



## فهرست مطالب

### سرّ مقالها

تعامل دین و حقوق / غلام‌نبی گلستانی ..... ۳

### پژوهشها

کیفیت مقرّرات حاکم بر قتل غیر عمد ناشی از رانندگی و تعدّد سبب (مصدق علمی-کاربردی) دکتر ایرج گلدوزیان ..... ۷

گذار از منطق کیفری به منطق بیمه‌ای در سیاست جنایی ره‌آورد نوین عدالت ترمیمی سیدمحمدناصر مبرقی ..... ۱۹

حلّ و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق داوری ایکسید و ضرورت الحاق ایران دکتر محمود جلالی ..... ۴۳

ارزیابی حکم قطعی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص پرونده سکوه‌های نفتی ایران دکتر محمدعلی پاک‌شیر ..... ۷۳

مفهوم تعهدات مثبت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر / محمدرضا ویژه ..... ۱۰۹

تأملی چند بر منابع قراردادی حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی محمدحسین رضائی قوام‌آبادی ..... ۱۳۱

اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری / حسن نوری ..... ۱۵۷

### ترجمه‌ها

دیوان بین‌المللی کیفری و حقوق بین‌الملل / ادواردو گریبی / ترجمه دکتر ابراهیم بیگزاده ..... ۱۷۷

حقّ کودک بر خطاکاری: مسئولیت کیفری و صغیر نابالغ / گیلیان دوگلاس / ترجمه دکتر نسرین مهرا ..... ۱۸۷

ملاحظات دربارۀ [اصل] حسن نیت / پروفیسور اولریش مگنوس / ترجمه مهدی علیزاده ..... ۲۱۷

### گزاشتهای علمی

معرفی کتابهای منتشر شده و در آستانه نشر مرکز پژوهش دانشگاه علوم اسلامی رضوی ..... ۲۲۷

معرفی پایان‌نامه‌ها ..... ۲۳۵

### ترجمه‌های چکیده‌ها

ترجمه عربی (موجز المقالات) / میرزا علیزاده ..... ۲۴۱

ترجمه انگلیسی (Abstracts) / رجبعلی محمدآبادی ..... ۲۵۶

## تعامل دین و حقوق

بدون تردید با تشکیل هر اجتماع، قدرت نیز به دنبال آن شکل می‌گیرد و هر جا قدرت بود، لزوماً حقوق هم به وجود می‌آید. پس می‌توان ادعا کرد که نظام حقوقی مهم‌ترین سنگ بنای زندگی بشر اجتماعی است؛ زیرا قدرت بدون حد و مرز و بدون ضابطه (حقوق) مستلزم خودکامگی و هرج و مرج است و اگر بنا باشد نظام اجتماعی سامان یابد و هر کس محدوده رفتار خویش را در جامعه بشناسد و هر کس سهم خود را از حقوق اجتماعی باز یابد، چاره‌ای جز توسل به نظام حقوقی نیست. نه تنها نظام بخشی اجتماعی در پرتو حقوق میسر می‌شود، که هماهنگی رفتار اعضای هر جامعه با هم و نیز روابط آنها با متولیان قدرت و نمایانندن حق و تکلیف هر کدام نیز به آن بستگی پیدا می‌کند.

از آنجا که هدف نهایی قدرت ضابطه‌مند یا قانونمند، استقرار عدالت، امنیت، رفاه و معنویت در جامعه است، قدرت باید متکی بر مشروعیت و حقانیت باشد تا زمینه نیل جوامع بشری به هدف نهایی فراهم آید. حقوق برای رسیدن به این هدف نهایی دو رسالت بزرگ بر دوش دارد:

اول، حقّانی کردن قدرت؛ یعنی قدرت با تکیه بر قانون، آرام آرام به سمت مشروعیّت یافتن و حقّانی شدن پیش می‌رود.

دوم، توزیع قدرت بین نهادهای مختلف.

پس حقوق در مسیر نهادی کردن قدرت، تنها به خلق و ایجاد نهادهای حقوقی بسنده نمی‌کند، بلکه در عین حال به توزیع قدرت در نهادهای سیاسی و اجتماعی مختلف از نوع رسمی و غیر رسمی (مدنی) نیز می‌پردازد.

اما اینکه چنین نظام حقوقی چگونه و بر چه اساسی باید تدوین یابد و کدام شخص و چه نهادی عهده‌دار تحقق آن است و آیا همه مردم در تک تک حقوق و قوانین باید نظر دهند؟ یا حقوق ثابتی برای انسان وجود دارد که هیچ‌کس و هیچ قانون‌گذاری حق ندارد آنها را نادیده انگارد؟ و اینکه نسبت بین خدا و حقوق چیست؟ و آیا اصولاً خدا نقشی در حقوق دارد؟ جزء مسائل مهمی است که هر کدام در جای خود باید مورد بحث و فحص قرار گیرد.

اما این نکته بدیهی است که حقوق، چنان که می‌تواند ابزاری در اختیار قدرت حاکم باشد که با استفاده از آن، خواسته‌های خویش را تأمین کند، می‌تواند وسیله‌ای کارآمد برای حمایت از جامعه در برابر قدرت باشد. جامعه به کمک این وسیله در مقابل قدرت و خودکامگی‌ها از خود دفاع می‌کند و در پرتو احقاق حقوق شهروندان، سمند بادپای قدرت را سامان می‌بخشد و مهار می‌کند.

با توجه به نقش تعیین‌کننده حقوق در زندگی انسان و نقش‌آفرینی آن در تکامل، سعادت و تحولات جوامع انسانی از یک سو و پیچیدگی روزافزون روابط انسانی و گسترش نیازهای فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و تلاش مضاعف انسان مدرن برای دستیابی به زوایای ناشناخته ابعاد زندگی از سوی دیگر، بحث ارتباط حقوق با دین و تأثیرپذیری حقوق از گزاره‌های دینی، از مسائلی است که امروزه شدیداً مورد توجه حقوق‌دانان و عالمان دینی قرار گرفته است.

امروز کمتر دانشمندی را می‌توان سراغ گرفت که نقش دین را در تأمین سعادت و آرامش پایدار انسانها پذیرا نباشد. گروهی از حقوق‌دانان معتقد به دین‌جدایی (لائیسزم) قلمرو حقوق را از عرصه دین جدا می‌دانند و گستره دین را فقط در مسائل

اخروی و فردی می‌پندارند و از هرگونه دخالت دادن دین در مسائل دنیوی و نابسامانیهای اجتماعی منع می‌کنند، اما در مقابل، بسیاری از حقوق‌دانان دیگر، به ویژه حقوق‌دانان مسلمان، داشتن طرح جامع و شریعت کامل برای همه زمانها و مکانها و دارا بودن نظامات اجتماعی و حقوقی و برنامه‌های اقتصادی را از مسلمات دین، به خصوص شریعت اسلام می‌دانند و اسلام را دارای نظام حقوقی می‌دانند و قرآن را تشریحی‌ترین منبع آن می‌شناسند.

در این نگره، نظام حقوقی اسلام افزون بر دارا بودن مزایای مکاتب حقوقی دیگر، از یک ویژگی خاص برخوردار است که جامعه را بر اساس کرامت و ارجمندی انسان استوار می‌سازد و بر مبنای ایدئولوژی صحیح بازسازی می‌کند و با نفی ارزشهای نژادی و قومی، همگان را (هرچند در فواصل جغرافیایی دور از هم) جامعه واحد می‌شناسد و افزون بر اینکه بین نظام حقوقی، ارتباط وثیق و پیوند محکم با اخلاق و معنویات قائل است، منبع تشریح و قانون‌گذاری در سطح بشری (دنیوی) را خدا می‌داند.

بدین سبب است که مسلمانان، اطاعت و عمل به مقررات اجتماعی را به عنوان یک وظیفه دینی و عملی اخلاقی، بر خود واجب می‌دانند. از این زاویه، انسان موجودی دو بُعدی است با دو میدان نیاز و متناسب با آن، دو میدان حقوق که بخش بزرگی از معارف نظام فکری اسلام را تشکیل می‌دهد.

از دیدگاه حقوقی اسلام، هم بُعد جسمانی و نیازهای مادی و تمایلات فردی انسان موضوعیت دارد و هم بُعد روحی و معنوی و حقوق معنوی متناسب با آن مطرح است که باید همپای هم مورد توجه قرار گیرد.

حقوق فردی، طبیعی و فطری انسان، ریشه در ساختار مادی و روحی وی دارد که او را نیازمند تأمین جسم و تغذیه روح کرده است و حقوق اجتماعی او ریشه در الفت و انس با محیط و گریزناپذیری از زندگی مشترک و جمعی وی دارد و حقوق طبیعی او ریشه در فلسفه آفرینش او که هدفمند و دارای غایت است و برآوردن این هدف در گرو بهره‌جویی و بهره‌گیری از طبیعت است؛ چنان که اگر این حق برای او نباشد، در واقع راه رسیدن به کمال به رویش بسته خواهد بود و از سویی ارتباط با

دیگران، او را ناگزیر از رعایت منافع جمعی می‌کند و لازمه زندگی جمعی، توجه به وحدت اجتماعی، مصالح برتر و حفظ منافع عمومی است.

سردبیر

# پژوهشها

## کیفیت مقررات حاکم بر قتل غیر عمد ناشی از رانندگی و تعدد سبب (مصادق علمی - کاربردی)

□ دکتر ایرج گلدوزیان

□ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

### چکیده:

واقعه حقوقی‌ای که رخ می‌دهد، در مواردی ممکن است علاوه بر آنکه سببهای متعددی در پیدایش آن دخیل باشند، از نظر گستره مقررات نیز مشمول مقررات و یا چند عنوان مجرمانه دیگر واقع شود. تشخیص مقررات کیفری - حقوقی حاکم بر واقعه مزبور و همچنین تعیین میزان تقصیر هریک از سببها در این گونه موارد، امری با اهمیت و بسیار دشوار و پیچیده است.

نوشتار مزبور به این موضوع پرداخته و کیفیت مقررات حاکم بر قتل غیر عمد ناشی از رانندگی را در صورتی که بر اثر تعدد سبب به وجود آمده باشد، بشکل کاربردی بررسی می‌کند و مقررات حاکم بر آن و درصد تقصیر هریک از سببها را مشخص می‌سازد.

کلید واژگان: قانون حاکم، قتل غیر عمد، تعدد سبب، موجبات ضمان.

## مقدمه - ضوابط قانونی:

هرگاه دو نفر عدواناً در وقوع جنایتی به نحو سبب دخالت داشته باشند (نه مباشرت) کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت، قبل از تأثیر سبب دیگری باشد، ضامن خواهد بود. مانند آنکه کسی چاهی حفر کند و دیگری سنگی را در کنار آن قرار دهد و عابر به سبب برخورد با سنگ، به چاه افتد. در این صورت، فقط کسی که سنگ را در کنار چاه گذاشته است، ضامن می‌باشد و چیزی بر عهده حفرکننده نیست و اگر عمل یکی عدوانی و دیگری غیر عدوانی باشد، فقط شخص متعدی ضامن خواهد بود. البته تبصره ماده ۷۱ قانون... دیات، هر کدام را که متجاوز شناخته می‌شد، ضامن می‌دانست (ماده ۷۱ قانون... دیات سابق و ماده ۳۶۴ قانون مجازات اسلامی لاحق).

در مواردی که چند نفر با هم سبب آسیب یا خسارتی شوند، به طور تساوی عهده‌دار خسارت خواهند بود (ماده ۷۲ قانون... دیات سابق و ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی لاحق).

## جرایم ناشی از تخلفات رانندگی موضوع مواد ۷۱۴ به بعد قانون مجازات اسلامی

۱. شرح واقعه: آقای «الف» ۲۰ ساله، راکب موتور سیکلت هوندا و فاقد گواهینامه، در حین رانندگی در محل عبور عابران پیاده با عابری به نام «ب» تصادف می‌کند و او را از ناحیه پا مجروح می‌سازد و سپس از محل حادثه متواری می‌شود. متعاقباً مجروح توسط مأموران راهنمایی و رانندگی برای مداوا به صندلی عقب یک تاکسی به رانندگی «ج» منتقل شده و به طرف بیمارستان حرکت داده می‌شود. در بین راه و در حین گردش تاکسی به دور میدان، ناگهان درب عقب تاکسی باز و مجروح بر روی زمین پرتاب می‌شود. پس از آن، مجروح (ب) از ناحیه سر، شدیداً مضروب و در حال بیهوشی به بیمارستان... در شهر... منتقل می‌شود و تحت درمان قرار می‌گیرد، اما معالجات انجام شده مؤثر واقع نمی‌شود و مجروح جاننش را از دست می‌دهد. پزشک قانونی، مرگ او را ناشی از ضربه مغزی تشخیص

می‌دهد و جواز دفن صادر می‌کند. کاردان فنی نیز از محل حادثه و تاکسی بازدید کرده و ضمن ترسیم کروکی، آقایان «الف» و «ج» را مقصر می‌شناسد و نامبردگان با صدور قرار قانونی، توقیف می‌شوند.<sup>۱</sup>

بر فرض صحت داده‌های مسئله:

اولاً، کدام یک از آقایان «الف» و «ج» مسئول مرگ «ب» است و چرا

ثانیاً، نوع جرم یا جرایم منتسب به نامبردگان به تفکیک و با ذکر مواد قانونی و مجازات آنان چیست؟

ثالثاً، آیا گذشت اولیای دم در این قضیه می‌تواند مؤثر باشد یا خیر؟

۲. تشخیص ماهیت حقوقی-کیفری واقعه: با توجه به تعدد سبب در قتل، قتل در حکم شبه عمد به علت سقوط از اتومبیل یا قتل غیر عمدی ناشی از تخلفات رانندگی است؟

## بخش اول: ماهیت قانونی مقررات حاکم بر واقعه

### ۱. مقررات کیفری قانونی حاکم بر واقعه (قتل غیر عمد ناشی از تخلفات رانندگی)

آخرین مقرراتی که درباره جرایم ناشی از تخلفات رانندگی، در قالب قتل و صدمات بدنی وجود دارد، مواد ۷۱۴ به بعد قانون مجازات اسلامی است. طبق رأی وحدت رویه شماره ۲۲ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۰ هیئت عمومی نیز قتل غیر عمد در اثر بی‌احتیاطی در رانندگی وسیله نقلیه موتوری بدون داشتن پروانه رانندگی که مجازات آن در ماده ۱۵۲ قانون تعزیرات سابق (ماده ۷۱۴ ق.م.ا. لاحق) معین شده، از آن جهت که نوعاً تفریط به نفس است، در حکم شبه عمد است و از لحاظ پرداخت دیه، مشمول بند «ب» ماده ۸ قانون دیات سابق (ماده ۲۰۲ ق.م.ا. لاحق) می‌باشد.

۱. در شرح واقعه، از روزنامه مأموی، نشریه داخلی قوه قضائیه به شماره ۱۱۰، مورخ ۱۱ آذرماه ۱۳۸۱ با تغییراتی استفاده شده است.

اصولاً راننده اتومبیل باید پیش از حرکت، از بسته بودن کامل درهای وسیله نقلیه خود اطمینان کامل داشته باشد و لذا این قتل غیر عمد (تفریط به نفس) مربوط به ارتکاب جرایم ناشی از تخلفات رانندگی موضوع ماده ۷۱۴ ق.م. است که مستوجب حبس از ۶ ماه تا ۳ سال و نیز پرداخت دیه (قتل در حکم شبه عمد) در صورت مطالبه از ناحیه اولیای دم است. با وجود این، صرف نظر از قانون خاص موضوع مواد ۷۱۴ به بعد ق.م.ا. تحت عنوان «جرایم ناشی از تخلفات رانندگی» قتل غیر عمد سرنشین اتومبیلی که مصدوم از آن سقوط کرده، بدون تصادم و تصادف با اتومبیل مزبور، با توجه به مقررات عمومی مشروح زیر قابل بررسی است.

موضوع تخلف و جرم، بی احتیاطی و بی مبالاتی و عدم رعایت نظامات دولتی در امر رانندگی می باشد که منتهی به مرگ سرنشین اتومبیل گردیده است. ضمناً «الف» نیز به مناسبت رانندگی بدون پروانه با موتور سیکلت (عدم مهارت) منتهی به صدمه بدنی (جرح) عابر «ب» مشمول مواد ۷۱۷ و ۷۱۸ ق.م. بوده و به حبس بیش از دو سوم ۵ ماه و پرداخت دیه مربوط به صدمه در صورت مطالبه اولیای دم (به قائم مقامی مصدوم متوفی) محکوم می شود. گذشت اولیای دم می تواند از موجبات تخفیف مجازات برای «الف» در میزان حبس و منتفی شدن دیه نسبت به «الف» و «ج» باشد.

## ۲. تعدد سبب و ماهیت حقوقی واقعه (مقدم بر امر کیفری)

مقررات عمومی قتل در حکم شبه عمد سرنشین اتومبیل با سقوط از اتومبیل با تعدد سبب در مرگ «ب» مستند به تقصیر «ج» از لحاظ بی احتیاطی، بی مبالاتی و عدم رعایت نظامات دولتی (به رغم نقش «الف» در مصدوم ساختن «ب» پیش از سقوط وی از تاکسی) نیز مطرح است؛ زیرا در حین گردش تاکسی به دور میدان، انسان زنده «ب» اعم از اینکه مجروح، بیمار یا سالم باشد، با باز شدن در تاکسی، سقوط کرده و از وی، سلب حیات گردیده است. با توجه به ماده ۳۶۴ ق.م.ا. تأثیر کار راننده اتومبیل (ج) در وقوع جنایت، پیش از تأثیر سبب دیگر، یعنی راکب موتور سیکلت (الف) می باشد؛ لذا راننده (ج) مسئول مرگ «ب» بوده و ضامن می باشد. از

این جهت، صرف نظر از «قانون خاص جرایم ناشی از تخلفات رانندگی موضوع مواد ۷۱۴ به بعد ق.م.ا.» با توجه به مقررات عمومی (موجبات ضمان) نیز اتهام «ج» قتل غیر عمد ناشی از تقصیر وی در عدم رعایت نظامات دولتی (یا عدم مقررات مربوط به امری) بوده و طبق تبصره ۲ ماده ۲۹۵ ق.م.ا. قتل در حکم شبه عمد می باشد و کیفر حبس آن در این قبیل موارد (در غیر از موارد رانندگی) طبق ماده ۶۱۶ ق.م.ا. است که عملاً تبصره ماده ۶۱۶ ق.م.ا. اجرای مقررات تسبیب را نسبت به صدمات بدنی قتل غیر عمد در اثر تصادف رانندگی منع کرده است.

اصولاً تحقق مسئولیت، اعم از مدنی یا کیفری (ضرر و زیان ناشی از جرم) مستلزم وجود شرایط زیر است:

۱. ورود خسارت موجب صدمه بر زیان دیده؛

۲. وجود رابطه علیت بین خسارت و فعل موجب خسارت که با فقدان آن رابطه، موضوع خسارت منتفی می گردد.

در واقع، خسارت زیان دیده به تنهایی برای تحقق مسئولیت دیگری کافی نیست؛ به طوری که خسارت مزبور باید به وسیله یک رابطه علیت با فعل موجب خسارت مربوط شود. رابطه علیت با علت عذر بیرونی (مشروعیت) نیز فاقد اثر می گردد؛ مثلاً عوامل قهری یا در مورد عوامل موجهه جرم (مانند دفاع مشروع) و یا امر آمر قانونی مسئولیت های کیفری و حقوقی مباشرین در ارتکاب جرم منتفی است. در اجرای تبصره ماده ۳۲۷ ق.م.ا. در صورتی که برخورد دو وسیله نقلیه، خارج از اختیار راننده ها باشد، مانند آنکه در اثر ریزش کوه یا طوفان یا دیگر عوامل قهری، تصادم حاصل شود، هیچ گونه ضمانی در بین نیست.

به طور کلی، بنا بر یک اصل قدیمی، مسئولیت (اعم از مدنی، قراردادی یا جزایی) مبتنی است بر فرض یک رابطه علیت بین ضرر و رفتار زیان آور؛ به نحوی که فعل زیان آور باید سبب موجب خسارت یا علت تامه آن باشد. تنها زیان مستقیم قابل جبران است؛ زیرا زیان مزبور به وسیله این رابطه علیت، تحت تأثیر عمل غیر قانونی قابل انتساب به مسئول تحقق می پذیرد. علیت یا سببیت، موضوعیت دارد؛ یعنی یک دور تسلسل از مقتضیاتی را شامل می شود که قاضی باید آن را

احراز و معین کند.

چنانچه علت وجود دارد، اثر آن موجود است و چنانچه علت به هیچ وجه موجود نیست، اثر هم به هیچ وجه موجود نیست. بدین ترتیب، چون هر علتی و هر اثری، یکی بدون دیگری هرگز تحقق نمی یابد، لذا مطلقاً هیچ اثری نمی تواند حاصل شود، مگر اینکه علتی موجود باشد تا آن اثر را به وجود آورده باشد.<sup>۱</sup>

علاوه بر دشواری یافتن علت موجب زیان، مشکل دیگر مربوط است به اینکه غالباً یک خسارت، نتیجه عوامل متعدد است و تشخیص نقش صحیح عامل مؤثر در ایجاد خسارت، مهم است. در امور جزایی در بیشتر جرایم، قاضی جزایی، وجود تقصیر جزایی مستوجب کیفر توسط قانون جزا را احراز می کند. به طور استثنایی، قاضی امور جزایی همانند قاضی امور مدنی، مکلف به تشخیص و احراز یک تقصیر، یک خسارت و یک رابطه علتی بین آنها در مورد تمامی جرایمی است که مبتنی بر نقض حقوق دیگری (و در واقع، خسارت وارد شده بر دیگری) است. احراز سوء نیت یا قصد مجرمانه مباشر جرم، مانع از توجه به تقصیر یا به خطای مجنی علیه یا بزه دیده می گردد، ولی چنانچه هر دو طرف واقعه، واجد قصد مجرمانه در تحقق جرم عمدی باشند، هیچ منطقی ایجاب نمی کند که یکی از دو نفر را بتوان بر دیگری ترجیح داد؛ لذا در این صورت، اعمال قواعد مبتنی بر تقسیم مسئولیت، ضرورت می یابد.

رابطه علتی باید توسط شاکی و مدعی العموم در امور کیفری و خواهان (مدعی) در امور مدنی ثابت شود. رابطه علتی، عنصری مستقل از مسئولیت شخص و متمایز از تقصیر و خسارت است و باید از اختلاط تقصیر و رابطه علتی با یکدیگر اجتناب کرد. معمولاً و به اشتباه، وقتی خواهان تقصیر و خسارت را ثابت می کند، فرض و تصوّر می شود که خسارت به وسیله همین تقصیر ایجاد شده است.

با وجود این رویه قضایی، قوانین «فرانسه» اثبات و احراز رابطه علتی را

1. Philippe le Tourneau, Loïc cadiet; Droit de la responsabilité, 1996, DALLOZ, DELTA, p.231, No. 812.

ضروری و الزام آور می داند:

کافی نیست که زیان دیده تقصیر خوانده و خسارت را ثابت کند، بلکه زیان دیده مکلف است وجود رابطه مستقیم علتی موجب اثر را بین تقصیر مزبور و خسارت نیز ثابت کند. قضاتی که به ادعای ضرر و زیان رسیدگی می کنند، باید وجود رابطه علتی بین تقصیر و خسارت را احراز کنند. از نظر قانونی، دیوان کشور نه تنها بر کیفیت احراز رابطه سببیت مزبور توسط قضات نظارت می کند، بلکه خود نیز قانوناً وجود رابطه علتی بین تقصیر و خسارت را باید احراز کند.<sup>۱</sup>

اکنون با بیان دکترین موجود درباره مباشرت و تسبیب و چگونگی مسئولیتهای ناشی از آنها، به بررسی حقوق موضوعه در خصوص مباشرت و تسبیب و اجتماع مباشر و سبب موجب ضمان می پردازیم:

## بخش دوم: موجبات ضمان

ماده ۳۱۶ ق.م.ا. می گوید:

جنایت، اعم از آنکه به مباشرت انجام شود یا به تسبیب یا به اجتماع مباشر و سبب، موجب ضمان خواهد بود.

بنابراین ممکن است یک جنایت، تنها به وسیله یک مباشر ارتکاب شود یا با یک سبب تحقق پذیرد و یا به وسیله چند نفر انجام گیرد. به طور کلی با وقوع جنایت، پنج حالت ممکن است پیش آید.

۱. جنایتی که تنها با «یک مباشر» به وجود می آید؛ مانند قتل و صدمات بدنی عمدی که کیفر مرتکب، خارج از مواد استثنایی قصاص است.<sup>۲</sup>
۲. جنایتی که تنها با «یک سبب» به وجود آید؛ مانند آنکه کسی چاهی (سبب) بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند (ماده ۳۱۸ ق.م.ا.). البته جنایت به تسبیب به

1. Philippe le Tour Neu, Loïc cadlet Droit de la responsabilité, 1996, DALLOZ, DELTA, p.27.

۲. محمدحسن مرعشی، شرح قانون حدود و قصاص، ص ۱۵۴.

دو صورت ممکن است محقق شود:

الف) تسبیب همراه با غرور از طرف مسبب: این نوع تسبیب که با معاونت در جرم تا حدودی وجه اشتراک دارد، موجب ضمان (دیه) است؛ مانند موردی که مسبب سبب غرور مجنی علیه گردد و در نتیجه، جنایتی واقع شود (بدین لحاظ، در مواردی که از طرف مسبب (جانی) ایجاد غرور منتفی و حادثه، معلول خطای انحصاری مجنی علیه باشد، برای طرف مقابل مسئولیتی نیست).

ب) تسبیب همراه با تقصیر مسبب: از موجبات ضمان مستلزم جبران خسارت، تقصیر است و ضامن مقصر بر حسب مورد، ضامن جبران خسارت و دیه است. بنابراین هرگاه در اثر برخورد دو سوار، وسیله نقلیه آنها (مانند اتومبیل) خسارت ببیند، در صورتی که تصادم به هر دو نسبت داده شود، اگر یکی از آنها مقصر باشد، در اجرای قسمت اخیر ماده ۳۲۶ ق.م.ا. فقط مقصر ضامن است.

برابر تبصره ماده مزبور، تقصیر اعم است از بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی.

۳. جنایتی که با سبب و مباشر محقق گردد: در صورت اجتماع مباشر و سبب در جنایت، مباشر ضامن است؛ مگر اینکه سبب، اقوی از مباشر باشد (ماده ۳۶۳ ق.م.ا.). با احراز رابطه علیت میان خطای جزایی شخص و صدمه وارد شده، می توان گفت در صورتی که خطای جزایی شخص در پیدایش صدمه، شرط لازم و کافی برای وقوع نتیجه مجرمانه باشد، مسئولیت کیفری با شخص مسبب است، نه مباشر. سبب در موارد زیر اقوی از مباشر است:

الف) وقتی مباشر «موجود جامد» است؛ مثل کسی که در ملک خود آتش روشن کند، به نحوی که آتش عادتاً سرایت کند (مواد ۲۵۲، ۲۵۴ و ۲۵۵ ق.م.ا.).

ب) وقتی مباشر جرم «حیوان» باشد؛ مثل خارج کردن مال از حرز توسط حیوان (تبصره ۲ ماده ۱۹۸) و حمله حیوان، در صورتی که صاحب آن، خطر حمله و آسیب رساندن آن را بداند (ماده ۲۵۷ ق.م.ا.).<sup>۱</sup>

۱. رضا نوربها، زمینه حقوق جزای عمومی، نشر گنج دانش، ص ۱۸۸ و ۱۹۱.

ج) وقتی مباشر از «افراد فاقد مسئولیت» از قبیل صغار و مجانین باشد (تبصره ۲ ماده ۱۹۸ ناظر به خارج کردن مال توسط صغیر از حرز یا تبصره ماده ۲۱۱ ق.م.ا. در مورد اکراه در قتل).<sup>۱</sup>

د) وقتی جرح منتهی به آخرین رمق حیات در مجروح توسط جانی و یا پان دادن به حیات وی توسط دیگری باشد، جانی سبب، اقوی از مباشر و مستوجب قصاص است و دومی دیه جنایت بر مرده را می پردازد.

۴. جنایتی که با چند مباشر ارتکاب شود؛ مثل شرکت در قتل عمد (موضوع مواد ۲۱۲ تا ۲۱۵ ق.م.ا.).<sup>۲</sup>

۵. جنایتی که با چند سبب تحقق می پذیرد.

### ۱. تقصیر، شرط لازم برای پیدایش نتیجه مجرمانه

وجود رابطه سببیت وقتی قابل احراز است که تقصیر مرتکب، شرط لازم در وقوع حادثه و نتیجه آن باشد، به نحوی که اگر آن تقصیر صورت نمی گرفت، آن نتیجه نیز حاصل نمی شد؛ مثلاً در واقعه مطروح، چنانچه عابر (ب) توسط موتورسوار مقصر (الف) مجروح نمی شد و مجروح برای اعزام به بیمارستان به تاکسی انتقال نمی یافت، سقوط او از تاکسی منتفی بود و کشته نمی شد. طبق این نظریه که مسئولیت با سبب اول است، تقصیر موتورسوار (الف) به علت بی احتیاطی و عدم مهارت (فقدان گواهینامه رانندگی) ضمن مجروح ساختن عابر (ب) شرط لازم برای تحقق مرگ وی تلقی می شود.

این نظریه مورد قبول نظام قانونی ایران نیست و مغایر با ماده ۳۶۴ ق.م.ا. (مسئولیت آخرین سبب) است. ایراد این نظریه این است که تأثیر تقصیر سبب دوم، یعنی بی احتیاطی راننده تاکسی (ج) در حادثه مطروح نادیده گرفته می شود.

۱. محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، ص ۲۵۴ و ۲۵۶.

۲. ایرج گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، چاپ دوم ۱۳۸۲، ماده ۳۶۴، ص ۱۸۵ و ۱۸۶.



## ۲. لزوم تقصیر مقدم و پیش شرط یا بی واسطه نتیجه مجرمانه

مفاد ماده ۳۶۴ ق.م.ا. با شرط بی واسطه و مستقیم نتیجه مجرمانه با سبب نزدیک یا سبب مقدم در تأثیر یا آخرین سبب، هماهنگی دارد؛ یعنی در اجتماع اسباب، قانوناً مسئولیت با آخرین سبب است. بدین ترتیب، عامل مقصری را باید مسئول نتیجه مجرمانه دانست که به طور مستقیم و بلاواسطه، موجب حصول نتیجه مجرمانه شده باشد. تقصیرهای غیرمستقیم و دور از نتیجه مجرمانه را باید نادیده گرفت.

در واقعه مورد تفسیر، راکب موتور سبکلت مقصر (الف) را که باعث جراحت عابر (ب) شده، نباید مسئول مرگ عابر (ب) دانست، بلکه باید تقصیر راننده تاکسی (ج) را که در وقوع حادثه، شرط مستقیم و متصل به واقعه است، مسبب مرگ مجروح (ب) شناخت.

انتقاد بر این نظریه این است که نتیجه آن با اجرای عدالت هماهنگی ندارد و نقش راکب موتورسوار (مقصر در جرح) نسبت به مرگ مجنی علیه که بدون نقش نبوده، نادیده گرفته شده است.

## ۳. شرط پویا و متحرک پیدایش نتیجه مجرمانه

طبق این نظریه، برای تشخیص رابطه سببیت بین تقصیرها و نتیجه زیانبار، باید بین شرایط متحرک و پویا و شرایط ثابت مؤثر در حادثه به وقوع پیوسته قائل به تفکیک شد و تنها به تقصیری توجه شود که در ایجاد حادثه، نقش متحرک و پویا داشته باشد. تنها واجد شرط پویایی که دارای آثار عینی و موجب تغییرات خارجی گردد، به عنوان مسئول نتیجه مجرمانه معرفی شود؛ مثلاً اگر کسی دارای بیماری قلبی باشد و به دنبال وقوع تصادف ناشی از بی احتیاطی راننده، بمیرد، تقصیر راننده، شرط پویای پیدایش نتیجه زیانبار شناخته می شود و بیماری قلبی، عامل ایستا و غیرمتحرک مربوط به حالت سلامت مجروح است و مستقلاً موجب مرگ نمی گردد. این نظریه در عمل، کمتر به کار گرفته می شود.

در واقعه مورد تفسیر، تقصیر راکب موتور (الف) شرط ایستا و غیرمتحرک و تقصیر راننده تاکسی (ج) که باید قبل از حرکت دادن اتومبیل، از بسته بودن کامل

درهای آن اطمینان کامل حاصل می کرد، شرط پویا و متحرک نتیجه مجرمانه قتل عابر مجروح (ب) است.

## ۴. فقدان مسئولیت ناشی از سبب انحصاری مقتول (به رغم تعدد سبب)

گاهی ممکن است نتیجه مجرمانه ای که حاصل می شود، منحصرأ ناشی از تقصیر همان فرد مقتول باشد که در صورت احراز رابطه سببیت برای دادگاه، مسئولیت طرف مقابل منتفی می شود. بدین ترتیب، اگر راننده ای که با ورود به خیابانی که تابلوی عبور ممنوع دارد، با اتومبیلی که از طرف مقابل و به طور مجاز عبور می کند، تصادف کند و منتهی به قتل راننده آن شود، در این صورت، احراز رابطه سببیت بین تقصیر راننده متخلف و مرگ راننده مقابل آن به آسانی قابل تشخیص است. بر همین اساس، رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور (ردیف ۱۵۶۲ شماره ۱۲) می گوید:

... چنانچه قتل خطئی باشد و کسی که ارتکاب آن به او نسبت داده شده، هیچ گونه خلاقی مرتکب نشده باشد و وقوع قتل هم صرفاً به لحاظ تخلف مقتول باشد، راننده مسئول نبوده و نتیجه رأی شعبه ۲۱ دادگاه کیفری ۲ مشهد به اتفاق آرا تأیید می شود.<sup>۱</sup>

## ۵. تقصیر، شرط لازم و کافی برای پیدایش نتیجه مجرمانه (مبتنی بر تقسیم مسئولیت)

طبق این نظریه، همه تقصیرهایی که در پیدایش نتیجه مجرمانه مؤثر باشد، مورد توجه است و هر تقصیری که هم شرط لازم و هم شرط کافی برای پیدایش نتیجه مجرمانه باشد، به ترتیب و به نسبت تقصیری که مرتکب داشته، مسئولیت وی مطرح می گردد. در واقعه مطروح، در صورتی که رابطه لازم و کافی بین تقصیر راننده تاکسی (ج) و مرگ عابر مجروح (ب) احراز گردد، باید او را مسئول شناخت و نسبت به تقصیر موتورسوار (الف) در ایجاد جرح بر حسب مورد، او را مسئول و

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۱۲۷۰، ۱۴/۸/۱۳۶۲.

پاسخگوی آن دانست.

این نظر، منطقی است، ولی با مفاد ماده ۳۶۴ ق.ا.م.ا. (مسئولیت آخرین سبب) تطابق کامل ندارد و باید برای مسئولیت موتورسوار (الف) به مواد دیگر استناد کرد. نتیجه گیری

بدیهی است دادگاهها در مقام رسیدگی، به پیروی از یکی از نظریه‌های مذکور مکلف هستند و لازم است در مورد هر واقعه‌ای به طرق مقتضی برای کشف و احراز رابطه سببیت بین تقصیر و نتیجه حاصل شده اقدام و نظر خود را با قانون منطبق سازند.

## گذار از منطق کیفری به منطق بیمه‌ای در سیاست جنایی ره‌آورد نوین عدالت ترمیمی

□ سیدمحمدناصر مبرقی

□ مدرس حقوق بیمه در دانشگاه علوم اسلامی رضوی<sup>۱</sup>

چکیده:

تحقیقات انجام شده در عرصه علوم جنایی در چند دهه اخیر نشان می‌دهد که توسعه قلمرو مداخله نظام کیفری و اتکای محض به شیوه‌های مورد توصیه در نظام عدالت کیفری کلاسیک، اعم از شکل‌سز ادهنده و حتی بازپرورانه آن نمی‌تواند آن گونه که انتظار می‌رود پاسخگوی مردم و افکار عمومی و در راستای تأمین فضایی امن و آرام باشد.

به تعبیری شفاف‌تر، اکنون کاستیهای مدل سنتی نظام کیفری که با مشکلات زیاد ناشی از تراکم پرونده و تورم کیفری و کمبود امکانات در رسیدگیهای قضایی عجین شده، کاملاً آشکار شده است. از سویی دیگر، کم توجهی به «بزه دیده» به عنوان یکی از اصلی ترین ارکان پدیده مجرمانه که دارای موقعیتی خاص می‌باشد، نظام کیفری سرکوبگر را با بن‌بستهای

۱. و نیز کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

متعددی روبه‌رو ساخته است؛ زیراسیاستها و نتایج طوفان‌گونه اقدامات این نظام، اگرچه از نظری پیشگیری و سزای ادهی، فاقد اثر نبوده، ولی در ترمیم، جبران و التیام احساسات و عواطف رنجیده قربانی جرم، کمترین اثر را داشته است.

ظهور بزهدیده‌شناسی، روزنه‌های امید را به فضایی می‌گشاید که در کنار توجه به نقش بزهدیده در فرآیند تکوین جرم، موقعیت، نیازها و شیوه‌های حمایتی از او را ترسیم می‌کند. بدین ترتیب، فرآیند جایگزینی رویکرد جدید، با داعیه‌های حمایت از بزهدیده و اتکا بر مدل ترمیمی به جای مدل سنتی عدالت ترمیمی، چشم‌انداز جدیدی را فراروی بزهدیده‌شناسان و اندیشوران علوم جنایی قرار می‌دهد. در این رویکرد جدید، سازوکار «بیمه» قابلیت‌های شایان توجهی را از خود نشان می‌دهد که می‌تواند نویدبخش اقداماتی مؤثر برای بزهدیدگان تلقی گردد.

کلید واژگان: منطق بیمه‌ای، عدالت ترمیمی، طرح حمایت از بزهدیدگان، منابع جایگزین، جبران و ترمیم خسارتها.

## مقدمه

ارتکاب بزه غالباً با ایراد ضرر و زیان بر بزهدیده همراه است. علاوه بر خسارت‌هایی که به صورت مستقیم به دلیل وقوع عمل مجرمانه بر بزهدیده تحمیل می‌گردد، پاره‌ای از خسارتها (مانند هزینه‌های دادرسی، مخارج درمانی و زیانهای ناشی از کارافتادگی) مواردی است که بزهدیده با آنها رودر روست. بخش دیگری از خسارتها (همچون ضایعات ناشی از جریحه‌دار شدن احساسات و عواطف) فاقد نمود عینی و مادی است. این دسته از خسارتها نیز که در شمار خسارت‌های غیر مادی تلقی می‌گردد، بزهدیده را متأثر ساخته، آثار ناخوشایندی بر زندگی او دارد و گاه در تمامی لحظات حیات، بسان کابوسی دهشتناک بر زندگی بزهدیده سایه می‌افکند. از این رهگذر، توقع جامعه، افکار عمومی و بزهدیدگان از سیاست جنایی، توجه خاص به شیوه‌ها و راهکارهایی است که اگر قادر نیست در همه موارد، موقعیت بزهدیده را به حالت اولیه بازگرداند، دست کم با همه امکانات و

بهره‌گیری از سازوکارهای موجود در ترمیم نسبی خسارت‌های وارد شده، همت گمارد و احساسات، موقعیت و نیازهای بزهدیده را در مراحل مختلف پس از ارتکاب جرم (مرحله دادرسی، جبران خسارت و...) دریابد.

در این نوشتار برآنیم تا با تکیه بر رهیافتهای نوین مدل عدالت ترمیمی و تجربیات سایر کشورها در این زمینه، ضمن تبیین اجمالی طرح حمایت از بزهدیدگان، چگونگی تکوین بخشهای جدیدی در حقوق بیمه را که به تدریج با محدود کردن قلمرو مداخله نظام کیفری توسعه می‌یابد، معرفی کنیم و آنگاه به قابلیت‌های متنوع سازوکار بیمه در راستای حمایت از بزهدیده بپردازیم. شایان ذکر است که کاربرد و پرداختن به مفاهیمی مانند ترمیم، احیا، اعاده، بازسازی، جبران، استرداد، سازش، مصالحه، گفت‌وگو و میانجی‌گری، همگی در پی تکوین و بالندگی اندیشه‌های حمایت‌گرانه مطالعات بزهدیده‌شناختی در دانش حقوق کیفری مطرح شده است. در این مقاله نیز با تکیه خاص و از منظر تبیین نقش و توانایی عرض اندام سازوکار بیمه برای تحقق عینی هر یک از مفاهیم مزبور، تلاش شده است امکانات بالقوه و بالفعل صنعت بیمه در راستای حمایت از قربانیان جرایم و بحث پیشگیری مورد بررسی قرار گیرد و میزان اثرگذاری این سازوکار حقوقی در عرصه سیاست جنایی به تصویر کشیده شود. پیش از هر چیز، بهتر است مفهوم عدالت ترمیمی طرح و تشریح شود.

اگرچه درباره‌ی رؤس عدالت ترمیمی، توافق عمومی وجود دارد، اما متخصصان در خصوص معنای خاص آن به اجماع نرسیده‌اند، لیکن «Howard Zehr» از دانشمندان و پیشگامان عدالت ترمیمی در آمریکا، عدالت ترمیمی را چنین تعریف می‌کند:

عدالت ترمیمی فرآیندی است که تا حد ممکن، آنانی را که در جرم خاصی نقش داشته‌اند و نیز ضررها، نیازها و الزامات بزهدیدگان را برای درمان و جبران آنها دربرمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

1. Howard Zehr, The little book of Restorative justice, Good Books Publication, 2002, p.37.

«مارتین رایت» انگلیسی عدالت ترمیمی را این گونه تعریف می‌کند:

عدالت ترمیمی عدالتی است که می‌کوشد بین منافع بزه‌دیده و جامعه و نیاز به بازپذیری اجتماعی بزه‌کار، توازن و تعادلی ایجاد کند و درصدد است ترمیم و بهبود وضعیت بزه‌دیده را تا حد امکان عملی سازد و در این مسیر، همه اشخاصی را که به نحوی در حادثه مجرمانه نفعی دارند (مانند بزه‌دیده، بزه‌کار و وابستگان آنان) و نمایندگان جامعه و مقامات عدالت کیفری را به مشارکت فعال و سازنده برای ایجاد چنین توازنی فراخواند.<sup>۱</sup>

## طرح حمایت از بزه‌دیدگان

پیش از ورود به بحث حمایت از بزه‌دیدگان باید بزه‌دیده معرفی گردد. بزه‌دیده کسی است که بزه یا جنایتی علیه او ارتکاب شده باشد. این جنایت می‌تواند ابعاد و جنبه‌های گوناگون داشته باشد. بنابراین ما با بزه‌دیدگان اجتماعی، پنهان، مالی، اقتصادی و... روبه‌رو هستیم. بزه‌دیده موجودی فراموش شده و در عین حال نیازمند حمایت و توجه است.

هرچند نقش بزه‌دیده در تکوین جرم و ارتباط وی با مجرم، زمینه اصلی بحثهای بزه‌دیده‌شناسی را تا اواخر دهه ۱۹۷۰ به خود اختصاص داده بود، ولی موقعیت واقعی و تعیین‌کننده بزه‌دیده به عنوان یک انسان و یکی از ارکان پدیده مجرمانه با همه احساسات و نیازهای وی از نظرها دور مانده بود و از این پس، با نقطه عطفی در تاریخ علم بزه‌دیده‌شناسی مواجه هستیم که محور بحثها به بزه‌دیده و نیازهای او معطوف می‌گردد.

ثمره این تحوّل چشمگیر، آغاز اندیشه و نگرشی نوین بود که تنها از منظر بررسی چگونگی نقش بزه‌دیده در ارتکاب عمل مجرمانه، به قربانی جرم نمی‌پرداخت، بلکه با آرمانی کاملاً انسانی و متعالی، به وضعیت خاص و شیوه‌های همراهی، مساعدت و حمایت و تسکین آلام بزه‌دیده توجه داشت. در عمل، طرح

1. Martin Wright, An International Approach, What Is Restorative Justice? Paper to Seminar in Honour of Gunvald Marnell, Stockholm, 18 April 2002.

این دیدگاهها و احیای نقش بزه‌دیده تلاشهای گسترده اندیشمندان حقوق کیفری، جامعه‌شناسان و روان‌شناسان و سیاستمداران را می‌طلبد.<sup>۱</sup>

عنوان «بزه‌دیده‌شناسی کنشی»<sup>۲</sup> با «بزه‌دیده‌شناسی ثانوی» دقیقاً به این نگرش جدید اختصاص یافته است.<sup>۳</sup> شایان ذکر است محدوده و قلمرو بحثها در حوزه بزه‌دیده‌شناسی ثانوی، چنان گسترده‌گی یافت که به تدریج قربانیان غیر مستقیم عمل مجرمانه (مانند خانواده و افراد تحت تکفل بزه‌دیده اصلی) نیز مورد توجه قرار گرفتند و طرحها و توصیه‌های جدید در راستای حمایت از آنها ارائه گردید.<sup>۴</sup>

قوانین جزایی برخی از کشورها نیز از این اندیشه جدید تأثیر گذاشت و زمینه‌های اجرایی درک موقعیت بزه‌دیده و شیوه‌های جبران خسارتها وارد بر او در متن قوانین کیفری جای گرفت. ابداع و تأسیس سازمانها و تشکلهای غیر دولتی و انجمنهای خیریه با موضوع حمایت از قربانیان جرایم، پیش‌بینی صندوقهای حمایتی و مشارکت منابع مالی دولتی برای تأمین خسارتها ناشی از جرایمی که به دلبلی، جبران نشده می‌ماند، در زمره ابتکاراتی است که می‌توان آنها را از ثمرات طرز تلقی و رویکرد انسانی بزه‌دیده‌شناسی ثانوی به شمار آورد.

توجیه طرح حمایت از بزه‌دیدگان توسط هر یک از صاحب‌نظران علوم جنایی به شیوه‌ای خاص و از منظری متفاوت صورت پذیرفته است؛ بعضی ابعاد ارزشی حمایت از بزه‌دیدگان را در جامعه مورد تأکید قرار داده‌اند<sup>۵</sup> و عده‌ای دیگر رشد روزافزون بزهکاری در چند دهه اخیر و عجز و قصور دولتها در تأمین امنیت جامعه را منشأ اولیه تکوین جنبش جدید و ارائه طرح حمایت از بزه‌دیدگان معرفی

۱. مصطفی عباسی، *افتخای نوین عدالت ترمیمی و میانجیگری کیفری*، انتشارات دانشور، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۴۵.

2. Relational Victimology.

۳. ریموند گسن، *مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی*، ترجمه مهدی کی‌نیا، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۰، ص ۱۹۶ و ۱۹۷.

۴. ماده ۲ کنوانسیون اروپایی ۱۹۸۳ در خصوص حمایت از قربانیان جرایم.

۵. عزت عبدالفتاح، «سیاست مبارزه با بزهکاری تا سیاست دفاع از بزه‌دیده»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی و سوسن خطاطان، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*، شماره ۳، ص ۸۹.

کرده‌اند.<sup>۱</sup>

یادآور می‌شود که در پاره‌ای موارد با دیدگاهی افراطی، توجیه طرح حمایت از بزه‌دیدگان، «ملاحظه کارنامه ناخوشایند حقوق کیفری و عدم شایستگی آن برای تأمین امنیت مورد انتظار افکار عمومی و ضرورت الغای آن» دانسته شده است.

این جنبش با سه مرحله کیفرزدایی و جرم‌زدایی و در نتیجه، الغای سیستم کیفری در صدد مبارزه با حقوق کیفری بوده است. پس هدف از به‌کارگیری طرح حمایت از بزه‌دیده با این طرز فکر، جایگزین کردن حلّ و فصل غیر قضایی قضا‌زدایی<sup>۲</sup> با مشارکت مردم و نهادهای مردمی و محدود کردن قلمرو حقوق کیفری است.<sup>۳</sup>

هدف کاستن از آمار بزهکاری با ارائه طرح حمایت از بزه‌دیده و جلوگیری از بزه‌دیدگیهای مکرر<sup>۴</sup> نیز در شمار یکی از توجیهاات قابل دفاع طرح حمایت از بزه‌دیدگان تلقی می‌گردد.

جرم‌شناسان طرفدار این نظریه معتقدند حمایت از بزه‌دیده، خواه در قالب حمایت‌های قانونی و خواه در قالب حمایت‌های مادّی و معنوی، سبب می‌شود تا وی با بازیافتن اقتدار خویش و جبران ضعفها و رهایی از انزوا و افسردگی اجتماعی از موقعیت مشابه موقعیت قبلی که از وی بزه‌دیده‌ای بالقوه ساخته بود، خارج شود و نیز با کاستن از آسیب‌های روحی او خطر انتقام و ارتکاب جرم را کاهش دهد.<sup>۵</sup> حمایت از بزه‌دیده با توسل به همه امکانات در اختیار دولتها، جامعه و قانونگذاران، از نخستین لحظات وقوع عمل مجرمانه و در طول دادرسی و تا اطمینان کامل از تأمین و جبران کامل ضرر و زیان واردشده بر بزه‌دیده، در طرح حمایت از

۱. ریموند گسن، همان، ص ۱۹۷.

2. Diversion.

۳. ژان پرادل، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۱۴۳.

4. Revictimization.

۵. عبدالعلی توجیهی، «سیاست جنایی حمایت از بزه‌دیدگان»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره چهارم، زمستان ۷۸، ص ۳۱.

بزه‌دیدگان به شدت مورد تأکید قرار گرفته است؛ تا جایی که برخی را خروج این طرح از مسیر بی‌طرفی و حاکمیت احساسات بر آن، نگران کرده است.<sup>۱</sup>

در پاسخ به این نگرانی باید اذعان داشت که نتیجه عینی اقدامات صورت پذیرفته در کشورهای مختلف در چارچوب طرح حمایتی از بزه‌دیدگان، به رغم حفظ جنبه انسانی آن، به عینیت این رشته و طرح جدید، خللی وارد نساخته است. حمایت از بزه‌دیدگان در سه مرحله جداگانه، یعنی «پس از وقوع جرم»، «در مرحله دادرسی» و «تأمین و جبران ضرر و زیان» مطرح شده است. از نخستین لحظات ارتکاب جرم، مساعدتهای پزشکی و تسکین نامالایمات و عواطف بزه‌دیده می‌تواند نقش بسیار مؤثر و ارزشمندی در راستای حمایت از بزه‌دیده و جلوگیری از توسعه ضرر و زیان وارد شده بر او ایفا کند.<sup>۲</sup>

در مقطع دادرسی و احقاق حقوق بزه‌دیده، با توسل به دستگاه عدالت قضایی نیز ایجاد تسهیلات ویژه در زمینه اقامه دعوی، حذف یا به حداقل رساندن تشریفات دادرسی به نفع بزه‌دیده است و توجیه منطقی و تفهیم کامل قربانی جرم درباره موقعیت و حقوق وی، ضروری و مورد توصیه طرح حمایت از بزه‌دیدگان قرار دارد.

از سوی دیگر، عملکرد و شیوه‌های اجرایی دستگاه قضایی باید به صورتی باشد که بزه‌دیده را از نگرانی و عدم اعتماد به رسیدگیها و بی‌نتیجه بودن اقدامات قضایی خارج کند. بنابراین تمامی تلاش حقوق کیفری باید در مسیر تقویت جایگاه و موضع قربانی جرم در فرآیند رسیدگیهای قضایی قرار گیرد. در این زمینه «گسن» حقوق قربانی جرم را به عنوان مهم‌ترین موضوعات آیین دادرسی کیفری جدید

۱. همان، ص ۳۲.

۲. قطعنامه سازمان ملل متحد، مصوب ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ توسط مجمع عمومی سازمان ملل با عنوان «اصول اساسی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوء استفاده از قدرت» در مواد ۱۴ تا ۱۷ حمایت از بزه‌دیده را در این مرحله با تکیه بر ضرورت فوریت‌های پزشکی دارویی، روانی و اجتماعی، مورد توجه و توصیه قرار داده است.

The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (29 Nov 1985 ca/121/22).

معرفی کرده است.<sup>۱</sup>

شایان ذکر است که تأمین احساس امنیت بزه‌دیده در طی مراحل رسیدگی کیفری و جلوگیری از اعمال هرگونه فشار روانی یا مادی علیه بزه‌دیده، از دیگر وظایف حاکمیتها در راستای حمایت از بزه‌دیدگان به شمار می‌رود.<sup>۲</sup>

پیش‌بینی نهادهایی که به صورت رسمی یا غیر رسمی در حد فاصل مراجعه بزه‌دیده به دستگاه عدالت و محاکم قضایی تا احقاق حق وی، او را از آماج تهدیدها، ارعاب و آزار مصون بدارد، امری ضروری است که نیازمند توجه بیشتر از سوی متولیان سیاست جنایی در انواع سیاست جنایی قضایی، تقنینی و اجرایی می‌باشد.

### چگونگی تکوین حقوق بیمه در راستای حمایت از قربانیان جرایم

تحقیقات چند دهه اخیر نشان می‌دهد که مفهوم سیاست جنایی نسبت به گذشته بسیار گسترش یافته است. با این توضیح که پاسخهایی که علیه پدیده مجرمانه اعمال می‌شود، از محدوده کیفری محض فراتر رفته و تنها نشأت یافته از نظامهای کیفری نیست. از این پس، سایر نظامهای حقوقی، هر یک بر ضد پدیده مجرمانه، پاسخهای ویژه خود را ارائه می‌دهند. اینجاست که نظامهای حقوق اداری، مدنی، انضباطی، مالیاتی و نیز بیمه‌ای وارد عمل می‌شود و به موازات آن نیز جامعه مدنی (اعم از نهادهای غیر رسمی و مردمی) با روشهای مختلف به مبارزه با پدیده مجرمانه می‌پردازد. بنابراین در بحث پیشگیری از جرم، نهادهای رسمی در کنار سایر نهادهای مردمی و سازمانهای غیر دولتی، مسیر حرکت خویش را می‌یابند. با این تعبیر، انتظار جدیدی مطرح می‌گردد که متکی بر اصل ضرورت تداوم این

۱. ریموند گسن، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۰، ص ۴۵.

۲. توجه به استفاده از واحدهای میانجیگری با رعایت حقوق و مصالح بزه‌دیده تا حدود زیادی از حجم فشارهای روانی و احساس عدم امنیت بزه‌دیده خواهد کاست. برای مطالعه بیشتر ر.ک: ژان پرادل، همان.

حضور در مرحله پس از وقوع جرم، یعنی حمایت از بزه‌دیدگان است.

بدیهی است چنانچه کارایی و نقش مثبت جامعه مدنی و نظامهای غیر رسمی و دولتی در فرآیند پیشگیری از وقوع عمل مجرمانه به اثبات رسیده باشد، با اطمینان می‌توان به قابلیت آن برای حضور و ایفای نقش در مرحله حمایت از قربانیان جرایم نیز امیدوار بود.

این نگرش، چشم‌انداز جدیدی را مستجلی می‌کند که در ابعاد گسترده‌ای، زمینه‌های ورود جامعه مدنی و سازمانهای غیر دولتی را به عرصه حمایت از بزه‌دیدگان فراهم می‌سازد. در چنین رویکردی ضرورت شناسایی پتانسیلهای گسترده موجود در بطن جامعه و تشکلهای مردمی برای حمایت از بزه‌دیدگان به عنوان اصلی اساسی، مد نظر متولیان سیاست جنایی کشورها و صاحب‌نظران علوم جنایی قرار می‌گیرد. با این تعبیر، انتظار رسیدگی به وضعیت و جبران و ترمیم ضرر و زیان وارد بر بزه‌دیدگان، توقعی بجا و منطقی به نظر می‌رسد. بنابراین برای عدم رسیدگی و جبران خسارتهای وارد بر قربانی جرم، هیچ توجیهی قابل پذیرش نیست.

سیاست جنایی باید برای تحقق انتظار فوق و جبران و ترمیم ضرر و زیان وارد بر بزه‌دیدگان، حساسیت خاصی داشته باشد و در این راستا نظارت کافی را اعمال کند. پس از وقوع جرم، آنچه مسلم است، نخستین مسئول جبران و ترمیم خسارتهای وارد شده و شخص بزه‌کار است. لازم است تمامی ابزارهای موجود در اختیار سیاست جنایی برای ترغیب و تشویق مجرم به جبران خسارتهای وارد بر قربانی عمل مجرمانه وی ساماندهی شود. در چنین فضایی این احتمال وجود دارد که به دلایل مختلف مانند درگذشت بزه‌کار، عدم شناسایی یا متواری بودن وی و یا اعسار و عدم توانایی مالی، نتوان به جبران خسارتهای از طریق الزام بزه‌کار امید داشت. بدیهی است در چنین موقعیتی جای تردید وجود ندارد که دعوت بزه‌دیده به صبر و شکیبایی و تحمّل بار سنگین خسارتهای وارد بر او، بدون پیش‌بینی سازوکار مفیدی که بتواند در مسیر حمایت از وی مؤثر واقع گردد، عادلانه و موافق با انصاف نیست. از سوی دیگر، مجازات مجرم و پاسخهای دستگاه عدالت کیفری

در غالب موارد، هیچ‌گونه نتیجه و ثمره مشخصی برای قربانی جرم که با مشکلات ناشی از بزه‌دیدگی و ضرر و زیانهای مربوط دست به گریبان است، به ارمغان نخواهد آورد.

واقعیت این است که توانایی و کارآیی دستگاه عدالت کیفری نیز در حوزه مفاهیمی مانند جبران، ترمیم و تسکین رنجها و عواطف جریحه‌دار شده بزه‌دیده، بسیار محدود است. بنابراین، سیاست جنایی، مشارکت دولتها و انجمنهای نیکوکاری را به عنوان دو منبع جایگزین جبران خسارت‌های وارد بر بزه‌دیده مورد توجه قرار می‌دهد.

در عرصه قانون‌گذاری، پیش‌بینی موارد متعددی که دولت را در شرایطی خاص، مکلف به جبران خسارت می‌سازد، از مصادیق تلقی دولتها به عنوان یکی از منابع جایگزین برای جبران خسارت‌های وارد بر بزه‌دیده مورد توجه است.

شایان ذکر است که در فقه اسلامی نیز با پیش‌بینی موارد متعدد جبران خسارت از محل بیت‌المال، توجه فقها به ضرورت حمایت از بزه‌دیده مبرهن می‌گردد.<sup>۱</sup> منابع خیریه نیز با سازوکار غالباً سنتی خود، بیشتر به صورت تأسیس انجمنهای نیکوکاری با موضوعات تعریف‌شده نمود می‌یابد و نحوه مداخله این نهادها در فرآیند حمایت از قربانیان جرایم، گاه در بطن فعالیت اصلی انجمنها در چارچوب فعالیت‌های انسان‌دوستانه متجلی می‌گردد و در پاره‌ای موارد به صورت سازمان‌یافته و منطبق با عنوان انجمن یا مؤسسه مزبور تحقق می‌یابد. برای گروه اخیر می‌توان به تأسیس و فعالیت انجمنهای نیکوکاری حمایت از اطفال بزه‌دیده و یا بزه‌دیدگان جرایم جنسی در برخی کشورها مانند فرانسه اشاره کرد.

ذکر این مطلب حائز اهمیت است که این انجمنها بیشتر ترجیح می‌دهند با

۱. مثلاً هرگاه جانی دارای عاقله نباشد یا عاقله او نتواند دیه را در مدت سه سال بپردازد، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود. نمونه دیگری که می‌توان ذکر کرد، این است که اگر جانی برای پرداخت دیه عمد یا شبه عمد بستگانی نداشت یا تمکن نداشتند، دیه از بیت‌المال داده می‌شود (ماده ۳۱۲ و ۳۱۳ ق.ا.م.؛ شیخ مفید، *المقننه*، ج ۱، ص ۷۴۸، جامعة المدرسين؛ ابوصلاح حلبی، *الکافی فی الفقه*، ج ۱، ص ۳۹۵، مکتبه امیرالمؤمنین. اگر در زمین هموار کشته‌ای یافت شود، دیه از بیت‌المال است (شیخ طوسی، *النهاية عن مجرد الفقه و الفتاوى*، ج ۱، ص ۷۵۴، منشورات قدس).

راهنمایی و ارشاد و تهیه لایحه برای بزه‌دیدگان از حقوق آنها دفاع کنند و زمینه‌های جبران و ترمیم خسارت‌های وارد به آنان را فراهم آورند.

مسئولیت دولتها نیز برای جبران خسارت‌های وارد بر قربانی جرم، در مواقعی که از طریق مرتکب جرم، امکان دستیابی به شرایط ترمیم خسارت مقدور نیست، در واقع ناشی از نگرش گذار از حقوق مسئولیت مدنی فردی به حقوق مسئولیت مدنی اجتماعی است.

از این رهگذر، برخی کشورها مانند فرانسه در مواردی مانند قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ م. راجع به قربانیان جرایم ناشی از رانندگی، حق ترمیم خسارت را مستقل از خطا پذیرفته‌اند و فرآیند گذار از حقوق مسئولیت مدنی به حقوق بیمه نیز تحقق یافته است.<sup>۱</sup>

لازم به یادآوری است که در ایران نیز ضوابط مربوط به استفاده از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی موضوع ماده ۱۰ قانون بیمه مسئولیت دارندگان وسائط نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث، به نوعی مشهود به این موضوع پرداخته است.<sup>۲</sup>

حال با توجه به مطالب پیش‌گفته، چگونگی طرح حقوق بیمه و تحقق جایگزینی ابزار و شیوه‌های مبتنی بر تفکر و منطق بیمه‌ای به جای روشهای کیفری محض روشن می‌گردد و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که در قبال محدودیتها و کاستیهای منابع مالی دولتی و خیریه به عنوان دو ابزار جایگزین جبران خسارت‌های وارد بر قربانیان جرایم، راه‌حل جدید و قابل اجرا چیست؟

پاسخ صریح و قاطع نگارنده، ارائه طرح بهره‌گیری از قابلیت‌های متنوع بیمه و وجوه سازمان‌یافته بیمه‌ای است که می‌تواند به عنوان منبع جایگزین توانمندی، از

۱. ر.ک: دلماس - مارتی می‌ری، *نظامهای بزرگ سیاست جنایی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۶۱.  
 ۲. ر.ک: ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث، مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۶ و ماده ۳ آیین اجرایی قانون مزبور، مصوب هیئت وزیران، اسفند ۱۳۷۴.

سیاست جنایی پشتیبانی کند و کمبودهای پیشین در زمینه جبران خسارتهای وارد بر بزه‌دیدگان را تا حدود قابل توجهی مرتفع سازد.

بنابراین در یک تقسیم‌بندی ساده می‌توان به نقش بیمه در جبران یا ترمیم انواع خسارتهای وارد بر قربانیان جرایم، به تفکیک ماهیت خسارتهای به شرح زیر اشاره کرد:

### ۱. نقش بیمه در جبران خسارتهای مادی

ضرر و زیانهای مادی یا مالی که بر اثر ارتکاب جرم به اموال و داراییهای بزه‌دیده وارد می‌گردد و ممکن است به صورت کاهش دارایی مثبت (از بین رفتن دارایی و اموال یا کاهش ارزش آنها) یا افزایش دارایی منفی (اشتغال ذمه) ظاهر گردد، خسارتهای مادی تلقی می‌گردد.<sup>۱</sup>

چگونگی ایفای نقش بیمه در جبران این نوع خسارتهای کاملاً شناخته شده است. با توجه به این تعریف می‌توان اذعان داشت که دو گروه عمده قراردادهای بیمه اموال و مسئولیت که هر یک دارای انواع متعدّد و متنوعی است، مستقیماً در راستای جبران خسارتهای مادی عمل می‌کند. تعمیم قراردادهای بیمه اموال (مانند بیمه‌های سرقت، آتش‌سوزی و محمولات) و نیز بیمه‌های مسئولیت (از قبیل بیمه مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری و مسئولیت کارفرمایان در مقابل کارکنان و اشخاص ثالث و مسئولیتهای حرفه‌ای) به تکوین حاشیه امنیتی قابل اتکایی برای جبران خسارتهای وارد بر اموال و خسارتهای مادی منجر می‌گردد.

شایان ذکر است در سالهای اخیر توسعه قراردادهای بیمه مسئولیت نیز چنان شکوفا شده است که کمتر موردی از مسئولیت را می‌توان یافت که صنعت بیمه از ارائه پوشش تأمین برای آن خودداری کند.<sup>۲</sup>

۱. محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، ص ۲۰۸.

۲. ارائه هر پوشش بیمه‌ای منطبق با شرایط ریسک و با محاسبه حق بیمه خاص خود صورت می‌پذیرد. برای مطالعه بیشتر در خصوص نقش بیمه‌های مسئولیت در جبران خسارتهای وارد بر قربانیان جرایم به کتاب *بیمه‌های مسئولیت* (نوشته آلن پاول، ترجمه علی‌اکبر ریسه، چاپ بیمه مرکزی ایران، ۱۳۸۱) مراجعه فرمایید.

از سویی دیگر، اجباری شدن برخی پوششهای بیمه‌ای از نوع مسئولیت مانند بیمه مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث) به عنوان یکی از مصادیق روشن و بارز توجه قانون‌گذاران به ضرورت تعمیم بیمه در راستای حمایت از قربانیان جرایم قلمداد می‌گردد. همچنین زوایای مختلف قانون مزبور، به ویژه در مواردی که ضرورت پرداخت خسارت را حتی در شرایط عمد یا مستی راننده توصیه می‌کند، بیانگر استفاده مطلوب قانون‌گذاران از نهاد بیمه در فرآیند حمایت از قربانیان است.<sup>۱</sup>

### ۲. نقش بیمه در جبران خسارتهای ناشی از منافع ممکن‌الحصول

توسعه قراردادهای بیمه عدم‌النفع که معمولاً به صورت پوششی اضافی و تکمیلی منظم به بیمه‌های اموال ارائه می‌گردد، می‌تواند نقش مشخصی را در جبران این‌گونه خسارتهای ایفا کند. برای نمونه می‌توان به جبران خسارتهای ناشی از اقدامات عمومی برای حریق اموال توسط اشخاص ثالث اشاره کرد. در این موارد، در صورت وجود پوشش عدم‌النفع که معمولاً برای کارگاهها و مؤسسات صنعتی ارائه می‌گردد، می‌توان خسارتهای مربوط به عدم‌النفع را نیز از طریق بیمه تأمین کرد.

بدیهی است که در این مواقع، بیمه‌گران به قائم‌مقامی از طرف قربانیان این جرایم نسبت به تعقیب و شناسایی و اقامه دعوی علیه مجرم اقدامات سازمان‌یافته‌ای را پی می‌گیرند. در این مرحله، بیمه‌گذار ضمن برخورداری از مزایای بیمه و جبران خسارتهای خود، از احساس تأمین امنیت ناشی از پیگیری موضوع توسط مؤسسه بیمه بهره‌مند می‌گردد.<sup>۲</sup>

### ۳. خسارتهای جسمانی

آسیبهای وارد بر تمامیت جسمانی، ممکن است به جرح، نقص یا قطع عضو، بیماری

۱. ر.ک: جان‌علی محمود صالحی، *حقوق زیان‌دیگنان و بیمه شخص ثالث*، دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

۲. ماده ۳۰ قانون بیمه، مصوب ۱۳۱۶ به بیان قاعده جانشینی و تشریح چگونگی آن پرداخته است.



و از کارافتادگی دائم یا موقت و حتی مرگ مجنی علیه منجر گردد.<sup>۱</sup> کارآیی بیمه در این موارد، علاوه بر آنچه در قالب بیمه‌نامه‌های عمر، حوادث و اشخاص، درمان و نقض عضو مشاهده می‌گردد، با ملاحظه امکان مطالبه دیه از طریق استناد به بیمه‌نامه مسئولیت مسبب جرم نیز حائز اهمیت است. در این زمینه نیز باید اذعان داشت که فراگیری و تعمیم پوشش‌های بیمه‌ای در رشته‌های یادشده، افراد جامعه را در قبال حوادث و از جمله جرایم عمدی و غیر عمدی مورد حمایت قرار می‌دهد.

#### ۴. نقش بیمه در ترمیم<sup>۲</sup> خسارت‌های معنوی

خسارت‌های غیر مادی و ضرورت جبران آن، موضوعی است که حقوق‌دانان با دیدگاه‌های متفاوت به آن نگر بسته‌اند. عده‌ای در مقام مخالفت با آن، تعدد تقویم خسارت‌های غیر مادی به پول یا اهانت به شخصیت بزه‌دیده را مطرح کرده و بعضی در دفاع از ضرورت جبران این دسته از خسارت‌ها به ترضیه خاطر بزه‌دیدگان در اثر جبران خسارت‌ها و تسکین دردهای آنان اشاره داشته‌اند.<sup>۳</sup>

در اکثر کشورها و از جمله قانون آیین دادرسی کیفری سابق ایران، قانون‌گذاران تحت تأثیر نظریه اخیر بر جبران این دسته از خسارت‌ها تأکید داشته‌اند.<sup>۴</sup> هرچند تا کنون تعریف قانونی مدوئی از این خسارت‌های ارائه نشده است، ولی می‌توان مصادیق آن را خسارت‌های وارد بر شهرت، حیثیت و آبرو، معتقدات مذهبی، حیات، زیبایی، احساسات و عواطف و علایق خانوادگی دانست.<sup>۵</sup>

قانون آیین دادرسی کیفری جدید ایران، مصوب سال ۱۳۷۸ با رویکردی دور از انتظار، مسیر رسیدگی‌های کیفری برای الزام بزه‌کار به جبران این‌گونه خسارت‌ها را

۱. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۱۳.

۲. انتخاب واژه ترمیم به جای جبران در خصوص خسارت‌های غیر مادی، از این روست که به اعتقاد نگارنده، تحقق و دستیابی به شرایط جبران کامل خسارت‌های غیر مادی (عاطفی، هیجانی و...) دور از ذهن است. لذا به کارگیری واژه ترمیم که به معنای جبران نسبی است، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

۳. همان، ص ۲۱۱.

۴. همان، ص ۲۱۰.

۵. همان، ص ۲۱۳.

مسدود ساخته است که به نظر می‌رسد این بخش از قانون مذکور نیاز به اصلاح و بازنگری دارد.<sup>۱</sup>

ملاحظه می‌گردد که بستر لازم برای مطالبه و جبران خسارت‌های غیر مادی در نظام حقوقی، چندان مناسب نیست؛ از این رو نهاد بیمه و سازوکار مربوط به آن تا کنون مجال و فرصت مغتنم و شایسته‌ای برای ایفای نقش در این رهگذر به دست نیاورده است. بنابراین چنانچه محدودیت و نقضی در ضوابط و مقررات بیمه‌ای در این مقوله ملاحظه می‌گردد، عادلانه نیست که کم‌توجهی متولیان صنعت بیمه را عامل آن بدانیم. شایان ذکر است که به رغم خلأهای موجود، باز هم اثرات مثبت و غیر مستقیم جبران خسارت‌های مادی توسط بیمه‌گران بر تسکین آلام و هموار ساختن رنج و درد تحمیل شده بر قربانیان جرایم، قابل انکار نیست.<sup>۲</sup>

#### قابلیت‌های سازوکار بیمه در حمایت از بزه‌دیدگان

ویژگی نوگرایی در ضوابط و مقررات بیمه‌ای، تنوع مباحث و گستردگی حقوق بیمه و ارائه طرح‌های ابتکاری متعدد در قالب قراردادهای بیمه‌ای جدید، به ایجاد شرایط بسیار مناسبی برای ایفای نقش نهادهای بیمه و در راستای حمایت از حادثه‌دیدگان (به طور عام) و جبران خسارت‌های وارد بر قربانیان از جرایم منتهی گردیده است.

وضع قوانین مربوط به بیمه‌های اجباری (مانند بیمه مسئولیت مدنی دارندگان وسائط نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث) بیانگر توجه ویژه قانون‌گذاران بر حمایت از حادثه‌دیدگان و قربانیان جرایم از طریق بهره‌گیری از

۱. قبلاً در ماده ۳۱۲ قانون مجازات عمومی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، امکان مطالبه خسارت‌های معنوی پیش‌بینی شده بود. هرچند در حال حاضر نیز مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی می‌تواند مستند مطالبه این‌گونه خسارت‌ها قرار گیرد، لکن تأکید قانون آیین دادرسی کیفری بر این موضوع، نیازی ضروری است.

۲. انتخاب واژه ترمیم به جای جبران در خصوص خسارت‌های غیر مادی، از این روست که به اعتقاد نگارنده، تحقق و دستیابی به شرایط جبران کامل خسارت‌های غیر مادی (عاطفی، هیجانی و...) دور از ذهن است. لذا به کارگیری واژه ترمیم که به معنای جبران نسبی است، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

امکانات بیمه است.

در بیمه‌های اختیاری حوادث، هر بیمه‌گذاری در معرض آماج جرایم مختلفی قرار دارد که در صورت وقوع آنها با شرایط خاص، می‌تواند از بیمه‌نامه برای ترمیم تمامی یا بخشی از خسارتهایی که متحمل شده است، استفاده کند. شایان ذکر است که در مقررات بیمه‌ای و اکثر قراردادهای معمول، خسارتهای عمدی اشخاص ثالث نسبت به بیمه‌شده، بیمه‌گذار و یا سرمایه تحت پوشش حمایتی بیمه، از مشمول تعهدات بیمه‌گران خارج شده است.

به عبارتی دیگر، هرچند بنا بر قاعده کلی، معمولاً خسارتهای عمدی و توأم با سوء نیت در شمار استثنائات تعهدات بیمه‌گران قرار می‌گیرد، ولی چنانچه اقدامات یادشده از سوی بیمه‌گذار، ذی‌نفع و یا متصرفان اموال واقع نگردد، حق درخواست جبران خسارت به استناد بیمه‌نامه برای بیمه‌گذار یا ذی‌نفع محفوظ باقی خواهد ماند. بنابراین در بیمه‌نامه‌هایی مانند آتش‌سوزی، در صورت حریق عمدی اموال توسط افراد ثالث که در واقع مرتکبان عمل مجرمانه هستند، بیمه‌گذار در شرایطی که نتواند و یا به هر دلیلی نخواهد از طریق آنان حقوق خود را استیفا کند، این حق را خواهد داشت که جبران خسارتهای آنها را در حدود تعهدات بیمه‌نامه از بیمه‌گر خود درخواست کند.

در ادامه این مطالب، قابلیت‌های بیمه در راستای حمایت از قربانیان جرایم از منظر تأمین مستقیم خسارت و نیز شیوه‌های میانجی‌گرانه معمول که توسط بیمه‌گران قابل اجراست، مورد بحث و معرفی قرار می‌گیرد.

### ۱. تأمین خسارت

اساس بیمه بر پایه تأمین خسارتهای محتمل از سوی بیمه‌گر استوار گردیده است. در بسیاری از قراردادهای بیمه، وارد شدن خسارات یا صدمات جانی به مال مورد بیمه و یا شخص بیمه‌شده در اثر اقدام مجرمانه اشخاص ثالث، از شمول تعهدات بیمه‌گران خارج نشده است. بنابراین ذی‌نفع بیمه‌نامه در مواقعی که بزه‌دیده واقع گردیده است، می‌تواند با مراجعه به بیمه‌گر خود در حدود شرایط بیمه‌نامه،

خسارت‌زدایی از خود و یا دریافت غرامت را درخواست کند.

