



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 - پژوهشی» منتشر می‌شود.

شماره شاپا: ۶۱۴X - ۲۲۵۱

به کلیه مقالات، شناسه دیجیتال اسناد (DOI) اختصاص یافته است.

دوفصلنامه علمی - پژوهشی

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

سال سی‌وسوم، شماره ۵۵، پاییز - زمستان ۱۳۹۵

مدیر مسئول: محسن محبی

سرمدیر: عباسعلی کدخدایی

مدیر اجرایی: حسن قمری

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

اعضای هیئت تحریریه:

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

ویراستار فارسی: مجید ادیب

ویراستار انگلیسی: مرتضی پروانه شمایی

امور مشترکین: مجید افراز

حروف‌نگار: فاطمه ساریخانی

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

کد پستی: ۳۶۸۳۴ - ۱۵۸۳۶

تلفن: ۵ - ۸۸۸۲۵۰۷۱، نمابر: ۸۸۳۲۸۸۲۶ - ۸۸۸۲۳۸۱۲

Email: cilamag@iripo.ir - Website: www.cilamag.ir (سامانه 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: ۵-۸۸۸۲۵۰۷۱، 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 - 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، تقاسیم و مواضع متخذه در مقالات و اسناد منتشره در مجله حقوقی بین‌المللی منحصراً نظیر مواضع 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 داورهای بین‌المللی دعوت می‌شود تا مقالات تألیفی خود را که مرتبط با موضوع و هدف مجله باشد جهت بررسی و چاپ صرفاً از طریق ثبت نام روی سامانه اختصاصی مجله حقوقی بین‌المللی به نشانی www.cilamag.ir پس از دریافت رمز عبور، 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 با قلم B Mitra 13 و در زیرنویس با قلم B Mitra 10 و در متن انگلیسی با قلم Times New Roman 11 و در زیرنویس با قلم Times New Roman 8 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: به صورت زیرنویس با آوردن نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب فارسی/ایرانی و عنوان کتاب انگلیسی یا فرانسه به صورت/ایتالیک، نام مترجم، ناشر، سال انتشار، شماره جلد و صفحه مورد استفاده (در هر جا که نقل قول مستقیم و غیرمستقیم پایان می‌پذیرد)
 - (ب) مقالات: به صورت زیرنویس به ترتیب 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 به صورت کلی و بدون تعیین دقیق نام مؤلف یا عنوان کتاب مجاز نیست. ذکر تاریخ مراجعه به سایت ضروری است.
 - (د) در صورت تکرار منبع، اکتفا به درج کلمه «همان»، به صورت ایرانیک، شماره جلد و صفحه.
 - (ه) در مورد 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 به ترتیب 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 به صورت 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 ۱۵۸۳۶-۳۶۸۳۴ 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 واریز شده 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، ۳۰، ۳۲ و ۳۸	۱۲۰۰۰ ریال
۳۹	۱۵۰۰۰ ریال
۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۵ و ۴۷	۲۰۰۰۰ ریال
ویژه‌نامه زمستان ۸۹ (مقالات ترجمه‌شده)	۲۰۰۰۰ ریال
ویژه‌نامه زمستان ۹۱ (مقالات ترجمه‌شده)	۳۲۰۰۰ ریال
۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳ و ۵۴	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 - ۸۸۸۲۵۰۷۱ داخلی ۱۵۷

مجله حقوقی بین‌المللی

شماره ۵۵ (پاییز - زمستان ۱۳۹۵)

نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی
ریاست جمهوری

فهرست مطالب

صفحه

- ♦ تأملی دوباره بر اصل رضایی بودن صلاحیت در عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری ۹
جمشید ممتاز، مسعود علیزاده، شهرام زر نشان
- ♦ دعوی متقابل در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، دستور قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲ ۳۱
در قضیه کشتی ویرجینیا جی (پاناما/ گینه بیسائو)
محسن محبی، هادی آذری
- ♦ ابعاد حقوقی بین‌المللی مقابله با آلودگی نفتی دریایی و نظام مسئولیت کیفری ۵۳
محمدجعفر قنبری جهرمی، نگین شفیعی بافتی
- ♦ حقوق بشر و حق بر فراموش شدن در عصر فناوری‌های نوین اطلاعاتی ۸۱
سیدقاسم زمانی، شیما عطار
- ♦ پرونده گابچیگوو - ناگیماروس: ۱۰۹
نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در برجسته‌سازی مفهوم توسعه پایدار
ستار عزیزی، سید مهدی موسوی

- ♦ قابلیت اعمال قواعد امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای حل
تعارض محاکم بین‌المللی
علی ایزدی
۱۳۵
- ♦ اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی
مهدی مؤمنی
۱۵۹
- ♦ حقوق خواهان و خوانده از منظر حقوق بشر، با تأکید خاص بر رویه دادگاه
اروپایی حقوق بشر
مسعود راعی دهقی، کاوه موسوی
۱۸۵
- ♦ شرایط اعمال تحدید مسئولیت صاحبان کشتی دریایما
(بررسی کنوانسیون بین‌المللی تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی ۱۹۷۶)
فیض‌الله جعفری، مهرناز مختاری
۲۱۱
- ♦ رجوع از ایجاب در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)
فخرالدین اصغری آقمشهدی، حسین کاویار
۲۳۳
- ♦ گزارش آرای دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده
۲۶۹
- ♦ نمایه مقالات شماره‌های ۵۳ و ۵۴ مجله حقوقی بین‌المللی
چکیده مقالات به زبان انگلیسی
۲۷۳

تأملی دوباره بر اصل رضایی بودن صلاحیت در عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری

جمشید ممتاز*

مسعود علیزاده**

شهرام زر نشان***

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23521

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۵/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۲۲

چکیده

اصل رضایی بودن، یکی از شاخصه‌های اصلی رسیدگی قضایی در جامعه بین‌الملل امروز به شمار می‌رود. این نکته که دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌تواند بدون رضایت یک دولت، وارد رسیدگی قضایی شود، ریشه در اساسنامه این دادگاه جهانی دارد که فلسفه آن را نیز باید در ساختار تکامل نیافته جامعه جهانی جست. با این حال، از آنجاکه بسیاری این اصل را برخلاف مفهوم بسط دادگستری و گسترش عدالت دانسته‌اند، انتقادات بسیاری نسبت به آن مطرح شده است. اما علی‌رغم همه این انتقادات، دیوان بین‌المللی دادگستری کوشیده است - تقریباً بدون هیچ استثنایی - از این اصل بنیادین در همه رسیدگی‌های ترافیعی حراست کند. ولی بررسی رویه قضایی دیوان در عرصه صلاحیت مشورتی، گویای نوعی نرمش در اعمال اصل رضایی بودن به شمار می‌رود. به اختصار باید گفت، دیوان از یک سو با تأکید بر رضایت دولت‌ها به عنوان پیش شرط هرگونه اظهار نظر ترافیعی، توانسته است جایگاه رفیع خود را به عنوان یک نهاد قضایی بی‌طرف و خالی از شائبه‌های سیاسی حفظ کند و از سوی دیگر، با ارائه تفسیری پیشرو از اصل رضایی بودن در عملکرد مشورتی خود، به دور از باریک‌اندیشی‌های سنتی، جایگاه خود را به عنوان رکن اصلی قضایی ملل متحد باز یابد. درحقیقت، باید ایجاد نوعی موازنه میان این «دوگانگی کارکرد» را شاهکار قاضی دادگاه جهانی برای تکمیل اندیشه دادگستری در نظم حقوقی بین‌المللی توصیف کرد.

* استاد دانشگاه تهران، عضو مؤسسه حقوق بین‌الملل و رئیس اسبق کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد
djmontaz@yahoo.com

massoud.alizadeh1@gmail.com

szarneshan@yahoo.com

** نویسنده مسئول، استادیار دانشگاه پیام نور سمنان، مرکز گرمسار

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان

واژگان کلیدی

دیوان بین‌المللی دادگستری، اصل رضایی‌بودن، رسیدگی مشورتی، رسیدگی ترافی، روبه‌قضایی بین‌المللی، رضایت دولت‌ها، شیوه قضایی حل اختلافات بین‌المللی

مقدمه

گرایش دیوان بین‌المللی دادگستری به اصل رضایی‌بودن صلاحیت، ریشه در اساسنامه این نهاد قضایی دارد. به‌موجب اساسنامه، صلاحیت دیوان، شامل «تمام پرونده‌هایی است که طرفین، رضایت خود را برای رسیدگی اعلام کرده‌اند».^۱ اعمال این اصل، تنها معطوف به رسیدگی‌های ترافی نیست: گفته شده است که در اعمال صلاحیت مشورتی نیز «اصول قابل‌اعمال در رسیدگی‌های ترافی» از جمله اصل رضایی‌بودن باید الهام‌بخش رویکرد قضایی دیوان باشد.^۲ این امر به‌ویژه در مواقعی صادق است که نظر مشورتی درخواست‌شده، مربوط به مسئله‌ای حقوقی است که در زمان طرح به اختلاف میان دو یا چند دولت تبدیل شده است.^۳ از آنجاکه در چنین موردی ممکن است نظر مشورتی از برخی جهات به حکم قضایی شباهت پیدا کند، نباید بدون رضایت اصحاب دعوا صادر شود.

باید اذعان کرد که دیوان بین‌المللی دادگستری از این حقیقت آگاه است که بسیاری از دولت‌ها به دلایل مختلف سیاسی، چندان تمایلی ندارند که اختلافات خود را به این نهاد قضایی ارجاع دهند. لذا گاه با حساسیتی «مفرط»^۴ می‌کوشد تا صلاحیت خود را صرفاً بر مبنای رضایت دولت‌هایی استوار کند که منافع حقوقی آن‌ها به چالش کشیده شده است. همین رویکرد، گاه سبب می‌شود تا دیوان با استفاده از اختیار صوابدیدی مندرج در اساسنامه، از رسیدگی به یک پرونده خودداری کند.^۵

کم نیستند حقوق‌دانانی که از این رویکرد مضیق دیوان در اعمال اصل رضایی‌بودن، اظهار تأسف کرده‌اند. از نگاه این صاحب‌نظران، روبه دیوان، مانعی در اعمال وظیفه‌ای است که منشور ملل متحد بر عهده این نهاد گذاشته است. نباید فراموش کرد که در منشور ملل متحد، از دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان «ارگان اصلی قضایی ملل متحد» یاد شده است. در این راستا پروفیسور فرهوفن - که خود از طرفداران جدی اصل رضایی‌بودن رسیدگی به شمار می‌رود -

۱. پاراگراف اول از ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

۲. ماده ۶۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

۳. ماده ۱۰۲ آیین‌نامه دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری.

۴. Ch. De VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960, p. 459.

۵. پاراگراف ششم ماده ۳۶ و ماده ۶۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

یادآور شده است که «امروزه لازم است این نهاد قضایی، وجود خود را تثبیت کند [...] و فردا با عبور از چالش‌های پیش رو، جایگاه خود را به‌وضوح در عرصه بین‌المللی نمایان کند».^۶

از این رو آیا نباید چنین تصور کرد که این نهاد قضایی باید با عنایت به اعتمادی که در جامعه بین‌المللی به دست آورده است، به خود اجازه دهد تا تفسیری موسع‌تر در رابطه با اصل رضایی بودن از خود ارائه دهد تا شاید بهتر بتواند از عهده مأموریتی برآید که منشور ملل متحد به عهده‌اش گذاشته است؟ امیدهایی که دولت‌ها و قضات دیوان در جریان رسیدگی به برخی از پرونده‌های قضایی در این زمینه ابراز کرده‌اند نشان می‌دهد که تلاش‌ها برای پشت‌سرنهاندن موانع شکلی صلاحیت دیوان، مسئله جدی روز شده است. با این حال، نگاهی به طرح کلی مسئله نشان می‌دهد، در عین حال که در عرصه رسیدگی‌های ترافیعی، مبنای رضایی بودن صلاحیت، اصلی سخت و غیرقابل‌انعطاف شده است، عملکرد مشورتی دیوان به گونه‌ای متفاوت رقم خورده است و این دادگاه جهانی در رسیدگی‌های مشورتی خود کوشیده است تا قاعده رضایی بودن اعمال صلاحیت را با نرمش بیشتری اعمال کند.

۱. رویکرد غیرقابل‌انعطاف دیوان در رسیدگی‌های ترافیعی

در دو مورد، دیوان به‌روشنی رویکرد غیرقابل‌انعطاف خود را به اصل رضایی بودن نشان داده است و به این سبب، بارها در چنین مواردی از ادامه رسیدگی و حل اختلاف، خودداری کرده است: نخست، جایی که یکی از طرفین دعوا، صلاحیت دیوان را با صراحت رد کند و دیوان نیز به این اعتقاد نرسد که چنین دولتی برای حل اختلاف، به صلاحیت دیوان، رضا داده است. دوم، در مورد رسیدگی به منافع دولتی که طرف ثالث رسیدگی محسوب می‌شود و آن دولت، دادخواستی نیز - در قالب ورود ثالث - به دیوان تقدیم نکرده باشد. در چنین وضعیتی، دیوان - به دلیل نبود دولتی که حضورش برای رسیدگی ضروری است - باید از حل اختلاف و رسیدگی خودداری کند.

الف. احترام به اراده دولت‌ها، مبنای محدودیت صلاحیت ترافیعی دیوان

به‌رغم سکوت اساسنامه دیوان، بسیاری از دولت‌ها موارد متعددی از حق شرط را به اعلامیه‌های اختیاری خود در مورد پذیرش صلاحیت اجباری دیوان افزوده‌اند و از این رهگذر، تا حد امکان تلاش کرده‌اند تا حدود رضایت خود را به صلاحیت دیوان محدود کنند. در این حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا حدومرزی بر این آزادی قابل‌تصور است؟ حقیقت آن است که تلاش‌ها برای محدود کردن این آزادی، چندان موفق نبوده است:

6. J. VERHOEVEN, *Considérations sur ce qui est commun*, Cours général de droit international public, Recueil des cours, Tome 334 (2008), pp. 369-370.

در قضیه شرکت نفت ایران و انگلیس، قاضی آلوارز^۷ بیهوده کوشید تا بین حقوق ناشی از انعقاد توافقنامه‌های میان دولت‌ها - که مشمول ماده ۳۶ اساسنامه می‌شود - و حقوقی که مستقیماً از ناحیه حقوق بین‌الملل به وجود می‌آید، تفکیک قائل شود. به عقیده این قاضی، دسته اخیر از حقوق، تنها ناشی از اراده دولت‌ها نیست، بلکه از «وجدان ابرازشده خلق‌ها و منافع عامه سرچشمه می‌گیرد»^۸. ولی واقعیت این است که نمی‌توان دعاوی راجع به این دسته از «حقوق» را از قواعد عام صلاحیت دیوان مستثنا کرد و صد البته ماده ۳۶ اساسنامه دیوان نیز به چنین تفکیکی اشاره نکرده است. این تفکیک که در واقع مبتنی بر وجود نوعی سلسله‌مراتب میان هنجارهای حقوق بین‌الملل است، اخیراً در چارچوب دو پرونده در دیوان بین‌المللی دادگستری نیز مطرح شده است.

نخستین پرونده، مربوط به مسئله صلاحیت دیوان در پرونده ماهی‌گیری میان اسپانیا و کانادا است که مستقیماً به موضوع آزادی دولت‌ها در واردکردن حق شرط به اعلامیه‌های اختیاری پذیرش صلاحیت دیوان مربوط می‌شد. کانادا با استفاده از اعمال حق شرط، کلیه اختلافات ناشی از اقدامات مرتبط با حفظ و مدیریت منابع موجود در آب‌های ماورای دویست مایلی سواحل خود را از صلاحیت دیوان مستثنا کرده بود. در این پرونده، کانادا با استفاده از این حق شرط، تلاش می‌کرد تا مانع رسیدگی دیوان به اختلافی شود که در اثر بازداشت یک کشتی ماهی‌گیری اسپانیایی در دریای آزاد ایجاد شده بود. در این پرونده، طرف اسپانیایی مدعی بود که کشتی مورد اختلاف، در دریای آزاد به‌طور قانونی به ماهی‌گیری مشغول بود، ولی دولت کانادا با استفاده غیرقانونی از زور و بازداشت این کشتی به‌نوعی، مقررات منشور ملل متحد را نقض کرده است. در این ارتباط، دولت اسپانیا به‌صراحت به محدودیت مصرح در بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد اشاره می‌کرد. بر این اساس، دولت اسپانیا از دیوان می‌خواست تا به‌رغم وجود شروطی که در اعلامیه پذیرش صلاحیت دولت کانادا پیش‌بینی شده بود - به دلیل اهمیت موضوع و نقض یک قاعده آمره بین‌المللی - خود را صالح به رسیدگی اعلام کند.

بالین‌همه، دیوان بین‌المللی دادگستری - برخلاف درخواست دولت اسپانیا - از اعلام‌نظر صریح درمورد اعتبار حق شرط دولت کانادا خودداری و به ارائه تفسیری از این موضوع، بسنده کرد. دیوان خاطرنشان کرد که بررسی قانونی بودن اعمالی که در قالب حق شرط دولت کانادا از صلاحیت دیوان استثنا شده است - حداقل، مطابق با تفسیر اکثریت قضات - ارتباطی با پرونده فعلی ندارد. به این ترتیب، دیوان بین‌المللی دادگستری این نظریه را رد کرد که حق شرط اعلام‌شده در چنین اعلامیه‌هایی باید صرفاً شامل اقداماتی باشد که از نظر حقوق بین‌الملل به‌عنوان اقدامات قانونی تعریف

7. Alvarez

۸. در این مورد ن.ک:

- Opinion dissidente du juge Alvarez jointe à l'arrêt du 22 juillet 1952 (exception préliminaire) *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, p. 130.

می‌شود. از نگاه دیوان، «این نهاد قضایی، هیچ‌گاه در رویه قضایی به این نکته اشاره نکرده است که برای تفسیر یک حق شرط، قاعده آن است که مطابقت اعمال مستثنای از صلاحیت دیوان با حقوق بین‌الملل، مدنظر قرار گیرد».^۹ از نظر دیوان، میان پذیرش صلاحیت دیوان از سوی یک دولت و مطابقت برخی از اعمال موضوع حق شرط با حقوق بین‌الملل، تفاوت بنیادین وجود دارد.^{۱۰}

برخی این رأی را به معنای پیروزی آشکار اصل رضایی بودن در رسیدگی‌های ترافیکی تلقی کردند،^{۱۱} لکن بعضی از قضات دیوان، شدیداً از آن انتقاد کردند. قاضی ویژه^{۱۲} این پرونده، آقای تورس برناندس^{۱۳} که اسپانیا او را برای رسیدگی به این قضیه انتخاب کرده بود، اعتقاد داشت که آزادی اعمال حق شرط، هر اندازه هم که موسع تلقی شود، باید در چارچوب نظم حقوقی بین‌المللی اعمال شود.^{۱۴} برخی دیگر از قضات اقلیت نیز این نظر را تأیید کردند. از دیدگاه قاضی ویرامانتری،^{۱۵} یک دولت نمی‌تواند «در پوشش یک حق شرط که در ارتباط با یک فعالیت خاص اعلام شده است، مدعی شود که می‌تواند خود را از بررسی قضایی اعمال اساساً غیرقانونی برهاند».^{۱۶} از نظر قاضی ورشچتین،^{۱۷} ترتیب‌اتحاد به چنین حق شرطی، اعتبار دادن به سوءنیت دولتی است که آن را اعلام کرده است. از نگاه این قاضی اهل روسیه، دیوان نباید به چنین دولتی اجازه دهد تا از حق شرط برای پوششی جهت نقض حقوق بین‌الملل استفاده کند.^{۱۸} بالاخره از نظر قاضی بجاوی،^{۱۹} آزادی دولت‌ها در مورد اعلام حق شرط در این اعلامیه‌ها باید با رعایت منشور ملل متحد و نظم عمومی بین‌المللی همراه باشد. برای مثال، وی تأکید می‌کند که دیوان نباید در مردود دانستن حق شرطی تردید کند که آن نهاد قضایی را از رسیدگی به پرونده نسل‌کشی باز می‌دارد.^{۲۰} دیوان در موضوع

9. Compétence en matière de pêcheries (*Espagne c. Canada*), arrêt du 4 décembre 1998 (compétence), § 54.

10. *Ibid.*, § 55.

11. P. Weil, *Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu: à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, reproduit dans: P. Weil, *Écrits de droit international, Doctrine juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 135.

12. Juge *ad hoc*

13. Torres Bernádez

14. Opinion dissidente du juge Torres Bernádez jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998, § 134.

15. Weeramantry

16. Opinion dissidente du juge Weeramantry jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998, § 32.

17. Vereshchetin

18. Opinion dissidente du juge Vereshchetin jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998, § 20.

19. Bedjaoui

20. Opinion dissidente du juge Bedjaoui jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998, § 44.

در همین سیاق، ن.ک:

- Déclaration du juge Elaraby jointe à l'arrêt du 3 février 2006 rendu dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002), *République démocratique du Congo c. Rwanda*.

قاضی/العربی خاطر نشان می‌کند که «اعتقاد جازم دارد که نباید به دولت‌ها به صورت کلی اجازه داده شود که از بار بررسی قضایی بین‌المللی جنایتی خطیر چون نسل‌کشی شانه خالی کنند». (پاراگراف اول)

نسل‌کشی، در پرونده «فعالیت‌های نظامی در خاک کنگو» میان جمهوری دموکراتیک کنگو و رواندا با این مسئله روبه‌رو بود.^{۲۱} در این پرونده، کنگو با تکیه بر نقض یک قاعده آمره یعنی منع نسل‌کشی، خواستار اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری بود. این کشور درعین‌حال که آگاه بود رضایت رواندا به‌طور صریح نسبت به صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری حاصل نشده است، از دیوان درخواست می‌کرد که در این پرونده از خود شجاعت و خلاقیت نشان دهد.^{۲۲} در واقع، کنگو خاطرنشان می‌کرد که حق شرط رواندا در خصوص ماده ۹ کنوانسیون پیشگیری و سرکوب نسل‌کشی که امکان طرح یک‌جانبه دعوا درمورد نقض مواد این کنوانسیون را در دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی کرده است، باطل و بلااثر است. از نگاه کنگو، این حق شرط - که آن را مغایر با موضوع و هدف این کنوانسیون یعنی ریشه‌کنی جنایت نسل‌کشی می‌دانست^{۲۳} - ممانعی بر سر راه تحقق وظیفه دیوان در حمایت از هنجارهای آمره حقوق بین‌الملل محسوب می‌شد.^{۲۴} بنابراین در لایحه کنگو گفته شده بود که قواعد آمره بر اصول حاکم بر اعمال حق شرط، برتری دارد و در صورت تعارض با آن، حق شرط معارض باید باطل اعلام شود.

دیوان با رد این استدلال، یک بار دیگر خاطرنشان می‌کند که «این نهاد، تنها برای رسیدگی به دعاوی دولتهایی دارای صلاحیت است که به این امر رضایت داده‌اند و آن‌هم تا حدی که این دولتها مشخص کرده‌اند».^{۲۵} دیوان بین‌المللی دادگستری خاطرنشان می‌کند که در این پرونده، حق شرط رواندا که برای مستثنا کردن یک ابزار خاص حل اختلافات ابراز شده است، با هدف و موضوع این کنوانسیون تعارضی ندارد.^{۲۶} از این اظهارنظر دیوان باید چه نتیجه‌ای گرفت؟

21. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006.

22. اعلامیه آقای آکلو (Akelo) در جلسه مورخ ۸ ژوئیه ۲۰۰۵ دیوان بین‌المللی دادگستری. در این مورد، ن.ک. - CR.2005/20, p. 21.

23. پاراگراف ۵۷ رأی مورخ ۳ فوریه ۲۰۰۶.

24. همان، پاراگراف ۵۶.

25. همان، پاراگراف ۵۶؛ در این مورد به نظریه مستقل قاضی دوگارد که رواندا او را به‌عنوان قاضی خاص این پرونده انتخاب کرده بود، مراجعه شود. این قاضی خاطرنشان می‌کند که این امر از نظر حقوقی صحیح به نظر می‌رسد که دیوان، این مسئله را عنوان نکرد که «هنجار آمره می‌تواند بر هنجار حقوق بین‌الملل عام، غلبه داشته باشد؛ آن‌هم هنجاری که قاطبه جامعه بین‌المللی آن را پذیرفته و به رسمیت شناخته است و در طول بیش از هشتاد سال، راهنمای دیوان بوده است». مطابق نظر این قاضی، «باید خط‌قرمزهایی در خصوص نقش قاعده آمره اعمال شود و خواست سرنگون کردن اصل رضایی بودن به‌عنوان مبنای صلاحیت دیوان، عبور از این خط قرمزهاست». (پاراگراف‌های ۱۳ و ۱۴ نظر مشورتی).

26. همان، پاراگراف ۶۷؛ قاضی کروما (Koroma) این دیدگاه را تأیید نکرد. در واقع، این قاضی با اشاره به دهمین گزارش *آلن پله*، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد درمورد حق شرط بر معاهدات، اظهار می‌دارد که «اگرچه این امر درست است که حق شرط نسبت به یک ماده کنوانسیون که مرتبط با شیوه حل اختلافات و کنترل اجرای آن کنوانسیون است به‌خودی‌خود با موضوع و هدف آن معاهده مغایرتی ندارد، ولی در جایی که ماده مورد حق شرط، «سبب

آیا عبارات دیوان را باید به آن معنی تفسیر کرد که اهمیت موضوعات و قواعد بین‌المللی که در برابر دیوان مطرح می‌شود، نمی‌تواند سببی برای اعطای صلاحیت رسیدگی به دیوان باشد؟ شاید بهتر باشد برای پاسخ به این سؤال به رویه قضایی دیوان در پرونده تیمور شرقی اشاره کرد.^{۲۷} حسب نظر دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه ذکر شده، طرح اختلاف در مورد یک قاعده آمره نمی‌تواند به خودی خود، استثنایی بر اصل رضایی بودن صلاحیت دیوان تلقی شود.^{۲۸} به عبارت دیگر، صرف طرح چنین اختلاف‌هایی را نباید برای کنارزدن قاعده تثبیت شده رضایی بودن صلاحیت دانست. دیوان برای توجیه این امر، استدلالی را یادآور می‌شود که برای رد درخواست اقدامات تأمینی مورد نظر کنگو در این پرونده به آن استناد کرده بود. از نگاه دیوان، میان مسئله پذیرش صلاحیت دیوان توسط یک دولت از یک سو و مطابقت برخی از اعمال با حقوق بین‌الملل از دیگر سو، تفاوت بنیادین وجود دارد.^{۲۹} ولی در هر حال، دیوان این نکته بدیهی را نیز یادآور می‌شود که خواه دولت‌ها صلاحیت دیوان را بپذیرند یا خیر، باید به قواعد حقوق بین‌الملل احترام بگذارند. خودداری دیوان از رسیدگی به دادخواست کنگو، با واکنش شدید برخی از قضات روبه‌رو شد. دلیل این اعتراض، تنها گرایش دوباره دیوان به اصل رضایی بودن نبود، بلکه بیشتر به آزادی لجام‌گسیخته دولت‌ها مربوط می‌شد. از نگاه منتقدان، دولت‌ها از این پس می‌توانستند به دلخواه خود، صلاحیت دیوان را بدون هیچ حدودمرزی محدود کنند. برخی از قضات دیوان بین‌المللی دادگستری در این پرونده، «از این امر به شدت ابراز نگرانی کردند که در آغاز قرن بیست و یکم، اظهار نظر در مورد ادعای نسل‌کشی را به خواست دولتی سپرده‌ایم که علیه وی اقامه دعوا شده است».^{۳۰} این مسئله با مسئله آزادی دولت‌ها در نگارش اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت دیوان، ارتباط تنگاتنگی داشت و دیوان با این رأی نشان داد که همچنان به این آزادی احترام

وجودی معاهده» (raison d'être du traité) باشد، مسئله متفاوت است. (از نگاه قاضی کروما ماده ۹ کنوانسیون راجع به نسل‌کشی از زمره چنین مواردی است). ن.ک: پاراگراف ۱۱ اعلامیه قاضی کروما.

27. Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995.

از نظر دیوان، «قابلیت استناد به یک قاعده عام‌الشمول (erga omnes) (مانند حق تعیین سرنوشت خلق‌ها) و قاعده لزوم اعلام رضایت نسبت به صلاحیت دیوان، دو امر متفاوت هستند. در این مورد، ن.ک: پاراگراف ۲۹ این رأی.

28. Arrêt du 3 février 2006, §§ 64 et 125.

۲۹. در همین پرونده، در مرحله اقدامات تأمینی، دیوان پیش‌تر اعلام کرده بود که «میان مسئله پذیرش صلاحیت دیوان از سوی یک دولت و مطابقت برخی اعمال با حقوق بین‌الملل، یک تفاوت بنیادین وجود دارد. صلاحیت دیوان، نیازمند رضایت است». در این مورد، ن.ک:

- Ordonnance du 10 juillet 2002, § 92.

۳۰. در این خصوص، ن.ک:

- نظریه مشترک خانم هیگینز و آقایان کویمانس، العربی، اوا و زیما، قضات دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده کنگو علیه رواندا، منضم به رأی مورخ ۳ فوریه ۲۰۰۶، پاراگراف ۲۵.

می‌گذارد؛^{۳۱} حال آنکه دیوان با محدود کردن آزادی دولت‌ها در طرح حق شرط نسبت به اعلامیه پذیرش صلاحیت این نهاد قضایی می‌توانست رویه قضایی خود را در این رابطه، اندکی تلطیف بخشد و با برداشتی نسبی از قاعده لزوم رضایت اصحاب دعوا، اعمال وظیفه قضایی خود را اندکی ساده‌تر کند.

ب. ضرورت حضور دولت ذی نفع در رسیدگی‌های ترافی

دیوان نه تنها مکلف است که به اعمال اصل رضایی بودن نسبت به اصحاب یک دعوای مشخص، توجه کند، بلکه موظف است این اصل را نسبت به دولت‌هایی مراعات کند که در آن دعوا حضور ندارند ولی ذی نفع هستند. در واقع، هنگامی که دیوان در جریان رسیدگی ترافی مجبور می‌شود تا مسئولیت بین‌المللی یک دولت ثالث را بدون رضایت آن دولت مطرح کند، باید از رسیدگی به آن پرونده سرباززند. در سال ۱۹۵۴ در پرونده «مسکوکات طلا گرفته شده در رم» بر این اصل تأکید شد. این اختلاف مربوط به پولی می‌شد که رایش سوم به‌زور از برخی دولت‌ها گرفته بود و پس از شکست دولت آلمان نازی در جنگ بین‌الملل دوم مقرر شده بود، میان دولت‌های قربانی تقسیم شود. در دادخواستی که علیه دولت‌های مسئول این تقسیم، به دیوان ارائه شده بود، ایتالیا خواستار آن شده بود که حصه آلبانی - که یکی از دولت‌های قربانی بود - به جبران اعمال غیرقانونی که تیرانا انجام داده است، به جای آلبانی به مسئولین دولت ایتالیا تسلیم شود. در واقع، دولت ایتالیا از دیوان درخواست می‌کرد تا در غیاب آلبانی در مورد اختلاف ایتالیا و آلبانی اظهارنظر کند. از نظر دیوان، «اظهارنظر در مورد مسئولیت بین‌المللی آلبانی بدون رضایت این کشور، زیرپانهادن اصلی تثبیت شده در حقوق بین‌الملل بود؛ اصلی که مطابق آن، دیوان نمی‌تواند صلاحیت خود را در قبال دولتی اعمال کند که به این امر رضا نداده است». از نظر دیوان، نه تنها منافع حقوقی آلبانی «به وسیله این تصمیم، تحت تأثیر قرار می‌گرفت، بلکه اساساً موضوع اصلی رأی دیوان، منافع آلبانی بود».^{۳۲}

بنابراین از نظر دیوان، باید مواردی را که منافع حقوقی تأثیر می‌پذیرد و مواردی را که منافع حقوقی، موضوع اصلی رأی قرار می‌گیرد، از یکدیگر تفکیک کرد. به تعبیر دیگر، برای درک بهتر رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «مسکوکات طلا» باید میان دو مفهوم کلیدی، قائل به تمیز شد: مفهوم حل کامل یک اختلاف از یک طرف و تأثیرگذاری بر حل آن از طرف دیگر. پروفیسور تورس برناندیس^{۳۳} در درس خود در سال ۱۹۹۵ در آکادمی لاهه، به‌صراحت معتقد است که اصل پذیرفته شده در قضیه مسکوکات طلا، زمانی قابلیت اعمال پیدا می‌کند که دیوان

۳۱. پاراگراف ۴۲ و ۴۳ رأی ۴ دسامبر ۱۹۹۸ (کنگو علیه رواندا).

32. Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord et États-Unis d'Amérique), arrêt du 15 juin 1954, p. 32.

33. Torres-Bernández

مجبور باشد بدون رضایت یک دولت، اظهارنظری کند که به مثابه حل اختلاف آن دولت با دولتی دیگر است و می‌توان چنین اظهارنظری را در حکم حل آن اختلاف پنداشت و الا نمی‌توان تأثیر گذاشتن جزئی بر یک یا حتی چند بُعد یک اختلاف بین‌المللی را دلیلی بر خودداری دیوان از رسیدگی دانست، حتی اگر دولت ذی‌نفع در آن رسیدگی شرکت نداشته باشد و رضایت خود را اعلام نکرده باشد.^{۳۴} همین تفکیک، مبنای رد استدلال ایالات متحده در پرونده این کشور با نیکاراگوئه بود. در این قضیه، ایالات متحده مدعی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌تواند در غیاب برخی دولت‌ها، اقدام به صدور رأی کند. با این‌همه، دیوان اعلام کرد که منافع حقوقی این دولت‌های غائب که عبارت بودند از السالوادور، هندوراس و کاستاریکا، موضوع اصلی رأی این نهاد قضایی بین‌المللی نیست. در واقع اگر این دولت‌ها گمان می‌کنند که منافع‌شان تحت تأثیر این تصمیم قرار گرفته است، می‌توانند یا به‌طور مستقل طرح دعوا کنند یا دادخواست ورود ثالث را مطرح کنند. از این‌رو مطابق نظر دیوان، در این پرونده، حضور این کشورها برای ادامه رسیدگی واقعاً ضروری نبود. درحقیقت باید این اوضاع و احوال را محدودیتی بر اختیارات دیوان در رد صلاحیت دیوان به دلیل عدم حضور برخی دولت‌ها در رسیدگی دانست.^{۳۵}

رویه قضایی دیوان در پرونده «مسکوکات طلا» و آنچه در پرونده نیکاراگوئه علیه ایالات متحده در آن دقت نظر و موشکافی شده بود، باعث شد تا دیوان در پرونده فسفات نائورو، ایرادی را که استرالیا مطرح کرده بود، رد کند. دولت نائورو در این پرونده این نکته را مطرح می‌کرد که تصمیم احتمالی دیوان می‌تواند موضوع مسئولیت بین‌المللی بریتانیا و زلاندنو - دو دولت دیگر اداره‌کننده نائورو در زمان وقایع این قضیه - را به میان آورد، حال آنکه این دولت‌ها طرف این دعوا نیستند. با این حال، دیوان، استدلال یادشده را رد کرد. دیوان می‌پذیرفت که ممکن است تصمیمش بر «وضعیت حقوقی این دو دولت دیگر تأثیراتی داشته باشد»، اما این تأثیرات را مؤثر برای رد دادخواست نائورو از استرالیا ندانست.^{۳۶} با این‌همه این نتیجه‌گیری دیوان با اعتراض قاضی آگو^{۳۷} روبه‌رو شد که اظهار می‌داشت، اعلام مسئولیت استرالیا برابر با زیرسؤال‌بردن غیرمستقیم مسئولیت دو دولت دیگر است، چرا که تعهدات این کشورها در خصوص اداره نائورو، بر اساس توافقنامه قیمومیت که با سازمان ملل متحد به امضا رسیده بود، حالت تضامنی و مشترک داشته

34. S. Torres-Bernández, *L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de justice*, RCADI, t. 256, 1995, p. 257.

در همین ارتباط نیز ن.ک:

- S. Torres-Bernández, *The New Theory of "Indispensable Parties" under the Statute of the International Court of Justice*, in: Karel Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice*, 1998, pp. 737-750.

35. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence de la cour et recevabilité de la requête, 28 novembre 1984, § 88.

36. *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exception préliminaire, arrêt du 26 juin 1992, § 55.

37. Juge Ago

است. از نگاه قاضی آگو، در چنین شرایطی، «اعمال صلاحیت دیوان، فاقد مبنای رضایی خود» است.^{۳۸} با این حال، علی‌رغم خودداری دیوان از ترک رسیدگی در پرونده فسفات نائورو - آن‌چنان که خواست استرالیا بود - این دادگاه جهانی بار دیگر در پرونده تیمور شرقی در پاسخ به دادخواست پرتغال بر اصل پذیرفته‌شده در پرونده «مسکوکات طلا» اصرار می‌ورزد.

پرتغال به‌عنوان دولت اداره‌کننده تیمور شرقی چنین استدلال می‌کرد که استرالیا با امضای توافقنامه تحدید فلات قاره با اندونزی که دولت اشغالگر تیمور شرقی به‌شمار می‌رود، حق مردم این منطقه را در تعیین سرنوشت‌شان و نیز حاکمیت این کشور را بر منابع طبیعی‌اش نقض کرده است. درمقابل، استرالیا بر این عقیده بود که بررسی این نکته، دیوان را وادار خواهد کرد که در خصوص مشروعیت حضور اندونزی در تیمور شرقی اظهارنظر کند، حال آنکه این کشور به‌عنوان طرف دعوا در پرونده حاضر، حضور ندارد و درعین حال، دادخواستی نیز برای ورود ثالث به دیوان تسلیم نکرده است.

دیوان با تکیه بر اصلی که در پرونده «مسکوکات طلا» پذیرفته شده بود، تأکید کرد که «این این نهاد قضایی نمی‌تواند بدون بررسی دلایلی که می‌توانست اندونزی برای انعقاد مشروع معاهده به آن‌ها استناد کند، در خصوص رفتار استرالیا قضاوت کند».^{۳۹} از نگاه دیوان، موضوع اصلی این تصمیم، تعیین این مطلب بود که «با عنایت به شرایطی که در ضمن آن، اندونزی وارد تیمور شرقی شده است و نیروهای خود را در آنجا حفظ کرده است، آیا این دولت می‌تواند اختیار انعقاد معاهداتی در خصوص منابع طبیعی فلات قاره تیمور شرقی را به نام تیمور شرقی داشته باشد؟ دیوان نمی‌توانست چنین تصمیمی را بدون رضایت اندونزی اتخاذ کند».^{۴۰} در واقع، برخلاف پرونده فسفات نائورو، «تصمیم دیوان، تنها بر منافع حقوقی دولتی که در این رسیدگی حاضر نبود، «تأثیرات جزئی» وارد نمی‌کرد، بلکه در این پرونده، این مسئولیت احتمالی دولت اندونزی بود که موضوع اصلی رأی محسوب می‌شد».^{۴۱} دیوان در این پرونده، بار دیگر تصریح می‌کند که اهمیت مسائل مطرح‌شده یعنی عدم رعایت تعهد عام‌الشمول^{۴۲} ناشی از حق تعیین سرنوشت مردمان، به‌خودی‌خود نمی‌تواند دلیلی برای اعطای صلاحیت به این دادگاه جهانی باشد. دیوان در این پرونده به دلیل شدت عمل و سختگیری در اجرای اصل رضایت طرف ثالث، مورد انتقاد شدید برخی از قضات قرار گرفت. قاضی ویر/ماتتری معتقد است که نباید تفسیر این

۳۸. نظر مخالف آقای آگو، منضم به رأی ۲۶ ژوئن ۱۹۹۲، پاراگراف ۶.

39. Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995, § 28.

40. Ibid.

41. Ibid. § 34.

42. Erga omnes

اصل، «نتایج نامعقول یا حتی پوچ» داشته باشد.^{۴۳} وی برای اثبات استدلال خویش، به مثالی اشاره می‌کند که شایسته تأمل است. آیا دیوان باید در خصوص دادخواست دولتی علیه دولت دیگر که به‌رغم وجود معاهده دفاع مشترک از کمک به آن دولت در برابر تجاوز مسلحانه دولت ثالث، خودداری کرده است، صلاحیت خود را انکار کند؛ آن‌هم به این دلیل که دولت ثالث متجاوز به این رسیدگی رضایت نداده است؟ مگر نه این است که در چنین موردی دیوان باید نخست در خصوص طبیعت عمل منسوب به دولت ثالث اظهارنظر کند؟ در واقع اگر استدلال دیوان در پرونده تیمور شرقی ملاک عمل قرار گیرد، برای این کار باید این دولت ثالث متجاوز، یا طرف دعوا قرار گیرد یا به‌نوعی نسبت به اظهارنظر دیوان درمورد تجاوز مسلحانه، رضایت خود را اعلام کرده باشد. ولی به اعتقاد قاضی ویرامانتری، زمانی که در معاهده دفاعی به صلاحیت دیوان اشاره شده باشد، استناد به لزوم حضور طرف ثالث متجاوز در دادرسی، بیهوده به نظر می‌رسد و علی‌القاعده، قاضی بین‌المللی نباید به‌صرف عدم رضایت دولت متجاوز ثالث، خود را فاقد صلاحیت بداند. در غیر این صورت، هیچ‌گاه دیوان صلاحیت رسیدگی به پرونده را پیدا نخواهد کرد زیرا هیچ دولت متجاوز نیست که حاضر شود رضایت خود را به‌طور مستقیم به دیوان اعلام کند. از این‌روست که این قاضی از نتایج بیهوده و پوچ چنین رویه‌ای ابراز نگرانی می‌کند. قاضی ویرامانتری خاطرنشان می‌کند که در جامعه بین‌المللی که در آن دولت‌ها هر روز بیش از پیش به یکدیگر وابسته‌اند، این امر غیرقابل‌اجتناب خواهد بود که هر فرایند قضایی بتواند بر اطراف ثالث تأثیرگذار باشد. از این جهت، تا آنجا که امکان دارد باید اصل اعلام‌شده در پرونده «مسکوکات طلا»، به‌طور مضیق اعمال شود.^{۴۴}

اگر به‌گونه‌ای دیگر عمل شود، عملاً دیوان بین‌المللی دادگستری فلج می‌شود و نخواهد توانست به وظایفی که اساسنامه آن بر عهده‌اش نهاده، عمل کند. قاضی اسکوبیسزوسکی^{۴۵} که پرتغال او را در پرونده تیمور شرقی به‌عنوان قاضی خاص این قضیه تعیین کرده بود، در همین راستا اظهارنظر کرده است. او بر این گمان است که نمی‌توان این مشکل را به حد یک مسئله صرف «مطابقت حقوقی» تنزل داد. تفسیر مضیق و سختگیرانه اصول حاکم بر صلاحیت دیوان می‌تواند در اجرای عدالت، مانع ایجاد کرده و میان حقوق و عدالت، خلأیی جاودان ایجاد کند، حال آنکه دیوان همواره کوشیده است تا این خلأ را پر کند.^{۴۶} درنهایت باید گفت که این نهاد قضایی باید در استفاده از این اصول و خودداری از اظهارنظر درمورد یک پرونده، میانه‌روی کند.

۴۳. نظر مخالف قاضی ویرامانتری، منضم به رأی ۳۰ ژوئن ۱۹۹۵، مجموعه آرای دیوان بین‌المللی دادگستری، سال ۱۹۹۵، ص ۱۶۱.

۴۴. همان، ص ۱۵۵.

45. Skubiszewski

46. Opinion dissidente de M. Skubiszewski jointe à l'arrêt du 30 juin 1995, § 43.

چنین رویکردی است که می‌تواند مناسب و صحیح تلقی شود. به نظر نمی‌رسد که دیوان نیز در برابر این انتقادات، چندان بی‌تفاوت باشد. در پرونده کنگو علیه اوگاندا، دیوان از اعمال رویه قضایی خود در پرونده «مسکوکات طلا» خودداری کرد و به‌رغم ایراد دولت اوگاندا که به دلیل غیاب دولت رواندا اظهار شده بود، خود را صالح به رسیدگی دانست.^{۴۷} می‌توان حدس زد که این حقیقت که موارد نقض جدی یک سلسله از هنجارهای آمره، به‌روشنی قابل‌انتساب به رواندا بود، بر تصمیم دیوان تأثیرگذار بوده است. در همین ارتباط، همچنین یکی از پرونده‌هایی که می‌توان آن را مستعد اعمال قاعده مسکوکات طلا دانست، پرونده دعوای جزائر مارشال علیه قدرت‌های هسته‌ای است. در ۲۴ آوریل ۲۰۱۴، جمهوری جزائر مارشال، دادخواستی را علیه نه دولت دارنده سلاح‌های هسته‌ای در دیوان بین‌المللی دادگستری ثبت کرد. این دولت مدعی بود که این نه کشور (ایالات متحده آمریکا، بریتانیا، فرانسه، روسیه، چین، هند، کره شمالی، پاکستان و اسرائیل) تعهدات هسته‌ای خود را طبق حقوق بین‌الملل عرفی و معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای سال ۱۹۶۸ زیر پا گذاشته‌اند. ادعای جزائر مارشال، مبتنی بر این اظهارنظر دیوان در سال ۱۹۹۶ بود که دولت‌ها متعهدند تا با حسن‌نیت برای خلع سلاح هسته‌ای با یکدیگر مذاکره کرده و تسلیحات هسته‌ای خود را کنترل کنند؛ حال آنکه به زعم جزائر مارشال، این دولت‌ها چنین نکرده‌اند. از این نه دعوای شش مورد به دلیل نبود مبنای صلاحیتی رضایتی آشکار، از دستور کار دیوان خارج شد و تنها سه پرونده علیه بریتانیا، هند و پاکستان تا زمان نگارش این سطور در جریان است. سؤال مهم در این خصوص، نقشی است که غیاب دیگر کشورهای دارای سلاح هسته‌ای می‌تواند بر رأی دیوان داشته باشد. آیا دیوان می‌تواند با اشاره به سابقه پرونده مسکوکات طلا، به دلیل یکسان‌بودن موضوع این سه پرونده با شش پرونده دیگر و عدم رضایت دیگر دولت‌های هسته‌ای از رسیدگی خودداری کند؟ این سؤال است که شاید دیوان در کنار دیگر ابعاد صلاحیتی این سه پرونده به آن توجه کند. به‌طور کلی، پاسخ به این سؤال، بستگی کامل به تفسیری دارد که می‌توان از منافع دیگر دولت‌های هسته‌ای مانند آمریکا، روسیه و فرانسه و تأثیر رأی احتمالی بر رأی دیوان بر آن منافع داشت. بدیهی است اگر این تفسیر درست باشد که با چنین رأیی تنها منافع این دولت‌ها به‌طور جزئی تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد، بلکه اساساً - در غیاب آن‌ها - اصل دعوای موضوع حکم دیوان قرار می‌گیرد، می‌توان قائل به اجرای اصل مسکوکات طلا شد و دیوان را محق به خودداری از رسیدگی اعلام کرد.

47. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, §§ 202 et 204.

۲. نرمش در اعمال اصل رضایی بودن در عملکرد مشورتی دیوان

دیوان بین‌المللی دادگستری از زمان تأسیس خود تا به حال، هیچ‌گاه از اختیار صوابدیدی^{۴۸} خود برای خودداری از پاسخ به یک سؤال مشورتی استفاده نکرده است. با این حال در برخی پرونده‌ها، دیوان با این انتقاد روبه‌رو شده است که درخواست نظر مشورتی به یک اختلاف موجود بین دولت‌ها بسیار شباهت دارد، حال آنکه دولت‌های طرف اختلاف برای حل آن از سوی دیوان، رضایت خود را اعلام نکرده‌اند. آیا می‌توان از این امر چنین نتیجه گرفت که در چنین مواردی فرایند مشورتی، جایگزین دیوان بین‌المللی دادگستری شده است تا به‌نوعی از اصل رضایی بودن بگریزد و دست به حل برخی از اختلافات موجود بزند؟^{۴۹} به نظر نمی‌رسد که بتوان گفت دیوان در اعمال صلاحیت مشورتی از تعهد احترام به اصل رضایی بودن، شانه خالی کرده است. در واقع، این نهاد قضایی در این فرایند نیز مکلف به احترام اصل مذکور است؛ نهایت آنکه این اصل را با نرمش اعمال کرده و آن را محدود به درخواست‌هایی می‌کند که موضوع آن به‌صراحت، حل اختلاف میان دو یا چند دولت مشخص است.

الف. مبنای رضایی فرایند رسیدگی مشورتی دیوان

در ابتدا اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، هیچ ماده‌ای پیش‌بینی نکرده بود که بتواند هادی دیوان در اعمال صلاحیت مشورتی باشد. از این‌رو اشاره‌ای به دلایل عدم پذیرش یک درخواست مشورتی نشده بود تا دیوان بتواند بر آن اساس از اعطای نظر مشورتی خودداری کند. به هنگام بررسی درخواست شورای جامعه ملل در ارتباط با وضعیت کارلی شرقی، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی با الهام از مقررات اساسنامه در ارتباط با فرایند توافقی و به‌طور دقیق‌تر با نظر به اصل رضایی بودن، ابتکار عمل را به دست گرفت و از اعطای نظر مشورتی خودداری کرد. آن پرونده مربوط به تفسیر برخی از مقررات معاهده صلحی بود که میان فنلاند و روسیه در ارتباط با خودمختاری کارلی شرقی منعقد شده بود. از نظر دیوان، مسئله‌ای که در برابر دیوان مطرح شده بود، یک «مسئله انتزاعی حقوقی» نبود^{۵۰} بلکه دربردارنده اختلافی بود که در آن زمان میان روسیه و فنلاند ایجاد شده بود.^{۵۱} در عین حال، روسیه به‌روشنی و چندین بار اعلام کرده بود که به هیچ صورتی مداخله جامعه ملل را در رابطه با این اختلاف نمی‌پذیرد. خودداری

48. Pouvoir discrétionnaire

49. P.-O. Savoie, *La Cour internationale de justice, l'avis consultative et la fonction judiciaire: entre décision et consultation*, 42, *Annuaire canadien du droit international*, 2004, pp. 35-90 et J.-M. Thouvenin, *La saisine de la Cour internationale de justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international*, in: *The fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Ch. Tomuschat and J. -M. Thouvenin (ed.), Liden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 311-334.

50. Avis du 23 juillet 1923 sur la Carélie orientale, Cour permanente de justice internationale, 3^e session ordinaire, Dossier F. C. V. Role III. 3, p. 28.

51. *Ibid.* p. 27.

روسیه از شرکت در این پرونده، دیوان دائمی را بر آن داشت تا صلاحیت خود را برای رسیدگی به این قضیه انکار و تصریح کند که «این نکته در حقوق بین‌الملل به‌خوبی تثبیت شده است که هیچ دولتی مجبور نیست تا بدون رضایت خود، اختلاف خود را با دیگر دولت‌ها به فرایند خاص حل مسالمت‌آمیز اختلافات واگذار کند».^{۵۲}

این رویه قضایی که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی خود را موظف می‌کند تا به‌عنوان محکمه قضایی از قواعد حاکم بر فعالیت قضایی‌اش به هنگام اعطای نظر مشورتی تخطی نکند، در قالب پروتکل ۱۴ سپتامبر ۱۹۲۹ تثبیت شد.^{۵۳} این پروتکل، ترتیباتی را در ارتباط با فرایند مشورتی پیش‌بینی کرده بود که پس از آن در اساسنامه دیوان دائمی گنجانده شد و به همان صورت در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری وارد شد. ماده ۶۸ اساسنامه دیوان کنونی به‌طور خاص پیش‌بینی کرده است که این نهاد قضایی در اعمال وظایف مشورتی‌اش «تا حد امکان و تا حدی که قواعد حاکم بر حل و فصل قضایای ترافیکی اجازه دهد، از این قواعد الهام خواهد گرفت». به نظر می‌رسد معیار قاطعی که دیوان در اعمال این ترتیبات در نظر گرفته است، موضوع دادخواستی است که به دیوان تسلیم شده است. به همین دلیل، ماده ۱۰۲ قواعد آیین دادرسی دیوان، خاطرنشان کرده که دادگاه جهانی پیش از هر چیز باید در این خصوص تفحص کند که «آیا نظر مشورتی درخواستی با یک مسئله حقوقی حل‌نشده میان دو یا چند دولت مشخص دارای ارتباط است یا خیر»، و البته در این راستا دیوان می‌تواند به دولت‌های ذی‌ربط اجازه دهد تا در این مورد، قاضی ویژه^{۵۴} تعیین کنند. ناگفته پیداست که نهاد قاضی ویژه، مختص فرایند ترافیکی است.^{۵۵}

همان‌طور که دیوان به مناسبت بررسی درخواست نظر مشورتی مربوط به معاهدات صلح به آن اشاره کرده است، باید تفکیک میان اصول حاکم بر فرایندهای ترافیکی و مشورتی، بدون خلط میان آن دو، همچنان حفظ شود.^{۵۶} مطابق نظر دیوان، «رضایت دولت‌های طرف اختلاف، مبنای صلاحیت دیوان در زمینه مسائل ترافیکی است. با این حال در زمینه ارائه نظر مشورتی، حتی در مواردی که درخواست نظر مشورتی، مرتبط با یک مسئله حقوقی زنده میان دولت‌ها باشد، وضع

52. *Idem*.

53. L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 2^e éd., t. II, 1962, p. 294.

54. *Juge ad hoc*

۵۵. بدین‌سان، دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی مربوط به صحرای غربی به درخواست مراکش برای تعیین قاضی ویژه، پاسخ مثبت می‌دهد و اظهار می‌دارد که به نظر می‌رسد در این پرونده، مراکش برخلاف اسپانیا، طرف «اختلاف حقوقی مرتبط با اراضی صحرای غربی» است. از نظر دیوان، ممکن بود مسائلی که مجمع عمومی مطرح کرده، به‌عنوان مسائل مرتبط با اختلاف، ملاحظه شود. (قرار ۲۲ فوریه ۱۹۷۵). در مقابل، در قضیه مربوط به سؤال شورای امنیت در مورد وضعیت نامیبیا، دیوان این مطلب را رد کرد که درخواست موجود، «یک مسئله حقوقی میان دو یا چند دولت است» و لذا درخواست آفریقای جنوبی را برای تعیین قاضی ویژه رد کرد. (قرار ۲۹ ژانویه ۱۹۷۱).

56. *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif du 30 mars 1950 (première phase), p. 71.

به‌گونه‌ای دیگر است».^{۵۷} این اظهارنظر به هیچ صورتی به معنای زیرسؤال بردن رویه قضایی دیوان در پرونده کارلی شرقی نیست، بلکه برعکس، دیوان بین‌المللی دادگستری صریحاً بار دیگر این رویه قضایی را یادآور می‌شود. دیوان با اشاره به این پیشینه قضایی اشاره می‌کند که تکلیف دیوان به پاسخ‌دادن به یک درخواست مشورتی، محدودیت‌هایی دارد که به واسطه رویه قضایی پیش‌گفته، بر این دادگاه جهانی تحمیل شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری با تکرار نظر دیوان دائمی در آن پرونده، بار دیگر، استدلال دیوان سلف خود را برای خودداری از سؤال مطروحه تکرار می‌کند که «زمانی که سؤال طرح‌شده به‌طور مستقیم مربوط به نکته اساسی یک اختلاف ایجادشده میان دو دولت باشد، به‌طوری که پاسخ‌دادن به آن، معادل حل ماهوی اختلاف بین اصحاب آن دعوا باشد»، دیوان باید از پاسخ به آن سؤال اجتناب کند.^{۵۸}

قاضی کریلوف،^{۵۹} در نظر مخالفی که به این نظر مشورتی منضم کرده است، بدون آنکه منکر وجود اختلاف بین این دو کارکرد دیوان باشد، به نزدیکی تدریجی میان آن‌ها اشاره می‌کند. او خاطرنشان می‌کند که در مواردی که نظر مشورتی در خصوص اموری درخواست می‌شود که مرتبط به یک «مسئله حقوقی «زنده» بین دو یا چند دولت» است، همچنان که در درخواست حاضر نیز چنین وضعی وجود دارد، دیوان باید ترتیبات مرتبط با آیین دادرسی و اساسنامه خود، ازجمله تعیین قاضی ویژه از سوی دولت‌های ذی‌علاقه را مدنظر قرار دهد. چنین تعیینی به این معناست که دولت ذی‌ربط به شرکت در تهیه این نظر مشورتی رضا داده است. در این پرونده، دیوان نمی‌تواند بدون اخذ رضایت مسبق و صریح تمامی دولت‌های ذی‌علاقه، صلاحیت مشورتی خود را اعمال کند.^{۶۰}

در این خصوص، دیوان و نه دولت‌ها، باید این نکته را ارزیابی کند که آیا اوضاع و احوال پرونده به‌گونه‌ای هست که این نهاد قضایی را قانع کند که به درخواست نظر مشورتی پاسخ ندهد. اگر دیوان، تصمیم به چنین کاری بگیرد، طبیعتاً به اعمال اصول قابل‌اجرا در فرایند توافقی و به‌طور مشخص، اصل رضایت دولت‌های طرف اختلاف، نظر خواهد داشت. برای این منظور، دیوان، همچنان که به آن اشاره کرده است، از اختیار صواب‌دیدی گسترده‌ای برخوردار است.^{۶۱}

دیوان بین‌المللی دادگستری در طول زمان کوشیده است تا به شرایط تعیین‌شده از سوی پیشینه

57. *Idem*.

در پاراگراف ۴۷ نظر مشورتی دیوان، مورخ ۹ ژوئیه ۲۰۰۴ به درخواست مجمع عمومی ملل متحد درمورد نتایج حقوقی بنای یک دیوار در اراضی اشغالی فلسطین، دیوان به این اظهارنظر اشاره می‌کند.

58. *Ibid.*, p. 72.

59. Juge Krylov

60. Opinion dissidente du juge Krylov jointe à l'avis du 30 mars 1950.

در این نظر، این قاضی تأکید می‌کند که دیوان می‌بایست اصل تثبیت‌شده در پرونده کارلی شرقی را اعمال می‌کرد. (ن.ک: پاراگراف ۴ نظر یادشده).

61. Avis du 30 mars 1950, p. 72.

قضایی کارلی شرقی - به گونه‌ای محدودکننده - دقت نظر بخشد. هدف از این امر، محدودکردن اختیارات ارزیابی دیوان در این زمینه و کاستن از مواردی است که در آن‌ها نبود رضایت دولت ذی‌نفع در جریان نظر مشورتی با عملکرد رضایی دیوان، تعارض صریح پیدا می‌کند.

ب. محدودیت‌های مبنای رضایی عملکرد مشورتی دیوان

تقریباً ریشه تمامی فرایندهای مشورتی را باید در اختلاف‌نظر دولت‌ها در مسائل حقوقی جست. این اختلاف‌نظرها در اغلب موارد، مبنایی برای اعتراض دولت‌ها نسبت به صلاحیت دیوان می‌شود و لذا این دادگاه جهانی باید پیش از اعلام صلاحیت خود، به این اعتراضات، رسیدگی کند. دیوان برای اقتناع خود نسبت به اینکه دادخواست ارائه‌شده مستقیماً به نکته اصلی اختلاف ایجادشده بین دو کشور مربوط نمی‌شود، از «حد آستانه» بالایی استفاده کرده است.

در پرونده مربوط به «آثار حقوقی حضور مستمر آفریقای جنوبی در نامیبیا برای دولت‌ها»، دیوان تصریح می‌کند که این حقیقت که طرف‌های درگیر در این پرونده به‌شدت در خصوص این مسائل حقوقی اختلاف‌نظر دارند، کافی نیست تا پرونده مشورتی حاضر را به وضعیت اختلافی تبدیل کند.^{۶۲}

درعین‌حال به نظر می‌رسد برای مشروط‌کردن اعمال صلاحیت مشورتی دیوان به رضایت دولت‌های درگیر، وجود اختلاف حقوقی کافی نباشد. چنین حالتی زمانی پیش می‌آید که - همان‌طور که رویه قضایی کارلی شرقی اظهار داشته است - یا از دیوان، دعوت به حل آن اختلاف شده باشد یا وضعیت حقوقی آن اصحاب دعوا بر اثر پاسخ دیوان به پرسش مطروحه، به‌شدت تحت تأثیر قرار گیرد. در پرونده مشورتی «تفسیر معاهدات صلح»، دیوان بر این امر اصرار داشت که درخواست نظر مشورتی، تنها ناظر به برخی اختلاف‌نظرها درمورد فرایند شکلی سازماندهی مقرراتی است که معاهدات صلح، آن را ایجاد کرده است و بر ماهیت این اختلافات تأثیر نمی‌گذارد. این استدلالی بود که دیوان برای رد ایرادات مطروحه به آن اشاره کرد.^{۶۳} به همین ترتیب، در پرونده صحرای غربی، دیوان در پاسخ به اعتراض اسپانیا اعلام کرده بود که آنچه از دیوان در این نظر مشورتی درخواست شده، نه مربوط به حقوق سرزمینی موجود است نه به اظهارنظر درمورد حاکمیت یک سرزمین مربوط می‌شود و بنابراین به وضعیت حقوقی هیچ‌یک از طرفین، لطمه‌ای وارد نمی‌کند.^{۶۴} سؤالی که مجمع عمومی از دیوان پرسیده بود، تنها مربوط به مفهوم سرزمین بلاصاحب و ترتیبات حقوقی بود که باید در جریان استعمارزدایی از صحرای غربی رعایت می‌شد.^{۶۵} در پرونده مرتبط با «آثار حقوقی بنای دیوار

62. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*. Avis Consultatif du 21 juin 1971, § 34.

63. Avis du 30 mars 1950, p. 72.

64. *Sahara occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, p. 28.

65. *Ibid.*, pp. 25 et 27.

در سرزمین اشغالی فلسطین»، اسرائیل ایراد مشابهی وارد کرده بود. این دولت اظهار می‌داشت پاسخ به این سؤال، در واقع، حل اختلاف حقوقی است.^{۶۶} درحقیقت در پرونده یادشده، دیوان بدون آنکه به حل اختلاف موجود بپردازد، به تعیین تعهداتی که اسرائیل با ساختن دیوار، زیر پا نهاده است بسنده کرد و سپس صرفاً آثار حقوقی ناشی از این موارد نقض را تعیین کرد. دیوان با آنکه بدون تردید، آگاه بود نظر مشورتی داده‌شده نمی‌تواند بر وضعیت اسرائیل، بی‌تأثیر باشد، ترجیح داد برای رد اعتراض این کشور، بر دیگر استدلال‌ات مطروح در رویه قضایی پیشین خود تمرکز کند.

دیوان بار دیگر تکرار می‌کند که علی‌رغم آنکه درخواست مطرح‌شده با یک مسئله حقوقی موجود بین تعدادی از طرف‌ها در ارتباط است، نبود رضایت بر صلاحیت دیوان در اعطای نظر مشورتی بی‌تأثیر است.^{۶۷} آیا دیوان با توسل به چنین استدلالی به صورت ضمنی این امر را نمی‌پذیرد که سؤال مجمع عمومی درمورد بنای دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین، تجلی چنین وضعیتی است؟ صرف‌نظر از طبیعت سؤال مطرح‌شده، دیوان نمی‌تواند در جایی که پاسخ دیوان، صرفاً جنبه مشورتی دارد و بر این اساس، هیچ اثر الزام‌آوری بر آن بار نیست، توجیهی برای لزوم رضایت طرف درگیر در آن پرونده بیابد.^{۶۸}

آزادی‌ای که دیوان برای پاسخ به چنین سؤالاتی بدون درنظرگرفتن رضایت دولت‌های ذی‌ربط، برای خود قائل است، بیش از همه ناشی از این واقعیت است که نظر مزبور، خطاب به دولت‌ها داده نمی‌شود. در واقع، دیوان با پاسخ به سؤال مطرح‌شده به‌عنوان ارگان اصلی قضایی سازمان ملل متحد، در فعالیت این سازمان مشارکت می‌کند.^{۶۹} طبیعتاً اگر موضوع درخواست و سؤال پرسیده‌شده به‌گونه‌ای باشد که بتوان پاسخ داده‌شده را کمکی برای یک ارگان این سازمان، مثلاً شورای امنیت برای حل مسالمت‌آمیز اختلاف دانست، مسئله صورت دیگری پیدا می‌کند.^{۷۰} در چنین موردی، ممکن است نبود رضایت یک دولت طرف اختلاف، با خصیصه رضایی بودن عملکرد دیوان، تناقض پیدا کند.

بالاخره، زمانی که درخواست نظر مشورتی، مرتبط با یک قضیه حقوقی «زنده» باشد که ابعاد آن نیز صرفاً دوجانبه نباشد، دیوان خود را مکلف به رعایت اصل رضایی بودن نمی‌داند. پرونده‌های نامیبیا^{۷۱} و صحرای غربی^{۷۲} از چنین مواردی بودند. در این دو پرونده، مسائل مطرح‌شده، مربوط به سیاست استعمارزدایی سازمان ملل متحد بود و به‌هیچ‌وجه، محدود به روابط

۶۶. نامه ۲۹ ژانویه ۲۰۰۴ معاون مدیرکل و مشاور حقوقی وزارت امور خارجه اسرائیل، خطاب به ریاست دیوان بین‌المللی دادگستری.

۶۷. Avis consultatif du 30 mars 1950, p. 71 et avis consultatif du 9 juillet 2004, § 47.

۶۸. Avis consultatif du 30 mars 1950, p. 71.

۶۹. *Idem*.

۷۰. Avis consultatif du 21 juin 1971, § 32, p. 24.

۷۱. *Idem*.

۷۲. Avis consultative du 16 octobre 1975, §§ 33-34.

دوجانبه نبود. این امر درمورد پرونده ساخت دیوار حائل نیز صادق است. در این قضیه، دیوان تصریح می‌کند که نظر مشورتی درخواستی، مربوط به مسئله‌ای است که «مورد توجه ویژه ملل متحد است و در چارچوبی موسع‌تر از رابطه صرف دوجانبه قرار می‌گیرد». در این شرایط، دیوان خاطرنشان کرده که اعطای نظر مشورتی به معنای دورزدن اصل رضایی بودن نیست.^{۷۳}

همان طور که برخی از دولت‌های شرکت‌کننده در فرایند رسیدگی نظر مشورتی «ساخت دیوار در سرزمین‌های اشغالی» به آن اشاره کرده‌اند، ابعاد مسائل مطروحه در برابر دیوان، تعهدات عام‌الشمول اسرائیل را دربرمی‌گیرد.^{۷۴} نظریه‌ای که از این نظر پشتیبانی می‌کند به این نکته اشاره دارد که «در میان تعهدات بین‌المللی که اسرائیل نقض کرده، تعهدات عام‌الشمولی وجود داشته است که از آن جمله می‌توان به حق ملت فلسطین در تعیین سرنوشت خود اشاره کرد. به نظر می‌رسد قابلیت عام‌الشمول بودن این تعهد (یعنی قابلیت استناد به آن در برابر همه) ابزاری برای استدلال دیوان جهت دورزدن اصل رضایی بودن در جریان عملکرد مشورتی دیوان شده است؛ امری که تا به حال در دعاوی ترافی دیوان، تحقق نیافته است.

نتیجه

به‌راحتی می‌توان مشاهده کرد که قبول تعهداتی که جامعه بین‌الملل، اجرای آن را بر عهده گرفته است، نظام قضایی بین‌المللی را در قالب کنارزدن برخی از اشکال دوجانبه‌گرایی تحت تأثیر قرار داده است. این تغییر به‌طور خاص در روند عملکرد مشورتی دیوان، جلوه‌ای آشکار به خود گرفته است. این تحول، آن‌چنان که در قضیه «ساخت دیوار در سرزمین‌های اشغالی» دیده شد، می‌تواند این نتیجه را داشته باشد که دیوان، موارد نقض این تعهدات را برجسته کند و ضرورت رعایت آن‌ها را از سوی طرف‌های اختلاف، یادآور شود و این در حالی است که نه اساسنامه چنین صلاحیتی را بر عهده وی نهاده است و نه مرجع درخواست‌کننده آن نظر مشورتی.^{۷۵} این انحراف عملکرد مشورتی دیوان از اصل رضایی بودن، این مزیت را دارد که توجه جامعه جهانی را نسبت به منازعات طولانی‌مدت جلب می‌کند و درعین حال می‌توان اظهارنظر قضایی را علیه دولتی به دست آورد که

73. Avis consultative du 9 juillet 2004, § 50.

۷۴. برای نمونه، سوئیس خاطرنشان کرده بود که نمی‌شود «مسئله آثار حقوقی ساخت دیوار را در سرزمین‌های اشغالی فلسطین از سوی اسرائیل، به‌صورت اختلاف محدود دوجانبه، ساده کرد. این مسئله مربوط به آثار تعهدات عام‌الشمول حقوقی ذی‌ربط است [...]». سوئیس ملاحظات خود را به مسئله قابلیت اعمال کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ و معاهدات مرتبط با حمایت از حقوق بشر محدود می‌کند. از این نگاه نمی‌توان تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری را در اعطای این نظر مشورتی، انحراف از الزام رضایی بودن در عملکرد دیوان دانست. در این مورد، ن.ک:

– لایحه کتبی دولت سوئیس در پرونده ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین، ۳۰ ژانویه ۲۰۰۴، پاراگراف‌های ۱۷ و ۲۵.

75. R. Rivier, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Cour internationale de justice, avis consultatif du 9 juillet 2004, AFDI, 2004, p. 332.

از رعایت حقوق بین‌الملل، سربازمی‌زند.^{۷۶} این نکته را باید قلب تحول آرام رویکرد دیوان در ارتباط با اصل رضایی بودن دانست. با این حال می‌توان در خصوص مؤثر بودن چنین اظهارنظری در حل این منازعات، سؤالاتی را مطرح و نسبت به تأثیر حقیقی آن تردید کرد، ولی حقیقت آن است که در نظم کنونی جامعه بین‌الملل باید همین مقدار پیشرفت را نیز مغتنم دانست.

