 December 1984); available at: <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html>. Also: International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (30 November 1973); available at: <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/cspca/cspca.html> (visited on: 24 October 2009).

42. A/Res/95(1) (11 December 1946).

سوی دیگر، بسیاری از کشورها مصادیق جنایات علیه بشریت را به طور جداگانه جرم‌انگاری کرده بودند و همین را در این زمینه کافی می‌دانستند؛ درحالی‌که دکت‌ترین معتقد است که چنین راه‌حلی به هیچ‌وجه رضایت‌بخش نخواهد بود؛ چه تنها از منافع فرد حمایت می‌کند و بنابراین از ماهیت حمایت جمعی در برابر جنایات علیه بشریت برخوردار نیست و در عین حال، اعمال قواعد معمولی حقوق داخلی در خصوص این جنایات، حاکی از شدت آن‌ها نخواهد بود.^{۴۳}

در حقوق آلمان، انگلستان و ایتالیا هیچ ماده قانونی درخصوص جنایات علیه بشریت وجود نداشت. اعمالی نیز که از مصادیق این جنایت بودند، مانند سلب حیات یا آزادی یا ایراد لطمه به تمامیت جسمی، طبق قواعد عادی حقوق کیفری آن‌ها جرم‌انگاری شده بودند.

بلژیک در قانون ۱۰ فوریه ۱۹۹۹ جنایات علیه بشریت را در ماده ۱ از بخش ۲ جرم‌انگاری کرد با این تفصیل که این قانون ناپدیدسازی اجباری، آپارتاید و اعمال غیرانسانی مشابه دیگر را که عموماً به قصد ایجاد صدمه شدید به جسم یا به سلامت روحی و جسمی صورت می‌پذیرند در قالب جنایت علیه بشریت جرم‌انگاری نکرده بود. همچنین در زمان تصویب این قانون بحث‌های زیادی درباره ارتباط این جنایات با جنگ صورت پذیرفت که در متن نهایی هیچ ذکری از ارتباط آن‌ها با صلح یا جنگ به میان نیامد.^{۴۴}

در کشور هلند نیز هیچ جرم‌انگاری خاصی در خصوص جنایت علیه بشریت وجود نداشت که به دادگاه‌های داخلی اجازه تعقیب این جرم را بدهد. تنها اشاره‌ای که در این زمینه وجود داشت، ماده (۳) ۸ قانون جرائم زمان جنگ بود که طی آن، جنایت علیه بشریت (البته به‌طور ضمنی و با ذکر صفات آن)، عامل تشدیدکننده مجازات جرائم جنگی تلقی می‌شد.^{۴۵} بدین ترتیب، جنایت علیه بشریت طبق مقررات داخلی هلند به‌عنوان یک جرم مستقل محسوب نمی‌شد و صرفاً رابطه‌ای بین جنایت علیه بشریت و تشدید برای جرائم جنگی و مخاصمه مسلحانه وجود داشت. اما در عین حال، هلند نیز چون دیگر کشورها، در کد کیفری خود بسیاری از مصادیق جنایت علیه بشریت را به‌طور جداگانه جرم‌انگاری کرده بود. در کد کیفری اسپانیا، وضعیت به همین منوال بود و ماده‌ای به جنایات علیه بشریت اختصاص نیافته بود.

اگرچه ایالات متحده آمریکا از کشورهای محسوب می‌شد که از درج جنایات علیه بشریت ذیل یک عنوان مستقل در منشور نظامی نورنبرگ و دستورالعمل شماره ۱۰ شورای نظارت بر

43. Robert Roth et Yuan Jeanneret, Droit Allemand, in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, Juridictions nationales et Crime International (Paris: Presses Universitaires de France, 2002), p. 8.

44. <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/37n2/lemaitre.htm> (visited on: 20 October 2009).

45. Art8(3): ... if the act is the expression of a policy of systematic terror or illegal attacks against the entire population or a certain group thereof...

آلمان حمایت کرد، اما در این خصوص هیچ‌گونه تصریحی در قوانین داخلی خود ندارد و صرفاً مصادیق این جنایات به‌طور مستقل در قانون داخلی وی جرم‌انگاری شده‌اند.^{۴۶} در ایران نیز مانند بسیاری از دولت‌ها جنایت علیه بشریت به‌طور مستقل جرم‌انگاری نشده است.

جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی پس از تصویب اساسنامه

به لحاظ سیاسی، جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی منطبق با اساسنامه دیوان دارای اهمیت بسیاری نزد دولت‌ها است؛ چه این امر همان‌طور که خواهیم دید دولت عضو را مایل و قادر به محاکمه مرتکب جلوه داده و مانع از مداخله دیوان در پرونده‌ها خواهد شد؛ یعنی مانع از موقعیتی خواهد گردید که دولت‌ها آن را «تهدیدی علیه حاکمیت»^{۴۷} خویش تلقی می‌کنند. بنابراین، ایمن‌ترین گزینه برای دولت‌ها تصویب و جرم‌انگاری این جنایات در قوانین داخلی خود است. برخی دول عضو اساسنامه هنوز هیچ اقدامی در جهت اجرایی کردن آن در قوانین داخلی خود به عمل نیاورده‌اند و مانند ایتالیا جرائم اساسنامه را تحت پوشش جرائم عادی داخلی خود می‌دانند.^{۴۸} برخی دیگر از دول عضو، اساسنامه یا بخشی از آن را در قالب طرح یا ضمیمه در قوانین داخلی خود وارد کرده‌اند که از آن جمله می‌توان به دولت‌هایی چون استرالیا، آفریقای جنوبی و انگلستان اشاره کرد که مواد ۶، ۷ و ۸ اساسنامه را در قالب طرح در قوانین داخلی خود آورده‌اند. فرانسه نیز که در ۹ ژوئن ۲۰۰۰ اساسنامه دیوان را تصویب کرد، اخیراً در ۱۰ ژوئن ۲۰۰۸ طرحی را برای اجرای اساسنامه دیوان در سنا به تصویب رسانیده است.^{۴۹} در مقابل، هلند و آلمان

۴۶. با این همه از این نکته نباید غافل بود که حمایتی که از طریق این قانون صورت می‌پذیرد وسیع‌تر از حمایت اساسنامه است، چه اساسنامه اعمالی را که علیه یک گروه مشخص صورت پذیرند محکوم می‌کند، درحالی‌که طبق قانون داخلی امریکا قربانیان فردی نیز می‌توانند مورد حمایت باشند.

47. Jann K. Kleffner and Gerben Kor, Complementary Views on Complementarity: Proceedings of International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court, Amsterdam 25/26 June 2004, Amsterdam Center for International Law, Cambridge University Press, 2004, p. 84.

۴۸. بدین ترتیب ژنوسید در این کشور تابع قانون ژنوسید، جنایت علیه بشریت تابع مواد عادی و متعددی که مصادیق این جنایت را دربردارند، و جنایات جنگی تابع مواد پراکنده‌ای است که بعضاً تعاریف وسیع‌تری نسبت به اساسنامه دارند. در خصوص ژنوسید هم می‌توان گفت: جرم‌انگاری‌های عادی در قانون ژنوسید ایتالیا وسیع‌تر از ماده ۶ اساسنامه است، چه تحمیل شرایطی را که برای تخریب فیزیکی یک گروه طرح‌ریزی شده‌اند، را نیازمند «عمدی بودن» نمی‌داند. ماده ۵ قانون ژنوسید ایتالیا نیز دامنه آن را محدود به انتقال کودکان زیر ۱۴ سال می‌کند در حالی‌که چنین قیدی در اساسنامه وجود ندارد: Marco Roscini, "Great Expectations: The Implementation of the Rome Statute in Italy" (2007), 5 JICJ, pp. 499-504.

۴۹. این دولت در ۲۶ فوریه ۲۰۰۲ قانون همکاری با دیوان بین‌المللی کیفری (Loi no 2002-268 du 26 février 2002) (relative à la coopération avec la Cour pénale internationale) را به تصویب رسانیده، اما تاکنون قانون کیفری خود را مطابق با اساسنامه دیوان اصلاح نکرده است. برای ملاحظه قانون رجوع کنید به: www.iccnw.org/documents/FrenchImplementingLeg.pdf (visited on: 24 October 2009)

به صورت گزینشی، تعاریف جنایت علیه بشریت و ژنوسید را از اساسنامه اخذ و در قانون داخلی خود وارد کرده‌اند.

۱. جنایات جنگی^{۵۰}

آلمان که در ۱۱ دسامبر ۲۰۰۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را تصویب کرد، به دنبال این تصویب، تغییراتی در جرم‌انگاری و نیز اعمال صلاحیت بر جنایات بین‌المللی صورت داد. این کشور با تصویب کد جرائم علیه حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۲^{۵۱} در بخش دوم به تعریف مستقل جنایات جنگی پرداخت.

هلند در ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۱ عضو دیوان بین‌المللی کیفری گردید. مهم‌ترین پیشرفت در ارتباط با جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین هلند مربوط به لازم‌الاجرا شدن قانون جرائم بین‌المللی^{۵۲} در اول اکتبر ۲۰۰۳ است که طبق این قانون، این دولت جرائم تحت صلاحیت دیوان را در مقررات داخلی خویش وارد کرد. پس از تصویب این قانون، قانون جرائم زمان جنگ منسوخ گردید و اکنون این قانون تنها در خصوص جرائم جنگی که قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون ۲۰۰۳ روی داده‌اند، قابل اجرا است. در قانون جرائم بین‌المللی ۲۰۰۳ تفکیکی بین مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی مقرر گردیده است. بخش پنجم این قانون در ارتباط با مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بوده، شامل نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول، نقض قوانین و رسوم جنگی (مذکور در ماده ۸(b) اساسنامه) است. نقض پروتکل الحاقی دوم به کنوانسیون لاهه ۱۹۵۴ (حمایت از اموال فرهنگی در مخاصمه مسلحانه) نیز در این بخش جرم‌انگاری شده است. این قانون در بخش ۶ خود به مخاصمات داخلی پرداخته است که شامل نقض ماده ۳ مشترک و نقض‌های جدی قوانین و رسوم جنگی (مذکور در ماده ۸(e) اساسنامه) می‌شود. اما متأسفانه این بخش صریحاً به تمام موارد مذکور در پروتکل الحاقی دوم کنوانسیون‌های ژنو اشاره ندارد. به نظر می‌رسد که به دلیل حساسیت سیاسی خاصی که در خصوص مخاصمات داخلی وجود دارد، هلند مایل نبوده از جرائم مذکور در اساسنامه دیوان یا حقوق بین‌الملل عرفی فراتر رود^{۵۳} و علی‌رغم

۵۰. در این راستا در میان دولت‌هایی که به اجرای اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری پرداخته‌اند، تنها به بررسی جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در میان دولت‌هایی خواهیم پرداخت که نقش فعال‌تری در تعقیب جنایات بین‌المللی داشته‌اند و در عین حال به اقدامات برخی از دول غیرعضو نیز در این زمینه اشاره می‌کنیم.

51. Code of Crimes against International Law: www.iccnw.org/documents/GermanCodeofInternational4C1.pdf. (visited on: 24 October 2009).

52. International Crimes Act: www.iccnw.org/documents/NL.IntCrAct.pdf (visited on 26 October 2009).

53. Erwin Van Der Borgh, "Prosecution of International Crimes in The Netherlands: An Analysis of Recent Case Law" (2007), Criminal Law Forum, p.100.

جرم‌انگاری پروتکل الحاقی دوم ۱۹۵۴ درخصوص حمایت از آثار فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه، در مورد مخاصمات داخلی (بخش ۶) چنین جرم‌انگاری در بخش ۶ وجود ندارد. از سوی دیگر، طبق این قانون، هلند سن ممنوعیت شرکت در مخاصمات برای اطفال را ۱۵ سال می‌داند، درحالی‌که این سن در پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک ۱۸ سال است. نکته مثبت درخصوص این قانون آن است که در بخش ۷ خود افرادی را که در یک مخاصمه داخلی یا بین‌المللی مرتکب نقض قواعد و رسوم جنگ شده ولی تحت شمول بخش‌های ۵ و ۶ قرار نگرفته‌اند، به لحاظ کیفری مسئول می‌داند.^{۵۴}

در اسپانیا حتی پس از تصویب اساسنامه همچنان هیچ بخش مجزایی در کد کیفری وجود ندارد که به جرائم جنگی اختصاص داشته باشد. بخش سوم از کتاب دوم این کد (جرائم علیه جامعه بین‌الملل) به «جرائم علیه افراد و اموال مورد حمایت» اختصاص دارد و در مواد ۶۰۸ تا ۶۱۴ به بررسی جرائمی می‌پردازد که در زمان مخاصمه مسلحانه در این زمینه روی می‌دهند. از سوی دیگر در عین حال که کد کیفری هیچ مرور زمانی را درخصوص ژنوسید نمی‌شناسد، درخصوص جرائم جنگی چنین مقرره‌ای وجود ندارد.^{۵۵}

ایالات متحده آمریکا در ۳۱ دسامبر ۲۰۰۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را امضا کرده، ولی آن را تصویب نکرده است.^{۵۶} بنابراین این کشور در تعقیب جنایات بین‌المللی صرفاً به قوانین داخلی خود متکی بوده و می‌تواند صلاحیت قضایی خود را بر جرائمی اعمال کند که در حقوق داخلی آمریکا جرم‌انگاری شده باشند. جنایات جنگی مذکور در اساسنامه دیوان به‌طور محدود در قانون ایالات متحده آمریکا جرم‌انگاری شده‌اند؛ چه این دولت پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو را تصویب نکرده است.

در ایران نیز برخی از مصادیق جنایات جنگی در قالب قوانین عادی مورد جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. برای نمونه با تصویب قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح در ۹ دی ۱۳۸۲ استفاده علنی از پرچم یا بازوبند یا سایر علائم هلال احمر یا همدیف آن در منطقه عملیات جنگی بدون

54. the International Crimes Act 2003, available at: http://www.nottingham.ac.uk/shared/_shared_hrlcicju/Netherlands/International_Crimes_Act_English_.doc

55. http://www.phrmg.org/PHRMG%20Documents/Assassination/Testimonies/English/international_crimes_and_the_international_law.htm#_ftnref5 (visited on: 20 October 2009).

۵۶. معاون سابق وزیر امور خارجه «جان بولتون» (نماینده و سفیر آمریکا در سازمان ملل متحد) طی نامه‌ای به دبیرکل سازمان ملل «کوفی عنان» اعلام کرد که آمریکا تصمیم دارد امضای اساسنامه رم را باز پس بگیرد. بدین ترتیب در زمان ریاست جمهوری جرج بوش، این دولت اقدام به بازپس‌گیری امضای خود کرده است:

John R. Bolton, American Justice and the International Criminal Court, Under Secretary for Arms Control and International Security Remarks at the American Enterprise Institute, Washington, DC November 3, 2003; available at: http://stage.amicc.org/docs/Bolton11_3_03.pdf (visited on: 20 October 2009).

حق (که طبق ماده (vii)(b) ۸۰۲ اساسنامه دیوان جنایت جنگی محسوب می‌شود) جرم‌انگاری شده است.^{۵۷}

اخیراً نیز اقداماتی در جهت جرم‌انگاری جنایات جنگی در ایران صورت گرفته است. در تاریخ ۷ بهمن ۱۳۸۷ (۲۶ ژانویه ۲۰۰۹)، لایحه‌ای با عنوان «لایحه رسیدگی به جنایات بین‌المللی» در هیأت دولت ایران به تصویب رسید که براساس آن، ارتکاب عمدی کشتار، حمله نظامی، تخریب و ضبط گسترده و غیرقانونی اموال، اجبار اسرای جنگی یا اجبار اتباع دولت دشمن به شرکت در عملیات جنگی بر ضد کشور خود، گروگان‌گیری، هدایت حملات بر ضد مردم غیرنظامی یا اهداف غیرنظامی، سوءاستفاده از پرچم متارکه جنگ یا نشان‌ها و لباس‌های متحدالشکل دشمن یا سازمان ملل، غارت شهر یا محل، به کار بردن سموم یا سلاح‌های سمی، تحمیل گرسنگی به غیرنظامیان، تجاوزات جنسی و به‌کارگیری اجباری کودکان زیر ۱۵ سال در نیروهای مسلح حین مخاصمات مسلحانه علیه مناطق مسکونی، زیرساخت‌ها و منابع حیاتی، اموال یا اهداف غیرنظامی و یا اشخاصی که در مخاصمات مسلحانه شرکت ندارند، جنایت جنگی محسوب می‌شود.

۲. جنایت ژنوسید

آلمان با تصویب کد حقوق بین‌الملل کیفری در سال ۲۰۰۲، در بخش دوم به تعریف مستقل جنایت ژنوسید پرداخت.

انگلستان نیز با تصویب اساسنامه دیوان در ۴ اکتبر ۲۰۰۱، قانون دیوان بین‌المللی کیفری را در ۲۰۰۱ به تصویب رسانید و بدین‌وسیله قانون ژنوسید ۱۹۴۹ را نسخ کرد. قانون مزبور که دادگاه‌های این دولت را قادر به پاسخگویی به درخواست استرداد و تسلیم متهمین به دیوان بین‌المللی کیفری کرده و جنایات مذکور در اساسنامه را در مقررات داخلی وارد ساخته، در بخش پنجم خود مقرر می‌دارد: (۱) ارتکاب ژنوسید، جنایات علیه بشریت یا جنایات جنگی، جرم علیه قوانین داخلی انگلستان و ولز خواهد بود؛ (۲) این بخش درخصوص اعمالی اجرا می‌شود که (الف) در انگلستان یا ولز روی دهند، یا (ب) خارج از انگلستان اما توسط تبعه یا مقیم آن کشور روی دهند.

هلند در بخش ۱۹ قانون جرائم بین‌المللی خود، قانون اجرای کنوانسیون ژنوسید را از اول اکتبر ۲۰۰۳ منسوخ کرد. تعریف مذکور در این قانون نیز مشابه تعریف مذکور در قانون اجرای

۵۷. ماده ۱۲۷ قانون مجازات نیروهای مسلح مقرر می‌دارد: «هرنظامی که در زمان جنگ با دولتی که قرارداد ژنو مورخ ۱۹۴۹ را امضا نموده یا بعداً به آن ملحق شده است، پرچم یا بازوبند یا سایر علائم هلال احمر یا همدیف آن را در منطقه عملیات جنگی بدون حق علناً مورد استفاده قرار دهد، به حبس از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شود».

کنوانسیون است با این تفاوت که در قانون اخیر جمله «گروهی با ایدئولوژی زندگی خاص» حذف گردیده است.

در ایالات متحده امریکا به دلیل عدم تصویب اساسنامه، ژنوسید همچنان طبق قانون داخلی جرم‌انگاری شده است.

در جمهوری اسلامی ایران، در صورت تصویب و تأیید نهایی قانون «طرح نحوه رسیدگی به شکایات نسل‌کشی و ضد بشریت و تعدیات ناشی از نژادپرستی» مصوب ۱۳۸۱ مجلس شورای اسلامی در مجمع تشخیص مصلحت نظام، جنایت نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت جرم‌انگاری خواهد شد.^{۵۸} البته لازم به ذکر است که ایران در لایحه «رسیدگی به جنایات بین‌المللی» نیز جنایت نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت را جرم‌انگاری کرده است.^{۵۹}

بنابراین با تصویب اساسنامه از سوی دولت‌ها و اقدام به اجرایی کردن آن، تغییراتی در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی پدید آمد. حتی چنین تغییراتی را می‌توان در قوانین دول غیرعضو اساسنامه نیز مشاهده کرد. این اثر به‌ویژه در خصوص جنایات علیه بشریت محرز است.

۳. جنایت علیه بشریت

آلمان با تصویب کد حقوق بین‌الملل کیفری در سال ۲۰۰۲، در بخش دوم به تعریف مستقل جنایت علیه بشریت پرداخت. انگلستان نیز در قانون دیوان بین‌المللی کیفری ۲۰۰۱ جنایات علیه بشریت را که پیش از این از سابقه حقوقی برخوردار نبودند، جرم‌انگاری کرد.

قانونگذار بلژیک نیز طبق قانون ۲۵ می ۲۰۰۰ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را تصویب کرد، اگرچه پیش از تصویب اساسنامه نیز از تعریف جنایت علیه بشریت در قانون اصلاحی ۱۹۹۹ خود بهره‌مند شده بود.

۵۸. دو جرم از جرائم تحت صلاحیت دیوان یعنی نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت در ۱۳۸۱/۲/۲۹ تحت عنوان «طرح نحوه رسیدگی به شکایات جنایات نسل‌کشی و ضد بشریت و تعدیات ناشی از نژادپرستی»، البته با تغییرات زیاد نسبت به اساسنامه دیوان، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید؛ ولی در ۱۳۸۱/۳/۲۲ شورای نگهبان این طرح را با این اعلام نظر به مجلس شورای اسلامی برای رفع ابهام اعاده کرد که: «مواد ۳ (اعمال تشکیل‌دهنده جنایت نسل‌کشی) و ۴ (اعمال تشکیل‌دهنده جنایت ضد بشریت)، از جهات متعدد من جمله این که آیا جنبه حصری دارد یا خیر و آیا شامل گروه‌های غیرقانونی می‌شود یا خیر ابهام دارد. پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد».

۵۹. در صورت تصویب نهایی این لایحه، قوه قضاییه موظف است شعبه یا شعبی از دادسرا و دادگاه‌های کیفری استان تهران را برای رسیدگی به جنایات مندرج در این قانون اختصاص دهد که قضات این شعبه باید دارای تجربه و ترجیحاً دارای تخصص در حقوق کیفری یا حقوق بین‌الملل باشند. براساس این لایحه، علاوه بر موادی که به موجب قانون، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به جنایات بین‌المللی را دارند، پس از پیشنهاد دادستان کل کشور و موافقت رئیس قوه قضاییه، این جنایت در دادگاه تشکیل شده برای این منظور قابل رسیدگی است. همچنین مجازات‌های مقرر در این قانون غیرقابل تعلیق و تخفیف است و مشمول مرور زمان نخواهد شد.

در بخش ششم از قانون جرائم بین‌المللی ۲۰۰۳ هلند این جنایت دقیقاً پیرو تعریف مذکور در ماده ۷ اساسنامه دیوان آمده است. همچنان‌که اسپانیا نیز پس از امضای اساسنامه در ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۸، در سال ۲۰۰۳ جنایت علیه بشریت را در کد کیفری خویش وارد کرد. کد کیفری این کشور که در ماده ۶۰۷ خود این جنایت را جرم‌انگاری کرده بود، در سال ۲۰۰۴ لازم‌الاجرا شد. در استرالیا ماهوی‌ترین تغییری که پیرو تصویب دو قانون دیوان بین‌المللی کیفری ۲۰۰۲ و قانون دیوان بین‌المللی کیفری ۲۰۰۲ (اصلاحات بعدی) پدید آمد، اضافه کردن فصل هشتم در خصوص جنایات علیه بشریت بوده است.^{۶۰}

تفاوت جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در اساسنامه و مقررات دول عضو

وضع جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی مذکور در اساسنامه دیوان در همه کشورها به این صورت نبوده است که قواعد اساسنامه را در قالب طرح و ضمیمه وارد مقررات داخلی خود کرده باشند.^{۶۱} برخی کشورها تعاریف موسع‌تر و یا مضیق‌تری نسبت به دیوان در قوانین داخلی خود دارند و یا نسبت به برخی از جنایات اقدام به جرم‌انگاری نکرده‌اند.^{۶۲} درخصوص این تضییق یا توسیع، این استدلال وجود دارد که دولت‌ها در جریان اجرای اساسنامه دیوان باید به خصوصیات نظام‌های عدالت کیفری داخلی خویش نیز توجه داشته باشند؛ به‌گونه‌ای که این جریان به رویه‌هایی که تا پیش از آن برای مردم، دولت و یا کارمندان قضایی آشنا بوده، خللی وارد نیارد.^{۶۳} بنابراین، این نوع جرم‌انگاری‌ها ممکن است منطبق با اساسنامه و یا نسبت به آن مضیق یا موسع باشند. در هر صورت، چنین به نظر می‌رسد تعریف این‌گونه تعاریف متفاوت با اساسنامه دیوان بتواند در صورت محدود بودن نسبت به اساسنامه، منجر به غیرمایل یا غیرقادر جلوه دادن دول عضو و در نتیجه به احراز صلاحیت دیوان منجر گردد؛ اما در صورت موسع بودن نسبت به تعریف اساسنامه،

60. Gideon Boas, "An Overview of Implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court", 2 JICJ, 2004, p.186.

۶۱. در اینجا لازم به ذکر است که اگرچه تعاریف یکسان و مشابه با اساسنامه، مسأله‌ای برای دادگاه‌های ملی ایجاد نخواهند کرد، اما خطر زمانی وجود دارد که دادگاه‌های ملی اقدام به تفسیر این جرائم کنند. اگرچه همان جرائم و همان عبارات در قوانین داخلی وارد می‌شوند، اما تفسیر آن‌ها در عمل ممکن است موسع‌تر یا مضیق‌تر از تعریف جرائم در اساسنامه باشد. برای مثال، استرالیا در زمان تصویب اساسنامه دیوان اعلام نمود که «جرائم مذکور در مواد ۶، ۷ و ۸ اساسنامه به‌نحوی اعمال و تفسیر خواهند شد که منطبق با نحوه اجرای آن‌ها در حقوق داخلی استرالیا باشد»:

Ibid.

۶۲. چنان‌که در فرانسه و ترکیه جنایت جنگی اصلاً تعریف نشده و از جنایت علیه بشریت در قوانین کشورهایی چون ونزوئلا و کامبوج اثری به چشم نمی‌خورد. اگرچه ممکن است مصادیق این جنایات در قالب جرائم عادی در قوانین آن‌ها قابل مشاهده باشد.

63. Julio Bacio Terracino, "National Implementation of ICC Crimes", 5 JICJ, 2007, p.422 .

برخلاف جرم‌انگاری‌های عرفی و قراردادی در حقوق بین‌الملل کیفری هستند و اقدام بر مبنای این تعاریف موسع، نقض حاکمیت دیگر دولت‌ها تلقی می‌گردد.

تعاریف موسع‌تر یا مضیق‌تر از تعاریف دیوان در قوانین داخلی

۱. تعاریف موسع‌تر از تعاریف دیوان

برخی دولت‌ها در اعمال اساسنامه در قوانین داخلی خود، از تعاریفی موسع‌تر از تعریف دیوان استفاده کرده‌اند.^{۶۴} تحقیقات نشان داده که تعاریف مربوط به جنایات جنگی، بیش از دیگر جرائم توسعه یافته‌اند؛ چنان‌که برخی دولت‌ها جرائمی را در قانون داخلی خود آورده‌اند که در چارچوب ماده ۸ اساسنامه نیامده است. برای مثال، بوسنی و هرزگوین در قانون کیفری جدید خود اعمالی چون سلب اعتبار از ارز داخلی، انتشار غیرقانونی پول و تغییر تحمیلی مذهب یا تابعیت در زمان جنگ، مخاصمه مسلحانه یا اشغال را جنایت جنگی تلقی می‌کند.^{۶۵} قانون کیفری صربستان نیز به همین نحو سلب اعتبار از ارز داخلی را جرم جنگی می‌شمارد و جنایات جنگی علیه مجروحان و اسرای جنگی را به‌طور جداگانه در مواد ۳۷۳ و ۳۷۴ جرم‌انگاری می‌کند. آرژانتین^{۶۶} و آلمان^{۶۷} نیز با توسعه جنایات مذکور در ماده ۸ اساسنامه دیوان، به گرسنگی کشاندن غیرنظامیان به‌عنوان یک روش جنگی را جنایت جنگی تلقی کرده‌اند.

قانونگذار هلند نیز تعریف اساسنامه درخصوص جرائم جنگی را در مقررات داخلی خود رعایت نکرده است. برای مثال، قانون ۲۰۰۳ هلند قید محدودکننده اساسنامه، یعنی «به‌ویژه وقتی جرائم جنگی در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی یا در قالب ارتکاب گسترده چنین جرائمی صورت گرفته باشد»^{۶۸} را ندارد. بنابراین، اقدامات فردی جداگانه نیز طبق قانون هلند قابل تعقیب هستند. در این کشور، وقوع جرائم جنگی مبتنی بر سه منبع است: (۱) مقررات کنوانسیونها که دول عضو را به جرم‌انگاری رفتاری خاص ملزم می‌سازند؛ (۲) مقررات موجود در اساسنامه دیوان؛ (۳) سایر موارد که به قوانین و عرف در حال رشد جنگی اشاره دارند. بدین ترتیب در حقوق هلند، تعریف

۶۴. اگر دولت‌ها در عین توسیع دامنه تعریف جنایات بین‌المللی، از تعاریف شناخته شده در حقوق بین‌الملل عرفی فراتر روند، عملکرد آن‌ها می‌تواند خلاف اصل قانونی بودن تلقی شده، منجر به نقض حاکمیت دیگر دولت‌ها شود.

65. Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, March 2003, Art. 173(1)(d) and (f). available at: <http://www.iccnw.org/documents/criminal-code-of-bih.pdf>. (visited on: 24October2009).

66. Argentinean Law of Implementation of Rome Statue of the ICC, 13 Dec 2006, Art. 10; in: Julio Bacio Terracino, *op.cit.*, p. 427.

67. Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002, Sec.11(5). available at: <http://www.iccnw.org/documents/GermanCodeOfInternation4C1.pdf>. (visited on 20 October 2009).

۶۸. این قید را می‌توان حاکی از این دانست که دیوان بین‌المللی کیفری به دنبال تعقیب و محاکمه کسانی است که بیش‌ترین مسئولیت را دارند.

جرائم جنگی علاوه بر اساسنامه دیوان از دیگر معاهدات نظیر کنوانسیون‌های لاهه (۱۹۰۷)، کنوانسیون ایمنی پرسنل ملل متحد و سازمان‌های وابسته (۱۹۹۴) و کنوانسیون لاهه در حمایت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمه مسلحانه (۱۹۵۴) نیز ناشی می‌شود.^{۶۹} برای نمونه اساسنامه دیوان در بردارنده تعریف پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون لاهه درخصوص حمایت از اموال فرهنگی (۱۹۹۹) که مؤخر بر آن است نمی‌شود، درحالی‌که حقوق هلند در بردارنده این پروتکل است.

برخی دولت‌ها تعاریف موسعی از جنایت ژنوسید در قوانین داخلی خود دارند. غالب این تفاوت‌ها در خصوص تعریف گروه مورد حمایت یا گروه قربانی این جرم و تضییق یا توسیع دامنه این گروه در قوانین داخلی دولت‌ها است. برای مثال، قانون کیفری کانادا، اعمال ژنوسید را علیه یک گروه متمایز - (گروهی که از دیگر گروه‌ها به واسطه رنگ، نژاد، قومیت یا جنس متمایز می‌شود) - دانسته است، در حالی‌که کد کیفری فرانسه^{۷۰} معیار گروه مورد حمایت را اختیاری دانسته^{۷۱} و در نتیجه، دامنه حمایت خود را توسعه بخشیده است. آلبانی نیز وقوع این جنایت را علیه یک گروه سیاسی یا ایدئولوژیک ممکن می‌داند. اکوادور در ماده ۱۹ از پیش‌نویس قانون خود (۳ ژوئیه ۲۰۰۳) در ارتباط با تعریف «گروه مورد حمایت» تصریح می‌کند که این گروه می‌تواند سیاسی بوده و یا با معیار جنس، سن، بهداشت یا مذهب انتخاب شده باشد.^{۷۲}

تعریف جنایت علیه بشریت در ماده ۲۰ طرح پیشنهادی جمهوری کنگو^{۷۳} موسع‌تر از تعریف این جنایت در ماده ۷ اساسنامه است. شرط آگاهی از حمله‌ای که علیه یک جمعیت غیرنظامی هدف گرفته شده باشد، در قانون کنگو به‌عنوان شرط لازم برای ثبوت جنایت علیه بشریت شناخته نشده است. به‌علاوه بسیاری از اعمالی که طبق اساسنامه جنایت بین‌المللی به شمار می‌روند، در این طرح مفهوم موسع‌تری یافته‌اند.^{۷۴}

69. Göran Sluiter, "Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order", 2 JICJ, 2004, p.175.

۶۸. برای ملاحظه قانون رجوع کنید به:

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (visited on: 26October2009).

71. d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire.

72. Julio Bacio Terracino, *op.cit.*, p.425.

73. Loi modifiant et completant certaines dispositions du code penale, du code d'organisation et de la competence judiciaires, du code penal militaire et du code judiciaire militaire, en application du statut de la cour penale internationale (September 2005), available at: <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=46>.

74. Le Crimes Contre L'humanite Selon Le Droit Congolais Et Le Droit International, available at: <http://www.geocities.com/bureaupolitiquefsd/crimes.html>.

در ماده (۱) ۲ طرحی که سنای فرانسه برای اجرای اساسنامه دیوان به تصویب رسانیده، احراز جنایت علیه بشریت نیازمند وقوع یک حمله گسترده و سیستماتیک در جهت اجرای یک طرح است؛ در حالی که در ماده (۱) ۷ اساسنامه، آگاهی مرتکب از حمله نیز شرط وقوع این جرم است.^{۷۵} در بخش سوم از طرح قانونی کشور اکوادور نیز اعمال ارتكابی بدون این که در قالب یک حمله گسترده و سیستماتیک روی داده باشند میتوانند جنایت علیه بشریت به شمار آیند. چنین تعریفی به طور قابل ملاحظه دامنه این جنایت را توسعه خواهد بخشید.^{۷۶}

۲. تعاریف مضیق تر از تعاریف دیوان

برخی دولت‌ها که گام‌های مثبتی برای اجرای اساسنامه دیوان برداشته‌اند، در سیستم‌های کیفری خود تعاریف مضیق‌تری از جنایات بین‌المللی ارائه کرده‌اند. برای مثال، اگرچه بوسنی و هرزگوین دامنه جنایات جنگی را در مقررات خویش توسعه بخشیده است، ولی از سوی دیگر به هیچ‌وجه به جرم‌انگاری استفاده از کودکان در مخاصمه مسلحانه اشاره نکرده است. از سوی دیگر، وقتی دولت‌ها با عدم وضع قوانین جدید در زمینه جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی، همچنان بر قوانین سابق خود که مضیق‌تر از مقررات اساسنامه است، اتکا می‌کنند، باز هم وضعیت این چنین خواهد بود. برای مثال، تعریفی که قانون فرانسه در ماده (۱) ۲۱۲ کد کیفری خود از جنایت علیه بشریت ارائه می‌دهد شامل نابودی، حبس، محرومیت شدید از آزادی فیزیکی، تجاوز به عنف، جرائم جنسی، آزار و نژادپرستی که همگی در اساسنامه دیوان به عنوان جنایت علیه بشریت شناخته شده‌اند، نمی‌شود.^{۷۷}

در عین حال در فرانسه در خصوص جنایت ژنوسید، اگرچه دامنه تعریف گروه مورد حمایت توسعه یافته است، اما یک شرط اضافی نیز برای وقوع این جنایت در نظر گرفته شده که عملاً دامنه ثبوت این جرم را کاهش می‌دهد. جنایت ژنوسید در این کشور در صورتی واقع فرض

75. Maurice Hartmann, La coopération avec la Cour pénale internationale, Etude comparative des régimes de coopération allemand et français (15 mars 2009) ; available at: <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/cji/index.php/post/2009/03/15/La-cooperation-avec-la-Cour-penale-internationale-Etude-comparative-des-regimes-de-cooperation-allemand-et-francais>.

76. Julio Bacio Terracino, *op.cit.*, p. 425.

۷۷. با این حال لازم به ذکر است که پیش‌نویس فرانسوی مقررات اجرایی اساسنامه دیوان برای حل این مسأله، تمامی این موارد را به این ماده اضافه کرده است:

Avant-Projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour Pénal International et modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de Justice militaire, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et du code de procédure pénal, art.1: http://www.fidh.org/IMG/pdf/gaj_compuniverselle_2005f.pdf.

می‌شود که بخشی از یک «طرح هماهنگ»^{۷۸} بوده باشد. در آلبانی نیز دامنه جنایت ژنوسید در ماده ۷۴ مضیق‌تر از اساسنامه دیوان است.

تأثیر جرم‌انگاری‌های متفاوت دول عضو در احراز صلاحیت دیوان

چنان‌که در بند ۱۰ مقدمه و ماده ۱ اساسنامه دیوان آمده، این مرجع مکمل دادگاه‌های ملی است. ماده ۱۷ اساسنامه دیوان نیز تصریح می‌کند که تحت چه شرایطی دیوان نمی‌تواند یک پرونده را بپذیرد.^{۷۹} این ماده مقرر می‌دارد: «...موضوع زمانی غیرقابل رسیدگی است که: (۱) پرونده توسط دولتی که بر آن صلاحیت دارد، در حال تحقیق و تعقیب باشد، مگر این‌که دولت صالح به‌طور واقعی نسبت به انجام تحقیق یا تعقیب مایل یا قادر نباشد؛ (۲) پرونده توسط دولت صالح مورد تحقیق قرار گرفته باشد و آن دولت تصمیم به عدم تعقیب فرد بگیرد، مگر این‌که این تصمیم ناشی از عدم تمایل یا ناتوانی آن بر پیگرد باشد...». بدین ترتیب در پرونده‌هایی که مطابق ماده ۱۷ اساسنامه قابل رسیدگی در دیوان هستند، دیوان صلاحیت تکمیلی خود را اعمال خواهد کرد. حال باید دید آیا زمانی که به دلیل فقدان یا تضییق مقررات داخلی، یک دولت، فرد متهم به جنایات بین‌المللی را تعقیب نمی‌کند، دیوان می‌تواند پرونده را بپذیرد؟

برای تعیین عدم تمایل یک دولت، دیوان باید درخصوص نظام دادرسی‌های داخلی آن دولت قضاوت نماید. تعیین این عدم تمایل در هر پرونده و به صورت جداگانه، هم دشوار و هم به لحاظ سیاسی حساس است؛ چه ممکن است دولت آن را اتهامی علیه خود تلقی کرده، به آن اعتراض کند.

برخی از نویسندگان عدم جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی مذکور در اساسنامه دیوان در حقوق داخلی را برابر با عدم تمایل یک دولت به تعقیب دانسته‌اند.^{۸۰} در وهله اول ممکن است استدلال شود که این واقعیت صرف که یک دولت تعاریف منطبق با اساسنامه دیوان را در

78. en exécution d'un plan concerté

۸۰. شایسته ذکر است که در این مقرره، دیوان متفاوت از سایر دادگاه‌های بین‌المللی گام برداشته است؛ چنان‌که در اسناد دیگر دادگاه‌های بین‌المللی مانند دادگاه اروپایی حقوق بشر (ماده ۳۵) و یا دادگاه بین‌امریکایی حقوق بشر (ماده ۶۱) معیارهایی برای قابل پذیرش بودن دعوا طرح گردیده است ولی در اساسنامه، معیارهای عدم پذیرش دعوا ذکر گردیده است. به عبارت دیگر در دیوان برخلاف سایر دادگاه‌های بین‌المللی، اصل بر عدم پذیرش دعوا است. برای ملاحظه این اسناد رجوع کنید به:

Rules of European Court of Human Rights: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf>. Statute of the Inter-American Court on Human Rights [in force 1 January 1997]: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic17.htm>. (visited on: 24 October 2009).
80. Bruce Broomehall, The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation, in Cherief Bassiouni, ICC Ratification and National Implementing Legislation, 14 quarter Nouvelles Etudes Pénales, 1999, p.149.

تأثیر تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری ... ❖ ۱۶۳

مقررات داخلی خود نیاورده، می‌تواند حاکی از این باشد که آن دولت به‌طور واقعی غیرمایل در حقوق داخلی دولت مزبور به تعقیب یا ناتوان از آن است.^{۸۱} طبق این استدلال، ارزیابی عدم تمایل یک دولت از طریق ارزیابی نحوه داخلی کردن مقررات اساسنامه صورت خواهد پذیرفت، نه از طریق بررسی رسیدگی‌های داخلی.

اما این استدلال به دو دلیل قابل پذیرش نیست: اول آن که ماده ۱۷ اساسنامه به تحقیق و تعقیب در دادگاه‌های ملی اشاره دارد، نه صرف مقررات داخلی؛ چنان که بند ۲ این ماده نیز تصریح می‌کند که دیوان در تعیین عدم تمایل، به دنبال دلایلی می‌گردد که حاکی از تحقیق یا تعقیب صوری در «پرونده مورد بحث» باشد. این بدان معنا است که دیوان نمی‌تواند بدون وجود هیچ قید و شرطی و به‌طور موسع و با هر اماره‌ای، دولت را در تعقیب و تحقیق غیرمایل بداند. بدین ترتیب حتی اگر چنین عدم تمایلی از سوی یک دولت وجود داشته باشد، دیوان باید به دنبال مدارک مؤید این امر در هر پرونده به صورت جداگانه باشد. دلیل دیگر آن که دولت‌ها برای تعریف مضیق و یا عدم تعریف جنایات مذکور در دیوان ممکن است دلایل متعددی داشته باشند. برای مثال، یک دولت در جرم‌انگاری قوانین باید به ویژگی‌های سیستم قضایی، کارمندان و به‌ویژه دیدگاه مردمی توجه داشته باشد. بنابراین دشوار است که به‌طور قطع گفته شود تعریف متفاوت و یا عدم تعریف و جرم‌انگاری جرائم اساسنامه از سوی یک دولت، برای حمایت از فرد در برابر مسئولیت کیفری بوده است.

درخصوص این که آیا این تعاریف متفاوت (در اصل تعاریف مضیق نسبت به اساسنامه) و یا عدم تعریف و جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی اساسنامه در قوانین داخلی یک دولت می‌تواند منجر به ناتوان تلقی کردن آن دولت شود، باید گفت اگر دولت نتواند متهم را دستگیر کند یا مدارک لازم را به‌دست آورد و یا با اضمحلال کلی یا اساسی^{۸۲} یا نبود نظام قضایی^{۸۳} مواجه شده باشد، ناتوان تلقی می‌شود.^{۸۴} بنابراین، دو عنصر در ناتوان تلقی شدن دولت نقش دارند: (۱) اضمحلال نظام قضایی داخلی، یا (۲) فقدان نظام قضایی داخلی.

اضمحلال نظام قضایی به موقعیتی اطلاق می‌شود که دولت به دلیل جنگ داخلی و یا بلایای طبیعی یا هر حادثه دیگر که موجب اختلال عمومی می‌شود، دچار هرج و مرج و بی‌نظمی کامل

81. Darryl Robinson, The Rome Statute and its Impact on National Law, in Antonio Cassese, The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary (Oxford University Press, 2002), p.1862.

82. total or substantial collapse

83. unavailability of judicial system

84. Art.17(3) of ICC statute.

شده است.^{۸۵} بنابراین در این حالت دولت نمی‌تواند به‌طور معمول وظایف خویش را به انجام برساند. اما درخصوص تعریف فقدان نظام قضایی، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند برخلاف مفهوم مشخص اضمحلال، می‌توان تعریف موسعی از فقدان نظام قضایی ارائه کرد، به‌نحوی که شامل کمبود یا فقدان مقررات کیفری داخلی نیز بشود،^{۸۶} چنان که فقدان - و یا تضییق - مقررات ماهوی و شکلی داخلی نیز می‌توانند نمونه‌ای برای قید اخیر به شمار آیند.^{۸۷}

بنابراین اگرچه ممکن است در غیرمایل بودن دول عضو اساسنامه نسبت به تعقیب و محاکمه جنایتکاران بین‌المللی، به دلیل جرم‌انگاری ناقص و یا عدم جرم‌انگاری در قوانین داخلی ایشان تردید وجود داشته باشد، اما چنین به نظر می‌رسد که چنین وضعیتی بتواند به غیرقادر تلقی شدن دولت منجر شده، پرونده را نزد دیوان قابل رسیدگی سازد و در نتیجه، رغبت دولت‌ها را برای تجدیدنظر در خصوص جرم‌انگاری کامل این جنایات در قوانین داخلی خود افزایش دهد.

موقعیت متفاوت دیگر زمانی است که کشوری به قوانین عادی خود اکتفا کرده، جنایات بین‌المللی را تحت شمول آن‌ها می‌داند. در این زمینه باید گفت اگرچه تحقیق و تعقیب بر مبنای جرائم عادی، به‌طور خودکار نمی‌تواند پرونده را در حضور دیوان قابل قبول سازد، اما احتمال زیادی برای این امر وجود خواهد داشت.^{۸۸} در واقع، مقررات عادی دامنه محدودتری نسبت به اساسنامه را در بر خواهد داشت و مجازات آن‌ها به قدر کافی حاکی از شدت جرائم مذکور در چارچوب صلاحیت دیوان نخواهند بود. به‌علاوه، حتی اگر مجازات‌های موجود به قدر کافی شدید باشند، تعقیب طبق مقررات عادی، مشمول همه محدودیتهایی خواهد بود که بر سایر جرائم عادی می‌شود (نظیر مرور زمان، دفاعیات، کیفیات مخففه، عدم اعمال صلاحیت جهانی و ...).

به این دلایل اگر رسیدگی‌های داخلی بر مبنای جرائم عادی، به قصد حفاظت از متهم در برابر مسئولیت کیفری باشد و یا با قصد محاکمه وی سازگار نباشد، ممکن است دولت‌ها مایل به تحقیق یا تعقیب شناخته نشوند. اگرچه در اساسنامه چنین تصریحی وجود ندارد، اما برخی^{۸۹}

85. M.H. Arsanjani, Reflections on the jurisdiction and trigger mechanism of International Criminal Court, in H. Von Hebel et al.(eds), Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honor of Adrian Bos (T.M.C. Asser Press, 1999), p.70.

86. Group of Expert, ICC-Office of the Prosecutor, The Principle of Complementary in Practice, Annex, 2003, p.15; available at: www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf. (visited on: 20 October 2009).

87. Jann Kleffner, "The Impact of Complementary on National and International Criminal Law", 1 JICJ, 2003, p.89.

88. Julio Bacio Terracino, *op.cit*, p.497.

89. *Ibid*.

معتقدند عدم پذیرش و رد «رویه جرائم عادی» تعهدی است که به‌طور ضمنی از ماده ۱۷ و بند ۳ ماده ۲۰ اساسنامه قابل برداشت است.^{۹۰}

در واقع این‌که برخی دولت‌ها وجود قوانین کیفری عادی خود را برای تعقیب جنایات بین‌المللی کافی بدانند، منجر به غیرمایل جلوه دادن ایشان گردیده و در نتیجه، دیوان صلاحیت تکمیلی خود را در این زمینه و چه بسا بر جرمی که در قلمرو آن‌ها، یا توسط تبعه آن‌ها و یا علیه اتباع آن‌ها روی داده، اعمال خواهد کرد. از سویی با توجه به این‌که شمار دولت‌هایی که چنین رویه‌ای را پیش گرفته‌اند، بالا است، این امر تعداد پرونده‌هایی را که بر مبنای صلاحیت تکمیلی، نزد دیوان قابل رسیدگی هستند افزایش خواهد داد.

تأثیر تصویب اساسنامه در وضع صلاحیت جهانی بر جنایات بین‌المللی از سوی دولت‌ها

صرف‌نظر از معیارهای سنتی اعمال صلاحیت کیفری از سوی دولت‌ها برای تعقیب و محاکمه جنایتکاران، نظیر معیار سرزمینی (صلاحیت دولت محل وقوع جرم)، معیار شخصی (صلاحیت دولت متبوع متهم یا قربانی) و معیار حمایتی (صلاحیت دولت برای حمایت از منافع و امنیت ملی)، معیار دیگری نیز برای اعمال صلاحیت کیفری وجود دارد که بدون نیاز به وجود رابطه‌ای بین جرم و دولت اعمال‌کننده صلاحیت، قابل اعمال است: «معیار صلاحیت جهانی».

اصل صلاحیت جهانی، اصلی ثانوی و فرعی بوده، به‌منظور تکمیل هر صلاحیت کیفری اجرا نشده و رفع خلأ ناشی از عدم اعمال صلاحیت‌های اولیه، به‌ویژه اصل صلاحیت سرزمینی به وجود آمده است؛^{۹۱} به‌گونه‌ای که اصل مورد بحث را صلاحیتی ناشی از اهمال یا عدم ایفای تعهد می‌دانند^{۹۲} و تنها در صورتی قابل اعمال است که دیگر دولت‌ها که از اصول اولیه صلاحیتی برخوردار هستند، در اقدام به تعقیب قصور ورزند و یا به‌دلیل تزلزل یا فساد نظام حقوقی آن‌ها، اجرای شایسته اصول صلاحیتی اولیه مقدور نباشد. بنابراین با وجود ماهیت تکمیلی و فرعی برای صلاحیت جهانی نمی‌توان دامنه اعمال آن را بر جرائم وسیع پنداشت. جرائمی که مشمول این معیار صلاحیتی قرار می‌گیرند باید جرائمی باشند که به منافع حیاتی بین‌المللی لطمه می‌زنند، امنیت و بنیان جامعه بین‌المللی را در معرض خطر قرار می‌دهند و ارزش‌های اخلاقی جهانی و

۹۰. ماده (۳) ۲۰ اساسنامه رم مقرر می‌دارد: وقتی تعقیب‌های داخلی به قصد حفاظت متهم از مسئولیت کیفری برای جرائم مذکور در اساسنامه باشد، اصل منع مجازات مضاعف، مانع از اعمال صلاحیت از سوی دیوان نخواهد بود.

۹۱. خالقی، علی، «محتوا و جایگاه قاعده منع محاکمه مجدد در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، چاپ اول (انتشارات سمت، ۱۳۸۳)، ص ۴۳۲.

92. Antonio Cassese, "Is the Bell Tolling for Universality", JICJ, 2003, p.593.

اصول بشردوستانه‌ای را که در نظام‌های حقوق کیفری ملل متمدن پذیرفته شده‌اند نقض می‌کنند.

کد پیش‌نویس جرائم علیه صلح و امنیت بشری توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل (۱۹۹۶) در مواد ۶ تا ۸ خود، اعمال چنین صلاحیتی را صرفاً محدود به جنایت ژنوسید، جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت و جرائمی که به همین میزان شنیع هستند، می‌کند.^{۹۳} با توجه به رویه قضایی دولت‌ها نیز می‌توان گفت تا این مرحله از توسعه حقوق بین‌الملل، دامنه اعمال صلاحیت جهانی محدود به دزدی دریایی و جنایت ژنوسید، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی و شکنجه است.^{۹۴}

تصویب اساسنامه بین‌المللی، همچنان که موجب ترغیب دولت‌ها در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی خود گردید، دامنه وضع و اعمال صلاحیت جهانی را نیز بین دولت‌ها توسعه بخشید.

۱. وضع قوانین صلاحیت جهانی پیش از تصویب اساسنامه

مسلماً صلاحیت جهانی رایج در قوانین داخلی دولت‌ها از نوع مشروط است ولی تا پیش از تصویب اساسنامه دیوان، حتی همین صلاحیت مشروط بر برخی جرائم بین‌المللی اعمال نمی‌شد، چه همان‌طور که ملاحظه شد در مواردی، جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی ناقص بود و امکان تعقیب و محاکمه مرتکبان را فراهم نمی‌آورد؛^{۹۵} چنان‌که آلمان در بخش (۹) ۶ از کد کیفری خود اعمال صلاحیت جهانی از سوی دادگاه‌های داخلی‌اش را تنها درخصوص نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو مجاز می‌شمرد، مشروط بر این‌که تعهدی طبق یک معاهده بین‌المللی

۹۳. جرم شکنجه - هرگاه به‌صورت گسترده ارتکاب یابد - که در اساسنامه از مصادیق جنایت علیه بشریت به شمار می‌رود، به‌عنوان یک جرم مستقل طبق کنوانسیون منع شکنجه در دامنه شمول این اصل قرار گرفته است.

۹۴. در برخی موارد نیز از احتمال تسری این صلاحیت به برخی اقدامات تروریستی سخن رفته است : Restatement (Third) Foreign Relations Law of the Unite States , para 404 .

فراتر از این، دیوان استیناف ایالات متحده آمریکا در ۴ آوریل ۲۰۰۳ در پرونده US v. Ramzi Ahmed Yousef and Others اعلام کرد که جرم تروریسم می‌تواند موضوع صلاحیت جهانی باشد. با این همه، علت این‌که این دیوان اعمال صلاحیت جهانی بر این جرم را رد کرد، ماهیت غیرقطعی این جرم بود: <http://uniset.ca/other/cs5/327F3d56.html> (visited on: 20 October 2009).

۹۵. حتی اگر حقوق داخلی یک کشور، اصل صلاحیت جهانی را اصلی بداند که به وی اجازه اعمال صلاحیت بر یک جرم را می‌دهد، در عمل لازم است آن جرم در حقوق داخلی تعریف شود:

Rosalyn Higgins, Problem and Process: International Law and How to Use It (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 59.

الزام آور برای آلمان به وجود آمده باشد.^{۹۶} اعمال این صلاحیت، مشروط به حضور متهم در قلمرو آلمان یا هر رابطه قانونی دیگر بین جرم ارتكابی توسط بیگانه و آلمان بود؛ چنان که در پرونده ماکسیم سوکولویچ^{۹۷ ۹۸} دادگاه منطقه‌ای دوسلدورف، به لزوم وجود یک رابطه نزدیک بین متهم و دولت رسیدگی کننده اشاره کرد، اما دیوان عالی فدرال (پیرو درخواست استیناف متهم) در خصوص این مسأله سکوت کرد.

در انگلستان نیز تا پیش از تصویب اساسنامه دیوان، امکان اعمال صلاحیت جهانی تنها بر جرم شکنجه^{۹۹} و نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول^{۱۰۰} مقدور بود. به عبارت دیگر مبنای معاهداتی صلاحیت جهانی در خصوص این کشور هم به چشم می‌خورد، چنان که در این کشور نیز اعمال صلاحیت جهانی تنها در صورت وجود یک تعهد بین‌المللی، نظیر آنچه در خصوص کنوانسیون‌های ژنو وجود دارد، ممکن بود. بنابراین با توجه به عدم وجود کنوانسیون خاصی که دربردارنده جنایت علیه بشریت باشد و نیز با توجه به عدم درج صلاحیت جهانی در کنوانسیون ژنوسید، شگفت نبود که در حقوق انگلستان جایی برای اعمال این صلاحیت بر این جنایات نباشد.

در هلند^{۱۰۱} در خصوص جنایات بین‌المللی، قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۵۲ برای جنایات جنگی، قانون ۱۹۶۴ برای جرم ژنوسید و در نهایت قانون ۱۹۸۸ برای جرم شکنجه وافی به مقصود بود و در خصوص اعمال صلاحیت جهانی بر جنایت علیه بشریت قانونی وجود نداشت.

96. Criminal Code of the Federal Republic of Germany, Section 6(9): Acts Abroad Against Internationally Protected Legal Interests. available at: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28> (visited on: 24 October 2009).

97. Maksim Sokolovic.

98. برای ملاحظه خلاصه پرونده رجوع کنید به:

www.trial-chorg/trial-watch/profile/db/facts/maksim_sokolovic_139.htm

99. بخش ۱۳۴ قانون عدالت کیفری ۱۹۸۸ (The Criminal Justice Act 1988). برای ملاحظه قانون رجوع کنید به: http://www.logiclaw.co.uk/Acts/crimjust1988/crimjust1988/www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880033_en_1.htm (visited on: 24 October 2009).

۱۰۰. قانون کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۵۷ (Geneva Conventions Act 1957). برای ملاحظه قانون رجوع کنید به: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/gca1957208/ (visited on: 24 October 2009)

۱۰۱. کد کیفری کشور هلند در خصوص جرائمی چون دزدی دریایی و جعل پول رایج به دادگاهها اجازه می‌دهد صلاحیت جهانی خود را اعمال کنند. به همین ترتیب در این کد به دادگاه‌های هلند اجازه داده شده که بر جرائم ناشی از تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز اعمال صلاحیت جهانی داشته باشند و از آن‌جا که در غالب این کنوانسیونها (مانند کنوانسیون منع اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوانوردی ۱۹۷۱ و کنوانسیون منع اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی ۱۹۸۸ و پروتکل آن) شرط حضور متهم در قلمرو دولت رسیدگی کننده وجود دارد، پیش‌بینی این صلاحیت در هلند، مقید به حضور متهم بوده است. برای ملاحظه قانون رجوع کنید به:

<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwened.htm> (visited on: 20 October 2009).

سابقاً در حقوق ایالات متحده امریکا صلاحیت جهانی تنها به دزدی دریایی در دریای آزاد محدود بوده است، اما دامنه این جرائم به آنچه «گروه جرائم بین‌المللی» خوانده می‌شد، تسری یافت. ماده ۴۰۴ مجموعه تفسیر قانون روابط خارجی (۱۹۸۶) با عنوان صلاحیت جهانی برای مجازات جرائم خاص، جرائمی مانند دزدی دریایی، تجارت برده، حمله به هواپیما، هواپیماربابی، نسل‌کشی، جنایات جنگی و برخی اعمال تروریستی را مشمول اصل مزبور قرار داده است. کنگره امریکا نیز با تصویب قوانینی در این خصوص، شمول این اصل را به جرائم مربوط به تسهیلات هواپیمایی و فرودگاه و شکنجه خارج از کشور، توسعه داده است. همچنین عمل «ربودن اشخاص» - اگر جنایت علیه بشریت تلقی نشود - اخیراً به موجب کنوانسیون امریکایی ناظر بر ربودن اشخاص، تحت عنوان یکی از جرائم مشمول صلاحیت جهانی قرار گرفته است.^{۱۰۲}

ماده ۸ قانون مجازات اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «در مورد جرائمی که به موجب قانون خاص یا عهود بین‌المللی مرتکب در هر کشوری که به‌دست آید محاکمه می‌شود، اگر در ایران دستگیر شد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات خواهد شد». بدین ترتیب قانونگذار ایرانی در سال ۱۳۷۰ در یک اصل کلی، صلاحیت جهانی دادگاه‌های کشورمان را با عبارات مذکور مورد شناسایی قرار داده است. در این ماده، سه شرط برای محاکمه و مجازات متهم در ایران لازم است. نخست این که قانون خاص یا عهود بین‌المللی چنین اجازه‌ای را داده باشند؛ دوم دستگیری مرتکب در ایران و سوم، مجرمانه بودن عمل برطبق قانون ایران؛ چه عبارت «طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات خواهد شد» مفید همین معنا است.

به نظر می‌رسد از نکات قابل بحث در این ماده این باشد که قانون خاصی که به جرم‌انگاری عمل می‌پردازد، بایست تعریفی منطبق با حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی ارائه کرده باشد و در غیر این صورت اقدام بر مبنای این قانون ممکن است منجر به تنش‌های بین‌المللی و اختلاف بین دولت‌ها گردد.

۱۰۲. ایالات متحده امریکا به سیستم حقوقی کامن‌لا و تعلق دارد و طبق این سیستم «جرم به‌طور کلی داخلی و سرزمینی است». با این حال، سیستم حقوقی این کشور با نگرش قضایی جدید، بیش از پیش ادعای صلاحیت فراسرزمینی دارد. بررسی رویه و عملکرد دادگاه‌های امریکا نیز حاکی از این است که این کشور در همه حال، صلاحیت خود را بیش‌تر بر پایه حمایت از منافع خویش قرار داده است تا صلاحیت جهانی واقعی. رجوع کنید به: فروغی، فضل‌ا...، مطالعه تطبیقی اصل صلاحیت جهانی در حقوق آلمان و امریکا، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۲ (تابستان ۱۳۸۷)، ص، ۲۸۳-۲۶۱.

۲. پس از تصویب اساسنامه

پس از پرونده پینوشه که مشروعیت تازه‌ای به سلاح قدیمی مبارزه با بی‌کیفری (صلاحیت جهانی) بخشید و منجر به تمایل بیش‌تر دولت‌ها در رسیدگی به جنایات بین‌المللی گردید، تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری موجب شد تا قانونگذاران ملی در جهت اصلاح مقررات حاوی صلاحیت جهانی برآیند یا برای اولین بار این صلاحیت را در قوانین داخلی خود درج کنند. کشورهایی چون آرژانتین، استرالیا، آلمان، کانادا، نیوزیلند، غنا، نروژ، سنگال، افریقای جنوبی، سوئد و سوئیس مقررات اجرایی را درخصوص صلاحیت جهانی بر جرائم مذکور در اساسنامه وضع کرده‌اند. اما در اتریش و دانمارک که اعمال صلاحیت جهانی موکول به موارد تعهدات قراردادی است و در نتیجه صرفاً شامل نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو و شکنجه می‌شود، در مورد اعمال این صلاحیت بر ژنوسید و جنایت علیه بشریت مقرر صریحی وجود ندارد. در نتیجه برای اعمال صلاحیت در این موارد باید به موادی از کدهای کیفری ایشان رجوع کرد که درباره اعمال صلاحیت بر جرائم ارتكابی در کشور دیگر و توسط تبعه بیگانه باشد.^{۱۰۳} ایتالیا نیز وضعیت مشابهی دارد؛ چه در این کشور نیز معیار صلاحیت جهانی در ماده ۷ کد کیفری ۱۹۳۱ پیش‌بینی شده است و به آن دسته از کنوانسیون‌های بین‌المللی ارجاع می‌دهد که نیازمند تمهیدات اجرایی داخلی هستند و در حال حاضر این ماده بر جنایات جنگی، شکنجه و تروریسم اعمال می‌شود. بنابراین در صورت وقوع جنایت علیه بشریت و ژنوسید، حقوق ایتالیا از اعمال صلاحیت جهانی بر آن‌ها برخوردار نیست. اعمال محدود صلاحیت جهانی در این کشور از طریق کد نظامی زمان جنگ (اصلاحی ۲۰۰۲) نیز پیش‌بینی شده است که ضمن تعریف برخی جرائم جنگی که نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو به شمار می‌روند، اعمال صلاحیت را بر پرسنل نظامی و دیگر اعضای ارتش دشمن نیز ممکن می‌داند.

۱۰۳. برای مثال می‌توان به ماده (۲/۱) ۶۵ در کد کیفری اتریش اشاره کرد که اعمال صلاحیت دادگاه‌های اتریش بر تبعه بیگانه را در صورتی مجاز می‌داند که: (۱) متهم در قلمرو اتریش حضور داشته باشد؛ (۲) استرداد وی به دلیل ماهیت یا نوع جرم مقدور نباشد. لازم به ذکر است که دیوان عالی اتریش از این ماده برای محاکمه یک صرب بوسنیایی (dusko cvjetkovic) به اتهام ژنوسید سود جسته است. در دانمارک نیز طبق بخش ۸(۵) کد کیفری می‌توان این جنایات با افتاده را مورد تعقیب قرار داد که صلاحیت جهانی دادگاه‌های دانمارکی را بر اعمالی مستقر می‌دانند که در حقوق داخلی جرم‌انگاری شده و مجازات آن‌ها بیش از یکسال حبس باشد. به علاوه، اعمال ارتكابی از این نوع باید در کشورهای محل وقوع نیز جرم‌انگاری شده، استرداد متهم نیز به دیگر کشورها رد شده باشد:

Safinaz Jadali, Les Etats et la mise en œuvre du Principe Compétence Universelle : Vers Une Répression sans Frontière ?, Thèse pour le Doctorat en Droit International, Université Robert Schuman – Strasbourg(2008), p. 158.

آنچه از عملکرد دولت‌ها پس از تصویب اساسنامه دیوان برمی‌آید این است که قید ماهیت تکمیلی دیوان در ماده ۱۷ اساسنامه، به‌طور غیرمستقیم دولت‌ها را دعوت می‌کند تا به اصلاح قوانین داخلی خود بپردازند و طی آن دادگاه‌های‌شان را نسبت به جنایات بین‌المللی مذکور در اساسنامه صالح سازند.

اگرچه در این راستا ماده ۱۷ هیچ تعهدی برای دول عضو به همراه ندارد، اما نتیجه منطقی که از تکمیلی بودن صلاحیت دیوان حاصل می‌شود در کنار بند ۴ مقدمه دیوان که وظیفه رسیدگی به جنایات بین‌المللی را بدواً بر عهده دولت‌ها می‌گذارد، در عمل، موجب اقدام دولت‌ها در جهت اصلاح قوانین داخلی خود در خصوص جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی و نیز اعمال صلاحیت جهانی بر آن‌ها خواهد شد. تأثیر تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر قواعد صلاحیت جهانی کشورها را از یک‌سو می‌توان رفع نقص و پراکندگی قوانین داخلی در مورد صلاحیت جهانی و از سوی دیگر، ترغیب دولت‌ها به اعمال صلاحیت جهانی دانست.

الف) رفع نقص و پراکندگی قوانین داخلی در خصوص صلاحیت جهانی

پس از تصویب اساسنامه، برخی کشورها با وضع مقرراتی برای وارد کردن مقررات اساسنامه در قوانین داخلی خود، نسبت به جرم‌انگاری برخی جرائم که تا پیش از آن در قوانین داخلی مهجور مانده بودند (نظیر جنایات علیه بشریت)، اقدام کردند و طی این جرم‌انگاری، صلاحیت جهانی خویش را نیز بر آن‌ها مورد شناسایی قرار دادند.^{۱۰۴}

تصویب اساسنامه علاوه بر رفع نقص در قوانین داخلی دولت‌ها درباره جرم‌انگاری برخی جنایات بین‌المللی، پراکندگی موجود در این قوانین را در اعمال صلاحیت جهانی اصلاح کرد. بنابراین، اگر قبلاً برای استناد به صلاحیت جهانی بر هریک از جنایات، قانون جداگانه‌ای وضع گردیده بود و یا قانون خاصی وجود نداشت و کشورها با رجوع به کدهای کیفری خود و جرائم عادی مذکور در آن‌ها، اقدام به اعمال این صلاحیت می‌کردند، اکنون با تصویب یک قانون جامع در خصوص جنایات بین‌المللی و اعمال صلاحیت جهانی بر آن‌ها، مشکل پراکندگی این جنایات

۱۰۴. در این زمینه می‌توان به تصویب قانون دیوان بین‌المللی کیفری استرالیا ۲۰۰۲، قانون جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت کانادا، کد جرائم علیه حقوق بین‌الملل آلمان، و قانون دیوان بین‌المللی کیفری انگلستان ۲۰۰۱ اشاره کرد. برای ملاحظه قوانین رجوع کنید به:

International Criminal Court Act of Australia (2002): www.iccnw.org/documents/AustraliaICCActNo41.2002.pdf. Crimes Against Humanity and War Crimes Act: www.iccnw.org/documents/Canada.CrAgH.WcrEng.pdf. Code of Crimes against International Law: www.iccnw.org/documents/GermanCodeofInternation4C1.pdf. The United Kingdom International Criminal Court Act 2001: www.iccnw.org/documents/UK.icc.Act.2001.pdf. (All visited on: 24 October 2009).

در قوانین داخلی رفع گردیده است؛ چنان که آلمان با تصویب کد حقوق بین الملل کیفری در سال ۲۰۰۲، در بخش دوم این کد علاوه بر جرم‌انگاری تمام جنایات مذکور در اساسنامه، به صورت یکجا امکان اعمال صلاحیت جهانی دادگاه‌های آلمان را بر آن‌ها پیش‌بینی کرد.^{۱۰۵} انگلستان نیز با تصویب قانون دیوان بین‌المللی کیفری، بر خلاف سابق، اعمال صلاحیت جهانی بر ژنوسید و جنایت علیه بشریت را صریحاً مقرر کرد. همچنین هلند با تصویب قانون ۱۹ ژوئن ۲۰۰۳ در ارتباط با جرائم بین‌المللی، صلاحیت جهانی دادگاه‌های خود را بر ژنوسید (ماده ۳)، جنایت علیه بشریت (ماده ۴) که قبلاً موضوع اعمال صلاحیت دادگاه‌ها نبود، جنایات جنگی (ماده ۵) و شکنجه (ماده ۸) مستقر کرد.

ب) ترغیب دولتها به اعمال صلاحیت جهانی

اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای تضمین هرچه بیش‌تر مبارزه با بی‌کیفری، در مقدمه خود مبارزه با این جرائم را که تهدید علیه صلح و امنیت جهان به شمار می‌روند وظیفه همه دولتها دانسته، آن‌ها را به اعمال صلاحیت کیفری خویش بر این جنایات ملزم می‌سازد. در واقع از نگاه دولتهای عضو اساسنامه، این یک انتظار معقول است که دیوان نباید پرونده‌های زیادی برای رسیدگی داشته باشد و این امر در ضمن اصل صلاحیت تکمیلی و اولویت دادگاه‌های ملی بر دیوان تأکید شده است و در عمل دولتها را به آن‌جا می‌رساند که برای ممانعت از واگذاری رسیدگی به دیوان بین‌المللی کیفری، خود برای تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی اقدام و متهمان را به دولت دیگر واجد صلاحیت مسترد کنند یا به اعمال صلاحیت بپردازند. شاید به راحتی و به طور قطعی نتوان قضاوت کرد که تکمیلی بودن صلاحیت دیوان یکی از عوامل محرک دولتها در اعمال صلاحیت جهانی محسوب می‌شود، تا آن‌جا که برخی^{۱۰۶} با استناد به تفاوت قوانین داخلی دولتها که همچنان به چشم می‌خورد، پاسخ به این مسأله را دشوار می‌دانند و در نهایت نتیجه می‌گیرند که اصل صلاحیت تکمیلی نمی‌تواند دولتها را به اعمال صلاحیت جهانی ترغیب کند. اما از یک سو، بررسی عملکرد دولتهای فعال در زمینه صلاحیت جهانی حاکی از آن است که تصویب اساسنامه، غبار از روی مقررات داخلی مربوط به صلاحیت جهانی برگرفته و تعقیب‌هایی که پس از اساسنامه در آلمان، بلژیک، انگلستان، هلند و سوئیس صورت

۱۰۵. در این کد، تعقیب کیفری جنایت بین‌المللی از سوی آلمان را به یک سیستم عدالت کیفری بین‌المللی مجهز کرده که در جهت جلوگیری از بی‌کیفری نقض‌های جدی حقوق بشر، بدو متکی بر صلاحیت سرزمینی، شخصی فعال و شخصی منفعل، و سپس صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری و یا دیگر دادگاه‌های بین‌المللی کیفری و در نهایت صلاحیت دول ثالث بر مبنای صلاحیت جهانی است؛ و این خود حاکی از ماهیت فرعی و تکمیلی صلاحیت جهانی است:

www.iccnw.org/?mod=country&iduct=64 (visited on: 26 October 2009).

106. Jann Kleffner, *op.cit.*, p.107.

پذیرفت نیز حاکی از این امر است. از سوی دیگر، دیوان هم اکنون نیز می‌تواند با اتخاذ شیوه‌ای محتاط و هشیارانه برای ترغیب بیش‌تر دولت‌ها به اعمال صلاحیت جهانی، به گسترش و تقویت این معیار صلاحیتی بپردازد؛ چنان‌که این شیوه می‌تواند از سوی دادستان در رابطه با شعب و یا در دستور کار تحقیق و تعقیب دیوان تصریح گردد و یا ممکن است در بعدی سیاسی‌تر، در مجمع عمومی دول عضو مطرح شود تا اجرای صلاحیت جهانی از سوی دول عضو دیوان، ضمن توسعه، از کارآمدی بیش‌تری برخوردار گردد.^{۱۰۷}

نتیجه

با توجه به اولویت‌بخشی به تعقیب و محاکمه جنایتکاران بین‌المللی از سوی دادگاه‌های ملی، در ضمن اصل صلاحیت تکمیلی (ماده ۱ و ۱۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری)، این‌که دیوان نباید پرونده‌های زیادی برای رسیدگی داشته باشد، انتظاری معقول است و در عمل دولت‌ها را به آن‌جا می‌رساند که برای ممانعت از واگذاری رسیدگی به دیوان بین‌المللی کیفری، خود برای اعمال صلاحیت در این زمینه اقدام کنند. از سوی دیگر، اعمال صلاحیت توسط دادگاه‌های ملی، نیازمند جرم‌انگاری جنایات مذکور در اساسنامه در قوانین داخلی دولت‌های عضو است. جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی منطبق با اساسنامه دیوان، دولت عضو را مایل و قادر به محاکمه مرتکب جلوه داده، مانع از مداخله دیوان که دولت‌ها آن را تهدیدی علیه حاکمیت خویش تلقی می‌کنند، خواهد شد. بنابراین، ایمن‌ترین گزینه برای دولت‌ها تصویب و جرم‌انگاری این جنایات در قوانین داخلی خود و نیز پیش‌بینی اعمال صلاحیت در خصوص این جرائم است. می‌توان چنین نتیجه گرفت که تصویب اساسنامه دیوان از یک‌سو نقش عنصری شتاب‌دهنده را در جرم‌انگاری این جنایات در قوانین داخلی دولت‌ها ایفا کرده و از سوی دیگر با رفع نقص و پراکندگی در قوانین مربوط به صلاحیت‌های فراسرزمینی و نیز ترغیب دولت‌ها به اعمال این معیارها، به‌ویژه معیار صلاحیت جهانی، موجب تزايد یکباره و جهشی در فرایند تعقیب و محاکمه این جنایات شده است.

در خصوص دول غیرعضو اساسنامه نیز باید گفت که اگر این دولت‌ها تعاریفی ناقص با دامنه شمولی کم‌تر از تعاریف مذکور در اساسنامه را برای جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی خود برگزیده باشند، این امر می‌تواند حاکی از عدم میل و اراده ایشان به تعقیب این جنایات و در نتیجه حاکی از انفعال ایشان در برابر ثبات بی‌کیفری باشد. از سوی دیگر، اگر جرم‌انگاری‌های صورت گرفته در قوانین دول غیرعضو از جرم‌انگاری‌های مذکور در اساسنامه

107. Louis Arbour, "Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction", 1JICJ, 2003, p. 587.

دیوان که گویای آخرین تحولات حقوق بین‌الملل است، موسع‌تر بوده و از حدود این جرائم تجاوز کرده باشد، اعتراض دیگر دولت‌ها به‌ویژه دولت‌های مرتبط با جرم یا مجرم اجتناب‌ناپذیر خواهد بود و این استدلال که چنین صلاحیتی منطبق با حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی نیست، قانع‌کننده و پذیرفتنی به نظر می‌رسد.

تجميع محکومیت‌ها برطبق معيار سليبيسي در حقوق بين الملل کيفري و بررسی رويه قضايي اخير محاکم بين المللي کيفري برای یوگسلاوي سابق و رواندا

هادي آذري^۱

چکیده

تجميع محکومیت‌ها زمانی مطرح می‌شود که عملی واحد، اوصاف حقوقی متعددی به خود بگیرد. در این حالت، متهم به‌خاطر عملی واحد که می‌تواند واجد عناوین کيفري متعدد گردد محاکمه می‌شود. در حقوق بين الملل کيفري، برخی اعمال تنها می‌توانند واجد وصف ژنوسيد گردند، مانند اقداماتی که به‌منظور ممانعت از زاد و ولد در گروه قربانی صورت می‌پذیرند. برخی اعمال، مانند اقدام به تخریب اموال غیرنظامی جایی که ضرورت نظامی چنین اقدامی را توجیه نمی‌کند، نیز تنها می‌توانند واجد وصف جنایت جنگی شوند. با این حال، به‌دلیل دامنه وسیع تعاریف ارائه شده از برخی جنایات بين المللی، اعمالی همچون قتل، تجاوز جنسی یا شکنجه می‌توانند همزمان در چارچوب تعاریف جنایات بين المللی متعدد قرار گیرند.

واژگان کلیدی: تجميع محکومیت‌ها، معيار سليبيسي، حقوق بين الملل کيفري، محاکم ویژه، اصل خاص بودن متقابل، ارکان تشکیل‌دهنده متفاوت، اعمال قانون اخص

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق بين الملل در دانشگاه پاریس دو. اصل این مقاله به زبان فرانسه و با مشخصات زیر به چاپ رسیده است.

Hadi Azari, « Le critère Celebici du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international », Revue de la science criminelle et du droit pénal comparé, Janvier/ Mars 2007, p. 1-22.

مقدمه

تجمع محکومیت‌ها زمانی مطرح می‌شود که عملی واحد اوصاف حقوقی متعددی به خود بگیرد. در این حالت متهم به‌خاطر عملی واحد که می‌تواند واجد عناوین کیفری متعدد شود، مورد محاکمه قرار می‌گیرد. در حقوق بین‌الملل کیفری، برخی اعمال تنها می‌توانند واجد وصف ژنوسید گردند، مانند اقداماتی که به‌منظور ممانعت از زاد و ولد در گروه قربانی صورت می‌پذیرند. برخی اعمال نیز تنها می‌توانند واجد وصف جنایت جنگی شوند، مانند اقدام به تخریب اموال غیرنظامی بدون آن‌که ضرورت نظامی چنین اقدامی را ایجاب کند. با این حال، به دلیل دامنه وسیع تعاریف ارائه شده از برخی جنایات بین‌المللی، اعمالی همچون قتل، تجاوز جنسی یا شکنجه می‌توانند همزمان در چارچوب تعاریف جنایات بین‌المللی متعددی قرار گیرند. برای مثال قتل افراد غیرنظامی به‌صورت گسترده و سازمان یافته در خلال یک درگیری مسلحانه می‌تواند همزمان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی توصیف گردد. اگر همین عمل به قصد نابودی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی که قربانی عضوی آن است صورت گرفته باشد وصف ژنوسید نیز بدان قابل اطلاق خواهد بود. همین وضعیت در چارچوب تعریف یکی از جنایات بین‌المللی نیز قابل تصور است. برای مثال تجاوز به عنف هنگامی که به‌صورت گسترده و سازمان یافته صورت پذیرفته باشد می‌تواند تحت عناوین تجاوز جنسی و شکنجه، طبق شرایطی که خواهد آمد، و هر دو به‌عنوان جنایات علیه بشریت مورد مؤاخذه قرار گیرند.^۲ در چنین شرایطی اصل تجمع محکومیت‌های کیفری اعمال می‌شود. این رویکرد که توسط محاکم بین‌المللی کیفری ویژه اتخاذ گردیده با این قاعده لاتین تطابق دارد که «در صورت تعدد مواد قانونی قابل اعمال به عملی واحد، به تعداد وصف‌های کیفری ممکن، محکومیت کیفری صادر می‌شود».^۳

قبل از صدور رأی سلیبسی^۴ از دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، معیارهای متفاوتی توسط شعبه‌های مختلف محاکم ویژه برای اجرای این قاعده به کار گرفته می‌شد.^۵ در

۲. این موضوع که در حقوق بین‌الملل کیفری یک رفتار مجرمانه می‌تواند عناوین مجرمانه متعدد به خود بگیرد توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز به نوعی مورد تأیید قرار گرفته است. این کمیسیون در تفسیر خود بر ماده ۱۷ «شرح جنایت علیه صلح و امنیت بشری» آورده است: «انتقال اجباری کودکان می‌تواند یک جنایت علیه بشریت برطبق بند «د» ماده ۱۸ یا یک جنایت جنگی برطبق بند «الف» (۴) از ماده ۲۰ تلقی گردد. همچنین انتقال اجباری اعضای یک گروه، هنگامی که به جدایی اعضای یک خانواده از همدیگر منجر شود می‌تواند برطبق بند «ج» ماده ۱۷ به‌عنوان ژنوسید توصیف شود.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, 51e Session, Supplément, n° 10 (A/51/10) 6 mai-26 juillet 1996, p. 11.