### الف) پوشش‌های بیمه‌ای برای اموال

در چارچوب ضوابط مربوط به بیمه‌های اموال، همه داراییهای افراد در قالب قرارداد بیمه مشخصی و در قبال خطرات تعریف‌شده‌ای مانند حریق، سرقت، عملیات متقلبانه و یا غیر قانونی اشخاص ثالث و یا خطرات طبیعی تحت پوشش حمایت بیمه‌گران قرار می‌گیرد. پس توسعه و تعمیم بیمه‌های آتش‌سوزی و سرقت، باربری، مهندسی و مقاطعه‌کاری، آماج جرم را زیر چتر حمایتی بیمه در شرایط قابل تحمل تری قرار می‌دهد. بدین لحاظ است که مشارکت نهادهای بیمه در فرآیند حمایتی از بزه‌دیدگان و اقدامات سیاست جنایی، کاملاً مشهود می‌گردد.

در این قسمت از بحث، جای آن دارد که به تعامل و هم‌اندیشی متولیان صنعت بیمه با متولیان سیاست جنایی (اعم از تقنینی، اجرایی و قضایی) به عنوان ضرورتی که توجه به آن، نتایج مطلوبی در راستای حمایت از بزه‌دیدگان دارد، اشاره کنیم.<sup>۱</sup>

### ب) پوشش بیمه‌ای برای اشخاص

قراردادهای بیمه حوادث انفرادی، خانوادگی، تحصیلی، حرفه‌ای و ورزشی و همچنین بیمه‌های عمر در انواع «به شرط مرگ» یا «مختلط» و بیمه‌های درمانی در شمار بیمه‌هایی تلقی می‌گردد که موضوع و محور تأمین در آن، سلامتی، حیات و زندگی بیمه‌شدگان است. از این رو، در صورت ورود هرگونه آسیب یا لطمه‌ای که به جرح، نقص عضو و یا مرگ بیمه‌شده منجر گردد، با توجه به بیمه‌نامه‌های مزبور، شرایط مطالبه غرامت از بیمه‌گران تحقق می‌یابد.

توسعه و ارتقای فرهنگ بیمه و تعمیم پوشش‌های بیمه‌ای پیش‌گفته از آسیب‌پذیری افراد در برابر ضایعات و ضرر و زیان ناشی از حوادث و جرایم خواهد کاست.

۱. در سالهای اخیر مؤسسات بیمه‌گر چنین حرکتی را آغاز کرده‌اند. مذاکرات مسئولان بیمه مرکزی و شرکتهای بیمه با مجلس، دستگاه قضایی و مسئولان نیروهای انتظامی و مشارکت آنان در نظرخواهیها به عنوان نمونه یادآوری می‌گردد.

**ج) پوشش بیمه‌های مسئولیت**

مبنای اصلی طرح بیمه‌های مسئولیت، حمایت از حادثه‌دیدگان و جلوگیری از مواجه شدن آنان با اِعسار مسبب حوادث قلمداد گردیده است. بیمه‌گران در سالهای اخیر در زمینه بیمه‌های مسئولیت، از محدوده مسئولیتهای فردی پا فراتر نهاده‌اند و با ارائه طرحهایی مانند بیمه شهرداریها در مقابل شهروندان، با نگرش عمیق به ضرورت توسعه بیمه‌های مسئولیت برای ساده‌سازی فرآیند جبران خسارتهای حادثه‌دیدگان توجه کرده‌اند.

**د) ایفای نقش منابع بیمه‌ای در چارچوب صندوقهای حمایتی**

منابع مالی بیمه‌ای با هدایت و سازماندهی قانون‌گذاران و متولیان سیاست جنایی و صنعت بیمه‌ای می‌تواند برای تشکیل صندوقهای حمایتی که کاربرد حمایتی آن در مسیر جبران خسارتهای وارد بر بزه‌دیدگان است، گام بردارد.

در کشور ما صندوق تأمین خسارتهای بدنی بیمه مرکزی که منابع مالی آن از کسر بخشی از حق بیمه‌های اتومبیل تأمین می‌گردد و در موارد تصادفات رانندگی، برای خسارت‌زدایی از حادثه‌دیدگانی که با اِعسار مجرم و یا عدم دسترسی به او مواجه گردیده‌اند، یکی از موارد شاخص تأثیرگذاری منابع بیمه‌ای در قالب صندوقهای حمایتی تلقی می‌گردد. لازم به تذکر است که در کشور فرانسه با کسر مبلغی حدود پنج یورو از حق بیمه بیمه‌های اموال و تمرکز آن در صندوق تضمین و متعاقباً استفاده از این منابع با حکم کمیسیون خسارت‌زدایی از قربانیان جرایم<sup>۱</sup> تحقیقاً آرمان مشارکت جامعه مدنی و بیمه‌گذاران بیمه‌های اموال در تحقق طرح حمایت از بزه‌دیدگان به منصفه ظهور درآمده است.

**ه) تعمیم بیمه و کاهش رقم سیاه بزهکاری**

رقم سیاه بزهکاری و مخفی ماندن آمار واقعی جرایم، همواره طرحهای متولیان سیاست جنایی در راستای پیشگیری از وقوع جرایم را تحت تأثیر قرار داده است.

1. La Commission D'indemnisation de Victimes D'infractions.

از آنجا که استفاده از مزایای بیمه‌نامه‌ها مستلزم اعلام خسارت از ناحیه زیان‌دیدگان است، بدون تردید، بخش عمده‌ای از جرایم ارتكابی که در حالت معمول اعلام نمی‌گردد، توسط بیمه‌گران ثبت گردیده و ارائه این آمار توسط مؤسسات بیمه می‌تواند کمک شایانی به سیاست جنایی کشورها و اصلاح آمار جنایی بنماید.

بنابراین تعمیم بیمه، علاوه بر گسترش زمینه‌های خسارت‌زدایی، در شفاف‌سازی آمار جنایی نیز ایفای نقش مطلوبی را به خود اختصاص می‌دهد.

**و) بیمه و پیشگیری وضعی**

ضوابط و مقررات بیمه‌ای و نحوه انتخاب خطرات تحت پوشش توسط بیمه‌گران به صورتی است که آنان را نسبت به آماج جرایم و میزان آسیب‌پذیری موارد بیمه‌ای در مقابل خطرات و از جمله اعمال مجرمانه حساس می‌سازد.

بیمه‌گران در مرحله صدور بیمه‌نامه‌هایی مانند بیمه سرقت یا آتش‌سوزی، توصیه‌های الزامی و گاه ارشادی بسیار مفیدی به بیمه‌گذاران می‌کنند که نتیجه شاخص آن کاملاً منطبق با اصول مورد نظر در بحثهای مربوط به پیشگیری وصفی است. لازم به ذکر است که فقدان شرایط ایمنی مناسب در برخی موارد موجب عدم پذیرش بیمه‌نامه از سوی بیمه‌گران شده و بیمه‌گذاران به اعمال اقدامات پیشگیرانه مؤثر برای حفاظت از آماج جرم، ترغیب می‌شوند. همچنین طبق برخی مقررات بیمه‌نامه‌ها چنانچه بیمه‌گذار در نگهداری و حفاظت از اموال مورد بیمه، تمهیدات متعارف را فراهم نکرده باشد، پرداخت خسارت از سوی بیمه‌گران با وقفه مواجه خواهد شد. بنابراین قرارداد بیمه به عنوان عامل مشوق بیمه‌گذار در توجه بیشتر برای حفاظت از اموال، منشأ اثر است.

**ز) نقش قاعده جانشینی برای حمایت از بزه‌دیدگان**

طبق اصول پذیرفته شده در حقوق بیمه و بر اساس قاعده‌ای تحت عنوان جانشینی یا قائم‌مقامی در بیمه‌های اموال و برخی انواع بیمه‌های مسئولیت، در صورت وقوع

زیان، چنانچه عامل خسارت یا مسبب شخصی غیر از بیمه‌گذار طرف قرارداد بیمه‌گر باشد، زیان دیده همه حقوق خود را نسبت به میزان خسارت دریافتی به بیمه‌گر واگذار می‌نماید و بیمه‌گر با مراجعه به مسبب و پیگیری وصول مطالبات و گاه اقامه دعوا علیه وی، نسبت به بازیافت آنچه پرداخته است، اقدام می‌کند. مؤسسات بیمه‌گر در این مرحله، از کارشناسان خبره حقوقی و افراد صاحب تجربه در زمینه کشف جرایم بهره می‌گیرند و در بسیاری موارد، تلاش و حساسیت این افراد در راستای روشن شدن واقعیات در مرحله ارزیابی خسارت، منتهی به کشف جرم و شناسایی مجرم می‌گردد. هرچند که انگیزه اصلی بیمه‌گران در این خصوص حفظ منافع شرکتهای بیمه است، ولی نتیجه این اقدامات، تسهیل فرآیند شناسایی مجرمان احتمالی است.

از سوی دیگر، چنانچه بیمه‌گذار تنها بخشی از خسارتها را از محل بیمه‌نامه دریافت کرده باشد و نسبت به مابقی به دلیل عدم دسترسی به مجرم و مسبب اصلی، با مشکل روبه‌رو باشد، نتایج اقدامات بیمه‌گر در زمینه اجرای حق جانشینی وی به نفع بزه‌دیده است و شرایط جبران خسارت را برای او تسهیل می‌کند.

### ح) پرداخت خسارت به صورت علی‌الحساب توسط بیمه‌گران<sup>۱</sup>

بلافاصله پس از وقوع جرایمی مانند سرقت یا حریق (اعم از عمدی یا غیر عمدی) و برخی جرایم رانندگی خسارت‌زا، نیاز بزه‌دیدگان (که گاه بیمه‌گذار و طرف قرارداد مؤسسه بیمه هستند و گاه شخص ثالث تلقی می‌گردند) به جبران بخشی از خسارات وارد شده، به صورت پرداخت علی‌الحساب مشهود است. این اقدام بر محدود کردن دامنه خسارتها و توسعه آن نیز اثرگذار است.

### ط) طرح بیمه صیانت حقوقی<sup>۲</sup>

از نظر فن بیمه، خطر تحت پوشش باید محتمل باشد. احتمال تحمّل خسارت در پی وقوع عمل مجرمانه اشخاص ثالث و بزه‌دیده واقع شدن افراد جامعه نیز می‌تواند از

نظر بیمه‌ای ریسک قابل پوششی تلقی گردد.

در برخی کشورها مانند فرانسه، بیمه‌نامه‌های جدیدی با عنوان «بیمه صیانت حقوقی» به فروش می‌رسد و بر اساس مفاد آن، هر شهروندی که از چنین بیمه‌نامه‌ای بهره‌مند باشد، در صورت نیاز به صیانت حقوقی و پیگیری برای احقاق حق خود علیه افراد متخلف از مزایای این بیمه استفاده خواهد برد. شایان ذکر است که این پوشش به دو صورت مستقل و با عنوان بیمه‌نامه خاص و یا به صورت پوششی تکمیلی برای انواع بیمه‌نامه‌ها ارائه می‌گردد.

### ۲. بیمه و حلّ و فصل غیر قضایی

حلّ و فصل غیر قضایی، حذف تشریفات قانونی مراجعه بزه‌دیده به مراجع قضایی، از بین بردن زمینه روبارویی با بزهکار و جلوگیری از طولانی شدن فرآیند خسارت‌زدایی در چرخه عدالت‌کفیری، از مواردی تلقی می‌گردد که اجرای آن، بخشی از اهداف طرح حمایت از بزه‌دیدگان را تأمین خواهد کرد. وجود بیمه و امکان استفاده از مزایای آن در بسیاری موارد، طرفین درگیر را از مراجعه و طرح موضوع در دستگاه قضایی معاف می‌سازد. نمونه بارز آن در تصادفات رانندگی ملاحظه می‌شود که معمولاً بدون ارجاع به دادگاه توسط بیمه‌گران حلّ و فصل می‌گردد. بنابراین تعمیم بیمه در جامعه موجب قضا‌زدایی و کاهش حجم پرونده‌های دستگاه قضایی و در اکثر مواقع، تأمین رضایت بزه‌دیدگان خواهد گردید.

### الف) مصالحه و سازش در مؤسسات بیمه

شرکتهای بیمه پس از مراجع انتظامی (نظیر پاسگاهها و کلانتریها) از محیطهایی است که بزه‌دیدگان و بزهکاران (به‌ویژه در جرایم غیر نقدی) در آنجا با یکدیگر مواجه می‌گردند.

در این مرحله، روحیه منفعل و آسیب‌یافته بزه‌دیده و اختلافات بین او و بزهکار، وضعیت حساسی را به وجود می‌آورد. از طرفی دیگر، چنانچه بیمه‌گر در

1. Une Provision.

2. L'assurance De Protection Juridique.

این فرصت در قالب میانجی‌گر، واسطه بین بزه‌دیده و بزه‌کار قرار گیرد، می‌تواند ضمن نزدیک کردن افکار آنها به یکدیگر، با پیشنهاد مصالحه و سازش و اعلام موافقت خود مبنی بر پرداخت خسارت، بدون نیاز به ارائه حکم قضایی، نقش بسیار مثبتی را ایفا کند.

### ب) نقش مددکار بیمه‌ای در فرآیند حمایت از بزه‌دیدگان

علاوه بر اینکه تحقق نقش بیمه‌گر برای ترغیب طرفین به مصالحه، نیازمند به کارگیری کارشناسان آگاه به مسائل اجتماعی و روان‌شناختی است، فعالیت واحدی که به ارائه خدمات مددکار بیمه‌ای در راستای رفع مشکلات حادثه‌دیدگان بپردازد، کاملاً مطلوب و با طرح حمایت از بزه‌دیدگان، موافق است. مددکار بیمه‌ای در مواردی مانند ضرورت التیام روانی و تشکیل آلام قربانیان حوادث، می‌تواند اثرات بسیار ارزنده‌ای را بر فرآیند خسارت‌زدایی و حمایت از بزه‌دیدگان به جای گذارد. در حال حاضر، تدون و طراحی وظایف و حیطه فعالیت مددکاران بیمه‌ای در راستای اجرای موارد فوق مد نظر بیمه‌گران است.

### ج) کارایی بیمه در ترمیم خسارتهای غیر مادی

خسارتهای غیر مادی به صورت دقیق، نه قابل تقویم به پول است و نه قابل جبران. مواردی مانند عواطف جریحه‌دار شده مادری که فرزندش را در اثر بی‌مبالاتی راننده‌ای عجز از دست داده و یا مالکی که تمام دارایی‌اش در جریان سرقت شبانه از بین رفته و دختری که چهره‌اش متعاقب اقدامات مجرمانه مرتکب جرایم خیابانی، به شدت مجروح شده است، از موضوعاتی نیست که تنها با پرداخت وجه نقد، به حالت اولیه و عادی بازگردد. مؤسسات بیمه با توجه به این موضوع که می‌توانند با حضوری آرامش‌دهنده و استفاده از کارشناسانی آگاه به مسائل روان‌شناختی و مددکاری، موجبات تسکین و التیام قربانیان حوادث و از جمله، جرایم را فراهم سازند، باید برنامه‌هایی را تدوین و اجرا کنند.

۱. «La notion de reparation» در حقوق فرانسه به معنای مفهوم ترمیم شناخته شده است.

نقش مددکار بیمه معرفی شده در بند «ب» در این راستا بسیار شاخص است و علاوه بر تأثیرات مطلوب برای بیمه‌گران، در جذب مشتریان جدید، به عنوان نمونه‌ای بارز از ایفای نقش مؤسسات بیمه در حمایت از بزه‌دیدگان، اثربخش خواهد بود.

شایان ذکر است که هرچند پوشش پرداخت هزینه‌های درمانی مربوط به جلسات روان‌درمانی و مشاوره، به ویژه برای افرادی که در اثر وقوع حادثه یا عمل مجرمانه دچار اختلال استرس پس از ضربه (P.T.S.D)<sup>۱</sup> شده‌اند، معمولاً از شمول تعهدات بیمه‌گران خارج است، ولی اضافه کردن این پوشش به شرایط بیمه‌نامه‌های اشخاص و مسئولیت با اخذ حق بیمه اضافی می‌تواند مشکلات عدیده‌ای را از دوش بزه‌دیدگانی که فراتر از نیاز به جبران خسارتهای مالی، به صورتی کاملاً حاد و جدی محتاج درمانهای روان‌شناختی و مراقبت‌های ویژه روانی هستند، بردارد و از استمرار و بقای اختلالات روانی ناشی از وقوع بزه در فرد بزه‌دیده جلوگیری کند.

### نتیجه‌گیری

فرآیند «بزه‌دیده واقع شدن» از زوایای متفاوتی مورد توجه صاحب نظران علوم جنایی و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری قرار گرفته است. رابطه علیت میان بزه‌دیده و رفتار او، خصوصیات شخص مجرم، تلاشهای گسترده در راستای کاهش مناسبت‌های «بزه‌دیده واقع شدن» و تکیه بر ضرورت حمایت از بزه‌دیده با شیوه و رویکردی سازمان‌یافته، از مباحث بزه‌دیده‌شناسی است.

امروزه جنبش حمایت از بزه‌دیده و قربانیان غیر مستقیم بزه‌کاری به عنوان یکی از گرایشهای دانش سیاست جنایی پذیرفته شده است. ضرورت ایجاد تغییراتی بنیادین در ساختار شیوه‌های خسارت‌زدایی و ایجاد تحولاتی نوین در

۱. «P.T.S.D» مخفف «Post Traumatic Stress Disorder» و به معنای اختلال روانی حاصل از ضربه است. این ضربه برای قربانیان جرایم می‌تواند تحریک حاصل از وقوع جرم باشد. تحقیقات نشان داده است که چنانچه این اختلال درمان نگردد، زمینه‌های آغاز سایر آسیبها و بی‌نظمیهای روانی در اشخاص پدیدار می‌گردد. شناخت واحدهای مددکاری بیمه‌ای از موضوع و تشخیص و اقدام به موقع آنها می‌تواند بهترین نوع حمایت از بزه‌دیده باشد.

نظام رفاه و تأمین اجتماعی و اذعان داشتن به دو واقعیت مهم، مسیر تحقیقات را به سوی بهره‌گیری از قابلیت‌های گسترده نهاد بیمه و تفکر متکی بر منطق بیمه‌ای سوق می‌دهد:

واقعیت نخست اینکه «بزه‌دیده و متضرر از جرم، غالباً قربانی نظام عدالت کیفری و بی‌نظمی در روابط اجتماعی نیز می‌باشند».

دوم اینکه «عدم کارایی و محدودیت امکانات دولتها در خسارت‌زدایی از قربانیان جرایم است که ذهن هر محقق را به ضرورت استفاده منطقی، انسانی و بهینه از سازوکار بیمه با همه امکانات متنوع قانونی و قراردادی آن متوجه می‌کند». به راستی که مفاهیم ارزشمند مورد تأکید در نظریه عدالت ترمیمی<sup>۱</sup> (مانند جبران، تسکین، اعاده وضعیت، التیام آسیبهای جسمی و روانی و...) تنها آرمانهایی عاطفی، محض و دور از ذهن نیست، بلکه تجلی و نمود عینی نیازی است که هر فردی در مرحله تجربه تلخ «احساس بزه‌دیده شدن» آن را لمس می‌کند!

تعمیم بیمه در جامعه می‌تواند فرآیند تحمل این رنجها و زمینه‌های آشتی مجدد بزه‌دیده با جامعه را فراهم سازد و این یکی از آرمانهای سیاست جنایی واقع‌گرا و عدالت ترمیمی است؛ آرمانی که امیدواریم به جدیت مورد توجه متولیان نظام عدالت کیفری و سیاست جنایی کشور ما قرار گیرد<sup>۲</sup> و از رهگذر گذار از منطق کیفری به منطق مبتنی بر حقوق بیمه، صیانت جامعه و حمایت از قربانیان جرایم، به خوبی اجرا شود.

## حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق داوری یکسید و ضرورت الحاق ایران<sup>۱</sup>

□ دکتر محمود جلالی  
□ استادیار دانشگاه اصفهان

چکیده:

«کنوانسیون یکسید» یکی از مهم‌ترین معاهدات حقوق بین‌الملل اقتصادی است که افراد را به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل به رسمیت می‌شناسد. برخلاف کم‌توجهی نسبت به سرمایه‌گذاری در گذشته، کشورها از اواسط دهه ۱۹۸۰ به طور روزافزونی دیدگاه‌های مشابهی را درباره برخورد حقوقی با مسائل سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی اتخاذ کرده‌اند. این امر را می‌توان در قوانین ملی کشورها در خصوص سرمایه‌گذاری، معاهدات دو یا چندجانبه بین‌المللی آنها و رویکرد مثبت آنها نسبت به حل و فصل این‌گونه دعاوی به خوبی مشاهده کرد. این تشابهات خصوصاً در زمینه آزادسازی رژیمهای سرمایه‌گذاری و حمایت از سرمایه‌گذاران قابل توجه است. همچنین نکته جالب توجه در این تغییرات، جایگاه خاص داوری به عنوان وسیله انتخابی

1. Restorative Justice.

۲. برای اطلاع بیشتر از چگونگی ایفای نقش مؤسسات بیمه در فرآیند ترمیم خسارتهای غیر مادی و کاهش آلام قربانیان جرایم، ر.ک: مصاحبه نگارنده با پرفسور جerald لویز، نویسنده کتاب بزه‌دیده‌شناسی، مندرج در پاورقی ص ۶۱ پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی با عنوان «سیاست جنایی مبتنی بر حمایت از بزه‌دیده و نقش بیمه در آن».

و توجیحی حلّ و فصل دعوا از طریق ثالث است که این امر به دلیل امتیازات داوری نسبت به سایر روشهای حلّ و فصل دعوا، از جمله «قابلیت انعطاف»، «درجه اعتماد»، «سرعت و کار آیی»، «تخصصی تر بودن»، «هزینه کم» و «محرمانه بودن» است.

ایران نیز به رغم اینکه هنوز عضو ایکسید نیست، ولی از این توسعه مستثنا نبوده است. در چند سال گذشته، تغییرات زیادی رامی توان در این زمینه در حقوق آن مشاهده کرده که برای نمونه باید از تسهیلات و تضمینات مربوط به سرمایه گذاری خارجی و اصلاحات در بسیاری از مقررات، از جمله «قوانین داوری تجاری کشور»، «سیاستهای پولی و ارزی»، «رقابتهی کردن اقتصاد» و «تلاش برای شکستن انحصارات» نام برد. یکی از راههای جذب و تشویق سرمایه گذاری در کشور، ایجاد تضمینهای حقوقی مناسب، از جمله «امنیت کافی برای سرمایه گذاریهای خارجی» است. بدو شیک، پذیرش نظام داوری ایکسید می تواند گام مثبتی برای این مهم در ایران باشد.

کلید واژگان: کنوانسیون ایکسید، سرمایه گذاری، داوری، حقوق بین الملل، ایران، حلّ و فصل اختلافات.

### مقدمه

اختلافات بین المللی به اعتبار طرفین می تواند در سه شکل نمایان شود: الف) بین اشخاص خصوصی خارجی؛ ب) بین دولتها با یکدیگر؛ ج) بین دولتها و اشخاص خصوصی خارجی. کنوانسیون حلّ و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر<sup>۱</sup>

۱. برای دیدن متن کنوانسیون، ر.ک: 575 United Nations Treaty Series, p.159؛ مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۶، ۱۳۶۵، بخش اسناد بین المللی (ترجمه غیر رسمی فارسی کنوانسیون). همچنین در خصوص منابع فارسی در مورد ایکسید، ر.ک: بلاکازی ویتانی، «اندیشه هایی در خصوص عهدنامه حلّ و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر»، ترجمه دکتر ناصر علی منصوریان، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۲، ۱۳۶۹، ص ۲۹-۶۶؛ آرون بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهای موضوع کنوانسیون حلّ و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر»، ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۰، ۱۳۶۸، ص ۱۶۳-۲۰۳.

(ایکسید)<sup>۱</sup> ناظر به نوع سوم از این اختلافات است. لذا برخلاف اتساق بازرگانی بین المللی<sup>۲</sup> که سازمانی غیر دولتی بین المللی<sup>۳</sup> است که از سوی بخش خصوصی در سال ۱۹۱۹ م. ایجاد گردیده و برخلاف دیوان بین المللی دادگستری که نهادی بین المللی و بین الدولی در لاهه است، ایکسید ماهیتی دوگانه دارد؛ چرا که از یک طرف از سوی دولتها به وجود آمده است. از طرف دیگر، افراد خصوصی نیز می توانند نزد آن طرف دعوا باشند.

مقاله حاضر، مسئله حلّ و فصل دعاوی سرمایه گذاری از طریق داوری ایکسید<sup>۴</sup> را به عنوان یکی از رایج ترین مراجع حلّ و فصل اختلافات بین المللی، مورد مطالعه قرار می دهد<sup>۵</sup> و فقط بعضی از جنبه های جالب توجه داوری آن مرکز را؛ از جمله قلمرو صلاحیت مرکز و انحصاری بودن آن، اهلیت مرکز، تقاضای داوری، تسلیم و ارجاع اختلاف به داوری، سازمان و ترکیب دیوان داوری، قانون قابل اعمال و مسئله رأی داور و رویه قضایی دیوانهای داوری مرکز مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهد.

این بحث به شناخت نقش مهم این مرکز داوری در جهان سرمایه گذاری کمک خواهد کرد.

با توجه به اهمیت رو به رشد سرمایه گذاری خارجی در ایران، پس از نگاهی اجمالی نسبت به این وضعیت، ضرورت الحاق به کنوانسیون ایکسید مورد تأکید واقع می شود.

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).  
 2. International Chamber of Commerce (ICC).  
 3. Non-Governmental Organization (NGO).  
 ۴. در مورد ایکسید، ر.ک: <http://www.worldbank.org/icsid/>.  
 5. Cf. Antonio R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investments", in (1997) 12(2) *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, pp.287-364. Also, Cf. <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>.

## معرفی اجمالی مرکز داوری ایکسید و نظام حلّ و فصل اختلافات آن

«مرکز داوری ایکسید» با مصوبه شماره ۲۱۴ مورخ ۱۰ سپتامبر ۱۹۶۴ بانک جهانی ترمیم و توسعه (بانک جهانی)<sup>۱</sup> و با همکاری کمیسیون اقتصادی سازمان ملل بنا نهاده شد و اکنون نیز با آن بانک ارتباطی تنگاتنگ دارد؛ چرا که براساس ماده ۵ کنوانسیون، رئیس بانک جهانی به اعتبار سمت و مقامش،<sup>۲</sup> رئیس شورای اداری ایکسید نیز می‌باشد، گرچه صاحب رأی نیست<sup>۳</sup> کنوانسیون در تاریخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵ برای امضای کلیه دولتهای عضو بانک جهانی و دولتهای عضو اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و دولتهای مدعو از سوی شورای اداری این مرکز مفتوح گردید (ماده ۶۷) و در تاریخ ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ طبق بند ۲ ماده ۶۸ خود در حالی که بیست کشور آن را تصویب کرده بودند، لازم‌الاجرا شد<sup>۴</sup> تا زمان نگارش این مقاله (فروردین ماه ۱۳۸۲) ۱۵۴ دولت کنوانسیون را امضا و ۱۳۹ دولت نیز اسناد تصویب خود را نزد مقام نگهدارنده (بانک جهانی) سپرده‌اند که در نتیجه عنوان دولتهای طرف قرارداد یا متعاقد بر آنها اطلاق می‌شود.

این مرکز دارای دو رکن می‌باشد:

1. International Bank for Reconstruction and Development (IBRD).

2. Ex Officio.

۳. اقدام شایسته دیگر بانک جهانی در خصوص سرمایه‌گذاری، تدوین کنوانسیون آژانس تضمین سرمایه‌گذاری چندجانبه (MIGA) «Multilateral Investment Guarantee Agency» در سال ۱۹۸۵ است. این آژانس، دارای مکانیسم حلّ و فصل دعوای مستقلی؛ از جمله پیش‌بینی داوری در آن است که تحلیل آن از چارچوب این مقاله خارج است.

۴. به منظور اطلاع از قواعد تفسیر کنوانسیون، ر.ک:

Kathigamar V.S.K Natham, "Submission to the International Centre for Settlement of Disputes in Breach of the Convention" in (1995) *Journal of International Arbitration*, pp.46-51.

مسئله تفسیر با ماهیت مقررات ایکسید و با تمایز بین حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی در ارتباط است. برای اطلاع بیشتر، ر.ک:

Leo J. Bouchez, "The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and Private Enterprises", in (1991) *Journal of International Arbitration*, p.103.

الف) شورای اداری، متشکل از نمایندگان دولتهای عضو؛

ب) دبیرخانه، متشکل از یک نفر دبیرکل، معاونان و کارمندان.

هدف اصلی دولتها از تأسیس این مرکز در مقدمه کنوانسیون شرح داده شده است که می‌توان آن را بدین صورت خلاصه کرد: برآوردن نیاز به همکاری بین‌المللی و توسعه اقتصادی از طریق سرمایه‌گذاریهای خصوصی بین‌المللی با تأسیس مکانیسم سازش و داوری بین‌المللی که هدف نهایی آن اجتناب از منازعات و یا حلّ اختلافاتی است که بین دولتهای طرف کنوانسیون و اتباع کشورهای متعاقد دیگر به وجود می‌آید.

بعلاوه بند ۲ ماده ۱ ایجاد تسهیلات لازم برای سازش و داوری دعوای سرمایه‌گذاری مطابق با کنوانسیون را از اهداف مرکز می‌شمارد.

شورای اداری مرکز در تاریخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۶۷، پیرو بندهای «الف»، «ب» و «ج» از بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون، مجموعه قوانین مختلفی را تصویب کرده است؛ از جمله:

الف) مقررات آیین دادرسی و رسیدگی از طریق سازش و داوری (قواعد مؤسسه)،<sup>۱</sup>

ب) مقررات آیین دادرسی داوری (قواعد داوری)،<sup>۲</sup>

ج) مقررات آیین دادرسی سازش (قواعد سازش).<sup>۳</sup>

این مجموعه‌ها از تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۶۸ لازم‌الاجرا و در ۱۹۸۴ مورد اصلاح قرار گرفته است.<sup>۴</sup> بعلاوه، در ۲۹ سپتامبر ۲۰۰۲ شورای اداری مرکز، اصلاحاتی را در مقررات و قوانین مذکور انجام داد که از اول ژانویه ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا گردید. علاوه بر این اسناد، هم‌اکنون «قواعد تسهیلات اضافی ایکسید»<sup>۵</sup> (مصوب ۱۹۷۸) با جدیدترین اصلاحات بر حلّ و فصل دعوای سرمایه‌گذاری حاکم است.

1. Institution Rules.

2. Arbitration Rules.

3. Conciliation Rules.

4. Cf. 1984, *ICSID Documents* 61 (1985), 1 *ICSID Reports* 157.

5. Additional Facility Rules.



خود مرکز نیز مانند «دیوان دائمی داوری»<sup>۱</sup> و «اتاق بازرگانی بین‌المللی» دادگاهی با ساختار اداری دائمی است که حلّ و فصل اختلافات را تسهیل و امکانات لازم را در این زمینه در اختیار متقاضیان قرار می‌دهد. حلّ و فصل دعاوی در نظام ایکسید، از طریق کمیسیون سازش و دیوان داوری پیش‌بینی شده در کنوانسیون است و خود مرکز، مرجع حلّ و فصل دعاوی نمی‌باشد. سازش، روش حلّ و فصل مستقلمی است که تشریفات و مقررات مربوط به آن در فصل ۳ مواد ۲۸-۳۵ کنوانسیون شرح داده شده است.

یادآوری می‌شود که امتیاز داوری مرکز بر روش سازش آن، این است که بر خلاف داوری، گزارش صادره از کمیسیون سازش جنبه الزام‌آور نداشته، مشمول «قاعده اعتبار امر مختومه»<sup>۲</sup> نیست، بلکه فقط نقش توصیه‌ای دارد. از طرف دیگر، چون دیوان داوری از «صلاحیت مشورتی» برخوردار نیست، بلکه فقط «صلاحیت ترافعی» دارد، این نقص با وجود روش سازش تقریباً جبران شده است.

در صورت درخواست طرفین، دبیر کل مرکز به عنوان مقام منصوب‌کننده داوران برای داوریه‌های اختصاصی؛ مثلاً داوریه‌هایی که براساس «قواعد آنسیترال»<sup>۳</sup> برگزار می‌شود، عمل می‌کند. همچنین مرکز، براساس مقررات حقیقت‌یابی<sup>۴</sup> ۱۹۷۸ م، خدمات حقیقت‌یابی را برای متعاهدین انجام‌دهد. مرکز تسهیلات مالی به طرفین اختلاف ارائه نمی‌دهد و آنها باید خود، هزینه‌های دادرسی را بپردازند. پس از این مقدمه، به شرح سیستم داوری مرکز می‌پردازیم:

## ارجاع اختلاف به داوری مرکز

نخستین قدم در داوری براساس کنوانسیون، تسلیم دادخواست داوری است.

1. Permanent Court of Arbitration (PCA).

2. Res Judicata.

۳. «کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد»

United Nations Conference on International Trade Law (UNCITRAL).

4. Fact-finding.

کنوانسیون ایکسید محدودیت زمانی<sup>۱</sup> برای ارجاع اختلافات به مرکز در نظر نمی‌گیرد؛ لذا این امر، به سند تنظیم شده بین طرفهای اختلاف؛ مثل شرط ارجاع اختلاف به داوری، قانون ملی و معاهده احتمالی موجود<sup>۲</sup> وابسته است.

ماده ۳۶ در بندهای ۱، ۲ و ۳ اظهار می‌دارد: هر دولت متعاهد یا هر تبعه دولت متعاهدی که مایل است رسیدگی از طریق داوری صورت گیرد، باید تقاضای مکتوب خود را در این خصوص به دبیر کل تسلیم کند تا دبیر کل، یک نسخه از درخواست را برای طرف دیگر بفرستد. دادخواست باید شامل اطلاعات مربوط به موارد موضوع اختلاف، هویت طرفین و رضایت آنان به داوری مطابق با قواعد آیین دادرسی داوری باشد. در صورتی که دبیر کل تشخیص دهد که مورد اختلاف خارج از صلاحیت مرکز نیست، دادخواست را ثبت خواهد کرد.

پس از پذیرش دادخواست، طرفین می‌توانند داوران خود را از لیست بالقوه‌ای از داوران که در اختیار مرکز وجود دارد، انتخاب کنند. داوریه‌های کنوانسیون ایکسید معمولاً در خود مرکز در واشنگتن انجام می‌شود، اما طرفین آزادند هر محلی را برای این امر انتخاب کنند.

بند پایانی مقدمه کنوانسیون اظهار می‌دارد که کشور متعاهد به صرف تصویب و قبول یا موافقت با کنوانسیون و یا بدون رضایت، به ارجاع هر اختلافی برای سازش و داوری به مرکز ملزم نیست؛ لذا لازمه ارجاع اختلاف به داوری، عضویت دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار،<sup>۳</sup> در کنوانسیون ایکسید و موافقت با رسیدگی آن است. گرچه مقررات حاکم بر تسهیلات اضافی مرکز، صلاحیت آن را وسیع تر نموده و با شرایطی اجازه می‌دهد تا اشخاص غیر عضو کنوانسیون نیز از مرکز برای حلّ و فصل اختلافات خود استفاده کنند، باید تصدیق دبیر کل مبنی بر قبول دعوا را داشته

1. Ratione Temporis.

2. Cf. AAPL v. Sri Lanka (ICSID, award of 27 June 1990), *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (1991), at 526-597 and Chronicle Gaillard, (1992) *Journal du Droit International* 216; Brewer, "International Investment Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment", *L. & Pol'y Int'l Bus.*, 633.

3. Ratione Personae.

باشند. بنابراین، صرف تصویب کنوانسیون به دیوان داوری صلاحیت رسیدگی نمی دهد.

همچنین توافق طرفین نباید الزاماً رسمی باشد. ارائه دادخواست داوری از سوی خواهان در خصوص سرمایه گذاری تحت کنترل «خارجی» به مرکز و تأیید آن دادخواست از طرف خوانده با اعمال شرط ارجاع اختلاف به ایکسید متضمن چنین توافقی خواهد بود. برای تحقق کنترل «خارجی» به اکثریت یا در صد بالای مالکیت سهام نیازی نیست و حتی درصد کمی از سهام به همراه مدیریت شخص را نیز می توان به عنوان کنترل خارجی در نظر گرفت.

### صلاحیت مرکز و دیوان داوری آن

بر اساس صدر ماده ۲۶ کنوانسیون، صلاحیت مرکز انحصاری است، یعنی مرکز تنها وسیله حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری مورد نظر کنوانسیون است؛ مگر اینکه خلاف آن تصریح شود. کشورهای عضو می توانند در زمان قبول کنوانسیون، در زمان تصویب یا پذیرش، یا در هر تاریخی پس از آن، دعوای ای را که مایل اند از صلاحیت قضایی ایکسید مستثنا کنند، به مرکز اعلام کنند.

با آنکه صلاحیت مرکز منحصر به دعوای ناشی از سرمایه گذاری است، کنوانسیون تعریفی برای واژه سرمایه گذاری ارائه نمی دهد. اما این امکان برای کنوانسیون وجود دارد که «مفهوم سنتی سرمایه گذاری» را با «مفهوم اقتصادی جدیدی» جایگزین نماید که باید از سوی کشوری که در آن سرمایه گذاری انجام شده، مورد بررسی و تأیید قرار گیرد. در نتیجه، پروژه ای مربوط به ساخت و ساز با ویژگی نظامی باید به عنوان یک سرمایه گذاری تلقی شود، نه صرفاً یک قرارداد بازرگانی. با این حال، چنانچه صلاحیت دیوان داوری ایکسید از سوی طرفین مورد قبول قرار گرفته باشد، همین امر باید به عنوان دلیل ارجاع اختلاف خاصی که مربوط به سرمایه گذاری مورد نظر کنوانسیون است، تلقی گردد.

این واقعیت که قرارداد خاصی ممکن است سرمایه گذاری حیاتی، یعنی سرمایه گذاری ای که در توسعه اقتصاد کشور میزبان نقش دارد محسوب شود،

وجود صلاحیت ایکسید را توجیه می کند؛ لذا چنین قراردادهایی تنها به انواع سنتی سرمایه گذاری؛ از قبیل بهره برداری از منابع طبیعی، سرمایه گذاری صنعتی در مورد تولید و صدور کالا، تولید آهن، فولاد و آلومینیوم، ساخت و ساز هتلها و سرمایه گذاری در توسعه شهری اختصاص ندارد، بلکه اموری چون تنظیم و مدیریت قرارداد، راه اندازی و گرداندن کارخانجات، توافقات فنی و صدور مجوز به منظور تولید تسلیحات را نیز شامل می شود.

طبق ماده ۲۵ کنوانسیون، مرکز بین المللی حل و فصل دعاوی مربوط به سرمایه گذاری (در خصوص دعاوی ای که دیوان داوری می تواند به آنها رسیدگی کند)<sup>۱</sup>، صلاحیت رسیدگی به هرگونه دعوای حقوقی ای را دارد که مستقیماً از سرمایه گذاری بین «دولت متعاقد» (یا هر مؤسسه فرعی وابسته یا نمایندگی آن که از طریق دولت متعاقد به مرکز معرفی می شود) و «تبعه یک دولت متعاقد دیگر» ناشی می شود. در این صورت، طرفین باید رضایت خود مبنی بر ارجاع اختلافشان را به مرکز به صورت کتبی اعلام نموده باشند که پس از اعلام به صورت یک جانبه قابل عدول نیست. البته بر اساس مقررات حاکم بر تسهیلات اضافی مرکز<sup>۲</sup> در شرایط خاصی، امکان ارجاع اختلافی که مستقیماً ناشی از سرمایه گذاری نیست، به مرکز نیز وجود دارد.

منظور از عبارت «تبعه دولت متعاقد دیگر» در قسمتهای «الف» و «ب» ماده ۲۵ عبارت است از:

۱. هر فرد حقیقی که تابعیت یکی از کشورهای متعاقد غیر از کشور طرف منازعه را در تاریخی داشته باشد که طرفین توافق می کنند که اختلافشان را به داوری ارجاع دهند یا در تاریخی که دادخواست داوری ثبت شده است؛<sup>۳</sup>
۲. هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاقد غیر از کشور طرف دعوای او را در تاریخی داراست که طرفین بر واگذاری چنین منازعه ای به دیوان داوری ایکسید یا

1. Ratione Materiae.

۳. ماده ۳۶.

۲. بند «ب» از بند ۲ ماده ۲۵.

به هر شخص حقوقی کشور متعاقد طرف منازعه که تابعیت کشور متعاقد دیگری برای آن در نظر گرفته می‌شود، توافق می‌کنند.

در صورتی که اشخاص حقوقی به دولت طرف دعوا وابسته باشند، بند ۳ ماده ۲۵ شرط دیگر صلاحیت مرکز در رسیدگی به اختلاف را موافقت کشور متبوع آن مؤسسه یا سازمان وابسته با ارجاع امر به داوری می‌داند؛ مگر در صورتی که کشور مذکور عدم ضرورت تصویب از طرف خود را به اطلاع مرکز برساند.

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، طبق بند ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون، دبیر کل باید تقاضای داوری را ثبت کند؛ مگر اینکه براساس اطلاعات مندرج در تقاضا، تشخیص دهد که اختلاف آشکارا خارج از صلاحیت مرکز است.<sup>۱</sup> وی باید بلافاصله طرفین را از ثبت یا عدم ثبت درخواست مطلع نماید. طبق شرط مذکور، ثبت تقاضای داوری به وسیله دبیر کل را باید به عنوان تصویب ابتدایی صلاحیت ایکسید تفسیر کرد؛ زیرا این شرط صریحاً اعلام می‌دارد که اگر منازعه به طور آشکاری خارج از صلاحیت مرکز باشد، باید از ثبت تقاضا خودداری کرد.

باید متذکر شد که صلاحیت دیوان داوری ایکسید را خود کنوانسیون مستقیماً اعطا می‌کند، نه طرفین؛ زیرا طرفین فقط می‌توانند ارجاع دعوی خاص سرمایه‌گذاری را به دیوان ایکسید عملی سازند. این حقیقت که صلاحیت دیوان ایکسید ناشی از کنوانسیون است، عملاً بدین معناست که دیوان در ابتدا ملزم به تبعیت از کنوانسیون است، نه شروط توافق شده بین طرفین. این امر در خصوص داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز صدق می‌کند.

ماده ۴۱ کنوانسیون بین «صلاحیت»<sup>۲</sup> و «اهلیت»<sup>۳</sup> تمایز قائل می‌شود. «صلاحیت» صریحاً در ماده ۲۵ کنوانسیون تعریف شده است و «اهلیت» به هر یک از اختلافات خاصی که باید طبق توافق داوری حل شود، مربوط می‌گردد؛ بنابراین

۱. برای جزئیات بیشتر، ر.ک:

Aron Broches, "Denying ICSID'S Jurisdiction - the Award in Vacuum Salt Products Limited", in (1996) *Journal of International Arbitration*, note.3, p.21.

2. Jurisdiction.

3. Competenu.

«اهلیت»، اختیار دیوان داوری برای به اجرا درآوردن صلاحیت عمومی‌اش در موردی خاص است، اما در مقابل، «صلاحیت» تنها وقتی مطرح می‌شود که یکی از طرفین اعتراض کند و مثلاً ادعایی را در خصوص فقدان رضایت معتبر ارائه دهد. البته وقتی که قدرت تصمیم‌گیری در خصوص اختلافی که در آینده ممکن است به وجود آید، از طریق قانون‌گذار ملی مستقیماً به دیوان داوری مرکز واگذار شده باشد، صلاحیت و اهلیت را نمی‌توان از یکدیگر تمیز داد؛ مثلاً همان‌گونه که در خصوص اندونزی، مصر و یوگسلاوی اتفاق افتاد.<sup>۱</sup>

تعیین هویت «کشور متعاقد» نسبتاً ساده و بدون پیچیدگی است، ولی تعریف دو اصطلاح «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» و «نمایندگان دولت» در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون دارای پیچیدگی است. برای اجتناب از پیچیدگی‌ها و دشواری‌های بیشتر، بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون به هر دولتی در زمان پذیرش کنوانسیون، امکان تعیین و انتخاب مراکز عمومی خود را که در چارچوب «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» و یا «نماینده» قرار می‌گیرند و دارای صلاحیت طرفیت دعوا نزد دیوان داوری ایکسید می‌باشند، داده است. در صورتی که سرمایه‌گذار (شرکت فرعی) شخص حقوقی مستقلی باشد که با قوانین کشور میزبان اداره می‌شود، ولی کل یا اکثر سرمایه‌اش به شرکت دولتی دیگری (شرکت مادر) تعلق دارد که آن شرکت دولتی، متعاقد موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری می‌باشد، ممکن است مشکل دیگری به وجود آید. در چنین موردی حتی اگر شرکت فرعی برای خود مکان و جایگاه ثبت شده‌ای در قلمرو دولت میزبان دارد، شرکت اصلی محق است از طرف شرکت فرعی اقدام کند تا از منافع هر دو شرکت حمایت شود. به هر حال، بهتر است که کشور عضو کنوانسیون با توجه به بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون، مفهوم «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» یا «نماینده» را دقیقاً معین کند و دولت میزبان اعلام نماید که شعبات شرکت سرمایه‌گذار خارجی را حتی اگر مرکز ثبت شده آن در کشور میزبان

1. Cf. Peter Schlosser, *Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd ed., 1989, No.95, p.73.

بوده و با قوانین آن کشور اداره می‌شود، به عنوان سرمایه‌گذار خارجی قلمداد می‌کند.

مسئله دیگری که ممکن است در خصوص تغییرات مهم پیش بیاید، اموری از قبیل انحلال یک شرکت، ادغام یک شرکت در دیگری و جدا شدن شرکتی از شرکت دیگر است که معمولاً به تغییر هویت طرف اصلی ایکسید منجر می‌شود. اینکه آیا در شرایط خاص، شخص جدید نیز از طریق شرط ارجاع اختلاف به ایکسید ملزم محسوب می‌شود یا خیر، به مفاد قانون داخلی و مقررات حقوق بین‌الملل که باید در مورد اختلاف در حال رسیدگی اعمال شود، بستگی دارد.<sup>۱</sup> در صورتی که سرمایه‌گذار، موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و به همان میزان، حقوقش را به شخص ثالثی واگذار کند، به شرطی که واگذارکننده و واگذارشونده دارای یک ملیت باشند و یا تابعیت دولت دیگر عضو کنوانسیون را دارا باشند (یعنی ملیتی غیر از ملیت دولت میزبان)، شرط داوری ایکسید، شخص واگذارشونده را نیز ملزم می‌سازد. راه‌حلّ مشابهی نیز برای موردی که با مجوز دولت میزبان انتقال سهام از سرمایه‌گذار به سهام‌دار جدید صورت می‌گیرد، اعمال می‌شود.

تابعیت شخص حقوقی براساس کشور محل تشکیل آن تعیین می‌شود؛ برای مثال، شخص حقوقی‌ای که محل ثبت شده آن در کشور «الف» که عضو کنوانسیون است، قرار دارد و در کشور «ب» که آن نیز عضو کنوانسیون است، سرمایه‌گذاری کرده باشد، می‌تواند طرف شرط ارجاع اختلاف به ایکسید باشد. در مقابل، اگر شخص حقوقی که اقامتگاهش در کشور متعاقد طرف اختلاف است، تبعه کشور دیگر، عضو کنوانسیون شناخته نمی‌شود و در نتیجه، طبق بند «ب» از بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون نمی‌تواند طرف شرط ارجاع به ایکسید باشد. با این حال، شخص حقوقی‌ای که اقامتگاهش در دولت میزبان است، می‌تواند عنوان تبعه دولت طرف قرارداد دیگری را داشته باشد، البته وقتی این امکان وجود دارد که کل یا اکثر

1. Cf. G. Delaume, "ICSID Arbitration Practical Consideration", in (1984) *Journal of International Arbitration*, p.109.

سرمایه‌اش متعلق به شخص حقوقی دیگری باشد که ساکن کشور دیگر عضو کنوانسیون است و علاوه بر آن، طرفین توافق کرده‌اند که برای اهداف کنوانسیون با این‌گونه شرکت‌های فرعی باید مانند اشخاص حقوقی خارجی رفتار کرد.

بند ۴ ماده ۲۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد که هر دولت عضو کنوانسیون می‌تواند در زمان تصویب، پذیرش یا تأیید آن یا در هر زمان دیگری پس از آن، مرکز را از نوع یا انواع اختلافاتی که در صلاحیت رسیدگی مرکز می‌داند، آگاه کند. دبیر کل باید بلافاصله چنین اخطاری را به تمام دولت‌های عضو کنوانسیون اطلاع دهد. چنین اخطاری نباید رضایت مقرر در بند ۱ تلقی گردد.

بعلاوه، ماده ۲۶ کنوانسیون، رضایت را چنین تعریف می‌کند: جز در مواردی که رضایت به نحو دیگری اظهار می‌گردد، رضایت طرفین به داوری مطابق این کنوانسیون، به منزله کنار گذاشتن سایر روش‌های حلّ و فصل است. دولت طرف این قرارداد می‌تواند اعلام کند که مراجعه مقدماتی به مراجع و مراحل رسیدگی اداری یا حقوقی داخلی<sup>۱</sup> خود به عنوان شرط رضایتش به داوری مورد نظر کنوانسیون است. رضایت به صلاحیت دیوان در رسیدگی به یک دعوا به یکی از صور ذیل صورت می‌گیرد:

الف) از طریق قرارداد بین یک دولت یا تبعه آن و یک تبعه خارجی به شرطی که آن قرارداد حاوی شرط ارجاع اختلاف به داوری ایکسید باشد؛  
ب) یک موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه بین دولت‌ها که حلّ و فصل اختلافات بین دولت متعاقد و تبعه سرمایه‌گذار دولت دیگر را با ارجاع به داوری ایکسید پیش‌بینی کرده باشد.

این امر در خصوص «معاهده نفتا»<sup>۲</sup> نیز صادق است؛ زیرا بخش «ب» فصل ۱۱ این معاهده، استفاده از داوری ایکسید را برای متعاقدین به رسمیت شناخته است.<sup>۳</sup>

1. Exhaustion of Local Remedies.

2. North American Free Trade Agreement (NAFTA).

۳. برای اطلاع در مورد نفتا و متن موافقت‌نامه و سایر مقررات، ر.ک:

<http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>.

«معاهده منشور انرژی»<sup>۱</sup> نیز با بیش از ۵۰ عضو به همین گونه صلاحیت ایکسید را پذیرفته است.<sup>۲</sup>

ج) اعلام رضایت از طریق قانون سرمایه گذاری داخلی که حلّ و فصل منازعات بین دولت متعاقد و سرمایه گذار خارجی را با ارجاع به داوری ایکسید پیش بینی کرده باشد.

نظر به ماده ۳۹ مقررات آیین دادرسی رسیدگی به اختلافات از طریق داوری، همچون طرفین اختلاف، برای دیوان داوری این امکان وجود دارد که به ابتکار خود در هر زمانی در طول مراحل رسیدگی، اقدامات احتیاطی موقت<sup>۳</sup> را به منظور حفظ حقوق طرفین انجام دهد. کنار گذاشتن راه‌حلهای دیگر نیز شامل این اقدامات موقت می‌شود.

بنابراین، مقررات کنوانسیون محدودۀ صلاحیت دیوان داوری ایکسید را معین می‌کند. قطع نظر از استثنائات احتمالی ذکر شده در مورد انواع خاص اختلافات، صلاحیت مرکز انحصاری است. هر اعتراضی از سوی طرفین اختلاف مبنی بر اینکه آن اختلاف در حیطة صلاحیت مرکز نمی‌باشد یا بنا به دلایل دیگری در حیطة صلاحیت دیوان قرار نمی‌گیرد، به وسیله خود دیوان مورد بررسی قرار می‌گیرد و این دیوان است که تعیین می‌کند آیا با آن اعتراض به عنوان مسئله‌ای مقدماتی برخورد کند یا آن را به مرحله رسیدگی به ماهیت دعوا ملحق نماید. ماده ۴۱ کنوانسیون تصریح می‌کند که خود دیوان در مورد صلاحیتش تصمیم می‌گیرد،<sup>۴</sup> همچنین هرگونه مداخله دادگاههای داخلی در قانون حاکم بر داوری پذیرفتنی نیست. در صورت استناد هر یک از طرفین به داوری ایکسید تا زمانی که دیوان

1. Energy Charter Treaty.
2. It provides that settlement of disputes between a party and an investor of another party sets up a procedure giving investors the possibility of asking for an arbitration tribunal to be formed under the aegis of the Washington Convention or that of a supplementary mechanism proposed by the ICSID when there is a dispute between States that are not parties to the Convention.
3. Provisional Measures.
4. Competence de la Competence.

ایکسید در خصوص صلاحیت خود تصمیم نگرفته باشد، دادگاههای داخلی که به اختلاف طرفین رسیدگی می‌کنند، باید رسیدگی خود را به تعویق اندازند.

## سازمان و ترکیب دیوان داوری

همان‌گونه که گفته شد، مرکز دارای هیئت داوران<sup>۱</sup> است. هر کشور متعاقد، چهار نفر را برای عضویت در آن هیئت معرفی می‌کند. رئیس شورای اداری مرکز نیز ۱۰ نفر را برای عضویت در آن هیئت منصوب می‌کند. داوران باید از شخصیت اخلاقی والایی برخوردار بوده و در زمینه حقوق، تجارت، صنعت و مالی، تخصص و در قضاوت استقلال داشته باشند.<sup>۲</sup> داوران در مجموع باید نماینده نظامهای اصلی حقوقی دنیا باشند. اصولاً طرفین اختلاف، داوران خود را از بین هیئت داوران مذکور انتخاب می‌کنند. با این حال، طبق مقررات ماده ۴۰ امکان انتخاب داوران از خارج از هیئت داوران نیز وجود دارد که در این صورت، آن داوران باید واجد شرایط مذکور در بند ۱ ماده ۱۴ باشند. ماده ۲ از قواعد رسیدگی شکلی داوری، در غیاب توافق‌نامه قبلی، روش تشکیل و ترکیب هر دیوان داوری را شرح داده و به طرفین اجازه می‌دهد تا نسبت به تعیین تعداد داوران و روش منصوب کردن آنان (اگر قبل از ثبت دادخواست، توافقی صورت نگرفته باشد) تصمیم‌گیری کنند. در بند ۳ همین ماده آمده است:

در هر زمان، ۶۰ روز پس از ثبت دادخواست، اگر موافقت‌نامه‌ای در خصوص آیین رسیدگی دیگری حاصل نشد، هر طرف می‌تواند دبیر کل را نسبت به انتخاب روش مذکور در بند «ب» از بند ۲ ماده ۳۷ کنوانسیون مطلع کند.<sup>۳</sup> دبیر کل نیز باید سریعاً طرف دیگر را از این مطلب آگاه سازد که قرار است دیوان طبق آن ماده تأسیس شود.

1. Panel of Arbitrators.
۲. بند ۲ ماده ۶ قواعد رسیدگی شکلی داوری.
۳. بند «ب»: جایی که طرفین نسبت به تعداد داوران و روش نصب آنها توافق نکنند، دیوان مرکب از سه داور خواهد بود. هر طرف یک داور را انتخاب می‌کند و نفر سوم که رئیس دیوان خواهد بود با توافق طرفین انتخاب خواهد شد.

اگر دیوان طبق مندرجات بند «ب» از بند ۲ ماده ۳۷ کنوانسیون تأسیس شود، طرفین باید از ماده ۲ قواعد داوری پیروی کنند که طبق آن:

الف) طرف آغازکننده (معمولاً مدعی) شخصی را به عنوان داور تعیین و شخص دومی را به عنوان رئیس دیوان پیشنهاد کند و هم‌زمان طرف دیگر (معمولاً مدعی علیه) رادعوت کند تا داور خود را منصوب و در مورد پذیرش کسی که برای ریاست پیشنهاد شده، موافقت کند؛

ب) به محض دریافت دعوت، طرف دیگر باید نام داور تعیین‌شده خود را به طرف شروع‌کننده اعلام و در خصوص شخصی که به عنوان رئیس پیشنهاد شده، نیز اعلام نظر نماید یا در صورت عدم موافقت، شخص پیشنهادی خود را برای ریاست به خواهان اعلام و از او بخواهد در مورد ریاست شخص پیشنهادیش نظر خود را اعلام دارد.

وقتی که اعمال روش مذکور در بند «ب» از بند ۲ ماده ۳۷ انتخاب شود، ممکن است داوران با طرفین منازعه دارای تابعیت واحد نباشند تا شرایط مورد نظر ماده ۳۹ کنوانسیون را برآورده سازند؛ مگر اینکه توسط طرفین غیر از این توافق شود. ماده مذکور مقرر می‌دارد که اکثریت داوران باید دارای تابعیت دولتهایی غیر از دولت متعاهد طرف منازعه و دولت متعهده‌ای که تبعه آن طرف دیگر منازعه است، باشند. در حقیقت در میان مقررات مربوط به تابعیت داوران، ایکسید شدیدتر از سایر مقررات برخورد کرده است. براساس بند ۱ ماده ۳ هیچ‌یک از داوران نمی‌توانند تابعیت مشابه یا تابعیت هر یک از طرفین دعوا را داشته باشند.

پیشنهادهای یادشده در بند ۱ ماده ۳ باید به صورت مکتوب و سریع انجام گیرد و پس از آن از طریق دبیر کل یا مستقیماً بین طرفین مبادله و یک نسخه آن براساس بند ۲ ماده ۳ برای دبیر کل ارسال گردد.

در خصوص آیین شکلی ترکیب دیوان دو نکته عمده باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. اولویت اعطاشده به طرفین از سوی کنوانسیون؛

۲. نقش نظارتی دبیر کل مرکز نسبت به کل آیین رسیدگی شکلی.

براساس بند ۴ ماده ۶ تسهیلات اضافی قواعد داوری، اگر طرفین نتوانند در

خصوص انتصاب داوران و رئیس دیوان داوری به توافق برسند، ظرف ۹۰ روز پس از آنکه دبیر کل آگهی ثبت را به طرفین اطلاع داد، یا پس از هر مدت زمانی که طرفین موافقت کنند، هر طرف می‌تواند از طریق دبیر کل از رئیس شورای اداری کتباً برای نصب داور یا داورانی که تا آن زمان منصوب نشده‌اند، تقاضا کند و داوری را به عنوان رئیس دیوان منصوب کند.

براساس بند ۲ ماده ۴ قواعد رسیدگی شکلی داوری، در صورتی که طرفین موافقت کنند که خود داوران، رئیس دیوان را انتخاب کنند، ولی آنها نتوانند چنین کنند، مفاد بند ۱ براساس قاعده «انجام تغییرات ضروری»<sup>۱</sup> (بر حسب مورد) اعمال خواهد شد.

دیوان داوری زمانی کامل می‌شود که داوران، انتصاب خود را چنان که در ماده ۵ قواعد رسیدگی شکلی داوری آمده است، پذیرفته باشند و باید چنین فرض شود که از تاریخی که دبیر کل به طرفین اعلام کند که همه داوران، انتصاب خود را پذیرفته‌اند، مؤثر خواهد بود.<sup>۲</sup> با این حال، تشکیل دیوان داوری مشروط بوده و موکول به امضای اظهارنامه استقلال که در بند ۲ ماده ۶ قواعد داوری ذکر شده است، موکول می‌باشد. در حقیقت، هر داوری که تا پایان اولین جلسه از امضا کردن چنین اظهارنامه‌ای که مبین بی‌طرفی اوست، خودداری ورزد، به منزله استعفا تلقی می‌شود.

### قانون قابل اعمال توسط دیوان داوری

براساس بند «ب» ماده ۶ کنوانسیون یکی از وظایف شورای اداری، تصویب مقررات مربوط به نحوه شروع داوری و آیین رسیدگی آن است؛ لذا از نظر مقررات شکلی حاکم بر آیین دادرسی، مصوبات شورا قابل اجراست و چنانچه خلائی وجود داشته باشد، طبق ماده ۴۴ خود دیوان داوری تعیین تکلیف خواهد کرد. هم‌اکنون

1. Mutatis Mutandis.

۲. ماده ۶ قواعد رسیدگی شکلی.

دیوان داوری مرکز براساس مقررات شکلی آیین رسیدگی داوری مصوب سال ۱۹۶۵ م. و اصلاحات بعدی عمل می‌کند.

اما از نظر قانون ماهوی که دیوان در ماهیت اختلاف آن را اعمال خواهد کرد، براساس ماده ۴۲، قانون قابل اعمال در دعوا، طبق تراضی طرفین تعیین و دیوان داوری موظف به رعایت آن است و در صورتی که توافقی در این زمینه نباشد، اختلاف بر مبنای قانون کشور طرف اختلاف، از جمله قواعد حلّ تعارض آن، حلّ و فصل می‌شود و فقط در صورتی که از این راهها اختلاف قابل حلّ و فصل نباشد، مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل قاطع دعوا خواهد بود. در نهایت، چنانچه طرفین موافقت کنند، طبق بند ۳ ماده ۴۲ دیوان براساس عدالت و انصاف<sup>۱</sup> رأی خواهد داد.

در خصوص اعمال قانون ماهوی، نظام ایکسید حتی از پاره‌ای از نهادهای قضایی بین‌المللی؛ مثل دیوان بین‌المللی دادگستری پیشرفته‌تر است؛ زیرا برخلاف ماده ۳۸ اساسنامه آن دیوان، در قسمت دوم ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید به داور اجازه نمی‌دهد به «فقدان قانون»<sup>۲</sup> استناد و از صدور رأی امتناع کند.

### حکم داوری، شناسایی و اجرای آن

مواد ۴۸-۵۵ کنوانسیون به رأی داوری صادر شده در چارچوب کنوانسیون ایکسید می‌پردازد.

بخش چهارم کنوانسیون (مواد ۴۸ و ۴۹) به محتوا و شرایط رسمی رأی و به اختیار دیوان در اصلاح اشتباهاتی که ممکن است از سوی داوران رخ داده باشد، توجه دارد.

بخش پنجم کنوانسیون (مواد ۵۰-۵۲) به تفسیر، تجدید نظر و ابطال رأی اختصاص دارد. تفسیر و تجدید نظر رأی داوری معمولاً در هر مکانیسم و مؤسسات بین‌المللی داوری سازمانی و یا خاص پیش‌بینی شده است و باید از سوی دیوان

1. Ex Aequo et Bono.

2. Non Liquet.

داوری که رأی را صادر کرده است، به اجرا درآید. همچنین ماده ۵۲ کنوانسیون که ابطال رأی داوری را به طور مفصل شرح می‌دهد، قابل توجه است. قصد دولتهای متعاقد برای مستثنا و یا حداقل محدود کردن دخالت دادگاههای داخلی در مکانیسم حلّ و فصل اختلافات ایکسید به روشنی در این ماده دیده می‌شود. در مقایسه با قواعد دیگر، نظام ایکسید دارای سیستمی از ابطال رأی است که دادگاههای داخلی را از مداخله در آرای ایکسید ممنوع می‌سازد. این امر در نوع خود پیشرفت قابل توجه‌ای در زمینه حقوق حلّ و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری است.

بخش ششم کنوانسیون (مواد ۵۳-۵۵) به شناسایی و اجرای رأی داوری مربوط می‌شود. مقررات این بخش از کنوانسیون، دخالت دادگاههای داخلی را به کمترین حد می‌رساند؛ لذا آرای صادره دیوان داوری مرکز، قابل بررسی در دادگاههای داخلی نیست و فقط از سوی کمیته‌ای اختصاصی<sup>۱</sup> تنها در موارد خاص قابل ابطال است که از آن جمله است: عدم اعمال قانون تعیین شده و تجاوز داوران از اختیارات.

ماده ۵۴ کنوانسیون، مقررات ویژه‌ای را برای شناسایی و اجرای حکم داوری دربردارد. این مقررات به صورت زیر بیان شده است:

۱. هر دولت طرف قرارداد باید رأی را که براساس کنوانسیون ایکسید صادر شده است، به رسمیت شناخته و تعهداتی را که آن رأی در قلمرو آن کشور ایجاد می‌کند، شناسایی کند به نحوی که گویی از دادگاه داخلی خودش صادر شده است. اگر دولت عضو کنوانسیون دارای قانون اساسی فدرال باشد، باید چنین رأی را از طریق دادگاههای فدرال خود به اجرا گذارد و از آن دادگاهها بخواهد که با چنین رأی، مانند رأی نهایی صادره از دادگاههای همان دولت برخورد نمایند.

۲. طرفی که به دنبال شناسایی یا اجرای رأی در قلمرو یک دولت متعاقد است، باید یک نسخه از رأی را که از سوی دبیر کل تأیید شده است، به دادگاه صالح یا

1. Ad Hoc.

مقام دیگری که آن دولت به این منظور مشخص کرده است، تسلیم کند. هر یک از دولت‌های عضو کنوانسیون باید دبیر کل را از دادگاه صالح تعیین شده و یا مقام صالح مشخص شده برای این منظور و از تغییرات بعدی در این زمینه آگاه سازد.

۳. اجرای رأی باید طبق قوانینی باشد که بر اجرای آرای لازم‌الاجرا در کشوری که رأی در قلمروش اجرا می‌شود، حاکم است.

### رویه قضایی دیوانهای داوری مرکز تاکنون

رویه قضایی داوریهای مرکز، یکی از منابع غنی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. این امر، مرهون سابقه طولانی مرکز، مقررات قابل انعطاف آن و اعتماد دولتها و بازرگانان می‌باشد؛ مثلاً به رغم بی‌ رغبتی‌ای که از گذشته نسبت به داوری در منطقه آمریکای لاتین وجود داشته است، از زمان پیوستن آرژانتین به کنوانسیون ایکسید در ۱۹۹۴ م. این کشور در ده مورد دعوای سرمایه‌گذاری نزد دیوان داوری مرکز درگیر بوده است که همگی این دعوای ناشی از روند خصوصی‌سازی در آن کشور می‌باشد.

دعای مطرح شده در حدود چهار سال حیات مرکز دارای عناوین متعددی است؛ برای مثال دعای مربوط به پروژه ساخت کارخانه برق، فسخ گواهی بانکی، تولید پارچه، ساخت هتل و بیمارستان، تولید و استخراج نفت و گاز و طلا را می‌توان نام برد.

مرکز از اواسط دهه ۱۹۸۰ تاکنون صلاحیت خود را از طریق رضایت طرفین در قراردادهای سرمایه‌گذاری و یا در اسناد مشابه تحصیل کرده است. اکثر دعوای‌ای که هم‌اکنون نزد مرکز مطرح است، به منازعات داخلی، سلب مالکیت، امتناع از دادخواهی و... مربوط بوده و تعداد اندکی از دعوای، منحصراً درباره اجرای قراردادهای منعقد سرمایه‌گذاری است.

افزایش تعداد موافقت‌نامه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری افزایش تعداد دعوای در این زمینه را در پی داشته است. هم‌اکنون حدود دو هزار معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری وجود دارد که اکثر آنها دارای شرط ارجاع به داوری مرکز می‌باشد.

همچنین اکثر این موافقت‌نامه‌ها دارای شرط دولت کامله‌الوداد،<sup>۱</sup> تضمین رفتار برابر و منصفانه با سرمایه‌گذار خارجی و ممنوعیت سلب مالکیت از سرمایه‌گذاریهای خارجی است؛ مگر در شرایط استثنایی و به شرط اینکه آن سلب مالکیت در جهت منافع عمومی بوده و خسارات آن فوری، کافی و مؤثر پرداخت شود. از یک صد فقره دعوای مطرح شده نزد مرکز تا آوریل ۲۰۰۲ (که ۶۰ مورد آن در پنج سال قبل از این تاریخ مطرح شده است) تا تاریخ نگارش این مقاله، ۶۹ فقره آنها از سوی مرکز تصمیم‌گیری شده که اکثر آنها از طریق دیوان داوری بوده است. همچنین هم‌اکنون تعداد ۴۵ فقره دعوای نزد مرکز در نوبت رسیدگی می‌باشد. در میان دعوای اخیر، موضوعات مربوط به موافقت‌نامه خدمات آب و فاضلاب، ساخت آزاد راه، انتقال گاز طبیعی، ساخت مجموعه منازل مسکونی و توسعه میادین گاز و نفت وجود دارد.

### ایران و کنوانسیون ایکسید

چون سرمایه‌گذاری می‌تواند نقشی حیاتی در توسعه پایدار داشته باشد،<sup>۲</sup> ایران در ده سال گذشته تحولات ساختاری زیادی را در زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی آغاز کرده و علاقه آشکاری به حمایت و ترویج سرمایه‌گذاری خارجی از خود نشان داده است و متعاقباً موافقت‌نامه‌هایی برای حمایت و تشویق سرمایه‌گذاریهای متقابل با برخی از کشورها منعقد کرده است که در این میان موافقت‌نامه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری در بخش نفت، گاز و پتروشیمی بیشتر است. گرچه ایران عضو بانک جهانی است، به رغم ضرورت، تاکنون کنوانسیون ایکسید را امضا و تصویب نکرده و از این رو متعهد به اجرای مفاد آن و برخوردار از امتیازات و حقوق مربوط به آن نیست.

1. Most Favoured Nation.

۲. ر.ک: سند مجمع عمومی سازمان ملل با عنوان «نتیجه نهایی کنفرانس بین‌المللی تأمین سرمایه برای توسعه»، اجماع مونتری، ۱۳-۳۰ ژانویه ۲۰۰۲، ترجمه مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، A/AC.257/L.13، ۱۳۸۱.



ایران دچار بیکاری است و به گفته متخصصان، اکنون اصلی ترین چالش دولت، اشتغال است. در حالی که گفته می شود بیش از ۳/۵ میلیون بیکار در کشور وجود دارد، ورودی کشور به بازار کار بین ۷۰۰ تا ۸۰۰ هزار نفر در سال است. حتی در حالت نرمال، منابع داخلی ایران برای اشتغال کافی نیست و رهایی از این وضعیت نیاز به سرمایه گذاری خارجی دارد.

بر اساس برنامه توسعه سوم کشور، ایران تا سال ۱۳۸۴ برای اینکه بتواند هر ساله تا یک میلیون شغل ایجاد کند، به دنبال هفت درصد افزایش سالانه در سرمایه گذاری است. بدیهی ترین نیاز سرمایه گذاری، امنیت است و اصلی ترین عنصر امنیت، تأمینات لازم حقوقی. در میان تضمینات حقوقی، حلّ و فصل اختلافات با خارجیان سرمایه گذار از طریق داوری بین المللی (از جمله داوری ایکسید) نقشی کلیدی در حصول اطمینان آنان نسبت به احقاق حقّ خود در مواقع ضروری دارد.

بر اساس قانون سال ۱۳۳۳ ه.ش جذب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی در ایران که آیین نامه اجرایی آن در سال ۱۳۳۴ ه.ش تصویب شد، به همه اتباع و شرکتهای متعلق به کشورهای بیگانه که از سوی ایران به رسمیت شناخته شده بودند و متقابلاً به اتباع و شرکتهای ایرانی تسهیلات لازم را برای فعالیتهای اقتصادی فراهم می کردند، اجازه فعالیت در ایران داده شده بود و اگر اختلافی بین دولت ایران و سرمایه گذار خارجی درباره سرمایه گذاری و یا پرداخت خسارت ناشی از آن به وجود می آمد، دادگاههای صالح ایران می توانستند به صدور رأی و حلّ و فصل آن اقدام کنند.

قانون جدید سرمایه گذاری خارجی ایران در خرداد ماه ۱۳۸۱ ه.ش به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسید. این قانون بسیاری از محدودیتهای خاص در خصوص این موضوع از بین برده است. از جمله این قانون از سرمایه های خارجی در برابر توقیف و مصادره حمایت و سرمایه گذاران خارجی را دارای همان حقوقی می داند که به سرمایه گذاران خصوصی و دولتی داده شده است. همچنین به آنان تضمین می دهد که می توانند سرمایه و سود خود را به صورت ارز از ایران خارج کنند و اگر

به دلیل پیچیدگیهای قانونی، خسارتی به آنان وارد گردد، جبران خسارت شود. در همین راستا، دولت جدید نیز تا حدود زیادی کنترل قیمتها را حذف و موانع و محدودیتهای تبدیل ارز را برطرف کرده است؛ از جمله، سیستم چند نرخ ارز را از بین برده و به طور چشمگیری نرخهای مالیات را برای آنان کاهش داده است.

قوانین جدید، قانونی بودن مالکیت خارجی را تا ۴۹ درصد مشارکتهای بین المللی<sup>۱</sup> به رسمیت می شناسد و شرایط مساعدتری را برای خروج سرمایه و منافع آن از کشور پیش بینی می کند. اما این قانون دارای مشکلاتی مانند پیچیدگی بسیار و عدم جامعیت لازم است. یادآور می گردد این قانون در شورای نگهبان رد شد؛ زیرا این شورا معتقد بود این قانون استقلال و تمامیت ارضی کشور را به خطر می اندازد و سبب نفوذ سرمایه گذاران خارجی و تسلط نهایی آنان بر اقتصاد کشور می شود. ولی مجمع تشخیص مصلحت نظام که قبلاً نیز قانون فعالیت بانکهای خصوصی و قانون تأسیس مناطق آزاد تجاری را به رغم رد شدن در شورای نگهبان تصویب کرده بود، در اینجا نیز استدلال شورای نگهبان را نپذیرفت و به تصویب آن رأی داد.

نفت، عمده ترین منبع ارزی ایران است و همراه با گاز، مهم ترین بخش وابسته به سرمایه گذاری خارجی است، ولی قانون اساسی کشور، دادن امتیاز بهره برداری از نفت را به خارجیان ممنوع کرده است. با این حال، قانون نفت سال ۱۳۶۵ ه.ش اجازه می دهد قراردادهای نفتی بین وزارت نفت و شرکتهای اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی منعقد گردد. به همین دلیل ارزش قراردادهایی به سبک سرمایه گذاری «خرید متقابل»<sup>۲</sup> در سال ۱۹۹۸ م. به میزان ۸ میلیارد دلار بود. اخیراً وزیر نفت کشور اعلام کرد که با توجه به قراردادهای افزایش تولید نفت خام، تولید ایران تا سال ۱۳۸۴ ه.ش به حدود ۵ میلیون بشکه در روز خواهد رسید. وی یادآور شد که اکنون حدود ۵ میلیارد دلار در صنعت پتروشیمی سرمایه گذاری می شود. در سالهای اخیر حدود ۱۴ میلیارد دلار قرارداد خرید متقابل و فاینانس

1. Joint Ventures.

2. Buyback.

خودگردان در بخش تولید نفت و گاز و دیگر هیدروکربورها منعقد شده است. با این حال، ایران به دلیل محدودیت منابع سرمایه داخلی، سالانه به بیش از ۱۰ بیلیون دلار سرمایه گذاری خارجی، خصوصاً در بخش انرژی نیاز دارد. افزایش این سرمایه گذاریها ممکن است دعاوی ای را در پی داشته باشد که باید به روش مسالمت آمیز (مانند داوری) حل و فصل گردد.