در مقابل، در خصوص اعمال صلاحیت ترافعی، رویه اخیر دیوان نشان می‌دهد که این نهاد قضایی جهانی در برابر فشارها به نوعی بی‌تفاوت مانده است. حتی اهمیت هنجارها و تعهدات مطروحه نتوانسته است به‌خودی‌خود، مبنایی مستقل برای صلاحیت دیوان فراهم کند. تنها استثنای این مسئله که ریشه در اساسنامه دیوان دارد، همان موردی است که در خصوص ورود ثالث پیش‌بینی شده است.^{۷۷} در واقع، اساسنامه برای ورود ثالث، هیچ پیش‌شرطی را مشخص نکرده و دولتی که طرف دعوا نیست می‌تواند بدون مبنای رضایی وارد دعوا شود.^{۷۸}

به نظر نمی‌رسد که این امر جای تأسف داشته باشد که چرا دادگستری بین‌المللی تابع فرایند سنتی خود مانده است و همچنان بر اصل رضایی بودن اصرار ورزیده است.^{۷۹} در جامعه بین‌الملل کنونی، به‌هیچ‌وجه قابل‌تصور نیست که دیوان بین‌المللی دادگستری بتواند برخلاف اراده دولت، صلاحیت خود را به آن تحمیل کند. ممکن است هرگونه زیاده‌روی دیوان، آثار وخیمی بر پذیرش کارکرد این نهاد قضایی بر جای گذارد. پس نباید در این دیدگاه پروفیسور پروفسور وی که در سال ۱۹۹۶ ابراز شده است، سهیم شد که «اصل رضایی بودن مانند نخ طلایی از دل رویه قضایی همچنان عبور می‌کند و بقا و تداوم آن، زمان را به چالش می‌طلبد»^{۸۰}؟ این نخ طلایی است که هیبت و احترام این دادگاه جهانی را با خود به همراه آورده است و چه‌بسا فروریختن آن، با فروریختن شوکت نظام قضایی بین‌المللی همراه شود!

76. P.-O. Savoie, *La Cour internationale de justice, l'avis consultatif et la fonction judiciaire: entre décision et consultation*, op. cit., p. 73.

77. پروفیسور فرهوفن در این مورد از اصطلاح لاتین "favor judici" سخن گفته است که می‌توان از آن به‌عنوان «لطف قضات یا دستگاه قضایی» (!) تعبیر کرد. در این مورد، ن.ک:

- J. Verhoeven, op. cit., p. 369.

78. از نگاه دیوان، «به‌محض آنکه یونان به‌روشنی اعلام کرد که تمایل دارد به‌عنوان دولت ثالث و نه طرف دعوا وارد رسیدگی شود، ضرورتی ندارد که در این پرونده در پی مبنایی برای صلاحیت دیوان گشت». در این مورد، ن.ک:

-Requête de la République hellénique à la fin d'intervention dans l'affaire *Immunité juridictionnelle de l'État (Allemagne c. Italie)*, ordonnance du 14 Juillet 2011, § 31.

79. از نگاه قاضی برونو زیما، «از یک جهت، این امر، طنزآمیز به نظر می‌رسد که خود دیوان که مفهوم تعهدات عام‌الشمول را در جایگاه اول اهمیت قرار داده است، اکنون آن را تابع سختی‌های فرایند شکلی حقوق بین‌الملل سنتی دوجانبه‌گرا (یعنی همان اصل رضایی بودن) کرده است». در این مورد، ن.ک:

B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Recueil des Cours, t. 250, 1994, p. 298.

80. P. Weil, *Compétence et saisine: un nouvel aspect des principes de la juridiction consensuelle*, reproduit in: *Écrits de droit international*, op. cit., p. 101.

منابع:

- Doctrine

- Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960.
- J. Verhoeven, *Considérations sur ce qui est commun*, Cours général de droit international public, Recueil des cours, Tome 334 (2008).
- P. Weil, *Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu: à propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, reproduit dans: P. Weil, *Écrits de droit international*, Doctrine juridique, Paris, PUF, 2000.
- S. Torres-Bernández, *L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de justice*, RCADI, t. 256, 1995.
- S. Torres-Bernández, *The New Theory of "Indispensable Parties" under the Statute of the International Court of Justice*, in : Karel Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice*, 1998.
- P.-O. Savoie, *La Cour internationale de justice, l'avis consultative et la fonction judiciaire: entre décision et consultation*, 42, *Annuaire canadien du droit international*, 2004.
- J.-M. Thouvenin, *La saisine de la Cour internationale de justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international*, in: *The fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Ch. Tomuschat and J. 8-M. Thouvenin (ed.), Liden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 2^e éd., t. II, 1962.
- R. Rivier, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Cour internationale de justice, avis consultatif du 9 juillet 2004, AFDI, 2004.
- Requête de la République hellénique à la fin d'intervention dans l'affaire *Immunité juridictionnelle de l'État (Allemagne c. Italie)*, ordonnance du 14 Juillet 2011.
- B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Recueil des Cours, t. 250, 1994.

- jurisprudence et opinions des juges

- Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, Avis consultatif du 30 mars 1950.

-
- Avis consultatif du 30 mars 1950, et avis consultatif du 9 juillet 2004.
 - Avis consultatif du 21 juin 1971.
 - Avis consultative du 16 octobre 1975.
 - Opinion dissidente du juge Alvarez jointe à l'arrêt du 22 juillet 1952 (exception préliminaire) *Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran).
 - Compétence en matière de pêcheries (*Espagne c. Canada*), arrêt du 4 décembre 1998 (compétence).
 - Opinion dissidente du juge Torres Bernádez jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998.
 - Opinion dissidente du juge Weeramantry jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998.
 - Opinion dissidente du juge Vereshchetin jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998.
 - Opinion dissidente du juge Bedjaoui jointe à l'arrêt du 4 décembre 1998.
 - Déclaration du juge Elaraby jointe à l'arrêt du 3 février 2006 rendu dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002), *République démocratique du Congo c. Rwanda*.
 - Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006
 - Affaire relative au Timor oriental (*Portugal c. Australie*), arrêt du 30 juin 1995.
 - Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (*Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord et États-Unis d'Amérique*), arrêt du 15 juin 1954.
 - Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), compétence de la cour et recevabilité de la requête, 28 novembre 1984.
 - Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (*Nauru c. Australie*), Exception préliminaire, arrêt du 26 juin 1992.
 - Affaire relative au Timor oriental (*Portugal c. Australie*), arrêt du 30 juin 1995.
 - Opinion dissidente de M. Skubiszewski jointe à l'arrêt du 30 juin 1995.

-
- Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), arrêt du 19 décembre 2005.
 - Opinion dissidente du juge Krylov jointe à l'avis du 30 mars 1950.
 - *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*. Avis Consultatif du 21 juin 1971.
 - *Sahara occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975.

دعوی متقابل در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، دست‌آورد قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲ در قضیه کشتی ویرجینیا جی (پاناما / گینه بیسائو)

محسن محبی *

هادی آذری **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23522

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۴/۰۹

چکیده

جمهوری پاناما و جمهوری گینه بیسائو طی توافقی از طریق تبادل نامه‌هایی در تاریخ ۲۹ ژوئن و ۴ ژوئیه ۲۰۱۱ پذیرفتند اختلاف خود را در قضیه کشتی ویرجینیا جی به دیوان بین‌المللی حقوق دریاها ارجاع دهند. این پرونده در ۴ ژوئیه ۲۰۱۱ در دفتر دیوان ثبت شد. پاناما در درخواست اولیه خود اعلام کرد که گینه بیسائو با این اقدام خود، الزامات و قوانین بین‌المللی مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل متحد را در خصوص حقوق دریاها نقض کرده است. گینه بیسائو نیز دعوی متقابلی بر اساس ماده ۹۸ قواعد دیوان مطرح و ادعا کرد که پاناما با اعطای ملیت خود به کشتی‌ای که هیچ ارتباط واقعی با این کشور ندارد، ماده ۹۱ این کنوانسیون را نقض کرده است. پاناما با اعلام اینکه دعوی متقابل گینه بیسائو، شرط دوگانه «صلاحیت دیوان و ارتباط با موضوع دعوا» مندرج در ماده ۹۸ را تأمین نمی‌کند، خواستار رد دعوی متقابل گینه بیسائو شد. این موضوع باعث شد تا دیوان، قابل‌استماع بودن دعوی متقابل گینه بیسائو را بررسی کند. نهایتاً با رد اعتراض‌های پاناما، با صدور قرار در تاریخ ۲ نوامبر ۲۰۱۲ اعلام کرد که دعوی متقابل گینه بیسائو قابل‌استماع است. با این حال در رأی ماهیتی ۱۴ آوریل ۲۰۱۴، دعوی اصلی و دعوی متقابل، هر دو رد شد.

* sd.mohebi@gmail.com

** hadikhanir@yahoo.com

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران

** نویسنده مسئول، عضو هیئت علمی گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

واژگان کلیدی

دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، دیوان بین‌المللی دادگستری، دعوای متقابل، دعوای اصلی، قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲، قضیه کشتی ویرجینیا جی، صلاحیت و ارتباط مستقیم، کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل در خصوص حقوق دریاها، دادرسی طاری، ماده ۹۸ قواعد

مقدمه

دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در تاریخ ۲ نوامبر ۲۰۱۲، تصمیم خود را درباره قابل‌استماع‌بودن دعوای متقابلی که کشور گینه بیسائو در قضیه کشتی ویرجینیا جی علیه پاناما مطرح کرده بود صادر کرد. این در واقع اولین تصمیم دیوان، راجع به این مسئله بود.

اختلاف دو کشور به موضوع نفت‌کش ویرجینیا جی مربوط می‌شد که با پرچم پاناما تردد می‌کرد. مقامات جمهوری گینه بیسائو در تاریخ ۲۱ اوت ۲۰۰۹ کشتی مزبور را در منطقه انحصاری اقتصادی خود، درحالی‌که سرگرم عملیات سوخت‌گیری بود، توقیف کردند. از دیدگاه کشور پاناما، گینه بیسائو با این اقدام خود، الزامات و قوانین بین‌المللی را که می‌بایست بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل در خصوص حقوق دریاها رعایت کند، نقض کرده و به اعتبار پرچم پاناما لطمه زده است. گینه بیسائو نیز در پاسخ به این ادعای پاناما، در لایحه دفاعیه خود، دعوای متقابلی را مطرح و اعلام کرد که پاناما با اعطای ملیت خود به کشتی‌ای که هیچ ارتباط واقعی و حقیقی با این کشور ندارد، ماده ۹۱ همان کنوانسیون را نقض کرده است. حق ارائه دعوای متقابل بر اساس ماده ۹۸ قواعد دیوان به این کشور اعطا شده که بر اساس آن، هرکدام از طرفین دعوای متقابل می‌تواند دعوای متقابلی مطرح کند به شرط آنکه:

«۱- موضوع دعوای متقابل در ارتباط مستقیم با موضوع دعوای طرف دیگر باشد و رسیدگی به آن در چارچوب صلاحیت دیوان قرار گیرد.

۲- دعوای متقابل در قالب لایحه دفاعیه در پاسخ به ادعاهای خواهان تنظیم شده باشد.

۳- اگر درخواست ارائه‌شده به‌عنوان دعوای متقابل با موضوعی که خواهان مطرح کرده، ارتباط نزدیک نداشته باشد، دیوان بعد از استماع دفاعیات هر دو طرف تصمیم می‌گیرد که آیا این پرونده در دیوان بررسی شود یا خیر».

این ماده که در سکوت اساسنامه، تنها قاعده موجود و قابل‌اجرا در خصوص دعوای متقابل است، برگرفته از ماده ۸۰ قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری (نسخه ۱۹۸۷ که تا سال ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا بود)^۱ است. همان گونه که به‌وضوح مشاهده می‌شود، این ماده فقط شروط پذیرش دعوای متقابل و برگزاری جلسات دادرسی و آغاز روند دادرسی در دیوان را بیان می‌کند. لذا

۱. ماده ۸۰ قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری، چندین بار تغییر یافت که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

مسئولیت توضیح و تفسیر مفهوم دعوی متقابل، تشریح عوامل تشکیل‌دهنده آن، و اینکه چه ویژگی‌هایی دارد، به رویه قضایی سپرده شده است. همچنین مفهوم و حدود هر کدام از شروط اعلام‌شده در ماده ۹۸ قواعد حل و فصل را رویه قضایی تعیین می‌کند و نحوه اجرا و برگزاری دادرسی طاری^۲ را بر اساس پاراگراف سوم این ماده توضیح می‌دهد. این رویه قضایی در حال شکل‌گیری است و قرار است که موضوع این مقاله است، نقطه آغاز این حرکت است. اما پیش از بحث در مورد آن، لازم به ذکر است که ماده ۹۸، قالب تصمیم دیوان در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش دعوی متقابل را تعیین نمی‌کند. لذا دیوان با صدور قرار^۳ ۲ نوامبر ۲۰۱۲، به ماده ۲۷ اساسنامه دوم خود تکیه کرده است که طبق آن، «دیوان برای هدایت دادرسی و تعیین نحوه و زمان ارائه درخواست‌های نهایی طرفین، قرار را صادر خواهد کرد». بنابراین در پرتو همین قرار، ضرورت بررسی پیاپی سه موضوع مطرح می‌شود که عبارت‌اند از: مفهوم دعوی متقابل، قابلیت استماع آن و دادرسی مربوط به آن در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها.

۱. مفهوم دعوی متقابل

قرار ۲ نوامبر، تعریفی از دعوی متقابلی که دیوان بتواند بر اساس ماده ۹۸ قواعد خود بپذیرد، ارائه نمی‌دهد. با این حال به طور منطقی می‌توان فرض کرد که این دیوان قصد ندارد تعریف عام حقوق داخلی و بین‌الملل را در این خصوص، کنار بگذارد. ماده ۶۴ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه، این تعریف را در خود جای داده است. طبق این ماده: «دعوی متقابل، درخواستی است که طبق آن، خوانده به دنبال به دست آوردن مزیتی بیش از صرف رد ادعای خواهان است».

دیوان بین‌المللی دادگستری در تطابق کامل با این تعریف، در قرار ۱۷ دسامبر ۱۹۹۷ در قضیه کنوانسیون نسل‌کشی، عناصر تعریف خود را این گونه تبیین می‌کند: «محرز است که دعوی متقابل در مقایسه با دادخواست خواهان، ویژگی دوگانه دارد: مستقل از آن است از این حیث که خود، ادعای مجزاست یعنی اقدام قضایی مستقلی است که هدفش طرح ادعای جدیدی نزد قاضی است و در عین حال، مرتبط با آن است از این حیث که به ادعای خواهان پاسخ می‌دهد. ویژگی دعوی متقابل این است که موضوع اولیه دعوا را فربه می‌کند، به این ترتیب

۲. شعبه‌ای که دیوان بین‌المللی دادگستری برای رسیدگی به دعوی هندوراس و السالوادور در قضیه اختلاف مرزی زمینی، جزیره‌ای و دریایی تشکیل داد، دادرسی طاری را این گونه تعریف می‌کند: «دعوی که به صورت اتفاقی، حین رسیدگی به دعوی ارجاع‌شده به دیوان یا به شعبه آن پیش می‌آید».

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 99.

3. Order/Ordonnance

که خوانده به دنبال به‌دست‌آوردن مزیتی بیش از صرف رد ادعای خواهان است؛ مزیتی مانند محکومیت طرف مقابل. در نتیجه با این تعریف، دعوای متقابل از دفاع ماهوی متمایز می‌شود.^۴ همین دیوان در بیانیه‌ای که در ۱۲ ژانویه ۲۰۰۱ در خصوص اصلاح ماده ۸۰ قواعد خود صادر کرد، دعوای متقابل را چنین تعریف می‌کند: «دعویی است که با آن، خوانده به دنبال به‌دست‌آوردن مزیتی بیش از صرف رد ادعای خواهان است».^۵

بر اساس این تعریف، - که گفته شد انعکاسی از تعریف عام پذیرفته‌شده از دعوای متقابل است^۶ - درخواست خوانده، از آن جهت که کسب مزیت یا حقی را دنبال می‌کند، درخواست یا ادعای مستقل قلمداد می‌شود. ولی این درخواست، هم‌زمان دفاع نیز تلقی می‌شود زیرا به ادعای اصلی خواهان پاسخ می‌دهد یا در صدد رد آن است. با این حال باید گفت که اگر از مطلب دیوان، این‌گونه برداشت شود که دعوای متقابل، حتماً باید دارای وجهه دوگانه (درخواست و دفاع) باشد، چنین برداشتی با رویه قضایی داخلی و بین‌المللی که بر اساس آن، دعوای متقابلی که نقش دفاعی نداشته باشد هم می‌تواند به قاضی ارائه شود، به‌خوبی مطابقت ندارد. به عبارت دیگر، این موضوع امروزه پذیرفته شده است که به‌صرف طرح ادعای جدید، ممکن است درخواست خوانده، دعوای متقابل قلمداد شود، حتی اگر نتیجه‌اش رد ادعای طرف مقابل نباشد.^۷ در نتیجه می‌توان بر این نکته تأکید کرد که عنصر تعیین‌کننده در تعریف دعوای متقابل، ارجاع اختلاف حقوقی توسط خوانده به قاضی بین‌المللی است.

پس دو نوع دعوای متقابل وجود دارد: دعوای متقابل دوگانه و دعوای متقابل ساده. در صورتی دعوای متقابل، دوگانه تلقی می‌شود که هم‌زمان، شکل ادعا و دفاع داشته باشد. اما اگر دعوای متقابل، این ویژگی دوگانه را نداشته باشد، دعوای متقابل ساده قلمداد می‌شود. در واقع چنین دعوای متقابلی، درخواست ساده است که هیچ‌گونه تأثیری در سرنوشت درخواست خواهان

4. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, ordonnance du 17 décembre 1997, *CIJ Recueil* 1997, p. 256, § 27.

5. Communiqué de presse du 12 janvier 2001 (2001/1). [<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=611&pt=&p1=6&p2=1>].

۶. در گزارشی که پروفیسور ژرژ سل در سال ۱۹۴۹ راجع به رسیدگی داوری به کمیسیون حقوق بین‌الملل ارائه کرد، دعوای متقابل، این‌گونه تعریف شده است: «دعویی که توسط طرفی که علیه او دعوای اصلی طرح شده است، مطرح می‌شود و هدف آن به‌دست‌آوردن چیزی بیش از رد ادعاهای خواهان است». (*Annuaire CDI*, 1949, vol. II, p. 137). تعریفی مشابه در فرهنگ حقوق بین‌الملل به چشم می‌خورد (Bruxelles, J. Salmon (ed), *Dictionnaire du droit international*, Bruylant, 2001, p. 316). همچنین قاضی آنزیلوتی در مقاله‌ای که اولین نوشته راجع به این نوع دعوا در حقوق بین‌الملل است، تعریفی کاملاً مشابه ارائه می‌کند. ن.ک:

D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *JDI*, (Clunet), 1930, vol. 57, p. 867.

۷. در همین رأی کنوانسیون ژنوسید، دیوان درخواست‌های سوم تا ششم یوگسلاوی را دعوای متقابل تلقی کرد، درحالی‌که پذیرفتن آن‌ها هیچ تأثیری در رد ادعاهای طرف مقابل نداشت. ن.ک: *CIJ Recueil* 1997, p. 257, § 29.

ندارد.^۸ دعوی متقابل، وقتی دوگانه تلقی می‌شود که مبتنی بر همان امور موضوعی باشد که دادخواست خواهان بر آن استوار است. در این صورت، پذیرش ادعای وی، خودبه‌خود به رد کل یا بخشی از درخواست خواهان منجر می‌شود،^۹ چرا که در واقع، تأیید حق خواننده به معنی رد حق طرف مقابل است و این همان چیزی است که هادسون، دعوی متقابل مستقیم نامیده است.^{۱۰} برعکس، وقتی دعوی متقابل از اقدامات و اموری غیر از آنچه دادخواست خواهان به آن تکیه کرده است منبعث شود، دعوی متقابل ساده - در نتیجه غیرمستقیم - قلمداد می‌شود.^{۱۱}

اکنون با توجه به آنچه گفته شد، مناسب است ماهیت دعوی متقابل گینه بیسائو در قضیه کشتی ویرجینیا جی مشخص شود. در واقع، پاناما در دادخواست اولیه خود می‌گوید: گینه بیسائو الزامات بین‌المللی خود بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل در خصوص حقوق دریاها نقض کرده و با توجه به توقیف کشتی پانامایی و مدت زمان متوقف کردن آن، به اعتبار پرچم پاناما لطمه وارد کرده و ضرر و زیان فراوانی به این کشتی، خدمه آن و دیگر بخش‌های مرتبط با آن وارد کرده است.^{۱۲} گینه بیسائو هم در دعوی متقابل خود ادعا می‌کند که پاناما ماده ۹۱ کنوانسیون سازمان ملل را نقض کرده، چرا که ملیت خود را به کشتی‌ای اعطا کرده است که هیچ‌گونه ارتباط واقعی با آن ندارد و در نتیجه آن کشتی در منطقه انحصاری اقتصادی گینه بیسائو، فعالیت‌های غیرمجاز و غیرقانونی کرده است و لذا گینه بیسائو حق دارد جبران تمامی زیان‌ها و هزینه‌هایی را که پاناما با اعطای ملیت تصنعی به کشتی ویرجینیا جی، موجب شده است، درخواست کند.^{۱۳}

روشن است که موارد و موضوعاتی که درخواست‌های دو طرف از آن ناشی می‌شود، متفاوت است. موردی که پاناما مطرح می‌کند، توقیف کشتی ویرجینیا جی است، درحالی که گینه بیسائو موضوع اعطای ملیت تصنعی به این کشتی توسط پاناما را مطرح می‌کند. پس دعوی متقابل گینه بیسائو، غیرمستقیم و در نتیجه، ساده است زیرا پذیرش آن، هیچ تأثیری بر درخواست اولیه خواهان ندارد. لذا دیوان بین‌المللی حقوق دریاها می‌تواند اعلام کند که هر دو طرف محق‌اند یا هیچ‌کدام محق نیستند یا یکی محق است و دیگری نیست. به عبارت دیگر، این دیوان می‌تواند چنین نتیجه‌گیری کند که گینه بیسائو با توقیف نفت‌کش ویرجینیا جی، الزامات مربوط به

8. S. Guinchard, *Méga Nouveau Code de Procédure Civile*, Dalloz, 2001, p. 159.

9. *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Recueil* 1950, pp. 271 et 288.

10. M. O. Hudson, *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, A. Pedone, 1936, p. 500.

۱۱. لازم به ذکر است که تفاوت بین دعوی متقابل مستقیم و غیرمستقیم تا حدی به تفاوت میان دعوی متقابل الزامی و دعوی متقابل اختیاری در حقوق آمریکا شباهت دارد. طبق ماده ۱۳ قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال آمریکا، دعوی متقابل اجباری، دعوی است که بر واقعیت و امور مطرح‌شده در دعوی اصلی مبتنی است، درحالی که دعوی متقابل اختیاری آن است که بر واقعیات و امور دیگری مبتنی باشد.

12. *Affaire du Navire «Virginia G»*, (Panama/Guinée-Bissau), Ordonnance 2012/3, le 2 novembre 2012, § 8.

13. *Ibid.*, § 16.

کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل را زیر پا گذاشته است و هم‌زمان پاناما نیز با اعطای ملیت خود (پرچم) به آن کشتی که هیچ ارتباط واقعی با آن ندارد، همین کنوانسیون را نقض کرده است. عکس این فرض هم امکان‌پذیر است، یعنی اینکه دیوان ادعاهای هر دو طرف را رد کند.^{۱۴} کما اینکه این اتفاق افتاد و دیوان نهایتاً در رأی ۱۴ آوریل ۲۰۱۴ راجع به ماهیت، هم دعوای اصلی و هم دعوای متقابل را رد کرد.

شایان ذکر است که پذیرش دعوای متقابل ساده و غیرمستقیم گینه بیسائو توسط دیوان بین‌المللی حقوق دریاها با تفسیری که این دیوان از شرط «ارتباط مستقیم» مندرج در ماده ۹۸ (پارگراف دوم) به دست می‌دهد بی‌ارتباط نیست. توضیح آنکه برداشت و تفسیر مضیق از این شرط، مانع از آن می‌شود که خوانده در درخواست خود، مواردی جدید، متفاوت و متمایز از آنچه خواهان مطرح کرده است، مطرح کند. درمقابل، برداشت و تفسیر وسیع از این ارتباط به او امکان خواهد داد تا ادعای خود را بر مسائلی متمایز، جدید و متفاوت استوار کند. در ادامه خواهد آمد که برداشت و تفسیر دیوان بین‌المللی حقوق دریاها از شرط مزبور، بسیار موسع است.

۲. ارائه‌کننده دعوای متقابل

دعوای متقابل را خوانده مطرح می‌کند. واژه reconvention در زبان فرانسه و counter-claim در زبان انگلیسی نشان می‌دهد که مطرح‌کننده دعوای متقابل باید طرفی باشد که یک یا چندین ادعا علیه او مطرح شده است. درست است که قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها همانند دیوان بین‌المللی دادگستری این شرط را به‌روشنی بیان نمی‌کند، اما همین قواعد مقرر می‌دارد که چنین ادعاهایی باید در لایحه دفاعیه^{۱۵} مطرح شود (ماده ۶۰ پارگراف ۱)،^{۱۶} یعنی همان لایحه‌ای که خوانده ارائه می‌کند. وانگهی، همان‌طور که گفته شد، دیوان بین‌المللی دادگستری در بیانیه مطبوعاتی ۱۲ ژانویه ۲۰۰۱ خود در خصوص اصلاح ماده ۸۰ قواعد، دعوای متقابل را دعوایی می‌داند که با آن، «خوانده به دنبال به‌دست‌آوردن مزیتی بیش از صرف رد ادعای خواهان است». پرسشی که اینجا مطرح می‌شود این است که چگونه این شرط در دعوایی همچون دعوای کشتی ویرجینیا جی که از طریق توافقنامه دو طرف به دیوان ارائه شده و در آن از نقطه‌نظر دادرسی، نه خواهانی وجود دارد و نه خوانده‌ای،^{۱۷} عملی می‌شود. این موضوع، یک بحث صرفاً

۱۴. ن.ک: بندهای ۷ و ۱۵ قسمت اجرایی رأی.

15. Counter-Memorial / Contre-mémoire

۱۶. بند ۱ ماده ۶۰ قواعد: «در دعوایی که با دادخواست اقامه می‌شود، اسناد کتبی که طرفین باید ارائه کنند، به‌ترتیب عبارت‌اند از یک لایحه توسط خواهان و یک لایحه دفاعیه توسط خوانده».

17. C.P.J.I., l'affaire relative à la compétence de la commission internationale de l'Oder, Ordonnance de 15 aout 1929, Série A n°23, p. 45.

نظری نیست. در زمان تدوین پیش‌نویس قواعد دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، برخی قضات، حتی با ایده مطرح کردن ادعاهایی از این نوع در قضایایی که از طریق توافقنامه به دیوان ارجاع می‌شود، مخالفت کردند.^{۱۸} همچنین در نسخه‌های متفاوت قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری از سال ۱۹۳۶ تا ۱۹۷۸ به‌روشنی آمده بود که «وقتی دعوا با دادخواست مطرح می‌شود، دعوی متقابل، قابل طرح است ...». به عبارت دیگر، تا سال ۱۹۷۸ امکان اقامه دعوی متقابل در دعوی ارجاع‌شده با موافقت‌نامه وجود نداشت. در سال ۱۹۷۸ دیوان بین‌المللی این شرط را حذف کرد و از همان زمان در دعوی ارجاعی از طریق توافقنامه نیز دعوی متقابل، اجازه طرح پیدا کرد. لذا قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها که منبعث از قواعد سال ۱۹۸۷ دیوان بین‌المللی دادگستری است، راجع به طرح دعوی متقابل، بین قضایای مطرح‌شده از طریق توافقنامه با آن‌هایی که از طریق دادخواست مطرح شده است، تفکیک قائل نشده است.

طرح دعوی متقابل در قضایای مطرح‌شده از طریق توافقنامه، مشکلاتی ایجاد می‌کند: اول اینکه نظر به موقعیت برابر طرفین در دادرسی، مشخص نیست که کدامیک از آن‌ها می‌تواند چنین دعوی مطرح کند. دوم آنکه وقتی دو طرف، موافقت‌نامه‌ای منعقد می‌کنند، موضوع و چارچوب دعوا یا اختلاف را دقیقاً مشخص می‌کنند^{۱۹} و طبق رویه قضایی بین‌المللی در این گونه قضایا، محاکم، تغییر یک‌طرفه موضوع اختلاف و چارچوب آن را نمی‌پذیرند.^{۲۰} این در حالی است که دعوی متقابل، به‌طور یک‌جانبه مطرح می‌شود و اتفاقاً موضوع و چارچوب دعوی در حال رسیدگی را تغییر داده و در نتیجه، موضوع اختلاف اولیه، گسترده می‌شود. لذا به نظر می‌رسد که تنها زمانی دعوی متقابل می‌تواند در این نوع قضایا مطرح شود که به این مانع (توافق و اراده

18. *CPIJ, Série D_02_3e addem*, pp. 104-105 et 109.

برخی حقوق‌دانان، به مشکل ارائه این گونه دعوی در قضایای مطرح‌شده از طریق توافقنامه اشاره کرده‌اند. از جمله، ن. ک: D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *op. cit.*, p. 864; M. O. Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, *op. cit.*, p. 500; E. Hambro, «Jurisdiction of the international court of justice», *RCADI*, 1950 (I), vol. 76, p. 151; Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice*, Pedone, Paris, 1966, p. 114; Sh. Rosenne, *Procedure in international Court; A commentary on the 1978 Rules of international court of justice*, Boston, Nijhoff, 1983, p. 171; *Law and practice of international court*, 1920-2005, vol. III, p. 1233.

۱۹. در آرای زیادی بر این مسئله تأکید شده است، از جمله، ن. ک:

Détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, pp. 9-12. ; *Minquiers et Écréhous*, Arrêt du 17 novembre 1953, *C IJ Recueil* 1953, pp. 51-52; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *CIJ Recueil* 1969, pp. 10-13; *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana / Namibie)*, arrêt, *CIJ Recueil* 1999, pp. 1051-1052; *Différend frontalier (Bénin/ Niger)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2005, pp. 99-103.

برای توضیح بیشتر، ن. ک:

Sh. Rosenne, *The law and practice of the International Court 1920-2005*, vol. III, *op. cit.*, pp. 1229 et 1337; *Ibid.*, *The World Court, what it is and how it works*, Leiden, Nijhoff, 2003, p. 119; L. Marion, «La saisine de la CIJ par voie de compromis», *RGDIP*, 1995, p. 384. Voy. également la plaidoirie de Prosper Weil dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, CR94/5, p. 68.

20. *Affaire relative à la juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder*, C.P.I.J. Série A, n° 23, p. 18. Voir aussi l'affaire *Borchgrave CPIJ, Série A/B, n° 72* p.168.

اولیه طرفین اختلاف) برخورد نکند. رویه قضایی بین‌المللی موارد جالبی را نشان می‌دهد که دعوا از طریق موافقت‌نامه به قاضی بین‌المللی ارائه شده اما مسئله‌ای که قاضی باید در موردش تصمیم بگیرد، دقیقاً تعیین نشده است و قاضی خود باید با توجه به تحولات آتی قضیه، موضوع اختلاف و دامنه آن را تعیین کند. در این موارد به دلیل کلی‌بودن موضوع اختلاف، هرکدام از طرفین، برداشت و تفسیر خود را از موضوع به پیش می‌کشد و درنهایت، حرف آخر را قاضی می‌زند.^{۲۱} به نظر می‌رسد که پرونده مربوط به کشتی ویرجینیا جی یکی از این موارد است.

پاناما و گینه با درج این عبارات بسیار کلی در توافقنامه که «تمام جنبه‌های ماهوی (از جمله خسارات و هزینه‌ها) مسئله مورد قضاوت قرار خواهد گرفت»،^{۲۲} در واقع به دلیل کلی‌گویی، باب مطرح کردن ادعاهای جدید را باز گذاشته بودند. همچنین پاناما با این ادعا که گینه بیسائو با نقض الزامات کنوانسیون ۱۹۸۲ سازمان ملل در خصوص حقوق دریاها و توقیف کشتی ویرجینیا جی به اعتبار پرچم پاناما لطمه زده و ضرر و زیان‌های فراوانی به کشتی و خدمه و بخش‌های مرتبط به آن وارد کرده است،^{۲۳} در واقع طرف خود را در حالت دفاعی قرار داده و آن کشور را به معنای واقعی کلمه به «خوانده»^{۲۴} دعوا تبدیل کرده است. بنابراین، هم امکان گسترش دعوی اصلی از طریق طرح دعوی تقابل ممکن بود، هم طرفی که می‌توانست به چنین اقدامی دست یازد به نوعی مشخص شده بود.

در واقع، آنچه در ارائه دعوی متقابل، تعیین‌کننده است، طبقه طرح دعوا نیست، بلکه ویژگی‌های قضیه و عبارت‌پردازی موافقت‌نامه است. اگر موافقت‌نامه، موارد اختلاف و چارچوب دعوا را به‌طور دقیق، تعیین و جایگاه هرکدام از دو طرف دعوا را در روند دادرسی مشخص کند، دیگر مشکل خواهد بود که یکی از آن‌ها بتواند ادعاهای جدیدی را تحت عنوان دعوی متقابل مطرح کند. در مقابل، اگر موافقت‌نامه به‌گونه‌ای تفسیر شود که به یکی از دو طرف، این امکان را بدهد که ادعای جدیدی را مطرح کند، هیچ چیز مانع از آن نمی‌شود که طرح چنین ادعایی توسط خوانده و در قالب دعوی متقابل مطرح شود. به نظر می‌رسد که در چنین شرایطی است که قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، امکان ارائه این‌گونه دعوی را در قضایایی که از طریق موافقت‌نامه مطرح می‌شود، پیش‌بینی می‌کند. این شرایط به‌وضوح در قضیه کشتی ویرجینیا جی فراهم بود.

21. voir. notamment l'affaire *Borchgrave*, CPJI, *Série A/B*, n° 72 et les arrêts *Droit d'asile*, CIJ Recueil 1950 et *Délimitation maritime et [des] questions territoriales entre le Qatar et le Bahreïn*, compétence et recevabilité, CIJ Recueil 1995.

22. *Affaire du Navire «Virginia G»*, Ordonnance du 2 novembre 2012, § 5.

23. *Ibid.* § 8.

24. خوانده اعم است از خوانده رسمی و خوانده غیررسمی. خوانده رسمی طرفی است که دعوا علیه او اقامه می‌شود، اما نظر به اینکه در حقوق بین‌الملل، اصولاً اقامه دعوا از طریق توافق مشترک انجام می‌پذیرد، طرفی که ادعا خطاب به او تنظیم شده یا محکومیت‌اش درخواست می‌شود نیز «خوانده» تلقی می‌شود، اما به مفهوم غیررسمی. ن.ک:

Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005, p. 124.

۳. شرایط پذیرش دعوی متقابل

پذیرش دعوی متقابل، مشروط به تحقق شرایط دوگانه صلاحیت دیوان و ارتباط مستقیم است. در نسخه‌های مختلف قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری، از سال ۱۹۳۶ تا ۲۰۰۱، شرط ارتباط، قبل از شرط صلاحیت آمده بود.^{۲۵} اما بعد از بازنگری قواعد این دیوان در سال ۲۰۰۱، این ترتیب تغییر یافت و شرط صلاحیت، قبل از شرط ارتباط قرار گرفت. این تغییر در واقع حاکی از این تمایل دیوان بود که قصد دارد از صلاحیت خود نسبت به رسیدگی به دعوی متقابل خوانده، قبل از بررسی موضوع ارتباط، اطمینان حاصل کند.^{۲۶}

در خصوص دیوان بین‌المللی حقوق دریاها نیز این امر صادق است. با توجه به اینکه پاناما به قابل‌استماع‌بودن درخواست گینه بیسائو اعتراض کرده و معتقد بود که این درخواست، شروط، ارتباط و صلاحیت را برآورده نمی‌سازد، دیوان بین‌المللی حقوق دریاها ابتدا به شرط اخیر یعنی موضوع صلاحیت پرداخت و سپس مسئله ارتباط مستقیم را بررسی کرد. درعین‌حال، با توجه به اینکه قواعد این دیوان از زمان تصویب آن تا کنون اصلاح نشده است، شرط ارتباط، کماکان قبل از شرط صلاحیت قرار دارد. بنابراین بهتر است که این دیوان نیز درمورد ترتیب شروط مندرج در ماده ۹۸ تجدیدنظر کند تا این ماده، هم با قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری هماهنگ شود، هم با منطق قضائی و هم با رویکردی که خود این دیوان در قضیه ویرجینیا جی به‌درستی اتخاذ کرد.

۳-۱. شرط صلاحیت

در برخی نظام‌های حقوقی داخلی، خصلت طاری دعوی متقابل، به‌خودی‌خود به قاضی صلاحیت رسیدگی اعطا می‌کند؛ بدین‌معنی که اگر مسائل و موضوعات مندرج در دعوی متقابل از طریق دادخواست ارائه می‌شد، قاضی صلاحیت رسیدگی نداشت، درحالی‌که در قالب دعوی متقابل می‌تواند به آن رسیدگی کند.^{۲۷} دیوان بین‌المللی حقوق دریاها با گنجاندن شرط صلاحیت در

۲۵. تا پیش از ۱۹۳۶ قواعد دیوان فقط شرط صلاحیت را مقرر می‌کرد: ن.ک. CPJI Série D. n° 2, pp.261-262.

۲۶. البته شایسته ذکر است که درمورد دعوی متقابلی که در اختلاف بین نیکاراگوآ و کاستاریکا مطرح شده است، دیوان اعلام کرد که «ملزم به رعایت ترتیب موجود در ماده ۸۰ قواعد نیست. بدین ترتیب، نخست به بررسی شرط ارتباط مستقیم بین ادعاهای طرفین پرداخت و به علت نبودن این ارتباط، دعوی متقابل نیکاراگوآ را رد و اعلام کرد که دیگر نیازی به بررسی شرط صلاحیت نیست. ن.ک.:

Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) – Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), ordonnance du 18 avril 2013, § 27, §38.

۲۷. ماده ۵۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه اشعار می‌دارد که «دادگاه می‌تواند به همه دعوی طاری که در صلاحیت انحصاری دادگاه دیگری نیست رسیدگی کند حتی اگر صلاحیت سرزمینی نسبت به آن‌ها نداشته باشد». در حقوق

قواعد خود، می‌خواست همانند دیوان بین‌المللی دادگستری، هرگونه شک و شبهه را در این زمینه از بین ببرد و تأیید کند که صرف متقابل بودن دعوا، به دیوان، مجوز رسیدگی اعطا نمی‌کند، بلکه این مجوز (صلاحیت) باید به‌طور معتبر و قانونی و بر اساس قواعد تعیین شده به وی اعطا شود.^{۲۸} خلاصه اینکه ذکر شرط صلاحیت در ماه ۹۸ دیوان بین‌المللی حقوق دریاها به این معنی است که وجهه طاری درخواست خوانده، مانع از آن نمی‌شود که خوانده، اصل اساسی «رضایت» را که پیش‌شرط حل و فصل دعاوی توسط قاضی بین‌المللی است، رعایت کند. لذا دیوان باید رأساً یا به درخواست طرفین دعوا، اطمینان حاصل کند که از صلاحیت بررسی ادعای مطرح شده در دعاوی متقابل برخوردار است (ماده ۲۸ اساسنامه دیوان). این همان چیزی است که دیوان مزبور در قرار مورخ ۲ نوامبر ۲۰۱۲ خود انجام داد. پاناما در ایرادات خود راجع به قابل‌استماع بودن دعاوی متقابل گینه بیسائو اعلام کرد که این دعوا در محدوده صلاحیت دیوان، به‌نحوی که طرفین توافقنامه تعیین کرده‌اند، قرار ندارد.^{۲۹} پاناما در تقویت این استدلال خود چنین اظهار کرد:

«در موافقت‌نامه میان پاناما و گینه بیسائو، هیچ‌گونه سازوکاری (توافقی) درمورد ارائه دعاوی متقابل به دیوان توسط گینه بیسائو وجود ندارد و صلاحیت تفویض شده به دیوان فقط به بررسی ادعاها و دادخواست پاناما محدود می‌شود. گینه بیسائو به‌طور مشخص، حق بسط صلاحیت به دعاوی متقابل را ندارد و دو طرف، هیچ‌گونه توافق مشخصی در این زمینه نکرده‌اند».^{۳۰}

گینه بیسائو نیز از این ایده دفاع می‌کرد که «دعای متقابل این کشور در صلاحیت دیوان قرار دارد و دولت‌های دو کشور (پاناما و گینه بیسائو) از طریق توافقنامه تصمیم گرفتند دعاوی خود را در خصوص کشتی ویرجینیا جی به دیوان بین‌المللی حقوق دریاها ارجاع دهند و همچنین توافق کردند که این دیوان درمورد درخواست جبران ضرر و زیان (احتمالی) تصمیم بگیرد و رأی خود را درمورد هزینه‌های دادرسی و دیگر هزینه‌های طرف پیروز اعلام کند. پس دعاوی متقابل

امریکا هم، دکتین صلاحیت فرعی، خوانده را مجاز می‌کند که دعاوی متقابلی را که در صلاحیت ماهوی دادگاه فدرال نیست، به شرطی که از نوع دعاوی متقابل الزامی باشد، به قاضی ارائه کند.

28. oy. D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *op.cit.*, p. 868 ; J-C. Wittenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*, A. Pedone, Paris 1937, p. 195; H. Thirlway, «Counterclaims before the International Court of Justice: the Genocide Convention and Oil Platforms Decisions», 12 *Leiden JIL* (1999), p. 202.

باین‌حال، برخی از حقوق‌دانان، سرایت قاعده فوق‌الذکر به حقوق بین‌الملل، یعنی امکان اعطای صلاحیت به دلیل طاری بودن دعاوی متقابل را پیشنهاد می‌کنند. ن.ک:

Voy. M. O. Hudson, *La Cour permanente de justice internationale*, *op. cit.*, p. 500; E. Hambro, «Jurisdiction of the international court of justice», *RCADI*, 1950 (I), vol. 76, p. 152; P. F. Gonideze, «L'affaire du Droit d'asile», *RGDIP*, 1951, pp.584-585; G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de justice: interprétation et pratique*, A. Pedone, 1983, p. 521.

29. *Affaire du Navire «Virginia G»*, Ordonnance du 2 novembre 2012, § 29.

30. *Ibid.* § 30.

این کشور در صلاحیت دیوان قرار دارد»^{۳۱}. با توجه به اینکه صلاحیت دیوان بر توافقنامه‌ای استوار بود که دو طرف دعوا منعقد کرده بودند، دیوان می‌بایست مشخص می‌کرد که آیا مفاد آن توافقنامه به این دیوان اجازه می‌دهد تا درخواست‌های گینه بیسائو را بررسی کند یا خیر. از آنجاکه متن توافقنامه با عبارات کلی تنظیم شده بود، پاسخ مثبت دیوان قابل‌پیش‌بینی بود. دیوان با بررسی مختصر تحولات این پرونده اعلام کرد که توافقنامه میان دو طرف به دعوی آن‌ها در خصوص کشتی ویرجینیا جی مربوط می‌شود و لذا «تمامی جنبه‌های دعوا ازجمله ضرروزیان»^{۳۲} بررسی خواهد شد. نهایتاً دیوان به این نتیجه رسید که «دعوی متقابل گینه بیسائو، شرط راجع به صلاحیت دیوان را که در ماده ۹۸ قواعد این دیوان آمده است برآورده می‌کند»^{۳۳}.

مهم‌ترین پرسش که البته در قضیه مورد بحث مطرح نشد اما شایسته است که بررسی شود این است که آیا صلاحیت دیوان برای تصمیم‌گیری درمورد دعوی متقابل باید بر همان مبنایی استوار باشد که دادخواست اولیه خواهان بر آن استوار است یا اینکه می‌تواند مبنای دیگری داشته باشد.^{۳۴} در ماده ۹۸ قواعد دیوان در این خصوص، مطلبی ذکر نشده است. در این ماده، تنها آمده است «طرف (دعوا) به شرطی می‌تواند دعوی متقابل ارائه دهد که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان باشد». این شرط در دیوان بین‌المللی دادگستری نیز موجب بروز برداشت‌های متفاوتی شده است.^{۳۵} ولی نهایتاً به نظر می‌رسد که نظر این دیوان بعد از چرخشی آشکار^{۳۶} این باشد که لازم است ادعاهای دو طرف، دارای مبنای صلاحیتی مشترک باشد.^{۳۷} این پرسش همچنان درمورد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها نیز مطرح است. این شرط در قضیه ویرجینیا جی از قبل محقق بود، چرا که صلاحیت دیوان برای رسیدگی به هر دو دعوی اصلی و طاری بر موافقت‌نامه

31. Ibid. § 25.

32. Ibid. § 35.

33. Ibid. § 36.

34. طبیعی است که این سؤال، زمانی مطرح می‌شود که خواننده می‌تواند دعوی خود را بر مبنای متعدد استوار کند. طبق ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، صلاحیت این دیوان می‌واند ناشی از کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها یا هر توافقنامه دیگری باشد.

35. F. Salerno, «Demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de justice», *RGDIP*, 1999, tome 103, p. 367; S. Torres Bernardez, «La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles», *AFDI*, 2003, p. 232; A. Miaja de la Muela, «La reconvenção ante el Tribunal internacional de Justicia», *Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Aiculci-Zumoru y Castillo, Boletín mejicano de derecho comparado*, n° 24, 1975, p. 748.

36. در قضیه کرزوف، دیوان دائمی پذیرفت که به دعوی متقابل لهستان بر مبنای رضایت ضمنی رسیدگی کند درحالی‌که دعوی اصلی بر مبنای موافقت‌نامه مطرح شده بود:

CPJI, Série A, n° 17, Arrêt du 13 septembre 1928, p. 37.

37. *Plates-formes pétrolières, CIJ. Recueil 1998, p. 204, § 36.*

مشترک طرفین استوار شده بود. باوجود این در سایر موارد به احتمال زیاد، این دیوان هم رویکردی مشابه رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری اتخاذ خواهد کرد زیرا این رویکرد، هم با نیت تدوین‌کنندگان قواعد مطابقت دارد^{۳۸} و هم «اجرای صحیح عدالت»^{۳۹} را بهتر تضمین می‌کند.

۳-۲. شرط ارتباط مستقیم

در قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، دعاوی متقابل در بخش C تحت عنوان «دعاوی طاری» ثبت شده است. وصف «طاری» وقتی می‌تواند به یک ادعا اطلاق شود که به قضیه در حال رسیدگی مربوط باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری به‌وضوح این نکته را در رأی خود در قضیه *هایا دولا توره* درمورد ورود ثالث برجسته کرده است. دیوان در این قضیه اعلام کرد که «دعاوی ورود ثالث، دعاوی طاری است. بنابراین درخواست ورود ثالث، هنگامی از این ویژگی [طاری] برخوردار می‌شود که واقعاً به موضوع درحال رسیدگی در دیوان مربوط باشد».^{۴۰} اعلام دیوان، بی‌تردید منحصر به دعاوی ورود ثالث نیست، بلکه با تغییرات لازم درمورد سایر دادرسی‌های طاری، از جمع دعاوی متقابل نیز قابل اعمال است.

وانگهی، همان طوری که گفته شد، اثر اصلی دعاوی متقابل، بسط موضوع دعاوی اصلی است و این امر اتفاق نمی‌افتد مگر از طریق انضمام ادعاهای تازه ولی مرتبط با موضوع در حال رسیدگی. همان گونه که ماده ۴ قانون مدنی فرانسه تصریح می‌کند، «موضوع دعا با دعاوی طاری می‌تواند تغییر کند، به شرطی که با درخواست‌های اولیه [خواهان]، ارتباط کافی داشته باشد». به همین دلیل است که اولین پاراگراف ماده ۹۸ قواعد دیوان تصریح می‌کند که «طرف دعا به شرطی می‌تواند دعاوی متقابل مطرح کند که با دادخواست اولیه طرف دیگر ارتباط مستقیم داشته باشد».

همان گونه که گفته شد، پاناما در پرونده مربوط به کشتی *ویرجینیا جی*، وجود ارتباط موضوعی و حقوقی میان دعاوی متقابل گینه بیسائو و دادخواست خود را زیر سؤال برد.^{۴۱} پاسخ

38. CPIJ, *Série D_02_3e addem.* p. 871.

39. از نظر دیوان بین‌الملل دادگستری، اجرای صحیح عدالت، زمانی محقق می‌شود که دعاوی متقابل، موجب «صرفه‌جویی در دادرسی» (économie de procès) شود.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2008, p. 443, § 89.

لذا اجازه طرح دعاوی متقابلی که در چارچوب صلاحیت تعیین شده برای دعاوی اصلی قرار نمی‌گیرد، به اجرای صحیح عدالت کمکی نمی‌کند. منظور از «صرفه‌جویی در دادرسی»، پرهیز از تعدد و تکرار دادرسی برای رسیدگی به موضوعات مشابه یا مرتبط است.

40. *Haya de la Torre, arrêt CIJ Recueil 1951, p. 76.*

41. *Affaire du Navire «Virginia G», Ordonnance du 2 novembre 2012, § 28.*

گینه بیسائو این بود که:

«روشن است که مسائل مطرح‌شده در دادخواست و دعوی متقابل، دقیقاً یکی است. این مسائل به فعالیت‌های سوخت‌گیری کشتی ویرجینیا جی مربوط می‌شود که به‌طور غیرقانونی در منطقه انحصاری - اقتصادی گینه بیسائو انجام می‌شد. پاناما ادعا می‌کند که گینه حق نداشت این کشتی را توقیف کند. گینه می‌گوید هیچ ارتباط واقعی بین این کشتی و پاناما وجود نداشت و دعوی متقابل خود را دقیقاً بر این اساس عنوان می‌کند که پاناما با اعطای پرچم خود به کشتی ویرجینیا جی در فعالیت‌های غیرقانونی این کشتی در منطقه انحصاری اقتصادی گینه مشارکت کرده است. به نظر می‌رسد که ارتباط آشکار و مستقیم میان دادخواست و دعوی متقابل وجود دارد. این ارتباط، روشن و آشکار است زیرا دعوی متقابل، مبتنی بر همان مسائلی است که دفاعیات گینه بیسائو را در برابر ادعاهای پاناما توجیه می‌کند».^{۴۲}

این بخش آخر استدلال گینه، جالب است. در واقع این کشور سعی می‌کند تا میان دعوی متقابل خود و دفاعی که در برابر ادعاهای پاناما ارائه کرده است ارتباط برقرار کند تا از این طریق، شرط ارتباط مستقیم پیش‌بینی‌شده در ماده ۹۸ را رعایت کند.

این استدلال، رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری درمورد دعوی متقابل لهستان و دادخواست آلمان در قضیه کارخانه کورزو را به ذهن متبادر می‌کند که در آن اظهار می‌دارد: «دعوی متقابل لهستان، بر ماده ۲۵۶ معاهده ورسای که مبنای دفاع خوانده [لهستان] است استوار است و در نتیجه، با دادخواست اصلی ارتباط حقوقی دارد».^{۴۳}

طبق این استدلال، دعوی متقابل خوانده با دادخواست خواهان مرتبط است زیرا مبتنی بر همان دلایل و استدلالاتی است که وی در مقام دفاع مطرح کرده است. اما این استدلال در دیوان بین‌المللی حقوق دریاها نمی‌تواند همان کارایی را داشته باشد که در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی داشت. باید یادآور شد که این نتیجه‌گیری دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری، مربوط به دوره‌ای است که در قواعد این دیوان، هیچ نکته‌ای در خصوص شرط ارتباط بین دادخواست و دعوی متقابل ذکر نشده بود.^{۴۴} اما این امر برای دیوان بین‌المللی حقوق دریاها صادق نیست زیرا این دیوان، نه تنها شرط ارتباط را پیش‌بینی کرده، بلکه ماهیت این ارتباط را نیز تصریح کرده است: ارتباط باید مستقیم باشد. دیوان بین‌المللی حقوق دریاها با الهام از دیوان بین‌المللی دادگستری، در قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲ خود اعلام می‌کند که «لازم است با توجه به ویژگی‌های خاص هر قضیه تعیین کند که آیا ارتباط کافی میان دادخواست و دعوی متقابل

42. Ibid., § 23.

43. *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, CPJI, Série A, n° 13, p. 38.

44. این شرط در جریان اصلاح قواعد دیوان دائمی در سال ۱۹۳۶ به ماده ۶۳ راجع به دعوی متقابل افزوده شد.

وجود دارد یا خیر و اینکه به‌عنوان قاعده کلی، ارتباط بین دو درخواست (دادخواست و دعوای متقابل) باید هم از جهت موضوعی و هم از جهت حکمی بررسی شود.^{۴۵} در اینجا یک تفاوت آشکار میان معیار دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در قضیه کشتی ویرجینیا جی و معیار دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه کارخانه کورزف وجود دارد. از نظر دیوان اخیر، صرف ارتباط حقوقی (بین دادخواست و دعوای متقابل) کفایت می‌کرد اما از نظر دیوان بین‌المللی حقوق دریاها این ارتباط باید هم حکمی باشد هم موضوعی.

حال سؤال این است که آیا دعوای متقابل گینه بیسائو حائز این شرایط هست؟ پاسخ دیوان بین‌المللی حقوق دریاها به این پرسش، خلاصه و کوتاه است. این دیوان فقط به بیان این نکته بسنده کرده است که «دعوای متقابل گینه بیسائو مبتنی بر این ادعاست که پاناما با اعطای ملیت خود به کشتی ویرجینیا جی، کنوانسیون سازمان ملل در خصوص حقوق دریاها را نقض کرده است».^{۴۶} در نتیجه، «دعوی متقابل این کشور با موضوع دادخواست پاناما مرتبط است».^{۴۷} این نتیجه‌گیری بر ارزیابی بسیار مختصر و قابل‌ایراد^{۴۸} و ارتباط حقوقی نه‌چندان محکم استوار است.^{۴۹} متأسفانه هیچ نشانی از ارزیابی ارتباط موضوعی در قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲ به چشم نمی‌خورد و این مسئله قابل‌ایراد است؛ نخست از این حیث که بر اساس اعلام خود قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲، باید هم ارتباط حقوقی و هم ارتباط موضوعی دادخواست و دعوای متقابل بررسی شود. دلیل دوم این است که در قضیه مطروحه، برخلاف ادعای گینه بیسائو، ارتباط موضوعی میان دادخواست و دعوای متقابل، آشکار و واضح به نظر نمی‌رسد، چرا که دیوان بین‌المللی حقوق دریاها به تفسیر دیوان بین‌المللی دادگستری از شرط ارتباط مستقیم استناد می‌کند که طبق آن، رابطه موضوعی بین درخواست‌های طرفین، هنگامی وجود دارد که آن درخواست‌ها بر «مسائلی با ماهیت واحد» مبتنی باشند، به‌طوری‌که «طرفین از رفتاری مشابه شکایت بکنند»^{۵۰} و

45. *Affaire du Navire «Virginia G»*, ordonnance du 2 novembre 2012, § 37, citant l'arrêt *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, ordonnance du 17 décembre 1997, *CIJ Recueil* 1997, p. 258, § 33.

46. *Affaire du Navire «Virginia G»*, ordonnance du 2 novembre 2012, § 38.

47. *Ibid.*, § 39.

48. Voir l'Opinion dissidente du Juge Travers, p. 4-6.

49. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، وحدت منشأ تعهدات را نشانه وجود «رابطه حقوقی» می‌داندست. (ن.ک.:

Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique), *CPJI, Série A/B, n° 70*, arrêt du 27 juin 1937, p. 28

دیوان بین‌المللی دادگستری، معیار «دنبال‌کردن هدف مشترک» را به کار گرفته است. ن.ک.:

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *CIJ Rec* 1997, p. 258, § 35; *Plates-formes pétrolières*, *CIJ. Recueil* 1998, p. 205, § 38; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *CIJ Recueil* 1999, p. 985; *Activités armées sur le territoire du Congo*, *CIJ Recueil* 2001, p. 679, § 38).

50. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) – construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, ordonnance du 18 avril 2013, § 32.

درخواست‌های طرفین در «چارچوب مجموعه وقایع مشترک»^{۵۱} قرار گیرد، به این معنی که وقایعی که طرفین مطرح کرده‌اند در فضای جغرافیایی واحد و هم‌زمان اتفاق افتاده باشد. این درحالی است که همان گونه که گفته شد، موضوع دادخواست پاناما، به متوقف‌نگه‌داشتن کشتی ویرجینیا جی مربوط می‌شود، درحالی که موضوعی که گینه بیسائو اعلام کرد، مربوط به اقدام پاناما در اعطای ملیت تصنیی به کشتی مزبور است. مسائلی که دو طرف مطرح کردند، نه از یک ماهیت است - زیرا رفتارهایی که دو طرف از آن شکایت دارند، مشابه نیستند - و نه در زمان و مکان واحدی روی داده است.

بنابراین اگر دیوان بین‌المللی حقوق دریاها بر مبنای معیارهای دیوان بین‌المللی دادگستری به ارزیابی دقیق ارتباط موضوعی بین دو درخواست (دادخواست و دعوی متقابل) می‌پرداخت، احتمالاً به نتیجه‌ای غیر از آنچه در قرار ۲ نوامبر ۲۰۱۲ آمده است، می‌رسید.^{۵۲}

۴. انضمام دو دعوا

پرسش اساسی در خصوص دعوی طاری این است که آیا قاضی بین‌المللی مکلف است این گونه دعوی را به قضیه در حال بررسی یا همان دعوی اصلی ضمیمه کند؟ به عبارت دیگر، آیا رسیدگی توأمان به دعوی اصلی و دعوی متقابل، الزامی است؟ متن ماده ۹۰ قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در این زمینه تا حدودی روشن است. در پاراگراف سوم این ماده آمده است: «در صورتی که ارتباط میان دعوی متقابل و موضوع دادخواست خواهان آشکار نباشد، دیوان پس از استماع دو طرف، راجع به انضمام دعوی متقابل به دعوی اولیه تصمیم‌گیری می‌کند». این ماده، به تفسیر و برداشتی منجر می‌شود که بر اساس آن، دو نوع انضمام وجود دارد: انضمام ارادی یا صلاح‌دید و انضمام اجباری یا خودکار.^{۵۳} اگر اقدام خوانده، دو شرط (صلاحیت و ارتباط مستقیم) قیدشده در قواعد دیوان را دارا باشد، این انضمام صورت می‌گیرد. در غیر این صورت، یعنی در صورتی که شرط ارتباط وجود نداشته باشد، دعوی متقابل به‌طور خودکار رد نمی‌شود، بلکه قاضی راجع به اینکه آیا امکان انضمام دو دعوا (اصلی و طاری) وجود دارد یا خیر، تصمیم خواهد گرفت. پس قاضی این اختیار را دارد که دعوی متقابل فاقد شرط ارتباط را به

51. *Application of the Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil 1997, p. 258, § 34.

52. لذا به نظر می‌رسد که نظر قضات اقلیت که وجود رابطه مستقیم را زیر سؤال بردند قابل قبول‌تر است. ن.ک: اعلامیه‌های قضات تورک، (Turek) کوت (Cot) و کولیک (Kulyk).

53. Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil 1997, déclaration du juge ad hoc Kreća, p. 264 et s.; Y. Nouvel, «La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes», AFDI, 1998, p. 334.

قضیه جاری ضمیمه کند.^{۵۴} البته ناگفته پیداست که چنین تصمیمی نباید سلیقه‌ای یا خودسرانه باشد. قرار ۱۷ دسامبر ۱۹۹۷ دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کنوانسیون نسل‌کشی، شروطی را که قاضی بر اساس آن می‌تواند از اختیارات قضایی خود در این زمینه استفاده کند، بدین شرح بیان کرده است:

«نظر به اینکه ارائه درخواست به قاضی به‌طور معمول باید از طریق دادخواست یا موافقت‌نامه به دیوان انجام شود؛ نظر به اینکه اگر مجاز شمرده شده است که درخواست‌هایی به‌عنوان دعوای طاری مطرح شود یعنی در خلال قضیه مورد بررسی به قاضی ارائه شود، هدف فقط با توجه به ویژگی درخواست‌های موردنظر، تضمین اجرای صحیح عدالت است؛ نظر به اینکه درمورد دعوای متقابل، هدف، صرفه‌جویی در دادرسی است که البته چنین دعوایی هم‌زمان به قاضی امکان می‌دهد که یک‌جا به مجموع ادعاهای دو طرف توجه کند تا از این طریق بتواند به شیوه‌ای منسجم تصمیم‌گیری کند و اینکه نهایتاً دعوای متقابل، ضرورتاً در صورت تضمین نیل به اهداف فوق و به شرط پیشگیری از هرگونه سوءاستفاده احتمالی قابل‌پذیرش خواهد بود».^{۵۵}

این موضوع در خصوص دیوان بین‌المللی حقوق دریاها نیز صدق می‌کند، هرچند در این زمینه نیز، قرار صادره در قضیه کشتی ویرجینیا جی، سکوت اختیار کرده است. با توجه به اظهارات فوق‌الذکر دیوان دادگستری بین‌المللی، قاضی باید فلسفه وجودی اقامه دعوای متقابل را در تصمیم نهایی خود در خصوص پذیرش یا رد این دعوا مدنظر قرار دهد. در این میان، «صرفه‌جویی در دادرسی» عاملی تعیین‌کننده است. اگر دعوای متقابل خوانده، امکان نیل به این اهداف را فراهم کند، قاضی می‌تواند آن را بپذیرد حتی اگر آن دعوا در ارتباط مستقیم با دادخواست خواهان نباشد. این بدان معنی است که از دیدگاه قاضی بین‌المللی، اعلام اینکه دعوای متقابل با موضوع دادخواست خواهان ارتباط مستقیم دارد، با اعلام اینکه این دعوای متقابل، قابل‌استماع و قابل‌انضمام به قضیه جاری است، تفاوت دارد. در قضیه کشتی ویرجینیا جی، دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در این باب اظهارنظری نداشت اما از نحوه اعلام بخش حکمی تصمیم دیوان، می‌شود چنین برداشت کرد که از دیدگاه این دیوان نیز «مرتبط‌بودن» و «انضمام»، دو مسئله قضائی مجزا هستند. بند (الف) پاراگراف ۴۲ رأی، با ۱۸ رأی موافق در برابر ۴ رأی مخالف، اعلام می‌کند که:

«دعوای متقابل گینه بیسائو، شروط اعلام‌شده در پاراگراف اول ماده ۹۸ قواعد دیوان را

۵۴. البته این برداشت، مخالفان زیادی دارد. ن.ک:

Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice: exercice ou abus de droits?, J.-M. Sorel / Fl. Poirat (eds), Pedone, Paris, 2001, p. 100.

۵۵. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil 1997, p. 257, § 30.

برآورده می‌سازد». در بند (ب) همین پاراگراف، با همین تعداد و نصاب رأی، اعلام می‌کند که: «با توجه به آنچه پیش‌تر گفته شد، دعوی متقابل گینه بیسائو طبق پاراگراف اول ماده ۹۸ قواعد دیوان، قابل‌استماع است».

پس به همین دلیل، بیهوده نیست که قضات دیوان هامبورگ، بار اول به این موضوع رأی دادند که دعوی متقابل گینه بیسائو، شروط قانونی (ارتباط و صلاحیت) را حائز است و بار دوم نیز به قابل‌پذیرش بودن این درخواست، رأی دادند. طبیعتاً اگر آن‌ها در رأی‌گیری دوم، به نتیجه‌گیری متفاوتی می‌رسیدند، قطعاً تمام آثار حقوقی لازم را بر تصمیم خود بار می‌کردند. به عبارت دیگر، این دیوان می‌توانست اعلام کند که دعوی متقابل گینه بیسائو حائز شرایط صلاحیت - ارتباط است ولی، پذیرفتن آن را در این قضیه به صلاح نمی‌داند.

۵. دادرسی دعوی متقابل (دادرسی طاری)

۵-۱. قبل از پذیرش آن

نحوه رسیدگی به قابلیت پذیرش (یا استماع) دعوی متقابل در پاراگراف سوم ماده ۹۸ قواعد (دیوان) بیان شده است که بر اساس آن:

«در صورتی که ارتباط میان دعوی متقابل و موضوع دادخواست خواهان آشکار نباشد، دیوان پس از استماع دو طرف، راجع به انضمام دعوی متقابل به دعوی اولیه تصمیم‌گیری می‌کند». عبارت «بعد از استماع دو طرف»، دیوان را ملزم می‌کند که حرف‌های دو طرف را در خصوص قابل‌پذیرش بودن دعوی متقابل بشنود و سپس قبل از پرداختن به ماهیت قضیه، راجع به آن تصمیم‌گیری کند. از قرار دوم نوامبر ۲۰۱۲ چنین برمی‌آید که در صورت اعتراض به قابل‌پذیرش بودن دعوی متقابل، دفتر دیوان از دو طرف می‌خواهد تا ملاحظات خود را در این خصوص تا تاریخی که معین می‌شود ارائه کنند.^{۵۶}

پس به نظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، مانند دیوان بین‌المللی دادگستری^{۵۷} از عبارت «بعد از استماع طرفین»، برگزاری جلسه استماع شفاهی را استنتاج نمی‌کند.^{۵۸}

این روند رسیدگی که بسیار کوتاه و خلاصه است، در صورتی که خواهان به قابل‌پذیرش بودن دعوی متقابل خوانده اعتراضی نداشته باشد، می‌تواند خلاصه‌تر هم بشود. در این صورت، دادرسی طاری که در پی ارائه درخواست خوانده به‌عنوان دعوی متقابل آغاز می‌شود، به صدور

56. *Affaire du Navire «Virginia G»*, Ordonnance du 2 novembre 2012, §§ 20-21.

57. *Plates-formes pétrolières*, CIJ Recueil 1998, p. 203, § 31.

58. همان طوری که قاضی هیگینز تبیین می‌کند، «عبارت» بعد از استماع طرفین می‌تواند به معنی ارائه ملاحظات کتبی باشد. ن.ک:

Plates-formes pétrolières, CIJ Recueil 1998, opinion dissidente du juge Higgins, p. 223.

قراری از سوی دیوان خلاصه می‌شود که در آن، دیوان در خصوص انضمام آن دعوا به دعوای اصلی اظهارنظر می‌کند. پس ماده ۹۸، دیوان را ملزم می‌کند که در هر شرایطی دادرسی طاری را به جریان اندازد و دعوای متقابل را بررسی کند.^{۵۹} ولی دیوان را ملزم نمی‌کند که سخنان دو طرف را درمورد قابلیت‌پذیرش آن استماع کند، مگر آنکه طرف مقابل دعوا به آن اعتراض کند.^{۶۰} در صورتی که چنین مخالفتی وجود نداشته باشد، دیوان درمورد قابل‌استماع‌بودن آن تصمیم خواهد گرفت و سخنان دو طرف را استماع نخواهد کرد مگر آنکه خود رأساً آن را لازم بداند.

پاراگراف سوم ماده ۹۸ قواعد اعتراض به قابل‌پذیرش‌بودن دعوای متقابل را به یک مورد محدود می‌کند و آن هم اعتراض به وجود ارتباط مستقیم میان موضوع دعوای متقابل و دادخواست خواهان است. این سازوکار، دو پهلوی و تا حدی ناقص است زیرا این پرسش را ایجاد می‌کند که وقتی به صلاحیت دیوان یا شروط قیدشده در پاراگراف دوم اعتراض می‌شود، روند کار دیوان چگونه خواهد بود.^{۶۱} این نقصان، دیوان بین‌المللی دادگستری را مجبور کرد تا سازوکار و مقررۀ موردنظر را هنگام بازنگری ماده ۸۰ قواعد خود در سال ۲۰۰۱ به شکل زیر تغییر دهد:

«در صورت وجود هرگونه اعتراض به اجرای پاراگراف اول، یا هر زمان دیگر که دیوان لازم بداند، این دیوان بعد از استماع دو طرف، تصمیمش را در این خصوص اتخاذ خواهد کرد».

در خصوص قضیه کشتی ویرجینیا جی، با توجه به اینکه پاناما مدعی فقدان شرط دوگانه ارتباط موضوعی و صلاحیت در دعوای متقابل گینه بیسائو بود، دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای رسیدگی طاری واحدی را برای بررسی مجموع اعتراضات پاناما آغاز کرد. منطقاً می‌توان فرض کرد که این دیوان، در صورتی که چنین اعتراضی فقط به موضوع صلاحیت یا شرایط شکلی مربوط می‌شد، همین رویه را در پیش می‌گرفت. پس مطلوب این است که این مرجع همانند دیوان بین‌المللی دادگستری در این سازوکار خود به شیوهای بازنگری کند که بررسی هرگونه اعتراض ماهوی و شکلی علیه قابلیت پذیرش دعوای متقابل را دربرگیرد.

۲-۵. بعد از پذیرش آن

آیین مربوط به تبادل اوراق و لوايح کتبی، آن‌گونه که در قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای پیش‌بینی شده است، رعایت اصل برابری^{۶۲} دو طرف دعوا و اصل تضارب^{۶۳} را تضمین می‌کند. با

۵۹. البته برخی از حقوق‌دانان، نظری غیر از این دارند. برای مثال، ن.ک:

Torres Bernardez, «La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles», *op. cit.*, p. 245, point. 143.

۶۰. Voir Sh. Rosenne, «The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of Court», 4 *Leiden JIL* (2001), p. 86.

۶۱. *Plates-formes pétrolières*, *CII Recueil* 1998, p. 198, § 19.

۶۲. هدف اصل برابری، تضمین بی‌طرفی در برخورد با طرفین دعوا و قراردادن تمام عناصر دعوا در شرایط عیناً برابر است.