3. tot delicta quod lege lesae

4. Celebici

۵. ر.ک:

Carl-Friedrich Stuckenberg, "Multiplicity of Offences: Concursus Delictorum", in H. Fischer, C. Kress and S.R. Luder (eds), International and National Prosecution of Crime under International Law, Current

قضیه آکایسو^۶، دادگاه بدوی دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا تحت تأثیر رویکرد فرانسوی تعدد معنوی (یا اعتباری) جرم به این نتیجه رسید که برای محکوم کردن متهم به ارتکاب دو جرم به‌خاطر رفتاری واحد شرایط زیر باید محقق شود: (۱) جرم انتسابی از ارکان تشکیل‌دهنده متفاوتی برخوردار باشد (۲) مواد قانونی مرتبط، منافع (اجتماعی) متفاوتی را مورد حمایت قرار دهند؛ (۳) محکومیت متهم به ارتکاب دو جرم برای قضاوت کامل رفتار متهم ضروری باشد.^۷ شعبه بدوی دیگری از همین دادگاه، در رأی *کایشما و رزیندانا* معیارهای اول و دوم به کار گرفته شده در رأی آکایسو را مورد تأیید قرار داد، اما سومین را رد کرد. این شعبه اعلام کرد که «نمی‌توان متهم را به‌خاطر رفتاری واحد به ارتکاب جرائم متفاوت محکوم کرد مگر: (۱) وقتی ارکان تشکیل‌دهنده جرایم مرتبط، از همدیگر متفاوت باشند؛ (۲) منفعی که جامعه از طریق مواد قانونی قابل اعمال در صدد حمایت از آن‌ها است متفاوت باشند».^۸

نزد دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز قضیه به همین ترتیب بود. شعبه بدوی در رأی کوپرسکی^۹ به معیار بلوک برگر اشاره کرد. این معیار ابتدا در رأی اصراری موری علیه کامنولز^{۱۰} از دیوان عالی ماساچوست اعلام گردید و در رویه قضایی دادگاه‌های ایالات متحده و به‌ویژه در رأی بلوک برگر علیه ایالات متحده^{۱۱} مورد تأیید قرار گرفت. برطبق این معیار، هنگامی که یک رفتار دو ماده قانونی را نقض می‌کند، برای تصمیم‌گیری راجع به اینکه آیا دو جرم ارتکاب یافته یا یک جرم، باید دید آیا هرکدام از مواد قانونی مرتبط، اثبات واقعیتی را لازم می‌داند که آن دیگری لازم نمی‌داند؟ محقق نشدن این شرط بدان معنا است که یکی از جرائم در دیگری کاملاً ادغام می‌شود.^{۱۲}

رأی سلیبسی توسط شعبه استیناف (۲۰۰۱) پایانی بر اتخاذ رویکردهای متفاوت توسط شعب مختلف محاکم ادهک بود. در این رأی، شعبه استیناف راه‌حلی را ارائه کرد که در آرای بعدی نیز

Developments (Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz, 2000), pp. 559-603; Nisha Valabhji, "Cumulative Convictions Based on the Same Acts Under the Statute of the ICTY", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10, 2002, pp. 185-202; Atilla Bougdan, "Cumulative Charges, Convictions and Sentencing at the ad hoc International Tribunal for Former Yugoslavia and Rwanda", *Melbourne Journal of International Law*, 2002, vol. 3, pp. 1-32.

6. Akayesu

7. Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, chambre de première instance, 2 sept. 1998, n° 96-46-T, § 468.

8. Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obede Ruzindana, chambre de première instance, 12 mai 1999, n° 95-1, § 627.

9. Kupreskic

10. 1981 Morey v. the commonwealth.

11. Blockberger v. United States of America 1932.

12. Le Procureur c/ Kupreskic et consorts, chambre de première instance, 14 janv. 2000, § 681-683.

مورد تأیید قرار گرفت.^{۱۳} راجع به این مسأله که در چه مواردی می‌توان به‌خاطر رفتاری واحد و بر مبنای مواد قانونی متعدد، رأی به محکومیت‌های متعدد متهم داد، این شعبه اعلام می‌دارد: «بعد از بررسی رویکردهای متفاوت اتخاذی توسط این دادگاه و دادگاه‌های نظام‌های حقوقی متفاوت، و نظر به رعایت اصل انصاف نسبت به متهم و این که تنها جرائم متفاوت می‌توانند تجمیع محکومیت‌ها را توجیه کنند، شعبه استیناف قائل به آن است که چنین تجمیعی به‌خاطر یک رفتار و بر مبنای مواد قانونی اساسنامه (دادگاه)، ممکن نیست، مگر آن که هریک از مواد قانونی مرتبط دارای رکن (یا عنصر) کاملاً متفاوت باشند که دیگری فاقد آن است. یک رکن زمانی کاملاً متفاوت است که اثبات واقعیتی را لازم بداند که آن دیگری لازم نداند. هنگامی که این شرط محقق نشود، دادگاه باید تصمیم بگیرد که بر مبنای کدام یک از مواد قانونی مرتبط حکم به مجرمیت متهم صادر کند. در این صورت دادگاه باید رأی خود را بر مبنای قاعده خاص‌تر صادر کند. بنابراین، اگر مجموعه‌ای از رفتارها توسط دو ماده قانونی ممنوع شده باشند که تنها یکی از آن‌ها دارای رکن کاملاً متفاوت باشد، دادگاه فقط بر مبنای این ماده رأی به مجرمیت خواهد داد».^{۱۴}

بنابراین، شعبه استیناف، از معیارهای پیش‌گفته، تنها معیار «رکن تشکیل‌دهنده متفاوت» را مورد ملاحظه و تأیید قرار می‌دهد و سایر معیارها از جمله «حمایت از ارزش‌های اجتماعی متفاوت» را کنار می‌نهد.

در این نوشتار، نخست محتوا و نحوه کاربست معیار ارائه شده توسط شعبه استیناف را مورد بررسی قرار می‌دهیم و آنگاه به بررسی نقش و ماهیت آن می‌پردازیم.

بخش اول) تحلیل ساختاری معیار سلیبسی با توجه به رویه قضایی محاکم ویژه

راه‌حل ارائه شده توسط شعبه استیناف محاکم ویژه که بر رأی بلوک برگر مبتنی است، از دو بخش تشکیل می‌شود. بخش اول زمانی اجرا می‌گردد که هر کدام از مواد قانونی قابل اعمال نسبت به یکدیگر خاص هستند (خاص بودن متقابل). در این صورت، اصل تجمیع

13. Le procureur c/ Goran Jelusic, chambre d'appel, 5 juill. 2001, n° IT-95-10, § 82; Le procureur c/ Kupreskic et consorts, chambre d'appel, 23 oct. 2001, n° IT-95-16-A, § 387; Le procureur c/ Kunarac et consorts, chambre d'appel, 12 juin 2002, n° IT-96-23&23/1, § 176; Le procureur c/ Stanislav Galic, chambre de première instance, 5 déc. 2003, n° IT-98-29, § 156; Le procureur c/ Radislav Krstic, chambre d'appel, 19 avr. 2004, n° IT-98-33-A, § 218; Le procureur c/ Mitar Vasiljevic, chambre d'appel, 25 févr. 2004, n° IT-98-32-A, § 145-146; Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez, 17 déc. 2004, n° IT-95-14/2-A, § 1033; Le procureur c/ Milomir Stakic, chambre d'appel, 22 mars 2006, n° IT-97-24-A, § 355.

14. Le Procureur c/ Delalic et consorts, chambre d'appel, 20 févr. 2001, n° IT-96-21-A, § 412-413.

محکومیت‌های کیفری اعمال می‌شود. بخش دوم، مربوط به حالتی است که در آن تنها یکی از مواد قانونی قابل اعمال نسبت به دیگری خاص است (خاص بودن یک‌طرفه). این حالت به اعمال اصل ادغام یکی از جرائم در دیگری منجر خواهد شد.

فصل اول) اصل خاص بودن متقابل یا ضرورت وجود یک «رکن کاملاً متفاوت» در هریک از مواد قانونی قابل اعمال ۱. محتوای اصل خاص بودن متقابل

در اعمال این اصل باید نخست احراز شود که هرکدام از مواد متعارض (مواد قانونی قابل اعمال بر عملی واحد) یک رکن کاملاً متفاوت دارد که دیگری فاقد آن است. به عبارت دیگر، برای تعیین قابلیت تجمیع دو عنوان کیفری «الف» و «ب» قبل از هر چیز باید بدانیم آیا در میان ارکان تشکیل‌دهنده هرکدام از این جرائم عنصر یا رکن تشکیل‌دهنده‌ای هست که در دیگری نباشد. برای مثال اگر جرم «الف» متشکل از ارکان ۱، ۲ و ۳ و جرم «ب» متشکل از ارکان ۱، ۲ و ۴ باشد، چون جرم «الف» فاقد رکن ۴ و جرم «ب» فاقد رکن ۳ است، آنگاه، در صورت جمع شدن سایر شرایطی که خواهد آمد، به تجمیع محکومیت‌ها مبادرت می‌کنیم. بدین‌منظور یک بررسی تطبیقی در سطح ارکان تشکیل‌دهنده هریک از مواد قانونی قابل اعمال بر یک عمل واحد باید انجام پذیرد. برطبق رویه قضایی محاکم ویژه، این بررسی تطبیقی تنها در سطح تعاریف ارائه شده در اساسنامه‌های محاکم مذکور صورت خواهد گرفت.^{۱۵} گفتنی است که بیش‌ترین اعتراض‌ها از جانب متهمین و وکلای آن‌ها به اعمال معیار سلیبسی راجع به این موضوع بود که محکومیت‌های متعدد مبتنی بر فعل یا ترک فعل واحدی بوده و با ادله و اسناد مشابهی به اثبات می‌رسند.^{۱۶} در پاسخ، دادگاه یوگسلاوی در رأی کوناراک^{۱۷} این‌گونه استدلال کرد: که «این‌که آیا یک رفتار، دو ماده از اساسنامه را نقص کرده یا نه، مسأله مرتبط به عنصر قانونی جرم است. در نتیجه، آنچه اتفاق افتاده در رسیدن به این نتیجه که آیا یک جرم واقع شده یا بیش‌تر

۱۵. تأکید بر این موضوع از این نظر مهم است که بجز مورد ژنوسید، سایر جرائم بین‌المللی، موضوع تعاریف مختلفی در اسناد بین‌المللی بوده‌اند. برای مثال اساسنامه دادگاه نورمبرگ، دیوان بین‌المللی کیفری و ... هرکدام تعریف خاصی از جنایت علیه بشریت ارائه کرده‌اند. رجوع کنید به:

Y. Dinstein, « The Evolution of Crime Against Humanity », in S. Perraski (ed), International Criminal Court : A New Dimension in International Justice, 2002, pp. 73-92.

۱۶. به همین دلیل شعبه بدوی دیوان رواندا در رأی کایشما وزریندانا اعلام کرد که چون تمام ارکان، از جمله رکن ذهنی لازم برای تحقق جنایت ژنوسید، اخراج (extermination) و قتل، همین‌طور ادله اثبات ارائه شده برای اثبات ارتکاب این جرائم یکی هستند، پس تجمیع اتهام‌ها از لحاظ حقوقی، نه توجیه‌پذیر است، نه قابل قبول. رجوع کنید به:

Kayishema et Ruzindana, supra note 5, § 645, 646 et 650.

17. Kunarac

تأثیری ندارد».^{۱۸} آنچه مهم است تفاوت در ارکان تشکیل دهنده مواد قانونی متعارض است. پس باید تفاوت میان ارکان تشکیل دهنده جرم و ادله اثباتی که وقوع این جرائم را به اثبات می‌رسانند مورد توجه قرار گیرد.^{۱۹} به همین دلیل، شعبه استیناف در رأی کوردیچ^{۲۰} یک بار دیگر تأکید کرد که «در اعمال اصل سلیبسی چیزی که باید مورد توجه قرار گیرد عنصر قانونی جرم است، نه فعل یا ترک فعلی که عنوان مجرمانه به خود گرفته است، آنچه اهمیت دارد جنبه حقوقی جرم است».^{۲۱} بدین دلیل، همین شعبه رویکرد اتخاذی در قضیه کرسیتیچ^{۲۲} راجع به تجمیع جنایت قتل با جنایت آزار و اذیت^{۲۳} را اعمال ناصحیح راه حل سلیبسی تلقی کرده و اضافه می‌کند که «در قضیه سلیبسی شعبه استیناف رهیافتی را که رفتار واقعی متهم را به عنوان یک عامل تعیین کننده در اعلام محکومیت‌های متعدد مؤثر می‌دانست، صراحتاً رد کرد، بلکه باید از لحاظ حقوقی مورد توجه قرار گیرد ارکان هریک از جرائمی است که در اساسنامه آمده و مرتبط با اقدامی است که متهم به خاطر آن محکوم شده است».^{۲۴}

راجع به تعریفی که در چارچوب این تحلیل باید مورد ملاحظه قرار گیرد، شعبه استیناف در رأی کوناراک علاوه بر «تعاریف جرائم مذکور در اساسنامه که در رویه توسعه یافته»، همچنین به «شرایط حقوقی مذکور در عناوین مواد اساسنامه، یعنی شرایطی که وضعیت خاص هر جرم را تبیین می‌کنند» اشاره کرد.^{۲۵} این شعبه اضافه می‌کند که در پروژه عناصر جرم که توسط کمیسیون مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری تهیه شده است، عناوین جرائم بخشی از تعریف ماهوی آنها قلمداد شده‌اند و به علاوه تعاریف ارائه شده در اساسنامه دیوان بازگویی حقوق بین‌الملل عرفی هستند.^{۲۶} برطبق نظر شعبه بدوی دیوان یوگسلاوی در رأی استاکیک،^{۲۷} شرایط حقوقی مذکور در عنوان مواد قانونی مرتبط عبارت است از شرایط بازگوکننده اوضاع و احوالی که در آن‌ها جرائم ارتکاب یافته‌اند.^{۲۸} به عبارت دیگر، شرایط حقوقی مذکور در عنوان مواد قانونی، آن‌هایی هستند که ارتکاب جنایت مورد نظر به تحقق آن‌ها منوط شده است. برای مثال، وجود

18. Kunarac, supra note 7, § 174.

19. Opinion partiellement dissidente du juge Shahabudeen jointe à l'arrêt Krstic, § 90.

20. Kordic

21. Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez, 17 déc. 2004, n° IT-95-14/2-A, § 1033

22. Krstic

23. Persecution

24. Ibid. § 1040.

25. Arrêt Kunarac, supra note 7, § 176-177.

26. Arrêt Kunarac, supra note 12, p. 239.

27. Stakic

28. Le procureur c/ Milomir Stakic, chambre de première instance, 31 juill. 2003, n° IT-97-24-T, § 869, Chambre d'appel, 22 mars 2006, n° IT-97-24-A, § 356.

یک حمله گسترده و سازمان یافته و هدایت آن به سمت جمعیت غیرنظامی از شرایط حقوقی تحقق جنایت علیه بشریت هستند.

چنین رویکردی با مخالفت شدید قاضی «بنونا»^{۲۹} و «هانت»^{۳۰} مواجه گردید. آن‌ها در نظر جداگانه و مخالف خود در رأی سلیبسی، درحالی که خود را با اصل راه حل ارائه شده موافق می‌خوانند با نحوه اعمال آن سخت مخالفت می‌ورزند. از نظر آنان این رهیافت عنصری از تعریف جرائم را مورد توجه قرار می‌دهد که با رفتار متهم ارتباطی ندارند. آنان بر این باورند که «در نظر گرفتن شرایط حقوقی‌ای که ارتباطی با رفتار متهم ندارند امر بی‌فایده‌ای است و اعمال راه حل سلیبسی باید مبتنی بر توجه به رفتار متهم، به‌ویژه قصد وی در ارتکاب جرم باشد».^{۳۱} در عوض، قاضی شهاب‌الدین^{۳۲} در نظر تقریباً مخالف خود در رأی جلی سیک^{۳۳} این سؤال را مطرح می‌کند که «چگونه ممکن است یک عنصر پذیرفته شده جرم با رفتار متهم بی‌ارتباط باشد».^{۳۴} از نظر وی «نمی‌توانیم یک جرم را مستقل از ارکان تشکیل‌دهنده آن تصور کنیم. یک جرم متشکل از ارکان آن است و همان‌ها که جرم را تعریف می‌کنند هر کدام از این ارکان برای تعیین وصف مجرمانه رفتار متهم مهم هستند. نمی‌توانیم به راحتی یک جرم را به چند عنصر تقسیم کنیم و بگوییم که برخی از آن‌ها با رفتار متهم مرتبط هستند و برخی دیگر نیستند ... یک عنصر از آن لحاظ که توسط قانونگذار به عنوان عنصر تشکیل‌دهنده جرم شناسایی شده، باید توسط دادگاهی که به بررسی تطبیقی جرائم برای تعیین قابلیت تجمیع محکومیت‌های کیفری می‌پردازد، مورد ملاحظه قرار گیرد».^{۳۵} رویه قضایی بعدی محاکم ویژه، همان‌طور که قاضی شهاب‌الدین خواسته بود، نظر اکثریت را دنبال کرد، نه نظر قاضی بنونا و هانت.^{۳۶}

برطبق بخش دوم راه حل ارائه شده، هنگامی یک رکن تشکیل‌دهنده «کاملاً متفاوت» تلقی می‌شود که اثبات واقعیتهای لازم بدانند که ارکان تشکیل‌دهنده جرم دیگر لازم ندانند. هدف از اعمال این معیار، تعیین و شناسایی «خاص بودن» هریک از جرائم نسبت به یکدیگر است. خاص بودن متقابل ایجاب می‌کند که یکی از ارکان مادی یا معنوی هریک از عناوین مجرمانه قابل اعمال بر یک رفتار برخلاف دیگری اثبات واقعیتهای را ضروری بدانند. بنابراین، اگر در تعارض بین دو جرم «الف» و «ب»، یکی از ارکان جرم «الف» اثبات واقعیت «X» را برخلاف جرم «ب»

29. Bennouna

30. Hunt

31. Opinions individuelles et dissidentes des juges Hunt et Banounna jointes à l'arrêt Celebici, § 26.

32. Shahabuddeen

33. Jelusic

34. Opinion partiellement dissidente du juge Shahabudeen jointe à l'arrêt Jelusic, § 35.

35. Ibid, § 41.

36. Ibid, § 45.

لازم بداند و یکی از ارکان جرم «ب» اثبات واقعیت «Y» را برخلاف جرم «الف» لازم بداند، تجميع عناوين مجرمانه «الف» و «ب» ممکن خواهد بود.^{۳۷} به عبارت ديگر، که جرم «الف» اثبات واقعيته را لازم می‌داند که جرم «ب» لازم نمی‌داند اولی را از دومی «کاملاً متفاوت» می‌کند و برعکس.

۲. اعمال معیار خاص بودن متقابل

اعمال این معیار در دو سطح امکان‌پذیر است. نخست در سطح تعارض بین جرائم صرفاً بین‌المللی؛ یعنی ژنوسید، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. دوم در سطح تعارض بین جرائم اولیه (یا معمولی)؛ یعنی شکنجه، قتل، تجاوز جنسی و ... مذکور در تعریف جرائم بین‌المللی. راجع به مورد اول، رویه قضایی محاکم ویژه، تجميع عناوين مجرمانه ژنوسید، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی را با یکدیگر، بدین خاطر که هرکدام از آنها اثبات واقعيته را لازم می‌داند که ديگران لازم نمی‌دانند پذیرفته است. ژنوسید برخلاف جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی، اثبات «قصد نابودی کلی یا جزئی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی» را لازم می‌داند، درحالی‌که جنایت علیه بشریت، برخلاف ژنوسید و جنایت جنگی، مستلزم ارتکاب در چارچوب یک حمله گسترده و سازمان‌یافته بر ضد جمعیت غیرنظامی است.^{۳۸} جنایت جنگی نیز برخلاف آن دو، مستلزم وجود رابطه مستقیم میان رفتار متهم و درگیری مسلحانه است.^{۳۹}

بدین ترتیب بعد از آن که رفتار مجرمانه یکی از عنوان‌های جرائم اولیه مندرج در اساسنامه‌های محاکم ویژه را به خود گرفت، هنوز لازم است که ارتکاب آن به قصد نابودی کلی یا جزئی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی، یا در چارچوب یک حمله گسترده و سازمان‌یافته بر ضد جمعیت غیرنظامی و یا در حین یک درگیری نظامی به اثبات برسد تا واجد عناوين مجرمانه ژنوسید، جنایت علیه بشریت و یا جنایت جنگی گردد. بعد از آن برای این که تجميع بر این جرائم اعمال شود باید حداقل دو تا از ارکان مذکور با هم برخورد کنند. برای مثال به قتل رساندن یک شخص باید نخست عنوان جرم قتل^{۴۰} برطبق ماده ۳ (جنایت جنگی)، ماده ۵ بند

37. V. Nisha Valabhji, «Cumulative Convictions Based on the Same Acts Under the Statute of the ICTY», *supra* note 3, p. 194.

38. Le procureur c/ Alfred Musema, chambre d'appel, 16 nov. 2001, n° ICTR- 96-13-A, § 18, § 367; arrêt Kordic, *supra* note 7, § 1036; arrêt Vasiljevic, *supra* note 7, § 145.

39. Arrêt Jelisić, *supra* note 7, § 82.

۴۰. شعبه بدوی دیوان رواندا، در قضیه/کایسیو قتل را این‌گونه تعریف می‌کند: «پایان دادن عمدی و غیرقانونی به حیات یک انسان» شرایط لازم برای تحقق قتل عبارتند از: (۱) قربانی مرده باشد؛ (۲) مرگ از فعل یا ترک فعل غیرقانونی متهم یا زیر دست وی ناشی شده باشد؛ (۳) در لحظه ارتکاب قتل، متهم یا زیر دست وی قصد پایان دادن به حیات قربانی یا رساندن

«الف» (جنایت علیه بشریت) و ماده ۴ بند «الف» (جنایت ژنوسید) مندرج در اساسنامه دیوان یوگسلاوی را به خود بگیرد. در مرحله دوم لازم است قتل مذکور در چارچوب یک حمله گسترده و سازمان‌یافته بر ضد جمعیت غیرنظامی و در حین یک درگیری مسلحانه ارتکاب یافته باشد تا متهم همزمان به ارتکاب جرائم علیه بشریت و جنایت جنگی محکوم گردد. اگر همین قتل به قصد نابودی کلی یا جزئی گروهی ملی، نژادی، قومی یا مذهبی که مقتول عضوی از آن است نیز صورت پذیرفته باشد، علاوه بر دو جرم پیش‌گفته، اقدام صورت گرفته واجد وصف ژنوسید نیز گشته، متهم به ارتکاب سه جرم بین‌المللی محکوم می‌گردد.

همین قاعده به تعارض جرائم اولیه مذکور در بندهای مختلف یکی از جرائم بین‌المللی نیز به همین ترتیب اعمال می‌شود. پس لازم است برای تجمیع محکومیت‌های کیفری در چارچوب یک ماده از اساسنامه، هریک از بندهای قابل اعمال به عملی واحد دارای «رکن کاملاً متفاوت» باشد؛ یعنی برای مثال، هریک از جرائم اولیه پیش‌بینی شده در بندهای متفاوت جنایت علیه بشریت، مستلزم اثبات واقعیاتی باشد که آن دیگری لازم نداند. به همین خاطر در رأی «کوردیچ»^{۴۱}، شعبه استیناف با مجاز دانستن تجمیع محکومیت‌ها بر مبنای عملی واحد و برطبق بند «الف» (قتل) و بند «ه» (آزار و اذیت) از ماده ۵ (جنایت علیه بشریت) رأی داد که «تعریف آزار و اذیت دارای رکن مادی کاملاً متفاوتی است که در تعریف قتل برطبق ماده ۵ اساسنامه وجود ندارد؛ یعنی لزوم اثبات این واقعیت که فعل یا ترک فعل مجرمانه در عمل به‌صورت تبعیض‌آمیز انجام پذیرفته و همچنین اثبات این واقعیت که قصدی خاص در انجام تبعیض‌آمیز آن فعل یا ترک فعل وجود داشته است. در عوض قتل برخلاف آزار و اذیت مستلزم اثبات این واقعیت است که متهم موجب قتل یک فرد یا بیش‌تر شده، بدون آن‌که لازم باشد تبعیض‌آمیز بودن فعل یا ترک فعل وی یا قصد خاص اقدام تبعیض‌آمیز وی به اثبات برسد. پس تجمیع محکومیت‌ها به‌خاطر اقدامی واحد برای این جرائم در چارچوب ماده ۵ اساسنامه امکان‌پذیر است»^{۴۲}.

فصل دوم) اعمال قانون اخص، قاعده خاص بودن یک طرفه

به‌عنوان یک اصل پذیرفته‌شده در حقوق جزا، هنگامی که تنها یکی از مواد قانونی متعارض دارای رکنی اضافی نسبت به دیگری باشد، اخص تلقی شده و برطبق قاعده اجرای قانون اخص

آسیب جدی به تمامیت جسمانی وی را با علم به این‌که چنین آسیبی می‌توانسته به مرگ وی انجامد داشته باشند، صرف نظر از این‌که مرگ قربانی از آن ناشی شده باشد یا نه.

41. Kordic

42. Arrêt Kordic, *supra* note 7, § 1041

بر رفتار متهم اعمال می‌گردد. این راه‌حل که در همه نظام‌های بزرگ حقوقی مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته، اینک بخشی از حقوق بین‌الملل کیفری نیز تلقی می‌گردد.^{۴۳} در حقوق فرانسه چنین وضعیتی به اعمال «قاعده ادغام»^{۴۴} منتهی می‌شود، چرا که یکی از توصیف‌های کیفری در دیگری جذب می‌شود. و در حقوق کامن‌لا قاعده «شمول جرم خفیف‌تر در جرم شدیدتر» بر این وضعیت اعمال می‌گردد. راجع به جرائم بین‌المللی نیز از آنجا که خاص بودن تنها در یکی از مواد قانونی قابل اعمال موجود است، راه‌حل تجميع محکومیت‌ها که قبلاً توضیح داده شد دیگر موضوعیت پیدا نمی‌کند. شعبه استیناف در این باره این‌گونه اظهار نظر کرده است: «برطبق قاعده اجرای قانون اخص، جرمی چون قتل به‌خاطر برخورد داشتن از رکنی اضافی، مثلاً قصد نابودی کلی یا جزئی یک گروه نژادی، واجد وصف اخص یعنی ژنوسید می‌گردد. بنابراین، وجود یک رکن اضافی باعث می‌شود که تنها ممنوعیت اخص (ژنوسید) در نظر گرفته شود و در نتیجه، جرم اخص و جرم خاص (ژنوسید و قتل) با هم جمع نمی‌شوند».^{۴۵}

دلیل این است که جرم اخص جرم خاص را نیز دربرمی‌گیرد و ارتکاب اولی بدان معنا است که دومی نیز ارتکاب یافته است.^{۴۶} بدین شکل، جرم خاص درحالی‌که استقلال و هویت خود را کاملاً از دست می‌دهد تنها بخشی از ارکان تشکیل‌دهنده جرم اخص تلقی می‌گردد. در نتیجه، جمع دو توصیف حقوقی که بین آن‌دو رابطه اخص - خاص وجود دارد به معنای مجازات دوباره یک عمل و قانوناً ممنوع است. به همین دلیل شعبه استیناف در رأی سلیبیسی تجميع محکومیت‌های مبتنی بر ماده ۲ (نقض فاحش چهارمین کنوانسیون ژنو) و ماده ۳ (نقض قوانین و عرف‌های جنگی ماده ۳ مشترک) اساسنامه را رد کرد. در این قضیه، متهمین به ارتکاب جرائمی از قبیل قتل، شکنجه و رفتار غیرانسانی برطبق مواد قانونی مذکور محکوم شده بودند. دادگاه اعلام کرد که ماده ۲ اخص از ماده ۳ است، چرا که اولی جرائمی را شامل می‌شود که فقط بر ضد اشخاص و اموال مورد حمایت کنوانسیون ژنو ارتکاب می‌یابند، درحالی‌که دومی قابل اعمال بر جرائمی است که بر ضد تمام افرادی که در درگیری‌ها مشارکت نکرده‌اند، ارتکاب می‌یابند.^{۴۷} دادگاه نتیجه می‌گیرد که «دایره اعمال ماده ۳ وسیع‌تر از تدابیر کنوانسیون چهارم

43. V. Carl-Friedrich Stuckenberg, "Multiplicity of Offences : Concursus Delictorum", *supra* note 3, p. 588.

44. برطبق تعریف ارائه شده در رأی کوپرسکی، اصل ادغام بدان معنا است که «وقتی جرم شدیدتر تمام شرایط تحقق جرم ضعیف‌تر را نیز دارا باشد، محکوم کردن متهم به ارتکاب جرم شدیدتر، تمام جنبه‌های کیفری رفتار مجرمانه را در برمی‌گیرد».

45. Arrêt Kupreski, *supra* note 6, § 664.

46. Arrêt Krstic, *supra* note 7, § 218.

47. Arrêt Celebici, *supra* note 8, § 414-415.

مندرج در ماده ۲ است، زیرا مورد اخیر وصف اشخاص مورد حمایت را در موارد کاملاً محدود و مشخص به افراد اعطا می‌کند و برای مثال آن را فقط شامل فرد حاضر در سرزمین تحت کنترل قدرت اشغال‌گر می‌داند و یا بیماران و مجروحان را از شمول آن استثنا می‌کند. پس اگر وضعیت افراد مورد حمایت در مفهوم ماده ۲ به معنای عدم مشارکت مستقیم در درگیری‌های مسلحانه است، دارای الزاماتی اضافی است. به همین خاطر ماده ۲ اخص از ماده ۳ مشترک است.^{۴۸} شعبه استیناف نتیجه‌گیری خود را این‌گونه توضیح می‌دهد که «تعریف جرائم پیش‌بینی شده در ماده ۴۹۲ برخلاف جرائم مندرج در ماده ۳^{۵۰} دارای رکنی کاملاً متفاوت است: این ضرورت که قربانی باید یک فرد مورد حمایت باشد. این ضرورت اثبات واقعیتی را لازم می‌داند که ارکان ماده ۳ آن را لازم نمی‌دانند، زیرا تعریف فرد مورد حمایت شامل افرادی نیز می‌گردد که مستقیماً در درگیری‌ها مشارکت نمی‌کنند. این در حالی است که تعریف جرائم مندرج در ماده ۳ دارای رکنی نیست که اثبات واقعیتی را لازم بداند که ماده ۲ لازم نمی‌داند. در نتیجه، چون قاعده اول [خاص بودن متقابل] محقق نمی‌شود، باید دومین قاعده [خاص بودن یک طرفه] را اعمال کنیم. جرائم مندرج در ماده ۲ دارای رکن تشکیل‌دهنده اضافی بوده، به لحاظ خاص بودن بر رفتار مجرمانه مورد بحث اعمال، محکومیت اعلام شده بر مبنای ماده ۲ تنفیذ و محکومیت اعلام شده بر مبنای ماده ۳ لغو می‌گردد».^{۵۱}

راجع به جرائم اولیه مندرج در تعریف هریک از جرائم بین‌المللی نیز به همین ترتیب اقدام می‌شود. به این دلیل شعبه بدوی دادگاه یوگسلاوی در قضیه گالیچ^{۵۲} از اعلام دو محکومیت کیفری، یکی به‌خاطر جرم «ایجاد وحشت»^{۵۳} و دیگری به‌خاطر «حمله به غیرنظامیان»^{۵۵}

48. Ibid. § 414-420.

۴۹. جرائم اولیه مورد بحث و مذکور در ماده ۲ اساسنامه عبارت بود از: «قتل عمد»، «وارد کردن آسیب‌های عمده بر جسم و سلامتی قربانی»، «شکنجه» و «رفتارهای غیر انسانی».

۵۰. جرائم اولیه مورد بحث و مذکور در ماده ۳ اساسنامه عبارتند از: «قتل»، «رفتارهای غیر انسانی» و «شکنجه».

51. Arrêt Celebici, *supra* note 8, § 422-426.

52. Galic

53. Terrorisation

۵۴. در این قضیه، جرم «ایجاد وحشت» این‌گونه تعریف شده است: «(۱) اقدامات خشونت بار ارتكابی علیه جمعیت غیرنظامی یا افراد غیرنظامی که مستقیماً در درگیری‌ها مشارکت نکرده‌اند و منجر به مرگ یا آسیب‌های جدی بر تمامیت جسمی یا سلامت آن‌ها شود؛ (۲) مرتکب عامدانه چنین اقداماتی را علیه جمعیت غیرنظامی که مستقیماً در درگیری‌ها شرکت نکرده‌اند صورت داده باشد؛ (۳) عمل مجرمانه با هدف اصلی گسترش وحشت در میان جمعیت غیرنظامیان ارتكاب یافته باشد».

۵۵. در این قضیه، جرم «حمله به غیرنظامیان» این‌گونه تعریف شده است: «(۱) اقدامات خشونت‌بار ارتكابی علیه جمعیت غیرنظامی یا افراد غیرنظامی که مستقیماً در درگیری‌ها مشارکت نکرده‌اند و منجر به مرگ یا آسیب‌های جدی بر تمامیت جسمی یا سلامت آن‌ها شود؛ (۲) مرتکب عامدانه چنین اقداماتی را علیه جمعیت غیرنظامی که مستقیماً در درگیری‌ها شرکت نکرده‌اند صورت داده باشد». رجوع کنید به:

Ibid, § 161.

هر دو بر مبنای ماده ۳ اساسنامه (نقص قواعد و عرف‌های جنگی) خودداری کرد. از نظر این شعبه، ارکان تشکیل‌دهنده هر دو جرم یکی هستند، جز این که اولی دارای یک رکن کاملاً متفاوت است و آن، هدف اصلی جرم، یعنی اشاعه ترس و وحشت است. بنابراین، جرم ایجاد وحشت نسبت به جرم حمله به نظامیان اخص است. در نتیجه از آن جا که تمام شرایط [اعمال قاعده خاص بودن یک طرفه] جمع شده‌اند، محکومیت کیفری اعلام نمی‌شود مگر برای جرم ایجاد وحشت.^{۵۶}

بخش دوم: اهمیت تجمیع محکومیت‌های کیفری فصل اول) نکوهش بیش‌تر رفتار مجرمانه

بحث راجع به تجمیع محکومیت‌های کیفری به هیچ وجه یک بحث صرفاً نظری نیست. تجمیع محکومیت‌ها آثار خود را در جنبه‌های متفاوت تعقیب کیفری نشان می‌دهد. در نگاه اول، چنین اقدامی با برخی از اصول اولیه حقوق کیفری، از جمله اصل انصاف،^{۵۷} قضیه محکوم بها مختومه و اصل ممنوع بودن تعقیب دوباره به‌خاطر یک رفتار^{۵۸} تعارض پیدا می‌کند. بدین خاطر قاضی بنونا و هانت در نظر جداگانه و مخالف خود در رأی سلیبسی آورده‌اند که «پذیرفتن تجمیع محکومیت‌ها یا به حقوق متهم آسیب می‌زند یا آن‌ها را در معرض خطر جدی قرار می‌دهد». این قضات آثار چنین محکومیتی را این‌گونه برمی‌شمارند: تشدید مجازات و سرزنش اجتماعی متهم، ممانعت از آزادی زود هنگام^{۵۹} متهم، یا حتی قرار دادن وی در معرض مجازات سنگین‌تر و اعمال قواعد راجع به تعدد جرائم در صورت وجود محکومیت قبلی از سایر دادگاه‌ها.^{۶۰} شعبه استیناف با قبول بخشی از این ایرادات در رأی کرسیتیج^{۶۱} و کوناراک^{۶۲} بر لزوم احتیاط در اعمال معیار سلیبسی تأکید می‌کند.

تا جایی که به اهداف کاربست راه‌حل سلیبسی مربوط است، شعبه استیناف در رأی کوردیج توضیح می‌دهد که «اعمال معیار محکومیت‌های متعدد به‌خاطر یک عمل برای رسیدن به دو هدف انجام می‌گیرد؛ اطمینان از آن که متهم تنها به ارتکاب جرائم متفاوت محکوم شده است و این که محکومیت‌های اعلام شده رفتار مجرمانه متهم را به‌خوبی نشان می‌دهند».^{۶۳} بنابراین با

56. *Ibid.* § 162.

57. Arrêt Celebici, *supra* note 8, § 412.

58. Arrêt Akayesu, *supra* note 4, § 462.

59. Liberation anticipée

60. Bennouna et Hunt, *supra* note 18, § 23.

61. Arrêt Krstic, *supra* note 7, § 217.

62. Arrêt Kunarac, *supra* note 7, § 169.

63. Arrêt Kordic, *supra* note 7, § 1033.

اعمال قاعده سلیبسی یک دادگاه می‌تواند اطمینان حاصل کند که متهم به ارتکاب جرمی محکوم شده که کاملاً از همدیگر متمایزند. به گفته قاضی بنونا و هانت: «هدف از اعمال این معیار، تعیین و تشخیص این امر است که آیا رفتار متهم به‌واقع به ارتکاب چندین جرم منجر شده است یا نه؟»^{۶۴} بنابراین ضرورت اطمینان از این‌که چندین جرم متفاوت از هم ارتکاب یافته است، به‌عنوان یک پیش‌شرط در اجرای اصل تجمیع محکومیت‌ها عمل می‌کند و در نتیجه هنگامی که اقدام به جرم اول به‌منظور مقدمه‌چینی برای ارتکاب جرم دوم صورت گرفته باشد (فرع بودن یک جرم نسبت به دیگری)، یا هنگامی که یک جرم در جرم دیگری کاملاً تحلیل شود (اصل ادغام در حقوق فرانسه که توضیح داده شد)، جایی برای اجرای اصل تجمیع محکومیت‌ها نیست. به همین خاطر شعبه استیناف دادگاه یوگسلاوی بر این نکته تأکید می‌کند که «... فقط جرائم متفاوت می‌توانند تجمیع محکومیت‌ها را توجیه کنند».^{۶۵}

از طرف دیگر «محکومیت چندگانه این امکان را فراهم می‌آورد تا مسئولیت متهم به‌صورت تمام و کمال مورد توجه قرار گیرد یا تابلویی کامل از رفتار مجرمانه وی ترسیم گردد».^{۶۶} همان‌طور که قاضی خان^{۶۷} در نظر مخالف خود در رأی کایشما خاطرنشان ساخته است «تجمیع اتهامات و محکومیت‌ها در این‌که متهم حساب کامل رفتار مجرمانه خود را پس دهد تأثیرگذار است ... هنگامی که رفتار مجرمانه در چارچوب یک حمله گسترده و سازمان‌یافته صورت پذیرفته است، محکوم کردن متهم تنها به ارتکاب جنایت ژنوسید مانع از آن می‌شود که وی حساب کامل رفتار خود را پس دهد. پس اگر اکثریت قضات [در رأی حاضر] به این نتیجه می‌رسیدند که تنها جرم قلع و قمع^{۶۸} ارتکاب یافته است، نه قلع و قمع به اضافه جنایت ژنوسید، چنین حکمی تمام جنبه‌های رفتار متهم را آن‌طور که باید و شاید در نظر نمی‌گرفت».^{۶۹} در همین راستا، قاضی شهاب‌الدین این‌گونه استدلال می‌کند: «هنگامی که رفتاری واحد، جنبه‌های مختلف به خود می‌گیرد مشکلاتی بروز می‌کند. برخی جنبه‌ها تنها به یک جرم ارتباط پیدا می‌کنند و برخی دیگر به جرمی دیگر. برخی جنبه‌ها نیز می‌توانند همزمان به دو جرم یا حتی بیشتر ارتباط پیدا کنند. برای اینکه رفتار مجرمانه متهم کاملاً به حساب آورده شود ممکن است لازم باشد وی به ارتکاب همه آن جرائم محکوم شود».^{۷۰}

64. Bennouna et Hunt, *supra* note 18, § 26.

65. Arrêt Celebici, *supra* note 8, § 412

66. Arrêt Kunarac, *supra* note 7, § 169.

67. Khan

68. Extermination

69. Opinion individuelle et dissidente du juge Tafazzal Hossain Khan jointe à l'arrêt Kayishema et Rutaganda, § 33.

70. Opinion partiellement dissidente du juge Shahabuddeen jointe à l'arrêt Jelusic, § 34.

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد این است که آثار رسیدگی قضایی هنگامی که متهم برای ارتکاب دو جرم یا بیش‌تر به‌خاطر عملی واحد مورد تعقیب قرار می‌گیرد، از جرمی به جرم دیگر سرایت نمی‌کند. بنابراین ممکن است در پایان محاکمه، متهم به واسطه ارتکاب یکی از جرائم محکوم و در مورد دیگری تبرئه شود. به عبارت دیگر، تحقق شرایط محکومیت نسبت به یکی از جرائم خود به خود به معنای لزوم محکومیت متهم برای جرم دیگر نیست. در بخشی از رأی بلوک برگرد در این باره آمده است: یک رفتار ممکن است از لحاظ دو ماده قانونی جرم محسوب گردد. و اگر هرکدام از آن مواد اثبات واقعیتی را لازم بدانند که دیگری لازم نمی‌داند، محکومیت یا تبرئه برطبق هرکدام از آن‌ها، متهم را از تعقیب و مجازات برطبق دیگری معاف نمی‌کند.^{۷۱} همچنین ممکن است بعد از اعلام محکومیت‌های چندگانه، یکی از آن‌ها به هر دلیل مشمول عفو واقع شود. در حقوق فرانسه، رویه قضایی پذیرفته است که در صورت شمول عفو تنها به یکی از محکومیت‌های اعلام شده به‌خاطر یک رفتار، متهم از لحاظ جرم مربوط مشمول عفو واقع می‌شود، ولی محکومیت وی در سابقه قضایی درج گردیده، در صورت لزوم و به‌خاطر سایر جرائم که مشمول عفو واقع نشده‌اند اجرا می‌گردد.^{۷۲}

فصل دوم) تأثیر تجميع محکومیت‌ها بر مسئله نحوه اجرای مجازات

مجازات^{۷۳} متهم به هنگامی که به‌خاطر یک عمل به ارتکاب جرائم متعدد محکوم می‌شود برطبق ماده ۸۷ بند «ج» از قواعد آیین دادرسی و ادله اثبات دیوان یوگسلاوی، مواد ۸۷ بند «ج» و ۱۰۱ بند «ج» از قواعد آیین دادرسی و ادله اثبات دیوان رواندا و با در نظر گرفتن اصول اعلام شده در رویه قضایی محاکم مذکور^{۷۴} تعیین می‌شود. برطبق این مواد:

«هنگامی که شعبه بدوی، متهم را به ارتکاب یک یا چند جرم مندرج در کیفرخواست محکوم کرد، مجازات هرکدام از محکومیت‌ها را اعلام و تعیین می‌کند که آیا آن‌ها باید همزمان اجرا شوند یا یکی پس از دیگری، مگر آن‌که از اختیار خود برای اعلام مجازاتی واحد برای مجموع رفتارهای مجرمانه متهم استفاده کند».

71. Blockburger c/ USA, 284 U.S. 299 (1932).

72. Bernard Boulou, Droit pénal général, Dalloz, 2005, p. 543.

۷۳. لازم به یادآوری است که برطبق ماده ۲۴ اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق و ماده ۲۳ اساسنامه دیوان رواندا، زندان تنها مجازاتی است که افراد محکوم به ارتکاب جنایات بین‌المللی تحمل خواهند کرد.

۷۴. ر.ک:

Jan Christoph Nemitz, Sentencing in the Jurisprudence of International Tribunals for the Former Yugoslavi and Rwanda, in Fischer, C. Kress and S.R. Luder (eds), International and National Prosecution of Crime under International Law, Current Developments, *supra* note 3, p. 605.

بنابراین، قاضی در اعلام مجازات‌های جمع شده، به شکل یک‌جا یا کلی، اختیار کامل دارد. با این حال رویه محاکم ویژه تمایل به تعیین یک مجازات برای هریک از محکومیت‌های اعلام شده و دستور به اجرای همزمان آن‌ها را نشان می‌دهد.^{۷۵} بدین ترتیب، مجازات‌ها در همدیگر ادغام می‌شوند، به‌طوری‌که در نهایت یکی از آن‌ها، که در واقع اشد آن‌ها است، اجرا می‌گردد. برای مثال، اگر فردی به‌خاطر ارتکاب جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی محکوم شده و برای ۱۰ سال و برای دومی ۸ سال حبس تعیین شده باشد، با دستور به اجرای همزمان آن‌ها، مدت حضور متهم در زندان برای هر دو جرم همزمان محسوب شده، در نتیجه فقط ۱۰ سال در زندان خواهد بود.

با این حال، قاضی در اعمال اختیار خود باید مجموعه رفتار مجرمانه متهم و به‌ویژه شدت جرم ارتكابی را در نظر بگیرد، به طوری که مجازات اعلامی منصفانه و مناسب بود^{۷۶} «قاعده کلیت»^{۷۷} رعایت شده باشد. در هر حال، هدف از اعلام مجازات، برطبق نظر شعبه استیناف در رأی سلیبسی، قبل از هر چیز «تضمین این امر است که مجازات نهایی و یا کلی، مجموعه رفتارهای مجرمانه متهم و مسئولیت وی را در نظر گرفته است. زمانی این هدف تأمین می‌شود که فقط یک مجازات برای مجموعه جرائم اعلام شود یا چندین مجازات که باید همزمان یا پی‌درپی اجرا شوند یا هر دو آن‌ها. تصمیم‌گیری در این مورد بر عهده شعبه بدوی است».^{۷۸} به این دلیل همین شعبه، استدلال فرجام‌خواه را مبنی بر این‌که شعبه بدوی در اجرای ماده ۱۰۱ بند «ج» که آن زمان لازم‌الاجرا بود و باید برای هرکدام از محکومیت‌ها مجازاتی جداگانه تعیین می‌کرد رد کرد.^{۷۹} از نظر شعبه استیناف، ماده مذکور صراحتاً شعبه بدوی را موظف نمی‌کند تا برای محکومیت‌های متعدد، مجازات‌های متعدد اعلام کند، بلکه تنها دادگاه بدوی موظف

75. Arrêt Kupreski, *supra* note 6 § 866; Celebici, jugement, 16 nov. 1998, § 1286; aff. Tadic, jugement relatif à la sentence, chambre de première instance II, 14 juill. 1997, § 75; Le Procureur c/ Tadic, n° IT-94-I-Tbis-R117, jugement relatif à la sentence, chambre de première instance II, 11 nov. 1999 (Ile jugement relatif à la sentence), p. 18; aff. Furundzija, jugement, 10 déc. 1998, § 292 à 296 et p. 110 (Dispositif).

76. Arrêt Celebici, *supra* note 8, § 428.

77. اصل کلیت (principe de totalité) ایجاب می‌کند که به هنگام اعلام چندین مجازات، بعد از این‌که هرکدام از آن‌ها در رابطه با جرم مربوط دقیقاً محاسبه و برطبق اصل تجميع با یکدیگر جمع گردیدند، مجازات کلی بررسی و «متناسب و منصفانه بودن» آن مشخص شود.

Arrêt Celebici, *supra* note 8, nbp, 633.

78. *Ibid*, § 430.

79. قبل از اصلاح اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق، قواعد مربوط به تعیین مجازات‌ها در صورت تعدد محکومیت‌ها همانند قواعد فعلی دادگاه رواندا در دو ماده ۷۸ و ۱۰۱ بیان شده بود.

می‌سازد تا تعیین کند در صورت اعلام چندین مجازات، باید آن‌ها همزمان اجرا شوند یا یکی پس از دیگری. هدف این ماده، روشن ساختن نحوه اجرای مجازات است.^{۸۰}

۲. تأثیر محکومیت چندگانه در تعیین میزان مجازات

در قضیه سلیبسی این سؤال مطرح گردید که آیا به هنگام کاهش تعداد محکومیت‌های اعلام‌شده توسط شعبه بدوی در اثر پذیرش فرجام نزد شعبه استیناف، میزان مجازات نیز باید کاهش یابد؟ دیدیم که شعبه استیناف در همین قضیه، تجمیع محکومیت‌های اعلام‌شده برطبق ماده ۲ (نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو) و ماده ۳ (نقص قواعد و عرف‌های جنگی) را نپذیرفت و در نهایت اعلام مجرمیت بر مبنای ماده ۳ را لغو این شعبه بعد از آن، شعبه بدوی دیگری را مأمور کرد تا بازبینی احتمالی در مجازات اعلام‌شده را مورد بررسی قرار دهد تا لغو محکومیت بر مبنای ماده ۳ مورد ملاحظه قرار گیرد. در نزد شعبه بدوی جدید، وکیل متهم این استدلال را مطرح کرد که در نتیجه تبرئه متهم از ارتکاب برخی از جرائم توسط شعبه استیناف، مجازات وی نیز باید کاهش یابد.^{۸۱} اما دادستان بر این عقیده بود که این واقعیت، بازبینی مجازات اعلام‌شده را توجیه نمی‌کند، چرا که محکومیت‌های تأیید‌شده و محکومیت‌های لغو‌شده هر دو بر رفتارهای مجرمانه یکسان مبتنی بودند و شعبه بدوی اولیه بر اجرای همزمان مجازات رأی داده بود.^{۸۲} همچنین دادستان استدلال کرد که اثر رأی شعبه استیناف از بین بردن وصف نکوهش‌کنندگی تجمیع محکومیت‌ها و تأثیر منفی آن بر آزادی آتی متهم، در صورت وجود چنین اثری است؛ درحالی‌که «عمل مجرمانه همان است که بود».^{۸۳} شعبه بدوی جدید با پذیرش استدلال‌های دادستان و رد ادعاهای وکیل متهم اعلام کرد: «... از مجموعه رفتارهای مجرمانه متهمان بر اثر لغو تجمیع محکومیت‌ها کاسته نشده است و شعبه بدوی اولیه با در نظر گرفتن این رفتارها به تعیین مجازات‌هایی اقدام کرده که در صورت عدم تجمیع محکومیت‌ها نیز می‌توانستند همان باشند. بنابراین، مجازات‌های اولیه به این دلیل تغییر پیدا نمی‌کنند».^{۸۴} نتیجه‌گیری شعبه بدوی جدید در رأی بعدی شعبه استیناف در ۳ آوریل ۲۰۰۳ راجع به مجازات‌ها مورد تأیید قرار گرفت.^{۸۵}

80. Arrêt Kunarac, *supra* note 7, § 342.

81. Le procureur c/ Celebici, chambre de première instance, l'arrêt relatif à la sentence, 9 oct. 2001, § 39-41.

82. *Ibid.* § 36.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.* § 42.

85. Le procureur c/ Celebici, chambre d'appel, l'arrêt relative à la sentence, 8 avr. 2003, n° IT-96-21-A bis, § 27.

همین طور در رأی کرسیتیچ، در مرحله استیناف، دادستان به رأی شعبه بدوی به خاطر اعلام این مطلب که «محکومیت به ارتکاب جرم قلع و قمع»^{۸۶} و آزار و اذیت نمی‌تواند با محکومیت به ارتکاب ژنوسید جمع شوند» اعتراض کرد.^{۸۷} در عوض، وکیل متهم استدلال کرد که درخواست دادستان باید رد شود، چرا که وی حتی در صورت پذیرش فرجام خود، خواستار افزایش مجازات نشده است. شعبه استیناف با درخواست دادستان موافقت و اعلام کرد که تجميع محکومیت‌ها برای جرائم مذکور ممکن است، ولی «این رأی تأثیری در مجازات قبلاً اعلام شده ندارد».^{۸۸}

بخش سوم: ماهیت معیار سلیبیسی: آیا می‌توان این معیار را یک اصل کلی حقوق بین‌الملل کیفری قلمداد کرد؟

ابتدا باید یادآوری کرد که در سیستم مستقیم و مختلط اجرای حقوق بین‌الملل کیفری،^{۸۹} قواعد راجع به عناصر مسئولیت کیفری، از جمله محکومیت‌های متعدد، جزء اصول تشکیل‌دهنده «بخش عام» حقوق بین‌الملل کیفری به حساب می‌آیند و منبع آن‌ها «اصول کلی حقوقی» در مفهوم بند «ج» ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌الملل دادگستری، یعنی اصول پذیرفته شده توسط ملل متحد است.^{۹۰} بنابراین، از آن‌جا که هسته اصلی راه‌حل ارائه شده در رأی سلیبیسی، معیار «ارکان تشکیل‌دهنده متفاوت» است، یک بررسی تطبیقی در حقوق و رویه قضایی نظام‌های عمده حقوقی دنیا از جمله سیستم کامن‌لا و حقوق رومی - ژرمنی راجع به تجميع محکومیت‌ها بر مبنای این معیار ضروری است. بعد از آن‌که پذیرش چنین راه‌حلی در این نظام‌ها اثبات گردید باید سابقه اعمال این راه‌حل بر جرائم بین‌الملل نیز مورد بررسی قرار گیرد.

86. extermination

87. Arrêt Krstić, *supra* note 12, § 216.

88. *Ibid.* § 217.

۸۹. هنگامی که از سیستم مستقیم اجرای حقوق بین‌المللی کیفری صحبت می‌شود منظور وضعیتی است که در آن، تمام اقدامات راجع به تعقیب، محاکمه و مجازات جرائم بین‌المللی توسط یک دادگاه بین‌المللی انجام می‌پذیرد؛ درحالی که در سیستم مختلط، دادگاه بین‌المللی در انجام بخشی از فعالیت‌های قضایی خود به همکاری کشورها در دستگیری متهمان، اجرای آرا و ... متکی است.

۹۰. رک:

Cherif Bassiouni, Introduction au droit pénal international, Bruylant, 2002, p. 31; Ferrando Mantovani, «The General Principles of International Criminal Law : The Viewpoint of a National Criminal Lawyer», Journal of International Criminal Justice 1, (2003), p. 27.

فصل اول) تجميع محكوميت بر مبنای معيار «اركان تشكيل دهنده متفاوت» در حقوق داخلی

۱. سيستم حقوقی رومی - ژرمنی: مثال حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، همانند حقوق برخی ديگر از کشورهای گروه حقوق رومی - ژرمنی، هنگامی که یک رفتار مادی بتواند توصيفهای کيفری متعددی را به خود بگیرد، تعدد معنوی جرم مطرح می گردد. تعدد معنوی جرم از این لحاظ از تعدد واقعی جرم متمایز می گردد که این آخری بر تعدد رفتارهای مجرمانه مبتنی است. به عبارت ديگر برخلاف تعدد معنوی، تعدد واقعی جرم از چندین اقدام مجرمانه متمایز ناشی می گردد.^{۹۱}

با این توضیح، در حقوق فرانسه سؤال این است که آیا تعارض عناوین مجرمانه در حالت تعدد معنوی جرم می تواند موجبی برای تجميع محكومیت های کيفری گردد. از نظر شعبه کيفری دیوان عالی فرانسه، «رفتاری که توصيفهای کيفری متعدد به خود می گیرد نمی تواند به اعلام محكومیت های متعدد منجر گردد»^{۹۲} مگر در صورت تعدد قربانی ها.^{۹۳} با این حال، اگر جرائمی که همزمان و بر مبنای رفتاری واحد ارتکاب یافته اند دارای ارکان تشكيل دهنده متفاوت باشند و یا منافع اجتماعی متفاوتی را مورد حمایت قرار دهند، راه حل فوق کنار گذاشته می شود. بدین خاطر دیوان عالی فرانسه در رأی بن حادی^{۹۴} اعلام کرد که «پرتاب یک نارنجک به یک کافه به قصد تخریب ساختمان و کشتن افرادی که در آن جا حضور دارند باید همزمان جرم اقدام به تخریب ساختمان کافه با وسیله انفجاری و همچنین اقدام به قتل تلقی گردد: در نتیجه، اعلام محكومیت دوگانه امکان پذیر است و از آن جا که اصل ممنوعیت تجميع مجازات ها رعایت شده، هیچ قاعده حقوقی نقص نشده است». دیوان استدلال می کند که «در این قضیه، مسأله ارتکاب یک جرم نیست، بلکه دو جرمی که با قصدهای مجرمانه کاملاً متفاوت از هم متمایز می شوند به یک طریق ارتکاب یافته اند».^{۹۵} همچنین در قضیه ای ديگر، همین دیوان رأی داد که «دو عنوان مجرمانه معاونت در کسب غیرقانونی منفعت و غصب شغل، به خاطر یک رفتار قابل تحقق هستند، چرا که هرکدام از آنها منافع اجتماعی متفاوتی را حمایت می کند و از ارکان تشكيل دهنده متفاوتی برخوردار است».^{۹۶}

91. Philippe Conte, Patrick Maistre du Chambon, Droit pénal général, Armand Colin, 6e éd., 2002, p. 128.

92. Crim. 3 mars 1960, B., n° 138; 22 nov. 1983, B., n° 308; 16 mai 1984, B., n° 181.

93. Frédéric Desporte, Francis Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 2005, n° 302

94. Ben Haddadi.

95. Crim. 3 mars 1960, B., n° 138.

96. Crim. 21 févr. 2001, B., n° 46.

در هر حال، در برخورد با تعارض عناوین مجرمانه، دادگاه فرانسوی به شرط رعایت قاعده ممنوع بودن جمع مجازات‌ها مجاز به تجمیع محکومیت‌های کیفری است. دلیل قائل شدن این شرط آن است که همان‌طور که راجع به اعلام مجازات‌ها در نزد محاکم کیفری ویژه گفته شد، تجمیع عناوین مجرمانه یک مسأله و جمع مجازات‌ها مسأله دیگری است.^{۹۷} از طرف دیگر، ممنوعیت جمع مجازات‌ها در حقوق فرانسه از ارزش قاعده‌ای برابر با قواعد قانون اساسی برخوردار است.^{۹۸} در نتیجه به هنگام تجمیع محکومیت‌ها دادگاه مجازات شدیدتر را از میان مجازات‌های جرائمی که همزمان قابل اعمال هستند اعلام می‌کند.^{۹۹}

۲. سیستم حقوقی ایالات متحده امریکا

سیستم کامن‌لا تأسیس حقوقی کاملاً مشابهی با آنچه در حقوق فرانسه به‌عنوان تعدد معنوی جرم شناخته می‌شود، ندارد. در حقوق امریکا اعلام محکومیت‌های متعدد به‌خاطر عملی واحد ممکن است در تعارض با قاعده «خطر مضاعف» باشد که در اصلحیه پنجم قانون اساسی وارد شده و برطبق آن: «هیچ کس نباید به‌خاطر عملی واحد، همزمان در معرض خطر اعدام و قطع عضو قرار گیرد».^{۱۰۰} برطبق تفسیر دیوان عالی ایالات متحده، این شرط هم مانع از آن می‌شود که متهم به‌خاطر جرمی که قبلاً به آن محکوم یا از ارتکاب آن تبرئه شده است تحت تعقیب مجدد قرارگیرد و هم مانع از اعلام مجازات‌های متعدد به‌خاطر ارتکاب یک جرم می‌شود.^{۱۰۱} پس این قاعده تنها، تعقیب و محکومیت دوباره یک فرد به‌خاطر عملی واحد و همچنین تحمیل چندین مجازات به‌خاطر ارتکاب یک جرم را ممنوع می‌کند، نه اعلام همزمان چندین محکومیت به‌خاطر ارتکاب یک عمل مجرمانه را.^{۱۰۲} به این خاطر است که در قضیه اهایو^{۱۰۳} دیوان عالی این‌گونه نتیجه می‌گیرد که گرچه قاعده مذکور، تجمیع مجازات‌ها برای برخی جرائم را ممنوع

97. Claude Lombois, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 51.

98. Frédéric Desporte, Francis Le Gunehec, *supra note* 69, n° 301.

99. Crim. 30 oct. 1997, B., n° 364. Philippe Conte, Patrick Maistre du Chambon, *supra note* 67, p. 132.

۱۰۰. بدیهی است اشاره به قتل و قطع عضو از باب مثل و کنایه است. اعمال کلاسیک این قاعده در قضیه (Ex parte Nielsen, 131 U.S. 176 (1889) اتفاق افتاد. در سال ۱۸۸۰، کنگره امریکا قانون ممنوعیت چند همسری در اتاها را تصویب کرد. برطبق یکی از بندهای این قانون، زندگی با دو زن برای یک مرد ممنوع بود و بندی دیگر زنا را ممنوع کرده بود. هانس نیلسن که با دو زن خود زندگی می‌کرد برطبق هر دو بند مذکور، محاکمه و محکوم شد. دیوان عالی رأی دادگاه بدوی را نقض و اعلام کرد که «محکومیت به ارتکاب جرم اول مانع از آن می‌شود که متهم به ارتکاب زنا نیز محکوم شود» دیوان عالی امریکا رأی خود را این‌گونه توجیه می‌کند که «وقتی فردی به ارتکاب جرمی با اجزای متعدد محکوم می‌شود، نمی‌تواند یک‌بار دیگر برای یکی از آن اجزا محاکمه گردد، چراکه در این صورت در معرض خطر گرفتاری دوباره برای جرمی واحد قرار خواهد گرفت».

101. U.S. c/ Halper, 490 U.S. 435, 440 (1989).

102. The Columbia Encyclopedia, 6th ed., 2004.

103. ohio

می‌کند، اما نمی‌تواند مانع از آن شود که متهم به دلیل ارتکاب چندین جرم، همزمان مورد مواخذه قرار گیرد.^{۱۰۴} در رأی بلوک برگر که ذکر آن گذشت و مورد استناد دیوان یوگسلاوی قرار گرفت، دیوان عالی معیار «ارکان [تشکیل‌دهنده] متفاوت» را به عنوان توجیهی برای نقض ممنوعیت «خطر مضاعف» در قضیه‌ای که متهم به دلیل نقض برخی مواد قانون هاریسون راجع به مواد مخدر، همزمان موضوع چندین محکومیت قرار گرفته بود، به کار برد.^{۱۰۵} متهم بر این باور بود که اتهامات سوم و دوم در واقع شامل یک جرم می‌شوند و بنابراین نباید بیش از یک مجازات اعلام شود.^{۱۰۶} دیوان اعلام کرد: «هنگامی که یک عمل یا یک رفتار، نقض دو ماده قانونی محسوب می‌شود، برای دانستن این که یک جرم واقع شده است یا دو جرم، باید دید آیا هر ماده قانونی، اثبات واقعیتی را لازم می‌داند که آن دیگری لازم نمی‌داند».^{۱۰۷}

اما راجع به مجازات‌ها، در صورت تجمیع محکومیت‌ها، قاضی تصمیم می‌گیرد که آنها به صورت یکی پس از دیگری اجرا شوند یا به طور همزمان. در این مورد دادگاه‌های امریکا موظفند «دستورالعمل‌های دولت فدرال راجع به مجازات‌ها» را مورد توجه قرار دهند.^{۱۰۸}

فصل دوم) سابقه اعمال اصل تجمیع محکومیت‌های کیفری به جرائم بین‌المللی

همانند شمار زیادی از اصول حقوق بین‌الملل کیفری، سابقه اعلام محکومیت‌های متعدد به خاطر عملی واحد را می‌توان در آراء صادره از دادگاه نورمبرگ جستجو نمود. این دادگاه که در ۸ اوت ۱۹۴۵ برطبق توافقنامه چهار جانبه لندن تشکیل گردید، وظیفه قضاوت و مجازات جنایت‌کاران جنگی عمده دول محور را برعهده داشت. برطبق ماده ۶ اساسنامه، این دادگاه برای رسیدگی به جرائم زیر صلاحیت داشت: (۱) جنایت علیه صلح (۲) جنایت جنگی (۳) جنایت علیه بشریت. دادستان دادگاه نورمبرگ در کیفرخواستی که به دادگاه ارائه نمود به جرائمی اشاره کرد که از نظر وی همزمان به عنوان جنایت جنگی و جنایات علیه بشریت قابل تعقیب و مجازات بودند. دادگاه در بخشی از رأی خود، پس از تشریح ارکان تشکیل‌دهنده جرائم تحت صلاحیت خود، اعلام کرد که «انتقال اجباری جمعیت غیرنظامی [همزمان] جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت

104. Ohio c/ Johnson, 467 U.S. 493 (1984) ; United States c/ Gaddis, 424 U.S. 544 (1976).

105. Blockberger v. the USA, 284 U.S. 299 (1932), p. 300

106. Ibid. 301, v. Elizabeth J. Wiet, "Witte v. United States : Double jeopardy and the United States sentencing guidelines",

Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 86, Issue 4, 1996, p. 1540.

107. Blockburger c/ the USA, supra note 79, p. 302.

۱۰۸. منظور قواعدی است که توسط کمیسیون مجازات‌های ایالات متحده در سال ۱۹۹۸ با عنوان «The Federal Sentencing Guideline» تعیین شده و هدف از آن یکپارچه کردن رویه های مربوط به تعیین مجازات‌ها در صورت محکومیت متهم به ارتکاب جرائم متعدد است.

محسوب می‌شود».^{۱۰۹} همین دادگاه در جای دیگری تأکید می‌کند که از زمان شروع درگیری‌ها اقداماتی که دارای وصف دوگانه جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی بودند در سطح وسیعی اتفاق افتاده‌اند».^{۱۱۰}

علاوه بر این، دادگاه نظامی ایالات متحده که برطبق قانون شماره ۱۰ شورای کنترل تشکیل شده بود، در رأی معروف به (Justice) این‌گونه رأی داد که «جنایات جنگی می‌توانند همچنین جنایات علیه بشریت محسوب شوند چرا که رفتارهای مجرمانه واحد می‌توانند همزمان در چارچوب دسته‌بندی هر دو جنایات مذکور قرار گیرند».^{۱۱۱}

رویکرد اتخاذی توسط دادگاه نورمبرگ توسط برخی محاکم داخلی نیز دنبال شد. رأی باری صادره از یک دادگاه فرانسوی از این جهت قابل اشاره است. باری، رئیس گشتاپو در لیون از ۱۹۴۲ تا ۱۹۴۴ در زمان اشغال فرانسه توسط آلمان نازی، برای نقشی که در اخراج و نابودی غیرنظامیان و مبارزان مقاومت ایفاء کرده بود، در سال ۱۹۸۷ به اتهام ارتکاب جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی مورد محاکمه قرار گرفت.^{۱۱۲} قضیه باری این امکان را برای دیوان عالی فرانسه فراهم آورد تا در چندین مورد بر امکان اینکه جنایت‌های علیه بشریت و جنایات جنگی می‌توانند همزمان ارتکاب یابند و اینکه عملی واحد می‌تواند توصیف‌های کیفی متفاوتی به خود گیرد، تأکید کند. برطبق اعلام این دادگاه «اعمال غیرانسانی و آزار و اذیت [ارتكابی توسط متهم] جنایت غیرقابل مرور زمان علیه بشریت محسوب می‌شوند، اگرچه آن‌ها می‌توانند همزمان به‌عنوان جنایت جنگی نیز مورد تعقیب قرار بگیرند».^{۱۱۳} دادگاه همچنین توضیح می‌دهد که «رفتارهایی که باری به‌خاطر آنها مورد محاکمه قرار می‌گیرد، درحالی‌که نقض قواعد و عرفهای جنگی محسوب می‌شوند، در چارچوب یک عملیات مجرمانه منظم انجام پذیرفته و اجرای سیاست خودسرانه اخراج مخالفان رژیم نازی بوده و از این جهت عنوان جنایت علیه بشریت نیز به خود می‌گیرند».^{۱۱۴}

بنابراین به این نتیجه می‌رسیم که اولاً جمع عناوین مجرمانه رویه‌ای معمول و اصلی پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی عمده دنیا است و ثانیاً محاکم زمانی دست به چنین اقدامی می‌زنند که

109. The Nurnberg (Nuremberg) Trial, 6 F.R.D. 69, p. 116-120, 126-131

110. Procès des grands criminels de guerre, Texte officiel en langue française, Nuremberg, Allemagne, 1947, p. 267-268. V. J. Graven, Les Crimes Contre l'Humanité, RCADI, 1950, vol. 57, p. 464.

111. Trial of Joseph Altstötter and Others, Law Reports, vol. VI, 1949, p. 79.

112. Crim. 20 déc. 1985, Bull. crim. n° 407; v. JDI 1986, n° 1, p. 127.

113. Crim. 20 déc. 1985, Bull. crim. n° 407.

114. Ibid, p. 1049.

هرکدام از مواد قانونی قابل اعمال دارای ارکان تشکیل‌دهنده متفاوتی نسبت به همدیگر باشند. با این حال راه‌حل ارائه شده در رأی سلیبسی در مقایسه با راه‌حل‌های موجود در سیستم‌های حقوق داخلی که به برخی از آنها اشاره شد کامل‌تر و دقیق‌تر است. اعمال راه‌حل سلیبسی در آراء بعدی هر دو دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا نیز نشان‌دهنده این مهم است که از نظر قضات این محاکم، ما با یک اصل کلی حقوق بین‌الملل کیفری مواجه هستیم که از پستوانه یک رویه قضایی با ثبات نیز برخوردار است. دیوان رواندا در رأی موسما (Musema) با صراحت این مطلب را تأیید و اعلام کرد که «معیار سلیبسی راجع به محکومیت‌های متعدد اعلام یک اصل کلی و عینی است که دادگاه را قادر می‌سازد تا تصمیم گیرد که چه زمانی می‌تواند محکومیت‌های متعدد را به‌خاطر عملی واحد اعلام یا تنفیذ نماید».^{۱۱۵}

115. Arrêt Musema, *supra* note 21, § 363.

شروط داوری در سیر تحولات حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز

رضا آریان کیا^۱

چکیده

تاریخ داوری بین‌المللی، ممزوج و تنیده شده با حقوق قراردادهای نفت و گاز و تحولات آن است. مطالعه این تحولات و آرای داوری‌های نفتی به روشنی نمایانگر انعکاس معادلات سیاسی و اقتصادی داخلی و بین‌المللی و رابطه قدرت با ساختارهای حقوقی و قراردادی پذیرفته شده هر کشور در عرصه نفت و گاز آن است بدین نحو که با متحول شدن این معادلات، ساختارهای قراردادی فی‌مابین کشورهای نفت‌خیز در حال توسعه و شرکت‌های بین‌المللی نیز دچار تحول گردیده که حاصل آن زوال رژیم امتیاز و ظهور ساختارهای قراردادی گوناگون بوده است.

شروط داوری نیز همانند سایر شروط آن پیکره واحد ساختاری، از این تحولات بی‌نصیب نمانده و راه تکامل را در پیش گرفته است. نواقص و مشکلات عملی شروط داوری قراردادهای قبل از ربع قرن اخیر سده سابق از یک سو و رشد فزاینده نهادهای داوری و مقررات متحدالشکل از سوی دیگر، موجب تسریع دگرگونی شروط داوری شده به‌گونه‌ای که گذار از رویه‌های متشتت داوری‌های موردی به مقررات متحدالشکل و داوری‌های نهادی، مهم‌ترین نتیجه آن بوده است. شروط داوری قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز یکی از کلیدی‌ترین شروط مندرج در این نوع از قراردادها است که بکارگیری فرمولی مناسب در آن می‌تواند قدرت مانور قابل توجهی را در تأمین منافع شرکت یا کشور درگیر اختلاف، ایجاد نماید. در این راستا جهت‌گیریهای اخیر قانونگذاران برخی کشورهای تولیدکننده و صادرکننده نفت و گاز و هم‌رویه عملی فعالان خصوصی این عرصه بدین سمت بوده که با ترجیح تعیین چارچوب‌های شرط داوری در قالب ارجاع اختلافات خود به مقررات و احیاناً مراکز داوری چون UNCITRAL, ICSID, ICC.

۱. دانشجوی دوره دکتری دانشگاه پاریس (سوربن) reza,ariyankiya@gmail.com

سعی در مدیریت شایسته اختلافات احتمالی و امتناع از ورود در نابسامانی‌های خاص داوری‌های گذشته داشته‌اند.

این مقاله سعی دارد ضمن پرداختن اجمالی به تحولات حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز، تلاش نماید در خلال بررسی قوانین برخی کشورها، رویه‌های قراردادی و پرونده‌های داوری، چهره‌ای از رویه‌های سابق و کنونی شروط داوری را در قراردادهای نفتی ترسیم نماید.

واژگان کلیدی: حقوق نفت و گاز، حقوق قراردادهای نفت و گاز، تحولات قراردادهای نفتی، داوری بین‌المللی، شروط داوری، شروط کلاسیک داوری، داوری موردی، شروط مدرن داوری، داوری نهادی، نهادهای داوری بین‌الملل.

مقدمه

تاریخ داوری بین‌المللی، از نیمه دوم قرن بیست با حقوق قراردادهای نفت و گاز و تحولات آن ممزوج و درهم تنیده شده؛ به نوعی که شاخص‌گذاری آرای اصداری از مراجع داوری بین‌المللی، با آرای مهم صادر شده در خصوص این قراردادها، صورت می‌گیرد. از جمله این آرا می‌توان به رأی صادر در پرونده‌های عربستان سعودی علیه آرانکو،^۲ بی‌پی،^۳ لیامکو^۴ و تاپکو^۵ علیه دولت لیبی، آجیب علیه جمهوری کنگو،^۶ سافایر،^۷ شرکت فرانسوی الف علیه شرکت ملی نفت ایران^۸ و برخی دعاوی ایران و آمریکا بخصوص در دعاوی آمکو^۹ و فیلیپس اشاره کرد.^{۱۰} در این آرا، از یک سو، حقوق دولت‌ها در کنترل و ساماندهی بهره‌برداری از منابع طبیعی، سلب مالکیت و در نهایت پایان دادن به قرارداد به هنگام اقتضای منافع عمومی به رسمیت شناخته شده و از دیگر سو، لزوم جبران خسارات در صورت اعمال حقوق حاکمیتی از جانب دولت‌ها برای شرکت‌های طرف قرارداد محترم شمرده شده است.

رویه‌های داوری این دوران، انعکاس وسیعی بود از تحولات ژئوپولتیک و تغییر در معادلات سیاسی-اقتصادی روابط بین‌الملل که لزوم تغییر و تجدیدنظر در ساختارها و ماهیت قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز را از دید بازیگران عمده این عرصه، یعنی شرکت‌های نفتی و دولت‌های

2. 27 International Law Reports, 1963, p.117.

3. Journal du Droit International, 1977, p.350.

4. Rev. Arb. VI, 1981, p.89.

5. Yearbook Int. Arb. IV, 1979, p. 177.

6. Rev. Crit. D.I.P, 1982, p.105; Yearbook Int. Arb. VIII, 1983, p. 133.

7. 35 International Law Reports, 1967, p.136.

8. Yearbook Int. Arb. XL, 1986, p.97.

9. 1 Iran-US CTR, p.493.

10. 1 Iran-US CTR, p.487.

نفت خیز آشکار می‌کرد. اما ضرورت این تغییر، علاوه بر ساختار کلی قراردادهای دامنگیر اجزای آن‌ها همانند شروط داوری نیز می‌شد. نواقص و مشکلات عملی شروط داوری در قراردادهای این دوران و تجارب داوری کشورهای مختلف در این خصوص از یک سو و رشد فزاینده نهادهای داوری از سوی دیگر، موجبات تسریع دگرگونی شروط داوری را همزمان با تحولات رژیم‌های قراردادی صنعت نفت فراهم آورد؛ به گونه‌ای که گذار از رویه‌های متشتت داوری‌های موردی^{۱۱} به مقررات متحدالشکل و داوری‌های نهادی،^{۱۲} مهم‌ترین نتیجه آن تلقی می‌گردد. در این مقاله ضمن پرداختن اجمالی به تحولات حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز (مبحث اول)، تلاش خواهیم کرد در خلال بررسی قوانین برخی کشورها، رویه‌های قراردادی، و پرونده‌های داوری، چهره‌ای از رویه‌های سابق و کنونی شروط داوری را در قراردادهای نفتی ترسیم کنیم (مبحث دوم).

مبحث اول) تحولات حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز

صنعت نفت و گاز کشورهای نفت‌خیز، از تاریخ اولین اکتشافات نفتی تاکنون، تکنیک‌های قراردادی متنوعی را به خود دیده است. نوع این تکنیک‌ها ارتباط بسیار تنگاتنگی با تحولات سیاسی داخلی و بین‌المللی و توانمندی‌های تکنولوژیک و اقتصادی کشورهای دارنده منابع هیدروکربور دارد. صرف‌نظر از محدود کشورهای دارنده منابع هیدروکربور، همانند نروژ، کانادا و ایالات متحده آمریکا عمده این کشورها توان سیاسی، اقتصادی و تکنولوژیک پایینی دارند و همین ضعف‌ها، وابستگی صنعت نفت و گاز آنان را به کشورهای پیشرفته دنیا در پی داشته است. صنایع نفت و گاز، به دلیل ماهیت خاص خود،^{۱۳} از جمله صنایعی هستند که نه تنها بازیگری استثنایی در معادلات سیاسی و اقتصادی بین‌الملل محسوب می‌شوند، بلکه نقش بسیار حیاتی در اقتصاد و سیاست داخلی کشورهای دارنده این منابع ایفا می‌کنند. ساختارهای قراردادی پذیرفته شده هر کشور حاضر در عرصه نفت و گاز، انعکاسی است روشن از این معادلات؛ بدین نحو که با تضعیف عناصر فوق‌الاشاره، قانونگذاران یا مذاکره‌کنندگان کشور مورد بحث، مجبور به دادن امتیازات بیش‌تر و پذیرش شرایط سنگین‌تر به نفع شرکت‌های بین‌المللی هستند و برعکس. تجربه بین‌المللی حاصل از دعاوی نفتی دهه ۱۹۷۰ به بعد، تجارب بزرگی را در اختیار بازیگران بزرگ صنعت بین‌المللی نفت و گاز قرارداد تا با طرح موضوعاتی چون ماهیت و تفسیر

11. *ad hoc*.

12. *institutionnel*

۱۳. پرهزینه بودن، فناوری پیشرفته مورد نیاز و حساسیت بالای سیاسی و اقتصادی از جمله ویژگی‌های بارز و ذاتی صنایع نفت و گاز است.

قراردادهای نفتی، حقوق و تکالیف سرمایه‌گذار خارجی، حق حاکمیت و سایر حقوق کشور صاحب منابع طبیعی، تفسیر شرط ثبات و قلمرو و آثار آن، شیوه‌های جبران خسارات و میزان غرامت قابل پرداخت در صورت نقض قرارداد یا سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی، بتوانند در کنار سایر عوامل، در انتخاب ساختار قراردادی مناسب دقت کرده، احیاناً به طراحی قالب‌های جدید بیندیشند. این تجربه‌ها، حاوی درسهای آموزنده‌ای بود هم برای شرکت‌های نفتی در گرفتن تضمین‌های مناسب و هم برای کشورهای میزبان در درک آثار حقوقی اعمال حقوق حاکمیتی. تجربه‌های مذکور در کنار دیگر تحولات عرصه‌های مختلف روابط بین‌الملل، موجب دگرگونی‌هایی در حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز گردیده که بررسی سیر این تحولات از رژیم‌های امتیازی به قراردادی،^{۱۴} موضوع مبحث ما را تشکیل خواهد داد.^{۱۵}

گفتار اول) رژیم امتیازی

اعطا امتیاز انحصاری اکتشاف و بهره‌برداری از منابع هیدروکربور، از قدیم‌ترین شیوه‌های تنظیم روابط حقوقی و قراردادی کشورهای دارنده این منابع با شرکت‌های نفتی خارجی است. رژیم حقوقی امتیاز، در گذر زمان، دو ساختار حقوقی نسبتاً متفاوت را تجربه کرده است: امتیازات کلاسیک^{۱۶} و امتیازات مدرن.^{۱۷}

بند اول) امتیازات کلاسیک

به‌طور کلی، ماهیت حقوقی امتیاز، مبتنی است بر اجازه کشور دارنده منابع هیدروکربور به حضور اشخاص حقیقی یا حقوقی، به‌منظور تفحص و استخراج این منابع (و به تبع مالکیت کامل محصولات استخراجی) در زمان و منطقه جغرافیایی مشخص، در قبال پرداخت مبالغی به‌عنوان حق‌الارض^{۱۸} و انجام برخی تعهدات همانند آموزش کارکنان و تهیه مصارف داخلی و... از سوی شخص دارنده امتیاز. در این رژیم حقوقی، شخص حقیقی یا حقوقی صاحب امتیاز، تأمین کلیه

۴۱. برای آگاهی بیش‌تر رجوع کنید به: موحد، محمد علی، قانون حاکم (درس‌هایی از داوری‌های نفتی)، تهران، نشر کارنامه، ۱۳۸۶، ص ۲۵۳۲.