رویه عملی دستگاههای دولتی در زمینه ارجاع اختلافات خود با طرفهای خارجی به داوری، عمل به اصل ۱۳۹ قانون اساسی را نشان می دهد و مؤسسات دولتی در موارد لزوم، از هیئت دولت درخواست مجوز داوری کرده اند.<sup>۱</sup> وزارت نفت بدون کسب اجازه موردی از قوه مقننه و به استناد مواد ۳۵ و ۶۶ اساسنامه شرکت ملی نفت ایران با سرمایه گذاران خارجی قرارداد منعقد کرده و اختلافاتش را به داوری می برد و استدلال می کند که پس از انقلاب، این اساسنامه به تأیید شورای نگهبان رسیده است و در صورت مخالفت آن با شرع یا قانون اساسی، شورای نگهبان آن را تأیید نمی کرد. بعلاوه، این شورا تاکنون تفسیری از اصل ۱۳۹ ارائه نکرده و در فقدان آن، ممنوعیتی برای آن وزارتخانه وجود ندارد. ولی باید توجه داشت که این اصل در عصر بدبینی کشور نسبت به حقوق بین الملل نوشته شده و به نظر می رسد با نگاه فعلی ایران به این حقوق همخوانی ندارد.

تحوّلات چند ساله اخیر ایران از اعتماد بیشتر این کشور به نظام بین المللی حکایت دارد. باید گفت تصویب قانون داوری تجاری بین المللی برای کشور، «حرکت به سمت ایجاد مرکز داوری تجاری منطقه ای در تهران»، «تصویب کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی»<sup>۲</sup>،

۱. ر.ک: مصطفی شهابی، *داوری در قانون اساسی*، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۷۰، ص ۳۲-۳۹.

اصل ۱۳۹ قانون اساسی می گوید: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.»

۲. ر.ک: *مجله حقوقی*، شماره ۱۴-۱۵، سال ۱۳۷۰، بخش اسناد بین المللی.

«اظهار علاقه شدید و تلاش هفت ساله ایران جهت پیوستن به سیستم تجارت آزاد WTO» که ممکن است مهم ترین منبع تأمین سرمایه برای توسعه باشد، همگی نشانه اراده کشور به حذف موانع جدی در مقابل سرمایه گذاری خارجی است. از دیگر اقدامات در این زمینه می توان «اصلاح قانون مالیاتها از سوی مجلس»، «یکسان سازی نرخ ارز»، «تأسیس مناطق تجاری آزاد و سرمایه گذاری خارجی در این مناطق» (قانون سال ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ م.)<sup>۱</sup> را نام برد.

ایران به دلیل پذیرش کنوانسیون ۱۹۵۸ م. نیویورک ناگزیر به شناسایی احکام صادر شده از سوی دیوان داوری مرکز می باشد، مشروط به اینکه با ایرادات اساسی مواجه نباشد؛ زیرا این کنوانسیون هم اکنون جزئی از حقوق داخلی ایران محسوب می شود.<sup>۲</sup> طبق این کنوانسیون متعاهدین به رسمیت شناختن احکام داوری خارجی؛ از جمله آرای داوری ایکسید و اجرای آنها در قلمرو خود ملزم هستند. بنابراین با الحاق به این کنوانسیون، دیگر نمی توان صرفاً به مقررات فصل نهم (مواد ۱۶۹-۱۷۹) قانون اجرای احکام مدنی مصوب آبان ماه ۱۳۵۶ ش. در خصوص احکام و اسناد لازم الاجرای کشورهای خارجی و مواد ۹۷۲-۹۷۵ قانون مدنی به بعد استناد کرد؛ زیرا قوانین داخلی ایران در حال حاضر پاسخگوی نیازهای این بخش رو به گسترش که به سرعت به طرف وحدت حقوقی بین المللی حرکت می کند، نمی باشد.<sup>۳</sup>

بی شک نظام حقوقی هر کشور باید بتواند از فرسودگی خود جلوگیری کند. مدتها دادگاه داوری لندن به دلیل مداخله های زیاد دادگاههای داخلی انگلیس با موانع جدی روبه رو بود، بالاخره پس از چندین بار اصلاحات در قانون داوری سال ۱۹۵۰ م. و آخرین تغییرات در سال ۱۹۹۷ م. و ایجاد تسهیلات برای داوری بین المللی، کانون توجه بیشتری گردیده است. گرچه ایران در سالهای اخیر، قانون

۱. از امتیازات پیش بینی شده برای سرمایه گذاران در این مناطق تجاری، معافیت مالیاتی ۱۵ ساله از زمان شروع عملیات است.

۲. کنوانسیون ۱۹۵۸ م. از ۲۳ دی ماه ۱۳۸۰ ش. نسبت به ایران لازم الاجرا گردیده است.

3. Cf. UN General Assembly Resolution, 40/72, 11 Dec. 1985, Para.2.

داوری تجاری بین‌المللی خود را تا مقدار زیادی هماهنگ با «قوانین آنسیترال» به تصویب رسانده است، سرمایه‌گذاران خصوصی و دولتهای متبوع آنها ترجیح می‌دهند اختلافات خود را از طریق داوری بین‌المللی خصوصاً به شکلی سازمانی حل و فصل کنند. ایران مدتهاست از آیین رسیدگی داوری آنسیترال در حل و فصل دعاویش با آمریکا استفاده می‌کند و سالهاست از اتاق بازرگانی بین‌المللی و مقررات و رویه‌های متحدالشکل آن بهره می‌برد؛ برای مثال تقریباً کلیه بانکهای ایران عملیات بانکی خود را بر پایه مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی بانکی اتاق بازرگانی بین‌المللی انجام می‌دهند. در حالی که نه مقررات آنسیترال و نه قواعد حاکم بر اتاق بازرگانی بین‌المللی تفاوت ماهوی با چارچوب ایکسید ندارند. حتی داوری ایکسید از تخصص بالاتری نسبت به داوری آنسیترال و اتاق بازرگانی بین‌المللی در زمینه دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری برخوردار است.

با توجه به ماده ۷۰ و بند «د» ماده ۷۵ کنوانسیون ایکسید، ایران می‌تواند آن کنوانسیون را بپذیرد، ولی موارد خاص مورد نظر خود را از صلاحیت دیوان داوری آن استثنا کند، یعنی استفاده از «حق شرط». این امر به نحو دیگری در بند ۴ ماده ۲۵ که به دولت عضو اجازه می‌دهد از قبل، نوع خاص دعوی را که در صلاحیت مرکز قرار می‌گیرد اعلام کند، تأیید شده است. همچنین طبق ماده ۷۱ هر دولتی می‌تواند به صورت آزمایشی کنوانسیون را بپذیرد و در صورت پیدایش عوارض و تبعات منفی آن بر سرمایه‌گذاری خارجی در کشورش به عضویت خود خاتمه دهد. بعلاوه، وقتی بند ۱ ماده ۲۵ فقط دعاوی حقوقی و از میان آنها فقط دعاوی ای را که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری است، در صلاحیت دیوان داوری قرار می‌دهد، به نظر می‌رسد نباید جای نگرانی وجود داشته باشد. در نهایت، چنانچه در ارتباط با تفسیر یا اجرای کنوانسیون اختلافی به وجود آید که نتوان آن را از طریق مذاکره حل کرد یا طرفین روش دیگری را انتخاب نکنند، به تقاضای هر یک از طرفین آن اختلاف، دیوان بین‌المللی دادگستری مقام صالح برای رسیدگی خواهد بود که این نیز ممکن است نوعی حمایت از منافع کشورهای سرمایه‌پذیر باشد.

با قبول صلاحیت مرکز فقط در صورتی که دولت طرف اختلاف از اجرای حکم داوری امتناع کند، کشور متبوع سرمایه‌گذار طرف اختلاف می‌تواند از او حمایت سیاسی مورد نظر حقوق بین‌الملل را به عمل آورد<sup>۱</sup> که این نیز ممکن است باعث تشویق دولت ایران در پیوستن به کنوانسیون تلقی گردد. شرط ذیل ماده ۲۶ نیز حمایت دیگری برای دولتها محسوب می‌شود؛ زیرا هر دولت متعاقد می‌تواند رضایت به رسیدگی داوری ایکسید را مشروط به مراجعه قبلی تبعه خارجی به مراجع اداری و قضایی خود کند. همچنین به استناد ماده ۵۵ و با توجه به اصل مصونیت دولتها که ناشی از اصل حاکمیت است، در صورتی که احکام صادره از دیوان داوری خارج از چارچوب اعمال تصدی دولت باشد، یعنی به اعمال حاکمیت آن دولت مربوط شود، آن احکام قابل اجرا نیست.

با توجه به موارد فوق به نظر می‌رسد تأخیر در پذیرش کنوانسیون از طرف ایران فاقد توجیه حقوقی باشد. وقتی ایران در مقابل آمریکا که آن را «شیطان بزرگ» می‌خواند، سابقه ۲۳ ساله حل و فصل مسالمت‌آمیز هزاران اختلاف از طریق داوری را دارد و دو دولت در این مسیر برای اجرای آرای صادره از دیوانی که به این منظور ایجاد شده از مصونیت حاکمیتی خود صرف نظر کرده‌اند، دلیلی برای نپیوستن به این کنوانسیون و قبول داوری آن وجود ندارد.

### نتیجه

در مقدمه کنوانسیون ایکسید آمده است که معمولاً دعاوی سرمایه‌گذاری از طریق نظامهای حقوقی داخلی حل و فصل می‌شود، ولی روشهای بین‌المللی حل و فصل اختلاف ممکن است در پاره‌ای موارد مناسب‌تر باشد. در این راستا حقوق بین‌الملل نوینی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی به وجود آمده است تا بتواند به خواسته‌های اقتصاد و تجارت جهانی پاسخگو باشد. به همین دلیل، تغییرات عمده‌ای در مقررات سنتی حاکم بر سرمایه‌گذاری در جامعه بین‌المللی دیده می‌شود.

۱. بند ۱ ماده ۲۷.

از خصوصیات حقوق بین‌الملل معاصر، فرسایش حاکمیت مطلق دولتهاست. گرچه این موضوع هم در خصوص اعمال حاکمیت و هم اعمال تصدّی دولتها مشاهده می‌شود، در مورد اخیر بیشتر قابل توجه است. این امر به خصوص در زمینه قانون و مرجع رسیدگی حاکم بر حلّ و فصل دعاوی، از جمله داوری ایکسید مشهود است. برای حمایت از سرمایه گذاری، کنوانسیون ایکسید مجموعه مقررات خاصی را در مورد سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر وضع کرده است. اگرچه مراجعه به مرکز اختیاری است، براساس کنوانسیون، طرفین اختلاف موظف به اجرای رأی دیوان داوری هستند. از آرای دیوان نمی‌توان پژوهش خواهی نمود و در شرایط خاصی فقط می‌توان در همان مرجع صادرکننده به رأی اعتراض کرد. هر کشور عضو حتی اگر طرف دعوا نباشد، مکلف به شناسایی و اجرای احکام داوری مرکز می‌باشد.

برای جذب سرمایه گذاری خارجی، دولتها ناگزیر به رعایت کلیه حقوق سرمایه گذاران، از جمله ایجاد راههای مناسب در خصوص اقامه دعوا و احقاق حق آنها هستند؛ زیرا سرمایه گذاری از چارچوب انحصاری صلاحیت ملی کشورها خارج شده است. زمان اینکه هر دولت فقط قوانین و مراجع رسیدگی خود را بر اختلافات بین‌المللی حاکم بداند، پایان یافته است. گرایش جهانی به سمت مراجع داوری بین‌المللی است که اختلافات را بی‌طرفانه و دور از تعصبات دادگاههای داخلی نسبت به اتباع خودی، حلّ و فصل کنند.

ایران به عنوان کشوری که شدیداً وابسته به سرمایه گذاری خارجی است در سالهای اخیر سیاستهای متعددی را برای جذب سرمایه افراد و شرکتهای خارجی اتخاذ کرده است. طبیعی است دیدگاههای تازه نسبت به سرمایه گذاری خارجی متضمن قبول سیستمهای حلّ و فصل اختلاف اسناد مربوط نیز می‌باشد؛ از این رو، ایران باید موضع خود را در قبال مرکز و آیین داوری آن روشن سازد. جهانی شدن حقوق، مسئله سرمایه گذاری را نیز از محدوده سنتی حقوق داخلی خارج و اختلافات ناشی از سرمایه گذاری را از صلاحیت انحصاری دادگاههای کشور سرمایه پذیر خارج ساخته است. پذیرش سیستم حلّ و فصل اختلافات از طریق

داوری ایکسید گامی برای ارتقای سطح سرمایه گذاری خارجی در ایران خواهد بود.

نگارنده نیز معتقد است:

قبول عام داوری تجاری بین‌المللی در سطح جهان و روی آوردن عمده کشورهای به این مراجع به مثابه سیلی است که خواسته یا ناخواسته، کشور ما را دربرمی‌گیرد و عدم تنظیم و تصویب مقرراتی مناسب با این روش حلّ و فصل اختلافات، یکی از علل قابل توجه انزوای تجاری و اقتصادی ایران خواهد بود.<sup>۱</sup>

براساس برنامه توسعه سوم (خصوصاً مواد ۱۸۴-۱۸۶) پیوستن به اتحادیه‌های بین‌المللی و گسترش همکاریهای دو جانبه، منطقه‌ای و بین‌المللی، از اولویتهای دولت است.<sup>۲</sup> بجاست که ایران با پرهیز از موضع انفعالی، نسبت به بسیاری از معاهدات بین‌المللی، بحث الحاق به کنوانسیون ایکسید را آغاز و با پیوستن به این کنوانسیون و پذیرش سیستم داوری آن، گامی مؤثر در توسعه سرمایه گذاری خارجی بردارد.

۱. لعیا جنیدی، *قانون داوری تجاری بین‌المللی*، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۷.

۲. ر.ک: مرکز مدارک اقتصادی - اجتماعی و انتشارات، *قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۹-۱۳۸۳ ش.)*، مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۹.

# ارزیابی حکم قطعی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص پرونده سکوه‌های نفتی ایران

□ دکتر محمدعلی پاک‌شیر  
□ استادیار وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

چکیده:

وقوع حملات گسترده نظامی آمریکا به سکوه‌های نفتی ایران در خلیج فارس در اواخر جنگ تحمیلی عراق علیه ایران و وارد آمدن صدمات و خسارات فراوان اقتصادی به صادرات نفت ایران و همچنین امتناع دولت آمریکا در پذیرش آثار حقوقی مسئولیت خود، توجه متولیان تعقیب دعاوی بین‌المللی ایران را به توسل به رسیدگی قضایی بین‌المللی معطوف ساخت. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز پس از یازده سال (طولانی‌ترین زمان رسیدگی دیوان) حکم نهایی خود را در پرونده سکوه‌های نفتی به طرفیت آمریکا صادر کرد. هر چند که دیوان در حکم نهایی خود در قالب الفاظ و عبارات حقوقی به خواسته‌های رسمی ایران پاسخ منفی داد، با اختصاص بخش عظیمی از استدلالات خود، به خواسته ضمیمی ایران مبنی بر اعلام عدم مشروعیت حملات نظامی آمریکا جامعه عمل پوشاند.

در این مقاله، با تجزیه و تحلیل استدلالات دیوان در سه سطح «ردّ

**درخواست غرامت ایران»، «رد درخواست غرامت آمریکا» و «رد ادعای دفاع مشروع آمریکا» و با توجه به ظرفیتهای بالقوه این حکم، راهکار فراروی دولت جمهوری اسلامی ایران مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در پایان پیشنهاد شده است که دولت جمهوری اسلامی ایران به منظور ایجاد تعادل در حجم و میزان درخواستهای دو طرف و به استناد بند نخست حکم قطعی دیوان، خواستار دریافت غرامت از دولت آمریکا بابت تخریب سکوهای نفتی خود شود.**

کلید واژگان: دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهده دوستی و موادت ۱۹۵۵ م.، آزادی تجاری و کشتیرانی، دفاع مشروع، غرامت، مسئولیت بین‌المللی.

### مقدمه

یکی از مسائل بسیار مهمی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی همیشه ذهن مسئولان دولت جمهوری اسلامی ایران را به خود جلب کرده، نحوه حل و فصل اختلافات متعدد حقوقی ایران با سایر دولتها، از جمله ایالات متحده آمریکا است. با پیروزی انقلاب اسلامی، منافع اتباع و شرکتهای آمریکایی که سالیان متمادی در صنایع، معادن و بخشهای خدماتی ایران سرمایه گذاری کرده بودند، به خطر افتاد و با توسعه سیاست ملی کردن در سطح کشور، نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از آن اهمیتی فزاینده یافت. به طور کلی، در حقوق بین‌الملل عمومی، دولتها غیر از راههای سیاسی، از دوروش «رسیدگی قضایی» و «داوری بین‌المللی» نیز برای حل و فصل اختلافات خود با سایر دولتها بهره می‌برند. جمهوری اسلامی ایران برای حل و فصل اختلافات متعدد حقوقی خود با دولت آمریکا به هر دو روش متوسل شده است؛ بدین معنا که با امضای «بیانیه الجزایر» و تشکیل «دیوان داوری دعوای ایران و آمریکا»، هزاران پرونده مورد اختلاف دو طرف به این دیوان ارجاع شد و تلاش هر دو طرف بر این بود که به منظور تعیین تکلیف اموال و اختلافات ناشی از سرمایه گذاری از اهرم داوری بین‌المللی استفاده کنند. در حقیقت روش توسل به داوری بین‌المللی، به گونه‌ای مورد قبول نظام حقوقی ایران قرار گرفته است و تجربه ۲۳ ساله دیوان داوری دعوای ایران و آمریکا نیز مؤید این پذیرش است.

سطح اختلافات حقوقی ایران و آمریکا صرفاً به مسائل مربوط به سرمایه گذاری

اتباع آمریکایی در ایران محدود نیست. ساقط شدن هواپیمای مسافربری ایرباس ایران با بیش از ۲۹۰ مسافر در خلیج فارس توسط آمریکا و حملات متعدد این کشور به سکوهای نفتی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۷ م. و ۱۸ آوریل ۱۹۸۸ م. و وارد شدن خسارات فراوان اقتصادی به دولت جمهوری اسلامی ایران، سبب افزایش دامنه اختلافات دو کشور شده است. این دو پرونده از نظر جمهوری اسلامی ایران به حدی دارای اهمیت بود که حل و فصل آنها از راه داوری بین‌المللی مورد قبول دو دولت، میسر نبود و لزوماً روش دیگر حل اختلافات حقوقی، یعنی «رسیدگی قضایی بین‌المللی» مورد توجه متولیان پی‌گیری دعوای بین‌المللی ایران قرار گرفت.

از منظر قواعد حقوق بین‌الملل، رسیدگی قضایی، مستلزم ارائه و ثبت دادخواست علیه دولت خوانده در «دیوان بین‌المللی دادگستری» می‌باشد.<sup>۱</sup> جمهوری اسلامی ایران اولین دعوای خود را در این دیوان به خواسته محکومیت ایالات متحده آمریکا در سقوط هواپیمای مسافربری ایران مطرح کرد که به دلیل موافقت آمریکا نسبت به پرداخت خسارت هواپیما به دولت ایران و غرامت به خانواده‌های قربانیان حادثه، پرونده با موافقت دو طرف، مختمه اعلام گردید و دادگاه نیز این موافقت را به رسمیت شناخت.

اما در خصوص حملات آمریکا به سکوهای نفتی ایران در خلیج فارس که در اواخر سالهای جنگ عراق علیه ایران صورت گرفت، وضعیت به گونه‌ای دیگر بود. جمهوری اسلامی ایران در اثر این حملات، آسیبهای اقتصادی فراوانی را متحمل شد و از سقف صادرات نفت ایران بیش از ۵۲۰ هزار بشکه در روز کاسته شد. بدیهی است که جبران این ضرر اقتصادی با مذاکره و یا میانجیگری اشخاص ثالث، قابل حل و فصل نبود؛ بنابراین، به دلیل امتناع آمریکا به پذیرش مسئولیت این حملات، جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۲ نوامبر ۱۹۹۲ م.، دادخواست خود را

۱. «دیوان بین‌المللی دادگستری» که جانشین سلف خود، یعنی «دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری» است، پس از جنگ جهانی دوم و براساس اصول مندرج در منشور ملل متحد تأسیس شد. این دادگاه رکن قضایی سازمان ملل متحد است که صرفاً به دعوای بین دولتها رسیدگی می‌کند.

علیه ایالات متحده به خواسته محکومیت آن دولت، تسلیم دیوان بین‌المللی دادگستری کرد.

بی‌شک پرونده سکوهای نفتی از مهم‌ترین پرونده‌هایی است که تاکنون ایران در دیوان مطرح کرده است؛ به بیان دیگر، هیچ‌یک از پرونده‌هایی که تاکنون در این دیوان، له یا علیه ایران مطرح شده است، از نظر میزان خواسته، پیچیدگی مسائل حقوقی بین‌المللی مطرح شده و مورد ادعای دو طرف، وسعت ابعاد بین‌المللی و ملی آن، بسان این پرونده نبوده است.

از سال ۱۹۴۵ م. (سال تأسیس دیوان بین‌المللی دادگستری) تا ۱۹۷۹ م. (سال پیروزی انقلاب اسلامی)، ایران هیچ‌گاه در مقام خواهان و در محضر دیوان، به ثبت دادخواست مبادرت نکرده بود، اما دولتهایی چون انگلستان و ایالات متحده، در دو پرونده ملی شدن صنعت نفت و گروگان‌گیری اتباع آمریکایی در تهران، علیه ایران دادخواست به ثبت رسانده بودند. در عرصه حقوق بین‌الملل، حرکت تهاجمی ایران در سال ۱۹۹۲ م. علیه آمریکا که ناشی از حملات غیرمشروع این کشور علیه سکوهای نفتی جمهوری اسلامی ایران بود، حرکتی مهم و ارزنده برای ایران و سایر کشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه محسوب می‌شود. از این رو، رأی دیوان در این پرونده، بر دیدگاه ملت‌های در حال توسعه نسبت به کارایی و قابلیت حل حقوقی اختلافها بین‌المللی توسط این دیوان، تأثیراتی شگرف خواهد گذاشت. استقبال کشورهای جهان سوم از این محکمه به خصوص از اوایل دهه ۱۹۸۰ م. تاکنون، از رشدی فزاینده برخوردار بوده است. از دو دهه پیش تاکنون، کشورهای جهان سوم، دیوان بین‌المللی دادگستری را تقریباً مأمون و مأوایی برای تظلم‌خواهی خود و برقراری عدالت در سطح بین‌المللی دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

۱. نمونه قابل توجه آن، دادخواست دولت نیکاراگوئه علیه ایالات متحده در اوایل دهه ۱۹۸۰ م. است که نهایتاً دادگاه در سال ۱۹۸۶ م. با صدور حکمی، اقدامات نظامی و اطلاعاتی در سواحل نیکاراگوئه و کارگذاشتن مین در منطقه وسیعی از آبهای این کشور توسط ایالات متحده را محکوم کرد. ر.ک: I.C.J. Reports, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, 1986.

با توجه به این پیشینه و وجاهت و مقبولیت خاصی که این دیوان در طول دو دهه گذشته برای خود در میان کشورهای در حال توسعه پیدا کرده است، انتظار می‌رود این مرجع قضایی بین‌المللی بتواند در آینده نیز همچنان اعتبار خود را به عنوان یک نهاد مورد اطمینان بین‌المللی حفظ کند.

### پیشینه پرونده سکوهای نفتی و نتایج دادرسی دیوان

شرکت ملی نفت ایران تأسیسات نفتی متعددی در فلات قاره و منطقه انحصاری اقتصادی ایران در خلیج فارس دارد. تأسیسات نفتی «رشادت» و «رسالت» و سکوهای نفتی آنها که چهل حلقه چاه نفت را به هم متصل می‌کند، برای تولید روزانه حدود ۲۰۰ هزار بشکه نفت احداث شده بود. این تأسیسات، نفت را از این چاهها جمع‌آوری و با انتقال آن به جزیره «لاوان»، برای صدور به خارج آماده می‌کرد. تأسیسات نفتی «نصر» و «سلمان» و سکوهای مستقر در آنها نیز مشتمل بر ۳۸ حلقه چاه برای تولید روزانه حدود ۳۲۰ هزار بشکه نفت بود که از جزیره «سیری» صادر می‌شد. در طول جنگ تحمیلی، عراق با حملات مکرر خود به سکوهای نفتی، خساراتی را به آنها وارد می‌ساخت. ناوهای جنگی آمریکا در خلیج فارس نیز در دو مرحله به این تأسیسات حمله کردند که منجر به انهدام آنها شد. اولین حمله به تأسیسات «رشادت» و «رسالت» در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۷ م. توسط چهار ناوشکن آمریکا و پشتیبانی جنگنده‌های «اف ۱۴» به مدت ۴۵ دقیقه صورت گرفت. در اثر این حمله، استخراج نفت از این سکوها به کلی قطع شد. بهانه آمریکا برای این حمله، اصابت موشکهای کرم ابریشم ایران به تانکر «Sea Isle City» ایالات متحده بود. جمهوری اسلامی ایران نیز با رد این اتهام، اعلام کرد که موشکها توسط عراق شلیک شده است.

دومین حمله آمریکا در ۱۸ آوریل ۱۹۸۸ م. صورت گرفت. سکوهای نفتی «نصر» و «سلمان» که تعمیرات آنها پایان یافته بود، مورد تهاجم سه فروند کشتی نیروی دریایی آمریکا قرار گرفت. نیروی دریایی ایالات متحده با یک اخطار چند دقیقه‌ای به پرسنل مستقر در این سکوها برای ترک محل، با شلیک دهها توپ و کار

گذاشتن مواد منفجره، این سکوها را منفجر و صددرصد تخریب کرد.<sup>۱</sup> بهانه آمریکا برای دومین حمله، استفاده ایران از این سکوها برای مین گذاری در مسیر کشتیرانی بین المللی در خلیج فارس بود که در اثر آن، کشتی آمریکایی «USS Samuel B. Reber» با مین برخورد کرد و چند تن از خدمه آن کشته و مجروح شدند.

دولت جمهوری اسلامی ایران نیز با ارسال نامه‌ای به دبیر کل وقت سازمان ملل متحد، ضمن اعلام اینکه مینها توسط عراق و از طریق هواکار گذاشته شده است، به تجاوزات و حملات نیروهای آمریکایی، شدیداً اعتراض کرد و از طریق مراجع قضایی بین المللی نیز مطالبات خود را پی گیری کرد.

دولت جمهوری اسلامی ایران همچنین در ۲ نوامبر ۱۹۹۲ م. با ارائه دادخواستی به دیوان بین المللی دادگستری از ایالات متحده آمریکا شکایت کرد. این دادخواست دو محور اساسی را دربرداشت:

الف) دیوان، تخریب سکوها نفتی ایران را توسط آمریکا نقض هدف و موضوع معاهده مودت، روابط اقتصادی و حقوق کنسولی منعقد بین دو طرف در سال ۱۹۵۵ م. قلمداد کند.

مستندات اولین خواسته ایران از دیوان، مشخصاً نقض مواد ۱ و ۱۰ معاهده مودت مبنی بر «تضمین صلح و دوستی پایدار و استوار بین دو طرف» و «تضمین آزادی کشتیرانی و تجاری بین قلمرو دو طرف» بود.

ب) دیوان، آمریکا را مکلف کند تا به دلیل نقض تعهدات حقوقی خود (چه براساس مواد معاهده مودت ۱۹۵۵ م. و چه براساس قواعد عام حقوق بین الملل) نسبت به ایران، خسارات وارده را به میزانی که دیوان تعیین نماید، جبران کند.

جمهوری اسلامی ایران همچنین در دادخواست خود استدلال کرد که دیوان به این سبب صلاحیت رسیدگی به این پرونده را دارد که براساس قرارداد منعقد، دو طرف می توانند برای حل و فصل اختلافات فیما بین خود در خصوص اجرا یا تفسیر

۱. «حکم صلاحیتی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه سکوها نفتی» (دعوی جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده آمریکا)، ترجمه محسن محبی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۴، ص ۱۶۷ و ۱۶۸.

مواد معاهده در صورتی که مذاکره و دیگر راههای دیپلماتیک نتیجه بخش نباشد، به دیوان بین المللی دادگستری شکایت کرده و اقامه دعوا کنند.<sup>۱</sup>

تقریباً یک سال پس از ثبت دادخواست جمهوری اسلامی ایران در دیوان، ایالات متحده آمریکا در تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۹۳ م. لایحه اعتراضیه خود را نسبت به صلاحیت دیوان در رسیدگی به پرونده تخریب سکوها نفتی ایران بوسیله ناوهای جنگی آن کشور به ثبت رسانید.

دیوان نیز براساس آیین دادرسی مورخ ۱۴ آوریل ۱۹۷۸ خود رسیدگی به ماهیت دعوا را به حالت تعلیق درآورد<sup>۲</sup> و متعاقباً از ایران خواست که اظهارات کتبی خود را نسبت به ایرادات صلاحیتی مطرح شده از سوی ایالات متحده به دیوان تحویل دهد.

نهایتاً در تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۶ م. دیوان با صدور حکمی، اعتراضات صلاحیتی آمریکا را وارد ندانست و براساس بند ۲ ماده ۲۱ معاهده مودت ۱۹۵۵ م. صلاحیت خود را در رسیدگی به دادخواست ایران علیه آمریکا که به موجب بند ۱ ماده ۱۰ همین معاهده صورت گرفته بود، احراز کرد.

پس از صدور حکم صلاحیتی بسیار مهم دیوان در سال ۱۹۹۶ م.، ایالات متحده که در فاز صلاحیتی مجبور شده بود با دستهای خالی از دیوان برگردد، با ثبت لایحه متقابلی ضمن رد ادعای ایران، ادعای متقابل<sup>۳</sup> خود را حول دو محور زیر مطرح کرد و بدین ترتیب ترجیح داد که از «حالت تدافعی حقوقی» به «موضع

۱. بند ۲ ماده ۲۱ معاهده مودت: «هر اختلاف میان دول معظم عضو، در خصوص تفسیر یا اجرای این معاهده که از طریق دیپلماسی حل و فصل نشود، به دیوان بین المللی دادگستری ارجاع خواهد شد، مگر آنکه دول معظم عضو به روش حل و فصل خاصی توافق نمایند.»

2. Rules of Court.

۳. بند ۳ ماده ۷۹ آیین دادرسی دیوان بین المللی: «بلافاصله پس از وصول اعتراضات اولیه توسط دبیرخانه دیوان، رسیدگی به ماهیت دعوی باید معلق گردیده و دادگاه مهلت زمان معینی را برای ارائه اظهارات مکتوب و لوائح طرف دیگر تعیین نماید. اسناد ادله‌ای باید ضمیمه شده و مدارک تقدیمی نیز ذکر گردد.»

4. Counter - Claim.



تهاجمی حقوقی» تغییر وضعیت دهد. خواسته‌های آمریکا بدین شرح بود:

۱. جمهوری اسلامی ایران با حملات متعدد خود به کشتیهای بی طرف و مین گذاریهای وسیع در خلیج فارس و دیگر اقدامات نظامی در طول چهار سال (۱۹۸۴-۱۹۸۸ م.)، آزادیهای مقرر و تضمین شده کشتیرانی و تجاری در خلیج فارس را به خطر انداخته است و بدین ترتیب، تعهدات خود را نسبت به ایالات متحده آمریکا به موجب ماده ۱۰ معاهده مودت نقض کرده است.

۲. دیوان، جمهوری اسلامی ایران را مکلف کند تا به دلیل نقض تعهدات قراردادی پیش گفته، غرامت کامل به میزانی که دیوان تعیین کند، به آمریکا بپردازد.<sup>۱</sup> طرح ادعاهای فوق، ملازم با یک تاکتیک حقوقی نیز بود. ایالات متحده در جریان رسیدگیهای دیوان با اصرار بر ادعای متقابل خود و ارائه مستندات حقوقی و دلایل فراوان وانمود می کرد که ادعای اولیه ایران، هیچ گونه مبنا و پایه ای ندارد و آنچه دیوان باید توجه خود را نسبت به آن معطوف دارد، خسارات وارد شده به کشتیهای آمریکایی در اثر برخورد با مین و یا اصابت موشک به آنهاست، نه حملات ناوهای جنگی آمریکا به سکوهای نفتی ایران.

بنابراین، می توان گفت اگر آمریکا ادعای متقابل خود را مطرح نمی کرد، بیشتر در موضع تدافعی قرار می گرفت، اما با ثبت لایحه ادعای متقابل، وضعیت خود را به صورت قابل توجهی نزد دیوان تغییر داد و خود مدعی غرامت گردید.

در حقیقت ایالات متحده در حالی که متشاکمی پرونده سکوهای نفتی بود، در مقام شاکی آن نیز قرار گرفت. در پی آن، جمهوری اسلامی ایران نیز با ارائه توضیحات کتبی خود در ۲ اکتبر ۱۹۹۷ م. به صلاحیت دیوان در رسیدگی به ادعاهای متقابل ایالات متحده اعتراض کرد. اما دیوان در تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۹۸ م. با صدور قرار، اعلام کرد که ادعاهای متقابل ایالات متحده تقریباً به درخواستهای اولیه ایران مربوط می شود و رسیدگی توأمان به مدعیات ایران و

۱. برای ملاحظه خواسته های مفصل دو طرف و استدلالات حقوقی آنان، ر.ک:

I.C.J. Verbatim Record, CR 2003/3 to 14, Public Sitting, Year 2003. The Hauge.

ادعاهای متقابل آمریکا دارای وجاهت قانونی است. در این باره، دیوان ضمن تعیین مهلت نهایی ارائه پاسخهای مکتوب ایران و دفاع مجدد ایالات متحده، تاریخهای معینی را برای استماع اظهارات شفاهی دو طرف تعیین کرد. وکلای ایران طی سه هفته جلسات رسیدگی شفاهی دیوان، ادله و مستندات حقوقی و موضوعی خود را در اثبات حقانیت جمهوری اسلامی ایران به دیوان ارائه کردند و متقابلاً پاسخهای لازم را در رد ادعاهای متقابل ایالات متحده مطرح کردند.<sup>۱</sup>

دیوان بین المللی دادگستری نیز پس از استماع اظهارات شفاهی دو طرف، نهایتاً در تاریخ ۶ نوامبر ۲۰۰۳ م. حکم نهایی خود را درخصوص پرونده سکوهای نفتی ایران در سه بخش مجزا تنظیم و صادر کرد که مهم ترین نکات آن به شرح زیر است:<sup>۲</sup>

۱. جمهوری اسلامی ایران با یک تیم شش نفره حقوقی و آشنا به قواعد حقوق بین الملل، شامل آقایان دکتر جمشید ممتاز (استاد حقوق بین الملل دانشگاه تهران و عضو کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد)، پرفسور میشل بوت «M. Bothe» (استاد حقوق عمومی دانشگاه ولفنگ گوته آلمان)، پرفسور کرافورد «J. Crawford» (استاد حقوق بین الملل دانشگاه کمبریج انگلستان، عضو مؤسسه حقوق بین الملل و عضو کانون وکلای انگلستان و استرالیا)، پرفسور پلت «A. Pellet» (استاد دانشگاه پاریس، رئیس اسبق و عضو فعلی کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد)، آقای باندی «R. Bundy» (عضو کانون وکلای نیویورک و پاریس) و آقای سلر «D. Seller» (وکیل پایه یک دیوان عالی کشور انگلستان، ویلز و پاریس) در دادگاه حاضر شد. بعضی از وکلای مذکور قبل از پرونده سکوهای نفتی به کرات در دعاوی سایر دولتها نزد دادگاه بین المللی وکالت داشته و از این نظر، دارای تجربیات ارزشمندی می باشند. از ناحیه ایالات متحده نیز یک تیم شش نفره از حقوق دانان دانشگاهی و غیردانشگاهی متشکل از آقایان پرفسور ماتیسون «M. Matheson» (استاد دانشگاه جورج واشنگتن آمریکا)، ماتیس «S. Mathias» (دستیار مشاور حقوقی وزارت امور خارجه آمریکا در امور سازمان ملل متحد)، ماتلر «M. Mattler» (مشاور حقوقی وزارت امور خارجه آمریکا)، پرفسور مورفی «S. Murphy» (استاد دانشگاه جورج واشنگتن آمریکا)، نیویبر «R. D. Neubauer» (دستیار معاونت حقوقی وزارت دفاع آمریکا) و پرفسور ویل «Pr. Weil» (استاد دانشگاه پاریس و عضو آکادمی حقوق بین الملل) وظیفه دفاع از مدعیات ایالات متحده آمریکا را به عهده داشتند. ر.ک:

Public Sitting in the Case Concerning Oil Platforms, Verbatim Record, Year 2003, CR 2003/13, p.4-9.

۲. از نظر زمانی، پرونده سکوهای نفتی ایران از زمان تقدیم دادخواست (۲ نوامبر ۱۹۹۲ م.) تا صدور حکم (۶ نوامبر ۲۰۰۳)، یازده سال و چهار روز زمان دادگاه را به خود اختصاص داده است که در

در قسمت اول، دیوان اقدامات نظامی دولت آمریکا علیه چهار سکوی نفتی ایران را با توجه به قواعد حقوق بین الملل در خصوص ممنوعیت استفاده از زور و برخلاف ادعاهای آمریکا و به موجب بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت، اقدامی که «ضروری حفظ منافع و امنیت حیاتی آمریکا» باشد، تشخیص نداد.

در قسمت دوم حکم، دیوان استدلال دولت ایران مبنی بر اینکه اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوهای نفتی، «آزادی تجاری بین قلمرو دو دولت» مصرّح در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت را نقض کرده است، نپذیرفت؛ لذا درخواست ایران درخصوص دریافت خسارات وارده به سکوها و قطع فعالیت اقتصادی آنها را ردّ کرد.<sup>۱</sup>

در قسمت سوم حکم، دیوان ادعای متقابل آمریکا را مبنی بر اینکه مین گذاری و شلیک موشک از ناحیه ایران و اصابت آنها به کشتیهای آمریکایی، «آزادی کشتیرانی بین قلمرو دو دولت» مصرّح در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت ۱۹۵۵ م. را نقض کرده و ایران مکلف به پرداخت خسارت است، نیز ردّ کرد.<sup>۲</sup>

→ تاریخ رسیدگیهای دیوان بی سابقه است. بعد از پرونده سکوهای نفتی ایران، طولانی ترین دعوا در رسیدگیهای دیوان، دعوی قطر و بحرین بوده است که تا صدور حکم نهایی دیوان، حدود ده سال طول کشید. برای ملاحظه متن کامل حکم ۵۵ صفحه‌ای دیوان در پرونده سکوهای نفتی، ر.ک:

I.C.J. Reports, 2003, Case Concerning Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America.

۱. لازم به ذکر است که از شانزده قاضی شرکت کننده در رأی گیری، چهارده قاضی دیوان نسبت به هر دو قسمت حکم، نظر موافق ابراز کردند و تنها دو قاضی با ملیت عربی و به نامهای قاضی شوکت الخضونه (اردن) و قاضی نبیل العربی (مصر) نسبت به ردّ درخواست غرامت ایران رأی منفی دادند. متأسفانه قاضی اختصاصی و منتخب دولت ایران به نام قاضی ریگو «Rigaux» از کشور بلژیک نیز نسبت به قسمت دوم حکم، نظر موافق داشته است، هر چند که در اظهارات ضمیمه حکم، استدلالاتی مغایر با استنتاجات دیوان ارائه کرده است. ر.ک: Ibid., p.54.

قاضی ویژه یا «ad hoc» به قاضی منتخب یک یا هر دو طرف دعوا اطلاق می شود و این در صورتی است که در هیئت پانزده نفری قضات، یکی از قضات دیوان، دارای تابعیت دولتی باشد که در نزد دادگاه در مقام خواهان و یا خوانده است و یا هیچ یک از اصحاب دعوا در میان قضات دیوان، قاضی دارای تابعیت خویش نداشته باشد. ر.ک: ماده ۳۱ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری.

۲. نسبت به این بند، همه قضات دادگاه بجز قاضی برونو سیمما «Simma» از کشور آلمان، نظر موافق خود را اعلام کردند.

## ادله دیوان در ردّ درخواست غرامت ایران

بند ۲ حکم نهایی دیوان بین المللی دادگستری در پرونده سکوهای نفتی ناظر به این است که اقدامات نظامی آمریکا در تخریب سکوهای ایرانی، نقض تعهد قراردادی دولت آمریکا به موجب بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت نیست؛ لذا درخواست ایران برای دریافت غرامت نیز مورد تأیید دیوان نیست.

تجزیه و تحلیل علل صدور چنین حکمی مستلزم دقت در کلمات به کار رفته در ماده قراردادی یاد شده می باشد که چنین مقرر می دارد: «بین قلمرو دولتمین متعاهد باید آزادی تجاری و کشتیرانی وجود داشته باشد.»

از دیدگاه وکلای دولت ایران، اختلال در فعالیت عادی سکوهای نفتی و حتی قطع کامل فعالیتهای بعضی از آنها در اثر حملات ناوهای جنگی آمریکا به معنای نقض تعهد قراردادی از سوی آمریکاست. اما وکلای دولت آمریکا معتقدند مفهوم کلمه تجارت در ماده ۱۰ معاهده موّدت، صرفاً «تجارت های دریایی» را تحت پوشش حمایتی خود قرار می دهد، نه «صادرات نفت». بعلاوه، ذکر وصف «قلمرو» در متن ماده مذکور، از آن حکایت دارد که تجارتی مورد حمایت معاهده است که در منطقه دریای سرزمینی ایران صورت گیرد، در حالی که سکوهای نفتی خارج از دوازده مایلی ساحل ایران و در منطقه انحصاری اقتصادی مستقر بوده و فعالیت داشته اند.<sup>۱</sup> ضمن اینکه ایران از سکوهای نفتی به منظور استقرار نیروهای نظامی و

۱. نقطه ثقل استدلال آمریکا در این است که باید بین دو مفهوم «دریای سرزمینی» و «فلات قاره» تمایز جدی قائل شد. بدین گونه که براساس بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۸۲ م. حقوق دریاها، دولت ساحلی بر بستر، زیربستر و فضای مافوق دریای سرزمینی «حاکمیت» دارد. در حالی که به استناد بند ۱ ماده ۷۶ کنوانسیون ۱۹۸۲ م. حقوق دریاها، دولت ساحلی نسبت به فلات قاره خود، صرفاً دارای «حقوق حاکمه» است و از حاکمیت به آن معنا برخوردار نیست؛ به بیان دیگر، محدوده اعمال حاکمیت یک دولت بر فلات قاره، صرفاً در رابطه با برخورداری از حقوق انحصاری حاکمه ناظر به اکتشاف و استخراج از منابع طبیعی واقع بر بستر و زیر بستر دریاست، در حالی که در دریای سرزمینی، اعمال حقوق حاکمه بخشی از کل حاکمیت یک دولت بر آن منطقه محسوب می شود. جمع بندی مورد نظر دولت آمریکا از این استدلال این بود که به دلیل استقرار سکوها در فلات قاره ایران، سکوهای نفتی را نمی توان در قلمرو دولت ایران محسوب کرد؛ از این رو، حمله آمریکا به

حمله به کشتیهای آمریکایی و بسی طرف در خلیج فارس استفاده کرده است؛ بنابراین، در زمان حملات نظامی آمریکا، سکوهای ایرانی در راستای انجام دادن وظایف تجاری خود فعالیت نداشته‌اند.

دیوان با ردّ هر سه ادّعای آمریکا و قبول نقض آزادی تجاری ایران با اقدام نظامی ایالات متحده اظهار داشت که ایران نتوانسته است تأثیر تخریب سکوهای نفتی را بر تجارت و صادرات نفت خود برای دادگاه تبیین کند؛ پس بنابراین، به دلایل زیر پرداخت خسارت در چارچوب معاهدهٔ موّدت ۱۹۵۵ م. منتفی است:

الف) در زمان حملهٔ آمریکا به سکوهای نفتی «رشادت» و «رسالت» در اکتبر ۱۹۸۷ م.، به دلیل حملات مکرر و پیشین عراق و توقف فعالیت آنها، هیچ نفتی از این دو سکو صادر نمی‌شد؛ بنابراین، هر چند حملات آمریکا، تولید و عرضهٔ مجدد نفت را از این دو سکو، مدتی به تأخیر انداخت، اما در زمان وقوع حملات، هیچ تجارت نفتی از آنها صورت نمی‌گرفت. بعلاوه، خدشه به آزادی بالقوهٔ تجاری، لزوماً به معنای نابودی اصل و اساس آن نیست.<sup>۱</sup>

استدلال ایران این بود که طبق برنامهٔ زمان‌بندی شده، بازسازی سکوها در شرف اتمام بوده است، اما دیوان حکم کرد که ایران ادلهٔ محکمی دالّ بر اتمام بازسازی سکوها ارائه نکرده است.

ب) فرمان اجرایی دولت «ریگان» به شمارهٔ ۱۲۶۱۳ در سال ۱۹۸۷ م. مبنی بر تحریم خرید نفت از ایران رسماً موجب شده است که تجارت نفت بین ایران و آمریکا به حالت تعلیق درآید. با توجه به اینکه حمله به سکوهای نفتی «سلمان» و «نصر» بعد از لازم‌الاجرا شدن فرمان تحریم نفتی ایران صورت

→ سکوها به موجب معاهدهٔ موّدت ۱۹۵۵ م. نقض تعهدات قراردادی آن دولت تلقی نمی‌گردد. ر.ک:

Letter of the Agent of the United States of America to the International Court of Justice Entitled «Answers of the United States to the Questions», dated 17 March 2003.

لازم به ذکر است مادهٔ ۱۵ قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان (مصوّب ۱۳۷۲ ش.) نیز حدّ داخلی فلات قاره ایران را خارج از دریای سرزمینی ایران اعلام کرده است.

1. I.C.J. Reports, 2003, op.cit., para.98.

گرفته است؛ پس در زمان وقوع حملات، تجارتی بین قلمرو دو دولت وجود نداشته است که با حملات آمریکا نقض شده باشد.<sup>۱</sup>

در مقابل، ایران استدلال کرد که فرمان تحریم نفت ایران متضمن یک استثناست مبنی بر اینکه چنانچه از نفت خام ایران، محصولات نفتی از کشور سومی به آمریکا وارد شود، مشمول تحریمهای دولت آمریکا نخواهد بود؛ بنابراین، عملاً تجارتی هرچند غیر مستقیم بین ایران و آمریکا وجود داشته است که امکان دارد مشمول حمایتهای مقرر در بند ۱ مادهٔ ۱۰ معاهدهٔ موّدت قرار گیرد.<sup>۲</sup> در این مورد نیز دیوان حکم کرد که تجارت غیر مستقیم از شمول مادهٔ ۱۰ معاهدهٔ موّدت خارج است.

ج) با توجه به مراتب اشاره شده، اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوهای نفتی ایران توانسته است اصل «آزادی تجاری» ایران را نقض کند، اما نظر به عدم فعالیت سکوها در امر تجارت نفت بین ایران و آمریکا، تخریب آنها از سوی ناوهای جنگی آمریکا «آزادی تجاری بین قلمرو دو دولت» مصرّح در بند ۱ مادهٔ ۱۰ معاهدهٔ موّدت را نقض نکرده است. بنابراین، دیوان، به پذیرش ادّعاهای ایران مبنی بر اینکه ایالات متحده اقدام به نقض تعهداتی کرده است که در برابر ایران به موجب بند ۱ مادهٔ ۱۰ معاهدهٔ موّدت بر عهده دارد، قادر نمی‌باشد. از این رو، ادّعای ایران برای جبران خسارت نیز پذیرفته نیست.<sup>۳</sup>

در استدلال دیوان در خصوص ردّ درخواست غرامت از سوی ایران نکات زیر قابل تأمل است:

۱. به رغم اینکه دیوان در حکم خود صراحتاً فرمان تحریم خرید نفت ایران از سوی آمریکا را با معاهدهٔ موّدت بین دو دولت مغایر دانست، لکن اظهار داشت: دولت ایران تا کنون هیچ ادّعا و دادخواستی رسمی مبنی بر مغایرت تحریمها با مادهٔ ۱۰ معاهدهٔ موّدت ۱۹۵۵ م. ارائه نکرده و دیوان نیز در این مورد، استدلال کاملی را از ایران نشنیده است.<sup>۴</sup>

به نظر می‌رسد عدم مخالفت جدّی حقوقی ایران با فرمان تحریم ایران توسط

1. Ibid., para.99.  
3. Ibid., para.99.

2. Ibid., para.97.  
4. Ibid., para.94.

دولت ریگان، از نظر دیوان به معنای پذیرش تحریمها از سوی ایران تلقی گردیده است. شاید مناسب تر این بود که در متن دادخواست اولیه ایران به دیوان، «نقض تعهدات قراردادی از سوی دولت آمریکا در اعمال تحریم تجاری علیه ایران» نیز به عنوان یکی از خواسته‌های مستقل ایران ذکر می‌شد.

۲. اتخاذ رویه گزینشی دیوان نسبت به سکوه‌های نفتی ایران تأمل برانگیز است. بدین معنا که دیوان در مورد سکوه‌های نفتی «رشادت» و «رسالت» نظریه «تخریب قبلی از سوی عراق» و درخصوص سکوه‌های نفتی «سلمان» و «نصر» نظریه «عدم فعالیت تجاری در زمان تحریم خرید نفت ایران» را برگزید. با توجه به حجم اندک استدلال‌ات دیوان در این خصوص (نسبت به سایر بندهای حکم دادگاه)، شواهد نشان می‌دهد که دیوان ابتدا نتیجه‌گیری کرده و سپس برای اثبات نتیجه، به دنبال ارائه ادله بوده است.

رهیافت شکلی دیوان در این مورد نیز قابل خدشه است؛ زیرا دیوان در حکمش واردات قابل توجه محصولات نفتی مشتق از نفت ایران به آمریکا را حتی پس از اعمال تحریمهای تجاری دولت ریگان غیر قابل انکار دانست، اما با این حال، به عدم رابطه تجاری بین ایران و آمریکا در زمان وقوع حملات به سکوها حکم داد.<sup>۱</sup>

۳. توجه به این نکته ضروری است که استنکاف دیوان بین‌المللی دادگستری در صدور حکم پرداخت خسارت، صرفاً به استناد محدودیتهای صلاحیتی ناشی از تفسیر عبارات و مضامین مندرج در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت بین دو دولت صورت گرفته است؛ به عبارت دیگر، دیوان درخواست غرامت از سوی ایران را به استناد عدم نقض عبارت «آزادی تجاری بین قلمرو دولتین» مندرج در ماده ۱۰ معاهده موّدت از سوی آمریکا رد کرده است؛ بنابراین با توجه به بند ۱ حکم نهایی دیوان مبنی بر «دفاع مشروع نبودن اقدامات نظامی آمریکا»، ردّ دادخواست غرامت را نباید به هیچ وجه به معنای نفی کامل احتمال صدور حکم پرداخت خسارت از سوی یک مرجع قضایی و یا داوری دیگر تلقی کرد.

1. Ibid., para.96.

## ادله دیوان در ردّ درخواست غرامت آمریکا

یکی از تاکتیکهای حقوقی وکلای دولت آمریکا در پرونده سکوه‌های نفتی، طرح ادّعی متقابل در برابر دادخواست اولیه دولت ایران بود. بدین معنا که آمریکا نیز از دیوان درخواست کرد:

اولاً، جمهوری اسلامی ایران به دلیل حمله به کشتیها و مین‌گذاری در خلیج فارس، ناقض ماده ۱۰ معاهده موّدت ۱۹۵۵ م. شناخته شود.  
ثانیاً، ایران مکلف گردد به دلیل ایراد صدمات وارده به کشتیهای دارای پرچم آمریکا (ویا به گونه‌ای مرتبط با آمریکا) خسارت پرداخت کند.<sup>۱</sup>

استدلال وکلای خارجی دولت ایران در مقابل دو خواسته پیش‌گفته چنین بود: اولاً، دولت آمریکا ادّعی متقابل خود را بدون رعایت ملزومات مفاد بند ۲ ماده ۲۱ معاهده موّدت ۱۹۵۵ م. مبنی بر «ضرورت مذاکره قبل از طرح دعوا در دادگاه» ارائه کرده است.

ثانیاً، دولت آمریکا مدّعی الزام ایران به پرداخت خسارت به کشتیهای کشورهای ثالث (باهاما، پاناما، انگلستان، لیبیا و...) شده است که در اثر جنگ نفت‌کشها آسیب دیده بودند. در حالی که این الزام در معاهده موّدت پیش‌بینی نشده است و کشورهای مالک کشتیهای خسارت‌دیده نیز طرف دعوا در این پرونده نیستند.

ثالثاً، براساس ماده ۸۰ آیین دادرسی دیوان، طرح ادّعی متقابل باید در راستای ادّعی اولیه مطرح شده از سوی ایران، یعنی نقض «آزادی تجاری» باشد، در حالی که ادّعی متقابل آمریکا مبنی بر نقض «آزادی کشتیرانی» صورت گرفته است.<sup>۲</sup>

دیوان بین‌المللی دادگستری ضمن ردّ اعتراضات ایران به صلاحیت دیوان در رسیدگی به ادّعی متقابل آمریکا اعلام کرد که وجود اختلاف میان ایران و آمریکا

1. Ibid., para.101.

۲. به موجب ماده ۸۰ آیین دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری، «دعوی متقابل زمانی قابل طرح است که مستقیماً با موضوع ادّعی طرف دیگر در ارتباط بوده و در حیطه صلاحیتی دیوان نیز قرار داشته باشد».

بر سر مسائل مطروحه در دعوی متقابل به اثبات رسیده است که نشان دهنده عدم حلّ و فصل رضایت بخش اختلاف، پیش از ارجاع آن به دیوان است.

دیوان همچنین بر این نکته تصریح کرد که به رغم آنکه دولت آمریکا در لوایح اولیه خویش به طور عام بر «خسارات وارده بر امر تجارت» در خلیج فارس تأکید داشته است، اما در دادخواست نهایی خود، خسارات وارده بر امر کشتیرانی و تجارت در قلمرو ایران و آمریکا را مطالبه کرده است؛ لذا خواسته آمریکا، پی گیری خسارات وارده بر کشتیهای کشورهای ثالث در خلیج فارس را دربر ندارد.

دیوان در بخش دیگری از حکم خویش به منظور بررسی ماهوی ادّعی متقابل آمریکا به ده حادثه در خلیج فارس در خلال سالهای ۱۹۸۷ و ۱۹۸۸ م. اشاره می کند. حسب مدّعیات آمریکا، کشتیهای «Bridgeston» (با پرچم آمریکا)، «Texaco» (با پرچم پاناما)، «Lucy» (با پرچم لیبریا)، «Esso Freeport» (با پرچم باهاما)، «Sea Isle City» (با پرچم آمریکا)، «Anita» (با پرچم امارات)، «Sungari» (با پرچم لیبریا)، «Diana» (با پرچم لیبریا)، «Uss Samuel B. Roberts» (ناو جنگی آمریکا) و «Esso Demetia» (با پرچم انگلستان) یا در اثر برخورد با مینهای ایرانی یا اصابت موشک کرم ابریشم به آنها و یا تهاجم قایقهای توپدار ایران خسارت دیده اند.<sup>۱</sup>

از نظر دیوان، شرط اثبات نقض تعهد قراردادی از ناحیه ایران به موجب بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت مستلزم دو ادّعاست که بار اثبات هر دو نیز به عهده دولت آمریکاست:

۱. آزادی تجاری یا کشتیرانی بین قلمرو دو دولت ایران و آمریکا مخدوش شده باشد.

۲. نقض آزادیها قابلیت انتساب اقدامات به ایران را داشته باشد.

دیوان پس از بررسی جزئیات هر کدام از حوادث پیش گفته، در نهایت چنین نتیجه گیری کرد که صرف نظر از ناو جنگی آمریکا (Uss Samuel B. Roberts) که

1. I.C.J. Reports, 2003, op.cit., p.51-52, para.120.

مطلقاً مشمول حمایتهای مقرر در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت نیست، هیچ یک از کشتیهای آسیب دیده دیگر که به ادّعی آمریکا مورد حمله ایران قرار گرفته اند، نیز به امر کشتیرانی و یا تجاری بین ایران و آمریکا مشغول نبوده اند؛ بنابراین، نقض بند ۱ ماده ۱۰ صورت نگرفته است.

نکته مهم در استدلال دیوان این است که معاهده موّدت ۱۹۵۵ م. «آزادی کشتیرانی و تجاری» را به طور مطلق تضمین نمی کند، بلکه آن را به وصف «قلمرو دولتین» مقید کرده است؛ از این رو، حتی اگر وقوع حملات مین گذاری یا شلیک موشک، به ایران قابل انتساب باشد، دولت آمریکا نتوانسته است نقض آزادی کشتیرانی در قلمرو دولت ایران یا آمریکا را اثبات کند.<sup>۱</sup>

در ارتباط با یافته های دیوان در این موضوع نکات زیر قابل توجه است:

۱. آمریکا در جلسات دیوان ادّعا می کرد که روند حملات ایران به کشتیهای بی طرف، از جمله کشتیهای آمریکایی رو به ازدیاد بوده است. به طوری که فقط در سال ۱۹۸۶ م.، ایران ۴۲ مرتبه با مینهای کار گذاشته شده و یا موشکهای کرم ابریشم به این کشتیها حمله کرده است.

برای اثبات این ادّعا، وکلای آمریکایی محتوای اسناد به دست آمده از کشتی توقیف شده و در حال مین گذاری ایرانی به نام «ایران اجر» و همچنین محتوای اسناد، گزارشات و مکاتبات به دست آمده پس از حمله به سکوهای نفتی «رشادت» را ارائه کردند و عکسهای ماهواره ای که ظاهراً مؤید وجود چهار سایت موشکی ایران در جزیره «فاو» بود را در دادگاه به نمایش گذاشتند. سند ۱۲۰ صفحه ای به کلی سرب متعلق به گروه یکم ضربت نیروی دریایی ایران و نوار ضبط شده مکالمات کشتی «ایران اجر» و سکوی نفتی «رشادت» نیز از دیگر مدارک و

۱. دیوان بر این باور بود که آمریکا دعوی خود را در مفهومی عام «In a generic sence» مطرح کرده است؛ بدین معنا که مجموعه حملات انجام شده توسط ایران، خلیج فارس را ناامن کرده است که در نتیجه، تعهد ایران به تضمین آزادی کشتیرانی نسبت به دولت آمریکا نقض شده است. دیوان ضمن ردّ این ادّعا، اظهار کرد که آمریکا باید خطری عینی را ثابت کند که تجارت یا دریانوردی میان قلمرو دو طرف متعاقد را تهدید کرده است؛ از این رو، دعوی عام ایالات متحده قابل پذیرش نیست.

(Ibid., para.124).

مستندات ارائه شده آمریکا به دیوان بود.<sup>۱</sup>

بعلاوه، وکلای دولت آمریکا برای اثبات ادعاهای خویش به اظهارات مقامات رسمی ایران که مؤید انجام یافتن این حملات به کشتیها از سوی ایران بود (نظیر: اظهارات سفیر ایران در سازمان ملل، اظهارات معاون وزیر امور خارجه در ملاقات با سفیر نروژ در تهران و اظهارات رئیس وقت مجلس و رئیس جمهور وقت ایران) و نیز به متن قطعنامه ۵۵۲ شورای امنیت مورخ ۱۹۸۴ م. و قطعنامه سران شورای همکاری خلیج فارس مبنی بر محکومیت حملات ایران به کشتیرانی در خلیج فارس استناد کردند.<sup>۲</sup>

۲. درخواست غرامت آمریکا از دیوان بین‌المللی دادگستری برای کشته شدن ۶۳ نفر و زخمی شدن ۹۹ نفر از اتباع خارجی شاغل در امر کشتیرانی در خلیج فارس به دلیل وقوع حملات ایران بود.

آمریکا در ادعای متقابل خود مدعی شد برای تعمیر کشتی «Bridgeton»، آسیب دیده در اثر برخورد با مین ایران، ۱۵۰ تن فلز به کار برده و مبلغ ۲ میلیون و ۳۰۰ هزار دلار نیز هزینه کرده است. خسارات وارده به ناو آمریکایی «Uss Samuel B. Roberts» نیز بالغ بر ۵۰ میلیون دلار بوده است. افزون بر این، از نظر آمریکا، زیانهای ناشی از تأثیرات اقتصادی حرکت کشتیها در شب از بیم حملات مین گذاری و موشکی ایران شامل افزایش هزینه بیمه دریایی، افزایش هزینه حمل و نقل کالا، افزایش خطر برخورد و تصادف کشتیها، افزایش هزینه دستمزد و خدمه کشتیها، افزایش هزینه‌های تأخیر در تخلیه کالا نیز باید محاسبه و از سوی ایران پرداخت شود. وکلای آمریکا برای اثبات مدعیات خویش به اعلام شرکت کشتیرانی «Chevron» استناد کردند که ادعا کرده بود به سبب حملات و تهدیدات از سوی ایران، روزانه ۴۰ هزار دلار بیش از حد معمول برای عبور کشتیها در شب در خلیج فارس هزینه کرده است.<sup>۳</sup>

1. I.C.J. Verbatim Record, op.cit.

2. Ibid., CR 2003/6.

3. Ibid.

۳. رهیافت دیوان در ردّ خواسته غرامت از سوی دولت آمریکا هر چند که بر تفسیری صحیح و منطقی از مضامین و کلمات به کار رفته در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت مبتنی است، نمی‌توان آن را در تعادل با ردّ خواسته غرامت از سوی دولت ایران در نظر نگرفت.

دیوان در بند ۲ حکم نهایی خود بر «عدم نقض آزادی تجاری» از سوی آمریکا با تخریب سکوهاى نفتى صحّه گذاشت و در بند ۳ این حکم، حملات منتسب به ایران در حمله به کشتیهای آمریکایی و بی طرف را «نقض آزادی کشتیرانی» ندانست. این در حالی است که استناد هر دو دولت به بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت ۱۹۵۵ م. است که اشعار می‌دارد: «در قلمرو دولتمین متعاهد، آزادی کشتیرانی و تجاری وجود دارد.»

### مستندات ردّ ادعای دفاع مشروع آمریکا

حملات نظامی آمریکا به سکوهاى نفتى «رسالت» و «رشادت» در مهرماه ۱۳۶۶ ش.، سه روز پس از حمله موشکی به کشتی کویتی «Sea Isle City» با پرچم آمریکا و سکوهاى نفتى «نصر» و «سلمان» نیز در فروردین ۱۳۶۷ ش.، چهار روز پس از برخورد ناو جنگی آمریکا «Uss Samuel B. Roberts» با مین صورت گرفت.

دولت آمریکا در لایحه دفاعیه خود در بیان علت تخریب چهار سکوی نفتی ایران به «قاعده حقوقی دفاع مشروع» متوسل شد. قاعده‌ای که در کلیه نظامهای حقوقی کشورها و همچنین در حقوق بین‌المللی کاملاً رسمیت دارد. از نظر ایران، اقدامات نظامی آمریکا، ناقض آزادی تجاری مصرّح در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت است، اما از نظر آمریکا حتی اگر چنین نقضی صورت گرفته باشد، استثنای مندرج در تبصره «د» بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت<sup>۱</sup>، تخریب سکوها را مشروع

۱. این استثنای مندرج در تبصره «د» اشعار می‌دارد که اجرای این معاهده مانع از انجام اقداماتی نمی‌شود که برای حمایت از منافع حیاتی امنیتی هر یک از دولتهای متعاهد ضروری می‌باشد.

دانسته است. بنابراین دیوان بین‌المللی دادگستری باید به منظور تشخیص نقض تعهدات قراردادی مندرج در بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موّدت، اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوهاى نفتى ایران را با تصریحات مندرج در بند ۱ ماده ۲۰ همان معاهده مطابقت می‌داد.

وکلاى دولت آمریکا در جریان دادرسی، نکته حقوقی مهمی را مطرح کردند. این نکته، این بود که دیوان باید مشروعیت یا عدم مشروعیت حمله به سکوها را نه براساس قواعد عام حقوق بین‌الملل، بلکه در چارچوب تفسیر الفاظ و عبارات مندرج در بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت مورد ارزیابی قرار دهد.

از نظر ایران، تخریب سکوها به معنای استفاده و توسل نامشروع به زوری بوده است که در «منشور ملل متحد» و «قواعد عرفی بین‌المللی» منع شده است.

دیوان ضمن ردّ استدلال آمریکا و با استناد به رویه قضایی خود در پرونده اقدامات نظامی و شبه نظامی علیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶ م.) و همچنین ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ م. حقوق معاهدات، اعلام کرد که هنگام تدوین معاهده موّدت، قصد دو طرف مستثنا کردن اعمال قواعد حقوق بین‌الملل در هنگام استفاده از زور نبوده است؛ بنابراین، اقدامات نظامی صورت گرفته از سوی آمریکا در تخریب سکوهاى نفتى را باید با توجه به تفسیر بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت و در پرتو قواعد عرفی و قراردادی حقوق بین‌الملل در خصوص «استفاده از زور در مقام دفاع مشروع» مورد ارزیابی قرار داد. بعلاوه در نامه نماینده دائم دولت آمریکا در سازمان ملل متحد، در روز وقوع حمله به سکوها، برای شورای امنیت سازمان ملل متحد، اعمال دفاع مشروع با استناد به ماده ۵۱ منشور ملل متحد<sup>۱</sup> (و نه بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت ۱۹۵۵ م.) به عنوان مبنای حقوقی اقدامات مسلحانه آمریکا ذکر شده است.

دیوان سپس با پرداختن به جزئیات حمله به سکوهاى نفتى «رشادت» و

۱. ماده ۵۱ منشور ملل متحد تصریح می‌کند: «... هیچ یک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع از خود، خواه فردی یا دسته جمعی لطمه‌ای وارد نخواهد کرد.»

«رسالت»، ادّعی دفاع مشروع آمریکا را مورد ارزیابی قرار داد. از نظر وکلای دولت آمریکا، تصاویر ماهواره‌ای، اظهارات کتبی شهود، گزارش متخصصان امور نظامی در زمینه موشک و حتی اظهارات رئیس جمهور وقت ایران «آیت‌الله خامنه‌ای» (حفظه الله) مبنی بر اینکه «اگر آمریکا از منطقه خارج نشود، ایران به او حمله خواهد کرد»، همگی بیانگر آن است که حمله مسلحانه به کشتیها با پرچم آمریکا از سوی ایران صورت گرفته است.

استدلال وکلای دولت ایران این بود که اولاً، ایران در منطقه تحت کنترل خود در فاو، فاقد سایت موشکی بوده است و امر مسلم این است که موشکهای کرم ابریشم از هواپیماهای نظامی عراق و به منظور بین‌المللی کردن بحران در خلیج فارس شلیک شده است.

ثانیاً، تصاویر ماهواره‌ای واضح و روشن نیست و نمی‌تواند به درستی گویای واقعیت باشد.

ثالثاً، حداکثر برد مفید موشک کرم ابریشم ۹۵ کیلومتر است، در حالی که نوع اصابت، بیانگر آن است که موشک از فاصله ۱۵۰ تا ۲۰۰ کیلومتری شلیک شده است.

رابعاً، مسیر حرکت موشک ضرورتاً نباید مستقیم باشد تا بر مبنای آن، محل شلیک فاو تشخیص داده شود، بلکه مسیر می‌تواند منحنی شکل نیز بوده باشد.

ادله متقابل دولت آمریکا متضمن آن بود که اولاً، هواپیماهای آواکس،<sup>۱</sup> آمریکا در منطقه، هیچ‌گونه حرکتی را از جانب هواپیماهای نظامی عراق در زمان وقوع شلیک موشک در ناحیه شمال خلیج فارس ردیابی نکرده‌اند؛ بنابراین، شلیک موشک از هوا منتفی است.

ثانیاً، ساختار موشک کرم ابریشم به گونه‌ای است که ممکن نیست مسیر منحنی شکل را طی کند.

دیوان پس از بررسی دقیق ادله دو طرف، ادّعی دولت آمریکا را مبنی بر حمله

1. Awacs.

موشکی ایران از سکوی نفتی «رشادت» به کشتی «Sea Isle City» پذیرفت؛ دیوان با دقت زیاد، اسناد و استدلالات ارائه شده از هر طرف را مورد ارزیابی قرار داده است و به این نتیجه رسید که ادله ارائه شده برای ادعای ایالات متحده مبنی بر مسئولیت ایران به سبب حمله به کشتی «Sea Isle City» کافی نیست؛ بنابراین، دیوان به این نتیجه رسید که دلایل مستقنی مبنی بر حمله مسلحانه ایران به آمریکا در قالب حمله موشکی به کشتی «Sea Isle City» وجود نداشته و اقامه نشده است.<sup>۱</sup>

دیوان سپس نتیجه گیری کرد که شرط استناد به امر دفاع، مستلزم وقوع حمله مسلحانه قابل انتساب به ایران علیه دولت آمریکاست؛ بنابراین، طبق ماده ۵۱ منشور ملل متحد، مسلحانه بودن حمله، شرطی اساسی و بدیهی است که از نظر دیوان، آمریکا به دلایل زیر نتوانسته است مسلحانه بودن حملات واقع شده به کشتیهای آمریکایی را اثبات کند:

۱. شلیک موشک از فاصله ۱۰۰ کیلومتری به کشتی «Sea Isle City» نمی تواند به منظور اصابت به یک کشتی خاص صورت گرفته باشد، بلکه صرفاً می تواند در راستای اصابت به اهداف نامعینی در آبهای کویت قلمداد گردد. طبق ماده ۵۱ منشور ملل متحد، «وقوع حمله مسلحانه» مستلزم احراز سوء نیت خاص و نه عام می باشد، امری که در شلیک موشک گرم ابریشم، دیوان به آن یقین حاصل نکرده است.

۲. حمله به کشتی «Texaco Caribbean» که فاقد پرچم آمریکا بوده است، حمله مسلحانه علیه دولت آمریکا تلقی نمی گردد.

۳. نوع و ماهیت عملیات مین گذاری ایران در خلیج فارس که از سوی کشتی «ایران اجر» صورت گرفته است و متعاقباً از سوی ناو جنگی آمریکا توقیف شده است، با توجه به منازعات ایران و عراق در آن زمان و تلاشهای هر دو کشور علیه یکدیگر از طریق مین گذاری، نمی تواند صراحتاً حمله مسلحانه علیه آمریکا محسوب شود. شرط اساسی تحقق حمله مسلحانه، وجود سوء نیت خاص است؛

1. I.C.J. Reports, 2003, para.61.

بنابراین، مین اصابت کرده به کشتی «Bridgeston» (با پرچم آمریکا) - هر چند که ثابت شود به وسیله ایران در منطقه کار گذاشته شده است - از وقوع حمله مسلحانه از سوی ایران علیه آمریکا حکایت ندارد.

۴. متن شهادت نامه افسر کوییتی مبنی بر انتساب شلیک موشک به ایران نیز فاقد ارزش حقوقی است؛ چرا که اولاً، شهادت نامه، ده سال پس از اصابت موشک تنظیم گردیده است.

ثانیاً، شخص شاهد، محل شلیک موشک و محل اصابت آن را ندیده است، بلکه صرفاً شاهد عبور موشک از فضای اطراف خود بوده است.

ثالثاً، متن عربی و متن انگلیسی شهادت نامه، تفاهت های فاحشی با یکدیگر دارد. در حالی که شاهد، هر دو متن را تصدیق و امضا کرده است.

با توجه به این ادله، دیوان حکم کرد که مسئولیت ایران در وقوع حملات به کشتیهای آمریکایی احراز نگردیده است و حملات واقع شده نیز فاقد وصف مسلحانه (شرط ضروری اعمال حق دفاع مشروع) بوده است.

دیوان همچنین ادعای دفاع مشروع آمریکا در دومین حمله آن کشور به سکوهای نفتی «نصر» و «سلمان» را مورد بررسی قرار داد و همچون مورد پیشین، وقوع حمله مسلحانه را از سوی ایران (که توجیه کننده ضرورت دفاع از ناحیه آمریکا) باشد، در قالب عبارات زیر احراز نکرد:

همانند قضیه نفت کش کوییتی «Sea Isle City»، سؤال اولیه این است که آیا ایالات متحده دلیل کافی برای اثبات قربانی شدن ناو جنگی «Uss Samuel B. Roberts» با مین کارگذاشته شده ایران دارد؟ در این راستا، دیوان اظهار می دارد که مینها در خلال جنگ ایران و عراق و از سوی هر دو طرف متخاصم کار گذاشته شده است؛ لذا از آنجا که دلیلی برای مین گذاری دیگری به وسیله ایران وجود ندارد، دلیلی قطعی برای انتساب مسئولیت ایران برای این مین خاص نیز وجود ندارد. دلیل اصلی اقامه شده برای تعلق مین به ایران آن است که در همان منطقه، مینهای لنگر دار دارای سریال، مشابه با مینهای ایرانی و به ویژه مینهای یافت شده در عرشه کشتی «ایران اجر» یافت شده است. این دلیل اگرچه دلالت خوبی دارد، قطعی و تعیین کننده نیست ... ؛ لذا دیوان قادر به پذیرش این نکته



نیست که حمله به سکوه‌های «نصر» و «سلمان» در پاسخ به «حمله مسلحانه‌ای» انجام شده است که به شکل مین‌گذاری برای کشتی «Uss Samuel B. Roberts» صورت گرفته است.<sup>۱</sup>

ادّعی آمریکا این بود که حمله مین‌گذاری ایران به ناو جنگی آمریکایی «Uss Samuel B. Roberts» در ۶۰ مایلی شرق بحرین، نه تنها باعث تخریب و آسیب جدی ناو شده است، بلکه ۱۰ ملوان آمریکایی نیز در اثر آن به شدت مجروح شده‌اند. دولت آمریکا با تقدیم لوایحی به دیوان برای اثبات انتساب این مین‌گذاری به ایران اعلام کرد که کشتیهای مین‌روب هلندی، بلژیکی و آمریکایی چند روز قبل از اصابت مین به ناو آمریکایی، مقادیر زیادی مین در منطقه محل اصابت کشف کرده‌اند که شماره سریال ایرانی، روی آنها حک شده بود. بعلاوه، اظهارات فرماندهان نظامی ایران، گزارشات کتبی شرکت‌های بین‌المللی و همچنین اسناد و مدارک به دست آمده از کشتی در حال مین‌گذاری «ایران‌اجر»، از دخالت مؤثر ایران در امر مین‌گذاری خلیج فارس حکایت دارد.

استدلال متقابل ایران این بود که عراق این مینها را در منطقه کار گذاشته است و هیچ منبع مستقلی نیز ایرانی بودن مین اصابت شده به ناو جنگی آمریکا را تأیید نکرده است. بعلاوه، وضعیت جغرافیایی خاص منطقه اقتضا دارد که عملیات مین‌گذاری تدافعی ایران صرفاً در محل کانال «خور عبدالله» متمرکز گردد، نه مناطق دیگر.

