مجله حقوقی بین‌المللی

به‌موجب مجوز شماره ۳/۲۴۲۸۳۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، *مجله حقوقی بین‌المللی* از شماره ۴۶ با رتبه «***علمی ـ پژوهشی***» منتشر می‌شود.

شماره شاپا: ۶۱۴x ـ ۲۲۵۱

دوفصلنامه علمی ـ پژوهشی

نمایه‌شده در ISC (پایگاه استنادی علوم جهان اسلام)، noormags، magiran

سال سی‌وسوم، شماره ۵۴، بهار ـ تابستان ۱۳۹۵

مدیر مسئول: محسن محبّی

سردبیر: عباسعلی کدخدایی

مدیر اجرایی: حسن قمری

صاحب امتیاز: مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری ـ مدیریت علمی و پژوهشی

www.didad.ir

اعضای هیئت تحریریه:

۱. ربیعا اسکینی، استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای سازمان انرژی اتمی ایران ۲. نجادعلی الماسی، استاد دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران ۳. ابراهیم بیگ‌زاده، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۴. سیدقاسم زمانی، دانشیار دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی ۵. سیدجمال سیفی، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، عضو کمیته علمی ۶. سیدحسین صفایی، استاد دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران، عضو کمیته علمی ۷. محمدرضا ضیایی بیگدلی، استاد دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی ۸. هدایت‌الله فلسفی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۹. محسن محبّی، استادیار دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم‌وتحقیقات تهران ۱۰. سیدفضل‌الله موسوی، استاد دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران ۱۱. حمیدرضا نیکبخت، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، عضو کمیته علمی

ویراستار فارسی: مجید ادیب

ویراستار انگلیسی: مرتضی پروانه شمامی

امور مشترکین: مجید افراز

حروف‌نگار: فاطمه ساریخانی

نشانی: تهران، خیابان آیت‌الله طالقانی، نبش خیابان شهید سیدعباس موسوی (فرصت شمالی)، شماره ۸۰،

کدپستی: ۳۶۸۳۴ ـ ۱۵۸۳۶

تلفن: ۵ ـ ۸۸۸۲۵۰۷۱ ، نمابر: ۸۸۳۲۸۸۲۶ ـ ۸۸۸۲۳۸۱۲

Email: cilamag@iripo.ir- Website: www.cilamag.ir (سایت اختصاصی) **& www.cila.ir**

وبگاه‌های نمایه‌کننده: **www.isc.gov.ir; www.ricest.ac.ir; www.magiran.com**

www.noormags.com

مراکز توزیع: فروشگاه شماره ۱) اداره چاپ و انتشار: تهران، خیابان ولیعصر، بعد از چهارراه جمهوری اسلامی،

شماره ۱۱۵۸، تلفن: ۶۶۴۹۲۷۰۸، نمابر: ۶۶۴۹۲۷۰۷

فروشگاه شماره ۲) اداره چاپ و انتشار: تهران، خیابان آیت‌الله طالقانی، نبش خیابان شهید سیدعباس موسوی، شماره ۸۲،

تلفن: ۵ـ۸۸۸۲۵۰۷۱ ، نمابر: ۸۸۸۲۳۸۱۲

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری

قیمت: ۴۸۰۰۰ ریال

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه

اهداف و رویکردهای مجله

دوفصلنامه *مجله حقوقی بین‌المللی* به بررسی و ارائه یافته‌های جدید علمی در حوزه حقوق بین‌الملل و تحولات آن می‌پردازد. نظر به بدیع‌بودن موضوع و با عنایت به ضرورت رعایت معیارهای علمی ـ پژوهشی، مقالاتی برای ارزیابی پذیرفته می‌شود که حاصل طرح‌های پژوهشی، پایان‌نامه‌ها و رساله‌های تحصیلی در زمینه مسائل حقوق بین‌المللی بوده و به‌نحوی مستند و مستدل، به ارائه و بسط مفاهیم بپردازد. لذا مقالاتی که صرفاً مروری بر مطالب موجود بوده و فاقد نوآوری باشد یا با رویکرد نشریه تنظیم نشود پذیرفته نخواهد شد. مقالات دانشجویان دوره کارشناسی ارشد یا دکتری حقوق، صرفاً در صورتی برای داوری پذیرفته می‌شود که با مشارکت و تحت نظر یک عضو هیئت علمی نگارش یافته باشد.

برای داوری و چاپ مقاله وجهی از نویسندگان دریافت نمی‌شود.

* * *

دیدگاه‌ها، تفاسیر و مواضع متخذه در مقالات و اسناد منتشره در مجله حقوقی بین‌المللی منحصراً نظر و موضع نویسندگان است و مسئولیت مقالات منتشره بر عهده ایشان است و چاپ و انتشار آن‌ها به هیچ وجه به معنی تأیید صریح و ضمنی مواضع نویسندگان مزبور توسط مرکز امور حقوقی بین‌المللی نهاد ریاست جمهوری و مجله حقوقی بین‌المللی نیست. مرکز امور حقوقی بین‌المللی منحصراً تسهیلاتی را برای ترویج و انتشار آثار حقوقی بین‌المللی در مجله حقوقی بین‌المللی فراهم می‌کند.

راهنمای نگارش مقاله

از کلیه اعضای هیئت‌های علمی، استادان، صاحب‌نظران، پژوهشگران حقوق و داوری‌های بین‌المللی دعوت می‌شود تا مقالات تألیفی خود را که مرتبط با موضوع و هدف مجله باشد جهت بررسی و چاپ از طریق ثبت نام روی سایت اختصاصی *مجله حقوقی بین‌المللی* به نشانی www.cilamag.ir پس از دریافت رمز عبور، یا به نشانی الکترونیکی cilamag@iripo.ir ارسال دارند و ضمناً به نکات زیر توجه فرمایند:

- **درج عنوان مقاله، نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه علمی دانشگاهی (به دو زبان فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن، نمابر و نشانی پست الکترونیکی (e-mail) همه نویسندگان؛**
- **تعیین نویسنده مسئول؛ (مقاله‌های برگرفته از پایان‌نامه‌ها یا رساله‌های دکتری با مسئولیت استاد راهنما قابل بررسی است)؛**
- **مقاله باید در حداکثر ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای، با نرم‌افزار Word تایپ شده باشد؛**
- **رعایت ساختار علمی (عنوان، چکیده، مقدمه، بیان مسئله و ضرورت، سؤال یا فرضیه، روش و داده‌های تحقیق و مباحث تفصیلی، نتیجه‌گیری)؛**
- **درج چکیده‌ای به فارسی و ترجمه آن به انگلیسی، حداقل در ۱۰۰ و حداکثر در ۱۵۰ کلمه، شامل مسئله تحقیق، روش و نتایج آن؛**
- **ذکر واژگان کلیدی در دنباله چکیده به فارسی و حسب مورد به انگلیسی، حداقل ۵ و حداکثر ۱۰ کلمه؛**
- **ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص با درج شماره مقابل آن در زیرنویس همان صفحه؛**
- **ارائه منابع مورد استفاده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیر:**

الف) کتاب‌ها: به‌صورت زیرنویس با آوردن نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب فارسی *ایرانیک* و عنوان کتاب انگلیسی یا فرانسه به‌صورت *ایتالیک*، نام مترجم، ناشر، سال انتشار، شماره جلد و صفحه مورد استفاده (در هرجا که نقل قول مستقیم و غیرمستقیم پایان می‌پذیرد)

ب) مقالات: به‌صورت زیرنویس به‌ترتیب نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان مقاله در داخل گیومه، نام مترجم، نام مجله، دوره یا سال، شماره و تاریخ مجله و شماره صفحه مورد استفاده.

ج) استناد به سایت‌های اینترنتی به‌صورت کلی و بدون تعیین دقیق نام مؤلف یا عنوان کتاب مجاز نیست. ذکر تاریخ مراجعه به سایت ضروری است.

د) درصورت تکرار منبع، اکتفا به درج کلمه «همان»، به‌صورت ایرانیک، شماره جلد و صفحه.

هـ) درمورد منابع انگلیسی و فرانسه، استفاده از عبارت "*op. cit.,*" و "*Ibid.,*" در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

و) ذکر فهرست الفبایی منابع در پایان مقاله با تفکیک کتاب، مقاله و سند به‌ترتیب فارسی و لاتین با رعایت شیوه‌نامه‌های رایج.

- **ارسال تعهدنامه نویسنده مسئول، مبنی بر اینکه مقاله قبلاً برای چاپ به مجله دیگری داده نشده یا در جایی چاپ نشده و در حال چاپ نیست. ارسال تأییدیه کلیه نویسندگان ضروری است.**
- **مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش آن توسط دو داور و تصویب نهایی هیئت تحریریه خواهد بود.**
- **مقاله در صورت تصویب برای چاپ، ویرایش خواهد شد.**
- **مقاله ارسالی برگردانده نمی‌شود.**

نحوه اشتراک مجله حقوقی بین‌المللی

واریز مبلغ ۱۰۰,۰۰۰ ریال به‌صورت علی‌الحساب بابت حق اشتراک دو شماره به حساب شماره ۲۱۷۰۲۱۹۰۰۹۰۰۸ به نام نشریات و برگزاری همایش‌های نهاد ریاست جمهوری در یکی از شعب بانک ملی ایران و ارسال اصل فیش بانکی همراه فرم اشتراک به نشانی: تهران، خیابان طالقانی، نبش خیابان شهید سیدعباس موسوی (فرصت شمالی)، شماره ۸۰، کد پستی ۳۶۸۳۴-۱۵۸۳۶ یا صندوق پستی ۴۳۶۱ – ۱۵۸۷۵، دفتر مجله حقوقی بین‌المللی، یا ثبت درخواست در سایت مجله به نشانی: www.cilamag.ir

تلفن: ۵ - ۸۸۸۲۵۰۷۱ دورنگار: ۸۸۳۲۸۸۲۶ و ۸۸۸۲۳۸۱۲

Email: cilamag@iripo.ir

توجه: وجه واریزشده مسترد نمی‌شود.

فرم اشتراک مجله حقوقی بین‌المللی

نام مؤسسه / نام و نام خانوادگی .....

شغل ..... تحصیلات .....

تاریخ شروع اشتراک ..... از شماره .....

نشانی کامل .....

تلفن ..... کدپستی ..... صندوق پستی .....

نشانی پست الکترونیک: امضا و تاریخ

شماره‌های موجود	قیمت هر نسخه برای مشترکین
۱۹- ۱۸، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۴، ۲۵، ۲۷-۲۶، ۲۸، ۲۹، ۳۰ و ۳۸	۱۲۰۰۰ ریال
۳۹	۱۵۰۰۰ ریال
۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶ و ۴۷	۲۰۰۰۰ ریال
ویژه‌نامه زمستان ۸۹ (مقالات ترجمه‌شده)	۲۰۰۰۰ ریال
ویژه‌نامه زمستان ۹۱ (مقالات ترجمه‌شده)	۳۲۰۰۰ ریال
۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲ و ۵۳	۴۸۰۰۰ ریال

معرفی کتابخانه مرکز امور حقوقی بین‌المللی

کتابخانه مرکز امور حقوقی بین‌المللی نهاد ریاست جمهوری که از سال ۱۳۶۱ آغاز به کار کرده است با بیش از ۱۴,۰۰۰ کتاب و اشتراک ۴۲ نشریه علمی بین‌المللی و سایر منابع معتبر در زمینه حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی به سه زبان فارسی، انگلیسی و فرانسه در خدمت استادان، پژوهشگران و دانشجویان مقاطع تکمیلی می‌باشد. علاقمندان جهت استفاده از منابع می‌توانند روزهای شنبه تا چهارشنبه از ساعت ۸:۳۰ تا ۱۴:۳۰ با همراه داشتن کارت شناسایی معتبر به این کتابخانه واقع در تهران، خیابان طالقانی، نبش خیابان شهید سیدعباس موسوی (فرصت شمالی)، شماره ۸۰ مراجعه فرمایند.

نشانی اینترنتی برای جستجو در منابع کتابخانه: www.cilalib.ir

تلفن: ۵ ـ ۸۸۸۲۵۰۷۱ داخلی ۱۵۷

مجلهٔ حقوقی بین‌المللی

نشریه مرکـز امـور حقـوقی بین‌المللی
ریاست جمهوری

فهرست مطالب

صفحه

◆ **لزوم همکاری دولت‌ها در زمینه مالیات بین‌المللی** ۹
محمدجعفر قنبری جهرمی، سعید عباسی

◆ **حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقـت‌نامـه تـریپس و چـالش حمایت از حق بین‌المللی بشر بر سلامت** ۲۹
صابر نیاورانی، احسان جاوید

◆ **نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر شورای امنیت سازمان ملل متحد** ۵۹
سیدفضل‌الله موسوی، وحید بذّار

◆ **تحریم کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران از منظر حقوق بین‌الملل** ۹۱
سیدیاسر ضیایی، مهناز رشیدی

◆ **حقوق و دیپلماسی در قانون صلاحیت دادگستری ایران برای رسیدگی به دعـاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی و قوانین مرتبط ایالات متحده امریکا** ۱۲۳
علیرضا ظاهری

◆ **معاهدات موجد حق برای دولت‌های ثالث با نگاهی به ماده ۳۶ کنوانسـیون ویـن راجع به حقوق معاهدات** ۱۶۷
حمید الهویی نظری

◆ **بررسی تاریخی و تحلیلی اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری** **۱۹۱**
علی ایزدی

◆ **اختلافات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی با ایران در پرونده هسته‌ای از دیدگاه حقوق بین‌الملل** **۲۱۹**
سیدحسین سادات‌میدانی

◆ **کاربردهای نظامی فناوری نانو از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه** **۲۵۷**
عباس تدینی، سیدمصطفی کازرونی

◆ **حسن‌نیت در انعقاد قرارداد؛ با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا** **۳۰۷**
مرتضی حاجی‌پور

◆ **چکیده مقالات به زبان انگلیسی**

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۲۸ ـ ۹

لزوم همکاری دولت‌ها در زمینه مالیات بین‌المللی

محمدجعفر قنبری جهرمی*
سعید عباسی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۱۶

چکیده

با پیشرفت فناوری‌های متعدد در عرصه تجارت بین‌الملل و فعالیت‌های اقتصادی، تحولات شگرفی پدید آمده است. مفاهیم سنتی حقوق مالیاتی مانند اصل *منفعت* و *توانایی پرداخت* و نیز مفاهیم سنتی اقتصادی مانند *بی‌طرفی نسبت به صدور یا ورود* سرمایه، پاسخگوی تحولات امروزی نیست. به‌ناچار نظام مالیات بین‌المللی می‌بایست خود را با تحولات تجاری وفق دهد. در این راستا دو رویکرد مدنظر علمای حقوق مالیات بین‌المللی است: رویکرد اول، استفاده از نظام واحد مالیاتی برای تمامی کشورها است ولی رویکرد دوم، با غیرعملی‌دانستن رویکرد اول، همکاری بین کشورها را در حال حاضر، چاره کار می‌داند.

واژگان کلیدی

مالیات بین‌المللی، نظام مالیاتی، همکاری بین‌المللی، اصول و مفاهیم سنتی

مقدمه

پیشرفت‌های اقتصادی و تجاری، جهانی‌شدن و ارتباطات، از ویژگی‌های بارز عصر حاضر است. این امر باعث شده است پدیده مالیات به فرای مرزها نیز تسری یابد، چرا که فعالیت شرکت‌های چندملیتی و نیز تجارت با دیگر کشورها بیش از پیش شده و این امر موجب پررنگ‌ترشدن مقوله مالیات بین‌المللی در دهه‌های اخیر شده است. مقاله پیش رو بر آن است تا با بیان اشکالات و نارسایی‌های مؤلفه‌های سنتی حقوق مالیاتی در عصر حاضر، به سازوکاری برای حل این ایرادات دست یابد. ابتدا آثار جهانی‌شدن و تحول مفاهیم اساسی حوزه مالیات مانند اقامتگاه و منبع مالیاتی و نیز تبعات رقابت مالیاتی، و در ادامه، نارسایی‌های اصول حقوقی ازجمله اصل منفعت و

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی mjg.jahromi@gmail.com
** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی saeid.abasi1207@yahoo.com

توانایی پرداخت و اصول اقتصادی ازجمله بی‌طرفی نسبت به ورود و صدور سرمایه که در ادبیات مالیات سنتی از دیرباز مورد توجه و استفاده بود، بیان می‌شود. در پایان به این سؤال که آیا سازوکاری برای رفع این مشکل وجود دارد یا خیر، به دو رویکرد تک‌نظامی و همکاری بین‌المللی پرداخته می‌شود و با توجه به وضعیت کنونی کشورها و تعارض میان رویکردها سعی خواهد شد راه‌حل حقوق بین‌المللی در این زمینه ارائه شود.

۱. نارسایی ناشی از تحولات مدرن اقتصادی ـ تجاری

بیش از صد سال است که همکاری بین‌المللی در وضع مالیات، در روند رو به رشدی قرار گرفته است که شامل فعالیت‌های جامعه ملل و توسعه‌های صورت‌گرفته در سایه سازمان همکاری و توسعه اقتصادی[۱] پس از جنگ جهانی دوم است و می‌توان گفت در هزاره سوم، وارد مرحله جدیدی شده است. این امر، ریشه‌های متعددی دارد که دارای جنبه‌های عملی و نظری است. ازجملهٔ این دلایل می‌توان به تأثیر جهانی‌شدن،[۲] فرسودگی مفاهیم کلاسیک مالیاتی مانند منبع،[۳] منبع،[۳] اقامتگاه[۴] و پیدایش رقابت مالیاتی[۵] اشاره کرد.

۱ـ۱. آثار جهانی‌شدن

اختصاص بهتر منابع موجود در جهان و بالارفتن سطح معیشتی، گسترده‌ترشدن طیف گزینه‌های کالا و خدمات، کاهش هزینه‌های سفر به اقصی‌نقاط جهان، اعم از زمان و پول، کاهش هزینه اطلاعات و دسترسی به آن را می‌توان از بدیهی‌ترین مزایای جهانی‌شدن شمرد.[۶] هرچند اهمیت این مزایا بر کسی پوشیده نیست، باید خاطرنشان کرد که این توسعه‌ها عوارض منفی نیز به همراه دارد.[۷]

ایجاد بهشت‌های مالیاتی[۸] را می‌توان از عوارض جهانی‌شدن دانست که فرار[۹] و اجتناب[۱۰] مالیاتی را تسهیل می‌کند. در سال‌های اخیر، قلمروهایی که نرخ مالیاتی صفر یا بسیار

1. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)

2. Globalization

3. Source

4. Residence

5. Tax competition

6. Tanzi, Vito, "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", *IMF Working Paper* WP/96/141, p. 4.

۷. برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Jacob A. Frenkel, Assaf Razin, and Efraim Sadka, *International Taxation in an Integrated World*, Cambridge, Mass: MIT Press, 1991.

Tanzi, Vito, *Taxation in an Integrating World*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1995.

8. Tax Haven

9. Tax Evasion

10. Tax Avoidance

کمی در حقوق مالیاتی خود به‌کار می‌گیرند، رو به افزایش نهاده است. این امر باعث تشویق افراد و شرکت‌ها برای تأسیس آدرس مالیاتی[۱۱] در این‌گونه قلمروها می‌شود تا بدین‌وسیله درآمد آنان در دیگر کشورها به این قلمروها انتقال پیدا کند.[۱۲]

۱ـ۲. تحول مفهوم منبع مالیاتی

منبع درآمد به محلی اطلاق می‌شود که درآمد موردنظر از آنجا نشأت گرفته یا ایجاد می‌شود. اصل تعیین مالیات بر پایه منبع درآمد، درمورد تعیین مالیات نسبت به درآمدهای دارای جنبه بین‌المللی به‌کار می‌رود و به‌موجب آن، هر کشوری می‌تواند کلیه درآمدهای مشمول مالیاتی را که درون قلمرو آن حاصل شده است، صرف‌نظر از محل اقامت مؤدی، مشمول مالیات خود قرار دهد. به عبارت دیگر، اشخاص مقیم و غیرمقیم نسبت به درآمد حاصل در قلمرو یک کشور به‌طور یکسان، مشمول مالیات همان کشور قرار می‌گیرند.[۱۳] ولی در حال حاضر، با جهانی‌ترشدن تجارت و فعالیت‌های تجاری، به‌سختی می‌توان مانند سابق به مفهوم منبع وفادار ماند.

باید پذیرفت که هر شرکتی که در یک کشور به فعالیت مشغول است نیاز خود را، هم از داخل و هم از بیرون آن کشور تأمین می‌کند. علاوه بر این، خدمات یا کالاهای خود را، هم به داخل و هم به خارج از آن کشور عرضه می‌کند. این مطلب در چارچوب‌های تجاری، مانند سازمان تجارت جهانی، اتحادیه اروپا، نفتا[۱۴] و دیگر حوزه‌های تجارت آزاد، تأیید شده است. از سوی دیگر، گسترش تجارت الکترونیک نیز حضور فیزیکی اشخاص و شرکت‌ها را تا حدود زیادی بی‌معنا کرده است. با توجه به این مسائل به نظر می‌رسد که مفهوم منبع درآمد، متحول شده است.

سال‌هاست که مالیات، بر درآمد شرکت‌ها استوار است؛ برخی به دلایل اقتصادی مانند منافعی که مختص مکان (کشور منبع محور) است[۱۵] و برخی به دلایل سیاسی مانند فشار داخلی برای

---

11. Tax Address

12. Slemrod, Joel, "Tax Havens, Tax Bargains and Tax Addresses: The Effect of Taxation on the Spatial Allocation of Capital," in: *Reforming Capital Income Taxation*, edited by Horst Siebert, J.C.B. Mohr (P. Siebeck) Publication, 1990, 23-42.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Doggart, Caroline, "Tax Havens and Their Uses", *The Economist Intelligence Unit*, London, 1993.

۱۳. توکل، محمد؛ *فرهنگ توصیفی اصطلاحات بین‌المللی مالیاتی*، چاپ دوم، انتشارات دانشکده علوم اقتصادی، ۱۳۹۰، ص ۳۵۵.

14. NAFTA (North American Free Trade Agreement)

15. Gordon, Roger, H, and Hines, James, R, "International Taxation", in: Auerbach, Alan J. and Feldstein, Martin. (eds.), *Handbook of Public Economics*, Amsterdam, North-Holland, vol. 4, 2002, p. 1984.

اجتناب از تبعیض مالیاتی به نفع سرمایه‌گذاران خارجی.[۱۶] به‌زعم برخی از نویسندگان، مالیات بر منبع تا مدت‌های زیادی در آینده نیز خواهد ماند.[۱۷]

۱ـ۳. تحول مفهوم اقامتگاه

اقامت در یک محل، مبنای برقراری مالیات به شمار می‌آید. معمولاً یک مؤدی مقیم، در قیاس با افراد غیرمقیم، نسبت به موارد گسترده‌تری از درآمدها، مشمول مالیات قرار می‌گیرد. مثلاً در برخی از کشورها فرد مقیم باید نسبت به درآمد حاصل از کلیه منابع، مالیات بپردازد، حال آنکه شخص غیرمقیم، این وظیفه را فقط نسبت به درآمد حاصل از کشور گیرندهٔ مالیات دارد.

با افزایش جابه‌جایی افراد، امکان تقسیم زندگی خصوصی مؤدیان مالیاتی میان کشورهای مختلف نیز به وجود آمده است. این مسئله، زمانی‌که مؤدی، یک شرکت باشد، بغرنج‌تر می‌شود چرا که ماهیت دوپهلوی مالیات بر درآمد شرکت، هنگامی‌که یک شرکت چندملیتی که سهام‌داران آن متشکل از افراد و شرکت‌های مادر خارجی هستند، متفاوت است. در این چارچوب، مالیات بر درآمد شرکت باید قبل از تقسیم سود میان سهام‌داران، پرداخته شود. در این صورت، مفهوم مالیات بر منبع و اقامتگاه، بسیار پیچیده‌تر می‌شود. جابه‌جایی آسان شرکت‌ها در قلمروهای مختلف مالیاتی و نیز وجود شرکت‌های دارای دو اقامتگاه، فرضیه مرکز اداره را به‌عنوان اقامتگاه، کمرنگ‌تر می‌کند.

مثلاً یک شرکت چندملیتی، در کشور (الف) دارای مقر دائم است. مواد اولیه را از کشور (ب) دریافت می‌کند و محصولاتش را به کشور (ج) ارائه می‌دهد. سهام‌دارانش، افرادی مقیم کشورهای مختلف هستند. محل ثبت شرکت و محل تشکیل جلسات مدیران آن در یک بهشت مالیاتی در کشور (د) بوده و در کشورهای مختلفی نیز نماینده و شعبه دارد. محل اداره واقعی آن نیز کشور (هـ) است. اقامتگاه چنین شرکتی را نمی‌توان به‌سادگی شناسایی کرد.

در فرضی دیگر، اگر شرکتی به‌صورت الکترونیکی به فعالیت تجاری در عرصه بین‌المللی بپردازد، دیگر قواعد قدیمیِ راجع به اقامتگاه، جوابگوی نیازهای امروزی نیست و آشکارا می‌توان تحول مفهوم اقامتگاه را مشاهده کرد.

۱ـ۴. تبعات رقابت مالیاتی

با تغییر موقعیت مؤدیان مالیاتی در یک اقتصاد جهانی‌شده، فعالیت‌ها و بازارها روزبه‌روز بی‌ثبات‌تر

16. Griffith, Rachel, Hines, James and Sorensen, Peter Birch, *International Capital Taxation*, Oxford University Press, p. 20.

17. Schön, Wolfgang, "International Tax Coordination for a Second Best World", Part I, *World Tax Journal*, 2009, p. 83.

می‌شوند. موقعیت دولت‌ها نیز دستخوش تغییرات قابل‌توجهی می‌شود.[۱۸] سابقاً انعقاد معاهدات اجتناب از اخذ مالیات مضاعف، بر این نظریه استوار بود که دولت در صدد است مشارکت خود را نسبت به درآمدهای خارج از مرزش افزایش دهد.[۱۹] ولی این نظریه در سایه رقابت مالیاتی تصحیح شده است. دولت‌ها دریافته‌اند که افزایش مالیات، لزوماً باعث افزایش بودجه آنان نمی‌شود چرا که امکان انتقال سرمایه یا فعالیت مؤدیان مالیاتی به دیگر حوزه‌های مالیاتی، بسیار محتمل است. پس با کاهش نرخ مالیات بر درآمد، به بودجه و رفاه داخلی خود افزوده‌اند. بنابراین ممکن است همکاری بین‌المللی مالیاتی، کشورها را وادار به انجام آن دسته از حقوق مالیاتی کند که از دیدگاه داخلی کاربردی ندارند.[۲۰] پس باید به این نکته توجه داشت که عامل قابلیت نقل و انتقال، نقش مهمی در مالیات بین‌المللی ایفا می‌کند و نباید در انعقاد قراردادهای اجتناب از اخذ مالیات مضاعف نادیده گرفته شود.

به‌عنوان مثالی ملموس، طبق تحقیقات راجع به تصمیمات شرکت‌های چندملیتی در خصوص سرمایه‌گذاری در امریکا که میان گروهی متشکل از ۱۸ کشور انجام شد، ایرلند، کمترین نرخ مؤثر مالیاتی[۲۱] و بیشترین نرخ اعلام دارایی[۲۲] را داشت. بر اساس این گزارش، دارایی‌های ایالات متحده در ایرلند، کمتر از یک‌ششم دارایی امریکا در آلمان است، درحالی‌که منافع کلی حاصله، تقریباً برابر بودند.[۲۳] این رقابت مالیاتی با هدف جذب سرمایه خارجی، تحولی است که سزاوار

18. Hines, James R., "Corporate Taxation and International Competition", in: Auerbach, Alan J., Hines, James R., and Slemrod, Joel. (eds.), *Taxing Corporate Income in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2007, p. 268.

برای مطالعه بیشتر راجع به رقابت مالیاتی، ن.ک:

Razin, Assaf, and Sadka, Efraim, "International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization", 37 *Economic Letters*, 1991.

Wilson, John Douglas., and Wildasin, David., "Capital Tax Competition: Bane or Boon", *Journal of Public Economics*, No. 88, 2004.

و برای مطالعه در خصوص چالش‌های سیاسی راجع به رقابت مالیاتی، ن.ک:

Edwards, Chris, and De Rugy, Veronique, "International Tax Competition, A 21st Century Restraint on Government", *Tax Notes International*, No. 27, 2002.

Edwards, Chris., and Mitchell, Daniel J, *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It*, Washington, Cato Institute, 2008.

Avi-Yonah, Reuven S, "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", 113 *Harvard Law Review*, 2000.

و برای مطالعه در خصوص رقابت مالیاتی در اروپا، ن.ک:

Schön, Wolfgang. (ed.), *Tax Competition in Europe*, Amsterdam, IBFD Publication, 2003.

19. Arnold, Brian J., "Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties", in: Arnold, Brian J., Sasseville, Jacques and Zolt, Eric M, (eds.), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2003, p. 55.

20. Schindel/Atchabahian, *op. cit.*, p. 26.

21. Effective Tax Rate

22. Return of Assets

23. Sullivan, Martin A, "The Luck of the Irish? Profits and Taxes of U.S. Multinationals Abroad", *Tax Notes*, May 20, 1996, pp. 1119-1120.

اهمیت بیشتری است.

۲. نارسایی مفاهیم حقوقی و اقتصادی

دومین دلیلی که ضرورت تفکر مجدد و بازنگری در مالیات بین‌المللی را نمایان می‌سازد، تغییر در اصول و مفاهیم زیربنایی حقوقی و اقتصادی است. منطق سنتی حقوق، چگونگی تخصیص حقوق مالیاتی در عرصه بین‌الملل را با نگاهی مانند حقوق داخلی می‌نگریست. باید اضافه کرد که وضع مالیات بر اساس منبع و اقامتگاه، ریشه در اصول قدیمی مالیات بر درآمد، یعنی اصل توانایی پرداخت و اصل منفعت دارد. منطق سنتی اقتصاد نیز به دنبال کارایی اقتصادی بود. دو هدف اصلیِ کارایی که در همکاری بین‌المللی مالیاتی در نظر گرفته شده است، بی‌طرفی نسبت به صدور و ورود سرمایه است. مختصراً به این موارد پرداخته می‌شود:

۲ـ۱. نارسایی اصول حقوقی

الف. اصل توانایی پرداخت[۲۴]

اصل توانایی پرداخت، ریشه در نظام مالیاتی سنتی غرب دارد که از شهروندان جهت ایجاد اتحاد و عدالت در جامعه، مالیات اخذ می‌شود و هنوز هم در سیاست‌های مالیاتی بسیاری از نقاط جهان به چشم می‌خورد.[۲۵] نقش این اصل در شکل‌دهی نظام مالیاتی بین‌المللی مبهم است. اصل توانایی پرداخت، عمیقاً در حقوق مالیاتی داخلی و مفهوم ارتباط فردی مؤدی مالیاتی با کشوری که در آنجا ساکن است و درآمد تولید می‌کند ریشه دارد. این اصل، محدود به قلمرو جغرافیایی نیست و شامل درآمدهای تولیدشده در سراسر دنیا می‌شود.[۲۶] درآمد، حاصل‌جمع سود و زیان‌های کلی مؤدی مالیاتی است.

برخلاف آن، وضع مالیات بر منبع، شامل گستره جهانی نمی‌شود و تنها به کشور منبع اکتفا می‌کند. در این راه، تمایل به جداکردن درآمد شخصی در آن قلمرو خاص وجود دارد و توانایی پرداخت در یک قلمرو که مفهوم آن بر شخص و تمام دارایی جهانی وی استوار است در آن راه ندارد.

اصل توانایی پرداخت در حقوق بین‌الملل مالیاتی، جایگاه خود را از دست نداده است. اما این

---

24. Ability to pay

25. Lang, Joachim, and Englisch, Joachim, "A European Legal Tax Order Based on Ability to Pay", in: Amatucci, Andrea. (ed.), *International Tax Law*, The Hague, Kluwer publication, 2006, p. 251.

26. Ault, Hugh J., and Bradford, David F., "Taxing International Income: An Analysis of the U.S. System and Its Economic Premises", *NBER (National Bureau of Economic Research)* Working Paper 3056, 1989, p. 22;

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Vogel, Klaus, "Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-Evaluation of Arguments", *Intertax*, 1988. pp. 216, 310, 393.

نظریه، تنها مسئله را نشان می‌دهد و نه راه‌حل آن را. فهم معاهدات اجتناب از اخذ مالیات مضاعف در وهله اول، مستلزم فهم درآمد است. مطابق اصل توانایی پرداخت، قواعد تخصیص باید به‌گونه‌ای شکل گیرد که از اخذ مالیات اضافه جلوگیری کند. این امر شامل جبران خسارت فرامرزی یا توانایی کسر هزینه‌های تجاری در زمان واحد است.

چون اصل توانایی پرداخت در بسیاری از کشورهای جهان رعایت می‌شود، ناگزیر باید در نظام بین‌المللی مالیاتی رعایت شود. موضوع اصل توانایی پرداخت، «درآمد واقعی» است یعنی درآمدی که از یک فعالیت اقتصادی ناشی می‌شود. باید تمامی مخارج و هزینه‌ها را از درآمد شخص، کسر کرد و سپس آن را موضوع مالیات داخلی و بین‌المللی قرار داد.

ب. اصل منفعت[۲۷]

این اصل در صدد توجیه درآمد مالیاتی یک کشور به نسبت حمایت آن کشور از تولید درآمد در قلمرو خود است. این اصل مورد حمایت کشورهای منبع است که مؤدی در آن‌ها ساکن نیست ولی تمام یا قسمتی از عملیات درآمدزای خود را در آن کشور انجام می‌دهد. این اصل به‌طور سنتی از وضع مالیات بر اقامتگاه، حمایت می‌کند.

اما به دو دلیل، این اصل نیز در مرحله عمل در نظام بین‌المللی مالیاتی کارایی ندارد. اول اینکه دیگر مانند قدیم نیست که یک شرکتِ واقع در یک قلمرو از آن کشور تغذیه می‌شد و مشتری‌هایش را از آن کشور تأمین می‌کرد چرا که ممکن است یک شرکتِ واقع در کشور (الف) کاملاً از کشور (ب) تأمین شود و محصولات نهایی خود را به کشور (ج) بفروشد. پس در وضع کنونی بسیار مشکل است که دقیقاً مشخص کرد که شرکت، منافع خود را از کدام کشور تأمین می‌کند. ده‌ها سال است که نظریه مالیات بهینه[۲۸] بر سر چگونگی بهره‌مندی منافع دریافتی مؤدیان از کالاها و خدمات عمومی یک کشور خاص، در حال مشاجره است.[۲۹]

دوم اینکه نمی‌توان از طریق تغییر جهت ابزارهای مالی از ثروتمند به فقیر، نقش درآمدی را برای تأمین کالاهای عمومی، در قیاس با نقش آن درآمد در اهداف توزیعی تشخیص داد. هیچ راه معقول و ساده‌ای برای تعیین میزان قیمت خدمات عمومی برای بخش خصوصی وجود ندارد. این مسئله هنگامی که نظریه منفعت تا حد نظریه استحقاق[۳۰] توسعه داده می‌شود، تصنعی‌تر نیز می‌شود. با وجود این، استفاده از کالاهای عمومی توسط مؤدی تا حدی به اندازه و ماهیت تجارت بستگی دارد یعنی

27. Benefit

28. Optimal Tax Theory

29. Hellwig, Martin F., "Public-Good Provision with Many Participants", *Review of Economic Studies*, No. 70, 2003, p. 589.

30. Entitlement Theory

استفاده از زیرساخت‌ها، تحصیل کارگران یا حمایت از مالکیت فکری؛ درصورتی‌که نمی‌توان آشکارا میان نتیجه نهایی یعنی منفعت مؤدی و استفاده از خدمات عمومی، چنین ارتباطی پیدا کرد.[۳۱] ضمناً هزینه‌های اضافی در یک کشور، مانند اجاره نیروی کار اضافه یا سرمایه اضافه، منجر به بالارفتن استفاده از کالاهای عمومی و درنتیجه، ضرر بیشتر برای شرکت (مؤدی) می‌شود.

با بررسی اصل منفعت و رقابت مالیاتی به‌عنوان نقاط شروعی برای وضع مالیات بین‌المللی که البته در بدایت امر، متناقض نیز به نظر می‌رسند باید اذعان کرد که وقتی صحبت از تخصیص مالیات میان دو کشور متفاوت به میان می‌آید، اصل منفعت، کمکی به حل مسئله نمی‌کند چرا که ماهیت شخصیِ درآمد را در نظر نمی‌گیرد. در مقایسهٔ رقابت مالیاتی با اصل منفعت، یک کشور ممکن است از وضع مالیات بر درآمدی که در قلمروش تولید شده است، چشم‌پوشی کند، حتی اگر دلایل کافی وجود داشته باشد که مؤدی خارجی فعالیت‌های درآمدزایی داشته است. از دیگر سو، ممکن است رقابت مالیاتی موجب وضع مالیات بر منافع خارجی شود، حتی اگر کشور محل اقامت، هیچ‌گونه خدمات عمومی جهت تولید این درآمد ارائه نکرده باشد. در دنیای جهانی‌شدهٔ امروزی، مبنای واضحی برای اختصاص حقوق مالیاتی میان کشورهایی که از مبنای کلی مالیات بر درآمد پیروی می‌کنند وجود ندارد. بنابراین رقابت مالیاتی، از دولت‌ها انتظار عمل متقابل را دارد؛ درحالی‌که به‌طور هم‌زمان، دولت‌ها انتظار هزینه‌های اضافی از سرمایه‌گذاری‌های انجام‌شده را ندارند و باید از حق وضع مالیات خود، صرف‌نظر کنند.

بر اساس نظریه منفعت، اختصاص حقوق مالیاتی میان کشورهای درگیر باید با میزان کالاها و خدمات عمومی که کشورها در قلمرو خود ارائه می‌دهند، منطبق باشد. در سایه رقابت مالیاتی، یک دولت تا آنجا در صدد وضع مالیات است که جریان درآمد مالیاتی مورد انتظار از یک سرمایه‌گذاری و نه‌تنها از شرکت مؤدی، بلکه از کارکنان، تأمین‌کنندگان یا مشتریان، از هزینه‌های عمومی مورد انتظار ناشی از این سرمایه‌گذاری یا به عبارتی ارزش کالاهای عمومی تجاوز کرده باشد.

۲ـ۲. نارسایی مفاهیم اقتصادی

به نظر می‌رسد نتایج مبهم اِعمال اصل توانایی پرداخت و منفعت در اختصاص مالیات بین‌المللی از منظر کارایی، حقوق مالیاتی را در مسیری هدایت می‌کند که موجب بهبود کارایی کلی یا حداقل کارایی ملی از نقطه‌نظر اقتصادیِ صرف شود.

نقطه عزیمت این بحث، مفهوم بی‌طرفی است. یعنی تصمیم به سرمایه‌گذاری نباید تحت تأثیر ملاحظات مالیاتی قرار گیرد بلکه باید از طریق عوامل دیگری مانند امتیازات جغرافیایی

31. Arnold, Brian. J., Sasseville, Jacques and Zolt, Eric. M., "Introduction: Perspectives on the Taxation of Business Profits under Tax Treaties", in: Arnold, Brian.J., Sasseville, Jacques and Zolt, Eric.M. (eds.), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 2003, p. 1.

محل، معین شود.[۳۲] بهترین حالت این مفهوم، در هماهنگی کامل نرخ‌ها و قوانین مالیاتیِ سراسر جهان است که بدون توجه به منبع درآمد و اقامتگاه مؤدی مالیات، همگی شانسی برابر برای موفقیت و کسب سود داشته باشند.[۳۳]

باید به دو نقطه‌ضعف اساسی این نظریه اشاره کرد. اول از نظر سیاسی، هماهنگی کامل، نظریه واقع‌بینانه نیست و نمی‌توان اجماع تمامی دولت‌های جهان را در رابطه با مالیات مضاعف و دیگر مؤلفه‌های مرتبط با مالیات بین‌المللی کسب کرد. دوم اینکه در زمینه هماهنگی بین‌المللی مالیاتی باید به این واقعیت توجه داشت که در حال حاضر، تعاریف و نرخ‌های متفاوتی از مالیات وجود دارد و در آینده، کشورهای جهان، بی‌طرفی کامل را محال می‌پندارند.

الف. بی‌طرفی نسبت به صدور سرمایه[۳۴]

حقوق‌دانان در مواردی از این اصطلاح استفاده می‌کنند که یک نظام مالیاتی در قبال صدور سرمایه، به‌صورت خنثی عمل کند؛ بدین‌صورت که نرخ مؤثر نهایی مالیات بر درآمدِ حاصل از سرمایه‌گذاری، یکسان باشد، خواه این سرمایه‌گذاری در اقتصاد داخلی انجام گیرد یا در کشورهای دیگر. به عبارت دیگر، در چنین حالتی، ملاحظات مالیاتی نقش مؤثری در تصمیم‌گیری میان سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی ایفا نمی‌کند. البته این امر دربردارنده برخی نگرانی‌ها خواهد بود:

اگر مالیات بر درآمد شرکت به‌عنوان پشتوانه‌ای برای مالیات بر سهام‌داران توجیه شود، توجه به اقامتگاه شرکت به‌عنوان عنصری حیاتی جهت اعمال بی‌طرفی نسبت به صدور سرمایه، می‌تواند به‌راحتی مورد تقلب قرار گیرد؛ به‌ویژه هنگامی که سهام‌داران در کشور محل اقامت شرکت یا کشوری که مرکز شرکت در آن است، مستقر نیستند.[۳۵] در چنین حالتی، تصمیم سرمایه‌گذاری در اختیار شرکت است و سهام‌داران شرکت، ناچار به انتخاب میان سرمایه‌گذاری داخلی و سرمایه‌گذاری خارجی نیستند. البته این امر شامل توزیع منافع میان سهام‌داران نیز می‌شود که ممکن است بخواهند آن را مجدداً یا در جای دیگری (شرکت دیگر) سرمایه‌گذاری کنند. پس از نظر تحلیلی، کارایی باید تفاوت مکان‌ها (منابع) و تفاوت محل اقامت شرکت و سهام‌دارانش را در نظر بگیرد.

تحلیل بی‌طرفی نسبت به صدور سرمایه، هنگامی معنا می‌دهد که پس از توزیع سود، سهام‌داران به‌راحتی اختیار سرمایه‌گذاری را نداشته باشند. مسئله هنگامی است که بار مالیاتی بر

32. Musgrave, Peggy B., "United States Taxation of Foreign Income, Issues and Arguments", *Law School Journal of Harvard University*, Cambridge MA, 1969, p. 108.

33. Brauner, Yariv, "An International Tax Regime in Crystallization", *Tax Law Review*, No. 56, 2003, p. 259.

34. Capital Export Neutrality

35. Chorvat, Terrence R., "Ending the Taxation of Foreign Business Income", *Arizona Law Review*, No. 42, 2000, p. 852.

روی سود سهام پرداختی ممنوع باشد یا اینکه مدیران شرکت به‌جای پرداخت (توزیع) سود میان سهام‌داران، آن را در قسمت‌های کم‌تولیدتر سرمایه‌گذاری کنند. در شرکت‌های چندملیتی که فهرست آنان به‌صورت عمومی اعلام شده است، سرمایه‌گذاری مجدد ممکن نیست. دلیل دیگری که نشان می‌دهد چرا بی‌طرفی نسبت به صادرات سرمایه، نقطه قابل اتکایی برای مالیات بین‌المللی نیست این واقعیت است که ممکن است محل اقامت، منشأ بسیاری از فریبکاری‌ها شود. این امر باعث می‌شود که مؤدی، مکان خود را به کشور دیگری که نرخ مالیات کمتری دارد منتقل کند و این امر باعث بروز اصطکاکاتی میان افرادی می‌شود که به‌آسانی متقاعد نمی‌شوند که محل زندگی اجتماعی خود را به دلایل مالیاتی تغییر دهند. ولی بی‌طرفی نسبت به صدور سرمایه در وضعیتی که مرکز اداره یک شرکت به‌راحتی قابل تغییر باشد، به‌سختی قابل اعمال است. راه دیگر، ایجاد شعبات واسطه در قلمروهایی است که نرخ مالیاتیِ کمی دارند و بدین‌گونه، سود به‌دست‌آمده تحت مالیات کشوری که شرکت مادر در آن قرار گرفته است، درنمی‌آید.[۳۶]

ب. بی‌طرفی نسبت به ورود سرمایه[۳۷]

این اصطلاح را اقتصاددانان در توصیف حالتی به‌کار می‌برند که مالیات در قبال ورود سرمایه به‌صورت خنثی عمل می‌کند زیرا عرضه‌کنندگان داخلی و خارجی سرمایه، از سرمایه‌گذاری در بازار کشورهای دیگر، همان درصد از سود مالیات‌دررفته‌ای عایدشان می‌شود که از انجام سرمایه‌گذاری مشابه در بازار داخلی کشور مربوطه می‌توانند به دست آورند.

این مفهوم، از دیدگاه کشور میزبان سرمایه و تحت این فرضیه است که کشور منبع، تفاوتی میان سرمایه‌گذار خارجی و داخلی قائل نمی‌شود و در واقع، کشور منبع، مجدداً لایه‌ای اضافه بر مالیات وضع‌شده توسط کشور محل اقامت، وضع نمی‌کند. برخی کشورها مانند فرانسه، یک‌جانبه و برخی کشورها مانند آلمان بر اساس قرارداد (دوجانبه) تمایل خود را برای معافیت سود تجارت خارجی اعلام کرده‌اند و به تحلیل بی‌طرفی نسبت به ورود سرمایه برای توجیه نظام سرزمینی خود اتکا کرده‌اند. با وجود این، دیدگاه تحلیلی بی‌طرفی نسبت به ورود سرمایه، ضعیف است چرا که یک وضعیت خاص رقابتی میان مؤدی داخلی و خارجی را که در یک کشور، فعالیت اقتصادی دارند پیش‌فرض می‌داند.[۳۸] هدف اصلی، رسیدن به یک سطح هموار برای رقابت در کشور است که این نهاد در وهله اول، عرضه‌کننده و مشتری را در معرض خطر بین‌المللی قرار می‌دهد و به دنبال ایجاد رقابت منصفانه در بازار است. به عبارت دیگر، می‌توان گفت این مفهوم، عمیقاً ریشه

36. *Ibid*., p. 843.

37. Capital Import Neutrality

38. Shay, Stephen E, Fleming, J. Clifton and Peroni, Robert J., "What's Source Got to Do With It?: Source Rules and U.S. International Taxation", *Tax Law Review*, No. 56, 2002, p. 46.

در وحدت دولت حاکم بر قلمرو بازار دارد.

ج. بی‌طرفی نسبت به مالکیت سرمایه[۳۹]

در سال‌های اخیر، مفهوم دیگری از بی‌طرفی پدیدار شده است که بی‌طرفی نسبت به مالکیت سرمایه نام دارد. این مفهوم، از نظام مالیاتی‌ای دفاع می‌کند که انتقال سرمایه به یک سرمایه‌گذار جدید، مشمول مالیات قرار نمی‌گیرد. برای اعمال چنین قاعده‌ای، یا باید فقط از نظام منبع‌محور یا فقط نظام اقامت‌محور استفاده کرد؛ درحالی‌که امروزه دیگر نظام‌های اقامت‌محور یا منبع‌محور، پاسخگوی پیشرفت‌های روز نیستند. نظام‌های اقامت‌محور در دنیای واقعی امروزه، کاراً به‌نظر نمی‌رسند و نظام‌های منبع‌محور نیز که مورد استفاده ایالات متحده و انگلستان هستند در حال بازنگری‌اند. عزیمت امریکا و انگلستان به سوی نظام سنتی مالیاتی، جامعه کشورهای منبع‌محور را تقویت می‌کند و هدف بی‌طرفی نسبت به مالکیت سرمایه را در درازمدت کاراتر می‌نماید.[۴۰] با وجود این، اعمال چنین قاعده‌ای در مقیاسی جهانی یا حتی در اتحادیه اروپا به نظر بسیار بلندپروازانه است.

د. بی‌طرفی ملی[۴۱]

مبحث دیگری که سال‌ها در این حوزه مورد بحث قرار گرفته، بی‌طرفی ملی است که در وهله اول با صرف‌نظر از کارایی کلی به منفعت ملی کشور توجه دارد. کارایی کلی در صدد بهینه‌کردن مجموع عواید مالیاتی و منافع شرکت در کشورهاست؛ درحالی‌که کارایی ملی فقط به مجموع عواید ملی مالیات و نفع شرکت‌های داخلی می‌نگرد. برای دستیابی به بی‌طرفی ملی در یک قلمرو مالیاتی کافی است با مالیات خارجی (منبع) مانند یکی از هزینه‌های تولید رفتار شود و از مبنای مالیاتی کسر شود ولی در برابر مسئولیت مالیات داخلی، معتبر قلمداد نشود.

چنین رویکردی سرعت زوال نظریه مالیات بر منبع را افزایش می‌دهد چرا که اثر اعتبار مالیاتی بر مالیات منبع را در کشور اصلی می‌کاهد و شرکت‌ها فشار سنگین مالیات بر منبع را حس می‌کنند. آن‌ها نیز می‌توانند سرمایه‌شان را به کشور مادر یا به کشور میزبان بازگردانند تا بدین‌وسیله، فشار مالیات بر منبع را کاهش دهند. در واقع در این رویکرد، تنها سود شرکت درون یک قلمرو و نه سود شرکت در سراسر کشورها در نظر گرفته می‌شود و مالیات بر آن اساس، بار می‌شود. در این روش، دیگر مالیات‌ها به‌عنوان هزینه تولید در نظر گرفته می‌شود و از نرخ مبنای مالیاتی کشور کسر

39. Capital Ownership Neutrality (CON)

40. Desai, Mihir A., and Hines, James R., "Evaluation International Tax Reform", *National Tax Journal*, No.56, 2003, p. 487.

41. National Neutrality

می‌شود. با وجود این، درمقابل، مسئولیت پرداخت مالیات داخلی معتبر قلمداد نمی‌شود.

رویکرد بی‌طرفی ملی، چندان مورد استقبال دولت‌ها قرار نگرفته است. اعتبار مالیاتی نه‌تنها در قراردادهای اجتناب از اخذ مالیات مضاعف، بلکه در رویکرد یک‌جانبه دولت‌ها نیز از جایگاه خاصی برخوردار است. شیوع و گستردگی اعتبار مالیات خارجی، دولت‌های منبع‌محور را به افزایش نرخ مالیات خود تا سطح ملی صادرات سرمایه دعوت می‌کند.[۴۲] البته مناسب است دولت‌ها به‌منظور رفاه حال شرکت‌های چندملیتی داخلی به‌صورت یک‌طرفه، اعتبار مالیاتی را بپذیرند که این امر به گستردگی حضور این شرکت‌ها در صحنه بین‌الملل بستگی دارد. همچنان ممکن است خصوصیت جامع و فراگیر اعتبار مالیاتی آن به‌صورت توافق ضمنی میان کشورهای جهان درآمده باشد.[۴۳]

استفاده از این رویکرد برای همکاری بین‌المللی مالیاتی مناسب نیست و باعث ایجاد شکافی میان مالیات بین‌المللی و داخلی می‌شود. این امر، مانع از فعالیت بین‌المللی سرمایه‌گذاران نیز می‌شود. علاوه بر این، جانشینی سرمایه‌گذاران خارجی به‌جای سرمایه‌گذاران داخلی را نیز با مشکل روبه‌رو می‌کند چرا که قراردادن ساختار شرکت‌های بین‌المللی در قالب شرکت‌های داخلی یک کشور، مشکل است. ازآنجاکه کشورهای صنعتی بیش از پیش در حال تبدیل وضعیت خود از سرمایه‌فرست به سرمایه‌پذیر هستند، این امر موجب کاهش کارایی دیگر کشورها در عمل متقابل می‌شود. در پایان این مبحث باید افزود، کارایی کلی به‌صورت یک‌جانبه از بین رفته است و حداقل در توافقات مشترک راجع به مالیات مضاعف، اعتباربخشیدن به مالیات پرداختی در منبع باید تضمین شود.

۳. چارچوبی برای مالیات بین‌المللی

ممکن است هر تلاشی برای معرفی چارچوب جدید در زمینه مالیات بین‌المللی، الهام‌بخش ایجاد جهانی نو برای مؤدیان مالیاتی و دولت‌ها باشد؛ یعنی انتخاب رویکرد بهترین راه‌حل.[۴۴] از نظر حقوقی، اولین و بهترین راه‌حل، تکامل اصول «توانایی پرداخت» و «منفعت» به‌طور هم‌زمان و از نظر اقتصادی، ارتقای کارایی جهانی بدون محروم‌ماندن از منافع رقابت سالم مالیاتی است. بنابر آنچه گفته شد، مشکل بتوان هر توصیه‌ای برای اولین و بهترین راه‌حل همکاری مالیاتی چه از نظر حقوقی و چه از نظر اقتصادی شناسایی کرد و مشکل‌تر از آن، اجرا نمود.

ابتدا باید متوجه عدم ثبات نظام کنونی و آتی مالیات بین‌المللی نیز بود. رقابت سالم کشورها عموماً به‌عنوان واقعیت و گزینه حتمی پذیرفته شده است. بنابراین هرگونه پیشنهاد برای همکاری مالیاتی

42. Gordon/Hines, *op. cit.*, p. 1955.
43. Ault/Bradford, *op. cit.*, p. 32.
44. Schön, W, Part I, p. 84.

باید با توجه به مبنا و نرخ مالیات صورت گیرد. مباحث هماهنگی مالیاتی در اروپا نشان داده است که کشورها به‌راحتی حاضر به ترک عناصر اولیه قانونگذاری داخلی نیستند که البته تأثیر عمده‌ای بر درآمد دولت و مقررات مربوط به عملکرد مؤدیان مالیاتی دارد.[۴۵] بنابراین ممکن است راه‌حل مشترک برای کشورهای متفاوت، نتایج متفاوت یا حتی متعارضی را به‌بار بیاورد.

۳ـ۱. رویکرد اول: تک نظامی

هرگونه اقدامی در جهت هماهنگی نظام بین‌المللی مالیاتی، باید وجود شبکه معاهدات اجتناب از اخذ مالیات مضاعف را به‌عنوان شاهدی بر موفقیت عملی این مفهوم دوجانبه در نظر بگیرد. در این راستا دو وسیله معافیت، وارد عرصه می‌شود:

۱. درصورتی‌که وضعیت‌های پیچیده و چندلایه مثلثی وجود داشته باشد، نظریه کنوانسیون‌های چندجانبهٔ اجتناب از اخذ مالیات مضاعف می‌تواند برای ایجاد سطحی هموار مفید باشد. البته این امر، نقاط ضعفی هم دارد: اول اینکه تلاش زیادی لازم است تا کشورها را به پای میز مذاکره کشاند و البته زمان نسبتاً بیشتری هم در قیاس با مذاکره دوجانبه نیاز دارد. دوم اینکه هرگونه تغییری مستلزم اجماع همگانی است و عواقبی چون رکود و تحجر دارد مانند وضعیت کنونی اتحادیه اروپا پیرو اصل اتفاق.[۴۶] پس این امر برای گروه‌های کوچک کشورها که دارای زمینه‌های اقتصادی و سیاسی مشترک هستند مانند کشورهای شمال اروپا توصیه می‌شود.[۴۷] بنابراین تا مدت مدیدی، استفاده از رژیم سنتی معاهدات دوجانبه، برای همکاری ناگزیر است.[۴۸]

۲. راه‌حل دوم، سپردن آن به سازمان‌های منطقه‌ای یا بین‌المللی مانند اتحادیه اروپا و سازمان تجارت جهانی است که تأثیر بسزایی در وضع مالیات مستقیم دارند؛ یعنی ایجاد سازمانی مانند سازمان جهانی مالیات[۴۹] که اختیار وضع مقررات و داوری در خصوص همکاری بین‌المللی مالیاتی را داشته باشد.[۵۰] در اتحادیه اروپا و امریکا می‌توان اختلاط مجدد نظام‌های داخلی مالیاتی را تصور تصور کرد. ولی کشورهایی مانند هند، روسیه، چین و برزیل به‌آسانی نمی‌پذیرند که قدرت رو به افزایش مالیاتی‌شان، محدود به چنین سازمانی شود. لازم به ذکر است درصورتی‌که این کشورها که از آغاز قرن بیست‌ویکم، بیش از نصف تولید ناخالص ملی جهان را به خود اختصاص داده‌اند، وارد عرصه شوند می‌توانند با نقش پررنگ خود در ایجاد رژیم جهانی مالیات، گام مؤثری

45. Griffiths/Hines/Sorensen, *op. cit.*, p. 6.

46. Principle of Unanimity

47. Nordic States of Europe

48. Avery Jones, J. F., "The David R. Tillinghast Lecture: Are Tax Treaties Necessary?", *Tax Law Review*, No. 53, 1999, p. 1.

49. World Tax Organization

50. Tanzi, Vito, "Is there a Need for a World Tax Organization?", in: Razin, Assaf., and Sadka, Efraim. (eds.), *The Economics of Globalization*, Cambridge University Press, 1999, p. 173.

بردارند.[۵۱] مجدداً باید اشاره کرد که در حال حاضر، نگاه واقع‌بینانه، استفاده مداوم از معاهدات دوجانبه است یا استفاده از معاهدات چندجانبهٔ منطقه‌ای که تنها تعداد اعضای آن افزایش یافته است، بدون اینکه خصیصه سنتی معاهده تغییر کند.[۵۲]

۳ـ۲. رویکرد دوم: هماهنگ‌سازی

این نظریه که تقریباً نیم‌قرن پیش مطرح شده است، به کلیه کسانی که وارد عرصه سیاست‌گذاری می‌شوند توصیه می‌شود.[۵۳] این نظریه چنین می‌گوید که رویکرد دوم از پیشروی گام‌به‌گام به سمت رویکرد اول حاصل نمی‌شود بلکه بالعکس، ممکن است حرکت گام‌به‌گام در راستای رویکرد آرمانی اول، در طولانی‌مدت، زیان‌آور باشد و به‌درستی گفته شده است که سیاست بهینه مالیاتی در گرو پیروی از اولویت دوم است.[۵۴]

برای مثال در انتخاب میان اولویت اول که برخی آن را بهترین راه‌حل می‌دانند، برای هماهنگی بین‌المللی مالیاتی، هماهنگی کامل مالیاتی، در رقابت کامل مالیاتی به‌نظر می‌رسد. ممکن است گفته شود این امر باعث کارایی بهینه می‌شود ولی باید در نظر داشت حتی هماهنگی بین یک گروه از کشورها که به‌نظر می‌رسد گام درستی در این راستا باشد، باید به دیده شک نگریسته شود، چرا که این امر، مانع از انعطاف سیاسی این کشورها می‌شود و نیز جایگاه رقابتی این کشورها را بین خود اعضا و همچنین در مقابل دیگران تضعیف می‌کند. چون هیچ‌گونه هماهنگی بین‌المللی تا بدین‌جا به‌دست نیامده است، به‌نظر می‌رسد این گام، حتی نتایج منفی نیز به‌بار آورد.[۵۵]

از سوی دیگر، اگر مؤلفی بر این عقیده باشد که رقابت کامل مالیاتی در طولانی‌مدت، بهترین راه‌حل است، احتمالاً کارایی اقتصادی که از طریق هزینه‌های خارجی، میان‌داری مالیاتی،[۵۶] هزینه تراکنش‌ها، هزینه‌های سیاسی و غیره را که در راه کسب چنین آوردگاهی وجود دارند، ناچیز پنداشته است.[۵۷] پس هرگونه تغییری در نظام مالیاتی باید، هم ظرفیت‌ها و هم چارچوب

51. Baistrocchi, Eduardo A., "The International Tax Regime and The BRIC World: Elements for a Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, No. 4, 2013, p. 733.

۵۲. برای مطالعه درباره اقتصاد سیاسی مذاکرات معاهدات دوجانبهٔ مالیاتی، ن.ک:

Rixen, Thomas, *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave/Macmillan, 2008.

53. Lipsey, Richard G., and Lancaster, Kelvin., "The General Theory of Second Best", *Review of Economic Studies*, No. 24, 1959, p. 11.

54. Boadway, Robin W., "The Role of Second-Best Theory in Public Economics", *EPRU (Economic Policy Research Unit)* Working Paper Series, University of Copenhagen, No. 95-06, 1994.

55. Schön, Wolfgang, "Group Taxation and the CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base)", *Tax Notes International*, No. 48, 2007, p. 1076.

56. Tax arbitrage

57. Avi-Yonah, Reuven S., "Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime", *Bulletin for International Taxation*, vol. 4, No. 61, 2007, p. 130.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

تغییرات دیگر را بسنجد. دیدگاه برخی از مؤلفین چنین است که حفظ حالت کنونی، نیازی به استدلال ندارد.[۵۸]

در پاسخ گروه ۲۰[۵۹] به گزارش سال ۲۰۱۴ در خصوص سایش مبنا،[۶۰] انتقال سود[۶۱] و تبادل اطلاعات مالیاتی، همکاری بین‌المللی برای تقویت یکپارچگی نظام‌های مالیاتی بسیار ضروری شمرده شده است. وزرای دول عضو گروه تأکید کرده‌اند که منافع باید در محل انجام فعالیت‌های اقتصادی و محل تولید ارزش، مشمول مالیات شود. اهداف گروه ۲۰ از طریق تقویت اقتصاد جهانی در مقابل بحران‌ها و شوک‌های احتمالی آینده است. نظام‌های مالیاتی ملی و بین‌المللیِ کارآمد نیز منابع درآمدی پایداری برای اقتصادهای درحال‌توسعه هستند که می‌تواند در راستای حکمرانی بایسته نیز بسیار مفید باشد.[۶۲]

۳ـ۳. تعارض میان رویکردها و ضروریات اقتصادی و حقوقی

دو رویکرد برای آشتی حقوق و اقتصاد وجود دارد: رویکرد اول به گفتمان طولانی‌مدت میان انصاف و کارایی می‌پردازد که در بسیاری از وضعیت‌های متفاوت نمایان می‌شود و[۶۳] یکی از مثال‌های متعارف درمورد مالیات دوگانه بر درآمد است که نرخ مالیات ترجیحی را بر سرمایه پیشنهاد می‌دهد و درنتیجه، بار مالیات را بر دوش کسانی می‌گذارد که از کار، کسب درآمد می‌کنند. این رویکرد از دیدگاه کارایی قابل دفاع است ولی از دیدگاه انصاف، مورد حمله قرار می‌گیرد.[۶۴]

نظام بین‌المللی مالیات نیز فارغ از این مسائل نیست. می‌توان نشان داد که حذف مالیات از منبع ممکن است تا حدود زیادی به کارایی اقتصادی منجر شود. این مسئله از منظر حقوقی باعث ایجاد ابهاماتی راجع به انصاف افقی میان مؤدیان مالیاتی خواهد شد که در کشور منبع، زندگی و سرمایه‌گذاری کرده‌اند. بنابراین قاعده خاصی وجود ندارد، چرا که گاهی ممکن است روند سیاسی

Kane, Mitchell. A, "Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage", *Emory Law Journal*, No. 53, 2004, p. 89.

Rosenbloom, H. David, "The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the 'International Tax System", *Tax Law Review*, No. 53, 2000, p. 137.

58. *Ibid*.

59. G20

60. Base erosion

61. Profit shifting

62. G20 Development Working Group Domestic Resource Mobilization, G20 response to 2014 reports on BEPS and AEOI for developing economies

63. Graetz, Michael J., "The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies", *Tax Law Review*, No. 54, 2001, p. 294.

64. Zimmer, Frederik, "A Critical Assessment of the Nordic Dual Income Tax Model", in: *Yearbook for Nordic Tax Research*, 2008, p. 217.

به نفع دلایل حقوقی یا اقتصادی باشد.

رویکرد دوم به ضرورت‌های عملی قاعده‌سازی (قانونگذاری) و قابلیت اداره می‌پردازد. اگر نظام داخلی یا بین‌المللی مالیاتی، مطابق با فروض ابتدایی اقتصادی نباشد، از جهت امکان مدیریت و قطعیت و ثبات حقوقی در ستیز است. نمونه کلی آن، یک فرض ساختگی است که از نقطه‌نظر مدیریتی و عملی بسیار مطلوب است ولی ممکن است تخصیص منابع را نامتعادل کند و باعث ایجاد میان‌داری مالیاتی شود.[۶۵] واقع‌گرایی اقتصادی، با وضع قواعد حقوقی برای جهان مالیات، ممکن نیست، چرا که این جهان به تمایزات قابل شناسایی و مدیریت نیاز دارد. بنابراین ایجاد فرمالیسم ازجمله تصویرسازی از ضروریات لاینفک عملی برای هرگونه قانونگذاری مالیاتی است ولی این امر به‌طور خودکار باعث می‌شود که مؤدیان مالیاتی تا آنجا که ممکن است، مرزهای این قانونگذاری مالیاتی را به عقب برانند.[۶۶]

نتیجه

مالیات تجاری بین‌المللی در سال‌های اخیر، توجه زیادی را به خود جلب کرده است. تخصیص حقوق مالیاتی میان کشورهای منبع‌محور و اقامتگاه‌محور، مورد چالش قرار گرفته است. قواعد قدیمی که موضوع آن‌ها معیارهای مبتنی بر انواع مختلفی از منافع، ازجمله فروش، خدمات، امتیاز و بهره بود، آزمون خود را پس داده‌اند. علاوه بر این، رقابت مالیاتی نیز به پیچیدگی‌های این حوزه اضافه می‌کند. بنابراین لزوم یافتن راه‌حلی بین‌المللی در این زمینه بیشتر نمایان می‌شود.

با توجه به تأثیرات جهانی‌شدن بر اقتصاد و فعالیت‌های تجاری امروزی، و نیز نارسایی و ازکارافتادگی مفاهیم کلاسیک ادبیات مالیاتی داخلی، این نتیجه به دست می‌آید که وقت آن رسیده است تا کشورها به همکاری بیش از پیش در زمینه مالیات بین‌الملل روی آورند. در این راستا دو رویکرد پیش روست: همه کشورها با یک‌شکل‌کردن قواعد مربوطه، چه تحت یک نظام معاهداتی یا از طریق سازمان بین‌المللی به این مهم دست یابند. صرف‌نظر از امکان یا امتناع یک نظام واحد مالیاتی بین‌المللی و پرداختن به دلایل موافق و مخالف که از حوصله این نگارش خارج است،[۶۷] به دلایل بی‌شماری، اکنون راه‌حل اول میسر نیست. ولی باید خاطرنشان کرد که

65. Ault/Bradford, *op. cit.*, p. 28.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Rosenbloom, H. David, "Banes of an Income Tax: Legal Fictions, Elections, Hypothetical Determinations, Related Party Debt", *Sydney Law Review*, No. 2, 2004.

66. Weisbach, David A., "Analysis of Line-Drawing in the Tax Law", *Journals of Legal Studies*, No. 29, 2000, p. 71.

۶۷. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: سعید عباسی؛ *نظام بین‌المللی مالیات؛ امکان یا امتناع*، رساله دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۴.

راه‌حل دوم به معنی قدم‌برداشتن در مسیر اول، تا جایی که امکان دارد، نیست چرا که آثار مخرب بیشتری در پی دارد. ولی قدر متیقن و در واقع، راه‌حل حقوق بین‌المللی برای حل این مسئله، در حال حاضر، همکاری و هماهنگی بین‌المللی میان کشورها است. انعقاد روزافزون معاهدات دوجانبه جهت اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و نیز کنوانسیون‌های الگوی سازمان ملل و سازمان همکاری اقتصادی، گامی در راه هماهنگی و همکاری میان کشورها برای تسهیل تجارت شرکت‌های چندملیتی و نیز جلوگیری از فرار مالیاتی این کشورهاست؛ هرچند بنا به ملاحظات سیاسی و اقتصادی نمی‌توان همه کشورها را مجبور به تبعیت از نرخ و قواعد یکسان مالیاتی کرد چرا که هم این مسئله از مسائل حاکمیتی هر کشوری است و هم سرمایه‌فرست‌بودن یا سرمایه‌پذیربودن هر کشور به مصلحت خویش است. به‌هرحال امید است تا با یکپارچه‌سازی هرچه بیشتر قواعد مالیاتی به هماهنگی در این حوزه مساعدت شود.

منابع:

الف) فارسی

- توکل، محمد؛ *فرهنگ توصیفی اصطلاحات بین‌المللی مالیاتی*، چاپ دوم، انتشارات دانشکده علوم اقتصادی، ۱۳۹۰.

ب) انگلیسی

Books

- Amatucci, Andrea. (ed.), *International Tax Law*, The Hague, Kluwer Publication, 2006.
- Arnold, Brian J., Sasseville, Jacques and Zolt, Eric M, (eds.), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2003.
- Auerbach, Alan J. and Feldstein, Martin. *Handbook of Public Economics*, Amsterdam, North-Holland, vol. 4, 2002.
- Auerbach, Alan J., Hines, James R., and Slemrod, Joel. (eds.), *Taxing Corporate Income in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2007.
- Edwards, Chris, and Mitchell, Daniel J., *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend It*, Washington, Cato Institute, 2008.
- Jacob A. Frenkel, Assaf Razin, and Efraim Sadka, *International Taxation in an Integrated World*, Cambridge, Mass, MIT Press, 1991.
- Razin, Assaf, and Sadka, Efraim (eds.), *The Economics of Globalization*, Cambridge University Press, 1999.
- Tanzi, Vito, *Taxation in an Integrating World*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1995.

Articles

- Ault, Hugh J., and Bradford, David F., "Taxing International Income: An Analysis of the U.S. System and Its Economic Premises", *NBER (National Bureau of Economic Research)*, Working Paper 3056, 1989.
- Avi-Yonah, Reuven S., "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", 113 *Harvard Law Review*, 2000.
- Avi-Yonah, Reuven S., "Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime", *Bulletin for International Taxation* 4, No. 61, 2007.
- Avery Jones, J. F., "The David R. Tillinghast Lecture: Are Tax Treaties Necessary?", *Tax Law Review*, No. 53, 1999.
- Baistrocchi, Eduardo A., "The International Tax Regime and the BRIC World: Elements for a Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, No. 4, 2013.

- Boadway, Robin W., "The Role of Second-Best Theory in Public Economics", *EPRU (Economic Policy Research Unit)* Working Paper Series, University of Copenhagen, No. 95-06, 1994.
- Brauner, Yariv, "An International Tax Regime in Crystallization", *Tax Law Review*, No. 56, 2003.
- Chorvat, Terrence R., "Ending the Taxation of Foreign Business Income", *Arizona Law Review*, No. 42, 2000.
- Desai, Mihir A., and Hines, James R., "Evaluation International Tax Reform", *National Tax Journal*, No. 56, 2003.
- Doggart, Caroline, "Tax Havens and Their Uses", *The Economist Intelligence Unit*, London, 1993.
- Edwards, Chris, and De Rugy, Veronique, "International Tax Competition, a 21st Century Restraint on Government", *Tax Notes International*, No. 27, 2002.
- Graetz, Michael J., "The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies", *Tax Law Review*, No. 54, 2001.
- Hellwig, Martin F., "Public-Good Provision with Many Participants", *Review of Economic Studies*, No. 70, 2003.
- Kane, Mitchell. A, "Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage", *Emory Law Journal*, No. 53, 2004.
- Lipsey, Richard, G., and Lancaster, Kelvin, "The General Theory of Second Best", *Review of Economic Studies*, No. 24, 1959.
- Musgrave, Peggy B., "United States Taxation of Foreign Income, Issues and Arguments", *Law School Journal of Harvard University*, Cambridge MA, 1969.
- Razin, Assaf, and Sadka, Efraim, "International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization", 37 *Economic Letters*, 1991.
- Rixen, Thomas, "The Political Economy of International Tax Governance", Palgrave/Macmillan, 2008.
- Rosenbloom, H., David, "Banes of an Income Tax: Legal Fictions, Elections, Hypothetical Determinations, Related Party Debt", *Sydney Law Review*, No. 2, 2004.
- Rosenbloom, H. David, "The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the International Tax System", *Tax Law Review*, No. 53, 2000.
- Slemrod, Joel, "Tax Havens, Tax Bargains and Tax Addresses: The Effect of Taxation on the Spatial Allocation of Capital", in: *Reforming Capital Income Taxation*, edited by Horst Siebert, J.C.B. Mohr (P. Siebeck) Publication, 1990.
- Schön, Wolfgang, "Group Taxation and the CCCTB (Common Consolidated

Corporate Tax Base)", *Tax Notes International*, No. 48, 2007.
- Schön, Wolfgang, "International Tax Coordination for a Second Best World", Part I, *World Tax Journal*, 2009.
- Schön, Wolfgang. (ed.), "Tax Competition in Europe", Amsterdam, *IBFD Publication*, 2003.
- Shay, Stephen E., Fleming, J., Clifton and Peroni, Robert J., "What's Source Got to Do with It?: Source Rules and U.S. International Taxation", *Tax Law Review*, No. 56, 2002.
- Sullivan, Martin A., "The Luck of the Irish? Profits and Taxes of U.S. Multinationals Abroad", *Tax Notes*, May 20, 1996.
- Tanzi, Vito, "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", *IMF Working Paper* WP/96/141.
- Vogel, Klaus, "Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments", *Intertax*, 1988.
- Weisbach, David A., "Analysis of Line-Drawing in the Tax Law", *Journal of Legal Studies*, No. 29, 2000.
- Wilson, John Douglas, and Wildasin, David, "Capital Tax Competition: Bane or Boon", *Journal of Public Economics*, No. 88, 2004.
- Zimmer, Frederik, "A Critical Assessment of the Nordic Dual Income Tax Model", in: *Yearbook for Nordic Tax Research*, 2008.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۵۸ ـ ۲۹

حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقت‌نامه تریپس و چالش حمایت از حق بین‌المللی بشر بر سلامت

صابر نیاورانی*
احسان جاوید**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۲۱

چکیده

اگرچه در اسناد بین‌المللی حقوق بشری به‌طور صریح به حق دسترسی به داروهای اساسی و حیات‌بخش به‌عنوان «حقی بشری» اشاره نشده است، این حق، یکی از حقوق بنیادینی به شمار می‌رود که در نظام بین‌المللی حقوق بشر برای تحقق حق بر بهره‌مندی از سلامت جسمی و روانی مطلوب، ضرورت دارد. یکی از مهم‌ترین مسائل مرتبط با دسترسی به دارو، بحث حمایت بین‌المللی از ابداعات دارویی و تعارض احتمالی میان این نظام با نظام بین‌المللی حقوق بشر است. در موافقت‌نامه تریپس برای حل این تعارض، انعطاف‌هایی پیش‌بینی شده است که دولت‌ها می‌توانند با توسل به آن‌ها از بروز این تعارضات جلوگیری کنند. با تصویب اعلامیه دوحه و صدور تصمیم شورای تریپس درمورد اجرای مفاد بند ۶ این اعلامیه، چارچوب جدیدی برای مجوزهای اجباری ایجاد شده است. محور اصلی این پژوهش این است که آیا وجود وضعیت‌های فوق‌العادهٔ ملی می‌تواند عذری موجه برای دولت‌ها جهت عدول از رعایت مقررات بین‌المللی راجع به حمایت از ابداعات دارویی باشد یا خیر. موافقت‌نامه تریپس با پیش‌بینی امکان استفاده‌های دیگر از امتیازنامه‌های ثبت ابداعات دارویی بدون رضایت صاحب آن، به‌صورتی غیرمستقیم، راه را برای اعضای سازمان جهانی تجارت، جهت عدول از رعایت مقررات این موافقت‌نامه در موارد حادث‌شدن وضعیت بحرانی و اضطراری در حوزه بهداشت عمومی باز گذاشته است.

واژگان کلیدی

حق بر سلامت، دسترسی به دارو، موافقت‌نامه تریپس، حق انحصاری، مجوز اجباری، اعلامیه دوحه

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم‌وتحقیقات تهران sabberniavarani@gmail.com
** نویسنده مسئول، عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مراغه e.javid897@gmail.com

مقدمه

حق بشر بر سلامت به حق هر انسان در بهره‌مندی از حد اعلای سلامت جسمی و روانی اشاره دارد. حق بر سلامت به‌عنوان حق ـ ادعا در نظام بین‌المللی حقوق بشر، مسائل گسترده‌ای را به هم پیوند زده که هرکدام در نیل به این استاندارد متعالی نقشی اساسی ایفا می‌کند. موضوعاتی نظیر حق برخورداری از آب آشامیدنی سالم، غذای کافی و مقوی، بهره‌مندی از محیط‌زیست سالم و پاک و بهره‌مندی از بهداشت عمومی و مراقبت و خدمات بهداشتی و درمانی اولیه، در کنار حق دسترسی به دارو، به مثابه تاروپود حق بر عالی‌ترین استاندارد قابل حصول سلامت تلقی می‌شود.[۱] به‌واقع، حق بر دسترسی به دارو،[۲] منصرف از اینکه در اسناد بین‌المللی حقوق بشری به‌طور مستقل و صریح مورد اشاره قرار نگرفته است، حقی بنیادین و یکی از عناصر اصلی در تحقق حق بر سلامت قلمداد می‌شود که بر اساس آن، هر فردی حق دارد در مواقع ابتلا به بیماری، به داروهای اساسی[۳] از قبیل واکسن‌ها، آنتی‌بیوتیک‌ها، کپسول‌ها و محلول‌های تزریقی و خوراکی در هر زمان و مکان دسترسی داشته باشد. قابل توجه است که دارو در پیشگیری، درمان و کنترل بیماری‌های فراگیر،[۴] بومی ـ محلی[۵] و بیماری‌های حرفه‌ای و شغلی[۶] نقش چشمگیری دارد و از این حیث، عاملی مهم در تحقق حق بر سلامت به‌شمار می‌رود.

میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، در بند ۲ ماده ۱۲ خود در میان اقداماتی که از دولت‌های عضو می‌خواهد تا برای تحقق حق بر سلامت انجام دهند، به تعهد دول عضو جهت «پیشگیری، درمان و کنترل بیماری‌های فراگیر، بومی و حرفه‌ای و پیکار با این بیماری‌ها» اشاره کرده است. هرچند در ماده ۱۲ میثاق، اشاره صریحی به مسئله دسترسی به دارو نشده است، تعهد مندرج در قسمت (ج) بند ۲ ماده ۱۲، به موضوع دسترسی به دارو به‌عنوان ابزاری برای مبارزه با بیماری توجه کرده است، چرا که یکی از راه‌های بسیار مهمی که دولت‌های عضو می‌توانند با توسل به آن، این تعهد را اجرا کنند، تعمیم دسترسی به دارو است. ازاین‌رو، وجود دارو و دسترسی به آن، عنصری حیاتی در فرایند پیشگیری، درمان و کنترل بیماری‌ها به حساب می‌آید، «به‌طوری‌که درمان بسیاری از عفونت‌های شدید همچون عفونت‌های قارچی[۷] و عفونت‌های ویروسی[۸] بدون کاربرد آنتی‌بیوتیک‌ها

---

۱. زمانی، سیدقاسم؛ «شبیه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صص ۳۲ و ۳۳.

2. Access to Medicine
3. Essential Drugs
4. Epidemic
5. Endemic
6. Occupational Diseases
7. Fungal Infection
8. Viral Infection

غیرقابل‌تصور است».[۹] کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز در تفسیر عمومی شماره ۱۴ خود، دسترسی به داروهای اساسی را به‌عنوان حقی بشری توصیف کرده که از عناصر اصلی تحقق عالی‌ترین سطح قابل حصول سلامت جسمی و روانی به شمار می‌رود.[۱۰] علاوه بر این، کمیسیون (سابق) حقوق بشر ملل متحد نیز اشاره داشته که دسترسی به دارو درمورد بیماری‌های فراگیر مثل HIV/AIDS، عنصری حیاتی برای تحقق تدریجی و کامل حق بر بهره‌مندی از عالی‌ترین سطح قابل حصول سلامت به شمار می‌رود.[۱۱]

در کنار این مسئله باید به تعهدات دولت‌ها در زمینه محقق‌ساختن حق دسترسی به دارو نیز اشاره کرد. علی‌الاصول، متعهد اولیه در نظام بین‌المللی حقوق بشر، دولت‌ها هستند. در این نظام، دولت‌ها مستقیماً مخاطب اسناد بین‌المللی حقوق بشری قرار می‌گیرند و مسئولیت اجرا و رعایت هنجارهای بین‌المللیِ به‌رسمیت‌شناخته‌شده در این اسناد، بر دوش این بازیگران نهاده می‌شود. ازاین‌رو، از دولت‌ها انتظار می‌رود تا در پرتو مسئولیت‌های خود در نظام بین‌المللی حقوق بشر، در راستای تحقق استانداردهای موردنظر این نظام گام بردارند. در زمینه حق بر سلامت به‌طور اعم و حق دسترسی به دارو به‌طور اخص نیز نظام بین‌المللی حقوق بشر از دولت‌ها انتظار دارد که در راستای تحقق تدریجی و کامل این حق، با به‌کارگیری و تخصیص حداکثر امکانات خود در این زمینه و «با اتخاذ اقدامات مشترک و جداگانه، به حصول کامل حق بر سلامت کمک کنند».[۱۲] در این ارتباط، سه دسته تعهد وجود دارد: تعهد به احترام و رعایت، تعهد به حمایت و تعهد به اجرا. تعهد به احترام و رعایت[۱۳] به‌طور کلی دولت‌ها را متعهد می‌سازد تا از رفتارهای مداخله‌گرانه و عملکردهای تبعیض‌آمیز خودداری کنند. منظور این است که دولت‌ها «نباید در بهره‌مندی از این حق، موانع و محدودیت‌هایی برای افراد یا دسته‌ای از افراد ایجاد کنند. یکی از مصادیق این تعهد آن است که کشورها با اقدامات حقوقی یا اقتصادی خود، دسترسی بیماران به داروها را تحدید نکنند».[۱۴] بنابراین در حوزه دسترسی به دارو، تعهد به احترام و رعایت، مستلزم الزام دولت به تأمین دسترسی برابر و بدون تبعیض همه بیماران به داروهای اساسی است. بالابودن قیمت دارو، نبود پوشش‌های بیمه‌ای و یارانه برای پرداخت قیمت دارو و بالاخص عدم تخصیص منابع ارزی

9. Holger Hstermeyer, *Human Rights and the WTO; the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, 2007, p.104

10. Committee on Economic, Social & Cultural Rights (CESCR), 2000, "The Right to the Highest Attainable Standard of Health", (article 12 of the ICESR), General Comment No. 14. para. 12(a).

11. UN Commission on Human Rights, Report of the Secretary-General, "Access to Medication in the Context of Pandemics Such as HIV/AIDS", E/CN.4/Res.2003/48,16 January 2003, para. 2.

12. CESCR, General Comment No. 14, para.38.

13. Obligation to Respect

۱۴. صادقی، محسن؛ «حمایت از اختراعات دارویی و چالش‌های حقوق بشری آن»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸، ص ۲۰۸.

لازم برای واردات دارو می‌تواند دسترسی به داروها را به لحاظ اقتصادی با مانع مواجه سازد.[۱۵] از سوی دیگر، تعهد به حمایت،[۱۶] هم مستلزم اتخاذ اقدامات قانونی لازم جهت تنظیم و قاعده‌مندساختن چارچوب‌های حمایتی است و هم دولت‌ها را متعهد می‌سازد تا از مداخله طرفین ثالث در بهره‌مندی از این حق، جلوگیری کنند. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز در تفسیر عمومی شماره ۱۴ خود با اشاره به این تعهد اشاره می‌کند که «دولت‌ها باید از طریق اقدامات تقنینی و دیگر اقدامات لازم، دسترسی برابر به خدمات مراقبت‌های بهداشتی و درمانی و داروی با کیفیت و سالم و ... و سایر کالاها و خدمات بهداشتی و پزشکی را تضمین کنند».[۱۷]

نهایتاً تعهد به اجرا[۱۸] درکل، مستلزم اتخاذ اقدامات قانونی، اجرایی و قضایی متناسب است. در واقع، تعهد به اجرا، روی دیگرِ تعهد به حمایت است، بدین معنا که در این مرحله دولت‌ها باید قوانین حمایتی خود را عملیاتی کنند. اجرای حق دسترسی به دارو به‌عنوان بخشی از حق بر سلامت، نیازمند صرف منابع بوده و الزاماً طی فرایندی تدریجی محقق خواهد شد. از یک‌سو تأمین هزینه‌ها و تعمیم قابلیت خرید داروها برای همه از طریق وضع و اجرای پوشش‌های بیمه‌ای دولتی و خصوصی و از سوی دیگر، استقرار سازوکارهای مناسب جهت توزیع داروها و نظارت مقتضی بر آن، در رابطه با اجرای حق دسترسی به دارو قابل‌توجه است.

اما آنچه ماده نزاع در بحث حاضر به شمار می‌رود، وجود تعارض میان نظام بین‌المللی حقوق بشر و بالاخص حق دسترسی به ابداعات دارویی از یک‌سو و حمایت از حقوق مالکیت فکری مخترعین داروهای اساسی و حیات‌بخش جدید از سوی دیگر است. قواعد حقوق بین‌الملل بشر، تعهداتی سلبی و ایجابی در رابطه با حمایت و تضمین حقوق اولیه انسانی برای دولت‌ها ترسیم می‌کند. درمقابل، قواعد حقوق بین‌الملل مالکیت فکری نیز دولت‌ها را متعهد می‌کند تا به حقوق انحصاری صاحبان محصولات فکری و صنعتی بدیع احترام گذارده و از نقض این حقوق انحصاری توسط طرفین ثالث جلوگیری کنند. لیکن مسئله اصلی در جایی است که دولت‌ها ناچار باشند به جهت اجرای تعهدات خود در چارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر، الزامات ناشی از حقوق مالکیت فکری را نادیده گرفته و اقداماتی مغایر با حقوق دارندگان امتیازنامه‌های انحصاری[۱۹] اتخاذ کنند. به‌عنوان مثال، در فرضی که کشوری با بحران عمومی در بهداشت و سلامت جامعه روبه‌رو است، می‌تواند بدون اخذ مجوز از شرکت صاحب امتیازنامه انحصاری، داروهای دارای امتیازنامه انحصاری را تولید یا وارد کند. حال سؤال این است که وجود چنین وضعیت‌های فوق‌العاده می‌تواند عذری

15. Holger Hestermeyer, *op. cit*., p. 104.
16. Obligation to Protect
17. CESCR, General Comment No. 14, para. 35.
18. Obligation to Fulfillment
19. Patent Holder's Rights

موجه برای دولت‌ها جهت عدول از رعایت مقررات بین‌المللی راجع به حمایت از ابداعات دارویی باشد یا خیر. دیگر اینکه در موارد بروز تعارض هنجاری میان این دو نظام حقوقی، تقدم و تأخر در رعایت قواعد این دو نظام به چه ترتیب خواهد بود. در این مقاله به بررسی ماهیت و جایگاه حق دسترسی به دارو در نظام بین‌المللی حقوق بشر، اهمیت حقوق مالکیت فکری و حمایت از ابداعات در صنعت داروسازی، تعارضات احتمالی میان نظام حقوق بشر و مقررات موافقت‌نامه تریپس، انعطاف‌پذیری‌های موجود در موافقت‌نامه تریپس و رویه جدید صدور مجوزهای اجباری پرداخته می‌شود.

۱. حق دسترسی به دارو به مثابه حقی بنیادین در نظام بین‌المللی حقوق بشر

اعمال مقررات مربوط به حقوق انحصاری ابداعات دارویی به دلیل تأثیری که مستقیماً بر روی میزان و کیفیت دسترسی به دارو دارد، باید هم از منظر حقوق مالکیت فکری و هم از منظر حقوق بین‌الملل بشر، اجرای این قواعد توجیه‌پذیر بوده و نوعی تعادل میان منافع متعارض نظام حقوق مالکیت فکری و نظام حقوق بین‌الملل بشر برقرار شود. دسترسی به داروهای اساسی، حقی است که در چارچوب کلی حق بر سلامت و حق بر حیات، قابل مطالبه است. در کنار این حق، همچنین باید به دیگر حقوق مرتبط با حق بر سلامت اشاره کرد که به‌اتفاق، مقوّم سلامت انسان هستند، ازجمله حق بر منع تبعیض در دسترسی به امکانات، تسهیلات و خدمات بهداشتی، حق دسترسی به غذا، مسکن و سرپناه مناسب، آب آشامیدنی سالم و توزیع عادلانه کلیه امکانات و خدمات بهداشتی و درمانی برای همه. در واقع، دسترسی به دارو و دیگر امکانات و خدمات بهداشتیِ حداقلی را می‌توان به‌عنوان یکی از استحقاقات بنیادین حقوق بشری به شمار آورد.[۲۰]

حق بر سلامت به‌طور اعم و حق دسترسی به داروهای اساسی به‌طور اخص، دولت‌ها را موظف می‌سازند که دسترسی و امکان تهیه داروها را برای همه تضمین کنند و از وجود محدودیت‌ها یا موانع در دسترسی به داروهای اساسی پیشگیری کنند. در راستای ایجاد تعادل و توازن بین حقوق مالکیت فکری و حق بر سلامت و دسترسی به داروهای اساسی، موافقت‌نامه تریپس دارای انعطاف‌هایی است که دولت‌های عضو می‌توانند با استفاده از این انعطاف‌ها، دسترسی به داروهای حیات‌بخش را فراهم ساخته و به تعهدات بین‌المللی منبعث از میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، جامه عمل بپوشانند.

باید اشاره کرد که مهم‌ترین و معتبرترین تعریفی که در نظام حقوق بین‌الملل بشر از حق بر سلامت ارائه شده است، تعریفی مندرج در تفسیر عمومی شماره ۱۴ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی

20. Forman, Lisa, "Trade Rules, Intellectual Property and the Right to Health", *Ethics & International Affairs*, Fall 2007, p. 5.

و فرهنگی ملل متحد در سال ۲۰۰۰ است. کمیته در تفسیر خود از یک طرف، عناصر و قلمرو حق بر سلامت را بیان کرده و از طرف دیگر، ماهیت تعهدات دولت‌ها در قبال این حق را تبیین می‌کند. به عبارت دیگر، حق بر سلامت، دربرگیرنده حق بر مراقبت‌های بهداشتی کافی و در دسترس بوده و «تعهدات محوری حداقلی»[۲۱] را بر دولت‌های عضو میثاق تحمیل می‌کند. تعهدات حداقلی از نظر کمیته، جزو تعهدات به نتیجه فوری است، به این معنی که اجرای دقیق و مطلق این تعهدات از دولت‌های عضو انتظار می‌رود و هیچ‌گونه عذری برای عدم اجرا پذیرفتنی نیست. به عبارت دیگر، حق بر سلامت، دارای آستانه حداقلی است که مستلزم تحقق فوری است و تعهد دولت‌ها در قبال این حداقل‌ها از نوع تعهد به نتیجهٔ فوری است. ازجمله این تعهدات حداقلی بنیادین می‌توان به تدوین برنامه جامع در زمینه توسعه و اعتلای حق بر سلامت، تضمین دسترسی به خدمات بهداشتی برای همه و بدون تبعیض و توزیع عادلانه خدمات و تسهیلات مربوط به بهداشت و درمان اشاره کرد.[۲۲] اینها حداقل‌هایی است که هر دولت عضو میثاق باید منصرف از میزان منابع و امکانات موجود خود، آن را تضمین کند، چرا که «حداقل‌های معیشتی، بهداشتی و آموزشی، لازمه حیثیت ذاتی انسان است. به نظر می‌رسد که این حداقل‌ها یک سری حداقل‌های رفاهی است که عدم بهره‌مندی از آن به‌منزله نقض صریح کرامت ذاتی و حیثیت انسانی به‌شمار می‌رود».[۲۳]

تفسیر کمیته، قلمرو تعهدات دولت‌ها در زمینه حق بر سلامت و تضمین دسترسی به داروهای اساسی را نیز توسعه داده است. به‌عنوان نمونه، دولت‌ها موظف‌اند که در بهره‌مندی از این حق، مداخله

---

21. Minimum Core Obligations

22. Hunt, Paul, "Report of the Special Rapporteur on the Right to the Highest Attainable Standard of Mental and Physical Health", *Human Rights Council*, Resolution 7/11, 31 January 2008, para. 15(a),(b),(c).

۲۳. سیدفاطمی، سیدمحمدقاری؛ *حقوق بشر در جهان معاصر؛ جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها*، دفتر دوم، شهر دانش، ۱۳۸۸، صص ۲۶۲-۲۵۹.

اما این تعهد، منحصر به این سطح حداقلی نیست، بلکه بُعد دیگر آن تعهد به نتیجه، رو به افزایش است، یعنی دولت‌ها باید ابتدائاً این حداقل‌ها را تأمین و تضمین کنند و در وهله بعد تلاش کنند به تناسب منابع تحت اختیار خود، میزان بهره‌مندی از این حق‌ها را افزایش داده و حداقل‌ها را به حداکثر برسانند. بنابراین تعهدات مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فقط از نوع تعهد به وسیله نیست.

Potts, Helen, "Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health", *University of Essex, Human Rights Centre*, 2007, p. 12.

ماهیت به‌نتیجه‌بودن تعهدات حداقلی مزبور ایجاب می‌کند که هرگونه کوتاهی، مسئولیت دولت قاصر را در پی داشته باشد. به بیانی ساده‌تر، تعهد دولت‌های عضو میثاق در اجابت فوری حداقل‌های بهداشتی، منصرف از تعهد آنان به محقق‌ساختن عالی‌ترین سطح قابل حصول بهداشت جسمی و روانی است. در واقع آنچه در میثاق، تحت عنوان «تعهد به‌کارگیری حداکثر امکانات موجود» و «تحقق تدریجی» حقوق مندرج در آن ذکر شده است، ناظر بر تحقق عالی‌ترین سطح قابل حصول در سلامت است. تعهد دولت‌ها برای تحقق این سطح، ماهیتاً تعهد به وسیله است، لیکن تعهد بر تحقق حداقل‌های بنیادین سلامت، جزو تعهدات منتج به نتیجه فوری است. ماده ۱۲ میثاق به‌طور تمثیلی برخی از این حداقل‌ها را برشمرده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: سیدفاطمی؛ *همان*، صص ۳۰۴ـ۲۹۶ .

ننموده (تعهد به رعایت)، از مداخلات طرفین ثالث جلوگیری کنند (تعهد به حمایت) و دسترسی به خدمات بهداشتی و داروهای اساسی را برای تمام افراد، فراهم و تضمین کنند (تعهد به اجرا). این تعهدات سه‌گانه حاکی از آن است که تعهد به تأمین داروها و تضمین دسترسی کافی به داروهای اساسی، دولت‌ها را ملزم می‌کند که بر اقدامات شرکت‌های داروساز، مانند رویه‌های قیمت‌گذاری گران داروهای نوظهور که می‌تواند مانعی عمده در دسترسی اقتصادی به این محصولات باشد، نظارت کافی داشته باشند.[۲۴] به این ترتیب، کمیته به‌طور ضمنی اشاره دارد که هدف از ترسیم این تعهدات، تضمین این مسئله است که موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نباید تأثیر منفی بر بهره‌مندی از حق بر سلامت داشته باشند و درصورتی‌که برخورداری از این حق و بالاخص دسترسی به داروهای اساسی در اثر انعقاد موافقت‌نامه‌های تجاری دوجانبه (مانند موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد فراتریپس)[۲۵] محدود شود یا در اثر اجرای این موافقت‌نامه‌ها مانعی در بهره‌مندی از این حقوق به وجود آید، چنین وضعیتی به مثابه نقض حق بر سلامت قلمداد خواهد شد. بنابراین، در انعقاد این موافقت‌نامه‌های دوجانبه، دولت‌ها باید تلاش کنند از طریق به‌کارگیری انعطاف‌های پیش‌بینی‌شده در موافقت‌نامه تریپس، الزامات ناشی از نظام

۲۴. باید توجه داشت که مسئله عمده در اینجا چگونگی اعمال کنترل و نظارت از سوی دولت بر این شرکت‌هاست، چرا که مادامی که شرکت‌ها قوانین داخلی کشور ذی‌ربط را نقض نکرده باشند، امکان اعمال نفوذ و ضمانت اجراهای قانونی علیه آن‌ها مقدور نخواهد بود. همچنین نباید از این نکته غافل شد که این شرکت‌ها، مؤسساتی تجاری و انتفاعی هستند و هدف مؤسسین آن‌ها عملیات تجاری و کسب سود هرچه بیشتر است. لذا اقدامات شرکت‌های فوق‌الاشعار در چارچوب عرف تجاری، خود عملی مغایر با قانون محسوب نمی‌شود، علی‌الخصوص که ابداع و تولید داروهای نوظهور، فرایندی زمان‌بر و پرهزینه است. ازاین‌رو طبیعی است که شرکت‌ها برای جبران هزینه‌های سنگین تحقیق و توسعه (research & development)، قیمت محصولات خود را بالا ببرند. افزایش قیمت دارو و قیمت‌گذاری‌های بالا، همان اندازه که برای جبران هزینه‌های تحقیق و توسعه در بخش دارو و ترغیب هرچه بیشتر شرکت‌های داروساز به ارتقای کیفیت داروهای تولیدی بسیار حیاتی است، می‌تواند آثار سوئی در دسترسی گروه‌های کم‌درآمد به داروهای اساسی و حیات‌بخش، به‌ویژه در کشورهای درحال‌توسعه و کمترتوسعه‌یافته داشته باشد. یکی از راهکارهایی که می‌تواند تا حدودی این آثار منفی را تعدیل کند، ترغیب شرکت‌ها به اتخاذ رویه‌های قیمت‌گذاری متفاوت و ترجیحی است (differential and preferential pricing) که قیمت دارو نه به‌طور یکسان، بلکه با توجه به ویژگی‌های اقتصادی و بازار کشور محل فروش تعیین می‌شود. به نظر می‌رسد که دولت‌ها می‌توانند با ارائه پوشش‌های بیمه درمانی دولتی و خصوصی کامل و جامع برای تأمین هزینه‌های دارویی بیماران و توسل به راهکارهای پیش‌بینی‌شده در اسناد بین‌المللی ذی‌ربط مانند موافقت‌نامه تریپس (ازجمله اخذ مجوزهای اختیاری و صدور مجوزهای اجباری موردی) دسترسی بهتر به داروهای اساسی را تضمین کنند.

25. TRIPs-Plus Free Trade Agreements

منظور از موافقت‌نامه‌های فراتر از تریپس یا فراتریپس، موافقت‌نامه‌های تجاری است که به‌صورت دوجانبه میان کشورها منعقد می‌شود و هدف از آن تشدید حمایت از حقوق مالکیت فکری است. «در طی چند سال اخیر، رویکردی نوین در خصوص موافقت‌نامه‌های تجاری دوجانبه در جهت تقویت حمایت از مالکیت معنوی با نام تعهدات فراتر از تریپس (TRIPS Plus) و تعهدات بسیار فراتر از تریپس (TRIPS Plus Plus) در پیش گرفته شده است که کشورهای پیشرفته در صدد تحمیل این‌گونه تعهدات در قراردادهای دوجانبه خود با کشورهای درحال‌توسعه می‌باشند، شامل اقدامات بخش خصوصی بر علیه دولت به‌طوری‌که شرکت‌های خصوصی می‌توانند دولت را مورد تعقیب قانونی قرار دهند». نامی پارسا، نگار؛ *تأمین دارو: حقوق و تکالیف دولت‌ها در نظام بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۵۲.

بین‌المللی حقوق بشر در کل و تعهدات ناظر بر تحقق حق بر سلامت و دسترسی به داروهای اساسی به‌طور اخص را رعایت و اجرا کنند.

۲. اهمیت حقوق مالکیت فکری در صنایع داروسازی

در صنعت داروسازی، حقوق انحصاری ناشی از ثبت اختراعات دارویی از اهمیت بسزایی برخوردار است. درحقیقت، وجود موافقت‌نامه تریپس هم به دلیل فشارهای شرکت‌های بزرگ داروسازی بر کشورهای توسعه‌یافته بود. آن‌ها تأکید می‌کردند که موضوع حمایت از حقوق مالکیت فکری ابداعات باید در دستور کار مذاکرات دور اروگوئه گنجانده شود.[۲۶] به چند دلیل، ثبت اختراعات دارویی برای شرکت‌های داروساز اهمیت دارد: اول اینکه هزینه‌های تحقیق و توسعه در بخش دارو بسیار بالا است. هرچند که میزان دقیق هزینه‌ها محل اختلاف است، قدر متیقن اینکه هزینه‌های فوق در هر مورد بسیار چشمگیر است. دوم اینکه در فرایند ثبت اختراعات دارویی، افشا و صریح‌گویی[۲۷] در خصوص محصول ابداعی لازم است. سوم اینکه معمولاً شبیه‌سازی و جعل محصول نوظهور، نسبتاً آسان است. بنابراین ثبت اختراع و دریافت ورقه اختراع و بهره‌مندی از حقوق انحصاری ناشی از آن، برای حمایت از حقوق صاحب ابداع، مهم است. چهارم اینکه ثبت اختراع به شرکت امکان می‌دهد که سود و منافع فوق‌العاده‌ای به‌دست آورد.[۲۸]

به عبارت دیگر، به دلیل امتیاز انحصاری که ثبت اختراع به صاحب آن اعطا می‌کند، شرکت، حق مالکیتی عینی نسبت محصول ابداعی خود به دست می‌آورد و می‌تواند در برابر اشخاصی که حقوق انحصاری‌اش را زیر پا گذاشته‌اند به مراجع قانونی متوسل شود. همچنین در مواردی که تقاضا نسبت به داروی نوظهور وجود داشته باشد، می‌تواند برای صدور مجوز تولید، قیمت بالاتری

۲۶. لازم به یادآوری است که مذاکرات مربوط به موافقت‌نامه تریپس با کنفرانس وزرای کشورهای عضو موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) در سپتامبر ۱۹۸۶ در *پونتادل استه* اروگوئه شروع شد. یکی از اهداف این کنفرانس، انعقاد موافقت‌نامه چندجانبه جدید در زمینه مالکیت فکری بود. در شروع مذاکرات، بسیاری از کشورهای کمترتوسعه‌یافته مدعی بودند که حوزه موضوعی گات نمی‌تواند شامل مسائل ماهوی راجع به حقوق مالکیت فکری باشد. این کشورها که در رأس آن‌ها هند و برزیل قرار داشتند، تأکید می‌کردند که تنها سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO) به لحاظ سازمانی، دارای صلاحیت بحث در این زمینه است. با وجود اختلاف‌نظرهایی که میان شرکت‌کنندگان در کنفرانس وجود داشت، اکثر قریب به اتفاق شرکت‌کنندگان در مذاکرات، روی این نقطه به اتفاق‌نظر رسیدند که شمول استانداردهای حداقلی برای حمایت و اجرای حقوق مالکیت فکری در چارچوب نظام گات، اجتناب‌ناپذیر است. برای بحث تفصیلی در این زمینه، ن.ک:

Pete K. Yu, "The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement", *Houston Law Review*, 2009, vol. 46.

برای مطالعه درمورد پیشینه تصویب موافقت‌نامه تریپس، ن.ک:

محسن صادقی؛ «حمایت از اختراعات دارویی و چالش‌های حقوق بشری آن»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸ ، صص ۲۰۴ـ۲۰۰ .

27. Disclosure

28. The TRIPS Agreement & Pharmaceuticals, report of an ASEAN workshop on the TRIPS agreement and its impact on Pharmaceuticals, Jakarta, 2-4 May 2000, p. 17.

مطالبه کند و درنتیجه، سودی بیش از آنچه در رقابت آزاد و غیرانحصاری قابل حصول است، به دست آورد. بدین ترتیب از رهگذر درآمد فروش انحصاری محصول ابداعی، هزینه‌های شرکت برای تحقیق و توسعه جبران می‌شود.

در کنار آثار ثبت ابداعات دارویی برای شرکت‌های سازنده، باید توجه داشت که ثبت ابداعات و حمایت از مالکیت فکری شرکت‌های سازنده می‌تواند بر روی سطح توسعه‌یافتگی هم اثرگذار باشد. در این رابطه باید دو جنبه از توسعه‌یافتگی را متمایز ساخت: ابعاد اقتصادی توسعه‌یافتگی و ابعاد اجتماعی و بشری.[۲۹] لیکن اهمیت ابعاد اجتماعی و بشری بسیار بیشتر است و ازاین‌رو حقوق مالکیت فکری باید از این زاویه دیده شود. در واقع، گواهی‌های ثبت ابداعات دارویی که صادر می‌شود، گواه روشنی بر آثار مستقیم و بالقوه منفی حقوق مالکیت فکری بر ابعاد اجتماعی و بشری توسعه‌یافتگی است، چرا که این امتیازنامه‌های انحصاری از یک‌سو باعث بالاتررفتن قیمت دارو می‌شود و از سوی دیگر، میزان دسترسی فیزیکی و اقتصادی به داروها را کاهش می‌دهد. با وجود این، نباید فراموش کرد که ثبت ابداعات دارویی و اعطای حقوق انحصاری به مخترعین آن، آثار مثبت قابل‌ملاحظه‌ای نیز در پی دارد، چرا که انحصاری‌بودن و حمایت از حقوق مالکانه مخترعین دارویی باعث رشد و توسعه دانش و فناوری دارویی می‌شود و انگیزه صنایع داروسازی برای سرمایه‌گذاری در بخش تحقیق و توسعه دارویی را افزایش می‌دهد.

درنتیجه، حمایت از حقوق مالکیت فکری مخترعین دارویی در کنار آثار مثبتی که از حیث پیشرفت کیفی داروها و ظهور داروهای جدید در پی دارد، می‌تواند تأثیر منفی بر حمایت جهان‌شمول از حقوق بشر بر جای بگذارد. در این خصوص امکان دارد که میان تعهدات دولت‌ها به‌موجب حقوق بین‌الملل بشر از یک‌سو و تعهدات ناشی از اسناد بین‌المللی مالکیت فکری (به‌ویژه موافقت‌نامه تریپس) از سوی دیگر، تعارض پدید آید. لذا باید به دنبال برقراری توازنی منطقی میان این دو دسته از تعهدات بین‌المللی دولت‌ها بود.

۳. تعارضات میان نظام بین‌المللی حقوق بشر و مقررات موافقت‌نامه تریپس

مقررات موافقت‌نامه تریپس از حقوق مالکیت فکری مخترعین داروهای جدید و نوظهور حمایت می‌کند. همان طور که اشاره شد، با ثبت اختراع داروی جدید، حقوقی انحصاری برای مخترع آن

۲۹. در زمینه حمایت از ابداعات دارویی، موافقان و مخالفان حمایت، از منظرهای مختلف اقتصادی و اجتماعی به طرح نظرات خود پرداخته‌اند. برای مطالعه تفصیلی مبانی اقتصادی و اجتماعی موافقان و مخالفان حمایت از ابداعات دارویی، ن.ک: محسن صادقی؛ *حمایت از ابداعات دارویی و الحاق به سازمان تجارت جهانی*، میزان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۳ـ۲۱۴. همچنین، ن.ک: مریم شیخی؛ «چالش‌های حقوق مالکیت فکری در حوزه سلامت»، *رفاه اجتماعی*، شماره ۲۰، بهار ۱۳۸۵، صص ۶۵ و ۶۶

ایجاد می‌شود و به‌جز مواقع استثنایی،[۳۰] هرگونه بهره‌برداری از محصول ابداعی، مستلزم کسب مجوز (قرارداد لیسانس)[۳۱] از دارنده امتیازنامه است. حقوق حمایتی برای دارنده برگه ثبت اختراع طبق ماده ۳۳ موافقت‌نامه تریپس، ۲۰ سال است و تا قبل از انقضای این مدت، هرگونه بهره‌برداری و تولید داروی جدید، مستلزم کسب مجوز از دارنده امتیازنامه است.[۳۲] البته این مدت بیست ساله، حداقل مدت حقوق انحصاری است و این امکان وجود دارد که کشورها در قوانین داخلی خود، مدتی فراتر از این را پیش‌بینی کنند. به نظر می‌رسد که مقررات موافقت‌نامه تریپس در خصوص ثبت اختراع و صدور امتیازنامه‌های بیست ساله برای داروهای جدید، محدودیتی برای دسترسی به داروهای اساسی به وجود می‌آورد. بنابراین بروز تعارض میان حق بین‌المللی بشر بر سلامت و مقررات موافقت‌نامه تریپس در زمینه حمایت از مالکیت فکری ابداعات دارویی جدید، امری واضح است که باید تلاش کرد تا تعادلی میان این منافع متعارض برقرار شود. نخستین گام در این چارچوب برای حل این مشکل این است که میان تعهدات ناشی از نظام بین‌المللی حقوق بشر و تعهدات منبعث از موافقت‌نامه تریپس، هم به لحاظ عملی و هم به لحاظ نظری، رابطه‌ای حقوقی برقرار شود.

---

۳۰. می‌توان گفت که یکی از مبانی اصلی اعطا و پیش‌بینی حق صدور مجوزهای اجباری، منع صاحب حق انحصاری از سوءاستفاده از حق خود است. ابداعات دارویی به دلیل ارتباطی که با سلامت و حیات بشری دارد، از جایگاهی برجسته در میان سایر ابداعات برخوردار است. ازاین‌رو، هرچند ثبت این ابداعات، حقوقی انحصاری برای صاحب ابداع به وجود می‌آورد، در موارد بروز وضعیت بحرانی، مانند فراگیرشدن بیماری مسری که سلامت یک ملت را به خطر می‌اندازد، صاحب امتیازنامه نمی‌تواند بر حقوق انحصاری خود پافشاری کند و مانع استفاده و بهره‌مندی عمومی از محصول ابداعی خود شود. در واقع، خصلت خصوصی‌بودن امتیازنامه‌ها در مواقع بروز بحران انسانی و بشردوستانه، زائل شده و کشورِ دچار بحران می‌تواند با عدول از رعایت حق انحصاری صاحب ابداع و صدور مجوز اجباری برای تولید، از داروی جدید در راستای هدفی اجتماعی و عام‌المنفعه استفاده کند.

۳۱. موضوع قرارداد لیسانس (License)، اعطای حق استفاده و بهره‌برداری از محصول ابداعی از سوی شخص مخترع به اشخاص حقیقی و حقوقی ثالث است و چون عنوان قرارداد را دارد، الزاماً مدت این استفاده هم باید در قرارداد، مشخص و معین شود. بنابراین با عقد قرارداد لیسانس بین مخترع و متقاضی بهره‌برداری، تنها حق بهره‌برداری برای مدتی محدود به ثالث اعطا می‌شود نه حق مالکیت. لذا صاحب اختراع حقوق مالکانه، حق خود را بر محصول دارویی نوظهور، برای خود حفظ می‌کند.

۳۲. «با استناد به ماده ۳۳ موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری، مدت حمایت نباید کمتر از بیست سال از تاریخ ثبت درخواست اختراع باشد. نکته حائز توجه این است که به‌رغم بحث درباره جبران زمان ازدست‌رفته مربوط به بازاریابی کالاهای دارویی در مذاکرات دور اروگوئه، موافقت‌نامه هیچ‌گونه مقرراتی را در این‌باره عنوان نمی‌کند. توضیح اینکه مدت خاصی از دوره حمایت بیست ساله از حقوق اختراعی درمورد کالاهای دارویی به‌منظور انجام امور بازاریابی و اخذ مجوزهای بهداشتی لازم برای مراجع ذی‌ربط سپری می‌شود، بدون اینکه اختراع موردنظر به‌طور محسوس مورد استفاده قرار بگیرد. در این راستا، کشورهای پیشرفته در مذاکرات دور اروگوئه، پیشنهادهایی برای جبران آن ارائه کردند که درنهایت مورد موافقت قرار نگرفت و وارد موافقت‌نامه نیز نشد. شایان ذکر است که در ذیل ماده ۳۳ در پاورقی موافقت‌نامه مقرر شده است که در خصوص اعضای بدون [فاقد] نظام اعطای حق در خصوص حقوق اعطایی، این تاریخ از زمانی محاسبه می‌شود که حق اختراع در نظام اصلی مورد ثبت قرار گرفته باشد». فتحی‌زاده، امیرهوشنگ؛ «بررسی حق اختراع در مقررات موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری: مطالعه موردی حق اختراع محصول دارویی»، *بررسی‌های بازرگانی*، شماره ۳، آذر و دی ۱۳۸۲، ص ۴۱.

ایجاد این رابطه حقوقی می‌تواند چارچوب توجیهی مناسبی به وجود آورد. قابل‌توجه است که اکثریت اعضای سازمان جهانی تجارت، نسبت به نظام بین‌المللی حقوق بشر بر سلامت، ملتزم هستند: ۱۲۲ کشور از ۱۴۹ کشور عضو سازمان جهانی تجارت (۸۱ درصد) میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را تصویب کرده‌اند و ۱۴۵ کشور عضو (۹۷ درصد) نیز حداقل یک معاهده بین‌المللی حقوق بشری متضمن حق بر سلامت (مانند کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون امحاء کلیه اشکال تبعیض‌نژادی و کنوانسیون امحاء کلیه اشکال تبعیض علیه زنان) را تصویب کرده‌اند.[۳۳]

آیا تعهدات بین‌المللی ناشی از معاهدات حقوق بشری بر تعهدات بین‌المللی ناشی از موافقت‌نامه‌های تجاری دوجانبه و چندجانبه برتری دارد یا خیر؟ از منظر اصل سلسله‌مراتبی هنجاری قواعد حقوق بین‌الملل، باید گفت که تعهدات حقوق بشری عام‌الشمول بر تعهدات خاص ناشی از موافقت‌نامه‌های تجاری بین‌المللی تفوق دارد. به عبارت دیگر، تعهدات بین‌المللی حقوق بشر به‌عنوان تعهدات ناشی از قواعد عام حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود که در صورت تعارض هنجاری با تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های خاص و قراردادی دوجانبه و چندجانبه، تقدم اجرا با تعهدات بین‌المللی حقوق بشری خواهد بود. [به لحاظ ارزش اخلاقی] اولویت و غلبه ارزش حیات و سلامت بشری بر تعهدات متعارض ناشی از موافقت‌نامه‌های تجاری، کاملاً بدیهی می‌نماید. وضعیت ایده‌آل این است که در صورت تعارض میان تعهدات حقوق بشری با تعهدات ناشی از نظام حقوق مالکیت فکری، باید اولویت با حقوق بشر باشد.[۳۴]

---

33. Lisa Forman, *op. cit.*, p. 7.

لازم به اشاره است که از میان اعضای سازمان جهانی تجارت، چهار عضو در هیچ معاهده حقوق بشری عضو نیستند: جوامع اروپایی که علی‌الاصول نمی‌تواند معاهدات حقوق بشری را تصویب و عضو آن‌ها شود، هرچند که هریک از کشورهای عضو جوامع اروپایی، معاهدات حقوق بشری ذی‌ربط را تصویب کرده‌اند. سه عضو دیگر عبارت‌اند از: هنگ‌کنگ، چین‌تایپه (تایوان) و ماکائو.

۳۴. «در حوزه مسائل مربوط به تعارض معاهدات، هنوز در حقوق بین‌الملل، قاعده آمره‌ای وجود ندارد که بنابر آن، معاهده لاحق به علت تعارض با معاهده سابق باطل باشد. به اعتقاد *گوگنهایم* و *کلسن*، معاهدات معارض، با یکدیگر برابرند و تعارض آن‌ها با هم موجب بطلان هیچ‌یک از آن‌ها نیست ... تنها راه‌حلی که در این‌باره به چشم می‌خورد، غیرمشروع اعلام‌کردن این قبیل معاهدات و جبران خسارت دولت زیاندیده است ... تعارض معاهدات، وقتی پیچیده می‌شود که میان قواعد مختلف ناشی از معاهدات، سلسله‌مراتب به وجود آید و دسته‌ای از آن‌ها برتر از سایر قواعد قلمداد شود. ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد با ایجاد این سلسله‌مراتب، به اولویت و نفوذ معاهده اساسی ملل متحد بر سایر تعهدات بین‌المللی تصریح کرده است». برای مطالعه بیشتر، ن.ک: هدایت‌الله فلسفی؛ *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ دوم، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص ۲۹۲.

ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات *وین* ۱۹۶۹ صریحاً به هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل عام اشاره می‌کند و هرگونه معاهده مغایر با آن در زمان انعقاد را باطل می‌داند. اگر قائل بر این باشیم که قواعد ناشی از معاهدات بین‌المللی حقوق بشری واجد خصلت آمره است، هرگونه معاهده بعدی که در تعارض با معاهده حقوق بشری منعقد می‌شود، باید باطل قلمداد شود. اما ادعای فوق با تردیدهای جدی مواجه است. قدر متیقن اینکه کمیسیون حقوق بین‌الملل در تدوین کنوانسیون حقوق معاهدات وین در سال ۱۹۶۶ هنجارهای حقوق بشر را در زمره هنجارهای واجد خصلت آمره طبقه‌بندی نکرده است.

آیا این رجحان مطلق است؟ یعنی اینکه ایجاب می‌کند حق بشر بر سلامت، همیشه غالب بر حقوق انحصاری ناشی از ثبت ابداعات دارویی باشد؟ ممکن است در بدو امر، پاسخ مثبت باشد، لیکن باید توجه داشت که حقوق انحصاری مخترعین داروهای اساسی، خود جزئی از یک حق کلی بشری به نام حق بر مالکیت است که هم در اعلامیه جهانی حقوق بشر و هم در میثاق بین‌المللی حقوق بشر به‌عنوان یکی از مصادیق حقوق بشری به رسمیت شناخته شده است.[۳۵] هرچند در خود این اسناد، لفظ «حقوق مالکیت فکری» به‌کار نرفته است، ناگفته پیداست که مالکیت بر محصولات فکری، بخشی از حق بر مالکیت بوده و حق بشری به‌شمار می‌آید. پس دامنه تعهد به رعایت و حمایت جهان‌شمول از حقوق بشر، احترام به حق مالکیت بر ابداعات دارویی را نیز در بر می‌گیرد. با وجود این نباید فراموش کرد که ممکن است اکثر مصادیق حقوق بشری به دلایلی موجه و در راستای حمایت از منافع جمعی محدود شود، ازجمله به دلیل امنیت ملی، بهداشت عمومی و ... .[۳۶] این محدودیت‌ها می‌بایست ضرورت داشته و با هدفی که دنبال می‌شود، تناسب داشته باشد.[۳۷] به عبارت دیگر، وضع محدودیت‌ها باید آخرین راهکار برای رفع بحران بوده و تا حدی که برای این منظور لازم است، بهره‌مندی از برخی مصادیق حقوق بشری محدود شود. مثلاً کشورها می‌توانند از صدور روادید برای مسافرت شهروندان از کشوری که درگیر یک بیماری فراگیر است، به‌طور

Bianchi, Andrea, "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, no. 3, p. 492.

درمورد هنجارهای حقوق بشری گفته شده که تلقی آن‌ها به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عام از رهگذر حقوق عرفی و اتکا بر رویه دولت‌ها رخ نمی‌دهد، بلکه هنجارهای بنیادین حقوق بشری به‌عنوان اصول کلی، بخشی از قواعد عام حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهد. اصول کلی تقریباً با فرایندی مشابه با عرف استقرار می‌یابد، اما این فرایند، چندان هم بی‌تفاوت نیست، چرا که شرط لازم شناسایی و پذیرش عام که بر رویه دولت‌ها مبتنی باشد، در خصوص اصول کلی لازم نیست بلکه این اصول، بیشتر از ملاحظات اخلاقی و بشردوستانه و ارزش‌ها و منافع مشترک جامعه بین‌المللی منشأ می‌گیرد.

Simma and Alston, "The Sources of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens and General Principles", *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, vol. 12, pp. 82 and 105.

۳۵. بند ۲ ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر فردی نسبت به حمایت از منافع مادی و معنوی ناشی از هرگونه تولید علمی، ادبی یا هنری که خالق آن است، محق است». همچنین قسمت (ج) بند اول ماده ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به «... برخورداری از حمایت از منافع مادی و معنوی ناشی از هر تولید علمی، ادبی یا هنری که خالق آن هستند» اشاره می‌کند.

۳۶. به‌عنوان نمونه، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در راستای حمایت از منافع جمع (ازجمله امنیت ملی، بهداشت عمومی، نظم عمومی، اخلاق حسنه، اضطرار عمومی و ...) اجازه می‌دهد که برخی حقوق مندرج در میثاق (مانند آزادی تردد، مذهب، اجتماعات مسالمت‌آمیز و آزادی مطبوعات) محدود شود. همچنین میثاق به کشورهای عضو، این اجازه را می‌دهد که در مواقع وجود حالت اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید می‌کند (و وجود این وضعیت نیز به‌طور رسمی اعلام شده است)، بتوانند از رعایت برخی از تعهدات ناشی از میثاق به‌طور موقت تخطی کنند. البته وجود چنین وضعیت‌هایی نمی‌تواند باعث تخطی از حقوق مطلق (absolute rights) مثل حق بر منع شکنجه و اقدامات غیرانسانی و تحقیرآمیز و حق بر حیات شود.

37. For more details, *See*: UN Economic & Social Council, UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination & Protection of Minorities, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc.E/CN.4/1984/4(1984).

محدود خودداری کنند یا ترتیبات مربوط به قرنطینه در مرزها را به اجرا بگذارند.

به این ترتیب می‌توان گفت که حق مالکیت انحصاری بر محصولات دارویی نوظهور ثبت‌شده، خود به‌عنوان حقی بشری، در مواردی استثنایی و در راستای منافع جمعی و با رعایت پیش‌شرط‌های لازم، به‌طور موردی قابل تخطی است. درحقیقت، ماهیت آمرانه‌بودن قواعد حقوق بشری در حقوق بین‌الملل، توجیه‌گر اعطای چنین رجحانی به قواعد حقوق بشری است. از طرفی، این تفسیر با مطلق‌بودن ارزش حیات و سلامت بشری به‌عنوان «غایت» و تفوق آن بر روش‌هایی چون حقوق مالکیت فکری نیز هماهنگی دارد. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در این ارتباط اشعار می‌دارد که حقوق بشر، حقوقی بنیادین و ذاتی انسان‌هاست، درحالی‌که حقوق مالکیت فکری در درجه نخست، روشی است که به‌وسیله آن، دولت‌ها تلاش می‌کنند تا مشوق‌هایی را برای ابتکار و خلاقیت بیشتر ایجاد کنند، توزیع و انتشار محصولات ابداعی را ترویج و تشویق و از تمامیت محصولات علمی، ادبی و هنری در راستای منافع جامعه در کلیت آن، حمایت و صیانت نمایند.[۳۸] لذا هرگاه حفظ حیات و سلامت ملت ایجاب کند، می‌توان از رعایت الزامات ناشی از نظام بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت فکری عدول کرد.

کمیته اظهار می‌دارد که اگر بتوان میان حقوق مالکیت فکری با حقوق دیگر به‌نحو مناسبی توازن برقرار کرد، حقوق مالکیت فکری می‌تواند تحت محدودیت‌های ضروری و متناسبی قرار گیرد تا صرفاً در راستای منافع خصوصی سازندگان و حمایت از حقوق آن‌ها نباشد، بلکه توجهی مقتضی به منافع عمومی در برخورداری از دسترسی گسترده به محصولات دارویی ابداع‌شده نیز داشته باشد.[۳۹] این بدان معناست که کشورهای عضو میثاق باید این تضمین را بدهند که نظام حقوقی حمایتی آن‌ها از مالکیت‌های فکری، ممانعتی برای اجرای تعهدات بین‌المللی‌شان در رابطه با حق بر سلامت به وجود نخواهد آورد. درنهایت به نقل از کمیته حقوق اقتصادی باید گفت که «مالکیت فکری، یک محصول اجتماعی است و کارکردی اجتماعی دارد. بنابراین کشورهای عضو میثاق متعهدند که از قیمت‌های بالای داروها جهت دسترسی بهتر به داروهای اساسی جلوگیری کنند».[۴۰]

۴. موافقت‌نامه تریپس و امتیازنامه‌های ثبت اختراع؛ چارچوبی ناکافی برای دسترسی به دارو؟

همان طور که در قسمت قبلی اشاره شد، حیات و سلامت بشری برترین ارزش است و هرگاه

38. CESCR, "The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author, (article 15(1)(c) of the ICESR), General Comment No. 17, 2006, para. 1.

39. *Ibid*., paras. 22-24 and 35.

40. *Ibid*., para. 35.

ضرورت حمایت از این ارزش و دارایی بی‌همتای بشری ایجاب کند، به‌صورت موردی و تحت شرایطی معین می‌توان از رعایت مقررات حقوق انحصاری ناشی از ثبت ابداعات دارویی جدید عدول کرد. هدف این موافقت‌نامه، استقرار سیستم بین‌المللی برای حمایت از حقوق انحصاری مخترعین است. موافقت‌نامه مزبور، معیارها و استانداردهای حمایتی مؤثرتری را نسبت به گذشته برای حقوق مالکیت معنوی صاحبان آثار و اختراعات فراهم آورده و خلأهای موجود در نظام بین‌المللی حمایت از مالکیت‌های فکری و معنوی را پوشش داده است. اما با وجود تأثیرات مثبتی که موافقت‌نامه تریپس به ارمغان آورده است، آثاری منفی برای کشورهای درحال‌توسعه داشته است «زیرا این کشورها توانایی رقابت تکنولوژیکی با کشورهای پیشرفته را نداشته و این امر، اقتصاد آنان را وابسته‌تر می‌سازد. اعمال حق انحصاری اختراع بر فراورده‌های حیاتی مانند دارو که نتیجتاً به افزایش قیمت آن‌ها منجر می‌شود، زندگی میلیون‌ها نفر انسان را در مخاطره قرار داده است.[۴۱] به اعتقاد سازمان جهانی بهداشت، پیروی محض از مقررات حقوق مالکیت فکری و امتیازنامه‌های انحصاری می‌تواند مانعی برای تحقیق و توسعه دارویی و دسترسی به دارو به‌ویژه در کشورهای فقیر به وجود آورد.[۴۲] به نظر می‌رسد مقررات پیش‌بینی‌شده در موافقت‌نامه تریپس همچون امکان زوال حقوق انحصاری، مجوزهای اجباری و قید استثنائات با هدف حمایت از کشورهای درحال‌توسعه وضع شده است. در واقع، حق انحصاری بیست‌سالهٔ اعطاشده به‌موجب ماده ۳۳ موافقت‌نامه تریپس به دارنده امتیازنامه جهت ممانعت اشخاص ثالثِ فاقد مجوز از ساخت، تولید، استفاده، فروش یا واردات فراورده یا فرایند مشمول امتیازنامه، حقی مطلق و بی‌قیدوحصر نیست بلکه در مواد ۳۰ و ۳۱ موافقت‌نامه مزبور، محدودیت‌هایی بر این حق پیش‌بینی شده است. ماده ۳۰ به بیان «استثنائات وارده بر حقوق اعطایی» و ماده ۳۱ به مسئله صدور مجوزهای اجباری پرداخته است. اما نباید این واقعیت را هم فراموش کرد که شرایط لازم برای اعمال این استثنائات و محدودیت‌ها بسیار سخت است و درعمل این مقررات، تأمین‌کننده منافع شرکت‌های بین‌المللی و فراملی داروساز است تا تضمین‌کننده حق دسترسی به دارو برای بیماران نیازمند در کشورهای درحال‌توسعه. از همین رو باید گفت که این موافقت‌نامه فی‌نفسه نمی‌تواند چارچوب حمایتی مناسبی برای تضمین دسترسی به داروهای اساسی و حیات‌بخش که اغلب به‌صورت تجاری و دارای علائم ثبت‌شده هستند، فراهم آورد. البته لازم به اشاره است که در موافقت‌نامه تریپس، واژه «مجوز اجباری»[۴۳] صریحاً ذکر نشده است، بلکه ماده ۳۱ صریحاً استفاده از محصولات ثبت‌شده بدون رضایت صاحب امتیازنامه را با عنوان «استفاده دیگر بدون

۴۱. نامی پارسا؛ *همان*، ص ۱۴۶.

42. WHO, International Working Group on Public Health, Innovation & Intellectual Property, "Status of Implementation of Resolution WHA59/24", 4 December 2006, p. 2.

43. Compulsory License

اجازه صاحب امتیازنامه»[۴۴] مقرر داشته است.

این قسمت، ابتدا به «انعطاف‌پذیری‌های» موافقت‌نامه تریپس و محدودیت قابلیت اجرایی مواد ۳۰ و ۳۱ این موافقت‌نامه می‌پردازد و سپس اعلامیه دوحه[۴۵] و قلمرو اجرایی ماده ۳۱ تریپس در چارچوب این اعلامیه را بررسی می‌کند.

۴ـ۱. انعطاف‌پذیری موافقت‌نامه تریپس؛ قابلیت اجرای محدود مواد ۳۰ و ۳۱

الف. تفسیر قید «استثنای محدود» بر حقوق انحصاری اعطایی در ماده ۳۰

ماده ۳۰ موافقت‌نامه تریپس مقرر می‌دارد که «اعضا می‌توانند استثنائات محدودی را بر حقوق انحصاری اعطاشده به‌موجب برگه ثبت اختراع پیش‌بینی کنند، مشروط بر اینکه قید چنین استثنائاتی به‌طور غیرمنطقی با بهره‌برداری عادی از امتیازنامه در تعارض نبوده و با درنظرگرفتن منافع مشروع طرفین ثالث، به‌صورتی نامعقول به منافع مشروع دارنده برگه اختراع، لطمه‌ای وارد نکند». عبارت‌پردازی این ماده بسیار کلی به نظر می‌رسد. انعطافی که در این ماده از موافقت‌نامه تریپس مجاز دانسته شده است، محل اختلاف‌نظر میان اعضای سازمان جهانی تجارت بود، تا اینکه رکن حل اختلاف سازمان در تصمیم خود در اختلاف بین کانادا و جوامع اروپایی در سال ۲۰۰۰ [۴۶] قلمرو این ماده را تفسیر کرد.[۴۷] رکن حل اختلاف سازمان با اعمال قواعد عرفی بین‌المللی ناظر بر تفسیر معاهدات بین‌المللی مقرر در کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ به این نتیجه رسید که ماده ۳۰ دارای سه شرط مجزا و درعین‌حال، جمعی[۴۸] است:

شرط نخست و بسیار مهم اینکه رکن حل اختلاف احراز کرد که شرط «استثنای محدود» مقرر در ماده ۳۰ تریپس باید جدا و مستقل از مابقی ماده، تجزیه و تحلیل شده و به‌صورت بسیار محدود و مضیق و با لحاظ حقوق انحصاری موضوع ماده ۲۸ این موافقت‌نامه تفسیر شود. ماده ۲۸ برخی حقوق انحصاری را برای دارنده برگه ثبت اختراع دارو مقرر کرده است، ازجمله به صاحب امتیازنامه، حق جلوگیری از ساخت، استفاده، عرضه برای فروش، فروش فراورده یا فرایند

44. "Other Use without Authorization of the Right Holder"

45. World Trade Organization, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WTO Ministerial Conference, Doha, Adopted on 14 November 2001.

46. World Trade Organization, Panel Report, "Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products", WT/DS114/R, March 17, 2000.

47. Mor Bakhoum, "TRIPS, Patent Rights and Right to Health: Price or Prize for Better Access to Medicine?", *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Research Paper Series* no. 10-07, 2008, p. 9.

48. Cumulative

دارویی[۴۹] یا واردات آن‌ها برای اهداف مذکور از سوی اشخاص ثالثی که رضایت دارنده امتیازنامه را کسب نکرده‌اند، اعطا کرده است.

شرط دوم اینکه رکن حل اختلاف سازمان با تأیید و تأکید مجدد بر عبارت‌پردازی ماده ۳۰ تریپس، اظهار داشته که این استثنا، هرچند به‌صورت محدود، نباید «به‌طور نامعقولی با بهره‌برداری متعارف از امتیازنامه» در تضاد باشد؛

و نهایتاً اینکه قید «استثنای محدود» در ماده ۳۰ موافقت‌نامه تریپس، با درنظرگرفتن «منافع مشروع طرفین ثالث» نباید به‌صورت نامعقولی بر «منافع مشروع دارنده امتیازنامه، لطمه وارد کند».[۵۰]

در این ارتباط، خانم *سینتیا هو*[۵۱] با تفسیر تصمیم رکن حل اختلاف سازمان، پیشنهاد می‌کند که «عبارت‌پردازی متفاوت می‌تواند با شرط «استثنای محدود» در ماده ۳۰ مطابقت داشته باشد، به این صورت که محدودیت تولید بر اساس کمیت، جایگزین محدودیت تولید بر اساس دوره زمانی شود».[۵۲] به اعتقاد ایشان، «رکن حل اختلاف سازمان به‌صورت خیلی جزئی اشاره کرده که دکترین استفاده آزمایشی ـ که بر اساس آن، محققین این امکان را می‌یابند که از ابداعات دارویی ثبت‌شده در مدت تحقیق استفاده کنند ـ تحت ماده ۳۰ مجاز خواهد بود».[۵۳]

در خصوص ضرورت درنظرگرفتن منافع مشروع اشخاص ثالث به‌ویژه مصرف‌کنندگان، این‌طور برمی‌آید که قراردادن داروها در دسترس مصرف‌کنندگان با قیمت قابل خرید، درست پس از انقضای تاریخ اعتبار امتیازنامه انحصاری، ضرورتاً با بهره‌برداری متعارف از امتیازنامه تعارض ندارد.

درکل، از نقطه‌نظر مسائل راجع به سلامت می‌توان از تصمیم رکن حل اختلاف سازمان، این طور برداشت کرد که قید «استثنای محدود» در ماده ۳۰ تریپس، در راستای منافع دارنده امتیازنامه به‌صورت مضیق تفسیر شده و بنابراین، رویکردی بسیار محدود در خصوص این قید از سوی رکن حل اختلاف سازمان اتخاذ شده است.

---

۴۹. قابل‌توجه است که موافقت‌نامه تریپس در ماده ۲۸ میان حقوق انحصاری مربوط به فراورده‌ها (Product) و فرایندها (Process) قائل به تفکیک شده است. علت این تفکیک این است که «موافقت‌نامه برای اختراعات راجع به فرایندها حقوق مادی کمتری قائل شده است زیرا اولاً، ورقه اختراع یک فراورده دارویی، اجازه ساخت غیرمجاز آن فراورده را از هر طریقی منع می‌کند، درحالی‌که درمورد فرایندها این‌گونه نیست و اعطای ورقه اختراع به مخترع یک فرایند دارویی، دیگران را از ساخت فراورده دارویی از سایر فرایندها بازنمی‌دارد و ثانیاً، حقوق مادی فرایندها محدود به فرایندهایی است که مستقیماً منتهی به تولید فراورده دارویی می‌گردد. درنتیجه، فرایندهایی که غیرمستقیم به ساخت یک فراورده دارویی منجر می‌شوند، مشمول حمایت نیستند». صادقی؛ *همان*، ص ۴۸۱. همچنین ن.ک: فتحی‌زاده؛ *همان*، ص ۴۰.

50. Mor Bakhoum, *op. cit*., p. 10.

51. Cynthia M. Ho.

52. Cynthia M. Ho, "A New World for Addressing Patent Rights and Public Health", *Chicago-Kent Law Review*, 2007, vol. 1469, No. 82, p. 1481.

53. *Ibid*.

ب. نگرشی اجمالی بر مقررات ناظر بر رویه صدور «مجوزهای اجباری» در ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس

مجوزهای اجباری عموماً به‌عنوان مجوزهایی توصیف می‌شود که به شخص ثالث اجازه می‌دهد تا محصول ابداعی ثبت‌شده را بدون رضایت صاحب برگه اختراع، تولید یا استفاده کند یا به فروش برساند.[۵۴] اغلب کشورها مقرراتی در زمینه اعطای مجوزهای اجباری دارند، خواه در چارچوب مقررات حقوق مالکیت فکری یا قوانین ضدتراست. ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس اگرچه صریحاً به اصطلاح «مجوز اجباری» اشاره نمی‌کند، مفاد آن به‌طور کلی به این مجوزها اشاره کرده است. ماده ۳۰ تحت شرایطی خاص، اجازه استفاده از محصول ابداعی بدون مجوز قبلی دارنده برگه اختراع را می‌دهد ولی به‌منظور اجتناب از هرگونه سوءاستفاده از این استثنای وارده بر حقوق انحصاری، باید شرایط معینی قبل از اقدام نسبت به صدور مجوز اجباری رعایت شود.

به‌طور کلی ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس به‌صورت تلویحی دامنه صلاحیت موسعی را برای کشورها شناسایی کرده است، چرا که در این ماده، هیچ‌گونه دلیلی[۵۵] برای ممنوعیت کلی صدور مجوز اجباری بیان نشده و صرفاً به وجود برخی محدودیت‌ها اشاره شده است.[۵۶] از سوی دیگر، اگرچه موافقت‌نامه تریپس، دلائل اعطای مجوزهای اجباری را احصا نکرده است، کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت، تنها می‌توانند بنا به دلایلی که در قوانین داخلی‌شان مجاز دانسته شده است، این مجوزها را صادر کنند. ازاین‌رو تشخیص موارد صدور این مجوزها بر عهده خود کشورها گذاشته شده است ولی این اختیار، مطلق نیست، چرا که همان طور که در بالا نیز اشاره شد، صدور این مجوزها باید با رعایت شرایط مندرج در ماده ۳۱ صورت پذیرد. هرگونه مجوز صادره در هر موردی که کشور صادرکننده ضروری تشخیص می‌دهد، در صورت انطباق با شرایط ذی‌ربط، واجد اعتبار قانونی خواهد بود.[۵۷]

در رابطه با دلائل صدور مجوزهای اجباری باید گفت که کشورها در قوانین داخلی خود دلائل متفاوت زیادی را برای صدور مجوزهای اجباری مقرر داشته‌اند. این دلائل می‌تواند شامل بهداشت عمومی، وضعیت‌های اضطراری فوری، اپیدمی‌ها، استفاده‌های عمومی غیرتجاری، جبران رویه‌های ضدرقابتی یا در جهت حمایت از محیط‌زیست باشد.

مجوزهای اجباری اساساً حقوق انحصاری دارنده برگه اختراع را محدود می‌کند اما این حقوق را سلب نمی‌کند. شرط اولیه و حائز اهمیت در صدور این مجوزها این است که هر وضعیت باید

54. Rojina Thapa, "Waiver Solution in Public Health and Pharmaceutical Domain under TRIPS Agreement", *Journal of Intellectual Property Rights*, 2011, vol. 16, p. 470.

55. Ground

56. *Ibid*., p. 472.

57. *The TRIPS Agreement & Pharmaceuticals*, report of an ASEAN workshop on the TRIPS agreement and its impact on Pharmaceuticals, Jakarta, 2-4 May 2000, p. 32.