۵۱. در این‌که آیا ساختار حقوقی امتیاز، تابع تعریف حقوقی «قرارداد» است یا «ایقاع»، بین حقوقدانان نظریات متفاوتی ابراز گردیده است که با بررسی آرای داوری صادره در پرونده‌های نفتی نیمه دوم قرن بیستم، علی‌رغم طرح نظریه ایقاع از سوی کشورهای طرف دعوی این پرونده‌ها، نظریه قراردادی بودن رژیم حقوقی امتیاز تأیید می‌گردد که در تقسیم‌بندی گفتارهای این مبحث به رژیم‌های امتیاز و قراردادی، این ملاک مدنظر نبوده است. برای مطالعه بیش‌تر در این خصوص رجوع کنید به: همان، ص ۲۸۲۹.

16. Classique Concession

17. Moderne Concession

18. Royalty

منابع مالی و لوازم مهندسی را به عهده می‌گیرد و کشور میزبان بدون مداخله مستقیم در عملیات، صرفاً در برخی موارد همانند تأمین مواد اولیه مورد نیاز، آب، برق و اراضی با وی همکاری می‌کند.

طولانی بودن مدت و وسعت ناحیه موضوع امتیاز^{۱۹} و اختیارات بسیار گسترده اعطایی، قدرت نفوذ قابل توجهی در امور داخلی کشور اعطاکننده امتیاز برای دارنده ایجاد می‌کرد که همین امر، عامل اصلی بسیاری از ناآرامی‌های سیاسی در قرن گذشته این کشورها محسوب می‌شود که کشورمان ایران، به‌ویژه در امتیاز داری، ضمن تحمل هزینه‌های سنگین سیاسی و اقتصادی، تجربه عبرت‌انگیزی را در این خصوص به صنعت بین‌المللی نفت و گاز تقدیم کرده است.

بند دوم) امتیازات مدرن

با نمایان شدن آفات جدی امتیازات کلاسیک برای کشورهای میزبان و نگرانی‌های به‌حق آنان در این خصوص، مدل پیشرفته‌ای از این رژیم حقوقی در رویه‌های قراردادی برخی کشورهای نفت‌خیز جهان ابداع شد که به‌عنوان حلقه واسطه گذار از امتیازات کلاسیک به سوی رژیم‌های مشارکتی و یکی از متداول‌ترین قراردادهای حال حاضر صنعت بین‌المللی نفت و گاز، نوع کلاسیک قراردادهای نفتی را به انزوا کشاند.^{۲۰}

شکل‌گیری امتیازات مدرن، برای اولین بار در بین سال‌های ۱۹۴۳ تا ۱۹۴۸ از کشور ونزوئلا آغاز و بعدها از سوی سایر کشورها از جمله عربستان (در سال ۱۹۵۰) دنبال گردید.

در رژیم امتیازی مدرن، کشور میزبان در انجام عملیات نفتی - و با حضور اکثریت کارکنان محلی - مشارکت مستقیم دارد و بدین وسیله، علاوه بر بالا بردن دانش فنی و تجارب خود، برخلاف نوع کلاسیک آن، از حق الارض متغیری براساس میزان تولید، بهره‌مند می‌شود. این رژیم امتیاز که به رژیم حقوقی ۵۰-۵۰ نیز موسوم گردید، به نسبت نوع کلاسیک آن، زمان^{۲۱} و اراضی محدودتری را به دارنده امتیاز تخصیص داده، علاوه بر الزام وی به استرداد تدریجی این اراضی، امکان کنترل بیش‌تر عملیات را برای دولت میزبان فراهم می‌ساخت.^{۲۲} البته بیش‌تر کارشناسان معتقدند در هر دو نوع قرارداد دارنده امتیاز، به‌طور معمول با گزارش هزینه‌ها بیش از

۹۱. مدت ۵۰ تا ۱۰۰ ساله، با اختیار کنترل کامل عملیات توسعه و تولید نفت در وسعت تا یک میلیون کیلومتر مربع در منطقه، آن‌هم بدون وجود شرط بازپس‌گیری ناحیه مورد امتیاز.

۲۰. <http://www.total.com/fr/>

۲۱. معمولاً حق اکتشاف برای دوره‌هایی کم‌تر از ۱۰ سال واگذار شده و سقف زمان تولید از نواحی کشف شده نیز ۳۰ تا ۴۰ سال تعیین می‌شود.

۲۲. منصوری نراقی محمود، نفت (مبانی حقوقی و شرایط عمومی قراردادهای نفتی خاورمیانه)، صبح امروز، بی تا، ص ۱۱.

درآمدها و حساب‌سازی، از پرداخت سهم واقعی کشور میزبان، براساس قرارداد، خودداری می‌کند.^{۲۳}

گفتار دوم) رژیم قراردادی

همان‌گونه که گفته شد، رژیم امتیازی کلاسیک، شرایط ناگواری را بر کشورهای اعطاکننده آن تحمیل می‌کرد. به غارت رفتن منابع و منافع کشور میزبان، عدم امکان کنترل عملیات صاحب امتیاز، نفوذ بلندمدت سیاسی و اقتصادی و به دنبال آن مداخله در امور داخلی کشور اعطاکننده از جمله تجارب تلخ ناشی از این رژیم بود که تحول اساسی در این ساختار نابرابر را لازم و ضروری می‌کرد.

موج ملی‌گرایی در صنعت نفت کشورهای نفت‌خیز و مبارزات سیاسی ملتها برای کنترل و بهره‌مندی شایسته از منابع طبیعی خدادادی، نه تنها پذیرش این حق ملتها و دولت‌ها را در مجامع بین‌المللی موجب گردید،^{۲۴} بلکه ظهور تکنیک‌های قراردادی جدیدی را باعث شد که علاوه بر رژیم امتیازی مدرن، به ترتیب سه قرارداد مهم مشارکت،^{۲۵} تقسیم تولید^{۲۶} و خدمات یا پیمانکاری^{۲۷} سهم عمده‌ای از این تحولات را در صنعت بین‌المللی نفت و گاز، رقم زده‌اند.

بند اول) قراردادهای جوینت ونچر

قراردادهای جوینت ونچر^{۲۸} از جمله قراردادهایی است که اساساً در صنعت نفت متولد شده و سپس در سایر زمینه‌های تجاری نیز توسعه پیدا کرده است.^{۲۹} این قرارداد از بدو پیدایش تاکنون

23. Devaux-Charbonnei, J., «Les différends types de contrats conclus par les Etats producteurs pour la recherche et l'exploitation des gisements d'hydrocarbures», Conférence polycopiée de l'association des Hautes Etudes Internationales, Paris, 1974.

۴۲. مجمع عمومی سازمان ملل از جمله قطعنامه‌های شماره ۱۵۱۴ و ۱۸۰۳

۲۵. JOINT VENTURE, برای آشنایی بیشتر با این مفهوم رجوع کنید به: خزاعی، حسین، «بررسی اجمالی مفهوم حقوقی j.v.»، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌الملل، ۱۳۶۱.

26. Production sharing Agreement

27. Service contracts

۲۸. در ادبیات حقوقی کشور از قراردادهای JV و PSA به ترتیب تحت عناوین «مشارکت در سرمایه‌گذاری» و «مشارکت در تولید» یاد شده است (به عنوان مثال رجوع شود به پاورقی ص ۱۶۰ کتاب ارزشمند دکتر محسن مجبی، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌الملل، شهر دانش، ۱۳۸۶) که ضمن اعتراف به صعوبت یافتن ترجمه‌ای جامع و مانع از این عناوین، باید گفت که این ترجمه‌ها گویای ماهیت کامل و واقعی این قراردادها نیست. لذا در این موارد، شاید استفاده از عناوین اصلی این قراردادها مناسب‌تر باشد، کما این که در سایر کشورهای غیرانگلیسی زبان هم علی‌رغم یافتن پاره‌ای عبارات معادل توسط نویسندگان حقوقی آن کشورها، همچنان عناوین اصلی به کار گرفته می‌شود.

29. Baptista, L.O. et Durand-Barthez, P. « les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international », Paris, FEDUCI-L.G.D.J., 1986, p. 6.

همچنان از مطلوب‌ترین ساختارهای قراردادی معمول در بین شرکت‌های خصوصی نفت و گاز، به‌خصوص در ایالت متحده آمریکا بوده و گذر زمان نیز از اهمیت و اعتبار آن نکاسته است. اولین حضور این قرارداد در روابط حقوقی بین کشورهای دارنده منابع هیدروکربور و شرکت‌های بین‌المللی به سال ۱۳۳۶-۱۹۵۷ و تصویب اولین قانون نفت ایران و انعقاد اولین نوع آن با شرکت «آجیپ»^{۳۰} (یکی از زیر مجموعه‌های شرکت ENI ایتالیا) باز می‌گردد که طی آن، قانونگذار ایران به شرکت ملی نفت اجازه می‌دهد قراردادهای جوینت ونچر را در قالب سازمان مشترک^{۳۱} (ضمن تشکیل شرکت مشترک واجد شخصیت حقوقی) یا دستگاه مختلط^{۳۲} (ضمن تشکیل شرکت مشترک فاقد شخصیت حقوقی) با شرکت‌های بین‌المللی واجد صلاحیت منعقد کند. شرکت ملی نفت از این تاریخ تا تاریخ تصویب قانون دوم نفت مصوب ۱۳۵۳-۱۹۷۶ که حذف همیشگی قالب مشارکت در صنایع بالادستی نفت ایران و تجویز قراردادهای خدمت را در برداشت ۱۲ قرارداد جوینت ونچر با شرکت‌های مختلف بین‌المللی منعقد کرد که تنها اولین قرارداد منعقد (موسوم به «سیرپ»)^{۳۳} در قالب سازمان مشترک بود و سایرین در قالب دستگاه مختلط بودند.^{۳۴} به پیروی از این رویه قراردادی ایران، بسیاری از کشورها همچون مصر و بعدها شوروی سابق،^{۳۵} این تکنیک قراردادی را برای مدیریت حقوقی منابع نفت و گاز خود به‌کار بردند. هرچند اوج به‌کارگیری این قرارداد در دهه ۷۰ و ۸۰ میلادی بوده، اما تکنیک مذکور هنوز هم در روابط حقوقی دولت‌های نفت‌خیز با شرکت‌های نفتی بین‌المللی حضوری زنده دارد.

قراردادهای جوینت ونچر به دو نوع قراردادی و شرکیتی تقسیم می‌شوند که نوع قراردادی آن عمدتاً در بین شرکت‌های خصوصی نفت و نوع شرکیتی در بین دولت‌ها یا شرکت‌های دولتی با شرکت‌های بین‌المللی منعقد می‌شود. در جوینت ونچر قراردادی، شرکا از بین خود شریکی را که معمولاً دارنده سهام عمده و توان فنی و تجارب بالا است به‌عنوان عامل^{۳۶} انتخاب می‌کنند و وی به‌عنوان رهبر و کلیدی‌ترین رکن این نوع جوینت ونچر مصوبات کمیته عامل^{۳۷} را به اجرا درمی‌آورد. اما در جوینت ونچر شرکیتی، شرکا اجرای عملیات نفتی را به شرکت مشترک (که معمولاً قالب شرکت‌های سهامی خاص یا با مسئولیت محدود را دارد) می‌سپارند. روابط آنان

30. Agip

31. mixte organisation

32. Joint structure

33. SIRIP

۳۴. معدولیت، احسان، بررسی قالب حقوقی مشارکت‌های تجاری در حقوق بین‌الملل با تأکید بر مشارکت‌های نفتی ایران، پایان‌نامه کاشناسی ارشد دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۲، ص ۲۳۶.

35. L'arrêté fédéral du 13 janvier 1987

36. Operator

37. Operating committee

عمدتاً با یک قرارداد مینا و تعدادی قرارداد اقماری تبیین و تعریف شده و فارغ از نوع مورد توافق، اصولاً شرکا به نسبت مشارکت خود، در سود و زیان عملیات سهیم هستند و محصول استخراجی سرچاه به مالکیت آنان درآمده، بین آنها قابل تقسیم است. از آنجا که در جوینت ونچر ریسک و هزینه عملیات اکتشافی به عهده شرکت‌های خارجی است، این قرارداد در حوزه‌هایی که هنوز این اقدامات در آن انجام نشده، تکنیکی مناسب در تأمین منافع کشور میزبان خواهد بود.

بند دوم) قراردادهای مشارکت در تولید^{۳۸}

مصادف سال‌هایی که ایران طرح قراردادهای جوینت ونچر را در رویه عملی نفتی خود به کار گرفته بود، در سال ۱۹۶۶ کشور اندونزی طرح دیگری را برای اولین بار ترسیم و در صنعت نفت خود تجربه کرد که به دلیل مزایای بالای آن برای کشورهای نفت‌خیز در مقابل شرکت‌های بین‌المللی، به سرعت مورد استقبال وسیع در سرتاسر جهان قرار گرفت. در این روش، دولت به عنوان تنها دارنده حقوق نفتی و به نمایندگی از یک ارگان ملی و عمومی خود (خواه تحت عناوین شرکت‌های ملی نفت یا وزارتخانه‌های انرژی ...) با یک یا چندین شرکت بین‌المللی به صورت مشترک و با ریسک و هزینه کامل آنان، اقدام به انجام عملیات اکتشاف نفت و گاز می‌کند و در صورت اکتشاف تجاری این منابع، پس از کسر هزینه‌ها و دستمزد از محصولات استخراجی،^{۳۹} بقیه بین دولت یا ارگان دولتی مربوط و شرکت یا شرکت‌های خصوصی تقسیم می‌شود.^{۴۰}

مزایایی چون تحمیل ریسک هزینه‌های اولیه اکتشاف به عهده شرکت نفتی بین‌المللی، مالکیت دولت میزبان بر چاه‌های نفتی و نفت و گاز تولیدی، مشارکت مستقیم دولت در عملیات و امکان کنترل مناسب شرکت‌های خارجی و حفاظت از ذخایر هیدروکربور و منابع عمومی کشور موجب گردیده که قراردادهای PSA مورد استقبال وسیع کشورهای تولیدکننده نفت قرار گرفته، به یکی از مهم‌ترین ساختارهای قراردادی حال حاضر صنعت نفت جهانی مبدل شوند. جای این تکنیک قراردادی در صنعت نفت ایران خالی است.

38. Production sharing agreement

39. Cost oil

40. Profit oil

بند سوم) قراردادهای خدمت یا پیمانکاری

قراردادهای خدمت یا پیمانکاری نیز از نوآوری‌های صنعت نفت ایران بود که با تصویب قانون ۱۳۵۳ (۱۹۷۴) و انعقاد اولین قرارداد پیمانکاری با شرکت فرانسوی «ارپ»^{۴۱} وارد ساختار قراردادی صنعت نفت بین‌الملل گردید. در این نوع قرارداد شرکت خارجی به‌عنوان پیمانکار برای انجام عملیاتی مشخص به خدمت دولت میزبان در می‌آید و دستمزد خود را به پول دریافت می‌کند. قراردادهای خدمت به دو گروه عمده تقسیم می‌شوند:

الف) قراردادهای خدمت ساده که در آن، پیمانکار بدون پذیرش مسئولیت ریسک عملیات، به میزان کار انجام شده حسب توافق، حقوق دریافت می‌کند. این قراردادها به‌طور معمول شرحی معین و بهایی مقطوع و مشخص دارند، هرچند ممکن است امتیازهایی مانند خرید قسمتی از تولید نیز برای تشویق پیمانکار به ارائه خدمات بهتر، در نظر گرفته شود، اما در نهایت، حق الزحمه مشخصی در ازای خدمات پیمانکار پرداخت خواهد شد و وی هیچ سهمی از نفت خام یا گاز تولیدی نخواهد داشت.

ب) در قراردادهای خدمت با ریسک، پیمانکار با پذیرش ریسک عملیات، تنها در صورت به ثمر نشستن عملیات، مستحق حقوق و دستمزد بوده، در غیر این صورت، دولت میزبان تکلیف و مسئولیتی در قبال هزینه‌های انجام شده نخواهد داشت. در این شیوه قراردادی، مسائلی مانند مالیات و بهره مالکانه کم‌تر مطرح می‌شود، هرچند شرکت پیمانکار ملزم به پرداخت حق بیمه و به عهده گرفتن خطرپذیری عملیات است. این قراردادها بیش‌تر در مواردی که ریسک عملیاتی وجود دارد، مانند فعالیت‌های اکتشافی به‌کار می‌روند و به همین علت، میزان کم‌تری از قراردادهای صنعت نفت دنیا را به خود اختصاص داده‌اند.

قراردادهای خدمت، اشکال متفاوتی را در بر می‌گیرد که قراردادهای بیع متقابل («بای‌بک»)^{۴۲} از آن جمله است. قرارداد بای‌بک از ابداعات صنعت نفت ایران پس از انقلاب اسلامی است. در این قراردادها پیمانکار ریسک ناشی از ناکافی بودن تولید نفت از مخزن، کاهش شدید قیمت‌ها و این که در دوره بازپرداخت نتواند هزینه‌های خود را دریافت کند، می‌پذیرد، ضمن آن که به علت هزینه اضافی یا تأخیر در پروژه، عملاً جریمه می‌شود و باید از زمان آغاز تولید تا پایان قرارداد، سالانه معادل مبلغ تعیین شده، لوازم یدکی و سایر تجهیزاتی را که شرکت

41. Erap

42. Buyback

۳۴. قراردادهای پیمانکاری به موارد مورد اشاره منحصر نبوده، اشکال متنوع ذیل را نیز می‌توان به آن‌ها اضافه کرد: B.O.T. (Build, Operate, Transfer), B.O.O.S.T. (Build, Own, Operate, Subsidize, Transfer), B.L.T. (Build, Transfer), B.O.O.T. (Build, Own, Operate, Transfer), D.B.F.O. (Design, Build, Finance and Operate), B.O.O. (Build, Own, Operate).

ملی نفت ایران و کمیته مدیریت مشترک درخواست می‌کنند، در اختیار شرکت ملی نفت ایران قرار دهد و پس از پایان مرحله توسعه نیز باید خدمات و کمک‌های مورد نیاز را تأمین کند. در شیوه قراردادی بیع متقابل، شرکت پیمانکار متعهد می‌شود که عملیات توسعه را منطبق با طرح جامع توسعه‌ای که مورد توافق شرکت ملی نفت ایران است، در سقف هزینه‌های سرمایه‌ای انجام دهد و در صورت افزایش هزینه‌ها، این شرکت تعهدی برای پرداخت مبلغ اضافی نخواهد داشت، در حالی که اگر هزینه‌های واقعی سرمایه‌ای از سقف هزینه‌های سرمایه‌ای کم‌تر شود، شرکت ملی نفت ایران مبلغ کم‌تری می‌پردازد.

در این ساختار قراردادی، بازپرداخت هزینه‌ها و حق‌الزحمه با سود ثابت، از محل درآمد حاصل از فروش تولیدات استخراجی است که در دوره‌ای معین به نام «دوره بازپرداخت»، به صورت اقساط سه ماهه و بر اساس درآمد حاصل از فروش محصول انجام می‌شود. بازپرداخت اصلی و سود سرمایه‌گذاری نیز از محل نفت، گاز و فرآورده‌های مربوط انجام می‌شود. هرچند مسئولان وزارت نفت بر قابلیت پاسخگویی بهینه این تکنیک قراردادی به نیازهای آن صنعت و منافع ملی تأکید می‌کند،^{۴۴} اما فراهم کردن زمینه‌های قانونی به‌کارگیری قراردادهای مشارکت در تولید مورد تأکید است.

علاوه بر قراردادهای مورد اشاره در بندهای سه‌گانه فوق، قراردادهای دیگری نیز در عرصه صنعت نفت جهانی مورد عمل است که در این مختصر از ورود جداگانه به آن‌ها صرف‌نظر می‌شود؛ همانند قراردادهای کنسرسیوم که صنعت نفت ایران با پذیرش تحمیل قرارداد کنسرسیوم ۱۳۳۳-۱۹۵۴ از تجربه این نوع قرارداد نیز بی‌نصیب نمانده است.

مبحث دوم) تکامل شروط داوری در قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز

وقوع اختلاف و طرح دعوا از محتمل‌ترین فروضی است که در هر قرارداد قابل تصور است و در این میان، داوری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین طرق حل و فصل اختلافات، به‌دلیل مزایایی چون سرعت، سهولت و کم هزینه و تخصصی بودن، از جایگاه ویژه‌ای در میان ساز و کارهای حل و

۴۴. این در حالی است که این اعتقاد وجود دارد که «قراردادهای بیع متقابل در ایران زبان‌هایی را برای هر دو طرف، یعنی دولت ایران و شرکت طرف قرارداد دارد، به این صورت که با پیشنهاد نرخ ثابتی از درآمدها برای شرکت‌های طرف قرارداد که معمولاً بین ۱۵ تا ۱۸ درصد است، شرکت ملی نفت ایران باید تمامی ریسک و خطر قیمت‌های پایین نفت را بپذیرد و در صورتی که قیمت نفت کاهش پیدا کند، شرکت ملی نفت ایران مجبور است نفت یا گاز طبیعی بیش‌تری را بفروشد تا بتواند زیان ناشی از کاهش قیمت را جبران کند. در عین حال، شرکت‌های خارجی طرف قرارداد با ایران که از نوع قراردادهای بیع متقابل استفاده می‌کنند نیز هیچ تضمینی برای این‌که بتوانند منابعی را که خود کشف کرده‌اند، توسعه دهند در اختیار ندارند، چه برسد به این‌که مجوز بهره‌برداری از آن میدان نفتی یا گازی به آن‌ها داده شود و نهایت این‌که شرکت‌های خارجی معمولاً علاقه‌ای به انعقاد قراردادهای بیع متقابل از نوع کوتاه مدت ندارند و انگیزه پذیرش این نوع قراردادها در این شرکت‌ها کم‌تر یافت می‌شود». رجوع کنید به: www.asianews.ir به نقل از وزارت انرژی آمریکا.

فصل اختلافات، به خصوص در قراردادهای نفت و گاز برخورداری بوده و هست. به موازات تحول در ساختار این قراردادهای، شروط داورى نیز شاهد حرکتى رو به تکامل بوده است.^{۴۵} از نظر ساختارشناسى، شروط داورى نفتى دو ساختار مشخص را در طول حیات خود تجربه کرده‌اند که موضوع بحث ما را در این مبحث تشکیل خواهد داد.

گفتار اول) شروط داورى کلاسیک

بررسى قراردادهای نفتى قبل از دهه ۸۰ میلادى، نشان از عدم وجود رویه‌ای روشن در ساختار شروط داورى قراردادهای نفتى دارد؛ بدین نحو که در قراردادهای این دوره، طرفین قرارداد، ضمن شروط داورى «موردى»، نحوه انتخاب داور یا داوران و شیوه دادرسى و قانون حاکم بر آن و نیز ماهیت دعوا را در هر قرارداد تبیین می‌کردند. رویه‌های مورد توافق در این شروط داورى، چنان متشتت بود که گاه عملى شدن پاره‌ای از آن‌ها با مشکلات جدی و حتى با بن‌بست مواجه می‌گردید؛ کما این‌که به سازش ختم شدن بسیاری از پرونده‌های نفتى مطرح در این دوران نیز دلیلى است متقن بر وجود نواقص و مشکلات مورد ادعا در تحقق هدف غایى از درج چنین شروطى. با وجود این، شروط داورى کلاسیک نیز از تاریخ انعقاد قرارداد کنسرسیوم ایران در سال ۱۳۳۳-۱۹۵۵،^{۴۶} خیزش بزرگى را در جهت پیش‌بینى ساز و کارهای ضرورى حل اختلاف شروع کرد که می‌توان آن را نقطه عطفی در این حرکت تکاملی برشمرد. در ادامه، برای روشن شدن پاره‌ای از مشکلات مذکور، شروط داورى برخی پرونده نفتى را به اجمال مرور می‌کنیم:

بند اول) شرط داورى مندرج در امتیازات سه گانه لیبى

در هر سه امتیاز اعطایى از سوى دولت لیبى، ماده ۲۸ حاوى شرط داورى بود که طرفین امتیاز بر آن توافق کرده بودند. طبق این توافق، در صورت وقوع اختلاف و لزوم ارجاع به داورى از سوى هر کدام از طرفین، هر یک از آن‌ها بایست داورى را تعیین کند و این دو داور، داور سومى را به‌عنوان سر داور^{۴۷} انتخاب خواهند کرد. در صورت عدم تعیین داور اختصاصى از سوى هر یک از

۵۴. منصورى نراقى، محمود، پیشین، ص ۴۳۰-۴۱۰.

۶۴. شرط داورى مورد توافق در این قرارداد، با درس‌آموزى از آثار شرط داورى قرارداد ۱۹۳۳ شرکت نفت ایران و انگلیس، به‌طرز بسیار ظریف و دقیقى تنظیم گردیده بود که در آن زمان در نوع خود، منحصر به فرد می‌نمود. اما رویه‌های داورى نفتى در گذر زمان نشان داد، اتخاذ این‌گونه تدابیر لازم برای اجرائى شدن درست شرط داورى و بالتبجیه قرارداد، لزوماً برابر با بیمه شدن اجرائى قرارداد و شرط مذکور نیست. چه بسا این ظرافتها خود موجب بغرنج شدن چرخه داورى گردد. برای ملاحظه متن کامل این شرط رجوع کنید به: منصورى نراقى، محمود، همان، ص ۴۱۹-۴۱۵.

47. umpire

طرفین قرارداد، بنا به درخواست طرف مقابل، دعوا به وسیله داور واحد تعیینی از طرفین رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری، حل و فصل خواهد گردید.

با ملی شدن صنعت نفت لیبی و سلب مالکیت شرکت‌های خارجی، آنان از دولت لیبی درخواست کردند که داور اختصاصی خود را معرفی کند، اما دولت لیبی از تعیین داور خودداری کرد و لذا با درخواست شرکت‌های دارنده امتیاز، دیوان بین‌المللی دادگستری، داورانی واحد (پرونده لیامکو: دکتر صبحی محمصانی،^{۴۸} پرونده تاپکو: پرفسور دپویی^{۴۹} و پروندی بی پی: قاضی لاگرگرن)^{۵۰} را برای حل و فصل اختلافات تعیین کرد. دولت لیبی ضمن اعتراض به این تصمیمات، داوران منتخب را فاقد صلاحیت رسیدگی دانست و از شرکت در جلسات رسیدگی امتناع ورزید. با وجود این در پرونده تاپکو، پرفسور دپویی ضمن اشاره به شرط داوری (که مقرر می‌داشت: ... انجام تدابیر مندرج در این پاراگراف و تعیین آیین دادرسی داوری به وسیله داور واحد تعیین خواهد شد)^{۵۱} اظهار داشت که طرفین به صراحت در قرارداد بر صلاحیت داور در تشخیص صلاحیت خود توافق کرده‌اند؛ کما این که قاعده صلاحیت از صلاحیت،^{۵۲} قاعده‌ای است سنتی، تثبیت شده در رویه قضایی بین‌المللی و شناخته شده در نوشته‌های نویسندگان حقوقی.^{۵۳}

بند دوم) شرط داوری مذکور در قرارداد شرکت ملی نفت ایران و شرکت فرانسوی «الف»

شرط داوری مندرج در این قرارداد، تشابه زیادی با شرط داوری امتیازات دولت لیبی و ۱۱ قرارداد مشارکت دیگر شرکت ملی نفت ایران دارد؛^{۵۴} بدین نحو که در واقع هر یک از طرفین قرارداد بایست داور منتخب خود را معرفی و این داوران، داور ثالثی را به عنوان سر داور انتخاب می‌کردند. در صورت عدم تعیین داور اختصاصی از سوی هر یک از طرفین، داور واحد به وسیله رئیس عالی‌ترین مرجع قضایی کشور دانمارک تعیین می‌گردید. به دنبال وقوع انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ در ایران، ماده واحده‌ای در تاریخ ۷۵/۱۰/۱۸ به تصویب شورای انقلاب رسید که طبق آن، قراردادهای نفتی قبل از انقلاب به تشخیص کمیسیون ویژه پیش‌بینی شده در این ماده واحده،

48. Sobhi Mahmassani

49. René-Jean Dupuy

50. Gunnar Lagergren

51. «...the provision of the provisions of this paragraph and the determination of the procedure to be followed in the arbitration shall be decided by ... the sole arbitror».

52. Principe de competence-competence

53. Kaplan, Ch., « La clause compromissoire dans les contrats pétroliers », Mutation, n°44, 02/03. p. 35.

۴۵. منصوری نراقی، محمود، نفت (مبانی حقوقی و شرایط عمومی قراردادهای نفتی خاورمیانه)، صبح امروز، بی تا، ص ۴۵۳.

باطل و بدون اثر^{۵۵} تلقی گردید و کلیه اختلافات ناشی از این موضوع از طرف کمیسیون مزبور مذاکره و حل و فصل می‌شد.

با امتناع شرکت ملی نفت ایران از تعیین داور اختصاصی خود، به درخواست شرکت «الف»^{۵۶} رئیس دیوان عالی دانمارک، ضمن رد ایراد شرکت ملی نفت مبنی بر صلاحیت انحصاری کمیسیون مندرج در ماده واحده، پرفسور گمارد^{۵۷} استاد دانشکده حقوق دانشگاه کپنهاک را به‌عنوان داور واحد انتخاب کرد. شرکت ملی نفت مجدداً با همان دلیل به‌صلاحیت داور مزبور اعتراض کرد، اما داور مورد اشاره ضمن رسیدگی جداگانه در باب ایرادات ایران به‌صلاحیت خود، در نهایت در رأی مورخ ۱۴ ژانویه ۱۹۸۲ بنا بر اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر قرارداد، خود را صالح به رسیدگی به صلاحیت خویش معرفی کرد. وی در رأی خود متذکر گردید طرفین بنا بر مفاد ماده ۵-۴۱^{۵۸} قرارداد، موافق بوده‌اند که داور، صالح به تشخیص صلاحیت خویش باشد. وی اضافه کرد که قرارداد و شرط داوری، به نحو معتبری بعد از انعقاد، به‌وسیله مقامات ایران مورد تصویب واقع شده و شرکت ملی نفت ایران نیز مطابق قوانین جاری آن زمان، اقدام کرده است، مضافاً این‌که مطابق رویه‌های داوری، به‌خصوص آرای صادر در پرونده‌های امتیازات دولت لیبی نیز قاعده فوق‌الاشاره مورد تأیید و تأکید واقع شده و دولت ایران نیز نمی‌تواند با قانون‌گذاری‌های داخلی خود، قرارداد و به تبع شرط داوری را یک طرفه ملغی اعلام کند.^{۵۹}

بند سوم) شرط داوری مذکور در قراردادهای مشارکت مصر با پان آمریکن (۱۹۶۳-۱۹۶۴)

در این قراردادهای توافق شده بود که در صورت اختلاف در تفسیر و اجرای قراردادهای، طریق حل اختلاف به نحو ذیل خواهد بود: در صورت اختلاف بین دولت مصر و طرف‌های قرارداد در تفسیر و اجرا، دادگاه‌های صلاحیت‌دار مصر، حل و فصل موضوع را عهده‌دار خواهند بود؛ اما در صورت اختلاف شرکت پان آمریکن و سازمان کل نفت مصر، در موارد فوق‌الذکر، طریق حل و فصل، داوری خواهد بود. در صورت اخیر، هر یک از طرفین یک داور اختصاصی تعیین و آن دو نفر، داور سوم را انتخاب کرده، به موضوع رسیدگی خواهند کرد. با امتناع طرفین یا هر یک از آن‌ها از

55. null and void

56. Elf (1965)

57. Gomard

58. "...the place and procedure of arbitration shall be determined by the parties, in the case of failure to reach agreement, such place and procedure shall be determined by the sole arbitrator..."

59. Kaplan, Ch., *op.cit.*, p. 36.

انتخاب داور اختصاصی و یا عدم توفیق داوران اختصاصی در انتخاب سر داور، هر یک از طرفین می‌تواند از رئیس اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۶۰} بخواهد که داور مزبور را انتخاب کند.^{۶۱}

بند چهارم) شرط داوری در قراردادهای پان امریکن و سافایر با شرکت ملی نفت ایران (۱۹۵۸)

ماده ۴۱ این قراردادها مقرر می‌دارد که موضوع اختلاف از طریق هیأت سه نفره‌ای حل و فصل خواهد شد؛ بدین ترتیب که هر یک از طرفین، داور اختصاصی خود را تعیین و این دو، داور سوم را انتخاب خواهند کرد. چنانچه این دو داور نتوانند ظرف چهار ماه، سرداور را انتخاب کنند یا یکی از طرفین حاضر به تعیین داور اختصاصی خود نشود، سرداور یا داور اختصاصی طرف ممتنع از طرف رئیس دادگاه فدرال سوئیس تعیین خواهد شد و هرگاه به هر دلیل، انتخاب داور واحد و یا داور ثالث از طرف رئیس دادگاه سوئیس به عمل نیاید و طرفین توافق دیگری نکنند، به درخواست هر یک از طرفین، انتخاب داور و یا سرداور از طرف رئیس یا قاضی هم‌عرض رئیس عالی‌ترین دادگاه‌های دانمارک، سوئد یا برزیل (به ترتیب) به عمل خواهد آمد. داور منتخب نباید از تابعین دولت ایران و کشور متبوع طرف قرارداد باشد و یا به خدمت رسمی آنان در آید.^{۶۲}

گفتار دوم) شروط داوری مدرن

ارجاع بسیاری از اختلافات نفتی به داوری، کم‌کم نواقص و مشکلات عملی شروط داوری نسل اول امتیازات و قراردادهای نفتی را - که در اکثر موارد حاوی شرط داوری «موردی» بودند - به‌خصوص در تعیین داوران و قوانین و مقررات حاکم بر قرارداد و آیین دادرسی داوری، آشکار ساخت؛ به نحوی که نگرانی متقابل دولت‌ها و فعالان عرصه اقتصاد و تجارت بین‌الملل و در رأس آن‌ها شرکت‌های نفتی بین‌المللی از این موضوع و توابع و تأثیراتش، آنان را بر آن داشت تا ضمن چاره‌جویی برای استحکام بخشیدن به سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی، تدابیر سازمان یافته‌تری نیز برای جلوگیری از تشتت در رویه‌های داوری اتخاذ کنند. حاصل این تلاش‌ها، تصویب کنوانسیون‌های مختلف،^{۶۳} تدوین مقررات متحدالشکل،^{۶۴} پیشنهاد شروط نمونه

۶۰. در این شرط، رئیس اتاق بازرگانی بین‌الملل صرفاً نقش مقام ناصب را داشته و لا غیر.

۶۱. منصوری نراقی، محمود، پیشین، ص ۴۲۶.

۶۲. همان، ص ۴۲۱.

۶۳. از آن جمله می‌توان به کنوانسیون نیویورک (۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری)، کنوانسیون اروپایی ژنو راجع به داوری تجاری بین‌المللی ۲۱ آوریل ۱۹۶۱، کنوانسیون واشنگتن (۱۸ مارس ۱۹۶۵ راجع به حل و فصل اختلافات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها) اشاره کرد.

۶۴. قواعد داوری کمیسیون سازمان ملل در خصوص تجارت بین‌الملل ۱۹۷۱ از آن جمله است.

داوری^{۶۵} و ایجاد مراجع داوری نهادی^{۶۶} بود. در این گفتار، ضمن بررسی شروط داوری در پاره‌ای قراردادهای کشورهای نفت‌خیز^{۶۷} سعی خواهد شد تجسم عملی تحولات فوق‌الشاره در صنعت جهانی نفت و گاز، نشان داده شود.

بند اول) شرط داوری مربوط به پرونده داوری *Rakoil v. Deuschtbau*

در سال ۱۹۷۸ دولت رأس‌الخیمه به بهانه تدلیس، از پرداخت سهم هزینه‌های مربوط به انجام عملیات اکتشاف، در مقابل سایر اعضای قرارداد عملیات مشترک^{۶۸} خودداری ورزید و با وجود شرط داوری مورد توافق در قرارداد، موضوع تدلیس را از طریق محاکم داخلی خود دنبال کرد و مدعی شد که اعضای مشارکت در اعلام واقعی ذخایر کشف شده مرتکب تدلیس شده‌اند. دادگاه رأس‌الخیمه نیز در سوم دسامبر ۱۹۷۹ تصمیم به ابطال توافقات مزبور گرفت؛ اما در مقابل این اقدامات دولت رأس‌الخیمه، طرف‌های مقابل به استناد شرط داوری (که مقرر می‌کرد: تمام دعاوی راجع به تفسیر و اجرای این قرارداد نهایتاً باید از طریق قواعد سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و به‌وسیله سه داور تعیینی با قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۶۹} حل و فصل

۶۵. به‌عنوان مثال می‌توان به شرط نمونه آنسیترال (کمیسیون سازمان ملل برای حقوق تجارت بین‌الملل) برای داوری دیوان بین‌المللی داوری اشاره کرد که مقرر می‌کند:

«Any dispute, controversy, or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect on the date of this contract.

The appointing authority shall be the [International Bureau of the Permanent Court of Arbitration] [Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration]. The case shall be administered by the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration in accordance with the 'Permanent Court of Arbitration Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules'.

۶۶. سابقه برخی از این مراجع همانند دیوان بین‌المللی لاهه و اتاق بازرگانی بین‌المللی مربوط به قبل از این تحولات بوده (که در شرایط بین‌المللی آن مقطع زمانی و پس از آن، نقش بسیار مؤثری در ایجاد رویه‌های جدید داوری ایفا کردند). اما برخی دیگر نیز همانند مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری، مربوط به پس از آن است.

۷۶. درخصوص ساختار کنونی شروط داوری قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز ایران (به‌عنوان کشوری پیشرو در صنعت نفت و گاز)، علی‌رغم عدم امکان دسترسی به متن این قراردادها، به نظر می‌رسد با توجه به خصیصه بین‌المللی بودن رویه‌های حاکم بر صنعت نفت و همسویی قوانین ایران با برخی از جهت‌گیری‌های جهانی (به‌خصوص با تصویب قانون داوری تجارت بین‌الملل در ۷۶/۶/۲۶ و تبعیت قانونگذار از مقررات آنسیترال)، تبیین ساختار این شروط براساس مقررات متحدالشکل و ارجاع حل و فصل اختلافات به مراجع بین‌المللی داوری نهادی، امری اجتناب‌ناپذیر خواهد بود؛ قبل از الحاق ایران به کنوانسیون‌های نیویورک یکی از جدی‌ترین موانع حقوقی محدودکننده قدرت مانور صنعت نفت و گاز ایران در توافق بر ساختار این شروط در توافقات فی‌ما بین با شرکای خارجی بود. در این خصوص رجوع کنید به:

Gharavi, G., «The 1997 Iranian International Commercial Arbitration Law: The Uncitral Model Law», International Arbitration, 1999, Vol., 15, n° 1; Imhoss, Ch. «La loi iranienne sur le droit commerce international : le point de vue un observateur étranger», RDAI/IBLJ, n° 4, 2000.

68. Joint operating agreement

69. International Chamber of Commerce

گردد. دادگاه در ژنو و به زبان انگلیسی برگزار خواهد شد.^{۷۰} به دیوان داوری اتاق بازرگانی مراجعه و رسیدگی به اختلاف را درخواست کردند اما دولت رأس‌الخیمه به‌عنوان خوانده داوری، ضمن اعتراض به دبیرخانه دیوان داوری، عدم صلاحیت دادگاه داوری و امتناع از شرکت در دادرسی را اطلاع می‌دهد. دیوان داوری به استناد مواد ۳-۸ و ۴-۸ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (نسخه ۱۹۸۲ آن) متذکر گردند که ایراد در اعتبار قرارداد مورد بحث و حتی عدم اعتبار و بطلان آن، شرط داوری و به طریق اولی صلاحیت داور یا داوران را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد.^{۷۱}

بند دوم) شرط داوری در قوانین و قراردادهای برخی کشورهای شمال افریقا

با این که این کشورها در معادلات سیاسی جهان نقش چندانی ندارند، ولی چون جز کشورهای نفت‌خیز هستند، رویه نفتی آنان می‌تواند حائز اهمیت باشد.

در الجزایر به دنبال اصلاح و تکمیل قانون شماره ۱۴-۸۶ مورخ ۱۹ اوت ۱۹۸۶ طی قانون شماره ۲۹-۹۱ مورخ ۲۴ دسامبر ۱۹۹۱، قراردادهای منعقد شده حاوی شرط داوری بود که براساس آن، پس از تلاش برای سازش از طریق قواعد سازش آنسیترال^{۷۲} و عدم حصول نتیجه، طرفین وفق مقررات داوری اختلافات خود را حل و فصل خواهند کرد. محل داوری ژنو و زبان داوری، فرانسه و در صورت لزوم انگلیسی خواهد بود. در این قراردادها مقام ناصبی پیش‌بینی نشده بود و لذا در صورت عدم تعیین داور از سوی هر یک از طرفین یا عدم تعیین سرداور از سوی داوران منتخب طرفین، از دبیرخانه کل دیوان دائمی داوری لاهه درخواست انتخاب مقام ناصب می‌شود و در نهایت وی داور واحد را تعیین خواهد کرد.^{۷۳}

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود شرط داوری در قراردادهای منعقد شده پس از قانون فوق‌الاشاره، رنگ و بوی شروط داوری کلاسیک را دارد و حداقل از لحاظ ارجاع داوری به قوانین متحدالشکل، رویه شروط داوری مدرن را پی گرفته است.

در مراکش قراردادهای اکتشاف و استخراج هیدروکربورها حاوی شرط داوری براساس مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی است. کشور تونس نیز در قراردادهای نفتی (که متشکل هستند از قرارداد اجازه اکتشاف و استخراج منعقد شده بین دولت از یک سو و شرکت دولتی «اتاپ»^{۷۴} و

70. All disputes arising in connection with the interpretation or application of this Agreement shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed in accordance with the Rules. The arbitration shall be held in Geneva, Switzerland, and shall be conducted in the English language».

71. Kaplan, Ch., *op.cit.*, pp. 36-37.

72. United Nations Commission for International Trade Law

73. *Ibid*, p. 38.

74. Etap

شرکت یا شرکت‌های خارجی از سوی دیگر) حل و فصل دعاوی براساس مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی به عمل می‌آید و آیین دادرسی آن حسب مقررات داخلی تونس است.^{۷۵}

بند سوم) شروط داوری در قراردادهای نفتی برخی کشورهای جنوب غرب افریقا

در پروانه‌های بهره‌برداری صادر شده از ۱۹۸۰، دولت آنگولا به شرکت ملی نفت خود حق اکتشاف و تولید منابع هیدروکربور در حوزه‌های نفتی از پیش تعیین و تحدید شده را اعطا کرده و این شرکت نیز برای بهره‌برداری از این حقوق با شرکت یا شرکت‌های خارجی مشارکت می‌کند. قراردادهای مشارکت مزبور، حاوی شرط داوری است که براساس آن، تمام اختلافات براساس مقررات داوری آنسیترال از طریق دیوانی مرکب از سه داور حل و فصل می‌شود. شرط داوری این قراردادها، حسب هویت طرفین قرارداد شیوه رسیدگی جداگانه‌ای را پیش‌بینی می‌کند.

الف) در صورت اختلاف بین شرکت ملی نفت آنگولا و عضو یا اعضای خارجی مشارکت، مقام ناصب (در فرضی که طرفین اختلاف، داوران خود را انتخاب نکنند یا داوران منتخب نتوانند داور ثالث را تعیین کنند) رئیس اول دادگاه تجدید نظر لواندا^{۷۶} خواهد بود. داوری در لواندا، براساس حقوق موضوعه آنگولا و به زبان پرتغالی برگزار خواهد شد.

ب) در صورتی که اختلاف بین اعضای خارجی مشارکت باشد، داوران مطابق با مقررات آنسیترال و به وسیله اتاق بازرگانی تعیین خواهند شد. داوری به زبان انگلیسی و براساس حقوق انگلستان در لندن برگزار خواهد گردید. در هشتمین مدل مناقصات قراردادهای تولید مشترک در کشور گابن نیز اتاق بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات تعیین شده است. در این قراردادها شرط داوری مقرر می‌دارد که هیچ‌یک از داوران نباید تابعیت طرفین دعوا را داشته باشد. محل داوری در پاریس، به زبان فرانسه است و اختلاف براساس قوانین گابن حل و فصل خواهد گردید. این شرط اضافه می‌کند هزینه و حق‌الزحمه داوری بر عهده شرکت‌های خارجی بوده، جزء هزینه‌های نفتی قابل استرداد محاسبه خواهد شد.^{۷۷}

نتیجه

بررسی اجمالی برخی قوانین، رویه‌های قراردادی و داوری راجع به قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز نشان می‌دهد که با متحول شدن ساختارهای قراردادی بین کشورهای نفت‌خیز توسعه نیافته

75. Ibid.

۷۶. پایتخت آنگولا Luanda است.

77. Ibid, p. 37.

یا در حال توسعه و شرکت‌های بین‌المللی، شروط داوری نیز راه تکامل را در پیش گرفته‌اند؛ بدین نحو که هم قانونگذاران این کشورها و هم رویه عملی فعالان خصوصی عرصه نفت و گاز، با ترجیح تعیین چارچوب‌های شرط داوری در قالب ارجاع اختلافات خود به مقررات و احیاناً مراکز داوری، همچون آنسیترال، اتاق بازرگانی بین‌المللی و مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری^{۷۸} سعی در مدیریت شایسته اختلافات احتمالی و امتناع از ورود در نابسامانی‌های خاص داوری‌های گذشته داشته‌اند.

بدین ترتیب به نظر می‌رسد، جهت‌گیری ربع اخیر قرن گذشته، در ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز به شیوه‌های داوری نهادی (به‌عنوان شیوه غالب قراردادهایی از این نوع)، در قرن حاضر نیز با وسعتی بیش‌تر، به‌صورتی ضابطه‌مندتر و با تکنیک‌های حقوقی بهره گرفته از تجربه‌های داوری و تحولات روز این صنعت جهانی، پیگیری گردد.

78. The International Centre for Settlement of Investment Disputes

تحلیل عملکرد جامعه بین‌المللی در پاسخ به اقدامات دزدان دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن

محمد قربان پور^۱

چکیده

به دنبال فروپاشی دولت سومالی در دهه ۱۹۹۰ و در نتیجه، افزایش حملات دزدان دریایی به کشتی‌های تجاری و غیرتجاری حامل کمک‌های بشردوستانه به مردم سومالی، جامعه بین‌المللی با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو شده است. متأثر از این مشکلات و بحرانی شدن وضعیت، شورای امنیت سازمان ملل متحد قطعنامه‌های متعددی براساس فصل ۷ منشور ملل متحد صادر کرده و عنوان می‌دارد که رخدادهای دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در آب‌های سواحل سومالی، وضعیت سومالی را وخیم‌تر کرده که ثمره آن، تهدید صلح و امنیت بین‌المللی در این منطقه است. هرچند این قطعنامه‌ها به کرات اعلام می‌دارند که حقوق و تکالیف غیرمعمول مذکور در آن‌ها، موجب حقوق بین‌الملل عرفی نخواهند بود، با این حال عملکرد دولت‌ها بخصوص در مورد دستگیری، تعقیب و محاکمه دزدان دریایی به سمت ایجاد حقوق بین‌المللی نوینی در مبارزه با دزدان دریایی است که به نظر فراتر از کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها است.

واژگان کلیدی: دزدی دریایی، کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، سازمان دریانوردی بین‌المللی، صلح و امنیت بین‌المللی، جامعه بین‌المللی

مقدمه

«نسبی‌گرایی اخلاقی از مباحث مطرح روزگار به‌شمار می‌رود. براساس مبانی اخلاق نسبی‌گرایی، یک عمل، نه همیشه مثبت و پسندیده است و نه پیوسته زشت و مذموم. قضاوت در مورد نیک و بد بودن اعمال آدمی از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است. در عین حال در جهان

۱. دانشجوی مقطع دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی. نویسنده مقاله حاضر را با اذعان به نواقص آن، به جناب آقای دکتر سید قاسم زمانی، به دلیل زحمات بی‌شائبه آن استاد محترم تقدیم می‌کند.

نسبی‌گرایان و کثرت‌گرایان هم اعمال مذمومی وجود دارند که از دیدگاه همه انسان‌ها زشت و ناپسند و قابل مجازات هستند: قتل، کشتار، جنایات جنگی، برده‌داری و دزدی (دریایی) انزجار همه انسان‌ها را برمی‌انگیزند. گفته می‌شود مجازات مرتکبان این نوع افعال به یک ارزش بین‌المللی در تمام جهان تبدیل شده و از سوی همه انسان‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است. از این رهگذر دولت‌ها برای عمل به اصول اخلاقی - و اجرای عدالت - باید اقدام به محاکمه مجرمان و جنایتکاران کنند و یا لااقل معتقد به محاکمه آنان باشند».^۲

رشد فزاینده دزدی دریایی در سال‌های اخیر بخصوص در سواحل سومالی، واکنش‌های جهانی گوناگونی را به دنبال داشته است. کشورهای متعددی از جمله ایران^۳ در تلاش برای حفاظت از کشتیرانی بین‌المللی و البته منافع تجاری خود، اقدام به گسیل نیروهای دریایی‌شان به خلیج عدن و سواحل سومالی کرده‌اند.^۴ در این رابطه شورای امنیت سازمان ملل متحد با عنایت به اختیارات خود براساس فصل هفتم منشور ملل متحد، مجموعه قطعنامه‌هایی را به تصویب رسانده که به کشورهای اختیارات بی‌سابقه‌ای را در مبارزه با دزدی دریایی می‌دهد. این تحولات، این تصور که دزدی دریایی را همچون برده‌داری به موضوعی متروک در حقوق بین‌الملل بدل کند، به کنار نهاد و بار دیگر توجه جامعه بین‌المللی را به خود جلب کرد. دولت‌ها به‌رغم اختیارات نسبتاً وسیع عرفی و معاهده‌ای در مبارزه با این پدیده، در تعقیب قضایی دزدان بازداشت شده خود را به نوعی در تنگنا می‌بینند. این مهم بخصوص در محاکمه دزدان دستگیر شده در کشورهای ثالث، نمود بیشتری یافته است.

این مختصر با تکیه بر سوابق حقوقی بین‌المللی بحث دزدی دریایی و با تأکید بر تحولات اخیر، به‌ویژه قطعنامه‌های شورای امنیت، به بررسی عملکرد بین‌المللی در مقابله با دزدی دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن می‌پردازد.

2. Brown Bartran. S, "The Evolving Concept of Universal Jurisdiction", New England Law Review, Vol. 35:2/2001, p.389.

۳. گروه عملیات ویژه نیروی دریایی ارتش جمهوری اسلامی ایران، شامل ناو خارک و ناوشکن جنگی سیلان، هم اکنون در خلیج عدن حضور دارند. به نقل از سایت خبری تابناک، ۳۰ شهریور ۱۳۸۸
<http://www.tabnak.ir/fa/pages/print.php?cid=65078>.

۴. ائتلافی از کشورها شامل استرالیا، فرانسه، آلمان، ایتالیا، پاکستان، انگلستان، امریکا و دیگر کشورها مساحتی بالغ بر ۲/۵ میلیون متر مربع از آب‌های بین‌المللی مجاور سواحل سومالی را تحت پوشش قرار می‌دهند. رجوع کنید به: «Continued U.S. Navy Operation against Pirates of Somalia», The American Journal of International Law, Vol.102, No.1 (Jan., 2008), pp.169-170.

۱. پیشینه و تعریف

دزدی دریایی در قدر متیقن تعاریف ارائه شده، «شامل همه اقدامات خشونت‌آمیز غیرقانونی، بازداشت یا سلب مالکیت به‌منظور نفع شخصی توسط خدمه یا سرنشینان کشتی‌های خصوصی علیه کشتی‌های دیگر یا اشخاص و اموال داخل آن‌ها در دریای آزاد...»^۵ دانسته شده است که قدمت آن به تاریخ دست‌اندازی بشر و تسلط او بر دریاها باز می‌گردد. در آن زمان، مسیرهای دریایی عمدتاً برای تجارت مورد استفاده قرار می‌گرفت و بنابراین به مقوله دزدی دریایی به مثابه عملی که امنیت دریانوردی و تجارت را برهم می‌زند نگریسته می‌شد. از این رو در سیر تحولات احصای اعمال مشمول دزدی دریایی، در ابتدا اقدام به محکومیت و جرم‌انگاری اعمالی گردید که مغایر اهداف مذکور تلقی می‌شدند. با وجود این، دخالت‌های مجاری بین‌المللی و عملکرد قانونگذاری دولت‌ها در ارائه تعاریف گوناگون از جرم دزدی دریایی در اسناد و معاهدات بین‌المللی بی‌تأثیر نبوده است. این امر، قطع نظر از تحولات تاریخی، متأثر از منافع و انگیزه‌های خاص مراجع ذینفع در این قضیه است. از آن‌جا که تعریف دزدی دریایی بر نتیجه محاسبات نهایی آماری ارتکاب جرم مذکور تأثیر مستقیم دارد، تعاریف ارائه شده توسط آنان متفاوت بوده است. به‌عنوان مثال، اتاق بازرگانی بین‌المللی دفتر دریانوردی بین‌المللی^۶ که یک سازمان با مبنای مالی صنعتی است و بسیاری از اعضای آن در زمره شرکت‌های بیمه‌اند، تعریف بسیار وسیع‌تری از دزدی دریایی ارائه می‌دهد که نتیجتاً شمار بیش‌تری از حوادث را مشمول این جرم قرار می‌دهد. می‌توان این‌گونه برداشت کرد که شرکت‌های بیمه از بابت افزایش شمار این دزدی‌ها نگرانی به خود راه نمی‌دهند، چرا که از آن‌ها می‌توان به‌عنوان ابزاری برای توجیه ساختار نرخ بیمه و درآمدهای بیمه‌ای ویژه آن‌ها در مناطق تحت تسلط دزدان استفاده کرد. دیگر سازمان‌ها همچون اتاق‌های محلی بازرگانی و مراجع اداره‌کننده بنادر کشورها، تعریف بسیار محدودتری از دزدی دریایی دارند تا به این ترتیب، شمار دزدی‌ها را در حداقل ممکن ارائه دهند. هدف آنان از این رویکرد نشان دادن سلامت و امنیت بنادرشان برای متقاعد ساختن مشتریان به استفاده از تسهیلات و امکانات بنادر است.^۷

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در بند «الف» ماده ۱۰۱ خود «هرگونه اقدام غیرقانونی خشونت‌آمیز، بازداشت و چپاول را که توسط خدمه یا مسافران کشتی خصوصی و یا یک هواپیمای خصوصی، در راستای اهداف شخصی صورت گیرد دزدی دریایی می‌داند، مشروط بر

۵. رابین، چرچیل و آلن لو، *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه بهمن آقایی، ۱۳۶۷، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ص ۲۸۶.

6. IMB

7. Brian L. White and Kenneth J. Wydajewski, "Commercial Ship Self Defense against Piracy and Maritime Terrorism", OCEANS, O2MTS/IEEE, Vol.2, Oct.2002, pp.1164-1171.

آن که: ۱) در دریای آزاد، علیه هر کشتی یا هواپیما یا علیه اشخاص و اموال موجود در کشتی یا هواپیما، یا ۲) علیه یک کشتی، هواپیما و اشخاص یا اموال در مکانی خارج از صلاحیت هر دولت صورت پذیرد.

ماده ۱۰۱ در ادامه، دو عمل دیگر را هم از مصادیق دزدی دریایی می‌داند که عبارتند از: (ب) هر نوع مشارکت داوطلبانه در عملیات یک کشتی یا هواپیما با آگاهی از این حقیقت که آن را تبدیل به یک کشتی یا هواپیمای دزدان می‌کند (بند ب)؛

(ج) هر عمل تحریک‌آمیز یا تسهیل ارادی هر عمل موصوف در بند «الف» و «ب». تعریف اخیر، ارائه‌دهنده یک مبنای معاهده‌ای از جرم دزدی دریایی است که البته دربرگیرنده تعریف عرفی این جرم نیز می‌شود.^۸ انطباق تعریف سنتی از صلاحیت جهانی با تعریف دزدی دریایی، به‌طور خاص به مؤلفه اعمال صلاحیت بر ارتکاب این عمل در دریای آزاد یا خارج از صلاحیت دولت‌ها باز می‌گردد. «در تعریف سنتی از صلاحیت جهانی، قلمرو اعمال این صلاحیت را فقط در محیطی خارج از قلمرو حاکمیت دولت‌ها می‌دانستند و در آن زمان این قلمرو، تنها دریای آزاد بود. لذا جرم دزدی دریایی اولین جرمی است که اکثر دولت‌ها تمایل به اعمال صلاحیت جهانی در مورد آن را داشته‌اند».^۹ «اعمال صلاحیت جهانی در مورد دزدی دریایی دارای ریشه عرفی است و براساس آن، تمامی دولت‌ها می‌توانند دزدان دریایی را بدون در نظر گرفتن ملیتشان دستگیر و مجازات کنند. درست است که این اصل صلاحیتی از حقوق عرفی نشأت گرفته و هنوز به قوت خود باقی است، اما تکوین و تدوین آن را می‌توان در معاهدات ملاحظه کرد. بنابراین، اعمال صلاحیت نسبت به دزدان، در حال حاضر براساس معاهدات اعمال می‌شود. بر این اساس، کشورهای عضو، متعهد به دستگیری و مجازات دزدان دریایی هستند، مشروط بر این که دزدان در دریاهای آزاد یا در قلمرو دولت ذیربط دستگیر شوند».^{۱۰} در این راستا ضروری است به شناسایی عناصر تأثیرگذار بر ارتکاب دزدی دریایی بپردازیم. صرف‌نظر از عنصر

۸. براساس حقوق عرفی حاکم در دوران‌های قبل، تنها سرقت به‌عنوان دزدی دریایی قلمداد می‌شد و جرائم مشمول در تعاریف اخیر، مذکور در کنوانسیون‌های بین‌المللی که به مراتب شدیدتر از سرقت هستند خارج از حقوق بین‌الملل قرار داشتند. رجوع کنید به:

United States v. Furlong, 618 U.S. 5 Wheat. 184 (1820). In: Eugene Kontorovich, *The Inefficiency of Universal Jurisdiction*, 2008 U. ILL. L. REV. 407 15 (2008) in: Eugene Kontorovich, «A Guantanamo on the Sea»: The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists, Northwestern University School of Law Public Law and Legal Theory Series, No. 09-10.

۹. حامد، سهیلا، صلاحیت جهانی، (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳، ص ۶-۷.
10. Zhenhua Li, "Universal Jurisdiction Under International Law", Asian-African Legal Consultative Organization, (Essays on International Law) Forty- Fifth Anniversary Commemorative Volume, 2001, p. 167. And see: Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction - Memorandum submitted by the Secretary-General, A/CN.4/7/R.

قانونی که به هر حال موضوع کنوانسیون اخیرالذکر و کنوانسیون ۱۹۵۸ راجع به دریای آزاد است و تمرکز ما نیز بر این دو معاهده بین‌المللی خواهد بود، در این مجال صرفاً به عناصر معنوی و مادی جرم دزدی دریایی خواهیم پرداخت. آنچه به‌وضوح تشتت در تعریف جرم دزدی دریایی را نمایان می‌سازد، توجه به اعمال مشمول تعریف این جرم به‌عنوان عناصر مادی آن است. درحالی‌که کمیته حقوقدانان جامعه ملل «محرومیت از مال و اعمال خشونت‌آمیز علیه افراد»^{۱۱} را به‌عنوان عناصر مادی دزدی دریایی می‌داند، کنوانسیون‌های ۱۹۵۸ و ۱۹۸۲ هرگونه اقدام غیرقانونی خشونت‌آمیز، بازداشت و چپاول علیه هر کشتی یا هواپیما یا علیه اشخاص و اموال موجود در کشتی یا هواپیما را در خارج از صلاحیت دیگر کشتی‌ها مشمول دزدی دریایی می‌دانند؛ ضمن این‌که براساس این دو کنوانسیون، مشارکت و معاونت در ارتکاب دزدی دریایی، معادل مباشرت در ارتکاب این جرم تلقی گردیده است. در حالی‌که کمیسیون حقوق بین‌الملل، در تدوین کنوانسیون ۱۹۵۸ معتقد بود که دزدی دریایی می‌تواند نه‌تنها توسط کشتی‌ها بلکه در دریای آزاد توسط یک هواپیما علیه یک کشتی نیز صورت پذیرد، در عین حال بر این نظر بود که اعمال صورت‌گرفته در هوا توسط یک هواپیما علیه هواپیمای دیگر به‌سختی می‌تواند در قالب تعریف جرم دزدی دریایی گنجانده شود. از این رو در ماده ۳۹ طرح آن کمیسیون، ارتکاب هرگونه عمل خشونت‌آمیز، بازداشت و چپاول تنها علیه دیگر کشتی‌ها یا اموال و اشخاص موجود در آن کشتی‌ها به‌عنوان دزدی دریایی تلقی گردیده است. همچنین کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر کنوانسیون مذکور معتقد است اعمال صورت‌گرفته بر عرصه یک کشتی توسط خدمه خود آن کشتی یا مسافران آن، اعمال مشمول دزدی دریایی تلقی نمی‌شوند.^{۱۲}

اما در خصوص عنصر معنوی در ارتکاب دزدی دریایی، تقریباً در همه معاهدات و طرح‌های مربوط به تدوین حقوق بین‌الملل حاکم بر مبارزه با دزدی دریایی، بر «شخصی بودن اهداف دزدان» در توسل به اعمال مشمول جرم دزدی دریایی، اتفاق نظر وجود دارد. این امر هم در کنوانسیون ۱۹۸۲ و هم در کنوانسیون ۱۹۵۸ مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین در طرح کمیته حقوقدانان جامعه ملل برای تدوین تدریجی حقوق بین‌الملل در ۱۹۲۶^{۱۳} این کمیته ضمن تأکید بر این مؤلفه، آن را عاملی متمایزکننده میان اعمال دولتی و غیر آن که مآلاً بر تعریف دزدی دریایی و اعمال غیر از آن تأثیرگذار است می‌داند. از این رو انگیزه تحصیل مال، به‌عنوان عنصر معنوی در جرم دزدی دریایی مورد موافقت همه حقوقدانان قرار نگرفته است، چه این‌که

11. Questionnaire No. 6: Piracy, The American Journal of International Law, Vol. 20, No. 3, Supplement (Jul., 192622), p. 228.

12. Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, p. 282.

13. See: Questionnaire No. 6: Piracy, *op. cit.* pp. 222-229.

توسل به اعمال خشونت‌آمیز می‌تواند نه انگیزه مادی، بلکه نفرت یا انتقام و خونخواهی باشد. به نظر می‌رسد انگیزه مادی را نباید بیش از حد بزرگ جلوه داد، زیرا بررسی جامع‌تر انگیزه‌های دزدی دریایی را محدود و محصور می‌کند. بهتر آن است که به‌عنوان یک اصل کلی به ماهیت خارجی این اقدامات، بدون ورود بیش از حد به انگیزه‌های دزدی دریایی پرداخته شود؛^{۱۴} ضمن آن که قبول ارتکاب دزدی دریایی در راستای یک هدف شخصی می‌تواند خود در برگیرنده تمام انگیزه‌های مطرح در ارتکاب این جرم باشد. به نظر می‌رسد کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در هنگام تدوین کنوانسیون راجع به دریای آزاد ۱۹۵۸، گرایش به همین دیدگاه داشته است. این کمیسیون در تفسیر ماده ۳۹ طرح خود راجع به این موضوع معتقد است: «قصد دزدی»^{۱۵} (برای ارتکاب دزدی دریایی) لازم نیست. اعمال دزدی دریایی ممکن است با احساسات تنفرآمیز و انتقام، نه صرفاً انگیزه کسب مال همراه باشد.^{۱۶}

با این حال، به دلیل تشتت فراوان در ارائه تعریف مشخص از جرم دزدی دریایی،^{۱۷} برخی به این اعتقاد استوار رسیده‌اند که اصولاً نظامی تحت عنوان حقوق بین‌الملل دزدی دریایی وجود ندارد؛ البته جز در حقوق داخلی برخی کشورها که به‌منظور حفاظت از تجارت خود یا ایجاد منافع امپریالیستی اقدام به تعبیه مقرره‌هایی در این زمینه می‌کنند یا در تئوری‌های کسانی که ترجیح می‌دهند نگرش‌های اخلاقی خود را به‌عنوان قانون معرفی کنند.^{۱۸}

به‌رغم عدم توافق میان حقوقدانان در ارائه یک معیار مشخص به‌عنوان عنصر معنوی جرم دزدی دریایی و نیز سکوت معنادار کنوانسیون‌های بین‌المللی در این رابطه، تقریباً این توافق وجود دارد که اعمال صورت گرفته چنانچه با اهداف و انگیزه‌های سیاسی ارتکاب یافته باشند در قالب دزدی دریایی قرار نخواهند گرفت. ماده ۱ مقررات پیش‌نویس ممانعت از دزدی دریایی، تهیه شده توسط کمیته حقوقدانان جامعه ملل بر این مهم اشاره صریح دارد.

14. Ibid. p. 224.

15. animus furandi

16. Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, p 282.

۱۷. ماده ۱ یادداشت همکاری اتحادیه اروپا و دولت کنیا در رابطه با انتقال افراد مظنون به دزدی دریایی به دولت کنیا که توسط نیروی دریایی اتحادیه در منطقه دستگیر شده‌اند، در تعریف Piracy، عبارت مورد اشاره در ماده ۱۰۱ کنوانسیون حقوق دریاهای در ۱۹۸۲ را به‌عنوان تعریف مورد توافق دو طرف عنوان می‌دارد. همچنین قطعنامه‌های شورای امنیت در موضوع دزدی دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن، کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای را به‌عنوان مبنای قانونی مبارزه با دزدی دریایی می‌شناسند که حداقل نتیجه حاصل از این موضع‌گیری، قبول تعریف ارائه شده در این کنوانسیون از دزدی دریایی است.

18. George Schwarzenberger, Reviewed work(s): "The Law of Piracy", by Alfred P. Rubin, The American Journal of International Law, Vol.84, No.2 (Apr., 1990), p.661.

اما این موضوع از آن‌جا حائز توجه خاص خواهد بود که اخیراً زمزمه‌هایی در خصوص تشکیک در اهداف حمله‌کنندگان به کشتی‌های تجاری در سواحل سومالی و خلیج عدن به گوش می‌رسد که درصدد ایجاد ارتباط میان این افراد با گروه‌های تروریستی همچون القاعده هستند. به‌علاوه برخی از این دزدان دریایی بر این اعتقادند که حمله به کشتی‌های خارجی به این دلیل است که آنان منابع آبی سواحل سومالی را به یغما برده، این کشور را استثمار می‌کنند. از این رو رفتار آنان پاسخی به اقدامات مذکور است. اثبات این امر، حداقل این اثر وضعی را به‌دنبال خواهد داشت که قانون حاکم بر نحوه برخورد و مبارزه با این افراد را تغییر داده، مآلاً تعقیب قضایی مرتکبان این اعمال را با توجه به نوع جرم ارتكابی، مشمول ساز و کار حقوقی دیگری خواهد کرد.^{۱۹}

ابزارهای قانونی در مبارزه با دزدی دریایی

شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطعنامه‌های متعدد خود که به مناسبت وضعیت موجود در سواحل سومالی و خلیج عدن صادر کرده به راهکارهای قانونی متعددی برای مقابله با دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در این منطقه متوسل گردیده است. این راهکارها توسل به ابزارهای قانونی در تنظیم رفتار دولت‌ها به هنگام مبارزه با دزدان دریایی در این منطقه است.^{۲۰} در این بخش به بررسی اسناد حاکم بر خشونت‌های ارتكابی در حوزه مذکور که مورد توجه قطعنامه‌های شورای امنیت بوده است خواهیم پرداخت. مسلم است که توسل به اسناد متعدد در قطعنامه‌های شورای امنیت، بازگذاشتن دست دولت‌ها در تسلط کامل بر اوضاع و پر کردن خلأهای قانونی موجود در هر سند برای مبارزه قانونی با مرتکبان این جرائم است. به واقع، تمهیدات و ابزارهای قانونی متعدد مورد اشاره، با توسعه دامنه و قلمرو اقدامات لازم، در راستای جمع‌آوری شواهد و اسناد و تعقیب مرتکبان این جنایات قدم می‌گذارند.^{۲۱}

در عین حال، این واقعیت را نباید از نظر دور داشت که ارتكاب دزدی دریایی خود موجب رویدادهای اسفناک دیگری همچون نگرانی‌های زیست‌محیطی می‌گردد؛^{۲۲} ضمن آن‌که ارتكاب دزدی دریایی، بنا بر تجربه و براساس عملکرد این راهزنان، ملازم با ارتكاب دیگر جرائم از جمله

19. See: Spiegel Onlien, "Somali Pirates Form Unholy Alliance with Islamists", 4/20/2009. and Stephen J. Solarz, "The Convoy Solution to Combating Piracy", Brookings, May 19, 2009.

20. See: Security Council Res. 1851 (2008), Para. 5.

21. See: Statement of the Representative of Costa Rica in the 6046th Meeting of Security Council, on 16 December 2008. Available at: <http://www.un.org/nnNews/Press/docs/2008/sc9541.doc.htm>.

۲۲. به‌عنوان مثال حمله دزدان دریایی به یک تانکر نفتکش می‌تواند منجر به یک حادثه زیست محیطی عظیم و جبران‌ناپذیر گردد. رجوع کنید به:

The IMB-PRC Piracy Report (December 1994).

گروگانگیری نیز بوده است. در خصوص مورد اخیر، کنوانسیون ۱۹۷۹ راجع به گروگانگیری می‌تواند مبنای قانونی مناسبی در همکاری اعضای این کنوانسیون در مقابله با این پدیده باشد. همچنین کنوانسیون مبارزه با فساد، مصوب سال ۲۰۰۳، سند قانونی دیگری است که اقدام به فراهم آوردن زمینه برای همکاری کشورها در اجرای قانون، تحقیق مشترک، معاضدت قضایی دو جانبه، استرداد، انتقال یا احاله جریان دادرسی و انتقال افراد محکوم می‌باشد. مقرره‌های مربوط به همکاری بین‌المللی در کنوانسیون اخیر، در بسیاری موارد حتی در فقدان ترتیبات دو جانبه نیز قابل اجراست. کنفرانس اعضای کنوانسیون مذکور، حمایت قاطع خود را برای استفاده عملی از این کنوانسیون، به‌عنوان ابزاری قانونی، در کمک به حل تهدیدات نوظهور جنایی، همانند دزدی دریایی، اعلام کرده است.^{۲۳}

اما در عین حال، موضوعات و تعهدات معاهده‌ای مورد اشاره در فوق از دید قطعنامه‌های اخیر شورای امنیت مغفول مانده است. اما در خصوص موضوعات گفته شده، در قالب حقوق بین‌الملل عام، توسل به اسناد مربوط می‌تواند در حصول هدف کارساز باشد.

الف) کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاهای ۱۹۸۲

در مقدمه قطعنامه‌های شورای امنیت بر این نکته تأکید می‌شود که «حقوق بین‌الملل، همان‌گونه که در کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاهای ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲، بیان گردیده، چارچوب قانونی قابل اعمال را در مبارزه علیه دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در دریا، همانند دیگر فعالیت‌های دریایی، تنظیم می‌کند».^{۲۴} از این رو، با قاطعیت می‌توان گفت آن قسمت از کنوانسیون حقوق دریاهای که به موضوع دزدی دریایی اختصاص یافته است، با عنایت به اعلام مذکور در قطعنامه‌های شورای امنیت، جنبه عرفی یافته و در مورد همه کشورها، صرف‌نظر از وضعیت عضویت آن‌ها در این معاهده که به ۱۵۹ کشور می‌رسد، لازم‌الاجرا خواهد بود.^{۲۵} ترتیبات پیش‌بینی شده در خصوص دزدی دریایی در این معاهده و در ارتباط با قطعنامه‌های اخیر شورای امنیت از دو جنبه واجد اهمیت است. اولاً ماهیت تعهد کشورها در این حوزه است که متفاوت با جرائم و جنایات بین‌المللی دیگر بروز می‌یابد. کنوانسیون در ماده ۱۰۰ تحت عنوان «تکلیف به همکاری در ممانعت از دزدی دریایی»، چنین بیان می‌دارد که «همه دولت‌ها تا

23. «Countering Maritime Piracy in the Horn of Africa», A UNODC Programme to Increase Regional Capacities to Deter, Arrest, Prosecute and Detain Pirates, 11 Desember 2008.

24. See: Security Council Resolutions 1816(2008), 1838(2008), 1846(2008), 1851(2008).

25. See: «United Nations Convention on the Law of the Sea», Montego Bay, 10 December 1982, at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtmsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtmsg3&lang=en, Parties: 159, Iran (Islamic Republic of) has signed at 10 Dec 1982.

سرحد امکان در راستای سرکوب دزدی دریایی در دریاهای آزاد یا سایر نقاط خارج از صلاحیت هر دولت، تشریک مساعی خواهند کرد».^{۲۶} اگرچه ماهیت نه چندان شنیع این جرم در مقایسه با دیگر جنایات بین‌المللی که لزوماً چنین صراحتی در تعقیب و محاکمه مرتکبان آن‌ها دیده نمی‌شود، عمل دولت‌ها به تعهدات بین‌المللی خود را با سستی‌هایی مواجه کرده است؛^{۲۷} اما قطعنامه‌های اخیر شورای امنیت در رابطه با وضعیت دزدی دریایی در سواحل سومالی، که جملگی با احراز وضعیت خاص این کشور در تهدید صلح و امنیت منطقه براساس فصل ۷ منشور ملل متحد صادر گردیده‌اند، از دولت‌ها، بخصوص کشورهایی که دارای توانایی‌های نظامی و قابلیت‌های دریایی هستند می‌خواهد که در مقابله با این پدیده، اقدام عاجل به عمل آورند.^{۲۸} از سوی دیگر، انجام این تعهد، در تعقیب و محاکمه دزدان دستگیر شده نمود خواهد یافت. در اعمال این تعهد، ماده ۱۰۵ کنوانسیون حقوق دریاها بر این امر صراحت دارد که محاکم کشور توقیف‌کننده کشتی یا هواپیمای متعلق به دزدان دریایی، صلاحیت رسیدگی و مجازات مجرمان و تصمیم‌گیری راجع به اموال آن‌ها را خواهد داشت. به عبارت دیگر، برخلاف رویه‌ای که هم‌اکنون در تعقیب و مجازات دزدان دریایی دستگیر شده در سواحل سومالی و خلیج عدن، مبنی بر تسلیم دستگیرشدگان به کشورهای دیگر، از جمله کنیا، دیده می‌شود، کمیسیون حقوق بین‌الملل در تدوین ماده مذکور صرفاً به دنبال اعمال صلاحیت قضایی دولت دستگیرکننده بوده و اعمال صلاحیت قضایی کشور ثالث را مد نظر نداشته است. کمیسیون در تفسیر ماده مذکور بیان می‌دارد که اعمال صلاحیت جهانی، تنها محدود به دستگیری و توقیف دزدان و اموال آن‌ها به‌وسیله همه دولت‌ها می‌گردد؛ اما فقط دولت دستگیرکننده می‌تواند اقدام به محاکمه و مجازات کند.^{۲۹} به هر حال، عدم تمایل دولت‌ها به تعقیب و محاکمه دزدان دریایی موجب این گردیده

۲۶. در عین حال این نظر نیز وجود دارد که کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها صرفاً به صلاحیت‌ها و اختیارات دولت‌های عضو در مبارزه با دزدی دریایی اشاره دارد. در واقع از این مواد نه تعهد به جرم‌انگاری قابل استنباط است و نه الزام به تعقیب و محاکمه. این امر خود مانعی در مبارزه مؤثر با این معضل جهانی محسوب می‌گردد. رجوع کنید به:

Statement by Judge Jose Luis Jesus, President of the International Tribunal for the Law of the Sea, at the Forty-eight Annual Session of the Asian-African Legal Consultative Organization, Putrajaya, Malaysia, August 2009.

۲۷. این در حالی است که برخی از نویسندگان بر این باور هستند که «در حالی که بیش‌تر جنایات مشمول صلاحیت جهانی، تعهدی برای تعقیب قضایی بر دولت‌ها بار نمی‌کنند، دزدی دریایی به‌عنوان یک استثنای آشکار در این خصوص جلوه می‌کند». به نقل از:

Eugene Kontorovich, «The Inefficiency of Universal Jurisdiction», 2008 U. ILL. L. REV. 407 15 (2008), in: Eugene Kontorovich, «A Guantanamo on the Sea»: The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists, Northwestern University School of Law Public Law And Legal Theory Series, No. 09-10.

28. S/RES/1851(2008), para.2, S/RES/1844(2008), para.1, S/RES/1838(2008), para.2, S/RES/1846(2008), para.9.

29. Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, P. 283.