دیوان ضمن اذعان به اقدام هر دو دولت ایران و عراق به مین‌گذاری در خلال جنگ حکم کرد که دلیل و مستندی دالّ بر قابلیت انتساب مین به ایران وجود ندارد و حتی اگر هم موجود باشد، صرف حمله به کشتی، آن هم از نوع مین‌گذاری غیر هدفمند که قابلیت اصابت به هر کشتی در حال عبور را دارد، نمی‌تواند به عنوان «حمله مسلحانه» قلمداد گردد؛ بنابراین، چون «حمله مسلحانه‌ای» از جانب ایران صورت نگرفته است، دفاعی نیز بر آن مترتب نیست.

1. Ibid., para.71-72.

دیوان سپس بخش دیگری از استدلال آمریکا را مورد توجه قرار داد که براساس بند ۱ ماده ۲۰ معاهده موّدت، انجام دادن اقدامات ضروری برای حفظ منافع حیاتی آمریکا را قابل توجیه می‌داند. از نظر آمریکا، نقش سکوه‌های نفتی در هدایت و هماهنگی عملیات نظامی علیه کشتیهای آمریکایی، جمع‌آوری اطلاعات و همچنین استقرار نیرو و تجهیزات وسیع نظامی بر روی آنها، بیانگر صحت انتخاب آنها برای عملیات دفاعی آمریکا و ضرورت انهدام آنها بوده است، اما از نظر ایران، با توجه به وضعیت جغرافیایی و وجود جزایر متعدّد ایران در محدوده اطراف مسیر کشتیرانی بین‌المللی در خلیج فارس، ایران نیازی به استفاده نظامی از سکوها برای اداره و هدایت اقدامات نظامی نداشته است؛ لذا تجهیزات نظامی مستقر در سکوها صرفاً جنبه تدافعی داشته است.

دیوان ضمن برشمردن شرایط مشروعیت دفاع در حقوق بین‌الملل، یعنی «اصول ضرورت و تناسب» اعلام کرد:

به هر حال، حتی با پذیرش ادّعی آمریکا نیز دیوان، خود را به پذیرش این استدلال که حمله به سکوها با استناد به دفاع مشروع قابل توجیه است، موظف نمی‌داند؛ چرا که در هر دو قضیه حمله به نفت‌کش کویتی «Sea Isle City» و مین‌گذاری ناو «Uss Samuel B. Roberts»، دیوان مجاب نمی‌شود که حمله به سکوها برای پاسخ به آن حوادث، ضروری بوده است... به هر حال، در مورد حملات ۱۸ آوریل ۱۹۸۸ م... که در پاسخ به مین‌گذاری نامشخصی صورت پذیرفت و به خسارت شدیدی که به غرق شدن کشتی و مرگ خدمه آن منجر شود، منتهی نگردید، نه کل عملیات «Operation Praying Mantis» و نه آن بخشی را که به نابودی سکوه‌های «سلمان» و «نصر» منجر شد، نمی‌توان در وضعیت این قضیه به عنوان یک عمل متناسب با توسل به زور در مقام دفاع مشروع در نظر گرفت.<sup>۱</sup>

دیوان همچنین با توجه به مواردی چون عدم کفایت ادّله آمریکا مبنی بر ضرورت انهدام سکوه‌های نفتی، اعلام «پنتاگون» مبنی بر عدم پیش‌بینی و

1. Ibid., para.76-77.

برنامه‌ریزی قبلی برای انجام اقدامات نظامی علیه فاز «R-4» سکوی نفتی «رشادت» و همچنین وسعت و گستردگی عملیات صورت گرفته<sup>۱</sup> اعلام کرد:

الف) اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوهای نفتی ایران را به استناد بند ۱ ماده ۲۰ معاهده مؤدّت ۱۹۵۵ م. نمی‌توان اقدامی ضروری برای حفظ منافع حیاتی امنیتی آمریکا و قابل توجیه دانست.

ب) اقدامات پیش‌گفته، توسل به زوری است که فاقد شرایط لازم و ضروری حقّ دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل است.

### نقد و ارزیابی حکم دیوان؛ تجربیات راهبردی

نتایج حاصل از پرونده سکوهای نفتی را نمی‌توان با قطع نظر از موقعیت دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی سازمان ملل متحد و نقش آرای آن در میان آرای سایر مراجع قضایی بین‌المللی مورد ارزیابی قرار داد. هر چند ضرورت احراز توافق و رضایت طرفین هر دعوا در سطح بین‌المللی، از نقاط مشترک مواد اساسنامه‌های مؤسس کلیه مراجع قضایی بین‌المللی، اعم از نهاد حلّ و فصل اختلافات «سازمان تجارت جهانی»، «دیوان بین‌المللی حقوق دریاها»، «دیوان کیفری بین‌المللی» و «دیوان بین‌المللی دادگستری» است. نقش، اهمیت و جایگاه ویژه «دیوان بین‌المللی دادگستری» در عرصه حقوق بین‌الملل را باید از اساسی‌ترین نقاط افتراق این دیوان نسبت به سایر دیوانهای بین‌المللی به حساب آورد. این موقعیت ممتاز را می‌توان در مضمون ماده ۳۸ اساسنامه دیوان مشاهده نمود که به موجب آن، رویه‌های قضایی بین‌المللی در زمره مستندات حقوق بین‌الملل ذکر شده است و مسلم است که آرای صادر شده دیوان بین‌المللی دادگستری در صدر رویه‌های قابل استناد قرار می‌گیرد.

بعلاوه، شناسایی ضمنی دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی پراهمیت‌ترین سازمان بین‌المللی و برخوردار آرای آن از ضمانت اجرایی نهادی

۱. علاوه بر سکوها، دو فروند ناو جنگی و تعدادی هواپیما و کشتی ایرانی نیز تخریب شده بودند.

مثل شورای امنیت<sup>۱</sup> که دارای اختیارات و صلاحیتهای وسیع و منحصر به فرد است، این امکان را به دیوان بخشیده است تا از اعتبار، منزلت و شأنی بهره‌مند باشد که در هیچ مرجع قضایی بین‌المللی دیگر یافت نمی‌شود.

با توجه به این ملاحظات، بدیهی است که قضات دیوان در صدور آرای خود باید به این شأن و موقعیت بی‌توجه نباشند و قضاوت خود را در هر پرونده، صرفاً در چارچوب مسائل حقوقی بین‌المللی مابین دو طرف محدود نکنند، بلکه توجهی هم به نقش و تأثیر آرای صادر شده در حفظ، تقویت و تبیین قواعد حقوق بین‌الملل داشته باشند؛ به عبارت دیگر، نوعی تفاوت ضمنی و تلویحی بین آرای صادر شده دیوان بین‌المللی دادگستری و سایر مراجع قضایی بین‌المللی وجود دارد که به موجب آن، قضات دیوان بین‌المللی دادگستری باید تلاش کنند در کنار حلّ و فصل قضایی پرونده‌های مطروحه و صدور حکم، از موقعیت و نقش دیوان به عنوان رکن قضایی ملل متحد بهره ببرند و از دریچه حلّ و فصل دعاوی به حفظ صلح، ثبات و امنیت بین‌المللی کمک کنند.

توجه به دیدگاه فراپرونده‌ای دیوان را می‌توان در غالب آرای صادر شده، از جمله در پرونده سکوهای نفتی ایران نیز ملاحظه کرد. دیوان در پرونده سکوهای نفتی نه تنها به وظیفه اصلی خود، یعنی حلّ و فصل حقوقی دعوا عمل کرد، بلکه رسالت دیگری نیز ماورای واقعیات پرونده برای خود قائل شد. این رسالت، «تبیین قواعد حقوق بین‌الملل در زمینه‌های مورد اختلاف دو طرف (استفاده و کاربرد زور در روابط بین‌المللی) برای آیندگان» است؛ بنابراین، در بررسی و ارزیابی آرای دیوان در هر قضیه‌ای باید به این نقش تکمیلی و با اهمیت دیوان نیز توجه کرد.

از این رو، تجربیات حاصل از پرونده سکوهای نفتی را می‌توان در دو سطح مورد ارزیابی قرارداد:

۱. بند ۲ ماده ۹۴ منشور ملل متحد چنین مقرر می‌دارد: «هر گاه طرف دعوایی از انجام [دادن] تعهداتی که بر حسب رأی دیوان بر عهده او گذاشته شده است، تخلف کند، طرف دیگر می‌تواند به شورای امنیت رجوع کند و شورای مزبور ممکن است در صورتی که ضروری تشخیص دهد، توصیه‌هایی کرده و یا برای اجرای رأی دیوان تصمیم به اقداماتی بگیرد.»

۱. یافته‌های حقوقی دیوان و مبانی استدلالی آن که به طور شفاف و صریح در انتهای حکم ذکر شده است و ظاهر آشکار رأی دیوان را تشکیل می‌دهد.

۲. ملاحظات ضمنی، تلویحی و پنهان دیوان که ناظر به وظیفه تکمیلی آن است. دولتها در اقامه دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری به هر دو نقش و رسالت آن توجه دارند که این نکته در خصوص دولت خواهان پرونده سکوه‌های نفتی نیز صادق است.

خواسته‌های اولیه و اساسی دولت ایران در این پرونده معطوف به ناقض شناختن دولت آمریکا در حمله به سکوه‌های نفتی ایران براساس بند ۱ ماده ۱۰ معاهده مودت بین دو کشور و همچنین جبران خسارات وارده در اثر وقوع حملات نظامی بوده است. لکن هیچ‌یک از خواسته‌های رسمی و مطرح شده ایران، چه در دادخواست تقدیمی و چه در اسناد دیگر، انعکاس مثبتی در حکم نهایی دیوان پیدا نکرد. این عدم انعکاس نمی‌تواند به معنای نفی کامل تمامی خواسته‌های ایران تلقی شود. دولت جمهوری اسلامی ایران با طرح دعوا علیه ایالت متحده آمریکا، در صدد تحقق خواسته ضمنی دیگری نیز بود، یعنی «اخذ تأییدیه و حکم دیوان دایر بر اثبات عدم مشروعیت اقدامات نظامی صورت گرفته از سوی دولت خوانده».

هر چند دیوان بین‌المللی دادگستری در حکم نهایی خود در قالب الفاظ و عبارات حقوقی به خواسته‌های رسمی ایران پاسخ منفی داد، با ظرافت خاصی به خواسته ضمنی ایران که اعلام عدم مشروعیت حملات نظامی آمریکا به سکوه‌های نفتی جامه عمل پوشاند و بخش عظیمی از استدلالهای خود را به آن اختصاص داد.<sup>۱</sup> بنابراین اولین نکته در ارزیابی حکم دیوان این است که هر چند دیوان به دلیل محدودیت‌های صلاحیتی نتوانست به خواسته‌های صریح و رسمی ایران واکنش مناسبی نشان دهد، در بُعد ایفای وظیفه ثانوی خود، تنویر و تبیین قواعد حقوق

۱. پاراگراف‌های ۳۱-۷۸ حکم دیوان ناظر به اثبات عدم مشروعیت اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوه‌های نفتی ایران است. بررسی اجمالی مفاد حکم نشان می‌دهد که از ۴۸ استدلال مطرح شده دیوان، ۳۶ استدلال به نفع ایران و ۱۲ استدلال به نفع آمریکا بوده است. ر.ک:

I.C.J. Reports, 2003, op.cit.

بین‌الملل، خواسته ضمنی ایران را که تبلوری آشکار و رسمی نیز نداشت، محقق ساخت. بعلاوه، دیوان در استدلالات مفصل خود شرایط مشروعیت دفاع در حملات آمریکا به سکوه‌های نفتی را احراز نکرد و به این وسیله، دولت آمریکا را هرچند به صورت غیر مستقیم، ناقض ماده ۵۱ منشور ملل متحد شناخت.

از دیگر نکات مثبت حکم دیوان در پرونده سکوه‌های نفتی، تصریح به «آغازگر بودن دولت عراق در شروع جنگ با ایران»<sup>۱</sup>، تصریح به «آغازگر بودن دولت عراق در شروع حمله به کشتی‌های بی طرف»<sup>۲</sup> و اعلام صریح «تاریخ ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ م. به عنوان روز شروع جنگ عراق با ایران» است.<sup>۳</sup>

در همه موارد سه گانه فوق، اختلاف مشهودی بین ایران و عراق وجود داشت که برای اولین بار، یک نهاد رسمی سازمان ملل متحد با صراحت و مکتوب بر ادعاهای ایران صحه گذاشت. اگرچه هیچ‌یک از موارد تصریح شده پیش گفته، در زمره یافته‌ها و نتایج دیوان قرار نمی‌گیرد، ذکر آنها در میان بندهای حکم دیوان، مهم و ارزشمند تلقی می‌شود.

نکته مهم در خور توجه و قابل تأمل در حکم دیوان، عدم رعایت تسلسل منطقی و ترتیب صحیح در نگارش رأی است که به نظر می‌رسد، قضات دیوان آگاهانه و به منظور اجابت خواسته ضمنی ایران چنین رویکردی را اتخاذ کرده‌اند. از نظر شیوه انشاء رأی، جریان منطقی رسیدگی ایجاب می‌کرد که دیوان ابتدا موضوع نقض یا عدم نقض تعهد از سوی ایالات متحده آمریکا را بررسی می‌کرد، سپس معاذیر قراردادی تصریح شده را که رافع مسئولیت و یا تعهد دولت خوانده محسوب می‌شود، مورد توجه قرار می‌داد.

توضیح اینکه از منظر تحلیل حقوقی، ماده ۱۰ معاهده مودت ۱۹۵۵ م. (تعهد دو طرف در تضمین آزادی کشتیرانی و تجاری) یک «ماده ماهوی قراردادی» محسوب می‌شود، در حالی که ماده ۲۰ همین معاهده که در حوزه معاذیر موجه عدم

1. I.C.J. Reports, 2003, op.cit., p.17, para.23.

2. Ibid.

3. Ibid.

رعایت معاهده قرار دارد، چنین ویژگی‌ای را ندارد. ترتیب منطقی نگارش حکم اقتضا می‌کرد که پس از احراز نقض یا عدم نقض تعهدات مندرج در ماده ۱۰، معاذیر مصرح در ماده ۲۰ مورد رسیدگی قرار می‌گرفت، اما دیوان بدون رعایت عرف متداول در انشاء رأی و با تمایل به اجابت خواسته ضمنی ایران، بخشهای اولیه حکم را به غیر موجه بودن عذر دفاع مشروع آمریکا در حمله به سکوه‌های نفتی ایران اختصاص داد و سپس عدم نقض تعهد از سوی ایالات متحده آمریکا نسبت به ماده ۱۰ را احراز کرد.

در این باره، با عنایت به اینکه دیوان هنگام انشاء حکم از نتیجه نهایی آن مطلع بوده است، سیر منطقی ایجاب می‌کرد که پرداختن به معاذیر قراردادی عدم رعایت تعهد پس از احراز عدم نقض تعهدات قراردادی ضرورتی نداشته باشد. تنها دلیلی را که می‌توان برای این رویه غیر متداول دیوان ذکر کرد، ایفای وظیفه و نقش تکمیلی دیوان به عنوان مرجع قضایی سازمان ملل متحد است که در درجه اول حافظ منافع امنیتی جامعه بین‌الملل و در مرحله بعد، منافع امنیتی سایرین می‌باشد.

با این همه نباید حکم دیوان را خالی از نقض دانست. دیوان در نتیجه‌گیری نهایی خود با برداشتی کاملاً بسته از مفهوم تجارت در ماده ۱۰ معاهده، یافته خود را بسیار محدود کرد و به این دلیل نقض آزادی تجاری از سوی ایالات متحده آمریکا را محرز ندانست؛ به بیان دیگر، دیوان تلقی خود را از کلمه تجارت به «تجارت روزمره طرفین» محدود کرد، در حالی که آنچه در ماده ۱۰ معاهده موذت مورد تصریح است، تضمین آزادی تجاری به طور عام و نه صرفاً عمل فیزیکی تجارت می‌باشد؛ بنابراین، استدلال دیوان که «فقدان رابطه تجاری بالقوه بین ایران و آمریکا موجبات نقض آزادی تجاری ایران را در اثر حملات ایالات متحده به سکوه‌های نفتی فراهم نیاورده است» کاملاً قابل خدشه است. علاوه بر این، دیوان برداشت خود را از کلمه تجارت، صرفاً به تجارت‌های مستقیم و بلاواسطه محدود کرد، در حالی که از بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موذت چنین تفسیر محدودی برداشت نمی‌شود.

از زاویه دیگر، استدلال دیوان مبنی بر اینکه اعمال تحریم‌های نفتی ایران به موجب فرمان اجرایی دولت ریگان در سال ۱۹۸۷ م.، باعث شده است که اقدامات

نظامی آمریکا علیه سکوه‌های نفتی، ناقض آزادی تجاری مصرح در معاهده موذت نشود، نیز قابل انتقاد می‌باشد. همان‌گونه که یکی از قضات دیوان در نظریه تفسیری خود (منضم به حکم دیوان) بیان کرده است، از منظر حقوقی، دولت‌ها نمی‌توانند به استناد یک عمل یک‌جانبه اداری از انجام دادن تعهداتی که به موجب یک معاهده بین‌المللی، مکلف به رعایت آنها هستند، استنکاف ورزند.<sup>۱</sup> بنابراین، ماهیت اداری فرمان تحریم خرید نفت ایران نمی‌تواند تعهد قراردادی دولت آمریکا به تضمین آزادی تجاری ایران در سکوه‌های نفتی را خدشه‌دار کند.

اما در بطن استدلال‌ات دیوان، نکته‌ای وجود دارد که تجربه‌ای گرانبها برای دولت ایران دربردارد. دیوان در حکم خویش این ایده را به طور ضمنی مطرح کرد که اگر ایران در خواسته نهایی خود، مشروعبیت صدور فرمان اجرایی رئیس‌جمهور آمریکا مبنی بر تحریم خرید نفت ایران را زیر سؤال می‌برد و اعلام مغایرت آن را با ماده ۱۰ معاهده موذت خواستار می‌شد، در این صورت دیوان می‌توانست به نحو دیگری موضوع حملات نظامی آمریکا به سکوه‌های نفتی «نصر» و «سلمان» را بررسی کند.

ایران در حالی که هیچ خواسته و یا ادعایی رسمی در خصوص غیر مشروع بودن تحریم‌های ایالات متحده و نقض بند ۱ ماده ۱۰ معاهده موذت ۱۹۵۵ م. را مطرح نکرده است، با وجود این، چنین ادعایی دارد... مبنای ادعای ایران این است که تحریم‌ها، نقض معاهده ۱۹۵۵ م. بوده است و به موجب بند ۱ ماده ۲۰ موجه نمی‌باشد. اینها موضوعاتی است که ایران رسماً اعلام نکرده است و دادگاه نیز درخصوص آن، استدلال کاملی استماع نکرده است؛ بنابراین، دیوان اثرات عملی تحریم‌ها را که در مورد آن اختلافی وجود ندارد، مورد بررسی قرار می‌دهد.<sup>۲</sup>

دلالت ظاهری این قسمت از رأی دیوان آن است که دیوان نمی‌تواند صلاحیتی بیش از آنچه دو طرف دعوا برای او به رسمیت شناخته‌اند، برای خود قائل شود؛

1. Separate Opinion of Judge ad hoc Rigaux, I.C.J. Reports, 2003, p.8.  
2. Ibid., p.43, para.94.

بنابراین، دیوان با توجه به محدودیت‌های صلاحیتی‌ای که با آن مواجه است، تلاش کرده است تا محذورات خود را به دو طرف یادآوری کند.

ذکر این نکته نیز ضروری است که وکلای دولت ایران چه در دادخواست تقدیمی خود به دیوان و چه در لوابیح و جوابیه‌هایش به ادعاهای متقابل آمریکا، از دیوان تقاضا کرده بودند که ایالات متحده را به علت حمله به سکوهای نفتی، ناقض ماده ۱۰ معاهده مودت شناخته و بر اساس آن، حکم به پرداخت خسارت کند.

این در حالی بود که دیوان در حکم نهایی خویش، اقدامات نظامی دولت آمریکا علیه سکوهای نفتی ایران را ناقض بند ۱ ماده ۲۰ معاهده مودت شناخت. در این باره، به نظر می‌رسد، عدم استناد و درخواست ایران به بند ۱ ماده ۲۰ معاهده مودت، باعث شده است دیوان در صدور حکم به پرداخت غرامت با محدودیت‌های صلاحیتی مواجه گردد و نتواند خارج از آنچه دو طرف از او خواسته‌اند، صلاحیتی برای خود قائل گردد.<sup>۱</sup>

حکم دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان از اختلاف دیدگاه قضات دیوان نیز مورد تجزیه و تحلیل قرار داد؛ بدین معنا که نوعی شکاف و تمایز بین دیدگاه‌های قضات تبعه کشورهای پیشرفته صنعتی و قضات کشورهای در حال توسعه قابل مشاهده است. موضعگیری قضاتی که دولتهای متبوع آنان از مدافعان و حامیان حملات نظامی آمریکا به عراق بودند، بیشتر به این سمت معطوف بود که دیوان نباید با احراز عدم نقض تعهدات مندرج در ماده ۱۰ معاهده مودت ۱۹۵۵ م، مشروعیت یا عدم مشروعیت اقدامات نظامی آمریکا علیه سکوهای نفتی ایران را مورد بررسی قرار می‌داد،<sup>۲</sup> در حالی که قضات وابسته به بلوک کشورهای در حال توسعه و به ویژه کشورهای عربی، دیدگاهی کاملاً متفاوت داشتند و متأثر از

۱. البته پاسخ به این نکته حقوقی نیز همچنان مفتوح خواهد بود که آیا ماده ۲۰ معاهده مودت را که در حیطه معاذیر عدم اجرای تعهدات قراردادی محسوب می‌شود، می‌توان یک ماده ماهوی قلمداد کرد و مسئولیت دولت خوانده را به نقض آن اثبات کرد یا نه؟

۲. قاضی انگلیسی «Rosalyn Higgins» قاضی هلندی «Pieter H. Kooigmans»، قاضی آمریکایی «Buerghenthal Thomas» و قاضی ژاپنی «Hisashi Owada» دارای چنین دیدگاهی می‌باشند.

اقدامات یک جانبه گرایانه آمریکا، حملات نظامی آن کشور به سکوهای نفتی ایران را برای دولت آمریکا مسئولیت آور و متضمن پرداخت خسارت دانستند.<sup>۱</sup>

با این حال، باید اذعان کرد که متأسفانه رهیافت اکثریت قضات دیوان در رد خواسته ایران مبنی بر دریافت غرامت، یک رهیافت شکلی و نه محتوایی بوده است؛ بدین معنا که با توجه به اینکه عملاً نفت ایران (حتی پس از اعمال تحریمها و تخریب جزئی سکوها توسط عراق) به آمریکا صادر می‌شده است؛ یعنی در واقع، رابطه تجاری غیر مستقیم وجود داشته است، اما دیوان آن را کافی ندانسته است.

یکی از دلایلی که می‌توان در باب علل صدور چنین حکمی ذکر کرد، اثرگذاری تاکتیک حقوقی آمریکا در طرح دعوی متقابل علیه ایران است. به نظر می‌رسد ادعاهای مفصل و حجیم آمریکا علیه ایران درخصوص حمله به کشتیهای آمریکایی و وارد شدن خسارت به آنها و درخواست پرداخت غرامت، هر چند در مقابل خسارات وارده به سکوهای نفتی ایران اندک و ناچیز بوده است، موجب شد تا وکلای آمریکایی بتوانند با بزرگ‌نمایی میزان و حجم حملات ایران، بر روند تصمیم‌گیری قضات اثرگذار باشند و نوعی تعادل نسبی را بین مدعیات دو طرف در دیوان فراهم کنند. در واقع، دولت آمریکا با اتخاذ تاکتیک «بهترین دفاع، حمله است» توانست از فضای ایجاد شده در دیوان بهره‌افراوانی ببرد و باید اذعان کرد که چنین روشی تا حدود زیادی نیز نتیجه‌بخش بوده است.

این مسلم است که حکم صادر شده، به رغم محکوم کردن آمریکا در حمله به سکوهای نفتی ایران، تضمین‌کننده منافع جمهوری اسلامی ایران در دریافت خسارات وارده به سکوها نیست. این موضوع نیز که آیا در این مرحله از رسیدگی، راهی برای درخواست تجدیدنظر و اعاده دادرسی وجود دارد، قابل بررسی است.

۱. قاضی اردنی «Awn Shawakat Al-Khasawneh» و قاضی مصری «Nabil Elaraby» از جمله قضاتی بودند که در اعلام نظریات مخالف خویش (منضم به حکم دیوان) صراحتاً اقدام نظامی آمریکا علیه سکوهای نفتی ایران را تلافی نظامی خوانده و عدم ترتب پرداخت خسارت به نقض تعهد آمریکا را مخدوش دانستند. حجم، شیوه، محتوا، نحوه استدلال و مخالفت دو قاضی عرب تبار دیوان مبنی بر عدم الزام آمریکا به پرداخت خسارت بسیار جالب توجه و سزاوار تعمق است. ر.ک:

Dissenting Opinions of Judges Elaraby & Al-Khasawneh, I.C.J. Reports, op.cit.

بر اساس مفاد اساسنامه دیوان، احکام صادره، اصولاً قطعی و لازم‌الاجرا و غیر قابل تجدیدنظر است، اما در شرایط استثنایی و با رعایت شرایط خاصی، هر یک از دولتهای طرف دعوا می‌توانند از دیوان درخواست تجدیدنظر کنند. لکن با توجه به اینکه شرایط استثنایی پیش‌گفته، قابلیت تسری به تجدیدنظرخواهی ایران در پرونده حاضر را ندارد، به نظر می‌رسد، موضوع تجدیدنظر در حکم صادره نیز موضوعاً منتفی باشد.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر، نتیجه حکم دیوان در این پرونده، ردّ همزمان دادخواست ایران و دعوی متقابل آمریکا در ناقض شناخته شدن طرف دیگر نسبت به تعهدات متقابل قراردادی به موجب ماده ۱۰ معاهده مؤدت است؛ بنابراین در این زمینه، اجرای حکم دیوان موضوعیتی نخواهد داشت. اما اینکه اقدام بعدی ایران در خصوص آثار حقوقی و ضمانت اجرای بخش دیگری از حکم دیوان (غیر موجه و به نوعی مغایر بودن اقدامات نظامی آمریکا با ماده ۲۰ معاهده) چه می‌تواند باشد، موضوعی است که از منظر حقوقی و یا سیاسی، قابلیت تعقیب و پی‌گیری را دارد.

در این باره پیشنهاد می‌شود، دولت جمهوری اسلامی ایران طی نامه‌ای رسمی خطاب به دولت آمریکا به استناد این بند از حکم دیوان بین‌المللی دادگستری، خواستار پرداخت غرامت بابت تخریب سکوهای نفتی ایران شود.<sup>۲</sup> دست‌کم فایده

۱. به موجب ماده ۶۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از شرایط تقدیم دادخواست تجدیدنظر، کشف امری است که دولت خواهان تجدیدنظر و قضات دیوان، هنگام رسیدگی اولیه از وجود آن اطلاع نداشته باشند و علاوه بر اینکه مداخلت این کشف در نحوه صدور حکم اثر قطعی داشته باشد، از طرف دولت خواهان تجدیدنظر نیز قصوری در عدم ارائه آن به دیوان وجود نداشته باشد.

۲. یکی از حقوق دانان و وکلای دولت ایران در پرونده سکوهای نفتی معتقد است «در آینده می‌توانیم در قالب توافق سیاسی با آمریکا، مسئله مسئولیت آمریکا در تخریب سکوهای نفتی را مطرح کنیم و جبران خسارت را در یک قالب و چارچوب سیاسی درخواست کنیم، مگر اینکه احتمالاً در آینده، مبنای صلاحیتی دیگری پیدا کنیم و یا قراردادی امضا شود که چنین صلاحیتی را به یک مرجع قضایی و یا داوری بدهد و مجدداً بتوانیم این مسئله را زنده کنیم... این برگ برنده‌ای در دست ما برای آینده است فقط باید دنبال موقعیت و فرصت باشیم که از این برگ برنده استفاده کنیم.» (جمشید ممتاز، «محکومیت آمریکا در انهدام سکوهای نفتی ایران»، روزنامه همشهری دیپلماتیک، شماره ۳، نیمه دوم آذرماه ۱۳۸۲، ص ۱۱).

این اقدام، این است که با توجه به حجم روزافزون تعداد دعوی اتباع آمریکا علیه دولت ایران در محاکم فدرال آمریکا و خواسته‌های میلیاردی آنان، نوعی تعادل در حجم و میزان خواسته‌های دو طرف (در صورت تمایل به حلّ و فصل اختلافات حقوقی خود در آینده) ایجاد خواهد شد.<sup>۱</sup>

۱. آخرین وضعیت دعوی اتباع آمریکایی در محاکم فدرال این کشور علیه دولت جمهوری اسلامی ایران از آن حکایت دارد که تا سال ۲۰۰۲ جمعاً ۲۹ پرونده علیه دولت ایران و مؤسسات و وزارتخانه‌های ایران به ثبت رسیده و از جمع مبلغ خواسته خواهانها (۴/۷۴۸/۳۹۹ هزار دلار) مبلغ محکوم به معادل ۲/۸۵۶/۱۸۰ هزار دلار بوده است. مبالغ خواسته شده شامل خواسته ۵۲ گروگان آمریکایی در تهران (۳۸ میلیارد دلار) که ادعاهایشان مردود اعلام نشده است. (به نقل از: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، گزارش اداره دعوی اتباع آمریکا علیه ج.ا.ا. در مقابل، شعبه سوم دادگاه عمومی تهران تا کنون به سه پرونده دعوی اتباع ایرانی علیه دولت آمریکا رسیدگی کرده و دولت خوانده را به پرداخت دهها هزار میلیارد ریال محکوم کرده است. (دادنامه‌های شماره ۷، ۸ و ۱۲۷۲ به ترتیب به شماره پرونده کلاسه ۱۱۹۹/۳/۸۰، ۹۸۷/۳/۸۰ و ۱۷۹/۳/۸۰ و تاریخهای ۸۲/۱/۱۱، ۸۲/۱/۱۱ و ۸۱/۱۰/۳۰).

برای ملاحظه مبانی حقوقی ممنوعیت نقض مصونیت حکومتها در حقوق بین‌الملل و راهکارهای دولت ایران در مقابله با این پدیده، ر.ک: محسن عبداللهی و میر شهینز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، انتشارات ریاست جمهوری (معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور)، ۱۳۸۲.

# مفهوم تعهدات مثبت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

□ محمدرضا ویژه

□ دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه نانت فرانسه

چکیده:

مدت زمانی است که «نظریه تعهدات مثبت» به عنوان راهبردی نوین در ارتقای حقوق بشر مطرح شده است. به موجب این نظریه، دولت‌ها در قبال تحقق حقوق بشر بی تفاوت و منفعل نبوده، بلکه متعهدند فعالانه برای تحقق این حقوق مداخله کنند.

معاهده اروپایی حقوق بشر با هدف حمایت مؤثر از بشر شکل گرفت و بالتبع، تفسیر آن نیز باید در همین راستا انجام پذیرد. نظریه تعهدات مثبت، به مثابه ابزاری برای تحقق این مهم، بسیار در خور اعتناست، خصوصاً با توجه به اینکه دیوان اروپایی حقوق بشر نیز به عنوان نهاد قضایی حمایت از حقوق بشر در اروپا به گونه‌ای گسترده، این نظریه را به کار گرفته است. به کارگیری این تعهدات، مرسوم تفسیر پویا و تکاملی دیوان از معاهده اروپایی حقوق بشر است. در واقع، با کمک گرفتن از این تفسیر، معاهده اروپایی حقوق بشر، سندی پویاست که همگام با دگرگونیهای

اجتماعی به پیش می‌رود. بهره‌گیری از تعهدات مثبت نیز در همین راستا و با هدف گسترش و تعمیق حمایت از حقوق مطرح شده در معاهده اروپایی حقوق بشر می‌باشد.

ایجاد این تعهدات و نحوه اجرای آنها از سوی دولت‌ها نیازمند به کارگیری اصول و روشهایی مانند اصل تناسب و اصل محدوده ارزیابی دولت‌ها، از سوی دیوان است که به تفصیل در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلید واژگان: تعهدات، حقوق بشر، دیوان اروپایی، سند، حمایت.

### مقدمه

مقوله حقوق بشر در جهان کنونی اهمیتی بسزا یافته است. این حقوق که تا پیش از پایان جنگ سرد، به عنوان حربه‌ای برای اعمال فشار دولتهای بانفوذ علیه دیگر دولت‌ها به کار گرفته می‌شد و مفهوم بنیادین حاکمیت کشورها مانعی سترگ در برابر آن بود. پس از فروپاشی شوروی سابق معنای سنتی خود را از دست داد و به پارامتری تعیین‌کننده در حقوق بین‌الملل تبدیل شد.

دگرگونی مفهوم حاکمیت موجب شده است تا آرمان حقوق بشر به زوایای سامانه‌های حقوقی کشورهای گوناگون راه یابد و جامعه جهانی هر چه بیشتر به مفهوم حقوق بشر نزدیک تر شود، گرچه هنوز هم با آرمانهای آن فاصله زیادی داریم.

در هر حال، بشر روزبه‌روز در عرصه حقوق، جایگاه رفیع‌تری می‌یابد و بی‌تردید این وظیفه سترگ بر دوش حقوق دانان آگاه نهاده شده تا برای اعتلای این وجود مقدس، فارغ از کلیه تعلقات و به صرف دارا بودن منزلت انسانی بکوشند. همه قواعد بشری باید در سپهر آسایش او و فرزندانش توسعه یابد تا آینده‌ای روشن و محیطی امن و دور از خشونت را برای زیستن نوید دهد.

در این میان افزون بر شناخت این حقوق که به تفصیل در مورد آن بحث شده است، به آشنایی با تلقی بین‌المللی از راهکارهای اعمال این حقوق نیازمند هستیم تا توانایی سنجش آرای خود و نیز آگاهی از جایگاه اندیشه حقوقی خود را در این

زمینه داشته باشیم؛ چرا که گذشته نشان می‌دهد این موضوع بسیار قابل تأمل بوده و کمتر بدان توجه شده است.

بدیهی است که بررسی رویه دیوان اروپایی حقوق بشر که تجربه‌ای بسیار موفق در اعمال منطقه‌ای حقوق بشر داشته است، در این زمینه بسیار مهم است. اهمیت این تحلیل هنگامی آشکارتر می‌شود که درمی‌یابیم، رویه این دیوان تأثیر بسزایی در فرآیند دگرگونی حقوق بشر دارد و آرای این دیوان در مقولات بسیاری مورد استناد قرار می‌گیرد؛ بنابراین از یک سو، برای سهیم شدن در گفتمان جهانی حقوق بشر به آگاهی از دیگر نحله‌های تأثیرگذار بر این گفتمان نیازمند هستیم. از سوی دیگر، شناخت روشهای به کار گرفته شده از سوی دیوان برای حمایت از حقوق مندرج در معاهده اروپایی حقوق بشر، ما را با روشها و شیوه‌های گوناگون و نوین تفسیر آن آشنا می‌سازد. به کار گرفتن این روشها، تواناییهای ما را برای پویایی نظام حقوقی کشورمان مضاعف می‌سازد.

می‌دانیم که در فرآیند این تحول، دولت‌ها هر روز بیشتر متعهد می‌شوند و تضمینهای بیشتری برای شهروندان در مقابل آنها ایجاد می‌شود؛ تضمینهایی که مرزهای جغرافیایی را به سرعت درنوردیده است. در عصر نوین، دولت‌ها تنها به عدم دخالت در زندگی شهروندان متعهد نیستند، بلکه موظفاند اجرای حقوق را نیز تضمین کنند. مفهوم «تعهدات مثبت»<sup>۱</sup> در این مقوله ظاهر می‌شود و با توجه به گسترش سریع آن، نیازمند مذاقه است. باید دانست که حمایت از حقوق مطرح شده در معاهده اروپایی حقوق بشر یکسان نیست و نیز برخی از این حقوق، مورد حمایت مطلق یا کامل قرار می‌گیرد. همین تفاوت، موجب شده است که برای تضمین اعمال برخی از این حقوق، بحث «تعهدات مثبت دولتهای عضو» به میان آید.<sup>۲</sup> اما همین گروه از تعهدات نیز دستاورد تفسیر پویا و تکاملی دیوان از معاهده اروپایی حقوق بشر است؛ بدین منظور، این روش تفسیر را با تأکیدی ویژه، مورد

1. Obligations positives = Positive obligations.

2. Cf. D. Breillat, «La Hiérarchie des Droits de L'homme», Mélanges Philippe Ardant, Droit et Politique à la Croisée de Cultures, Paris, LGDJ, 1999, p.366.



در این راستا، بخش نخست به چگونگی شکل‌گیری مفهوم تعهد مثبت در عرصه حقوق بشر اختصاص دارد. در این بخش به بررسی مبانی این تعهدات و همچنین به مذاقه در مفاد آنها در حقوق گوناگون مندرج در معاهده اروپایی حقوق بشر می‌پردازیم. در بخش دوم نیز در تشریح نحوه نظارت دیوان بر رعایت تعهدات مثبت از سوی دولتها، ابتدا اصول حاکم بر این نظارت را تبیین کرده و سپس به تحلیل رویه دیوان در این زمینه می‌پردازیم.

### مفهوم تعهدات مثبت

دیوان اروپایی حقوق بشر، از بدو تأسیس، کوشش کرده است، حقوق مطرح شده در معاهده اروپایی حقوق بشر را گسترش دهد؛ لذا در این زمینه، نخست مفاد این حقوق را توسعه داده و سپس به گسترش مسئولیت دولتهای عضو پرداخته است. دیوان با به‌کارگیری تفسیری پویا و تکاملی و در نظر گرفتن شرایط زندگی کنونی، مجموعه‌ای از قواعد حمایت‌کننده را فراهم کرده است که این قواعد نه تنها حقوق شکلی، بلکه حقوق ماهوی را نیز دربرمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

«نظریه تعهدات مثبت» به عنوان چارچوب برخی از این قواعد به شمار می‌رود که به کارگیری آن تأثیر بسزایی در ارتقای حمایت از اجرای حقوق مندرج در معاهده اروپایی حقوق بشر داشته است. از این رو، ابتدا مبنای تعهدات مثبت و سپس محتوای آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### الف) مبانی تعهدات مثبت

ابتدا باید بر این نکته مهم تأکید کرد که در واقع، تفسیر پویای نهادهای اروپایی مستقر در استراسبورگ، خصوصاً دیوان اروپایی حقوق بشر، امکان بازخوانی معاهده اروپایی حقوق بشر و تحوّل تفسیر تعهدات مذکور در این معاهده را فراهم

1. G. Cohen - Jonathan, «50<sup>e</sup> Anniversaire de la Convention Européenne des Droits de L'homme», RGDIP, 2000, p.522-523.

رویه دیوان در اعمال کلیه حقوق مندرج در معاهده، این است که دامنه آنها را گسترش و تضمینهای اجرای آنها را افزایش دهد؛ به دیگر سخن، هدف تفسیر معاهده اروپایی حقوق بشر، حمایت مؤثرتر از انسان است. دغدغه ایجاد تأثیری واقعی برای نظام حقوق تضمین شده با معاهده اروپایی حقوق بشر، همواره نهادهای ناظر بر اجرای این معاهده را به خود مشغول کرده است.

دیوان اروپایی حقوق بشر در رأی «ایری»<sup>۱</sup> به تاریخ ۹ اکتبر ۱۹۷۹ م. به این مسئله تصریح کرد که خواستار حمایت عینی و مؤثر، و نه صرفاً نظری از حقوق مطرح شده در معاهده است؛ مثلاً، دیوان خواستار تحقق شرایط ماهوی برای فرد به منظور اجرای مؤثر حقوقش در مورد دسترسی به مراجع قضایی است. امروزه، آموزه‌های نوین حقوق عمومی، مبانی نظری و سیاسی حقوق بنیادین را گسترش داده است. این گسترش به گونه‌ای است که برخی حقوق و آزادیها را برای انسان اساسی تر می‌داند؛ چرا که کاملاً به شأن و منزلت انسانی<sup>۲</sup> مربوط است؛ بنابراین، تحقق این حقوق نیازمند وجود «تعهدات مثبت» برای دولتهای عضو است.<sup>۳</sup>

برای توضیح بیشتر باید گفت که تحقق و استمرار برخی از حقوق و آزادیها به مداخله دولت وابسته است. از سوی دیگر، امکان زندگی مستقل انسان و برخورداریش از حقوق و آزادیها به مداخله دولت به منظور حفاظت از تهدیدهای گوناگونی وابسته است که از سوی قدرتهای اقتصادی و اجتماعی متوجه اوست.<sup>۴</sup> این تلقی از معاهده در گزارش کمیسیون در «قضیه گلدن» در ۱ ژوئن ۱۹۷۳ م. گسترش یافت. در ادامه این رویه است که مفهوم «تعهدات مثبت» ظاهر شده است.<sup>۵</sup> تقسیم‌بندی تعهدات با الهام از میثاقهای ۱۹۶۶ م. صورت گرفت که حقوق مدنی و

1. Airey. 2. Dignité humaine = Human dignity.  
3. F. Sudre, «Les Obligations Positives Dans la Jurisprudence Européenne des Droits de L'homme», RTDH, Juillet 1995, N°23, p.365.  
4. F. Matscher, «La Cour Européenne des Droits de L'homme», Académie de Droit International, 1997, N°270, p.348.  
5. البته پیش از آن، در سالهای ۱۹۶۰ م.، کمیسیون اروپایی مفهوم تعهدات مثبت را شناسایی کرده بود.

سیاسی را در یک گروه و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را در گروه دیگر قرار داده بود؛<sup>۱</sup> به دیگر سخن، این تعهدات در مقابل «تعهدات منفی دولتها» (مربوط به حقوق مدنی و سیاسی) قرار دارد که «ژلینک»<sup>۲</sup> از آنها به عنوان «وضعیت منفی»<sup>۳</sup> یا «وضعیت آزاد»<sup>۴</sup> یاد کرده است؛ بدین معنا که دولتهای عضو در قبال برخی حقوق نباید فقط به عدم نقض آنها اکتفا کنند، بلکه باید اجرای آنها را نیز تضمین کنند.

به بیانی روشن تر، پیدایش این مفهوم از یک سو در نتیجه دگر دیسی «تعهدات منفی» به سوی «تعهدات مثبت» و از سوی دیگر نتیجه کاربرد «نظریه انسجام»<sup>۵</sup> حقوق مطرح شده در معاهده به منظور اعمال مؤثرتر آنها بود. امروزه اعمال این نظریه، از سوی قاضی، برای افزایش اثر حقوق مطرح شده در معاهده، ضروری به نظر می‌رسد. دیوان در رأی «کمپل و کوزان»<sup>۶</sup> تصریح می‌کند که هر الزام منفی در معاهده، تعهد مثبت معینی نیز برای دولتهای عضو در بر دارد. به طور سنتی، آزادیهای عمومی به عنوان تضمین منفی در مقابل اقدامات مقامات عمومی در نظر گرفته می‌شدند، ولی مفهوم تعهدات مثبت در همین راستا و با تکیه بر مفاد برخی مواد معاهده با گذر از مفهوم تکلیف ساده عدم دخالت مقامات عمومی، تکالیفی عینی را نیز برای آنها در نظر گرفت. این مسئولیت برای دولت به صورت تعهد به پیشگیری و در نظر گرفتن ضمانت اجرا در صورت نقض حق خاصی در معاهده به وجود می‌آید.<sup>۷</sup>

مفهوم «تعهدات مثبت» برای نخستین بار در ۲۳ ژوئیه ۱۹۶۸ م. در «قضیه زبانی بلژیک» به کار گرفته شد و به کارگیری آن از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر تا

۱. گو اینکه برخی از حقوق، ماهیت مختلط هم دارند و این تقسیم‌بندی در همه جا صادق نیست؛ مانند آزادی سندیکایی و حق بر آموزش.

2. Jellinek.

3. Status Negativus.

4. Status Libertatis.

5. La Cohérence.

6. Campbell & Cosans (25 février 1982).

7. D. Spielmann, «Obligations Positives et Effet Horizontal des Dispositions de la Convention», L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de L'homme, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.134.

۱۹۸۵ م. بسیار نادر بود. دیوان در ۲۶ مارس ۱۹۸۵ م. در «قضیه X» و «Y» علیه هلند»، این مفهوم را به عنوان وسیله‌ای برای اعمال نظارت خویش به کار گرفت. این روند در آرای «پاول و ریئر»<sup>۱</sup> در ۲۱ فوریه ۱۹۹۰ م. و «لویز-استرا»<sup>۲</sup> در ۹ دسامبر ۱۹۹۴ م. ادامه یافت. به موجب این آرا دولتها موظف شدند تا تدابیری معقول و مناسب برای حمایت از حقوق مطرح شده در معاهده اروپایی حقوق بشر اتخاذ کنند.<sup>۳</sup>

رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر توانست در کنار این تعهدات مثبت برای دولتهای عضو، حق استناد به این تعهدات را برای افراد نیز در نظر بگیرد. ماده ۱ معاهده برای این مهم ممکن است مورد استناد قرار گیرد. به موجب این ماده، حقوق و آزادیهای مطرح شده در این معاهده برای تمامی افراد تحت صلاحیت دولتهای عضو به رسمیت شناخته شده است. از سوی دیگر، دولت عضو به رعایت این حقوق از سوی تمام نهادهایش متعهد است. در نتیجه، امکان تسری نظریه تعهدات مثبت را به هر حق مطرح شده در معاهده در گستره وسیعی به رسمیت شناخت.<sup>۴</sup>

در مجموع، نظریه تعهدات مثبت بر «مداخله فعال»<sup>۵</sup> دولت و مقامات عمومی در اعمال حقوق مطرح شده در معاهده و اتخاذ تدابیری لازم به منظور اجرای این حقوق مبتنی است. این شیوه، در مقابل «مداخله منفعل»<sup>۶</sup> این نهادها به کار می‌رود. در واقع، ایجاد تعهد مثبت برای دولتها، موجب تحرک فزون تر نظام حقوق داخلی دولتهای عضو برای هماهنگی با روند دگرگونی حقوق بشر در اروپا می‌شود. دیوان تا کنون از ارائه نظریه‌ای جامع برای تعهدات مثبت خودداری کرده است و تا کنون فقط تعدادی از این تعهدات را در موارد گوناگون، به صورت ماهوی و شکلی شناسایی کرده است.<sup>۷</sup>

1. Powell et Rayner.

2. Lopez - Ostra.

3. F. Sudre, op.cit., p.363.

4. Ibid., p.368.

5. Ingérence Active.

6. Ingérence Passive.

7. F. Sudre, *La Convention Européenne des Droits de L'homme*, 5<sup>e</sup> Éd. Que Sais-je?, Paris, PUF, 2002, p.32.

به عنوان قاعده‌ای کلی، دیوان همواره معاهده‌اروپایی حقوق بشر را به گونه‌ای تفسیر می‌کند که به هدف و غایت آن نزدیک تر باشد. در راستای این روش، دیوان دو شیوه «تفسیر مضیق»<sup>۱</sup> و «تفسیر گسترده»<sup>۲</sup> را به کار می‌برد. در شیوه تفسیر گسترده، دیوان حقوق تضمین شده در معاهده را بسیار وسیع تفسیر کرده است، به گونه‌ای که حقوقی را که به صراحت نیز قید نشده‌اند، دربرگیرد.<sup>۳</sup> به منظور اجرای این حقوق، دیوان در رویه خویش، تعهدات گوناگونی را از زوایای مختلف برای دولتهای عضو در نظر گرفته است. «تعهدات مثبت» مهم‌ترین این تعهدات است که دیوان از ورای الفاظ مذکور در معاهده‌اروپایی حقوق بشر بر آن تأکید می‌ورزد. رویه دیوان در این خصوص، مرهون روش تفسیر خاصش از مواد معاهده، موسوم به «اصل تفسیر پویا و تکاملی»<sup>۴</sup> است. با کمک این اصل، دیوان در صدور بسیاری از آرا دامنه محتوای مواد معاهده را غنی کرده و تضمینهای مربوط به حقوق مطرح شده را گسترش داده است.<sup>۵</sup>

دیوان، در فرصتهای گوناگون، بر به کارگیری این اصل تأکید ورزیده است.<sup>۶</sup> «اصل تفسیر پویا و تکاملی» این امکان را فراهم می‌سازد که معاهده در پرتو شرایط زندگی کنونی و مفاهیم گوناگون و متغیر اجتماعی تفسیر شود.<sup>۷</sup> این روش، در مورد حقوق و آزادیهایی به کار گرفته می‌شود که به صراحت در معاهده پیش‌بینی نشده و

1. Étroite = Narrow. 2. Large = Larg.  
 3. O. Jacot - Guillaumod, «Règles, Méthodes et Principes D'interprétation Dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme», La Convention Européenne des Droits de L'homme, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p.49.  
 4. Principe D'interprétation Dynamique et Évolutive.  
 5. دیوان در رأی «تیرر علیه بریتانیا» (Tyrer c. Royaume - Uni) در ۲۵ فوریه ۱۹۷۸ تأکید کرد که معاهده‌اروپایی حقوق بشر سندی پویاست که مفهوم مقررات آن باید مطابق دریافت امروزی جامعه باشد.  
 6. برای مثال در آرای «فلدبروگ» (Feldbrugge) و «دوملند» (Deumeland) به تاریخ ۲۹ مه ۱۹۸۶.  
 7. M. Delams - Marty, *Raisonnement la Raison D'état*, Paris, PUF, 1989, p.444.

بالتبع تضمینهایی نیز برای آنها در نظر گرفته نشده است. همچنین، این نوع تفسیر به منظور درک (در مفهوم منطبق شکلی) مفاهیم مطرح در حقوق داخلی کشورهای عضو که مشمول معاهده‌اروپایی حقوق بشر هستند، به کار گرفته می‌شود؛ برای مثال، در مورد مفاهیم «زندگی خانوادگی» و «زندگی خصوصی» ذکر شده در ماده ۸ معاهده این پرسشها مطرح است که آیا مفهوم نخست شامل روابط خانوادگی خارج از ازدواج می‌شود؟ آیا مفهوم دوم شامل روابط جنسی نیز می‌گردد؟ در مورد مفهوم ازدواج که در ماده ۱۲ معاهده ذکر شده است، این ماده چه مفهومی را از ازدواج مد نظر قرار داده است؟ آیا حق ازدواج شامل حق طلاق هم می‌شود؟<sup>۱</sup> در همه این موارد، مفاهیم مندرج در معاهده‌اروپایی حقوق بشر که مفاهیمی انتزاعی است، باید با مفاهیم حقوق داخلی کشورهای عضو تطبیق داده شود و در هر مورد به مفاهیمی عینی تبدیل شود. در این صورت، قاضی دیوان با کمک گرفتن از «اصل تفسیر پویا و تکاملی» و با بهره‌گیری از آن می‌تواند متن انتزاعی معاهده را در مواجهه با موارد گوناگون به متنی انعطاف‌پذیر و پویا تبدیل کند.

لازم به ذکر است که اعمال «اصل تفسیر پویا و تکاملی» مستلزم به کارگیری روشهای خاص تفسیری است که از یک سو، متن معاهده را به متنی پویا تبدیل کرده و از سوی دیگر، رویه قضایی دیوان را پویا می‌کند؛ برای نمونه، در رأی «مارکس علیه بلژیک»<sup>۲</sup> در ۱۳ ژوئن ۱۹۷۹ م. دیوان تأکید کرد که «معاهده به عنوان یک سند پویا در پرتو شرایط زندگی کنونی قابل تفسیر است...»<sup>۳</sup>؛ برای مثال، یکی از این روشها، روش «کمانه»<sup>۴</sup> است که دیوان با توسل به این روش، خود را به حقوق مندرج در معاهده محدود نمی‌کند و تضمینهای مندرج در معاهده را به

1. F. Rigaux, «Interprétation Consensuelle et Interprétation Évolutive», L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de L'homme, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.46.  
 2. Marckx c. Belgique.  
 3. L. Favoreu, ..., *Droit des Libertés Fondamentales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p.334.  
 4. Ricochet.

حقوقی که در معاهده برای آنها تضمینی در نظر گرفته نشده است، نیز تعمیم می‌دهد. به مدد این روش، از حق انسان به برخورداری از محیط زیست سالم به طور غیر مستقیم حمایت می‌شود.<sup>۱</sup>

روش دیگر این است که متن معاهده با توجه به دگرگونیهای اجتماعی تفسیر گردد. دیوان در آرای «تیرر»<sup>۲</sup> و «مارکس»<sup>۳</sup> بر این نکته تأکید کرد که معاهده باید در پرتو ارزشهای امروزی دولتهای دموکراتیک تفسیر گردد. این تفسیر پویا و تکاملی در گام نخست بر تعریف «مفاهیم کلیدی»<sup>۴</sup> حاکم بر حقوق مندرج در معاهده استوار است. در گام بعدی، نوبت به «مفاهیم مستقل»<sup>۵</sup> می‌رسد که باید شناسایی شود. به یاری همین روش است که دیوان در تفسیر ماده ۱۰ معاهده که مربوط به آزادی دسترسی به اطلاعات است، از سویی آن را به حوزه محیط زیست تفسیر می‌دهد و از سوی دیگر، آن را با حقوق مندرج در مواد دیگر در ارتباط کامل می‌بیند.

در عین حال باید به نکات دیگری نیز در این زمینه توجه کرد. نخست اینکه تفسیر پویا و تکاملی ممکن است اثری محدودکننده برای حقوق مطرح شده در معاهده نیز به دنبال داشته باشد؛ برای مثال، در حالی که در رویکرد مدرن حقوق بین‌الملل، سلب مالکیت ضرورتاً به جبران کامل خسارت منتهی نمی‌شود، یعنی امکان عدم جبران خسارت به طور کامل وجود دارد، به نظر دیوان، سلب مالکیت در چارچوب طرحهای بزرگ اقتصادی می‌تواند متضمن عدم جبران خسارت کامل باشد و دولتها در این زمینه از محدوده ارزیابی وسیعی برخوردارند.<sup>۶</sup>

دوم اینکه، در عین اینکه کاربرد این نوع تفسیر بسیار مفید است، در به کارگیری

1. F. Sudre, «*La Protection du Droit à L'environnement par la Convention Européenne des Droits de L'homme*», La Communauté Européenne et L'environnement, Paris, La Documentation Française, 1997, p.212.

۲. ۲۵ آوریل ۱۹۷۸ م. ۳. ۱۳ ژوئن ۱۹۷۹ م.

4. Notions-clés.

5. Notions autonomes = Autonomous notions.

6. F. Matscher, op.cit., p.283.

آن باید بسیار محتاط بود؛ به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد که باید با سخن «سرنی»<sup>۱</sup> حقوق دان ایتالیایی موافق بود که قاضی نباید با تفسیر خویش، محتوای مقررات قانونی را تغییر دهد. در واقع، اساساً قاعده حقوقی باید دگرگونیهای «واقعیت اجتماعی»<sup>۲</sup> را پذیرا باشد. قاضی نیز باید این تغییر را در تفسیر قاعده مورد نظر لحاظ کند؛ بنابراین، شاید نخست بتوان این ایراد را وارد کرد که وصف «پویا» برای این نوع تفسیر چندان مناسب نیست؛ چرا که بی تردید جامعه پویاست و در نتیجه، قانون‌گذار باید این پویایی را در انجام وظیفه خویش، یعنی قانون‌گذاری، در نظر بگیرد و این وظیفه قاضی نیست، بلکه وظیفه قاضی منحصراً تفسیر هنجارها در معنایی است که قانون‌گذار بر مبنای مفاهیم اجتماعی امروزی در نظر گرفته است.<sup>۳</sup> با اندکی تعمق به نظر می‌رسد که محدودیت قاضی به متن قانونی، به ویژه معاهده اروپایی حقوق بشر، صحیح نیست. بدیهی است که برای اعمال حقوق بشر نباید در چارچوب متن قانونی محدود بود. بی‌گمان، سرعت قاضی در لحاظ کردن تغییرات اجتماعی بیش از قانون‌گذار اروپایی است و همین امر به دیوان، جایگاهی والا در حمایت از حقوق بشر بخشیده است. از سوی دیگر، توصیف پویا برای تفسیر مورد نظر ما می‌تواند خطر «واپس‌گرایی»<sup>۴</sup> را در اعمال مقررات معاهده کاهش دهد.

اصل دیگری که در اعمال حق مورد بحث و دیگر حقوق از سوی دیوان بسیار به کار گرفته شده است، «اصل کارآیی حقوق مندرج و تضمینهای نهادینه شده آنها»<sup>۵</sup> است که در این راستا بسیار کارگشاست. دیوان با به کارگیری این اصل همواره نحوه اجرای حقوق و کارآمد بودن تضمینهای مربوط به این حقوق را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. این اصل، مانع مهمی در مقابل سکون حقوق و تضمینهای مربوط به آنهاست.<sup>۶</sup>

1. Sereni.

2. Substance.

3. La réalité sociale = Social reality.

4. Ibid., p.284.

5. Anachronisme.

6. Principe de L'effectivité des Droits Protégés et des Garanties Instituées.

7. F. Sudre, «*Chronique de Droit de la Convention Européenne des Droits de L'homme*», JCP, N°37, 10 Septembre 2003, p.1573.

آنچه در مورد به کارگیری این تفسیر می توان گفت، این است که تا کنون رویه دیوان در این خصوص منسجم نبوده است. اما در سالهای اخیر توجهی خاص بدان مبذول شده است که افزایش موارد استناد به تعهدات مثبت دولتها از نتایج آن به شمار می رود. همچنین دیوان با به کارگیری این روش، «اصل تفکیک ناپذیری حقوق»<sup>۱</sup> مطرح شده در معاهده را نیز مطرح کرده که افزایش موارد تعهدات مثبت دولتها نیز از ثمرت آن است.<sup>۲</sup> حقوق مندرج در مواد باید به نحوی تعریف شود که دامنه شمول آنها با یکدیگر در ارتباط کامل باشد؛ به عبارت دیگر، در تفسیر پویا و تکاملی، هیچ ماده یا حقی در معاهده به تنهایی تعریف نمی شود، بلکه تحقق همه حقوق در ارتباط با یکدیگر است.<sup>۳</sup>

پس از بررسی نحوه اعمال تفسیر پویا و تکاملی که یکی از دستاوردهای آن و بلکه مهم ترین دستاورد آن، تعهدات مثبت است، به محتوای خود این تعهدات می پردازیم. می دانیم که دولتها نسبت به برخی از حقوق به «نتیجه»<sup>۴</sup> تعهد دارند و نسبت به برخی دیگر به «وسیله»<sup>۵</sup> (مانند اعمال ماده ۱۱ معاهده در مورد آزادی برگزاری اجتماعات مسالمت آمیز).

این تقسیم بندی در تعهدات مثبت نیز اعمال می شود؛ به بیان دیگر، دولتها در اعمال این تعهدات، به تناسب مورد، به وسیله یا نتیجه، متعهد هستند؛ برای مثال، در حق برخورداری از دادرسی عادلانه که دولت موظف است نظام قضایی خود را به گونه ای طراحی و سازماندهی کند که پاسخگوی مطالبات ماده ۶ معاهده باشد. در این مورد، فقط ایجاد شرایط تحقق دادرسی عادلانه کافی نیست، بلکه این شرایط باید به نتیجه مورد نظر ماده ۶ نیز منتهی شود.

1. Principe de l'indivisibilité des droits.
2. Cf. M.C. Ponthoreau, «Le Principe de L'indivisibilité des Droits», RFDA, Septembre - Octobre 2003, p.928-936.
3. F. Sudre, «A Propos du Dynamisme Interprétatif de la Cour Européenne des Droits de L'homme», JCP, N°28, 11 Juillet 2001, p.1365.
4. Obligation de résultat = Obligation to produce a specific result.
5. Obligation de moyen = Obligation to use one's best endeavours.

در تعهد به وسیله نیز همان مثال پیشین (تعهد مثبت دولت در حمایت از آزادی اجتماعات مسالمت آمیز موضوع ماده ۱۱ معاهده)، مثال بسیار مناسبی در این زمینه است. تعهد دولت در این مورد، تضمین برگزاری مسالمت آمیز اجتماعات است و تعهدی مطلق در این ماده برای دولت در نظر گرفته نمی شود.<sup>۱</sup>

همچنین تدابیر دولتها برای اجرای تعهدات مثبت خویش را از دو جنبه می توان بررسی کرد: برخی از آنها «تدابیر ماهوی» و برخی دیگر «تدابیر شکلی» یا مربوط به روند تصمیم گیری است.

در جنبه ماهوی، می توان گفت که محتوای قواعد داخلی هر کشوری باید با «اصل رعایت حقوق افراد» سازگار باشد؛ به عبارت صریح تر، قوانین داخلی در محتوای خود باید متضمن حقوق مندرج در معاهده باشد و دولت نیز با اتخاذ تدابیری لازم، وجود و ارتقای این حقوق را در قوانین تضمین کند.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، روند تصمیم گیری نیز جنبه مهم دیگر این تدابیر را تشکیل می دهد؛ به بیان دیگر، افراد باید بتوانند از طریق راهکارهای مناسب، حقوق خویش را اعمال کنند و این راهکارها باید در دسترس همگان باشد. دولت نیز موظف است تدابیری را اتخاذ کند تا این راهکارها با این اوصاف به وجود آید.

### نظارت بر اجرای تعهدات مثبت

در بدو امر باید دانست که وجود تعهدات مثبت و یا به عبارت بهتر، تفسیر دیوان از معاهده به گونه ای که این تعهدات از آن استنباط شود، به تنهایی کافی نیست، بلکه دیوان باید بر اجرای این تعهدات از سوی دولتهای عضو نظارت کند. برای اعمال این نظارت، همانند هر سازوکار دیگر حقوقی، دیوان باید روشهایی ویژه را به کار گیرد و در هر مورد، به فراخور شرایط، موضع حقوقی مناسب اتخاذ کند.

1. J.F. Renucci, *Droit Européenne des Droits de L'homme*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2002, p.518.
2. D. Fiorina, «Mode de vie: La Consécration du Droit à la différence», Recueil Dalloz, 2002, N°36, p.2761.

در این قسمت بر آن هستیم که ابتدا اصول به کار گرفته شده از سوی دیوان را در اعمال این نظارت را بررسی کنیم و سپس به تحلیل آرای دیوان در احراز قصور دولتهای عضو در اجرای تعهدات مثبت بپردازیم.

### الف) اصول حاکم بر این نظارت

نباید چنین پنداشت که دیوان به گونه‌ای انعطاف‌ناپذیر تعهدات مثبت را به دولتهای عضو تحمیل می‌کند، بلکه دیوان در نظارت خویش بر اجرای تعهدات مثبت، اصولی را نیز لحاظ کرده است.

نخستین اصل «اصل محدوده ارزیابی دولتها»<sup>۱</sup> است که اتخاذ راهها و تدابیری لازم را برای اجرای تعهدات مثبت بر عهده دولتهای عضو نهاده است. این اصل، آشکارا در استدلال دیوان در رأی «هاندیزیت»<sup>۲</sup> مشاهده می‌شود.

اساساً با اعمال این اصل، نظارت دیوان به واسطه آزادی عمل دولتها محدود می‌شود. آنچه دیوان آن را در این وضعیت احراز می‌کند، این است که مقامات دولتی مقررات معاهده را با روشی منطقی تفسیر و اعمال کرده‌اند که مطابق هدف و غایت معاهده باشد.<sup>۳</sup>

اما باید توجه کرد که با در نظر گرفتن این اصل، گستره اعمال تعهدات مثبت به صورت قابل توجهی کاهش می‌یابد؛ چرا که اعمال این اصل به دولت این امکان را می‌دهد که محدودیتهای ضمنی را برای حقوق مندرج در معاهده در نظر بگیرد؛ به عبارت دیگر، اجرای این تعهد از سوی دولت عضو به شرایط زمانی و مکانی، ماهیت نظام حقوقی داخلی و تواناییهای آن دولت منوط می‌شود.<sup>۴</sup>

شاید بتوان استنباط کرد که با اعمال این اصل از سوی دیوان، به نوعی، تعهد به نتیجه، مد نظر آن قرار گرفته است که با رویه سابق آن، به خصوص در مورد ماده ۲

1. Le Principe de la Marge D'appréciation des Etats.

۲. ۷ دسامبر ۱۹۷۶ م.

3. F. Matscher, op.cit., p.292.

۴. در این مورد می‌توان به آرای «عبدالعزیز کابل و بالکاندالی» «Abdulaziz Cabales et Balkandali» در ۲۸ مه ۱۹۸۵ م. و «ریس» «Rees» در ۱۷ اکتبر ۱۹۸۶ م. اشاره کرد.

معاهده، منافات دارد. در واقع، هنگام اعمال این اصل، دیوان فقط به اعمال مؤثر حقوق مندرج در معاهده و مداخله فعال دولت در این زمینه توجه می‌کند.

دومین اصل، «اصل تناسب»<sup>۱</sup> است که در تمام حوزه‌های حقوقی نقش بسیار مهمی را ایفا می‌کند. این اصل در تمام آرای دیوان مورد استناد قرار می‌گیرد. رعایت این اصل سبب می‌شود که دیوان در اجرای تعهدات مثبت همواره شرایط و اوضاع خارجی را نیز در نظر بگیرد؛ به بیان دیگر، این تعهدات در سازوکاری خشک و انعطاف‌ناپذیر اعمال نمی‌شود، بلکه تناسب با شرایط اجرای آنها نیز مد نظر قرار می‌گیرد. در عین حال از منظری دیگر می‌توان اعمال این اصل را محدودیتی برای «اصل محدوده ارزیابی دولتها» دانست.

از ماده ۱۵ معاهده در اتخاذ «تدابیر سخت»<sup>۲</sup> در شرایط و اوضاع استثنایی می‌توان مفهوم تناسب را استنباط کرد. ولی این اصل به گونه‌ای واضح تر در بندهای ۲ مواد ۸ و ۱۱ معاهده قید شده است. در این موارد، معاهده، مداخله دولت را در صورتی مجاز می‌داند که برای جامعه‌ای دموکراتیک لازم و ضروری باشد.<sup>۳</sup> در واقع، برای احراز این ضرورت باید به دو خصوصیت جوامع دموکراتیک، یعنی «تساهل»<sup>۴</sup> و «مدارا»<sup>۵</sup> توجه کرد.

این ویژگیها اعمال حقوق موضوع این مواد را با عنایت به هدفشان محدود می‌کند.<sup>۶</sup> دیوان در رأی «رایس»<sup>۷</sup> به لزوم توجه به این اصل اشاره کرده است؛ بدین معنا که در اجرای تعهدات مثبت باید بین «منافع عمومی»<sup>۸</sup> و «منافع فرد»<sup>۹</sup> تناسب عادلانه وجود داشته باشد. همچنین تصریح کرده است که در «مداخله

1. Le principe de proportionnalité = Proportionality principe.

2. Stricte mesure = Strict measure.

3. Nécessaire dans une société démocratique.

4. La Tolérance.

5. L'esprit D'ouverture.

6. J.L. Charnier, *Code de la Convention Européenne des Droits de L'homme*, Litec, Paris, 2000, p.147.

۷. ۱۷ اکتبر ۱۹۸۶ م.

8. Intérêt Général.

9. Intérêts de L'individu.

فَعَال»<sup>۱</sup> برای احراز تناسبی واقعی باید اهداف ذکر شده در بند ۲ ماده ۸ مورد توجه قرار گیرد. در «قضیه کیگان»<sup>۲</sup> هم تأکید کرده است که مرز بین تعهدات مثبت و منفی همیشه مشخص نیست و به کارگیری اصل تناسب در این زمینه، بسیار کارگشا است. مثال بسیار بارز در این زمینه، تعهدات مثبت ناشی از ماده ۸ معاهده است. در اعمال این تعهدات نیز باید تناسب بین منافع عمومی و منافع فرد مورد توجه قرار گیرد.<sup>۳</sup>

در عین حال دیوان به اینکه دولتها را در بسیاری موارد واجد تعهد مثبت بداند و طبق ماده ۱۹ معاهده بسیاری از حقوق را برای شهروندان در ارتباط با دولتهای عضو در نظر بگیرد، اکتفا نمی‌کند. امروزه، دیوان رویه‌ای را پیش گرفته است که مفاد معاهده را در روابط افراد نیز قابل اعمال می‌داند. به نظر می‌رسد که این مفهوم از نظریه آلمانی «آثار در برابر دیگران»<sup>۴</sup> اخذ شده باشد. به موجب این نظریه، حقوق بنیادین همان گونه که باید از سوی قوای عمومی رعایت شود، در روابط بین افراد نیز لازم‌الاتباع است. در نتیجه، دیوان برای حقوق مطرح شده در معاهده، نوعی «تأثیر افقی»<sup>۵</sup> نیز در نظر می‌گیرد؛ بدین معنا که برای مثال در حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی موضوع ماده ۸ معاهده، دولت متعهد است که تدابیر لازم را برای رعایت این حق در روابط بین شهروندان را نیز فراهم کند.<sup>۶</sup>

این نظر در موضوع‌هایی چون آزادی سندیکایی<sup>۷</sup>، حق زندگی<sup>۸</sup> و منع شکنجه و رفتارهای غیر انسانی<sup>۹</sup> نیز مطرح شده است.<sup>۱۰</sup>

1. Ingérence Active.
2. Keegan.
3. M.A. Eissen, «Le Principe de Proportionnalité Dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme» La Convention Européenne des Droits de L'homme, 2<sup>e</sup> éd., Economica, 1999, p.76.
4. Drittwirkung.
5. Efficacité horizontale = Horizontal effectiveness.
6. دیوان در رأی «X» و «Y» علیه هلند» در ۲۵ مارس ۱۹۸۵ م. به این تعهد اشاره کرده است.
7. رأی «یانگ، جیمز و وبستر علیه بریتانیا» در ۱۳ اوت ۱۹۸۱ م.
8. رأی «عثمان علیه بریتانیا» در ۲۸ اکتبر ۱۹۹۸ م.
9. رأی «A» علیه بریتانیا» در ۲۳ سپتامبر ۱۹۹۸ م.
10. F. Sudre, op.cit., p.33-34.

## ب) بررسی رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در اعمال نظارت

دیوان اروپایی حقوق بشر در موارد بسیاری به تعهدات مثبت دولتهای عضو اشاره کرده است. بی‌تردید بررسی تمامی این موارد در این مختصر نمی‌گنجد، اما به اختصار مواردی را در این باره مورد تحلیل قرار می‌دهیم. ماده ۲ معاهده به حمایت از «حق زندگی» مربوط است. در مورد این ماده، رویه دیوان را باید از دو جنبه ماهوی و شکلی آن مورد بررسی قرار داد.

از جنبه ماهوی، دیوان در رویه خویش و در اعمال بند ۱ ماده ۲، دولتهای عضو نه تنها باید از مرگ ارادی و بی‌قاعده افراد جلوگیری کنند، بلکه باید تدابیری لازم را به منظور حمایت از زندگی افرادی که در قلمروشان زندگی می‌کنند، نیز فراهم آورد. دیوان در آرای خویش، هیچگاه در صدد نبوده است که نظریه‌ای جامع در این خصوص ارائه نماید، ولی کوشش کرده است تا در هر مورد، احراز کند که دولت عضو به تعهد خود عمل کرده است یا خیر. اما می‌توان این نتیجه را گرفت که دیوان در همه موارد تعهدات دولت را تعهد به وسیله فرض کرده و آن را در اتخاذ روش انجام تعهد خویش مختار دانسته است.<sup>۱</sup> در مقام اجرای تعهدات مثبت ماهوی، ابتدا دولت باید در مقابل خطراتی که زندگی افراد را تهدید می‌کند، پیشگیرانه‌های لازم را انجام دهد.

در رأی «قبرس علیه ترکیه» در ۱۰ مه ۲۰۰۱ م.، دیوان خاطر نشان کرد که تعهد ناشی از ماده ۲ تنها شامل ارائه خدمات پزشکی به افراد در معرض خطر نیست، بلکه دولت متعهد است که این خدمات را برای همه مردم فراهم کند. همچنین، در رأی «عثمان علیه بریتانیا» در ۲۸ اکتبر ۱۹۹۸ م. نیز بر تعهد مثبت به اتخاذ تدابیری لازم برای تضمین مؤثر حق زندگی در روابط بین افراد تأکید کرد.<sup>۲</sup> دیوان در رأی

1. F. Golcuklu, «Le Droit a la vie Dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme», Mélanges en Hommage à Louis Edmond PETTITI, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.420.
2. S. Von Drooghenbroeck, *La Convention Européenne des Droits de L'homme, Trois Années de Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme 1999-2001*, Larcier, 2003, p.30.

«انریلدیز علیه ترکیه»<sup>۱</sup> در ۱۸ ژوئن ۲۰۰۲ م. که دولت ترکیه متعهد بوده است مقررات پیشگیرانه لازم را برای تضمین نه تنها زندگی بیماران، بلکه زندگی و سلامتی ساکنان در برابر خطرات ناشی از انفجار انبارهای گاز اتخاذ کند.<sup>۲</sup>

در سالهای اخیر، دیوان برای نخستین بار پذیرفت که در شرایط استثنایی، دولتهای عضو متعهدند تا از افراد، در مقابل اعمال قانونی خویش نیز محافظت کنند. این موضوع خصوصاً در مورد خودکشی در زمان بازداشت مطرح گردید. در رأی «تانریبیلیر»<sup>۳</sup> در ۱۶ نوامبر ۲۰۰۰ م.، دیوان تصریح کرد که مقامات عمومی باید کلیه تدابیر لازم را برای حفاظت از افراد در زمان بازداشت اعمال کنند. اما در مجموع، اجرای این تعهد به اوضاع و احوال هر مورد شدیداً وابسته است. این رویه، در رأی «کینان علیه بریتانیا»<sup>۴</sup> در ۳ آوریل ۲۰۰۱ م. ادامه یافت. به موجب این رأی، مقامات زندان موظف هستند که حقوق و آزادیهای لازم را برای زندانیان فراهم کنند خصوصاً در اعمال ماده ۸ معاهده، به «استقلال فردی»<sup>۵</sup> توجه خاصی مبذول کنند.<sup>۶</sup>

دیده می شود که دیوان کوشش می کند، تعهدات مثبت ماهوی مربوط به ماده ۲ را از سویی منحصر به تهدیدات علیه زندگی افراد نکند و به صورتی عمیق تر آن را به همه اعمال مقامات عمومی تعمیم دهد. از سوی دیگر، این تعهد را به همه شهروندان و کلیه تهدیدات بالفعل و بالقوه علیه زندگی آنها در هر شرایطی گسترش دهد.