به‌صورت موردی و جداگانه بررسی شود. در واقع معیاری کلی برای احراز وضعیت مستوجب صدور مجوز اجباری وجود ندارد و در هر مورد باید به‌صورت مجزا بررسی کرد که آیا وضعیت ادعایی به آن درجه از اهمیت رسیده است که بتواند صدور مجوز اجباری را توجیه کند یا خیر. شرط دوم این است که در مواقعی که کشوری خواهان صدور مجوز است باید قبل از هر اقدامی تلاش کند ابتدا با کسب موافقت دارنده امتیازنامه، از خود وی مجوز کسب کند که به این مجوزها، مجوز اختیاری یا داوطلبانه[۵۸] گفته می‌شود. ماده ۳۱ تریپس لازم دانسته که قبل از صدور مجوز اجباری، با دارنده حق حق انحصاری، «ظرف مدت معقول» درمورد «شرایط و ضوابط تجاری منصفانه» مذاکره شود.[۵۹] در صورت امتناع صاحب امتیازنامه از اعطای مجوز و سوءاستفاده وی از حقوق انحصاری خود، دولت متقاضی، مجوز اجباری صادر خواهد کرد. بااین‌حال، در صورت وجود «حالت اضطرار ملی یا دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری»، دولت ذی‌ربط از تعهد به مذاکره قبلی با صاحب حق انحصاری و تلاش برای کسب مجوز اختیاری معاف می‌شود.[۶۰]

مسئله‌ای که می‌تواند محل اختلاف‌نظر باشد، این است که وضعیت خاص باید به چه آستانه‌ای از شدت برسد تا بتوان آن را «حالت اضطرار ملی یا دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری» تلقی کرد. اعلامیه دوحه تا حدی این اختلاف را تعدیل کرده است، چرا که این اعلامیه به هر دولت عضو سازمان، این اختیار و صلاحیت را اعطا کرده است که بتواند آنچه را که موجد «حالت اضطرار ملی یا دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری» است، در قوانین داخلی خود تعریف کند.[۶۱]

شرط سوم این است که باید «با درنظرگرفتن ارزش اقتصادی مجوز»، در هر مورد، غرامتی کافی[۶۲] به صاحب امتیازنامه پرداخت شود.[۶۳]

شرط چهارم، به مورد استفاده عمومی غیرتجاری مربوط است. در این مورد، موافقت‌نامه تریپس مقرر داشته است که اگر هدف از صدور مجوز اجباری، اصلاح یا جبران رویه ضدرقابتی موجود باشد، کشور ذی‌ربط از تعهد به مذاکره قبلی و کسب مجوز از دارنده حق انحصاری معاف خواهد بود و رأساً می‌تواند مجوز اجباری صادر کند. در این موارد فقط تعهد به پرداخت غرامت به قوت خود باقی خواهد بود.[۶۴] درکل، در موارد مصرف عمومی و غیرتجاری از یک داروی نوظهور دارای برگه اختراع، امکان طرح شکایت علیه دولت به دلیل نقض امتیازنامه وجود ندارد و فقط

58. Voluntary License
59. TRIPS Agreement, Art.31(b).
60. *Ibid*.
61. World Trade Organization, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WTO Ministerial Conference, Doha, Adopted on 14 November 2001, point 5(c).
62. Adequate Remuneration
63. TRIPS Agreement, Art.31(h).
64. TRIPS Agreement, Art.31(k).

مقدار غرامت پرداختی می‌تواند مورد ادعا قرار گیرد.

این مورد بالاخص از نظر قیمت داروی نوظهور ثبت‌شده بسیار حائز اهمیت است. همان طور که اشاره شد، صدور مجوز اجباری می‌تواند با اهدافی مثل جبران و مقابله با رویه‌های ضدرقابتی و انحصاری مرتبط با تثبیت قیمت یا محدودیت تولید اتخاذ شود. در رابطه با کنترل و نظارت بر فرایند رقابت از طریق دادن مجوز اجباری باید اشاره کرد که اعضای سازمان جهانی تجارت، اغلب قیمت دارو را در سطح ملی تحت کنترل خود دارند و اعطای مجوز اجباری نیز یکی از سازوکارهایی است که جهت کنترل قیمت‌گذاری و پرهیز از ایجاد رویه‌های انحصاری و غیررقابتی در این زمینه قابل استفاده است.[۶۵]

شرط پنجم این است که تصمیم به صدور مجوز اجباری نیازمند انجام بررسی[۶۶] است، اما این بررسی الزاماً بررسی قضایی نیست. موافقت‌نامه تریپس فقط لازم دانسته که بررسی مستقل باشد. در بیشتر کشورها تمایل بر این است که بررسی، غیرقضایی باشد و در فرایندی اداری و اجرایی صورت بگیرد. این بررسی‌ها، هم کم‌هزینه‌تر است و هم سریع‌تر. استفاده از رسیدگی‌های قضایی، هم مستلزم صرف زمان زیادی است و هم می‌تواند استفاده از مجوز اجباری را با مانع مواجه سازد، چرا که لزوم انجام بررسی قضایی باعث می‌شود که دارنده امتیازنامه بتواند با طرح شکایت، استفاده از مجوز اجباری را بلوکه کند. البته این مربوط به موردی است که شرایط لازم برای صدور مجوز اجباری مهیا باشد و با وجود این شرایط، صاحب امتیازنامه از دادن مجوز خودداری کند. بنابراین به نظر می‌رسد که پیش‌بینی فرایند بررسیِ صرفاً اداری می‌تواند از بروز این موانع جلوگیری کند.[۶۷]

شرط آخر این است که مجوز اجباری صادره، عموماً برای تأمین نیازهای بازار داخلی و مصرف داخلی است.[۶۸] به همین خاطر، مجوز اجباری می‌تواند از بروز رویه‌های قیمت‌گذاری سنگین جلوگیری کند. علی‌رغم شرط لزوم صدور مجوز برای استفادهٔ صرفاً داخلی، امکان برخی صادرات نیز وجود دارد.[۶۹]

نکته پایانی این است که همان طور که اشاره شد، صدور مجوزهای اجباری موردی است. لذا درصورتی‌که شرایط و اوضاع‌واحوال موجهۀ صدور این مجوزها زائل شده باشد، مجوز صادره باید باطل و لغو شود. دلیل این مسئله این است که با صدور این مجوزها فقط امکان بهره‌برداری موردی از داروی مربوطه فراهم می‌آید. بنابراین وقتی شرایطی که صدور این مجوز را ضروری ساخته است، از بین رفته باشد، دلیلی وجود ندارد که این مجوز کماکان حفظ شود. به این ترتیب این مجوزها دائمی نیست.

---

65. ASEAN, *op. cit*., p. 33.

66. Review

67. Mor Bakhoum, *op. cit*., p. 14.

68. TRIPS Agreement, Art.31(f).

۶۹. برای مطالعه بیشتر در زمینه شرایط اعطای مجوزها، ن.ک: فتحی‌زاده؛ *همان*، ص ۴۲.

۴ـ۲. تبیین قلمرو اجرایی ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس در اعلامیه دوحه

«اعلامیه مربوط به موافقت‌نامه تریپس و بهداشت عمومی» معروف به اعلامیه دوحه در ۱۴ نوامبر ۲۰۰۱ در طول کنفرانس وزرای کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت در دوحه تصویب شد. تصویب این اعلامیه در واقع پاسخ به نگرانی‌هایی بود که در خصوص تأثیر منفی موافقت‌نامه تریپس بر دسترسی به دارو وجود داشت.[۷۰] بحث‌های مذاکرات دوحه با ابتکار گروه‌های آفریقایی و با این هدف اولیه آغاز شد که «مباحثی را پیرامون تفسیر و اجرای مقررات ذی‌ربط موافقت‌نامه تریپس با عطف توجه به انعطاف‌پذیری‌هایی که دولت‌های عضو از آن‌ها برخوردار هستند، آغاز و به‌ویژه ارتباطی را میان حقوق مالکیت فکری و دسترسی به داروها برقرار سازند».[۷۱] در واقع این اعلامیه با یادآوری وجود برخی انعطاف‌پذیری‌ها در موافقت‌نامه تریپس که اعضای سازمان می‌توانند آن‌ها را در سطح ملی به اجرا بگذارند، تلاش می‌کند تا به مسئله ارتباط میان حقوق مالکیت فکری و بهداشت عمومی پاسخ دهد.

اگرچه درمورد موافقت‌نامه تریپس ممکن است این شک و تردید به وجود آید که این موافقت‌نامه الزامات عملی درمورد دسترسی بهتر به دارو را مقرر نکرده است، اعلامیه دوحه تصریح کرده که یکی از اهداف موافقت‌نامه تریپس، توجه به مسئله بهداشت عمومی است. در این ارتباط، اعلامیه صریحاً بیان می‌دارد که «شدت و وخامت مشکلات بهداشت عمومی، بسیاری از کشورهای درحال‌توسعه و کمترتوسعه‌یافته را با بحران مواجه ساخته» و موافقت‌نامه تریپس باید به‌عنوان «بخشی از اقدام ملی و بین‌المللی وسیع‌تر جهت حل‌وفصل این معضلات» قلمداد شود.[۷۲]

اعلامیه پس از شناسایی اهمیت بهداشت عمومی بیان می‌دارد که «موافقت‌نامه تریپس، اعضا را از اتخاذ اقدامات [لازم] برای حمایت از بهداشت عمومی بازنمی‌دارد و نباید بازدارد».[۷۳] اعلامیه تأکید دارد که «موافقت‌نامه تریپس می‌تواند و باید در راستای حق اعضا جهت حمایت از بهداشت عمومی و به‌ویژه ارتقای دسترسی به دارو برای همه تفسیر شده و اجرا شود».[۷۴]

در رابطه با ماده ۳۱، اعلامیه دوحه برای اعضای سازمان، این حق را شناسایی کرده که تعیین کنند به چه دلائلی مجوز اجباری می‌تواند صادر شود. در اعلامیه اشاره شده که «هر دولت عضو حق دارد مجوزهای اجباری اعطا کند و از این آزادی عمل برخوردار است تا مشخص سازد که به چه دلائلی چنین مجوزهایی اعطا می‌شود».[۷۵] بنابراین از دیدگاه اعلامیه، می‌توان گفت

70. Sun, Haochen, "The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the TRIPS Agreement and Public Health", *European Journal of International Law*, 2004, p. 1.

71. *Ibid*., p. 9.

72. Doha Declaration, point 1-2.

73. *Ibid*., Doha Declaration, point 4.

74. *Ibid*.

75. *Ibid*., point 4(b).

مادامی‌که شرایط شکلی و تشریفات مقرر در ماده ۳۱ تریپس برای صدور مجوزهای اجباری رعایت می‌شود، موارد صدور این مجوزها محدود نخواهد شد. لذا صلاحیت تشخیص موارد و دلائل اعطای مجوزهای اجباری به خود دولت‌های عضو سازمان واگذار شده است، لیکن در هر مورد باید اوضاع‌واحوال و دلائل موجهی برای صدور مجوز وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، دولت اقدام‌کننده باید ضرورت صدور مجوز اجباری را ثابت کند و نشان دهد که پیش‌شرط‌های لازم برای اخذ مجوز اختیاری را طی کرده ولی موفقیت‌آمیز نبوده است.[۷۶]

مسئله دیگر در ارتباط با ماده ۳۱ این است که اعلامیه از حق دولت‌های عضو برای تعریف اینکه چه چیز موجد وضعیت اضطرار ملی یا وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری است، حمایت کرده و به رسمیت شناخته است. در بند (ب) ماده ۳۱ موافقت‌نامه تریپس اشاره شده که در موارد وجود «وضعیت اضطرار ملی یا دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری یا در موارد استفاده عمومی غیرتجاری»،[۷۷] دولت عضو از رعایت شرط مندرج در این ماده معاف خواهد بود.[۷۸] با وجود این، در موارد فوق‌الاشعار، دولت متقاضی می‌بایست در اولین فرصت ممکن و به‌صورت مقتضی تصمیم خود را به صاحب حق انحصاری اطلاع دهد.

درمجموع، در سه حالت، کسب اجازه قبلی از دارنده امتیازنامه انحصاری الزامی نیست: در وضعیت اضطرار ملی یا دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری، استفاده عمومی غیرتجاری و نیز در جایی که صدور چنین مجوزی جهت جبران رویه‌ای باشد که پس از طی فرایندهای قضایی یا اداری، ضدرقابتی تشخیص داده شده است.[۷۹]

عبارات «اضطرار ملی» یا «وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری» کلی بوده و دامنه تفسیری موسعی دارند. در اعلامیه دوحه به‌جای تعریف یا ارائه معیار برای تشخیص وجود چنین وضعیت‌هایی، صرفاً اعلام شده که هر دولت عضو در تعیین اینکه چه چیز موجد چنین وضعیتی است، محق است. البته اعلامیه با ارائه مصداق، سعی در پاسخ‌گویی به این مسئله دارد، چرا که به‌صورت تمثیلی به بحران‌های بهداشت عمومی از قبیل بیماری‌های ایدز، سل، مالاریا و دیگر اپیدمی‌ها به‌عنوان نمونه‌هایی از اضطرار ملی یا وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری اشاره کرده است. ازاین‌رو، همان گونه که قبلاً هم اشاره شد، با توجه به شناسایی حق بر تعریف این وضعیت‌ها برای دولت‌های عضو سازمان در اعلامیه، مرجع صلاحیت‌دار برای تشخیص و تصمیم‌گیری درمورد

76. Haochen Sun, *op. cit.*, p. 11.

77. TRIPS Agreement, Art. 31(b): "…in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public noncommercial use…".

۷۸. در صدر بند (ب) ماده ۳۱ اشاره شده که «... ب) چنین استفاده‌ای تنها در صورتی ممکن است اجازه داده شود که قبل از این استفاده، کاربر متقاضی تلاش کرده باشد تا بر اساس شرایط و ضوابط تجاری متعارف از دارنده حق انحصاری، مجوز کسب کند و این تلاش‌ها در مدت معقول، موفقیت‌آمیز نبوده باشد...».

79. TRIPS Agreement, Art. 31(b), (f) and (k).

وجود اوضاع‌واحوال موجد این وضعیت‌ها، دولت مربوطه است، اما چون اعطای مجوزهای اجباری در این موارد، امری استثنایی است، باید این عبارات کلی را به‌صورت مضیق تفسیر کرد.

۵. رویه جدید مجوزهای اجباری

۵ـ۱. رویکرد جامع نسبت به بیماری‌ها

به‌دنبال توصیه‌ای که در اعلامیه دوحه مبنی بر یافتن راه‌حل عاجل و ضروری برای مشکلات و دشواری‌های پیش روی دولت‌های فاقد ظرفیت تولید یا دارای ظرفیت‌های ناکافی جهت استفاده بهینه و مؤثر از مجوزهای اجباری طبق موافقت‌نامه تریپس صورت گرفته بود،[۸۰] شورای تریپس در سال ۲۰۰۳ طرحی معروف به «تصمیم معاف‌سازی»[۸۱] اتخاذ کرد که به‌موجب آن، نظام جدیدی از مجوزهای اجباری به وجود آمده است. در این نظام جدید، دولت‌های عضو واجد شرایط از رعایت شرط مقرر در موافقت‌نامه تریپس (بند f ماده ۳۱) مبنی بر لزوم استفاده داخلی از مجوزهای اجباری معاف می‌شوند.

یکی از مسائلی که در مباحث شورای تریپس مطرح شد، این بود که چه بیماری‌هایی باید تحت پوشش «تصمیم معاف‌سازی» قرار گیرند. دولت ایالات متحده با اتخاذ موضعی بسیار مضیق، معتقد بود که فقط در موارد فراگیرشدن ایدز، مالاریا، سل و گروه کوچکی از دیگر بیماری‌های مسری، امکان صدور تصمیم معافیت و اعراض از رعایت حقوق انحصاری وجود دارد. به همین خاطر، این تصمیم باید به موارد خاص فوق‌الذکر محدود شود.[۸۲] این در حالی بود که اتحادیه اروپا پیشنهاد می‌کرد که موضوع این تصمیم باید به بحران بهداشت عمومی «حاد و وخیم» محدود شود. علی‌رغم اختلاف‌نظراتی که در این خصوص وجود داشت و برخلاف مواضع کشورهای توسعه‌یافته و همسو با رهیافت بسیار موسع پذیرفته‌شده در اعلامیه دوحه، کشورهای درحال‌توسعه درمورد محدوده بیماری‌های مشمول نظام «تصمیم معاف‌سازی»، رویکردی نامحدود در پیش گرفتند و درنهایت نیز رویکرد همین کشورها غلبه یافت.[۸۳] نتیجه این شد که در در اعلامیه دوحه مقرر شد که «... شدت و وخامت بحران‌های بهداشت عمومی، به‌ویژه بحران‌های ناشی از ایدز، مالاریا، سل و سایر بیماری‌های فراگیر، بسیاری از کشورهای

---

۸۰. مطابق بند ۶ اعلامیه دوحه: «... اعضای سازمان جهانی تجارتِ فاقد ظرفیت یا دارای ظرفیت‌های تولیدی ناکافی در بخش دارویی، ممکن است در استفاده مؤثر از مجوزهای اجباری تحت موافقت‌نامه تریپس با مشکلاتی مواجه شوند...».

81. Waiver Decision

82. Frederick M. Abbott & Jerome H. Reichmann, "The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions", *Journal of International Economic Law*, vol. 921, No. 10 2007, p. 12.

83. *Ibid*.

درحال‌توسعه و کمترتوسعه‌یافته را تحت‌تأثیر خود قرار داده است».[۸۴] بنابراین موارد مذکور در بند ۱ اعلامیه دوحه، تمثیلی است و می‌توان گفت که تصمیم شورای تریپس مبنی بر اعراض از رعایت مقررات ماده ۳۱ تریپس (بندهای (و) و (ح)) محدود به موارد مطروح در بند ۱ اعلامیه نخواهد بود، بلکه اعلامیه در مقام بیان تمثیل از موارد مشکلات حاد و وخیم سلامت عمومی بوده است.

۵ـ۲. لزوم اعلام قبلی

کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت، به‌استثنای کشورهای کمترتوسعه‌یافته، بر اساس نظام نوین مجوزهای اجباری ملزم‌اند که تصمیم خود را برای استفاده از این سیستم به‌عنوان کشور واردکننده به شورای تریپس اعلام کنند. کشورهای کمترتوسعه‌یافتهٔ عضو سازمان جهانی تجارت ملزم نیستند که فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولید داخلی خود را به اثبات برسانند، بلکه این قبیل کشورها به‌عنوان اعضای واجد شرایطی به شمار می‌روند که از رعایت این شرایط معاف هستند. درحقیقت کشورهای کمترتوسعه‌یافته به دلیل وضعیت خاص اقتصادی و فنی، از رعایت تعهدات در قبال این نظام معاف شده‌اند. ازاین‌رو این کشورها به‌صورت خودکار به‌عنوان اعضای واردکننده، واجد شرایط هستند.

اما دیگر اعضای سازمان باید تصمیم خود را مبنی بر استفاده کامل یا محدود از این نظام اعلام کنند.[۸۵] در واقع این اعضا باید با اثبات عدم کفایت ظرفیت تولید داخلی و احتیاجات خود، اقدام به واردات داروهای تولیدشده با استفاده از مجوزهای اجباری کنند.[۸۶] تقریباً کلیه کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی[۸۷] که از ظرفیت‌های تولیدی کافی برخوردارند، تصمیم خود مبنی بر استفاده کامل یا محدود از این نظام را اعلام کرده‌اند. در اعلام قبلی، شورای تریپس از اعضایی که تصمیم خود را اعلام می‌کنند، اطلاعات خاصی را درخواست نمی‌کند و صرف بیان کلی قصد کشور ذی‌ربط، کافی است.[۸۸]

۵ـ۳. احراز فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولید داخلی

در نظام جدید استفاده از مجوزهای اجباری، تنها اعضایی که فاقد ظرفیت‌های تولیدی کافی

84. Doha Declaration, point 1.

85. Decision of the TRIPS General Council, 2003, "Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", WT/L/540, General Council, 30 August 2003, para. 1(b).

86. Mor Bakhoum, *op. cit*., p. 20.

87. Organization of Economic Cooperation and Development

88. Frederick M. Abbott & Jerome H. Reichmann, *op. cit*., p. 12.

هستند، به‌عنوان کشورهای واردکننده، واجد شرایط به شمار می‌روند. جهت احراز فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولید داخلی، لازم است که دولت مدعی با ارائه ادله و مدارک کافی، فقد یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولیدی داخلی خود درمورد داروی مورد تقاضا را اثبات کند.[۸۹] تشخیص کفایت یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولیدی با استناد به ظرفیت‌های ملی کشور متقاضی انجام می‌شود، لیکن تجهیزات و امکانات تولیدی که ممکن است صاحب امتیازنامه از آن برخوردار باشد، در این بررسی جهت احراز کفایت یا عدم کفایت ظرفیت‌ها مدنظر قرار نمی‌گیرد. به بیانی دقیق‌تر، این بررسی با لحاظ امکانات و ظرفیت‌های ملی کشور ذی‌ربط از جمیع جهات انجام شده و نتیجه‌گیری لازم را شورای تریپس به عمل می‌آورد. درنهایت، اگر امکانات داخلی به اندازه‌ای کافی باشد که بتواند نیازهای داخلی کشور مورد بحث را فراهم آورد، دیگر دلیلی وجود ندارد که این کشور بخواهد محصول مورد نیاز را از جای دیگر تأمین کند.[۹۰]

از سوی دیگر، قابل‌توجه است که بهره‌مندی این قبیل کشورها از امتیازات نظام جدید مجوزهای اجباری، بالاخص کشورهای کمترتوسعه‌یافته، می‌تواند به این واقعیت برگردد که در این میان، آنچه در معرض خطر قرار دارد، حیات و سلامت عمومی شهروندان کشوری است که از یک‌سو با ضعف یا فقد امکانات تولیدی مواجه بوده و از سوی دیگر، با بحران‌های بهداشت عمومی دست به گریبان است. بنابراین حمایت از حق بر سلامت شهروندان ایجاب می‌کند که این قبیل کشورها از امتیازات و معافیت‌های بیشتری نسبت به سایر اعضای سازمان جهانی تجارت در دسترسی به داروهای جدید برخوردار باشند.

۵ـ۴. تعهدات کشورهای عضو واردکننده

کشورهای عضو واردکننده به‌استثنای کشورهای کمترتوسعه‌یافته، علاوه بر تعهد به اثبات فقد یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولیدی داخلی خود و اعلام تصمیم خود مبنی بر استفاده از این نظام، می‌بایست برخی تشریفات را نیز رعایت کنند. طبق تصمیم شورای تریپس، هر کشور عضو واردکننده باید صدور مجوز اجباری یا قصد خود را برای انجام این کار، به اطلاع شورای تریپس برساند.[۹۱] این کشور همچنین ملزم است که اسامی داروها و مقدار مورد نیاز آن‌ها را به شورای تریپس اعلام کند، مانند «مقدار مورد نیاز برای درمان گروه تقریباً برآوردشده‌ای از بیماران در طول یک دوره زمانی تقریبی».[۹۲] این تعهد برای کشورهای عضو واردکننده وجود دارد که اگر داروی جدید در کشور آن‌ها به ثبت رسیده است، مجوز اجباری صادر کنند.

89. Decision of the TRIPS General Council, para. 2(a)(ii).
90. Frederick M. Abbott & Jerome H. Reichmann, 2007, p. 12.
91. Decision of the TRIPS Council, para. 2(a)(ii).
92. Mor Bakhoum, *op. cit.*, p. 21.

۵ـ۵. تعهدات کشورهای عضو صادرکننده

همانند کشورهای عضو واردکننده، اعضای صادرکننده نیز ملزم به صدور مجوز اجباری هستند. البته در موارد اضطرار ملی یا وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری، کشور صادرکننده علی‌الاصول تعهدی به اعلام قصد خود به صاحب امتیازنامه و مذاکره با او ندارد. قابل‌توجه است که مجوزی که در این موارد، این کشورها صادر می‌کنند با هدف تولید همان داروهایی است که کشور واردکننده، اسامی آن‌ها را به شورای تریپس اعلام کرده است. ازاین‌رو کشور صادرکننده باید برای تولید همان دارو و به همان مقدار که کشور واردکننده اعلام نیاز کرده است، مجوز اجباری صادر کند. علاوه بر این، لازم است که کل حجم محصول تولیدشده به کشور واردکننده صادر شود و باید ترتیبات نظارتی مؤثری از سوی کشور صادرکننده اتخاذ شود تا از این مجوزها سوءاستفاده نشده و محصولات دارویی تولیدی به کشوری دیگر صادر نشود.[۹۳] در این میان ناگفته پیداست که کشور صادرکننده باید غرامت کافی با توجه به ارزش اقتصادی استفاده از مجوز، به صاحب امتیازنامه پرداخت کند. تعهدات دیگری که متوجه کشور صادرکننده است، ناظر بر برچسب‌زنی و علامت‌گذاری داروهاست. این کشور باید داروهای تولیدشده بر اساس این مجوزها را به‌صورت مناسب رنگ‌آمیزی، بسته‌بندی و علامت‌گذاری کند، به‌گونه‌ای که به‌راحتی از سایر تولیدات بر اساس همین امتیازنامه قابل تفکیک باشد. اما این بسته‌بندی‌ها و درج علائم ممیزه نباید تأثیری در افزایش قیمت داروهای صادره داشته باشد.[۹۴]

نتیجه

با توجه به آنچه ذکر شد، می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که علی‌رغم اینکه حق دسترسی به دارو در اسناد بین‌المللی حقوق بشری صریحاً و به‌طور مستقل، به‌عنوان حق بشری ذکر نشده است، با توجه به اشاره بند (ج) ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به «پیشگیری و معالجه بیماری‌های فراگیر و ... پیکار علیه بیماری‌ها» می‌توان گفت که یکی از ابزارهای اصلی رسیدن به این هدف، تعمیم دسترسی به دارو است . ازاین‌رو حق دسترسی به دارو به‌عنوان یکی از استحقاقات زیرمجموعه حق بر سلامت به شمار می‌رود و در قالب این حق قابل مطالبه و ادعا است. بدین‌سان، یکی از طرق تحقق عالی‌ترین سطح قابل حصول سلامت جسمی و روانی برای هر فرد، تأمین نیازهای اولیه بیماران برای دسترسی به داروهای اساسی و حیات‌بخش است. طبق میثاق، به‌عنوان تعهد عام، دولت‌های عضو موظف شده‌اند که بهره‌مندی از این حقوق را بدون تبعیض برای همه تضمین کرده و حداکثر منابع تحت اختیار خود را به تحقیق حقوق مذکور در میثاق اختصاص

93. Frederick M. Abbott & Jerome H. Reichmann, 2007, p. 14.
94. Decision of the TRIPS Council, para. 2(b)(ii).

دهند.

تعمیم حق دسترسی همگانی به داروهای اساسی، حقی بنیادین در نظام حقوق بشر به شمار می‌آید، چرا که برخورداری از این حق به‌عنوان پیش‌شرطی برای بهره‌مندی از سلامت کامل جسمی و روانی، ضرورتی انکارناپذیر است. بااین‌حال، در غالب موارد، انحصار تولید و عرضه داروهای اساسی در اختیار بخش خصوصی است و مداخله دولت در زمینه تولید و عرضه داروها بدون رضایت قبلی شرکت‌های صاحب امتیاز، خود به‌منزله زیرپانهادن حق مالکیت دارندگان امتیازنامه‌های دارویی است. دانستیم که ابداع محصول یا فراورده دارویی جدید، مستلزم صرف هزینه‌های بسیار برای مراحل مختلف تحقیق و توسعه، تحقیقات ژنتیکی، آزمایش‌های پیش‌بالینی و بالینی، انتشار یافته‌های حاصل از تحقیقات، ثبت اختراع و کسب امتیازنامه انحصاری و تولید است. درنتیجه وقتی شرکت سازنده می‌خواهد محصول ابداعی خود را روانه بازار کند، به وضع قیمت می‌پردازد. یکی از راهکارهایی که شرکت‌ها می‌توانند هزینه‌های صرف‌شده در مراحل قبلی را جبران کنند، وضع قیمت‌های بالا برای تولیدات دارویی جدید است. با توجه به اینکه امتیاز انحصاری تولید و عرضه محصول ابداعی، متعلق به شرکت ثبت‌کننده است، وضع قیمت‌های بالا توسط شرکت می‌تواند دسترسی به این داروها را با مشکل مواجه سازد. این مشکل، بخصوص در کشورهای درحال‌توسعه و کشورهای با حداقل سطح توسعه به دلیل پایین‌بودن قدرت خرید مردم و ضعف اقتصادی مفرط و نیز فقدان پوشش‌های بیمه‌ای کافی، نمود بیشتری پیدا می‌کند.

علی‌رغم این مشکل عملی، نمی‌توان از اهمیت ثبت اختراعات دارویی و حمایت از حقوق مالکیت فکری شرکت‌های داروساز غافل شد. در واقع حمایت از حقوق مالکیت فکری شرکت‌ها در قالب ثبت ابداعات دارویی و اعطای حقوق انحصاری به آنان می‌تواند زمینه‌ساز رشد و پیشرفت علمی در زمینه ابداع و بهبود داروهای جدیدتر برای بیماری‌های ناشناخته شود. به عبارت دیگر، حمایت‌های مزبور، مانند مشوقی قوی برای شرکت‌ها عمل می‌کند. نتیجه این حمایت‌ها، توسعه فناوری‌های جدید دارویی است که منافع آن در بلندمدت عاید جامعه خواهد شد، ولی در کوتاه‌مدت ممکن است با موازین و استانداردهای حقوق بشری، ازجمله حق بر سلامت، در تعارض باشد. این تعارض، نقطه چالش‌برانگیز میان نظام حقوق مالکیت فکری و حقوق بشر بر سلامت است. هر دو طرف دارای منافعی هستند که ضرورت حمایت از آن را توجیه می‌کند، اما آن‌گاه که این تعارض باعث می‌شود که اجرای هم‌زمان تعهدات دولت‌ها در چارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر با تعهدات ناشی از اسناد بین‌المللی حقوق مالکیت فکری ـ همانند موافقت‌نامه تریپس ـ غیرممکن شود، ناگزیر باید اولویت را به تعهدات حقوق بشری داد. هرچند که حمایت از حقوق مالکیت فکری، به‌نوعی حمایت از یک حق بشری به نام حق بر مالکیت است، در جایی که حقی بنیادین همچون حق بر سلامت در معرض خطر باشد، می‌توان

از رعایت سایر حق‌ها به‌صورت موردی عدول و تخطی کرد. به همین خاطر است که در اسناد حقوق بشری معمولاً از «شرط تخطی» استفاده می‌شود. در واقع، اگر حق بر سلامت بشری را به‌عنوان «ارزش غائی» و هدف نظام بین‌المللی حقوق بشر قلمداد شود، حقوق بین‌الملل مالکیت فکری را باید به‌عنوان «روشی» قلمداد کرد که فقط دارای طریقیت است، نه موضوعیت. پس هرگاه میان «ارزش‌ها» و «روش‌ها» تعارض پدید آید، یقیناً اولویت با ارزش‌ها خواهد بود.

هرچند موافقت‌نامه تریپس هم صریحاً به این مسئله که ممکن است در اثر اجرای مقررات مالکیت‌های فکری، حقوق بشر نقض شود، نپرداخته است، با پیش‌بینی امکان استفاده‌های دیگر از امتیازنامه‌های ثبت ابداعات دارویی بدون رضایت صاحب آن، به‌صورتی غیرمستقیم، راه را برای اعضای سازمان جهانی تجارت جهت عدول از رعایت مقررات این موافقت‌نامه در موارد حادث‌شدن وضعیت بحرانی و اضطراری در حوزه بهداشت عمومی باز گذاشته است. به این ترتیب، اعضا تحت شرایطی که قبلاً توضیح داده شد، می‌توانند بدون رعایت مقررات موافقت‌نامه از منافع امتیازنامه‌های دارویی به‌صورت محدود و موقت برخوردار شوند. تعهد اولیه دولت‌ها برای استفاده از محصولات دارویی ثبت‌شده این است که باید تلاش کنند ابتدا با مذاکره با صاحب امتیازنامه از او مجوز اختیاری اخذ کنند. لیکن چون احتمال دارد صاحب امتیازنامه از اعطای مجوز و حق بهره‌برداری بدون وجود عذر موجه خودداری کند، در موافقت‌نامه تریپس (ماده ۳۱) امکان استفاده از موضوع امتیازنامه انحصاری بدون اجازه صاحب آن پیش‌بینی شده است. در واقع در مواردی که مذاکره قبلی بر اساس شرایط و ضوابط تجاری متعارف با دارنده امتیازنامه در طی مدت زمانی معقول به نتیجه نرسد، دولت یا شخص ثالث مجاز از طرف دولت، اختیار خواهد داشت که از امتیازنامه مورد بحث بدون رضایت صاحب آن استفاده کند. این استفاده با صدور مجوز اجباری از سوی دولتی که اختراع دارویی در سرزمین او به ثبت رسیده است، انجام می‌گیرد. اما در سه وضعیت استثنایی، صدور مجوز اجباری، بدون رعایت این پیش‌شرط‌ها خواهد بود: ۱ـ در وضعیت‌های اضطرار ملی و دیگر وضعیت‌های فوق‌العاده اضطراری، ۲ـ در موارد استفاده غیرتجاری عمومی و ۳ـ در موارد استفاده برای اصلاح یک رویه ضدرقابتی.

درنهایت باید اشاره کرد که با تصویب اعلامیه دوحه و صدور تصمیم شورای تریپس درمورد اجرای بند ۶ این اعلامیه، نظام صدور مجوزهای اجباری دچار تغییراتی شده است. در چارچوب نظام جدید، کشورهای کمترتوسعه‌یافتهٔ سازمان جهانی تجارت، از رفتاری ترجیحی نسبت به سایر اعضا برخوردار شده‌اند، به این صورت که این کشورها از تعهد به اثبات نیازهای داخلی خود به داروهای اساسی موضوع امتیازنامه‌های انحصاری و فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های داخلی خود برای تولید داروها معاف هستند. این اعضای واردکنندهٔ واجد شرایط، رأساً می‌توانند به‌صرف اعلام اسامی و مقادیر داروهای مورد نیاز خود، از کشوری که مجوز اجباری برای آن داروها صادر کرده

است، درخواست واردات دارویی خاص را بکنند. به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی، اولاً، باید مجوز برای تولید به میزان مورد تقاضا صادر شود. ثانیاً، کشور صادرکننده باید متناسب با ارزش اقتصادی مجوز، حق‌الزحمه‌ای کافی به دارنده امتیازنامه پرداخت کند و ثالثاً، داروهای تولیدشده تحت این مجوزهای ویژه باید به‌صورت مقتضی رنگ‌بندی و علامت‌گذاری شود تا از دیگر داروهای تولیدی از همان نوع متمایز شود.

صدور این تصمیم شورای تریپس و همچنین تصویب اعلامیه دوحه که باز تأکیدی بر اهمیت سلامت عمومی و دسترسی به داروهای اساسی بود، به‌واقع در راستای نیازهای جهان درحال‌توسعه و کمترتوسعه‌یافته بود، چرا که این کشورها با داشتن بیشترین میزان شیوع بیماری‌های فراگیر همچون ایدز و سل، از کمترین میزان دسترسی به داروهای حیات‌بخش برخوردارند. بنابراین این الزام برای کشورهای دارنده فناوری‌های جدید دارویی که عموماً انحصاری هستند، ایجاد شده که نسبت به مشکلات و بحران‌های بهداشت عمومی در سایر کشورها بی‌توجه نبوده و در موارد تقاضا از سوی کشورهای کمترتوسعه‌یافته، با صدور مجوزهای اجباری ویژه، داروهای مورد نیاز آن‌ها را تأمین کنند.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- صادقی، محسن؛ *حمایت از ابداعات دارویی و الحاق به سازمان تجارت جهانی*، میزان، ۱۳۸۷.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد؛ *حقوق بشر در جهان معاصر؛ جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها*، دفتر دوم، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- نامی پارسا، نگار؛ *تأمین دارو: حقوق و تکالیف دولت‌ها در نظام بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳.

ـ مقاله

- زمانی، سیدقاسم؛ «شبیه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵.
- شیخی، مریم؛ «چالش‌های حقوق مالکیت فکری در حوزه سلامت»، *رفاه اجتماعی*، شماره ۲۰، بهار ۱۳۸۵.
- صادقی، محسن؛ «حمایت از اختراعات دارویی و چالش‌های حقوق بشری آن»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸.
- فتحی‌زاده، امیرهوشنگ؛ «بررسی حق اختراع در مقررات موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری»: مطالعه موردی حق اختراع محصول دارویی»، *بررسی‌های بازرگانی*، شماره ۳، آذر و دی ۱۳۸۲.

ب) انگلیسی

Book

- Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO; the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, 2007.

Articles

- Abbott, Frederick M. & Reichmann, Jerome H., "The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions", *Journal of International Economic Law*, vol. 921, No. 10. 2007.
- Bakhoum, Mor, "TRIPS, Patent Rights and Right to Health: Price or Prize for Better Access to Medicine?", *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Research Paper Series*, Nos. 10-07, 2008.
- Bianchi, Andrea, "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 3. 2008.
- Committee on Economic, Social & Cultural Rights (CESCR), "The Right

to the Highest Attainable Standard of Health", (article 12 of the ICESR), General Comment, No.14. 2000.
- CESCR, "The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author**,** (article 15(1)(c) of the ICESR), General Comment No. 17. 2006.
- Decision of the TRIPS General Council, "Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS agreement and Public Health", WT/L/540, General Council, 30 August 2003.
- Forman, Lisa, "Trade Rules, Intellectual Property and the Right to Health", *Ethics & International Affairs*, Fall 2007.
- Ho, Cynthia M., "A New World for Addressing Patent Rights and Public Health". *Chicago-Kent Law Review*, vol. 1469, No. 82. 2007.
- Hunt, Paul, "Report of the Special Rapporteur on the Right to the Highest Attainable Standard of Mental and Physical Health", Human Rights Council, Resolution 7/11, 31 January 2008.
- Potts, Helen, "Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health", *University of Essex*, *Human Rights Center*, 2007.
- Simma and Alston, "The Sources of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens and General Principles", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12. 1988-1989.
- Sun, Haochen, "The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the TRIPS Agreement and Public Health", *European Journal of International Law*, 2004.
- Thapa, Rojina, "Waiver Solution in Public Health and Pharmaceutical Domain under TRIPS Agreement", *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 16. 2011.
- World Trade Organization, Panel Report, "Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products", WT/DS114/R, March 17, 2000.
- Yu, Pete K., "The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement", *Houston Law Review*, vol. 46. 2009.

Cases and Materials

- The TRIPS Agreement & Pharmaceuticals, Report of an ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Its Impact on Pharmaceuticals, Jakarta, 2-4 May 2000.
- UN Commission on Human Rights, Report of the Secretary-General, "Access to Medication in the Context of Pandemics Such as HIV/AIDS", E/CN.4/Res.2003/48,16 January 2003.
- UN Economic & Social Council, UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination & Protection of Minorities, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc. E/CN.4/1984/4(1984).
- WHO, International Working Group on Public Health, Innovation & Intellectual Property, "Status of Implementation of Resolution WHA59/24", 4 December 2006.
- World Trade Organization, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WTO Ministerial Conference, Doha, Adopted on 14 November 2001.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۹۰ ـ ۵۹

نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر شورای امنیت سازمان ملل متحد

سیدفضل‌ا.. موسوی*
وحید بذّار**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۲۶

چکیده

شورای امنیت به‌عنوان مسئول اصلی و اولیه صلح و امنیت بین‌المللی و عالی‌ترین رکن سیاسی نظام بین‌المللی، از جایگاه رفیعی در جامعه بین‌المللی برخوردار است. درعین‌حال، این موقعیت والا و خصیصه سیاسی منجر به آن نمی‌شود که دادگاه‌های بین‌المللی نتوانند اقدامات این مرجع را از لحاظ قضایی بررسی کنند. دیوان دادگستری اروپا بر اساس رویه‌ای که از سال ۲۰۰۸ و از قضیه *کادی* شروع کرده، به‌طور مداوم و در قضایای متعددی، به بررسی قضایی اقدامات شورای امنیت پرداخته است (البته به‌طور غیرمستقیم و از مجرای بازبینی قضایی مصوبات تحریمی شورای اتحادیه اروپا که در راستای اجرای قطعنامه‌های تحریمی شورای امنیت به تصویب رسیده است). سایر دادگاه‌های بین‌المللی نیز در مواردی فرصت یافته‌اند تا در خصوص چالش امکان کنترل قضایی اقدامات شورای امنیت اظهارنظر کنند. دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه *تادیچ*، دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه *بهرامی* و *سراماتی* و قضیه *نادا*، دادگاه ویژه لبنان در قضیه *عیّاش* و دیوان بین‌المللی کیفری رواندا در قضیه *کانیاباشی* که در اعمال وظیفه قضایی خویش با این مسئله مواجه بوده‌اند، رویه‌های متمایزی را در پیش گرفته‌اند. درعین‌حال، این امکان برای دیوان بین‌المللی کیفری نیز وجود دارد که قطعنامه‌های حاوی وضعیت ارجاعی از سوی شورای امنیت را مورد بررسی قضایی قرار دهد. اما دیوان بین‌المللی دادگستری با اینکه هیچ ممنوعیتی در این خصوص ندارد، در قضیه *لاکربی*، قضیه *نامیبیا*، قضیه *هزینه‌های خاص* و قضیه *بوسنی‌وهرزگوین* علیه صربستان و مونته‌نگرو که موقعیت برای بررسی مشروعیت (در معنای قانونی‌بودن)[1] تصمیمات شورا مهیا شده بود، با مصلحت‌اندیشی به این کار تن نداد. درکل به نظر می‌رسد که رویه‌ای بین‌المللی در خصوص امکان نظارت قضایی دادگاه‌های بین‌المللی بر شورای امنیت در حال شکل‌گیری است.

* استاد دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران sfmoosavi@gmail.com

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم‌وتحقیقات تهران
vahidbazzar@gmail.com

1. Legality

واژگان کلیدی
شورای امنیت، دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، دیوان بین‌المللی کیفری رواندا، دادگاه ویژه لبنان، دیوان بین‌المللی کیفری، دیوان دادگستری اروپا

مقدمه

شورای امنیت سازمان ملل متحد پس از پایان جنگ سرد، رویه‌ای متفاوت در فعالیت‌های خود در پیش گرفته است. شورا با ارائه تفسیری موسع از صلح و امنیت بین‌المللی، محدوده فعالیت خود را به‌طور قابل‌ملاحظه‌ای گسترش داده[۲] و حتی در مواردی اقدام به نوعی قانونگذاری کرده است. شورا به‌عنوان قانونگذار جهانی در برخی موضوعات که حتی در قالب معاهدات بین‌المللی مدون شده است، تعهداتی فراتر ایجاد کرده است. به‌عنوان مثال، قطعنامه‌های ۱۳۷۳[۳] و ۱۵۴۰[۴] شورا، به‌ترتیب، تعهداتی فراتر از کنوانسیون بین‌المللی برای نظارت بر تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹) و معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۶۸) ایجاد کرده‌اند.[۵] این اقدامات قانونگذاری که به اعتقاد رئیس شورا، شورا بیش از پیش به آن‌ها نیاز دارد،[۶] چندان مورد رضایت دولت‌ها به‌عنوان اصلی‌ترین بازیگران جامعه بین‌المللی در تدوین و تصویب قوانین و مقررات بین‌المللی در جامعه بین‌المللی قرار نگرفته است.

بررسی قطعنامه شورا در این دوره، حاکی از تصمیماتی است که نه‌تنها هیچ جایگاه حقوقی در منشور نداشته، بلکه موازین منشور و حقوق بین‌الملل را نیز رعایت نکرده است. این در حالی است که بر اساس منشور، شورای امنیت باید «اهداف و اصول سازمان ملل متحد»[۷] و «اصول عدالت

---

۲. این توسیع تا حدی پیش رفته است که حتی «تغییرات جوی»، به‌عنوان یکی از مسائل تهدیدکننده امنیت بین‌المللی، در دستور کار شورای امنیت قرار گرفته است. تغییرات جوی با ایجاد عدم تعادل و ثبات در منابع آب و انرژی، تهدید ثبات اقتصادی دولت‌ها، تهدید امنیت انسانی و حقوق بشر و حتی تأثیرگذاری بالقوه در وقوع مخاصمات مسلحانه می‌تواند از عوامل تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی شود و موضوع مهاجرت افراد را مطرح می‌کند که موجب به‌هم‌خوردن (احتمالی) صلح و امنیت بین‌المللی می‌شود (که البته این نظر، موافقان و مخالفانی دارد) و صلاحیت شورا در رسیدگی به موضوع مطرح می‌شود. سیدفضل‌الله موسوی و معصومه‌سادات میرمحمدی؛ «تغییرات جوی: تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، صص ۱۷۷ـ۱۷۱ و ص ۱۹۰.

3. SC Res. 1373, 28 September 2001.

4. SC Res. 1540, 28 April 2004.

5. Osterdahl, Inger, "The Exception as the Rule: Lawmaking on Force and Human Rights by the UN Security Council", *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, vol. 10, No. 1, pp. 18, 19.

6. Press Conference by Security Council President (Apr. 2, 2005).

۷. بند ۱ ماده ۲۴ منشور: «شورای امنیت در اجرای وظایفش بر طبق مقاصد و اصول ملل متحد عمل می‌کند».

و حقوق بین‌الملل»[۸] را رعایت کند. در خصوص قطعنامه‌هایی که موازین مزبور را رعایت نکرده‌اند، می‌توان به مورد عراق،[۹] لیبی،[۱۰] بوسنی‌وهرزگوین،[۱۱] تشکیل دادگاه‌های کیفری برای یوگسلاوی[۱۲] و رواندا،[۱۳] حوادث یازده سپتامبر[۱۴] و انفجار در شهر بالی اندونزی[۱۵] اشاره کرد.[۱۶] اقدامات شورا و مشروعیت آن‌ها (در معنای قانونی‌بودن)،[۱۷] ذهن جامعه بین‌المللی را بیش از گذشته به این سؤال معطوف کرده است که آیا مراجع قضایی بین‌المللی می‌توانند یا صلاحیت دارند که مشروعیت اعمال شورا را از منظر حقوقی بررسی کنند یا خیر. درعین‌حال، برای چند دادگاه بین‌المللی، فرصت اظهارنظر و بررسی مشروعیت قطعنامه‌های شورای امنیت ایجاد شد که این دادگاه‌ها رویکردهای متمایزی در برخورد با این قضیه داشته‌اند.

۱. نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر اقدامات شورای امنیت

سه ماده در منشور سازمان ملل متحد وجود دارد که جایگاه ویژه‌ای به تصمیمات شورای امنیت می‌بخشند. طبق ماده ۲۵ منشور، دولت‌های عضو سازمان ملل، تعهد می‌کنند که تصمیمات شورای امنیت را قبول و اجرا کنند. طبق ماده ۱۰۳ منشور، تعهدات دول عضو که از منشور ناشی می‌شود (در اینجا منظور تصمیمات شورای امنیت است)، بر سایر تعهدات بین‌المللی آن دولت‌ها اولویت دارد و سرانجام بر اساس بند ۶ ماده ۲ منشور، تصمیمات سازمان ملل که در راستای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ می‌شود، حتی برای دول غیرعضو نیز لازم‌الاجراست و شورای امنیت، مسئول اصلی حفظ صلح و امنیت در جامعه بین‌المللی است (ماده ۲۴ منشور).

مشروعیت اقدامات شورا باید برای همه بازیگران بین‌المللی ازجمله خود شورا مهم تلقی شود

---

۸. ماده ۱ منشور: «اهداف ملل متحد به قرار زیر است: ۱ـ اقدامات دسته‌جمعی مؤثر برای جلوگیری و برطرف‌کردن تهدیدات علیه صلح و متوقف‌ساختن هرگونه عمل تجاوز یا سایر کارهای ناقض صلح باید بر طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل انجام گیرد».

9. SC Res. 687, (3 April, 1997).

10. SC Res. 731, (21 January, 1992), 748, (31 March, 1992).

11. SC Res. 713, (25 September, 1991).

12. SC Res. 808, (22 February, 1993), 827, (25 May, 1993).

13. SC Res. 955, (8 November, 1994).

14. SC Res. 1373, (28 September, 2001).

15. SC Res. 1483, (14 October, 2002).

۱۶. احمدی، ستار؛ «شورای امنیت و امکان کنترل اعتبار قطعنامه‌های آن توسط دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال هفدهم، شماره ۱۴، ۱۳۸۲، ص ۱۰۵.

۱۷. مشروعیت اقدامات شورای امنیت در اینجا به معنای قانونی‌بودن یا Legality است که در واقع همان نگاه پوزیتیویستی است و منظور این است که آیا اقدامات شورای امنیت با مقررات فعلی حقوق بین‌الملل، قابل پذیرش است یا خیر. حسن سواری؛ «تحریم‌ها از منظر قانونیت و مشروعیت»، *مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت*، مجد، ۱۳۹۲، صص ۲۵.

و ازآنجایی‌که مشروع‌بودن اقدامات شورا، ارتباط مستقیمی با اعتبار این نهاد در جامعه بین‌المللی دارد می‌توان گفت که مشروعیت، جاده دوطرفه است.[۱۸] ولی آیا با توجه به این جایگاه برتری که منشور برای شورای امنیت و تصمیمات آن در نظر گرفته است و همچنین با درنظرگرفتن این موضوع که نه در منشور و نه در هیچ‌یک از اسناد مؤسس محاکم بین‌المللی، چنین اجازه‌ای به هیچ دادگاه بین‌المللی داده نشده است، آیا می‌توان برای دادگاه‌های بین‌المللی، اختیاری در خصوص بررسی تصمیمات شورا تصور کرد؟ همان طور که در ادامه به‌طور مبسوط تشریح خواهد شد، رویکرد محاکم مختلف بین‌المللی در مواجهه با مسئله نظارت قضایی بر قطعنامه‌های شورای امنیت در موارد مبتلابه، رویه ثابتی را رقم نزده است.

به‌زعم نگارندگان این نوشتار، نظارت قضایی تنها بدین معنا نیست که دادگاه بین‌المللی به‌صراحت و آشکارا و حتی با اعلام این موضوع، قطعنامه‌های شورای امنیت را بررسی کند، بلکه حتی اگر دادگاه مزبور در دفاع از صحت قطعنامه‌های شورای امنیت، اعلام کند که قطعنامه شورا طبق حقوق بین‌الملل، صحیح و درست است، می‌توان این اقدام را نظارت و بررسی مرجع قضایی تلقی کرد (نظارت قضایی). به‌عنوان مثال، دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مربوط به کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده امریکا در تهران، اقدامات شورای امنیت ـ ازجمله قطعنامه ۴۵۷ شورای امنیت[۱۹] ـ را بررسی کرد و به این نتیجه رسید که «این اقدامات، مانعی بر سر راه عملکرد دیوان به شمار نمی‌آید»[۲۰] و در ادامه بیان داشت که «قطعنامه شورای امنیت، مطابق اهداف و اصول منشور سازمان ملل متحد است ». همین که تطابق قطعنامه با منشور احراز می‌شود، نظارت قضایی دیوان نیز بر شورای امنیت به‌روشنی نمایان می‌شود.

۱ـ۱. نظارت قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر[۲۱] بر شورای امنیت

دیوان اروپایی حقوق بشر در قضایای *بهرامی* و *سراماتی*،[۲۲] نظر خود را در خصوص امکان بازنگری اقدامات شورای امنیت ابراز کرد. پس از حمله ناتو (۱۹۹۹) به صربستان (جمهوری فدرال یوگسلاوی)[۲۳] و در پی انعقاد موافقت‌نامه میان ناتو و دولت صربستان مبنی بر خروج نیروهای صرب از *کوزوو*، قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت، اداره امور *کوزوو* را به‌طور مشترک به

18. Alvarez, Jose E. "*Tadić* Revisited-The *Ayyash* Decisions of the Special Tribunal for lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, 2013, vol. 11, p. 298.

19. SC Res. 457, (4 December, 1979).

۲۰. میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری*، مسائل روز، چکیده آرا و اسناد، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۹، ص ۶۳.

21. European Court of Human Rights (ECHR)

22. *Agim Behrami and Bekir Behrami v. France, Ruzhdi Saramati v. France, Germany and Norway*, App. Nos. 71412/01 & 78166/01, ECHR, 2 May 2007.

23. Federal Republic of Yugoslavia (FRY)

نیروهای حافظ صلح ملل متحد در *کوزوو* (UNMIK)[۲۴] و نیروهای نظامی *ناتو* (KFOR)[۲۵] واگذار کرد. یکی از بمب‌های عمل‌نکرده و خنثی‌نشده در هنگام بازی چند کودک در سال ۲۰۰۰، در منطقه تحت حفاظت این نیروها منفجر شد و به برادران بهرامی آسیب رساند.[۲۶] پدر بچه‌ها و پسر معلولش با ادعای نقض ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،[۲۷] در دیوان اروپایی حقوق بشر، طرح شکایت کردند.[۲۸]

سراماتی تبعه کوزوویی آلبانیایی‌تبار بود که پلیس UNMIK در چند نوبت در سال ۲۰۰۱، به عللی که هیچ‌گاه در دادگاه ثابت نشد، او را دستگیر کرد. آخرین اتهام وی در خصوص قتل نیز در دیوان عالی اثبات نشد و هیچ محاکمه دیگری تا زمانی‌که او در سال ۲۰۰۷ با ادعای نقض مواد ۵ و ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،[۲۹] در دیوان اروپایی طرح دعوا کرد، علیه وی انجام نشد. چون خواهان‌ها در این دو قضیه (*بهرامی* و *سراماتی*) خواسته‌های یکسانی داشتند، این دو قضیه با هم ادغام شد.[۳۰]

دیوان اروپایی حقوق بشر در رأی سال ۲۰۰۷ (*بهرامی* و *سراماتی*) در خصوص اعمال ارتکابی نیروهای حاضر در کوزوو، با اعمال معیار «کنترل و اختیار نهایی»[۳۱] و دنبال‌کردن زنجیره‌ای از دستورها، مسئولیت عملیات امنیتی و حتی موارد تفویضی از سوی شورا به ناتو را به شورای امنیت و درنهایت به سازمان ملل متحد منتسب می‌کند[۳۲] و اعلام می‌کند که دیوان باید در این راستا مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور ملل متحد را مدنظر داشته باشد.[۳۳] لذا دیوان تصریح می‌کند که این

24. United Nations Mission in Kosovo (UNMIK)

25. NATO-led Kosovo Forces (KFOR)

۲۶. یکی از برادران در دم جان سپرد و دیگری نابینا و معلول جسمی شد.

۲۷. ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: ۱ـ حق حیات کلیه افراد باید مورد حمایت قانون باشد؛ هیچ‌کس نباید به‌طور عمد از حق حیات محروم شود به‌استثنای اجرای حکم دادگاهی که به دنبال ارتکاب جنایت افراد، این مجازات را طبق قانون تجویز می‌کند ...

28. Milanovic, Marko and Papic, Tatjana, "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, vol. 58, No. 2, p. 270.

۲۹. ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: ۱ـ هر شخص از حق آزادی و امنیت فردی برخوردار است. هیچ‌کس را نباید از آزادی‌اش محروم کرد ...

ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: هر شخصی که حقوق و آزادی‌هایش که در این کنوانسیون آمده است ضایع شده باشد، حتی اگر تضییع حقوق و آزادی‌های مذکور توسط افرادی با موقعیت رسمی صورت گرفته باشد، از حق جبران خسارت مؤثر درمقابل مقامات ملی برخوردار است.

30. De Burca, Grainne. "The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi", *Harvard International Law Journal*, 2010, vol. 51, No. 1, pp. 13, 14.

31. Ultimate Authority and Control

32. Behrami and Saramati Case, *op. cit*., paras. 135, 140, 141, 143, 144.

33. *Ibid*., para. 147.

وظیفه دیوان نیست که معنا و مفهوم مواد منشور را تعیین کند و دیوان به‌هیچ‌وجه به موجه‌بودن مبنای چنین اسنادی که در قضایای تحت رسیدگی نزد آن مطرح می‌شود، نمی‌پردازد.[۳۴] دیوان در مسیر استدلال خویش، ابتدا اعلام می‌کند که شورای امنیت در عرصه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، مسئولیت انحصاری دارد و در این راستا می‌تواند به هر اقدامی تحت فصل هفتم منشور متوسل شود.[۳۵] سپس اذعان می‌دارد که اقدامات و عملیات انجام‌شده تحت قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت،[۳۶] برای تضمین صلح و امنیت بین‌المللی حیاتی است و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نمی‌تواند به‌گونه‌ای تفسیر شود تا اقدامات دولت‌های عضو این کنوانسیون، تحت قطعنامه شورای امنیت، مورد مداقه و بررسی قرار گیرد، چون این عمل، مداخله در وظایف حیاتی سازمان ملل متحد محسوب می‌شود.[۳۷] درنتیجه، دیوان *استراسبورگ*، عدم صلاحیت خویش را ـ به دلیل برتری نظم حقوقی سازمان ملل متحد ـ هم در خصوص عملیات و انتساب اقدامات ادعایی به سازمان ملل و هم بر هر چیزی که قطعنامه ۱۲۴۴ تحت پوشش قرار می‌دهد و از آن ناشی می‌شود، تأیید کرد.[۳۸] همچنین دیوان به این نتیجه می‌رسد که برای رسیدگی به مشارکت آلمان، نروژ و فرانسه در نیروهای نظامی بین‌المللی که به‌واسطه قطعنامه ۱۲۴۴ شورای امنیت موجودیت یافته‌اند، صلاحیت ندارد.[۳۹]

مورد دیگری که در خصوص نظارت قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر بر قطعنامه‌های شورای امنیت می‌توان ذکر کرد، رأی دیوان در قضیه *نادا*[۴۰] است. آقای *نادا* که قبلاً از دادگاه فدرال سوئیس (عالی‌ترین محکمه این کشور) نیز حکمی مبنی بر نقض حق دادرسی عادلانه خویش به‌وسیله قطعنامه ۱۲۶۷ شورای امنیت سازمان ملل[۴۱] دریافت کرده بود، بابت نقض بند ۱ ماده ۸ و ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر،[۴۲] دعوایی علیه دولت سوئیس در دیوان اروپایی حقوق بشر طرح کرد.[۴۳] دیوان در تصمیم خویش با تصدیق یافته‌های مقامات و مراجع سوئیسی، مبنی بر بی‌اساس‌بودن اتهام مشارکت *نادا* در تروریسم بین‌المللی، به‌واسطه تأخیر طولانی‌مدت در

34. *Ibid*., para. 122.

35. *Ibid*., para. 148, 149.

36. SC Res. 1244, (10 June, 1999).

37. Behrami and Saramati Case, *op. cit*., para. 148.

38. *Ibid*., paras. 148, 152.

39. De Sena, Pasquale and Vitucci, Maria Chiara, "The European Courts and the Security Council between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values", *The European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, No. 1, pp. 202, 203.

40. *Nada v. Switzerland*, App. No. 10593/08, ECtHR, 12 September 2012.

41. SC Res. 1267, (15 October, 1999).

۴۲. ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: ۱ـ هرکس از حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی، خانه و مراسلات خود برخوردار است.

43. Nada Case, *op. cit*., paras. 163 et seq.

ارائه این یافته‌ها به کمیته تحریم القاعده،[۴۴] این مقامات را نکوهش کرد.[۴۵] همچنین «دولت سوئیس را به دلیل کوتاهی در هماهنگ‌ساختن میان تعهداتش به‌موجب ماده ۸ کنوانسیون اروپایی و تعهداتش به‌موجب رژیم تحریمی ناشی از قطعنامه ۱۲۶۷ شورای امنیت، مسئول دانست و اعلام کرد که این دولت، ماده ۸ کنوانسیون را نقض کرده است».[۴۶] به‌علاوه، دیوان با استناد به اینکه هیچ مانعی در رژیم تحریمی قطعنامه ۱۲۶۷ شورای امنیت برای مقامات سوئیسی در ارائه سازوکارهای بازنگری قضایی وجود نداشت، دولت سوئیس را به سبب فراهم‌نکردن دسترسی *نادا* به رسیدگی قضایی در سطح داخلی و نقض حق دادرسی عادلانه (ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی)، مسئول شناخت.[۴۷] دیوان اروپایی در قضیه *نادا*، علاوه بر اینکه قطعنامه ۱۲۶۷ شورای امنیت سازمان ملل را از جهات مختلف، بررسی قضایی کرد، با انتقاد از رویه‌ای که در شورا در خصوص خارج‌کردن نام افراد از لیست تحریم دنبال می‌شود، آن را جبران ناکافی و نامؤثر دانست.[۴۸] رویکرد دیوان اروپایی در قضیه *نادا* نشان می‌دهد که «رژیم تحریمی مانند رژیم ناشی از قطعنامه ۱۲۶۷ شورا، لزوماً یا حتی به‌طور ضمنی به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا موارد ضروری را در خصوص اجرای نظام تحریمی مربوطه بر اساس استانداردهای حقوق بین‌الملل بشر، تشخیص دهند».[۴۹]

۱ـ۲. نظارت قضایی دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق[۵۰] بر شورای امنیت

مشروعیت دیوان یوگسلاوی در اولین پروندهٔ در حال رسیدگی،[۵۱] از سوی متهم به چالش کشیده شد. *دوسکو تادیچ* مدعی بود که این محکمه به‌طور مشروع تأسیس نشده است زیرا شورای امنیت به‌موجب منشور، اختیار تأسیس محاکم بین‌المللی کیفری را ندارد. خوانده استدلال می‌کرد که ایجاد محکمه برای یک منطقه و دوره خاص ـ درحالی‌که وقایع در یوگسلاوی سابق پس از ۱۹۹۳ (سال تأسیس محکمه) نشان داده است که محکمه در خصوص کاهش تهدیدات علیه

---

۴۴. مقامات سوئیسی در سال ۲۰۰۵ به این نتیجه رسیدند که آقای *نادا* هیچ‌گونه مشارکتی در فعالیت‌های تروریستی نداشته است ولی مدارک اثبات این بی‌گناهی را حدود چهار سال بعد (در سپتامبر سال ۲۰۰۹)، درست چند هفته پس از اینکه اسم آقای *نادا* از لیست تحریم خارج شد، به کمیته تحریم القاعده ارائه دادند.

45. *Ibid*., paras. 187-188.

46. *Ibid*., paras. 195-197, 199.

47. *Ibid*., paras. 211-213.

48. *Ibid*., paras. 211-212.

49. De Wet, Erika. "From Kadi to Nada Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions", *Chinese Journal of International Law*, 2013, No. 12, p. 21.

50. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)

51. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTY, Case No.: IT-94-1-A, 15 July 1999.

صلح و امنیت بین‌المللی مؤثر واقع نشده است ـ خارج از حدود اختیارات[۵۲] شورا است. درنتیجه قطعنامه ۸۲۷ شورا[۵۳] در خصوص تشکیل دیوان یوگسلاوی نامعتبر است.[۵۴] شعبه استیناف دیوان یوگسلاوی با ریاست قاضی *آنتونیو کاسسه*، با استناد به قاعده «صلاحیت برای تعیین صلاحیت»، اعلام کرد که «برای رسیدگی به ایراد مقدماتی در رابطه با مشروعیت تأسیس این محکمه اختصاصی، دارای صلاحیت است».[۵۵]

شعبه مزبور با یادآوری اینکه توسل به اقدامات اجباری به‌موجب مواد ۴۱ و ۴۲ منشور، منوط به تصمیم شورای امنیت درمورد یک وضعیت طبق ماده ۳۹ است، پذیرفت که «این رکن سیاسی برخوردار از صلاحدید گسترده است تا تعیین کند چه چیزی دقیقاً «تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز» محسوب می‌شود و چه اقداماتی در هر مورد خاص مناسب است».[۵۶] شعبه مزبور اظهار داشت که «این بخشی از وظیفه قضایی محکمه بین‌المللی است که صلاحیت خویش را تعیین کند، حتی اگر در این راه مجبور شود تا قطعنامه شورای امنیت را بررسی کند».[۵۷] به‌زعم دیوان، بر اساس صلاحیت ضمنی،[۵۸] هر مرجع قضایی می‌تواند موارد حقوقی ضمنی را که به‌عنوان نتایج مستقیم ناشی از رسیدگی مطرح است تعیین کند.[۵۹]

لازم به ذکر است که دیوان بین‌المللی دادگستری بیش از چهل سال قبل از قضیه *تادیچ* و در قضیه *نوته بام* (۱۹۵۳) اعلام کرده بود که دادگاه بین‌المللی در خصوص تفسیر اسناد حاکم بر صلاحیت خویش دارای حق و اختیار است.[۶۰] همچنین شعبه استیناف دیوان یوگسلاوی در قضیه *کرایجیس نیک* (۲۰۰۶) تصریح می‌کند که قطعنامه ۱۶۶۸ شورای امنیت،[۶۱] مانعی در اعمال اشتغالات قضایی دیوان نیست.[۶۲]

52. *Ultra vires*

53. SC Res. 827, (25 May 1993).

54. Werner, Wouter G., "Securitization and Judicial Review: A Semiotic Perspective on the Relation between the Security Council and International Judicial Bodies", *International Journal for the Semiotics of Law*, 2001, vol. 14, p. 359.

55. Tadic Case, *op. cit.*, para. 18.

56. *Ibid*., paras. 299-304.

57. *Ibid*., paras. 23, 24.

58. Incidental Jurisdiction

59. *Tadic Case*, *op. cit*., para. 20.

60. *Nottebohm Case* (Preliminary Objection). 18 November 1953, I.C.J. Reports 111 (1953), p. 119.

61. SC Res. 1668, (10 April 2006).

62. *Prosecutor v. Krajisni*k, Case No.IT-00-39-AR73.2, Decision on Krajisnik's Appeal against the Trial Chamber's Decision, 15 September 2006, paras. 15-16.

۱ـ۳. نظارت قضایی دیوان بین‌المللی کیفری رواندا[۶۳] بر شورای امنیت

در قضیه *کانیاباشی*[۶۴] نیز دیوان رواندا مانند دیوان یوگسلاوی در قضیه *تادیچ* مجبور شد تا در خصوص مشروعیت قطعنامه‌ای که مبنای تأسیس دیوان بود، تصمیم‌گیری کند.[۶۵] *کانیاباشی* اولین قضیه‌ای بود که در دیوان رواندا رسیدگی می‌شد. در این قضیه، متهم (*کانیاباشی*) با نامعتبردانستن قطعنامه ۹۵۵ شورای امنیت معتقد بود که شورا با تجاوز از اختیارات خود، دادگاهی نامشروع را که طبق منشور ملل متحد اختیار ایجاد آن را نداشت، تأسیس کرده است. دیوان رواندا در پاسخ به‌صراحت اعلام کرد: «مسئله تشخیص این موضوع که آیا تدابیر اتخاذی شورای امنیت بر اساس فصل هفتم قابل‌توجیه است یا خیر[۶۶] و همچنین تشخیص و تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا یک موضوع، تهدید صلح و امنیت بین‌المللی تلقی می‌شود یا خیر، به‌طور انحصاری در صلاحیت شورای امنیت است.[۶۷] با وجود این، دیوان رواندا مانند دیوان یوگسلاوی در قضیه *تادیچ* این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که برای رسیدگی به اقدامات مقدماتی مطروحه در خصوص قانونی‌بودن تأسیس خویش صلاحیت دارد[۶۸] و به‌نوعی بر قطعنامه مسبب ایجاد خویش، نظارت قضایی کرد. دیوان رواندا در رویه قضایی خویش، اعتقاد به عدم امکان نظارت قضایی بر شورای امنیت را تکرار و تأکید کرد. دیوان در قضیه *کاره مرا* (۲۰۰۱) تصریح کرد «در خصوص بررسی یا بازنگری تصمیمات شورای امنیت بخصوص قطعنامه ۹۵۵ آن شورا[۶۹] (قطعنامه ایجادکننده دیوان رواندا) هیچ اختیاری ندارد. ماده ۳۹ منشور ملل متحد، درمورد تشخیص وجود تهدید صلح و امنیت بین‌المللی، اختیاری صلاحدیدی به شورا اعطا کرده است و اصل بر این است که اقدامات شورا در راستای حفظ و بازگرداندن صلح و امنیت بین‌المللی مناسب است.[۷۰]

در ضمن، این استدلال که چون دیوان رواندا موجودیت خود را از شورای امنیت می‌گیرد و به‌واسطه قطعنامه شورای امنیت ایجاد شده است، نمی‌تواند باعث شود که استقلال این دادگاه به‌عنوان نهاد قضایی زیر سؤال برود. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *آثار احکام دادگاه اداری سازمان ملل متحد* بر این امر تأکید کرد که با اینکه دادگاه مزبور از سوی مجمع عمومی سازمان ملل ایجاد شده است، پس از ایجاد، جدا و مستقل از مجمع فعالیت می‌کند و تصمیمات

63. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)

64. *The Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*, ICTR, Case No.: 96-15-T, 18 June 1997.

65. Werner, Wouter G. *op. cit*., p. 359.

66. Kanyabashi Decision, *op. cit*., para. 26.

67. *Ibid*., para. 22.

68. Petculescu, Ioana. "The Review of the United Nations Security Council Decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, 2005, vol. 52, Issue. 02, p. 183.

69. SC Res. 955, (8 November 1994).

70. *Prosecutor v. Karemera*, Case No.ICTR-98-44-T, 25 April 2001, para. 25.

آن، حتی برای خود مجمع نیز لازم‌الاجراست.[۷۱] مطالب اخیر در خصوص دیوان یوگسلاوی و دادگاه لبنان نیز که به‌موجب قطعنامه شورای امنیت ایجاد شده‌اند صادق است.

۱ـ۴. نظارت قضایی دادگاه ویژه لبنان[۷۲] بر شورای امنیت

رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر لبنان در قضیه *عیّاش و دیگران*[۷۳] که در سال ۲۰۱۲ صادر شد ـ برخلاف نظر دو دادگاه ویژه بین‌المللی کیفری (دیوان یوگسلاوی و رواندا) که در بندهای اخیر ذکر شد ـ به این سؤال که آیا دادگاه بین‌المللیِ ایجادشده از سوی شورای امنیت، صلاحیت بررسی مشروعیت خود را دارد یا خیر، پاسخ منفی داده است.[۷۴] در قضیه مزبور، چهار خوانده پرونده[۷۵] با هدف بطلان قرارهای بازداشت خویش، مشروعیت محکمه را با ذکر سه دلیل به چالش کشیدند: ۱. دادگاه، حاکمیت دولت لبنان را نقض کرده است.[۷۶] ۲. شورای امنیت به دلایل زیر، اقدامی غیرقانونی و خارج از اختیار خود انجام داده است: نبود تهدید واقعی علیه صلح و امنیت بین‌المللی، تحمیل توافق غیرقانونی به لبنان، ایجاد دادگاه به‌منزله جبرانی نامناسب و تبعیض‌آمیز، ایجاد دادگاه برخلاف حقوق، کوتاهی شورا در احترام به قانون اساسی و دیگر قوانین لبنان.[۷۷] ۳. قواعد اجرایی دادگاه، حقوق اساسی بشر خواندگان نسبت به دادرسی منصفانه از سوی دادگاه ایجادشده به‌وسیله قانون را نقض می‌کند.[۷۸] شعبه بدوی دادگاه لبنان با این استدلال که تنها مبنای حقوقی تأسیس دادگاه، قطعنامه ۱۷۵۷ شورای امنیت[۷۹] است[۸۰] و دادگاه، مخلوق قطعنامه شوراست[۸۱] و دولت لبنان مدعی نقض حاکمیت خویش نشده است، ادعای نقض قانون اساسی و حاکمیت لبنان را نمی‌پذیرد.[۸۲]

شعبه بدوی با مثال‌زدن محاکم بین‌المللی کیفری ویژه مانند *نورنبرگ* و *توکیو*، ایراد گزینشی‌بودن[۸۳] دادگاه را نیز نپذیرفت[۸۴] و با اشاره به ایجاد محاکم یوگسلاوی و رواندا از سوی

71. Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, ICJ Rep. 13 July 1954, p. 53.

72. Special Tribunal for Lebanon (STL)

73. *Prosecutor v. Ayyash and Others*, Trial Chamber, Case No. STL-II-OIIPTITC, 27 July 2012 and Ayyash and Others, Appeals Chamber, 24 October 2012, (STL-11-O1/PT/AC/AR90.1).

74. Nikolova, Mariya and Ventura, Manuel J., "The Special Tribunal for Lebanon Declines to Review UN Security Council Action", *Journal of International Criminal Justice*, 2013, vol. 11, p. 615.

75. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Baddredine, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra.

76. *Prosecutor v. Ayyash and Others*, Trial Chamber, Case No. STL-II-OIIPTITC, 27 July 2012, para. 1.

77. Alvarez, Jose E., "Tadic Revisited - The Ayyash Decisions of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, 2013, vol. 11, p. 293.

78. Trial Chamber Decision, *op. cit*., para. 62.

79. SC Res. 1757, (30 May 2007).

80. Trial Chamber Decision, *op. cit*., para. 46.

81. *Ibid*., para. 52.

82. *Ibid*., para. 61.

83. Selectivity

شورای امنیت و ایجاد دادگاه اداری ملل متحد و جانشین آن، یعنی دادگاه تجدیدنظرخواهی سازمان ملل متحد[۸۵] از سوی مجمع عمومی، به اختیار سازمان ملل در ایجاد مراجع قضایی تصریح کرد.[۸۶] دادگاه با تأیید اختیار سازمان ملل در ایجاد محاکم خاص، مانند هر پارلمان ملی، اعلام داشت که «دادگاه لبنان، طبق قانون ایجاد شده است»[۸۷] و «آیین‌ها و قواعد دادگاه، مطابق با ملزومات حقوق بین‌الملل بشر و رویه قضایی نهادهای حقوق بشری ازجمله دیوان اروپایی حقوق بشر و کمیته حقوق بشر است».[۸۸] همچنین ازآنجایی‌که دولت لبنان به‌عنوان یکی از اعضای سازمان ملل، ملزم به تبعیت از قطعنامه‌های شورای امنیت است، امکان بررسی قضایی اقدام شورا در خصوص ایجاد محکمه کیفری وجود ندارد[۸۹] و شعبه بدوی فاقد صلاحیت بازنگری یا تعیین صحت اقدامات شورای امنیت است.[۹۰] صرفاً همین که شورای امنیت، اختیار خود را در خصوص تشخیص وجود تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی تحت ماده ۳۹ منشور اعمال کرد، کافی است و دیگر نیازی به بررسی قضایی نخواهد بود و حتی اگر چنین نیازی هم وجود داشته باشد، به دلیل عدم تصریح اساسنامه،[۹۱] شعبه بدوی، صلاحیت تشخیص درستی اقدامات شورا را نخواهد داشت.[۹۲] به‌زعم دادگاه بدوی، شاید تنها دیوان بین‌المللی دادگستری بتواند پس از ارجاع از سوی سازمان ملل متحد، اقدامات سایر ارکان سازمان (در اینجا شورای امنیت) را در قالب نظریه مشورتی بررسی قضایی کند.[۹۳]

همچنین دادگاه بدوی در پاسخ به نقض حاکمیت لبنان اعلام می‌کند که اصل عدم مداخله،[۹۴] مطابق بند ۷ ماده ۲ منشور سازمان ملل، مشمول اقدامات اتخاذشده بر اساس فصل هفتم منشور نمی‌شود.[۹۵] برای پاسخ به ایراد «ایجاد دادگاه برخلاف حقوق»، شعبه بدوی به یافته‌های دادگاه ویژه سیرالئون در قضیه *کالون* استناد می‌کند.[۹۶] دادگاه سیرالئون در قضیه مزبور اعلام داشت: «این هنجار حقوق بین‌الملل است که اگر ایجاد، مطابق با قواعد حقوقی باشد، موجود بر طبق حقوق ایجاد شده است؛ بدین معنی که موجود باید بر اساس معیارهای مقتضی و

84. *Ibid*., para. 64, 86.
85. United Nations Appeals Tribunal (UNAT)
86. Trial Chamber Decision, *op. cit*., para. 69.
87. *Ibid*., para. 72.
88. *Ibid*., para. 88.
89. *Ibid*.
90. *Ibid*., para. 52.
91. *Ibid*., para. 55.
92. *Ibid*., para. 71.
93. *Ibid*., para. 55.
94. Principle of Non-Intervention.
95. Trial Chamber Decision, *op. cit*., para. 57.
96. *Ibid*., para. 67.

مناسب بین‌المللی ایجاد شود و باید سازوکارهایی برای گسترش عدالت منصفانه و بی‌طرفی داشته باشد و باید با ملزومات حقوق بین‌الملل بشر سازگار باشد».[۹۷] سپس در بندهای ۶۹ تا ۷۲ رأی خویش، دادگاه را واجد تمامی این ویژگی‌ها تلقی می‌کند.

در رسیدگی استیناف، متهمان معتقد بودند که دادگاه بدوی در تلقی قطعنامه شورای امنیت به‌عنوان تنها مبنای ایجاد دادگاه و امتناع از بررسی قضایی قطعنامه مزبور دچار اشتباه شده است.[۹۸] همچنین شورای امنیت در توسل به تدابیر فصل هفتم منشور از اختیارات خویش سوءاستفاده کرده است و به دلیل نبود وضعیت تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی، ایجاد دادگاه، تدبیر نامناسب تلقی می‌شود.[۹۹] ولی شعبه استیناف، یافته‌های دادگاه بدوی را در این موارد تأیید کرد.[۱۰۰] تنها مسئله‌ای که دادگاه استیناف از آن به‌عنوان اشتباه شعبه بدوی یاد می‌کند این است که چرا دادگاه بدوی با وجود اذعان به عدم امکان بررسی قطعنامه شورای امنیت، به استدلال‌های دفاعی خواندگان درمورد به‌چالش‌کشیدن مشروعیت ایجاد دادگاه می‌پردازد؟[۱۰۱] به‌زعم شعبه استیناف، تشخیص شورای امنیت در خصوص وجود تهدید صلح و امنیت بین‌المللی و تدابیر اتخاذی در این رابطه، موضوع بازنگری قضایی قرار نمی‌گیرد[۱۰۲] و تصمیم‌گیری درمورد تدابیر اتخاذی طبق ماده ۴۱، «اساساً تصمیم‌گیری سیاسی است و در بازنگری قضایی قابل بررسی نیست و این حق، تنها برای شورا باقی است».[۱۰۳] جالب است که دادگاه تجدیدنظر، تمام تلاشش را می‌کند تا اندک رویه قضایی بین‌المللی موجود در خصوص نظارت قضایی قطعنامه‌های شورای امنیت را بی‌اساس جلوه دهد. دادگاه تجدیدنظر با انتقاد از رویه دیوان استیناف یوگسلاوی در قضیه *تادیچ*، اعلام می‌دارد که دیوان اخیر، بسیار زیرکانه عمل کرده است[۱۰۴] چون اگر قطعنامه شورا را نامعتبر قلمداد می‌کرد موجب انحلال خویش می‌شد و این تصمیم، بسیار فراتر از حکم صرفاً مشورتی است [۱۰۵] و در ادامه با اشاره به قضیه *نادا* (۲۰۱۲)، قضیه *کانیاباشی* (۱۹۹۷)، قضیه *السید* (۲۰۱۰) و قضیه *کادی*

97. SCSL, *Prosecutor v. Norman, Kallon and Kamara*, SCSL-2004-14-PT, SCSL-2004-1S-PT, and SCSL-2004-16-PT, Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13 March 2004, para. 55. decision, paras. 45-47.

98. Appeals Chamber Decision, *op. cit*., paras. 24, 32.

99. *Ibid*., para. 32.

100. *Ibid*., paras. 24-54.

101. *Ibid*., para. 54.

102. *Ibid*., paras. 35.

103. *Ibid*., para. 52.

104. *Ibid*., para. 44.

105. *Ibid*., para. 43.

دادگاه استیناف لبنان با اشاره به نظریه مشورتی نامیبیا (۱۹۷۱) که در آن، دیوان بین‌المللی با مسئله نظارت قضایی بر شورای امنیت مواجه بود، قصد داشت تا این‌گونه القا کند که شرایط پروندهٔ تحت رسیدگی بر استدلال حقوقی مراجع قضایی تأثیرگذار است.

(۲۰۰۸)، بیان می‌کند که در قضایای مزبور، دادگاه‌ها به بررسی قضایی اقدامات شورای امنیت نپرداخته‌اند.[۱۰۶]

قاضی *باراگ واناس*[۱۰۷] در نظریه مخالف خود در ضمیمه رأی شعبه استیناف، پاسخ‌های قابل‌قبولی به استدلال‌های دادگاه می‌دهد. وی با تشبیه استدلال عدم تصریح به نظارت قضایی دادگاه به گفتن «در قسمت باربری راه‌آهن *سیگار نکشید*» (کنایه از بیهوده‌بودن)، اعلام می‌کند که دیوان کیفری نیاز به اختیار صریحی در خصوص پاسخ به دفاع مطرح‌شده در جریان رسیدگی ندارد.[۱۰۸] همچنین عدم اختیار نظارت قضایی بر ارگان‌های سازمان ملل، مخالف ماده ۹(۱) اساسنامه دادگاه ویژه لبنان[۱۰۹] است.[۱۱۰]

در واقع، هیچ‌کدام از شعب بدوی و استیناف دادگاه ویژه لبنان، دکترین «صلاحیت هر مرجع در تعیین صلاحیت خویش»[۱۱۱] را نپذیرفتند.[۱۱۲] این درحالی است که شعبه استیناف دادگاه ویژه لبنان در قضیه *السید* (۲۰۱۰) رویه متفاوتی را در پیش گرفته بود. در قضیه اخیر تصریح شد که تمامی دادگاه‌های بین‌المللی، اختیار تعیین و تشخیص محدودیت‌های صلاحیتی خویش را دارند.[۱۱۳] بخصوص زمانی که موضوعات صلاحیتی مطرح می‌شود، دادگاه باید اساسنامه و سایر قواعد را به‌طور انعطاف‌پذیری تفسیر کند.[۱۱۴] همچنین اعلام شد که تشخیص موارد حقوقی ضمنی که نتیجه مستقیم موضوعاتی است که تحت صلاحیت اولیه دادگاه است، با خود دادگاه است.[۱۱۵]

۱ـ۵. نظارت قضایی دیوان بین‌المللی کیفری[۱۱۶] بر شورای امنیت

طبق بند (ب) ماده ۱۳ اساسنامه دیوان، شورای امنیت می‌تواند با تصویب قطعنامه طبق فصل هفتم منشور، یک وضعیت را به دادستان دیوان ارجاع دهد. بررسی قضایی دیوان بر شورا در این مرحله بروز می‌کند چون دیوان در اقدام بر اساس ارجاع شورا مختار است و حتی می‌تواند

106. *Ibid*., paras. 46-49.

107. Judge Sir David Baragwanath

108. Appeals Chamber Decision, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Baragwanath, paras. 47, 48.

۱۰۹. بند ۱ ماده ۹ اساسنامه دادگاه ویژه لبنان: قضات در اعمال وظایف خود، مستقل هستند و هیچ‌گونه دستوری را از هیچ دولت یا هر مرجع دیگر نمی‌پذیرند.

110. Dissenting Opinion of Judge Baragwanath, *op. cit*., para. 69.

111. *Competence de la competence* (Kompetenz-Kompetenz)

112. Nikolova, Mariya and Ventura, Manuel J. *op. cit*., p. 624.

113. Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing, In the Matter of El Sayed (CH/AC/2010/02), Appeals Chamber, 10 November 2010, paras. 38-43.

114. *Ibid*., paras. 4-6.

115. *Ibid*., para. 43.

116. International Criminal Court (ICC)

صلاحیتش را اعمال نکند. طبق بندهای (الف) تا (ج) ماده ۵۳ (۱) اساسنامه *رم*،[۱۱۷] دادستان، فارغ از طریقه ارجاع یک وضعیت، متعهد به انجام بررسی مقدماتی است. اگر وضعیت موردنظر، بنا بر تشخیص دادستان، این شرایط را نداشته باشد، مبنای منطقی برای اقدام دیوان وجود ندارد.[۱۱۸] این فرض را که بر اساس آن، دول عضو سازمان ملل که هم‌زمان عضو دیوان بین‌المللی کیفری نیز هستند، طبق ماده ۲۵ منشور ملل متحد، ملزم به تبعیت از قطعنامه‌های الزام‌آور شورای امنیت هستند نمی‌توان پذیرفت. سازمان بین‌المللی همچون دیوان، شخصیتی جداگانه از اعضای خویش دارد.[۱۱۹] طبق ماده مزبور، قطعنامه‌های الزام‌آور شورا تنها برای دول عضو، تعهدات الزام‌آوری ایجاد می‌کند و نه برای سازمان‌های بین‌المللی متشکل از این دول عضو، حتی اگر دول عضو، نفوذ زیادی در سازمان داشته باشند.[۱۲۰] درعین‌حال، بررسی قضایی دیوان، صرفاً یک نوع نظارت بر مشروعیت اقدام شورای امنیت محسوب می‌شود و نباید به مناسب‌بودن یا مؤثربودن قطعنامه سازمان ملل متحد، جهت حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی مربوط باشد.[۱۲۱]

۱ـ۶. نظارت قضایی دیوان دادگستری اروپا[۱۲۲] بر شورای امنیت

نظارت قضایی دیوان دادگستری اروپا بر شورای امنیت از قضیه *کادی*[۱۲۳] شروع شد. پس از اینکه *یاسین عبدالله کادی*[۱۲۴] تبعه عربستان سعودی، در سازمان ملل به‌عنوان حامی احتمالی تروریسم شناخته شد و اتحادیه اروپا با تصویب آیین‌نامه،[۱۲۵] به قطعنامه شورای امنیت.[۱۲۶] قدرت اجرایی بخشید، اموال وی در نتیجه این تحریم، توقیف شد.[۱۲۷] خواهان‌ها[۱۲۸] در قضیه *کادی* مدعی بودند

۱۱۷. ماده ۵۳ اساسنامه دیوان: ۱ـ دادستان ارزیابی می‌کند که آیا برای رسیدگی به یک وضعیت با بررسی الف: صلاحیت دادگاه، ب: قابلیت پذیرش، ج: و لحاظ عدالت، مبنای منطقی وجود دارد یا خیر.

118. Trahan, Jennifer, "The Relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council", *Criminal Law Forum*, 2013, vol. 24, pp. 423, 424.

۱۱۹. ماده ۴ اساسنامه *رم*.

120. Jain, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, No. 2, p. 253.

۱۲۱. موسوی میرکلایی، سیدطه؛ «نقش شورای امنیت در ایجاد صلاحیت برای دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله تعالی حقوق*، سال چهارم، شماره ۱۵، ۱۳۹۰، ص ۴۹.

122. European Court of Justice (ECJ)

123. *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 3 September 2008, E.C.R I-6351.

124. Yassin Abdullah Kadi

125. Council Regulation (EC) No. 881/2002, OJ 2002, L 139/9.

126. SC Res. 1267 (15 October 1999).

127. Kokott, Juliane and Sobotta, Christoph, "The Kadi Case- Constitutional Core Values and International Law- Finding the Balance", *The European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, No. 4, p. 1016.

که آیین‌نامه مزبور با نقض حقوق بنیادین افراد که در حقوق اتحادیه اروپا مورد حمایت است، صادر شده است. شعبه استیناف دیوان دادگستری اروپا در سال ۲۰۰۸، رأی خود را در خصوص لغو آیین‌نامه تحریمی مزبور که طبق مواد ۶۰، ۳۰۱ و ۳۰۸ معاهده مؤسس اتحادیه اروپا صادر شده بود، ارائه داد.[۱۲۹] دیوان اساساً در این قضیه، نظریه آقای *مادورا*[۱۳۰] را دنبال کرد که طبق آن، شورای اتحادیه اروپا در خصوص صدور آیین‌نامه بر مبنای مقررات معاهدات معتبر، مختار است.[۱۳۱] استدلال اصلی دادگاه این بود که «حمایت از حقوق بنیادین در جامعه اروپایی از اصول اساسی نظم حقوقی جامعه محسوب می‌شود.[۱۳۲] بنابراین، تمامی اقدامات اتحادیه باید سازگار با این حقوق باشد».[۱۳۳] این استدلال در رویه قضایی بعدی دادگاه و مشخصاً در قضیه *بانک ملی ایران علیه شورای اروپا*[۱۳۴] و قضیه *حسن و ایادی علیه شورا و کمیسیون اروپا*[۱۳۵] تکرار و تأکید شد.[۱۳۶] دیوان *لوکزامبورگ* در قضیه *کادی* با تأکید بر استقلال سیستم حقوقی اتحادیه اروپا نسبت به سایر سیستم‌ها، مخصوصاً سازمان ملل متحد، به‌صراحت اعلام می‌دارد که «هیچ موافقت‌نامه بین‌المللی نمی‌تواند ناقض خودمختاری و استقلال اتحادیه اروپا باشد».[۱۳۷]

طبق نظر دیوان، خواهان از دلایل قرارگرفتنش در لیست افراد مورد تحریم اطلاع نیافته

---

۱۲۸. در قضیه *کادی*، خواهان‌ها دو شخص بودند: یک شخص حقیقی (آقای *یاسین عبدالله کادی*) و یک شخص حقوقی (بنیاد *البرکات*). *کادی* یکی از اتباع و ساکنان کشور عربستان است که برای سهولت در انجام کارهای تجاری خود، مؤسسه‌ای بین‌المللی در سوئد به نام *البرکات* ثبت کرد. اموال وی که به‌واسطه قرارگرفتن نام وی در فهرست اشخاص مظنون به حمایت مالی از تروریسم در مقرره شماره ۴۷۶/۲۰۰۱ اتحادیه اروپا، به نفع جامعه اروپا توقیف شد، طبق مقرره سال ۲۰۰۲ شورای اتحادیه اروپا که جایگزین مقرره قبلی شد، همچنان در توقیف باقی ماند. (سیدفضل‌الله موسوی، سیدمهدی چهل‌تنی و سیدمهدی موسوی؛ «بررسی و تحلیل رأی قضیه کادی علیه شورای اتحادیه اروپایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال چهاردهم، شماره ۱۳۹۱،۴۶، ص ۱۸۵.

129. Van Rossem, Jan Willem, "Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but Not the Community", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2009, vol. 40, pp. 188, 189.

130. Maduro

131. Michaelsen, Christopher, "Kadi and Al Barakaat v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, The Incompatibility of the United Nations Security Council's 1267 Sanctions Regime with European Due Process Guarantees", *Melbourne Journal of International Law*, 2009, vol. 10, p. 12.

132. *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 3 September 2008, E.C.R I-6351, para. 303.

133. *Ibid*., para. 281.

134. *Bank Melli Iran v. Council*, ECR I-11381, 16 November 2011 in Case C-548/09 P, para. 105.

135. *Hassan and Ayadi v. Council and Commission* [2009] ECR I-11393, Joined Cases C-399/06 P and C-403/06 P, para. 71.

136. *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, 3 September 2008, E.C.R I-6351, para. 97.

۱۳۷. موسوی، چهل‌تنی و موسوی؛ *همان*، ص ۱۹۳و۱۹۸.

است.[۱۳۸] بنابراین وی نتوانسته طبق این دلایل به رسیدگی قضایی متوسل شود و حق او بر رسیدگی قضایی مؤثر[۱۳۹] و بر اموال[۱۴۰] رعایت نشده است. اشخاصی که مشمول تحریم شورای امنیت قرار گرفته‌اند باید از حق رسیدگی قضایی کامل برخوردار باشند تا بلکه از این طریق، امکان محافظت مؤثر از حقوق بنیادین خود را پیدا کنند.[۱۴۱] به‌زعم دیوان، نقض غیرقابل‌توجیه حقوق بنیادین بشر، از سوی ارکان اتحادیه اروپا قابل‌اغماض نخواهد بود حتی اگر چنین نقضی نتیجه اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت باشد. درعین‌حال، دیوان تأکید کرد که صرفاً می‌توان حق رسیدگی قضایی را نسبت به تدابیر اتحادیه اروپا که در راستای تحریم‌های شورای امنیت است، تصور کرد و برای محاکم اروپایی، امکان رسیدگی به خود قطعنامه‌های شورای امنیت وجود ندارد.[۱۴۲]

دیوان لوکزامبورگ خاطرنشان کرد که «حتی اگر قواعد سازمان ملل برای کمیسیون اروپا الزام‌آور باشد، بدان معنا نیست که این قواعد در موارد تعارض و ناسازگاری با حقوق بنیادین اتحادیه اروپا قابل بازنگری نیست[۱۴۳] و اینکه اگرچه حقوق سازمان ملل، بخش جداناشدنی نظم حقوقی کمیسیون اروپا و برتر از قواعد ثانویه جامعه است، این حقوق از اهمیت کمتری نسبت به قواعد اولیه و بنیادین جامعه برخوردار است».[۱۴۴]

با اینکه دیوان در استدلال‌های خویش بیان می‌کند که اقدامش، بازنگری قطعنامه شورای امنیت محسوب نمی‌شود و تنها به مشروعیت آیین‌نامه اتحادیه می‌پردازد،[۱۴۵] در واقع با نامشروع‌خواندن و لغو آیین‌نامه شورای اروپا که الزامات قطعنامه شورای امنیت را تکرار و اجرایی می‌کند، به‌نوعی بر قطعنامه شورا نظارت قضایی می‌کند[۱۴۶] و آن را در قلمرو قاره اروپا واجد اثر می‌کند. همچنان که خود دیوان اعلام می‌کند، حکم دادگاه اروپایی که اقدام جامعه اروپا در خصوص اثربخشی به قطعنامه شورای امنیت را برخلاف اصل برتری نظم حقوقی جامعه اروپا تلقی می‌کند، هیچ خدشه‌ای به برتری آن قطعنامه در جامعه بین‌المللی وارد نخواهد ساخت.[۱۴۷]

حکم بدیع و بدون سابقه دیوان در قضیه *کادی*، برخی را به این اظهارنظر واداشت که این

138. Kokott, Juliane and Sobotta, Christoph. *op. cit*., 1017.

139. Kadi Case, *op. cit*., para. 384.

140. *Ibid*., para. 368.

۱۴۱. میرزاده، منا‌السادات؛ «تحقق رؤیای نظارت قضایی بر قطعنامه‌های شورای امنیت: تأملی بر رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه فولمن و محمودیان»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۹، ۱۳۹۰، ص ۳۷۴ و ۳۷۵.

142. *Ibid*., paras. 314-317, 326.

143. *Kadi Case*, *Ibid*., paras. 305-308.

144. Van Rossem, Jan Willem, *op. cit*., p. 191.

145. *Kadi Case*, *Ibid*., para. 286.

146. De Burca, Grainne. 2010. *Ibid*., pp. 17-24.

147. *Kadi Case*, *Ibid*., para. 327.

تصمیم، اتفاقی و استثنایی بوده است. کمیسیون اتحادیه اروپا تنها ۸۹ روز پس از صدور رأی دیوان در سال ۲۰۰۸، خلاصه دلایل درج نام *کادی* در فهرست کمیته تحریم‌های شورای امنیت را منتشر کرد و طی مصوبه‌ای[۱۴۸] تصمیم گرفت تا نام *کادی* را کماکان در فهرست تحریم‌های اتحادیه حفظ کند. در ادامه و در سال ۲۰۱۰ دیوان عمومی اتحادیه (شعبه بدوی) با تفسیر رأی *کادی*، مصوبه کمیسیون (۲۸ نوامبر ۲۰۰۸) را ابطال و اظهار کرد که وظیفه دیوان است که نظارت قضاییِ کامل و قوی نسبت به قانونی‌بودن اقدامات اتحادیه داشته باشد[۱۴۹] و ازآنجاکه ادله و اطلاعات موردنظر برای *کادی* مهیا نشده است و با توجه به اینکه خلاصه ادله کمیته تحریم‌های شورای امنیت بسیار مبهم است، حق *کادی* به داشتن حمایت قضایی مؤثر، نقض شده است.[۱۵۰] سپس خواهان‌ها (کمیسیون، شورای اتحادیه و بریتانیا) از رأی دیوان عمومی، درخواست تجدیدنظر کردند. شعبه تجدیدنظر در رأی ۱۸ ژوییه ۲۰۱۳ اعلام کرد در فرایند مربوط به گنجاندن یا حفظ نام فرد مظنون به همکاری در فعالیت‌های تروریستی در فهرست تحریم‌ها، مرجع صلاحیت‌دار اتحادیه باید دلایل تصمیمش را به آن فرد اعلام کند و آن فرد باید از خلاصه دلایل درج نامش در فهرست کمیته تحریم‌های شورای امنیت آگاه شود[۱۵۱] و ازآنجایی‌که هیچ اطلاعات و ادله‌ای راجع به ادعاهای مطروحه علیه *کادی* مبنی بر همکاری وی با گروه‌های تروریستی وجود ندارد، مبنایی برای اتخاذ تدابیر محدودکننده علیه وی در سطح اتحادیه اروپا نیز وجود نخواهد داشت. به‌زعم دیوان، این وظیفه مقام صلاحیت‌دار اتحادیه است که اطلاعات و مدارکی علیه فرد مزبور ارائه و اثبات نماید و این وظیفه فرد نیست تا مدارکی در جهت خلاف این ادعا ارائه کند.[۱۵۲] درنتیجه، مصوبه جدید کمیسیون باید لغو شود[۱۵۳] و درخواست تجدیدنظر رد می‌شود.[۱۵۴]

از نظر دیوان، چنین نظارت قضایی، برای ایجاد توازن میان حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و حمایت از حقوق اساسی افراد ضروری است[۱۵۵] زیرا این تدابیر، با محدودکردن حق افراد بر اموال، زندگی خانوادگی و شغلی ایشان را مختل می‌کند و باعث رسوایی آن‌ها می‌شود.[۱۵۶] در مقابل

148. Commission Regulation (EC), No 1190/2008 of 28 November 2008.

149. *Kadi v. Commission* [2010] ECR II-5177, Case T-85/09.

۱۵۰. کمالی‌نژاد، حسن؛ «رأی دیوان دادگستری اتحادیه اروپایی مبنی بر رد درخواست تجدیدنظر کمیسیون اتحادیه در قضیه *کادی* (۲)»، *تازه‌های ملل متحد*، سال اول، شماره ۱۳۹۲،۱۷، ص ۷.

151. *Commission and Others v. Kadi*, Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, 18 July 2013, para. 44.

152. *Ibid*., paras. 120, 121.

153. *Ibid*., para. 168.

۱۵۴. کمالی‌نژاد؛ *همان*، ص ۷ و ۸.

155. *Kadi Case, op. cit*., 2013, para. 131.

156. *Ibid*., para. 132.

چنین لطمه‌ای، شخص مزبور باید اعلامیه‌ای از دیوان در خصوص لغو این تدابیر بگیرد که با ویژگی عطف‌به‌ماسبق‌شونده خویش، تمامی آثار حقوقی ناشی از آن تدابیر را از بین ببرد، به‌طوری‌که گویا هرگز چنین محدودیت‌هایی ایجاد نشده است. این شناسایی و تصدیق نامشروع‌بودن، اعتبار شخص را بازخواهدگرداند یا حتی می‌تواند شکلی از جبران خسارات غیرمادی تلقی شود.[۱۵۷]

تصدیق و تکرار یافته‌های این رأی در ادامه و همچنین در قضایای مشابه بعدی به‌راستی اثبات کرد که حکم مزبور، موضع معمول و حقیقی دیوان است. به‌عنوان مثال، دیوان لوکزامبورگ در قضایای زیر ـ البته با دلایل و استدلال‌های متمایز از یکدیگر ـ آیین‌نامه‌های تحریمی اتحادیه را که در راستای اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت صادر شده بود لغو کرده است: قضایای *فولمن و محمودیان*،[۱۵۸] *بانک سینا*،[۱۵۹] *بانک صادرات*،[۱۶۰] *بانک ملت*،[۱۶۱] *شرکت توربو کمپرسور*،[۱۶۲] هفت شخص حقیقی و حقوقی ایرانی (بانک رفاه کارگران، پست‌بانک ایران، شرکت بیمه ایران، بانک توسعه صادرات ایران، کشتی‌رانی گودلاک، بانک بین‌المللی پارس و شرکت مهندسی و ساخت ساحلی ایران) و یک فرد ایرانی (ناصر باطنی)[۱۶۳] و اخیراً (۳ ژوییه ۲۰۱۴ مصادف با ۱۲ تیر ۱۳۹۳) *شرکت ملی نفت‌کش ایران*.[۱۶۴]

۱ـ۷. نظارت قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری بر شورای امنیت

شورا و دیوان که به‌عنوان دو رکن سازمان بین‌المللی موظف‌اند در جهت اهداف سازمان مزبور فعالیت کنند، درعمل نیز همزیستی مسالمت‌آمیزی با یکدیگر دارند. درعین‌حال، شورا همواره جایگاه بالاتری نسبت به سایر ارکان ملل متحد برای خود قائل است. به‌عنوان مثال، این نکته قابل ذکر است که با وجود اینکه دیوان در تصمیمات خویش، همواره قطعنامه‌های شورا را مدنظر

157. *Ibid*., para. 134.

158. *Fulmen and Fereydoun Mahmoudian v. Council of the European Union*, Joined Cases T-439/10 and T-440/10, E.C.J, 21 March 2012.

159. *Sina Bank v. Council of the European Union*, Case T-15/11, E.C.J, 11 December 2012.

160. *Bank Saderat Iran v. Council of the European Union*, Case T-496/10, E.C.J, 5 February 2013.

161. *Bank Mellat v. Council of the European Union*, Case T‑494/10, E.C.J, 29 January 2013.

162. *Turbo Compressor Manufacturer (TCMFG) v. Council of the European Union*, Case T-404/11, E.C.J, 17 April 2013.

163. Judgments in Joined Cases T-35/10 and T-7/11 Bank Melli Iran; Case T-493/10 Persia International Bank plc; Joined Cases T-4/11 and T-5/11 Export Development Bank of Iran; Case T-12/11 Iran Insurance Company; Case T-13/11 Post Bank Iran; Case T-24/11 Bank Refah Kargaran; Case T-434/11 Europäisch-Iranische Handelsbank AG; Joined Cases T-42/12 and T-181/12 Naser Bateni; Case T-57/12 Good Luck Shipping, and Case T-110/12 *Iranian Offshore Engineering & Construction Co. v. Council of the European Union*, E.C.J, 6 September 2013.

164. *National Iranian Tanker Company v. Council of the European Union*, Case T‑565/12, E.C.J, 3 July 2014.

قرار می‌دهد، شورا در شأن خود نمی‌بیند که در قطعنامه‌های خود به اعلامیه‌های مجمع عمومی سازمان ملل استناد کند،[۱۶۵] یا با اینکه همواره سؤال‌ها و ابهام‌های متعددی در رابطه با مشروعیت قانونی اقدامات شورا مطرح بوده است، این مرجع به‌عنوان مسئول اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، تنها یک بار از دیوان درخواست نظریه مشورتی داشته است.[۱۶۶]

الف. امکان حقوقی نظارت قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری بر شورای امنیت

چه در منشور سازمان ملل متحد و چه در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به مسئله نظارت قضایی دیوان بر تصمیمات سایر ارکان اشاره نشده است. اما این نکته هم قابل‌تأمل است که چه در منشور، چه در اساسنامه و چه در آرای دیوان، به‌صراحت درمورد عدم صلاحیت دیوان در بررسی تصمیمات سایر ارکان ملل متحد، چیزی گفته نشده است.[۱۶۷] درعین‌حال، دیوان در قضایای متعددی (ازجمله قضیه *نیکاراگوئه* و قضیه *لاکربی*) اعلام داشته است که تنها طریق ممنوعیت در این خصوص، ماده ۱۲ منشور است که آن نیز مربوط به صلاحیت دو نهاد سیاسی است و چنین خصوصیتی درمورد رابطه میان دیوان و شورا در منشور بیان نشده است. این به‌روشنی نشان می‌دهد که هیچ سلسله‌مراتبی میان ارگان‌های سیاسی و قضایی وجود ندارد و حتی در جایی که رسیدگی در دیوان، منجر به ورود به حیطه‌ای می‌شود که در قلمرو وظایف اصلی شورا است، دیوان، الزامی به ارجاع قضیه به شورای امنیت ندارد.[۱۶۸]

البته نوعی نظارت قضایی غیررسمی و ضمنی دیوان بر فعالیت‌های شورا سایه افکنده است که مربوط به بررسی قطعنامه‌های شورا نمی‌شود و آن اختیار دیوان در تفسیر منشور ملل متحد[۱۶۹] متحد[۱۶۹] است. دیوان تقریباً در اغلب قضایای مشورتی و در تعدادی از قضایای ترافعی در مقام تفسیر منشور برآمده است و درعین‌حال، برخی از این تفاسیر، متضمن اظهارنظر در خصوص

---

۱۶۵. البته در این زمینه دو مورد استثنایی وجود دارد. در پرونده *تی‌مور شرقی*، دو قطعنامه شورای امنیت یعنی قطعنامه‌های ۳۸۴ و ۳۸۹ به اعلامیه ختم استعمار مجمع عمومی استناد کرده‌اند. جمشید ممتاز؛ «اعلامیه‌های مجمع عمومی: جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل»، *مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱، ص ۴۷.

۱۶۶. ممتاز، جمشید؛ «دیوان بین‌المللی دادگستری: فرجام سخن»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹، ص ۱۴.

۱۶۷. احمدی؛ *همان*، ص ۱۰۶۲.

168. Gowlland-Debbas, Vera, "The Relationship between the Security Council and the Projected International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, 1998, vol. 88, No. 4, p. 112.

۱۶۹. اختیار دیوان در تفسیر منشور از سوی مجمع عمومی در دو قطعنامهٔ مربوط به جایگاه دیوان در سازمان ملل (۱۹۴۷) و قطعنامه ۳۲۳۲ (۱۹۷۴) و از سوی خود دیوان در قضیه شرایط پذیرش یک دولت به عضویت در ملل متحد، به‌طور صریح تأیید شد. سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری، ادله اثبات دعوا*، جنگل، ۱۳۸۸، صص ۴۱ـ۳۹.

موضوع‌های است که در صلاحیت شورا بوده است. «به‌عنوان مثال، دیوان در قضیه صلاحیت مجمع عمومی در پذیرش دولت‌ها به عضویت ملل متحد، ماده ۴ منشور را تفسیر کرده و بدین واسطه به بررسی روابط شورا و مجمع عمومی پرداخت.[۱۷۰] در قضیه برخی هزینه‌های ملل متحد، دیوان به تفسیری عمیق و جامع از مواد منشور و ساختار آن و روابط شورا و مجمع عمومی دست زد و نظریاتی ارائه داد که متضمن بیان اختیارات ارکان مذکور و روابط آن‌ها با یکدیگر و همچنین آثار حقوقی تصمیماتشان بود. دیوان به‌ویژه تأکید کرد که صلاحیت شورا درمورد صلح و امنیت بین‌المللی، هرچند مقدم، ولی انحصاری نیست[۱۷۱] و مجمع عمومی هم در این زمینه دارای صلاحیت است».[۱۷۲]

لازم به ذکر است اگر دیوان در قضیه‌ای مشروعیت قطعنامه‌های شورا را که طبق فصل هفتم منشور صادر شده‌اند بررسی کند، این امر لزوماً تأثیری منفی بر صلح و امنیت بین‌المللی خواهد داشت. پس تنها زمانی می‌توان دیوان را صالح به بررسی قضایی اقدامات شورا دانست که دیوان نیز علاوه بر شورا در مسائل مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی، قادر به اعمال صلاحیت باشد. به دلیل اینکه در هیچ جای منشور، صلاحیتی انحصاری برای شورا نسبت به دیوان لحاظ نشده است و به دلیل تصریح خود دیوان در قضیه نیکاراگوئه مبنی بر انحصاری‌نبودن اختیار مزبور برای شورا، دیوان نیز به‌عنوان یکی از ارکان اصلی ملل متحد در جهت صلح و امنیت بین‌المللی فعالیت می‌کند.[۱۷۳]

در خصوص اظهارنظر دیوان در خصوص قطعنامه‌های شورای امنیت می‌توان این استدلال را نیز بیان کرد که چون تعهدات ناشی از این قطعنامه‌ها تعهدات ناشی از منشور تلقی شده و دیوان صلاحیت تفسیر منشور را دارد، پس به‌طریق‌اولی صلاحیت تفسیر قطعنامه‌های شورا را خواهد داشت.[۱۷۴]

البته لازم به ذکر است که حتی اگر کشوری بتواند از دیوان، رأیی مبنی بر بطلان قطعنامه شورای امنیت بگیرد، به علت نسبی‌بودن رأی دیوان، دول دیگر نمی‌توانند به بی‌اعتباری قطعنامه مزبور استناد کنند.[۱۷۵]

---

170. ICJ Reports, 1950, pp. 8-9.

171. ICJ Reports, 20 JULY 1962, p. 151.

۱۷۲. سیفی؛ ۱۳۸۹، *همان*، ص ۲۳.

173. Martenczuk, Bernd. "The Security Council, the International Court and Judicial Review- What Lessons from Lockerbie", *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, No. 3, pp. 531, 532.

۱۷۴. احمدی؛ *همان*، ۱۰۸۱.

175. Doebring, Karl, "Unlawful Resolutions of the Security Council and Their Legal Consequences", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, p. 91.

ب. رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص نظارت قضایی بر شورای امنیت

در این بخش قرار نیست به مواردی چون قضیه *کنگو علیه اوگاندا* که در آن دیوان و شورا در موضوعی مشابه، تصمیماتی غیریکسان اتخاذ کرده‌اند[۱۷۶] پرداخته شود بلکه تنها به مواردی پرداخته می‌شود که برای دیوان، مجال اظهارنظر درمورد مشروعیت اقدامات شورای امنیت فراهم شده بود. کما اینکه در این موارد نیز ممکن است شورا و دیوان، نظرات متعارضی در قضایای مشابه داشته باشند، ولی تمرکز بر روی این نظرات نخواهد بود. دیوان لاهه در چهار مورد، به‌طور آشکار، فرصت یافته بود تا مشروعیت قطعنامه‌های شورا را بررسی کند. این فرصت‌ها در قضیه *لاکربی*، *نظریه مشورتی نامیبیا*، قضیه *بوسنی‌وهرزگوین علیه صربستان* و *مونته‌نگرو* و قضیه *هزینه‌های خاص* فراهم شده بود.

۱) قضیه لاکربی[۱۷۷]

شرح مختصر قضیه از این قرار است که به دنبال حادثه *لاکربی* اسکاتلند و بمب‌گذاری در پرواز ۱۰۳ پان‌آمریکن،[۱۷۸] شورای امنیت با صدور قطعنامه‌هایی[۱۷۹] استرداد دو تبعه مظنون لیبیایی و پرداخت غرامت به قربانیان را از دولت لیبی درخواست کرد. قطعنامه‌های شورای امنیت با نادیده‌گرفتن اصل «یا محاکمه‌کن یا مسترد کن»،[۱۸۰] هنگامی که دو متهم در بازداشت و تحت رسیدگی قضایی در لیبی بودند، استرداد آن‌ها را خواستار شد.[۱۸۱] الزامات این قطعنامه‌ها موج عظیمی از انتقاد و مخالفت را در جامعه بین‌المللی برانگیخت، به‌طوری‌که حتی *سازمان وحدت*

۱۷۶. در دعوای *کنگو علیه اوگاندا*، خوانده مدعی بود که قبول تقاضای کنگو در صدور قرار موقت با قطعنامه ۱۳۰۴ شورای امنیت در تعارض قرار می‌گیرد. دیوان ابراز داشت که صدور قطعنامه شورای امنیت به‌خودی‌خود، مانع حق دولت کنگو در تقاضای صدور قرار موقت از سوی دیوان نمی‌شود. دیوان با اعلام این امر که هیچ تعارضی میان قرار مورد تقاضای کنگو و قطعنامه مذکور وجود ندارد، قرار موقت صادر کرد و بر آن اساس، عقب‌نشینی فوری نیروهای اوگاندا را از جمهوری دموکراتیک کنگو خواستار شد، به‌رغم اینکه شورای امنیت برای عقب‌نشینی، یک جدول زمان‌بندی قائل شده بود. سیدقاسم زمانی؛ «سیاست قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قبال اصل ممنوعیت توسل به زور»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹، ص ۷۴.

177. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America*), I.C.J., 27 February 1998.

۱۷۸. این حادثه تروریستی علاوه بر اینکه جان ۲۷۰ سرنشین هواپیما را گرفت، پس از سقوط نیز ۱۱ نفر را بر روی زمین به هلاکت رساند.

179. SC Res. 748, 31 March 1992, SC Res. 883, 11 November 1993.

180. *Aut dedere aut judicare*

181. Plachta, Michel, "The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare", *The European Journal of International Law*, 2001, vol. 12, No. 1, pp. 135, 136.

آفریقا تهدید به نقض یک‌جانبه تحریم‌ها کرد. چنین رویکردی موجب تزلزل جایگاه شورای امنیت به‌عنوان حافظ اصلی صلح و امنیت در جهان شد.[۱۸۲]

دولت لیبی در واکنش به این قطعنامه‌ها با اعتقاد به اینکه توسل به شورای امنیت سازمان ملل، مغایر ترتیبات حل‌وفصل اختلافات کنوانسیون *مونترال* در خصوص مقابله با اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری است، در ۳ مارس ۱۹۹۲ در دیوان بین‌المللی دادگستری علیه انگلستان و امریکا طرح دعوا کرد. در ادامه، هنگامی‌که تنها سه روز از رسیدگی شفاهی دیوان گذشته بود، شورای امنیت با صدور قطعنامه ۷۴۸ (در ۲۱ مارس)[۱۸۳] شرایطی را ایجاد کرد که مانع صدور قرار در دیوان شد و دیوان که در جلسات ۲۶، ۲۷ و ۲۸ مارس درخواست مزبور را بررسی کرد[۱۸۴] و درنهایت در جلسه ۱۴ آوریل ۱۹۹۲ با اعلام اینکه در شرایطی نیست که مبادرت به صدور دستور موقت کند، خواسته لیبی را رد کرد.[۱۸۵]

دیوان بین‌المللی دادگستری در این قرار که با ۱۱ رأی در مقابل ۵ رأی اتخاذ شده بود،[۱۸۶] اعلام کرد که بر اساس مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور، قطعنامه‌های شورای امنیت که بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل اتخاذ شده است، بر سایر تعهدات مخالف، ازجمله کنوانسیون ۱۹۷۱ *مونترال* برتری دارد[۱۸۷] و بدین ترتیب از بررسی قطعنامه ۷۴۸ شورا امتناع می‌ورزد. این استدلال دیوان، چندان محکم به نظر نمی‌رسد، چرا که دیوان با ادامه رسیدگی می‌توانست حکمی صادر کند که مطابق ماده ۱۰۳ منشور، برتر از تمامی تعهدات معارض بود و در این راه، نه ناتوان بود و نه ممنوعیتی حقوقی داشت. در واقع دیوان با تصمیم بر رد دعوا، خواست که خود را در مقابل رکنی قرار ندهد که در یک سازمان در کنار هم فعالیت می‌کنند. دیوان با عقب‌نشینی قضایی، هم‌زمان با نادیده‌گرفتن ماده ۴۱ اساسنامه خویش، بر نقش شورای امنیت و نقش مهم و برتر منشور در مقابل اساسنامه دیوان تأکید می‌کند، درحالی‌که می‌توانست با استدلال بر مبنای اساسنامه خویش، پس از جلسات استماع، قطعنامه ۷۴۸ را نادیده بگیرد و جریان قضایی اختلاف

---

۱۸۲. امیرارجمند، اردشیر؛ «گزارشی از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی: ایرادات مقدماتی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۷۷، ص ۵۰.

۱۸۳. این قطعنامه که در چارچوب فصل هفتم منشور صادر شده بود، تحریم‌هایی را نیز علیه دولت لیبی وضع کرد.

۱۸۴. موثقی، حسن؛ «بررسی کنوانسیون ضدتروریسم مونترال ۱۹۷۱ (قضیه لاکربی)»، *مجله فلسفه و کلام علامه*، شماره ۷، ۱۳۸۴، ص ۲۰۳.

185. Cronin-Furman, Kathleen Renee, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council Rethinking: A Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, 2009, vol. 106, p. 442.

۱۸۶. موثقی؛ *همان*، ص ۲۱۷.

187. Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America*), Order of 14 April 1992, para. 42.

خود را پیگیری کند.[۱۸۸] این درحالی است که اساسنامه دیوان به‌عنوان ضمیمه منشور ملل متحد از اعتباری برابر با منشور برخوردار است.

با وجود اینکه دیوان با استدلال برتری قطعنامه‌های شورای امنیت، صدور قرار موقت درخواستی را در تعارض با قطعنامه ۷۴۸ شورا تشخیص داد، این ادعای انگلستان و ایالات متحده را که با توجه به اینکه شورای امنیت با صدور قطعنامه‌های ۳۱ مارس ۱۹۹۲ و ۱۱ نوامبر ۱۹۹۳، تعهداتی برتر از تعهدات کنوانسیون *مونترال* (۱۹۷۱) برای لیبی ایجاد کرده است و بدین منظور، دیوان فاقد صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای این معاهده است[۱۸۹] در سال ۱۹۹۸، با اکثریت آرا (تنها با مخالفت قضات انگلیسی و امریکایی) رد کرد.[۱۹۰]

در قضیه *لاکربی*، لیبی مدعی بود ازآنجایی‌که منشور ملل متحد، لیبی را ملزم به تحویل اتباعش به ایالات متحده یا انگلستان نمی‌کند، دیوان باید مشروعیت دو قطعنامه مذکور را بر اساس منشور، تفسیر کند و دیوان می‌تواند مستقلاً آثار حقوقی ناشی از قطعنامه‌ها را بررسی کند.[۱۹۱] این قطعنامه‌ها با تلقی عدم تحویل آن دو فرد به‌عنوان تهدید صلح و امنیت بین‌المللی، لیبی را ملزم به پذیرش درخواست تحویل ایشان از سوی امریکا و انگلستان می‌کند.[۱۹۲] به‌علاوه دیوان ادعای عدم قابلیت پذیرش دادخواست لیبی به سبب وجود قطعنامه‌های شورا را با استدلال مؤخربودن صدور قطعنامه‌ها نسبت به ثبت دادخواست، نمی‌پذیرد.[۱۹۳]

قاضی *شوبل*[۱۹۴] برخلاف سایر قضات که در خصوص مسئله امکان نظارت قضایی دیوان بر شورا اظهارنظری نکردند، در نظریه مخالف خود در ضمیمه رأی دیوان، مباحث مفصلی را در این‌باره مطرح کرد. وی بیان داشت که اگرچه ممکن است از رأی دیوان این‌گونه برداشت شود که دیوان می‌تواند اقدامات شورا را مورد قضاوت قرار دهد، عموماً دیوان اختیار ندارد تا تصمیمات شورای امنیت را که به احراز موارد تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی می‌پردازد و تدابیری که در جهت مقابله با این تهدید اتخاذ می‌کند، بررسی قضایی کند.[۱۹۵] لذا خود دیوان، پیش‌تر، یک بار در نظریه مشورتی *هزینه‌های خاص ملل متحد*،[۱۹۶] اختیار چنین نظارتی را رد کرده است. همچنین علاوه بر اینکه چنین اختیاری در حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوقی یافت

---

۱۸۸. صفایی، لیلا؛ «قضیه لاکربی، دیوان بین‌المللی دادگستری، یا شورای امنیت؟»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۵، ۱۳۷۳، ص ۴۶.

189. Lockerbie Case, *op. cit*., 1998, para. 38.

۱۹۰. موثقی؛ *همان*، ص ۲۰۴.

191. Lockerbie Case, *op. cit*., 1998, para. 41.

192. *Ibid*., para. 39 (a), (b).

193. *Ibid*., para. 43.

194. Judge Schwebel

195. *Lockerbie Case*, Dissenting Opinion of President Schwebel, 1998, p. 164.

196. I.C.J. Reports 1962, p. 168.

نمی‌شود،[۱۹۷] منشور ملل متحد نیز حتی ذره‌ای از این رویکرد حمایت نکرده است.[۱۹۸] به عقیده *شوبل*، با وجود اینکه کارهای مقدماتی ایجاد منشور و متن فعلی آن، شورای امنیت را ملتزم به قواعد حقوقی می‌داند، درعین‌حال، شورا می‌تواند برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را نادیده بگیرد.[۱۹۹] رییس *شوبل* در اظهارنظری جالب بیان می‌کند که چون شورا نمی‌تواند نزد دیوان حاضر شود، پس نظارت قضایی دیوان بر قطعنامه‌های شورا بدون شنیدن پاسخ شورا، برخلاف اصول بنیادین قضایی است.[۲۰۰] وی در پایان، سؤالی را مطرح می‌کند که آیا اعلام اینکه اقدام شورا، خارج از حیطه وظایف است، اقدامی خارج از حیطه وظایف دیوان نیست؟[۲۰۱]

۲) نظر مشورتی نامیبیا[۲۰۲]

پس از جنگ جهانی اول، اداره نامیبیا ـ که در آن زمان آفریقای جنوب غربی نامیده می‌شد ـ به آفریقای جنوبی محول شد و دولت اخیر، سیاست تبعیض‌نژادی را بر آن سرزمین حاکم کرد. در نتیجهٔ ادامه این سیاست، مجمع عمومی[۲۰۳] و شورای امنیت[۲۰۴] سازمان ملل، قطعنامه‌هایی صادر کردند که در آن اعلام شد که قیمومت پایان یافته است و آفریقای جنوبی هیچ حقی بر اداره این سرزمین ندارد و باید نیروهای خود را از نامیبیا خارج سازد. به‌علاوه شورا طبق قطعنامه ۲۷۰ (۱۹۷۰)، از دیوان در خصوص نتایج حقوقی حضور آفریقای جنوبی در نامیبیا، درخواست نظر مشورتی کرد.[۲۰۵] دیوان علی‌رغم ادعای آفریقای جنوبی مبنی بر بی‌اعتباربودن قطعنامه ۲۸۴ (۱۹۷۰) شورا و عدم صلاحیت دیوان، نظر خود را در خصوص مشروعیت قطعنامه شورای امنیت، این‌گونه زیرکانه ابراز کرد: «برای دیوان درمورد نظارت قضایی یا تجدیدنظر از تصمیمات متخذه سایر ارکان سازمان ملل، اختیاری متصور نیست. با اینکه اعتبار قطعنامه شورای امنیت، موضوع درخواست نظر مشورتی نیست، دیوان به سبب اعمال وظیفه قضایی خویش در جهت بررسی ابهامات مطروحه، پیش از تعیین نتایج حقوقی قطعنامه مذکور، به این موضوع رسیدگی

197. *Ibid*., p. 171.
198. Dissenting Opinion, *op. cit*., p. 165.
199. *Ibid*., p. 167.
200. *Ibid*., p. 172.
201. Dissenting Opinion , *op. cit*., p. 172.
202. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), *I.C.J*, 21 June 1971.
203. GA Res. 2145 (XXI) (27 October 1966).
204. SC Res. 264 (1969); SC Res. 269 (1969); SC Res. 276 (1970); SC Res. 283 (1970); SC Res. 284 (1970).
205. Hossain, Kamrul, "Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial", *Uluslararasi Hukuk Ve Politika (Review of International Law and Politics)*, 2009, Cilt. 5, No. 17, pp. 150, 151.

می‌کند».[۲۰۶] دیوان علی‌رغم اظهارنظرش مبنی بر عدم صلاحیت تجدیدنظر یا بررسی قضایی ارگان‌های سازمان ملل، روند صدور قطعنامه ۲۴۸ شورای امنیت را بررسی کرد و نتیجه گرفت که قطعنامه مزبور مطابق با مفاد منشور ملل متحد صادر شده است.[۲۰۷] درعین‌حال، دیوان در خصوص اینکه وظایف قضایی شامل چه مواردی می‌شود، توضیح بیشتری نداد.[۲۰۸] همچنین دیوان به هنگام طرح ایرادات مقدماتی بیان داشت که دیوان در اعمال وظیفه قضایی خویش، قبل از تعیین پیامدهای حقوقی ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت، به ایرادات مقدماتی خواهد پرداخت،[۲۰۹] درحالی‌که در همان جا می‌توانست اعلام کند که هیچ اختیاری در خصوص بازنگری قضایی قطعنامه‌های شورای امنیت ندارد.

۳) قضیه بوسنی‌وهرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو[۲۱۰]

دولت بوسنی‌وهرزگوین که مدعی بود مجموعه‌ای از اعمال نسل‌کشی در بازه زمانی آوریل ۱۹۹۲ تا زمان طرح دعوا (مارس ۱۹۹۳)، با هدایت، دستور یا کمک دولت صربستان و مونته‌نگرو ارتکاب یافته است، با توسل به اقدامات مقدماتی دیوان، در پی متوقف‌کردن این اعمال بود و همچنین تقاضا داشت که دیوان به آن دولت اجازه دهد تا بتواند حمایت سایر دولت‌ها را دریافت کند. دیوان در ۸ آوریل، قراری مبنی بر توقف هرگونه اعمال نسل‌کشی صادر کرد و به دلیل عدم توفیق در این مسیر، قرار دوم را در ۱۳ سپتامبر همان سال صادر کرد.[۲۱۱] دیوان در ادامه در بند ۴۱ دستور موقت خود، استدلال دولت بوسنی را مبنی بر اینکه استفاده از حق ذاتی دفاع مشروع، مستلزم داشتن وسایل و ابزار دفاعی ازجمله تسلیحات مناسب است، می‌پذیرد. بااین‌حال به مصلحت‌گرایی تن داده و در قسمت آخر بند مذکور، درخواست دولت بوسنی را مبنی بر لغو تحریم تسلیحاتی ـ موضوع قطعنامه ۷۱۳ شورای امنیت که در سال ۱۹۹۱ طبق فصل هفتم منشور صادر شده بود ـ مغایر حقوق بین‌الملل و خارج از حوزه فعالیت ماده ۴۱ اساسنامه تلقی می‌کند.[۲۱۲]

206. CIJ Reports, 1971, para. 89.

207. Roberts, Ken, "Second-Guessing the Security Council- The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, 1995, vol. 7, Issue 2, p. 298.

208. Werner, Wouter G., *op. cit*., p. 358.

209. CIJ Reports, 1971, para. 89.

210. Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Provisional Measures, I.C.J., 20 March 1993.

211. *Ibid*., Provisional Measures Order, (ORDER 8 IV 93) and Provisional Measures Order (ORDER 13 IX 93).

212. Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Provisional Measures Order (ORDER 13 IX 93), para. 41.

۴) نظریه مشورتی دیوان در خصوص هزینه‌های خاص سازمان ملل متحد

در سال ۱۹۶۱ مجمع عمومی سازمان ملل از دیوان تقاضا کرد تا در خصوص این سؤال که آیا دولت‌های عضو سازمان ملل در خصوص هزینه‌های مربوط به عملیات ملل متحد در کنگو (بین سال‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۶۱) و خاورمیانه (در دهه ۱۹۵۰) ملزم به پرداخت هستند یا خیر، نظر مشورتی خود را بیان کند. در واقع، سؤال حقوقی این بود که آیا مخارج عملیات مزبور در معنای بند ۲ ماده ۱۷[۲۱۳] منشور قرار می‌گیرد یا خیر؟ دیوان در این قضیه پس از اینکه اعلام کرد در نظام ملل متحد، هر ارگان باید خود صلاحیتش را معین کند، اعلام داشت که «در ساختار ملل متحد، برخلاف نظام‌های حقوقی ملی، هیچ آیینی برای تشخیص اعتبار اعمال ارگان‌ها پیش‌بینی نشده است».[۲۱۴]

درعین‌حال، دیوان صراحتاً ابراز می‌دارد که «در وضعیتی که مجمع عمومی اختیار بررسی قضایی را به دیوان عرضه می‌دارد، دیوان صلاحیت این کنترل را خواهد داشت».[۲۱۵] این گفته دیوان که «هنگامی‌که اقدام سازمان در جهت اجرای یکی از اهداف آن است، اصل بر این است که چنین عملی خارج از حیطه اختیارات نیست»،[۲۱۶] فرض بررسی قضایی دیوان را پررنگ‌تر می‌کند. این عبارت به این مطلب اشاره دارد که زمانی که شورا طبق یکی از اهداف خود عمل نمی‌کند ـ یعنی خارج از حیطه اختیاراتش اقدام می‌کند ـ دیوان حق کنترل قضایی برای خود قائل است.[۲۱۷] پس در این رأی، فرض «معتبربودن» یا «مشروعیت» عمل، به‌عنوان معیاری برای بازنگری دیوان در نظر گرفته شده است.[۲۱۸]

نتیجه

شورای امنیت پس از جنگ سرد با ارائه تفسیر بسیار موسعی از مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، مسائلی چون مشروعیت ایجاد حکومت‌ها بر اساس قانون اساسی (قطعنامه ۸۴۱ درمورد هائیتی، سال ۱۹۹۳)،[۲۱۹] یا مسئولیت دولت در حمایت از مردم کشورش در قبال نقض حقوق بشر و

۲۱۳. بند ۲ ماده ۱۷ منشور سازمان ملل متحد: مخارج سازمان برحسب سهمیه‌بندی مقرر از طرف مجمع عمومی بر عهده اعضا خواهد بود.

214. Certain Expenses of the U.N., I.C.J., 1962, p. 168.

215. Watson, Geoffrey R., "Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court", *Harvard International Law Journal*, 1993, vol. 34, No. 1, p. 15.

216. Certain Expenses of the U.N., I.C.J., 20 JULY 1962, p. 168.

217. Roberts, Ken. *op. cit*., p. 295.

218. Watson, Geoffrey R., *op. cit*., p. 17.

۲۱۹. شورای امنیت در خصوص هائیتی در حالی کودتای نظامیان این کشور و ممانعت از اعمال حاکمیت رئیس‌جمهور این کشور (ژان برتراند آریستید) را محکوم کرد که تا پیش از آن کودتا، یکی از طرق مرسوم به‌دست‌گرفتن قدرت در جامعه بین‌المللی به‌شمار می‌رفت.

بشردوستانه (قطعنامه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۷۳ درمورد لیبی، سال ۲۰۱۱)[۲۲۰] و حتی مسائل غیرنظامی[۲۲۱] را درعمل تحت صلاحیت خود درآورده است. توسیع دامنه فعالیت شورا در زمینه صلح و امنیت بین‌المللی که حتی ویروس *ابولا*[۲۲۲] را نیز شامل شده است،[۲۲۳] لزوم امکان کنترل و نظارت قضایی اقدامات شورا در محاکم بین‌المللی را بیش از پیش پررنگ کرده است، چون همان طور که دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه *تادیچ* اعلام کرد،[۲۲۴] نمی‌توان پذیرفت که شورا در اقدامات خویش، هیچ محدودیتی نداشته باشد. تصریح بند ۱ ماده ۱ منشور ملل متحد بر تحقق صلح و امنیت بین‌المللی در پرتو عدالت و حقوق بین‌الملل، نشانگر این است که ارکان سازمان ملل، در انجام وظایفشان تابع حقوق بین‌الملل هستند؛[۲۲۵] امری که در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به آن تصریح شده است.[۲۲۶] به‌علاوه، بند ۲ ماده ۲۴ منشور، شورا را مکلف به رعایت اهداف و اصول سازمان ملل متحد کرده است. درعین‌حال، دادگاه‌های بین‌المللی در زمینه مسئله نظارت قضایی بر شورای امنیت، رویه‌های متفاوتی در پیش گرفته‌اند.

دیوان اروپایی حقوق بشر با اینکه در قضیه *بهرامی* و *سراماتی* (۲۰۰۷) عدم صلاحیت خویش را در خصوص بررسی قطعنامه ۱۲۴۴ شورا و تعهدات ناشی از آن اعلام می‌دارد، در قضیه *نادا* (۲۰۱۲)، قطعنامه ۱۲۶۷ شورا را از جهات مختلف بررسی کرد. دادگاه ویژه لبنان، برخلاف دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی و دیوان بین‌المللی کیفری رواندا که صلاحیت‌شان را در خصوص بررسی قطعنامه‌های مسبب تأسیس خویش، بررسی و تأیید کرده‌اند، بررسی قضایی اقدامات شورا را ممکن ندانست. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز با اینکه نه در منشور سازمان ملل و نه در اساسنامه دیوان در زمینه بررسی اقدامات شورا ممنوعیتی دارد، در رویه خود نشان داد که بسیار

۲۲۰. این وظیفه که «مسئولیت حمایت» (Responsibility to Protect (R2P or R to P) نامیده می‌شود، در ابتدا بر عهده خود دولت و در مرحله بعدی بر دوش سایر دولت‌ها و جامعه بین‌المللی است و شامل پیشگیری از وقوع فعل، اقدام در صورت وقوع فعل و جبران، رسیدگی و بازسازی خسارات ناشی از فعل است.

۲۲۱. شورای امنیت در سال ۱۹۹۲ امکان تلقی تهدیدهای غیرنظامی به‌عنوان تهدیدی علیه امنیت بین‌المللی را نیز به رسمیت شناخت. ریاست شورای امنیت در نشست ۳۰۴۶ خود در سال ۱۹۹۲ اظهار داشت: فقدان جنگ و مخاصمات نظامی میان دولت‌ها به‌تنهایی ضامن صلح و امنیت بین‌المللی نیست. ریشه‌های غیرنظامی عدم ثبات در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، زیست‌محیطی و بشردوستانه نیز به تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تبدیل شده است (موسوی و میرمحمدی؛ *همان*، ص ۱۷۸).

UN Doc. S/23500, UN SCOR, 3046th Meeting, 1992, p. 3.

222. Ebola

223. SC Res. 2177, (18 September, 2014).

شورای امنیت در قطعنامه مذکور، ویروس *ابولا* را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی کرد.

224. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTY, Case No. IT-94-1-A, 1995, para. 28.

۲۲۵. زمانی، سیدقاسم و جعفر زنگنه شهرکی؛ «تحریم‌های بین‌المللی ناقض حقوق بشر: از چالش مشروعیت حقوقی تا مسئولیت بین‌المللی»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیست‌ودوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۲، ص ۴۴ و ۴۵.

226. ICJ Reports, 1971, p. 249.

محافظه‌کارانه‌تر از آن است که خود را با رکن اجرایی سازمان ملل درگیر کند.[۲۲۷] دیوان در قضیه *لاکربی* با استدلال برتری تعهدات ناشی از منشور و در قضیه *بوسنی‌وهرزگوین علیه صربستان* با تصریح مغایرت این عمل با حقوق بین‌الملل، از بررسی قطعنامه‌های شورا امتناع می‌ورزد و در قضیه نامیبیا، به عدم وجود چنین صلاحیتی برای شورا تصریح می‌کند.

اما دیوان دادگستری اروپا، رویه‌ای متفاوت با سایر دادگاه‌های بین‌المللی در خصوص کنترل قضایی شورای امنیت در پیش گرفته است. دیوان لوکزامبورگ را می‌توان در زمینه تأیید امکان این کنترل، پیشگام در جامعه بین‌المللی تلقی کرد. در شرایط امتناع یا بعضاً بررسی غیرمستقیم و نامحسوس دیگر دادگاه‌های بین‌المللی، دیوان لوکزامبورگ در قضیه *کادی* در سال ۲۰۰۸ به‌صراحت آیین‌نامه شورای اروپا را که ملزومات قطعنامه شورای امنیت را تکرار و اجرایی می‌کرد، ملغی اعلام و در ادامه و در سال ۲۰۱۳، نظر خویش را مجدداً تصدیق کرد. دیوان همچنین با تکرار رویه منبعث از رأی *کادی* در قضایای مشابه بعدی، بر اعتقاد خود اصرار ورزید.

باید شهامت دیوان دادگستری اروپا در برداشتن این گام بلند و تحقق رؤیای نظارت قضایی بین‌المللی بر شورای امنیت را به فال نیک گرفت. چنین نظارت قضایی بین‌المللی بر شورای امنیت، هرچند به‌صورت غیرمستقیم و از سوی نهادی خارج از سازمان ملل متحد صورت پذیرفته، مورد استقبال بین‌المللی قرار گرفته و بر عملکرد بعدی شورای امنیت، بسیار تأثیرگذار بوده است.[۲۲۸] به نظر می‌رسد که تکرار این تصمیمات و رویه‌ها به همراه عدم اعتراض شورای امنیت به این آرا، به‌آرامی به‌سوی ایجاد یک عرف بین‌المللی در میان محاکم بین‌المللی در خصوص امکان بازنگری قضایی قطعنامه‌های شورا در حال حرکت است.

۲۲۷. زمانی، سیدقاسم؛ «دیوان دادگستری اروپا و حفاظت از حریم حقوق بین‌الملل در قبال شورای امنیت»، *مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت*، مجد، ۱۳۹۲، ص ۱۵.

۲۲۸. زمانی، سیدقاسم؛ *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۲۰۰.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- زمانی، سیدقاسم؛ *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- سادات‌میدانی، سیدحسین؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری، ادله اثبات دعوا*، جنگل، ۱۳۸۸.
- سواری، حسن؛ «تحریم‌ها از منظر قانونیت و مشروعیت»، *مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت*، مجد، ۱۳۹۲.
- غدیر، منصف؛ *روش کار قاضی بین‌المللی*، ترجمه و تحقیق: محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۲.
- میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری، مسائل روز، چکیده آراء و اسناد*، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۹.

ـ مقاله

- احمدی، ستار؛ «شورای امنیت و امکان کنترل اعتبار قطعنامه‌های آن توسط دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال هفدهم، شماره ۱۴، ۱۳۸۲.
- امیرارجمند، اردشیر؛ «گزارشی از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه لاکربی: ایرادات مقدماتی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۲۲، ۱۳۷۷.
- سیفی، سیدجمال؛ «دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی قضایی ملل متحد»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.
- سیفی، سیدجمال؛ «تأملی بر دعاوی ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله پژوهش حقوقی*، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۸۲.
- صفایی، لیلا؛ «قضیه لاکربی، دیوان بین‌المللی دادگستری یا شورای امنیت؟»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۵، ۱۳۷۳.
- زمانی، سیدقاسم؛ «دیوان دادگستری اروپا و *حفاظت از حریم حقوق بین‌الملل* در قبال شورای امنیت»، مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت، مجد، ۱۳۹۲.
- زمانی، سیدقاسم؛ «سیاست قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قبال اصل ممنوعیت توسل به زور»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.

- زمانی، سیدقاسم و جعفر زنگنه شهرکی؛ «تحریم‌های بین‌المللی ناقض حقوق بشر: از چالش مشروعیت حقوقی تا مسئولیت بین‌المللی»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیست‌ودوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۲.
- کمالی‌نژاد، حسن؛ «رأی دیوان دادگستری اتحادیه اروپایی مبنی بر رد درخواست تجدیدنظر کمیسیون اتحادیه در قضیه کادی (۲)»، تازه‌های ملل متحد، سال اول، شماره ۱۷، ۱۳۹۲.
- ممتاز، جمشید؛ «دیوان بین‌المللی دادگستری: فرجام سخن»، *مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۹.
- _____؛ «اعلامیه‌های مجمع عمومی: جلوه‌ای جدید از تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل»، *مجموعه مقالات همایش نقش مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل*، انتشارات انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۹۱.
- موسوی، سیدفضل‌الله، سیدمهدی چهل‌تنی و سیدمهدی موسوی؛ «بررسی و تحلیل رأی قضیه کادی علیه شورای اتحادیه اروپایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال چهاردهم، شماره ۴۶، ۱۳۹۱.
- موسوی، سیدفضل‌الله و معصومه‌سادات میرمحمدی؛ «تغییرات جوی: تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
- موسوی میرکلائی، سیدطه؛ «نقش شورای امنیت در ایجاد صلاحیت برای دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله تعالی حقوق*، سال چهارم، شماره ۱۵، ۱۳۹۰.
- موثقی، حسن؛ «بررسی کنوانسیون ضدتروریسم مونترال ۱۹۷۱ (قضیه لاکربی)»، *مجله فلسفه و کلام علامه*، شماره ۷، ۱۳۸۴.
- میرزاده، منا‌السادات؛ «تحقق رؤیای نظارت قضایی بر قطعنامه‌های شورای امنیت: تأملی بر رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه فولمن و محمودیان»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۹، ۱۳۹۰.

ب) انگلیسی

Articles

- Alvarez, Jose E., "Theoretical Perspectives on Judicial Review by the World Court", *American Society of International Law*, Proceedings of the 89th Annual Meeting: Structures of World Order, 1995.
- Alvarez, Jose E. "Tadic Revisited- The Ayyash Decisions of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013.