است تا دزدان با فراغ بال بیش‌تری به اقدامات خود ادامه دهند. در عین حال در راستای مبارزه با بی‌کیفری و جلوگیری از تخریب این راهزنان در ادامه فعالیت خود، برخی دولت‌ها بر آن شده‌اند تا به انعقاد قرارداد با برخی از دولت‌های همسایه سومالی در خصوص انتقال و محاکمه دزدان در این کشورها اقدام کنند. از جمله اتحادیه اروپا اقدام به تبادل یادداشت با دولت کنیا راجع به شرایط و چگونگی انتقال افراد مظنون به ارتکاب اعمال راهزنی دریایی به دولت کنیا کرده است.^{۳۰} همچنین اجلاس بلندپایه ۱۷ کشور غرب اقیانوس هند، خلیج عدن و دریای سرخ که به ابتکار سازمان دریانوردی بین‌المللی در ۲۹ ژانویه ۲۰۰۹ در جیبوتی برگزار گردید منجر به پذیرش «کد رفتاری جیبوتی»^{۳۱} توسط این کشورها شد. براساس این کد، شرکت‌کنندگان بر تمایل خود مبنی بر همکاری کامل در دستگیری، تحقیق و محاکمه افرادی که مرتکب دزدی دریایی شده یا به‌نحو معقولی مظنون به ارتکاب راهزنی دریایی، توقیف کشتی یا اموال موجود در آن هستند تأکید کردند.^{۳۲} همان‌گونه که گفته شد این مطلب از این نظر قابل توجه است که عبارت ماده ۱۰۵ کنوانسیون حقوق دریاها اعمال صلاحیت قضایی دولت‌ها در مبارزه با این پدیده را محدود به دول دستگیرکننده دزدان دریایی می‌کند و لاجرم جبران این نقیصه از طریق انعقاد معاهده خاص و در قالب انتقال اعمال صلاحیت قضایی از دولت دستگیرکننده به دولت محاکمه‌کننده، مواجهه با اشکالاتی می‌گردد. به واقع سؤال این خواهد بود که دولت‌ها تا چه میزان در انصراف از اعمال صلاحیت قضایی خود در قالب موافقتنامه به نفع دیگر دول مختارند. در این باره، از یک طرف، مواجهه با اختیارات و صلاحیت‌های ذاتی کشورها و نحوه اعراض از آن می‌شویم و از سوی دیگر با استانداردهای بین‌المللی در انتقال اعمال صلاحیت قضایی روبه‌رو خواهیم شد. به‌طورکلی به نظر می‌رسد از آن‌جا که صلاحیت قضایی جنبه‌ای از حاکمیت سیاسی کشورها است، آنان این اختیار را دارند که با رضایت خود، حاکمیتشان را محدود سازند. با وجود این، برخی جنبه‌های اعمال صلاحیت جزء ذات نظام حاکمیتی یک کشور است و گذشتن و اعراض از آن به نظام حاکمیتی و سیستم حکومتی لطمه وارد کرده، جامعه بین‌المللی را در مواجهه با آن

30. Exchange of Letters between the European Union and the Government of Kenya on the conditions and modalities for the transfer of persons suspected of having committed acts of piracy and detained by the European Union-led naval force (EUNAVFOR), and seized property in the possession of EUNAVFOR, from EUNAVFOR to Kenya and for their treatment after such transfer, «Official Journal of European Union», 25.3.2009, and see, for example, the memorandums of understanding concluded between Kenya and the United States and between Kenya and the United Kingdom, at: www.voanews.com/english/2009-01-27-voa16.cfm and www.mfa.go.ke/mfacms/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Item=2.

31. Djibouti Code of Conduct

32. High-level meeting in Djibouti adopts a code of conduct to repress acts of piracy and armed robbery against ships, At: http://www.imo.org/newsroom/mainframe.asp?topic_id=1773&doc_id=10933

موجودیت به عنوان یک کشور دارای حاکمیت مستقل، با مشکل روبه‌رو خواهد کرد. اما آیا صلاحیت قضایی کشورها از آن جمله است؟ در موارد متعددی دولت‌ها حق اعمال اختیارات صلاحیتی خود در ارتباط با برخی جرائم را به دیگر دولت‌ها واگذار کرده‌اند^{۳۳} و دولت اخیر به‌طور مؤثر در مقام نماینده دولت انتقال‌دهنده صلاحیت عمل کرده است. از آن‌جا که چنین ترتیبی بر رضایت دولت‌ها و صلاحیت سنتی هر دولت طرف موافقتنامه قرار گرفته است، نمی‌تواند به عنوان عاملی برای به چالش کشیدن سیستم صلاحیت وستفالیایی و مثالی برای صلاحیت جهانی تلقی گردد.^{۳۴} در این ارتباط، قطعنامه ۱۸۹۷ مورخ ۳۰ نوامبر ۲۰۰۹ شورای امنیت در بند ۶ اجرایی، اعمال صلاحیت قضایی دول ثالث بر افراد دستگیر شده در آب‌های سرزمینی سومالی را موکول به کسب رضایت آن دولت می‌داند.^{۳۵} بنابراین به نظر می‌رسد عدم اعمال صلاحیت و اختیارات ذاتی از سوی کشورها نمی‌تواند عاملی برای تعرض به سیستم حکومتی آن کشورها در مواجهه با جامعه بین‌المللی تلقی گردد. با وجود این، واگذاری این اختیار به دول دیگر، نه به معنای سلب صلاحیت از خود و نه همواره به معنای انتقال صلاحیت است، بلکه با حصول دیگر شرایط، از جمله ارتباط موضوع با کشور اخیر صورت می‌پذیرد.

در عین حال بر این نکته واقفیم که اعمال صلاحیت قضایی در برخی مواقع به عنوان یک تکلیف عرفی و معاهده‌ای بر کشورها عمل می‌کند. توضیح آن‌که این‌گونه درک از اعمال صلاحیت جهانی کشورها در مقابله با دزدان دریایی از آن‌جا ناشی می‌شود که براساس کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای، کشور دستگیرکننده دزد دریایی به تعقیب و محاکمه راهزنان خواهد پرداخت، حال آن‌که در اعمال صلاحیت جهانی نسبت به دیگر جنایات بین‌المللی، چنین تعهد صریحی قابل برداشت نیست، بلکه امکان صرف‌نظر کردن از تعقیب و محاکمه یک مجرم و یا متهم به نفع صلاحیت قضایی کشور دیگر نیز وجود دارد. تفسیر ماده ۳۸ طرح اولیه کمیسیون حقوق بین‌الملل (ماده ۱۴ کنوانسیون ۱۹۵۸ و ماده ۱۰۰ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای) به صراحت بیان می‌دارد که هر دولتی که فرصت اتخاذ اقدامات ضروری علیه دزدان را داشته، اما در این زمینه قصور می‌ورزد از انجام تعهد بین‌المللی که بر دوشش نهاده شده تخلف ورزیده است.^{۳۶} به نظر می‌رسد اعمال صلاحیت قضایی و محاکمه دزدان توسط کشور دستگیرکننده،

33. delegated jurisdictional sovereignty

34. Eugene Kontorovich, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", Harvard International Law Journal, Vol. 45, No. 1, Winter 2004. p.193.

۳۵. همچنین بند ۱۱ قطعنامه مذکور بر اجرای عدالت، بنا بر درخواست دولت انتقالی سومالی و با اطلاع دبیرکل ملل متحد، نسبت به افرادی که سرزمین سومالی را محلی برای برنامه‌ریزی، تسهیل و انجام دزدی دریایی قرار داده‌اند، توسط دیگر کشورها اشاره دارد.

36. «Yearbook of the International Law Commission», 1956, Vol. II, P.282.

به صراحتی که در ماده ۱۰۵ کنوانسیون دیده می‌شود، بیانگر تکلیف معاهده‌ای دولت‌ها در اعمال این تعهد است.^{۳۷} با این مقدمه، اما همان‌گونه که در تشریح ماده ۱۰۵ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها آمد، قانون حاکم بر این موضوع، یعنی کنوانسیون مذکور، منصرف از انتقال اعمال صلاحیت از دولت دستگیرکننده مجرم یا متهمان به دولت دیگر است.

از سوی دیگر، می‌توان ادعا کرد که صلاحیت جهانی مورد نظر در ماده ۱۰۵ کنوانسیون، نه یک صلاحیت قضایی جهانی در مفهوم مدرن آن، بلکه یک نوع صلاحیت جهانی در مقوله اجرایی در مبارزه با این پدیده است.^{۳۸} این مهم از صراحت ماده مذکور و نیز تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل بر این مقرر قابل درک است؛^{۳۹} چه این‌که به همه دولت‌ها، حتی دولی که به هیچ نحو متأثر از رفتار دزدان نگردیده‌اند، اجازه دستگیری و توقیف کشتی و هواپیمای دزدان در قلمروهای خارج از صلاحیت کشورها را می‌دهد، اما در عین حال با هوشیاری، تعقیب و محاکمه را نیز به کشور دستگیرکننده واگذار می‌کند. با وجود این، انتقال اعمال صلاحیت و یا به عبارت دیگر اعراض از اعمال صلاحیت قضایی به نفع دولت ثالث، از آن‌گونه که کشورهای دستگیرکننده راهزنان دریایی به نفع دولت‌های ثالث انجام می‌دهند، در یک حالت و براساس قطعنامه S/RES/1846(2008) و قطعنامه S/RES/1897(2009) قابل توجیه بوده و آن، در صورت احراز عوامل ارتباط میان صلاحیت قضایی کشورها با حادثه مورد نظر است. در توضیح باید گفت شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۴۶ در بند ۱۴ اجرایی و قطعنامه ۱۸۹۷ در بند ۱۲ اجرایی از همه دولت‌ها و بخصوص دولت‌های صاحب پرچم، ساحلی و صاحب بندر، دولت‌های متبوع قربانیان و مرتکبان دزدی دریایی و سرقت مسلحانه و دیگر دولت‌هایی که به نوعی براساس حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی واجد صلاحیت هستند می‌خواهد که در اعمال صلاحیت و تعقیب و محاکمه افراد مسئول ارتکاب اعمال مذکور در سواحل سومالی با یکدیگر همکاری کنند. به نظر می‌رسد قطعنامه اخیر در صدد رفع خلأهای موجود براساس کنوانسیون ۱۹۸۲ و ایجاد مبنایی برای همکاری‌های قضایی و غیرقضایی کشورها در مقابله با جرائم صورت گرفته در این

۳۷. برخی نویسندگان معتقدند ترتیبات مقرر در ماده ۱۰۵ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در حقیقت آشتی نظر حقوقدانان اثبات‌گرا که معتقد به قانونگذاری و محاکمه داخلی جرم دزدی دریایی بوده‌اند و حقوقدانان پیرو مکتب حقوق طبیعی که به اعمال صلاحیت جهانی در محاکمه و برخورد با دزدان دریایی اعتقاد دارند است. بنابراین، ترتیبات این ماده را بیش‌تر یک حقوق مطلوب (de lege ferende) یا توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل در این زمینه می‌دانند تا تدوین یک حقوق بین‌الملل عرفی. رجوع کنید به:

James Thuo Gathii, Jurisdiction to Prosecute Non-National Pirates Captured By Third States Under Kenyan and International Law, Albany Law School, 3/16/2009, PP.13-14. At: <http://ssrn.com>

38. See: Eugene Kontorovich, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *op. cit.*

39. See: «Yearbook of the International Law Commission», 1956, Vol. II, p. 283, draft article 43.

منطقه است.^{۴۰} اما از آنجا که راهزنی دریایی از آن گونه که مد نظر کنوانسیون حقوق دریاها است تنها در دریای آزاد و خارج از صلاحیت کشورها ارتکاب می‌یابد، حال آنکه عمده حملات صورت گرفته به کشتی‌ها در اطراف سوماترالی در آب‌های سرزمینی این کشور رخ می‌دهند، محدودیت‌های حقوقی موجود موانعی عملی را در مقابله با جرائم صورت گرفته ایجاد خواهد کرد؛^{۴۱} مضافاً این که این کشور به دلیل فقدان حاکمیت مؤثر بر قلمرو خود در نتیجه نبود یک حکومت مقتدر، قادر به تعقیب و محاکمه مجرمان نیز نیست. از این رو، دولت انتقالی سوماترالی طی نامه‌ای به تاریخ ۱ سپتامبر ۲۰۰۸ به دبیرکل سازمان ملل، تمایل خود را به همکاری با سایر کشورها و سازمان‌های منطقه‌ای و نیز شورای امنیت در مبارزه با دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در سواحل این کشور اعلام کرد. به نظر می‌رسد شورای امنیت با عنایت به خلأهای قانونی کنوانسیون ۱۹۸۲، به دلیل موقعیت جغرافیایی خاص ارتکاب جرائم مذکور، در پاراگراف ۵ قطعنامه (2008) 1851، اقدام به ارائه مبانی قانونی دیگر در مبارزه با جرائم صورت گرفته در این منطقه کرده است. توسل به کنوانسیون‌های دیگر، حداقل به دلیل فقدان محدودیت مذکور در ماده ۱۰۵ کنوانسیون ۱۹۸۲، انتقال اعمال صلاحیت قضایی را با عنایت به مقرر قطعنامه ۱۸۴۶، به‌ویژه میان دولت‌های عضو این کنوانسیون‌ها تسهیل خواهد کرد.

ب) کنوانسیون مقابله با اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی

در دهه ۱۹۸۰ اخبار متعددی در ارتباط با دزدی کشتی‌ها، آدم‌ربایی در دریا و انفجار عمدی کشتی‌ها، نگرانی‌هایی را در خصوص این اعمال غیرقانونی که سلامت و امنیت کشتی‌ها و مسافران و خدمه آن‌ها را تهدید می‌کرد به وجود آورد. در نوامبر ۱۹۸۵ این مشکل در چهاردهمین مجمع سازمان دریانوردی بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفت که منجر به پذیرش قطعنامه A.584(14)^{۴۲} در آن اجلاس شد. این قطعنامه متضمن اقداماتی راجع به ممانعت از اعمال غیرقانونی‌ای بود که سلامت کشتی‌ها و امنیت مسافران و خدمه آن‌ها را تهدید می‌کرد و نگرانی عمیق خود را از خطرهای ناشی از افزایش روزافزون حوادثی چون راهزنی دریایی، سرقت

۴۰. اما اگر در پاسخ چنین استدلال شود که تعقیب و محاکمه دزدان توسط دول ثالث، جز دول دستگیرکننده، صرفاً در راستای مجوز قطعنامه‌های شورای امنیت و تنها منحصر به وضعیت خاص سوماترالی است نمی‌توان آن را مردود دانست.

۴۱. بنابراین با گذر زمان، رژیم حقوقی حاکم، فقدان مؤثر بودن خود در سرکوب دزدی دریایی معاصر را اثبات کرده است. این نقص به طور خاص در بحث تعریف دزدی دریایی و رژیم حقوقی حاکم بر این مقوله، یعنی تعهدات دولت‌ها در قالب دیگر معاهدات، در کنار کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، ظهور یافته است. رجوع کنید به:

Zou Keyuan, «Seeking Effectiveness For The Crackdown of Piracy at Sea», Journal of International Affairs, Fall 2005, 59, 1. pp.117-134.

42. Resolution A.584 (14), Adopted on 20 November 1985, Measures to Prevent Unlawful Acts Which Threaten the Safety of Ships and the Security of their Passengers and Crews.

مسلحانه و دیگر اعمال غیرقانونی علیه کشتی‌ها و بر روی کشتی‌ها و نسبت به مسافران و خدمه آن‌ها اعلام می‌داشت.^{۴۳} در دسامبر ۱۹۸۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد از سازمان بین‌المللی دریانوردی خواست تا معضل تروریسم بر روی کشتی‌ها و علیه آن‌ها را از دید ارائه پیشنهادهایی در خصوص اتخاذ اقدامات مناسب مورد مطالعه قرار دهد.^{۴۴} در نوامبر ۱۹۸۶، دولت‌های اتریش، مصر و ایتالیا پیشنهاد دادند که سازمان دریانوردی بین‌المللی، کنوانسیون در خصوص موضوع اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی، شامل ممنوعیت کامل و جامع اعمال غیرقانونی ارتکاب یافته علیه ایمنی دریانوردی که زندگی انسان‌های بی‌گناه را به خطر می‌اندازد، سلامتی اموال و اشخاص را در معرض خطر قرار می‌دهد، اعمال خدمات‌رسانی دریایی را به شدت متأثر می‌سازد و بنابراین کل جامعه بین‌المللی را نگران می‌کند، تهیه کند.^{۴۵} طرح مزبور مورد حمایت قرار گرفت و در مارس ۱۹۸۸ کنفرانسی در رم تشکیل گردید و کنوانسیون مقابله با اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی مورد پذیرش شرکت‌کنندگان در کنفرانس قرار گرفت. هدف اصلی این کنوانسیون، اطمینان از اتخاذ اقدام مناسب علیه اشخاصی است که علیه کشتی‌ها متوسل به اعمال غیرقانونی می‌گردند. این اقدامات غیرقانونی عبارتند از: توقیف کشتی‌ها با اجبار، خشونت علیه اشخاص حاضر بر عرشه کشتی‌ها و توسل به ابزاری که منجر به خسارت یا تخریب کشتی می‌شوند.^{۴۶}

این کنوانسیون برای دولت‌های متعاهد خود تعهد به استرداد یا محاکمه متهمان به ارتکاب اعمال خشونت بار مذکور را پیش‌بینی کرده است.^{۴۷} از این رو از این کنوانسیون به‌عنوان یکی از منابع تکمیلی در مبارزه با دزدی دریایی یاد می‌گردد.^{۴۸}

اما قطعنامه‌های S/RES/1851 (2008) و S/RES/1987 (2009) در مقدمه خود با ابراز نگرانی از فقدان توانایی و محدودیت‌های قانونی داخلی^{۴۹} کشورها و روشن نبودن چگونگی

۴۳. در مقدمه کنوانسیون ۱۹۸۸ نسبت به قطعنامه مذکور تأکید می‌گردد.

44. Resolution No.40/61, Measures to Prevent International Terrorism which endanger or take innocent human lives or jeopardize fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes (A/40/1003), 9 December 1985, Para. 13.

45. See: http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=259&dcc_id=686

46. See Article 3 of the 1988 Convention.

47. See Article 10 of 1988 convention.

48. Zou Keyuan, *op.cit*, p.121.

۴۹. در اجلاس ۲۶ ژانویه ۲۰۰۹ جیبوتی، دولت‌های شرکت‌کننده تمایلشان را به بررسی مجدد قوانین داخلی خود، به منظور اطمینان از این‌که قوانین الزام‌آور در جرم‌انگاری دادرسی دریایی و سرقت مسلحانه علیه کشتی‌ها و چارچوب راهنمایی لازم در اعمال صلاحیت، تحقیق و تعقیب متهمان و مجرمان وجود دارد اعلام کردند.

انتقال راهزنان دریایی پس از دستگیری، آن‌ها را به‌عنوان موانعی در برخورد با دزدی دریایی در سواحل سومالی دانسته که حتی در مواردی منجر به آزادی راهزنان، بدون مجازات آن‌ها گردیده است. در نتیجه با تأکید بر کنوانسیون ۱۹۸۸، به جنبه‌های متفاوت این کنوانسیون در جرم‌انگاری اعمال مشمول آن، ایجاد صلاحیت و پذیرش تحویل این افراد توسط اعضا می‌پردازد. این قطعنامه در پاراگراف ۵، با تأکید بر افزایش و تقویت توانایی‌های منطقه‌ای با همکاری دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد در اتخاذ ترتیبات و موافقت‌نامه‌هایی راجع به کشتیرانی منطبق بر کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲، به اجرای کنوانسیون مقابله با اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی اشاره می‌کند. به عبارت دیگر، بند مذکور از قطعنامه ۱۸۵۱ به کنوانسیون ۱۹۸۸ به‌عنوان ابزاری اجرایی در مبارزه و مقابله با راهزنی در دریای آزاد و سرقت مسلحانه در دریا اشاره دارد، حال آن‌که کنوانسیون حقوق دریاها را همچون چارچوبی قانونی تلقی می‌کند که اقدامات اجرایی و قانونی کشورها باید منطبق بر آن اتخاذ گردد.^{۵۰} مسلم است که اگرچه حادثه تروریستی گروگان گرفتن کشتی ایتالیایی «آشیل لارو»^{۵۱} در اکتبر ۱۹۸۵، به‌عنوان یکی از اولین اقدامات تروریستی در تاریخ دریانوردی،^{۵۲} موجبی برای انعقاد کنوانسیون ۱۹۸۸ گردید، اما این رویداد تنها یکی از مواردی بود که منجر به تعبیه این ساز و کار به منظور تأمین امنیت دریانوردی شد. به نوبه خود حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ عاملی گردید تا دزدی دریایی با تروریسم دریایی مرتبط دانسته شده، هر دو در رسانه‌های جمعی و اظهارنظرهای دولتی در کنار یکدیگر به کار برده شوند.^{۵۳}

با این‌که برخی میان راهزنی در دریای آزاد و راهزنی در دریاهای غیرآزاد که تحت صلاحیت دولت‌ها هستند تفاوت قائل گردیده‌اند و هر کدام از این دو را مشمول صلاحیت و قانونی جداگانه می‌دانند و اعتقاد دارند اعمالی که تحت عنوان دزدی دریایی در کنوانسیون حقوق دریاها نام برده می‌شود چنانچه در داخل آب‌های سرزمینی کشوری ارتکاب یابد داخل در تعریف دزدی دریایی در دریای آزاد نیستند،^{۵۴} بلکه تحت عنوان سرقت دریایی^{۵۵} در حقوق بین‌الملل قرار

50. Para. 5: «... to increase regional capacity with assistance of UNODC to arrange effective shiprider agreements or arrangements consistent with UNCLOS and to implement the SUA Convention...».

51. Achille Lauro

52. IMO activities to enhance maritime security, at: http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D17989/IMOactivities.pdf

53. See: Adam Young and Mark Valencia, «Conflation of Piracy and Terrorism in Southeast Asia: Rectitude and Utility», «Contemporary Southeast Asia» 25 No.2 (August 2003).

54. Piracy

55. Sea Robbery

می‌گیرند،^{۵۶} اما این موضوع با عنایت به قطعنامه ۱۸۱۶ شورای امنیت که امکان انجام عملیات علیه مجرمان را حتی در داخل قلمرو تحت صلاحیت سومالی، و البته با رضایت آن کشور،^{۵۷} می‌دهد نمی‌تواند مانعی برای مقابله و تعقیب این افراد تلقی گردد؛^{۵۸} ضمن آن که وجود گروه‌هایی در سومالی که با القاعده در ارتباط هستند زمینه‌های لازم برای پیوند دزدی دریایی با تروریسم دریایی و در نتیجه به‌کارگیری قدر متیقن، یعنی کنوانسیون ممانعت از اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی، را فراهم می‌آورد.^{۵۹} که البته محدودیت‌های کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها را نیز واجد نیست. آنچه مسلم است، برخلاف دزدی دریایی که به‌نوعی مورد تعریف قرار گرفته و در برخی نواحی و مناطق مشخص دریایی رخ می‌دهد، تروریسم دریایی به‌خوبی توصیف نشده و می‌تواند در هر منطقه دریایی ارتکاب یابد و منافع یک کشور یا مردمش را به‌شدت متأثر سازد، ضمن آن که ماهیت حمله می‌تواند اشکال متفاوتی داشته باشد.^{۶۰} با وجود این، برخی معتقدند که اسناد و مدارک کمی وجود دارد که نگرانی پیش‌گفته برخی کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، مبنی بر تبانی و ارتباط میان دزدی دریایی و تروریسم را به اثبات برساند، ضمن آن که اهداف ارتکاب هر یک از این دو جرم نیز متفاوت است.^{۶۱} با این حال همان‌گونه که گفته شد، این کنوانسیون می‌تواند به‌عنوان ابزاری تکمیلی، در برخورد با ارتکاب جرائم مذکور که لزوماً در قالب مؤلفه‌های دزدی دریایی جای نمی‌گیرند، مورد استناد قرار گیرد. در عین حال، تلاش‌هایی از سوی برخی از کشورها به‌منظور قرار دادن دزدی دریایی در قالب تعریف جرائم

56. «Modern Day Piracy and International Law», SIMPSON GRIERSON, December 2008.

۷۵. بند ۷ قطعنامه ۱۸۱۶ حق تعقیب و مقابله با راهزنان دریایی و دزدی مسلحانه در دریای سرزمینی سومالی را علاوه بر آب‌های آزاد، با درخواست دولت انتقالی سومالی تنها برای کشورهای که با دولت انتقالی همکاری می‌کنند پیش‌بینی می‌کند. در این راستا دبیرکل سازمان ملل متحد در بند ۵۴ از گزارش خود به شماره S/2008/709 مورخ ۱۷ نوامبر ۲۰۰۸ دولت‌های همکاری با دولت انتقالی سومالی را دول کانادا، دانمارک، فرانسه، هند، روسیه، اسپانیا و آمریکا اعلام می‌کند.

۸۵. کمیته کارشناسان جامعه ملل برای توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل در گزارش خود در ژانویه ۱۹۲۶ با طرح سوالی چنین ادامه می‌دهد: «آیا ممکن است که یک کشتی جنگی، دزدان دریایی را در آب‌های سرزمینی یک دولت خارجی تعقیب و دستگیر کند، بدون آن که حقوق حاکمیتی آن دولت را نقض کند؟» سپس ادامه می‌دهد: «تحت شرایط معمولی، حاکمیت آن سرزمین به‌تنهایی در آب‌های سرزمینی خود حق حمایت از اتباع خود و منافع بین‌المللی را دارا است. با وجود این، در مورد اعمالی که به‌منظور حفظ و پاسداری از روابط بین‌المللی صورت می‌گیرد، فرض رضایت ضمنی دولت سرزمینی مبنی بر ادامه تعقیب، هرگاه تصور این که نتواند با موفقیت تعقیب را ادامه دهد، معقول خواهد بود». رجوع کنید به:

- Questionnaire No. 6: Piracy, «The American Journal of International Law», Vol. 20, No. 3, Supplement (Jul., 1926), P. 226.

59. Jeffrey Gettleman, 21ST Century Pirates, New York Times Upfront, Feb 16, 2009, 141, 10, Academic Research Library, p.12.

60. Brian L. White, Kenneth J. Wydajewski, *op.cit.*

61. «RAND Corporation, RAND Study Finds Increase in Piracy and Terrorism at Sea», China Weekly News, Atlanta: Jun 16, 2008, p.115. At: ProQuest.

تروریستی در جریان است^{۶۲} که این خود به نوعی بیانگر قرابت دو جرم مذکور از نظر ماهیت و غایت نهایی ارتکاب آن‌ها است. به علاوه، این موضع، نشان از وجود تحول در مفهوم سنتی جرم دزدی دریایی، از نظر تغییر در عناصر ارتکاب آن و نزدیکی این عناصر به مؤلفه‌های جرائم تروریستی، دارد.^{۶۳} اما در این میان برخی کشورها از جمله اندونزی، بر این باورند که نباید دزدی دریایی و حمله مسلحانه به کشتی‌ها را به تروریسم مرتبط کرد.^{۶۴} البته در این میان، این تفاهم وجود دارد که معضلات دزدی دریایی و تروریسم، از جمله در نتیجه مشکل عظیم‌تر این منطقه و کشور، یعنی بی‌قانونی در جنوب سومالی است.^{۶۵}

با آن که کنوانسیون ۱۹۸۸ نیز مقید به قلمروی فراتر از آب‌های سرزمینی دولت‌ها گردیده است، اما در بند ۲ ماده ۴ قائل به اعمال آن، هنگامی که مجرم یا متهم به ارتکاب جرائم مشمول این کنوانسیون در سرزمین یکی از دولت‌های عضو آن یافت گردد می‌شود. به نظر می‌رسد همکاری براساس این کنوانسیون می‌تواند تأمین‌کننده هدف در حصول به ایمنی دریایی باشد. کنوانسیون مذکور ۱۵۲ عضو دارد که اعضای آن بیش از ۹۰ درصد حمل و نقل تجاری جهان از طریق دریا را انجام می‌دهند.^{۶۶}

ج) کنوانسیون ملل متحد در مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی

در بند ۵ قطعنامه (2008) S/RES/1851 به همکاری منطقه‌ای در چارچوب کنوانسیون حقوق دریاها به منظور مبارزه با دزدی دریایی و سرقت مسلحانه و اعمال کنوانسیون ملل متحد در مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی^{۶۷} اشاره شده است. اگرچه کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها

۲۶. اظهارات نماینده عربستان در هشتاد و پنجمین اجلاس کمیته ایمنی دریایی، دسامبر ۲۰۰۸. گزارش نمایندگی ثابت سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران در سازمان دریانوردی بین‌المللی، آذرماه ۱۳۸۷، لندن. آرشیو اداره کل حقوقی بین‌المللی وزارت امور خارجه.

۳۶. در این مسیر، حتی برخی از نویسندگان درصدد اثبات این امر، یعنی معرفی دزدان دریایی به عنوان تروریست‌های دریایی برآمده‌اند. رجوع کنید به:

Milena Sterio, «Fighting Piracy in Somalia (and Elsewhere): Why More Is Needed», Cleveland State University, Research Paper, September 2009, at: <http://ssrn.com>.

64. General Assembly, Oceans and the Law of the Sea, Report of the Secretary General, A/64/66, 13 March 2009, para.134.

65. Statement of the Commissioner for Peace and Security of the African Union Commission in the 6046th Meeting of Security Council, on 16 December 2008. Available at: <http://www.un.org/nnNews/Press/docs/2008/sc9541.doc.htm>.

66. Convention for The Suppression of Unlawful Acts of Violence against The Safety of Maritime Navigation (Sua Convention), Adopted: 10 March 1988, Entered into Force: 1 March 1992, at: <http://www.imo.org>.

67. United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2003.

چارچوب قانونی معتبر و از نظر جهانی مقبولی را برای مقابله با دزدی دریایی فراهم می‌آورد، اما در طی سال‌ها و بخصوص با توجه به حوادث اخیر، اثبات گردیده که این کنوانسیون برای رویارویی با برخی جرائم ارتكابی در دریا و مقابله با روش‌های پیچیده مورد استفاده توسط مجرمان ناکافی است. کنوانسیون صورت مضیقی از جرم دزدی دریایی را ارائه می‌دهد که عمل در راستای «اهداف شخصی» را از جمله عناصر ارتكابی آن قلمداد می‌کند. مهم‌تر از آن پیچیدگی دزدی دریایی مدرن است که اغلب شامل دیگر اشکال شدید جرائم فراملی، همچون داد و ستد غیرقانونی، بخصوص در رابطه با مواد مخدر، سلاح و اشخاص، تجارت قاچاق، فساد، پولشویی و تأمین مالی تروریسم می‌شود.^{۶۸} از این رو، پیچیدگی‌های مذکور ضرورت فراهم آوردن پاسخ‌هایی به‌مراتب متناسب با آن‌ها را، هم در سطح داخلی و هم در سطح بین‌المللی طلب می‌کند که کنوانسیون مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی از آن جمله است. این کنوانسیون که ۱۴۸ عضو دارد، طی قطعنامه شماره ۵۵/۲۵ مجمع عمومی در ۱۵ نوامبر ۲۰۰۰ مورد پذیرش قرار گرفت و اصلی‌ترین سند بین‌المللی در مبارزه با جرائم سازمان یافته فراملی تلقی می‌گردد که در ۲۹ سپتامبر ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا گردیده است.^{۶۹} در واقع بیش‌تر موارد دزدی دریایی و جرائم همراه آن در قلمرو کنوانسیون مبارزه با فساد و سه پروتکل منضم به آن در خصوص قاچاق انسان، مهاجران و سلاح می‌گنجد. براساس این کنوانسیون، گروه مجرم سازمان یافته به معنای گروهی متشکل از ۳ نفر یا بیش‌تر است که برای مدتی وجود داشته و جرائم مشمول این کنوانسیون را به‌منظور تحصیل مستقیم یا غیرمستقیم منافع مادی انجام می‌دهند.^{۷۰} جرائم مشمول این کنوانسیون شامل ارتكاب جرائم شدید، مشمول چهار سال زندان یا مجازات بیش‌تر (ماده ۵)، پول‌شویی عواید ناشی از جرم، (ماده ۶) و فساد (ماده ۸) می‌گردد. به هر حال با عنایت به جرم‌انگاری این اعمال در قوانین داخلی کشورها، امکان مبارزه با مجرمان در قالب این کنوانسیون فراهم می‌گردد. اما برابر ماده ۳ برای این که این کنوانسیون بر جرائم مورد اشاره در آن قابل اعمال باشد باید جرم مورد نظر در ماهیت خود فراملی بوده، شامل یک گروه سازمان یافته فراملی نیز باشد. از این رو لازم است جرم مذکور حداقل در قلمرو بیش از یک دولت ارتكاب یابد یا اثر آن در قلمرو بیش از یک دولت، جز دولت محل ارتكاب ظاهر شود. اعمال این کنوانسیون از نظر قلمرو صلاحیتی نسبت به وقایعی که در سواحل سومالی و خلیج عدن ارتكاب

68. Countering Maritime Piracy in the Horn of Africa, A UNODC Programme to Increase Regional Capacities to Deter, Arrest, Prosecute and Detain pirates, 11 Desember 2008.

69. United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15 November 2000, at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en, Parties : 150, Iran (Islamic Republic of) has signed on 12 Dec 2000.

70. Article 2(a).

می‌یابد از این منظر قابل توجیه است که اولاً این جرائم در سرزمین سومالی برنامه‌ریزی شده و در کشتی متعلق به کشور صاحب پرچم رخ می‌دهد و یا این که حداقل در خارج از قلمرو سرزمینی یک کشور ارتکاب می‌یابد که از این منظر نیز می‌توان شرط فراسرزمینی بودن ارتکاب آن را لحاظ کرد. ثانیاً جرائمی همچون فساد یا پول‌شویی که لاجرم می‌تواند از دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در دریا نیز ناشی شود قلمروی فراتر از یک کشور را خواهد پیمود. از این رو می‌توان پذیرفت که کنوانسیون مذکور می‌تواند مبنای قانونی مناسبی برای همکاری کشورهای عضو در مقابله با دزدی دریایی و سرقت مسلحانه باشد. ثالثاً همان‌گونه که وزیر امور خارجه روسیه در جلسه منتهی به صدور قطعنامه S/RES/1851(2008) در شورای امنیت بیان داشت، امروزه در قرن بیست و یکم، دزدان دریایی به‌خوبی سازماندهی شده و مجهز گردیده‌اند و اعمالشان به‌نحو فزاینده‌ای گستاخانه و مطالباتشان ظالمانه گردیده است. در حال حاضر، نگرانی عمیقی در این رابطه وجود دارد که ارتکاب دزدی دریایی شامل دخالت جنایتکاران سازمان‌یافته بین‌المللی نیز شده است که در حد وسیع اقدام به گروگان گرفتن کشتی‌ها می‌کنند و محموله‌های آن‌ها را به فروش می‌رسانند. این وسعت عمل نیازمند منابع مؤثر و برنامه‌ریزی بسیار پیچیده است^{۷۱} که خود نشان از سازماندهی گروه‌های انجام‌دهنده این اعمال دارد. این نگرانی از جمله برجسته‌ترین نکات اظهار شده توسط نمایندگان کشورها در هشتاد و پنجمین اجلاس کمیته ایمنی دریایی است که در دسامبر ۲۰۰۸ در مقر سازمان دریانوردی بین‌المللی در لندن برگزار گردید بود. بر این اساس که دزدان دریایی اطلاعات کشتی‌ها را از چه کانال‌هایی دریافت می‌دارند و آیا این اقدام آن‌ها به‌صورت سازماندهی شده صورت می‌گیرد؟^{۷۲}

۳. تحلیل قطعنامه‌های شورای امنیت و عملکرد بین‌المللی در مقابله با دزدی دریایی در سواحل سومالی

در جریان مقابله با دزدی دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن، از میان سازمان‌های بین‌المللی، به‌طور خاص سازمان ملل متحد و سازمان دریانوردی بین‌المللی بیش‌ترین نقش را به دلیل ماهیت فعالیت‌ها و اشتغالات خود بر عهده داشته‌اند. سازمان اخیر برای اولین بار در ۲۰۰۵ توجه شورای امنیت را به موضوع دزدی دریایی در سواحل سومالی جلب کرد. متعاقباً رئیس شورای امنیت در مارس ۲۰۰۶ در این رابطه بیانیه‌ای صادر کرد. همچنین دبیرکل سازمان دریانوردی

71. See: "Organized crime Takes to the High Seas, ICC Piracy Report Finds", February 4, 2002, at: http://www.iccwbo.org/home/news_archives/2002/piracy_report.asp (11 October 2005).

72. گزارش نمایندگی دائم سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران در سازمان دریانوردی بین‌المللی آذرماه ۱۳۸۷، لندن. آرشیو اداره کل حقوقی بین‌المللی وزارت امور خارجه.

بین‌المللی در ۵ ژوئیه ۲۰۰۷ و ۱۸ سپتامبر ۲۰۰۷ در رابطه با مشکلات دزدی دریایی در سواحل سومالی، نامه‌هایی را خطاب به دبیرکل ملل متحد ارسال کرد. شورای امنیت با در نظر گرفتن اوضاع و احوال گزارش شده از سوی سازمان دریانوردی بین‌المللی و نیز کشورها، اقدام به صدور قطعنامه ۱۸۱۶ و ۱۸۳۸ در ژوئن و اکتبر ۲۰۰۸ کرد. شورای امنیت قطعنامه‌های مذکور را با رضایت سومالی و با عنایت به فقدان توانایی این دولت در جلوگیری از دزدی دریایی و مراقبت و تأمین امنیت آب‌های خود صادر کرد. این امر متعاقب گزارش‌های مکرر مبنی بر عملیات متعدد گروگان‌گیری کشتی‌های برنامه جهانی غذا و دیگر کشتی‌های تجاری که حملگی موجد تهدید برای تحویل سریع، امن و مؤثر کمک‌های غذایی و دیگر مساعدت‌های بشردوستانه به مردم سومالی و نیز منشأ خطر برای کشتی‌ها، خدمه، مسافران و بار آن‌ها است صورت گرفت.

در نوامبر ۲۰۰۷ مجمع عمومی سازمان دریانوردی بین‌المللی قطعنامه (A.1002(25) را مورد پذیرش قرار داد که از دولت‌ها می‌خواهد تلاش‌های خود را جهت ممانعت و سرکوب راهزنی دریایی و دزدی مسلحانه علیه کشتی‌ها، صرف‌نظر از این‌که این اعمال کجا رخ می‌دهند، در چارچوب حقوق بین‌الملل به کار گیرند. در این میان، همچنین به دلیل مشکلاتی که در امر ارسال کمک‌های بشردوستانه به مردم سومالی رخ داده بود، سازمان دریانوردی بین‌المللی و برنامه جهانی غذا در ۱۰ ژوئیه ۲۰۰۷ اعلامیه‌ای را صادر کردند که بر همکاری برای مقابله با دزدان دریایی تأکید داشت.^{۷۳}

به‌طور خاص، شورای امنیت، همان‌گونه که در مقدمه تمام قطعنامه‌های^{۷۴} مربوط به این قضیه مورد اشاره قرار می‌گیرد، ادامه دزدی دریایی و سرقت مسلحانه در آب‌های سومالی را به دلیل تهدید تحویل مؤثر کمک‌های انسان‌دوستانه به مردم سومالی، امنیت دریانوردی و مسافران و خدمه کشتی‌ها، موجد تهدید علیه صلح و امنیت در منطقه می‌داند و از این رو این قطعنامه‌ها حملگی براساس فصل ۷ منشور ملل متحد صادر می‌گردند.

اما مذاقه در قطعنامه‌های مذکور این حقیقت را نمایان می‌سازد که در مجموع، تعهدات ناشی از این قطعنامه‌ها فراتر از حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و عرفی ظاهر می‌شوند. از جمله دلایل این رویه استثنایی، فقدان توانایی دولت فدرال انتقالی سومالی در مقابله با این بحران است؛ ضمن این‌که اعلام رضایت این دولت، به‌طور مقطعی، عرصه را برای کشورها در مبارزه با این پدیده باز می‌گذارد. با این حال، این شورا مکرر یادآور می‌شود که مجوزهای صادر شده در این قطعنامه‌ها

73. "Piracy in waters off the coast of Somalia", at: http://www.imo.org/Safety/mainframe.asp?topic_id=1178.

74. See Security Council Resolutions: 1814(2008), 1816(2008), 1838(2008), 1844(2008), 1846(2008), 1851(2008), 1853(2008), 1897(2009).

صرفاً محدود به وضعیت خاص سومالی می‌گردند و هیچ تأثیری بر حقوق یا تعهدات یا مسئولیت‌های دولت‌های عضو براساس حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌گذارند.^{۷۵} به‌علاوه رضایت از پیش حاصل شده دولت انتقالی سومالی، مقید به زمان، صرفاً به‌منظور مقابله با دزدی دریایی و سرقت مسلحانه، و منطبق بر عملکرد مشابه در دریای آزاد و براساس حقوق بین‌الملل بوده، به عبور بی‌ضرر کشتی‌ها صدمه‌ای وارد نمی‌آورد.^{۷۶}

اما در این مبارزه، کشورها موظف می‌شوند که حقوق بین‌الملل بشر را نیز رعایت کنند. این امر در قطعنامه‌های مذکور مورد تأکید شورای امنیت است.^{۷۷} به عقیده برخی صاحب‌نظران، اگرچه وضوح امر در رعایت حقوق بشر توسط کشورها نیاز به تصریح مجدد را در قطعنامه‌های مذکور رفع می‌کند، اما تأکید شورای امنیت بر رعایت حقوق بین‌الملل بشر در خلال مبارزه با دزدان دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن، حاصل عملکرد سابق ایالات متحده آمریکا در جریان حمله نظامی به افغانستان و به‌طور کلی حوادث پس از رخداد حادثه ۱۱ سپتامبر و آغاز جنگ با تروریسم است. در آن‌جا ایالات متحده چنین استدلال می‌کرد که تروریست‌ها به‌عنوان مبارزان غیرقانونی، همانند راهزنان دریایی از حقوق بشر برخوردار نیستند. از این رو، شورای امنیت بر آن شد تا با تصریح به این امر در قطعنامه‌های متعدد خود، بر رعایت موازین حقوق بشری در خلال برخورد با این افراد تأکید کند.^{۷۸}

همچنین در این مسیر، کشورها موظف به رعایت حقوق بشردوستانه در خلال مبارزه با راهزنان دریایی در این منطقه هستند. این مهم در بند ۶ قطعنامه (S/RES/1851 (2008) شورای امنیت مورد اشاره قرار گرفته است.^{۷۹} طبیعتاً در ابتدای امر این موضوع به ذهن خطور خواهد کرد که حقوق بشردوستانه، حقوق حاکم در خلال دوران مخاصمه مسلحانه است، حال آن‌که چگونه می‌شود وضعیت مبارزه با دزدان دریایی را در شمول تعریف یک مخاصمه مسلحانه قرار داد.

در حقوق کلاسیک ملت‌ها، دزدان دریایی همزمان به‌عنوان جنایتکاران و دشمنان نظامی تلقی می‌گردیدند. آنان دارای وضعیتی شبیه به مبارزان غیرقانونی بودند که بسته به نظر دولت دستگیرکننده، با آنان به‌عنوان یک جنایتکار و یا جنگجوی نظامی برخورد می‌گردید. اما در

75. S/RES/1816(2008), Para. 9, S/RES/1838(2008), Para. 8, S/RES/1846(2008), Para. 11, S/RES/1851 (2008), Para. 10.

76. S/RES/1816(2008), Para. 7, S/RES/1846(2008), Para. 10.

77. S/RES/1851 (2008), Para. 6, S/RES/1816(2008), Para.11.

۸۷. مصاحبه با دکتر داوود هرمیداس باوند، دانشگاه علامه طباطبائی، اردیبهشت ماه ۱۳۸۸.

۹۷. همچنین در بند ۱۵ قطعنامه (S/RES/1863(2009) مورخ ۱۶ ژانویه ۲۰۰۹، شورای امنیت همه طرف‌های درگیر در مسأله سومالی را به رعایت حقوق بشر و حقوق بشردوستانه فرا می‌خواند.

حقوق بین‌الملل مدرن، دزدان دریایی براساس حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه دیگر به‌عنوان جنگجو و مبارزان غیرقانونی محسوب نمی‌گردند و حتی براساس ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، دریاهای آزاد به منظورهای صلح‌طلبانه مورد استفاده قرار خواهند گرفت. بجز در وضعیت‌های دفاع مشروع فوری، نیروهای دریایی نمی‌توانند با دزدان وارد درگیری مسلحانه شوند، بلکه باید به دستگیری آنان اقدام کنند. در هر حال آنچه مسلم است درگیری با دزدان دریایی در سواحل سومالی دارای وصف مخاصمه مسلحانه بین‌المللی نیست، اما این امر مانعی برای اعمال ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، در حداکثر حمایت از حقوق انسانی آنان نخواهد شد.^{۸۰}

از سوی دیگر می‌دانیم که وضعیت داخلی سومالی مشابهت فراوان به یک جنگ داخلی دارد. این واقعه از ۱۹۹۱ و پس از فروپاشی دولت مرکزی در این کشور آغاز گردید. از این رو شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۱۴ در ۱۵ می ۲۰۰۸ در بند ۱۶ و ۱۷ آن، طرف‌های درگیر در سومالی را به رعایت حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه فرا می‌خواند. به نظر می‌رسد اشاره به رعایت حقوق بشردوستانه در خلال مبارزه با دزدان دریایی به این دلیل باشد که این کشور، همزمان دستخوش جنگ داخلی است.^{۸۱} از سوی دیگر، به‌عنوان مثال، قطعنامه S/RES/1851(2008) در بند ۶ خود به دولت‌ها اجازه می‌دهد که با همکاری دولت فدرال انتقالی به همه ابزارهای ضروری به‌منظور ممانعت از رخداد دزدی دریایی حتی در سرزمین سومالی متوسل شوند. در این زمینه وزیر امور خارجه انگلستان در جلسه تصویب این قطعنامه، بند مذکور از قطعنامه مورد اشاره را ابزاری مهم در مبارزه با دزدی دریایی می‌داند و اعلام می‌کند که هرگونه توسل به زور باید با رعایت معیارهای ضرورت و تناسب (از جمله اصول و معیارهای حاکم بر درگیری‌های مسلحانه) اتخاذ گردد. قطعنامه ۱۸۵۱، بند ۳ قطعنامه S/RES/1838(2008) و نیز بند ۱۰(b) از قطعنامه S/RES/1846(2008) توسل کشورها به همه ابزارهای ضروری به‌منظور ممانعت از رخداد دزدی دریایی و مبارزه با آن را درخواست کرده و اجازه می‌دهد؛ ضمن آن که این امر در قطعنامه ۱۸۳۸ به‌همراه درخواست از کشورهایی است که دارای کشتی‌ها و هواپیماهای نظامی مناسب جهت انجام عملیات هستند. حتی شورای اروپا در راستای اعمال قطعنامه S/RES/1816(2008) مصوبه‌ای را با هدف هدایت و هماهنگی یک عملیات نظامی به‌منظور حمایت از قطعنامه پیش‌گفته که مجوز توسل به همه ابزارهای ضروری، با رضایت دولت سومالی

80. Eugene Kontorovich, «Piracy and International Law», Global Law Forum, Jerusalem Center for Public Affairs, at: <http://www.globallawforum.org/ViewPublication.aspx?ArticleId=96>.

۸۱. نماینده فرانسه در شورای امنیت به نمایندگی از اتحادیه اروپا در جریان تصویب قطعنامه ۱۸۴۴ مورخ ۲۰ نوامبر ۲۰۰۸ با جلب توجه اعضای شورا به ارتباط میان مبارزه با دزدی دریایی و وضعیت اسف‌بار مردم سومالی، وضعیت پیش آمده را حاصل جنگ، ضعف دولت، وضعیت بد اقتصادی و جنایت دانسته، ارتباط آن‌ها را با یکدیگر یادآور می‌شود.

و برطبق حقوق بین‌الملل را می‌دهد صادر کرده است.^{۸۲} بدین‌منظور سازمان پیمان آتلانتیک شمالی اقدام به گسیل کشتی‌ها و هواپیماهای نظامی خود به منطقه کرده است؛ همچنان‌که دیگر کشورها از جمله ایران و روسیه نیز دست به چنین اقدامی زده‌اند. به هر حال به نظر می‌رسد ماهیت مبارزه و نوع ابزارهای مجاز توسط شورای امنیت در جریان مبارزه با دزدان دریایی، توجیه‌کننده ضرورت رعایت حقوق بشردوستانه، در صورت وقوع درگیری نظامی باشد. البته بسیار واضح است که توسل به این مفهوم در حقیقت تأکید بر رعایت اصول انسانی مشمول این حقوق است، اما در عین حال می‌توان این عملکرد را تحولی بزرگ برای یک نظم حقوقی بین‌المللی نوین دانست.^{۸۳}

اما در این میان، موضوع بسیار مهم، نحوه تعقیب، رسیدگی قضایی و محاکمه افراد متهم به ارتکاب دزدی دریایی است. ادامه آنچه در ساز و کار توسل به کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای، در فوق مورد اشاره قرار گرفت، می‌تواند انجام این تعهد باشد که نقشی تعیین‌کننده و حساس را در این مبارزه، به‌عنوان یکی از ابزارهای مساعد و بازدارنده در ارتکاب چنین اعمالی ایفا می‌کند.^{۸۴} این موضوع از دغدغه‌های مهم کشورهای عضو شورای امنیت بوده و در تصویب قطعنامه‌های متعدد مورد اشاره قرار گرفته است. اما به‌عنوان یک عملکرد مستمر، عدم تمایل سیاسی کشورهای فعال در مبارزه با دزدان دریایی در این منطقه به‌نوعی موجب ترویج بی‌کیفری شده است. موضوع بی‌کیفر ماندن دزدان دستگیر شده، مورد توجه نماینده روسیه در شورای امنیت در جریان تصویب قطعنامه S/RES/1851(2008) نیز بوده است. در عین حال، وزیر امور خارجه وقت آمریکا نیز در همان جلسه، ضمن تأکید بر این‌که کنوانسیون حقوق دریاهای، قطعنامه‌های شورای امنیت، و دیگر اسناد حقوقی، تشکیل‌دهنده مبانی قانونی کافی برای دستگیری و محاکمه دزدان دریایی هستند، بر فقدان توانایی و تمایل سیاسی و ظرفیت‌های قضایی ضروری و اجرای قانون کشورها، از جمله در منطقه سومالی، اشاره می‌کند.^{۸۵} در این جلسه نماینده یونان فائق آمدن بر این معضل را در گرو تصویب قوانین داخلی ضروری در این زمینه می‌داند تا آن‌ها را قادر

82. Council Joint Action 2008/749/CFSP of 19 September 2008, on the European Union Military Coordination Action in Support of UN Security Council Resolution 1816 (2008) (EU NAVCO).

83. Eugene Kontorovich, «A Guantanamo on the Sea: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists», forthcoming, 98 California Law Review (Feb. 2010), p. 3.

۴۸. نماینده روسیه در جلسه تصویب قطعنامه ۱۸۴۶ مورخ ۲ دسامبر ۲۰۰۸ ابراز می‌دارد که «مبارزه با دزدی دریایی نیازمند تمرکز بیش‌تر و تعبیه صلاحیت قضایی مناسب برای محاکمه مجرمان است».

۵۸. با این حال، «رشد هنجارهای قانونی بین‌الملل که مراجع دولتی را محدود کرده و حمایت‌های بیش‌تری را برای افراد فراهم می‌آورد موجب برای ممانعت ملت‌ها از اجرای قدیمی‌ترین و شاید اساسی‌ترین کارکرد قانون در حقوق بین‌الملل، یعنی ممانعت از دزدی دریایی شده است». رجوع کنید به:

Eugene Kontorovich, «A Guantanamo on the Sea: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists», *op. cit.* p. 6.

به تعقیب و محاکمه افراد درگیر در ارتکاب دزدی دریایی کند. این پیشنهاد به نوعی در جریان تصویب قطعنامه S/RES/1844(2008) مورخ ۲۰ نوامبر ۲۰۰۸ توسط دبیرکل سازمان دریانوردی بین‌المللی هم مطرح گردید. همچنین نماینده دانمارک در قالب ارائه راه‌حل در خصوص تقویت ساختار قضایی در برخورد با این پدیده، معتقد است که جامعه جهانی در بلندمدت نیازمند بررسی امکان محاکمه مظنونان به ارتکاب دزدی دریایی نزد یک دادگاه بین‌المللی است؛ اما به هر حال در کوتاه‌مدت نیازمند راه‌حل‌های عملی ضروری در این زمینه است. در این رابطه به پیشنهاد این کشور، موافقتنامه‌های دوجانبه یا منطقه‌ای راجع به استرداد و محاکمه دزدان بازداشت شده می‌تواند راه کار مناسبی باشد.

پیرو این موضوع، اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۹ اقدام به تبادل یادداشت با دولت کنیا در رابطه با انتقال آن دسته از افراد مظنون به ارتکاب دزدی دریایی کرده که توسط نیروی دریایی این اتحادیه که به منطقه گسیل گردیده‌اند دستگیر می‌شوند. براساس این یادداشت که میان نمایندگان اتحادیه و دولت کنیا در قالب یک معاهده مورد تبادل قرار گرفته، دولت کنیا متعهد می‌گردد که مظنونان به ارتکاب دزدی دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن را که توسط نیروی دریایی اتحادیه دستگیر و بازداشت شده‌اند پذیرفته و با رعایت موازین حقوق بشری، محاکمه کند.^{۸۶} ماده ۱ مصوبه شورای اروپا که در راستای اعمال قطعنامه‌های شورای امنیت در ۱۰ نوامبر ۲۰۰۸ به تصویب رسیده است^{۸۷} عملیات نظامی اتحادیه در این منطقه را در راستای حمایت و اعمال قطعنامه‌های (2008)1814، (2008)1816 و (2008)1838 و منطبق بر ماده ۱۰۱ و مقرره‌های بعدی آن در کنوانسیون حقوق دریاهای، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ می‌داند.

در این موافقتنامه، آنچه جالب به نظر می‌رسد کاربرد عبارت «انتقال افراد مظنون»^{۸۸} از سوی اتحادیه به دولت کنیا و اجتناب از به‌کارگیری عباراتی چون «استرداد»^{۸۹} و «تحويل»^{۹۰} است که واژگان مصطلح حقوقی در این زمینه هستند. در یک تحلیل سطحی، به نظر می‌رسد کاربرد عبارت «انتقال افراد مظنون» به جای استرداد یا تحويل، به‌منظور اجتناب از مواجهه با معضل قانونی مورد اشاره در توضیحات مذکور در کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاهای

۸۸. متعاقب انعقاد موافقتنامه مذکور، شورای امنیت در ۳۰ نوامبر ۲۰۰۹ طی قطعنامه ۱۸۹۷ و در بند ۶ اجرایی خود، از همه کشورها و سازمان‌های منطقه‌ای درگیر در مبارزه با دزدی دریایی می‌خواهد که اقدام به انعقاد قراردادهای و ترتیبات خاص با کشورهایی کنند که مایل به بازداشت و نگهداری راهزنان دریایی به‌منظور اجرای قانون هستند.

87. Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008, on a European Union Military Operation to Contribute to the Deterrence, Prevention and Repression of Acts of Piracy and Armed Robbery off the Somali Coast.

88. transfer of persons suspected of having committed acts of piracy

89. extradition

90. surrender

(۱۹۸۲)، یعنی عدم امکان محاکمه دزدان با استرداد آن‌ها به دولت ثالث باشد. با این حال، چنانچه این عبارت با چنین توجیهی استعمال شده باشد، باز هم نمی‌تواند برطرف‌کننده اشکال حقوقی مورد اشاره گردد. اما شاید بتوان ادعا کرد این نحو کاربرد از این منظر قابل توجیه باشد که انتقال این افراد، خارج از هماهنگی و اراده سیستم قضایی دول شرکت‌کننده در عملیات دستگیری و در قالب توجیه گفته شده در خصوص اعمال صلاحیت جهانی اجرایی، و نه صلاحیت جهانی قضایی، مد نظر در ماده ۱۰۵ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای صورت گرفته است. از این رو استرداد یا تحویل که لزوماً از طریق مجاری قضایی کشورها صورت می‌پذیرد، در وضعیت عملی موجود، که به نظر مطلوب کشورهای مداخله‌کننده در عملیات و طرف قراردادهای این‌چنینی با کشورهای ثالث است، کارایی و مجال اعمال نخواهد یافت. ماده ۱۲ مصوبه ۱۰ نوامبر ۲۰۰۸ شورای اروپا، تحت عنوان «انتقال افراد دستگیر و محبوس به منظور تعقیب قضایی»، بیان می‌دارد: «بر مبنای پذیرش (و رضایت) سوماتی به اعمال صلاحیت قضایی توسط دولت‌های عضو (عملیات) و دولت‌های ثالث، از یک سو، و ماده ۱۰۵ کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاهای، از سوی دیگر، اشخاصی که در آب‌های سرزمینی سوماتی مرتکب دزدی دریایی و سرقت مسلحانه گردیده و دستگیر شده‌اند به همراه اموالی که توسط آن‌ها به چنین اعمالی دست زده‌اند، به منظور تعقیب به مراجع صالح اعضای صاحب پرچم یا دول ثالث شرکت‌کننده در عملیات که آنان را دستگیر کرده‌اند منتقل می‌شوند و چنانچه این دولت نتواند یا مایل به اعمال صلاحیت خود نباشد، اشخاص و اموال مذکور به یک دولت عضو صاحب پرچم یا دولت ثالث دیگر که مایل به اعمال صلاحیت خود بر این افراد و اموال آن‌ها است منتقل خواهند شد».^{۹۱}

به نظر قسمت اول مقرر فوق در راستای اعمال کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای تنظیم شده است، اما ترتیب قسمت دوم آن به‌واقع در جهت رفع موانع ظاهری اعمال صلاحیت بر مرتکبان اعمال مذکور، به‌منظور جلوگیری از بی‌کیفری و البته در اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت و تحت مجوز آن‌ها است. با این حال می‌توان مدعی گردید که گرچه بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاهای موانعی برای محاکمه دزدان دستگیر شده نزد دولت‌های ثالث وجود دارد، اما امکان انتقال و محاکمه آن‌ها براساس دیگر مبانی قانونی از جمله کنوانسیون ۱۹۸۸ راجع به مقابله با اعمال غیرقانونی علیه امنیت دریانوردی و کنوانسیون مبارزه با فساد ۲۰۰۳ نیز وجود خواهد داشت و البته ثابت گردید که دزدی دریایی، بخصوص با شرایط فعلی کشور سوماتی، دارای

91. Council Joint Action 2008/851/CFSP of 10 November 2008, on a European Union Military Operation to Contribute to the Deterrence, Prevention and Repression of Acts of Piracy and Armed Robbery off the Somali Coast, Article 12.

ارتباطی تنگاتنگ با ارتکاب اعمال تروریستی و دیگر جرائم سازمان‌یافته فراملی است. بنابراین، توسل به این کنوانسیون‌ها در توجیه این عملکرد بلاوجه نخواهد بود.

در عین حال، سازمان ملل متحد تلاش خود را در جهت تقویت ظرفیت‌های قانونی و قضایی دولت‌های عضو به‌منظور تضمین محاکمه افراد مظنون به دزدی دریایی از طریق هماهنگ‌سازی قوانین ملی با رژیم حقوقی بین‌المللی حاکم به کار بسته است. همچنین این سازمان از طریق دفتر امور حقوقی خود و دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر در حال تشویق دولت‌های بیش‌تر به‌منظور وارد کردن آنان به امر تعقیب و محاکمه دزدان دریایی است که هم اکنون بار سنگین آن بر دوش دولت کنیا قرار گرفته است.^{۹۲}

نتیجه‌گیری

شواهد تاریخی و باور افکار عمومی، حقوق‌دانان و سیاستمداران، مبین آن است که همگی دزدان دریایی را دشمنان بشریت^{۹۳} می‌دانند. این برداشت در سابق صرفاً به دلیل به خطر انداختن تجارت بین‌المللی از طریق ناامن کردن راه‌های مواصلاتی دریایی در نقل و انتقال بخشی از مایحتاج مردم در دیگر کشورها و به میزان نسبتاً قابل توجهی منافع اقتصادی کشورها بود. از این رو برخی بر این اعتقاد بوده‌اند که اقدام کشورها به دستگیری و مقابله با دزدان دریایی، صرف‌نظر از وجود رابطه میان فعل ارتكابی و آن کشور، نه به نمایندگی از جامعه بین‌المللی و به‌منظور حمایت از یک ارزش در داخل این جامعه، آن‌گونه که در اعمال صلاحیت جهانی در خصوص جنایات بین‌المللی دیگر تأکید می‌گردد بلکه به‌منظور حمایت و حراست از یک نفع مشترک جهانی است.^{۹۴} اما امروزه این معضل علاوه بر تهدید منافع تجاری - دریایی کشورها که در پرتو پویایی اقتصاد و تجارت بین‌المللی، اهمیت به سزایی یافته است، در قضیه مبتلا به در سواحل سومالی و خلیج عدن، رنگ و بوی بشردوستانه نیز به خود گرفته است؛ بدین معنا که رویدادهای اخیر، علاوه بر تهدید حیات کارکنان کشتی‌های مورد تعرض، انتقال کمک‌های بشردوستانه به مردم سومالی توسط دیگر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی و به‌طور خاص برنامه جهانی غذا را به دلیل تعرضات مستمر دزدان به این کشتی‌ها دچار اختلال کرده است. از این رو در این‌که دزدی دریایی حداقل در سواحل سومالی، یک معضل بین‌المللی است و صلح و امنیت منطقه را به خطر انداخته شکی وجود ندارد.

92. Tackling Scourge of Piracy Requires Broader Approach, UN official says, UN News Service, at: <http://www.un.org/apps/news/printnews.asp?id=32017>.

93. *hostis humani generis*

94. Antonio Cassese, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2005, p.15.

اما در این میان، عوامل متعددی تعلق اعمال صلاحیت خاص نسبت به دزدان دریایی را در قالب یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل که به هر کشور اجازه تعقیب دزدان دریایی را اعطا می‌کند، مورد حمایت قرار می‌دهند. کشتیرانی بین‌المللی مسیرهای معین دارد و در این گذرگاه‌ها، کشتی‌ها مورد حمله دزدان دریایی قرار می‌گیرند؛ دزدانی که بدون رواداشتن هرگونه تبعیضی از نظر ملیت کشتی‌ها آن‌ها را مورد هدف قرار داده، تجارت همه کشورها را به خطر می‌اندازند. از طرفی، کشتی‌های باری معمولاً متعلق به یک کشور هستند و با پرچم کشور دیگر حرکت کرده، بار متعلق به چندین کشور را حمل می‌کنند و خدمه آن‌ها ملیت‌های متعدد دارند. به واقع، دزدان منافع همه این دولت‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهند. از جهت دیگر، در خصوص دزدان دریایی مطلب کم اهمیت‌تر در مقایسه با دلایل فوق، این است که آنان از سوی کشور متبوع خود مورد حمایت و پشتیبانی قرار نمی‌گیرند. این فقدان حمایت این احتمال را متصور می‌سازد که تعقیب آن‌ها توسط دیگر کشورها اعتراض کشور متبوعشان را برنخواهد انگیزد.^{۹۵} با این حال این اعمال صلاحیت در قالب صلاحیت قضایی جهانی به مفهوم مدرن آن نیست؛ زیرا بر مبنای کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، که حداقل توسط قطعنامه‌های پیش‌گفته شورای امنیت به‌عنوان مبنای قانونی عرفی در این مبارزه شناخته شده، امکان تعقیب و محاکمه دزدان دستگیر شده از دول ثالث سلب شده است. به عبارت دیگر، اعمال قاعده «یا محاکمه کن یا مسترد بدار»، که ملازم اعمال صلاحیت قضایی جهانی است، در رابطه با اعمال صلاحیت جهانی در مورد دزدان دریایی مجال اعمال نمی‌یابد. شاید این ادعا که اعمال صلاحیت جهانی نسبت به دزدان دریایی بیش‌تر نظر به صلاحیت جهانی اجرایی دارد تا اعمال اقتدار قضایی کشورها در مفهوم جهانی آن، به واقعیت نزدیک‌تر باشد.

در عین حال در این مبارزه، علی‌رغم دیدگاهی که تلاش دارد مقابله با راهزنان دریایی را در مفهوم یک مخاصمه مسلحانه تعریف کند و از این مسیر دزدان دریایی را در قالب جنبش‌های مقاومت سازمان‌یافته نظامی یا دیگر گروه‌های داوطلب به‌شمار آورد و در نتیجه اشاره بند ۶ از قطعنامه ۱۸۵۱ شورای امنیت در رعایت حقوق بشردوستانه توسط کشورها در مبارزه با دزدی دریایی در سواحل سومالی و خلیج عدن را در چارچوب رعایت کنوانسیون‌های ژنو توجیه کند،^{۹۶} به نظر آنچه عملکرد شورای امنیت در قطعنامه مذکور را توجیه می‌کند نحوه برخورد قهرآمیز با این دزدان است که مجوز آن از سوی شورای امنیت در قطعنامه‌های متعدد صادر شده است. از

95. Eugene Kontorovich, "A Guantanamo on the Sea: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists", *op. cit.*, pp. 14-15.

96. See: Eugene Kontorovich, "A Guantanamo on the Sea: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists", *op. cit.*, pp. 20-27.

سوی دیگر، حمله به دزدان دریایی، درحالی که در میان افراد غیرنظامی در تردد و فعالیت هستند، ضرورت اعمال اصل تفکیک و دیگر اصول حقوق بشردوستانه در کشتن هدفمند^{۹۷} را که البته چندی است در جریان ادعای مبارزه با تروریسم هم مورد توسل برخی کشورها قرار گرفته است ضروری می‌سازد؛ ضمن آن که با توسل به مفاهیم کنوانسیون‌های ژنو که درصدد توسعه چتر حمایتی خود بر افراد بشری هستند، چنانچه این تردید در خصوص وضعیت مبارزه با دزدان دریایی ایجاد گردد که آیا به واقع وضعیت جاری در معنای یک مخاصمه مسلحانه است یا خیر، شایسته است کنوانسیون‌های ژنو به‌عنوان منبعی برای حمایت بشردوستانه از این افراد مد نظر قرار گیرند^{۹۸} تا در این راه این افراد از حداکثر حمایت برخوردار گردند.

به‌طور کلی در مسیر مقابله با دزدی دریایی در این منطقه، چالش‌ها و پیامدهای بین‌المللی بزرگی وجود دارد که موفقیت در این امر را با ابهاماتی مواجه کرده است. وسعت بسیار زیاد منطقه خطر و تهدید به میزان ۱/۲ میلیون مایل مربع از جمله عوامل بازدارنده در تحرک سریع برای دفع دزدان و تحت پوشش قراردادن منطقه است. از سوی دیگر، قوانین بازدارنده کشورهای صاحب پرچم، به‌درستی از استقرار نیروهای امنیتی و سلاح بر روی کشتی‌های تجاری ممانعت می‌کند که این خود مانعی برای حفاظت از کشتی‌ها در مقابل حمله دزدان خواهد بود. اقدامات دزدان نیز به‌نوعی موجب افزایش هزینه‌های بیمه‌ای کشتی‌ها گردیده است. همچنین آلودگی‌های زیست محیطی، از جمله مهم‌ترین آثار حملات مذکور به کشتی‌ها، بخصوص کشتی‌های حامل مواد نفتی و شیمیایی است. با این حال، تنها راهکارهای مقابله با این پدیده فراگیر اولاً به همکاری کشورهای ذینفع در منطقه برای تقویت اقدامات پیشگیرانه به‌منظور جلوگیری از حمله و به گروگان گرفته شدن کشتی‌ها توسط دزدان و ثانیاً تقویت دولت مرکزی سومالی به‌منظور فائق آمدن بر مشکلات داخلی، از طریق بازسازی مجدد این کشور و نهادهای آن، در قالب راهکاری درازمدت برای ریشه‌کن کردن دزدی دریایی در این نقطه از جهان می‌باشد.

اما در این میان دستاوردی گرانسنگ، با هزینه‌ای نه چندان کم، برای جامعه بین‌المللی حاصل گردیده و آن، تحقق هدف و غایت حقوق حاکم بر روابط بین‌المللی، یعنی همکاری بین‌المللی کشورها است که خود می‌تواند عاملی مفید در جهت همگرایی بیش‌تر اعضای جامعه بین‌المللی باشد.

97. targeted killing

۸۹. به‌عنوان نمونه ماده ۵ از کنوانسیون سوم ژنو بیان می‌دارد: «چنانچه در خصوص وضعیت یک فرد دستگیر شده این شک ایجاد گردد که به کدامیک از طبقات مذکور در ماده ۴ تعلق دارد، شخص مزبور تا تعیین وضعیتش توسط دادگاه صالح، از حمایت این قرارداد برخوردار خواهد بود».

اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل^۱

دکتر عبدالحسین شیروی^۲ و دکتر سید نصرالله ابراهیمی^۳
ترجمه مجتبی اصغریان^۴

چکیده

استفاده از قراردادهای بیع متقابل برای توسعه میادین نفت و گاز، ساز و کاری تثبیت شده در ایران است. قوانین و مقررات جاری، شرکت ملی نفت ایران را مجاز می‌دارند تا قراردادهای بیع متقابل را هم برای اکتشاف و هم برای توسعه میادین به کار برد. قرارداد بیع متقابل را می‌توان به‌عنوان یک قرارداد «خرید خدمات خطرپذیر» تعریف کرد که در آن، بازپرداخت هزینه‌های پیمانکار از طریق تخصیص بخشی از نفت و گازی که در نتیجه خدمات ارائه شده از طرف وی تولید شده، صورت می‌گیرد. قرارداد بیع متقابل بر قلمرو کاری مشخص، سقف هزینه‌های سرمایه‌ای، حق الزحمه ثابت و دوره معین برای بازافت سرمایه استوار است. زمانی که بیع متقابل، هم برای اکتشاف و هم برای توسعه به کار می‌رود، مشخصات میدان مد نظر برای توسعه در هنگام انعقاد قرارداد نامعین است. بنابراین، توافق در مورد قلمرو کاری، مدت عملیات توسعه، سقف هزینه‌های سرمایه‌ای، حق الزحمه ثابت، و دوره بازافت سرمایه باید به زمانی موکول شود که یک میدان تجاری کشف شده است. این مقاله نخست به‌نحو اجمال، به استفاده از قرارداد بیع متقابل برای توسعه میادین نفت و گاز ایران می‌پردازد. سپس مهم‌ترین ویژگی‌های این ساز و کار را مورد بررسی قرار می‌دهد. آنگاه استفاده از بیع متقابل برای اکتشاف، توسعه و چالش‌های مربوط مورد

۱. این مقاله در شماره ۳۰ نشریه Natural Resources Forum در سال ۲۰۰۶ به چاپ رسیده است.

۲. عضو هیأت علمی و دانشیار دانشگاه تهران

۳. عضو هیأت علمی دانشگاه تهران و مذاکره‌کننده ارشد قراردادهای بین‌المللی شرکت ملی نفت ایران

۴. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

بحث قرار می‌گیرند. در پایان، این مقاله برای پرداختن به چالش‌های موجود مروری بر مدل جدید بیع متقابل دارد که از طرف شرکت ملی نفت ایران ارائه شده است.^۵

واژگان کلیدی: بیع متقابل، اکتشاف، توسعه، قراردادهای نفتی، شرکت ملی نفت ایران، شرکت‌های نفتی خارجی

۱. مقدمه

بیش از یک دهه، قرارداد بیع متقابل عمده‌ترین سازوکار برای توسعه میادین نفت و گاز در ایران بوده و در این مدت، قراردادهای بیع متقابل بسیاری بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های نفتی خارجی منعقد گردیده است. این قراردادها عمدتاً برای توسعه میادین نفت و گازی که پیش‌تر کشف گردیده بودند، منعقد شدند. از آنجا که بیع متقابل در جذب سرمایه‌گذاری خارجی در بخش نفت نسبتاً موفق بوده، قانونگذار ایران، شرکت ملی نفت ایران را مجاز داشته تا سازوکار بیع متقابل را هم برای اکتشاف و هم برای توسعه میادین نفتی در نواحی خاصی از کشور به کار ببرد. در پی این تحولات تقنینی، شرکت ملی نفت ایران مناقصه‌ای را برای اکتشاف و توسعه ۱۶ بلوک اعلام داشت، و مدل قرارداد بیع متقابل برای توسعه به‌منظور پاسخگویی به نیازهای اکتشاف و توسعه مورد جرح و تعدیل قرار گرفت. این مقاله نخست به‌نحو اجمال، به استفاده از قرارداد بیع متقابل برای توسعه میادین نفت و گاز ایران، می‌پردازد. سپس مهم‌ترین ویژگی‌های این سازوکار را مورد بررسی قرار می‌دهد و استفاده از بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه و چالش‌های مربوط مورد بحث قرار می‌گیرند. آنگاه به‌منظور بررسی چالش‌های موجود مروری دارد بر طرح جدید بیع متقابل که از طرف شرکت ملی نفت ایران ارائه شده است. در پایان، انتظارات و دغدغه‌های شرکت‌های نفتی خارجی مورد بررسی قرار می‌گیرند تا روشن شود که این موارد تا چه اندازه در مدل جدید بیع متقابل مورد توجه قرار گرفته‌اند.

۲. به‌کارگیری بیع متقابل در صنعت نفت ایران

طرح بیع متقابل در صنعت نفت ایران برمی‌گردد به قانون نفت که در سال ۱۳۵۳، یعنی چند سال قبل از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، تصویب گردید. این قانون محدودیت‌های قابل توجهی را برای مشارکت شرکت‌های نفتی خارجی در عملیات بالادستی نفت و گاز قائل شد. ماده ۳ قانون نفت مقرر می‌دارد که منابع نفتی و صنعت نفت ایران ملی است و اعمال حق مالکیت ملت ایران نسبت به منابع نفتی ایران در زمینه اکتشاف، توسعه، تولید و پخش نفت در سرتاسر کشور و

۵. دیدگاه‌های ارائه شده تنها متعلق به مؤلفین است و لزوماً بازگوکننده نظر شرکت ملی نفت ایران یا شرکت مهندسی و توسعه نفت یا هر ارگان دیگر دولت ایران نیست.

فلات قاره منحصرأً به عهده شرکت ملی نفت ایران است که رأساً یا به‌وسیله نمایندگی‌ها و پیمانکاران خود در آن باره اقدام خواهد کرد. براساس این مقررات قانونی، فعالیت شرکت‌های نفتی خارجی در امر اکتشاف، توسعه و تولید، محدود به مواردی گردید که شرکت‌های خارجی به نمایندگی از شرکت ملی نفت ایران به‌عنوان پیمانکار عمل می‌کردند. انعقاد هرگونه قرارداد، از قبیل امتیازی،^۶ مشارکت در تولید^۷ یا مشارکت در سرمایه‌گذاری،^۸ که در آن شرکت‌های نفتی خارجی به‌عنوان پیمانکار زیر نظر شرکت ملی نفت ایران نبوند، ممنوع اعلام شد. به جای آن، در فرمان قانونگذار، نوعی قرارداد خرید خدمات خطرپذیر^۹ ایجاد شد و تعدادی قرارداد از این نوع نیز منعقد گردید.^{۱۰}

این قراردادهای خدمات، از نوع قرارداد کلید در دست^{۱۱} با یک شرح کاری معین و قیمت ثابت همانند قراردادهای مهندسی، تهیه و ساخت (ای.پی.سی)^{۱۲} نبودند، بلکه از حیث حجم کاری و سرمایه‌گذاری مالی و حق‌الزحمه انعطاف پذیر بودند. هزینه‌های اکتشاف و توسعه، و ریسک‌های مرتبط برعهده شرکت‌های نفتی خارجی بود که به‌عنوان پیمانکار شرکت ملی نفت ایران فعالیت می‌کردند. در مقابل، اگر یک میدان تجاری کشف می‌شد و متعاقباً توسعه پیدا می‌کرد، بخشی از نفت تولید شده از میدان به قیمت رایج بازار به‌منظور بازپرداخت هزینه‌ها (سرمایه و سود) به آن شرکت نفتی خارجی فروخته می‌شد. به علاوه، شرکت نفتی خارجی مربوط، محق بود تا درصدی از نفت تولید شده در میدان (به اندازه ۵) را همراه با تخفیف (۵ درصد کم‌تر از قیمت بازار) به‌عنوان پاداش برای پذیرفتن ریسک خریداری کند.^{۱۳} اگر هیچ میدان تجاری کشف نمی‌گردید، قرارداد خاتمه می‌یافت، و هزینه‌ها به‌تنهایی بر شرکت نفتی خارجی تحمیل می‌گردید.

6. concession

7. production-sharing

8. joint-venture

9. risk-service

۱۰. در بسیاری از کشورهای تولیدکننده نفت، قراردادهای قدیمی امتیازی جای خود را به قراردادهای مشارکت در تولید داده‌اند. برای مثال در نیجریه، قراردادهای مشارکت در تولید بر قراردادهای خدماتی ترجیح داده شده‌اند.

Atsegbua, 2000. Mahumud and Russell, 2002.

11. turnkey contracts

۱۲. در قراردادهای خدماتی معمول در صنعت نفت، شرکت‌های ملی نفت از خدمات شرکت‌های نفتی خارجی به‌عنوان یک پیمانکار، بدون آن‌که صاحب امتیاز یا شریک باشد، بهره می‌گیرند و حق‌الزحمه شرکت‌های نفتی خارجی معمولاً نقد، نه در قالب نفت خام، پرداخت می‌گردد. (Blinn et al., 1986)

۱۳. ر.ک: قرارداد خدماتی منعقد بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت با مسئولیت محدود اولترامار (reprinted in OPEC, 1976:57-76).

پس از تشکیل حکومت جمهوری اسلامی ایران در ۱۳۵۷، محدودیت‌های قابل توجهی توسط قانون اساسی در مورد مشارکت بخش خصوصی به‌طور عام، و سرمایه‌گذاران خارجی به‌طور خاص، در فعالیت‌های اقتصادی مقرر گردید. بسیاری از بخش‌های اقتصاد، ملی شدند.^{۱۴} به‌علاوه خارجی‌ان از حق تشکیل شرکت در ایران محروم (ماده ۸۱ قانون اساسی)، اعطای هرگونه امتیاز به بیگانگان ممنوع (ماده ۸۱)، استخدام کارشناسان خارجی محدود (ماده ۸۲) و سلطه بیگانگان بر منابع طبیعی ممنوع گردید (ماده ۱۵۳).

در ۱۳۶۶ هنگامی که کشور شدیداً درگیر جنگی طولانی با عراق بود (۱۳۵۹ تا ۱۳۶۷) و درخصوص مشارکت سرمایه‌گذاران خارجی در فعالیت‌های اقتصادی، فضای حاکی از بدبینی بر کشور حکومت داشت، قانون جدید نفت توسط مجلس به تصویب رسید.^{۱۵} قانون جدید ممنوعیت مطلقاً را درخصوص هرگونه سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت نفت و گاز پیش‌بینی کرد. این قانون مقرر می‌دارد که تمامی فعالیت‌های نفتی باید تحت کنترل و نظارت وزارت نفت انجام گیرد. ماده ۲ این قانون مقرر می‌دارد که منابع نفتی بخشی از اموال عمومی است که به ملت ایران تعلق دارد و تحت اختیار و نظارت دولت است. طبق ماده ۶ این قانون، تمامی هزینه‌هایی که باید در پروژه‌های نفت و گاز سرمایه‌گذاری گردد، باید توسط وزارت نفت پیشنهاد می‌شود تا در بودجه سالانه درج گردد. با وجود این، ماده ۵ قانون مزبور، به وزارت نفت و شرکت‌های وابسته (برای مثال شرکت ملی نفت ایران) اجازه می‌دهد تا برای اجرای پروژه‌های نفت و گاز، به انعقاد قرارداد با افراد و شرکت‌های بومی یا خارجی مبادرت ورزند. در دهه نخست انقلاب، خط‌مشی دولت ایران، استفاده از خدمات شرکت‌های نفتی خارجی تحت قراردادهای کلید در دست یا ای.پی.سی.^{۱۶} بود. به‌موجب این قراردادها، شرح کاری دقیقاً معین و قیمت‌های مواد خدماتی که پیمانکار باید فراهم می‌کرد، ثابت بود. اگرچه این قراردادها با مقررات قانون اساسی منطبق بودند، در عمل مشکلات خاصی ایجاد گردید. نخست آن که باید از محل درآمدهای عمومی، بودجه‌ای برای درآمدهای نفتی در نظر گرفته می‌شد، اگرچه ارز معتبر^{۱۷} کافی برای پاسخگویی به نیازهای روزافزون صنعت موجود نبود. دوم این که تعیین شرح کاری پروژه‌های نفتی بالادستی به‌نحوی دقیق و از پیش، دشوار بود. از این‌رو به هنگام وقوع وضعیت‌های پیش‌بینی نشده در طی حیات قرارداد، صدور دستورات متعدد مبنی بر تطبیق قرارداد با شرایط

۴۱. اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

15. For an unofficial translation of the Act see: www.alaviandassociates.com/documents/petroleum.pdf.

16. engineering, procurement and construction

17. hard currency

جدید، لازم می‌نمود. دستورات مزبور، تأثیرات سوئی بر بودجه اولیه پروژه و طول قرارداد می‌گذاشت.