توجه به اینکه دعوی متقابل، یک درخواست مستقل است که به قضیه اصلی افزوده می‌شود و خوانده از طریق آن ادعای جدیدی را مطرح می‌کند و به تصمیم قاضی می‌سپارد، قواعد دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در خصوص شیوه‌هایی که اصول فوق‌الذکر باید پس از پذیرش چنین دعوی رعایت شود، سخنی نگفته است. در واقع اگر قرار باشد به تبادل اوراق مکتوب پیش‌بینی‌شده در قواعد دیوان، تکیه و به آن اکتفا شود، خوانده دعوی متقابل، خود را در وضعیت کاملاً نابرابر می‌بیند، چرا که همان طوری که ایران به‌حق در قضیه سکوها‌ی نفتی در دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام کرد: «در این شیوه از تبادل لوایح، خوانده دعوی متقابل، ظاهراً فقط می‌تواند یک بار به‌صورت کتبی اظهارات خود را ارائه کند؛ درحالی که ارائه‌کننده دعوی متقابل، حرف اول و آخر را در این خصوص خواهد زد».^{۶۴} این مشکل، نظر قاضی نگولسکو را هنگام تدوین قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۳۶ به خود جلب کرد، آنجا که می‌گوید:

«در دعوی معمولی در نزد دیوان، هرکدام از طرفین، دو لایحه کتبی ارائه و دو بار به‌صورت شفاهی اظهارنظر می‌کند؛ درحالی که در صورت طرح دعوی متقابل، سیستم موجود که طبق آن، خوانده، دعوی متقابل خود را در لایحه دفاعیه‌اش طرح می‌کند، به خواهان دعوی اصلی اجازه می‌دهد که فقط یک لایحه کتبی ارائه کند که همان پاسخ^{۶۵} است، درحالی که خوانده [خواهان دعوی متقابل] می‌تواند برای بار دوم در بازدفاع^{۶۶} به آن بپردازد. آقای نگولسکو این سؤال را مطرح می‌کند که آیا این نابرابری بین طرفین از لحاظ تبادل لوایح راجع به دعوی متقابل، خلاف روح اساسنامه نیست؟»^{۶۷}

البته دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در قضیه کشتی ویرجینیا جی به پاناما اجازه داد تا برای بار دوم به‌صورت کتبی ملاحظات خود را در خصوص ادعای گینه بیسائو به دیوان ارائه کند. این سند کتبی غیر از آن لوایحی بود که طرفین در موافقت‌نامه پیش‌بینی کرده بودند.^{۶۸} پس این هم از جمله قواعد دادرسی است که باوجود اینکه در قواعد دیوان نیامده است، دیوان آن را اعمال می‌کند. این قاعده که دربردارنده حقوق اساسی خوانده است، شایسته است که در قواعد مربوط به دعوی متقابل گنجانده شود و این همان کاری است که دیوان بین‌المللی

۶۳. طبق اصل *contradictoire* «طرفی که صحبت‌هایش شنیده نشده یا به دعوا فراخوانده نشده است، به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند مورد قضاوت قرار گیرد». ماده ۱۴ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه.

۶۴. *Plates-formes pétrolières*, CIJ Recueil 1998, § 20.

۶۵. Reply

۶۶. Rejoinder

۶۷. *CPIJ*, Series D, n° 2, Add. 4, p. 262.

۶۸. *Affaire du Navire «Virginia G»*, Ordonnance du 2 novembre 2012, § 42 (C).

دادگستری در سال ۲۰۰۱ هنگام بازبینی قواعد خود انجام داد^{۶۹} و بهتر است که دیوان بین‌المللی حقوق دریاها نیز همین اقدام را انجام دهد.

نتیجه

دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، هم در تصویب قواعد خود در خصوص دعوای متقابل، و هم در اولین تصمیم خود در مورد قابلیت پذیرش دعوای متقابل گینه بیسائو، از قواعد و قراردادهای دیوان بین‌المللی دادگستری الهام گرفته است. دیوان بین‌المللی دادگستری در واقع از اولین قرار خود، یک «تصمیم مادر»^{۷۰} (تصمیم پایه) و اصلی ساخت که به جنبه‌های مختلف نهاد دعوای متقابل می‌پردازد و راجع به مسائلی که طرح دعوای متقابل در یک قضیه مطرح می‌کند، عناصری برای پاسخ‌دادن به دست داد. دیوان بین‌المللی دادگستری همچنین اصلاحاتی در قواعد خود انجام داد تا تجربیاتش را مدون کند. اما این امر، راجع به دیوان بین‌المللی حقوق دریاها صادق نیست. قواعد این دیوان همچنان ایراداتی دارد که در این مقاله به آن پرداخته شد. به علاوه دستور قرار این دیوان در قضیه ویرجینیا جی برای پاسخ به پرسش‌های مهمی که در فرایند دادرسی در خصوص دعوای متقابل مطرح می‌شود، بسیار اندک است. لذا شایسته است که این دیوان در آینده مشخص کند که چه تعریفی از دعوای متقابل دارد و مفهوم و حدود دو شرط اعلام‌شده در ماده ۹۸ قواعد دیوان کدام است. این مسئله به اندازه‌ای مهم است که دیدیم چگونه در پرونده کشتی ویرجینیا جی، موضوع برآورده شدن شرط ارتباط مستقیم و در نتیجه، قابل پذیرش بودن آن، همچنان محل ایراد است. همچنین مطلوب است که این دیوان، به منظور استفاده از تجربیات گذشته خود و همچنین استفاده از تجربیات دیوان بین‌المللی دادگستری و همین طور به منظور در نظر گرفتن انتقادات و پیشنهادهاى مطروحه در دکتترین، در ماده ۹۸ خود بازنگری کند.

۶۹. نسخه بازبینی شده بند ۲ ماده ۸۰ قواعد دیوان بین‌المللی دادگستری: «حق طرف مقابل به اظهار نظر کتبی راجع به دعوای متقابل، طی سندی جداگانه، صرف نظر از هر تصمیمی که دیوان بر طبق بند ۲ ماده ۴۵ قواعد خود اتخاذ کند، محفوظ است».

70. Décision mère

منابع:

- Doctrine

- D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *JDI*, (*Clunet*), 1930, vol. 57.
- E. Hambro, «Jurisdiction of the international court of justice», *RCADI*, 1950 (I), vol. 76.
- A. Miaja de la Muela, «La reconvencion ante el Tribunal internacional de Justicia», *Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Aiculci-Zumoru y Castillo*, *Boletín mejicano de derecho comparado*, n° 24, 1975.
- *Annuaire CDI*, 1949, vol. II.
- Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005.
- Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice*, Pedone, Paris, 1966.
- Counter-Memorial / Contre-mémoire.
- *Dictionnaire du droit international*, J. Salmon (ed), Bruxelles, Bruylant, 2001.
- F. Salerno, «Demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de justice», *RGDIP*, 1999, tome 103.
- G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de justice: interprétation et pratique*, A. Pedone, 1983.
- H. Thirlway, «Counterclaims before the International Court of Justice: the Genocide Convention and Oil Platforms Decisions», 12 *Leiden JIL* 1999.
- J-C. Wittenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*, A. Pedone, Paris 1937.
- L. Marion, «La saisine de la CIJ par voie de compromis», *RGDIP*, 1995.
- L'affaire *Borchgrave* CPJI, *Série A/B*, n° 72.
- La plaidoirie de Prosper Weil dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, CR94/5.
- M. O. Hudson, *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, A. Pedone, 1936.
- *Minquiers et Écréhous*, Arrêt du 17 novembre 1953, *CIJ Recueil* 1953.
- P. F. Gonidezc, «L'affaire du Droit d'asile», *RGDIP*, 1951.
- S. Guinchard, *Méga Nouveau Code de Procédure Civile*, Dalloz, 2001.
- S. Torres Bernardez, «La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles», *AFDI*, 2003.
- Sh. Rosenne, «The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of Court», 4 *Leiden JIL* (2001).
- Sh. Rosenne, *Procedure in international Court; A commentary on the 1978 Rules of international court of justice*, Boston, Nijhoff, 1983; *Law and practice of international court, 1920-2005*, vol. III.
- Sh. Rosenne, *The law and practice of the International Court 1920-2005*, M. Nijhoff Publishers vol.
- Sh. Rosenne, *The World Court, what it is and how it works*, Leiden, Nijhoff, 2003.

- *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, CPJI, Série A, n° 13.
- Y. Nouvel, «La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes», *AFDI*, 1998.

- Jurisprudence

- *Affaire du Navire «Virginia G»*, (Panama/Guinée-Bissau), Ordonnance 2012/3, le 2 novembre 2012, § 8.
- *Affaire du Navire «Virginia G»*, Ordonnance du 2 novembre 2012 l'Opinion dissidente du Juge Travers.
- *Affaire relative à la juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder*, C.P.I.J. Série A, n° 23.
- *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, Ordonnance du 17 décembre 1997, *CIJ Recueil* 1997.
- *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Recueil* 1997, déclaration du juge *ad hoc* Kreća.
- *Bahreïn*, CR94/5.
- *C.P.J.I., l'affaire relative à la compétence de la commission internationale de l'Oder*, Ordonnance de 15 août 1929, Série A n°23.
- *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) – Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, Ordonnance du 18 avril 2013, § 27, §38.
- *CPIJ, Série D_02_3° addem.*
- *CPIJ, Series D, n° 2, Add. 4.*
- *CPJI, Série A, n° 17*, Arrêt du 13 septembre 1928.
- *Délimitation maritime et [des] questions territoriales entre le Qatar et le Bahreïn, compétence et recevabilité*, *CIJ Recueil* 1995.
- *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949.
- *Différend frontalier (Bénin/ Niger)*, arrêt *CIJ Recueil* 2005.
- *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Recueil* 1950.
- *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *CIJ Recueil* 1999.
- *Activités armées sur le territoire du Congo*, *CIJ Recueil* 2001.
- *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Rec* 1997, *Plates*.
- *Communiqué de presse de la CIJ du 12 janvier 2001 (2001/1)*. [<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=611&pt=&p1=6&p2=1>].
- *PJI Série D. n° 2.*
- *Haya de la Torre*, arrêt, *CIJ Recueil* 1951.
- *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana / Namibie)*, arrêt *CIJ Recueil* 1999.
- *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, CPJI, Série A/B, n° 70, arrêt du 27 juin 1937, *Recueil* 1998.
- *Déclaration dissidente des juges Turek , Cot et Kulyk.*
- *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *CIJ Recueil*, 1969.
- *Plates-formes pétrolières*, *CIJ Recueil* 1998, *opinion dissidente du juge Higgins*.

ابعاد حقوقی بین‌المللی مقابله با آلودگی نفتی دریایی و نظام مسئولیت کیفری

محمدجعفر قنبری جهرمی *

نگین شفیعی بافتی **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23523

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۴/۰۹

چکیده

آلودگی نفتی در دریا به صورت ادواری و متناوب اتفاق می‌افتد. چنین حوادثی، توجه حقوق‌دانان و صاحب‌نظران را به سمت خطرات آلودگی محیط‌زیست دریایی معطوف می‌دارد. امروزه سوءرفتار نسبت به محیط‌زیست، مرزهای ملی را درنور دیده و این در حالی است که عملکرد نظام حقوقی بین‌المللی در این زمینه چندان موفق و رضایت‌بخش نبوده است. آلودگی نفتی دریایی، مسئله‌ای پیچیده با ابعاد گسترده است که نمی‌توان بر اساس راهکارهایی محدود و منطقه‌ای با آن مقابله کرد. هدف این مقاله، تبیین و ارزیابی ابعاد حقوقی بین‌المللی مقابله با آلودگی نفتی دریایی با نگاه ویژه به نظام مسئولیت کیفری و سازوکارهای آن است. ناکارآمدی نظام مسئولیت مدنی از یک سو و نارسایی‌های نظام مسئولیت کیفری فردی از سوی دیگر، ضرورت دفاع از مفهوم مسئولیت کیفری شرکت‌ها را مطرح می‌کند. از نظر این مقاله، پیوند میان دو نظام مسئولیت مدنی و کیفری و کاربرد توأمان دو نظام مسئولیت کیفری افراد و شرکت‌ها، راهکاری کارآمد در زمینه پیشگیری از آلودگی نفتی دریایی است.

واژگان کلیدی

آلودگی نفتی دریایی، شرکت‌های فراملی، مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت کیفری شرکت‌ها، مجازات

* m.jg.jahromi@gmail.com

** neginshafiee@gmail.com

* نویسنده مسئول، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید باهنر کرمان

مقدمه

امروزه تضمین حفاظت از آلودگی محیط‌زیست دریایی در برابر پیامدهای عملیات پرمخاطره فراساحلی صنایع نفتی (اعم از اکتشاف، حفاری و استخراج) و کشتی‌رانی (حمل‌ونقل دریایی محموله‌های نفتی)، یکی از جدی‌ترین موضوعات در نظام‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی است. از یک‌سو باید به این نکته اشاره کرد که در دهه‌های اخیر، بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی، لزوم ارتقای سطح ایمنی در حوزه‌های عملیاتی صنایع انرژی را مدنظر قرار داده و در این زمینه تا حدودی تأثیرگذار بوده‌اند.^۱ از سوی دیگر، وقوع حوادث نفتی بزرگ که در نوع خود، فاجعه زیست‌محیطی به حساب می‌آید، زنگ خطر را برای تمامی ذی‌نفعان^۲ این حوزه (اعم از حکومت‌ها و قانونگذاران، صنایع ذی‌ربط، سهام‌داران، کارگزاران و مردم) به صدا درآورده است. روزانه بیش از سه‌هزار تانکر نفت‌کش در آب‌های جهان در حال تردد است که هریک از آن‌ها سالانه بخشی از ۱/۷ میلیارد گالن نفت خام و محصولات نفتی را از طریق دریا حمل می‌کند.^۳ آمارها حاکی از آن است که ۹۹/۹۹ درصد موارد حمل نفت از طریق دریا، به‌سلامت به مقصد می‌رسد؛ اگرچه بر اساس همین یافته‌های آماری، میزان خطراتی که اکنون در حوزه حمل‌ونقل نفت از طریق دریا وجود دارد در مقایسه با سایر تهدیدات و خطراتی که جامعه جهانی، مایل به پذیرش آن است به‌طور قابل‌توجهی بالاتر است.^۴

تخلیه عامدانه نفت در دریا نیز مسئله‌ای مهم و نیازمند توجه است. مواردی از قبیل عملیات پاک‌سازی تانکرهای نفت‌کش و تخلیه آب موازنه به دریا، تخلیه پسماندهای نفتی و گاه حتی تخلیه کل محموله نفتی قاچاق، از مصادیق آن است که همه با انگیزه‌های اقتصادی صورت می‌گیرد. متأسفانه روند مذکور به‌عنوان رویه‌ای غیرقابل‌قبول و البته مستمر درآمده است که حتی بیم آن می‌رود به‌تدریج، رویه‌ای متداول شود.^۵ بنابراین، باوجود مشخص‌نبودن پیامدهای دقیق

۱. در این زمینه می‌توان به کنوانسیون بین‌المللی مسئولیت مدنی برای آلودگی نفتی ۱۹۶۹، کنوانسیون بین‌المللی صندوق جبران خسارات ناشی از آلودگی نفتی ۱۹۹۲، کنوانسیون مارپل ۱۹۷۳/۱۹۷۸ و نیز کنوانسیون حقوق دریاهای ۱۹۸۲ (لازم‌الاجرا در سال ۱۹۹۴) اشاره کرد.

۲. Stakeholders

۳. Darmody, Stephen J., "The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea", *Environmental Affairs Law Reviews*, vol. 21, No. 89, 1993-1994, p. 92.

۴. *Ibid.*, p. 93.

۵. در خصوص تخلیه عامدانه نفت به دریا، گزارش‌ها نشان می‌دهد که در دریای مدیترانه، ۱۶۴۰ مورد تخلیه غیرقانونی در سال ۱۹۹۹، ۳۹۰ مورد در دریای بالتیک در سال ۲۰۰۱ و ۵۹۶ مورد در همین سال در دریای شمال اتفاق افتاده است.

Proposal for a Directive of the European Parliament on Pollution, COM (2003), 92 Final, 5 March 2003, p. 2.

قصور در توجه و رسیدگی به خطرات حمل‌ونقل نفت از طریق دریا، هزینه‌های اجتماعی و اثرات زیان‌بار آن، بسیار شدید و گاه جبران‌ناپذیر است.

ناکارآمدی نظام مسئولیت مدنی، ایراد خسارات گاه غیرقابل‌جبران بر محیط‌زیست دریایی و تأثیرات سوء اقتصادی آلودگی نفتی دریاها، همگی مؤید لزوم توسل به نظام مسئولیت کیفری و ضمانت‌اجراهای موجود در این نظام است. به باور ریچارد تورنبرگ^۶ (دادستان سابق ایالات متحده): «تأکید بر لزوم وجود و اعمال مجازات‌های کیفری در قوانین زیست‌محیطی موجب می‌شود که محیط‌زیست و مقوله حفاظت از آن، در چارچوب مناسبی قرار گیرد. بر این اساس، آلوده‌ساز، مجرمی است که قداست و حقوق بزرگ‌ترین موجود زنده در جهان شناخته‌شده پیرامون (یعنی محیط‌زیست کره زمین) را نادیده انگاشته و نقض کرده است»^۷.

اما در خصوص توسل به نظام مسئولیت کیفری و اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری در حوزه آلودگی نفتی دریایی، مشکلات اساسی وجود دارد. مسائلی چون تعارض صلاحیت‌های دولت‌های صاحب پرچم، ساحلی و صاحب بندر و نیز نارسایی‌های نظام مسئولیت کیفری فردی، کاربرد این نظام حقوقی را گاه حتی به‌عنوان آخرین تمهید، ناممکن می‌کند. بر اساس روند کنونی نظام مسئولیت کیفری، دریانوردان به‌عنوان اشخاص حقیقی، مسئولیت کیفری پیدا می‌کنند. این رویه در بسیاری از موارد سبب شده است این افراد، سپر بالای متخلفین اصلی یعنی شرکت‌های عظیم فراملی نفتی و کشتی‌رانی شوند. این رویکرد، نه‌تنها از قربانی اصلی این حوادث (یعنی محیط‌زیست) حمایت نمی‌کند، بلکه خود قربانی می‌گیرد. از سوی دیگر، هنوز عده‌ای از اندیشمندان و نظام‌های حقوقی داخلی به عبارت معروف «شرکت‌ها فاقد جسمی برای لگدکوب‌شدن و روحی برای لعن و نفرین هستند»^۸ باور دارند و در جهت انکار مفهوم «مسئولیت کیفری شرکت‌ها»^۹ به آن استناد می‌کنند. بر این اساس، شرکت‌ها به مثابه اشخاص حقوقی نمی‌توانند مرتکب جرم شوند. از این‌رو نمی‌توان آن‌ها را برای اعمال متخلفانه و مجرمانه، محاکمه و مجازات کرد.

هدف از مقاله حاضر، واکاوی ابعاد حقوقی بین‌المللی نظام مسئولیت کیفری به‌طور کل و نظام مسئولیت کیفری شرکت‌ها به‌طور خاص با تأکید بر چالش‌های موجود در حوزه آلودگی نفتی دریایی است. بنابراین، پرسش اصلی این است که آیا برای مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از وقوع آن، باید به نظام مسئولیت کیفری توأم با نظام مسئولیت مدنی توسل جست و در صورت

6. Richard Lewis Thornburgh

7. Darmody, *op. cit.*, p. 117.

8. "Corporation has no soul to be damned and no body to be kicked"

این عبارت منسوب به/دوآورد (۱۸۰۶ - ۱۷۳۱) - نخستین بارون تورلو است.

Van Der Wilt, Harmen, "Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities", *Chinese Journal of International Law*, No. 12, 2013, p. 44.

9. CCL: Corporate Criminal Liability

مثبت‌بودن پاسخ، آیا می‌توان در این زمینه به نظام مسئولیت کیفری شرکت‌ها استناد کرد یا خیر؟ از این‌رو در قسمت اول به بررسی و تبیین چرایی لزوم توسل به نظام مسئولیت کیفری برای پاسخ‌گویی به آلودگی نفتی دریایی پرداخته و نقاط ضعف نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی و رویکرد جبران خسارت، نارسایی قواعد و سازوکارهای کیفری بین‌المللی در حوزه آلودگی نفتی دریایی و مسئله صلاحیت دولت‌ها در مناطق دریایی تشریح می‌شود. در قسمت دوم با پرداختن به ایرادات نظام مسئولیت کیفری فردی و بررسی مدل‌ها، نظریه‌ها و رهیافت‌های حقوقی موجود درباره مفهوم «مسئولیت کیفری شرکت‌ها»، مبنایی برای دفاع از این مفهوم معماگونه و توجیه تعمیم و اعمال آن در حوزه مقابله با آلودگی نفتی دریایی جستجو خواهد شد. برآیند این مقاله بر اساس استدلال‌ات محوری مطرح در آن، لزوم اعمال مسئولیت کیفری درمورد شرکت‌های فراملی نفتی و کشتی‌رانی با هدف مقابله با آلودگی نفتی دریایی و منصفانه‌بودن چنین رویکردی است.

۱. چرایی لزوم مقابله با آلودگی نفتی دریایی از طریق نظام حقوق کیفری

نظام بین‌المللی در زمینه مقابله با آلودگی نفتی دریایی، محوریت خود را بر پایه نظام مسئولیت مدنی و جبران خسارت قرار داده است. این در حالی است که بنا به قاعده طلایی پیشگیری، باید با اتخاذ اقدامات احتیاطی و بازدارنده، به مدیریت و کاهش خطرات و خسارات برخاسته از فعالیت‌های زیان‌بار و نه تمرکز صرف بر مقوله جبران خسارات (بعد از وقوع حادثه) توجه کرد. به بیان بهتر، نظام مسئولیت، آن زمان کارآمد و مؤثر خواهد بود که توأمان، بر دو حوزه کاهش خطر و جبران خسارت، با اولویت‌بخشی به رویکرد قاعده‌مندسازی خطر و پیشگیری تمرکز داشته باشد. کاربست سازوکارهای ویژه نظام مسئولیت کیفری با محوریت کارکردهای بازدارندگی و سزادهی در تحقق این هدف، نقش بسزایی دارد.

۱-۱. نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی: تبیین نقاط ضعف رویکرد جبران خسارت

تردیدی نیست که مسئله جبران خسارت زیان‌دیدگان، موضوعی کلیدی و محوری است. باوجود این، تا کنون نظام مسئولیت مدنی در حوزه مقابله با آلودگی نفتی دریایی، عملکرد قدرتمند و مطلوبی نداشته است. عملکرد ضعیف نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی^{۱۰} و اثرات نامطلوب آن،

۱۰. کنوانسیون مسئولیت مدنی (Civil Liability Convention) - ۱۹۶۹/۱۹۹۲ به‌عنوان مؤسس نظام حقوقی بین‌المللی درمورد جبران خسارات ناشی از آلودگی نفتی دریایی، صرفاً مالکان تانکرهای نفت‌کش را درمورد آلودگی نفتی دریایی، صاحب مسئولیت محض (مبتنی بر خطر) و تعهد به جبران محدود، قلمداد کرده است. کنوانسیون تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران خسارات ناشی از آلودگی نفتی (Fund Convention) - ۱۹۹۲ به همراه پروتکل‌های اصلاحی ۲۰۰۰ و پروتکل صندوق تکمیلی ۲۰۰۳ نیز در مقام مکمل‌های کنوانسیون جبران خسارت مدنی نیز همین رویکرد را برگزیده‌اند.

انتقادات بسیاری را به همراه داشته است.^{۱۱} می‌توان موارد زیر را در زمره اصلی‌ترین مصادیق ضعف و ناکارآمدی نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی برشمرد:

۱. ممنوعیت اقامه دعوا برای جبران خسارت علیه اجاره‌کننده،^{۱۲} مدیر^{۱۳} و متصدی^{۱۴} کشتی و صرف امکان اقامه دعوا علیه مالک کشتی؛^{۱۵}

۲. حق مالکان کشتی در تحدید مسئولیت مدنی خود از طریق بیمه یا جبران خسارت جمعی از سوی صندوق‌های پرداخت غرامت (که منبع تأمین اعتبار آن‌ها دریافت‌کنندگان محموله‌های نفتی هستند)؛

۳. ضعف سازوکارهای مقرر در نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی در جهت تحقق هدف بازدارندگی در حوزه آلودگی نفتی دریایی.^{۱۶} آلودگی نفتی دریایی، اغلب زیان‌دیده مستقیم و مشخصی ندارد که بتواند اقامه دعوا و دادخواهی کند. این وضعیت، بخصوص زمانی پیش می‌آید که آلودگی در دریای آزاد (در نتیجه تخلیه عامدانه نفت، عملیات پاک‌سازی تانکرهای نفت‌کش یا انهدام پس‌ماندهای نفتی) اتفاق افتاده و به‌طور مستقیم، بر مناطق ساحلی هیچ دولتی تأثیر نگذاشته باشد. در برخی موارد، حتی باوجود بهبود چشمگیر فناوری ردیابی و شناسایی، احراز رابطه سببیت میان آلودگی و تانکر نفت‌کش مظنون، دشوار است. همچنین در آلودگی نفتی دریایی، همواره این احتمال وجود دارد که میزان خسارت وارده، بیش از دارایی مقصر حادثه باشد. بنابراین، مسئله ورشکستگی و اعسار، غیرقابل‌اجتناب خواهد بود. مشکل اصلی در این زمینه، رویکرد مالکان تانکرهای نفت‌کش در تأسیس «نهادهای حقوقی تک‌شناوره»^{۱۷} و محدودساختن سقف تعهد خود به جبران، به ارزش شناور است.^{۱۸} این در حالی است که در بیشتر موارد، خسارات ناشی از آلودگی نفتی دریایی، بیش از ارزش یک یا حتی چندین شناور است.

محدودیت مالکان کشتی به جبران، و پایین‌تربودن میزان جبران خسارت در قیاس با خسارات وارده، سبب کاهش انگیزه‌های آن‌ها برای اتخاذ اقدامات ضروری برای کاهش خطرات فنی و ارتقای سطح ایمنی شده است. همچنین در پاره‌ای موارد، پیامد چنین رویکردی، تحقق

11. Heine, Günter, "Marine (Oil) Pollution: Prevention and Protection by Criminal Law – International Perspectives, Corporate and/or Individual Criminal Liability", printed in: Faure, Michael G., and Hu, James, *Prevention and Compensation of Marine Pollution Damage*, Kluwer Law International, 2006, p. 45.

12. Charterer

13. Manager

14. Operator

15. Ship owner

16. Wilde, M., *Civil Liability for Environmental Damage: A Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and the United States*, The Hague/London: Kluwer Law International, 2002, pp. 307–310.

17. Single Ship Legal Entities

18. Faure, Michael, "Criminal Liability for Oil Pollution Damage: An Economic Analysis", Printed in: *Maritime Pollution Liability and Policy: China, Europe and the US*, Edited By: Faure, Michael G., Lixin, Han and Hongjun, Shan, Kluwer Law International, 2010, p. 163.

ورشکستگی از پیش برنامه‌ریزی شده خواهد بود که خود نشان‌دهنده ناتوانی نظام مسئولیت مدنی در تحقق کارکرد بازدارندگی است. تخصیص مسئولیت^{۱۹} مالک کشتی نیز سبب از بین رفتن انگیزه برای سایر کنش‌گران در این عرصه می‌شود. بر این مبنای رویکرد کنونی نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی، انگیزه‌های قوی و مؤثر را برای تحقق اصل خود - مسئولیتی فردی^{۲۰} از بین خواهد برد. از این رو چنین رویکردی نیازمند انجام اصلاحات است. پیشنهادهای اتحادیه اروپا در این زمینه قابل تأمل است. برخی پیشنهادها از این قرار است: مقرر ساختن مسئولیت مدنی نامحدود و کامل برای مالکان کشتی (در صورت اثبات اینکه خسارات ناشی از آلودگی در اثر بی‌احتیاطی فاحش صورت گرفته باشد)، محدود ساختن مصادیق تحت پوشش بیمه و حذف ممنوعیت اقامه دعوا علیه اجاره‌کننده و کارفرما و متصدی کشتی.

این استدلال‌ها، مبنای اثبات فرضیه ناکارآمدی نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی به‌تنهایی و لزوم توسل به نظام مسئولیت کیفری به موازات آن در جهت مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از وقوع آن به حساب می‌آید. در واقع به نظر می‌رسد که باید از قواعدی حمایت شود که بر مسئولیت کنش‌گران در آلودگی نفتی دریایی تأکید دارد و بیشتر، حامی سیاست‌های مربوط به پیشگیری از وقوع حوادث، نه جبران خسارت است. بر این اساس، توسل به نظام مسئولیت کیفری گریزناپذیر می‌نماید.

۲-۱. نارسایی قواعد و سازوکارهای کیفری بین‌المللی موجود در حوزه آلودگی نفتی دریایی

سال‌هاست که سازمان بین‌المللی دریایی (ایمو)^{۲۱} کنوانسیون‌های بین‌المللی را در زمینه آلودگی نفتی دریایی تدوین کرده و در نتیجه، موجب توسعه حقوق بین‌الملل در این زمینه شده است. برخی کنوانسیون‌ها با هدف جبران خسارت زیان‌دیدگان و برخی دیگر با هدف پیشگیری از وقوع آلودگی وضع شده‌اند. کنوانسیون مارپول^{۲۲} ۱۹۷۳/۱۹۷۸ تنها کنوانسیون بین‌المللی محسوب می‌شود که در آن به نظام مسئولیت کیفری، با هدف مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از آن اشاره شده است. کنوانسیون مزبور، حذف کامل آلودگی عمدی محیط‌زیست دریایی با نفت و

19. Channelling of Liability

20. Personal Self-responsibility

خود - مسئولیتی فردی به معنای مسئولیت در قبال خسارات وارده به دلیل اتخاذ تصمیم یا تصمیمات نادرست فردی است.

See Heine, *op. cit.*, p. 45.

21. IMO: International Maritime Organization

22. MARPOL: The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973, as amended by the 1978 Protocol to the Convention.

دیگر مواد زیان‌بار و به حداقل رساندن موارد تصادفی را به عنوان اهداف خود برشمرده است.^{۲۳} یکی از ایرادات اساسی کنوانسیون مارپُل، صِرف جرم‌انگاری موارد آلودگی نفتی دریایی با منشأ کشتی است. به همین جهت، بخش مهمی از منابع آلاینده، یعنی سکوها و سازه‌های فراساحلی و همچنین فوران چاه نفت در اعماق دریا نادیده گرفته شده است.

رویکرد متداول برای اجرای مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی، نظیر کنوانسیون مارپُل، الزام دولت‌های عضو به وارد کردن مقررات مزبور، به مثابه قانون امری در نظام‌های حقوقی داخلی است. کنوانسیون مارپُل نیز به موجب ماده ۴ و با هدف توسل به نظام مسئولیت کیفری، دولت‌های عضو را متعهد به درج مقررات کنوانسیون در قوانین داخلی کرده است تا آن‌ها به موجب آن، نقض مقررات مندرج در کنوانسیون را ممنوع و برای موارد نقض، ضمانت‌اجرا مقرر کنند. دولت‌های عضو از طریق تصویب قوانین داخلی، برای موارد نقض کنوانسیون، مجازات مقرر می‌کنند. به این ترتیب، کنوانسیون مذکور، دولت‌های عضو را ملزم به وضع ضمانت‌اجرا برای موارد نقض مقررات خود کرده اما در هیچ‌یک از مواد و دستورالعمل‌های مقرر، نوع یا سطح مجازات مشخص نشده و همه چیز به صلاحدید دولت‌ها واگذار شده است. در نتیجه، نوع مجازات‌های وضع شده، بسته به هر نظام حقوقی، متفاوت خواهد بود.^{۲۴} پیامد واگذاری اجرای مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی به نظام‌های حقوقی دولت‌های عضو، زمینه‌ساز پاره‌ای از مشکلات شده است. برای مثال، در برخی نظام‌های حقوقی، ضمانت‌اجرای کیفری مقرر برای موارد نقض یا صرفاً جزای نقدی یا اعمال مجازات حبس به شیوه‌ای است که موجب تضییع حقوق محکومین می‌شود.^{۲۵} نتیجه این وضعیت، اعمال مجازات حبس برای دریانوردان (به‌ویژه کاپیتان کشتی) در برخی حوادث دریایی بوده که موجب تضییع حقوق آن‌ها شده است.^{۲۶} این وضعیت تا آنجا پیش رفته است که /یمو در سال‌های ۲۰۰۶، ۲۰۰۸ و ۲۰۱۱ ناگزیر به تصویب قطعنامه‌ها و دستورالعمل‌هایی در رابطه با اتخاذ رفتار منصفانه با دریانوردان در تصادفات دریایی می‌شود.^{۲۷} هدف از تصویب این دستورالعمل‌ها، فراخواندن دولت‌های ساحلی، صاحب بندر،

23. Schmidt Etkin, Dagmar, "A Worldwide Review of Marine Oil Spill Fines and Penalties", *Environmental Research Consulting*, vol. 1, 200, p. 3.

24. *Ibid.*, pp. 137-147.

25. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 162.

26. Case Nissos Amorgos (Lake Maracaibo, Venezuela, 1997), Case Nissos Amorgos (Lake Maracaibo, Venezuela, 1997), Case Prestige, (Spain, 2002), Case Tasman Spirit (Karachi, Pakistan, 2003).

27. IMO Guidelines on the Fair Treatment of Seafarers in the Event of a Maritime Accident

در سال ۲۰۰۵، گروه کاری تخصصی و مشترک میان سازمان بین‌المللی کار و /یمو درباره رفتار منصفانه با دریانوردان در تصادفات آلوده‌ساز دریایی تأسیس شد. نتیجه آن، صدور قطعنامه‌ای مشترک بود. این نهاد، همچنین در سال ۲۰۰۶،

دستورالعمل‌هایی در رابطه با رفتار منصفانه با دریانوردان در تصادفات دریایی تصویب کرد.

Joint Resolution of the Assembly of the IMO and of the Governing Body of the ILO, IMO Resolution A.987, (24), adopted 1 December 2005; Resolution of the IMO Legal Committee LEG.3, (91), adopted 27

صاحب پرچم، دولت متبوع دریانوردان و مالکان کشتی برای داشتن رفتاری منصفانه در جریان محاکمه و رسیدگی قضایی با دریانوردان است. این دستورالعمل‌ها ماهیت الزام‌آور ندارد.

۱-۳. مسئله صلاحیت‌ها در مناطق دریایی

یکی از مهم‌ترین مشکلات پیش روی مبحث پیشگیری و مقابله با آلودگی نفتی دریایی، مسئله صلاحیت‌ها و ابهامات در این باره است. اگرچه آب‌های داخلی و دریای سرزمینی دولت‌ها، ورای این ابهام و تردید قرار دارد، هنوز تکلیف مناطقی چون منطقه مجاور، منطقه انحصاری اقتصادی، تنگه‌های مورد استفاده کشتی‌رانی بین‌المللی، فلات قاره و دریای آزاد، درست مشخص نیست. کنوانسیون بین‌المللی مارپُل، برای نخستین بار به استناد ماده ۴ خود، به صراحت، تخلیه نفت به دریای آزاد را عملی مجرمانه محسوب و طرف‌های متعاقد صاحب صلاحیت - دولت‌های صاحب پرچم -^{۲۸} را ملزم به تعقیب مصادیق ارتكابی کرده است. باوجود این، در بیشتر موارد، این صلاحیت و تعهد دولت‌های صاحب پرچم به مرحله اجرا در نمی‌آید.^{۲۹}

کنوانسیون حقوق دریاها/۱۹۸۲^{۳۰} در مقایسه با کنوانسیون مارپُل در این زمینه یک گام فراتر رفته است.^{۳۱} کنوانسیون مزبور در مرحله نخست بر عدم پذیرش تخلیه آلاینده‌هایی چون نفت در مناطق دریایی ورای صلاحیت دولت‌ها تأکید دارد. در مرحله بعد، تا آنجا پیش می‌رود که صلاحیت را به دولت‌های صاحب پرچم - همانند کنوانسیون مارپُل - و نیز دولت‌های صاحب بندر

April 2006; Resolution of the IMO Maritime Safety Committee MSC.255, (84), adopted 16 May 2008, & IMO Assembly resolution regarding the fair treatment of seafarers, November 2011.

۲۸. به موجب کنوانسیون مارپُل، صلاحیت اصلی و اولیه از آن دولت‌های صاحب پرچم است. صلاحیت دولت صاحب پرچم، یکی از قواعد قدیمی حقوق بین‌الملل است.

Schmidt Etkin, *op. cit.*, p. 5.

29. Heine, *op. cit.*, p. 42.

30. UNCLOS: The United Nations Convention on the Law of the Sea (1982).

۳۱. پیش از تدوین کنوانسیون حقوق دریاها، قواعد مقرر از سوی دولت‌ها در رابطه با صلاحیت‌های کیفری در دریا بسیار متنوع و ناهمگون بود. برخی دولت‌ها صلاحیت خود را به دریای سرزمینی محدود کردند درحالی‌که برخی دیگر، تلاش در تعمیم آن به منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره داشتند. هنوز برخی کشورها چون آلمان و یونان، صلاحیت کیفری داخلی خود را به دریای آزاد، گسترش داده و آلودگی در دریای آزاد را جرم‌انگاری کرده‌اند. این وضعیت تا آنجا پیش رفته است که آلوده‌ساختن دریای آزاد، ناقض ممنوعیت‌های داخلی وضع شده در قوانین این کشورها محسوب می‌شود. در واقع، دولت‌های مذکور، این صلاحیت را در برخی موارد، بدون هیچ‌گونه محدودیتی اعمال می‌کنند؛ به این معنا که آن را محدود به صلاحیت دولت‌های صاحب پرچم کشتی‌های ذی‌ربط در قضیه نکرده‌اند. ن.ک: مواد ۳ و ۱۳ قانون شماره ۷۴۳ مورخ سال ۱۹۷۷ یونان درباره حفاظت از دریاها و قاعده‌مندسازی موضوعات مرتبط با آن و نیز قسمت سوم تا نهم، مواد ۳۲۴ تا ۳۳۰ مجموعه قوانین کیفری آلمان.

Heine, *op. cit.*, p. 46.

اعطا می‌کند. البته چون این اختیار به دولت‌های مزبور، الزام‌آور نیست، تا کنون تنها شمار اندکی از دولت‌ها به آن استناد کرده‌اند.^{۳۲}

درعین‌حال، کنوانسیون حقوق دریاها موجد نقاط عطف قابل‌ملاحظه‌ای در فرایند بین‌المللی پیشگیری و مقابله با آلودگی نفتی دریایی از طریق حقوق کیفری است. کنوانسیون مزبور از یک‌سو صلاحیت‌های دولت‌ها بخصوص دولت‌های صاحب بندر و صاحب پرچم را تقویت کرده است. در واقع، مهم‌ترین تحولی که این کنوانسیون در صلاحیت قضایی در حوزه مقابله با آلودگی دریا ایجاد کرده، تقویت صلاحیت‌های قانونگذاری و قضایی اعطایی به دولت صاحب بندر است. به‌موجب بند ۱ ماده ۲۲۰، دولت‌های بندری می‌توانند کشتی‌های پهلوگرفته در بنادر یا پایانه‌های فراساحلی خود را که مظنون به نقض مقررات ضدآلودگی داخلی یا بین‌المللی مربوط به دریای سرزمینی یا منطقه انحصاری اقتصادی هستند، توقیف کرده و تحت تعقیب قضایی قرار دهند. دولت‌های مزبور، همچنین به‌موجب ماده ۲۱۸ می‌توانند در مواردی که نقض مقررات ضدآلودگی، حتی خارج از محدوده آب‌های داخلی، دریای سرزمینی یا منطقه انحصاری اقتصادی صورت گرفته باشد، تعقیب قضایی را آغاز کنند. بر این مبنا، مفاد ماده ۲۱۸ در نوع خود، نوآوری و توسعه جدیدی در حقوق دریاها محسوب می‌شود.^{۳۳} به نظر برخی از حقوق‌دانان، چنین رویکردی نشان‌دهنده ناکارآمدی صلاحیت و نیز عملکرد دولت‌های صاحب پرچم در باب رسیدگی به مسئله آلودگی نفتی در دریای آزاد است. بدین ترتیب، ماده ۲۱۸ نوعی صلاحیت جهانی ایجاد کرده است که با صلاحیت دولت صاحب پرچم و در برخی موارد، صلاحیت دولت ساحلی، تقارن پیدا می‌کند.^{۳۴} مفهوم صلاحیت جهانی از این حیث اهمیت دارد که آلودگی ناشی از کشتی‌ها، بحرانی با ابعاد جهانی و نه صرفاً داخلی یا منطقه‌ای است. ازاین‌رو، صلاحیت فردی دولت‌ها برای مقابله با آن، راهکار مناسب و کارآمدی محسوب نمی‌شود زیرا دولت‌ها حتی در صورت داشتن توانایی کنترل یا حذف آلودگی در منطقه انحصاری اقتصادی خود، با به‌کارگرفتن استانداردها و اقدامات اجرایی مؤثر و کارآمد، نخواهند توانست در برابر موارد تخلیه نفت ورای منطقه انحصاری اقتصادی و انتشار آن به‌وسیله باد یا جزرومد به سواحل، از محیط‌زیست دریایی خود محافظت کنند.^{۳۵}

به نظر می‌رسد که اعطای صلاحیت قضایی گسترده به دولت‌های صاحب بندر به لحاظ نظری، احتمال اعمال کارآمدتر موازین و استانداردهای داخلی و بین‌المللی را به دنبال دارد اما

32. Ibid., p. 43.

33. چرچیل، رابین و آلن لو؛ حقوق بین‌الملل دریاها، ترجمه: بهمن آقایی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۴۰۱.

34. Zia-Mansoor, Farkhanda, "International Regime and the EU Developments for Preventing and Controlling Vessel-Source Oil Pollution", *Journal of European Environmental Law Review*, June 2005, p. 169.

35. Boczek, A., "International Protection of Baltic Sea Environment against Pollution: A Study in Marine Regionalism", *American Journal of International Law*, vol. 72, 1978, pp. 788.

به واسطه غیرالزام‌آور بودن این اختیار، تا کنون تنها شمار اندکی از دولت‌ها به آن استناد کرده‌اند.^{۳۶} موضع‌گیری دولت‌ها در عدم اعمال صلاحیت مقرر در ماده ۲۱۸ این نتیجه را به ذهن متبادر می‌کند که نمی‌شود مفاد این ماده را چیزی بیش از حقوق آرمانی^{۳۷} محض قلمداد کرد.^{۳۸}

دیگر ایراد کنوانسیون حقوق دریاها، محدود کردن صلاحیت اعطاشده در خصوص ضمانت‌اجراهای مقرر و قابل‌اعمال، صرفاً در موارد غیرقانونی تخلیه نفت به دریاست. به بیان دیگر، به استناد بندهای اول و دوم ماده ۲۲۰ کنوانسیون حقوق دریاها، این امکان برای دولت‌های ساحلی فراهم شده است تا برای موارد آلودگی عامدانه و شدید کشتی‌های صاحب پرچم بیگانه در دریای سرزمینی، مجازات‌های غیرمالی اعمال کنند. مسئله قابل‌توجه در این باره، نکته ظریفی است که پروفیسور *اکانل* به آن اشاره کرده است، به این مضمون که: «آلودگی که هم عامدانه و هم شدید باشد به‌واقع، واقعه‌ای نادر خواهد بود».^{۳۹} بر این اساس، تا کنون در عمل، موردی پیش نیامده که بند دوم ماده ۲۲۰ کنوانسیون حقوق دریاها قابلیت اعمال پیدا کند. در غیر موارد مذکور، صرفاً مجازات‌های مالی قابل‌اعمال است. این رویکرد به دلیل ناکارآمد ساختن کارکرد بازدارندگی جزای نقدی، مورد اعتراض برخی دولت‌ها مانند آلمان قرار گرفته است.^{۴۰}

در مجموع، به نظر می‌رسد که مشکل اصلی پیش روی نظام بین‌المللی در حوزه صلاحیت در مناطق دریایی، لزوم ایجاد توازن میان مجموعه‌ای از منافع متعدد و گاه متعارض (چون حقوق حاکمیتی، صلاحیت‌های اجرایی، اطلاع‌رسانی، همکاری و مساعدت متقابل) است. به بیان دیگر، در تلاش برای اعمال ضمانت‌اجراهای کارآمد و متناسب به‌عنوان استاندارد متعارف درباره برنامه راهبردی مقابله با آلودگی نفتی و پیشگیری از آن، ایراد عمده، در محتوای نظام‌های حقوقی کیفری داخلی دولت‌های صاحب پرچم، و اراده سیاسی حاکم بر اجرای قوانین چنین نظام‌هایی ریشه دارد. برای مثال، در مواردی که مسئله پرچم‌های مصلحتی^{۴۱} مطرح است، دولت‌های صاحب پرچم که باید نقش کلیدی و اولیه را در مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از وقوع آن داشته باشند، رسیدگی را آغاز نمی‌کنند. مبنای چنین رویکردی، این اصل برخاسته از اندیشه‌های *جان واینه* است که «اولین دولتی که وارد عمل شود، بازنده خواهد

36. Heine, *op. cit.*, p. 43

37. *Lex ferenda*

38. Kwiatkowska, Barbara, *The Two Hundred Miles Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1989, p. 185.

39. O' Connell, *International Law of the Sea*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 995, cited in Van Der Vyver, Johan D., "The Criminalization and Prosecution of Environmental Malpractice in International Law", *South African Yearbook of International Law*, vol. 23, 1998, p. 995.

40. Heine, *op. cit.*, p. 47.

41. Flag of Convenience

بود.^{۴۲} در چنین مواردی، صلاحیت دولت‌های صاحب بندر و ساحلی نیز محدود، و تنها مجازات قابل اعمال، مجازات‌های مالی قابل بیمه و غیربازدارنده است!^{۴۳}

۴-۱. تحقق کارکرد بازدارندگی

الف. احتمال پایین کشف جرم و شناسایی مجرم

یکی از مهم‌ترین دلایل توسل به نظام مسئولیت کیفری برای مقابله با آلودگی نفتی، احتمال پایین کشف جرم و شناسایی آلوده‌ساز در مقام مجرم است. برجسته‌ترین نظریه در این باره، نظریه گری بکر^{۴۴} در رابطه با تصمیم‌گیری مجرمین بالقوه برای ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم است.^{۴۵} بکر معتقد است که مجرم بالقوه، همواره پیش از ارتکاب جرم، منافع و هزینه‌های عمل خود را می‌سنجد و صرفاً زمانی تصمیم به ارتکاب جرم می‌گیرد که منافع بر هزینه‌ها پیشی بگیرد.^{۴۶} منظور از سود یک آلوده‌ساز بالقوه در آلودگی نفتی دریایی، منافی است که از تخلیه غیرقانونی نفت به دست می‌آورد، آن هم در مقایسه با هزینه‌های تخلیه قانونی و تمامی هزینه‌هایی که ممکن بود برای جلوگیری از نشت نفت متحمل شود. می‌توان هزینه‌های آلودگی نفتی را به دو جزء تقسیم کرد: الف) این احتمال که مجرم، دستگیر و محکوم خواهد شد و ب) میزان و نوع مجازاتی که پس از محکومیت، وضع خواهد شد. بنابراین، اگر آلوده‌ساز در ارزیابی‌های خود به این نتیجه برسد که منافع حاصل از

42. Heine, *op. cit.*, p. 48.

۴۳. حادثه پرستیر، شاهد مثال عینی وجود مشکل در نظام بین‌المللی حقوق کیفری در حوزه مقابله با آلودگی نفتی دریایی است. در این حادثه، کاپیتان و متصدی کشتی، یونانی و مالکان کشتی، اتباع کشورهای مختلف در اتحادیه اروپا بودند. مقر اصلی شرکت مالک کشتی، لیختن‌اشتاین بود. خدمه کشتی، اتباع کشورهای جهان سوم بودند. محل ثبت کشتی، کشور لیبیا و تانکر نفت‌کش، حامل پرچم کشور باهاما بود. اولین پرسشی که در جریان این حادثه مطرح شد این بود که آیا به استناد ماده ۹۱ کنوانسیون حقوق دریاها میان دولت صاحب پرچم باهاما با تانکر نفت‌کش، رابطه اصیل (Genuine Link) وجود داشته است؟ پاسخ حقوقی مؤید مصلحتی‌بودن پرچم است. در این حادثه، رسیدگی‌های کیفری از سوی دولت ساحلی آغاز شد و با فرض عمدی‌بودن آلودگی، کاپیتان کشتی، متهم به داشتن نقش کلیدی و اصلی در ارتکاب جرم شد. در فرایند محاکمه، وی به ۱۲ هفته حبس محکوم و مجبور به پرداخت ۳/۲ میلیون دلار آمریکا شد که درنهایت از سوی شرکت بیمه پی‌اند‌آی پرداخت شد. این در حالی است که تحقیقات گسترده و عمیق‌تری که درباره این حادثه صورت گرفته بود، حاکی از آن بود که در این زمینه، مجموعه‌ای از تصمیمات اشتباه و نادرست اتخاذ شده بود و افراد دیگری غیر از کاپیتان کشتی در ایجاد این حادثه دخیل بوده‌اند. تمامی این علل و افراد درمجموع باعث غرق‌شدن تانکر نفت‌کش شده‌اند. مواردی چون سطح ناکافی نظارت فنی و تصمیمات نادرست درباره ارتقای وضعیت ایمنی کشتی، در وقوع این حادثه نقش داشتند. اما متحمل اصلی پیامدهای حقوقی این حادثه، کاپیتان کشتی بود که بسیاری این را غیرمنصفانه و ناعادلانه توصیف کردند.

Temporary Committee on Improving Safety at Sea, Draft Report 18 March 2004, PE 339.038/1-208, para. 5, 9 & Heine, *op. cit.*, p. 48.

44. Gary Becker

45. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 164.

46. Faure, M., and Visser, M., "How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, 1995, p. 324.

ارتکاب جرم (آلوده‌ساختن غیرقانونی دریا) بر هزینه‌های آن پیشی می‌جوید به احتمال زیاد، دست به ارتکاب جرم خواهد زد.^{۴۷}

در بسیاری از موارد آلودگی نفتی دریایی، احتمال دستگیری مجرم یا مجرمین، صددردصد نخواهد بود و در واقع، بسیار پایین‌تر از آن است.^{۴۸} بنابراین، طبق مدل بکر، زمانی ضمانت‌اجراها کارآمد و بازدارنده است که به نسبت منافع حاصل از جرم، بالاتر باشد. چنین رویکردی را تنها می‌توان با توسل به نظام مسئولیت کیفری محقق ساخت زیرا بر اساس اصول نظام مسئولیت مدنی، آلوده‌ساز را تنها می‌توان وادار به جبران خسارت کامل و نه بیشتر از آن کرد. این وضعیت نشانه ضعف نظام مزبور در مواردی است که احتمال کشف جرم و شناسایی مجرم، کمتر از صددردصد است. چنین درصد پایینی از احتمال کشف و شناسایی، مستلزم اعمال ضمانت‌اجراهایی بالاتر در قیاس با ضمانت‌اجراهای مدنی است.

ب. ضمانت‌اجراهای کیفری

ضمانت‌اجرای مناسب و کارآمد آن است که بتواند بازدارندگی داشته باشد. بر اساس نظریه بازدارندگی،^{۴۹} قطعیت، شدت مجازات و سرعت در اجرای آن می‌تواند از ارتکاب جرایم به‌صورت بالقوه پیشگیری کند. از سوی دیگر، قربانی‌دانستن محیط‌زیست در آلودگی نفتی دریایی و فرض مجرمیت آلوده‌ساز، سبب تحقق هدف بازدارندگی می‌شود. به باور صاحب‌نظرانی چون زیمرینگ و هاوکینز، «اگر نتایج ناخوشایندی به یک رفتار مترتب شود، تمایل مردم به مشارکت در انجام

47. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 165.

48. به‌عنوان مثال، منافع تخلیه غیرقانونی نفت به دریا، یک‌صد هزار دلار برآورد شود. از سوی دیگر، جزای نقدی مقرر از سوی دادگاه (در صورت دستگیری و محکومیت) یک میلیون دلار و احتمال دستگیری یک‌درصد باشد. در چنین وضعیتی، هزینه ارتکاب جرم برای مرتکب بالقوه، ده‌هزار دلار خواهد بود. در نتیجه، منافع از هزینه‌ها پیشی جسته، مرتکبین بالقوه، تصمیم به ارتکاب جرم گرفته و احتمال ارتکاب جرم افزایش می‌یابد. (۱۰۰۰۰ = ۱۰۰۰۰۰۰ ÷ ۱٪). این مثال ساده نشان‌دهنده آن است که باید ضمانت‌اجراها از منافع آلوده‌سازان، بسیار بیشتر باشد تا احتمال اندک دستگیری مرتکب را پوشش دهد. نظام مسئولیت مدنی به‌تنهایی در تحقق این هدف ناتوان است. از این‌رو طبق مدل بکر، باید آستانه ضمانت‌اجرا برای بازدارندگی مجرمین بالقوه افزایش یابد؛ نتیجه‌ای که به‌صرف کاربست مسئولیت مدنی به دست نمی‌آید زیرا این نوع مسئولیت، صرفاً آلوده‌ساز را مجبور به جبران خسارت به اندازه‌ای می‌کند که به زیان‌دیده وارد آمده است نه بیشتر از آن. نکته مذکور، نشان‌دهنده ناکارآمدی نظام مسئولیت مدنی در مواردی است که احتمال دستگیری آلوده‌سازان، کمتر از صددردصد باشد.

See Weber, J. M. and Crew, R. E., "Deterrence Theory and Marine Oil Spills: Do Coast Guard Civil Penalties Deter Pollution?" *Journal of Environmental Management*, vol. 58, 2000, p. 162.

49. Deterrence Theory

آن کاهش می‌یابد.^{۵۰} به‌طور کلی، مجازات‌ها با توجه به شدت جرم، میزان خسارات وارده، میزان نشت نفت، میزان اثرگذاری بر محیط‌زیست و اثرگذاری اقتصادی مجازات تعیین می‌شود.^{۵۱} شالوده نظریه بازدارندگی را نظریه‌های اقتصادی و رفتاری^{۵۲} تشکیل می‌دهد.^{۵۳} بر مبنای نظریه اقتصادی که به نظریه انتخاب عقلایی^{۵۴} نیز موسوم است، رویکرد منتخب، مدل آلاینده‌عقل زیست‌محیطی است.^{۵۵} این مدل، بر مبنای عقل اقتصادی است که به‌موجب آن، هدف بنگاه‌های اقتصادی، به‌حداکثر رساندن سود و منفعت و کاهش هزینه‌های اقتصادی است. در این مدل، محیط‌زیست، تنها زمانی از سوی شرکت‌ها و افراد، مدنظر قرار می‌گیرد که آلوده‌ساختن آن، هزینه‌های سنگینی داشته باشد. در غیر این صورت، هزینه‌های نقض مقررات زیست‌محیطی از سوی مجرمین، درونی شده و از پیش به‌عنوان بخشی از هزینه‌های تجاری و نه مجازات، محاسبه می‌شود. از این‌رو، هزینه ایراد خسارت به محیط‌زیست باید به حدی افزایش یابد که از نظر یک آلاینده‌عقل، ارزش اقتصادی آن کم‌رنگ شود.^{۵۶}

ایراد اصلی پیش روی نظریه اقتصادی، روشن‌نبودن این مسئله است که آیا کارگزاران شرکت‌ها در جریان فعالیت روزانه خود (برای مثال، بارگیری تانکرهای نفت‌کش)، رهیافت موجود در مدل آلاینده‌عقل زیست‌محیطی را در پیش می‌گیرند یا خیر؟ بر همین اساس، مدل رفتاری که مبتنی بر رهیافت پاداش و مجازات است برای تحقق هدف بازدارندگی در حوزه محیط‌زیست و به‌ویژه آلودگی نفتی دریایی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.^{۵۷} بر اساس فرمول کوهن در سال ۱۹۸۷ («بهترین مجازات = هزینه‌های پاک‌سازی خسارات زیست‌محیطی ÷ احتمال شناسایی و تعقیب متهم») هرچه اقدامات نظارتی و شدت مجازات‌ها افزایش یابد، موارد آلودگی کاهش خواهد یافت.^{۵۸}

امکان وضع مجازات‌های مالی سنگین و محروم‌کننده از آزادی، امتیاز منحصربه‌فرد نظام مسئولیت کیفری برای مقابله با آلودگی نفتی دریایی است. به‌موجب نظام مسئولیت مدنی، صرفاً می‌توان متخلف را ملزم به جبران خسارت کامل از زیان‌دیده و نه چیزی بیش از آن کرد. در واقع،

50. Grogger, S., "Certainty Versus Severity of Punishment", *Journal of Economic Inquiry*, vol. 29, 1991, p. 297.

51. Weber, *op. cit.*, p. 162.

52. Rational-Economic and Behavioral Theory

53. Ehrlich, I., "Crime, Punishment, and the Market for Offenses", *Journal of Economic Perspective*, vol. 10, 1996, pp. 43-67.

54. Rational Choice Theory

55. عبدالحی، محسن؛ «حمایت کیفری از محیط‌زیست: تأملی بر بایسته‌های حقوق کیفری زیست‌محیطی»، فصلنامه علوم محیطی، سال پنجم، شماره اول، پاییز ۱۳۸۶، ص ۱۰۸.

56. همان.

57. Simpson, S. and Koper, C., "Deterring Corporate Crime", *Journal of Criminology*, vol. 30, 1992, pp. 347-375.

58. Weber, *op. cit.*, p. 162.

ضمانت اجرا باید به گونه‌ای باشد که به بهترین وجه برای آلوده‌سازان بالقوه، قدرت بازدارندگی داشته باشد. بنابراین، تعیین مجازات مناسب برای خسارات وارده به محیط‌زیست، بستگی به عناصری چون احتمال دستگیری، خسارات وارده، دارایی‌های آلوده‌ساز، خطر ورشکستگی و هزینه‌های مربوط به تحمیل مجازات دارد. به باور فرانک/یستربروک، «برای جرم، بهای دقیقی وجود ندارد».^{۵۹} بر این اساس، ارزش‌گذاری جرایم زیست‌محیطی به عناصر مختلفی بستگی پیدا می‌کند که قاضی را قادر به تعیین مجازات مناسبی می‌سازد و قدرت صلاح‌دید قاضی در این باره حائز اهمیت می‌شود.

به باور صاحب‌نظران، می‌توان احتمال پایین کشف جرم و شناسایی مجرمین را با تحمیل جزای نقدی سنگین جبران کرد. از منظر نظریه‌های اقتصادی، عموماً مجازات‌های مالی در زمره ضمانت‌اجراهای ترجیحی قرار دارد. دلیل این ارجحیت، پایین‌بودن هزینه‌های اعمال و درآمدزایی برای دولت از طریق افزایش بودجه عمومی است.^{۶۰} همچنین، از آنجاکه در بیشتر موارد، مجرمین بالقوه آلودگی نفتی، شرکت‌های فراملی نفتی و کشتی‌رانی هستند، خطر وضع مجازات‌های مالی سنگین، همواره امکان برهم‌زدن توازن میان سود و زیان آنان و در نتیجه، تحقق هدف بازدارندگی را به همراه دارد.^{۶۱}

نتایج مطالعات جرم‌شناسی نشان می‌دهد که جزای نقدی، متداول‌ترین نوع مجازات است. مجازات‌های غیرمالی چون حبس، اغلب در خصوص جرایم زیست‌محیطی اعمال نمی‌شود و محدود به مواردی است که خسارت جدی و شدیدی به محیط‌زیست وارد آمده باشد. عمده دلیل مخالفت صاحب‌نظران با مجازات حبس، هزینه‌های اجرای این مجازات برای جامعه است.^{۶۲} اما جزای نقدی با انتقاداتی نیز روبه‌روست. از این منظر، مجازات مالی صرفاً در مواردی می‌تواند مؤثر عمل کند و کارآمد باشد که مسئله ورشکستگی پیش نیاید. در مواردی که احتمال تعقیب و دستگیری مرتکبین آلوده‌ساز، اندک است و خطر ورشکستگی نیز وجود دارد، باید به مجازات‌های غیرمالی چون حبس توسل جست.^{۶۳} دیگر انتقاد وارد بر مجازات‌های مالی، امکان بیمه‌کردن آن‌هاست که با هدف پیشگیری از ایراد خسارات آلودگی نفتی در تعارض است.^{۶۴} به لحاظ نظری،

59. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 172.

60. Posner, R., "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review*, vol. 1, 1980, pp. 400-418.

61. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 172.

62. Polinsky, M., and Shavell, S., "A Note on Optimal Fines When Wealth Varies among Individuals", *American Economic Review*, vol. 81, 1991, p. 618.

63. Coffee, J. S., "Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions", *American Criminal Law Review*, vol. 1, 1980, p. 428.

۶۴. تصمیم دادگاه کیفری هامبورگ در ۲۴ اکتبر ۱۹۸۵ شاهد مثال رویکرد فوق است. در سال ۱۹۸۵، کشتی باری برزیلی در اسکله هامبورگ به دلیل نقص فنی باعث نشت نفت شد و خوانده به استناد ماده ۳۲۴ قانون مجازات آلمان، متهم به ارتکاب جرم آلوده‌ساختن عامدانه آب شد. دادگاه در این قضیه مقرر داشت که رفتار خوانده، آلودگی شدید زیست‌محیطی را در پی

اگر مجازات‌های نقدی به حد کافی افزایش یابد، احتمال اینکه بازدارندگی به سطح مطلوب برسد وجود خواهد داشت چون افزایش حق بیمه را به دنبال دارد. در غیر این صورت، یعنی در مواردی که احتمال تعقیب و شناسایی آلوده‌سازان، پایین و مجازات‌های نقدی مقرر، اندک باشد، اعمال مجازات‌های غیرمالی چون حبس یا توقیف شناور (همان گونه که در تصمیم دیگر دادگاه هامبورگ آمده است) کارآمدتر به نظر می‌رسد.^{۶۵}

علاوه بر حبس، مجازات‌های غیرمالی دیگری نیز وجود دارد که قابلیت تحقق هدف بازدارندگی را دارد. مزیت این مجازات‌ها از یک‌سو، تحقق هدف بازدارندگی به دلیل هزینه‌هایی است که بر محکوم‌علیه برای انجام تعهدات و تکالیف مقرر در حکم مجازات تحمیل می‌شود و از سوی دیگر، جبران نسبی آسیب‌های وارده به محیط‌زیست در اثر ارتکاب جرم و پاک‌سازی آن است. این در حالی است که در مجازات حبس، صرف به‌زدان‌انداختن مجرم، این تضمین را به همراه نخواهد داشت که آسیب‌های وارده به محیط‌زیست - تا حدودی - به وضعیت اولیه خود بازگردد. در این خصوص می‌توان به ضمانت‌اجراهایی چون انتشار حکم محکومیت،^{۶۶} رد درآمدهای غیرقانونی^{۶۷} و مصادره اموال^{۶۸} اشاره کرد.

داشته است. از این‌رو، تصمیم می‌گیرد که مجازات سنگین اعمال کند. با توجه به کارکرد پیشگیرانه حقوق کیفری، دیوان مقرر کرد که باید مجازات حبس با هدف بازدارندگی درمورد سایر مجرمین بالقوه در نظر گرفته شود؛ به‌ویژه به این سبب که مجازات‌های کیفری که دادگاه‌ها واقعاً اجرا می‌کنند به سرعت در رویه دریانوردی مدنظر قرار گرفته و شناسایی می‌شود. علاوه بر این، دادگاه مقرر داشت که مجازات مالی نباید وضع شود چون هیچ تأثیری بر خواننده دعوا ندارد. استدلال دیوان بر پایه این اظهارنظر قرار گرفت که مدت‌هاست کشتی‌های اقیانوس‌پیما از پوشش بیمه‌ای گسترده کلوب پی‌اند.آی برای تمامی خطرات بهره‌مند هستند. به‌ویژه، این بیمه‌گذار، مجازات‌های نقدی مقرر برای اعمال مجرمانه عمدی خدمه کشتی را نیز تحت پوشش خود قرار داده است. از آنجاکه نماینده شرکت پی‌اند.آی در دادگاه - که به‌عنوان شاهد حضور یافته بود - این وقایع را تأیید کرد، دیوان، حکم به مجازات حبس به مدت ۶ ماه داد. از نظر دادگاه، به دلیل بیمه‌شدن مجازات نقدی، مبلغ مجازات باید به میزانی افزایش یابد که موجب بازدارندگی مالک کشتی از آلوده‌کردن محیط‌زیست دریایی شود. به بیان دیگر، با افزایش مجازات نقدی نسبت به هزینه‌های پاک‌سازی یا جلوگیری از نشت یا تخلیه نفت، شرکت بیمه‌گر، مجبور به افزایش میزان حق بیمه شده و بازدارندگی تحقق می‌یابد.

Case Amtsgericht Hamburg, Judgment of 24 October 1985, No. 1452b-1108/2.

65. Faure, 2010, op. cit., p. 180.

66. Publicity

انتشار حکم محکومیت، بر اعتبار شرکت، حسن‌نیت آن نزد سهام‌داران و ذی‌نفعان اثر گذاشته و در نتیجه، ارزش سهام آن را با خطر جدی مواجه می‌کند. برای مثال، در قضیه *Ohio v. Budd Company (1980)* کارمند شرکت، حین عملیات تخلیه نفت، متوجه لکه نفتی در مجاورت مخزن نفت شد اما با اعتقاد به بی‌اهمیت‌بودن، آن را گزارش نکرد. دادگاه ایالت *اوهایو*، مطابق با قانون ایالتی *اوهایو* و بر مبنای مسئولیت محض، شرکت را به جزای نقدی ۱۵۰ دلار محکوم کرد. اگرچه در این پرونده، میزان جزای نقدی مقرر، اندک بود، انتشار حکم، پیامدهای مالی منفی برای شرکت داشت.

Doerr, Barbara H., "Comment: Prosecuting Corporate Polluters: The Sparing Use of Criminal Sanctions", *University of Detroit Law Review*, vol. 62, 1984-1985, p. 670.

67. Forfeiture of Illegal Gains

۲. در دفاع از مسئولیت کیفری مشترک

فقط اشخاص حقیقی نیستند که آلودگی نفتی دریایی ایجاد می‌کنند بلکه معمولاً چندین نفر که با یکدیگر و به نمایندگی از یک شرکت اقدام می‌کنند در جریان ارتکاب جرم، دخیل هستند. رویه نشان می‌دهد که بسیاری از موارد آلودگی نفتی دریایی شدید، کار شرکت‌های فراملی نفتی یا کشتی‌رانی است.^{۶۹} از این‌رو این پرسش مطرح می‌شود که درنهایت، کدام نظام مسئولیت در این رابطه قابل طرح است؟ مسئولیت کیفری فردی، شرکت‌ها یا هر دو؟

۱-۲. مسئولیت کیفری افراد

مسئولیت کیفری افراد در مقام کارگزاران شرکت‌ها، برخاسته از این مکتب فکری است که ریاست شرکت، از آن شخص یا اشخاص حقیقی است که آن را اداره می‌کنند و تصمیمات او موجب اعمال متخلفانه می‌شود. بنابراین نباید تمامیت شرکت را به‌خاطر گناه و خطای یک یا چند نفر مجازات کرد.^{۷۰} همچنین، یکی از استدلال‌های کلیدی مطرح درباره لزوم توسل به مسئولیت کیفری فردی این است که غالباً نظارت شرکت‌ها در خصوص ارتکاب جرم، کامل و مطلوب نیست. از سوی دیگر، اگر کارکنان یک شرکت، صرفاً با تهدید به اعمال جزای نقدی روبه‌رو باشند، این احتمال مطرح می‌شود که انگیزه کافی را برای اعمال سطح لازمی از مراقبت در جریان کار خود نداشته باشند.

رویه قضایی موجب محبوبیت این مجازات درمورد جرایم شرکتی و نیز جرایم زیست‌محیطی شده است. از نظر حقوقی، مجازات بازپس‌گرفتن درآمدهای غیرقانونی، برخاسته از این مفهوم است که «هیچ‌کس نباید از منافع جرم بهره‌مند شود - Crime should not pay».

See Bowles, R., Faure, M., and Garoupa, N., "Economic Analysis of the Removal of Illegal Gains", *International Review of Law and Economics*, vol. 1, 2000, p. 542 and Bowles, R., Faure, M., and Garoupa, N., "Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, 2005, p. 280.

68. Confiscation

ممکن است مصادره اموال به‌عنوان مجازات جایگزین اعمال شود. برای مثال، درمورد آلودگی نفتی دریایی، می‌توان شناور را به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم، مصادره کرد. (Case *Amtsgericht Hamburg*, Judgment of 30 October 1985, No. 142a-1420/85). مجازات مزبور در چنین مواردی، ضمانت‌اجرای کارآمدی محسوب می‌شود زیرا با هدف‌قراردادن مستقیم مالک شناور، موجب انگیزه برای اجتناب از آلودگی نفتی در آینده است. البته اجرای این نوع ضمانت‌اجراها در مواردی که وسیله ارتکاب جرم (تانکر نفت‌کش) خود در جریان حادثه از بین رفته باشد (مثل حادثه *ریکا* و *پرستیژ*) امکان‌پذیر نیست. همچنین در برخی نظام‌های حقوقی، صرفاً در مواردی می‌توان این نوع مجازات را اعمال کرد که شناور، متعلق به محکوم‌علیه (کاپیتان کشتی) باشد که در بیشتر موارد، این‌گونه نیست. البته تغییرات اخیر در نظام‌های حقوقی داخلی - با شناسایی امکان مصادره اموالی که به محکوم‌علیه تعلق ندارند - احتمال فوق را تا حدودی عملی کرده است.

Faure, 2010, *op. cit.*, p. 175.

69. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 176.

70. Sircar, S., and Karjee, K., "Public Liability of Transnational Corporations: An Argument for Expanding the Scope of Liability under International Law", *Us-China Law Review*, vol. 9, 2011, p. 365.

بنابراین در جهت تحقق هدف بازدارندگی باید در کنار وضع ضمانت‌اجراهای مالی، به اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری غیرمالی مانند حبس در خصوص کارکنان شرکت توجه شود.^{۷۱} اما نظام مسئولیت کیفری فردی، محدودیت‌ها و ایرادات خاص خود را نیز دارد. با استناد به رویه قضایی، ضمانت‌اجراهای کیفری مقرر در حوزه پیشگیری از آلودگی نفتی دریایی که بیشتر در مورد اشخاص حقیقی قابل اعمال است، محدود و ناکافی است. جزای نقدی با توجه به وضعیت مالی مجرم (شخص حقیقی) وضع می‌شود و به این دلیل، در مقایسه با زیان‌های ناشی از آلودگی، بسیار اندک و ناکارآمد است.

در بیشتر حوادث نفتی دریایی، محکوم‌علیه، عموماً کاپیتان‌های کشتی هستند، درحالی‌که مجرمین حقیقی، شرکت‌های عظیم فراملی با سرمایه‌های مادی و انسانی کلان هستند. چنین رویکردی در عمل موجب شده است که اشخاص حقوقی نادیده گرفته شده و اشخاص حقیقی سپر بلا شوند. در بسیاری از این موارد، اشخاص حقیقی که مجرم شناخته شده و مجازات می‌شوند در واقع آخرین حلقه یک زنجیره بلند در جریان حادثه هستند که قربانی می‌شوند. نکته ظریف و مهمی که در این زمینه وجود دارد، همین پنهان ماندن مجرمان اصلی در این زنجیره یعنی شرکت‌های عظیم فراملی و تحمیل مسئولیت کیفری بر دوش اشخاص حقیقی است که در حقیقت، نفع چندانی از آلودگی نفتی دریایی و کاهش هزینه‌های آن نمی‌برند. علت وقوع آلودگی نفتی دریایی، زنجیره‌ای از اعمال شماری از مرتکبین، اعم از فعل و ترک فعل است. به بیان دیگر، در خصوص آلودگی نفتی دریایی، تعدد عمل و تعدد مجرم وجود دارد.^{۷۲} از این رو در فرایند رسیدگی و صدور حکم، اتخاذ رهیافتی متفاوت و مجزا از مسئولیت کیفری فردی لازم است. شاید بتوان پاسخ و راهکار را در نظام مسئولیت جمعی^{۷۳} و اعمال توأمان دو نظام مسئولیت کیفری فردی و شرکت‌ها پیدا کرد. البته این به آن معنا نیست که از این پس، نظام مسئولیت کیفری فردی کنار گذاشته شود و صرفاً نظام مسئولیت کیفری شرکت‌ها اعمال شود زیرا اعمال مسئولیت کیفری فردی نیز کارکرد خاص و منحصر به فرد خود را دارد.^{۷۴}

71. Polinsky, M., and Shavell, S., 1993, *op. cit.*, p. 248.

72. اجاره‌کننده کشتی، مالک محموله، مؤسسه رده‌بندی کشتی که در برخی موارد، عدم ارائه گزارش از سوی کشتی‌ها درباره وضعیت ایمنی خود را نادیده می‌گیرد، همگی در وقوع حوادث دریایی مسئولیت دارند. حتی در پاره‌ای موارد، مقامات صاحب بندر باید متحمل سطحی از مسئولیت شوند، مانند قصور در تأمین و فراهم ساختن تأسیسات و امکانات مربوط به تحویل پس‌ماندها در بندر، امتناع از حمایت و کمک به شناورهایی که در وضعیت اضطراری قرار دارند یا امتناع از صدور مجوز ورود شناور در معرض خطر غرق شدن به بندر که در نهایت، سبب بروز آلودگی در دریا می‌شود.

EC-Commission, COM (2002) 681 final (7), 3 December 2002.

73. Collective Responsibility

74. پیش‌تر به این نکته پرداخته شد که اعمال ضمانت‌اجراهای غیرمالی از جمله حبس، در جایگاه خود برای تحقق هدف بازدارندگی ضرورت دارد اما مواردی نیز وجود دارد که اعمال این ضمانت‌اجراها امکان‌پذیر نیست. برای مثال، در مواردی که

۲-۲. مسئولیت کیفری شرکت‌ها

امروزه گرایش کلی نهضت مقابله با آلودگی نفتی دریایی، به سمت پذیرش مسئولیت کیفری شرکت‌ها^{۷۵} و اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری مناسب و کارآمد در این زمینه است. این در حالی است که برخی صاحب‌نظران و نظام‌های حقوقی دنیا در جهت انکار این مفهوم به عبارت معروف «شرکت‌ها فاقد روحی برای تأثیرپذیری و جسمی برای آسیب‌پذیری هستند» استناد می‌کنند. بر این اساس، شرکت‌ها نمی‌توانند مرتکب جرم شوند و نمی‌توان آن‌ها را برای اعمال متخلفانه و مجرمانه، محاکمه و مجازات کرد. رویه مذکور در سال‌های اخیر، دستخوش تغییر شده است. امروزه بیشتر نظام‌های حقوقی داخلی در قوانین خود، مسئولیت کیفری شرکت‌ها را به رسمیت شناخته و بیشتر کنوانسیون‌های بین‌المللی بر لزوم وضع و اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری در خصوص اشخاص حقوقی تأکید دارند.

هزینه‌های آلودگی، مخارج اقتصادی است که آلوده‌ساز، بدون هیچ هدف خاصی آن را بر دوش جامعه تحمیل می‌کند. در نتیجه، جامعه باید با توسل به سازوکارهایی خاص، از پیدایش چنین هزینه‌هایی جلوگیری کند. یکی از روش‌های مقابله با هزینه‌های ناشی از آلودگی، وادارساختن آلوده‌سازان به «درونی‌سازی برون‌هزینه‌هاست».^{۷۶} در واقع، به باور اقتصاددانان، جرم به‌طور خاص، برون‌هزینه^{۷۷} محسوب می‌شود؛ عملی که از طریق آن، مجرم ترجیحات خود را مشخص می‌کند و برای تحقق هدف و ترجیح خود، هزینه‌هایی را بر اشخاص دیگر که خود صاحب ترجیحات دیگری هستند، تحمیل می‌کند. این هزینه‌ها، شکلی از خنثی‌سازی و بی‌اثرکردن ترجیحات سایر مردم یا الزام آنان به اتخاذ اقدامات احتیاطی برای اجتناب از تأثیرپذیری از اقدام مجرمانه است. بر این اساس، مجازات‌های کیفری باید با هدف شکل‌دهی به ترجیحات مردم در جهت انجام رفتاری خاص به کار رود. هدف اصلی، شکل‌دهی ترجیحات مردم

جزای نقدی مقرر، از دارایی شرکت بیشتر است، دادگاه، ناگزیر از توسل به مجازات‌های غیرمالی چون حبس است که صرفاً در خصوص اشخاص حقیقی قابلیت اعمال دارد.

۷۵. شرکت‌ها برای مدت‌های مدید در خصوص اعمال متخلفانه کارکنان خود در قالب دعاوی مدنی با نظام مسئولیت مدنی روبه‌رو هستند. مفهوم مسئولیت کیفری شرکت‌ها برای نخستین بار در سال ۱۹۰۹ و در رأی دیوان عالی آمریکا در قضیه *New York Cent. & Hudson River R. R. Co. v. U.S.* مطرح شد. خاستگاه دکتترین مسئولیت کیفری شرکت‌ها، دکتترین معروف مقام مافوق (*Respondeat Superior*) است که به نظام حقوق مدنی تعلق دارد. بر اساس این دکتترین، «کارفرما یا مدیر شرکت برای عمل یا اعمال متخلفانه کارگزاران خود که در چارچوب وظایف آن‌ها ارتکاب یافته باشد، مسئول شناخته می‌شوند».

Black's Law Dictionary, 8th Edition, 2004 & Carrasco, Cynthia E., "Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 36, 1999, pp. 445-6.

76. Internalize the Externalities

77. Externality

در انطباق با اهداف جامعه و در نتیجه، عدم تحمیل هزینه بر دوش آنان است.^{۷۸} به این ترتیب، مبنای اصلی استدلال‌ها در دفاع از نظام تعهد به جبران کیفری شرکت‌ها، نظریه‌های اقتصادی با محوریت نظریه موسوم به قضیه کاوز^{۷۹} است. این قضیه به‌طور خاص با مسئله مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از آن رابطه دارد. قضیه مزبور، این فرضیه را بنیاد نهاده است که زمانی که هیچ هزینه مبادله‌ای^{۸۰} وجود نداشته باشد، افراد معقول و منطقی برای تخصیص منابع و سودآوری، شروع به مذاکره و چانه‌زنی می‌کنند. به همین ترتیب، شرکت‌های نفتی، کارفرمایان و کارگزاران، مالکین نفت‌کش‌ها و سایر آلوده‌سازان نفتی بالقوه برای اتخاذ اقدامات معقول و متعارف در جهت پیشگیری از آلودگی، ذی‌نفع هستند. کاهش آلودگی، ابزار کارآمدتری برای تحقق هدف نهایی تجارت یعنی سودآوری بیشتر است.^{۸۱} در نتیجه، ارتباطاتی که میان این نهادها شکل می‌گیرد، مبتنی بر رابطه متقابل و دو یا چندجانبه است.

از سوی دیگر، از زمانی که در برخی از نظام‌های حقوقی، امکان پرداخت جزای نقدی از سوی فرد یا نهادی غیر از محکوم‌علیه پذیرفته شده است، دیگر برای دادگاه، تعیین طرف مسئول، چندان اهمیتی ندارد. بر اساس این رهیافت، شرکت می‌تواند به‌جای کارمند معسر خود، جزای نقدی را که دادگاه مقرر کرده، بپردازد و بعدها بازپرداخت آن را مطالبه کند. به این ترتیب، دیگر اهمیتی ندارد که مجازات درمورد شرکت یا کارگزار آن اعمال شده باشد، چون میان این دو،

78. Dau-Schmidt, Kenneth, "An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy", *Duke Law Journal*, 1990, pp. 1, 27-29, 34.

79. Coase-theorem

قضیه کاوز برگرفته از مطالعات رونالد کاوز، اقتصاددان برجسته مکتب اقتصادی شیکاگو است که برای نخستین بار در سال ۱۹۶۰ و با انتشار مقاله «مسئله هزینه اجتماعی» مطرح و با ابداع مفهوم هزینه‌های مبادله، در قالب آنچه امروزه قضیه کاوز نامیده می‌شود، صورت‌بندی شد. ن.ک: الیاس نادران و محمدجواد شریف‌زاده؛ «ضرورت مطالعات میان‌رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام: قضیه کوز و هزینه‌های مبادله»، فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، دوره دوم، شماره سوم، تابستان ۱۳۸۹، صص ۲ و ۶.

رونالد کاوز برای تشریح رابطه معنادار میان قضیه کاوز و مسئولیت کیفری، ابتدا این فرض را مطرح می‌کند که کارگزاران یک شرکت، علاوه بر پی‌جویی منافع شخصی خود، به منافع اجتماعی نیز توجه دارند. از سوی دیگر، میان شرکت و کارگزاران، رابطه قراردادی و متقابل وجود دارد. بنابراین، در صورت وقوع مشکل، مثل تخطی از مقررات زیست‌محیطی و محکوم‌شدن هر یک از طرفین به ضمانت‌اجراهای کیفری (به‌ویژه جزای نقدی) امکان مذاکره و چانه‌زنی میان آن‌ها به دلیل وجود روابط قراردادی و کاری وجود دارد. اساساً مذاکره و چانه‌زنی، عنصر اصلی در کارکرد قضیه کاوز است. رویکرد چانه‌زنی و مذاکره، عموماً در چارچوب «نظریه بازی‌ها» مطرح و به‌گونه‌ای زیرمجموعه این نظریه محسوب می‌شود. ن.ک: یدالله دادگر؛ «نقش هزینه Coase و هزینه مبادله در تحولات جدید اقتصادی»، مجله نامه اقتصادی، جلد سوم، شماره اول، ۱۳۸۶، صص ۹۳-۹۲.

80. Transaction Cost

81. De Gennaro, Michael A., "Oil Pollution Liability and Control under International Maritime Law: Market Incentives as an Alternative to Government Regulation", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 37, 2004, p. 283.

رابطه قراردادی و متقابل وجود دارد.^{۸۲} البته این راهکار در برخی موارد، مثل ضمانت‌اجراه‌های غیرمالی چون حبس، قابل اجرا نیست. باوجود این، رویه در حوزه جرایم زیست‌محیطی به این سمت است که در مواردی که کارگزار شرکت، قادر به پرداخت یا اجرای مجازات نباشد، مجازات به شرکت انتقال یابد.^{۸۳}

برای تفکیک مسئولیت کیفری شخص حقیقی از حقوقی، معیار خاصی لازم است. این معیار باید برخاسته از ساختار سازمانی شرکت، فرهنگ شرکتی، سیاست‌گذاری‌های تجاری و تدابیر راهبردی باشد.^{۸۴} دو رهیافت درمورد مفهوم مسئولیت کیفری شرکت‌ها ارائه شده است: رهیافت نام‌گرا یا اصالت تسمیه و رهیافت واقع‌گرا یا رئالیستی. هریک از این رهیافت‌ها، خود مبنایی برای مدل‌های ارائه‌شده در خصوص مسئولیت کیفری شرکت‌هاست.

الف. رهیافت نام‌گرا - مدل مسئولیت نیابتی

بر اساس رهیافت نام‌گرایی،^{۸۵} شرکت‌ها، مجموعه‌ای از اشخاص قلمداد می‌شوند. صحبت از اعمال شرکت‌ها در واقع، میان‌بری محسوب می‌شود که هدف از آن، پرداختن به اعمال اشخاص حقیقی داخل یک مجموعه، مانند شرکت است.^{۸۶} به بیان دیگر، شرکت‌ها نهادهایی انتزاعی هستند و مسئولیت کیفری در خصوص آن‌ها ثانویه است و باید از طریق مسئولیت اشخاص حقیقی اثبات شود. به این ترتیب، ابتدا شخص حقیقی مرتکب جرم می‌شود، سپس عنصر مادی و روانی او به شرکت منتسب می‌شود. درنتیجه اگر مسئولیت فردی وجود نداشته باشد، مسئولیت شرکت نیز منتفی است. مدل مسئولیت غیرمستقیم یا نیابتی^{۸۷} شرکت‌ها برخاسته از این رهیافت است.

خاستگاه مدل مسئولیت کیفری غیرمستقیم شرکت‌ها، دکترین معروف مقام مافوق^{۸۸} است که به نظام حقوق مدنی تعلق دارد.^{۸۹} بر اساس این دکترین، «کارفرما یا مدیر شرکت برای عمل یا اعمال متخلفانه کارگزاران خود که در چارچوب وظایف استخدامی آن‌ها ارتکاب یافته باشد،

82. Faure, 2010, *op. cit.*, p. 176.

83. Cohen, M. A., "Criminal Law as an Instrument of Environmental Policy: Theory and Empirics", printed in: *Law and Economics of the Environment*, Cheltenham: Edward Elgar, 2001, pp. 208-209.

84. Friedman, L., "In Defence of Corporate Criminal Liability", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2000, p. 833.

85. Nominalist Theory

86. Colvin, Eric, "Corporate Personality and Criminal Liability", *Criminal Law Forum*, vol. 6, No. 1, 1995, pp. 1-2.

87. Vicarious Liability Model

88. Respondeat Superior

89. Nanda, V., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 607.

مسئول شناخته می‌شوند.^{۹۰} به این ترتیب، مفهوم مسئولیت کیفری شرکت‌ها به معنای آن است که ممکن است یک شرکت به لحاظ کیفری به علت اعمال هریک از کارگزاران خود که در چارچوب وظایف و با هدف انتفاع شرکت، مرتکب جرم شده‌اند، مسئول شناخته شود. بر این اساس، برای احراز مسئولیت کیفری یک شرکت، باید عناصر زیر اثبات شود:

الف) کارگزار در چارچوب وظایف استخدامی خود مرتکب جرم شده باشد؛

بر مبنای مدل مسئولیت کیفری غیرمستقیم، شرکت‌ها نهادهای حقوقی محسوب می‌شوند که در واقعیت، نمی‌توانند مرتکب جرم شوند یا فاقد قصد ارتکاب آن هستند. بر این اساس، دادگاه‌ها به کارگزاران آن‌ها به‌عنوان ابزاری برای انتساب قصد و عمل مجرمانه می‌نگرند. به بیان دیگر، برای احراز مسئولیت کیفری شرکت، کارگزار مرتکب عمل غیرقانونی باید در چارچوب وظایف استخدامی و تحت اختیاراتی که شرکت اعطا کرده است عمل کرده باشد. این شرط، صرفاً زمانی تحقق می‌یابد که کارگزار شرکت، صاحب اقتدار واقعی^{۹۱} برای عمل باشد.^{۹۲}

ب) هدف کارگزار، انتفاع شرکت بوده باشد.

در خصوص عنصر دوم، این مسئله ضرورت دارد که کارگزار با هدف انتفاع شرکت اقدام کرده باشد. به باور برخی از صاحب‌نظران، برای تحقق این هدف، لازم نیست که شرکت حتماً منافی دریافت کرده باشد بلکه صرف قصد کارگزار به منتفع‌ساختن شرکت کفایت می‌کند.^{۹۳} همچنین ضرورت ندارد که احراز شود کارگزار از ابتدا با هدف انتفاع شرکت اقدام کرده است. از این‌رو اگر احراز شود که شرکت از عمل کارگزار خود منتفع شده، درحالی‌که کارگزار با هدف انتفاع شخصی دست به ارتکاب عمل مجرمانه زده باشد، برای احراز مسئولیت کیفری شرکت کفایت می‌کند.^{۹۴}

مدل مسئولیت کیفری غیرمستقیم، خود به دو مدل فرعی تقسیم می‌شود:

90. Black's Law Dictionary, 8th Edition, 2004.

91. Actual Authority

92. Carrasco, Cynthia E., "Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 36, 1999, p. 449.

93. Weissmann, Andrew, "A New Approach to Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 44, 2007, p. 1320.

۹۴. رویه دادگاه‌ها به‌تدریج به سمت شناسایی مسئولیت کیفری شرکت در موارد اقدام کارگزاران با هدف اولیه انتفاع پیش رفته است. در این زمینه، یکی از دادگاه‌های فدرال آمریکا در قضیه *Phile v. Ship Anna* حکمی صادر کرده است به این مضمون که حقوق، هرگز کسی را مجازات نخواهد کرد مگر اینکه با هدف انتفاع خود، مرتکب جرم شده باشد و منافع جرم، نصیب خود مرتکب بشود. برای مثال، اگر زنی مرتکب جرمی شود، شوهرش مسئولیت ندارد اما اگر وی از منافع جرم زن منتفع شده باشد، مسئول و متعهد به جبران است.

Weissmann, *op. cit.*, pp. 1320, 1334.

- اول. مدل مسئولیت نیابتی محض^{۹۵} که بر مبنای آن، اعمال و نیت تمامی کارگزاران شرکت، صرف‌نظر از جایگاه آن‌ها در سلسله‌مراتب به شرکت قابل‌انتساب است.^{۹۶} خاستگاه این مدل، رهیافت کلی‌نگر^{۹۷} است که بر مبنای آن، شرکت، یک شخص واحد در نظر گرفته می‌شود.^{۹۸}
 - دوم. مدل مسئولیت شناسایی^{۹۹} که بر اساس آن، صرفاً اعمال و مقاصد آن دسته از کارگزاران به شرکت منتسب است که مغز متفکر شرکت محسوب می‌شوند. به‌طور کلی، مدیران و مقامات ارشد شرکت‌ها که تصمیم‌گیری‌ها و سیاست‌گذاری شرکت بر عهده آن‌ها قرار دارد در این دسته جای می‌گیرند.^{۱۰۰} خاستگاه این مدل، رهیافت جزئی‌نگر^{۱۰۱} است که بر مبنای آن، شرکت به‌عنوان گروهی از افراد قلمداد می‌شود.^{۱۰۲}
- ایراد اساسی مدل مسئولیت کیفری نیابتی، لزوم وجود فردی است که عمل مجرمانه را مرتکب شده باشد تا بتوان عمل و نیت او را به شرکت منتسب کرد. در برخی موارد، پیچیدگی ساختار شرکت و ابهام در تخصیص مسئولیت‌ها، یافتن فرد مسئول را دشوار و گاه ناممکن می‌کند. همچنین ممکن است در مواردی شرکت به لحاظ کیفری مسئول شناخته شود که کارمند شرکت، مستقل عمل کرده اما تصور شده که در چارچوب وظایف استخدامی خود اقدام کرده است.

ب. رهیافت واقع‌گرا - مدل مسئولیت سازمانی

بر اساس رهیافت واقع‌گرا،^{۱۰۳} حیات شرکت‌ها تا حدودی مستقل از اعضای آن‌هاست. شرکت‌ها می‌توانند فی‌نفسه اقدام کنند و حتی به شیوه‌ای متفاوت از اعضای خود مرتکب جرم شوند.^{۱۰۴} به بیان دیگر، شرکت‌ها نهادهایی واقعی و انضمامی هستند. بنابراین، مسئولیت کیفری شرکت‌ها اولیه است و وابسته به مسئولیت هیچ شخص حقیقی نیست. مدل مسئولیت سازمانی شرکت‌ها^{۱۰۵} برگرفته از رهیافت مزبور است. مدل مذکور، مؤید این نکته است که در برخی موارد، وام‌گرفتن قصد از افراد برای انتساب به شرکت، امکان‌پذیر نیست زیرا هرگز نمی‌توان برخی اعمال

95. Strict Vicarious Liability Model

96. Colvin, *op. cit.*, pp. 2-3.

97. Holistic Approach

98. Foerschler, Ann, "Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct", *California Law Review*, vol. 78, No. 5, 1990, p. 1298.

99. Identification Liability Model

100. Colvin, *op. cit.*, pp. 9-10.

101. Atomistic Approach

102. Foerschler, *op. cit.*, p. 1287.

103. Realist Approach

104. Colvin, *op. cit.*, p. 11.

105. Organizational Liability Model

شرکت‌ها را در قصد یا عمل کارگزاران آن‌ها ردیابی کرد. بر این اساس، باید مجرمیت را به نحو دقیق‌تری بر پایه ساختارهای پیچیده شرکت احراز کرد.

قصد سازمانی،^{۱۰۶} مفهوم بنیادینی است که مدل سازمانی بر مبنای آن، قائل به مسئولیت مستقیم شرکت‌هاست. هدف از طرح این مفهوم، معرفی آن به‌عنوان نوع جدیدی از عنصر روانی است.^{۱۰۷} از یک‌سو، برخی بر این باورند که قصد سازمانی را نمی‌توان عنصر روانی محسوب کرد چون عنصر روانی متضمن مسئولیت اخلاقی برای یک عمل است و تنها اشخاص حقیقی و نه نهادهای انتزاعی می‌توانند صاحب آن باشند. از سوی دیگر، طرفداران قائل به این هستند که شرکت‌ها نیز صاحب شخصیت اخلاقی هستند که صرفاً متضمن اهلیت لازم برای اقدام عامدانه و اصلاح‌پذیری است؛ همان گونه که اطفال و عقب‌ماندگان ذهنی باوجود اینکه شخص حقیقی محسوب می‌شوند، صاحب چنین اهلیتی برای اقدام عامدانه و نیز اصلاح‌پذیری نیستند. درنتیجه نمی‌توانند قصد مجرمانه داشته باشند. به باور ایشان، عنصر روانی یک واقعیت عینی نیست که فردی آن را داشته یا نداشته باشد بلکه درحقیقت، برجستگی است که نظام حقوقی آن را برای اتخاذ یک تصمیم اجتماعی خاص به کار می‌برد تا بر این اساس بتواند مرتکب عمل مجرمانه را مجازات کند.^{۱۰۸}

به اعتقاد برنارد که یکی از پیشگامان مدل مسئولیت سازمانی است، شرکت باید به‌عنوان مجموعه‌ای از فعالیت‌ها و نه گروهی از اشخاص در نظر گرفته شود.^{۱۰۹} به بیان دیگر، شرکت‌ها سیستم‌های دارای ساختار داخلی، فرایند تصمیم‌سازی^{۱۱۰} و هوش سازمانی هستند. از این منظر،

106. Institutional Intent

۱۰۷. لازم به توضیح است که مفهوم قصد سازمانی، محصول ذهن بد نیست بلکه مولود سیستم است. ن.ک: Hart, Henry M., "The Aims of the Criminal Law, Law and Contemporary Problems", vol. 23, 1958, pp. 401, 404, cited in Foerschler, op. cit., p. 1288, note. 3).

108. Ibid., pp. 1288-1289.

109. Bernard, C., *The Functions of the Executive*, 1938, pp. 73-77, Ibid., p. 1299, note. 99.

۱۱۰. درباره فرایند تصمیم‌سازی شرکت، دو مدل ارائه شده است: مدل فرایند سازمانی (The Organizational Process Model) و مدل سیاست‌های اداری (The Bureaucratic Politics Model). مدل فرایند سازمانی، مبتنی بر مفهوم تخصیص وظایف در درون یک سازمان است. بر این اساس، ابتدا مسائل کلان به مسائل خرد تجزیه شده و میان واحدهای فرعی شرکت برای بررسی و رسیدگی تقسیم می‌شود. بنابراین، هر قسمت، بازده مستقل خود را دارد. رفتار شرکت، نتیجه هماهنگی و انتظام نسبی تمامی این تصمیمات و نه تصمیم فرد یا نهاد خاص است. از این‌رو زمانی که جرمی اتفاق می‌افتد، منشأ آن، تصمیم شرکت است و نمی‌توان فرد یا قسمت خاص را متهم یا گناه‌کار شناخت. از سوی دیگر، مدل سیاست‌های اداری، دستاورد نظریه بازی (game theory) است و بر پایه قضیه کاوز تعریف شده است. فرایند تصمیم‌سازی در شرکت به مثابه فرایند مذاکره و چانه‌زنی است. در شرکت، افراد یا واحدهای مختلف، اهداف خاص دارند که برای تحقق آن باید فرایند مذاکره در پیش گرفته شود. این فرایند بر اساس مدل مذکور، درنهایت به دیدگاه ائتلاف تصمیمات منتهی خواهد شد یعنی تصمیم نهایی، مصالحه و سازش میان اهداف مختلف و گاه متعارض است که فارغ از اهداف شخصی اتخاذ می‌شود. ن.ک:

Ibid. pp.1300-1303.

اهداف و تصمیمات شرکت، لزوماً با اهداف و تصمیمات افراد خاصی در درون آن تلاقی پیدا نخواهد کرد و شرکت می‌تواند با اثبات اینکه سیاست‌ها و تصمیماتش را در جهت پیشگیری از وقوع جرم به نحو احسن اجرا کرده است، فرض مسئولیت را منتفی کند.

هدف نظریه سازمانی، ارائه چارچوبی است که بر اساس آن بتوان شرکت‌ها را فی‌نفسه و به‌طور مستقیم، صاحب قصد قلمداد کرد. بر این اساس، نظریه مزبور بر پایه این فرضیه قرار گرفته است که سیستم شرکت در برخی موارد، فی‌نفسه و فارغ از کارگزاران خود، مولد رفتارهای مجرمانه است. این فرضیه، خود بر پایه یک مبنای تجربی به این شرح قرار دارد که رویکرد محاکمه محض کارگزاران شرکت، موجد انگیزه برای مدیریت شرکت جهت قلمدادکردن افراد مشخصی به مثابه کالاهایی بی‌ارزش و دوراندختنی است. به این ترتیب، این احتمال وجود دارد که سیاست‌های شرکت (اغلب به‌طور ضمنی) مشوق رفتارهای غیرقانونی باشد و به‌آسانی این امکان را فراهم کند که اشخاص بازداشت و محاکمه‌شده به‌واسطه جرم شرکت، از سیستم کنار گذاشته شوند. برخی گزارش‌ها در همین زمینه نشان می‌دهد که در مواردی شرکت‌ها نیروهای انسانی را صرفاً با این هدف استخدام می‌کنند که به نیابت از رئیس یا هیئت‌رئیس شرکت به زندان بروند.^{۱۱۱} رویکرد محدودساختن محاکمه، به کارگزاران شرکت‌ها، هرگونه اعمال فشار از سوی ساختار سازمانی را نادیده می‌گیرد. در چنین وضعیتی اگرچه درنهایت، فرد یا افرادی بازداشت و محاکمه می‌شوند، به نظام انگیزشی که به ارتکاب رفتار مجرمانه منتهی شده است خدشه‌ای وارد نمی‌شود. به این ترتیب، رویکرد مزبور، نه‌تنها بازدارندگی را برای شرکت به دنبال نخواهد داشت بلکه ممکن است جبران خسارت نهایی افراد از سوی شرکت، اثر بازدارندگی مجازات‌ها را نیز از بین ببرد.^{۱۱۲}

امروزه دیگر نمی‌توان و نباید شرکت‌ها را به‌عنوان توده‌ای از انسان‌ها توصیف کرد. به تعبیر دیگر، شرکت شخصیت خود را دارد که متمایز از شخصیت اعضای آن است. همان گونه که خانه، چیزی بیش از انبوهی تخته و الوار، و ارتش، چیزی بیش از انبوهی از نظامیان است، شرکت نیز چیزی بیش از شماری از اشخاص است. در برخی موارد، ساختار پیچیده شرکت، شناسایی اشخاص مسئول را دشوار و گاه ناممکن می‌کند.^{۱۱۳} ازاین‌رو بی‌کیفرمانی رفتارهای مجرمانه شرکت‌ها که مولود سیاست‌گذاری‌ها و تصمیمات آن‌هاست نه‌تنها مشوق ادامه چنین رفتارهایی است بلکه رویکرد احترام به قوانین را نیز تضعیف می‌کند.

111. Schragar, Laura Shill & Short, James F., "Toward a Sociology of Organizational Crime", *Journal of Social Problems*, vol. 25, 1978, pp. 407, 410.

112. Brickey, Kathleen F., "Rethinking Corporate Liability under the Model Penal Code", *Rutgers Law Journal*, vol. 19, 1988, p. 593.

113. Slye, Ronald C., "Corporations, Veils, and International Criminal Liability", *Brook Journal of International Law*, vol. 33, No. 3, 2007- 2008, p. 962.

به نظر می‌رسد که ترکیب دو مدل مسئولیت کیفری نیابتی و سازمانی در حوزه مسئولیت کیفری شرکت‌ها بنا به مقتضیات و شرایط هر مورد، مبنای مناسبی برای مسئولیت کیفری شرکت‌ها محسوب شود. بر این اساس، شرکت‌ها و مقامات مافوق با به‌کارگیری نیروهای انسانی، بنا به فرض، مرتکب خطای ایجاد محیط خطرآفرین برای ارتکاب جرم شده‌اند. به همین جهت می‌توان این فرضیه را نیز رد کرد که مسئولیت کیفری نیابتی، ناقض اصل شخصی‌بودن مسئولیت کیفری است زیرا شخص مسئول به‌واسطه ارتکاب خطاکاران و مجرمانه خویش که ایجاد خطر ارتکاب جرم است (خطای ایجاد خطر) به لحاظ کیفری مسئول شناخته می‌شود.^{۱۱۴} در ضمن، رویکرد توسل توأمان به دو نظام مسئولیت کیفری فردی و شرکت‌ها در بسیاری از موارد می‌تواند گامی مؤثر در جهت حمایت از محیط‌زیست و ارزش‌های زیست‌محیطی و نیز پیشگیری و مقابله با آلودگی نفتی دریایی محسوب شود.

نتیجه

آلودگی نفتی دریایی، مسئله‌ای پیچیده با ابعاد گسترده است که نمی‌توان بر اساس راهکارهایی محدود با آن مقابله کرد. شرکت‌های فراملی فعال در حوزه اکتشاف، استخراج و انتقال نفت، بازرگانی ثروتمند و قدرتمند به لحاظ مالی و انسانی هستند که هدف اصلی‌شان افزایش سود و کاهش هزینه‌هاست. از سوی دیگر، حوزه فعالیت آن‌ها به‌طور بالقوه، خطرات ذاتی و خسارات گاه جبران‌ناپذیری برای جوامع، مردم و محیط‌زیست در پی دارد. تا کنون کارکرد نظام مسئولیت مدنی، بازدارندگی مطلوب را نداشته است. در حوزه مسئولیت بدون تقصیر، دو مفهوم خطر و جبران خسارت، در هم تنیده‌اند. بنابراین، تمرکز بر مقوله پیشگیری و بازدارندگی از طریق کاربست سازوکارهای نظام مسئولیت کیفری به‌موازات رویکرد مبتنی بر جبران خسارت، گریزناپذیر می‌نماید. رشد و توسعه شرکت‌های فراملی نیازمند رشد همسوی نظام حقوق کیفری در این حوزه است. در پرتو اهداف مقرر برای خلق فرهنگ شهروندی شرکت‌ها و اثرگذاری بر سیاست‌ها و تصمیمات این بازیگران قدرتمند عرصه بین‌المللی به‌ویژه در حوزه‌های نفت و کشتی‌رانی، به نظر می‌رسد که نظام حقوق کیفری نیازمند اتخاذ رویکردهای جدید و در نتیجه کنارگذاشتن مجازات‌های سنتی تحمیلی بر افراد با استناد به نظام مسئولیت کیفری فردی است. توسل به نظام مسئولیت جمعی و اعمال دو نظام مسئولیت کیفری افراد و شرکت‌ها به‌طور توأمان، رویکردی است که می‌توان به کارآمدی آن در حوزه مقابله با آلودگی نفتی دریایی و پیشگیری از آن امیدوار بود.

۱۱۴. رنجبر، حسین؛ مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری نیابتی در حقوق ایران و انگلستان، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۷۳.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- چرچیل، رابین و آلن لو؛ *حقوق بین‌الملل دریاها*، ترجمه: بهمن آقایی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۸۴.

- مقاله

- دادگر، یدالله؛ «نقش هزینه Coase و هزینه مبادله در تحولات جدید اقتصادی»، *مجله نامه اقتصادی*، جلد سوم، شماره اول، ۱۳۸۶.
- عبدالمهی، محسن؛ «حمایت کیفری از محیط‌زیست: تأملی بر بایسته‌های حقوق کیفری زیست‌محیطی»، *فصلنامه علوم محیطی*، سال پنجم، شماره اول، پاییز ۱۳۸۶.
- نادران، الیاس و محمدجواد شریف‌زاده؛ «ضرورت مطالعات میان‌رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام: قضیه کوز و هزینه‌های مبادله»، *فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی*، دوره دوم، شماره سوم، تابستان ۱۳۸۹.

- رساله

- رنجبر، حسین؛ *مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری نیابتی در حقوق ایران و انگلستان*، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

ب) انگلیسی

A. Books

- Cohen, M. A., "Criminal Law as an Instrument of Environmental Policy: Theory and Empirics", printed in: *Law and Economics of the Environment*, Cheltenham: Edward Elgar, 2001.
- Kwiatkowska, Barbara, *The Two Hundred Miles Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1989.
- Wilde, Mark, *Civil Liability for Environmental Damage: A Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and the United States*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2nd Edition, 2013.

B. Articles

- Bowles, Roger; Faure, Michael G. & Garoupa, Nuno, "Economic Analysis of the Removal of Illegal Gains", *International Review of Law and Economics*, vol. 20, 2000.

- Bowles, Roger; Faure, Michael G. & Garoupa, Nuno, "Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, No. 2, 2005.
- Boczek, Boleslaw A., "International Protection of Baltic Sea Environment against Pollution: A Study in Marine Regionalism", *American Journal International Law*, vol. 72, 1978.
- Brickey, Kathleen F., "Rethinking Corporate Liability under the Model Penal Code", *Rutgers Law Journal*, vol. 19, 1988.
- Carrasco, Cynthia E., "Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 36, 1999.
- Coffee, John C., "Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions", *American Criminal Law Review*, vol. 1, 1980.
- Colvin, Eric, "Corporate Personality and Criminal Liability", *Criminal Law Forum*, vol. 6 No. 1, 1995.
- Darmody, Stephen J., "The Oil Pollution Act's Criminal Penalties: On a Collision Course with the Law of the Sea", *Environmental Affairs Law Reviews*, vol. 21, Number. 89, 1993-1994.
- Doerr, Barbara H., "Comment: Prosecuting Corporate Polluters: The Sparing Use of Criminal Sanctions", *University of Detroit Law Review*, vol. 62, 1984-1985.
- De Gennaro, Michael A., "Oil Pollution Liability and Control under International Maritime Law: Market Incentives as an Alternative to Government Regulation", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 37, 2004.
- Ehrlich, Isaac, "Crime, Punishment, and the Market for Offenses", *Journal of Economic Perspective*, vol. 10, 1996.
- Faure, Michael G. & Heine, Günter, "The Insurance of Fines: The Case of Oil Pollution", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 16, No. 58, 1991.
- Faure, Michael G. & Visser, Marjolein, "How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4, 1995.
- Faure, Michael G., "Criminal Liability for Oil Pollution Damage: An Economic Analysis", Printed In: *Maritime Pollution Liability And Policy: China, Europe And The US*, Edited By: Faure, Michael G., Lixin, Han & Hongjun, Shan, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010.
- Foerschler, Ann, "Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct", *California Law Review*, vol. 78, No. 5, 1990.
- Friedman, Lawrence, "In Defence of Corporate Criminal Liability", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2000.
- Grogger, Jeffrey, "Certainty Versus Severity of Punishment", *Journal of Economic Inquiry*, vol. 29, Issue 2, April 1991.

-
- Heine, Günter, "Marine (Oil) Pollution: Prevention and Protection by Criminal Law – International Perspectives, Corporate and/or Individual Criminal Liability", printed in: *Prevention and Compensation of Marine Pollution Damage: Recent Development in Europe, China and The US*, Edited by: Faure, Michael G., & Hu, James, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006.
 - Nanda, Ved P., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010.
 - Polinsky, A. Mitchell & Shavell, Steven, "A Note on Optimal Fines When Wealth Varies among Individuals", *American Economic Review*, vol. 81, 1991.
 - Polinsky, A. Mitchell & Shavell, Steven "Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?", *International Review of Law and Economics*, vol. 13, 1993.
 - Posner, Richard A., "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review*, vol. 1, 1980.
 - Schrager, Laura Shill & Short, James F., "Toward a Sociology of Organizational Crime", *Journal of Social Problems*, vol. 25, 1978.
 - Schmidt Etkin, Dagmar, "A Worldwide Review of Marine Oil Spill Fines and Penalties", *Journal of Environmental Research Consulting*, vol. 1, 2003.
 - Shavell, Steven, "Liability for Harm Versus Regulation of Safety", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1984.
 - Simpson, Sally S. & Koper, Christopher S., "Deterring Corporate Crime", *Journal of Criminology*, vol. 30, 1992.
 - Sircar, Sudipto, & Karjee, Kshitiz, "Public Liability of Transnational Corporations: An Argument for Expanding the Scope of Liability under International Law", *US-China Law Review*, vol. 9, 2011.
 - Slye, Ronald C., "Corporations, Veils, and International Criminal Liability", *Brook Journal of International Law*, vol. 33, No. 3, 2007- 2008.
 - Van Der Wilt, Harmen, "Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities", *Chinese Journal of International Law*, No. 12, 2013.
 - Weber, J. M. & Crew, R. E., "Deterrence Theory and Marine Oil Spills: Do Coast Guard Civil Penalties Deter Pollution?", *Journal of Environmental Management*, vol. 58, 2000.
 - Weissmann, Andrew, "A New Approach to Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 44, 2007.

حقوق بشر و حق بر فراموش شدن در عصر فناوری‌های نوین اطلاعاتی

سیدقاسم زمانی *

شیما عطار **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23525

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۳/۱۹

چکیده

این مقاله به دنبال شفاف‌سازی دیدگاه‌ها راجع به یکی از چالش‌های مهمی است که در پی پیدایش و گسترش اینترنت و وب ۲٫۰ در حوزه حریم خصوصی و حمایت از داده‌ها پدیدار شده است. این واقعیت که در جهان اینترنت، همه‌چیز به خاطر سپرده شده و هیچ‌چیز فراموش نمی‌شود، در تعارض با حافظه شکننده بشری است. در همین راستا، در جامعه اروپا بحث راجع به نیاز به مقررات‌گذاری درباره «حق بر فراموش شدن»^۱ شکل گرفته که مبنای آن، حقوق شخصیت و عناصری چون حق بر حریم خصوصی، خلوت و حمایت از داده است. به موجب این حق که ریشه در حق بر حریم خصوصی دارد، افراد می‌توانند خواستار حذف اطلاعاتشان در اینترنت و فراموش شدن آن شوند. از سوی دیگر، ممکن است حق بر فراموش شدن با سایر حقوق اساسی که به‌طور سنتی مورد حمایت قرار گرفته‌اند نظیر آزادی بیان و دسترسی به اطلاعات، در تعارض قرار گیرد.

این مقاله به تاریخچه، تعریف و شناسایی حق بر فراموش شدن که بنیان و اساس آن توسط آژانس‌های حمایت از داده پی‌ریزی شده می‌پردازد و چارچوب اروپایی جدید در حوزه حمایت از داده را بررسی می‌کند.

واژگان کلیدی

حمایت از داده، حریم خصوصی، حق بر فراموش شدن، فضای مجازی، دستورالعمل حمایت از داده ۱۹۹۵، رأی ۱۳ مه ۲۰۱۴ دیوان دادگستری اروپا

* drghzamani@gmail.com

** shimaattar@gmail.com

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی

1. Right to be forgotten

مقدمه

یکی از مهم‌ترین چالش‌های اینترنت و وب ۲,۰ در ارتباط با حریم خصوصی، حمایت از داده، شهرت، آبرو و حافظه نامحدود دیجیتالی است. اینترنت، همه‌چیز را ثبت و ضبط کرده و هیچ‌چیز را فراموش نمی‌کند. ظرفیت گسترده اینترنت و این واقعیت که دسترسی به اطلاعات از طریق موتورهای جستجوگر تسهیل شده، مباحثی جدل‌آمیز در زمینه حریم خصوصی ایجاد کرده است؛ خصوصاً اینکه در اینترنت، هر متنی بالقوه دارای مخاطبین جهانی است که اعاده حیثیت اجتماعی را برای قربانیان شایعات بی‌اساس، تهمت‌ها، بدنامی‌ها، رسوایی‌ها و افشای بدون رضایت داده‌های شخصی دشوارتر می‌کند.^۲

در وب، تمامی اطلاعات از جمله اسناد مکتوب، تصاویر و فیلم‌های ویدیویی، ضبط و نگهداری می‌شود. داده‌ها در شبکه وجود دارد. برای مثال، اگر شخصی نام دیگری را در موتورهای جستجوگر جستجو کند، به راحتی به بخش عظیمی از اطلاعات خصوصی و داده‌های شخصی وی از گذشته تاکنون دسترسی پیدا می‌کند. بسیاری از نوجوانان که تحت تأثیر دیگران و با هدف اجتماعی شدن، بخش وسیعی از داده‌های خود را در محیط مجازی منتشر می‌کنند پس از مدتی به هنگام یافتن شغل با مشکل افشای اطلاعات مواجه می‌شوند.^۳

از ژانویه ۲۰۱۲ در اتحادیه اروپا بحث راجع به پیش‌نویس قانونی برای اصلاح قوانین حمایت از داده در اروپا آغاز شده است. این قوانین بر آن است که جایگزین دستورالعمل حمایت از داده ۱۹۹۵ شود و با توجه به پیشرفت سریع فناوری، به دنبال به‌روزر کردن قواعد و اعمال و اجرای پیوسته آن در اتحادیه اروپاست.

نخستین بار ویویان ردینگ، کمیسر دادگستری، حقوق اساسی و شهروندی، ایده «حق بر فراموش شدن» را در ۲۲ ژانویه ۲۰۱۲ مطرح و اعلام کرد: «اینترنت از قدرت نامحدودی برای جستجو و حفظ خاطرات برخوردار است. ممکن است بخش کوچکی از داده‌های شخصی حتی سال‌ها پس از به اشتراک گذاری یا عمومی‌سازی، تأثیری عمیق بر جای گذارد».^۴ او مثال‌هایی درباره نوجوانانی مطرح کرد که اطلاعاتی را در اینترنت منتشر کردند که اندکی پس از آن، از افشای آن پشیمان شده بودند. در چنین موقعیتی نه تنها باید فرصتی به حق بر فراموش شدن داده شود، بلکه باید حق صرف‌نظر کردن از رضایت بر پردازش داده‌های شخصی نیز به افراد داده

2. Pere Simón Castellano, "The Right to Be Forgotten under European Law: A Constitutional Debate", *Lex Electronica*, vol. 16.1 (Hiver/Winter 2012): 28, accessed September 3, 2013, http://www.lex-electronica.org/docs/articles_300.pdf.

3. *Ibid.*, 4.

4. Viviane Reding, Vice President of the European Commission, EU Justice Commissioner, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age 5 (Jan. 22, 2012), accessed September 4, 2013, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>.

شود.^۵

پیتر هاستینکس، مقام ناظر حمایت از داده‌های اروپا^۶ معتقد است که نمونه بارز نیاز به حمایت مؤثرتر از داده‌های شخصی، حق بر فراموش شدن است که به موجب آن، امکان حذف داده‌های شخصی فراهم می‌شود و به‌ویژه در زمینه شبکه‌های اجتماعی و سایر خدمات آنلاین قابل اعمال است. هاستینکس بر این باور است که به موجب این حق، باید اطلاعات پس از طی مدت زمان مشخص به‌طور خودکار، پاک و محو شود، حتی اگر صاحب داده، اقدامی برای حذف داده‌ها نکرده باشد یا از نگهداری داده‌ها مطلع نبوده باشد. به عبارت دیگر، داده‌ها مجهز به تاریخ انقضا شود.^۷

۱. مفهوم حق بر فراموش شدن

حق بر فراموش شدن در بستری تاریخی پدید آمده و تکامل یافته و با توسعه شبکه‌های اجتماعی مجازی، گستره و اهمیتی جدید یافته است.

۱-۱. پیشینه حق بر فراموش شدن

این حق، ریشه در ادراک و فهم حریم خصوصی به عنوان حقی اساسی دارد. حق بر حریم خصوصی ایجاب می‌کند که افراد بتوانند در فضای مجازی ناشناس بمانند و خود تصمیم بگیرند که کدامیک از اطلاعاتشان در دسترس عموم قرار گیرد. این حق، با مشکل اساسی افراد، که حق تصمیم‌گیری درباره این است که کدامیک از اطلاعات راجع به آن‌ها در اینترنت قابل دسترس باشد، مرتبط است. نگرانی‌ها نه تنها داده‌های شخصی را که صاحب داده، آن را در اینترنت قرار داده دربرمی‌گیرد، بلکه اطلاعاتی را هم که دیگران به اشتراک می‌گذارند دربردارد.

گذشته حق بر فراموش شدن با حقوق کیفری ارتباط پیدا می‌کند، بدین معنا که برخی از جرائم پس از گذشت مدت مشخص، از سابقه کیفری افراد، حذف و به فراموشی سپرده می‌شود. محو محکومیت‌های کیفری از سوابق کیفری، بازگشت محکومین به جامعه را تسهیل کرده و فرصتی مجدد به آن‌ها می‌دهد. پیشرفت فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی، بُعد تازه‌ای به این موضوع بخشیده است. نیاز به حذف برخی اطلاعات راجع به افراد به استناد حق بر حریم خصوصی و حقوق شخصیت، بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است. به نظر می‌رسد که لازم

5. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, The Right to Be Forgotten. European Approach to Protection of Personal Data, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, (2012): 2, accessed September 2, 2013, <http://www.uwm.edu.pl/lawreview/sites/default/files/UWMLRVol.204.pdf>.

6. Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor

7. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 24.

است میان انتشار و توزیع آزادانه اطلاعات و اراده و تصمیم افراد در حفظ اطلاعات، تعادل برقرار شود. به همین منظور، حق بر فراموشی، به رسمیت شناخته می‌شود.^۸

عنوان حق بر فراموش شدن، موضوع جدیدی نیست. تا مدت‌ها بحث معنای «اصل دادگاه‌های شفاف»^۹ به‌ویژه در مورد حق دسترسی عموم به صورت جلسات دادگاه و سوابق کیفری گذشته افراد در اروپا، امریکا، کانادا و استرالیا ادامه داشت. نخستین بار در اروپا اصطلاح «حق از خاطرزدایی»^{۱۰} به معنای دادن فرصت به افراد در مسدود کردن آثار منفی افشای سوابق قضایی و جنایی که مدت طولانی از آن گذشته است، مطرح شد. پس از آن، بحث راجع به اصطلاح «حق بر فراموش شدن» آغاز شد، بدین معنا که به افراد، حق حذف یا اعتراض به پردازش بدون رضایت داده‌های شخصی داده شود، حتی اگر این داده‌ها پیش از این در اسناد عمومی مانند روزنامه‌های رسمی دولت آمده باشد.^{۱۱}

حق بر فراموش شدن، مفهومی مبتنی بر حمایت از داده‌های شخصی و یکی از اصول اساسی قانون انفورماتیک و آزادی‌های ۱۹۷۸ فرانسه^{۱۲} است که مدت نگهداری از داده‌ها را در زمان لازم برای نیل به هدف، چارچوب‌بندی و حق محو شدن داده‌های نادرست، مبهم، ناقص یا داده‌هایی که جمع‌آوری، انتقال یا نگهداری آن ممنوع است مطرح می‌کند.^{۱۳}

حق بر فراموش شدن در فضای مجازی از حق بر ناشناس ماندن،^{۱۴} گمنامی^{۱۵} و خلوت^{۱۶} حمایت می‌کند. در فرانسه این حق از سوی /الکستورک، رئیس کمیسیون ملی اطلاعات و آزادی‌ها^{۱۷} در ۱۲ نوامبر ۲۰۰۹ مطرح شد. به نظر حقوق دانان فرانسوی، وجود این حق، دو دلیل اساسی دارد: نخست آنکه فراموشی به اندازه حافظه برای بشر ضروری است. مطابق نظریه ویکتور میروشونبرگر،^{۱۸} «آنچه بشر را سر پا نگاه داشته است، توانایی فراموش کردن است. اگر فردی نتواند فراموش کند، همواره گذشته را به یاد آورده و مقایسه می‌کند و نمی‌تواند در زمان

8. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 3.

9. Open courts principle

10. The right to oblivion

11. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 29.

12. la loi informatique et libertés de 1978.

13. M. Pierre-Xavier Chomiac De Sas, L'existence d'un droit à l'oubli numérique, Mémoire de Master II «Droit des médias et des télécommunications», Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix Marseille, (2009-2010): 7, accessed September 5, 2013, http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/rapports/memoires/internet/memoire_chomiacdesas.pdf.

14. le droit à l'incognito

15. le droit à l'anonymat

16. le droit à la solitude

17. Alex Türk, le président de la Commission nationale de l'information et des libertés.

18. Viktor Mayer-Schönberger

حال تصمیم‌گیری کند». دوم آنکه به نظر می‌رسد این ابزار حقوقی تنها شیوه حمایتی در مقابل تهدیدات پیش روی کاربران در فضای مجازی است. در واقع، وضعیت کنونی کاربرد اینترنت و سوءاستفاده از داده‌های شخصی، اهمیت فزاینده‌ای به حق بر فراموش شدن می‌دهد. ابزارهای حقوقی موجود نتوانسته است پاسخ‌گوی این تهدیدات باشد و ویژگی مجازی بودن، مانع تخصیص حق قانونی با ضمانت اجرای مؤثر شده است. لازم است تا در خصوص حق بر فراموش شدن، همچون سایر موضوعات مرتبط با اینترنت، مانند حمایت از نام‌های دامنه،^{۱۹} مقررات‌گذاری دقیق صورت گیرد.^{۲۰}

۲-۱. حق بر فراموش شدن در شبکه‌های اجتماعی مجازی

در عصر حاضر، هرکس می‌تواند اطلاعات را برای مدتی نامحدود در محیط اینترنت قرار داده و ذخیره کند. این اطلاعات، خواه حرفه‌ای و خواه شخصی، در دسترس همگان قرار می‌گیرد. با پیدایش ابزارهای فناوری و رایانه‌ای، افراد بیش از پیش داده‌های شخصی خود را عمدی یا غیرعمدی در اینترنت به‌ویژه شبکه‌های اجتماعی مجازی قرار می‌دهند.

استیل / شنایدر،^{۲۱} آموزگار ۲۵ ساله دبیرستان کنستوگا،^{۲۲} در شبکه اجتماعی مجازی *مای/اسپیس*^{۲۳} تصویری از خود با عنوان «دزد دریایی مست»^{۲۴} به اشتراک گذاشته بود. او در تصویر، کلاه دزدان دریایی بر سر گذاشته و مشروبات الکلی مصرف می‌کرد. این تصویر، مشکلات بسیاری برایش ایجاد کرد.^{۲۵} نخست، بازرس مدارس با مشاهده تصویر، او را به علت برخورد غیرحرفه‌ای توبیخ کرد؛ سپس رئیس دانشگاه *میلرزویل*^{۲۶} که *استیلی* در آن مشغول به کار بود، مدرک آموزگاری وی را معلق کرد. *استیلی* به این تصمیم اعتراض و دعوای حقوقی را با این استدلال آغاز کرد که به علت رفتار قانونی در ساعاتی غیر از ساعات کاری محکوم شده و اقدام او در انتشار چنین تصویری تحت حمایت آزادی بیان و اصلاحیه نخست قانون اساسی آمریکا بود. باوجود این، دادگاه *پنسیلوانیا*^{۲۷} استدلال وی را رد کرده و اظهار داشت که اصلاحیه

19. la protection des noms de domaines

20. M. Pierre-Xavier Chomiac De Sas, *op. cit.*, 8-9.

21. Stacy Snider

22. Conestoga

23. MySpace

24. "Drunken Pirate"

25. For more information about the facts of the case Stacy Snyder, you can see the article titled "Court Rules against Teacher in MySpace 'Drunken Pirate' Case", published in The Washington Post on December 3rd, 2008, <http://wapo.st/g3SH>.

26. Millersville University

27. District Court for the Eastern District of Pennsylvania

نخست قانون اساسی از مطالب ارسالی در شبکه‌های اجتماعی مجازی حمایت نمی‌کند.^{۲۸} این پرونده، نمونه‌ای از تأثیرات منفی به‌اشتراک‌گذاشتن اطلاعات در شبکه‌های اجتماعی مجازی است. پرسشی که به میان می‌آید این است که آیا شهروندان نمی‌توانند از حق محو شدن و فراموش شدن اطلاعات شخصی به‌اشتراک‌گذاشته‌شده در شبکه‌های اجتماعی مجازی برخوردار باشند؟^{۲۹}

حقوق حمایت از داده‌ها که در دستورالعمل ۹۵/۴۶/EC ذکر شده است، به افراد، حق می‌دهد که بر استفاده سایرین از داده‌های شخصی قابل‌شناسایی، خواه حساس و غیرحساس و خواه محرمانه و غیرمحرمانه نظارت کنند. این حق، به‌ویژه به معنای حق افراد در حذف و محو داده‌های شخصی در مواردی است که صاحب داده، رضایت خود را اعلام نداشته است. در واقع، در راستای جنبه قانونی‌یافتن روند پردازش داده‌های شخصی، رضایت صاحب داده الزامی است. افراد از این حق برخوردارند که حذف یا اصلاح اطلاعات قابل‌شناسایی خود در شبکه‌های اجتماعی مجازی را مطالبه کنند. به عبارت دیگر، افرادی که رضایت بر انتشار تصویر، فیلم ویدیویی و نظرات خود در شبکه‌های اجتماعی مجازی نداشته باشند، به استناد قوانین حمایت از داده اروپا می‌توانند حق حذف‌شدن، فراموش‌شدن یا اصلاح داده‌های شخصی خود را اعمال کنند.^{۳۰}

حال اگر شخص صاحب داده، داده‌های شخصی را در شبکه‌های اجتماعی مجازی انتشار دهد، تکلیف چه خواهد بود؟ پاسخ این پرسش در کشورهای اروپایی نظیر اسپانیا روشن است. در این کشور، قانون حمایت از داده‌ها^{۳۱} به‌صراحت از حق انصراف از رضایت سخن گفته است. ماده ۳.۶ این قانون به حق انصراف از رضایت اعلام‌شده - هنگامی که دلایل و اصولی وجود داشته باشد - اشاره کرده است. در نتیجه، افراد می‌توانند از رضایت خود صرف‌نظر کرده و آن را باطل کنند و حتی اگر صاحب داده، آن را منتشر کرده باشد، از مسئولین شبکه‌های اجتماعی، تقاضای حذف داده‌های شخصی را بکنند.

در هر حال باید پذیرفت که حق دسترسی، اعتراض، اصلاح و حذف اطلاعات منتشرشده در شبکه‌های اجتماعی مجازی، راه‌حل واقعی و مؤثر برای حل مشکل استمرار وجود اطلاعات در شبکه‌ها نیست. اساساً از آنجاکه این اطلاعات وارد حوزه عمومی شده و کاربران مختلف در سراسر دنیا می‌توانند آن را کپی یا بارگذاری کنند، احتمالاً حذف کامل و مؤثر اطلاعات، امکان‌پذیر

28. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, December 3rd, 2008, Case 2:07-cv-01660-PD : <<http://voices.washingtonpost.com/securityfix/Decision%202008.12.03.pdf>>.

29. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 7.

30. *Ibid.*, 9.

31. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

نیست. با این حال، اعطای حق دسترسی، اعتراض، اصلاح و حذف داده‌های شخصی در شبکه‌ها، حداقل ضمانت به شهروندان برای نظارت بر داده‌های شخصی است.^{۳۲}

۲. آژانس‌های اروپایی حمایت از داده‌ها و نقش آن‌ها در به رسمیت شناختن حق بر فراموش شدن

۱-۲. آژانس حمایت از داده‌های فرانسه^{۳۳}

کمیسیون ملی انفورماتیک و آزادی‌های فرانسه،^{۳۴} در به رسمیت شناختن «حق بر فراموش شدن»^{۳۵} در انطباق با اصول حمایت از داده‌ها پیشگام بوده است. کمیسیون اعلام می‌دارد: «بی‌شک در عصر کنونی، اصول مندرج در قانون ۶ ژانویه ۱۹۷۸ بیش از گذشته به فعلیت نزدیک شده است. در عصر شبکه‌ها و فضای مجازی، اصول زیر از حمایتی افزون برخوردار است: اصل نظارت بر صحت داده‌های جمع‌آوری شده، محرمانگی اطلاعات اسمی،^{۳۶} حق دسترسی و اصلاح،^{۳۷} حق ممانعت^{۳۸} و درنهایت، حق بر فراموش شدن».^{۳۹}

با گذشت زمان، کمیسیون با درک بیشتر از این مسئله که اصول حمایت از داده، بیش از هر چیز، مرتبط با ظهور شبکه‌های مجازی است، حمایت را به تارنماها نیز تسری داد. در سال ۲۰۰۹، کمیسیون، بیانیه‌ای در شناسایی طبیعت اساسی «حق بر فراموش شدن» منتشر کرد: «... اینکه اطلاعات راجع به اشخاص در فضای مجازی بماند و استمرار داشته باشد غیرقابل پذیرش و خطرناک است زیرا طبیعت انسانی اقتضا دارد که افراد در طی زمان تغییر کنند. همگان از حق حمایت از آزادی بیان و آزادی اندیشه و به تبع آن از حق تغییر نظر، مذهب، عقاید سیاسی، ارتکاب خطای جوانی^{۴۰} و درنهایت، تغییر در زندگی برخوردارند. به همین جهت، کمیسیون از بحثی که در فرانسه راجع به موضوع مهم «حق بر فراموش شدن» مطرح شده است ابراز خرسندی می‌کند».^{۴۱}

علاوه بر این، در فرانسه در طرح قانونی که سنا تصویب کرده اما هنوز در مجمع ملی به

32. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 10.

33. Agence française de protection des données

34. la Commission nationale de l'informatique et des libertés

35. le droit à l'oubli

36. la confidentialité des informations nominatives

37. le droit d'accès et de rectification

38. le droit d'opposition

39. CNIL, 20ème rapport d'activité, Paris, La Documentation Française, 1999, p. 6.

40. la possibilité de commettre des erreurs de jeunesse

41. CNIL, 30ème rapport d'activité, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 29.

تصویب نرسیده است، به‌صراحت به حق بر فراموش‌شدن اشاره شده و بیان می‌دارد:^{۴۲}

«درمجموع، لازم به ذکر است که بسیاری از تدابیر زیر در این طرح قانونی، امکان ترتیب‌اثر دادن به حق بر فراموش‌شدن در فضای مجازی را فراهم کرده است: ... امکان اعمال آسان‌تر حق ممانعت، شهرت،^{۴۳} حذف داده‌ها...؛ امکان استفاده آسان‌تر و مؤثرتر از دادرسی مدنی در مواردی که اعمال حق حذف داده‌ها برای افراد دشوار است».^{۴۴}

۲-۲. آژانس حمایت از داده‌های ایتالیا^{۴۵}

این آژانس که بالاترین مقام حمایت از داده‌ها در ایتالیاست در نوامبر ۲۰۰۴ پرونده‌ای راجع به «حق بر فراموش‌شدن»^{۴۶} را بررسی کرد و این حق را بنابر ماده ۱۱ قانون حمایت از داده‌های ایتالیا^{۴۷} به رسمیت شناخت و بر وجود این حق اصرار ورزید. مطابق ماده ۱۱، داده‌های شخصی، تنها با اهداف خاص، مشخص و قانونی قابل جمع‌آوری و نگهداری است و با ازبین‌رفتن اهداف، دیگر پردازش، توجیه قانونی نخواهد داشت. بنابراین آژانس اعلام می‌دارد که آنچه در ماده ۱۱ قانون حمایت از داده‌های ایتالیا از آن حمایت شده، دربردارنده حق بر فراموش‌شدن است که شامل حق حذف داده‌های شخصی به هنگامی است که هدف اساسی پردازش از بین رفته است. حق بر فراموش‌شدن به‌عنوان ابزاری برای اعمال مؤثر اصول حمایت از داده‌ها به‌کار می‌رود و مستلزم آن است که داده‌ها تنها برای هدفی که به‌منظور آن جمع‌آوری شده، به کار رود و باید صحیح، دقیق، کامل و به‌روز باشد تا زمانی که برای نیل به هدف نیاز است نگهداری شود.^{۴۸}

۳-۲. آژانس حمایت از داده‌های اسپانیا^{۴۹}

آژانس حمایت از داده‌های اسپانیا، پیشرو در بسط و تعریف نوین از حق بر فراموش‌شدن است. بنابر مقررات آژانس، این امکان هست تا شهروندی که جزء مقامات عمومی به حساب نمی‌آید و موضوع اخبار عمومی نیست، از حق واکنش و تصحیح داده‌های شخصی در اینترنت برخوردار

42. Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, submitted by Yves Détraigne and Anne-Marie Escoffier, senators, recorded by the Senate Presidency, p. 8, <www.senat.fr/leg/pp109-093.html>.

43. Renommé

44. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 19-20.

45. Garante per la Protezione dei Dati Personali

46. Diritto all'oblio

47. Codice in materia di protezione dei dati personali

48. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 20-21.

49. Agencia Española de Protección de Datos

باشد؛^{۵۰} خصوصاً که موتورهای جستجوگر، حجم وسیعی از اطلاعات را ارائه می‌کنند. آژانس به گوگل دستور داد تا لینک‌های موجود به هر تارنما‌های دربردارنده داده‌های شخصی غیرصحیح و منقضی را که حق بر فراموش شدن در آن نقض شده حذف کند و عنوان کرد که افراد، هم‌زمان از حق حذف داده‌های شخصی منتشرشده بدون رضایت و حق اعتراض به پردازش داده‌ها در موتورهای جستجوگر برخوردارند. گوگل با این ادعا که اطلاعاتی که از سوی اشخاص ثالث در دسترس قرار گرفته، عمومی محسوب می‌شود، دعوی در دادگاه ملی اسپانیا^{۵۱} مطرح و استدلال کرد که تنها انتشاردهندگان و نه موتورهای جستجوگر ممکن است مسئول آنچه در تارنما‌ها و اینترنت منتشر می‌شود فرض شوند. به دنبال این دعوا، بحثی مهم راجع به برقراری تعادل میان حق بر فراموش شدن از یک‌سو و آزادی بیان و اطلاعات از سوی دیگر در اروپا آغاز شد. دادگاه ملی اسپانیا به بررسی موضوع پرداخت و از دیوان دادگستری اروپا^{۵۲} در خصوص دو موضوع، تقاضای ارائه حتمی مقدماتی کرد: نخست آنکه آیا گوگل ملزم به ضمانت و حمایت از حق حذف داده‌ها و حق اعتراض موجود در مواد ۱۲. b و ۱۴. a دستورالعمل حمایت از داده‌های اروپا هست یا خیر؟ دوم آنکه در شرایطی که نگهداری از داده‌ها در تارنمای مبدأ، قانونی بوده اما متقاضی مدعی است که نمایش آن در موتورهای جستجوگر، تهدیدکننده حق حریم خصوصی، آبرو و حق فراموش شدن است، آیا آژانس حمایت از داده‌های اسپانیا می‌تواند گوگل را ملزم به حذف یا مسدودکردن اطلاعات کند؟^{۵۳}

رأی ۱۳ مه ۲۰۱۴ دیوان دادگستری اروپا پاسخ‌گوی پرسش‌ها در این باره است: دیوان اعلام می‌دارد که قوانین حمایت از داده اتحادیه اروپا خصوصاً دستورالعمل ۱۹۹۵ بر موتورهای جستجوگر، همچون گوگل به‌عنوان «کنترل‌کننده داده»^{۵۴} حاکم است. گوگل به پردازش داده‌های شخصی موضوع دستورالعمل حمایت از داده اتحادیه اروپا می‌پردازد. شایان ذکر است که پیش از این، گوگل در پرونده‌های مشابه، با این استدلال پیروز شده بود که داده‌ها را تنها شاخص‌بندی می‌کند و نه پردازش، و به جهت استقرار دفتر مرکزی این شرکت در امریکا، ملزم به رعایت تعهدات حمایت از داده، همچون شرکت‌های اروپایی نیست. دیوان در رأی خود اظهار می‌دارد که اگر شرکتی دارای شعبات فرعی در حوزه اتحادیه اروپا باشد، کماکان مشمول قوانین حمایت از داده اتحادیه اروپا می‌شود. بنابراین، سایر شرکت‌های امریکایی دارای شعبه در اروپا همچون توئیتر، فیس‌بوک و لینکدین نیز مشمول این قوانین می‌شوند. در واقع، دیوان با شناسایی حق بر

50. AEPD Decision procedure no. TD/01335/2008 and TD/00627/2009.

51. Audiencia Nacional

52. Court of Justice of the European Union

53. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 22-23.

54. Controller

فراموش شدن، مقرر می‌دارد که اشخاص، تحت شرایط معین می‌توانند درخواست حذف اطلاعات ناکافی و نامرتب خود را بنمایند و حتی در مواردی که اطلاعات به صورت قانونی منتشر شده باشد، این امکان وجود دارد.^{۵۵}

۳. حق بر فراموش شدن در رویه کمیسیون اروپا

۳-۱. الحاق حق بر فراموش شدن در اصلاحیه دستورالعمل حمایت از داده اتحادیه اروپا

اگرچه اغلب اصول و حقوقی که در دستورالعمل ۱۹۹۵ اتحادیه اروپا (دستورالعمل حمایت از افراد در برابر پردازش داده‌های شخصی و جریان آزاد داده‌ها)^{۵۶} از آن حمایت شده، تا به امروز معتبر و مورد توجه بوده، واقعیت این است که اینترنت و وب ۲،۰ روند ارتباطات عمومی و محیطی را که داده‌ها در آن توزیع می‌شود به طور کلی تغییر داده است و چالش‌ها در خصوص حریم خصوصی و حقوق حمایت از داده‌ها به سرعت افزایش یافته است.^{۵۷}

موضوع حق بر فراموشی به عنوان یکی از چالش‌های مهم برای حمایت از داده در قرن ۲۱ پدیدار شده است. به همین منظور، اخیراً کمیسیون اروپا به این موضوع توجه ویژه کرده است. کمیسیون در مکاتبات و ارتباطات با شورا، کمیته اقتصادی و اجتماعی^{۵۸} و کمیته منطقه‌ای^{۵۹} تحت عنوان «رویکردی جامع راجع به حمایت از داده‌های شخصی در اتحادیه اروپا»^{۶۰} بیان می‌دارد:^{۶۱}

«تأکید می‌ورزیم بر اهمیت اصلاح ابزار اعمال حق دسترسی، اصلاح، حذف و مسدود کردن داده‌ها و تبیین حق بر فراموش شدن به معنای حق افراد در قطع پردازش یا حذف داده‌ها، زمانی که دیگر برای اهداف قانونی نیازی به آن‌ها نیست، در مواردی که پردازش با رضایت صاحب داده صورت گرفته یا هنگامی که او از رضایت خود صرف نظر کرده یا زمانی که مدت نگهداری به پایان رسیده است».^{۶۲}

55. Judgment of 13 may 2014 Court of Justice of the European Union, accessed January 5, 2015, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>

56. Council Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

57. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 24.

58. Economic and Social Committee

59. Committee of the Regions

60. "A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union"

61. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 25.

62. European Commission COM (2010) 609 Final, "A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union", Brussels, 2010, <<http://bit.ly/bXUXvi>>.