از جنبه شکلی، دیوان در آرای متعدد بر تعهد مثبت دولتها در حمایت از حق زندگی افراد از طریق تحقیق مؤثر به وسیله مأموران دولتی در مورد مرگ افراد تأکید کرده است. این فرض در همه موارد، حتی زمانی که مرگ افراد در اثر اقدام مقامات عمومی نباشد، نیز صادق است؛ برای مثال در دعوی «قبرس علیه ترکیه»،

1. Oneryildiz c. Turquie.
2. F. Sudre, «Chronique, Droit de la Convention Européenne des Droits de L'homme», La Semaine Juridique, N°31-35, Juillet 2002, p.1453.
3. Tanribilir.
4. Keenan c. Royume-Uni.
5. Autonomie individuelle = Individuel autonomy.
6. Ibid., p.31.

این فرض شامل مواردی نیز می شود که مرگ افراد مشخص و معلوم نباشد. تحقیق در این باره باید به شناسایی و مجازات جانباختگان منجر شود. همین طور تحقیقات باید با سرعت معقول و به وسیله شخصی بی طرف صورت گیرد. پس، صرف انجام تحقیقات از سوی مقامات دولتی کافی نیست، بلکه این تحقیقات باید واجد ویژگیهایی باشد که ذکر شد.<sup>۱</sup>

در ماده ۳ که به منع شکنجه و مجازاتهای غیر انسانی مربوط است، تعهدات مثبتی نیز برای دولتهای عضو در نظر گرفته شده است. به موجب این تعهدات، مقامات عمومی باید مراقبتهای پزشکی لازم و مناسب را برای افراد فراهم کنند، به خصوص هنگامی که مشکلات پزشکی در نتیجه اعمال آنها باشد. دیوان در تفسیری پویا و تکاملی از این ماده، تعهدات ناشی از این ماده را به روابط بین شهروندان نیز گسترش داده است؛ برای مثال اعمال این ماده، به حمایت مؤثر از کودکان در مقابل افراد دیگر منجر شده است.<sup>۲</sup>

از جنبه شکلی نیز، همان تمهیدات ماده ۲ مورد نظر دیوان است؛ بدین معنا که در هنگام تحقیق درباره شکنجه و رفتار غیر انسانی مأموران دولتی باید استقلال مأمور تحقیق از سوی مقامات عمومی تضمین شود.

در ماده ۶ نیز که به «دادرسی منصفانه»<sup>۳</sup> مربوط است، دیوان دولت را موظف کرده است تا نظام معاضدت (پشتیبانی) قضایی رایگان را به منظور مساعدت به شهروندان در نظر بگیرد.<sup>۴</sup> همچنین نظام ترجمه اسناد و مدارک برای بیگانگان ضروری است.<sup>۵</sup> تمامی این موارد بدین سبب است که امکان برگزاری یک دادرسی منصفانه برای همه شهروندان فراهم گردد و بی تردید دولت باید در این موارد فعالانه مداخله کند.

در ماده ۸، دولت متعهد است که تدابیر و راهکارهای لازم را به منظور حمایت از

1. Ibid., p.29-33.
2. Arrêt A c. Royaume-Uni du 23 Septembre 1998.
3. Procès Équitable.
4. Artico, 13 Mai 1980.
5. Ozturk, 21 Février 1984.



فرزندان نامشروع به کار گیرد تا زندگی معمول خانوادگی ادامه یابد.<sup>۱</sup> در راستای افزایش تعهدات مثبت دولت، دیوان، در رأی «M» و «C» علیه بلغارستان» که در ۴ دسامبر ۲۰۰۳ م. صادر شد، تعهد نوینی را برای دولتها پیش‌بینی می‌کند. این تعهد، لزوم قانون‌گذاری کیفری در این زمینه، مجازات مؤثر نقض‌کننده حقوق مطرح شده در ماده ۸ نهایتاً انجام دادن تحقیق و پیگیری مؤثر است.<sup>۲</sup> همچنین برای ایجاد «اثر افقی»<sup>۳</sup> مورد بحث در نظریه تعهدات مثبت، در ماده ۸، دیوان مقامات عمومی را ملزم می‌داند که برای جلوگیری از افشای اطلاعات مربوط به زندگی خصوصی افراد و نیز راههای دسترسی خبرنگاران به مذاکرات دادگاهها تدابیری را اتخاذ کنند.<sup>۴</sup>

در ماده ۱۰ که به آزادی بیان مربوط است، تعهدات مثبت فراوانی به منظور حمایت از این آزادی در نظر گرفته شده است. به موجب رأی «ازگار گاندم»<sup>۵</sup> در ۱۶ مارس ۲۰۰۰ م.، دولت متعهد است که برای اعمال مؤثر و واقعی ماده ۱۰ تدابیری لازم را ببندد. لازم به ذکر است که این تدابیر به منزله این نیست که دولت در همه موارد مربوط به این آزادی دخالت کند، بلکه فقط باید تدابیر مؤثر را برای حمایت از این آزادی اتخاذ کند. علاوه بر این، دیوان در رأی «انجمن اکین علیه فرانسه»<sup>۶</sup> تأکید کرد که ماده ۱۰ معاهده، اعمال مداخله پیشگیرانه مقامات عمومی در زمینه آزادی بیان را منتفی نمی‌سازد.<sup>۷</sup>

در ماده ۱۴ که در مورد منع تبعیض است، این مرجع با «تفسیر موسع»<sup>۸</sup> منع

1. F. Sudre, op.cit., p.33.

2. F. Sudre, op.cit., N°5, 28 Janvier 2004, p.181.

3. Effet horizontal = Horizontal effect.

۴. در رأی «کراسکی علیه ایتالیا» در تاریخ ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۳ م. دیوان چنین نظر داد که مقامات ایتالیایی به تعهد خویش در مورد تضمین احترام مؤثر به زندگی خصوصی افراد و اطلاع‌رسانی در مورد خواهان عمل نکرده‌اند.

5. Ozgur Gundem.

6. Association Ekin c. France.

7. S. Von Drooghenbroeck, Ibid., p.175.

8. Interprétation extensive = Extensive interpretation.

تبعیض توانسته است، آن را به همه جنبه‌های زندگی اجتماعی، آن گونه که مورد نظر معاهده است، تعمیم دهد.<sup>۱</sup>

### نتیجه

حقوق بشر در جهان، هر روز اهمیت فزونی می‌یابد. نشانه‌های این اهمیت در تمامی عرصه‌های حقوقی ظاهر شده و پرفروغ‌تر می‌شود. بی‌گمان دیوان اروپایی حقوق بشر در این گستره، نقش منحصر به فردی را ایفا می‌کند. تفسیرهای پویا و تکاملی این دیوان از معاهده اروپایی حقوق بشر روحی تازه در کالبد این سند دمیده است. اکنون رویه این دیوان به منزله قواعدی معتبر در تمامی مباحث مربوط به حقوق بشر مورد استناد قرار می‌گیرد.

در وضعیت کنونی، دیوان تعهد دولتها را به عدم مداخله در امور بین‌شهروندان یا به عبارتی بهتر، عدم دست‌اندازی به حقوق و آزادیهای مندرج در معاهده را کافی نمی‌داند. این نهاد با به‌کارگیری «نظریه تعهدات مثبت»، دولتها را در قبال برخی از حقوق مطرح شده در معاهده، ملزم به مداخله و حمایت از آنها می‌داند. در عین حال این دستاورد یکبار به دست نیامده، بلکه محصول سالها کار دیوان و فراهم کردن بستری مناسب برای این تعهدات است.

لازم به ذکر است که این تعهدات در هر یک از حقوق مندرج در معاهده و با به‌کارگیری اصول وقواعد خاص و از همه مهم‌تر به کمک تفسیر پویا و تکاملی به صورت ویژه‌ای مورد استناد قرار گرفته است که هر یک جداگانه مورد تحلیل قرار گرفت.

در عین حال اجرای این تعهدات و نیز اتخاذ تدابیری لازم از سوی دولتها، نیازمند شرایطی است که به تفصیل مورد بحث قرار گرفت؛ از جمله اینکه دولت برای اجرای این تعهدات دارای محدوده‌ای برای ارزیابی می‌باشد که استقلال نسبی را در به‌کارگیری روشها به او اعطا می‌کند.

در نهایت به نظر می‌رسد که به‌کارگیری نظریه تعهدات مثبت از سوی دیوان

1. L. Favoreu, op.cit., p.341.

اروپایی حقوق بشر زمینه‌ای غنی برای گسترش حقوق مطرح شده در معاهده اروپایی حقوق بشر فراهم می‌کند. زمینه‌ای که می‌توان از اصول و روشهای مورد استفاده در آن بهره برده و با در نظر گرفتن شرایط گوناگون هر جامعه در سطح ملی، آنها را به کار گیریم.

## تأملی چند بر منابع قراردادی حقوق مظلومات مسلحانه غیر بین‌المللی

□ محمدحسین رضانی قوام آبادی  
□ دانشجوی دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه پاریس

چکیده:

جنگهای «بین‌المللی» و «غیر بین‌المللی» (داخلی) ناهنجاریهای بسیاری، از جمله مختل کردن روابط حقوقی اشخاص و دولتها را در پی دارد. این امر باعث شده است تا حقوق دانان و نهادهای حقوقی مختلف، حجم گسترده‌ای از تلاشهای خود را به منظور جلوگیری از بروز جنگ، به تدوین مقررات و ضمانت اجراها و همچنین تشکیل مراجع رسیدگی به این موارد اختصاص دهند تا در صورت بروز مصادقات مسلحانه، آزادی انتخاب طرفهای متخاصم را در به کارگیری روشها و وسایل جنگی، محدود و از حقوق قربانیان آن حمایت کنند.

این نوشتار شکل‌گیری منابع قراردادی حاکم بویخصاصات غیر بین‌المللی و توسعه تدریجی آنها را بررسی می‌کند و با اشاره به ویژگیهای مثبت و کاستیهای آنها، نشان می‌دهد که شکل‌گیری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۱۹۹۸ م. و درج جرایم ارتکابی مصادقات مزبور در گستره

جرایم جنگی، تحوّل‌ی عظیم رانست به تدوین حقوق مربوط به این  
مخاصمات ایجاد کرده و آن را توسعه داده است.

کلید واژگان: مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، ماده ۳ مشترک  
کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، جرایم جنگی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه،  
دیوان کیفری بین‌المللی.

### مقدمه

جنگ پدیده‌ای اجتماعی است که از دیرباز در روابط ملتها وجود داشته و به همین  
منظور، متون بسیاری برای تنظیم روابط حقوقی در زمان مخاصمه تهیه شده است.  
اهمیت این موضوع، توجه حقوق‌دانان را به منظور یافتن شیوه‌های پیشگیری از آن  
به خود جذب کرده است. به رغم تلاشهای انجام شده در سطح بین‌المللی به منظور  
کاهش و ممنوعیت توسل به زور، همچنان شاهد مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و  
غیر بین‌المللی در گستره جهان هستیم، به طوری که امروزه، این مخاصمات بعد از  
موضوع تروریسم، یکی از بزرگ‌ترین بحرانهای جامعه بین‌المللی است.

پیش از این، از «مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی»<sup>۱</sup> با عنوان «جنگ  
داخلی»<sup>۲</sup> یاد می‌شد. <sup>۳</sup> تعداد این مخاصمات نسبت به مخاصمات مسلحانه  
بین‌المللی بیشتر است و قربانیان آن غالباً افراد غیر نظامی هستند.

اصولاً حقوق بین‌الملل کلاسیک به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی ناظر بوده و  
به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هیچ‌گونه توجهی نداشته است، بر همین  
اساس، ژان ژاک روسو<sup>۴</sup> معتقد بود: «جنگ رابطه دولت با دولت است».<sup>۵</sup> دلیل این

1. Conflits armés non internationaux.
2. Guerre civile.
3. Voir : Les Résolutions de 1921 concernant la Croix-Rouge et la guerre civile,  
Xème Conférence internationale de la Croix-Rouge, Genève, 1921; P. Daillier, et  
A. Pellet, Droit international public, *L.G.D.J.*, 5<sup>e</sup> édition, 1994, p. 903.  
A. Biad, Droit international humanitaire, Ellipses, 1999, p. 21.
4. Jean-Jacques Rousseau.
5. D. Momtaz, «Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés  
non internationaux», *R.C.A.D.I.*, Tome 292, 2001, p. 23.

امر نیز آشکار است؛ چرا که این مخاصمات معمولاً در قلمرو یک کشور، بین  
گروهی موسوم به شورشیان و دولت به وجود می‌آید و دولتها به آسانی حاضر  
نیستند مخاصمات مذکور را در قالب مقررات بین‌المللی بپذیرند و معتقدند این  
مخاصمات در قلمرو حقوق بین‌الملل نیست، بلکه در صلاحیت انحصاری قواعد  
حقوق داخلی است. این موضوع، کاملاً با قداست منطق «اصل حاکمیت» منطبق  
است و از عوامل اصلی تأخیر در تدوین مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه  
غیر بین‌المللی تلقی می‌شود، با وجود این، به اقداماتی از قبیل «قانون لیبر»<sup>۱</sup>،  
«اعلامیه بروکسل»<sup>۲</sup> و «کتاب آکسفورد»<sup>۳</sup> برای نهادینه کردن این مخاصمات  
می‌توان اشاره کرد.

اما تلاش واقعی برای تدوین مقررات مربوط به این مخاصمات در قالب حقوق  
بین‌الملل بشردوستانه صورت گرفته است. این حقوق، مجموعه‌ای از قواعد  
بین‌المللی عرفی و معاهده‌ای است که در صدد حمایت از قربانیان و محدود کردن  
آزادی انتخاب طرفهای متخاصم در به کارگیری روشها و وسایل جنگی است.<sup>۴</sup>

مسئله وجود قواعد عرفی حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی از دیرباز  
مورد اختلاف بوده است؛ زیرا دولتها به منظور حفظ منافعی که کوشیده‌اند وجود این  
قواعد را در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی انکار کنند و تنها خود را در مقابل  
قواعد قراردادی متعهد بدانند.<sup>۵</sup>

1. Code Lieber.
2. Déclaration de Bruxelles.
3. Manuel d'Oxford.
۴. حقوق بین‌الملل بشردوستانه اصطلاح نسبتاً جدیدی است که منابع معاهده‌ای آن دو بخش است:  
«حقوق ناظر به هدایت مخاصمات» [حقوق لاهه] و «حقوق مربوط به حمایت از قربانیان  
مخاصمات» [حقوق ژنو]. در حالی که حقوق مخاصمات مسلحانه یا حقوق جنگ به قواعدی اطلاق  
می‌شود که اساساً منشأ عرفی داشته و مربوط به محدودیت در انتخاب وسایل جنگی است. این  
قواعد توسط کنفرانسهای صلح لاهه ۱۸۹۹ م. و ۱۹۰۷ م. به منظور تعیین حقوق حاکم بر هدایت  
مخاصمات، حقوق و تعهدات طرفهای متخاصم در هدایت عملیات نظامی و محدودیت در انتخاب  
روشهای جنگی تدوین شده است. برای اطلاع بیشتر ر.ک:

- A. Biad, Droit international humanitaire, Ellipses, 1999, pp. 11-35.
5. D. Momtaz, op.cit., note. 5, pp. 33-34.

اصولاً منابع معاهده‌ای حقوق بشر دوستانه بین‌المللی دو دسته است:  
۱. «حقوق لاهه»؛ ۲. «حقوق ژنو».

حقوق لاهه عبارت است از مجموعه حقوق و تکالیف متخاصمان در هدایت عملیات نظامی و محدود کردن آزادی انتخاب روشهای جنگی، در حالی که حقوق ژنو به حمایت از قربانیان جنگی می‌پردازد.

تدوین ماده ۳ مشترک در «کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م»، سنگ بنای اولیه مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در حقوق بین‌الملل موضوعه است و «پروتکل ضمیمه ۱۹۷۷ م» در مورد حمایت از قربانیان این مخاصمات، تلاشی برای تکمیل ماده فوق محسوب می‌شود. آخرین تحولات مربوط به این مخاصمات، پس از تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۹۹۸ م. محقق شد. بنابراین، در این مقاله به بررسی و ارزیابی اجمالی این منابع در قالب کنوانسیونهای ژنو و پروتکل ضمیمه آن (بخش اول) و تدوین و توسعه تدریجی این منابع در پرتو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (بخش دوم) خواهیم پرداخت.

## بخش اول

### شکل‌گیری منابع قراردادی حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

به منظور تنظیم روابط حقوقی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، کنفرانسهای بین‌المللی متعددی زیر نظر سازمان ملل متحد و یا در چارچوب کنفرانسهای بین‌المللی صلیب سرخ برگزار شده است. نقش و حمایت کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تشکیل و روند این کنفرانسها بسیار حائز اهمیت است؛ زیرا مشارکت این کمیته در کارهای مقدماتی و حضور فعالش در کنار دولتها، باعث غنای حقوق قراردادی حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی شده است.<sup>۱</sup>

1. M. H. Ramazani Ghavamabadi, «La codification des normes applicables aux conflits armés non internationaux par le C.I.C.R.», Mémoire de D.E.A. de droit des relations économiques, x yzinternationales et communautaires, sous la dir., Alain Pellet, Université Paris X-Nanterre, 2002, p. 112.

بیشترین تلاشهای انجام شده به منظور تدوین مقررات حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در چارچوب کنوانسیونهای چهارگانه ژنو و پروتکل دوم ضمیمه به این کنوانسیونها، مربوط به بعد از جنگ جهانی دوم است. امروزه اکثر دولتها، عضو این کنوانسیونها و پروتکلها ضمیمه اول و دوم آن می‌باشند.<sup>۱</sup>

### الف) ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، منبع اصلی حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

طرح اولیه ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو به صورت امروزی آن، در کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ (استکهلم ۱۹۴۸ م.) ترسیم شد. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در ماده ۲ مشترک، طرح پیشنهادی خود به کنفرانس مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را این چنین پیش‌بینی کرد:

در تمام موارد مخاصمات مسلحانه، به‌ویژه در مورد جنگهای داخلی، مخاصمات استعماری و جنگهای مذهبی که ماهیتی بین‌المللی ندارد و در سرزمین یکی از طرفهای متعاهد بروز کند، هر یک از طرفهای متخاصم ملزم به اعمال مقررات کنوانسیون حاضر می‌باشد....<sup>۲</sup>

این ماده با تغییراتی<sup>۳</sup> در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ م. پذیرفته شد و به صورت ماده ۳ مشترک<sup>۴</sup> کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م. درآمد که بسیار اهمیت دارد؛ زیرا ماده مزبور به مثابه کنوانسیون کوچکی در کنوانسیونهای ژنو محسوب می‌شود. این ماده، هسته اصلی مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را تشکیل می‌دهد و از نظر شکلی، همان‌گونه که از نام آن پیداست، بدون هیچ‌گونه

۱. دولت ایران کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م. را در تاریخ ۲۰ فوریه ۱۹۵۷ م. تصویب کرده است. ولی هنوز پروتکلها ضمیمه به این کنوانسیونها را نپذیرفته است. برای اطلاع بیشتر در خصوص عضویت سایر دولتها به اسناد مزبور، ر. ک: [www.cicr.org](http://www.cicr.org)

2. Commentaires aux Conventions de Genève de 1949, Vol. 3, Genève, C.I.C.R., 1958, p. 37.

۳. اصطلاح «جنگهای داخلی»، «مخاصمات استعماری» و «جنگهای مذهبی» که توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ پیشنهاد شد، از سوی دولتها حذف گردید.

۴. ترجمه غیر رسمی این ماده در ضمیمه آمده است.

اختلافی در کنوانسیونهای چهارگانه ژنو تکرار شده است. ویژگی اصلی این ماده از دو نظر قابل تأمل است:

۱. تنها ماده‌ای است که در کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ م. به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی می‌پردازد، بدون اینکه از این مخاصمات تعریفی را ارائه کند.
  ۲. یک سری از مقررات حداقل حمایتی را به منظور پشتیبانی از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ارائه می‌دهد.
- تعریف این مخاصمات در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ م. همانند کنفرانس استکهلم، یکی از بزرگ‌ترین مشکلات بین دولتها بود و به همین علت، دولتها نتوانستند در مورد ارائه تعریفی از این مخاصمات توافق کنند. علاوه بر فقدان تعریف این مخاصمات، ماده ۳ مشترک هیچ‌گونه مرجع صالحی را به منظور تشخیص وجود یا عدم وجود مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی تعیین نمی‌کند. فقدان این تعریف قبل از هر چیز، موجب ایجاد اشکال نسبت به تحقق و عدم تحقق این مخاصمات و چگونگی تمایز آن از سایر درگیریها و آشوبهای داخلی می‌شود. همچنین فقدان این تعریف نمی‌تواند وجود این مخاصمات را تکذیب کند؛ زیرا واقعیات جامعه بین‌المللی گویای افزایش روزافزون این مخاصمات است، همچنان که دبیر کل پیشین سازمان ملل متحد بر این موضوع تأکید کرد:
- از هر ۲۱ عملیات حفظ صلح، سیزده عملیات (حدود ۶۲ درصد) مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است و تنها هشت مورد (۳۸ درصد) از عملیات حفظ صلح، مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی می‌شود.<sup>۱</sup>

از طرف دیگر، پذیرش خدمات ارائه‌شده ارگانهای بشردوستانه بی‌طرف، توسط طرفهای مخاصمه می‌تواند به منزله پذیرش ضمنی وجود مخاصمه تلقی گردد. نکته ضروری این است که ارائه خدمات و پذیرش آن توسط طرفهای مخاصمه اختیاری است، اما همه حقوق دانان در این امر، اتفاق نظر ندارند؛ زیرا

1. B. Boutros-Ghali, «Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratisation», *R.C.A.D.I.*, Tome 286, 2000, p. 25.

عده‌ای از آنها معتقدند در صورت ارائه خدمات توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، طرفهای مخاصمه نمی‌توانند این خدمات را رد یا در مسیر آن مانع ایجاد کنند.<sup>۱</sup>

در صورت پذیرش نظریه اول که دال بر مختار بودن طرفها در پذیرش و عدم پذیرش خدمات ارگانهای بشردوستانه بی‌طرف است، با یک تناقض مواجه می‌شویم؛ بدین معنا که بند ۱ ماده ۳ ناظر به حداقل تعهداتی است که دولتها ملزم به رعایت آن هستند، اما در بند ۲، چنین الزامی برای ارائه خدمات توسط ارگانهای مزبور متصور نیست. در حالی که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ اصولاً ناظر و نگهبان اجرای مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه معرفی شده و در موارد متعدد، نقش خود را به خوبی ایفا کرده است.

به هر حال، با نگاه اجمالی به این ماده به نظر می‌رسد که باید بین صدر و قسمت اخیر ماده ۳ مشترک تفکیک قائل شد؛ زیرا این ماده، خودبه‌خود، تعهدات مستقل از اراده دولتها را بر آنها تحمیل می‌کند.

ولی در قسمت اخیر ماده هیچ‌گونه الزامی بر اجباری بودن ارائه خدمات به طرفهای مخاصمه توسط ارگانهای بشردوستانه وجود ندارد؛ زیرا مطابق نص صریح بند ۲ ماده ۳ مشترک است:

ارگان بشردوستانه و بی‌طرفی همچون کمیته بین‌المللی صلیب سرخ می‌تواند خدمات خود را به طرفهای مخاصمه ارائه دهد.

این بند، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ را در ارائه خدمات خود به طرفهای مخاصمه مختار گذاشته است. این ماده از نظر اجرایی، قدرت اجرایی مستقل دارد که بنا به نظر ژرژ اَبی‌صعب همانند «معاهده - قانون»<sup>۲</sup> است که موجب ایجاد شکاف در حاکمیت دولتها شده است.<sup>۳</sup> بعضی از حقوق دانان ضمن تأکید بر ماهیت عرفی

1. A. Cassese, «La guerre civile et le droit international», *R.G.D.I.P.*, Tome 90, 1986-3, p. 565.

2. Traités-Loi.

3. G. Abi-Saab, «Les conflits de caractère non international», in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pédone -I. H. Dunant- Unesco, 1986, p.256.

این ماده، ارزش آن را مطابق با «قاعده آمره» می‌داند.<sup>۱</sup> استقلال اجرایی و اصول راهبردی این ماده به گونه‌ای است که می‌تواند نواقص پروتکل دوّم ضمیمه به کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م. را در صورت لزوم برطرف کند.

به طور کلی از نظر حقوقی، اصول مندرج در ماده ۳ حداقل وظایفی است که دولتها مکلف به رعایت آن در خلال مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی می‌باشند. مطابق صدر ماده ۳، «هر یک از طرفهای مخاصمه مسلحانه‌ای که ماهیتی بین‌المللی ندارد و در سرزمین یکی از طرفهای متعاقد باشد، حداقل ملزم به اعمال مقررات ذیل می‌باشد...». هدف اصلی این مقررات، رعایت حقوق اشخاص و رفتار انسانی با آنان در جریان مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی است. این ماده به هیچ وجه تعریفی از این رفتار ارائه نمی‌دهد، ولی با وجود این، اعمال ممنوعه‌ای؛ از قبیل تعرض به جان و تمامیت جسمانی، به ویژه قتل از هر نوع آن، قطع عضو، رفتارهای بی‌رحمانه، شکنجه، آزار و اذیت و... را برمی‌شمارد که با رفتار انسانی منافات دارد. البته اعمال مذکور در ماده ۳ کم‌وبیش در سایر اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه نیز وجود دارد و تکرار آن در این ماده به منزله تأکید مجدد بر حمایت از حقوق اشخاص در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی و «رابطه تنگاتنگ بین حقوق بین‌الملل بشردوستانه حاکم بر این مخاصمات و حقوق بشر است؛ زیرا در هر دو مورد، به نوعی روابط بین دولت و اتباع مورد توجه است».<sup>۲</sup> اعمال ممنوعه اعلام شده در این ماده، جنبه تمثیلی دارد و ژان پیکته<sup>۳</sup> نیز به این امر اشاره می‌کند:

ماده ۳ پیشرفت تعیین‌کننده‌ای را به سوی جهان شمول کردن حقوق ژنو نشان داد، لیکن ماده مزبور اولین گام است و هنوز در مرحله جنبینی قرار دارد و با توسعه، نواقص آن رفع می‌گردد.<sup>۴</sup>

1. J. N. Duy-Tan, «Le droit des conflits armés non internationaux» in Droit international - Bilan et perspectives, M. Bedjaoui, sous la dir., Tome 2, Pédone/ UNESCO, 1991, p. 860.  
2. D. Momtaz, op.cit., note 5, p. 34.  
3. Jean Pictet.  
4. J. Pictet, op.cit., note. 1, pp. 58-59.

قواعد اعلام شده در ماده ۳ به عنوان حداقل قواعدی است که به طور غیر قابل انکاری به حمایت از افراد در این گونه مخاصمات قادر است و امروزه به طور گسترده‌ای به عنوان «قاعده عرفی»<sup>۱</sup> شناخته می‌شود. ارزش عرفی ماده ۳ در موارد متعددی مورد تأیید مراجع بین‌المللی قرار گرفته است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در سال ۱۹۸۶ م. بین نیکاراگوئه و ایالات متحده آمریکا و در رأی مشورتی خود در مورد مشروعیت تهدید یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای (۸ ژوئیه ۱۹۹۶ م.) بر عرفی بودن این ماده تأکید کرده است.

دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز در رأی معروف تادیک در خصوص اصل مسئولیت کیفری مرتکبین جرایم بین‌المللی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی چنین اعلام نموده است:

آنچه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، غیرانسانی و ممنوع محسوب می‌گردد، نمی‌تواند در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، انسانی و قابل پذیرش واقع گردد.<sup>۲</sup>

رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی سهم مهمی را در «محو کردن مرز میان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی» به خود اختصاص داده است و به طور تنگاتنگی، این قلمروها (داخلی و بین‌المللی) را در هم آمیخته‌اند.<sup>۳</sup> بنابراین، به نظر می‌رسد که دولتها باید حداقل مقررات مذکور در ماده ۳ مشترک را رعایت کنند؛ چون اصول مندرج در این ماده، قسمتی از «حقوق بنیادین مرتبط با کرامت بشر» است؛ حقوقی که از آن به «حقوق غیر قابل نقض»<sup>۴</sup> یاد می‌شود و در هیچ حالی نمی‌توان از آن تخطی کرد.<sup>۵</sup>

1. Règle coutumière.  
2. Arrêt Tadic, (compétence), Par. 119.  
3. P. Tavernier, «L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda», *R.I.C.R.*, N° 828, 1997, p. 660.  
4. Droits intangibles.  
5. D. Momtaz, «Les règles humanitaires minimales applicables en période de troubles et de tensions internes», *R.I.C.R.*, N° 831, 1998, p. 487.

**ب) پروتکل ضمیمه به کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م.**

کمیته بین‌المللی صلیب سرخ برای اولین بار در سال ۱۹۶۹ م. در گزارشی اعلام کرد که ماده ۳ مشترک به این کمیته اجازه نمی‌دهد که از عهده تمام وظایف بشردوستانه در خلال مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی برآید.<sup>۱</sup>

بعد از این گزارش، کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۶۹ م. در استانبول تشکیل شد. این کنفرانس را باید به عنوان یک مرحله مهم در عمومی کردن ضرورت بهبود و تدوین مقررات مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در نظر گرفت. در کنفرانس مزبور قطعنامه‌هایی (۱۷ و ۱۸) در زمینه «حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی» و «وضعیت جنگجویان در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی» تصویب شد. در اولین قطعنامه، ضمن اشاره به ازدیاد این مخاصمات، بر ضرورت تصریح و تکمیل ماده ۳ مشترک و در دومین قطعنامه بر اعمال کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ م. مربوط به زندانیان جنگی نسبت به مبارزان و اعضای جنبشهای مقاومت مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در صورت اسیر شدنشان، تأکید گردید.<sup>۲</sup>

در سال ۱۹۷۱ م. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، دو طرح در مورد مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی تهیه کرد و آنها را در دومین کنفرانس ۱۹۷۲ م. ارائه کرد که یک سال بعد در کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ در تهران مورد بررسی قرار گرفت و در سال ۱۹۷۴ م. دولت سوئیس به عنوان امانتدار کنوانسیونهای ژنو ۱۹۴۹ م. دولتها را به بحث و گفت‌وگو در خصوص این دو طرح دعوت کرد. این طرحها، اساس و بنیان کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۷۴ م. را در مورد توسعه حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه تشکیل می‌دهد.

1. R. J. Wilhelm, «Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international», *R.C.A.D.I.*, Tome 137, 1972, p.385.
2. La résolution XVII sur la protection de conflits armés non internationaux et la résolution XVIII sur le statut des combattants dans les conflits armés non internationaux, Conférence internationale de la Croix-Rouge, Istanbul, 1969.

موضوع کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۷۴ تا ۱۹۷۷ م.، توسعه مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه تعیین گردید. در جریان این کنفرانس، دو پروتکل ضمیمه به کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، مورد بحث و بررسی قرار گرفت که پروتکل اول مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و پروتکل دوم مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است.<sup>۱</sup> طرح پروتکل دوم بحثهای متعددی را برانگیخت حتی در شرف کنار گذاشته شدن بود، ولی با طرح ارائه شده دولت پاکستان، معروف به «پروتکل ساده شده»<sup>۲</sup>، از این امر جلوگیری به عمل آمد و پروتکل مزبور با اندکی تغییرات به صورت «وفاق عام»<sup>۳</sup> پذیرفته شد.<sup>۴</sup>

پروتکل دوم ضمیمه، محتوای ماده ۳ مشترک را به طور مفصل در قالب ۲۸ ماده پیش‌بینی می‌کند. در ماده ۱ پروتکل صراحتاً به توسعه و تکمیل ماده ۳ مشترک اشاره شده است. تکمیل ماده ۳ مشترک توسط پروتکل دوم به این معنا نیست که این پروتکل از هر نظر کامل است و می‌تواند کلیه نواقص این ماده را درباره مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی برطرف کند.

باید گفت که پروتکل مذکور به هیچ‌وجه جانشین ماده ۳ مشترک نمی‌گردد، بلکه در صورت لزوم به عنوان مکمل این ماده است؛ زیرا ماده ۳ مشترک در هر حال، قدرت اجرای مستقل خود را در قبال این مخاصمات حفظ می‌کند و خصوصیت مکمل بودن پروتکل، مانع از اجرای آن نیست.

۱. در سال ۱۹۷۱ م. دولت نروژ پیشنهاد کرد که تنها یک پروتکل برای کنوانسیونهای سوم و چهارم ژنو تهیه شود. برای اطلاع بیشتر، ر.ک:

La conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, (24 mai - 12 juin 1971), rapport sur les travaux de la conférence de Genève, *C.I.C.R.*, 1971, Doc.C.E./Com.II/1/1-3, p. 70.

2. Protocole simplifié.

3. Consensus.

۴. برای اطلاع بیشتر ر.ک:

R. Abi-Saab, Droit international humanitaire et conflits internes, origine et évolution de la réglementation internationale, Genève-Paris, I. H. DUNANT - Pédone, 1986, pp. 138-143.

ماده ۱ پروتکل دوم اعلام می‌دارد که این پروتکل بر تمامی مخاصمات مسلحانه‌ای اعمال می‌شود که تحت پوشش پروتکل اول راجع به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی قرار ندارد و در قلمرو یکی از دولتهای متقاعد بین‌نیروهای نظامی آن دولت و نیروهای نظامی مخالف یا گروههای نظامی سازمان‌یافته‌ای که تحت امر و نظارت یک فرمانده مسئول بر قسمتی از قلمرو دولت مزبور جریان دارد به گونه‌ای که به آنها اجازه عملیات نظامی مداوم و منظم را می‌دهد.

مفهوم مخالف ماده مزبور این است که در صورت عدم اعمال نظارت نیروهای نظامی مخالف بر قسمتی از قلمرو دولت مذکور، مورد از شمول ماده ۱ خارج می‌شود و در نتیجه، پروتکل دوم غیر قابل اجراست. در صورت مقایسه ماده ۱ پروتکل دوم با ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، این امر روشن می‌شود که قلمرو ماده ۳ مشترک عام‌تر و گسترده‌تر از ماده ۱ پروتکل می‌باشد؛ زیرا در پروتکل مزبور با تعیین شرایطی چون تسلط و نظارت نیروهای نظامی مخالف و یا گروههای سازمان یافته بر قسمتی از قلمرو دولت تأکید می‌کند. شرایط فوق‌نوعی سقف یا «آستانه»<sup>۱</sup> درباره مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی محسوب می‌شود؛ بدین معنا که عدم تحقق این شروط، مانع از رسیدن به سقف یا آستانه مزبور است، در حالی که در ماده ۳ مشترک تنها به واژه «در سرزمین یکی از طرفهای متعاقد» اشاره شده است و به هیچ وجه، تسلط و نظارت نیروها و گروهها را بر قسمتی از سرزمین، ملاک و معیاری برای تعیین وجود و عدم وجود مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی قرار داده نشده است. پس ماده ۳ مشترک قادر است کمبود ناشی از عدم تحقق شرایط مذکور در ماده ۱ پروتکل دوم را به سبب دارا بودن استقلال اجرایی جبران کند.<sup>۲</sup>

اجرای مستقیم و خودکار ماده ۳ مشترک برای تکمیل نواقص مربوط به نقش نهادهای ملی بشردوستانه، همچون کمیته‌های ملی صلیب سرخ و هلال احمر در پروتکل دوم<sup>۳</sup> نیز صادق است؛ زیرا این پروتکل نسبت به نقش فعال کمیته

1. Seuil.

2. G. Abi-Saab, op.cit., note. 18, p. 276.

۳. ماده ۱۸ پروتکل دوم ضمیمه.

بین‌المللی صلیب سرخ ساکت است. به رغم کوشش کمیته مذکور به منظور تدوین ماده ۳۹ پیشنهادی در چارچوب پروتکل دوم ضمیمه، دولتها از پذیرفتن چنین پیشنهادی امتناع کردند و تنها به مجامعی چون کمیته‌های صلیب سرخ و هلال احمر که در قلمرو دولتهای متقاعد مستقر هستند، اجازه خدمات‌رسانی به قربانیان مخاصمات مسلحانه را دادند.

ماده ۳۹ طرح پیشنهادی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ برای پروتکل دوم چنین بود:

طرفین مخاصمه (غیر بین‌المللی) می‌توانند از ارگان بی‌طرف و مؤثری، چون کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به منظور نظارت بر مقررات این پروتکل درخواست همکاری کنند. چنین ارگانی می‌تواند خدماتش را به طرفهای مخاصمه ارائه دهد.<sup>۱</sup>

به طور کلی پروتکل دوم ضمیمه بر توسعه اصول کلی اعلام شده در ماده ۳ مشترک اصرار ورزیده و این امر به وضوح در مواد ۴ (تضمینهای بنیادین)، ۵ (اشخاص در بند)، ۶ (تعقیب کیفری) و ۷ (حمایت و درمان) به چشم می‌خورد. به هر حال، می‌توان ادعا کرد که پروتکل مزبور، با بسط اعمال ممنوعه ماده ۳ به موارد دیگر، دامنه اشخاص بهره‌مند از قواعد حمایتی را به طور قابل توجهی توسعه داده است.<sup>۲</sup> ولی بدان معنا نیست که پروتکل دوم از هر نظر جامع است؛ چرا که پروتکل مذکور در رابطه با آستانه مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هیچ‌گونه توسعه‌ای را در ماده ۳ مشترک ایجاد نکرده است و بنا به گفته ژرژ ابی صعب حتی می‌توان از یک نوع «سیر قهقراپی» صحبت کرد.<sup>۳</sup>

1. C.D.D.H./I/SR.56, Projets de protocoles du *C.I.C.R.*

۲. در ماده ۳ مشترک به هیچ وجه به طور صریح، کودکان را مورد حمایت قرار نداده است، در حالی که در قسمت اخیر ماده ۴ پروتکل ضمیمه، قلمرو اشخاص بهره‌مند از قواعد حمایتی را صراحتاً به کودکان تسری داده است. برای اطلاع بیشتر ر.ک:

D. Plattner, «La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire», *R.I.C.R.*, N° 747, 19 84, pp. 148-153.

3. G. Abi-Saab, op.cit., note. 18, p. 277.



## بخش دوم

توسعه تدریجی منابع قراردادی حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی شکل‌گیری یک مرجع جزایی بین‌المللی از دیرباز یکی از رؤیاهای جامعه بین‌المللی بوده است. «گوستاو موونیه»<sup>۱</sup> که یکی از بنیان‌گذاران کمیته بین‌المللی صلیب سرخ است، برای اولین بار در سال ۱۸۷۲ م. تأسیس دادگاهی بین‌المللی را پیشنهاد کرد. هدف چنین دادگاهی مطابق طرح پیشنهادی وی، تضمین اجرای کنوانسیون ژنو ۱۸۶۴ م. مربوط به بهبود نظامیان مجروح در میدان نبرد است.

این دادگاه بین‌المللی در صورت جنگ بین دو یا چند طرف متقاعد تشکیل می‌شود و می‌توان نسبت به جرایم ارتكابی کنوانسیون مذکور طرح دعوا کرد.<sup>۲</sup> به محض اعلان جنگ، دولت سوئیس، سه کشور از امضاکنندگان کنوانسیون مزبور را انتخاب می‌کند. این کشورها، سه داور معرفی می‌کنند و طرفهای مخاصمه نیز هر کدام یک داور انتخاب می‌کنند. دادگاه مزبور تنها به جرایمی که طرفهای ذی‌نفع در شکایت خود مطرح کرده‌اند، رسیدگی می‌کند و با اعلام حکم از سوی این دادگاه، دولتهای ذی‌نفع مجازات تعیین شده توسط دادگاه را نسبت به مجرمان اعمال می‌کنند.<sup>۳</sup>

«معاهده صلح و رسای ۱۹۱۹ م.» در ماده ۲۲۷، محاکمه «گیوم دوم»<sup>۴</sup> امپراتور آلمان را به وسیله یک دادگاه بین‌المللی به سبب «توهین و بی‌حرمتی به اخلاق بین‌المللی و اقتدار مقدس معاهدات» پیش‌بینی کرد، ولی به علت عدم استرداد وی توسط دولت هلند، این محاکمه صورت نگرفت و ایجاد چنین مرجعی ناکام ماند.

1. Gustave Moynier.
2. C. Keith Hall, «Première proposition de création d'une Cour criminelle internationale permanente», *R.I.C.R.*, N° 829, 1998, p. 61.
3. Les articles 2, 4 et 6 du Projet de Convention pour la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève, Gustave Moynier, Genève, 1872, Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés, N° 11, 1872, p. 122.
4. Guillaume II.

دومین پیشنهاد به منظور تأسیس مرجع جزایی بین‌المللی توسط «فدراسیون بین‌المللی مجامع حقوق بشر»<sup>۱</sup> صورت گرفت. مجمع اتریشی حقوق بشر در کنگره پاریس ۱۹۲۷ م.، ایجاد «دیوان بین‌المللی دائمی دادگستری اخلاق»<sup>۲</sup> را پیشنهاد کرد. مطابق این پیشنهاد، مرجع مزبور بایستی در چارچوب جامعه ملل، حمایت مؤثر و بین‌المللی از حقوق بشر را تضمین کند.<sup>۳</sup>

به طور کلی، اقدامات مؤثر برای ایجاد مرجع جزایی بین‌المللی بعد از جنگ جهانی دوم با ایجاد دادگاههای نظامی «نورنبرگ» و «توکیو» صورت پذیرفت. آخرین اقدامات انجام‌شده برای ایجاد چنین مرجعی، مربوط به ایجاد «دادگاههای جزایی بین‌المللی اختصاصی»<sup>۴</sup> برای یوگسلاوی سابق<sup>۵</sup> و رواندا<sup>۶</sup> و «دیوان کیفری بین‌المللی» می‌باشد.<sup>۷</sup>

## الف) تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی و صلاحیت این مرجع در خصوص مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۲ م. از کمیسیون حقوق بین‌الملل درخواست کرد که طرح اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را تهیه کند.<sup>۸</sup> کمیسیون مزبور گزارش خود را در مورد ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی در سپتامبر ۱۹۹۴ م. به مجمع عمومی سازمان ملل متحد تقدیم کرد. در سال ۱۹۹۵ م. مجمع عمومی سازمان ملل متحد کمیته‌ای به منظور تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی ایجاد کرد. بحثهای این کمیته مربوط به شش مسئله اساسی، از قبیل: «شکل تأسیس دیوان»،

1. Fédération internationale des ligues de droits de l'homme (F.I.D.H.).
2. Cour internationale permanente de justice morale.
3. Rapport de position N° 2 de la F.I.D.H., «Pour la paix, par la justice», juin 1998, p. 1.
4. Ad hoc.
5. Résolution 827 (1993) du Conseil de Sécurité.
6. Résolution 955 (1994) du Conseil de Sécurité.
7. تشکیل دادگاههای جزایی بین‌المللی توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد به مثابه ارکان فرعی این شورا در چارچوب مواد ۲۴، ۲۵، ۲۹ و ۴۱ منشور ملل متحد صورت پذیرفته است.
8. Résolution 47/33 du 25 Novembre 1992 de l'Assemblée générale de l'O.N.U.

«تعریف جرایم تحت پوشش صلاحیت دیوان»، «صلاحیت دیوان»، «مکانیزم اعمال صلاحیت»، «آیین دادرسی» و «امور مالی» بود که کار خود را در سال ۱۹۹۸ م. به پایان رساند و در همان سال، کنفرانس دیپلماتیک ملل متحد برای تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی به منظور بررسی طرح اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ژنوا تشکیل گردید.

صلاحیت دیوان و نحوه اعمال آن قبل از کنفرانس رم و در طی مذاکرات این کنفرانس، یکی از مشکلات عمده درباره ایجاد چنین نهادی بوده است. موضوع صلاحیت دیوان از جنبه‌های گوناگون؛ از جمله اجباری یا اختیاری بودن، عام و جهانی بودن صلاحیت و نحوه اعمال آن قابل بحث و بررسی می‌باشد. «دولت‌های پیشرو»<sup>۱</sup> و «سازمانهای غیر دولتی»<sup>۲</sup> که از طرفداران ایجاد مرجعی مستقل و مؤثر در حقوق بین‌الملل بودند، از نظریه اجباری بودن صلاحیت این دیوان حمایت کردند. اصولاً ایجاد مرجع مستقل و مؤثر در حقوق بین‌الملل به منظور پیشگیری و مجازات متجاسران منوط به همکاری دولتهاست؛ چرا که حقوق بین‌الملل، حقوقی مبتنی بر همکاری است و تابعان و واضعان مقررات آن یکسان هستند.

ایجاد صلاحیت اجباری دیوان در قبال کلیه دولتها و اتباع آنها نقش مهمی در مؤثر بودن این مرجع بازی می‌کند؛ زیرا اعمال صلاحیت دیوان از اراده دولتها خارج

#### 1. Etats pilotes.

۲. سازمانهای بین‌المللی غیر دولتی نقش بسزایی در ایجاد دیوان ایفا کرده‌اند؛ زیرا این سازمانها، علاوه بر نقش معمول خود در آمادگی افکار عمومی ملی و بین‌المللی بر ضرورت تأسیس چنین نهادی، موفق به ورود به نمایندگیهای رسمی دولتهای چون کشورهای آفریقایی فرانسوی‌زبان شدند. پیشنهادات ارائه شده توسط این سازمانها، نقش مهمی در ارتقای مقررات مربوط به حقوق مخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی و حمایت از حقوق قربانیان، گواهان و همچنین پیش‌بینی مقرراتی درباره ارتکاب جرایم جنسی و... در چارچوب اساسنامه دیوان داشته است. برای اطلاع بیشتر ر.ک:

S. Sur, «La cour pénale internationale en débat - Vers une cour pénale internationale: la convention de Rome entre les O.N.G. et le Conseil de sécurité», *R.G.D.I.P.*, 1999, pp. 29-45; J. F. Dobelle, «La convention de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale», *A.F.D.I.*, 1998, pp.356-369.

و احتیاجی به کسب موافقت قبلی آنها نیست. بدین منظور دولت آلمان پیشنهاد کرد که دیوان باید «صلاحیت جهانی»<sup>۱</sup> در خصوص جرایم نسل‌کشی، جرایم بر ضد بشریت و جرایم جنگی داشته باشد. در همین حال، دولت انگلستان اعمال صلاحیت دیوان را به تصویب اساسنامه یا پذیرش صلاحیت دیوان توسط دولتی که شخص مظنون را دستگیر می‌کند یا فعل (جرم) یا ترک فعل در قلمرو آن به وقوع می‌پیوندد، مشروط کرد.

در نهایت در ۱۶ ژوئیه در آخرین ساعات کنفرانس رم، دولتها به این صورت توافق کردند که تصویب اساسنامه به منزله پذیرش صلاحیت اجباری دیوان در مورد تمامی جرایم مربوط به صلاحیت مادی آن مرجع است، ولی این امر را به درج مقررات انتقالی در خصوص جرایم جنگی در اساسنامه مشروط کردند. این پیشنهاد از سوی دولت فرانسه ارائه شد که نسبتاً از طرح ارائه شده توسط آلمان در ایجاد صلاحیت جهانی دیوان کیفری بین‌المللی فاصله داشت. از این رو، در ماده ۱۲۴ اساسنامه دیوان، یک رژیم موقت و اختیاری برای جرایم جنگی پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup>

پیشنهاد فرانسه تحت تأثیر رایزنیهای<sup>۳</sup> نظامی وزارت دفاع این کشور برای حمایت از سربازان فرانسوی که در چارچوب عملیات بشردوستانه یا حفظ صلح در خارج از این کشور شرکت دارند، ارائه شد. در واقع، این کشور مدعی بود بدین وسیله می‌توان از تعقیب غیر قانونی و دعاوی واهی علیه نظامیان خودداری کرد.

#### 1. Compétence universelle.

۲. ماده ۱۲۴ اساسنامه دیوان: مقررات انتقالی «به رغم احکام بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۲، دولتی که عضو این اساسنامه می‌شود تا مدت هفت سال پس از لازم‌الاجرا شدن این اساسنامه در مورد آن دولت می‌تواند اعلام کند که صلاحیت دیوان را نسبت به آن دسته از جرایم مذکور در ماده ۸ هنگامی که ادعا شود اتباع آن دولت جرمی مرتکب شده‌اند یا در قلمرو آن دولت جرمی ارتکاب یافته است، نمی‌پذیرد. از اعلامیه‌ای که به موجب این ماده داده می‌شود، در هر زمانی می‌توان اعراض کرد. احکام این ماده در کنفرانس بازننگری که مطابق بند ۱ ماده ۱۲۳ تشکیل می‌شود، مورد بازننگری قرار خواهد گرفت.

#### 3. Lobby.

با وجود بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه، بحث از صلاحیت جهانی این دیوان، لااقل نسبت به دولتهای غیر عضو نسبتاً مشکل است؛ چرا که اعمال صلاحیت دیوان صریحاً به سپردن اعلامیه‌ای مشروط شده است که دال بر پذیرش این صلاحیت نزد رئیس دبیرخانه دیوان از سوی دولت غیر عضو باشد.

دومین موضوع، مربوط به مکانیزمهای اعمال صلاحیت است. اساسنامه دیوان، سه مکانیزم مهم برای اعمال صلاحیت پیش‌بینی کرده است. ماده ۱۳ اساسنامه، اعمال صلاحیت دیوان را نسبت به جرایم مذکور در ماده ۵ به صورت زیر بیان می‌کند:

چنانچه:

الف) یک دولت عضو وضعیتی را که در آن، یک یا چند جرم به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع دهد.

ب) شورای امنیت وضعیتی را که در آن، یک یا چند جرم به نظر می‌رسد ارتکاب یافته باشد، به موجب فصل ۷ منشور ملل متحد به دادستان ارجاع دهد.

ج) دادستان تحقیقاتی را به موجب ماده ۱۵ در مورد آن جرم شروع کرده باشد.

بحثهای بسیاری در خصوص این مکانیزمها بین نمایندگان دولتهای حاضر در کنفرانس رم صورت گرفت. هر یک از این دولتها، موضع خاصی را اتخاذ کردند که می‌توان به مواضع اتخاذشده توسط اعضای دائم شورای امنیت و سایر دولتهای غیر عضو درباره نقش این شورا در اعمال صلاحیت و نقش دادستان دیوان اشاره کرد؛ زیرا تعدادی از دولتها با صلاحیت اتوماتیک دادستان دیوان برای تعقیب تمامی جرایم ذکرشده در اساسنامه به استثنای جرم نسل‌کشی مخالف بودند.<sup>۱</sup>

بعد از پذیرش صلاحیت دیوان در خصوص جرایم جنگی، موضوع عدم وجود تعریفی دقیق از این جرایم و قرار گرفتن نقض فاحش ماده ۳ مشترک در خلال

۱. ایالات متحده آمریکا، روسیه و چین.

مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در شمول جرایم جنگی، یکی از مهم‌ترین موارد مورد اختلاف بین دولتها بود. تعدادی از دولتها خواستار استثنا کردن مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی از شمول صلاحیت دیوان بودند، ولی به دلیل مقاومت سرسختانه سازمانهای بین‌المللی غیر دولتی، همچون کمیته بین‌المللی صلیب سرخ،<sup>۱</sup> فدراسیون بین‌المللی مجامع حقوق بشر، دیده‌بان حقوق بشر و... نقض فاحش ماده ۳ مشترک و سایر نقضهای فاحش قوانین و عرفهای قابل اعمال در این مخاصمات، به عنوان جرم جنگی تلقی گردید.<sup>۲</sup>

### ب) توصیف نقض مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به عنوان جرم جنگی

در گذشته، جرایم جنگی به جرایمی اطلاق می‌شد که نسبت به نقض مقررات مخاصمات مسلحانه بین‌المللی صورت می‌گرفت. ارائه تعریفی از این جرایم تقریباً مشکل است، همچنان که اختلافات زیادی در خصوص تعریف این جرایم بین

۱. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ یکی از قدیمی‌ترین سازمانهای بین‌المللی غیر دولتی محسوب می‌شود. یکی از ویژگیهای این کمیته، مربوط به شخصیت حقوقی آن است؛ زیرا این ارگان از نظر نهادین، تابع سیستم حقوقی سویس است، ولی از نظر اشتغالات و نقش سیستماتیک آن در شکل‌گیری و اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به وضوح از سایر سازمانهای بین‌المللی غیر دولتی متمایز می‌گردد و به عنوان ضامن اجرای مقررات حقوق مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی معرفی می‌شود. برای اطلاع بیشتر، ر.ک:

A. Lorite Escorihuela, «Le Comité international de la Croix-Rouge comme organisation sui generis? remarques sur la personnalité juridique internationale du C.I.C.R.», *R.G.D.I.P.*, Tome 105, 2001-3, pp.581-616; M. -J. Domestici-Met, «Le rôle du C.I.C.R. dans la codification du droit humanitaire» in Colloque d'Aix-en-Provence- la codification du droit international, Pédone, 1999, pp.207-241.

2. Voir: W. Bourdon, et E. Duverger, *La Cour pénale internationale- Le Statut de Rome*, éd. Seuil, 2000, pp. 64-65; *La création d'une Cour criminelle internationale: vers la fin de l'impunité, communiqué et position du C.I.C.R.*, 1 février 1998, C.I.C.R.; *Rapport de position N° 3 de la F.I.D.H.*, «Cour pénale internationale - la route ne s'arrête pas à Rome», Novembre 1998, p. 6.

دولتها در کنفرانس رم وجود داشت.<sup>۱</sup>

عده‌ای از حقوق دانان معتقدند ترسیم منشأ مفهوم جرایم جنگی، امری مشکل است. این مفهوم در حقوق بین‌الملل معاصر تنها بعد از جنگ دوم جهانی با حکم دادگاه نورنبرگ تقریباً روشن شد و در پی تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و تدوین و توسعه تدریجی حقوق مخاصمات مسلحانه متحوّل گردید.<sup>۲</sup>

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، به صورت قابل توجهی حقوق بین‌الملل بشردوستانه در باب مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را با تسری جرم جنگی نسبت به این مخاصمات، توسعه داده است، در حالی که ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو (۱۹۴۹ م.) و پروتکل دوم الحاقی به این کنوانسیونها (۱۹۷۷ م.) به هیچ وجه نقض فاحش مقررات مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را جرم جنگی قلمداد نمی‌کرد.

ماده ۸ اساسنامه دیوان، جرایم جنگی را به طور مفصل مورد بحث قرار می‌دهد. تنظیم این ماده نیز با مشکلات فراوانی همراه بود؛ زیرا تعدادی از دولتها با درج مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در اساسنامه مخالف بودند.<sup>۳</sup> بنا بر نظر این دولتها، اولاً، حلّ و فصل مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی توسط دولت مربوط ممکن است؛ ثانیاً، پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیونهای ژنو، هنوز به صورت حقوق

۱. فرهنگ حقوق بین‌الملل عمومی، جرایم جنگی را این چنین تعریف کرده است:

الف) نقض مقررات قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی «Jus in bello»، موجب مسئولیت کیفری فرد مرتکب می‌شود.

ب) رویه عملی، مفهوم جرم جنگی را به این صورت القا می‌کند که هرگونه نقض فاحش نسبت به حقوق بین‌الملل بشردوستانه، صرف نظر از ماهیت بین‌المللی یا غیر بین‌المللی مخاصمه، موجب مسئولیت کیفری فرد مرتکب می‌شود.

برای اطلاع بیشتر، ر.ک:

J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, (sous la dir.), Bruylant-Bruxelles, 2001, pp. 287-288.

2. G. Abi-Saab, & R. Abi-Saab, «Les Crimes de Guerre» in Droit International Pénal, Sous la dir. H. Ascensio, E. Decaux, et A. Pellet, Pédone, 2000, p. 265.

۳. هندوستان، اندونزی، نیجریه، پاکستان و....

عرفی شناخته نشده است.<sup>۱</sup>

در مورد ماهیت عرفی ماده ۳ مشترک هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد؛ زیرا عرفی بودن این ماده در چارچوب رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و دادگاههای کیفری بین‌المللی<sup>۲</sup> به رسمیت شناخته شده است، ولی در مورد پروتکل دوم الحاقی، هنوز نمی‌توان ادعا کرد که کاملاً به صورت قاعده‌ای عرفی درآمده است.

در ماده ۸ اساسنامه دیوان به نوعی سعی شده است تا بدون ارائه تعریفی از جرایم جنگی، تنها به ارائه اوصاف این جرایم اکتفا کند. شمردن این جرایم در فهرستی مشتمل بر ۵۰ جرم که ۳۴ مورد آن مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و ۱۶ مورد آن مربوط به مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در جست‌وجوی همین هدف است.

با وجود یک فهرست تقریباً طولانی در مورد جرایم جنگی در زمان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، ماده ۸ اساسنامه تنها قسمتی از جرایم را لحاظ کرده و سؤالات متعددی را بی‌پاسخ گذاشته است. این کمبودها و نواقص بیشتر به تسلیحات، روشها و وسایل جنگی مربوط است. اساسنامه هیچ‌گونه مقرراتی را در قبال تحمیل گرسنگی و حملات بدون تبعیض و استفاده از سلاحهای ممنوع، همچون مینهای ضد نفر و سلاحهای کورکننده پیش‌بینی نکرده است. علاوه بر موارد فوق، می‌توان به جرایم دیگری چون آسیب گسترده، درازمدت و فاحش به محیط زیست<sup>۳</sup> در حین مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی اشاره کرد که اساسنامه نسبت

1. W. Bourdon, et E. Duverger, op.cit., note. 61, 2000, pp. 64-65.

۲. دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۵ م. در رأی معروف تادیک [Tadic] اعلام کرد که نقض قوانین و عرفهای جنگی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، جرم جنگی محسوب می‌شود.

۳. حمایت از محیط زیست در اسناد بین‌المللی متعددی، از جمله کنوانسیون مونته‌گوبی ۱۹۸۲ م. در مورد حقوق دریاها و پروتکل اول ضمیمه به کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م. در خصوص حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی پیش‌بینی شده است. لازم به ذکر است که این حمایت، در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در قالب پروتکل دوم گنجانده نشده است.

به آن سکوت کرده است. این کمبودها می تواند در آینده در چارچوب ماده ۱۲۳ اساسنامه<sup>۱</sup> تکمیل شود.  
بند ۱ ماده ۸:

دیوان نسبت به جرایم جنگی صلاحیت دارد، به ویژه هنگامی که در قالب یک برنامه یا یک سیاست [عمومی] یا در قالب یک سری جرایم ارتكابی مشابه در سطح گسترده صورت گرفته باشد.

مقایسه این بند با صدر ماده ۵ اساسنامه که صلاحیت دیوان کیفری بین المللی را به خطرترین جرایم مورد اهتمام مجموعه جامعه بین المللی منحصر می داند، قابل توجه است؛ زیرا ظاهراً نوعی آستانه برای جرایم جنگی تعیین شده است، ولی تعیین این درجه با امعان نظر نسبت به فقدان تعریف دقیقی از مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی تقریباً مشکل به نظر می رسد.

نکته دیگر اینکه در این ماده به نقض فاحش کنوانسیونهای ژنو و سایر قوانین و عرفها در مخاصمات مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی تصریح شده است. به گمان بعضی از حقوق دانان، تأسف بار است که اساسنامه دیوان تنها به بعضی از کنوانسیونهای خاص اشاره کرده است؛ چون این موضوع، موجب تداعی این امر به ذهن می شود که اعمال ذیل جرم محسوب می شوند؛ زیرا کنوانسیونهایی از این نوع وجود دارد.<sup>۲</sup>

تعیین عناصر تشکیل دهنده جرایم ارتكابی در حین مخاصمات مسلحانه غیر

۱. ماده ۱۲۳ بازنگری در اساسنامه:

۱. هفت سال پس از لازم الاجرا شدن این اساسنامه، دبیر کل سازمان ملل متحد یا شخص دیگری که مجمع دولتهای عضو او را تعیین می کند، یک کنفرانس بازنگری به منظور بررسی اصلاحیه های پیشنهادی بر این اساسنامه تشکیل خواهد داد. این بازنگری می تواند شامل فهرست جرایم مندرج در ماده ۵ باشد، اما محدود به آن نیست....

۲. ....

۳. ....

2. A. Pellet, «Compétence matérielle et modalités de saisine» in La Cour pénale internationale, La Documentation Française, Paris, 1999, pp. 48-49.

بین المللی از اهمیت زیادی برخوردار است؛ زیرا تعیین این عناصر به دیوان کمک خواهد کرد تا ماده ۸ را تفسیر و اجرا کند.<sup>۱</sup> به همین دلیل، در سند نهایی کنفرانس رم، کمیسیون مقدماتی با هدف تهیه آیین دادرسی و سایر کارهای معوقه ایجاد شد. یکی از طرحهای مربوط به ترتیبات عملی به منظور استقرار و شروع به کار دیوان کیفری بین المللی، تعریف عناصر تشکیل دهنده جرایم، از جمله جرایم ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی است.<sup>۲</sup>

کمیته بین المللی صلیب سرخ به منظور کمک به کمیسیون مقدماتی، متنی را تهیه کرد که بر عناصر تشکیل دهنده جرایم جنگی موضوع صلاحیت دیوان کیفری بین المللی در سال ۱۹۹۹ م. مشتمل بود و در همین راستا، نمایندگان گنهای دائمی آفریقای جنوبی، بلژیک، کاستاریکا، فنلاند، مجارستان، جمهوری کره و نمایندگی ناظر سویس در سازمان ملل متحد درخواست کردند که متن مزبور باید به عنوان سند کمیسیون مقدماتی توزیع گردد.<sup>۳</sup>

این متن با تأکید بر نقض فاحش کنوانسیونهای چهارگانه ژنو، دربردارنده تجزیه و تحلیلی عمیق نظری و عملی در باب جرایم ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی است. کمیته مزبور ضمن تعیین عناصر مادی و معنوی هر جرم به طور مجزا، تفسیری نیز از هر یک از جرایم را ارائه کرده است.

به هر حال، وقت زیادی از جلسات کمیسیون مقدماتی به تعیین عناصر جرایم جنگی اختصاص یافت و اختلافات زیادی بین دولتها در مورد عناصر جرایم جنگی ناشی از نقض قوانین و عرفهای قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین المللی وجود داشت که می توان به خسارات گسترده، درازمدت و فاحش به محیط زیست اشاره کرد. اما تعیین عناصر تشکیل دهنده نقض قوانین و عرفهای قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی، با مشکلات کمتری روبه رو بود؛ زیرا این عناصر قبلاً در مخاصمات مسلحانه بین المللی تعیین شده بود و ممکن بود

۱. ماده ۹ اساسنامه.

2. Acte final de la Conférence de Rome.

3. PCNICC/1999/WGEC/INF/2, 15 Novembre 1999.

به عنوان مبنایی مناسب برای تعیین عناصر جرایم مشابه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرد. به همین سبب، دولتها تصمیم گرفتند در تعیین عناصر جرایم جنگی مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی از عناصر تعیین شده مشابه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بهره گیرند.

هنوز دیوان کیفری بین‌المللی عملاً شروع به کار نکرده است و قابلیت این عناصر در عرصه عمل برای تفسیر و اجرای جرایم جنگی ارتكابی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی به تدریج با شروع به کار این دیوان آشکار خواهد شد.

### نتیجه

مشکل جامعه بین‌المللی تنها به کمبود و نواقص مقررات در عرصه‌های گوناگون بین‌المللی ختم نمی‌شود؛ چرا که در بعضی موارد، شاهد نوعی تورم و افزایش مقررات هستیم. وجود هنجارهای متعدّد در عرصه‌های مختلف، بدون داشتن ضمانت اجرایی واقعی، ارزش چندانی را برای جامعه بین‌المللی به ارمغان نمی‌آورد. این مقررات زمانی می‌تواند روابط بین‌المللی را به خوبی منظم کند که دارای مکانیزمهای مؤثر اجرایی باشد و به وسیله تابعان اولیه و اصلی حقوق بین‌الملل، مورد حمایت و در عرصه عمل، مورد احترام واقع شود.

حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی دارای مقررات زیادی نیست و ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م. و پروتکل دوم ضمیمه ۱۹۷۷ م. به این کنوانسیونها به عنوان منابع اصلی حاکم بر این مخاصمات محسوب می‌شود. ماده ۳ مشترک به عنوان منبع سنتی این حقوق و پروتکل دوم الحاقی به عنوان گامی به منظور تکمیل و توسعه ماده مذکور تلقی می‌شود.

پیشگیری از این مخاصمات در گرو توسعه مردم‌سالاری و رعایت حقوق بشر و حکومت قانون در ابعاد گوناگون آن است. این مخاصمات، بیشتر در کشورهای جهان سوم رخ می‌دهد؛ زیرا نهادهای مدنی در این کشورها هنوز به اندازه کافی رشد قابل توجهی نکرده است و از طرف دیگر، مشکلات ناشی از عدم توسعه اقتصادی در کشورهای مزبور به این امر دامن می‌زند.

عدم تساهل در قبال اقلیتهای نژادی، زبانی، مذهبی و... در دهه اخیر در آفریقا و بالکان موجب فجایع زیادی در خلال مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی شد که کم‌وبیش باعث سقوط و انهدام نهادها و به طور کلی، دستگاه دولتها گردید.

علاوه بر این، باید به آثار مصیبت‌بار ناشی از قتل عام افراد غیر نظامی به عنوان اولین قربانیان این مخاصمات اشاره کرد که با ازدست‌دادن خانه و کاشانه خود مجبور به آوارگی و پناهندگی می‌شدند. به همین علت، شاهد «افزایش روزافزون پناهندگان از ۱۳ میلیون در سال ۱۹۸۷ م. به ۲۶ میلیون در سال ۱۹۹۵ م. هستیم»<sup>۱</sup> به طور کلی شکل‌گیری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۱۹۹۸ م.، تحوّل عظیم نسبت به این مخاصمات ایجاد کرد و با درج جرایم ارتكابی در خلال مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی در زمره جرایم جنگی در کنار مخاصمات مسلحانه بین‌المللی به گونه‌ای حقوق مربوط به این مخاصمات را در این عرصه تدوین کرد و باعث آن توسعه شد.

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به تازگی لازم‌الاجرا شده است و زمان به این سؤال پاسخ خواهد داد که آیا ماده ۸ اساسنامه و سایر منابع حقوق مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی، به پیشگیری از این مخاصمات و مجازات عاملان جرایم جنگی ارتكابی در حین مخاصمات مزبور قادر خواهد بود یا خیر؟

### ضمیمه

ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ م.:

۱. هر یک از طرفهای مخاصمه مسلحانه‌ای که ماهیتی بین‌المللی ندارد و در سرزمین یکی از طرفهای متعاقد بروز کند، حداقل ملزم به اعمال مقررات ذیل می‌باشد:

با افرادی چون اعضای نیروهای مسلح که سلاح را به زمین نهاده‌اند و افرادی که به سبب بیماری، جراحت، اسارت یا هر علت دیگر، مستقیماً در مخاصمات مشارکت ندارند، در تمام موارد، بدون هیچ‌گونه تبعیضی نامناسب که بر نژاد،

1. B. Boutros-Ghali, op.cit., note. 15, p. 25.

رنگ، مذهب یا اعتقاد، جنسیت، تولد یا ثروت یا هرگونه معیار مشابهی مبتنی است، به طور انسانی رفتار خواهد شد.

از این رو، اعمال زیر در هر زمان و هر مکانی نسبت به این افراد ممنوع خواهد بود:

الف) تعرّض به جان و تمامیت جسمانی، به ویژه قتل از هر نوع آن، قطع عضو، رفتارهای بی رحمانه، شکنجه و آزار و اذیت؛

ب) گروگانگیری؛

ج) تعرّض به حیثیت اشخاص، به ویژه رفتارهای موهن و تحقیرآمیز؛

د) صدور احکام و اجرای مجازاتهای اعدام بدون وجود حکم قبلی صادره از دادگاهی که به صورت قانونی تشکیل شده باشد و متناسب با تضمینهای قضایی که ضرورت آن توسط ملل متمدن شناخته شده است.

۲. مجروحان و بیماران پذیرفته و مداوا خواهند شد.

ارگان بشردوستانه و بی طرفی همچون کمیته بین المللی صلیب سرخ می تواند خدمات خود را به طرفهای مخاصمه ارائه دهد. از طرف دیگر، طرفهای مخاصمه کوشش خواهند کرد از طریق موافقت نامه های خاص، تمام یا قسمتی از مقررات دیگر کنوانسیون حاضر را اعمال کنند. اعمال مقررات فوق اثری روی وضع حقوقی طرفهای مخاصمه ندارد.

## طل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری

□ حسن نوری

چکیده:

این مقاله کوششی است برای تعریف و تبیین «اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری» خارج از چارچوب یک نظام قانونی خاص که در این باره، مطالبی در زمینه مفهوم، مبنا و قلمرو اصل بیان می شود سپس به جایگاه این اصل در حقوق ایران اشاره می شود؛ به این بیان که حقوق خصوصی ایران به طور کلی بر ایده حمایت از مالک متکی بوده و اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در محدوده اسناد تجاری، فاقد دلیل قانونی می باشد و رویه قضایی نیز نسبت به آن متزلزل است. از این رو، دکترین تنها دلیل اثبات اصل در حقوق ایران است و برای تعیین قلمرو این اصل در حقوق ایران، کنوانسیون ۱۹۳۰ م. ژنوا مناسب ترین قاعده به منظور جبران سکوت مقنن است. در بخش پایانی مقاله، شرایط تحقق اصل و استثنائات آن در پنج مورد بیان می شود.

کلید واژگان: حقوق تجارت، سند تجاری، عدم قابلیت استناد به ایرادات، Commerical law, Commerical document.

«قابلیت انتقال پذیر بودن حقوق مالی» همواره متضمن یک شرط بدیهی با عنوان «وجود حق» است؛ به عبارت دیگر، حقی را که نیست، نمی توان به دیگری منتقل کرد؛ هر چند که دو طرف آن را اراده کرده باشند.<sup>۱</sup>

در حقوق مدنی، اعم از سیستمهای حقوقی نوشته شده و یا نظام «کامن لا» طبق یک قاعده عمومی در قراردادها «در تمامی موارد انتقال حقوق، انتقال گیرنده نمی تواند بیش از حقوقی که انتقال دهنده داشته، حقوقی را دارا شود». این قاعده که در قوانین صریحاً ذکر نگردیده، بر پایه این فکر منطقی استوار است که هیچ کس نمی تواند حقوقی را که به وی تعلق ندارد، انتقال دهد و براساس قاعده حقوقی کاملاً شناخته شده «کسی که مالک چیزی نیست، نمی تواند آن را به دیگری انتقال دهد»<sup>۲</sup> توصیف می شود.

تحمل آثار این اصل عقلانی، هنگام برخورد با ضرورت های زندگی اجتماعی انسان، به ویژه در بعد اقتصادی، دشوار می نماید. درست است که لازمه انتقال حق، وجود حق است، اما در بسیاری از اوقات، وضعیت ظاهری به گونه ای است که انتقال گیرنده با اعتماد کامل به وضع موجود، حقی را که غیر موجود است، موجود پنداشته و در ازای آن، عوضی را می پردازد؛ در این صورت، اعتماد انتقال گیرنده به وضع ظاهر، حق غیر موجود را موجود نمی کند، اما زمینه های تمایل به این عقیده را فراهم می کند که اشخاص زمینه ساز این اعتماد، در مقابل انتقال گیرنده مسئولیتی را عهده دار شوند که معادل با حق غیر موجود است.

۱. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی (ایفباع)*، چاپ اول، تهران، پلدا، ۱۳۷۰، ص ۱۰۹، ش ۵۶؛ همو، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قرار دادها)*، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۳۱۸، ش ۴۸۵؛ غلامعلی شاهین، *اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در اسناد تجاری*، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، ص ۲۷؛ حسن ستوده تهرانی، *حقوق تجارت*، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۶۵؛ کورش کاویانی، *اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری*، پایان نامه دوره دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۱.

2. Nemo dat quod non habet; G. Ripert, op.cit., No.2040, p.154; Lord Chorley and O.C. Giles - Slaters - Mereantile Law 15th ed., p.257.

این تمایل اگرچه از انتقال گیرنده حمایت می کند، متقابلاً منجر می شود به مسئول شناخته شدن کسانی که با وجود دخالت داشتن در ایجاد وضع ظاهر، به هیچ وجه مرتکب تقصیری نشده اند؛ مثلاً در فرض خیانت امین و فروش مورد امانت به غیر، مالک، حقی بر مال فروخته شده ندارد و تنها می تواند از امین مطالبه خسارت کند؛ بدین ترتیب، گرایش به هر عقیده، مستلزم تحمیل زیان و مسئولیت به یکی از دو طرف است، یعنی مالک حقیقی و دارنده فعلی. از این رو، باید در تقابل منافع و حقوق مالک حقیقی و اعتمادکننده به وضع ظاهر، یکی را بر دیگری ترجیح داد.

بدون شک در فرضی که مالک در ایجاد وضع ظاهر مرتکب تقصیر شده است، می توان پذیرفت که حمایت از اعتمادکننده به وضع ظاهر به عدالت نزدیک تر است، اما در فرض مخالف، هیچ دلیلی بر ترجیح یکی از این دو وجود ندارد. در این حال، آنچه قانون گذاران را به سمت صحیح راهنمایی می کند، لزوماً توجه به حقوق یکایک اشخاص نیست، بلکه باید مصالح جامعه را به عنوان یک موجود مستقل از اعضای خود در نظر گرفته و مصلحت کلی جامعه را ملاک ترجیح قرار دهند.

تشخیص این مصلحت، خود موضوع مطالعه و تحقیقی مستقل است که لااقل تلفیق عقاید اقتصاددانان و حقوق دانان را می طلبد، اما فرض مسلم آن است که در مورد «پول»، ضرورتاً راهی جز مالک شناختن گیرنده پول وجود ندارد، هر چند که نقل و انتقالات قبلی باطل بوده باشد؛ چرا که در غیر این صورت، ترویج این سند به عنوان وسیله ای ساده و مطمئن در مبادلات اقتصادی میسر نخواهد بود؛ بنابراین، حکومت اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مورد پول، از بدیهیات است و به گونه ای در اذهان رسوخ کرده که در بادی امر خلاف قاعده بودن آن در نظر مجسم نمی گردد. اما وضع در مورد اسناد تجاری جانشین پول بیشتر محل تأمل است.

اسناد تجاری جانشین پول (با اسناد تجاری به مفهوم خاص) معرف حق دینی حال یا با و عده کوتاه مدت است که موضوع آن، مقدار معینی پول است که چک، سفته و برات از مصادیق بارز آن به شمار می آید. بازرگانان و اقتصاددانان همواره علاقه مندند که اسناد مذکور بتواند در رونق معاملات اعتباری و نقل و انتقال آسان و



امن ثروت، نقش مهمی را ایفا کند.<sup>۱</sup> از این رو، در جریان تحوّل و تکامل قواعد حاکم بر اسناد تجاری، بخشی از خواصّ پول به این اسناد سرایت کرده است؛ از جمله اینکه پذیرنده این اسناد باید اطمینان داشته باشد که عدم صحّت نقل و انتقالات پیشین سند (انتقال طلب) در حقوق وی تأثیری نخواهد داشت؛ زیرا در غیر این صورت، انتقالات متعدّد سند تجاری به تضعیف و تزلزل بیشتر موقعیت دارنده آن منجر می‌شود.<sup>۲</sup> این ویژگی، در حقوق فرانسه به «اصل یا قاعده عدم قابلیت استناد به ایرادات» معروف است که در ادبیات حقوقی ایران، افرادی آن را به «اصل عدم توجه به ایرادات» ترجمه کرده و به کار برده‌اند.