- Cronin-Furman, Kathleen Renee, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, vol. 106. 2009.
- De Burca, Grainne, "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 1, 2010.
- De Sena, Pasquale and Vitucci, Maria Chiara, "The European Courts and the Security Council between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values", *The European Journal of International Law*, vol. 20, No. 1, 2009.
- De Wet, Erika, "From Kadi to Nada Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions", *Chinese Journal of International Law*, No. 12. 2013.
- Doebring, Karl, "Unlawful Resolutions of the Security Council and Their Legal Consequences", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997.
- Gowlland-Debbas, Vera, "The Relationship between the Security Council and the Projected International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol. 88, No. 4, 1998.
- Gray, Christine, "The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases Concerning the Use of Force after Nicaragua", *The European Journal of International Law*, vol. 14, No. 5, 2003.
- Hossain, Kamrul, "Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial", *Uluslararasi Hukuk Ve Politika (Review of International Law and Politics)*, Cilt. 5, No. 17, 2009.
- Jain, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, vol. 16, No. 2, 2005.
- Kokott, Juliane and Sobotta, Christoph, "The Kadi Case- Constitutional Core Values and International Law- Finding the Balance", *The European Journal of International Law*, vol. 23, No. 4, 2012.
- Martenczuk, Bernd, "The Security Council, the International Court and Judicial Review- What Lessons from Lockerbie", *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 3, 1999.
- Michaelsen, Christopher. "Kadi and Al Barakaat v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, The Incompatibility of the United Nations Security Council's 1267 Sanctions Regime with European Due Process Guarantees", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10, 2009.
- Milanovic, Marko and Papic, Tatjana, "As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, No. 2, 2009.

- Nikolova, Mariya and Ventura, Manuel J., "The Special Tribunal for Lebanon Declines to Review UN Security Council Action", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013.
- Osterdahl, Inger, "The Exception as the Rule: Lawmaking on Force and Human Rights by the UN Security Council", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, No. 1, 2005.
- Petculescu, Ioana, "The Review of the United Nations Security Council Decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, vol. 52, Issue 2, 2005.
- Plachta, Michel, "The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare", *The European Journal of International Law*, vol. 12, No. 1, 2001.
- Roberts, Ken, "Second-Guessing the Security Council- The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, vol. 7, Issue 2, 1995.
- Trahan, Jennifer, "The Relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council", *Criminal Law Forum*, vol. 24. 2013.
- Van Rossem, Jan Willem, "Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but Not the Community", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 40, 2009.
- Watson, Geoffrey R. , "Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court", *Harvard International Law Journal*, vol. 34, No. 1, 1993.
- Werner, Wouter G., "Securitization and Judicial Review: A Semiotic Perspective on the Relation between the Security Council and International Judicial Bodies", *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 14, 2001.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۱۲۲ ـ ۹۱

تحریم کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران از منظر حقوق بین‌الملل

سیدیاسر ضیایی*
مهناز رشیدی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۲۱

چکیده

تحریم کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران (*IRISL*) که بخش عمده‌ای از آن شامل بازرسی محموله‌های کشتی‌ها به مقصد، یا از مبدأ ایران، در مناطق مختلف دریایی و همچنین بلوکه‌کردن اموال سازمان‌های وابسته به کشتی‌رانی است، با تصویب قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت در سال ۲۰۱۰ ابعاد تازه‌تری یافت. به‌علاوه، شورای اتحادیه اروپا نیز طی تصمیمی در سال ۲۰۱۰ نام تعدادی دیگر از شرکت‌های وابسته به کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران را به لیست تحریم‌های خود اضافه کرد. تحریم‌های چندجانبه و یک‌جانبه علیه ایران در زمینه کشتی‌رانی و دریانوردی، مغایر با برخی قواعد عام و خاص بین‌المللی ازجمله قواعد و مقررات حقوق بشری، معاهدات دوجانبه و چندجانبهٔ مرتبط با موضوع و برخی قواعد موجود در عرف بین‌المللی است. بر این اساس می‌توان گفت بخش عمده‌ای از تحریم صنعت کشتی‌رانی ایران از سوی برخی کشورها غیرقانونی است که می‌تواند مسئولیت بین‌المللی آن دولت را به دنبال داشته باشد.

واژگان کلیدی

تحریم کشتی‌رانی، تحریم یک‌جانبه، تحریم هوشمند، برنامه هسته‌ای ایران، حقوق بین‌الملل

* نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق بین‌الملل دانشگاه قم yaserziaee@gmail.com
** کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه قم mahnazrashidi88@gmail.com

مقدمه

به دنبال طرح موضوع هسته‌ای ایران در شورای امنیت از سال ۲۰۰۶، این شورا شش قطعنامه با هدف تعلیق فعالیت‌های هسته‌ای ایران علیه ایران تصویب کرد که با تحریم بخش‌های مختلفی از صنعت و اقتصاد کشور همراه بود. قطعنامه ۱۹۲۹ چهارمین و آخرین قطعنامه مربوط به پرونده هسته‌ای ایران بود که در ۹ ژوئن ۲۰۱۰ با رأی مثبت ۱۲ عضو این شورا و رأی منفی برزیل و ترکیه و رأی ممتنع لبنان به تصویب رسید. بر اساس این قطعنامه، یک دانشمند هسته‌ای، ۲۲ شرکت به اتهام ارتباط با برنامه‌های اتمی و موشکی ایران، چندین مؤسسه وابسته به سپاه پاسداران و سه نهاد زیرمجموعه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران[۱] در لیست تحریم‌های شورای امنیت قرار داده شدند. به‌علاوه، این حق برای دولت‌ها شناخته شد تا تمام محموله‌های هوایی و دریایی را که به ایران فرستاده می‌شوند یا از آن خارج می‌شوند، در فرودگاه‌ها و بندرها و آب‌های تحت حاکمیت خود، بدون رضایت کشور صاحب پرچم و در آب‌های آزاد با رضایت کشور صاحب پرچم، در صورت مظنون‌بودن به حمل کالاهای ممنوعه، بازرسی و توقیف کنند.

تحریم صنعت کشتی‌رانی، پیش از این نیز سابقه داشت که عموماً در زمان مخاصمات مسلحانه اعمال شد. تحریم کشتی‌رانی فرانسه توسط انگلستان در جنگ‌های ناپلئون و جنگ جهانی، جنگ اعراب و ... از نمونه‌های تحریم کشتی‌رانی در زمان مخاصمات مسلحانه است. بااین‌حال، تحریم کشتی‌رانی در زمان صلح نیز در تاریخ روابط بین‌الملل دارای سابقه است که از آن جمله می‌توان به تحریم کشتی‌رانی ترکیه از سوی فرانسه، روسیه و بریتانیا اشاره کرد که در سال ۱۸۲۷ برای حمایت از شورشیان یونانی علیه ترکیه صورت گرفت.[۲]

در سال ۱۹۸۵ نیز رئیس‌جمهور امریکا تصمیم گرفت که به اتهام برهم‌زدن نظم منطقه و عدم رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی توسط نیکاراگوئه، تحریم‌هایی علیه این کشور اعمال کند که بخشی از آن شامل تعلیق حق ورود کشتی‌های نیکاراگوئه به بندرهای امریکا و نیز تعلیق عهدنامه دوجانبه مودت، تجاری و کشتی‌رانی میان این دو کشور بود[۳] و نیز تحریم کشتی‌رانی کره شمالی توسط شورای امنیت از سال ۲۰۰۹[۴] و اتحادیه اروپا که شامل بازرسی کشتی‌های

---

۱. کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران یا شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۴۶ تأسیس شده است و اینکه به‌عنوان شرکت وابسته وزارت تجارت، صنعت و معدن فعالیت می‌کند.

See: http://www.irisl.net/.

2. Farrall, Jeremy Matam, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press, 2007, p. 50.

۳. تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، آخرین تحولات آشنایی با روابط دوستانه، روابط خصمانه میان تابعان حقوق بین‌الملل، جلد دوم، چاپ سوم، قومس، ۱۳۸۹، صص ۱۳۳ و ۱۳۴.

4. S/RES/1874, 2009, paras. 11-12.

تحت اختیار کره شمالی در آب‌های داخلی، سرزمینی و آب‌های آزاد و ... می‌شد.

تحریم کشتی‌رانی ایران، آخرین اقدام بین‌المللی در این حوزه تلقی می‌شود که مباحثی را در سطح ادبیات حقوق بین‌الملل و همین طور مراجع قضایی منطقه‌ای مانند دیوان دادگستری اتحادیه اروپا به دنبال داشت. شورای امنیت و اتحادیه اروپا به‌طور چندجانبه و کشورهایی چون امریکا و انگلستان به‌طور یک‌جانبه به تحریم صنعت کشتی‌رانی ایران اعم از تحریم حمل‌ونقل دریایی، تحریم بیمه کشتی‌رانی، تحریم مالی شرکت‌های مرتبط با کشتی‌رانی و تحریم مالی و مسافرتی برخی از مسئولین صنعت کشتی‌رانی ایران اقدام کردند. تحریم کشتی‌رانی ایران از سوی شورای امنیت از سال ۲۰۱۰ آغاز شد و بعداً مورد استناد اتحادیه اروپا و برخی کشورها قرار گرفت. ۳ سال بعد در موافقت‌نامه برنامه اقدام مشترک میان ایران و کشورهای ۵+۱ مورخ ۳ آذر ۱۳۹۲ـ ۲۰۱۳ (موافقت‌نامه ژنو) تحریم‌های مربوط به حمل‌ونقل به‌طورکلی مورد توجه قرار گرفت. در بخش «نظارت‌های بیشتر» در این موافقت‌نامه توافق شد که «درمورد معاملات نفتی، تحریم‌های اتحادیه اروپا و امریکا بر بیمه و خدمات حمل‌ونقل مرتبط، تعلیق می‌شوند».[۵]

با انعقاد برنامه جامع اقدام مشترک (برجام یا موافقت‌نامه وین) مورخ ۲۳ تیرماه ۱۳۹۴ تحریم‌های کشتی‌رانی به‌عنوان یکی از تحریم‌های مربوط به فعالیت هسته‌ای ایران، موضوع تعهد کشورهای ۵+۱ و اتحادیه اروپا قرار گرفت. این معاهده مورد تأیید شورای امنیت ملل متحد در قطعنامه ۲۲۳۱ قرار گرفت و در این قطعنامه، لغو تحریم‌های گذشتهٔ شورای امنیت برای همه کشورها الزامی شد[۶] اما این مهم، منوط به گذار برجام به مرحله اجرایی بود.[۷] تا آن زمان، این پرسش‌ها مطرح است که تحریم کشتی‌رانی ایران تا چه اندازه در حقوق بین‌الملل از مشروعیت برخوردار است؟[۸] همچنین با توجه به حصول توافق هسته‌ای بین ایران و شش کشور عضو دائم شورای امنیت و اتحادیه اروپا، دامنه لغو تحریم‌های کشتی‌رانی پس از اجرایی‌شدن برجام چگونه خواهد بود؟ برای این منظور لازم است میان تحریم چندجانبه و یک‌جانبهٔ کشتی‌رانی ایران تفکیک شود.

---

۵. باید توجه داشت که در این موافقت‌نامه صرفاً لغو تحریم کشتی‌رانی در بخش معاملات نفتی مورد توجه قرار گرفت درحالی‌که بخشی از تحریم کشتی‌رانی به استناد همکاری با فعالیت‌های هسته‌ای ایران اعمال شده بود.

6. S/RES/2231, 2015, paras. 7(a) & 8.

۷. به‌موجب بند ۳ ماده ۳۴ برجام، روز اجرا روزی است که هم‌زمان با ارائه گزارش آژانس بین‌المللی انرژی اتمی مبنی بر اجرای اقدامات موردنظر از سوی ایران، امریکا و اتحادیه اروپا، تحریم‌های مربوط به فعالیت هسته‌ای ایران را لغو می‌کنند.

۸. لازم به ذکر است هرچند طبق پاراگراف ۲۹ قطعنامه ۲۲۳۱ درخواست جبران خسارت برای اشخاص و نهادهای مورد تحریم قطعنامه‌های پیشین شورای امنیت امکان‌پذیر نخواهد بود، به نظر می‌رسد امکان جبران خسارت ناشی از تحریم‌های نامشروع یک‌جانبه و اتحادیه اروپا بعد از اجرای برجام یا اختتام برجام وجود خواهد داشت.

۱. تحریم چندجانبه کشتی‌رانی ایران

اصولاً تحریم‌های چندجانبه، در قالب سازمان‌های بین‌المللی و بر مبنای اساسنامه آن سازمان‌ها اعمال می‌شوند. در موضوع تحریم کشتی‌رانی هم تدابیری در سطح جهانی و توسط قطعنامه‌های شورای امنیت و نیز تصمیماتی در سطح منطقه‌ای از مجرای اتحادیه اروپا اتخاذ شد. بررسی قانونی‌بودن این تحریم‌ها مستلزم ارزیابی تحریم‌های سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا در دو گفتار جداگانه است.

۱ـ۱. اقدامات سازمان ملل متحد

الف. پیشینه تحریم کشتی‌رانی ایران در سازمان ملل

تحریم‌های بین‌المللی که در قالب سازمانیِ آن، ازجمله در چارچوب فصل هفتم و ماده ۴۱ منشور مورد توجه قرار گرفتند، از این ظرفیت برخوردارند که با اعمال فشار بر دولتی خاص، آن را به تمکین در مقابل اراده شورای امنیت، به‌عنوان نماینده جامعه بین‌المللی وادار سازند.[۹] هرچند فحوای قطعنامه‌های تحریم علیه برخی کشورها متضمن تحدید دریانوردی بوده است،[۱۰] تحریم صنعت کشتی‌رانی برای اولین بار، صریحاً در سال ۲۰۰۸ علیه ایران وضع شد. در قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت سازمان ملل، مورخ سال ۲۰۱۵ وعده داده شد که تحریم‌های شورای امنیت ازجمله تحریم‌های کشتی‌رانی در روز اجرای برجام لغو شود و ۱۰ سال پس از تاریخ توافق برجام، موضوع هسته‌ای ایران از دستور کار شورای امنیت خارج شود (بند ۷ و ۸ قطعنامه). تحریم‌های کشتی‌رانی ایران از سوی شورای امنیت در چند بخش قابل تقسیم است.

۱) تحریم دریانوردی

شورا برای اولین بار در قطعنامه ۱۸۰۳ مورخ ۲۰۰۸ به‌طور محدودی محموله‌های کشتی‌های ایرانی را هدف تحریم‌های خود قرار داده و مقرر کرد که «کشورها حق دارند محموله‌هایی را که به ایران فرستاده می‌شود یا از ایران می‌آید در بندرهای خود بازرسی کنند، مشروط بر اینکه دلایلی قوی مبنی بر حمل اقلام ممنوعه داشته باشند».[۱۱] دامنه این تحریم که به «بازرسی در

۹. زمانی، سیدقاسم و جمشید مظاهری؛ «تحریم‌های هوشمند شورای امنیت در پرتو قطعنامه ۱۹۲۹: حفظ یا تهدید صلح؟»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۲۸، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰.

The United Nations Sanctions Secretariat, "A Brief Overview of Security Council Applied Sanctions", Department of Political Affairs, Smart Sanctions, the Next Steps: Arms Embargoes and Travel Sanctions (Second Expert Seminar, Berlin), 2000, p. 2.

10. Watson, Farley & Williams, "Maritime Sanctions and Shipping Finance", 2013, available at: http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2014/09/WFW-SanctionsAndShippingFinance.pdf, Accessed on 09/02/2014.

11. S/RES/1803, 2008, para. 11.

مرحله ظن معقول»[۱۲] محدود می‌شد در قطعنامه ۱۹۲۹ مورخ ۲۰۱۰ به «بازرسی و توقیف در مرحله تخلف» توسعه یافت.[۱۳] به استناد بندهای ۱۴، ۱۵ و ۱۶ این قطعنامه، کشورها می‌توانند در صورت وجود دلایل مستند و معقول مبنی بر حمل کالاهای ممنوعه، به مقصد ایران یا از ایران، در آب‌های داخلی و سرزمینی خود، بدون رضایت کشور صاحب پرچم کشتی و در آب‌های آزاد، با رضایت، اقدام به بازرسی و حتی توقیف محموله کشتی‌ها و انهدام یا انتقال کالاهای مورد تحریم بکنند.

۲) تحریم خدمات دریایی

در بند ۱۸ قطعنامه ۱۹۲۹ بر ممنوعیت سوخت‌گیری کشتی‌ها یا ارائه سرویس‌های دیگر (مانند بیمه) به کشتی‌های با مالکیت ایرانی یا کنترل‌شده توسط ایران که دلایلی معقول مبنی بر حمل اقلام ممنوعه توسط آن‌ها وجود دارد، تأکید شده است.

۳) تحریم مالی سازمان کشتی‌رانی

مسئله مسدودکردن اموال نهادها و افراد فعال در برنامه هسته‌ای ایران، برای اولین بار از قطعنامه ۱۷۳۷ مورخ ۲۰۰۷ آغاز شد و در بند ۱۹ قطعنامه ۱۹۲۹ کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران[۱۴] نیز مشمول این‌گونه تحریم‌ها قرار گرفت. در ضمیمه ۳ این قطعنامه، نام سه شرکت وابسته به کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران که عبارت‌اند از شرکت کشتی‌رانی ایران و هند، بنلوکس[۱۵] و خط کشتی‌رانی ایران‌جنوب[۱۶] به لیست نهادهایی که می‌بایست اموالشان مسدود می‌شد اضافه شد.[۱۷]

ب. ارزیابی تحریم کشتی‌رانی ایران در سازمان ملل متحد

۱) تحریم دریانوردی

قطعنامه ۱۹۲۹ به دولت‌ها حق می‌دهد تا محموله کشتی‌های مظنون به حمل مواد مرتبط با فعالیت‌های هسته‌ای (با ارجاع به پاراگراف ۸ قطعنامه ۱۸۰۳)، سلاح‌های متعارف (پاراگراف ۸

12. Reasonable suspicion

۱۳. بند ۱۶ قطعنامه چنین تدوین شده است:

Decides to authorize all States to, and that all States shall, seize and dispose of (such as through destruction, rendering inoperable, storage or transferring to a State other than the originating or destination States for disposal items the supply, sale, transfer, or export of which is prohibited … that are identified in inspections…

14. Islamic Republic of Iran Shipping Line –*IRISL*.

15. *IRISL* Benelux

16. *SSL*

17. Annex III of S/RES/1929, 2010.

قطعنامه ۱۹۲۹) و موشک‌های بالستیک (پاراگراف ۹ قطعنامه ۱۹۲۹) را در قلمرو سرزمینی (شامل آب‌های داخلی و دریای سرزمینی) و دریای آزاد، بازرسی و توقیف کنند. طبق بندهای ۱۴ و ۱۵ این قطعنامه، کشورها حق دارند که در قلمرو ملی، بدون اخذ اجازه از کشور صاحب پرچم، محموله کشتی‌ها را بازرسی کنند و در دریای آزاد، این امر، منوط به اخذ اجازه از کشور صاحب پرچم شده است. «در مقدمه قطعنامه، شورا با یادآوری اینکه حقوق دریاها به شرح مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۲ چارچوب حقوقی قابل اعمال بر اقیانوس‌ها و آبراه‌های بین‌المللی است، برای این کنوانسیون، اعتباری مهم قائل شده است».[۱۸] بااین‌حال طبق ماده ۱۰۳ منشور سازمان ملل، در صورت تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به‌موجب منشور و تعهدات آن‌ها بر طبق هر موافقت‌نامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آن‌ها به‌موجب منشور، مقدم خواهد بود. بنابراین، مقررات مندرج در قطعنامه بر مقررات کنوانسیون حقوق دریاها برتری دارد. اما نکته حائز اهمیت این است که برخی از مقررات کنوانسیون ۱۹۸۲ متضمن قواعد عرفی است و مقرره ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، تنها برتری قطعنامه‌های شورای امنیت بر تعهدات قراردادی را لازم می‌دارد[۱۹] و کشورها به استناد این ماده نمی‌توانند قواعد و مقررات عرفی را حتی در صورت الزام قطعنامه‌های شورای امنیت، نادیده بگیرند.[۲۰] هرچند جمهوری اسلامی ایران، عضو کنوانسیون حقوق دریاها نیست، مفادی از این کنوانسیون که جنبه عرفی یافته است در رابطه با ایران قابل اعمال خواهد بود.

ازجمله حقوق عرفی که با الزام در خصوص بازرسی کشتی‌های ایران در دریای سرزمینیِ دیگر کشورها نادیده گرفته شده است، حق عبور بی‌ضرر کشتی‌ها در این منطقه از دریا است که اصلی‌ترین ویژگی این حق، غیرقابل‌تعلیق‌بودن آن است، مگر در زمانی که عبور از حالت بی‌ضرر خارج شده باشد یا دولت ساحلی برای حفظ امنیت خود، موقتاً عبور در دریای سرزمینی کشورش را، آن هم مشروط به عدم تبعیض میان کشتی‌های کشورهای مختلف و با اطلاع قبلی، به حالت تعلیق درآورد. بنابراین چون در متن ماده ۱۰۳ منشور، تنها برتری منشور بر تعهدات قراردادی مطرح شده است، می‌توان گفت که دولت‌ها، الزامی در تبعیت از تصمیم شورای امنیت در این بخش ندارند و در صورت اجرای الزامات قطعنامه شورای امنیت، تعهدات غیرقراردادی دولت‌ها در قبال ایران نقض می‌شود.[۲۱]

در خصوص بازرسی در دریای آزاد، با وجود اینکه مقرره مزبور، نقض حق آزادی عبورومرور

۱۸. ساعد، نادر؛ «قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت: بازنمایی نبرد حق و قدرت در جهان نامتحد»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، نیمسال اول، ۱۳۸۹، ص ۵۹۸.

۱۹. ماده ۱۰۳ منشور از عبارت International Agreement استفاده کرده است که افاده تعهدات قراردادی می‌کند.

۲۰. ضیایی، سیدیاسر؛ «تحریم اقتصادی یک‌جانبه از منظر حقوق بین‌الملل»، گزارش راهبردی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱، ص ۸.

۲۱. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: محمد شریف؛ *بررسی دکترین نامحدودبودن صلاحیت شورای امنیت*، اطلاعات، ۱۳۷۳.

در دریای آزاد به‌عنوان حق عرفی است، شرط رضایت، سبب می‌شود که عمل بازرسی مشروعیت یابد و قاعده‌ای نقض نشود. ولی متأسفانه اعطای حق بازرسی در دریای آزاد به کشورها سبب شده است که «عملاً دولت‌ها بدون رضایت کشور صاحب پرچم، کشتی‌های ایرانی را نه‌تنها بازرسی، بلکه به مدت طولانی توقیف کنند».[۲۲]

قطعنامه ۱۹۲۹ همچنین بازرسی را منوط به ارائه دلایلی دال بر وجود یکی از اقلام ممنوع‌شده در قطعنامه‌های قبلی و حاضر قرار داده است اما با توجه به اینکه قطعنامه مزبور، هیچ‌گونه تعریف، معیار یا استانداردی برای «کشتی مظنون»[۲۳] در نظر نگرفته است، صلاحیت موسعی در خصوص بازرسی محموله‌ها به دولت‌ها اعطا کرده و منجر به زیرپاگذاشتن اصل استقلال حاکمیت دولت‌ها و اصل برابری دولت‌ها شده است.[۲۴] به‌طور مثال در متن این قطعنامه، لفظ کشتی به‌صورت مطلق ذکر شده است. این اطلاق، این نتیجه را در پی دارد که مفاد قطعنامه شورای امنیت در خصوص بازرسی کشتی‌ها به کشتی‌های دولتی و جنگی نیز تسری پیدا می‌کند. کشتی‌های دولتی غیرتجاری و جنگی، برخلاف کشتی‌های خصوصی و تجاری و با توجه به اصول گوناگون حقوق بین‌الملل مانند برابری، حاکمیت، استقلال، رضایت ضمنی[۲۵] و ... از مصونیت برخوردارند.[۲۶] بر این اساس، اعطای اجازه بازرسی این‌گونه کشتی‌ها و توقیف آن‌ها حتی در آب‌های داخلی و سرزمینی دولت‌های دیگر، نقض قاعده مصونیت اموال دولتی است که در عرصه حقوق بین‌الملل، به‌عنوان قاعده عرفی قلمداد می‌شود.[۲۷]

باید توجه داشت که طبق قطعنامه ۲۲۳۱ در زمان اجرای برجام، این محدودیت برای کشتی‌رانی ایران لغو خواهد شد. بااین‌حال، امکان توقیف کشتی‌های ایرانیِ مظنون به حمل موشک‌های بالستیک یا سامانه‌های حمل سلاح‌های هسته‌ای کماکان وجود خواهد داشت.

---

۲۲. ساعد؛ *همان*، ص ۵۹۷.

23. *See*: S/RES/1929, para. 15: *Note that* States may request inspection of vessels …and *calls upon* all States to cooperate in such inspections if there is information that provides reasonable grounds to believe the vessel is carrying items the supply, sale, transfer or export of which is prohibited…

۲۴. زمانی و مظاهری؛ *همان*، ص ۱۵۲.

۲۵. در دعوای *اکسچنج علیه مک فادن* در سال ۱۹۱۲، دیوان عالی ایالات متحده، ضمن توجیه دکترین مصونیت دولت بر مبنای اصول برابری، استقلال و شأن و منزلت دولت‌ها، به فرض رضایت ضمنی دولت مقر دادگاه، به‌منزله پایه‌ای دیگر برای دکترین مصونیت دولت اشاره می‌کند. در واقع در این دعوا، قاضی *مارشال* با استناد به اقتدار انحصاری که هر دولت بر قلمرو خود دارد، کشتی *شونر اکسچنج* را که در تصرف واحدهای نیروی دریایی فرانسه قرار داشت از هرگونه دعوا و توقیف مصون دانسته و رضایت ضمنی ایالات متحده به مصونیت کشتی متعلق به دولت خارجی را مبنای این مصونیت اعلام کرده است. به نقل از سیدمرتضی خضری؛ «مصونیت دولت از نگاه حقوق بین‌الملل»، *پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی*، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۱۲۹.

۲۶. خضری؛ *همان*، صص ۱۴۶ـ۱۱۳؛ زمانی و مظاهری، *همان*، صص ۱۲۵ـ۱۲۱.

27. Tomuschat, Christian, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institution", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, No. 1105, 2011. p. 1116.

توضیح آنکه به استناد بندهای ۳ و ۴ ضمیمه (ب) قطعنامه، تحریم‌ها در حوزه عدم اشاعه به‌طور کامل لغو نخواهد شد و کشورها می‌توانند تحریم دریانوردی ایران را در این حوزه ادامه دهند.[۲۸] در بند ۳ تأکید شده، ایران تا ۸ سال بعد از روز توافق برجام، در خصوص موشک‌های با قابلیت حمل سلاح هسته‌ای فعالیتی نداشته باشد و در بند ۴ نیز تأکید شده که کشورها پیش از ارائه خدمات مربوط به سامانه‌های حمل سلاح هسته‌ای ازجمله خریدوفروش و حمل‌ونقل این سامانه‌ها، منتظر مجوز شورای امنیت باشند.[۲۹] علت این امر این است که در برجام بر لغو تحریم‌های هسته‌ای توافق شد، درحالی‌که تحریم‌های قطعنامه ۱۹۲۹ شامل تحریم‌های تسلیحاتی وسیعی نیز می‌شد و لذا محدودیت دریانوردی در رابطه با موضوعات موشکی و عدم اشاعه بعد از قطعنامه ۲۲۳۱ نیز استمرار خواهد داشت.[۳۰]

۲) تحریم مالی کشتی‌رانی

با درنظرداشتن این امر که کشتی‌رانی و شرکت‌های وابسته به آن، در زمره مؤسسات نیمه‌خصوصی هستند، مسدودکردن دارایی‌های این سازمان‌ها به استناد قطعنامه ۱۹۲۹ نقض حقوق بنیادین چون حق مالکیت، حق بر دادرسی عادلانه و حق توسعه خواهد بود. این در حالی است که مطابق بند ۲ ماده ۲۴ منشور سازمان ملل متحد، شورای امنیت در اجرای وظایف خود باید بر طبق اهداف و اصول ملل متحد عمل کند که ازجمله اهداف مهم سازمان ملل، مندرج در بند ۳ ماده ۱ منشور، پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان است.[۳۱]

در دیوان دادگستری اروپا در سال ۲۰۰۸ در قضیه کادی و مؤسسه البرکات[۳۲] این موضوع که تحریم‌های اتخاذشده نباید مخالف حقوقی اساسی، مثل حق بر مالکیت و دادرسی عادلانه و ... باشد تأیید شده است. هرچند کمیته تحریم قطعنامه ۱۷۳۷ مرجع مناسبی برای تحقق اصل

۲۸. علاوه بر این، محدودیتی راجع به تغییر دو آبشار فردو، صادرات اورانیوم غنی‌شده در شرایطی خاص و نوسازی رآکتور اراک وجود خواهد داشت. (S/RES/2231, *op. cit.*, para. 21)

۲۹. لازم به ذکر است که ادبیات شورای امنیت راجع به بند ۳، توصیه‌ای و راجع به بند ۴، الزامی است چرا که بند (ب) پاراگراف ۷ شورای امنیت برای بند ۳ از عبارت comply with و برای بند ۴ از عبارت call upon استفاده کرده است.

۳۰. باید توجه داشت که این قطعنامه و تمام قطعنامه‌های سابق شورای امنیت علیه ایران و ازجمله تحریم‌های موشکی و عدم اشاعه پس از روز لغو قطعنامه که ۱۰ سال پس از روز توافق یا زمانی زودتر با تأیید آژانس خواهد بود، لغو خواهد شد.

۳۱. زنگنه شهرکی، جعفر؛ «بررسی اثرات زیان‌بار تحریم‌های بین‌المللی بر حقوق بشر با بررسی موردی تحریم‌های شورای امنیت علیه عراق در دهه ۱۹۹۰»، *مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت*، به اهتمام: مهدی مؤمنی؛ مجد، ۱۳۹۲، صص۱۳۲ـ۱۱۳. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: ، مهداد فلاح اسدی؛ *شورای امنیت سازمان ملل متحد: تحریم و حقوق بشر*، شهر دانش، ۱۳۹۴، صص ۹۰ـ۸۳ و صص ۱۰۴ـ۱۰۱.

32. Joined Cases C- 402/05 & C- 415/05, *Kadi & Al Barakaat v. Council of the European Union*, 2008.

دادرسی عادلانه در رابطه با تحریم کشتی‌رانی ایران است، برخی عقیده دارند که این نهاد، صرفاً نهادی شبه‌قضایی است که با نهادهای مبتنی بر معاهده، مانند کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد قابل مقایسه است.[۳۳]

ازآنجاکه سازمان کشتی‌رانی و شرکت‌های وابسته به آن، مؤسسات اصلی در حمل‌ونقل کالا و ملزومات اساسی مردم هستند، تحریم مالی صنعت کشتی‌رانی می‌تواند منجر به نقض حقوق بنیادین مانند حق بر غذا و حق بر سلامت شود. برخی از کالاهای هسته‌ای یا پتروشیمی که در فهرست اقلام ممنوعه قرار گرفته‌اند دارای مصارف دیگری چون مصارف پزشکی هستند و اینکه طراحان قطعنامه ۱۹۲۹ مدعی‌اند تحریم‌هایشان صرفاً متوجه حکومت است و تأثیری در معیشت مردم ندارد، واقعیت ندارد.[۳۴] لازم به ذکر است با اجرایی‌شدن قطعنامه ۲۲۳۱، تحریم مالی ۳ شرکت کشتی‌رانی ایران، مندرج در قطعنامه ۱۹۲۹ خاتمه یافت.

۱ـ۲. اقدامات اتحادیه اروپا

الف. پیشینه تحریم کشتی‌رانی ایران در اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا طبق ماده ۲۱۵ معاهدهٔ ناظر بر عملکرد اتحادیه اروپا[۳۵] و در چارچوب مواد ۲۹۶ و ۲۹۷ معاهده اروپایی و ماده ۱۱۳ سیاست مشترک تجاری، تحریم‌هایی را در ارتباط با فعالیت‌های هسته‌ای ایران تصویب کرده بود. تحریم کشتی‌رانی برای اولین بار در شورای اتحادیه اروپا در ژوئن ۲۰۰۸ در سند موضع مشترک[۳۶] و پس از صدور قطعنامه ۱۸۰۳ اتفاق افتاد که شورا از کشورهای عضو خواست که محموله‌هایی را که به ایران می‌روند یا از ایران می‌آیند در هواپیماها و کشتی‌های متعلق به ایران یا در خدمت ایران، در بندرها و فرودگاه‌های سرزمین‌شان بازرسی کنند. این اتحادیه در تصمیم ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ کل کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران با همه شاخه‌ها و شعب را در لیست شرکت‌هایی که باید اموالشان مسدود شود قرار داد.[۳۷] این در حالی بود که شورای امنیت، تنها سه شرکت کشتی‌رانی را مشمول تحریم دانسته بود. شورای اتحادیه اروپا در تصمیمات تحریمی متعددی که علیه ایران صادر کرده است، نام حدود ۱۲ نفر از مدیران و افراد مرتبط با کشتی‌رانی را

33. Watson Institute Targeted Sanctions Project, "Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures", 2006, available at http://watsoninstitute.org/pub/StrengtheningTargetedSanctions.pdf, accessed on 09/08/2014. p. 46.

۳۴. منصوری، عزیز؛ «تحریم‌های بین‌المللی: نگاهی به قطعنامه ۱۹۲۹»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال ۲۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۳۴۲.

35. Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU), 2007, Art. 215 (ex Article 301 TEC).

36. Common Position. 2008/652/CFSP of 7 August 2008 amending CP. 2007/140/CFSP concerning restrictive measures against Iran.

37. Council Decision 2010/413/CFSP.

وارد لیست تحریم‌ها کرد و به ممنوعیت فروش، تأمین یا انتقال مستقیم یا غیرمستقیم تجهیزات و فناوری کلیدی دریایی جهت ساخت کشتی و ممنوعیت حفظ و نگهداری یا تعمیر و فراهم‌کردن تأمین مالی و حمایت مالی اقلام مندرج در فهرست پیوست پرداخت.[۳۸] بخش عمده‌ای از این تحریم‌ها در سال ۲۰۱۳ از سوی دیوان دادگستری اروپا لغو شد.

اتحادیه در قطعنامه‌های مربوط به تحریم صنعت نفت ایران نیز اعضای اتحادیه را از ارائه خدمات مربوط به طراحی، ساخت، تعمیر و فروش تانکرهای نفتی و کشتی‌های باری ایرانی و اعطای پرچم یا بیمه و سایر خدمات به نفت‌کش‌های ایرانی منع کرده است. اعضای این اتحادیه به‌موجب این مقررات نباید کشتی‌هایی را که جهت نقل و انتقال و نگهداری نفت و کالاهای پتروشیمی استفاده می‌شوند در اختیار طرف‌های ایرانی قرار دهند.[۳۹] آخرین تصمیم شورای اتحادیه اروپا نیز تصمیم مورخ ۱۵ نوامبر ۲۰۱۳ بود که با اشاره به آرای دادگاه عمومی اروپا، شش نهاد مالی و دو شرکت ایرانی[۴۰] را تحریم کرد. اشخاص مرتبط با کشتی‌رانی در این تصمیم، یک شخص حقیقی به‌عنوان مدیر وقت سازمان کشتی‌رانی و دو شرکت کشتی‌رانی بودند. در این مقررات، اتحادیه اروپا دلیل تحریم این اشخاص را حمایت از دولت ایران قرار داده بود که اثبات آن نسبت به ادعای حمایت از فعالیت‌های هسته‌ای ایران آسان‌تر است.[۴۱] این تحریم‌ها موضوع لغو تحریم‌های برجام قرار گرفته است که با ورود برجام به مرحله اجرایی لغو شد.

ب. ارزیابی تحریم کشتی‌رانی در اتحادیه اروپا

باید توجه داشت که شورای امنیت به کمیته تحریم، اختیار داده که اشخاص و نهادهایی را که اموالشان باید بلوکه شود تعیین کند[۴۲] و اختیاری به دولت‌ها یا سایر نهادهای بین‌الدولی برای توسعه این لیست نداده است. در داخل سیستم منشور سازمان ملل، وظیفه اصلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به شورای امنیت واگذار شده است[۴۳] و در زمینه اقدامات اتخاذشده در چارچوب اتحادیه اروپا این مسئله به‌درستی مورد نظر است که شورای اتحادیه اروپا برخلاف شورای امنیت

۳۸. وکیل، امیرساعد و زهرا تحصیلی؛ *ایران و تحریم‌های بین‌المللی*، مجد، ۱۳۹۲، ص ۱۹۶.

Council Regulation (EU) No. 1263/2012 of 21 December 2012, Art. 37.

39. Council Decision (CD). 2010/413/CFSP, Council Regulation (CR). No 961/2010, CD. 2012/35/CFS, CR. No 267/2012, CD. 2012/635/CFSP, CR. No 1263/2012.

40. 1. Good Luck Shipping Company LLC. 2. Hanseatic Trade Trust & Shipping (HTTS)

41. Council Decision 2013/661/ CFSP of 15 November 2013 Amending Decision 2010/ 413/ CFSP Concerning Restrictive Measures against Iran.

42. Clamitta. N. J., "Sanctions, Countermeasures, and the Iranian Nuclear Issue", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, No. 5, 2009, p. 1406.

43. *Ibid.*, p. 1412.

سازمان ملل، هیچ قدرت اجرایی در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی ندارد.[۴۴]

مضافاً اینکه اقدام اتحادیه اروپا در خصوص گسترش قلمرو تحریم‌های شورای امنیت، چه از نظر کمی (توسعه شرکت‌های مشمول تحریم) و چه از نظر کیفی (توسعه تحریم به کشتی‌های نفت‌کش) نقض ماده ۵۳ منشور است.[۴۵] در این ماده مقرر شده: «شورای امنیت در موارد مقتضی از قراردادها یا نهادهای منطقه‌ای برای عملیات اجراییِ تحت اختیار خود استفاده خواهد کرد ولی هیچ‌گونه اقدام اجرایی به‌موجب قراردادهای منطقه‌ای یا توسط مؤسسات منطقه‌ای بدون اجازه شورای امنیت صورت نخواهد گرفت». با عنایت به نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه برخی هزینه‌های سازمان ملل، واژه «اقدام» در بند ۲ ماده ۱۱ منشور، اقداماتی است که در فصل هفتم منشور به آن‌ها اشاره شده است و منحصراً در صلاحیت شورای امنیت قرار دارد که شامل اقدام در رابطه با تهدید علیه صلح، نقض صلح و تجاوز می‌شود. این اقدامات شامل توصیه‌های شورای امنیت نمی‌شود؛[۴۶] تحریم های اروپا علیه صنعت کشتی‌رانی، نوعی اقدام اجرایی محسوب می‌شود و ازاین‌رو، نیاز به مجوز شورای امنیت وجود دارد. هنگامی که یک سازمان منطقه‌ای، تحریم‌های اقتصادی مضاعفی را علیه کشورهای ثالث که مورد توجه شورای امنیت است، اعمال نماید، باید مبنایی از لحاظ حقوق بین‌الملل که همان مجوز شورای امنیت است برای این عمل خود داشته باشد.

ازآنجایی‌که امروزه قطعنامه‌های شورای امنیت، مستقیماً با مسائل مهم امور خارجی و منافع دولت‌ها و حتی زندگی افراد عادی پیوند خورده است،[۴۷] مسئله تفسیر آن‌ها از مسائل اساسی و چالش‌برانگیز است. باید گفت که در حقوق کنونی، حقوق‌دانان بین‌المللی، از اصل تفسیر موسع انتقاد کرده‌اند و جهت تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت، اصل تفسیر مضیق و محدود را ارائه می‌کنند و معتقدند که ابهامات موجود در این قطعنامه‌ها باید به شکل مضیق و محدود و با حسن‌نیت تفسیر شود.[۴۸] بنابراین اگرچه قطعنامه‌های شورای امنیت، معاهده نیستند،[۴۹] دلیلی ندارد که روش تفسیر مندرج در بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات به این‌گونه قطعنامه‌ها تعمیم داده نشود. قاعده کلی تفسیر در ماده ۳۱، تفسیر با حسن‌نیت و در

44. Dupont, Pierre-Emanuel, "Countermeasures and Collective Security: the Case of the EU Sanctions against Iran", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 17, 2012, p. 33.

۴۵. برای اطلاع از مفهوم «اقدامات اجرایی» مندرج در ماده ۵۳ منشور، ن.ک: مهدی حدادی؛ «ترتیبات منطقه‌ای و اقدامات قهری در چارچوب منشور ملل متحد»، *اندیشه‌های حقوقی*، شماره ۸، ۱۳۸۴، صص ۱۳۴ـ۱۲۹.

46. Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charters), Summary of Advisory Opinion, ICJ Reports, 26 July 1962, p. 61.

47. Wood, Michael C., "The Interpretation of Security Council Resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 73, 1998, p. 74.

۴۸. امین‌زاده، الهام و ناصر خداپرست؛ «نقد تحریم نفت ایران از طرف اتحادیه اروپا از منظر حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۰، ۱۳۹۱، ص ۲۳.

49. Wood, *op. cit.*, p. 79.

سیاق عبارات است و لازمه تفسیر با حسن‌نیت این است که کشورها و همچنین دیگر سازمان‌های بین‌المللی از گسترش قلمرو نهادها و اشخاص مشمول تحریم، خودداری کنند.

با وجود این، اتحادیه اروپا به‌عنوان سازمان بین‌المللی، موظف به عمل طبق مقررات اساسنامه خود است. در اتحادیه اروپا، قطعنامه‌های شورای امنیت از طریق سند موضع مشترک[۵۰] توسط شورای اتحادیه اتخاذ می‌شوند و در چارچوب سیاست مشترک خارجی و امنیت[۵۱] و همچنین بر پایه ماده ۲۱۵ معاهدهٔ ناظر بر عملکرد اتحادیه اروپا[۵۲] (مواد ۶۰ و ۳۰۱ معاهده جامعه اقتصادی اروپای سابق)[۵۳] وضع می‌شوند.[۵۴] بیانیه عمومی سیاست اتحادیه در این زمینه در سندی با نام «اصول اساسی استفاده از اقدامات تحدیدی (تحریم‌ها)»[۵۵] آمده است و طبق این بیانیه، اتحادیه اروپا برای اثربخشی تحریم‌های شورای امنیت، این اختیار را برای خود قائل است که از اقدامات شورای امنیت، تفسیری کامل، مؤثر و متناسب با زمان بنماید؛ همان طور که در رأی دیوان دادگستری اروپا در مرحله پژوهش‌خواهی دعوای کادی و مؤسسه البرکات علیه شورای اتحادیه اروپا ذکر شد که جامعه اروپا دارای نظام حقوقی مستقل است[۵۶] و اقدامات اتحادیه اروپا مبتنی بر حاکمیت قانون است و هیچ‌یک از کشورها و نهادها نمی‌توانند از مطابقت اقداماتشان با معاهده اتحادیه اروپا خودداری کنند.[۵۷] همچنین در پرونده *ویت* و *کندی*،[۵۸] دیوان اروپایی حقوق بشر، برتری تعهدات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را بر تعهدات معاهدات مؤسس سازمان‌های بین‌المللی مورد تأکید قرار داده است. بر این اساس، تحریم مالی شرکت‌های کشتی‌رانی و اموال مسئولین این سازمان‌ها (چه در چارچوب اتحادیه[۵۹] و چه در چارچوب شورای امنیت) تا جایی‌که موجب نقض حقوق بشر ناظر بر حق بر مالکیت و حق بر رسیدگی عادلانه می‌شود در چارچوب نظام حقوقی اتحادیه اروپا غیرقانونی خواهد بود.

لازم به ذکر است با انعقاد برجام، اتحادیه اروپا در ماده ۱۹ متعهد می‌شود تحریم‌های مربوط به صادرات تجهیزات و فناوری اساسی کشتی‌رانی، طراحی و ساخت کشتی و نفت‌کش، خدمات ثبت

---

50. Common Position

51. Common Foreign and Security Policy

52. TFEU, *op. cit.*, Art. 215.

53. Treaty Establishing the European Economic Community (TEEC), 1957, Arts. 60, 301.

54. Dupont, *op. cit.*, p. 8.

55. Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions), Council Document 10198/1/04, Art. 3

56. Joined Cases *Kadi & Al Barakaat v. Council of the European Union*, *op. cit.*, para. 282.

57. *Ibid.*, para. 281, Posch, Albert, "The Kadi Case: Rethinking the Relationship between EU Law and International Law", *The Columbia Journal of European Law Online*, No. 15, 2009, p. 4.

58. *Waite & Kennedy v. Germany*, ECHR, Case No. 26083/94, 1999, para. 67.

۵۹. برخی مدیران کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران در تصمیمات زیر، مشمول تحریم شده بودند.
CD. 2011/783/CFSP, Annex; CIR. No 1245/2011, Annex; CD. 2013/270/CFSP, Annex.

پرچم و بیمه‌ای را لغو کند.[۶۰] بندهای ۱,۳,۱ تا ۱,۳,۳ از بخش «الف» ضمیمه دوم برجام به جزئیات تحریم‌های کشتی‌رانی ایران می‌پردازد و علاوه بر موارد مذکور، به فروش تجهیزات مربوط به کشتی و توقف بازرسی و توقیف کشتی‌های ایرانی اشاره می‌کند.[۶۱] بند ۱۶ ضمیمه پنجم برجام نیز به شماره قطعنامه‌های تحریمی اتحادیه اروپا اشاره می‌کند.[۶۲] در مجموع باید گفت با اجرایی‌شدن برجام، تمام تحریم‌های کشتی‌رانی ایران از سوی اتحادیه اروپا لغو خواهد شد.

۲. تحریم یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران

۲ـ۱. پیشینه تحریم یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران

علاوه بر اتحادیه اروپا، تحریم‌هایی از سوی کشورهایی چون امریکا، انگلستان، استرالیا، کانادا، ژاپن و کره جنوبی ... به‌صورت یک‌جانبه و فراتر از قطعنامه‌های شورای امنیت، علیه ایران در زمینه‌های مختلف ازجمله کشتی‌رانی و دریانوردی صورت گرفته است. برای مثال، «دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری امریکا در تاریخ ۱۰ سپتامبر ۲۰۰۸ مستنداً به دستور اجرایی شماره ۱۳۳۸۲ و قطعنامه ۱۸۰۳ شورای امنیت، کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و ۱۸ شرکت وابسته داخلی و نمایندگی خارجی آن را به‌عنوان تأمین‌کننده خدمات تدارکاتی مورد نیاز در ساخت موشک و سلاح‌های اتمی برای وزارت دفاع و نیروهای مسلح ایران اعلام کرد و در فهرست اشخاص ممنوع‌المعامله قرار داد و در توضیح، مدعی شد که شرکت کشتی‌رانی، حمل کالا و تجهیزات ممنوعهٔ مربوط به گسترش سلاح‌های اتمی ایران را تسهیل و با ارائه اسناد جعلی، فعالیت غیرقانونی خود را قانونی جلوه داده و از این طریق، مقامات دریایی کشورها را گمراه کرده است. بر اساس این دستورالعمل، اولاً، مقامات امریکایی می‌توانند کشتی‌ها و هواپیماهای موردنظر را در سرزمین خود بازرسی کنند و ثانیاً، اتباع امریکایی اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی از هرگونه معامله با کشتی‌رانی جمهوری اسلامی منع شدند و ثالثاً، کلیه اتباع و مقامات امریکایی در سراسر جهان می‌توانند چنانچه دارایی‌های کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و معاملات پولی و بانکی این شرکت را که در اختیار و کنترل آنان بوده و به‌طور مستقیم و غیرمستقیم، مرتبط با فعالیت‌های هسته‌ای جمهوری اسلامی ایران تلقی شود، توقیف و ضبط کنند».[۶۳] از ابتدای سال ۱۳۹۰، ۱۳ تحریم و

60. Joint Comprehensive Plan of Action, Vienna, 24 July 2015, Art. 19.

61. *Ibid.*, Annex II, Part A, Sections 1.3.1 to 1.3.3.

62. *Ibid.*, Annex V, Para. 16.

63. Executive Order 13382 of 10 September 2008, & Foreign Assets Control Office, 1/13/2009, "Additional Designation of Entities Pursuant to Executive Order 13382, 2008.

علاوه بر امریکا، کشورهای دیگر نیز کشتی‌رانی ایران را تحریم کرده‌اند. برای مثال، کانادا در «قانون خاص اقتصادی» خود، ممنوعیت تأمین بیمه، ممنوعیت سرمایه‌گذاری و ممنوع‌کردن تهیه کشتی در تملک، کنترل یا اداره شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و محدودیت برای ارائه خدمات به این کشتی‌ها را مقرر داشته است.

دو بخشنامه بر علیه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران صادر و اعمال شد که درمجموع، امریکا تا به حال ۱۳۲ شرکت و ۱۶ نفر از مدیران کشتی‌رانی را تحریم کرده که بیشترین تعداد در بین سازمان‌ها و ارگان‌های تحریم‌شده در سطح کشور بود.[۶۴]

به‌علاوه، تحریم نفتی ایران از سوی برخی کشورها بر صنعت کشتی‌رانی ایران نیز اثر گذاشته است. برای مثال، قانون «کاهش تهدید ایران و حقوق بشر سوریه» که به تحریم نفتی ایران از سوی امریکا منجر شد به رئیس‌جمهور اختیار می‌دهد که طبق مقررات این قانون، کشتی متعلق به نهادهای تحریم‌شده و نیز کشتی به‌کار گرفته‌شده برای انتقال نفت از ایران به کشوری دیگر را برای مدت ۲ سال از ورود به بندرهای ایالات متحده امریکا محروم کند. همچنین رئیس‌جمهور می‌تواند بر اشخاص مالک، اداره و کنترل‌کننده کشتی‌هایی که برای انتقال نفت به‌کار گرفته می‌شود یا به اقداماتی برای دورزدن تحریم‌ها مبادرت می‌کنند ممنوعیت‌هایی را تحمیل کند.[۶۵] ساخت و تهیه کشتی‌های نفت‌کش و ارائه فناوری و تجهیزات مربوط به آن‌ها،[۶۶] فراهم‌کردن تأمین مالی برای خدمات حمل‌ونقل کشتی‌های حامل نفت و محصولات نفتی نیز طبق قوانین امریکا ممنوع است.[۶۷] با انعقاد برجام، ایالات متحده امریکا متعهد به توقف اعمال تحریم علیه کشتی‌رانی شد. بند ۱۳ ماده ۲۱ به «معامله با کشتی‌رانی ایران و بخش‌های کشتی‌رانی و خدمات بندری» اشاره می‌کند. لغو تحریم‌ها شامل شرکت‌ها و کشتی‌های تحریم‌شده نیز هست. بااین‌حال، بررسی تحریم‌های امریکا تا پیش از اجرای برجام و برای جبران خسارات ناشی از تحریم‌های نامشروع پس از اختتام احتمالی برجام، امری ضروری است.

لازم به ذکر است که انعقاد برجام موجب شد تا امریکا متعهد شود بخش عمده‌ای از تحریم‌های حوزه کشتی‌رانی ایران را تعلیق یا لغو کند. ماده ۲۱ به تعلیق تحریم‌های امریکا در حوزه معاملات با کشتی‌رانی ایران و بخش‌های ساخت کشتی و بندرهای ایران، خدمات بیمه و شرکت‌ها و اشخاص مذکور در پیوست سوم به ضمیمه دوم اشاره می‌کند.[۶۸] همچنین جزئیات و برخی قوانین مربوط به

Foreign Affairs, Trade and Development Canada, (2014), "Canadian Sanctions Related to Iran", available at: http://www.international.gc.ca/sanctions/countries-pays/iran.aspx?lang=eng, Accessed on: 03/11/2015.

۶۴. پایگاه خبری تحلیلی روز نو، «خروج نام مدیران و شرکت‌های کشتی‌رانی از لیست تحریم»، ۱۳۹۴/۰۴/۲۴، <http://roozno.com/fa/news/144721>، بازدید: ۱۳۹۴/۰۵/۲۵.

65. Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act, 2012, (ITRSHA), Sec. 202.

66. *Ibid.*, Sec. 201; IFCA, Sec 1244 (d).

67. Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012, Sec. 1245 (c). <https://www.gov.uk/sanctions-on-iran>, Accessed on: 03/06/2015).

68. Joint Comprehensive Plan of Action, *op. cit.*, Art. 21.

تحریم کشتی‌رانی در بند ۴ـ۴ بخش (ب) ضمیمه دوم برجام ذکر شده است.[۶۹]

۲ـ۲. ارزیابی تحریم یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران

الف. اصول منشور ملل متحد

قطعنامه ۱۸۰۳ شورای امنیت، تنها حق بازرسی کشتی‌های ایرانی را بدون رضایت دولت ایران ـ در محدوده بندرها برای کشورها شناخته است، اما دستورالعمل اجرایی امریکا با اعطای اختیارات فراسرزمینی به اتباع امریکا، امر بازرسی و توقیف معاملات و... را به خارج از محدوده مرزهای امریکا گسترش داده است. همچنین شورای امنیت، صرفاً شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران را تحریم کرد درحالی‌که دستورالعمل وزارت خزانه‌داری امریکا با آوردن نام شرکت‌های وابسته به این شرکت، فراتر از قطعنامه شورای امنیت عمل کرده است.[۷۰]

همان طور که *امانوئل دوپان* بیان داشته است، «مهم‌ترین ایراد تحریم‌های یک‌جانبه از دیدگاه حقوق بین‌الملل، راجع به نظام امنیت جمعی است. هنگامی که وضعیتی در دستور کار شورای امنیت قرار گیرد و شورا در آن وضعیت، رأساً تصمیم‌گیری کند، دولت‌های عضو سازمان ملل، چه به‌صورت منفرد و چه به‌صورت جمعی نمی‌توانند در خصوص آن وضعیت، مبادرت به اعمال تحریم کنند».[۷۱]

دولت‌های اعمال‌کننده تحریم‌های یک‌جانبه، اصولاً برای توجیه عمل خود، به اصل اقدامات متقابلِ مندرج در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها متوسل می‌شوند. برای رد این توجیه، *آلن پله*، حقوق‌دان برجسته بین‌المللی معتقد است «در صورت تصمیم شورای امنیت به تحمیل تحریم‌ها در پاسخ به یک اقدام اشتباه بین‌المللی، حق دولت‌ها در اتخاذ اقدامات متقابل یک‌جانبه خاتمه می‌یابد». او در این مورد به ماده ۵۱ منشور استناد می‌کند که مقرر می‌دارد: «حق دفاع مشروع در پاسخ به حمله مسلحانه، تا وقتی که شورای امنیت، اقدامات ضروری را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ ننماید، از بین نمی‌رود». او استدلال می‌کند که «این موضوع در خصوص اقدامات متقابل به هنگام اقدام شورای امنیت، طبق مواد ۴۱ و ۴۲ منشور نیز صدق می‌کند».[۷۲]

حتی اگر به نظر برخی از حقوق‌دانان، تحریم‌های شورای امنیت نتواند مانعی در مقابل اتخاذ اقدام متقابل ایجاد کند،[۷۳] توسل به اقدام متقابل، نیازمند رعایت شروط خاص مقرر در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱) است که به نظر می‌رسد در مواردی از تحریم

69. TRA Sections 211(a) and 212(a); IFCA Sections 1244(c)(1) and (d); 1245(a)(1)(B), (a)(1)(C)(i)(I)-(II), (a)(1)(C)(ii)(I)-(II) and (c), 1246(a) and 1247(a); Section 5(a) of E.O. 13622 and Sections 2(a)(i) and 3(a)(i) of E.O. 13645).

۷۰. وکیل و تحصیلی، *همان*، صص ۳۲۸ و ۳۲۹.

71. Dupont, *op. cit.*, p. 31.

72. *Ibid.*, p. 32.

73. Clamita, N. Jansen, *op. cit.*, 1418-1419.

یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران، این شروط رعایت نشده است. برای نمونه، نقض اولیه تعهد و عدم رعایت مقررات معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (NPT) از سوی ایران، مورد اختلاف است و هنوز سند موثقی از نقض این مقررات از جانب ایران، توسط دولت‌ها و سازمان‌های مدعی نقض، ارائه نشده است.[۷۴]

ب. اصل مصونیت دولت و اموال دولتی

در تحریم یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران، بخش‌هایی از مواد ۱۶ و ۱۸ کنوانسیون ملل متحد راجع به مصونیت دولت و اموال دولتی[۷۵] نقض می‌شود. این مواد بر مصونیت کشتی‌های دولتی غیرتجاری و جنگی به دلیل اینکه در مالکیت دولت کشور صاحب پرچم هستند تأکید می‌کند.[۷۶] در متن اسناد تحریمی کشورهایی که به‌صورت یک‌جانبه کشتی‌رانی ایران را تحریم کرده بودند از عبارت «کشتی‌های در مالکیت، بهره‌برداری یا کنترل دولت ایران یا نهادهای معین‌شده»[۷۷] استفاده شده است که شامل کشتی‌های دولتی ایران می‌شود. از توجه به عبارات مندرج در این اسناد و نیز دقت در این امر که حمل‌ونقل نفت و دیگر موارد تحریم‌شده در زمره اعمال حاکمیتی قلمداد می‌شوند، اقدام به بازرسی و توقیف این‌گونه کشتی‌ها ناقض قاعده مصونیت اموال دولتی است. اگر نتوان حمل‌ونقل نفت، گاز و مواد هسته‌ای و نظامی را از نظر ماهیت، عملی حاکمیتی دانست، از لحاظ معیار هدف و اهمیت این‌گونه کالاها در حفظ منافع ملی کشور، عملی حاکمیتی تلقی می‌شود.[۷۸]

راجع به اموال مسدودشدهٔ کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران در دستور اجرایی ۱۳۳۸۲ مورخ

---

74. Dupont, *op. cit.*, pp. 26-27.

75. UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004).

۷۶. بندهای ۱ و ۳ ماده ۱۶ مقرر می‌دارد: «۱. دولتی که مالکیت یا اداره یک کشتی را بر عهده دارد، چنانچه در زمان بروز منشأ دعوا، کشتی برای اهداف تجاری غیردولتی دولتی مورد استفاده قرار گرفته باشد، نمی‌تواند به مصونیت از صلاحیت قضایی در نزد دادگاه دولت دیگر که به‌نحوی از صلاحیت رسیدگی به موضوع اداره کشتی برخوردار است، استناد نماید مگر اینکه دولت‌ها به شکل دیگری توافق کرده باشند. ۳. یک دولت نمی‌تواند در نزد دادگاه دولت دیگر که به‌نحوی از صلاحیت رسیدگی موضوع حمل بار از طریق کشتی تحت مالکیت یا اداره آن دولت برخوردار است به مصونیت از صلاحیت قضایی آن دولت استناد نماید، چنانچه در زمان بروز منشأ دعوا، کشتی برای اهداف تجاری غیردولتی مورد استفاده قرار گرفته باشد مگر اینکه دولت‌ها به شکل دیگر توافق کرده باشند».

77. A vessle is owned, operated or controlled by the government of Iran or an entity especified.

۷۸. اینکه شرکت ملی نفت ایران، نهاد دولتی است مورد تأیید رویه دیوان بین‌المللی داوری دعاوی ایران و امریکا قرار گرفته است.

(*Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran*. Iran-US Claims Tribunal, Case No. 43. 1982, available at: <http://translex.uni-koeln.de/230400>, Accessed on: 03/05/2015).

۱۰ سپتامبر ۲۰۰۸، با توجه به اینکه این شرکت، یک ارگان دولتی تلقی می‌شود[۷۹] و ازآنجایی‌که عمل کشتی‌رانی با توجه به معیار ماهیت و در موارد خاص، معیار هدف مندرج در این معاهده،[۸۰] در زمره اعمال حاکمیتی است، لذا اموال این شرکت از مصونیت برخوردار است و مسدودکردن اموال آن، فراتر از قطعنامه‌های شورای امنیت، نقض مفاد این کنوانسیون و قاعده عرفی مصونیت اموال دولتی است.[۸۱] کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح پیش‌نویس جرایم علیه صلح و امنیت بشری، مسدودکردن دارایی‌ها به‌طور وسیع یا به‌طور منظم را ازجمله اقدامات مجرمانه بین‌المللی می‌داند[۸۲] که اقدامات یک‌جانبه دولت‌ها، فراتر از قطعنامه‌های قانونی و الزام‌آور می‌تواند مصداقی از آن باشد.

ج. اصول حقوق دریاها

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در مواد ۱۷ تا ۱۹ به تعریف حق عبور بی‌ضرر و استثنائات تعلیق این حق پرداخته است و ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: «عبور، بی‌ضرر است مادامی که مخل صلح، نظم عمومی یا امنیت کشور ساحلی نباشد». سپس به بیان اعمالی می‌پردازد که در صورت انجام آن‌ها توسط کشتی‌ها در دریای سرزمینی، حق عبور بی‌ضرر آن‌ها قابل تعلیق است.[۸۳]

به این دلیل که ایران، کنوانسیون حقوق دریاها را تصویب نکرده است، در رابطه خود با دولت‌های دیگر و اعمال تحریم‌های مخالف مقررات این کنوانسیون نمی‌تواند به قواعد قراردادی حقوق دریاها استناد کند. با وجود این، مواردی از مندرجات عهدنامه حقوق دریاها چون حق عبور بی‌ضرر، آزادی دریانوردی در آب‌های آزاد و نیز مصونیت کشتی‌های دولتی غیرتجاری و جنگی که امروزه در زمره قواعد عرفی حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند، برای ایران نیز قابل استناد است و

---

۷۹. هرچند که گروه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران، یک شرکت است، طبق تفسیر شماره ۲ ماده ۵ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، رفتار شرکت عمومی، دولتی و حتی در شرایطی خصوصی که طبق قانون، اعمال اقتدارات عمومی می‌کند به دولت منتسب خواهد بود.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *ILC Yearbook 2001/II* (2), 26, Art. 5.

80. UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004), Art. 2(2).

۸۱. شورای اتحادیه اروپا نیز در ادعاهایش در جریان دادرسی پرونده شکایت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران علیه شورای اتحادیه اروپا به دولتی‌بودن این شرکت اشاره کرده است:

Case No: T. 489/10, In the General Court of the European Union, *Islamic Republic of Iran Shipping Line (IRISL) v. Council of the European Union*, 2013, para. 45.)

82. Report of International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session (A) (A/51/10), p. 53, Art. 20 (IV).

۸۳. ازجمله اعمال مندرج در ماده ۱۹ عهدنامه ۱۹۸۲ حقوق دریاها که مخل صلح، نظم عمومی و امنیت کشور ساحلی است عبارت است از: ۱. هرگونه استفاده از زور علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور ساحلی، ۲. هرگونه استفاده یا تمرین با اسلحه از هر نوع، ۳. هر عملی به‌منظور جمع‌آوری اطلاعات به ضرر دفاع یا امنیت کشور ساحلی،۴. هر نوع تبلیغ به‌منظور اخلال در دفاع یا امنیت کشور ساحلی و ....

هیچ دولتی نمی‌تواند به استناد تحریم‌های یک‌جانبه، این حقوق را نادیده بگیرد. فعالیت‌هایی مثل اعمال بازرسی که گاهی فراتر از قطعنامه‌های شورای امنیت توسط کشورهایی مثل امریکا و انگلیس و ... صورت می‌گیرد، مخل حق عبور بی‌ضرر عرفی کشتی‌های ایرانی تلقی خواهد شد.

دولت امریکا برای توجیه تحریم‌های یک‌جانبه خود علیه ایران از اقدامات ایران به‌عنوان تهدیدی برای منافع ملی کشورش یاد کرده است. حتی اگر حرکت آزادانه کشتی‌های ایران، تهدیدی علیه امنیت امریکا تلقی شود باید توجه داشت که از دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوای سکوهای نفتی می‌توان استنباط کرد که صرف تصور تهدید منافع ملی، دلیلی برای اعمال اقدامات اجرایی نخواهد بود و این تهدیدها باید به‌صورت عینی و واقعی به اثبات برسد. در غیر این صورت، هر اقدامی برای مقابله با این تهدیدها غیرقانونی خواهد بود.[۸۴]

همچنین اصل آزادی کشتی‌رانی در آب‌های آزاد که در مواد ۸۷ و۹۰ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها و برخی اسناد بین‌المللی دیگر مانند مواد ۲ و ۴ عهدنامه دریای آزاد ۱۹۵۸ ژنو ذکر شده است، به نظر برخی، جنبه حقوق بین‌الملل عرفی پیدا کرده است.[۸۵] لذا توقیف و بازرسی خودسرانه کشتی‌های ایرانی توسط برخی کشورها و فراتر از قطعنامه شورای امنیت در آب‌های آزاد، تخلف بین‌المللی محسوب شده و موجب مسئولیت بین‌المللی آن دولت خواهد شد.

د. اصول قراردادی

عهدنامه مودت، روابط اقتصادی و حقوق کنسولی میان ایران و امریکا[۸۶] در سال ۱۹۵۵ در تهران به امضا رسید و در سال ۱۹۷۵ لازم‌الاجرا شد. عهدنامه مودت میان این دو کشور در حال حاضر معتبر است[۸۷] و تحریم‌های یک‌جانبه و فراتر از قطعنامه‌های شورای امنیت توسط امریکا در تعارض با بند ۲ ماده ۸ آن تلقی می‌شود که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کدام از طرفین معظّم متعاهد نباید محدودیت‌ها یا ممنوعیت‌هایی را به واردات یا صادرات هر محصول طرف دیگر معظم

84. Case Concerning Oil Platforms (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*, ICJ Reports, 2003, p. 162.

۸۵. والاس، ربکا؛ *حقوق بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق: سیدقاسم زمانی و مهناز بهراملو، چاپ سوم، شهردانش، ۱۳۹۰، ص ۲۰۶.

86. Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran (1955).

۸۷. شهبازی، آرامش؛ «اعتبار عهدنامه مودت (۱۹۵۵) و قابلیت استناد به آن در روابط ایران و ایالات متحده امریکا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۲۸، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص ۶۹.

رویه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گروگان‌گیری و رویه دیوان داوری ایران و امریکا بر اعتبار این معاهده صحه می‌گذارد. همچنین اختتام و فسخ معاهده مودت، طبق ماده ۲۳ آن، نیازمند سازوکار و تشریفات ویژه‌ای است که تا کنون اقدامی در این زمینه از طرف دولت‌های طرف معاهده صورت نگرفته است و نیز با توجه به عدم استناد دو طرف به اصل تغییر بنیادین اوضاع‌واحوال، این معاهده همچنان پابرجاست.

متعاهد به سرزمین‌های طرف دیگر معظم متعاهد وارد نماید مگر واردات یا صادرات چنین محصولی به همه کشورهای ثالث، مشابهتاً محدود یا ممنوع شده باشد»؛ به‌ویژه اینکه شورای امنیت در قطعنامه‌های تحریمی خود، تنها حق بازرسی و توقیف در صورت تخلف را به کشورها داده است و اجازه نداده که مانع ورود کشتی‌های ایرانی به آب‌های سرزمینی خود شوند؛ حال آنکه ایالات متحده امریکا مانع ورود کشتی‌های ایرانی به آب‌های سرزمینی خود می‌شود.[۸۸]

تحریم دریانوردی ایران، فراتر از قطعنامه شورای امنیت در مناطق مختلف دریایی در تعارض با ماده ۱۰ این عهدنامه نیز هست. این ماده اشعار می‌دارد: «بین قلمروهای طرفین معظمین متعاهدین، آزادی تجارت و دریانوردی برقرار خواهد بود... ۴. هریک از طرفین معظمین متعاهدین نسبت به کشتی‌های طرف معظم متعاهد دیگر درمورد حق حمل کلیه محصولاتی که ممکن است به‌وسیله کشتی به قلمرو طرف معظم متعاهد حمل گردد یا از قلمرو مزبور فرستاده شود، رفتار ملی و رفتار ملل کامله‌الوداد خواهد کرد...». در تحریم دریانوردی ایران، امکان نقض شرط رفتار ملی و شرط کامله‌الوداد از سوی ایالات متحده امریکا وجود دارد.

هـ. اصل آزادی تجارت

امروزه دیگر جدایی حقوق بشر از مفاهیم تجارت، ساده نیست.[۸۹] همه تحریم‌های اقتصادی، نقضی بر مقررات آزادی تجارت است به این دلیل که بیشتر آن‌ها مربوط به ممنوعیت‌ها و محدودیت‌هایی بر صادرات و واردات کالا با کشور هدف است.[۹۰] امروزه تجارت آزاد، امروزه به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین دولت‌ها شناخته می‌شود[۹۱] و تحریم اقتصادی در تضادی آشکار با آن قرار دارد. تعارض تحریم‌ها با اصل آزادی تجارت در رویه و اسناد بین‌المللی مختلفی مانند تصمیمات آنکتاد و مجمع عمومی[۹۲] مورد توجه واقع شده است.[۹۳] تحریم کشتی‌رانی ایران که اصولاً توسط کشورهای طرفدار نظام اقتصاد آزاد تحمیل می‌شود، با حق آزادی تجارت که یکی

---

88. ITRSHA, *op. cit.*, Sec 2 (B).

۸۹. امین‌زاده، الهام و وحیده غلامی؛ «تحدید اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتو ضوابط حقوق بشر، قواعد رقابت و حقوق اجتماعی»، *فصلنامه روابط خارجی*، سال ۵ ، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۱۸۵.

90. Beak, Buhm-Suk, "Economic Sanction against Human Rights Violations", *Cornell Law School Inter-University Graduate, Student Conference Papers*, 2008, p. 74.

۹۱. لونفلد، آندریاس اف؛ *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، چاپ دوم، جنگل جاودانه، ۱۳۹۲، ص ۹۳۲.

92. A/Res/29/3281, Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, Arts. 4, 32; A/Res/25/2625, 1970, Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations; A/Res/51/22, 1996, Elimination of coercive economic measures as a means of political and economic compulsion.

93. The Vienna Conference on the Law of Treaties, Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic Coercion in the Conclusion of Treaties, 1966, para. 1.

از مظاهر حاکمیت دولت‌ها و اصلی بنیادین در نظریه لیبرالیسم است، متعارض است.[۹۴] این تحریم‌ها همچنین با هدف و موضوع سازمان تجارت جهانی که عموم این دولت‌ها عضو آن هستند در تعارض آشکار است.

۳. اقدام متقابل ایران

در برابر اقدامات تحدیدکننده دولت‌های غربی علیه صنعت کشتی‌رانی ایران، این کشور نیز روش‌هایی را برای جبران این محدودیت‌ها در پیش گرفته است.

۳ـ۱. استفاده از پرچم مصلحتی

با اعمال تحریم‌هایی توسط شورای امنیت و چندین کشور علیه کشتی‌رانی ایران، سازمان کشتی‌رانی ایران ناچار شد کشتی‌های خود را با نام‌های خارجی، پرچم کشورهای خارجی و حتی با انعقاد قراردادهای فروش و استیجاری به کشورهای دیگر، وارد آب‌های بین‌المللی کند تا بتواند مشکلات تحریمی را تا حدودی برطرف نماید.

پرچم مصلحتی با توجه به مواد ۹۱ و ۹۲ کنوانسیون حقوق دریاها پرچم کشوری است که یک کشتی در آن به ثبت رسیده است درحالی‌که کشتی پیوند وثیقی با آن دولت، اعم از مالکیت، تولید، تابعیت خدمه کشتی و غیره نداشته باشد یا هرچند در کشوری با پیوند مناسب ثبت شده باشد، اما در جریان سفر دریایی از پرچم کشور دیگری استفاده کند.[۹۵] دولت‌ها به دلایل مختلفی که می‌توان آن‌ها را در دو دلیل اقتصادی و دلیل سیاسی جای داد[۹۶] به این نظام روی آوردند که تحریم‌های اقتصادی، ازجمله دلایل سیاسی استفاده از پرچم مصلحتی است.[۹۷]

تعداد کشتی‌های شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران در اثر تحریم‌ها از ۱۶۴ فروند در سال ۱۳۹۰ به ۱۵۱ فروند در سال ۱۳۹۳ کاهش یافت[۹۸] که تعدادی از آن‌ها به‌منظور رفع

---

۹۴. خواجی، غلامرضا؛ «تحریم اقتصادی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر حقوق بین‌الملل اقتصادی و حق توسعه»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، شماره ۲،۱۳۹۱، ص ۱۳.

۹۵. چرچیل، رابین و آلن لو؛ *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه: بهمن آقایی، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۳۱۹.

۹۶. صادقی حقیقی، دیدخت؛ *ثبت کشتی‌ها در حقوق بین‌الملل با تأکید بر پدیده پرچم‌های مصلحتی*، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۳، ص ۱۲.

۹۷. صادقی حقیقی، دیدخت؛ «پرچم‌های مصلحتی بعد از کنوانسیون ۱۹۸۲»، همایش بین‌المللی تحولات حقوق بین‌الملل دریاها بیست سال پس از لازم‌الاجراشدن کنوانسیون حقوق دریاها، ۱۳۹۲.

۹۸. گزارش مجمع سالیانه شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۳/۰۸/۱۱،
گزارش ـ مجمع ـ سالیانه ـ شرکت ـ کشتی‌رانی ـ جمهوری ـ اسلامی ـ ایران/http://www.meyarco.com
بازدید: ۱۳۹۳/۰۴/۱۹.

محدودیت ناشی از تحریم‌ها از پرچم‌های مصلحتی استفاده می‌کردند. برای مثال، ۱۵ کشتی ایرانی تحت پرچم کشور بولیوی فعالیت می‌کردند.[۹۹] این در حالی است که دولت امریکا برای مقابله با دورزدن تحریم توسط ایران با استفاده از پرچم مصلحتی به‌طور خاص، قوانینی را تدوین کرده بود.[۱۰۰] بر اساس قانون جامع تحریم، مصوب سال ۲۰۱۰ اجاره‌کنندگان کشتی باید محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های مقرر را رعایت کنند. مالکین کشتی‌ها و سایرین باید احتیاط کامل به خرج دهند تا با اجاره‌دادن شناور به تحریم‌شدگان ایرانی یا اجاره‌کردن شناور از تحریم‌شدگان ایرانی، مرتکب تخلفی نسبت به ممنوعیت‌های مندرج در این قانون نشوند.[۱۰۱]

در خصوص مشروعیت پرچم مصلحتی باید توجه داشت که در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در خصوص تابعیت کشتی‌ها بر رابطه اصیل کشتی و کشور اعطاکننده پرچم تأکید شده است،[۱۰۲] اما این کنوانسیون، هیچ معیار دقیقی برای احراز این ارتباط اصیل و واقعی به دست نمی‌دهد و هیچ رویه مقبول بین‌المللی برای روشن‌ساختن معنای «ارتباط اصیل» به وجود نیامده است. بنابراین دولت‌ها در خصوص نحوه حصول اطمینان از ارتباط اصیل بین کشتی تحت تابعیت‌شان و خودشان اختیار عمل دارند.[۱۰۳] همچنین در هیچ‌یک از مواد کنوانسیون ۱۹۸۲ استفاده از پرچم مصلحتی صراحتاً ممنوع اعلام نشده است و تنها ضمانت اجرای تعویض پرچم در طول سفر دریایی توسط کشتی، عدم امکان استناد آن کشتی به هیچ‌یک از تابعیت‌هایش اعلام شده است.[۱۰۴] به‌علاوه با عضویت کشورهای حامی ثبت آزاد در کنوانیسون، ازجمله مغولستان، لیبریا، پاناما و ... ثبت کشتی توسط مالکان کشتیِ تحت پرچم مصلحتی رو به گسترش است به حدی که در سال ۲۰۰۳ حدود پنجاه درصد ناوگان دریایی جهان به لحاظ تناژ در کشورهای حامی «پرچم مصلحتی» ثبت شده بود.[۱۰۵] حتی در صورت نامشروع‌دانستن استفاده

---

۹۹. بولیوی از احتمال برداشتن پرچم خود از روی کشتی‌های ایرانی خبر داد، ۱۳۹۱/۰۲/۱۰، http://www.entekhab.ir/fa/news/59819/. بازدید: ۱۳۹۴/۰۴/۱۹.

100. ITRSHA, *op. cit.*, Sec. 202.

101. Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act, 2010, Sec. 102 B(3) & C.

۱۰۲. ماده ۹۱: بند ۱. هر کشور شرایط مربوط به اعطای تابعیتش به کشتی‌ها، ثبت کشتی‌ها در قلمروش و حق اهتزاز پرچم خود را تعیین خواهد کرد. کشتی‌ها تابعیت کشوری را دارند که حق دارند پرچمش را حمل کنند. بین آن کشور و آن کشتی باید رابطه اصیل وجود داشته باشد.

۱۰۳. سون، لویی. بی و دیگران؛ *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، جنگل جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۴۰.

۱۰۴. ماده ۹۲، بند ۲: یک کشتی که تحت پرچم دو یا چند کشور سفر می‌کند و آن پرچم‌ها را بر حسب سهولت و راحتی استفاده می‌نماید، نمی‌تواند هیچ‌یک از این تابعیت‌های مورد بحث را در ارتباط با هر کشور دیگر ادعا نماید و ممکن است به کشتی بدون تابعیت تشبیه شود.

۱۰۵. سون، لویی. بی و دیگران، *همان*، ص ۴۱.

از پرچم مصلحتی در حقوق بین‌الملل، این اقدام ایران در برابر آن دسته از تحریم‌های نامشروع علیه کشتی‌رانی ایران در چارچوب اصل اقدام متقابل، مشروع خواهد بود.

باید توجه داشت علی‌رغم عدم ممنوعیت استفاده از پرچم مصلحتی، هر کشتی در سازمان بین‌المللی دریانوردی (IMO) شماره شناسایی و سایر مشخصات مخصوص به خود دارد و تغییر نام و پرچم کشتی‌های مشمول تحریم، هزینه‌هایی گزاف بر شرکت‌های کشتی‌رانی و نیز بر دولت ایران تحمیل می‌کند. به‌علاوه درصورتی‌که کشور اعطاکننده پرچم به تعهدات خود در صورت بروز مشکل عمل نکند، مشکلات و هزینه‌هایی برای ایران در برخواهد داشت.[۱۰۶]

۳ـ۲. طرح دعوا در مراجع قضایی و شبه‌قضایی

اشخاص و نهادهای مشمول تحریم می‌توانند در دادگاه عمومی اتحادیه اروپا درخواست ابطال تصمیمات شورا را بدهند. تدابیر محدودکننده شورا درصورتی‌که با اصول بنیادین قوانین اروپا مطابقت داشته باشد قانونی است و اگر این قوانین را نقض کند توسط دادگاه باطل می‌شود.[۱۰۷] به نظر می‌رسد بهترین روش برای ایران درمورد تحریم‌های اتحادیه اروپا به‌ویژه درمورد حمل‌ونقل و کشتی‌رانی، اقامه دعوا نزد دیوان دادگستری اروپا بود. همچنین اقامه دعوای اشخاص حقیقیِ مشمول تحریم‌ها، نزد دیوان اروپایی حقوق بشر، علیه کشورهای اروپاییِ تحریم‌کننده می‌توانست مؤثر باشد.

استفاده از راهکارهای کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملل متحد که تحریم را خلاف حقوق بشر اعلام کرده است[۱۰۸] یا اخذ نظریه مشورتی از دیوان بین‌المللی دادگستری درمورد اعتبار تصمیمات شورای امنیت با توجه به قواعد حقوق بشر نیز می‌توانست در رفع این محدودیت‌ها مؤثر باشد. ارائه درخواست به کمیته تحریم شورای امنیت برای خروج از فهرست تحریم‌ها توسط اشخاص (حقیقی و حقوقیِ) مشمول تحریم هم می‌توانست مؤثر باشد؛ بخصوص اینکه با ایجاد واحد مرکزی[۱۰۹] و نهاد آمبودزمان،[۱۱۰] دسترسی افراد به این سازوکار بیشتر شده و اشخاص می‌توانند مستقیماً و بدون درخواست حمایت دیپلماتیک از کشور متبوع خود،

---

۱۰۶. مهدی‌نژاد، مهدی، مجید دهقان، نازنین لک و الهام قاسمی؛ «بررسی آثار تغییر پرچم کشتی‌ها بر اقتصاد و حمل‌ونقل دریایی ایران»، http://www.dhod.pmo.ir، بازدید: ۱۳۹۲/۰۹/۲۲.

۱۰۷. در مواد ۲۶۳ و ۲۶۴ معاهدهٔ نحوه عملکرد اتحادیه اروپا (TFEU) نحوه و چگونگی اقامه دعوا بیان شده است: «درصورتی‌که دعوا عقلانی بوده و اثبات شود، دیوان دادگستری اروپا قانون مطروحه را باطل اعلام خواهد داشت. بااین‌حال دادگاه در صورت لزوم، تصریح خواهد کرد که کدام‌یک از آثار قانون ابطال‌شده، می‌بایست قطعی و نهایی شمرده شود».

108. CESCR General Comment 8, The Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights, 1997.

109. Focal point

110. Ombudsman

درخواست‌شان را به کمیته تحریم ارائه دهند.[۱۱۱] به‌علاوه طرح دعوای شرکت‌های کشتی‌رانی در محاکم ملی کشورهای تحریم‌کننده و به‌ویژه محاکم کشورهای اروپایی می‌توانست یکی از راه‌حل‌های حقوقی برای صدور رأی به لغو تحریم‌ها باشد؛ همان گونه که بانک‌های ملی و ملت در دادگاه عالی انگلستان طرح دعوا کردند و دادگاه عالی این کشور به لغو تحریم بانک ملت رأی داد.[۱۱۲]

مهم‌ترین اقدام حقوقی مطرح در حوزه کشتی‌رانی، دعوای کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و شرکت‌های وابسته به آن در دیوان دادگستری اروپا است که در تاریخ ۱۶ سپتامبر ۲۰۱۳ منجر به صدور رأی در الزام شورای اتحادیه اروپا به لغو تصمیمات مشمول اقدامات تحدیدی علیه این شرکت‌ها شد.[۱۱۳] در این دعوا خواهان‌ها (کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و شرکت‌های وابسته) لغو تصمیم شماره ۴۱۳/۲۰۱۰ شورای اتحادیه اروپا[۱۱۴] و دیگر تصمیمات شورا[۱۱۵] را به همراه پنج ادعای دیگر خواستار شدند.[۱۱۶] دادگاه در صدور رأی، به ارزیابی اشتباه کشورهای عضو اتحادیه اروپا در اتخاذ اقدامات علیه خواهان‌ها توجه داشت. از نظر دادگاه، تصمیم شورای اروپا علیه ایران باید به اتخاذ اقدامات تحدیدی علیه یک شخص یا نهاد به دلیل حمایتش از فعالیت‌های هسته‌ای محدود شود که آن شخص یا نهاد به‌واقع این کار را انجام داده باشد و

---

۱۱۱. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: علیرضا محمدی مطلق؛ *تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه قم، ۱۳۹۳.

112. *Judgement of Bank Mellat (Appellant) v. Her Majesty's Treasury (Respondent)* (No. 2), 2013, available at: www.11kbw.com/app/files/PDFs/BM.pdf, accessed on 09/07/2014.

113. *IRISL v. Council of the European Union, op. cit.*

۱۱۴. در این تصمیم، مبانی تحریم‌های مذکور بدین صورت بیان شده بود: شرکت کشتی‌رانی در حمل محموله‌های نظامی که شامل محموله‌های ممنوعه از ایران بوده دخالت داشته و حمل سه مورد از این محموله‌ها نقض فاحش تحریم‌های شورای امنیت است که به کمیته تحریم ایرانِ شورای امنیت گزارش شده است. همچنین ارتباط شرکت کشتی‌رانی به گسترش تسلیحات هسته‌ای چنان بود که شورای امنیت سازمان ملل متحد از کشورها درخواست کرد که به بازرسی کشتی‌های گروه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران بپردازند، مشروط بر اینکه دلایل معقولی مبنی بر این وجود داشته باشد که این کشتی‌ها کالاهای ممنوعهٔ معین‌شده در قطعنامه‌های ۱۸۰۳ و ۱۹۲۹ شورای امنیت سازمان ملل را حمل کرده‌اند. به‌علاوه در بیان دلایل در تصمیم ۴۱۳/۲۰۱۰ در ارتباط با شرکت‌های مهندسی و خدمات دریایی گروه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران، شورا اعلام کرد که گروه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران، نقض‌های مکرر مقررات قطعنامه ۱۷۴۷ شورای امنیت را تسهیل کرده است و خواهان‌های دیگر نیز شرکت‌های وابسته، در مالکیت یا تحت کنترل گروه کشتی‌رانی بودند یا از طرف آن عمل می‌کردند. (بند ۵ و ۶)

115. Implementing Regulation No. 668/2010, Decision 2010/644, Regulation No. 961/2010 and Regulation No. 267/2012.

۱۱۶. این پنج ادعا عبارت‌اند از: ۱. ادعای نقض حق دفاع و نقض حق آن‌ها بر حمایت قضایی مؤثر. ۲. ادعای نقض تعهد به بیان دلایل. ۳. ادعای نقض اصل تناسب، حق بر مالکیت و حق بر انجام فعالیت اقتصادی. ۴. ادعای ارزیابی اشتباه در اتخاذ اقدامات علیه خواهان‌ها. ۵. ادعای غیرقانونی‌بودن ماده ۱۶(۲) مقرره ۹۶۱/۲۰۱۰ و ماده ۲۳(۲) مقرره ۲۶۷/۲۰۱۰ در جایی‌که آن مقررات، ممنوعیتی را بر بارگیری و باراندازی محموله‌ها تحمیل می‌کنند. (بند ۲۴)

صرف خطری که فرد یا نهاد مربوطه در آینده چنین حمایتی را فراهم می‌کند کافی نیست.[۱۱۷] به‌علاوه دادگاه بیان کرد که اقدامات محدودکننده شورای امنیت در قطعنامه‌های ۱۸۰۳ و ۱۹۲۹، کشتی‌رانی جمهوری اسلامی را در بر نمی‌گیرد و تنها سه نهاد تحت مالکیت و کنترل کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران را مشمول تحریم قرار داده است. در پرونده نیز مدرکی که اتخاذ اقدامات تحدیدی علیه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران را توجیه کند از طرف شورای اتحادیه اروپا ارائه نشده است.[۱۱۸] درخواست شورای امنیت از دولت‌ها برای بازرسی کشتی‌های کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران برخلاف آنچه در تصمیم ۴۱۳/۲۰۱۰ بیان شده، صرفاً نشان‌دهنده «احتمال» حمایت از گسترش برنامه هسته‌ای توسط این شرکت است.[۱۱۹]

به‌علاوه از نظر دادگاه باید بین دو موضوع صادرات سلاح‌های نظامی و انتقال مواد مرتبط با گسترش فعالیت‌های هسته‌ای تفکیک قائل شد که این دو به هیچ نحو به یکدیگر مربوط نیستند. به همین دلیل، ادعای شورای اروپا مبنی بر اینکه در مواردی صادرات این سلاح‌ها و مواد نظامی توسط جمهوری اسلامی ایران به‌منظور تأمین مالی گسترش فعالیت‌های هسته‌ای صورت گرفته است به دلیل عدم ارائه دلیل موجه رد شد. درنتیجه، دادگاه عمومی اتحادیه اروپا (شعبه چهارم) بدون آنکه نفس اقدامات تحدیدی علیه نهادهای کشتی‌رانی ایرانی را غیرقانونی بداند به لغو بخش‌هایی از تصمیم ۴۱۳/۲۰۱۰ و دیگر مقررات علیه کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران و دیگر خواهان‌ها حکم داد و شورای اتحادیه اروپا را نیز موظف به پرداخت هزینه‌های دادرسی کرد.

طرح دعوا در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها راجع به تفسیر و اجرای کنوانسیون حقوق دریاها و ترخیص سریع کشتی‌ها[۱۲۰] در مواردی که فراتر از قطعنامه‌های شورای امنیت باشد نیز متصور است، اما تا زمانی که ایران، عضو کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها نشده است این امکان برای ایران فراهم نیست.[۱۲۱] همچنین با توجه به قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۹۰[۱۲۲] اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند از اقدامات دولت‌های خارجی که مصونیت قضایی دولت جمهوری اسلامی ایران یا مقامات رسمی آن را نقض کرده باشند در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند و دادگاه مکلف

117. *IRISL v. Council of the European Union, op. cit.*, para. 115, Case No.T-509/10 *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft v. Council*, ECR II-0000, (2012).

118. *IRISL v. Council of the European Union, op. cit.*, paras. 55-56.

119. *Ibid*., para. 57.

120. Staker, Christopher, "Prompt Release Cases before the International Tribunal for the Law of the Sea", The Bi-annual Newsletter of SJ Berwin´s International Arbitration Group, Issue. 1, 2004/2005.

121. "International Tribunal for the Law of the Sea", available at: http://www.itlos.org/index.php?id=15, accessed on 10/12/2014.

۱۲۲. قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی، مصوب ۱۳۹۰، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، http://rc.majlis.ir/fa/law/show/809987، بازدید: ۱۳۹۲/۱۱/۱۷.

است به‌عنوان عمل متقابل به این دعوا رسیدگی کند.

لازم به ذکر است با اجرایی‌شدن برجام، جمهوری اسلامی ایران متعهد است پیش از رجوع به سازوکارهای بین‌المللی، سازوکار مورد توافق در برجام را طی نماید که مطابق با بندهای ۳۶ و ۳۷ برجام، فرایند آن شامل رسیدگی توسط کمیسیون مشترک، هیئت وزیران خارجه و شورای امنیت می‌شود.[۱۲۳] طبق مواد ۳۶ و ۳۷ برجام، ایران یا هریک از کشورهای ۵+۱ در صورت عدم رعایت تعهدات طرف مقابل می‌توانند موضوع را به‌منظور حل‌وفصل به کمیسیون مشترکی که متشکل از کشورهای امضاکننده برجام است، ارجاع کنند و این کمیسیون وظیفه خواهد داشت ظرف مدت ۱۵ روز موضوع را فیصله دهد. پس از بررسی کمیسیون، درصورتی‌که هر عضو معتقد باشد که موضوع فیصله نیافته است می‌تواند موضوع را به وزیران امور خارجه ارجاع دهد. وزیران نیز در طی ۱۵ روز (که قابل تمدید است) باید موضوع را حل‌وفصل کنند. همچنین پس از بررسی توسط کمیسیون مشترک، هم‌زمان با (یا به‌جای) بررسی در سطح وزیران، عضو شاکی یا عضوی که اجرای تکالیفش موضوع بحث بوده است می‌تواند درخواست کند که هیئت مشورتی متشکل از سه عضو (یکی از سوی هریک از طرف‌های درگیر در اختلاف و یک عضو مستقل) موضوع را بررسی کند. این هیئت می‌بایست نظریه غیرالزام‌آوری را در خصوص موضوع پایبندی ظرف ۱۵ روز ارائه کند. چنانچه متعاقب این فرایند سی روزه، موضوع فیصله نیابد، کمیسیون مشترک در کمتر از ۵ روز نظریه هیئت مشورتی را با هدف حل‌وفصل موضوع، بررسی خواهد کرد و اگر کماکان موضوع به‌نحو مورد رضایت طرف شاکی فیصله نیافته باشد و طرف شاکی معتقد باشد که موضوع، مصداق «عدم پایبندی اساسی» است، آن طرف می‌تواند آن را به‌عنوان مبنای توقف کلی یا جزئی اجرای تعهداتش وفق برجام قلمداد کرده یا به شورای امنیت سازمان ملل متحد ابلاغ کند. با دریافت این ابلاغ به همراه توضیحی از تلاش‌های توأم با حسن‌نیت آن طرف برای طی فرایند حل‌وفصل اختلاف پیش‌بینی‌شده در برجام، شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌بایست منطبق با رویه‌های خود در خصوص قطعنامه‌ای برای تداوم لغو تحریم‌ها رأی‌گیری کند. چنانچه قطعنامه فوق‌الذکر ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ به تصویب نرسد، مفاد قطعنامه‌های سابق شورای امنیت، مجدداً اعمال خواهد شد، مگر اینکه شورای امنیت به‌نحو دیگری تصمیم‌گیری کند.

نکته قابل توجه درمورد شیوه حل‌وفصل اختلاف در برجام این است که در صورت ارجاع موضوع به شورای امنیت، این امکان برای هریک از کشورهای عضو دائم شورای امنیت وجود دارد که با استفاده از حق وتو، مانع تصویب ادامه لغو تحریم‌ها شوند.

باید توجه داشت که روند رسیدگی در چارچوب برجام، شامل رسیدگی در مراجع سیاسی است چرا که کمیسیون مشترک، واجد اعضایی سیاسی است که لزوماً کار قضایی انجام نمی‌دهند و

123. Joint Comprehensive Plan of Action, *op. cit.*, Arts. 36, 37.

همین طور هیئت وزیران و شورای امنیت که اساساً نهادهایی سیاسی تلقی می‌شوند. سازوکار حل اختلاف در برجام به نوعی است که در تحلیل نهایی، مطلوب کشورهای مقابل ایران خواهد بود و بهترین شیوه جبران برای ایران، صرفاً اقدام متقابل و بازگشت به وضعیت سابق خواهد بود. مکانیسم ماشه[۱۲۴] نیز به‌نحوی طراحی شده است که امکان بازگشت کلیه تحریم‌ها بیش از امکان استمرار لغو تحریم‌هاست.

نتیجه

یکی از اهداف اصلی در وضع و اعمال تحریم‌ها، واداشتن کشور متخلف به بازگشت به مسیر رعایت نظم عمومی بین‌المللی است و این هدف تنها باید از طرق قانونی و با رعایت تمامی حقوق و قواعد اساسی بین‌المللی حاصل شود، نه اینکه شورای امنیت یا کشورها در تصویب این‌گونه مجازات‌ها، خود قواعد حقوق بین‌الملل را نقض کنند. تحریم کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران که اولین بار در قطعنامه ۱۹۲۹ به استناد فعالیت‌های هسته‌ای ایران آغاز شد و بعد با تحریم‌های اتحادیه اروپا و برخی کشورها توسعه یافت، با برخی از اصول منشور ملل متحد و اصول حقوق بین‌الملل در تعارض است. بالاخره در ۲۳ تیرماه ۱۳۹۴ برنامه جامع اقدام مشترک میان ایران از یک‌سو و ۵+۱ و اتحادیه اروپا از سوی دیگر منعقد شد و بر سر موضوع هسته‌ای و تحریم‌ها توافق شد. بااین‌حال این توافق، مانع از ارزیابی حقوقی تحریم‌ها علیه ایران تا پیش از اجرایی‌شدن برجام نمی‌شد و همین طور به استناد بند ۱۱ مقدمه برجام به نظر می‌رسد بعد از اجرای برجام نیز امکان طرح دعوا در خصوص تحریم‌های نامشروع خارج از شورای امنیت وجود داشت. اختتام برجام در هر زمان نیز امری محتمل خواهد بود که درمجموع، ارزیابی حقوقی تحریم‌ها علیه ایران را ضروری می‌سازد.

باید توجه داشت که شورای امنیت در مواردی با اعمال تحریم‌های جدید در عرصه صنعت کشتی‌رانی، برخی از حقوق عرفی دریانوردی بین‌المللی یعنی حق عبور بی‌ضرر، آزادی عبورومرور در دریای آزاد و مصونیت کشتی‌های دولتی و نظامی را نادیده گرفته است. در خصوص تحریم‌های اتحادیه اروپا نیز مهم‌ترین مسئله، نادیده‌گرفتن قواعد حقوق بشری و برخی از مقررات منشور ملل متحد است. همچنین طبق رأی دیوان دادگستری اروپا این اتحادیه بدون ارائه دلایل موجه و قانونی مبنی بر ارتباط شرکت ملی کشتی‌رانی و شرکت‌های وابسته به برنامه

۱۲۴. چنانچه اختلاف در کمیسیون مشترک و هیئت‌وزیران حل نشود، طرف اختلاف می‌تواند موضوع را به شورای امنیت ارجاع دهد تا شورای امنیت در خصوص قطعنامه‌ای برای تداوم لغو تحریم‌ها رأی‌گیری کند. چنانچه قطعنامه فوق‌الذکر ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ به تصویب نرسد، مفاد قطعنامه‌های سابق شورای امنیت، مجدداً اعمال خواهد شد مگر اینکه شورای امنیت به‌نحو دیگری تصمیم‌گیری کند. از این شیوه به مکانیسم ماشه یاد شده است.

هسته‌ای ایران، مبادرت به تصویب این تحریم‌ها کرده است. برخی از تحریم‌های یک‌جانبه علیه کشتی‌رانی ایران نیز با اصولی نظیر اصول منشور ملل متحد، اصول حقوق بشر، اصول حقوق دریاها، اصول مصونیت دولت و قواعد قراردادی در تعارض است.

هرچند دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی سال ۱۹۷۱ مربوط به قضیه آفریقای جنوب غربی بیان می‌کند که دیوان قدرت بازبینی قطعنامه‌های شورای امنیت را ندارد،[۱۲۵] امروزه در سطح منطقه‌ای ـ آن هم به‌صورت محدود و موردی در دیوان دادگستری اروپا ـ امکان ارزیابی تصمیمات شورای امنیت و شورای اتحادیه اروپا فراهم است. به نظر می‌رسد در صورت به‌نتیجه‌نرسیدن روش‌های سیاسی برای رفع این‌گونه تحریم‌ها، دولت ایران می‌توانست با تأکید بر برخی از اصول حقوق بین‌الملل در مراجع قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی، اقدام به طرح دعوا کند. استفاده از پرچم مصلحتی و اجاره کشتی نیز برای خنثی‌کردن آن بخش از تحریم‌های نامشروع، در چارچوب اقدام متقابل امکان‌پذیر بود. طرح دعوا در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در صورت عضویت ایران در کنوانیسیون حقوق دریاها در مواردی خاص و امکان رجوع اتباع ایرانی به محاکم دادگستری تهران علیه دولت‌های متخلف، از گزینه‌های پیش روی جمهوری اسلامی ایران برای مقابله با تحریم‌های نامشروع در بخش کشتی‌رانی است.

125. Recker, Sebastian, "European Court of Justice Secures Fundamental Rights from UN Security Council Resolutions", *Gottingen Journal of International Law*, No. 1, 2009, p. 174.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، آخرین تحولات آشنایی با روابط دوستانه، روابط خصمانه میان تابعان حقوق بین‌الملل، جلد دوم، چاپ سوم، قومس، ۱۳۸۹.
- چرچیل، رابین و آلن لو؛ *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه: بهمن آقایی، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۹۰.
- سون، لویی. بی و دیگران؛ *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، جنگل جاودانه، ۱۳۹۰.
- شریف، محمد؛ *بررسی دکترین نامحدودبودن صلاحیت شورای امنیت*، اطلاعات، ۱۳۷۳.
- صادقی حقیقی، دیدخت؛ *ثبت کشتی‌ها در حقوق بین‌الملل با تأکید بر پدیده پرچم‌های مصلحتی*، کیهان، ۱۳۷۳.
- فلاح اسدی، مهداد؛ *شورای امنیت سازمان ملل متحد: تحریم و حقوق بشر*، شهر دانش، ۱۳۹۴.
- لونفلد، آندریاس اف؛ *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، چاپ دوم، جنگل جاودانه، ۱۳۹۲.
- والاس، ربکا؛ *حقوق بین‌الملل*؛ ترجمه و تحقیق: سیدقاسم زمانی و مهناز بهراملو، چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۰.
- وکیل، امیرساعد و زهرا تحصیلی؛ *ایران و تحریم‌های بین‌المللی*، مجد، ۱۳۹۲.

ـ مقاله

- امین‌زاده، الهام و ناصر خداپرست؛ «نقد تحریم نفت ایران از طرف اتحادیه اروپا از منظر حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه دیدگاه‌های قضایی*، شماره ۶۰، ۱۳۹۱.
- امین‌زاده، الهام و وحیده غلامی؛ «تحدید اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتوی ضوابط حقوق بشر، قواعد رقابت و حقوق اجتماعی»، *فصلنامه روابط خارجی*، سال ۵، شماره ۳، ۱۳۹۲.
- حدادی، مهدی؛ «ترتیبات منطقه‌ای و اقدامات قهری در چارچوب منشور ملل متحد»، *اندیشه‌های حقوقی*، سال ۳، شماره ۸، ۱۳۸۴.
- خضری، سیدمرتضی؛ «مصونیت دولت از نگاه حقوق بین‌الملل»، *پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی*، شماره ۳، ۱۳۹۱.
- زمانی، سیدقاسم و جمشید مظاهری؛ «تحریم‌های هوشمند شورای امنیت در پرتو قطعنامه ۱۹۲۹: حفظ یا تهدید صلح؟»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۲۸، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.

- زنگنه شهرکی، جعفر؛ «بررسی اثرات زیان‌بار تحریم‌های بین‌المللی بر حقوق بشر با بررسی موردی تحریم‌های شورای امنیت علیه عراق در دهه ۱۹۹۰»، *مجموعه مقالات همایش ابعاد حقوقی تحریم‌های بین‌المللی شورای امنیت*، مهدی مؤمنی، مجد، ۱۳۹۲.
- ساعد، نادر؛ «قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت: بازنمایی نبرد حق و قدرت در جهان نامتحد»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، نیمسال اول، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
- شهبازی، آرامش، «اعتبار عهدنامه مودت (۱۹۵۵) و قابلیت استناد به آن در روابط ایران و ایالات متحده امریکا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۲۸، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
- صادقی حقیقی، دیدخت؛ «پرچم‌های مصلحتی بعد از کنوانسیون ۱۹۸۲»، همایش بین‌المللی تحولات حقوق بین‌الملل دریاها بیست سال پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون حقوق دریاها، ۱۳۹۲.
- ضیایی، سیدیاسر؛ «تحریم اقتصادی یک‌جانبه از منظر حقوق بین‌الملل»، گزارش راهبردی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱.
- منصوری، عزیز؛ «تحریم‌های بین‌المللی: نگاهی به قطعنامه ۱۹۲۹»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال ۲۴، شماره ۲، ۱۳۸۹.

ـ پایان‌نامه

- محمدی مطلق، علیرضا؛ *تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی*، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه قم، ۱۳۹۳.

ـ قانون

- «قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۹۰»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، http://rc.majlis.ir/fa/law/show/809987، بازدید: ۱۳۹۲/۱۱/۱۷.

ـ تارنما

- «بولیوی از احتمال برداشتن پرچم خود از روی کشتی‌های ایرانی خبر داد»، ۱۳۹۱/۰۲/۱۰، http://www.entekhab.ir/fa/news/59819/، بازدید: ۱۳۹۴/۰۴/۱۹.
- «گزارش مجمع سالیانه شرکت کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران»، ۱۳۹۳/۰۸/۱۱، http://www.meyarco.com/، گزارش ـ مجمع ـ سالیانه ـ شرکت ـ کشتی‌رانی ـ جمهوری ـ اسلامی ـ ایران، بازدید: ۱۳۹۳/۰۴/۱۹.
- پایگاه خبری تحلیلی روز نو، «خروج نام مدیران و شرکت‌های کشتی‌رانی از لیست تحریم»،

۱۳۹۴/۰۴/۲۴، http://roozno.com/fa/news/144721، بازدید: ۱۳۹۴/۰۵/۲۵.

- پایگاه خبری تحلیلی فتن، «سازوکار بازگشت تحریم‌ها ضعیف‌ترین بند سند برجام»، ۲۸/ ۱۳۹۴/۰۴، http://www.fetan.ir/home/9735، بازدید: ۱۳۹۴/۰۶/۱.
- مهدی‌نژاد، مهدی؛ مجید دهقان، نازنین لک و الهام قاسمی، «بررسی آثار تغییر پرچم کشتی‌ها بر اقتصاد و حمل‌ونقل دریایی ایران»، http://www.dhod.pmo.ir، بازدید: ۱۳۹۲/۰۹/۲۲.

ب) انگلیسی

Books

- Farrall, Jeremy Matam, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, New York: Cambridge University Press, 2007.

Articles

- "International Tribunal for the Law of the Sea", available at: http://www.itlos.org/index.php?id=15, accessed on: 12/10/2014.
- Beak, Buhm-Suk, "Economic Sanction against Human Rights Violations", *Cornell Law School Inter-University Graduate*, Student Conference Papers, 2008.
- Clamita, N. Jansen, "Sanctions, Countermeasures, and the Iranian Nuclear Issue", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, No. 5, 2009.
- Dupont, Pierre-Emanuel, "Countermeasures and Collective Security: the Case of the EU Sanctions against Iran", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 17, 2012.
- Posch, Albert, "The Kadi Case: Rethinking the Relationship between EU Law and International Law", *The Columbia Journal of European Law Online*, 15, 2009.
- Recker, Sebastian, "European Court of Justice Secures Fundamental Rights from UN Security Council Resolutions", *Gottingen Journal of International Law*, No. 1, 2009.
- Staker, Christopher, "Prompt Release Cases before the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Bi-annual Newsletter of SJ Berwin's International Arbitration Group*, Issue. 1, 2004/2005.
- The United Nations Sanctions Secretariat, "A Brief Overview of Security Council Applied Sanctions", Department of Political Affairs, Smart Sanctions, the Next Steps: Arms Embargoes and Travel Sanctions (Second Expert Seminar, Berlin), 2000.
- Tomuschat, Christian, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, No. 1105, 2011.

- Watson Institute Targeted Sanctions Project, "Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures", 2006, available at http://watsoninstitute.org/pub/Strengthening_Targeted_Sanctions.pdf, accessed on: 09/08/2014.
- Watson, Farley & Williams, "Maritime: Sanctions and Shipping Finance", 2013.
- Wood, Micheal C., "The Interpretation of Security Council Resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 73, 1998. available at: http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2014/09/WFW-SanctionsAndShippingFinance.pdf, accessed on: 09/02/2014.

Awards

- Case No.T-509/10 *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft v. Council*, ECR II-0000, 2012.
- Case No: T. 489/10, *In the General Court of the European Union, Islamic Republic of Iran Shipping Line (IRISL) v. Council of the European Union*, 2013.
- Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charters), Summary of Advisory Opinion , ICJ Reports, 26 July 1962.
- Case Concerning Oil Platforms (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), ICJ Reports, 2003.
- Joined Cases C- 402/05 & C- 415/05, *Kadi & Al Barakat v. Council of the European Union*, C. M. L. R 41, (2008).
- *Judgement of Bank Mellat (Appellant) v. Her Majesty's Treasury (Respondent)* (No. 2), 2013. www.11kbw.com/app/files/PDFs/BM.pdf, accessed on: 09/07/2014.
- *Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran*. Iran-US Claims Tribunal, Case No. 43. 1982, available at: http://translex.uni-koeln.de/230400. Accessed on: 03/05/2015.
- *Waite & Kennedy v. Germany*, ECHR, Case No. 26083/94, 1999.

Documents

- A/Res/25/2625, Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, 1970.
- A/Res/29/3281, Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974.
- A/Res/51/22, Elimination of coercive economic measures as a means of political and economic compulsion, 1996.
- Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions), Council Document 10198/1/04. 2004.
- CESCR General Comment 8, The Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights, 1997.

- Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act, 2010.
- Council Common Position 2008/652/CFSP of 7 August 2008 amending Common Position 2007/140/CFSP concerning restrictive measures against Iran, 8/8/2008.
- Council Decision 2010/413/CFSP.
- Council Decision 2013/661/CFSP of 15 November 2013 Amending Decision 2010/413/CFSP Concerning Restrictive Measures against Iran.
- Council Decision of 26 July 2010 concerning restrictive measures against Iran and repealing Common Position 2007/140/CFSP, (2010), *Official Journal of The European Union*, 53.
- Council Regulation (EU) No 1263/2012 of 21 December 2012.
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *ILC Yearbook 2001/II* (2), 26.
- Executive Order 13382 of 10 September 2008, & Foreign Assets Control Office, 2009. "Additional Designation of Entities Pursuant to Executive Order 13382", Federal Register, Available at: https://www.federalregister.gov/articles/2009/01/13/E9-396/additional-designation-of-entities-pursuant to-executive-order-13382, Time Access: 17/8/2014.
- Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012.
- Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act, 2012.
- Joint Comprehensive Plan of Action, Vienna, 24 July 2015.
- S/RES/1874, 2009. Available at: http://www.un.org/sc/committees/1718/resolutions.shtml
- S/RES/1929, 2010.
- S/RES/2231, 2015.
- The Vienna Conference on the Law of Treaties, Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic Coercion in the Conclusion of Treaties, 1966.
- Treaty Establishing the European Economic Community (TEEC), 1957.
- Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran, 1955.
- Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU), 2007.
- UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004.

Web Sites

- Foreign Affairs, Trade and Development Canada, (2014), "Canadian Sanctions Related to Iran", available at: http://www.international.gc.ca/sanctions/countries/pays/iran.aspx?lang=eng. Accessed on: 03/11/2015.
- https://www.gov.uk/sanctions-on-iran. Accessed on: 03/06/2015.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۱۶۶ ـ ۱۲۳

حقوق و دیپلماسی در قانون صلاحیت دادگستری ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی و قوانین مرتبط ایالات متحده امریکا

علیرضا ظاهری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۱۶

چکیده

قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران و همچنین استثنای تروریسم بر قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا به دلیل ماهیت سیاسی خود، برای تنظیم روابط بین‌المللی از مفاهیمی استفاده می‌کنند که تاب تفاسیر متفاوتی داشته و می‌توانند با جهت‌گیری‌های سیاسی همراه شوند. این قوانین، هم در مرحله وضع و هم در اجرا، فاقد شفافیت، یکسانی در اجرا و قابلیت پیش‌بینی هستند. لذا این قوانین، قلب‌ماهیت شده و به‌جای ایجاد قاعده‌ای یکسان برای موارد مشابه، به ابزاری برای تسویه‌حساب‌های سیاسی تبدیل شده‌اند. این قوانین از خصائص یک قاعده حقوقی که ازجمله «کلی‌بودن، عمومی‌بودن و دائمی‌بودن» است، برخوردار نبوده و ابزاری هستند که به ترجیح از سایر ابزارهای تنظیم روابط بین دولت‌ها و خصوصاً توسل به زور برای تنظیم روابط بین دولت‌های ذی‌ربط انتخاب شده‌اند. این قوانین، کلی نبوده و برای تنظیم روابط بین تمامی دولت‌ها وضع نشده و فقط به جهت تنظیم روابط بین دولت‌های بخصوصی وضع شده‌اند. این قوانین مقید بوده و به هنگام وضع، جهت شمول بر وضعیت دولت‌هایی که به عنوانی خاص توصیف می‌شوند (حامی تروریسم، ناقض مصونیت) وضع شده‌اند و فاقد عمومیت هستند. درنهایت بر وضع این قوانین، اراده‌ای دائمی وجود نداشته و تا زمان تلقی آن‌ها به این اوصاف یا نهایتاً تا زمان عادی‌سازی روابط بین دولت‌ها باقی خواهند ماند و هدف از آن، ایجاد یک قاعده حقوقی برای موارد عادی بین دولت‌ها نیست. اما به‌هرحال در دوران عمر خود، آثار وضعی خود را بر حقوق بین‌الملل تحمیل خواهند کرد و ایجاد رویه‌ای خطرناک، حاصل از این قوانین، یکی از نگرانی‌های جامعه بین‌المللی در این امر است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های حاکمیت آلمان علیه ایتالیا نیز این برداشت را تأیید کرده و این رویه را به‌عنوان عملی منفرد نامیده و به‌عنوا ن رویه بین‌المللیِ تثبیت‌شده تأیید نمی‌کند. لذا بررسی این قوانین از منظر صرف حقوق یا دیپلماسی به‌تنهایی شاید نتایج دقیق و قابل اتکایی به

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی azaheri878@gmail.com

وجود نیاورد. از همین رو، بررسی این قوانین از افقی بالاتر به‌گونه‌ای که جنبه‌هایی غیر از جنبه‌های حقوقی و قضایی آن را نیز شامل شود، احتمالاً نتایج بهتری پدید خواهد آورد.

واژگان کلیدی
صلاحیت سرزمینی و فراسرزمینی دولت‌ها، لیست دولت‌های حامی تروریسم، تروریست، قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا، قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران، کارکرد قوانین

مقدمه

پیکره حقوق بین‌الملل[۱] در بحث مصونیت حاکمیت،[۲] شامل قواعدی است که اساساً منبعث از آرای محاکم داخلی و رویه قانونگذاری داخلی دولت‌ها است.[۳] این آرا و قوانین داخلی به همت مجمع عمومی ملل متحد[۴] پس از تلاش‌های بسیار به‌عنوان کنوانسیون ملل متحد، راجع به مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها[۵] در سال ۲۰۰۴ تدوین شد.

این کنوانسیون در پیکره حقوق بین‌الملل به‌عنوان تجلی قواعد عرفی حقوق بین‌الملل در بحث مصونیت حاکمیت تلقی شده[۶] و واجد اعتبار حقوقی است.

اما ابتکار عمل دولت‌ها با این اقدام متوقف نشده، بلکه به هنگام تدوین این کنوانسیون و پیش از لازم‌الاجراشدن آن، عملکردی فراکنوانسیونی[۷] از سوی دولت‌های تصویب‌کننده این کنوانسیون و سایر دولت‌ها دیده می‌شود. لذا موقعیت‌سنجی این قسم ابتکارات، موضوع بحث حاضر است. ابتکارات[۸] دولت‌ها در خصوص مصونیت حاکمیت، آمیزه‌ای است از حقوق و دیپلماسی. این ابتکارات، فاقد شفافیت، و غیرقابل پیش‌بینی است و در موارد مشابه، یکسان نیست و به عبارت دیگر، تحت حاکمیت قانون قرار نمی‌گیرد.

---

1. Corpus of International Law

2. Sovereign immunity

۳. بند ۱ مقدمه کنوانسیون ملل متحد، زیرنویس شماره ۵ به بعد.

4. General Assembly Resolution 59/38 of 2 December 2004.

5. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property

6. Jurisdictional Immunities of the State, *Germany v. Italy*, I.C.J. Rep., 2012, para. 56.
دیوان در این بند با توجه به بررسی‌های گسترده کمیسیون حقوق بین‌الملل از رویه دولت‌ها، سوابق قانونگذاری ملی و آرای قضایی در این خصوص بیان می‌دارد: این رویه نشان می‌دهد که دولت‌ها در هنگام ادعای مصونیت برای خودشان یا اعطای آن به دیگران، عموماً بر این مبنا عمل می‌کنند که در حقوق بین‌الملل، حق بر مصونیت، به همراه تعهد متناظر با آن برای سایر دولت‌ها است.

7. *Lege ferenda*

8. American Exceptionalism

استثنای تروریسم بر قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا[۹] و قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی ازجملهٔ این ابتکارات است. این قوانین که عنوان مبارزه با تروریسم را یدک می‌کشد، از حیث افکار عمومی بین‌المللی از جایگاهی برخوردار بوده، اما به دلیل فقدان شمول حاکمیت قانون بر این قوانین، به نظر، فاقد اعتبار لازم برای قاعده‌سازی در حقوق بین‌الملل است.

لذا به‌منظور اعتبارسنجی این نظریه، این مباحث مطرح خواهد شد: صلاحیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، وضعیت صلاحیت فراسرزمینی به‌عنوان مبنای این قوانین، تحول قانونگذاری ایالات متحده امریکا و قانون ایران در این زمینه، جنبه‌هایی که قوانین مورد بحث، بیشتر به‌عنوان ابزاری دیپلماتیک مورد استفاده قرار می‌گیرند، همانند تروریسم، نحوه لیست‌کردن دولت‌های حامی تروریسم و جنبه‌های مالی این قانون. در پایان، این نتیجه به دست می‌آید که علی‌رغم هجمه بالای اقدامات ضدتروریستی، در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل، این استثناها در دکترین و رویه دیوان بین‌المللی، هنوز از وجاهتی برخوردار نیست که بتواند ایجاد قاعده کند.

۱. صلاحیت سرزمینی و فراسرزمینی[۱۰]

در دنیای حقوق، نهادهای متفاوتی عهده‌دار برقراری انواع روابط بین فرد با دولت یا سرزمین هستند. ازجمله این نهادها، حاکمیت، صلاحیت، تابعیت و دیگر نهادهای مربوطه هستند و هریک از این نهادها از طریق سیستم‌ها و زیرسیستم‌هایی که طراحی می‌کنند در بین موضوعات خویش، نظم برقرار می‌کنند. صلاحیت[۱۱] به‌عنوان یکی از این نهادها با پشتوانه اقتدار ناشی از حاکمیت دولت،[۱۲] افراد را مطیع اوامر خود می‌کند. حال چنانچه در مواردی صلاحیتی اعمال نشده یا صلاحیت‌های متفاوت یا متعارض (داخلی یا خارجی) به‌صورت هم‌زمان بر موضوعی واحد اعمال شوند، این وضعیت، پیچیده‌تر خواهد شد. این صلاحیت از زوایای مختلفی طبقه‌بندی و تحلیل می‌شود و بسته به کارکرد آن، که همانا تنظیم روابط بین افراد است، موضوع تقسیم‌بندی‌های مختلفی قرار می‌گیرد. ازآنجاکه این صلاحیت‌ها به پشتوانه اقتدارِ ناشی از حاکمیت، اعمال و اجرا می‌شوند و با عنایت به اینکه قوای ناشی از حاکمیت در تقسیم ابتدایی خود به سه بخش تقنینی،

9. Terrorism Exception to Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), FSIA, 28 U.S.C. § 1605A.

10. Territorial & extra-territorial jurisdiction

11. Jurisdiction

۱۲. دیوان بین‌المللی دادگستری از میان نظریات مختلف در خصوص ریشه و مبنای صلاحیت، در بند ۵۷ از رأی صادره در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت (با مسامحه، مصونیت قضایی دولت)، اظهار می‌دارد که این اصل، منبعث از اصل برابری حاکمیت دولت‌ها (بند ۱ ماده ۲ منشور) است که یکی از اصول مبنایی در نظم حقوقی بین‌المللی است.

اجرایی و قضایی تقسیم می‌شوند، لذا از حیث وظیفه و کارکرد،[۱۳] این صلاحیت‌ها در موضوع بحث حاضر عبارت‌اند از: ۱ـ صلاحیت قانونگذاری[۱۴] که همانا اقتدار دولت برای وضع قواعد نسبت به افراد است.[۱۵] ۲ـ صلاحیت قضایی[۱۶] که همانا اقتدار دولت برای رسیدگی قضایی به افراد است.[۱۷] ۳ـ صلاحیت اجرایی[۱۸] که شامل اقتدار در اجرا و همچنین اقدامات محدودکننده[۱۹] از طریق نیروی پلیس، نیروی انتظامی، اجرای احکام و غیره است.[۲۰]

حیطه اعمال حاکمیت دولت‌ها، تابع محدوده سرزمینی آن‌ها (مرزهای سیاسی) بوده و در خارج از این مرزها، به‌صورت عادی، حاکمیتی برای دولت‌ها متصور نیست (البته در شرایط خاص، حقوق حاکمه، خارج از مرزهای سیاسی متصور بوده یا در شرایط اجاره بین‌المللی، اشغال نظامی یا سایر مصادیق کنترل‌های بین‌المللی و ... انواعی از صلاحیت‌ها اعمال می‌شود). لذا صلاحیت‌های سه‌گانه فوق به هنگام اِعمال نسبت به اموال، تابع وضعیت مال (منقول/غیرمنقول اعم از واقعی یا حکمی) قرار گرفته[۲۱] و دولت‌ها با برقراری پیوند بین محل قرارگرفتن مال (منقول/ غیرمنقول) با سرزمین موضوع حاکمیت خویش، صلاحیت‌های سه‌گانه فوق را به‌صورت جزمی نسبت به اموالی که به‌صورت فیزیکی در حوزه صلاحیت آن‌ها قرار گرفته است، اعم از اموال خارجی یا داخلی اعمال می‌کنند[۲۲] (البته به‌استثنای وضعیت‌های خاص، همانند اموال تابع مصونیت، اموال تابع معاهدات استرداد و غیره).

دولت‌های ملی از حیث افراد تابع این صلاحیت‌ها،[۲۳] به اشکال متفاوتی درباره صلاحیت‌های مورد بحث، قانونگذاری و رسیدگی کرده و آن را اجرا می‌کنند. این صلاحیت‌ها ابتدائاً با مفهوم

---

13. *Ratione materiae*

14. Prescriptive jurisdiction

۱۵. اصل ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌کند: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». در این خصوص همچنین ن.ک: اصول ۲۰،۵۸ و غیره.

16. Adjudicative jurisdiction

۱۷. اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است»، در این خصوص همچنین ن.ک: اصول ۳۳،۳۴،۳۶،۶۱ و غیره.

18. Executive jurisdiction

19. Measures of constraint

۲۰. ن.ک: اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و همچنین قانون نیروی انتظامی، مصوب ۱۳۶۹.

۲۱. ن.ک: ماده ۹۶۶ قانون مدنی.

۲۲. ن.ک: مواد ۹۶۶ و ۹۶۷ قانون مدنی، ماده ۱۲ آیین دادرسی مدنی و مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی.

23. *Ratione personae*

سرزمین گره خورده[۲۴] و صلاحیت سرزمینی[۲۵] را پدید می‌آورند که از آن به‌عنوان صلاحیت انحصاری یاد می‌کنند.[۲۶] پس از مفهوم سرزمین، پیش‌فرض دیگری که برای دولت‌ها حائز اهمیت و قابل دفاع بوده و می‌تواند مبنایی برای تنظیم روابط توسط دولت را پدید آورد، تابعیت است. اقتدار مورد بحث، سپس به تابعیت گره خورده و نسبت به اتباع یک دولت، فارغ از محل قرارگرفتن آن‌ها (داخل یا خارج از محدوده سرزمینی دولت مورد بحث) اعمال می‌شود، همانند جرائمی که اگر ایرانیان در هر نقطه دیگری از کره خاکی و خارج از مرزهای سیاسی ایران مرتکب شوند، مشمول مجازات‌های مذکور در قانون ایران خواهند بود.[۲۷] در مرحله بعدی، منافع ملی خودنمایی کرده و با این اقتدار، پیوند خورده و صلاحیت‌های متفاوتی را پدید می‌آورد. این صلاحیت‌ها ابتدا نسبت به اعمالی که در داخل سرزمین صورت گرفته، لیکن آثاری در خارج از سرزمین دارد (که در واقع، گونه خاصی از صلاحیت سرزمینی و نسبت به اتباع است)[۲۸] و سپس نسبت به اعمالی که در خارج از محدوده سرزمین صورت گرفته، لیکن نتایجی را برای داخل سرزمین به بار می‌آورد،[۲۹] اجرا و اِعمال می‌شوند.[۳۰] البته در کنار این مبانی، برخی از دولت‌ها صلاحیت دیگری را نیز ادعا می‌کنند که از آن به صلاحیت حمایتی یا زیاندیده[۳۱] یاد می‌کنند.[۳۲]

---

۲۴. دیوان بین‌المللی دادگستری در بند ۵۷ از قضیه مصونیت‌های حاکمیتی بیان می‌دارد که: «این اصل (مصونیت حاکمیت) بیانگر این است که هر دولت در سرزمین خود (تأکید اضافه شده) حاکمیت دارد و از این حاکمیت، صلاحیت دولت بر موضوعات و اشخاص درون سرزمین (تأکید اضافه شده) به وجود می‌آید».

25. Territorial jurisdiction

۲۶. ن.ک: ماده ۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

۲۷. ن.ک: مواد ۵ و ۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

28. Subjective jurisdiction

29. Objective jurisdiction

۳۰. ن.ک: ماده ۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

31. Protective or passive personality jurisdiction

۳۲. نقطه‌عطف در این نوع از صلاحیت، رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه اس.اس. لوتوس است. در این قضیه، دو کشتی بخار فرانسوی به نام اس. اس. لوتوس (S.S. Lotus) و کشتی بخار ترک به نام بزـ کورت (Boz-Kurt) در دریای آزاد با یکدیگر تصادف می‌کنند و در اثر این حادثه، کشتی ذغال‌کش ترک دو نیم شده و ۸ نفر از پرسنل آن غرق می‌شوند. دادگاه‌های داخلی ترکیه در این قضیه به‌جای دادگاه‌های کنسولی خارجی در رسیدگی‌های کیفری (محاکمه فرمانده کشتی فرانسوی) اعمال صلاحیت می‌کنند. در این قضیه، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری، اعمال صلاحیت توسط دادگاه‌های ترکیه را مغایر حقوق بین‌الملل تشخیص نمی‌دهد. دیوان در بند دوم از صفحه ۱۹ رأی خویش در این قضیه بیان می‌دارد: «معهذا، در قضیه‌ای که دربردارنده اعمالی است که در خارج از مرزهای یک دولت ارتکاب یافته و دولت مربوطه نسبت به آن اعمال نمی‌تواند به قواعد تجویزی موجود حقوق بین‌الملل استناد کند، به نظر نمی‌رسد که حقوق بین‌الملل، آن دولت را از اعمال صلاحیت در درون سرزمین خویش منع کند. این نظر (موضع فرانسه و عدم امکان اعمال صلاحیت داخلی از سوی ترکیه) زمانی قابل دفاع است که حقوق بین‌الملل، منعی کلی برای دولت‌ها در بسط اجرای قوانین و صلاحیت دادگاه‌های خود نسبت به اشخاص و اموال واقع در خارج از سرزمین خود داشته باشد و اگر چنین منعی نیز وجود داشت،

(در اینجا منافع ملی در قالب شخص زیاندیده که تبعه دولت اعمال‌کننده صلاحیت است ظهور می‌کند). قابل تأمل است که تمامی صلاحیت‌های فوق‌الذکر در نوشته‌های علمی به‌عنوان تقسیمات و انشعاباتی از صلاحیت سرزمینی تلقی می‌شوند و هیچ‌یک از موارد اعمال صلاحیت نسبت به اتباع و صلاحیت‌های مبتنی بر منافع ملی (فاعلی، مفعولی و حمایتی) به‌عنوان صلاحیت فراسرزمینی تلقی نمی‌شوند؛ بدین توضیح که اگرچه در این موارد در صلاحیت قانونگذاری، برای اتباع یک دولت که در خارج از مرزهای سیاسی زندگی می‌کنند یا اتباع خارجه که علیه منافع ملی یک دولت اقدام می‌کنند، مجازاتی پیش‌بینی شده است، لیکن مجازات‌های مربوطه، منحصر به صلاحیت قانونگذاری است و در اجرا به دلیل قاعدهٔ برابری حاکمیت دولت‌ها و ممنوعیت مداخله در امور داخلی دولت‌های دیگر، این صلاحیت، خارج از محدوده سرزمینی مرزهای سیاسی اجرا نشده و اجرای آن‌ها نیازمند ابزارهای حقوقی دیگری همانند معاهدات استرداد و غیره است. به همین دلیل، هیچ‌یک از صلاحیت‌های فوق‌الذکر به‌عنوان صلاحیت فراسرزمینی یا صلاحیت جهانی تلقی نمی‌شوند.

صلاحیت در شأن بین‌المللی خود، به‌عنوان نشانه‌ای از اقتدار دولت نسبت به اشخاص و اموالی که در حوزه صلاحیت وی قرار می‌گیرند درمقابل اشخاص و اموالی که خارج از حوزه صلاحیت وی و تحت اقتدار دولت دیگری قرار می‌گیرند بروز کرده که درعین‌حال، رابطه دولت با سایر دولت‌ها را نیز تنظیم می‌کند که از آن به صلاحیت ملی یا صلاحیت داخلی[۳۳] تعبیر می‌کنند.[۳۴]

فارغ از موارد فوق، حقوق بین‌الملل، دسته‌ای از اعمال را به دلیل تأثیر آن‌ها در جامعه بین‌المللی از جغرافیای محل ارتکاب یا از سایر پیوندهای بین فرد یا عمل با دولت جدا کرده و بر اساس دکترینی بین‌المللی، معروف به صلاحیت جهانی،[۳۵] بسته به مورد صلاحیت قانونگذاری، رسیدگی، اجرا یا تمامی صلاحیت‌های فوق را به‌صورت یک‌جا به تمامی دولت‌ها یا دولت‌های بخصوصی اعطا می‌کند. مصادیقی همچون دزدی دریایی،[۳۶] خرید و فروش برده و برده‌داری،[۳۷]

به‌عنوان استثنایی بر آن، اعمال این صلاحیت توسط دادگاه‌های داخلی در شرایط بخصوصی برای دولت‌ها امکان‌پذیر بود. اما در شرایط فعلی، مطمئناً چنین منعی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد.

The S.S "LOTUS", PCIJ, Series A-No 10, 1927.

۳۳. بند ۷ ماده ۲ منشور از این نوع صلاحیت به‌عنوان domestic jurisdiction یاد می‌کند و ممنوعیت مداخله در آن را برای دولت‌های عضو و خود سازمان ملل متحد یادآور می‌شود. لیکن در بند ۴ از این ماده به جلوه‌های سرزمینی و سیاسی این صلاحیت تحت عنوان تمامیت ارضی و استقلال سیاسی می‌پردازد.

34. National/ Internal jurisdiction

35. Universal jurisdiction

۳۶. ن.ک: مواد ۱۰۰ الی ۱۰۷ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها.

۳۷. ن.ک: ماده ۹۹ و شق (ب)، بند۱ از ماده ۱۱۰ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها.

نسل‌کشی، جرائم علیه بشریت و جرائم جنگی[۳۸] ازجمله این موارد هستند.

نکته حائز توجه اینکه، به دلیل برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل،[۳۹] اعمال صلاحیت‌های سه‌گانه قانونگذاری، قضایی و اجرایی توسط یک دولت نسبت به سایر دولت‌ها وجود ندارد[۴۰] که به آن، مصونیت حاکمیت،[۴۱] مصونیت دولت،[۴۲] مصونیت صلاحیتی[۴۳] یا مسامحتاً[۴۴] مصونیت قضایی گفته می‌شود (البته توجه به این نکته ضروری است که این صلاحیت‌ها علی‌رغم نزدیکی و قرابت مفهوم، کاملاً مترادف نبوده و عرصه اجرایی آن‌ها درعمل، عام و خاص می‌شود). با اجرای مصونیت قضایی، اعمال هیچ‌یک از صلاحیت‌های فوق[۴۵] نسبت به یک دولت و اموال آن وجود ندارد[۴۶] مگر اینکه خود دولت از مصونیت خویش اعراض کرده[۴۷] یا مال دولتی از حیطه و وصف حاکمیتی دولت خارج شود.[۴۸] اما این اصل نیز همانند سایر اصول با استثنائاتی همراه است.[۴۹] بنابراین اگر رکنی از ارکان یک دولت، نمایندگی یا اموالی از آن در حیطه صلاحیت دولت دیگر قرار گرفته و جزء استثنائات این اصل (مصونیت) قرار بگیرد، از شمول مصونیت خارج شده و همانند سایر اموال و اشخاص دیگرِ فاقد مصونیت، تابع صلاحیت‌های دولت محلی قرار می‌گیرد. نکته حائز توجه در این استثناها، وجود مبنای صلاحیت سرزمینی بین دادگاه داخلی ذی‌صلاح و رکن نمایندگی و اموال دولت دیگر است.[۵۰] یعنی در این موارد، مبنای صلاحیت سرزمینی وجود دارد لیکن مانعی به نام مصونیت، از اعمال صلاحیت سرزمینی جلوگیری می‌کند.

۳۸. ن.ک: ماده ۵ اساسنامه رم.

39. *Par in parem non habet imperium*

۴۰. ن.ک: بند ۵۷ رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت، زیرنویس شماره ۶.

41. Sovereign immunity

42. State immunity

43. Jurisdictional immunitiy

۴۴. ماده ۵ کنوانسیون ۲۰۰۴ در بخش دوم از این سند با عنوان اصول کلی، قاعده مصونیت را مقرر می‌دارد که منظور از مصونیت دولت، مصونیت یک دولت از صلاحیت دادگاه‌های سایر دولت‌هاست. ازاین‌رو، مصونیت موردنظر، مسامحتاً مصونیت قضایی نامیده می‌شود.

۴۵. علی‌رغم مفاد ماده ۵ کنوانسیون که مصونیت از صلاحیت دادگاه‌ها (Adjudicative immunity) را مقرر می‌دارد، این کنوانسیون در دیگر مواد خود، به جنبه‌هایی دیگر از این مصونیت می‌پردازد. ن.ک: مواد ۱۷ و ۱۸ کنوانسیون ۲۰۰۴.

۴۶. ن.ک: ماده ۳۲ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها که به‌موجب آن، دولت ساحلی حق اعمال صلاحیت بر کشتی‌های جنگی یا دولتی سایر دولت‌ها را ندارد و این اموال دولتی از مصونیت برخوردارند، همچنین ماده ۱۹ کنوانسیون ۲۰۰۴.

۴۷. ن.ک: ماده ۳۲ کنوانسیون ۱۹۶۱ وین راجع به روابط دیپلماتیک.

۴۸. ن.ک: ماده ۱۰۲ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها.

۴۹. برای ملاحظه استثنائات وارده بر مصونیت دولت، ن.ک: بخش سوم کنوانسیون تحت عنوان«رسیدگی‌هایی که در آن نمی‌توان به مصونیت دولت استناد نمود»، موضوع مواد ۱۰ الی ۱۷.

۵۰. ن.ک: ماده ۱۲ کنوانسیون ۲۰۰۴ که مقدم بر اعمال صلاحیت دادگاه دولت سرزمینی، وجود پیوند سرزمینی را ضروری قلمداد می‌کند.

بنابراین اگر مبنای سرزمینی در این امر، مفقود و مانعی به نام مصونیت نیز مرتفع شود، نوع دیگری از این صلاحیت‌ها بروز خواهد کرد.

چنانچه پیوند سرزمینی بین دادگاه مقر و خود رفتار یا مرتکب رفتار (اعم از فعل یا ترک‌فعل) وجود نداشته باشد، صلاحیت دیگری ظهور خواهد کرد که در نوشته‌های معاصر از آن به‌عنوان صلاحیت فراسرزمینی یاد می‌کنند.[۵۱] دولت‌ها در اعمال این صلاحیت، مبانی خاصی همانند حقوق بشر، جنایات جنگی، تروریسم و ... را مستند خود قرار داده و صلاحیت‌هایی را ادعا می‌کنند. مراجع قضایی داخلی و بین‌المللی تا کنون با مواردی از این دعاوی مواجه بوده‌اند که در آن دادگاه‌های داخلی بنا به مستندی، ادعای صلاحیت فراسرزمینی نسبت به موارد تحت رسیدگی خود داشته‌اند و از آن جمله عبارت‌اند از: قضیه قرار جلب ۱۱ آوریل ۲۰۰۰، قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت بین آلمان و ایتالیا، دعاوی مطروحه علیه پینوشه، معمر قذافی، حسنی هابره، شارون، بوذری، زهرا کاظمی، ویلیام سامپسون، ماهر ارار، الادسانی، رأی دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در خصوص تخلفات دولت زیمبابوه ۲۰۱۳، رأی تجدیدنظر دادگاه لندن در قضیه بالحاج علیه استراو ,۲۰۱۴[۵۲]

۲. صلاحیت فراسرزمینی در قانون اساسی ایالات متحده امریکا و جمهوری اسلامی ایران

صلاحیت جهانی و صلاحیت فراسرزمینی به دلیل برخوردشان با صلاحیت انحصاری دولت‌ها معمولاً به‌راحتی پذیرفته نشده و به چالش کشیده می‌شوند. صلاحیت فراسرزمینی اغلب به‌عنوان پوششی برای مقاصد سیاسی دولت‌ها به‌کار رفته و بدین‌وسیله، اتباع دولتِ هدف را به‌جای رسیدگی‌های منضبط حقوقی، در معرض تشریفات مهندسی‌شده در یک دولت خارجی قرار می‌دهد.[۵۳] به همین دلیل، بسط این دسته از صلاحیت‌ها بنا به ضرورت‌های عملی یا بنا به مطامع سیاسی، همواره موافقین و مخالفینی داشته است.[۵۴]

موافقین اعمال صلاحیت فراسرزمینی به‌منظور توجیه اقدامات خود، مستمسک و مبنایی

---

51. Extra-territorial jurisdiction

۵۲. اکنون، رسیدگی دادگاه‌های داخلی به مسائل مرتبط با حقوق بین‌الملل و ارائه تفسیری شخصی از مقررات حقوق بین‌الملل توسط دادگاه‌های داخلی به‌عنوان یک رویکرد مطرح است که مورد توجه محققین متفاوتی قرار گرفته است که پیش‌تر در این مقاله در شماره ۷ در حد امکان به آن پرداخته خواهد شد.

53. Colangelo, Anthony J., "Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 48, 2007, p. 134.

۵۴. جهت ملاحظه مخالفین و موافقین، ن.ک: Colangelo, Anthony J., *op. cit*., note 54, pp. 134-136

قانونی را در قوانین اساسی خود که پایه تقسیم قوای حاکمیتی است، جستجو می‌کنند.[۵۵] موافقین صلاحیت فراسرزمینی در ایالات متحده امریکا، اعمال این صلاحیت را در موضوع استثنای تروریسم، منبعث از اصولی از قانون اساسی می‌دانند و معتقدند که در هریک از این موارد (استثناها) کنگره امریکا می‌تواند قوانین فراسرزمینی وضع کند. برای درک بهتر این مستندات در قانون اساسی امریکا، توضیحی کوتاه در خصوص ساختار قانون اساسی امریکا ضروری است. قانون اساسی ایالات متحده امریکا در ۷ ماده در موضوعات مختلف طراحی شده است که هریک از این مواد به بخش‌های مختلفی تقسیم می‌شوند. این قانون به‌علاوه شامل ۲۷ اصلاحیه است که در موضوعات مختلفی همانند حقوق اساسی افراد، آزادی‌های اساسی، دعاوی علیه دولت و غیره تنظیم شده است. موضوع بحث این نوشتار به ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا مرتبط است که به قوه مقننه می‌پردازد.[۵۶] این ماده دارای ۱۰ بخش است که در هریک از این بخش‌ها، موضوعات مختلفی را تنظیم می‌کند. بخش ۱ این ماده با عنوان قانونگذار،[۵۷] بیان می‌کند که: «کلیه اختیارات قانونگذاری در این قانون به کنگره ایالات متحده امریکا تفویض می‌شود که شامل سنا و مجلس نمایندگان است».[۵۸] موضوع صلاحیت‌های فراسرزمینی، عمدتاً مربوط به بخش ۸ از ماده ۱ این قانون است که با عنوان اختیارات کنگره[۵۹] تنظیم شده است و شامل ۱۸ بند[۶۰] است. اما در بحث صلاحیت فراسرزمینیِ ایالات متحده امریکا، ازجمله مستندات موافقین آن، عبارت‌اند از:

۲ـ۱. اصل مربوط به جرائم علیه حقوق ملل[۶۱]

این اصل از قانون اساسی امریکا به کنگره، اختیاری اعطا می‌کند تا «جرائم علیه حقوق ملل را ... تعریف و مجازات کند». این اصل که منبعث از بند دهم از بخش ۸ از ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا است، یکی از مصادیق هجده‌گانه صلاحیت‌های کنگره امریکا در وضع قوانین چنین بیان می‌کند: «تعریف و مجازات دزدی دریایی و سایر جرائم ارتکابی در دریای آزاد

---

۵۵. این رویکرد که از آن به‌عنوان فعال‌گرایی قضایی (Judicial activism) دادگاه‌های داخلی نیز یاد می‌شود در شماره ۷ از این نوشتار در حد اقتضا بررسی شده است.