شورای اتحادیه اروپا، تلاش‌ها در راستای اصلاح قوانین حمایت از داده‌ها را ستوده و کمیسیون اروپایی را تشویق کرده است که حق بر فراموش شدن را به عنوان ابزاری قانونی، تعریف و تبیین کند.^{۶۳}

کمیسیون اروپا برای اخذ نظرات گوناگون راجع به رویکرد جامع و نوین به حمایت از داده‌ها در اتحادیه اروپا از جمله حق بر فراموشی، از تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۱۰ تا ۱۵ ژانویه ۲۰۱۲ مذاکرات عمومی برگزار کرد. در ادامه به برخی از مذاکرات اشاره می‌شود:^{۶۴}

آژانس حمایت از داده‌های اسپانیا از الحاق حق بر فراموش شدن در برخی مقررات دستورالعمل ۹۵/۴۶/EC، مشخصاً راجع به کیفیت داده‌ها و اصول محدودیت جمع‌آوری در مواد ۷.a و ۶.۱.c حمایت و موافقت خود را در به رسمیت شناخته شدن دو حق حذف، مسدود کردن یا اصلاح داده‌های نادرست در اینترنت و اعتراض علیه پردازش بدون رضایت داده‌های شخصی در موتورهای جستجوگر اعلام کرد.^{۶۵}

دولت فدرال آلمان^{۶۶} پیشنهاد کرد که اصطلاح «حق بر فراموش شدن»^{۶۷} از «حق حذف کردن»^{۶۸} تمییز داده شود، چرا که اصطلاح نخست، مفهومی وسیع‌تر از دومی دارد و به همین جهت، آلمان بر این باور است که دستورالعمل جدید اروپایی باید به روشنی ابزار مرتبط و مناسب برای اعمال حق بر فراموش شدن را مشخص و استثنائات آن را در چارچوب جدید سیاست‌های حمایت از داده‌های اروپا تبیین کند. به علاوه، دولت آلمان از ایده «تعیین تاریخ انقضا برای داده‌ها در فضای مجازی» استقبال می‌کند.^{۶۹}

مقام حمایت از داده‌های بلژیک^{۷۰} نیز پیشنهاد کرد که چارچوب حمایتی جدید، برای برقراری تعادل میان محدودیت در مدت نگهداری، حق بر فراموش شدن و نیاز به حفظ و ذخیره اطلاعات تاریخی و فرهنگی تلاش کند. به عبارت دیگر، داده‌های تاریخی و فرهنگی تحت حمایت آزادی اطلاعات و اطلاع‌رسانی است و به همین منظور باید به آرشیو مختص به تحقیقات تاریخی

63. Council Conclusions on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union, adopted on 3071st Justice and Home Affairs Council meeting, Brussels, 24th and 25th February, 2011, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/119461.pdf>.

64. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 26.

65. *Ibid.*

66. German Federal Government

67. Right to Be Forgotten

68. Right of Deletion

69. Contribution of the German Federal Government to the European Commission's Consultation on the Comprehensive Approach to Personal Data Protection in the European Union, Berlin, 5th January, 2011, <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/public_authorities/bundesregierung_en.pdf>.

70. Belgian Data Protection Authority

انتقال یابد.^{۷۱}

اما از سوی دیگر، انگلستان، انتقادات بیشتری را از به‌رسمیت‌شناختن حق بر فراموش‌شدن، مطرح کرد. این کشور از نظام حقوقی کامن‌لا پیروی می‌کند. در کشورهایی با این نظام، دلایل به‌رسمیت‌شناختن این حق، بسیار اندک است و رویکردی کاملاً متفاوت نسبت به کشورهای اروپایی وجود دارد. با این حال، دفتر کمیسر اطلاعات انگلستان^{۷۲} بیان می‌دارد:^{۷۳}

«هنگامی که حق بر فراموش‌شدن را مدنظر قرار می‌دهیم، «رضایت»، اهمیتی اساسی دارد. کمیسیون باید وسعت و مرزهای اعمال این حق را به‌روشنی مشخص کند. از جمله مواردی که اعمال این حق میسر است زمانی است که فردی بخواهد داده‌ها و سوابق خود را در شبکه‌های اجتماعی مجازی پاک کند اما این‌گونه موارد محدود است... اجرایی‌شدن این حق در برخی شرایط با مشکلات فنی روبه‌روست، چرا که اطلاعات در دسترس عموم در اینترنت قرار گرفته است. کمیسیونر اطلاعات انگلستان از پیشنهاد کمیسیون در خصوص مشخص کردن مرزهای «حق بر فراموش‌شدن» استقبال می‌کند».^{۷۴}

نتیجه آنکه با توجه به مذاکرات و مشورت‌های صورت‌گرفته، به نظر می‌رسد که کمیسیون اروپا، حق بر فراموش‌شدن را در اصلاحیه دستورالعمل حمایت از داده‌های اروپا وارد کند، همان‌طور که از رأی ۱۳ مه ۲۰۱۴ دیوان دادگستری اروپا مبنی بر به‌رسمیت‌شناختن حق بر فراموش‌شدن استقبال کرده است.

۲-۳. تحلیل پیشنهاد کمیسیون اروپا

ماده ۱۷ مقررات پیشنهادی کمیسیون اروپا در ژانویه ۲۰۱۲ به‌منظور جایگزینی بر دستورالعمل حمایت از داده ۱۹۹۵ تحت عنوان «حق بر فراموش‌شدن و محو‌شدن»^{۷۵} به حق بر فراموش‌شدن اشاره کرده است. مطابق ماده ۱۷ افراد در مواردی که دیگر رضایت ندارند که دیگران از اطلاعاتشان استفاده کنند- خصوصاً در رابطه با داده‌های شخصی که در دوران کودکی و نوجوانی در دسترس عموم قرار گرفته است - می‌توانند از کنترل‌کننده بخواهند تا داده‌های شخصی را

71. Contribution of the Belgian Data Protection Authority to the European Commission's consultation on the comprehensive approach to personal data protection in the European Union, Brussels, 2011, <<http://bit.ly/pINtNI>>.

72. Information Commissioner's Office

73. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 27.

74. Contribution of the Belgian Data Protection Authority to the European Commission's consultation on the comprehensive approach to personal data protection in the European Union, Brussels, 2011, <<http://bit.ly/pINtNI>>.

75. Right to be forgotten and to erasure

محو کند.^{۷۶}

در این ماده مقرر شده است که اگر کنترل‌کننده، داده‌های شخصی را عمومی ساخته یعنی در دسترس عموم قرار داده باشد، باید تدابیر فنی را اعمال کند و اشخاص ثالثی را که به پردازش داده‌ها مشغول هستند از تقاضای صاحب داده مبنی بر قطع کپی و حذف هرگونه پیوند مرتبط با داده‌های شخصی مطلع سازد.^{۷۷}

آنچه در ماده ۱۷ بیان شده بسیار بحث‌برانگیز است. مطابق مقررات پیشنهادی، هنگامی که فردی تقاضای حذف داده‌های شخصی را بکند، کنترل‌کننده باید به‌شخصه کلیه اقدامات منطقی را برای شناسایی تمامی اشخاص ثالث مرتبط و برای تأمین امنیت پردازش داده‌های شخصی اتخاذ کند. برای مثال، اگر نوجوانی که تصاویری در صفحه شخصی فیس‌بوک خود منتشر ساخته و به دنبال آن، دوستانش تصاویر را ذخیره کرده‌اند، خواستار محو تصاویر شود، مطابق ماده ۱۷، فیس‌بوک ملزم است تصاویر او را از آلبوم دوستانش نیز حذف کند. مشکل آنجاست که به لحاظ فنی، حذف تصاویر کپی و ذخیره‌شده در سایر سایت‌ها امکان‌پذیر نیست.^{۷۸}

در واقع، الزام به مطلع‌ساختن اشخاص ثالث، شرط دشواری است، چرا که مشخص کردن مکان‌هایی که داده‌های شخصی در آن پراکنده شده و انتشار یافته، عملاً غیرممکن است. مقررات پیشنهادی، پرسش‌هایی درباره تعادل میان آزادی بیان و حق بر حریم خصوصی بر جای گذاشته است که به آن پرداخته می‌شود:^{۷۹}

پرسش اول: آیا حق بر فراموش شدن، تنها حاکم بر داده‌هایی است که صاحب داده فراهم آورده یا بر اطلاعات عمومی که سایرین منتشر کرده‌اند نیز حاکم می‌شود؟

ماده ۱۷ نه تنها بر اطلاعات قابل‌شناسایی که کاربر منتشر کرده، حاکم است، بلکه هرگونه اطلاعات راجع به کاربر را که در فضای مجازی در دسترس قرار گرفته است نیز شامل می‌شود. به نظر می‌رسد بنابر مقررات پیشنهادی، تمامی اطلاعات راجع به افراد توسط دیگران منتشر کرده‌اند و اطلاعاتی که خود افراد منتشر کرده و دیگران کپی کرده‌اند نیز مشمول تعریف داده‌های شخصی موجود در متن ماده ۱۷ می‌شود چرا که مطابق تعریف ماده ۴ از داده‌های شخصی، هرگونه اطلاعات راجع به صاحب داده را دربرمی‌گیرد. در واقع، تمایزی بر اساس منبع اطلاعات وجود ندارد.^{۸۰} علاوه بر این، همان‌طور که اشاره شد، نه تنها اطلاعاتی را که صاحب داده

76. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 6.

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*, 7.

79. On The "Right to be forgotten": Challenges and suggested changes to the data protection regulation, May 2, 2013, Center for Democracy and Technology, CDT Analysis of the European Commission's Proposed Data Protection Regulation (Apr. 9, 2012): 4-5, accessed September 1, 2013, <https://www.cdt.org/report/cdt-analysis-european-commissions-proposed-data-protection-regulation>.

80. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 7.

درمورد خود منتشر ساخته، همچون نظرات شخصی در وبلاگ‌ها پوشش می‌دهد بلکه اطلاعات راجع به او را که دیگران فراهم آورده‌اند نیز شامل می‌شود. این‌گونه از تعارض میان حق بر حریم خصوصی فرد و حق آزادی بیان سایر افراد که راجع به وی مطالبی منتشر ساخته‌اند، در بررسی پرونده دستور مقام حمایت از داده‌اسپانیا به گوگل، مبنی بر حذف جستجوهای متبهمی به تخلفات پیشین مالیاتی کاربران در دیوان دادگستری اتحادیه اروپا مورد توجه قرار گرفت. دیوان می‌بایست تصمیم می‌گرفت که آیا دستور به گوگل درمورد امحاء موارد جستجو در خصوص اطلاعات قانونی و صحیح به استناد حق بر حریم خصوصی و حق بر فراموش شدن، در تعارض با آزادی بیان نیست؟^{۸۱} در رأی ۱۳ مه ۲۰۱۴ دیوان مقرر داشت که درخواست به حذف، حتی در مواردی که اطلاعات به‌طور صحیح و قانونی منتشر شده باشد امکان‌پذیر است. البته در هر مورد به‌طور مشخص، درخواست حذف لینک از گوگل باید به لحاظ آزادی بیان و منفعت عمومی پرونده، به‌طور جداگانه لحاظ شود. در واقع، دیوان برای حق بر فراموش شدن، محدودیت‌هایی همچون نقش صاحب داده در حوزه عمومی و زندگی اجتماعی و منفعت عمومی دسترسی به برخی اطلاعات، درنظرگرفته است. باین‌حال، بیشترین پافشاری دیوان، بر اهمیت حق بر حریم خصوصی و حمایت از داده‌های شخصی است که ممکن است به‌واسطه نمایش پیوندهای خاص به دنبال جستجوی نام اشخاص حقیقی و حقوقی در گوگل به آن تعرض شود.^{۸۲}

پرسش دوم: حق بر فراموش شدن تا چه میزان بر بیان سایر افراد نیز حاکم است؟ آیا ماده ۱۷ بر اطلاعات شخصی که صاحب داده آن را فراهم کرده و دیگر افراد آن را نقل کرده‌اند نیز حاکم می‌شود؟

ماده ۱۷ علاوه بر اعطای حق گسترده به کاربران، راجع به اطلاعات ایشان که سایرین فراهم آورده‌اند، حق مداخله در محتوای بیان سایر کاربران را نیز می‌دهد. این ماده هیچ‌گونه محدودیتی در قبال نقل قول یا تفسیر سایر کاربران راجع به اطلاعاتی که صاحب داده فراهم کرده است، درنظر نمی‌گیرد. برای نمونه، مطابق ماده ۱۷ اگر کاربری در صفحه شخصی خود در خصوص فیلمی اظهارنظر کند یا سایرین برای او نظر بگذارند و برخی از این نظرات، نقل قول مستقیم از متن اصلی کاربر باشد، وی حق دارد نه‌تنها خواستار حذف مطلب اصلی، بلکه نقل قول‌های خود که دیگران اشاره کرده‌اند نیز بشود. این مسئله، نمود موقعیتی است که در آن، منفعت یک کاربر در حذف اطلاعات، با حق بیان و مشارکت در مباحث عمومی تلاقی پیدا می‌کند.

ماده ۱۷ پیشنهادی به کاربر این امکان را می‌دهد که از فراهم‌آوردن گان خدمات آنلاین، تقاضا

81. On the "Right to Be Forgotten": Challenges and Suggested Changes to the Data Protection Regulation, *op. cit.*, 3.

82. Judgment of 13 May 2014 Court of Justice of the European Union, *op. cit.*

کند که داده‌ها را از جمله داده‌هایی که عمومی شده و در دسترس همگان قرار گرفته است، حذف کند. این امر سبب محدودیت در حق آزادی بیان کاربران و تحمیل مسئولیتی غیرمنطقی بر فراهم‌آوردندگان خدمات آنلاین می‌شود.

به نظر برخی مفسرین، اعطای حقی گسترده برای حذف داده‌های شخصی، آزادی بیان اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد. بنابراین ماده ۱۷ پیشنهادی، حقوق کاربران اینترنت را تهدید می‌کند و در تنظیم سازوکار مناسبی برای ایجاد تعادل میان حقوق حمایت از داده افراد و حقوق آزادی بیان دیگران با شکست روبه‌رو بوده است. این ماده، چگونگی برقراری تعادل میان حق بر حریم خصوصی و آزادی بیان را به روشنی توضیح نمی‌دهد. این درحالی است که در بسیاری از کشورها به منظور جلوگیری از بدنامی مادام‌العمر ناشی از اعمال ارتكابی صغار، با محدودسازی انتشار یا دسترسی به سوابق کیفری نوجوانان، سیاست حذف محکومیت نوجوانان از سوابق آن‌ها پس از طی مدتی مشخص، اعمال شده است. در واقع، قانونگذاران این کشورها به هنگام تلافی حق بر حریم خصوصی و آزادی بیان و دسترسی به اطلاعات حقیقی، تصمیمی دشوار اما مناسب اتخاذ کرده‌اند.^{۸۳}

ماده پیشنهادی، نمود این مسئله است که بنابر حق بر حریم خصوصی، افراد باید بتوانند بر چگونگی پردازش داده‌های خود نظارت کنند. اگرچه این ماده به درستی به دنبال اعطای آگاهی بیشتر به کاربران برای نظارت بر داده‌های آن‌هاست، به آزادی بیان، توجه شایسته و کافی نکرده است. در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، از حق بر آزادی بیان حمایت شده و هرگونه محدودیت بر آن باید با اهداف قانونی و به موجب قانون صورت گیرد.^{۸۴}

ماده ۱۷ در مواردی به طور استثنائی، کنترل‌کننده را مخیر به حفظ و نه حذف داده‌ها می‌کند، به این شرح:

۱- به منظور حمایت از آزادی بیان؛ ۲- به منظور حفظ منفعت عمومی در حوزه سلامت عمومی؛ ۳- به منظور اهداف تحقیقاتی تاریخی، آماری و علمی؛ ۴- به منظور برآوردن تعهد قانونی در حفظ داده‌های شخصی به موجب حقوق اتحادیه یا کشورهای عضو که کنترل‌کننده، موضوع آن است.^{۸۵}

83. On the "Right to Be Forgotten": Challenges and Suggested Changes to the Data Protection Regulation, *op. cit.*

84. *Ibid.*, 2.

85. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 8.

۴. بررسی تطبیقی حق بر فراموش شدن

دیدگاه‌های اروپا و آمریکا راجع به حریم خصوصی و حقوق حمایت از داده، متفاوت با یکدیگر است. تفاوت اصلی آن است که اروپا حریم خصوصی را حقی^{۸۶} اساسی می‌شناسد که حمایت گسترده دولت را ایجاب می‌کند، درحالی‌که آمریکا حریم خصوصی را ارزشی^{۸۷} اساسی می‌داند که آزادی بیان بر آن مقدم است. این تفاوت، ناشی از تفاوت‌های فرهنگی، تاریخی و سرزمینی است.^{۸۸}

نگرش آمریکا و اروپا در خصوص اطلاعات محکومین کیفری نیز بسیار متمایز از یکدیگر است. آلمان، سوئیس و اسپانیا حق حذف داده‌های راجع به محکومین کیفری^{۸۹} را به رسمیت شناخته‌اند. درمقابل، اصلاحیه نخست قانون اساسی آمریکا از انتشار سوابق کیفری افراد، حمایت می‌کند.^{۹۰}

مقررات پیشنهادی کمیسیون اروپا موجب مباحثه‌های گوناگون در سراسر دنیا شده است. بی‌شک اگر این مقررات، لازم‌الاجرا شود، نه تنها در حوزه اتحادیه اروپا بلکه بر شرکت‌های آمریکایی مشغول به تجارت در اروپا تأثیر خواهد گذاشت.

۱-۴. رویکرد کشورهای اروپایی

نخستین بار در یک کشور اروپایی (فرانسه)، به حق بر فراموش شدن که از حقوق شخصیت نشأت می‌گیرد، توجه شد. کمیسیون اروپا هم در واکنش به خواست شهروندان اروپایی برای حذف اطلاعات در فضای مجازی، مقررات جدیدی را درباره حمایت از داده‌ها ازجمله حق بر فراموش شدن مطرح کرد. در واقع، رویکرد کشورهای اروپایی نسبت به حق بر فراموش شدن، متعادل‌تر است.

در ادامه به نمونه‌هایی از اعمال حق بر فراموش شدن در کشورهای اروپایی اشاره می‌شود: انگلستان همواره مدعی بوده است که میان حق بر حریم خصوصی و گمنامی افراد با آزادی بیان در مطبوعات، تعادل برقرار کرده است. در پرونده‌ای در سال ۱۹۶۵، شخصی به نام *مریبل*^{۹۱} دو کودک را زمانی که خود تنها ۱۱ سال داشت به قتل رساند. او در ۱۹۸۰ آزاد شد و هویت و نام

86. Right

87. Value

88. Laura Lagone, "The Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis", (2012): 2, accessed September 2, 2013, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2229361>.

89. Right to remove data about convicted criminals

90. *Ibid.*, 17.

91. Mary Bell

جدیدی برای خود انتخاب کرد. دادگاه، حق حریم خصوصی او را محترم شمرده و خاطرنشان کرد که در این پرونده، حق بر فراموش شدن، بر منفعت عمومی و آزادی مطبوعات مرجح است. البته دادگاه این امکان را برای مطبوعات در نظر گرفت که در صورت تغییر شرایط، خواستار تجدیدنظر در این حکم شوند.^{۹۲}

ولفگانگ ورله^{۹۳} و *مانفرد لوبر*^{۹۴} در سال ۱۹۹۰ در آلمان بازیگر مشهوری به نام *والتر سلمیر*^{۹۵} را به قتل رساندند و به زندان محکوم شدند. پرونده مورد توجه عموم قرار گرفت و به علت شهرت مقتول، نام قاتلین وارد تارنمای ویکی‌پدیا شد. در سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸ این دو نفر مشمول عفو و از حبس آزاد شدند. آن‌ها به محض آزادی به دادگاه آلمان مراجعه کرده و خواستار حذف نام خود از تارنمای ویکی‌پدیا^{۹۶} به زبان‌های آلمانی و انگلیسی شدند. در نهایت، نام ایشان از ویکی‌پدیای آلمانی حذف شد اما از آنجاکه ویکی‌پدیای انگلیسی در حوزه اختیارات دادگاه‌های آلمان قرار نمی‌گرفت، اقدامی جهت حذف نام صورت نگرفت.^{۹۷}

مثال دیگر، رأی دادگاه بروکسل^{۹۸} در سال ۲۰۰۱ است. محکوم پرونده مدعی شد که رسانه‌ها، حق بر فراموش شدن وی را نقض کردند. اخبار تلویزیون، آزادی وی را اعلام کرده و گذشته کیفری او را با نمایش تصاویری برای عموم پخش کرده بود. در این پرونده نیز دادگاه به نفع وی رأی داد.^{۹۹}

در ایتالیا، مدیران اجرایی *گوگل* به علت فراهم آوردن امکان نمایش فیلمی در *یوتیوب*^{۱۰۰} راجع به سوءاستفاده از کودکی معلول، به نقض قانون حریم خصوصی ایتالیا محکوم شدند.^{۱۰۱} سوئیس در حوزه حریم خصوصی قوانین سختگیرانه‌ای دارد که مانع از انتشار تصاویر افراد بدون رضایت ایشان می‌شود. حمایت از حق بر حریم خصوصی و حق بر فراموش شدن در این کشور، حداکثری است. برای مثال، اخیراً مطبوعات ملزم شدند تصویر فردی را که مشکوک به دزدی از بانک بود به صورت شطرنجی نمایش دهند.^{۱۰۲}

استفاده از تصاویر افراد بدون رضایت ایشان در حقوق فرانسه نیز نقض حریم خصوصی به

92. Laura Lagone, *op. cit.*, 18.

93. Wolfgang Werle

94. Manfred Lauber

95. Walter Sedlmayr

96. Wikipedia.org

97. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 4.

98. Court of First Instance of Brussels

99. *Ibid.*

100. YouTube.com

101. Laura Lagone, *op. cit.*, 20.

102. *Ibid.*, 21.

شمار رفته و فرد می‌تواند در هر زمان رضایت خود را پس گرفته و از آن صرف‌نظر کند.^{۱۰۳} البته در فرانسه باوجود حمایت‌های فراوان، این انتقاد نیز وارد شده است که به‌واسطه مقررات، این حق به میزان کافی در این کشور و سایر کشورهای اروپایی از ضمانت‌های کافی برخوردار است و به همین علت از لحاظ حقوقی، نیازی به تخصیص حقی خاص و ویژه برای فراموش‌شدن وجود ندارد.^{۱۰۴}

در اسپانیا دولت به گوگل دستور داد تا به‌موجب حق بر فراموش‌شدن، جستجوهای منتهی به مقاله‌ای را که بیش از ۲۰ سال پیش منتشر شده پاک کند. در سال ۱۹۹۱ نام دکتر هوگو گیدوتی روسو^{۱۰۵} در مقاله‌ای آورده شده بود که در آن، بیمار سابق، مدعی کوتاهی دکتر در جراحی زیبایی شده، حال آنکه دکتر از این اتهام مبرا شده بود. باوجود این، کماکان در صورت جستجوی نام وی، مقاله مذکور در صفحه اول جستجوی گوگل مشاهده می‌شد.^{۱۰۶}

آژانس حمایت از داده‌های اسپانیا نیز به گوگل دستور داد که در ۹۰ موردی که افراد مدعی نقض حریم خصوصی در نتایج جستجو در موتورهای جستجوگر شده بودند، پیوندها به مقالات خبری آنلاین را حذف کند. البته اسپانیا آزادی بیان در حمایت از روزنامه‌ها را محترم می‌شمارد اما این حمایت شامل موتورهای جستجوگر نمی‌شود. گوگل هم مدعی شد که اسپانیا تنها کشوری است که این شرکت را ملزم به حذف پیوندهایی کرده که حاوی اطلاعاتی غیر از اطلاعات غیرقانونی همچون معاملات قاچاق و هرزه‌نگاری بوده است.^{۱۰۷}

نمونه دیگر در اسپانیا پرونده ماریو جیانی ماسیا^{۱۰۸} مالک اردوگاه لوس‌آلفاکس^{۱۰۹} است. در سال ۱۹۷۸ در اردوگاه وی تصادفی سهمگین اتفاق افتاد. تانکر سوخت منفجر شد و بیش از ۲۰۰ نفر جان خود را از دست دادند. مالک از گوگل شکایت کرد. استدلال او این بود که با گذشت بیش از سی سال، نام اردوگاه او در جستجوی تصادف رخ داده در صفحات گوگل به نمایش گذاشته می‌شود و این امر به تجارت و کار او صدمه وارد کرده و مانع مراجعه افراد به اردوگاه می‌شود، حال آنکه تقصیری متوجه اردوگاه وی نبوده و بی‌گناهی او محرز است. او مدعی شد که از حق بر فراموش‌شدن برخوردار است و می‌تواند خواستار حذف و پاک‌شدن پیوندهای منفی شود. اما مالک در پرونده شکست خورد چرا که نتوانسته بود گوگل را به‌طور مستقیم مورد پیگرد قانونی

103. *Ibid.*

104. Le droit à l'oubli, un «droit» complexe, rapport de l'American Chamber of Commerce in France sur le «droit à l'oubli en France», (mars 2012): 3, accessed September1, 2013, http://www.amchamfrance.org/assets/news_last_white_papers/8945_amcham-droit-a-l-oubli-en-France.pdf.

105. Dr. Hugo Guidotti Russo

106. Laura Lagone, *op. cit.*, 19.

107. *Ibid.*

108. Mario Gianni Masia

109. *Los Alfaques*

قرار دهد.^{۱۱۰} در همین راستا و به دنبال پرونده‌ای دیگر که در آن مردی اسپانیایی خواستار حذف اطلاعات شخصی خود - راجع به حراج خانه‌اش به علت دیون مالی در ۱۶ سال پیش - از موتور جستجوگر گوگل شده بود، دادگاه اسپانیا از دیوان دادگستری اروپا پرسید که آیا شهروندان اروپایی می‌توانند تقاضای حذف داده‌هایشان را از گوگل بکنند؟ دیوان نهایتاً در ۱۳ مه ۲۰۱۴ در رأیی، ماده ۱۲ دستورالعمل ۱۹۹۵ را تفسیر و اعلام کرد که منافع و حق بر حریم خصوصی مرد اسپانیایی در اولویت است چرا که اطلاعات وی در زمره اطلاعات حساس بوده و ۱۶ سال پیش منتشر شده بود و دیگر هیچ منفعت عمومی برای نمایش لینک‌های مرتبط با آن وجود ندارد. بنابراین پیوندهای مذکور باید از گوگل حذف شود.^{۱۱۱} با رأی دیوان که کمیسیون اروپا نیز از آن استقبال کرده، «حق بر فراموش شدن» به عنوان راهی مناسب برای حفظ حریم خصوصی و حمایت از داده شهروندان اتحادیه اروپا پذیرفته شد.

۲-۴. رویکرد امریکا

بیشترین انتقادات از حق بر فراموش شدن در امریکا صورت گرفته است. بسیاری از پدیدآورندگان و مؤلفین آثار، این حق را خلاف آزادی بیان دانسته و اجبار موتورهای جستجوگر به حذف و غیرفعال ساختن پیوندها را نوع جدیدی از سانسور می‌شمارند.^{۱۱۲}

مدتهاست که در امریکا تعارض میان حریم خصوصی و آزادی بیان پدیدار شده است. دیوان عالی امریکا اعلام داشته که مطالب صحیح و واجد ارزش خبری - حتی اگر متضمن آسیب به افراد دخیل در آن باشد - مورد حمایت آزادی مطبوعات است.^{۱۱۳}

در امریکا به حق بر فراموش شدن، همچون حقی در تعارض با حق مسلم عموم در دسترسی به اطلاعات و حق سازمان‌های خبری در انتشار اطلاعات مرتبط با ملاحظات عمومی نگریسته می‌شود. در این کشور، انتشار اطلاعات صحیح و مرتبط با منافع عمومی راجع به محکومین، بنا بر اصلحیه نخست قانون اساسی و حق آزادی بیان امکان‌پذیر است. بنابراین، انتشار سوابق و تاریخچه کیفری افراد در امریکا با مانع قانونی روبه‌رو نیست و دیوان عالی ایالات متحده، نپذیرفته است که حق بر حریم خصوصی، حق مطبوعات در افشای گذشته شرم‌آور افراد را محدود کند. آزادی بیان در امریکا با حمایت چشمگیری روبه‌روست و به نظر می‌رسد که حریم خصوصی تنها زمانی غالب می‌شود که اطلاعات شخصی افشاشده، به‌طور غیرقانونی به دست

110. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 5.

111. http://www.mischon.com/news/briefings/the_european_court_of_justice_judgment_on_google_13_may_2014_explained 08 2014, accessed January 15, 2015.

112. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*

113. Laura Lagone, *op. cit.*, 15.

آمده باشد.^{۱۱۴}

حق بر فراموش‌شدن، مشکلی برای سازمان‌های خبری آنلاین امریکا^{۱۱۵} نیز به حساب می‌آید. نخست به این دلیل که با حق دسترسی عمومی به اطلاعات و حق انتشار اطلاعات راجع به منافع عمومی از سوی سازمان‌های خبری تعارض دارد. دوم اینکه با توجه به ملاحظات اصلاحیه نخست قانون اساسی، حق بر فراموش‌شدن با اصل پذیرفته‌شده در حریم خصوصی تعارض دارد (اطلاعاتی که وارد حوزه عمومی شده است ولو خصوصی بوده باشد، دیگر خصوصی محسوب نخواهد شد).^{۱۱۶}

امریکا بر این باور نیست که منافع و ملاحظات عمومی با گذشت زمان کمرنگ و فراموش می‌شود. این امر با حق بر فراموش‌شدن در تعارض است. در خصوص سوابق عمومی، مدت سپری‌شده تفاوتی ایجاد نمی‌کند چرا که لزوماً از اهمیت منافع عمومی در طول زمان کاسته نمی‌شود و به قوت خود باقی است.^{۱۱۷}

بسیاری از مفسرین و حقوق‌دانان امریکایی با پیشنهاد توسعه حق بر فراموش‌شدن مخالفت کرده و قانونگذاران اروپایی را متهم به «تفکری مه‌آلود»^{۱۱۸} کرده‌اند که با ارزش‌های اساسی امریکا مانند آزادی بیان و آزادی مطبوعات تعارض دارد.^{۱۱۹} در این میان، برخی از مفسرین تا حدودی تفسیری محدودتر از حق بر فراموش‌شدن را پذیرفته‌اند. برای مثال، برخی پیشنهاد می‌دهند که برای کودکان، حق حذف اطلاعاتی که ناآگاهانه و در اثر بی‌احتیاطی منتشر ساخته‌اند، در نظر گرفته شود. برخی دیگر معتقدند که مفهوم «بخشیدن و فراموش کردن»^{۱۲۰} از ارزش‌های بنیادین بشری است که قوانین ایالات متحده امریکا (ازجمله ورشکستگی و قوانین کیفری) به آن توجه داشته و به این ترتیب، حق بر فراموش‌شدن را مدنظر قرار داده‌اند.^{۱۲۱}

در امریکا، تا حدودی می‌توان قانون حریم خصوصی^{۱۲۲} ۱۹۷۴ را قابل‌اعمال برای حمایت از حق بر فراموش‌شدن دانست. این قانون بر چگونگی عملکرد آژانس‌های فدرال^{۱۲۳} در قبال داده‌های قابل‌شناسایی افراد، نظارت می‌کند. در قانون ۱۹۷۴، دولت از افشای اطلاعات افراد،

114. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 9.

115. U.S. Online News Organizations

116. Laura Lagone, *op. cit.*, 16.

117. *Ibid.*, 18.

118. Foggy Thinking

119. Steven C. Bennett, "The 'Right to Be Forgotten': Reconciling EU and US Perspectives", 30 *Berkeley J. Int'l Law*. 161 (2012): 5, accessed September 2, 2013, <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss1/4>.

120. Forgive and Forget

121. Steven C. Bennett, *op. cit.*, 8.

122. Privacy Act of 1974

123. Federal Agencies

بدون رضایت ایشان منع شده، درحالی که افراد از حق دسترسی به سوابق خود و اصلاح اشتباهات موجود برخوردارند. البته این قانون تنها بر آژانس‌های فدرال قابل‌اعمال است و شامل افراد و شرکت‌های خصوصی مانند گوگل نمی‌شود.^{۱۲۴}

اتاق تجارت امریکا در گزارش خود در مارس ۲۰۱۲^{۱۲۵} اعلام می‌دارد که بند ۲ ماده ۱۷ پیشنهادی، زمانی مشکل‌ساز می‌شود که کنترل‌کننده را ملزم می‌کند در جهت مطلع کردن کلیه اشخاص ثالث از تقاضای پاک‌شدن داده‌های شخصی، تدابیر لازم و منطقی اتخاذ کنند. حال آنکه درعمل، این اجبار در خصوص موتورهای جستجوگر و تارنماها بسیار دشوار است چرا که لزوماً از تمامی منابع اطلاعاتی آگاهی ندارند.

علاوه بر این، اگر شخصی که داده‌هایش پردازش شده است پیش از این رضایت خود را مبنی بر انتقال داده‌ها به اشخاص ثالث در چارچوب قرارداد خدماتی اعلام کرده باشد، شرایط این رضایت باید کماکان اجرا شود. اگر در مقام اجرای قوانین جاری این رضایت قابل‌فسخ باشد، رضایت منتفی است و شخص ثالث باید فوراً داده‌ها را پاک کند. در واقع، مقررات پیشنهادی، ضمن طرح حق مطلق برای انصراف از رضایت، احتمال به‌خطرافتادن حقوق قراردادی مشروع^{۱۲۶} را به همراه دارد. برای مثال، هنگامی که فردی در بانک، حساب باز می‌کند رضایت خود را به بانک برای پردازش داده‌های شخصی به‌ویژه داده‌های گذشته راجع به پرداخت‌های خود اعلام می‌دارد. بانک می‌تواند از این داده‌ها برای تصمیم‌گیری در خصوص اعطای وام استفاده کند. اگر این فرد بخواهد حق بر فراموش شدن را در خصوص داده‌های راجع به پرداخت‌های پیشین اعمال کند، آیا بانک ملزم است به اجرا و اعمال قرارداد حساب ادامه دهد؟ به نظر می‌رسد که مقررات پیشنهادی، تأثیری را که حق بر فراموش شدن می‌تواند بر حقوق قراردادی داشته باشد مدنظر قرار نداده است.^{۱۲۷}

به نظر اتاق بازرگانی امریکا، حق بر فراموش شدن، حق نوینی نیست بلکه فریب‌دهنده یا حتی خطرناک است و نباید به شهروندان القا شود که حقی اساسی و نوین است. در فرانسه نیز پیش از این به‌واسطه حق بر حریم خصوصی در ماده ۹ قانون مدنی از این حق حمایت شده است. مطابق ماده ۵-۶ قانون انفورماتیک و آزادی‌های ۶ ژانویه ۱۹۷۸، حقوق فردی ایجاب می‌کند تا داده‌هایی که دیگر برای رسیدن به هدف الزامی نیست، محو و فراموش شود. مرجح آن است که به‌جای خلق توهمی جدید با نام حق بر فراموش شدن، با اعمال روش‌های فنی، حقوق

124. Laura Lagone, *op. cit.*, 6.

125. Rapport de l'American Chamber of Commerce in France sur le «droit à l'oubli en France», (mars 2012).

126. les droits contractuels légitimes

127. le droit à l'oubli, un «droit» complexe, *op. cit.*, 4.

موجود، تقویت شود.^{۱۲۸}

۳-۴. رویکرد سایر کشورها

اخیراً دادگاهی در برزیل، حکم به دستگیری رئیس گوگل برزیلی^{۱۲۹} داد که از حذف فیلم‌های انتقادی یک نامزد انتخابات شهرداری، خودداری کرده بود. این فیلم‌ها حاوی افترا و توهین و در نتیجه، ناقض قوانین انتخاباتی برزیل بود.^{۱۳۰}

در آرژانتین، دادگاه تا بدانجا پیش رفته که جستجوی نام یک فرد را کاملاً مسدود کرده است. ویرجینیا دوکن‌ها^{۱۳۱} خواننده پاپ آرژانتینی، پیش از آنکه معروف شود، تصاویری نامناسب در اینترنت منتشر ساخته بود. او پس از مدتی پشیمان شد و توانست رأی دادگاه را به نفع خود، برای مسدود کردن نمایش تصاویر به دست آورد. برخلاف گوگل، یاهو نتوانست تمامی تصاویر را پاک کند. به همین علت، مجبور شد صفحه‌ای سفید را که دربردارنده رونوشت رأی دادگاه بود به نمایش بگذارد.^{۱۳۲}

این نمونه‌ها نشانگر آن است که در دورانی که «شما هر آنچه گوگل بگوید هستید»،^{۱۳۳} حق فراموش شدن، نه تنها قابل اعمال بر سوابق کیفری و محکومیت‌های جنایی است بلکه حتی متعلق به همگان در خصوص کلیه اطلاعاتشان است.^{۱۳۴}

۴-۴. رویکرد ایران

در ایران نیز همچون سایر کشورها افراد، بیش از پیش، اطلاعاتی را درباره زندگی خصوصی و حرفه‌ای خود در اینترنت منتشر می‌کنند. عضویت و فعالیت در شبکه‌های اجتماعی مجازی، یکی از مسائلی است که در حال حاضر با استقبال چشمگیر کاربران ایرانی فضای مجازی همراه شده است و با گسترش محبوبیت اینترنت و شبکه‌های اجتماعی، سوءاستفاده از داده‌های شخصی افراد به طرق مختلف افزایش یافته است. اما متأسفانه تا کنون مراجع تقنینی به حق بر فراموش شدن توجه نکرده‌اند و حتی ادبیات حقوقی نیز با این مفهوم بیگانه بوده است. با این حال، به نظر می‌رسد که برای حمایت از این حق می‌توان به اصول قانون اساسی و برخی مقررات و قوانین عمومی استناد کرد.

128. le droit à l'oubli, un «droit» complexe, *op. cit.*, 5.

129. Google Brazil's President

130. Laura Lagone, *op. cit.*, 16.

131. Virginia da Cunha

132. Laura Lagone, *op. cit.*, 20.

133. "You Are What Google Says You Are"

134. Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, *op. cit.*, 5.

اصول ۱۴ و ۲۰ قانون اساسی به لزوم رعایت «حقوق انسانی» اشاره کرده‌اند. بنابر اصل ۲۲ قانون اساسی، «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». می‌توان از واژه «حقوق» استفاده کرده، آن را به حق بر فراموش شدن تسری داد و تفسیر کرد که تجاوز به این حق، تعرض به حقوق و حیثیت اشخاص است که به موجب این اصل باید مصون نگاه داشته شود. اصل ۳۹، هتک حرمت و حیثیت کسی را که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده «به هر صورت که باشد» ممنوع و موجب مجازات دانسته است، که ممکن است به صورت نقض حق بر فراموش شدن تحقق یابد. در اصل ۱۷۱ نیز به جبران خسارت معنوی و اعاده حیثیت توجه شده است.

قانون مسئولیت مدنی از جبران خسارت معنوی حمایت کرده است که می‌تواند در موارد نقض حق بر فراموش شدن اعمال شود. طبق ماده ۱ این قانون، «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد کند که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود»، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است. مواد ۲ و ۹ به جبران خسارت معنوی و ماده ۸ به مسئولیت جبران زیان وارده به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری اختصاص دارند. ماده ۱۰ نیز مقرر می‌دارد: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد می‌شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد».

در قانون مجازات اسلامی، ماده ۵۸۲ قانون تعزیرات مقرر می‌دارد: «هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را بدون اجازه صاحبان آن‌ها افشا کند، به حبس از یک سال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هجده میلیون ریال محکوم خواهد شد». بنابر ماده ۶۴۸ همین قانون، «اطبا و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند هرگاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشا کنند به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند».

ماده ۷۴۵ مقرر می‌دارد: «هرکس به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری را بدون رضایت او جز در موارد قانونی منتشر کند یا در دسترس دیگران قرار دهد، به نحوی که منجر به ضرر یا عرفاً موجب هتک حیثیت او شود، به حبس از نودویک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

طبق بند ۸ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مصوب ۱۳۸۳ باید

از افشای مضمون نامه‌ها و نوشته‌ها و عکس‌های فامیلی و فیلم‌های خانوادگی و ضبط بی‌مورد آن‌ها در بازرسی‌ها و معاینات محلی خودداری شود. بند ۱۱ این ماده واحده نیز کنجکاوی در اسرار شخصی و خانوادگی و سؤال از گناهان گذشته افراد را منع کرده است. ماده ۳۱ قانون مطبوعات، انتشار مطالبی را که مشتمل بر تهدید به هتک شرف یا حیثیت یا افشای اسرار شخصی باشد ممنوع دانسته است.

ماده ۵۱ قانون دفاتر اسناد رسمی، مصوب ۱۳۱۶، ماده ۷ قانون مرکز آمار ایران، مصوب ۱۳۵۳، ماده ۲۳۲ قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۶۶، ماده ۲۷ آیین‌نامه مترجمان رسمی، مصوب ۱۳۷۴، بند ۱۳۶ آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت (رسا) و بند ۱۵-۷ آیین‌نامه دفاتر خدمات حضوری اینترنت، مصوب ۱۳۸۰، ماده ۲۶ قانون کارشناسان رسمی دادگستری، مصوب ۱۳۸۱، مواد ۶۴ و ۷۵ قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲، ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار، مصوب ۱۳۸۴ و ماده ۶۲ لایحه حمایت از حریم خصوصی، افشای اطلاعات و اسرار اشخاص در حوزه‌های مرتبط به خود را منع کرده‌اند.

مطابق ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیکی، ذخیره، پردازش یا توزیع داده‌پیام شخصی ... و داده‌پیام‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی یا جنسی اشخاص، بدون رضایت صریح آن‌ها به هر عنوان غیرقانونی است. طبق بند (د) ماده ۵۹، شخص موضوع داده‌پیام باید بتواند داده‌پیام‌های ناقص یا نادرست را محو یا اصلاح کند. به‌طور مشخص، مصداق حمایت از حق بر فراموش‌شدن، پذیرش درخواست شخص مبنی بر محو کامل پرونده رایانه‌ای داده‌پیام شخصی، در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه، وفق بند (ه) ماده ۵۹ است. ماده ۷۱ نیز برای ناقض شرایط مقرر در مواد ۵۸ و ۵۹ در بستر مبادلات الکترونیکی، مجازات یک تا سه سال حبس در نظر گرفته است. بنابراین، در تمامی این مقررات، افشا و انتشار بدون رضایت اطلاعات اشخاص - که به‌نوعی با حق بر فراموش‌شدن تعارض دارد - محکوم شده و برای متخلف، مجازات تعیین شده است.

نتیجه

دهه‌های اخیر، شاهد پیشرفت بدون توقف فناوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطاتی بوده است که به‌تدریج سبب تغییرات در زندگی اجتماعی، حرفه‌ای و روابط شخصی افراد شده است. در این میان، اینترنت و وب ۲,۰ نمونه جدید ارتباطات عمومی است که حقوق باید بر این محیط، نظارت داشته و پاسخ‌گوی مسائل جاری ناشی از ساختار پیچیده این شبکه جهانی باشد، مانند چارچوب آزادی بیان در اینترنت، حدود و میزان مسئولیت اطلاعات انتشار یافته، محدودیت‌های گمنامی در شبکه،^{۱۳۵} دوام اطلاعات به‌اشتراک گذاشته‌شده، سرقت هویت^{۱۳۶} و حق بر فراموش‌شدن. تمامی

این موضوعات در آینده‌ای نزدیک در رویکرد جدید و جامع اتحادیه اروپا راجع به حمایت از داده‌های شخصی با اصلاح دستورالعمل اروپایی حمایت از داده ۱۳۷۹۵/۴۶/EC در نظر گرفته خواهد شد.^{۱۳۸}

طرح اصلاحی دستورالعمل جاری راجع به قواعد حمایت از داده و الحاق حق بر فراموشی بر چارچوب جدید آن در حال بررسی است. پیتر هاستینکس، مقام ناظر حمایت از داده‌های اروپایی، این حق جدید را به‌عنوان نمونه‌ای از نیاز به حمایت مؤثر و قوی‌تر از داده‌های شخصی برمی‌شمرد. همکاری آژانس‌های حمایت از داده اروپایی و کمیسیون اروپا و رأی جدید دیوان دادگستری اروپا نشانگر تمایل در پذیرش حق بر فراموش شدن است. باین‌حال، این مسئله به علت مشکلات ناشی از اجرای فنی و در نظر گرفتن زمان انقضا برای داده‌ها، چالش بزرگی شده است.^{۱۳۹} از سوی دیگر، ممکن است سوءاستفاده از این حق، تهدیدی علیه برخی حقوق اساسی همچون حق بر آزادی بیان، حق بر اطلاعات یا حق بر فعالیت اقتصادی^{۱۴۰} - حق بر آغاز و توسعه فعالیت مبتنی بر داده‌ها - به حساب آید.^{۱۴۱} بنابراین باید هم‌زمان مسئله «حفاظت از میراث اطلاعات مجازی»^{۱۴۲} و آزادی اطلاعات مدنظر قرار گیرد.^{۱۴۳}

شایسته است که دستورالعمل جدید، ابزار مناسب اعمال حق بر فراموش شدن را به‌طور روشن و دقیق، توصیف و ساختار و مرزهای این حق را مشخص کند. مسلماً رأی اخیر دیوان دادگستری اروپا تا حدودی توانسته به مشخص شدن مرزهای حق بر فراموش شدن یاری رساند؛^{۱۴۴} هرچند ایراداتی بر آن وارد شده مبنی بر اینکه این رأی نتوانسته است انتظارات را برآورده سازد چرا که توجه کافی به حق آزادی بیان نداشته و راه را برای سانسور و سوءاستفاده متخلفین در حذف سوابق نامناسب خود فراهم کرده است. حذف پیوندها تنها در حوزه اتحادیه اروپا صورت می‌گیرد و دسترسی به آن در آمریکا و سایر کشورهای غیراروپایی امکان‌پذیر است. دیوان، حق بر حریم خصوصی و حمایت از داده را برتر دانسته و در واقع، خروجی تأسف‌برانگیز از دکترین توسعه‌یافته دیوان اروپایی حقوق بشر داشته است. شایسته بود که دیوان میان حق بر آزادی بیان (که دربردارنده حق دریافت اطلاعات است) و حق بر حریم خصوصی و حمایت از داده، تعادل برقرار

136. Identity theft

137. European Directive 95/46/EC on data protection

138. Pere Simón Castellano, *op. cit.*, 2-3.

139. *Ibid.*, 30.

140. le droit à la liberté d'entreprendre

141. le droit à l'oubli, un «droit» complexe, *op. cit.*, 4.

142. Patrimoine informationnel numérique

143. M. Pierre-Xavier Chomiac De Sas, *op. cit.*, 9.

144. Pere Simón Castellano, *Ibid.*, 30.

کند، حال آنکه این وظیفه خطیر را به موتورهای جستجوگر به‌عنوان کنترل‌کنندگان داده اعطا کرده است که علی‌الاصول نمی‌توانند مرجع مناسبی برای برقراری این تعادل باشند،^{۱۴۵} صرف‌نظر از اینکه به نظر برخی متخصصین، اصولاً موتورهای جستجوگر نباید به‌عنوان کنترل‌کننده داده طبقه‌بندی شوند.^{۱۴۶}

145. Kulk, Stefan and Zuiderveen Borgesius, Fredrik J., "Google Spain v. Gonzalez: Did the Court Forget about Freedom of Expression?", September 4, 2014. *European Journal of Risk Regulation* (2014), accessed January 15, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2491486>.

146. EU Data Protection Law: a "Right to Be Forgotten"?, European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-15, London: The Stationery Office Limited: 22, accessed January 15, 2015, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/40.pdf>.

منابع:

- انگلیسی

- EU Data Protection Law: A “Right to Be Forgotten”? European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-15, London: The Stationery Office Limited, accessed January 15, 2015, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/40.pdf>.
- Jeffrey Rosen, Symposium Issue, The Right to Be Forgotten, 64 Stan. L. Rev. Online 88, (February 13, 2012), accessed September 2, 2013, <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf>.
- Katarzyna Ciuckowska-Leszczewicz, “The Right to Be Forgotten. European Approach to Protection of Personal Data”, *University of Warmia and Mazury in Olsztyn*, (2012), accessed September 2, 2013, <http://www.uwm.edu.pl/lawreview/sites/default/files/UWMLR.vol.4.pdf>.
- Laura Lagone, “The Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis”, (2012), accessed September 2, 2013, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2229361>.
- Meg Leta Ambrose, “It’s about Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to Be Forgotten”, 16 Stan. Tech. L. Rev. 369, (2013), accessed September 4, 2013, <http://stlr.stanford.edu/pdf/itsabouttime.pdf>.
- On the “Right to Be Forgotten”: Challenges and Suggested Changes to the Data Protection Regulation, May 2, 2013, Center for Democracy and Technology, CDT Analysis of the European Commission’s Proposed Data Protection Regulation (Apr. 9, 2012), accessed September 1, 2013, <https://www.cdt.org/report/cdt-analysiseuropean-commissions-proposed-data-protection-regulation>.
- Pere Simón Castellano, The Right to Be Forgotten under European Law: A Constitutional Debate, *Lex Electronica*, vol. 16.1 (Hiver/Winter 2012), accessed September 3, 2013, http://www.lex-electronica.org/docs/articles_300.pdf.
- Stefan Kulk and ZuiderveenBorgesius, Fredrik J., “Google Spain v. Gonzalez: Did the Court Forget about Freedom of Expression?” September 4, 2014. *European Journal of Risk Regulation* (2014), accessed January 15, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2491486>.
- Steven C. Bennett, “The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives”, 30 *Berkeley J. Int’l Law*, 161 (2012), accessed September 2, 2013, <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss1/4>.

- فرانسه

- Etienne Quillet, Le droit à l'oubli numérique sur les réseaux sociaux, mémoire de master de droits de l'homme et droit humanitaire, université Panthéon-Assas, (2011), accessed September 3, 2013, [https://docassas u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ef25f216-071c-4460-ab75-6cdcc161a5a4](https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ef25f216-071c-4460-ab75-6cdcc161a5a4).
- Le droit à l'oubli, un «droit» complexe, rapport de l'American Chamber of Commerce in France sur le «droit à l'oubli en France», (mars 2012), accessed September 1, 2013, http://www.amchamfrance.org/assets/news_last_white_papers/8945_amcham-droit-a-l-oubli-en-France.pdf.
- M. Pierre-Xavier Chomiac De Sas, L'existence d'un droit à l'oubli numérique, mémoire de Master II «Droit des médias et des télécommunications», Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, (2009-2010), accessed September 5, 2013, [http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/rapportsmemoires/internet/memoire chomiacdesas.pdf](http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/rapportsmemoires/internet/memoire_chomiacdesas.pdf).

پرونده گابچیکوو - ناگیماروس: نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در برجسته‌سازی مفهوم توسعه پایدار

ستار عزیزی*

سید مهدی موسوی**

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23526

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۴/۲۳

چکیده

قضیه پروژه گابچیکوو - ناگیماروس^۱ اولین قضیه مطروحه در دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به توسعه پایدار بود. این مقاله، ضمن بررسی این قضیه، به تحلیل سه جنبه مرتبط از این اصل می‌پردازد که در رأی دیوان به آن‌ها پرداخته شد. این سه جنبه عبارت است از: مفهوم توسعه پایدار، اصل اقدامات احتیاطی و اصل ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی. مقاله به این نتیجه رسیده است که هم نظر اکثریت قضات دیوان و هم دیدگاه قاضی ویرامانتری^۲، نایب‌رئیس وقت دیوان، بر توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در این حوزه تأثیر داشته است، اما این تأثیر، فراگیر و جامع نبوده است.

واژگان کلیدی

گابچیکوو - ناگیماروس، دیوان بین‌المللی دادگستری، توسعه پایدار، محیط‌زیست

* نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه بوعلی سینا، همدان
satarazizi@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه بوعلی سینا، همدان
mousavi.seyedmehdi@gmail.com

1. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) [1997] ICJ Rep, 7.

2. Weeramantry
علت نام‌گذاری پرونده به گابچیکوو - ناگیماروس این بود که مجموعه‌ای از آب‌بندها مربوط به گابچیکوو در چکسلواکی و مجموعه‌ای دیگر، مربوط به ناگیماروس در مجارستان بود.

مقدمه

پرونده مربوط به طرح گابچیکوو - ناگیماروس به‌عنوان اولین قضیه ترافیکی که به‌طور مستقیم به طرح مسائل مرتبط با حقوق بین‌الملل محیط‌زیست می‌پردازد در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد.^۳ این انتظار ایجاد شد که دیوان از مفهوم توسعه پایدار استفاده خواهد کرد تا میان قواعد سنتی حقوق معاهدات و هنجارهای در حال ظهور حفاظت از محیط‌زیست، تعادل برقرار کند.^۴ اما درحالی‌که دیوان برای اولین بار به مفهوم توسعه پایدار اشاره کرد،^۵ تعهدات زیست‌محیطی گسترده طرفین به‌ندرت مورد توجه اکثریت قضات دیوان قرار گرفت.^۶ درمقابل، دیدگاه جداگانه قاضی ویرامانتری در سطح گسترده‌ای مورد توجه قرار گرفت زیرا به‌تفصیل به بحث درمورد جنبه‌های زیست‌محیطی پرونده پرداخت.

بیش از هفده سال از زمان صدور رأی درمورد قضیه گابچیکوو - ناگیماروس در سال ۱۹۹۷ می‌گذرد. این مقاله، میزان اثرگذاری دیدگاه اکثریت و دیدگاه قاضی ویرامانتری بر شکل‌گیری و توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست را در طول این دوره بررسی می‌کند. پرسش اصلی مقاله این است که دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو رأی فوق‌الذکر تا چه میزان توانسته است بر توسعه قواعد حقوق بین‌الملل محیط‌زیست به‌صورت عام و مفهوم توسعه پایدار به‌صورت خاص، اثر گذارد؟

لازم به ذکر است که تمرکز این مقاله، نه بر توسعه هنجارهای قراردادی محیط‌زیست، بلکه بر بررسی توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل عرفی است که از طریق اقدامات کشورها و سازمان‌های بین‌المللی توسعه می‌یابد.^۷ منابع فرعی حقوق بین‌الملل یعنی تصمیمات قضایی و دکترین نیز به‌عنوان شاخص‌هایی برای مشاهده توسعه در حوزه عرف، مورد توجه قرار می‌گیرد. در این میان، به آرای محاکم داخلی نیز باید توجه خاصی داشت.^۸ به نظر می‌رسد که هم اکثریت قضات و هم قاضی ویرامانتری در نظریه جداگانه خود، باوجود تأکید بر حوزه‌های متفاوت، تأثیری قابل‌توجه - اگرچه نه کاملاً جامع - بر توسعه حقوق بین‌الملل

3. Stephen Stec and Gabriel Eckstein, "Of Solemn Oaths and Obligations: The Environmental Impact of the International Court of Justice Decision in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project", 8 *Yearbook of International Environmental Law*, 1997, pp. 40-41.

4. Stephen Stec, "Do Two Wrongs Make a Right? Adjudicating Sustainable Development in the Danube Dam Case", 29 *Golden Gate University Law Review*, 1999, pp. 317-319.

5. Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary v Slovakia*) (*Separate Opinion of Vice President Weeramantry*), ICJ Rep. [Separate Opinion], 1997, pp. 7-88.

6. Erika Preiss, "The International Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment: the International Court of Justice Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project", 7 *New York University Environmental Law Journal*, 1999, pp. 307-308.

۷. راجع به رویه دولت‌ها، ن.ک:

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 5th ed, 1998, 5.

8. Stec, *op. cit.*, No. 5, 325.

محیط زیست داشته‌اند. این تأثیر را می‌توان در سه جنبه نوظهور و دارای ارتباطات متقابل پیچیده از توسعه پایدار مشاهده کرد.^۹ این سه جنبه عبارت است از: خود مفهوم توسعه پایدار، اصل اقدامات احتیاطی و ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی.

۱. شرح قضیه

قضیه گابچیکوو-ناگیماروس به اختلاف بین مجارستان و چکسلواکی در خصوص اجرای تعهدات قراردادی مربوط می‌شود که در سال ۱۹۷۷ بین طرفین امضا شد.^{۱۰} موضوع این قرارداد در رابطه با احداث مجموعه‌ای از آب‌بندها بر روی رودخانه دانوب بود که طرفین به‌طور مشترک آن را ساختند و برای تولید برق آبی، ارتقای ناوبری و حفاظت در برابر سیل طراحی شده بود.^{۱۱} عملیات احداث در سال ۱۹۷۸ آغاز شد.^{۱۲} هنگامی که دولت مجارستان با نگرانی‌ها و انتقادات زیست‌محیطی داخلی مواجه شد، عملیات سدسازی در بخشی از پروژه را که مربوط به خودش می‌شد در سال ۱۹۸۹ به حالت تعلیق درآورد و درنهایت، قرارداد را در سال ۱۹۹۲ فسخ کرد.^{۱۳} استدلال دولت مجارستان این بود که خطرات زیست‌محیطی طرح، شامل کاهش جریان آب، آسیب به کیفیت آب و از بین رفتن جانداران و گیاهان رودخانه‌ای، غیرقابل‌پذیرش است.^{۱۴} در پی این اقدام، چکسلواکی در قلمرو خود، شروع به منحرف کردن یک‌جانبه مسیر رود دانوب کرد. این پروژه که به Variant C مشهور شد، جایگزینی برای پروژه اولیه بود.^{۱۵} این امر، جریان رو به پایین آب به سوی مجارستان را به شدت کاهش داد.^{۱۶}

از دیوان خواسته شد که ابتدا در این مورد رأی صادر کند که آیا مجارستان، حق رهاسازی پروژه، چکسلواکی حق اجرای Variant C و مجارستان، حق فسخ قرارداد را داشتند؟^{۱۷} در رابطه با ادعای اول، دیوان اظهار داشت که مجارستان با قطع پیگیری عملیات پروژه، قرارداد را نقض کرده است و نمی‌تواند برای توجیه نقض قرارداد، به عذر ضرورت «رعایت ملاحظات

۹. برای اطلاع از نظریه اختصاصی نایب‌رئیس وقت دیوان، قاضی ویراماتری ن.ک:

محمدرضا ضیایی بیگدلی و دیگران؛ آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، جلد دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸، ص ۴۳۳ و ۴۳۴.

۱۰. در تاریخ اول ژانویه ۱۹۹۳ چکسلواکی به دو کشور جمهوری چک و اسلواکی تقسیم شد. پس از آن جمهوری اسلواکی دولت جانشین در معاهده مذکور شد.

11. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) (Judgment), ICJ Rep, 1997, 17-18.

12. Judgment, op. cit., No. 12, p. 25.

13. Ibid., pp. 25-27.

14. Ibid., p. 35.

15. Ibid., p. 25.

16. Ibid., p. 27.

17. Ibid., pp. 11-12.

زیست‌محیطی» استناد کند.^{۱۸} درمورد دوم، اقدام چکسلواکی مبنی بر محروم کردن مجارستان از داشتن «سهم معقول و منصفانه» از رود دانوب، با اجرای Variant C عملی غیرقانونی اعلام شد.^{۱۹} درنهایت، دیوان حکم کرد که فسخ قرارداد از سوی مجارستان بی‌اعتبار بوده است.^{۲۰} توجیهات مختلف فسخ قرارداد که مجارستان مطرح کرد، ازجمله این ادعا که هنجارهای جدید حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، عدم اجرای قرارداد را توجیه می‌کند نیز مورد قبول دیوان قرار نگرفت.^{۲۱}

۲. تحلیل

در قضیه گابچیکوو - ناگیماروس، سه مفهوم توسعه پایدار (به معنی خاص)، اصل اقدامات احتیاطی و اصل ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی در تحلیل موضوع اثرگذار بود که همه آن‌ها درمجموع به موضوع توسعه پایدار (در مفهوم عام) مربوط می‌شد. در اینجا هرکدام از آن سه مفهوم و اصل، به‌ترتیب بررسی می‌شود.

۲-۱. توسعه پایدار

باوجود این واقعیت که توسعه پایدار در حوزه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، بیش از گذشته مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد، هنوز بر سر معنای آن اتفاق نظر وجود ندارد.^{۲۲} توسعه پایدار، فرایندی برای به‌دست‌آوردن پایداری در هر نوع فعالیتی است که نیاز به جایگزینی سریع و یکپارچه منابع آن وجود دارد. توسعه پایدار که از دهه ۱۹۹۰ میلادی بر آن تأکید شد، جنبه‌ای از توسعه انسانی و در ارتباط با محیط‌زیست و نسل‌های آینده است و هدف توسعه انسانی، پرورش قابلیت‌های انسانی است. توسعه پایدار، اساس بهبود وضعیت و رفع کاستی‌های جوامع را فراهم می‌آورد و باید موتور محرکه پیشرفت متعادل، متناسب و هماهنگ اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تمام جوامع و به‌ویژه کشورهای درحال‌توسعه باشد.^{۲۳} اصل توسعه پایدار، یکی از مفاهیم در حال تحول در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست به‌شمار

18. *Ibid.*, p. 46.

19. *Ibid.*, p. 56.

20. *Ibid.*, p. 69.

21. *Ibid.*, p. 63-68.

22. Afshin A-Khavari and Donald Rothwell, "The International Court of Justice and the Danube Case: A Missed Opportunity for International Environmental Law?", 22 *Melbourne University Law Review*, 1998, pp. 507-508.

۲۳. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه، ن.ک: یوسف گرجی مهبانی؛ «نقد معماری پایدار و نقد آن در حوزه محیط‌زیست»، نشریه علمی - پژوهشی انجمن علمی معماری و شهرسازی ایران، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۹، ص ۹۱-۱۰۰.

می‌رود و با هدف ایجاد آشتی میان سه عنصر جدایی‌ناپذیر توسعه اقتصادی، پیشرفت اجتماعی و احترام به محیط‌زیست مطرح شده است. این مفهوم در مسائل زیست‌محیطی به شکلی نمود پیدا کرده است که صلاحیت دولت‌ها در مدیریت توسعه خود را با محدودیت مواجه کند. در برخی اسناد بین‌المللی به این مفهوم اشاره شده است: اصل ۳ اعلامیه ریو یادآور شده که حق توسعه باید به‌نحوی اعمال شود که به‌طور مساوی نیازهای توسعه‌ای و زیست‌محیطی نسل کنونی و نسل‌های آینده را برآورده سازد. اصل ۴ نیز ضمن اشاره به مفهوم توسعه پایدار، اعلام می‌کند که برای رسیدن به توسعه پایدار، محافظت از محیط‌زیست باید به بخش جدایی‌ناپذیر از فرایند توسعه تبدیل شود. به‌علاوه اصل ۲۷ از دولت‌ها تقاضا می‌کند که در راستای توسعه حقوق بین‌الملل، در زمینه توسعه پایدار با یکدیگر همکاری کنند. ماده ۳ کنوانسیون تغییرات آب‌وهوایی نیز تصریح کرده که تمام دولت‌های عضو از حق توسعه برخوردار و موظف به اعتدالی آن هستند. همچنین کنوانسیون تنوع زیست‌محیطی نیز در مواد متعدد و ازجمله در مواد ۱، ۸، ۱۱، ۱۲، ۱۶، ۱۷ و ۱۸ به مفهوم بهره‌برداری پایدار اشاره کرده است.^{۲۴} لذا بر اساس درک کلی، توسعه پایدار، مستلزم حفاظت از محیط‌زیست به‌عنوان جزء اساسی فرایند توسعه است.

مفهوم توسعه پایدار، هم در رأی اکثریت قضات دیوان و هم در نظر جداگانه قاضی ویرامانتری در قضیه گابچیکوو به رسمیت شناخته شد. در بررسی ادعای مجارستان مبنی بر اینکه هنجارهای زیست‌محیطی جدید با تفسیر معاهده مرتبط است، دیوان بر اهمیت محیط‌زیست، نه به‌عنوان موضوع انتزاعی بلکه به‌عنوان مسئله‌ای که نمایانگر فضای زندگی، کیفیت زندگی و سلامت واقعی انسان‌هاست و شامل سلامت انسان‌هایی که هنوز متولد نشده‌اند نیز می‌شود، تأکید کرد.^{۲۵} در این قضیه، دیوان در توصیف توسعه پایدار، چنین خاطرنشان کرده است:

«در طول قرون، بشر برای مقاصد اقتصادی و غیراقتصادی، همواره در طبیعت مداخله کرده و در گذشته این مداخله اغلب بدون توجه به اثرات آن بر محیط‌زیست صورت گرفته است. به کمک اکتشافات علمی و افزایش آگاهی‌های مردم نسبت به خطرات زیست‌محیطی برای بشر، معیارها و هنجارهای جدیدی شکل گرفته است که در طول دو دهه گذشته در بسیاری از اسناد حقوقی معرفی شده است. این هنجارها و معیارهای جدید، صرفاً نه در زمانی که کشورها در صدد انجام اقدامات جدید هستند، بلکه همچنین در زمان‌هایی که در حال ادامه فعالیت‌های آغازشده در گذشته هستند، باید مورد توجه قرار گرفته و از اهمیت لازم برخوردار شود. این نیاز به ایجاد

۲۴. شاول، ملکم؛ حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، ترجمه: علی مشهدی و حسن خسروشاهی، خرسندی، ۱۳۹۲، صص ۵۳ و ۵۴.

25. Judgment, above No. 12, Quoting from Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case, (Advisory Opinion) ICJ Rep, 1996, p. 241.

همچنین ن. ک. بلز، چیکاوا؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷، صص ۲۰۵-۲۰۶.

سازگاری بین توسعه اقتصادی و حفاظت از محیط‌زیست، آن‌گونه که ضرورت دارد در بحث توسعه پایدار مطرح شده است.^{۲۶}

این مقاله دربرگیرنده ارجاع به موضوع توسعه پایدار در رأی هشتاد و شش‌امین است. این ارجاع به توسعه پایدار، از دو جهت حائز اهمیت است: اول اینکه هرچند دیوان تعریف خاصی از توسعه پایدار ارائه نکرده است،^{۲۷} سودمندی این مفهوم به‌عنوان ابزار مفید برای ایجاد تعادل بین حفاظت از محیط‌زیست و توسعه اقتصادی از سوی دیوان به رسمیت شناخته شد.^{۲۸} دوم اینکه دیوان، توسعه پایدار را به‌عنوان مفهوم مطرح کرده است، به این معنا که درحالی‌که توسعه پایدار دارای «جایگاه مشخصی در حقوق بین‌الملل» است،^{۲۹} هنجار بین‌المللی الزام‌آور به‌شمار نمی‌رود.^{۳۰} این تفسیر با توجه به اینکه اقدامات کشورهای موردنظر، خلاف استاندارد بین‌المللی توسعه پایدار تلقی نشد، تأیید می‌شود.^{۳۱} به‌علاوه در رأی دیوان، طرفین ملزم شدند که تنها در رابطه با تأثیرات زیست‌محیطی طرح گابچیکوو بررسی مجدد کنند.^{۳۲} بنابراین، توسعه پایدار، اساساً تنها به‌عنوان مفهومی پذیرفته شده است که به هنگام تدوین پروژه‌های مربوط به توسعه اقتصادی می‌بایست با رعایت ملاحظات زیست‌محیطی، آن را در نظر داشت اما بدان معنا نیست که در طراحی هر برنامه توسعه اقتصادی، رعایت توسعه پایدار، تنها عامل اساسی باشد.^{۳۳} اما مطالعه نظر جداگانه قاضی ویرمانتری نشان می‌دهد که وی توجه بسیار بیشتری به موضوع توسعه پایدار دارد. دیدگاه او از دو جنبه مهم با دیدگاه اکثریت متفاوت است:

اول اینکه وی توسعه پایدار را تنها به‌عنوان مفهوم توصیف نکرده بلکه آن را اصلی واجد ارزش هنجاری برمی‌شمرد که مستلزم ایجاد تعادلی بین توسعه و حفاظت از محیط‌زیست است.^{۳۴} او این اصل را بخشی اساسی از حقوق بین‌الملل نوین می‌پندارد^{۳۵} که به دلیل پذیرش گسترده کشورها، عرف بین‌المللی شده است.^{۳۶} با مرور تجربیات تاریخی فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی

26. Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 78.

27. Sumudu Atapattu, *Emerging Principles of International Environmental Law*, 2006, p. 155.

28. Alan Boyle and David Freestone, "Introduction" in A. Boyle and D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, 1999, p. 10.

29. Philippe Sands, "International Courts and the Application of the Concept of Sustainable Development", 3 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1999, pp. 389-403.

30. Separate Opinion, *op. cit.*, No. 6, pp. 88-89.

همچنین ن.ک: ضیایی بیگدلی و دیگران؛ همان، صص ۴۳۳ و ۴۳۴.

31. Boyle and Freestone, above No. 29, p. 16.

32. Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 78.

33. Alan Boyle, "The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles", 8 *Yearbook of International Environmental Law*, 1997, pp. 14-18.

34. Separate Opinion, *op. cit.*, No. 6, pp. 88-90.

35. *Ibid.*, pp. 89, 95.

36. *Ibid.*, pp. 93, 95, 104.