از آنجا که ارزش پول، قائم به خود و قدرت حاکم است و این قابلیت را دارد که هر آن می‌تواند با هر کالایی مبادله شود و دارنده آن از اعتماد و اطمینان کامل برخوردار است، اما اسناد تجاری که نقش پول را به عهده دارد، این درجه از اعتماد و اطمینان را فاقد است. دارنده سند تجاری که در سررسید برای مطالبه وجه آن مراجعه می‌کند، ممکن است از طرف مدیون با ایراد فسخ معامله یا پرداخت وجه مواجه شود، حال آنکه پول، در گردش خود، دارنده را با هیچ‌گونه ایراد و اعتراضی مواجه نمی‌کند؛ لذا به منظور اینکه اسناد تجاری بتواند هر چه بیشتر جانشین پول شود و دارنده، مطمئن گردد که در سررسید هیچ مانعی بر سر راه نقد شدن سند وجود نخواهد داشت، در قوانین کشورهای مختلف، تصمیماتی از قبیل قاعده غیر قابل استناد بودن ایرادات اتخاذ شده است تا وجه سند بدون هیچ‌گونه ایراد و اعتراضی به دارنده پرداخت شود.

قاعده «غیر قابل استناد بودن ایرادات»، قاعده‌ای است خلاف قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای مدنی، با این مضمون که متعهد سند (مدیون) نمی‌تواند در برابر

دارنده آن دفاعی کند که به روابط او و ظهرنویسان پیشین با صادرکننده ناظر باشد؛ برای مثال، اگر ادعا شود که برات مورد مطالبه به اکراه از متعهد اصلی گرفته شده است یا وجه آن به سببی به یکی از ظهرنویسان پرداخت شده است، این ادعا در برابر دارنده کنونی سند پذیرفته نیست و حقوق کسی را که از راه مشروع و با حسن نیت بر آن دست یافته است، ضایع نمی‌کند.

حکمت اصلی این قاعده، ایجاد اعتماد نسبت به اعتبار این اسناد است؛ زیرا اگر بنا باشد که متعهد سند بتواند به تمام ایرادهای ناشی از روابط خود با دستهای پیشین در برابر دارنده کنونی استناد کند، دیگر هیچ اطمینانی به وصول دین باقی نمی‌ماند و بازرگانان می‌کوشند تا از پذیرفتن این گونه اسناد متزلزل خودداری کنند و جامعه از مزایای گردش این اسناد محروم می‌ماند.<sup>۱</sup>

تعیین و تشخیص کاربرد اسناد تجاری و مصادیق آن (برات، سفته، چک و...) مستلزم شناخت کامل مقررات، اصول و قواعد ناظر به آنها می‌باشد که متأسفانه در ایران چندان مورد بحث و بررسی قرار نگرفته و قوانین وضع شده در این باره، نقش بسیار اندکی در تبیین آن داشته است.

آنچه بیشتر مورد توجه مؤلفان و حقوق دانان تجارت واقع شده است، شرایط، اوصاف و خصوصیات شکلی اسناد تجاری است؛ از این رو، مسائلی نظیر «ماهیت اسناد تجاری» و «اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری در مقابل دارنده سند با حسن نیت» چندان واضح نیست که بدون شک این امر، یکی از موضوعات پیچیده در قلمرو حقوق تجارت و بلکه حقوق خصوصی است.

قانون تجارت ایران نیز که از قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه اقتباس شده است، نسبت به مسائل مذکور غالباً ساکت است. به این دلیل که این مسائل، از جمله «اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات» بعدها، یعنی در سال ۱۹۳۵ م. - زمان اصلاح قانون

۱. بهروز اخلاقی، حقوق تجارت، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۵۵ به بعد؛ ریپرو روبلو، دوره مقدماتی حقوق تجارت، ۱۹۹۰، ج ۲، ص ۱۱۱ به بعد.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع)، ص ۱۰۷، ش ۵۶؛ غلامعلی شاهین، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در اسناد تجاری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲؛ ابوالحسن صادقیان، مطالعه تطبیقی راجع به برات و محل آن، چاپ حیدری، ۱۳۴۰، ص ۲۳.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع)، ص ۱۰۷، ش ۵۶؛ غلامعلی شاهین، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در اسناد تجاری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲؛ میشل زانتین، حقوق تجارت، ۱۹۹۵، ص ۱۸۳، ش ۳۰۶؛ ریپرو روبلو، دوره مقدماتی حقوق تجارت، ج ۲، ص ۱۷۴، ش ۲۰۴۲.

تجارت فرانسه و پیوستن این کشور به مقررات متحدالشکل ژنو راجع به برات و سفته مصوب ۷ ژوئن ۱۹۳۰- وارد قانون تجارت فرانسه شد. البته قبل از اینکه این اصل در قانون تجارت فرانسه وارد شود، رویه قضایی آن کشور تمایل خود را به آن کاملاً نشان داد<sup>۱</sup> و در آرای مختلف و متعدّد، مورد تأکید قرار گرفت. رویه قضایی در ایران نیز با این قاعده، چندان بیگانه نبوده است و آن را از اصل مسئولیت تضامنی صادرکننده و ظهرنویسان و براتگیر مندرج در ماده ۲۴۹ ق.ت.ا. مورد استفاده قرار داده است.

همان طور که اشاره شد، این اصل یکی از مباحث پیچیده حقوق خصوصی، به ویژه حقوق تجارت است. قانون تجارت ایران صراحتاً به آن اشاره‌ای ندارد و رویه قضایی در مواجهه با سکوت قانون‌گذار به ایفای وظیفه نپرداخته است، بلکه با صدور آرای متناقض عملاً زمینه کاربرد صحیح و مفید اسناد تجاری را در اقتصاد کشور از میان برده است. از سوی دیگر، «دکترین» نیز توفیقی در راهبری رویه قضایی نیافته است، اما به نظر می‌رسد که نحوه تبیین موضوع و انتخاب مبنایی صحیح از شناخت دقیق موضوع مطالعه کم‌اهمیت‌تر نیست؛ لذا با توجه به این هدف، مطالبی را به صورت خلاصه در زمینه مفهوم، مبنا، شرایط، قلمرو و استثنائات اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری بیان می‌شود.

## مفهوم، مبنا و قلمرو اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری

### ۱. مفهوم اصل

ارائه تعریفی جامع و مانع از اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مقابل دارنده با

۱. به نظر می‌رسد یک حقوق‌دان فرانسوی به نام «Jousse» برای اولین بار، قاعده غیر قابل استناد بودن ایرادات را مطرح ساخت. رویه قضایی از قرن هیجدهم، ثوری (قاعده) او را در زمینه غیر قابل استناد بودن ایرادات پذیرفته است. این قاعده، در ماده ۱۷ قانون یکنواخت (متحدالشکل) ژنو مندرج شده و عیناً ماده ۱۲۱ قانون جدید فرانسه رونوشت آن است (امیرحسین فخاری، اسناد تجارت، جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۶۹-۱۳۶۸، ص ۶۴).

حسن نیت سند تجاری، همانند تعریف اغلب پدیده‌های حقوقی، دشوار و بلکه ناممکن است؛ از این رو، به هدف آشنایی اجمالی با اصل، تعاریفی ارائه می‌شود، صرف نظر از انتقاداتی که ممکن است نسبت به هر یک وارد آید؛ لذا ابتدا تعاریف موجود در قوانین داخلی و معاهده‌های بین‌المللی و سپس تعاریف حقوق دانان از این اصل ارائه می‌شود.

### الف) تعاریف قانونی

ماده ۱۷ کنوانسیون ژنو راجع به برات و سفته که بیش از ۲۹ کشور بدان ملحق شده‌اند،<sup>۱</sup> اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات را چنین تعریف کرده است: اشخاصی که به موجب برات علیه آنها طرح دعوا شده است، نمی‌توانند در مقابل دارنده برات به روابط خصوصی خود با براتکش یا با دارندگان قبلی برات استناد کنند؛ مگر آنکه دارنده، هنگام دریافت برات آگاهانه به زیان بدهکار عمل کرده باشد.<sup>۲</sup>

این تعریف، اگرچه ناظر به برات است، اما با توجه به قاعده دیگر که کلیه اسناد تجاری به مفهوم خاص را مشمول احکام واحد قرار داده است، سایر اسناد را نیز دربرمی‌گیرد.

ماده ۷۷ کنوانسیون ژنو راجع به برات و سفته، اصل مذکور را در مورد سفته نیز جاری می‌داند، بعلاوه، کنوانسیون ژنو راجع به چک نیز در ماده ۲۲، مفاد ماده ۱۷ کنوانسیون مذکور را تکرار کرده است.<sup>۳</sup>

تعریف مزبور، تقریباً مفاد اصل و حدود و ثغور آن را معرفی می‌کند، اما لااقل با

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۳، ص ۱۶.

2. Persons sue on a bill of exchange cannot set up against the holder defences founded on their personal relations with the drawer or wrth previous holders, unless the holder, in acquiring the bill has knowingly acted to the detriment of the debtor.
3. Persons used on a cheque cannot set up against the holder defences founded on their personal relations whit the drawer or with the previous holders, unless the holder in acquring the cheque has knowingly acted to the detriment of the debtor.

یک ابهام اساسی در مفهوم عبارت «روابط خصوصی» (شخصی) روبه‌روست؛ چرا که از مفهوم مخالف این تعریف، این نتیجه به دست می‌آید که ایرادات ناشی از روابط فاقد وصف خصوصی، قابل استناد خواهد بود؛ بدین ترتیب، وجه ممیز روابط خصوصی از سایر روابط در تعریف مذکور روشن نیست.

با وجود این، به طور مختصر اصل فوق را بررسی می‌کنیم. یکی از آثار مهم اصل استقلال امضاها، غیر قابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت است. به بیان ماده ۱۷ قانون متحدالشکل ژنو، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات به این معناست که صاحبان امضای مورد تعقیب نمی‌توانند در برابر دارنده برات به روابط شخصی خود با براتکش یا دارندگان قبلی برات استناد کنند.<sup>۱</sup>

منظور از روابط شخصی، همه روابط معاملاتی است که موجب صدور یا انتقال سند مزبور شده و همچنین اموری مانند پرداخت و وجه برات یا تهاتر، تبدیل تعهد، که بین صاحبان امضا یا براتکش یا دارندگان قبلی (ید سابق) واقع می‌شود، با توجه به تعریف مزبور، فقط ایراداتی قابل استناد نیست که مربوط به روابط شخصی باشد، اما اگر ایرادی مربوط به خود سند و تعهد براتی باشد؛ از قبیل ایراد مجعول بودن امضا یا عدم اهلیت صادرکننده در حین صدور سند در مقابل دارنده قابل استناد است.

همچنان که از تعریف فوق برمی‌آید، ایرادات فقط در مقابل ید یا یدهای غیر مستقیم و با واسطه، قابل استناد نیست، اما در مقابل شخصی که سند مستقیماً به او واگذار یا منتقل شده است، این ایرادات قابل استناد است.<sup>۲</sup>

هر چند که تفکر جدیدی در راستای تقویت اسناد تجاری قوت گرفته است که به موجب آن حتی در مقابل ید مستقیم نیز نمی‌توان به ایرادات ناشی از تعهد پایه استناد جست، لکن این نظریه در قانون و رویه قضایی ایران پذیرفته نشده است.<sup>۳</sup>

در مقابل کنوانسیون یکنواخت ژنو، دو منبع مهم حقوق اسناد تجاری در

«کامن‌لا» (قانون بروات انگلیس و قانون تجارت آمریکا) از ارائه تعریف خودداری کرده و مستقیماً به بیان احکام و فروع مسئله پرداختند. بعلاوه کنوانسیون برات و سفته بین‌المللی مصوب ۱۹۸۸ سازمان ملل متحد نیز تحت تأثیر «کامن‌لا» فاقد تعریفی از اصل می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ب) تعاریف حقوق دانان

حقوق دانان برای جبران سکوت قانون‌گذاران و یا رفع نقایص تعاریف قانونی از این اصل کوششهایی کرده‌اند که اشاره به آنها برای تحقق هدف این گفتار، خالی از فایده نیست.

در برخی از تعاریف، قلمرو محدودی از اصل، مورد نظر قرار گرفته و کاربرد آن تنها به مواردی منحصر شده است که میان انتقال‌دهندگان متوالی سند تجاری، معاملاتی وجود داشته است و تصرفات غیر متکی بر معامله نظیر یافتن سند، سرقت و... خارج از شمول اصل دانسته شده است، از جمله:

... اسناد تجاری به خودی خود معرف طلب صاحب آن می‌باشد و روابط حقوقی که ممکن است بین امضاکنندگان و ظهرنویسان موجود باشد و ادعاهایی که هر یک از آنها بر دیگری درباره معامله‌ای که به صدور سند تجاری منجر شده است، در حقوق صاحب سند تجاری تأثیری ندارد...<sup>۲</sup>

و یا:

متعهد برات، سفته و یا چک به موجب امضای این اسناد در مقابل دارنده سند متعهد می‌شود و در مقابل او نمی‌تواند به روابط شخصی خود با انتقال‌دهنده سند استناد کند؛ به عبارت دیگر، متعهد برات در مقابل دارنده آن نمی‌تواند به ایراداتی متوسل شود که می‌توانست آنها را در مقابل انتقال‌دهنده - به لحاظ معامله‌ای که به سبب آن، سند براتی صادر شده و به جریان افتاده است، مطرح

۱. مقایسه ساده متن کنوانسیون برات و سفته بین‌المللی مصوب ۱۹۸۸ سازمان ملل متحد با مقررات راجع به اسناد تجاری در انگلستان و آمریکا، آشکارا گویای تفوق «کامن‌لا» در تصویب کنوانسیون مذکور است. ر.ک: ربیعا اسکینی، *حقوق تجارت*، ص ۱۷.

۲. بهروز اخلاقی، *حقوق تجارت*، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۲۸.

۱. کمال‌اله آبادی، «اصل استقلال امضاها و عدم توجه به ایرادات در اسناد تجاری»، *فصلنامه دیگامهای حقوقی*، شماره ۱۰-۱۱، ص ۱۰، ۱۱ و ۲۴.

۲. همان.

۳. محمد دم‌چیلی، علی حاتمی و محسن قرائی، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، ص ۴۶۱.

کند- زیرا تعهد براتی از تعهد حاصل از معامله اصلی جدا و مستقل است.<sup>۱</sup>

حقوق دانان فرانسوی نیز به تکرار ماده ۱۷ کنوانسیون ژنو و یا ارائه تعاریفی مشابه پرداخته‌اند، از جمله:

اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات به دارنده قانونی برات اجازه می‌دهد تا از ایراداتی که خوانده دعوی برات می‌توانست به استناد آنها از پرداخت معاف گردد، مصون باشد.<sup>۲</sup>

همچنان که اشاره شد، قانون تجارت ایران اشاره‌ای صریح به اصل عدم توجه ایرادات ندارد، اما تأسیس قواعد حاکم بر مسئولیت تضامنی، ظهرونیسی، قبولی برات و آثار آن، بدون قبول تلویحی اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات امکان پذیر نبوده است و در نتیجه، می‌توان گفت مفهوم اصل عبارت است از حقوقی که دارنده سند تجاری با اعتماد متعارف به ظاهر سند برای خویش تصور کرده است و قانون‌گذار آن را به رسمیت شناخته و مورد حمایت اوست.

## ۲. مبنای اصل

اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در چارچوب آثار قانونی ناشی از عمل حقوقی (اعم از عقد یا ایقاع) و همچنین در چارچوب اسباب سنتی ضمان قهری (به ویژه تقصیر) توجیه پذیر نیست؛ بنابراین، مبنای اصل آن است که در تقابل منافع مالک حقیقی و اعتمادکننده به ظاهر، حمایت از شخص اخیر به رعایت مصالح اقتصادی جامعه نزدیک تر است (نظریه ظاهر).<sup>۳</sup>

تأسیس حقوقی اسناد تجاری و مقررات خاص و جدید آن، منطبق با نیازهای تجارت پیچیده امروز و کاربردهای مورد نظر آن در معاملات بوده است و قانون‌گذار

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، ص ۶.

2. le principe de l'inopposabilité des exceptions permet au porteur légitime d'une lettre de change d'être protégé contre les moyens de défense que pourrait faire valoir.

۳. کورش کاویانی، اصل عدم استناد به ایرادات در اسناد تجاری، پایان نامه دوره دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۳۳.

نیز با حمایت‌های لازم از دارنده با حسن نیت سند، موجب استحکام سند و اطمینان خاطر دارنده آن شده است. ایجاد اصل استقلال امضاها، اصل مسئولیت تضامنی امضاکنندگان، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، توجه خاص به فرم و شرایط صوری سند و نیز اعطای امتیازاتی علی حده در مورد این اسناد از سوی قانون‌گذار، تماماً برای حمایت از حقوق ذی‌نفع با حسن نیت سند صورت گرفته است. قانون مدنی به رغم جامعیتی که دارد، چنین مقرراتی را به نحو خاص پیش‌بینی نکرده است، البته چنین انتظاری هم از قانون مدنی که گویای تمامی مقررات و احکام مربوط به پدیده‌های جدید حقوقی در زمینه‌های مختلف، مخصوصاً زمانی که کاربرد و جنبه بین‌المللی آنها مطرح باشد، منطقی و موجه به نظر نمی‌رسد.<sup>۱</sup>

## ۳. قلمرو اصل

قلمرو اصل از چهار نظر محدود است:

اولاً، اسناد مشمول اصل معمولاً اسنادی است که ضرورت جانشینی آنها به جای پول، اجرای اصل را نسبت به آنها اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. چک، سفته و برات مصادیق بارز این گونه اسناد می‌باشد.

ثانیاً، ظاهر ناشی از امضا مبتنی بر اراده معتبر در چارچوب اصل قرار می‌گیرد؛ بنابراین، امضای صغیر یا امضای جعل شده و نظایر آن هر چند ظاهر قابل اعتمادی را فراهم می‌آورد، اما به سود دارنده سند و به زیان صاحبان امضا قابل استناد نیست. ثالثاً، دارنده سند نیز باید دارنده با حسن نیت تلقی گردد. ملاک اصلی در تشخیص حسن نیت آن است که به هنگام تحصیل سند تجاری، سوء استفاده از امتیازات ناشی از عدم قابلیت استناد به ایرادات، تحقق نیافته باشد.

رابعاً، دارنده سند در تحصیل آن مرتکب تقصیر سنگین نشده باشد؛ مثلاً نمی‌دانسته سند دزدی است، اما سند ده میلیون را به یک میلیون خریده است.<sup>۲</sup>

۱. کمال اله‌آبادی، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۰ و ۱۱، ص ۱۸.

۲. امیرحسین فخاری، جزوه درسی دوره کارشناسی ارشد دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ۱۳۸۱.

لازم به ذکر است که حقوق خصوصی ایران به طور کلی متکی بر ایده حمایت از مالک بوده و حسن نیت و اعتماد به ظاهر، اصولاً اثری در تملک ندارد و اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در محدوده اسناد تجاری در ایران فاقد دلیل قانونی بوده و رویه قضایی نیز نسبت به آن متزلزل است؛ بدین ترتیب، «دکترین» تنها دلیل اثبات اصل در حقوق ایران است و برای تعیین قلمرو اصل در حقوق ایران، کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو مناسب ترین قاعده برای جبران سکوت مقنن است.

برای درک بهتر موضع رویه قضایی درباره مفهوم اصل استقلال امضاها و اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، آرای ذیل قابل توجه است:

۱. مستفاد از مواد ۳۱۰، ۳۱۲ و ۳۱۴ ق.ت.ا. این است که صادرکننده چک، وجوهی را که نزد دیگری دارد، می تواند به موجب آن شخصاً مسترد دارد یا به دیگری واگذار کند، در هر صورت، صادرکننده آن واگذارکننده وجه چک شناخته شده و مسئول تأدیة وجه در صورت استتکاف محال علیه از پرداخت آن می باشد. از مجموع مواد استفاده می شود که چک در وجه حامل مثبت انتقال وجه آن است که صادرکننده، مدیون دارنده آن و ضامن پرداخت وجه چک می باشد، در این صورت، عنوان استحقاق صادرکننده چک به استرداد وجه آن از دارنده چک برخلاف مستفاد از مواد مزبور خواهد بود.<sup>۱</sup>

۲. با ملاحظه ماده ۲۳۰ ق.ت.ا. و سایر مواد قانونی مربوط به برات و سفته طلب عدم اشتغال ذمه دهنده سفته تأثیری در سقوط تعهد مشارالیه که به موجب سفته کرد، ندارد.<sup>۲</sup>

۳. به موجب مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ ق.ت.ا. کسی که سفته داده است، در مقابل دارنده سفته مسئول است و اعتراض او (با عنوان وجه سفته به ظهرنویس) وارد نخواهد بود.<sup>۳</sup>

۱. احمد متین، مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی (مجموعه متین)، رأی شماره ۷۱۶-۴/۱۶/۴۶، شعبه چهارم دیوان عالی کشور، ص ۱۴۷.

۲. همان، رأی شماره ۲۱۰-۴/۵/۱۶، شعبه چهارم دیوان عالی کشور، ص ۱۵۲.

۳. همان، رأی شماره ۲۰۱-۴/۲/۲۷، شعبه سوم دیوان عالی کشور، ص ۱۴۴.

## شرایط تحقق اصل و استثنائات آن

### ۱. شرایط تحقق اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری

ماده ۱۷ قانون متحدالشکل ژنو به بیان اصل و شرایط تحقق آن پرداخته و مقرر داشته است که:

صاحبان امضای مورد تعقیب نمی توانند علیه دارنده برات به روابط شخصی خود با براتکش یا دارندگان قبلی برات استناد کنند؛ مگر آنکه دارنده با سوء نیت به زیان مدیون، سند را تحصیل کرده باشد.

همچنان که منطوق ماده بیان می کند این اصل، هر دارنده ای را تحت حمایت قرار نمی دهد. هر کس که سندی تجاری در اختیار داشت و دارنده آن بود، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات به طور مطلق از او حمایت نمی کند و باید شرایطی را دارا باشد که ذیلاً به آن اشاره می شود. لازم به ذکر است که هنگام تدوین ماده مذکور دو تئوری مطرح بود:

الف) «تئوری فرانسوی حسن نیت و سوء نیت» که ملاک آن «اطلاع» است؛ یعنی دارنده با حسن نیت دارنده ای است که از ایراد اطلاع نداشته باشد (هر ایرادی که امضاکننده به آن استناد می کند)؛ عکس آن این است که دارنده از ایراد اطلاع داشته و امضاکننده ثابت می کند که دارنده سند مورد حمایت قانون نیست.

ب) «تئوری انگلیسی حسن نیت و سوء نیت» که صرف اطلاع را کافی نمی داند، بلکه باید توأم با عمل باشد.

بنابراین، قانون یا فرمول فوق ترکیبی از هر دو تئوری است و با تنظیم این فرمول کوشیده اند هر دو تئوری را وارد و مورد عمل قرار دهند؛ زیرا می گوید مگر آنکه دارنده مذکور عالماً (تئوری فرانسوی) به زیان مدیون عمل کرده باشد (تئوری انگلیسی).<sup>۱</sup>

در حقوق ایران نظیر این ماده وجود ندارد، اما آنچه به کار می رود، حسن نیت و

۱. امیرحسین فخاری، اسناد تجارت، جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۶۴.

عدم آن است. البته در مقررات راجع به اسناد تجاری، موادی (مواد ۲۳۰، ۲۳۱ و ۱۴۹ ق.ت.) هست که به دارنده سند حق می‌دهد به امضاکنندگان سند مراجعه کند. وقتی قانون‌گذار صراحتاً عده‌ای را مسئول تضامنی می‌شناسد، دلالت می‌کند که خلافتش قابل اثبات نیست و در تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون چک، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در مورد چکهای مسافرتی و تضمینی پذیرفته شده است.

بنابراین، مطابق ماده ۱۷ قانون متحدالشکل ژنو، اصل بر عدم استناد امضاکننده سند (مدعی علیه) به روابط خصوصی اش با امضاکنندگان قبلی و یا براتکش در مقابل دارنده بدون سوء نیت است؛ برای مثال، براتگری که برات را قبلی نوشته و یا دارنده قبلی سند که با ظهرنویسی آن را به دیگری انتقال داده است، نمی‌تواند به ایراداتی که ممکن است در رابطه حقوقی او با براتکش یا ظهرنویسان قبلی وجود داشته، علیه دارنده موصوف استناد کند.

پس اگر براتگیر ادعا کند که چون معامله مربوط به برات، فسخ شده و دین او به براتکش از بین رفته است و یا اگر ظهرنویسی در مقابل دارنده سند به بطلان معامله‌ای که با ظهرنویس قبل از خود داشته، استفاده کند، موجب سلب مسئولیت و برائت ذمه وی از تعهد برواتی نخواهد شد. این اصل، مطابق ماده ۱۷ یادشده، در یک مورد استثنا می‌پذیرد؛ یعنی زمانی که دارنده با سوء نیت، سند را به زیان مدیون تحصیل کرده باشد. دارنده با سوء نیت کسی است که عالماً به ضرر بدهکار عمل کرده است و برات را تحصیل کرده باشد.<sup>۱</sup>

به بیان دیگر، سوء نیت دارنده از استثنائات اصل مزبور است و دارنده با سوء نیت از ایرادات ظهرنویسان یا صادرکنندگان مصون نیست،<sup>۲</sup> البته داشتن سوء نیت

۱. در مقابل، دارنده با حسن نیت دارنده‌ای است که برات را تکمیل شده و صحیح در شرایط زیر دریافت کرده باشد؛ سررسید برات نباید گذشته باشد و اگر نکول شده باشد، دارنده نباید از آن باخبر بوده باشد؛ دارنده، برات را با حسن نیت دریافت کرده باشد و در مقابل عوض و در زمانی که برات به او منتقل شده از ایراد در مالکیت‌دهنده بی‌خبر بوده است. ر.ک: ربیعا اسکینی، حقوق تجارت تطبیقی، تهران، انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۷۳، ص ۹۹.

۲. جعفر جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد استاد، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۴۴۱.

در زمان قبض (گرفتن) سند ملاک است.<sup>۱</sup>

دارنده با سوء نیت در قانون ایران تعریف نشده است. رویه قضایی نیز موضع روشنی در این باره اتخاذ نکرده است، ولی به نظر می‌رسد در حقوق ایران، صرف آگاهی دارنده از چگونگی رابطه مسئولان سند کفایت می‌کند. در حقوق فرانسه به موجب ماده ۱۲۱ ق.ت.ا. دارنده با سوء نیت، دارنده‌ای است که:

اولاً، از چگونگی رابطه شخصی میان متعهد یا متعهدان سند آگاهی داشته. ثانیاً، عالماً به ضرر متعهد سند اقدام کرده باشد.

دکتر جعفری لنگرودی دارنده با سوء نیت را به صورت زیر تبیین می‌کند: سوء نیت موقعی محقق می‌شود که حامل در حین به دست آوردن برات اقدام به زیان محال‌علیه کرده باشد؛ یعنی بداند که در صورت الزام محال‌علیه به قبول برات او را ملزم به ایفای ناروا خواهد کرد.<sup>۲</sup>

آرای ذیل در تأیید این تفسیر است:

الف) ... چک جزء اسناد تجاری محسوب و پس از صدور از منشأ خود منفک می‌شود، مخصوصاً انتقال آن به اشخاص ثالث دارای حسن نیت باشند موجب غیرقابل استناد بودن ایرادات نسبت به شخص ثالث می‌شود و در مانحن‌فیه استناد به ایراد امانی بودن چک، حتی اگر نسبت به گیرنده اولی قانونی باشد، نسبت به شخص ثالث غیرقانونی است؛ زیرا شخص ثالث اصولاً با حسن نیت چک را به انتقال گرفته و خواهان این پرونده نیز هیچ دلیلی که خالی از سوء نیت خواننده در انتقال گرفتن چک باشد، ارائه نداده است.<sup>۳</sup>

ب) ... به موجب ماده ۲ قانون صدور چک بلامحل، صادرکننده چک باید در تاریخ صدور، معادل مبلغ چک در بانک محال‌علیه داشته باشد و تخلف از آن به موجب ماده ۶ قانون مذکور، جرم است و لازم نیست چک در مقابل بدهی صادر و تسلیم شده باشد؛ زیرا چک از جمله اسناد تجاری است که در بازار

۱. همان.

۲. همان.

۳. عباس اجتهادی و دیگران، گزیده آرای دادگاههای حقوقی (مجموعه چهارم)، گردآورنده: محمدرضا کامیار (کارکن)، حکم شماره ۶۳۲-۶۳/۹/۷۳، شعبه ۶۵ دادگاه حقوقی ۲ تهران، چاپ دوم، نشر حقوق دان، ۱۳۷۶، ص ۵۲.

بین اشخاص ردّ و بدل می‌شود بدون اینکه دارندگان آن... از انگیزه صدور آن اطلاع داشته باشند و به همین علت است که قانون‌گذار، صرف صدور چک بلامحل را جرم شناخته و...<sup>۱</sup>

مؤید دیگر تحقق اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات این است که دارنده سند در تحصیل آن، مرتکب تقصیر سنگین (عمده) نشده باشد؛<sup>۲</sup> مثلاً شخص نمی‌دانسته که سند دزدی است، اما سند ده میلیون را به یک میلیون خریده است.

## ۲. استثنائات اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مقابل سند تجاری

بر اصل مزبور، همچون بسیاری دیگر از اصول حاکم بر اسناد تجاری، استثنائاتی وارد است. قانون متحدالشکل ژنو،<sup>۳</sup> اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات را با استثنائاتی روبه‌رو می‌داند.

### الف) شرایط شکلی سند (نقض شکلی)

اگر سند شرایط تعیین شده از سوی قانون را دارا نباشد، هر کسی می‌تواند ایراد بگیرد و بگوید این نوشته برات نیست؛ بنابراین، اسناد تجاری باید واجد شرایط شکلی و صوری مقرر در قانون تجارت باشد.

شرایطی که به شکل و ظاهر سند مربوط می‌شود و عدم رعایت این شرایط، سند را از تجاری بودن و امتیازات خاص آن، از جمله مسئولیت تضامنی امضاکنندگان، اصل استقلال امضاها و عدم توجه به ایرادات خارج می‌سازد؛ مثلاً چنانچه در برات نام محال علیه (براتگیر) ذکر نشده باشد، با توجه به مواد ۲۲۳ و

۱. یدالله بازگیر، *علل نقض آرای کیفری*، رأی راجع به پرونده کلاسه ۲۳۶-۱/۱/۷۱، شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور، چاپ اول، نشر حقوق دان، ۱۳۷۵، ص ۱۹۷.

۲. امیرحسین فخاری، *اسناد تجارت*، جزوه درسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۶۴.

۳. ماده ۷ قانون متحدالشکل ژنو: اگر برات دارای امضای اشخاص فاقد اهلیت برای قبول تعهد ناشی از برات باشد یا امضاهاى مجعول یا منتسب به اشخاص خیالی باشد یا متضمن امضایی باشد که به هر دلیلی دیگر نتوان صاحبان آن امضاها یا کسانی را که از طرف آنها امضا کرده‌اند، متعهد شناخت، تعهدات سایر امضاکنندگان به قوت خود باقی است.

۲۲۶ ق.ت.ا.<sup>۱</sup>، مقررات مربوط به بروات تجاری در مورد آن جاری نخواهد شد؛ در این صورت، هر امضاکننده‌ای می‌تواند در مقابل دارنده با حسن نیت یا حتی بدون حسن نیت ایراد کند یا اگر در انتقال سند، مقررات ظهرونی رعیایت نگردد، مسئولیتی متوجه ظهرونیس نخواهد بود؛ زیرا استفاده از تضمینات قانونی و امتیازات مربوط از سوی ذی‌نفع، موکول به تنظیم و انتقال صحیح این اسناد است، همچنان که اگر دارنده، تکالیف مربوط به مرحله اجرای سند؛ مانند واخواست و اقامه دعوا در مهلت‌های مقرر قانونی را انجام ندهد، حق مراجعه به ظهرونیسان و ضمانت آنها را از دست می‌دهد و امضاکنندگان مذکور می‌توانند در مقابل دارنده، ایراد عدم مسئولیت کنند.

### ب) جعل

امضاکننده سند تجاری می‌تواند ادعا کند که امضای منتسب به او جعل شده و او این سند را امضا نکرده است.

### ج) حجر و عدم اهلیت امضاکننده سند تجاری

اگر ثابت شود که امضاکننده در زمان امضا، محجور (مجنون، سفیه، صغیر و ورشکسته) بوده است، آن امضاکننده از دور خارج می‌شود و ایراد قابل استناد است.

۱. ماده ۲۲۳ ق.ت.: برات علاوه بر امضا یا مهر برات‌دهنده باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱. قید کلمه «برات» در روی ورقه؛

۲. تاریخ تحریر (روز، ماه و سال)؛

۳. اسم شخص که باید برات را تأدیه کند؛

۴. تعیین مبلغ برات؛

۵. تاریخ تأدیه وجه برات؛

۶. مکان تأدیه درجه برات؛

۷. اسم شخص که برات در وجه یا حواله کرد او پرداخت می‌شود؛

۸. تصریح به اینکه نسخه اول یا دوم یا سوم یا چهارم یا... الخ است.

ماده ۲۲۶ ق.ت.ا.: در صورتی که برات متضمن یکی از شرایط اسامی مقرر در مقررات ۲، ۳، ۴، ۵،

۶، ۷ و ۸ و ماده ۲۲۳ نباشد، مشمول مقررات راجع به بروات تجاری به بروات تجاری نخواهد شد.

اگرچه ایراد عدم اهلیت و فقدان سایر شرایط اساسی صحت معامله پایه (مبنایی) در اسناد تجاری قابل استناد نیست، اما اگر امضاکننده سند تجاری در حین صدور یا ظهنویسی سند تجاری محجور بوده و یا در حین صدور ظهنویسی سند مزبور، فاقد قصد بوده و یا سند مزبور برای پرداخت ثمن معامله نامشروعی صادر یا ظهنویسی شده (جهت نامشروع) حتی در مقابل دارنده با حسن نیت نیز قابل استناد است؛ چرا که در چنین مواردی اصولاً ایراد راجع به خود تعهد براتی است و نه تعهد پایه و حتی می توان گفت در بسیاری از این موارد مانند عدم اهلیت، جعل، عدم قصد، سند به صادرکننده قابل استناد نیست و در موردی که برای تعهد براتی نامشروع است، اجرای آن بر خلاف نظم عمومی است.

در قانون تجارت (از جمله مواد ۲۳۰، ۲۳۱ و ۲۴۹) که مسئولیت (با عناوین مختلف) به عهده امضاکنندگان سند تجاری قرار گرفته است، مربوط به مواردی است که امضاها معتبر و موجد تعهد باشد، بنابراین اگر امضاکننده واجد اهلیت قانونی برای صدور، ظهنویسی، قبولی و ضمانت نباشد، می تواند در مقابل دارنده، ایراد عدم مسئولیت کرده و به بطلان تعهد خود استناد کند یا اگر فاقد قصد و رضا بوده است (مثلاً به اجبار سفته ای را صادر، ظهنویسی یا ضمانت کرده است) و یا عدلت انجام دادن معامله، مشروع و قانونی نبوده است (مثلاً در مقام پرداخت دین مربوط به قمار یا معامله ای ممنوع، اقدام به صدور و معامله سند کرده است)، می تواند در مقابل دارنده، طرح ایراد کند.

البته همان گونه که گفته شد، اگر سند، مورد معامله قرار گرفته و واجد امضاها معتدد باشد، براساس اصل استقلال امضاها و حفظ حقوق اشخاص ثالث، امضاها معتبر ایجاد مسئولیت می کند.<sup>۱</sup> و صاحبان آن در مقابل دارنده بدون سوء نیت، مسئول پرداخت بوده و نمی توانند به بطلان سند و یا امضای غیر معتبر استناد کنند.

۱. بهروز اخلاقی، حقوق تجارت (۳) (اسناد تجاری به معنای خاص: برات، سفته و چک)، جزوه درسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۹۹-۱۰۱؛ محمد صقری، حقوق تجارت (۳) (اسناد تجاری)، جزوه درسی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری - دادگستری، ۱۳۷۴، ص ۳۲ و ۳۳.

بدیهی است اشخاصی که امضای آنها جعل شده باشد، می توانند در مقابل دارنده، ایراد کنند.<sup>۱</sup>

در مورد تزویر و الحاق خلاف واقع در متن سند نیز هر امضاکننده در حدود آنچه رضایت داده است، مسئولیت خواهد داشت؛ بنابراین، تغییراتی که بعداً در سند ایجاد می شود، به امضاکننده قبلی ارتباط پیدا نمی کند، همچنین هرگاه صادرکننده یک شرط اختیاری در برات گذاشته باشد که در این صورت، مسئولیت او در حدود همان شرط خواهد بود<sup>۲</sup> و می تواند نسبت به ادعاهای دیگر ایراد کند.<sup>۳</sup>

#### د) تهاتر دین ناشی از سند

چهارمین ایراد، ایراد به تهاتر دین ناشی از سند است. عقل سلیم حکم می کند که در روابط شخصی میان بدهکار برات و دارنده آن، اصل عدم توجه ایرادات کنار گذاشته شود. امنیتی که حقوق برواتی برای برات برقرار کرده است، با قبول این فکر به خطر نمی افتد؛ بنابراین، براتگیر به رغم قبول برات می تواند در مقابل دارنده و در صورت وجود شرایط قانونی به تهاتر دین ناشی از برات و طلب خود از دارنده متوسل شود و از پرداخت خودداری کند.

اصولاً باید ایرادات مربوط به تبدیل تعهد و سایر اسباب سقوط تعهد مذکور در قانون مدنی نیز که از سوی متعهد مطرح می گردد، قابل استماع بوده و پذیرفته شود. همچنین است حالتی که برات بدون محل، از سوی براتگیر قبول شده و صادرکننده پس از پرداخت وجه آن به دارنده، مجدداً دارنده برات می شود، در این صورت، عدم وجود محل نزد براتگیر می تواند ردّ مقابل صادرکننده مطرح شود و نمی توان به صرف قبولی برات از سوی براتگیر، صادرکننده را محق به مطالبه طلب ناشی از برات کرد.<sup>۴</sup> البته اگر غیر از صادرکننده، شخص دیگری دارنده سند باشد، ایراد

۱. حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۶۶.

۲. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت تطبیقی، تهران، انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۷۳، ص ۳۹.

۳. همو، حقوق تجارت، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۳، ص ۱۰۵.

۴. همان، ص ۱۰۵.



براتگیر در مقابل دارنده، به شرط داشتن حسن نیت وی به اعتبار اصل استقلال امضاها و عدم قبول ایراد امضاکننده به روابط شخصی خود با براتکش پذیرفته نیست و باید مبلغ را بپردازد.

### ه) سوء نیت دارنده سند تجاری

اصل عدم توجه به ایرادات و سایر حمايتهاى قانونى، زمانى اعمال مى شود که دارنده سند داراى حسن نیت باشد. دارنده اى داراى حسن نیت است که حین انتقال سند، به او از چگونگى روابط شخصى میان متعهدین آن که به اعتبار سند و مالکیت آن لطمه وارد مى سازد، آگاهى نداشته باشد. بنابراین، در صورت آگاهى از عدم وجود رابطه حقوقى واقعى میان امضاکنندگان؛ مانند موردى که امضای شخصى به عنوان صادرکننده برات جعل شده و براتگیر نیز اعلام قبولی کرده باشد، دارنده نمى تواند از براتگیر مطالبه وجه کند؛ زیرا احراز سوء نیت وی مبنی بر «دارا شدن غیر عادلانه»<sup>۱</sup> و به زیان براتگیر، قوی به نظر مى رسد و براتگیر مى تواند علیه او طرح ایراد کند.

همچنین است در مواردی که رابطه حقوقی به موجب سند تجاری میان امضاکنندگان به وجود آمده است و ایراد متعهد هم به دلیل اصل استقلال و اعتبار امضاها در مقابل دارنده با حسن نیت پذیرفته نیست، اما در مقابل دارنده بدون حسن نیت (با سوء نیت) و آگاه از رابطه حقوقی میان امضاکنندگان، ایراد پذیرفته مى شود؛ مانند موردی که دارنده از عدم انجام تعهد ظهرنویس به متعهد سفته (که تعهد مذکور، علت صدور سند بوده است) آگاه بوده و سند را به زیان صادرکننده آن تحصیل کرده است.

# تَرْجِمَاتُهَا

## دیوان بین المللی کیفری و حقوق بین الملل<sup>۱</sup>

□ مترجم: دکتر ابراهیم بیگ زاده  
□ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

لازم الاجرا شدن اساسنامه رم از اوّل ژوئیه ۲۰۰۲ تغییرات مهمی را در حقوق بین الملل به وجود آورده است. ایجاد یک دیوان بین المللی کیفری، پیشرفت مهمی در جهت تحقق عینی حقوق بین الملل، به خصوص در مورد مسئولیت کیفری فردی است. پس از محاکمات نورنبرگ و توکیو، دهه آخر قرن بیستم فرصت مناسبی را برای اجرای عدالت بین المللی به وجود آورده است. کشتارها و خشونت های مختلف (اعم از داخلی و بین المللی) در یوگسلاوی سابق و نسل کشی در رواندا موجب عکس العمل شدیدی از سوی جامعه بین المللی گردید. بر خلاف محاکمات

۱. مقاله حاضر با عنوان

«La Coar Pénale International et le Droit International»

اثر ادواردو گریپی (Edoardo Greppi) در کتاب آقای «Mario Chiavario» در سال ۲۰۰۳ توسط انتشارات Giuffrè و Dalloz به چاپ رسیده است.

1. Unjust enrichment.

نورنبرگ که حاصل یک توافق چندجانبه بود، در مورد این دو کشور با تصمیمهای هنجارساز و اجباری شورای امنیت، به عنوان رکن مسئول حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مواجه هستیم. در هر دو مورد، دادگاههای ویژه هستند که توسط بالاترین رکن تصمیم‌گیرنده سازمان ملل متحد ایجاد شده‌اند.

در طول یک قرن گذشته، فقط چهار دادگاه برای محاکمه جنایتکاران بزرگ تشکیل شد. اما در مورد مسئولان کشتارها، کوچ دادنه‌های اجباری، اردوگاههای کار اجباری (گولاگهای) شوروی، قربانیان انقلاب فرهنگی چین و یا نسل‌کشی در کامبوج (توسط خمرهای سرخ) چه باید گفت؟ و یا در خصوص «ناپدیدشدگان اجباری» در دولتهای دیکتاتوری آمریکای مرکزی و جنوبی چه باید کرد؟ از مجموعه اینها می‌توان این نتیجه را گرفت که «بی‌کیفری» و «عدم وجود عدالت»، یک قاعده تقریباً جهانی است.<sup>۱</sup>

مسئله اصلی، حتی ۳۵۰ سال پس از انعقاد معاهدات «وستفالی» در ۱۶۴۸ م، همچنان مسئله حاکمیت دولتهاست. دولتها همچنان به شدت پای‌بند قلمرو خاص خود هستند. در مرکز این قلمرو خاص رابطه دولت و فرد قرار دارد و در رأس آن، حق دولت حاکم بر مجازات کردن و اجرای عدالت است.

اما جنایات جنگی، جنایات بر ضد بشریت و جنایت نسل‌کشی جرایمی خصوصی نیست که توسط افراد و به ابتکار خود و برای منافع خویش ارتکاب یافته باشد. در مخاصمات مسلحانه، افراد معمولاً به عنوان عوامل دولتی عمل می‌کنند، یا در چارچوب مخاصمه‌ای شرکت می‌کنند که یک دولت یا یک رکن سیاسی و نظامی بر آن تصمیم گرفته و آن را شعله‌ور کرده است. در برخی حالات هم با وضعیتهایی مواجه‌ایم که یک دولت جنایتکار شروع به نسل‌کشی کرده است.<sup>۲</sup> اکنون در مقابل جنایات پیش‌بینی شده در حقوق بشر دوستانه قرار داریم، جنایاتی عمومی که دولت نمی‌خواهد مرتکبان اعمالی را که خود در ارتکاب آنها با صدور

1. R. Badinter, Préface, in W. Boudon, «La Cour Pénale Internationale» Statut de Rome, Paris, 2000, 8.
2. Cf. Termon «L'Etat Criminel Les Génocides au XXe Siècle», Paris, 1995.

دستور، تشویق یا تحریک سهیم بوده است، مجازات کند. در اینجا است که می‌توان دلیل اصلی لزوم برقراری عدالت کیفری بین‌المللی را یافت.

اما دلیل دیگر اینکه جنایات ذکر شده، تعرض به وجدان عمومی کل بشریت نیز می‌باشد. این جنایات، جرایم حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> است؛ زیرا احساس عدالت خواهی بشریت را خدشه‌دار می‌کند؛ همچنین جنایاتی بدون مرز است که جامعه بین‌المللی را مجبور می‌کند با ابزارهای حقوق بین‌الملل عمومی از خود عکس‌العمل نشان دهد.

این دو دلیل که سبب ایجاد دادگاههای خاص هستند، در واقع، منشأ ابتکارها و تلاشهایی‌اند که منجر به امضای اساسنامه رم در ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۸ م. و لازم‌الاجرا شدن آن در اول ژوئیه ۲۰۰۲ شدند.

ایجاد دیوان بین‌المللی کیفری تا حدودی مفهوم عدالت کیفری حاکمیت مدار را تحت الشعاع قرار داده است.<sup>۲</sup> تا به حال و به طور سنتی، حق مجازات کردن مجرم یکی از امتیازهای اصلی و مطلق دولت حاکم بوده و شمشیر عدالت نشان آن است. اما اگر این جنایات در قلمرو عدالت بین‌المللی قرار گیرد (که نشانش جریحه‌دار کردن کل بشریت است) می‌توان نتیجه گرفت: بشریت است که با ارکان تخصصی‌اش که توسط مجموعه دولتها ایجاد می‌شود، در مجازات کردن مرتکبان این جنایات، حتی بر ضد منافع سیاسی یک دولت، نفع می‌برد.

با وجود این، تأسیس یک محکمه دائمی بین‌المللی کیفری تنها پاسخ به این جنایات نیست، بلکه اصول و قواعد حقوق بین‌المللی (چه در قلمرو حقوق بشر و چه در حقوق بین‌المللی بشر دوستانه) را داریم که تکالیفی را برای دولتها ایجاد می‌کند. یکی از تکالیف مهمی که ناشی از قواعد حقوق بین‌الملل (عرفی و قراردادی) است، تکلیف به مجازات کردن افرادی است که مرتکب جنایات جنگی، جنایات بر ضد بشریت شده یا در نسل‌کشی مشارکت کرده‌اند. این تکلیف حتی پس از تشکیل دیوان دائمی بین‌المللی کیفری در سطح جهانی همچنان استمرار

1. Delicta Juris Gentium.

2. Cf. R. Badinter, op.cit.

دارد. دولت حاکم، حق و به خصوص تکلیف خود بر «اجرای عدالت» را در قلمرو خاص خویش حفظ می‌کند. حقوق بین‌الملل نیز حق دخالت در قلمرو خاص دولتها را برای خود در کلیه موارد نقض شدید حقوق بشر یا قواعد حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه محفوظ می‌داند.

تا عصر حاضر، اجرای این «حق مداخله» جامعه بین‌المللی (و در این مورد، سازمان ملل متحد) بسیار ضعیف بوده است. ما با قواعدی الزام‌آور برای دولتها مواجه بوده‌ایم، اما آنها انحصار «اجرای عدالت» را برای خود حفظ کرده‌اند. در حال حاضر، حقوق بین‌الملل و اصول و قواعدش با ایجاد یک محکمه واقعی بین‌المللی مؤثرتر شده است.

البته، این یک محکمه تکمیلی است. حق و تکلیف بر مجازات کردن، در مرحله اول، هنوز در صلاحیت دولتهاست. دیوان بین‌المللی کیفری زمانی صلاحیت رسیدگی پیدا می‌کند که یک دولت عضو نخواهد یا نتواند صلاحیت خود را اعمال کند. طبق ماده ۱۷ اساسنامه رم، صلاحیت از آن دولت است؛ مگر آنکه این دولت اراده یا توانایی اجرای واقعی تحقیق یا تعقیب را نداشته باشد.

دیوان مکلف است در موارد نقض شدید حقوق افراد، خصوصاً در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر دوستانه، اظهار نظر کند و آن زمانی است که نظامهای قضایی دولتها چنین کاری را نمی‌کنند.

مجمع عمومی سازمان ملل متحد، در ۹ دسامبر ۱۹۴۸ م.، از کمیسیون حقوق بین‌الملل خواست که پیش‌نویس اساسنامه یک دیوان بین‌المللی کیفری را تهیه کند. باید گفت پایان جنگ سرد و جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق زمینه مناسبی را برای اعطای مجدد جایگاهی به عدالت بین‌المللی فراهم کرد.

در ابتدا، روش انتخابی این بود که کمیسیون حقوق بین‌الملل، اساسنامه یک دیوان بین‌المللی کیفری را تهیه و مطالعاتی هم برای دستیابی به یک مجموعه قواعد برای سرکوب جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری انجام دهد. این مأموریت، در واقع، تجلی دیدگاه حقوق داخلی بود که طبق آن، تعریف اصول و قواعد مربوط به جنایات (قواعد ماهوی) به یک مجموعه قوانین جزایی یا کیفری سپرده می‌شود و

سازمان قضایی و آیین دادرسی هم به یک مجموعه قوانین آیین دادرسی کیفری واگذار می‌گردد. در پی این درخواست، کمیسیون حقوق بین‌الملل و کمیته‌های مسئول مجمع عمومی سازمان ملل متحد به طور «متقارن» (موازی) به ترتیب کار تهیه یک مجموعه قواعد و تهیه اساسنامه دیوان را آغاز کردند.

با وجود این، اجرای «متقارن» این کارها با مشکلات مهمی خصوصاً از نظر سیاسی مواجه شد. تنشهای جنگ سرد مشکل لاینحلی را به وجود آورد. اولین پیش‌نویس مجموعه قواعد در ۱۹۵۴ م. و متن بازنگری شده آن در ۱۹۹۱ م. ارائه شد. اما در آن موقع، مشخص شد که یک مجموعه قواعد الزاماً به ایجاد یک محکمه بین‌المللی منجر نخواهد شد. حوادث سال ۱۹۸۹ م. امکان گشایش گره مذاکرات را در کمیسیون حقوق بین‌الملل فراهم کرد و به آن رکن اجازه داد که در یک مدت زمان قابل قبولی (سال ۱۹۹۴ م.) موفق به تصویب پیش‌نویس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری گردد. این کمیسیون دو سال بعد (سال ۱۹۹۶ م.) متن بازنگری شده مجموعه قواعد را نیز عرضه نمود. در «قضیه فوروندیزیا»<sup>۱</sup>، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق اظهار داشت:

پیش‌نویس مجموعه قواعد (در مورد جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری) یک سند بین‌المللی است و از این جهت، دارای اعتبار است؛ زیرا:

۱. بیانگر قواعد عرفی است؛
۲. قواعد حقوق عرفی را که حدود آنها مشخص نیست، یا در حال شکل‌گیری است، روشن می‌کند؛
۳. به نظر حقوق دانان بزرگ حقوق عمومی بیانگر اصول نظامهای حقوقی است.<sup>۲</sup>

تراژدی انسانی در یوگسلاوی سابق سازمان ملل متحد را وادار کرد که در سال ۱۹۹۳ م. به تشکیل یک دادگاه ویژه<sup>۳</sup> برای محاکمه مرتکبان نقضهای شدید حقوق

1. Cf. Procureur Contre Furundizija, 10.12.1998, n.IT 95-17/1; W.A. Schabas, An Introduction to ICC, Cambridge, 2001.

2. Cf. Furundizija, para.227.

3. Ad Hoc.

بین‌الملل بشردوستانه ارتكابی از ۱۹۹۱ م. در آن کشور مبادرت کند. بر اساس گزارش دبیر کل سازمان ملل متحد، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه که توسط دادگاه‌ها اعمال شده است، بی‌تردید بخشی از حقوق عرفی می‌باشد.

اساسنامه دادگاه یوگسلاوی بی‌تردید به طور گسترده‌ای از نتایج کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل چه در قلمرو حقوق ماهوی (مجموعه قواعد در مورد جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری) و چه در زمینه قواعد شکلی (پیش‌نویس اساسنامه دیوان) بهره برده است. اساسنامه این دادگاه در واقع، حاصل پیوند بسیار نزدیک میان قواعد ماهوی و مقررات شکلی است؛ زیرا در یک سند حقوقی واحد، هم تعریف جنایات واقع در صلاحیت دادگاه و هم آیین دادرسی‌ای که آن محکمه باید در رسیدگی به قضایا رعایت کند، آورده شده است. در اساسنامه رم نیز می‌توان به خوبی عواملی را از پیش‌نویس مجموعه قواعد (در مورد جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری)، از کارهای کمیته‌هایی که برای تهیه اساسنامه یک محکمه دائمی تلاش کرده‌اند و از فعالیت دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق مشاهده کرد. حکم صادره در «قضیه تادیچ» در نگارش و تدوین ماده ۸ اساسنامه دیوان در مورد جنایات جنگی به وضوح اثر خود را گذاشته است. این ماده به طور گسترده‌ای از محدوده رویه دادگاه نورنبرگ در مورد جنایات بر ضد بشریت (که آن را مرتبط با جنایات جنگی کرده بود) فراتر رفته و تصدیق کرده است که جنایات بر ضد بشریت می‌تواند در زمان صلح هم ارتکاب یابد.

اساسنامه رم در یک مورد نتوانسته است از تجربه دادگاه‌های ویژه بهره ببرد. دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به دولتها از صلاحیت تکمیلی برخوردار است. برعکس، اساسنامه‌های دادگاه‌های ویژه، اصل برتری صلاحیت این دادگاهها بر محاکم داخلی را هماهنگ با پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته‌اند. در مورد تعریف جنایات، کمیته ویژه کمیسیون پیشنهاد کرده بود که اساسنامه فقط به ذکر جنایات اکتفا کند، اما اساسنامه رم، برعکس، حاوی فهرست دقیقی از جنایات می‌باشد. این وضعیت، حاصل وارد کردن حقوق ماهوی در سندی است که باید اصولاً به ساختار و آیین دادرسی مربوط باشد. چنین انتخابی از سوی کمیته ویژه

کاملاً معلوم بود؛ زیرا کمیته، روش تدوین متقارن (تدوین همزمان حقوق ماهوی و حقوق شکلی) را برای رسیدن به یک متن واحد کنار گذاشته بود.

لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رم مرحله جدیدی را گشوده است. دولتهایی که آن را تصویب می‌کنند، مکلف‌اند قوانین جزای داخلی خود را با آن تطبیق دهند، بالطبع در این حالت، اساسنامه عمیقاً نظام‌های حقوق داخلی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. از بسیاری از دولتها خواسته شده است که برخی قواعد خود را تغییر دهند یا جنایاتی مانند نسل‌کشی و جنایات بر ضد بشریت را در مجموعه قوانین جزایی خود وارد کنند. برخی دیگر از دولتها مجبورند که اصل صلاحیت جهانی در مورد جنایات واقع در صلاحیت دیوان را در نظام‌های حقوق داخلی خود وارد کنند. بعلاوه، طبق قاعده کلی، از قضات داخلی خواسته می‌شود که اصول و قواعد حقوق بین‌الملل را اجرا کنند. آنها مکلف‌اند، از این مسئله آگاه شوند که امروزه رسیدگی به نقض‌های شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه با صلاحیت داخلی و صلاحیت یک محکمه جهانی، ارتباط بسیار نزدیک دارد.

دیوان بین‌المللی کیفری کارش را بدون پیشینه شروع نمی‌کند. اساسنامه رم حاصل روند تهیه و ایجاد اصول و قواعدی است که از گذشته‌های دور می‌آید. قبل از آغاز به کار دیوان، این امر واضح و روشن است که طبق نظر دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، دو سند بین‌المللی مفید وجود دارد که یکی پیش‌نویس مجموعه قواعد در مورد جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری است که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۶ م. تهیه شده است و دیگری اساسنامه رم می‌باشد.

به نظر شعبه اول دادگاه بین‌المللی کیفری (برای یوگسلاوی سابق)، اساسنامه رم توانسته است حتی قبل از لازم‌الاجرا شدنش، در بسیاری از موارد، بیانگر اعتقاد حقوقی تعداد زیادی از دولتها باشد. وجود ماده ۱۰ اساسنامه که موضوع تضمین آن است که هیچ یک از قواعد اساسنامه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که لطمه‌ای به قواعد حقوق بین‌الملل موجود یا در حال شکل‌گیری وارد کند، این امکان را فراهم می‌کند که با توسل کلی به مفاد آن بتوان حقوق بین‌الملل عرفی را روشن کرد. با

رجوع به «قضیه فوروندزیا» می‌توان اظهار داشت که «اساسنامه رم وسیله‌ای برای تجلی یا روشن کردن قواعد حقوق عرفی یا تثبیت آنها شده است، در حالی که در سایر قلمروها، اساسنامه، حقوق جدیدی را ایجاد یا حقوق موجود را تغییر داده است». به عنوان نتیجه، بر اساس نظر شعبه دادگاه یوگسلاوی، «اساسنامه رم می‌تواند، به طور کلی، به عنوان بیان نظرات حقوقی تعداد زیادی از دولتها لحاظ شود که از این بابت دارای اقتدار و اعتبار است».

در این نتیجه‌گیری می‌توان گفت که اساسنامه رم ریشه در گذشته دوری دارد. در ۱۴۷۶ م. «پیتر فون هاگن‌باخ»<sup>۱</sup> از شهر «برساخت»<sup>۲</sup>، اولین فردی است که برای ارتکاب برخی از جنایاتی که در حال حاضر در صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری جدید است (یعنی جنایات جنگی و جنایات بر ضد بشریت)، در یک محکمه بین‌المللی محاکمه شد.<sup>۳</sup> پس از پنج قرن (نیم هزاره) و با اندک پرونده‌هایی که در محاکم ویژه (نورنبرگ، توکیو، یوگسلاوی سابق و رواندا) مورد رسیدگی قرار گرفته است، جامعه بین‌المللی یک محکمه دائمی ایجاد کرده است. بنابراین، امروز حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه به خوبی مورد حمایت قرار گرفته است.

دقیقاً پنجاه سال پیش، «سر هرش لوترپاخت»<sup>۴</sup> نوشته است:

اگر حقوق بین‌الملل، در برخی قلمروها در حال از میان رفتن است، حقوق جنگ ممکن است آشکارترین قلمرو حقوق بین‌الملل باشد که در حال از بین رفتن است.<sup>۵</sup>

اساسنامه رم، با روند طولانی و سخت تدوینش، هم از بُعد هنجارسازی و هم از

لحاظ نهادینه، مهم‌ترین سهم را در تحکیم اصول و شکل‌گیری قواعدی مطمئن و قابل اجرا با درجه کارایی بالا دارد. ایجاد یک دیوان دائمی بین‌المللی کیفری باید معرف وسیله‌ای برای پاسخ به نیاز روزافزون اجرای مؤثر «قوانین بشری» و گسترش تقاضای عدالت بین‌المللی مطمئن و بی‌طرف باشد.

تجربه پنجاه سال اخیر قرن بیستم مشکلاتی را در مورد رعایت اصل قانونی بودن نشان داد. این مشکلات گاهی ناشی از موارد ذیل است:

- مبانی حقوقی محاکم بین‌المللی.

- مسائل ذاتی «عدالت فاتحان»؛ عدالتی که جنایتکاران نازی را محاکمه می‌کند در حالی که جنایات استالینی را بدون مجازات می‌گذارد.

- مشروعیت ایجاد دادگاههای ویژه توسط ارکان سیاسی یک سازمان بین‌المللی (مانند شورای امنیت سازمان ملل متحد).

- امکان اجرای صحیح و مؤثر یک عدالت موقت و گزینشی.

بنابراین، یک دیوان دائمی و از پیش ایجادشده و مجهز به یک مجموعه قواعد جزایی ماهوی پاسخ‌دهنده جامعه بین‌المللی به درخواست عدالت خواهی قرن بیستم است، قرنی که شاهد و قربانی تراژدیهای اسفبار انسانی از سوی نظامهای دیکتاتوری بوده است.

1. Peter Von Hagenbach.
2. Breisach.
3. G. Schwarzenberger, «International Law as Applied by International Courts and Tribunals», II, The Law of Armed Conflict, London, 1968, 15; H. MC Coubrey, «International Humanitarian Law», Dordrecht - Boston - Lancaster, 1998, p.288; E. Greppi, «I Crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale», Torino, 2001, p.4.
4. Sir Hersch Lauterpacht.
5. H. Lauterpacht, «The Revision of the Law of War», in BYIL, 1952, p.382.

# حق کودک بر خطاکاری: مسئولیت کیفری و صغیر نابالغ<sup>۱</sup>

□ تلخیص<sup>۲</sup> و ترجمه: دکتر نسرین مهرا  
□ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه مترجم

«گیلیان دوگلاس» استاد حقوق دانشکده حقوق کاردیف انگلستان است. وی مقطع کارشناسی را در دانشگاه منچستر و کارشناسی ارشد را در دانشگاه لندن به پایان رسانده است و هم‌اکنون کرسی تدریس در دانشگاه‌های بریستون و سنگاپور را نیز در اختیار دارد. حوزه اصلی فعالیت پژوهشی وی حقوق خانواده است. دوگلاس تا کنون پنج کتاب تألیف کرده و همچنین در تألیف هشت کتاب دیگر نیز شرکت داشته

۱. مشخصات مقاله حاضر به شرح زیر است:

Gillian Douglas, «The Child's Right to Make Mistakes: Criminal Responsibility and The Immature Minor», in Gillian Douglas and Leslie Sebba (Editors), *Children's Rights and Traditional Values*, 1998, pp.264-287.

۲. گفتنی است که پاورقیهای حاوی توضیحات تکمیلی برای مطالب متن به فارسی برگردانده شده است.

است. همچنین دهها مقاله نیز به چاپ رسانده است. دوگلاس هم‌اکنون، سردبیر دو مجله مهم حقوقی در انگلستان می‌باشد.

## درآمد

اینکه بزهکاران جوان مسئولیت بزه خود را بپذیرند و با خسارتی که به بزه‌دیده وارد کرده‌اند، روبه‌رو شوند و آن را متقبل شوند، درسی اخلاقی و اوّلین گام برای اصلاح و بازپروری آنها محسوب می‌شود.

در این مقاله از یک سو، مسئولیت کیفری کودکان در حقوق انگلستان و از سوی دیگر، تلاشهای صورت‌گرفته برای گسترش دامنه این مسئولیت با لغو «آماره قانونی عدم تکلیف»<sup>۱</sup> از سوی دولت کارگری منتخب ۱۹۹۷ م. مورد بحث قرار می‌گیرد. به موجب این آماره، فرض بر این است که اطفال بین ده تا چهارده سال از ارتکاب جرم ناتوان هستند. به نظر می‌رسد که این تلاشها، در واقع بیانگر تمایلی برای توسعه نوع خاصی از جامعه است که در آن، بازگشت به ارزشهای سنتی با ثبات‌تر گذشته مطرح می‌شود، اما این موضوع خیالی بیش نیست.

در این نوشتار پیشنهاد شده است که «آماره قانونی عدم تکلیف» به صورت یک حق مهم برای کودک در نظر گرفته شود، حتی که نه تنها باید از الغای آن صرف نظر کرد، بلکه باید آن را حفظ و حتی المقدور گسترش داد.

## سن مسئولیت کیفری

«دیوید گارلاند»<sup>۲</sup> استدلال کرده است: رویه‌های کیفری در محدوده فرهنگ کیفری خاصی وجود دارد. این فرهنگ، خود با اشکال و صورتهای فرهنگی وسیع‌تر حمایت و معنادار می‌شود. این اشکال فرهنگی نیز، به نوبه خود بر الگوهای زندگی مادی و اقدامات اجتماعی استوار شده است.

واقعیت این امر هنگامی آشکار می‌شود که سن مسئولیت کیفری مورد بررسی قرار گیرد. در نظام «کامن‌لا»ی انگلستان کمتر سن سنی که امکان محکومیت شخصی

1. Doli Incapax.

2. David Garland.

به اتهام ارتکاب یک جرم وجود داشت، سن هفت سالگی بود. حداقل سن فعلی، ده سال است. در مورد کودکانی که سَنشان کمتر از ده سال است، آماره غیر قابل ردّ (مطلق) عدم تکلیف (یا فقدان توانایی ارتکاب جرم) وجود دارد.

سن مسئولیت کیفری در تعدادی از کشورهای اروپایی به شرح زیر است: قبرس، ایرلند، لیختنشتاین و کشور سوئیس ۷ سال؛ اسکاتلند و ایرلند شمالی ۸ سال؛ جزیره مالت ۹ سال؛ در یونان، فلسطین اشغالی، هلند، سان‌مارینو و ترکیه ۱۲ سال؛ فرانسه ۱۳ سال؛ در اتریش، بلغارستان، آلمان، مجارستان، ایتالیا، لتونی، لیتوانی، رومانی و اسلوونی ۱۴ سال؛ جمهوری چک، دانمارک، استونی، فنلاند، ایسلند، نروژ، اسلوواکی و سوئد ۱۵ سال - آندورا، لهستان، پرتغال و اسپانیا ۱۶ سال - بلژیک و لوکزامبورگ ۱۸ سال.

این گستره وسیع سن مسئولیت، گسترده‌گی نگرشها و رویه‌ها را نسبت به کودکان منعکس می‌نماید و نشان می‌دهد که این رویکردها تا چه اندازه، از دیدگاه تاریخی و فرهنگی - حتی در منطقه‌ای که همگنی نسبی در آن وجود دارد - خاص است. با وجود این، به رغم تغییرات به وجود آمده به مرور زمان در الگوهای فرهنگی، افزایش حداقل سن مسئولیت در انگلستان، به طور تعجب‌آوری با مشکل مواجه بوده است. یکی از دلایل آن، ممکن است دوگانگی رفتارهای جامعه نسبت به کودکان باشد که در جنبه‌های مختلف قانون انعکاس پیدا کرده است. این دوگانگی، بیش از پیش در حوزه عدالت کیفری، به عنوان یکی از پرتنش‌ترین حوزه‌ها دیده می‌شود. از یک سو، به صورت روزافزونی می‌پذیریم که کودکان در سنین نسبتاً پایین، توانایی و قابلیت بسیار پیچیده‌ای برای انتخاب در زندگی دارند (از قبیل رضایت دادن به درمان پزشکی) و از سوی دیگر، این تمایل نیز وجود دارد که آنها را در برابر عواقب آن دسته از اقداماتشان که غالباً بسیار غیر عقلانی و از روی بی‌فکری انجام داده‌اند (مانند جرایم خشونت‌آمیز)، حمایت کنیم.

یک امکان دیگر، چنان که آقای «گارلاند»<sup>۱</sup> مورد اشاره قرار می‌دهد، آن است

1. David Garland.

که برداشتها و استنباط متضادی از عدالت، فردی کردن یا ثابت و یکسان بودن مجازات از یک سو و اعمال مجازات یا اصلاح از سوی دیگر در درون فرهنگ جدید وجود دارد که آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### آمارهٔ عدم توانایی ارتکاب جرم

در یک دورهٔ طولانی در قوانین انگلستان این آماره وجود داشته است که کودکان ده تا چهارده سال از خطا بودن آنچه انجام می‌دهند، آگاه نیستند و بنابراین نمی‌توان آنها را بدون ادلهٔ مثبت این علم و یا به اصطلاح، سوء نیت، تحت محکومیت کیفری قرار داد.<sup>۱</sup> یکی از قضات قرن هجدهم به نام «هال»<sup>۲</sup> صدق یک ملاک را برای تشخیص این سوء نیت کافی دانسته است: «کودکان در زمان ارتکاب جرم می‌بایست قدرت تشخیص بین خوب و بد را داشته باشند.» این چنین آزمونی در پروندهٔ «جی.ام.» (یک کودک صغیر) علیه «رونکلس» صورت گرفت؛ بنابراین آزمون، کودک می‌دانسته آنچه انجام می‌دهد، «بسیار خطا» و فراتر از شیطنت است، هرچند نسبت به ماهیت غیر قانونی یا غیر اخلاقی عمل خود آگاه نبوده است. به هر حال برای رد این آماره، باید دلایل مجزایی برای رد آماره وجود داشته باشد.

برای به دست آوردن این دلایل، اتکا به حقایق جرم کافی نیست و صرف این حقیقت که طفل از محل وقوع جرم فرار کرده نیز کافی نیست، بلکه این شواهد و دلایل را می‌توان از گفته‌ها یا اعمال کودک در هنگام ارتکاب جرم و یا با مصاحبهٔ بعدی، نتایج آزمایشات روانی، مخفی کردن جرم، سابقهٔ کودک و وضعیت تربیتی او به دست آورد.

همچنان که نحوهٔ تفکر دربارهٔ یک مجرم نوجوان در طی سالها عوض شده، تمایل به حفظ آمارهٔ مزبور نیز مورد تردید قرار گرفته است. اخیراً در پی قتل نوزادی به نام «جیمز بالگر»<sup>۳</sup> توسط دو پسر ده ساله و پوشش رسانه‌ای بسیار وسیع

۱. در حقوق اسکاتلند چنین آماره‌ای وجود ندارد.

3. James Bulger.

2. Hale.

موضوع، جهت‌گیری قابل توجهی در بحثهای سیاسی برای تنبیه و مجازات بیشتر مجرمان ملاحظه شد.<sup>۱</sup> تلاش برای برداشتن آماره در دادگاهها، از طریق دادرسی مهم در دادگاه عالی<sup>۲</sup> در ۱۹۹۴ م. شاید به گونه‌ای غیر معمول انعکاسی از پاسخهای سیاسی به شمار می‌رفت. این پاسخ قضایی را می‌توان به صورت آنچه «کولین های»<sup>۳</sup> آن را تحت عنوان «درونی شدن قضایی گفتمان حاکمی از نگرانی اخلاقی» بیان نموده، مورد توجه قرار داد. استدلال «های» این است که به محض اینکه رسانه‌های گروهی، یک نگرانی روحی - اخلاقی حول یک مسئلهٔ خاص اجتماعی را ایجاد کنند (مثلاً در اینجا قتل یک کودک به دست کودکان دیگر) سیستم قضایی ممکن است خود را ناگزیر ببیند تا با بازتاباندن این نگرانیها از خود واکنش نشان دهد. وی در این باره می‌گوید:

حداقل بخشی از این وضعیت، نتیجهٔ بازتاب رسانه‌ای موضوع و نگرانی روحی - اخلاقی حاصل از آن، به عنوان محاکمهٔ نه تنها متهمین (که بدون تردید گناهکار فرض شده‌اند)، بلکه محاکمهٔ سیستم قضایی انگلستان است. محاکمهٔ متهمین اصلی توسط هیئت منصفه به محاکمهٔ سیستم قضایی انگلستان توسط رسانه‌های گروهی (به نمایندگی از مردم انگلستان) تبدیل می‌شود. سیستم قضایی تنها می‌تواند مقاومت خود را در برابر زوال سنت، احترام و قدرت از راه رقابت با مطبوعات کم‌اعتبار، با به کارگیری لحن اقتدارمآبانهٔ مردمی نشان دهد.<sup>۴</sup>

1. Calin Hay.

2. Queen's Bench Divisional Court.

هر دو حزب بزرگ سیاسی، «برخورد شدید با جرم» را قبول کرده و سعی کردند با ارائهٔ پیشنهاداتی در خصوص مقابله با مجرمان از رقیب خود پیشی بگیرند؛ برای نمونه می‌توان از الغای حق متهم برای سکوت بنا به مواد ۳۴-۳۹ بخش ۳ قانون عدالت کیفری و نظم عمومی مصوب ۱۹۹۴، اعمال مجازات حبس ابد اجباری برای بزهکاران مرتکب تکرار جرایم خشونت‌آمیز از سوی دولت و همچنین پیشنهادات دولت برخاسته از حزب کارگر برای منع رفت و آمد کودکان زیر ده سال در شب نام برد. ر.ک:

Home Office, *Tackling Youth Crime* (1997).

3. Colin Hay.

4. *C v. DPP* [1994] 3 WLR 888.



دیوان کشور انگلستان با رد این تلاش، خواستار بررسی کامل موضوع از سوی پارلمان شد؛ از این رو، وزارت کشور (نهاد دولتی مسئول سیاست‌گذاری در زمینه عدالت کیفری یعنی در واقع سیاست کیفری) موضوع را مورد بررسی قرار داد.<sup>۱</sup> حزب کارگر الغای اماره مورد بحث را به عنوان بخشی از موضوع خود در مورد نوجوانان، به مناسبت فعالیتهای انتخاباتی سال ۱۹۹۷ م. مطرح کرد که البته پس از به دست آوردن قدرت، این موضوع خود را عملاً تأیید کرد. مسلماً لغو این اماره با فضای سیاسی موجود کاملاً همخوانی دارد که بیشتر به این موضوع خواهیم پرداخت.

### چیستی منطق اماره

«اماره عدم توانایی ارتکاب جرم» شاید معرّف قدیمی ترین پذیرش آن چیزی باشد که امروز در حقوق انگلستان با عنوان «معیار صلاحیت گیلیک»<sup>۲</sup> استنباط می‌شود، یعنی اینکه کودکان با آهنگهای پرورشی متفاوتی پخته و بالیده می‌شوند و روند رشد ذهنی، احساسی و عاطفی آنها با یکدیگر متفاوت است. این موضوع باید در هنگام ارزیابی اینکه آیا عمل و انتخاب کودک، با درک کامل وی از عواقب آن بوده است یا نه، مورد تأمل قرار گیرد. درست است که آزمایش «گیلیک» در زمینه تصمیم‌گیری از سوی کودک به عنوان مبنای مسئولیت کیفری مطرح شده، اما این مبنا در حقوق انگلستان فقط در محدوده فرضی قرار دارد که افراد توانایی درک اعمال و عواقب آن را داشته باشند. همین توجه به مسئولیت کیفری فرد، حفظ اماره را در قانون و همچنین انتقادهای پیشین نسبت به آن را توجیه می‌کند.<sup>۳</sup>

1. Reported in the Times, 25 September 1995.

2. Gillick Competence.

۳. در واقع به لحاظ منطقی می‌توان استدلال نمود که اماره عدم توانایی ارتکاب جرم باید در خصوص بزرگسالان نیز اعمال شود؛ چرا که بسیاری از ایشان از درک مفهوم اعمال خود عاجزند. فرض عدم صلاحیت زنان بزرگسال برای ردّ عمل جراحی و درمانهای پزشکی در دوران حاملگی، مورد استقبال دادگاهها قرار گرفته است. بنابراین، با توجه به این رویه، حمایت به عمل آمده از کودکان را می‌توان به بزرگسالان نیز تسری داد.