56. The Legislative Branch

57. The Legislature

58. U.S. CONST. art.1 §1.

59. Powers of Congress

60. Clause

۶۱. این اصل تحت عنوان "The offences against law of nations" موضوع بند دهم از بخش ۸ از ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

و جرایم علیه ملل».[۶۲] بر اساس این اصل، تا جایی که رفتار مورد بحث، پدیدآورنده جرمی علیه حقوق ملل باشد، هیچ محدودیتی بر اختیار کنگره برای وضع قاعده‌ای فرامرزی وجود ندارد. موافقین اعمال صلاحیت فراسرزمینی با استناد به این اصل معتقدند که چون تعریف و مجازات جرائم علیه حقوق ملل، در صلاحیت کنگره است، هیچ محدودیتی بر اختیار کنگره برای وضع قاعده‌ای فرامرزی وجود ندارد؛ البته تا حدی که رفتار مورد بحث (رفتار موضوع قاعده فرامرزی) موجد جرمی علیه حقوق ملل باشد. این اصل سابقاً در خصوص صلاحیت فراسرزمینی کمتر مورد توجه و استناد قرار می‌گرفت تا اینکه در سال ۱۷۸۹ با وضع قانون ضمان قهری خارجیان[۶۳] احیاء شد. این قانون در شکل امروزی خود مقرر می‌دارد که دادگاه‌های بخش فدرال، «صلاحیتی اصلی برای دعاوی مدنی خارجیان برای ضمان قهری در ارتباط با نقض حقوق ملل یا یک معاهده ایالات متحده را دارا هستند».[۶۴] بنابراین در بحث حاضر (یعنی استثنای تروریسم)، مسئله این است که آیا اعمال تروریستی، مشمول تعریف جرائم علیه حقوق ملل به شرح مندرج در این ماده شده و درنتیجه، تابع صلاحیت فراسرزمینی می‌شوند یا خیر. موافقین معتقدند که رویه دیوان عالی ایالات متحده امریکا تأیید می‌کند که این جرایم در واقع جرائم علیه حقوق ملل بوده و تابع اقدام کنگره است.

۲ـ۲. اصل مربوط به تجارت خارجی[۶۵]

مطابق این اصل، اختیارات کنگره برای تنظیم رفتارهای خارجی که از بند سوم از بخش ۸ از ماده ۱ قانون اساسی امریکا نشأت می‌گیرد، همانند اختیار کلی آن برای تنظیم قوانین فرامرزی است. این اصل به کنگره اختیار می‌دهد تا «تجارت با ملت‌های خارجی را تنظیم کند». این بند در اختیارات کنگره مقرر می‌کند: «تنظیم تجارت با ملت‌های خارجی و در میان سایر دولت‌های متعدد، تنظیم با قبایل ایندین».[۶۶] البته به‌هرحال، مرزهای این عبارات برای اجرا دقیقاً مشخص نیست و باید در رویه قضایی مشخص شود.[۶۷] بدیهی است که در اجرای این ماده، محدودیت‌هایی نیز وجود دارد، ازجمله اینکه محل اجرای این ماده در جایی است که به دلیل اقدامات مربوطه، تجارت امریکا با دولت دیگری، محدودیت پیدا کند و نه اینکه تجارت بین دو

62. To define and punish practices and felonies committed on the high sea, and offenses against the law of Nations.

63. Alien Tort Statute

64. Colangeb, *op. cit*., p. 137.

۶۵. این اصل تحت عنوان The foreign commerce clause موضوع بند ۳ از بخش ۸ از ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

66. To regulate commerce with foreign nations and among the several states, and with the Indian tribes.

67. Colangeb, *op. cit*., p. 146.

دولت خارجی که ربطی به تجارت امریکا ندارد، موضوع قانونگذاری کنگره قرار گیرد. دادگاه عالی ایالات متحده در قضیه *یونس* بیان داشت که: «مطمئناً کنگره، اختیار عامی برای تنظیم جریان تجارت در درون مرزهای سرزمین ایالات متحده دارد. اما ایالات متحده اختیار ندارد تا تجارت خارجی‌ای را که هیچ ارتباطی به ایالات متحده امریکا ندارد، تنظیم کند. ملت‌های خارجی برخلاف ایالت‌های امریکا، هرگز اختیارات قانونگذاری خود را به دولت ایالات متحده امریکا واگذار نکرده‌اند».[۶۸]

۲ـ۳. اصل مربوط به اختیار انعقاد معاهدات[۶۹]

منبع دیگر اختیار کنگره برای بسط قوانین ایالات متحده امریکا در خارج از صلاحیت سرزمینی، ترکیبی است از اختیار کنگره به‌عنوان ضرورت و اختیارات متناسب[۷۰] و همچنین اختیارات معاهداتی قوه مجریه به شرح ماده ۲ قانون اساسی.[۷۱] ماده مربوط به ضرورت و اختیارات متناسب، اختیاری را به کنگره اعطا می‌کند تا قوانینی را که برای اجرای اختیارات بیان‌شده در قانون اساسی ضروری و متناسب است، وضع کند. این اختیار که در بند ۱۸ از بخش ۸ از ماده ۱ ذکر شده است، بیان می‌دارد: «وضع هرگونه قوانینی که برای اجرای وظایف فوق‌الذکر، ضروری و متناسب باشد و کلیه اختیارات دیگری که به‌موجب این قانون اساسی به حکومت ایالات متحده یا هریک از ادارات یا کارمندان آن واگذار شده است».[۷۲] این اختیار از جانب دیگر، ریشه در ماده ۲ قانون اساسی ایالات متحده دارد. ماده ۲ این قانون اساسی که به قوه مجریه[۷۳] می‌پردازد، در بند ۲ از بخش ۲ از ماده ۲ خود بیان می‌کند: «رئیس‌جمهور با راهنمایی و رضایت سنا اختیار انعقاد معاهدات را دارد، مشروط به رأی موافق دوسوم سناتورهای حاضر و ... ».[۷۴] با توجه به موارد فوق به نظر دادگاه‌های ایالات متحده امریکا، هنگامی که یک رابطه منطقی بین قانون و هدف مذکور در قانون اساسی وجود داشته باشد، به‌موجب این اختیار، کنگره مجاز به قانونگذاری است.[۷۵] بنابراین کنگره می‌تواند در اجرای اختیار معاهداتی، قواعدی را تنظیم کند که خارج از

68. *United States v. Yunis*, 681 F. Supp. 898, 907 (D.D.C. 1988).

۶۹. این اصل تحت عنوان The treaty power موضوع بند ۲ از بخش ۲ از ماده ۲ قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

۷۰. موضوع بند ۱۸ از بخش ۸ از ماده ۱ قانون اساسی ایالات متحده امریکا.

71. Congress's Necessary and Proper Power and the Executive's Article II Treaty Power

72. To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof

73. The Executive Branch

74. He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur

75. *Ibid*., note. 54, p. 151.

حوزه اختیارات مصرح آن قرار می‌گیرند.[۷۶]

در این مجال باید به بررسی نحوه وضع و اجرای قوانین فراسرزمینی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخت. فصل پنجم این قانون به تشریح حق حاکمیت و قوای ناشی از آن، فصل ششم به قوه مقننه و فصل نهم به قوه مجریه می‌پردازد. اصل ۷۱ در صلاحیت قانونگذاری، اصل مبنایی است. این اصل بیان می‌کند: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». این اصل، صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی را در «عموم مسائل» بیان می‌کند، لیکن برای این صلاحیت کلی و عام، یک قید مقرر می‌کند یعنی «در حدود مقرر در قانون اساسی». این قید سبب می‌شود تا اختیار مجلس شورای اسلامی جهت قانونگذاری در امور مختلف، بازتابی از سایر اصول قانون اساسی باشد. یعنی قانونگذاری در نحوه رسیدگی، تابع اصل ۳۲، در امر تبعید، تابع اصل ۳۳، در امر وضع مجازات‌ها، تابع اصل ۳۶، در امر آزادی‌های اساسی و احترام به حرمت انسانی، تابع اصل ۳۹، در امر نظام اقتصادی، تابع اصل ۴۴، در امر انفال، تابع اصل ۴۵، در امر مالکیت، تابع اصل ۴۷، در امر مالیات، تابع اصل ۵۰، در امر سیاست خارجی، تابع اصول ۱۵۲ و ۱۵۳ و غیره است. لیکن در بحث صلاحیت قضایی و اعمال صلاحیت‌های مربوطه توسط دادگاه‌ها، ابتدا اصل ۶۱ قانون اساسی مقرر می‌کند: «اعمال قوه قضاییه به‌وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل‌وفصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد». سپس اصل ۱۵۶ در ۵ بند وظایف این قوه را احصا می‌کند. لیکن در خصوص صلاحیت دادگاه‌های دادگستری جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۵۹ قانون اساسی بیان می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است». با این ارجاع، این امکان برای مجلس شورای اسلامی پدید آمده (که البته در حدود اصول قانون اساسی) نسبت به وضع قانون (ماهوی و شکلی) در زمینه صلاحیت اقدام کند. آیین دادرسی مدنی در باب اول، موضوع مواد ۱۰ الی ۲۵ به امر صلاحیت دادگاه‌ها پرداخته است که متأسفانه این مواد به دلیل اینکه فقط به‌صورت شکلی به امر صلاحیت می‌پردازد در موضوع بحث حاضر، راهگشا نیست. مواد مربوط به صلاحیت‌های کیفری نیز در بخش قبل مرور شد. لذا ناگزیر می‌بایست به خود قوانین ماهوی (ازجمله قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی) پرداخت.

با عنایت به موارد فوق، می‌توان از افقی بالاتر به این قوانین، این‌گونه نگاه کرد که قوانین اساسی دو دولت که بکرترین تجلی حق تعیین سرنوشت مردم آن دولت‌هاست، صراحت و

۷۶. ازجمله سایر مستندات ادعایی در قانون اساسی امریکا می‌توان به اختیار تنظیم امور خارجی (Foreign affairs power) اشاره کرد.

اشاره‌ای مستقیم در امر صلاحیت فراسرزمینی ندارد و هر دو دولت به عمومات قوانین خود استناد کرده و چنین صلاحیتی را برای خود ابداع کرده‌اند. از سوی دیگر به دلیل اصل برابری حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، پیش‌بینی صلاحیت فراسرزمینی برای مقننه و مجریهٔ دولت‌ها در قوانین اساسی آن‌ها، با نظم عمومی و مبنایی حقوق بین‌الملل مغایرت داشته و اعتبار آن، محل تردید است. در تأیید این ادعا و اثبات این امر که مطابق نظم بین‌المللی موجود، در حقوق بین‌الملل معاصر، اصل بر اعمال صلاحیت در محدوده مرزهای سرزمینی است، می‌توان به رأی دیوان در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت استناد کرد. دیوان در پاراگراف ۵۷ از این رأی بیان می‌کند که: «مصونیت، بیانگر خروج از اصل حاکمیت سرزمینی و صلاحیتی است که از آن منبعث می‌شود».[۷۷] سپس در پاسخ به استدلال دوم ایتالیا[۷۸] که جهت اثبات شدت عمل اقدامات آلمان به‌استثنای تروریسم در قانون مصونیت‌های حاکمیت ایالات متحده امریکا استناد می‌کند، در پاراگراف ۸۸ از رأی خود بیان می‌دارد: «این اصلاحیه هیچ مورد مشابهی در قوانین سایر دولت‌ها ندارد.[۷۹] در مقررات هیچ‌یک از دولت‌هایی که قوانینی در موضوع مصونیت دولت وضع کرده‌اند، مقرراتی در خصوص محدودیت مصونیت در زمینه شدت اقدامات وجود ندارد».[۸۰] دیوان در پاراگراف ۸۹ خود اشعار می‌دارد که شدت تخلفات یا خصیصه آمره قواعد نقض‌شده به‌عنوان مبانی نقض مصونیت، هیچ‌یک در کنوانسیون اروپایی، کنوانسیون ملل متحد یا کنوانسیون میان‌امریکاییِ مصونیت حاکمیت وجود ندارند.[۸۱] سپس در پاراگراف ۹۰ رأی خود نیز به گزارش

---

77. *Ibid*., note. 6, para. 57.

۷۸. استدلال دوم ایتالیا برای صلاحیت محاکم خود در استماع دعاوی علیه آلمان به سه بخش تقسیم می‌شد که عبارت بود از: شدت نقض، ماهیت قواعد نقض‌شده و فقدان روش جایگزین دیگر. ن.ک: زیرنویس شماره ۶، پاراگراف‌های ۸۳ الی ۹۶.

۷۹. البته حائز توجه است که اصلاحیه ۲۰۱۲ قانون مصونیت دولت کانادا (State Immunity Act) نیز ازجمله این ابتکارات است که به تبعیت از جریان ضدتروریسم بین‌المللی، استثنای ضدتروریسم را بر این قانون درج می‌کند. بعد از قضیه بوذری که به‌عنوان یک قضیه شاخص در کانادا مطرح شد و متعاقباً پس از انتقاداتی که نسبت به دولت کانادا در کمیته ضد شکنجه مطرح شد، لایحه‌ای در سال ۲۰۱۱ تحت عنوان "Bill C-10" مطرح شد و نهایتاً در ۲۰۱۲ به‌صورت قانونی تحت عنوان Safe Streets and Communities Act درآمد که بخش I (Part I) آن اصلاحیه بر قانون مصونیت دولت کانادا را بیان می‌کند. به‌موجب این قانون، شهروندان کانادایی و مقیمان دائم کانادایی که قربانیان تروریسم هستند و سایر کسانی‌که پیوند واقعی ماهوی‌ای با کانادا دارند، می‌توانند به‌منظور جبران خسارت خود نسبت به اقامه دعوای مدنی در خصوص اقدامات تروریستی که در هر جای دنیا اتفاق افتاده باشد اقدام کنند، حتی اگر خوانده دعوا دولت‌های خارجی باشند، البته فقط دولت‌هایی که توسط حکومت کانادا به‌عنوان حامی تروریسم تلقی و فهرست می‌شوند.

80. *Ibid*., note. 6, para. 88.

۸۱. قطعنامه ۲۰۰۹ مؤسسه حقوق بین‌الملل «راجع به مصونیت از صلاحیتِ دولت و افرادی که از جانب دولت در جرائم بین‌المللی عمل می‌کنند» نیز که در نشست ناپل اتخاذ شد، در ماده ۴ خود صراحتاً بیان می‌دارد که «مقررات فوق، بر چگونگی بهره‌مندی یک دولت از مصونیت از صلاحیت در دادگاه‌های داخلی دولت دیگر در دعاوی مدنی‌ای که مرتبط با جرمی بین‌المللی است که توسط نمایندگان دولت مدعی علیه ارتکاب یافته است، تأثیری ندارد».

گروه کاری کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۹۹ اشاره کرد که بیان می‌دارد که نمی‌توان به موضوع مصونیت حاکمیت به هنگام نقض قواعد آمره بی‌توجه بود، لیکن موضوع آن‌قدر به بلوغ و پختگی نرسیده است که در مواد پیش‌نویس درج شود[۸۲] و درنهایت در پاراگراف ۹۱ از رأی خود نتیجه‌گیری می‌کند که «در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل عرفی، دولت‌ها به دلیل اینکه اعمال ارتکابی آن‌ها نقض شدید حقوق بین‌الملل یا حقوق مخاصمات مسلحانه است، از مصونیت مبرا نخواهند بود».[۸۳]

۳. صلاحیت فراسرزمینی در قوانین مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا و قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی

قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده[۸۴] شامل بخش‌های ۱۳۳۰ الی ۱۶۱۱ از عنوان ۲۸ قانون ایالات متحده امریکا است.[۸۵] بخش ۱۶۰۵ از این قانون با عنوان استثناهای عمومی بر مصونیت حاکمیتی دولت خارجی در بند (الف) خود در ۷ شق به استثناهای مربوطه می‌پردازد (استثناهای هفتگانه). استثناهای مذکور در این بند نیز عموماً واجد پیوند سرزمینی بوده و تنها پوشش مصونیتی از این اعمال برداشته شده و لذا مطابق قاعده کلی، هنگامی‌که مصونیت از عملی برداشته می‌شود، به دلیل پیوند سرزمینی، موضوع در محدوده صلاحیتی دادگاه‌های ایالات متحده امریکا قرار می‌گیرد (خصوصاً شقوق ۲،۳ و ۴). اما در این بین، شق هفتم که به استثنای تروریسم می‌پردازد، ویژگی خاصی داشته و عکس سایر موارد عمل می‌کند؛ بدین توضیح که با رفع مانع مصونیت توسط قانون، مصونیت‌های حاکمیت خارجی در محدوده کلی صلاحیت سرزمینی قرار نمی‌گیرد، بلکه به دلیل فقد پیوند سرزمینی با دادگاهی که اعمال صلاحیت می‌کند، زمینه‌ای برای اعمال صلاحیت وجود نداشته و این قانون در واقع ایجاد و خلق صلاحیت می‌کند. استثنای تروریسم بر مصونیت در حقوق ایالات متحده امریکا ابتدائاً به‌موجب قانون ضدتروریسم و مجازات اعدام مؤثر ایالات متحده امریکا[۸۶] در سال ۱۹۹۶ وضع شد که این قانون، صلاحیت فراسرزمینی نسبت به اعمال خاصی از تروریسم را که خارج از سرزمین ایالات متحده

Institute De Droit International, Napoli session, 2009, Resolution on the immunity from jurisdiction of the state and persons who act on behalf of the state in case of international crimes.

82. *Ibid*., note. 6, para. 90.

83. *Ibid*., note. 6, para. 91.

84. U.S Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA), 1976.

85. 28 U.S.C.

86. U.S. Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA)

صورت می‌پذیرد به دادگاه‌های ایالات متحده اعطا می‌کند.[۸۷] بدین صورت، قانون ضدتروریسم و مجازات اعدام مؤثر ایالات متحده امریکا، شق ۷ را به بند (الف) از بخش ۱۶۰۵ این قانون اضافه می‌کند. علاوه بر انکار مصونیت در این قانون، در سال ۱۹۹۶ مصوبه‌ای قانونی موسوم به «مسئولیت مدنی در مقابل اعمال مورد حمایت تروریسم دولتی»[۸۸] که عموماً از آن به‌عنوان اصلاحیه *فلاتو*[۸۹] یاد می‌کنند[۹۰] به تصویب رسید تا مستندی برای طرح هرگونه دعوایی بر اساس شق ۷ از قانون فوق را برای دادگاه پدید آورد.[۹۱] نکته مهم در این مصوبات، فقدان شرط سرزمینی‌بودن است، یعنی دادگاه‌های ایالات متحده امریکا می‌توانند نسبت به این‌گونه اعمال که در هر جای دنیا اتفاق افتاده باشد،[۹۲] اعمال صلاحیت کنند.[۹۳]

بررسی تحولات قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا، خصوصاً در استثنای تروریسم، بیانگر این امر است که این تحولات، اساساً با دو هدف صورت پذیرفته‌اند: الف. هدف بازدارندگی: برای دولت‌های حامی تروریسم،[۹۴] از طریق صدور حکم به خسارت تنبیهی[۹۵] و ب. هدف جبرانی: تدارک منابعی برای پوشش خسارات وارده به قربانیان این حوادث

---

۸۷. شق ۷ بیان می‌کند که یک دولت خارجی از صلاحیت دادگاه‌های ایالات متحده امریکا «در موارد مربوط به مرگ یا جراحات شخصی بر اثر شکنجه، اعدام فراقضایی، خرابکاری در هواپیما، گروگان‌گیری یا تهیه وسایل یا منابع ... برای چنین اقداماتی» مصون نیست.

88. Civil Liability for Acts of State Sponsored Terrorism

89. Flatow Amendment

۹۰. فلاتو اولین قضیه‌ای است که بعد از اصلاحیه FSIA مطرح شد. چون به استناد بخش ۱۶۰۶ از FSIA صدور حکم به خسارات تنبیهی درمورد استثنای ۱۶۰۵ و ۱۶۰۷ این قانون علیه دولت‌های خارجی امکان‌پذیر نبوده و فقط علیه وابستگان یک دولت میسر بود. بعد از تصویب این اصلاحیه، قضیه فوق علیه جمهوری اسلامی ایران مطرح شد که منجر به صدور حکمی به مبلغ ۲۲۵ میلیون دلار خسارت تنبیهی علیه ایران شد و پایه‌ای برای دعاوی بعدی برای صدور حکم به خسارات تنبیهی شد. *استفان فلاتو* وکیل بود و به دلیل کشته‌شدن دخترش در بمب‌گذاری در اسرائیل با کنگره لابی کرد تا این قانون به تصویب رسید. در این قضیه، خواهان (استفان فلاتو)، دعوایی علیه دولت ایران و چهار خوانده دیگر (مذکور در دادخواست) به دلیل بمب‌گذاری انتحاری‌ای که دختر آقای فلاتو در آن به قتل رسید مطرح می‌کند. ن.ک:

Flatow v. Islamic Republic of Iran, 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998).

91. Xiaodong, Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 225.

۹۲. از این زمان به بعد، یعنی پس از صدور قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت در سال ۲۰۰۱، تغییری اساسی در قوانین داخلی ضدتروریست دولت‌ها رخ داد. به دلیل ساختار این قطعنامه که علاوه بر دولت‌ها، افراد و مؤسسات را نیز طرف خطاب قرار داده و آن‌ها را نیز از هرگونه کمک و حمایت از تروریسم منع می‌کند، اجرای این مسئولیت در بخشی به مردم، کسبه، صاحبان مشاغل و حرف واگذار شد. در این خصوص، ن.ک: Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001 و همچنین Anti-terrorism Act کانادا و همچنین قوانین و مقررات داخلی سایر دولت‌ها که خلاصه‌ای از آن در گزارش‌های سالانه کمیته مبارزه با تروریسم (Counter-Terrorism Committee (CTC) بیان شده است.

93. Xiaodong, *op. cit*., note. 94, p. 226.

94. State Sponsor of Terrorism (SSTs)

95. Punitive damages

به‌واسطه صدور احکام خسارت.[۹۶] برای مرور سریع تحولات این قانون تا زمان حاضر، می‌توان این تحولات را به شکل زیر خلاصه کرد:

ردیف	سال	مستند تغییر	شرح تغییر	آثار
۱	۱۸۱۲	قضیه اسکونر اکسچنج[۹۷]	رأی قاضی مارشال، پایه‌گذاری مصونیت مطلق حاکمیت خارجی	
۲	۱۹۵۲	نامه جک تیت[۹۸]	مصونیت محدود حاکمیت	
۳	۱۹۷۶	قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی (FSIA)	اعطای مصونیت به حاکمیت‌های خارجی به‌استثنای موارد هفت‌گانه: ۱ـ اعراض از مصونیت، ۲ـ فعالیت‌های مستقیم یا غیرمستقیم مؤثر بر ایالات متحده، ۳ـ مصادره، ۴ـ موضوعات مربوط به حقوق مالکانه، ۵ـ دعاوی ضمان قهری غیرتجاری که در محدوده ایالات متحده امریکا رخ دهد، ۶ـ موافقت‌نامه‌های متقابل، ۷ـ برخی از دعاوی متقابل.	در موارد استثنا، موضوع در صلاحیت کلیه دادگاه‌ها فدرال و ایالتی قرار می‌گیرد.[۹۹] (فقد صلاحیت رسیدگی نسبت به دعاوی مدنی تروریسم)
۴	۱۹۹۶ (آوریل)	استثنای تروریسم، قانون ضدتروریسم و مجازات اعدام مؤثر[۱۰۰] (AEDPA)	اجازه اقامه دعوای مدنی توسط مجروح یا بازماندگان وی علیه دولت خارجی یا وابستگان آن به دلیل ارتکاب اعمال تروریستی یا کمک به گروه تروریستی. شروط اجرا: ۱ـ خواهان یا زیاندیده، تبعه ایالات متحده	استثنایی بود که بر استثناهای هفت‌گانه در شکل قانون وارد شد. (ایجاد صلاحیت رسیدگی)

96. Compensatory damages

97. *Schooner Exchange v. Mac Faddon*, 11 U.S 116 (1812).

98. Jack B. Tate, 26 DEP'T ST. BULL. 984, (1952).

۹۹. به‌موجب این قانون، چنانچه دعوایی به دلیل اعمال تروریستی یا نقض شدید حقوق بشر مطرح می‌شد، همانند دعاوی خانواده قربانیان پرواز ۱۰۳ پان آمریکن (لاکربی)، چون در هیچ‌یک از استثناهای هفت‌گانه قرار نمی‌گرفت، دادگاه، صلاحیت رسیدگی به آن را نداشته و نتیجتاً حکمی صادر نمی‌شد.

100. Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA)

			باشد. ۲ـ حاکمیت خارجی به‌عنوان دولت حامی تروریسم (SST) توصیف شده باشد. ۳ـ حاکمیت خارجی در اعمال شکنجه، اعدام فراقضایی، گروگان‌گیری و ... شرکت داشته باشد. ۴ـ عمل توسط کارمند یا مأمور دولت در وظیفه رسمی خویش صورت گرفته باشد. ۵ـ اگر عمل در دولت خارجی که علیه آن طرح دعوا شده، صورت گرفته باشد، فرصتی برای ارجاع دعوا به داوری اعطا شود.	
۵	۱۹۹۶ (سپتامبر)	قانون مسئولیت مدنی برای اقدامات دولت‌های حامی تروریسم[۱۰۱]	اجازه درخواست خسارات تنبیهی[۱۰۲] از دادگاه، هنگام طرح دعوای خصوصی تروریسم علیه SSTها. مجریه: الف. اجازه نمی‌دهد از اموال بلوکه‌شده که وی مسدود کرده بود استفاده کنند. استفاده از آن‌ها بدون اجازه مجریه ممنوع بود.	اصلاحیه فلاتو، تأکید بر هدف بازدارندگی استثنای تروریسم. (ایجاد صلاحیت اجرایی)

101. Civil Liability for Acts of State Sponsored Terrorism Act

۱۰۲. سابقه خسارت تنبیهی در حقوق بین‌الملل را می‌توان در ماده ۱۹ طرح پیش‌نویس مسئولیت ۱۹۷۶ دولت‌ها جستجو کرد. در این ماده، مسئولیت بین‌المللی دولت از حیث ماهیت تعهد نقض‌شده تفکیک شده و در برخی از موارد فقط تعهد به جبران پدید آمده و در موارد نقض‌های شدید حقوق بشر یا بشردوستانه، علاوه بر تعهد به جبران خسارت، به‌منظور تحقق عدالت، جبران‌های تنبیهی (punitive reparation) نیز ضروری به نظر می‌رسید. قبل از خدمت آگو به‌عنوان مخبر ویژه، *گارسیا آمادور* نیز در گزارش خود در سال ۱۹۵۸ بیان می‌کند که برخی از اشکال جبران‌ها به‌وضوح و روشنی، اهداف تنبیهی (punitive) دارند و بیانگر انتساب مسئولیتی کیفری به دولت هستند. در حقوق امریکا نیز رفتارهای مستلزم ضمان قهری/ شبه‌جرم (tortious conducts) می‌توانند موضوع صدور حکم به خسارات تنبیهی قرار بگیرند. این خسارات با دو هدف تنبیه رفتار متخلفانه و جلوگیری از تکرار آن در آینده صورت می‌پذیرد. اما در قوانین ضدتروریسم ایالات متحده امریکا بعد از قضیه فلاتو، خسارت تنبیهی یکی از اجزای دعوای ضمان قهری در دعاوی ضدتروریست شد و نوعاً در هر پرونده ۳۰۰ میلیون دلار به‌عنوان خسارت تنبیهی تعیین شد. این خسارات به کارشناسی دکتر *پاتریک کلاسون* (Patrick Clawson)، رئیس مؤسسه سیاست خاور نزدیک واشنگتن صورت می‌پذیرد. وی بودجه تروریستی ایران را سالانه تقریباً ۱۰۰میلیون دلار برآورد کرده و این خسارات را به دلیل شأن بازدارندگی آن به سه برابر این میزان ارزیابی کرده است. صرف‌نظر از مواضع ضدایرانی آشکار این کارشناس که صحت نظریه وی را محل تردید قرار می‌دهد، این ارزیابی، اختلافی آشکار با قضیه *Grimshaw v. Ford Motor Co.* دارد که به‌عنوان مبنای خسارت تنبیهی در رویه قضایی امریکا، «حداقل هزینه» را ملاک محاسبه قرار می‌دهد. ن.ک:

Drescher, Ilana Arnowitz, "Seeking Justice for America's Forgotten Victims: Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act Terrorism Exception, Legislation and Public Policy", vol. 15, 2012, pp. 806-813.

			ب. این اموال، تحت‌نظر OFAC[۱۰۳] به‌عنوان مجازات اقتصادی نسبت به دولت‌های خارجی که اهداف سیاست خارجی یا امنیت ملی را اجرا نمی‌کردند، اعمال می‌شد.	
	۱۹۹۸	قانون تلفیقی تخصیص بودجه[۱۰۴]	اموال بلوکه‌شده، مشمول توقیف و اجرا می‌شدند. البته کلینتون[۱۰۵] از اختیارات اجرایی خود استفاده کرد و از شرایط آن اعراض کرد و امکان اجرای آن میسر نشد.[۱۰۶]	تأکید بر جنبه جبرانی خسارات در استثنای تروریسم. (بسط صلاحیت اجرایی)
	۲۰۰۲	قانون بیمه خطر تروریسم[۱۰۷] (TRIA)	اعراض از اموال بلوکه‌شده درمورد خسارات جبرانی (و نه خسارات تنبیهی). این اعراض کلی نبوده، بلکه مورد به مورد[۱۰۸] رئیس‌جمهور باید تصمیم بگیرد که آیا اعراض از اموال بلوکه‌شده در جهت تأمین منافع امنیت ملی، ضروری است یا خیر تا متعاقباً اجرا صورت پذیرد.	بعد از ۱۱ سپتامبر و فشار شدید کنگره، تأکید بر جنبه جبران خسارات در استثنای تروریسم. (بسط صلاحیت اجرایی)
	۲۰۰۸	قانون مجوز امنیت ملی برای سال مالی ۲۰۰۸[۱۰۹]	ابطال احکام دادگاه‌هایی که خواهان‌ها در آن امکان محدودی برای اجرا علیه دولت‌های خارجی داشتند و فراهم‌آوردن امکان طرح دعوا توسط خواهان‌ها در زیان‌های مالی[۱۱۰] مستقیماً علیه SST ها.	تأکید بر جنبه جبران خسارات در استثنای تروریسم با تمرکز بر زیان‌های مالی. (بسط صلاحیت اجرایی)

103. Office of Foreign Asset Control

104. Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Act of 1998

۱۰۵. کلینتون در بخشی از تصمیم خود بیان داشت که: «اگر این بخش، منجر به توقیف و اجرا علیه اموال سفارتخانه‌های خارجی شود، به اختیار بنده به‌موجب قانون اساسی برای «پذیرش سفرا یا سایر وزرای دولتی» لطمه می‌زند».

106. Presidential Determination No. 99-1, 63 Fed. Reg. 59,201 (Oct. 21, 1998).

107. Terrorism Risk Insurance Act

108. Assset-by-asset

109. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008

110. Monetary damages

در نقطه مقابل، قانون صلاحیت محاکم دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به برخی دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی نیز مسیر نسبتاً پر فرازونشیبی را در فرایند قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران پشت سر گذاشته است. البته قانون جدید در تاریخ ۱۳۹۱/۱/۲۳ به تصویب رسید و بدون هیچ ایرادی از حیث مغایرت با شرع و قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان رسید.[۱۱۱] این قانون مقرر می‌کند که «به‌موجب این قانون ... اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند از اقدامات دولت‌های خارجی ... در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند. در این صورت، دادگاه مرجوع‌الیه مکلف است ... طبق قانون، حکم مقتضی صادر کند ...». حال به‌منظور مروری سریع بر این تحولات، می‌توان نگاهی داشت به جدول زیر که خلاصه‌ای از این تغییرات را بیان می‌دارد:

ردیف	سال	مستند تغییر	شرح تغییر	آثار
۱	۱۳۷۸	قانون صلاحیت محاکم دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به برخی دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی	قابلیت طرح دعاوی جبران خسارت ناشی از اقدامات دولت‌های خارجی که مصونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی دولت ایران یا مقامات رسمی، آن را نقض کرده باشند.	ایجاد صلاحیت برای دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران در استماع دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی.
۲	۱۳۷۹	آیین‌نامه اجرایی قانون	مکلف‌کردن وزارت امور خارجه به تهیه فهرست کشورهای ناقض مصونیت دولت یا مقامات ایران یا دولت‌هایی که در اجرای احکام صادره به آن‌ها مساعدت کرده‌اند + تعیین دولت‌های حامی گروه‌های تروریستی.	
۳	۱۳۷۹	اصلاحیه قانون	افزودن بند ۳ و دو تبصره به قانون قبلی.	خسارات تنبیهی علاوه بر خسارات مادی و معنوی با مبنای احکام مشابه صادره از

۱۱۱. با این تأیید از سوی شورای نگهبان می‌توان قائل بر این بود که به زعم شورای نگهبان، پیوند سرزمینی با صلاحیت، جزء محکمات قانون اساسی نبوده و عدول از آن به‌وسیله قوانین عادی امکان‌پذیر است.

				دادگاه‌های خارجی مورد قانونگذاری قرار گرفت.
۴	۱۳۷۹	اصلاح آیین‌نامه اجرایی	تبصره ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی اصلاح شد.	در تعیین خسارات، اصل عمل متقابل به‌عنوان مبنا حذف شده و مقررات مربوطه به‌جای آن درج شد.
۵	۱۳۸۷	قانون تصویب کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها	اعطای مصونیت به دولت‌های خارجی و اموال آن‌ها.	قانون خاص مقدم، مصونیت را فقط نسبت به دولت‌هایی که مصونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی دولت ایران یا مقامات رسمی آن را نقض کرده باشند، اعمال می‌کرد و قانون عام مؤخر (کنوانسیون ملل متحد)، نتوانست در عمل آن را نسخ کند.
۶	۱۳۹۱	قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی		لغو قانون و اصلاحیه‌های قبل. تجویز صلاحیت در رسیدگی و همچنین صلاحیت در اجرا، تهیه فهرست اشخاص یا گروه‌های وحشت‌افکن (تروریستی) توسط وزارت اطلاعات و ...
۷	۱۳۹۲	آیین‌نامه اجرایی قانون صلاحیت	ایجاد کارگروه مشورتی به‌منظور هماهنگی در اجرا، رسیدگی مطابق	

		دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی	قانون آیین دارسی مدنی، تهیه فهرست دولت‌های ناقض توسط وزارت امور خارجه و ...	

تفاوت بین شکل این دو قانون قابل توجه است. قانون ایالات متحده امریکا، قانونی سلبی است و حال آنکه قانون جمهوری اسلامی ایران، قانونی ایجابی است. قانون امریکا، در صدر بند (الف) از بخش ۱۶۰۵ مقرر می‌دارد که: «دولت‌های خارجی از صلاحیت دادگاه‌های ایالات متحده یا دادگاه‌های ایالت‌ها در موارد زیر مصون نخواهند بود»؛ یعنی مصونیت اعطایی قبلی به دولت‌های خارجی را در خصوص تروریسم، ملغی می‌کند. بنابراین با این الغا، دولت‌های خارجی در چارچوب صلاحیت دادگاه‌هایی که قبلاً در سایر موارد به این قبیل دعاوی رسیدگی می‌کردند، قرار می‌گیرند. در نقطه مقابل، قانون ایران (فقط) برای دادگستری تهران و نه سایر دادگاه‌ها صلاحیت پدید می‌آورد.[۱۱۲]

۴. وصف مرتکب افعال در این قوانین

جزء (A) از شق ۷ از بند (a) از بخش ۱۶۰۵ قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی بیان می‌دارد که در زمان ارتکاب فعل مربوطه، دولت خوانده می‌بایست به‌عنوان حامی تروریسم[۱۱۳] توصیف شده باشد (مگر در موارد خاص که عطف به ماسبق می‌شود).

یکی از ابزارهای ماهیتاً دیپلماتیک مورد استفاده وزارت امور خارجه ایالات متحده امریکا، لیست دولت حامی تروریسم است. در زمان نگارش این مکتوب (آذر ۹۳)، چهار دولت کوبا، ایران، سودان و سوریه از سوی وزارت امور خارجه این کشور در این لیست قرار گرفته‌اند[۱۱۴] (عراق، لیبی و کره شمالی قبلاً از این لیست خارج شده‌اند). این لیست که هر ساله روزآمد می‌شود، به دلیل نقش‌های رسمی و غیررسمی‌ای که به آن اعطا می‌شود، روزبه‌روز جذابیت بیشتری پیدا کرده است.

این لیست با وعده‌ای که نسبت به‌وضوح و قطعیت خود می‌دهد از قدرت بیان بالایی برخوردار بوده و با اقبال عمومی سیاست‌مداران، ناظران بین‌المللی و تهیه‌کنندگان برنامه‌های

۱۱۲. این موضوع در انتخاب دادگاه صالح که صلاحیت دارد در سایر موارد نیز این‌گونه دعاوی را استماع کند تأثیرگذار است، مانند دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های مدنی یا دادگاه‌های خاص که تفصیل آن، تحلیل محتوایی قانون ایران را می‌طلبد.

113. State Sponsor Terrorism (SSTs)

۱۱۴. قابل دسترسی در تارنمای: http://www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm.

تلویزیونی روبه‌رو شده است. این اقبال عمومی، مشروعیت تهیه و تدوین این لیست را تحت‌الشعاع قرار داده و به اسلحه خودکاری تبدیل شده که به سمت دولتی شلیک می‌کند که وزارت امور خارجه[۱۱۵] آن را هدف می‌گیرد.[۱۱۶]

فهرست دولت‌های حامی تروریسم در شکل اولیه خود، نوعی از مجازات‌های اقتصادی بود که وزارت امور خارجه امریکا در طول جنگ جهانی اول از آن استفاده می‌کرد. این لیست به‌عنوان ابزار سیاست خارجی از طریق قانون معامله با دشمن ۱۹۱۷[۱۱۷] در امریکا ظهور کرد. این قانون به رئیس‌جمهور اجازه می‌داد تا وضعیت اضطراری ملی اعلام کرده و به این مناسبت، نسبت به دولت بخصوصی قوانین جامع مبادلات مالی را تنظیم کند. این اختیار به‌صورت مقطعی به رئیس‌جمهور اعطا شد اما قانون کنترل صادرات ۱۹۴۹، اختیار تنظیم تجارت خارجی[۱۱۸] را به‌عنوان ابزاری برای تنظیم سیاست خارجی به رئیس‌جمهور تفویض کرد. این اختیارات به‌موجب قانون اداره صادرات[۱۱۹] تمدید شد و اخذ مجوز قبلی برای صادرات کالاهای نظامی و تکنولوژیکی به دولت‌هایی که مکرراً از اقدامات تروریستی بین‌المللی حمایت کرده بودند،[۱۲۰] ضروری شد. سپس این اختیارات به‌موجب قانون اختیارات اقتصادی اضطراری بین‌المللی ۱۹۷۷[۱۲۱] توسعه پیدا کرد. متعاقباً این لیست، مبنای بسیاری از قوانین و تصمیمات بعدی[۱۲۲] ضدتروریسم شد.[۱۲۳]

دو قانون دیگر نیز تهیه این لیست را ضروری می‌دانند: قانون کمک‌های خارجی[۱۲۴] و قانون کنترل تسلیحات.[۱۲۵] لیکن هیچ‌یک از این سه دسته قوانین، فرایند تعیین دولتی

---

۱۱۵. البته فهرست مشابه آن، بر اساس اصلاحیه قانون مصونیت دولت کانادا مورخ ۱۳ مارس ۲۰۱۲ توسط کابینه (Governor in Council) و بر اساس توصیه‌ای که توسط وزارت امورخارجه در مشورت با وزیر امنیت عمومی و آمادگی‌های اضطراری انجام می‌دهد تهیه می‌شود. ن.ک: بند ۲ از قسمت ۵ از اصلاحیه قانون مصونیت دولت ۲۰۱۲ کانادا.

116. Peed, Matthew J., "Blacklisting as Foreign Policy: The Politics and Law of Listing Terror States", *Duke Law Journal*, vol. 54, 2005, p. 1322.

117. Trading with Enemy Act (TEA), 1917, Pub. L. No. 65-91, 40 Stat. 411.

118. Export Control Act (EAA), Pub. L. No. 81-11, 63 Stat. 7, 8–9 (1949).

119. Export Administration Act (EAA), 1969, Pub. L. No. 91-184, 83 Stat. 841, 845.

۱۲۰. بر اساس این اختیار تفویضی، وزارت امور خارجه می‌بایست گزارش این لیست را به کنگره ارائه کند و برای خروج از این لیست، ضروری بود تا تغییری اساسی در رهبری و سیاست‌های حکومت دولت مربوطه (یعنی کودتا) پدید آید یا اینکه دولت مربوطه در شش ماه قبلی، هیچ حمایتی از تروریسم انجام نداده باشد.

121. International Emergency Economic Powers Act (IEEPA), 1977, Pub. L. No. 95-223, 91 Stat. 1628.

122. International Security and Development Cooperation Act of 1985, Order No. 12,613, 31 C.F.R. § 560.201, 52 Fed. Reg. 41940 (1987) (Iran); Exec. Order No. 12,538, 3 C.F.R. 395, 50 Fed. Reg. 47527 (1985) (Libya).

123. Peed, Matthew J., *op. cit*., note 119, pp. 1324-1326.

124. Foreign Assistance Act (FAA), 22 U.S.C. § 2371.

125. Arms Export Control Act, 22 U.S.C. § 2780.

به‌عنوان حامی تروریسم را مشخص نمی‌کنند و صحبتی از یک لیست رسمی[۱۲۶] به میان نمی‌آورند.[۱۲۷]

علی‌رغم اشارات و کاربرد این لیست در قوانین متعدد، هیچ‌کدام، مشروعیتی حقوقی و قضایی برای این لیست پدید نیاورده و استفاده از آن به‌عنوان ابزاری حقوقی و قضایی همچنان با ایرادات زیادی مواجه است، ازجمله اینکه: ۱ـ مسئله صلاحیت دادگاه‌ها متعلق بر تصمیم وزارت امور خارجه است و سیاست خارجی، بخشی از رسیدگی قضایی است. ۲ـ تشویق خواهان‌های خصوصی برای بسط مرزهای قوانین در دادخواست‌های خود تا بتوانند دولت‌های حامی تروریسم را در دام خود گرفتار کنند. ۳ـ رفتاری متفاوت با خواندگانی با تخلفات مشابه. ۴ـ ازبین‌رفتن مرزهای تفکیک قوا در قانون اساسی.[۱۲۸]

دادگاه بخش هفتم ایالات متحده امریکا در این مورد در رأی خود بیان می‌کند: «به‌راحتی می‌توان بین توانایی کنگره برای تفویض اختیار تجاری خویش برای کنترل قیمت در زمان جنگ با توانایی آن برای تفویض اختیاری حساس و محوری در سنت حقوقی انگلیسی ـ امریکایی ما که صلاحیت دادگاه‌های فدرال را به وجود می‌آورد، تفکیک قائل شد».[۱۲۹] دادگاه بخش یازدهم نیز عدم توانایی کنگره برای تفویض تعیین مرز صلاحیت دادگاه فدرال به هرکس دیگر را «بدیهی» فرض کرده است.[۱۳۰]

درمجموع می‌توان این‌گونه جمع‌بندی کرد که لیست دولت‌های حامی تروریسم، صرف‌نظر از ورود شکلی در دنیای حقوق، متأسفانه هنوز ماهیتی دیپلماتیک دارد. بنابراین چنانچه بنا باشد که در این حوزه بماند، باید ویژگی قواعد حقوقی را به خود بگیرد که همانا شفاف‌بودن، پاسخگوبودن، یکنواختی در موارد مشابه و در یک جمله، تحت حاکمیت قانون‌قرارگرفتن است. در غیر این صورت، نه‌تنها به مبارزه و کنترل تروریسم کمک نخواهد کرد، بلکه وضعیت را وخیم‌تر و نفرت و حس انتقام را بیشتر خواهد کرد.

البته تا کنون راهکارهای متعددی جهت ویژگی حقوقی‌بخشیدن به این ابزار ارائه شده است، همانند استفاده از راه‌های میانه،[۱۳۱] استفاده از گروه‌های حقیقت‌یاب مستقل برای تعیین دولت‌های

126. Official list

127. Peed, Matthew J., *op. cit*., note. 119, p. 1326.

128. *Ibid*., pp. 1329- 1342.

129. *U.S. v. Mitchell*, 18 F.3d 1355, 1360 n.7 (7th Cir. 1994), in Peed Matthew J., *op. cit*., note. 119, p. 1338.

130. *Miller v. FCC*, 66 F.3d 1140, 1144 (11th Cir. 1995), in Peed, Matthew J., *op. cit*., note. 119, p. 1338.

۱۳۱. برای افزایش مشروعیت این لیست، به‌گونه‌ای که جنبه‌های سیاسی و حقوقی آن به‌صورت توأمان ارزیابی شده و فقط از یک جنبه خاص (جنبه سیاسی) به این لیست نگریسته نشود، پیشنهادهایی تحت عنوان استفاده از راه‌های میانه مطرح شده

دولت‌های حامی تروریسم، مشخص‌شدن راه‌های خروج از لیست و درنهایت، جداکردن لیست از مجازات‌ها.[۱۳۲]

قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران، اعمال صلاحیت را منوط به وجود یکی از دو وصف زیر برای فاعل این اعمال کرده است: ۱ـ دولت‌هایی که مصونیت قضایی جمهوری اسلامی ایران یا مقامات رسمی آن را نقض می‌کنند (ماده ۱ قانون). ۲ـ دولتی که در اجرای احکام مذکور در بند ۱ این قانون مساعدت و همکاری نماید (ماده ۳ قانون).

مرجع تهیه لیست در قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مواردی به نظر با ابهام همراه است؛ بدین توضیح که دولت‌های مذکور در بند ۱ فوق (دولت‌های ناقض به تعبیر قانون)، بر اساس ماده ۱ قانون، می‌بایست توسط وزارت امور خارجه تعیین شده و به قوه قضاییه اعلام شوند. ماده ۳ این قانون نیز که از دولت‌های همکار یا مساعد در اجرای حکم صحبت می‌کند، آن‌ها را مشمول این قانون می‌داند، یعنی هنگامی‌که مشمول این قانون هستند به حکم ماده ۱ این قانون، مشمول عمل متقابل شده و می‌بایست توسط وزارت امور خارجه تعیین و به قوه قضاییه اعلام شوند.

اما تبصره این ماده (تبصره ماده ۱ قانون) در خصوص اختیار تعیین اشخاص یا گروه‌های وحشت‌افکن (تروریستی)، تهیه لیست را به عهده وزارت اطلاعات قرار داده که می‌بایست این لیست را تهیه و به قوه قضاییه اعلام کنند.

لذا صرف‌نظر از تعدد مراجع در تهیه لیست‌ها و احتمالاً ملاحظات متفاوت در تعیین این لیست‌ها و احتمال عدم انطباق این لیست‌ها با یکدیگر، فرایند تهیه لیست‌ها، مدت اعتبار درج در لیست‌ها، نحوه خروج از لیست‌ها و همچنین نحوه اطلاع وزارت امور خارجه و وزارت اطلاعات (بخشنامه، آیین‌نامه و غیره) به قوه قضاییه در خصوص توصیف دولت‌های مشمول این قانون، در دسترس عموم نیست[۱۳۳] و مشخص نیست که کدام‌یک از دولت‌ها در این فهرست بیان شده‌اند، لیکن ازآنجاکه شعبه‌ای جهت رسیدگی به این امر اختصاص یافته و دعاوی‌ای نیز در این شعبه مطرح شده، واضح است که این اعلام، حداقل از سوی وزارت امور خارجه صورت پذیرفته است، چرا که در غیر این صورت، اقامه دعوا از سوی خواهان و استماع دعوا از سوی دادگاه امکان‌پذیر

است، همانند هوشمندکردن مجازات‌ها و استفاده از ابزارهای مؤثرتر، تهیه لیست با متهمان/ متخلفانِ کمتر تا درنتیجه، هم پاسخگویی را در فرایند تهیه لیست پدید آورده و هم قابلیت اعتماد لیست تهیه‌شده را بالا ببرند.

132. Peed Matthew, *op. cit*., note. 119, pp.1342-1353.

۱۳۳. این قسم از دعاوی، دعاوی‌ای است که اشخاص باید طرح کنند. بنابراین اطلاع آن‌ها از توصیف دولت‌ها توسط وزارت امور خارجه به‌عنوان دولت‌های ناقض، ضروری است.

نبود.[۱۳۴]

۵. انگیزه وضع این قوانین

در بررسی رویه دولت‌ها (اعم از تجلی آن‌ها به‌عنوان عرف یا عمل یک‌جانبه)، عنصر معنوی رفتار مربوطه، مبنایی اساسی را برای نحوه تلقی سایر دولت‌ها و جامعه بین‌المللی از این عمل پدید می‌آورد.[۱۳۵] دیوان بر همین مبنا در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت بین آلمان و ایتالیا، برای احراز وجود یا عدم قاعده‌ای عرفی در خصوص مصونیت دولت بیان می‌دارد: «بنابراین دیوان باید تعیین کند که آیا «حقوق بین‌الملل عرفی به‌عنوان شاهدی از رویهٔ پذیرفته‌شده به‌عنوان حقوق» در زمینه مصونیت وجود دارد و اگر وجود دارد، دامنه و محدوده آن کدام است».[۱۳۶]

بنابراین در قوانین ایران و ایالات متحده باید به دنبال رویه‌ای به‌عنوان حقوق بود و نه عملکردی (قانونی و قضایی) به‌عنوان تلافی، مقابله به مثل و غیره.[۱۳۷] یکی از اوصاف قاعده حقوقی، عمومیت قاعده و شمول آن بر موارد مشابه است که می‌تواند عنصر معنوی را پدید آورده و تلقی الزام‌آوربودن آن را در افکار عمومی (فاعلان و مخاطبان) جامعه بین‌المللی پدید آورد و حال آنکه استثنای تروریسم در قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا، فقط نسبت به دولت‌هایی قابلیت اعمال دارد که توسط وزارت امور خارجه در لیست دولت‌های حامی تروریسم قرار بگیرند و نه هر دولتی که مرتکب رفتاری خاص شود. دادگاه ایالات متحده امریکا در دعوایی به اتهام شکنجه که علیه دولت عربستان سعودی مطرح می‌شود، این دولت را مصون از صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به موضوع دانسته و نسبت به آن رسیدگی نمی‌کند اما درمقابل، در دعوایی که علیه دولت لیبی به دلیل حبس غیرقانونی یا

---

۱۳۴. حسب اطلاع، در حال حاضر، برابر ابلاغ رئیس قوه، شعبه ۵۵ دادگاه عمومی تهران، مسئول رسیدگی به این دعاوی است.

۱۳۵. ن.ک: بند ۴ مقدمه و همچنین ماده ۱۰ سند.

Guiding Principles Applicable to Unilateral Declaration of States Capable of Creating Legal Obligations, 2006, *Y.I.L.C.*, 2006, vol.II, part two.

136. *Ibid*., note. 6, para. 55.

۱۳۷. قاضی یوسف در نظریه مخالف خود نسبت به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت و در مخالفت با این بیان دیوان که رویه تثبیت‌شده‌ای وجود ندارد، بیان می‌کند: «مصونیت، یک اصل تغییرناپذیر حقوق بین‌الملل نیست، کما اینکه در طول قرون گذشته با تغییر سیستم حقوق بین‌الملل از مدل دولت‌محوربودن به حمایت از حقوق بشر، تغییرات مهمی را تجربه کرده است و این چیزی است که در آن اختلاف زیادی در خصوص مصونیت در رویه دولت‌ها (Jurisdictional) وجود داشته و ابهامات زیادی در حقوق بین‌الملل عرفی جهت اعمال مصونیت در آرای قضایی وجود دارد».

Immunities of the State, *Germany v. Italy*, I.C.J. Rep., 2012, dissenting opinion of judge Yusuf, p. 291.

خسارات عمدی مطرح می‌شود، این دعوا را علیه دولت استماع کرده و حکم صادر می‌کند.[۱۳۸] قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی نیز صرف‌نظر از ایراد مشابه آن در تهیه لیست با فرایندی غیرتقنینی و غیرقضایی، در قانون سال ۱۳۷۸ خود مقرر می‌دارد که این قانون فقط نسبت به دولت‌هایی که این مصونیت را نسبت به ایران نقض کرده باشند، قابلیت اعمال داشته و از عمومیت برخوردار نیست. ماده واحده قانون سال ۱۳۷۸ در این خصوص بیان می‌کند: «... علیه دولت‌هایی که مصونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض کرده باشند...». قانون سال ۱۳۹۱ نیز در ماده ۱ خود بیان می‌دارد «برای مقابله و جلوگیری از نقض مقررات و موازین حقوق بین‌الملل، اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند از اقدامات دولت‌های خارجی که مصونیت قضایی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض کنند در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند ...».[۱۳۹] به‌علاوه مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی نیز حاکی از آن است که دولت ایران، اعتقادی به صحت این اقدام به‌عنوان یکی از اصول پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل که در کلیه موارد مشابه، از قابلیت اجرایی برخوردار باشد، نداشته و فقط در مقام احقاق حق، اقدام به مقابله به مثل کرده است. در تاریخ ۱۷ آبان ۱۳۷۸ به هنگام طرح این قانون جهت بررسی در مجلس شورای اسلامی بیان می‌شود که: «خوشبختانه این طرح در ایام مقارن با ۱۳ آبان قرار گرفت که روز مرگ بر امریکاست و این طرح هم در واقع پاسخی است به قانون *داماتو* و قوانین مشابهی که در امریکا وجود دارد...».[۱۴۰]

در واقع در این موارد، استثنای تروریسم و قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران از کارکرد اصلی خود (یعنی کارکردی تقنینی و قضایی، برای اجرا در موارد مشابه به‌صورت یکسان، به‌گونه‌ای که بتواند به‌عنوان رویه‌ای حقوقی، یعنی عملکردی همراه با اعتقاد حقوقی به صحت آن به‌عنوان قاعده‌ای حقوقیِ شایسته تثبیت که مسیر تکامل حقوق بین‌الملل را نشان دهد) خارج شده[۱۴۱] و فقط به‌عنوان ابزار تنظیم روابط دیپلماتیک مورد استفاده قرار می‌گیرد و نه

138. *Simpson v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 180 F. Supp. 2d 78, 84-85 (D.D.C.2001), *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 351 (1993) in Peed, Matthew J., *op. cit*., note. 119, p. 1323.

۱۳۹. صدر ماده ۱ قانون فوق‌الاشعار.

۱۴۰. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۵۹۵۱، جلسه ۳۲۳، ۱۷ آبان ۱۳۷۸، ص۳۳.

۱۴۱. حتی قاضی گایا که به‌عنوان مخالف، نظریه خود را ضمیمه رأی دیوان می‌کند، هنگامی که در بند ۱۱ از رأی مخالف خود به قانون ضدتروریسم و مجازات مرگ مؤثر ۱۹۹۶ ایالات متحده امریکا می‌پردازد، بیان می‌کند: «با عنایت به این شرایط، قانون ایالات متحده امریکا بیانگر وجود استثنایی احتمالی بر مصونیت بر مبنای ماهیت تعهد در حقوق بین‌الملل ... نخواهد بود».

ابزاری جهت برقراری نظم، عدالت و غیره. ابزارگرایی[۱۴۲] در حقوق بین‌الملل، همانند حقوق داخلی، به‌عنوان پدیده، بروز و ظهور دارد. لیکن زمانی این ابزارگرایی ما را به مقصود که همانا تکامل حقوق بین‌الملل است خواهد رساند که واجد شرایط مطلوب باشد. در واقع، رابطه بین حقوق و روابط بین‌الملل، رابطه پیچیده‌ای است. حقوق، گاهی به‌عنوان ابزاری برای قدرت به‌کار می‌رود. اما این ابزارگرایی می‌تواند مطلوب یا نامطلوب باشد. اگر این ابزارگرایی، در جهت اهداف جامعه بین‌المللی (همانند صلح و سعادت) باشد مطلوب است ولی اگر در جهت منافع عده محدودی باشد، منفی و نامطلوب است.[۱۴۳]

به عبارت دیگر، می‌بایست بین هدف و انگیزه مبارزه با تروریسم بین‌المللی و هدف و انگیزه وضع قوانین ایران و ایالات متحده امریکا یا هدف‌گذاری‌های سیاسی و تسویه‌حساب‌های شخصی، قائل به تفکیک شد. صرف‌نظر از وضعیت مبارزه با تروریسم در حال حاضر که متأثر از متغیرهای متعددی است، احتمالاً خود مبارزه با تروریسم، واجد این قابلیت باشد که در بلندمدت بتواند در قالب حقوقی مناسب به‌عنوان استثنایی بر مصونیت جلوه‌گر شود.[۱۴۴] لیکن قوانین

Jurisdictional Immunities of the State, *Germany v. Italy*, I.C.J. Rep., 2012, dissenting opinion of judge Gaja, para.11.

142. Instrumentalism

143. Borgen, Christopher J., "Hearts and Minds and Law: Legal Compliance and Diplomatic Persuasion", *South Texas Law Review*, vol. 50, p. 785.

۱۴۴. در صفحه چهارم این نوشتار، مصادیقی از رفتار دادگاه‌های داخلی در نقض مصونیت دولت با استناد به مستنداتی همانند نظم عمومی، حقوق بشر و نقض شدید موازین حقوق بین‌الملل ذکر شد، همانند دعاوی علیه پینوشه، معمر قذافی، شارون، هابره و قرار جلب ۱۱ آوریل ۲۰۰۰. چون این نوشتار بر قوانین متقابل ایران و امریکا متمرکز است، در این مجال، فقط به تحولات اخیر رفتار قضایی داخلی در نقض مصونیت دولت و دو رأی اخیر صادره، یعنی رأی دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در ۲۰۱۳ علیه زیمبابوه و رأی دادگاه تجدید نظر انگلستان در قضیه بلحاج در ۲۰۱۴ اشاره خواهد شد.

قضیه رأی داگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، مربوط به مصادره زمین کشاورزان توسط دولت زیمبابوه و در راستای اختیارات قانون اساسی، ناشی از سیاست‌های اصلاحات ارضی بود. پس از مصادره زمین‌ها، این کشاورزان به‌منظور دریافت حکمی به دیوان جامعه توسعه آفریقای جنوبی (Southern African Development Community (SADAC)) مراجعه می‌کنند و این دیوان به نفع آن‌ها رأی صادر می‌کند. این جامعه را دولت‌های آفریقای جنوبی به‌منظور احترام به حقوق بشر، دمکراسی و حاکمیت قانون تشکیل دادند که جهت تضمین این امر، دادگاهی (Tribunal) را بدین منظور به‌عنوان یکی از ارکان خود تأسیس می‌کند). زیمبابوه از اجرای تصمیم دیوان امتناع می‌کند. کشاورزان به‌منظور دریافت حکمی دیگر، مجدداً به دیوان مراجعه می‌کنند. دیوان به نفع کشاورزان حکم داده و قراری مالی علیه زیمبابوه صادر می‌کند که زیمبابوه مجدداً از اجرای آن سر باز می‌زند. کشاورزان به‌منظور شناسایی و اجرای این قرار مالی به دادگاه عالی نورث گاتنگ(North Gauteng) در پرتوریای در آفریقای جنوبی مراجعه می‌کنند. این دادگاه نسبت به شناسایی و اجرای این قرار مالی علیه اموال دولت زیمبابوه، واقع در آفریقای جنوبی دستور صادر می‌کند. زیمبابوه به‌منظور لغو این قرار، دادخواستی به دادگاه عالی آفریقای جنوبی تقدیم کرد. دادگاه عالی این دادخواست را رد کرد. دولت زیمبابوه، تلاشی ناموفق نیز جهت ابطال این رأی در دادگاه عالی تجدیدنظر انجام می‌دهد. نهایتاً زیمبابوه موضوع را در دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی مطرح می‌کند. دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، قرارهای دیوان جامعه توسعه آفریقا را تأیید می‌کند.

فوق‌الاشعار، به دلیل ضعف جنبه تقنینی و قضایی آن‌ها در قیاس با جنبه سیاسی، به نظر از قوه کافی برای ایفای نقش در این زمینه برخوردار نیستند.

۶. مزایا و معایب این قوانین

محققان، در ارزیابی کارکرد قوانین دولت‌های ایران و ایالات متحده امریکا، ملاحظات متعددی را مدنظر قرار دادند. ازجمله مزایایی که برای استثنای تروریسم بر قانون مصونیت حاکمان خارجی ایالات متحده احصاء می‌شود عبارت‌اند از: جبران خسارت مادی برای خواهان‌ها، استانداردسازی در حقوق بین‌الملل و پدیدآوردن امتیازی برای رسیدگی‌های کیفری؛ بدین توضیح که دعاوی مدنی، بخشی از مبارزه با تروریسم را پدید آورده و فرصتی را پدید می‌آورد تا خواهان‌ها و وکلای آن‌ها (در مقام مدعی‌العموم خصوصی) منابعی را برای دولت پدید آورند. دعاوی مدنی این امکان را فراهم می‌آورد تا قانونگذاری گسترده‌ای در حاشیه مبارزه با تروریسم پدید آید. چون دعاوی مدنی، ادله اثباتی سبک‌تر و ساده‌تری را می‌طلبد، امکان تحقق مسئولیتی با حوزه وسیع‌تر پدید می‌آید. برای مثال، برخلاف رسیدگی‌های کیفری (که به دلیل اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات، کار در آن حوزه دشوار است) می‌توان گروه‌های حامی تروریسم، همانند مؤسسات خیریه،[۱۴۵] صندوق‌ها و غیره را در دعاوی مدنی به دلیل تسبیب و رابطه سببیت، مسئول قلمداد کرد. انگیزه

Constitutional Court of South Africa, *The Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*, CCT 101/12.

در قضیه بلحاج، تجدیدنظرخواهان‌ها (عبدالحکیم بالحاج و فاطمه بوچار) صدور حکمی از سوی دادگاه، مبنی بر ربوده‌شدن غیرقانونی و انتقال آن‌ها به لیبی در مارس ۲۰۰۴ و حکم به خسارت ناشی از آن را علیه ۱۳ خوانده (اشخاص حقیقی و حقوقی انگلیسی، امریکایی و سازمان‌های بین‌المللی) مطالبه می‌کنند. این دعوا مبتنی بر این ادعا است که تجدیدنظرخواهان‌ها در چین، مالزی، تایلند و لیبی و داخل هواپیمای ثبت‌شده امریکایی به‌صورت غیرقانونی توقیف شده و/یا با آن‌ها بدرفتاری شده است. آن‌ها مدعی‌اند که توقیف و سوءرفتار با آن‌ها توسط نمایندگان چین، مالزی، تایلند، لیبی و ایالات متحده امریکا صورت پذیرفته است. این دعوا اتهامات زیر را مطرح می‌کند: حبس غیرقانونی، تجاوز به اشخاص، توطئه برای آسیب به اشخاص، توطئه برای به‌کارگیری وسایل غیرقانونی، سهل‌انگاری و سوءاستفاده از اختیارات قانونی دستگاه‌های دولتی. درمقابل، تجدیدنظرخواندگان در این دعوا به مصونیت دولت از رسیدگی و دکترین اعمال دولتی استناد می‌کردند. دادگاه تجدیدنظر در این قضیه بیان داشت که مصونیت دولت و دکترین اعمال دولتی، منعی برای رسیدگی به دعوا توسط دادگاه پدید نمی‌آورد، چرا که این دعوا در حوزه محدودیت‌های نظم عمومی در موارد نقض حقوق بین‌الملل و آزادی‌های اساسی (نقض شدید حقوق بین‌الملل و حقوق بشر در شکل شکنجه و تحویل غیر قانونی متهمان) قرار می‌گیرد.

The Court of Appeal (Civil Division), on Appeal from High Court, Queen's Bench Division, A2/2014/0596.

۱۴۵. اقدامات بوش در سال ۲۰۰۱ در توقیف اموال چند مؤسسه خیریه همانند The Holy Land Foundation for Relief, The Global Relief Foundation, Benevolence International Foundation به دلیل تردید در تأمین مالی تروریسم. ن.ک:

Goldsmith, *op. cit.*, note. 149, p. 22.

دستیابی به محکومیت مالی، مشوقی قوی برای افراد خصوصی است که نسبت به افراد درجه دومِ مرتبط با تروریسم، تحقیق کرده و ارتباطات آن‌ها را جهت محکومیت، مشخص و آشکار سازند. این امر از این حیث برای مقابله با تروریسم مؤثر است که مقابله با افراد درجه دوم و پشت پرده و تأمین‌کننده، بهتر از مقابله با خود تروریست اصلی است.[۱۴۶]

در نقطه مقابل، معایبی برای این قوانین ذکر می‌کنند. یکی اینکه جبران قضایی بسیار محدود است.[۱۴۷] دیگر اینکه چون در صورت صدور احکام، امکان ضعیفی برای اجرای آن وجود دارد، این امر سبب خستگی قضات، وکلا و دادگاه‌ها در صدور این احکام می‌شود. (البته کنگره ایالات متحده امریکا برای پوشش این ضعف، اقداماتی تدبیر کرده است، همانند اختصاص ۲۰۰ میلیون دلار برای اجرای این احکام به‌عنوان برنامه تخصیص بودجه قانون عدالت برای قربانیان تروریسم).[۱۴۸] به‌علاوه، دعاوی مدنی علیه تروریسم می‌تواند بر ملاحظات ریاست جمهوری در تنظیم روابط خارجی تأثیر گذارد، چرا که اشخاص حقیقی در مقام بررسی و ملاحظه این روابط نیستند. اکثر مفسرین معتقدند که دادگاه‌ها برای تنظیم سیاست خارجی تجهیز نشده‌اند. اما به‌هرحال، دادخواست‌های استثنای تروریسم، سیاست خارجی را به دادگاه‌ها تفویض می‌کند و نتیجتاً کنترل بخش‌های سیاسی را بر سیاست خارجی کم می‌کند.[۱۴۹] این دعاوی، پاسخگوییِ دستگاه سیاسی را برای مبارزه با تروریسم کاهش می‌دهد، اما چون این احکام از محل منابع اموال توقیف‌شده پرداخت می‌شود، قدرت ریاست جمهوری را برای هزینه‌کردن این اموال در جای دیگری به‌عنوان پشتوانه‌هایی برای چانه‌زنی بهتر، کاهش می‌دهد.[۱۵۰] احکام صادره در خصوص خسارات تنبیهی، نقطه‌ضعف دیگر این استثنا است. تا کنون مبالغ احکام خسارات تنبیهی، بسیار بالا بوده است و در واقع این احکام، مستلزم سیاست‌گذاری خارجی توسط قوه قضاییه است، چون در این دادخواست‌ها از دادگاه درخواست می‌شود تا خساراتی را تعیین کند که بدان وسیله، دولت

146. Goldsmith, Jack L. and Goodman Ryan, "U.S. Civil Litigation and International Terrorism", *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, no. 26, 2002, pp. 22-25.

147. *Ibid*., p. 25.

۱۴۸. این قانون تحت عنوان Justice for Victims of Terrorism Act (JVTA) در سال ۲۰۰۰ به تصویب رسید. البته مبالغ قابل پرداخت به‌واسطه این قانون فقط غرامت (Compensation) بوده و خسارات (damages) و خسارات تنبیهی (punitive damages) از این محل قابل پرداخت نبود. این قانون مقرر می‌کند که قبل از عادی‌سازی روابط با ایران، باید مذاکراتی به‌منظور بازپرداخت این احکام صورت پذیرد. این قانون، استرداد اموال ایرانیان را تا زمان توافق در خصوص بازپرداخت این احکام به‌نحوی‌که رضایت خاطر ایالات متحده امریکا را فراهم آورد با مانع مواجه می‌سازد. ن.ک:
Goldsmith, *op. cit*., note.149, p. 21.

149. Gartenstein-Ross, Daveed, "A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act", International Law and Politics, 2003, 34 *N. Y. U. J. Int'l. L & Pol*., SSRN-id408740, p. 23.

150. Goldsmith, *op. cit*., note. 149, p. 25.

حامی تروریسم، تحذیر شده و از طریق اثر ارعابی این حکم در آینده این کار را نکند.[۱۵۱] به دلیل عدم کنترل بخش‌های سیاسی مسئول تنظیم روابط خارجی بر احکام صادره قضایی، چنانچه بخش‌های سیاسی بخواهند احکام صادره را لغو کنند، این امر سبب طرح دعاوی‌ای علیه دولت امریکا خواهد شد.[۱۵۲] لذا این دعاوی خواهان‌های طماع را تحریک کرده تا خسارت‌های بالایی تقاضا کنند. این دعاوی سبب می‌شود تا قربانیان خشمگین تروریسم به‌صورت دروغین، دعوای خود را با بزرگ‌نمایی مطرح کرده و به این دعاوی با مبانی متفاوتی رسیدگی شده و حکم صادر شود.[۱۵۳] برخوردی این‌گونه با پدیده تروریسم و حمایت از آن سبب می‌شود تا نهادهایی همچون مؤسسات خیریه، آزادی مذهب، انجمن‌ها و اجتماعات، کارکرد خود را از دست داده و تضعیف شوند.[۱۵۴] قانونگذاری در بحث استثنای تروریسم، رویه‌ای خطرناک را پدید آورده و وضع قوانین داخلی برای مقابله به مثل توسط دولت‌ها مشکلات زیادی برای روابط خارجی ایالات متحده امریکا پدید می‌آورد و با توجه به اجرای متفاوت آن در دولت‌های مختلف، رویه قضاییِ مشکل‌سازی را پدید می‌آورد. ترس از انتقام دولت‌های مندرج در لیست، یکی دیگر از نقاط ضعف است که ایران در پاسخ به آن، به فاصله کمی، قانون عدالت برای قربانیان تروریسم را وضع کرد.[۱۵۵] ترویج دشمنی، یکی دیگر از آثار این استثنا است. این استثنا علاوه بر ایجاد دشمنی با دولتی که علیه آن دادخواستی استماع می‌شود، موجب بروز خشم سایر دولت‌ها نیز می‌شود، چرا که استثنای تروریسم در واقع رویکردی مزورانه نسبت به اعمال صلاحیت فراسرزمینی است و بنابراین نسبت به سایر جنبه‌های سیاست خارجی (همانند احترام و توسعه حقوق بین‌الملل) نیز سلب اعتماد کرده و تردید پدید خواهد آورد.[۱۵۶] یکی از مؤلفان[۱۵۷] با عنایت به میزان بالای احکام اجرانشده در این دعاوی، آن را پیروزی شکست‌آمیز[۱۵۸] خوانده و به بخشی از یک رأی ۱۱۰ صفحه‌ایِ دادگاه بخش واشنگتن دی سی در سال ۲۰۰۹ در دعوایی که علیه ایران صادر کرد، استناد می‌کند:

«امروز دادگاه، یک نتیجه‌گیری مبنایی را بیان می‌دارد: دعاوی مدنی علیه ایران بر اساس قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی به‌عنوان دولت حامی تروریسم و بر اساس استثنای

151. Gartenstein-Ross, *op. cit*., note. 152, pp. 25-26.
152. *Ibid*., p. 26.
153. Goldsmith, *op. cit*., note. 149, p. 26.
154. *Ibid*., p. 26.
155. Gartenstein-Ross, *op. cit*., note 152, pp. 28-30.
156. *Ibid*., pp. 31-37.
157. Xiadong
158. Pyrrhic victory

تروریسم، بیانگر سیاست شکست‌خورده است. این دادگاه پس از یک دهه ریاست بر دعاوی دشوار از این دست، به این نتیجه رسیده است که این دعاوی نه‌تنها منجر به اجرای عدالت در حق قربانیان این دعاوی نشده، بلکه تناسب نداشته و تهدیدکننده ارزش سیاست خارجی رئیس جمهور امریکا در طول دوره‌ای تعیین‌کننده در تاریخ ماست. واقعیت این است که امید به اجرای احکام صادره در این قضایا بسیار ضعیف است.

... این دادگاه با نهایت احترام از رئیس‌جمهور و کنگره درخواست می‌کند تا اصلاحات مهمی در این حوزه از حقوق انجام دهند تا جایگزین مناسبی را برای جبران دعاوی خصوصی در قتل‌ها و جراحات بدنی بی‌شمار ناشی از اعمال تروریستی پدید آورد. ... اگر تاریخ یک دهه از دعاوی تروریسم، چیزی را نشان می‌دهد، این قوه قضاییه نیست که باید این مشکل سیاسی که دادخواست را عقیم کرده حل کند، بلکه این کنگره و رئیس‌جمهور هستند که باید به این امر بپردازند».[۱۵۹]

در نقطه مقابل، گزارشی از کارکرد قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران درعمل در دست نیست. شاید به دلیل ماهیت دیپلماتیک این قانون، عدم وجود اموالی از امریکا در ایران، مشکلات قانونی ایران در تعریف تروریسم و اجتناب از سردرگمی‌هایی که دادگاه‌های امریکا با آن مواجه بوده‌اند، تکیه بر جنبه تحذیری این قانون، درعمل، جذاب‌تر از اجرای آن باشد. بر اساس بررسی‌های صورت‌گرفته، بنا به دستور رئیس قوه قضاییه، شعبه‌ای خاص جهت رسیدگی به این‌گونه دعاوی در تهران تعیین شده و دعاوی‌ای نیز در این مورد مطرح شده است. لیکن از ماهیت احکام صادره، نحوه شکلی رسیدگی، میزان احکام صادره و سایر موارد مربوط به این رسیدگی‌ها اطلاعی در دست نیست. البته بدیهی است چنانچه این آرا در بوته نقد محققان قرار گیرد از استحکام و پختگی بیشتری برخوردار خواهد شد.

۷. حقوق مصونیت حاکمیت خارجی در محل برخورد حقوق داخلی و بین‌الملل

در دنیای ذهن، حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل به‌عنوان دو نظام حقوقی متمایز و مستقل، هرکدام از الزامات خود پیروی می‌کنند، لیکن در دنیای واقع، این دو نظام، تأثیر و تأثرات متقابلی نسبت به یکدیگر دارند، چرا که قاضی (داخلی یا بین‌المللی) با یک واقعه واحد روبه‌روست و بسته به توصیفی که از آن واقعه ارائه می‌دهد، بخشی از آن، تابع حقوق بین‌الملل و بخشی تابع حقوق داخلی می‌شود. بر این اساس، نظریه‌های مختلفی[۱۶۰] به تنظیم رابطه این دو نظام پرداخته‌اند. در قضایای مصونیت حاکمیت خارجیِ مطروحه در دادگاه‌های داخلی، فقط

159. In re Iran, US, 659 F.Supp.2d 31, 37 (D.D.C. 2009), in Xiaodong, *op. cit*., note. 94, p. 228.

۱۶۰. همانند نظریه مونیسم یا یگانه‌گرایی و دوآلیسم یا دوگانه‌گرایی.

یک جلوه از این رابطه به چشم می‌خورد و آن اعمال حقوق بین‌الملل در نظام حقوق داخلی و به‌طور خاص، اعمال حقوق بین‌الملل توسط دادگاه‌های داخلی است. دادگاه‌های داخلی دولت‌های مختلف، معمولاً به هنگام برخورد با قضیه‌ای که متضمن اعمال حقوق بین‌الملل است با استناد به اینکه سیاست خارجی به عهده شاخه‌های مختلف مجریه (خصوصاً وزارت امورخارجه/ کشور) است یا با عافیت‌طلبی و با استناد به اینکه ورود به این مباحث و صدور حکم قضایی در خصوص آن، منافع ملی دولت مقر دادگاه را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، یا نهایتاً به دلیل عدم آگاهی کافی از دانش بین‌المللی، از اعمال صلاحیت قضایی خودداری کرده و با استناد به دکترین‌هایی که برای رسیدگی، منع پدید می‌آورند همانند اعمال دولتی، مصونیت حاکمیت یا دکترین‌هایی که در زمینه‌های عام‌تری قابلیت اعمال دارند، همانند عدم قابلیت رسیدگی حقوقی یا حق حضور و اقامه دعوا استناد کرده و از اعمال صلاحیت قضایی خودداری کرده و موضوع را به روابط بین‌الملل و دستگاه اجرایی محول می‌کنند یا در صورت اعمال صلاحیت، اخذ استعلام و نظریه از دستگاه اجرایی (وزارت امور خارجه) را به‌عنوان نظریه کارشناس برای صدور رأی، الزامی تلقی می‌کنند.

لیکن با تحولات حقوق بین‌الملل به‌صورت عام و حقوق بشر و بشردوستانه به‌صورت خاص (به‌ویژه پس از ایجاد دیوان بین‌المللی کیفری) شاهد فعال‌گرایی قضایی[۱۶۱] در جامعه بین‌المللی از سوی دادگاه‌های داخلی هستیم. دادگاه‌های داخلی با استناد به صلاحیت عام خود یا با تفسیر مواد مربوطه از قوانین اساسی خود، صلاحیت خود را برای رسیدگی به این قبیل پرونده‌ها اثبات کرده و درعمل به تفسیر تعهدات بین‌المللی دولت خوانده به‌موجب معاهدات یا عرف بین‌المللی پرداخته و حکم صادر کرده و از این طریق نسبت به تحول و توسعه حقوق بین‌الملل، ایفای نقش می‌کنند.

دادگاه‌های داخلی در این رهگذر، مسائلی همچون حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، محیط‌زیست، سرمایه‌های داخلی، سرمایه‌گذاری خارجی و ملاحظات دیگری را به تعهدات بین‌المللی دولت‌ها پیوند زده و در هر مورد، خوانش و قرائتی خاص از این تعهدات ارائه می‌کنند.[۱۶۲] در این جایگاه، قوه مجریه، تنها حریف مقابل دادگاه‌های داخلی نیست که می‌بایست استقلال دادگاه‌ها نسبت به آن حفظ شود، بلکه سازمان‌های بین‌المللی و دادگاه‌های بین‌المللی که حدود و ثغور تصمیمات آن‌ها به‌واسطه تفسیر قانون اساسی داخلی، معاهدات و عرف

161. Judicial activism

۱۶۲. ن.ک: قرائت دادگاه‌های ایتالیا در قضیه *فرینی* و نظرات قضات مخالف در رأی مصونیت‌های حاکمیتی ۲۰۱۲، خصوصاً نظریه مخالف قاضی یوسف (Yusuf) که شدیداً متأثر از رویه دادگاه‌های داخلی است.

بین‌المللی مورد مداقه و حکم قرار می‌گیرد نیز طرف دیگر این رابطه هستند.[۱۶۳]

این رویکرد همانند سایر پدیده‌های حقوق بین‌الملل با موافقین[۱۶۴] و منتقدینی[۱۶۵] همراه است. برخی این پدیده را از موجبات توسعه حقوق بین‌الملل تلقی کرده و درمقابل، برخی دیگر معتقدند که این پدیده، تعارضات شدیدی را پدید آورده و می‌بایست چارچوب‌بندی و کنترل شود. ازجمله دلایلی که برای بروز این پدیده اشاره می‌شود از این قرار است: جهانی‌شدن و توسعه ارتباطات بین‌المللی، ازبین‌رفتن برخی از پیش‌فرض‌ها همانند تفکیک بین موضوعات مربوط به امور داخلی دولت‌ها و امور بین‌المللی در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، عدم تأمین منافع تمامی ذی‌نفعان به‌صورت مطلوب توسط دولت، پدیدآمدن حوزه‌های قدرتمند دیگری از طریق ائتلاف گروه‌ها یا دولت‌ها که منافع آن‌ها دیگر الزاماً از طریق دیپلماسی بین دو دولت حاکم برابر تأمین نمی‌شود.[۱۶۶]

۱۶۳. از این زاویه، بررسی عملکرد دادگاه قانون اساسی ایتالیا در سال ۲۰۱۴ واجد اهمیت است. در سال ۲۰۱۳، ایتالیا قانونی را تصویب کرد که بر اساس آن، رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری اجرا شود. اما در سال ۲۰۱۴ اوضاع تغییر کرد. دادگاه قانون اساسی ایتالیا در ۲۲ اکتبر ۲۰۱۴ رأیی راجع به مشروعیت برخی از مقرراتی که دولت ایتالیا به‌منظور اجرای رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص مصونیت حاکمیت دولت (آلمان علیه ایتالیا) اتخاذ کرده بود، صادر کرد. این دادگاه در رأی صادره، ابتدا دو مقرره قانونی ایتالیا را مغایر قانون اساسی تلقی و ابطال کرد و سپس مجدداً مصونیت حاکمیت را در حقوق بین‌الملل عرفی تفسیر کرد. این رأی ابتدا قانون ۲۰۱۳/۵ ایتالیا را از حیث قانون اساسی بی‌اعتبار تلقی کرد. این قانون اگرچه ابتدائاً مربوط به تصویب کنوانسیون ملل متحد راجع به مصونیت حاکمیتی است که به‌موجب آن، تصویب این سند بین‌المللی صورت پذیرفته است، اما پارلمان ایتالیا نظر داده است که ماده ۳ آن، پذیرش صریح سازوکار اتخاذ رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری است که بدین‌وسیله دادگاه‌های ایتالیا را ملزم می‌کند تا از اعمال صلاحیت در هر قضیه‌ای که در آن دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام داشته است که دادگاه‌های مدنی ایتالیا نسبت به رفتار سایر دولت‌ها رسیدگی نکنند، خودداری کند. بنابراین به‌موجب این قانون، دادگاه‌ها ملزم‌اند تا هر رأیی را که سابقاً در مغایرت با رأی دیوان بین‌المللی دادگستری صادر کرده‌اند به درخواست طرفین، پس بگیرند. لذا دادگاه قانون اساسی، آن را مغایر قانون اساسی تلقی و ابطال کرد. ثانیاً، این دادگاه، قانون ۱۹۵۷ ایتالیا در خصوص تصویب منشور ملل متحد، «در ارتباط با اجرای ماده ۹۴ منشور، صرفاً تا حدی که دادگاه‌های ایتالیا را ملزم به اجرای رأی ۳ فوریه ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری می‌کند که به‌موجب آن دادگاه‌ها را ملزم می‌کند تا نسبت به اَعمال دولت‌های خارجی که دربردارنده جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت، مرتکب نقض حقوق غیرقابل تعرض بشریت می‌شوند، اعمال صلاحیت کنند» را از نظر قانون اساسی غیرقانونی اعلام کرد. در پایان، این دادگاه بیان داشت که نیازی به ذکر این امر نیست که چرا در حقوق بین‌الملل عرفی، مصونیت حاکمیت برای جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در حقوق اساسی داخلی باطل است زیرا چنین قاعده‌ای علی‌رغم وجود آن در سایه بیان مقتدرانه دیوان بین‌المللی دادگستری، نمی‌تواند به‌عنوان نظم حقوقی موجود ایتالیا تصور شود، چون تعارض آن با اصول مبنایی نظم حقوقی ایتالیا، هرگونه پذیرش داخلی مقررات بین‌المللی از طریق ماده ۱۰ قانون اساسی ایتالیا را غیرممکن می‌سازد. البته در غیر از این موارد، ماده ۱۰ قانون اساسی به‌عنوان انتقال خودبه‌خود حقوق بین‌الملل عرفی در حقوق داخلی ایتالیا تلقی می‌شود.

Italian Constitutional Court Judgment 238/2014

164. Benevenisti Eyal & Downs George W., "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *European Journal of International Law*, 2009, vol. 20. no.1.

165. Weill, Sharon, *The Role of National Courts in Applying International Law*, Oxford University Press, 2014 (Doctorate Thesis, Geneva University, 2012).

166. Benevenisiti, *op. cit.*, note. 167, pp. 61-64.

بررسی درمورد این رویکرد دادگاه‌های داخلی و منافع و مضار آن، موضوع بحث مستقل دیگری است. لیکن در رابطه با بحث مصونیت حاکمیت باید به این نکته پرداخت که صرف‌نظر از دلایل و مواضع دولت مقر دادگاه در رابطه با مصونیت حاکمیت، اعطا یا عدم اعطای مصونیت حاکمیت درعمل چه تفاوتی را برای دولت خوانده پدید خواهد آورد؟ در اینجا باید توجه داشت که حقوق مصونیت حاکمیت خارجی به دلیل تحولات اخیر در حقوق بین‌الملل، یکی از چالش‌برانگیزترین بخش‌های حقوق بین‌الملل شده است و اعطا یا عدم اعطای مصونیت حاکمیت، دو سرنوشت متفاوت را برای دولت خوانده یا اموال آن رقم خواهد زد. اعطای مصونیت حاکمیت، دعوا را از محدوده صلاحیت قضایی دادگاه‌های داخلی خارج کرده و رسیدگی به موضوع، حل‌وفصل آن، پرداخت غرامت و سایر مسائل مربوط به آن، تابع مراجع و روش‌های متفاوت دیگری خواهد بود.[۱۶۷]

مصونیت و عدم مصونیت حاکمیت خارجی و شرایط اعطا یا خودداری از اعطای مصونیت به حاکمیت خارجی می‌بایست علی‌الاصول به‌موجب حقوق بین‌الملل (کنوانسیون، عرف و اصولی کلی) تعیین شود. لیکن به دلیل قرارگرفتن حقوق مصونیت در مرحله گذار و انتقال یا به دلیل حساسیت بیش از حدّ موضوع مصونیت حاکمیت برای دولت‌ها، اعطا یا عدم اعطای مصونیت حاکمیت، علاوه بر کنوانسیون و عرف بین‌المللی، از طریق رفتارهای یک‌جانبه دولت‌ها (قوانین متقابل امریکا و ایران) نیز تنظیم می‌شود. این حقوق به تعبیر دیوان در رأی مصونیت حاکمیتی آلمان علیه ایتالیا، اساساً شکلی است و این قواعد، صلاحیت را نسبت به رفتار بخصوصی بیان می‌کند.[۱۶۸] بنابراین از قواعدی که مشروع‌بودن یا نبودن یک رفتار را بیان می‌کند، کاملاً متمایز

۱۶۷. توجه به این امر، ضروری است که مصونیت به معنی معافیت از رسیدگی قضایی نبوده، بلکه بدین معنی است که دادگاه داخلی، صلاحیت رسیدگی به موضوع مطروحه را نداشته و موضوع می‌بایست با ابزاری مناسب (دیپلماتیک یا قضایی) و در مرجعی مناسب رسیدگی شود. این امر، موضوعی بود که در قضیه *فرینی* در دادگاه ایتالیا، رأی دادگاه قانون اساسی ایتالیا و نظر مخالف قاضی یوسف مطرح شد. این استدلال بیان می‌دارد، زمانی که دادگاه داخلی، آخرین چاره و راه‌حل برای احقاق حق (Last resort یا *Ultima ratio*) باشد و با اعمال مصونیت دولت در دادگاه داخلی و نتیجتاً رد دعوا توسط دادگاه، احقاق حق نسبت به خواهان‌ها بدون پاسخ بماند، در اینجا مصونیت، معنا و کاربرد خود را از دست داده، لذا دادگاه داخلی می‌تواند مصونیت را انکار نموده و اعمال صلاحیت کند. البته دیوان بین‌المللی دادگستری این ادعا را رد کرده و قاضی *بنونا* نیز هم‌داستان با دیوان در این قضیه بیان می‌دارد که هنوز حمایت دیپلماتیک ایتالیا از اتباع خود باقی‌مانده و ایتالیا می‌تواند حق حمایت دیپلماتیک خود را اعمال کند، لذا از این حیث، انکار مصونیت حاکمیت آلمان به‌عنوان آخرین چاره و راه‌حل تلقی نمی‌شود.

Jurisdictional Immunities of the State, *Germany v. Italy*, I.C.J. Rep., 2012, Bennouna Separate Opinion, para. 29

۱۶۸. البته این نگاه به بحث مصونیت حاکمیت در نظریه منفرد قاضی *محمد بنونا* در قضیه مصونیت‌های حاکمیتی دولت ۲۰۱۲، به چالش کشیده می‌شود. وی در این خصوص بیان می‌کند: «نگاه دیوان به موضوع صلاحیت، فقط به‌عنوان یک موضوع مقدماتی، بدون اینکه شرایط خاص هر قضیه را بررسی نماید، برداشت مکانیکیِ صرف از بحث صلاحیت است».

Bennouna, *op .cit*., note. 170, para. 30.

است.[۱۶۹]

لیکن نتیجه عدم اعطای مصونیت، شمول دولت خارجی، دستگاه‌ها و مؤسسات و همچنین اموال آن تحت صلاحیت قوانین دولت سرزمینی و دادگاه مقر[۱۷۰] است. بنابراین پس از قرارگرفتن تحت صلاحیت دولت مقر، قوانین شکلی و ماهوی آن دولت نسبت به دعوای مطروحه اعمال خواهد شد. از همین رو، نحوه رسیدگی به دعاوی علیه دولت یا آیین دادرسی مربوطه و قوانین ماهوی در تعریف و بیان تروریسم، انواع خسارات قابل وصول، حضور یا عدم حضور خوانده در دعوا و نهایتاً نحوه اجرای احکام صادره، تماماً مسائل چالش‌برانگیزی است که ناگزیر در اجرای این قوانین باید با آن مواجه شد.

تعریف تروریسم، چون ماهیتاً بحثی ارزشی است، به‌عنوان یکی دیگر از این چالش‌ها، امکان زیادی را برای اعمال دیپلماسی ملی و سلایق سیاسی باز می‌کند. علی‌رغم تلاش‌های بین‌المللی از زمان کنفرانس بروکسل، یکسان‌سازی قوانین جزایی ۱۹۳۱ تا قطعنامه‌های مختلف ضدتروریسم شورای امنیت در سال‌های اخیر و تلاش‌های بین‌المللی به‌منظور تدوین کنوانسیون جامع تروریسم، هنوز جامعه بین‌المللی، اجماعی در تعریف تروریسم ندارد چرا که این تعریف، مقدمتاً نیازمند تعریف و تحدید حدود نبرد مشروع، مخالفت سیاسی و حدود آن و تزاحم آن با آزادی بیان، حق تعیین سرنوشت سیاسی و سایر مفاهیم مشابه است و به‌هرحال، دادگاه داخلی می‌بایست شخص واحد را به‌عنوان «قهرمان ملی»، تمجید و ستایش کرده یا به‌عنوان «تروریست»، محکوم و مجازات کند.[۱۷۱]

بنابراین برداشتن و رفع مانعی به نام مصونیت، برای دولت مقر دادگاه نیز به‌راحتی صورت نپذیرفته و انبوهی از فعالیت‌های تقنینی، قضایی و اجرایی را برای آن دولت پدید خواهد آورد. به‌هرحال، صرف‌نظر از اینکه سیاسی‌بودن فرایند اعمال صلاحیت نسبت به حاکمیت خارجی، شفافیت را به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی قواعد حقوقی، شدیداً تحت‌تأثیر قرار داده و دست دستگاه دیپلماسی را باز خواهد گذاشت تا از کاربردهای دوگانه این قوانین، استفاده ابزاری کند، خود دادگاه‌های داخلی نیز در برخی از موارد از حاکمیت قانون فراتر رفته و با اعمال سیاست قضایی، متغیرهای دیگری را نیز در صدور احکام خود، مطمح‌نظر قرار داده‌اند که در ابتدای این قسمت، اشاره‌ای کوتاه به آن شد. بدیهی است این عملکرد در سنت حقوقی کامن‌لا که در آن احکام صادره، رویه قضایی پدید می‌آورند، آثار شدیدتری از خود به‌جای خواهد گذاشت. در قسمت بعدی، فقط به یکی از ملاحظات مورد

169. *Ibid*., note. 6, para. 58.

170. *Lex fori*

171. Lowther, Adam B., Lindsay Beverly, *Terrorism's Unanswered Questions*, Greenwood, Publishing Group, 2009, pp. 62-65.

عنایت دادگاه‌های ایالات امریکا در اعمال و اجرای مصونیت حاکمیت خارجی، به‌عنوان مثال، پرداخته می‌شود.

۸. جنبه‌های مالی و اقتصادی قانون ایالات متحده امریکا

دادگاه‌های داخلی در قضایایی که موضوعات بین‌المللی مطرح است، نقش خود را حفظ عدالت بین‌المللی تلقی نکرده، بلکه در وهله اول، خود را به‌عنوان نمایندگان دولت و نمایندگان ملی، ملزم به حفظ حاکمیت قانون داخلی می‌دانند.[۱۷۲] به‌علاوه این دادگاه‌ها حساسیتی نسبت به منافع ملی داشته و این حساسیت خود را به طرق مختلفی همانند خودداری از اعمال فشار بر مجریه (خصوصاً در زمانی که محدودیت‌های مورد بحث به اقتصاد ملی آن‌ها لطمه می‌زند)، مثلاً از طریق تحمیل یا عدم تحمیل تعهدات تجاری بین‌المللی، تحمیل یا عدم تحمیل مصونیت اعطایی توسط حقوق بین‌الملل به حاکمیت سایر دولت‌ها و کارکنان آن، پیاده می‌کنند.

در موضوع بحث، توجه به زوایای حقوقی و قضایی قوانین فراسرزمینی ایالات متحده امریکا نباید موجب غفلت از سایر جنبه‌ها و انگیزه‌های وضع این قوانین و عملکرد دادگاه‌های داخلی ایالات متحده امریکا شود. یکی از محققین،[۱۷۳] در تحلیل عملکرد دادگاه‌های ایالات متحده امریکا، فارغ از نکات قضایی ماهوی و شکلیِ آرای صادره در خصوص مصونیت حاکمیت،[۱۷۴] توجه خویش را معطوف به سایر جنبه‌های مربوط به حقوق مصونیت حاکمیت، ازجمله زمان طرح دعاوی، حمایت‌های سیاسی و سایر عوامل مؤثر بر دعوا کرده است. *شورتل* بررسی خود را در سه برهه زمانی انجام می‌دهد. در برهه اول در دهه ۱۷۹۰، هفت رأی را بررسی کرده و بررسی خود را از رأی قاضی *مارشال* (رئیس دادگستری) در *اسکونر اکسچنج* که منجر به اصلاحیه یازدهم و درج مصونیت دولت می‌شود، آغاز می‌کند. وی در این مقطع

۱۷۲. در قضیه مورد بررسی این مقاله، ن.ک: استناد سوم رأی دادگاه قانون اساسی ایتالیا در ۲۰۱۴، زیرنویس شماره ۱۶۶ قبل.

173. Shortell Christopher

۱۷۴. البته این نویسنده، مصونیت حاکمیت را به‌طور کلی بررسی می‌کند، یعنی هم مصونیت حاکمیت‌های خارجی و هم مصونیت حاکمیت‌های داخلی و دعاوی مطروحه علیه ایالت‌ها و مؤسسات دولتی داخلی. هر دو جنبه از مصونیت، تحت عنوان مصونیت حاکمیت تلقی می‌شود، هرچند به لحاظ نظری در حقوق کامن‌لا هریک از جنبه‌های مصونیت حاکمیت داخلی یا خارجی، منبعث از اصول متفاوتی هستند. بازگشت مصونیت حاکمیت در جنبه داخلی به قاعده "The King can do no wrong" برمی‌گردد و حال آنکه در جنبه خارجی به قاعده *Par in parem* برمی‌گردد. البته به‌هرحال، دیوان در بند ۵۷ قضیه مصونیت حاکمیتی آلمان علیه ایتالیا، برگشت این قاعده را به برابری حاکمیت دولت‌ها می‌داند. ن.ک:
Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, "Foreign Sovereign Immunity and Domestic Officer Suits", 13 *Green Bag* 2D 137, Winter 2010, pp.138-140.

نتیجه‌گیری می‌کند که شخصیت (ماهیت) طرف دعوا و زمان طرح دعوا بر نتیجه رسیدگی‌ها مؤثر است و منابع مالی قوی و حمایت‌های سیاسی، نقشی کلیدی در این امر ایفا می‌کند. وی جداول مالی قبل و بعد از طرح دعاوی را در ایالت‌های مختلف امریکا استخراج کرده و اثبات می‌کند که بدهی‌های ایالت‌های مختلف، نقشی تعیین‌کننده در اعطا یا انکار مصونیت داشته‌اند. شخصیت (ماهیت) طرف دعوا نیز (مثلاً شاهزادهٔ لوکزامبورگ، دولت فرانسه و پرتغال) در نتیجهٔ رسیدگی مؤثر است.[۱۷۵]

در دوره دوم با بررسی بحران‌های مالی دهه ۱۸۴۰ و آرای مرتبط با مصونیت حاکمیت، نشان می‌دهد که در این دوره، هزینه‌های جانبی دولت‌ها برای استناد به مصونیت حاکمیت (و نپرداختن بدهی‌های دولتی به‌موجب آرای محاکم قضایی) و نگه‌داشتن اختلاف در فضایی خارج از دادگاه و حل‌وفصل آن به سایر روش‌ها، بیش از ارجاع دعاوی به دادگاه و پرداخت بدهی‌ها است. دهه ۱۸۳۰ دهه بازسازی و نوسازی خصوصاً در حمل‌ونقل، بانکداری و راه‌ها بود و استقراض، روش معمول و مرسوم این کار بود. درنتیجهٔ این فعالیت‌ها، ایالت‌هایی بدهکار شدند و طلبکارانی پدید آمدند که دعاوی متعددی را در دادگاه‌های داخلی علیه اموال ایالتی و دولتی مطرح می‌کردند. در این دوره، اساساً مصونیت حاکمیت به دلیل انکار قروض دولتی، مستمسک قرار گرفت. اگرچه این سیاست در کوتاه‌مدت اثر داد، در بلندمدت تأثیری عکس داشت و مراکز مالی از اعطای وام به چنین دولت‌هایی ابا داشتند. اما متعاقباً بازارهای مالی امریکا شکل گرفته و کامل شد و دارندگان اوراق قرضه، بیشتر، خود امریکاییان بودند تا خارجیان. لذا موضع دادگاه‌ها نسبت به مصونیت حاکمیت، مجدداً تغییر کرد.[۱۷۶]

در دوره معاصر ۱۹۹۶ الی ۲۰۰۱ شش دعوای جنجال‌برانگیز دیوان عالی و دادگاه‌های ایالتی بررسی شد.[۱۷۷] در این شش قضیهٔ مورد بررسی، احکام دادگاه‌ها از حیث اعطا یا عدم اعطای مصونیت حاکمیت، کاملاً متفاوت هستند.[۱۷۸] مقایسه آرای این دوره نشان‌دهنده این واقعیت است که در زمان حاضر، نیازهای مراکز مالی امریکا برای جذب سرمایه به‌عنوان یک خصیصه تعیین‌کننده، در موضوع مصونیت حاکمیت به‌تنهایی نقش بازی نکرده، بلکه فشارهای سیاسی، جناح‌های سیاسی غالب، گروه‌های ذی‌نفع و افراد ذی‌نفوذ، نقشی تعیین‌کننده در اعمال یا عدم

175. Shortell, Christopher, "Rights, Remedies and the Impact of Sovereign Immunity", *State University of New York Press*, 2008, p. 57.

176. *Ibid*., p. 85.

177. 1- *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 365, (2001) 2- *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706, (1999) 3- *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board*, Civ. No. 94-5610, (1995) 4- *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62, (2000) 5- *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) 6- *Hibbs and Lane Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004), *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 123 S. Ct.1972 (2003).

178. *Ibid*., note. 178, p. 115.

اعمال قاعده مصونیت حاکمیت در این دعاوی داشته‌اند.

بررسی تفصیلی موارد فوق، خارج از حوصله این نوشتار بوده و ذکر گزارش‌گونه از کتاب فوق، فقط به‌منظور تذکر نکات غیرقضایی است که معمولاً تحلیل‌های حقوقی، توجهی به آن ندارند. اما در عالم واقع، بدیهی است که نقش روزافزون حقوق بین‌الملل در نظام‌های مختلف حقوق داخلی دولت‌ها، سبب خواهد شد تا قضات ملی، پاسخ‌های متفاوتی را در قالب آرای صادره به مسائلی بدهند که پاسخ به آن‌ها اساساً به نحوه اجرای حقوق بین‌الملل در سیستم حقوق داخلی آن‌ها بستگی دارد.[۱۷۹] نتیجتاً با اعمال و اجرای حقوق بین‌الملل بدین شکل در سیستم‌های حقوق داخلی، روش‌های متفاوتی در تضمین اجرای حقوق بین‌الملل در سطح ملی پدید خواهد آمد.[۱۸۰] این امر، یکی از نگرانی‌هایی بوده است که از دیرباز، ذهن جامعه بین‌المللی را به خود مشغول کرده و راهکارهایی ازجمله: تقویت استقلال دادگاه‌ها نسبت به قوه مجریه و ارتقای دانش حقوق بین‌الملل دادگاه‌ها را برای رفع معضل، ابتکار کرده‌اند.[۱۸۱] مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز در نشست سال ۱۹۹۳ خود در میلان، قطعنامه‌ای را در ۷ ماده تحت عنوان «عملکرد قضات ملی و روابط بین‌المللی دولت‌های متبوع آن‌ها»[۱۸۲] صادر کرد تا به قاعده‌مندشدن این بخش از روابط بین دولت‌ها کمک کند.[۱۸۳]

به‌عنوان نکته آخر و به‌منظور سنجش روایی این نوشتار، مروری بسیار گذرا بر مواد این قطعنامه داشته و سازگاری مواد هفت‌گانه آن با منطق این نوشتار بررسی خواهد شد.

۹. حقوق مصونیت حاکمیت خارجی و قطعنامه ۱۹۹۳ مؤسسه حقوق بین‌الملل

همچنان که از عبارات مقدمه برمی‌آید، روح کلی این قطعنامه و مواد هفت‌گانه آن به‌منظور اجرای بهتر حقوق بین‌الملل در سطح ملی، بر استقلال هرچه بیشتر دادگاه‌ها علی‌الخصوص

۱۷۹. بند دوم مقدمه قطعنامه ۱۹۹۳ مؤسسه حقوق بین‌الملل، زیرنویس شماره ۱۸۵ ذیل.

۱۸۰. *همان*، بند سوم.

۱۸۱. *همان*، بند چهارم.

182. "The Activities of National Judges and the International Relation of Their States", *Institut de Droit International (I.D.I)*, Resolution adopted at 66th session in Milan, 1993.

۱۸۳. البته *لرد هافمن* در سال ۲۰۰۶ به هنگام صدور رأی در قضیه *جونز* علیه وزارت کشور دولت عربستان سعودی، شدیداً نسبت به این امر و به فعال‌گرایی دادگاه‌های داخلی در امر حقوق بین‌الملل انتقاد و بیان کرد: «صدور حکم از بین اصول متعارض و بر مبنای اهمیت ارزش‌هایی که در آن‌ها متجلی شده است، تکنیک اولیه قضاوت و رسیدگی است. اما این شیوه را نمی‌توان نسبت به حقوق بین‌الملل اعمال کرد، چرا که حقوق بین‌الملل، مبتنی بر رضایت تمامی ملت‌ها است. بنابراین یک دادگاه داخلی نمی‌تواند به‌صورت یک‌جانبه و با اتخاذ برداشتی که مطلوب آن و بیانگر ارزش‌هایی است که آن دادگاه پذیرفته و ممکن است برای سایر دادگاه‌ها نامطلوب باشد، حقوق بین‌الملل را توسعه دهد».

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiy as Saudiya and Others, 2006, UKHL 26; ILDC 521, UK, para.76.

نسبت به مجریه تأکید دارند. ماده ۱ این قطعنامه بر اعطای اختیار توسط نظام حقوق داخلی به دادگاه‌های ملی جهت تعیین وجود و محتوای حقوق بین‌الملل با استقلال کامل آن نسبت به قوه مجریه تأکید می‌کند. البته بند سوم این ماده بر اختیار دادگاه نسبت به اخذ نظر کارشناسی از قوه مجریه (مشروط بر اینکه برای دادگاه الزام‌آور نباشد) تأکید کرده است. ماده ۲ این قطعنامه بر اظهارنظر دادگاه‌های داخلی نسبت به وظایف مجریه تأکید می‌کند و امتناع از اعمال صلاحیت در این‌گونه موارد را به استناد ماهیت سیاسی مسئله، برای دادگاه‌های ملی منع می‌کند. ماده ۳ درخواست اجرای قانون خارجی از دادگاه ملی را مطرح کرده و بر صلاحیت دادگاه‌های ملی در بررسی انطباق قانون خارجی با قواعد حقوق بین‌الملل تأکید می‌کند. مواد ۴، ۵ و ۶ بر صلاحیت دادگاه‌های ملی نسبت به تعیین قواعد حقوق عرفی، معاهداتی و اصول کلی حقوق بین‌الملل تأکید می‌کند. اما ماده ۷ این قطعنامه که به بحث حاضر ارتباط بیشتری پیدا می‌کند به ذکر ارتباط دادگاه‌های ملی و قوه مجریه می‌پردازد. این ماده در سه بند به شرح زیر مقرر می‌کند: ۱ـ دادگاه‌های داخلی می‌توانند در تعیین وقایع[۱۸۴] مربوط به روابط بین‌الملل دولت مقر یا سایر دولت‌ها به تشخیص قوه مجریه و خصوصاً ارگان‌های مسئول سیاست خارجه، احترام بگذارند. ۲ـ تعیین وقایع بین‌المللی توسط قوه مجریه باید مبتنی بر دلایل ظاهریِ[۱۸۵] حاکی از وجود این وقایع باشند. ۳ـ توصیف حقوقی این وقایع فقط باید برای قوه قضاییه به‌تنهایی محفوظ باشد.

با مروری سریع بر این قطعنامه مشخص می‌شود که به‌منظور اجرای صحیح حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی و تضمین اجرای آن در سیستم‌های حقوق داخلی، تأکید این قطعنامه بر تفکیک هرچه بیشتر عملکرد دادگاه‌های داخلی از وظایف مجریه و استقلال دادگاه‌ها از این قوه است. ماده ۷ نیز که به روابط بین‌الملل و سیاست خارجه ارتباط پیدا می‌کند، مقرر می‌دارد که می‌توان از مجریه یا ارگان‌های مسئول روابط خارجی، فقط به‌عنوان کارشناس استفاده کرد که وقایع را تشخیص دهند. به همین دلیل، توصیف واقعه را در صلاحیت دادگاه‌های داخلی قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، پس از تشخیص وقایع، باید بر اساس دسته‌های ارتباط مبتنی بر قوانین، از این وقایع، توصیفی حقوقی صورت پذیرفته و نهایتاً قانون حاکم بر قضیه مشخص شود. این قطعنامه به‌منظور حفظ فرایند صحیح حقوقی و جلوگیری از سیاست‌زدگی آن، این فرایند را صرفاً حقوقی می‌داند، حال آنکه در قوانین متقابل ایالات متحده امریکا و ایران، این حلقه از فرایند، کاملاً توسط قوه مجریه صورت می‌پذیرد. در اجرای این قوانین، صرف‌نظر از تعریف حقوقی تروریسم که شخصاً توسط مجریه صورت می‌پذیرد، توصیف وقایع به‌موجب این قوانین هم توسط قوه

184. Facts
185. *Prima facie* evidence

مجریه انجام پذیرفته و پس از اینکه دولت مربوطه در نظام حقوقی دادگاه مقر، وصف تروریست یا حامی تروریست را پیدا کرد، برای اعمال قوانین مربوطه و صدور حکم به دادگاه‌های ملی ارجاع می‌شود. بدیهی است در اینجا بخشی از فرایند قضایی در صدور حکم (توصیف اعمال ارتکابی) توسط مجریه صورت می‌پذیرد و محل تردید است که ابزارگرایی مجریه در استفاده از این قوانین و توصیف این اعمال (که مبتنی بر دلایل ظاهریِ قابل بررسی هم نیستند)، از این توانایی برخوردار باشد که بتواند اجرای حقوق بین‌الملل را در سطح ملی تضمین کند.

نتیجه

در طول تاریخ، دولت‌ها مکرراً برای احقاق حقوق خود، به اقدامات متقابل یا حمایتیِ مختلفی از اخراج دسته‌جمعی اتباع دولت خاص، تعلیق روابط تجاری و تحریم گرفته تا قطع روابط دیپلماتیک یا قطع روابط به‌صورت کلی دست زده و در برخی از مواقع، جانب خویشتن‌داری را از دست داده و متوسل به زور شده‌اند. لیکن روند تحولات حقوق بین‌الملل درکل، مثبت تلقی شده و جهت حرکت به سمت قانون‌محوریِ حقوق بین‌الملل و جداشدن هرچه بیشتر از اجرای موردی قواعد حقوق بین‌الملل و حرکت به سمت قواعد نوعی و قابل اجرا در موارد مختلف بوده است. حقوق مصونیت حاکمیت نیز از این حرکت کلی باز نمانده و در همین جهت حرکت می‌کند. لیکن روند تکامل حقوق مصونیت حاکمیت، حرکت در خطی مستقیم نبوده، بلکه فرازونشیب‌ها و آفت‌های متعددی را با خود به همراه داشته است.

از سوی دیگر، در وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل، تروریسم به‌عنوان پدیده‌ای بین‌المللی، توجه جامعه بین‌المللی و دادگاه‌های داخلی را به خود معطوف داشته است و تلاش‌های داخلی و بین‌المللی برای مبارزه با این پدیده ناهنجار صورت پذیرفته است. بنا به بیان مقتدرانه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت در ۲۰۱۲ و همچنین بنا به بیان قاضی مخالف این رأی، هنوز استثنای تروریسم بر مصونیت دولت نتوانسته است در حقوق بین‌الملل، جایگاهی پیدا کند، و به‌عنوان رویه پراکنده دولت‌ها تلقی می‌شود. لیکن حقوق بین‌الملل، پدیده‌ای ایستا نبوده و همچنان که خود حقوق مصونیت حاکمیت، محصول تحول آرای دادگاه‌های داخلی در طول زمان است، شاید تلاش‌های داخلی و بین‌المللی در برخورد با پدیده تروریسم در آینده از اقبالی برخوردار شود و مآلاً استثنای تروریسم (با استناد به نقض مبنایی حقوق بشر و بشردوستانه، نقض منظم حقوق مبنایی، نقض قواعد آمره و غیره)[۱۸۶] بر مصونیت حاکمیت ظهور کند. در این شکل، قطعاً

۱۸۶. البته محققین حوزه حقوق بشر و قواعد آمره، نسبت به ظهور چنین استثنایی در آینده نیز بسیار خوش‌بین نیستند. علی نواری در این مورد می‌نویسد که: طرفداران عدم اعطای مصونیت قضایی به دولت در موارد نقض حقوق بشر، سه دیدگاه

بسترسازی اولیه و ارائه تعاریفی حقوقی از تروریسم، آزادی سیاسی، مخالفت سیاسی و بسیاری دیگر از مفاهیم مرتبط، ضروری است. لیکن صرف‌نظر از ظهور یا عدم ظهور استثنای تروریسم بر مصونیت حاکمیت، قوانین متقابل ایالات متحده امریکا و ایران، به دلیل ضعف‌های فرایندی و کارکردی خود، از این توانایی برخوردار نیستند که این نقش را در فرایند تحول حقوق بین‌الملل به عهده بگیرند. استثنای تروریسم قانون مصونیت حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا و قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی، به دلیل ضعف در انگیزه، ضعف در کارکرد، ضعف در فرایند و سایر نقاط ضعف خود، نه‌تنها به تحول حقوق مصونیت حاکمیت در مسیر خود کمکی نمی‌کنند، بلکه ازجمله آفت‌های حقوق مصونیت حاکمیت تلقی می‌شوند.

این قوانین در واقع، برگشت به رویه پیش از قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده امریکا است که در آن وزارت کشور، بدون هیچ استدلالی، پیشنهاد مصونیت‌هایی را برای دادگاه‌ها تنظیم و ارسال می‌کرد.[۱۸۷] *وینستون چرچیل* در سال ۱۹۴۳ در برابر حضار امریکایی

تحلیلی ارائه می‌کنند: دیدگاه اول، نظریه سلسله‌مراتب قانونمند است که بر اساس آن، زمانی که یک دولت، حمایت‌های حقوق بشری را که به‌عنوان هنجارهای بنیادین حقوق بین‌الملل قلمداد شدند، نقض می‌نماید، مصونیت قضایی آن دولت، لغو می‌شود. دیدگاه دوم بر این حقیقت مبتنی است که اگر یک دولت، هریک از قواعد بنیادین حقوق بشر را که در حکم قواعد آمره هستند، نقض نماید، همانند دولتی است که به‌طور ضمنی از مصونیت خود انصراف داده است... دیدگاه سوم نیز بر این پایه استوار است که نقض قواعد بنیادین حقوق بشر به‌عنوان جرایم بین‌المللی قلمداد می‌شود و مصونیت دولت در زمینه جرائم ارتکابی لغو می‌گردد. علی نواری؛ «مصونیت قضایی دولت و نقض حقوق بشر در پرتو عملکرد دولت‌ها، رویه قضایی و دکترین»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیست‌وپنجم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۰۷۹ و ۱۰۸۰. البته این مؤلف سپس در مقام رد این سه دیدگاه برآمده و هر سه دیدگاه را رد می‌کند. کدخدایی و عابدینی نیز در این مورد معتقدند که: به‌رغم گرایش معاصر حقوق بین‌الملل در زمینه رعایت و توجه به موازین حقوق بشری در همه شئون حقوق بین‌الملل، مصونیت دولت به‌عنوان یادگاری از حاکمیت‌محوری حقوق بین‌الملل کلاسیک، هنوز محل اجرای بسیاری از محاکم داخلی و منطقه‌ای است. بااین‌حال، صدور رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص قضیه مصونیت‌های صلاحیتی میان آلمان و ایتالیا ـ که خود نشأت‌گرفته از دیدگاه محاکم ایتالیا و یونان درباره غلبه اعمال قواعد آمره حقوق بین‌الملل ازجمله جرائم جنگی و منع شکنجه بر قاعده مصونیت دولت است ـ می‌تواند تا حدود بسیاری، فضای حقوق بین‌الملل معاصر را در این زمینه تثبیت کند؛ موضوعی که به نظر می‌رسد دیوان نیز با توجه به رویه موجود در این زمینه و با توجه به دلایلی چون اعمال قاعده شکلی و مربوط به آیین دادرسی، پیش از اجرای قاعده ماهوی و همچنین ملاحظات مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی، مصونیت دولت را در برابر نقض قواعد آمره ادعایی همچنان در اولویت قرار دهد... بنابراین به نظر می‌رسد که هنوز نظم حقوقی بین‌المللیِ موجود، بدان مرحله از رشد و تکامل نرسیده که بتوان به ادعای نقض قواعد آمره از سوی دولت‌ها و ارکان منتسب بدان‌ها، مصونیت دولت‌ها را نادیده انگاشت. عباسعلی کدخدایی و عبدالله عابدینی؛ «مصونیت دولت و قاعده آمره: استثنای در حال ظهور؟»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۵، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴، صص ۵۷ و ۵۸.

187. Peed, Matthew J., "Blacklisting as Foreign Policy: The Politics and Law of Listing Terror States", *Duke Law Journal*, vol. 45, p. 1341.

گفت: «هزینه بزرگی، مسئولیت‌پذیری است».[۱۸۸] امروزه رفتار دولت امریکا در جایگاه قدرت بزرگ در ساختاربندی حقوق بین‌الملل تأثیرگذار است. سیاست‌های دولت امریکا ثابت کرد که نه فقط برای جایگاه اخلاقی ایالات متحده امریکا در دنیا مشکلاتی پدید آورده، بلکه برای تحول حقوق بین‌الملل نیز مشکلاتی را پدید می‌آورد. دولت امریکا تصور می‌کرد که حسن‌شهرت درمقابل غلبه قدرت ایالات متحده امریکا اهمیتی ندارد. یعنی تبدیل‌شدن امریکا به قدرت غالب، دیگران را مجبور به پیروی خواهد کرد، اما این فقط یک طرف معادله است. دولت امریکا برای تعامل با سایر دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، نیازمند حسن‌شهرت است. بنابراین دولت امریکا در مسیر تخریب حسن‌شهرت خویش در دنیا در نوسان بین دشمنی با حقوق بین‌الملل و ابزارگرایی افراطی است که می‌خواهد قواعد اساسی و مبنایی حقوق بین‌الملل را بازنویسی کند و این همان چیزی است که آن را در حقوق بین‌الملل، سلطه درنده[۱۸۹] می‌نامند.[۱۹۰] این راهبرد در کوتاه‌مدت می‌تواند قابلیت انعطاف را افزایش دهد، اما در بلندمدت، سبب ازدست‌دادن حسن‌شهرت، جایگاه و تأثیرگذاری است.[۱۹۱]

188. 80 FINEST HOUR 24 (1993), available at http://www.winstonchurchill.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=424, in Borgen, *Ibid*., note 146, p. 782.

189. Predatory hegemony

190. Borgen, *op. cit*., note. 146, p. 783.

191. Borgen, *op. cit*., p. 785.

منابع:

الف) فارسی

- کدخدایی، عباسعلی و عبدالله عابدینی؛ « مصونیت دولت و قاعده آمره: استثنای در حال ظهور؟»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۵، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴.
- نواری، علی؛ «مصونیت قضایی دولت و نقض حقوق بشر در پرتو عملکرد دولت‌ها، رویه قضایی و دکترین»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیست‌وپنجم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۰.

ب) انگلیسی

Books

- Lowther, Adam B., Lindsay Beverly, *Terrorism's Unanswered Questions*, Greenwood, Publishing Group, 2009.
- Shortell, Christopher, Rights, *Remedies and the Impact of Sovereign Immunity*, State University of New York Press, 2008.
- Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

Articles

- Benevenisti Eyal & Downs George W., "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 20, No. 1, 2009.
- Borgen Christopher J., "Hearts and Minds and Law: Legal Compliance and Diplomatic Persuasion", *South Texas Law Review*, vol. 50, 2009.
- Colangelo, Anthony J., "Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 48, 2000.
- Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, "Foreign Sovereign Immunity and Domestic Officer Suits", 13 *Green Bag* 2D 137, Winter 2010.
- Drescher, Ilana Arnowitz, "Seeking Justice for America's Forgotten Victims: Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act Terrorism Exception", *Legislation and Public Policy*, vol. 15, 2012.
- Gartenstein-Ross, Daveed, "A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act", *International Law and Politics*, 2003.
- Goldsmith, Jack L. and Goodman Ryan, "U.S. Civil Litigation and International Terrorism", *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 26, 2002.
- Peed, Matthew J., "Blacklisting as Foreign Policy: The Politics and Law of Listing Terror States", *Duke Law Journal*, vol. 54, 2005.

Cases and Documents

- *Constitutional Court of South Africa, The Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*, 2013, CCT 101/12.
- Institut de Droit International (I.D.I), "The Activities of National Judges and the International Relation of Their States", Resolution adopted at 66th session in Milan, 1993.
- Italian Constitutional Court Judgment 238/2014.
- *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiy as Saudiya and Others*, UKHL 26; ILDC 521, UK. 2006.
- Jurisdictional Immunities of the State, *Germany v. Italy*, International Court of Justice Reports, 2012.
- The Court of Appeal (Civil Division), on Appeal from High Court, Queen's Bench Division, 2014, A2/2014/0596.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۱۹۰ ـ ۱۶۷

معاهدات موجد حق برای دولت‌های ثالث با نگاهی به ماده ۳۶ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات

حمید الهویی نظری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۵/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۱۱

چکیده

در حوزه حقوق معاهدات، رضایت، یکی از اصول بنیادین است. ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* راجع به حقوق معاهدات با شرایطی سروکار دارد که به‌موجب آن، هر دولت می‌تواند به حقی به‌موجب معاهده‌ای استناد کند که وی عضو آن نیست. برقراری حق به نفع ثالث را باید در پرتو معیار اساسی رضایی‌بودن تعهدات قراردادی در نظام حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار داد. در این صورت، این مسئله قابل طرح است که آیا حق دولت ثالث، ناشی از معاهده اصلی یا ناشی از قبولی حق توسط دولت ثالث و به عبارت دیگر، انعقاد معاهده فرعی میان ثالث و طرف‌های معاهده اصلی است. با توجه به نقش معاهدات در حقوق بین‌الملل، شناخت ابعاد حقوقی این نهاد در حوزه حقوق قراردادی و در چارچوب کنوانسیون *وین*، بسیار مهم است. در ارتباط با این موضوع اگرچه رویه قضایی اندک است، می‌توان رد پای آن را در برخی نظرات منضم به آرای دیوان دائمی و دیوان فعلی دادگستری بین‌المللی یافت. این تحقیق، ضمن بررسی ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث، مواردی را که به‌ظاهر در این حوزه قرار می‌گیرد، اما واقعاً مصداق ماده ۳۶ کنوانسیون نیست تجزیه و تحلیل می‌کند.

واژگان کلیدی

توافق فرعی، رضایت دولت ثالث، رویه قضایی، نسبی‌بودن معاهدات

* استادیار دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه تهران soohan@ut.ac.ir

مقدمه

به‌موجب ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهدات، یکی از منابع حقوق بین‌الملل بوده که قضات در مقام حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی می‌توانند به آن استناد کنند. هر معاهده بین‌المللی برحسب مورد، حاصل تراضی میان دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی است. بر پایه اصل آزادی یا رضایی‌بودن معاهدات، التزام حقوقی ناشی از معاهده که طرف‌های معاهده را به اجرای مقررات معاهده مکلف می‌سازد، حاصل اراده آزاد طرف‌های خود معاهده است؛ به این معنا که هرگونه تعهد، و در مفهومی وسیع‌تر، هرگونه اثر حقوقی که از معاهده به‌جا می‌ماند، حاصل اراده‌ای است که آن تعهد یا آن اثر را به وجود آورده است.[۱] حقوق بین‌الملل، برخلاف حقوق داخلی اساساً ناشی از مشارکت، و نه اطاعت است. در میان منابع حقوق بین‌الملل، معاهدات که مظهر مشارکت و همکاری است از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. معاهده، توافقی است که طی آن، تابعان حقوق بین‌الملل، رابطه‌ای میان خود ایجاد می‌کنند. در این میان، رضایت، اصلی بنیادین در حقوق حاکم بر معاهدات است. واقعیت این است که علاوه بر اینکه معاهدات، اصولاً برای طرف‌های آن، حقوق و تکالیفی به بار می‌آورد، تحت شرایطی ممکن است برای ثالث نیز آثار حقوقی داشته باشد. مسئله حقوق ثالث در نتیجه انعقاد معاهده، در ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* راجع به حقوق معاهدات مطرح شده است. ابعاد حقوقی این قضیه در کمیسیون حقوق بین‌الملل و نیز پیش و پس از تصویب کنوانسیون فوق، همواره مورد توجه حقوق‌دانان قرار داشته است. بررسی ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث و نیز موارد خارج از شمول تأسیس تعهد به نفع ثالث با تکیه بر رویه قضایی، به درک و کاربرد هرچه صحیح‌تر این نهاد حقوقی کمک خواهد کرد. این مقاله در چهار گفتار به ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث، ارتباط آن با اصل نسبی‌بودن معاهدات، موارد خارج از شمول ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* و سپس به بحث تعهد به نفع ثالث در قضیه *مناطق آزاد ساوُی‌علیا* و *ژکس* در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی خواهد پرداخت.

۱. ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث

رابطه میان دول ثالث و معاهدات، تابع اصل نسبی‌بودن معاهدات است که به‌موجب آن، عقد میان دو طرف، برای ثالث ایجاد حق یا تکلیف نمی‌کند.[۲] اصل نسبی‌بودن یا محدودیت معاهده به طرف‌های آن، یکی از آثار اصل رضایی‌بودن معاهدات است. رضایت، کلیدی است که مجموعه‌ای از مقررات را به تعهدات الزام‌آور تبدیل می‌کند.[۳] درحالی‌که اصل نسبی‌بودن قراردادها

۱. فلسفی، هدایت‌الله؛ *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹، ص ۱۵.

2. *Pacta tertiis nec nocent nec prosurnt*

۳. شاو، ملکم؛ *حقوق بین‌الملل*، ترجمه: محمدحسین وقار، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۲، ص ۳۴۲.

در کلیه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، طرفین قرارداد می‌توانند تعهدی به نفع شخص ثالث ایجاد کنند. آن‌ها می‌توانند تعهدی را که به سود شخص ثالث ایجاد کرده‌اند اسقاط کنند یا مفاد آن را تغییر دهند. ضمن آنکه آن‌ها می‌توانند این حق را نیز از خود سلب کنند که در این صورت، حق شخص ثالث، لازم و غیرقابل‌اسقاط و غیرقابل‌تعدیل و تغییر خواهد بود. تعهد به نفع شخص ثالث، التزامی است که از قرارداد منعقده بین دو طرف، به نفع بیگانه‌ای که در انعقاد آن دخالتی نداشته، حاصل می‌شود.

اصل نسبی‌بودن که در ماده ۳۴ کنوانسیون *وین* ۱۹۶۹ ذکر شده،[۴] هرگز با مخالفت کشورها روبه‌رو نبوده است.[۵] این موضوع در آرای بین‌المللی زیادی مورد تأکید قرار گرفته است. به‌عنوان مثال، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه *منافع آلمان* در *سلزیای‌علیا* می‌گوید معاهده تنها قواعدی را میان دولی که عضو آن هستند ایجاد می‌کند و در موارد تردید، هیچ حقی را نمی‌توان از آن به نفع دول ثالث استنباط کرد.[۶] سؤالی که در اینجا می‌توان مطرح کرد این است که چگونه می‌توان میان ماده ۳۴ که متضمن اصل نسبی‌بودن معاهدات است و ماده ۳۶[۷] که متضمن حقوق ثالث ناشی از معاهده‌ای که طرف آن نیست، سازش ایجاد کرد. با دقت بیشتر در ماده ۳۴ می‌توان دریافت که شیوه تدوین این ماده، دلالت بر آن دارد که این ماده به‌صورت مطلق مطرح نشده است. این ماده صرفاً تصریح می‌کند که معاهده، بدون رضایت ثالث، حقوق و تکالیفی برای او ایجاد نمی‌کند. بنابراین ممکن است معاهده، موجد حقوق و تکالیفی برای دولت ثالث باشد، مشروط بر اینکه دولت ثالث به آن رضایت داده باشد. برخی طی استدلالی دیگر می‌گویند حقوق و تکالیفی که برای دولت ثالث مطرح می‌شود، مربوط به مقررات شکلی و نه ماهوی معاهده است. آن‌ها مقررات معاهده را به دو دسته تفکیک می‌کنند. دسته اول، شامل مقرراتی است که مربوط به سازوکارهای اجرایی است. دسته دوم را می‌توان قواعد اساسی نامید. به‌عنوان مثال، قواعد دسته اول، مربوط به مراحل انعقاد معاهده، مقام امین معاهده، تاریخ لازم‌الاجراشدن، ثبت، آیین اصلاح و تجدیدنظر، دوره اجرای معاهده و خروج از آن می‌شود. قواعد ماهوی یا اساسی شامل بقیه مقررات معاهده می‌شود یعنی قواعدی که مقصود آن تأمین

۴. ماده ۳۴ کنوانسیون ۱۹۶۹ *وین* راجع به حقوق معاهدات می‌گوید: «معاهده بدون رضایت کشور ثالث، برای وی تعهدات یا حقوقی ایجاد نمی‌کند».

5. Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 309.

6. P.C.I.J., Series. A, No. 7, Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), 1926, p. 28.

۷. ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ *وین* می‌گوید: «۱. مقررات معاهده در صورتی برای کشور ثالث ایجاد حق می‌کند که قصد طرف‌های معاهده از مقررات مزبور، اعطای آن حق به کشور ثالث، یا به گروهی از کشورها که کشور ثالث به آن تعلق دارد، یا به همه کشورها باشد و خود کشور ثالث نیز با آن موافقت کند. تا زمانی‌که خلاف آن احراز نشود، اصل بر رضایت کشور ثالث است مگر اینکه معاهده به‌نحو دیگری مقرر کرده باشد».

اهدافی است که دولت‌های عضو معاهده، برای انعقاد آن با یکدیگر مذاکره کرده‌اند. به‌هرحال این استدلال با واقعیت‌های موجود سازگار نیست.[۸]

در خصوص ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث، چه در حقوق داخلی و چه در حقوق بین‌الملل، نظرات مختلفی ارائه شده است. این امر ناشی از آن است که تعهد به نفع ثالث، استثنایی بر قاعده کلی نسبی‌بودن آثار قراردادها و معاهدات است. در مقایسه دو ماده ۳۵[۹] و ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ *وین* به‌ترتیب تحت عنوان معاهداتی که برای کشور ثالث، تعهداتی ایجاد می‌کند و معاهداتی که برای کشورهای ثالث، حقوقی ایجاد می‌کند، باید گفت وجه شباهت هر دو ماده، لزوم قصد طرف‌های معاهده و وجه تمایز آن، نحوه ابراز رضایت ثالث است. در هر دو ماده، شرط اول، قصد طرف‌های معاهده است. این قصد، اهمیت اساسی و محوری دارد زیرا حق را از منفعت صرف تفکیک می‌کند. شرط دوم، رضایت دولت ذی‌نفع است. در خصوص تعهدات، کشور ثالث باید آن تعهد را کتباً و به‌طور صریح بپذیرد. اما درمورد حقوق ناشی از معاهده، تا زمانی که خلاف آن احراز نشده باشد، اصل بر رضایت کشور ثالث است مگر اینکه معاهده ترتیب دیگری مقرر کرده باشد.

در اینجا مسئله‌ای که می‌تواند مطرح شود این است که آیا حق ایجادشده برای ثالث، ناشی از رضایت ثالث است یا ناشی از رضایت طرف‌های معاهده. در خصوص وضعیت حقوقی رضایت، دو نظر وجود دارد. در نظر اول، رضایت ثالث، متضمن قبولی ایجاب توسط طرف‌های معاهده است. به‌موجب این نظر، ایجاد حق برای ثالث، مستلزم رضایت ایشان است. به عبارت دیگر، قید تعهد به نفع ثالث در معاهده، ایجابی است که نیاز به قبول ثالث دارد. در صورت پاسخ مثبت ثالث به این ایجاب، علاوه بر توافق اولیه میان طرف‌های معاهده، توافق دیگری میان ثالث و طرف‌های معاهده به وجود می‌آید که بنابر آن، ثالث، صاحب حق می‌شود.[۱۰] در نظر دوم، حق ثالث به‌صرف انعقاد معاهدهٔ متضمن قید تعهد به نفع ثالث، ایجاد شده است و رضایت ثالث، صرفاً به‌عنوان نشانه‌ای از اینکه ذی‌نفع از آن حق اعراض نکرده، واجد اهمیت حقوقی است. ازاین‌رو دو نظریه در خصوص ایجاد حق، قابل‌تصور است: یکی اینکه حقوق ثالث، مبتنی بر توافقی فرعی و ثانوی میان ثالث و طرف‌های معاهده اول است و دیگر اینکه حقوق ثالث، مبتنی بر توافق اولیه میان طرف‌های اصلی معاهده است. نظریه توافق فرعی مبتنی بر این اصل اساسی است که معاهده نسبت به دول ثالث هیچ تأثیری ندارد. قاضی *نگولسکو* در نظر جداگانه خود در قضیه مناطق آزاد

8. Fitzmaurice, Malgosia, "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 43-44.

۹. ماده ۳۵ کنوانسیون *وین* می‌گوید: «مقررات معاهده در صورتی برای کشور ثالث ایجاد تعهد می‌کند که قصد طرف‌های معاهده، ایجاد تعهد برای آن کشور از طریق مقررات مزبور باشد و کشور ثالث نیز صریحاً و به‌صورت کتبی آن را بپذیرد».

۱۰. فلسفی؛ *همان*، ص ۴۰۹.

می‌گوید: «در کنوانسیون بین‌المللی می‌توان به حقی برای ثالث تصریح کرد. اما برخلاف آنچه به‌موجب حقوق داخلی، طرف ثالث به‌صرف رضایت مندرج در قرارداد، صاحب حق شناخته می‌شود، در حقوق بین‌الملل، ایجاد چنین حقی مستلزم توافق تکمیلی میان دول متعاهد و دولت ثالث است که به توافق اصلی ضمیمه می‌شود».[۱۱] برخی رضایتی را که به‌عنوان شرط ضروری برای اجرای مواد ۳۴ و ۳۶ مطرح شده است، به‌عنوان موافقت‌نامه ضمنی دولت ذی‌نفع تلقی کرده‌اند. از این منظر در مواردی که رضایت، مفروض تلقی می‌شود می‌توان آن را توافقنامه ضمنی دانست و هنگامی‌که دولت ذی‌نفع، اقدامی انجام می‌دهد که حاکی از رضایت اوست، توافقنامه فرضی به توافقنامه صریح تبدیل می‌شود.[۱۲] پذیرش این نظریه در حقوق داخلی نیز خالی از اشکال نیست زیرا موارد بسیاری را نمی‌توان با آن توجیه کرد. ازجملهٔ این موارد، قرارداد بیمه عمر است که به‌موجب آن، شخص ثالث ذی‌نفع ممکن است بعد از مرگ طرف بیمه‌گذار که سند اصلی را امضا کرده، قبول نماید. در این صورت، پذیرش این نظریه به‌منزله آن خواهد بود که قراردادی میان شخص زنده و شخص مرده منعقد شود.[۱۳] *آرشاگا* می‌گوید در حقوق بین‌الملل نیز این نظریه مردود است زیرا قبول منفعت را نمی‌توان به‌عنوان رضایت به قرارداد ثانوی تلقی کرد. او در بیان مقایسه ماهیت قبول در هریک از دو نظام حقوق داخلی و بین‌الملل می‌گوید: در نظام‌های حقوق داخلی، واژه قبول دارای دو معنا است: یکی به‌عنوان مثال مربوط به قبول ایجاب قراردادی و دیگری مربوط به قبول ترکه می‌شود. دسته اول مربوط به حقوقی است که پس از قبول، کسب می‌شود ولی دسته دوم، ناظر بر تأیید حقوقِ ازپیش‌موجود است. بنابراین، فوق‌العاده ساختگی است که اعمال حق توسط ثالث، بیانگر قبولی در برابر ایجاب و رضایت به توافقی ثانوی که دربردارنده آن حق است در نظر گرفته شود. این دقیقاً معلوم نیست که چگونه درست در لحظه‌ای که حق اعمال می‌شود، این توافق فرعی پا به عرصه وجود می‌گذارد. این وضعیت کاملاً بیانگر آن است که ثالث در حال اعمال حقِ ازپیش‌موجود، و نه در حال کسب آن است. اعمال حق، دلالت بر آن دارد که این حق، قبلاً کسب شده است زیرا سبب باید مقدم بر اثر باشد. از نظر او عدم امکان ثبت چنین توافق ثانوی به‌موجب ماده ۱۰۲ منشور، دلیل دیگری بر رد نظریه رضایت ثالث در ایجاد حق است زیرا به‌عنوان مثال، چگونه دبیرخانه قادر خواهد بود تا موافقت‌نامه بین‌المللی میان امضاکنندگان کنوانسیون کانال سوئز و دولت ثالث را تنها به این دلیل که یک کشتی دولتی از آن مسیر عبور کرده است به ثبت برساند. بنابراین آنچه به‌عنوان قبولی نامیده می‌شود، به مفهوم رضایت به توافق ثانوی نیست بلکه این قبول به معنای اقدام مقتضی در برابر حقوق مندرج در معاهده‌ای است که به نفع ثالث تعهد شده است. از دولت

11. P.C.I.J., Series A, No. 22, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1929, pp. 36-37.
12. Reuter, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, (J. Mico/P. Haggenmacher, translation) (1955), p. 104.
13. Fitzmaurice, *op. cit*., p. 49.

ذی‌نفع ثالث خواسته نمی‌شود که به معاهده بپیوندد یا آن را تصویب کند، بلکه او صرفاً حقوق تصریح‌شده در معاهده را شناسایی می‌کند.[۱۴] در واقع به‌سختی می‌توان پذیرفت که درست در همان لحظه‌ای که حق توسط ثالث اعمال می‌شود، موافقت‌نامه میان ثالث و طرف‌های اصلی معاهده منعقد می‌شود. به‌عنوان مثال، هرگاه دولت غیرعضو سازمان ملل، خودش را از حقوق اعطایی به‌موجب ماده ۳۲ و ۳۵(۲) منشور یا ۳۵(۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بهره‌مند می‌کند، آن را می‌توان اقدام به انعقاد معاهده‌ای فرعی توسط آن دولت با دول عضو ملل متحد تلقی کرد.[۱۵]

در ۱۹۶۴ در طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین‌الملل و تحت تأثیر غلبه طرفداران نظریه رضایت (کسانی که رضایت ثالث را مبنای ایجاد حق ثالث می‌دانستند) بر طرفداران نظریه معاهده (کسانی که خود معاهده را مبنای ایجاد حق برای ثالث می‌دانستند)، ثالث را به شرطی صاحب حق دانستند که رضایت خود را به‌طور صریح یا ضمنی ابراز کرده باشد. در طرح ۱۹۶۶ برخی اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل ازجمله *آرشاگا* و *وردروس* پیشنهاد دادند که اصولاً به رضایت ثالث اشاره‌ای نشود. نهایتاً راه‌حل میانه‌ای پذیرفته شد که رضایت ثالث، فرض در نظر گرفته شود.[۱۶] ازاین‌رو در بند اول ماده ۳۶ کنوانسیون حقوق معاهدات، چنین آمده است که «رضایت دولت ثالث تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده، مفروض است مگر آنکه معاهده ترتیب دیگری مقرر کرده باشد».

در مواردی که معاهده، هم متضمن حق و هم تعهد برای ثالث است، رضایت ثالث از اهمیت بیشتری برخوردار می‌شود. در این موارد باید تصمیم گرفت که باید کدام‌یک از مقررات کنوانسیون *وین*، مقررات ماده ۳۵ (رضایت مکتوب) یا مقررات ماده ۳۶ (رضایت مفروض) را اعمال کرد. برخی بر این باورند که در چنین مواردی که از مقررات یک معاهده، هم حقوق و هم تعهد برای ثالث ناشی می‌شود، باید قواعد مضیق‌تر یعنی قواعد مربوط به تعهدات را اعمال کرد و لذا رضایت باید به‌صورت مکتوب باشد.[۱۷]

۲. تعهد به نفع ثالث، استثنایی بر اصل نسبی‌بودن معاهدات

۲ـ۱. مبنای اصل نسبی‌بودن

اصل رضایی‌بودن معاهدات، نمودی از ارادی‌بودن حقوق بین‌الملل است که خود ریشه در اصل

14. Jiménez de Aréchaga, "Treaty Stipulations in Favour of Third States", *AJIL* 50, 1956, p. 353.

15. *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I, p. 87.

۱۶. فلسفی؛ *همان*، صص ۴۱۰ـ۴۰۹.

17. Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, p. 102, 103.