متعددی در جهان، وی به این نتیجه می‌رسد که این ضرورت که در انجام اقدامات انسانی، محیط‌زیست محترم شمرده شود، ارزش بین‌المللی و جهانی است و تلویحاً می‌توان گفت که اصل کلی حقوقی است.^{۳۷}

دوم اینکه قاضی ویر/ماتتری توسعه پایدار را در مقوله حقوق بین‌الملل بشر و از رهگذر سازش میان حق توسعه و حفظ محیط‌زیست مطرح کرد. از یک‌سو حق انسان برای توسعه قرار دارد که از حمایت قاطع جامعه بین‌المللی برخوردار است.^{۳۸} از سوی دیگر، حق انسان در برخورداری از محیط‌زیست سالم به‌عنوان حق بشری قرار دارد.^{۳۹} وی معتقد بود که بدون برخورداری از چنین حقی، حقوق دیگر، از جمله حق حیات نیز الزاماً مخدوش خواهد شد.^{۴۰} اصل توسعه پایدار به‌عنوان ابزاری برای برقراری تعادل بین آن حقوق عمل می‌کند.^{۴۱} این اصل، حق توسعه را با اطمینان از اینکه ملاحظات منطقی و معقول حفاظت از محیط‌زیست را نیز در بر دارد، متعادل می‌سازد.^{۴۲}

تعداد قابل‌توجهی از حقوق‌دانان، دیدگاه اکثریت را از این جهت نقد می‌کنند که در مقایسه با رویکرد جامع قاضی ویر/ماتتری، درک کاملی از مفهوم توسعه پایدار نداشته‌اند.^{۴۳} بدون شک، دیدگاه این قاضی از مقبولیت گسترده برخوردار بوده و اغلب دولت‌ها و سازمان‌های غیردولتی برای ارائه مفهوم موسعی از اصل توسعه پایدار، آن را نقل می‌کنند.^{۴۴} به‌عنوان مثال، از این مفهوم موسع در یکی از دعاوی در دادگاه بین‌المللی حقوق دریا استفاده شد و برداشتی موسع در خصوص حمایت از محیط‌زیست ارائه شد.^{۴۵} یک قاضی استرالیایی این رویکرد را شاهکار توصیف

37. Ibid., pp. 96, 100-105, 109-110.

38. Ibid., p. 91.

39. Ibid.

40. Ibid.

41. A-Khavari and Rothwell, op. cit., No. 23, p. 524.

42. Separate Opinion, op. cit., No. 6, p. 92.

43. Vaughan Lowe, "Sustainable Development and Unsustainable Arguments", in A. Boyle and D. Freestone, (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, 1999, pp. 19-21.

44. Claudia Marques and Catherine Tinke, "The Water Giant Awakes: An Overview of Water Law in Brazil", 83 *Texas Law Review*, 2005, p. 2185.

45. *Transcript of Proceedings, Case Concerning Land Reclamation by Singapore (Malaysia v Singapore)*, The International Tribunal for the Law of the Sea, 27 November 2003, <<http://www.itlos.org>> at 25 March 2012.

در قضیه مربوط به گسترش سرزمین (Land Reclamation) (دعوی مالزی علیه سنگاپور) در خصوص پروژه گسترش سرزمین در داخل و اطراف تنگه‌های جهور، مالزی معتقد بود که اقدامات سنگاپور، تهدیداتی جدی متوجه محیط‌زیست دریایی منطقه کرده و خساراتی را نیز به بار آورده است و در نتیجه سنگاپور مکلف به انجام ارزیابی زیست‌محیطی و نیز اعلام انجام اقدامات و همفکری با مالزی بوده است. اگرچه دادگاه بین‌المللی حقوق دریا درخواست مالزی برای اتخاذ اقدامات احتیاطی را رد کرد، اما ضرورت ارزیابی اثرات زیست‌محیطی را که در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست و تحت تأثیر رویه موجود در خصوص پروژه‌های توسعه‌ای عمرانی عظیم پذیرفته شده است در تصمیم خود تصدیق و اعلام کرد که رویه موجود مبین ضرورت ارزیابی اثرات زیست‌محیطی است. این ارزیابی فرایند رسمی است که باید برای پیش‌بینی پیامدهای زیست‌محیطی مثبت یا

کرده است که باید به‌عنوان یکی از منابع الزامی مطالعه برای تمام قضات سراسر آسیای جنوب شرقی در نظر گرفته شود تا مشوقی برای اقدام قضایی در جهت «توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست» باشد.^{۴۶} علاوه بر این، دیدگاه قاضی ویرامانتری به‌طور کامل در خلاصه آرای قضایی مرتبط با محیط‌زیست در برنامه محیط‌زیست سازمان ملل گنجانده شد.^{۴۷} این خلاصه، در پاسخ به درخواست‌های بیش از یک‌صد کشور برای کسب راهنمایی در مورد هنجارهای زیست‌محیطی در حال ظهور تهیه شده بود. این موارد استفاده از دیدگاه قاضی ویرامانتری نشان می‌دهد که این دیدگاه در ارائه رویکردی پیشرو نسبت به توسعه پایدار مؤثر بوده است.

گنجانیدن مفهوم توسعه پایدار در حوزه حقوق بشر توسط ویرامانتری از دیدگاه بیشتر صاحب‌نظران، موجب افزایش باورپذیری مباحث مربوط به حقوق محیط‌زیست شده است.^{۴۸} در استرالیا حداقل یکی از قضات آن کشور که در نوشته‌های خود بر امکان انجام اقدامات بین‌المللی جهت تأمین حق بهره‌مندی از محیط‌زیست پاک و تأثیرگذاری بر قوانین استرالیا تأکید کرده، این موضوع را به رسمیت شناخته است.^{۴۹}

در سطح ملی و در ایالات متحده، دو دادگاه به دیدگاه قاضی ویرامانتری در قضیه گابچیکوو استناد کرده‌اند. در اولین پرونده، از این دیدگاه به‌عنوان سند وجود حق حیات که ممکن است بر اثر خسارات زیست‌محیطی آسیب ببیند، استفاده شد.^{۵۰} در پرونده دوم نیز از این دیدگاه به‌عنوان مبنایی استفاده شد تا از شناسایی یکی از ابعاد حقوق بشر با عنوان حق بهره‌مندی از محیط‌زیست پاک در کنار حق حیات، سلامت و توسعه پایدار حمایت کند.^{۵۱} درحالی‌که در هر دو پرونده، حقوق مطرح‌شده طبق آرای دادگاه‌ها از چنان قطعیت کافی در حقوق بین‌الملل برخوردار نبود تا به قاعده عرفی مبدل شود،^{۵۲} نکته حائز اهمیت این است که از دیدگاه قاضی ویرامانتری در دعوای

منفی طرح، سیاست، برنامه یا پروژه، قبل از تصمیم به حرکت یا انجام اقدام پیشنهادی انجام پذیرد. به این ترتیب، دادگاه بین‌المللی حقوق دریاها برای اولین بار با ارائه برداشتی موسع از حمایت‌های محیط‌زیستی، ضرورت انجام ارزیابی اثرات زیست‌محیطی توسط دولت خوانده را به‌عنوان تعهد بین‌المللی به رسمیت شناخت.

46. Justice Paul Stein, "Major Issues Confronting the Judiciary in the Adjudication of Cases in the Area of Environment and Development", *The South-East Asian Regional Symposium on the Judiciary and the Law of Sustainable Development*, March 6 1999, <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/pages/SCO_speech_stein_060399> at 25 March 2012.

47. UNEP, *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment Related Cases* (2004), <<http://supremecourt.intnet.mu/entry/UNEP/UNEP%20Compendium%20of%20Summaries%20of%20Judgements%20in%20Environment-related%20Cases.pdf>> 25 March 2012.

48. Jennifer Cassel, "Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs", 6 *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2007, p. 69.

49. *Ibid.*, p. 45.

50. *Sarei and Others v. Rio Tinto Plc.*, 2002, 221 F. Supp 2 d 1116, 1157.

51. *Flores and Others v. Southern Peru Copper Corporation*, 2002, 253 F. Supp 2d 510, p. 520.

52. *Flores*, *supra* note 52 at 520; *Sarei*, *supra* note 51 at 1158.

حقوقی در دادگاه‌های داخلی جهت حمایت از وجود حقوق محیط‌زیست، استفاده می‌شود. این مسئله نشان‌دهنده پذیرش رو به رشد این حق در نظام حقوق داخلی و در نتیجه، توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در پرتو دیدگاه‌های قاضی *ویرامانتری* است.

با وجود این، بحث مفصل قاضی *ویرامانتری* در رابطه با جایگاه توسعه پایدار در حقوق بین‌الملل، به اندازه دیدگاه‌های او درباره حقوق محیط‌زیست، تأثیرگذار نبود. هم اکثریت قضات و هم قاضی *ویرامانتری* در این خصوص اتفاق نظر داشتند که توسعه پایدار، مستلزم ادغام توسعه اقتصادی با حفاظت از محیط‌زیست است. اما درحالی که اکثریت، آن را «تنها یک مفهوم» تصور می‌کردند، قاضی *ویرامانتری* آشکارا آن را به عنوان یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی معرفی کرد. درحالی که دیدگاه وی حامیانی دارد،^{۵۳} بسیاری از تلقی او از توسعه پایدار به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی انتقاد کرده‌اند.^{۵۴} مهم‌ترین انتقاد مخالفان این است که توسعه پایدار از ارزش هنجاری کافی برخوردار نیست تا بتوان آن را بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی به شمار آورد.^{۵۵} با توجه به اینکه هیچ‌گاه از توسعه پایدار، به عنوان استاندارد برای تعیین این موضوع که آیا کشورها به صورت ناپایدار عمل کرده‌اند استفاده نمی‌شود، این دیدگاه از حمایت بیشتری برخوردار شده است.^{۵۶}

درواقع در ارزیابی پروژه‌های عمرانی و صنعتی باید به طور گسترده از اصل توسعه پایدار استفاده شود.^{۵۷} به معنای دقیق کلمه، منطقی است که گفته شود «اگرچه ممکن است رعایت مؤلفه‌های توسعه پایدار در نظام حقوق بین‌الملل الزامی نباشد، دولت‌ها ملزم‌اند که در نتیجه فرایند برنامه‌های مربوط به توسعه، به ارتقای توسعه پایدار توجه داشته باشند».^{۵۸} در این مفهوم می‌توان توسعه پایدار را هنجاری الزام‌آور با منطبق عملی قلمداد کرد که باید به کار گرفته شود تا تعارضات احتمالی میان هنجارهای اولیه توسعه و حفاظت از محیط‌زیست، حل و فصل شود.^{۵۹} اگر تلقی قاضی *ویرامانتری* از توسعه پایدار به عنوان هنجاری قانونی در پرتو این دیدگاه تفسیر شود، از لحاظ ماهوی چندان تفاوتی با دیدگاه اکثریت نخواهد داشت.^{۶۰} در نتیجه، هم از نگاه اکثریت قضات دیوان و هم از منظر قاضی *ویرامانتری*، از توسعه پایدار به عنوان رویکردی به تصمیم‌گیری

53. Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2nd ed, 2003, p. 254.

54. Boyle and Freestone, *op. cit.*, No. 29, p. 16.

55. Atapattu, *op. cit.*, No. 28, p. 159.

56. Lowe, *op. cit.*, No. 44, p. 23.

57. Atapattu, *op. cit.*, No. 28, p. 160.

58. Boyle and Freestone, *op. cit.*, No. 29, p. 17.

59. Alhaji Marong, "From Rio to Johannesburg: The Role of International Legal Norms in Sustainable Development", 16 *Georgetown International Environmental Law Review*, 2003, pp. 21, 29.

60. *Ibid.*, p. 44.

استفاده می‌شود که در تدوین برنامه‌های توسعه اقتصادی باید حفاظت از محیط‌زیست را به‌عنوان مؤلفه در نظر داشت.

دیوان عالی سریلانکا به پیروی از رهیافت قاضی *ویرامانتری* که توسعه پایدار را قاعده‌ای عرفی در نظام حقوق بین‌الملل تلقی کرده است، به لزوم حفاظت از محیط‌زیست به‌عنوان «بخشی اساسی از فرایند توسعه» اشاره دارد و این مسئله را در ارتباط با یک موافقت‌نامه معدن‌کاری پیشنهادی مطرح کرد: «باید به اصل کلی گنجانده‌شده در عبارت توسعه پایدار از سوی مسئولان توجه کافی شود».^{۶۱} دادگاه به‌طور گسترده‌ای به دیدگاه قاضی *ویرامانتری* استناد^{۶۲} و بر پذیرش جایگاه هنجاری این اصل در نظام حقوق داخلی سریلانکا تأکید کرد.^{۶۳} دیوان عالی آفریقای جنوبی نیز در تعیین اینکه آیا اقدام اجرایی در لغو یک مجوز توسعه، غیرمنطقی بوده است یا خیر به قضیه *گابچیکوو* استناد کرد.^{۶۴} با ارجاع به نظرات قاضی *ویرامانتری*، دادگاه اظهار داشت: «توسعه پایدار، تشکیل‌دهنده بخشی اساسی از حقوق بین‌الملل نوین بوده و آثار متناقض توسعه و حفاظت از محیط‌زیست را به تعادل خواهد رساند».^{۶۵}

در هر دو پرونده، دادگاه‌های مربوطه پذیرفتند که توسعه پایدار، اصل عرفی است که مستلزم ادغام قواعد و ملاحظات محیط‌زیست با توسعه است. البته از توسعه پایدار به‌عنوان رویکرد در تصمیم‌گیری و نه به‌عنوان معیار رفتار، استفاده شد. در پرونده اول، الزام از نوع توجه کافی به اصول توسعه پایدار توسط مسئولان بود.^{۶۶} اما در پرونده دوم لازم بود که اقدام اجرایی با آگاهی از طیف وسیعی از ملاحظات در الگوی توسعه پایدار صورت پذیرد.^{۶۷}

در پرونده‌های دیگر در سطوح داخلی و بین‌المللی، تنها به رهیافت اکثریت قضات دیوان استناد شده، اما نتایج مشابهی به دست آمده است. از این‌رو در پرونده میگوی ایالات متحده، ارگان استیناف سازمان تجارت جهانی تأیید کرد که عموماً مفهوم توسعه پایدار به‌عنوان ادغام رعایت ملاحظات حفظ محیط‌زیست در توسعه اقتصادی پذیرفته شده است.^{۶۸} به‌صورت مشابه در یک داور بین‌المللی، هیئت داوران از مفهوم توسعه پایدار یاری گرفت تا در مورد «آنچه

61. *Tikiri Banda Bulankulama and Others v. Secretary, Ministry of Industrial Development* (2000) 3 SLR 243 at 274, 276 [Tikiri].

62. *Ibid.*, p. 278.

63. *Ibid.*, p. 274.

64. *BP Southern Africa (Pty) Ltd v MEC for Agriculture, Conservation, Environment and Land Affairs* [2004] JOL 12710, 1 (Claassen J) [BP].

65. *Ibid.*, p. 25.

66. Sumudu Atapattu, "Sustainable Development, Myth or Reality? A Survey of Sustainable Development under International and Sri Lankan Law", 14 *Georgetown International Environmental Law Review*, 2001, 296.

67. BP, *op. cit.*, No. 65, p. 35.

68. *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (1998) AB-1998-4, WT/DS58/AB/R (Appellate Body), 129.

می‌بایست و آنچه نمی‌بایست» در زمینه نزاع انجام گیرد، پاسخ‌هایی قطعی را بیان نکند بلکه فقط بپذیرد که محیط‌زیست و توسعه، مفاهیم اساسی است که یکدیگر را تقویت می‌کنند.^{۶۹} بدین ترتیب، در هر دو مورد، توسعه پایدار به‌عنوان ابزاری شکلی در ادغام دو مفهوم تلقی شده است نه به‌عنوان معیاری که بر اساس آن بتوان اقدامات کشورها را ارزیابی کرد.

دیوان عالی هنگ‌کنگ نیز در تعیین اینکه یک تصمیم‌گیرنده اداری، آن‌چنان‌که باید از اصل توسعه پایدار متابعت کرده است یا نه، به رهیافت اکثریت تکیه کرد. دیوان مذکور اظهار داشت: این مفهوم، به دادگاه امکان می‌دهد تا بین حفاظت از محیط‌زیست و ملاحظات توسعه، تعادلی برقرار کند ... رویکرد هیئت، نسبت به اقامه دعوی مجدد ... در پرتو این موضوع، به‌روشنی غیرقابل پذیرش است.^{۷۰}

مرور پیشینه تحقیق و آرای قضایی که از قضیه گابچیکوو بهره می‌گیرند نشان می‌دهد که در رابطه با توسعه پایدار، شیوه‌هایی که بر اساس آن، عقیده اکثریت و دیدگاه قاضی ویر/مانتری متعاقباً مورد استفاده قرار گرفت، تفاوت قابل توجهی ندارند. هر دو بر این نکته صحنه گذاشته‌اند که هدف از توسعه پایدار، ادغام ملاحظات اقتصادی با حفاظت از محیط‌زیست است. علاوه بر این، از توسعه پایدار، اعم از اینکه به‌عنوان عرف در نظر گرفته شود یا خیر، به‌صورت شکلی به‌عنوان «هنجار درون‌شبکه‌ای»^{۷۱} استفاده می‌شود تا تصمیم‌گیرندگان را برای دستیابی به نتیجه‌ای ترکیبی هدایت کند. بنابراین تأثیر توسعه پایدار، وابسته به این نیست که به‌عنوان قاعده‌ای عرفی تلقی شود،^{۷۲} بلکه تأیید آشکار این مفهوم توسط اکثریت اعضای دیوان یا قاضی ویر/مانتری به اندازه کافی تضمین می‌کند که این مفهوم، مسئله‌ای مهم در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست است.^{۷۳}

۲-۲. اصل اقدامات احتیاطی

اصل اقدامات احتیاطی که طبق دیدگاه اکثریت، از دستیابی به توسعه پایدار، جدانشدنی است،^{۷۴} در قضیه گابچیکوو، آن نقش مهمی را که از آن انتظار می‌رفت ایفا نکرد.^{۷۵} اکثریت در دلایل خود، سخنی از این اصل به میان نیاوردند و قاضی ویر/مانتری نیز صرفاً به‌طور تلویحی به آن

69. *Arbitration regarding the Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands)*, PCA, (2005), pp. 59-60, <http://www.pcacpa.Org/showpage.asp?pag_id=1155>at 25 March 2012.

70. *Society for the Protection of the Harbour Ltd v. Town Planning Board*, 2003, pp. 86-87.

71. *Interstitial Norm*

72. Boyle and Freestone, *op. cit.*, No. 29, p. 11.

73. A-Khavari and Rothwell, *op. cit.*, No. 23, p. 527.

74. Boyle and Freestone, *op. cit.*, No. 29, p. 9.

75. Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International, 2002, p. 162.

اشاره کرد.^{۷۶} لذا این کم‌توجهی، تأثیر منفی قابل‌توجهی - اگرچه احتمالاً ناخواسته - را بر این اصل داشته است.

اصل اقدامات احتیاطی یکی از چند هنجار زیست‌محیطی در حال ظهور بود که مجارستان جهت اثبات مشروعیت فسخ معاهده از سوی این کشور به آن استناد کرد.^{۷۷} این کشور بر اصل اقدامات احتیاطی، خصوصاً در شکل کلاسیک آن تأکید می‌کرد و ادعا می‌کرد که حقوق بین‌الملل، کشورها را ملزم به انجام اقدامات احتیاطی می‌کند تا آسیب به منابع فرامرزی خود را پیش‌بینی و از آن جلوگیری کرده یا آن را به حداقل رسانده و اثرات منفی آسیب‌ها را کاهش دهند. هنگامی که خطر وقوع آسیب‌های جدی یا جبران‌ناپذیر وجود دارد، نباید از عدم قطعیت علمی به‌عنوان دلیلی برای به‌تعویق‌انداختن چنین اقداماتی استفاده شود.^{۷۸}

اکثریت قضات دیوان به‌طور کلی پذیرفتند که در نظام حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، هنجارهای جدیدی ایجاد شده است.^{۷۹} همچنین دیوان پذیرفت که آمادگی و پیشگیری در حوزه حمایت‌های زیست‌محیطی ضروری است.^{۸۰} بیان چنین اظهاراتی می‌تواند حاکی از این باشد که دیوان به‌طور کلی حامی اصل اقدامات احتیاطی است.^{۸۱} اما برخلاف مجارستان، اکثریت قضات، به‌صراحت اشاره‌ای به اصل اقدامات احتیاطی نکردند چه برسد به اینکه بخواهند جایگاهی برای آن در نظر گرفته یا حتی آن را اجرایی کنند. این عدم توجه به اصل اقدامات احتیاطی در استدلال دیوان، از دو جنبه، تأثیر منفی بر این اصل گذاشته است:

اول اینکه همین عدم توفیق اکثریت در تبیین مناسب جایگاه اصل اقدامات احتیاطی، موجب عدم اطمینان شده و توسعه این اصل را در سطح بین‌المللی متوقف می‌کند.^{۸۲} از این رو به‌عنوان مثال، در قضیه گوشت‌های هورمونی و فراورده‌های گوشتی هورمونی جامعه اروپایی، هنگامی که جامعه اروپا استدلال کرد که اصل اقدامات احتیاطی به قاعده‌ای عرفی در حقوق بین‌الملل تبدیل شده است، ارگان استیناف سازمان جهانی تجارت با استناد به عدم توفیق دیوان بین‌المللی دادگستری در استناد به این اصل در قضیه گابچیکوو اظهار داشت که پذیرش این اصل به‌عنوان قاعده عرفی، نشانه بی‌تدبیری است.^{۸۳} این استدلال در پرونده زیست‌فناوری جوامع اروپایی تکرار

۷۶. جهت آگاهی بیشتر در این خصوص به بحث مربوط به مفهوم ارزیابی اثرات زیست‌محیطی مراجعه شود.

۷۷. See Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary v. Slovakia*) "Memorial of Hungary", vol. 1 [10.94] and "Counter-Memorial of Hungary", vol. 1 [4.24]; Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 62.

۷۸. *Application of the Republic of Hungary v. The Czech and Slovak Republic on the Diversion of the Danube River*, partially reproduced in: Trouwborst, *op. cit.*, No. 76, 163.

۷۹. Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 78.

۸۰. *Ibid.*

۸۱. Trouwborst, *op. cit.*, No. 76, p. 164.

۸۲. Sands, *op. cit.*, 1999, p. 39.

۸۳. European Communities- Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), 1998, AB-1997-4, WT/DS26/AB/R (Appellate Body), pp. 12-123.

شد که در آن هیئت به عدم هرگونه «رأی معتبر دادگاه یا دیوان بین‌المللی» در این خصوص اشاره کرد.^{۸۴} به‌طور مشابه در قضیه ماهی تن بلوفین جنوبی، دادگاه بین‌المللی حقوق دریا بر مبنای جایگاه اصل اقدامات احتیاطی حکم نکرد. یک قاضی دادگاه بین‌المللی حقوق دریا با توجه به اینکه دیگر دیوان‌های بین‌المللی از ارائه پاسخ اجتناب ورزیده بودند این امر را قابل‌درک دانست.^{۸۵}

عدم اجماع در دکترین نیز منعکس‌کننده این سردرگمی است. به‌عنوان مثال، کمیسیون حقوق بین‌الملل که اصلی‌ترین نهاد مسئول برای توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل است، درحالی‌که اظهار داشت اصل اقدامات احتیاطی با اقبال جهانی روبه‌رو شده است، با تصریح به عدم اظهارنظر دیوان درباره این اصل در قضیه گابچیکوو، درمورد اعلام آن به‌عنوان عرف، مردد بود.^{۸۶} درنتیجه تردیدی نیست که این قضیه، بر تمایل دیگر دادگاه‌ها و نهادهای بین‌المللی و به‌طور کلی بر نظام حقوق بین‌الملل محیط‌زیست برای استفاده از اصل اقدامات احتیاطی و توسعه آن، اثر منفی داشته است.^{۸۷} اگرچه دیوان ملزم به اعلام این اصل به‌عنوان قاعده عرفی نبود،^{۸۸} می‌توانست در اینجا که فرصت کاملاً مساعد بود، جایگاه این اصل را روشن کند.^{۸۹} ناتوانی دیوان در اعلام اصل اقدامات احتیاطی به‌عنوان قاعده عرفی، اثرات مخربی بر آن اصل داشت زیرا دیوان به‌عنوان ارگان قضایی سازمان ملل متحد، در موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی از چنان صلاحیت حقوقی برخوردار است که دیگر دادگاه‌ها و نهادها، علی‌القاعده تابع آن هستند. «واکنش زنجیره‌ای» نسبت به «فلج اقدامات احتیاطی» که برخی به‌طور کنایه، در اشاره به ناهماهنگی بین دادگاه‌ها می‌گویند،^{۹۰} باعث شده است که هیچ دادگاه دیگری تمایلی به صدور رأی بر مبنای

84. European Communities- Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (2006), WT/DS291/R (Panel), pp. 87-88.

85. Southern Bluefin Tuna Cases (Requests for Provisional Measures) (*New Zealand v. Japan; Australia v. Japan*), (Separate Opinion of Judge Treves), The International Tribunal for the Law of the Sea, 2001, <http://www.itlos.org/case_documents/2001/document_en_126.pdf> at 25 March 2012.

86. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Special Rapporteur), *Third Report on the Legal Regime for the Allocation of Loss in Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities*, 58th Session of the International Law Commission, 2006, UN Doc. A/CN.4/566.

87. Helene Trudeau and Celine Negre, "Precaution in Multilateral Environmental Agreements and Its Impact on the World Trading System", in M. Gehring and M. Segger (eds) *Sustainable Development in International Trade Law*, 2005, pp. 695, 616.

۸۸. البته استدلال‌های مستحکمی مبنی بر اینکه این اصل جایگاه عرفی دارد نیز وجود دارد.

۸۹. این دیدگاه در دکترین رایج است. جهت آگاهی بیشتر در این خصوص، ن.ک:

Owen McIntyre, "Case Law Analysis: Environmental Protection of International Rivers", 10(1) *Journal of Environmental Law*, 1998, p. 88.

90. Gilbert Guillaume, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for International Legal Order", Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations, 27 October 2000, <<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=85&p1=6&p2=1&search=gabcikovo>>, 25 March 2012.

جایگاه و محتوای عرفی اصل اقدامات احتیاطی نداشته باشد.^{۹۱} قابل‌پیش‌بینی است تا زمانی که فرصت برای دیوان جهت پرداختن به این موضوع حاصل نشود، دادگاه‌ها، کشورها و وکلای بین‌المللی سردرگم مانده و توسعه اصل اقدامات احتیاطی متوقف خواهد شد.

دومین تأثیر دیدگاه اکثریت بر اصل اقدامات احتیاطی از اهمیت و ظرافت بیشتری برخوردار است. مجارستان برای توجیه اقدام خود در فسخ معاهده با این ادعا که این طرح باعث ورود آسیب جدی به رودخانه دانوب می‌شود به «ضرورت حمایت از محیط‌زیست» استناد کرد.^{۹۲} دیوان برای اولین بار اعلام کرد که نگرانی دولت مجارستان درمورد محیط‌زیست آن کشور در آن منطقه که پروژه گابچیکو - ناگیماروس بر آن اثر منفی داشته می‌تواند به «منافع اساسی» آن کشور مربوط باشد و دفاع ضرورت، مندرج در ماده ۳۳ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت در آن خصوص مطرح شود و به پیروی از تفسیر کمیسیون درمورد آن ماده، خاطرنشان کرد که نمی‌توان «منفعت اساسی» دولت را به موضوع موجودیت دولت فروکاست بلکه دفاع از محیط‌زیست و رفع نگرانی‌های جدی در این ارتباط نیز می‌تواند «منفعت اساسی» هر دولت محسوب شود. دیوان به نقل از کمیسیون اضافه کرد «در دو دهه اخیر، حفاظت از قوانین محیط‌زیستی وارد قلمرو «منافع اساسی» دولت‌ها شده است.^{۹۳} اما دیوان معتقد بود که برای دفاع مبتنی بر ضرورت، می‌بایست منافع موردنظر در معرض «خطر جدی و قریب‌الوقوع» باشد. در واقع، دیوان خاطرنشان می‌کند که «قریب‌الوقوع‌بودن»، فراتر از «امکان» است و وجود تهدید باید حتمی و عملی باشد.^{۹۴} اما در شرایطی همچون شرایط مجارستان، آسیب زیست‌محیطی در سال ۱۹۸۹ قطعی نبود و اقدامات دولت مجارستان نیز تنها راه ممکن در پاسخ به آن خطر نبود.^{۹۵} لذا تشخیص وجود خطر احتمالی به‌تنهایی کافی نیست.^{۹۶} به‌علاوه، خطر موجود به اندازه کافی قریب‌الوقوع تلقی نشد.^{۹۷} درحالی‌که دیوان این احتمال را رد نکرد که خطر ایجادشده در بلندمدت را هم می‌توان قریب‌الوقوع تلقی کرد، اما می‌بایست این اطمینان به وجود آید که در آن مقطع زمانی که به مسئله ضرورت استناد می‌شود، «تحقق خطر در آینده، هرچند نسبت به آینده است، در هر صورت، اگر الآن در مقابل آن اقدام نشود، وقوع آن، حتمی یا اجتناب‌ناپذیر خواهد بود،»^{۹۸}

91. Trouwborst, *op. cit.*, No. 76, p. 177.

92. Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 35.

93. *Ibid.*, p. 54.

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

به‌علاوه ن.ک:

Daniel Dobos, "The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle", 13 *Fordham Environmental Law Journal*, 2002, pp. 375, 381.

دیوان اعلام کرد که استناد مجارستان به دفاع، ضرورت قانع‌کننده نیست، مگر آنکه آن کشور بتواند ثابت کند خطری جدی و قریب‌الوقوع در سال ۱۹۸۹ وجود داشته و اقدامات مجارستان، تنها راه ممکن در پاسخ به آن خطر بوده است. در واقع، این بخش از رأی که ظاهراً تنها به حقوق مسئولیت دولتها می‌پردازد - شاید به‌طور ناخواسته - به اصل اقدامات احتیاطی لطمه وارد می‌کند. دلیلش این است که اصل اقدامات احتیاطی چنین مقرر می‌دارد که اقدامات لازم برای پیشگیری از آسیب زیست‌محیطی، می‌بایست حتی پیش از آنکه سند علمی و قطعی مبنی بر وجود آسیب و خطر ارائه شود، صورت گیرد.^{۹۹} اما زمانی که مجارستان اظهار داشت شواهد علمی که ارائه می‌دهد دال بر وجود خطر آسیب جدی زیست‌محیطی است، این تهدید زیست‌محیطی به اندازه کافی قطعی تلقی نشد تا انجام اقدامات احتیاطی را توجیه کند.

احکام دیوان در رابطه با این مسئله، برای پرونده‌های زیست‌محیطی که در آن، موضوع ارائه مدارک علمی و قطعی شایع است، چالش‌برانگیز است.^{۱۰۰} خصوصاً زمانی که مانند قضیه گابچیکوو، آسیب پیش‌بینی شده، نتیجه برخی فرایندهای طبیعی نسبتاً کند باشد،^{۱۰۱} دفاع بر مبنای مبنای ضرورت، ظاهراً قابل قبول نخواهد بود مگر اینکه بتوان با قطعیت نشان داد که آسیب اتفاق خواهد افتاد.^{۱۰۲} از آنجا که به‌ندرت مدارک علمی دال بر وجود آسیب زیست‌محیطی قطعی است، حتی زمانی که موضوع اقدام احتیاطی مشروع مطرح باشد، ظاهراً فرصت انجام دفاع بر مبنای ضرورت زیست‌محیطی به وجود نخواهد آمد.^{۱۰۳} اما اصل اقدامات احتیاطی با وجود داشتن قابلیت برای کاهش شدت حکم صادره، حتی در رأی نهایی، ذکر هم نشد. این رویکرد دیوان که برای ممانعت از کاربرد اصل اقدامات احتیاطی، بیش از حد لزوم، سخت‌گیرانه است، در سال ۱۹۹۹ از جانب کمیسیون حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شد. پس از بررسی حقوق مسئولیت دولتها، دیوان خاطرنشان کرد که ضرورت «نمی‌بایست چنان سخت‌گیرانه تنظیم شود که طرف پرونده‌ای که به آن استناد می‌کند ناچار باشد ثابت کند که رویداد پیش‌بینی شده، بدون ذره‌ای تردید به وقوع خواهد پیوست».^{۱۰۴}

در خصوص این موضوع، دو اعتراض وارد است: اول اینکه رأی، هر تأثیری که بر اصل احتیاط گذاشته باشد، بر مبنای اعمال صحیح حقوق سخت‌گیرانه مسئولیت کشورها و نیز حقوق

99. David Freestone and Ellen Hey, "Origins and Development of the Precautionary Principle", in D. Freestone and E. Hey (eds) *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, 1996, p. 13.

100. *Ibid.*

101. Judgment, *op. cit.*, No. 12, p. 44.

102. Atapattu, *op. cit.*, No. 28.

103. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 336.

104. International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of Its Fifty First Session*, GAOR, 54th Session, Supp. No. 10, UN Doc. A/54/10, 1999, 377.

معاهدات صادر شده است،^{۱۰۵} چه آنکه در ماده ۳۳ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها که به موضوع ضرورت اختصاص دارد، از آن به‌عنوان نوعی دفاع نام برده شده است که می‌بایست به‌صورت قاعده‌ای استثنایی تفسیر شود و اصولاً در متن ماده آمده است که دولت‌ها در عدم انجام تعهدات بین‌المللی خود نمی‌توانند به ضرورت استناد کنند مگر آنکه برای رفع خطری قریب‌الوقوع باشد. در واقع، از آنجاکه در موقع صدور رأی، هنوز طرح مسئولیت به تصویب نهایی کمیسیون نرسیده بود (طرح مسئولیت در سال ۲۰۰۱ به تصویب کمیسیون رسید) دیوان محتاط بود که برخلاف رویکرد کمیسیون عمل نکند و بر آن بود که از دفاع ضرورت، تفسیر مضیقی به عمل آورد. اما به نظر می‌رسد که بتوان انجام اقدامات احتیاطی در حوزه پیشگیری از آسیب‌های محیط‌زیستی را موسع تفسیر کرد،^{۱۰۶} چه آنکه کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز خاطرنشان کرده است که پیشرفت‌ها در حوزه حفاظت از محیط‌زیست، در دو دهه اخیر، فزونی یافته است.^{۱۰۷} درحقیقت، جایگاه و موقعیت اصل اقدامات احتیاطی در زمان بروز اختلاف گابچیکو در حال نشو و نما بود^{۱۰۸} و در دکتترین، رویکرد قابل‌توجهی جهت پذیرش این اصل به‌عنوان قاعده عرفی وجود داشت^{۱۰۹} و روند حمایت از این اصل در سال‌های پس از طرح قضیه گابچیکو نیز پررنگ‌تر شد.^{۱۱۰} البته دیوان در حوزه‌ای که اصل اقدامات احتیاطی می‌توانست مرتبط با موضوع دعوا باشد، هیچ اشاره‌ای به آن نکرد.^{۱۱۱} بی‌شک، نگرانی‌ها در رابطه با سوءاستفاده احتمالی از مسئله عدم قطعیت علمی برای خودداری از اجرای تعهدات معاهده قابل‌درک است^{۱۱۲} اما با توجه به قوت این بحث که اصل اقدامات احتیاطی را می‌توان قاعده‌ای عرفی تلقی کرد، هم در رابطه با مسئله قطعیت و هم در ارتباط با صحت استدلال‌های مطرح‌شده در دعوا می‌بایست به آن توجه کافی

105. A. Salman (ed), "Groundwater: Legal and Policy Perspectives: Proceedings of a World Bank Seminar", *World Bank Technical Paper*, No. 456, 1999, 149. <http://www.wds.worldbank.org/servert/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/12/30/000094946_99122006354976/Rendered/INDEX/multi_page.txt> 25 March 2012.

۱۰۶. به‌عنوان مثال می‌توان به استدلال‌های دیوان در نظریه مشورتی سال ۲۰۰۴ در خصوص احداث دیوار حائل توسط اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین مراجعه کرد.

107. Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", in M. Evans (ed) *International Law*, 2003, pp. 117, 136.

108. Philippe Sands, "Environmental Protection in the Twenty First Century: Sustainable Development and International Law", in R. Revesz, P. Sands and R. Stewart (eds) *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, 2000, pp. 369, 384.

109. Owen McIntyre and Thomas Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law 9(2) *Journal of Environmental Law*, 1997, pp. 221, 235.

۱۱۰. برای بررسی بیشتر، ن.ک:

Trouwborst, *op. cit.*, n 76, particularly at pp. 272 - 275.

111. Philippe Sands, "International Environmental Litigation and its Future", 32 *University of Richmond Law Review*, 1999, pp. 16, 19. And; Russell Unger, "Brandishing the Precautionary Principle Through the Alien Tort Claims Act", 9 *New York University Environmental Law Journal*, 2001, pp. 638, 655.

112. Dobos, *op. cit.*, No. 99, p. 397.

بشود.

دومین اعتراض قابل طرح این است که اصولاً اصل اقدامات احتیاطی در حقوق داخلی حائز اهمیت است. با توجه به اینکه در این حوزه، مسئولیت کشورها موضوعی نامرتبط است، می‌توان استدلال کرد که نگرانی درمورد اینکه رأی اکثریت بر کاربرد اصل احتیاط، تأثیر خواهد گذاشت، بی‌اساس است. اما حداقل در یک پرونده در استرالیا، به دیدگاه‌های اکثریت در رابطه با ضرورت زیست‌محیطی در هنگام به‌کارگیری اصل احتیاط طبق قانون داخلی استناد شده است.^{۱۱۳} درحالی که شاید هیچ تفاوتی در نتیجه پرونده به‌وجود نیاید، همین واقعیت که دیدگاه اکثریت در رابطه با ضرورت، مرتبط تلقی می‌شود، بنا به دلایل فوق‌الذکر باعث ایجاد نگرانی خواهد شد. گروهی معتقدند که تأثیر پرونده گابچیکوو در توسعه اصل اقدامات احتیاطی از دو جهت منفی است.^{۱۱۴} اول اینکه همین عدم توفیق دیوان در استناد به این اصل موجب ممانعت از توسعه بین‌المللی این اصل شده است و دوم اینکه آرای دیوان در رابطه با قاعده ضرورت، باعث آغاز روندی خطرناک به این سمت شده که با استناد به مقررات موجود در حقوق مسئولیت کشورها، قواعد حمایت از محیط‌زیست نادیده گرفته شود.

۲-۳. ارزیابی اثرات زیست‌محیطی

اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی که معمولاً، هم به‌عنوان عنصر شکلی ضروری در دستیابی به توسعه پایدار قلمداد می‌شود^{۱۱۵} و هم یکی از جنبه‌های قابل توجه (ماهوی) به‌کارگیری اقدامات احتیاطی است^{۱۱۶} نیز در قضیه گابچیکوو مورد بحث قرار گرفت. این قضیه، برخلاف تأثیر منفی‌اش بر اصل اقدامات احتیاطی، در بحث اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی، تأثیری مثبت بر توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست داشته است.

بر اساس تلقی عمومی، اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به مطالعاتی اشاره دارد که به بررسی تأثیرات نامطلوب یک پروژه خاص بر محیط‌زیست می‌پردازد.^{۱۱۷} هرچند دیوان به‌طور آشکار این اصل را تبیین نکرد، خاطرنشان ساخت که معاهده ۱۹۷۷ حاوی شرایطی است که می‌بایست در جهت جلوگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی، گام‌هایی برداشته شود و اضافه کرد: «آگاهی از آسیب‌پذیری محیط‌زیست و پذیرش اینکه خطرات زیست‌محیطی می‌بایست به‌طور

113. *Telstra Corporation Ltd v. Hornsby Shire Council* (2006) 146 LGERA 10, 40 (Preston CJ and Brown C).

114. See Trudeau and Negre, *op. cit.*, No. 88, p. 611.

115. Boyle and Freestone, *op. cit.*, No. 29, p. 9.

116. McIntyre and Mosedale, *op. cit.*, No. 110, p. 238.

117. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 310.

پیوسته ارزیابی شود، در سال‌های پس از انعقاد معاهده بسیار بالاتر رفته است.^{۱۱۸} همچنین دیوان خاطرنشان می‌کند که طرفین دعوا نیز بر این امر اذعان دارند که می‌بایست نگرانی‌های زیست‌محیطی را به‌جد ملاحظه کرد و اقدامات احتیاطی لازم را به‌عمل آورد اما آن‌ها در خصوص آثار این اقدامات بر پروژه مشترک، شدیداً اختلاف‌نظر دارند.^{۱۱۹} در این رابطه، دخالت طرف ثالث در نزدیک‌تر کردن نظرات طرفین به هم و یافتن راه‌حل مطلوب - به شرط آنکه طرفین، موضعی منطقی داشته باشند - بسیار مفید خواهد بود.^{۱۲۰}

درحالی‌که می‌توان این عبارات را استنادی به اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی برشمرد،^{۱۲۱} دیوان این موضوع را به‌گونه‌ای مبهم بدون ارائه توضیحی در رابطه با مبنای حقوقی آن مطرح می‌کند.^{۱۲۲} اما درحالی‌که قضاوت اکثریت، دچار مقداری عدم قطعیت شده است، آن‌چنان‌که بر اصل اقدامات احتیاطی تأثیر منفی گذاشته، بر اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی اثر نامطلوب نداشته است. شاید دلیل‌اش این باشد که شرایط پرونده، امکان بحث گسترده را درمورد اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی فراهم نمی‌کرد؛ بدین معنا که عدم حضور آن در استدلال‌های اکثریت، چندان شگفت‌آور نبود. در بدترین حالت، رأی دادگاه، ناکارآمد تلقی شده^{۱۲۳} و در بهترین حالت، این رأی به‌جای اینکه آسیبی جدی به آن وارد کند، موجب بهبود توسعه اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی شده است. اما قاضی ویر/ماتتری به‌طور نسبتاً مفصل به بحث درمورد اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی پرداخت. وی استدلال کرد که معاهدات باید بدون توجه به تاریخ امضا، مطابق با مقررات زیست‌محیطی نوین تفسیر شود.^{۱۲۴} بر این اساس وی پیشنهاد کرد: «حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در مرحله کنونی توسعه خود قادر است در معاهداتی که به لحاظ منطقی تأثیر چشمگیری بر محیط‌زیست دارند، مسئولیت ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی را بگنجاند».^{۱۲۵}

این دیدگاه از دو جنبه حائز اهمیت است: اول اینکه قاضی ویر/ماتتری چارچوب تعهدات را طوری تنظیم کرده که اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به‌عنوان «کاربردی ویژه از اصل احتیاط عمومی وسیع‌تر به اجرا درآید»^{۱۲۶} و بدین ترتیب، برداشت خود را این‌گونه مطرح کرد که هم اصل

118. Judgment, *op. cit.*, p. 112.

119. *Ibid.*, 113.

120. *Ibid.*, 113.

121. Stec, *op. cit.*, No. 5, p. 364.

122. Atapattu, *op. cit.*, No. 28, p. 341.

123. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 345.

124. *Ibid.*, p. 348.

125. Separate Opinion, *op. cit.*, No. 6, p. 112.

126. *Ibid.*, p. 113.

اقدامات احتیاطی و هم اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی از جایگاه حقوقی برخوردارند. دوم اینکه او به اصل ارزیابی پیوسته تأثیرات زیست‌محیطی^{۱۲۷} به‌عنوان جنبه‌ای مهم از حقوق بین‌الملل اشاره کرد.^{۱۲۸} شرطی که قاضی *ویر/مانتری* طبق این اصل مقرر کرد، چیزی بیش از ارزیابی قبل از آغاز طرح، بلکه ارزیابی پیوسته در طول دوره اجرای طرح بود به این منظور که هرگونه پیامد زیست‌محیطی غیرمنتظره را پیش‌بینی کند.^{۱۲۹}

آن جنبه از دیدگاه قاضی *ویر/مانتری* که به مسئله ارزیابی اثرات زیست‌محیطی می‌پردازد ظاهراً تأثیر کمتری نسبت به آن جنبه‌ای دارد که بیشتر به موضوع توسعه پایدار می‌پردازد. به‌عنوان مثال، هیچ دادگاه بین‌المللی یا داخلی به‌طور آشکار به این جنبه از دیدگاه وی استناد نکرده است مگر در جایی که این نیاز وجود داشته که معاهدات در پرتو هنجارها و اصول نوین تفسیر شود.^{۱۳۰} شایان ذکر است که یک هیئت داورى که قاضی هیگینز رئیس اسبق دیوان بین‌المللی دادگستری ریاست آن را بر عهده داشت در سال ۲۰۰۵ اعلام کرد که به‌عنوان اصل کلی حقوقی، درمورد کاهش آسیب‌های زیست‌محیطی ناشی از طرح‌های توسعه‌ای که ممکن است تأثیرات نامطلوب زیست‌محیطی قابل‌توجه داشته باشد، مسئولیت وجود دارد.^{۱۳۱} با درنظرگرفتن اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به‌عنوان موضوعی اساسی در پیشگیری و کاهش آسیب‌ها، این رأی تلویحاً بر دیدگاه قاضی *ویر/مانتری* که این اصل را در حقوق بین‌الملل، قاعده آمره می‌دانست، صحنه می‌گذارد. ولی جای بسی شگفتی است که هیچ اشاره‌ای به دیدگاه وی نشده است.

اما دو جنبه کلیدی از دیدگاه قاضی *ویر/مانتری*، حتی بدون تأیید صریح در رأی قضایی، بر سیاست دولت‌ها، رویه نهادهای بین‌المللی و دکترین تأثیر گذاشته است.

ارزیابی تأثیر یک دیدگاه بر اقدامات کشورها دشوار است زیرا دولت‌ها به‌ندرت برای تصمیم‌گیری‌های سیاسی خودشان، مبنای حقوقی بین‌المللی ذکر می‌کنند. بدون تردید، این انتظار، منطقی است که توسعه اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی از طریق اعلام رسمی جایگاه عرفی برای آن، تأثیری اساسی بر اقدام ملی یک‌صد یا بیش از یک‌صد کشور داشته باشد که دارای مقررات حقوقی جهت اعمال اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی هستند.^{۱۳۲} این مسئله از اقداماتی ناشی می‌شود که نشان می‌دهد درحالی‌که تعهد به اجرای اصل ارزیابی اثرات

127. Atapattu, *op. cit.*, No. 28, p. 305.

128. Separate Opinion, *op. cit.*, No. 6, p. 111.

129. *Ibid.*

130. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 310.

131. Atapattu, *op. cit.*, No. 28, p. 302.

132. Markus Gehring and Marie Claire Cordonier Segger, "Sustainable Development through Process in World Trade Law", in M. Gehring and M. Segger (eds) *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005, pp. 189, 195.

زیست‌محیطی در ابتدا در بُعد ملی بروز کرده است، هنجارهای اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی بین‌المللی به تدریج به سوی حقوق بین‌المللی سوق داده شده است.^{۱۳۳} در واقع، چندین دولت از زمان وقوع قضیه گابچیکو، آمادگی خود را برای توسعه بیشتر اجرای اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی اعلام کرده‌اند.^{۱۳۴}

اگرچه معمولاً در نظر گرفتن رابطه‌ای سببی بین این رأی و توسعه سیاست‌گذاری‌های کشورها دشوار است، یکی از نمونه‌هایی که در آن رأی گابچیکو تأثیر قابل‌توجهی بر اقدام یک کشور داشته است، آفریقای جنوبی است. یک سند ارجاع که وزارت گردشگری و امور زیست‌محیطی با عنوان ارزیابی‌های زیست‌محیطی برای موافقت‌نامه‌های بین‌المللی منتشر کرد، نقش خود را «راهنمایی برای اعمال حقوق بین‌الملل مبنی بر انجام ارزیابی‌های زیست‌محیطی» برمی‌شمارد که حقوق داخلی آفریقای جنوبی تحت تأثیر آن قرار گرفته است.^{۱۳۵} دیدگاه قاضی ویرامانتری در ارتباط با اصل ارزیابی پیوسته اثرات زیست‌محیطی مورد استناد قرار گرفته و گزارش منتشر شده در این رابطه خاطر نشان می‌کند که این اصل، «مسئولیت نظارت بر تأثیرات زیست‌محیطی هر پروژه مهم را در طول زمان اجرای طرح، چه صراحتاً در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی زیست‌محیطی قید شده و چه نشده باشد»، الزامی می‌داند.^{۱۳۶} این گزارش که نمونه نادر از پذیرش رأی یک محکمه قضایی بین‌المللی در سطح داخلی است، حداقل در یک مورد نشان می‌دهد که دیدگاه قاضی ویرامانتری بر درک حقوقی و شکل‌گیری سیاست داخلی دولتی تأثیر گذاشته است.

همچنین رأی گابچیکو بر رویه نهادهای بین‌المللی نیز تأثیر داشته است. به عنوان مثال، کمیسیون حقوق بین‌الملل به رأی اکثریت استناد می‌کند اما بدون شک، توضیحات مبسوط ویرامانتری نیز در هنگام اشاره به تعهد عرفی «نظارت پیوسته بر فعالیت‌های پرخطر» بر آن تأثیر داشته است.^{۱۳۷} بانک جهانی نیز به این رأی توجه کرده و مشاوران عالی آن در زمینه حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، به دیدگاه قاضی ویرامانتری به عنوان دلیلی بر جایگاه عرفی اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی استناد می‌کنند.^{۱۳۸}

در نهایت، دکتین از دو جنبه کلیدی، دیدگاه قاضی ویرامانتری را حائز اهمیت می‌شمارد: اول

133. *Ibid.*, p. 194.

134. Marie Claire CordonierSegger, "Negotiating Sustainable Development in the Free Trade Area of the Americas?", in M. Gehring and M. Segger (eds) *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005, pp. 461, 483.

135. James Cross and Reuben Heydenrych, "Environmental Assessments for International Agreements", *Integrated Environmental Management Information Series* 19, 2005, p. 4.

136. *Ibid.*, p. 7.

137. Rao, *op. cit.*, No. 87, p. 31.

138. Charles Di Leva, *Legal Foundation of SEA*, online: World Bank, <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/121380/m1_leva.pdf> 25 March 2012.

اینکه در رابطه با تعهد به اجرای اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی به‌عنوان دلیلی بر جایگاه عرفی این اصل، به دیدگاه او استناد می‌شود^{۱۳۹} و با توجه به اینکه تعهد به اجرای اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی، فرع بر اصل احتیاط تلقی می‌شود،^{۱۴۰} این احتمال که هر دوی این اصول در نهایت به‌عنوان قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تلقی شوند، افزایش خواهد یافت.

دوم اینکه دیدگاه قاضی ویرامنتری در توضیح مفهوم اصل ارزیابی پیوسته اثرات زیست‌محیطی به‌صورت الزام به نظارت بر پروژه‌هایی که احتمال تأثیرات زیست‌محیطی قابل توجهی برای آن‌ها وجود دارد، حائز اهمیت تلقی می‌شود.^{۱۴۱} بسیاری از حقوق‌دانان بر اهمیت دیدگاه‌های قاضی ویرامنتری در رابطه با اصل ارزیابی پیوسته اثرات زیست‌محیطی تأکید دارند و آن را راهنمای اعمال قوانین مبهم داخلی می‌دانند.^{۱۴۲} بدین ترتیب، علاوه بر اقدامات کشورها و سازمان‌ها، دکتین نیز بر اینکه قضیه گابچیکوو در توسعه اصل ارزیابی اثرات زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست حائز اهمیت بوده است تأکید می‌کند.

نتیجه

رای قضیه گابچیکوو بدون شک، انتظارات کسانی را که می‌خواستند دیوان، مقتدرانه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست را تأیید کند برآورده نساخت. اما از بحث پیش‌گفته، دو نتیجه مهم قابل برداشت است: اول اینکه استناد گسترده دادگاه‌ها، کشورها، سازمان‌ها و دکتین داخلی و بین‌المللی به این قضیه، تأثیر چشمگیری بر توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست داشته است. دومین نتیجه هم این است که هم دیدگاه اکثریت و هم دیدگاه قاضی ویرامنتری به این تأثیر کمک کرده‌اند. از این رو اگر قضاوت دیوان به‌طور کلی فرصتی از دست‌رفته برای حقوق بین‌الملل محیط‌زیست تلقی شود، بیش از حد ساده‌انگارانه خواهد بود.^{۱۴۳} به همین اندازه باید مراقب بود که پذیرش کامل دیدگاه قاضی ویرامنتری موجب نشود که دیدگاه اکثریت، کم‌اهمیت پنداشته شود.^{۱۴۴}

برخلاف تصور رایج، حتی یک بار ارجاع اکثریت به مفهوم توسعه پایدار در محاکم قضایی داخلی و بین‌المللی نیز بسیار مؤثر بوده است. از سوی دیگر، دیدگاه قاضی ویرامنتری اگرچه

139. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 351.

140. Gehring and Segger, *op. cit.*, No. 133, p. 192.

141. Preiss, *op. cit.*, no. 7, pp. 350-351.

142. Justice Paul Stein, "Are Decision-Makers Too Cautious with the Precautionary Principle?", Speech delivered to the Land and Environment Court of New South Wales Annual Conference, 1999, 14-15 October, <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/pages/SCO_speech_stein_141099> 25 March 2012.

143. A-Khavari and Rothwell, *op. cit.*, No. 22, p. 509.

144. Preiss, *op. cit.*, No. 7, p. 351.

به‌عنوان دیدگاهی پیشرو قابل‌تحسین است، به همان اندازه که ستایش شده است با انتقاد هم روبه‌رو بوده است. در واقع، با اینکه در بررسی اولیه، ظاهراً دو دیدگاه، تفاوت گسترده‌ای با یکدیگر دارند، در نگاه‌های بعدی می‌توان دریافت که تأثیر نهایی این دو به‌طرز چشمگیری شبیه به یکدیگر است. شاید این‌طور به نظر برسد که دادگاه‌ها بیشتر به جنبه‌های جدیدتر دیدگاه قاضی *ویرامانتری* توجه نشان می‌دهند، اما در واقع، برداشت اکثریت و هنجار توسعه پایدار قاضی *ویرامانتری*، هر دو به‌عنوان رویکردی که برای تصمیم‌گیری، ملاحظات زیست‌محیطی را با توسعه اقتصادی در هم می‌آمیزد مورد استفاده قرار می‌گیرند.

تأثیر این قضیه بر اصل اقدامات احتیاطی، این اعتقاد را تقویت می‌کند که قضاوت دیوان، یک فرصت از دست‌رفته زیان‌بار بوده است. عدم توفیق دیوان در تعیین جایگاه این اصل، هم در دادگاه‌های بین‌المللی و هم در محافل دانشگاهی، باعث سردرگمی و عدم قطعیت شده است. در نهایت، در رابطه با قاعده ارزیابی اثرات زیست‌محیطی، دیدگاه قاضی *ویرامانتری* با کمک دیدگاه اکثریت، منجر به رشد مثبت جایگاه و محتوای این جنبه از حقوق بین‌الملل محیط‌زیست شده است. بازتاب این مسئله در سیاست‌های دولت‌ها، رویه سازمان‌های بین‌المللی و دکت‌ترین، قابل‌مشاهده است.

با توجه به تأثیر قضاوت دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده *گابچیکوو - ناگیماروس*، دلایل زیادی برای این خوش‌بینی وجود دارد که درعین‌حال که برخی از جنبه‌های زیان‌بار رأی نیازمند اصلاح است، حقوق بین‌الملل محیط‌زیست در بیشتر موارد، رشد مثبتی در نتیجه این قضیه داشته است. توجه گسترده به قضیه *گابچیکوو* مؤید این نکته است که دیوان بین‌المللی دادگستری، جایگاه خود را در رأس دادگاه‌های بین‌المللی حفظ کرده است. لذا می‌توان امیدوار بود که در آینده، دیوان در توسعه حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، گام‌هایی محکم‌تر بردارد.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- بلز، چیکاوا؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- شاو، ملکم؛ حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، ترجمه: علی مشهدی و حسن خسروشاهی، خرسندی، ۱۳۹۲.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا و دیگران؛ آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، جلد دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸.

- مقاله

- گرجی مهبانی، یوسف؛ «نقد معماری پایدار و نقد آن در حوزه محیط‌زیست»، نشریه علمی - پژوهشی انجمن علمی معماری و شهرسازی ایران، شماره ۱، پاییز ۱۳۸۹.

ب) انگلیسی

- Afshin A-Khavari and Donald Rothwell, "The International Court of Justice and the Danube Case: A Missed Opportunity for International Environmental Law?", 22 *Melbourne University Law Review*, 1998.
- Alan Boyle, "The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles", 8 *Yearbook of International Environmental Law*, 1997.
- Alan Boyle and David Freestone, "Introduction" in A. Boyle and D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, 1999.
- Alhaji Marong, "From Rio to Johannesburg: The Role of International Legal Norms in Sustainable Development", 16 *Georgetown International Environmental Law Review*, 2003.
- Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International, 2002.
- A. Salman (ed) "Groundwater: Legal and Policy Perspectives: Proceedings of a World Bank Seminar", World Bank Technical Paper No. 456, 1999.
- Charles Di Leva, *Legal Foundation of SEA*, online: World Bank.
- Claudia Marques and Catherine Tinke, "The Water Giant Awakes: An Overview of Water Law in Brazil", 83 *Texas Law Review*, 2005.
- Daniel Dobos, "The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle", 13 *Fordham Environmental*

Law Journal, 2002.

- David Freestone and Ellen Hey, "Origins and Development of the Precautionary Principle", in D. Freestone and E. Hey (eds) *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, 1996.
- Erika Preiss, "The International Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment: the International Court of Justice Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project" 7 *New York University Environmental Law Journal*, 1999.
- Guilleme Gilbert, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for International Legal Order", *Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations*, 27 October 2000.
- Helene Trudeau and Celine Negre, "Precaution in Multilateral Environmental Agreements and its Impact on the World Trading System", in M. Gehring and M. Segger (eds) *Sustainable Development in International Trade Law*, 2005.
- Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", in M. Evans (ed) *International Law*, 2003.
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Edition, Oxford University Press, 1998.
- James Cross and Reuben Heydenrych, *Environmental Assessments for International Agreements*, Integrated Environmental Management Information Series 19, 2005.
- Jennifer Cassel, "Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs", 6 *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2007.
- Justice Paul Stein, "Are Decision-Makers Too Cautious With the Precautionary Principle?", Speech delivered to the Land and Environment Court of New South Wales Annual Conference, 1999.
- Justice Paul Stein, "Major Issues Confronting the Judiciary in the Adjudication of Cases in the Area of Environment and Development", *The South-East Asian Regional Symposium on the Judiciary and the Law of Sustainable Development*, March 1999.
- Marie-Claire CordonierSegger, "Negotiating Sustainable Development in the Free Trade Area of the Americas?", in M. Gehring and M. Segger, (eds) *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005.
- Markus Gehring and Marie-Claire Cordonier Segger, "Sustainable Development through Process in World Trade Law", in M. Gehring and M. Segger (eds) *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005.
- Owen McIntyre, "Case Law Analysis: Environmental Protection of International Rivers", 10(1) *Journal of Environmental Law*, 1998.
- Owen McIntyre and Thomas Mosedale, "The Precautionary Principle as a

-
- Norm of Customary International Law”, 9(2) *Journal of Environmental Law*, 1997.
- Pemmaraju Sreenivasa Rao (Special Rapporteur), *Third Report on the Legal Regime for the Allocation of Loss in Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities*, 58th Session of the International Law Commission, 2006, UN Doc. A/CN.4/566.
 - Philippe Sands, “Environmental Protection in the Twenty-First Century: Sustainable Development and International Law”, in R. Revesz, P. Sands and R. Stewart (eds) *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, 2000.
 - Philippe Sands, “International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”, 3 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1999.
 - Philippe Sands, “International Environmental Litigation and Its Future”, 32 *University of Richmond Law Review*, 1999.
 - Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2003.
 - Philippe Sands, “Sustainable Development: Treaty, Custom, and the Cross-fertilization of International Law”, in A. Boyle and D. Freestone, (eds) *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, 1999.
 - Russell Unger, “Brandishing the Precautionary Principle through the Alien Tort Claims Act”, 9 *New York University Environmental Law Journal*, 2001.
 - Stephen Stec, “Do Two Wrongs Make a Right? Adjudicating Sustainable Development in the Danube Dam Case”, 29 *Golden Gate University Law Review*, 1999.
 - Stephen Stec and Gabriel Eckstein, “Of Solemn Oaths and Obligations: The Environmental Impact of the International Court of Justice Decision in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project”, 8 *Yearbook of International Environmental Law*, 1997.
 - Sumudu Atapattu, *Emerging Principles of International Environmental Law*, 2006.
 - Sumudu Atapattu, “Sustainable Development, Myth or Reality? A Survey of Sustainable Development under International and Sri Lankan Law”, 14 *Georgetown International Environmental Law Review*, 2001.
 - Vaughan Lowe, “Sustainable Development and Unsustainable Arguments”, in A. Boyle and D. Freestone, (eds) *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, 1999.
 - *Arbitration Regarding the Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands)* (2005).

-
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary v. Slovakia*), 1997.
 - Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary v. Slovakia*) (*Separate Opinion of Vice President Weeramantry*) ICJ Rep. (Separate Opinion), 1997.
 - International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty First Session*, GAOR, 54th Session, Supp. No. 10, UN Doc. A/54/10, 1999.
 - Transcript of Proceedings, Case Concerning Land Reclamation by Singapore (*Malaysia v. Singapore*), The International Tribunal for the Law of the Sea, 27 November 2003, <<http://www.itlos.org>> at 25 March 2012.
 - Southern Bluefin Tuna Cases (Requests for Provisional Measures) (*New Zealand v. Japan; Australia v. Japan*), (Separate Opinion of Judge Treves), The International Tribunal for the Law of the Sea, 2001.
 - UNEP, *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment Related Cases* (2004).

قابلیت اعمال قواعد امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای حل تعارض محاکم بین‌المللی

علی ایزدی *

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23527

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۸/۲۷

چکیده

در دو دهه گذشته، دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی افزایش یافته است. به علت ظهور پراکنده و ناهماهنگ دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، احتمال هم‌پوشانی در قلمرو آنان، وجود دارد. به عبارت دیگر، امکان دارد یک اختلاف یا قسمتی از آن، هم‌زمان تحت صلاحیت بیش از یک دادگاه یا داوری قرار گیرد. شکی نیست که توالی و هم‌پوشانی دادرسی‌ها، نگرانی‌های زیادی ایجاد می‌کند و بزرگ‌ترین دغدغه ناشی از آن، صدور احکام متضاد است. تعارضات صلاحیتی که موجب صدور احکام متفاوت و نادیده‌گرفتن صلاحیت دادگاه‌های دیگر شود، اعتبار دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی را خدشه‌دار می‌کند. بنابراین با توجه به ازدیاد مراجع حل اختلاف و فقدان روابط سازمانی بین آن‌ها، مرتفع کردن تعارضات، ضروری است. این پژوهش در صدد است قابلیت قواعد حل تعارض حقوق داخلی را در رفع تعارضات صلاحیتی دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی بررسی کند.

واژگان کلیدی

دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، تعارض صلاحیت‌ها، اعتبار امر مختومه، دعوای مطروحه، محکمه نامناسب

مقدمه

با پایان جنگ سرد و فضای دوقطبی حاکم بر جهان، همکاری بین کشورها به‌ویژه در قالب سازمان‌های بین‌المللی و موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای افزایش یافت و سطح همبستگی‌ها ارتقا پیدا کرد. متناسب با این تحولات، قواعد و هنجارهای بین‌المللی نیز گسترش پیدا کرد. توسعه سریع قواعد بین‌المللی، چهره حقوق بین‌الملل را به نحو بنیادینی تغییر داده است. درحالی‌که مدت‌های

طولانی، حقوق بین‌الملل، شامل مجموعهٔ مختصری از قواعد بود که حوزه‌های محدودی مانند رفتارهای دیپلماتیک، دریاهای آزاد یا تمامیت سرزمینی دولت‌ها را پوشش می‌داد، در قرن بیستم و پس از جنگ جهانی دوم، به‌ویژه در دو دهه اخیر، شمار قواعد و هنجارهای بین‌المللی به‌شدت افزایش یافته و در قلمرو حقوق بشر، حقوق کیفری بین‌المللی، حقوق تجارت، حقوق محیط‌زیست و سایر حوزه‌ها تعهدات زیادی را بر دولت‌ها تحمیل کرده است.^۱

هم‌گرایی‌های سیاسی و اقتصادی، نهادهای جدیدی را می‌طلبید، بخصوص نهادهای حل اختلاف که برای شفاف‌کردن و تضمین اجرای مقررات، ضروری است و لذا موجی از دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی شکل گرفت و مراجع حل اختلاف متعددی مانند نظام حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، سازوکارهای حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاهای، سازوکارهای موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای، مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دیوان دائمی کیفری و دادگاه‌های تخصصی متعدد، فعالیت خود را آغاز کردند^۲ و با تصمیماتشان به سهم خود به برقراری نظم، صلح، ثبات و عدالت در دنیای پرتلاطم کنونی کمک کردند. تحولات جدید، اگرچه گام‌های ارزشمندی در راستای نهادمندکردن حقوق بین‌الملل و تثبیت حاکمیت قانون بود، به همراه خود، دغدغه‌های جدیدی از جنس تعارض آورد که به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران، تهدیدی برای انسجام حقوق بین‌الملل است.^۳

ازدیاد مراجع حل اختلاف، امکان بروز تعارض را افزایش می‌دهد و اساساً وقوع تعارض، چه در بُعد هنجاری و چه از بُعد نهادی، امری طبیعی است؛ کما اینکه در جوامع داخلی، چنین تعارضاتی رخ می‌دهد و برای حل آن‌ها راهکارهایی پیش‌بینی می‌شود.^۴ موضوع تعارض و هم‌پوشانی صلاحیت‌ها نیز در دادگاه‌های داخلی به‌وفور مطرح بوده و اساساً یک موضوع قدیمی است اما در حقوق بین‌الملل، مسئله جدیدی است. برای مدت مدیدی در عرصه بین‌المللی، هیچ دو دادگاهی هم‌پوشانی نداشتند؛ چنانکه جرالده فیتز‌موریس در ۱۹۸۶ در کتاب خود متذکر می‌شود که «در حوزه بین‌المللی، امکان صلاحیت و مطرح‌بودن بیش از یک دادگاه وجود ندارد».^۵ اما از آن تاریخ، دگرگونی‌های عمیقی ایجاد شده است. اگر زمانی یکی از دغدغه‌ها قانع‌ساختن دولت‌ها

1. Hafner, Gerhard, "Pros and Cons from Fragmentation of International Law", 25 *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 245.

2. Romano, Ceasar P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *International Law and Politics*, p. 810.

۳. برای مطالعه آرای حقوق‌دانان مختلف راجع به پدیده چندپارگی حقوق بین‌الملل، ن.ک: باقر میرعباسی و حسین سادات‌میدانی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری (مسائل روز، چکیده آراء و اسناد)، جلد دوم، جنگل، ۱۳۸۹، صص ۵۲-۲۱.

۴. ن.ک: فرهاد خمایی‌زاده؛ «تنوع قواعد حل تعارض»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.

5. Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of The International Court of Justice*, vol. 1, Grotius Publications, 1986, p. 437.

جهت ارجاع اختلافشان به نهادهای حل اختلاف بود و وقوع تعارض، امر بعیدی می‌نمود، امروزه رشد سریع نهادهای حل اختلاف، این مقوله را به یک نگرانی عینی و ملموس تبدیل کرده است. طرح هم‌زمان یا متوالی یک اختلاف در مراجع متعدد بین‌المللی، بار مالی سنگینی بر طرف‌های اختلاف تحمیل می‌کند و موجب اطاله دادرسی می‌شود. در چنین فضایی، قطعیت احکام، معنای خود را از دست می‌دهد و نوعی ناپایداری، بی‌ثباتی و عدم امنیت حقوقی پدید می‌آید که اعتبار مراجع حل اختلاف را به چالش می‌کشد. بنابراین کشف و خلق راهکارهایی جهت تنظیم تعاملات بین دادگاه‌ها امری حیاتی است. در این نوشتار سعی می‌شود تا امکان حل تعارض صلاحیت با استفاده از قواعد حل تعارض حقوق داخلی بررسی شود. از این‌رو قابلیت تعمیم قواعد حل تعارض حقوق داخلی به عرصه حقوق بین‌الملل ارزیابی خواهد شد. نظام‌های حقوقی داخلی از دکترین‌هایی مانند اعتبار امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای تنظیم صلاحیت و حل مشکل تعارض استفاده می‌کنند. اینکه آیا با تأسی از قواعد مذکور می‌توان به رفع تعارضات صلاحیتی در سطح بین‌المللی پرداخت، پرسشی است که این مقاله در صدد پاسخ به آن است.

۱. تعارض صلاحیت بین دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی

با توجه به گسترش رژیم‌های حقوقی، ممکن است یک موضوع از بُعد هنجاری و صلاحیتی تحت پوشش چندین رژیم حقوقی متفاوت قرار گیرد و نوعی هم‌پوشانی یا تعارض رخ دهد. در واقع، تعارض صلاحیت‌ها هنگامی محقق می‌شود که یک اختلاف یا قسمت‌هایی از یک اختلاف، قابلیت طرح در دو نظام حل اختلاف متفاوت را داشته باشد.^۶ در ادبیات حقوق بین‌الملل از اصطلاحات هم‌پوشانی صلاحیت‌ها^۷ یا رقابت صلاحیت‌ها^۸ نیز استفاده می‌شود که البته از هر سه اصطلاح، یک معنا مستفاد می‌شود و آن اینکه اختلاف خاص یا بخش‌هایی از آن در بیش از یک محکمه رسیدگی شود.

۱-۱. گستره تعارض صلاحیت

مطالعات موردی نشان می‌دهد که تعارض صلاحیت‌ها محدود به حوزه خاصی نیست و یک مشکل عام حقوق بین‌الملل است. تعارض بین آیین حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاهای کنوانسیون‌های منطقه‌ای، تعارض بین سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های آزاد تجاری و همچنین تعارض بین دادگاه‌های منطقه‌ای مانند دادگاه اروپایی حقوق بشر و دیوان دادگستری

6. Kwar, K. and Marceau, G., "Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements" in L. Bartels and F. Ortino, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, 2006, p. 456.

7. Overlapping jurisdictions

8. Competing jurisdictions

اروپایی، مؤید این مطلب است.