در سال ۱۳۶۵، به‌عنوان اولین حرکت در راستای حل مشکل کمبود ارز معتبر، مجلس شرکت ملی نفت ایران را مجاز کرد تا برای تأمین مالی پنج پروژه نفت و گاز، وام‌های کوتاه مدت و میان مدت (یوزانس) تحصیل کند. صد هزار بشکه در روز، برای مدت سه سال، برای بازپرداخت وام اختصاص یافته بود. در سال بعد، مجلس به شرکت ملی نفت ایران اجازه داد تا قراردادهایی با حداکثر مبلغ ۳/۲ میلیارد دلار آمریکا، برای توسعه میادین گازی پارس و پارس جنوبی با شرکت‌های توانمند خارجی منعقد کند، مشروط بر آن که تمامی هزینه‌ها از طریق تولیدات این میادین بازپرداخت گردد. قانون همچنین به بانک مرکزی ایران اجازه داد تا بازپرداخت هزینه‌ها را ضمانت کند. در سایه وجود این قانون، نوعی از قرارداد بیع متقابل در ایران شکل گرفت. طبق این قرارداد، شرکت‌های نفتی خارجی، ملزم بودند تا پروژه‌های نفتی را به‌عنوان پیمانکار شرکت ملی نفت ایران انجام دهند و بودجه آن را نیز خود تأمین کنند. هنگامی که پروژه‌ای به مرحله تولید می‌رسید، شرکت‌های نفتی خارجی، سرمایه خود را از طریق تولیدات پروژه، باز پس می‌گرفتند. از آن‌جا که بانک مرکزی ایران بازپرداخت هزینه‌ها را تضمین می‌کرد، ریسک هرگونه کمبود تولید بر عهده شرکت ملی نفت ایران قرار داشت و از آن‌جا که شرکت‌های نفتی بین‌المللی هیچ ریسکی را بر عهده نمی‌گرفتند، این نوع از قرارداد بیع متقابل با نوع معمول آن که بعدها توسط شرکت ملی نفت ایران به کار گرفته شد و به‌موجب آن، ریسک هرگونه کاهش در تولید بر دوش شرکت نفتی خارجی قرار می‌گیرد، متفاوت بود.

گام بعدی با تصویب قانون بودجه ۱۳۷۲ برداشته شد که به شرکت ملی نفت ایران اجازه داد تا قراردادهای نفتی با ارزش حداکثر ۲/۶ میلیارد دلار آمریکا با شرکت‌های نفتی خارجی منعقد نماید، مشروط بر آن‌که:

- اقساط منحصرأ از مجرای صادرات تولیدات حاصل از پروژه پرداخت گردد و بنابراین هیچ ضمانتی برای هرگونه کاهش در تولید داده نمی‌شود.
- باید حداکثر استفاده از توان موجود ایران در طراحی، مهندسی، ساخت و نصب به عمل آید.
- انتقال فناوری از طریق موافقتنامه‌های مشارکت در سرمایه‌گذاری بین شرکت‌های داخلی و خارجی صورت گیرد؛ و
- دست کم باید ۳۰ درصد از امکانات ساخت داخل^{۱۸} مورد استفاده قرار گیرد.^{۱۹}

اگرچه مفهوم بیع متقابل در عمل، به وسیله قانون بودجه ۱۳۷۲ ایجاد گردید، اما خود اصطلاح «بیع متقابل» نخستین بار در قانون بودجه ۱۳۷۳ ذکر شد که به موجب آن، شرکت ملی نفت ایران مجاز شد تا برای راه اندازی پالایشگاه گاز عسلویه و توسعه میادین گازی پارس شمالی و جنوبی، به انعقاد قراردادهای بیع متقابل تا سقف ۳/۵ میلیارد دلار امریکا مبادرت ورزد. قانون بودجه ۱۳۷۳ مقرر می‌دارد که هزینه‌ها و سودها باید در اقساط برابر از محل عواید ناشی از فروش تولیدات حاصل از پروژه به قیمت بازار، در یک دوره ۵ ساله برای پالایشگاه گاز عسلویه و یک دوره ۱۰ ساله برای توسعه میادین پارس شمالی و جنوبی به شرکت نفتی خارجی پرداخت گردد. در صورت هرگونه کاهش در تولید یا هرگونه کاهش قیمت‌های نفت و گاز، هیچ ضمانتی از سوی بان‌کهای ایرانی یا مؤسسات دولتی برای بازپرداخت هزینه‌ها و سودها ارائه نمی‌گردد.^{۲۰}

به موجب این قوانین، شرکت‌های نفتی خارجی اجازه یافتند در پروژه‌های نفت و گاز خاص، تحت طرح‌های بیع متقابل سرمایه‌گذاری کنند. بدین ترتیب، ماده ۶ قانون نفت ۱۳۶۶ که هرگونه سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های نفت و گاز را ممنوع می‌کند، به طور ضمنی اصلاح گردیده است. اجازه انعقاد قرارداد بیع متقابل در برنامه‌های پنج ساله توسعه اقتصادی دوم، سوم و چهارم به ترتیب در تاریخ‌های ۱۳۷۴-۱۳۷۸، ۱۳۷۹-۱۳۸۳ و ۱۳۸۴-۱۳۸۸ تصریح شده است.^{۲۱}

از تحولات مهم در قراردادهای بیع متقابل با قانون بودجه سال ۱۳۸۲ رخ داد که به شرکت ملی نفت اجازه می‌دهد تا هم برای اکتشاف و هم برای توسعه میادین نفت و گاز به انعقاد قراردادهای بیع متقابل مبادرت ورزد. این تحولات در ذیل مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۳. ویژگی‌های عمده بیع متقابل برای توسعه میادین نفتی

سازوکار بیع متقابل ایران برای توسعه میادین نفتی، از طریق قراردادهایی عمل می‌کند که به موجب آن‌ها شرکت‌های نفتی خارجی متعهد به تأمین سرمایه و اجرای عملیات توسعه در رابطه با یک میدان نفتی یا گازی می‌گردند. در مقابل، شرکت ملی نفت ایران بازپرداخت شرکت نفتی خارجی را از طریق فروش مستقیم نفت و گاز حاصل به شرکت نفتی خارجی، یا به وسیله پرداخت عواید ناشی از فروش سهم نفت و گاز اختصاص یافته به آن به طرف‌های ثالث، متقبل می‌گردد. این مقاله به منظور تبیین قراردادهای بیع متقابل ایران برای عملیات توسعه، ابتدا به تجزیه و تحلیل هدف‌های عمده این سازوکار می‌پردازد. سپس به تعریف عملیات توسعه پرداخته خواهد

۲۰. روزنامه رسمی، شماره ۱۴۳۱۳، مورخ ۱۳۷۳/۲/۷

۲۱. برنامه‌های توسعه اقتصادی به منظور دستیابی به اهدافی از قبیل پیشرفت به سوی اقتصاد بازار و بهبود معیارهای زندگی، توسط مجلس به تصویب رسیدند.

شد و آنگاه نظام مالی بیع متقابل و سرانجام ریسک‌هایی که شرکت‌های نفتی خارجی راجع به بیع متقابل بر عهده می‌گیرند، بررسی خواهند شد.

۳-۱. اهداف عمده بیع متقابل

هدف قراردادهای بیع متقابل، آن‌گونه که در ایران طراحی و به‌کارگرفته شده، تضمین حاکمیت دولت بر منابع نفت و گاز و حفظ نظارت دولت بر عملیات نفت و گاز، به‌نحوی که در قانون اساسی، قانون نفت ۱۳۵۳ و قانون نفت ۱۳۶۶ مقرر گردیده، است. برخی از بندهای قرارداد بیع متقابل، به‌طور خاص برای دستیابی به این اهداف تنظیم گردیده است. برای مثال یکی از بندها مقرر می‌دارد که شرکت ملی نفت ایران به شرکت نفتی خارجی اجازه می‌دهد تا عملیات توسعه^{۲۲} را از طرف و به نام شرکت ملی نفت ایران اجرا کند. این بدان معنا است که شرکت نفتی خارجی به‌عنوان پیمانکار شرکت ملی نفت ایران عمل می‌کند، نه به‌عنوان یک شریک یا مالک پروژه. براساس بندی دیگر، کلیه زمین‌های تحصیل شده و اموال خریداری شده برای پروژه، صرفاً اموال شرکت ملی نفت خواهد بود. از این‌رو، هرگونه وسایل، کالا، تجهیزات و ماشین‌آلات که باید برای پروژه وارد گردند، توسط شرکت نفتی خارجی به نام شرکت ملی نفت ایران تهیه می‌گردند.

دیگر هدف عمده در استفاده از بیع متقابل در ایران، دست یافتن به ارزش خارجی و تخصص مورد نیاز برای اقدام پرهزینه، پرخطر و پیچیده اجرای پروژه‌های نفت و گاز است. از این‌رو، در قراردادهای بیع متقابل مسئولیت تأمین مالی و اجرای عملیات توسعه صرفاً بر عهده شرکت نفتی خارجی قرار دارد. با این حال، در برخی موارد، قرارداد بیع متقابل، به یک مشارکت در سرمایه‌گذاری متشکل از شرکت‌های نفتی خارجی و شرکت‌های داخلی واگذار شده است.^{۲۳} در این موارد، هر شریک در مقابل شرکت ملی نفت ایران، مشترکاً و منفرداً مسئول تأمین مالی و اجرای پروژه است.

۳-۲. تعریف عملیات توسعه

پیش از آن که یک میدان به‌موجب قرارداد بیع متقابل موضوع توسعه قرار گیرد، فعالیت‌های اکتشافی^{۲۴} توسط شرکت ملی نفت یا پیمانکاران آن انجام می‌گیرد تا معلوم گردد که آیا توسعه

22. development operations

۳۲. برای مثال در پروژه آزادگان، قرارداد بیع متقابل به یک مشارکت در سرمایه‌گذاری متشکل از شرکت اینپکس (INPEX) ژاپن با سهم ۷۵ درصد، و یک شرکت وابسته به شرکت ملی نفت ایران به نام شرکت نیکو (NICO) با سهم ۲۵ درصد، واگذار گردید.

24. exploration operations

میدان امکان سنجی اقتصادی دارد یا نه؛ یعنی آیا یک میدان تجاری کشف گردیده است یا نه. هنگامی که اهمیت اقتصادی میدان معلوم گردید یا یک میدان تجاری کشف گردید، شرکت‌های نفتی خارجی برای توسعه دعوت به مناقصه می‌گردند. داده‌ها و اطلاعات به‌دست آمده در نتیجه عملیات اکتشاف در اختیار شرکت‌های نفتی خارجی قرار داده می‌شود تا طرح جامعی برای توسعه میدان آماده و پیشنهاد کنند. این طرح که شرح کار و عملیاتی را که باید انجام شود به‌تفصیل تعریف می‌کند، عموماً طرح جامع توسعه^{۲۵} نامیده می‌شود.

طرح جامع توسعه، بخشی اساسی از یک قرارداد بیع متقابل است که یک مأموریت برای عملیات توسعه محسوب می‌شود. شرکت نفتی خارجی باید با اجرای طرح جامع توسعه به اهداف قرارداد دست یابد. هرگونه انحراف از طرح جامع توسعه نیاز به تأیید قبلی و کتبی شرکت ملی نفت ایران دارد و شرکت ملی نفت ایران مختار است که چنین درخواست‌هایی را بپذیرد یا رد کند. فازهای مختلف عملیات توسعه و همچنین مراحل مهم در هر فاز، در طرح جامع توسعه تعریف شده‌اند. مخارج سرمایه‌ای براساس قیمت‌های تفکیکی مندرج در طرح جامع توسعه، محاسبه گردیده، در پایان در قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرند. از این رو، قرارداد بیع متقابل برای توسعه اقتضا دارد که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد، بر جزئیات توسعه توافق کنند.

۳-۳. نظام مالی بیع متقابل

کلیه سرمایه‌های مورد نیاز برای اجرای یک طرح جامع توسعه باید از سوی شرکت‌های نفتی خارجی تأمین گردند. در قراردادهای بیع متقابل، چهار دسته هزینه پیش‌بینی می‌گردد:

- هزینه‌های سرمایه‌ای،
- هزینه‌های غیرسرمایه‌ای،
- هزینه‌های بهره‌برداری،
- هزینه‌های بانکی.

هزینه‌های سرمایه‌ای،^{۲۶} کلیه هزینه‌هایی است که مستقیماً به اجرای عملیات توسعه، آن‌گونه که در رویه‌های حسابداری^{۲۷} ضمیمه قرارداد دسته‌بندی شده، مربوط می‌گردد. هزینه‌های غیرسرمایه‌ای^{۲۸} به هزینه‌هایی اشاره دارد که مشخص کردن آن‌ها در هنگام انعقاد قرارداد دشوار

25. master development plan

26. capital costs

27. accounting procedures

28. non-capital costs

است و عمدتاً هزینه‌هایی است که در رابطه با عملیات توسعه به مراجع ایران پرداخت می‌گردد، مانند مالیات‌ها، هزینه‌های تأمین اجتماعی، عوارض گمرکی و هرگونه عوارض ضروری دیگر. هزینه‌های بهره‌برداری^{۲۹} هزینه‌هایی است که پیش از آن که پروژه کامل و به شرکت ملی نفت ایران تحویل داده شود، مستقیماً، ضرورتاً و منحصرأً برای تولید ایجاد و پرداخت شده‌اند. هزینه‌های بهره‌برداری عمدتاً زمانی موضوعیت دارند که هدف دستیابی به تولید در دو یا سه فاز طراحی گردیده و به شرکت نفتی خارجی اجازه داده شده تا در فاز اول یا دوم توسعه از میدان بهره‌برداری کند. هزینه‌های بانکی^{۳۰} به هزینه‌های تأمین مالی اشاره دارد که براساس نرخ لیبور^{۳۱} به علاوه درصدی معین (برای مثال ۷۵٪) محاسبه می‌گردد.

این دسته از هزینه‌ها تحت شرایط خاصی برگشت‌پذیر هستند. نخست این که اهداف قرارداد، آن گونه که در طرح جامع توسعه ذکر شده، باید توسط شرکت نفتی خارجی محقق گردد. دوم آن که صحت و سقم هزینه‌ها باید توسط شرکت ملی نفت ایران یا یک حسابرس بین‌المللی مورد قبول شرکت ملی نفت ایران تأیید گردد. سوم آن که هزینه‌ها باید به‌نحو درستی در طبقات مالی هزینه‌های سرمایه‌ای، هزینه‌های غیرسرمایه‌ای، هزینه‌های بهره‌برداری و هزینه‌های بانکی، براساس رویه‌های حسابداری ضمیمه شده به قرارداد، دسته‌بندی شده باشند.

آن دسته از هزینه‌هایی که زیر عنوان هزینه‌های سرمایه‌ای دسته‌بندی شده‌اند، تا سقفی که در قرارداد تعیین شده، برگشت‌پذیرند. بنابراین، هرگونه هزینه‌ای که فراتر از این حد، توسط شرکت نفتی خارجی، برای اجرای طرح جامع توسعه و تکمیل پروژه ایجاد شده، برگشت‌پذیر نیست و بر شرکت نفتی خارجی تحمیل می‌گردد. هزینه‌های غیرسرمایه‌ای سقف ندارند. از این‌رو، هر هزینه غیرسرمایه‌ای که شرکت نفتی خارجی متحمل گردیده، برگشت پذیر خواهد بود. هزینه‌های بهره‌برداری نیز سقفی ندارند و اصولاً هر هزینه‌ای که در دسته هزینه‌های بهره‌برداری جای گیرد، قابل بازیافت خواهد بود. هزینه‌های بانکی بر مخارج هزینه‌های سرمایه‌ای و هزینه‌های غیرسرمایه‌ای اعمال می‌گردد و از نخستین ماه، پس از ماهی که هزینه‌ها ایجاد شده، محاسبه و تا زمانی که جبران گردند، پرداخت می‌شوند. هزینه‌های بانکی بر هزینه‌های بهره‌برداری اعمال نمی‌گردند؛ زیرا فرض بر آن است که هزینه‌های بهره‌برداری در سه ماهه بعدی جبران می‌گردند. اگر به هر دلیل، هزینه‌های بهره‌برداری در سه ماهه بعدی بازیافت نشدند، هزینه‌های بانکی بر آنان نیز اعمال می‌گردند. اگر تکمیل پروژه به دلایلی غیرمنتسب به فعل یا

29. operating costs

30. bank charges

31. London Interbank Offere Rate (LIBOR)

ترک فعل شرکت ملی نفت ایران به تأخیر افتد، هیچ هزینه بانکی بر هزینه‌های دوره تأخیر اعمال نمی‌گردد.

علاوه بر هزینه‌ها، مبلغی ثابت در قرارداد بیع متقابل، طبق توافق، به‌عنوان پاداش برای سرمایه‌گذاری و پذیرش ریسک به شرکت نفتی خارجی پرداخت خواهد شد. این پاداش که در قرارداد به آن «حق‌الزحمه» اطلاق می‌گردد، در صورتی پرداخت خواهد شد که اهداف قرارداد، آن‌گونه که در طرح جامع توسعه تعریف شده، توسط شرکت نفتی خارجی کاملاً محقق گردیده و پروژه با موفقیت به شرکت ملی نفت ایران تحویل داده شده باشد.

هزینه‌های سرمایه‌ای، هزینه‌های غیرسرمایه‌ای، هزینه‌های بانکی و حق‌الزحمه در اقساط ماهانه برابر در طی یک دوره چند ساله بازگشت سرمایه، آن‌گونه که در قرارداد بیع متقابل معین گردیده، مستهلک خواهند شد. با وجود این، هزینه‌های سرمایه‌ای در اولین سه ماهه پس از ایجاد این هزینه‌ها جبران خواهند شد. بازگشت هزینه‌های سرمایه‌ای نسبت به دیگر هزینه‌ها در اولویت قرار دارد.

هزینه‌ها و حق‌الزحمه از طریق اختصاص سهمی از تولیدات پروژه بازیافت خواهند شد. این سهم معمولاً حدود ۵۰ تا ۶۰ درصد کل تولید است. از آن‌جا که شرکت‌های نفتی خارجی هیچ حقی بر نفت در جا،^{۳۲} یا نفت موجود در مخزن یا نقطه صادرات ندارند، شرکت ملی نفت ایران آن سهم را به شرکت نفتی خارجی (یا به یک تحویل‌گیرنده تعیین شده از جانب شرکت نفتی خارجی) به قیمت بازار فروخته، عواید آن را در حساب پروژه، به‌عنوان بازپرداخت هزینه‌های و حق‌الزحمه منظور خواهد کرد. در روشی دیگر، ممکن است شرکت ملی نفت ایران آن سهم را به طرف ثالثی فروخته، ترتیبی برقرار کند تا طرف ثالث عواید را مستقیماً به شرکت نفتی خارجی، برای بازپرداخت هزینه، پرداخت کند.

سه عامل ذیل مبلغ اختصاص داده شده به شرکت نفتی خارجی، برای بازگشت سرمایه و حق‌الزحمه را محدود می‌سازد:

- حداکثر سهمی از نفت که می‌تواند به‌موجب قرارداد بیع متقابل به شرکت نفتی خارجی اختصاص داده شود (برای مثال ۵۰٪ کل تولید).
- اقساط برابر ماهانه که در نتیجه تقسیم هزینه‌ها و حق‌الزحمه بر تعداد ماه‌هایی که به‌عنوان دوره استهلاک سرمایه در قرارداد تعیین شده، محاسبه شده است.
- نرخ بازگشت^{۳۳} شرکت نفتی خارجی که نباید از درصد ثابت مذکور در قرارداد (برای مثال ۱۶٪) تجاوز کند.

32. oil in place

33. rate of return

۳-۴. ریسک شرکت‌های نفتی خارجی

شرکت‌های نفتی خارجی با انعقاد قراردادهای بیع متقابل، چندین ریسک را بر عهده می‌گیرند.^{۳۴} در این جا می‌توان به ریسک‌های ذیل اشاره کرد:

نخست آن که شرکت نفتی خارجی به موجب قرارداد ملزم است سرمایه کافی برای عملیات توسعه را تأمین کند. هزینه‌های سرمایه‌ای در زمان انعقاد قرارداد مشخص گردیده‌اند، اما هر گونه هزینه سرمایه‌ای مازاد مورد نیاز برای اجرای طرح جامع توسعه باید از سوی شرکت نفت خارجی فراهم گردد. مبلغ هزینه‌های غیرسرمایه‌ای یا هزینه‌های بهره‌برداری در هنگام انعقاد قرارداد تعیین نشده‌اند و در صورت لزوم باید به وسیله شرکت نفتی خارجی تأمین گردند. سرمایه واقعی مورد نیاز برای هزینه‌های غیرسرمایه‌ای و هزینه‌های بهره‌برداری ممکن است از مقدار تخمین زده شده در هنگام انعقاد قرارداد تجاوز کند.

دوم آن که تمامی هزینه‌های سرمایه‌ای مورد نیاز برای اجرای طرح جامع توسعه و برای تحقق اهداف آن باید توسط شرکت نفتی خارجی پرداخت گردد، اما بازپرداخت آن تنها در محدوده سقف هزینه‌های سرمایه‌ای مورد توافق در قرارداد صورت می‌گیرد. تغییرات غیرقابل پیش‌بینی در شرایط بازار ممکن است باعث افزایش هزینه‌های سرمایه‌ای از سقف تعیین شده گردد که مقدار مازاد آن تنها برعهده شرکت نفتی خارجی قرار می‌گیرد. به همین ترتیب، بعدها ممکن است بسیاری از مسائل فنی پیش آید که منجر به تجاوز هزینه‌های سرمایه‌ای از سقف آن گردد؛ اما از آن جا که این هزینه‌ها در جهت تحقق اهداف قرارداد است تأمین آن بر عهده شرکت نفتی خارجی است.

سوم آن که چون طرح جامع توسعه بر مبنای داده‌ها و اطلاعات زمان تنظیم، تهیه گردیده، ممکن است با دستیابی به اطلاعات بیش‌تر در نتیجه عملیات توسعه، نیاز به تغییر پیدا کند. در چنین موقعیت‌هایی، شرکت نفتی خارجی باید تأیید شرکت ملی نفت ایران را کسب کند و هزینه‌های آن را در صورت تجاوز از سقف هزینه‌های سرمایه‌ای متحمل گردد.

چهارم این که چون باز پرداخت هزینه‌ها^{۳۵} و حق الزحمه منوط به تحقق اهداف قرارداد است (یعنی رسیدن به سطح خاصی از تولید) در صورت عدم تحقق این اهداف، شرکت نفتی خارجی متحمل زیان سنگینی خواهد شد. همچنین اگر تولید از میدان ناکافی باشد یا اگر قیمت‌های نفت پایین باشد، شرکت نفتی خارجی حتی در صورت تحقق اهداف قرارداد، قادر به بازیافت تمامی هزینه‌ها و حق الزحمه نخواهد بود. در چنین مواردی، مبالغ معوقه به سه ماهه بعد موکول خواهد

34. For an assessment of the risks borne by IOCs in buyback contracts for development, see generally Groenendaal and Mazraati (2005).

35. recovery of costs

شد. اگر قیمت‌های پایین دوام داشته باشد و اگر دوره استهلاک سرمایه سپری شود، ممکن است این مبالغ معوق هرگز برگشت نیابد.

پنجم این که ممکن است پروژه به تعویق بیفتد. علت این امر دلایل بسیاری است که امکان دارد به شرکت نفتی خارجی منتسب نباشد. عوامل مسبب تأخیر ممکن است این موارد باشند: تغییرات در طرح جامع توسعه، کیفیت پایین و عملکرد ضعیف پیمانکاران فرعی داخلی، تأخیر در کسب ترخیص‌های دولتی، تأخیر در کسب تأیید از شرکت ملی نفت ایران، تأخیر از سوی شرکت ملی نفت ایران در تحویل منطقه اجرای عملیات به شرکت نفتی خارجی و موانع دیگر. تأخیر در شروع کار ممکن است تأثیرات منفی بر هزینه‌های پروژه بگذارد، اما با این حال، بازگشت هزینه‌های سرمایه‌ای محدود به سقف آن است. هرگونه تأخیر در دستیابی به سطح تولید تعیین شده، بازگشت هزینه و پرداخت حق الزحمه را به تأخیر خواهد انداخت.

۴. بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه میادین نفتی

در سال ۱۳۸۲، همان‌طور که شرح داده شد، قانونگذار ایران به شرکت ملی نفت ایران اجازه داد تا از قرارداد بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه میادین نفت و گاز استفاده کند. بند «ح» تبصره ۲۱ قانون بودجه ۱۳۸۲ شرکت ملی نفت ایران را مجاز کرد تا در هر نقطه از ایران به استثنای دریای خزر، خلیج فارس و چهار استان نفت‌خیز جنوب ایران، یعنی خوزستان، بوشهر، کهگیلویه و ایلام، به فعالیت‌های اکتشافی با ریسک پیمانکار مبادرت ورزد. این قانون شرایط ذیل را برای این نوع قرارداد بیع متقابل مقرر کرده است:

- فعالیت‌های اکتشافی باید توسط پیمانکار و با سرمایه خود او انجام گیرد؛
- اگر میدان تجاری کشف نگردد قرارداد خود به خود خاتمه می‌یابد و هرگونه هزینه‌ای که پیمانکار در رابطه با فعالیت‌های اکتشافی متحمل گردیده، صرفاً برعهده خود او قرار دارد؛
- اگر میدان تجاری کشف گردید، توسعه میدان بر پایه ساز و کار بیع متقابل به پیمانکار واگذار می‌گردد؛
- هزینه‌ها و مخارج مستقیم و غیرمستقیم مربوط به اکتشاف در قرارداد توسعه گنجانده خواهد شد و از طریق اختصاص بخشی از تولیدات حاصل از پروژه بازپرداخت خواهد شد؛
- سایر شرایطی که به موجب قانون برای قراردادهای بیع متقابل مقرر گردیده نیز باید رعایت گردند.^{۳۶}

این اجازه قانونی در قوانین بودجه ۱۳۸۳، ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵ بسط داده شد.^{۳۷} در نتیجه، ۵۱ بلوک نفتی در نواحی مختلف از مناطقی که در قانون مشخص گردید به عنوان اهداف آتی به منظور اکتشاف و توسعه شناسایی شدند. از این ۵۱ بلوک، ۱۶ بلوک که ۲۵۳ هزار کیلومتر مربع را پوشش می دادند، در کنفرانسی که از سوی شرکت ملی نفت ایران در ۸ و ۹ بهمن ۱۳۸۲ در لاهه برگزار گردید، به مناقصه گذاشته شدند.^{۳۸}

از آن جا که طرح بیع متقابل در اصل برای توسعه میادین نفت و گاز که پیش تر کشف شده اند تنظیم شده بود، تصمیم به کارگیری آن برای هر دو منظور اکتشاف و توسعه، سوالاتی را در مورد مناسب بودن آن برای این مقصود پدید آورد. در حقیقت، این طرح باید تغییراتی پیدا کند تا با شرایط اکتشاف و توسعه منطبق گردد. در ذیل ابتدا به بررسی تفاوت های قرارداد بیع متقابل برای توسعه با قرارداد بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه می پردازیم. سپس جزئیات طرح اصلاح شده بیع متقابل را که از سوی شرکت ملی نفت ایران پیشنهاد شده بررسی می کنیم. در پایان، به انتظارات و دغدغه های شرکت های نفتی خارجی در رابطه با بیع متقابل می پردازیم تا ببینیم تا چه اندازه در طرح اصلاحی بیع متقابل مورد توجه قرار گرفته اند.

۴-۱. تفاوت های بین طرح قدیم و جدید

بین طرح بیع متقابل برای توسعه یک میدان نفتی که پیش تر کشف شده و طرحی که باید هم برای اکتشاف و هم برای توسعه مورد استفاده قرار گیرد، تفاوت های چندی وجود دارد. نخست آن که در نوع اول، پیش از انعقاد قرارداد بیع متقابل، یک میدان تجاری کشف شده است. از این رو، طرفین می توانند در هنگام انعقاد قرارداد، در مورد طرح جامع توسعه توافق کنند. اما در نوع دوم، ابتدا باید اکتشاف انجام گیرد. اگر مرحله اکتشاف موفقیت آمیز بود و یک میدان تجاری کشف گردید، بر یک طرح جامع توسعه توافق خواهد شد. بنابراین، در هنگام انعقاد قرارداد، طرفین هنوز قادر نیستند بر یک طرح جامع توسعه که قلمرو کاری برای توسعه میدان را مشخص می سازد، توافق کنند، چرا که هنوز میدانی کشف نگردیده است.

دوم آن که بیع متقابل برای توسعه، یک نوع سازوکار «هزینه به علاوه حق الزحمه»^{۳۹} است که به موجب آن، هزینه واقعی پروژه تا سقف مقرر و همچنین حق الزحمه ثابتی در یک دوره زمانی

۷۳. به ترتیب در بند «ک» تبصره ۲۱، بند «د» تبصره ۱۱، و بند ۴ تبصره ۲ (روزنامه رسمی، مورخ ۱۳۸۳/۱/۱۰، ۱۳۸۳/۱۲/۲۷ و ۱۳۸۴/۱۲/۲۸).

38. For a map and block sizes, see MEES (2003).

39. cost-plus

معین به شرکت نفتی خارجی بازپرداخت خواهد شد. بنابراین، در زمان انعقاد قرارداد بر دو رقم باید توافق شود:

- سقف هزینه‌های سرمایه‌ای که بازپرداخت مقدار مخارج سرمایه‌ای را که شرکت نفتی خارجی متحمل شده محدود می‌سازد؛ و
- حق الزحمه ثابت.^{۴۰}

در بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه، در هنگام انعقاد قرارداد تنها می‌توان بر سقف هزینه‌های سرمایه‌ای برای اکتشاف توافق کرد، اما سقف هزینه‌های سرمایه‌ای برای فاز توسعه و همچنین حق الزحمه، باید متعاقباً پس از آن که میدان تجاری کشف گردید، تعیین شود. سوم آن که در بیع متقابل برای توسعه، حداکثر درصد نفت و گازی که به‌منظور بازیافت سرمایه و حق الزحمه به شرکت نفتی خارجی اختصاص داده خواهد شد، در هنگام انعقاد قرارداد معین می‌گردد. دوره بازیافت سرمایه که در آن، شرکت نفتی خارجی می‌تواند هزینه‌ها و حق الزحمه خود را بازیافت کند نیز در زمان انعقاد قرارداد تعیین می‌گردد. در مقابل، هنگامی که بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه به‌کار برده می‌شود، این موضوعات عمده که تأثیر بسیاری بر سودمندی اقتصادی پروژه دارند، در مرحله بعد، یعنی در زمانی که میدان تجاری کشف گردید، مورد توافق قرار خواهند گرفت.

چهارم این که در مقایسه با بیع متقابل برای توسعه، ریسک بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه بسیار بالاتر است. علاوه بر ریسک‌هایی که فی نفسه در بیع متقابل برای توسعه وجود دارد، شرکت نفتی خارجی باید ریسک عدم اکتشاف یک میدان تجاری را نیز بپذیرد. علاوه بر این، در هنگام انعقاد قرارداد شرکت نفتی نمی‌تواند سرمایه مورد نیاز برای توسعه میدان آتی را ارزیابی کند.

بدین ترتیب روشن می‌گردد که اگر بیع متقابل برای هر دو منظور اکتشاف و توسعه به‌کار برده شود، در هنگام انعقاد قرارداد، برخی موضوعات مهم قابل تعیین نیستند؛ اگرچه همین موضوعات برای مرحله توسعه جنبه اساسی دارند. از این رو، برای آن که این طرح، هم برای اکتشاف و هم برای توسعه مناسب باشد، باید تغییرات مهمی پیدا کند. این تغییرات باید میان انتظارات و دغدغه‌های هر دو طرف، یعنی هم شرکت ملی نفت ایران و هم شرکت‌های نفتی خارجی توازن برقرار کند. شرکت نفتی خارجی باید اطمینان حاصل کند که در صورت کشف میدان تجاری توسط وی، حقوق انحصاری توسعه آن میدان به او واگذار خواهد شد. در طرف دیگر، شرکت ملی نفت ایران با این نگرانی مواجه است که پیشنهاد شرکت نفتی خارجی برای

40. fixed remuneration fee

توسعه میدان تجاری (در صورت کشف آن) و همچنین پیشنهادهای او در مورد طرح جامع توسعه، سقف هزینه‌های سرمایه‌ای، حق‌الزحمه، دوره بازیافت سرمایه^{۴۱} و دیگر مسائل مهم، معقول و قابل قبول باشد. برای پرداختن به این نگرانی‌ها باید سازوکاری ایجاد گردد.

۴-۲. طرح اصلاحی شرکت ملی نفت ایران برای بیع متقابل

شرکت ملی نفت ایران نسخه‌ای جدید و اصلاح شده از قرارداد بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه را پیشنهاد کرده است. ذیلاً به بررسی این الگوی جدید می‌پردازیم تا ببینیم آیا به اندازه کافی، انتظارات و دغدغه‌های معقول شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های نفتی خارجی مورد توجه قرار گرفته است. در الگوی جدید سه مرحله از فعالیت‌ها پیش‌بینی شده است: اکتشاف، ارزیابی و توسعه.

۴-۲-۱. مرحله اکتشاف

آن بخش از الگوی اصلاحی که مرحله اکتشاف را تحت پوشش قرار می‌دهد، واضح و روشن است. شرکت نفتی خارجی باید فعالیت‌های اکتشافی برای نفت و گاز را به‌وسیله روش‌های نقشه‌برداری، زمین‌شناختی، ملاحظات زیست‌محیطی و کشاورزی و دیگر روش‌ها از جمله لرزه‌نگاری، حفاری، ارزیابی مخزن برای نفت و گاز و سایر اشتغالات و فعالیت‌های مرتبط با اکتشاف، به عمل آورد. در هنگام انعقاد قرارداد باید بر یک طرح جامع اکتشاف توافق شود تا فعالیت‌هایی که باید توسط شرکت نفتی خارجی انجام شود به تفصیل مشخص گردد. مسائل مهم ذیل نیز باید در هنگام انعقاد قرارداد تبیین شوند: حداقل مخارج شرکت نفتی خارجی برای عملیات توسعه، حداقل مخارج سالانه، منطقه‌ای که برای کار اکتشاف به شرکت نفتی خارجی واگذار می‌گردد، تعهدات مربوط به کاهش منطقه عملیاتی، دوره فعالیت‌های اکتشافی (برای مثال چهار سال) و تمدیدهای احتمالی، تعریف یک چاه تجاری و حل و فصل هرگونه اختلاف محتمل در این خصوص، و ریسک‌هایی که شرکت نفتی خارجی در صورت عدم کشف یک چاه تجاری باید متحمل گردد.

۴-۲-۲. مرحله ارزیابی

در مقابل، آن بخش از الگوی اصلاحی که به مرحله ارزیابی می‌پردازد، چندان واضح و روشن نیست، چرا که بسیاری از جزئیات این مرحله در زمان انعقاد قرارداد ناشناخته‌اند. با این حال، طرفین می‌توانند توافق کنند که اگر در نتیجه اکتشاف، یک چاه تجاری کشف گردید و این

41. duration of cost recovery

کشف مورد تأیید شرکت ملی نفت ایران قرار گرفت، مرحله ارزیابی آغاز گردد. طرح اصلاحی همچنین مقرر می‌دارد که شرکت نفتی خارجی باید در ظرف یک دوره زمانی مشخص، یک طرح جامع توسعه را برای تأیید شرکت ملی نفت ایران تسلیم کند. این طرح جامع ارزیابی باید مشخص سازد که چه فعالیت‌های دیگری باید توسط شرکت نفتی خارجی به منظور تجاری کردن میدان، توصیف مخازن، کاهش ریسک سرمایه‌گذاری و اجرای یک برنامه توسعه کارآمد به عمل آید. مسائل مهم ذیل نیز می‌توانند به هنگام انعقاد قرارداد تعیین گردند: حداقل مخارج شرکت نفتی خارجی برای فعالیت‌های اکتشافی، حداقل مخارج سالانه، تعهدات مربوط به کاهش منطقه عملیاتی، دوره فعالیت‌های ارزیابی (برای مثال، دو سال) و تمدید آن، تعریف میدان تجاری و حل و فصل هرگونه اختلاف احتمالی در این خصوص، و ریسک‌هایی که شرکت نفتی خارجی در صورت عدم کشف میدان تجاری باید متحمل گردد.

۴-۲-۳. مرحله توسعه

از آن‌جا که جنبه‌های کلیدی توسعه به هنگام انعقاد قرارداد قابل تعیین نیستند، آن بخش از طرح اصلاحی که به مرحله توسعه می‌پردازد، کاملاً پیچیده است. الگوی شرکت ملی نفت ایران برای اعطای حقوق به مرحله توسعه، اصول ذیل را پیش‌بینی کرده است:

۴-۲-۳-۱. مرحله ارزیابی

اگر مرحله اکتشاف موفقیت‌آمیز باشد و یک چاه نفتی بالقوه کشف گردد، مستقیماً به مرحله ارزیابی منتهی خواهد شد. به همین ترتیب، اگر مشخص گردد که میدان دارای امکان بهره‌وری اقتصادی است، پروژه به مرحله توسعه راه پیدا خواهد کرد. از این رو، تعریف «امکان تجاری شدن» یک چاه یا میدان بسیار حائز اهمیت است. در الگوی اصلاحی، این شرط به‌دقت تعریف شده است.

۴-۲-۳-۱. طرح جامع توسعه

طرح جدید بیع متقابل، شرکت نفتی خارجی را ملزم می‌دارد تا یک طرح جامع توسعه را برای میدان تجاری^{۴۲} که تازه کشف گردیده، به منظور بررسی و تأیید شرکت ملی نفت ایران، تهیه کند. طرح جامع توسعه پیشنهادی باید شامل یک برنامه کاری و بودجه برای کل مرحله توسعه، تخمین دوره زمانی آن، و یک برنامه زمانی برای تکمیل تمامی فعالیت‌های مورد نیاز باشد. اگر

طرفین نظرهای متفاوتی درخصوص جزئیات طرح جامع توسعه داشته باشند و در ظرف یک دوره زمانی معین به هیچ راه‌حلی دست نیابند، مسائل حل نشده به یک مرجع شناخته شده بین‌المللی با تخصص در زمینه توسعه میادین نفت و گاز ارجاع خواهد شد. شرکت ملی نفت ایران فهرستی از سه مرجع متخصص را پیشنهاد می‌کند، که شرکت نفتی خارجی باید یکی از آن‌ها را انتخاب کند. تصمیم مرجع انتخاب شده برای طرفین الزام‌آور خواهد بود.

۴-۲-۳-۳. حق الزحمه ثابت

در بیع متقابل، یک حق الزحمه ثابت در ازای سرمایه‌گذاری و پذیرش ریسک به شرکت نفتی خارجی پرداخت خواهد شد. از آن‌جا که ممکن است تعیین حق الزحمه در هنگام انعقاد قرارداد ممکن نباشد، در طرح اصلاحی پیش‌بینی شده است که حق الزحمه متعاقباً معین خواهد گردید. این حق الزحمه باید متناسب با هزینه‌های سرمایه‌ای باشد تا نرخ بازگشت ثابتی (به‌عنوان مثال: ۱۵٪) را برای شرکت نفتی خارجی تضمین کند.

۴-۲-۳-۴. کمیته نظارت بر تولید

از آن‌جا که قانون به شرکت ملی نفت اجازه نمی‌دهد تا با تکمیل اهداف قرارداد (از جمله سطح خاصی از تولید)، عملیات تولید را به شرکت نفتی خارجی واگذار کند، میدان برای مرحله تولید به شرکت ملی نفت ایران تحویل داده خواهد شد. یک کمیته نظارت بر تولید، متشکل از تعداد برابر از نمایندگان هر طرف، تأیید خواهد کرد که فعالیت‌های تولید به‌درستی انجام گرفته است یا نه. اگر اقدامات دیگری برای بالا بردن یا افزایش تولید نیاز باشد، کمیته مذکور اقدام مقتضی برای آن منظور را پیشنهاد خواهد کرد که باید در قرارداد مستقلی مورد توافق گیرد.

۴-۲-۳-۵. بازگشت سرمایه

هنگامی که اهداف قرارداد حاصل شوند، هزینه اکتشاف، ارزیابی و توسعه تا سقف توافق شده، از محل عواید فروش نفت و گاز اختصاص یافته به شرکت نفتی خارجی، بازپرداخت خواهد گردید. اگر شرکت نفتی خارجی نتواند به سطح تولید مقرر در طرح جامع توسعه دست یابد یا اگر نفت و گاز استخراجی ناکافی باشد، شرکت نفتی خارجی قادر نخواهد بود کلیه هزینه‌هایی را که برای اکتشاف، ارزیابی و توسعه متحمل گردیده بازیافت کند.

۴-۳. انتظارات و دغدغه های شرکت های نفتی خارجی

۲ بلوک از ۱۶ بلوک، تحت الگوی اصلاحی بیع متقابل واگذار گردیده‌اند: بلوک کوه‌دشت در استان لرستان به شرکت ملی نفت چین،^{۴۳} و بلوک ساوه به شرکت اکتشاف و تولید پی. تی. تی. تایلند. استقبال نه چندان گرم شرکت‌های نفتی خارجی از الگوی اصلاحی بیع متقابل نمایانگر آن است که انتظارات و دغدغه‌های آنان در اصلاحات به‌درستی مورد توجه قرار نگرفته است. انتظارات و دغدغه‌های عمده شرکت‌های نفتی خارجی را می‌توان به‌نحو ذیل خلاصه کرد:

۴-۳-۱. حل اختلافات

در رویه فعلی بیع متقابل، در صورتی که پس از کشف میدان تجاری، اختلافی بر سر جزئیات طرح جامع توسعه بروز کند، حل و فصل آن به یک مرجع متخصص بین‌المللی ارجاع خواهد شد. با این وجود، سپردن مسائل اساسی قرارداد (نظیر سقف هزینه‌های سرمایه‌ای، دوره مرحله توسعه و دوره بازیافت سرمایه) به تصمیم یک طرف ثالث، پرمخاطره و نامطمئن است. بنابراین، راه‌حل مذکور برای شرکت‌های نفتی خارجی رضایت‌بخش نیست.

۴-۳-۲. قیمت‌ها

به‌موجب الگوی فعلی، هرگونه افزایش قیمت ناشی از تغییرات در شرایط بازار بر عهده شرکت نفتی خارجی قرار می‌گیرد؛ درحالی‌که این هزینه‌ها به نفع پروژه ایجاد گردیده و بنابراین باید برگشت‌پذیر باشند.

۴-۳-۳. منفعت ناشی از قیمت‌های بالای نفت

شرکت ملی نفت ایران تنها طرفی است که از هرگونه افزایش قیمت‌های نفت و گاز سود می‌برد. این امر ناشی از این واقعیت است که حداکثر مبلغ اختصاص یافته به شرکت نفتی خارجی در هر ماه، در طول دوره بازیافت سرمایه، محدود به نرخ ثابت است. بنابراین، عواید مازاد ناشی از افزایش قیمت‌ها تنها عاید شرکت ملی نفت ایران خواهد گردید. اما اگر قیمت‌ها کاهش یابد، شرکت نفتی خارجی شدیداً متضرر خواهد شد، چرا که حداکثر نفت اختصاص یافته برای برگشت سرمایه، معمولاً محدود به ۵۰ تا ۶۰ درصد تولید است. از این رو، شرکت‌های نفتی خارجی انتظار دارند از قیمت‌های بالا منتفع گردیده، به آن‌ها اجازه داده شود تا به هنگام افزایش قیمت‌ها، نفت و گاز بیش‌تری به‌دست آورند.

43. China National Petroleum Corporation (CNPC)

۴-۳-۴. هزینه های اضافی

در طول مرحله توسعه ممکن است چندین امر پیش‌بینی نشده در ارتباط با چاه‌ها، تأسیسات سطح‌الارضی و مسائل دیگر پیش آید که نیاز به ایجاد تغییراتی در طرح جامع توسعه پیدا شود. چنین تغییراتی ممکن است منجر به هزینه‌های اضافی گردد، اما هرگونه هزینه اضافی که از سقف هزینه‌های سرمایه‌ای تجاوز کند، برگشت‌پذیر نخواهد بود و بر شرکت نفتی خارجی تحمیل خواهد شد. اما هزینه‌های مازاد ناشی از کار اضافی، حتی در صورت تجاوز از سقف هزینه‌های سرمایه‌ای،^{۴۴} اگر منتهی به افزایش اهداف قرارداد گردد برگشت‌پذیر خواهد بود. شرکت‌های نفتی خارجی ادعا می‌کنند که هزینه‌های ناشی از تغییرات طرح جامع توسعه، حتی اگر موجب افزایش اهداف قرارداد نگردند، باید قابل برگشت باشند.

۴-۳-۵. مالکیت تولید

در الگوی فعلی بیع متقابل، شرکت‌های نفتی خارجی نسبت به تولیدی که در سر چاه^{۴۵} یا در نقطه صادرات به آن‌ها اختصاص یافته، مالکیت ندارند. از این رو، ادعا می‌کنند باید بتوانند مالک نفت و گاز اختصاص یافته به آن‌ها در تأسیسات سطح‌الارضی باشند؛ چرا که این امر به آن‌ها امکان می‌دهد تا براساس قواعد بین‌المللی بورس و اوراق بهادار نسبت به ثبت مخازن اقدام کنند.

۴-۳-۶. مشارکت شرکت نفتی خارجی در تولید

اگرچه هزینه‌ها و حق‌الزحمه از محل درآمد ناشی از تولید، در یک دوره زمانی (معمولاً چندین سال) برگشت می‌یابد، اما پس از اتمام توسعه، میدان برای مرحله استخراج^{۴۶} به شرکت ملی نفت ایران تحویل داده خواهد شد. از این رو، هرگونه کاهش در تولید، تأثیر منفی بر شرکت نفتی خارجی خواهد داشت. در این مرحله، دیگر میدان از تخصص و سرمایه شرکت نفتی خارجی، منتفع نمی‌گردد. شرکت‌های نفتی خارجی تشکیل کمیته نظارت بر تولید را، آن‌گونه که در الگوی جدید پیشنهاد شده، روشی مؤثر و کارآمد برای پرداختن به مسائل و مشکلات تولید نمی‌پندارند. شرکت‌های نفتی خارجی ترجیح می‌دهند تا از طریق یک هیأت بهره‌برداری مشترک،^{۴۷} مستقیماً در عملیات تولید مشارکت کنند.

44. capex ceiling

45. wellhead

46. extraction phase

47. joint operating body

۷-۳-۴. شرکت‌های نفتی خارجی انتظار سود بیش‌تری دارند

تحت الگوی جدید بیع متقابل، اگر کلیه امور به‌نحو مقتضی و طبق برنامه پیش رود و پروژه در محدوده سقف هزینه‌های سرمایه‌ای تکمیل گردد، حداکثر پاداشی که به شرکت‌های نفتی خارجی داده می‌شود مبلغی ثابت یا همان حق‌الزحمه است. شرکت‌های نفتی خارجی تمایل ندارند تا ریسک‌های سنگین اکتشاف و توسعه را تنها در ازای مبلغی ثابت، متقبل گردند. آن‌ها انتظار دارند که اگر میدانی غنی در نتیجه مشارکت و سرمایه‌گذاری آنان کشف شد و توسعه یافت، سود بیش‌تری نصیب آنان گردد.

۵. نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد شرکت ملی نفت ایران باید گام‌های بیش‌تری برای جذب شرکت‌های نفتی خارجی بردارد؛ چرا که لازم است سطح تولید فعلی را حفظ کرده، آن را در دوره پنج ساله ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۸ (آن‌گونه که در برنامه پنج ساله چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر گردیده) تا یک میلیون بشکه در روز افزایش دهد. شرکت ملی نفت ایران آگاه است که در رقابت بیش‌تری با کشورهای تولیدکننده قرار خواهد گرفت و از این رو، برای تحقق انتظارات شرکت‌های نفتی و توجه به دغدغه‌های آن‌ها اقدامات مثبتی را اتخاذ کرده است. رفع برخی از این انتظارات و دغدغه‌ها به‌تنهایی از عهده شرکت ملی نفت ایران خارج است و نیاز به تغییر قوانین دارد. برای مثال، به‌موجب قوانین فعلی، شرکت‌های نفتی خارجی مجاز نیستند تا عملیات تولید را هدایت و اداره کنند، یا عضو یک هیأت بهره‌برداری مشترک با شرکت ملی نفت ایران باشند. شرکت ملی نفت ایران اصلاحات ذیل را برای الگوی جدید بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه پیشنهاد کرده است: سقف هزینه‌های سرمایه‌ای هنگامی محاسبه و تعیین گردند که جذب پیمانکاران فرعی از طریق مناقصه صورت گرفته باشد؛ یک قید تعدیل قیمت برای شرایط تورم و تغییرات در قیمت بازار کالاها، تجهیزات و نیروی انسانی در قرارداد پیش‌بینی گردد؛ اگر تولید به سطح توافق شده در قرارداد رسید به جای پرداخت یک مبلغ ثابت، درصدی از تولید براساس یک جدول پلکانی به شرکت‌های نفتی خارجی داده شود؛ به‌جای اختصاص درصدی از درآمدهای میدان به شرکت‌های نفتی خارجی، درصدی از نفت تولید شده به آن‌ها اختصاص یابد تا بتوانند نسبت به پیش‌فروش نفت اقدام کنند.

در مجموع بسیار بعید است قراردادهای مشارکت در تولید، برای اکتشاف و توسعه میادین نفت و گاز در ایران، معرفی شوند. به نظر می‌رسد شرکت ملی نفت ایران همچنان از الگوی بیع متقابل برای اکتشاف و توسعه استفاده خواهد کرد و این در حالی است که راه دیگری پیش‌بینی نشده است. ابتکار اخیر شرکت ملی نفت ایران در اصلاح الگوی بیع متقابل، در راستای تعامل با شرکت‌های نفتی خارجی، مورد استقبال شرکت‌ها قرار گرفته است. امید می‌رود طرح جدید بیع متقابل که هم اکنون در دست بحث و بررسی است، انتظارات و دغدغه‌های شرکت‌های نفتی خارجی را به‌نحو معقول مورد توجه قرار دهد.

اثر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی^۱

کای کونگ یان^۲

ترجمه حجت سلیمی ترکمانی^۳

چکیده

عرف بین‌المللی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل است. معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان شاخه نسبتاً جدید حقوق بین‌الملل، که در اواخر دهه ۱۹۵۰ ظاهر و از اواسط دهه ۱۹۹۰ بسیار فعال شده، نیروی محرکه و عرصه‌ای مهم برای تکوین، اجرا و تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است.

بخش اول) مقدمه

۱. معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که عمدتاً شامل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^۴ می‌شوند، در اواخر دهه ۱۹۵۰ به‌منظور تنظیم امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی، شکل گرفتند. ایجاد این نوع جدید از معاهدات بین‌المللی، در شرایطی که فعالیت‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی بعد از پایان جنگ جهانی دوم خیلی رونق گرفت، در واقع جبران‌کننده این نقص حقوق بین‌الملل کلاسیک

۱. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به شرح زیر است:

CAI Congyan, "International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules", Chinese Journal of International Law, 2008 7(3):659-679; doi:10.1093/chinesejil/jmn035 Available at: <http://chinesejil.oxfordjournals.org/cgi/content/full/jmn035>
این تحقیق مورد حمایت وزارت آموزش (Grant No. 06JC820013) و وزارت دادگستری جمهوری خلق چین (Grant No. 06SFB3028) است و نسخه قبلی آن در سمپوزیوم سالانه انجمن حقوقی اقتصاد بین‌الملل چین (CSIEL) در شهر ژانگجیان (Zhangjian) در ۲ تا ۵ نوامبر ۲۰۰۷ ارائه و در دسامبر ۲۰۰۷ تکمیل شد.

۲. استادیار حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه زیامن (Xiamen) جمهوری خلق چین.
(Email: caicongyan@xmu.edu.cn or caicongyan@163.com).

۳. دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی
Email: h.salimy@yahoo.com

۴. Bilateral Investment Treaties (BITs).

بود که به‌ندرت امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی را تحت پوشش خود قرار می‌داد. از اواسط دهه ۱۹۹۰ معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، رشد فزاینده‌ای داشته‌اند. تعداد معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی تا پایان سال ۲۰۰۶ به ۵۵۰۰ مورد رسیده^۵ که بسیار بیش‌تر از تعداد معاهدات بین‌المللی در سایر زمینه‌های حقوق بین‌الملل است و این تعداد همچنان در حال افزایش است. در همان حال، یعنی تا سال ۲۰۰۷، تعداد پرونده‌های داوری گزارش شده درخصوص سرمایه‌گذاری، که مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بودند، به ۲۹۰ مورد رسیده بود. همچنین تنها نهاد چندجانبه حل و فصل اختلافات بین‌المللی، یعنی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی،^۶ که براساس کنوانسیون ناظر بر حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها (کنوانسیون ایکسید یا کنوانسیون واشنگتن)^۷ شکل گرفته، از سال ۱۹۷۳ تا سال ۲۰۰۷، ۱۸۲ مورد دعوا را ثبت کرده است.^۸ این تعداد خیلی بیش‌تر از پرونده‌های رسیدگی شده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری^۹ در فاصله سال‌های ۱۹۴۷ تا ۲۰۰۷ است.^{۱۰} تعداد اختلافات بین‌المللی ارجاع شده به داوری نیز همچنان در حال افزایش است. پویایی قابل ملاحظه رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، برخی مفسرین را متقاعد ساخته که امروزه بیش‌ترین پیشرفت‌ها مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.

۲. پویایی معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بدون شک نیروی محرکه‌ای برای اثرگذاری بر اجرای حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود. در واقع، موضوع اساسی در رویه معاهده‌ای فعلی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، نحوه ارتباط با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است. علاوه بر این، به اعتقاد نگارنده، پذیرش یا عدم پذیرش قاعده «حداقل استاندارد رفتاری»^{۱۱} که به‌عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، نگرانی‌های دولت چین را در طول مذاکرات آتی با دولت آمریکا درخصوص انعقاد معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه افزایش می‌دهد. در این مقاله، تکوین (بخش ۲)، اجرا (بخش ۳) و تغییر (بخش ۴) قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در رویه معاهده‌ای جاری سرمایه‌گذاری بین‌المللی بررسی می‌شود.

5. UNCTAD, World Investment Report 2007, United Nations, New York and Geneva, 2007, xvii.

6. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

7. Convention on the Settlement of Investment Disputes between the States and Nationals of Other States, www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm, last visited on 1 June 2007.

8. UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA MONITOR No. 2 (2008), UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3, 1.

9. International Court of Justice (ICJ).

10. From 22 May 1947, when the first case was submitted, to 18 September 2007, ICJ has registered 136 cases, www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&PHPSESSID=3a4e7fb76e2408cc3a3190e84f847ab6, last visited 18 September 2007.

11. minimum treatment standard

بخش دوم) معاهدات سرمایه‌گذاری و تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی فصل اول) ساز و کار تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

۳. از لحاظ تاریخی، عرف بین‌المللی، در مقایسه با معاهدات بین‌المللی، منبع قدیمی‌تر و اصلی حقوق بین‌الملل بوده و امروزه بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی، به‌ویژه آن‌ها که متعلق به کشورهای آنگلو ساکسون هستند هنوز بر این باورند که عرف بین‌المللی مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل است.^{۱۲} درحالی‌که بند ۱ «a» ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهدات را در فهرست منابع اصلی حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد، بند ۱ «b» ماده اخیر نیز به‌صراحت عرف بین‌المللی را در فهرست مزبور، به‌عنوان یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل معرفی می‌کند.

۴. بند ۱ «b» ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، تصریح می‌کند: «عرف بین‌المللی، به‌منزله دلیل رویه عام، همچون قاعده حقوقی پذیرفته شده است». عموماً این اعتقاد وجود دارد که برای تکوین قاعده عرفی بین‌المللی باید دو شرط وجود داشته باشد: رویه عام و اعتقاد حقوقی. مورد اول، الزام مادی یا عنصر عینی است و مورد دوم، الزام روانی یا عنصر معنوی.^{۱۳}

۵. مطابق با تئوری‌های برجسته حقوق بین‌الملل، «رویه عام» به رویه‌های تکراری و یکسان دولتی اشاره دارد که هم شامل فعل و هم شامل ترک فعل می‌شود و وجود یا عدم آن از سه وجه آتی قابل اثبات است: اولین وجه، عمومیت رویه است. عمده‌تاً گفته می‌شود این شرط، زمانی برقرار است که دولتهایی که قادر به مشارکت در رویه عامند، یا در موضوع رویه دولتی ذینفع هستند، عملاً در آن شرکت کنند. به عبارت دیگر، همان‌طور که یان براونلی عنوان داشته است: «شمولیت عام، لازم نیست».^{۱۴} دومین وجه، همسانی و انسجام رویه است. این شرط زمانی برقرار می‌شود که غالباً رفتارهای ویژه مشابهی شکل گیرند و هیچ مخالفتی صورت نگیرد. به هر صورت، همسانی و انسجام، مطلق نیست. در غیر این صورت، قاعده عرفی به‌ندرت می‌تواند شکل بگیرد. در واقع، انحرافات جزئی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تثبیت شده می‌تواند عملاً مورد اغماض قرار گیرد. وجه سوم، دوره زمانی رویه دولتی است. مطابق با نظر یان براونلی، اگر انسجام و عمومیت رویه اثبات شود، هیچ‌گونه دوره زمانی خاصی لازم نیست؛ چرا که گذر زمان

12. G.J.H. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 113.

۱۳. در هر حال، برخی از حقوقدانان بین‌المللی بر اعتقاد حقوقی (opinio juris) تأکید دارند درحالی‌که برخی دیگر بیش‌تر به رویه عام نظر دارند و حتی اعتقاد حقوقی را نادیده می‌گیرند.

See: G.J.H. van Hoof, ibid., 85-87.

14. Ian Brownlie, Public International Law (6th edn, Oxford University Press, 2003), 7.

مطمئناً بخشی از دلیل بر عمومیت و انسجام رویه خواهد بود.^{۱۵} لی هائوپئی در این خصوص نظر مشابهی دارد و بر این باور است که دوره زمانی باید در هر مورد خاص، به تراکم روابط بین‌المللی خاص بستگی داشته باشد.^{۱۶}

۶. تشخیص وجود عنصر معنوی مشکل‌تر است. بند «b» ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از مفهوم «پذیرفته شدن به‌عنوان قانون» صحبت می‌کند. این امر، تحت عنوان اعتقاد حقوقی مطرح می‌شود. برخی محققین استدلال می‌کنند که پذیرفته شدن به‌عنوان قانون، بدین معنا است که رویه خاصی از سوی دولت‌ها به‌عنوان «الزام»، به رسمیت شناخته شود. به‌هرحال، برخی از حقوقدانان بین‌المللی چنین استدلالی ندارند. به‌عنوان مثال هودسون خاطرنشان می‌کند که از «پذیرفته شدن به‌عنوان قانون» چنین برداشت می‌شود که یک رویه خاص یا هماهنگ با حقوق بین‌الملل متداول، ضروری است.^{۱۷} دیدگاه افراطی در این خصوص این است که برای تکوین قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، نیازی به عنصر معنوی نیست.^{۱۸} در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری، دو رویکرد متفاوت نسبت به عنصر معنوی وجود دارد: دیوان مزبور در بسیاری از قضایا، به استنباط عنصر معنوی از رویه عام، اجماع در نوشته‌ها، یا تصمیمات قبلی خود یا سایر مراجع بین‌المللی تمایل داشته است. در موارد نسبتاً اندک، دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص تعیین عنصر معنوی رویه دولتی، رویکردی مضیق اتخاذ کرده است.^{۱۹} در این باره، بالاخص استدلال فهیمانه آنتونیو کاسسه باید ذکر شود. به نظر وی نه‌تنها عنصر ذهنی مضیق، بلکه همچنین ضرورت اجتماعی، اقتصادی و سیاسی *Opinio necessitates* می‌تواند به‌عنوان عامل معنوی در فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محسوب شود.^{۲۰} به نظر ما، این استدلال قابل قبول است؛ چرا که به‌درستی بیانگر برداشت جدید از مبنای عرف بین‌المللی، حداقل از اواخر دهه ۱۹۷۰ به این طرف است. عرف بین‌المللی پیوسته بر نیازهای واقعی جامعه بین‌المللی مبتنی است و لزوماً «رضایت ضمنی» یا «وجدان حقوقی جمعی» را که برای اعضای متعدد جامعه بین‌المللی شناخته شده است، بیان نمی‌کند.^{۲۱}

۷. براساس ملاحظات آنکه در بالا مطرح شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگرچه برای تکوین قواعد عرفی، در کنار رویه عام، عموماً نوعی شرط معنوی نیز به‌عنوان عنصر ضروری

15. *Ibid.*

16. See LI Haopei, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Concepts and Sources of International Law) (Guizhou People's Press, 1994), 91.

17. Cited from Ian Brownlie, above n.7, 8.

18. Ian Brownlie, above n.7, 8. Also see G.J.H. van Hoof, above n.5, 86.

19. Ian Brownlie, above n.7, 8.

20. Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press, 2005), 156.

21. LI Haopei, above n.9, 101.

مطرح می‌شود، اما چنین شرطی لزوماً عامل «الزام‌آور» تلقی نمی‌شود.

۸. مطابق با نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و نظر بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی، سندیت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از این سه منبع قابل استخراج است: روابط دیپلماتیک بین‌الدولی که به شکل معاهدات، اعلامیه‌ها و سایر اسناد دیپلماتیک بین‌الدولی است؛ عملکرد نهادهای بین‌المللی که به صورت تصمیمات، آرا و غیره جلوه‌گر می‌شود؛ اقدامات بین‌الدولی که در قالب حقوق، قواعد، تصمیمات قضایی، اداری و غیره مطرح می‌شود.^{۲۲} اما روشن نیست که آیا روش‌های مختلف تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، اعتبار و ارزش متفاوت دارند یا خیر. در هر حال، بدیهی است که این اختلاف نظرها از نقشی که معاهدات، بالاخص انواع مختلف معاهدات، در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند، ناشی می‌شود.

درخصوص معاهدات، عموماً اگر چه در قضایای *فلات قاره دریای شمال* تأکید شد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند از طریق رویه معاهده‌ای تثبیت شود، ولی دیوان بین‌المللی دادگستری همچنان هشدار داد که نباید درخصوص تأثیر معاهدات مبالغه شود و تشخیص قصد و نیت طرفین متعاقد در این مورد، ضروری است.^{۲۳} وان هوف درباره ارزش انواع مختلف معاهدات در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، بر این باور است که معاهدات منعقدہ میان دولت‌ها در مقام «سازنده» یا «قانون ساز» حقوق بین‌الملل و «مصرف کننده» یا «تابع قانونی» حقوق بین‌الملل، کارکردهای متفاوتی داشته و ایجاد این نوع تفکیک، که گاهی منجر به مبالغه در تأثیر انواع خاص رویه دولتی می‌شود، نوعی قصور و کوتاهی است.^{۲۴} بدیهی است وان هوف، طبقه‌بندی مشهور موسوم به «معاهدات قانون ساز» و «معاهدات قراردادی» را پذیرفته است. عمدتاً می‌توان عنوان کرد که معاهدات چندجانبه، به عنوان معاهدات قانون ساز قلمداد می‌شوند و سایر معاهدات، که شامل معاهدات دوجانبه می‌شود، معاهدات قراردادی محسوب می‌شوند. به هر صورت، این طبقه‌بندی توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته نشد و کنوانسیون وین درخصوص حقوق معاهدات، عملاً همه انواع معاهدات را یکسان تلقی کرد. در هر حال، امروزه این رویکرد به مذاق بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی خوش نمی‌آید.^{۲۵} به عنوان مثال، همان‌طور که در کتاب حقوق بین‌الملل اثر اپنهایم به خوبی بیان شده است، همه انواع معاهدات، قانون ساز هستند؛ زیرا همه آن‌ها قواعد رفتاری را مقرر می‌دارند که همه طرفین، ملزم به رعایتشان به عنوان قانون هستند و تفکیک معاهدات قانون ساز از معاهدات غیرقانون ساز «صرفاً

22. WANG Tiejia (ed.), *Guoji Fa (International Law)* (Law Press, China, 1995), 15.

23. ICJ Reports 1969, 4

24. G.J.H. van Hoof, above n.5, 88.

25. Ian Brownlie, above n.7, 608–609.

برای سهولت» است.^{۲۶}

۹. لازم به ذکر است که راجع به تأثیر معاهدات در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، نباید مبالغه کرد. دلیل آن هم این است که برعکس رویه دولتی در عرصه داخلی که در آن، دولت‌ها بر مبنای اراده و انتظارات واقعی‌شان آزادی عمل دارند، در عرصه بین‌المللی، سیاست قدرت منجر به ایجاد وضعیتی می‌شود که در آن مبادلات متعدد دیپلماتیک بین‌الدولی، شامل مذاکره و انعقاد معاهدات، در بسیاری از موارد، تنها نتیجه کشمکش‌های سیاسی و حتی فشارهای زیاد است. به عبارت دیگر، بسیاری از معاهدات بدون اراده آزاد طرفین متعاهد منعقد می‌شوند. لذا باید درخصوص تشخیص عنصر معنوی ناشی از معاهدات، محتاط بود. درباره این موضوع که آیا معاهدات دوجانبه و چندجانبه، در مورد ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، کارکردهای متفاوت دارند یا خیر، به گمان بنده، دارند. به هر صورت، پاسخ من بر تفکیک غیرمنطقی انواع معاهدات، به معاهدات قانون‌ساز و معاهدات قراردادی مبتنی نیست، بلکه بر ملاحظه مبانی مختلف مذاکرات مربوط به معاهدات دوجانبه و چندجانبه استوار است.

لازم به ذکر است که در مذاکرات مرتبط با معاهدات دوجانبه و چندجانبه، غالباً نابرابری فاحشی بین قدرت‌های مذاکره‌کننده وجود دارد. در مذاکرات مربوط به معاهدات چندجانبه، «ساز و کار بازی چندجانبه» که همه دولت‌های مذاکره‌کننده در آن شرکت دارند، ممکن است تا اندازه زیادی این اختلاف قدرت موجود میان دولت‌های مذاکره‌کننده را جبران سازد. برعکس، در مذاکرات مربوط به معاهدات دوجانبه، «ساز و کار بازی دوجانبه» که در آن تنها دو دولت مذاکره‌کننده درگیر هستند، در بسیاری از موارد، منجر به مواجهه مستقیم میان دو کشور مزبور می‌شود. نتیجه این وضعیت، شکست در مذاکرات یا موفقیت‌آمیز بودن مذاکرات با هزینه منافع یکی از طرفین است. بنابراین، مبنای معاهدات چندجانبه، عادلانه‌تر از معاهدات دوجانبه است. وجود این اصل، بذل توجه کافی درخصوص تشخیص وجود اعتقاد حقوقی را ضروری می‌سازد.

۱۰. به هر صورت، دیوان بین‌المللی دادگستری به هر نحو از ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای حمایت می‌کند. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات، موضع مثبتی دارد. همان‌طور که ماده ۳۸ کنوانسیون مزبور مقرر می‌دارد، «نسبیت معاهدات مانع از آن نیست که قاعده مقرر در یک معاهده، که به‌عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده، برای کشور ثالث الزام‌آور گردد». علاوه بر آن، با توسعه تدریجی حاکمیت بین‌المللی قانون، معاهدات میان کشورها، بالاخص آن‌هایی که مربوط به حاکمیت

26. Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law* (9th edn, Vol. 1, Longman Group UK Limited, 1992), 1203-1204.

بین‌المللی قانون هستند یا روابط مطلوب کشورها با همدیگر را فراهم می‌سازند، راحت‌تر می‌توانند به اعتقاد حقوقی منجر شوند. علاوه بر آن، در مقایسه با سایر فعالیت‌های بین‌الدولی، مثل بیانیه‌های دیپلماتیک و یادداشت‌ها یا سخنرانی‌های سران دولت‌ها، انعقاد معاهده توسط نمایندگان دیپلماتیک و به‌ویژه تصویب چنین معاهداتی توسط قانونگذار ملی، قطعاً یک عمل حقوقی کاملاً رسمی محسوب می‌شود و از این‌رو باید تلقی حقوق و تعهدات قانونی مقرر شده در فرایند انعقاد و تصویب معاهده را انتظار داشت.

فصل دوم: تأثیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

گفتار اول) تحلیل نظری

۱۱. آشکارا مواضع مختلفی درخصوص نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بالاخص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد. برخی مفسرین غربی بر این باورند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری وسیله‌ای مهم برای تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شوند. دلایل عمده آن‌ها عبارتند از: اولاً تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری جریان فزاینده قابل ملاحظه‌ای دارند و این جریان بعداً به وسیله شروط رفتاری ملت‌های کامله‌الوداد^{۲۷} چندین برابر نیز شده است. ثانیاً کشورهایی که قبلاً معیار کلاسیک قاعده «هال» را درخصوص جبران خسارت رد می‌کردند، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دربردارنده آن قاعده را امضا کرده‌اند.^{۲۸} ثالثاً شاید تعریف کلاسیک حقوق بین‌الملل عرفی از حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ناکافی یا حداقل ناقص باشد.^{۲۹} از سوی دیگر، برخی از مفسرین غربی نیز عنوان می‌دارند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نقش مهمی در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا نمی‌کنند. دلایل عمده آن‌ها به شرح آتی است: اولاً اگرچه تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری افزایش قابل ملاحظه‌ای یافته و مشابهت‌های زیادی میان آن‌ها وجود دارد، اما معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امضا شده توسط کشورهای در حال توسعه، بدون محکم‌سازی تعهدات نبوده یا در راستای تبیین تعهدات حقوقی نیستند. کشورهای در حال توسعه مزبور فقط به دنبال منافع اقتصادی و جذب سرمایه‌گذاری خارجی، از طریق ساز و کار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بوده‌اند که این امر منجر به فقدان اعتقاد حقوقی می‌شود.^{۳۰} ثانیاً اگرچه

27. Most-Favored Nation

28. F.A. Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, 52 BYBIL (1982), 249.

29. Andreas F. Lowenfeld, Investment Agreement and Investment Law, 42 Columbia JTL (2003), 130.

30. Andrew T. Guzman, Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 Virginia JIL (1998), 685-687.

ساختار و محتوای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، گرایش به سمت انسجام هر چه بیش‌تر دارد، ولی بررسی‌های تجربی موجود نشان داده‌اند که به دلیل وجود عدم قطعیت و تناقض شدید، وجود نوسان و اختلاف زیاد در انعقاد سریع آن‌ها و تأثیر زیاد ملاحظات سیاسی بر رویه دولت‌ها، تشخیص وجود رسم متحدالشکل و منسجم، که به‌عنوان حقوق تنظیم‌کننده سرمایه‌گذاری خارجی پذیرفته شود، درخصوص همه معاهدات، آسان نیست.^{۳۱}

۱۲. به نظر نگارنده تقریباً همه حقوق‌دانان بین‌المللی چین بر این باورند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری صرفاً نقشی محدود و حتی ناچیز در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند. در کنار استدلال مبنی بر وجود تعارض‌های مشهود میان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برخی مفسرین چینی، بالاخص چنین تأکید دارند که کشورهای در حال توسعه، به دلیل ملاحظات سیاسی به انجام مذاکره و امضای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب می‌شوند و لذا شکل‌گیری اعتقاد حقوقی در این خصوص غیرممکن است.^{۳۲}

۱۳. نگارنده همچنین بر این باور است که نباید درباره تأثیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مبالغه شود. به عبارت دیگر، تعارضات مهمی در میان معاهدات دوجانبه متعدد سرمایه‌گذاری وجود دارد و بنابراین، تحقق شرط رویه عام مسلماً مشکل است. بررسی مهمی که توسط کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) درخصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد در فاصله سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۶ صورت گرفت، وجود برخی تعارضات مهم میان معاهدات دوجانبه اخیر سرمایه‌گذاری را آشکار ساخت. آنکتاد با در نظر گرفتن قاعده «مصادره» و «جبران خسارت» به‌عنوان نمونه، دریافت که با وجود چهار عنصر مصادره قانونی یعنی منفعت عمومی، عدم تبعیض، طی تشریفات قانونی و جبران خسارت «فوری، کافی و مؤثر» در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برداشتهای متفاوتی از «تشریفات قانونی» وجود دارد. در برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، «تشریفات قانونی» به قانونی بودن اشاره دارد، درحالی‌که تصور می‌شود در برخی دیگر از این‌گونه معاهدات، «تشریفات قانونی» شامل تجدیدنظر قضایی مؤثر است.^{۳۳} باید خاطرنشان شود که برخی کشورهای در حال توسعه، به‌ویژه آرژانتین، غالباً در سال‌های اخیر در مراجع داوری بین‌المللی،

31. Bernard Kishoiyian, The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law, 14 JIL & Business (1994), 372.

32. LIU Sun, International Law for Protecting International Investment (Law Press, China, 2002), 468–469; YANG Weidong, Bilateral Investment Treaties as the Source of Investment Law, 5 Zhongguo Guoji Jingji Fa Xuekan (Chinese JIEL) (2002), 324.

33. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/ IIT/2006/ 5, New York and Geneva, 2007, 47–48.

طرف دعوا واقع شده‌اند.^{۳۴} این وضعیت نامطلوب، احتمالاً برخی از آن‌ها را به تعدیل استراتژی آزادشان درخصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب خواهد کرد و همچنین ممکن است به درج برخی قواعد محافظه‌کارانه در معاهدات دوجانبه آتی سرمایه‌گذاری منجر شود. این امر یک عامل کاملاً محتمل، درخصوص تأثیر نقش معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، در تکوین قواعد حقوق بین‌المللی عرفی است.

۱۴. از سوی دیگر، همچنین در مقابل استدلال مفسرین چینی و غربی که با در نظر گرفتن اعتقاد حقوقی در رویه معاهده‌ای، به‌طور کلی عنوان می‌دارند هیچ‌گونه عنصر معنوی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری وجود ندارد، نگارنده از این استدلال حمایت می‌کند که نقش ایفا شده توسط معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نباید بیش از حد برآورد شود. به هر صورت به اعتقاد نگارنده، این ادعا که کشورهای در حال توسعه تنها به دلیل ملاحظات اقتصادی به امضای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب می‌شوند، ادعایی که از سوی مفسرین چینی — غربی در حمایت از مواضعشان ارائه می‌شود، مورد قبول نیست. همان‌طور که قبلاً خاطر نشان شد کمیسیون حقوق بین‌الملل خود فی‌نفسه از تفکیک موسوم به معاهدات قانون‌ساز و معاهدات قراردادی حمایت نمی‌کند. نگارنده درخصوص مورد خاص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری معتقد است که در واقع همه کشورها معاهدات بین‌المللی را در تعقیب منافع خود منعقد می‌کنند و معاهدات بین‌المللی وسیله‌ای برای تخصیص منافع است، همان‌طور که دقیقاً سایر اسناد حقوقی چنین هستند. بنابراین، انکار وجود عنصر معنوی صرفاً بر مبنای تفکیک منافع «اقتصادی» و سایر انواع منافع، غیرمنطقی است. در واقع، در این راستا، این مفسرین پاسخگویی به مسأله وجود یا عدم وجود عنصر روانی را درخصوص کشورهای توسعه یافته یا غیر آن، که از طریق ساز و کار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خواهان تدارک حمایت قانونی از سرمایه‌گذاری خارجی‌شان هستند، ضروری می‌بینند. به نظر نگارنده، توجیه مناسب برای انکار وجود اعتقاد حقوقی درخصوص کشورهای در حال توسعه، در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، این است که در بسیاری از موارد، این کشورها، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را در نتیجه فشار بیش از حد کشورهای توسعه یافته یا در نتیجه نیل به

34. Carlos E. Alfaro and Pedro M. Lorenti, The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals—A Conflict between International and Domestic Law?, 6 The Journal of World Investment & Trade (2005); CHEN An and CAI Congyan (eds), Guoji Touzi Fa De Xin Fazhan Yu Zhongguo Shuangbian Touzi Tiaoyue De Xin Shijian (New Developments of International Investment Law and New Practices of Chinese Bilateral Investment Treaties) (Fudan University Press, 2007, Chapters 13, 14).

آرمان مشروعیت بین‌المللی در طول فرایند تحول اقتصادی یا سیاسی منعقد می‌کنند.^{۳۵} تحت چنین شرایطی، یافتن عنصر معنوی در رفتار کشورهای در حال توسعه، واقعاً غیرمنطقی است. در هر حال، با تصور این که کشورهای در حال توسعه الزام روانی قطعی‌شان را در حمایت از وجود نوعی تعهد، بیان می‌کنند، حداقل با وجود چنین امری مخالفت نمی‌ورزند و با ملاحظه انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری توسط مأموران دیپلماتیک و این که تصویب آن توسط مراجع ملی یک عمل حقوقی رسمی است، استدلال مبتنی بر تحقق وجود الزام روانی چندان غیرمنطقی نیست.

۱۵. عوامل زیر توجه به نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را ضروری می‌سازد.

۱۶. اولاً در گذشته، ارزیابی نقش رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، کاملاً مبتنی بر رویه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد در قبل از اواسط دهه ۱۹۹۰ بود. پیشرفت‌های چشمگیر بعد از اواسط دهه ۱۹۹۰ به‌ندرت مورد توجه قرار گرفته بودند. مطابق با نظر آنکتاد، تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سال ۱۹۹۵ کم‌تر از ۱۵۰۰ مورد بود، اما تعداد آن در پایان سال ۲۰۰۶ به ۲۵۷۳ رسیده^{۳۶} و این تعداد هنوز هم به‌صورت مستمر در حال افزایش است. علاوه بر آن، در کنار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، سایر معاهدات بین‌المللی شامل قواعد سرمایه‌گذاری که نوع خاصی از آن موافقتنامه تجارت

۵۳. همان‌طور که یک عضو سابق تیم مذاکره‌کننده وزارت کشور ایالات متحده برای انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، خوزه الوارز (Jose E. Alvarez) پذیرفت: به نظر بسیاری، روابط ناشی از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌ندرت معامله‌ای ارادی و غیراجباری است. آن‌ها [شرکای معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه ایالات متحده] احساس می‌کنند که یا باید وارد ترتیبات شوند یا در غیر این صورت، احمق خواهند بود... [اما] امروزه حقیقت این است که مدل معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده، به اصطلاح، به‌عنوان پیشنهاد «یا آن را بگیر یا آن را رها کن» قلمداد نمی‌شود... مذاکره برای انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بحث میان حاکمیت‌های برابر نیست، بلکه بیش‌تر شبیه یک سمینار آموزشی بزرگ است که از سوی ایالات متحده براساس چارچوب‌های خود، که به‌موجب آن ایالات متحده متناسب با طرح‌های خودش رفتار خواهد کرد، برگزار می‌شود.