بنیادین حاکمیت دولت‌ها و برابری حاکمیت‌ها دارد؛[۱۸] اصلی که در منشور ملل متحد نیز به آن اشاره شده است.[۱۹] کمیسیون حقوق بین‌الملل، همواره بر این اصل تأکید کرده است که طرف‌های یک معاهده نمی‌توانند بدون رضایت ثالث، تعهدی را بر او تحمیل کنند و این ناشی از استقلال و برابری کشورهاست. از نظر حقوق بین‌الملل، مبنای ماده ۳۶ منحصراً مبتنی بر مفهوم عام و کلی حقوق قراردادها نیست، بلکه مبتنی بر اصل دیگری به نام اصل حاکمیت و استقلال کشورهاست.[۲۰]

از حاکمیت، تعاریف گوناگونی شده است؛ ازجمله اینکه «حاکمیت عبارت از قدرت برتر فرماندهی یا امکان اعمال اراده‌ای فوق اراده‌های دیگر است. هنگامی که گفته می‌شود دولت حاکم است، به این معنی است که در حوزه اقتدارش، نیرویی خودجوش دارد که از نیروی دیگری برنمی‌خیزد و قدرت دیگری که بتواند با او برابری کند، وجود ندارد. در مقابل اعمال اراده و اجرای اقتدارش، مانعی را نمی‌پذیرد و از هیچ قدرت دیگری تبعیت نمی‌کند».[۲۱]

حاکمیت، توانایی بهره‌مندی و اعمال حقوق و تکالیف در دو عرصه داخلی و بین‌المللی است. در بُعد داخلی، دولت حاکم، دولتی است که بتواند آزادانه راجع به همه اشخاص، امور و اموال مستقر در سرزمین خود، هرگونه که صلاح می‌داند قانون وضع کرده، آن را اجرا کند و به امر قضاوت بپردازد. در بُعد بین‌المللی، دولت حاکم، دولتی است که بتواند آزادانه و مستقل از هر عنصر خارجی، طرف حقوق و تکالیفی در ارتباط با سایر کشورها واقع شده و تعهداتی را پذیرفته یا حقوقی را اعمال کند. با توجه به نظام افقی حقوق بین‌الملل که در آن کشورها هیچ قدرت برتر قانونگذاری، اجرایی و قضایی را نپذیرفته‌اند، استقلال حاکمیت‌ها یک اصل واقعی است. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه *لوتوس* می‌گوید: «حقوق بین‌الملل بر روابط بین دولت‌های مستقل، حاکم است. لذا قواعد حقوق بین‌الملل که دولت‌ها مکلف به اطاعت از آن هستند، از اراده آزاد آن‌ها و از طریق پذیرش کنوانسیون‌ها و قواعد عرفی حقوق بین‌الملل ناشی می‌شود».[۲۲] حاکمیت در حقوق روابط میان کشورها به‌عنوان اصل اساسی مورد قبول است. کشورها با انعقاد هر معاهده از یک‌سو حاکمیت خود را محدود می‌کنند و از سوی دیگر، اعمال حاکمیت می‌کنند. آن‌ها در انعقاد معاهداتی نظیر تأسیس سازمان ملل متحد نیز قصد ندارند حاکمیت خود را زایل نمایند بلکه با تأسیس چنین سازمان‌های مبتنی بر همکاری در پی آن‌اند که با محدودکردن بخشی از حاکمیت خود در برخی زمینه‌ها به پیشرفت‌های بیشتری

18. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1990, 4th ed, p. 287.

۱۹. ماده (۱) ۲ منشور ملل متحد می‌گوید: «سازمان بر مبنای اصل تساوی حاکمیت کلیه اعضای آن قرار دارد».

20. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 46, 47.

۲۱. قاضی، ابوالفضل؛ *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، انتشارات دانشگاه تهران،۱۳۷۰، ص ۱۸۷.

22. P.C.I.J., Series A, No. 10, Lotus, 1927, p. 18.

برسند.[۲۳] دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه *ویمبلدون* می‌گوید: «تعهد کشورها به انجام فعل یا ترک فعل معین به‌منزله اعراض از حق حاکمیت نیست. حق پذیرفتن تعهدات بین‌المللی یکی از ویژگی‌های حاکمیت است».[۲۴] حاکمیت، ناشی از پذیرش شخصیت حقوقی کشور است. همانند حقوق داخلی که چنانچه افراد انسانی دارای برخی صفات نظیر عقل، رشد و بلوغ باشند، شخص کامل محسوب شده و دارای حق تمتع و استیفا و اتخاذ هرگونه تصمیم در محدوده قانون هستند، کشورها نیز به‌عنوان تابعان حقوق بین‌الملل که دارای شخصیت حقوقی مستقل از یکدیگر هستند، در تصمیم‌گیری‌های خود، مستقل بوده و این استقلال در تصمیم‌گیری را می‌توان به مفهوم حاکمیت معنا کرد.[۲۵] اساس حقوق بین‌الملل، امروز بر حاکمیت‌های مستقل مبتنی است و نفی آن به مفهوم نفی و فروپاشی حقوق بین‌الملل و ظهور نظام حقوقی جهانی است.

برابری حاکمیت همه کشورها یکی از مهم‌ترین اصول حقوق بین‌الملل معاصر است که در کنوانسیون حقوق معاهدات نیز منعکس شده است. بر این اساس، هم اصل حقوقی و هم احساس عمومی به نفع این قاعده است که قراردادها برای ثالث، نه تعهدی ایجاد می‌کند و نه منفعتی، زیرا قراردادی که کشوری در آن دخالت نداشته یا به او مربوط نمی‌شود، مسموع نیست.[۲۶] در بسیاری از اسناد بین‌المللی بر اصل برابری حاکمیت‌ها تأکید شده است. اعلامیه «اصول حقوق بین‌الملل راجع به روابط و همکاری‌های دوستانه میان دولت‌ها» که در سال ۱۹۷۰ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده می‌گوید: «همه دولت‌ها از برابری مبتنی بر حاکمیت برخوردارند. دولت‌ها دارای حقوق و تکالیف برابرند و به‌رغم تفاوت‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و غیره، اعضای برابر جامعه بین‌المللی شناخته می‌شوند».[۲۷]

آقای *آگو* با توجه به اصل برابری کشورها معتقد است که نمی‌توان گفت که این حق، ناشی از خود معاهده است زیرا معاهده منعقدشده میان دو یا چند کشور، تنها می‌تواند حقوق و تکالیفی را برای طرف‌های آن و نه کشورهای ثالث ایجاد کند. برای دولت ثالث، حق، تنها می‌تواند از قاعده عام حقوق بین‌الملل عرفی یا از موافقت‌نامه‌ای که ثالث عضو آن است، ایجاد شود. او نسبت به اینکه آیا قاعده حقوق عرفی وجود دارد که برخی دول با توافق میان خود بتوانند حقی را برای ثالث اعطا کنند، ابراز تردید می‌کند. *آگو* معتقد است چنین قاعده‌ای

---

۲۳. فلسفی، هدایت‌الله؛ *تقریرات درس نقد و بررسی مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل*، دوره دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، نیمسال اول ۸۵ـ۱۳۸۴.

24. P.C.I.J., Series A, No. 1, Wimbeldon S.S., 1923, p. 25.

۲۵. تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، قومس، ۱۳۷۹، ص ۱۲.

26. Lord Mc Nair, *op. cit.*, 1961, p. 309.

27. G.A., Res. 2625 (XXV) (1970).

برخلاف روح حقوق بین‌الملل و این واقعیت است که یک گروه از کشورها نمی‌توانند در وضعیت حقوقی دولت ثالث بدون رضایتش تغییر ایجاد کند. این موضوع مهم نیست که مسئله، حق است یا تکلیف، بلکه مهم این است که رضایت ثالث همیشه ضروری است. اگر دو دولت قبول می‌کنند که حقی را به کشور ثالثی ایجاب نمایند ـ این مسلم است که طرف‌های معاهده نمی‌توانند حقی را به ثالث اعطا کنند، بلکه تنها می‌توانند آن را پیشنهاد دهند ـ فرضی وجود دارد که این حق، مورد قبول ثالث قرار خواهد گرفت. بدون تردید به همین دلیل بوده است که چرا گزارشگر ویژه، قاعده‌ای را تدوین کرد که به‌موجب آن، فرض می‌شود که دولت ثالث، حق را قبول کرده است، مادامی که از آن اعراض نکرده و آن را رد نکرده است. از طرف دیگر، اگر طرف‌ها تعهدی را پیشنهاد می‌کنند، فرض خلاف آن است و لذا قبول آشکار ثالث، ضروری تلقی شده است.[۲۸]

تونکین این نظر *کلسن* را که رویه کشورها می‌تواند به‌عنوان حقوق بین‌الملل تلقی شود[۲۹] قبول ندارد. از نظر او ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به «رویه پذیرفته‌شده به‌عنوان حقوق»، و نه رویه صرف اشاره دارد. به‌موجب اصل برابری کشورها، هیچ کشور یا گروهی از کشورها نمی‌تواند قواعد حقوق بین‌الملل الزام‌آوری برای سایر کشورها ایجاد کند. اگر یک دولت در موضوع اصلی معاهده واجد منفعت مشروع باشد، باید به کنفرانس تنظیم معاهده دعوت شود یا حداقل در تدوین آن با او مشورت شود.[۳۰]

از نظر *یاسین* اگرچه نظریه تعهد به نفع ثالث در حقوق داخلی اغلب کشورها پذیرفته شده است، در حقوق بین‌الملل، رویه قضایی و سابقه به‌طور قانع‌کننده‌ای نشان نمی‌دهند که این نظریه، بخشی از حقوق بین‌الملل موضوعه باشد.[۳۱]

به‌هرحال *وردروس* معتقد است حقیقتاً یک قاعده عرفی وجود دارد که دولت‌ها می‌توانند حقی را برای ثالث ایجاد کنند که با قاعده پذیرفته‌شده مربوط به قیود الحاق به معاهدات اثبات می‌شود. اثر این قیود، ایجاد حق طرف معاهده‌شدن برای ثالث است.[۳۲]

۲ـ۲. لزوم تفسیر مضیق

ذکر این نکته به‌عنوان مقدمه لازم است که باید میان منفعت و حق، قائل به تفکیک شد. منافع می‌تواند جنبه حقوقی یا صرفاً جنبه سیاسی داشته باشد. منافعی که تحت قواعد حقوقی تنظیم

28. *Yearbook of the International Law Commission, op. cit.*, p. 83.
29. Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, New York, 1962, p. 307.
30. *Yearbook of the International Law Commission, op. cit.*, p. 85.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*

شده باشد، منافع حقوقی است و منافعی که حقوق از آن حمایت نکرده، واجد وصف سیاسی است. اهمیت عملی این تفکیک از آن جهت است که یک کشور با ادعای حق و نه صرفاً منفعت می‌تواند در محکمه بین‌المللی آن را خواستار شود. در معاهدات متضمن قیود به نفع ثالث، تعیین اینکه آیا طرف‌ها واقعاً قصد ایجاد حقوقی برای ثالث را داشته‌اند یا خیر، امری ضروری است. ازاین‌روست که برخی حقوق‌دانان طرفدار نظریه معاهده ثانوی به‌عنوان منشأ الزام‌آوربودن تعهد به نفع ثالث، بر این عقیده‌اند که تا پیش از قبولی ثالث، موضوع مورد توافق طرف‌های معاهده اصلی، منفعت و مزیت صرف است و تنها پس از قبولی توسط ثالث به حق واقعی تبدیل می‌شود. به‌هرحال، صرف‌نظر از بحث‌های نظری در خصوص منشأ حقوق ثالث که شرح آن رفت، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در بیان شرایط ایجاد حق برای ثالث به این نکته توجه می‌کند که طرف‌های معاهده باید قصدشان ایجاد حق واقعی برای ثالث باشد که در این‌باره بعداً اشاره خواهد شد.

در تفسیر معاهده به نفع ثالث، نه‌تنها باید این قصد را به‌درستی و بدون هر ابهامی احراز کرد بلکه فراتر از آن، ازآنجاکه ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* درمورد تعهد به نفع ثالث، برخلاف اصل نسبی‌بودن معاهدات است، تفسیر چنین امری در معاهدات نیز باید به‌صورت مضیق انجام پذیرد. در اینجا به یکی از مهم‌ترین کنوانسیون‌ها که در نظام حقوق بین‌الملل از اهمیت بسزایی برخوردار است، یعنی کنوانسیون حقوق دریاها به‌عنوان مطالعه موردی اشاره‌ای مختصر می‌شود.

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها که می‌توان گفت پس از منشور ملل متحد، یکی از مهم‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی است، از حیث وجود یا فقدان تعهداتی به نفع کشورهای ثالث، به‌ویژه در ارتباط با عبور ترانزیت از تنگه‌های بین‌المللی با چالش‌هایی همراه بوده است. با تعیین عرض ۱۲ مایلی برای دریای سرزمینی کشورهای ساحلی در این کنوانسیون و درنتیجه، قرارگرفتن بسیاری از تنگه‌های بین‌المللی در این محدوده که اساساً تحت حاکمیت دولت‌هاست، بحث عبور ترانزیت به‌جای عبور بی‌ضرر، جای خود را در کنوانسیون باز کرد. به‌موجب ماده ۲۰ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، عبور بی‌ضرر، مستلزم آن است که زیردریایی‌ها و سایر وسایل نقلیه زیردریایی به‌هنگام عبور از دریای سرزمینی در سطح آب حرکت کرده و پرچم خود را افراشته نگه دارند. ازآنجاکه منافع کشورهای قدرتمند دریایی در پرتو تحدید حاکمیت کشورهای ساحلی بر دریای سرزمینی‌شان حاصل می‌شود، قرارگرفتن تنگه‌های بین‌المللی در محدوده دریای سرزمینی را مغایر با منافع خود دانسته لذا خواهان جایگزینی عبور ترانزیت به‌جای عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی واقع در این آبراه‌ها بودند. نهایتاً پس از مذاکرات طولانی و تعدیل منافع میان کشورهای ساحلی و کشورهای قدرتمند دریایی، حق عبور ترانزیت از تنگه‌های بین‌المللی در

کنوانسیون درج شد. در مقایسه مهم‌ترین وجه تمایز میان عبور بی‌ضرر و عبور ترانزیت باید گفت که به‌موجب ماده ۳۸ کنوانسیون در عبور ترانزیت اولاً، زیردریایی‌ها التزامی به عبور در سطح آب ندارند و ثانیاً، هواپیماها نیز حق پرواز بر فراز دریای سرزمینی واقع در تنگه را خواهند داشت. دلیل حمایت از عبور ترانزیت توسط کشورهای مقتدر دریایی نیز روشن بود. این کشورها نمی‌خواستند درنتیجه گسترش عرض دریای سرزمینی به ۱۲ مایل و درنتیجه، قرارگرفتن اکثر تنگه‌ها در این محدوده، کشورهای ساحلی موجب محدودیت حرکت ناوهای تجاری و جنگی آن‌ها بشوند. این امر به‌ویژه در ارتباط با عبور زیردریایی‌های راهبردی با سوخت اتمی و ضرورت‌های امنیتی و مخفی‌ماندن آن‌ها و حفظ اقتدار نظامی‌شان از اهمیت بالایی برخوردار بود.[۳۳] این کنوانسیون، هم جنبه تدوین قواعد عرفی موجود و هم جنبه نوآوری و تدوین قواعد قراردادی جدید دارد. بدیهی است که قواعد دسته اول برای همه کشورها اعم از طرف‌های کنوانسیون یا کشورهای ثالث، متضمن آثار حقوقی است اما مبنای آن، نه قراردادی بلکه عرفی است.

در خصوص قواعد دسته دوم، ازجمله مقررات مربوط به عبور ترانزیت، دو نظر مطرح شده است. برخی معتقدند که کنوانسیون متضمن حقوقی برای کشورهای ثالث نیز هست و برخی این دسته از حقوق مندرج در کنوانسیون را تنها برای طرف‌های آن می‌دانند. ازجمله مهم‌ترین استدلال‌ها برای اثبات اینکه کنوانسیون حقوق دریاها برای ثالث نیز حقوقی قائل شده، این است که در این کنوانسیون، بارها به‌جای واژه «دول عضو» از عباراتی نظیر «همه کشورها» و «هر کشوری» استفاده شده است. *لی* این سؤال را مطرح می‌کند که آیا دول غیرعضو کنوانسیون (دول ثالث) حق ادعای بهره‌مندی از مقررات معاهده نسبت به خودشان را دارند یا خیر. او با ارجاع به ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* می‌گوید قصد طرف‌ها را می‌توان به‌طور مقتضی از اظهارات رسمی آن‌ها نظیر سخنرانی هیئت‌های نمایندگی آن‌ها در جریان تدوین کنوانسیون و نیز اعلامیه‌های صادره متعاقب ماده ۳۱۰ کنوانسیون تعیین کرد. او اگرچه اذعان می‌کند که اکثریتی از طرف‌های کنوانسیون حقوق دریاها منکر حقوق ثالث به‌موجب کنوانسیون شده‌اند، اضافه می‌کند که باید توجه داشت که ماده ۳۶ کنوانسیون *وین*، امکان تحقق قصدی خلاف اظهارات فوق از جانب برخی دول عضو دیگر برای اعطای حقوق به ثالث را منع نکرده است. او سپس نتیجه می‌گیرد تا جایی که به این کشورها مربوط می‌شود می‌توان فرض کرد که دول ثالث برای ادعای برخی حقوق و منافع به‌موجب کنوانسیون حقوق دریاها محق هستند.[۳۴]

۳۳. کاظمی، علی‌اصغر؛ «وضعیت ناوهای جنگی در کنوانسیون جدید حقوق دریاها»، *فصلنامه سیاست خارجی*، شماره ۱، ۱۳۶۵، ص ۱۷۵.

34. Schweisfurth, Theodor, *International Treaties and Third States*, Max Planck, 1985, p. 672.

در انتقاد از دیدگاه فوق باید گفت اولاً، با توجه به ماده ۳۴ کنوانسیون *وین* که اصل بر این است که معاهدات برای ثالث نه ایجاد تعهد و نه ایجاد حق می‌کند، ماده ۳۶ را که متضمن استثنایی بر اصل فوق است باید مضیق تفسیر کرد. لذا نمی‌توان قصد طرف‌های یک معاهده در اعطای حقوق به ثالث را فرض تلقی کرد، به‌نحوی‌که عدم آن را مستلزم اثبات دانست. ثانیاً، به‌موجب ماده ۳۰۹ هیچ حق شرطی بر کنوانسیون پذیرفته نشده است. این امر می‌تواند حکایت از قصد طرف‌ها مبنی بر حفظ یکپارچگی کنوانسیون باشد. درحالی‌که طرف‌ها برای خود حق تجزیه کنوانسیون را قائل نشده‌اند، چگونه برای ثالث چنین حقی را در نظر گرفته‌اند. بنابراین باید گفت آن بخش از مواد کنوانسیون که صرفاً نتیجه توافق متقابل است و فاقد ویژگی عرفی است، منحصر به کشورهای عضو بوده و فقط طرف‌های آن می‌توانند از حقوق قراردادی ناشی از آن بهره‌مند شوند. عبور ترانزیتی از تنگه‌های بین‌المللی ازجمله امتیازات مهمی است که در زمره توافق‌های فوق قرار می‌گیرد.[۳۵]

۳. موارد خارج از شمول تعهد به نفع ثالث در کنوانسیون حقوق معاهدات

با توجه به مفهوم ثالث از نظر کنوانسیون حقوق معاهدات، برخی مفاهیم اگرچه ممکن است به ظاهر یا حتی واقعاً متضمن تعهدی به نفع ثالث باشد، از شمول ماده ۳۶ کنوانسیون حقوق معاهدات خارج است.

۳ـ۱. قید ملت‌های کامله‌الوداد

شرط مطلوب‌ترین رفتار با دول عضو، شرطی است که در برخی معاهدات ازجمله معاهدات مودت و معاهدات بازرگانی گنجانده شده است. به‌عنوان مثال، یکی از اصول اساسی در موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی، شرط ملت‌های کامله‌الوداد است. به‌موجب این قید، تعرفه‌ها و سایر مقرراتی که کشور عضو درمقابل ورود کالاهای خارجی مقرر می‌کند باید نسبت به کلیه دول عضو دیگر نیز بدون تبعیض اعمال شود. بنابراین کشور عضو نمی‌تواند بر واردات یک کشور، تعرفه‌های گمرکی بالاتری نسبت به ورود کالا از کشور دیگر وضع کند. به عبارت دیگر، چنانچه یکی از دول عضو، ترجیحاتی برای واردات کالا از کشوری مقرر کند، این مزایا خودبه‌خود به واردات کالا از کشور عضو دیگر تسری خواهد یافت.[۳۶] درحالی‌که با توجه به بند

۳۵. کاظمی، سیدعلی‌اصغر؛ «مسئله شمول مفاد کنوانسیون جدید حقوق دریاها به کشورهای ثالث غیرعضو»، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۶۶، ص ۷۶.

۳۶. نیکبخت، حمیدرضا؛ «نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی (WTO)»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۹۵.

۸ ماده ۲ کنوانسیون *وین* راجع به حقوق معاهدات، کشور ثالث به‌سادگی عبارت از کشوری است که طرف معاهده نباشد، به‌موجب ماده ۲ طرح مواد راجع به قیود ملل کامله‌الوداد، دولت ثالث، هر دولتی به‌جز دولت اعطاکننده یا دولت ذی‌نفع است. در معاهده، دولت اعطاکننده، دولتی است که متعهد به رفتار کامله‌الوداد شده است و دولت ذی‌نفع، دولتی است که دولت اعطاکننده، رفتار ملل کامله‌الوداد را در برابرش به عهده گرفته است. تعریف ثالث در ماده اخیر، مفهومی جدا از تعریف ثالث به‌موجب ماده ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات دارد. این دو تعریف، تنها در یک حالت بر هم منطبق‌اند و آن وقتی است که معاهدهٔ شامل قید دول کامله‌الوداد، معاهده دوجانبه باشد. اما به‌هرحال، این قید اصولاً در معاهدات چندجانبه درج می‌شود. در چنین مواردی دولت ثالث، ضرورتاً خارج از معاهده نیست و ثالث می‌تواند یکی از طرف‌های معاهده چندجانبهٔ موردبحث باشد. به این دلیل، ماده ۲ طرح مواد راجع به قیود ملل کامله‌الوداد، ثالث را به‌عنوان هر دولتی به‌جز دولت اعطاکننده یا دولت ذی‌نفع تعریف می‌کند.[۳۷] بنابراین هنگامی که دولت (الف) با دولت (ب) از طریق معاهده‌ای با این قید به هم مرتبط می‌شوند، متعاقب انعقاد معاهدهٔ متضمن اعطای امتیاز بیشتر میان دولت (ج) با دولت (ب)، دولت اخیر به‌عنوان ثالث در مقابل دولت (الف) تلقی نخواهد شد. به‌هرحال این معاهده بعدی نیست که متضمن ادعایی برای دولت (الف) است، بلکه مبنا همان معاهده قبلی است که دولت (الف) نیز عضو آن است. ازآنجاکه معاهده بعدی تنها پیش‌شرط اعمال معاهده قبلی است، کمیسیون حقوق بین‌الملل در تدوین حقوق معاهدات به این موضوع، تحت عنوان معاهدات و دول ثالث نپرداخت.[۳۸] در واقع مسئله قید ملت‌های کامله‌الوداد، ماهیتاً از وضعیت مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون متفاوت است. درحالی‌که این واقعیتی است که به‌موجب این قید، یک دولت از حق ناشی از معاهده که عضو آن نیست بهره‌مند می‌شود، در بررسی دقیق‌تر مشخص می‌شود که این منفعت، نه ناشی از معاهده متضمن منفعت، بلکه بیشتر ناشی از موافقت‌نامه‌ای است که متضمن این قید است.[۳۹] ازآنجاکه ذی‌نفع، طرف معاهده متضمن قید کامله‌الوداد است نمی‌تواند به‌عنوان دولت ثالث تلقی شود.

۳ـ۲. قید الحاق

بر اساس ماده ۱۵ کنوانسیون *وین*، الحاق به‌عنوان یکی از روش‌های پیوستن به معاهدات بیان

37. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part Two, Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978, p. 17.

38. Schweisfurth, *op. cit.*, p. 654.

39. Oliver Dorr, Kristen Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, 2012, p. 656.

شده است. الحاق، عملی است که به‌موجب آن، دولتی که طرف معاهده نیست، تحت شرایطی اراده خود را در پیوستن به معاهده اعلام می‌کند.[۴۰] قید الحاق در معاهده را نمی‌توان به‌عنوان یکی از مصادیق ماده ۳۶ یعنی تعهد به نفع ثالث در نظر گرفت. قید الحاق در چنین معاهداتی در واقع ایجابی برای پیوستن به آن معاهده است و اگر دولت ثالث از آن استفاده کند، او یک طرف معاهده شده و درنتیجه، دیگر موقعیتش را به‌عنوان ثالث از دست خواهد داد.[۴۱] به عبارت دیگر، قبول این قید به‌عنوان تعهدی به نفع ثالث، متضمن تناقض است. از یک‌سو ماده ۳۶ از حقوق ثالث سخن می‌گوید و از سوی دیگر، ثالث بلافاصله پس از اعمال این حق، دیگر ثالث تلقی نخواهد شد، بلکه یکی از اطراف معاهده خواهد بود. به همین دلیل، کمیسیون حقوق بین‌الملل، الحاق را به‌صورت موضوعی جداگانه و خارج ماده ۳۶ مورد توجه قرار داد.

برخی معاهدات، اگرچه متضمن قید امکان الحاق برای سایر کشورها نیست، اگر دول ثالث، عضو آن شوند برای آن‌ها متضمن منفعتی خواهد بود. این مسئله در کنفرانس *وین* راجع به حقوق معاهدات، تحت عنوان «مشارکت جهانی در معاهدات چندجانبه عام» مطرح شد. در واقع در اینجا بحث «حق مشارکت» در معاهدات چندجانبه عام مطرح است. مفاهیمی مانند وابستگی متقابل میان همه کشورها، ضرورت همکاری گسترده جهانی برای حل معضلات جهانی، تمایل به برقراری نظم حقوقی واقعی جهانی و اصل جهانی‌بودن، همگی از «حق مشارکت» ثالث در چنین معاهداتی پشتیبانی می‌کنند. به‌هرحال باید به این سؤال پاسخ داد که آیا هم‌اکنون حقی با عنوان «حق مشارکت» در معاهدات چندجانبه عام در حقوق بین‌الملل وجود دارد یا خیر. باید گفت که کنوانسیون حقوق معاهدات، چنین حقی ایجاد نکرده است. ماده ۶ کنوانسیون که می‌گوید «هر کشوری اهلیت انعقاد معاهدات را دارد»، مؤید چنین حقی نیست. این ماده صرفاً به اهلیت و توانایی انعقاد معاهده اشاره دارد و نه اینکه کشوری بتواند لزوماً طرف معاهده خاص باشد. درمورد «حق مشارکت»، هیچ قاعده خاصی وجود ندارد و بنابراین باید به اصول‌کلی حقوق بین‌الملل توجه کرد. در ارتباط با اصل برابری کشورها، طرفداران «حق مشارکت» بر حاکمیت برابر دولت ثالث، بیشتر از طرف‌های قرارداد (که نمی‌خواستند با دول ثالث روابط معاهداتی داشته باشند) تأکید می‌کنند. به‌هرحال پذیرش «حق مشارکت» ناشی از اصل برابری کشورها تنها متقابلاً با پذیرش «حق امتناع» از ایجاد و برقراری روابط معاهداتی با دولت ثالث قابل‌قبول است. همچنین ممکن است به بحث «وظیفه دولت‌ها برای مشارکت با یکدیگر» استناد شود. به‌موجب این امر گفته می‌شود طرف‌های معاهده ملزم‌اند که با دول ثالث روابط معاهداتی برقرار کنند. اگر «حق مشارکت» در معاهدات چندجانبه عام بتواند واقعاً از وظیفه به مشارکت ناشی شود، این

۴۰. فلسفی؛ *حقوق بین‌الملل معاهدات*، *همان*، ص ۲۲۳.

41. Schweisfurth, *op. cit.*, p. 656.

وظیفه نه‌تنها برای دول طرف معاهده، بلکه بر عهده دول ثالث نیز خواهد بود تا به آن معاهده بپیوندند. درنتیجه این به آن مفهوم خواهد بود که همه کشورها ملزم به مشارکت در همه معاهدات چندجانبه عام خواهند بود؛ الزامی که هیچ دولتی از آن حمایت نمی‌کند و این دست‌کم به این معنا است که هیچ «حق مشارکتی» در معاهدات چندجانبه عام، بر اساس وظیفه دولت‌ها مبنی بر همکاری با یکدیگر قابل‌توجیه نیست.[۴۲]

۳ـ۳. معاهدات متوالی

برخی معاهدات بدون هیچ مقرره خاصی ممکن است بر حقوق (و البته تکالیف) ثالث مؤثر واقع شوند. در معاهدات متوالی که در آن طرف‌های معاهده بعدی کاملاً شامل همه طرف‌های معاهده قبلی نیستند، دول مستثناشده از معاهده قبلی نسبت به معاهده بعدی ثالث هستند. هنگامی که معاهده بعدی با معاهده قبلی ناسازگار باشد، حقوق و تکالیف ثالث می‌تواند تحت تأثیر معاهده بعدی قرار گیرد. این موضوع نیز از شمول ماده ۳۶ و اصولاً فصل چهارم کنوانسیون حقوق معاهدات یعنی «معاهدات و کشورهای ثالث» خارج است و کنوانسیون در جای دیگری ازجمله به‌طور خاص در ماده ۳۰ و تحت عنوان فصل دوم یعنی «اجرای معاهدات» به آن پرداخته است. نکته جالب توجه اینکه اگرچه بر اساس روح حقوق بین‌الملل و قواعد جاری حاکم بر روابط قراردادی میان کشورها انعقاد معاهده بعدیِ مغایر با معاهده قبلی را باید به‌عنوان عمل، از نظر بین‌المللی نادرست تلقی کرد، کنوانسیون آن را (البته همراه با امکان فسخ معاهده اول توسط ثالث) معتبر دانسته است. بنابراین چنانچه انعقاد معاهده بعدیِ مغایر با معاهده قبلی، موقعیت حقوقی دول ثالث را یعنی دولی که تنها عضو معاهده اول هستند تحت تأثیر قرار دهد، دول ثالث می‌توانند از بند ۲ ماده ۶۰ کنوانسیون[۴۳] استفاده کنند.

۳ـ۴. قیود موجد قاعده عرفی

برخی معاهدات دیگر که فاقد مقرره‌ای خاص به نفع ثالث‌اند، اما نهایتاً و تحت فرایندی ممکن است حقوقی را برای ثالث ایجاد کنند، معاهدات ایجادکننده قواعد عرفی هستند (توجه شود که در اینجا بحث بر سر معاهدات تدوین‌کننده عرف موجود نیست، بلکه مقصود، معاهدات

42. Schweisfurth, *op. cit.*, pp. 657-659.

۴۳. بند ۲ ماده ۶۰ کنوانسیون *وین* راجع به حقوق معاهدات می‌گوید: «نقض اساسی معاهده چندجانبه توسط یکی از طرف‌های معاهده الف) به دیگر طرف‌های معاهده حق می‌دهد تا با موافقت جمعی، اجرای معاهده را به‌صورت کلی یا جزئی به حالت تعلیق درآورند یا به اعتبار آن خاتمه دهند:
یک) خواه در روابط میان خود و دولت ناقض معاهده،
دو) خواه در روابط تمامی طرف‌های معاهده».

ایجادکننده قواعد عرفی جدید است). ایجاد قواعد عرفی در روابط میان کشورها می‌تواند از طریق اعمال ارکان حاکمیت، یا از طریق ترتیبات بین‌المللی تحقق یابد. برخی معاهدات میان کشورها نظیر معاهدات مرزی، کشتی‌رانی، ماهی‌گیری و سرمایه‌گذاری می‌تواند موجد قواعد عرفی جهت استناد محاکم بین‌المللی باشد. به‌عنوان مثال، حقوق بین‌الملل رودخانه‌ها، حقوقی عرفی است که از طریق معاهدات مختلفی که از سال ۱۸۱۵ به بعد در خصوص کشتی‌رانی در رودخانه‌ها منعقد شده، ایجاد شده است.[۴۴] از نظر قاضی *تاناکا* روش ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی از مسیر فردگرایی به سوی جمع‌گرایی در حال تغییر است.[۴۵] عرف بین‌المللی را می‌توان به دو دسته عرف عام و عرف خاص تقسیم کرد. عرف عام یا جهانی برای همه کشورها الزام‌آور است و عرف خاص، قواعدی است که در میان برخی کشورها در یک منطقه جغرافیایی یا مذهبی یا ... خاص شکل گرفته و تنها برای کشورهای همان حوزه الزام‌آور است. به‌عنوان مثال، کلمبیا در قضیه پناهندگی، در توجیه اعطای پناهندگی به *هایا دولاتوره* به عرف‌های محلی یا منطقه‌ای دول امریکای لاتین استناد می‌کند.[۴۶] درهرحال، چنانچه کشوری به هنگام شکل‌گیری قاعده، دائماً اعتراض کند، آن قاعده نسبت به کشور مذکور، قابلیت استناد نخواهد داشت. ازاین‌رو برخی مبنای الزام‌آوربودن قواعد عرفی را نیز مانند معاهدات اراده کشورها (رضایت ضمنی) می‌دانند. اما اولاً، نقش اراده تنها در مرحله شکل‌گیری و نه بعد از آن است. ثانیاً، قواعد عرفی عام، حتی برای کشورهای تازه‌تأسیس هم که اصولاً در ایجاد آن‌ها نقشی نداشته‌اند، الزام‌آور است.[۴۷] با توضیحات فوق روشن می‌شود که چرا معاهداتی که متضمن حقوقی برای طرف‌های آن است اگر چنانچه بعداً به قاعده‌ای عرفی تبدیل شده و برای ثالث نیز موجد حقوقی باشند، از شمول ماده ۳۶ کنوانسیون خارج‌اند. این دلایل را می‌توان به شرح زیر بیان کرد:

الف) چنین معاهداتی مستقیماً منبعی برای حق ثالث تلقی نمی‌شوند، بلکه نقش آن‌ها صرفاً سابقه‌ای برای ایجاد قاعده عرفی است. در واقع چنین قاعده معاهداتی هیچ تأثیری بر موقعیت حقوقی ثالث نخواهد گذارد مگر اینکه این قاعده در مسیر ایجاد عرف بین‌المللی به جریان افتد.

ب) برخی قواعد عرفی بدون رضایت ثالث نیز برای آن‌ها الزام‌آور است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره دریای شمال بر این باور است که برای الزام‌آوربودن قاعده عرفی لازم نیست همه کشورها به آن رضایت داده باشند.[۴۸]

---

۴۴. میرعباسی، سیدباقر؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، جلد ۱، میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۹۴.

45. I.C.J., Reports, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), 1966, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, para. 291.

46. I.C.J., Reports, Asylum Case (Colombia/ Peru), 1950, para. 276.

۴۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، چاپ سوم، رشدیه، ۱۳۶۷، ص ۱۰۷.

48. I.C.J., Reports, North Sea Continental Shelf Cases, 1969, para. 71.

ازاین‌رو ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق معاهدات مقرر می‌کند که هیچ‌یک از مواد ۳۴ تا ۳۷ مانع از آن نیست که قاعده مندرج در معاهده که بعداً به‌عنوان قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود، برای کشور ثالث الزام‌آور شود.

۳ـ۴. اعمال حقوقی یک‌جانبه

هریک از قوای سه‌گانه یک کشور با اقدامات خود، یعنی قوه مقننه با تصویب قانون، قوه قضاییه با صدور حکم قضایی و قوه مجریه با تصویب بخشنامه یا اعلامیه می‌تواند عمل حقوقی یک‌جانبه انجام دهد. ازاین‌رو دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه دیوار حائل و در محکومیت اسرائیل به دلیل ساخت دیوار در سرزمین فلسطین، به رأی دادگاه عالی اسرائیل استناد می‌کند.[۴۹] عمل یک‌جانبه باید از جانب مقام صلاحیت‌دار صادر شده باشد. دیوان در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو می‌گوید: «با توجه به افزایش روزافزون روابط بین‌المللی، به‌جز رؤسای کشور و وزرای امور خارجه، سایر اشخاصی که در یک مورد خاص بتوانند نماینده کشور تلقی شوند، ممکن است با اظهارات خود در خصوص موضوعات مشمول صلاحیت خود، برای کشورشان ایجاد التزام حقوقی کنند».[۵۰] عمل یک‌جانبه، مشروط به رضایت فاعل آن و قصد ایجاد آثار حقوقی (و نه مثلاً آثار سیاسی) است. دیوان در همان قضیه فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو می‌گوید جهت تعیین اثر حقوقی اظهارات وزیر دادگستری رواندا مبنی‌بر پایبندی به قواعد کنوانسیون‌های حقوق بشری باید محتوای واقعی این بیانات با توجه به اوضاع‌واحوالی که در آن، این اظهارات بیان شده، بررسی شود. این اظهارات، وقتی اثر حقوقی دارد که صریح و دقیق و روشن، و نه کلی و حاکی از سیاست عمومی این کشور در پیشبرد حقوق بشر در کشورش باشد.[۵۱] عمل یک‌جانبه، مستلزم قبولی یا واکنش سایر کشورها نیست. دیوان در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای اظهار داشت که «هنگامی‌که دولت صادرکننده اعلامیه، خود را طبق قول خود متعهد می‌کند، این تعهد جنبه حقوقی یافته و نیازی به قبول یا واکنش سایر کشورها (نیوزیلند یا استرالیا) نیست».[۵۲] عمل یک‌جانبه واجد آثار حقوقی یعنی حق و تکلیف بوده و می‌تواند متضمن تعهدی برای خود (اعلامیه صادره از جانب دولت فرانسه مبنی بر تعهد به عدم انجام آزمایش‌های هسته‌ای در فضای ماورای جو) یا تعهدی برای سایر کشورها (اعلامیه تعیین

49. I.C.J., Reports, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004, para. 100.

50. I.C.J. Reports, Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, 2006, para. 47.

51. *Ibid*., paras. 48-50

52. I.C.J., Reports, Nuclear Tests Case (*Australia v. France*), 1974, p. 267.

حدود عرض دریای سرزمینی) باشد.

بنابراین با توجه به ویژگی‌های فوق، ازآنجاکه عمل حقوقی یک‌جانبه، به اراده یک کشور، منشأ اثر حقوقی است و به عبارت دیگر، نه معاهده است و نه مستلزم قبولی ثالث، از شمول ماده ۳۶ کنوانسیون حقوق معاهدات خارج است.

۴. قضیه *مناطق آزاد ساوُی‌علیا* و *ناحیه ژِکس*[۵۳] و تعهد به نفع ثالث

پیش از هر چیز تذکر این نکته لازم به نظر می‌رسد که اغلب به‌اشتباه به‌عنوان مثالی از رویه قضایی در خصوص مسئله تعهد به نفع ثالث، به قضیه *مناطق آزاد ساوُی‌علیا* و *ژکس* که در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مطرح شد، استناد می‌شود. سوئیس از سال ۱۸۱۵ و بر اساس مقرره تعهد به نفع ثالث، مندرج در برخی معاهدات چندجانبه که فرانسه عضو آن بود و سوئیس نیز آن را پذیرفته بود، در یک منطقه آزاد گمرکی در سرزمین فرانسه ذی‌نفع شده بود. در خصوص این پرونده متعاقباً توضیح بیشتری داده خواهد شد اما اجمالاً اینکه دیوان تنها در بخش مقدماتی رأی[۵۴] خود از تعهد به نفع ثالث سخن می‌گوید که اساساً به هیچ‌وجه در بخش اجرایی آن وارد نمی‌شود و در واقع سوئیس را به دلیل دیگری محق تشخیص می‌دهد.

این قضیه میان جمهوری فرانسه و کنفدراسیون سوئیس در دوران جامعه ملل در دیوان دائمی مطرح شد. اختلاف این دو کشور بر سر تفسیر ماده (۲)۴۳۵ معاهده *ورسای*[۵۵] بود و از دیوان خواستند تا مسائل مربوط به اجرای بند ۲ ماده ۴۳۵ و نیز ضمائم این ماده را تبیین کند. فرانسه در لایحه خود از دیوان می‌خواهد تا اعلام کند که ماده (۲)۴۳۵ معاهده *ورسای* و نیز ضمائم آن، مقررات پروتکل کنفرانس *پاریس* ۳ نوامبر ۱۸۱۵، معاهده ۲۰ نوامبر ۱۸۱۵ *پاریس*، معاهده ۱۶ مارس ۱۸۱۶ *تورین* و بیانیه ۹ سپتامبر ۱۸۲۹ *ساردینی* در خصوص رژیم اقتصادی و گمرکی مناطق آزاد *ساوُی‌علیا* و *ژکس* میان فرانسه و سوئیس را فسخ کرده است و هدف معاهده *ورسای* و ضمائم مربوط نیز چنین بوده است. متقابلاً سوئیس از دیوان می‌خواهد تا اعلام کند که ماده (۲)۴۳۵ معاهده *ورسای* و ضمائم آن، مقررات فوق را میان طرفین فسخ نکرده و هدف معاهده و ضمائم آن نیز چنین نبوده است بلکه مقصود از آن‌ها به‌سادگی این بوده است که سوئیس و فرانسه می‌توانند اسناد فوق را با توافق و رضایت دوجانبه فسخ کنند.[۵۶]

53. P.C.I.J., Series A, No. 22; P.C.I.J Series A/B, No. 46, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1932.

54. *Obiter dictum*

۵۵. بند ۲ ماده ۴۳۵ معاهده *ورسای* می‌گوید: «طرف‌های معاهده همچنین بر این توافق‌اند که مقررات معاهدات ۱۸۱۵ و سایر اسناد مربوط به مناطق آزاد ساوُی‌علیا و *ژکس* با شرایط و مقتضیات کنونی سازگاری ندارند، و اینکه با سوئیس و فرانسه است تا از راه توافق با یکدیگر، وضعیت این مناطق را با شرایط موجود و نیز لحاظ منافع دو کشور سامان دهند».

56. P.C.I.J., Series A/B, No. 46, *op. cit.*, pp. 8-9.

دوره جنگ‌های ناپلئونی پیش از جنگ صد روزه بر اساس معاهدات منعقده در پاریس در ۳۰ مه ۱۸۱۴ میان فرانسه از یک‌سو و به‌ترتیب اتریش، بریتانیا، پروس و روسیه از سوی دیگر خاتمه یافت. ماده ۶ همه این معاهدات، متضمن قیدی به این شرح است که «سوئیس به‌طور آزاد و مستقل به حکومت خود ادامه خواهد داد». به‌موجب ماده ۴ «به‌منظور تضمین روابط میان شهر *ژنو* با دیگر بخش‌های سرزمین سوئیس واقع در دریاچه، فرانسه رضایت می‌دهد که جاده *ورسوُی* میان دو کشور مشترک خواهد بود». معاهدات مورد بحث، همچنین در ماده ۳۲ مقرر می‌کند که همه قوای درگیر در مخاصمهٔ پایان‌یافته، ظرف دو ماه باید جهت تنظیم توافقاتی که مکمل مقررات معاهدات حاضر خواهد بود، در کنگره‌ای عمومی نمایندگان تام‌الاختیار خود را به *وین* اعزام کنند. ماده ۷۴ تا ۸۴ سند کنگره *وین* ۹ ژوئن ۱۸۱۵ با مسائل مربوط به سوئیس سروکار دارد. به‌موجب ماده ۷۹، فرانسه با این امر موافقت می‌کند که جاده‌ای که از *ژنو* از طریق *ورسوُی* به سوئیس می‌رود، همواره آزاد بوده و جریان عبور هیچ مسافر یا نقل و انتقال کالایی به‌موجب بازرسی مأموران ادارات گمرکی قطع نشود؛ و عبور سربازان سوئیس از این جاده با هیچ مانعی مواجه نخواهد بود. همچنین به‌موجب اعلامیه ۲۰ مارس ۱۸۱۵ کشورهای فوق به‌طور خاص بر تمایلشان جهت اتخاذ تدابیر لازم برای استقلال و بی‌طرفی سوئیس تأکید می‌کنند.[۵۷]

به‌طور مشخص، طرف‌ها و دیوان، سه معاهده را مورد توجه قرار می‌دهند. اول، پروتکل ۳ نوامبر ۱۸۱۵ که بنا بر آن، دول متحد، منطقه‌ای آزاد در *ژکس* ایجاد کردند و ضمناً پادشاه *ساردینی* را (که فرانسه جانشین آن است) تشویق به ایجاد منطقه آزاد دیگری در *ساوُی‌علیا* کردند. دوم، معاهده ۲۰ نوامبر ۱۸۱۵ پاریس که دول متحد با اشاره به اعلامیه ۲۰ مارس ۱۸۱۵ که به تصویب مجلس سوئیس رسیده بود، بی‌طرفی سوئیس را در محدوده مرزهای جدیدِ مقرر در معاهدات مختلف، شناسایی کرده بود. سوم، معاهده ۱۶ مارس ۱۸۱۶ *تورینو* میان سوئیس و ساردینی که به‌موجب آن، *ساردینی* ایجاد منطقه آزاد در *ساوُی‌علیا* را شناسایی کرد که متعاقب آن، توافق‌هایی میان سوئیس و فرانسه جهت اجرای این معاهده میان طرفین امضا شد. پس از جنگ جهانی اول، دولت فرانسه در راستای تمایل به لغو نظام مناطق آزاد *ساوُی‌علیا* و *ژکس* از درج ماده (۲)۴۳۵ معاهده *ورسای* پشتیبانی و استقبال کرد. به‌دنبال عدم توافق موردنظر در ماده فوق میان سوئیس و فرانسه، فرانسه به‌طور یک‌جانبه، آزادی این مناطق را لغو کرد. در این قضیه سؤال اصلی این بود که آیا موافقت‌نامه‌های ۱۸۱۵ که سوئیس طرف آن‌ها نبوده، حقوقی به نفع این کشور ایجاد کرده که دولت فرانسه نتواند آن را بدون رضایت سوئیس لغو کند.

57. *Ibid*., pp. 23-24.

دیوان در خصوص *ساوُی‌علیا* به معاهده ۱۶ مارس ۱۸۱۶ که هر دو کشور عضو آن هستند، استناد کرده و معتقد است حق سوئیس در این منطقه ناشی از این معاهده است. لذا از نظر دیوان، حق سوئیس نسبت به آزادی *ساوُی‌علیا* ارتباطی با بحث تعهد به نفع ثالث ندارد. سوئیس نیز در خصوص *ساوُی‌علیا* نه به پروتکل ۳ نوامبر ۱۸۱۵ که دول متحد، صرفاً متعهد به تشویق *ساردینی* (فرانسه) مبنی بر ایجاد منطقه آزاد شده بودند، بلکه مستقیماً به تعهد قراردادی مندرج در معاهده ۱۶ مارس ۱۸۱۶ میان طرفین استناد می‌کرد که دیوان نیز آن را پذیرفت.

دیوان در خصوص *ژکس* نیز معتقد است که دولت سوئیس با پذیرش اعلامیه قدرت‌های بزرگ در ۲۰ مارس ۱۸۱۵ و پروتکل ۳ نوامبر و معاهده ۲۰ نوامبر ۱۸۱۵، درباره ایجاد منطقه آزاد با دول مربوط به توافق رسیده است و ازاین‌رو رژیم حقوقی این منطقه نیز تابع نظام قراردادی است. لذا از نظر دیوان، حق سوئیس نسبت به آزادی منطقه *ژکس* نیز ارتباطی با بحث تعهد به نفع ثالث ندارد. اگرچه سوئیس در خصوص منطقه *ژکس*، قائل به لزوم رعایت تعهد به نفع ثالث بود، دیوان لزومی به بحث در این‌باره ندید. دیوان در خصوص این منطقه نتیجه می‌گیرد که ایجاد منطقه *ژکس*، بخشی از موافقت‌نامه سرزمینی به نفع سوئیس است که درنتیجه توافق میان آن کشور و قدرت‌های بزرگ ازجمله فرانسه ایجاد شده است و این موافقت‌نامه به وضعیت حقوقی این منطقه، ویژگی قراردادی می‌دهد که سوئیس نیز عضو آن است. دیوان نهایتاً در رأی خود به‌صراحت می‌گوید که نیازی نمی‌بیند تا ماهیت حقوقی منطقه *ژکس* را از نقطه‌نظر اینکه آیا موضوع مشمول تعهد به نفع ثالث است یا خیر بررسی کند.

دیوان تنها در بخش مقدماتی رأی (و نه در بخش اجرایی) مطالبی را درمورد تعهد به نفع ثالث بیان می‌کند. دیوان اظهار می‌کند که به‌راحتی نمی‌توان این امر را مفروض تلقی کرد که تعهدات به نفع ثالث در یک معاهده با قصد و هدف ایجاد حق واقعی به نفع او بوده است. اگرچه به‌هرحال در برابر اراده دولت‌های حاکم، هیچ مانعی وجود ندارد تا چنین هدف یا چنین آثاری را دنبال کنند. مسئله وجود حق مکتسب به‌موجب سند تنظیم‌شده میان سایر کشورهای دیگر، چیزی است که باید در هر قضیه خاص، جداگانه درباره آن تصمیم‌گیری شود. این امر باید تعیین شود که آیا دولت‌هایی که تعهدی به نفع ثالث بر عهده گرفته‌اند، مقصودشان این بوده که برای آن دولت، حق واقعی ایجاد کرده باشند به‌طوری‌که بعداً آن دولت ثالث بتواند آن حق را همان‌گونه که ایجاد شده، بپذیرد؟[۵۸]

از رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه *مناطق آزاد ساوُی‌علیا* و *ژکس* می‌توان به نتایج زیر رسید: اولاً، تعهد به نفع ثالث را نمی‌توان در معاهده، مفروض دانست بلکه این حق باید تصریح شده باشد. ثانیاً، دولت ثالث باید آن را قبول کند. ثالثاً، طرف‌های معاهده باید قصد

58. *Ibid*., pp. 55-57.

ایجاد چنین حقی را داشته باشند.

قاضی *آلتامیرا* و قاضی *سرسکیل هورست* در نظر مخالف خود می‌گویند این نظریه که حقوق اعطاشده به دول ثالث به‌موجب کنوانسیون بین‌المللی، نمی‌تواند بدون رضایت ثالث توسط دولی که آن حقوق را اعطا کرده‌اند، فسخ یا اصلاح شود، قابل‌قبول نیست. چنین نظریه‌ای خطری بزرگ برای آینده کنوانسیون‌هایی از این نوع است که هم‌اکنون لازم‌الاجرا هستند. خوشبختانه در قضیه حاضر، این امر به تأیید دیوان نرسید زیرا در خصوص لغو اجباری وضعیت حقوقی مناطق مورد بحث، آخرین جمله بند ۲ ماده ۴۳۵ موقعیت دول امضاکننده معاهده *ورسای* و سوئیس را اساساً در جایی به‌جز موقعیت فوق قرار می‌دهد.[۵۹]

نتیجه

دولت‌ها نه‌تنها می‌توانند خودشان را نسبت به یکدیگر ملتزم کنند، بلکه همچنین می‌توانند گزینه‌ای را به ثالث پیشنهاد دهند. واقعیت این است که اگرچه معاهدات، اصولاً تنها برای طرف‌های آن، حقوق و تکالیفی به بار می‌آورد، تحت شرایطی ممکن است برای ثالث نیز متضمن آثار حقوقی باشد. مطالعه تاریخی روابط قراردادی کشورها حکایت از شماری از معاهدات متضمن موادی به نفع دول ثالث دارد. برخی موارد تعهد به نفع ثالث را می‌توان در مواد ۱۰۹، ۳۵۸ و ۳۷۴ معاهده *ورسای* به نفع دانمارک و سوئیس، مواد ۳۲ و ۳۵(۲) منشور ملل متحد، ماده ۳۵(۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری یا مقررات مندرج در کنوانسیون‌های ناظر بر آزادی دریانوردی در برخی رودخانه‌ها یا کانال‌های بین‌المللی مشاهده کرد. شرایطی که به‌موجب آن، معاهده ممکن است برای ثالث نیز حقوقی مقرر کند نیز اساساً به رضایت طرف‌های معاهده و ثالث بستگی دارد. ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۹ *وین* راجع به حقوق معاهدات با شرایطی سروکار دارد که به‌موجب آن، دولت ممکن است بتواند به حقی به‌موجب معاهده‌ای که عضو آن نیست، استناد کند. مقایسه دو ماده ۳۵ و ۳۶ کنوانسیون *وین*، متضمن وجه مشترک لزوم قصد طرف‌های معاهده و وجه افتراق نحوه ابراز رضایت کشور ثالث است. در خصوص مبنای ایجاد حق به نفع ثالث، بحث‌های فراوانی مطرح شده است که در طی مقاله، بررسی و تحلیل شد. برخی با استناد به اصل برابری حاکمیت‌ها و رضایی‌بودن معاهدات و روح حقوق بین‌الملل بر این باورند که یک گروه از کشورها نمی‌توانند در وضعیت حقوقی دولت ثالث بدون رضایت او و حتی با ایجاد حق، تغییری ایجاد کنند. برخی دیگر مبنای ایجاد حق به نفع ثالث را اساساً همان معاهده اصلی دانسته و برای رضایت ثالث، نقش اثرگذاری قائل‌اند. طبق کنوانسیون، این حق وقتی مستقر می‌شود که کشور ثالث با آن موافقت کند و نکته حائز اهمیت اینکه تا زمانی که خلاف آن احراز

59. *Ibid.*, Dissenting Opinion of M. Altamira and Sir Cecil Hurst, p. 93.

نشده باشد، اصل بر رضایت کشور ثالث است مگر اینکه معاهده خود به‌نحو دیگری مقرر کرده باشد. با توجه به اصل نسبی‌بودن معاهدات، ماده ۳۶ کنوانسیون که استثنایی بر این اصل تلقی می‌شود باید به‌نحو مضیق تفسیر شود و همچنین باید مفاهیمی مانند قید ملت‌های کامله‌الوداد، قید الحاق، معاهدات متوالی و قیود موجد قاعده عرفی را که به‌تفصیل بررسی شد از شمول موارد تعهد به نفع ثالث خارج دانست. به‌هرحال اگرچه طبق ماده ۳۶ کنوانسیون *وین*، ایجاد حق برای ثالث به رسمیت شناخته شده، در خصوص ابعاد این قضیه، رویه قضاییِ قابل اعتنایی وجود ندارد.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، قومس، ۱۳۷۹.
- شاو، ملکم؛ *حقوق بین‌الملل*، ترجمه: محمدحسین وقار، اطلاعات، ۱۳۷۲.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، چاپ سوم، رشدیه، ۱۳۶۷.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ *تقریرات درس نقد و بررسی مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل*، دوره دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، نیمسال اول ۸۵-۱۳۸۴.
- _____؛ *حقوق بین‌الملل معاهدات*، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل؛ *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- میرعباسی، سیدباقر؛ *حقوق بین‌الملل عمومی*، جلد ۱، میزان، ۱۳۸۹.

ـ مقاله

- کاظمی، سیدعلی‌اصغر؛ «وضعیت ناوهای جنگی در کنوانسیون جدید حقوق دریاها»، *فصلنامه سیاست خارجی*، شماره ۱، ۱۳۶۵.
- _____؛ «مسئله شمول مفاد کنوانسیون جدید حقوق دریاها به کشورهای ثالث غیرعضو»، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۶۶.
- نیکبخت، حمیدرضا؛ «نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی (WTO)»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.

ـ سند

- کنوانسیون *وین* ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات.
- منشور سازمان ملل متحد.
- قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل ۲۶۲۵ (۱۹۷۰).

ب) انگلیسی

Books and Articles

- Arechaga J., "Treaty Stipulations in Favour of Third States", *AJIL* 50, 1956.

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, 4th ed, 1990.
- Fitzmaurice, Malgosia, *Third Parties and the Law of Treaties*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 6, 2002.
- Kelsen, H., *Principles of International Law*, New York, 1962.
- Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961.
- Oliver Dorr, Kristen Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, A Commentary, 2012.
- Reuter R., *Introduction to the Law of Treaties*, (J. Mico/P. Haggenmacher, translation), 1955.
- Schweisfurth, Theodor, *International Treaties and Third States*, Max Planck, 1985.
- Sinclair I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984.
- Yearbook of the International Law Commission, vol. I, 1964.
- Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, part Two, Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978.

Awards

- P.C.I.J., Series A, No. 1, Wimbeldon S. S., 1923.
- P.C.I.J., Series. A, No. 7, Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), 1926.
- P.C.I.J., Series A, No. 10, Lotus, 1927.
- P.C.I.J., Series A, No. 22, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1929.
- P.C.I.J., Series A/B, No. 46, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1932.
- I.C.J., Reports, Asylum Case (*Colombia / Peru*), 1950.
- I.C.J., Reports, South West Africa Cases (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), 1966.
- I.C.J., Reports, North Sea Continental Shelf Cases, 1969.
- I.C.J., Reports, Nuclear Tests Case (*Australia v. France*), 1974.
- I.C.J., Reports, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004.
- I.C.J., Reports, Armed Activities on the Territory of the Congo (*New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, 2006.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۲۱۸ ـ ۱۹۱

بررسی تاریخی و تحلیلی اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری

علی ایزدی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۶/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۲۴

چکیده

در کنار شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری از مهم‌ترین حافظان صلح، امنیت و همکاری بین دولت‌هاست. رجوع به دیوان، یکی از بهترین روش‌های حل‌وفصل اختلافات بوده و احکام آن برای دولت‌ها الزام‌آور است. ماده ۹۴ منشور ملل متحد، به شورای امنیت اختیار داده است تا در صورت عدم اجرای حکم دیوان بین‌المللی دادگستری، اقدامات لازم را انجام دهد اما شورای امنیت در تاریخ فعالیت خود، حتی در مواردی که عدم اجرا روشن و واضح بود، هرگز از اختیارات ماده ۹۴ استفاده نکرد. علی‌رغم فقدان نسبی سازوکار اجرای احکام، تبعیت از احکام دیوان، رضایت‌بخش بوده و این تصمیمات در غالب موارد اجرا شده است. این پژوهش در صدد است میزان اجرای احکام، عوامل مؤثر بر آن و نقش شورای امنیت به‌عنوان ضامن اجرای تصمیمات دیوان را بررسی کند.

واژگان کلیدی

دیوان بین‌المللی دادگستری، اجرای احکام، ماده ۹۴ منشور ملل متحد، شورای امنیت، جامعه بین‌المللی

* دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران ut.izadi@yahoo.com

مقدمه

همسان با جوامع داخلی، حاکمیت قانون در عرصه بین‌المللی نیز اهمیت ویژه‌ای دارد. بیشتر کشورها عضو معاهدات و موافقت‌نامه‌هایی هستند که به روابط بین‌المللی آن‌ها سمت و سو می‌دهد و غالب این معاهدات، از سازوکارهای حل‌وفصل اختلاف، جهت رسیدگی و صدور حکم برخوردارند. دیوان بین‌المللی دادگستری که دیوان جهانی نیز خوانده می‌شود، نهاد قضایی اصلی ملل متحد است که پس از بررسی اختلافات بین دولت‌ها، احکام ترافعی صادر می‌کند. یکی از بهترین و کم‌ریسک‌ترین روش‌های رفع تعارضات و اصطکاک‌ها بین کشورها، رجوع به دیوان بین‌المللی دادگستری است. این راهکاری مطلوب و باثبات است که به‌زعم حقوق‌دانان بین‌المللی، بنیادی‌ترین روش فیصله اختلافات و از مؤثرترین سازوکارهای اجرای حقوق بین‌الملل است.

بنیان فکری دیوان بین‌المللی دادگستری، جنبش «صلح از مجرای حقوق» است که در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم از حمایت سیاسی و معنوی زیادی برخوردار بود. حامیان جنبش، حل اختلافات در نهادهای قضایی را بدیل و جایگزین جنگ می‌دانستند و دیوان‌های دائمی را سازوکارهای قضایی کارآمدی تلقی می‌کردند که می‌توانند به بحران‌های بین‌المللی واکنش نشان داده و مجموعه‌ای از رویه قضایی پدید آورند که تا حدودی نوسان‌های ناشی از امور قضایی را کاهش دهد.[1] دیوان بین‌المللی دادگستری برخلاف دادگاه‌ها و دیوان‌های تخصصی که در دهه‌های اخیر ایجاد شده‌اند صلاحیت نامحدودی دارد و همه حوزه‌های حقوق بین‌الملل را پوشش می‌دهد. این صفت جهان‌شمولی به انضمام رکن اصلی ملل متحدبودن، جایگاه رفیع و ممتازی به دیوان بخشیده است. مضاف بر این، نگاهی به موضوع پرونده‌های در حال بررسی نشان می‌دهد این پرونده‌ها، هم برای دولت‌های طرف اختلاف و هم جامعه جهانی اهمیت بسزایی دارد. اگرچه برخی بر این باورند که دیوان در موضوعات فوق‌العاده حساسی که به منافع قدرت‌های بزرگ مرتبط می‌شود نقش چندانی ندارد و در این راستا به استقبال پایین دولت‌ها از سازوکار صلاحیت اجباری دیوان استناد می‌کنند،[2] آنان نیز به این نکته اذعان دارند که دیوان به حل اختلافاتی همت گماشته است که ادامه آن‌ها می‌توانست تهدیدی برای صلح و امنیت

---

1. Shany, Yuval, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", *20 The European Journal of International Law*, 2009, p. 77.

۲. تنها ۶۴ کشور از کشورهای عضو سازمان ملل متحد، صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته‌اند که این میزان، معادل ۳۴ درصد است درحالی‌که در سال ۱۹۴۷ از ۵۷ عضو سازمان ملل، ۳۴ کشور، این صلاحیت را پذیرفته بودند که معادل ۶۰ درصد بود. کشورهایی که صلاحیت اجباری را پذیرفته‌اند، اغلب رضایت خود را منوط به شرایط متعدد کرده‌اند. همچنین اکثر اعضای شورای امنیت، این شیوه را کنار گذاشته‌اند. امروزه از میان کشورهای عضو دائم شورای امنیت، تنها دولت انگلیس، صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته است.

بین‌المللی باشد.[۳]

یکی از دستاوردهای دیوان که نقش قابل‌توجهی در صلح و امنیت بین‌المللی داشته، بررسی و فیصله تعداد زیادی از اختلافات مرزی و تحدید حدود دریایی بوده است. برخی از این اختلافات عبارت بود از: فلات قاره تونس/لیبی ۱۹۸۲، فلات قاره لیبی/مالت ۱۹۸۵، اختلاف مرزی بورکینافاسو/مالی ۱۹۸۶، اختلاف مرزی، سرزمینی و جزیره‌ای السالوادور/هندوراس ۱۹۹۲، اختلاف سرزمینی لیبی/چاد ۱۹۹۴، جزیره کاسه کیلی/سدودو بوتسونونا/ نامیبیا ۱۹۹۹، اختلاف سرزمینی اندونزی/مالزی ۲۰۰۲، مرز دریایی و سرزمینی کامرون/نیجریه ۲۰۰۲، اختلاف مرزی بنین/نیجر ۲۰۰۵، اختلاف سرزمینی سنگاپور/مالزی ۲۰۰۸. برخی از این اختلافات، موجب بروز درگیری‌های مسلحانه در دهه‌های گذشته بوده است و خود شاهد این معناست که دیوان بین‌المللی دادگستری، ابزار مهمی در کنترل بحران‌های بین‌المللی است.

۱. احکام دیوان بین‌المللی دادگستری درعمل

در حقوق داخلی، معمولاً نظام کامل حل‌وفصل اختلاف وجود دارد که در آن، نهادهایی مسئول اجرای احکام هستند و اجرای آرا را تضمین می‌کنند. اما در عرصه بین‌المللی، سازوکارهای نهادینه‌شده‌ای در این راستا وجود ندارد و دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی در بُعد اجرای احکام، ساختار ضعیفی دارند.

در خصوص اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری، موضوع قابل‌توجه این است که دیوان معمولاً وارد مسائل اجرایی بعد از صدور حکم نمی‌شود.[۴] در واقع، دیوان از لحظه‌ای که حکم نهایی را صادر می‌کند فارغ می‌شود و در راستای اجرا و اعمال حکم، کاری برای انجام ندارد.[۵] بنابراین بررسی اتفاقات بعد از حکم، ارزیابی میزان تبعیت دولت‌ها از احکام و واکاوی عوامل تأثیرگذار در زمره رسالت‌های پژوهشگران عرصه حقوق بین‌الملل است. آرای مشورتی دیوان، الزام‌آور نیست، درحالی‌که احکام دیوان در قضایای ترافعی برای طرفین دعوا الزام‌آور است. حال سؤال این است که آیا این احکام ترافعی همیشه اجرا شده و به اختلافات خاتمه می‌دهد؟

اطاعت از احکام، به معنای پذیرش آن به‌عنوان تصمیم نهایی و اجرای همراه با حسن‌نیت است. اجرای با حسن‌نیت نیز یعنی ترتیب‌اثردادن به احکام و خودداری از اجرای تصنعی یا هر

3. Mackenzie, Ruth, Romano, Ceasare and Shany, Yuval, "The Manual on International Courts and Tribunals", 2010, pp. 35-36.

4. Paulson, Colter, "Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice Since 1987", *98 American Journal of International Law*, 2004, p. 436.

5. Ajibola, B., "Compliance with Judgments of the International Court of Justice", in Bulterman, M. K., and Kuijer, M., (eds), *Compliance with Judgments of International Courts*,, 1996, p. 12.

شیوه دیگری که بحث اجرا را به حاشیه براند.[۶] بررسی‌های کمی و کیفی نشان می‌دهد درمجموع، تبعیت از احکام دیوان بین‌المللی دادگستری، خوب و رضایت‌بخش بوده است به‌نحوی‌که *روزالین هیگینز*، رئیس سابق دیوان می‌گوید: «مایه شگفتی است که در میان نزدیک به یک‌صد[۷] قضیه ترافعی که دیوان بررسی کرده، صرفاً تعداد بسیار اندکی با مشکلات اجرایی مواجه بوده‌اند». بااین‌حال، تعیین میزان دقیق اجرای احکام، کار دشواری است به‌ویژه اینکه گاهی پس از گذشت زمان طولانی از صدور حکم، اجراشدن یا نشدن آن مشخص می‌شود.

۱ـ۱. میزان تبعیت از احکام دیوان بین‌المللی دادگستری

تحقیقات *جاناتان چارنی* درصد کلی اجرای کامل آرا از سال ۱۹۴۶ تا ۱۹۸۷ را ۸۰ درصد نشان می‌دهد. *پالسن* که مطالعات *چارنی* را به روز کرده و احکام نهایی از ۱۹۸۷ تا ۲۰۰۴ را بررسی کرده است، میزان اجرا را بیش از ۸۰ درصد ارزیابی کرده است.[۸] قضایایی که در آن‌ها احکام دیوان، عمداً و آشکارا زیرپا گذاشته شد عبارت‌اند از: *کانال کورفو* (۱۹۴۹)، *کارکنان کنسولی و دیپلماتیک امریکا در تهران* (۱۹۸۰)،[۹] *نیکاراگوئه* (۱۹۸۶). لازم به ذکر است که قضیه *کانال کورفو*، نهایتاً با یادداشت تفاهمی که در سال ۱۹۹۲ امضا و در ۱۹۹۶ اجرا شد، فیصله یافت. حال آنکه ۴۷ سال از زمان صدور حکم نهایی گذشته بود.[۱۰] بعد از رأی *نیکاراگوئه*، هیچ نمونه‌ای از تمرد[۱۱] و عدم حضور در دیوان به چشم نمی‌خورد. تمرد از حکم به معنای عدم پذیرش کامل حکم است، یعنی طرف دعوا ضمن آنکه حکم را بی‌اعتبار می‌داند، از اجرای آن نیز اجتناب می‌ورزد که آخرین نمونه آشکار آن، قضیه *نیکاراگوئه* بود.[۱۲]

از رأی *نیکاراگوئه* به‌عنوان نقطه‌عطف یاد می‌شود چرا که به‌طور کلی بعد از این رأی، اطاعت از آرای دیوان، وضعیت بهتری پیدا کرد و اگرچه در مواردی اجرای کامل و اساسی برخی از احکام، چند سالی به طول انجامیده است، غالب آن‌ها درنهایت اجرا شده‌اند. در این میان، رأی *گابچیکاوو ـ ناگیماروس* هنوز جامه عمل نپوشیده است. این رأی که در سال ۱۹۹۷ صادر شد تا

6. Paulson, *op. cit.*, p. 436.

۷. لازم به ذکر است این رقم مربوط به تاریخ سخنرانی خانم هیگینز در نشست سالانه مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۶ بوده و تعداد پرونده‌های ترافعی که تا تاریخ ۲۲ مه ۲۰۱۴ در لیست کلی دیوان ثبت شده به ۱۶۰ رسیده است.

8. Paulson, *op. cit.*, pp. 457-60.

۹. در این پرونده که مربوط به بازداشت کارکنان سفارت امریکا در تهران بود، ایران قرار تأمینی دیوان، مورخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۹ را مبنی بر ضرورت آزادی فوری دیپلمات‌ها اجرا نکرد و از اجرای حکم نهایی دیوان به تاریخ ۲۴ مه ۱۹۸۰ نیز خودداری کرد.

10. Llamzon, Aloysius P., "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *European Journal of International Law*, 2008, p. 825.

11. Defiance

12. Llamzon, *op. cit.*, p. 823.

کنون اجرا نشده و طرفین نتوانسته‌اند از این رأی در حل اختلاف خود استفاده کنند. آرای *لاگراند* و *اونا* نیز اجرای ضعیفی داشته‌اند و اجرای آن‌ها هنوز هم در هاله‌ای از ابهام است. هر دو قضیه مذکور، راجع به عدم اجرای کنوانسیون «روابط کنسولی» از سوی ایالات متحده امریکا بود. قصور مکرر مقامات امریکایی در مطلع‌ساختن اتباع خارجی نسبت به حق دسترسی‌شان به مقامات کنسولی دولت‌های متبوع خود و دریافت کمک و مشاوره حقوقی، آن‌گونه که در ماده ۳۶(۱) کنوانسیون روابط کنسولی (۱۹۶۳) مقرر شده است، موجب طرح دعاوی مهمی علیه این کشور در دیوان بین‌المللی دادگستری شد. در هر دو قضیه *اونا* و *لاگراند*، احکام نهایی دیوان، امریکا را ملزم کرد تا تعهدات مربوط به تشریفات آیین دادرسی را در خصوص اتباع خارجی که در خاک امریکا مرتکب جرم شده‌اند رعایت کند. با این اوصاف به علت مخالفت دیوان عالی امریکا، احکام مزبور نتوانست از اجرای تمام و کمال برخوردار شود.[۱۳]

برخی از احکام نیز علی‌رغم مشکلاتی که در مسیر اجرا پیدا کردند درمجموع، عملیاتی شدند. یک نمونه آن، اختلاف مرزی بین لیبی و چاد بود. این اختلاف که منجر به درگیری مسلحانه در دهه‌های ۷۰ و ۸۰ میلادی شده بود با توافق طرفین به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع شد. دیوان در سال ۱۹۹۴ حکم خود را صادر و منطقه مورد اختلاف را به‌طور کامل به چاد واگذار کرد. لیبی در اولین واکنش، رأی دیوان را رد کرد اما بعد از گذشت یک ماه آن را پذیرفت. با وجود این، اجرای حکم با دشواری‌ها و موانع متعددی مواجه شد و دولت لیبی دست از مداخله سیاسی و نظامی در منطقه مورد اختلاف برنمی‌داشت، حال آنکه نزدیک به ۹ سال از زمان صدور حکم گذشته بود. به‌رغم همه این مشکلات، فرایند اجرای حکم، گرچه با گذشت زمانِ بسیار، طی شد و این رأی، نقش بسیار مهمی در برقراری صلح بین لیبی و چاد ایفا کرد.[۱۴]

مثال دیگر، *قضیه مرز زمینی و دریایی بین کامرون و نیجریه* بود که حکم نهایی در سال ۲۰۰۲ صادر شد. غالب مناطق اختلافی به کامرون واگذار شد و تعداد خیلی کمی از آن به نیجریه اختصاص یافت. بلافاصله پس از صدور رأی، نیجریه یک بیانیه رسمی صادر کرد که به نظر می‌رسید بخش‌هایی از رأی را پذیرفته و بخش‌های دیگر آن را رد کرده است و در توجیه عدم تبعیت، به اصولی از قانون اساسی خود استناد کرد. اما با تشکیل کمیسیون مشترک بین طرفین و بخصوص متعاقب میانجیگری *کوفی عنان*، دبیرکل وقت ملل متحد، در سال ۲۰۰۶ گام‌های اساسی در راستای اجرای حکم برداشته شد و دولت نیجریه به‌رغم منافع قابل‌توجه و آرزوهای ملت خویش از رأی دیوان تبعیت کرد.[۱۵]

13. Jones, Heather, "Whay Comply? An Analysis of Trends in Compliance with Judgment of the International Court of Justice Since Nicaragua", *Chi-kent International and Comparative Law*, 2012, pp. 79-81.
14. Llamzon, *op. cit.*, pp. 829-832.
15. *Ibid.*, pp. 835-839.

همه این موارد نشان از آن دارد که ارزیابی کمی و کیفی اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری کار آسانی نیست و گاه، گذشت مدت طولانی سرنوشت آرا را مشخص می‌کند. نگاهی تاریخی به آرای دیوان، حاکی از آن است که تبعیت از احکام نهایی از سطح بسیار گسترده‌ای برخوردار است و بیشتر دولت‌ها به اجرای آن تن داده‌اند. البته میزان قرارهای دیوان بین‌المللی دادگستری که کشورها آن را اجرا نکرده‌اند به‌مراتب بیشتر از احکام نهایی بوده است.[۱۶] در بسیاری از موارد، ازجمله در پرونده‌های زیر، قرارهای دیوان اجرا نشده است: دعوای انگلیس علیه ایران در قضیه *شرکت نفت ایران و انگلیس*، دعاوی استرالیا و نیوزلند علیه فرانسه در قضیه *آزمایش‌های هسته‌ای*، دعوای *نیکاراگوئه علیه امریکا*، دعوای یونان علیه ترکیه در قضیه *فلات قاره دریای اژه*، دعوای امریکا علیه ایران در قضیه *کارکنان دیپلماتیک و کنسولی در تهران*، پرونده مربوط به *معاهده راجع به جلوگیری و مجازات جرم نسل‌کشی*.[۱۷] شاید یکی از دلایل این امر را بتوان در تردید دولت‌ها در خصوص اثر الزام‌آور قرارهای دیوان جستجو کرد.[۱۸] به مدت ۸۰ سال به‌خوبی روشن نبود قرارهایی که دیوان بین‌المللی دادگستری و سلف آن، صادر می‌کنند، الزام‌آور است یا خیر، تا اینکه دیوان در سال ۲۰۰۱ و در قضیه *لاگراند* بر الزام‌آوربودن قرارهای خود تأکید کرد.[۱۹]

۱ـ۲. عوامل مؤثر بر اجرای احکام

در تعیین شاخص‌هایی که بر تبعیت دولت‌ها از تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری تأثیرگذار بوده می‌توان به مواردی چون شیوه ارجاع اختلاف به دیوان، فشارهای بین‌المللی و نوع رژیم سیاسی و حقوقی کشورهای محکوم‌علیه اشاره کرد.

الف. شیوه ارجاع اختلاف به دیوان

صلاحیت ترافعی دیوان، مبتنی بر رضایت کشورهای طرف دعوا است و دیوان قبل از ورود به ماهیت اختلاف، باید این امر را احراز کند مگر اینکه طرفین دعوا نسبت به صلاحیت دیوان، ایراد

16. Al-Qahtani, Mutlaq Majed, "Enforcement of International Judicial Decisions of the International Court of Justice in Public International Law", *PhD Thesis*, 2003, pp. 4-6.

۱۷. مرادی نوده، سیرالله؛ «اجرای تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله حقوق خصوصی*، بهارـ تابستان ۱۳۸۲، ص ۹۴.

۱۸. میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل*، چاپ سوم، جنگل، ۱۳۸۹، ص ۴۹۲.

19. *LaGrand (Germany v. United States)*, ICJ Reports 2001, p. 109; Rylatt, Jake W, "Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency", *Leeds Journal of Law & Criminology*, 2013, p. 62.

و اعتراضی وارد نکنند. رضایت کشورها ممکن است به اشکال زیر ابراز شود:

۱. موافقت‌نامه خاص: در چنین مواردی اطراف دعوا طی موافقت‌نامه خاصی رضایت می‌دهند که مسئله را به دیوان عرضه کنند.

۲. قید حل‌وفصل اختلافات مندرج در کنوانسیون‌ها و معاهدات: در شمار زیادی از معاهدات، قیودی وجود دارد که بر مبنای آن، حل‌وفصل اختلافات به دیوان ارجاع می‌شود و بخشی از صلاحیت اجباری دیوان است.

۳. شرط اختیاری قضاوت اجباری: اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که کشورها می‌توانند نسبت به مسائل حقوقی در رابطه با هر کشور دیگری که چنین تعهدی را پذیرفته باشد، صلاحیت دیوان را بشناسند. این شرایط در بندهای ۲ الی ۵ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری قید شده است.

درحالی‌که دیوان دادگستری تنها در قضایایی قضاوت می‌کند که رضایت طرف‌های پرونده احراز شده باشد، این فرضیه مطرح شده که روش‌های متفاوت ابراز رضایت، نتایج متفاوتی در اجرای احکام به بار می‌آورد. بر مبنای این نظریه، ایده‌آل‌ترین و مؤثرترین قالب اعلام رضایت، موافقت‌نامه ویژه‌ای است که طی آن، کشورها اختلاف خاصی را نزد دیوان مطرح کنند. نقطه مقابل آن، دادخواست‌های یک‌جانبه‌ای است که در آن موارد، دولت خوانده از قبل، رضایت خود را ابراز داشته است و این رضایت از طریق قید اختیاری قضاوت اجباری، ذیل ماده ۳۶ اساسنامه دیوان یا بر مبنای قیود حل‌وفصل معاهدات در ارجاع اختلافات به دیوان بوده است.

درحالی‌که بعضی از پژوهشگران، افزایش فهرست دعاوی دیوان را نشانه رشد جایگاه دیوان می‌دانند و خواهان پذیرش فراگیر صلاحیت اجباری از جانب کشورها هستند، بعضی دیگر از اتکا به صلاحیت اجباری به‌عنوان راهکاری جهت تقویت دیوان مخالف‌اند. قاضی *اُدا* از منتقدین گسترش صلاحیت اجباری بوده و کارکرد آن را زیر سؤال می‌برد. وی بر این باور است که در اغلب موارد، پرونده‌هایی که بر مبنای صلاحیت اجباری به دیوان ارجاع شده است این ارجاع و حل‌وفصل اختلاف از طریق دیوان، خواست واقعی طرفین پرونده نبوده است و اجرای آرا با دشواری‌های فراوان روبه‌رو می‌شود. بدبینی قاضی *اُدا* ناشی از این باور است که در قضایایی که خواهان‌ها بر مبنای صلاحیت اجباری اقامه دعوا کرده‌اند، معمولاً دولت خوانده اعتراضات زیادی وارد کرده است که این امر می‌تواند موجب عدم اجرای حکم نهایی شود و تمرد از احکام دیوان به‌نوبه خود، آثار زیان‌باری بر دیوان و قضایای بین‌المللی دارد.[۲۰] قاضی *اُدا* در قضیه *کنگو علیه اوگاندا* هشدار می‌دهد که بی‌اعتنایی مکرر به احکام و قرارهای دیوان، بی‌تردید به اعتبار دیوان و

20. Oda, Shigeru, "The Compulsory Jurisdiction International Court of Justice: A Myth?", *49 International and Comparative Law Quarterly*, 2000, p. 264.

کارکرد قضایی آن در جامعه بین‌المللی لطمه وارد می‌کند.[۲۱]

قاضی *گرینوود* نیز در تحلیلی مشابه می‌گوید در پرونده‌هایی که بر اساس موافقت‌نامه خاص به دیوان ارجاع می‌شود، اختلافی بر روی صلاحیت وجود ندارد چرا که طرفین، خود بر ارجاع پرونده به دیوان توافق کرده‌اند. بدین ترتیب در خصوص اجرای احکام مربوطه نیز چالشی وجود ندارد.[۲۲]

جاناتان چارنی هم معتقد است که میزان تبعیت از رأی در پرونده‌هایی که با رضایت هم‌زمان یا بر اساس موافقت‌نامه خاص، راهی دیوان می‌شوند، بیشتر است.[۲۳] *لئو گروس* نیز بر این باور است که پرونده‌هایی که با موافقت‌نامه خاص به دیوان ارجاع شده است نسبت به صلاحیت اجباری مؤثرتر و از اجرای بهتری برخوردار بوده است.

با وجود این، برخی نویسندگان با ذکر مصادیق، اظهار می‌دارند هیچ‌گونه ارتباط مستقیمی بین نوع صلاحیت و میزان اجرای احکام وجود ندارد. *آلویسیس لامزن* در مقاله خود با بررسی تعدادی از قضایا (پنج مورد) بعد از سال ۱۹۸۷ که به اعتقاد او در طبقه عدم اجرا یا اجرای ناقص قرار می‌گیرد، این‌گونه ابراز نظر می‌کند که از پنج پرونده، سه مورد با موافقت‌نامه ویژه ارجاع شده بود که عبارت است از *قضیه مرز زمینی و دریایی (هندوراس/ السالوادو)*، *قضیه اختلاف مرزی (لیبی/چاد)*، *قضیه گابچیکاوو ـ ناگیماروس (مجارستان/اسلواکی)* و فقط دو مورد قضیه *مرز دریایی و زمینی* (کامرون/نیجریه)، قضیه *اونا* (امریکا/مکزیک) بر مبنای صلاحیت اجباری بوده است. پرونده‌ای که اجرای رأی آن، توفیقی نداشت، *گابچیکادو ـ ناگمیاروس* بود که بر اساس موافقت‌نامه خاص به دیوان ارسال شده بود. برعکس، قضایای *کامرون علیه نیجریه* و *اونا* که هر دو بر مبنای صلاحیت اجباری بود، هم نیجریه و هم امریکا به‌رغم مقاومت‌های اولیه، به‌نحو قابل‌توجهی، اگرچه ناتمام، آرا را اجرا کردند. بنابراین مشکلات اجرای آرای دیوان، ربطی به صلاحیت اجباری ندارد.[۲۴] *پالسن* نیز در اظهاراتی مشابه بیان می‌دارد، بین اقامه دعوا بر مبنای موافقت‌نامه خاص و اجرای احکام، هیچ ارتباطی وجود ندارد.[۲۵]

با عنایت به رویه عملی کشورها، دیدگاه گروه نخست، درست‌تر به نظر می‌رسد چرا که عمده موارد عدم اجرا یا اجرای ناقص در زمره پرونده‌هایی بوده است که بر مبنای صلاحیت اجباری

21. Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), ICJ Reports, Declaration of Oda, para. 3. 2000.

22. Greenwood, Christopher, "The Role of the ICJ in the Global Community", Lecture at University of California, 2011, p. 249.

23. Jonatan, Charny, "*Disputes Implicating the International Credibility of the Court: Problems of Non-Appearance, Non-Participation, and Non-Performance*", in: Fisler Damrosch, Lori, *The International Court of Justice at A Crossroads*, American Society of International Law, Transnational Publishers, Incorporated, 1987, p. 297.

24. Llamzon, *op. cit.*, p. 845.

25. Paulson, *op. cit.*, p. 457.

رسیدگی شده است؛ ضمن اینکه به‌طور طبیعی وقتی دولت‌ها بعد از بروز اختلاف از طریق موافقت‌نامه خاص، دعوایی را به دیوان ارجاع می‌دهند به صلاحیت دیوان اعتراض نمی‌کنند و آمادگی بیشتری برای اجرای احکام دارند. اما باید این نکته را مدنظر داشت که فهرست دعاوی دیوان در چند سال اخیر، رشد تصاعدی داشته است که بخش عمده‌ای از این ارجاعات بر مبنای صلاحیت اجباری بوده است و تمامی مطالعات در زمینه اجرای احکام نیز وضعیت رضایت‌بخشی را نشان می‌دهد. بنابراین صلاحیت اجباری چه به‌صورت اعلامیه جداگانه و چه در قالب قید حل‌وفصل اختلاف در معاهدات، از ابزارهای تقویت دیوان و کاهش اصطکاک‌های بین‌المللی است. اگرچه کشورها با این استدلال که احکام دیوان در کنترل آن‌ها نیست و برای درامان‌بودن از نتایج ناخوشایند تصمیمات این مرجع قضایی به‌راحتی تن به صلاحیت اجباری نمی‌دهند، قضیه *کامرون علیه نیجریه* نشان می‌دهد که در مواقعی تنظیم موافقت‌نامه خاص در ارتباط با یک معضل طولانی‌مدت و عمیق سیاسی غیرممکن است و در چنین وضعیت‌هایی صلاحیت اجباری، راه برون‌رفت را پیش پای کشورها قرار می‌دهد و هم‌زمان، هم اختلاف را حل‌وفصل می‌کند و هم دولت را از انتقادات داخلی ناشی از حکم ناخوشایند، مصون می‌دارد.[۲۶]

ب. فشار جامعه بین‌المللی

از دیگر عوامل اثرگذار می‌توان به فشارهای بین‌المللی اشاره کرد که نقش مهمی در عزم دولت‌ها برای اجرای آرا داشته است.[۲۷] فشارهای بین‌المللی بر کشورهای محکوم‌علیه و افکار عمومی جهانی می‌تواند یکی از ضمانت اجراهای مؤثر در ایفای تعهدات بین‌المللی دولت‌ها باشد. دولت‌ها برای حفظ وجهه و اعتبار خود به الزامات بین‌المللی تن می‌دهند و اساساً نقض صریح تعهدات بین‌المللی، ورود آن‌ها به رژیم‌های بین‌المللی، معاهدات و سازمان‌ها را با مشکل مواجه می‌کند. بدین ترتیب، جامعه بین‌المللی در دوران معاصر به مثابه قوه اجرایی عمل کرده و عواقبی را بر دولت‌هایی که از تصمیمات دیوان تخطی می‌کنند تحمیل می‌کند.

اجرای آرای دیوان بین‌المللی دادگستری درعمل به اراده دولت‌های مخاطب تصمیم دیوان و فشارهای جامعه بین‌المللی بر عضو متمرد بستگی دارد.[۲۸] در قضیه *کامرون علیه نیجریه*، فشارهای امریکا، فرانسه و انگلستان به نیجریه و به‌ویژه میانجیگری *کوفی عنان*، دبیرکل وقت سازمان ملل، نقش عمده‌ای در اجرای حکم ایفا کرد. گاهی فرایند اجرا به‌واسطه دولت ثالث تسهیل می‌شود. به‌عنوان مثال، پس از تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری در حل اختلاف مرزی

26. Llamzon, *op. cit.*, p. 849.
27. Paulson, *op. cit.*, p. 457.
28. Greenwood, p. 247.

بورکینافاسو و مالی، کمیسیون سه‌نفره‌ای از کارشناسان منصوب دیوان، مسئولیت علامت‌گذاری مرزی را به عهده گرفت که ایفای این مأموریت، مدیون مساعدت‌های مالی سوئد بود. همچنین پس از حکم دیوان در خصوص اختلاف مرزی لیبی و چاد، دولت لیبی منطقه *آزو استریپ*[۲۹] را که به مدت ۲۰ سال اشغال کرده بود مطابق روشی که تحت نظارت گروه ناظران ملل متحد اتخاذ شد تخلیه کرد.[۳۰]

اگر فشارهای جامعه بین‌المللی با تلاش‌های عملی سازمان‌های بین‌المللی همراه باشد می‌تواند یکی از مؤثرترین سازوکارهای اجرای احکام دیوان باشد. سازمان‌های بین‌المللی می‌توانند در موارد خاصی، در اجرای تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری، نقش ایفا نمایند. به‌عنوان مثال، کنوانسیون شیکاگو در خصوص تصمیمات شورای ایکائو، برای دیوان بین‌المللی دادگستری نقش دادگاه تجدیدنظر را قائل شده است و مواد ۸۷ و ۸۸ این کنوانسیون، مجازات‌هایی را برای دولت خاطی از رأی دیوان در نظر گرفته است، ازجمله اینکه شورای ایکائو می‌تواند فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل در این کشورها را ممنوع کند و مجمع ایکائو نیز می‌تواند حق رأی دولت‌های خاطی را به حالت تعلیق درآورد.[۳۱] نمونه دیگر، ماده ۵۰ پیمان *بوگوتا* است. پیمان *بوگوتا* که ویژه حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین دول امریکایی است در ماده ۵۰ مقرر می‌دارد: «اگر یکی از دول متعاهد از رأی داوری یا تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری تخطی کند، سایر طرف‌های درگیر اختلاف، باید قبل از توسل به شورای امنیت سازمان ملل متحد، برگزاری نشست مشورتی وزرای امور خارجه را فراهم آورند تا در خصوص اقدامات مناسب جهت تضمین اجرای تصمیم قضایی یا رأی داوری به توافق برسند».[۳۲]

این مقررات در قضیه اختلاف مرزی بین هندوراس و نیکاراگوئه اعمال شد. اختلاف مذکور، قبلاً طبق رأی داوری صادره از پادشاه اسپانیا در سال ۱۹۰۶ حل‌وفصل شده بود. اما نیکاراگوئه به این رأی اعتراض کرد. شورای سازمان کشورهای امریکایی هر دو کشور را متقاعد کرد تا بر اساس موافقت‌نامه ۱۹۵۷ واشنگتن، موضوع را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهند. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در تصمیم نهایی خود در سال ۱۹۶۰، رأی پادشاه اسپانیا را معتبر و الزام‌آور دانست. پس از حکم دیوان، بر اساس ماده ۵۰ پیمان *بوگوتا*، کمیسیون مختلط هندوراس و نیکاراگوئه تشکیل شد تا تضمین کند که رأی داوری که دیوان نیز آن را تثبیت کرده، به‌نحو مناسبی اجرا شود. این کمیسیون در سال ۱۹۶۳ به کار خود پایان داد.[۳۳] بدین ترتیب، فشارهای

29. Aouzou Strip

30. Gilbert Guillaume, "Enforcement of Decisions of International Court of Justice", in: *Perspectives on International Law*, edited by Nandasiri Jasentuliyana, 1995, p. 279.

31. *Ibid*., p. 284.

32. *Ibid*., p. 285.

33. *Ibid*.

بین‌المللی، نقش اساسی در گرایش دولت‌ها به حل اختلاف در دیوان بین‌المللی دادگستری و تضمین اجرای احکام صادره از آن دارد.[۳۴]

ج. نوع رژیم سیاسی کشورهای مخاطب تصمیم دیوان

ارتباط بین نوع رژیم سیاسی و میزان تبعیت از تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری، فرضیه‌ای بود که در مطالعات *آدامز* و *گینسبورگ* بررسی شد. آن‌ها این پرسش را مطرح کردند که آیا نظام‌های دموکراتیک، بیشتر از نظام‌های دیکتاتوری، احکام دیوان را اجرا می‌کنند؟ آن‌ها با تکیه بر مشاهدات تجربی به پاسخ منفی رسیدند. برای نمونه، امریکا، فرانسه و ایسلند که در زمره کشورهای دموکراتیک هستند در اجرای احکام و قرارهای دیوان، کارنامه خوبی نداشته‌اند، حال آنکه دولت غیردموکراتیک لیبی در شش پرونده‌ای که دیوان بررسی و حکم صادر کرده، احکام دیوان را اجرا کرده است.[۳۵]

۲. نظام‌های حقوق ملی و اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری

با عنایت به اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری، فاقد دایره اجرای احکام و عوامل اجرایی مخصوص به آن است، همکاری دولت‌های مخاطب تصمیمات دیوان، جایگاه مهمی در فرایند اجرا دارد. در خصوص اینکه دولت‌ها چگونه تصمیمات بین‌المللی را در نظام حقوقی داخلی خود اجرا کنند روش واحدی وجود ندارد و این مسئله به خود دولت‌ها واگذار شده است. اصول و مبانی نظام حقوقی داخلی کشورها، نحوه مواجهه با تعهدات بین‌المللی را تعیین می‌کند که به‌نوبه خود، واکنش به احکام دیوان بین‌المللی دادگستری را نیز مشخص می‌کند.

۲ـ۱. رویکرد نظام‌های حقوقی داخلی در اجرای تعهدات بین‌المللی

حقوق بین‌الملل در خصوص اینکه دولت‌ها چگونه تعهدات بین‌المللی را در نظام حقوقی داخلی خود اجرا کنند، قاعده‌ای وضع نکرده است و این مسئله به خود دولت‌ها واگذار شده است. ارتباط بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی از منظر نظریات یگانگی[۳۶] حقوقی و دوگانگی حقوقی[۳۷] توصیف می‌شود که کشورهای مختلف، از یکی از آن‌ها یا ترکیبی از هر دو استفاده می‌کنند. رویکردی که هر کشور انتخاب کند، اهمیت چشمگیری برای کارامدی و اجرای حقوق بین‌الملل

34. Jones, *op. cit.*, pp. 59-65.

35. Ginsburg, T, and Mc. Adams, R. H., "Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution", *45 William & Mary Law Review*, 2004, p. 1245.

36. Monism

37. Dualism

در نظام حقوقی داخلی دارد. نظریه یگانگی، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را بخش‌هایی از یک نظم حقوقی می‌داند و معتقد است حقوق بین‌الملل به‌طور خودکار در حقوق داخلی ادغام می‌شود و حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی برتری دارد. بدین ترتیب، حقوق بین‌الملل بدون نیاز به قانونگذاری به‌نحو مستقیم در نظام‌های حقوقی ملی قابل‌اجراست. از منظر نظریه دوگانگی، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی دو نظم مجزا و مستقل است و به‌نحو مستقلی بر فعالیت دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی حاکمیت دارد. بنابراین حقوق بین‌الملل، اعتبار قانونی پیدا نمی‌کند مگر اینکه طی اقدام ملی که معمولاً قانونگذاری است چنین اعتباری به آن داده شود.[۳۸]

هر کشوری خودش تعیین می‌کند که چه زمان و تا چه اندازه حقوق بین‌الملل در نظام داخلی‌اش جذب شود. خیلی از قوانین اساسی، حاوی اصول خاصی در ارتباط با حقوق بین‌الملل هستند که جایگاه تعهدات بین‌المللی را در نظام‌های حقوق داخلی‌شان معین می‌کند. فرانسه، آلمان و ایتالیا تابع رویکرد یگانگی هستند. مستعمرات سابق فرانسه (نامیبیا، سنگال و کنگو) همانند فرانسه از همین رویکرد استفاده می‌کنند. امریکا و انگلیس از نظریه دوگانگی در به‌کارگیری تعهدات بین‌المللی استفاده می‌کنند. مستعمرات سابق انگلیس (مالاوی، نیجریه، زیمبابوه) نیز نظریه دوگانگی را اعمال می‌کنند.[۳۹] ازاین‌رو معمولاً هر نظام حقوقی به سمت یکی از رویکردهای مذکور یا ترکیبی از آن‌ها گرایش دارد.[۴۰] انتخاب هریک از نظریات یگانگی یا دوگانگی، تأثیرات متفاوتی بر نحوه اجرای حقوق بین‌الملل از سوی دادگاه‌های داخلی دارد. قاضی داخلی در مواجهه با تعهدات بین‌المللی باید طبق قانون ملی تصمیم بگیرد و در شرایطی که بخواهد به حقوق بین‌الملل یا قانون خارجی استناد کند، قانون داخلی، حدود اختیارات قاضی را مشخص می‌کند.

جامعه بین‌المللی به علت فقدان اقتدارات مرکزی، اعم از اجرایی، تقنینی و قضایی، ساختار غیرمتمرکزی دارد. در فقدان عوامل اجرایی مرکزی، حقوق بین‌الملل به‌شدت متکی به اقدامات نهادهای حقوقی داخلی است و از این میان، دادگاه‌های داخلی کشورها از بهترین ابزارهای توسعه و اجرای حقوق بین‌الملل هستند. دستگاه قضاییِ مستقل از قوه مجریه که از استانداردهای بین‌المللی برخوردار باشد، مسلماً بهترین مرجع برای تفسیر، اجرا و توسعه حقوق بین‌الملل است. البته برخی تحلیل‌ها نشان می‌دهد رویه قضایی دادگاه‌های داخلی بعضاً در راستای تأمین منافع کوتاه‌مدت قوه مجریه است و قضات مواظب‌اند تا با تصمیمات خود، منافع و سیاست‌های

38. Henkin, Louis, *International Law: Politics and Values*, Springer, 1995, 64-67.

39. Oppong. R. F., "Re-Imagining International Law: An Examination of Recent Trends in the Reception of International Law into National Legal Systems on Africa" *30(2) International Law Journal*, 2006, pp. 11-24.

۴۰. برای مطالعه رویکرد نظام حقوقی ایران، ن.ک: حمید هاشمی؛ «اجرای تعهدات بین‌المللی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۵، ۱۳۸۸.

بین‌المللی دولت‌هایشان را خدشه‌دار نکنند.[۴۱] لذا گاهی شاهد خودداری مراجع قضایی داخلی در اثربخشی به تصمیمات بین‌المللی هستیم. به‌عنوان مثال، دادگاه‌های چندین کشور اروپایی در برهه‌های متفاوت، از اجرای تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر امتناع کرده‌اند.[۴۲] اما درمجموع، رویه سنتی دادگاه‌های داخلی در تمکین به ملاحظات قوه اجرایی در حال رنگ‌باختن است و گرایش فزاینده‌ای به اجرای قواعد بین‌المللی وجود دارد.[۴۳]

با این اوصاف، دادگاه‌های داخلی، پل ارتباطی حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هستند و در اجرای تعهدات بین‌المللی نقش بسزایی دارند. تعیین و تفسیر تعهدات بین‌المللی از مجرای دادگاه‌ها صورت می‌پذیرد، به‌نحوی‌که تفسیر معاهدات توسط دادگاه‌های داخلی مشخص می‌کند که آیا معاهده مطروحه در نظام حقوقی داخلی بدون نیاز به قانونگذاری به‌طور مستقیم قابل اعمال یا خوداجرا[۴۴] است.[۴۵] در اکثر موارد، معاهدات در ارتباط با خوداجرایی ساکت هستند. کنوانسیون *وین* حقوق معاهدات نیز دستورالعملی در این زمینه ندارد و دادگاه‌های داخلی در مواجهه با چنین وضعیت‌هایی، قواعد خاص خود را دارند. به‌عنوان نمونه، جهت‌گیری اصلی رویه قضایی ایالات متحده، بر «غیرخوداجرا» تلقی‌کردن معاهدات است تا بدین نحو از اجرای مستقیم معاهدات، بدون قانونگذاری کنگره خودداری شود. در این راستا، اکثر دادگاه‌ها در تعیین اینکه آیا معاهده‌ای به‌طور مستقیم قابل اجرا است یا نه، به قصد قوه مجریه توجه ویژه‌ای می‌کنند.[۴۶] هنگامی‌که تصمیمات بین‌المللی با سیاست‌های داخلی در تعارض باشد، یکی از بهانه‌هایی که دادگاه‌ها بدان متوسل می‌شوند این تفسیر است که تصمیمات بین‌المللی خوداجرا نیست و دکترین‌هایی هم وجود دارد که دست قضات را باز می‌گذارد تا در وضعیت‌های حساس سیاسی از اجرای تعهدات بین‌المللی خودداری و بدین‌وسیله از منافع قوه مجریه حمایت کنند.[۴۷]

دولت‌ها موظف‌اند از تصمیمات و احکام دیوان بین‌المللی دادگستری تبعیت کنند. ماده ۹۴ در بند ۱ بیان می‌دارد که «هریک از کشورهای عضو سازمان ملل، متعهد می‌شوند تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری را در دعوایی که در آن طرفیت دارند اجرا کنند». تعهد مذکور، متوجه تمام

41. Benvenisti, Eyal, *op. cit.*, "Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *4 European Journal of International Law*, 1993, p. 161.

42. *See*; Polakiewicz J. and Jacob-Foltzer V., "The European Human Rights Convention in Domestic Law", *12 Human Rights Law Journal*, 1991, p. 65.

43. See; Eyal Benvenisti and George W. Downs, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *European Journal of International Law*, 2009, pp. 59-72.

44. Self-executing

۴۵. ن.ک: فرهاد خمامی‌زاده؛ «تفسیر و اجرای معاهده در حقوق داخلی»، *مجله حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۱۶، ۱۳۸۲.

46. Benvenisti, *op. cit.*, 1993, pp. 166-167.

47. *Ibid.*, pp. 168-169.

نهادهای دولتی اعم از اجرایی، تقنینی و قضایی است و قصور هریک از آن‌ها در اجرای تصمیمات دیوان، نقض تعهدات بین‌المللی و مسئولیت‌آفرین است. اینکه نظام حقوقی ملی، تابع کدام‌یک از رویکردهای یگانگی و دوگانگی باشد یا اینکه دادگاه‌های داخلی متأثر از خط‌مشی‌ها و منافع کشور خود باشند و اقتدارات قضایی را در راستای سیاست‌گذاری‌های داخلی و خارجی قوه مجریه سروسامان دهند بر مقوله مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها تأثیری ندارد و عدم انجام تعهدات بین‌المللی از جانب نهادهای قضایی، موجب مسئولیت بین‌المللی دولت خواهد شد. ازآنجاکه دادگاه‌های داخلی، ارگان‌های دولتی هستند باید خود را با هنجارهای بین‌المللی وفق دهند. ماده ۴ طرح مسئولیت دولت‌ها مقرر می‌دارد: «رفتار هر نهاد دولتی باید طبق حقوق بین‌الملل، عمل آن دولت محسوب شود، اعم از اینکه آن نهاد، مسئولیت قانونگذاری، اجرایی، قضایی یا هر مسئولیت دیگری داشته باشد، فارغ از اینکه نهاد مربوطه، ارگان دولت مرکزی یا سایر ایالات کشور باشد». مضاف بر این، مطابق ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ *وین* در خصوص حقوق معاهدات، یک طرف معاهده نمی‌تواند به حقوق داخلی خود به‌عنوان توجیهی برای قصور خود در اجرای معاهده استناد کند. بنابراین اگرچه دولت‌ها در انتخاب روش‌های اجرای تعهدات بین‌المللی و سازماندهی ساختار قضایی خود آزادند، این سازوکارها نباید به‌نحوی باشد که منجر به نقض موازین بین‌المللی شود.

۲ـ۲. ارتباط دیوان بین‌المللی دادگستری با دادگاه‌های داخلی

دستگاه قضایی همانند قوه مجریه و قوه مقننه موظف به تبعیت از احکام دیوان بین‌المللی دادگستری است و دادگاه‌های داخلی باید در موارد مقتضی، اقدامات ضروری جهت اجرای تصمیمات دیوان اتخاذ کنند. دیوان در برخی احکام، به‌وضوح تعهداتی را متوجه دادگاه‌های داخلی می‌کند. در این راستا به قضایای *لاگراند*، *اونا*، دستور بازداشت و مصونیت‌های صلاحیتی دولت اشاره خواهد شد تا تأثیر نظام‌های حقوقی ملی بر اجرای احکام روشن شود. در این میان به دلیل عدم اجرای آرای *لاگراند* و *اونا*، بخش عمده مطالب به تبیین عملکرد نظام قضایی امریکا در رابطه با احکام مذکور اختصاص می‌یابد.

قصورهای مکرر مقامات اجرایی ایالات متحده در مطلع‌ساختن اتباع خارجی زندانی از حقوقشان مبنی بر کسب مساعدت‌های کنسولی موجب طرح دعاوی مهمی علیه این کشور در دیوان بین‌المللی دادگستری شد. بر مبنای ماده ۳۶ کنوانسیون *وین* در خصوص روابط کنسولی،[۴۸]

۴۸. ماده ۳۶ـ ارتباط و تماس با اتباع دولت فرستنده:

۱. به‌منظور تسهیل انجام وظایف پست کنسولی درمورد اتباع دولت فرستنده،

مقامات محلی ملزم‌اند بدون تأخیر، اتباع خارجی را از حقشان مبنی بر دسترسی به مساعدت‌های کنسولی آگاه کنند. هر دو قضیه *لاگراند* و *اونا* مربوط به نقض ماده مذکور بودند. قضیه *لاگراند* مربوط به دو تبعه آلمانی، *والتر لاگراند* و *کارل لاگراند* بود که هر دو در سال ۱۹۸۴ در *آریزونا* به مرگ محکوم شده بودند. آن‌ها هیچ‌وقت از حقوق خود مبنی بر تماس با مقامات کنسولی آلمان بر اساس ماده ۳۶ مطلع نشدند. آلمان در سال ۱۹۹۹ از بازداشت آن‌ها آگاه شد و درخواست بخشش آنان را مطرح کرد اما *کارل لاگراند* در ۲۴ فوریه ۱۹۹۹ اعدام شد و متعاقب این اقدام، آلمان دعوای خود علیه امریکا را به دلیل نقض کنوانسیون *وین* در دیوان بین‌المللی دادگستری ثبت کرد و خواستار توقف اجرای حکم *والتر لاگراند* شد. دیوان نیز بلافاصله قرار تأمین صادر کرد و طی آن از ایالات متحده خواست تا از اعدام *والتر لاگراند* تا زمان صدور حکم نهایی دیوان خودداری کند اما دیوان عالی امریکا قرار مذکور را اجرا نکرد و *والتر لاگراند* نیز اعدام شد.[۴۹] دیوان در رأی نهایی، امریکا را ناقض کنوانسیون *وین* شناخت[۵۰] و دو تعهد را متوجه این دولت ساخت: ۱ـ عدم تکرار نقض تعهدات معاهده‌ای تضمین شود. ۲ـ احکام اتباع آلمانی که به مجازات‌های سنگین محکوم شده‌اند بر اساس حقوق مندرج در کنوانسیون وین مورد بازبینی و بررسی مجدد قرار گیرد.[۵۱] ایالات متحده در راستای تضمین عدم تکرار، برنامه‌ای جهت آموزش

الف. مأموران کنسولی آزاد خواهند بود که با اتباع دولت فرستنده ارتباط برقرار کنند و به آن‌ها دسترسی داشته باشند. اتباع دولت فرستنده نیز درمورد برقراری ارتباط با مأمورین کنسولی دولت متبوع خود و دسترسی‌داشتن با آن‌ها از همان آزادی برخوردار خواهند بود.

ب. درصورتی‌که در حوزه کنسولی ـ یکی از اتباع دولت فرستنده، توقیف یا زندانی یا در انتظار محاکمه، بازداشت یا به‌هر صورت دیگر توقیف شده باشد، مقامات صلاحیت‌دار دولت پذیرنده، بنا به تقاضای ذی‌نفع، بدون تأخیر، مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. مراسلات و مکاتبات شخص توقیف یا زندانی یا بازداشت‌شده، خطاب به پست کنسولی، بدون تأخیر توسط مقامات مذکور ارسال خواهد شد. مقامات مذکور، حقوقی را که شخص ذی‌نفع به‌موجب این بند داراست ـ به‌اطلاع خواهند رساند.

ج. مأموران کنسولی حق خواهند داشت تبعه دولت فرستنده را که زندانی یا بازداشت یا توقیف شده است ملاقات و با او مذاکره و مکاتبه نمایند و ترتیب نمایندگی قانونی او را بدهند. مأموران کنسولی همچنین حق خواهند داشت هر تبعه دولت فرستنده را که طبق رأی دادگاه در حوزه کنسولی آن‌ها زندانی یا توقیف یا پس از محاکمه بازداشت شده است ملاقات کنند. لیکن هرگاه تبعه دولت فرستنده که زندانی یا توقیف یا بازداشت شده است، صریحاً نسبت به اقدام مأموران کنسولی از طرف وی مخالفت ورزد، مأموران کنسولی از این کار خودداری خواهند نمود.

۲. حقوق مذکور در بند ۱ این ماده در حدود قوانین و مقررات دولت پذیرنده اعمال خواهد شد. باوجود این، قوانین و مقررات مزبور باید هدف‌هایی را که حقوق مندرج در این ماده برای نیل به آن پیش‌بینی شده، میسر سازد.

49. *LaGrand (Germany v. United States)*, ICJ Reports 2001, paras. 27-34.

۵۰. برای مطالعه استدلالات آلمان و امریکا، و همچنین رأی نهایی دیوان، ن.ک: سیدباقر میرعباسی، و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دادرسی‌های بین‌المللی* ـ جلد دوم، چاپ دوم، جنگل، صص ۱۶۰ـ۱۵۴.

51. *Ibid.*, para. 141.

و رعایت کنوانسیون *وین* در سیستم قضایی اجرا کرد. دیوان در قضیه *اونا*، برنامهٔ در حال اجرای امریکا را کارآمد اعلام کرد.[۵۲] اما تعهد دوم، مبنی بر بازبینی و بررسی مجدد محکومیت‌ها در پرتو کنوانسیون وین، بُعد اجرایی پیدا نکرد. دیوان اظهار داشته بود که این تعهد خاص اتباع آلمانی یا مکزیکی نیست بلکه مربوط به همه اتباع خارجی است.[۵۳]

قضیه *اونا* نیز مربوط به ۵۱ تبعه مکزیکی بود که به اعدام محکوم شده بودند. مکزیک، در تلاش برای جلوگیری از اعدام آن‌ها، در سال ۲۰۰۳ در دیوان بین‌المللی دادگستری علیه امریکا اقامه دعوا کرد و مدعی نقض ماده ۳۶ کنوانسیون روابط کنسولی شد و از دیوان تقاضا کرد تا با صدور قرار تأمین، ایالات متحده را تا زمان صدور حکم نهایی از اعدام اتباع مکزیکی منع کند.[۵۴] امریکا این بار، از قرار دیوان تبعیت کرد و هیچ‌یک از اتباع مکزیکی تا زمان صدور حکم نهایی اعدام نشد. دیوان در رأی نهایی، دستگاه قضایی امریکا را موظف کرد تا مجازات‌های اتباع مکزیکی را از نو بررسی کند.[۵۵]

یک سال بعد از صدور رأی *اونا*، نشانه‌های عدم اجرای حکم دیوان بین‌المللی دادگستری نمایان شد. دیوان عالی امریکا در رأی *سانچز ـ لاماس علیه اُریگون* تصریح کرد که «تفاسیر دیوان بین‌المللی دادگستری در دادگاه‌های ما قطعی و مسلم نیست». دیوان اظهار داشت که تفسیر دیوان در خصوص «ترتیب اثر کامل»[۵۶] به تعهدات ماده ۳۶ کنوانسیون روابط کنسولی که امریکا را ملزم می‌کند تا از قواعد دادرسی خود عدول کند، قابل احترام است اما دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌تواند تفسیر خود را در رابطه با ترتیب اثر کامل به دیوان عالی امریکا تحمیل کند[۵۷] و قواعد دادرسی در خصوص دعاوی مبتنی بر معاهدات نیز همانند سایر دعاوی اعمال می‌شود چرا که درنهایت، این دیوان عالی امریکا است که قوانین فدرالی امریکا را تفسیر می‌کند و قواعد دادرسی، بخش مهمی از نظام حقوقی داخلی است.[۵۸]

در قضیه *مدلین علیه تگزاس*،[۵۹] دیوان عالی کشور تأکید کرد که حکم دیوان در قضیه *اونا* به‌طور مستقیم و خودکار در دادگاه‌های داخلی قابل اجرا نیست چرا که هیچ‌کدام از معاهدات

52. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US)*, 2004, paras. 144-150.

53. *Ibid*., para. 151.

54. Provisional Measures Order, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US)*, 2004, para. 44.

55. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US)*, 2004, paras. 119-122.

56. Full effect

57. *Sanches-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 2006, at 351.

58. *Ibid*., at 353.

۵۹. *مدلین*، یکی از ۵۱ تبعه مکزیکی بود که دیوان در رأی *اونا* از ایالات متحده خواست تا پرونده آن‌ها از نو بررسی شود. دادگاه تجدیدنظر کیفری ایالت *تگزاس*، حکم وی را تأیید کرده بود. برای مطالعه بیشتر در این خصوص و همچنین نظریات اکثریت و اقلیت اعضای دیوان عالی امریکا در این پرونده، ن.ک:

Taryn Marks, "The Problems of Self-execution: Medellin v. Texas", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, 2009, pp. 191-213.

مطروحه (پروتکل اختیاری کنوانسیون وین، منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری) خوداجرا نیست و رئیس‌جمهور ایالات متحده نمی‌تواند با نوشتن نامه به دادستان کل، ترتیبات اجرای حکم *اونا* در داخل کشور را فراهم آورد.[۶۰] این تصمیم، تأکید مجددی بر دیدگاه دیوان عالی امریکا مبنی بر غلبه دکترین‌های حقوق داخلی بر اجرای تعهدات بین‌المللی به‌ویژه حکم الزام‌آور دیوان بین‌المللی دادگستری بود.[۶۱]

نقطه مقابل این رویکرد را می‌توان در واکنش دولت بلژیک به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *دستور بازداشت* مشاهده کرد. در سال ۱۹۹۳ در بلژیک، قانونی به تصویب رسید که به‌موجب آن، مرتکبان جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت، چه در بلژیک یافت شوند چه نشوند، چه بلژیکی باشند، چه خارجی و چه جرم در بلژیک واقع شده باشد، چه خارج از بلژیک، ممکن است تحت تعقیب کیفری قرار گیرند. با توجه به قانون مزبور، شکایات گوناگونی از نقاط مختلف جهان در دادگستری بلژیک مطرح شد. ازجمله این شکایات، پرونده‌ای بود که علیه آقای *یرودیا* وزیر امور خارجه کشور کنگو تشکیل شد و در آن ادعا شده بود که نامبرده، مرتکب جرائم جنگی و جرائم علیه بشریت شده است. دادگستری بلژیک پس از بررسی‌های مقدماتی و قبول اینکه دلایل کافی بر توجه اتهام به متهم وجود دارد، حکم دستگیری وزیر امور خارجه کنگو را صادر کرد. دولت کنگو از کشور بلژیک به دیوان بین‌المللی دادگستری شکایت کرد و مدعی شد که دولت بلژیک، قواعد بین‌المللی مربوط به مصونیت وزیر امور خارجه را نقض کرده است.

دیوان بین‌المللی دادگستری در تاریخ ۱۴ فوریه ۲۰۰۲ رأی خود را صادر کرد. دیوان بر این نظر بود که وزیران امور خارجه در دوران تصدی وزارت، به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی از مصونیت برخوردارند و اگرچه تصویب قانونی که به دادگاه‌های داخلی صلاحیت جهانی اعطا کند مواجه با مشکلی نیست، قواعد مربوط به مصونیت که از حقوق بین‌الملل قراردادی یا عرفی ناشی می‌شود باید مراعات شود.[۶۲] دیوان تأکید کرد که بلژیک با صدور و انتشار بین‌المللی دستور بازداشت مورخ ۱۱ آوریل ۲۰۰۰ علیه آقای *یرودیا* مرتکب نقض قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درمورد غیرقابل‌تعرض‌بودن و مصونیت کیفری وزیران امور خارجهٔ درحال‌خدمت شده است. دیوان در ادامه اظهار داشت بلژیک موظف است دستور بازداشت را لغو کند و لغو آن را به اطلاع مقاماتی که دستور را به آن‌ها ابلاغ کرده است برساند.[۶۳]

بلژیک در زمره کشورهایی است که نظریه یگانگی حقوقی با برتری حقوق بین‌الملل را

60. *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 2008, (No. 06-984), paras. 1361, 1371.

61. Shany, Yuval, *Regulating Jurisdictional between National and International Courts*, 2007, p. 50.

۶۲. شریعت باقری، جواد؛ *حقوق کیفری بین‌المللی*، جنگل، ۱۳۸۸، صص ۱۵۶ـ۱۵۵.

63. *Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Reports, 2002, para. 78.

پذیرفته است[۶۴] و در موارد تعارض قانون داخلی با حقوق بین‌الملل، به قواعد بین‌المللی تن می‌دهد. در پرونده مذکور نیز متعاقب حکم دیوان، دستور بازداشت، لغو شد و پارلمان این کشور در ۱ اوت ۲۰۰۳، قانون ۱۹۹۳ و ۱۹۹۹ را که صلاحیت جهانی را پیش‌بینی می‌کردند، صریحاً نسخ کرد.[۶۵] عملکرد دولت بلژیک در مقابل حکم دیوان بین‌المللی دادگستری کاملاً متفاوت از واکنش ایالات متحده بود و این امر، ریشه در تفاوت رویکرد نظام‌های حقوقی این کشورها به حقوق بین‌الملل دارد. پاسخ ایتالیا به حکم ۳ فوریه ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «مصونیت‌های صلاحیتی دولت»[۶۶] نیز مؤید این نکته است. فرایند اجرای حکم مذکور، سریع و جامع بود به‌نحوی‌که نه‌تنها قوه قضائیه ایتالیا از رأی صادره اطاعت کرد، بلکه پارلمان ایتالیا نیز قانونی را به تصویب رساند که با اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی، سازوکاری فراهم شود تا آرای دادگاه‌های ایتالیایی که برخلاف حکم دیوان بین‌المللی دادگستری باشد از نو بررسی شود.[۶۷] این رهیافت، قطعاً معلول حاکمیت نظریه یگانگی بر نظام قضایی ایتالیا است. قانون اساسی ۱۹۴۷ این کشور در اصل دهم پذیرفته است که قواعد حقوق بین‌الملل، بخشی از نظام حقوقی داخلی را تشکیل می‌دهد.[۶۸] با این اوصاف، مختصات نظام‌های حقوقی ملی بر اجرای تعهدات بین‌المللی و تصمیمات دادگاه‌های بین‌المللی تأثیر جدی دارد و دولت‌ها، بسته به مبانی قانون اساسی و اصول نظام حقوقی خود به احکام دیوان بین‌المللی دادگستری واکنش نشان می‌دهند.

۳. ضمانت اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری

چارچوب نظری که منشور ملل متحد برای اجرای آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر گرفته است ماده ۹۴ منشور است. ماده ۹۴ در بند ۱ بیان می‌دارد که هریک از کشورهای عضو سازمان ملل، متعهد می‌شود تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری را در دعوایی که در آن طرفیت دارند اجرا کند.

اساسنامه دیوان، هیچ مقرره‌ای ندارد که دیوان را قادر سازد در موارد عدم اجرای تصمیمات، اقدامی انجام دهد. در این راستا پیشنهاد شده است که ماده۶۰ اساسنامه دیوان به‌گونه‌ای اصلاح شود که کشور پیروز دعوا بتواند از دیوان تقاضای صدور «بیانیه عدم اجرا» کند. چنین اصلاحی،

64. Johan vande Lanotte, Jeremy Sarkin-Hughes, Yves Haeck, "The Principle of Equality: A South-African and A Belgian Perspective", 2001, pp. 30-35.

۶۵. خالقی، علی؛ «بلژیک و پایان ده سال رؤیای صلاحیت جهانی در جرائم بین‌المللی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۶، ۱۳۸۳.

66. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports, 2012.

67. *See*: Giuseppe Nesi, "The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in *Germany* v. *Italy*", 11 *Journal of International Criminal Justice*, 2013, pp. 185-198.

68. Benvenisti, *op. cit.*, 1993, p. 162.

فشار بر کشور خاطی را افزایش می‌دهد.[۶۹]

بر مبنای بند ۲ ماده ۹۴ «اگر هریک از طرفین دعوا در اجرای تعهدات الزام‌آور ناشی از احکام دیوان کوتاهی کند، طرف دیگر می‌تواند به شورای امنیت متوسل شود و شورا اگر مسئله را ضروری تشخیص دهد می‌تواند توصیه‌هایی بکند یا برای اجرای حکم، اقداماتی انجام دهد». بنابراین مسئولیت اجرای احکام، نه بر عهده دیوان بین‌المللی دادگستری، بلکه بر عهده مهم‌ترین رکن سیاسی ملل متحد یعنی شورای امنیت است که مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را بر عهده دارد. این رهیافت، بیانگر تفکیک مرحله رسیدگی قضایی از مرحله پس از رسیدگی قضایی در روابط بین‌الملل است. عدم اجرای احکام می‌تواند موجب تنش‌های سیاسی جدیدی شود و این امر نیازمند بررسی قضایی دیگری نبوده و مستلزم واکنش سیاسی است که در منشور پیش‌بینی شده است.[۷۰]

درحالی‌که در بند اول به ویژگی الزام‌آور کلیه تصمیمات دیوان اشاره شده است در بند دوم، تنها درمورد احکام دیوان به شورای امنیت، صلاحیت تصمیم‌گیری و اقدام اشاره شده است. اکنون این پرسش به میان می‌آید که آیا انتخاب واژه حکم، عمداً در مقابل واژه تصمیم صورت گرفته است تا شورا صرفاً در ارتباط با احکام نهایی اجازه ورود داشته باشد؟ بررسی مذاکرات مقدماتی و رویه نیز پاسخ این پرسش را نمی‌دهد.[۷۱]

با گذشت نزدیک به ۷۰ سال از عملکرد دیوان، موارد استناد به ماده ۹۴ نادر بوده است. در قضیه *شرکت نفت ایران و انگلیس* در سال ۱۹۵۱، قضیه *نیکاراگوئه علیه امریکا* در ۱۹۸۶ و قضیه *بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی سابق* در ۱۹۹۳ به این ماده استناد شده است.

۳ـ۱. مواردی از استناد به ماده (۲)۹۴

در قضیه *شرکت نفت ایران و انگلیس*، دیوان قرار موقتی صادر کرده بود.[۷۲] دولت انگلیس معتقد بود که شورای امنیت باید بر اساس ماده (۲)۹۴ ایران را به تبعیت از تصمیمات دیوان دعوت کند و متعاقب آن، این موضوع در شورای امنیت بررسی شد و انگلیس، پیش‌نویس قطعنامه‌ای را تسلیم شورا کرد[۷۳] که چند بار در آن تجدیدنظر شد و البته نهایتاً کنار گذاشته شد. قطعنامه به این

69. Reisman, Michael, "The Enforcement of International Judgments", *63 American Journal of International Law*, 1969, p. 25.

۷۰. میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل*، چاپ سوم، جنگل، ۱۳۸۹، ص ۴۸۸.

71. Tanzi, Attila, "Problems of Enforcement of Decisions of the ICJ and the Law of United Nations", *6 European Journal of International Law*, 1995, p. 564.

72. *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of July 5th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 89.

73. S/2358/Rev. 1

دلیل از دستور کار خارج شد که دیوان بین‌المللی دادگستری مشغول بررسی ابعاد مختلف قضیه بود و هنوز راجع به صلاحیت خود، تصمیمی صادر نکرده بود. بنابراین طرح مسئله عدم اجرا از جانب انگلیس بی‌اساس بود و لذا با پیشنهاد فرانسه و تصویب شورای امنیت، پیشنهاد انگلیس کنار گذاشته شد.[۷۴]

در قضیه *اجرای کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی (بوسنی‌وهرزگوین علیه یوگسلاوی)*، دیوان بین‌المللی دادگستری در پاسخ به درخواست دولت بوسنی‌وهرزگوین در تاریخ ۸ آوریل ۱۹۹۳ قرار تأمین صادر کرد و در این قرار، طرفین را به اجرای تمام و کمال کنوانسیون منع نسل‌کشی فراخواند. در ۱۶ آوریل همان سال، نماینده دائم بوسنی در سازمان ملل متحد، طی نامه‌ای توجه شورای امنیت را به تشدید درگیری‌ها و بروز نسل‌کشی در *سربرنیتسا* جلب کرد و تأکید کرد که این مسئله، نقض قرار تأمین دیوان است. دولت مذکور با استناد به ماده (۲)۹۴ منشور، از شورای امنیت خواست تا در چارچوب فصل هفتم، اقدامات فوری را در جهت اجرای قرار مذکور انجام دهد. شورای امنیت در واکنش به این درخواست، قطعنامه ۸۱۹ را صادر کرد بدون اینکه به ماده (۲)۹۴ اشاره‌ای بکند. شورا در این قطعنامه با یادآوری قرار تأمین دیوان، اظهار داشت «با تأکید بر قرار ۸ آوریل ۱۹۹۳ صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اجرای کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی (بوسنی‌وهرزگوین علیه صربستان) که به اتفاق آرا و به‌عنوان اقدام تأمینی اتخاذ شد، دولت یوگسلاوی باید فوراً مطابق کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی، تمام اقدامات لازم را در راستای جلوگیری از ارتکاب جرم نسل‌کشی انجام دهد».[۷۵] در همین رابطه، بوسنی‌وهرزگوین بار دیگر با استناد به ماده (۲)۹۴ در مورخه ۱۵ سپتامبر ۱۹۹۳ از شورای امنیت خواست تا اقدامات لازم را در اجرای قرار دیوان انجام دهد اما شورا هیچ اقدامی در این راستا صورت نداد.[۷۶]

قضیه *فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی علیه نیکاراگوئه*، نمونه بارز توسل به شورای امنیت بر مبنای ماده (۲) ۹۴ است. مجموع اوضاع‌واحوال حاکم بر دعوای نیکاراگوئه، بسیار غیرعادی بود. ایالات متحده پس از اینکه دیوان درمورد صلاحیت خود رأی صادر کرد و قبل از اینکه رسیدگی ماهوی این مرجع آغاز شود دیوان را ترک کرد؛ کاری که در تاریخ دیوان دائمی دادگستری و دیوان فعلی بی‌سابقه بوده است. تا آن زمان، هیچ دولت دیگری پس از مرحله صلاحیت و قبل از دفاع در ماهیت، از دیوان خارج نشده بود. پس از اعلام تصمیم دیوان در ژوئن ۱۹۸۶ نیکاراگوئه در اعتراض به عدم اجرای رأی دیوان، به شورای امنیت مراجعه کرد.

در ۱۷ اکتبر ۱۹۸۶ نماینده دائمی نیکاراگوئه تقاضای تشکیل جلسه فوری شورای امنیت را

74. *Ibid*., p. 544.
75. S/25616.
76. *See*: Repertory of Practice of United Nations Organs Supplement No. 8, vol. VI.

مطرح کرد تا عدم اجرای حکم دیوان از جانب ایالات متحده را بررسی کند. متعاقب این درخواست، شورای امنیت، چند روز بعد تشکیل جلسه داد که ضمن آن، پیش‌نویس قطعنامه‌ای ارائه شد که خواستار اجرای کامل و فوری حکم دیوان بود.[۷۷] اما قطعنامه با وتوی امریکا، عضو دائم شورای امنیت مواجه شد و به تصویب نرسید. امریکا تنها عضوی بود که دلایلی را در بی‌اعتباری حکم دیوان ابراز داشت. یازده عضو شورا به قطعنامه پیشنهادی رأی مثبت دادند و کشورهای تایلند، فرانسه و انگلستان نیز که رأی ممتنع دادند نسبت به اعتبار حکم دیوان هیچ‌گونه اعتراضی نداشتند و موضع نمایندگان آن‌ها این بود که تصمیماتشان صرفاً بنا به ملاحظات سیاسی بوده است.[۷۸] بعد از وتوی قطعنامه پیشنهادی در شورای امنیت، همان متن به مجمع عمومی هم تقدیم شد و این ابتکار نیکاراگوئه باعث شد تا بحث از شورای امنیت به مجمع عمومی منتقل شود و نهایتاً قطعنامه پیشنهادی با ۹۴ رأی در مقابل ۳ رأی مخالف (امریکا، اسرائیل و السالوادور) و ۵۷ رأی ممتنع به تصویب رسید.[۷۹] با وجود این، با عنایت به موازنه سیاسی حاکم بر ساختار ملل متحد، واضح است که در حال حاضر، مجمع عمومی نمی‌تواند بر مبنای قطعنامه «اتحاد برای صلح» اقداماتی مانند تحریم اقتصادی یا سایر واکنش‌ها را برای اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری انجام دهد.[۸۰]

نماینده نیکاراگوئه در جریان مباحثات مجمع عمومی اظهار داشت: «ما قضیه‌ای را بررسی می‌کنیم که در آن بدون تردید، بند ۳ ماده ۲۷ منشور قابل‌اعمال است و هیچ راهی برای قانونی‌تلقی‌کردن وتو وجود ندارد. هر عضو دائم دیگری به‌جز ایالات متحده می‌توانست حق وتوی خود را اعمال کند . بنابراین این پیش‌نویس باید قطعنامه مشروع شورای امنیت اعلام شود».[۸۱] *کیث هایت*، رئیس انجمن امریکایی حقوق بین‌الملل در مقاله خود به سال ۱۹۸۷ همسو و همنوا با موضع نیکاراگوئه می‌نویسد: «به‌موجب منطوق منشور ملل متحد، اعضای دائم شورای امنیت در ارتباط با مواردی که صریحاً در بند ۳ ماده ۲۷ منشور احصا شده است، نمی‌توانند از حق وتوی خود استفاده کنند. وی در ادامه و در تأیید این امر به اصل شناخته‌شده «هیچ‌کس نمی‌تواند قاضی دعوای خود باشد» استناد می‌کند.[۸۲]

مطابق بند ۳ ماده ۲۷، هنگامی‌که قطعنامه مبتنی بر فصل ششم منشور ملل متحد باشد که

77. UN Doc.s/18428.

78. Tanzi, *op. cit.*, p. 545.

79. UN Doc.A/41/PV.53

80. O'Connell, Mary Ellen, "The Prospects for Enforcing Monetary Judgments of the International Court of Justice: A Study of Nicaragua's Judgment against the United States," 30 *Virginia Journal of International Law* 891940 1990, p. 913.

81. UN Doc.A/41/PV.53.

۸۲. هایت، کیث؛ «بین پتک و سندان»، ترجمه: ابوسعید رهبری، *مجله حقوقی بین‌المللی* شماره ۱۶ و ۱۷، زمستان ۱۳۷۱، ص ۱۶۲.

طرف اختلاف باشد باید از دادن رأی به قطعنامه‌ای که راجع به اختلاف مذکور است خودداری کند.[۸۳] البته لازم به ذکر است که ماده ۹۴ نه به فصل ششم، بلکه به فصل چهاردهم منشور تعلق تعلق دارد و نمی‌تواند مشمول ماده ۲۷ باشد. همین امر باعث شده است تا از لزوم اصلاح ماده ۲۷(۳) سخن رانده شود به‌نحوی‌که همانند قطعنامه‌های فصل ششم، قطعنامه‌های مربوط به اجرای احکام نیز از وتو مصون باشند.[۸۴]

بدین ترتیب در طول تاریخ فعالیت شورای امنیت، این رکن هرگز از ماده ۹۴ حتی در موارد عدم اجرای آشکار استفاده نکرده است و شگفت‌آور این واقعیت است که کشورهای دارنده حق، خود به‌ندرت خواستار استفاده از این ظرفیت شورای امنیت شده‌اند حتی در مواردی که عدم اجرا ادامه یافته است.[۸۵]

اگرچه این مطلب که ماده ۹۴ نقش مهمی در عمل نداشته است صحیح است، این پرسش مطرح می‌شود که چرا کشورهای پیروز در دعوا اغلب به شورای امنیت متوسل نمی‌شوند؟ از دلایل عدم توسل به ماده ۹۴ آن است که در خیلی از موارد، صرف تهدید به اقدام شورای امنیت برای دریافت پاسخی مناسب و مطلوب از جانب کشور متمرد کافی بوده است. در اختلاف *مرز زمینی، جزیره‌ای و دریایی (هندوراس/ السالوادور)*، نامه هندوراس به شورای امنیت کافی بود تا لحن صلح‌جویانه السالوادور را در پی داشته باشد، مذاکرات جدی‌تر شده و اجرای رأی دیوان در تعیین مرز مشترک بین این دو کشور، سرعت بیشتری پیدا کند. بنابراین جایی‌که کشور نافرمان، توانایی جلوگیری از اقدام شورای امنیت را ندارد، احتمال اقدام و عکس‌العمل شورای امنیت، محرکی کافی برای مذاکره است که در جای خود می‌تواند شیوه‌ای باشد تا از اعمال بند ۲ ماده ۹۴ جلوگیری شود.[۸۶]

یکی دیگر از دلایل عدم توسل به شورا این است که ارتباط بین ماده ۹۴ و قدرت اجرایی عام شورای امنیت روشن نیست. چنانکه *رایزمن* متذکر می‌شود: «ابهام اساسی ماده ۹۴ نه در خود آن بلکه در خصوص ارتباط آن با سایر بخش‌های منشور است. شورای امنیت، زمانی وارد عمل می‌شود که تهدید علیه صلح صورت گرفته باشد. واضح است که هر عدم اجرایی، تهدید فوری برای صلح نیست.[۸۷] در این راستا تفاسیری از بند دوم ماده ۹۴ و کاربرد آن صورت گرفته است که به آن‌ها اشاره خواهد شد.

---

۸۳. برای مطالعه آرای موافقان و مخالفان حق وتو در رابطه با اعمال ماده ۹۴، ن.ک: مرتضی نجفی‌اسفاد، مهدی هادی؛ «ضمانت اجرایی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله نامه مفید*، شماره ۵۲، ۱۳۸۴، صص ۳۳ـ۳۰.

84. Sameh, Mohamed, "The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations", 2003, pp. 387-388.

85. Tanzi, *op. cit.*, p. 599.

86. Llamzon, *op. cit.*, p. 848.

87. Reisman, *op. cit.*, pp. 13-14.

۳ـ۲. تفسیر ماده (۲)۹۴

کلسن می‌گوید: «می‌توان بند ۲ ماده ۹۴ را این‌گونه تفسیر کرد که شورای امنیت می‌تواند بدون اینکه بر مبنای ماده ۳۹، عدم اجرای احکام دیوان را نقض یا تهدید صلح تلقی کند، اقداماتی در راستای ترتیب‌اثردادن به آرای دیوان انجام دهد چرا که ماده ۹۴ بند ۲ صریحاً چنین مجوزی را به شورا داده است.[۸۸] این مقرره، مبنای حقوقی مستقلی برای اتخاذ اقدامات قهری از نوع مقرر در فصل هفتم منشور است بدون اینکه نیازی به لحاظ پیش‌شرط‌های ماده ۳۹ باشد. این سؤال که آیا شورای امنیت در فقدان شرایط مقرر در ماده ۳۹ می‌تواند اقدامات قهری و توسل به زور از نوع ماده ۴۲ را اعمال کند از نگاه عمل‌گرایانه تا حدودی تصنعی به نظر می‌رسد. زمانی که شورا برای پاسخ به عدم اجرای حکم دیوان، همبستگی لازم را در میان اعضای خود احراز کند و بخواهد بر مبنای ماده ۴۲ واکنش نشان دهد، تنها لازم است وضعیت را تهدید علیه صلح به حساب آورد چرا که صلاحیت نامحدودی در تعیین مصداق‌های این مفهوم وجود دارد. رویه اخیر شورا نشان می‌دهد که شورا از این مقرره استفاده کامل می‌کند و تمایل روزافزون در توسعه مفهوم عبارت «تهدید به صلح» دارد.[۸۹] *برونو سیما* حقوق‌دان آلمانی بر استقلال ماده ۹۴ از فصل هفتم تأکید کرده و می‌گوید: «عبارت‌پردازی و جایگاه این ماده در متن نظام‌مند منشور در حمایت از این تفسیر است که اقدام بر مبنای این مقرره، مستقل از دیگر مقررات منشور است و نیازی نیست شورای امنیت، وجود تهدید برای صلح یا نقض صلح یا عمل تجاوز را مطابق با ماده ۳۹ احراز کند اما می‌تواند اقداماتی انجام دهد که در ماده ۴۱ فهرست شده است».[۹۰]

تاریخ سازمان ملل نشان می‌دهد تفسیر توسط ارکان ملل متحد، امری سیاسی است؛ بدین معنا که اختلاف در تفسیر، غالباً با آنچه کشورهای عضو می‌خواهند حل می‌شود. ائتلاف‌ها، اتحادها و بده‌بستان‌ها بر انتخاب آنان تأثیرگذار است و انعطاف‌پذیری زبان منشور هم به آن‌ها این امکان را می‌دهد که انتخاب آن‌ها فارغ از هرگونه محدودیتی باشد.[۹۱] در فقدان نظامی که به بررسی قضایی اقدامات ملل متحد بپردازد، رفتار و عملکرد کشورهای عضو است که با پذیرش یا سکوت خود به اقدامات، مشروعیت می‌بخشند. بااین‌وصف، آنچه اختلاف در تفاسیر را حل می‌کند، رویه عملی شورای امنیت است و در صورت وجود اراده سیاسی لازم، ابهامات ماده ۹۴ مانع از اقدام این شورا نخواهد شد. بنابراین اعضای شورای امنیت می‌توانند در موارد عدم اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری بدون طی مسیر ماده ۳۹ برای اقدامات عملی از مواد ۴۱ و ۴۲

88. Kelsen, Hans, "Organization and Procedure of the Security Council", *Harvard Law Review* 1946, p. 1096.

89. Tanzi, *op. cit.*, p. 577.

90. Simma, Bronou, *The Charter of United Nations: A Commentary*, 2000, p. 1175.

91. Schachter, Oscar, "United Nations Law", *88 American Journal of International Law*, 1994, p. 7.

استفاده کنند.[۹۲]

نتیجه

فهرست دعاوی دیوان بین‌المللی دادگستری در سالیان اخیر با رشد چشمگیری همراه بوده است. اگر تا سال ۱۹۹۰ دیوان، سالانه یک الی دو پرونده را بررسی و قضاوت می‌کرد، این میزان بعد از تاریخ مذکور به بیش از سه مورد در سال افزایش یافته است. علی‌رغم فقدان نسبی سازوکار اجرای احکام، غالب احکام نهایی دیوان، جامه عمل پوشیده است و موارد نادری با عدم اجرا مواجه شده است. این واقعیت یعنی ضعف سازوکارهای اجرای احکام، اگرچه در زمینه اختلافات اقتصادی مشکل چندانی ایجاد نمی‌کند، در موضوعاتی که با حاکمیت کشورها ارتباط تنگاتنگ دارد مانع جدی محسوب می‌شود. گاهی برخی احکام در سال‌های اولیه بعد از صدور با مشکلاتی مواجه می‌شود اما در انتها عملیاتی می‌شود. در تاریخ فعالیت قضایی دیوان، برخی احکام ازجمله *کارکنان کنسولی و دیپلماتیک امریکا در تهران*، *گابچیکاوو ـ ناگیماروس* و نیکاراگوئه، اساساً اجرا نشد. آرای *لاگراند* و *اونا* نیز در دسته اجرای ناقص و ناتمام جا می‌گیرد که روی‌هم‌رفته کارنامه موفقی قلمداد می‌شود. بااین‌حال، تعداد قرارهایی که در تاریخ فعالیت دیوان اجرا نشده است زیاد بوده است.

بدیهی است حقوق بین‌الملل، موجودیت خود را از رضایت صریح یا ضمنی دولت‌ها کسب کرده است. این واقعیت در حوزه اجرای احکام نیز خودنمایی می‌کند و کشورها در مواردی که بر اساس موافقت‌نامه خاص در محضر دیوان حاضر می‌شوند در اجرای حکم، همت و تلاش بیشتری نشان می‌دهند و نافرمانی کمتری صورت می‌گیرد. البته اذعان به مطلب فوق، مانع از توجه به صلاحیت اجباری نیست. این راهکار، مبنای صلاحیتی غالب پرونده‌های دیوان بوده و با قضایی‌کردن حل‌وفصل اختلافات در کاهش توسل به زور و برقراری صلح، نقش مهمی ایفا کرده است.

همان گونه که ذکر شد، شورای امنیت به‌عنوان ضامن اجرای تصمیمات دیوان، تا کنون از اختیارات خود در این زمینه استفاده نکرده است و به نظر می‌رسد دولت‌ها نیز مایل نیستند رجوع به شورای امنیت را اولین گزینه خود قرار دهند و ترجیح می‌دهند با تلاش‌های دیپلماتیک، موجبات اجرای احکام را فراهم آورند. در این میان، فشارهای بین‌المللی نقش بارزی در ترغیب کشورها به تبعیت از تصمیمات دیوان دارد.