«بلاک استون»<sup>۱</sup> با شناسایی وجود اماره تا دوران «ادوارد سوم»<sup>۲</sup> و استفاده از رویکردی از نوع معیار گیلیک، آن را این چنین توضیح می‌دهد: ارزیابی قابلیت و استعداد انجام یافتن کار بد یا گناه، چندان بر اساس گذشت زمان (سالها و روزها) نیست، بلکه بر میزان درک و قضاوت فرد بزهکار مبتنی است؛ زیرا یک پسر یازده ساله می‌تواند همان اندازه مکار باشد که یک پسر چهارده ساله مکار است؛ در این گونه موارد، (در خصوص افراد زیر چهارده سال) «قصد مجرمانه، تعیین‌کننده سن مسئولیت کیفری است»<sup>۳</sup>، اگرچه اطفال در بادی امر فاقد توانایی ارتکاب جرم تلقی می‌شوند؛ با وجود این، چنانچه به نظر دادگاه و هیئت منصفه، آنها توانایی ارتکاب جرم را داشته باشند و بتوانند میان خوب و بد تمیز دهند، ممکن است محکوم شوند....

ضرورت تاریخی این اماره از سوی نویسندگان امروزی تبیین شده است. آنها این نکته را مورد توجه قرار داده‌اند که پیش از اواسط قرن نوزدهم، رفتار خاصی در مورد بزهکاران نوجوان وجود نداشته است. بدین معنا که اگر تشخیص داده می‌شد که نوجوانان دارای توانایی ارتکاب جرم هستند، تفاوتی میان وضعیت آنها و وضعیت یک شخص بزرگسال وجود نداشت و بنابراین، کیفر آنها مانند کیفر بزرگسالان بود. برای مثال «موریس» و «گیلر» متذکر می‌شوند که چگونه در یک روز پنج کودک هشت تا دوازده سال به سبب سرقتهای کوچک به دار آویخته شدند. (در آن زمان، فرض بر این بود که اگر رفتار ملایم‌تری نسبت به کودکان مجرم صورت گیرد، ممکن است این رفتار، انگیزه‌ای برای ارتکاب جرم شود). بدین ترتیب، این فرض برای نشان دادن ملایمت کمی نسبت به کودکان مورد استفاده قرار می‌گرفت (هرچند که به نظر نمی‌رسد که دادستان برای اثبات خلاف آن و جلوگیری از اعمال آن مشکل عمده‌ای داشته باشد) آن هم در یک سیستم بسیار خشن که در آن غالباً اعدام تنها کیفر موجود بود.

1. Blackstone.

2. Edward III.

3. Malitia supplet aetatem.

«گلانویل ویلیامز»<sup>۱</sup> در بررسی این فرض در دهه ۱۹۵۰ م. می‌گوید: معیار... با مجازات سزادهنده و نظریه مبهم مسئولیت اخلاقی مرتبط است. بر اساس تئوری مسئولیت اخلاقی، تنها اشخاصی مستعد ارتکاب عمل نادرست‌اند که تا حدودی باهوش بوده یا کارهای هوشمندانه‌ای را انجام دهند. نظریه سزادهی کیفر، آموزه مسئولیت اخلاقی را وارد قانون می‌کند؛ زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند به صورت عادلانه مجازات شود، مگر اینکه از نظر اخلاقی مسئول باشد. در مورد کودکان، قانون، سنجش مبهمی را پذیرفته است که در آن کودکان با علم به نادرستی عمل خود، نه به عنوان یک طبقه، بلکه به عنوان افرادی دارای مسئولیت اخلاقی هستند.

هم‌اکنون، قواعد حداقل سازمان ملل برای مدیریت عدالت کیفری اطفال، یعنی قواعد پکن مصوب سال ۱۹۸۵ م. در مجمع عمومی سازمان ملل، در ماده ۴ خود پیشنهاد می‌کند که آغاز سن مسئولیت کیفری، «با توجه به بلوغ احساسی، فکری و ذهنی کودک، نباید در سطح خیلی پایینی تعیین شود». بدین ترتیب، حداقل سن مسئولیت کیفری و اماره عدم توانایی ارتکاب جرم برای این اطمینان است که تنها اطفالی با کیفر روبه‌رو شوند که نسبت به اعمالشان دارای مسئولیت اخلاقی باشند.

### اماره مورد بحث چگونه حقی است؟

در نگاه اول، شاید کمی عجیب باشد که عدم توانایی ارتکاب جرم را به عنوان حقی برای کودک توصیف کنیم. با استفاده از طبقه‌بندی سودمند «مایکل فریمن»<sup>۲</sup>، حقوق کودک را می‌توان به چهار دسته طبقه‌بندی کرد:

۱. حقوق رفاهی یا حقوق بشر، مانند حقوقی که در اعلامیه جهانی حقوق بشر وضع شده (و بسیاری از حقوق کنونی پیش‌بینی شده در کنوانسیون حقوق کودک)، و همچنین حقوقی که در برابر همه قابل استناد است؛
۲. حق برخورداری از حمایت در برابر سوء رفتار یا غفلت در رفتار که در وهله اول وظیفه‌ای به عهده پدر و مادر یا سرپرستان است؛

۳. حق برخورداری از رفتاری برابر با رفتار بزرگسالان، یعنی نوعی عدالت اجتماعی مبتنی بر عدم تبعیض بر مبنای نژاد و جنسیت؛

۴. حق برخورداری از استقلال در تصمیم‌گیری.

اگرچه «فریمن» حقوق کودک بزهکار را مورد بحث قرار داده است، به سن مسئولیت کیفری، در هیچ جنبه آن توجه نکرده است. در عوض، بر این نکته تأکید می‌کند که کودک باید از همان حقوقی برخوردار باشد که بزرگسالان از آن برخوردارند، بدین معنا که او تمرکز خود را روی حقوق دسته سوم قرار داده است، ولی به نظر می‌رسد که بهتر است اماره مورد نظر به صورت حقی در دسته دوم این طبقه‌بندی، در نظر گرفته شود (حق برخورداری از حمایت). اگر نهاد تعقیب ملزم به اثبات علم کودک به ماهیت خطای ارتکابی خود باشد، از بدنام شدن کودکان توسط سیستم عدالت کیفری، پیش از آنکه به اندازه کافی رشد کرده و مسئولیت خود را بپذیرند و از خطای خود عبرت بگیرند، جلوگیری می‌شود. همچنان که «اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد» و «کنوانسیون حقوق کودک» هر دو اشاره دارد به اینکه کودک، به علت عدم رشد عمومی و ذهنی، به حمایت و توجه ویژه، از جمله حمایت مناسب قانونی نیازمند است.

ماده (۱) ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک در ادامه مقرر می‌دارد:

کشورهای عضو در مورد کودکان مجرم یا متهم به نقض قانون کیفری این حق را به رسمیت می‌شناسند که با آنان مطابق با شئون و ارزش کودک رفتار گردد. این امر موجب افزایش احترام کودک نسبت به حقوق بشر و آزادیهای اساسی دیگران شده و سن کودک را در نظر گرفته و باعث افزایش خواست وی برای سازش با جامعه و به‌عهده گرفتن نقشی سازنده در اجتماع می‌گردد.<sup>۱</sup>

این متن هر دو موضوع را، یعنی «نیاز توجه به سطح رشد کودک در هنگام اعمال قوانین کیفری» و «میزان تمایل به سازگارسازی مجدد او به جای تنبیه»، به عنوان

۱. نحوه نگارش ماده فوق یادآور ماده (۴) ۱۴ «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» (۱۹۷۶) است: «آیین دادرسی [کیفری] در خصوص نوجوانان باید به گونه‌ای باشد که سن ایشان را لحاظ کرده و به سازگارسازی مجدد آنها توجه داشته باشد.»

1. Glanville Williams.

2. Michael Freeman.

هدف در پاسخگویی به کودک مجرم، مورد توجه قرار می‌دهد. خانم «جرالدین وان بورن»<sup>۱</sup> متذکر می‌شود که در زمان تهیه پیش‌نویس ماده ۴۰، مفهوم «سازگارسازی و بازپذیرسازی اجتماعی»<sup>۲</sup> کودک، به دو دلیل عمده، بیشتر از مفهوم «بازپروری»<sup>۳</sup> کودک مطرح شده است:

اولاً، بازپروری کودک ممکن است به عنوان یک شکل نامطلوب کنترل اجتماعی مورد سوء استفاده قرار گیرد،

ثانیاً، چنین پنداشته می‌شد که بازپروری تلویحاً این معنی را می‌رساند که مسئولیت صرفاً متوجه «مجرم» است و باید او را تحت اصلاح و درمان قرار داد تا مجدداً به اجتماع بازگردد. ولی از «بازپذیر و یکپارچه‌سازی کودک»<sup>۴</sup> با جامعه چنین استنباط می‌شود که این مفهوم بر «محیط اجتماعی کودک» و نقش «جامعه» در یاری رساندن به کودک تمرکز دارد، یعنی با کمک این عوامل است که کودک به عضوی مسئول در جامعه درمی‌آید.

این مطلب قابل بحث است که آیا به تفکیک میان این دو مفهوم نیاز هست یا نه؟ با وجود این، آنچه از نظر حقوق کودک اهمیت دارد، شناسایی «حقوق کودکی» (کودک بودن) است، بدین معنا که با آنها همانند بزرگسالان رفتار نشود. در این باره، هرچند که اماره عدم توانایی ارتکاب جرم، همچون نوعی آزمون صلاحیت گیلیک عمل می‌کند، هدف آن، حمایت از کودکی است که فاقد این توانایی است، نه کودکی که دارای آن است. این اماره را می‌توان متضاد با حق خودمختاری کودک دانست که «جان اکلار»<sup>۵</sup> در نظریات خود درباره «معیار گیلیک»، آن را به عنوان «خطرناک‌ترین، اما در عین حال ارزشمندترین حقوق کودک مشخص کرده است، یعنی حق کودکان در ارتکاب خطاهای خاص خودشان».<sup>۶</sup>

1. Geraldin Van Bueren.

2. Re-Socialisation.

3. Rehabilitation.

4. Reintegration.

5. John Eekelaar.

6. J. Eekelaar, «The Emergence of Children's Rights» 1986, *Oxford Journal of Legal Studies* 161, p.182.

در هر حال، این بحث را نیز می‌توان مطرح کرد که شناسایی «حق عدم صلاحیت»، ارزش مفید و مؤثری در زمینه عدالت کیفری برای جامعه دارد. «ادوین لمرت»<sup>۱</sup> هنگام بحث درباره نیاز به «عدم مداخله قضایی» و در پاسخ به بزهکاری نوجوانان استدلال کرده است، «ارتکاب بزه»<sup>۲</sup> به طور نسبی بخشی عادی در فرایند رشد کودکان محسوب می‌شود و غالب نوجوانان وقتی به مرحله رشد می‌رسند، از آن رویگردان می‌شوند. لکه‌دار شدن و برچسب خوردگی کودک ناشی از ورود به سیستم کیفری، ممکن است اجتناب از جرم را در آینده برای او بسیار دشوارتر کند. بدین ترتیب، پذیرفتن حق کودک برای ارتکاب خطا - بدون تحمّل رنج، عذاب و مشکلاتی که در صورت بزرگسال بودن دامن او را می‌گیرد - از احتمال کشیده شدنش به دنیای جرم در بلندمدت، کاهش می‌دهد.

این منطق در عرصه بین‌المللی نیز پذیرفته شده است. در قواعد پکن و ماده ۳۰-۴۰ کنوانسیون حقوق کودک، نیاز به پیشبرد سازوکارهای غیر قضایی برای برخورد با کودکان بزهکار ذکر شده است. کمیسیون اروپا نیز در توصیه خود درباره واکنشهای اجتماعی علیه بزهکاری اطفال<sup>۳</sup>، استفاده از روشهای مختلف قضازدایی<sup>۴</sup> را مورد توجه قرار داده است.

### تغییر نگرشها نسبت به مسئولیت و بزهکاری اطفال

در قرن نوزدهم به صورتی فزاینده، این نگرش توسعه یافت که دوران کودکی یکی از ارکان متمایز رشد فرد است و استدلال شده است که افزایش نگرانیها در خصوص بزهکاری اطفال را در پی داشته است. در آن دوران (همچنان که در دوران پیش از آن یا در دوران اخیر)، ترس از بی‌نظمی در جامعه ناشی از فقر، ضعف اخلاق عمومی و بی‌قیدی کودکان تلقی می‌شد؛ زیرا اگر در سالهای تعیین‌کننده کودکی، رفتار و اخلاق متناسب و مطلوب در افراد شکل بگیرد، خطر بی‌نظمی از

1. Edvin Lemert.

2. offending.

3. Recommendation on Social Reactions to Juvenile Delinquency.

4. Diversion.

سوی آنها کاهش می یابد.

البته والدین باید بیشترین تأثیر را در جامعه پذیری کودک داشته باشند، اما با وجود جوامع صنعتی پیچیده که نیروی کار حرفه‌ای تری را می‌طلبد، همواره نمی‌توان به والدین برای انجام آنچه مورد نیاز است، اعتماد کرد. اینکه از والدین درخواست می‌شود، نسبت به تحصیل فرزندانشان در مدارس دولتی یا تحت نظارت دولت اطمینان حاصل کنند؛ زیرا در غیر این صورت، با ضمانت اجراها مواجه می‌شوند، از آن حکایت دارد که سازوکار اصلی جامعه این است که کودکان در دوران رشد، ارزشهای مناسب و ویژگیهای رفتاری لازم را فراگیرند. تنش موجود میان آزادی والدین در پرورش فرزند بر مبنای ارزشهای مطلوب خود و نیازمندی کشور به جمعیتی دارای ارزشهای مشترک، موجب بروز اختلافاتی در زمینه کنترل دولت بر مدارس شده است. ولی در عین حال، این امر بر نحوه نگرش به مسئولیت والدین در مورد بزهکاری کودکان نیز تأثیر داشته است.

ارتباط میان رفتار مجرمانه و تربیت نامناسب و ضعیف کودک، از زمان پادشاهی خاندان «تودور»<sup>۱</sup> مطرح بوده است، اما از قرن نوزدهم به بعد، یعنی از عصری که این موضوع با اعتقاد به رفاه کودک یا به روشهای بازپرورانه یا رفاه‌محور کیفرشناسی درآمیخت، بیشتر مورد توجه قرار گرفته است.

گسترش دادگاههای اطفال<sup>۲</sup> و برخوردهای ویژه با بزهکاران نوجوان از زمان تأسیس اولین زندان خاص اطفال در «پارکهاست»<sup>۳</sup> در ۱۸۳۸ م. و پیدایش اولین مراکز بازپروری و مدارس صنعتی که در اصل در ارتباط با مراکز خیریه بودند تا اقدامات کیفری، مانند حبس خانگی، حضور در مراکز آموزشی - پرورشی و اقدامات میانجیگرانه دیگر که امروزه به کار می‌رود، به عنوان ظهور یک فرایند

1. Tudor (1408).  
2. این دادگاهها هم‌اکنون دادگاههای جوانان «Youth Court» خوانده می‌شوند. ر.ک: ماده ۷۰ قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۱ م.  
3. Parkhurst.

رفاه‌محور کودک مطرح شده است<sup>۱</sup> که به موجب آن، اطفال به عنوان کسانی در نظر گرفته می‌شوند که به امکاناتی جدا از بزرگسالان - به منظور برآورده ساختن نیاز به آموزش و پرورش که آنها را از ارتکاب جرم دور کند - نیازمند هستند. نگرانی در خصوص اصلاح و تربیت<sup>۲</sup> کودکان در پایان سده نوزدهم و ابتدای سده بیستم، تبدیل به یک رویکرد درمانی شد که به موجب آن، مجرمیت بزهکاران باید با هر وسیله ممکن، اعم از آموزش، اقدامات روانشناختی و امثال آن درمان شود.<sup>۳</sup>

فرض اصلی پیشنهادات بازپروری از سال ۱۹۲۰ م. به بعد، این بوده است که رفتار مجرمانه، نشانه نوعی گسیختگی یا اهمال والدین در تربیت اطفال است، همان‌گونه که بدرفتاری یا غفلت آنها ممکن است سبب این رفتار مجرمانه شود؛ بنابراین، کودک قربانی این اهمال بوده و به مراقبت، آموزش یا درمان نیازمند است تا این اشتباهات جبران شود. در واقع تفاوتی میان کودک محروم و کودک بزهکار وجود ندارد یا این تفاوت بسیار ناچیز است. برای مثال، نظر «کمیته مولونی»<sup>۴</sup> را که در سال ۱۹۲۷ م. برای نخستین بار دادگاههای اطفال در کشور انگلستان را مورد مطالعه قرار داد، یادآوری می‌کنیم:

قائل شدن تفاوت بین اینکه آیا کودک به علت ولگردی یا از کنترل خارج بودن یا به علت ارتکاب جرم به دادگاه آورده شده است، اغلب امری کاملاً اتفاقی است. غفلت و اهمال منجر به بزهکاری می‌شود و بزهکاری غالباً نتیجه مستقیم اهمال است.

در هر صورت، این نظر با اعتقاد مستمر به ارزش مجازات - چه به عنوان یک

۱. تاریخچه اقدامات کیفری در خصوص اطفال به صورت مفصل در منابع ذیل آمده است:  
Morris and Giller, op.cit. and in a more recent review, by A. Rutherford, *Growing out of Crime: The New Era*, Waterside Press, Winchester, 1992, Chap.3; L. Gelsthorpe and A. Morris, 'Juvenile Justice 1945-1992' in M. Maguire, et al (eds) *The Oxford Handbook of Criminology*, Clarendon Press, Oxford, 1994.  
2. Reform.  
۳. در سالهای دهه ۱۸۹۰ م. وزیر کشور وقت بریتانیا «سیرگاد فری لاشینگتن» تردید خود را نسبت به میزان واقعی تطابق بازپروری که مخالف مجازات دانسته می‌شد، با رویکردهای درمانی ابراز نمود.  
4. Molony Committee.

عمل ذاتاً تربیتی و چه به عنوان یک عمل بازدارنده یا عمل سزادهنده- در تضاد است. تنش و تضاد میان این دو دیدگاه منجر به فراز و نشیب دائمی در نگرش به اطفال بزهکار شده است. سیستم عدالت کیفری باید تا چه حد در زمینه نجات طفل بزهکار از حیات مجرمانه، با اقدامات غیر قضایی، مراقبت و آموزش پیش برود و تا چه حد باید از نظام کیفری که توجه اش به موضوع مسئولیت در برابر اعمال خطا کارانه و اعمال مجازات متناسب با جرم بزهکار معطوف است، استفاده کند؟ سیستم دادگاههای اطفال انگلستان (که اولین بار با قانون کودکان ۱۹۰۸ م. ایجاد شد) مدتها بیانگر ائتلاف و نیز تضاد میان مفاهیم رفاه کودک و رعایت تشریفات در فرایند دادرسی بوده است. برای مثال، الزامی قانونی درباره رفاه بزهکاران به هنگام تصمیم گیری درباره وضعیت آنان وجود دارد.

هر دادگاه، در هنگام رسیدگی به پرونده کودک یا نوجوانی که به عنوان بزهکار یا به عنوان دیگری به دادگاه آورده شده است، موظف است نسبت به رفاه وی توجه داشته باشد و در موارد مقتضی، برای دور کردن او از محیط نامناسب اقدام نماید، و به منظور حصول اطمینان از تأمین آموزش و پرورش او، اقدامات لازم را به عمل آورد.<sup>۱</sup>

از سوی دیگر، سیستم انگلستان هرگز به طور کامل به سوی یک سیستم نامشخص بدون حقوق مربوط به رعایت تشریفات در فرایند دادرسی - آن طور که سیستم آمریکایی تا هنگام صدور رأی دیوان عالی در مورد پرونده «این ری گالت»<sup>۲</sup> اقدام می کرد - حرکت نکرد. در واقع، قضات صلح<sup>۳</sup> دادگاههای اطفال، همچنان ملاحظات مربوط به مجازات و رعایت تناسب مجازات با جرم ارتكابی را مد نظر قرار می دادند. خانم «آلیسون موریس»<sup>۴</sup> و آقای «هنری گیلر»<sup>۵</sup>، تقریباً این قضات را به سبب شکست «قانون اطفال و نوجوانان ۱۹۶۹ م.» (مشمتمل بر

۱. می توان ملاحظه کرد که این ماده چگونه رفاه کودک را با برداشتن وی از خانه نامناسب و لزوم آموزش متوسط دانسته است.

Introduced by the Children and Young Persons Act 1933 s.44.

2. In Re Gault, 387 US 1(1967).

3. Magistrates.

4. Allison Morris.

5. Henry Giller.

رفتارهای اصلاحی - درمانی در مورد بزهکاران نوجوان در حقوق انگلستان) مقصر دانستند و آن را با نشان دادن اصرار این قضات بر اعمال مجازات و اقدامات مرتبط با انضباط و کنترل بزهکار، نه اطمینان بخشیدن به نوجوانان و اطفال مبنی بر برخورداری از رویکرد مراقبتی - حمایتی واحدهای خدمات اجتماعی، به اثبات رساندند.

یکی از انتقادات افشاکننده ای که بارها در مورد رفتار اصلاحی با بزهکاران مطرح شده است، این بوده که الفاظ به کار رفته در مورد بازپروری و اصلاح، حدود اعمال واقعی مجازات و نتایج حاصل از تحمیل آن را پنهان کرده است. این مجازاتها نه تنها به کسانی تحمیل شده که ممکن بود در صورت اعمال رویکرد کیفری (سزادهنده) به علت ارتکاب اعمال ناشایست، مستحق مجازات تلقی شوند، بلکه به کسانی نیز تحمیل شده که وارد سیستمی شده بودند که میان دلایل رفتار ضد اجتماعی، تفاوت و تمیزی قائل نبودند که امکان داشت از یک سو، از روی ناچاری در خیابان به گدایی پرداخته باشد و یا از سوی دیگر، وارد جرایم سازمان یافته شود. بعلاوه، فقدان جنبه های حمایتی فرایند دادرسی عادلانه و امکان حبس برای مدت نامعین (تأسیسی که آزادی مجرم را به قضاوت و تشخیص متخصصین واگذاشته) در دهه ۱۹۷۰، (به ویژه در ایالات متحده آمریکا)، به شدت مورد انتقاد قرار گرفت.<sup>۱</sup> در انگلستان و ویلز اعتبار عمومی رویکرد کیفری، به علل مختلف (هرچند که هیچ وقت به طور کامل از بین نرفته بود) دوباره احیا شد. به طور کلی، سلب اعتماد عمومی از کارایی اقدامات اصلاحی در رسیدن به نتایج آن وجود داشت. نظریه رو به توسعه ای وجود داشت که برخلاف عقیده پیشین، میان کودک محروم و کودک ناسازگار، تفاوت وجود دارد و اقدامات مربوط به برخورد با کودکان باید با توجه به این تفاوت انجام یابد. این نظریه، همچنین ناشی از احساس

۱. برای ملاحظه بحث و بررسی درباره تغییرات صورت گرفته در نظرات حکم بر حقوق کیفری اطفال آمریکا، ر.ک:

A.R. Mahoney, *Juvenile Justice in Context*, Northeastern UP, Boston, 1987, Chap.2 and Figure 2.1.

نگرانی نسبت به کودکانی است که از آنها غفلت شده یا مورد سوء استفاده قرار گرفته‌اند. همچنین اعتقاد به اینکه مجازات، پاسخی مناسب به جرایم ارتكابی کودکان است، در شکل‌گیری نظریه فوق‌نقش داشته است.

کودک ناسازگار ممکن بود به همان کانون اطفالی فرستاده شود که نوجوانان بزهکار در آنجا نگهداری می‌شوند و بدین ترتیب، کودک ناسازگار، برچسب بدنامی بخورد. حتی نگرانی بدتری نیز وجود داشت که کودکان نیازمند مراقبت یا حمایت، دقیقاً به علت مقررات خشک مربوط به ادله و نیاز به دلایل اثباتی که در زمینه اقدامات حمایتی، به روند دادرسی ویژه نوجوانان بزهکار نیز تسری داده شده است، مورد حمایت قرار نگیرند. اخیراً تا حدودی به مسئولیت والدین در قبال سوء رفتار فرزندان آنها، توجه شده است، با این پیشنهاد که والدین نیز در صورت بزهکاری فرزندانشان مجازات شوند و حتی اگر لازم باشد، تحت آموزش مجدد برای پرورش صحیح فرزند خود قرار گیرند.

### وضعیت نوجوانان زیر ۱۴ سال در نظام عدالت کیفری

حرکت نوسانی به سمت مدل سزادهی (کیفری)، به وضع قوانین بیشتری منجر شد که هدفشان تقویت امکانات دادگاههای اطفال برای اعمال مجازات در مورد نوجوانان بزهکار بود.<sup>۱</sup> با وجود این و به منظور دست‌یابی به این هدف، شناسایی ضرورت اعمال اقدامات قضازدایی در سیستم عدالت کیفری (حتی در مورد بزرگسالان)، در مجموع به افزایش اخطار رسمی و غیر رسمی پلیس، به جای دادرسی قضایی منجر گردید.

در سال ۱۹۸۴ م. تعداد ۱۰۹۰۰ نوجوان پسر ده تا سیزده سال به ارتكاب جرایم قابل کیفر محکوم شدند. تا سال ۱۹۹۳ م. این تعداد به ۲۳۰۰ مورد تقلیل یافت. هنگامی که مجرمان گروه سنی یادشده، محکوم می‌شدند، رایج‌ترین حکم در مورد

۱. مخصوصاً از طریق تغییرات ایجادشده در «تأدیپ سریع و قاطع» اطفال توسط دارالتأدیپ به موجب قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۸۲ م.

آنها، حکم تعویق صدور حکم مجازات بود (۵۲ درصد محکوم‌شدگان در سال ۱۹۹۴ م.). حکم تعویق صدور حکم مجازات از سوی دادگاه ممکن است در مواردی صادر شود که به مجازات شخص بزهکار نیاز نباشد. این حکم ممکن است مطلق باشد که در این صورت، هیچ‌گونه تکلیف یا محدودیتی بر بزهکار اعمال نمی‌شود یا آن‌طور که معمولاً عمل می‌شود، مشروط به حسن رفتار بزهکار است؛ یعنی فقدان محکومیت دیگر ظرف سه سال یا کمتر.

در مواردی که اقدامی بیش از حکم به تعویق صدور حکم ضرورت داشت، معمول‌ترین اقدام، نظارت بود (۲۳ درصد) که تأکید آن بر اصلاح و بازپروری بزهکار به جای مجازات است.

سومین راهکار معمول (۱۹ درصد) الزام به مراجعه به یک مرکز ویژه برای شرکت در فعالیتهایی در روزهای شنبه بود که ماهیتاً ممکن بود به عنوان راه‌کاری تنبیهی در نظر گرفته شود؛ زیرا هدف از این حکم، محروم کردن بزهکار از اوقات فراغت بود، ولی این مورد بسیار اندک است (حدود پنج هزار کودک).

جریمه، رایج‌ترین حکم تنبیهی‌ای است که در مورد تمام بزهکاران اعمال می‌شود، با اینکه معمولاً والدین به پرداخت جریمه فرزندان خود ملزم می‌شوند، فقط در مورد ۴۸ نفر از والدین در سال ۱۹۹۴ م. حکم صادر شد تا جریمه فرزندان خود را بپردازند. تعداد بیشتری، یعنی ۳۰۷ مورد، ملزم به پرداخت غرامت شدند که یکی از راههای تعیین میزان مسئولیت است. اما هدف این راه‌کار، مانند جریمه، آن نیست که این پیام را به بزهکار (یا به والدین) او برساند که بزهکار استحقاق چنان کیفری را دارد.

دلیل این امر که اکثر کودکانی که مستحق حضور در دادگاه هستند و سزاوار هیچ‌گونه مجازاتی نمی‌باشند، چیست؟ دلیل این امر، ممکن است ضرورت تفهیم مسئولیت به بزهکار در برابر عمل نادرست او باشد که اماره عدم توانایی ارتكاب جرم در مقام تأکید بر آن است و در مورد هر پرونده باید رد شود (اگرچه اکثر بزهکاران با قبول مجرم بودن خود، اعتراف می‌کنند که توانایی ارتكاب جرم را داشته‌اند). از سوی دیگر، ممکن است خجل کردن کودک با حاضر کردنش در

دادگاه به عنوان اقدامی کافی در تفهیم مسئولیت او در برابر اعمالش محسوب شود. این نکته نیز قابل یادآوری است که آمار ارائه شده، مربوط به جرایم قابل کیفرخواست است، یعنی جرایمی که شدیدتر بوده و ممکن است در دادگاه بزرگسالان به وسیله هیئت منصفه مورد رسیدگی قرار گیرد. در حقیقت، شدیدترین جرایم که از سوی کودکان انجام می‌گیرد، هنوز هم در دادگاه جزایی<sup>۱</sup> و با حضور هیئت منصفه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، نه در دادگاه اطفال. جرایم قتل عمد<sup>۲</sup> و قتل غیر عمد<sup>۳</sup>، جرایمی که احتمالاً مجازات چهارده سال یا بیشتر زندان را برای یک بزرگسال در پی دارد (سرقت به عنف<sup>۴</sup> و ایجاد آتش سوزی<sup>۵</sup>)، تعرض و مزاحمت منافی عفت<sup>۶</sup>، جرایم رانندگی منجر به مرگ (که احتمال ارتکاب آن از سوی کودک بعید است) و جرایمی که در آن کودک به صورت مشترک با یک بزرگسال در معرض اتهام قرار می‌گیرد، همگی در دادگاه جزایی رسیدگی می‌شود. این عمل ممکن است به منظور تأکید بر شدت جرم باشد، اما این احتمال وجود دارد که با مفاد کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر در تعارض و چالش قرار گیرد. ماده ۱ قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۴ م. مجازات جدیدی به نام «آموزش تحت کنترل» را ایجاد کرد که به گرایشی سیاسی مبنی بر در نظر گرفتن پاسخهای کیفری نسبت به کودکان بزهکار جامعه عمل پوشاند. این قرار شامل مجازات حبس بین ۶ ماه تا ۲ سال است که نصف آن در جامعه و با نظارت به اجرا درمی‌آید. قانون یاد شده که نباید تا زمان آماده شدن امکانات لازم، به اجرا درآید، مربوط به کودکان دوازده تا چهارده ساله‌ای است که قبلاً سه بار یا بیشتر به جرایمی با مجازات حبس محکوم شده باشند و یا کسانی که در دوره نظارت، مجدداً مرتکب جرم شده یا قرار نظارت را نقض کرده‌اند.

هدف این قانون، برخورد با کودکان مرتکب تکرار جرم است که وسایل ارتباط جمعی آنها را به سبب پدید آوردن موجی کوچک از جرایم (دزدی از فروشگاهها،

1. Crown Court.

2. Murder.

3. Manslaughter.

4. Robbery.

5. Arson.

6. Indecent Assault.

سرقت از اماکن، تخریب و جرایم مربوط به خودرو) سرزنش می‌کند. از نظر پلیس و قضات، به دلیل فقدان اقداماتی که بتوان در قالب آنها این گونه کودکان را بازداشت کرد، نمی‌توان از ارتکاب جرایم از سوی آنها پیشگیری کرد. اما این تردید وجود دارد که این اقدام اثر چندانی داشته باشد. به نظر می‌رسد که معرفی آن، یک حرکت نمادین سیاسی باشد تا نشان دهد، در مورد مجرمان نوجوان که به صورت مکرر مرتکب جرم می‌شوند، کاری انجام می‌شود.

قرار بازداشت کودکان در محل امن<sup>۱</sup> فقط در مورد شدیدترین جرایم، مانند قتل عمد و غیر عمد پیش‌بینی شده است. در قانون مذکور، مقرراتی برای کودکانی که به سبب این جرایم محکوم می‌شوند، پیش‌بینی شده است تا بتوان حداکثر مجازات حبسی که نسبت به مجرمان بزرگسال اعمال می‌شود، در مورد آنها نیز اعمال کرد. از دیرباز کودکانی که مرتکب قتل می‌شدند، به مجازات زندان با مدت نامعین محکوم می‌شدند. این نوع مجازات که مدت آن نامعین است، از طریق قانون کودک مصوب ۱۹۰۸ م. و به جای مجازات مرگ (که معادل آن اکنون حبس ابد برای بزرگسالان است) برای کودکان مجرم پیش‌بینی شد و هدف آن بیشتر اصلاح و تربیت بود تا جنبه‌های سزادهنده کیفری. مدت زمان حبس اطفالی که هنگام ارتکاب جنایتی؛ مانند سرقت، مرتکب قتل شده‌اند، با توجه به دو عامل «مجازات» و «بازدارندگی» تعیین می‌شود، ولی این دو عامل در مقایسه با نحوه برخورد با مجرمان بزرگسال از قوت یکسانی برخوردار نبوده و از این رو، مدت حبس این گونه کودکان، باید دائماً مورد بازبینی قرار گیرند. در مواردی که مصلحت‌اندیشی در مورد مجازات مطرح است، به رغم تأکید سیاسی بر جنبه سزادهی و به رغم نگرانی در مورد واکنش عمومی، دادگاهها می‌توانند رویکرد دیگری اتخاذ کنند.

در یک پرونده مشهور که در آن یک پسر یازده ساله به علت انداختن یک قطعه بتون از بالای یک برج و کشتن زنی که در پایین آن در حال حرکت بود، محکوم به قتل غیر عمد شده بود، قاضی وی را به سه سال نظارت محکوم کرد. رسانه‌ها اعلام

1. Secure Detention.

نمودند که پلیس و خویشاوندان شخص مقتول، از این برخورد دادگاه پشتیبانی کرده‌اند. این مطلب خود از آن حکایت دارد که در پرونده‌هایی که حقایق و پیشینه متهمان شناخته شده است، ممکن است آخرین واکنش مورد تقاضای مردم، رویکرد کیفری باشد.

البته مشکل برقراری تعادل میان «مدل کیفری» و «مدل اصلاحی»، مختص انگلستان و ویلز نبوده است. خانم «لسلی صبا»<sup>۱</sup> ناهماهنگیها و آشفتگیهایی را بیان کرده است که در معیارهای بین‌المللی وجود دارد و نشان‌دهنده این معضل است. در سال ۱۹۸۹ م. «کمیته اروپایی مسائل جنایی»<sup>۲</sup> گزارشی درباره واکنش اجتماعی نسبت به بزهکاری کودکان تهیه کرد که از توجه این کمیته برای یافتن راههایی به منظور ادغام مدل‌های کیفری و اصلاحی در قبال اطفال بزهکار حکایت داشت. کمیسیون نظر داد که آموزش اطفال کم‌سن و سال باید همواره هدف اصلی سیستم باشد؛ زیرا چیزی که مورد نیاز است، یاری رساندن به نوجوانانی است که در مرحله رشد جسمی، عقلانی و روانی قرار دارند. این کمک و یاری، به ویژه برای شکل دادن شخصیت آنها، به منظور روبه‌رو شدن با جهانی عاری از جرم و یافتن جایگاهشان در اجتماع اهمیت دارد. ابهامات بین‌المللی وسیع‌تر درباره اهداف سیستم عدالت کیفری اطفال، در مقدمه «قواعد یکن» انعکاس یافته است، اما نتیجه‌گیری انجام شده در کنوانسیون حقوق کودک، همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، به دنبال بازپذیر شدن اجتماعی نوجوانان است، نه مجازات و بازدارندگی آنان.

### انتقاداتی بر اماره عدم توانایی ارتکاب جرم

تغییر نگرش نسبت به اطفال بزهکار، آن‌گونه که در انگلستان و ویلز و نیز در سطح بین‌المللی نشان داده شد، به صورتی روشن در نظرات ابراز شده در اماره عدم توانایی ارتکاب جرم و غالباً به عنوان بخشی از بررسی فراگیرتر در زمینه

1. Leslie Sebba.

2. European Committee on Criminal Problems.

سیاست‌گذاری مستمر در زمینه عدالت کیفری انعکاس یافته است. قبل از آغاز دهه ۱۹۶۰ که میزان اعتماد به تأثیر اقدامات کیفری کاهش یافت، نگرش بسیار مثبتی در مورد ظرفیت جامعه برای اقداماتی در زمینه جرایم اطفال - نسبت به آنچه امروزه وجود دارد - گسترش پیدا کرده بود. بدین ترتیب، انتقادات گذشته نسبت به این اماره، به این نظر مربوط بود که کودکان به اصلاح و درمان نیاز دارند، نه تنبیه.

برای مثال، «کمیته مولونی»<sup>۱</sup> این مطلب را مورد توجه قرار داد که بهتر است سیستم دادگاههای اطفال بیشتر به جنبه‌های رفاهی کودک آن‌گونه که در کشور آمریکا مرسوم است، متمرکز شود، اما چنین نتیجه‌گیری کرد که در مرحله قضاوت، این امر حایز اهمیت است که ارتباط میان جرم انجام شده و مسئولیت آن عمل، به شخص مجرم و جامعه نشان داده شود. اما پس از احراز جرم، کمیته، میان کودک محروم و کودک منحرف تفاوت بسیار کمی قائل شد و از راهکارهایی پشتیبانی کرد که به بهترین وجه بتواند کودک یا نوجوان را اصلاح کند؛ بنابراین، تا آنجا که موضوع به اماره ارتباط پیدا می‌کرد، کمیته با حفظ اماره حصول اطمینان را از اینکه کودک کاملاً مسئول عمل مجرمانه خود بوده است، مورد تأیید قرار داد. در حقیقت کمیته مزبور مایل بود حدّ اقل سن مسئولیت کیفری بالا برده شود تا درک بیشتر اجتماع را نسبت به نیازهای کودک منعکس کند. در این باره کمیته چنین بیان کرده که این سن (۷ سال در آن زمان) صدها سال پیش تعیین شده و اکنون نگرش کلی جامعه نسبت به جرایم کودکان به شدت تغییر کرده است و نظر کمیته آن است که زمان بالا بردن سن، فرارسیده است....

توصیه صریح کمیته آن بود که سن مسئولیت کیفری به ۸ سال افزایش یابد. به همین ترتیب، «گلانویل ویلیامز»<sup>۲</sup> در مقاله‌اش، برخورد مبتنی بر مسئولیت اخلاقی را به عنوان برخوردی کهنه مورد انتقاد قرار داد؛ هر کس که در زمینه اطفال صاحب نظر است، باور ندارد که کودکِ خطاکار باید به عنوان یک ضرورت اخلاقی، کفاره خطای خود را با رنج کشیدن، بدهد. ممکن است بعضی اوقات، تنبیه بهترین رفتار

1. Molony Committee.

2. Glanville Williams.



باشد؛ زیرا تنبیه تنها راهی است که با آن می‌توان یک کودک خاص را به قبول اشتباه خود وادار کرد... و سزادهی صرف، به منظور مجازات مردود است.

انتقاد وی به این اماره این بود که اماره به صورت سد و مانعی میان کودک و دسترسی او به کمک یا درمان عمل می‌کند. اماره، کودک را از زندان، تبعید<sup>۱</sup> و چوبه<sup>۲</sup> دار نجات نمی‌دهد، بلکه او را از افسر تعلیق مراقبتی، سرپرستان یا مدارس بازپروری محروم می‌کند.

این بحث که اماره<sup>۳</sup> عدم توانایی ارتکاب جرم کودکانی را که بیشتر از همه به کمک یا مراقبت نیازمند هستند، به فرار کردن قادر می‌سازد، از سوی قاضی «لوز»<sup>۴</sup> در دادگاه عالی<sup>۵</sup> نیز مطرح شده بود. بزهاران زیر چهارده سال که ممکن است کاری غیر از اقدامات ضد اجتماعی و بعضی اوقات، جرایم خطرناک را بلد نباشند، نباید در برابر سیستم مجازات کیفری مصونیت داشته باشند، بلکه باید به شکل موجّهی در درون آن سیستم اداره شوند.

بر اساس دلایل فوق، کودکان به دخالت سیستم عدالت کیفری نیازمند هستند تا با آنها به صورت مقتضی برخورد شده و در مسیر صحیح قرار گیرند. مشکلی که در این باره وجود دارد، این است که این برخورد، امکان بدنام شدن و لکه‌دار شدن کودک را به علت گرفتار آمدن در سیستم عدالت کیفری و عملکرد طبقاتی و نژادی سیستم که می‌توان آن را تا حد یک الگو دنبال کرد، نادیده می‌گیرد. در همین خصوص «وینستون چرچیل»<sup>۶</sup> در «رادرفور»<sup>۷</sup> اظهار داشت که من اطمینان دارم که مجلس عوام اینجانب را در هر قدمی که ممکن است برای اجتناب از زندانی کردن غیر ضروری برداشته شود، حمایت خواهد نمود. این مصیبتی است که فقط بر سر پسران طبقه کارگر نازل می‌شود. فرزندان سایر طبقات ممکن است بسیاری از این نوع جرایم را در دوران پر جنب و جوش و نوجوانی خود - چه در «آکسفورد» و چه در هر جای دیگر - مرتکب شوند یا ممکن است جرایمی را مرتکب شوند که

1. Transportation.  
3. Divisional Court.  
5. Rutherford.

2. Laws.  
4. Winston Churchill.

فرزندان طبقه کارگر به سبب آن به زندان می‌افتند، هرچند ممکن است در اثر این اعمال به کسی آسیبی نرسیده باشد.

قاضی «لوز»، دلیل دیگری نیز برای منسوخ بودن اماره، ارائه کرد. دلیل وی این بود که اماره از زمانی پیش از دوره آموزش و تحصیلات اجباری نشأت می‌گیرد، زمانی که کودکان به سرعت امروز رشد نمی‌کردند؛ بنابراین، آن گونه که وی تلویحاً بیان می‌کند، این تصوّر که کودکان ده ساله در اجتماع امروز، تفاوت بین درست و نادرست را نمی‌دانند، با عقل سلیم در تضاد است. با وجود این، «موریس» و «گیلر» معتقدند که دقیقاً کودکان همان طبقه کارگر هستند که با پرداختن به کار - و زندگی خیابانی - در سن کم سریع رشد می‌کنند، بیش از همه، تهدیدی برای نظم جامعه هستند و بیش از همه به کمک و مداخله در حیات اجتماعیشان نیازمند هستند. بدین ترتیب، دلایل قاضی «لوز» می‌تواند واقعیت‌های تاریخی را منعکس نکند. جالب توجه است که توسل آشکار اما ناخودآگاه به مباحث مربوط به طبقات از سوی قاضی «لوز» نیز مطرح شده است.

این اماره «تبعیض آمیز» و «منحرف» است: تبعیض آمیز از این نظر که تمایل دارد عواقب و نتایج کیفری را بیشتر به اعمال کودکانی که از خانه‌های معروف به «خانه‌های خوب» می‌آمدند، نسبت دهد، تا به اعمال کودکان دیگر؛ و منحرف از این نظر که تمایل دارد همان کودکانی را که بیشترین احتمال ارتکاب جرم از سوی آنان وجود دارد، مبرا کند؛ به عبارت دیگر، ایراد وارد بر اماره مورد بحث این است که کودکانی را که از نامطلوب‌ترین خانواده‌ها با بدترین شیوه تربیتی می‌آیند (از جمله کودکان طبقات بسیار فقیر که بعضی اوقات، بی طبقه نامیده می‌شوند)، بیشترین امکان سوء استفاده از آن را به منظور اجتناب از کیفر، می‌یابند.

این اعتراض، این عقیده قدیمی را منعکس می‌کند که بزهارای کودکان، ناشی از کم و کاستی والدین آنهاست، به ویژه والدین در طبقات کارگر. در مجلس اعیان «لرد لوری»<sup>۸</sup> از روی تردید برای رد این مطلب چنین پیشنهاد می‌کند: یک پاسخ...

1. Lord Lowry.

(که من فکر می‌کنم کاملاً رضایت‌بخش نیست) این است که اماره، محکومیت و تنبیه کودکانی را که احتمالاً به دلیل تربیت بهتر، آگاه از مسئولیت اخلاقی اعمال خود هستند، دربرمی‌گیرد و آنهایی که فارغ از این آگاهی هستند، مبرا می‌نماید.

اما این بحث ممکن بود مطرح شود که دقیقاً همان کودکانی که ثابت شده است نسبت به تربیت خوب والدین و تربیت اجتماعی، مقاوم و ناسازگار هستند، یعنی اطفالی که بیش از همه به توجه جامعه نیاز دارند و هرگز از چنان تربیتی برخوردار نبوده‌اند، می‌توانند خارج از سیستم عدالت کیفری مورد توجه قرار گیرند؛ زیرا بر اساس تعریف، آنها فاقد مسئولیت اخلاقی در برابر اعمالشان هستند.

سایر بحثها دربارهٔ امارهٔ عدم توانایی ارتکاب جرم در بستر تجدیدنظرهای کلی در زمینهٔ نحوهٔ رفتار با اطفال بزهکار بوده است؛ مثلاً «کمیتهٔ اینگلی»<sup>۱</sup> در سال ۱۹۶۰ م.، اماره را به عنوان نتیجهٔ بالا بردن سن مسئولیت کیفری به دوازده و نهایتاً چهارده سال ملغاً نمود. به پیشنهاد این کمیته، با کودکان زیر این سن از طریق مراقبت برخورد می‌شد و از این راه کودکان به مقامات ادارات محلی خدمات اجتماعی سپرده می‌شدند، دقیقاً همان‌گونه که با کودکان مورد سوء استفاده و یا مورد غفلت عمل می‌شد. عدم تمایل دولت برای انجام چنین کار جسورانه‌ای صرفاً موجب بالا رفتن سن مسئولیت کیفری از هشت سال به ده سال در قانون کودکان و نوجوانان ۱۹۶۳ م. گردید.

اما برخورد متهورانه‌تری در وضع قانون ۱۹۶۹ م. کودکان و نوجوانان صورت گرفت که در آن به دادگاه اجازه می‌داد (و دادگاه را تشویق می‌نمود) تا قراری مبتنی بر ارجاع و وظیفهٔ مراقبت و نگهداری کودک به مقامات محلی در مورد کودکی که محکوم شده است، صادر کند. قانون مزبور دربرگیرندهٔ مقرراتی در مورد بالا بردن سن مسئولیت کیفری به چهارده سال و در نتیجه الغای امارهٔ عدم توانایی ارتکاب جرم نیز بود. تغییرات اخیر به علت تغییر دولت در ۱۹۷۰ م.، چنان که قبلاً اشاره شد، به اجرا در نیامد.

1. Ingleby Committee.

هرچند «کمیسیون حقوق»<sup>۱</sup> در پیش‌نویس قانون جزایی خود در ۱۹۸۵ م. بیان داشت که ادامهٔ حیات این اماره، دیگر وجاهتی ندارد، فقط انتقادات «گلانویل ویلیامز» را مورد توجه قرار داد. او نگران این مطلب بود که اطمینان حاصل شود با کودکان مجرم رفتار مناسب روا داشته شود، وی از اندیشهٔ مجازات استحقاقی حمایت نمی‌کرد؛ زیرا استدلالش این بود که از آنجا که دادگاههای اطفال صرفاً به اثبات جرم و مجرم بودن اطفال می‌پردازد و حکم به محکومیت صادر نمی‌کند، توجه چندانی به رابطهٔ انتساب مسئولیت کیفری ندارد و «به نظر نمی‌رسد که کودکی که مرتکب چند جرم کوچک شده، بتواند رؤسای دادگاه صلح را قانع سازد که هیچ یک از اعمالش خطای فاحش نبوده و بدین ترتیب، آنها را وادار به نادیده گرفتن نظر دادگاه اطفال نماید.»

حال مشخص است که یکی از خطرناک‌ترین جنبه‌های برخورد حمایتی - رفاهی با مجرمان نوجوان، فقدان تناسب میان جرم و مجازات و ناعادلانه بودن برخورد بوده است. اماره را می‌توان به عنوان یک سپر حفاظتی بسیار مؤثر در نظر گرفت که امکان قرار گرفتن کودک را در معرض یک سیستم بی‌رحم (خشک) که در هر صورت با او برخورد خواهد کرد، محدود می‌کند. بدین ترتیب، بر خلاف نظرات اصطلاح‌طلبان، مانند «ویلیامز»، حتی اگر نسبت به برخورد اصلاحی - رفاهی متعهد بمانیم، اماره، توجیه‌پذیر به نظر می‌رسد. محققاً، چنانچه فلسفهٔ تناسب جرم با مجازات مد نظر باشد، اماره هنوز لازم خواهد بود.

دولت محافظه‌کار در ۱۹۹۰ م. این موضوع را پذیرفت و با پیش‌نویس قانونی با عنوان «جرم، عدالت و حمایت عمومی»<sup>۲</sup>، در جستجوی راهی بود تا میان تحمیل مسئولیت بر والدین به دلیل ناتوانی در پرورش صحیح فرزندان خود و خود کودک هنگامی که به سنی می‌رسد که باید مسئول تلقی گردد، تعادل برقرار کند. قانون جزایی بر این اصل مبتنی است که مردم تفاوت بین درست و

1. The Law Commission.  
2. Crime, Justice and Protecting the Public.

نادرست را درک می‌کنند. کودکان خیلی جوان این تفاوت را به آسانی نمی‌توانند دریابند و قانون این موضوع را مورد توجه قرار می‌دهد.... این ترتیبات (یعنی اماره عدم توانایی ارتکاب جرم) امکان توجه به این حقیقت را فراهم می‌سازد که درک، دانش و توانایی کودکان برای استدلال، هنوز در حال گسترش و شکل‌گیری است.

برعکس، به نظر می‌رسد که دولت کارگری منتخب ۱۹۹۷ م. تصمیم به حذف اماره گرفته است؛ زیرا با عقل سلیم منافات دارد که فکر کنیم یک کودک ده تا سیزده ساله نمی‌تواند خوب و بد را تمیز دهد. انتقادات وارد بر این اماره؛ از قبیل کهنه، غیرمنطقی و ناعادلانه بودن آن در عمل، دولت کارگری را واداشت تا دوشیوه اصلاح جایگزین را مطرح نماید:

۱. پیشنهاد اول دولت این بود که اماره به صورت کامل لغو شود که این راه را با توجه به سادگی و روشنی نمادینش ترجیح می‌داد.

۲. پیشنهاد دوم اینکه اماره به صورت معکوس استفاده شود، بدین‌گونه که کودک متهم بتواند استدلال کند که فاقد توانایی ارتکاب جرم است.

دولت به این مطلب توجه داشت که گزینه اخیر می‌تواند به سادگی به این منجر شود که در هر پرونده‌ای، استدلال فوق از سوی متهم مورد استفاده واقع شود و دادستان مجدداً مجبور به اثبات این امر شود که کودک یقیناً از شدت عمل ارتكابی خود آگاه بوده است. به نظر می‌رسد که این انتقاد، انعکاس‌دهنده ناآگاهی نسبت به کل مسئله معکوس کردن اماره است که دقیقاً بار اثبات را بر دوش متهم قرار می‌دهد تا دادستان. واضح است که نگرستن به حذف اماره به عنوان بخشی از مجموعه‌ای از اقدامات به رغم مبانی استدلال بر له و علیه آن از عزم دولت در زمینه «برخورد شدید» با جرم حکایت دارد.

### ارزشهای سنتی

چه نوع ارزشهای سنتی را می‌توان نام برد که اماره عدم توانایی ارتکاب جرم در راستای تقویت یا تضعیف آن حرکت می‌کند؟ «کمیته اروپایی مسائل جنایی»

درباره پیگیری تغییرات در نحوه برخورد با سیاست کیفری در ۲۰ سال گذشته، آن را به عنوان حرکتی به سمت مدل سنتی معرفی کرده است. کمیته مزبور، دو ویژگی عمده را در این روند سنتی مشخص نمود:

۱. تأکید بر «عدالت استحقاقی»<sup>۱</sup>، یعنی اینکه مجازات باید کاملاً با جرم متناسب باشد. نظر کمیته آن بود که برخورد فوق، این اصل را که دادگاه مجازات را متناسب با فرد و با در نظر گرفتن وضعیت و شخصیت مجرم تعیین می‌کند، نادیده می‌گیرد،

۲. اصل «ناتوان‌سازی»<sup>۲</sup> یا «خنثی‌سازی»<sup>۳</sup> مجرم، یعنی روانه کردن مجرم به زندان تا در این مدت، مرتکب جرمی نشود.

این مدل سنتی احتمالاً به نظریه‌های «بکاریا»<sup>۴</sup> و سایر نظریه پردازان کلاسیک قرن هجدهم برمی‌گردد، اما «دیوید گارلاند» معتقد است تشخیص سنتی بودن زمینه جرم مشکل است و تلاش برای طبقه‌بندی کردن نویسندگان و نظریه‌های مختلف در مورد مکاتب فکری مشخص گمراه‌کننده می‌باشد. در واقع می‌توان چنین فکر کرد که مدل دادرسی مبتنی بر مدل تناسب جرم و مجازات، کمتر از دیدگاه مبتنی بر رفاه کودک، سنتی است؛ زیرا دیدگاه اخیر از آغاز سده بیستم بر تفکر موجود در عدالت کیفری اطفال غلبه داشته است.

«اندرو بین‌هام»<sup>۵</sup> اصولاً توجه ما را به مشکل مشخص کردن ارزشهای مشترک در جامعه متکثری چون جامعه انگلستان، معطوف می‌دارد. شناسایی ارزشهای سنتی در جامعه‌ای که فقط اقلیت کوچکی از مردم به مذهب رسمی کشور خود، یعنی «مسیحیت انگلیکان» عمل می‌کنند و نیز در جایی که هنجارهای مبنایی و ساختاری خانواده به صورت فراگیر وجود ندارد و در جایی که بحثهای داغی در مورد چگونگی تربیت فرزندان مطرح می‌باشد، دشوار است. «بین‌هام» در زمینه کوشش محکوم به شکست دولت برای شروع یک مبارزه همه‌جانبه اخلاقی به نام

1. Just Deserts.

2. Ineapacitating.

3. Neutralising.

4. Beccaria.

5. Andrew Bainham.

«بازگشت به اصول» در ۱۹۹۴ م. بحث می‌کند. در این چارچوب، دولت از مردم می‌خواست تا به ساختارهای سنتی خانوادگی؛ از جمله پرورش کودکان در محدوده زندگی زناشویی، وفاداری نسبت به همسر و اعمال نظم و انضباط شدید بر فرزندان بازگردند. این تصویر، ترسیم‌کننده یک نمای افسانه‌ای پرسروصدای دهه ۱۹۵۰ بود (زمانی که اغلب وزرای دولت در سنین رشد خود بودند) که با دهه ۱۹۶۰ (دوره آزادیهای افراطی که دولت آن را علت سقوط اجتماع نامید) در تضاد بود. تصویر سیاسی کودکان و محدوده درست آنها در بطن جامعه نیز مبهم است. عدم احترام کودکان به بزرگترها، عدم اطاعت آنها از مقررات و عدم توجه آنها نسبت به دیگران، مورد تأسف بوده و در تعارض با زمانهای پیشین است، یعنی زمانی که جمله «کودکان دیده شوند نه شنیده» راهنمای بزرگسالان درباره نحوه رفتارشان با کودکان بود.

در این دیدگاه قدیمی، از آن جهت که کودکان فاقد حقوق مشروع قانونی بودند، حقیقتی نهفته بود. اما این گونه خوش‌بینیهای واپس‌گرایانه نسبت به روزگار خوش گذشته، ویژگی هر دوره تاریخی است. شاید این واپس‌نگری به گذشته، خود نیز یک ارزش سنتی انگلیسی باشد و به طور قطع، این یک ویژگی همیشگی فرهنگ عمومی انگلستان است.

حداقل می‌توان گفت که دیدگاه مدرن نسبت به کودکان در انگلستان نامشخص است؛ زیرا از یک طرف، کودکان زودتر به سن رشد می‌رسند که علت آن تعلیم و تربیت اجباری است، به ویژه قرار داشتن آنها در معرض همه جنبه‌های زندگی آن‌گونه که تلویزیون و سایر رسانه‌های جمعی به خصوص فیلمهای ویدیویی نشان می‌دهند. از طرف دیگر، کودکان به صورت فزاینده‌ای، از اداره و کنترل والدین و تأثیرپذیری از دلیل و منطق آنها خارج می‌شوند. موضوع جالب توجه آن است که شاید تنها موضوعی که اغلب بزرگسالان و والدین در آن اتفاق نظر دارند، موضوع استفاده از تنبیه بدنی محدود، به عنوان یک شکل قابل قبول انضباط و تربیت باشد. اما این پیشنهاد که کودکان زیر ده سال باید تحت ممنوعیت خروج از خانه در شب هنگام قرار گیرند تا از بدرفتاری آنها در اجتماع جلوگیری شود، نشان‌دهنده

ترس بسیار شدید از کودکان<sup>۱</sup> و ورشکستگی عقاید مربوط به نحوه برخورد اصلاحی - حمایتی با آنهاست که چیز زیادی درباره میزان رشد و بلوغ فکری آنها به ما نمی‌گوید. تنبیه کودکان به سبب رفتارهای بد آنها و در عین حال تنبیه و کنترل والدین به دلیل عدم مراقبت و نظارت بر کودکان، تا حدی غیر منطقی به نظر می‌رسد. در مورد اغلب کودکان، واقعیت بسیار پیچیده‌تر از این است. امروزه کمتر از ۱۰ درصد از کودکان انگلیسی به علت ترس از ربوده شدن، بدون همراهی یک بزرگ‌تر به مدرسه نمی‌روند و کودکان نیز ممکن است حداقل به همان میزان که مرتکب جرم می‌شوند، قربانی جرایم خشونت‌آمیز و سرانجام بزه‌دیده واقع شوند.

سیاست‌مداران ممکن است دوران کودکی خود را به یاد آورند که آزادی بسیار بیشتری برای بازی با دوستان خود و انجام دادن کارهای خلاف، خارج از دید بزرگسالان و در مقایسه با وضع امروز داشته‌اند. این استدلال ممکن است مطرح شود که چیزی که کودکان بیش از کنترل و تنبیه به آن نیاز دارند، رفتار اصلاحی بیشتر است. نویسنده مشهور انگلیسی «ویلیام براون»<sup>۲</sup> در کتابهایش که در دهه‌های ۱۹۲۰ تا ۱۹۴۰ منتشر شد، کودکانی از طبقه متوسط را به تصویر می‌کشید که با امنیت و آزادانه به صورت جمعی در کوچه‌ها و خیابانها پرسه می‌زدند و بازی می‌کردند و به جای ایجاد اغتشاش، مرتکب خلافهای جزئی می‌شدند که این‌گونه آزادی، برای کودکان امروز غیر قابل تصور است.

### نتیجه‌گیری

مدتهاست که چگونگی پاسخ‌دهی به نوجوانان مجرم، سیاست‌گذاران و مجریان قانون را تحت فشار قرار داده است. از اوایل قرن نوزدهم، تمایل به ایجاد تحولاتی در رفتارهای این‌گونه مجرمان - از راه اصلاح، درمان، آموزش یا مجازات - زیاد شده است، اما در عین حال، در مورد چگونگی انجام دادن این کار و سازگار کردن

۱. صحبت ما در مورد کودکانی است که به موجب مقررات دولت کارگری به شکل غیر قابل رد آن، فاقد توانایی ارتکاب جرم فرض شده‌اند!

2. William Brown.

آن با سزادهی عدم قطعیت مداومی وجود داشته است. در حالی که واقعیت آنچه در مورد مجرمان نوجوان (یا کودکان مورد غفلت واقع شده) رخ داد، این بود که آنها نخست به درون نظام «کانوهای اصلاح و تربیت»<sup>۱</sup>، سپس به درون نظام «مدارس بازآموزی»<sup>۲</sup> و بعد از آن به پرورشگاهها کشیده شدند. واقعیت با این ادعا که هدف اصلی از ایجاد این مراکز، اصلاح و بازپروری بوده است، فاصله داشت. امروز، رویکرد سزادهنده نسبت به بزهکاران در انگلستان، بخصوص نسبت به اطفال بزهکار، بخشی از کوشش در راه استقرار (نه استقرار مجدد) دوره طلایی مسئولیت اخلاقی است که با توجه به آن میزان مجازات تعیین می شود.

در ایالات متحده آمریکا، چندین پرونده مربوط به کودکان بزهکار که برخی از آنها تنها شش سال داشتند و کودکان خردسال تر را به قتل رسانده بودند، توجه مردم را به خود جلب کرد. البته قتل جرمی است که به ندرت از سوی کودکان ارتکاب می یابد و بنابراین نمی توان آن را به صورت کلی به جرایم نوجوانان تعمیم داد. به همین ترتیب، اماره عدم توانایی ارتکاب جرم برای اطفال ده تا چهارده سال، صرفاً یک منظر کوچک از یک تصویر وسیع تر در خصوص چگونگی پاسخ نظام حقوقی به بزهکاری اطفال است. پس مسئله مطرح در بطن سیستم عدالت کیفری، مسئله مسئولیت فرد در برابر اعمال اوست. سنی که یک دولت برای مسئولیت اطفال در برابر جرم تعیین می کند، انعکاس دهنده نگرش آن دولت نسبت به کودکی و جرم است. در یک جامعه متمدن، توجه اخلاقی و در نتیجه، قانونی مسئولیت کیفری اطفال شش یا ده ساله در قبال خطاهای ارتکابی آنان امری دشوار است.

در هر حال، اماره عدم توانایی ارتکاب جرم، قبول نمادین نابالیدگی (ناپختگی) اطفال، نیاز و حق آنها بر حمایت باقی می ماند. بنابراین، مادام که سن مسئولیت کیفری افزایش داده نشده است، نمی توان این اماره را کنار گذاشت.

## ملاحظات در باره [ طل ] حسن نیت<sup>۱</sup>

□ پروفیسور اولریش مگنوس (Ulrich Magnus)  
□ مترجم: مهدی علیزاده

### مقدمه مترجم

تحولات و پیشرفتهای پرشتاب روابط و مناسبات تجاری و توسعه گسترده همکاریهای اقتصادی بین المللی در بین کشورهای مختلف در دهه های اخیر باعث شده است تا ضرورت تدوین مجموعه قوانین حقوق تجارت بین المللی از سوی کشورهای مختلف و جامعه های بین المللی احساس شود.

برخی از کشورها مانند چک و اسلواکی، جمهوری دموکراتیک آلمان، لهستان و رومانی به ترتیب در شمار نخستین کشورهای هستند که از سال ۱۹۶۳ به بعد، مستقلاً در این زمینه گام برداشته اند و مجموعه قوانینی را به تصویب رسانده اند.<sup>۲</sup>

1. Good Faith.

۲. جرزی راژسکی، «تدوین تدریجی حقوق تجارت بین الملل»، ترجمه ناصر صبح خیز، مجله حقوقی، شماره ۲، بهار ۱۳۶۴، ص ۳۹.

1. Reformatories.

2. Approved Schools.

برخی از نهادهای بین‌المللی، مانند «مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی»<sup>۱</sup> (UNIDROIT) و «کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل»<sup>۲</sup> (CNUDCI) نیز این موضوع را دنبال کرده‌اند و به ترتیب، «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی»<sup>۳</sup> (UNIDROIT Principles) و «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»<sup>۴</sup> (CISG) را تدوین کرده و به تصویب رسانده‌اند.<sup>۵</sup>

یکی از اصل‌های مهم مطرح در حقوق داخلی بسیاری از کشورها و دو سند بین‌المللی مزبور که در زمان تدوین سندهای مزبور بین حقوقدانان بحث‌های بسیار طولانی درباره اصل و کیفیت آن صورت گرفت،<sup>۶</sup> اصل «حسن نیت و رفتار منصفانه در قراردادها»<sup>۷</sup> است.

پروفسور اولریش مگنوس<sup>۸</sup> در نوشتار زیر، اصل حسن نیت را در موضوعات متفاوت مربوط به آن و بر پایه دو سند بین‌المللی مزبور به اختصار بررسی و با یکدیگر مقایسه می‌کند. امید است مطالعه آن برای خوانندگان محترم سودمند باشد.<sup>۹</sup>

1. International Institute for the Unification of Private Law Principles (UNIDROIT, Principles).
2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.
3. Principles of International Commercial Contracts.
4. Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980.
5. جرزی راژسکی، «تدوین تدریجی حقوق تجارت بین‌الملل»، ترجمه ناصر صبیح خیز، همان؛ ژان پی‌یر پلانتار، «حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌الملل: کنوانسیون سازمان ملل متحد»، مجله حقوقی، شماره ۱۴ و ۱۵، بهار و زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۸۵.
6. بیانکا و بونل با همکاری شانزده دانشمند دیگر، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه مهراب داراب‌پور، ج ۱، ص ۱۱۴.
7. Good faith and fair dealing in contracts.
8. Ulrich Magnus) استاد حقوق دانشگاه هامبورگ و قاضی دادگاه استیناف هامبورگ است.
9. در این ترجمه از «قراردادهای بین‌المللی فروش کالا» با عنوان اختصاری «کنوانسیون» و از «اصول یکنواخت قراردادهای تجاری بین‌المللی» با عنوان اختصاری «اصول قراردادها» و از «مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی» با عنوان اختصاری «مؤسسه بین‌المللی» نام برده می‌شود.

## حسن نیت در «کنوانسیون» و «اصول مؤسسه بین‌المللی»

«کنوانسیون» به عنوان یک سند حقوقی بین‌المللی یکنواخت، در بند ۱ ماده ۷ خود که درباره قواعد تفسیر کنوانسیون است، از «اصل حسن نیت» نام می‌برد. براساس این بند، کنوانسیون باید به شیوه‌ای تفسیر و اجرا شود که «رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی» ارتقا یابد. اما کنوانسیون در بردارنده ماده صریحی که قراردادهای شخصی را ملزم سازد که از اصل حسن نیت پیروی کند، نیست.

بر عکس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی»، حسن نیت را به عنوان اصلی که متوجه طرفهای قراردادهای بین‌المللی می‌باشد، مورد بحث قرار می‌دهد [و می‌گوید]: «هریک از طرفهای قرارداد در تجارت بین‌المللی باید بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه عمل کند».<sup>۱</sup> حتی قسمت «ج» بند ۲ ماده ۸ در فصل ۴ اصول قراردادها صریحاً از «حسن نیت» و «رفتار منصفانه» به عنوان عنصر تعیین‌کننده در اینکه قرارداد چه موقع و کدام شرط مسکوت مانده را باید به طور ضمنی در برداشته باشد، نام می‌برد، ولی ماده ۶ فصل ۱ آن که درباره تفسیر اصول مزبور است، از اصل حسن نیت نام نمی‌برد.

با وجود این تفاوت‌های آشکار ظاهری، هر دو سند از حیث ماهیت با یکدیگر سازگار است؛ زیرا این موضوع که اصل حسن نیت بر اساس کنوانسیون نیز در تفسیر قراردادهای شخصی و به معنای دقیق کلمه، نسبت به رابطه قراردادی طرفها به کار رود، مبنایی مشترک است.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، تفسیر مؤسسه بین‌المللی درباره اصول بین‌المللی، تأیید می‌کند که اصل حسن نیت «ممکن است به عنوان بیان هدف اساسی اصول مزبور به نظر رسد» و ممکن است در تفسیر اصول مزبور به کار برده شود.<sup>۳</sup>

۱. ماده ۷ فصل ۱ اصول قراردادها.
2. Compare Bianca/Bonell (-Bonell), Commentary on the International Sales Law (1987) Art.7 no.2.4.1; von Caemmerer/Schlechtriem (-Herber), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (2<sup>nd</sup> ed.1995) Art.7 no.7; Staudinger (-Magnus), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (CISG) (13<sup>th</sup> ed.1994) Art.7 no.10.
3. UNIDROIT (ed.) Principles of International Commercial Contracts (1994) 15.

بدین ترتیب، نه تنها تفسیر خود سندهای حقوقی یکنواخت، بلکه تفسیر قراردادهای شخصی و همچنین همه روابط قراردادی طرفهای قرارداد، باید با اصل حسن نیت هدایت شود. نتیجه اینکه، بر اساس هر دو سند، اصل حسن نیت وظیفه دوگانه‌ای را ایجاد می‌کند؛ یعنی اصل حسن نیت به عنوان یکی از عوامل سرنوشت‌ساز، نه تنها بر هدف قواعد حقوقی انتزاعی، بلکه قرارداد شخصی نیز حاکم است. فقط در اعتباری که کنوانسیون و اصول قراردادها به حسن نیت اعطا می‌کند، تفاوت جزئی کم‌اهمیتی وجود دارد.

## فهرست مطالب اصل حسن نیت

### الف) حسن نیت بین‌المللی

بدیهی است که براساس «اصول قراردادها» و «کنوانسیون»، مفهوم حسن نیت داخلی خاصی نمی‌تواند اجرا شود؛ مگر مفهومی که برای روابط تجاری بین‌المللی مناسب باشد. هر دو سند مزبور این عقیده را صریحاً تأیید می‌کند.<sup>۱</sup> معیارهای بین‌المللی حسن نیت ممکن است تا اندازه‌ای از قبل موجود باشد و ممکن است دست‌کم در رشته‌های تجاری دارای عرف طولانی ثابت، به روشنی کشف و تعریف شود، اما برخی از معیارهای آن ممکن است در رشته‌های تجاری جدید و مدرن (مانند «فروشهای تلفنی» و نظایر آن) وجود نداشته باشد و آنچه باقی مانده به وسیله مجامع بازرگانی، داوریها و دادگاهها توسعه و رشد یابد.

### ب) موضوع حسن نیت

بدیهی است که بر اساس اصول قراردادها موضوع اصل حسن نیت و رفتار منصفانه، رفتار طرفهای قرارداد است. طرفهای قرارداد باید موافق این اصل عمل کنند و (به بیانی دیگر) رفتارشان [با آن] هماهنگ و تنظیم شده باشد.

1. Cf. also UNIDROIT, Principles 18; Bonell, An International Restatement of Contract Law (1994) 81.

براساس کنوانسیون، موضوع اصل حسن نیت روشن نیست، اما کنوانسیون نیز می‌خواهد مطمئن باشد که قراردادهای فروشی که بین طرفهای متعلق به کشورهای متفاوت به وجود می‌آید، با اصل حسن نیت اداره می‌شود.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، اصول قراردادها می‌تواند به روشن شدن اصل حسن نیت که در کنوانسیون گنجانده شده است، کمک کند.

### ج) مقررات خاص حسن نیت

هریک از اصول بین‌المللی و کنوانسیون، تعدادی مقررات خاص در نظر گرفته‌اند تا چابستی حسن نیت در شرایط خاص معین شود. کنوانسیون بیشتر مقررات خاصی را که در نوع واحدی از قرارداد [یعنی بیع] متمرکز می‌باشد، فراهم کرده است، اما اصول قراردادها با وجود یا به دلیل ماهیت عامش، بیشترین قیود و شروط تفصیلی را درباره حسن نیت و سوء نیت داراست.

### ۱. تعهدات پیش‌قراردادی در مرحله مذاکرات فروش

کنوانسیون، مرحله پیش‌قراردادی را تنها در قسمت «ب» بند ۲ ماده ۱۶ به طور غیرمستقیم مورد اشاره قرار می‌دهد. ماده مزبور بر این دلالت دارد که فروشنده هرگاه وضعیتی را به وجود آورد که خریدار در آن وضعیت به گونه‌ای معقول به قطعی بودن پیشنهاد وی اعتماد کند و براساس آن اعتماد، به پیشنهاد مزبور عمل کند، این پیشنهاد، غیرقابل فسخ است. شبیه این قاعده با عبارتی متفاوت از سوی اصول قراردادها نیز پذیرفته شده است.<sup>۲</sup>

نتیجه الزام‌آوری که از اصل حسن نیت درباره پاره‌ای از رفتارهای شخصی و اعتماد کردن نسبت به آن ناشی می‌شود، این است که هیچ‌کس نباید از رفتار یا وضعیتهایی که براساس رفتار شخصی وی قطعی شده است، سوء استفاده کند و کسی را فریب دهد (ممنوعیت عمل متناقض با عمل قبلی).

1. Bianca/Bonell (-Bonell) Art.7 no.2.4.2; von Caemmerer/Schlechtriem (-Herber) Art.7 no.15.

۲. قسمت «ب» بند ۲ ماده ۴ فصل دوم اصول.

اما اصول قراردادهای (در مقابل کنوانسیون) وظیفه دوم عدم ادامه تعهدهای قراردادی را که مبتنی بر سوء نیت است، تأسیس می‌کند<sup>۱</sup> و مطابق بند ۳ ماده ۵ فصل ۲ اصول قراردادهای، اگر یک طرف، مذاکره را شروع کند یا آن را ادامه دهد، در حالی که «قصد ندارد با طرف دیگر به توافق برسد»، این سوء نیت است. بدین ترتیب، اصل حسن نیت خواستار مذاکره منصفانه همراه با منظره روشن است که به توافق برسد. سوء استفاده از مرحله مذاکرات پیش قراردادی به زیان طرف دیگر، تخلف از معیار حسن نیت برشمرده شده در اصول قراردادهای است.<sup>۲</sup>

کنوانسیون بر مرحله پیش قراردادی دلالت ندارد، اما ساختار موجود در اصول قراردادهای برای دعاوی ای که طرفهای مذاکره نسبت به اصلاح یا خاتمه دادن قراردادهای کنوانسیون فعلی دارند، سودمند خواهد بود. راه حل پیش‌بینی شده به وسیله ماده ۱۵ فصل ۲ اصول قراردادهای، به موجب کنوانسیون نیز اقامه می‌شود.

## ۲. عقد و اصلاح قرارداد

بر اساس هر یک از کنوانسیون و اصول قراردادهای، قرارداد و اصلاح آن، برای اینکه قانونی باشد، به شکلی مصوب نیاز ندارد. فقط اگر قرارداد مکتوب، هیچ قید شفاهی اصلاحی را دربرنگیرد، هر اصلاحی باید مکتوب یا به گونه‌ای باشد که طرفها بر روی آن توافق کرده باشند. اما نسبت به این استثنا کنوانسیون همانند اصول قراردادهای، شبه استثنای یکسانی را که مبتنی بر اصل حسن نیت باشد، اجازه می‌دهد [و می‌گوید]:

یک طرف ممکن است با عملکردش از ادعای چنین شرط وسیعی که طرف دیگر بر اساس اعتماد بر وی عمل کرده است، جلوگیری کند.

پس رفتاری که وضعیت اعتماد کردن و کفالت نسبت به آن را ایجاد می‌کند، مقررات تشریفاتی سخت را لغو می‌کند.

۱. بند ۲ ماده ۱۵ فصل ۲ اصول.

2. For further examples of bad faith see UNIDROIT, Principles 51 et seq.

## ۳. اعتبار اسنادی

سابقه ندارد که شروط قواعد در کنوانسیون با سؤالی اعتبار اسنادی ارتباط برقرار کند؛<sup>۱</sup> چرا که کنوانسیون بر این سؤالا دلالتی ندارد.<sup>۲</sup> اصول قراردادهای در اینجا نیز اصل حسن نیت را اجرا می‌کند.