Cited from Gennady Pilch, The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties, 96 ASIL Proceedings (1992), 552-553

به همین ترتیب، همان‌طور که از سوی واندرولده (Vandeveldel) مطرح شده، ملاحظات سیاسی نقش مهمی در مذاکرات مربوط به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، میان ایالات متحده از یک سو و برخی کشورهای در حال توسعه و کشورهای اروپای شرقی بعد از فروپاشی امپراتوری شوروی از سوی دیگر، ایفا کرده است و درخصوص آن کشورها، به‌ندرت امکان معامله برابر با ایالات متحده وجود دارد.

See Kenneth J. Vandeveldel, United States Investments: Policy and Practice (Law and Taxation Publisher, 1992), 26-28.

36. UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, 2007, 3.

آزاد^{۳۷} است، از اواسط دهه ۱۹۹۰، توسعه و ترقی یافته‌اند. تا سال ۲۰۰۶ تعداد موافقتنامه‌های تجارت آزاد بیش از ۲۴۰ عدد شده^{۳۸} و این مجموعه نیز همچنان در حال افزایش است. این استدلال منطقی است که وجود چنین مجموعه بزرگی از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دلالت بر تمایل کشورهای متعدد، بر نیل به نوعی اتفاق آرا درخصوص امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد. در واقع، امور سرمایه‌گذاری به اصطلاح جزء سیاست نرم محسوب می‌شوند و بنابراین، نیل به اجماع درخصوص امور سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها آسان‌تر از نیل به اجماع در مورد موضوعات با «جنبه حاد سیاسی» است. مهم‌تر این‌که محتوای معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که اخیراً منعقد شده‌اند در مقایسه با محتوای معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی قدیمی، شباهت بیش‌تری دارند و در واقع آن‌ها دارای قواعد کاملاً همسان زیادی هستند. بنابراین، امروزه توجیه وجود عنصر مادی رویه عام در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی امکان‌پذیر است.

۱۷. ثانیاً در گذشته، حقوق‌دانان بین‌المللی، ظاهراً روی بررسی این مسئله متمرکز بودند که آیا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی عام که درخصوص همه کشورها اعمال می‌شود، در رویه معاهده‌ای مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی تعقیب شده است یا خیر؛ درحالی‌که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای یا آن قواعد عرفی را که تنها درخصوص برخی کشورها اعمال می‌شوند، نادیده گرفته بودند. اگرچه بر طبق بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، تنها شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی عام است و به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محلی یا منطقه‌ای اشاره‌ای نمی‌کند، اما دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی،^{۳۹} قضیه اتباع/امریکایی در مراکش^{۴۰} و قضیه حق عبور از دریای سرزمینی هند^{۴۱} تأکید دارد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، هم در حقوق بین‌الملل عرفی عام و هم در حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای متجلی است. البته دیوان بین‌المللی دادگستری با علم به این‌که تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای یا محلی مشکل است، عنوان می‌دارد که تکوین این قواعد باید با معیار محدودتری توجیه شود.^{۴۲}

۱۸. بر همگان آشکار است که همگرایی اقتصادی منطقه‌ای از اواسط دهه ۱۹۹۰ رونق گرفت. در این چارچوب جدید، موافقتنامه‌های تجارت آزاد و سایر اسناد مرتبط با همگرایی اقتصادی

37. Free Trade Agreement (FTA).

38. *Ibid.*, 3.

39. ICJ Reports 1960, 7.

40. ICJ Reports 1952, 199–200.

41. ICJ Reports 1960, 39–43.

42. ICJ Report 1950, 266. See also Anthony D'Amato, *International Law Sources* (Martinus Nijhoff Publishers 2004), 204–206.

منطقه‌ای، اشکال جدید معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و منابع جدید حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی قلمداد شده‌اند.^{۴۳} این اسناد حقوقی جدید، به‌ویژه تعاملشان با معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای را تسریع خواهد کرد.

۱۹. ثالثاً در گذشته، حقوقدانان بین‌المللی که نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بررسی می‌کردند، عمدتاً بر متون حقوقی تأکید می‌کردند و توجه بسیار کمی به سایر ابعاد مسأله، شامل داورهای اختلافات سرمایه‌گذاری و بیانیه‌های دولتی داشتند، درحالی‌که بدیهی است آن‌ها ساز و کار تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را تسهیل می‌کنند. برای مثال، اگرچه در دهه ۱۹۹۰ سخن گفتن از این‌که همه کشورهای در حال توسعه قاعده «ها/ل» را پذیرفته‌اند، دشوار بود، اما تقریباً همه مراجع داورى بین‌المللی، مطابق با قاعده «ها/ل» حکم به جبران خسارت می‌دادند. به‌عنوان نمونه دیگر، اگرچه ماهیت حقوقی رفتار عادلانه و منصفانه در ماده ۱-۱۰۵۱ نفتا تعریف نشده، اما مرجع داورى نفتا خاطرنشان کرد که: (۱) بیانیه‌های صادر شده متعدد ایالات متحده درخصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، شامل لحنی است که در موافقتنامه‌های تجارت آزاد آمده و بیانیه‌های رسمی مربوطه مکرراً نه به «The minimum standard of treatment» بلکه به «minimum standard of treatment» اشاره کرده‌اند. (۲) بیانیه دولت کانادا درخصوص اجرای نفتا، مقرر داشته که ماده ۱-۱۱۰۵ حداقل استاندارد رفتاری مطلق مبتنی بر اصول کلاسیک حقوق بین‌الملل عرفی را فراهم می‌سازد. (۳) مکزیکی همچنین از استدلال کانادا حمایت کرد.^{۴۴}

۲۰. رابعاً حتی به رغم این استدلال که کشورهای در حال توسعه، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را صرفاً در تعقیب منافع اقتصادی خود منعقد کرده‌اند و از این‌رو در برخی موارد رد وجود عنصر معنوی مستدل است، ظاهراً دیگر این استدلال راجع به دیگر کشورهای در حال توسعه که اخیراً به‌عنوان صادرکنندگان سرمایه درآمده‌اند، صادق نیست. این دلیل کاملاً واضح است، چرا که کشورهای اخیر، به‌عنوان صادرکنندگان سرمایه، همچنین خواستار تدارک حمایت حقوقی از سرمایه‌گذاران خارجی‌شان هستند.

43. See YU Jinson, Investment Liberalization Issue in Regional Arrangements, in: WANG Guiguo (ed.), Quyu Anpai Falv Wenti Yanjui (Legal Issues of Regional Arrangements) (Peking University Press, 2004), 44-74.

44. See *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/ 99/2, Award (11 October 2002), paras 111-112.

گفتار دوم) تحلیل تجربی: ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و قاعده «هال»

بند اول) استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان قاعده حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای

۲۱. رفتار عادلانه و منصفانه که از منشور سازمان تجارت بین‌المللی ۱۹۴۸ هاوانا ناشی شده،^{۴۵} استاندارد رفتاری مطلق در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. در سال‌های اخیر، سرمایه‌گذاران خارجی غالباً به خاطر نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، به مراجع داوری بین‌المللی توسل جسته‌اند و در بسیاری از موارد نیز به طور موفقیت‌آمیز از سوی مراجع مزبور مورد حمایت واقع شده‌اند. درخصوص ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه سه استدلال ارائه شده است: استاندارد مبتنی بر حداقل استاندارد بین‌المللی لازم بر طبق حقوق بین‌الملل عرفی، استاندارد مبتنی بر حقوق بین‌الملل که شامل همه منابع می‌شود، و استانداری که یک استاندارد معاهده‌ای خود بسنده است.^{۴۶}

۲۲. استیونس و دالزر در متون حقوقی مربوطه دریافتند که در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، در ابتدای شروط رفتاری کلی جای داشت. در سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه با مقرره‌ای پیرامون حمایت از سرمایه‌گذاری و تضمین آن همراه بود. هنوز در برخی از سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه با مقرره‌ای درخصوص ممنوعیت موازین تبعیض‌آمیز یا با استانداردهای داخلی و شرط ملتهای کامله‌الوداد مرتبط است.^{۴۷} پس می‌توان گفت که رویه عام لازم، برای تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هنوز محقق نشده است. به هر صورت، این تعارض‌ها و مشاجرات، مانع از ارائه تعریف راجع به ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه براساس سیستم نفتا نمی‌شود.

۲۳. بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا مقرر می‌دارد: «هر طرف باید با سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر، رفتاری مطابق با حقوق بین‌الملل، شامل رفتار منصفانه و عادلانه، همراه با توافق و حمایت کامل داشته باشد». این بند در واقع استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی تعریف نمی‌کند. در هر حال، در چندین مورد، سرمایه‌گذاران خارجی مدعی نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از سوی کشورهای میزبان عضو نفتا بودند و مراجع داوری نیز

۵۴. ماده ۱۱(۲) منشور هاوانا مقرر می‌دارد: «تضمین رفتار عادلانه و منصفانه در قبال شرکت، سرمایه، هنر و فناوری وارداتی از یک کشور عضو به دیگری».

46. OECD, International Investment Law: A Changing Landscape (2005), 81.

47. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 58-59.

در این خصوص استاندارد مزبور را به روش خیلی موسع تبیین کرده‌اند. در دعوی *متال کلد* علیه مکزیک، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از سوی دیوان با مقوله «شفافیت» پیوند می‌خورد؛ آن‌جا که دیوان مقرر می‌دارد امتناع دولت مکزیک از تضمین چارچوبی شفاف و قابل پیش‌بینی برای برنامه‌ریزی تجاری و سرمایه‌گذاری متال، توأمأً نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قلمداد می‌شود.^{۴۸} در دعوی *اس.دی.مایرس* علیه دولت کانادا، دیوان این واقعیت را مطمح نظر قرار داد که نقض یک قاعده حقوق بین‌الملل که مخصوصاً برای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وضع شده، نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قلمداد می‌شود.^{۴۹} در دعوی *پوپ و تالبوت* علیه *دولت کانادا*، دیوان مقرر داشت که استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه باید به‌نحوی تفسیر شود که شامل «عناصر منصفانه، براساس استانداردهای عادی اعمال شده در کشورهای عضو نفتا»^{۵۰} شود. توضیحات بسیار کلی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به‌وسیله مراجع نفتا، دولت‌های عضو این سازمان را در وضعیتی نامطلوب قرار داد. در ۳۱ ژوئیه ۲۰۰۷، کمیسیون تجارت آزاد نفتا که براساس فصل ۱۱ نفتا ایجاد شده، یادداشت (اعلامیه) مشهوری صادر کرد و در آن، اعلام داشت:

«الف) ماده ۱-۱۱۰۵، استاندارد رفتاری حداقل حقوق بین‌الملل عرفی رفتار با بیگانگان را به‌عنوان حداقل استاندارد رفتاری که در قبال سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران خارجی طرف دیگر تعهد می‌شود، توصیف می‌کند. ب) مفاهیم «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و تضمین کامل»، نیاز به رفتاری فراتر یا خارج از آن رفتاری که بر طبق حداقل استاندارد رفتاری حقوق بین‌الملل عرفی بیگانگان لازم است، ندارد».

۲۴. گرچه یادداشت کمیسیون تجارت آزاد به‌منظور تحدید صلاحیت مراجع نفتا در توسعه استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه صادر شد، ولی یادداشت مزبور همچنین در تکوین استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، به‌عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای، براساس سیستم نفتا سهیم بوده است.

۲۵. البته همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی عنوان کرد، «طرفی که به عرف منطقه‌ای استناد می‌کند باید ثابت کند که این عرف به نحوی شکل گرفته است که،

48. *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/ 1, Final Award (30 August 2000), paras 75–76; 99–100.

49. *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Final Award on the Merits (13 November 2000), paras 262–264.

50. *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Final Merits Award (10 April 2001), para. 118.

برای طرف دیگر نیز الزام آور است.^{۵۱} از آن جا که بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا، به عنوان قاعده معاهده‌ای، قطعاً برای سه دولت عضو جنبه الزام آور دارد، وجود شرط خاص لازم برای تکوین قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، راجع به استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، قابل توجیه می شود.

۲۶. اگرچه به نظر می رسد که به طور کلی جایگاه حقوق بین الملل عرفی در نظام حقوق بین الملل به تدریج تنزل یافته، ولی «وان هوف» معتقد است که امکان دارد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای هنوز نقش قابل ملاحظه‌ای در زمینه خاصی از حقوق بین الملل ایفا کند.^{۵۲} به نظر نگارنده، اهمیت قواعد حقوق بین الملل عرفی باید از دو منظر ارزیابی شود. اول این که تکوین قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، در مقایسه با قواعد حقوق بین الملل عرفی عام، آسان تر است. تقسیم جامعه بین المللی به دو بلوک موسوم به بلوک شرقی - غربی و شمالی - جنوبی متداول است و کشورهای دو بلوک مختلف به لحاظ سیستم های حقوقی، اجتماعی و سیاسی ناهمگن هستند که این امر ممکن است مانع از تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی عام باشد. برعکس، وابستگی و ارتباط، در چارچوب سیستم های جغرافیایی، سیاسی، اقتصادی، حقوقی و سنت های تاریخی، کشورهای یک حوزه جغرافیایی را کاملاً متجانس می سازد. از این رو، ظهور قواعد حقوق بین المللی عرفی در چنین حوزه هایی آسان تر است. با این حساب نباید از ظهور قاعده عرفی در خصوص استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، در ظرف ۱۰ سال از اجرای نفتا، تعجب کرد. تجربه استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه براساس سیستم نفتا، نه تنها تأثیر برجسته معاهدات سرمایه گذاری بین المللی را در تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی آشکار می سازد، بلکه همچنین اهمیت مبانی را در تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی نشان می دهد. ثانیاً همان طور که داماتو به درستی خاطرنشان کرده، قواعد حقوق بین المللی عرفی عام برای تحت الشمول قرار دادن حوزه های خاص، خیلی مبهم هستند و قواعد حقوق بین المللی عرفی منطقه‌ای ممکن است در این خصوص نقش سرنوشت سازی ایفا کنند.^{۵۳} کاملاً مبرهن است که در مقایسه با معاهدات بین المللی، ابهام و عدم قطعیت، نقاط ضعف آشکار عرف بین المللی و دلیل اصلی برای افول و تنزل «حقوق بین المللی عرفی در کل» در چارچوب حقوق بین الملل است. در عوض، وضوح و قطعیت قواعد حقوق بین المللی عرفی منطقه‌ای، آشکارا از عوامل بسیار مهم برای حفظ و تقویت نقش قواعد حقوق بین الملل عرفی، حداقل قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، در گستره حقوق بین الملل است.

51. ICJ Reports 1950, 266.

52. G.J.H. van Hoof, above n.5, 115.

53. Anthony D'Amato, above n.33, 208.

بند دوم) قاعده «هال» به عنوان قاعده حقوق بین الملل عرفی عام

۲۷. جبران خسارت کامل در قبال مصادره، در اوایل قرن بیستم رویه‌ای عام در اروپا بود. در قضیه کارخانه کورزف، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مقرر داشت که درخصوص مصادره، پرداخت غرامت باید تا حد امکان، همه نتایج عمل غیرقانونی را پاک کرده، وضعیتی را مجدداً برقرار کند که به احتمال زیاد، اگر آن عمل ارتکاب نیافته بود، وجود می‌داشت. در سال ۱۹۳۸ وزیر کشور ایالات متحده، «کاردل هال» درخصوص مصادره اموال اتباع امریکایی توسط دولت مکزیک، طی یادداشتی دیپلماتیک به سفیر آن کشور در ایالات متحده، نظری ارائه داد که فرمول اصلی استاندارد جبران خسارت کامل تلقی شده است:

«دولت ایالت متحده زمانی که بیان می‌دارد، سوابق موجود و مراجع به رسمیت شناخته شده حقوق بین‌الملل از اعلامیه‌اش حمایت می‌کنند، صرفاً به این واقعیت روشن اشاره دارد که براساس هر قاعده حقوقی و اصل انصاف، هیچ دولتی حق مصادره اموال و دارایی‌های اشخاص را صرف‌نظر از هر هدفی، بدون رعایت مقررۀ ناظر بر پرداخت فوری، کافی و مؤثر ندارد».^{۵۴}

۲۸. «پرداخت فوری، کافی و مؤثر»، که در بالا ذکر شد، در بطن قاعده «هال» ناظر بر جبران خسارت داشته و از سوی قدرت‌های غربی به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد شده است.

۲۹. کشورهای در حال توسعه، مدت‌های مدید به قاعده «هال» معترض بودند. در دهه ۱۹۷۰ کشورهای مزبور به دستاوردهای بزرگی در به چالش کشیدن قاعده هال دست یافتند که سنگ بنای آن، تصویب منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها (قطعنامه ۳۲۸۱)، توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۴ بود.^{۵۵} منشور مزبور بیان می‌دارد که هر کشور حق «ملی‌سازی، مصادره و انتقال مالکیت خصوصی را دارد، اما در چنین موردی باید جبران خسارت متناسبی از سوی کشوری که چنین اقداماتی را انجام می‌دهد، صورت گیرد». ظهور استاندارد «جبران خسارت متناسب» به‌طور کاملاً مؤثر، قاعده هال را به چالش کشید. از آن زمان به بعد، قاعده هال در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد میان کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه یافته، پذیرفته نشده است.

۳۰. به هر صورت، در طول فرایند آزادسازی سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دهه ۱۹۹۰ به این طرف، موضع انتقادی کلاسیک کشورهای در حال توسعه، نسبت به قاعده هال به طرز

54. See Green H. Hackworth, Digest of International Law (1942), 658-659.

55. Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res 3281 (XXIX), UN GAOR, 29th Session Agenda Item 48, UN Doc./A/RES/3281/(XXIX)(1974), reprinted in 14 ILM (1975), 251.

فوق‌العاده‌ای تعدیل یافته است. آنکتاد بر این باور است که بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، امروزه در بردارنده لحنی هستند که همان اثر اعمال استاندارد «جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر» را در پی دارد.^{۵۶} همان‌طور که کامئوکس و کین سلا استدلال می‌کنند، قید رایج جبران خسارت «کامل»، سند و مدرکی بر عرفی بودن قاعده هال است.^{۵۷} همچنین یک مفسر چینی هشدار می‌دهد که اگر اغلب کشورهای در حال توسعه قاعده هال را در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بپذیرند، در آن صورت، ممکن است قاعده هال به یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل تبدیل شود.^{۵۸}

۳۱. به‌طور خلاصه می‌توان بیان کرد این واقعیت که قاعده هال عموماً در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد از دهه ۱۹۹۰، پذیرفته شده، بیانگر این امر است که احتمال ظهور قواعد حقوق بین‌المللی عرفی عام در زمینه سرمایه‌گذاری بین‌المللی وجود دارد.

بخش سوم) اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در داوری‌های مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری

۳۲. قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، دلالتی اساسی بر اجرای ساز و کار داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد. در واقع، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی غالباً در پرونده‌های ایکسید اجرا شده‌اند.^{۵۹} از آن‌جا که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در ارتباط با روابط میان کشورهای میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی، علاوه بر قواعد ثانوی عمدتاً شامل قواعد به‌اصطلاح اولیه نیز می‌شوند، لذا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط با مسئولیت دولتی، مثل استنکاف از اجرای عدالت، خصوصاً در داوری‌های سرمایه‌گذاری مهم جلوه می‌شوند. در واقع، تقاضای گسترده اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در داوری‌های سرمایه‌گذاری، فرصتی استثنایی برای این قواعد بین‌المللی، در راستای ابراز اهمیت و تکمیل‌شان فراهم می‌سازد.

56. UNCTAD, above n.25, 48.

57. Paul E. Comeaux and N. Stephan Kinsella, Protecting Foreign Investment Under International Law (Oceana Publication Inc., 1997), 76.

58. ZENG Huaquan, The Expropriation of Foreign Investment and the Standard of Compensation: Historical Division and Practical Challenge, 13 Zhongguo Guoji Jingji Fa Xuekan (Chinese JIEL) (2006), 68.

59. See Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge University Press, 2001), 612-614.

فصل اول: مبانی قانونی و رویه‌ای قضایی اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در داوری‌های مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

۳۳. در سطح متون حقوقی، اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسط مراجع داوری سرمایه‌گذاری، به‌موجب معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی مربوط تجویز و لازم شمرده شده است. برای مثال، ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون واشنگتن مقرر می‌دارد که مراجع مزبور باید مطابق با قواعد حقوقی، به همان شکلی که ممکن است توسط طرفین مورد توافق واقع شود، به اختلاف رسیدگی کنند. در فقدان چنین توافقی، مراجع مزبور باید حقوق کشور طرف تعهد (شامل قواعد آن کشور در خصوص تعارض قوانین) را بر چنین اختلافی اعمال کنند و همچنین قواعد حقوق بین‌الملل نیز ممکن است در این خصوص قابل اعمال باشد (تأکید اضافه شده است). از آن‌جا که حقوق بین‌الملل مندرج در ماده (۱) ۴۲، همان مفهوم «حقوق بین‌الملل» تصریح شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را دارد،^{۶۰} لذا بدون شک، اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از سوی مراجع داوری ایکسید قانونی است. مقررات مشابهی در این خصوص در موافقتنامه نفتا و معاهده منشور انرژی^{۶۱} وجود دارد.^{۶۲}

۳۴. برعکس، ماده (۲) ۳ موافقتنامه «قواعد و آیین حل و فصل اختلافات»^{۶۳} منضم به موافقتنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی (موافقتنامه WTO)، تصریح می‌کند که پیشنهادها و تصمیمات «نهاد حل و فصل اختلافات»^{۶۴} نمی‌تواند حقوق و تعهدات مقرر در موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی را کم یا زیاد کند. این تصریح، سند و مدرکی بر سیستم خودبستگی موافقتنامه‌های سازمان مذکور محسوب می‌شود. بنابراین، نهاد حل و فصل اختلافات صرفاً می‌تواند موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی را اعمال کند، در حالی که سایر قواعد حقوق بین‌الملل، شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال نخواهد بود (البته نه آن‌هایی که شامل قواعد عرفی تفسیر می‌شوند).^{۶۵} ماده (۲) ۳ موافقتنامه «قواعد و آیین حل و فصل اختلافات» و ویژگی‌های به‌اصطلاح خودبسته سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی، این امر را یادآوری می‌کند که ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون واشنگتن به‌رغم این که مبنای حقوقی اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از سوی مراجع ایکسید را فراهم می‌سازد، لکن نتوانسته است

60. *Ibid.*, 609.

61. Energy Charter Treaty (ECT).

62. Para. 1, Art. 1131 of NAFTA stipulates that a Tribunal established under Chapter 11 of NAFTA shall decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and “applicable rules of international law”. See also Art. 26 of ECT.

63. Disputes Settlement Procedure (DSP)

64. Disputes Settlement Body (DSB)

65. Joel P. Trachtman, the Domain of WTO Dispute Resolution, 40 Harvard ILJ (1999), 347.

پاسخگوی این امر باشد که چرا اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مراجع داوری سرمایه‌گذاری چنین مهم تلقی می‌شود. به نظر نگارنده، این موضوع باید از منظر رویه قضایی مورد تحلیل قرار گیرد.

۳۵. دلیل اصلی این است که منطق رسمی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، خیلی ضعیف‌تر از منطق رسمی بسیاری از معاهدات بین‌المللی دیگر است. در این رابطه، به‌آسانی می‌توان سادگی چارچوب و محتوای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد تا اواسط دهه ۱۹۹۰ را به‌طور کلی با بررسی تنها ۱۵-۱۰ مورد، شاهد بود. در مورد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، به‌رغم وجود ارتباط حقوقی مفصل میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی، بدیهی است که دربرگرفتن همه موضوعات مرتبط با روابط حقوقی میان آن‌ها امکان‌پذیر نیست. متأسفانه هنوز این وضعیت به‌طور قابل توجهی تثبیت نشده است. لذا این معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌توانند سیستم حقوقی خودبسنده را، همان‌طور که درخصوص سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی مطرح است، ایجاد کنند. تحت این شرایط، مراجع داوری نمی‌توانند به‌منظور انجام رسیدگی‌های داوری، به سایر قواعد حقوق بین‌الملل، شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسل جویند. برعکس، سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی به دلیل گستردگی و جامعیت بالا، شرایط سیستم خودبسنده را دارد. بنابراین، نهاد حل و فصل اختلافات، می‌تواند اختلافات تجاری را بدون توسل به سایر قواعد حقوق بین‌الملل که خارج از موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی هستند حل و فصل کند.

فصل دوم) عوامل اصلی مؤثر در اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

۳۶. اگرچه اختلافات فزاینده سرمایه‌گذاری، فرصت‌های فراوانی برای اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی فراهم می‌سازد، اما سه عامل ممکن است مانع از اجرای قواعد مذکور شود.

۳۷. عامل اول، موضع کشورهای در حال توسعه در قبال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است. به‌طور کلی پذیرفته شده که اغلب قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط کشورهای غربی ایجاد شده و اکثر کشورهای در حال توسعه، به‌طور برابر در این فرایند، مشارکت نکرده‌اند. لذا، بسیاری از این کشورها، درخصوص برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، مردد و منتقد هستند. اگرچه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تثبیت شده، حتی برای کشورهایی که در فرایند تکوین آن‌ها مشارکت نداشته‌اند نیز الزام‌آورند مگر این که این قواعد به وسیله قواعد عرفی جدید یا قواعد معاهده‌ای جایگزین شوند؛ اما واقعیت این است که قواعد مذکور که مورد انتقاد کشورهای در حال توسعه هستند، به احتمال زیاد اعتماد این کشورها را به ساز و کارهای داوری بین‌المللی کاهش می‌دهند.

۳۸. به عنوان مثال، قاعده حقوق مکتسبه را در نظر بگیرید. برطبق این قاعده، دولت‌های میزبان باید وضعیت حقوقی خاص یا حقوق اعطا شده به خارجی‌ان را مورد احترام قرار دهند. قاعده احترام به حقوق مکتسبه، به عنوان دفاعی در قبال ملی‌سازی، مصادره و توجیه جبران خسارت مقتضی، مورد استناد واقع می‌شود. در تعدادی از قضایا، مثل *آموکو علیه اندونزی*، مرجع ایکسید به قاعده احترام به حقوق مکتسبه استناد و استدلال کرده است که سرمایه‌گذاران خارجی باید در مواقع مصادره، مورد حمایت واقع شوند.^{۶۶} به هر صورت، به نظر می‌رسد که این قاعده در سال‌های اخیر به ندرت مورد استناد واقع شده است. کشورهای در حال توسعه ممکن است در پرتو شتاب فزاینده توان سیاسی و اقتصادی، موضع انتقادی‌شان را نسبت به برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی که کلاً به وسیله کشورهای توسعه یافته ایجاد شده است، ابراز دارند. بنابراین انتظار می‌رود که اجرای برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، مثل قاعده احترام به حقوق مکتسبه، احتمالاً به تدریج کاهش یابد. به طور خلاصه، افزایش اعتماد کشورهای در حال توسعه به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، حائز اهمیت است.

۳۹. عامل دوم، چگونگی تطابق قواعد حقوق بین‌الملل عرفی با عامل زمان است. درک این که بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در اوایل قرن بیستم یا حتی در زمان اخیر، براساس سوابق سیاسی، اقتصادی و اجتماعی ایجاد شده‌اند، مشکلی ایجاد نمی‌کند.

۴۰. این موضوع در داوری‌های اخیر نفتا درخصوص مفهوم حداقل استاندارد رفتاری مطرح شد. بر طبق یادداشت موافقتنامه تجارت آزاد، حداقل استاندارد رفتار با سرمایه‌گذار خارجی که در ماده (۱) ۱۰۵ نفتا تعریف شده، مشابه حداقل استاندارد رفتاری با اتباع خارجه است که در حقوق بین‌الملل عرفی مقرر شده است. مطابق با تئوری و رویه حقوقی متداول بین‌المللی، حداقل استاندارد رفتاری در حقوق بین‌الملل عرفی، به صورت قطعی در قضیه نیر در سال ۱۹۲۷ و در برخی از پرونده‌های مشابه در دهه ۱۹۲۰ مطرح شد. در قضیه «نیر»، کمیسیون دعاوی مکزیکی مقرر داشت که رفتار با بیگانه زمانی نقض حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود که برابر با هتک حرمت، سوءنیت، غفلت عمدی از تکلیف، عدم کارایی اقدام دولتی یا به‌طور کلی کوتاهی از رعایت استانداردهای بین‌المللی باشد، به‌طوری‌که هر شخص متعارف و بی‌طرفی عدم کارایی آن را تشخیص دهد.^{۶۷}

۴۱. به هر صورت، مسأله تعریف یا عدم تعریف حداقل استاندارد رفتاری در یادداشت کمیسیون

66. See CHEN An (ed.), *GuoJi Touzi Zhengduan Zhongcai* (International Investment Disputes Arbitration) (Fudan University Press, 2001), 417.

67. *U.S.A. (L.F. Neer) v. United Mexican States*, decision of the General Claims Commission, United States–Mexico, 15 October 1926, Opinions of Commissioners, 1927, 1, reproduced in the American JIL (1927), 555–556.

تجارت آزاد، مشابه همان مورد مطرح در قضیه «نیر» و سایر قضایای مربوط است. در این خصوص هر سه دولت عضو نفتا، مراجع داوری و خواهان‌ها متفقاً چنین استدلال می‌کنند که حداقل استاندارد مطرح در قضیه «نیر» در پرونده‌های اخیر نفتا قابل اعمال نخواهد بود. برای مثال در دعوای *ADF علیه ایالات متحده*، خواهان استدلال کرد که «حقوق بین‌الملل» مندرج در ماده ۱-۱۱۰۵ نمی‌تواند به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد شود.^{۶۸} هدف از این استدلال، آشکارا ممانعت از اجرای استاندارد «نیر» بوده است. ایالات متحده چنین استدلال کرد که حقوق بین‌الملل عرفی مورد اشاره در ماده ۱-۱۱۰۵ «در گذر زمان راکد نمانده» و حداقل استاندارد رفتاری توسعه یافته است. دیوان مزبور همچنین اعلام نمود که طرح‌های حقوق بین‌الملل عرفی، «تصویر ثابتی» از حداقل استاندارد رفتار با بیگانگان، به همان شکل مطرح در رأی سال ۱۹۲۷ در قضیه «نیر» ارائه نمی‌کند.^{۶۹}

۴۲. به هر صورت، در هم شکستن ساختارها خیلی آسان‌تر از ساختن آن‌ها است. امروزه مفهوم واقعی حداقل استاندارد رفتاری در حقوق بین‌الملل عرفی چیست؟ علاوه بر استدلال کلی کانادا مبنی بر این که «آستانه تشخیص نقض قاعده حداقل استاندارد رفتاری، هنوز بالا است»^{۷۰} و استدلال کلی ایالات متحده که براساس آن، حقوق بین‌الملل عرفی، «حقوقی است که امروزه وجود دارد»،^{۷۱} مفهوم حداقل استاندارد رفتاری که در ماده (۱) ۵ تعریف شده همچنان مبهم باقی مانده و به صورت مجموعه‌ای واضح که در قضیه «نیر» مطرح بوده و بدون شک قابلیت اجرای قاعده حداقل استاندارد رفتاری را تضعیف می‌کند، در نیامده است. برای مثال، در دعوای *ADF علیه ایالات متحده*،^{۷۲} مرجع رسیدگی عنوان داشت که نه خواهان و نه خواننده، قادر به ارائه اعتراض خود به صورت مستدل درخصوص مفهوم حداقل استاندارد رفتاری نبوده‌اند. متأسفانه دیوان نیز برداشتش از این استاندارد را ارائه نکرد.

۴۳. عامل سوم این است که آیا و تا چه اندازه حقوق بین‌الملل عرفی، به عنوان «حقوق عام»، بر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به عنوان «حقوق خاص»، قابل اعمال است. عمومیت حقوق بین‌الملل عرفی، در قیاس با معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، از دو بعد قابل تشخیص است: الف) حقوق بین‌الملل عرفی اساساً با امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی سروکار ندارد؛ ب) هدف حقوق بین‌الملل کلاسیک حکومت بر روابط بین‌الدولی است، درحالی که معاهدات سرمایه‌گذاری

68. *ADF Group Inc. V. United States of America*, Case No. ARB (AF)/00/ 1, Award (9 January 2003), para. 70.

69. *Ibid.*, para. 179.

70. *Ibid.*, n.170.

71. *Ibid.*, para. 179.

72. *Ibid.*, para. 183.

بین‌المللی اساساً روابط میان کشورهای میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را تنظیم می‌کنند.^{۴۴} همان‌طور که گروه تحقیق کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطر نشان کرد، یکی از ویژگی‌های حقوق بین‌الملل معاصر این است که با ظهور «حقوق‌های خاص» متعدد که در چارچوب از هم گسیختگی حقوق بین‌الملل مطرح می‌شوند، به تدریج از قابلیت اجرای حقوق عام، ممانعت به عمل می‌آید. در این خصوص، حقوق سازمان تجارت جهانی به‌عنوان یک نمونه مطرح است.^{۷۳} همان‌طور که در بالا مطرح شد، درخصوص حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌توانند یک سیستم خودبسنده را، همان‌طور که در سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی وجود دارد، ایجاد کنند. علاوه بر آن، کشورها، مراجع و حقوقدانان بین‌المللی ظاهراً با اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان حقوق عام، در داورهای مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان حقوق خاص، مخالفت آشکار نکرده‌اند. به هرصورت، تردیدها و مخالفت‌های اولیه وجود دارد. برای مثال، در دعوای ماندف علیه ایالات متحده، یکی از دلایلی که به‌موجب آن، مرجع رسیدگی از اجرای قاعده تثبیت شده حداقل استاندارد رفتاری در قضیه «نیر» ممانعت کرده، این است که قضیه مزبور به نحوه رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی ارتباطی نداشته، بلکه به امنیت فیزیکی بیگانه (سرمایه‌گذاری خارجی) مربوط می‌شود. علاوه بر آن، موضوع قضیه «نیر»، تعیین مسئولیت دولت مکزیکی در قبال «اقدامات خصوصی»، یعنی کشته شدن تبعه ایالات متحده توسط مکزیکی‌های مسلح بود. برعکس، براساس سیستم نفتا، کشورهای میزبان، خود نحوه رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی را تنظیم و هماهنگ می‌کنند و بنابراین غیرقابل توجیه است که مقررات نفتا به استاندارد رفتاری غیرمتعارف «نیر» محدود شود.^{۷۴} در واقع، برخی مفسرین همچنین بر این باورند که طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی، که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده، تنها در ارتباط با روابط بین‌الدولی است و بنابراین اعمال قواعد حقوقی مزبور درخصوص مسئولیت بین‌المللی کشورهای میزبان، در قبال سرمایه‌گذاران خارجی محل تردید است.^{۷۵} در دعوای BG Group PLC علیه جمهوری آرژانتین، مرجع رسیدگی بر عدم

73. See ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International, A/ CN/ .4/L.682, 13, April 2006, Part C.

74. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/ 2, Award, para. 115. In *ADF v. United States* case.

دیوان همچنین استدلال کرد که «هیچ‌گونه ضرورت منطقی و رویه دولتی هماهنگ، درخصوص حمایت از این دیدگاه وجود ندارد که فرمول «نیر» از سوی کشورهای میزبان یا دریافت‌کننده، به‌طور خودکار قابل تسری به چارچوب اخیر رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌های‌شان نیست». Above n.56, para. 181.

75. Kaj Hober and Mannheimer Swartling, State Responsibility and Investment Arbitration, 3, www.ila-Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Hober.pdf, last visited 1 July 2007.

قابلیت اعمال این حقوق عام حکم داد. آن مرجع خاطرنشان کرد که ماده ۲۵ (وضعیت ضرورت) طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی (بعد از این «مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص مسئولیت دولتی»)، ممکن است منحصرأً مربوط به روابط بین‌المللی میان دولت‌های حاکم باشد. از این زاویه، ماده ۲۵ کمک‌چندانی به آرژانتین نخواهد کرد؛ چرا که آن ماده خواهان را به‌عنوان یک سرمایه‌گذار خصوصی، از حق جبران خسارت براساس موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین-بریتانیای کبیر محروم نمی‌کند.^{۷۶} همچنین هیأت مدیره بانک جهانی در گزارش رسمی خود درباره کنوانسیون واشنگتن، خاطرنشان کرد که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اصولاً بر اختلافات ناشی از روابط میان دولت‌های حاکم قابل اعمال است.^{۷۷}

۴۵. البته نمی‌توان گفت که حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان حقوق عام، به هیچ وجه در زمینه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان حقوق خاص، اعمال نمی‌شود. در واقع، حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان، حقوق عام، شامل مواردی مثل بی‌طرفی در رسیدگی می‌شود که می‌تواند قطعاً در هر مورد، صرف‌نظر از خاص بودن روابط حقوقی بین‌المللی ویژه، قابل اعمال باشد. به هرصورت ما همچنین نمی‌توانیم اختلافات موجود بین چارچوب اجرای حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان حقوق عام، و چارچوب اجرای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان حقوق خاص، را نادیده بگیریم. لذا ممکن است انتظار رود که اگر مرجع رسیدگی، حکمی با آثار حقوقی احتمالاً عمیق و یا حتی اقتصادی و سیاسی صادر کند، یکی از سه عامل اخیرالذکر راجع به این مسأله که چگونه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی اعمال می‌شود، ایجاد مشکل کند؛ همان‌طور که اصل «نیر» براساس سیستم داوری نفتا چنین تجربه‌ای را ایجاد کرده است.

۴۶. به هرصورت، موضوع تعجب‌آور این است که پاسخهای مؤثری از لحاظ نظری و بالاخص از لحاظ عملی در این خصوص وجود نداشته است. برای مثال، به‌طور کلی تهیه مجموعه دیگری از قواعد حقوقی که تنها بر مسئولیت بین‌المللی ناشی از روابط میان دولت و اتباع خارجه حاکم باشد، غیرممکن است. در هر حال، از آن‌جا که قواعد حقوقی درخصوص مسئولیت بین‌الدولی هنوز تدوین نشده است، تلاش جامعه بین‌المللی برای تهیه مجموعه‌ای دیگر از قواعد مسئولیت دولتی آشکارا امکان‌پذیر نیست. در هر صورت، از اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در داوری‌های فزاینده سرمایه‌گذاری، مباحث روز افزونی ناشی خواهد شد.

76. *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, Final Award (24 December 2007), para. 408, ita.law.uvic.ca/documents/BG-award_000.pdf, last visited 1 March 2008.

77. See Christoph H. Schreuer, above n.50, 609–610.

بخش چهارم) معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و تغییر قواعد موجود حقوق بین‌الملل عرفی

۴۷. همان‌طور که لی هائوپئی عنوان داشته است: حقوق بین‌الملل عرفی در راستای کسب مطلوبیت، راکد و ایستا باقی نمی‌ماند. قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ممکن است به وسیله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی متأخر تغییر یابند یا جایگزین شوند.^{۷۸} در بخش بعدی، تغییر احتمالی قواعد حقوق بین‌المللی عرفی، درباره «وضعیت ضرورت» و «طی راه‌های جبران خسارت محلی» بررسی خواهد شد.

گفتار اول) تضعیف قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: اتخاذ قاعده «وضعیت ضرورت» به‌عنوان نمونه

۴۸. مطابق با رویه دولتی رویه قضایی بین‌المللی، امکان استناد یک دولت به عامل ضرورت، به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهد بین‌المللی خود، قاعده تشبیه شده قدیمی حقوق بین‌الملل عرفی است.^{۷۹} در قضیه گابچیکوو-ناگیماروس، دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر داشت: «وضعیت ضرورت، به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهدات بین‌المللی، به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی، به‌رسمیت شناخته شده است».^{۸۰} همچنین دیوان مزبور، در قضیه دیوار/امنیتی رژیم صهیونیستی، «وضعیت ضرورت را به‌عنوان قاعده به‌رسمیت شناخته شده حقوق بین‌المللی عرفی» مورد تأیید قرار داد.^{۸۱}

۴۹. قاعده «وضعیت ضرورت» همچنین در مواد طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی گنجانده شده است. ماده (۱) ۲۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در بخشی مقرر می‌دارد:

۱. امکان ندارد کشوری عامل ضرورت را به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهد بین‌المللی خود مورد استناد قرار دهد، مگر این‌که آن عمل: الف) تنها راه موجود برای آن کشور، در راستای تضمین منافع اساسی‌اش، در قبال خطری حتمی و شدید باشد؛ و

78. LI Haopei, above n.9, 96–97.

79. As to the development of rule of state of necessity, see Yearbook of the International Law Commission, 1979 (Vol.II, Part Two, 1980), 36–44.

80. *Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, para. 51, www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=267&p1=3&p2=1&case=92&p3=6, last visited 1 July 2007.

81. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Advisory Opinion (9 July 2004), para. 140.

ب) به منافع اساسی کشور یا کشورهایی که تعهد در قبال آن‌ها است یا جامعه بین‌المللی در کل، لطمه شدید وارد نکند.^{۸۲}

۵۰. این امر کاملاً تثبیت شده که برای امکان استناد به قاعده «وضعیت ضرورت»، وجود چهار شرط ضروری است: اولاً اقداماتی که تعهد بین‌المللی خاصی را نقض می‌کنند باید در راستای صیانت از منافع اساسی ارتکاب یابند؛ ثانیاً این منافع اساسی باید در معرض «خطر شدید و حتمی» قرار گیرند؛ ثالثاً اقدامات مطرح شده باید تنها راه برای صیانت از منافع اساسی باشند؛ رابعاً اقدامات مطرح شده نباید به منفعت اساسی کشور یا کشورهایی که متعهد در قبال آن‌ها است یا به منفعت اساسی جامعه بین‌المللی در کل «صدمات جدی» وارد سازند. علاوه بر آن، طبق ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس، کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی، استناد به ماده ۲۵ خدشه‌ای به «مسئله جبران خسارت برای زیان‌های مادی ایجاد شده به‌وسیله عمل مطرح شده» وارد نمی‌سازد.

۵۱. چندین مورد از داوری‌های اخیر سرمایه‌گذاری، قاعده وضعیت اضطراری را مد نظر قرار داده‌اند. در این موارد، مراجع بین‌المللی، برخی ابهامات و راه‌های گریز ذاتی موجود در این قاعده را تبیین کرده‌اند. اگرچه این تبیین‌ها و توضیحات همیشه هماهنگ نیستند، ولی آن‌ها به توسعه قاعده «وضعیت ضرورت»، در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی کمک می‌کنند.

۵۲. در خصوص مفهوم «منفعت اساسی»، چندین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص این موضوع و اغلب حقوقدانان بین‌المللی، از این رویکرد که اصطلاح «منفعت اساسی» نباید به «منفعت بقا» محدود شود، حمایت کردند. روبرتو آگو، گزارشگر ویژه خاطرنشان کرد که «منفعت اساسی» شامل «منافع مرتبط با موضوعات مختلفی همچون اقتصاد، بوم‌شناسی و غیره» می‌شود.^{۸۳} جولیا باربوزا، گزارشگر ویژه دیگر، قاطعانه بر این باور بود که شناسایی مفهوم تهدید «منفعت اساسی»، در بین سایر عوامل، با ملاحظه «تهدید جدی علیه بقای کشور، حیات سیاسی و اقتصادی آن و علیه صیانت از خدمات اساسی و توانایی‌های کاربردی‌اش یا علیه حفاظت از صلح داخلی یا بوم‌شناسی سرزمینی‌اش، صورت خواهد گرفت».^{۸۴} البته به هر صورت خود طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی در سال ۲۰۰۱، چنین اصطلاحی را تعریف نمی‌کند. در دعوای LG و E علیه آرژانتین، خواهان‌ها مجدداً تأکید کردند که «منفعت اساسی» شامل «منافع اقتصادی نمی‌شود،

۲۸. به هر صورت، در دو مورد زیر، وضعیت ضرورت نمی‌تواند به‌عنوان عاملی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مورد استناد قرار گیرد: الف) تعهد بین‌المللی مطرح شده امکان استناد به عامل ضرورت را منتفی کند یا؛ ب) دولت خود در ایجاد حالت وضعیت دخیل باشد. رجوع کنید به: ماده (۲) ۲۵ طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها.

83. A/ CN.4/SER.A/ 1980, 174.

84. A/ CN.4/SER.A/ 1980, 174.

بلکه صرفاً شامل مسائل دفاعی یا نظامی می‌شود. آن‌ها منفعت دولتی در امنیت اساسی را با عامل تهدید امنیت ملی سنجیدند.^{۸۵} به هر حال، مرجع رسیدگی‌کننده قاطعانه چنین استدلال کرد که «منفعت اساسی» نباید تنها محدود به آن منافع شود که به «بقای» دولت اشاره دارد، بلکه همچنین باید منافع اقتصادی، مالی یا سایر منافع مرتبط با حمایت از دولت در قبال خطرهایی که به شدت وضعیت داخلی یا خارجی‌اش را به مخاطره می‌اندازد، به عنوان منافع اساسی تلقی شود.^{۸۶}

۵۳. درخصوص «تنها راه»، ماده ۲۵ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولتی، لازم می‌داند که اقدامات مطرح شده «تنها راه» برای صیانت از منافع اساسی کشور مزبور باشد. اما نحوه تعریف «تنها راه»، خود موضوعی چالش برانگیز است. در دعوای CMS علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی‌کننده مقرر کرد، تعیین این که کدام یک از این دو راه سیاسی مطلوب است، تصمیمی خارج از قلمرو وظیفه دیوان خواهد بود. وظیفه دیوان صرفاً تشخیص وجود یک راه یا راه‌های متعدد و بنابراین، تحقق شرایط برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل است.^{۸۷} در هر حال، در دعوای LG و E علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی‌کننده چنین استدلال کرد که «اگرچه ممکن است روش‌های متعددی برای اجرای طرح بهبود اقتصادی وجود داشته است، ولی «مجموعه برنامه بهبود اقتصادی»، تنها وسیله برای پاسخگویی به بحران است».^{۸۸} یافتن اختلافات در توضیح مفهوم «تنها راه»، در این دو دعوا چندان مشکل نیست: در دعوای CMS علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی‌کننده، «تنها راه» مزبور را از منظر یک معیار ویژه تعریف کرد، درحالی که دیوان، در دعوای LG و E علیه آرژانتین، «تنها راه» را از زاویه «مجموعه‌ای از معیارها» که آشکارا معیارهای ویژه متعددی را در برمی‌گیرد» تعریف کرد.

۵۴. در مورد جبران خسارت برای صدمات وارد در «وضعیت ضرورت»، ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولتی، مسأله تصمیم‌گیری درخصوص جبران یا عدم جبران خسارت و شیوه انجام آن را بیان نمی‌کند. همان‌طور که کرافورد، گزارشگر ویژه، بیان کرد انتظار می‌رود

85. LG & E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006), para. 222.

86. Ibid., para. 251. In CMS v. Argentina case, the Tribunal spoke of a similar position. See CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para. 359.

87. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, CASE NO. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para. 323.

88. Above n.73, para. 257.

کشورهای طرف اختلاف خود درخصوص موضوع جبران خسارت توافق کنند.^{۸۹} در هر حال، اگر کشورهای طرف اختلاف نتوانند در این خصوص به توافق برسند، جریان حل و فصل اختلاف با معضل مواجه می‌شود. در دعوای CMS علیه آرژانتین، مرجع داوری، بعد از این که عنوان کرد، ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس مسئولیت، مسأله جبران خسارت را حل نکرده، قاطعانه بیان داشت: «کاملاً بدیهی است که در صورت فقدان توافق میان طرفین، تکلیف دیوان در این شرایط، تعیین جبران خسارت مقتضی است».^{۹۰}

گفتار دوم) تضعیف قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: اتخاذ قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» به عنوان نمونه

۵۵. قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت»، قاعده‌ای کاملاً تثبیت شده در حقوق بین‌الملل عرفی است. در قضیه «ایتر هاندل» دیوان بین‌المللی دادگستری، عنوان کرد قاعده‌ای که به موجب آن کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت باید قبل از شروع رسیدگی‌های بین‌المللی طی شود، قاعده متداول حقوق بین‌الملل است.^{۹۱} بنابراین، خارجیان در جریان اختلاف با کشور میزبان، قبل از استفاده کامل و معقول از کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت، شامل روش‌های قضایی و اداری، نباید اجازه توسل به روش‌های بین‌المللی جبران خسارت شامل حمایت دیپلماتیک، را داشته باشند. قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت مطمئناً درخصوص رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی اعمال می‌شود. در بین آن‌ها «دکترین کالو» نمونه‌ای خاص است که اولین بار توسط برخی کشورهای امریکای لاتین اعلام شد و سپس مورد حمایت اغلب کشورهای در حال توسعه قرار گرفت.^{۹۲}

۵۶. به هر صورت، کنوانسیون واشنگتن، قاعده کلاسیک «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» را تضعیف کرده است.^{۹۳} از لحاظ سنتی، عدم تصریح روش‌های داخلی جبران خسارت،

89. James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (Cambridge University Press, 2001), 190.

90. Above n.75, para. 394.

91. ICJ Reports 1959, 27.

92. See in detail, YU Jingson, Guoji Touzi Fa (International Investment Law) (Law Press, People's Republic of China, 1997), 394 – 400.

۳۹. البته انحراف از قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت توسط کشورهای در حال توسعه با هدف افزایش اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی مجاز شمرده شده و همچنین به برخی آثار فرعی نیز منجر می‌شود. همان‌طور که یک مفسر گفته: این آثار شامل موارد زیر می‌شود: الف) از اعاده عدالت توسط محاکم داخلی ممانعت به عمل می‌آید؛ ب) سرمایه‌گذاران داخلی دیگر تکلیفی به احتساب روش‌های داخلی جبران خسارت ندارند؛ ج) اغلب هیچ امکانی برای سیستم حقوقی کشور میزبان در

در مقررۀ ناظر بر حل و فصل اختلافات، عموماً اعراض حتمی از قاعده مزبور قلمداد نمی‌شود.^{۹۴} برای مثال، در قضیه *وام‌های نروژ*، نه طرفین و نه قضاوت دیوان بین‌المللی دادگستری، هیچ‌کدام استدلال نکردند که طرح دعوا نزد دیوان به منزله اعراض از قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت است.^{۹۵} به عبارت دیگر، بیان صریح قاعده مزبور در یک معاهده بین‌المللی خاص، لزوماً پیش‌شرطی برای استناد به این قاعده نیست. ماده ۲۶ کنوانسیون واشنگتن، در قیاس با الگوی کلاسیک، بیان می‌دارد: «طرف متعاقد ممکن است، طی کلیه روش‌های اداری و قضایی جبران خسارت را شرط رضایتش به داوری براساس این کنوانسیون بداند». به عبارت دیگر، بیان صریح قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت، در یک معاهده سرمایه‌گذاری بین‌المللی خاص، لازمه استناد به این قاعده قلمداد می‌شود. لازم به ذکر است که ماده ۲۶ به‌طور قابل ملاحظه قاعده کلاسیک مزبور را تضعیف می‌کند. بر طبق ماده ۱۱۱۶ نفتا، سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند، بدون رضایت دولت مربوط عضو نفتا، آزادانه به ساز و کار حل و فصل اختلاف نفتا توسل جویند.

۵۷. اگر چه ماده ۲۶ کنوانسیون واشنگتن، از قاعده قدیمی «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» منحرف شده، که یک پس‌رفت بزرگ است، اما اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امضا شده توسط کشورهای در حال توسعه قبل از اواسط دهه ۱۹۹۰، به‌صراحت توسل به روش‌های داخلی جبران خسارت و حتی طی کلیه آن‌ها را از سوی سرمایه‌گذاران خارجی، قبل از توسل به داوری‌های بین‌المللی، لازم شمرده‌اند که این امر، موقعیت کشورهای در حال توسعه را در عرصه دوجانبه‌ها احیا کرده است، چیزی که آن‌ها در عرصه معاهدات چندجانبه از دست داده بودند. به هر حال، از اواسط دهه ۱۹۹۰، کشورهای در حال توسعه این قاعده حقوقی را در سطح دوجانبه، بیش‌تر تضعیف کرده‌اند. مطابق با نظر آنکتاد، اغلب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده در فاصله سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۶، شامل قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» نمی‌شوند. حتی برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مقرر می‌دارند که در صورت انتخاب روش داوری بین‌المللی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی، آن‌ها نباید ملزم به طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت باشند.^{۹۶} بدیهی است این نوع جدید از معاهدات دوجانبه

اصلاح اقدامات متخلفانه ارتكابی علیه سرمایه‌گذاران خارجی وجود ندارد و دولت میزبان باید در قبال اقدامات مأمورین و نهادهای خود، بدون هرگونه امکان تجدیدنظر از سوی محاکم یا تصمیم‌گیرندگان اصلی خود، مسئول باشد.

Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, 2007), 110

94. Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2003), 250–251.

95. ICJ Reports 1957, 9.

96. UNCTAD, above n.25, 108–109.

سرمایه‌گذاری، اثر تضعیف‌کننده‌ای را که ماده ۲۶ کنواسیون واشنگتن به‌عنوان پیشگام، واجد آن بود، تقویت می‌کند.

۵۸. تجربه حاصل درخصوص قواعد «وضعیت ضرورت» و «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت»، برای ما خاطرنشان می‌سازد که تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، پیچیده است. از یک سو، این موضوع می‌تواند قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را توسعه دهد و فرایند تدوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را تسریع کند و از سوی دیگر ممکن است به منافع برخی کشورها لطمه وارد کند. بنابراین، ارزیابی این پدیده با تفکری مبتنی بر تقسیم دوگانه «خوب» و «بد»، چندان منطقی نیست.

بخش پنجم) ملاحظات نهایی

۵۹. در چارچوب جدید و متغیر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ضروری است که تکوین، اجرا و تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی با دیدی باز از سوی جامعه بین‌المللی کاملاً مورد بررسی قرار گیرد. در این خصوص، رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، که امروزه عمدتاً شامل بیش از ۲۵۰۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، ۲۴۰ موافقتنامه تجارت آزاد و ۲۹۰ پرونده داوری مرتبط با سرمایه‌گذاری می‌شود، مطمئناً می‌تواند انگیزه‌ای قوی برای ترسیم مجدد تصویر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باشد: آن‌ها نه تنها به‌عنوان صحنه‌ای بزرگ برای اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد می‌شوند، بلکه همچنین عرصه‌ای وسیع برای تغییر و ترفیع قواعد حقوق بین‌الملل عرفی موجود، یا تکوین حقوق بین‌الملل عرفی جدید، به‌ویژه در سطح منطقه‌ای به حساب می‌آیند. در این صحنه، اگرچه معاهدات بین‌المللی نقش مهم و فزاینده‌ای در تنظیم امور بین‌المللی ایفا می‌کنند، اما موقعیت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در این راستا، لزوماً تضعیف نمی‌شود. حداقل در زمینه معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پویایی و صلابت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ادامه یافته، احتمالاً تقویت نیز خواهد شد.

رابطه متقابل سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای: آیا این موضوع را می‌توان در قالب رابطه میان منابع حقوق بین‌الملل مطرح کرد؟^۱

آلبرتا فابریکوتی^۲

ترجمه فرزاد مهرانی^۳

چکیده

این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای را به جای بررسی از منظر تفاهم یا تعارض معاهداتی، در چارچوب رابطه متقابل میان منابع مختلف حقوق بین‌الملل (عرف و معاهده) مورد مطالعه قرار داد. در حقیقت، انحراف کاملاً نظام یافته موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از اقتضائات ماده ۲۴ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) و سایر مقررات مشابه سازمان جهانی تجارت، منجر به شکل‌گیری چنین فکر و باوری شده است. از منظر حقوق بین‌الملل، پرداختن به این موضوع به معنای پاسخ به این پرسش است که آیا عدم تبعیت دولت‌ها از مفاده ماده ۲۴ گات منجر به شکل‌گیری ضمنی یک عرف بین‌الملل گردیده و این رویه دولت‌ها صرفاً رفتاری مخالف مقررات سازمان جهانی تجارت نیست؟ این مقاله بر اساس نگرش تاریخی به این موضوع طی قرن گذشته، بحث شکل‌گیری «استثنای منطقه‌ای» را مطرح ساخته و وجود نوعی اختیار یا حق غیرمکتوب را برای انعقاد و مشارکت در موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای مورد بررسی قرار داده است. این موضوع هم بسیار محتمل است که چنین عرفی پیش از ظهور گات ۱۹۴۷ و ماده ۲۴ آن

۱. مشخصات کامل مأخذ مقاله به شرح زیر است:

The Interplay between the WTO and the RTAs: Is It A Question of Interrelation between Different Sources of International Law? Alberta Fabbriotti, The Society of International Economic Law, Inaugural Conference Working Paper No.12/08 Geneva, July 15-17, 2008, Electronic copy available at: <http://ssm.com/abstract=1151386>

۲. Dr. Alberta Fabbriotti, Researcher in International Law, Faculty of Law, University of Rome.

۳. کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

نضج گرفته باشد، ولی همواره «مسکوت» مانده است. در واقع، نوعی «تداوم» میان رویه دولت‌ها در قبل و بعد از ظهور گات وجود داشته و مفاد ماده ۲۴ متروک و بی‌استفاده نشده، بلکه از ابتدا (به واسطه عرف موجود) غیراجرایی بوده است. در عمل نیز مشاهده می‌شود که رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، تابع یک وضعیت نامنظم بوده و به واقع، سازمان جهانی تجارت مشروعیت موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای را تعیین نمی‌کند، بلکه خود این موافقتنامه‌ها از طریق رفتار واقعی و مستقل خود، میزان تابعیت خود از قوانین سازمان جهانی تجارت را معین می‌کنند. در عین حال، چنین وضعیتی از منظر حقوق بین‌الملل، ممکن است به واسطه رابطه میان معاهده (سازمان جهانی تجارت) و عرف (موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای) قابل توجیه باشد و آن همانا رابطه متقابل عرف و معاهده است که هر یک می‌تواند از دیگری انحراف یابد.

«... باید اعتراف کنم که تردیدهای جدی درخصوص تمایل [...] به انحراف از اصل رفتار کامله‌الوداد و تبدیل آن به یک اقتصادی و سیاسی به‌وجود آمده است. این پرسش برای من مطرح است که آیا در بعضی موقعیت‌ها و با در نظر گرفتن برخی ملاحظات یک نظام مبتنی بر تبعیض گسترده ممکن است نه تنها قابل ترجیح که حتی غیرقابل اجتناب باشد؟»

^۴ سر رابرت وای. جنینگ

۱. مقدمه

موضوع اصلی این مقاله بررسی این پرسش است که آیا بهتر نیست رابطه سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به جای آنکه از منظر تعارض معاهدات و به‌خصوص مسأله انطباق موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای با اقتضائات سازمان جهانی تجارت در ماده ۲۴ گات (و سایر مقررات مشابه سازمان جهانی تجارت مانند ماده ۵ گاتس و پاراگراف ۲(c) شرط توانمندسازی)^۵ مورد مطالعه قرار گیرد، در چارچوب موضوع کلی رابطه متقابل میان منابع مختلف حقوق بین‌الملل (عرف و معاهده) مطالعه شود.

4. Sir Robert Y. Jennings.

۵. راجع به ماده ۲۴ گات تحقیق و تفحص بسیاری صورت گرفته است (حال آن که فهرست کتب یا مقالات نگارش یافته در زمینه ماده ۵ گاتس و شرط توانمندسازی محدودتر است). نمونه‌ای از موارد مورد اشاره که اخیراً به چاپ رسیده، اختصاص مطالب متعددی از ویرایش جدید Bartels and F. Ortino, Regional Trade Agreements and The WTO Legal System, OUP, 2006 به این موضوع است.

ماده ۵ گاتس تحت عنوان «همگرایی اقتصادی» دولت‌های عضو را مجاز می‌دارد که تحت شرایطی (برای مثال طبق بند (a) این ماده که موافقتنامه‌های منطقه‌ای اعضا در زمینه خدمات باید شامل موضوعات اساسی یک حوزه از خدمات باشد) به عضویت موافقتنامه‌های منطقه‌ای در آیند. همچنین براساس شرط توانمندسازی که براساس تصمیم اعضای گات در سال ۱۹۷۹ اتخاذ شد، توافق گردید که براساس یک نظام عمومی تعرفه ترجیحی، کشورها مجاز باشند رفتار ترجیحی نسبت به کالاهای کشورهای در حال توسعه داشته باشند (مترجم).

از آن جا که سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای در زمره معاهدات بین‌المللی قرار می‌گیرند و شرایط همزیستی این دو در ماده ۲۴ گات فراهم آمده، به نظر می‌رسد نظر اخیر در اساس مناسب‌تر باشد. البته در عمل مسائل با پیچیدگی‌های بیش‌تری نمود می‌یابند، زیرا نمی‌توان این واقعیت را نادیده انگاشت یا انکار کرد که موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به طرز کاملاً نظام یافته‌ای از شرایط ماده ۲۴ منحرف شده‌اند.^۶ مسأله عدم متابعت موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از مقررات سازمان جهانی تجارت، از همان ابتدای ظهور گات قابل مشاهده بود، هر چند که طی حدوداً دو دهه اخیر به واسطه رشد سریع میزان موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، اهمیت این موضوع بسیار بیش‌تر شده است.^۷

با در نظر گرفتن این شرایط، به نظر می‌رسد انحراف گسترده و وسیع موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از ماده ۲۴ گات، حامل پیامی مهم‌تر از صرف این واقعیت باشد که این موافقتنامه‌ها برخلاف شرایط مقرر در گات ایجاد شده‌اند. با بررسی بیش‌تر موضوع با این پرسش مواجه می‌شویم که آیا عدم تبعیت موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای می‌تواند به معنای شکل‌گیری ضمنی یک حق، اختیار یا قاعده عرفی بین‌المللی باشد؟ به بیان دیگر، آیا می‌توان گفت که عضویت اعضای سازمان جهانی تجارت در موافقتنامه‌های منطقه‌ای بر اساس یک قاعده عرفی صورت می‌گیرد، نه به این علت که ماده ۲۴ تحت شرایطی چنین اجازه‌ای به آن‌ها داده است؟ پرسش مذکور به آن اندازه که در نگاه اول به نظر می‌رسد جسورانه و ساده‌انگارانه نیست، بلکه شاید بتوان ادعا کرد که در ادبیات حقوق بین‌الملل مربوط به موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای هیچ موضوعی نسبت به اساس و بنیان عرفی داشتن این موافقتنامه‌ها مورد بحث نبوده است.

این فرض وجود دارد که طبق هدف اصلی ماده ۲۴، قاعده عرفی مورد بحث، استثنایی بر کارکرد کلی نظام تجارت چندجانبه و به‌ویژه اصل رفتار دول کامله‌الوداد است. بنابراین، در این نوشتار از این قاعده عرفی تحت عنوان «استثنای منطقه‌ای» سخن به میان آمده است، زیرا نظام

۶. ماده ۲۴ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)، شرایط اساسی و عملی را که موافقتنامه‌های منطقه‌ای باید رعایت کنند برشمرده است. مهم‌ترین این شرایط شامل دو مورد است که اولین آن در پاراگراف هشتم ماده ۲۴ آمده است و اعضای سازمان جهانی تجارت را که به موافقتنامه‌های منطقه‌ای می‌پیوندند ملزم به حذف یا کاهش تا حد صفر تعرفه‌های گمرکی و سایر مقررات تجاری نسبت به تقریباً تمام تجارت (در متن آمده است «همه امور مهم تجاری») در رابطه تجاری خود با سایر شرکای منطقه‌ای می‌کند (شرط داخلی)؛ اما شرط دوم که در پاراگراف پنجم آمده است، اعضای متعاهد عضو یک موافقتنامه تجاری منطقه‌ای را از افزایش تعرفه‌ها یا اعمال شرایط سخت‌تر یا مقررات تجاری دست و پاگیرتر در مورد کشورهای ثالث منع کرده است (شرط خارجی). شرایط آیین‌نامه‌ای مورد اشاره نیز از اعضا می‌خواهد که موافقتنامه منطقه‌ای و هر گونه تغییرات آتی آن را به دبیرخانه سازمان جهانی تجارت گزارش دهند.

۷. در سال ۱۹۷۲ آقای هایت (Haight) متوجه این واقعیت شد که در کل نظام حقوقی گات، از ماده ۲۴ بیش‌ترین میزان سوءاستفاده صورت گرفته است و همچنین این امر مهم‌ترین چالش گات نیز به حساب می‌آید. رجوع کنید به:

F.A. Haight, «Customs Unions and Free-Trade Areas under GATT: A Reappraisal» (1972) 6 Journal of World Trade Law 4, 391-404. at 391.

حقوق نانوشته ممکن است جایگزین ماده ۲۴ شده یا از اجرایی شدن آن جلوگیری کرده باشد (در حال حاضر این تنها یک فرض حقوقی است).

در حقیقت، ماهیت عرفی داشتن استثنای منطقه‌ای، دو موضوع بسیار مهم و مرتبط به هم را به منظور پاسخ به پرسش اصلی این نوشتار مطرح می‌سازد. این پرسش همانا احتمال تفسیر رابطه متقابل میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای بر اساس معیار کلی حاکم بر روابط میان عرف و معاهده می‌باشد.

اولاً با فرض اینکه استثنای منطقه‌ای وجود دارد، آیا این قاعده عرفی قبل از لازم‌الاجرا شدن گات ۱۹۴۷ شکل گرفته است؟ و این که شکل‌گیری قاعده عرفی مزبور چه تبعاتی بر اثرگذاری ماده ۲۴ گات داشته است؟ و سرانجام این که آیا ماده ۲۴ گات همواره غیرقابل اجرا بوده یا به واسطه ظهور این قاعده عرفی متروک مانده است؟

ثانیاً باز هم با فرض این که رویه دولت‌ها در انحراف از شرایط ماده ۲۴ منجر به شکل‌گیری قاعده عرفی شده است، چگونه می‌توان این اصل نانوشته (عرفی) را با مقررات معاهده‌ای سازمان جهانی تجارت به‌خصوص با اصل عدم تبعیض یا قاعده رفتار دول کامله‌الوداد آشتی داد؟ البته قبل از آن باید به این پرسش پاسخ داد که مبانی حقیقی و حقوقی نظام سازمان جهانی تجارت و قاعده عرفی استثنای منطقه‌ای برای همزیستی با موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای کدامند؟

۲. ماهیت عرفی استثنای منطقه‌ای

(الف) دیدگاه کلی

به نظر می‌رسد به منظور توجیه عدم تبعیت گسترده موافقتنامه‌های منطقه‌ای از شرایط ماده ۲۴، هیچ نظریه‌ای به اندازه شکل‌گیری یک قاعده عرفی در این زمینه جالب توجه نیست؛ هر چند کاملاً پذیرفته شده که چنین اظهارنظری نمی‌تواند بدون بررسی دو معیار بنیادین شکل‌دهنده عرف بین‌المللی، یعنی عنصر مادی^۸ (رویه یکسان دولت‌ها) و اعتقاد یا باور ذهنی به قانون بودن یک رویه (پذیرش رویه دولت‌ها به‌عنوان قانون یا ضرورت)^۹، صورت گیرد.^{۱۰} ظاهراً می‌توان گفت که معیار رویه یکسان دولت‌ها از طریق مشارکت تعداد قابل ملاحظه آنان در

8. diuturnitas

9. opinio juris

۱۰. از لحاظ لفظی، عبارت لاتین به معنای «اعتقاد به قانونی بودن یا ضرورت» است، اگرچه بهتر است «اعتقاد به مجاز بودن از لحاظ حقوقی یا (مانند موضوع مورد بحث حاضر) اجباری بودن رویه»، معنا شود. برای آشنایی بیشتر با این تعاریف رجوع کنید به:

The Report of the ILA Committee on the Formation of Customary (General) International Law, in ILA Report of the Sixty-Ninth Conference (London, 2000), 32-35.

موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای و این حقیقت که تنها تعداد محدودی از کشورها عضو یک یا چند موافقتنامه منطقه‌ای نشده‌اند، قابل مشاهده است.^{۱۱} در توجیه وجود معیار عنصر معنوی نیز می‌توان این‌طور استدلال کرد که همه موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، معاهده هستند و از این‌رو، شکل‌گیری همه آن‌ها فی‌نفسه حاکی از رویه‌ای است که از لحاظ قانون پذیرفته شده است.^{۱۲}

البته واضح است که این اظهارات مقدماتی باید از طریق بررسی رفتار بعدی دولت‌ها مورد پایش و تأیید قرار گیرد.^{۱۳} همزمان یا حتی قبل از آن باید محتوا و شمول این قاعده عرفی نیز مورد شناسایی قرار گیرد. در واقع، این استدلال که «موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای معاهده به حساب می‌آیند و بنابراین فی‌نفسه از لحاظ قانون مورد پذیرش قرار گرفته‌اند»، چنانچه همراه با تصریح و توضیح آنچه دقیقاً از لحاظ دولت‌ها قانون به حساب می‌آید نباشد، ساختگی و بی‌معنا خواهد بود. پذیرش چنین نظری چندان کار ساده‌ای نیست، زیرا موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، ممکن است موضوعات مختلفی را تحت پوشش قرار دهند و از بسیاری جهات اساسی با یکدیگر متفاوت باشند. به علاوه، از آن‌جا که در بیش‌تر مواقع، قواعد حقوقی مشابه در معاهده و عرف، دقیقاً

۱۱. در میان اعضای سازمان جهانی تجارت، تا قبل از ژوئیه سال ۲۰۰۷ تعداد ۳۸۰ موافقتنامه تجاری منطقه‌ای - که ۲۰۵ عدد از آن‌ها در آن زمان قابلیت اجرا داشت- به دبیرخانه گزارش شده بود و تنها یک کشور در آن زمان عضو یک یا چند موافقتنامه نبوده است. گفتنی است تا ماه دسامبر سال ۲۰۰۸ تعداد ۴۲۱ موافقتنامه تجاری منطقه‌ای به سازمان جهانی تجارت گزارش شده که از این تعداد ۳۲۴ موافقتنامه تحت شرایط ماده ۲۴ گات ۱۹۴۷ یا گات ۱۹۹۴، تعداد ۲۹ موافقتنامه براساس شرط توانمندسازی و ۶۸ موافقتنامه بر اساس ماده ۵ موافقتنامه تجارت خدمات گزارش شده که در مجموع تا زمان مذکور تعداد ۲۳۰ موافقتنامه لازم‌الاجرا شده است (مترجم).

برای مشاهده آخرین آمار رجوع کنید به: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm

۲۱. دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) نیز در قضیه فلات قاره دریای شمال احتمال تبدیل مقررات معاهده‌ای به حقوق عرفی را مورد تأیید قرار داده است. رجوع کنید به: (ICJ Reports 1969, at 41 (\$71))، اگرچه دیوان به‌طور خاص بر نقش کنوانسیون‌های بین‌المللی در «ثبت و توضیح قواعد منشعب از حقوق عرفی و در حقیقت توسعه این قوانین» تأکید کرده است. برای مثال رجوع کنید به:

The Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) Case, ICJ Reports 1985, at 20-21 para 27, and the Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua Case, ICJ Reports 1986, at 83, para 174, and 86, para 181,

کارکرد مشابه آن می‌تواند در ارتباط با موافقتنامه‌های منطقه‌ای و دوجانبه مورد استفاده قرار گیرد. در زمینه ارتباط معاهدات دوجانبه در ایجاد عرف رجوع کنید به:

R.R. Baxter, «Treaties and Custom» (1970-I) 129 Recueil des Cours 25-105, at 75-91; A. A. D'Amato, The Concept of Custom in International Law (Ithaca-New York: 1971) at 104, and M.E. Villiger, Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources, 2nd ed. (The Hague - London - Boston: Kluwer, 1997), at 189, para. 296.

۳۱. رک: نتیجه‌گیری در بخش ۵.

یکسان نیستند،^{۱۴} رفتار ضابطه‌مندی که عنصر معنوی عرف بر اساس آن شکل گرفته، لزوماً همواره با محتوای مقررات موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، مطابقت ندارد.^{۱۵} از لحاظ شمول قاعده عرفی مورد نظر نیز قاعده کلی آن است که با شکل‌گیری موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، ترجیحات اعطایی در چارچوب این موافقتنامه‌ها خود به خود از شمول اجرای اصل کلی رفتار دول کامله‌الوداد، مندرج در معاهداتی که اعضای این موافقتنامه‌ها عضو آن هستند، خارج خواهد شد. به‌دنبال آن، حتی بدون اعمال حق شرط صریح، اعضای یک معاهده متضمن اصل کامله‌الوداد، نمی‌توانند مدعی مزایایی باشند که سایر اعضا از طریق یک موافقتنامه تجاری منطقه‌ای به یکدیگر اعطا کرده‌اند. فقط چنانچه معاهده متضمن اصل رفتار دول کامله‌الوداد صریحاً به این موضوع اشاره کرده باشد، نظام ترجیحی موجود در یک موافقتنامه تجاری منطقه‌ای می‌تواند به سایر اعضای معاهده تسری یابد.^{۱۶}

موضوع خاصی که در مورد گات، به‌عنوان یک معاهده متضمن اصل رفتار دول کامله‌الوداد مطرح می‌شود شرط صریح مندرج در ماده ۲۴ است که بنا برآن، موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، به شرط مطابقت با معیارها و ضوابط این ماده، از شمول اجرای اصل رفتار دول کامله‌الوداد خارج خواهند شد. بر همین اساس، همزیستی همزمان استثنای عرفی منطقه‌ای - با ماده ۲۴ - می‌تواند مؤید یا تقویت‌کننده شرایط مندرج در معاهده باشد یا عاملی باشد برای اصلاح، ابطال یا حذف این شرایط و حالت اخیر دقیقاً فرضی است که در این نوشتار مورد توجه قرار گرفته است. با در نظر گرفتن مسائل مذکور به نظر می‌رسد بررسی سابقه تاریخی شکل‌گیری استثنای منطقه‌ای به‌عنوان یک قاعده عرفی، خالی از لطف نیست.

۴۱. ر.ک:

M. Akehurst, «Custom as a Source of International Law» (1974-1975) 47 British Yearbook of International Law 1-53, at 43, note 7

اخیراً کمیته شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی کمیسیون حقوق بین‌الملل در گزارش تأثیرگذاری اصلی را تصویب کرده است که بنابر آن، «این فرض وجود ندارد که تکرار مقررات مشابه در معاهدات منجر به شکل‌گیری قواعد عرفی با محتوای مشابه می‌گردد».

۱۵. ر.ک: دیوان بین‌المللی دادگستری قضیه عملیات نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه، پانوش شماره ۱۱.

16. Lord Mc Nair, The Law of Treaties (Oxford: Clarendon Press, 1961) at 282; Sir R. Jennings and Sir A. Watts(eds), Oppenheim's International Law, 9th ed., Volume 1 (Harlow: Longman, 1992), at 1331-1332.

باید اشاره کرد که در هر دو نوشتار اشاره شده، ظهور یک استثنا (درخصوص موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای یا اتحادیه‌های گمرکی و مانند آن) به‌عنوان یک قاعده عرفی انکار شده است. بنابراین، کارکرد کلی اصل رفتار دول کامله‌الوداد، زمانی که مزایا اعطایی از طریق یک اتحادیه گمرکی یا موافقتنامه منطقه‌ای، در معاهده تصریح شده باشد، خدشه‌دار نخواهد شد.

ب) بررسی تاریخی

وجود ماهیت عرفی بر استثنای وارد بر اصل رفتار دول کامله‌الوداد در خصوص موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای موضوع تازه‌ای نیست. در طول قرن بیستم این اعتقاد هر از گاهی به بهانه ثبت یا تفسیر موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای در مقابل کارکرد گسترده اصل کامله‌الوداد در معاهدات بازرگانی، در ادبیات حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار گرفته است. این واقعیت که در گذشته بسیاری از این زاویه به موضوع نگریسته‌اند شرایط مناسبی فراهم آورده است، زیرا الفاظ و مفاهیمی که در مباحث امروز به کار گرفته می‌شود می‌تواند از طریق جستجوی چگونگی توسعه تاریخی این مباحث استخراج گردد.

مسأله ماهیت عرفی داشتن استثنای منطقه‌ای از نیمه اول قرن بیستم مطرح و حائز اهمیت گردید، یعنی زمانی که روابط تجاری بین‌المللی تحت سیطره معاهدات تجاری دوجانبه قرار گرفت. با وجود این واقعیت که اصل رفتار دول کامله‌الوداد از اصول بنیادین دوجانبه‌گرایی بوده است، تقریباً تمام قراردادهای بازرگانی دوجانبه‌ای که طی این مدت منعقد شده‌اند، حاوی شرطی بوده‌اند که بر اساس آن، برخی ترجیحات اعطایی، یا حتی ترجیحات فرضی مربوط به آینده، که توسط یکی از اعضا اعمال شده، به واسطه اصل دول کامله‌الوداد به سایر اعضا تسری یافته است.^{۱۷} این حق شرطی می‌توانست انواع گوناگونی از موافقتنامه‌های ترجیحی نامتجانس را تحت پوشش قرار دهد: موافقتنامه‌های متضمن ترجیحات تجاری به نفع کشورهای همسایه به منظور تسهیل عبور و مرور کالا در مرزها و امتیازات گمرکی در قالب اتحادیه‌های گمرکی، امتیازات مربوط به کشورهای مستعمره، دومینیون‌ها و کشورهای تحت‌الحمایه و همچنین امتیازاتی که به کشورهای خاص به منظور حفظ روابط تاریخی، جغرافیایی، قومی اعطا می‌شده است و امتیازات مربوط به اتحادیه‌های گمرکی.^{۱۸}

۷۱. برای مشاهده تحلیل جامع در این زمینه، رجوع کنید به:

United States Tariff Commission, Handbook of Commercial Treaties. Digests of Commercial Treaties, Conventions, and Other Agreements of Commercial Interest Between All Nations (Washington: Government Printing Office, 1923).

همچنین رجوع کنید به:

Baron Nolde, «Droit et technique des traités de commerce» (1924-II) 3 Recueil des Cours, 291-475, at 425-436; and «La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels» (1932-I) 39 Recueil des Cours, 3-130.

۸۱. واضح است که دکترین، پیش از ظهور گات به طرز قابل ملاحظه‌ای متأثر از نظریه مشورتی دیوان دائمی دادگستری در زمینه «نظام گمرکی میان آلمان و اتریش بوده است» که در آن، دیوان یک تعریف حقوقی از اتحادیه گمرکی به‌دست می‌دهد. رجوع کنید به: PCIJ Series A/B, n. 41, September 5th, 1931, at 51.