قضیه ماکس پلانت،^۹ قضیه نوشیدنی‌های غیرالکلی،^{۱۰} قضیه باسفورس،^{۱۱} قضیه شمشیرماهی،^{۱۲} قضیه ماهی بلوفین،^{۱۳} قضیه اقدامات ضد دامپینگ، پرونده‌هایی بود که در آن اختلاف در بیش از یک دادگاه یا داوری مطرح شد و دادرسی‌های موازی و متوالی شکل گرفت.^{۱۴}

یکی از مهم‌ترین اختلافاتی که در بیش از یک دیوان یا دادگاه مطرح شد، اختلاف بین ایرلند و انگلیس، موسوم به قضیه ماکس پلانت بود که هم‌زمان در چند دادگاه و داوری مورد ارزیابی و قضاوت قرار گرفت. آیین حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاهای دیوان دادگستری اروپایی و دیوان داوری و یک موافقت‌نامه زیست‌محیطی، این اختلاف را بررسی کرده و راجع به آن تصمیم‌گیری کردند. در پرونده مزبور، ایرلند درخواست کرد که دیوان داوری، ذیل کنوانسیون «حمایت از محیط‌زیست شمال شرق آتلانتیک»^{۱۵} تأسیس شود. ایرلند همچنین دعوای دیگری را مطابق کنوانسیون حقوق دریاهای انگلیس اقامه کرد. کمیسیون اروپا نیز در راستای صیانت از صلاحیت انحصاری دیوان دادگستری اروپا در حل‌وفصل چنین اختلافاتی، علیه ایرلند در دیوان دادگستری اروپا اقامه دعوا کرد.

قضیه نوشیدنی‌های غیرالکلی از موارد هم‌پوشانی صلاحیت‌ها بین سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه تجاری منطقه‌ای امریکای شمالی (نفتا) بود. در این قضیه که راجع به اختلاف تجاری بین امریکا و مکزیک بود، امریکا در نهاد حل اختلاف سازمان تجارت جهانی اقامه دعوا کرد، حال آنکه مکزیک، پیش‌تر همین موضوع را در نظام حل اختلاف نفتا طرح کرده بود. همچنین این امکان وجود دارد که تعارض صلاحیت بین دو دادگاه منطقه‌ای بروز نماید. به‌عنوان نمونه، قضیه باسفورس در دو دادگاه اروپایی (دیوان دادگستری اروپایی و دادگاه اروپایی حقوق بشر) مطرح و درباره‌اش تصمیم‌گیری شد. شرکت باسفورس پس از اقامه دعوا در دیوان دادگستری اروپا و دست‌نیافتن به نتیجه مطلوب، از نو همان دعوا را در دادگاه اروپایی حقوق بشر طرح کرد.

شکل دیگری از تعارض صلاحیت، تعارض بین نهادهای حل اختلافی است که صلاحیت جهانی دارند. همه کشورهای جهان می‌توانند به عضویت سازمان تجارت جهانی و کنوانسیون حقوق دریاهای درآیند و اختلافات ناشی از اجرا و تفسیر معاهدات مذکور را در ارکان حل اختلاف مربوطه مطرح کنند.

9. MOX Plant Case

10. Soft Drink

11. Bosphorus

12. Swordfish

13. Bluefin Tuna

۱۴. برای مطالعه تفصیلی پرونده‌های مذکور، ن.ک: سیدباقر میرعباسی و علی ایزدی؛ «فراوانی دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی؛ قابلیت و امکان تعارض»، فصلنامه حقوق، شماره ۴، ۱۳۹۲.

15. Convention for the Protection of Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR)

اگرچه نظام حل اختلاف سازمان تجارت جهانی اساساً به موضوعات تجاری رسیدگی می‌کند و دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای نیز به منظور فیصله اختلافات دریایی بنیان نهاده شده است، این امکان وجود دارد که یک اختلاف واحد به مقررات کنوانسیون حقوق دریاهای و همچنین موافقت‌نامه‌های تحت پوشش سازمان تجارت جهانی مرتبط باشد و متعاقب آن، صلاحیت موازی هیئت داوران سازمان تجارت جهانی و دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای مطرح شود. قضیه شمشیرماهی، مصداق این همپوشانی بود که در آن یک اختلاف واحد از طرف شیلی در نظام حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاهای و از جانب جامعه اروپا در نظام حل اختلاف سازمان تجارت جهانی مطرح شد.

قضیه *آلمات ضد دامپینگ* نیز از نمونه‌های تعارض صلاحیت نهاد حل اختلاف سازمان تجارت جهانی با نهاد حل اختلاف یک موافقت‌نامه تجاری منطقه‌ای موسوم به مرکوسور^{۱۶} بود که مراجع حل اختلاف مذکور، دو رأی متفاوت صادر کردند. قبل از دادرسی سازمان تجارت جهانی، درباره اختلاف راجع به همان وقایع در دیوان داوران مرکوسور و به نفع آرژانتین، تصمیم‌گیری شده بود که متعاقب آن، برزیل در چارچوب سازمان تجارت جهانی علیه آرژانتین اقامه دعوا کرد.^{۱۷} در قضیه *ماهی بلوفین* نیز بحث تعارض صلاحیت بین آیین حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاهای و کنوانسیون منطقه‌ای حفاظت از ماهی بلوفین (۱۹۹۳) مطرح شد.^{۱۸}

اگرچه تعداد پرونده‌هایی که در آن به‌نوعی مقوله تعارض صلاحیت‌ها مطرح بوده انگشت‌شمار است و تقریباً همه این موارد، بعد از سال ۲۰۰۰ رخ داده است، ازدیاد سازوکارهای حل اختلاف و گسترش فعالیت‌های قضایی به تدریج این آمار را افزایش خواهد داد، بخصوص در حوزه تجارت و سرمایه‌گذاری^{۱۹} که تمایل دولت‌ها و طرف‌های خصوصی به استفاده از نهادهای داوران و قضایی برای حل اختلافات، افزون‌تر است. بعضی از مراجع حل اختلاف بین‌المللی صلاحیت جهانی دارند و همه کشورها می‌توانند به عضویت آن درآیند درحالی‌که برخی دیگر صلاحیت محدودی دارند و صرفاً به اختلافات کشورهای یک منطقه خاص رسیدگی می‌کنند.^{۲۰} پرواضح است که تعارض صلاحیت، بیشتر دامن‌گیر مراجعی است که صلاحیت موسع‌تری دارند و کشورهای بیشتری را پوشش می‌دهند. کنوانسیون حقوق دریاهای و سازمان تجارت جهانی، گستره

16. Mercosur

17. Grawert, Tim, "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", 1(2) *Contemp. Asia Arb.J.*, 2008, p. 295-303.

18. *Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zealand v. Japan)* Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and Admissibility).

19. See; Reinisch, August, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration", in Buffard/J. Crawford/A. Pellet/S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation*, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, 2008, pp. 107-125.

20. See; Mackenzie, Ruth, Romano, Cesare and Yuval, Shany, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2010.

جهانی دارند و همه کشورها می‌توانند به عضویت آن درآیند. به همین دلیل، صلاحیت نهادهای حل اختلاف آن دو نیز جهانی است. علاوه بر این، دولت‌ها برای رسیدگی به اختلافات تجاری، زیست‌محیطی و دریایی خود، موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای منعقد می‌کنند که این امر، امکان توازی معاهداتی در بعد ماهوی و آیین دادرسی را فراهم می‌آورد.

بروز تعارض و شکل‌گیری رسیدگی‌های موازی عوارضی دارد که جدی‌ترین آن عبارت است از: ۱. رسیدگی‌های موازی هزینه‌زاست و باعث ازدست‌رفتن وقت و انرژی طرف‌های اختلاف می‌شود چون مجبور می‌شوند در خصوص اختلاف واحد، در مراجع حل اختلاف متعدد حاضر شوند.

۲. رسیدگی به یک اختلاف در مراجع متفاوت می‌تواند به صدور احکام متضاد و ناهماهنگ بینجامد و در نتیجه، اختلاف، لاینحل بماند.

۳. احکام متعارض می‌تواند ثبات و مشروعیت نظام بزرگ‌تری را که دادگاه‌ها در آن به ایفای نقش می‌پردازند تهدید کند.^{۲۱}

مطالعه اختلافاتی که در آن تعارض صلاحیت‌ها مطرح شده است و مراجع بین‌المللی در این خصوص، رأی صادر کرده‌اند نشان می‌دهد که دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، واکنش یکسانی به این موضوع ندارند و رویکردهای متفاوتی دارند به نحوی که نشانی از یک قاعده تثبیت‌شده دیده نمی‌شود. بخشی از رویکرد آن‌ها ناشی از قیده‌های انتخاب مرجع، مندرج در اسناد مؤسس دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی است. این اسناد، ماهیت یکدستی ندارد و در مقاطع زمانی مختلف و فضاهای متفاوت به تصویب دولت‌های عضو رسیده است. بنابراین ریشه‌ها، تاریخچه و اهداف متفاوت، نظام‌های حل اختلاف متنوعی را پدید آورده است که مقرراتشان راجع به انتخاب مرجع حل اختلاف، متفاوت از یکدیگر است و متعاقب آن به پدیده هم‌پوشانی صلاحیت‌ها، واکنش متفاوتی نشان می‌دهد.

۲-۱. تفاوت در رویکرد مراجع حل اختلاف بین‌المللی

هرکدام از دیوان‌های بین‌المللی درمورد مسئله تعارض، رویکرد خاص خود را داشته‌اند به گونه‌ای که در طیف نهادهای حل اختلاف، نظام حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، تمایلی به ارجاع اختلافات به سایر دیوان‌های بین‌المللی نشان نمی‌دهد و در راستای هدف اصلی خود یعنی حل سریع اختلاف، بر اعمال صلاحیت پافشاری می‌کند. ماده ۲۳ تفاهم‌نامه حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی به صلاحیت انحصاری نظام حل و فصل اختلافات اشعار دارد. نهادهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی تأکید می‌کنند که صرفاً موافقت‌نامه‌های تحت

21. Joost Pauwelyn & Luiz Edurdo Salles, *op. cit.*, p. 83.

پوشش را بررسی و یافته‌های خود را بر مبنای آن استوار می‌کنند و به سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نمی‌پردازند. این رویکرد به نحو مشابهی در هردو قضیه نوشتیدنی‌های غیرالکلی و قضیه /قدمات ضد /مپینگ پیاده شده است. اما در سوی دیگر طیف و در نقطه مقابل سازمان تجارت جهانی می‌توان به رویکرد نظام حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها اشاره کرد که به‌طور کلی صلاحیت خود را با توجه به مواد ۲۸۱ و ۲۸۲، فرعی و تکمیلی می‌داند و برای خودداری از اعمال صلاحیت و ارجاع اختلاف به نهادهای قضایی دیگر، آمادگی بیشتری نشان می‌دهد و این رویکرد خود را، هم در قضیه ماکس پلانت و هم در قضیه ماهی بلوفین نشان داده است. تفاوت رویکردهای نظام حل اختلاف سازمان تجارت جهانی و نظام حل اختلاف کنوانسیون حقوق دریاها را می‌توان به ماهیت قیده‌های صلاحیتی آن‌ها نسبت داد که در اولی انحصاری و در دومی غیرانحصاری است.^{۲۲}

در اسناد مؤسس دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، مقرراتی وجود دارد که حق طرف‌های متعاقد در انتخاب مرجع حل اختلاف را بررسی کرده است. به‌طور کلی، دو روش تنظیم قید صلاحیت وجود دارد:

۱- قید صلاحیت انحصاری که اقامه دعوا در هر مرجعی به‌جز مرجع مقرر در سند اعطاکننده صلاحیت را منع می‌کند.

۲- قید صلاحیت غیرانحصاری که اجازه حضور در سایر مراجع را می‌دهد.

بارزترین نمونه قید صلاحیت انحصاری، ماده ۲۹۲ معاهده جامعه اروپایی است. هنگامی که شش عضو بنیانگذار جامعه، طرف‌های متعاقد چند موافقت‌نامه بودند که ارجاع اختلاف به نهادهای قضایی همچون دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان اروپایی حقوق بشر یا دیوان‌های داوری را تدارک دیده بودند، احساس کردند که ممکن است ارجاع اختلافات مربوط به فعالیت‌های جامعه و تفسیر اسناد مؤسس آن به نهادهای قضایی خارجی مضر باشد. این امر بدین دلیل بود که ممکن بود این نهادها به اندازه کافی با حقوق جامعه آشنا نباشند و اهمیت لازم را برای منافع جامعه قائل نشوند، به‌ویژه اینکه آن‌ها فاقد آیین دادرسی خاص دیوان دادگستری اروپایی بودند (مانند حضور کمیسیون در اقامه دعوا). به‌علاوه این نگرانی وجود داشت که امکان توسل به نهادهای قضایی خارجی به اعمال ناهمگون و غیریکنواخت حقوق جامعه منجر شود و بدین‌وسیله، کارآمدی آن را کاهش دهد.^{۲۳} تدوین‌کنندگان، برای برطرف کردن این نگرانی‌ها، ماده ۲۹۲ را وضع کردند که مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو متعهد می‌شوند اختلافات مربوط به اجرای این معاهده را به روش حل اختلافی به‌جز آنچه در این معاهده تعیین شده تسلیم نمایند».

22. Shany, Yuval, "The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals", 2003, p. 184-202.

23. Ibid, p. 181.

ماده ۲۳ تفاهم‌نامه حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی نیز در زمره قیده‌های صلاحیت انحصاری است که به آن اشاره شد.

یک قید صلاحیت غیرانحصاری متفاوت و مهم، ماده ۲۸۲ کنوانسیون حقوق دریاهاست که مقرر می‌دارد:

«اگر دولت‌های متعاقد که طرف‌های یک اختلاف در خصوص تفسیر یا اعمال این کنوانسیون هستند به وسیله یک موافقت‌نامه عام، دوجانبه یا منطقه‌ای یا هر روش دیگری توافق کرده باشند که در صورت درخواست هر طرف اختلاف، آن اختلاف به آیینی تسلیم شود که دربردارنده تصمیم الزام‌آور باشد، آن آیین رسیدگی باید به‌جای آیین رسیدگی مقرر در این بخش اعمال شود مگر اینکه طرف‌های اختلاف به نحو دیگری توافق کرده باشند».^{۲۴}

در یک نمونه متفاوت، موافقت‌نامه نفتا تلاش کرده است تا صلاحیت‌های دو آیین دادرسی رقیب را هماهنگ کند. طبق ماده ۲۰۵ آن، در اختلافاتی که تحت صلاحیت نفتا و سازمان تجارت جهانی باشد، خواهان می‌تواند انتخاب کند که کجا اقامه دعوا کند. این ماده در بند ۱ مقرر می‌دارد: «اختلافات مربوط به موضوعی که از نفتا و گات یا سازمان تجارت جهانی نشأت می‌گیرد بنا به انتخاب شاکی در هریک از دو مرجع، قابل حل‌وفصل است».^{۲۵} در بند ۶ آمده است: «زمانی که آیین حل اختلاف بر مبنای ماده ۲۰۷ نفتا آغاز شده باشد یا جریان رسیدگی به اختلاف بر مبنای گات شروع شده باشد، انتخاب یک مرجع، حق اقامه دعوا در دیگری را منتفی می‌کند».^{۲۶}

بنابراین در عرصه بین‌المللی به دلیل فقدان قانونگذار مرکزی و متعاقب آن، نبود نظام تعیین صلاحیت، صلاحیت هر نهاد حل اختلاف در اساسنامه‌ای مجزا و متفاوت مشخص شده است. ازاین‌رو صلاحیت شخصی و موضوعی هر نهاد، طبق قواعد آن نهاد تعیین می‌شود و با توجه به فقدان رابطه منظم بین این نهادها، سبک‌های متفاوتی در ترسیم دامنه صلاحیت به کار رفته است. همچنین محدودیت‌های شدیدی بر قواعد دادگاه‌های بین‌المللی وجود دارد که قضات، آن را به حقوق قابل اعمال محدود می‌کنند. نوع طراحی اغلب دادگاه‌های بین‌المللی، آن‌ها را به شکل جزایر خودبسندگی تبدیل کرده است. بدین ترتیب، دیوان بین‌المللی اصولاً نمی‌تواند در فرایند اتخاذ

24. Article 282: "If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree".

25. Article 2005:

1. Subject to paragraphs 2, 3 and 4, disputes regarding any matter arising under both this Agreement and the *General Agreement on Tariffs and Trade*, any agreement negotiated thereunder, or any successor agreement (GATT), may be settled in either forum at the discretion of the complaining Party.

26. Article 2005: 6. Once dispute settlement procedures have been initiated under Article 2007 or dispute settlement proceedings have been initiated under the GATT, the forum selected shall be used to the exclusion of the other, unless a Party makes a request pursuant to paragraph 3 or 4.

تصمیم به حقوق قابل اعمال سایر دیوان‌ها استناد کند. بنابراین، بخشی از نحوه واکنش دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی^{۲۷} در نوع قید انتخاب مرجعی که در اساسنامه آن‌ها تدوین شده، نمایان است.

۲. قواعد حل تعارض حقوق داخلی در نهادهای حل اختلاف بین‌المللی

در حقوق داخلی، حوزه صلاحیت و اختیارات نهادهای قضایی در قالب مصوبات پارلمانی مشخص می‌شود و در مواردی که اختلاف در صلاحیت بروز نماید به واسطه دادگاه‌های مافوق و در رأس آن‌ها دیوان عالی کشور، فیصله می‌یابد. باین‌حال، در هر نظام حقوقی، وضعیت‌هایی بروز می‌کند که دادگاه با ملاحظه پرونده به این نتیجه می‌رسد که قانونی(اعم از مصوبه پارلمانی و رویه قضایی) وجود ندارد تا موضوع را به‌طور دقیق پوشش دهد. در چنین مواردی، قاضی تلاش می‌کند با استفاده از اصول کلی حقوقی که راهنمای نظام حقوقی است، قاعده‌ای را به‌عنوان راه‌حل استنتاج کند. این اصول می‌تواند ریشه در عدالت، انصاف یا ملاحظات مربوط به نظم عمومی داشته باشد. از آنجایی که حقوق بین‌الملل در مسیر توسعه قرار دارد، امکان مواجهه با چنین وضعیت‌هایی زیاد است. با توجه به اینکه حجم رویه قضایی در حقوق بین‌الملل به نسبت نظام‌های داخلی کمتر است و علاوه بر آن، هیچ روش قانونگذاری برای به‌نظم کشیدن وضعیت‌های نوظهور وجود ندارد، اصول کلی حقوقی به‌عنوان یکی از منابع حقوقی به رسمیت شناخته شده است تا از این طریق، شکاف‌هایی را پر کند که تحت پوشش حقوق بین‌الملل قرار گرفته‌اند و مشکلاتی را حل کند که وضعیت قانونی روشنی ندارند.^{۲۸}

نظام‌های حقوقی داخلی از اصولی مانند اعتبار امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب برای تنظیم صلاحیت و حل مشکل تعارض استفاده می‌کنند. اینکه آیا با تأسی از قواعد مذکور می‌توان به رفع تعارضات صلاحیتی در سطح بین‌المللی پرداخت، موضوعی است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۲۷. به نظر می‌رسد تعریف دقیقی از واژگان دیوان‌های بین‌المللی (International Tribunals) و دادگاه‌های بین‌المللی (International Courts) وجود ندارد. پژوهشگران، اغلب بدون تمایز از واژه‌های مذکور استفاده کرده‌اند و با کاربرد آن‌ها به یک مقوله ارجاع می‌دهند. به عبارت دیگر در نگاه اول، این دو واژه، معنای یکسانی دارند و به جای یکدیگر به کار می‌روند. در نگاه دقیق‌تر، محققینی که از واژه دیوان‌های بین‌المللی استفاده می‌کنند، هدفشان این است که دیوان‌های داوری موقت را شامل شود. بنابراین درحالی که واژه دادگاه‌های بین‌المللی برای مشخص کردن مراجع قضایی دائمی به کار می‌رود، دیوان‌های بین‌المللی برای اشاره به مراجع موقت به کار می‌رود. برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Cesar P. R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *International Law and Politics*, 2004, p. 713.

28. Malcolm N. Shaw, "International Law", Cambridge University Press, 2003, p. 92.

۱-۲. قاعده اعتبار امر مختومه^{۲۹}

قاعده اعتبار امر مختومه، مانع از طرح مجدد دعوایی می‌شود که قبلاً رسیدگی قطعی شده‌اند. هدف این قاعده، گذاشتن نقطه پایانی بر دادرسی است چون فرایند رسیدگی باید خاتمه‌ای داشته باشد و نباید یک طرف با طرح دعوی چندانگانه، تحت فشارهای غیرضروری قرار بگیرد. اقامه دعوا از طرف خواهان علیه خوانده، رسیدگی دادگاه و صدور حکم، اگرچه در جهت اجرای عدالت است، باید نزاع و اختلاف بین اصحاب دعوا را نیز پایان دهد تا محکوم‌له (خواهان یا خوانده) با قطعیت حکم، امکان یابد با اطمینان و خیال آسوده، از محکوم‌به یا مورد دعوا بهره‌برداری و از حکم صادره به‌عنوان دلیل عندالاقضا استفاده کند.^{۳۰} این مهم معمولاً در پرتو قاعده اعتبار امر مختومه حاصل می‌شود که امروزه در همه نظام‌های حقوقی داخلی وجود دارد و مانع اقامه دعوی مکرر می‌شود.^{۳۱} مطابق این قاعده، هنگامی که یک اختلاف در دادگاه بررسی شد، حکم صادر شد و قطعیت پیدا کرد، طرح مجدد آن امکان‌پذیر نیست.

الف. شناسایی اعتبار امر مختومه در رویه قضایی بین‌المللی

تصمیمات قضایی حکایت از آن دارد که اعتبار امر مختومه به‌عنوان اصل کلی حقوقی در عرصه بین‌المللی شناخته شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه دیوان/اداری، مسائلی مانند اخراج اعضای دبیرخانه ملل متحد و همچنین اختیار مجمع عمومی در اجرانکردن حکم صادره از دیوان اداری ملل متحد را بررسی کرد و به این سؤال که آیا مجمع عمومی می‌تواند به حکم دیوان اداری ترتیب اثر ندهد، پاسخ منفی داد و تصریح کرد: «طبق اصل کلی حقوقی شناخته‌شده، حکمی از سوی مرجع قضایی صادر شده است که اعتبار امر مختومه دارد و بین طرفین اختلاف، الزام‌آور است».^{۳۲} دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی کنوانسیون نسل‌کشی (بوسنی علیه صربستان) نیز به اعتبار امر مختومه استناد کرد و در هنگام بررسی ماهیت دعوا، اعتراضات صربستان به صلاحیت دیوان را مردود دانست و اظهار داشت:

«دربارۀ موضوعات صلاحیتی که صربستان مطرح کرده است قبلاً در رأی صلاحیتی ۱۹۹۶ تصمیم‌گیری شده است و اعتبار امر مختومه دارد».^{۳۳} دیوان در رأی صلاحیتی ۱۹۹۶، بر مبنای ماده ۹

29. *Res judicata*۳۰. شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی*، جلد نخست، دراک، ۱۳۹۲، ص ۳۵۷.

31. Shany, Yuval, "The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals", (2003), p. 166.

32. *Administrative Tribunal Case*, ICJ Reports, 1954, p. 53.33. *Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.)*, ICJ Reports, 2007, para. 51.

کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی، صلاحیت خود را احراز کرده بود.^{۳۴} دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی کنوانسیون نسل‌کشی اظهار داشت: «دو هدف، یکی عام و دیگری خاص، زیربنای اصل اعتبار مختومه است: اقامه دعوا به پایان برسد و موضوعی که قبلاً درباره‌اش به سود یک طرف تصمیم‌گیری شده، دوباره مطرح نشود».^{۳۵} در این قضیه، اعمال قاعده اعتبار امر مختومه در رابطه با رأی پیشین دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص صلاحیت مطرح شد و مرجع حل اختلاف دیگری در میان نبود. بنابراین پرواضح است که این رأی نمی‌تواند به‌عنوان پیشینه، کاربرد چندانی در فضای تنظیم صلاحیت بین دیوان‌های بین‌المللی داشته باشد.^{۳۶}

در تصمیم‌گیری جهت اعمال قاعده اعتبار امر مختومه، سه شرط لحاظ می‌شود:

۱. طرفین دعاوی یکسان باشند.
 ۲. موضوع دعوا یکسان باشد.
 ۳. سبب دعوا یکسان باشد.
- از میان شروط مذکور، شرط سوم چالش‌برانگیزتر است. مجموعه‌ای از وقایع به‌خودی‌خود، سبب دعوا محسوب نمی‌شود بلکه توصیف قانونی این وقایع است که سبب دعوا و موجد تعهد قانونی است. ممکن است وقایع به روش‌های متعددی توصیف و به اسباب دعوای کاملاً متمایز منتهی شود.^{۳۸} از این‌رو تفاوت در اسنادی که مبنای طرح دعوا قرار می‌گیرد و به آن‌ها استناد می‌شود، تفاوت در سبب دعوا را به دنبال خواهد داشت.

ب. تفاوت سبب دعوا در دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی

دیوان‌های بین‌المللی در حیطه صلاحیتی که در اسناد مؤسس به آن‌ها اعطا شده است اختلاف را بررسی و تصمیم‌گیری می‌کنند و طبق حقوق قابل‌اعمال مقرر در اساسنامه خود نمی‌توانند به هر قاعده‌ای استناد کنند.^{۳۹} به‌عنوان مثال، نهادهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی باید در بررسی

34. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.)*, ICJ Reports, 1996, para. 114.

35. *Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.)*, ICJ Reports, 2007, para. 51.

36. Ottolenghi, Michael and Prows, Peter, "Res Judicata in the ICJ's Genocide Case: Implications for Other Courts and Tribunals?", *21 Pace International Law Review*, 2009, p. 53.

37. Scobbie, Iain, "Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch", *20 Australian Year Book of International Law*, 1999, p. 299.

38. Campbell, McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation*, in 336 RECUEIL DES COURS 2008, pp. 291-2.

39. حقوق بین‌الملل، یک پیکره واحد حقوقی نیست و مقررات معاهده، تنها برای دولت‌های متعاقد لازم‌الاجراست. بنابراین تعهدات مندرج در اسناد مؤسس دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی فقط بر دول عضو اعمال می‌شود. این مراجع حل اختلاف، ریشه‌ها، تاریخچه و غایات خاص خود را دارند و از بُعد صلاحیتی، متمایز از یکدیگرند. صلاحیت آن‌ها عموماً به تفسیر و اعمال یک معاهده خاص، دسته‌ای از معاهدات یا شاخه خاصی از حقوق بین‌الملل محدود شده است؛ ضمن اینکه آیین دادرسی، جبران خسارت‌ها و مهم‌تر از همه، حقوق قابل‌اعمال آن‌ها متفاوت است. بدین ترتیب، هر دادگاه یا دیوان بین‌المللی،

اختلافاتی که به آن‌ها ارجاع می‌شود در چارچوب موافقت‌نامه‌های تحت پوشش و با تکیه بر این موافقت‌نامه‌ها، اختلافات را حل و فصل کنند. در چنین شرایطی بعید است که اصل اعتبار امر مختومه توسط نهادهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی به کار گرفته شود مگر اینکه حکم اولیه از سوی یک هیئت دیگر سازمان یا رکن استیناف صادر شده باشد و دربردارنده طرفین و موضوع یکسان باشد.^{۴۰} بدین ترتیب، دیوان بین‌المللی اصولاً نمی‌تواند در فرایند تصمیم‌گیری، به حقوق قابل‌اعمال مقرر در اساسنامه سایر دیوان‌ها استناد کند. مجموعه‌ای از دیوان‌های بین‌المللی مشتمل بر قواعد قابل‌اعمال متفاوت وجود دارد که به‌طور طبیعی به تفاوت در سبب دعوا منتهی می‌شود. در چنین فضایی، تحقق اتحاد سبب دعوا به‌عنوان شرط اعمال قاعده اعتبار امر مختومه دشوار است.

با این وصف، حکم یک دیوان بین‌المللی برای دیوان دیگر، آثار امر مختومه ایجاد نمی‌کند چون صلاحیت اکثر دیوان‌های بین‌المللی، مبتنی و مستند به معاهده‌ای مجزا و متفاوت است.^{۴۱} به‌عنوان نمونه، اگر دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای قبلاً راجع به دعوایی حکم صادر کرده است، قابلیت استماع همین دعوا در هیئت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی به‌عنوان مرجع بعدی بین طرفین یکسان و وقایع یکسان، احتمالاً مشمول اصل امر مختومه قرار نخواهد گرفت. سبب دعوا نزد دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای کنوانسیون ملل متحد راجع به حقوق دریاهای و نزد سازمان تجارت جهانی، موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی است.

دیوان دآوری در قضیه سی. ام. ای. علیه جمهوری چک در رد ادعای جمهوری چک مبنی بر اعمال قاعده اعتبار امر مختومه تأکید کرد که حتی ادعاهای معاهداتی که به ظاهر مشابه هستند به دلیل تفاوت در سیاق، هدف، موضوع و رویه بعدی طرفین، مستعد تفاسیر متفاوت‌اند. در این قضیه، خواننده مدعی بود این اختلاف قبلاً در دعوای لودر علیه جمهوری چک رسیدگی شده و مشمول اعتبار امر مختومه است. اما دیوان این ادعا را رد کرد و اظهار داشت اعتبار امر مختومه اعمال نمی‌شود چون: ۱- طرف‌ها متفاوت‌اند ۲- معاهدات مبنای ادعاها متفاوت است ۳- وقایع منشأ ادعاها متفاوت است ۴- حتی ادعاهای معاهداتی که به ظاهر مشابه‌اند به دلیل تفاوت در سیاق، هدف، موضوع و رویه بعدی طرفین، مستعد تفاسیر متفاوت است.^{۴۲} بنابراین حتی مقررات مشابه اساسنامه دیوان‌های بین‌المللی، الزاماً موجب یکسانی سبب دعوا نخواهد شد.

مستقل از دیگری عمل می‌کند و به دلیل محدودیت حقوق قابل‌اعمال مصرح در اساسنامه خود، معمولاً نمی‌تواند به مقررات حاکم بر سایر دادگاه‌ها و دیوان‌ها استناد کند.

40. Davey, William and Sapir, Andrea, "The Soft Drinks Case: The WTO and Regional Agreements", 8 *World Trade Review*, 2009, pp. 14-15.

41. Pauwelyn, Joost & Eduardo Salles Luiz, "Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) possible Solutions", 42 *Cornell Int L. J.*, 2009, p. 79.

42. *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, (Mar. 14, 2003) paras. 432-433.

به اعتقاد پاولین و سالیس در حقوق بین الملل معاصر که صلاحیت و سبب دعوا کاملاً به هم مرتبط شده‌اند اعمال امر مختومه جهت بررسی هم‌پوشانی‌هایی که بین دیوان‌های مختلف به وجود می‌آید، تا حدود زیادی بی‌فایده است و از آنجا که سبب دعوا متفاوت است این دکترین، محلی برای اعمال نمی‌یابد.^{۴۳}

۲-۲. قاعده امر مطروحه^{۴۴}

قاعده امر مطروحه مبتنی بر سبق ارجاع است و با توجه به عنصر زمان، اولویت رسیدگی را به اولین دادگاه مرجوع‌الیه می‌دهد. این اصل اساساً ریشه در حقوق نوشته دارد و هنگامی که دو دادگاه، اختلاف یکسانی را بررسی کنند دومین دادگاهی که پرونده نزد آن مطرح شده است از اعمال صلاحیت خودداری می‌کند و اجازه می‌دهد دادگاهی که اول رسیدگی را آغاز کرده است درمورد اختلاف تصمیم‌گیری کند. از این قاعده، تحت عنوان ایراد «امر مطروحه» نام برده شده است. مطابق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، این ایراد، زمانی مطرح می‌شود که خواننده دعوا اعلام کند دعوای اقامه‌شده بین اصحاب آن، سابقاً در همین دادگاه یا دادگاه دیگری که از حیث درجه با این دادگاه مساوی است مطرح شده و تحت رسیدگی است. در چنین مواردی مطابق ماده ۸۹ قانون مذکور، هرگاه دعوا در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد از رسیدگی به دعوا خودداری کرده، پرونده را به دادگاهی که دعوا در آن مطرح است می‌فرستد.^{۴۵} تنها عاملی که در تعیین دادگاه رسیدگی‌کننده تأثیرگذار است عامل زمان است. دادگاه دوم، فارغ از سایر ملاحظات و بر اساس حق تقدم زمانی دادگاه اول، از اعمال صلاحیت خودداری می‌کند.^{۴۶}

قاعده امر مطروحه، مهم‌ترین ابزار قضایی برای بررسی دعوای موازی داخلی^{۴۷} در کشورهای

43. Pauwelyn, Joost & Eduardo Salles Luiz, *op. cit.*, p. 105.

44. *Lis pendens*

۴۵. شمس؛ همان، ص ۴۲۲.

46. Cuniberti, Gilles, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", 21 *ICSID REV. FOREIGN INVESTMENT L.J.*, 2006, p. 382.

۴۷. ممکن است تعارض صلاحیت بین دادگاه‌های داخلی دو یا چند کشور رخ دهد و یک دعوا در حوزه صلاحیت چند دادگاه در کشورهای مختلف قرار گیرد. اگرچه این‌گونه دعوای وصف بین‌المللی دارند اما دادگاه‌های هر کشور در مقام تعیین صلاحیت خود برای رسیدگی و حل‌وفصل دعوای بین‌المللی، فارغ از وجود ارتباط میان دعوا با نظام قضایی کشور دیگر، تنها به درستی این مسئله می‌پردازند که آیا جهت ربط میان آن دعوا با نظام قضایی کشور آنان یافت می‌شود یا نه؛ و در صورت احراز آن به رسیدگی خود درباره آن ادامه می‌دهند. بنابراین قلمرو قاعده‌های تعارض صلاحیت‌ها، محدود به مرزهای کشور مقرر دارنده آن‌هاست و می‌توان آن‌ها را مانند قاعده‌های حقوق اداری یا حقوق کیفری از نوع قاعده‌های درون‌مرزی به‌شمار آورد. به بیان دیگر، درباره تعارض صلاحیت‌ها، تنها قانون محل دادگاه قابل‌اجراست. ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران نیز مقرر می‌دارد: «دعوای از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات، تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه

حقوق نوشته است. این قاعده، هر دادگاهی به‌جز دادگاه اول را که قادر به اعمال صلاحیت نسبت به اختلاف باشد به سمت خودداری از اعمال صلاحیت هدایت می‌کند. هنگامی که بنیان‌گذاران جامعه اروپا که همه به نظام حقوق نوشته تعلق دارند تنظیم صلاحیت بین دادگاه‌های اروپایی را مدنظر قرار دادند^{۴۸} همین ابزار را جهت بررسی دعاوی موازی انتخاب کردند.^{۴۹} ماده ۲۱ کنوانسیون بروکسل درمورد صلاحیت، شناسایی و اجرای احکام مدنی و تجاری (که اکنون مقرر ۵۰۴۴/۲۰۰۱ جایگزین آن شده است و به مقرر بروکسل ۱ مشهور است) مقرر می‌دارد دادگاه‌های اروپایی که متعاقباً (بعد از دادگاه اول) به بررسی اختلاف بپردازند باید با لحاظ معیارهای سه‌گانه فوق‌الذکر (وحدت طرف‌ها، وحدت موضوع، وحدت اسباب دعوا) از اعمال صلاحیت خودداری کنند.^{۵۱} برای اعمال قاعده امر مطروحه، معیارهایی لازم است. تنها در صورتی که اختلاف در دو دادگاه، یکسان باشد، دادگاه دوم از اعمال صلاحیت خودداری می‌کند و برای یکسان تلقی شدن اختلاف، سه معیار ضرورت دارد که عبارت‌اند از: ۱- وحدت طرف‌های دعوا ۲- وحدت اسباب دعوا ۳- وحدت موضوع دعوا.^{۵۲}

الف. موانع کاربرد قاعده امر مطروحه در عرصه دیوان‌های بین‌المللی

کاربرد قاعده امر مطروحه، مورد اختلاف و مناقشه است و حقوق‌دانان، نظرات متفاوتی در این زمینه دارند. دلایلی ابراز شده است که استفاده از این قاعده در سطح بین‌المللی را زیر سؤال می‌برد. این دلایل عبارت‌اند از:

الف. امر مطروحه، نهادی متعلق به حقوق نوشته است و اصل کلی حقوقی محسوب نمی‌شود.
ب. امر مطروحه، نهادی است که برای بررسی دعاوی موازی بین مراجع قضایی مشابه طراحی شده است درحالی‌که دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی تفاوت‌های شکلی و ماهیتی دارند و مشابه هم نیستند.

در ادامه به تبیین دلایل مذکور پرداخته می‌شود. دلیل و مانع اولیه‌ای که در ارتباط با اجرای

می‌شود. مطرح‌بودن همان دعوا در محکمه اجنبی، رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». ن.ک: محمود سلجوقی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، ۱۳۸۵، ص ۴۷۱.

۴۸. ن.ک: حمیدرضا نیکبخت و علی اصغر عیوض‌پور؛ «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به‌عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی، نگاهی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.

49. Cuniberti, Gilles, *op. cit.*, p. 403.

50. European Regulation 44/2001 of December 22, 2000 ("Brussels I Regulation").

51. Cuniberti, Gilles, *op. cit.*, p. 403.

52. *Ibid.*

قاعده امر مطروحه مطرح شده است به جهان شمول نبودن این قاعده برمی گردد. امر مطروحه، روشی است که بخش عمده‌ای از کشورهای حقوق نوشته در رسیدگی‌های موازی از آن استفاده می‌کنند: ماده ۱۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، ماده ۳۹ آیین دادرسی ایتالیا، ماده ۱۴۲ آیین دادرسی ژاپن، ماده ۳۵ آیین دادرسی مدنی سوئد، ماده ۹۷۱ قانون مدنی و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و غیره. اما نظام‌های حقوقی دیگر، با ابزار متفاوتی به سراغ موضوع تعارض می‌روند و نهادهای که در بادی امر به ذهن متبادر می‌شود، دکترین محکمه نامناسب^{۵۳} است که در نظام کامن‌لا کاربرد دارد.

از دیدگاه کانیبیری امر مطروحه، جزو اصول کلی حقوقی نبوده و اساساً یکی از دکترین‌های مربوط به حقوق نوشته است و نظام‌های حقوقی دیگر مانند نظام کامن‌لا با دکترین محکمه نامناسب، دعاوی موازی را بررسی می‌کنند. با همه این احوال، پرونده‌های فراوانی وجود دارد که نشان می‌دهد نظام‌های حقوقی داخلی، این قاعده را به مثابه اصل کلی حقوقی شناسایی کرده‌اند.^{۵۴}

آگوست راینیش که بر اعمال دکترین امر مطروحه در هم‌پوشانی‌های صلاحیتی تأکید دارد استدلال می‌کند: «امر مطروحه، یکی از اصول کلی حقوقی مطابق با معنای ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است و در این راستا به مواردی از کاربرد گسترده و یکسان قاعده امر مطروحه در قوانین شکلی داخلی دولت‌ها و درج آن در موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه و در تعدادی از آرای دادگاه‌های بین‌المللی اشاره می‌کند».^{۵۵}

اما در خصوص دلیل دوم یعنی عدم تشابه دیوان‌های بین‌المللی باید گفت دکترین امر مطروحه از اساس به این منظور طراحی شده است که رسیدگی‌های موازی در دادگاه‌های یک کشور واحد را تنظیم کند و هدف بنیادین آن، حل تعارض بین مراجعی است که از جنبه‌های زیادی مشابه و قابل‌مقایسه‌اند.^{۵۶} این مراجع، بسیار شبیه هم‌اند، در یک نظم حقوقی ریشه داشته و اعتبار یکسانی دارند. ضمن اینکه حداقل در کشورهای غیرفدرال، آیین دادرسی یکسان دارند و قضات از لحاظ مهارت، برابرند.^{۵۷}

بعضی از کشورهای حقوق نوشته، برای اعمال قاعده امر مطروحه به‌طور صریح این شرط را لازم دانسته‌اند، بدین معنا که دادگاه‌ها با هم مشابه و قابل‌قیاس باشند. برای مثال بر اساس حقوق فرانسه، امر مطروحه، صرفاً زمانی اعمال می‌شود که دادگاه‌ها به لحاظ سلسله‌مراتبی برابر

53. *Forum non conveniens*

54. Campbell McLachlan, *op. cit.*, p. 82.

55. Reinisch, August, "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", 3 *Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals*, 2004, p. 48.

56. Cuniberti, Gilles, *op. cit.*, p. 383.

57. *Ibid*, p. 384.

باشند(ماده ۱۰۰ قانون آیین دادرسی فرانسه). دادگاه‌های متعارض باید از مشروعیت یکسانی برخوردار باشند. به همین ترتیب بر اساس حقوق اتحادیه اروپا، قاعده امر مطروحه، زمانی که یک دادگاه، صلاحیت انحصاری بر موضوع داشته باشد و دادگاه دیگر، واجد صلاحیت ضعیف‌تری باشد قابل طرح نیست(ماده ۲۹ مقرر ۴۴/۲۰۰۱ شورای اروپا در خصوص صلاحیت و شناسایی و اجرای احکام مدنی و موضوعات تجاری).^{۵۸}

به اعتقاد کانیرتی، مبنای اعمال قاعده امر مطروحه، برابری و مشروعیت یکسان مراجعی است که اختلاف در آن‌ها مطرح شده است. وی می‌گوید دادگاه‌های بدوی یک کشور از مشروعیت یکسان برخوردارند درحالی که در سطح بین‌المللی نمی‌توان برابری و مشروعیت یکسان نهادهای قضایی را مفروض دانست. قاعده امر مطروحه، مبتنی بر عامل زمان است و دادگاهی که اول به آن مراجعه شده است قضاوت می‌کند. اعمال عامل زمان بین دادگاه‌های داخلی که از لحاظ سلسله‌مراتبی همسان بوده و از لحاظ صلاحیت و مشروعیت، یکسان‌اند معنادار و مورد توجه است. اما این مسئله برای مراجع بین‌المللی که از لحاظ کارآمدی شکلی، مشروعیت یا حوزه تخصصی با همدیگر یکسان نیستند وجهی ندارد.^{۵۹} بنابراین در حقوق بین‌الملل کنونی با توجه به بافت تاریخی و سازمانی متنوع دیوان‌های بین‌المللی و به‌ویژه تفاوت در آیین دادرسی، صلاحیت موضوعی، حقوق قابل اعمال و شیوه‌های جبران خسارت، خیلی دشوار است که فرض شود دادرسی‌های بین‌المللی، یکسان یا حتی قابل قیاس هستند.^{۶۰} بالاین حال، مهم‌ترین مانعی که اعمال قاعده امر مطروحه را دشوار می‌سازد، تفاوت در سبب دعوا است. این امر، ریشه در تفاوت حقوق قابل اعمال دارد و بدین ترتیب، معیارهای اعمال قاعده مذکور فراهم نمی‌شود.

ب. جایگاه امر مطروحه در رویه قضایی بین‌المللی

تا کنون هیچ دیوان بین‌المللی بر مبنای قاعده امر مطروحه از اعمال صلاحیت خودداری نکرده است و در مواردی که این اصل از سوی طرفین پرونده مطرح شده، دیوان‌های مربوطه اعلام کردند شرایط اعمال فراهم نیست. در قضیه بعضی منافع آلمان در سلیزیای علیا، فنلاند صلاحیت دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی را به چالش کشید و مدعی شد که این اختلاف قبلاً در دیوان مختلط فنلاند - آلمان مطرح شده و دیوان دائمی دادگستری، دومین مرجعی است که این اختلاف را بررسی می‌کند و لذا باید بر اساس دکترین امر مطروحه از اعمال صلاحیت خودداری کند. لازم به ذکر است که بعد از جنگ جهانی اول، معاهده ورسای به دیوان‌های داوری مختلط، صلاحیت

58. Article 29 of the 44/2001 Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (44/2001 Regulation).

59. Ibid, p. 383.

60. Pauwelyn, Joost & Eduardo Salles Luiz, op. cit., p. 106.

حل و فصل دعاوی ناشی از ورود خسارت و صدمه به دارایی‌ها، حقوق و منافع اتباع متحدين در آلمان را اعطا کرده بود. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در این رابطه اظهار داشت:

«اینکه آیا دکتین امر مطروحه در روابط بین‌المللی اعمال می‌شود، به شدت مورد اختلاف است و قاعده امر مطروحه نمی‌تواند در رابطه با رسیدگی‌هایی که نزد دیوان مختلط آلمان - فنلاند در جریان است مطرح شود چرا که دو نهاد (دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان مختلط آلمان - فنلاند) مختصات یکسانی ندارند».^{۶۱}

در قضیه بونوتی و بوفانت علیه جمهوری کنگو در سال ۱۹۸۰، دیوان داوری به امر مطروحه اشاره کرد اما در بررسی خود به این نتیجه رسید که شرایط اعمال این قاعده وجود ندارد و تأکید کرد، «تنها زمانی امر مطروحه موضوعیت پیدا می‌کند که موضوع دادرسی‌ها، اسباب دعوا و طرف‌های دعوا یکسان باشند».^{۶۲} در دو قضیه دیگر نیز به امر مطروحه استناد شد و هر دو دیوان به این نتیجه رسیدند که شرایط اعمال این قاعده وجود ندارد. در قضیه شرکت اس. جی. اس. علیه پاکستان، دیوان داوری تصریح کرد «زآنجا که سبب دعوا یکسان نیست دکتین دعاوی مطروحه نمی‌تواند مانع از اعمال صلاحیت بر دعاوی ناشی از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری شود».^{۶۳} در قضیه لودر علیه جمهوری چک نیز دیوان داوری به نحو مشابهی اظهار داشت «توسل خوانده به اصل امر مطروحه بلاوجه است چرا که در دادگاه و داوری، طرفین دعوا و سبب دعوا متفاوت‌اند».^{۶۴} همان گونه که ملاحظه شد، در تعدادی از قضایای بین‌المللی که طرفین اختلاف، این قاعده را مطرح کردند، تفاوت در سبب دعوا از دلایل اصلی رد این قاعده بوده است. با این اوصاف، قاعده امر مطروحه حتی اگر به عنوان اصل کلی حقوقی به رسمیت شناخته شود، باز هم مانع عدم وحدت سبب را پیش رو دارد و به دشواری قابل اعمال در عرصه دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی است.

۲-۳. قاعده محکمه نامناسب^{۶۵}

مهم‌ترین روش برای بررسی دعاوی موازی در کشورهای کامن‌لا (امریکا) دکتین «محکمه نامناسب» است.^{۶۶} این قاعده به دادگاه اختیار می‌دهد در صورتی که قانع شود مراجع دیگری وجود

61. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB 01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug. 6, 2003, p. 20.

62. *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, Aug. 8, 1980, para. 1.14.

63. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB 01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug. 6, 2003, para. 182.

64. *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Final Award, Sept. 3, 2001, para. 171.

65. *Forum non conveniens*

66. Hartly, Trever C., *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law*, 2009, pp. 241-250.

دارند که برای بررسی دعوا مناسب‌ترند، ادامه رسیدگی خود را متوقف کند و پرونده را به دادگاه مناسب ارجاع دهد.^{۶۷} منظور از مناسب‌بودن، مواردی مانند مکان ادله و مدارک، راحتی شهود و مکان اقامت خوانده است. مثال بارز و معمول آن، زمانی است که علیه یک فرد یا شرکت نزد یک دادگاه خارجی اقامه دعوا شود و دادگاه نیز اعلام کند که مجبور کردن خوانده خارجی برای دفاع نزد این دادگاه به نحو غیرمنصفانه‌ای نامطلوب است (مدارک باید جابه‌جا شود، از متخصصین حقوق خارجی استفاده شود، شهود مسافرت کنند و غیره) و از این‌رو دادگاه را نامناسب اعلام کند. به بیان دیگر، یکی از دلایل اصلی جهت کاربرد اصل دادگاه نامناسب، سرزمینی بوده است و به فاصله یا عدم ارتباط بین خوانده و دادگاه برمی‌گردد.

به اعتقاد وگان‌لو در حال حاضر، قاعده محکمه نامناسب نمی‌تواند در نظام حقوقی بین‌المللی ورود پیدا کند چون که ملاک‌های مرتبط با منافع طرفین در رسیدگی‌های بین‌دولتی معنای چندانی ندارد.^{۶۸} وی می‌گوید «برخلاف دادرسی داخلی، جابه‌جایی مکانی در دعوای بین‌دولتی نزد مرجع بین‌المللی الزاماً متضمن استفاده از متخصصان حقوق خارجی نیست یا حتی ضرورتی ندارد که تیم‌های حقوقی جداگانه‌ای استخدام شوند بلکه در این‌گونه دعوها و کلا پرونده را آماده کرده، سوار هواپیما می‌شوند و بعد از رسیدن به مقصد، دادخواهی خود را شروع می‌کنند. درضمن، مکان انجام دادخواهی از لحاظ حقوقی اهمیت چندانی ندارد».^{۶۹} وضعیت دعوای بین‌دولتی در دیوان‌های بین‌المللی، متفاوت از دادگاه‌های داخلی است. در عرصه بین‌المللی یک سنت قوی مبنی بر اقامه دعوا در مکان‌های بی‌طرف وجود دارد تا بدین ترتیب، قضات و طرفین اختلاف، راحت‌تر باشند. مکان ادله و راحتی شهود، معمولاً اهمیت کمی دارد و بحث فاصله جغرافیایی، تقریباً موضوعیت ندارد.^{۷۰}

الف. ایرادات وارد بر قاعده محکمه نامناسب

در مجموع، دو ایراد عمده بر دکتربین محکمه نامناسب وارد شده است. اول اینکه این دکتربین تقریباً به‌طور انحصاری در نظام‌های حقوقی کامن‌لا شناخته شده است و نمی‌توان آن را به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوقی تلقی کرد. ایراد دوم و مهم‌تر اینکه معیار اصلی و تعیین‌کننده برای یک دادگاه که خود را مرجع نامناسب اعلام کند، دلایلی از جمله مناسب‌بودن برای خوانده است و ارتباطی به

67. Cuniberti, Gilles, *op. cit.*, p. 406.

68. Lowe, Vaughan, "Overlapping Jurisdiction in International Tribunals", 20 *AUSTL. Y.B. INT'L L.* (1999), p. 200.

69. *Ibid.*, p. 201.

70. Pauwelyn, Joost & Eduardo Salles Luiz, *op. cit.*, p. 110.

مناسب بودن دادگاه یا فرایند دادرسی ندارد.^{۷۱} البته لازم به ذکر است دکتترین محکمه نامناسب در دادگاه‌های امریکا تحول مفهومی پیدا کرده است به نحوی که کمتر به منافع طرفین (راحتی خواننده) توجه می‌کند و بیشتر بر برقراری عدالت و توزیع کارآمد امور بین دادگاه‌ها تأکید دارد.^{۷۲} این تحول، قابلیت انتقال این دکتترین به عرصه دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی را افزایش داده است.

ب. امتیازات قاعده محکمه نامناسب

در مقابل ایرادات فوق، قاعده محکمه نامناسب، نقطه‌قوت‌هایی دارد که به کاربرد آن در سطح بین‌المللی کمک می‌کند. از تفاوت‌های دکتترین محکمه نامناسب با امر مطروحه این است که برای اعمال دکتترین محکمه نامناسب، نیازی به تشابه و قابل‌قیاس بودن مراجع حل اختلاف نیست. همچنین یکسان بودن سبب دعوا لازم نیست. بنابراین معیارهای مذکور در امر مطروحه، در محکمه نامناسب لازم نیست و اگر دادگاه به این نتیجه برسد که مرجع دیگری که اختلاف در آن مطرح شده بسیار مناسب‌تر است می‌تواند از اعمال صلاحیت خودداری کند.^{۷۳} در دکتترین محکمه نامناسب، فرایندهای دادگاه‌های مختلف با هم مقایسه می‌شود. دادگاه دیگر نه تنها باید مناسب‌تر باشد بلکه باید این ویژگی‌اش بارز باشد به نحوی که مقایسه دو دادگاه، آشکارا به نفع یکی از آن دو باشد.^{۷۴} در عمل، چنین شرطی مبین آن است که دادگاه‌هایی که با هم مقایسه می‌شوند باید به وضوح متفاوت باشند. اگر دادگاه‌ها بسیار مشابه باشند این امکان فراهم نمی‌شود که یکی از آن‌ها قوی‌تر و مناسب‌تر تشخیص داده شود و بر مبنای تناسب و راحتی طرفین پرونده، یکی از رسیدگی‌ها متوقف شود. به عبارت دیگر، تفاوت‌های شکلی و ماهوی موجود بین دیوان‌های بین‌المللی از منظر اعمال قاعده محکمه نامناسب، امر مطلوبی است و فضا را برای کاربرد آن فراهم می‌کند. بنابراین اگر قاعده امر مطروحه به خاطر اینکه مستلزم شباهت زیادی بین محاکم بین‌المللی است ناکارآمد شود، قاعده محکمه نامناسب می‌تواند یک راه برون‌رفت باشد.

با این اوصاف، قاعده محکمه نامناسب، متضمن ایجاد تعادل بین منافع خواهان و خوانده و اجرای عدالت به‌طور عام است و اگرچه بحث راحتی و تناسب برای خواهان و خوانده، عمدتاً بحث جغرافیایی است و مبتنی بر شاخص‌هایی مانند مکان اقامت خوانده، مکان ادله و مدارک و شهود است، کارآمدی و اجرای عدالت را نیز مدنظر دارد و می‌توان بر مبنای محکمه نامناسب، اختلاف را به دیوان بین‌المللی دیگر که مناسب‌تر به نظر می‌رسد ارجاع داد. عدم وحدت سبب دعوا نیز مانع اجرای این قاعده نیست و مشکلی ایجاد نمی‌کند و در مجموع، معیارهای مضیقی

71. Ibid.

72. Lowe, Vaughan, *op. cit.*, p. 197.

73. Cuniberti, Gilles, *op. cit.*, p. 407.

74. Ibid.

که در اعتبار امر مختومه و امر مطروحه وجود داشت در محکمه نامناسب وجود ندارد. در نتیجه، اگر نیاز باشد یک اصل کلی برای رفع تعارض و هم‌پوشانی بین دیوان‌های بین‌المللی در میان مدت یا بلندمدت توسعه یابد، بهترین گزینه برای شروع، همین قاعده محکمه نامناسب است که با اقتضائات حقوق بین‌الملل منطبق شده باشد.^{۷۵}

نتیجه

شیوه پیدایش نامنسجم و فاقد هماهنگی دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی، امکان هم‌پوشانی و تعارض بین آن‌ها را افزایش می‌دهد به نحوی که یک اختلاف واحد در بیش از یک نظام حل اختلاف، تحت قضاوت قرار گیرد. بررسی هم‌زمان بعضی از اختلافات در مراجع داور و قضایی، مسئله تعارض را از بحث نظری به نگرانی عینی و ملموس تبدیل کرده است. موضوع تعارض صلاحیت در حقوق داخلی، موضوعی قدیمی است. در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز این موضوع کم‌وبیش مطرح بوده است. با این حال، نظام‌های حقوقی داخلی با ابزار قانونگذاری و دکتین حقوقی و مهم‌تر از همه، وجود دیوان عالی در رأس نظام قضایی کشور، اشکال تعارض را برطرف می‌کنند. اما در سطح بین‌المللی، هنگامی که صلاحیت‌های دو دیوان مستقل و نامرتبط به اختلاف واحدی تعمیم می‌یابد، هیچ قاعده حقوق بین‌المللی وجود ندارد که از اعمال صلاحیت هریک از آن‌ها جلوگیری کند. در قضایی که به زعم طرفین اختلاف یا از نقطه نظر دیوان بین‌المللی، تعارض و هم‌پوشانی وجود داشته است، نشانی از یک قاعده تثبیت شده برای حل این تعارض و هم‌پوشانی دیده نمی‌شود و به طور کلی تراکم آرا در حدی نیست که بتوان از رویه آن‌ها راه حل‌های مشخصی را استنباط کرد. در ضمن، هیچ معاهده‌ای نیست که به طور صریح در سطح بین‌المللی به مقوله تنظیم صلاحیت بین دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی پرداخته باشد.

دادگاه‌های داخلی، معضل تعارض و هم‌پوشانی صلاحیت‌ها را با قواعدی مانند اعتبار امر مختومه، امر مطروحه و محکمه نامناسب، برطرف می‌کنند. قاعده اعتبار امر مختومه، قدمت زیادی دارد و در همه نظام‌های حقوقی تثبیت شده است. در ربع پایانی قرن بیستم نیز کشورهای نظام کامن‌لا و نظام حقوق نوشته در سطح گسترده، راهکارهایی را تصویب کردند که دادگاه‌ها را قادر می‌سازد از اعمال صلاحیت خودداری کنند و پرونده را به دادگاه‌های دیگر ارجاع دهند. در کشورهای حقوق نوشته، این امر به واسطه شناسایی قاعده دعوای مطروحه از طریق معاهده و دادگاه‌ها صورت گرفت و در کشورهای کامن‌لا قاعده محکمه نامناسب فراگیر شد. اما انتقال این قواعد و اعمال آن در دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی آسان نیست.

قاعده اعتبار امر مختومه در همه نظام‌های حقوقی جهان به رسمیت شناخته شده است و

75. Pauwelyn, Joost & Eduardo Salles Luiz, *op. cit.*, p. 118.

بدون تردید یکی از اصول کلی حقوقی است اما آنچه اعمال این قاعده را در مراجع حل اختلاف بین‌المللی با مشکل مواجه می‌کند تفاوت حقوق قابل‌اعمال در این مراجع است. تفاوت در حقوق قابل‌اعمال، اتحاد سبب دعوا را که یکی از ارکان ضروری برای اعمال قاعده اعتبار امر مختومه است از بین می‌برد و لذا اعمال آن را در عرصه دیوان‌های بین‌المللی دشوار می‌سازد. قاعده امر مطروحه حتی اگر به‌عنوان اصل کلی حقوقی به رسمیت شناخته شود باز هم همان مانع عدم وحدت سبب را پیش رو دارد و در تعدادی از قضایای بین‌المللی که این قاعده از سوی طرفین اختلاف مطرح شد، تفاوت در سبب دعوا از دلایل اصلی رد این قاعده بوده است. در این میان، قاعده محکمه نامناسب که تحول مفهومی پیدا کرده است می‌تواند پلی برای برقراری ارتباط بین مراجع حل اختلاف بین‌المللی باشد و می‌توان بر مبنای آن، اختلاف را به دیوان بین‌المللی دیگر که مناسب‌تر به نظر می‌رسد ارجاع داد. عدم وحدت سبب دعوا نیز مانع اجرای این قاعده نیست و مشکلی ایجاد نمی‌کند و در مجموع، معیارهای مضیقی که در اعتبار امر مختومه و امر مطروحه وجود داشت در محکمه نامناسب وجود ندارد.

راهکارهایی مانند قاعده محکمه نامناسب، از جمله ابزارهایی است که دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی می‌توانند به اقتضای مختصات و شرایط هر پرونده از آن استفاده کنند. اما این قواعد نیز به‌تنهایی مشکل را حل نمی‌کند. آنچه مهم‌تر است، عاملان حل تعارض یعنی قضات و داوران دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی هستند. از آنجایی که در نظام حقوق بین‌الملل، ساختارها ضعیف است و خلأ سازماندهی وجود دارد، مسئولیت پرکردن شکاف‌ها به عهده قضات و داورانی است که در مراجع حل اختلاف، تصمیم‌گیری می‌کنند. آن‌ها باید با نگرش تکثرگر/ در صدد تعامل و همکاری با یکدیگر باشند و با پرهیز از حداکثرگرایی و اصرار بیش از حد بر منافع رژیم‌های حقوقی خود در راستای حل تعارضات و انسجام نظام حقوق بین‌الملل حرکت کنند.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- سلجوقی، محمود؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ سوم، میزان، ۱۳۸۵.
- شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، چاپ بیست‌ونهم، دراک، ۱۳۹۲.
- میرعباسی، باقر و حسین سادات‌میدانی؛ دیوان بین‌المللی دادگستری، مسائل روز، چکیده آراء و اسناد، جلد دوم، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۹.

- مقاله

- خمایی‌زاده، فرهاد؛ «تنوع قواعد حل تعارض»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.
- میرعباسی، باقر و علی ایزدی؛ «فراوانی دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی؛ قابلیت و امکان تعارض»، فصلنامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۲.
- نیکبخت، حمیدرضا و علی‌اصغر عیوض‌پور؛ «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی، نگاهی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.

ب) انگلیسی

A) Books

- Campbell McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation*, in 336 RECUEIL DES COURS, 2008.
- Hartly, Trevor C. *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Mackenzie, Ruth, Romano, Cesare and Yuval, Shany, *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2010.
- Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*, Cambridge University Press, 2003.

B) Articles

- Cuniberti, Gilles, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", 21 *ICSID REV. FOREIGN INVESTMENT L.J.* 2006.
- Davey, William and Sapir, Andrea, "The Soft Drinks Case: The WTO and Regional Agreements", 8 *World Trade Review*, 2009.

- Hafner, Gerhard, "Pros and Cons from Fragmentation of International Law", 25 *Michigan Journal of International Law*, 2004.
- Kwar, K. and Marceau, G., "Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements", in L. Bartels and F. Ortino, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, 2006.
- Lowe, Vaughan, "Overlapping Jurisdiction in International Tribunals", 20 *AUSTL. Y.B. INT'L L.* 1999.
- Ottolenghi, Michael and Prows, Peter, "Res Judicata in the ICJ's Genocide Case: Implications for Other Courts and Tribunals?", 21 *Pace International Law Review*, 2009.
- Pauwelyn, Joost & Ecurdo Salles Luiz, "Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)possible Solutions", 42 *Cornell Int. L. J.* 2009.
- Reinisch, August, "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", 3 *Law & Prac. Int'L Cts. & Tribunals*, 2004.
- Reinisch, August, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration", in Buffard/J. Crawford/A. Pellet/S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation*. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, 2008.
- Romano, Ceasar P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *New York Journal of International Law and Politics*, 1999.
- Romano, Ceasar P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *International Law and Politics*, 2004.
- Scobbie, Iain, "Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch", *Australian Yearbook of International Law*, 1999.
- Tim Grawert, "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", 1(2) *Contemp. Asia Arb. J.*, 2008.

C) Cases

- *Administrative Tribunal Case*, ICJ Reports, 1954.
- *Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.)*, ICJ Reports, 2007.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.)*, ICJ Reports, 1996.
- *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final

-
- Award, (Mar. 14, 2003).
- *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1925 PCIJ (Ser.A) No. 6.
 - *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, Aug. 8, 1980.
 - *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No.ARB 01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug. 6, 2003.
 - *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Final Award, Sept. 3, 2001.
 - *Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zeland v. Japan)* Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and Admissibility).

اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی

مهدی مؤمنی *

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23528

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۵/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۷/۱۰

چکیده

دادرسی‌های کیفری بین‌المللی به دلیل فقدان نظام قانونگذار بین‌المللی، دادگاه‌هایی با صلاحیت اجباری و ضمانت‌اجراهای سازمان‌یافته که شرط وجودی یک نظام حقوقی جامع و معتبر است، مورد نقدهای جدی بوده‌اند به‌طوری‌که در جریان محاکمات نورنبرگ و توکیو، استناد به «عدالت»، نتوانست جای خالی «قانونی بودن» را پر کند. انتقادات در جریان این دادرسی‌ها و پس از آن نشان داد که باید به «اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری نیز توجه شود. گام‌های اولیه جهت پذیرش و استقرار اصول مذکور در این حوزه، روندی کند اما رو به پیشرفت داشته است. تحلیل و بررسی دادرسی‌های کیفری بین‌المللی به شکل ابتدایی آن در دادگاه عالی لایپزیک در اوایل قرن بیستم، دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو در نیمه قرن گذشته و دادگاه‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا در دهه پایانی قرن بیستم، همچنین دادگاه‌های توافقی یا بین‌المللی شده از جمله دادگاه سیرالئون در پایان قرن بیستم و درنهایت، دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) بیانگر سیر تحولات عمیق و رو به تکامل و جهت‌گیری‌های بسیار متمایز نظام کیفری بین‌المللی در خصوص پذیرش و استقرار اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست. این مقاله در مقام بررسی و تحلیل فرایند تکامل و چگونگی پذیرش اصول یادشده، در طول تاریخ تحولات حقوق بین‌المللی کیفری، از دادگاه‌های نسل اول تا دیوان کیفری بین‌المللی کیفری است. این روند از «انکار و عدم اجرا» شروع و به «ضرورت و تصریح» ختم شد.

واژگان کلیدی

اصول قانونی بودن جرم و مجازات، رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی

مقدمه

اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها از بنیادهای حقوق کیفری ملی محسوب می‌شود، به نحوی که جرم‌انگاری و نیز کیفرگذاری، خارج از چارچوب قانون، امری مردود است. مسئله قابل‌طرح اینکه آیا همین رویکرد در قلمرو حقوق بین‌المللی کیفری نیز جاری است یا خیر؟ علت طرح این مسئله، تفاوت‌های دو نظام حقوقی کیفری ملی و بین‌المللی است. در عرصه ملی، وجود قوه قانونگذاری، قانون مدون، دادگاه‌هایی با صلاحیت اجباری، ضمانت‌اجراهای کیفری و از همه مهم‌تر، حاکمیت سیاسی واحد، امکان استقرار اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها را به‌راحتی میسر ساخته، اما در حوزه بین‌المللی، فقدان قوه قانونگذاری و عرفی‌بودن برخی از قواعد کیفری، ابهام در قراردادهای بین‌المللی و عدم صراحت در خصوص برخی مفاهیم کیفری، ازجمله جرایم و مجازات‌ها، استقلال و تساوی حاکمیت دولت‌ها، موضوع را با چالش مواجه ساخته است. در نظر اول، ممکن است این باور ایجاد شود که اساساً امکان به‌کارگیری اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها در حوزه بین‌المللی وجود ندارد. درست به همین خاطر، قضات دادگاه نورنبرگ، این اصول را منصرف از جنایات بین‌المللی دانستند.^۱ اشتباه اساسی آن‌ها این بود که میان مفهوم و مصداق اصول مذکور، قائل به تفکیک نشده بودند. مفهوم این اصول، بیانگر بایدها و نبایدهایی است که در هر دو حوزه ملی و بین‌المللی قابلیت اجرا دارند زیرا این اصول از مستقالات عقلی است.^۲ تفاوت در مصداق، خدشه‌ای بر جوهره این اصول وارد نمی‌سازد. اطلاق قانون در حوزه ملی، بر مصوبه مدون مجلس قانونگذاری و در حوزه بین‌المللی، بر قواعد مدون و قواعد عرفی آمره، با اساس مفهوم اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها مغایرتی ندارد. دادرسی‌های کیفری بین‌المللی بعدی بر این باور، مهر تأیید زدند به‌طوری‌که احکام دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا، جوهره اصول قانونی‌بودن را پذیرفته و به آن استناد کردند.

دادرسی‌ها در قرن بیستم، همگی ویژگی‌های مشابهی دارند ازجمله، موردی و موقتی‌بودن دادگاه‌ها، اختلاف در اصل صلاحیت دادگاه، فقدان ضمانت‌اجراهای سازمان‌یافته متمرکز، عدم امکان پیش‌بینی قبلی و دقیق جرایم و مجازات‌ها، به نحوی که در این دوره، قاعده خاصی مبنی بر اینکه اشخاص قادر باشند قانون، یعنی قاعده دارای مشروعیت و الزام‌آور را از غیر آن بازشناسند وجود نداشته است.^۳ تنها، رسوم بین‌المللی، نقش تعیین‌کننده‌ای داشته‌اند، درحالی‌که اکتفا به این رسوم برای تحقق اصل قانونی‌بودن کافی نیست.^۴

1. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Official Text in the English Language, Published at Nuremberg, Germany, 1947, vol. 1, p. 219.

۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی‌فرد؛ قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، دادگستر، ۱۳۸۶، ص ۱۰.

3. Conrad Johnson, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing Company, New York, 1993, p. 88.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press Oxford, 1994, pp. 91-98.

4. Nicos Stavropoulos, "Hart's Semantics", in: Juluse Coleman, ed, *Philosophy of Law*, Westview

در این دوره، حقوق بین‌الملل، مجهز به قواعد حقوق کیفری نیست و هنوز هویت نظام‌مند ندارد. بنابراین باید این دوره را با تمام فراز و نشیب‌ها، دوره غیرنظام‌مند حقوق کیفری بین‌المللی نامید.

ظهور دیوان کیفری بین‌المللی، به‌عنوان مرجع دائمی، این عقیده را استوار ساخت که فقدان قانونگذار بین‌المللی، توجیه‌گر عدم التزام به اصول قانونی‌بودن نیست، بلکه می‌توان جایگزین‌هایی برای آن در نظر گرفت، ازجمله معاهدات چندجانبه با توافق حداکثری دولت‌ها که برای غیر اعضا نیز لازم‌الاجرا باشد.^۵

بدین ترتیب، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در زمینه تجهیز حقوق بین‌الملل به قواعد حقوق کیفری ازجمله اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها و ضمانت‌اجراهای سازمان‌یافته متمرکز و ایجاد دادگاهی کیفری با صلاحیت اجباری و خصیصه دائمی، گام‌های اساسی برداشت. دیوان کیفری بین‌المللی با پذیرش حاکمیت اصل قانون‌مندی و مقتضیات آن در حوزه کیفری بین‌المللی^۶ و رفع نقیصه مهم در باب جرم‌انگاری مهم‌ترین رفتارهای ناقض نظم بین‌المللی، تحول عظیمی در تاریخ حقوق بین‌الملل ایجاد کرد.^۷ ظهور دیوان کیفری بین‌المللی، به منزله آغاز دوره نظام‌مندی حقوق بین‌المللی کیفری است. اساسنامه دیوان، اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها را به‌طور صریح و تحت عنوان اصل کلی و فراگیر حقوق کیفری به رسمیت شناخته است.^۸ مصادیق اصل قانونی‌بودن، لزوماً در دو حوزه ملی و بین‌المللی متفاوت، اما از نظر مفهومی مشترک هستند. برای شناخت دلایل عدم حاکمیت این اصل در گذشته و نیز چگونگی و میزان پذیرش آن‌ها در حوزه کیفری بین‌المللی، تحلیل دادرسی‌های کیفری بین‌المللی ضروری است. آیا این امر مشخص می‌سازد که رویه قضایی کیفری بین‌المللی، به‌عنوان منبع حقوقی، برای خود جایگاه قاعده‌سازی در زمینه جرایم و مجازات‌ها قائل است، یا در این زمینه خود را فاقد صلاحیت می‌داند؟ به‌طور قطع، رویه قضایی نکات مبهم قاعده کیفری را تبیین می‌کند و با عینی‌سازی قانون، موجب پویایی حقوق می‌شود. کلسن از این امر به‌عنوان «حقوق‌سازی»^۹ یاد می‌کند.^{۱۰} تأثیر این منبع در حوزه بین‌المللی به‌خاطر تمایزاتش از حقوق ملی، به‌ویژه فقدان قوه قانونگذاری،

Press, 1990, p. 68.