تأملی بر ماهیت و اوصاف فهرست پرونده‌های دیوان بین‌المللی دادگستری نشان می‌دهد اجرایی‌شدن احکام، چگونه چالش‌های موجود بین کشورها را مدیریت کرده و از تبدیل آن به

92. Tanzi, *op. cit.*, p. 602.

تهدیدهای امنیتی جلوگیری کرده است. در واقع دیوان بین‌المللی دادگستری از مجرای فعالیت قضایی خویش، همگام با شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد به برقراری و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی کمک می‌کند. البته نباید از دیوان بین‌المللی دادگستری توقع بیش از حد داشت چرا که هم به دلیل ساختار صلاحیتی دیوان و هم خصلت آشفته نظام بین‌المللی، قدرت محدودی در کنترل عملکرد دولت‌ها دارد؛ ضمن اینکه خیلی از اختلافات در جامعه بین‌المللی نه از راه حقوق و به‌واسطه قضات مجری حقوق بین‌الملل، بلکه از راه دیپلماسی و مذاکره حل‌وفصل می‌شود و ارگان قضایی اصلی ملل متحد نیز مانند همیشه به‌عنوان مرجع بسیار مهم به حل‌وفصل اختلافات ادامه خواهد داد و نقش خود را در حفظ صلح و امنیت و برقراری عدالت ایفا خواهد کرد.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- شریعت باقری، جواد؛ *حقوق کیفری بین‌المللی*، چاپ دهم، جنگل، ۱۳۸۸.
- میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دادرسی‌های بین‌المللی* (مسائل روز، چکیده آرا و اسناد)، جلد دوم، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۹.

میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل*، چاپ سوم، جنگل، ۱۳۸۹.

ـ مقاله

- هایت، کیث؛ «بین پتک و سندان»، ترجمه: ابوسعید رهبری، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۱۶ و ۱۷، زمستان ۱۳۷۱.
- هاشمی، حمید؛ «اجرای تعهدات بین‌المللی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۵، ۱۳۸۸.
- خمامی‌زاده، فرهاد؛ «تفسیر و اجرای معاهده در حقوق داخلی»، *حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۱۶، ۱۳۸۲.
- خالقی، علی؛ «بلژیک و پایان ده سال رؤیای صلاحیت جهانی در جرائم بین‌المللی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۶، ۱۳۸۳.
- مرادی نوده، سیرالله؛ «اجرای تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله حقوق خصوصی*، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
- نجفی اسفاد، مرتضی و مهدی هادی؛ «ضمانت اجرایی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله نامه مفید*، شماره ۵۲، ۱۳۸۴.

ب) انگلیسی

Books

- Al-Qahtani, Mutlaq Majed, *Enforcement of International Judicial Decisions of the International Court of Justice in Public International Law*, PhD Thesis. 2003. Louis Henkin, *International Law: Politics and Values*, 1995.
- Mackenzie, Ruth, Romano, Ceasare and Shany, Yuval, *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Simma, Bronou, *The Charter of United Nations: A Commentary*, 2000.
- Sameh, Mohamed, *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, Kluwer Law International, 2003.

- Shany, Yuval, *Regulating Jurisdictional between National and International Courts*, Oxford, 2007.
- Vande Lanotte, Johan & Sarkin-Hughes Jeremy & Haeck, Yves *The Principle of Equality: A South African and a Belgian Perspective*", Amazon, 2001.

Articles

- Ajibola, B., "Compliance with Judgments of the International Court of Justice", in Bulterman, M. K., and Kuijer, M., (eds), *Compliance with Judgments of International Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Benvenisti, Eyal, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *4 European Journal of International Law*, 1993. --- Benvenisti, Eyal and W. Downs, George, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *European Journal of International Law*, 2009.
- Borchard, Edwin, "Relation between International Law and Municipal Law", *27 Virginia Law Review*, 1940.
- Brown, Colton, "Enforcement of ICJ Decisions in United States Courts", *11 Maryland Journal of International Law*, 1987.
- Ginsburg, T. and McAdams, R. "Adjudicating in Anarchy:, An Expressive Theory of International Dispute Resolution", *45 William & Mary Law Review*, 2004.
- Guillaume, Gilbert, "Enforcement of Decisions of International Court of Justice", in *Perspectives on International Law*, edited by Nandasiri Jasentuliyana, Martinus Nijhoff, 1995.
- Gross, Leo, "Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice", in *The International Court of Justice at A Crossroads* Lori Damrosched, 1987.
- Greenwood, Christopher, "The Role of the ICJ in the Global Community", Lecture at University of California, 2011.
- Jonatan, Charny, "Disputes Implicating the International Credibility of the Court: Problems of Non-Appearance, Non-Participation, and Non-Performance", in *The International Court of Justice at a Crossroads* Lori Damrosched, 1987.
- Kelsen, Hans, "Organization and Procedure of the Security Council", *Harvard Law Review*, 1946.
- Llamzon, Aloysius P., "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *European Journal of International Law*, 2008.
- Marks, Taryn, "The Problems of Self-execution: Medellin v. Texas", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, 2009.
- Nesi, Giuseppe, "The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy", *11 Journal of International Criminal Justice*, 2013.
- O'Connell, Mary Ellen, "The Prospects for Enforcing Monetary Judgments

of the International Court of Justice: A Study of Nicaragua's Judgment against the United States", *Virginia, Journal of International Law*, 1990.
- Oda, Shigeru, "The Compulsory Jurisdiction of International Court of Justice: A Myth?", *49 International and Comparative Law Quarterly*, 2000.
- Oppong, R. F., "Re-Imagining International Law: An Examination of Recent Trends in the Reception of International Law into National Legal Systems on Africa", *30(2) International Law Journal*, 2006.
- Paulson, Colter, "Compliance with Final Judgments of the International Judgments of the International Court of Justice Since 1987", *98 American Journal of International Law*, 2004.
- Reisman, Michael, "The Enforcement of International Judgments", *63 Amercian Journal of International Law*, 1969.
- Rylatt, Jake W., "Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency", *Leeds Journal of Law & Criminology*, 2013.
- Shany, Yuval, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", 20 *The European Journal of International Law*, 2009.
- Schachter, Oscar, "United Nations Law", *88 American Journal of International Law*, 1994.
- Tanzi, Attila, "Problems of Enforcement of Decisions of the ICJ and the Law of United Nations", *6 European Journal of International Law*, 1995.

Cases and Instruments

- *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, Provisional Measures, (Declaration of Oda), ICJ Reports 2001.
- *Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Reports, 2002.
- *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US)*, ICJ Reports, 2004.
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, ICJ Reports, 2012.
- *LaGrand (Germany v. United States)*, ICJ Reports 2001.
- *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008) (No. 06-984)
- Provisional Measures Order, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. US)*, 2004.
- *Sanches-Llamas v. Oregon*, 548 U.S., 2006.
- Repertory of Practice of United Nations Organs Supplement No. 8, volume VI.
- UN DOC. A/RES/3232
- UN DOC. NO. A/47/277
- UN DOC NO. SG/SM/10414
- UN DOC. S/18428
- UN DOC A/41/PV.53
- UN DOC S/25616

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۲۵۶ ـ ۲۱۹

اختلافات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی با ایران در پرونده هسته‌ای از دیدگاه حقوق بین‌الملل

سیدحسین سادات‌میدانی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۸

چکیده

تفسیر و قضاوت راجع به دو مقوله «نگرانی‌های بین‌المللی» و «تعهدات بین‌المللیِ» مرتبط با برنامه هسته‌ای ایران، ازجمله امور اختلافی بوده که طرف‌های درگیر و ذی‌نفع، مواضع و دیدگاه‌های متعارض خاص خود را دارند. درحالی‌که مسئله اول، ماهیتاً امری ذهنی است و احراز یا انکار آن، تابعی از متغیرهای غیرملموس عمدتاً سیاسی ـ امنیتی است، مسئله دوم اساساً مقوله‌ای عینی است که می‌توان با درنظرداشتن حقوق بین‌المللِ قابل اعمال و حقایق اثبات‌شده، درمورد آن قضاوت کرد. همواره طرف‌های مقابل ایران با اشاره به «نگرانی‌های مشروع جامعه بین‌المللی»، پایبندی ایران به «تعهدات بین‌المللی»اش را خواستار شده‌اند. در مواضع ابرازشده، طرف‌های مقابل ایران بدون شکافتن مبانی استدلالی، به‌طور کلی ضمن تأکید بر مسئولیت‌های خود در تضمین اجرای تعهدات بین‌المللی ایران، بر ضرورت پایبندی به الزامات بین‌المللی اشاره می‌کنند. درمقابل، ایران ضمن اعلام آمادگی به‌منظور تعامل در جهت رفع نگرانی‌ها و اتخاذ داوطلبانه اقدامات اعتمادساز، همواره بر این عقیده بوده است که در عین التزام به «تکالیف بین‌المللی»، بر استیفای کامل «حقوق بین‌المللی خود، وفق معاهده عدم اشاعه هسته‌ای» مصر است. در میان مجموعه‌ای از ادعاهای حقوقی، این نوشتار تلاش دارد که تنها برخی اختلافات حقوقی عمده میان ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به‌عنوان سازمان بین‌المللی تخصصی را از منظر حقوق بین‌الملل معاهدات بررسی کند. در مقاله، اختلافات حقوقی میان ایران و آژانس در زمینه مسئله احراز عدم پایبندی، گزارش‌دهی پرونده ایران به شورای امنیت، تعلیق اجرای ترتیبات فرعی و نهایتاً، صلاحیت آژانس در رسیدگی به فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی مورد قضاوت حقوقی بین‌المللی قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی

برنامه هسته‌ای ایران، آژانس بین‌المللی انرژی اتمی، حقوق معاهدات، تعهدات پادمانی، تعلیق معاهدات، دیوان داوری، شورای امنیت

* مدرس دانشکده روابط بین‌الملل وزارت امور خارجه hossein_sadat@yahoo.com

مقدمه

از ژوئن ۲۰۰۳ رسیدگی به برنامه هسته‌ای ایران در آژانس بین‌المللی انرژی اتمی، خارج از فرایند عادی نظارت پادمانی آغاز شد. به دنبال انتشار گزارش ماه‌های ژوئن[۱] و اوت[۲] ۲۰۰۳ مدیرکل آژانس، شورای حکام، طی اولین قطعنامه خود،[۳] به تردیدهایی درمورد ماهیت صرفاً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای ایران دامن زد که از آن روز به بعد، «نگرانی جامعه بین‌المللی» قلمداد شده است. همچنین با طرح وجود برخی قصور و نقض‌های ادعایی نسبت به تعهدات پادمانی، مسئله «مسئولیت بین‌المللی ایران به دلیل نقض تعهدات بین‌المللی» نیز همواره مورد استناد قرار گرفته است. نگرانی‌های امنیتی به همراه نقض‌های ادعایی موجب شد که شورای حکام آژانس در سال ۲۰۰۶ تصمیم بگیرد که وضعیت برنامه هسته‌ای ایران را به شورای امنیت گزارش دهد[۴] و متعاقب آن، بیانیه[۵] و قطعنامه‌ای[۶] از سوی این شورا به منظور الزام‌آورساختن برخی درخواست-های شورای حکام آژانس که ماهیت اعتمادساز داوطلبانه داشت به تصویب رسید. با توجه به عدم پایبندی ایران نسبت به تجویزات شورای امنیت، مجموعه‌ای از قطعنامه‌های حاوی تفسیر الزامات پادمانی ایران و همچنین وضع برخی تحریم‌ها (قطعنامه‌های ۱۷۳۷، ۱۷۴۷، ۱۸۰۳ و ۱۹۲۹) صادر شد.

در این دوره، ایران در چارچوب‌های بین‌المللی[۷] به‌منظور روشن‌شدن ماهیت صرفاً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای و متقاعدساختن آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و برخی دولت‌هایی که ادعا داشتند که به نمایندگی از جامعه بین‌المللی اقدام می‌کنند، اقدامات مختلفی انجام داد. لکن این اقدامات تا به امروز، نتیجه‌بخش نبوده و نه‌تنها بسیاری از اختلافات اولیه فیصله نیافته است، بلکه با وجود قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد و شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی از یک طرف و همچنین تحریم‌های یک‌جانبه از طرف دیگر، حتی بر اختلافات نیز افزوده شده است. واقعیت این است که تفسیر و قضاوت راجع به دو مقوله «نگرانی‌های بین‌المللی» و «تعهدات بین‌المللی» مرتبط با برنامه هسته‌ای ایران، اموری اختلافی بوده و طرف‌های درگیر و ذی‌نفع، مواضع و

1. GOV/2003/40, 6 June 2003.
2. GOV/2003/63, 26 August 2003.
3. GOV/2003/69, 12 September 2003.
4. GOV/2006/14, 4 February 2006.
5. S/PRST/2006/15, 29 March 2006.
6. S/RES/1696, 31 July 2006.

۷. با عنایت به اینکه در این مدت به دلیل تصمیمات ایران و سایر طرف‌های درگیر، دامنه حقوق پادمانی، قبض و بسط یافته است، همواره اختلافی در خصوص مفهوم تکالیف بین‌المللیِ قابل اعمال درمورد رفتار هسته‌ای ایران وجود داشته است. به این دلیل به‌نوعی، «حقوق بین‌زمانی» در پرونده هسته‌ای ایران مهم است، بدین مفهوم که هر فعل یا ترک‌فعل ایران در حوزه برنامه هسته‌ای باید تابع تعهدات قابل اعمال در زمان آن فعل یا ترک‌فعل تفسیر، و مورد قضاوت قرار گیرد.

دیدگاه‌های متعارض خاص خود را دارند. مسئله اول، ماهیتاً امری ذهنی است و احراز یا انکار آن، تابعی از متغیرهای غیرملموس عمدتاً سیاسی ـ امنیتی است، حال آنکه مسئله دوم، اساساً مقوله‌ای عینی است که می‌توان با درنظرداشتن حقوق بین‌الملل قابل اعمال و حقایق اثبات‌شده درمورد آن قضاوت کرد. بااین‌حال، در نبود تمایل و اراده طرف‌های درگیر در بهره‌گیری از شیوه‌های حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات فراتر از مذاکره از یک طرف (مثلاً ارجاع اختلاف به دادگاه داوری وفق موافقت‌نامه پادمان سال ۱۹۷۴ منعقده میان ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی) و همچنین اصرار طرفین بر حقانیت مواضع حقوقی کلان خود و انکار صحت مواضع طرف مقابل، در مذاکرات بین‌المللی، تا کنون برون‌رفت خاصی در این زمینه حاصل نشده است.

طرف‌های مقابل ایران (عمدتاً دولت‌های غربی) با اشاره به «نگرانی‌های مشروع جامعه بین‌المللی»، پایبندی ایران را به «تعهدات بین‌المللی» در چارچوب نظام خواسته‌اند. طرف‌های مقابل ایران در مواضع خود، بدون شکافتن مبانی استدلالی خود، به‌طورکلی ضمن تأکید بر مسئولیت‌هایشان در جهت تضمین اجرای تعهدات بین‌المللی ایران، بر ضرورت پایبندی به الزامات بین‌المللی اشاره دارند. درمقابل، ایران ضمن اعلام آمادگی به‌منظور تعامل در جهت رفع نگرانی‌ها و اتخاذ اقدامات اعتمادساز، همواره بر این عقیده بوده است که در عین التزام به «تکالیف بین‌المللی»، بر استیفای کامل «حقوق خود وفق معاهده عدم اشاعه هسته‌ای» مصر است.[۸]

با عنایت به اینکه «مبانی استدلالی» متعددی از سوی ایران و آژانس بین‌المللی و همچنین بعضاً طرف‌های ثالث (خواه دولت‌ها یا سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی) ارائه شده است، سؤال اینجاست که به‌فرض قبول[۹] ارجاع اختلافات و تعارض دیدگاه‌های طرفین به یک مرجع قضایی

---

۸. برای اطلاع از تفصیل ابعاد حقوقی پرونده هسته‌ای ایران به زبان فارسی از همین نویسنده، ن.ک: سیدحسین سادات‌میدانی؛ «شورای امنیت و پرونده هسته‌ای ایران: تقابل حاکمیت حقوق بین‌الملل و صلح بین‌المللی»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیستم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۵، سیدقاسم زمانی و سیدحسین سادات‌میدانی؛ «عملکرد شورای امنیت در پرونده هسته‌ای ایران: از ارجاع تا تحریم»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، سیدحسین سادات‌میدانی و محسن نذیری؛ «تعلیق حقوق هسته‌ای ایران توسط شورای امنیت در بوته نقد حقوق بین‌الملل»، در: *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱*، مجموعه مقالات اهدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیایی‌بیگدلی، به اهتمام سیدقاسم زمانی، شهر دانش، ۱۳۹۲. در ادبیات بین‌المللی، کمتر تألیفی وجود دارد که با جزئیات به مباحث حقوقی پرونده هسته‌ای ایران پرداخته باشد. در این خصوص به‌طور مثال می‌توان به مقاله زیر اشاره کرد:

Dupont, Pierre-Emmanuel, "Compliance with Treaties in the Context of Nuclear Non-proliferation: Assessing Claims in the Case of Iran", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 18, 2013 , can be accessed here: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283172.

۹. ارجاع اختلافات بین‌المللی به مرجع بین‌المللی در حقوق بین‌الملل، تابع رضایت طرف‌های درگیر است و بدون احراز رضایت قبلی یا بعدی ایشان، خواه صریح و خواه ضمنی، مراجع بین‌المللی عمومی یا خاص، ذی‌صلاح به رسیدگی نخواهند بود. در موضوع نوشتار حاضر، این رضایت درمورد بسیاری از اختلافات موجود به چشم نمی‌خورد.

بین‌المللی، بخت پذیرش دیدگاه و استدلالات کدام‌یک از طرفین از منظر حقوق بین‌الملل و به‌ویژه حقوق معاهدات بیشتر است؟ به‌طور مثال، یکی از مواضع مکرر ایران طی این سال‌ها این بوده است که در رسیدگی و اقدام در واکنش به پرونده هسته‌ای، خواه در درون آژانس و خواه خارج از آن (شورای امنیت یا تصمیمات ملی‌ـ منطقه‌ای) همواره متغیرهای سیاسی مدنظر بوده و الزامات فنی و حقوقی رعایت نشده است. به‌عنوان بارزترین مثال در این زمینه، معمولاً به ارجاع غیرقانونی پرونده هسته‌ای به شورای امنیت استناد می‌شود. لکن سؤال اینجاست که این‌چنین ادعا یا ادعاهای مشابه تا چه میزانی از استحکام حقوقی برخوردار است. مطمئناً، فرایند ارزیابی و قضاوت درمورد ابهامات و اختلافات، تابع قواعد و ضوابط حقوقی است که در روابط بین‌المللی ساری و جاری است (حقوق موجود). البته بعضاً این قواعد و ضوابط با حقوق مطلوب مبتنی بر عدالت و آرمان‌گرایی فاصله داشته یا اینکه کماکان پاسخ دقیقی به برخی سؤالات وجود ندارد.

روابط ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی تابع اسناد بین‌المللی ذی‌ربط، یعنی اساسنامه آژانس، معاهده عدم اشاعه هسته‌ای ۱۹۶۸ و همچنین موافقت‌نامه پادمان ۱۹۷۴ و سایر تعهدات پادمانی، همانند ترتیبات فرعی است. از آغاز رسیدگی خارج از فرایند عادی راستی‌آزمایی عدم انحراف فعالیت‌های هسته‌ای ایران، بعضاً تفاسیر و برداشت‌های مختلفی از سوی طرفین از این اسناد ارائه شده است به‌نحوی‌که می‌توان بیان داشت اختلافات حقوقی در مفهوم خاص[۱۰] میان ایران و این سازمان بین‌المللی و همچنین سایر طرف‌های درگیر وجود داشته است.

در این مقاله، عمده اختلافات حقوقی میان ایران و آژانس، ترسیم و مورد قضاوت حقوقی بین‌المللی قرار خواهد گرفت. نوشتار تلاش خواهد شد که با شکافتن استدلالات و احتجاجات حقوقی مطروحه، قابلیت پذیرش یا رد یک ادعا یا عملکرد از منظر حقوقی بین‌المللی ارزیابی و تحلیل شود. البته با توجه به اینکه کلیه داده‌های لازم به‌طور کامل در اختیار نیست، در این نوشتار، عملکرد پادمانی ایران، قبل از سال ۲۰۰۳ و یافته‌های آژانس بین‌المللی انرژی اتمی تحلیل نخواهد شد و فرض بر درستی یافته‌های آژانس خواهد بود. بااین‌حال، به ارزیابی مواضع و ادعاهای طرف‌های درگیر در رسیدگی‌ها و واکنش‌های بین‌المللی از منظر حقوق بین‌الملل پرداخته خواهد شد. در این نوشتار، عمده‌ترین اختلافات معاهداتی بین دولت ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی (احراز عدم پایبندی، گزارش‌دهی پرونده هسته‌ای به شورای امنیت و اختلافات درمورد دامنه تعهدات ایران، وفق موافقت‌نامه پادمان) از منظر حقوق بین‌الملل، تجزیه و تحلیل خواهد شد.

۱. مسئله رعایت ضوابط حاکم بر احراز عدم پایبندی درمورد برنامه هسته‌ای

۱۰. در ادبیات حقوقی بین‌المللی، اختلاف یا مناقشه بین‌المللی عبارت است از «همسونبودن دیدگاه یا منافع دو تابع بین‌المللی در خصوص یک امر حکمی یا موضوعی». ن.ک: باقر میرعباسی و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دادرسی‌های بین‌المللی*، جلد اول، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۷، ص ۲۹.

ایران

۱ـ۱. تبیین چارچوب کلان ادعاها و استدلالات حقوقی

از زمان درز برخی اخبار رسانه‌ای در اوت ۲۰۰۲ و اعلام رسمی در سپتامبر همان سال مبنی بر وجود برنامه‌ای برای بومی‌سازی چرخه سوخت هسته‌ای در برخی تأسیسات هسته‌ای ایران، آژانس، رسیدگی خارج از فرایند عادی پادمانی[۱۱] را درمورد برنامه هسته‌ای ایران آغاز کرد. ایران مدعی بود اولاً، علت اساسی عدم شفافیت برنامه هسته‌ای و اطلاع‌رسانی (یا به تعبیر غربی‌ها پنهان‌کاری) نقض تعهدات دول هسته‌ای و آژانس در تأمین نیازمندی‌ها و پاسخ‌گویی به درخواست‌های ایران بوده است. ثانیاً، درهرحال، تعهدی به اطلاع‌رسانی فعالیت‌های هسته‌ای مقدماتی (قبل از تزریق گاز به سانتریفیوژها) نداشته است. درمقابل، آژانس پس از انجام برخی بازرسی‌ها و نمونه‌برداری‌ها، ادعاهایی را درمورد عدم پایبندی ایران نسبت به تعهدات پادمانی‌اش مطرح کرد. در این راستا، طی گزارش ماه ژوئن ۲۰۰۳، مدیرکل آژانس، «یافته‌ها و ارزیابی‌های مقدماتی» را درمورد عملکرد پادمانی ایران اعلام داشت.[۱۲] در این گزارش به تعبیر مدیرکل آژانس، «قصور و نقض‌های»[۱۳] ایران در رعایت تکالیف ناشی از موافقت‌نامه پادمان احصا شد و موارد دیگر آن، طی گزارش ماه نوامبر ۲۰۰۳ و سایر گزارش‌های بعدی مدیرکل آژانس تکمیل شد.[۱۴]

پس از بن‌بست توافقات سیاسی میان ایران و طرف‌های اروپایی موسوم به E3/EU و رفع تعلیق غنی‌سازی توسط ایران و انجام غنی‌سازی در تأسیسات اصفهان، شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی طی قطعنامه‌ای نتیجه‌گیری کرد که اولاً، قصور و نقض‌های مترتب بر موافقت‌نامه پادمان «در مفهوم ماده ۱۲ بند (ج) اساسنامه آژانس، عدم پایبندی قلمداد می‌شود» و ثانیاً، مسائل مطروحه در خصوص برنامه هسته‌ای ایران از سپتامبر ۲۰۰۲ به بعد موجب شده است که نتوان نسبت به ماهیت انحصاراً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای ایران، اطمینان حاصل کرد و به این دلیل، برنامه هسته‌ای، «سؤالاتی را مطرح ساخته است که در صلاحیت شورای امنیت به‌عنوان عهده‌دار مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است».[۱۵] البته شورای حکام، تصمیم‌گیری درمورد زمان و محتوای گزارش‌دهی وفق ماده ۱۲ بند (ج) اساسنامه و همچنین اطلاع‌رسانی

---

۱۱. راستی‌آزمایی خارج از فرایند عادی به مفهوم رسیدگی ویژه نیست، بلکه به این مفهوم است که به دلیل وجود برخی قصور، شرایط اتخاذ اقدامات اصلاحی باید مورد توجه قرار گیرد.

12. GOV/2003/40, 6 June 2003, p. 7.

13. Failures and Breaches

14. GOV/2003/75, 10 November 2003, pp. 8-9 and GOV/2005/67, 2 September 2005, p. 2-3.

15. GOV/2005/77, 24 September 2005, paras. 1-2.

وفق ماده ۳ بند (ب) (۴) اساسنامه آژانس را به آینده واگذار کرد.[۱۶]

از آن زمان به بعد، ایران نسبت به یافته‌های شورای حکام در سال ۲۰۰۵ مبنی بر اعلام وضعیت عدم پایبندی معترض بوده است.[۱۷] درمقابل، آژانس با اشاره به این نکته که در احراز عدم پایبندی از نوعی حق صلاحدیدی برخوردار است، از عملکرد خویش دفاع کرده است.[۱۸] سؤال اینجاست که مفهوم «عدم پایبندی» مندرج در بند (ج) از ماده ۱۲ اساسنامه آژانس چیست؟

۱ـ۲. تعریف عام و خاص از عدم پایبندی

به‌طور کلی باید توجه داشت که در حقوق بین‌الملل، تعریف مشخصی از واژه «عدم پایبندی»[۱۹] ارائه نشده است. لکن به‌طور عام می‌توان بیان داشت که این واژه با مقوله عدم رعایت تعهدات بین‌المللی، بدون مشخص‌کردن کیفیت و نقض[۲۰] و نوع تعهدات بین‌المللیِ نقض‌شده[۲۱] مرتبط است. بعضاً نیز از این واژه برای وضعیت‌هایی استفاده می‌شود که فعل یا ترک‌فعل دولتِ به‌اصطلاح مسئول به آستانه «نقض» نرسیده و صرفاً با هدف تضمین اجرای تعهدات مطرح می‌شود. به‌عبارتی، دولتی ممکن است نسبت به تعهدات معاهداتی خود در وضعیت عدم پایبندی قلمداد شود، بدون اینکه ناقض تعهداتش باشد، بلکه تنها از او اتخاذ برخی اقدامات تمهیدی خواسته می‌شود. بااین‌حال، این واژه در چارچوب برخی از شاخه‌های حقوق بین‌الملل، به‌ویژه حقوق محیط‌زیست و حقوق کنترل تسلیحات، متضمن برخی تبعات قانونی ویژه ازجمله الزامات شکلی یا سازمانی است.

در چارچوب حقوق کنترل تسلیحات، برداشت مشخص‌تری از مفهوم عدم پایبندی در مقایسه با حقوق بین‌الملل عام وجود دارد. در این عرصه، مسئله پایبندی به تعهدات کنترل تسلیحات،

16. GOV/2005/77, 24 September 2005, para. 3.

17. INFCIRC/661, 17 November 2005 and INFCIRC/837, 30 March 2012.

18. See: Statement by the Legal Advisor, Meeting of the Board of Governors, March 2009.

19. Non-Compliance

۲۰. در حقوق بین‌الملل، درجه‌بندی نقض تعهدات بین‌المللی ازجمله الزامات ناشی از معاهدات، پذیرفته شده است. نقض‌ها طبق شکل نقض و ماهیت قاعده نقض‌شده طبقه‌بندی می‌شوند. به‌طور مثال در ماده ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات *وین* ۱۹۶۹ سخن از نقض اساسی (material breach) به میان آمده است که می‌تواند تبعاتی متفاوت از نقض عادی معاهده داشته باشد، ازجمله اینکه موجبات تعلیق روابط قراردادی در روابط اطراف معاهده را موجب شود. یا اینکه نقض تعهدات بین‌المللی ناشی از قواعد آمره یا با ماهیت عام‌الشمول (*erga omnes*) می‌تواند تبعات متفاوتی در مقایسه با نقض تعهدات با ماهیت عادی یا تقابلی (*si omnes*) داشته باشد (مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون ۱۹۶۹).

۲۱. تعهدات بین‌المللی عمدتاً ناشی از معاهدات و عرف‌های بین‌المللی است. بااین‌حال، ممکن است تکالیف بین‌المللی ناشی از اصول کلی حقوقی، اعمال یک‌جانبه و همچنین سایر منابع حقوق بین‌الملل باشد. ن.ک: ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

بیشتر با موضوع «نظارت بین‌المللی» مرتبط بوده و عمدتاً شامل مراقبت و راستی‌آزمایی است. در صورت احراز هرگونه نقض یا قصور، معمولاً موضوع سازوکارهای حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات و اقدامات اصلاحی/ اجرایی متعاقباً مطرح می‌شود.[۲۲] بااین‌حال، در اسناد مربوط به حقوق عدم اشاعه هسته‌ای، هیچ تعریفی از مفهوم «عدم پایبندی» نیامده است.

به‌موجب بند (ج) ماده ۱۲ اساسنامه، وظیفه احراز اولیه بر عهده بازرسان آژانس قرار دارد. «بازرسان باید هرگونه عدم پایبندی را به مدیرکل گزارش کنند و وی باید گزارش را به شورای حکام منتقل کند». همان گونه که از متن این ماده روشن می‌شود، عناصر عدم پایبندی مشخص نیست و توجه اساسنامه، بیشتر ناظر بر آیین احراز عدم پایبندی است تا شرایط خود عدم پایبندی.

همچنین در ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان، اگرچه به مفهوم عدم پایبندی اشاره نشده است، با استناد به ماده ۱۲ اساسنامه آژانس، نوعی ارتباط مفهومی بین این دو برقرار شده که شاید توجه به آن بتواند در ارائه تعریف عدم پایبندی هسته‌ای کمک‌کننده باشد. وفق این ماده: «چنانچه شورای حکام پس از بررسی اطلاعات مربوطهٔ گزارش‌شده به شورا توسط مدیرکل به این یافته نائل شود که آژانس در وضعیتی قرار دارد که نتواند راستی‌آزمایی کند که انحرافی از مواد هسته‌ای تحت پادمان، وفق موافقت‌نامه حاضر به سمت تسلیحات هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای وجود ندارد، ممکن است گزارش‌های پیش‌بینی‌شده وفق بند (ج) ماده ۱۲ اساسنامه آژانس را ارسال دارد و ممکن است همچنین در موارد قابل اعمال، سایر اقدامات پیش‌بینی‌شده در آن بند را اتخاذ کند. در اتخاذ چنین اقدامی شورا باید درجه اطمینان تجویزشده از طریق اقدامات پادمانی را که اعمال شده است ملحوظ دارد و باید برای دولت ایران، فرصت معقولی جهت ارائه بازتضمینات ضروری به شورا فراهم سازد».

۱ـ۳. ارزیابی ادعاها و استدلالات

معمولاً دولت‌ها و صاحب‌نظران غربی با نوعی رویکرد ذهنی، تحقق عدم پایبندی را با دامنه قابل‌انعطافی از قصور به همراه نوعی از قدرت صلاحدیدی برای شورای حکام ارزیابی کرده‌اند. ضمن تأکید بر ضرورت تفکیک میان قصور عادی و نقض‌های جدی، از دیدگاه ایشان، «عدم پایبندی، مشتمل بر آن نقض‌های پادمانی می‌شود که اهمیت بالفعل یا بالقوه برای عدم اشاعه دارند».[۲۳] بر اساس این دیدگاه، تصمیم‌گیری در این خصوص، تابع هر مورد خاص بوده که با درنظرگرفتن شرایط خاص آن تصمیم‌گیری خواهد شد. به‌عبارتی نمی‌توان تجویز واحدی ارائه

22. *See*: G. Den Dekker, *The Law of Arms Control*, 2001, pp. 101-102.

23. *See*: John Carlson, "NPT Safeguards Agreements– Defining Non-Compliance", Available here: http://www.dfat.gov.au/asno/publications/npt_safeguards.html.

کرد و این دیدگاه برای شورای حکام آژانس، نوعی حاشیه صلاحدیدی قائل است.[۲۴]

درمقابل، دولت‌ها و صاحب‌نظران کشورهای درحال‌توسعه معتقد به نوعی رویکرد عینی بوده و معتقدند که در چارچوب حقوق اشاعه هسته‌ای، مقوله عدم پایبندی اساساً با موضوع «انحراف به سمت مقاصد نظامی» گره خورده است و تنها زمانی که این حالت محقق شده باشد می‌توان سخن از عدم پایبندی در مفهوم ماده ۱۲ اساسنامه به میان آورد و صرف احراز قصور و نقض‌های پادمانی کفایت نمی‌کند. به‌طور مثال، محمد شاکر، صاحب‌نظر مسائل عدم اشاعه هسته‌ای، در درس آکادمی حقوق بین‌الملل خود در تفسیر بند (ج) ماده ۱۲ بیان کرده که زمانی می‌توان از سازوکارهای این مقرره استفاده کرد که تلاش برای پیشگیری از انحراف، ناکام مانده باشد و ادله قطعی، حاکی از حدوث انحراف وجود داشته باشد.[۲۵]

ابهام اینجاست که با درنظرگرفتن این چارچوب و رویکردها، عملکرد سال ۲۰۰۵ شورای حکام در احراز وضعیت عدم پایبندی ایران، چگونه قابل ارزیابی است؟ بدون شک با اعمال رویکرد عینی تفسیر بند (ج) ماده ۱۲ نمی‌توان سخن از احراز انحراف یا شواهد قطعی دال بر انحراف به میان آورد. این موضوع کاملاً از مفاد گزارش‌های مدیرکل، پیش و پس از تصویب قطعنامه شورای حکام روشن است.

اما آیا با درنظرگرفتن رویکرد ذهنی می‌توان قصور ایران[۲۶] را به مفهوم عدم پایبندی در مفهوم ماده ۱۲ اساسنامه آژانس و ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان منعقده میان ایران و آژانس به شمار آورد؟ در این خصوص باید در نظر داشت که این تفسیر صرفاً در صورت وجود رویه یکسان می‌تواند به‌عنوان ابزار فرعی تفسیر در مفهوم ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ *وین* (رویه بعدی دول عضو یا توافق بعدی) قابل پذیرش باشد؛ حال آنکه عملکرد شورای حکام در موارد مشابه نشان می‌دهد که قصوری در سطح موارد ادعایی در زمینه برنامه هسته‌ای ایران توسط شورای حکام به‌عنوان مصداق عدم پایبندی احراز نشده است.[۲۷]

جدای از این رویکردهای نسبتاً «غایت‌گرایانه و کارکردی تفسیری»، رویکرد «متن‌گرایانه»

24. Paul K. Kerr, "Iran's Nuclear Programme: Tehran's Compliance with International Obligations", *Congressional Research Service*, June 24, 2013.

25. *See*: M. Shaker, "The Evolving International Regime of Non-Proliferation", *Recueil des Cours*, 2006, p. 60.

۲۶. البته فرض بر صحت یافته‌های آژانس است. بر اساس یک قاعده نانوشته در حقوق، چنانچه اعمال و تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی به‌طورکلی در چارچوب اصول و اهداف یک سازمان اتخاذ شده باشد، فرض بر این است که آن تصمیم علی‌الظاهر در حیطه صلاحیت آن سازمان قرار داشته و دول مخاطب، ملزم به رعایت هستند. این نوشتار اساساً به موضوع درستی یا نادرستی یافته‌های آژانس در قصور و نقض‌های موافقت‌نامه پادمان به دلیل نداشتن دسترسی کامل به کلیه داده‌های مربوطه نخواهد پرداخت.

27. *See*: Pierre Goldschmidt, "Exposing Nuclear Non-compliance", *Survival*, vol. 51, no. 1, 2009, pp. 143-164.

از ماده ۱۲ اساسنامه و ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان نشان می‌دهد که عبارت‌پردازی‌های دو سند ذی‌ربط نشان‌دهنده آن است که اساساً هنگامی بحث عدم پایبندی مطرح می‌شود که مسئله انحراف یا عدم امکان راستی‌آزمایی عدم انحراف مطرح باشد. این درحالی است که درمورد برنامه هسته‌ای ایران در سال ۲۰۰۵ مدیرکل نه بیان کرد که در برنامه هسته‌ای ایران انحرافی وجود دارد و نه اینکه در آن مقطع زمانی اظهار داشت که قادر به عدم راستی‌آزمایی است، بلکه اولاً، بالعکس تأکید بر آن داشت که قادر به اعلام عدم انحراف درمورد برنامه‌های اعلامی است و ثانیاً، برای راستی‌آزمایی عدم انحراف و اطمینان از ماهیتِ انحصاراً صلح‌آمیز ازجمله فقدان برنامه غیراعلامی، نیاز به گذشت زمان است.

۲. مسئله رعایت آیین گزارش‌دهی برنامه هسته‌ای ایران به شورای امنیت

۲ـ۱. تبیین چارچوب کلان ادعاها و استدلالات حقوقی

همان گونه که اشاره شد، شورای حکام در قطعنامه ماه سپتامبر ۲۰۰۵ ضمن احراز عدم پایبندی، بر ضرورت انجام گزارش‌دهی و اطلاع‌رسانی برنامه هسته‌ای به شورای امنیت، وفق مواد ۳(ب)(۴) و ۱۲(ج) اساسنامه آژانس تأکید کرد. بااین‌حال، تصمیم‌گیری در خصوص زمان و محتوای گزارش‌دهی به آینده واگذار شد. در تاریخ ۳ ژانویه ۲۰۰۶ ایران طی نامه‌ای به آژانس اعلام کرد که تعلیق داوطلبانه و از منظر حقوقی، غیرالزام‌آور را به حالت تعلیق درخواهد آورد. این موضوع باعث شد که طرف‌های اروپایی، فرایند تصمیم‌گیری در خصوص زمان و محتوای گزارش‌دهی را پیگیری کنند.

درمقابل، طرف‌های اروپایی با تأکید بر اینکه بسیار قبل‌تر از این‌ها می‌بایست موضوع به شورای امنیت گزارش می‌شد، اشاره داشتند که «به عقیده ما زمان آن فرارسیده است که شورای امنیت به‌منظور تضمین اقتدار قطعنامه‌های شورای حکام، وارد عمل شود».[۲۸] بر این اساس، کشورهای اروپایی، نشست فوق‌العاده شورای حکام را تقاضا کردند. این کشورها بر این نکته تأکید داشتند که اختلاف موجود، صرفاً بین ایران و کشورهای اروپایی نیست، بلکه میان ایران و جامعه بین‌المللی است. مضافاً موضوع اختلاف، به حقوق ایران، وفق معاهده عدم اشاعه مربوط نمی‌شود، بلکه موضوعش قصور ایران در اعتمادسازی ضروری جهت احراز ماهیت صرفاً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای‌اش است.[۲۹]

در پاسخ به این موضوع، ایران به تشریح جریان رسیدگی بین‌المللی به برنامه هسته‌ای در چارچوب آژانس و همکاری‌های ایران طی سه سال قبل پرداخت.[۳۰] ایران بدون شکافتن مبانی

28. INFCIR/662, 18 January 2006.
29. INFCIR/662, 18 January 2006.
30. INFCIR/665, 27 January 2006.

استدلالی خود اعلام کرد«تصمیم شورا در گزارش‌دهی موضوع به شورای امنیت، نمی‌تواند هیچ مبنای قانونی و فنی داشته باشد» و در صورت تحقق چنین فرضی، «ایران، منطقاً و قانوناً وفق مصوبه مجلس، هیچ راهی نخواهد داشت الا اینکه کلیه اقدامات داوطلبانه و همکاری‌های اضافی با آژانس را به حالت تعلیق درآورد».[۳۱]

نهایتاً شورای حکام در جلسه جنجالی، قطعنامه‌ای را با اکثریت آرا (۲۷ موافق، ۳ مخالف و ۵ ممتنع) تصویب کرد. در این قطعنامه با مشخص‌کردن درخواست‌های آژانس، از مدیرکل خواسته شد که به شورای امنیت گزارش کند که این درخواست‌ها برای ایران الزامی است و درخواست شد که گزارش اجرای این قطعنامه و قطعنامه‌های قبلی را به نشست عادی بعدی برای بررسی ارائه کند و «پس از آن سریعاً به همراه هرگونه قطعنامه‌ای از سوی شورای حکام، آن گزارش را به شورای امنیت ابلاغ کند».[۳۲] بر این اساس و با توجه به نشست ماه مارس ۲۰۰۶ شورای حکام، مدیرکل آژانس، پرونده هسته‌ای ایران را به شورای امنیت گزارش کرد. البته در نشست ماه مارس، یکی از ابهامات این بود که آیا قطعنامه ماه فوریه کفایت می‌کند یا اینکه نیاز به قطعنامه جدید بوده است. نهایتاً شورا این دیدگاه را پذیرفت که قطعنامه ماه فوریه آژانس، برای ارجاع پرونده کافی بوده است چرا که قطعنامه مذکور، عبارت «هرگونه قطعنامه» را به‌کار گرفته و مفهومش این است که دیگر به قطعنامه جدیدی نیاز نیست. در این راستا موضوع گزارش‌دهی، از طریق بیانیه جمع‌بندی رئیس شورای حکام به‌عنوان نوعی تصمیم‌گیری سازمانی متضمن اعضای شورا دنبال شد.[۳۳]

در ارتباط با گزارش‌دهی پرونده فعالیت‌های هسته‌ای به شورای امنیت، این سؤال مطرح است که آیا اساساً گزارش به شورای امنیت توسط آژانس، وفق اساسنامه این سازمان تخصصی بین‌المللی به‌درستی صورت پذیرفته است؟ درباره این سؤال باید توجه داشت که طرف‌های مقابل، این موضوع را تابع تصمیم‌گیری سیاسی می‌دانند تا اقدام حقوقی. به‌طور مثال، در پاسخ به سؤال خبرنگاری در خصوص ابهامات قانونی راجع به واردکردن شورای امنیت در پرونده هسته‌ای ایران، البرادعی مدیرکل وقت، صراحتاً اشاره داشت که برای واردکردن شورای امنیت، «نیازی نیست که به مبانی قانونی موضوع توجه شود. فکر می‌کنم که مهم آن است که اراده‌ای در جامعه بین‌المللی برای استفاده از شورای امنیت جهت پشتیبانی از آژانس وجود دارد».[۳۴] بااین‌حال، ایران،

31. INFCIR/666, 3 February 2006.
البته بعدها ایران استدلالات حقوقی مفصل‌تری در خصوص قانونی‌نبودن ارجاع پرونده هسته‌ای به شورای امنیت مطرح کرد. ن.ک: A/62/767 – S/2008/203, 26 March 2008 and INFCIRC/853, 23 July 2013

32. GOV/2006/14, 4 February 2006, paras. 2 and 8.

33. IAEA Board of Governors Chairman's Conclusion on Sub-item 5(b), 8 March 2006.

34. "Let's not get much involved into the legalities. I think what is important here, there is a wish of the international community to get the Security Council to put its weight behind the Agency and that's where

ایران، همواره تأکید داشته است که گزارش‌دهی به‌طور غیرقانونی انجام شده است و به این دلیل، قانونی‌بودن تصمیمات بعدی شورای امنیت را به چالش می‌کشاند. ازجمله ایرادات ایران در این زمینه این بوده است که آیین پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۲ (ج) اساسنامه آژانس طی نشده است. لذا جدای از بحث ضوابط ماهوی احراز عدم پایبندی (بحث انحراف یا عدم امکان اطمینان از عدم انحراف که در قسمت قبل بدان پرداخته شد)، سؤال دیگر این است که آیا آیین گزارش‌دهی به شورای امنیت، دقیقاً از سوی آژانس طی شده است؟ به‌منظور پاسخ‌گویی به این سؤال، ضروری می‌نماید که از یک طرف مبانی گزارش‌دهی (یا در ادبیات سیاسی همان ارجاع)[۳۵] پرونده هسته‌ای یک کشور توسط آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به شورای امنیت بر اساس مقررات بین‌المللی ذی‌ربط، تجزیه و تحلیل شود.

۲ـ۲. آیین حاکم بر گزارش‌دهی به شورای امنیت

شورای امنیت سازمان ملل متحد و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به دلیل برخی اشتراکات در ایفای وظایف سازمانی در ارتباط با جلوگیری از اشاعه هسته‌ای و تلاش هر دو نهاد برای منع تکثیر تسلیحات کشتارجمعی، همواره رابطه تنگاتنگی با یکدیگر داشته‌اند. درحالی‌که از یک طرف، در مواردی شورای امنیت به‌عنوان تضمین‌کننده تصمیمات آژانس وارد عرصه شده است، از طرف دیگر در مواردی دیگر، آژانس درحقیقت به‌عنوان رکن فرعی شورای امنیت در تضمین صلح و امنیت بین‌المللی فعالیت کرده است. این رابطه نزدیک و تنگاتنگ میان دو نهاد در اسناد بین‌المللی مرتبط با مسائل عدم اشاعه هسته‌ای به‌ویژه معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای سال ۱۹۶۸ و اساسنامه سازمان بین‌المللی انرژی اتمی سال ۱۹۵۶ متبلور است.

معاهده منع گسترش، آژانس را نهاد ناظر بر عدم انحراف فعالیت‌های هسته‌ای دولت‌ها به سمت مصارف نظامی معرفی کرده است. شورای امنیت نیز باید به‌عنوان نهاد تضمین‌کننده امنیت کشورهای غیرهسته‌ای عمل کند.[۳۶] تعامل این دو نهاد مهم بین‌المللی با پایان جنگ سرد و گسترش مفهوم تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی و تسری آن به مقولاتی همانند سلاح‌های کشتارجمعی ازجمله خلع سلاح هسته‌ای پررنگ‌تر نیز شده است. جهان مشخصاً شاهد آن بود که

---

we are." See: Transcripts of Director General's Remarks at Conclusion of IAEA Board Meeting, Delivered: 8 March 2006. Available here:
http://www.iaea.org/newscenter/transcripts/2006/transcr08032006.html

۳۵. تفاوت حقوقی چندانی میان واژه ارجاع و گزارش‌دهی وجود ندارد و تنها اساسنامه آژانس میان دو وضعیت گزارش‌دهی و اطلاع‌رسانی قائل به تفکیک شده است. در این نوشتار، مقصود از ارجاع، مفهوم سیاسی آن، یعنی احاله کامل به نهاد صلاحیت‌دار دیگر نیست، بلکه منظور، گزارش‌دهی با امکان اقدام هم‌زمان توسط نهاد ارجاع‌کننده و نهاد ارجاع‌شونده است.

36. Security Council Resolution 255, 19 June 1968.

شورا در سال ۱۹۹۱ وضعیت سلاح‌های کشتارجمعی عراق را تهدیدی علیه صلح و امنیت تلقی کرد و بر آن اساس، مجوزهایی را صادر کرد که آژانس در تأیید اجرای آن‌ها فعالانه مشارکت داشت. همچنین ضرورت وجود ارتباط سازمانی از ابتدای تأسیس آژانس نیز مطمح‌نظر مؤسسان این نهاد بین‌المللی بوده است و مشخصاً در اساسنامه آژانس درج شده است. اساسنامه دو مبنا را جهت ارتباط آژانس با شورای امنیت معرفی می‌کند.

اولاً به‌موجب ماده ۳ (ب)(۴) اساسنامه، «آژانس باید چنانچه در ارتباط با فعالیت‌هایش مسائلی مطرح شود که در صلاحیت شورای امنیت قرار دارد، شورای امنیت را به‌عنوان رکن مسئول حفظ صلح و امنیت بین‌المللی از آن مطلع[۳۷] سازد». مطمئناً این مقرره به‌تنهایی الزامی برای در دستورکار قرارگرفتن یک موضوع در شورای امنیت نخواهد بود، چرا که چه بسا مسئله‌ای از دیدگاه آژانس به صلح و امنیت بین‌المللی مرتبط بوده، حال آنکه شورای امنیت به‌عنوان مسئول اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی (موضوع ماده ۲۴ منشور) با آژانس در آن خصوص هم‌عقیده نباشد. بااین‌حال، شورا همواره به نظرات کارگزاری‌های تخصصی ملل متحد توجه می‌کند.

باید به‌خاطر داشت که ماده ۳۹ منشور، اختیارات انحصاری را برای شورا جهت احراز وضعیت‌های تهدیدکننده و ناقض صلح و امنیت بین‌المللی و تجاوز پیش‌بینی کرده است. به‌علاوه نه‌تنها آژانس، بلکه مجمع عمومی (ماده ۱۱)، خود شورای امنیت (ماده ۳۴ منشور)، دولت‌های عضو (ماده ۳۵) و دبیرکل (ماده ۹۹) سازمان ملل متحد نیز می‌توانند توجه[۳۸] شورای امنیت را نسبت به اختلافات یا وضعیت‌هایی که ممکن است صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره افکنند جلب کنند.

ثانیاً به‌موجب ماده ۱۲(ج) اساسنامه آژانس، چنانچه در جریان بازرسی‌ها، بازرسان آژانس دریافتند که فعالیت‌های هسته‌ای یک دولت عضو، یا به‌منظور اهداف نظامی انجام پذیرفته است یا اینکه منطبق با شرایط و مفاد پادمان منعقده با دولت مذکور نیست، باید هرگونه عدم پایبندی را به مدیرکل گزارش کنند و وی موارد گزارش‌شده را به شورای حکام ارسال خواهد داشت. شورای حکام از دولت یا دولت‌های مورد بازرسی درخواست خواهد کرد که موارد عدم پایبندی را اصلاح[۳۹] کنند. شورای حکام باید[۴۰] این عدم پایبندی را به دولت‌های عضو، شورای امنیت و مجمع عمومی ملل متحد گزارش[۴۱] کند. در صورت کوتاهی دولت یا دولت‌های مورد بازرسی در

37. Notify
38. Attention
39. Remedy
40. Shall
41. Report

انجام اقدامات اصلاحی کامل، ظرف مدت معقول،[۴۲] شورای حکام، یک یا هر دو اقدام ذیل را به‌عمل خواهد آورد: اول توقف یا تعلیق مستقیم کمک‌های آژانس یا هریک از دولت‌های عضو و دوم تقاضای بازگشت مواد و تجهیزات ارائه‌شده به دولت مورد بازرسی یا تعدادی از دولت‌های عضو. آژانس همچنین می‌تواند بر اساس ماده ۱۹، برخورداری از امتیازات و حقوق عضویت دولتی را که در وضعیت عدم پایبندی قرار داشته، معلق کند.

بر این اساس، آیین رسیدگی به وضعیت یک کشور که در حالت عدم پایبندی قرار داشته است در اساسنامه مشخص است. مراحل مذکور عبارت‌اند از احراز عدم پایبندی بازرسان، گزارش به دبیرکل آژانس، انعکاس موضوع به شورای حکام و درخواست انجام اقدامات اصلاحی در مدت معقول. در صورت عدم تمکین دولت موضوع تصمیم آژانس، ممکن است اتخاذ اقدامات تنبیهی همانند موارد مذکور در ماده ۱۲(ج) در دستور کار قرار گیرد. گزارش به دولت‌های عضو اساسنامه و شورای امنیت نیز به‌عنوان یک پروسه شکلی ـ و نه با هدف ایجاد آثار و تبعات حقوقی برای دولت ناپایبند ـ مطرح است. بدیهی است حد اعلای سازوکارهای موجود در اساسنامه آژانس جهت واکنش همان مواردی است که در ماده ۱۲(ج) ذکر شده است. همچنین در ماده ۳ موافقت‌نامه همکاری ملل متحد و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی نیز آمده است که آژانس باید هرگونه مورد ناپایبندی را در مفهوم ماده ۱۲(ج) اساسنامه‌اش به شورای امنیت و مجمع عمومی گزارش کند.[۴۳] بااین‌حال، درعمل به دلیل مبهم‌بودن مفهوم «ناپایبندی»، استفاده از ابزار گزارش‌دهی مندرج در این ماده مورد اختلاف بوده است؛ بخصوص زمانی که دولت مسئول، سریعاً اقدامات اصلاحی را اتخاذ می‌کند و در این زمینه همکاری لازم را دارد.

با عنایت به اینکه موضوع ارجاع قصور ایران از موافقت‌نامه پادمان معاهده عدم اشاعه، متفاوت از نقض موافقت‌نامه‌های پادمان منعقده در چارچوب اساسنامه آژانس مطرح است،[۴۴] تفسیر ماده ۱۲ (ج) ازجمله می‌بایست در چارچوب معاهده عدم اشاعه هسته‌ای و موافقت‌نامه پادمان مربوطه[۴۵] تفسیر شود. ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان (که عیناً در موافقت‌نامه پادمان منعقده میان ایران و آژانس[۴۶] آمده است) به شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی اجازه داده است چنانچه پس از

42. Fully Corrective Action within a Reasonable Time

43. Agreement Governing the Relationship between the United Nations and the International, Atomic Energy Agency, GA Res. 1145(XII) of 14 November 1957, INFICR/11, 30 October 1959.

۴۴. لازم به ذکر است که تا قبل از انعقاد معاهده عدم اشاعه هسته‌ای، موافقت‌نامه‌های پادمان با آژانس، موردی بود که ناظر بر ارائه سوخت هسته‌ای از یک کشور به کشور دیگر بود. چارچوب موافقت‌نامه‌های پادمان قدیمی در اسناد INFCIRC/26 (1961)و INFCIRC/66.Rev.2 (1965) در دسترس است.

45. INFCIRC/153 (1972).

46. Agreement between Iran and the Agency for the Application of Safeguards in Connection with the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, INFCIRC/214, 13 December 1974.

بررسی اطلاعات ذی‌ربط که مدیرکل آن را گزارش کرده است، دریابد که آژانس در وضعیتی قرار ندارد که تأیید کند هیچ‌گونه انحرافی از مواد هسته‌ای که باید طبق این موافقت‌نامه مورد راستی‌آزمایی قرار گیرد به سمت تسلیحات هسته‌ای یا سایر ادوات منفجره هسته‌ای وجود نداشته است، می‌تواند[۴۷] گزارش‌هایی را وفق بند (ج) از ماده ۱۲ اساسنامه آژانس ارسال کند و همچنین در صورت امکان اعمال، سایر اقدامات مذکور در آن بند را اتخاذ کند. به هنگام اقدام در این خصوص، شورای حکام باید درجه اطمینان حاصل از اقدامات پادمانیِ اعمال‌شده را لحاظ داشته و به دولت ایران، هرگونه فرصت معقول[۴۸] جهت ارائه اطمینان مجدد[۴۹] را اعطا کند.

به نظر می‌رسد که حداقل، احراز دو پیش‌شرط آیینی، لازمه گزارش‌دهی وفق ماده ۱۲ (ج) در پرتو ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان است: شرط اول، شکلی است و آن طی سلسله‌مراتب اداری احراز عدم پایبندی منتج به گزارش‌دهی است. ماده ۱۲ پنج گام برای گزارش‌دهی را پیش‌بینی کرده است:

گام اول: گزارش عدم پایبندی توسط بازرسان به مدیرکل
گام دوم: انتقال گزارش فوق توسط مدیرکل به شورا
گام سوم: احراز عدم پایبندی توسط شورا
گام چهارم: تعیین اقدامات اصلاحی توسط شورا
گام پنجم: گزارش‌دهی عدم پایبندی به شورای امنیت و مجمع عمومی[۵۰]

۲ـ۳. ارزیابی گزارش‌دهی برنامه هسته‌ای ایران

اولین ابهام، مسئله عدم گزارش عدم پایبندی از سوی بازرسان به مدیرکل است. ایران مدعی است، ازآنجایی‌که بازرسان، گزارشی را درمورد عدم پایبندی در اختیار مدیرکل قرار نداده‌اند، امکان اعلام موارد عدم پایبندی رأساً توسط خود مدیرکل نیز وجود نداشته است. به نظر می‌رسد که این موضوع، بیشتر مسئله داخلی و شکلی است و ارزش حقوقی زیادی ندارد. در حقوق بین‌الملل به ایرادات شکلی که به‌راحتی قابل رفع باشد، چندان توجهی نمی‌شود. مطمئناً گزارش مدیرکل بر گزارش‌های بازرسان مبتنی بوده که در قالب معاونت پادمانی آژانس تنظیم شده است. جدای از این موضوع، همان گونه که اشاره شد، مسئله عدم پایبندی ماده ۱۲ (ج) درمورد ایران باید در پرتو ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان، تفسیر و دنبال شود. در ماده اخیر، نقش اصلی در اختیار مدیرکل آژانس است.

47. May
48. Reasonable Opportunity
49. Any Necessary Reassurance
50. *See*: Pierre Goldschmidt, *op. cit*., pp. 144-145.

شرط دوم، مسئله ماهوی است و آن اینکه باید یا انحراف ثابت شده باشد یا اینکه امکان راستی‌آزمایی عدم انحراف توسط آژانس وجود داشته باشد. ابهام موضوع دوم آن است که آیا در پرونده ایران، عدم امکان راستی‌آزمایی عدم انحراف در مفهوم ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان، هیچ‌گاه از سوی بازرسان یا مدیرکل، قبل از تصویب قطعنامه شورای حکام و حتی پس از آن اعلام شده است؟ این موضوع، از بحث تعیین قصور و نقض‌ها به‌نحوی‌که در قسمت قبل به آن پرداخته شد، متفاوت است. بدین منظور، ضروری است که به نتیجه‌گیری‌های گزارش ماه فوریه ۲۰۰۶ مدیرکل توجه شود. در این گزارش، مدیرکل نتیجه‌گیری کرده بود:

«کلیه مواد هسته‌ای اعلامی حسابرسی شده است. اگرچه آژانس تا کنون هیچ انحرافی در مواد هسته‌ای به سمت تسلیحات نظامی یا سایر ادولت انفجاری هسته ندیده است، *در مقطع زمانی حاضر*، نمی‌تواند در خصوص مواد هسته‌ای اعلامی یا فعالیت‌های ایران نتیجه‌گیری کند. فرایند نتیجه‌گیری در این خصوص در شرایط عادی، مسئله‌ای زمان‌بر است حتی با اجرایی‌بودن پروتکل الحاقی».[۵۱]

جالب اینجاست که عدم اظهارنظر قطعی راجع به امکان راستی‌آزمایی عدم انحراف هسته‌ای فعالیت‌های ایران با عبارت‌پردازی مشابهی، مورد تأکید شورای حکام بود.[۵۲] البته لازم به ذکر است که شورای امنیت، این یافته‌های ارکان اصلی آژانس را تحریف کرد. در بیانیه ریاست ماه مارس ۲۰۰۶ شورای امنیت با حذف عبارت‌های «در مقطع زمانی حاضر» یا«هنوز»، به‌طور قطعی اعلام شده که آژانس بین‌المللی انرژی اتمی اعلام داشته نمی‌تواند نتیجه‌گیری کند که هیچ مواد یا فعالیت‌های هسته‌ای اعلام‌نشده‌ای در ایران وجود ندارد.[۵۳]

مسئله بعدی، اقدامات اصلاحی ایران در گام چهارم فوق است. آنچه روشن است ایران در زمان تصویب گزارش‌دهی، اقدامات اصلاحی (ثبت اظهاریه‌ها) را انجام داده بود و تنها مسئولیت درستی این اظهاریه‌ها در دست بررسی و رسیدگی آژانس قرار داشت. در آن زمان مدیرکل آژانس اعلام کرده بود که «از اکتبر ۲۰۰۳، ایران اقدامات اصلاحی مرتبط با نقض‌ها را اتخاذ کرده است و آژانس می‌تواند برخی اظهاریه‌های موجود ایران ... را تأیید کند».[۵۴] البته همان گونه که اشاره شد، مدیرکل تأکید داشت که نتیجه‌گیری نهایی در خصوص ماهیت انحصاراً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای ازجمله فقدان برنامه غیراعلامی، موضوع زمان‌بری است.

با وجود این، سؤال اینجاست که چنانچه فرایند اصلاحی در جریان باشد و اقدامات اصلاحی نیز از سوی دولت مسئول انجام شده باشد، آیا فرایند گزارش‌دهی باید کماکان دنبال شود یا

51. GOV/2006/15, 27 February 2006, para. 53.
52. GOV/2006/14, 4 February 2006, p. (F).
53. Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2006/15, 29 March 2006, para. 3.
54. GOV/2006/15, 27 February 2006, para. 47.

استفاده از این گزینه صرفاً محدود به آن دسته از موارد عدم پایبندی است که اقدامات اصلاحی توسط دولت به‌اصطلاح خاطی صورت نپذیرفته باشد. به عبارت دیگر، آیا شورای حکام در این خصوص دارای الزام است یا از نوعی اختیار صلاحدیدی برخوردار است؟ در پاسخ به این سؤال، برخی از نویسندگان، اعتقاد به الزامی‌بودن این موضوع دارند و معتقدند هر مورد عدم پایبندی (در صورت احراز) باید به شورای امنیت گزارش شود و تنها شورای حکام درمورد تعیین زمان گزارش‌دهی مختار است.[۵۵] درمقابل، نظریه دیگر این است که شورای حکام در ارزیابی و تصمیم‌گیری در اتخاذ ابزارهای مندرج در ماده ۱۲ از نوعی صلاحدید برخوردار است و شورا باید با درنظرگرفتن اوضاع‌واحوال هر مورد تصمیم‌گیری کند. به‌طور مثال، در پاسخ به ابهامات مربوط به تبعات حقوقی عدم ارائه اطلاعات مرتبط با طراحی تأسیسات هسته‌ای جدید ایران با توجه به توقف اجرای کد ۳,۱ اصلاحی، مشاور حقوقی آژانس اظهار داشت:

«این شورا است که باید بررسی یا تصمیم‌گیری کند که آیا اقدام یک دولت که مغایر با موافقت‌نامه پادمان است به سطحی می‌رسد که آژانس نتواند عدم انحراف را راستی‌آزمایی کند و در این حالت از این اختیار برخوردار است که اقدامات مندرج در ماده ۱۲ (ج) اساسنامه یعنی گزارش‌دهی موضوع به شورای امنیت و مجمع عمومی را اتخاذ کند. عبارت عدم پایبندی به‌گونه‌ای که در اساسنامه به‌کار رفته است، در ارتباط با موافقت‌نامه‌های پادمان دارای معنای مشخصی به‌جز معنی عام نیست و به‌عنوان محملی برای اقدام اجباری از سوی شورا به شمار نمی‌آید. ممکن است پاسخ شورا به تناسب اوضاع‌واحوال، متفاوت باشد. در گذشته، شورا بر این پایه عمل کرده است. در تصمیم‌گیری درمورد اینکه این پاسخ چه می‌تواند باشد، ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان ایران مقرر می‌دارد که شورا باید درجه اطمینان ناشی از اقدامات پادمانی اجراشده را ملحوظ دارد و به ایران فرصت معقول برای ارائه هرگونه بازتضمینات ضروری به شورا اعطا کند».[۵۶]

اظهارات فوق‌الذکر، دقیقاً مؤید همان تحلیلی است که اولاً، وضعیت عدم پایبندی از موافقت‌نامه پادمان، صرفاً با مقوله «عدم امکان راستی‌آزمایی عدم انحراف» مرتبط است و نه هرگونه قصور و نقضی؛ حال آنکه درمورد ایران، شورای حکام، هیچ عنصری قبل از تصمیم‌گیری در این خصوص در اختیار نداشت، بلکه بالعکس در گزارش‌های مدیرکل آژانس، پذیرفته شده بود که این امر اساساً نیازمند گذشت زمان است. ثانیاً، هیچ اجباری در گزارش‌دهی برای شورا وجود نداشته است، بلکه شورا می‌بایست به همکاری‌های ایران توجه می‌کرد. صلاحدیدی‌بودن گزارش‌دهی وفق موافقت‌نامه پادمان از ماده ۲۲ موافقت‌نامه پادمان ایران و آژانس نیز قابل

55. *See*: Pierre Goldschmidt, *op. cit*., p. 149.

56. Statement by the Legal Advisor, Meeting of the Board of Governors March 2009, para. 10.

برداشت است زیرا طبق این ماده، تنها موردی که قابل‌ارجاع به سازوکار حل‌وفصل اختلاف ناشی از موافقت‌نامه نیست، همین مورد گزارش‌دهی به شورای امنیت است. به‌عبارتی این موضوع، خارج از روابط قراردادی محض تحلیل شده است.

البته باید اشاره داشت که صلاحدیدی‌بودن اختیارات مربوطه شورای حکام به مفهوم امکان عملکرد خودسرانه و تبعیض‌آمیز نیست. بلکه شورای حکام باید در اعمال قدرت صلاحدیدی خود با درنظرگرفتن رویه خود به‌صورت یکسان عمل کند. در حقوق بین‌الملل، ارکان دیگری نیز هستند که در اتخاذ برخی تصمیمات در صلاحیت ایشان دارای قدرت صلاحدیدی هستند ولی این قدرت خود را به‌صورت معقول و نسبتاً یکسان اعمال می‌کنند. مثلاً دیوان بین‌المللی دادگستری وفق ماده ۶۵ (۱) اساسنامه‌اش و همچنین ماده ۹۶ منشور در صدور رأی مشورتی دارای قدرت صلاحدیدی است، ولی این به آن مفهوم نیست که دیوان به دلخواه نسبت به موضوع صدور یا عدم صدور نظریه مشورتی تصمیم‌گیری می‌کند. در این خصوص، مرجع بین‌المللی مذکور، در رویه قضایی خود، این‌گونه اعلام داشته است که اصل بر صدور نظریه مشورتی است، مادام اینکه دلایل متقاعدکننده‌ای برای ممانعت وجود داشته باشد.[۵۷]

متأسفانه این عدم رفتار یکسان آژانس درمورد احراز عدم پایبندی و گزارش‌دهی به شورای امنیت مشاهده نمی‌شود. مثلاً تقریباً هم‌زمان با طرح قصور پادمانی ایران، قصور پادمانی برخی کشورهای دیگر مانند مصر[۵۸] و کره جنوبی[۵۹] نیز به شورای حکام گزارش شده بود. حال اینکه در آن موارد، شورا از اقدام خودداری ورزید. برخی از نویسندگان از این عملکرد تبعیض‌آمیز تحت عنوان «رویه‌های ناخوشایند» یاد کرده و خواستار پیشگیری از موارد مشابه در آینده شده‌اند، اگرچه حتی همین نویسندگان نیز به‌نحوی تلاش کرده‌اند که عملکرد تبعیض‌آمیز بین موارد ایران و دو مورد اخیر را با احتجاجاتی همانند عدم همکاری کامل ایران یا ارتباط برنامه هسته‌ای ایران با بخش نظامی و غیره، تلویحاً توجیه کنند.[۶۰]

ازآنجایی‌که ایران به‌استثنای تعلیق غنی‌سازی قبل از گزارش‌دهی به شورای امنیت به مابقی اقدامات اعتمادساز داوطلبانه ادامه می‌داد، این ابهام می‌ماند که آیا توقف اجرای اقدامات اعتمادساز، فراتر از تعهدات پادمانی می‌تواند به‌عنوان عدم همکاری پادمانی دولت مسئول در فرایند اقدامات اصلاحی، مورد استناد شورای حکام قرار گیرد؟ روشن است که در قضیه ایران، عامل اصلی منتج به گزارش‌دهی، مسئله توقف تعلیق غنی‌سازی بود. ایران با داوطلبانه و غیرالزام‌آورقلمدادکردن این موضوع معتقد بود که توقف تعلیق، حقی برای آژانس در واکنش

۵۷. میرعباسی و سادات‌میدانی؛ *همان*، صص ۴۳۱-۴۲۹.

58. GOV/2005/9, 14 February 2005, para. 22.

59. GOV/2004/84, 11 November 2004, para. 38.

60. *See*: Pierre Goldschmidt, *op. cit.*, p. 152.

ایجاد نمی‌کند؛ بخصوص اینکه شورای حکام و طرف‌های اروپایی نیز ماهیت غیرالزام‌آور تعلیق غنی‌سازی را به رسمیت شناخته شده بودند. بااین‌حال، شورای حکام با این توجیه که برنامه هسته‌ای ایران، مسائلی را مطرح ساخته که از حیث عدم اشاعه هسته‌ای حائز اهمیت است، تصمیم به گزارش‌دهی گرفت.

آخرین ایرادی که ممکن است به عملکرد آژانس وارد باشد، حذف نقش مجمع عمومی در فرایند اطلاع از موارد عدم پایبندی وفق اساسنامه است. کلیه موازین مرتبط در کنار شورای امنیت، گزارش‌دهی وفق ماده ۱۲ (ج) به مجمع عمومی را نیز تجویز می‌کند. این اسناد، اختیاری برای انتخاب از میان این دو رکن برای شورای حکام قائل نبوده و در صورت احراز عدم پایبندی و تصمیم به بهره‌گیری از ابزار ماده ۱۲، موضوع تصمیم باید به مجمع عمومی نیز گزارش شود. اگرچه از متن منشور ملل متحد این‌گونه برمی‌آید که مجمع عمومی نمی‌تواند هم‌زمان در خصوص موضوعی اقدام کند که شورای امنیت به آن رسیدگی می‌کند، این برداشت در رویه ملل متحد، کنار گذاشته شده است.[۶۱] با عنایت به امکان بهره‌گیری ایران از مجمع عمومی در موضوع هسته‌ای، به نظر می‌رسد که طراحان قطعنامه شورای حکام با هدف تضمین رسیدگی انحصاری شورای امنیت و پیشگیری از هرگونه اقدام موازی مجمع عمومی، ترجیح دادند که صرفاً شورا را در پرونده هسته‌ای ایران درگیر کنند.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد خدشه‌های اساسی نسبت به عملکرد شورای حکام در موضوع گزارش‌دهی برنامه هسته‌ای ایران به شورای امنیت وجود دارد. بااین‌حال، به دلیل ابهامات مقررات مربوطه و همچنین فقدان رویه قبلی روشن، امکان به‌چالش‌کشاندن قطعی و مستند عملکرد آژانس، مشکل است.

۳. قابلیت تعلیق اجرای کد ۳,۱ اصلاحی توسط ایران

یکی دیگر از اختلافات حقوقی میان ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی، اجرای کد ۳,۱ اصلاحی است.[۶۲] اجرای این کد از این بابت مهم است که بر دامنه زمانی اطلاع‌رسانی

۶۱. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی ۹ ژوییه ۲۰۰۴ خود در قضیه «آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین»، ضمن اشاره به مسئولیت‌های شورای امنیت در منشور ملل متحد، عملکرد مجمع و شورا را در رسیدگی به مسائل بین‌المللی بررسی کرد. در آن نظریه دیوان معتقد بود که رویه سال‌های اولیه ملل متحد این بوده است که این دو رکن بر این باور بوده‌اند که اگر موضوعی مرتبط با صلح و امنیت بین‌المللی در دستور کار شورا قرار گیرد، مجمع نباید درباره آن موضوع، توصیه‌ای بکند. با وجود این، به عقیده دیوان، پس از تصویب منشور، به‌تدریج تفسیر خاصی از ماده ۱۲ منشور رواج یافته است که اجازه اقدام هم‌زمان تحت شرایطی را فراهم می‌آورد.

See: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, I.C.J. Reports 2004, para. 27, p. 17, at 149.

۶۲. این موضوع از معدود مواردی است که آژانس درمورد آن موضع‌گیری حقوقی مشخص و مستدلی ارائه کرده است. ن.ک:

فعالیت‌های هسته‌ای تأثیرگذار است. درحالی‌که ماده ۴۲ موافقت‌نامه پادمان و نسخه قدیمی کد مذکور، صرفاً ایران را ملزم به گزارش اطلاعات مربوط به تأسیسات هسته‌ای قبل از تزریق گاز به سانتریفیوژها می‌کند، کد اصلاحی، ایران را متعهد می‌کند که «به هنگام تصمیم ساخت یا اجازه ساخت تأسیسات، هر کدام که زودتر باشد»، اطلاعات طراحی را ارائه دهد.

ایران در فوریه ۲۰۰۳ با اجرای کد اصلاحی موافقت کرد ولی در مارس ۲۰۰۷ در واکنش به تصویب قطعنامه ۱۷۴۷ شورای امنیت، با توجه به مصوبه هیئت وزیران، اجرای آن را به حالت تعلیق درآورد. در واکنش آژانس و شورای امنیت نسبت به این عمل، ایران معترض بوده و آن را فاقد آثار حقوقی می‌داند. ازجمله این موضوع در تعاملات ایران در رابطه با دسترسی‌های آژانس، بخصوص درمورد تأسیسات اراک و گزارش‌دهی ساخت فردوی قم و همچنین ارائه اطلاعات طراحی تأسیسات دارخوین، مورد جدال حقوقی طرفین بوده است. در این قسمت با تأکید بر مورد فردوی قم، با توجه به اهمیت آن، به تجزیه و تحلیل مواضع و استدلالات طرفین پرداخته می‌شود.

شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در سال ۲۰۰۹ قطعنامه‌ای[۶۳] را به تصویب رساند که در بند مقدماتی هفتم این قطعنامه، اعلام کرد که ایران با تأخیر در اعلام فعالیت‌های هسته‌ای در فردوی قم، «مغایر با تعهداتش طبق موافقت‌نامه‌های فرعی موافقت‌نامه پادمان»[۶۴] عمل کرده است. درمقابل، ایران با استناد به تعلیق اعمال «کد ۳,۱ اصلاحی»[۶۵] اظهار داشت که اساساً تعهدی به گزارش‌دهی در این مورد نداشته است. درنتیجه، هیچ‌گونه تعهد پادمانی را نقض نکرده است.

مدیرکل آژانس در گزارش نوامبر ۲۰۰۹[۶۶] خود به شورای حکام، به موضوع تأسیسات هسته‌ای فردوی قم پرداخت. وی در این گزارش اظهار داشت که ایران در تاریخ ۲۱ سپتامبر ۲۰۰۹ ، تصمیم ساخت یک سایت غنی‌سازی جدید (با قابلیت غنی‌سازی تا ۵ درصد) را به آژانس اعلام کرد. در این گزارش آمده است که ایران طی نامه‌ای در تاریخ ۲۸ اکتبر ۲۰۰۹ به آژانس اعلام داشته است که زمان شروع عملیات ساخت این سایت هسته‌ای نیمه دوم ۲۰۰۷ است.

بااین‌حال، گزارش اعلام می‌داشت که نمایندگان آژانس در جریان ملاقات‌های خود با نمایندگان ایران بیان کرده‌اند که آژانس به تعدادی تصاویر ماهواره‌ای از این سایت دسترسی پیدا کرده است که نشانگر آن است که بین سال‌های ۲۰۰۲ تا ۲۰۰۴ عملیات ساخت در این سایت

Director General's Letter to Iran, 30 March 2007, GOV/INF/2007/8 and Statement by the Legal Advisor, Meeting of the Board of Governors March, 2009.

63. GOV/2009/82, 27 November 2009.

64. Subsidiary Arrangements to Its Safeguards Agreement

65. Modified Code 3.1.

66. GOV/2009/74, 16 November 2009.

انجام می‌شد و این علمیات از سال ۲۰۰۶ مجدداً آغاز شده و تا به امروز نیز ادامه دارد. علاوه بر این، آژانس در جلسات به اطلاعات گسترده دریافتی از تعدادی از دولت‌های عضو اشاره کرده است که با جزئیات به این پیشینه طراحی و ساخت این تأسیسات پرداخته‌اند. آژانس بیان کرده است که این دسته از دولت‌ها ادعا می‌کنند عملیات طراحی این تأسیسات از سال ۲۰۰۶ آغاز شده است.

صرف‌نظر از مباحث مختلفی همانند موضوع آثار ساخت تأسیسات هسته‌ای فردوی قم بر اعتماد جامعه بین‌المللی نسبت به ماهیت انحصاری صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای ایران و نبود هرگونه برنامه و فعالیت هسته‌ای اعلام‌نشدهٔ دیگر که در گزارش مدیرکل اشاره شده است (بند ۱۴ گزارش) و توسط شورای حکام آژانس در قطعنامه مصوب بعدی شورا (بندهای ۸ و ۹ مقدماتی) تأیید شده است، سؤال اساسی این است که آیا ایران با اتخاذ تصمیمات و اقداماتی در جهت طراحی و ساخت تأسیسات هسته‌ای در فردوی قم، الزامات حقوقی بین‌المللی خود را در قبال آژانس بین‌المللی انرژی اتمی ازجمله در ارتباط با گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی نقض کرده است یا خیر؟

پاسخ به این ابهام، منوط به روشن‌شدن یک امر موضوعی و یک امر حکمی است. از یک طرف، این مسئله موضوعی مطرح است که تاریخ تصمیم به طراحی و ساخت تأسیسات هسته‌ای قم با درنظرگرفتن اسناد و مدارک، چه زمانی است؟ و از طرف دیگر، این مسئله حکمی باید مشخص شود که در تاریخ اتخاذ چنین تصمیمی آیا الزامات حقوقی مبنی‌بر گزارش‌دهی به آژانس بین‌المللی انرژی اتمی وجود داشته است یا خیر؟ با عنایت به اینکه پاسخ‌گویی به مسئله نخست، نیازمند انجام نوعی حقیقت‌یابی با درنظرگرفتن اسناد و اطلاعات موجود است، در این نوشتار از پرداختن به آن خودداری می‌شود و با فرض صحت اظهارات ایران، مبنی‌بر ساخت تأسیسات هسته‌ای قم در نیمه دوم سال ۲۰۰۷ میلادی، به بررسی ادعاهای مرتبط با مسئله دوم پرداخته می‌شود. ذکر این نکته کلی در ارتباط با مسئله اول ضروری است که در حقوق بین‌الملل، احراز نقض یا پایبندی نسبت به تعهدات بین‌المللی تابع آن دسته از تعهدات بین‌المللی است که در زمان فعل یا ترک‌فعلِ مورد اختلاف وجود داشته است.[۶۷] لذا زوال تعهد بین‌المللی، فی‌نفسه به مفهوم زوال مسئولیت‌های بین‌المللی ناشی از اعمال ارتکابی در دوره حیات آن تعهد بین‌المللی نخواهد بود.[۶۸]

---

۶۷. ماده ۱۳ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در این خصوص اعلام می‌دارد که «عمل دولت، نقض تعهد بین‌المللی به‌شمار نخواهد آمد مگر اینکه در زمان ارتکاب آن عمل، دولت ملزم به اجرای تعهد مورد بحث باشد». ن.ک:
Text of the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, Report of the International Law Commission, A/56/10, 2001, pp. 133-14.

۶۸. در این خصوص، شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۸۷ خود صراحتاً اعلام داشته است که دولت‌ها مسئول اعمال خود نسبت به نقض‌های معاهده منع اشاعه هسته‌ای پیش از تاریخ اعلام خروج خود هستند.
UN Doc. SC Res. 1887 (2009), 24 September 2009, p. 17.

۳ـ۱. تبیین چارچوب کلان ادعاها و استدلالات حقوقی

استدلال کلی ایران این بوده که با عنایت به متوقف‌شدن اجرای کد ۳,۱ اصلاحی در سال ۲۰۰۷، اساساً تا ۱۸۰ روز پیش از تزریق مواد هسته‌ای در تأسیسات برای اولین بار، ایران تعهدی به اعلام فعالیت‌های هسته‌ای خود در قم نداشت. این الزام گزارش‌دهی منطبق با تعهد کشور، وفق کد ۳,۱ نسخه ۱۹۷۶ است که ایران آن را پذیرفته بود. در این خصوص شایان ذکر است که ایران در تاریخ ۲۹ مارس ۲۰۰۷ طی نامه‌ای در واکنش به تحریم‌های شورای امنیت با استناد به عدم تصویب کد ۳,۱ اصلاحی توسط مجلس شورای اسلامی، اجرای این کد را که ایران در سال ۲۰۰۳، داوطلبانه با آن موافقت کرده بود، به حالت «تعلیق»[۶۹] درآورد. نامه مذکور درحقیقت در راستای مصوبه شماره ۸۴۱/ت ۳۷۰۴۲ هیئت وزیران مورخ ۱۳۸۶/۱/۸ به آژانس ارسال شد. مصوبه مذکور با اشاره به قطعنامه غیرقانونی ۱۷۴۷ تصریح می‌کرد که «تا زمان اجرای کامل معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و به‌ویژه اعمال حقوق غیرقانونی لاینفک کشور، مندرج در ماده (۴) معاهده مزبور و همچنین توقف پیگیری موضوع هسته‌ای جمهوری اسلامی ایران در شورای امنیت، سازمان ملل متحد و بازگشت کامل موضوع به آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و عادی‌شدن آن، اصلاحیه کد ۳/۱ از ترتیبات فرعی از موافقت‌نامه پادمان جمهوری اسلامی ایران با آژانس که در تاریخ هفتم اسفند ۱۳۸۱ به شماره ۳۰/۹۵۲۶۵ و در جهت افزایش همکاری‌های خود با آژانس بین‌المللی انرژی اتمی پذیرفته شده است به حالت تعلیق درآید». ایران مدعی است با توجه به اینکه اجرای کد اصلاحی، داوطلبانه بوده، با تعلیق اجرا، هیچ‌گونه تعهدی به گزارش‌دهی قبل از آستانه زمانی پیش‌بینی‌شده در موافقت‌نامه پادمان و کد ۳,۱ قدیمی ندارد.[۷۰] درمقابل، آژانس بین‌المللی انرژی اتمی معتقد بود که ایران، حق تعلیق یک‌جانبه کد ۳,۱ اصلاحی را نداشته و بنابراین کماکان طبق الزامات گزارش‌دهی و بازرسی می‌بایست طبق کد ۳,۱ اصلاحی در سریع‌ترین زمان ممکن، تصمیم به ساخت تأسیسات هسته‌ای را گزارش می‌کرد.

آژانس در تأیید ادعای خود، به ماده ۳۹ موافقت‌نامه پادمان ۱۵ مه ۱۹۷۴ استناد کرد. طبق این ماده از موافقت‌نامه، «دولت ایران و آژانس می‌بایست تا بدانجایی که برای اجازه به آژانس جهت ایفای مسئولیت‌هایش طبق این موافقت‌نامه به‌صورت مؤثر و کارآمد ضرورت داشته باشد، ترتیبات فرعی را منعقد کنند که در آن، جزئیات اعمال آیین‌های پیش‌بینی‌شده در این موافقت‌نامه مشخص خواهد شد. ممکن است ترتیبات فرعی *با توافق دولت ایران و آژانس*، بدون اصلاح این موافقت‌نامه تمدید شود یا تغییر یابد».[۷۱]

---

69. Suspension

۷۰. برای اطلاع از مواضع حقوقی ایران، ن.ک: INFCIRC/817 and INFCIRC/853.

71. INFCIRC/214, 13 December 1974, p. 10.

مدیرکل آژانس در گزارش مورخ ۲۳ مه ۲۰۰۷ خود به شورای حکام، ضمن اشاره به ماده مذکور، استدلال کرد که «طبق ماده ۳۹ از موافقت‌نامه پادمان ایران، ترتیبات فرعی به‌صورت یک‌جانبه قابل‌اصلاح نیست. همچنین در موافقت‌نامه پادمان، سازوکاری برای تعلیق مقررات مورد توافق در موافقت‌نامه‌های فرعی وجود ندارد. مضافاً، کد ۳,۱ به موضوع ارائه اطلاعات طراحی مرتبط بوده و به مسئله دوره زمانی یا مهلت زمانی راستی‌آزمایی اطلاعات مربوطه توسط آژانس ارتباطی پیدا نمی‌کند. حق آژانس نسبت به راستی‌آزمایی اطلاعات طراحی ارائه‌شده، حق مداومی به‌شمار می‌آید که به مرحله ساخت یا وجود مواد هسته‌ای در تأسیسات بستگی ندارد».[۷۲]

این تفسیر آژانس از موافقت‌نامه پادمان، مورد تأیید شورای امنیت در قطعنامه ۱۸۰۳ نیز قرار گرفت. شورای امنیت در این قطعنامه تأکید کرد که «طبق ماده ۳۹ موافقت‌نامه پادمان کد ۳,۱ را نمی‌توان به‌صورت یک‌جانبه اصلاح یا تعلیق کرد و حق آژانس نسبت به راستی‌آزمایی اطلاعات طراحی ارائه‌شده به او، حق مداوم به شمار می‌آید».[۷۳] شورا در این قطعنامه از ایران خواست که اعمال کد ۳,۱ اصلاحی توسط آژانس را تأیید کند.[۷۴]

۳ـ۲. چارچوب تعلیق اجرای معاهدات در حقوق بین‌الملل

به نظر می‌رسد که تأیید یا رد هریک از ادعاها و استدلالات مطروحه، مبتنی بر دو مسئله است: اول اینکه کد ۳,۱ چگونه قابل توصیف حقوقی است و دوم آنکه پذیرش اجرای کد ۳,۱ اصلاحی در سال ۲۰۰۳ و همچنین نحوه توقف اجرای آن توسط ایران به چه نحوی بوده است. در موضوع دوم، آیین توقف اجرای معاهدات بین‌المللی چیست؟

درمورد موضوع اول، برخی نویسندگان استدلال کرده‌اند که اصولاً ترتیبات فرعی، ماهیتی غیرالزام‌آور دارند بخصوص هنگامی که آیین لازم‌الاجرایی و اختتام آن مشخص نباشد. درمورد موضوع مشخص ایران، ایشان استدلال کرده‌اند که «با عنایت به روشن‌بودن با جزئیات فرایند لازم‌الاجرایی موافقت‌نامه پادمان و اصلاحات آن، فقدان تعیین آیین لازم‌الاجرایی ترتیبات فرعی ازجمله الزامات قانون اساسی نیازمند موافقت نهادهای قانونگذاری داخلی ایران، حاکی از این دلیل متنی است که ایران قصد نداشته است ترتیبات فرعی، فی‌نفسه از نظر قانونی الزام‌آور باشد، بلکه به نظر می‌رسد که این ترتیبات به‌عنوان اصول راهنما یا برداشت‌هایی برای اجرای موافقت‌نامه پادمان از سوی طرفین با خصیصه غیرالزام‌آور قانونی مورد توافق قرار گرفته است».[۷۵]

72. GOV/2007/22, 23 May 2007, para. 14.

73. UN Doc. SC Res. 1803 (2008), 3 March 2008, p. 6.

74. UN Doc. SC Res. 1803 (2008), 3 March 2008, p. 1.

75. Daniel Joyner, "The Qom Enrichment Facility: Was Iran Legally Bound to Disclose?", *Jurist Forum*, 5 March 2010, Availabe here:
http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2010/03/qom-enrichment-facility-was-iran.php

بااین‌حال، این تحلیل حتی از مواضع ایران نیز فاصله دارد زیرا ایران هیچ‌گاه استدلال نکرده است که ترتیبات فرعی به‌طور کلی و کد ۳,۱ خواه قدیمی و خواه اصلاحی ۱۹۹۲ فی‌نفسه تعهدات و تکالیفی را به دنبال نمی‌آورد، بلکه با استناد به عدم تصویب آن در مجلس و در واکنش به رفتارهای به‌اصطلاح غیرقانونی، تصمیم به «تعلیق» کد اصلاحی گرفته است.

و اما مهم‌ترین مسئله بحث، امکان تعلیق یا خاتمه اجرای معاهده‌ای است که پیش از این به‌طور ناقص (عدم تصویب نزد نهادهای قانونگذاری ذی‌صلاح) یا در قالب اجرای موقت برای طرفین لازم‌الاجرا شده است. در این خصوص به‌طورکلی شایان ذکر است که موافقت‌نامه‌های بین‌المللی ازجمله موافقت‌نامه‌ها میان سازمان‌های بین‌المللی و دولت‌ها می‌تواند به دو صورت آثار حقوقی را در روابط اطراف آن به‌دنبال داشته باشد: اول اعلام رضایت مشروط جهت اجرای موقت معاهده[۷۶] و دوم اعلام رضایت قطعی جهت اجرای دائمی معاهده.[۷۷]

۳ـ۳. ارزیابی مسئله تعلیق کد ۳,۱ اصلاحی

با توجه به اسناد و اطلاعات در اختیار، ارزیابی حقوقی حاکی از آن است که به نظر می‌رسد دفاعیات و استدلالات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به لحاظ حقوقی قابل توجه است، اگرچه ممکن است استدلالات و ادله معارضِ نتیجه‌گیری نویسنده حاضر نیز وجود داشته باشد. اولاً، ظاهراً موضع‌گیری‌ها و مکاتبات ایران بیانگر این مطلب است که ایران در سال ۲۰۰۳ به‌صورت قطعی با اجرایی‌شدن کد ۳,۱ اصلاحی موافقت کرده است. البته وفق حقوق معاهدات، عدم رعایت حقوق اساسی کشورها می‌تواند از مبانی بطلال اعلام التزام به معاهدات با شرایطی به شمار آید. ثانیاً، اعلام رضایت قطعی نسبت به اجرای کد ۳,۱ اصلاحی از واژه‌پردازی مورد استفاده در مکاتبات نیز قابل استنباط است. در مجموعه اسناد و مکاتبات، ظاهراً از واژه «تعلیق»[۷۸] و نه «اختتام»[۷۹] اجرای کد مذکور، سخن به میان آمده است. درحقیقت، چنانچه بنا بر اعتقاد بر اجرای مشروط و موقت اصلاحات این کد می‌بود، می‌بایست به متوقف‌ساختن اجرای موقت اصلاحات اشاره می‌داشت و صراحتاً مراتب عدم تمایل به عضویت قطعی در این معاهده «تا زمان تصویب آن از سوی مجلس شورای اسلامی» را اعلام می‌کرد. تعلیق معاهدات بین‌المللی زمانی امکان‌پذیر است که یا معاهده خود آن را پیش‌بینی کرده باشد یا اینکه کلیه

76. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986, Article 25.
77. *Ibid*.
78. Suspension
79. Termination

طرف‌های معاهده (درمورد حاضر، ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی) با آن توافق کنند.[۸۰]

ثالثاً، در نامه وزیر امور خارجه ایران خطاب به دبیرکل سازمان ملل متحد که پس از تصویب قطعنامه ۱۸۰۳ به ثبت رسید، علت اصلی تعلیق اجرای کد ۳,۱ اصلاحی، صدور قطعنامه ۱۷۴۷ یاد شده و بیان شده است که «تعلیق اجرای این کد تا زمان اجرای کامل معاهده منع اشاعه، به‌ویژه مقررات مرتبط با حقوق ذاتی دولت‌های عضو در جهت استفاده‌های صلح‌جویانه از فناوری هسته‌ای مقرر در ماده ۴ آن معاهده و پایان رسیدگی به موضوع در شورای امنیت و بازگشت آن به آژانس انرژی اتمی ادامه خواهد یافت».[۸۱] روشن نیست که نقض حقوق یک طرف معاهده از سوی طرف ثالث (شورای امنیت) به چه نحوی می‌تواند مبنایی برای یکی از طرف‌های معاهده جهت تعلیق آن در قبال طرف دیگر معاهده (آژانس بین‌المللی انرژی اتمی) فراهم کند، مگر اینکه بتوان ثابت کرد که آژانس، تعهدات بین‌المللی خود را به‌صورت اساسی در قبال ایران نقض کرده است (ماده ۶۰ کنوانسیون ۱۹۸۶ حقوق معاهدات *وین*).[۸۲]

رابعاً، طرح استدلالی همانند عدم تصویب کد ۳,۱ اصلاحی از سوی مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند مانع از شکل‌گیری روابط حقوقی بین‌المللی بین ایران و سایر تابعان حقوق بین‌الملل ازجمله سازمان‌های بین‌المللی شود. به‌طورکلی باید بیان داشت که دولت‌ها در پذیرش تعهدات بین‌المللی از طریق معاهدات، مختار هستند، ولی پس از پذیرش، ملزم به رعایت تعهدات خود بوده و نقض آن‌ها توسط ارکان و نهادهای وابسته، خواه قانونگذاری، اجرایی و قضایی، موجب مسئولیت بین‌المللی ایشان خواهد شد. یکی از قواعد بین‌المللی عرفی این است که هیچ دولتی نمی‌تواند جهت شانه‌خالی‌کردن از ایفای تعهدات بین‌المللی به قوانین ملی خود استناد ورزد. این قاعده عرفی از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۳۲ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به دلیل اعمال نادرست بین‌المللی تدوین شده است.[۸۳] در رابطه با تعهدات بین‌المللی ناشی از معاهدات نیز کنوانسیون‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ حقوق معاهدات *وین* در مواد ۲۷ خود تصریح دارند که «هیچ‌یک از طرف‌های معاهده نمی‌تواند برای توجیه عدم اجرای معاهده، به مقررات حقوق داخلی خود استناد کند». لذا عدم اجرای تعهد بین‌المللی از سوی یک دولت با استناد به عدم تصویب آن نزد نهادهای ذی‌صلاح، موجه نبوده و نمی‌تواند در حقوق بین‌الملل، رافع مسئولیت آن دولت باشد.

80. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986, Article 57.

81. UN Doc. A/62/767–S/2008/203, 26 March 2008, pp. 10-11.

82. Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986, Article 60.

83. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 94.

در پایان، ذکر دو نکته حقوقی در خصوص تبعات توقف اجرای کد ۳,۱ اصلاحی، جدای از مسئله قانونی‌بودن یا غیرقانونی‌بودن، شایان توجه است. نکته اول اینکه بازگشت به نسخه قدیمی این کد، فی‌نفسه نمی‌تواند به مفهوم عدم پایبندی به موافقت‌نامه پادمان فرض شود. در این خصوص اظهارات مشاور حقوقی آژانس، شایان توجه است:

«اگرچه اعمال ایران با تعهدات ناشی از ترتیبات فرعی موافقت‌نامه پادمان، منعقده با ایران مغایر است، این مسئله باید در چارچوب درستی دیده شود. با توجه به اینکه ماده ۴۲ به‌طور موسع عبارت‌پردازی شده و نسخه قدیمی کد ۳,۱ در قالب رعایت الزامات این ماده در حدود ۲۲ سال قبل از تصمیم سال ۱۹۹۲ شورا برای اصلاح آن به نحو تشریح‌شده، پذیرفته شده است، دشوار است که نتیجه‌گیری کرد ارائه اطلاعات وفق نسخه قبلی، فی‌نفسه به مفهوم عدم پایبندی یا نقض موافقت‌نامه پادمان از این طریق است».

نکته دوم، مربوط به نظارت پادمانی آژانس بر تأسیساتی است که وفق کد اصلاحی قبلاً اطلاع‌رسانی شده است. در این خصوص، ایران پس از تعلیق اجرای کد اصلاحی، ظاهراً از همکاری با آژانس در راستی‌آزمایی اطلاعات مربوطه خودداری می‌کند. درمقابل، آژانس معتقد است که حق کد ۳,۱ به موضوع زمان ارائه اطلاعات طراحی مربوط است و نه زمان راستی‌آزمایی اطلاعات توسط آژانس. به تعبیر آژانس، این حق مداوم است. این احتجاج آژانس نیز به‌نوعی مسموع به نظر می‌رسد.

۴. صلاحیت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در رسیدگی به فقدان برنامه هسته‌ای غیراعلامی و موضوع ابعاد نظامی احتمالی

یکی دیگر از موضوعات اختلافی میان ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی، دامنه صلاحیت و اقتدار آژانس در راستی‌آزمایی برنامه هسته‌ای است. ابهام این است که آیا آژانس، صلاحیت دارد که فقدان فعالیت‌های غیراعلامی و همچنین اعلام عدم انحراف در فعالیت‌ها و تأسیساتی که به‌طور مستقیم با مواد قابل شکافت هسته‌ای مرتبط نبوده، تضمین کند؟ با توجه به حل برخی از موضوعات معلق و ضرورت عادی‌سازی روند رسیدگی به پرونده هسته‌ای ایران، روشن‌شدن ابعاد این ابهام حائز اهمیت است زیرا درحقیقت با انعقاد برنامه کاری بین ایران و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در سال ۲۰۰۷[۸۴] جهت حل‌وفصل موضوعات باقی‌مانده از گذشته و حل‌وفصل نهایی آن‌ها در سال ۲۰۰۸،[۸۵] از آن پس این ابهام مطرح بوده است که آیا آژانس کماکان می‌تواند نسبت به برنامه هسته‌ای ایران اعمال صلاحیت اختصاصی کرده و از عادی‌سازی رسیدگی به این

84. INFCIRC/711, 27 August 2007.
85. GOV/2008/4, 22 February 2008.

برنامه خودداری کند؟

۴ـ۱. تبیین چارچوب کلان ادعاها و استدلالات حقوقی

مدیرکل آژانس در گزارش‌های خود اعلام کرده است که اگرچه «می‌توان راستی‌آزمایی کرد که مواد هسته‌ای اعلامی در تأسیسات هسته‌ای و همچنین اماکن مرتبط اعلام‌شده از سوی ایران وفق موافقت‌نامه پادمان انحراف نداشته است، اما ازآنجایی‌که ایران ازجمله از طریق اجرای پروتکل الحاقی، همکاری لازم را انجام نمی‌دهد، آژانس نمی‌تواند در خصوص فقدان مواد و فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی در ایران، تضمین معتبری بدهد و بنابراین، نتیجه‌گیری کند که کلیه مواد هسته‌ای در ایران در فعالیت‌های صلح‌آمیز قرار دارد».[۸۶] در این راستا مدیرکل آژانس مدعی است که بر اساس تفسیر و رویه بعدی موجود در این سازمان، آژانس در چارچوب موافقت‌نامه پادمان، نه‌تنها صالح به رسیدگی به مسئله «درستی» اظهارات در رابطه با برنامه هسته‌ای اعلامی ایران است، بلکه «کامل‌بودن»، یعنی اینکه احراز فقدان برنامه غیراعلامی آن‌ها نیز باید بر آژانس ثابت شود.[۸۷] همچنین آژانس، خود را صالح به رسیدگی به موضوع به‌اصطلاح «ابعاد نظامی احتمالی» برنامه هسته‌ای می‌داند و مدعی است که ایران باید جهت روشن‌شدن ابهامات مربوطه به‌طور ماهوی پاسخ‌گو باشد. با توجه به فاصله ذاتی موضوعات مرتبط با موضوع «ابعاد نظامی احتمالی» و پادمان هسته‌ای، آژانس تلاش داشته است که مبانی اقتدار خود را در این خصوص با استناد به قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت توجیه کند.[۸۸] البته در این مورد، آژانس تلویحاً ضرورت وجود رضایت ایران را مطرح می‌کند و در این راستا توافقاتی همواره بین آژانس و ایران در دست مذاکره بوده است. به این دلیل در گزارش‌های آژانس، بیشتر سخن از «اساسی‌بودن و ضرورت» همکاری ایران در این زمینه تا «الزام» در میان بوده است.[۸۹]

درمقابل، ایران، اولاً، معتقد است که اقتدار پادمانی صرفاً باید منطبق با مبانی مندرج در موافقت‌نامه پادمان اعمال شده و سایرین (به‌ویژه شورای امنیت) نمی‌توانند هیچ‌گونه تعهد پادمانی اضافی را تحمیل کنند و آژانس نیز نمی‌تواند به این‌گونه تعهدات، استناد و توجه کند.[۹۰] ثانیاً، به عقیده ایران، اقتدار آژانس نسبت به «کامل‌بودن» اظهارات، صرفاً زمانی امکان‌پذیر است

86. GOV/2013/27, 22 May 2013, para. 67.

87. The Board has confirmed on numerous occasions, since as early as 1992, that paragraph 2 of INFCIRC/153 (Corr.), which corresponds to Article 2 of Iran's Safeguards Agreement, *authorizes and requires the Agency to seek to verify both the non-diversion of nuclear material from declared activities (i.e. correctness) and the absence of undeclared nuclear activities in the State (i.e. completeness)* (see, for example, GOV/OR.864, para. 49 and GOV/OR.865, paras. 53–54). GOV/2013/27, 22 May 2013, footnote 67.

88. GOV/2013/27, 22 May 2013, para. 52.

89. GOV/2013/27, 22 May 2013, para. 69.

90. INFCIRC/853, 23 July 2013.

که پروتکل الحاقی، اجرایی شده باشد، حال اینکه ایران عضو این پروتکل نیست.

به نظر می‌رسد که جهت ارزیابی درستی یا نادرستی ادعاها و مواضع موجود طرفین باید به دو دسته مبانی حقوقی توجه کرد. اول اینکه از یک طرف مشخص شود آیا وفق موافقت‌نامه پادمان بین ایران و آژانس، وظیفه راستی‌آزمایی فقدان برنامه غیراعلامی وجود دارد و از طرف دیگر آیا اثبات ماهیتِ انحصاراً صلح‌آمیز برنامه هسته‌ای ایران، با توجه به ادعاهای موجود مرتبط با ابعاد نظامی احتمالی ضروری است؟ علاوه بر این با توجه به درگیربودن شورای امنیت، آیا تلاشی از سوی این رکن حافظ صلح و امنیت بین‌المللی برای تغییر دامنه تکالیف و صلاحیت‌های پادمانی صورت پذیرفته است یا خیر؟

۴ـ۲. ارزیابی دامنه صلاحیت و اقتدار پادمانی

چارچوب ذاتی اقتدار آژانس در ماده ۲ موافقت‌نامه پادمان آمده است. وفق این ماده، «آژانس حق و تکلیف دارد که تضمین کند پادمان‌ها *به‌موجب شرایط این موافقت‌نامه* نسبت به *کلیه* منابع و مواد شکاف‌پذیر خاص در فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز واقع در داخل سرزمین ایران، تحت صلاحیت‌اش یا انجام‌شده تحت کنترلش در هرجای دیگر اعمال شود، (البته) انحصاراً با هدف راستی‌آزمایی اینکه این مواد به سمت تسلیحات هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای دیگر انحراف نداشته است».

آژانس با استناد به صورت‌جلسه دو نشست سال ۱۹۹۵ شورای حکام[۹۱] مدعی است که اقتدار مندرج در این ماده نه‌تنها شامل راستی‌آزمایی درستی اظهارات[۹۲] مرتبط با برنامه‌های اعلامی است، بلکه باید فقدان برنامه‌های غیراعلامی و کامل‌بودن اظهاریه‌ها[۹۳] نیز اثبات شود. به‌عبارتی آژانس به دنبال راستی‌آزمایی درمورد «کلیه منابع و مواد شکاف‌پذیر» است. درحقیقت از نگاه حقوقی، آژانس استدلال می‌کند که تصمیمات شورای حکام به‌عنوان «رویه و توافق بعدی» باید در تفسیر موافقت‌نامه پادمان مورد توجه قرار گیرد. درمقابل، ایران معتقد است که شورای حکام، هیچ‌گاه به آژانس مجوز نداده است که هم عدم انحراف در فعالیت‌های اعلامی (یا همان درستی اظهاریه‌ها) و هم فقدان فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی را راستی‌آزمایی کند.[۹۴] سؤال اینجاست که آیا دو سند مورد استناد آژانس، اساساً دربرگیرنده مطلبی هست که حاکی از نوعی «توافق بعدی» باشد؟

در ابتدا ذکر این نکته شایان توجه است که به نظر می‌رسد این نوع تفسیر از اقتدار آژانس در

91. GOV/OR.864, para. 49 and GOV/OR.865, paras. 53–54.
92. *Correctness*
93. *Completeness*
94. INFCIRC/853, 23 July 2013.

رسیدگی به برنامه هسته‌ای ایران با روی‌کارآمدن مدیرکل جدید آژانس بین‌المللی از ماه مه ۲۰۱۰ در گزارش‌های آژانس راه پیدا کرد؛ حال آنکه تا قبل از آن، آژانس معتقد بود که به‌منظور امکان اعمال اقتدار درمورد فقدان برنامه غیراعلامی، نیاز به اجرای پروتکل الحاقی است و بیشتر به‌نوعی بر این نکته تأکید داشت که ایران از الزامات شورای حکام و شورای امنیت نسبت به تصویب و اجرای پروتکل الحاقی خودداری می‌ورزد.[۹۵] به نظر می‌رسد که مدیریت جدید آژانس به دلیل ضعف حقوقی استدلال اخیر، به‌منظور توسعه دامنه صلاحیت‌ها و ابزارهای پادمانی خود، تصمیم به تغییر رویکرد حقوقی گرفته و این بار تلاش داشته که دامنه موافقت‌نامه پادمان را با ارائه تفسیر موسع با استناد به رویه بعدی شورای حکام دنبال کند.

البته باید اشاره کرد که تا قبل از توقف اجرای موقت پروتکل الحاقی آژانس در فوریه ۲۰۰۶، آژانس هر دو اقتدار خود یعنی احراز درستی و کامل‌بودن اظهاریه‌ها را دنبال می‌کرد،[۹۶] ولی پس از آن تاریخ، این صلاحیت آژانس زائل شد. عملکرد قبلی آژانس دقیقاً نشان می‌دهد که آژانس، خود نیز معتقد بوده است که اعمال اقتدار درمورد فقدان برنامه غیراعلامی، صرفاً زمانی امکان‌پذیر است که پروتکل الحاقی اجرایی شده باشد.[۹۷]

محدودبودن اقتدار آژانس به ارزیابی درستی اظهارات دولت‌ها صرفاً به برنامه‌ها و مواد اعلامی بر اساس موافقت‌نامه پادمان ۱۵۳ از سوی برخی حقوق‌دانان بین‌المللی نیز تأیید شده است.[۹۸] مثلاً *هانس بلکیس*[۹۹] اذعان دارد که بازرسی‌های آژانس در چارچوب موافقت‌نامه پادمان ۱۵۳ «علی‌الاصول محدود به مواد هسته‌ای اظهارشده در تأسیسات اعلامی است. آژانس می‌تواند و باید درستی و همخوانی اظهاریه‌ها را راستی‌آزمایی کند، اما نه کامل‌بودن آن‌ها را».[۱۰۰] البته برخی نیز این تفسیر را رد می‌کنند.[۱۰۱] بااین‌حال، یک نقطه مشترک میان هر دو دسته از حقوق دانان وجود دارد و آن اینکه تا قبل از سال ۱۹۹۵ و به‌اصطلاح این توافق بعدی درمورد موافقت‌نامه پادمان، آژانس از صلاحیت رسیدگی به «کامل‌بودن» اظهاریه‌های هسته‌ای برخوردار

95. *Ibid*., para. 47.

96. GOV/2004/60, 1 September 2004, para. 57.

97. The Agency is, however, not yet in a position to conclude that there are no undeclared nuclear materials or activities in Iran. The process of drawing such a conclusion, *after an Additional Protocol is in force*, is normally a time consuming process. GOV/2004/83, 15 November 2004, para. 112.

98. D. Joyner, "The IAEA Applies Incorrect Standards, Exceeding Its Legal Mandate and Acting Ultra Vires Regarding Iran", available here: http://armscontrollaw.com/2012/09/13/the-iaea-applies-incorrect-standards-exceeding-its-legal-mandate-and-acting-ultra-vires-regarding-iran/.

99. Hans Blix

100. "Introduction: The Present Nuclear Order, How It Came about, Why It May Not Last", in: *Nuclear Proliferation and International Order: Challenges to the Non-proliferation Treaty*, edited by Olav Njølstad, 2011, p. 5.

101. David Albright, Olli Heinonen and Orde Kittrie, "Understanding the IAEA's Mandate in Iran: Avoiding Misinterpretations", ISIS, 27 November 2012. Available here:
http://www.isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/Misinterpreting_the_IAEA_27Nov2012.pdf

نبود. لذا مناسب است محتوای اسناد مورد اشاره آژانس بررسی شود تا مشخص شود که آیا اعضای شورای حکام، «توافق بعدی» را درمورد تفسیر موافقت‌نامه پادمان پذیرفته‌اند یا خیر؟

صورت‌جلسات مذکور، مربوط به فرایند موسوم به «برنامه ۲+۹۳» است. این فرایند پس از تجربیات راستی‌آزمایی آژانس در کره شمالی، عراق و آفریقای جنوبی کلید خورد. هدف اعلامی این فرایند این بود که راه‌های ارتقا و به‌روزرسانی نظام پادمان هسته‌ای با هدف امکان کشف فعالیت‌های هسته‌ایِ غیراعلامی مشخص شود. درحقیقت این نظام جدید، نوعی «رویکرد تفتیشی» را دنبال می‌کرد، حال اینکه رویکرد نظام پادمانی مندرج در سند ۱۵۳ صرفاً «رویکرد حسابرسی» داشت. در این خصوص، مدیرکل وقت آژانس (*هانس بلیکس*) در سال ۱۹۹۵ اعلام کرد که «حوادث اخیر نشان داد که نیاز است نظام پادمانی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی نه‌تنها نسبت به فعالیت‌های هسته‌ای اعلامی ایجاد شود، بلکه همچنین در خصوص فقدان فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی، تضمینات معتبری فراهم آید».[۱۰۲] درعین‌حال، وی معتقد بود که در هر حالت نمی‌توان تضمینات قطعی حاکی از عدم انحراف ارائه کرد.

مدیرکل مدعی بود که «سند شماره ۱۵۳ محدود به مواد هسته‌ای نیست که فی‌الواقع توسط دولت‌ها اظهار شده است، بلکه همچنین شامل موادی می‌شود که باید اظهار شود. بااین‌حال، چنین نظامی که تا قبل از قضیه عراق شکل گرفته بود، امکانات محدودی در پرداختن به مسئله کامل‌بودن داشت. این امر به ملاحظات عملی مربوط بود تا حقوقی».[۱۰۳] درعین‌حال، وی تأکید داشت که پاسخ به این سؤال که «آیا موافقت‌نامه‌های پادمان جامع، منعقده وفق چارچوب سند شماره ۱۵۳ دربرگیرنده اقتدار آژانس برای اجرایی‌ساختن اقدامات پادمانی پیشنهادی است (یا خیر) موضوعی است که صرفاً با تفسیر مفاد چنین موافقت‌نامه‌هایی قابل تعیین است».[۱۰۴]

در چارچوب تحلیل و اقدامات پادمانی پیشنهادی، مدیرکل وقت، درخواست داشت که شورای حکام، دو موضوع را تأیید کند:

«۱. هدف از موافقت‌نامه‌های پادمان جامع، راستی‌آزمایی درستی و کامل‌بودن اظهاریه‌های دولت‌ها از مواد هسته‌ای است تا اینکه تضمینات حداکثری از عدم انحراف مواد هسته‌ای در فعالیت‌های اعلامی و فقدان فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی فراهم آید.

۲. نظام پادمانی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باید به‌نوعی طراحی شود که به این هدف اثربخشی دهد. آژانس باید بتواند وظایف خود را وفق چنین موافقت‌نامه‌هایی، خواه بر مبنای اقتدار موجود در چنین موافقت‌نامه‌هایی یا بر مبنای اقتدار تکمیلی که تفویض خواهد شد، انجام

102. "Strengthening the Effectiveness and Improving the Efficiency of the Safeguards System", Report by the Director General to the Board of Governors (GOV/2784), 21 February 1995, para. 1.
103. *op. cit.*, para. 5.
104. *op. cit.*, para. 22.

دهد».[۱۰۵]

این درخواست مدیرکل آژانس در جلسات مختلف شورای حکام (جلسات ۸۶۰ تا ۸۶۵) بحث و بررسی شد. نمایندگان دولت‌های مختلف نسبت به درخواست مدیرکل تحفظ داشتند. سودان به نمایندگی از گروه ۷۷ ضمن حمایت از تقویت نظام پادمان هسته‌ای بر این نکته تأکید داشت که بسیاری از اقدامات توصیه‌شده در سند ۲۷۸۴ فراتر از ترتیبات موجود و نیازمند اقتدار تکمیلی است. نماینده برزیل اظهار کرد «اینکه از شورا خواسته شده است که بند ۱۱۰(الف) را تأیید کند، تفسیر تأییدی از سند ۱۵۳ نیست، بلکه مفهوم جدیدی از هدف موافقت‌نامه‌های پادمان است؛ موضوعی که نیازمند اصلاح موافقت‌نامه‌های موجود یا تکمیل آن‌ها با اسناد حقوقی اضافی است». نماینده کوبا نیز با تصویب این توصیه مخالفت و پیشنهاد کرد که پروتکل الحاقی منعقد شود. نماینده چین معتقد بود که «معاهدات بین‌المللی باید دربرگیرنده مقرراتی با معانی ثابت باشد به‌نحوی‌که نباید هدف توسعه عامدانه یا تفاسیر موسع به‌منظور تأمین نیازهای خاص قرار گیرد». نماینده روسیه نیز اظهار داشت که «هرگونه اقدامات تقویت‌بخش فراتر از دامنه موافقت‌نامه‌های پادمان موجود، تنها بر مبنای تعهدات اضافی توسط دولت‌های درگیر قابل اجراست».

با وجود این فضای اختلافی، رئیس جلسه جمع‌بندی ارائه کرد. بر اساس متن رئیس، شورا تأیید کرد که «نظام پادمانی برای اجرای موافقت‌نامه‌های پادمان جامع باید به‌نحوی طراحی شود که اجازه راستی‌آزمایی درستی و کامل‌بودن اظهاریه‌های دولت‌ها را به آژانس بدهد به‌نحوی‌که تضمین معتبری درمورد عدم انحراف مواد هسته‌ای از فعالیت‌های اعلامی و فقدان فعالیت‌های هسته‌ای غیراعلامی وجود داشته باشد». البته پیش‌نویس اولیه رئیس، با اعتراض برخی از هیئت‌ها مواجه شد، ولی هیچ‌یک از هیئت‌ها به این هدف‌گذاری برای موافقت‌نامه‌های پادمان اعتراضی نکردند و تنها درمورد مبنای قانونی اقدامات پادمانی پیشنهادی جدید، تحفظاتی داشتند. البته جمع‌بندی رئیس تصریح داشت که «علی‌رغم اینکه برخی از اعضای شورای حکام در این مرحله تحفظاتی درمورد ضرورت دسترسی بیشتر به سایت‌ها دارند و در عین اینکه در این مرحله هیچ تصمیمی درمورد هیچ‌یک از اقدامات ویژه پیشنهادی در سند شماره ۲۷۸۴ یا درمورد مبنای حقوقی آن‌ها اتخاذ نکرده است، ... شورا رویکرد کلان برنامه ۳+۹۲ را تأیید می‌کند».

لازم به ذکر است که در ژوئن ۱۹۹۵ مدیرکل، گزارش دیگری منتشر کرد و با تفکیک میان اقدامات پادمانی پیشنهادی، بعضاً آن‌ها را با مبانی قانونی موافقت‌نامه‌های موجود توجیه کرد و مابقی را مستلزم انعقاد سند تکمیلی دانست؛ سندی که نهایتاً از سال ۱۹۹۷ با عنوان پروتکل الحاقی تنظیم شد.

بررسی دقیق محتوای صورت‌جلسه شورای حکام نشان می‌دهد مباحث، بیش از اینکه حول

105. *op. cit.*, para. 110.

موضوع صلاحیت کلی آژانس (تعیین اهداف پادمانی) باشد، بر موضوع اقتدار اختصاصی درمورد هریک از اقدامات پادمانی جدید متمرکز بوده است. کشورهای مخالف نیز بدون زیرسؤال‌بردن ضرورت اطمینان نسبت به فقدان برنامه غیراعلامی (کامل‌بودن اظهارات) تنها تلاش داشتند که با اعمال اقدامات جدید بدون رضایت دولت ذی‌ربط، مخالفت ورزند و از توجیه اعمال اقتدار آژانس در چارچوب موافقت‌نامه‌های قبلی ممانعت به‌عمل آورند.

بااین‌حال باید اشاره کرد که تفکیک بین «هدف پادمانی» و «امکانات پادمانی» به‌نحو مورد استناد آژانس[۱۰۶] از منظر عملی و نظری چندان مفهوم نیست. آژانس به‌عنوان سازمان بین‌المللی با درنظرگرفتن دو اصل «تخصصی‌بودن وظایف» و اصل «تفویض»، تنها زمانی می‌تواند هدفی برای خود قائل باشد که ابزار رسیدن به آن نیز در اختیارش باشد. روشن است که احراز فقدان برنامه غیراعلامی بدون اجرایی‌شدن پروتکل الحاقی امکان‌پذیر نیست. صورت‌جلسه مبهم نشست‌های مورد استناد به همراه رویه خود آژانس نشان می‌دهد که پذیرش صلاحیت کلی درمورد کامل‌بودن اظهاریه‌های هسته‌ای بدون اجرایی‌شدن پروتکل الحاقی امری نامفهوم است.

آژانس هیچ‌گاه کشورهایی را که به عضویت در پروتکل الحاقی درنیامده‌اند ملزم به این کار نکرده است. مضافاً درمورد کشورهایی که سابقه‌ای از عدم پایبندی مشابه آنچه درباره ایران مورد ادعاست، وجود داشته است نیز نشان می‌دهد که برای عادی‌کردن جریان پرونده این کشورها هیچ‌گاه اجرایی‌شدن پروتکل الحاقی خواسته نشده است. به‌طور مثال می‌توان به مورد مصر اشاره کرد. در آن مورد، آژانس پس از راستی‌آزمایی اظهارات اصلاحی مصر به این نتیجه رسید که «کلیه مواد هسته‌ای اعلامی در فعالیت‌های صلح‌آمیز مانده است».[۱۰۷] در این موارد، نه‌تنها شورای حکام، پرونده مصر را به شورای امنیت ارجاع نداد، بلکه متعاقباً به‌سادگی با ملحوظ‌داشتن اقدامات اصلاحی این کشور، نسبت به ماهیت صلح‌آمیز برنامه‌اش نظر داد. درمورد کره جنوبی نیز دقیقاً آژانس میان دوره پیش و پس از الحاق این کشور به پروتکل الحاقی، قائل به تفکیک شد و تنها درمورد دوره پس از اجرایی‌شدن پروتکل برای خود رسالت احراز «کامل‌بودن» را قائل شد.[۱۰۸]

درمورد اصل قابلیت استناد به صورت‌جلسات شورای حکام نسبت به روابط قراردادی آژانس با ایران از منظر حقوق معاهدات نیز ابهام حقوقی وجود دارد. آیا عملکرد شورای حکام می‌تواند بر

106. Although the Agency has the authority under a comprehensive safeguards agreement to verify the peaceful use of all nuclear material in a State (i.e. the correctness and completeness of the State's declarations), the tools available to the Agency under such an agreement are limited.
IAEA Safeguards Statement for 2011. Available at: http://www.iaea.org/safeguards/statements-repository/Section_AB_SIR_2012.pdf

107. Safeguards Statement for 2008, para. 48.

108. Safeguards Statement for 2007, para. 33.

تفسیر موافقت‌نامه دوجانبه ۱۹۷۴ ایران و آژانس تأثیرگذار باشد؟ ایران در این خصوص استدلال کرده است که «هرگونه تفسیر یک‌جانبه از موافقت‌نامه‌های دوجانبه ازجمله موافقت‌نامه‌های پادمان که ممکن است بر اعمال آن‌ها تأثیرگذارد، تا قبل از اینکه از سوی طرفین به تصویب برسد، لازم‌الاتباع نیست».[۱۰۹] اگرچه در حقوق بین‌الملل، پاسخ روشنی به این ابهام وجود ندارد، به نظر می‌رسد که رویه‌ها و توافقات شکل‌گرفته در چارچوب سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط یک معاهده، ارزش حقوقی دارد. البته دولت‌ها می‌توانند نسبت به تفاسیر اعتراض کنند.

یکی دیگر از مبانی مورد استناد آژانس این است که به این دلیل نمی‌تواند ماهیت انحصاری برنامه هسته‌ای ایران را تأیید کند که ایران برخلاف قطعنامه‌های شورای امنیت و شورای حکام، پروتکل الحاقی را تصویب و اجرا نکرده است. آژانس درمورد برنامه هسته‌ای ایران اعلام داشته «اگرچه تأیید می‌کند که برنامه‌های اعلامی صلح‌آمیز است، نمی‌تواند تأیید کند که کلیه برنامه‌های هسته‌ای ایران صلح‌آمیز است».[۱۱۰] علت اتخاذ رویکرد متفاوت از سوی آژانس در قضیه ایران، عدم اجرای پروتکل الحاقی که از سوی شورای حکام و شورای امنیت برای ایران الزامی شده، بیان شده است. در اینکه شورای حکام نمی‌تواند سندی را که ماهیت داوطلبانه دارد الزام‌آور کند، هیچ تردیدی نیست. سؤال اینجاست که آیا واقعا آن‌گونه که مدیرکل آژانس معتقد است، شورای امنیت، ایران را ملزم به تصویب و اجرای پروتکل الحاقی کرده است یا خیر؟ ارزیابی عبارت‌پردازی قطعنامه‌های شورای امنیت نشان می‌دهد که شورا با به‌کارگیری الفاظ نرم، صرفاً ایران را «دعوت» به اجرای مقررات و همچنین تصویب سریع پروتکل الحاقی کرده است.[۱۱۱]

جالب اینجاست که برخلاف ادعای مدیرکل آژانس، مبنی بر اینکه با استناد به قطعنامه‌های شورای امنیت، صلاحیت رسیدگی به موضوع ابعاد احتمالی نظامی را نیز دارد، قطعنامه‌های شورای امنیت در اعطای صلاحیت و اقتدار فراپادمانی به آژانس بسیار محتاط بوده است. مثلاً همان بندی که مورد استناد مدیرکل آژانس است در ادامه تأکید دارد که اقتدار و ابزار در اختیار آژانس قرار ندارد و تضمین وجود این اقتدار را از ایران خواسته است.[۱۱۲]

109. INFCIRC/853, 23 July 2013.

110. IAEA Safeguards Statement for 2011. Available at: http://www.iaea.org/OurWork/SV/Safeguards/documents/es2011.pdf

111. Calls upon Iran to act strictly in accordance with the provisions of the Additional Protocol to its IAEA Safeguards Agreement that it signed on 18 December 2003, calls upon Iran to ratify promptly the Additional Protocol. (UN Doc SC Res. 1929, para. 5)

112. Reaffirms that Iran shall cooperate fully with the IAEA on all outstanding issues, particularly those which give rise to concerns about the possible military dimensions of the Iranian nuclear programme, including by providing access without delay to all sites, equipments, persons and documents requested by the IAEA, and *stresses the importance of ensuring that the IAEA have all necessary resources and authority for the fulfillment of its work in Iran*; (SC Res 1929, para. 3)

نتیجه

حقوق بین‌الملل، فی‌نفسه در تأمین اهداف سیاست خارجی کشورها اصالت ندارد، بلکه ابزاری برای رسیدن به منافع ملی است. ارزیابی جریان‌شناسی حقوقی رسیدگی به برنامه هسته‌ای ایران، خواه در درون آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و خواه خارج از آن، نشانگر آن است که طرف‌های مقابل در رسیدگی و واکنش، موضوع را به نقاط خاکستری حقوق بین‌الملل (نقاطی که تا کنون رویه منسجم و متحدالشکلی شکل نگرفته است) سوق داده‌اند. به این دلیل، اثبات یا رد ادعای حقوقی در این زمینه دشوار است. در واقع مورد ایران، خود رویه‌ای است که تولیدکننده حقوق مطلوب موردنظر طرف‌های مقابل است. به این دلیل، یکی از راهبردهای کشور در تعیین سیاست‌ها و راهبرد کشور در این موضوع باید بر این امر متمرکز باشد که از استدلالات حقوقی ضعیف، فاصله گرفته و تأکید بیشتر بر استدلالات قوی و محکمه‌پسند گذاشته شود.

مجموع تحولات پرونده هسته‌ای ایران، حاکی از آن است که طرف‌های مقابل به طرق مختلف (مذاکرات، در قالب آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و در قالب شورای امنیت) در صدد افزایش دامنه تعهدات بین‌المللی ایران بوده‌اند. علاوه بر این، الزام‌آورکردن درخواست‌های شورای حکام، یکی از سیاست‌هایی بوده است که طرف‌های غربی همواره به دنبال آن بوده‌اند تا از این راه در تعارض حقوق، به برتری قطعنامه‌های شورای امنیت استناد شود.

پرونده هسته‌ای یکی از نمونه‌های بارز تعارض تعهدات بین‌المللی ناشی از منابع مختلف حقوق بین‌الملل است که طرف‌های درگیر، هرکدام بر حقوق و تکالیف ناشی از یک منبع استناد می‌کنند. درحالی‌که ایران با استناد به معاهده منع اشاعه، غنی‌سازی و دستیابی و استفاده از انرژی هسته‌ای را از حقوق ذاتی خود می‌داند، کشورهای غربی با استناد به تعهدات ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت در صدد ممانعت از استیفای این حقوق هستند. البته بر اساس رویه بین‌المللیِ در حال شکل‌گیری، با عنایت به تجویز ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد در صورت وجود تعارض تعهدات بین موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و تعهدات ناشی از منشور ازجمله تعهدات ناشی از قطعنامه‌های شورای امنیت، تعهدات دسته دوم برتری دارند.

علی‌رغم اینکه ایران همواره موضوع را واجد جنبه‌های فنی و حقوقی می‌دانسته است، کمتر شده است که برای حل موضوع به شیوه‌هایی از این قبیل متوسل شود. ازجمله می‌توان به توسل به مراجع داوری و قضایی ذی‌صلاح اشاره داشت. البته شایان ذکر است که با ورود شورای امنیت به این پرونده، مسائل و شیوه‌های حقوقی تا حدود زیادی تحت‌الشعاع قرار گرفته است. بااین‌حال به نظر می‌رسد که اگرچه نتوان به لحاظ حقوقی مشروعیت صدور قطعنامه‌های شورای امنیت یا

تصمیمات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را زیر سؤال برد، شاید بتوان شرایط اجرایی‌کردن اقدامات ناشی از این تصمیمات، ازجمله اجرای محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها علیه اشخاص حقیقی و حقوقی وابسته به ایران در برخی از مناطق جغرافیایی به‌ویژه در قالب جامعه اروپایی را به چالش کشاند. خوشبختانه برخی از شکایات اتباع و موجودیت‌های ایرانی در محضر دادرسی‌های قضایی اروپایی طی سال‌های اخیر موفقیت‌آمیز بوده است. علاوه بر این، موضوع توجه به دادرسی‌های قضایی جهت به‌چالش‌کشاندن عملکرد پادمانی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی شایسته توجه است. شایان ذکر است که وفق موافقت‌نامه پادمان ۱۹۷۴ امکان تأسیس دیوان داوری خاص برای رسیدگی به اختلافات وجود دارد. واقعیت این است که اگرچه رفتن به دادگاه داوری ممکن است ریسک‌هایی داشته باشد، درهرحال، موضوعات بر مبنای قواعدِ قابل اعمال، به‌صورت نسبتاً مستقل، مورد بررسی و قضاوت قرار می‌گیرد. شاید درحقیقت به این دلیل بوده است که علی‌رغم وجود چنین حقی برای آژانس، مثلاً ارجاع اختلاف مربوط به تعلیق اجرای کد ۳,۱ اصلاحی، این نهاد از آن استفاده نکرده است زیرا در مقایسه با فضای مذاکرات، از آزادی عمل کمتری برخوردار است.

به‌موجب ماده ۲۲ موافقت‌نامه سال ۱۹۷۴ بین ایران و آژانس، هرگونه اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای این موافقت‌نامه به‌استثنای اختلافات مرتبط با یافته شورای حکام طبق ماده ۱۹ (این موضوع که آژانس در موقعیتی قرار نداشته است که بتواند بیان دارد انحراف مواد هسته‌ای تحت نظارت پادمان‌های این موافقت‌نامه به تسلیحات هسته‌ای یا سایر مواد اتمی منفجره صورت نپذیرفته است) یا هر اقدامی که شورا به‌موجب این یافته اتخاذ کرده است (گزارش‌دهی طبق پاراگراف C ماده XII اساسنامه آژانس به شورای امنیت یا اتخاذ سایر اقدامات مذکور در این ماده) که از طریق مذاکره با سایر آیین‌های مورد توافق بین دولت ایران و آژانس فیصله نیابد، باید بنا به تقاضای هریک به دادگاه داوری ارجاع شود که بدین شکل تأسیس خواهد شد: هریک از دولت ایران یا آژانس، فردی را به‌عنوان داور انتصاب کرده و دو داور منتصب، فرد سومی را انتخاب خواهند کرد که ریاست دادگاه را بر عهده خواهد داشت. چنانچه ظرف سی روز از درخواست نصب داور، هیچ‌یک از دولت ایران یا آژانس، نصب داور نکنند، دولت ایران یا آژانس می‌تواند از رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نصب داور مذکور را بنماید. چنانچه ظرف سی روز از تاریخ نصب یا تعیین داور دوم، داور سوم انتخاب نشده باشد، آیین مشابهی نیز اعمال خواهد شد. اکثریت اعضای دادگاه داوری، حد نصاب دادگاه به شمار آمده و کلیه تصمیمات باید حداقل، مورد موافقت دو داور قرار گیرد. آیین رسیدگی داوری توسط دادگاه تنظیم خواهد شد. تصمیمات دادگاه برای دولت ایران و آژانس، الزام‌آور خواهد بود. در این خصوص شایان ذکر است اولاً، دامنه صلاحیت ذاتی دادگاه داوری مذکور، همان گونه که آمده است مستثنا از اختلافات

مرتبط با یافته‌های ماده ۱۹ موافقت‌نامه پادمان ۱۹۷۴ است. لذا گزارش‌دهی پرونده هسته‌ای به شورای امنیت نمی‌تواند موضوع دادخواست ایران باشد. بااین‌حال به نظر می‌رسد که موارد بسیاری از مفاد این موافقت‌نامه، قابل درج در دادخواست ایران باشد. ثانیاً، در صورت طرح دعوا در این دادگاه داوری، حقوق حاکم بر دعوا، حقوق بین‌الملل خواهد بود. ماده ۱۷ موافقت‌نامه پادمان صراحتاً تأکید دارد که هرگونه ادعای دولت ایران علیه آژانس یا آژانس علیه دولت ایران در ارتباط با خسارات ناشی از اجرای پادمان، طبق این موافقت‌نامه به‌استثنای خسارات ناشی از حادثه اتمی (هسته‌ای) باید بر اساس حقوق بین‌الملل حل‌وفصل شود. در این خصوص، حقوق بین‌الملل، مشتمل بر کلیه تعهدات بین‌المللی قراردادی و عرفی ایران و آژانس خواهد بود.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات‌میدانی؛ *دادرسی‌های بین‌المللی*، جلد اول، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۷.

ـ مقاله

زمانی، سیدقاسم و سادات‌میدانی، سیدحسین؛ «عملکرد شورای امنیت در پرونده هسته‌ای ایران: از ارجاع تا تحریم»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۰، ۱۳۸۵.

- سادات‌میدانی، سیدحسین؛ «شورای امنیت و پرونده هسته‌ای ایران: تقابل حاکمیت حقوق بین‌الملل و صلح بین‌المللی»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیستم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۵.
- سادات‌میدانی، سیدحسین و محسن نذیری؛ «تعلیق حقوق هسته‌ای ایران توسط شورای امنیت در بوته نقد حقوق بین‌الملل»، در *جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱*، مجموعه مقالات اهدایی به استاد دکتر محمدرضا ضیایی‌بیگدلی، به اهتمام سیدقاسم زمانی، شهر دانش، ۱۳۹۲.

ب) انگلیسی

Books and Articles

- Albright, David, Olli Heinonen and Orde Kittrie, "Understanding the IAEA's Mandate in Iran: Avoiding Misinterpretations", ISIS, 27 November 2012. Available here: http://www.isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/Misinterpreting_the_IAEA_27Nov2012.pdf
- Blix, Hans, "Introduction: The Present Nuclear Order, How It Came about, Why It May Not Last", in *Nuclear Proliferation and International Order: Challenges to the Non-proliferation Treaty*, edited by Olav Njølstad, 2011.
- Carlson, John, "NPT Safeguards Agreements – Defining Non-Compliance", Available here: http://www.dfat.gov.au/asno/publications/npt_safeguards.html
- Dekker, G. Den, *The Law of Arms Control*, 2001.
- Dupont, Pierre-Emmanuel, "Compliance with Treaties in the Context of Nuclear Non-proliferation: Assessing Claims in the Case of Iran", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 18, 2013, can be accessed here: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283172
- Goldschmidt, Pierre, "Exposing Nuclear Non-compliance", *Survival*, vol. 51, No. 1, 2009.
- Kerr, Paul K., "Iran's Nuclear Programme: Tehran's Compliance with

International Obligations", *Congressional Research Service*, June 24, 2013.
- Joyner, Daniel, "The Qom Enrichment Facility: Was Iran Legally Bound to Disclose?", *Jurist Forum*, 5 March 2010, available here: http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2010/03/qom-enrichment-facility-was-iran.php.
- Joyner, Daniel, "The IAEA Applies Incorrect Standards, Exceeding Its Legal Mandate and Acting *Ultra Vires* Regarding Iran", available here: http://armscontrollaw.com/2012/09/13/the-iaea-applies-incorrect-standards-exceeding-its-legal-mandate-and-acting-ultra-vires-regarding-iran/.
- Shaker, M., "The Evolving International Regime of Non-Proliferation", *Recueil des Cours*, 2006.

International Documents

- Agreement Governing the Relationship between the United Nations and the International Atomic Energy Agency, GA Res. 1145(XII) of 14 November 1957, INFICR/11, 30 October 1959.
- Agreement between Iran and the Agency for the Application of Safeguards in Connection with the Treaty on the Non-proliferation of Nuclear Weapons, INFCIRC/214, 13 December 1974.
- Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986.
- Strengthening the Effectiveness and Improving the Efficiency of the Safeguards System', Report by the Director General to the Board of Governors (GOV/2784), 21 February 1995.
- Text of the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, Report of the International Law Commission, A/56/10, 2001, or Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.
- GOV/2003/40, 6 June 2003.
- GOV/2003/63, 26 August 2003.
- GOV/2003/69, 12 September 2003.
- GOV/2003/75, 10 November 2003.
- GOV/2004/60, 1 September 2004.
- GOV/2004/84, 11 November 2004.
- GOV/2004/83, 15 November 2004.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, I.C.J. Reports 2004.
- GOV/2005/9, 14 February 2005.
- GOV/2005/67, 2 September 2005.
- GOV/2005/77, 24 September 2005.
- INFCIRC/661, 17 November 2005.
- INFCIR/662, 18 January 2006.
- INFCIR/665, 27 January 2006.

- INFCIR/666, 3 February 2006.
- GOV/2006/14, 4 February 2006, IAEA Board of Governors.
- Chairman's Conclusion on Sub-item 5(b), 8 March 2006.
- Transcripts of Director General's Remarks at Conclusion of IAEA Board Meeting, Delivered 8 March 2006, available here: http://www.iaea.org/newscenter/transcripts/2006/transcr08032006.html.
- Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2006/15, 29 March 2006.
- S/RES/1696, 31 July 2006.
- Director General's Letter to Iran, 30 March 2007, GOV/INF/2007/8.
- GOV/2007/22, 23 May 2007.
- INFCIRC/711, 27 August 2007.
- IAEA Safeguards Statement for 2007.
- GOV/2008/4, 22 February 2008.
- SC/RES/1803, 3 March 2008.
- IAEA Safeguards Statement for 2008.
- Letter dated 24 March 2008 from the Permanent Representative of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/62/767–S/2008/203, 26 March 2008.
- S/RES/1887, 24 September 2009.
- GOV/2009/82, 27 November 2009.
- GOV/2009/74, 16 November 2009.
- Statement by the Legal Advisor, Meeting of the Board of Governors March 2009.
- GOV/2010/10, 18 February 2010.
- INFCIRC/817, 24 May 2011.
- IAEA Safeguards Statement for 2011.
- INFCIRC/837, 30 March 2012.
- INFCIRC/853, 23 July 2013.
- GOV/2013/27, 22 May 2013.

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۳۰۶ ـ ۲۵۷

کاربردهای نظامی فناوری نانو از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه

عباس تدینی*

سیدمصطفی کازرونی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۶/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۳

چکیده

نانوفناوری نظامی، یکی از انواع حضور فناوری‌های نو در فضای مخاصمات مسلحانه تلقی می‌شود. اگرچه فلسفه اولیه توسعه نانوفناوری در صنایع نظامی برای استفاده در نبردهای شهری تنظیم شده بود، با تأثیر فزاینده آن بر تمامی جنبه‌های علوم و صنایع نظامی، اینک در تمامی انواع مخاصمات مسلحانه به‌کار می‌رود. بدون شک، این توسعه کاربرد نانوفناوری نظامی در سالیان گذشته، موجب تلفات عمده غیرنظامیان و اهداف غیرنظامی شده است به‌گونه‌ای که رعایت قواعد بین‌المللی بشردوستانه را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. بااین‌حال، چالش‌ها و خلأهای عمده‌ای مطرح است مانند اینکه چگونه می‌توان اصول مسلم حقوق بین‌الملل بشردوستانه را با استفاده از نانوفناوری نظامی در صحنه مخاصماتی تطبیق داد؟ یا اینکه آیا هم‌اکنون قواعدی در حقوق بین‌الملل، برای محدودکردن کاربرد نانوفناوری نظامی وجود دارد؟ نتیجه تحقیق حاضر بدین صورت است که اگرچه اینک معاهده خاص بین‌المللی در زمینه کاربرد نانوفناوری نظامی در عرصه مخاصماتی وجود ندارد، از یک‌سو می‌توان با توسعه اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چون اصل عدم تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان و اصول منع آسیب غیرضروری و منع آسیب به محیط‌زیست و از سوی دیگر، با اتکا به محدودسازی ارادی، کنترل پیشگیرانه و حقوق نرم به تنظیم کاربرد نانوفناوری نظامی در فضای مخاصماتی و به تبع آن، احترام بیشتر دولت‌ها به اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه در فضای مخاصماتی پرداخت.

* عضو هیئت علمی دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه شیراز tadayoni@shirazu.ac.ir

** نویسنده مسئول، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق‌وعلوم‌سیاسی دانشگاه شیراز
mostafakazeroni@yahoo. com

واژگان کلیدی
نانوفناوری نظامی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اصل منع آسیب غیرضروری، اصل منع آسیب به محیط‌زیست، اصل تفکیک

مقدمه

نانوفناوری یکی از رشته‌های نوین است که با کمک علومی مانند مهندسی، پزشکی و حصول بهره‌وری بیشتر و صرف انرژی کمتر، موجب توسعه پایدار نظام اقتصادی کشورها شده است. طبق برآورد دانشگاه صنعتی سلطنتی مهندسی انگلستان، نانوفناوری از توان ایجاد تغییر بنیادین در بسیاری از زمینه‌ها ازجمله صنایع نظامی، فناوری اطلاعات، پزشکی و مسائل مربوط به پزشکی برخوردار است.[۱] انجام پژوهش در حوزه فناوری و علم نانو چنان اهمیتی دارد که امریکا طی سال‌های مختلف، بودجه‌های تحقیقاتی هنگفتی را بدان اختصاص داده است، به‌گونه‌ای که بودجه تحقیقاتی حوزه نانوفناوری این کشور در سال ۲۰۰۲ حدود ۵۷۰ میلیون دلار بود.[۲] سرعت رشد نانوفناوری در دهه‌های اخیر، به‌قدری بوده است که امروزه در کنار زیست‌فناوری، از فناوری اطلاعاتی و علوم شناختی، به‌عنوان فناوری‌های نوظهور یاد می‌شود.[۳] در سالیان گذشته، برخی نهادهای بین‌المللی چون یونسکو، نسبت به سرعت رشد سرسام‌آور کاربرد نانوفناوری در عرصه‌های نظامی توسط دولت‌ها هشدار داده‌اند.[۴] در بین نیروهای سه‌گانه دریایی، هوایی و زمینی باید عمده کاربرد نانوفناوری نظامی را در فناوری‌های مرتبط با تولید و توسعه ادوات و تجهیزات موردنیاز نیروی هوایی کشورها دانست.