نتیجه آن که استثنای منطقه‌ای تنها در رابطه با همین دو دسته از موافقتنامه‌ها شکل گرفته است.^{۱۹} این نظریه متعاقب برخی گزارش‌های مخصوص جامعه ملل ایجاد شد.^{۲۰}

البته قابل ذکر است که تقریرات مربوط به قبل از ظهور گات، جملگی متضمن یک نگرانی مشترک بوده‌اند: ترس از این که توسعه شمول استثنای منطقه‌ای فراتر از اتحادیه‌های گمرکی و عبور و مرور مرزی کالا، می‌تواند دامنه چنین عرفی را چنان گسترده سازد که منجر به مخدوش شدن اصل رفتار دول کامله‌الوداد و به تبع آن، کل نظام تجارت بین‌الملل گردد. با آن که مآل این احتیاط قابل فهم است، به نظر نمی‌رسد این نگرانی توانسته باشد اقدامات بعدی مربوط به «تدوین»^{۲۱} (مقررات سازمان جهانی تجارت) را تحت تأثیر قرار دهد.

این نگرانی از طریق مقایسه تعاریف مشابه صورت گرفته (از اصل رفتار دول کامله‌الوداد) توسط دکترین مذکور با قطعنامه سال ۱۹۳۶ مؤسسه حقوق بین‌الملل در زمینه تأثیرات اصل رفتار کامله‌الوداد بر موضوعات تجاری و حمل و نقل دریایی بیش‌تر مشهود خواهد شد، زیرا در آن جا با

۹۱. در میان نوشته‌های سایر نویسندگان قبل از دوره ظهور گات رجوع کنید به:

R. Riedl, *La clause de la nation la plus favorisée* (Vienne : Recueil Sirey, 1928) at 96-101; S. Basdevant, 'La clause de la nation la plus favorisée; effets en droit international privé' (1929) *Répertoire de Droit International*, 16-18; N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée* (Paris: Les éditions internationales, 1930), 284-306; Baron Nolde, *supra* note 11 (1932), 93-100; A.P. Sereni, «Il trattamento della nazione più ommerc» (1932) 24 *Rivista di Diritto Internazionale* II, 201-211; Henri François Oppenheim, *La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse* (Zurich : Éditions Polygraphiques, 1948), at 103-131.

نگرش مخالف آن است که در غیاب یک شرط صریح معاهده‌ای، ورود یا عضویت در یک اتحادیه گمرکی، نمی‌تواند به‌طور ضمنی مبین یک استثنا بر تعهدات مربوط به معاهدات متضمن اصل رفتار کامله‌الوداد با سایر دولت‌ها باشد. رجوع کنید به: G. Schwarzenberger, «The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice» (1945) 22 *The British Yearbook of International Law*, at 109, note 5. At the opposite, R.C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause* (New York: King's Crown, 1948), 174-180 holding the customary character even of a «particular nations» exception clause.

۲۰. برای مثال رجوع کنید به:

League of Nations, *Recommendations of the Economic Committee Relating to Commercial policy*, Doc. C.138.M.53.1929.II, of June 18th, 1929; Société des Nations, *La politique commerciale dans le monde d'après guerre*, Rapport des Comités économique et financier (Genève: SdN Publ. 1945.II.A.7, 1945); United Nations, Department of Economic Affairs, *Customs Unions – A League of Nations Contribution to the Study of Customs Union Problems* (Lake Success, New York: UN Publ.1948.II.D.3, 1947). In the *Recommendations of 1929* cited above in this note, at 13,

جامعه ملل، طرح حق شرط را به شکل ذیل تعریف مجدد کرد: مزایایی که به کشورهای همجوار به منظور تسهیل عبور و مرور مرزی کالا اعطا شده است و مزایایی که در نتیجه یک اتحادیه گمرکی که تشکیل شده است یا در آینده باید توسط کشورهای عضو انعقاد یابد، باید از شمول اجرای این ماده خارج گردد.

21. Codification

واقع‌نگری و شاید بی‌توجهی، انحراف از اصل مزبور به نفع طیف وسیعی از ترتیبات ترجیحی مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۲۲}

این موضوع - هرچند به شکلی متفاوت- بار دیگر در مراحل مختلف تنظیم پیش‌نویس گات ۱۹۴۷ و به‌خصوص ماده ۲۴ آن مورد بحث قرار گرفت؛ اما سه واقعه در خصوص این پیش‌نویس قابل ملاحظه است: اولاً پیشنهاد شده بود - و این پیشنهاد از سوی هیأت فرانسه قویاً حمایت شد- پاراگراف پنجمی که متضمن یکی از اهداف اصلی رفتار دول کامله‌الوداد باشد به ماده یک گات اضافه گردد، به این ترتیب که «افزایش آزادی تجاری از طریق توسعه توافقی‌های داوطلبانه مبنی بر همگرایی نزدیک‌تر اقتصاد کشورهای عضو صورت پذیرد».^{۲۳} این پیشنهاد به این شکل مورد پذیرش قرار نگرفت، بلکه در نهایت صراحتاً مورد شناسایی قرار گرفت و در پاراگراف ۴ ماده ۲۴ ذکر گردید: «تمایل به افزایش آزادی تجاری از طریق توسعه توافقی‌های داوطلبانه مبتنی بر همگرایی اقتصادی میان اقتصاد کشورهای عضو این موافقتنامه‌ها مورد شناسایی قرار می‌گیرد».^{۲۴}

ثانیاً، برخی نظام‌های ترجیحی از پیش موجود، عموماً نظام‌های ترجیحی مبتنی بر روابط استعماری میان قدرت‌های استعماری با مستعمره‌ها، دومینیون‌ها و یا کشورهای تحت‌الحمايه‌شان با وجود تحرکات ظاهراً موفق ایالات متحده علیه این موافقتنامه‌های به‌اصطلاح «ترجیحات استعماری» در جریان کنفرانس کارهای مقدماتی مربوط به گات، براساس ماده ۱ (پاراگراف ۲ تا ۴) مجاز شمرده شدند.

ثالثاً نکته جالب توجه دیگر این که توسعه «اسرارآمیز» ماده ۲۴ به‌منظور پوشش دادن منطقه آزاد تجاری و موافقتنامه‌های موقت مربوط به آن و همچنین اتحادیه‌های گمرکی و موافقتنامه‌های موقت مربوط به آن شکل گرفت. اخیراً تحقیقی انجام شده که با بررسی اسناد ثبت شده در گذشته، نشان

۲۲. براساس پاراگراف هفتم قطعنامه، اصل رفتار کامله‌الوداد شامل موارد آتی نمی‌گردد: رفتار ترجیحی یکی از کشورهای متعاقد نسبت به یک کشور ثالث به‌منظور تسهیل عبور مرزی، رفتار ترجیحی ناشی از تشکیل یک اتحادیه گمرکی، رفتار ترجیحی ناشی از کنوانسیون‌هایی که به روی همه کشورها باز است و هدف از آن تسهیل تجارت و روابط اقتصادی بین‌المللی از طریق کاهش نظام‌مند حقوق گمرکی است، رفتار ترجیحی ناشی از تعهدات متقابل و انحصاری دولت‌ها در چارچوب سازمان‌ها یا نظام‌های اقتصادی با ویژگی منطقه‌ای یا قاره‌ای و همچنین رفتار ترجیحی ناشی از توافق اقتصادی کشورهای عضو یک جامعه سیاسی. متن نهایی قطعنامه را می‌توانید در آدرس زیر بیابید:

Annuaire de l'Institut de Droit International (Annuaire) 39 (1936), vol. II, at 289. For the Report presented by Baron Nolde and pertinent discussion, see Annuaire 38 (1934), 414-472 and Annuaire 39 (1936), vol. II, 39-90.

۲۳. نماینده فرانسه، به نام «کوچه» (Kojeve) بدین شکل پیشنهاد مذکور را توضیح می‌دهد: در اروپا، در امریکای لاتین و در خاورمیانه دولت‌ها اقدام به تأسیس اتحادیه‌های گمرکی کرده‌اند. بنابراین واضح است که همه آن‌ها بر فایده‌مندی ماده یک تأکید خواهند داشت. رجوع کنید به: UN Doc. E/CONF.2/C.6/SR.38, of 13 March 1948, at 5.

۲۴. ر.ک: UN Doc. E/CONF.2/C.6/107, of 10 March 1948.

می‌دهد که مقررات مربوط به مناطق آزاد تجاری، توجیهی حقوقی برای ترتیبات ترجیحی بعدی که شرایط لازم را برای تشکیل اتحادیه گمرکی ندارند، ایجاد کرده است (بدون این که این ترتیبات ترجیحی لزوماً منجر به شکل‌گیری اتحادیه گمرکی شوند).^{۲۵}

خلاصه این که به نظر می‌رسد کارهای مقدماتی ماده ۲۴ مؤید آن است که علی‌رغم تدقیق صورت گرفته و رسمیت یافتن این ماده،^{۲۶} معماران گات ۱۹۴۷ (به سرکردگی نمایندگان قدرت‌های بزرگ) تمام اقدامات دوراندیشانه را بدین منظور که «عرف بد» اعطا یا دریافت امتیازات تجاری ادامه یابد، صورت داده‌اند.^{۲۷}

با ظهور گات ۱۹۴۷ و در سال‌های پس از آن، دکترین همواره معطوف به تفسیر مقررات مبهم و مجادله‌آمیز ماده ۲۴ بوده و مسأله استثنای عرفی تقریباً به فراموشی سپرده شده است. در واقع، از آن‌جا که متن یک معاهده چندجانبه (ماده ۲۴ گات) مشروعیت حقوقی شکل‌گیری موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای را تحقق بخشید دیگر جایی برای طرح مسائل مزبور باقی نماند. در اواخر دهه شصت میلادی، زمانی که مؤسسه حقوق بین‌الملل گزارش و قطعنامه دوم^{۲۸} خود را در مورد اصل رفتار دول کامله‌الوداد تصویب کرد، به نظر آمد تغییر نگرشی به نفع موضوع عرفی شدن به وجود آمد. در متن قطعنامه تأکید شده بود:

الف) رفتار ترجیحی به نفع کشورهای در حال توسعه از طریق نظام عمومی ترجیحات که مبتنی بر معیارهای واقعی است، نباید به‌واسطه این شرط^{۲۹} مخدوش گردد.

۵۲. ر.ک:

K. A. Chase, 'Multilateralism Compromised: The Mysterious Origins of GATT Article XXIV' (2006) 5 World Trade Review 1, 1-30

که در آن‌جا نویسنده توضیح می‌دهد سیاستگذاران آمریکایی که در حقیقت آن‌ها پیش‌نویس ماده ۲۴ در مورد مناطق آزاد تجاری را تهیه کردند، این پیش‌نویس را به منظور تطبیق آن با معاهده‌ای تجاری که به‌صورت پنهانی با کانادا مورد توافق قرار داده بودند، به آن شکل طراحی کردند.

۶۲. آقای کنت دلبلیو دام (Kennet W.Dam) در ۱۹۶۳ اذعان داشت: «با نگاه اول به نظر می‌رسد که ماده ۲۴ متضمن مقرراتی است برای تأمین شرایطی که بر اساس آن ترتیبات تجاری منطقه‌ای مجاز شمرده شوند. تصریح صورت گرفته کاملاً فریبنده است». رجوع کنید به:

K.W. Dam, 'Regional Economic Arrangements and the GATT: the Legacy of a Misconception' (1963) 30 The University of Chicago Law Review 4, 615, at 619.

۷۲. در میان مقرراتی از این دست می‌توان ماده ۱۵ پیش‌نویس منشور هاوانا (که هرگز لازم‌الاجرا نشد) را مثال زد که به بهانه بازسازی و توسعه اقتصادی، خروج موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از شمول اصل رفتار کامله‌الوداد را تجویز کرده است.

28. P. Pescatore, la clause de la nation la plus favorisée dans la conventions multilatérales: Rapport définitif présenté par la Rapporteur de la Quatrième Commission de l'Institut de Droit International (Genève: Imprimerie de "la Tribune de Genève"), Mai 1969.

۹۲. در متن از واژه «clause» استفاده شده است که منظور همان اصل رفتار کامله‌الوداد است (مترجم).

ب) دولتهایی که مشمول رفتار کامله‌الوداد هستند نباید با استناد به آن، مدعی رفتاری باشند که دولتهای عضو موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای نسبت به یکدیگر روا می‌دارند.

ج) هرگونه انحراف از اصل مزبور باید با تضمین‌های مناسب اساسی و شکلی، مانند تضمین‌هایی که در نظام‌های چندجانبه ایجاد می‌شود، همراه باشد.^{۳۰}

گزارش آقای پکاتور^{۳۱} که قطعنامه نیز بر مبنای آن شکل گرفته بود، تصریح داشت که شناسایی یک انحراف عرفی به نفع موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای (در نامه b) باید بر مبنای معیار نظام‌مند ذیل تفسیر شود: فقط آن دسته از موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای که همگرایی اقتصادی مطلق را که متضمن حذف همه موانع تجاری میان اعضای آن باشد ترویج کنند، از شمول اجرای اصل رفتار دول کامله‌الوداد خارج خواهند شد و فقط موافقتنامه‌های منطقه‌ای که متضمن همگرایی اقتصادی مطلق باشند مشمول چنین امری نخواهد بود.^{۳۲} به همین ترتیب به باور آرمان‌گرایانه گزارشگر کمیسیون، کیفیت ذاتی یک موافقتنامه این است که، با مراعات شرط نظام کامل همگرایی اقتصادی می‌تواند از این انحراف منتفع شود.

در رابطه با مناطق آزاد تجاری نیز گزارش مؤسسه حقوق بین‌الملل حاوی این نگرش است که مناطق آزاد تجاری، منصرف از آن‌که هموارکننده مسیر برای دستیابی به اتحادیه گمرکی باشند، نهادهایی اصیل محسوب می‌شوند، ولی مسأله این است که در زمان گات، این نهادها جوان‌تر از آن بودند که عامل شکل‌گیری یک عرف باشند.^{۳۳} این نگرش منطبق با دکتترین معاصر^{۳۴} نیست، زیرا در عمل، نشانه‌هایی از ظهور یک عرف در ارتباط با مناطق آزاد تجاری مشاهده شده است.^{۳۵}

۳۰. ر.ک: سالنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل، شماره ۵۳، سال ۱۹۶۹، بخش II، صفحه ۱۷۶.

۳۱. Pescatore گزارشگر کمیسیون حقوق بین‌الملل، سال ۱۹۶۹، رجوع کنید به: پانوشت شماره ۲۱.

۳۲. ر.ک: سالنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل، شماره ۵۳، (سال ۱۹۶۹)، بخش I، صفحه ۱۱۶.

۳۳. همان، ص ۱۰۵.

۳۴. در راستای نگرش کمیسیون، برای مثال رجوع کنید به:

B. Knapp, *Le système préférentiel et les Etats Tiers*, Genève (Droz), 1959, at 358; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée* (Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1972), 245-246

و در مورد اعتقاد مخالف مبتنی بر این که مناطق آزاد تجاری شاهدهی بر شکل‌گیری حقوق عرفی هستند، رجوع کنید به:

G. de Lacharrière, «Aspects récents de la clause de la nation la plus favorisée» (1961) 7 *Annuaire Français de Droit International*, 107-117; H. Steinberger, *GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse* (Köln: Carl Heymanns, 1963) at 221, note 876; G. Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement on Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Politics and Techniques* (London: Joseph, 1965), at 62; G. Schiavone, *Il principio di non-discriminazione nei rapporti commerciali internazionali* (Milano: Giuffrè, 1966), 212; D. Vignes, «Contribution de la Belgique à la formation d'une exception de plein droit à la clause de la nation

چندسال بعد، این موضوع که آیا بر اساس اصل رفتار دول کامله‌الوداد مزایای توافق شده در قالب اتحادیه‌های گمرکی و نهادهای مشابه آن، قابل تسری است یا خیر، در چارچوب کار تدوین کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه اصل رفتار دول کامله‌الوداد قرار گرفت. کمیسیون ترجیح داد که در طرح پیش‌نویس^{۳۶} ماده‌ای به منظور استثنا کردن اتحادیه گمرکی اختصاص ندهد؛^{۳۷} هر چند در زمینه رفتار مبتنی بر نظام عمومی ترجیحات مربوط به عبور و مرور مرزی کالا، در موافقتنامه‌های میان کشورهای در حال توسعه و دولت‌های محصور در خشکی، این کار صورت گرفت.^{۳۸} بنابراین توافق شد که تصمیم نهایی در این خصوص به عهده نماینده دولت‌ها در مرحله نهایی تدوین باشد.^{۳۹} نقطه نظر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در ارتباط با کار کمیسیون حاکی از آن بوده که اکثریت، جامعه بین‌المللی، وجود یک استثنا به نفع اتحادیه‌های گمرکی را به رسمیت شناخته‌اند، ولی برخی دیگر، خصوصاً کشورهای سوسیالیستی، با آن مخالفت کرده‌اند.^{۴۰} این که کمیسیون در پیش‌نویس، استثنایی به نفع ترجیحات تجاری میان کشورهای در حال توسعه قائل شد نشان می‌دهد که موضوع استثنای منطقه‌ای کلاً متأثر از اقتضائات سیاسی بوده است؛^{۴۱} هر چند طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه اصل رفتار دول کامله‌الوداد تبدیل به یک معاهده لازم‌الاجرا نشد.

la plus favorisée à l'égard des unions douanières et des regroupements régionaux», in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, II (Bruxelles: Bruylant, 1972), 527-546.

۵۳. در خصوص رویه معاصر اکثریت قابل توجه معاهدات دوجانبه‌ای که مناطق آزاد تجاری حال و آینده را از شمول اجرای اصل رفتار دول کامله‌الوداد خارج کرده‌اند، به‌ترتیب رجوع کنید به: B. Knapp and E. Sauvignon. منابع مذکور در پانویست شماره ۲۳، صفحات ۲۴۶ و ۳۵۸. درخصوص اعتراض روسیه که مدعی بود براساس اصل رفتار دول کامله‌الوداد مندرج در معاهدات دوجانبه، باید از ترجیحات اعطایی در چارچوب بازار مشترک اروپا (EEC)، منتفع شود، اعتراضی که با مخالفت سوئد و انگلستان همراه بود، رجوع کنید به:

G. de Lacharrière, and E. Sauvignon, مذکور در پانویست شماره ۲۵، صفحه ۲۴۲.

۶۳. در متن Project آمده است (مترجم).

۷۳. متن مصوب نهایی کمیسیون (ماده ۲۳ پیش‌نویس کار کمیسیون)، به این ترتیب تنظیم شد که: «دولت ذینفع که عضو یک اتحادیه گمرکی نیست، بر اساس اصل رفتار دول کامله‌الوداد، مشمول آن رفتار ترجیحی نمی‌شود که از طرف دولت‌های عضو به دولت ثالثی که او هم عضو اتحادیه است، اعطا می‌گردد».

۸۳. ر.ک: طرح پیش‌نویس کمیسیون، مواد ۲۵، ۲۴، ۲۳ و ۲۶ از ILC Project.

۹۳. در اسناد کارهای مقدماتی کمیسیون آمده است: قابل درک است که سکوت مواد پیش‌نویس به معنای شناسایی ضمنی وجود یا عدم وجود چنین قاعده‌ای نیست، بلکه این سکوت باید به این صورت تفسیر شود که تصمیم نهایی باید در مرحله نهایی تدوین، توسط دولت‌هایی که این طرح به آن‌ها ارجاع شده، صورت گیرد. رجوع کنید به: گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، سی‌امین نشست کاری، ۸ می تا ۲۸ ژوئیه سال ۱۹۷۸، No. 10 (A/33/10), at 21.

۱۰۴. ر.ک:

E. Triggiani, «Some Thoughts on the Most-Favoured-Nation Treatment» (1985) *Italian Yearbook of International Law*, 124-144, at 132.

۱۴. ر.ک:

M. Nowakowski, «The Most Favoured Nation Clause in the Light of the Draft of the International Law Commission» (1984) *13 Polish Yearbook of International Law*, 95-116.

ج) بررسی ماهوی

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، مسأله وجود ماهیت عرفی برای استثنای منطقه‌ای طی قرن پیشین بسیار مورد بحث قرار گرفته است.^{۴۲} با آن که در نهایت این باور در میان دولت‌ها و در دکترین نضج گرفت که برخی ترتیبات ترجیحی این قابلیت را دارند که از شمول استاندارد اصل رفتار کامله‌الوداد خارج شوند، ولی این موضوع که کدام‌یک از موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای مشمول این استثنا شوند جای بحث و جدل بسیار دارد. اختلاف نظر به‌خصوص در مورد اشکال این موافقتنامه‌ها است؛ مانند مناطق آزاد تجاری و ترتیبات ترجیحی بخشی، که مشخصات یک اتحادیه گمرکی را ندارند و متضمن سیاست تجاری مشترک دولت‌های عضو در برابر کشورهای ثالث، مانند یک تعرفه گمرکی واحد، نیستند. در عوض، اتحادیه‌های گمرکی، به‌علت وجود تعرفه مشترک خارجی به‌عنوان یک قلمرو گمرکی واحد و به تبع آن یک استثنا بر اصل رفتار دول کامله‌الوداد پذیرفته شد.

ار آن‌جا که گروه‌بندی‌های منطقه‌ای، مانند همگرایی مطلق اقتصادی یا غیر آن، واقعیت‌های پیچیده منطقه‌گرایی اقتصادی را نمایان نمی‌کنند، این که مشروعیت حقوقی برخی موافقتنامه‌های اقتصادی را ناشی از استثنای منطقه‌ای بدانیم نیز چندان منطقی نیست.^{۴۳} منصرف از مسأله افزایش تعداد موافقتنامه‌های منطقه‌ای که مهم‌ترین استدلال برای طرح این نظریات در مقاله حاضر است، شاید مشکل اصلی این استدلال ناشی از مدل‌های اقتصادی است (فهرست کامل آن شامل اتحادیه اقتصادی، بازار مشترک، اتحادیه گمرکی، منطقه آزاد تجاری و توافقنامه‌های ترجیحی موردی است) که هرگز به همان شکل که در ادبیات اقتصادی پذیرفته شده‌اند، ایجاد نشده‌اند.

بررسی جامع منطقه‌گرایی مدرن، حاکی از ظهور نمونه‌های همگرایی اقتصادی پیشرفته‌تر نسبت به مناطق آزاد تجاری و اتحادیه‌های گمرکی است (مواردی که در ماده ۲۴ گات به آن‌ها پرداخته شده)؛ از جمله اشکال هیبرید یا مرکب همگرایی اقتصادی (مانند گروه‌بندی‌های تجاری منطقه‌ای که شکلی بینابین اتحادیه‌های گمرکی یا بازار مشترک و مناطق آزاد تجاری دارند)،

۴۲. این مباحث به‌خصوص تا دهه هفتاد بسیار مورد توجه بود. به منظور بررسی ادبیات جدید بحث رجوع کنید به:

E. Ustor, 'The MFN Customs Union Exception' (1981) 15 Journal of World Trade Law 6, 377-387;

E. Triggiani, *Il trattamento della nazione più favorita* (Napoli: Jovene, 1984) 123-150; J.J. Forner I

Delayagua, *La cláusula de la Nación más favorecida* (Madrid: Editorial Civitas, 1988) 85-108

Sir R. Jennings and Sir A. Watts (eds), *supra* note 10; UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*

(New York - Geneva: UN, 1999), UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III), 20.

۴۳. ر.ک: A.P.Sereni، پانوشت شماره ۱۳، صفحات ۲۰۶-۲۰۷ که در آن‌جا این بحث مطرح شده که اتحادیه اقتصادی

یا یک اتحادیه گمرکی، هر قدر هم که مطلق باشد، مولد یک شخصیت جدید حقوق بین‌الملل نیست. رجوع کنید به:

Jennings and Watts، پانوشت شماره ۱۰ مذکور در بالا، صفحه ۱۳۳۲، که در آن‌جا متذکر شده که دشوار است بپذیریم

ورود به یک اتحادیه گمرکی، استثنایی ضمنی بر معاهدات متضمن اصل رفتار کامله‌الوداد با کشورهای دیگر است، زیرا یک

نهاد سیاسی شکل نگرفته که مشمول اجرای قواعد جابه‌جایی دولت‌ها شود.

گسترش موضوعات تحت پوشش سازمان جهانی تجارت، موافقتنامه‌های شمال- جنوب، موافقتنامه‌های منطقه‌ای موازی، موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای که میان اعضای موافقتنامه منطقه دیگری انعقاد می‌یابد و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای میان کشورهایی که از لحاظ جغرافیایی از هم دور بوده‌اند.^{۴۴}

در حال حاضر نیز چون گذشته، تلاش‌هایی که به‌منظور تفکیک موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای خوب از «بد» صورت می‌گیرد، چه از لحاظ همگرایی اقتصادی میان اعضا، مانند دوره قبل از گات ۱۹۴۷ یا از لحاظ «افزایش تجارت» که در ماده ۲۴ گات اشاره شده،^{۴۵} برای توضیح رفتار ناهمگون دولت‌ها نسبت به ایجاد موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، مناسب نیست. از نظر دیگر، پیشنهاد این مقاله آن است که محتوی قاعده عرفی مفروض- چنانچه این قاعده وجود داشته باشد- حاصل عدم تبعیت یا رفتار بی‌تفاوت دولت‌ها در ارتباط با مقررات معاهده‌ای ماده ۲۴ است و در واقع، اینکه مقررات ماده ۲۴ خود مبدل به قواعد عرفی شده باشند، مورد نظر نیست.

تردید وجود ندارد که بررسی رویه دولت‌ها در ارتباط با موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به‌منظور اثبات وجود قاعده عرفی فرضی، دشوار و ددرساز است، زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، این موافقتنامه‌ها امروزه از لحاظ تشکیلات ساختاری و بسیاری جهات اساسی دیگر با یکدیگر تفاوت دارند.

مشکل اصلی این روش تحلیل، وجود متون موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای است که به هیچ وجه قابل اتکا نیستند، زیرا این موافقتنامه‌ها به‌ندرت مستقیماً ناقض مفاد ماده ۲۴ و سایر مقررات سازمان جهانی تجارت هستند.^{۴۶}

۴۴. به‌منظور بررسی جامع اشکال اصلی منطقه گرایی مدرن رجوع کنید به:

J.-A. Crawford and R. V. Fiorentino, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*, WTO Discussion Paper No. 8 (Geneva:WTO, 2005), and R. V. Fiorentino, L. Verdeja and C. Toqueboeuf, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update*, WTO Discussion Paper No. 12 (Geneva: WTO, 2007).

۴۵. کاملاً مشهود است که مقررات ماده ۲۴، و خصوصاً پاراگراف ۴ آن، به طرز قابل توجهی متأثر از تئوری‌های اقتصادی جاکوب وینر (Jacob Viner) بوده است؛ تئوری‌هایی که متعاقباً در مقاله معروف او تحت عنوان «موضوع اتحادیه‌های گمرکی» آورده شد. (New York : Steven, 1950)

۴۶. به‌عنوان نمونه از میان موافقتنامه‌ای که مستقیماً نقض موافقتنامه‌های سازمان جهانی تجارت را تجویز کرده است می‌توان ماده ۱۰۳ (رابطه با موافقتنامه‌های دیگر) را مثال زد: (۱) اعضای متعاهد حقوق و تکالیف خود براساس موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت و سایر موافقتنامه‌هایی را که عضو آن هستند، نسبت به یکدیگر تأیید می‌کنند. (۲) در صورت بروز هرگونه عدم تطابق میان این موافقتنامه و سایر موافقتنامه‌ها، مفاد این موافقتنامه اولویت دارد، مگر به ترتیبی که در همین موافقتنامه پیش‌بینی شده است.

به هیچ وجه تعجب‌آور نیست که تقریباً در مقدمه اکثر موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از لزوم تطبیق رفتار اعضای متعاهد با اصول گات یا سازمان جهانی تجارت سخن به میان آمده است. با این حال در فراسوی چنین مقرره‌هایی، موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به‌طور نظام یافته، غیرمستقیم و مخفیانه از شرایط ماده ۲۴ عدول می‌کنند. با نقض شرایط اساسی ماده ۲۴ (چه شرایط «درونی» و چه شرایط «بیرونی»)^{۴۷} با توجه به اوضاع و احوال برای مثال تحت عناوین فریبنده‌ای چون موانع فنی تجاری یا اقدامات بهداشتی و بهداشت محیط یا از طریق سوءاستفاده از سازوکارهای حفاظتی منطقه‌ای،^{۴۸} تجارت بین‌الملل با محدودیت‌های قابل ملاحظه‌ای مواجه می‌گردد. حتی می‌توان گفت که موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای خود می‌توانند به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به اهداف و مقاصد نامشروع مورد استفاده قرار گیرند.^{۴۹}

با در نظر گرفتن مسائل مزبور، هر تلاشی به منظور استخراج یک معیار، قاعده یا اصل مشترک در متون موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، با وجود این شبکه پیچیده از نظام قواعد مختلف و همسان، قطعاً به این نتیجه خواهد رسید که اساس و بنیان همه موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، «ترجیحات تجاری» یا به تبع آن، «تبعیض علیه کشورهای ثالث» است. اگرچه ظاهراً این وجه مشترک برای شکل‌دهی به محتوای یک قاعده عرفی بین‌المللی متضمن تعهدات بسیط و مبهم است، ولی درحالی‌که عرف بین‌المللی مبین، تقویت‌کننده و بیانگر یک حق یا آزادی عرفی است، نباید اصل اعتبار چنین فرضی نادیده گرفته شود.

براساس حقوق بین‌الملل کاملاً پذیرفته شده که غیر از مورد قواعد آمره^{۵۰} و اصول و قواعد مندرج در منشور ملل متحد، دولت‌ها برای پیوستن به هر موافقتنامه و با هر موضوع، آزادی کامل دارند.^{۵۱}

۷۴. ر.ک: پانوش شماره ۵.

۸۴. به‌منظور مطالعه نگرش‌های متفاوت در مورد این موضوعات رجوع کنید به:

J.P. Trachtman, «Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration Under Article XXIV GATT» (2003) 6 JIEL 2, 459-492; P. Beynon, 'Community Mutual Recognition Agreements, Technical Barriers to Trade and the WTO's Most Favoured Nation Principle' (2003) 28 European Law Review 231-249; J. Pauwelyn, 'The Puzzle of WTO Safeguards and Regional Trade Agreements' (2004) 7 JIEL 1, 109-142

۹۴. ر.ک:

S. M. Cone III, 'The Promotion of Free-Trade Areas Viewed in Terms of Most-Favored-Nation treatment And «Imperial Preference» (2005) 26 Michigan Journal of International Law 2, 563-585

که در آن نشان داده شده است برخی مناطق آزاد تجاری امروزی، حاوی ترجیحات به‌اصطلاح شاه‌منشانه‌ای (تاریخی) هستند که پس از خروج از گات ۱۹۴۷ اکنون بار دیگر زندگی جدیدی را آغاز کرده‌اند.

50. jus cogens

۱۵. مواد ۵۳ و ۶۴ از کنوانسیون وین در زمینه حقوق معاهدات.

بنابراین کشورها آزادند که هر زمان صلاح دیدند علیه کشورهای ثالث تبعیض قائل شوند و در قلمرو تجارت، این به معنای آزادی یا حق انعقاد موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای است. از یک طرف، این آزادی یا حق عرفی فرضی (پیوستن به موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای) نشانگر نفس روابط تجاری بین‌المللی است و باید پیشرفت داده شود و حفاظت گردد.^{۵۳} متن میثاق حقوق و تعهدات اقتصادی دولت‌ها، که مشارکت آنان در توافقنامه‌های همکاری میان منطقه‌ای، درون منطقه‌ای و منطقه‌ای را به منظور توسعه اجتماعی و اقتصادی یک حق بر می‌شمرد، و توقعات مرتبط سایر دولت‌ها (کشورهایی که عضو این موافقتنامه‌ها نیستند) را منافع مشروع می‌انگارد، احتمالاً این نگرش را مورد تأیید قرار می‌دهد.^{۵۴}

از طرف دیگر، قاعده عرفی مورد بحث به هیچ وجه به واسطه تعهد کلی عدم تبعیض محدود نشده است، زیرا همان‌طور که در دکتترین نیز عموماً پذیرفته شده، به‌دشواری می‌توان موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای و رفتار ملی^{۵۵} را عرف‌های بین‌المللی فرض کرد.^{۵۶}

البته بر همگان آشکار است که این آزادی عرفی بالقوه نامحدود می‌تواند با حقوق معاهده‌ای، خصوصاً اصل عدم تبعیض مندرج در موافقتنامه‌های چندجانبه سازمان جهانی تجارت در تقابل قرار گیرد.^{۵۷}

52. T. Cottier and M. Foltea, 'Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements', in L. Bartels and F. Ortino (eds), *supra* note 1, at 41.

۳۵. رک: E. Triggiani, پانویست شماره ۳۶ بالا.

۴۵. براساس ماده ۱۲ میثاق: ۱) دولت‌ها حق دارند در توافق با دولت‌های مربوط در همکاری‌های درون منطقه‌ای، منطقه‌ای و میان منطقه‌ای، به منظور توسعه اجتماعی و اقتصادی مشارکت کنند. تمام دولت‌هایی که در چنین همکاری‌هایی وارد می‌شوند موظفند سیاست‌های مربوط به چنین گروه بندی‌هایی را طوری تنظیم کنند که با مقررات این میثاق و خارج از آن با سایر تعهدات بین‌المللی‌شان و با نیاز به همکاری اقتصادی بین‌المللی در تطابق باشد و منافع مشروع سایر کشورها خصوصاً کشورهای در حال توسعه را در نظر داشته باشند. رجوع کنید به: قطعنامه شماره ۳۲۸۱ (XXIX) مجمع عمومی، مورخ ۱۲ دسامبر، ۱۹۷۴.

In General Assembly Official Records (GAOR), 29th Session, Supplement N. 31, Doc. A/9631, at 50-55.

55. national treatment

۵۶. برای مثال رجوع کنید به:

G. Schwarzenberger, 'The Principles and Standards of International Economic Law' (1966-I) 117 *Recueil des Cours* at 74; A. A. D'Amato, *supra* note 6, at 131; S. Zamora, 'Is There Customary International Economic Law?' (1989) 32 *German Yearbook of International Law*, at 28-29

به منظور بررسی نگرش مخالف رجوع کنید به:

G. Panico, *La politica commerciale convenzionale della CEE* (Milano: Giuffrè, 1979) at 31,

که از لحاظ نگارنده مذکور، اصل رفتار دول کامله‌الوداد حتی می‌تواند یک قاعده آمره به حساب آید، زیرا اگرچه یک اصل معاهده‌ای دارد، ولی این قاعده در حقوق تجارت بین‌الملل القا کننده کیفیت حاکمیت اعضای جامعه بین‌المللی است، که در در نظم حقوقی بین‌المللی یک اصل تعیین کننده است.

۷۵. رکن حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت در «قضیه کرم» اقدامات تأثیرگذار بر اعمال تصدی دولتی»، (WT/DS163/R, of 1 May 2000, at 183 para. 7.96) اعلام می‌دارد: «حقوق عرفی بین‌المللی بر روابط میان اعضای

در این فرض باید در نظر داشت که در چارچوب سازمان جهانی تجارت، شرایط حقوقی که براساس آن قاعده رفتار دول کامله‌الوداد در سطح جهانی و رفتار ترجیحی در سطح منطقه‌ای امکان همزیستی داشته باشند (به این ترتیب که به اعضای یک منطقه آزاد تجاری یا اتحادیه گمرکی اجازه اعطای رفتار ترجیحی به سایر اعضا به شرط رعایت برخی مقررات داده شود) توسط خود سازمان جهانی تجارت و از طریق ماده ۲۴ گات یا ماده ۵ گاتس فراهم آمده است. مشابه این مقررات در دیگر حوزه‌های حقوق اقتصادی بین‌المللی وجود ندارد، مانند قلمرو سرمایه‌گذاری خارجی. استثنای منطقه‌ای تقریباً در تمام معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه^{۵۸} امروزی قابل مشاهده است که بر اساس آن، اعضای یک موافقتنامه منطقه‌ای یا یک سازمان همگرایی اقتصادی منطقه‌ای^{۵۹} (این اصطلاح در واژگان سرمایه‌گذاری مرسوم‌تر است) تعهدی برای شمول اصل رفتار دول کامله‌الوداد به کشورهای ثالث ندارند.^{۶۰} به‌علاوه دامنه شمول استثنای منطقه‌ای در تمام جریان مذاکرات مربوط به پیش‌نویس موافقتنامه چندجانبه سرمایه‌گذاری^{۶۱} مورد بحث قرار گرفت. هر چند همین موضوع بسیار بحث‌برانگیز، مبدل به یکی از مشکلات اصلی برای نیل به یک نتیجه موفقیت‌آمیز در مذاکرات شد.^{۶۲} برخلاف ماده ۲۴، مقرره‌ای که متضمن استثنای منطقه‌ای در معاهدات سرمایه‌گذاری است و به‌اصطلاح شرط سازمان همگرایی اقتصادی منطقه‌ای^{۶۳} نامیده می‌شود، متضمن هیچ شرط یا معیاری نیست. در واقع در این قبیل معاهدات به‌سادگی هر اتحادیه گمرکی، منطقه آزاد تجاری، بازار مشترک، اتحادیه گمرکی یا هر کنوانسیون بین‌المللی و یا سایر انحا همکاری‌های منطقه‌ای حال یا آینده را که هر کدام از اعضای متعاقد ممکن است به عضویت آن در آید، از شمول اجرای اصل رفتار دول کامله‌الوداد خارج شده است.^{۶۴}

سازمان جهانی تجارت حاکم است. این حقوق بین‌المللی تا جایی قابلیت اجرا دارد که با موافقتنامه‌های سازمان جهانی تجارت در تضاد نباشد.

58. Bilateral Investment Treaties (BITs)

59. Bilateral Investment Treaties (BITs)

60. G. Sacerdoti, «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection» (1997) 269 Recueil des Cours, 251-460, at 350.

61. Bilateral Investment Treaties (BITs)

۶۲. Sacerdoti, همان، صفحه ۳۵۳.

۳۶. REIO clause. ر.ک:

UNCTAD, *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses* (New York and Geneva: UN, 2004), UNCTAD/ITE/IIT/2004/7.

۴۶. برای مثال رجوع کنید به: ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان شیلی و مالزی. همچنین به‌منظور مشاهده متون مربوط به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، رجوع کنید به:

UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*

❖ ۳۰۹ رابطه متقابل سازمان جهانی تجارت...

آشکار است که نحوه برخورد این معاهدات، مشابه مدل استثنای منطقه‌ای در معاهدات دوجانبه تجاری پیش از ظهور گات است.

نهایتاً درس مهمی که می‌توان از تجربه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری آموخت این است که در غیاب یک نظام هماهنگ‌کننده در معاهدات متضمن اصل کامله‌الوداد (مانند سازمان جهانی تجارت)، اصل رفتار دول کامله‌الوداد و استثنای منطقه‌ای یکدیگر را حذف نمی‌کنند، بلکه هریک آثار و پیامدهای خود را دارد و موازنه میان این دو تنها از طریق اقتضائات سیاسی یا اقتصادی تنظیم می‌شود. البته باید در نظر داشت که برخلاف تجارت، در مورد سرمایه‌گذاری، همه کشورهای جهان و همچنین کشورهای عضو موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، فعالانه در جستجوی جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی هستند، و برای‌شان فرقی نمی‌کند که این سرمایه از طریق کدام کشور وارد شود و بنابراین بجز رفتار ترجیحی که در برابر برخی سرمایه‌گذاران عضو تجاری موافقتنامه منطقه‌ای اعمال می‌کنند، میان کشورهای عضو و کشورهای ثالث تبعیض قائل نمی‌شوند.^{۶۵}

منصرف از توضیحات داده شده در زمینه حقوقی بین‌الملل سرمایه‌گذاری که ماهیت اقتصادی و سیاسی قابل توجهی دارند، ممکن است این نکته به ذهن متبادر شود که با وجود مدل رایج استثنای مربوط به موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه، کدام دولت‌ها قاعده عرفی نانوشته (عرفی) را که همانا حق یا اختیار انعقاد توافقتنامه‌های ترجیحی با تعداد محدودی از شرکای تجاری است لحاظ خواهند کرد.^{۶۶}

۳. استثنای منطقه‌ای در برابر ماده ۲۴ گات

با این فرض که استدلال بالا صحیح است و استثنای منطقه‌ای عرفی به یک حق یا اختیار برای پیوستن به موافقتنامه‌های منطقه‌ای تبدیل شده، این قاعده عرفی چگونه بر اجرای ماده ۲۴ گات تأثیرگذار خواهد بود؟ عموماً پذیرفته شده که به واسطه نبودن یک سلسله مراتب میان منابع عرفی و معاهده‌ای، این دو منبع حقوق بین‌الملل می‌توانند از یکدیگر فاصله بگیرند، به این ترتیب که قاعده برآمده از یکی از این منابع، زمانی که مؤخر بر دیگری باشد، مطابق اصل اولویت قاعده مؤخر بر قاعده مقدم، اولویت دارد.^{۶۷ و ۶۸}

۵۶. UNCTAD، نگاه کنید به پانوش شماره ۶۲ ص ۱۸.

۶۶. کیفیت عرفی استثنای مربوط به موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در مرجع زیر مورد تحلیل قرار گرفته است:

M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti* (Torino: Giappichelli, 2003), 165-170

67. lex posterior derogat priori

به‌عنوان اولین گام، به نظر می‌رسد ارزیابی زمان شکل‌گیری قاعده عرفی و به‌خصوص تعیین این‌که چنین قاعده‌ای قبل یا بعد از گات ۱۹۴۷ شکل گرفته، بسیار ضروری است. از یک طرف، این بحث مطرح است که عرف مورد نظر در یک بازه زمانی نامعین پس از گات ۱۹۴۷ شکل گرفته و اماره آن نیز عدم تبعیت عمومی از مفاد ماده ۲۴ (و سایر مقررات مشابه سازمان جهانی تجارت) است، که همراه با پذیرش این رفتار از جانب سایر کشورها بوده است.^{۶۹}

۸۶. اصل مرتبط دیگر، اولویت قاعده خاص بر قاعده عام است (lex specialis generali). راجع به عدم ارتباط این اصل با رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به بخش چهارم مراجعه کنید. همچنین در همین خصوص، استدلال رکن حل اختلاف سازمان جهانی تجارت در گزارش «ترکیه- محدودیت‌های واردات محصولات نساجی و پوشاک» رجوع کنید به:

WT/DS34/R of 31 May 1999, paras 9.186-9.187

۹۶. «در این خصوص این نکته به‌درستی مورد توجه قرار گرفته است که سایر دولت‌ها، یعنی دولت‌های ثالث، با ادعای نقض شرط جامع‌الشمول بودن موافقتنامه، هرگز علیه کشورهای عضو موافقتنامه منطقه‌ای تجاری، متوسل به سازوکار حل اختلاف سازمان جهانی تجارت نمی‌شوند، زیرا تمایلی به اجرا شدن این شرط ندارند».

F. Roessler, "The Relationship between Regional Integration Agreement and the Multilateral Trade Order", in K. Anderson and R. Blackhurst (eds), *Regional Interaction and the Global Trading System* (New York: Harvester-Wheatsheaf, 1993).

در صفحه ۳۲۲ توضیح می‌دهد که یک عضو متعهد که این شرط را رعایت نکند، دو گزینه پیش‌رو دارد: یکی این‌که از موافقتنامه صرف نظر کند و دیگر این‌که دامنه شمول تجاری آن را افزایش دهد. گزینه اول از منظر سیاسی واقع بینانه به نظر نمی‌رسد. برای یک طرف ثالث پافشاری بر این موضوع که موافقتنامه منطقه‌ای باید شرط «همه امور تجاری» را رعایت کند، در عمل به این معنا است که کشورهای عضو یک اتحادیه گمرکی یا منطقه آزاد تجاری تمام امور تجاری اساسی را مشمول آن کنند، و این به این معنا است که طرف ثالث در واقع خواسته است تبعیض صورت گرفته علیه خود را توسعه دهد. همچنین، رجوع کنید به:

G. Sacerdoti, «Nuovi regionalismi e regole del GATT dopo l'Uruguay Round», in G. Sacerdoti and S. Alessandrini (eds), *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi* (Milano: Giuffrè, 1994) at 17; P. Hallström, *The GATT Panels and the Formation of International Trade Law* (Stockholm: Jurisförlaget, 1994), at 87; N. Grimwade, *International Trade Policy: A Contemporary Analysis* (London-New York: Routledge, 1996), at 278; A. Fabbicotti, 'Gli accordi di integrazione economica regionale ed il GATT/OMC. I parametri normativi dell'opera del CRTA' (2000) 14 *Diritto del Commercio Internazionale* 2, at 291.

اما اعضای سازمان جهانی تجارت از به چالش کشیدن یک موافقتنامه تجاری منطقه‌ای در رکن حل اختلاف خودداری می‌کنند؛ زیرا تمایل ندارند هیأت رسیدگی مفاد ماده ۲۴ را تصریح یا تقویت کند، برای این‌که این موضوع ممکن است شرایط موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای خواهان را نیز محدود کند تقریباً غیر از یکی مابقی اعضای سازمان جهانی تجارت لاقابل عضو یک موافقتنامه تجاری منطقه‌ای هستند و دلیل دیگر این‌که این کشورها نمی‌خواهند هیأت رسیدگی راجع به مسأله پیچیده اقتصادی و فنی انطباق با اصل ۲۴ گات تصمیمات لازم‌الاجرا اتخاذ کند. به منظور بررسی بیش‌تر این نگرش رجوع کنید به:

P. Mavroidis, «If I Don't Do It, Somebody Else Will (Or Won't): Testing the Compliance of Preferential Trade Agreements with the Multilateral Rule» (2006) 40 *Journal of World Trade* 1, 187-214; J. Pauwelyn, *Legal Avenues to «Multilateralizing Regionalism»: Beyond Article XXIV*, Paper presented at the WTO Conference on Multilateralising Regionalism, Geneva, 10-12 September 2007

از این منظر تردید وجود ندارد که ماده ۲۴ یک مقررۀ معاهده‌ای مثبت و ایجابی است و در نتیجه، هر عرفی که از آن انحراف یابد صرفاً متعاقب آن می‌تواند به وجود آمده باشد. نظریه مخالف، آن است که ماده ۲۴، پس از لازم‌الاجرا شدن، خود انحراف از یک عرف از قبل موجود بوده است. بر اساس نظریه اخیر، از سال ۱۹۴۷ و تا مدت زمانی نامعلوم، مفاد معاهده‌ای ماده ۲۴ احتمالاً حیات حقوقی داشته و آثار خود را مانند یک پُرانتز میان دو بازه زمانی ایجاد کرده است؛ بازه‌ای زمانی که احتمالاً استثنای منطقه‌ای عرفی به جای آن بر روابط بین‌الملل تجاری حاکم گردیده است.

از طرف دیگر، این اعتقاد وجود دارد که عرف مورد نظر، سابقه‌ای طولانی داشته و حتی مربوط به قبل از سال ۱۹۴۷ است. از این منظر ماده ۲۴ هرگز آثار ایجابی رسمی خود را ایجاد نکرده و مفاد آن همواره غیرفعال^{۷۰} بوده است.

بررسی تفصیلی این دو گزینه خارج از حوصله این مقاله است. مضافاً این که امروزه این مسأله بیش‌تر نوعی بررسی تاریخی به حساب می‌آید تا رویکردی عملی. همین قدر کفایت می‌کند که بگوییم اعتقاد به تداوم، یعنی گزینه دوم که در بالا تشریح شد، برخلاف آنچه در نگاه اول بی‌اساس یا حتی بی‌معنا جلوه می‌کند، به نظر از لحاظ تئوریک حتی از گزینه اول هم منسجم‌تر است.

در بخش پیشین این مقاله، این نظریه مطرح شد که استثنای منطقه‌ای، براساس رویه معاهدات بازرگانی دوجانبه که پیش از دوره ظهور گات بر روابط تجاری دوجانبه کشورها حاکم بود، در این دوره وجود داشته و به دولت‌ها اجازه می‌داده با ورود به ترتیبات ترجیحی از تعهدات خود بر اساس اصل رفتار دول کامله‌الوداد سر باز زنند. هر چند از لحاظ دکتترین درخصوص شمول و گستره این استثنا اختلاف نظر وجود دارد، ولی در اصل وجود یک استثنا با ماهیت عرفی و به نفع شکل‌گیری موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، هرگز مورد اعتراض نبوده است.^{۷۱} به‌علاوه دلایل زیادی مبنی بر تردید درخصوص جایگاه حقوقی ماده ۲۴ وجود دارد؛ زیرا این قاعده، به‌عنوان یک اصل حقوقی، همواره تا حدود زیادی غیرقابل اجرا بوده است.^{۷۲}

www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf (last visited 12 June 2008), at 3, note 4.

70. Dormant

۱۷. ر.ک: بخش ۲، قسمت «ب».

۲۷. در صفحه ۶۲۱ کتاب «تجارت جهانی و حقوق گات»، "World Trade and Law of GATT" (Indianapolis-Kanvas City-New York: Bobb-Merril, 1969)، آمده است: آشکار است که معیارهای گات برای تجویز ترتیبات منطقه‌ای، مبهم و به سختی قابل اجراست... در کارهای مقدماتی مربوط به گات پیشنهاد شده است که گروه‌های مختلف تهیه‌کنندگان پیش‌نویس حداقل دو هدف را دنبال می‌کردند... این احتمال وجود دارد که این دو هدف در زمان اجرا غیرمنطبق بوده‌اند.

همان‌طور که در مقدمه آمده، همین نقطه‌نظر، فرض اصلی و اساسی این مقاله است، البته در اینجا نیازی به تحلیل آن نیست (لااقل به لحاظ جلوگیری از طولانی شدن این مقاله). اما مسأله مهم این است که اعضای سازمان جهانی تجارت هرگز مایل به اصلاح هیچ‌یک از مفاد ماده ۲۴ نیستند، منصرف از آن که این تغییر پیشنهادی با هدف تقویت قواعد باشد یا به قصد تصریح یا توضیح آن.^{۷۳} برای مثال با وجود ناکارآمدی آشکار آن، ماده ۲۴ به‌عنوان الگویی برای پیش‌نویس پاراگراف ۲(c) شرط توانمندسازی و ماده ۵ موافقتنامه عمومی تجارت خدمات (گاتس) مورد استفاده قرار گرفت. اماره‌ای دیگر بر این عدم تمایل از مقایسه نرمش سازوکار موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای^{۷۴} که نتیجه مذاکرات دور دوحه بوده با دستور کار اصلی کنفرانس وزیران،^{۷۵} قابل مشاهده است، چرا که دستور کار کنفرانس، تصریح و توسعه اصول و آیین کار قابل اجرا در مورد موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای براساس مقررات سازمان جهانی تجارت بوده است.^{۷۶}

به‌علاوه نه‌تنها اعضای سازمان جهانی تجارت، در قالب ارکان سیاسی مرتبط سازمان جهانی تجارت، در رأس همه کمیته موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای،^{۷۷} همواره از بررسی این قبیل موافقتنامه‌ها خودداری کرده‌اند، بلکه همواره از به چالش کشیدن قضایی آن نیز خودداری ورزیده‌اند.^{۷۸}

نکته آخر و با اهمیت اینکه در موارد معدودی که برای توجیه انحراف از مقررات سازمان جهانی تجارت به ماده ۲۴ استناد شده است، قضات رکن حل اختلاف (سازمان جهانی تجارت) معمولاً از بررسی موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، چه از لحاظ کلیت آن و چه از لحاظ شکل خاص آن خودداری کرده‌اند.

۳۷. در میان معدود دانشمندانی که پیشنهادهای خوبی برای اصلاح ماده ۲۴ ارائه کرده‌اند رجوع کنید به:

R. Then de Lammerskötter, *WTO und Regional Trade Agreements (RTAs) – Artikel XXIV und die enabling clause im Lichte eines idealen Regulierungssystems*, Europäisches und Internationales Integrationsrecht: Band 6 (Hamburg: LIT Verlag, 2004) and C.B. Picker, «Regional Trade Agreements v. the WTO: A Proposal For Reform of Article XXIV to Counter Their Institutional Threat» (2005) 26 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 267-319.

74. Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements

۵۷. ر.ک: تصمیم شورای عمومی سازمان جهانی تجارت (Doc WT/L/671 of 14 December 2006). نمونه بارزی از نواقض سازوکار شفافیت پاراگراف ۱۰ است که اعلام می‌دارد: «اختیارات واقعی دبیرخانه سازمان جهانی تجارت نباید مبنایی برای حل و فصل اختلاف یا ایجاد حقوق و تعهدات جدید برای اعضا باشد».

۶۷. پاراگراف ۲۹ بیانیه کنفرانس وزیران دور دوحه مورخ ۱۴ نوامبر سال ۲۰۰۱.

۷۷. ر.ک: A. Fabbriotti, پانوشتم شماره ۶۸.

۸۷. همان‌جا.

به نظر می‌رسد از مجموع ملاحظات فوق‌الذکر می‌توان نتیجه گرفت که ماده ۲۴ همواره غیرقابل اجرا بوده است. در این صورت می‌توان گفت که ماده ۲۴ به واسطه یک قاعده عرفی غالب، متروک نشده، بلکه هرگز آثار حقوقی نداشته است.

۴. پویایی رابطه میان سازمان جهانی تجارت و ترتیبات تجاری منطقه‌ای

باز هم با فرض این که استدلال‌های صورت گرفته متقاعدکننده باشد، همزیستی استثنای عرفی برای موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای با نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت، چگونه فراهم آمده است؟ در واقع، نهایتاً دولت‌ها در روابط تجاری خودشان به واسطه یک عرف بین‌المللی از اختیار وضع ترجیحات تجاری، یا حق وضع ترجیحات (این دو اختلاف ناچیزی دارند) برخوردارند و نتیجه عملی چنین امری، می‌تواند آثار مخربی بر نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت، که دلیل وجودی آن^{۷۹} عدم تبعیض است، داشته باشد.

شرایط واقعی رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای اخیراً در گزارش گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه تکرر حقوق بین‌الملل، مورد توجه ویژه قرار گرفته است. گزارش بر نقش غیرمعمول (بزرگ) منطقه‌گرایی بر حقوق تجارت بین‌الملل، در مقایسه با کارکردهای معمول سایر نظام‌های تابع حقوق بین‌الملل، تأکید دارد: «همواره فرض شده که حقوق بین‌الملل باید از مسیر مواضع منطقه‌ای توسعه یابد؛ زیرا شباهت نسبی منافع یا دیدگاه‌های بازیگران احتمالاً تناسب و کارایی قواعد مربوط را تضمین خواهد کرد. با وجود این، باید به یک مسأله اشاره کرد و آن، منطقه‌گرایی در حقوق تجارت است. با وجود کشش موجود برای دستیابی به نظام تجاری جهانی در چارچوب گات/سازمان جهانی تجارت، جریان افزایشی انعقاد موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای ادامه یافته است. در ماده ۲۴ گات شکل‌گیری این موافقتنامه‌ها توصیه شده، ولی با وجود مجادلات موجود در رابطه با شمول اجرای این مقررات، نگرش (قابل فهم) در نظام سازمان جهانی تجارت، همان‌طور که رکن حل اختلاف نیز اظهار داشته، لزوم تفسیر مضیق از آن بوده است.^{۸۰} با وجود این، با توجه به دشواری‌ها و اختلاف‌نظرها در توسعه نظام تجارت جهانی، به نظر نمی‌رسد که در حال حاضر، نقطه پایانی برای موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای وجود داشته باشد.^{۸۱}

79. The Committee on Regional Trade Agreements (CRTA)

۸۰. در این‌جا گزارش گروه مطالعاتی به گزارش مشهور رکن حل اختلاف سازمان جهانی تجارت در رابطه با «ترکیه محدودیت‌های واردات محصولات نساجی و پوشاک»، (1999 WTO/DS34/AB/R, 22 October) ارجاع شده است.

۸۱. رک: پنجاه و هشتمین نشست کمیسیون حقوق بین‌الملل، گزارش گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل، پنجاه و هشتمین نشست، نهایی شده توسط «مارتی کاسکنیمی» Martti Koskenniemi؛ تکرر حقوق بین‌الملل: دشواری‌های ناشی از تنوع و گستردگی حقوق بین‌الملل، Doc. A/CN.4/L.682, of 13 April 2006, paras 205 and 210.

در سال ۲۰۰۵ گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل به این ترتیب گزارش داده است: «در حالی که اعضا متذکر شده‌اند که منطقه‌گرایی، کلاً یک مسأله تحت شمول حقوق خاص در نظر گرفته شده، برخی بر این باورند که نکات زیادی مغفول مانده است. برای مثال در برخی حوزه‌ها مانند تجارت، منطقه‌گرایی بر قاعده عام تا آن اندازه تأثیرگذار بوده که نیاز به پررنگ‌تر شدن داشته است».^{۸۲}

این گفته آخر می‌تواند به صورت تأیید نگرش پیشنهاد شده در این مقاله تفسیر گردد که همانا شکل‌گیری و تداوم وجود موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای از طریق یک عرف بین‌المللی است. در مورد هر یک از این موارد، به نظر می‌رسد گزارش گروه مطالعاتی از آن‌هم فراتر رفته است: ۱) رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای باید به صورت تفوق و اولویت مورد اخیر بر مورد مقدم باشد. ۲) البته نمی‌توان این موافقتنامه‌ها را براساس اصل اولویت قانون خاص (یعنی اولویت قانون خاص بر عام)، اولی دانست. ۳) بلکه اولویت موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، نتیجه رابطه دیالکتیک با سازمان جهانی تجارت است که ناشی از تأثیر یا نفوذ قابل توجه این موافقتنامه‌ها بر قوانین سازمان جهانی تجارت نسبت به حالت عکس آن است.^{۸۳}

تردید وجود ندارد که موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای بر حقوق سازمان جهانی تجارت تأثیر گذاشته‌اند، تا آن اندازه که برخی راه‌حل‌های به‌دست آمده یا در حال طرح در سطح منطقه‌ای، از طریق موافقتنامه گات ۱۹۹۴، به سطح تجارت چندجانبه منتقل شده‌اند. همچنین ممکن است حقوق موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، که همانا حقوق بین‌الملل منطقه‌ای است، از طریق ارجاع به مفاد ماده ۳۱ کنوانسیون وین در زمینه حقوق معاهدات «هر قاعده حقوق بین‌الملل قابل اجرا در روابط میان اعضا»، بر حقوق سازمان جهانی تجارت تأثیرگذار باشد.^{۸۴}

البته به نظر می‌رسد که این «اثرگذاری» موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای بر نظم سازمان جهانی تجارت می‌تواند از نقطه نظر کارکردی دیگری نیز مورد ارزیابی قرار گیرد.^{۸۵}

بررسی جامع حاکی از آن است که موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، رفتاری مستقل در مورد قواعد عدم تبعیض و استثنای ماده ۲۴ گات داشته‌اند، به خصوص این که تحت سلطه آن‌ها قرار

۲۸. کمیسیون حقوق بین‌الملل ILC، جلسه پنجاه و هفتم، گزارش گروه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل در جلسه پنجاه و هفتم (۲۰۰۵)، UN Doc. A/60/10, at 211, para 461.

83. Raison d'être

۸۴. در رابطه با این نگرش رجوع کنید به: پانوش شماره ۱،

I. van Damme, 'What Role Is There for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?', in L. Bartels and F. Ortino (eds),

۵۸. واژه «اثرگذاری» (influence) در میان گیومه قرار داده شده تا نشان دهد که به منظور بار منفی کم‌تر این واژه، از آن برای توضیح تأثیر واقعی منطقه‌گرایی بر نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت استفاده شده است.

نداشته‌اند. با در نظر گرفتن این وضعیت هرج و مرج گونه، این نکته قابل توجه است که سازمان جهانی تجارت مشروعیت موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای را تعیین یا اعمال نمی‌کند، بلکه این موافقتنامه‌ها از طریق رفتار واقعی خود، میزان وابستگی به قانون سازمان جهانی تجارت را تعیین می‌کنند.^{۸۶}

بنابراین، پیشنهاد شده است که نوع نگاه معمول به رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌ای تجاری منطقه، از رویکرد «بالا به پایین» (مبتنی بر رجحان سازمان جهانی تجارت بر موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای)، به «پایین به بالا» (که حاکی از نوعی ماهیت قراردادی و همچنین تنوع تعهدات ناشی از موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای است) تغییر یابد.^{۸۷}

به نظر می‌رسد این رویکرد «پایین به بالا» از یک دیدگاه مخصوص جامعه شناختی که به صورت «رفتارگرایی نمادین»^{۸۸} توضیح داده شده نیز مورد حمایت باشد؛ دیدگاهی که در مجادلات مربوط به سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای مورد استفاده قرار گرفته و بر همین اساس، از آنجا که «نیاز به ایجاد مفاهیم اجتماعی مشترک در نظام اقتصاد بین‌الملل نمی‌تواند با تحمیل قواعد جهانی اعمال شده از خارج حاصل آید، قواعد مشترک که متضمن مفاهیم مشترک در سطح جهانی باشند، باید از سطوح پایین ظهور یابند به این معنا که به واسطه رفتار متقابل میان دولت‌ها و جوامع در گروه‌های کوچک‌تر منطقه‌ای» شکل گرفته باشند.^{۸۹}

۶۸. رک:

P. Picone and A. Ligustro, Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (Padova: CEDAM, 2002), who note, at 528, that modern RTAs 'sembrano in larga parte sottrarsi ad una valutazione di stretta compatibilità col sistema universale da parte di criteri e parametri imposti «dall'alto», sulla base della normativa vigente. E si pongono in un rapporto di fluida interdipendenza con tale sistema, definendo spesso proprio esse «dal basso» i margini di compatibilità accolti, e quindi il loro grado di subordinazione o meno al sistema generale'.

همچنین رجوع کنید به:

P. Picone, «Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale», in P. Picone and G. Sacerdoti (eds.), Diritto Internazionale dell'Economia, (Milano: Franco Angeli, 1982) 31-105.

۷۸. همان‌جا.

88. Symbolic-interactionist

۹۸. براساس نظریات م. هرش (M. Hirsch)، در مقاله جامعه‌شناسی حقوق بین‌الملل اقتصادی: تحلیل جامعه‌شناختی ساماندهی توافق‌نامه‌های منطقه‌ای در نظام تجارت بین‌الملل، مجله اروپایی حقوق بین‌الملل، شماره ۲، صفحات ۲۹۹-۲۷۷: «تحلیل جامعه‌شناختی آشکار کرده است که نقطه‌نظرات کلان جامعه‌شناسی پاسخ‌های مختلفی را برای مسأله رابطه مطلوب میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای مطرح می‌سازد. ویژگی‌های مخصوص رویکرد رفتارگرایی نمادین (symbolic-interactionist) فرضی را به نفع موافقتنامه‌های منطقه‌ای توجیه می‌کند. نسبت موافقتنامه‌های تجاری

از لحاظ ساختاری، این نوع «تحول کپرنیکی»^{۹۰} حاکی از بی‌پایه و اساس بودن کامل نظامی است که مبتنی بر قاعده کلی و خودکار رفتار کامل‌الوداد است که در اجرا با برخی استثنائات مواجه است؛ به این ترتیب که «منطقه‌گرایی» کاملاً تحت سلطه «گرایش به بین‌المللی شدن» بوده و ابزاری ایجاد کرده است.^{۹۱}

تصور این که آنچه به‌عنوان پویایی واقعی رابطه موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای و سازمان جهانی تجارت توضیح داده شده، یعنی ترجیحات منطقه‌ای، به مثابه خورشید و اصل کامل‌الوداد به مثابه زمین (در راستای نظام کپرنیکی) چطور توانسته است زبان و محتوای موافقتنامه سازمان جهانی تجارت را بازتاب کند، بسیار دشوار است. چنین وضعی در واقع می‌تواند به معنای شکل‌گیری یک نظم حقوقی تجاری چندجانبه باشد!

از نظر حقوق بین‌الملل، اصلاح سازمان جهانی تجارت تنها می‌تواند یکی از این گزینه‌ها باشد. گزینه دوم همانا حفظ شرایط موجود است. چنانچه شکل‌گیری و تداوم حیات موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، تجلی یک حق یا اختیار عرفی باشد، همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، این گروه‌بندی‌ها به‌صورت مشروع افزایش یافته، از مقررات سازمان جهانی تجارت انحراف می‌یابند.

هر چند از نظر سازمان جهانی تجارت، اصلاح ساختاری این نظام اجتناب‌ناپذیر است، اما در گزارش سال ۲۰۰۴ هیأت مشاورین^{۹۲} به سوپاچای پانیچ پاکدی،^{۹۳} مدیرکل وقت سازمان جهانی تجارت (که تحت عنوان گزارش سادرلند^{۹۴} شهرت یافته) به طرز تأسف‌آوری اذعان شده است که: «پس از گذشت حدود پنج دهه از گات، اصل رفتار کامل‌الوداد دیگر نه یک قاعده، بلکه تقریباً یک استثنا است. تردید نیست که بخش اعظم تجارت میان اقتصادهای بزرگ جهان همچنان بر مبنای رفتار کامل‌الوداد انجام می‌پذیرد. با وجود این، اتحادیه‌های گمرکی، بازارهای مشترک، مناطق آزاد تجاری دوجانبه و منطقه‌ای، ترجیحات و انواع مختلف معاملات تجاری، به نقطه‌ای رسیده که رفتار کامل‌الوداد یک رفتار استثنایی شده و مطمئناً بهتر است اکنون آن را

منطقه‌ای به تکررگرای در نظام بین‌الملل و منافع همراه، نشان می‌دهد که قواعد حقوقی سازمان جهانی تجارت باید به یک روش آزاد تفسیر شود.

90. Copernican revolution

۹۱. ر.ک: E. Triggiani، پانوش شماره ۳۹، همچنین به منظور مشاهده نقدی بر «نگرش استثنا»، رجوع کنید به:

S. Cho, 'Breaking the Barrier Between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism' (2001) 42, Harvard International Law Journal, at 451-452.

92. Consultative Board

93. Supachai Panitchpakdi

94. Sutherland Repor

«رفتار مربوط به حداقل کشورها»^{۹۵} بنامیم. آیا اهمیتی هم دارد؟ به اعتقاد ما چنین اقدامی در آینده سازمان جهانی تجارت اهمیت قابل ملاحظه‌ای خواهد داشت.^{۹۶}

۵. نتیجه‌گیری

رابطه میان سازمان جهانی تجارت و موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای می‌تواند در قالب رابطه میان منابع مختلف حقوق بین‌الملل، یعنی عرف و معاهده، تفسیر شود؛ به این ترتیب که رویه دولت‌ها در رابطه با موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای نه تنها به حوزه اختیار معاهده‌سازی دولت‌ها ارتباط پیدا می‌کند، بلکه اماره‌ای بر شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی است.

مسئله ماهیت عرفی داشتن استثنای منطقه‌ای که از نظم حقوقی تجارت جهانی و اصل رفتار کامله‌الوداد انحراف یافته، مرکز ثقل تحلیل حاضر بوده است. هرچند این مسئله طی بیش‌تر از یک قرن در ادبیات حقوق بین‌الملل مورد بحث بوده، امروز پاسخ به آن همچنان نسبت به گذشته نامطمئن‌تر و مجادله‌آمیزتر شده است. احتمالاً به سبب این حقیقت که تا چند دهه گذشته شکل‌گیری موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، به صورت یک پدیده پراکنده و غیرمنسجم اتفاق می‌افتاده است - غیر از مورد بازار مشترک اروپا - تأثیر قابل ملاحظه‌ای بر روابط اقتصادی جهانی نداشته است، حال آن‌که اکنون منطقه‌گرایی چه از لحاظ کمیت و چه از لحاظ کیفیت چنان بی‌سابقه توسعه یافته که استاندارد رفتاری کامله‌الوداد و کل سیستم تجارت جهانی را با تهدید مواجه ساخته است. از این‌رو، اگر در گذشته بحث راجع به وجود یک استثنای منطقه‌ای عرفی تنها نزد جامعه دانشگاهی حوزه حقوق بین‌الملل مطرح بوده، در حال حاضر آشکار است که عمیق‌تر شدن در این بحث، همان‌طور که در تحلیل حاضر نشان داده شد، به معنای گره‌گشایی از کار سازمان جهانی تجارت است.

با توجه به مشارکت عمومی دولت‌ها در موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، و دشواری توضیح این پدیده به صورت یک استثنا و این‌که موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، از لحاظ ساختار، محتوا و شیوه کارکرد، تفاوت‌های بسیاری دارند و از آن‌جا که امکان قرار دادن همه موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای به صورت یک سلسله مدل‌های همگرایی اقتصادی و حقوقی وجود ندارد، این باور که ممکن است منطقه‌گرایی نه فقط یک «شیوه بودن» از روابط اقتصادی بین‌المللی، بلکه تجلی بیرونی یک قاعده عرفی بین‌المللی باشد، صحیح است.

95. Least-Favoured-Nation Treatment

۹۶. ر.ک:

The Report on *The Future of the WTO – Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, at 19, para 60.

در نهایت، پرسش بالا حاکی از آن است که به منظور تأیید شکل‌گیری مؤثر یک عرف بین‌المللی از رویه دولت‌ها نیاز است میان آنچه هست و آنچه باید باشد یا تمیز حقوق از واقعیت صرف، تفکیک قائل شویم. در حالی که معمولاً پذیرفته شده که هدف‌گذاری اساسی برای رسیدن به این نقطه، با بررسی موضوع اعتقاد به الزام‌آور بودن قاعده عرفی به وجود آمده یا در حال شکل‌گیری است، به همین ترتیب عموماً پذیرفته شده که بررسی عنصر روانی، یکی از مجادله‌آمیزترین و حساس‌ترین مسائل در مطالعات حقوق بین‌الملل عمومی است.

از آن‌جا که بررسی دقیق محتوا اساس اعتقاد به قاعده حقوقی بودن عرف، از حوصله این مقاله خارج است؛ لذا بررسی این‌که دولت‌ها در متابعت از حق یا اختیار عرفی موجود به موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای می‌پیوندند یا این‌که به واسطه ضرورت‌های اجتماعی، سیاسی یا اقتصادی این‌گونه عمل می‌کنند، امکان‌پذیر نیست. مسأله مهم‌تر این‌که باید اعتراف کرد که باز شدن باب این‌گونه مباحث احتمالاً با دشواری زیادی همراه خواهد بود؛ زیرا تقریباً در عمل غیرممکن است که میان این دو «فرض»، یعنی قانون را از ضرورت یا اعتقاد به قاعده بودن را از اعتقاد به ضرورت داشتن، تفکیک قائل شویم. مضافاً این‌که بررسی رویه دولت‌ها در مورد موافقتنامه‌های تجاری منطقه‌ای، در حالی صورت می‌گیرد که عدم متابعت از مقتضیات ماده ۲۴ گات به صورت پنهانی و غیرمستقیم اتفاق می‌افتد.^{۹۷}

اظهارات اخیر در این بند در واقع به منظور تأکید و شاید تشریح نقش قابل توجه معیار عنصر مادی شکل‌گیری عرف بین‌المللی (رویه دولت‌ها) در تحلیل مربوط به وجود استثنای عرفی منطقه‌ای است که در این مقاله مورد تحلیل قرار گرفت.

۷۹. ر.ک: بخش ۲، قسمت «ج».

اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی و هماهنگ‌سازی حقوق بیع بین‌المللی^۱

ام. جی. بونل^۲
ترجمه دکتر مصطفی السان^۳

چکیده

این مقاله به اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی و هماهنگ‌سازی مقررات بیع بین‌المللی کالا می‌پردازد. بخش اول، موضوع تدوین یک متن واحد ناظر بر قراردادهای بیع بین‌المللی را به همراه پیامدهای آن، به خاطر وجود اختلاف میان سیستم‌های حقوقی، اجتماعی و اقتصادی کشورهای مختلف، در زمان تدوین کنوانسیون وین (۱۹۸۰) راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی بررسی می‌کند. نویسنده همچنین به رویکردی بدیع که در زمان نگارش آن اصول رایج بود توجه داشته، رویکردی که هدف از آن تدوین متنی است که بر تمام قراردادهای قابل اعمال باشد و اثر آشکارش، بیش از این‌که تلاشی برای کارآمد ساختن حقوق داخلی کشورهای مختلف باشد، از وجود حقوق بین‌المللی متحدالشکلی برای قراردادهای حکایت دارد. بخش دوم، ضمن تمایز قائل شدن میان قراردادهای بین‌المللی مشمول کنوانسیون وین و دیگر قراردادهای، به ماهیت تکمیلی کنوانسیون بیع بین‌المللی و اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی می‌پردازد.

1. Bonell, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonization of International Sales Law, *Revue Juridique Themis*, vol. 36, 2002. pp. 335-354.

۲. استاد دانشگاه رُم I (La Sapienza) و مشاور اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT) درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی

۳. پژوهشگر حقوق خصوصی

مقدمه

اغراق نیست اگر گفته شود کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا که از این پس «کنوانسیون وین» نامیده می‌شود و اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی که از پس «اصول مؤسسه» نامیده می‌شود، نقاط عطفی در جریان متحدالشکل کردن حقوق در سطح بین‌المللی به شمار می‌آیند. کنوانسیون بیع بین‌المللی در سال ۱۹۸۰ در کنفرانس دیپلماتیکی که در آن نمایندگانی از ۶۲ کشور و ۸ سازمان بین‌المللی شرکت داشتند به اتفاق آرا مورد پذیرش قرار گرفته و توسط ۶۰ دولت از ۵ قاره جهان که تقریباً تمام کشورهای مطرح در امر بازرگانی را شامل می‌شوند، تصویب شده است.^۴ اصول مؤسسه نیز که در سال ۱۹۹۴ منتشر شده‌اند همانند کنوانسیون وین موفقیت جهانی به دست آورده‌اند: این اصول به بیش از ۲۴ زبان دنیا ترجمه شده، به‌طوری که هم در نوشته‌های حقوقی مطمح نظر قرار گرفته و هم به‌طور فزاینده در رویه قراردادهای بین‌المللی و حل و فصل اختلافات به کار گرفته شده‌اند.^۵

این مقاله، بحث ارتباط کنوانسیون وین و اصول مؤسسه در زمینه قراردادهای بیع بین‌المللی را در کانون توجه خود قرار داده و به‌ویژه نشان می‌دهد که به‌رغم رقیب بودن این دو سند، آن‌ها در واقع می‌توانند مکمل همدیگر باشند. این امر نه‌تنها در مواردی که کنوانسیون وین قابل اعمال نیست، بلکه در قراردادهای بیعی که مشمول آن هستند نیز صدق می‌کند و در حالت اخیر، اصول مؤسسه می‌تواند برای تفسیر و تکمیل کنوانسیون وین به کار گرفته شود.

در هر حال، قبل از پرداختن به این مسائل باید بر نقش کلیدی که کانادا در تدوین هر دو سند مذکور ایفا کرده، تأکید شود. به‌ویژه باید به همکاری شایسته دو استاد دانشگاه، یعنی رون زیگل و پل اندرو کریپو در این‌جا اشاره گردد. رون زیگل، رئیس هیأت نمایندگی کانادا در کنفرانس دیپلماتیک وین، یقیناً از چهره‌های شاخص در مذاکرات مربوط به تدوین کنوانسیون وین محسوب می‌شد. پل اندرو کریپو نیز به سهم خود قبلاً و در حال حاضر در این مذاکرات حضور داشته و به خاطر تسلط منحصر به فروش بر هر دو سیستم حقوقی کامن‌لا و رومی رکن مؤثری در کار گروه تدوین اصول مؤسسه محسوب می‌شود.

۴. برای مشاهده فهرست کشورهای عضو و نیز بیش از ۵۰۰ پرونده و کتابشناسی جامع راجع به کنوانسیون وین، به پایگاه اینترنتی زیر رجوع کنید: www.unilex.info

۵. برای ملاحظه حدود ۷۰ رأی که در آن‌ها به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به اصول مؤسسه استناد شده و نیز کتابشناسی جامع مؤسسه، رجوع کنید به:

M.J. Bonell (ed.), The UNIDROIT, Principles in Practice (2002).

اول) کنوانسیون وین و اصول مؤسسه: حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی در برابر شرح و تفسیر قواعد عمومی حقوق قراردادها

زمانی که اِرنست رابل در سال ۱۹۲۹ نظریه تهیه قواعد یکنواخت حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی را ارائه کرد، واضح بود که این قواعد صرفاً باید در قالب یک سند الزام‌آور تنظیم می‌شد. حتی بعد از استقبال سردی که از کنوانسیون‌های دوگانه بیع لاهه در سال ۱۹۶۴ به عمل آمد، باز هم هنگام تصمیم‌گیری آنسترال برای احیای یک جریان جدید در سال ۱۹۶۸، راه‌حل قانونگذاری تنها شیوه ممکن به نظر می‌رسید.^۶

از این‌رو، راه‌حل قانونگذاری یکنواخت، ناگزیر تدوین‌کنندگان پیش‌نویس را محدود کرد. به دلیل تفاوت میان سنت‌های حقوقی و از همه مهم‌تر تفاوت در ساختار اجتماعی و اقتصادی رایج در کشورهایی که در مذاکرات شرکت می‌کردند. برخی از موضوعات از همان ابتدا از قلمرو شمول کنوانسیون وین مستثنا شدند، درحالی‌که به دلیل وجود نظرهای متعارض، برخی از موضوعات تنها از طریق سازش حل و فصل شدند و به همین خاطر در کنوانسیون وین نسبت به برخی مسائل حکم خاصی وجود ندارد.

لذا اقسامی از بیع - که برخی از آن‌ها از اهمیت قابل توجه در رویه تجاری بین‌المللی برخوردارند، همانند بیع سهام و دیگر اوراق بهادار، اسناد قابل انتقال و پول، کشتی‌ها و هواپیماها - به‌طور صریح از شمول آن مستثنا شده‌اند؛^۷ هر چند در رابطه با اقسام معمول قراردادهای بیع نیز برخی از مسائل مورد توجه قرار نگرفته است. در متن کنوانسیون، صراحتاً به مباحث اعتبار قرارداد، آثار قرارداد از لحاظ مالکیت کالا^۸ و مسئولیت فروشنده در قبال مرگ و آسیب‌های جسمانی که کالاها به مشتری یا هر شخص دیگر وارد می‌آورند، اشاره شده است.^۹ به‌علاوه، می‌توان مواردی چون انعقاد قرارداد از طریق نمایندگی، مسائلی که از استفاده یک یا هر دو طرف قرارداد از شروط استاندارد ناشی می‌شود، تأثیر ناشی از انواع گوناگون کنترل دولتی بر واردات و صادرات نوع خاصی از کالا یا تبدیل ارزش بر چنین قرارداد بیع یا در اجرای تعهدات ناشی از آن‌ها را به‌خاطر آورد.

۶. برای دیدن برخی از دلایل تمایل به این شیوه رجوع کنید به:

M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2nd ed., p. 62 and 63 (1997).

۷. ماده ۲ کنوانسیون وین.

۸. ماده ۴ کنوانسیون وین.

۹. ماده ۵ کنوانسیون وین.