## ۴. تفسیر قراردادهای

همان‌گونه که قبلاً بیان شد، فقط اصول قراردادهای درباره اینکه تفسیر قرارداد نیز باید بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه هدایت شود، صراحت بیشتر یا کمتری را فراهم کرده است.<sup>۳</sup> بر اساس کنوانسیون باید راه‌حلهای یکسانی شایع شود. اجرای اصول قراردادهای می‌تواند و باید به تفسیر کنوانسیون واحد، یاری رساند.

## ۵. تعهدهای پیش قراردادی صریح

چند ماده درباره تعهدات قانونی طرفهای قرارداد در کنوانسیون وجود دارد که عناصر حسن نیت را دربرمی‌گیرد: برای نمونه، قسمت «ب» بند ۲ ماده ۳۵ کنوانسیون، فروشنده را ملزم می‌کند تا کالاها را متناسب با هدف خاصی که به وی تفهیم شده، فراهم کند؛ مگر آنجا که خریدار نتواند به طوری معقولانه نسبت به مهارت وی اعتماد پیدا کند. یا به موجب قسمت «ب» بند ۲ ماده ۴۲ کنوانسیون، فروشنده اگر کالاهایی را تحویل دهد که حقوق شخص ثالث بر آن تعلق گرفته باشد، در صورتی از تعهداتش تجاوز نکرده است که حقوق شخص ثالث مانند تولید، طراحی و نظایر آن، ناشی از تبعیت فروشنده از درخواست شخص خریدار باشد.

تعجبی ندارد که اصول قراردادهای هیچ تعهد خاصی مانند اینها را دربر نمی‌گیرد؛ چرا که به عنوان آیین‌نامه‌ای عمومی برای همه انواع قراردادهای است.

۱. مواد ۱-۲۰ فصل ۳ اصول. ۲. بند «الف» ماده ۴ کنوانسیون.

۳. ماده ۷ فصل ۱ و ماده ۸ فصل ۴ اصول.



## ۶. تعهدات ضمنی

اصول قراردادهای به موجب ماده ۲ فصل ۵ صریحاً توضیح می‌دهد که ممکن است براساس اصل حسن نیت، تعهدات قراردادی، ضمنی باشد.<sup>۱</sup> کنوانسیون قاعده‌ای همانند این را دربر ندارد. با این حال، این بسیار پذیرفته شده است که به موجب کنوانسیون نیز تعهدات اضافی، به ویژه وظیفه همکاری همگانی، می‌تواند ضمنی باشد.<sup>۲</sup> این دقیقاً همان قاعده‌ای است که هم‌اکنون به طور صریح از ماده ۳ فصل ۵ فراهم شده است:

در صورتی که برای انجام تعهدات طرف دیگر، انجام همکاری به طور معقول و متعارف قابل انتظار باشد، هر طرف باید با طرف دیگر همکاری کند.

قاعده مزبور می‌تواند به عنوان مبین این اصل کلی - مبتنی بر حسن نیت - که هیچ‌یک از طرفهای قرارداد نباید از اجرای قرارداد توسط دیگری ممانعت کند و به شکلی دیگر هم مانع اجرای مفاد قراردادی نشود، شناخته شود.<sup>۳</sup> قواعد اصول قراردادهای صریحاً از این تفسیر کنوانسیون حمایت می‌کند.

## ۷. طرح دعوی عدم اجرای تعهد از سوی طلبکار

هر یک از کنوانسیون و اصول قراردادهای بیان می‌کند:

یک طرف قرارداد نمی‌تواند تا آن میزان که عدم اجرای تعهدات قرارداد به دلیل فعل یا ترک فعل طرف دیگر است.

و اصول قراردادهای می‌افزاید:

یا به موجب واقعه دیگری که مسئولیت آن بر عهده طرف مذکور است، بر عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر تکیه کند.<sup>۴</sup>

1. For examples of implied duties see UNIDROIT, Principles 102.

2. See Bianca/Bonell (-Bonell) Art.7 no.2.3.2.2; Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention (2<sup>nd</sup> 1991).

3. Magnus, Int. Trade and Bus L Ann III (1997) 46.

4. Art.80. CISG; art.7.1.2 Principles.

این شرط بار دیگر می‌تواند منشأ اصل فرعی‌ای از حسن نیت شود؛ چراکه هیچ‌کس نباید از راه مالکیت نامشروع و اعمال غیرقانونی دیگر سود تحصیل کند. علاوه بر این، به نظر می‌رسد مقررات سودمندی در اصول قراردادهای برای آنجا که کنوانسیون به طور شفاف تنظیم نشده است، وجود دارد.

## ۸. کاهش خسارت

اصلی شبیه آنچه انصاف نامبرده می‌شود، قاعده مشهور «کاهش» را توضیح می‌دهد. طرف زیان‌دیده نمی‌تواند خسارات از دست‌داده‌ای را ادعا کند که خودش می‌توانسته از آن جلوگیری کند. طرف زیان‌دیده نباید از ترک فعل خودش سود ببرد. هر یک از کنوانسیون و اصول قراردادهای، دارای قاعده کاهش است؛ گرچه آنها از حیث عبارت متفاوت می‌باشند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد قاعده کاهش اصول قراردادهای ادعای طرف زیان‌دیده را در دعاوی، وقتی کاهش می‌دهد که قصور طرف نسبت به کاهش دادن، به طور سببی با تلف در ارتباط باشد؛ در حالی که قاعده تنظیم‌شده کنوانسیون، برخی احتیاطها را در این باره در نظر می‌گیرد: «می‌تواند به میزانی که خسارت قابل پیشگیری بوده، مدعی کاهش خسارات گردد».

## اظهار نظرهای نهایی

تفاوت‌های بین کنوانسیون و اصول قراردادهای می‌تواند تا آنجا که به مفهوم عمومی حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی مربوط می‌شود، مورد بی‌توجهی قرار گیرد و برخی از تفاوت‌های لفظی، تأثیری در ماهیت ندارد.

هر یک از کنوانسیون و اصول قراردادهای تصدیق می‌کند که حسن نیت، در قراردادهای بین‌المللی به عنوان قاعده‌ای بااهمیت، دارای نقش است. علاوه بر این، هر یک از سندهای منحصراً به قاعده انتزاعی و کلی حسن نیت وابسته نیست، اما سعی می‌کند تا مفهوم آن را با قواعد ویژه بیشتری که اصل را به تفصیل توضیح می‌دهد،

1. Art.77 CISG; art.7.4.8. Principles.

تعیین کند.

گاهی اصول قراردادها ثابت می‌کند پشتیبان سودمندی برای تفسیر حسن نیت موجود در کنوانسیون است. با ترکیب کنوانسیون و اصول قراردادها چنین برداشتی می‌شود که حسن نیت در روابط تجاری بین‌المللی چه معنایی می‌بایست و می‌توانست داشته باشد.

## معرفی کتابهای منتشر شده و در آستانه نشر

مرکز پژوهش دانشگاه علوم اسلامی رضوی

۱. «جنایات علیه بشریت»

شناسنامه کتاب

نام کتاب: جنایات علیه بشریت

نویسنده: جفری رابرتسون

برگردان: گروه پژوهشی ترجمه

زیر نظر: دکتر حسین میرمحمدصادقی

ویراستار: محمود نظری پور

طراح جلد: محمدحجت احمدی زر

چاپ اول: ۱۳۸۳

شمارگان: ۱۵۰۰ نسخه

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی

بها: ۳۰۰۰۰ ریال

## ویژگیهای اثر

۱. منبعی ارزشمند در زمینه حقوق جزای بین‌الملل و جرم‌شناسی برای دوره‌های کارشناسی ارشد و دکتری؛
۲. داشتن نگاهی انتقادی به مسائل حقوق بشر و عملکرد نهادها و سازمانهای متکفل اجرای عدالت جهانی (بین‌المللی) و تأثیر قدرتهای بزرگ در آن؛
۳. پرداختن به اصلی‌ترین موضوعات حقوق بشر در قرن بیست و یکم.

## معرفی اجمالی

کتاب *جنایات علیه بشریت* اثر «جفری رابرتسون» در سال ۱۹۹۹ م. توسط نشر پنگوئن انتشار یافت. *آزادی، فرد و حقوق، حقوق مطبوعات و بازی عدالت* از آثار دیگر نویسنده است. وی از وکلای عالی‌رتبه دادگاههای انگلستان بوده و سعی فراوانی در دفاع از حقوق بشر و تحلیل موضوعات مربوط به حقوق جزای بین‌الملل داشته و در همین راستا کتاب *جنایات علیه بشریت* را به رشته تحریر درآورده است.

رابرتسون در دیباچه کتاب به تاریخچه و فلسفه حقوق بشر و معاهدات و میثاقهای گوناگون مربوط به آن می‌پردازد و در بخشهای دیگر کتاب، به تفصیل، «نظریه حقوق طبیعی»، «پیشرفتهای به وجود آمده پس از انقلابهای آمریکا و فرانسه و اعلامیه حقوق بشر»، «رویکردهای اندیشمندان قرن نوزدهم به حقوق بشر»، «نقش کمیسیون حقوق بشر و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، «حقوق مندرج در معاهدات بین‌المللی در زمینه حقوق بین‌الملل» (مانند آزادیهای فردی، حقوق اقلیتها، حقوق اقتصادی و اجتماعی)، «حقوق جنگ»، «تلاش در جهت محدود کردن سلاحها» (به‌ویژه سلاحهای شیمیایی و هسته‌ای)، «محاكمات نورنبرگ»، «رژیمهای مستبد در آمریکای لاتین و آفریقای جنوبی»، «دادگاه رسیدگی به جنایات جنگی و ضد بشری لاهه در خصوص یوگسلاوی سابق» و در پایان، «پرونده ژنرال پینوشه» را بررسی می‌کند.

کتاب «جنایات علیه بشریت» یازده فصل دارد و در پایان کتاب، پیوستهایی

مربوط به حقوق بشر نیز آورده شده است.

این کتاب توسط پژوهشگران گروه ترجمه آقایان صادق باقری، حسن رضایی خاوری، مهدی سیدزاده ثانی، عباس غنی‌زاده و علی یگانه، زیر نظر دکتر حسین میرمحمدصادقی ترجمه شده است.

## ۲. «قواعد فقه جزایی»

### شناسنامه کتاب

نام کتاب: قواعد فقه جزایی  
تألیف: گروه پژوهشی حقوق  
ویراستار ادبی: سیدرضا سجادی‌نژاد  
ویراستار فنی: محمدسعید رضوانی  
طراح جلد: جواد سعیدی  
چاپ اول: ۱۳۸۳  
شمارگان ۱۵۰۰ نسخه  
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی  
بها: ۱۳۰۰۰ ریال

### معرفی اجمالی

این کتاب مشتمل بر ده مقاله است که به کوشش پژوهشگران گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی آقایان صادق باقری، سیدحسین حسینی، یعقوب خاوری، سیداحمد سجادی‌نژاد، علی اصغر صائمی و غلام‌حیدر علامه به ثمر رسیده است:

۱. «قاعده فقهی»
۲. «قاعده درأ»
۳. «قاعده تجزی و جرم عقیم و محال»
۴. «تعزیر و رابطه آن با امر به معروف و نهی از منکر»

۵. «اضطرار از عوامل موجهه یا رافع مسئولیت»
۶. «پناهندگی» (استیمان)
۷. «اجتماع سبب و مباشر در دعاوی کیفری»
۸. «جایگاه دفاع مشروع در فقه و حقوق»
۹. «قاعده لا قود لمن لا یقاد منه»
۱۰. «قاعده لا یبطل دم امرء مسلم هدرأ»

### معرفی اجمالی

در مقاله نخست (قاعده فقهی)، به تعریف قاعده فقهی و رابطه آن با اشباه و نظایر فقهی پرداخته شده است. به عقیده نویسندگان، قاعده فقهی عبارت است از حکم کلی شرعی تطبیق پذیر بر مصادیق خارجی که ویژگی همه احکام است. نویسندگان در نهایت به این نتیجه رسیده است که کلی بودن احکام به لحاظ گستره و همگنی و ناهمگنی مصادیق متفاوت است و قواعد فقهی با اشباه و نظایر فقهی ارتباط ندارد. در مقاله دوم (قاعده درأ)، نویسندگان تصوّر رایج از «قاعده درأ» را خلاف اصول مسلم فقهی دانسته و بر این اعتقاد است که این قاعده، قاعده مستقلی نیست، بلکه دلیلی مضاعف بر اصل برائت و یا فرعی از آن است و هرگز نمی تواند حکم ثابت شده را بردارد.

در مقاله سوم (قاعده تجزی و جرم عقیم و محال)، نویسندگان «تجزی» و «جرم عقیم و محال» را که بین اصولیان و حقوق دانان مورد اختلاف است، مقایسه کرده و اقوال مختلف را نقد و بررسی کرده است.

در مقاله چهارم (تعزیر و رابطه آن با امر به معروف و نهی از منکر)، نویسندگان با پذیرش تعزیر (تأدیب) معصیت کار به عنوان یک اصل مسلم، آن را مرحله عملی امر به معروف و نهی از منکر می داند که شرایط و مراحل امر به معروف و نهی از منکر باید در آن رعایت شود.

در مقاله پنجم (اضطرار از عوامل موجهه یا رافع مسئولیت)، اضطرار که از موضوعات فقهی - حقوقی است و عمل غیر مشروع را به حکم ثانوی مشروعیت

می بخشد، بررسی شده و در پایان این نتیجه گرفته شده است که اضطرار در حقوق کیفری، عنصر قانونی جرم را زایل می کند و از عوامل موجهه جرم است، نه رافع مسئولیت.

در مقاله ششم (استیمان)، پناهندگی در حقوق بین الملل کیفری و پناهندگی در اسلام که دامنه آن گسترده تر است، مورد بحث واقع شده است.

در مقاله هفتم (اجتماع سبب و مباشر در دعاوی کیفری)، اجتماع سبب و مباشر و میزان تأثیر آنها در امور کیفری که از مباحث دشوار فقهی نیز می باشد، بررسی شده است.

در مقاله هشتم (جایگاه دفاع مشروع در فقه و حقوق)، به دفاع مشروع در فقه و حقوق پرداخته شده است. نویسندگان در این مقاله، دفاع مشروع را با توجه به شرایط آن از حقوق طبیعی و از مصادیق عدالت می دانند.

در مقاله نهم (قاعده لا قود...)، یکی از شرایط قصاص که قابل قصاص بودن ذی حق است، مورد بررسی واقع شده است. نویسندگان در این مقاله حداکثر دو مصداق «قصاص صغیر» و «مجنون» برای قاعده «لا قود» یافته است که فقط یک مورد از آنها (قصاص مجنون) مقبول فقهای امامیه است.

در مقاله دهم (قاعده لا یبطل دم...)، نویسندگان به بهانه قاعده «لا یبطل دم...» حمایت از بزه دیده در اسلام را که از موضوعات مدرن حقوق کیفری نیز به حساب می آید، مورد بررسی تطبیقی قرار داده است.

### ویژگیهای اثر

۱. بررسی موضوعاتی که اکثر آنها تا کنون با عنوان قاعده فقهی مطرح نبوده است؛
۲. ابداع و نوآوری در اکثر مباحث انجام شده؛
۳. بررسی تطبیقی آموزه های فقهی و حقوقی؛
۴. بهره گیری از مباحث اصولی؛
۵. بهره گیری از منابع دست اول اصولی، فقهی و حقوقی.

### ۳. «مفاهیم بنیادین حقوق کیفری»

#### شناسنامه کتاب

نام کتاب: مفاهیم بنیادین حقوق کیفری

نویسنده: جورج. پی. فلتنچر

برگردان: سیده مهدی سیدزاده ثانی

زیر نظر: دکتر علی حسین نجفی

ابرندآبادی

ویراستار: یعقوب خاوری

طراح جلد: جواد سعیدی

چاپ اول: ۱۳۸۳

شمارگان: ۲۰۰۰

#### معرفی اجمالی

کتاب *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری* در تقسیم‌بندی علوم جنایی، در حوزه حقوق جزای عمومی جای می‌گیرد. این کتاب برای آشنایی حقوق‌دانان و دانشجویان رشته حقوق، به ویژه حقوق جزا با آثار حقوق‌دانان و نظام‌های حقوقی غرب، مفید می‌باشد. در این کتاب، دوازده تفاوت اصولی در مفاهیم حقوق جزا در قالب دوازده پرسش مورد بحث قرار گرفته است که در هر نظام عدالت کیفری، ناگزیر از آنها بحث شده و به نحوی به کار گرفته شده است.

۱. قانون ماهوی کیفری و قانون شکلی کیفری چیست و تفاوت میان این دو نوع قانون در کجاست؟

۲. مرز میان مجازات‌های کیفری و ضمانت اجرای اجباری دیگر، همچون تبعید که به رغم سنگین بودن، کیفری محسوب نمی‌گردند، چیست؟

۳. در قوانین جزایی و دادرسی‌های کیفری، چه فرقی میان برخورد با متهم به عنوان عامل یا موضوع وجود دارد؟

۴. چه تفاوتی میان ضررهای عمدی و ضررهای ناشی از اتفاقات طبیعی وجود

دارد؟

۵. چه تفاوتی میان اثبات وقوع یک جرم و نسبت دادن آن به بزه‌کار معین و مسئول دانستن وی در برابر آن، وجود دارد؟

۶. تفاوت میان جرم و دفاع در کجاست؟

۷. جرایم عمدی و غیر عمدی را چگونه می‌توان از هم تمیز داد؟

۸. چرا دفاع مشروع و اضطرار، جزء علل موجهه جرم به شمار می‌آید و این دو چه فرقی با هم دارند؟

۹. چرا برخی از اشتباهات رافع مسئولیت کیفری است و برخی دیگر این‌گونه نیست؟

۱۰. چگونه می‌توان میان جرم تام و شروع به جرم و یا سایر جرایم ناتمام فرق گذاشت؟

۱۱. فرق میان مباشر جرم و کسی که صرفاً در جرم معاونت داشته، چیست؟

۱۲. در جریان امور کیفری، چگونه می‌توان میان قانون و عدالت فرق گذاشت؟ این کتاب به بیان مجموعه‌ای از تفاوت‌های اساسی در مفاهیم حقوق جزا پرداخته است که در ساختار بنیادین تمام نظام‌های کیفری دیده می‌شود. با فهم ساختار عمیق و جهانی حقوق جزا می‌توان اثرات سوء گرایش به مکتب تحقیقی در دهه‌های اخیر را کاهش داد.

این کتاب اثر «جورج. پی. فلتنچر» استاد حقوق دانشگاه‌های کلمبیا، مسکو، بروکسل، فرانکفورت و... می‌باشد که در سال ۱۹۹۸ م. انتشار یافت و در میان حقوق‌دانان کیفری آمریکا موقعیت ویژه‌ای دارد. کتاب *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری* به زبان‌های اسپانیایی، روسی و ایتالیایی ترجمه شده و با استقبال گسترده‌ای مواجه شده است. ترجمه فارسی این کتاب نیز که در گروه پژوهشی ترجمه دانشگاه علوم اسلامی رضوی به پایان رسیده است، به زودی به زیور طبع آراسته شده و در اختیار علاقه‌مندان مسائل کیفری قرار می‌گیرد.

# معرفی پایان نامه‌ها

نقش و اثر اضطرار در حقوق مدنی 

دانشجوی: حسن نوری شوراب علیا       استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی  
 تعداد صفحات: ۱۲۴       استاد مشاور: دکتر حسینی مدرّس

بر اساس مقرّرات تصریح شده در موادّ ۲۰۳ و ۲۰۶ ق.م.، معاملات مکرّه، غیر نافذ، اما اقدامات فرد مضطر، صحیح و معتبر است. در عدم نفوذ معاملات ناشی از اکراه به عدم تعادل وضعیت روحی تهدید شده [مکرّه] و در نتیجه، مخدوش شدن رضایت وی استدلال شده و در صحّت و اعتبار معاملات اضطراری گفته شده است که همه شرایط اساسی صحّت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. موجود بوده و قانون‌گذار با توجه به توسعه و امتنان بر مضطر، معاملات او را صحیح دانسته است تا موجبات تضییق و استیصال بیشتر او پیدا نشود و به صورتی از وی رفع پریشانی گردد. مشکل وقتی ظهور و بروز پیدا می‌کند که شخصی از روی کینه‌ورزی و زیاده‌خواهی با آگاهی و اراده نامشروع، بخواهد با دخالت مؤثر در ایجاد موقعیت

اضطراری و یا سوء استفاده از وضعیت اضطراری، تعهد سنگین و غیر متعارفی را بر شخص مضطر تحمیل کند.

در این تحقیق سعی شده است با استفاده از متون و مقررات قانونی و مبانی فقهی آنها و الهام از روح و مناظ احکام معاملات، چاره‌اندیشی شود که آیا می‌توان در راستای توسعه و امتنان در برخی شرایط و اوضاع و احوال، معاملات مضطر را نیز غیر نافذ و ناصحیح دانست یا خیر؟

کلید واژگان: اراده، اختیار، اضطرار، اکراه، لصل و لزوم و صحّت معاملات.

### اضطرار و اکراه در حقوق جزای ایران و فقه امامیه

✓ دانشجو: سیدمحسن موسوی فر □ استاد راهنما: دکتر حسین میرمحمدصادقی  
□ تعداد صفحات: ۲۴۱ □ استاد مشاور: دکتر محمدعلی اردبیلی

اضطرار و اکراه، دو موضوع از عنوانهای ثانویه در فقه امامیه و آثار حقوق دانان است و به تبع آن در قوانین مصوّب کشور وجود دارد. مفهوم، نقاط مشترک و نقاط تمییز بین دو عنوان ذکر شده و نیز فرق آنها با اجبار جای بحث و مذاقّه فراوان دارد.

منابع فقهی و نظرات حقوق دانان و نیز انعکاس آنها در تدوین قانون جزای ایران از مسائل دیگری است که به نظر می‌رسد با توجه به گذشت زمان، به تحقیق و تفحص جدید نیاز داشته باشد.

هدف این پژوهش، رفع پاره‌ای ابهامها از عنوانهای مورد بحث و اشاره به کاستیهای موجود در قوانین مصوّب و نقد و بررسی برخی از آرای فقها و حقوق دانان است تا افقهای جدیدی فراروی دانش پژوهان قرار گیرد.

در این رساله تلاش شده است با مطالعه و بررسی تمامی منابع موجود، آثار حقوقی و بسیاری از نظرات فقهی قدیم و جدید علمای امامیه، بعضی از این نظرات نقد و پاره‌ای دیگر جرح و تعدیل شود. همچنین با بررسی رابطه تنگاتنگ بین فقه امامیه و حقوق جزای ایران، منابع و ادلّه مواد قانونی موجود را از منظر فقه توضیح داده شود تا گامی در راه اعتلا و غنای علم حقوق برداشته شود.

کلید واژگان: اضطرار، اکراه، فقه امامیه، حقوق جزا، مسئولیت، جرم، قوانین و مقررات.

### سیاست جنایی مبتنی بر حمایت از بزه‌دیده و جایگاه بیمه در آن

✓ دانشجو: سیدمحمدناصر میرقعی □ استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی  
□ تعداد صفحات: ۲۷۰ □ استاد مشاور: دکتر عباس شیخ‌الاسلامی

چندی است موقعیت واقعی و تعیین‌کننده بزه‌دیده به عنوان یکی از ارکان اصلی پدیده مجرمانه، مورد توجه صاحب‌نظران علوم جنایی قرار گرفته است. پیدایش علم نوینی با عنوان «علّت‌شناسی جنایی» به عنوان یکی از شاخه‌های جرم‌شناسی، تحوّل شگرف را در نحوه نگرش به پدیده مجرمانه، به ویژه مجنی علیه، ایجاد کرده است. اما نوع دوم آن، «بزه‌دیده‌شناسی حمایتی»، سیاست جنایی کشورها را تحت تأثیر یافته‌های خود قرار داده و حمایت از بزه‌دیده را در کنار اجرای سیاستهای پیشگیرانه مورد توجه قرار داده است.

بارزترین این حمایتها، ضرورت اعاده وضعیت به حال سابق، جبران خسارتها و ترمیم ضایعات مادی و غیر مادی وارد بر بزه‌دیده است. تحقق این امر، در گام نخست، از طریق الزام مسبب و مرتکب جرم به اعمال یکی از موارد فوق و در صورت تعذر وی، از سوی منابع جایگزین اعم از دولتها، انجمنهای خیریه و مؤسسه‌های بیمه مورد توصیه قرار گرفته است. قابلیت‌های مؤسسه‌های بیمه در جبران خسارت‌های مادی گسترده و در ترمیم آلام و ضایعات غیر مادی نیز به صورت نسبی انکارناشدنی است.

مشارکت عمومی و تأکید بر حمایت و دلجویی از بزه‌دیده، شکلی رسمی به خود گرفته و در برخی از کشورهای پیشگام در اجرای سیاست جنایی مبتنی بر حمایت از بزه‌دیدگان، به تدریج، منطق بیمه‌ای جایگزین منطق کیفری گشته است. این رویکرد، سبب شده است، نگرش جدیدی به نقش بیمه در اجرای هر چه وسیع‌تر اقدامات حمایتی از بزه‌دیدگان به وجود آید.

کلید واژگان: بزه‌دیده، بزه‌دیده‌شناسی، سیاست جنایی، میانجی‌گری، حقوق بیمه.

## جرایم اقتصادی

☑ دانشجو: رضا دانشور ثانی □ استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا  
□ تعداد صفحات: ۲۷۷ □ استاد مشاور: حجة الاسلام والمسلمین دکتر محقق داماد

«جرایم اقتصادی» از محدود جرایمی است که به رغم سنتی بودن برخی از مصادیق آن، مورد توجه حقوق دانان در دهه‌های اخیر قرار گرفته است؛ زیرا هر چه زندگی انسان به اقتصاد وابسته‌تر و نیاز انسان به اقتصاد شدیدتر می‌گردد، آماده کردن بستر جامعه برای فعالیتهای اقتصادی سالم و جلوگیری از مفاسدی که این فعالیتها را به خطر می‌اندازد، بیشتر احساس می‌شود. شناسایی این مفاسد و جرم‌انگاری در خصوص آن از دغدغه‌های قوای مقننه کشورهای است. در حیطه فعالیتهای اقتصادی، آنچه باعث می‌شود یک عمل، به عنوان عملی مفسده‌انگیز تلقی شود، مضر بودن آن عمل و وارد کردن ضرر به جامعه و افراد جامعه است؛ از این رو، واژه «ضرر» همیشه با جرایم اقتصادی همراه است و بدون ضرر جرمی با عنوان جرایم اقتصادی محقق نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، از اجزای اساسی تشکیل دهنده عنصر مادی این جرایم، ضرر است.

کلید واژگان: جرایم اقتصادی، ضرر.

## تعرّض به سند و نحوه رسیدگی به آن در حقوق ایران

☑ دانشجو: جعفر پوربخشان □ استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی  
□ تعداد صفحات: ۴۱۶ □ استاد مشاور: دکتر حسینی مدرّس

در این تحقیق، موضوع «تعرّض به سند و نحوه رسیدگی به آن در حقوق ایران»، به کاوش گذاشته شده است که شامل فرآیند قضایی و تحلیل حقوقی آن (از مرحله ارائه سند به دادگاه و نحوه استناد به آن در محاکم تا آثار مترتب بر رسیدگی به

تعرّض به سند) می‌باشد.

فرضیه‌های این تحقیق عبارت است از:

۱. مقررات حاکم بر ارائه و استناد به سند در محاکم، از مجموعه نصوص قانونی و آثار حقوقی موجود، قابل استخراج و انتظام علمی می‌باشد.
  ۲. واکنش به آسناد ابرازی در محاکم، قابل طبقه‌بندی علمی بوده و با مباحث تعرّض به سند و رسیدگی به آن، ارتباط مستقیم دارد.
  ۳. تعرّض به سند، از نظر انواع، محدودیتها و قواعد حاکم بر آن، مستقلاً قابل مطالعه است.
  ۴. شرایط، چگونگی، ترتیب مراحل و آثار رسیدگی به هر یک از انواع تعرّض به سند، قابل نظم‌بخشی علمی است.
  ۵. مفاهیم حقوقی، قابلیت ترسیم و تصویرسازی را دارد و می‌توان شعار محوری عصر «انفجار اطلاعات» را مبنی بر اینکه یک تصویر، مساوی با هزاران کلمه است، محقق ساخت.
- روش انجام دادن این تحقیق، با دو شیوه کتابخانه‌ای و میدانی انجام یافته است. نتایج حاصل از این تحقیق عبارت است از:
- الف) در موارد متعددی، استفاده از تصویرسازی (در قالب نمودار و اشکال هندسی) برای ارائه انبوهی از مفاهیم و مباحث پیچیده حقوقی، انجام شده است و این موضوع، می‌تواند تحوّل تازه‌ای در ادبیات حقوقی معاصر پدید آورد و باب استفاده از تکنولوژی آموزشی و نظریه‌های علمی یادگیری را در نحوه ارائه مطالب حقوقی بگشاید.
- ب) درباره نحوه ارائه سند به دادگاه و نیز قواعد حاکم بر استناد به آن در محاکم، انواع اشکال و قواعد آن، اثبات و استخراج شده است که عمدتاً، در آثار و ادبیات حقوقی مربوط سابقه نداشته است.
- ج) مباحث تعرّض به سند، به مثابه زیرمجموعه مدخلی جدید در آیین دادرسی مدنی با عنوان «واکنش به سند»، نظمی علمی به خود گرفته است.
- د) انواع، محدودیتها و قواعد حاکم بر هر یک از اشکال تعرّض به سند، با



انسجامی علمی و کم نظیر، آرائه و اثبات شده است.

هـ) شرایط، ترتیب، مراحل و آثار رسیدگی به هر یک از اشکال تعرض به سند، در قالبی علمی و منظم، مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است.

کلید واژگان: سند، ارائه سند، استناد به سند، واکنش به سند، واکنش به تعرض، دایره دفاعی، دایره تعرض، تکذیب (انکار و تردید، سکوت و اظهار جهل)، جعل، تعرض ایرادی، تعرض دفاعی، الگوی عمومی رسیدگی، ترسیم هندسی مفاهیم، شرایط عمومی رسیدگی به تعرض، آثار تعرض به سند.

# تَرْجَمَةُ حَكِيمِهَا

## موجز المقالات

### كيفية القوانين الساعدة القتل غير العائد التاجم من السياقة و تعدد السبب (المصداق العلمي و التطبيقي)

□ الدكتور إيرج گلدوزيان، أستاذ في كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة طهران

إنّ الحدث القانوني عند ما يحدث ففي بعض الأحيان، فضلاً عن أسباب عديدة، لها دور في نشوءها؛ يمكن أن يخضع لأحكام أو عناوين إجرامية أخرى مما يوسّع نطاق الإجراءات المتعلقة به. فإنّ تقدير الأحكام العقوبية - القانونية الساعدة هذه الأحداث و كذلك تعيين النسبة لكلّ من الأسباب الدخيلة في الحادث، قضية هامّة، و في نفس الوقت صعب و معقد للغاية.

تمّ في هذا المقال معالجة هذا الموضوع و كيفية أحكام تسود القتل غير العائد التاجم من السياقة بينما كان للأسباب الأخرى سوى حادث السير، دور في وقوع الحادث القانوني. فهذه الدراسة تستخدم الأسلوب التطبيقي في معالجة أحداث السير التي تتنوع أسبابها و استلهاماً هذا الأسلوب، تمّ تعيين نسبة التقصير لكلّ من

المفردات الرّئيسة: القانون الحاكم، القتل غير العائد، تعدّد السّبب، أسباب الضّمان.

## مع العدالة التّصويبيّة في إنجازها الحديث: التّأمين بدل العقوبة

□ السّيّد محمّد ناصر مبرقي

تمثّل الدّراسات المُنجزة في حقل العلوم الجنائيّة خلال العقود المتأخّرة أنّ توسيع مجال التّدخل للتّرتيب العقوبيّ والاعتماد البحث على الأساليب الموصاة في نظام العدالة العقوبية التقليديّة كالأسلوب المكافئ وحتّى الأسلوب التّأديبيّ، لا يقدران على ما يقنع الرّأي العامّ من توفير أجواء أمنيّة وهادئة للمواطنين.

وبعبارة أكثر وضوحاً أنّه ظهرت حالياً نواقص نظام العقوبات التّقليديّ بصورة جليّة، وذلك لأنّ هذا النّظام يواجه صعوبات تُحقّق عدم براعتها؛ منها تكثّف الإضبارات في المحاكم؛ ومنها التّضخّم العقوبيّ التّاجم من تضخّم الملقّات؛ ومنها قلّة الإمكانات للمعالجة القضائيّة. ومن جانب آخر قلّة الاعتناء بضحيّة حدث الجانح كواحدة من الأركان الأصليّة في الظّاهرة الإجراميّة، واجهت النّظام العقوبيّ القمعيّ بطرق مسدودة كثيرة؛ لأنّ السياسات الإجراميّة ونتاجها السّريعة المُستهتجة في النّظام التّقليديّ للتّرتيبات العقوبية، وإنّ تتمتع ببعض الآثار والمغبات الإيجابيّة من الوجهة الوقائيّة للحوادث دون ارتكاب التّصرّفات الإجراميّة ومن عقوبة الجانحين؛ إلّا أنّ هذه السياسات لا تقدر على تعويض ما يعانیه ضحايا التّصرّفات الإجراميّة من أحاسيس مجروحة، وشعور مُمتعض، سوى أثر ضئيل جداً.

إنّ بزوغ فرع ضحيّة حدث الجانح من جانب، والاهتمام بدور ضحيّة حدث الجانح في تكوين الجرم من جانب آخر، يفتحان منافذ الأمل أمام الجميع ولا سيّما ضحايا حدث الجانح؛ لأنّ هذا الأفق الحديث سوف يودّي إلى الاعتناء بموقعهم في المجتمع وماربهم وأساليب رعايتهم. وبهذه الصّورة سوف ترسم العمليّة التبدليّة في الاتّجاه الحديث في ظلّ شعار رعاية ضحيّة حدث الجانح والاعتماد على النّظام الترميميّ بدل النّظام التّقليديّ للعدالة التّصويبيّة، ترسم منظراً جديداً لكلّ من

المهتمّين بقضايا ضحايا حدث الجانح ومفكّري العلوم الجنائيّة.

إنّ هذا الاتّجاه الحديث، أي التّأمين بدل العقوبة، يمثّل كفاءات جديدة للانتباه تبشّر بالخير، ألا وهي إجراءات مؤثّرة لصالح ضحايا حدث الجانح.

المفردات الرّئيسة: المنطق التّأمينيّ، العدالة التّصويبيّة، مشروع رعاية المعانين من حدث الجانح، المصادر البديلة، تعويض الخسائر وتصويبها.

## حسم التّداعيّات الاستثماريّة من خلال تحكيم «ايكسيد» و ضرورة التحاق إيران به

□ الدّكتور محمود جلاليّ

□ أستاذ مساعد في جامعة إصفهان

إنّ «اتّفاقيّة ايكسيد» من أهمّ الاتّفاقيّات في حقوق الاقتصاد الدّوليّة باعتبارها تعترف بالأشخاص كالرّعايا للقانون الدّوليّ. ورغم قلّة الاهتمام بقضيّة الاستثمار في الماضي بيد أنّ البلدان غيّرت رؤيتها تجاه هذه المسألة من أواسط الثّمانينات وانطلاقاً من وجهات نظر مشابهة متزايدة في هذا المجال؛ فإنّ الدّول قد أخذت قراراً لتتعامل وقضيّة الاستثمار الأجنبيّ الخاصّ، تعاملًا قانونيّاً. وبالتّالي وجد الاستثمار الأجنبيّ موقعاً في دساتير البلدان العالميّة فانبثقت اتّفاقيّات ثنائيّة فأكثر على الصّعيد الدّوليّ التي تدلّ على الاتّجاه الإيجابيّ عند بلاد العالم لحسم هكذا التّداعيّات. وإنّ هذه النزعة المتشابهة ولا سيّما في مجال تحرير الأنظمة الاستثماريّة ورعاية المستثمرين، تلفت الانتباه. فضلاً عن ذلك، هناك ملحوظة يجدر ذكرها وهي أنّ المحور المرضيّ والمعتمد عليه لدى الجميع هو تحكيم ايكسيد كوسيلة مختارة مفضّلة لحسم التّداعيّات الماليّة، وما هو إلّا بسبب ميزات تتميّز بها اتّفاقيّة ايكسيد؛ منها «المرونة»، و«مستوى الاعتماد»، و«السّرعة والبراعة»، و«أكثر تخصّصاً من أساليب أخرى»، و«كلفة قليلة» و«السّريّة».

ورغم أنّ بلادنا، إيران لمّا تلتحق باتّفاقيّة ايكسيد، إلّا أنّها لم تكن تُستثنى من هذا التّوسيع؛ لأنّها شهدت تطوّرات كثيرة خلال السّنوات المنصرمة يمكن رصدها عبر

مطالعة موادّ قانونيّة صادقت عليها المراكز المعنويّة في مجال الاستثمار الأجنبيّ و من ذلك ما يلي: التسهيلات والضمانات تتعلّق بالاستثمار الأجنبيّ والإصلاح في كثير من الإجراءات ك: «قوانين التّحكيم التجاريّ للبلاد»، و «السياسات التّقديةّ والعملية»، و «المنافسة الاقتصادية»، و «محاولة الإطاحة بالاحتكارات الاستثماريّة».

وأخيراً فإنّ إحدى طرق جذب الاستثمار و تحفيزه في البلاد هو إعطاء ضمانات قانونيّة مناسبة ك: «الأمن الحسيب للاستثمارات الأجنبية». فيمكن أن يكون قبول نظام ايكسيد للتّحكيم والاعتراف به، خطوةً إيجابيّةً لهذه القضية الهامّة في إيران.

المفردات الرئيّسة: اتّفاقيّة ايكسيد، الاستثمار، التّحكيم، القانون الدوليّ، إيران، حسم التّداعيات.

## تقييم الحكم الصّارم عند محكمة العدل الدوليّ حول ملفّ المنصّات النفطية الإيرانية

□ الدكتور محمّد عليّ ياك شير  
□ أستاذ مساعد في وزارة العلوم والبحوث والتّقنية

إنّ الهجمات العسكرية الواسعة الأميركيّة ضدّ المنصّات النفطية الإيرانية في الخليج الفارسيّ في أخرى الحرب المفروضة العراقية ضدّ الجمهورية الإسلاميّة الإيرانيّة، أسفرت عن خسائر اقتصادية فادحة على تصدير التّفط الإيرانيّ، بيد أنّ الحكومة الأميركيّة العاشمة، انطلاقاً من غطرستها، تنصّلت عن أيّة معبّة قانونيّة حيال اعتداءها السّافر؛ و هذا التّنصّل المتغطرس ممّا دفع الجهات المعنويّة في الجمهورية الإسلاميّة إلى مطاردة القضية على الصّعيد العالميّ وذلك من خلال القضاء الدوليّ المتجسّد في محكمة العدل الدوليّ. وهذه المحكمة أصدرت رأيها الأخير عن إضبارة المنصّات التّفطية الإيرانية و ذلك بعد فترة زمنيّة طويلة استغرقت أحد عشر عاماً، بينما هذه الفترة لم يسبق لها مثيل منذ إنشاء محكمة العدل الدوليّ. وعلى الرّغم من أنّ المحكمة في رأيها الأخير، و خلال عبارات قانونيّة، رفضت مطالب إيران الرّسميّة، لكنّها ذكرت

ضمن قسم عظيم من أدلّتها أنّ الغارات العسكريّة الأميركيّة كانت غير شرعيّة، الأمر الذي حقّق مطلب إيران الضّمنيّ.

و جاء هذا المقال ليحلّل أدلة المحكمة الدوليّة خلال ثلاثة مستويات هي: «رفض طلب الغرامة من قبل إيران»، و «رفض طلب الغرامة من قبل إمريكا»، و «رفض دعوى إمريكا على أنّها هاجمت المنصّات التّفطية الإيرانية كدفاع شرعيّ». فيما أنّ الحكم الصّادر من قبل المحكمة يعاني نواقص قانونيّة، فهناك طرق أمام الحكومة الجمهوريّة الإسلاميّة لمطاردة هذه القضية للوصول إلى حلّ يودّي إلى دفع إمريكا لتخضع أمام القانون الدوليّ و من جرّاء ذلك تستردّ الجمهورية الإسلاميّة حقّها.

و في نهاية المطاف تمّ الاقتراح على الحكومة الجمهوريّة الإسلاميّة أنّ تطالب إمريكا غرامة الخسائر التي فرضتها على إيران من جرّاء تحطيم منصّاتها النفطية، و ذلك من أجل أن يكون مستوى مطالب الطرفين متعادلاً و على أساس الاستناد إلى البند الأوّل من حكم المحكمة الصّارم.

المفردات الرئيّسة: محكمة العدل الدوليّ، معاهدة الصّداقة و المودّة لعام ١٩٥٥ م، حرّبة التجارة و الملاحة، الدّفاع الشرعيّ، الغرامة، المسؤولية الدوليّة.

## مفهوم الالتزامات الإيجابية في سياسة المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان

□ محمّد رضا ويژه  
□ طالب في مرحلة الدكتوراه في فرع القانون الدوليّ في جامعة «نانت» الفرنسيّة

منذ فترة ظهرت على ساحة القانون الدوليّ نظريّة تسمّى «نظريّة الالتزامات الإيجابية» و هي طُرحت كاستراتيجية لتطوير حقوق الإنسان. و على أساس هذه النظريّة فإنّ الدّول ليست فاترة منفعة أمام حقوق الإنسان، بل يجب عليها أن تمارس نشاطاً فاعلاً لتحقيق هذه الحقوق، و ذلك ينطلق من التزامها بالتّدخل في حقوق الإنسان؛ و إنّ الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان قد تبلورت بغية الدّعم المتفعل للإنسان؛

و بالطبع يجب تفسيرها في هذا الاتجاه، أي الصيانة من حقوق الإنسان على المستوى الدولي. فنظرية الالتزامات الإيجابية، وهي كأداة لتحقيق هذه الغاية المنشودة، جديرة بالاعتناء جداً ولا سيما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كمنظمة قضائية لدعم حقوق الإنسان في أوروبا، قد استخدمت هذه النظرية في إطار واسع. ولا ننسى أن استخدام هذه النظرية يتوقف على تفسير حركي متكامل تدلي به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وفي الحقيقة، استلهاماً من التفسير الآنف، فإن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وثيقة حركية تواكب التطورات الاجتماعية. واستثمار الالتزامات الإيجابية أيضاً يطرح نفسه في هذا الاتجاه، أي الحفاظ على حقوق الإنسان خلال ما يطرق على المجتمع البشري من مستجدات وهذا الاستثمار يهدف إلى توسيع الصيانة من حقوق الإنسان وتعميقها طبقاً لما تضمنه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

فالاعتراف بهذه الالتزامات و تمهيد الأرضية لتنفيذها من قبل الدول، بحاجة إلى استخدام أصول وأساليب خاصة بها، كأصل الانسجام، وأصل نطاق تقييم الدول من قبل المحكمة. وهذا هو ما فضلناه خلال دراستنا التفصيلية في هذا المقال.

المفردات الرئيسية: الالتزامات، حقوق الإنسان، المحكمة الأوروبية، الوثيقة، الدعم.

### وقفة نقدية مع المصادر العقدية لقانون الصراعات المسلحة غير الدولية

□ محمد حسين رضاني قوام آبادي

إن الحروب الدولية والأهلية تخلف زبغانات كثيرة: نزعة الأواصر القانونية لكل من المواطنين والحكومات. وهذه المغيبات دفعت الفقهاء القانونيين والمنظمات القانونية المختلفة إلى تخصيص كمية ضخمة من جهودهم بالحيلولة دون شن الحرب، وتكوين الإجراءات و ضمانها التنفيذي. وكذلك صياغة السلطات المعالجة لهذه الموارد؛ وما ذلك كله إلا إذا لزم الأمر من اندلاع النزاعات المسلحة، يُستخدم ذلك للحد من حرّية الخيار عند الأطراف المتنازعة في استخدام الأساليب الحربية

وأدواتها حتى يمكن الذود عن ضحايا الحرب ورعاية حقوقهم.

إن المقال هذا، يعالج ائتلاف المصادر العقدية التي تسود الخصامات غير الدولية وتوسيعها التدريجي ويشير إلى ميزاتها الإيجابية و نواقصها، وبذلك يمثل أن ائتلاف ميثاق المحكمة العقوبية الدولية عام ١٩٩٨ م.، واعتبار الجرائم المرتكبة للنزاعات غير الدولية في لائحة الجرائم الحربية، أحداثاً تطوراً ملحوظاً واسعاً بالنسبة إلى تكوين القوانين المرتبطة بهذه الصراعات وأدّى إلى توسيع هذه القوانين.

المفردات الرئيسية: الصراعات المسلحة غير الدولية، ميثاق جنيف الأربعة، الجرائم الحربية، القوانين الدولية الإنسانية، المحكمة الدولية للعقوبات.

### عدم كفاءة الاستناد بالاعتراضات على الوثائق التجارية

□ حسن نوري

إن هذا المقال مجهود لتعريف «أصل عدم الاستناد إلى الاعتراضات على الوثائق التجارية» وتبيينه، و تم ذلك خارجاً من إطار نظام قانوني خاص. و تم فيه أيضاً دراسة عن خلفيّة كل من مفهوم الأصل، و مناطه و نطاقه، ثم الإشارة إلى مكانة هذا الأصل في القانون الإيراني، و ذلك أن القانون الخاص الإيراني يعتمد بصورة عامّة على دعم المالك و لأجل ذلك فإن عدم كفاءة الاستناد بالاعتراضات على الوثائق التجارية كأصل، يفقد المصادقية القانونية فضلاً عن أن الأسلوب القضائي في هذا الصدد يعاني الزعزعة؛ فإذن لا يوجد أي دليل لتحقيق «الأصل» في القانون الإيراني سوى «المبدأ»؛ فميثاق ١٩٣٠ م. لجنيف أنسب قاعدة لتعويض صمّت المقنن الإيراني في هذا المجال.

و في القسم الأخير من المقال تم بيان شروط تحقق الأصل و مستثنياته و ذلك خلال أمور خمسة.

المفردات الرئيسية: القانون التجاري، الوثيقة التجارية، عدم كفاءة الاستناد بالاعتراضات.

governments. This has caused the lawyers and different legal institutions -in order to prevent the outbreak of war- to allocate a substantial amount of their efforts to codification of regulations and sanctions as well as setting up authorities (courts) to deal with these cases so that in case of the outbreak of armed hostilities, they would restrict the belligerent parties' freedom of choice in applying martial instruments or methods and to defend the rights of its victims.

This article deals with the formation of the contractual sources governing non-international disputes and their gradual development. Then, by referring to their positive features and defects, it shows that the formation of the International Criminal Court statute in 1998 A.D. and inserting the perpetrated offences of the aforementioned disputes in the domain of war crimes, has established a great change concerning the codification of provisions due to these conflicts and has developed it.

**Key words:** Non-international armed hostilities, The common clause 3 of the Geneva fourfold conventions, War offences, Philanthropic international law, International Criminal Court.

## The Principle of Non-attributability to Objections in Commercial Papers

□ *Hasan Nuri*

This article is an effort to present a definition and a description of "the principle of non-attributability to objections in commercial documents" out of the framework of a particular legal system.

Therefore, certain explanations will be offered concerning the concept, basis and scope of this principle. Then, it refers to the position of this principle in Iranian law, that is to say, generally, the private law of Iran is based on the theory of proprietor protection and the principle of non-attributability to objections within the limits of commercial papers lacks any legal proof. Furthermore, the judicial precedent is also unstable with respect to it. Thus, the sole evidence or reason of proving this principle in Iranian law is a doctrine. Then in order to determine the scope of the principle, the Geneva Convention 1930 A.D. is the most appropriate rule to compensate the legislator's silence. At the final part of this article, the conditions for achievement of the principle as well as its exclusions will be expressed within five sections.

**Key words:** Commercial law, Commercial document, Non-attributability to objections.

rejection of America's request for damages, (b) refusal of America's request for damages and (c) rejection of America's claim for legitimate defence and considering the potential capacity of this judgement, the solution existing in front of Iran will be evaluated. finally, it has been proposed that in order to strike balance between the two parties' amount of demands and by virtue of section 1 of the court's final judgement, the government of the Islamic Republic of Iran should demand reparation from American government for destruction of its oil platforms.

**Key words:** The International Court of Justice, The Affection and Friendship Treaty of 1955 A.D., Commercial and shipping freedom, Legitimate defence, Indemnity, international liability.

## The Concept of Positive Obligations in the Procedure of The European Court of Human Rights.

□ *Mohammad Reza Vizheh*

□ *Ph.D. student of international law in Nant University of Paris*

It is a long time that "the theory of positive obligations" has been proposed as a modern solution in promotion of human rights. According to this theory, the governments are not indifferent and passive towards the achievement of human rights but they actively and responsibly participate in achievement of these rights. The European Treaty of Human Rights formed to support humanity. Therefore, its interpretation should be also done in this direction and

respect. The theory of positive obligations, as a means for achievement of this goal, is worth observing and heeding, particularly, because The European Court of Human Rights -as a judicial institution for protection of human rights in Europe- has also applied this theory widely. The application of these obligations is owed to the court's dynamic and evolutionary interpretation of The European Treaty of Human Rights. Indeed, by means of this interpretation, The European Treaty of Human Rights is a dynamic document which progresses along with social changes. Tacking advantage of positive obligations is also in this direction and with the intention of expanding and deepening the protection of rights proposed in The European Treaty of Human Rights. Establishing these obligations and the mode of their performance by governments requires application of principles and procedures, such as the principles of suitability and the scope of governments' evaluation, by the court which would be examined in this article in detail.

**Key words:** Obligations, Human Rights, The European Court, Document, Protection.

## Certain Deliberations on the Contractual Sources of Non-international Armed Conflicts Law

□ *Mohammad Hoseyn Ramazani Ghavam Abadi*

International and non-international (Civil) wars, result in many abnormalities including disruption of legal relations of individuals and

economic international law which recognizes individuals as subjects of international law. Unlike the countries' less attention towards foreign investment in the past, they, from the middle of 1980 s, have increasingly taken similar viewpoints on legal behaviour as to private overseas investment. This can be seen nicely in countries' national law with respect to investment, their bilateral or multilateral international treaties and their positive approach towards the settlement of these actions. These similarities, particularly in connection with the emancipation of investment regimes and supproting the investors, are considerable. Furthermore, a noticeable point which exists in these changes, is the particular status of arbitration as an electoral and preferred means for the settlement of claims through a third party. This -the particularity of status- is because the arbitration, compairing to other methods for the settlement of litigations, possesses certain distinctive advantages, including flexibility, reliability, speed and efficiency, being more specialized, little expenses and privacy. Although Iran hasn't become a member of ICSID yet, it hasn't been excluded from this development. In recent years many changes have been made in its regulations relative to this subject. For instance, we can refer to the facilities and guarantees provided for foreign investment as well as reformations made in regulations concerning commercial arbitration, monetary and currency policies, establishing commercial competition and trying to remove monopolies.

One means to attract and encourage foreign investment is the creation of appropriate legal guarantees, including sufficient security

for foreign investment.

Admission of ICSID system of arbitration may certainly be a positive step towards this goal in Iran.

**Key words:** ICSID convention, Investment, Arbitration, International law, Settlement of disagreements.

## **Evaluation of Final Judgement of the International Court of Justice with Respect to the Case of Iranian Oil Platforms**

□ *Dr. Mohammad Ali Pak Shir*

□ *Assistant Professor of the ministry of sciences investigations and technology*

Military massive attacks of America to Iranian Oil Platforms in the Persian Gulf towards the end of the Iraq imposed war against Iran, infliction of heavy economical losses and damages on oil exportation of Iran and America's abstention to admit the judicial effects of its responsibility, drew the attention of those who are in charge pursuing Iran's international suits to resort to international judicial proceeding. Eventually, in the case of oil platforms, the international court of justice after 11 years, the longest period of proceeding, gave his final judgement in favour of America. Although the court in its final judgement and within the framework of legal words and expressions gave a negative reply to Iran's official demands, it met Iran's tacit request -announcing illegality of the military attacks of America- by appropriating a substantial part of its arguments to it. In this article, by analyzing the court's arguments in three levels (a)

The aforementioned article deals with this subject and examines practically the quality of legislations governing the manslaughter caused by driving when it has been created as a result of plurality of causes.

Moreover, the article defines the related provisions and the amount of faults existing in each factor.

**Key words:** Governing law, Manslaughter, Plurality of causes, Causes of Guarantee.

## **Transition from Criminal Logic to Insurance Logic (Modern Achievement of Restorative Justice)**

□ *Sayyid Mohammad Nasir Mobarghai*

Researches made in the field of criminal sciences in recent few decades indicate that the expansion of the scope of criminal system and mere reliance on the procedures recommended within the classical criminal justice system -including both retributive and rehabilitative form- can not, as it is expected, be accountable to people and public opinion and also may not ensure a secure and peaceful atmosphere. Clearly speaking, nowadays, the defects of the traditional criminal system -which has faced so many difficulties arising from the density of cases, criminal inflation and shortage of facilities- has completely become obvious. On the other hand, being inattentive to the victim, one of the most essential elements and pillars of criminal phenomenon who enjoys a particular status, has

confronted the repressive criminal system with different deadlocks; because, though the storm - like policies and consequences of the attempts of this system have not been ineffective, the -from the viewpoint of prevention and punishment- have had the least effect in mending, redressing and healing the injured feelings and affections of the crime victim.

The appearance of victimology brings a ray of hope into an atmosphere in which the victim has a role in the process of crime genesis. Furthermore, it determines his position, needs and methods for his protection. Thus, the process for the substitution of the new approach, with the purpose of supporting the victim and relying on restorative model instead of traditional model of restorative justice, opens a new horizon before the victimologists and criminologists. In this new approach, the insurance mechanism has noticeable capabilities which can bring hope for a series of effective measures in favor of the victims.

**Key words:** Insurance logic, Restorative justice, A planto support the victims, Substitution, Resource Compensation.

## **Settlement of Investment Claims through the ICSID Arbitration and the Necessity of Iran's Accession**

□ *Dr. Mahmud Jalali*

□ *Assistant Professor and the head of law department of Isfahan University*

The "ICSID" convention is one of the most important treaties of



# Abstracts

## **The Mode of Regulations Governing the Manslaughter Caused by Driving and Plurality of Causes (Scientific and Applicable Example)**

□ *Dr. Iraj Golduziyan*

□ *Professor of the Law and Political Sciences Faculty of Tehran University*

When a law incident occurs, in certain cases, various factors may influence its creation. Moreover, as far as the scope of regulations are concerned, it also may be subjected to different provisions or several criminal titles. Distinguishing and recognition of the criminal - legal regulations governing the aforementioned event and also determining the amount of failure or faults of each factor in such cases, is an important and a very complicated matter.

## Table of contents

### Editorial:

Communication of Religion and Law/ Gholam Nabi Golestani ..... 3

### Researches:

The Mode of Regulations Governing the Manslaughter Caused by Driving and Plurality of Causes (Scientific and Applicable Example)/ Dr. Iraj Golduziyan ..... 7

Transition from Criminal Logic to Insurance Logic (Modern Achievement of Restorative Justice)/ Sayyid Mohammad Nasir Mobarghai ..... 19

Settlement of Investment Claims through the ICSID Arbitration and the Necessity of Iran's Accession/ Dr. Mahmud Jalali ..... 43

Evaluation of Final Judgement of the International Court of Justice with Respect to the Case of Iranian Oil Platforms/ Dr. Mohammad Ali Pak Shir ..... 73

The Concept of Positive Obligations in the Procedure of The European Court of Human Rights/ Mohammad Reza Vizheh ..... 109

Certain Deliberations on the Contractual Sources of Non-international Armed Conflicts Law Mohammad Hoseyn Ramazani Ghavam Abadi ..... 131

The Principle of Non-attributability to Objections in Commercial Papers Hasan Nuri ..... 157

### Translations:

International Criminal Court and International Law/ Translated by: Dr. Ebrahim Bigzadeh . . . 177

Considerations on Good Faith/ Translated by: Mahdi Alizadeh ..... 187

The Child right to Make Mistakes: Criminal Responsibility and the Immature Minor Translated by: Dr. Msr Nasrin Mehra ..... 217

### Scientific Reports:

Introduction of the published books and those to be published by Research Center of Razavi University of Islamic Sciences ..... 227

Introduction of theses ..... 235

### Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Mirza Alizadeh ..... 241

English Translation/ Rajab Ali Mohammad Abadi ..... 256

## نمایه موضوعات شماره‌های پیشین

### شماره ۱ (ویژه علوم قرآنی)

محمد امامی

✿ راه دستیابی به کمال نسبی در قرآن

رضا وطن دوست

✿ جایگاه اکثریت در نظام اسلامی و

دموکراسی/ علی اکبر رستمی

پژوهشهای حدیثی

✿ کاربرد حدیث در تفسیر/ آیه الله معرفت

✿ در جستجوی کتاب علی (ع)

سید علی سجادی زاده

نقد و معرفی

✿ نقد و معرفی «التفسیر و المفسرون فی ثوبه

القشیب»/ میرزا علیزاده

\* \* \*

### گفت و گو

✿ رهیافتی به مبانی فهم روشمند قرآن کریم

گفت و گو با حجة الاسلام دکتر محمد باقر حجتی

### علوم قرآنی

✿ فلسفه محکم و متشابه در قرآن

علی اصغر نصحیان

✿ درآمدی بر بحث سوگند در قرآن

حسن خرقانی

### معارف قرآنی

✿ نیازهای مادی انسان از نگاه قرآن و سنت

سید محمود مرویان

✿ بازکاوی هدایت و ضلالت در قرآن

## شماره ۲ (ویژه حقوق)

### گفت‌وگو

چشم‌اندازی بر حدود و اجرای علنی آن  
گفت‌وگو با اساتید: محقق داماد و سادات حسینی

### پژوهشها

کارکردهای حقوق جزا/ دکتر جعفر کوشا  
مقایسه اجمالی هیأت منصفه در حقوق ایران  
و انگلستان/ دکتر عباس شیخ‌الاسلامی  
وضعیت حقوقی جزایر سه‌گانه خلیج فارس  
از دیدگاه حقوق بین‌الملل دریاها  
دکتر علیرضا حجّت‌زاده

سن مسئولیت کیفری در حقوق اسلام

عبدالرضا لهنغری

درآمدی بر حقوق کیفری کار/ سیداحمد احمدی

### ترجمه‌ها

سازمان ملل متحد و اقدامات حقوقی جامع  
برای مبارزه با تروریسم بین‌المللی  
بطروس غالی/ ترجمه دکتر سیدقاسم زمانی  
تدوین کنوانسیون جهانی درباره صلاحیت  
قضایی بین‌المللی و آثار و...  
آرتور وُن مهن/ ترجمه دکتر فرهاد خمایی‌زاده

### نشستهای علمی

تروریسم بین‌المللی/ دکتر علی آزمایش  
انتقام‌جویی و تحوّل آن از دیدگاه  
انسان‌شناسی حقوقی/ پروفیسور نوربر رولان  
اطفال «بزهکار» و «بزه‌دیده» در حقوق  
فرانسه/ پروفیسور ژاک بوریگان

## شماره ۳ (ویژه فلسفه و کلام)

### پژوهشها

مبانی مشروعیت حکومتها  
حجة الاسلام و المسلمین صادق لاریجانی

مقدمه‌ای بر مسأله الزام سیاسی

شیخ محمد حسنین

نظریه‌های اختیار‌گرایانه در تبیین و توجیه

الزام سیاسی/ محمد سلامی

مدنیت بالطبع انسان از چشم‌انداز فلاسفه

سیدمحمد مظفری

امامت؛ روش‌شناختی و چپستی

دکتر احد فرامرز قراملکی

### تحلیل و ترجمه

هرمنوتیک، دین، چالش

گفت‌وگو با دکتر محمدجواد لاریجانی

کثرت‌گرایی دینی

کیث. ای. باندل/ ترجمه حسن رضایی خاوری

«کثرت‌گرایی دینی» در بوته نقد

سیدمرتضی حسینی شاهرودی

\* \* \*

## شماره ۴ و ۵ (ویژه علوم قرآنی و حدیث)

### پژوهشها

بازنگری در روش‌شناسی قرآن

عباسعلی عمید زنجانی

زبان قرآن یا زبان ویژه هدایت

محمدباقر سعیدی روشن

معنی‌شناسی تفسیر و تأویل/ علی لهنغری نصحیان

علاّمه طباطبایی و معیارهای فهم و نقد

احادیث اسباب نزول/ شادی نفیسی

وحی و تجربه دینی از منظر قرآن و

اندیشمندان/ علی باقری

«عزّت» از منظر قرآن و سنّت/ رضا حق‌پناه

کاربرد حدیث در تفسیر و معارف

صادق لاریجانی

نقش «زمینه‌ها» در گزاره‌های شناختی از

منظر آموزه‌های دینی/ سید محمود مرویان حسینی

درآمدی بر معرفی مستشرقان و

قرآن‌پژوهی/ محمد ابراهیم روشن ضمیر

### ترجمه و نقد

دانش تفسیر قرآن از نگاه طبری و ابن کثیر

J.D. Mcauliffe/ ترجمه رحمت‌الله کریم‌زاده

جایگاه ممتاز زن در قرآن و...

محمدهادی معرفت/ ترجمه غلام‌نبی گلستانی

کتاب «دانش درایة الحدیث» در بوته نقد و

معرفی/ سیدعلی دلبری

\* \* \*

## شماره ۶ (ویژه حقوق)

### گفت‌وگو

اجرای علنی مجازاتها

گفت‌وگو با آیه الله مرعشی

بایدها و نبایدها در قانون اساسی

گفت‌وگو با استاد عمید زنجانی

### پژوهشها

استفاده از چک برای کلاهبرداری

دکتر امیرحسین فخّاری

بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد

دکتر امیرحسین آبادی

پیش‌بینی جرم/ دکتر حسین غلامی

قلمرو حکومت قانون کیفری شکلی در

زمان/ دکتر محسن عینی

ضابطین دادگستری در قوانین کیفری ایران

علی لهنغری مهابادی

تطهیر پول در اسناد بین‌المللی و لایحه

پولشویی/ دکتر صادق سلیمی

### ترجمه‌ها

مقدمه‌ای بر حق شرط در معاهده‌های

چندجانبه/ Pierre Henri Imbert

ترجمه دکتر سیدعلی هنجنی

مفهوم ساختار در حقوق خصوصی و

عمومی/ Jean Carbonnier & André Mathiot

ترجمه و تحقیق: دکتر نصرعلی منصوریان

\* \* \*

شماره ۸ و ۷ (ویژه فلسفه و کلام)

گفت‌وگو

فلسفه دین

گفت‌وگو با دکتر محمد فنایی اشکوری

پژوهشها

متکلمان اسلامی و انتظار بشر از دین

عبدالحسین خسروپناه

قبضی در «بسط تجربه نبوی»/ولی الله عباسی

معرفی و نقد پوزیتیویسم منطقی

سیدمرتضی حسینی شاهرودی

بازکاوی نظریه نیستی‌انگاری شر

عبدالکریم رضایی

نقد و بررسی نظریه‌های غایت‌گرایانه الزام

سیاسی/ شیخ محمد حسنین

ترجمه‌ها

لیبرالیسم؛ حقوق و عدالت

رحمت الله کریم‌زاده

دورکین؛ بی‌طرفی و ترجیحات

محمد سلامی

\* \* \*

شماره ۱۰ و ۹ (ویژه حقوق)

پژوهشها

از عدالت کیفری «کلاسیک» تا عدالت

«ترمیمی»/ دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

مفهوم کیفر در عرفان ابن عربی

دکتر رضا فیض

پوشش حمایتی نظام حقوقی ایران برای

بیکاران/ سید احمد احمدی

شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰

قانون مدنی/ علی‌الحضر صائمی

نارساییهای زندان/ محمدرضا گودرزی

گسترش قاچاق در بستر اقتصاد نابسامان و

سیاست جنایی مقابله با آن/ جعفر نوری

ترجمه‌ها

فرایند جاری تعقیب کیفری و مجازات نقض

حقوق بین‌المللی بشر دوستانه

Antonio Cassese

ترجمه صادق باقری

تلاشهای بین‌المللی برای مقابله با شکنجه و

رفتارهای غیرانسانی/ رولاند بنک

ترجمه عباس غنی‌زاده

درآمدی بر روند یکسان‌سازی حقوق

خصوصی در مؤسسه بین‌المللی رُم برای

وحدت حقوق خصوصی

دکتر فرهاد خمami‌زاده

\* \* \*

شماره ۱۱ (ویژه علوم قرآنی و حدیث)

پژوهشها

معجزه، ضرورتی دفاعی

آیه الله محمدهادی معرفت

امامت در نگره قرآنی امام کاظم علیه السلام

محمدعلی مهدوی راد

حقیقت‌گرایی، استراتژی اساسی در زبان

قرآن/ دکتر محمدباقر سعیدی روشن

حکمت‌های سوگند در قرآن/ حسن خرقانی

تأویل و راسخان در علم/ علی‌الحضر نصحیان

آسیب‌شناسی فهم روایات (تعارض؛ علل و

عوامل آن)/ سیدعلی دلبری

پژوهشی در حدیث طلب العلم

ابوالقاسم حسن‌پور

ترجمه‌ها

درآمدی بر علم تجوید قرآن کریم

دکتر غانم قدوری حمد/ ترجمه حسین علینقیان

\* \* \*

شماره ۱۲ (ویژه فلسفه و کلام)

پژوهشها

تحلیل فلسفی و فلسفه تحلیلی

دکتر سیدمرتضی حسینی شاهرودی

نقد مبانی معرفت‌شناختی پلورالیسم دینی

جان هیک/ ولی الله عباسی

تجسم اعمال و تبیین عقلانی آن در حکمت

متعالیه/ رضا کشاورز

ترجمه‌ها

راولز؛ قرارداد و قواعد

ریموند پلانت/ ترجمه محمد شیخ حسنین

نوزیک؛ نظریه استحقاق در باب عدالت

ریموند پلانت/ ترجمه حسنعلی زیدانلو

براهین سنتی متکلمان بر وجود خداوند

ماجد فخری/ ترجمه داود حیدری

مفاهیم غیر توحیدی واقعیت‌نهایی

کیت ای. یاندل/ ترجمه عمران هاشمی

\* \* \*

## مراکز پخش

| ردیف | نام مرکز                                      | تلفن    | نشانی  |
|------|---|---------|--|
| ۱    | تهران انتشارات بهنامی                         | ۶۴۰۹۹۲۳ | میدان انقلاب، خیابان اردیبهشت، شماره ۲۲۸     |
| ۲    | تهران انتشارات حکمت                           | ۶۴۶۱۲۹۲ | خیابان انقلاب، اول خیابان ابوریحان، شماره ۳  |
| ۳    | تهران انتشارات گنج دانش                       | ۶۴۹۲۱۹۶ | خ انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین، شماره ۱۱/۱      |
| ۴    | تهران انتشارات مجد                            | ۶۴۹۰۹۹۸ | میدان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین              |
| ۵    | تهران شبکه اندیشه                             | ۶۹۲۴۷۶۵ | انقلاب، خ آزادی، اول خ کاوه، ش ۲۰۴، واحد ۶   |
| ۶    | تهران نشر آریان                               | ۶۴۱۶۴۱۲ | میدان انقلاب، خیابان اردیبهشت                |
| ۷    | آمل کتاب فروشی سازمان تبلیغات                 | ۲۲۲۴۰۷۸ | جنب پل معلق                                  |
| ۸    | اصفهان انتشارات ثقفی                          | ۲۲۲۴۵۲۴ | خیابان سیاه، روبه روی چهل ستون               |
| ۹    | اصفهان مرکز تحقیقاتی الزهراء <small>ع</small> | ۲۶۵۶۹۷۵ | صندوق پستی ۱۸۸۳-۸۱۴۶۵                        |
| ۱۰   | اهواز مؤسسه فرهنگی قرآن کریم                  | ۲۲۲۱۷۸۴ | باغ معین، خیابان نظام وفانیش کوچه مفید، پ ۱۴ |
| ۱۱   | تبریز کتابسرای مولا                           | ۵۵۵۳۲۵۹ | خیابان شریعتی شمالی                          |
| ۱۲   | سبزوار کتاب فروشی تبلیغات سپاه                | ۲۲۳۷۱۶۲ | خیابان بیهق، جنب مدرسه شریعتمدار             |
| ۱۳   | شیراز شهر کتاب                                | ۲۳۵۱۸۴۹ | خیابان ملاصدرا، نبش معدل                     |
| ۱۴   | شیراز کتاب فروشی محمدی                        | ۶۲۶۹۹۴۴ | میدان نمازی، ابتدای خیابان ملاصدرا           |
| ۱۵   | قزوین دفتر سرپرستی روزنامه قدس                | ۲۲۳۶۳۳۳ | خیابان بوعلی، مقابل بیمارستان بوعلی          |
| ۱۶   | قم انتشارات مهر امیرالمؤمنین                  | ۷۷۴۶۵۴۶ | بلوار شهید منتظری، ساختمان شهاب              |
| ۱۷   | قم بوستان کتاب قم                             | ۷۷۴۲۱۵۵ | چهارراه شهدا                                 |
| ۱۸   | کاشان خانه کتاب                               | ۴۵۰۳۱۳  | خیابان کاشانی، روبه روی جهاد کشاورزی         |
| ۱۹   | مشهد انتشارات امام                            | ۸۴۳۰۱۴۷ | چهارراه دکترا                                |
| ۲۰   | مشهد بوستان کتاب                              | ۲۲۳۳۶۷۲ | چهارراه خسروی، جنب مجتمع پاس                 |
| ۲۱   | مشهد کتاب فروشی سازمان تبلیغات                | ۲۲۱۵۲۱۰ | چهارطبقه، روبه روی دادگستری                  |
| ۲۲   | مشهد کتاب فروشی یلدا                          | ۲۲۱۰۶۹۴ | فلکه سراب، پاساژ مهتاب                       |
| ۲۳   | همدان کتاب فروشی شهید مدنی                    | ۸۲۶۰۲۱۱ | میدان جهاد                                   |

\*\*\* اشتراک بهترین راه دریافت مجله \*\*\*

Quarterly Research of Humanities (Theology & Law)

Specialized Issue; Law

Vol.4, No.13, Autumn 2004



**Proprietor:** Razavi University of Islamic Sciences

**Managing Director:** M.B. Farzane

**Editor -in- Chief:** G.N. Golestani

**Executive Director:** M.R. Mirzaie

**Cover Page Lay-out:** M.H. Ahmadi zar

**Publisher:** The Publishing of the A.Q. Razavi



**Editorial Board:**

1. M. Vaezzade khorasani (Professor)
2. M.H. Marifat (Professor)
3. S. Larijani
4. M.A. Mahdavi rad (Assistant Professor)
5. A.H. Najafi abrاند abadi (Associate Professor)
6. M.B. Farzane
7. D. Heidari abhari

**Tel & Fax:** 0511-2230772

**Address:** Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

**Web Site:** www.magiran.com/razavi

**E.mail:** razavi\_magazine@imamreza.net

H مدیر اجرایی  
محمدربیع میرزایی

H امور توزیع و اشتراک  
علی جانفزا

H ویراستار  
عبدالله غلامی

H طراح جلد  
محمدحجت احمدی زر

H چاپ و صحافی  
چاپخانه روزنامه قدس

H شمارگان  
۳۰۰۰ نسخه

سال چهارم، پاییز ۱۳۸۳، شماره ۱۳  
بها: ۵۰۰ تومان



یادآوری:

۱. مجله از مقالات علمی در زمینه‌های علوم قرآن و حدیث، حقوق و فلسفه و کلام استقبال می‌کند.
۲. مقالات ارسالی باید تایپ شده یا با خط خوانا و در یک طرف کاغذ A4 باشد و چکیده و کلید واژگان نیز بدان اضافه شود.
۳. مقالات ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد.
۴. فصلنامه در کوتاه کردن و ویرایش مقالات، آزاد است.
۵. دیدگاههای مطرح شده، لزوماً بیانگر آرای فصلنامه نیست.



اعضای هیئت تحریریه:

آیه‌الله محمد واعظزاده خراسانی (استاد)  
آیه‌الله محمدهادی معرفت (استاد)  
حجة الاسلام و المسلمین صادق لاریجانی  
دکتر محمدعلی مهدوی راد (استادیار)  
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی (دانشیار)  
حجة الاسلام و المسلمین محمدباقر فرزانه  
آقای داود حیدری ابهری

تلفن و دورنگار: ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲

نشانی: مشهد مقدس، صندوق پستی ۹۱۷۳۵-۴۶۱

آدرس اینترنت: www.magiran.com/razavi

پیام‌نگار: razavi\_magazine@imamreza.net

## فرم اشتراک

# مجله دانش‌های علوم اسلامی رضوی

### نحوه اشتراک

- سالنمای (دوره صحافی شده) شماره .....  
 همه شماره‌ها (شامل حقوق، علوم قرآنی، فلسفه)
- فقط ویژه هیات  فقط ویژه حقوق
- شروع اشتراک از شماره: ..... ● به تعداد: .....
- مبلغ واریزی: ..... ● شماره فیش: .....

ارسال وجه اشتراک به صورت پستی قابل قبول است.

### مشخصات مشترک

- نام و نام خانوادگی / مؤسسه: .....
- مدرک و رشته تحصیلی: .....
- نشانی: .....
- تلفن: .....

نشانی: مشهد، حرم مطهر، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دفتر مجله، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱؛ تلفن و نمابر: ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲

| راهنمای اشتراک | تک شماره  | ناشماره ۱۱ | اشتراک یک ساله | سالنما ۱ (۱۳۸۰) | بقیه سالنماها | هزینه پست سفارشی |
|----------------|-----------|------------|----------------|-----------------|---------------|------------------|
| ۵۰۰۰ ریال      | ۳۰۰۰ ریال | ۲۰۰۰۰ ریال | ۱۵۰۰۰ ریال     | ۲۵۰۰۰ ریال      | ۳۰۰۰ ریال     |                  |

### توضیحات

۱. فصلنامه در هر شماره، ویژه یکی از رشته‌های حقوق، علوم قرآنی و فلسفه است.
۲. دانشجویان و طلاب محترم با ارائه کپی کارت تحصیلی از ۲۰٪ تخفیف برخوردار می‌شوند.
۳. واریز مبلغ بیشتر از ۲۰۰۰۰ ریال بلا مانع است و مبلغ واریزی بر حساب شما منظور خواهد شد.
۴. دوره‌های صحافی شده بایست سفارشی ارسال می‌شود. لذا هزینه پست سفارشی هم باید واریز شود.
۵. مبلغ اشتراک بر حساب جاری شماره ۸۱۸۸۸/۹ بانک ملت شعبه آستان قدس رضوی مشهد (کد ۴۹۴۱۸۱) به نام دانش‌های علوم اسلامی رضوی واریز شود.
۶. اصل فیش فرم اشتراک را به نشانی مشهد، صندوق پست ۹۱۷۳۵-۴۶۱ ارسال یا به شماره ۰۵۱۱-۲۲۳۰۷۷۲ فاکس کنید و فیش را از نزد خود نگه دارید.