استفاده از نانوفناوری نظامی در تولید و توسعه تجهیزات نظامی،کاربرد دوگانه دارد، بدین معنا که درحالی‌که می‌تواند برای نمونه در حس‌گرهای سامانه‌های بازرسی و تأیید تسلیحات به‌منظور کاهش امکان انحراف دولت‌ها از تعهدات بین‌المللی به‌موجب کنوانسیون‌های ذی‌ربط مانند کنوانسیون منع تسلیحات شیمیایی به‌کار برده شود، قابلیت کاربرد در بهبود عملکرد بدافزارهای سایبری به‌منظور حمله به تأسیسات حساس یک کشور را نیز دارد و این مقاله نیز بر همین کاربرد سوء از نانوفناوری نظامی با توجه به قواعد بین‌المللی بشردوستانه متمرکز خواهد شد. از

---

۱. معاونت پژوهش و تولید علم، «نقد و تحلیل کتاب نانوفناوری و جنگ‌های مدرن: ظرفیت‌ها و موانع»، *فصلنامه نگرش راهبردی*، شماره ۸۹ و ۹۰، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۷، ص ۲۶۲.

۲. عرفان‌منش، محمدامین و فرشته دیدگاه؛ «بررسی سهم کشورهای جهان از تولید علم در حوزه علوم و فناوری نانو در پژوهش‌های بین‌المللی (پایگاه آی.اس.ای)»، *فصلنامه اطلاع‌شناسی*، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۸۹، ص ۵.

3. Hays, Sean A., Scott Robert, Jason; Miller, Clark A. and Bennett, Ira, *Nanotechnology, the Brain, and the Future*, Springer Science & Business Media, 2012, p. 293.

4. Maclurcan, Donald and Radywyl, Natalia, *Nanotechnology and Global Sustainability*, CRC Press, 2011, p. 72.

یک طرف، به‌کارگیری نانوفناوری نظامی در صحنه مخاصمات در چارچوب جنگ‌های پسامدرن یا فضیلت‌مند طبقه‌بندی می‌شود که عمدتاً از ابزار به‌جای انسان استفاده می‌شود[۵] و از طرف دیگر، استفاده از نانوفناوری نظامی در صحنه مخاصمات، ماهیت آن‌ها را به مخاصمات نامتقارن تبدیل کرده است به‌گونه‌ای که قابلیت طرفین تخاصم به‌هیچ‌وجه با هم سنخیت ندارد و نبود سند الزام‌آور بین‌المللی که استفاده از نانوفناوری را به‌صورت خاص برای اهداف نظامی تنظیم نماید،[۶] مشکلات را تشدید می‌کند. در کنار خلأ قانونی در به‌کارگیری نانوفناوری نظامی، قطع یقین تا تدوین معاهده خاص بین‌المللی در این حوزه، قواعد بین‌الملل بشردوستانه، سد محکمی در استفاده بی‌حد و حصر از این فناوری در عرصه مخاصمات تلقی می‌شود به‌گونه‌ای که بحث راجع به آن، چنان در سال‌های اخیر تشدید یافته که برخی، سلاح‌های مبتنی بر نانوفناوری را مجرمان دوران جدید خوانده‌اند.[۷] ضرورت توجه به رعایت قواعد بین‌المللی بشردوستانه در به‌کارگیری نانوفناوری نظامی، همان گونه که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای تصریح می‌نماید که «اگر کاربرد فرضی سلاحی، الزامات حقوق بشردوستانه را تأمین نکند، تهدید به چنین کاربردی نیز مغایر حقوق خواهد بود»[۸] نیز قابل بحث است چرا که اگر با توسل به اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چون اصل تفکیک، اصل منع آسیب غیرضروری، اصل تناسب و اصل منع آسیب به محیط‌زیست بتوان ممنوع‌بودن کاربرد تسلیحات برخوردار از فناوری نانو را اثبات کرد، تهدید به کاربرد آن نیز غیرقانونی خواهد بود. این امر، به‌ویژه با این اظهارنظر که تأثیرات سوء ناشی از به‌کارگیری تسلیحات حاوی نانوفناوری بر انسان و محیط‌زیست، برخلاف سلاح‌های سنتی نمی‌تواند بر مبنای کنوانسیون‌هایی چون پروتکل سوم (تسلیحات آتش‌زا) کنوانسیون برخی سلاح‌های متعارف یا پروتکل لاهه ۱۹۲۵ ممنوع شود، تشدید می‌شود.[۹] به‌کارگیری نانوفناوری نظامی در صحنه مخاصمات، موقعیت رزمندگان را از مباشر به سبب کاهش داده است که همین امر، اجرای قواعد بین‌الملل بشردوستانه را با چالش عمده مواجه کرده است. مطمئناً همین چالش‌ها و خلأها موجب شده

---

۵. ساعد، نادر؛ «چالش‌های فراروی حقوق بشردوستانه در جنگ پست‌مدرن»، *فصلنامه سیاست دفاعی*، شماره ۶۶ بهار ۱۳۸۸، ص ۵۴.

6. Faunce, Thomas, "Nanotechnology for a Sustainable World: Global Artificial Photosynthesis as Nanotechnology's Moral Culmination, *Edward Elgar Pub*, 2012, p. 147.

7. Backstrom, Alan, Henderson, Ian, "New Capabilities in Warfare: an Overview of Contemporary Technological Developments and the Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Reviews", *International Review of Red Cross*, vol. 94 No. 886, Summer 2012, p. 484.

۸. البرزی ورکی، مسعود؛ «نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۳، ص ۱۷.

9. Nasu, Hitoshi, "Nanotechnology and the Law of Armed Conflict", in *New Technologies and the Law of Armed Conflic*t, Springer Publication, 2014, p.147.

است که در شماری از اسناد بالادستی دفاعی بین‌المللی در سالیان اخیر، ازجمله سند مفهوم راهبردی سال ۲۰۱۰ سازمان آتلانتیک شمالی (ناتو)، به استفاده از فناوری‌های نوین و نوظهور در صحنه مخاصمات ازجمله سلاح‌های حاوی نانوفناوری با دیده تردید نگریسته شود.[۱۰] مقاله حاضر در قالب سه بخش، تعریف، تقسیم‌بندی و کاربرد نانوفناوری نظامی، نانوفناوری نظامی و قواعد بشردوستانه و چالش‌ها و خلأها در زمینه نانوفناوری نظامی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه را بحث و بررسی کرده است.

۱. تعریف، تقسیم‌بندی، کاربرد و آثار نانوفناوری نظامی

نانوفناوری نظامی یکی از انواع علوم نانوفناوری است که تاکنون تأثیرات شگرفی بر پیشرفت و تبدیل علوم نظامی به‌ویژه در چند دهه اخیر گذاشته است. بدون شک، شناخت نحوه تطبیق نانوفناوری نظامی با قواعد بین‌المللی، بدون بررسی کامل و جامع کلی آن، امکان‌پذیر نیست. بنابراین در بخش اول، تحت عنوان تعریف، تقسیم‌بندی، کاربرد و آثار نانوفناوری نظامی در سه بخش تعریف و تقسیم‌بندی آن، کاربرد و آثار آن بر انسان و محیط‌زیست، به این موضوع پرداخته می‌شود.

۱ـ۱. تعریف و تقسیم‌بندی نانوفناوری نظامی

پیش از آغاز بحث راجع به نانوفناوری نظامی، باید خود نانوفناوری را تعریف کرد تا سپس در پرتو آن بتوان نانوفناوری نظامی را که یکی از زیرشاخه‌های آن است تعریف کرد. در هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی، تعریفی از نانوفناوری نشده است[۱۱] و تنها تعریف رسمی موجود، آن است که کمیته فنی نانوفناوری سازمان بین‌المللی استانداردسازی[۱۲] ارائه داده است.[۱۳] از موانع اساسی که تاکنون، تعریف حقوقی عام جهانی از نانوفناوری را با چالش عمده مواجه کرده است گستردگی محدوده استفاده و سرعت رشد بالای آن است.[۱۴] با وجود این، تعاریف مقبولی از نانوفناوری در دکترین رشته‌های مختلف بیان شده است؛ ازجمله، برخی نانوفناوری را علم تراتب اتم‌ها برای تشکیل

10. The 2010 North Atlantic Treaty Organization New Strategic Concept Paper, p. 11.

11. Nasu, Hitoshi, *op. cit*., p. 145.

12. The International Organization for Standardization (ISO) Technical Committee on Nanotechnology (TC229).

13. Pelley, Jennifer and Saner, Marc, "International Approaches to the Regulatory Governance of Nanotechnology", *Carleton University School of Public Policy and Administration*, April 2009, p. 2.

14. Auffan, Mélanie *et al*., "Towards a Definition of Inorganic Nanoparticles from an Environmental, Health and Safety Perspective", 4 *Nature Nanotechnology* 2009, p. 634.

ساختارهای مولکولی جدید و ایجاد مواد نو می‌دانند.[۱۵] برخی هم آن را شاخه‌ای از علوم که هدف نهایی‌اش کنترل تک‌تک اتم‌ها و مولکول‌ها است می‌دانند تا بتوان به کمک آن، تراشه‌های رایانه‌ای و سایر ادوات را تولید کرد که هزاران بار کوچک‌تر از ادوات فعلی باشند.[۱۶] با وجود همهٔ این تعاریف، به نظر می‌رسد که جامع‌ترین تعریف موجود از نانوفناوری، تعریف *ابتکار ملی نانوفناوری امریکا* باشد که از نظر آن، در هر تعریف از نانوفناوری باید سه تعریف روبه‌رو گنجانده شود: ۱. توسعه فناوری و تحقیقات در سطوح اتمی، مولکولی یا ماکرومولکولی در مقیاس اندازه ۱ تا ۱۰۰ نانومتر؛ ۲. خلق و استفاده از ساختارها و ابزار و سامانه‌هایی که به‌خاطر اندازه کوچک یا حد میانه آن‌ها، خواص و عملکرد نوینی دارند؛ ۳. توانایی کنترل یا دستکاری در سطوح اتمی.[۱۷] نانوفناوری علی‌رغم برهم‌زدن نظم در علومی مانند شیمی، فیزیک کاربردی، مکانیک و مهندسی برق،[۱۸] ازجمله شاخه‌های علوم پایه محسوب شده و به‌صورت عمده در سه دسته نانوفناوری مرطوب، خشک و محاسبه مطالعه می‌شود.[۱۹] نانوفناوری نظامی نیز به‌عنوان یکی از بخش‌های نانوفناوری به‌صورت عمده به دو بخش نانوفناوری نظامی ساختاری و مولکولی تقسیم می‌شود. نانوفناوری نظامی، ابزار یا شیوه‌هایی است که خواه از طریق کاربرد فناوری نانوفناوری یا از طریق اثرات در مقیاس نانو به‌منظور آسیب به انسان یا محیط‌زیست، تعبیه یا استفاده شود.[۲۰] نانوفناوری نظامی در عرصه مدیریت علوم دفاعی، معمولاً تحت دسته‌بندی C41SR[۲۱] به‌منظور خودمختارنمودن ابزار نظامی خود مطرح می‌شود. کاربرد نانوفناوری در عرصه نظامی، بسیار وسیع است و از تسلیحات کشتار جمعی مانند امکان ساخت نسل چهارم تسلیحات هسته‌ای تا تسلیحات

۱۵. سلطانی، علی‌محمد و سیدسپهر قاضی نوری؛ «به‌کارگیری ماتریس TOWS در استخراج استراتژی‌های ملی نانوتکنولوژی در ایران»، در مجموعه مقاله‌های همایش علمی ـ کاربردی نانوتکنولوژی، انقلاب صنعتی آینده، جلد اول، مجموعه مقاله‌های بخش سیاست‌گذاری، علوم پایه، نانوتیوب، علوم زیستی، دفتر همکاری‌های فناوری ریاست جمهوری، ۱۳۸۰، پژوهه، ص ۱.

۱۶. شجاع، جواد؛ «درآمدی بر کاربردهای نظامی فناوری نانو از نگاه حق بر زندگی در صلح»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۳۷.

۱۷. کنعانی، محمدهاشم؛« نانوتکنولوژی: کاربردها و چالش‌ها»، *مجله اطلاع‌یابی و اطلاع‌رسانی*، شماره ۴، بهمن ۱۳۸۶، ص ۶۸

۱۸. آشوری، ایران؛ «معرفی: نانوتکنولوژی چیست؟»، *مجله کتاب ماه علوم و فنون*، شماره ۱۰۱، اردیبهشت ۱۳۸۷، ص۷۰.

۱۹. برای اطلاعات بیشتر راجع به نانوتکنولوژی مرطوب، خشک و محاسبه، ن.ک:

20. Nasu, Hitoshi and Faunce, Thomas, "Nanotechnology and the International Law of Weaponry: Towards International Regulation of Nano Weapons", *Journal of Law, Information and Science*, vol. 20, 2009/2010, pp. 21-22

۲۱. در مباحث فرماندهی علوم نظامی، فرآیند تحولات از فرماندهی و کنترل یا C2 به فرماندهی، کنترل، ارتباطات و اطلاعات یا c3I و هم‌اکنون به فرماندهی، کنترل، ارتباطات، رایانه، اطلاعات و تعامل میان کاربران رایانه‌ها با خود و با رایانه‌ها یا C412 متحول شده است. در مبحث حاضر نیز استفاده از C4 1SR دقیقاً به همین معنای اخیر است.

متعارف و حتی البسه نظامی را در بر می‌گیرد اما به دلیل پوشیدگی اسرار نظامی دولت‌ها نمی‌توان با یقین از این گسترهٔ تأثیر صحبت کرد. اگرچه در تقسیم‌بندی‌های سنتی از تسلیحات به کشتارجمعی و متعارف، تنها دو معیار قدرت تخریبی و حجم تلفات و پیامدها را مبنا قرار می‌دادند،[۲۲] با حضور فناوری نانو در عرصه ساخت تسلیحات، باید ویژگی سری‌بودن را نیز بر دو معیار فوق‌الذکر افزود.[۲۳] این گستردگی کاربرد نظامی فناوری نانو در عرصه تولید تسلیحات، به‌ویژه تسلیحات کشتارجمعی، آن‌چنان شدید بوده که برخی اصطلاح «تسلیحات انقراض جمعی»[۲۴] را به‌جای «تسلیحات کشتارجمعی» برای تسلیحاتی که در آن از فناوری نانو استفاده شده است اختیار کرده‌اند.[۲۵]

۱ـ۲. کاربردهای عمده نظامی فناوری نانو

فناوری نظامی نانو را می‌توان در قالب فناوری‌های با کاربرد دوگانه در عرصه مخاصمات تقسیم‌بندی کرد. ازاین‌رو می‌توان کاربرد نظامی نانو را در قالب دو دستهٔ مشروع و غیرمشروع جای داد.

کاربردهای مشروع فناوری نظامی نانو عمدتاً در کاربردهای پشتیبانی و لجستیکی این فناوری مشهود است به‌گونه‌ای که این کاربردها جنبه آفندی ندارند بلکه بیشتر برای حفاظت از سربازان خودی، تحرک‌پذیری بیشتر وسایل نقلیه نظامی یا مقاومت بیشتر ادوات زرهی در برابر حرارت استفاده می‌شوند. ازجمله می‌توان به کاربرد نانوفناوری در تولید مواد و عناصر پرتوزا که از قابلیت بالاتری در احتراق، پیش‌رانش و انفجار نسبت به مواد و عناصر عادی پرتوزا برخوردارند یا در پودرهای فلزات مانند آلومنییوم که به‌عنوان عایق برای تجهیزات نظامی به‌کار می‌روند اشاره کرد.[۲۶] کاربرد نظامی نانوفناوری در نانوحس‌گرها، یکی دیگر از کاربردهای مشروع نانوفناوری نظامی محسوب می‌شود که همراه با گسترش تمایل دولت‌ها برای کوچک‌کردن حس‌گرهای موجود در تجهیزات و تسلیحات نظامی، رشته‌ای نوین به نام میکروتکنولوژی به وجود آورد.[۲۷] نانوحس‌گرها که اندازه‌شان از ۱۰۰ نانومتر فراتر نمی‌رود بر مبنای نانومواد و نانوسیستم‌ها، انقلابی نوین در عرصه امنیت فضای مخاصماتی برای طرف متخاصم استفاده‌کننده از آن ایجاد

۲۲. در زمینه این دو معیار، ن.ک: ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان؛ *حقوق بین‌الملل سلاح‌های کشتارجمعی*، میزان، ۱۳۸۷، صص۲۰ـ۲۳.

23. Altmann, Jürgen and Gubrud, Mark A., "Military, Arms Control, and Security Aspects of Nanotechnology", D. Baird, A. Nordmann & J. Schummer (eds.), in: *Discovering the Nanoscale*, Amsterdam: IOS Press, 2004, p. 4.

24. "Weapon of Mass Extinction"

25. Http://www.permanent.com/human-extinction-biotechnology-nano.html, p.1 (last visited 11/9/2014)

26. Nasu, Hitoshi, *op. cit*., p. 146.

27. Krishna, Kant, *Computer-Based Industrial Control, 2/e*, PHI Learning Pvt. Ltd., 2010, p. 110.

کرده‌اند به‌گونه‌ای که قابلیت شناسایی و ردیابی عناصر و تجهیزات نظامی دشمن را به طرز مطمئن و سریع برای طرف به‌کارگیرندهٔ آن فراهم ساخته است.[۲۸] از نانوحس‌گرها عمدتاً در سامانه‌های راداری برای بهبود «پوشش‌دادن مناطقی که در شعاع عملکرد آن‌ها قرار دارند، کشف و رهگیری مواد رادیواکتیو یا شیمیایی، فراهم‌کردن امکان ارتباط در زنجیره ارتباطی، مشخص‌کردن اهداف موردنظر برای سایر یگان‌ها و واحدها برای آتشباری و کمک به کنترل جمعیت‌ها با هدایت آن‌ها به سوی مسیری مشخص»[۲۹] استفاده می‌شود. از عمده‌ترین حس‌گرهای نانو در تجهیزات نظامی، *نانوکریستال‌های نیمه‌عملگرا*[۳۰] هستند که برای تشخیص مولکول‌های یک جسم هدف به‌کار برده می‌شوند.[۳۱] مهم‌ترین طرح تحقیقاتی کنونی بین‌المللی در زمینه نانوحس‌گرها، طرح *نانوسکور*[۳۲] بر مبنای هفتمین برنامه بنیادین تحقیقات و توسعه اتحادیه اروپایی است که به‌منظور توسعه سامانه‌هایی که بتوانند به‌صورت گسترده به هشدار زودرس و سم‌زدایی مواد خطرناک هوایی بپردازد طراحی شده است.[۳۳] در اینجا به چند نمونه عمده کاربرد نانوفناوری نظامی در عرصه تولید تسلیحات که می‌تواند در برخی موارد، غیرمشروع باشد پرداخته می‌شود. اگرچه ممکن است چنین به نظر برسد که کاربردهای غیرمشروع فناوری نظامی نانو در صحنه مخاصمات، عمدتاً در تسلیحات کشتارجمعی باید منعکس باشد، فی‌الواقع نفوذ فناوری نظامی نانو در هریک از تسلیحات کشتارجمعی و متعارف، تمایز بین آن‌ها را بسیار مشکل و آن‌ها را به یکدیگر نزدیک‌تر کرده است چه آنکه دستکاری و طراحی مولکول‌های واجد ویژگی‌های خاص در مواد نظامی، منجر به ساخت تسلیحات، چه متعارف و چه کشتارجمعی می‌شود که می‌تواند به غیرنظامیان و حتی نظامیان، آسیب و تلفات عمده‌ای برساند.[۳۴]

الف. نانوفناوری نظامی و تسلیحات متعارف

یکی از کاربردهای عمده نانوفناوری نظامی در عرصه تولید و توسعه، سلاح‌های کوچک و سبک ساخته‌شده از ترکیب‌های نانوفیبری است که وزن این تسلیحات را کاهش و قابلیت تحرک‌پذیری

---

28. Bonča, Janez; Kruchinin, Sergei, *Nanotechnology in the Security Systems*, Springer, 2015, p. 232.

۲۹. افتخاری، اصغر و مهدی کامکار؛ «جنگ‌های آینده و فناوری پیشرفته (اولویت‌بندی نسل بعدی توانمندی‌ها)»، *فصلنامه نگرش راهبردی*، شماره ۸۹ و ۹۰، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۷، ص ۱۹۷.

30. Semiconducting Nano Crystal

31. Kosal, Margaret, "Applying Nanotechnology to Revolutionary Chemical and Biological Countermeasures", *op. cit*., p. 29.

32. Nanosecure

33. Tenth Nanoforum Report; "Nanotechnology and Civil Security", June 2007, p. 2. Also available on: http://www.nanowerk.com/nanotechnology/reports/reportpdf/report72.pdf (last visited: 21/12/2014).

34. Faunce, Thomas, *op. cit*., p. 145.

آن را افزایش داده است.[۳۵] یکی از مهم‌ترین موافقت‌نامه‌هایی که به‌صورت غیرمستقیم به کاربرد نانوفناوری نظامی در عرصه تولید و کاربرد تسلیحات متعارف می‌پردازد، موافقت‌نامه *واسنار* با عضویت ۴۱ دولت برای کنترل صادرات تسلیحات متعارف و کالاها و فناوری‌های دوگانه است که از طریق ترغیب به ایجاد شفافیت و مسئولیت گسترده‌تر در انتقال تسلیحات متعارف و کالاها و فناوری‌های دوگانه در صدد پیشگیری از بی‌ثبات‌سازی اوضاع و ارتقای صلح و ثبات منطقه‌ای و بین‌المللی است. اگرچه این موافقت‌نامه تاکنون قواعد خاصی راجع به نانوفناوری نظامی نداشته، فهرستی موسوم به «فهرست کنترل» کالاها، فناوری‌ها و نرم‌افزارهای جنگی که به‌عنوان «کالاها و فناوری‌های نظامی دوگانه» محسوب می‌شود به دست می‌دهد. هر دولت عضو باید بر مبنای فهرست کنترل موافقت‌نامه واسنار و همچنین سیاست‌های دفاعی و امنیتی ملی خود، از این کالاها و فناوری‌های دوگانه، به روشی استفاده نکند که با اهداف و موضوع موافقت‌نامه واسنار در تعارض باشد. از سوی دیگر، در دهمین اجلاس سالیانه در ۵ و ۶ دسامبر ۲۰۰۶، اعضا تصمیم گرفتند که سند «*بهترین راهکارها به‌منظور اجرای انتقال غیرملموس کنترل فناوری*» را تصویب کنند. اگرچه این سند، غیرالزام‌آور بوده و قواعدی راجع به کاربرد فناوری نظامی نانو در تسلیحات متعارف ندارد، رعایت قواعد آن به‌صورت غیرمستقیم می‌تواند بر کاربرد فناوری نظامی نانو در تسلیحات متعارف، مؤثر باشد.

ب. نانوفناوری و تسلیحات هسته‌ای

برخلاف سایر تسلیحات، نانوفناوری نظامی نتوانسته در زمینه تسلیحات هسته‌ای، به‌جز در زمینه سامانه‌های راهنمایی، امنیت، مسلح‌کردن و خنثی‌کردن هسته‌ای، نسبت به نمونه‌های قبلی این سلاح‌ها تغییرات بنیادین به‌وجود آورد.[۳۶] طرفداران کاربرد نانوفناوری نظامی در تولید و توسعه سلاح‌های هسته‌ای بر دو معیار قابلیت حمل و انتشار این تسلیحات در صحنه مخاصمات و مؤثرتر عمل‌کردن آن‌ها به‌منظور کاهش تلفات غیرنظامی ناشی از کاربرد احتمالی تسلیحات هسته‌ای تکیه کرده‌اند.[۳۷] در ذیل می‌توان بر مبنای تقسیم‌بندی *آلتمن*، عمده استفاده از نانوفناوری در صنایع نظامی هسته‌ای را در تولید و توسعه سه وسیله هسته‌ای دانست:

۱. سامانه‌های کمکی:[۳۸] سلاح‌های هسته‌ای، امکانات پیچیده‌ای برای هدایت، ایمنی، امنیت و ترکیب‌شدن دارند که شامل حس‌گرها، قفل‌های مکانیکی، مدارهای الکترونیکی و الکتریکی و

35. Lele, Ajey, *Strategic Technologies for the Military: Breaking New Frontiers*, SAGE Publications India, 2009, p. 128.

36. Lele, Ajey, *op. cit*., pp. 128-29.

37. Brune, Harald *et al*, *Nanotechnology: Assessment and Perspectives*, Springer Science & Business Media, 2006, p. 367.

38. Auxiliary Systems

غیره می‌شود. فناوری نانو، کوچک‌سازی بیشتر و یکپارچگی بهتر چنین حس‌گرهایی را با عوامل قفل نوری و الکترونیکی تسهیل می‌کند.[۳۹]

۲. مدل‌سازی رایانه‌ای سلاح‌های هسته‌ای:[۴۰] در عصر حاضر و با توجه به توسعه ابررایانه‌ها، از این ابزار در فرآیندهای مختلف نظامی هسته‌ای به‌ویژه شبیه‌سازی‌های سلاح‌ها و فرآیندهای هسته‌ای استفاده می‌شود. مدل‌سازی رایانه‌ای سلاح‌های هسته‌ای به معنای به‌کارگیری ابررایانه‌ها ـ که در آن از تراشه‌های نانو استفاده شده است ـ به‌منظور شبیه‌سازی استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در رخداد هسته‌ای مانند زمستان هسته‌ای،[۴۱] از زمان انبار تا اصابت آن به هدف است.[۴۲]

۳. سلاح‌های هسته‌ای بسیار کوچک،[۴۳] مخرب‌ترین نوع کاربرد نانوفناوری در صنایع نظامی هسته‌ای در تولید و توسعه سلاح‌های هسته‌ای کوچک است. در بخش‌های بعد به این تقسیم‌بندی بیشتر توجه خواهد شد.

ج. نانوفناوری نظامی و تسلیحات بیولوژیک

سلاح‌های بیولوژیک مانند ویروس‌های مولد کوریو مننژیت و اوریون و باکتری‌های مولد دیفتری، ذات‌الریه و سل و عفونت‌های قارچی مانند کریپتوکوکوز و آمیب مولد اسهال و مالاریا، علاوه بر اینکه تهدیدی برای افراد غیرنظامی است و می‌تواند موجب گرفتاری غیرعمدی آنان شود، چنان شدتی دارد که منابع و تجهیزات بهداشتی را اشباع می‌کند و باعث تغییرات پایا و غیرقابل‌پیش‌بینی در محیط انسان می‌شود و اثرات احتمالی آن به‌خاطر تأثیر عوامل پیچیده و شدیداً متغیر هواشناسی، فیزیولوژیک و زیست‌محیطی تا حد زیادی ناشناخته است.[۴۴] ارتباط نانوفناوری نظامی و زیست‌فناوری در تولید وسایل، شیوه‌های مبتنی بر نانوفناوری تحویل تسلیحات، سلاح‌های بیوشیمیایی جدید مبتنی بر نانوفناوری، نانوذرات و نانومواد با خاصیت

---

۳۹. شجاع؛ *همان*، ص ۲۴۳.

40. Computer Modeling of Nuclear Weapons

۴۱. زمستان هسته‌ای از عواقب اقلیمی احتمالی جنگ هسته‌ای است. هوای بسیار سرد و کاهش نور خورشید از پیامدهای محتمل و پیش‌بینی‌شده جنگ هسته‌ای است. استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، منجر به وقوع زمستان هسته‌ای می‌شود، بخصوص اگر هدف سلاح هسته‌ای، منطقه‌ای قابل آتش‌سوزی مانند یک شهر باشد. برای اطلاعات بیشتر، ن.ک:
http://en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_winter, p. 1 (8/9/2014).

42. http://www.washingtonpost.com/national/national-security/supercomputers-offer-tools-for-nuclear-testing-and-solving-nuclear-mysteries/2011/10/03/gIQAjnngdM_story.html, p.1 (last visited: 13/11/2014).

43. Very Small Nuclear Weapons

۴۴. ممتاز، جمشید؛ *حقوق بین‌الملل سلاح‌های کشتارجمعی*، ترجمه و تحقیق: امیرحسین رنجبریان، میزان، ۱۳۹۰، ص ۲۲.

سمی‌بودن به نحو چشمگیری ملاحظه می‌شود.[۴۵] می‌توان نانوزیست‌فناوری را اصلی‌ترین حوزه‌ای دانست که نانوفناوری نظامی در آن به پیشرفت قابل‌ملاحظه‌ای دست یافته است. نانوزیست‌فناوری به دو شکل عمدهٔ مشروع و غیرمشروع بر تجهیزات نظامی اثر گذاشته است. در زمینه مشروع، بارزترین برنامه بین‌المللی نظامی موجود، *برنامه دانش نانو برای صلح و امنیت*[۴۶] است که در چارچوب آن، از نانوزیست‌فناوری برای تولید و توسعه ابزار نظامی تشخیص و سم‌زدایی عوامل تهدیدکننده بیولوژیک همچون تولارمیا[۴۷] و باسیلوس آنتراسیس[۴۸] استفاده می‌شود. همچنین از نانوزیست‌فناوری برای پاک‌سازی آلودگی محیط‌زیست صحنه مخاصمات از طریق نانوذرات استفاده می‌شود.[۴۹] فقدان نظارت بر کنوانسیون منع تسلیحات بیولوژیک به‌عنوان عامل اصلی در نظارت بر فعالیت‌های بیولوژیک نظامی ازجمله در زمینه نانوزیست‌فناوری محسوب می‌شود تا مشخص کند که آیا قصد دولت‌ها از توسعه نانوزیست‌فناوری، مشروع است یا نه. البته در این زمینه، سازوکارهایی چون دبیرکل ملل متحد پیش‌بینی شده است که در بخش مربوط به خلأها و چالش‌های ناشی از کاربرد نظامی فناوری نانو با توجه به قواعد بین‌المللی بشردوستانه بررسی می‌شود.

۱ـ۳. آثار نانوفناوری نظامی بر بدن انسان و محیط‌زیست

آثار نانوفناوری نظامی بر بدن انسان و محیط‌زیست، یکی از موضوعات مهم، به‌ویژه در حقوق بین‌الملل بشردوستانه است که هدف اصلی قواعد آن، حمایت از غیرنظامیان و اهداف غیرنظامی است. شاید بتوان از عرصه مطالعاتی نانوفناوری نظامی که در مدیریت ریسک مطرح می‌شود به خطرپذیری عمده استفاده از این فناوری پی برد.[۵۰] بااین‌حال، ماهیت «دگرگون‌شوندهٔ»[۵۱] انواع وسایل نانوفناوری نظامی در عرصه مخاصمات، تحقیقات مستدل و جامع در این‌باره را با مشکل روبه‌رو کرده است.[۵۲] اما همین تحقیقات اندک که عمده توجهش بر نانوذرات و خطرات تماس با

45. Kosal. E, Margaret, "Anticipating the Biological Proliferation Threat of Nanotechnolgy: Challenges for International Arms Control Regimes", p. 163.

46. The NATO Science for Peace and Security Science

47. Francisella Tularensis (Tularemia)

48. Bacillus Anthracis

49. Plows, Alexandra and Reinsborugh, Michael, "Nanobiotechnology and Ethics: Converging Civil Society Discourses", 2008, p. 138.

50. UNESCO's Report (SHS-2006/WS/10 REV. 2) on "The Ethics and Politics of Nanotechnology", 2006, p. 14.

51. Transformative

52. Selgelid, Michael J. and Rappert, Brian, *On the Dual Uses of Science and Ethics: Principles, Practices, and Prospects*, ANU Press, 2013, p.16.

مواد نانوفناوری نظامی است[۵۳] نیز اثبات می‌کند که اجزای کوچک نانو می‌تواند به بدن انسان و محیط‌زیست رسوخ کند.[۵۴] در زمینه تهدیدهای سلامت و محیط‌زیست، بیشترین مطالعه روی نانولوله‌های کربنی که امروزه کاربرد تجاری دارند، انجام شده است.[۵۵] امروزه در زمینه آثار مضر کاربرد فناوری نانو، ازجمله فناوری نظامی آن بر انسان و محیط‌زیست، رشته مستقلی به نام نانوسم‌شناسی[۵۶] به وجود آمده است که برای اولین بار در سال ۲۰۰۴ *دونالدسون آن را* معرفی کرد.[۵۷] از دیدگاه نانوسم‌شناسی، خطرهای اصلی نانوفناوری به ذراتی مربوط می‌شود که در مواد دیگر به‌صورت ثابت و محکم جای نگرفته‌اند و این وضعیت، معمولاً در مرحله ازبین‌بردن (بازیافت، سوزاندن) کالاهایی که در آن، نانوذرات وجود دارد ایجاد می‌شود.[۵۸] نانومواد مهندسی‌شده و غیرارگانیک ازجمله نانوتیوب‌ها و نانوذرات، به دلیل قابلیت آزادشدن آسان‌تر از سایر کاربردهای نظامی نانوفناوری برای طبیعت خطرناک‌تر است. نانوذرات موجود در تجهیزات نظامی، قابلیت فرسایش داشته و ممکن است نظامیان و غیرنظامیان در عرصه مخاصماتی آن را استنشاق کنند.[۵۹] همچنین این ذرات بسیار ریز می‌توانند بدون هیچ مانعی از سد سامانه دفاعی بدن نیز عبور کرده و به دیگر آلاینده‌های خطرناک در آب یا هوا متصل شده یا به آن واکنش نشان داده و درنتیجه، ورود آن را به بدن انسان، آسان‌تر سازند.[۶۰] اثبات شده است که از بین نانوذرات نیز، نانوذرات مهندسی‌شده ازجمله فولرن‌ها از بقیه برای محیط‌زیست و انسان خطرناک‌تر است. ازجمله در تحقیقی که در سال ۲۰۰۴ انجام شد، نشان داده شد که تماس با فولرن‌ها می‌تواند موجب آسیب گسترده مغزی و تغییر رفتار ژن‌ها در نوعی از ماهی‌های خاردار جوان شود،[۶۱] چرا که اولاً، این نوع نانوذرات از زمره نانوذرات غیرارگانیک بوده که در ساخت آن، از فلز و سایر اکسیدها (به‌ویژه سیلیکون دی‌اکسید، تیتانیوم دی‌اکسید و آلومنییوم دی‌اکسید) استفاده شده و به دلیل صرفه اقتصادی، هم در صنایع نظامی و هم غیرنظامی از مقبولیت

53. UNESCO's Report, *op. cit*., p. 14.

54. Altmann, Jürgen, *Military Nanotechnology: Potential Applications and Preventive Arms Control*, Routledge, 2007, p. 4.

۵۵. مظاهری اسدی، مهناز و آزاده غلامی قوام‌آباد؛« نانوتکنولوژی، مخاطرات بهداشتی و محیط‌زیستی»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۵۵، تابستان ۱۳۸۹، ص ۳۸.

56. Nanotoxicology

57. Monteiro-Riviere, Nancy A.; Lang Tran, C., *Nanotoxicology: Characterization, Dosing and Health Effects*, CRC Press, 2007, p.1.

۵۸. جان‌فشان، بیتا؛ «نانوتکنولوژی: فرصت‌ها و ریسک‌ها: بیمه‌پذیری فناوری‌های نوظهور»، *ماهنامه تازه‌های جهان بیمه*، شماره ۹۳، اسفند ۱۳۸۴، ص۵۰.

59. http://crnano.typepad.com/crnblog/2005/03/military_uses_o.html, p. 2 (last visited: 21/12/2014).

۶۰. مظاهری اسدی و غلامی قوام‌آباد؛ *همان*، ص۴۴.

61. Theodore, Louis and Kunz, Robert G., *Nanotechnology: Environmental Implications and Solutions*, John Wiley & Sons, 2005, p. 99.

بیشتری برخوردار است.[۶۲] ثانیاً، ذرات اکسید روی و دی‌اکسید تیتانیوم در این نوع ذرات باعث تولید رادیکال‌های آزاد در سلول پوستی شده و به DNA آسیب می‌رساند. این آسیب به DNA موجب جهش می‌شود و تغییراتی در ساختمان پروتئین به‌وجود می‌آورد که ممکن است باعث سرطان و تومور شود.[۶۳] این‌گونه نگرانی‌ها در سالیان گذشته به‌ویژه درمورد نانوذرات موجب شده است که دولت‌ها از مؤسسات دولتی و غیردولتی صنعتی (ازجمله نظامی) و غیرصنعتی بخواهند تا موضوع سلامت و ایمنی زیست‌محیطی نانو را بررسی کرده و خطر آن را به حداقل برسانند.[۶۴] درمورد کاربرد نانومواد در تولید تسلیحات حاوی نانوفناوری که برای مستحکم‌تر و سبک‌ترشدن این تسلیحات به‌کار می‌رود باید گفت که از لحاظ علمی، جذب نانوفیبری این مواد از طریق پوست انسان و واردشدن به چرخه غذایی از طریق ورود به محیط‌زیست به دلیل قابلیت جداشدن آن از تجهیزات به‌کاررفته در آن به اثبات رسیده است. از دیگر کاربردهای مضر نانوفناوری نظامی بر محیط‌زیست، استفاده از موادی به نام سلول‌های مصنوعی خون (رسپیروسایتز) در ساخت تجهیزات حاوی نانوفناوری نظامی است که از طریق آن، عملکرد کاربر آن به‌مراتب افزایش می‌یابد که در تحقیقی که شورای امریکایی دانشگاه سازمان ملل متحد با عنوان *«آلودگی بالقوه محیط‌زیستی و خطرات سلامتی ناشی از استفاده‌های احتمالی نظامی از نانوفناوری»*[۶۵] در فاصله سال‌های ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۰ انجام داد، بر مضربودن آن صحه گذاشته شد. همچنین بر مبنای این تحقیق، گیرنده‌های کوچک ردیابی که از حس‌گرهای نانو استفاده می‌کنند منجر به سندروم مزمن خستگی می‌شود که آثار سوئی چون ضعف، خستگی بدن و درنهایت، مرگ برای کاربر آن دارد.[۶۶] برای نمونه می‌توان به نانوذرات کوارتز اشاره کرد که بر مبنای تحقیق *سیتون* (۱۹۹۵) منجر به تصلب بافت ریوی می‌شود.[۶۷] تحقیقات سم‌شناسی ثابت کرده است که قرارگرفتن کوتاه‌مدت در معرض نانوذرات کوارتز، موجب تورم ریوی، نابودی سلول‌ها و وجود تومور در موش‌ها شده است.[۶۸] یکی دیگر از کاربردهای مضر نانوفناوری در صنایع نظامی، استفاده از پنبه نسوز یا آزبست است. تأثیر این ماده به‌طور طبیعی بر کارگران معدن اثبات شده

62. De la Fuente, Jesus M. and Grazu, V., *Nanobiotechnology: Inorganic Nanoparticles v. Organic Nanoparticles*, Elsevier, 2012, p. 13.

۶۳. مظاهری اسدی و غلامی قوام‌آباد؛ *همان*، صص ۴۶ و ۴۷.

۶۴. جوانمردی، محمد و دیگران؛ «رتبه‌بندی حوزه‌های مختلف ریسک زیست‌محیطی و سلامت انسان در فناوری نانو با استفاده از روش Topsis و AHP در محیط فازی»، *فصلنامه مدیریت شهری*، شماره ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۳۳۶.

65. "Potential Environmental Pollution and Health Hazards Resulting from Possible Military Uses of Nanotechnology".

66. http://crnano.typepad.com/crnblog/2005/03/military_uses_o.html, p. 2 (last visited 21/12/2014).

67. Hull, Matthew and Bowman, Diana, *Nanotechnology Environmental Health and Safety: Risks, Regulation, and Management*, William Andrew, 2014, p. 93.

68. Ramachandran, Gurumurthy, *Assessing Nanoparticle Risks to Human Health*, William Andrew, 2011, p. 28.

است به‌گونه‌ای که با آزادسازی گاز آن، احتمال ابتلا به بیماری‌های ریوی تشدید می‌شود.[۶۹] بااین‌حال، گفته شده است که تأثیرات سوء نانوفیبرهای پنبه‌نسوز بر انسان به انحلال‌پذیری[۷۰] آن‌ها بستگی دارد.[۷۱] بنابراین، انواعی از نانوفیبرهای پنبه نسوز که قابلیت انحلال آسان‌تری دارد، انسان را بیشتر در معرض خطر قرار می‌دهد.[۷۲] البته در این خصوص، اسناد و گزارش‌هایی نیز وجود دارد. ازجمله می‌توان به سند نهایی *هفتمین برنامه بنیادین تحقیقات و توسعه* ۲۰۰۷ اتحادیه اروپایی اشاره کرد که در آن از تأثیرات سوء نانوفناوری نظامی بر انسان و محیط‌زیست ابراز نگرانی و بیان شده که استفاده مخفیانه از این فناوری‌ها در ساخت تسلیحات نوین نباید مانع از اطلاع‌رسانی راجع به آثار سوء آن شود.[۷۳] گزارش *جیل اوانس*، عضو پارلمان اروپا در سال ۲۰۱۰ درمورد طرح قانونی برای ممنوعیت به‌کارگیری نانومواد در تجهیزات برقی و الکترونیکی به کمیته‌های محیط‌زیست، بهداشت بشری و امنیت غذایی پارلمان اروپا اشاره کرد که بیان می‌دارد: «ابهامات علمی درمورد امنیت نانومواد بر سلامت و محیط بشری وجود دارد. هیچ تعریف مقبول بین‌المللی از نانومواد‌ها و دستورالعمل‌های فنیِ نحوه به‌کارگیری آن در جامعه بین‌المللی وجود ندارد. شواهد علمی بسیاری وجود دارد که برخی از انواع نانوتیوپ‌های کربنی می‌تواند به مانند پنبه نسوز عمل کرده و بنابراین تأثیرات شدیدی بر سلامت بشر داشته باشد. این نگرانی درمورد ذرات نانوسیلور نیز که دارای تأثیرات سوئی بر ارگانیسم‌های زمینی، خاکی و آبی است، وجود دارد.[۷۴] بنابراین همان‌گونه که مشخص شد، عمده موارد آسیب‌زنندهٔ کاربرد فناوری نانو بر انسان و محیط‌زیست در تولید، تجهیز و توسعه ادوات و تجهیزات نظامی، ناشی از نانومواد غیرارگانیک و مهندسی‌شده است.

درمقابل، کاربرد نانوذرات ارگانیک در فناوری‌ها و تجهیزات نظامی، قابلیت آسیب‌زایی بسیار کمتر، اما هزینه بالاتر نسبت به نانوذرات غیرارگانیک، چه بر محیط‌زیست و چه انسان دارد.[۷۵] بنابراین باید توجه داشت که عمده خسارت‌های زیست‌محیطی و انسانی کاربرد نانوفناوری

69. http://crnano.typepad.com/crnblog/2005/03/military_uses_o.html, p. 2 (last visited: 21/12/2014).

70. Solubility

71. Mansoori, G. Ali; George, Thomas F. Assoufid, Lahsen and Zhang, Guoping, *Molecular Building Blocks for Nanotechnology: From Diamondoids to Nanoscale Materials and Applications*, Springer Science & Business Media, 2007, p. 212.

72. *Ibid*., p. 212.

73. Allhoff, Fritz and Lin, Patrick, *Nanotechnology & Society: Current and Emerging Ethical Issues*, Springer Science & Business Media, 2008, p. 199.

74. Evans, J., "Draft Report Amendments 197 - 339: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in electrical and Electronic Equipment (Recast)", European Parliament, Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, 19 March 2010, available at:http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do? pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE 439. 897+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN .

75. De la Fuente, Jesus M. and Grazu, V., *op. cit*., p. 13.

نظامی، ناشی از فناوری غیرارگانیک درمورد نانو است. در کنار نانوذرات و نانوتیوب‌ها، نانومواد نیز به دلیل دربرداشتن مواد شیمیایی برای انسان و طبیعت، مضر است. بااین‌حال، خطرات سلامتی و زیست‌محیطی آن، بسته به ارتباطات مقدار ـ واکنش و سطح تماس با آن مواد متغیر است.[۷۶] در حال حاضر، برای کم‌کردن آسیب محیط‌زیستی و انسانی نانوفناوری و ازجمله نانوفناوری نظامی در کشورهای پیشرفته، رشته‌ای به نام *نانوفناوری معکوس*[۷۷] به‌وجود آمده است که در صدد است تا با کاهش استفاده از نانوذرات غیرارگانیک در وسایل و ادوات، ازجمله نظامی، استفاده از آن را در فضای مخاصماتی، منطبق با قواعد بین‌المللی بشردوستانه کند.

۲. تسلیحات حاوی فناوری نانو و قواعد بین‌الملل حقوق بشردوستانه

استناد به قواعد بین‌الملل بشردوستانه در کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو از دو منظر اهمیت دارد؛ نخست ازآنجاکه تسلیحات حاوی فناوری نانو، قابلیت آسیب‌رساندن به رزمندگان و غیررزمندگان در عرصه مخاصمات، از ناتوان‌سازی موقت تا حتی مرگ را دارد و به عبارت دیگر، تأثیرات سوء انسانی دارد، قواعد بین‌المللی بشردوستانه به‌صورت سنتی برای به‌حداقل‌رساندن این تأثیرات سوء به‌کار گرفته می‌شود. دوم اینکه با توجه به مطالب مطروحه در بخش‌های پیشین که درمورد خلأ حاکم بر کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو با توجه به نبود سند معاهداتی بین‌المللی خاص اشاره شد، قواعد بین‌المللی بشردوستانه می‌تواند تا حدودی فضای مناسبی برای رفع این خلأ فراهم کند.

التزام دولت‌ها در زمینه توجه به آثار مختلف ناشی از کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سه نوع تعهد آن‌ها در این راستا یعنی اصل انسانی‌بودن، محدودیت در به‌کارگیری هر نوع تسلیحات و روش و شیوه جنگی و همچنین تعهد آن‌ها به‌موجب ماده ۳۶ پروتکل اول الحاقی مبنی‌بر توجه به قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در کلیه مراحل مطالعه، به‌کارگیری و تحصیل انواع تسلیحات ناشی می‌شود. درمورد تعهد اول، یعنی اصل انسانی‌بودن، باید به مقدمه پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ اشاره کرد که مقرر می‌دارد که فرد انسانی در صورت فقدان وجود قواعد لازم‌الاجرا باید تحت حمایت اصول انسانیت و اوامر وجدان عمومی قرار گیرد.[۷۸] همچنین در این زمینه می‌توان به رأی مشورتی صادره دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تهدید یا استفاده از تسلیحات هسته‌ای اشاره کرد که پس از ذکر لزوم توجه دولت‌ها به اصل انسانی‌بودن در زمینه به‌کارگیری انواع تسلیحات (ازجمله تسلیحات حاوی فناوری نانو) بیان

76. Hull, Matthew and Bowman, Diana, *op. cit.*, p. 93.

77. Inverse Nanotechnology

۷۸. بیگدلی، محمدرضا؛ «نگرشی بر مسئولیت بین‌المللی ناشی از نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۸۳، ص ۸.

می‌کند که عملاً عدم توجه کافی دولت‌ها به این اصل در به‌کارگیری انواع تسلیحات، ناشی از دو نقیصه عمده یعنی عدم تعیین معیار دقیق ممنوعیت روش‌ها و ابزار جنگی در مخاصمات مسلحانه و متغیربودن شرایط مخاصماتی است: «شرط *مارتنز*، مجوز تلقی اصول انسانی‌بودن و اوامر وجدان عمومی را به‌عنوان اصول حقوق بین‌الملل می‌دهد، درحالی‌که معنای دقیق معیاری را که به‌وسیله این اصول حقوق بین‌الملل باید در پرتو شرایط متغیر مشخص شود رها می‌کند. این شرایط، دربردارنده تغییرات در روش‌ها و ابزار جنگی و دورنما و سطح تحمل جامعه بین‌المللی است. این اصول، ثابت خواهد ماند اما ممکن است اثر عملی آن، پیوسته در حال تغییر باشد و ممکن است در یک زمان، توجیه‌کنندهٔ یک روش جنگی و در زمان دیگر، ممنوع‌کنندهٔ آن باشد».[۷۹] بر مبنای سند راهنمای کمیته بین‌المللی صلیب سرخ راجع به تسلیحات، روش‌ها و شیوه‌های نوین، دولت‌ها باید بر اساس اصل انسانی‌بودن، از طریق اعمال و اجرای قوانین لازم‌الاجرای نظارت بر تسلیحات حاوی فناوری نانو، دو *سازوکار دائم* و *ضروری* برقرار کنند. دومین الزام دولت‌ها در زمینه به‌کارگیری تسلیحات حاوی نانوفناوری از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تعهدشان به محدودیت به‌کارگیری هر نوع تسلیحات و شیوه و روش جنگی است که در ماده ۳۵ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ درج شده است. این اصل، این نتیجه عملی را نیز به همراه خواهد داشت که همان گونه که در رأی مشورتی دیوان بین‌الملل دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای مشهود است، قواعد بین‌الملل بشردوستانه به «کلیه اشکال جنگ و کلیه انواع تسلیحات، چه تسلیحات گذشته، چه تسلیحات کنونی و چه تسلیحات آینده»[۸۰] تسری پیدا می‌کند. ازاین‌رو، نبود قواعد بین‌الملل بشردوستانه در زمان تولید، توسعه و کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو، مانع از آن نمی‌شود که قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه بر تسلیحات حاوی فناوری نانو، اعمال شوند[۸۱] چرا که برخلاف استدلال قاضی *بجاوی* در رأی مشورتی دیوان، راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای مبنی‌بر آنکه «آنچه ممنوع نشده است، ضرورتاً مجاز است»، باید گفت که عدم منع صریح تسلیحاتی در معاهده یا عرف، نمی‌تواند دلیل جواز آن بوده باشد زیرا اصول حقوق بشردوستانه، عامل محدودکننده قانونی است.[۸۲] نهایتاً دولت‌ها به‌موجب ماده ۳۶ پروتکل اول

79. Meron, Theodor, "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", *The American Journal of International Law*, vol. 94, No. 1, p. 78.

۸۰. البرزی ورکی؛ *همان*، ص۵۳.

81. ICRC, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts" Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007; *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 867, September 2007.

۸۲. البرزی ورکی؛ *همان*، ص ۱۶.

الحاقی ۱۹۷۷ ـ که امروزه قاعده عرفی بین‌المللی شده است و دول غیرعضو پروتکل اول الحاقی را نیز ملزم می‌کند ـ متعهدند تا در بعضی یا تمامی شرایط در مطالعه، به‌کارگیری و تحصیل انواع تسلیحات حاوی فناوری نانو، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را مراعات کنند.[۸۳] مکمل این تعهد، بند ۲ ماده ۵۷ پروتکل اول الحاقی است که بر مبنای آن، در هریک از مراحل فوق‌الذکر مطالعه، تحصیل و به‌کارگیری تسلیحات حاوی فناوری نانو، دولت‌ها باید به‌منظور جلوگیری و به‌حداقل‌رساندن آسیب به غیرنظامیان و اهداف غیرنظامی، پیش‌بینی‌های لازم را بکنند. این سه نوع تعهد (اصل انسانی‌بودن، اصل محدودیت و اصل رعایت قواعد بین‌الملل بشردوستانه در کلیه مراحل مطالعه یا استفاده سلاح)، دولت‌ها را ملزم می‌کند که به انواع آثار به‌کارگیری تسلیحات حاوی فناوری نانو توجه کنند. پس از پرداختن به الزام دولت‌ها در زمینه توجه به قواعد بین‌الملل بشردوستانه در زمینه به‌کارگیری انواع تسلیحات حاوی فناوری نانو، اینک باید از منظر سه اصل بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه، یعنی اصل منع آسیب غیرضروری و زاید، اصل منع آسیب به محیط‌زیست و اصل تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان، به آثار سوء به‌کارگیری تسلیحات حاوی فناوری نانو نیز پرداخت. در بخش مربوط به آثار فناوری نظامی نانو بر بدن انسان و محیط‌زیست، به بخشی از این آثار اشاره شد. اکنون با توجه به همان مطالب به بررسی آثار از منظر قواعد بین‌الملل بشردوستانه پرداخته می‌شود.

۲ـ۱. تسلیحات حاوی فناوری نانو و اصل منع آسیب غیرضروری

در نخستین بخش این قسمت، موضوع کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو از منظر اصل منع آسیب غیرضروری و زاید مطرح می‌شود. در قسمت اول به موضوع اصل منع آسیب غیرضروری با تأکید بر فناوری نظامی نانو پرداخته شده و در قسمت دوم به معیار و نظریات موجود در حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای سنجش وضعیت رعایت اصل منع آسیب غیرضروری ناشی از تسلیحات حاوی فناوری نانو پرداخته می‌شود.

الف. اصل منع آسیب غیرضروری با تأکید بر فناوری نظامی نانو

اصل منع آسیب غیرضروری و زاید به‌عنوان اصل قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی ازجمله اصول عرفی حقوق بین‌المللی تلقی می‌شود که استفاده از ابزار و روش‌های جنگی را که از قابلیت آسیب غیرضروری یا زاید برخوردار باشند یا انتظار برود که چنین قابلیتی را داشته

83. Lawand, Kathleen, "Reviewing the Legality of New Weapons, Means and Methods of Warfare", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, No. 864, December 2006, p. 925.

باشند، ممنوع می‌کند.[۸۴] این اصل، علاوه بر اعلامیه‌های *سن‌پیترزبورگ* و *لاهه* (ماده ۲۲)، در پروتکل اول الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (بند (ث) ماده ۲۳) و قاعده ۴۴ دستورالعمل *تالین* راجع به جنگ‌های سایبری نیز مقرر شده است.[۸۵] بااین‌حال، صرف آسیب سلاح به جمعیت غیرنظامی، موجب ممنوع‌ساختن آن در صحنه مخاصمات نشده، بلکه همان گونه که در رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری درمورد استفاده یا تهدید به استفاده سلاح‌های هسته‌ای بیان شده است باید سلاح مزبور، «آسیب گسترده‌تر از آنچه برای تحقق اهداف مشروع نظامی اجتناب‌ناپذیر باشد»[۸۶] وارد کند. در قضیه *تادیچ* در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، مبنای رعایت اصل مزبور، اصول «انسانیت و وجدان مشترک»، توصیف شد.[۸۷] تسلیحات نوین، همچون تسلیحات حاوی فناوری نانو، اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به‌ویژه اصل منع آسیب غیرضروری و زاید را به چالش کشیده است. بنابراین، پیشنهادهای مختلفی به‌منظور مقابله با این چالش بر مبنای اصل منع آسیب غیرضروری و زاید ارائه شده است، ازجمله اینکه در بیانیه پایانی بیست‌وهشتمین نشست کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر بین‌المللی در سال ۲۰۰۳ مقرر شد: «در پرتو تحولات سریع فناوری تسلیحات و به‌منظور محافظت از غیرنظامیان در برابر آثار غیرقابل تفکیک‌آمیز این تسلیحات و نیز جنگجویان در برابر آسیب غیرضروری و تسلیحات ممنوعه، تمامی تسلیحات، شیوه‌ها و روش‌های جنگی نوین ـ ازجمله نانوفناوری نظامی ـ باید تابع فرآیند بازرسی سخت و چندبُعدی باشند».[۸۸] همچنین در این اجلاس مقرر شد تا کلیه دولت‌ها اطلاعات راجع به فرآیندها و سازوکارهای نظارت بر استفاده از فناوری‌های نو در تسلیحات ازجمله نانوفناوری نظامی را مبادله کنند. در بند ۱۴ سند نهایی اجلاس بازنگری کنوانسیون راجع به برخی تسلیحات متعارف در نوامبر ۲۰۰۶ نیز تعهد مشابهی ذکر شد. علاوه بر تشدید بازرسی در زمینه تسلیحات حاوی نانوفناوری، عده‌ای نیز تسری و توسعه قواعد موجود را

84. ICRC's Rule 70. "Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering", p. 1, also can be found on: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule70.

۸۵. گرچه اصل منع آسیب غیرضروری و زاید، تنها در پروتکل اول الحاقی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو پیش‌بینی شده است، بر مبنای تحقیق کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، راجع به قواعد بین‌المللی عرفی بشردوستانه، این اصل، هم در مخاصمات مسلحانه داخلی و هم بین‌المللی قابلیت اعمال دارد. برای اطلاعات بیشتر، ن.ک:

Crowe, Jonathan; Scheuber, Kylie Weston, *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 51.

86. ICJ, Nuclear Weapons Case, Advisory Opinion, para, 238.

87. ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić Aka*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-1-AR72, para. 119.

88. Declaration Agenda for Humanitarian Action Resolutions adopted in 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent Geneva, 2-6 December 2003, Final Goal 2. 5. Also can be found on the following link: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_1103.pdf (last visited: 25/12/2014).

بر تسلیحات حاوی نانوفناوری با توجه به اصل منع آسیب غیرضروری و زاید، خواستار شده‌اند. استفاده از نانوفناوری در صحنه مخاصماتی، پیش از این به‌صورت غیرمستقیم از طریق معاهدات کنترل تسلیحاتی چون تسلیحات بیولوژیک، تسلیحات شیمیایی، قطعات غیرقابل ردیابی، مین‌های ضدنفر، بقایای انفجاری جنگی و مهمات خوشه‌ای محدود شده بود. بنابراین اگر نانوفناوری نظامی به‌عنوان فناوری برای توسعه این تسلیحات به‌کار گرفته شود می‌توان کاربردش را ممنوع کرد. برای نمونه می‌توان با استفاده از نانوفناوری نظامی، لیزرهایی را تولید کرد که بسیار قدرتمندتر از نمونه‌های قبلیِ شناخته‌شده است. همچنین بر اساس اسناد بین‌الملل، در برخی از نقاط، چون جنوبگان و کره ماه نیز کاربرد هرگونه تسلیحات ازجمله نانوفناوری نظامی ممنوع است. حتی می‌توان به‌موجب کنوانسیون ناظر بر ممنوعیت یا محدودیت استفاده از برخی سلاح‌های متعارف مصوب ۱۹۸۰، کاربرد برخی انواع سلاح‌های متعارف نانوفناوری در عرصه مخاصمات را که بی‌نهایت، اصل منع آسیب غیرضروری و زاید را نقض می‌کند، منع کرد.[۸۹] بر مبنای رویکرد اخیر و بر اساس اصل منع آسیب غیرضروری و زاید، استفاده از نانوفناوری در تسلیحات شیمیایی و بیولوژیک به‌صورت مطلق، و در تسلیحات متعارف به‌صورتی‌که ماهیت آن را به‌نحوی‌که آسیب‌زنندگی غیرضروری و زاید آن را افزون بر استفاده‌های متعارف کند، در صحنه مخاصمات ممنوع است. تطبیق سلاح‌های حاوی نانوفناوری با اصل منع آسیب غیرضروری از جهات عینی نیز مهم است، چه آنکه اگرچه استفاده از بمب‌های حاوی نانوفناوری چون تنگستن توسط رژیم صهیونیستی در جنگ ۲۲ روزه غزه، آثار ناگهانی، زیان‌بار و حتی مرگ‌بار در محل انفجار دارد، طبق قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممنوع نیست. بااین‌حال، درصورتی‌که مشخص شود که چنین سلاح‌هایی، زخم‌های زائد و رنج غیرضروری ایجاد می‌کند یا کاربردش ناقض مفاد پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های سلاح‌های متعارف (۱۹۸۰) است، نه‌تنها کاربردش علیه غیرنظامیان ممنوع است، بلکه طرفین مخاصمه، مجاز به استفاده از آن علیه نظامیان نیز نیستند.[۹۰]

ب. معیار و نظریات در حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای سنجش وضعیت رعایت اصل منع آسیب غیرضروری تسلیحات حاوی فناوری نانو

معیار اصلی که برای اندازه‌گیری میزان ضروری ایجاد درد و رنج به‌کار می‌رود، تناسب است؛ به

۸۹. شریفی طرازکوهی، حسین؛ *حقوق بشردوستانه بین‌المللی*، میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷.

۹۰. حسینی اکبرنژاد، حوریه؛ «جنگ علیه حقوق جنگ؛ ارزیابی نبرد ۲۲ روزه غزه از نگاه حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۰، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۱۰.

این معنا که میزان صدمات و خسارات سلاح باید با منفعت نظامی آن، تناسب داشته باشد.[۹۱] در کنار تناسب، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ضرورت نظامی را نیز یکی دیگر از معیارهای تبعیت یک نوع خاص از تسلیحات اعلام کرده است.[۹۲] بااین‌حال، همان گونه که برخی اظهار کرده‌اند ممنوعیت تسلیحات، بر این مبنا مبهم بوده و اساساً دولت‌ها را در تصمیم‌گیری نسبت به اینکه آیا از سلاحی بخصوص، بدین سبب که بنا به صلاحدید آنان، فاقد یا صاحب آن اثر ممنوع است، آزاد می‌گذارد.[۹۳] ازاین‌رو صاحب‌نظران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، دو دسته دیدگاه‌های نظری و عملی ارائه کرده‌اند که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد. از لحاظ نظری، تاکنون دو دیدگاه عینی و ذهنی از سوی صاحب‌نظران در زمینه کاربرد تسلیحات جدید در صحنه مخاصمات، ازجمله تسلیحات با فناوری نانو با توجه به اصل منع آسیب زاید یا غیرضروری مطرح شده است. در دیدگاه ذهنی، به‌عنوان رویکرد غالب در تعبیه و تنظیم تسلیحات جدید باید میزان آسیب یا صدمه‌ای که با به‌کارگیری آن بر طرف متخاصم متقابل (خواه در حین یا پس از آن) تحمیل می‌شود با ضرورت نظامی که متضمن استفاده از آن در موقعیت خاص است متعادل باشد درحالی‌که در رویکرد عینی باید به آسیبی که به‌کارگیری تسلیحات در طول مدت جنگ ایجاد می‌کند توجه کرد. بنابراین در این دیدگاه، به آسیب‌های پساجنگی تسلیحات توجهی نمی‌شود. با استفاده از همین نکته در اینجا باید تمایز ظریفی میان آسیب با صدمه در اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه قایل بود؛ بدین معنا که صدمه، تنها شامل خسارت‌های فیزیکی کوتاه‌مدت به محیط‌زیست یا انسان است، درحالی‌که آسیب، متضمن خسارت طولانی‌مدت است و آنچه در تمامی متون بین‌المللی بشردوستانه نیز منع شده است آسیب غیرضروری یا زاید است و نه صدمه ضروری یا زیاد. با دانستن این نکته می‌توان پی برد که بسیاری از تسلیحات نوین، فناوری‌هایی دارد که تأثیرات سوء آن را محدود به زمان جنگ نکرده و بالعکس، عمده این تأثیرات، پس از پایان جنگ رخ می‌دهد. در کنار این موضوع، از لحاظ عملی نیز برخی نهادها به‌ویژه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، معیارهایی پیشنهاد کرده‌اند. این کمیته در باب ارزیابی قانونی‌بودن تسلیحات نوین، ازجمله تسلیحات حاوی نانوفناوری با توجه به اصل منع آسیب غیرضروری و زاید گفته است که طرفین متخاصم نه‌تنها نباید طراحی و خصوصیات یک نوع از تسلیحات، بلکه شیوه استفاده از آن را مدنظر قرار دهند چرا که مجموع طراحی، خصوصیات و شیوه استفاده از یک نوع تسلیحات، موجب آسیب غیرضروری یا زاید یا عدم آن در صحنه مخاصمات می‌شود. از

۹۱. زمانی، سیدقاسم و سیدرضا رفیعی؛ «کاربرد سلاح‌های حاوی اورانیوم ضعیف‌شده از منظر حقوق بشردوستانه بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹، پاییز ـ زمستان ۱۳۹۲، ص ۴۳.

92. https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter20_rule70, p. 2 (last visited 25/12/2014).

۹۳. ساعد، نادر؛ *حقوق خلع سلاح و حاکمیت دولت‌ها*، خرسندی، ۱۳۸۸، ص ۶۳.

سوی دیگر، طرفین باید همه عوامل نظامی، فنی، بهداشتی و زیست‌محیطی را در ارزیابی رعایت اصل آسیب غیرضروری یا زاید در نظر بگیرند. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، خود در تبیین این امر که استفاده از چه نوع تسلیحاتی باعث آسیب غیرضروری به انسان می‌شود، هشت معیار را مشخص می‌کند:

۱. اندازه و ابعاد آسیب مورد انتظار از استفاده یک نوع سلاح در فضای مخاصماتی علیه هدف خاص؛

۲. میزان تلفات احتمالی قربانیان در هنگام استفاده از یک نوع سلاح در فضای مخاصماتی علیه هدف خاص؛

۳. اینکه آیا استفاده از یک نوع تسلیحات، موجب آسیب یا ناتوانی یا ازکارافتادگی جسمی به انسان که خاص آن نوع سلاح باشد، می‌شود یا نه؟

۴. اینکه آیا تمامی شواهد علمی مرتبط با اثرات قابل پیش‌بینی استفاده از آن تسلیحات بر انسان، جمع‌آوری شده است؟

۵. سازوکار آسیب مورد انتظار استفاده از آن تسلیحات بر سلامت قربانیان چگونه است؟

۶. در زمانی که آن نوع تسلیحات در فضای مخاصماتی استفاده می‌شود، تلفات میدانی مورد انتظار به چه میزان است و آیا حجم آن بالا است؟

۷. آیا استفاده از آن تسلیحات در فضای مخاصماتی، هیچ‌گونه تغییر قابل پیش‌بینیِ بلندمدتی بر روان و جسم قربانیان ایجاد کرده است؟

۸. اینکه آیا تأثیرات سوء ناشی از استفاده از آن تسلیحات، به‌وسیله متخصصان بهداشتی تشخیص داده و تحت شرایط میدانی نبرد، قابل مدیریت بوده و در تأسیسات پزشکی نسبتاً مجهز قابل درمان بوده است؟[۹۴]

در باب دیدگاه‌های مطرح‌شده می‌توان چنین کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو را از منظر قواعد بین‌المللی بشردوستانه ارزیابی کرد: نمی‌توان با توجه به کاربردهای فزاینده و متعدد نانوفناوری در تولید و توسعه تجهیزات نظامی، همه آن‌ها را بر مبنای اصل منع آسیب غیرضروری و زاید، ممنوع کرد و بلکه در هر مورد با توجه به شرایط موجود در صحنه مخاصمات، تناسب و اصل ضرورت به ارزیابی آن نوع خاص از تسلیحات حاوی فناوری نانو پرداخت اما تقریباً شواهد کافی و مستدل وجود دارد که کاربرد برخی از انواع نانوفناوری در تجهیزات نظامی برای انسان با اصل منع آسیب غیرضروری و زاید در تغایر است. برای نمونه می‌توان به نانومواد غیرارگانیک در ساخت فیبرهای پنبه نسوز که به ریه انسان آسیب می‌رساند[۹۵] یا به برخی از

94. https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0902.pdf, pp. 18-19 (last visited: 9/9/2014).

95. Lin, Patrick, "Nanotechnology Bound: Evaluating the Case for More Regulation", in NanoEthics, *Springer Publication*, 2007, p. 106.

اجزای نانومواد ازجمله تیتانیوم دی‌اکسید که کاربرد بسیار متنوعی در ساخت تجهیزات و ادوات نظامی نیز دارد اشاره کرد که ثابت شده است خاصیت سرطان‌زا دارد؛[۹۶] یا سیلیکای نانومقیاس، اکسید فلز و مواد فلزی که بر مبنای تحقیقات *ویتزمن و مونتیرو ـ ریوره*[۹۷] در سال ۲۰۰۶، بر سلول‌های ریوی انسان، اثر سوء گذاشته و سرطان ریه را در افرادِ در معرض تماس با آن، تشدید کرده است.[۹۸] اثرات سمی برخی از نانومواد، همچون تیتانیوم دی‌اکسید برای انسان در صورت قرارگرفتن در معرض تابش شدید نور آفتاب، تشدید هم می‌شود.[۹۹] رویکردهای عملی در زمینه کاربرد نظامی نانومواد غیرارگانیک در تولید و توسعه و کاربرد بمب‌های تانگستن و دایم رژیم صهیونیستی در باریکه غزه نیز اثبات‌کننده این ادعا است، به‌طوری‌که گزارش‌ها نشانگر آن است که بین کاربرد بمب‌های تنگستن توسط رژیم صهیونیستی و افزایش سرطان و همچنین، زایش نارس نوزادان در باریکه غزه، ارتباط مستقیم وجود دارد.[۱۰۰] در بندهای ۹۰۷ و ۹۰۸ گزارش مأموریت حقیقت‌یاب سازمان ملل متحد درمورد جنگ غزه در سال ۲۰۰۹ موسوم به گزارش *گلدستون* نیز به آثار سوء ناشی از کاربرد بمب‌های دایم و تنگستن اشاره شده است. ازجمله در بخشی از بند ۹۰۷ گزارش مزبور درمورد اثرات بمب‌های تنگستن بر انسان، تصریح شده است: «پودر تنگستن می‌تواند هر چیزی را که بدان اصابت می‌کند، از بین ببرد. به‌طورکلی، تأثیر چنین تسلیحاتی (در مقایسه با دیگر پرتابه‌ها) باعث ایجاد زخم‌های بسیار عمیق در شعاع نسبتاً محدود از ناحیه (اصابت) ترکش می‌شود. چون قطعات کوچک سنگین فلزی (تنگستن) می‌تواند بافت نرم و استخوان (قربانیان) را پاره کند، ممکن است ریه‌های قربانیان از بدن جدا شده و قطعات آلیاژ تنگستن در بدنشان فرو رود».[۱۰۱] در بخشی از بند ۹۰۸ همین گزارش نیز ضمن ابراز نگرانی شدید از قربانیان حملات با بمب‌های دایم رژیم صهیونیستی درمورد بمب‌های تنگستن، تصریح شده است که:«قطعات آلیاژ تنگستن، مشکوک به سرطان‌زایی هستند و همچنین آن‌چنان کوچک‌اند که نمی‌توانند از بدن بیمار، خارج شوند».[۱۰۲] بدن افرادی که در معرض اصابت

96. Lansdown, Alan B. G., *The Carcinogenicity of Metals: Human Risk through Occupational and Environmental Exposure*, Royal Society of Chemistry, 2013, p. 338.

97. Witzmann and Monteiore-Riviere

98. Chou, Hsun-Wen, *Nanotoxicology: From Nano Titanium Dioxide Particle Size Effect on Ceriodaphnia Dubia to Death Mechanism*, ProQuest, 2008, p. 39.

99. Dana, David A., *The Nanotechnology Challenge: Creating Legal Institutions for Uncertain Risks*, Cambridge University Press, 2011, p. 286.

100. http://www.globalresearch.ca/the-devastating-consequences-of-israeli-weapons-testing/23686, p. 1 (last visited: 22/1/2015).

101. United Nations General Assembly's Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (A/HRC/12/48), adopted on 25 September 2009, p. 197, para. 907. Also available on the following link: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf. (last visited: 19/1/2015).

102. *Ibid*., p. 198, para. 908.

ترکش‌های بمب‌های دایم کربنی قرار می‌گیرند، بدون آنکه سوخته شده باشد، کاملاً سیاه شده و دچار ذوب‌شدن اعضای بدن، جراحات و بریدگی‌های عمیق یا پارگی‌های داخلی در ناحیه شکم می‌شود که به مرگ آن‌ها منتهی می‌شود و کسانی که در معرض آن قرار بگیرند با موج انفجار شدیدی تکه‌تکه می‌شوند.[۱۰۳] مجموع این بحث‌ها نشانگر آن است که باید کاربرد نظامی نانومواد غیرارگانیک ـ که در تولید، توسعه و کاربرد بمب‌های تنگستن و دایم رژیم صهیونیستی استفاده می‌شود ـ در تولید و توسعه ادوات و تجهیزات نظامی در کشورها به دلایل اثبات آثار سوء آن بر انسان، به حداقل برسد و سرمایه‌گذاری صنایع نظامی بر نانومواد ارگانیک افزایش یابد تا تلفات غیرنظامی و حتی نظامی کاهش یابد و به تبع آن، اصل منع آسیب غیرضروری و زاید در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، بهتر اجرا شود.

۲ـ۲. تسلیحات حاوی فناوری نانو و اصل منع آسیب به محیط‌زیست

اصل منع آسیب به محیط‌زیست، یکی دیگر از اصولی است که باید در ارزیابی آثار کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو بررسی شود. با پیشرفت فناوری در قرن حاضر، ظرفیت و قابلیت‌های تخریب محیط‌زیست از جانب بشر افزایش یافته است، به‌طوری‌که محیط‌زیست به صحنه درگیری‌ها مبدل شده است.[۱۰۴] محیط‌زیست، طبق نوآوری پروتکل اول الحاقی در زمره اموال غیرنظامی قرار گرفته و از حمایت خاص برخوردار است.[۱۰۵] اصل منع آسیب به محیط‌زیست محیط‌زیست در عرصه مخاصمات، خود از تعهد دولت‌ها به اجتناب از ایجاد آسیب به محیط‌زیست، فراتر از مرزهای خود و اصل احترام کلی به محیط‌زیست نشأت می‌گیرد.[۱۰۶] در رویه قضایی بین‌المللی نیز به اهمیت این اصل اشاره شده است، کما اینکه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه کارخانه *کورزوف* در رابطه با اصل منع آسیب به محیط‌زیست تصریح دارد: «این اصل، یک اصل حقوق بین‌الملل و حتی مفهوم عمومی حقوقی بوده که هرگونه نقض تعهد آن، مستلزم تعهد به جبران خسارت است».[۱۰۷] در قضایای *تریلر اسملتر* و تنگه *کورفو* نیز به اصل حفاظت از محیط‌زیست بدین عنوان که نقضش منجر به مسئولیت

103. http://javanonline.ir/fa/mobile/660163, p. 1 (last visited: 31/12/2014).

۱۰۴. موسوی ثابت، سیدرضا؛ «لزوم حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه»، در مجموعه مقالات *اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی با همکاری نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۷۷۶.

۱۰۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ *حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۱۴۹.

106. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmau.htm, pp. 1-2 (last visited: 22/1/2015)

107. PCIJ's Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Identity) (The Merits) Ser. A. No. 17(1928).

بین‌المللی دول خاطی می‌شود استناد شده است.[۱۰۸] تعهدات بین‌المللی بشردوستانه زیست‌محیطی دولت‌ها در راستای حفاظت از محیط‌زیست در عرصه مخاصمات به‌صورت کلی در بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷، ماده ۱ کنوانسیون ممنوعیت استفاده از فنون تغییردهنده محیط‌زیست برای اهداف نظامی و هر هدف خصمانه دیگر و بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی درج شده است.[۱۰۹] بااین‌حال، ایراد اساسی این‌گونه تعهدات حفاظت از محیط‌زیست در عرصه مخاصمات، همان‌گونه که در رأی صادره دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح هسته‌ای مشهود است آن است که هنوز قاعده عرفی بین‌المللی نشده است.[۱۱۰] بنابراین کشورهای غیرعضوِ این معاهدات را ملزم به رعایت قواعد بین‌الملل بشردوستانه در این زمینه نمی‌کند. جدا از ایراد عدم تبدیل اصل منع آسیب به محیط‌زیست به قاعده عرفی بین‌المللی، هدف کلی اصل حفاظت از محیط‌زیست در عرصه مخاصمات در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، نه کاهش یا پیشگیری از آسیب به محیط‌زیست به‌صورت‌کلی، بلکه بیشتر برای حفاظت از محیط‌زیست محل سکونت جمعیت غیرنظامی بوده است.[۱۱۱] بااین‌حال، همان گونه که درمورد اصل منع آسیب غیرضروری و زاید مورد توجه قرار گرفت، امروزه باید به دنبال توسعه اصل حفاظت از محیط‌زیست و به تبع آن، اصل منع آسیب به محیط‌زیست بود؛ همان‌گونه که در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای قابل درک است که دیوان از یک‌سو، با تثبیت اصل انصاف بین‌النسلی و حقوق نسل‌های آینده، خسارت‌های طولانی‌مدت، شدید و جدی به محیط‌زیست را در طول مخاصمات، منافی اصل منع آسیب به محیط‌زیست دانسته است و از سوی دیگر، روش مناسب برخورد با ملاحظات زیست‌محیطی کاربرد انواع تسلیحات در مخاصمات مسلحانه را این دانسته است که به‌عنوان عنصری تلقی شوند که در ارزیابی مطابقت اقدامات (نظامی) با اصول ضرورت و تناسب قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه دخیل‌اند.[۱۱۲] اما راجع به آثار سوء بلندمدت به‌کارگیری تسلیحات نانوفناوری بر محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چند مشکل عمده وجود دارد: ۱. رویه قضایی بین‌المللی خاصی نسبت به توجه به آثار بلندمدت به‌کارگیری

108. Hildering, Antoinette, *International Law, Sustainable Development and Water Management*, *Eburon Uitgeverij B. V.*, 2004, p. 160.

109. Montini, Massimiliano; Bogdanovic, Slavko, "Environmental Security in South-Eastern Europe: International Agreements and Their Implementation", *Springer Science & Business Media*, 2011, p. 119.

۱۱۰. شافع، میرشهبیز؛ «رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای»، *فصلنامه حقوق* دانشگاه تهران، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۷۷، ص ۱۳۵.

111. https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule43, p. 2. (last visited: 21/10/2014).

۱۱۲. ادیت براون، ویس؛ «حفاظت از محیط‌زیست و حقوق نسل‌های آینده در پرتو رأی مشورتی ۱۹۹۶ دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه سیاست خارجی*، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۸۰، ص ۸۵۶.

تسلیحات ازجمله نانوفناوری نظامی بر صحنه مخاصمات وجود ندارد یا در صورت وجود، به‌صورت مشخص، توسعه پیدا نکرده است؛ کما اینکه در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مشروعیت تهدید با کاربرد تسلیحات هسته‌ای، به اصل تناسب اشاره شده است؛ بدین صورت که دیوان مقرر می‌دارد: «دولت‌ها باید در هنگام ارزیابی هدف مشروع نظامی، ملاحظات زیست‌محیطی را که همان اصل تناسب و ضرورت نظامی است مدنظر قرار دهند».[۱۱۳] اما مشخص نشده است که دولت‌ها تا چه میزان ملزم‌اند ملاحظات بلندمدت زیست‌محیطی را در حملات خود ـ ازجمله نانوفناوری نظامی ـ ملاک قرار دهند. ۲. توجه به آسیب گسترده، شدید و بلندمدت محیط‌زیستی تسلیحات ازجمله تسلیحات حاوی نانوفناوری، تنها در ارتباط با محیط‌زیست مجاور جمعیت بشری مدنظر بوده است و محیط‌زیست، خود به‌عنوان موجودیت واحد و مستقل و منفک از انسان، موردنظر نیست. در این معنا، هدف‌قراردادن محیط‌زیست، موضوع تبعی خواهد بود که محدوده اجرایی بند ۱ ماده ۵۵ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ را بسیار محدود می‌کند. ۳. اگرچه ثابت شده که برخی انواع کاربردهای نظامی فناوری نانو، همچون نانومواد غیرارگانیک، برای محیط‌زیست مضر است، در این زمینه تحقیقات جامع صورت نپذیرفته است به‌طوری‌که در نبود دلایل قاطع علمی بر وجود تأثیرات شدید، بلندمدت و گسترده بر محیط‌زیست، نمی‌توان به‌صورت قاطع، از ممنوعیت به‌کارگیری تسلیحات نانوفناوری سخن گفت. البته در این زمینه نیز مانند تأثیر سوء نانوفناوری نظامی بر انسان، باید گفت که کاربرد نانومواد غیرارگانیک و مهندسی‌شده ـ که بیشترین تحقیقات مربوط به نانوسم‌شناسی بر روی آن انجام شده است، در صحنه مخاصمات، عمده‌ترین قابلیت تخریب محیط‌زیست را دارد. در تأیید نظر اخیر، در سال‌های اخیر، برخی تحقیقات علمی درمورد ابزارهایی به نام نانوتیوپ نشان می‌دهد که این ابزار به دلیل قدرت فوق‌العاده و رسانایی الکترونیک می‌تواند در دستگاه گوارش حیوانات، جمع شده و به‌مرور، منجر به خفگی و از طریق آن، وارد چرخه حیات طبیعت شود. با وجود این واقعیت راجع به نانومواد غیرارگانیک و مهندسی‌شده، به دلیل آزادسازی مواد نانو در آب یا در هوا، امکان بیان تمامی خطرات بلندمدت زیست‌محیطی این مواد وجود ندارد. برای حل این مشکل، یعنی سکوت قواعد بین‌الملل بشردوستانه نسبت به آثار بلندمدت ناشی از به‌کارگیری تسلیحات حاوی نانوفناوری می‌توان از شق (ب) بند ۵ ماده ۵۱ که دید گسترده‌تری از خسارات نسبت به محیط‌زیست فراهم می‌کند، استفاده کرد.

محیط‌زیست در قواعد بین‌الملل بشردوستانه به دو صورت قواعد کلی و برخی قواعد خاص، حمایت می‌شود. از جهت قواعد کلی، طرفین در به‌کارگیری انواع تسلیحات و شیوه‌های جنگی

113. Greenwood, Christopher; The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law, *International Review of the Red Cross*, No. 316, 1997, p. 65.

آزاد نبوده و تنها درصورتی‌که محیط‌زیست، هدف نظامی شود می‌توانند به آن حمله کنند.[۱۱۴] از سوی دیگر، در هرگونه هدف‌گیری محیط‌زیست، باید معیار تناسب رعایت شود که در صورت عدم رعایت آن و ایراد خسارت شدید، بلندمدت و گسترده به محیط‌زیست، بر مبنای اساسنامه دیوان بین‌الملل کیفری به جنایت جنگی می‌انجامد.[۱۱۵] در هرگونه بررسی راجع به تعارض استفاده استفاده از سلاح‌های حاوی نانوفناوری با اصل منع آسیب به محیط‌زیست از نظر دیوان باید به سه اصل ضرورت، تناسب و شدت توجه شود. علاوه بر دیوان بین‌المللی دادگستری، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز راجع به معیار شناسایی تسلیحات مغایر با رعایت اصل حفاظت از محیط‌زیست، پنج معیار را مشخص کرده است که در فقدان آن، می‌توان استفاده از یک نوع تسلیحات را در فضای مخاصماتی غیرقانونی دانست:

۱. آیا تحقیقات علمی راجع به تأثیرات استفاده از یک نوع تسلیحات بر محیط‌زیست انجام گرفته و ارزیابی شده است؟

۲. میزان و نوع خسارت مورد انتظار به محیط‌زیست، چه مستقیم و چه غیرمستقیم، ناشی از استفاده از آن تسلیحات باید چگونه باشد؟

۳. خسارت به محیط‌زیست تا چه مدت استمرار دارد؟ آیا از نظر اقتصادی و عملی روشی برای رفع آن خسارت برای نمونه، از طریق بازگرداندن محیط‌زیست خسارت‌دیده به وضعیت اولیه وجود دارد؟

۴. تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم آسیب محیط‌زیست بر جمعیت غیرنظامی ناشی از استفاده از آن نوع تسلیحات چیست؟

۵. آیا آن نوع تسلیحات، اختصاصاً برای آسیب یا تخریب محیط‌زیست طبیعی یا تغییرات در آن طراحی و تعبیه شده است؟[۱۱۶]

حال با توجه به این موارد، تسلیحات حاوی نانوفناوری از منظر اصل منع آسیب به محیط‌زیست، بررسی خواهد شد. در ابتدا باید گفت که بسیاری از کاربردهای نظامی فناوری نانو، در مخاصمات، تأثیر مستقیم و کوتاه‌مدت بر محیط‌زیست ندارد.[۱۱۷] ثانیاً، باید بین انواع کاربرد نانوفناوری در عرصه علوم و تجهیزات نظامی، تفکیک کرد، بدین معنا که اگرچه همان گونه که پیش‌تر گفته شد، برخی انواع کاربرد نانوفناوریِ به‌کارگرفته‌شده در انواع تسلیحات، ازجمله نانومواد غیرارگانیک به دلیل داشتن مواد شیمیایی برای طبیعت مضر بوده، خطرات سلامتی و

114. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmau.htm

115. https://www.icrc.org/eng/war-and-law/conduct-hostilities/environment-warfare/overview-environment-and-warfare.htm, p. 1 (last visited: 12/9/2014).

116. https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0902.pdf, pp 19-20 (10/9/2014).

117. Altmann, Jürgen, *op. cit*., p. 144.

زیست‌محیطی آن، بسته به ارتباطات مقدار، واکنش و سطح تماس با آن مواد، متغیر است.[۱۱۸] به‌کارگیری نانوفناوری در تولید و توسعه تسلیحات نوین، مانند بمب‌های تنگستن و دایم، گواه این امر است، کما اینکه اگرچه این بمب‌ها در ناحیه محل اصابت، آثار ناچیزی بر جای می‌گذارد، تکه‌های پودرشده آن تا شعاع ۱۰ متری با سرعتی بسیار بالا پرتاب می‌شود، به گونه‌ای که می‌تواند محیط‌زیست منطقه جنگی را در فضای گسترده تغییر دهد.[۱۱۹] همچنین، این مواد غیرارگانیک از طریق ورود به چرخه غذایی با ورود به محیط‌زیست، موجب آلودگی آن می‌شود. از سوی دیگر، برخی از انواع کاربرد نانومواد در علوم نظامی می‌تواند برای حفاظت از محیط‌زیست در عرصه مخاصمات مفید باشد. برای نمونه، «نانوذرات آهن به‌عنوان کاتالیزور باعث تسریع فرآیند اکسیداسیون شده و آلاینده‌های آلی موجود در محیط، مانند تری کلرواتان، تتراکلرید کربن، دی‌اکسین‌ها و ... را به ترکیبات کربنی ساده‌تر با سمیت کمتر تبدیل می‌کند، یا نانوذرات آهن با ترکیبات آرسنیکی مخلوط شده و باعث حذف ترکیبات آرسنیکی از آب‌های زیرزمینی می‌شود».[۱۲۰] همچنین می‌توان از نانوساختارها برای رنگ‌زدایی از آب آشامیدنی که می‌تواند سرطان‌زا باشد در مناطق جنگی استفاده کرد.[۱۲۱] به نظر می‌رسد در زمینه اصل حفاظت از محیط‌زیست در عرصه مخاصمات هم به همان ترتیب که درمورد اصل منع آسیب غیرضروری و زاید گفته شد، کاربرد نانومواد نظامی غیرارگانیک در تولید و توسعه تسلیحات حاوی فناوری نانو باید به حداقل برسد.

یکی دیگر از مباحث در چارچوب اصل منع آسیب محیط‌زیست را می‌توان اصل احتیاط زیست‌محیطی دانست. اصل احتیاط زیست‌محیطی در قاعده ۴۴ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به این صورت، ذکر شده است: «فقدان قطعیت علمی نسبت به اثرات عملیات نظامی خاص در محیط‌زیست، رافع مسئولیت هریک از طرف‌های درگیری در اعمال اقدامات احتیاطی نخواهد بود».[۱۲۲] هدف اصلی اصل احتیاط زیست‌محیطی، حفاظت از محیط‌زیست و پیشگیری از تخریب و آلودگی آن و تشویق سیاست‌مداران به درنظرگرفتن آثار آسیب‌زای فعالیت‌هایشان بر محیط‌زیست[۱۲۳] بوده و اتخاذ تدابیر احتیاطی در کوتاه‌ترین زمان، علی‌رغم عدم قطعیت و یقین

118. Hull, Matthew and Bowman, Diana, *op. cit*., p. 93.

119. http://www.mehrnews.com/news/2335400/. p. 1 (last visited: 22/1/2015).

۱۲۰. مظاهری اسدی و غلامی قوام‌آباد؛ *همان*، ص ۴۵.

121. http://elmi.basijasatid.ir/?q=node/741,p1(last visit 22/1/2015).

۱۲۲. ضیایی بیگدلی؛ *همان*، ص ۱۵۰.

123. Cameron, James; Abouchar, Juli, "The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 14, Issue. 1, 1991, p. 2.

علمی، قلب اصل احتیاط زیست‌محیطی است.[۱۲۴] بااین‌حال، بررسی جایگاه اصل احتیاط زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل، مشکل است.[۱۲۵] به‌علاوه، نتایج اجرای آن نیز به طرز قابل‌توجهی متغیر است. اصل احتیاط زیست‌محیطی با توجه به عدم قطعیت و یقین علمی درمورد عمده موارد کاربرد نانوفناوری نظامی به‌ویژه نانومواد غیرارگانیک، می‌تواند در تنظیم به‌کارگیری تسلیحات حاوی فناوری نظامی نانو نیز نقش اساسی ایفا کند. نقش اصل احتیاط زیست‌محیطی در کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نظامی نانو را می‌توان در چند بُعد در قواعد بین‌الملل بشردوستانه دید: ۱. در ماده ۳۶ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو: همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، بر مبنای ماده ۳۶ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ دولت‌ها باید در تمامی مراحل تولید، توسعه تسلیحات حاوی نانوفناوری، قواعد احتیاطی محیط‌زیستی را مراعات نمایند؛ ۲. در مرحله کاربرد تسلیحات حاوی نانوفناوری: در مرحله کاربرد تسلیحات حاوی نانوفناوری نیز در اسناد بین‌المللی حقوق بشردوستانه، اشاراتی به‌صورت‌کلی مشاهده می‌شود، ازجمله اینکه «هنگام حمله به هدف نظامی باید از روش و ابزاری استفاده شود که با درنظرگرفتن موقعیت نظامی، کمترین آسیب زیست‌محیطی را موجب شود»[۱۲۶] یا «در هدایت عملیات نظامی، باید مراقبت کافی برای در امان‌ماندن محیط‌زیست به عمل آید».[۱۲۷] همان گونه که پیش‌تر گفته شد، اصلی‌ترین دغدغه در زمینه کاربرد نانوفناوری، در تولید و توسعه تجهیزات نظامی در زمینه نانومواد غیرارگانیک است. برای نمونه، استفاده از نانومواد غیرارگانیک در تولید سلاح‌های هسته‌ایِ بسیار کوچک که دارای قدرت انفجار و تخریب محیط‌زیست بالاست، عملاً منجر به نقض اصل احتیاط زیست‌محیطی می‌شود؛ یا اینکه استفاده از نانوذرات غیرارگانیک در پوشش‌های نظامی و جداشدن آن به‌آسانی از این پوشش‌ها و راهیابی‌اش به محیط‌زیست و چرخه حیات در عرصه مخاصمات، می‌تواند حیات محیط‌زیست و جانوران آن را به مخاطره بیندازد.[۱۲۸] مجموع این بحث‌ها نشانگر آن است که از نظر اصل منع آسیب به محیط‌زیست و اصل احتیاط زیست‌محیطی نیز، استفاده از نانومواد غیرارگانیک در تولید و توسعه تجهیزات، ادوات و تسلیحات جنگی ممنوع است.

---

۱۲۴. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۴۰، سال پانزدهم، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۴۳.

125. O'Riordan, Timothy, *Interpreting the Precautionary Principle*, Routledge, 2013, p. 282.

۱۲۶. حسین‌زکی، ناظر؛ «حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه»، در مجموعه مقالات *اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی با همکاری نشر میزان، پاییز ۱۳۹۲، ص ۶۱۶.

۱۲۷. *همان*؛ ص ۶۱۶.

128. American Council for the United Nations University's Millennium Project, "Environmental Pollution and Health Hazards Resulting from Military Uses of Nanotechnolgy", 2004, p. 2.

۲ـ۳. تسلیحات حاوی نانوفناوری و اصل تفکیک

اصل تفکیک نیز تنظیم‌کننده نحوه استفاده از تسلیحات در درگیری‌های مسلحانه است.[۱۲۹] اصل عرفی بین‌المللی تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان که بر اساس ماده ۴۸ و بند ۲ ماده ۵۲ پروتکل اول الحاقی به‌صورت مطلق،[۱۳۰] هم دول عضو و هم غیرعضو پروتکل مزبور، آن را پذیرفته‌اند،[۱۳۱] تنها هدف‌قراردادن افراد و اهداف نظامی که ماهیت، موقعیت، هدف و استفاده از آن‌ها به‌گونه‌ای باشد که مشارکت مؤثری در انجام اقدامات نظامی به وجود آورند و ازبین‌بردن، اسارت و خنثی‌سازی جزیی یا کلی آن‌ها در شرایط حاکم بر مخاصمات، مزیت نظامی قاطع تلقی می‌شود، مجاز شمرده شده است. در این معنا، درحقیقت، اصل فوق‌الذکر، تکمیل‌کننده مفهوم ضرورت نظامی در حقوق مخاصمات مسلحانه است؛ بدین معنا که اگرچه ضرورت نظامی، هدف‌گیری هر هدفی را که مزیت نظامی داشته باشد توجیه می‌کند، در اجرای این مفهوم باید به اصل تفکیک به معنای مذکور در فوق توجه شود. همچنین، بر مبنای بند ۲ ماده ۵۱ پروتکل اول الحاقی و بند ۲ ماده ۱۳ پروتکل دوم الحاقی، نه‌تنها فعل، بلکه تهدید به فعل خشونت‌آمیز علیه جمعیت غیرنظامی ممنوع است. بااین‌حال، اصل تفکیک با توسعه مخاصمات نامتقارن ـ که مخاصمات برخوردار از نانوفناوری، بخشی از آن است ـ به‌شدت به خطر افتاده است.[۱۳۲] علی‌رغم انتقادات عمده از به‌کارگیری تسلیحات حاوی نانوفناوری، طرفداران کاربرد آن در صحنه مخاصمات، بر یک نکته تصریح دارند که کاربرد تسلیحات حاوی نانوفناوری موجب دقت بیشتر هدف‌گیری تسلیحات نظامی شده، به‌گونه‌ای که برای نخستین بار در تاریخ صنایع نظامی، دو معیار افزایش کمیت و دقت نشانه‌گیری در ساخت تسلیحات رعایت می‌شود.[۱۳۳] همان گونه که در بخش‌های قبلی گفته شد، علت اصل نظری توسعه کاربرد سلاح‌های حاوی نانوفناوری در صحنه مخاصمات، به‌ویژه از ناحیه ایالات متحده امریکا، ایجاد نظریه عملیات تأثیرمحورانه بوده است. این نظریه همراه با توسعه نانوفناوری نظامی در فضای مخاصماتی با اصل تفکیک نیز مرتبط است چرا که ایالات متحده امریکا در پرتو نظریه عملیات تأثیرمحورانه، سعی در گسترش مفهوم اهداف نظامی به اهداف پشتیبانی‌کننده جنگ، یعنی سازوکارهای سیاسی و اقتصادی

۱۲۹. کاسسه، آنتونیو؛ *نقش زور در روابط بین‌الملل*، ترجمه: مرتضی کلانتریان، آگه، ۱۳۷۵، ص ۴۵.

۱۳۰. ماده ۴۸ پروتکل اول الحاقی: «طرفین باید در هر زمانی اهداف نظامی و غیرنظامی را از هم تفکیک کرده و عملیات خود را تنها متوجه اهداف نظامی سازند».

131. Boutruche, Théo, "Current Challenges in the Legal Regulation of the Methods of Warfare", Proceedings of the Bruges Colloquium Technological Challenges for the Humanitarian Legal Framework, 21-22 October 2010, p. 24.

132. Heintschel von Heinegg, Wolff, *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Publishing, 1st Edition, 2007, p. 55.

133. Allhoff, Fritz, Lin, Patrick, Moore, Daniel, *What Is Nanotechnology and Why Does It Matter: From Science to Ethics*, Wiley-Blackwell, 1st ed, 2010, p. 116.

دشمن، علاوه بر نظامی آن دارد و بدین منظور از نگاه دکترین عملیات تأثیرمحورانه، تمامی فضای سرزمین مورد تهاجم می‌تواند عرصه استفاده از نانوفناوری نظامی باشد که این امر، گسترش بیش از حد فضای مخاصماتی و نادیده‌انگاشتن اصل تفکیک را در پی دارد.

درمورد رعایت اصل تفکیک در انواع تسلیحات با فناوری نانو باید همان گونه که قبلاً گفته شد، قائل به تفکیک شد و نمی‌توان حکم کلی صادر کرد، بلکه بسته به مورد، باید تصمیم گرفت. برای نمونه، می‌توان درمورد سامانه‌های کمکی هسته‌ای با استفاده از نانوفناوری نظامی برای تأمین مؤثرتر چرخه سوخت پایدار از نانوفناوری بهره برد و راهبردهای مدیریت هدررفت انرژی هسته‌ای برای زیردریایی‌های نظامی اتخاذ کرد، به‌طوری‌که بتوان امنیت آن و خدمه‌اش را تأمین کرد و از آسیب‌های زیست‌محیطی دریایی زیردریایی‌های هسته‌ای کاست.[۱۳۴] یکی دیگر از کاربردهای حساس نانوفناوری نظامی در این بخش، حفاظت از تأسیسات حساس نظامی است، به‌گونه‌ای که عموماً پس از استفاده از تسلیحات هسته‌ای، انرژی موسوم به *موج الکترومغناطیسی هسته‌ای*[۱۳۵] آزاد می‌شود که می‌تواند تأسیسات حساس ازجمله نظامی را در ورای منطقه انفجار، منهدم کند یا به آن آسیب برساند. استفاده از سامانه‌های هسته‌ای مبتنی بر نانوفناوری نظامی می‌تواند تأثیرات مخرب موج الکترومغناطیسی هسته‌ای را در تأسیسات حساس نظامی به حداقل برساند و موجب رعایت اصل تفکیک شود.[۱۳۶] همچنین از نانوفناوری نظامی در حس‌گرهای ژرمانیوم ـ نوعی فلز ـ برای اندازه‌گیری اشعه گاما پس از وقایع و حملات هسته‌ای استفاده می‌شود.[۱۳۷] همچنین همان طور که پیش‌تر در بخش کاربردهای عمده نانوفناوری توضیح داده شد، یکی دیگر از کاربردهای نانوفناوری در صنایع نظامی هسته‌ای، در زمینه توسعه مدل‌سازی رایانه‌ای، سلاح‌های هسته‌ای است که همان گونه که از نامش پیداست، از یک‌سو، اهداف آموزشی و آشناکردن نیروهای خودی با اثرات سوء ناشی از سلاح‌های هسته‌ای و از سوی دیگر، تفسیر اطلاعات از آزمایش‌های واقعی هسته‌ای و تشخیص و ارزیابی مشکلات موجود در زرادخانه‌های هسته‌ای است.[۱۳۸] بنابراین توسعه نانوفناوری از این لحاظ، ممنوعیت خاصی را از لحاظ اصل تفکیک برنمی‌انگیزد، به‌ویژه آنکه می‌توان با استفاده از این شبیه‌سازی‌ها، ضعف سلاح‌های هسته‌ای را در فرآیند تولیدی آنان برطرف کرد که چون هم‌اکنون با توجه به رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه استفاده یا تهدید به استفاده از سلاح هسته‌ای، خلأ

134. Wolf, Edward L., Medikonda, Manasa, *Understanding the Nanotechnology Revolution*, John Wiley & Sons, 2012, p. 7.

135. Nuclear Electromagnetic Pulse (NEP)

136. Prasad, S. K., *Advanced Nanotechnology*, Discovery Publishing House, 2008, 125.

137. Ngo, Christian, Van de Voorde, Marcel, *Nanotechnology in A Nutshell: From Simple to Complex Systems*, Springer Science & Business Media, 2014, p. 417.

138. Committee on International Security and Arms Control, National Academy of Sciences, *The Future of U. S. Nuclear Weapons Policy*, National Academies Press, 1997, p. 82.

عمده‌ای در استفاده از این تسلیحات در صحنه مخاصمات وجود دارد، می‌تواند بسیار راه‌گشا و در راستای اجرای قواعد بین‌المللی بشردوستانه باشد. بااین‌حال درمورد استفاده از نانوفناوری برای تولید و توسعه سلاح‌های هسته‌ای بسیار کوچک، همچون *دیوی کراکت*[۱۳۹] که به آن، سلاح‌های هسته‌ای تاکتیکی نیز گفته می‌شود، باید نظر دیگر داشت چرا که این تسلیحات را می‌توان نمونه عینی سلاحِ به‌واقع کشتارجمعی در عصر حاضر تلقی کرد و انرژی‌ای که به‌ازای هر جرم ماده هسته‌ای انرژی‌دار آن آزاد می‌شود بیش از ۱۰ میلیون برابر، بیشتر از انفجارات شیمیایی است.[۱۴۰] بنابراین، استفاده از نانوفناوری نظامی در تولید و توسعه سلاح‌های هسته‌ای بسیار کوچک به دلیل عدم قابلیت تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان در عرصه مخاصمات، ممنوع است.[۱۴۱] از سوی دیگر، درمورد نانوحس‌گرها برای به‌کارگیرندگان آن، که می‌توان بر مبنای ماده ۳۶ پروتکل اول الحاقی در صدد بهبود و رفع آن بود، استفاده از نانوحس‌گرها در تسلیحات نظامی می‌تواند قابلیت تفکیک نظامیان از غیرنظامیان را به طرز فوق‌العاده‌ای اعتلا ببخشد و بدین ترتیب، رعایت اصل تفکیک میان نظامیان و غیرنظامیان و سایر اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه را تضمین کند. با این تفسیر می‌توان کاربرد آن را در صحنه مخاصمات، اصولاً مشروع دانست. اما مواردی از کاربرد تسلیحات حاوی فناوری نانو به‌ویژه در زمینه نانوزیست‌فناوری نیز وجود دارد که به‌شدت ناقض اصل تفکیک است. از بین آن، می‌توان به کاربرد نانوفناوری نظامی در تولید و توسعه دو بمب *تانگستن* و دایم رژیم صهیونیستی اشاره کرد. نقض اصل تفکیک به‌صورت عملی در جریان جنگ ۲۲ روزه رژیم صهیونیستی علیه ساکنین غیرنظامی غزه روی داد که در جریان آن، هواپیماهای این رژیم اشغالگر با فروفرستادن بمب‌های انفجاری موسوم به *بمب‌های تانگستن*[۱۴۲] که از قابلیت تخریب وسیع در فضای کوچک و ایجاد آسیب‌های غیرضروری به غیرنظامیان از طریق سمیت فوق‌العاده آن برخوردار است، مرگ صدها نفر از غیرنظامیان غزه و وقوع جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت را محتمل ساخته، کما اینکه در گزارش *ریچارد گلدستون* نیز آمده است.[۱۴۳] تازه‌ترین مورد استفاده از نانوفناوری نظامی در فضای مخاصماتی، ارتکاب جنایت نسل‌کشی رژیم صهیونیستی در طول عملیات *لبه محافظ*[۱۴۴] در ماه‌های اخیر بر ضد مردم بی‌دفاع غزه است که هواپیماهای این رژیم غاصب با فرود

139. Davy Crockett

140. Altmann, Jürgen, *Military Nanotechnology: Potential Applications and Preventive Arms Control*, Routledge, 2007, p. 100.

141. Tannenwald, Nina, *The Nuclear Taboo: The United States and the Non-Use of Nuclear Weapons Since 1945*, Cambridge University Press, 2007, p. 320.

142. Tungsten Bombs

143. See, UN Gaza Report, above n 1, 251–253; Richard Falk, Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967, UN Doc A/HRC/10/20 (11 February 2009).

144. Operation Protective Edge

بمب‌های دایم کربنی[۱۴۵] که در درجه گرمای بسیار بالا منفجر می‌شوند و در مناطق اطراف خود، گرمای شدیدی ایجاد می‌کنند،[۱۴۶] بر فراز غزه، خشم جهانیان را برانگیختند، به‌گونه‌ای که حتی شورای حقوق بشر ملل متحد نیز با محکومیت آن، یک گروه تحقیق را برای بررسی جنایات ارتکاب‌یافته تشکیل داد.[۱۴۷] وضعیت تأثیر ایجاد هشدار، پیش از حملات نانوفناوری بر کاهش مسئولیت بین‌المللی دولِ به‌کارگیرنده آن‌ها ناشی از تخطی اصل تناسب در حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. در این مورد باید گفت که با توجه به کاربرد وسیع نانوفناوری نظامی در جنگ‌های نامتقارن و تحمیل تلفات غیرنظامی زیاد بر یکی از اطراف متخاصم، حتی صدور هشدار، پیش از حملات نانوفناوری نیز مانع از تخطی اصل حقوق بین‌الملل بشردوستانه نمی‌شود، به‌گونه‌ای که در اعلامیه اخیر مشترک ۱۴۰ نفر از حقوق‌دانان برجسته بین‌المللی راجع به حمله اخیر رژیم صهیونیستی به غزه، با استفاده از بمب‌های دایم و هل فایر آمده است: «صدور هشدار ازجمله روش به‌اصطلاح پشت‌بام‌زدن رژیم صهیونیستی یا فرستادن پیامک، پنج دقیقه پیش از حمله، آن جنایت را کم نمی‌کند. نمی‌توان به‌طور عامدانه و بدون اثبات ضرورت نظامی، به خانه غیرنظامی حمله کرد چرا که این امر، اصل تناسب را نقض می‌کند. علاوه بر این، چنین هشدارهایی نه‌تنها غیرمؤثر است بلکه حتی می‌تواند منجر به تلفات بیشتری شود و به‌عنوان دستاویزی از پیش‌طراحی‌شده از سوی رژیم صهیونیستی به‌منظور به‌تصویرکشیدن مردمِ مانده در خانه‌هایشان به‌عنوان سپر انسانی باشد».[۱۴۸] مورد دیگر درمورد ارتباط با مواد نظامی نانوفناوری و رعایت اصل تفکیک، این پرسش است که با توجه به اینکه در اماکن نظامی بسیاری از کشورها از نانوتیوب‌های کربنی مانند پنبه نسوز استفاده شده که در صورت اصابت می‌تواند تأثیرات سوء سمی بر محیط‌زیست و بشریت داشته باشد، ممکن است پرسیده شود که آیا ملاک ماده ۵۶ پروتکل اول الحاقی مبنی‌بر عدم امکان هدف‌گیری تأسیسات واجد قدرت تخریب فوق‌العاده به‌عنوان یکی از جنبه‌های اصل تفکیک در حقوق بین‌الملل بشردوستانه در این مورد صدق می‌کند؟ در این خصوص، دو نظر عمده مطرح شده است. نظر نخست، بیانگر این امر است که با بررسی مذاکرات نمایندگان دول حاضر در کنفرانس تصویب پروتکل اول الحاقی، منع هدف‌قراردادن دو تأسیسات عمده سدها و نیروگاه‌های هسته‌ای به دلیل قدرت تخریب‌کنندگی بالای آن‌ها به‌صورت حصری بیان شده است و بنابراین در سایر تأسیسات ازجمله تأسیساتی که

145. Dense Inert Metal Explosives (DIME)

146. http://javanonline.ir/fa/mobile/660163, p. 1 (last visited: 31/12/2014).

147. http://www.alhaq.org/advocacy/topics/gaza/835-briefing-note-ii-the-illegality-of-israels-use-of-dime-weapons, p. 1 (last visited: 5/7/2014).

۱۴۸. متن کامل این اعلامیه در پایگاه مؤسسه حقوق بین‌الملل پارس، قرار داده شده است. برای اطلاعات بیشتر، ن.ک:
http://www.internationallaw.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=321:2014-08-05-06-14-42&catid=83&Itemid=560.

در آن از مواد نانوفناوری نظامی استفاده شده است، باید قائل به سکوت و بلکه گاهی تجویز حملات با وجود تلفات عمده غیرانسانی بود.[۱۴۹] درمقابل، دیدگاه تمثیلی‌بودن عبارات سدها و نیروگاه‌های هسته‌ای وجود دارد؛ بدین معنا که هدف‌قراردادن هرگونه تأسیسات، حتی سامانه‌ای که دارای قدرت تخریب‌کنندگی بالایی بر غیرنظامیان باشد ممنوع است.[۱۵۰] به نظر می‌رسد که دیدگاه اخیر که به بُعد تمثیلی اعتقاد دارد درست است زیرا اگر وضعیت سومی، فرضاً زائدات مهمات در حومه شهر که هرگاه مورد هدف واقع شود موجب انفجار شدید، لرزش شهر و تخریب اماکن مسکونی و به تبع آن، ازبین‌رفتن غیررزمندگان شود، دقیقاً ناقض اصل حقوق بشردوستانه می‌شود، برای اینکه متعاقب آن‌ها طی قرون، اشخاصی از آنجا عبور می‌کنند که اولاً، در ردیف رزمنده نبوده و به معنای اخص کلام، غیررزمنده قلمداد می‌شوند و ثانیاً، اصول حقوق بشردوستانه، بالاستمرار و نه منقطع، نسبت به اطراف متخاصم اعمال می‌شود.

مورد دیگر در ارتباط با اصل تفکیک و نانوفناوری نظامی در استفاده از این نوع فناوری در ساخت تسلیحات هوشمند است. اگرچه تاکنون به‌صورت عمده از فناوری نانو در ساخت تسلیحات هوشمند با سامانه قابلیت شناسایی خودکار[۱۵۱] و سامانه قابلیت شناسایی خودمختار[۱۵۲] استفاده نشده است،[۱۵۳] نمی‌توان این امر را نیز انکار کرد که عمده‌ترین نگرانی آینده راجع به کاربرد نظامی فناوری نانو، به تسلیحات هوشمند نانوفناوری و نانوربات‌ها معطوف شده است.[۱۵۴]

به‌کارگیری فناوری نانو در تسلیحات دسته اول بدین صورت است که اگرچه این وسیله است که ضرورت نظامی هدف‌گیری یک شخص یا شیء را ایجاب می‌کند، تصمیم نهایی درمورد رهاسازی مهمات، با انسان است. نمونه بارز آن، موشک‌های ضدهوایی پاتریوت ناتو به‌کارگرفته‌شده در مرز ترکیه و سوریه است. در این نوع تسلیحات، بر مبنای نظریه سبب اقوا از مباشر، باید قائل به حاکمیت قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه بود. درمقابل، در تسلیحات برخوردار از سامانه قابلیت شناسایی خودمختار ـ که تاکنون در فضای مخاصماتی استفاده نشده

149. See for example: Vanda, Lamm, "Protection of Civilian Nuclear Installations in Time of Armed Conflicts", https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-72/029_038.pdf, p. 3.

150. See for example the ICRC Commentary Report in 1987 of article 56. also can be found on the following link:
http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=3376730ECD9DF7B1C12563CD0051DD37.

151. Automatic Target Recognition System

152. Autonomous Weapons System

153. Altmann, Jürgen;, *op. cit.*, p. 102.

154. Roco, Mihail C., Bainbridge, William Sims, *Nanotechnology: Societal Implications: I: Maximising Benefits for Humanity; II: Individual Perspectives*, vol. 2, *Springer Science & Business Media*, 2007, p. 136.

است[۱۵۵] ـ تصمیم نهایی برای شلیک، با خود دستگاه است و انسان، هیچ‌گونه نقشی در شلیک ندارد.[۱۵۶] مشکلات به‌کارگیری فناوری نانو نیز درمورد همین دسته تسلیحات اخیر، وجود دارد. در این مورد به نظر می‌رسد که علی‌رغم عدم تسری اصل عدم ایجاد آسیب‌های غیرضروری، می‌توان اصل تفکیک میان رزمندگان با غیررزمندگان را در آن مورد، اجرایی دانست.

۳. چالش‌ها و خلأهای حقوق بین‌الملل بشردوستانه در زمینه به‌کارگیری نانوفناوری نظامی و پیشنهادها در زمینه حل آن

با توجه به آنکه سرعت رشد نانوفناوری نظامی بسیار بالاست، بدیهی است که چالش‌ها و خلأهای گوناگونی در زمینه کاربرد آن ازجمله در زمینه حقوق بین‌الملل بشردوستانه بروز می‌کند. این بخش در پی آن است که به چالش‌ها و خلأها در زمینه کاربرد نانوفناوری نظامی در حقوق بین‌الملل بشردوستانه در قالب دو قسمت بپردازد. همچنین در کنار این چالش‌ها و خلأها پیشنهادهایی برای رفع آن‌ها داده شده است.

۳ـ۱. چالش‌ها و پیشنهادها در کاربرد فناوری‌های نانو نظامی با تأکید بر رعایت قواعد بشردوستانه

الف. چالش نحوه تطبیق قواعد موجود بین‌الملل بشردوستانه با پیشرفت‌های نظامی نانوفناوری

تحقیقات سریع نانوفناوری نظامی، چالش نحوه تطبیق مقررات کنوانسیون‌های بشردوستانه را به‌صورت آشکار، جلوه‌گر است چرا که از یک‌سو به‌آسانی می‌توان «شاهد فقدان فاجعه‌آمیز اجرای قواعد حقوق بشردوستانه»[۱۵۷] بود که «تا حدی ناشی از این تلقی است که اغلب منازعات از نوع منازعات بین‌الدولی کلاسیک نیستند، لذا اجرای حقوق مزبور بی‌وجه می‌نماید».[۱۵۸] از سوی دیگر، با وجود نانوسیستم‌ها، اصولاً حملات نظامی کنونی با اسلحه و نیروی انسانی بی‌معنا خواهد بود. نانوماشین‌ها به‌همراه برنامه‌ریزی رایانه‌ای خواهند توانست فقط با ارسال باکتری دستکاری‌شده و

155. *See*: Asaro, Peter, "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making", *International Review of the Red Cross*, No. 886, 2012, p. 688. Also available on the following link: http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-886-asaro.pdf.

156. *Ibid*., p. 690

۱۵۷. دوسوالد، بک، لوییس؛ «اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی در جنگ‌های آینده» (قسمت اول)، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، *مجله سیاست دفاعی*، شماره ۳۲و ۳۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، ص ۸۳.

۱۵۸. *همان*؛ ص ۸۳.

معیوب به منطقه مورد استقرار دشمن، فاجعه‌ای به‌مراتب سهمناک‌تر از بمب شیمیایی به‌وجود آورند و نکته خطرناک‌تر آنکه اگر احتمالاً کنترل رایانه‌ای تکثیر این باکتری‌ها با مشکل مواجه شود، باید در انتظار انقراض نسل بشر بود.[۱۵۹]

کاربردهای غیرمشروع فناوری نظامی در برابر چالش دیگری نیز قرار می‌گیرد که آن، ضرورت نظامی است. برای نمونه، اگرچه سیلیکون دی‌اکسید برای محیط‌زیست مضر است، درعوض، کاربرد آن در ماشین‌آلات نظامی باعث مقاومت بیشتر آنان و مصرف ده درصد کمتر سوخت در این خودروها شده است که با توجه به وجود شرایط محتمل جنگی می‌تواند برای طرف به‌کارگیرنده آن مفید باشد. این تحولات، همان گونه که *برووِن و دیگران* ابراز می‌کنند ضرورت بازنگری نه‌تنها در اسناد بنیادین بین‌المللی بشردوستانه، بلکه معاهدات مرتبط مانند کنوانسیون تسلیحات بیولوژیک را اجتناب‌ناپذیر ساخته است.[۱۶۰] این تحقیقات سریع نانوفناوری نظامی، جدا از بُعد حقوقی، بحث‌های راجع به ابعاد اخلاق نظامی به‌کارگیری فناوری نظامی نانو را در عرصه مخاصمات، همچنان که *کمیسیون اخلاق علمی فناوری کبک کانادا*[۱۶۱] بر آن صحه گذاشته است[۱۶۲] توسعه بخشیده است، به‌طوری‌که یکی از بحث‌های نوین مهم علوم نظامی در به‌کارگیری فناوری‌های نوین، چون نانوفناوری نظامی، بحث اخلاق نظامی است.[۱۶۳]

ب. اتخاذ سیاست‌های مختلف در حوزه‌های ملی و بین‌المللی نانوفناوری نظامی در سایه نبود معاهده خاص

نانوفناوری نظامی از حوزه‌های نرم حقوقی، چه در بُعد داخلی و بین‌المللی است که هنوز حتی در سطح داخلی کشورهای پیشرو در این فناوری، قانون خاصی وجود ندارد. برای نمونه، تنها قانون امریکا در زمینه نانوفناوری، قانون کنترل بر مواد سمی است که اساساً راجع به مواد شیمیایی است.[۱۶۴-۱۶۵] به‌علاوه، اعمال سیاست‌های نهادی متعارض در زمینه کاربرد نانوفناوری نظامی،

۱۵۹. لیزل، جان؛ «نانوتکنولوژی، منافع و خطرات»، *مجله مکاتبه و اندیشه*، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۸۵، ص ۱۴۲.

160. Brune, Harald *et al*, *op. cit*., p. 367.

161. Commission de la ethique de la science et de la technologie du Quebec

162. Houdy, Philippe, Lahmani, Marcel and Marano, Rancelyne, *Nanoethics and Nanotoxicology*, vol. 4, *Springer Science & Business Media*, 2011, p. 556.

163. Rocci, Luppicini, Handbook of Research on Technoethics, IGI Global, 2008, p. 13.

۱۶۴. از دیگر کشورهای پیشرو در زمینه نانوفناوری نظامی می‌توان به بریتانیا، هند و سوئد اشاره کرد. در کنار دولت‌ها می‌توان به نقش شرکت‌های چندملیتی نظامی مانند *کینتی کیو*، *ب.آ.ای سیستمز*، *اینداستریال نانوتک* و *ریتون*، بخصوص در زمینه حس‌گرهای نظامی اشاره کرد.

165. Lamprou, Anna, "Nanotechnology Regulation: Policies Proposed by Three Organizations for the Reform of the Toxic Substances Control Act", *Centre for Contemporary History and Policy*, Philadelphia (U.S.A), 2010, p. 11.

برخورد واحد بین‌المللی با موارد تخلف‌آمیز را مشکل کرده؛ بدین معنا که درحالی‌که ایالات متحده امریکا و کانادا با توسل به اصل تشابه اساسی،[۱۶۶] با اتخاذ قوانین نسبی در زمینه نانوفناوری نظامی، تنها به دنبال اعمال تحریم‌های بین‌المللی علیه موارد نقض کاربرد آن هستند، اتحادیه اروپا با توسل به اصل احتیاط[۱۶۷] و با وضع قوانین متعدد در زمینه نانوفناوری نظامی، به دنبال پیشگیری از کاربرد تخلف‌آمیز است.[۱۶۸] بااین‌حال، تلاش‌ها به‌منظور مدون‌سازی کاربرد نانوفناوری نظامی در جامعه بین‌المللی به‌ویژه در سطح اتحادیه اروپا ادامه دارد.[۱۶۹] در اتحادیه اروپا، نخستین تلاش‌ها در زمینه مدون‌سازی کاربرد نظامی نانوفناوری از سال ۲۰۰۴ آغاز شد؛ زمانی که کمیسیون اروپا با پذیرش ابلاغیه‌ای تحت عنوان «به سوی راهبرد اروپایی برای نانوفناوری»[۱۷۰] از تمامی دول عضو خواست تا در انواع کاربرد نانوفناوری ازجمله در زمینه نظامی باید مواد ۱۵۲، ۱۵۳و ۱۷۴ معاهده تأسیس اتحادیه اروپا را مبنی‌بر رعایت حقوق بشر، محیط‌زیست و قواعد بشردوستانه مدنظر قرار دهند. در ابلاغیه سال ۲۰۰۵ همین کمیسیون، تحت عنوان «علوم نانو و نانوفناوری: برنامه اقدام برای اروپا در سال‌های ۲۰۰۵ تا ۲۰۰۹»، علاوه بر مؤلفه‌های فوق‌الذکر، به توجه به ویژگی امنیت در ساخت، تولید و به‌کارگیری انواع وسایل حاوی نانوفناوری ازجمله نظامی به‌صورت مطلق، چه در زمان صلح و چه حاکمیت عرصه مخاصماتی اشاره شده است. سازمان همکاری و امنیت اروپا نیز در چارچوب دستورالعمل محیط‌زیست خود، کارگروهی راجع به نانومواد تولیدشده تأسیس کرد که بر اساس آن، به‌ویژه در چارچوب برنامه شماره ۳ آن، بسیاری از دولت‌ها توافق کردند تا اطلاعات شفافی را درباره تأثیرات سمی نانومواد در اختیار قانونگذاران داخلی و بین‌المللی قرار دهند. علاوه بر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، سازمان‌های غیردولتی متولی امر در زمینه حقوق بشردوستانه نیز در زمینه ترغیب دولت‌ها به مدون‌سازی نانوفناوری نظامی، گام‌هایی برداشته‌اند. برای نمونه، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۲۰۰۶ یک *سند راهنما راجع به بررسی تسلیحات، شیوه‌ها و روش‌های جنگی نوین*،[۱۷۱] تهیه و منتشر کرد و همچنین دستورالعمل راجع به حقوق بین‌الملل

166. Substantial Equivalence Principle

167. Precautionary Principle

۱۶۸. البته به‌منظور حل این معضل، اتحادیه اروپا تاکنون موافقت‌نامه اجرایی با بنیاد ملی دانش امریکا، وزارت علوم و فناوری چین و چندین کشور آفریقایی و امریکا لاتین منعقد کرده که البته به‌هیچ‌وجه کافی نبوده است. اقدامات اتحادیه اروپا بر اساس مواد ۱۵۲ (محیط‌زیست)، ۱۵۳ (مصرف‌کنندگان) و ۱۷۴(محیط‌زیست) معاهده اتحادیه اروپا در زمینه نانوفناوری توجیه می‌شود.

169. Breggin, Linda *et al*., "Securing the Promise of Nanotechnologies: Toward Transatlantic Regulatory Cooperation" (2009), pp. 44-47. Also available at: http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Energy,EnvironmentandDevelopment/r0909_nanotechnologies.pdf.

170. The Antarctica or Moon Treaties

171. *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare*

قابل‌اجرا بر جنگ‌های هوایی و موشکی تدوین کرد که می‌توان از آن در زمینه مدون‌سازی کاربرد نانوفناوری نظامی بهره برد.

با توجه به نبود معاهده خاص در زمینه کاربرد نانوفناوری نظامی برای مدون‌سازی آن، تاکنون سه نظر عمده از سوی صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل ارائه شده است. بر مبنای نظر اول، با توجه به پیشرفت‌های سریع و شگرف نانوفناوری نظامی، امکان مدون‌سازی آن در صحنه مخاصمات وجود ندارد و بنابراین باید از طریق حقوق نرم، نانوفناوری نظامی را تدوین کرد. همچنین بر مبنای این نظریه، از نظر تقسیم‌بندی محتوایی منابع حقوق بین‌الملل، باید حوزه نانوفناوری نظامی را از زمره حوزه حقوق نرم تلقی کرد که از محتوای هنجاری لازم برای ایجاد حقوق و تعهدات لازم‌الاجرا برخوردار نیست.[۱۷۲] نظر دوم، معتقد به بحث کنترل پیشگیرانه تسلیحات حاوی نانوفناوری به‌عنوان مبنای مدون‌سازی نانوفناوری نظامی است که بر مبنای آن، باید در سطح داخلی با تمرکز بر بخش تحقیقات و توسعه نظامی و غیرنظامی نانوفناوری کشورها و در سطح بین‌الملل، با تأکید بر ابزارهایی چون بازرسی و تأیید (عادی و اتهامی) و توسعه صلاحیت نهادهای کیفری بین‌المللی به‌ویژه دیوان کیفری بین‌المللی در صدد پیشگیری از حملات نظامی تسلیحات حاوی نانوفناوری بود.[۱۷۳] نظر سوم، تحت عنوان محدودسازی ارادی، معتقد است که اگرچه با توجه به رشد فزاینده نانوفناوری نظامی، امکان تدوین تعهدات الزام‌آور برای دولت‌ها وجود نداشته، باید مانند کنوانسیون‌های بنیادین سازمان ملل متحد برای تغییرات آب‌وهوایی[۱۷۴] و کنوانسیون بنیادین سازمان بهداشت جهانی برای نظارت بر تنباکو،[۱۷۵] ضمن ایجاد مفاد غیرالزام‌آور، با تأسیس نهادهایی مانند کنفرانس دول عضو کنوانسیون بر روند تدوین مؤثر نانوفناوری نظامی نظارت کرد.

تفاوت نظر اخیر با نظریه اول، تحت عنوان حقوق نرم، در آن است که در این نظریه، بر محدودسازی ارادی دولت‌ها در کاربرد نانوفناوری نظامی تأکید می‌شود. به نظر می‌رسد که در بحث مدون‌سازی نانوفناوری نظامی، جامعه بین‌المللی باید هر سه بحث محدودسازی ارادی، حقوق نرم و کنترل پیشگیرانه تسلیحات نانوفناوری را به‌صورت متوازن دنبال کند.[۱۷۶]

---

172. Abbott, Kenneath. W. and Marchant, Gary. E. and Corley, Elizabeth, *A Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology*, JuriMetrics, 2012, pp. 280-285.

173. Altman, Jurgen, *NanoTechnology and Preventive Arms Control*, Deutsche Stiftung Friedensforschung DSF, Universität Dortmund, Germany, 2005, pp. 1-6.

174. United Nations Framework Convention on Climate Change

175. The WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC)

۱۷۶. البته نهادهای غیردولتی نیز تاکنون طرح‌هایی به‌منظور تدوین نانوفناوری نظامی عرضه کرده‌اند که از آن جمله می‌توان به مباحثه بین‌المللی راجع به تحقیق و توسعه پایدار نانوفناوری (International Dialogue on Responsible Research and Development of Nanotechnology)، اشاره کرد.

چالش به‌کارگیری نانوفناوری نظامی در مخاصمات مسلحانه داخلی و غیربین‌المللی، به‌ویژه در زمینه حمایت از غیرنظامیان نسبت به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی مهم‌تر است، چرا که اولاً، «به‌رغم ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی، قواعد تفصیلی حقوق بشردوستانه بین‌المللی، عمدتاً برای منازعات مسلحانه بین‌المللی مقرر شده است».[۱۷۷] ثانیاً، پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، تنها برای طرفین آن الزام‌آور بوده و بالعکس، سایر قواعد بین‌الملل حقوق ژنو از وصف عرفی بین‌المللی برخوردار نیست. البته در سال ۲۰۰۵ به دنبال تحقیقی که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ انجام داد، این کمیته دریافت که از ۱۶۱ اصل حقوق بین‌الملل عرفی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، ۱۴۸ اصل در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و داخلی نیز اعمال می‌شود.[۱۷۸] از سوی دیگر، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و به‌ویژه ماده ۸ آن، راجع به جنایات جنگی در رابطه با سلاح‌های حاوی نانوفناوری قابل اعمال نیست چرا که این ماده، از «دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل‌اجرا در منازعات مسلحانه در چارچوب تعیین‌شده در حقوق بین‌الملل»، صحبت می‌کند، درحالی‌که هم‌اکنون، هیچ معاهده یا عرف بین‌المللی در زمینه تدوین کاربرد تسلیحات حاوی نانوفناوری در حقوق بین‌الملل وجود ندارد. با درج بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مبنی‌بر امکان بررسی واردکردن تسلیحات نوین در دوره‌های هفت‌ساله بازنگری اساسنامه، امروزه می‌توان اساسی‌ترین رکن برای غیرقانونی‌اعلام‌کردن سلاح‌های حاوی نانوفناوری را دیوان کیفری بین‌المللی دانست. بنابراین باید تا اجلاس بازنگری بعدی دیوان در سال ۲۰۱۷ با روشن‌ساختن خطرات بالقوه سلاح‌های حاوی نانوفناوری، برخی از انواع آن را در زمره سلاح‌های ممنوعه قرار داد. بااین‌حال، تلاش‌ها در این زمینه رو به افزایش است. برای نمونه، *انجمن سلطنتی بریتانیا*[۱۷۹] در سال‌های گذشته، گزارشی منتشر کرد که بر مبنای آن، پیشنهاد شد که پیش از آنکه دولت این کشور بتواند هرگونه قانونگذاری جدیدی در عرصه نانوفناوری ازجمله نانوفناوری نظامی داشته باشد، دو تا پنج سال، تحقیقات دانشگاهی و صنعت درمورد آن انجام شود.[۱۸۰]

۱۷۷. دوسوالد ـ بک، لوییس؛ *اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی در جنگ‌های آینده*(قسمت دوم)، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، *مجله سیاست دفاعی*، شماره۳۴، بهار۱۳۸۰، ص ۱۲۶.

178. The Figures are reported in international committee of Red Cross, International Humanitarian Law and the Challenge of Contemporary Armed Conflicts 2012, p. 12.

179. British Royal Society

180. UNESCO's Report, *op. cit.*, p. 16.

۳ـ۲. خلأها و پیشنهادها در کاربرد فناوری‌های نانو نظامی با تأکید بر رعایت قواعد بشردوستانه

۱. نبود سامانه شکایت در موارد نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه با استفاده از سلاح‌های مبتنی بر نانوفناوری در نزد دبیرکل ملل متحد، مانند سلاح‌های شیمیایی یا بیولوژیکی: در ۱۳دسامبر ۱۹۸۲، مجمع عمومی به دبیرکل اجازه داد تا با تعیین تعدادی کارشناس ذی‌صلاح، هرگونه شکایت نسبت به کاربرد تسلیحات شیمیایی یا بیولوژیک را بررسی کند.[۱۸۱] با استفاده از همین شیوه بود که جمهوری اسلامی ایران در ماه مارس ۱۹۸۴، تقاضا کرد که برای بررسی استفاده عراق از تسلیحات شیمیایی، دبیرکل، هیئت حقیقت‌یاب تشکیل دهد. این در حالی است که برای شکایت دولت‌ها نسبت به کاربرد سلاح‌های حاوی نانوفناوری، نظام اختصاصی وجود ندارد. بنابراین پیشنهاد می‌شود هرچه سریع‌تر این نظام بنیان شود.

۲. نبود سازوکار مؤثر و الزام‌آور به‌منظور هدایت دولت‌ها به استفاده صلح‌آمیز از فناوری نانو ازجمله در عرصه نظامی: برای حل این خلأ باید با تأکید بر بند ۴ ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در زمینه تعهد دول عضو به ایفا، محافظت و احترام به منافع ناشی از توسعه همکاری و مبادلات بین‌المللی در زمینه‌های مختلف علوم ازجمله نانوفناوری نظامی است، دول عضو را به سمت فعالیت‌های صلح‌آمیز نانوفناوری سوق داد. این امر در «گزارش ویژه سال ۲۰۰۱ راجع به فناوری‌های نوظهور و آثار آن بر کنترل تسلیحات و عدم تکثیر»[۱۸۲] سازمان آتلانتیک شمالی (ناتو) نیز تأکید شده است.[۱۸۳]

۳. عدم ترسیم مرز دقیق قانونی ملی و بین‌المللی میان موارد مختلف کاربرد نانوفناوری نظامی، خاصه راجع به نانومواد و نانوحس‌گرها در خدمات غیرنظامی مانند علوم مخابراتی و رایانه‌ای و خدمات نظامی و قابل‌دسترس‌شدن نانوفناوری نظامی در خدمت گروه‌های غیرمسئول، ازجمله تروریست‌ها به‌ویژه به دلیل کارکردهای دوگانه نانوفناوری نظامی. درمقابل، افرادی مانند *هاوارد*[۱۸۴] پیشنهاد کرده‌اند که حداقل درمورد تسلیحات حاوی نانوفناوری کشتارجمعی باید یک معاهده بین‌المللی مشابه معاهده فضای ماورای جو ۱۹۷۶ ـ که کاربرد هرگونه تسلیحات کشتارجمعی را ازجمله تسلیحات نانوفناوری کشتارجمعی ممنوع کند ـ برای محیط درون جو زمین نیز منعقد شود به‌گونه‌ای که کاربرد هرگونه تسلیحات کشتارجمعی اعم

181. UNGA Res 37/98 D 'Provisional Procedures to Uphold the Authority of the 1925 Geneva Protocol' [13 December 1982], pp. 2-6.

182. Special Report on Emerging Technologies and Their Impact on Arms Control and Non-Proliferation

۱۸۳. در این گزارش آمده بود «که دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط باید توجه کافی به توسعه نانوفناوری داشته و به همراه دانشمندان در فرآیند صلح‌آمیز این علوم مشارکت داشته باشند». برای اطلاعات بیشتر، ن.ک:
http://www.nato-pa.int/default.asp?SHORTCUT=677, p. 7 (14/4/2014).

184. Howard

از هسته‌ای، شیمیایی و بیولوژیک با استفاده از فناوری نانو در محیط داخل جو ممنوع شود. وی بر اساس همین مبنا پیشنهاد می‌کند که کنوانسیونی تصویب شود با عنوان «*کنوانسیون منع کاوش و مهندسی نانوفناوری در فضای (اتمی ـ مولکولی) داخل جو*»[۱۸۵] که هدفش چنین باشد: «ایجاد بازار جامع و متعالی برای مبارزه با تسلیحات حاوی نانوفناوری کشتارجمعی» و تبیین این پیام که تسلیحات حاوی نانوفناوری کشتارجمعی، «تهدیدی نسبت به همه بشریت و زیست‌بوم زمین است». همچنین، بر مبنای نظریه هاوارد، طرفین چنین کنوانسیون احتمالی باید «متعهد شوند تا تحت هر شرایطی از هرگونه مداخله، حمایت، ترویج هر نوع فعالیت تحت کنترل و صلاحیت‌شان که شامل یا مرتبط با کاوش و مهندسی نانوفناوری در فضای داخل جو باشد اجتناب ورزند». وی همچنین برای اجرای بهتر چنین معاهده احتمالی، تأسیس سازمانی موسوم به *سازمان منع نانوفناوری*[۱۸۶] را پیشنهاد می‌کند.[۱۸۷] بااین‌حال به چند دلیل عمده، چون وجود تفاوت‌های بسیار میان فضای ماورای جو و محیط داخل جو، محدودشدن نظریه هاوارد به تسلیحات کشتارجمعی و عدم تبیین قواعدی راجع به تسلیحات متعارف حاوی نانوفناوری، گستردگی و پیچیدگی بیش از حد فناوری نانو، امکان تدوین رژیم جامع وجود نداشته، بلکه به نظر می‌رسد در غیر از موارد مطروحه باید به‌صورت جداگانه به تدوین و توسعه قواعد بین‌المللی پرداخت. بر همین مبنا، عدم امکان تدوین رژیم حقوقی بین‌المللی جامع راجع به نانوفناوری نظامی، برخی مانند *ساتون* را واداشته تا پیشنهاد کنند که تنها راه ایجاد نظام شفاف بین‌المللی راجع به نانوفناوری نظامی، ایجاد نوعی دیپلماسی موسوم به *نانودیپلماسی*[۱۸۸] بر مبنای همگرایی نقاط تلاقی مشترک حقوق و اخلاق است؛ بدین صورت که دولت‌ها و اشخاص با تبادل، انتقال و تشریک مساعی اطلاعاتی و تدوین مجموعه قواعد رفتاری در زمینه نانوفناوری نظامی می‌توانند در راستای کنترل و نظارت بر روند توسعه و کاربرد نانوفناوری، گام مهم نظامی بردارند.[۱۸۹]

185. Treaty on the Prohibition of Nanotechnological Exploration and Engineering of Inner (Atomic and Molecular) Space

186. Organization for the Prohibition of Nanotechnology (OPN)

187. Howard, Sean; "Nanotechnology and Mass Destruction: The Need for an Inner Space Treaty", http://www.acronym.org.uk/dd/dd65/65op1.htm, p. 1 (last visited: 12/11/2014).

188. Nano Diplomacy

189. For more information *see*: Sutton, Victoria, "Military Technologies, Nanotechnology and Law: Using Nano-Science Fiction as An Analytical Tool", (March 1, 2010), *ExpressO*, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=victoria_sutton, p. 22. (last visited: 18/9/2014).

نتیجه

کاربرد نظامی فناوری نانو در تولید و توسعه ادوات و تجهیزات نظامی در زمره کاربردهای دوگانه نظامی است که هم می‌توان از آن، در کاربردهای مشروع چون مقاوم‌کردن پوشش نظامی رزمندگان یا حس‌گرهای نانو که قابلیت تفکیک میان رزمندگان و غیررزمندگان را افزایش می‌دهند استفاده کرد و هم در کاربردهای غیرمشروع، چون استفاده در ساخت تسلیحات بیولوژیک و هسته‌ای بهره برد. عمده‌ترین عرصه کاربرد نظامی فناوری نانو، در تولید و توسعه تجهیزات و ادوات نظامی بیولوژیک است، به‌گونه‌ای که علم نوینی به نام نانوزیست‌فناوری، مسئول پرداختن به آن است. در سال‌های اخیر، قابلیت دسترسی انواع وسایل نانوفناوری در خدمت عموم بشریت، خطرات تهدیدات نانوفناوری نظامی را به‌عنوان خطر عمدهٔ بالقوه نسبت به صلح و امنیت بین‌المللی در آینده افزایش داده است. این درحالی است که عدم آموزش کافی و مؤثر بسیاری از نیروهای نظامی کشورها برای مقابله با این تهدیدات، خارج‌شدن انحصار فناوری‌های نانو از توان دولتی و انتقال آن به شرکت‌های چندملیتی و ظهور و توسعه گروه‌های غیردولتی چون عملکرد بین‌المللی تروریسم، موجب شده که تلفات و خسارت‌های احتمالی ناشی از استفاده از فناوری مخرب نانو چند برابر شود. امکان به‌کارگیری نانوفناوری در سال‌های گذشته به‌ویژه در قالب نانوذرات سبک برای استفاده در اسلحه‌های نظامی با قدرت تخریب زیاد یا نانوکامپوزیت‌ها برای به‌کارگیری در صنایع هوایی، صنایع دفاعی جهان را به‌ویژه در بخش نظامی هوایی با تحولات شگرف مواجه کرده است. از طرف دیگر، با سرمایه‌گذاری گسترده کشورهای توسعه‌یافته در بخش نانوفناوری مخابرات و افزایش قابلیت‌هایی مانند افزایش سرعت و پهنای باند وسیع شبکه‌های مخابراتی و غفلت از آن در کشورهای درحال‌توسعه، اینک جنگ‌های نوین سایبری رخ می‌دهد. یکی از علل بروز حملات بدافزار *استارکس نت* و *فلیم* به صنایع هسته‌ای و نفتی ایران در سالیان گذشته، همین غفلت از سرمایه‌گذاری بر روی نانوفناوری بوده است. بنابراین نانوفناوری نظامی می‌تواند ابعاد مختلف امنیتی، پدافندی،[۱۹۰] راهبردی و توسعه‌ای را برای یک کشور به همراه داشته باشد که در صورت فقدان آن، خسارات وسیع و جبران‌ناپذیری به‌بار می‌آید. عمده نگرانی‌ها راجع به استفاده از سلاح‌های نانوفناوری در صحنه مخاصمات، قابلیت آن برای تأثیرات سوء بر انسان و محیط‌زیست است. در این زمینه باید استفاده از نانومواد غیرارگانیک و مهندسی‌شده همچون تیتانیوم دی‌اکسید در تولید و توسعه ادوات و تجهیزات

۱۹۰. لزوم توجه به استفاده از فناوری‌های نانو در صنایع نظامی، آن‌چنان واجد اهمیت است که در صحنه مخاصمات، طرف متخاصم متقابل می‌تواند با تولید پالس‌های الکترومغناطیسی با عرض کوتاه و توان‌گذرای بسیار زیاد در صورت عدم حفاظت ابزارهای نظامی در مقابل این حملات، موجب تخریب دائمی یا موقت آن‌ها شود. برای اطلاعات بیشتر در این مورد، ن.ک: محمد ابراهیم‌نژاد؛ *آشنایی با تسلیحات غیرکشنده*، انتشارات دانشگاه صنعتی مالک اشتر، ۱۳۸۶، ص ۲.