مقررات مذکور لزوماً به نحوه حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات نمی‌پردازند، بلکه برخی صریحاً قانون داخلی را صالح می‌دانند.^{۱۰} برخی دیگر از شیوه قاعده اهم و مهم که بلافاصله استثنای موسع آن نیز بیان می‌شود، استفاده می‌کنند و بر همین اساس تعیین این که کدامیک از این دو رویکرد نهایتاً در هر پرونده اولویت خواهد یافت، بی‌پاسخ می‌ماند.^{۱۱} برخی دیگر، هنوز هم این واقعیت را که قاعده مورد توافقی وجود ندارد، با عباراتی بسیار مبهم و قابل انتقاد، انکار می‌کنند.^{۱۲}

اصول مؤسسه، رویکرد کاملاً نوینی در حقوق تجارت بین‌الملل ارائه می‌کنند. نخست این که از حیث دایره شمول، برعکس تمام کنوانسیون‌های بین‌المللی موجود از جمله کنوانسیون وین، به نوع خاصی از معامله محدود نشده، بخش عمده‌ای از حقوق قراردادهای را در بر می‌گیرد.^{۱۳} به علاوه، و از همه مهم‌تر آن که اصول مؤسسه توسط یک گروه غیردولتی از متخصصانی تهیه شده که به‌رغم اینکه تحت سرپرستی مؤسسه مشهوری چون مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی کار می‌کردند، فاقد اختیار قانونگذاری بودند و لذا یکنواخت کردن مقررات داخلی از طریق قانونی خاص مدنظرشان نبوده، بلکه صرفاً اقدام به «شرح و تفسیر» حقوق بین‌الملل موجود حاکم بر قراردادهای کرده‌اند. سرانجام این که معیار اصلی ایشان در تدوین اصول مذکور نه تنها قواعد مورد پذیرش اکثر کشورهای جهان، یعنی «روش معمول و متداول» نبوده، بلکه قواعدی نیز که تأثیر و کارکرد عملی در معاملات کلیدی داشته‌اند، یعنی «روش قاعده برتر» مورد توجه قرار گرفته‌است.

دقیقاً به این دلیل که اصول مؤسسه به‌عنوان سندی قانونی و الزام‌آور محسوب نمی‌شود، تدوین‌کنندگان آن می‌توانستند به برخی از موضوعاتی که به‌طور کامل از شمول کنوانسیون وین خارج یا به شیوه مناسبی تنظیم نشده بودند، بپردازند.

از این رو، در فصلی که به انعقاد قرارداد اختصاص یافته، مقررات جدید شامل موارد زیر بود: شیوه انعقاد قرارداد، دلایل کتبی تأییدکننده، موردی که در آن طرفین انعقاد قرارداد را به حصول

۱۰. ر.ک: ماده ۱۲ و ۹۶ کنوانسیون وین راجع به شرایط تشریفاتی قرارداد؛ ماده ۲۸ کنوانسیون وین مربوط به امکان اخذ حکم برای اجرای عین تعهد؛ ماده ۵۵ کنوانسیون وین درباره امکان انعقاد صحیح قراردادهای بیع بدون تعیین صریح یا ضمنی ثمن معامله.

۱۱. ر.ک: ماده ۱۶ کنوانسیون وین راجع به قابل رجوع بودن ایجاب؛ بند ۱ ماده ۳۹ و بند ۱ ماده ۴۳ و ماده ۴۴ کنوانسیون وین راجع به ابلاغ در مورد تحویل کالاهای غیرمنطبق یا کالاهایی که اشخاص ثالث در آن‌ها دارای حقوقی هستند؛ ماده ۶۸ کنوانسیون وین راجع به انتقال ضمان در مواردی که کالاها در حین حمل و نقل معامله می‌شوند.

۱۲. ر.ک: بحث حسن نیت در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون وین؛ تعریف «نقض اساسی قرارداد» در ماده ۲۵ همان کنوانسیون؛ ماده ۷۸ کنوانسیون وین راجع به حق مطالبه بهره برای وجوه معوق.

۱۳. در مورد امکان این که اصول مؤسسه بتوانند به‌گونه‌ای متفاوت از قوانین ملی، به‌عنوان قانون عام حاکم بر قراردادهای نقش بازی کنند، رجوع کنید به:

M. Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice*, p. 54 *et seq.* (1999).

توافق در اجزای خاص یا به شکلی خاص منوط می‌کنند، قراردادهایی که در آن‌ها عمداً به برخی از شروط تصریح نمی‌شود، مذاکرات توأم با سوءنیت، تعهد به محرمانه نگه‌داشتن اطلاعات، قیود ادغام، انعقاد قرارداد بر طبق شروط استاندارد، تعارض بین شروط نمونه و شروط مورد توافق در مذاکرات مقدماتی، و مغایرت میان فرم‌ها.^{۱۴}

علاوه بر این، یک فصل به‌طور کامل به بحث اعتبار قرارداد اختصاص یافت که مسائل مطرح در آن به موضوعات شناخته‌شده‌ای که سنتاً منجر به بی‌اعتباری قرارداد می‌شوند، یعنی سه عامل عیب رضا با عناوین اشتباه، تقلب و اکراه محدود نمی‌گردد و موضوعات بحث‌انگیز دیگری همچون «اختلاف فاحش» را نیز در بر می‌گیرد.^{۱۵}

مسائل جدید در سایر فصول نیز مطرح شده است. قاعده تفسیر به زبان تنظیم‌کننده قرارداد، قیود مربوط به ناهماهنگی‌های زبانی و تعهد به ترک فعل، در فصل تفسیر؛^{۱۶} مقررات مربوط به تعهدات ضمنی در فصل محتوای قرارداد؛^{۱۷} مقررات مربوط به پرداخت با چک یا سایر اسناد تجاری، پرداخت از طریق انتقال وجوه، نوع پول پرداختی، تعیین نوع پول قابل تأدیة و پرداخت در صورت سکوت قرارداد، هزینه‌های اجرای تعهد، الزام به پرداخت، درخواست مجوزهای دولتی و عسر و حرج در فصل مربوط به اجرای قرارداد؛^{۱۸} و مقررات مربوط به حق الزام به اجرای قرارداد، شروط معاف‌کننده، موردی که شخص زیان‌دیده در خسارت وارد آمده نقش دارد، نرخ بهره و وجه التزام مورد ترازی در صورت عدم اجرای قرارداد، در فصل عدم اجرا^{۱۹} از این قبیل هستند.

دوم) کنوانسیون وین و اصول مؤسسه: دو سند مکمل

الف) قراردادهای بیع بین‌المللی که تابع کنوانسیون وین نیستند

به‌رغم مقبولیت جهانی کنوانسیون بیع بین‌المللی، هنوز هم ممکن است اقسامی از قراردادهای بیع مشمول آن نباشند. برای نمونه، به موجب ماده ۱ کنوانسیون، هرگاه حداقل یکی از طرفین در قلمرو یک دولت عضو نباشد یا قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی کشور مقرر دادگاه، به اعمال قانون یک دولت غیرمتعاهد بینجامد، این وضعیت بروز می‌کند. در تمامی چنین مواردی، ممکن است اصول مؤسسه به‌عنوان مجموعه‌ای جایگزین از قواعد یکنواخت بین‌المللی اعمال گردد، خواه به این دلیل که طرفین با اراده خویش چنین اثری برای آن‌ها قائل شده‌اند و خواه به این

۱۴. ر.ک: به ترتیب به ماده ۲-۱، ۲-۱۲، ۲-۱۳، ۲-۱۴، ۲-۱۵، ۲-۱۶، ۲-۱۷، ۲-۱۹، ۲-۲۰، ۲-۲۱ و ۲-۲۲ از اصول مؤسسه.

۱۵. ر.ک: به ترتیب به ماده ۳-۴ تا ۳-۹ و ۳-۱۰ از همان اصول.

۱۶. ر.ک: به ترتیب به ماده ۴-۶، ۴-۷ و ۴-۸.

۱۷. ماده ۵-۲ از اصول مؤسسه.

۱۸. ر.ک: ترتیب ماده ۶-۱ تا ۶-۹، ۶-۱۰، ۶-۱۱، ۶-۱۲، ۶-۱۴ تا ۶-۱۷، ۶-۱ و ۶-۲۳.

۱۹. ر.ک: به ترتیب ماده ۷-۱ تا ۷-۲۵، ۷-۲۶، ۷-۲۷، ۷-۲۹ و ۷-۴۱.

علت که «اصول کلی حقوقی» یا «عرف فراملی بازرگانی» یا مقررات مشابه بر قرارداد حاکم دانسته شده و اصول مؤسسه به عنوان تنها سند معتبری که بیانگر آن‌ها تلقی می‌گردد، تشخیص داده شده‌اند.

در عمل، پرونده‌های متعددی گزارش شده که در آن‌ها اصول مؤسسه به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی که مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی نیستند، اعمال شده است. در یک قضیه، طرفین قرارداد با اراده خویش و صریحاً اصول مؤسسه را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد برگزیدند.^{۲۰} قضیه مربوط به قرارداد بیع بین‌المللی بود که میان یک شرکت هنگ‌کنگی شاغل در امر صادرات و یک مؤسسه تجاری روسی منعقد شده و فاقد هرگونه شرطی برای انتخاب قانون حاکم بود. هنگام بروز اختلاف، طرفین توافق کردند که دیوان داوری برای حل و فصل هرگونه موضوعی که در قرارداد بدان تصریح نشده، اصول مؤسسه را اعمال کند. در دو قضیه دیگر، اصول مؤسسه حتی بدون ارجاع صریح به آن از سوی طرفین قرارداد، قابل اعمال شناخته شد.

اولین مورد، حکم شماره ۸۵۰۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی بود^{۲۱} که به قرارداد تهیه برنج میان یک شرکت صادراتی ویتنامی و مشتریانی از فرانسه و آلمان مربوط می‌شد. قرارداد فاقد شرطی برای تعیین قانون حاکم بود. دیوان داوری تصمیم گرفت تا حکم خویش را به استناد «عرف تجاری و اصول کلی پذیرفته شده در تجارت بین‌الملل» صادر کرده، «به‌طور خاص به کنوانسیون ۱۹۸۰ وین درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (کنوانسیون وین) یا اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مصوب مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی به عنوان شاهدی بر رویه‌های مستند و مقبول در حقوق تجارت بین‌الملل» توجه کند [تأکید اضافه شده است]. مقررات خاصی که مورد استناد قرار گرفت، مواد ۷۶ کنوانسیون وین و ۷-۴۶ از اصول مؤسسه (درباره اثبات میزان زیان وارد شده به قیمت فعلی) بود.

مثال دیگر، حکم صادر از سوی یک دیوان داوری موردی در سال ۱۹۹۷ در بوینس‌آیرس بود.^{۲۲} قضیه به قرارداد بیع سهام میان سهامداران یک شرکت آرژانتینی و یک شرکت شیلیایی مربوط می‌شد. قرارداد فاقد شرط انتخاب قانون حاکم بود و طرفین به دیوان داوری اختیار داده بودند که به شیوه کدخدامنشانه تصمیم‌گیری کند. با این‌که هر دو طرف قرارداد، ادعاهای خویش را بر مقررات خاصی از حقوق آرژانتین مبتنی کرده بودند، دیوان داوری تصمیم گرفت تا اصول

۲۰. ر.ک: حکم شماره ۱۱۶ مورخ ۲۰ ژوئن ۱۹۹۷، صادر شده از دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی و صنایع جمهوری فدراتیو روسیه. (برای چکیده آن رجوع کنید به: M.J. Bonell (ed.), *op. cit.*, note 2, p. 481.)

۲۱. حکم شماره ۸۵۰۲ سال ۱۹۹۶، بولتن دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۷۴-۷۲.

۲۲. حکم شماره ۱۰ دسامبر ۱۹۹۷ (برای چکیده آن رجوع کنید به: M.J. Bonell (ed.), *op. cit.*, note 2, p. 463.)

مؤسسه را اعمال کند. دیوان رأی داد که اصول مؤسسه متشکل از «عرف‌های تجارت بین‌الملل می‌باشند که بیانگر راه‌حلی برای نظام‌های حقوقی مختلف و رویه قراردادهای بین‌المللی» هستند و به موجب بند ۴ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال، این دسته از قواعد بر حقوق داخلی ترجیح داده می‌شوند.^{۲۳} اصول مؤسسه که در ماهیت قضیه مذکور به آن‌ها استناد شد، عبارت بودند از ماده ۱۲-۳ (تأیید)، ۱۴-۳ (اعلام بطلان قرارداد)، و ۶-۴ (قاعده تقدم تفسیر به زیان تنظیم‌کننده قرارداد).

بنابراین تا به حال در مورد قراردادهایی که اصطلاحاً «قراردادهای دولتی» نامیده می‌شوند، ولو این‌که طرفین صریحاً این مقررات را حاکم نکرده باشند، اصول مؤسسه در موارد متعددی اعمال شده است.

نمونه نخست، احکام جزئی اتاق بازرگانی بین‌المللی در قضیه شماره ۷۱۱۰ است.^{۲۴} اختلاف به قراردادهای تأمین تجهیزات مربوط می‌شد که میان یک شرکت انگلیسی و یک سازمان دولتی از یکی از کشورهای خاورمیانه منعقد شده بودند. با این‌که اغلب قراردادهای درباره قانون حاکم ساکت بودند، برخی از آن‌ها به حل اختلافات به موجب «قواعد حقوق طبیعی» اشاره داشتند. در اولین حکم از احکام چندگانه که به تعیین قانون حاکم مربوط می‌شد، دیوان داوری با اکثریت آرا مقرر کرد که طرفین قصد داشته‌اند از اعمال هرگونه مقررات داخلی خودداری کرده، قراردادهای خویش را مشمول آن دسته از اصول و قواعد کلی کنند که از مقبولیت بین‌المللی بسیار برخوردارند. بنا بر رأی دیوان داوری، این «اصول و قواعد کلی در حقیقت در اصول مؤسسه تبلور یافته‌اند» [تأکید اضافه شده است]. در سایر احکام که به مسائل ماهوی می‌پرداختند، به ماده ۱-۷ (حسن نیت و رفتار منصفانه)، ۲-۴ (رجوع از ایجاب)، ۳-۱۴ (قراردادهایی که در آن‌ها برخی از شروط عمداً مسکوت گذاشته شده)، ۱۸-۲ (قیود اصلاحات کتبی)، ۳-۱۷ (امتناع از اجرا) و ۷-۴ (کاهش خسارت) استناد شد و تمام آن‌ها در شمار اصول کلی حقوقی معتبر و متداول محسوب شدند.

نمونه‌های دیگر، حکم شماره ۷۳۷۵ و ۸۲۶۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی است که به ترتیب به قراردادهای تأمین کالا میان یک شرکت امریکایی و یک سازمان دولتی از یکی از کشورهای خاورمیانه^{۲۵} و میان یک شرکت ایتالیایی و یک سازمان دولتی از یکی از کشورهای

۲۳. بند ۴ ماده ۲۸ مقرر می‌دارد: «دیوان داوری، در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد کرد و عرف بازرگانی قابل اعمال در معامله مربوط مدنظر قرار خواهد داد».

۲۴. برای دیدن چکیده سه حکم جزئی صادر در سال‌های ۱۹۹۵، ۱۹۹۸ و ۱۹۹۹ به ترتیب رجوع کنید به: 10, No 2 ICC International Court of Arbitration Bulletin 39-57. (1999)

۲۵. حکم شماره ۷۳۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، مورخ ۵ ژوئن ۱۹۹۶. رجوع کنید به: 11 Measley's International Arbitration Report A-1 et seq.; (1997) *Unif. L. Rev.* 598.

خاورمیانه^{۲۶} مربوط می‌شدند. در هر دو قضیه، قراردادها درباره انتخاب قانون حاکم ساکت بودند. دیوان داوری چنین استنباط کرد که هیچ‌یک از طرفین مایل به پذیرش قانون طرف مقابل نبوده و از این رو در قضیه اول تصمیم گرفت تا «آن دسته از اصول و قواعد کلی حقوقی را که در تعهدات قراردادی بین‌المللی قابل اعمال است .. از جمله اصول مؤسسه را تا جایی که آن‌ها بیانگر اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده باشند، اعمال کند» [تأکید اضافه شده است]. اما در قضیه دوم دیوان داوری مقرر کرد که تصمیمش را بر «شرایط قرارداد، که با اصول کلی تجارت که در قالب عرف فراملی بازرگانان شکل گرفته، مبتنی می‌سازد» و سرانجام بدون هیچ توضیح دیگر، برخی از اصول مؤسسه را مورد استناد قرار داد.

در پایان، می‌توان به حکم شماره ۷۳۶۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی اشاره کرد.^{۲۷} قضیه مربوط به قراردادهای تحویل تجهیزات پیشرفته نظامی بود که در سال ۱۹۷۷ میان شرکتی آمریکایی و نیروی هوایی ایران منعقد شده بودند. هرچند قراردادها حاوی شرط انتخاب قانون دولت ایران به‌عنوان قانون حاکم بودند، ولی به هنگام بروز اختلاف، طرفین قرارداد نهایتاً بر اعمال «اصول کلی حقوق بین‌الملل و عرف‌های تجاری» به‌عنوان متمم [قانون حاکم] به توافق رسیدند. دیوان داوری اعلام کرد که راجع به محتوای این اصول و قواعد کلی به اصول مؤسسه توجه خواهد کرد و در واقع به هنگام رسیدگی به ماهیت قضیه نیز عملاً در برخی از موارد تصمیم خویش را منحصراً براساس مواد معینی از اصول مؤسسه، همچون ماده ۵-۱، ۵-۲ (تعهدات صریح و ضمنی)، ۶-۳ (آثار عسر و حرج)، ۷-۳ (استرداد) و ۷-۴ (بهره ناشی از ناتوانی در پرداخت پول) یا به همراه قواعد مشابهی از حقوق ایران مبتنی کرد.

شایان ذکر است که شرکت آمریکایی در دادگاه بخش اس دی. کالیفرنیا به حکم مذکور اعتراض کرد. مهم‌ترین مستند محکوم‌علیه - صرف‌نظر از سایر ادله - این بود که دیوان داوری به اصول مؤسسه استناد کرده است، حال آن‌که طرفین تنها به «اصول کلی حقوق بین‌الملل» به‌عنوان قواعد قابل اعمال در حل اختلافات ماهوی ارجاع داده بودند. لذا دیوان داوری با این اقدام از حدود اختیارات خویش تجاوز کرده و بدین ترتیب قسمت «ج» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی را نقص کرده است. با وجود این، دادگاه صراحتاً این استدلال را مردود دانست و بدین وسیله استنباط ضمنی دیوان داوری را که اصول مؤسسه منبعی برای «اصول کلی حقوق بین‌الملل و عرف تجاری» محسوب می‌شوند

۲۶. حکم شماره ۸۲۶۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی، مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۹۶. برای دیدن چکیده حکم رجوع کنید به: M.J. BONELL ed, *op. cit.*, note 2, p. 443.

۲۷. حکم شماره ۷۳۶۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، مورخ ۵ می ۱۹۹۷. برای دیدن چکیده رأی رجوع کنید به: M.J. BONELL (ed), *op. cit.*, note 2, p. 491.

تأیید کرد، به گونه‌ای که داوران می‌توانستند حتی در صورت فقدان اذن صریح از سوی طرفین به آن استناد کنند.^{۲۸}

ب) قراردادهای بیع بین‌المللی مشمول کنوانسیون وین

کنوانسیون بیع بین‌المللی، در صورت تحقق شرایط اجرای آن به دلیل ماهیت الزام‌آوری که دارد، معمولاً بر اصول مؤسسه ارجحیت خواهد داشت. در حقیقت، بنا بر ماده ۶ کنوانسیون وین، طرفین قرارداد می‌توانند قلمرو کنوانسیون را به‌طور کلی یا جزئی محدود سازند. با این‌که ممکن است در مواردی طرفین مواد مشخصی از کنوانسیون وین را با مقررات مشابهی از اصول مؤسسه که مناسب تشخیص می‌دهند، جایگزین کنند؛ اما این‌که کل کنوانسیون کنار گذاشته شود و به جای آن اصول مؤسسه مورد استفاده قرار گیرند، حداقل در حال حاضر بعید به نظر می‌رسد. در واقع، طرفین اغلب اعمال کنوانسیون را مستثنا می‌کنند؛ اما این امور عمدتاً ناشی از ابهاماتی است که در مورد اعمال هر سند جدید وجود دارد. در چنین وضعیتی، آن‌ها بیش‌تر ترجیح می‌دهند به‌جای آن‌که، خود را در مخاطره انداخته، مقررات جدیدی چون اصول مؤسسه را حاکم سازند، حقوق داخلی آشنای خویش را برگزینند فارغ از اینکه ارزش ذاتی آن‌ها چه باشد.

با این حال، آنچه باید مشخص شود این است که هرگاه طرفین، خواه به این دلیل که از وجود کنوانسیون وین بی‌اطلاعتند و خواه به‌خاطر این‌که نمی‌دانند قراردادهای خود در دایره شمول آن قرار می‌گیرد، بدون نفی صریح کنوانسیون وین، اصول مؤسسه را به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کنند، انتخاب مذکور در حکم عدول ضمنی از اعمال مقررات کنوانسیون وین به‌طور کلی است.^{۲۹} همچنان‌که اگر طرفین، قانون کشوری را که به کنوانسیون ملحق نشده انتخاب کنند یا به اصول و قواعد خاصی ارجاع دهند که با مقررات داخلی هیچ‌یک از دولت‌های طرف اختلاف، اعم از این‌که به کنوانسیون وین ملحق شده باشد یا نه، همخوانی نداشته باشد، همین گفته صادق است. به هر حال، پذیرش چنین استدلالی دشوار است. کنوانسیون وین و اصول مؤسسه، در مقایسه با کنوانسیون وین و حقوق داخلی هر کدام از کشورها، ناهم‌هنگی عمده‌ای با یکدیگر ندارند؛ برعکس، هر اسنادی با منشأ بین‌المللی هستند و صرف‌نظر از تفاوت از حیث دایره شمول،

۲۸. ر.ک: دعوای وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران علیه شرکت سیستم‌های دفاعی کیوبیک. 29 F.Supp. 2d 1168.

در خصوص تجزیه و تحلیل این پرونده رجوع کنید به:

Michael Joachim BONELL, "A Significant Recognition of the UNIDROIT Principles by an United States Court", (1999) *Unif. L. Review*. 651.

29. K. Boele-Woelki, "The Principles and Private International Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts", (1996) *Unif. L. Review*. 652, 670.

تنها در برخی از مقررات با هم تفاوت دارند. این گفته بدین معنا است که رجوع به اصول مؤسسه به عنوان قانون حاکم بر قرارداد نمی تواند به معنای قصد طرفین در انصراف کامل از اعمال کنوانسیون وین محسوب گردد. تنها اثر چنین انتخابی این است که در محدوده آزادی اراده طرفین، مطابق با ماده ۶ کنوانسیون وین، اصول مؤسسه در تمام مواردی که با مواد کنوانسیون در تعارض است، اولویت خواهد داشت. در عین حال، کنوانسیون وین همچنان به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای معین اعمال خواهد شد و تمام مسائل مربوط به قراردادهای بیع و هر آنچه در اصول مؤسسه به مسامحه برگزار شده، از جمله مسئولیت فروشنده در قبال کالاهای معیوب و طرق خاص جبران خسارت از مشتری، به جای آن که تابع قانون داخلی کشوری باشد که به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده، مشمول کنوانسیون وین خواهد بود. این قاعده حتی در مواردی که طرفین کاملاً حکومت کنوانسیون را نفی کرده باشند، اعمال خواهد شد.

۱. اصول مؤسسه به عنوان وسیله ای برای تفسیر و تکمیل کنوانسیون وین

امروزه حتی در قراردادهای بیع بین المللی مشمول کنوانسیون وین، اصول مؤسسه نقش عمده ای ایفا می کند. به موجب ماده (۱) ۷ کنوانسیون وین: «در تفسیر این کنوانسیون باید به ویژگی بین المللی و ضرورت یکنواخت کردن اجرای آن توجه شود»؛ در حالی که ماده (۲) ۷ مقرر می دارد: «در موضوعاتی که این کنوانسیون به عنوان قانون حاکم بر آن به شمار می رود، مسائلی که به طور صریح در کنوانسیون نسبت به آن ها تعیین تکلیف نگردیده است، بر طبق اصول کلی که کنوانسیون بر آن ها مبتنی است، حل و فصل خواهند شد».^{۳۰}

در گذشته، اصول و معیارهای تفسیر صحیح از مقررات کنوانسیون وین را بایست در نظر قضات و داوران، آن هم به صورت موردی جستجو می کردند. پس از انتشار اصول مؤسسه، مسأله مطرح این است که آیا - و اگر پاسخ مثبت باشد - تا چه اندازه، این اصول می توانند برای تفسیر و تکمیل کنوانسیون مورد استفاده قرار گیرند.

نظریات حقوقدانان در این خصوص متفاوت است. از یک سو، عده ای به طور قاطع تفسیر کنوانسیون وین بر مبنای اصول مؤسسه را رد می کنند و به این استدلال بیش تر شکلی و نه ضرورتاً قانع کننده استناد می کنند که چون اصول مؤسسه از لحاظ زمانی مؤخر بر مقررات کنوانسیون اتخاذ شده اند، آن ها نمی توانند در تفسیر کنوانسیون ذیربط باشند.^{۳۱} از سوی دیگر،

۳۰. تنها در صورت فقدان آن اصول کلی، همین ماده، به عنوان راه حل نهایی، توسل به مقررات داخلی قابل اعمال به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی را مجاز می داند.
۱۳. ر.ک:

برخی با شیفتگی و حرارت از کاربرد کامل اصول مؤسسه برای تفسیر یا تکمیل کنوانسیون وین دفاع می‌کنند، تنها به صرف این که آن‌ها «اصول کلی قراردادهای تجاری بین‌المللی» هستند.^{۳۲} به نظر می‌رسد راه‌حل صحیح، حد میانه این دو نظر افراطی باشد. به عبارت دیگر، به‌طور کلی در این که بتوان اصول مؤسسه را برای تفسیر یا تکمیل اسناد بین‌المللی از پیش موجود، از جمله کنوانسیون وین، به کار گرفت تردید وجود ندارد. از طرف دیگر، مقررات خاصی که از آن‌ها برای تکمیل خلأهای کنوانسیون بهره گرفته می‌شود باید به گونه‌ای باشند که اصول کلی مبنایی کنوانسیون وین را بیان کنند.^{۳۳}

در میان اصول مؤسسه از میان آنچه که می‌تواند ابهامات موجود در کنوانسیون وین را به‌خوبی تکمیل کند، اغلب به ماده (۲) ۷-۱-۴ اشاره شده که مقرر می‌دارد در مورد ماده ۴۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی، تعهد به نگهداری و حفظ کالا با ابلاغ فسخ قرارداد به طرف مقابل خاتمه نمی‌یابد. ماده (۴) ۷-۱-۷ به‌طور صریح به طرق جبران خساراتی نظر دارد که حتی حادث شدن مانعی که اجرای قرارداد را از سوی یکی از طرفین ممتنع می‌سازد، تأثیری در آن‌ها ندارد. بند ۵ ماده ۷۹ کنوانسیون وین و ماده (۲) ۷-۳-۱ به عواملی می‌پردازند که به ماده ۲۵ کنوانسیون وین مرتبط هستند و باید برای تعیین وجود یا عدم نقض اساسی قرارداد، مدنظر قرار گیرند.^{۳۴} از دیگر اصول مؤسسه که می‌توان برای رفع خلأهای مسلم موجود در کنوانسیون وین از آن‌ها بهره گرفت، برای نمونه می‌توان به مواد ۲-۱۵ و ۲-۱۶ به ترتیب راجع به مذاکرات قراردادی توأم با سوءنیت و نقض تعهد به محرمانه نگه داشتن اشاره کرد. ماده «الف» (۱) ۶-۱-۶ به آن اصل کلی اشاره دارد که بر اساس آن، تعهد پولی باید در مرکز امور تجاری متعهدله اجرا شود. ماده ۶-۱-۷، ۶-۱-۸ و ۶-۱-۹ به پاسخ مسائلی می‌پردازند که کنوانسیون وین به همین

F. Sabourin (Quebec), in Michael Joachim BONELL (ed.), *A New Approach to International Commercial Contracts: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 245.

۲۳. ر.ک:

J. Basedow (Germany), in M.J. Bonell (ed.), *op. cit.*, note 28, p. 149 and 150. For a similar view, see: K.-P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 182.

۳۳. ر.ک:

M.J. Bonell, *op. cit.*, note 3, p. 75-82; More recently F. Ferrari, in Peter Schlechtriem (ed.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 3rd ed., 2000, p. 138 (No. 64); C.W. Canaris, “Die Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquellen”, in J. Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen Mohr Siebeck, 2000, p. 5 *et seq.*, at page 28.

۳۴. ر.ک:

M.J. Bonell, *op. cit.*, note 3, p. 76 and 77.

منوال نسبت به آن‌ها ساکت است. در خصوص این که آیا - و در صورتی که پاسخ مثبت باشد تحت چه شرایطی - فروشنده محق خواهد بود که به وسیله چک یا دیگر اسناد تجاری مشابه یا از طریق انتقال اعتبار پرداخت نماید و این که پرداخت باید به چه پولی باشد، مواد (۱) ۷-۴-۹ و (۲) به تاریخی که از آن به بعد حق مطالبه بهره تعلق می‌گیرد نرخ بهره‌ای که باید اعمال شود و ماده ۷-۴-۱۲ به نوع پولی که خسارات براساس آن ارزیابی می‌شود، اشاره دارند.^{۳۵}

از نظر رویه عملی این نکته دارای اهمیت است که دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری عموماً نسبت به اصول مؤسسه به عنوان وسیله‌ای برای تفسیر و تکمیل کنوانسیون وین، دیدگاه بسیار مثبتی دارند. مهم‌تر این که در موارد محدودی که برای رفع خلأهای موجود به اصول مؤسسه استناد شده، این اصول می‌توانند عبارت اخرازی از اصول کلی باشند که کنوانسیون وین نیز بدان‌ها می‌پردازد.

لذا در دو رأی که از سوی دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی فدرال وین صادر گردیده،^{۳۶} داور واحد ماده (۲) ۷-۴-۹ از اصول مؤسسه را اعمال کرده که به موجب آن، نرخ بهره عبارت است از میانگین بهره وام کوتاه‌مدت بانکی که از طریق مقایسه طرز عمل نسبت به مشتریان بانک محل پرداخت و به وجه رایج در آن محل محاسبه می‌شود. توسل به این بند به منظور رفع خلأ ماده ۷۸ کنوانسیون وین بود که می‌تواند ابراز اصل کلی جبران کامل خسارت تلقی شود که هم در مبنای اصول مؤسسه و هم در کنوانسیون وین وجود دارد. به همین نحو، دادگاه تجدیدنظر گرونوبل^{۳۷} ضمن استناد به ماده ۶-۱-۶ از اصول مؤسسه برای تعیین مکان انجام تعهد فروشنده برای استرداد قیمتی که به ناصحیح توسط خریدار پرداخته شده است، اظهار داشت که مفاد ماده مذکور به‌طور کلی، اصلی را که مبنای مفاد بند ۱ ماده ۵۷ کنوانسیون وین است و به موجب آن تعهد پولی باید در مرکز امور تجاری متعهدله ایفا گردد، بیان می‌کند.

در دو مورد دیگر، ماده (۲) ۷-۴-۹ اصول مؤسسه در مورد نرخ بهره قابل اعمال، بدون هیچ‌گونه توجیهی^{۳۸} یا به این استدلال که «بنا بر بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی به عنوان

۵۳. ر.ک: Id., pp. 77-82.

36. Cf. Schiedssprüche SCH 4318 and SCH 4366 of 15 June 1994: see them published in the original German version in *Recht der internationalen Wirtschaft* 1995, p. 590 *et seq.*, with note by P. Schlechtriem (p. 592 *et seq.*); for an English translation, see: M.J. Bonell (ed.), *op. cit.*, note 2, pp. 351-361.

۳۷. ر.ک: گرونوبل، ۲۳ اکتبر ۱۹۹۶. برای چکیده حکم رجوع کنید به: بونل، پیشین، ص ۴۱۱-۴۱۶.

۳۸. ر.ک: حکم شماره ۸۷۶۹ ماه دسامبر ۱۹۹۶ اتاق بازرگانی بین‌المللی، بولتن ۷۵ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی. برای دیدن رویکرد مشابه در این زمینه رجوع کنید به: حکم شماره ۸۹۰۸ سال ۱۹۹۸ در بولتن ۸۳-۸۷ دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی (ص ۸۷): بعد از اشاره به این که ماده ۷۸ کنوانسیون وین [...] معیاری برای محاسبه بهره در نظر نگرفته و «رویه قضایی بین‌المللی موجود احتمالات متعددی را در این زمینه ارائه کرده است»، دیوان داوری - هرچند بدون اشاره صریح به ماده (۲) ۷-۴-۹ از اصول مؤسسه، به این نتیجه رسید که «در میان معیارهایی که در دادرسی‌های گوناگون به کار گرفته شده، آنچه بهتر از همه به نظر می‌رسد، نرخ بهره‌ای است که اغلب در تجارت بین‌الملل برای وجه رایج در قرارداد با

یکی از اصول کلی» به حساب می‌آید، اعمال گردید.^{۳۹}

نهایتاً در قضایای دیگری دیوان دآوری پا را فراتر گذاشت و اعلام کرد که «مقررات کنوانسیون وین و اصول کلی آن را که امروزه در اصول مؤسسه آمده‌اند، اعمال خواهد کرد»^{۴۰} یا اظهار داشت که در اعمال کنوانسیون وین «استناد به [اصول مؤسسه] آگاهی بخش است، زیرا گفته می‌شد که آن‌ها در بسیاری از مسائل بنیادین حقوق قراردادهای اجماع جهانی به دست آورده‌اند».^{۴۱} موادی از اصول مؤسسه که در این دو پرونده اعمال شدند عبارت بودند از: ماده ۱-۸ در مورد عرف تجاری، ماده ۷-۴-۸ در مورد تقلیل میزان خسارت، ماده ۲-۱۷ در مورد قیود ادغام، ماده ۲-۱۸ در مورد شرط اصلاح و تغییر به صورت کتبی، و ماده ۴-۳ درباره شرایط و اوضاع و احوال ذیربط در تفسیر قرارداد.

۲- اصول مؤسسه و کنوانسیون بیع بین‌المللی پایه‌ای هم

به دلیل ماهیت جامع‌تر اصول مؤسسه، طرفین ممکن است بسیار علاقه‌مند باشند تا این قواعد را همراه با کنوانسیون وین نسبت به موضوعاتی که در مورد آن‌ها ساکت است، به کار گیرند. بدین منظور آن‌ها می‌توانند شرطی را به صورت زیر در قرارداد بگنجانند:

«این قرارداد تابع کنوانسیون بیع بین‌المللی خواهد بود و در خصوص موضوعاتی که کنوانسیون مذکور سکوت کرده، اصول مؤسسه درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی حاکم است».

در مدل قراردادهای آنکتاد و سازمان تجارت جهانی، درباره قراردادهای بیع تجاری بین‌المللی کالاهای فاسد‌شدنی، مقرر مشابهی وجود دارد. ماده ۱۴ (زیر عنوان «قواعد حقوقی قابل اعمال») چنین مقرر می‌دارد:

«در مورد موضوعاتی که تحت شمول مقررات قانونی گفته شده قرار نمی‌گیرد، قرارداد به ترتیب اولویت تابع مقررات زیر خواهد بود: کنوانسیون ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، اصول مؤسسه راجع به قراردادهای تجاری بین‌المللی، و در مورد مسائلی که در متون مذکور مسکوت مانده‌اند، قانون [...] قابل اجرا خواهد بود، یا این که در صورت فقدان انتخاب، قانون

شرایط معین می‌گنجانند، البته وقتی که وجه رایج برای طرفین قرارداد که اروپایی هستند، دلار باشد. نرخ بهره سه ماه، بر مبنای نرخ ارزیابی شده بین‌بانکی لندن (LIBOR) به دلار محاسبه خواهد شد که با یک ضریب درصدی افزایش می‌یابد و از روز سررسید شروع شده تا زمانی که پرداخت به‌طور کامل انجام نگرفته، ادامه پیدا می‌کند.

۳۹. ر.ک: حکم شماره ۸۱۲۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی سال ۱۹۹۵. J.D.I.1996.1024, note by D. Hasher, 1028; 810. *Unif. L.Rev.* (1997)

۴۰. ر.ک: حکم شماره ۸۸۱۷ دسامبر ۱۹۹۷، دیوان دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بولتن ۷۵-۷۸.

۴۱. ر.ک: حکم شماره ۹۱۱۷ مارس ۱۹۹۸، دیوان دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بولتن ۹۶-۱۰۱.

حاکم عبارت است از قانون مرکز امور تجاری فروشنده که از طریق آن قرارداد اجرا خواهد شد».

تفاوت جایگاهی که به اصول مؤسسه به موجب چنین شرطی داده شده و نقشی که - چنانچه بررسی شد - این اصول می‌توانند بر طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون وین ایفا کنند، حداقل از بُعد نظری آشکار است. به موجب بند ۲ ماده ۷، اعمال اصول مؤسسه صرفاً برای رفع هرگونه خلئی است که در کنوانسیون وجود دارد، یعنی یافتن پاسخ برای «هر مسأله‌ای در مورد موضوعات تحت شمول کنوانسیون که در آن صراحتاً حل و فصل نشده» و راجع به آن رجوع به قانون داخلی، تنها به‌عنوان آخرین راه‌حل تجویز شده است.

برعکس، با انتخاب اصول مؤسسه از سوی طرفین در موضوعاتی که پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد، قصد این است که این اصول در مسائلی که در واقع از دایره شمول کنوانسیون وین خارجند و اگر این قواعد وجود نداشت به‌طور مستقیم در محدوده قانون داخلی قابل اعمال قرار می‌گرفتند، اعمال شوند.

با توجه به ماهیت غیرالزام‌آور اصول مؤسسه، تأثیر چنین انتخابی احتمالاً بر حسب این که رسیدگی به پرونده در دادگاه داخلی یا دیوان داوری صورت گیرد، متفاوت خواهد بود.

دادگاه‌های داخلی مایلند ارجاع طرفین به اصول مؤسسه را صرفاً تراضی ایشان برای درج آن قواعد در قرارداد و تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطابق با قواعد حل تعارض خویش محسوب کنند.^{۴۲} در نتیجه، آن‌ها اصول مؤسسه را فقط تا حدی اعمال می‌کنند که حقوقی را که طرفین حق تخطی از آن ندارند، نقض نکنند. برای نمونه، در قواعد مربوط به انعقاد قرارداد طبق شرایط استاندارد (مواد ۱۹-۲ و ۲۲-۲) یا در مواردی که نیاز به مجوز دولتی وجود دارد (مواد ۱۴-۱ و ۱۷-۱) این موضوع ممکن است مطرح شود. از طرف دیگر، اصول مربوط به اعتبار قرارداد (فصل سوم اصول مؤسسه) یا دخالت دادگاه در مواردی که انجام تعهد متعذر شود (ماده ۳-۲-۶) فقط تا حدی اجرا خواهد شد که با مقررات مشابه در حقوق داخلی قابل اعمال در تعارض نباشد. اگر طرفین توافق کنند که اختلافات حاصل از قرارداد بین خود را به جای دادگاه به داوری ارجاع دهند، وضعیت متفاوت خواهد بود. داوران لزوماً متعهد نیستند احکام خود را به استناد قانون داخلی صادر کنند.^{۴۳}

۴۲. ر.ک:

M.J. Bonell, An International Restatement of Contract Law, p. 180 es seq.

۴۳. همان، ص ۱۸۳ به بعد.

از این رو آن‌ها می‌توانند به راحتی اصول مؤسسه را نه صرفاً به عنوان شروطی که در قرارداد درج شده است، بلکه به عنوان «قواعد حقوقی» همراه با کنوانسیون وین بر قرارداد اعمال کنند؛ خواه این مقررات با قانون داخلی، که در غیر این صورت قابل اعمال است، مطابقت داشته باشند و خواه با آن‌ها مغایر باشند. تنها قواعد آمره‌ای که داوران ممکن است بنا بر وظیفه خویش برای صدور آرای که قابلیت اجرایی داشته باشند، مدنظر قرار دهند آن دسته از قواعدی است که صرف‌نظر از نوع قانون حاکم بر قرارداد، قابل اعمال تلقی می‌شوند. با وجود این، اعمال قواعد آمره به همراه اصول مؤسسه با توجه به موضوعات مختلف آن‌ها به تعارض واقعی منجر نمی‌شود.^{۴۴}

نتیجه‌گیری

ملاحظات فوق به خوبی نشان می‌دهند که در زمینه قراردادهای بیع بین‌المللی، کنوانسیون وین و اصول مؤسسه، مقررات جایگزین نیستند، بلکه مکمل یکدیگرند.

صدق این امر در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی که از دایره شمول کنوانسیون وین خارجند، بسیار واضح است. در موارد مذکور، اصول مؤسسه، مجموعه‌ای از اصول متحدالشکل بین‌المللی هستند که طرفین قرارداد می‌توانند آن‌ها را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خویش برگزینند، چنان که در عمل نیز به نحو روزافزونی به این امر اقدام می‌کنند؛ همچنان که دیوان‌های دآوری نیز می‌توانند - و در واقع نیز چنین رویه‌ای معمول است - که این قواعد را به عنوان ابراز «اصول کلی حقوقی»، «عرف فراملی بازرگانان» یا عناوینی از این قبیل اعمال کنند.

از این رو، حتی در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی که کنوانسیون وین بر آن‌ها حاکم است، اصول مؤسسه می‌توانند نقش مهمی ایفا کنند. در صورت عدم ارجاع صریح به این اصول از سوی طرفین، امکان دارد - چنان که در عمل نیز مرسوم است - این اصول، اگرچه به طور ناملموس، برای تفسیر یا تکمیل کنوانسیون وین به کار گرفته شوند. در صورتی که طرفین قرارداد به طور صریح به این اصول ارجاع دهند، بدیهی است که اصول مؤسسه بر موضوعاتی که خارج از قلمرو کنوانسیون وین قرار می‌گیرند و نیز بر مسائلی که در قلمرو قانون داخلی قابل اعمال است، اعمال خواهند شد.

سرانجام بهتر است چنین گفته شود که کنوانسیون وین و اصول مؤسسه، مقرراتی بجای و در زمان مناسب هستند هر کدام از آن‌ها، به نوعی علت وجودی خود را دارد.

۴۴. یک نمونه برای چنان تعارضی آن است که داوران ملزم باشند میان قانون محل پرداخت که تأدیه وجه رایج همان محل را مجاز می‌داند و اصول مؤسسه که راه حل متفاوتی را مقرر می‌کند و به شکلی دیگر بر قرارداد حاکم است تصمیم بگیرند و یکی را انتخاب کنند.

رد قاعده رانوا در مورد اموال فرهنگی منقول: پرونده جمهوری اسلامی ایران و دنیز برند [سر سرباز هخامنشی]^۱

درک فینچام
ترجمه سوسن چراغچی^۲

مقدمه

در قضیه ایران و برند، دادگاه عالی لندن بار دیگر با یکی از ماندگارترین مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی روبه‌رو شد. کنترل مؤثر بازار غیرقانونی اموال فرهنگی کار بسیار مشکلی است؛ زیرا بسیاری از اقداماتی که با هدف مبارزه با قاچاق اموال فرهنگی صورت می‌گیرند عملاً خود به رونق بازار سیاه کمک می‌کنند.^۳ دادگاه‌های هر دو کشور انگلستان و ایالات متحده آمریکا در عمل نشان داده‌اند که در صدور حکم علیه افراد دخیل در تجارت غیرقانونی عتیقاتی که با نقض

۱. مشخصات مأخذ مقاله به شرح ذیل است:

Derek Fincham, Rejecting *Renvoi* for Movable Cultural Property: *The Islamic Republic of Iran v. Denyse Bereng* International Journal of Cultural Property (2007) 14:111-120, Printed in the U.S.A. Copyright©2007. International Cultural Property Society.

۲. کارشناس حقوقی ذی‌ربط پرونده سر سرباز هخامنشی در اداره کل حقوقی و املاک سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری.

3. See Bator, «An Essay on the International Trade in Art», p. 318.

در آن مقاله گفته شده است: «غالب نظام‌های رایج کنترل صادرات، خودمخرب هستند. دلیل رونق بازار سیاه بین‌المللی آن است که هیچ جایگزین دیگری، نه برای خریداران و نه فروشندگان وجود ندارد و لذا همه مشوق‌ها به سمت تجارت غیرقانونی سوق داده می‌شوند».

قوانین میراث فرهنگی سایر کشورها صادر شده‌اند آماده استفاده از حقوق جزا می‌باشند.^۴ در نتیجه، بیش‌تر مباحثات مربوط به سیاست اموال فرهنگی در سال‌های گذشته بر میزان تأثیرگذاری حقوق جزا بر تجارت غیرقانونی متمرکز بوده است.^۵ کاملاً مشخص نیست که تا چه حد می‌توان از اعلام مالکیت‌های ملی در مناقشات حقوقی استفاده نمود.

تقریباً همه ملت‌ها ضرورت حمایت و حفظ اشیای زیبا و تاریخی را پذیرفته‌اند. رهیافت‌ها و نیز کارایی هریک از آن‌ها به میزان قابل ملاحظه‌ای متفاوتند. لازم است کارهای زیادی در یک سطح سازمانی صورت گیرد. به نظر می‌رسد میان آنچه برای عتیقات و آثار هنری لازم می‌دانیم و آنچه در عمل رخ می‌دهد، شکاف فزاینده‌ای وجود دارد. در پرونده مطرح در نزد دادگاه عالی لندن، راجع به یک قطعه عتیقه متعلق به تخت جمشید، امکان اعمال قانون ملی ایران در مورد میراث فرهنگی در حدود اصول تعارض قوانین انگلستان فراهم شد. نتیجه هرچه بود می‌توانست عواقب جدی و گسترده‌ای را برای بازار عتیقات در انگلند و ولز بر جا گذارد. در هر حال، قاضی ادی استفاده از اصل «رانووا» را نپذیرفت. شاید اگر وی طبق این نظریه تعارض قوانین به نفع ایران عمل می‌کرد، حقوق خصوصی انگلستان و ولز پایه محکمی برای آن دسته از کشورهایی می‌شد که در تلاش برای لازم‌الاجرا کردن قوانین خاص میراث فرهنگی خود در دیگر کشورها هستند.

زمینه

موضوع پرونده، یک قطعه سنگ برجسته از جنس سنگ آهک است که در نیمه نخست قرن پنجم پیش از میلاد مسیح خلق شده است. این اثر از زمان تهاجم اسکندر به تخت جمشید در زیر خاک پنهان شده بود تا این که در سال ۱۹۳۲ به واسطه حفاری‌های ارنست هرتسفلد کشف شد. تخت جمشید یک مجموعه یادمانی تاریخی است و برای ایرانیان همان قدر اهمیت دارد که آکروپولیس برای یونانی‌ها.^۶

4. For the position in the United States, see United States v. McClain, 545 F.2d 98(5th Cir.); United States v. McCain, 593 F.2d 658 (5th Cir.) cert. denied, 444 U.S. 918(1979); Yasaitis, "National ownership Laws as cultural property protection policy". For England and Wales, see Dealing in cultural objects (offences) Act 2003; Harwood, "Dealing in cultural objects (offences) Act 2003".

5. See kreder, "The choice between Civil and Criminal Remedies in stolen Art Litigation", Mackenzie, "Dog a Bit Deepe" (stressing that penalties should be increased at the market end of the antiquities supply chain); Mackenzie, Going, Gone; Goldberg, "Reaffirming McClain", 1039-42; Gerstenbilth, "Identity and cultural property".

6. Iran v. Berend, (2007) EWHC132(QB) (hereinafter Berend), para.1.

پاراگراف ۱. در حقیقت بسیاری از محققان شک دارند که سازندگان پارتئون از این سنگ برجسته‌ها الهام گرفته باشند. برای تصویر سنگ برجسته و محل منتسب به آن رجوع کنید به: سودابه صدیق، خبرگزاری میراث فرهنگی، «دادگاه لندن مالکیت ایران بر سنگ برجسته هخامنشی را نادیده می‌گیرد». <http://www.chnpress.com/news/> ۲۱ ژانویه ۲۰۰۷.

در سال ۱۹۷۴ دنیز برند، یکی از شهروندان فرانسه، سنگ برجسته مورد نظر را در یک مؤسسه حراج نیویورک از طریق یک دلال خرید. از آن پس، این اثر به مدت ۳۰ سال به دیوار خانه برند در پاریس آویخته شده بود. در سال ۲۰۰۵ این بانوی ۸۵ ساله درصدد برآمد تا این شیء را به مؤسسه حراج کریستیز لندن بفروشد؛ اما در ۱۹ آوریل همان سال ایران خواستار توقیف موقت فروش اثر گردید و قرار قضایی مربوط به نفع این کشور صادر شد.^۷ ایران خواستار بازگشت این شیء به عنوان بخشی از یک یادمان ملی، «به موجب مواد قانونی مصوب در نیمه نخست قرن بیستم میلادی» بود.^۸ قبل از جریان رسیدگی قضایی به پرونده برند، تعدادی از موزه‌ها و دلالان عتیقه نگران تأثیر بالقوه‌ای بودند که تصمیم متخذ می‌توانست برای دارندگان عتیقات پارس در انگلستان و خارج از آن کشور داشته باشد و لذا محتاطانه عمل می‌کردند. مایکل وان ریسن، دلال عتیقه، گفته بود: «اگر دادگاه عالی طرف ایران را بگیرد لرزه بر پیکر همه مجموعه‌داران اشیای هنری و موزه‌ها خواهد افتاد ... این تصمیم می‌تواند ایجاد رویه کند و در نتیجه ایران خواهد توانست برای تعداد بیش‌تری از اشیای خود، در سراسر جهان طرح دعوا کند».^۹ شاید این ادعا درست باشد. به هر حال شک نیست که منشأ پیدایش قطعه مورد نظر تخت جمشید بوده و از مکان بخصوصی در ایران و مطمئناً پس از حفاری‌های سال ۱۹۳۲ برداشته شده بود.

دفاعیات خواننده چه بود

برند از ادعای مالکیت خود با سه استدلال دفاع کرد. نخست آن که قطعه مورد نظر باید در ردیف اموال منقول شناخته شود. طبق قواعد انتخاب قانون حاکم انگلیس، قانون فرانسه باید بر این مناقشه حاکم می‌شد؛ زیرا مطابق اصل «محل وقوع مال» مطرح در پرونده وینکورت علیه کریستیز، برند عنوان مالکیت را تنها در نوامبر ۱۹۷۴ یعنی تاریخ تحویل شیء در فرانسه به دست آورد.^{۱۰} دوم آن که برند شیء را با حسن نیت متصرف شده است و طبق ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی فرانسه مالکیت بلامعارض را از آن خود کرده است. سوم آن که وی شیء مورد نظر را بیش از ۳۰ سال در اختیار داشته و به موجب ماده ۲۲۶۲ قانون مدنی فرانسه مالکیت آن را به دست آورده است.

۷. قاضی سیلبر قرار مربوط را صادر کرد و مانع از فروش شیء تا حل و فصل نهایی پرونده شد.

۸. در خصوص قانون اموال فرهنگی ایران تحقیق چندانی صورت نگرفته است. احتمال دارد قانون مورد اشاره ایران، تنها یک اعلام مالکیت ملی بوده است. به طور کلی دادگاه‌ها محدودیت‌های صادرات دیگر ملت‌ها را اجرا نمی‌کنند. رجوع کنید به: پادشاه ایتالیا علیه دو مدیچی. دولت ایتالیا خواستار صدور قرار برای اسناد دولتی شده بود و دادگاه به آن پاسخ مثبت داد، اما در مورد دیگر اسنادی که صرفاً با نقض قانون ایتالیا از کشور خارج شده بودند هیچ قراری صادر نشد.

9. Stephanie Condron, «Museums Face Fallout in Fight over Carving» The Telegraph. (accessed January 17, 2007).

10. Berend, para 6, winkworth v. christe, Manson & Woods Ltd. [1980] ch496.

موضع ایران چه بود

ایران در ابتدا ادعا کرد که قطعه مورد نظر باید در ردیف اموال غیرمنقول شناسایی شود؛ زیرا سنگ برجسته زمانی در بنای تخت جمشید کار گذاشته شده بوده و لااقل تا زمانی که از آن جدا نگردیده غیرمنقول به شمار می‌رفته است. این استدلال ایران رد شد. قاضی ادی اظهار داشت که بنا به تصریح طرف‌ها طبق قانون انگلیس و قانون فرانسه، قطعه مورد نظر در ردیف اموال منقول قرار دارد.^{۱۱}

ایران به‌ناچار منقول بودن شیء را پذیرفت، اما ادعا کرد که دادگاه انگلیس باید قواعد تعارض قوانین فرانسه را به کار گرفته، از نظریه رانوا استفاده کند.^{۱۲} رانوا وضعیتی را توصیف می‌کند که در آن، دادگاه علاوه بر اعمال قانون خارجی، قواعد تعارض قوانین کشور خارجی را نیز به کار می‌گیرد. این احتمال وجود دارد که اصول مورد نظر گاه به قانون کشور سومی نیز ارجاع دهند که در این پرونده، ایران همان کشور سوم به شمار می‌رفت. ایران همچنین استدلال نمود که قاضی فرانسوی باید استثنایی بر قاعده عمومی «محل وقوع مال» اعمال کرده، با توجه به سیاست موجود در برخی توافقات بین‌المللی - که فرانسه نیز در سال‌های اخیر آنها را پذیرفته - قانون ایران را به کار گیرد.

به ادعای ایران، سیاست مذکور در تعدادی از اسناد بین‌المللی، از جمله کنوانسیون راجع به طرق جلوگیری و ممنوعیت ورود، صدور و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی (۱۹۷۰ یونسکو) و همچنین کنوانسیون یکسان‌سازی حقوق (Uni Droit) در مورد اشیای فرهنگی مسروقه و یا به‌طور غیرقانونی صادر شده^{۱۳} کاملاً مشهود است. کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو نخستین واکنش بین‌المللی در برابر غارت فزاینده محوطه‌های باستان شناسی و دیگر اماکن میراث فرهنگی در سطح جهان بود که در دهه ۶۰ نمود یافت.^{۱۴} فرانسه کنوانسیون ۱۹۷۰ را در ۷ ژانویه ۱۹۹۷ تصویب کرد. این کشور کنوانسیون یکسان‌سازی حقوق را نیز امضا کرده، اما اجرای آن را رسماً آغاز نکرده است. اهمیت این توافقات بین‌المللی در اتمام آن‌ها به ایجاد یک چارچوب

11. Berend para. 5.

12. Berend, para. 8.

13. UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Nov. 14, 1970, 823 U.N.T.S. 231 (hereinafter 1970 UNESCO Convention). Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, June 23, 1995, 2096/DC8, reprinted in 34 I.L.M. 1322 (hereinafter UNIDROIT Convention).

14. See coggins: «juicit trafic of pre-columbian Antiquities»

مقاله این‌گونه آغاز می‌شود: «در ده سال گذشته تعداد بی‌شماری از یادمان‌های منقول گواتمالا و مکزیک به‌طور سازمان یافته‌های مورد سرقت، تخریب و صدور غیرقانونی قرار گرفته‌اند و از این طریق خوراک بازار بین‌المللی اشیای هنری تأمین شده است. امریکای لاتین از قرن شانزدهم میلادی بدین‌سو چنین غارت بی‌رحمانه‌ای به خود ندیده است.

مهارکننده برای پایان دادن به تجارت غیرقانونی اموال فرهنگی است. لذا از هدف عمومی پیشگیری از غارت و تخریب محوطه‌های باستان شناسی سخن می‌گویند. به نظر ایران، قاضی فرانسوی باید به موجب همین هدف، استثنایی برای استرداد شیء موضوع این پرونده می‌یافت.^{۱۵} با این که هیچ‌یک از کنوانسیون‌های مذکور، ارتباطی با قطعه موصوف نداشتند، اما حسب تأکید ایران، قاضی فرانسوی در اعمال استثنا بر قاعده محل استقرار مال حتماً متوجه ارتباط دو سند می‌شد. ایران مدعی بود که قاضی فرانسوی در شرایط موجود باید قانون ایران را اعمال خواهد کرد، زیرا کاملاً مشخص است که سنگ برجسته از تخت جمشید در زمانی نامعلوم پس از سال ۱۹۳۲ برداشته شده است. در این جا قبل از بررسی تحلیل قاضی ادی در مورد استفاده از قاعده رانووا، شایسته است مفهوم آن قاعده را مورد بررسی قرار دهیم.

مقدمه‌ای بر رانووا

رانووا که در لغت به معنای «بازگرداندن» است، نظریه حقوقی پیچیده‌ای است که پرسش‌های نظری جالب توجهی را ایجاد کرده است. طبق این نظریه «هنگامی که دادگاه مطابق قواعد تعارض قوانین خود، لازم تشخیص می‌دهد که از قانون واحد حقوقی دیگری استفاده کند، ضروری است علاوه بر قوانین داخلی واحد مربوط، قواعد تعارض قوانین آن را نیز به کار بندد».^{۱۶} لذا به نظر ایران در این پرونده، قانون حاکم می‌توانست یک قانون خارجی، قانون مرجع رسیدگی یا حتی قانون یک کشور ثالث باشد. اگرچه بر این نظریه انتقادات زیادی هم از جانب محققین و هم قضات وارد شده است، اما در عین حال هر از گاهی در عرصه حقوق بین‌الملل نمود می‌یابد.^{۱۷} رانووا اصلی غیرمعمول از انتخاب قانون است و به‌ندرت پیش می‌آید. این نظریه به دلیل فقدان ذاتی ثبات و انسجام آن، چندان تناسبی با موضوعات تعارض قوانین جدید ندارد و به تجربه ثابت شده که این قاعده بیش‌تر کاربرد نظری دارد و استفاده از آن در عمل، کار مشکلی است.

نظریه رانووا با تصمیم اخیر دادگاه عالی استرالیا در خصوص پرونده نیلسون علیه شرکت برنامه‌های آن سوی دریاها وابسته به شرکت ویکتوریا احیا شد. موضوع از این قرار بود که خانم

15. Berend, para. 11

در آن جا توجه ویژه‌ای به ماده ۳ کنوانسیون مبذول شده است. طبق این ماده: «ورود، صدور و انتقال مالکیت اموال فرهنگی که برخلاف تدابیر متخذ دولت‌های عضو، به موجب کنوانسیون حاضر، صورت گیرد، غیرقانونی است». به ماده ۵ کنوانسیون یکسان‌سازی حقوق اشاره شد که اظهار می‌دارد: «هریک از کشورهای متعاقد می‌تواند از دادگاه یا مرجع ذیصلاح کشور متعاقد بخواهد دستور اعاده شیء فرهنگی را که به‌طور غیرقانونی از سرزمین کشور درخواست‌کننده خارج شده، صادر کند».

16. [Among mous] Note «A Distinction in the Renvoit Doctrin», Harvard Review 35 (1922): p. 454.

17. See lorenzen «The Renvoi and the Application of Foreign Law»; and kramer, «Return of the Renovi».

ویلسون از پله‌های آپارتمان‌شان در کشور چین پایین افتاده و مجروح شده بود. وی متعاقباً علیه شرکت برنامه‌های آن سوی دریاها، کارفرمای استرالیایی شوهرش، به اتهام مسامحه شکایت کرد. طبق مقررات استرالیا، قانون محل آسیب‌دیدگی (قانون محل ارتکاب جرم) قانون حاکم بر این دعوا بود؛ یعنی در این پرونده بایست قانون چین به کار گرفته می‌شد، اما دعوا مشمول مرور زمان یک ساله شده بود. در هر حال، دادگاه عالی از نظریه رانوا به نفع ویلسون بهره گرفت. دادگاه عالی به قانون استرالیا مراجعه کرد و دوره مرور زمان استرالیا را به کار گرفت. در نتیجه، ویلسون پیروز شد.

سه انتقاد کلی ذیل بر قاعده رانوا وارد است:

نخست این که برای اعلام نظر تخصصی کارشناسان حقوق خارجی اهمیت زیادی قائل است. در پرونده برند (Berend) کاملاً مشخص بود که قاضی ادی (Eady) اهمیت چندانی به نظریه کارشناس حقوقی معرفی شده از سوی خواهان نمی‌داد.^{۱۸} دوم این که استفاده از این نظریه ممکن است منجر به یک دور باطل بالقوه شود که در آن هر کدام از دو کشور برای اعمال قوانین دیگری تلاش می‌کنند.^{۱۹} این انتقاد هرچند معرف یک معمای فکری پیچیده است، اما در پرونده برند کاربردی نداشت؛ چرا که ایران خواستار آن بود که از قانون آن کشور - نه قانون انگلیس - توسط یک قاضی فرانسوی استفاده شود. سوم این که استفاده از رانوا می‌تواند قاضی را با قوانین چند نظام حقوقی خارجی مواجه کند، کما این که در قضیه برند این اتفاق افتاد.

تحلیل قاضی ادی

اگرچه قاضی ادی اشاره آشکاری به این امر نکرد، اما ممکن است تصمیم وی متأثر از این فکر باشد که به کارگیری رانوا در آینده، مشکلات بالقوه‌ای را برای قضات ایجاد خواهد کرد و احتمالاً تأثیر عمیقی بر تجارت عتیقات در انگلستان و ولز بر جا خواهد گذاشت. وی گفت: من می‌توانم

۸۱. M. Berend در پاراگراف ۵۳ گفته شده: «شکی نیست آقای برلیو، [کارشناس حقوقی مورد استفاده ایران] به زعم آن که از موهبت سخنوری به اختصار برخوردار نبود، آمادگی حمله به اعتبار و آبروی دیگران را داشت. با این حال استنباط من این نیست که دلایل وی به‌طور کلی غیرقابل اطمینان است.

۹۱. این اشتباه نخستین بار در سال ۱۸۸۱ توسط یک حقوقدان بلژیکی به نام لارنت تشریح شد. رجوع کنید به: «شات، رانوا در پرونده‌های چندملیتی مفتوح در محاکم نیویورک». شات دور باطل مورد نظر را با مثال ذیل تشریح می‌کند: «دادگاه کشور «الف» قاعده مورد نظر خود را انتخاب می‌کند که طبق آن باید به قانون کشور «ب» توجه نماید. دادگاه کشور «الف» قانون «کلی» کشور «ب» را مد نظر قرار می‌دهد که شامل انتخاب قواعد حقوقی کشور «ب» نیز هست. در نتیجه، دادگاه کشور «الف» به قوانین کشور «الف» برگشت داده می‌شود. آنگاه دادگاه مورد نظر باید تصمیم بگیرد که آیا لازم است فقط «قانون داخلی» کشور «الف» مثلاً قوانین تقسیم ارث را در نظر بگیرد یا قانون کلی آن را که شامل انتخاب قوانین آن نیز می‌شود. اگر دومی را برگزیند به‌ناچار باید دوباره به قوانین کشور «ب» توجه کند و این دور همین طور ادامه خواهد داشت (۱۴۴).

دلایلی برای مطلوبیت استفاده کلی از قانون کشور مبدأ در پرونده‌های موضوع گنجینه‌ها یا یادمان‌های ملی بیابیم، اما این موضوعی است که اگر دولت‌ها لازم می‌دانند خود باید آن را تعیین و اجرا کنند.^{۲۰} وی قبول داشت که چند دلیل بالقوه برای حقانیت استفاده از رانوا در قضیه اموال فرهنگی وجود دارد، اما با این حال اتخاذ چنین تصمیمی را مطلقاً در حوزه صلاحیت دولت‌ها می‌دانست نه دادگاه‌ها.

رانوا هیچ‌گاه در حقوق انگلیس برای اموال فرهنگی به کار نرفته است و خود این امر در پرونده برند، مانعی برای خواهان به‌شمار می‌رفت. قاضی ادی اولین مسأله را به شکل زیر ترسیم کرد:

به‌عنوان یک موضوع قواعد تعارض قوانین انگلیس، آیا دادگاه انگلیس در تعیین عنوان قطعه در طبقه اموال منقول واقع در فرانسه، تنها به مفاد قوانین داخلی فرانسه توجه خواهد کرد یا قواعد تعارض قوانین فرانسه و نیز مفاد هریک از قوانین موضوعه داخلی فرانسه را که با موضوع مرتبطند به کار خواهد گرفت؟^{۲۱}

اتخاذ تصمیم در این خصوص که آیا باید از رانوا در هر بستر معینی استفاده کرد یک بحث سیاستی است؛^{۲۲} ابزار سودمندی که به کمک آن، راه برای اتخاذ تصمیم مشابه در پرونده‌های مشابه، صرف‌نظر از مرجع رسیدگی آن‌ها، هموار می‌شود. یک قاضی دادگاه عالی انگلیسی اگر قصد داشته باشد با استفاده از قاعده رانوا سیاست قانون کشور خارجی را به کار گیرد لازم است قبلاً به سیاست داخلی کشور خود توجه کند. این امر به قاضی اجازه می‌دهد در انتخاب یک قاعده قانونی مشخص، هدف سیاست عمومی را دنبال کند.

بیش‌ترین استفاده از رانوا در حقوق انگلیس، در زمینه قانون وراثت بوده، اما کاربردی در مورد قراردادهای یا مسئولیت مدنی نداشته است.

برخی ادعا کرده‌اند که تحلیل سیاست اصلی رانوا آن را به یک نظریه قابل بحث بدل کرده است. دادگاه تنها زمانی قانون خارجی را به کار می‌بندد که منافع کشور را در اعمال قانون و سیاستش مشروع تشخیص دهد و این بدان معنا است که قانون داخلی آن کشور غالب شده، مانع از اعمال قانون کشور دیگر خواهد شد.^{۲۳} در این پرونده ایران استدلال نمود که حسب تأکید روح حقوق فرانسه، قانون کشور مبدأ - در این پرونده بخصوص قانون ایران - قاضی فرانسوی را به سمت استفاده از همان قانون هدایت خواهد کرد. در هر صورت برای رسیدن به این نتیجه لازم

20. Berend Para.30.

21. Berend Para. 19.

22. Berend Para. 20.

23. Currie, selected Essays on the conflict of Laws. 184-85.

است قاضی فرانسوی از نظریه بغرنج و بحث برانگیز رانوا استفاده کند. قاضی ادی بایست مبادرت به تحلیل سیاست می‌کرد، اما وی در این بازی عملاً انتخاب سیاست را نادیده گرفت. عمده توجه وی به این واقعیت بود که در انگلستان و ولز هیچ‌گاه از نظریه رانوا در مورد اموال منقول استفاده نشده است. وی نه تنها استفاده از رانوا را در این پرونده بخصوص تأیید نکرد، بلکه به نظر می‌رسد حتی مانع از استفاده آتی دیگر قضات در پرونده‌های موضوع اموال منقول شد. به گفته وی:

«من هیچ جایگاهی برای متداول کردن نظریه رانوا در خصوص یک شیء ملموس - نظیر شیء موضوع این پرونده - به عنوان یک مسأله سیاستی نمی‌بینم ... به نظر من هیچ دلیلی وجود ندارد که میان این پرونده و پرونده میلث تفاوت قائل شویم و باید بگوییم این نخستین بار است که سیاست عمومی ایجاب می‌کند قوانین انگلیس نظریه رانوا را برای تعیین عنوان اموال منقول معرفی کنند».^{۲۴}

در تحلیل سیاست مربوط، توجه به این مسأله ضروری بود که آیا دادگاه فرانسه با توجه به سیاست‌های مقرر در هر دو کنوانسیون ۱۹۷۰ یکسان‌سازی حقوق تصمیم می‌گرفت که قانون ایران حاکم بر این مناقشه باشد یا خیر. قاضی ادی برای این واقعیت اهمیت قائل بود که هرچند فرانسه کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو را در سال ۱۹۹۷ تصویب کرده، اما هیچ‌گاه تعهدات مقرر در آن را صریحاً در قوانین داخلی خود وارد نکرده است. در هر حال به نظر می‌رسد قاضی ادی در این خصوص که عدم ادغام معاهده در قوانین داخلی فرانسه دقیقاً چه چیزهایی را ایجاب می‌کند نیز نظر روشنی نداشت. فرانسه متعهد به اجرای دستورالعمل ۱۵ مارس ۱۹۹۳ شورای اروپا در خصوص بازگرداندن اشیای فرهنگی غیرقانونی بود که به‌طور غیرقانونی از سرزمین‌های هر کشور عضو خارج شده‌اند.^{۲۵} این کشور وضع قانون خاصی جهت اجرای کنوانسیون ۱۹۷۰ را لازم ندانسته است، اما در سال ۱۹۹۹ دادگاهی در کشور هلند، دعوی یک کلیسای قبرسی به خواسته استرداد ۴ شمایل تحصیل شده توسط یک خریدار با حسن نیت را رد کرد. خریدار ادعا کرده بود که تصویب کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه راجع به حمایت از اموال فرهنگی در زمان درگیری مسلحانه توسط کشور هلند، به معنای نادیده گرفتن حقوق مالکانه یک خریدار با حسن نیت نیست و دادگاه این استدلال را پذیرفت.^{۲۶} حتی اگر دادگاه فرانسوی کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو را اعمال می‌کرد، این احتمال وجود نداشت که برای آن اثر عطف به ماسبق بودن قائل شود. قاضی ادی به درستی

24. Berend, Paras. 23-24.

۵۲. دستورالعمل ۹۳/۷ شورای اروپا در خصوص بازگرداندن اشیای فرهنگی که به‌طور غیرقانونی از سرزمین‌های هر کشور عضو خارج شده‌اند. این دستورالعمل یک برنامه منسجم استرداد را میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا ایجاد کرد. این دستورالعمل با کنوانسیون یونسکو مغایر بوده، تنها به صادرات غیرمجاز می‌پردازد.

26. See *Autocefales Grieks or thodoxe kerk prus v. W.O.A Lans*, noted in 8 mt J. of cul prup. 583 (1999).

متوجه محدودیت زمانی ۵۰ ساله مقرر در کنوانسیون یکسان سازی حقوقی از زمان تملک اشتباهی شیء بود و این مانع مطمئناً برتری ایران در پرونده را با مشکلاتی روبه‌رو می‌کرد.^{۲۷} قاضی ادی قویاً بر قضیه مک‌میلان و شرکت سرمایه‌گذاری امانی بیشاپزگیت تأکید داشت. در آن پرونده، قاضی میلِت رویه پیچیده‌ای برای تصمیمات سیاستی در برخورد با ارزیابی کاربرد رانوا پی‌ریزی کرد.^{۲۸} ادی به نظریه قاضی موربیک در پرونده بین‌الملل گلانکور و بین‌الملل تجاری مترو نیز استناد کرد. طبق این نظریه:

«اگر قاعده محل وقوع مال در ارتباط با اموال منقول - لا اقل تا حدی - کنترل عملی کشور محل وقوع را بر آنها را تأیید کند، حرفی برای گفتن در مورد اعمال مقررات دادگاه‌های آن کشور وجود خواهد داشت».^{۲۹}

این اظهارات نیز کمکی به خواهان نکرد. هرچند در این نظریه تمایلی کلی نسبت به اعمال مقررات کشور محل وقوع شیء مشهود است، اما عبارت «حرفی برای گفتن» مبهم‌تر از آن بود که قاضی ادی بتواند به واسطه آن، استفاده از رانوا را در این پرونده تأیید کند. چون قاعده رانوا به کار گرفته نشد لذا تنها گزینه باقی‌مانده، استفاده از قانون فرانسه در این دعوا بود. به عقیده قاضی ادی، قاعده محل وقوع مال حکم می‌کند که در این دعوا قانون داخلی فرانسه اعمال گردد.^{۳۰} لذا از آن‌جا که خوانده با حسن نیت عمل کرده بود، وی در نوامبر ۱۹۷۴ یعنی زمان تصرف قطعه موردنظر عنوان مالکیت را به‌دست می‌آورد.^{۳۱} در پایان هر قاضی دادگاه عالی انگلیس باید قانون فرانسه را در وضعیت فعلی آن تفسیر کند و نمی‌تواند قواعد جدیدی را ایجاد کند. قاضی ادی با در نظر گرفتن همه جوانب، استفاده از قانون ایران در این دعوا را توسط دادگاه فرانسه «بسیار غیرمحتمل» دانست. وی شهادت دو کارشناس

27. Berend, Para. 41.

۸۲. قاضی میلِت اظهار داشت: «تعیین اولویت میان دعاوی رقیب موضوع مال فرهنگی، بستگی به ملاحظات سیاست حقوقی داخلی دارد. یک دادگاه انگلیس، تصمیمات خود را براساس اصول تعارض قوانین انگلیس اتخاذ می‌کند و مسأله تعیین اولویت که باید با اعمال قواعد حقوق خارجی تعیین شود نیز مبتنی بر ملاحظات سیاست حقوقی البته در سطوح عالی نظری است. تصمیم‌گیری سیاستی در سطوح عالی‌تر ایجاب می‌کند که سیاست اتخاذ شده در سطوح پایین‌تر توسط حقوق انگلیس اعمال نشود؛ زیرا ملاحظاتی که موجب اتخاذ آن در قانون داخلی شده‌اند ربطی به شرایط ویژه پرونده ندارند؛ و سیاستی که در سطح پایین‌تر توسط قانون خارجی اتخاذ شده باید در جای خود به کارگرفته شود».

29. Winkworth, [1980], [2001] 1 Lloyds Rep. 284 at Para. 41.

۳۳. ذکر این نکته جالب است که در آن پرونده، قاضی اسلد بر آن نظر بود که «اگر سیاست عمومی موافق باشد، اعمال رانوا از لحاظ نظری امکان‌پذیر است».

31. Berend, Para. 33.

حقوق فرانسه در این خصوص را بررسی کرد و در پاسخ به این مسأله که چرا به نظر وی دادگاه فرانسه قانون ایران را به کار نخواهد بست، دلایلی را به شرح آتی ذکر کرد:^{۳۲}

نخست آن که در فرانسه سابقه چنین استفاده‌ای وجود داشت. دوم آن که عدم ورود مفاد کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو در قوانین داخلی فرانسه خود گواهی بود بر این که قانونگذار این کشور تمایلی به متعهد کردن کشورش به مفاد آن معاهده ندارد. سوم آن که با اعمال قانون ایران، اعمال شرایط مرور زمان در این پرونده میسر نمی‌شد. چهارم این که هیچ‌گونه پیش‌بینی پرداخت غرامت به خانم برند برای خرید با حسن نیت وی وجود نداشت و پنجم این که هرچند به ادعای ایران قوانین داخلی فرانسه با تعهدات کنوانسیون‌ها منطبقند، اما قاضی ادی عقیده داشت: مدت زمان زیادی است که این کنوانسیون‌ها تصویب شده‌اند و فرانسه قانون خود را با آن‌ها منطبق نکرده است و آقای فوسار کارشناس حقوق فرانسه برای خواننده به فصاحت سؤال کرد که چرا به‌عنوان یک موضوع سیاست قضایی، دادگاه فرضی فرانسه باید تصور کند که زمان اجرای آن کنوانسیون‌ها همین سال ۲۰۰۷ است.^{۳۳}

بی‌میلی قاضی ادی به عدم استفاده از رانوا جهت به‌کارگیری قانون ایران در این پرونده، قابل درک بود. رانوا هیچ‌گاه در مورد منقولات در حقوق انگلیس مورد استفاده قرار نگرفته بود. وی قبول داشت که «شاید به‌طور کلی چند دلیل برای امکان مطلوبیت استفاده از رانوا و قانون کشور مبدأ در خصوص گنجینه‌های ملی یا یادمان‌ها وجود داشته باشد، اما اگر دولت‌ها صلاح می‌دانند خود باید به این موضوع بپردازند».^{۳۴} رانوا در اصل برای ایجاد انسجام میان حوزه‌های قضایی طراحی شده بود. در هر حال به نظر قاضی ادی، استدلال قاضی میلر در پرونده مک‌میلان ارتباط بیش‌تری با این موضوع داشت. به گفته ادی واضح است قاضی میلر یک سیاست معتبر حقوق انگلیس یعنی انتخاب محل وقوع مال به مفهوم حقوق داخلی را تأیید کرد. به بیان دیگر، کار او نمی‌تواند به معنای رد نظریه رانوا باشد.^{۳۵}

دو عامل دیگر در اثبات ناکارآمدی رانوا در این پرونده وجود داشت. نخست این که اعمال این نظریه می‌توانست تأثیر جدی بر داد و ستد عتیقات در انگلستان و ولز بگذارد. این امر ممکن بود دادگاه‌های انگلستان را به مرجع عالی بالقوه‌ای برای آن دسته از کشورهای مبدأ بدل سازد که همواره در صدد اجرای قوانین میراث فرهنگی خود در خارج از مرزهای‌شان بوده‌اند و دلالتان

32. Berend, Para. 37.

33. Berend, Paras. 36-43, 50.

34. Berend, Para.30.

35. Berend, Para. 32.

عتیقات و خانه‌های حراج در لندن را با مشکلاتی روبه‌رو می‌ساخت. کاملاً روشن بود که از نظر قاضی ادی اتخاذ چنین تصمیمی وظیفه دولت مربوط است، نه قاضی. دوم این که همان گونه که قاضی میلِت بارها عنوان می‌کرد، به کارگیری نظریه رانووا توسط قضات غالباً مشکل است.

نتیجه

هرچند قاضی ادی از مزایای بالقوه اعمال قاعده رانووا در مورد آن دسته از منقولات که بخشی از «گنجینه و یا یادمان ملی» به‌شمار می‌آیند، آگاه بود اما در قضیه برند در مورد استفاده از این نظریه برای یک شیء منقول تردید داشت. یقیناً وی متوجه این قضیه بود که کشورش با الحاق به کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو همین سیاست را تأیید کرده است؛ اما هرچند این الحاق نمایانگر تمایل اکید یک ملت بر مبارزه با تجارت غیرقانونی اموال فرهنگی است، اما لزوماً نمی‌تواند منجر به پیدایش یک چارچوب حقوقی مناسب برای تحقق آن تمایلات گردد.

سرقت عتیقات نادر از تخت جمشید باعث تأسف است. یقیناً این آثار بخشی از تاریخ ایران را تشکیل می‌دهند و حساسیت ایران نسبت به آن‌ها قابل درک است. با این حال جای تعجب است که چرا این کشور در سال ۱۹۷۴ یعنی زمان خرید شیء توسط برند علیه وی طرح دعوا نکرد. در آن زمان ایران به هر دلیل، حقوق خود را مطالبه نکرد. به‌طور قطع اعمال رانووا بر تجارت عتیقات اثر می‌گذاشت. در آن صورت، تعداد کثیری از داد و ستدهای انجام شده در انگلستان به‌طور بالقوه تابع قوانین کشورهای مبدأ می‌شدند و متعاقباً حقوق جزای برخی کشورها متأثر از این رویداد می‌گردید. محکومیت اخیر جاناتان پاری در انگلستان^{۳۶} و همتای او فردریک شولتز^{۳۷} در ایالات متحده نشان داد که حقوق جزای انگلند و ولز و ایالات متحده تا حدی برای قوانین میراث فرهنگی دیگر کشورها ارزش و احترام قائلند.^{۳۸} هرچند نتیجه مشابه در چارچوب حقوق مدنی محقق خواهد شد، اما در عوض قدرت کشورهای مبدأ در طرح دعوا نزد محاکم انگلستان و ولز به‌طرز چشمگیر افزایش خواهد یافت. قطعاً این تغییر چشمگیر منجر به پیدایش تعداد کثیری مرافعه و جنجال شده، احتمالاً دستگاه قضایی انگلستان نیازمند احاله موضوع به پارلمان خواهد بود.

36. R.V. Tokeley, Parry, [1999] Crim. L.R. 578.

۷۳. ایالات متحده آمریکا علیه شولتز.

۸۳. ر.ک: قانون (جرائم) معامله اشیای فرهنگی مصوب اکتبر ۲۰۰۳.