نظامی را که در بسیاری از موارد، سمی‌بودن آن‌ها برای انسان و محیط‌زیست آشکار شده است، به حداقل رساند و به‌جای آن بر نانومواد ارگانیک تکیه کرد. بدون شک، این امر با تعهدات کشورها به‌موجب ماده ۳۶ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو نیز تطابق بیشتری دارد. در این زمینه تلاش‌هایی در حال انجام است تا رشته نوین به نام نانوفناوریِ معکوس ایجاد شود که در صدد کاهش استفاده از نانومواد غیرارگانیک و مهندسی‌شده در تولید و توسعه تجهیزات مختلف ازجمله نظامی است. در زمینه تطابق نانوفناوری نظامی با اصل تفکیک، نیز باید گفت که نمی‌توان تمامی کاربردهای نظامی فناوری نانو را به‌صورت مطلق بر مبنای اصل تفکیک ممنوع کرد چرا که برخی استفاده‌های آن، همچون حس‌گرهای نانو باعث می‌شود که رعایت اصل تفکیک میان نظامیان و غیرنظامیان در صحنه مخاصمات با دقت بیشتری انجام گیرد، درحالی‌که برخی دیگر از انواع کاربرد آن، چون کاربرد بمب‌های تنگستن توسط رژیم غاصب صهیونیستی، اصل مزبور را به‌وضوح نقض می‌کند. نتیجه پایانی تحقیق حاضر این است که در تمامی موارد تطبیق کاربردهای نظامی فناوری نانو با اصول بین‌المللی حقوق بشردوستانه باید با توجه به ضرورت نظامی، اوضاع‌واحوال خاص حاکم بر مخاصمات مسلحانه و اصل تناسب به‌صورت خاص به بررسی کاربرد نانوفناوری نظامی پرداخت و بدین روی، از صدور حکم ممنوعیت یا مشروعیت مطلق یا کلی نانوفناوری نظامی در صحنه مخاصمات با توجه به اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه احتراز کرد.

منابع:

الف) فارسی

ـ کتاب

- ابراهیم‌نژاد، محمد؛ *آشنایی با تسلیحات غیرکشنده*، انتشارات دانشگاه صنعتی مالک اشتر، ۱۳۸۶.
- ساعد، نادر؛ *حقوق خلع‌سلاح و حاکمیت دولت‌ها*، خرسندی، ۱۳۸۸.
- شریفی طرازکوهی، حسین؛ *حقوق بشردوستانه بین‌المللی*، میزان، ۱۳۹۰.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ *حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۲.
- کاسسه، آنتونیو؛ *نقش زور در روابط بین‌الملل*، ترجمه: مرتضی کلانتریان، آگه، ۱۳۷۵.
- ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان؛ *حقوق بین‌الملل سلاح‌های کشتارجمعی*، میزان، ۱۳۸۷.
- ممتاز، جمشید؛ *حقوق بین‌الملل سلاح‌های کشتارجمعی*، ترجمه و تحقیق: امیرحسین رنجبریان، میزان، ۱۳۹۰.
- مهاجرانی، میرسعید؛ *تبدیل صنایع نظامی* (مفاهیم، روش‌ها و تجارب عملی)، انتشارات دانشگاه امام حسین(ع)، ۱۳۸۱.

ـ مقاله

- البرزی ورکی، مسعود؛ «نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۱، ۱۳۸۳.
- آشوری، «ایران، معرفی: نانوفناوری چیست؟» *مجله کتاب ماه علوم و فنون*، شماره ۱۰۱، ۱۳۸۷.
- افتخاری، اصغر و مهدی کامکار؛ «جنگ‌های آینده و فناوری پیشرفته (اولویت‌بندی نسل بعدی توانمندی‌ها)»، *فصلنامه نگرش راهبردی*، شماره ۸۹ و ۹۰، ۱۳۸۷.
- ادیت، براون‌ویس؛ «حفاظت از محیط‌زیست و حقوق نسل‌های آینده در پرتو رأی مشورتی ۱۹۹۶ دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه سیاست خارجی*، شماره ۵۹، ۱۳۸۰.
- بیگدلی، محمدرضا؛ «نگرشی بر مسئولیت بین‌المللی ناشی از نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۸۳.
- حسین‌زکی، ناظر؛ «حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه»، در مجموعه مقالات کتاب اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق

بشردوستانه بین‌المللی با همکاری نشر میزان، ۱۳۹۲.

- حسینی اکبرنژاد، حوریه؛ «جنگ علیه حقوق جنگ؛ ارزیابی نبرد ۲۲ روزه غزه از نگاه حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- جان‌فشان، بیتا؛ «نانوتکنولوژی: فرصت‌ها و ریسک‌ها: بیمه‌پذیری فناوری‌های نوظهور»، *ماهنامه تازه‌های جهان بیمه*، شماره ۹۳، ۱۳۸۴.
- جوانمردی، محمد ودیگران؛ «رتبه‌بندی حوزه‌های مختلف ریسک زیست‌محیطی و سلامت انسان در فناوری نانو با استفاده از روش Topsis و AHP در محیط فازی»، *فصلنامه مدیریت شهری*، شماره ۳۱، ۱۳۹۲.
- دوسوالد ـ بک؛ «اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی در جنگ‌های آینده (قسمت اول)»، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، *مجله سیاست دفاعی*، شماره ۳۲ و ۳۳، ۱۳۷۹.
- دوسوالد ـ بک، لوییس؛ «اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی در جنگ‌های آینده (قسمت دوم)»، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، *مجله سیاست دفاعی*، شماره ۳۴، ۱۳۸۰.
- رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۲.
- زمانی، سیدقاسم و سیدرضا رفیعی؛ «کاربرد سلاح‌های حاوی اورانیوم ضعیف‌شده از منظر حقوق بشردوستانه بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹، ۱۳۹۲.
- ساعد، نادر؛ «چالش‌های فراروی حقوق بشردوستانه در جنگ پست مدرن»، *فصلنامه سیاست دفاعی*، شماره ۶۶، ۱۳۸۸.
- ساعد، نادر؛ «منع مطلق سلاح هسته‌ای: نظم حقوقی در حال گذار»، *فصلنامه سیاست دفاعی*، شماره ۵۸، ۱۳۸۶.
- سلطانی، علی‌محمد و سیدسپهر قاضی‌نوری؛ «به کارگیری ماتریس TOWS در استخراج استراتژی‌های ملی نانو تکنولوژی در ایران»، دفتر همکاری‌های فناوری ریاست جمهوری، در *مجموعه مقاله‌های همایش علمی ـ کاربردی نانو تکنولوژی، انقلاب صنعتی آینده*، جلد اول، مجموعه مقاله‌های بخش سیاست‌گذاری، علوم پایه، نانوتیوب، علوم زیستی، پژوهه، ۱۳۸۰ .
- شافع، میرشهبیز، «رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تهدید به استفاده یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای»، *فصلنامه حقوق* دانشگاه تهران، شماره ۴۱، ۱۳۷۷.
- شجاع، جواد؛ «درآمدی بر کاربردهای نظامی فناوری نانو از نگاه حق بر زندگی در صلح»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- عرفان‌منش، محمدامین و فرشته دیدگاه؛ «بررسی سهم کشورهای جهان از تولید علم در

حوزه علوم و فناوری نانو در پژوهش‌های بین‌المللی (پایگاه آی.اس.ای)»، *فصلنامه اطلاع‌شناسی*، شماره ۳۰، ۱۳۸۹.

- کنعانی، محمدهاشم؛ «نانوتکنولوژی: کاربردها و چالش‌ها، مجله اطلاع‌یابی و اطلاع‌رسانی»، بهمن، شماره ۴، ۱۳۸۶.
- لیزل، جان؛ «نانوتکنولوژی، منافع و خطرات»، *مجله مکاتبه و اندیشه*، شماره ۲۵، ۱۳۸۵.
- مظاهری اسدی، مهناز و آزاده غلامی قوام‌آباد؛ «نانوتکنولوژی، مخاطرات بهداشتی و محیط‌زیستی»، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۵۵، ۱۳۸۹.
- معاونت پژوهش و تولید علم، «نقد و تحلیل کتاب نانوفناوری و جنگ‌های مدرن: ظرفیت‌ها و موانع»، *فصلنامه نگرش راهبردی*، شماره ۸۹ و ۹۰، ۱۳۸۷.
- موسوی ثابت، سیدرضا؛ «لزوم حمایت از محیط‌زیست در مخاصمات مسلحانه»، در مجموعه مقالات کتاب *اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی با همکاری نشر میزان، ۱۳۹۲.
- میرزایی، سیداحمد؛ «تجربیات جمهوری اسلامی ایران در زمینه‌های دیپلماسی کنترل تسلیحات بیولوژیک»، *فصلنامه سیاست دفاعی*، شماره ۷۵، ۱۳۹۰.

ـ تارنما

- https://www.tebyan.net/newindex.aspx?pid=934&articleID=279518, (last visited: 11/10/2014).
- http://javanonline.ir/fa/mobile/660163, (last visited: 31/12/2014).
- http://www.internationallaw.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=321:2014-08-05-06-14-42&catid=83&Itemid=560.
- http://www.mehrnews.com/news/2335400/. p. 1(last visited: 22/1/2015).
- http://elmi.basijasatid.ir/?q=node/741, (last visited: 22/1/2015).

ب) انگلیسی

Books

- Abbott, Kenneath, W. and Marchant, Gary. E. and Corley, Elizabeth, *A Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology*, JuriMetrics 2012.
- Allhoff, Fritz; Lin, Patrick; Moore, Daniel, *What Is Nanotechnology and Why Does It Matter: From Science to Ethics*, Wiley, 1st ed, 2010.
- Allhoff, Fritz and Lin, Patrick, Moore, Daniel, *Nanotechnology & Society: Current and Emerging Ethical Issues*, Springer Science & Business Media, 2008.
- Altmann Jürgen and Mark A. Gubrud, "Military, Arms Control, and Security Aspects of Nanotechnology", D. Baird, A. Nordmann & J.

Schummer (eds.), *Discovering the Nanoscale*, Amsterdam: IOS Press, 2004.
- Altman, Jürgen, *NanoTechnology and Preventive Arms Control*, Deutsche Stiftung Friedensforschung DSF, Universität Dortmund, Germany, 2005.
- Altmann, Jürgen, *Military Nanotechnology: Potential Applications and Preventive Arms Control*, Routledge, 2007.
- Bennett-Woods, Deb, *Nanotechnology: Ethics and Society*, CRC Press, 2008.
- Bhushan, Bharat, *Springer Handbook of Nanotechnology*, vol. 1, Springer Science & Business Media, 2004.
- Bonča, Janez; Kruchinin, Sergei, *Nanotechnology in the Security Systems*, Springer, 2015.
- Boutruche, Théo, *Current Challenges in the Legal Regulation of the Methods of Warfare*, Proceedings of the Bruges Colloquium Technological Challenges for the Humanitarian Legal Framework, 21-22 October 2010.
- Brune, Harald *et al*, *Nanotechnology: Assessment and Perspectives*, Springer Science & Business Media, 2006.
- Chou, Hsun-Wen, *Nanotoxicology: From Nano Titanium Dioxide Particle Size Effect on Ceriodaphnia Dubia to Death Mechanism*, ProQuest, 2008.
- Committee on International Security and Arms Control, National Academy of Sciences, *The Future of U.S. Nuclear Weapons Policy*, National Academies Press, 1997.
- Crowe, Jonathan; Scheuber, Kylie Weston, *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, 2013.
- Dana, David A., *The Nanotechnology Challenge: Creating Legal Institutions for Uncertain Risks*, Cambridge University Press, 2011.
- De la Fuente, Jesus M. and Grazu, V., *Nanobiotechnology: Inorganic Nanoparticles v. Organic Nanoparticles*, Elsevier, 2012.
- Faunce, Thomas, *Nanotechnology for a Sustainable World: Global Artificial Photosynthesis as Nanotechnology's Moral Culmination*, Edward Elgar Pub, 2012.
- Hays, Sean A., Scott Robert, Jason, Miller, Clark A. and Bennett, Ira, *Nanotechnology, the Brain, and the Future*, Springer Science & Business Media, 2012.
- Heintschel von Heinegg, Wolff, *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Publishing, 1st Edition, 2007.
- Hildering, Antoinette, *International Law, Sustainable Development and Water Management*, Eburon Uitgeverij B. V., 2004.
- Houdy, Philippe; Lahmani, Marcel and Marano, Rancelyne, *Nanoethics*

and Nanotoxicology, vol. 4, Springer Science & Business Media, 2011.
- Hull, Matthew and Bowman, Diana, *Nanotechnology Environmental Health and Safety: Risks, Regulation, and Management*, William Andrew, 2014.
- Jha, A. R, *MEMS and Nanotechnology-Based Sensors and Devices for Communications*, CRC Press; 1st ed, 2008.
- Kosal. E, Margaret, *Anticipating the Biological Proliferation Threat of Nanotechnolgy: Challenges for International Arms Control Regimes*.
- Kosal. E, Margaret, "Applying Nanotechnology to Revolutionary Chemical and Biological Countermeasures", in *Nanotechnology for Chemical and Biological Defense*, Springer Publications, 2009.
- Krishna, Kant, *Computer-Based Industrial Control, 2/e*, PHI Learning Pvt. Ltd., 2010.
- Lansdown, Alan B. G., *The Carcinogenicity of Metals: Human Risk through Occupational and Environmental Exposure*, Royal Society of Chemistry, 2013.
- Lele, Ajey, *Strategic Technologies for the Military: Breaking New Frontiers*, SAGE Publications India, 2009.
- Lin, Patrick, "Nanotechnology Bound: Evaluating the Case for More Regulation", in *NanoEthics*, Springer Publication, 2007.
- Maclurcan, Donald and Radywyl, Natalia, *Nanotechnology and Global Sustainability*, CRC Press, 2011.
- Mansoori, G. Ali; George, Thomas F. Assoufid, Lahsen and Zhang, Guoping, *Molecular Building Blocks for Nanotechnology: From Diamondoids to Nanoscale Materials and Applications*, Springer Science & Business Media, 2007.
- Monteiro-Riviere, Nancy A., Lang Tran, C., *Nanotoxicology: Characterization, Dosing and Health Effects*, CRC Press.
- Montini, Massimiliano; Bogdanovic, Slavko, *Environmental Security in South-Eastern Europe: International Agreements and Their Implementation*, Springer Science & Business Media, 2011, p. 119, Press, 2007.
- Nasu, Hitoshi, "Nanotechnology and the Law of Armed Conflict", in *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Springer Publication, 2014.
- Ngo, Christian; van de Voorde, Marcel, *Nanotechnology in a Nutshell: From Simple to Complex Systems*, Springer Science & Business Media, 2014.
- O'Riordan, Timothy, *Interpreting the Precautionary Principle*, Routledge, 2013.
- Pelley, Jennifer and Saner, Marc, *International Approaches to the Regulatory Governance of Nanotechnology*, Carleton University School of Public Policy and Administration, April 2009.

- Plows, Alexandra and Reinsborugh, Michael, "Nanobiotechnology and Ethics: Converging Civil Society Discourses", in *Emerging Conceptual, Ethical and Policy Issues in Bionanotechnolgy*, 2008.
- Prasad, S. K., *Advanced Nanotechnology*, Discovery Publishing House, 2008.
- Ramachandran, Gurumurthy, *Assessing Nanoparticle Risks to Human Health*, William Andrew, 2011.
- Rocci, Luppicini, *Handbook of Research on Technoethics*, IGI Global, 2008.
- Roco, Mihail C., Bainbridge, William Sims, *Nanotechnology: Societal Implications: I: Maximising Benefits for Humanity; II: Individual Perspectives*, vol. 2, Springer Science & Business Media, 2007.
- Selgelid, Michael J. and Rappert, Brian, *On the Dual Uses of Science and Ethics: Principles, Practices, and Prospects*, ANU Press, 2013.
- Tannenwald, Nina, *The Nuclear Taboo: The United States and the Non-Use of Nuclear Weapons Since 1945*, Cambridge University Press, 2007.
- Theodore, Louis and Kunz, Robert G., *Nanotechnology: Environmental Implications and Solutions*, John Wiley & Sons, 2005.
- Wolf, Edward L.; Medikonda, Manasa, *Understanding the Nanotechnology Revolution*, John Wiley & Sons, 2012.

Articles

- Auffan, Mélanie, *et al*., "Towards a Definition of Inorganic Nanoparticles from an Environmental, Health and Safety Perspective", 4 *Nature Nanotechnology*, 2009.
- Asaro, Peter, "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making", *International Review of the Red Cross*, No. 886, 2012.
- Backstrom, Alan, Henderson, Ian, "New Capabilities in Warfare: an Overview of Contemporary Technological Developments and the Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Reviews", *International Review of Red Cross*, vol. 94, No. 886, Summer 2012.
- Breggin, Linda *et al*., "Securing the Promise of Nanotechnologies: Toward Transatlantic Regulatory Cooperation", 2009.
- Cameron, James, Abouchar, Juli, "The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 14, Issue 1, 1991.
- Carrol-Mayer, Moira and Stahl Carsten, Berend, "The Wild West: Nanotechnological Weaponry and the Rule of Law on the Battlefield", 20th BILETA Conference: Over-Commoditized; Over-Centralized; Over-

Observed: the New Digital Legal World? *Queen's University of Belfast*, April 2005.
- Herndon, Robert B., "Operations in Afghanistan: The CJTF-180 Method of Orchestrating Effects to Achieve Objectives", *Field Artillery Journal*, January-February 2004.
- Howard, Sean, "Nanotechnology and Mass Destruction: The Need for an Inner Space Treaty", http://www.acronym.org.uk/dd/dd65/65op1.htm.
- ICRC Editorial, "Science Cannot be Placed above Its Consequence", *International Review of Red Cross*, vol. 94, No. 886, 2012.
- Greenwood, Christopher, "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, No. 316, 1997.
- Lamprou, Anna, "Nanotechnology Regulation: Policies Proposed by Three Organizations for the Reform of the Toxic Substances Control Act", *Centre for Contemporary History and Policy*, Philadelphia (U.S.A), 2010.
- Lawand, Kathleen, "Reviewing the Legality of New Weapons, Means and Methods of Warfare", *International Review of the Red Cross*, vol. 88 No. 864, 2006.
- Nasu, Hitoshi and Faunce, Thomas, "Nanotechnology and the International Law of Weaponry: Towards International Regulation of Nano Weapons", *Journal of Law, Information and Science*, vol. 20, 2009/2010.
- Pinson, Robert D., "Is Nanotechnology Prohibited by the Biological and Chemical Weapons Conventions", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, Issue 2, 2004.
- Rifkin, Jeremy and Sale, Kirkpatrick, Bailey, Ronald, "Rebels against the Future: Witnessing the Birth of the Global Antitechnology Movement", *Reason Online*, Feb. 28, 2001, at: http://reason.com/rb/rb022801.html
- Sutton, Victoria, "Military Technologies, Nanotechnology and Law: Using Nano-Science Fiction as An Analytical Tool", 2010.
- Schmitt, Michael N, "Effects-based Operations and the Law of Aerial Warfare", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 5, Issue 2, 2006.
- Vanda, Lamm, "Protection of Civilian Nuclear Installations in Time of Armed Conflicts", https://www.oecd-nea.org/law/nlb/nlb-72/029_038.pdf.

Websites
- http://www.permanent.com/human-extinction-biotechnology-nano.html, (last visited: 11/9/2014).
- http://www.foresight.org/Conference/MNT05/Papers/Gubrud/index.

html, (last visited 04/8/2014).
- http://en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_winter, (8/9/2014).
- http://www.washingtonpost.com/national/nationalsecurity/supercompute-offertoolsfornucleartestingandsolvingnuclearmysteries/2011/10/03/gIQAjnngdM_story.html, (last visited: 13/11/2014).
- http://crnano.typepad.com/crnblog/2005/03/military_uses_o.html, (last visited: 21/12/2014).
- http://www.alhaq.org/advocacy/topics/gaza/835-briefing-note-ii-the-llegality-f-israels-use-of-dime-weapons, (last visited: 5/7/2014)
- http://crnano.typepad.com/crnblog/2005/03/military_uses_o.html, (last visited: 21/12/2014).
- https://www.icrc.org/customaryihl/eng/docs/v1_cha_chapter20_rule70, last visited 25/12/2014)
- https://www.icrc.org/eng/war-and-law/conduct-hostilities/environmentwarfare/overview-environment-and-warfare.htm, (last visited: 12/9/2014).
- https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule43, (last visited: 21/10/2014).
- https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0902.pdf, (10/9/2014).
- http://www.nato-pa.int/default.asp?SHORTCUT=677, (14/4/2014).
- http://www.globalresearch.ca/the-devastating-consequences-of-israeli-weapons-testing/23686, (last visited: 22/1/2015).
- https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmau.htm, (last visited: 22/1/2015).

Documents

- The 2010 North Atlantic Treaty Organization New Strategic Concept Paper.
- National Nanotechnology Initiative– Research and Development Supporting the Next Industrial Revolution– Supplement to the President's FY 2004 Budget, Washington DC, *National Science and Technology Council*, Committee on Technology, Subcommittee on Nanoscale Science, Engineering, and Technology, August 2003; available at nano. gov/nni04_budget_supplement.pdf (17 Nov. 2003).
- UNESCO's Report (SHS-2006/WS/10 REV. 2) on "The Ethics and Politics of Nanotechnology", 2006.
- Tenth Nanoforum Report, "Nanotechnology and Civil Security", June 2007, also available on: http://www.nanowerk. com/nanotechnology/reports/reportpdf/report72.pdf (last visited: 21/12/2014).
- UN Gaza Report, above n 1, 251–253; Richard Falk, Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967, UN Doc A/HRC/10/20 (11 February

2009).
- ICRC, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts", Document Prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007; *International Review of the Red Cross*, vol. 89 Number 867, September 2007.
- Evans, J., "Draft Report Amendments 197- 339: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipments (Recast)", *European Parliament, Committee on the Environment, Public Health and Food Safety*, 19 March 2010.
- ICJ, Nuclear Weapons Case, Advisory Opinion, para. 238.
- ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić Aka*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-1-AR72, para. 119.
- Declaration Agenda for Humanitarian Action Resolutions adopted in 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent Geneva, 2-6 December 2003, Final Goal 2. 5.
- ICRC's Rule 70. Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.
- PCIJ's Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Identity) (The Merits) Ser. A. No. 17(1928).
- The ICRC Commentary Report in 1987 of article 56.
- Treaty on the Prohibition of Nanotechnological Exploration and Engineering of Inner (Atomic and Molecular) Space.
- International Committee of Red Cross, International Humanitarian Law and the Challenge of Contemporary Armed Conflicts, 2012.
- UNGA Res. 37/98 D, "Provisional Procedures to Uphold the Authority of the 1925 Geneva Protocol", 13 December 1982.
- Special Report on Emerging Technologies and Their Impact on Arms Control and Non-Proliferation.
- United Nations Framework Convention on Climate Change
- United Nation General Assembly's Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (A/HRC/12/48), adopted on 25 September 2009.
- The WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCT)
- American Council for the United Nations University's Millennium Project, "Environmental Pollution and Health Hazards Resulting from Military Uses of Nanotechnolgy", 2004,
- *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare*

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۴/ بهار ـ تابستان ۱۳۹۵/ صفحات ۳۳۸ ـ ۳۰۷

حسن‌نیت در انعقاد قرارداد؛ با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

مرتضی حاجی‌پور*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۸/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۱۷

چکیده

اصل حسن‌نیت به اشکال مختلف در قرارداد ایفای نقش می‌کند. شکل این ایفا در مرحله پیش‌قراردادی به‌صورت تحدید اصل آزادی مذاکره و منشأ تعهدات تبعی چون دادن اطلاعات و رازداری است. در خصوص جایگاه حسن‌نیت در انعقاد قرارداد، بین نظام‌های مختلف حقوقی وحدت نظری وجود ندارد. این اختلاف در ماده ۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) که مبهم و قابل تفسیر است ظاهر شد. این تحقیق در نظر دارد جایگاه حسن‌نیت را در انعقاد قرارداد با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مطالعه کند. به‌طور کلی می‌توان گفت رویکرد منسجمی در خصوص اعمال حسن‌نیت در انعقاد قرارداد در کنوانسیون وجود ندارد و از این جهت، نظام حقوقی ایران با کنوانسیون *وین* هماهنگ است.

واژگان کلیدی

حسن‌نیت، آزادی مذاکره، تعهد به دادن اطلاعات، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و ماده ۷

مقدمه

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یکی از مهم‌ترین اسنادی است که بسیاری از کشورها آن را پذیرفته‌اند. هدف این کنوانسیون، تلاش در راستای ایجاد یکنواختی و انسجام در تنظیم روابط ناظر به بیع بین‌المللی کالا است. در بند ۱ ماده ۷ سند به‌صراحت به این هدف توجه شده است. مطابق این بند، در تفسیر مقررات کنوانسیون باید به خصوصیت بین‌المللی آن، ضرورت ایجاد یکنواختی در اجرای آن و توسعه حسن‌نیت توجه شود.

ولی حوزه‌هایی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وجود دارد که در خصوص اینکه این حوزه‌ها

* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان mhajipour21@gmail.com

تحت شمول کنوانسیون هست و اگر هست کدام‌یک از مقررات سند، آن را دربرمی‌گیرد اختلاف‌نظر اساسی وجود دارد. یکی از اختلافی‌ترین بحث‌ها مربوط به جایگاه حسن‌نیت در کنوانسیون *وین* است. مطابق بند ۱ ماده ۷ در تفسیر مقررات کنوانسیون، توجه به رعایت حسن‌نیت، ضروری است. اشاره سند به ضرورت حسن‌نیت و اختلاف‌نظر کشورهای مشارکت‌کننده در تدوین سند، یکی از مهم‌ترین مباحث حول سند را به بار آورده است بخصوص این سؤال که از منظر کنوانسیون، حسن‌نیت در انعقاد قرارداد چه جایگاهی دارد؟ اگر چنین جایگاهی برای حسن‌نیت باشد، مصادیق آن را باید در کدام‌یک از مقررات سند جستجو کرد؟ رویکرد آرای مراجع قضاوتی در خصوص بحث چیست؟

هدف مقاله، بررسی جایگاه حسن‌نیت در انعقاد قرارداد از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. این مطالعه با تمرکز بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و با اشاره مختصر به حقوق ایران انجام می‌شود تا از این راه، میزان انطباق یا عدم انطباق سیستم حقوقی ایران با این سند مهم بین‌المللی ارزیابی شود.

این تحقیق در نظر دارد موضوع را در سه بند ارائه کند: ۱ـ حسن‌نیت و مصادیق آن در انعقاد قرارداد، ۲ـ جایگاه بحث در کنوانسیون *وین*، ۳ـ رویکرد حقوق ایران.

۱. حسن‌نیت و جلوه‌های آن در مرحله انعقاد قرارداد

حسن‌نیت به‌مثابه اصل حقوقی، دریچه‌ای برای نفوذ اخلاق به جهان حقوق است. حسن‌نیت، اساساً مفهومی اخلاقی است که برای مرتبط‌ساختن اصول حقوقی به مفاهیم بنیادین عدالت به‌کار می‌رود. ازاین‌رو ارائه تعریف روشن از حسن‌نیت دشوار است.[۱] این اختلاف، نه‌تنها بین سیستم‌های مختلف حقوقی، بلکه در نظام حقوقی واحد نیز قابل مشاهده است. به‌عنوان مثال در حقوق امریکا در خصوص اینکه مقصود از حسن‌نیت چیست اختلاف‌نظر اساسی وجود دارد. برخی معتقدند که حسن‌نیت، ابزاری برای مسیحی‌سازی مجدد اصول بنیادین حقوق قراردادها و مبنایی برای ضمنی‌گرفتن شروط در ضمن قرارداد است.[۲] درمقابل، برخی دیگر معتقدند که حسن‌نیت، فی‌نفسه قابل تعریف نیست، بلکه ابزاری در منع‌کردن اشکال متنوع سوءنیت است. این دیدگاه که به تحلیل بازدارنده[۳] از حسن‌نیت مشهور است در سال ۱۹۶۸ از طرف پروفسور *سامرز* ارائه

1. Tetley, William, "Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering", *J. Mar. L. & Com.*, 2004, 35, pp. 561, 563.

2. Farnsworth, E. Allan, "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relative International Conventions, and National Laws", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, 3, p. 59.

3. Excluder Analysis

شد و در ذیل توضیحات ماده ۲۰۵ مجموعه یادآوری دوم حقوق قراردادهای امریکا[۴] نیز تبلور یافت.[۵] بالاخره نظریه سوم از طرف *برتون*[۶] در سال ۱۹۸۰ مبنی بر تحلیل فرصت مغموض‌عنه[۷] ارائه شد که مطابق آن، استفاده از اختیار قراردادی برای بازپس‌گیری فرصت‌هایی که با انعقاد قرارداد از آن‌ها صرف‌نظر شده است سوءنیت تلقی می‌شود.[۸]

فیلیپ لوتورنو حسن‌نیت را در معنی کلی عبارت از «حالت مبین اعتقاد یا اراده انطباق با حقوق می‌داند که به ذی‌نفع اجازه می‌دهد از سخت‌گیری قانون در امان بماند».[۹] در جای دیگری در تعریف این واژه بیان شده است:[۱۰] مفهوم ذهنی است که دلالت می‌کند بر:

الف. درستی یا مشروعیت (قانونی‌بودن) اعتقاد یا هدف

ب. صداقت نسبت به وظیفه یا تعهد

ج. رعایت استانداردهای تجاری متعارف و معقول معامله منصفانه در تجارت

د. فقدان قصد تقلب یا تحصیل مزایای غیرمنصفانه.[۱۱]

دکترین قرن نوزدهم آلمان، حسن‌نیت را در معنای خاص، مشتمل بر دو جنبه می‌داند: حسن‌نیت از یک طرف «باور اشتباه در خصوص وجود وضعیت حقوقی مطابق قاعده» را دربرمی‌گیرد[۱۲] و از طرف دیگر، رفتاری صادقانه (یا کم‌وبیش متعارف) که اجرای تعهد، آن را ایجاب می‌کند. برخی از حقوق‌دانان ایران نیز در تعریف آن بیان داشته‌اند: «کسی که اقدام به عمل حقوقی یا عمل مادی موجد اثر یا آثار حقوقی نموده و به صحت عمل خود اعتقاد دارد، این اعتقاد او حسن‌نیت است».[۱۳]

دشواری تعریف حسن‌نیت تا بدان حد است که برخی نویسندگان حقوقی، مقالات علمی خود را با عنوان تعریف امر تعریف‌نشدنی ارائه کرده‌اند.[۱۴] بسیاری دیگر از نویسندگان نیز تلاش کرده‌اند با ارجاع به عناوین دیگر، همچون انصاف،[۱۵] رفتار منصفانه،[۱۶] همبستگی اجتماعی[۱۷] و

4. (Second) Restatement of Contracts

5. Summers, S. Robert, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *VA. L. Rev*, 1968, 54, p. 195.

6. Steven Burton

7. Foregone Opportunity Analysis

8. Burton J. Steven, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harva. L. Rev*, 1980, 94, 369.

9. Le Tourneau, Philippe, *Bonne Foi*, Dalloz, Encyclopédie Juridique, 1994, p.1.

10. Nolan, Joseph R, & Nolan- Haley, Joseph M, *Black's Law Dictionary*, 6th ed, 1990, 693.

11. Powers, J. Paul, "Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, 1999, 18, p. 349.

12. Le Tourneau, *op. cit*., p. 2.

۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *حقوق تعهدات*، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، شماره ۲۶۰.

14. Powers, *op. cit*., pp. 333-353.

15. Fairness

صداقت،[۱۸] حسن‌نیت را تعریف کنند؛ عناوینی که تبیین دقیق چارچوب آن، تا حدودی همچون حسن‌نیت، دشوار است.

لیکن دشواری تعریف حسن‌نیت، ما را از ارائه تعریف، بی‌نیاز نمی‌کند چرا که داشتن ضابطه برای تعیین اینکه شخصی با حسن‌نیت عمل کرده است یا خیر، یکی از الزاماتی است که ضروری است مقام قضاوت‌کننده، جهت قضاوت‌کردن از آن برخوردار باشد. به‌طورکلی می‌توان حسن‌نیت را در معنای درست‌عمل‌کردن و توجه به منافع و حقوق دیگران تعریف کرد که مصادیق آن به مرورزمان، صورت عینی می‌یابد. *ماسون* در این خصوص می‌گوید: حسن‌نیت، تعهد طرفین به همکاری در رسیدن به اهداف قراردادی، تبعیت از استانداردهای صادقانه رفتاری و تبعیت از استانداردهای رفتاری است که با درنظرگرفتن منافع طرفین، معقول و متعارف است.[۱۹] مصادیقی چون ضرورت ارائه اطلاعات، حفظ محرمانگی، وظیفه همکاری در اجرای قرارداد، اعمال متعارف و مناسب حقوق در هر مرحله از رابطه طرفین از مذاکره تا خاتمه و حتی بعد از خاتمه قرارداد مثل حق قطع مذاکرات، حق تعیین شرط قراردادی، حق پایان‌دادن به قرارداد و ... را می‌توان از جلوه‌های بارز حسن‌نیت در حقوق قراردادها یاد کرد.

حسن‌نیت در مرحله انعقاد قرارداد، بیشتر در دو نقش تحدید اصل آزادی مذاکره و تحمیل تعهدات تبعی همچون دادن اطلاعات و حفظ محرمانگی اطلاعات دریافتی ظاهر می‌شود. در مرحله انعقاد قرارداد، قاعده سنتی و اولیه، آزادی طرفین در ورود به مذاکره، ادامه آن و درنهایت، تصمیم به انعقاد یا قطع مذاکرات (بند ۱. ماده ۱۵ـ۱ـ۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یا اصول حقوق یکنواخت (یونیدروآ)[۲۰] و ماده ۳۰۱ـ۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا) است. این قاعده مبتنی بر ایده آزادی منفی[۲۱] است.[۲۲] مطابق این مفهوم از آزادی، شخص تا زمانی که تصمیم به قرارداد نگرفته، از هرگونه تعهدی آزاد است. لیکن حسن‌نیت به‌عنوان ابزار حقوقی، این قاعده اولیه را بدین صورت محدود می‌کند که آزادی مذاکره به معنای سوءاستفاده از آن یا

---

16. Fair Dealing

17. Social Solidarity

18. Honesty

19. Mason. Anthony, "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing", *Law Quarterly Review*, 2000, 116, pp. 66, 69.

20. UNIDROIT

21. Negative Freedom

۲۲. *آیزایا برلین* آزادی را به دو بُعد تقسیم می‌کند:

آزادی مثبت یعنی شخص آزاد است روابط خود را آن طور که می‌خواهد تنظیم کند. از این بُعد، آزادی به Freedom to نیز یاد می‌شود. درمقابل، آزادی منفی به معنی رهابودن از مداخله دیگران است. ازاین‌رو از این نوع آزادی به Freedom from یاد می‌شود. ن.ک: مرتضی حاجی‌پور؛ «حسن‌نیت تکلیفی در فقه امامیه»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۳۸.

بی‌توجهی به منافع دیگران نیست، لذا ورود به مذاکره بدون قصد انعقاد یا ورود همراه با قصد انعقاد و تداوم آن، علی‌رغم زایل‌شدن قصد انعقاد قرارداد (بند ۳ ماده ۱۵ـ۱ـ۲ اصول حقوق یکنواخت)، ورود به مذاکره به قصد بازداشتن طرف مذاکره از انعقاد قرارداد با رقیب، ورود به مذاکره به قصد کسب اطلاعات محرمانه و مهم، خروج از مذاکره بدون احترام به حقوق و انتظارات معقول و متعارف طرف مقابل و با اتکای محض به اصل آزادی مذاکره و... رفتاری خلاف حسن‌نیت و ممنوع است. همچنین است فرضی که فروشنده با آگاهی از اینکه مالک کالا نیست، آن را به خریدار می‌فروشد چرا که اجرای قرارداد، ازآنجایی‌که کالا متعلق به ثالثی است که طرف معامله نیست و مالکیت خود را مطالبه خواهد کرد، غیرممکن است.[۲۳]

همچنین، حسن‌نیت برخلاف قاعده سنتی خریدار مواظب باش،[۲۴] مبنای تعهد به دادن اطلاعات و تعهد حفظ محرمانگی اطلاعات دریافتی نیز هست. (ماده ۱۶ـ۱ـ۲ اصول حقوق یکنواخت و ماده ۳۰۲ـ۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا) ضمانت اجرای مصادیق حسن‌نیت در این مرحله، معمولاً به‌صورت جبران خسارت، قرار منع و حتی فسخ قرارداد منعقده ظاهر می‌شود. دامنه صدور حکم به جبران خسارت در این مرحله تا خسارات اتکایی[۲۵] است اگرچه در برخی از نظام‌های حقوقی به خسارات متوقع[۲۶] نیز حکم داده می‌شود.

۲. جایگاه حسن‌نیت در انعقاد قراردادها

۲ـ۱. کامن‌لا

رویکرد غالب در کامن‌لا بر رد مفهوم و اصل کلی حسن‌نیت است.[۲۷] مطابق این سیستم حقوقی تا زمانی‌که قراردادی منعقد نشده است، هیچ تعهدی بر عهده طرفین مذاکره نیست و نمی‌توان

23. Gil Wallin, Silvia, "Liability under Precontractual Agreement and Their Application under Colombian Law and the CISG", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2007, 1, p. 2.

24. Beware Buyer

مطابق این دکترین، تعهدی به دادن اطلاعات بر عهده طرفین نیست و شخص، خود باید مراقب منافع و حقوق خود باشد. این دکترینِ سازگار با آرمان‌های سرمایه‌داری، در تعقیب و حفظ منافع شخصی است.

25. Reliance Damage

منظور از خسارت اتکایی خساراتی است که طرف زیان‌دیده به اتکای انعقاد قرارداد متحمل شده است. در چنین وضعیتی شخص باید در همان وضعیتی قرار گیرد که گویی وارد فرایند مذاکره نشده است.

26. Expectation Damage

منظور از منافع متوقع، جبران خسارت به‌صورتی است که شخص را در وضعیتی قرار دهد که در صورت انعقاد قرارداد، از آن برخوردار می‌بود. هلند، نمونه بارز کشورهایی است که خاتمه مذاکرات در مرحله سوم یعنی مرحله پایانی مذاکرات، طرف قطع‌کننده را با این نوع مسئولیت مواجه می‌سازد.

27. Yee, Woo Pei, "Rethinking A Principle Underlying Contract Law", *Singapore Law Review*, 2002, 22, p. 141.

به اتکای مفاهیم مبهم و اخلاقی چون حسن‌نیت، طرفین مذاکره را ملتزم به تعهد رعایت حسن‌نیت در فرایند انعقاد قرارداد کرد. بنابراین تا زمانی‌که قراردادی درنتیجه قبول ایجاب واقع نشده است، مسئولیت قراردادی نمی‌تواند محقق شود.

در این سیستم، اصل آزادی مذاکره، مبتنی بر نظریه احتمالی‌بودن[۲۸] فرایند پیش‌قراردادی است که به‌موجب آن، هر طرف باید خود، خطرات همراه مذاکره ازجمله به‌نتیجه‌نرسیدن آن را بر عهده گیرد.[۲۹]

یکی از نویسندگان در این خصوص اظهار می‌دارد:

به‌طور معمول، تاجرانی که مذاکره می‌کنند، تکلیفی بر مراقبت و احتیاط ندارند. هریک از طرفین باید به تصمیمات شخصی خود تکیه کند یا مشاوره اشخاص ثالث را به دست آورد. دادگاه‌ها به‌طور منطقی معتقدند که طرفین مذاکرات پیش‌قراردادی، اساساً به منافع شخصی خود، و نه منافع همدیگر توجه خواهند کرد.[۳۰]

در این سیستم، پیش‌بینی‌پذیری[۳۱] نتایج حقوقی بر عدالت مبتنی بر انصاف یا مفاهیم بالقوه مبهم انصاف ارجحیت دارد.[۳۲] *نیکولاس* در این خصوص بیان می‌دارد: نتیجه سوگیری تجاری کامن‌لا این است که اگر قرار باشد درمورد خاصی، انتخابی میان قطعیت[۳۳] و عدالت صورت پذیرد، این انتخاب به نفع قطعیت خواهد بود.[۳۴] اساس مخالفت این سیستم حقوقی، تضاد تحمیل تعهد حسن‌نیت با منطق رقابتی حاکم بر مذاکرات است. *لرد آکنر*[۳۵] در رأیی چنین می‌گوید:

درهرحال، مفهوم وجود تکلیف انجام مذاکره با حسن‌نیت، به‌طور ذاتی با موقعیت متفاوت طرفین عقد به هنگام مذاکره، در تعارض است. هریک از طرفین مذاکره در صورت اجتناب از تدلیس، باید در صدد حفظ منافع خود باشد. الزام به انجام مذاکره با حسن‌نیت در مقام عمل، فاقد کارایی است زیرا به‌طور ذاتی با موقعیت طرفین مذاکره در تعارض است.[۳۶]

در بین کشورهای کامن‌لایی، امریکا تنها کشوری است که مشخصاً به حسن‌نیت در مقررات

28. Aleatory Theory

29. Farnsworth, E. A, *op. cit.*, p. 57- Farnsworth, E. Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Colum. L. Rev*, 1987, 87, pp. 217, 221.

30. Bao, Thai, "Culpa in Contrahendo in English Law", pp. 8- 10, Available at: www.baolawfirm.com (Last visited: 2011/ 3/20).

31. Predictability

32. Zaccaria, Elena Christine, "The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade", *Macquarie Journal of Business Law*, 2004, vol 1, p. 103.

33. Certainty

34. Nicholas, Barry, "The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation?", 1993, p. 2, Available at: www.cnr.it/crdcs/nicholas.htm. (Last visited: 2011/1/20)

35. Lord Ackner

36. Sims, Vanessa, "Good Faith in Contract Law: of Triggers and Concentric Circles", *Ankara L. Rev*, 2004, vol. 1, No. 2, pp. 216- 217.

متحدالشکل تجاری[۳۷] خود اشاره کرده است. مطابق ماده ۲۰۳ـ۱ هر قرارداد یا تعهدی در یوسی‌سی (UCC)، تعهد حسن‌نیت در اجرای قرارداد یا الزام آن را تحمیل می‌کند. با اینکه ماده فوق به ضرورت رعایت حسن‌نیت در اجرا یا اجبار قرارداد تصریح می‌کند، به اعمال حسن‌نیت در انعقاد، اشاره‌ای نکرده است و دادگاه‌ها در خصوص تسری حسن‌نیت به مرحله انعقاد قرارداد، اختلاف‌نظر دارند و نظریه غالب، بر عدم تسری حسن‌نیت در این مورد است. *فارنس ورت* در این خصوص می‌گوید:

دادگاه‌های امریکایی از اینکه به‌صورت کلی حکمی دهند که طرف رابطه را از قطع مذاکرات بازدارد، حتی درصورتی‌که موفقیت مذاکرات، نزدیک باشد امتناع می‌ورزند. اکراه دادگاه‌ها در انجام چنین کاری مورد حمایت سیاق تعهد کلی حسن‌نیت و معامله منصفانه در یوسی‌سی و مجموعه یادآوری دوم قراردادها است که حداقل در شکل منفی، به مذاکرات توسعه نمی‌یابد.[۳۸]

۲ـ۲. حقوق نوشته

حقوق نوشته به‌طور سنتی وظیفه حسن‌نیت را در مرحله انعقاد قرارداد بر مبنای دکترین رومی *Bona fide*s به رسمیت شناخته است.[۳۹] این تفاوت ناشی از این است که مفهوم حقوق نوشته‌ای قرارداد، مبتنی بر رابطه فی‌مابین طرفین است. به بیان دیگر، حقوق نوشته عمدتاً نه به تبادل اقتصادی، بلکه به تبادل رضاها و ارزیابی اخلاقی رفتار طرفین می‌پردازد.[۴۰]

اولین بار، بحث تقصیر در انعقاد قرارداد[۴۱] از طرف *ایرینگ*،[۴۲] حقوق‌دان قرن نوزدهمی آلمان (۱۸۶۱) ارائه شد. وی این نظر را ارائه داد که طرفین مذاکرات پیش‌قراردادی ملتزم به تکلیف حسن‌نیت هستند و به تبع، مسئول خسارات اتکایی[۴۳] ناشی از نقض چنین تعهدی هستند. در سال ۱۹۰۷ *رِمون سالی*[۴۴] اندیشمند فرانسوی گفت: طرفی که وارد مذاکرات می‌شود نمی‌تواند مذاکرات را به‌صورت ناگهانی و بدون جبران از دیگری برای منافع اتکایی قطع کند. منافعی که باید جبران شود عبارت است از زیان ناشی از اتکا به قراردادی که اگر مذاکرات به‌درستی و با

37. Uniform Commercial Code

۳۸ ماده از مجموعه مقررات ۴۰۰ ماده‌ای یوسی‌سی صراحتاً به حسن‌نیت اشاره کرده‌اند.

Farnsworth, E. Allan, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code", *The University of Chicago Law Review*, 1963, 30, pp. 666, 667.

38. Farnsworth, E. A, *op. cit*., 1987, p. 239.

39. Litvinoff , S, *Good Faith*, *Tul. L. Rev*. 1997, 71, p. 1645.

40. Klein, John & Bachechi, Carla, "Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions", *Houston Journal of International Law*, 1994, 17, pp. 1, 17.

41. Culpa in Contrahendo

42. Jhering

43. Reliance Damage

44. Raymond Saleilles

حسن‌نیت، جریان پیدا می‌کرد به بارمی‌آمد.[۴۵]

کسلر و *فین* نیز در این‌باره می‌گویند:

همین که طرفین، مذاکرات قراردادی را شروع کنند رابطه مبتنی بر اعتماد و امانت، صرف‌نظر از موفقیت یا عدم موفقیت آتی مذاکرات به‌وجود می‌آید. ازاین‌رو حمایت در مقابل رفتار قابل سرزنش طرفی صورت می‌گیرد که مانع از انعقاد قرارداد شده است. طرف، مسئول انتظاری است که در طرف مقابل در خصوص انعقاد قرارداد به وجود آورده است درحالی‌که می‌داند یا می‌بایست می‌دانست که تحقق این انتظار، عملی نیست.[۴۶ و ۴۷]

وظیفه تعهد مذاکره با حسن‌نیت در بسیاری از قوانین ملی و اسناد بین‌المللی و آرای دادگاه‌ها شناسایی شده است. به‌عنوان مثال، ماده ۱۳۳۷ قانون مدنی ایتالیا (۱۹۴۲) مقرر می‌دارد: طرفین باید در طول مذاکرات پیش‌قراردادی و تنظیم قرارداد، با حسن‌نیت و معامله منصفانه رفتار کنند. در حقوق این کشور، حسن‌نیت، محدودیتی بر آزادی طرفین است بدین صورت که مقصود از کنترل خصوصی اعمال حقوقی، آزادی اقدام به هر شیوه ممکن نیست، بلکه مقصود از آزادی طرفین، اقدامِ مطابق با حسن‌نیت است.[۴۸] در ایتالیا دیوان عالی[۴۹] در سپتامبر ۲۰۰۹ در رأی شماره ۲۰۱۰۶ مورخ ۲۰۰۹/۰۹/۱۸ اعلام کرد: اصل حسن‌نیت نوعی در معنای صداقت متقابل رفتاری باید بر انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد حاکم باشد و باید در هر مرحله از قرارداد، همراه آن باشد.

بند ۱ ماده ۲۵۱ قانون تعهدات کرواسی که از ۲۰۰۶ لازم‌الاجرا شده است اصل آزادی طرفین در مذاکره را بدون التزام به انعقاد قرارداد می‌پذیرد. ولی مطابق بند ۲ اگر یکی از طرفین برخلاف اصل حسن‌نیت، مذاکره یا آن را قطع کند، مسئول خسارات وارده به طرف مقابل است. مطابق این سیستم حقوقی، فرض بر این است که طرفی که بدون قصد جدی و واقعیِ انعقاد قرارداد، وارد مذاکره شده با سوءنیت مذاکره کرده است و ازآنجایی‌که به‌علت درونی‌بودن قصد،

45. Kessler, Friedrich & Fine, Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harvard Law Review*, 1964, 77, p. 401.

46. *Ibid*., p. 404.

47. Zweigen, Kotz, *Introduction to Comparative Law*, vol. II, T. Weir Trans. 2nd ed, 1987, p. 291.

لازم به ذکر است که برخلاف تقسیم‌بندی کلاسیک حقوق تعهدات به مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی، مسئولیت پیش‌قراردادیِ ناشی از نقض حسن‌نیت بر محوری متفاوت استوار است؛ بدین صورت که در مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی، تکیه بر بدهکار یا متعهد است یعنی در مسئولیت قراردادی، بدهکار، تعهدی را به‌عنوان بخشی از قرارداد متقبل شده است و در مسئولیت غیرقراردادی، متعهد مرتکب خطای مدنی شده و به‌واسطه آن در حوزه حقوق و منافع طلبکار مداخله کرده است. ولی در مسئولیت پیش‌قراردادیِ مبتنی بر تعهد حسن‌نیت، توجه به سمت طلبکار، تغییر یافته است و در آن، اعتماد و اتکای متعهدله به‌عنوان عنصر مستقل و مجزای مسئولیت، ظاهر شده است.

48. Palmieri, N. W, "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *Seton Hall Law Review*, 1993, 24, pp. 201- 202.

49. Corte Suprema di Cassazione

اثبات آن برای اشخاص دشوار است از شاخص‌های بیرونی به‌عنوان ابزار دسترسی به نیت استفاده شده است. به‌عنوان مثال گفته شده است اگر طرفی که برای انعقاد قرارداد مذاکره کرده است معسر و ورشکسته بوده باشد، فاقد قصد واقعی برای معامله بوده و با سوءنیت مذاکره کرده است.[۵۰]

همچنین مطابق بند ۴ ماده ۲۵۱ قانون تعهدات کرواسی، طرفین متعهدند اطلاعات محرمانه دریافتی در جریان مذاکرات را فاش نسازند یا از آن برای اهداف شخصی استفاده نکنند مگر اینکه توافقی برخلاف آن شده باشد.

پاراگراف ۱ ماده ۶۷۴ قانون مدنی آلبانی مقرر می‌دارد:

طرفین باید در طول مذاکرات قرارداد در برابر یکدیگر با حسن‌نیت عمل کنند.[۵۱]

دیوان عالی هلند، مذاکرات پیش‌قراردادی را به سه مرحله تقسیم‌بندی کرده است:[۵۲] در مراحل اولیه، قطع مذاکرات، هیچ مسئولیتی به طرفین تحمیل نمی‌کند. در میانه مذاکرات، طرف می‌تواند به رابطه مذاکراتی خاتمه دهد ولی باید از طرف مقابل، جبران خسارت کند و در مراحلی که نزدیک به اتمام مرحله پیش‌قراردادی است امکان قطع مذاکرات منتفی می‌شود و در صورت قطع مذاکرات، رأی به جبران خسارت متوقع[۵۳] یا به الزام به ادامه مذاکرات و انعقاد قرارداد داده می‌شود.[۵۴]

۳ـ۲. اسناد بین‌المللی

ماده ۲ـ۳۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپا به حسن‌نیت در مذاکرات اشاره دارد. مطابق این ماده، هریک از طرفین در انجام مذاکره آزادند و مسئول شکست در رسیدن به توافق نیستند. ولی طرفی که برخلاف حسن‌نیت مذاکره کرده یا برخلاف حسن‌نیت و معامله منصفانه، مذاکرات را قطع کرده است مسئول ضرروزیان وارده به طرف دیگر است.

ماده ۲ـ۱ـ۱۵ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به موضوع مذاکرات با سوءنیت اختصاص یافته است. در نمونه‌های توضیحی ماده، این مثال برای سوءنیت در مذاکره ذکر شده است:

(الف) از قصد (ب) برای فروش رستورانش مطلع می‌شود و بااینکه هیچ قصدی برای خرید

50. Doris, M. J, *Dispute Avoidance and European Contract Law: Dealing with Divergence*, Groningen, 2008, pp. 49- 52.

51. Ikonomi, Ergysa & Zyberaj, Jonada, "Bona Fides Principle's Value in Pre-Contractual Liability", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 2013, 2, p. 483.

52. Hartkamp, Arthur S., "Judicial Discretion under the New Code of the Netherlands", *American Journal of Comparative Law*, 1992, 40, p. 557.

53. Performance Damages

54. C. Von Bar, Clive & Schulte- Nolke, Beale, Herre, Huet *et al*, "Precontractual Liability and the Drug of Good Faith: A Comparative Analysis between Scots Law and the DCFR, with a Brief Examination of Treatment in Common Law and Civilian Legal Systems", *Sellier Munich*, 2009: www.scribd.com/doc/104519704, 3-13. (Last visited: 2014/3/20).

رستوران ندارد، مذاکراتی طولانی را با (ب) آغاز می‌کند فقط به این نیت که مانع فروش رستوران از سوی (ب) به (ج) یکی از رقبای خود شود. بعد از آنکه (ج) رستوران دیگری می‌خرد (الف) مذاکراتش را با (ب) قطع می‌کند. در این حالت (الف) در مقابل (ب) که درنهایت ناگزیر می‌شود رستورانش را به قیمتی پایین‌تر از مبلغ پیشنهادی (ج) بفروشد مسئول مابه‌التفاوت این دو قیمت می‌شود.[۵۵ و ۵۶]

۳. جایگاه حسن‌نیت در کنوانسیون وین

در اوایل دهه ۳۰ (۱۹۳۰ میلادی) مؤسسه بین‌المللی برای هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی یا همان حقوق یکنواخت، گروهی از نویسندگان را به‌منظور تدوین سندی جهت اعمال بر معاملات بین‌المللی تشکیل داد. پنجاه سال بعد، کنفرانس دیپلماتیکی که متشکل از ۶۲ کشور و سه سازمان بین‌المللی بود، سند *وین* را به اتفاق در ۱۰۱ ماده تصویب کرد ولی سند بعد از امضای ۱۱ کشور از تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۸۸ لازم‌الاجرا شد. ایالات متحده امریکا، چین، کانادا، استرالیا، ژاپن و تقریباً کلیه کشورهای اروپایی به‌استثنای انگلیس، امضاکننده این سند مهم بین‌المللی هستند. به‌علاوه این سند بر بسیاری از اصلاحات قوانین ملی در نقاط مختلف جهان ازجمله سوئد و فنلاند و همچنین حقوق نرم[۵۷] بین‌المللی تأثیر گذاشته است. همچنین برخی از کشورها ازجمله نروژ، متن کنوانسیون را

---

۵۵. امام، فرهاد و بهروز اخلاقی؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۷۹، ص ۶۹.

۵۶. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپا صراحتاً موضع منفی کامن‌لا در خصوص مفاهیم حسن‌نیت و انصاف را رد می‌کنند. مواد مختلفی گویای این موضع منفی است: تعهد غیرقابل‌عدول حسن‌نیت در ماده ۷، ممنوعیت رفتار متناقض (۸)، مسئولیت ناشی از شکست مذاکرات با سوءنیت (۱۵. ۱. ۲)، نتایج کوتاهی از هشداردادن به طرف در اشتباه (۱. ۵. ۳)، نابرابری شدید، خلاف وجدان و فسخ و تطبیق (۱۰ـ۳)، تکمیل شروط محذوف (۸. ۴)، عسروحرج، مذاکره مجدد و دستورها برای خاتمه‌دادن و تعدیل (۳. ۱. ۲. ۶).

۲۰۱ـ۱ اصول حقوق قراردادهای اروپا در خصوص تعهد غیرقابل‌استثنای حسن‌نیت، (ماده ۳۰۱ـ۲) درمورد مسئولیت ناشی از مذاکرات که با سوءنیت جریان یافته یا خاتمه یافته، نتایج کوتاهی از آگاه‌کردن طرف در اشتباه (ماده ۱۰۳. ۴)، فسخ و تعدیل به دستور دادگاه، قرارداد خلاف وجدان (ماده ۱۰۹. ۴)، فسخ برای نابرابری شدید برای شروط استاندارد (ماده ۱۱۰. ۴)، عسروحرج و مذاکره مجدد برای خاتمه یا تعدیل (ماده ۱۱۱. ۶) و فورس ماژور (ماده ۱۰۸. ۸).

لازم به ذکر است در بحث مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات در اصول حقوق یکنواخت از واژه Bad Faith استفاده شده است ولی در اصول حقوق قراردادهای اروپا از عبارت Contrary to Good Faith and Fair Dealing استفاده شده است. موضع این دو اصل به‌نحو قابل‌توجهی به مفهوم حسن‌نیت و مسئولیت پیش‌قراردادی در حقوق نوشته نزدیک است.

57. Soft Law

منظور از حقوق نرم، حقوقی است که برای طرفین رابطه قراردادی الزام‌آور نیست و الزام آن ناشی از خواست اشخاص به تبعیت از آن مقررات است، مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و ...

Bonell, Joachim Michael, "Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles", *Loyola Law Review*, 2005, p. 229.

به‌عنوان قانون داخلی خود تصویب کرده‌اند.[۵۸] از امتیازات این سند این است که به طرفین قرارداد این امکان را می‌دهد که احکام سند را متناسب با نیازهایشان تنظیم کنند.[۵۹]

درج اصل حسن‌نیت در کنوانسیون و صورت آن، یکی از مهم‌ترین موضوعات اختلافی در فرایند تدوین سند بود؛ اختلافی که محصول اختلاف کشورهای شرکت‌کننده در خصوص اصل حسن‌نیت بود. یکی از نویسندگان در توصیف دشواری موضوع می‌نویسد: وضعیتی را تصور کنید که در آن نمایندگانی از کامن‌لای انگلیس و حقوق نوشته آلمان که مواضعی متفاوت را در خصوص حسن‌نیت نمایندگی می‌کنند دور هم جمع شوند تا سازشی در خصوص موضوع حقوقی راجع به این و موضوعات مرتبط دیگر جستجو کنند.[۶۰]

دلایل طیف موافق قید حسن‌نیت در کنوانسیون به‌طور خلاصه از این قرار است:

- شناسایی جهانی حسن‌نیت
- شناسایی حسن‌نیت در حقوق بین‌الملل عمومی خصوصاً اشاره منشور سازمان ملل متحد به آن
- حذف حسن‌نیت از کنوانسیون، آنسیترال را در موضع مخالف حسن‌نیت ـ که در تجارت بین‌الملل، اصل شناخته‌شده‌ای است ـ نشان می‌دهد. این موضوع، بخصوص زمانی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که تجارت بین‌الملل بین کشورهای درحال‌توسعه[۶۱] نیز در حال افزایش است و این امر می‌تواند علامت نادرستی به طرفین درگیر در تجارت بین‌الملل باشد.
- قید این مقرره به دادگاه‌ها و طرفین خاطرنشان می‌کند که استاندارد بالای رفتاری در تجارت بین‌الملل مورد انتظار است.
- حسن‌نیت، راهی برای واردکردن برخی اصول جدید نظم اقتصادی بین‌المللی است که به‌طور بالقوه در کاهش رویه‌های تجاری تبعیض‌آمیز یا نامطلوب مؤثر است.
- آزادی عمل دادگاه‌ها در اعطای ضمانت اجرای متناسب با مورد
- انعطاف‌پذیری مفهوم حسن‌نیت که می‌تواند به‌تدریج از طریق رویه قضایی وضوح یابد.[۶۲]

انعطاف‌پذیری مفاهیم کلی چون حسن‌نیت و معقولیت تجاری از مهم‌ترین امتیازاتی است که به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا این اصول را در پرتو اوضاع‌واحوال جدید و پیش‌بینی‌نشده

58. Farnsworth, *op. cit*., 1995, p. 55.

۵۹. ماده ۶ به طرفین اجازه می‌دهد در چارچوب ماده ۱۲ سند، مقررات آن را تغییر داده یا به‌طور کامل استثنا کنند.

60. Keily, Troy, "Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1999, 3, p. 15.

61. Developing Country

62. Spagnolo, Lisa, "Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability", *Temple International and Comparative Law Journal*, 2007, 21, p. 270

توسعه دهند.[۶۳]

درمقابل، مخالفان قید حسن‌نیت در کنوانسیون به دلایلی چند استناد می‌کنند:

- اصطلاح حسن‌نیت، انحصاراً و ذاتاً مفهومی اخلاقی است، لذا این مفهوم نمی‌تواند جایگاهی در معاهده بین‌المللی داشته باشد. ازآنجایی‌که کنوانسیون از طرف قضات ملی سراسر دنیا تفسیر می‌شود، مفاهیم اخلاقی و شخصی چون حسن‌نیت، منتهی به تعدد و تفاوت در تفاسیر می‌شود. اتکای دادگاه‌ها به برداشت شخصی از این عبارت، منتهی به تفسیر غیرمنسجم از مقرره می‌شود. بدیهی است که تفسیر منسجم از مفاهیم موجود در سند، برای تجارت بین‌المللی مضر و زیان‌بار است.
- ازآنجایی‌که ضرورت عمل بر مبنای حسن‌نیت در همه مقررات تجاری ضمنی است، قید این مقرره در کنوانسیون زاید است.
- کنوانسیون، ضمانت اجرایی برای عدم اجرای حسن‌نیت مشخص نکرده است و این امر باعث عدم هماهنگی در اجرا و قلمرو آن می‌شود. عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا برای حسن‌نیت باعث می‌شود جبران‌های اعمالی به دادگاه‌های ملی واگذار شود که نتیجه آن به لحاظ رویکردهای متفاوت نظام‌های حقوقی به حسن‌نیت، ناهماهنگی و عدم انسجام است.[۶۴]
- حسن‌نیت حتی با ضمانت اجرای متناسبش به اعتبار قراردادها مربوط است و نه کنوانسیون راجع به انعقاد قراردادها.[۶۵]

خلاصه دلایل مخالفان این است که واردکردن مفهوم حسن‌نیت به کنوانسیون، خصوصاً در مرحله پیش‌قراردادی، پیش‌بینی‌پذیری نتایج حقوقی را برای طرفین رابطه، غیرممکن یا تضعیف می‌کند.[۶۶]

برای تأمین نظر اکثریت حاضر در کنفرانس دیپلماتیک، پیشنهادهای دیگری ارائه شد:

- قید حسن‌نیت در مقدمه به‌جای واردکردن حسن‌نیت به‌عنوان ماده‌ای از کنوانسیون. این پیشنهاد به این دلیل که قراردادن حسن‌نیت در مقدمه، اساساً به‌منزله حذف آن از سند است رد شد چرا که مقدمه، هیچ اثر الزام‌آوری بر طرفین ندارد.
- واردکردن حسن‌نیت در احکام مربوط به تفسیر اظهارات و اعمال طرفین. این پیشنهاد نیز به این دلیل که هدف از قید حسن‌نیت، هدایت رفتار[۶۷] طرفین از طریق مقررکردن

63. Farnsworth, E. A., *op. cit*., 1963, pp. 666, 676.

64. Farnsworth, E. A., *op. cit*., 1995, p. 55.

۶۵. طبق ماده ۴، مباحث مرتبط با اعتبار قراردادها در قلمرو کنوانسیون *وین* نیست.

66. Spagnolo, *Ibid*., p. 283.

67. Conduct

استاندارد خاص است و نه پرداختن به مقاصد طرفین، رد شد.

- بالاخره تحمیل وظیفه حسن‌نیت در تفسیر و اجرای مقررات و مواد کنوانسیون. برخی به این پیشنهاد اعتراض می‌کردند که مناسب نیست وظیفه حسن‌نیت به‌جای طرفین، بر عهده دادگاه‌ها گذاشته شود. علی‌رغم این اعتراضات، این پیشنهاد در متن نهایی یعنی در بند ۱ ماده ۷ به قرار زیر تصویب شد:

بند ۱. در تفسیر این کنوانسیون باید به ویژگی بین‌المللی آن و ضرورت توسعه هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی توجه شود.

بند ۲. مسائل مربوط به موضوعاتی که تحت حاکمیت کنوانسیون است و صراحتاً در آن تعیین تکلیف نشده است باید مطابق با اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است، یا در نبود چنین اصولی، مطابق قانون قابل‌اجرا به‌واسطه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حل‌وفصل شود.[۶۸]

مطابق بند ۱ در تفسیر کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی، ایجاد یکنواختی در اجرا و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود. بند دوم ماده هم به سه طریق به موانع تفسیری توجه کرده است: خلأهای داخلی[۶۹] که می‌تواند یا از طریق توسعه مواد دیگر به‌صورت قیاس یا از طریق اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است حل‌وفصل شود. این اصول، قلمرو اجرای گسترده‌ای در کنوانسیون دارد و از مواد آن مستخرج می‌شود.[۷۰] درصورتی‌که از توسل به این طرق، نتیجه‌ای به دست نیاید، ممکن است خلأ از طریق سوم، یعنی قانون لازم‌الاجرا که از طریق قواعد حل تعارض تعیین می‌شود پر شود. لازم به ذکر است که به لحاظ اینکه تأمین یکنواختی بین‌المللی در کنوانسیون، یکی از اهداف عمده است، توسل به قوانین ملی باید آخرین راه‌حل[۷۱] باشد.

در خلأهای بیرونی[۷۲] مانند اعتبار قرارداد و انتقال مالکیت (ماده ۴)، موضوع باید از طریق

---

۶۸. در اهمیت ماده ۷ گفته شده است:

این ماده مسلماً مهم‌ترین ماده در تأمین موفقیت آتی کنوانسیون است. ن.ک:

Koneru, Phanesh, "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, 6, pp. 105- 106.

69. Internal Gaps

منظور از خلأ داخلی، موضوعاتی است که در قلمرو کنوانسیون است ولی سند، راه‌حلی برای آن پیش‌بینی نکرده است.

70. Hellner, Jan, "Gap-filling by Analogy: Art. 7 of the U. N. Sales Convention in Its Historical Context", in: Ramberg (ed.), *Studies in International Law: Festskrift till Lars Hjerner*, 219-233, Stockholm: Norstedts, 1990 [also available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/hellner.html]

برخی هم بر این نظرند که این اصول می‌تواند از طریق سایر اسناد بین‌المللی ازجمله اصول حقوق یکنواخت استنباط شود.

Magnus, Ulrich, *General Principles of UN-Sales Law*, *Rabels Zeitschrift*, 1995, vol. 59, issue 3-4 (October), Available at: www.cisg.law.pace.edu/. (Last visited: 2014/3/20).

71. Last Resort

72. External Gaps

قانون داخلی لازم‌الاجرا و نه اصول و قواعد مبتنی بر کنوانسیون حل‌وفصل شود.[۷۳]

مصالحه‌ای که به قرار فوق بین دو طیف مخالف و موافق قید حسن‌نیت انجام شد با عباراتی متفاوت از جانب نویسندگان توصیف شده است؛ عباراتی چون مصالحه عجیب،[۷۴] سازش نامناسب و خطرناک،[۷۵] مقرره نسبتاً خاص،[۷۶] سازش سیاست‌مدارانه[۷۷] و ...

مصالحه فوق به مباحث موجود، خاتمه نداد. امروزه یکی از مهم‌ترین مباحث میان مفسران کنوانسیون، مربوط به جایگاه حسن‌نیت است که به طریق اولویت، همین اختلاف، خود را در خصوص جایگاه حسن‌نیت در انعقاد قرارداد نشان می‌دهد. اکنون در تفسیر ماده ۷ چند رویکرد قابل شناسایی است:

برخی از نویسندگان با تکیه بر تفسیر تاریخی[۷۸] و تحت‌اللفظی،[۷۹] قائل به این نظر هستند که حسن‌نیت در کنوانسیون، فقط در تفسیر مقررات آن کاربرد دارد و نمی‌توان از ماده ۷ تعهد ضمنی طرفین به رعایت حسن‌نیت را استخراج کرد. به‌عنوان مثال، پروفسور *فارنس ورث* می‌گوید:

اگر در کنوانسیون بر مبنای این واقعیت که مقرره صریحی مبنی بر الزام طرفین به رعایت حسن‌نیت وجود ندارد و ماده ۷ باید به‌طور تحت‌اللفظی تفسیر شود، ماده چیزی بیش از این نمی‌گوید که مراجعی که مواد کنوانسیون را تفسیر می‌کنند، لازم است اهمیت شاخص‌های فهرست‌شده در بند ۲ ماده ۷ را رعایت و به آن توجه کنند.[۸۰] به نظر وی، تجویز تفسیر موسع از مقرره حسن‌نیت در کنوانسیون به‌منزله تحریف سازش انجام‌شده در سند است تا از این طریق، حسن‌نیت از درِ پشتی[۸۱] وارد آن شود.

نتیجه تفسیر فوق این است که حکم ماده ۷، تنها متوجه تصمیم‌گیرندگان است تا به ضرورت توسعه حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل توجه کنند. بنابراین مطابق بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون،

منظور از خلأ بیرونی، موضوعاتی است که در قلمرو کنوانسیون نیست.

73. Lookofsky, Joseph, "Walking the Article 7(2) Tightrope between CISG and Domestic Law", *J. L. & Com*, 12006, 25, pp. 87-90.

74. Eorsi, Guyla, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *AM. J. Comp. L*, 1983, 31, pp. 333, 354.

75. Carbonneau, Thomas E. & Firestone, Marc S, "Transnational Law-Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication", *EMORY J. INT'L Disp. RESOL*, 1986, 1, pp. 51- 74.

76. Bonell, M. J, *Interpretation of Convention in Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention, Art. 7*, Dott. A. Guiffre ed, 1987, n. 2. 4.

77. Farnsworth, E. Allan, *Problems of Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries, Problems of Unification of International Sales La*w, 1980, 19.

۷۸. تفسیر سند از طریق توسل به اسناد و مدارک ارائه‌شده در فرایند تدوین.

۷۹. تفسیر سند از طریق توجه به نص و متن ماده.

80. Farnsworth, E. A, *op. cit*., 1995, p. 56.

81. Back Door

تعهدی مبنی بر رعایت حسن‌نیت بر عهده طرفین نیست. به‌علاوه وظیفه حسن‌نیت در اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است موجود نیست. طبق این تفسیر، دادگاه‌ها برای حل مسائل مربوط به حسن‌نیت به حقوق بین‌الملل خصوصی، همچون قوانین تعارض و نهایتاً به قانون ملی خودشان مراجعه خواهند کرد که به لحاظ وجود اختلاف‌نظر بین کشورهای مختلف، تأمین یکنواختی در قراردادهای مشمول کنوانسیون میسر نخواهد شد.

برخی از مدافعان تفسیر لفظی، قائل به نظر متفاوتی هستند، بدین صورت که مطابق بند ۲ ماده ۷ در خصوص تعهد حسن‌نیت، خلأی در متن کنوانسیون وجود دارد و این تعهد می‌تواند از اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است استخراج شود چرا که بند ۱ ماده ۷ دربرگیرنده مقرره عام و کلی از حسن‌نیت در تفسیر کنوانسیون است که این می‌تواند مظهر این باشد که حسن‌نیت، یکی از اصول کلی کنوانسیون است و دادگاه‌ها می‌توانند طبق این تفسیر، طرفین را به تعهد در چارچوبی که موضوع، تحت شمول کنوانسیون است ملزم سازند.[۸۲] *یواخیم بونل* در این راستا می‌گوید:

شمار موادی که اشاره مستقیم به حسن‌نیت دارد، مؤید جلوه خاص از این اصل است و بدین ترتیب، وی تأیید می‌کند که حسن‌نیت نیز یکی از اصول کلی کنوانسیون است.[۸۳] برخی مراجع نیز با استناد به اصول حقوق یکنواخت بر این نظر تأکید دارند که حسن‌نیت، یکی از اصول کلی کنوانسیون است چرا که اصول حقوق یکنواخت، بخصوص برای پرکردن مواردی که دیگر اسناد متحدالشکل بین‌المللی همچون کنوانسیون *وین* فاقد رهنمود است تدوین شده است. بنابراین ازآنجایی‌که اصول حقوق یکنواخت، صراحتاً این نظریه را می‌پذیرد که طرفین باید حسن‌نیت را رعایت کنند، این اصول می‌تواند در تعیین اینکه کنوانسیون *وین* مبتنی بر کدام اصول کلی است مؤثر و تعیین‌کننده باشد.[۸۴]

در برخی از آرای صادره به این نوع تفسیر توجه شده است. در یک پرونده استرالیایی،[۸۵] دادگاه با ذکر بند ۱ ماده ۷ رأی داد که حسن‌نیت، نه‌تنها در تفسیر کنوانسیون به‌کار برده می‌شود بلکه تعهد کلی ضمنی حسن‌نیت در قراردادهای مشمول کنوانسیون وجود دارد. همچنین در یک پرونده فرانسوی،[۸۶] دادگاه مقرره کلی حسن‌نیت را به کنوانسیون اعمال کرد. در این پرونده، خریداری از ایالات متحده امریکا، فروشنده فرانسوی را در دادگاه تجدیدنظر فرانسه به‌خاطر نقض

82. Winship, Peter, "Commentary on Professor Kastely's Rhetorical Analysis", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1988, 8, pp. 623- 634.

83. Bonell, *op. cit.*, Note 53, Art. 2. 4. 1.

84. A. M. Garro, "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG", 69 *Tul. L. Rev*, 1149, 1169.

85. *Renard Constructions (ME) Pty Ltd v. Minister for Public Works*

86. *Sarl Bri Production Bonaventure v. Societe Pan African Export*

قرارداد، تحت‌تعقیب قرار داد. طرفین توافق کرده بودند که محصولات به توزیع‌کننده امریکای جنوبی بازفروش شود ولی درعمل، خریدار، شروع به بازفروش محصول به توزیع‌کننده دیگری در اسپانیا کرد. خریدار، این واقعیت را به فروشنده به‌صورت نادرست اعلام کرد. وقتی فروشنده متوجه شد که بخشی از محصولات در اسپانیا فروخته شده است بر مبنای نقض قرارداد، اقامه دعوا کرد که با دعوای متقابل فروشنده مواجه شد. دادگاه با استناد به بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون، رأی داد که اقدامات خریدار با اصل حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل در تضاد بوده است؛ اصلی که در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون بیان شده است. این رأی نشان‌دهنده این نکته است که برخی مراجع بین‌المللی، حسن‌نیت در ماه ۷ را به‌عنوان یکی از اصول‌کلی کنوانسیون تفسیر می‌کنند.

برخی هم بر این نظرند که حسن‌نیت، پیش‌شرط صرف اعمال سایر حقوق مندرج در کنوانسیون *وین* است. بنابراین اگر طرف قرارداد، حق خود مبنی بر فسخ یا الزام به اجرای عین تعهد را با سوءنیت انجام دهد ممکن است حق خود را از دست بدهد، مثل فسخ قراردادی که انگیزه آن، نوسانات شرایط بازار بوده است.[۸۷]

بالاخره برخی از تفاسیر نیز به تفسیر تحت‌اللفظی توجه نکرده و به‌جای آن تأکید دارند که بند ۱ به‌غیراز مقام تصمیم‌گیرنده، ناظر به طرفین نیز هست. بنابراین طرفین ملتزم به رعایت حسن‌نیت هستند، در هر چارچوبی که باشد. این طیف بر این نظر است که به مرور زمان، تعهد کلی حسن‌نیت طرفین پذیرفته خواهد شد.[۸۸]

۴. حسن‌نیت در انعقاد قرارداد از منظر کنوانسیون وین

اختلاف شرکت‌کنندگان در تدوین کنوانسیون، محدود به اصل مفهوم حسن‌نیت نبود. این اختلاف به‌طور خاص در خصوص حسن‌نیت در انعقاد قرارداد نیز ظاهر شد.

در جلسه هشتم گروه کاری کنوانسیون، متن زیر در خصوص بحث ارائه شد:

۱. در جریان انعقاد قرارداد، طرفین باید اصول رفتار منصفانه را رعایت و مطابق با حسن‌نیت عمل کنند. عملی که ناقض این اصول است از هرگونه حمایت حقوقی محروم خواهد بود.

۲. حذف مسئولیت ناشی از خسارات عمدی یا ناشی از تقصیر سنگین، باطل است.

۳. درصورتی‌که طرف، وظیفه مراقبت متعارف در انعقاد قرارداد بیع را نقض کند، طرف دیگر می‌تواند خسارت هزینه‌های ناشی از آن را مطالبه کند.

در جلسه نهم، پاراگراف‌های دوم و سوم رد شد. دلیل حذف این دو پاراگراف این بود که

87. Cvetkovic, Predrag, "The Characteristics of an Offer in CISG and PECL", *Pace Int'l, L. Rev*, 2002, 14, p. 129.

88. Winship, *op. cit.*, note 58, at 63-65- Enderlein, Fritz, "Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", in *International Sale of Goods*: Dubrovnik Lectures, Petar Sarcevic & Paul Volken eds, 1986, pp. 133, 136- 137.

ممکن است ابهام این دو پاراگراف و همچنین ممنوعیت شروط استثنا مقبولیت گسترده این سند را به خطر بیندازد و اینکه ممنوعیت، ناظر به شروط استثنا برای معاملات مصرفی مناسب است و نه اقدامات تجار.[۸۹]

نسخه اصلاح‌شده پاراگراف اول، حمایت اکثریت ضعیفی را به‌دست آورد و درنهایت، ماده ۵ پیش‌نویس شد:

در جریان انعقاد قرارداد، طرفین باید اصول معامله منصفانه را رعایت و مطابق با حسن‌نیت عمل کنند.[۹۰]

بالاخره همچنان که قبلاً هم اشاره شد، حسن‌نیت صرفاً به‌عنوان ابزار تفسیری وارد کنوانسیون شد. بعد از اصلاحات کوچک، ماده ۶ پیش‌نویس به این صورت پذیرفته شد:

در تفسیر و اجرای مقررات کنوانسیون باید به ویژگی بین‌المللی و نیاز به تقویت هماهنگی و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی توجه کرد.

این مصالحه سخت، اساساً همان ماده نهایی بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون است؛ با این تفاوت که در متن موجود، عبارت «و اجرا»[۹۱] از ماده حذف شده است.

آخرین تلاش‌ها در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۸۰ رخ داد که از طرف مجمع عمومی سازمان ملل برای کار روی پیش‌نویس کنوانسیون برگزار شد. کانادا پیشنهاد داد که حسن‌نیت، غیرقابل‌حذف است مگر اینکه کنوانسیون، کاملاً مستثنا شود. ایتالیا ماده جدیدی را پیشنهاد داد که حسن‌نیت را به انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد مرتبط می‌کرد. جمهوری دموکراتیک آلمان، پیشنهاد جالبی داد که شکل زیر از مسئولیت پیش‌قراردادی را بیان می‌کرد:

درصورتی‌که در جریان مذاکرات پیش‌قراردادی یا انعقاد قرارداد، طرف قرارداد از رعایت وظیفه مراقبت متعارف امتناع ورزد، طرف مقابل، مستحق مطالبه جبران هزینه‌های به‌بارآمده است.[۹۲]

این پیشنهاد مورد مباحثه جدی قرار گرفت. *فارنس ورث* در ارزیابی ماده فوق گفت:

با اینکه همه موافق‌اند که رفتار با حسن‌نیت، مطلوب و مساعد است ولی قید چنین مقرره‌ای در کنوانسیون به‌صورتی‌که به طرفین نیز اعمال شود درعمل مبهم و خطرناک است.

نمایندگان کشورهایی چون اتریش موافق طرح بودند. درمقابل، *پلانکت*[۹۳] نماینده ایرلند پرسید: آیا مقصود از طرح این است که غرامت، حتی اگر قراردادی منعقد نشود قابل پرداخت، است و اگر قراردادی منعقد شود، آیا غرامت برای چیزی غیر از نقض قرارداد قابل پرداخت خواهد

89. Spagnolo, Lisa, *op. cit*., p. 269.

90. Eorsi, Gyula, "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *AM. J. Comp. L*, 1979, 311, 313.

91. "And Application"

92. Spagnolo, Lisa, *op. cit*., p. 272

93. Arthur Plunkett

بود؟ *ماسکوو*[۹۴] نماینده آلمان پاسخ داد که اساس طرح این است که حتی اگر قراردادی در کار نباشد، غرامت می‌تواند برای خسارات مطالبه شود. *بونل*[۹۵] نماینده ایتالیا قویاً از طرح حمایت کرد. وی بیان داشت که مواردی که قرارداد منعقد نشده و مذاکرات قطع شده است، محتاج تدوین مقررات است به این خاطر که ممکن است یکی از طرفین با سوءاستفاده از موقعیتش به‌گونه‌ای عمل کند که به منافع طرف دیگر آسیب رساند.

شلختریم[۹۶] از جمهوری فدرال آلمان با هدف طرح، همنوایی کرد ولی گفت که طرح بیش از حد گسترده است. به نظر وی، ممکن است چنین اصل کلی، برخی از راه‌حل‌های طرح را تغییر دهد. وی به‌عنوان نمونه به مقررات مربوط به تعهدات طرفین یا قابلیت رجوع از ایجاب اشاره کرد. همچنین در نظر وی، طرح بر موضوعات خارج از قلمرو کنوانسیون، چون فسخ قرارداد ناشی از اشتباه یا اختیار نمایندگان نیز تأثیر خواهد گذاشت.

بِنت[۹۷] از استرالیا از مشکلات طرح با اشاره به دشواری‌های مفهوم وظیفه مراقبت متعارف یاد کرد. وی بیان داشت که معلوم نیست مقصود از استاندارد مراقبت متعارف چیست؟ نمایندگان بلژیک و یونان نیز از طرح حمایت کردند. نماینده غنا با این استدلال که طرح، مشکل زیادی برای کشورهای کامن‌لایی ایجاد می‌کند با آن مخالفت کرد.[۹۸]

نظر به اینکه اکثریت نمایندگان حاضر در کنفرانس، مخالف طرح جمهوری آلمان بودند، طرح رد شد. با رد طرح، امروزه این موضوع که حسن‌نیت در مرحله پیش‌قراردادی چه جایگاهی در کنوانسیون دارد، محل اختلاف است.

دیدگاه غالب[۹۹] این است که مرحله پیش‌قراردادی، خارج از قلمرو کنوانسیون است. ازاین‌رو برای حل‌وفصل موضوعات مرتبط با این دوره، ازجمله رعایت حسن‌نیت در مذاکرات باید به قوانین ملی و قواعد حل تعارض مراجعه کرد. در این خصوص، یکی از مفسران کنوانسیون بیان می‌دارد: رد پیشنهادهای مربوط به مرحله پیش‌قراردادی، نشانه روشنی است که دعاویِ ناظر به حسن‌نیت در این مرحله باید طبق قوانین ملی مورد توجه قرار گیرد و نه کنوانسیون. وی می‌گوید: کنفرانس، پیشنهاد جمهوری دموکراتیک آلمان را در این خصوص رد کرد. رد نهایی طرح، دلالت بر این دارد که خسارات به‌بارآمده در جریان مذاکرات قراردادی، مشمول قوانین ملی

94. Dietrich Maskow

95. Michael Joachim Bonell

96. Peter Schlechtriem

97. Trevor Bennett

98. Gil- Wallin, *op. cit*., p. 10.

99. Perillo, Joseph M., "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and A Review", 63, *Fordham L. Rev*, 1994, 281, 287- Diane Madeline Goderre, *op. cit*., p. 263- 64. Schlechtriem, P. Schwnzer, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2005, 182.

است که مطابق قواعد حل تعارض تعیین می‌شود. به نظر این نویسنده، استفاده از فنون تفسیری لیبرال و اصول کلی به‌منظور توسعه کنوانسیون به قلمرو پیش‌قراردادی بسیار خطرناک و مبهم است.[۱۰۰]

کریتزر نیز به‌صراحت خسارات ناشی از مسئولیت پیش‌قراردادی را مشمول مقررات ملی می‌داند.[۱۰۱]

در حمایت از این نظر، به تفاوت بین کنوانسیون *وین* و دیگر قواعد بین‌المللی استناد می‌شود. به‌عنوان مثال، گفته شده است که کنوانسیون *وین* برخلاف اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی وظیفه حسن‌نیت را در مذاکرات تثبیت نکرده است. همچنین گفته شده است که قواعد تفسیری داخلی مندرج در بند ۲ ماده ۷، تنها بر موضوعاتِ تحت حاکمیت کنوانسیون، مؤثر است. لذا استفاده از اصول کلی مندرج در بند ۲ ماده ۷ در موضوعاتی که تحت حاکمیت سند نیست یعنی خلأهای بیرونی، قابل‌قبول نیست. استفاده از اصول کلی جهت تعیین اینکه موضوعی به‌واقع، خلأ بیرونی است یا نه، نادرست است.

این دیدگاه مورد تأیید تاریخ تدوین سند و متن موجود و نهایی سند است که در آن، به‌صورت صریح، نشانی از توجه به حسن‌نیت در انعقاد قرارداد وجود ندارد. با لحاظ این وضعیت، آن‌هایی که به تفسیر تاریخی و تحت‌اللفظی از سند قائل‌اند بر این نظرند که اساساً حسن‌نیت، محدود به تفسیر مقررات کنوانسیون است و خصوصاً در مرحله انعقاد، هیچ تعهدی بر عهده طرفین ایجاد نمی‌کند. از منظر این طیف، کنوانسیون هرگز در نظر نداشته است که به مرحله مذاکرات بپردازد و از لحاظ تاریخی هم حسن‌نیت، صرفاً مصالحه شکننده‌ای است که در آن از حسن‌نیت به‌عنوان ابزار صرف تفسیری یاد شد و به‌صورت صریح برای آن، احترام قائل شد. بنابراین، توسعه حسن‌نیت به مرحله پیش‌قراردادی، فراتررفتن از اجماع بین‌المللی بوده و شاید فراتررفتن از شروط صریح کنوانسیون است که منتهی به نقض محتمل تعهدات معاهده می‌شود.[۱۰۲]

این نظر در بسیاری از آرا پذیرفته شده است. به‌عنوان نمونه، می‌توان به پرونده شماره ۱۲۷/۲۰۰۵ مورخ ۲۰۰۵ مکزیک اشاره کرد. در این پرونده، خریدار امریکایی و فروشنده مکزیکی از طریق تلفن بر فروش ۳۰۰ هزار تن مکعب مواد پتروشیمی در ازای قیمت معینی توافق کردند. بعد از گفتگو، خریدار، ایمیلی مبنی بر تأیید شروط مورد توافق ارسال کرد. در پاسخ، فروشنده گفت: وی هنوز منتظر تأییدیه راجع به ترمینال است و شروط مورد بحث را تنها بعد از اینکه موضوع

100. Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, 1986, 57.

101. Kritzer, Albert H., "A Precontractual Liability", in *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1994, Available at: www.cisg.law.pace.edu. (Last visited: 2014/5/20).

102. Spagnolo, Lisa, *op. cit*., p. 288

ترمینال حل‌وفصل شد، تأیید خواهد کرد. خریدار، در جواب به فروشنده، ایمیلی زد مبنی بر اینکه معلوم نیست که منظور از موضوع ترمینال چیست و از وی خواست برای روشن‌کردن قضیه به‌محض اینکه ممکن شد با وی تماس بگیرد. بعد از اینکه جوابی از فروشنده نرسید، خریدار، چند هفته بعد، ایمیلی برای معرفی شرکت‌های حمل کالا به فروشنده ارسال کرد. فروشنده جواب داد که در نظر ندارد کالا را به قیمتی که قبلاً توافق شده بفروشد و پیشنهاد مبلغ بالاتری اعلام کرد. متعاقب آن، خریدار، دعوایی علیه فروشنده مبنی بر نقض قرارداد اقامه کرد و در پاسخ، فروشنده انعقاد قرارداد فی‌مابین را رد کرد.

دادگاه رأی داد: با توجه به اینکه فروشنده هرگز ایجاب خریدار را قبول نکرده است، قراردادی بین طرفین منعقد نشده است، چرا که فروشنده اعلام کرده است که منتظر اطلاعات بیشتری در خصوص ترمینال است و شروط شفاهی مورد توافق را تنها بعد از تأیید ترمینال جهت حمل خواهد پذیرفت. دادگاه در ادامه رأی اظهار می‌دارد: برخلاف ادعای خریدار، فروشنده اصل حسن‌نیت را نقض نکرده است چرا که شروط توافق، هنوز نهایی نشده است. لذا فروشنده هنوز تعهد حسن‌نیتی مبنی بر عمل‌کردن به شروطی که قبلاً توافق شده، نداشته است. دادگاه در تفسیر اظهارات طرفین به قصد طرفین نیز توجه (ماده ۸ کنوانسیون) و اعلام کرد ازآنجایی‌که بعد از گفتگوی طرفین در خصوص چند شرط مهم، توافقی حاصل نشده است، قصد طرفین این بوده است که مذاکرات تداوم یابد. بنابراین اظهارات فروشنده به‌منزله قبولی نیست. درخواست خریدار مبنی بر روشن‌شدن موضوع مورد اختلاف، دلالت بر علم وی از عدم رضایت فروشنده دارد.

نکته مهم در رأی فوق‌الذکر این است که اعمال حسن‌نیت را موکول به تحقق قرارداد کرده است چرا که در رأی صادره چنین بیان شده است که با توجه به نبود قرارداد میان طرفین، تعهد حسن‌نیتی بر عهده فروشنده وجود ندارد.[۱۰۳]

درمقابل، دیدگاه اقلیت[۱۰۴] این است که حسن‌نیت به موضوعات مطروحه در مرحله پیش‌قراردادی نیز حاکم است. مطابق این رویکرد، تفسیر تاریخی با ضرورت تحول کنوانسیون وین به‌نحوی‌که زندانی و محصور گذشته نباشد در تضاد است. خوانش محدود و مضیق کنوانسیون بین‌المللی نامناسب است. کنوانسیون *وین*، سند زنده است و باید مطابق با اوضاع‌واحوال جدید تفسیر شود تا مانع از سکون آن شود؛ خصوصاً که امکان اصلاح سند، بسیار بعید است. مواد باز و تفسیر مستقل کنوانسیون، اجازه انعطاف بیشتر را می‌دهد و این نوع تفسیر، مسلماً باید برای فایق‌آمدن بر معضلات متنی موجود در مرحله پیش‌قراردادی نیز به‌کار برده شود. *بونل* در این خصوص می‌گوید: این واقعیت که کنوانسیون *وین* مقرره‌ای ندارد که صراحتاً به

103. Available at: www.cisg.law.pace.edu. (Last visited: 2014/5/20)

104. Minority Opinion; John O., Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1982, pp. 177-176.

مرحله پیش‌قراردادی طرفین بپردازد، ضرورتاً به این معنی نیست که موضوع، خارج از قلمرو کنوانسیون است. در واقع، مستفاد از بندهای ۱ و ۲ ماده ۷ این است که مرحله پیش‌قراردادی از موضوعاتی است که تحت حاکمیت کنوانسیون است ولی صراحتاً در کنوانسیون، تعیین تکلیف نشده است. راه‌حل چنین موضوعاتی باید در خود کنوانسیون یعنی مطابق با اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است حل‌وفصل شود و تنها در نبود چنین اصولی است که می‌توان به قانون ملی لازم‌الاجرا توسل جست. وی می‌گوید اجرای کنوانسیون حتی در نبود ایجاب و قبول، ممکن است، چرا که برخی موضوعات، چنان مرتبط با انعقاد قرارداد است که باید از طرف کنوانسیون تنظیم شود. ازاین‌رو طرفین به هنگام مذاکره، متعهد به مذاکره با حسن‌نیت هستند و در صورت عدم افشا یا امتناع توأم با سوءنیت از انعقاد قرارداد، مسئولیت طرف متخلف، طبق کنوانسیون ممکن است.

برخی نویسندگان نیز بر مبنای اصل کلی حسن‌نیت،[۱۰۵] تعهد دادن اطلاعات را داخل در چارچوب کنوانسیون می‌دانند. این طیف، تعهدات پیش‌قراردادی را خلأ داخلی توصیف می‌کنند و توسعه کنوانسیون به مرحله پیش‌قراردادی را مبتنی بر رویکرد تفسیری لیبرال و منعطف مقرر درمورد خلأ داخلی می‌کنند.

گیل والین به دو دلیل در تأیید این نوع رویکرد استناد می‌کند:

اولاً، جبران ضرر ناشی از قطع نابه‌جای مذاکرات، ضروری است. ثانیاً، تسری شمول کنوانسیون به موضوعات پیش‌قراردادی، منتهی به تحقق یکی از اهداف کنوانسیون یعنی تحقق یکنواختی در اجرای کنوانسیون می‌شود چرا که در غیر این صورت، قوانین ملی مختلف و متفاوت، در خصوص موضوع، تعیین‌کننده خواهد بود.[۱۰۶] پروفسور *گرت رینهارت* و *روزت* نیز با استناد به بند ۱ماده ۷، حکم به تحقق وظیفه حسن‌نیت در مرحله پیش‌قراردادی می‌دهند.[۱۰۷]

بند ۲ ماده ۱۶ کنوانسیون، یکی دیگر از موادی است که مورد استناد موافقان وجود حسن‌نیت در مرحله پیش‌قراردادی قرار گرفته است. مطابق بند ۱ ماده ۱۶ مادام که قراردادی منعقد نشده است، ایجاب قابل‌رجوع است به شرطی که پیش از آنکه مخاطب ایجاب، قبولی خود را ارسال دارد به وی واصل شود. با وجود این، ممکن است ایجاب در دو مورد قابل‌رجوع نباشد. مورد اول، فرضی است که اراده موجب بر آن تعلق گرفته است. بند دوم ماده ۱۶ در این خصوص می‌گوید:

با وجود این در موارد ذیل نمی‌توان از ایجاب رجوع کرد:

الف. درصورتی‌که ایجاب، به‌واسطه قید زمان معین جهت قبول آن یا به علت دیگر، حکایت

105. Spagnolo, *op. cit.*, p. 296.

106. Gil-Wallin, Silvia, *op. cit.*, pp. 1, 20.

107. Reinhart, Gert, "Development of a Law for the International Sale of Goods", *CUMB. L. REV*, 1984, 14, pp. 89, 100.

از این داشته باشد که غیرقابل‌رجوع است.

مورد دوم، فرضی است که شرایط و اوضاع‌واحوال حاکم بر رابطه طرفین به‌نحوی است که اتکای موجب بر ایجاب را به‌عنوان ایجاب غیرقابل‌رجوع[۱۰۸] معقول ساخته و مخاطب ایجاب با تکیه بر ایجاب، اقدام کرده است. اکثر نویسندگان، این بند از ماده ۱۶ را به‌عنوان جلوه‌ای از شناسایی اصل حسن‌نیت در کنوانسیون معرفی می‌کنند.[۱۰۹] اتکای مخاطب ایجاب بر غیرقابل‌رجوع‌بودن آن، ممکن است ناشی از رفتار ایجاب‌دهنده یا ماهیت خود ایجاب باشد. برای مثال، می‌توان به ایجابی اشاره کرد که قبولی آن مستلزم تحقیق وسیع و پرهزینه از سوی مخاطب ایجاب است یا ایجابی که در آن به مخاطب اجازه داده شده است که از طرف خود به ثالثی ایجاب دهد. اعمالی که مخاطب ایجاب با اتکای به ایجاب انجام می‌دهد ممکن است شامل فراهم‌آوردن مقدمات تولید، خرید یا اجاره مصالح یا تجهیزات، متحمل‌شدن هزینه‌ها و غیره باشد مشروط بر اینکه در تجارت موردنظر، اعمال مزبور، متعارف تلقی شود یا اینکه ایجاب‌دهنده می‌بایست آن را پیش‌بینی می‌کرد یا از آن مطلع می‌بود.

نکته مهم در اعمال ماده ۱۶ کنوانسیون این است که مخاطب ایجاب باید با اتکای به ایجاب عمل کرده باشد و الا طبق کنوانسیون، صرف رجوع از ایجاب، مسئولیت‌زا نیست. این نکته در یکی از آرا مورد توجه قرار گرفته است. در رأی شماره ۱۰ u ۸۰/ ۹۳ مورخ ۱۳۹۴/۳/۴[۱۱۰] صادره در آلمان، دادگاه اعلام کرد: خریدار مستحق اتکا به جبران‌های مسئولیت پیش‌قراردادی ناشی از قطع مذاکرات نیست. چنین مسئولیتی تنها در صورتی ممکن خواهد بود که اوضاع‌واحوال پرونده نشان دهد که طرف غیرناقض[۱۱۱] به انعقاد قرارداد اتکا کرده است، بخصوص وقتی که طرف ناقض به طرف دیگر، نشانه‌های خوبی مبنی بر این باور داده است که قرارداد، یقیناً منعقد خواهد شد یا وقتی که طرف ناقض باعث شده طرف دیگر، پیشاپیش قرارداد را انجام دهد یا درصورتی‌که بخشی از قرارداد، پیشاپیش از طرف طرفین اجرا شده است. نکته مهم در این پرونده این است که تحمیل مسئولیت پیش‌قراردادی در فرض قطع مذاکرات، در صورتی است که طرف مقابل به انعقاد قرارداد اتکا کرده است. بنابراین اگر طرف غیرناقض به انعقاد قرارداد اتکا نکرده است حتی در صورت قطع مذاکرات از سوی طرف ناقض، باز طرف غیرناقض نمی‌تواند به جبران‌های پیش‌قراردادی متوسل شود.

قسمت B ماده (۲) ۴ـ۱ـ۲ اصول حقوق یکنواخت و قسمت C(۳) ماده ۲۰۲ـ۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا در خصوص رجوع از ایجاب، مشابه بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون است. مثال شماره

108. Irrevocable Offer

109. Klein, John, "Good Faith in International Transactions", XV(2) *The Liverpool L. Rev*. 1993, p. 5.

110. Available at: www.cisg.law.pace.edu. (Last visited: 2014/5/20).

111. Non-Breaching Party

۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مصداقی از ایجاب غیرقابل‌رجوع را ارائه می‌کند:

(الف)، فروشنده عتیقه‌جات، از (ب) می‌خواهد ده تابلوی نقاشی را ترمیم کند به شرط اینکه کار در طول سه ماه تمام شود و هزینه از میزان مشخصی فراتر نرود. (ب) به (الف) اطلاع می‌دهد که برای آگاهی از اینکه آیا ایجاب را بپذیرد یا خیر، ضروری است که کار را روی یکی از نقاشی‌ها شروع کند و سپس پاسخ قطعی را در ظرف پنج روز بدهد. (الف) موافقت می‌کند و (ب) با اتکا به (الف)، کار را فوراً شروع می‌کند. (الف) نمی‌تواند ایجاب را در ظرف آن پنج روز پس بگیرد.

از نظر برخی از مفسران کنوانسیون، بند ۲ ماده ۱۶ کنوانسیون، دکترین اتکا[۱۱۲] را به فرایند انعقاد قرارداد وارد کرده است. مطابق این دکترین، شخصی که انتظارات بربادرفته‌اش نه‌تنها مشروع، بلکه معقول بوده است مستحق حمایت است. این دکترین، مشابه اصل حسن‌نیت است اگرچه قلمرو دکترین اتکا به وسعت آن نیست. هدف مشترک این دو دکترین این است که مانع از این شوند که شخصی توسط دیگری به‌طور کامل و به‌صورت غیرمنتظره در انتظاراتی که مشروع و مجاز بوده است فریب بخورد.[۱۱۳]

در کنار این نظرات، برخی آرا نیز موجود است که به توسعه حسن‌نیت به مرحله پیش‌قراردادی رأی داده‌اند. در پرونده‌ای که بین شرکت هلندی (فروشنده) و شرکت آلمانی (خریدار) مطرح شده است بین طرفین برای مدتی طولانی رابطه تجاری فروش میوه و سبزیجات موجود بوده است. بعد از سال‌ها همکاری، فروشنده دعوایی به طرفیت خریدار از بابت پرداخت ثمن کالاهای تحویل‌شده بین سپتامبر و نوامبر ۲۰۰۵ به‌علاوه بهره طرح می‌کند. درمقابل، خریدار دعوای تقابلی مطرح کرده و مدعی تهاتر آن با ادعای فروشنده می‌شود. فروشنده ضمن رد تهاتر، به شروط استاندارد استناد می‌کند که همراه با صورت‌حساب ارسال محموله‌ها به خریدار به آن شروط اشاره شده است.

دادگاه رأی داد: درصورتی‌که متن شروط، قبل یا حین انعقاد قرارداد در اختیار خریدار قرار نگیرد، صرف اشاره به آن در صورت‌حساب‌ها به‌منزله داخل‌بودن آن شروط در قرارداد منعقده نیست. این نتیجه، هماهنگ با اصل حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل (بند ۱ ماده ۷) است چرا که در غیر این صورت، طرف ملحق‌شونده باید در خصوص محتوا و مضمون آن شروط، پرس‌وجو کند؛ پرس‌وجویی که منتهی به تأخیر در انعقاد قرارداد می‌شود درحالی‌که الزام فروشنده به اینکه شروط را در اختیار خریدار قرار دهد ـ که معمولاً امتیازی از اجرای آن به دست می‌آورد ـ تنها مستلزم تلاشی جزئی جهت دراختیارگذاشتن متن است. لذا شروط استاندارد فروشنده، قابل استناد نیست.[۱۱۴]

112. Reliance Doctrine

113. Goderre, Madeline Diane, "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention", *U. CIN. L. Rev*, 1997, 66, pp. 257, 279- 80.

114. Available at: www.cisg.law.pace.edu. (Last visited: 2014/5/20).

همچنان که ملاحظه می‌شود، دادگاه در رأی فوق از حسن‌نیت به‌عنوان ابزاری در تفسیر اعمال طرفین و تحمیل تعهدات جانبی استفاده کرده است تا شخصی را که لازم است اقدامات لازم را به‌منظور دراختیارقراردادن شروط استاندارد انجام دهد معین کند. در پرونده فوق با توجه به اینکه تنظیم‌کننده، سلطه بر قرارداد و شروط آن دارد طبیعی است که امکان بیشتری در انجام تعهد دارد تا طرف ملحق‌شونده[۱۱۵] که سلطه‌ای بر شروط استاندارد ندارد لذا وی مکلف است اقدامات لازم را در خصوص دراختیارقراردادن شروط استاندارد انجام دهد و در غیر این صورت، شرط موردنظر درمقابل طرف دیگر قابل استناد نخواهد بود.

رأی مورخ ۲۰۰۲/ ۵/ ۱۵ بلژیک، نمونه دیگر در این خصوص است. در این پرونده، فروشنده بلژیکی مذاکراتی را با خریدار فرانسوی جهت تولید محافظ پلاستیکی برای پیجرها آغاز می‌کند. نتایج مذاکرات به‌صورت مکتوب درآمد و طرفین آن را امضا کرده و عنوان سند را توافق مقدماتی[۱۱۶] گذاشتند. وقتی خریدار، متعاقب تغییرات بازار، وجود قرارداد الزام‌آور را انکار کرد فروشنده، دعوایی به طرفیت خریدار، مبنی بر نقض قرارداد اقامه کرد. علی‌رغم اینکه طرفین، عنوان توافق مقدماتی به سند تنظیمی فی‌مابین داده بودند، دادگاه، نظر به اوضاع‌واحوال و اصل حسن‌نیت (بند ۱ ماده ۷) وجود قرارداد را تأیید کرد.[۱۱۷]

رأی به وجود قرارداد لازم‌الاجرا علی‌رغم قید توافق مقدماتی، نشان‌دهنده این است که دادگاه با تکیه بر حسن‌نیت، قصد طرفین را بر عنوان انتخابی حاکم کرده است.

۵. حسن‌نیت در انعقاد قرارداد از منظر حقوق ایران

در حقوق ایران، اصل حسن‌نیت به همان صورتی که در حقوق نوشته مطرح است شناخته نشده است و متن صریحی در این خصوص وجود ندارد؛ خصوصاً که قانونگذار ایران در تصویب ماده ۲۱۹[۱۱۸] که برگرفته از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه[۱۱۹] است عمداً عبارت حسن‌نیت را از متن قانون مدنی خارج ساخته است تا دشواری‌های ناشی از ابهام مفهوم، گریبانگیر سیستم حقوقی ایران نشود. لیکن به مرور زمان، درنتیجه نیازهای تجاری، حسن‌نیت وارد حقوق موضوعه ایران شد. ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب۱۳۸۲/۱۰/۱۷ ایران، نمونه‌ای از این موارد است.

---

115. Adhering Party

116. Letter of Intent

117. Available at: www.cisg.law.pace.edu. (Last visited: 2014/5/20).

۱۱۸. مطابق این ماده: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

۱۱۹. مطابق این ماده: عقودی که وفق مقررات بسته شده باشد برای طرفین در حکم قانون است. این عقود، جز با تراضی طرفین یا جهاتی که قانون اجازه می‌دهد قابل‌انفساخ نیست. عقود باید با حسن‌نیت اجرا شوند.

این ماده مقرر می‌دارد: در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن‌نیت توجه کرد. این ماده عیناً برگرفته از ماده ۷ کنوانسیون *وین* است. بنابراین با همان معضلاتی روبه‌روست که کنوانسیون با آن مواجه است. نتیجه عدم شناسایی صریح اصل حسن‌نیت این است که قاضی نمی‌تواند مستقیماً با استناد به اصل حسن‌نیت در قرارداد منعقده و شرایط آن مداخله کند.[۱۲۰] این عدم مداخله در مرحله مذاکرات به‌طریق‌اولی موجود است بدین صورت که در مرحله پیش‌قراردادی، اصل بر آزادی مذاکره است. بنابراین به‌صرف قطع مذاکره نمی‌توان شخص را با سوءنیت تلقی و به مسئولیت وی حکم داد. همچنین نمی‌توان تعهدات جنبی چون دادن اطلاعات و رازداری بر عهده طرفین گذاشت مگر اینکه قرارداد و نوع رابطه طرفین، مبتنی بر اتکا و اعتماد باشد که در این صورت به اتکای این نوع رابطه، تعهد به دادن اطلاعات و رازداری می‌تواند موجود باشد. رابطه بیمه‌گر و بیمه‌گذار[۱۲۱] می‌تواند نمونه‌ای از این روابط تلقی شود. بیمه یکی از عقودی است که در آن رعایت حسن‌نیت، آن هم از نوع حداکثری‌اش الزامی است. ازهمین‌رو به این عقود، عقود با حداکثر حسن‌نیت[۱۲۲] گفته می‌شود. در بیمه، طرفین قرارداد، خصوصاً بیمه‌گزار مکلف است حسن‌نیت را قبل و بعد از انعقاد قرارداد رعایت کند. مهم‌ترین مصداق حسن‌نیت در مرحله پیش از انعقاد، عبارت است از وظیفه افشای اطلاعات مرتبط و اساسی که در مواد ۱۲و ۱۳ قانون بیمه ۱۳۱۶ به‌صراحت با ضمانت اجرای بطلان و فسخ قرارداد پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۱۲: «هرگاه بیمه‌گذار، عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبه بنماید و مطالب اظهارنشده یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد، عقد بیمه باطل خواهد بود حتی اگر مراتب مذکوره، تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد. در این صورت، نه فقط وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست بلکه بیمه‌گر، حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند». همچنین مطابق ماده ۱۳: «اگر خودداری از اظهار مطالبی یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد، عقد بیمه باطل نمی‌شود. در این صورت، هرگاه مطلب اظهارنشده یا اظهار خلاف واقع، قبل از وقوع حادثه معلوم شود، بیمه‌گر حق دارد یا اضافه حق بیمه را از بیمه‌گذار در صورت رضایت او دریافت داشته، قرارداد را ابقا کند یا قرارداد بیمه را فسخ کند. در صورت فسخ، بیمه‌گر باید مراتب را به‌موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی دو قبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد. اثر فسخ، ده روز پس از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود و بیمه‌گر باید اضافه حق بیمه دریافتی تا تاریخ فسخ را به

---

۱۲۰. کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۵۵.

121. Insurer

122. Utmost Good Faith

بیمه‌گذار مسترد دارد. درصورتی‌که مطلب اظهارنشده یا اظهار خلاف واقع، بعد از وقوع حادثه معلوم شود، خسارت به نسبت وجه بیمه پرداختی و وجهی که باید در صورت اظهار خطر به‌طور کامل و واقع پرداخته شده باشد کاهش خواهد یافت». ماهیت خاص عقد بیمه یعنی اتکای بیمه‌گر به بیمه‌گذار، موجد حدوث مختصات خاصی در این عقد شده است که نتیجه آن، تحمیل وظیفه افشای اطلاعات به بیمه‌گذار است. دقت در مواد فوق، بیانگر دو واقعیت است: اولاً، در قانون بیمه به تعهد به دادن اطلاعات در مرحله پیش‌قراردادی، ضمانت اجرای مستقل داده نشده است، بلکه به فرضی توجه شده است که در آن، قراردادی منعقد شده و به اعتبار نقض تعهد به دادن اطلاعات، ضمانت اجرای بطلان یا فسخ، حسب مورد پیش‌بینی شده است. بنابراین درصورتی‌که قراردادی اصلاً منعقد نشده باشد، قانون بیمه، متضمن مقرره خاصی در خصوص وظیفه حسن‌نیت در مرحله مقدماتی نیست.

ثانیاً، حکم خاص قانون بیمه، مختص عقد بیمه و سایر عقودی است که بتوان نوعی رابطه اتکا و اعتماد بین طرفین احراز کرد. به‌عنوان مثال، می‌توان به قراردادهایی اشاره کرد که در آن فروشنده بر مبنای اخبار از ثمن، مورد معامله را به فروش می‌رساند. در این نوع روابط، ازآنجایی‌که قرارداد بر مبنای اتکای خریدار به اعلام صادقانه فروشنده از قیمت و سایر اطلاعات مرتبط منعقد می‌شود، فروشنده مکلف است حسن‌نیت را در قالب رعایت صداقت در اعلام قیمت و ... رعایت کند و الا طرف قرارداد می‌تواند قرارداد را فسخ کند. بنابراین، حکم قانون بیمه در روابطی که مبتنی بر رقابت محض و تعقیب منافع شخصی است قابل اعمال نیست.[۱۲۳]

با وجود این، می‌توان رگه‌هایی از حسن‌نیت را در حقوق ایران یافت، اگرچه این نشانه‌ها در مواردی است که قراردادی منعقد شده، بعداً فسخ یا رد شده است. یکی از جلوه‌های حسن‌نیت در مرحله مذاکرات این است که طرفین باید از هرگونه اقدامی که باعث فریب طرف مقابل می‌شود اجتناب ورزند. فریب‌دادن، جلوه‌ای از رفتار توأم با سوءنیت است. بنابراین اگر یکی از طرفین درنتیجه تدلیس طرف مقابل، به انعقاد قرارداد سوق یابد، می‌تواند به استناد ماده ۴۳۹[۱۲۴] قانون مدنی، معامله را فسخ کند. اهمیت حسن‌نیت در این بُعد بخصوص در فرضی ملموس‌تر است که پذیرفته شود که ترک فعل (سکوت) نیز می‌تواند تدلیس قلمداد شود.[۱۲۵،۱۲۶،۱۲۷]

۱۲۳. در فقه، بیع را به اعتبار اخبار از رأس‌المال به چهار دسته تقسیم می‌کنند: مساومه، مرابحه، مواضعه و تولیه. برای تفصیل بحث، ن.ک: حاجی‌پور؛ *همان*، ص۵۲ به بعد.

۱۲۴. اگر بایع تدلیس نموده باشد، مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.

۱۲۵. مکارم شیرازی، ناصر؛ *النکاح*، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب، ۱۴۲۴، جلد ۵، ص ۱۵۲ ـ مغنیه، محمد جواد؛ *فقه‌الامام صادق علیه‌السلام*، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱، جلد ۵، ص ۲۶۰

۱۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، جلد ۵، صص ۳۳۲ و ۳۳۳.

نمونه دیگر، فرضی است که در آن، شخص، مال متعلق به غیر را بدون رضایت وی به دیگری می‌فروشد. در چنین فرضی درصورتی‌که مالک، معامله را تنفیذ نکند، خسارات ناشی از کامل‌نشدن قرارداد با طرفی است که واقعیت را به طرف مقابلی که با اتکای به ظاهر معتبر، وی را مالک تلقی کرده است افشا نکرده است. مسئول‌بودن چنین شخصی درمقابل طرف مقابل که با حسن‌نیت به ظاهر معتبر، اتکای معقول و متعارف کرده است نشان‌دهنده این است که اشخاص در روابط خود باید صادق باشند و هر چیزی را که در حقوق و منافع طرف مقابل مؤثر است در اختیار وی بگذارند و الا در برابر چنین شخصی مسئول خواهند بود. ماده ۳۹۱ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورت مستحق‌للغیردرآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

در حقوق ایران، اصل بر آزادی مذاکره است و مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات، خلاف اصل است؛ اصلی که در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی نیز تأیید شده است. مطابق این ماده: «وعده ازدواج، ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد. بنابراین هریک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به‌هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت صرف امتناع از وصلت، مطالبه خسارتی نماید».[۱۲۸]

ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی، امکان مسئولیت ناقض وعده را در مواردی پیش‌بینی کرده بود ولی در اصلاحات سال ۱۳۷۱/۸/۱۴ قانونی مدنی حذف شد. مطابق این ماده: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی برهم زند درحالی‌که طرف مقابل یا ابوین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج، مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارت وارده برآید ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود». حذف این ماده، انتقادات نویسندگان حقوقی را در پی داشت تا اینکه قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به‌صراحت، مطالبه خسارات ناشی از برهم‌زدن نامزدی را در بند ۱ ماده ۴ پیش‌بینی کرد.

در حال حاضر، حکم به مسئولیت شخص در مرحله پیش‌قراردادی در صورتی ممکن است که تقصیر شخص طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی از طرف خواهان اثبات شود. جدای از قواعد عمومی مسئولیت مدنی، احکام مرتبط با قاعده لاضرر و سوءاستفاده از حق[۱۲۹] هم می‌تواند در

---

۱۲۷. ن.ک: حاجی‌پور؛ *همان*.

۱۲۸. ارتباط جنسی و وعده ازدواج، قطع‌نظر از صحت و سقم قضیه، ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند. لذا اجبار متهم به ازدواج با متهمه، فاقد وجاهت قانونی است. (رأی شماره ۵۰۹۲– ۲۰/ ۹/ ۷۳ ـ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور) حسینی، سیدمحمدرضا؛ *قانون مدنی در رویه قضایی*، مجد، ۱۳۸۳، ص ۲۷۱.

۱۲۹. ن.ک: بهرامی احمدی، حمید؛ *سوءاستفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، اطلاعات، ۱۳۷۷.

تثبیت رفتار توأم با حسن‌نیت به کار آید، بدین صورت که شخصی که اتکای دیگری را برانگیخته و سپس، آن را به هم زده، از حق خود مبنی بر قطع مذاکرات، سوءاستفاده کرده و مسئول آن است ولی این مسئولیت، فراتر از جبران خسارات اتکایی نخواهد رفت و خسارات متوقع و الزام به انعقاد قرارداد نمی‌تواند در حقوق ایران قبول شود.

در بحث تعهد به دادن اطلاعات و رازداری، اگر توافق خاصی بین طرفین در این خصوص واقع شده باشد، طبق اصل حاکمیت اراده باید به این توافق احترام گذاشت و الا موضوع، تابع اوضاع‌واحوال است؛ بدین صورت که اگر قراین نشان دهد که دادن اطلاعات و رازداری، بخشی از تعهدات طرفین پیش از انعقاد است باید به آن عمل کرد، خصوصاً اگر عرف خاصی در این خصوص باشد که موضوع را تقویت می‌کند و الا صرف عدم ارائه اطلاعات و عدم رازداری، صرفاً رعایت‌نکردن قواعد اخلاقی است و اثر خاص حقوقی بر آن مترتب نخواهد شد.

نتیجه

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (کنوانسیون *وین*) گامی است در راستای ایجاد وحدت در یکی از مهم‌ترین ابعاد حقوق خصوصی یعنی بیع کالا. الحاق کشورهایی که دارنده نقش دوسومی در اقتصاد جهانی هستند حکایت از موفقیت این سند در جذب کشورهای مختلف با مختصات متفاوت فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و حقوقی دارد. لیکن این موفقیت، همه ابعاد کنوانسیون را دربرنمی‌گیرد. جایگاه حسن‌نیت در انعقاد قرارداد، یکی از مهم‌ترین حوزه‌هایی است که ابهام متنی موجود در ماده ۷ کنوانسیون، زمینه را برای تشتت آرا به وجود آورده است، طوری که آرای صادره در این خصوص، متأثر از پیشینه حقوقی مرجع تصمیم‌گیر است، بدین ترتیب که مراجع حقوق نوشته از توسعه حسن‌نیت به طرفین و حتی مذاکرات دفاع می‌کنند درحالی‌که مراجع کامن‌لایی از محدودکردن حسن‌نیت به تفسیر خود کنوانسیون حمایت می‌کنند؛ تفسیری که بیشتر با تاریخ سند و متن آن در تطابق است. لیکن می‌توان رگه‌هایی از توجه به حسن‌نیت پیش‌قراردادی را در ماده ۱۶ کنوانسیون ملاحظه کرد که در آینده از طرف موافقان اصل حسن‌نیت، بیش از پیش به کار گرفته خواهد شد. تشتت به‌وجودآمده، نتیجه انتخاب راه‌حل سازشی برای راضی‌کردن همه طرف‌های درگیر در تدوین سند است که به هریک از طرفین رابطه، ابزاری می‌دهد تا متناسب با نظام حقوقی خود از سندی واحد، تفسیری متفاوت ارائه کنند. ابهام ماده ۷، فعالان تجاری را در خصوص نحوه برخورد مراجع قضایی یا غیرقضایی نسبت به اختلاف حادث، سردرگم کرده است و این امر ممکن است آن‌ها را به حذف ماده ۷ از قلمرو قرارداد تحت شمول سوق دهد. به‌علاوه، اختلافات درباره ماده ۷ ممکن است مانع از عضویت

کشورهایی شود که در خصوص الحاق یا عدم الحاق به آن در تردیدند.

در حقوق ایران، عدم تصریح به حسن‌نیت، راه را برای ارجاع مستقیم به حسن‌نیت به‌عنوان منبع تعهدات طرفین می‌بندد. لیکن در نظریه‌های سوءاستفاده از حق، لاضرر، مسئولیت بایع فضولی در برابر خریدار با حسن‌نیت و دیگر مواردی که در آن به تعهدات تبعی همچون دادن اطلاعات (مثل تعهد بیمه‌گذار) اشاره شده است می‌توان نشانه‌هایی از حسن‌نیت در انعقاد قرارداد را ملاحظه کرد، اگرچه اصل اولیه حاکم، همان اصل آزادی مذاکره و تعقیب منافع شخصی است. بنابراین با لحاظ اینکه رویکرد حقوق ایران در بحث حسن‌نیت در انعقاد قرارداد، بیشتر به رویکرد کشورهای کامن‌لایی نزدیک است تا حقوق نوشته، از این حیث، الحاق ایران به کنوانسیون *وین*، مشکلی به وجود نمی‌آورد.

منابع:

الف) فارسی و عربی

- امام، فرهاد و بهروز اخلاقی؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۷۹.
- بهرامی احمدی، حمید؛ *سوءاستفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، اطلاعات، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *حقوق تعهدات*، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- حسینی، سیدمحمدرضا؛ *قانون مدنی در رویه قضایی*، مجد، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳ و ۵، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
- مغنیه، محمد جواد؛ *فقه‌الامام صادق علیه‌السلام*، جلد ۵، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ *النکاح*، جلد ۵، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب، ۱۴۲۴.

ب) انگلیسی

Books

- Doris, M. J, *Dispute Avoidance and European Contract Law: Dealing with Divergence*, Groningen, 2008.
- Nolan, Joseph R, & Nolan- Haley, Joseph M., *Black's Law Dictionary*, 6th ed, 1990.

Articles

- Bao, Thai, "Culpa in Contrahendo in English Law", Available at: www.baolawfirm.com (Last visited: 2011/ 3/20).
- Bonell, Joachim Michael, "Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles", *Loyola Law Review*, 2005.
- Bonell, Joachim Michael, *Interpretation of Convention in Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention, Art. 7*, Dott. A. Guiffre ed, 1987.
- Burton J. Steven, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harva. L. Rev*, 1980.
- Carbonneau, Thomas E. & Firestone, Marc S., "Transnational Law-Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication", *EMORY J. INT'L Disp RESOL*, 1986.
- C. Von Bar, Clive & Schulte- Nolke, Beale, Herre, Huet *et al*, "Precontractual Liability and the Drug of Good Faith: A Comparative Analysis between Scots Law and the DCFR, with a Brief Examination of Treatment in Common Law and Civilian Legal Systems", *Sellier Munich*, 2009.
- Cvetkovic, Predrag, "The Characteristics of an Offer in CISG and PECL", *Pace Int'l, L. Rev*, 2002.
- Enderlein, Fritz, "Rights and Obligations of the Seller under the UN

Convention on Contracts for the International Sale of Goods", in *International Sale of Goods*: Dubrovnik Lectures, Petar Sarcevic & Paul Volken eds, 1986.

- Eorsi, Guyla, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *AM. J. Comp. L*, 1983.
- Eorsi, Gyula, "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *AM. J. COMP. L*, 1979.
- Farnsworth, E. Allan, "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relative International Conventions, and National Laws", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995.
- Farnsworth, E. Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Colum. L. Rev*, 1987.
- Farnsworth, E. Allan, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code", *University of Chicago Law Review*, 1963.
- A. M. Garro, "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG", 69 *Tul. L. Rev*.
- Gil Wallin, Silvia, "Liability under Precontractual Agreement and Their Application under Colombian Law and the CISG", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2007.
- Hartkamp. Arthur S, "Judicial Discretion under the New Code of the Netherlands", *American Journal of Comparative Law*, 1992.
- Hellner, Jan, "Gap-filling by Analogy: Art. 7 of the U. N. Sales Convention in Its Historical Context", in: Ramberg (ed.), *Studies in International Law: Festskrift till Lars Hjerner, Stockholm: Norstedts, 1990.*
- John O., Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1982.
- Ikonomi, Ergysa & Zyberaj, Jonada, "Bona Fides Principle's Value in Pre-Contractual Liability", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 2013.
- Keily, Troy, *Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1999.
- Kessler, Friedrich & Fine, Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harvard Law Review*, 1964.
- Klein, John & Bachechi, Carla, "Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions", *Houston Journal of International Law*, 1994.
- Klein, John, "Good Faith in International Transactions", XV(2) *The Liverpool L. Rev*. 1993.
- Koneru, Phanesh, "The International Interpretaion of the UN Convention

on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997.
- Kritzer, H. Albert, "A Precontractual Liability", in *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1994.
- Lookofsky, Joseph, "Walking the Article 7(2) Tightrope between CISG and Domestic Law", *J. L. & Com*, 2006.
- Mason. Anthony, "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing", *Law Quarterly Review*, 2000.
- Nicholas, Barry, "The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation?", 1993.
- O'Neil, Barry, "What Does It Mean for Nations to Negotiate in Good Faith", Available at: polisciulca.edu/faclety/boneil/goodfaith5.pdf.
- Palmieri, N. W, "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations", *Seton Hall Law Review*, 1993.
- Perillo, Joseph M, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and A Review", 63, *Fordham L. Rev*, 1994.
- Powers, J. Paul, "Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, 1999.
- Reinhart, Gert, "Development of A Law for the International Sale of Goods", *CUMB. L. REV*, 1984.
- Sims, Vanessa, "Good Faith in Contract Law: of Triggers and Concentric Circles", *Ankara L. Rev*, 2004.
- Spagnolo, Lisa, "Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability", *Temple International and Comparative Law Journal*, 2007.
- Summers, S. Robert, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *VA. L. Rev*, 1968.
- Tetley, William, "Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering", *J. Mar. L. & Com.*, 2004.
- Le Tourneau, Philippe, "Bonne Foi", Dalloz, *Encyclopédie Juridique*, 1994.
- Yee, Woo Pei, "Rethinking a Principle Underlying Contract Law", *Singapore Law Review*, 2002.
- Zaccaria, Elena Christine, "The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade", *Macquarie Journal of Business Law*, 2004.
- Zweigen, Kotz, *Introduction to Comparative Law*, vol. II, T. Weir Trans. 2nd ed, 1987.
- www.unilex.info/case.cfm?id=205. Available at: www.cisg.law.pace.edu (last visited: 2012/5/20).

Good Faith in Formation of Contract with Emphasis on the Convention for the International Sale of Goods

Morteza Hajipour [1]

Persian text pp. 307 - 338

Abstract

Principle of good faith plays its role in various forms in conclusion of a contract. Some aspects of this role is played in pre-contractual stage in the form of imposing limitations on principle of freedom of negotiation and also being as a basis for secondary obligations such as duty to disclose information and the duty of confidentiality. There is no agreement among legal systems concerning the status of good faith in contract-making. Disagreement particulary appears in interpreting the ambiguous text of article 7 of the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG). This research aims to study and analyze the status of good faith in contract formation in the context of CISG. In an ultimate conclusion, it can be said that there is no coherent approach concerning the application of good faith in contract formation in context of CISG. As a result, it can be argued that there is a conformity between Iranian law and CISG.

Keywords

Good Faith, Freedom of Negotiation, Duty of Disclosure, Duty of Confidentiality, CISG and Article 7

1. Assistant Professor of Law at Shahid Madani University, mhajipour21@gmail.com

The Usages of Military Nanotechnology in Light of International Humanitarian Law

Abbas Tadayoni [1]
Seyyed Mostafa Kazerooni [2]

Persian text pp. 257 - 306

Abstract

Military Nanotechnology is defined as one of the new technologies present in armed conflict areas. Although the basic philosophy of nanotechnology development in military industries was set up for urban combat, gradually its cumulative effect on all aspects of military science and industries has enabled us to understand military nanotechnology in all types of armed conflicts. No doubt, the development of military nanotechnology in the past years has led to major casualties to civilians and civilian targets that the observance of international humanitarian law seems inevitable. However, there are major challenges and gaps such as how to adjust certain principles of international humanitarian law with military nanotechnology in armed conflicts or whether there are relevant rules in international law for limiting the use of military nanotechnology. The conclusion of the current study shows that although there isn't any certain international convention in the field of military nanotechnology in armed conflict situations, but at the one hand, it is possible to develop principles of international humanitarian law such as the principle of distinction between combatant and non-combatant, the principle of causing serious damage to the natural environment, principle on unnecessary suffering and on the other hand, by relying on voluntary limitation, proactive control and soft law, we can regulate the military nanotechnology in armed conflict situations and consequently we can see a greater respect of international humanitarian law among States.

Keywords

Military Nanotechnology, International Humanitarian Law, Principle of Distinction, Principle of Causing Serious Damage to Natural Environment, Principle on Unnecessary Suffering

1. Corresponding Author, Assistant Professor of International Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, tadayoni@shirazu.ac.ir

2. M. A. in International Law, mostafakazeroni@yahoo.com

The IAEA Disputes over Iran's Nuclear Program in Light of International Law

Seyyed Hossein Sadat Maydani [1]

Persian text pp. 219 - 256

Abstract

Interpreting and adjudicating "international concerns" and "international obligations" in Iran's nuclear program has always been among disputed issues between all engaged and interested parties with their own positions and contradictory views. While, the first issue is subjective in nature, the latter could be an objective one that can be defined and decided according to the applicable international law and the established facts. Some parties are referring to "international legitimate concerns of the international community" and also are demanding the Islamic Republic of Iran to abide by its so-called "international obligations". They insist on their duties to ensure the implementation of international obligations by Iran and urging the compliance to international requirements. On the other side, the Islamic Republic of Iran while declaring its readiness to engage with such concerns believes that it can fully enjoy its rights according to the Nuclear Non-proliferation Treaty (NPT). Beside other legal claims, through the application of the rules and principles of the law of treaties, this paper deals with some major legal disputes raised between the Islamic Republic of Iran and the IAEA in terms of verification of non-compliance, reporting the Iranian case to the Security Council, suspending the implementation of subsidiary arrangements and finally exercising IAEA's competence with respect to the non-declared activities.

Keywords

Iran Nuclear Program, IAEA, Law of Treaties, Safeguard Obligations, Suspension of Treaties, Arbitral Tribunal, Security Council

1. Lecturer at the School of International Relations of the Iranian Ministry of Foreign Affairs, hossein_sadat@yahoo.com

Historical and Analytical Examination of Enforcement of ICJ Judgments

Ali Izadi [1]

Persian text pp. 191 - 218

Abstract

Together with the Security Council and the General Assembly, the International Court of Justice is one of the most important guarantors of peace, security and cooperation among states. The ICJ is a prominent mode of international dispute settlement and its judgments are binding upon states. Article 94(2) of the Charter of United Nations invests the Security Council with the power to give effect to a judgment of the ICJ, yet in its entire history, the Security Council has never employed its Article 94 powers even on occasions of clear non-compliance. Despite the relative lack of mechanism for the enforcement of judgments of the court, judgments have generally been complied with in practice. This study examines the degree of state compliance and the factors influencing it along with the role of the Security Council as the guarantor of the implementation of the decisions of the Court.

Keywords

International Court of Justice, Enforcement of judgments, Article 94 of the United Nations Charter, Security Council, International Community

1. Phd. in International Law, Tehran University, ut.izadi@yahoo.com

Treaties Providing Rights for Third States with an Overview of Article 36 of the Vienna Convention on the Law of Treaties

Hamid Alhooii Nazari [1]

Persian text pp. 167 - 190

Abstract

Consent is one of the fundamental principles in the realm of treaties. Article 36 of the Vienna Convention on the Law of Treaties deals with the conditions under which any State may be entitled to invoke a right under a treaty to which it is not a member. Providing right for the third State should be examined in the light of essential criterion of consent in conventional international law. Therefore this crux of the problem is whether the right of the third State is derived from the original treaty or from that States' acceptance of the right or in other words, is the conclusion of a treaty among the third State and the original treaty parties. Given the crucial role of treaties in the international law, the understanding of legal dimensions of this entity is significant in the realm of conventional law and the Vienna Convention. In relation to this issue, although there are a few case laws, the trace could be seen in the annexed opinion of judges to *PCIJ* and *ICJ* decisions. This article analyzes the right for third law entities and explains items that are *prima facie* placed in this realm, but they are not actually instances of article 36 of the Vienna Convention.

Keywords

Case Law, Collateral Agreement, Relativity of Treaties, Third State Consent

1. Associate Professor of Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, soohan@ut.ac.ir

Law and Diplomacy in Light of the Jurisdiction of Islamic Republic of Iran's Courts Act for Adjudicating Civil Litigations against Foreign States and Related Acts of the U.S.A.

Alireza Zaheri [1]

Persian text pp. 123 - 166

Abstract

Owing to their diplomatic nature, both the Jurisdiction of Iranian Courts' Act and the Terrorism Exception to Foreign Sovereign Immunities Act of the U.S.A use notions with different implications which may accompany with political orientations. The foregoing Acts lack transparency, uniformity and predictability in legislative and also in execution phases. Hence, the nature of these Acts have been transformed from a set of legal rules to phenomena which instead of creating a uniform principle for similar situations, build a tool dealing with political disparities. These Acts fail to meet traits of legal norms including "generality, commonness and permanency". As a matter of fact, these Acts are alternative tools which have been chosen among others in lieu of the use of force by States. The aforementioned Acts have not been adopted to organize the relations among States and include only targeted States. These Acts are conditional and include only States defined as sponsors of terrorism. Finally, they are not permanent and exist only until the description of "sponsored terrorism" remains or, at last, until the relations among State become normal. It is evident that they have no intention to create a legal rule governing the normal situations. However, in their lifetime, they generate bad effects, malpractice and hazardous jurisprudence.

The abovementioned consideration has somehow been confirmed in the case of Jurisdictional Immunities of the States, Germany v. Italy by the International Court of Justice (ICJ) recognizing the U.S.A Acts as not a settled practice. Hence, scrutinizing the Acts just from a legal or diplomatic prospect may not create reliable consequences. Therefore this survey studies them from an upper horizon which includes non-legal and judicial aspects.

Keywords

Territorial and extra-territorial jurisdiction, State Sponsored Terrorism list, Terrorist, U.S.A's Foreign Sovereign Immunities Act, Jurisdiction of Islamic Republic of Iran's Courts Act, Functioning of the Acts

1. Assistant Professor of Law, Azad University-Tehran, Central Branch, azaheri878@gmail.com

Sanctions on Islamic Republic of Iran Shipping Lines in the Perspective of International Law

Seyyed Yaser Ziaee [1]
Mahnaz Rashidi [2]

Persian text pp. 91 - 122

Abstract

Sanctions on Iran shipping lines *(IRISL)*, the major part of which consists of inspecting the ships' cargo which their destination or departure is Iran in different marine zones, and also blocking the assets of the respective organizations found new dimensions after the adoption of the United Nations Security Council Resolution 1929. Furthermore, the European Union Council decided to designate some companies in its sanctions list, which are affiliated to *IRISL* multilateral and unilateral navigation sanctions against Iran. These acts are contrary to some special and general principles of international law including rules of human rights, respective bilateral and unilateral conventions and some customary rules. Accordingly, legality of the most of these sanctions can be challenged and it can give rise to the responsibility of relevant States.

Keywords

Sanctions on Iran's Shipping Lines, Unilateral Sanctions, Smart Sanctions, Iran's Nuclear Program, International Law

1. Corresponding Author, Associate Professor of International Law, Qom University, yaserziaee@gmail.com
2. M.A. in International Law, Qom University, Mahnazrashidi88@gmail.com

Judicial Control of International Courts on the United Nations Security Council

Seyyed Fazlollah Moosavi [1]
Vahid Bazzar [2]

Persian text pp. 59 - 90

Abstract

United Nations Security Council as the primary responsible organ for the maintenance of international peace and security and the superior political part of international order, has a prominent place in international community. However, this prominent position will not prevent International Courts to judicially control acts of this organ. Based on a precedent which has been started since 2008 and in *Kadi Case*, the European Court of Justice has frequently acted to judicially control Security Council acts in numerous instances. Moreover, other International Courts have declared their opinions on challenge of possibility of Judicial Control of Security Council acts. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in Tadic Case, European Court of Human Rights in Behrami and Saramati Case and Nada Case, Special Tribunal for Lebanon in Ayyash Case, and International Criminal Tribunal for Rwanda in Kanyabashi Case, confronting this question in exercising of their jurisdiction, have adopted various approaches. However, this possibility has existed for International Criminal Court to judicially control the resolutions which contains referred position by the Security Council. While International Court of Justice has no limitation in this regard, in Lockerbie Case, Namibia Case, Certain Expenses Case, and Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Case which can control the legitimacy of Council acts, conveniently abstained and preferred to continue to pacific coexistence with Security Council, acting as two organs of an International organization. Thus, there is an emerging International practice related to possibility of Judicial Control of International Courts on Security Council.

Keywords

Security Council, International Court of Justice, European Court of Human Rights, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, Special Tribunal for Lebanon, International Criminal Court, European Court of Justice

1. Professor of Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, sfmoosavi@gmail.com
2. Corresponding Author, Phd. Student of International Law, Azad University, vahidbazzar@gmail.com

The Right to Access to Essential Drugs within the Framework of TRIPS Agreement and the Challenge of Protection of International Human Right to Health

Saber Niavarani [1]
Ehsan Javid [2]

Persian text pp. 29 - 58

Abstract

The right to access to essential and lifesaving drugs is considered as one of the most fundamental human rights which is necessary for the enjoyment of mental and physical health. However, this right has not been clearly defined in any international human rights document. With reference to international intellectual property law, one of the most important problems regarding this right is international protection for medical innovations. It is worth mentioning that a potential conflict may occur between international intellectual property law and international human rights law. TRIPS agreement has provided some flexibilities for adjustment and solving this potential conflict. In accordance with TRIPS agreement, states are obligated to enter into negotiations with patent holders for issuing licenses. Furthermore, in this article it is argued that in times of public emergency and other extreme emergency positions, such as epidemics, states are empowered to issue compulsory licenses without meeting the provided conditions in TRIPS agreement. Moreover, Doha Declaration and TRIPS Council Decision have established a new framework for issuing compulsory licenses.

Keywords

Right to Health, Access to Medicine, TRIPS Agreement, Exclusive Right, Compulsory License, Doha Declaration

1. Assistant Professor of International Law, Azad University, sabberniavarani@gmail.com
2. Corresponding Author, Faculty Member of Azad University, e.javid897@gmail.com

Necessity of Cooperation in International Taxation

Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi [1]
Saeid Abbasi [2]

Persian text pp. 9 - 28

Abstract
Modern technologies brought about unbelievable evolution in international trade and business. Old legal principles including *Benefit* and *Ability to pay* and old concepts like *Capital Import Neutrality (CIN)* and *Capital Export Neutrality (CON)* are not anymore enough to answer the new problems arising from this evolution. International business taxation shall keep pace with this evolution. There are two approaches in this regard: an international taxation system or international tax cooperation. The first approach seems impractical. Hence, the second approach is the solution of the present problem of international business taxation.

Keywords
International Taxation, Tax System, International Cooperation, Old Principles and Concepts

1. Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University, mjg.jahromi@gmail.com
2. Corresponding Author, Phd. Student of International Law, Shahid Beheshti University, saeid.abasi1207@yahoo.com

International Law Review

Spring - Summer 2016

Contents **page**

- **Necessity of Cooperation in International Taxation** **9**
  Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi & Saeid Abbasi
- **The Right to Access to Essential Drugs within the Framework of TRIPS Agreement and the Challenge of Protection of International Human Right to Health** **29**
  Saber Niavarani & Ehsan Javid
- **Judicial Control of International Courts on the United Nations Security Council** **59**
  Seyyed Fazlollah Moosavi & Vahid Bazzar
- **Sanctions on Islamic Republic of Iran Shipping Lines in the Perspective of International Law** **91**
  Seyyed Yaser Ziaee & Mahnaz Rashidi
- **Law and Diplomacy in Light of the Jurisdiction of Islamic Republic of Iran's Courts Act for Adjudicating Civil Litigations against Foreign States and Related Acts of the U.S.A.** **123**
  Alireza Zaheri
- **Treaties Providing Rights for Third States with an Overview of Article 36 of the Vienna Convention on the Law of Treaties** **167**
  Hamid Alhooii Nazari
- **Historical and Analytical Examination of Enforcement of ICJ Judgments** **191**
  Ali Izadi
- **The IAEA Disputes over Iran's Nuclear Program in Light of International Law** **219**
  Seyyed Hossein Sadat Maydani
- **The Usages of Military Nanotechnology in Light of International Humanitarian Law** **257**
  Abbas Tadayoni & Seyyed Mostafa Kazerooni
- **Good Faith in Formation of Contract with Emphasis on the Convention for the International Sale of Goods** **306**
  Morteza Hajipour
- **Abstracts in English**

International Law Review

(Semi-Annual)
Vol. 54; Spring - Summer 2016
ISSN 2251-614X
Indexed in ISC (Islamic World Science Citation Center)

Director-in-Charge: Mohsen Mohebbi
Editor-in-Chief: Abbas-Ali Kadkhodaei
Executive Director: Hassan Ghamari

Editorial Board:

Nejad Ali Almasi ……*Tehran University*
Ebrahim Beigzadeh……*Shahid Beheshti University*
Rabia Eskini……*Research Institute of Nuclear Sciences and Technology of A.E.O.I*
Hedayatollah Falsafi……*Shahid Beheshti University*
Mohsen Mohebbi…… *Tehran Azad University*
Seyyed Fazlollah Moosavi……*Tehran University*
Hamid Reza Nikbakht……*Shahid Beheshti University & Scientific Board Member*
Seyyed Hossein Safaie……*Tehran University & Scientific Board Member*
Seyyed Jamal Seifi……*Shahid Beheshti University & Scientific Board Member*
Seyyed Ghasem Zamani……*Allameh Tabatabaei University*
Mohammad-Reza Ziaie Bigdeli……*Allameh Tabatabaei University*

Publisher Disclaimer:

The opinions, interpretations, and viewpoints adopted in the articles and documents published in the *International Law Review (ILR)* are exclusively attributable to their authors and their publications by *ILR* may not in any way imply endorsement of those standpoints by Centre for International Legal Affairs (CILA) and/or the *ILR*. CILA's involvement is only limited to granting material support to *ILR* for dissemination of international law literature. The authors are always responsible for the content of their published material in all respects.

Published by:

Academic & Research Department of the Center for International Legal Affairs (CILA)
No. 80, Shahid Seyyed Abbas Mousavi St. (North Forsat)
Taleghani Ave. Tehran, Iran - Post Code. 15836 - 36834
Tel: (+98 21) 88825071-5 – Fax: (+98 21) 88823812 – 88328826
Email: cilamag@iripo.ir - Website: www.cilamag.ir & www.cila.ir
Also cited at: www.isc.gov.ir; www.ricest.ac.ir; www.magiran.com; www.noormags.com