5. Hart, *op. cit.*, p. 225.

۶. حبیب‌زاده و توحیدی‌فر؛ همان، صص ۹ و ۴۲.

۷. ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان؛ *حقوق بین‌الملل بشردوستانه*، مخاصمات مسلحانه داخلی، چاپ سوم، میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶.

۸. مواد ۲۲ و ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

9. Law-making

۱۰. کلسن، هانس؛ *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه: اسماعیل نعمت‌الهی، سمت، ۱۳۸۷، ص ۱۱۰.

جدی‌تر است.^{۱۱} همچنین نوپایی این رشته و ابهامات فراوان قواعد کیفری بین‌المللی، اهمیت خاصی به رویه قضایی در این حوزه می‌بخشد. با این همه، رویه قضایی، توان جرم‌انگاری و تحمیل مجازات بدون توسل به قاعده کیفری معتبر را ندارد. از سوی دیگر، تحلیل محتوای دادرسی‌های کیفری بین‌المللی روشن می‌سازد که آرای این دادگاه‌ها، فراز و نشیب زیادی در باب اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها طی کرده است. در ابتدای این فرایند، یعنی دادرسی‌های پس از جنگ دوم جهانی، لزوم استناد احکام به این اصل، انکار می‌شود،^{۱۲} لیکن به تدریج این اصل، جایگاه خود را پیدا کرد. با تصویب اساسنامه رم، به عنوان نقطه عطفی در تحولات حقوق کیفری بین‌المللی، اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها در حوزه کیفری بین‌المللی از اصول خدشه‌ناپذیر محسوب می‌شود.

پرسش‌های اساسی قابل طرح در اینجا آن است که:

رعایت اصول قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها در حوزه بین‌المللی، ضروری یا غیرضروری است؟

آیا تا کنون در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی این اصول رعایت شده است؟ با این فرضیه که رعایت این اصل، علی‌رغم تمایزات حقوق کیفری در دو سطح ملی و بین‌المللی، در هر دو حوزه ضروری است.

نقد و بررسی بی‌طرفانه دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، گویای نقض این اصول در موارد متعدد است.

به طور قطع، بیان نقاط ضعف و کاستی‌ها به معنای رد دستاوردهای حقوقی در این زمینه نیست.

نکته حایز اهمیت، تحولات چشمگیر و رو به پیشرفت جایگاه این اصول در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری است. در این مقاله برای توضیح و تبیین چگونگی شکل‌گیری و فرایند تکاملی حاکمیت اصول یادشده در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری، چهار مرحله بررسی و تحلیل می‌شود: ۱. انکار اصل قانونی‌بودن، ۲. تمایل به پذیرش این اصل، ۳. تبلور اصل یادشده، ۴. حاکمیت اصول قانونی‌بودن جرم و مجازات.

۱. انکار اصل قانونی‌بودن

مشخصه بارز این دوره، استناد به مفاهیم کلی و مبهم از قبیل عدالت، اصول انسانیت، روح

۱۱. بلز، چیکاوا؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷، ص ۱.

12. Bassiouni, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Second Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 12.

معاهدات و اخلاق است. امکان تفاسیر و برداشت‌های مختلف از این مفاهیم، مانع تأمین مقتضیات اصول قانونی بودن جرم و مجازات است. مسئله اساسی «صلاحیت» نیز از منظر منطق حقوقی با تردیدهای جدی مواجه می‌شود زیرا دولت‌های پیروز، خود را واجد صلاحیت تعقیب کیفری، محاکمه و مجازات نیروهای شکست‌خورده می‌دانستند. تعبیر «عدالت فاتح»، شایسته این دوره است. به‌طور مسلم، این شیوه دادرسی با اصول دادرسی عادلانه در تعارض است. وحدت شاکی و مرجع قضاوت‌کننده، اصل تساوی سلاح‌ها، اصل حق دفاع متهم، اصل عدم عطف به ماسبق، برای قواعد کیفری و اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها چالش جدی ایجاد می‌کند. در این دوره، صرف اعلام «ممنوعیت» امری در معاهده‌ای بین‌المللی، بدون تعیین ضمانت اجرای کیفری، معادل «جنایت بین‌المللی» تلقی می‌شود و مراجع کیفری بین‌المللی بدون سابقه قبلی، اقدام به جرم‌انگاری و تحمیل کیفر کرده‌اند.^{۱۳}

۱-۱. دادگاه عالی لایپزیک (۱۹۲۰)

دولت‌های متفق، پیرو قرارداد صلح ورسای ۱۹۱۹ و پناهندگی امپراتور آلمان موافقت کردند ۸۹۶ نفر از متهمین توسط آلمان محاکمه شوند.^{۱۴} نقش این دادگاه در توسعه حقوق کیفری بین‌المللی، اتهامات جنایی بین‌المللی و منابع احکام و توافق دولت‌های فاتح در تشکیل دادگاه، آن را در زمره دادرسی‌های کیفری بین‌المللی قرار می‌دهد.^{۱۵}

الف. اصل قانونی بودن جرم

آرای قضایی این دادگاه، مستند به قانون کیفری آلمان (قضیه رامبدور)، آیین‌نامه کیفری ارتش آلمان (قضیه رامبدور)، قرارداد لاهه ۱۹۰۷ (قضیه کارل نیومن)، قواعد عرفی حقوق بین‌الملل (قضیه هنیز)، قواعد حقوق جنگ‌های زمینی (قضیه استینگر)، قواعد حقوق جنگ‌های دریایی (قضیه پاتریک) و اصول انسانیت و اخلاق (قضیه پاتریک) است.^{۱۶} بدین ترتیب، معاهدات بین‌المللی، عرف مسلم بین‌المللی، قوانین و مقررات ملی، اصول انسانیت و اخلاق، منابع حقوقی صدور احکام

۱۳. لومبوا، کلود؛ حقوق جرایم بین‌المللی، ترجمه: علی آزمایش، جزوه درسی کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۴۵. عظیمی، عبدالرسول؛ محاکمه نورنبرگ، کیهان، ۱۳۴۱، ص ۵۷.

- Judgment of Nuremberg, p. 83.

14. Marlies Glasins, *The International Criminal Court*, Routledge, London, 2006, p. 7.

- Myres S. Mc Dougal, and Florentino P. Feliciano, *The International Law of War*, New Haven Press, London, 1994, p. 707.

۱۵. فیوضی، رضا؛ حقوق بین‌الملل کیفری، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۸۳.

۱۶. فیوضی؛ همان، ص ۱۰۸ و استانیسلاو پلاوسکی؛ اصول اساسی حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: علی آزمایش، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، منبع درس حقوق بین‌المللی کیفری، دوره کارشناسی ارشد، ص ۳۹.

دادگاه است. بی‌تردید، استناد به مفاهیم کلی و مبهم از قبیل اصول انسانیت و اخلاق، با توجه به تفاسیر مختلف، تأمین‌کننده اقتضائات اصول قانونی‌بودن جرم و مجازات نیست. البته آیین‌نامه کیفری ارتش آلمان، مربوط به قبل از آغاز جنگ اول جهانی است و از ایراد عطف به ماسبق مصون است. این آیین‌نامه حاوی قواعد جنگ و نحوه رفتار با اسراست. نقض این قواعد، موجب مسئولیت کیفری در برابر دولت متبوع متهم است.^{۱۷} بنابراین مستند آرای قضایی این دادگاه برخلاف عقیده برخی،^{۱۸} تنها عهدنامه ورسای نبوده، بلکه به قانون کیفری داخلی نیز استناد شده است. در زمان تشکیل این دادگاه، معاهدات بین‌المللی با مشکل فقدان ضمانت اجرا مواجه بود. از سوی دیگر، فقدان تعریف جنایات بین‌المللی به‌ویژه جنایات جنگی در معاهدات موجود و مسکوت‌بودن در باب ضمانت اجرا، ازجمله موانع حاکمیت مطلوب اصول قانونی‌بودن جرم محسوب می‌شد.

ب. اصل قانونی‌بودن مجازات

نقض اصل قانونی‌بودن جرم، به‌طور وسیعی اصل قانونی‌بودن مجازات را نقض و مخدوش می‌کند. دولت‌های فاتح، مستند به ماده ۲۲۷ معاهده ورسای، واجد صلاحیت قانونی و قضایی بودند. تعیین مجازات به‌طور مطلق به عهده دادگاه قرار داشت. تنها به بیان قید «مناسب» اکتفا شده بود. در نتیجه هیچ‌یک از اقتضائات اصل قانونی‌بودن مجازات، ازجمله مشخص‌بودن میزان و نوع مجازات، رعایت نشد بلکه به‌طور بنیادین، این اصل نقض می‌شد و میدان را برای استبداد قضایی فراهم می‌ساخت. آنچه در جریان دادرسی رخ داد، از جهات عدیده، ایراد داشت. تجربه واگذاری محاکمه و مجازات اعضای نیروهای مسلح دولت مغلوب به خود آن دولت، در خصوص اعمال قوانین جنگ، مطابق با موازین دادرسی عادلانه قلمداد نشد.^{۱۹} مجازات‌های تعیین‌شده، بسیار خفیف و نامناسب با اتهامات و اعمال ارتكابی بود. به عقیده پلاوسکی، نحوه برخورد محاکمات کیفری جنایتکاران جنگی اولین جنگ جهانی، نه با منطق حقوقی سازگار بود و نه باعث رضایت افکار عمومی شد بلکه موجب شد هرگونه قضاوت و عدالت کیفری بین‌المللی، موهوم قلمداد شود.^{۲۰}

۱۷. فیوضی؛ همان، ص ۱۰۱.

۱۸. Jean Pictet, *Commentary Geneva Convention*, International Committee of Red Cross, Geneva, 1960, p. 17.

۱۹. Jean de Preux, *Commentary Geneva Convention*, International Committee of Red Cross, Geneva, 1960, p. 617.

- Myres S. McDougal, *op. cit.*, p. 704.

۲۰. پلاوسکی؛ همان، ص ۳۹.

۲-۱. دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ (۱۹۴۵)

قدرت‌های پیروز جنگ دوم جهانی، خود را واجد صلاحیت برای تعقیب کیفری و مجازات نیروهای شکست‌خورده می‌دانستند. سوارز^{۲۱} در کتاب حقوق و قانون جنگ، چنین صلاحیتی را پذیرفته بود.^{۲۲} امروزه این شیوه، از جهات عدیده، مغایر دادرسی عادلانه است. در مقدمه موافقت‌نامه لندن ۱۹۴۵ و ماده ۱ آن، مقرر شد جنایتکاران عمده جنگی در دادگاه نظامی بین‌المللی و سایرین توسط کشورهای محل وقوع جرم و طبق قوانین آن، محاکمه و مجازات شوند.

الف. اصل قانونی بودن جرم

بر اساس منشور نورنبرگ، موافقت‌نامه لندن (۱۹۴۵)، عهدنامه‌ها و تعهدات بین‌المللی، قوانین و عرف‌های جنگی، عدالت، مقررات منشور نورنبرگ، تصمیم قضات دادگاه، تشخیص دادستان، مستند آرای قضایی این دادگاه قرار گرفت. (مواد ۱، ۲، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۲، ۱۶، ۱۹، ۲۶، ۲۷ و ۲۹ منشور نورنبرگ) کیفرخواست مفصل کمیته دادستان‌ها، چهار اتهام تبانی، جنایات ضد صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت را علیه متهمین مطرح کرد. مستند اصلی کیفرخواست در خصوص اتهام جنایات علیه صلح، نقض معاهدات بین‌المللی بود.^{۲۳} اتهام تبانی در معنایی وسیع، کلیه اعمال تجاوزکارانه و جنگ‌های تهاجمی آلمان را شامل می‌شد.^{۲۴} بدون آنکه منشور، تبانی را تعریف کند، دادگاه آن را در قالب اقدام برای تهیه نقشه جنگ تهاجمی تعریف کرد.^{۲۵} در باب جنایات جنگی، به معاهدات، حقوق عرفی و اصول کلی حقوق استناد شد.^{۲۶} در خصوص جنایات علیه بشریت، ادعای نقض حقوق بین‌الملل عرفی، نقض معاهدات بین‌المللی، قوانین کیفری ملی، اصول کلی حقوق کیفری مشترک برگرفته از حقوق کیفری تمام کشورهای متمدن، مستند این اتهام بود.^{۲۷} خلق جنایت ضد صلح^{۲۸} و بیان تمثیلی جنایات ضد بشریت در منشور (ماده ۶) ناقض اصل قانونی بودن جرم بود زیرا به قاضی کیفری، اختیار قیاس و خلق جرم جدید را می‌داد. جنگ

21. Suarez (1584-1617)

22. لومبوا؛ همان، ص ۳۵.

23. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, *op. cit.*, pp. 27-94.

24. *Ibid.*, p. 29.

25. *Ibid.*, pp. 55-56.

26. *Ibid.*, pp. 42, 52, and 95.

27. *Ibid.*, p. 65.

28. Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, Routledge Cavendish, London, 2007, p. 545.

تجاوزکارانه به‌عنوان مصداق جنایت علیه صلح نیز از ابتکارات دادگاه نورنبرگ است.^{۲۹} منشور نورنبرگ در باب بیان عناصر جرم، ساکت است به‌طوری‌که دادگاه با تکیه بر اصول کلی حقوق، به تبیین قضایا پرداخت.^{۳۰} اصل قانونی‌بودن جرم و اصل عدم عطف به ماسبق قوانین جزایی نیز در جریان محاکمات نورنبرگ نقض شد.^{۳۱} این دادگاه در رأی خود، منشور خود را مبین حقوق بین‌الملل موجود در زمان تدوین برمی‌شمرد^{۳۲} درحالی‌که محصول اراده چهار دولت پیروز جنگ بود. از سوی دیگر، عناوین جنایات علیه صلح، جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت در حقوق بین‌الملل آن زمان، به‌طور اجماعی یا عرف مسلم، مورد شناسایی و مقبولیت قرار نداشت.^{۳۳} دادگاه نورنبرگ با خلق جرایم جدید، آن هم پس از ارتکاب اعمالی که همگی آن‌ها لزوماً ماهیت جنایتکارانه نداشتند، مانند عضویت در سازمان‌های ملی (ماده ۱۰ منشور)^{۳۴} در زمان جنگ، اصل عدم عطف به ماسبق قوانین جزایی را نقض کرد. معاهدات مورد استناد دادگاه ازجمله معاهده پاریس (بریان - گلوک) همچنین کنوانسیون‌های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ فاقد دو خصیصه بود؛ یکی عدم تصریح به بین‌المللی‌بودن جنایت جنگ تجاوزکارانه و دیگری عدم تصریح به مجازات‌داشتن.^{۳۵} دادگاه در پاسخ، به عرف و عادت بین‌المللی و روح حقوق متوسل شد.^{۳۶} از سوی دیگر، اصل قانونی‌بودن جرم را «اصل عدالت» تلقی کرد و در جرایم استنادی قابل‌اجرا ندانست زیرا عدم مجازات مرتکبین را غیرعادلانه تلقی کرد.^{۳۷} بدین ترتیب، دادگاه نورنبرگ، ضرورت اصل قانونی‌بودن جرم را انکار و آن را در مفهومی بسیار نازل و غیرسازگار با اصول مسلم حقوق کیفری مطرح کرد. دادگاه با ارائه تفسیری موسع، صرف اقتضای وجدان عمومی جامعه بین‌المللی، البته در معنای مقصود دادگاه، و وجود معاهداتی دال بر نهی، هرچند بدون تصریح به جرم‌انگاری و داشتن ضمانت اجرای کیفری، نفرت‌انگیزبودن اعمال ارتكابی، قیاس، روح حقوق،

29. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, *op. cit.*, p. 46.

30. Mantovani Ferrando, "The General Principles of International Criminal Law", *Journal of International Criminal Law Justice*, No. 1, Oxford University Press, 2003, p. 31.

31. Richard Over, "The Nuremberg Trials", in *From Nuremberg to Hague*, Edby: Philippe Sands, Cambridge University Press, 2003, p. 23.

32. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, *Ibid.*, p. 40.

33. Gallant, S, Kenneth, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 67.

شیایزری، کریانگ و ساک کیتی؛ حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، سمت، ۱۳۸۳، ص ۹۹.

34. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, *op. cit.*, p. 52.

35. Christopher Green Wood, "Historical Development and Legal Basis", in *Handbook of International Humanitarian Law*, Second Edition, Oxford, 2008, p. 28.

۳۶. حکم نورنبرگ، ص ۵۱-۵۰.

37. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, *Ibid.*, p. 219.

عرف و عادت، عقاید علمای حقوق و رویه دادگاه‌های نظامی ملی را برای جرم‌دانستن اعمال و مجازات متهمین کافی دانست.^{۳۸} بدیهی است هیچ‌یک از این مستندات، قابلیت جرم‌انگاری اتهامات انتسابی را نداشتند. حتی تقاضای استعلام نظر از علمای حقوق، رد و به پس از محاکمات ارجاع شد^{۳۹} زیرا به برداشت خود ایمان نداشتند. دادگاه از یک‌سو اساساً اصل قانونی بودن جرم را در حوزه بین‌المللی قابل اجرا نمی‌دانست. از سوی دیگر، حداکثر تلاش خود را در ارائه استدلال مبنی بر رعایت این اصل به عمل آورد. این امر بیانگر ناتوانی دادگاه نورنبرگ در رعایت اصل قانونی بودن جرم و اهمیت و ضرورت این اصل در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری است.

ب. اصل قانونی بودن مجازات

با اینکه موضوع تعیین مجازات، یک بخش از منشور نورنبرگ را به خود اختصاص داده بود، از لحاظ محتوایی، ضوابط حاکم بر اصل قانونی بودن مجازات در هیچ سطحی رعایت نشد. دادگاه مخیر بود، مرتکب را به هر نوع و میزان مجازاتی اعم از اعدام یا هر مجازات دیگری محکوم کند. (ماده ۲۷ منشور) بدین ترتیب، دادگاه، خود در مقام قانونگذار و قاعده‌ساز اقدام می‌کرد. مطابق منشور، اصل بر براءت نبود بلکه حکم بر بی‌گناهی باید با ذکر استدلال همراه می‌شد. (ماده ۲۶ منشور) از سوی دیگر، شورای نظارت آلمان، مرکب از نمایندگان دولت‌های پیروز در اداره کشور آلمان، حق داشت مجازات‌ها را کاهش دهد یا به شکل دیگری تبدیل کند. بدین ترتیب، قاعده خاصی بر نحوه اجرای مجازات‌ها نیز حاکم نبود. دادستان‌های ارشد انتصابی، حق داشتند چنانچه پس از محکومیت متهم، دلایلی مبنی بر اتهام جدیدی کشف شود، هر اقدامی را مناسب ببینند، انجام دهند. (ماده ۲۹ منشور)

منشور، این اقدامات گسترده را تنها به مفهوم کلی و ابهام‌آمیز «مقتضای عدالت»، منوط کرده بود بی‌آنکه معیار عینی به دست دهد. این امر در کنار تأکیدات مکرر منشور به لزوم «انجام سریع محاکمات» (مواد ۱۸، ۱۹، ۲۷، ۲۹ منشور) و اختیارات بی‌حدوخصر هیئت قضایی، دادگاه نورنبرگ را یکسره از قاعده حاکمیت قانون در باب مجازات‌ها تهی کرد. منابع و مستندات حکم دادگاه عبارت‌اند از قیاس و تفسیر موسع، معاهدات بین‌المللی، روح قراردادهای عدالت، اصول حقوق بین‌الملل، وجدان عمومی جامعه بین‌المللی، عرف و عادات، آرا و عقاید علمای حقوق، آرای محاکم ملی، مصوبات دولت‌های متفق، شامل منشور نورنبرگ و قانون شماره ۱۰ شورای نظارت متفقین.^{۴۰} ماده ۲۷ منشور، نه تنها گامی در تحقق اصل قانونی بودن مجازات نبود، بلکه به معنای

38. Ibid., pp. 50-51.

۳۹. عظیمی؛ همان، ص ۸۵.

۴۰. حکم نورنبرگ، صص ۵۰-۶۹.

انکار اساسی آن است.

بدیهی است اینکه بعداً برخی کشورها و نیز مجمع عمومی سازمان ملل در ۱۹۴۶^{۴۱} فرایند قضایی نورنبرگ را تأیید کردند، مؤید رعایت اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیست؛ امری که کمیسیون حقوق بین‌الملل بدان اعتراف کرد.^{۴۲} در واقع، تأیید سازمان ملل، بیشتر جنبه ارزش عام‌داشتن اصول نورنبرگ بود نه کامل و بی‌نقص بودن فرایند دادرسی.

به همین خاطر، سازمان ملل متحد، کمیته‌ای را مأمور توسعه تدریجی حقوق جنایی بین‌المللی و تدوین آن کرد.^{۴۳} با توجه به مراتب فوق باید پذیرفت که اصل قانونی بودن مجازات در دادرسی نورنبرگ نقض شده است.^{۴۴}

۱-۳. دادگاه بین‌المللی توکیو (۱۹۴۶): منشور دادگاه توکیو را ژنرال مک‌آرتور آمریکایی تنظیم کرد.^{۴۵} بدین ترتیب، همان ایرادات در این دادگاه نیز مشهود است.

الف. اصل قانونی بودن جرم: منشور در باب عناصر جرایم مشمول صلاحیت، جنایات ضد صلح، جنایات جنگی و جنایات ضد بشریت،^{۴۶} ساکت بود.^{۴۷} خلق جنایات ضد صلح، جنگ تعرضی و عطف به ما سبق قواعد منشور، حتی از نظر برخی قضات این دادگاه نیز پوشیده نماند.^{۴۸}

ب. اصل قانونی بودن مجازات: دادگاه توکیو در باب این اصل با چالش‌های جدی مواجه بود. طبق ماده ۱۶ منشور دادگاه در تعیین مجازات اعدام یا هر نوع مجازات دیگری که عادلانه بدانند، مختار بود.^{۴۹}

در رأی دادگاه، عدالت، مبنا اعلام و تصریح شد که استدلال‌های دادگاه نورنبرگ، پاسخ مناسب و کامل به ایرادات حقوقی متهمان این دادگاه است. قاضی رولینگ، عطف به ماسبق در باب جنایات ضد صلح را بی‌اشکال دانست. قاضی ویلیام وب، با مجازات اعدام مخالفت داشت.

41. UN. GA. Res. 95, 11 December 1946.

42. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal, in: *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, United Nations, 2005, para. 97.

43. لومبوا؛ همان، ص ۵۳.

44. Bassiouni, *op. cit.*, 1999, p. 156.

45. Bert V.A. Roling, "Tokyo Trial", in: Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 4, North-Holland Publishing Company, 1982, p. 242.

46. Christine Vanden Wyngaert, *International Criminal Law*, Kluwer Law International, Hague, 2001, p. 64.

47. Mantovani, *op. cit.*, p. 31.

48. Myres S. McDougal, *op. cit.*, p. 722.

- Bert V.A. Roling, *op. cit.*, p. 243.

49. Christine Vanden Wyngaert, *op. cit.*, p. 67.

قاضی پال، مسئولیت کیفری اشخاص به‌عنوان جنایت جنگ تعرضی را مردود دانست.^{۵۰} اصل قانونی بودن مجازات در دادرسی‌های توکیو نیز نقض شد.^{۵۱}

۲. تمایل به پذیرش اصل قانونی بودن

مشخصه بارز این دوره، فاصله‌گرفتن دادرسی‌های کیفری بین‌المللی از رویکرد انکاری است. هرچند اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی این دوره، به‌صراحت رعایت اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را الزامی نکردند، رویه قضایی، تمایل آشکار خود را به پذیرش اصول کلی حقوق کیفری از جمله اصل قانونی بودن در فرایند دادرسی‌های کیفری بین‌المللی نشان داد. نماد بارز این دوره، دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (۱۹۹۳) است. تحولات اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در این دادگاه کیفری بین‌المللی تا حدی مثبت اما ناکافی ارزیابی می‌شود.

۱-۲. اصل قانونی بودن جرم

اساسنامه این دادگاه کیفری، به‌طور صریح به اصل قانونی بودن جرم تصریح نمی‌کند. از سوی دیگر، آثار حقوقی ناشی از این اصل را، به‌جز اصل برائت (ماده ۲۱ اساسنامه بند ۳)، به‌صراحت نپذیرفته و دادگاه را ملتزم به تفسیر مضیق و به نفع متهم، عدم عطف به ماسبق قواعد کیفری و منع قیاس در امر کیفری نمی‌کند. جرایم چهارگانه مشمول صلاحیت عبارت‌اند از: نقض‌های فاحش مقررات کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، تخلف از قوانین و عرف‌های جنگ، نسل‌زدایی و جنایات ضد بشریت. (مواد ۲، ۳، ۴، ۵ اساسنامه). جرایم موضوع ماده ۲ اساسنامه، مواجه با این ایراد است که عناصر آن، چه در کنوانسیون‌های مزبور و چه در اساسنامه، تعریف و تبیین نشده است. این کنوانسیون‌ها هرچند تا حدی از حیث تأمین معیارهای اصل قانونی بودن جرم، موفق بودند زیرا اعمال ممنوع را بیان کردند، ولی کلی‌گویی و نیز ابهام در خصوص مسئولیت کیفری مرتکبین، رعایت اصل قانونی بودن جرم را با چالش مواجه می‌کرد. همچنین بیان تمثیلی تخلف از قوانین و عرف‌های جنگ در اساسنامه، زمینه توسل به قیاس را فراهم کرده است. (ماده ۳ اساسنامه). شعبه پژوهشی این دادگاه در قضیه تادیچ (بندهای ۹۶-۱۲۷) اعلام کرد، قواعد عرفی

50. Domininc Mcgoldrick, "Legal and Political Significance of a Permanent ICC", in: *The Permanent International Criminal Court*, Ed by: Dominic Mcgoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly, Hart Publishing Oxford and Portland Oregone, U.S.A, 2004, p. 464.

- Zappalla Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2003, p. 8.

- Bert V.A. Rolling, *op. cit.*, p. 243.

51. Bassiouni, *op. cit.*, p. 156.

در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، ناظر بر منازعات مسلحانه داخلی نیز هست. به‌علاوه این نقض‌ها از لحاظ قوانین داخلی کشورهای یوگسلاوی سابق و بوسنی و هرزگوین نیز جرم‌انگاری شده بود.^{۵۲} این استنتاج در حالی بود که در اساسنامه (مواد ۱، ۶، ۷، ۹، ۲۱) به‌طور صریح، ذکری از سایر منابع حقوق بین‌المللی کیفری نیامده و مکرر، بر مبنای گرفتن مقررات اساسنامه تأکید شده است. به نظر می‌رسد نمی‌توان این توسعه در جرم‌انگاری را با توسل به شیوه عرفی توجیه کرد زیرا در گزارش دبیرکل ملل متحد در خصوص تأسیس این دادگاه، تصریح شد که ماده ۳ اساسنامه، تنها در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی قابلیت اعمال دارد.^{۵۳} از سوی دیگر، اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا به‌طور صریح، تخلف از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم را جهت محاکمه مرتکبین نقض قواعد بشردوستانه قابل اجرا در مخاصمات داخلی جرم‌انگاری کرد.^{۵۴} این امر بیانگر آن است که در آن زمان، عرفی مستقر نبوده که دادگاه آن را کشف کرده باشد، بلکه اقدامی مغایر اصل قانونی بودن قلمداد می‌شود.^{۵۵}

در باب جنایت نسل‌زدایی، مقررات اساسنامه (ماده ۴) تکرار ماده ۲ کنوانسیون منع و مجازات جنایات نسل‌زدایی ۱۹۴۸ است. شورای امنیت نیز این کنوانسیون را جزو «قواعد آمره» و برای همه دولت‌ها الزام‌آور دانسته بود.^{۵۶} قید سایر اعمال غیرانسانی، در باب جنایات ضد بشریت (ماده ۵) زمینه قیاس را فراهم و اصل قانونی بودن جرم را مخدوش کرد. نقص اساسنامه باعث شد دادگاه در قضیه کرسیتیج به تعریف نابودسازی به‌عنوان مصداق جنایت علیه بشریت بپردازد؛

«علاوه بر شرایط عمومی جنایت علیه بشریت، لازم است ثابت شود جمعیت معینی هدف قرار گرفته و اعضای آن به قتل رسیده یا به هدف نابودی، شرایطی به آنان تحمیل شود».^{۵۷} همچنین در قضیه فوروندزیرجا، دادگاه در تعریف مفهوم هتک ناموس، به حقوق بین‌الملل و نیز اصول کلی مشترک نظام‌های حقوقی عمده و اصول کلی حقوقی استناد کرد.^{۵۸}

نکته مهم آنکه، دادگاه یوگسلاوی در پرونده الکسوسکی اشعار می‌دارد که آرای شعب بدوی در صورت تأیید در شعبه تجدیدنظر، برای کلیه شعب بدوی و تجدیدنظر در موارد مشابه الزام‌آور

۵۲. قانون جزایی ۱۹۹۲ بوسنی و هرزگوین. کسسه؛ همان، ص ۶۰.

۵۳. گزارش دبیرکل، ۱۹۹۳ مه، بندهای ۴۴-۴۱؛ هالوی، گابریل؛ اصل قانون‌مندی در حقوق جنایی، ترجمه: محمدجعفر ساعد، مجد، ۱۳۹۴، ص ۳۳.

۵۴. ممتاز و رنجبریان؛ همان، ۲۴۵.

55. W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University, UK, 2007, p. 202.

۵۶. قطعنامه شماره ۸۰۸ شورای امنیت - ۱۹۹۳.

۵۷. بند ۵۰۳ رأی کرسیتیج.

۵۸. بند ۱۷۷ رأی فوروندزیرجا.

است. بدین ترتیب، نقش مقنن و قاضی جابه‌جا می‌شود^{۵۹} زیرا به مقتضای اصل قانونی بودن جرم، تعریف و تبیین مفهوم جرم، با قانون، و تشخیص مصداق با مرجع قضایی است.

۲-۲. اصل قانونی بودن مجازات: این اصل واجد این مفهوم است که قانون باید محدوده و چارچوب خاصی را برای مجازات هر جرم وضع کند.^{۶۰} نکته قابل توجه، تحول جهت‌گیری حقوق بین‌المللی کیفری در دهه ۹۰ نسبت به دهه ۴۰ قرن بیستم است. اساسنامه این دادگاه، در جهت تحقق این اصل، گام‌هایی را هرچند ابتدایی برداشت. بدین ترتیب، عقیده سنتی، جای خود را به امکان اجرا و ضرورت رعایت اصل قانونی بودن مجازات در این حوزه داد که موفقیت بزرگی بود. البته فرایند این دادرسی بین‌المللی در باب این اصل، مواجه با پیشرفت‌ها و نیز چالش‌هایی بود.

الف. پیشرفت‌های اصل

عدم امکان محکومیت به مجازات اعدام، پذیرش حکم مجازات دادگاه‌های کیفری ملی، بیان نسبتاً تفصیلی جنایات مشمول صلاحیت، اعمال یکسان و فراگیر قوانین کیفری، التزام به اصل برائت، بیان عوامل تخفیف‌دهنده و ضوابط اجرای مجازات‌ها، ازجمله پیشرفت‌های اصل قانونی بودن مجازات‌ها در این برهه زمانی است.

ب. چالش‌های اصل

چالش عمده، عدم چارچوب‌بندی مجازات‌هاست. به موجب اساسنامه، مجازات، منحصر به زندان است. در تعیین مدت احکام حبس، دیوان به رویه عمومی محاکم یوگسلاوی (سابق) در خصوص مجازات زندان مراجعه می‌کند. (ماده ۲۴ اساسنامه). بدین ترتیب اساسنامه، از حیث میزان حبس و نیز طبقه‌بندی مجازات‌ها در باب جرایم مختلف، هیچ محدودیتی به عمل نیاورد و تعیین مجازات را به عهده هیئت قضایی واگذار کرد. شایان ذکر اینکه رویه عمومی دادگاه‌های ملی یوگسلاوی نیز در خصوص جرایم مشمول صلاحیت این دادگاه، فاقد سابقه قابل اعمال بوده است.^{۶۱} دیگر کاستی، ابهام در باب شرایط مسئولیت کیفری است. دیوان در رأی /اردوموویچ اشعار می‌دارد، این مسئله به عهده دادگاه است که طبق اصول کلی شناخته‌شده توسط همه ملل اظهارنظر کند و درباره معاذیر مختلف جهت احراز مسئولیت کیفری اشخاص، مانند حداقل سن و اختلالات روانی

59. *Prosecutor v. Aleksoveski*, No. IT-95-14/1-24 March 2000, para. 107.

۶۰. کسسه: همان، ص ۱۹۰.

61. Shahram Dana, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice, A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing", at: <http://ssrn.com/>, 2009, p. 26. (last viewed 18/Aug/2015).

رای دهد.^{۶۲} در قضیه کنارک، شعبه استیناف این دیوان، شرایط خانوادگی را به‌عنوان عامل مخففه محسوب کرد.^{۶۳} اجرای مجازات‌ها در کشورهای مختلف را باید از دیگر چالش‌ها به حساب آورد (ماده ۲۷ اساسنامه) زیرا تعارضات احتمالی بین قوانین ملی با مقررات اساسنامه این دادگاه، باعث بروز مشکلات و آسیب به محتوای اصل قانونی‌بودن مجازات می‌شود، ازجمله در باب عفو محکومین، آزادی مشروط یا تعلیق اجرای مجازات. از دیگر چالش‌ها، عدم تضمین حق تجدیدنظرخواهی محکومین است. به‌موجب اساسنامه، تنها در دو مورد می‌توان از احکام صادره بدوی تقاضای تجدیدنظر کرد: اشتباه حکمی و اشتباه موضوعی (ماده ۲۵ اساسنامه). بدین ترتیب، اساسنامه به اصل قانونی‌بودن مجازات به‌عنوان مسئله کلی و اجمالی توجه داشته است.^{۶۴} مهم‌ترین چالش، اهمیت زیاد به رویه قضایی در معنای اعم است. هنوز مرجع قضایی از قدرت مطلقه در باب تعیین مجازات برخوردار است،^{۶۵} درحالی‌که تضمین اصل قانونی‌بودن مجازات، از طریق کاهش قدرت دلخواه قاضی امکان‌پذیر است. اساسنامه (مواد ۲، ۳، ۴، ۵ و ۲۴) تنها به اساس مجازات‌داشتن اعمال تصریح کرده است. شعبه پژوهشی دادگاه در قضیه دلایچ و دیگران با ارائه مبنای فلسفی، هرگونه چارچوبی را درهم شکست و سنخیت‌داشتن مجازات با رفتار مجرمانه، به‌عنوان هدف تشدید مجازات، اعلام و استنتاج شد. برای حصول این هدف می‌توان در قبال تمام جرایم، مجازات واحد در نظر گرفت یا آنکه مجازات‌های متعدد را به‌طور هم‌زمان یا متوالی یا هر دو شیوه اجرا کرد.^{۶۶} این نحوه عملکرد باعث شد آن را ناقض اصل قانونی‌بودن مجازات و متکی بر فلسفه مجازات سنگین برگرفته از دادگاه نورنبرگ و توکیو قلمداد کنند.^{۶۷} اساسنامه این دادگاه در توجه به اصل قانونی‌بودن مجازات، بیشتر نگرشی ظاهری و اغواکننده دارد تا اهتمام جدی به رعایت آن. در سال ۱۹۹۴ اساسنامه دادگاه بین‌المللی رواندا (موضوع قطعنامه شماره ۹۵۵ شورای امنیت سال ۱۹۹۴)، علی‌رغم اختصاص مواد ۲، ۳، ۴ به جنایات نسل‌زدایی، جنایات جنگی و جنایات ضد بشریت^{۶۸} از اختصاص ماده‌ای برای تعیین میزان مجازات محکومین، خودداری ورزید و تنها اظهار داشت که قضات دادگاه بین‌المللی رواندا با انجام هر تغییری که لازم بدانند، همان مقررات آیین دادرسی و ادله، شامل مقررات ناظر بر کیفیت انجام رسیدگی در مراحل پیش از محاکمه، نحوه محاکمه و رسیدگی به درخواست‌های

۶۲. بند ۵۶ رأی اردومویچ.

63. Shahrana Dana, *op. cit.*, p. 35.

64. Guillaume Endo, "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Principle and the ICTY and ICTR", *Revue québécoise de droit International*, 15. 1, 2002, p. 206.

65. Guillaume Endo, *op. cit.*, pp. 205-220.

66. Delalić & Others Judgment, appeal, para. 430.

67. Guillaume Endo, *op. cit.*, pp. 205-220.

68. *Ibid.*

تجدیدنظر، پذیرش ادله، محافظت از قربانیان جرم و شهود و دیگر امور مربوط به دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی (سابق) را برای تعیین آیین دادرسی و نحوه رسیدگی تصویب خواهند کرد. بدین ترتیب، اقتضائات و اهداف اصل قانونی بودن مجازات در هر دو دادگاه با چالش‌های جدی مواجه است.

۳. تبلور اصل قانونی بودن

دادگاه‌های بین‌المللی شده یا توافقی در اساسنامه خود، برای تأمین اقتضائات اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها گام برداشتند. آن‌ها قوانین کیفری ملی را در کنار منابع بین‌المللی به عنوان حقوق قابل اجرا پذیرفتند. بدین ترتیب، التزام این محاکم به اصل قانونی بودن، نمود بارزتری پیدا کرد زیرا حقوق کیفری ملی به اصل یادشده به چشم بنیادهای حقوق کیفری می‌نگرد. نماد بارز این دوره، دادگاه ویژه سیرالئون است.

این دادگاه، حاصل توافق دولت سیرالئون و سازمان ملل متحد است و از آن به عنوان دادگاه بین‌المللی شده یا «نسل سوم» نیز یاد می‌شود. اساسنامه، ترکیبی از مقررات حقوق بین‌المللی کیفری و حقوق بشردوستانه بین‌المللی و نیز حقوق داخلی سیرالئون است.^{۶۹}

۳-۱. اصل قانونی بودن جرم: اساسنامه این دادگاه با جرم‌انگاری جنایات ضد بشریت، تخلف از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم، دیگر تخلفات عمده از حقوق بشردوستانه بین‌المللی و جنایات پیش‌بینی شده در حقوق سیرالئون، شامل ارتکاب جرایم مذکور در قوانین ۱۹۲۶ و ۱۸۶۱ نسبت به دختران، تخریب و اتلاف اموال و آتش زدن اماکن مسکونی و عمومی، برای نخستین بار، میان جنایات بین‌المللی و ملی، قایل به تفکیک شد. اما جنایت نسل‌زدایی در این اساسنامه ذکر نشد. علت این امر، عدم احراز ارتکاب اشکال نسل‌زدایی از سوی شورای امنیت است.^{۷۰} ماده ۲ اساسنامه پس از جرم‌انگاری جنایات ضد بشریت، هشت مورد را به عنوان مصداق ذکر می‌کند و در بند نهم، از عبارت «سایر اعمال غیرانسانی» یاد می‌کند. با توجه به ابهام عبارت، زمینه تمسک به قیاس و تشتت آرا ایجاد می‌شود. در جریان محاکمات نیز همین اتفاق رخ داد. در قضیه رهبران شورای انقلابی، دادستان در ۷ مارس ۲۰۰۳ از دواج اجباری را مشمول عبارت سایر اعمال غیرانسانی مذکور در بند آخر ماده ۲ اساسنامه دانست. اما شعبه دوم بدوی، آن را مشمول «بردگی جنسی» (بند ۷ ماده ۲ اساسنامه) اعلام کرد. از سوی دیگر، شعبه

69. Statute SC-SL, at: www.sc-sl.org/scsl-statute.html. (last viewed 16/Aug/2015).

۷۰. رنجبریان، امیرحسین و مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی؛ «دادگاه ویژه سیرالئون»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۳۷ و ۱۴۲.

تجدیدنظر اظهار داشت، ازدواج اجباری، مفهومی گسترده‌تر از بردگی جنسی دارد. به علاوه مصادیق گسترده جرایم جنسی در ماده ۲ مانع از تسری اعمال غیرانسانی دیگر به جرایم جنسی نمی‌شود.

با تفسیر بند آخر ماده ۲ نسبت به ازدواج اجباری، این جنایت، ذیل بند مزبور (سایر اعمال غیرانسانی) قرار می‌گیرد.^{۷۱} به نظر می‌رسد قاعده کیفری در مقام جرم‌انگاری، بیش از آنکه با ارائه مفهومی گنگ و مبهم در صدد شمارش مصادیق برآید، شایسته است با ارائه تعریفی جامع و مانع، «مفهوم جرم» موردنظر را تبیین، آن‌گاه تشخیص مصادیق را با بیان تمثیلی، به عهده قاضی کیفری بگذارد. بدین ترتیب، هم اقتضائات اصل قانونی‌بودن جرم تأمین می‌شود و هم دفاع اجتماعی در برابر مجرمین تحقق می‌یابد.

۲-۳. اصل قانونی‌بودن مجازات: اساسنامه دادگاه، اصل قانونی‌بودن مجازات را با تسامح، این‌گونه مطرح ساخت که شعبه بدوی برای محکوم‌علیه، برای مدت مشخصی که چند سال خواهد بود، مجازات زندان تعیین می‌کند. در تعیین طول مدت حبس، شعبه بدوی در صورتی که مناسب ببیند، به رویه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا یا رویه دادگاه‌های داخلی سیرالئون در زمینه مجازات زندان، مراجعه خواهد کرد. (ماده ۱۹ بند ۱ اساسنامه) به موجب اساسنامه، هنگام تصمیم‌گیری درباره کیفر، دادگاه میزان مجازاتی را که دادگاه ملی برای همان اشخاص و همان اعمال تعیین کرده و قبلاً به موقع اجرا درآمده است در نظر خواهد گرفت (ماده ۹ اساسنامه بند ۳). هرچند این ماده تا حدی مقتضیات اصل قانونی‌بودن مجازات را برآورده می‌ساخت، به طور قطع، خلأهای قانونی و رویه‌ای موجود در نظام کیفری ملی سیرالئون، مشکل عمده‌ای محسوب می‌شد زیرا بسیاری از جنایات مذکور در اساسنامه در قوانین داخلی سیرالئون جرم‌انگاری نشده بود، از قبیل نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و سایر نقض‌های عمده حقوق بشردوستانه بین‌المللی. به همین خاطر، اساساً در ماده ۵، فصل جداگانه‌ای به جنایات پیش‌بینی‌شده در حقوق سیرالئون، شامل ارتکاب جرایمی نسبت به دختران، تخریب و اتلاف اموال و آتش‌زدن اماکن مسکونی و ساختمان‌های عمومی اختصاص یافته است. همچنین ماده ۱۹ اساسنامه با بازگذاشتن دست دادگاه در تعیین میزان حبس و به‌کاربردن عبارت «مدت مشخصی که چند سال خواهد بود، مجازات تعیین می‌کند»، اولاً، حداکثر مدت حبس را در اختیار دادگاه قرار داده است که بی‌تردید این امر، نقض اصل قانونی‌بودن مجازات است. ثانیاً، ارجاع به دادگاه ملی در تعیین مجازات را منوط به صلاحدید دادگاه ویژه دانسته است. گذشته از ایراد ذکرشده بر نظام کیفری

ملی، قابل‌شدن چنین اختیاری، آن‌هم در وضعیتی که اساسنامه، فاقد شرایط لازم برای تأمین استانداردهای اصل قانونی‌بودن مجازات است، غیرموجه تلقی می‌شود.

۴. حاکمیت اصل قانونی‌بودن

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)، به‌طور صریح به لزوم رعایت اصل قانونی‌بودن جرم و اصل قانونی‌بودن مجازات، تأکید کرده است (مواد ۲۲، ۲۳). این امر در مقایسه با اساسنامه سایر دادگاه‌های کیفری بین‌المللی بی‌سابقه است.^{۷۲} زیرا اصل قانونی‌بودن، هیچ‌گاه با چنین صراحت و تفصیلی در محاکم کیفری بین‌المللی پذیرفته نشده بود. نفس این تصریح، بر تفکر سنتی عدم امکان اجرای این اصول حقوق بین‌المللی کیفری، خط بطلان کشید. بدین ترتیب، ظهور دیوان را باید نقطه‌عطفی در تاریخ تحولات و آغاز دوره نظام‌مندی حقوق بین‌المللی کیفری به حساب آورد. البته به‌رغم اهتمام اساسنامه به آثار و محتوای این اصول، اساسنامه، مصون از انتقاد نیست.^{۷۳}

۱-۴. اصل قانونی‌بودن جرم

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جرم‌بودن عمل در زمان وقوع را شرط تحقق مسئولیت کیفری می‌داند (ماده ۲۲ بند ۱). نتیجه اساسی ارجاع این بند به جرایم داخل در صلاحیت دیوان، ممنوعیت هرگونه تعقیب احتمالی به‌موجب صرف حقوق عرفی است.^{۷۴} همچنین تعریف جرم را بر اساس اصل تفسیر مضیق می‌پذیرد و توسل به قیاس برای تعریف آن را ممنوع می‌کند (ماده ۲۲ بند ۲). این بند، واکنشی علیه مواضع توسعه‌گرایانه قضات دادگاه یوگسلاوی سابق است.^{۷۵} از دیدگاه اساسنامه، قانونی‌بودن یعنی حقوق قابل‌اعمال و اجرا که عبارت‌اند از اساسنامه و اسناد عناصر اختصاصی جرایم و قواعد دادرسی و ادله، معاهدات و اصول حقوق بین‌الملل، اصول کلی حقوق و رویه‌قضایی دیوان (مواد ۵ و ۲۱ و ۲۲). این مقررات، واجد ارزش رتبه‌ای است (ماده ۲۱ بند ۱). شعبه دوم مقدماتی ICC در قضیه اوگاندا^{۷۶} به سلسله‌مراتب منابع تصریح کرده و رویه‌قضایی دادگاه‌های ویژه را الزام‌آور ندانسته است.^{۷۷} جرایم مشمول صلاحیت دیوان نیز با قید انحصار، شامل جنایت نسل‌زدایی، جنایت‌های ضد بشریت، جنایت‌های جنگی و جنایت تجاوز

72. W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 404.

73. Mantovani, *op. cit.*, p. 29.

74. W.A. Schabas, 2010, *op. cit.*, p. 407.

75. W.A. Schabas, *Ibid.*, p. 202.

76. ICC-02/04-01/05, 2005, para. 19.

77. W.A. Schabas, *op. cit.*, p. 196.

است (ماده ۵). از نکات ارزنده در باب اصل قانونی‌بودن جرم در اساسنامه ICC نسبت به دادگاه‌های قبلی، تصریح دقیق تخلفات عمده قابل‌اجرا در منازعات مسلحانه داخلی است.^{۷۸} همچنین اساسنامه دیوان نسبت به دادگاه‌های قبلی، قدرت قضات را محدودتر کرده است.^{۷۹} بررسی پذیرش یا عدم پذیرش آثار حقوقی اصل قانونی‌بودن جرم در اساسنامه و سایر منابع حقوقی قابل‌استناد در فرایند رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی بسیار حایز اهمیت است. مهم‌ترین آثار حقوقی این اصل عبارت است از: اصل برائت، تفسیر مضیق، منع قیاس و عدم عطف به ماسبق قوانین کیفری.^{۸۰} اساسنامه دیوان به‌طور صریح، اصل برائت را پذیرفته است. اشخاص، بی‌گناه فرض می‌شوند مگر آنکه مجرمیت‌شان طبق حقوق قابل‌اجرا در دیوان ثابت شود. بار اثبات مجرمیت بر عهده دادستان است. در صورت محکومیت متهم، دیوان باید مجرمیت او را بدون هرگونه تردید منطقی احراز کند (ماده ۶۶ بندهای ۱، ۲، ۳). شعبه تجدیدنظر در قضیه *لوانگا* با تکیه بر مواد ۲۱(۳) و ۶۹(۷) اساسنامه، زیربنای اساسنامه را حقوق بشر و به‌ویژه محاکمه عادلانه در تمام روند دادرسی اعلام می‌کند.^{۸۱} حق سکوت متهم (ماده ۵۵ بند ۲) آزادی موقت متهم (مواد ۵۹ بند ۳ و ۶۰ بند ۲) و عدم تکلیف معکوس متهم درمورد بار اثبات یا تکلیف رد آن (ماده ۶۷ اساسنامه بند ۱)، ریشه در اصل برائت دارد. اساسنامه به‌طور صریح، تفسیر مضیق و به نفع متهم و ممنوعیت قیاس را پذیرفته است. (ماده ۲۲ بند ۲)

اینکه اساسنامه، جرم‌تلقی‌شدن یک رفتار را بر اساس حقوق بین‌الملل (مستقل از اساسنامه)، منصرف از اصل قانونی‌بودن جرم از دیدگاه دیوان کیفری بین‌المللی دانسته (ماده ۲۲ بند ۳) ایجاد اشکال نمی‌کند زیرا این بند، مربوط به فضای خارج از اساسنامه ICC است.^{۸۲} از سوی دیگر، هرچند در سند عناصر اختصاصی جرایم (ICC-ASP/1β-partIIB0) بر تفسیر مضیق تأکید شده، مقررات در باب جنایت‌ها علیه بشریت (ماده ۷ سند عناصر اختصاصی جرایم) با به‌کاربردن عبارت مبهم و فاقد صراحت «اعمال غیرانسانی دیگر»، زمینه نقض تفسیر مضیق و اعمال قیاس را فراهم کرده است.^{۸۳}

ممنوعیت قیاس نیز بارها مورد خدشه قرار گرفته است. اساسنامه در مقام بیان مصادیق جنایت‌ها علیه بشریت به قیاس تمسک بسته است (ماده ۷). در باب جنایت‌های جنگی نیز به‌صورت تمثیلی، برخی وضعیت‌ها را از منازعات مسلحانه داخلی خارج کرده (ماده ۸ بند ۲) و به

۷۸. شریعت باقری، محمدجواد؛ حقوق کیفری بین‌المللی، جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۱۴.

79. W.A. Schabas, *op. cit.*, p. 194.

۸۰. آشوری، محمد؛ اصل برائت و آثار آن در امور کیفری، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۱۳۵.

81. ICC-01/04-01/06, Appeal, 14 December 2006, para. 37.

82. W.A. Schabas, 2010, *op. cit.*, p. 411.

83. W.A. Schabas, 2010, *op. cit.*, p. 409.

این ترتیب، زمینه توسل به قیاس را فراهم کرده است. همین رویکرد باعث شده، برخی نظریه‌پردازان حقوق بین‌المللی کیفری به صراحت، منع قیاس را با استثنائاتی در این حوزه مواجه دانسته و توسل به آن را در سه مورد بپذیرند:

اول) «تنظیم یک موضوع فاقد قاعده خاص»، با توسل به اصول کلی عدالت کیفری یا اصل مشترک نظام‌های بزرگ حقوقی.

دوم) در موارد «قواعد کیفری تمثیلی».

سوم) «تفسیر منطقی ناظر بر اصول کلی».^{۸۴}

به نظر می‌رسد، در خصوص موارد اول و دوم، چنانچه محدود به تبیین مصادیق مفهوم تعیین‌شده توسط قاعده معتبر کیفری باشد، اساساً توسل به قیاس در امر جزایی محسوب نمی‌شود زیرا اصل جرم‌بودن از قبل مشخص شده و تنها در باب تشخیص مصادقی، قاضی وارد عمل می‌شود. در مورد سوم نیز چنانچه تفسیر قضایی به خلق جرم جدید منتهی نشود و اکتفا به تبیین مصادق مفهوم قاعده کیفری صورت گیرد، مغایرتی با اصل قانونی‌بودن جرم پیدا نخواهد کرد. اما چنانچه مرجع کیفری از این حدود و چارچوب تخطی کند و بدون وجود قاعده کیفری معتبر (عرفی یا قراردادی) با توسل به قیاس به خلق جرم بپردازد، در تعارض با اصل قانونی‌بودن جرم عمل کرده است.

اساسنامه به‌طور صریح، اصل عدم عطف به ماسبق قواعد کیفری را پذیرفته است. بر این اساس، هیچ‌کس به‌موجب این اساسنامه برای رفتاری که قبل از لازم‌الاجرا شدن آن مرتکب شده است، از نظر کیفری مسئول نخواهد بود (ماده ۲۴ بند ۱). همچنین در صورت تغییر قانون قابل‌اعمال قبل از صدور حکم نهایی، قانون مساعدتر به حال شخص مورد تحقیق، تعقیب یا محکومیت، اجرا خواهد شد (ماده ۲۴ بند ۲). بدین ترتیب، اساسنامه از این حیث با ایرادی مواجه نیست. اساسنامه در این باب، نه‌تنها از موضع دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو که بر اصول انسانیت تکیه کردند، عدول کرده، بلکه از میثاق حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۱۵) و منشور اروپایی حقوق بشر (ماده ۷) نیز جلوتر است.^{۸۵} نکته دیگر قابل‌طرح اینکه آیا تسری مقررات اساسنامه نسبت به دولت‌های غیرعضو، مستند به ماده ۱۳ آن، مغایرتی با اصل قانونی‌بودن جرم دارد یا خیر؟ دو عقیده اصلی وجود دارد؛ عقیده اول آنکه این امر مغایر اصل قانونی‌بودن جرم است زیرا معاهدات، تنها نسبت به اطراف آن مؤثرند نه کشور ثالث.^{۸۶} بنابراین اعمال آن نسبت به کشور ثالث، مغایر

۸۴. کسسه: همان، ص ۱۸۷.

85. Mantovani, op. cit., p. 29.

۸۶. ماده ۳۴ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، ۱۹۶۹.

اصول مختلف از جمله اصل قانونی بودن جرم است. دولت آمریکا بر همین عقیده است.^{۸۷} عقیده دیگر آن است که طبق ماده ۲۴ منشور، ارجاع از حقوق ابتدایی شورای امنیت در خصوص صلح و امنیت جهانی است.^{۸۸} این حق، ناشی از اختیاراتی است که بر اساس منشور ملل متحد به این نهاد واگذار شده، نه به موجب اساسنامه دیوان.^{۸۹} دیدگاه سومی نیز در این زمینه مطرح شده مبنی بر اینکه هرچند در خصوص اعمال صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های غیرعضو، مشروعیت دموکراتیک دیوان مخدوش است، این نقیصه بسیار کم‌اهمیت تلقی می‌شود زیرا حکم دیوان نسبت به موارد محدود اعمال می‌شود.^{۹۰} به نظر می‌رسد در نهایت، زیربنای این دیدگاه نیز آمره دانستن موارد صلاحیت دیوان است. در حال حاضر، حداقل ۱۲۳ کشوری که به اساسنامه دیوان ملحق شده‌اند از دیدگاه دوم جانب‌داری می‌کنند. در این دیدگاه، اساسنامه ICC دربرگیرنده قواعد آمره بین‌المللی است و ماهیتی متفاوت از یک معاهده ساده، بلکه در حد یک قانون بین‌المللی قرار دارد.^{۹۱} ارزیابی نهایی درمورد دیوان پس از انجام محاکمات و صدور آرای قطعی مقدور خواهد بود. عملکرد مثبت دیوان به‌طور قطع، دایره صلاحیت و جرایم مشمول آن را توسعه خواهد داد. مصوبه نهایی کنفرانس رم نیز در قطعنامه E بیان می‌دارد، کنفرانس رم، علاوه بر جنایت تجاوز، پیشنهاد می‌کند کنفرانس تجدیدنظر، جرایم تروریسم و مواد مخدر را جهت رسیدن به تعریف قابل قبول و گنجاندن آن‌ها در فهرست جرایم داخل در صلاحیت دیوان، مورد توجه قرار دهد.^{۹۲} البته اقدامات عملی دیوان، تا کنون از جمله صدور قرار بازداشت عمر البشیر، طلیعه خوبی برای التزام و اهتمام مقامات قضایی دیوان به اصل قانونی بودن جرم است.^{۹۳} این قرار، مستند به مواد ۵۸ (بند ۱)، ۲۵ (بند ۳)، ۸ (۲) (e)(i)، ۷ (۱) g-f-d-b-a صادر شده است.

۴-۲. اصل قانونی بودن مجازات

برای اولین بار، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، اصل قانونی بودن مجازات را با صراحت بیان داشت (ماده ۲۳). این اصل در ذیل فصل سوم اساسنامه، تحت عنوان اصول کلی حقوق کیفری و

87. Morris Madeline, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", available at: www.law.duke.edu/journals/icp/articles, Winter, 2001, p. 2. (last viewed 17/Aug/2015).

88. Eve Lahaye, "The Jurisdiction of the International Criminal Court", *Controversies over the Preconditions for Exercising Its Jurisdiction*, *Netherlands International Law Reviews*, vol. XLVI, Issue 1, 1999, pp. 1-25.

۸۹. اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق بین‌الملل کیفری، میزان، ۱۳۸۶، ص ۴۴.

۹۰. موریس، مدالین؛ «معضل دموکراتیک دیوان بین‌الملل کیفری»، ترجمه: مجتبی جانی‌پور، در *تازه‌های علوم جایی*، زیر

نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، ۱۳۸۸، ص ۸۷۴.

91. Bruce Broom Hall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, p. 41.

92. UN. Doc.A/Conf.183/15.

93. *The Prosecutor v. Omar Al Bashir*, No. Icc- 02/05-01/09.

با تفکیک از اصل قانونی بودن جرم بیان شده که حاکی از اهمیت و جایگاه ویژه آن است. تفصیل احکام مسئولیت کیفری (شرایط، موانع) (مواد ۳۳-۲۵)،^{۹۴} چارچوب‌بندی نسبی در تعیین مجازات (ماده ۷۶)، ضابطه‌مندی تعیین مجازات در حالت تعدد جرایم (ماده ۷۸ بند ۳)، بیان قواعد تفصیلی تجدیدنظر و اعاده دادرسی (مواد ۸۵-۸۱)، بیان ضوابط اجرای مجازات (مواد ۱۱۱-۱۰۳) و جرم‌انگاری جرایم علیه اجرای عدالت، (ماده ۷۰) دستاوردهای مثبت در تضمین اصل قانونی بودن مجازات است. ازجمله آثار جرم‌انگاری جرایم علیه عدالت آن است که متهم بلاجهت در معرض محکومیت کیفری قرار نگیرد. محکومیت به حبس ابد در شرایط خاص ممکن است.^{۹۵}

پذیرش اصل قانونی بودن مجازات در اساسنامه به مثابه تأثیر آن در رویه قضایی ICC خواهد بود، به‌طوری که موانع را در نظریه و عمل برخواهد داشت.^{۹۶} باین‌همه نمی‌توان مقررات اساسنامه در باب این اصل را بدون ایراد دانست. ازجمله می‌توان به عدم کفایت محتوایی مقررات اساسنامه اشاره کرد. اساسنامه تصریح می‌کند، محکوم فقط مطابق با این اساسنامه مجازات خواهد شد (ماده ۲۳). درحالی که این مقدار، تأمین‌کننده اهداف این اصل نیست؛ به‌ویژه آنکه در جای دیگری مقرر می‌دارد، تصمیم‌گیری درمورد قابلیت اعمال جهات مانع مسئولیت کیفری مقرر در این اساسنامه با دیوان است (ماده ۳۱ بند ۲). هرچند پیشرفت‌های اساسنامه نسبت به منشور نورنبرگ ازجمله در باب تأکید بر عنصر روانی (قصد) (ماده ۳۰)^{۹۷} قابل ستایش است، باید پذیرفت که این اختیار قضات دیوان در حاله‌ای از ابهام قرار دارد و ممکن است در تعارض با اصل قانونی بودن مجازات قرار گیرد.^{۹۸} همچنین اساسنامه هیچ‌گونه طبقه‌بندی از مجازات‌ها در برابر جنایات چهارگانه مشمول صلاحیت خود به عمل نیاورده است بلکه تنها به ذکر لزوم رعایت تناسب در تعیین مجازات اکتفا کرده است؛ (ماده ۷۶ بند ۱)^{۹۹} امری که در منشور نورنبرگ نیز مورد توجه بود (ماده ۲۹ منشور نورنبرگ).

نتیجه

در ابتدا صحنه‌گردانان دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را انکار کرده و مانع اجرای آن می‌شدند.

94. Mantovani, *op. cit.*, p. 35.

95. W.A. Schabas, 2010, *op. cit.*, p. 413.

96. Susan Lamb, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege", in: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Ed by: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, Oxford University Press, 2002, p. 765.

97. Mantovani, *op. cit.*, p. 31.

98. شیبازری؛ همان، ص ۵۰۲.

99. Susan Lamb, *op. cit.*, p. 764.

قضات نورنبرگ می‌پنداشتند اقتضای عدالت، ضرورتی برای رعایت اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها باقی نمی‌گذارد. اما اقتضای منطق حقوقی، جامعه جهانی را به رفع این نقیصه مصمم ساخت. حاصل تلاش‌های جهانی در ارائه طرح‌ها و تصویب کنوانسیون‌ها به تدریج به بار نشست. اساسنامه‌های دادگاه‌های موقتی بین‌المللی برای یوگسلاوی (سابق) و رواندا، رویکردی متفاوت از قبل و رو به پیشرفت اتخاذ کردند. در نهایت، منطق صواب همچون گوهری ناب، حقیقت وجودی خویش را نمایان کرد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان تنها مرجع دائمی، در استقرار و تحقق اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، گام‌های بنیادین و سازنده برداشت، به‌طوری‌که گرچه در گذشته، نقض اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حوزه کیفری بین‌المللی و ایجاد جرایم جدید بین‌المللی و گسترش مسئولیت کیفری افراد، به عنوان نقطه آغازین جنبش حقوق بین‌الملل بشر قلمداد می‌شد، امروزه در تحولی بزرگ، دادرسی منصفانه، ممنوعیت قیاس، منع عطف به ماسبق قواعد کیفری، اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها جزو موازین تضمین شده حقوق بین‌المللی کیفری محسوب می‌شوند. امروزه حقوق بین‌المللی کیفری، شایسته عنوان نظام حقوقی تمام‌عیار است. اصول قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حوزه حقوق بین‌المللی کیفری با پیشرفت‌های بسیار مهم و اساسی همراه بوده است؛ هرچند هنوز این اصول تا نیل به جایگاه شایسته فاصله دارند و با چالش‌هایی مواجه‌اند.

یکی از آفاتی که هنوز به‌طور جدی، اصل قانونی بودن جرایم بین‌المللی را تهدید می‌کند، توسل به قیاس است. برای رفع این ایراد باید در نحوه تدوین قواعد حقوق بین‌المللی کیفری شیوه‌ای اتخاذ شود که زمینه قاعده‌سازی توسط رویه قضایی در باب خلق جرایم و مجازات‌ها از بین برود، یا به حداقل ممکن برسد. رویه قضایی باید در خصوص تبیین مصادیق مفاهیم جرم‌انگاری شده، صلاحیت داشته باشد. بدین منظور، قاعده کیفری در مقام جرم‌انگاری، بیش از آنکه با ارائه مفهومی گنگ و مبهم در صدد شمارش مصادیق برآید، باید با ارائه تعریفی جامع و مانع، مفهوم جرم موردنظر را تبیین، و آن‌گاه تشخیص مصادیق را با بیان تمثیلی، به عهده قاضی کیفری بگذارد. بدین ترتیب، هم اقتضائات اصل قانونی بودن جرم تأمین می‌شود و هم امنیت عمومی و دفاع اجتماعی در برابر مجرمین تحقق می‌یابد.

منابع:

الف) فارسی

– کتاب

- کسسه، آنتونیو؛ حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: اردشیر امیر ارجمند، جنگل، ۱۳۸۷.
- آشوری، محمد؛ اصل برائت و آثار آن در امور کیفری، در عدالت کیفری، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق بین‌الملل کیفری، میزان، ۱۳۸۶.
- پلاوسکی، استانیسلاو؛ اصول اساسی حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: علی آزمایش، منبع درسی حقوق بین‌المللی کیفری، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی‌فر؛ قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، دادگستر، ۱۳۸۶.
- چیکاوا، بلز؛ چکیده رویه قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- شریعت باقری، محمدجواد؛ حقوق کیفری بین‌المللی، جنگل، ۱۳۸۸.
- شیایزری، کریانگ و ساک کیتی؛ حقوق بین‌المللی کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، سمت، ۱۳۸۳.
- عظیمی، عبدالرسول؛ محاکمه نورنبرگ، کیهان، ۱۳۴۱.
- فیوضی، رضا؛ حقوق بین‌الملل کیفری، به کوشش زهرا فیوضی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- کلسن، هانس؛ نظریه حقوقی ناب، ترجمه: اسماعیل نعمت‌الهی، سمت، ۱۳۸۷.
- لومبوا، کلود؛ حقوق جرائم بین‌المللی، ترجمه: علی آزمایش، منبع درس حقوق جزای بین‌المللی دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
- هالوی، گابریل؛ اصل قانون‌مندی در حقوق جنایی، ترجمه: محمدجعفر ساعد، مجد، ۱۳۹۴.
- ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان؛ حقوق بین‌الملل بشردوستانه، میزان، ۱۳۸۶.

– مقاله

- رنجبریان، امیرحسین؛ مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی، دادگاه ویژه سیرالتون، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.

- موريس، مادلين؛ «معضل دموکراتیک دیوان بین‌الملل کیفری»، ترجمه: مجتبی جانی‌پور، در *تازه‌های علوم جنایی*، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، ۱۳۸۸.

ب) انگلیسی

- Books

- Andres Zimmermann, [ED], *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2006.
- Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Law*, vol. 1, 3rd Edition, Martius Nijhoff Publishers, 2008.
- Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Second Edition, Kluwer Law International, 1999.
- Bert V. A. Roling, "Tokyo Trial", in: Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 4, North-Holland Publishing Company, 1982.
- Bruce Broom Hall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003.
- Christine Vanden Wyngaert, *International Criminal Law*, Kluwer Law International, Hague, 2001.
- Christopher Greenwood, "Historical Development and Legal Basis", in: *Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd Edition, Oxford, 2008.
- Conrad Johnson, *Philosophy of Law*, Macmillan Publishing, New York, 1994.
- Gallant, S., Kenneth, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Domininc Mcgoldrick, "Legal and Political Significance of a Permanent ICC", in: *The Permanent International Criminal Court*, Ed by: Dominic Mcgoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, U.S.A., 2004.
- H. L. A, Hart, *Concept of Law*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Jean de Preux, *Commentery III Geneva Convention*, International Committee of RED Cross, Geneva, 1960.
- Jean Pictet, *Commentary on Geneva Convention*, III, International Committee of RED Cross, Geneva, 1960.
- Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, Routledge. Cavendish, London, 2007.
- Lukashuk, I. I, *Sources of Present-Day International Law in Contemporary International Law*, Edited by: Grigory Tunkin, Progress, Publishers Moscow, 1969.
- Marlies Glasins, *The International Criminal Court*, Routledge, London,

2006.

- Myres S. McDougal, and Florentino P. Feliciano, *The International Law of War*, New Haven Press, London, 1994.
- Nicose Stavropoulos, "Hart's Semantics", in: Julius Coleman, *Philosophy of Law*, Westview Press, 1990.
- Richard Over, "The Nuremberg Trials", in: *From Nuremberg to Hague*, Edby: Philippe Sands, Cambridge University Press, 2003.
- Susan Lamb, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege", in: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Ed. by: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones, Oxford University Press, 2002.
- Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Official Text in the English Language, Published at Nuremberg, vol. 1, Official text in the English Language, Published at Nuremberg, Germany, 1947.
- W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010.
- W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University, UK, 2007.
- Zappalla Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2003.

- Articles

- Eve Lahaye, "The Jurisdiction of the International Criminal Court, Controversies over the Preconditions for exercising Its Jurisdiction", *Netherlands International Law Reviews*, vol. XLVI, Issue 1, 1999.
- Guillaume Endo, "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Principle and the ICTY and ICTR", *Revue québécoise de droit International*, 15. 1, 2002.
- Mantovani Ferrando, "The General Principles of International Criminal Law", *Journal of International Criminal Law Justice*, No. 1, Oxford University Press, 2003.
- Morris Madeline, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", available at: www.law.duke.edu/journals/icp/articles, Winter, 2001.
- Robin Geiband N. Bulinckx, "International and Internationalized Criminal Tribunals", *International Review of The Red Cross*, vol. 88, No. 861, March 2006.
- "Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal", in: *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, United Nations, 2005.
- Shahram Dana, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice, A Theory on

the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, available at: <http://ssrn.com/>. 2009.

- Vladimir Djuro Degan, “On the Sources of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, No. 1, Oxford University Press, 2005.

حقوق خواهان و خوانده از منظر حقوق بشر، با تأکید خاص بر رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر

مسعود راعی دهقی *

کاوه موسوی **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23529

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۳/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۲۹

چکیده

حقوق بشر به مجموعه امتیازاتی اطلاق می‌شود که برای انسان، فارغ از هر نوع تبعیض، شناسایی شده است. ضرورت حمایت عام و خاص از بشر، نیازمند تلاش گسترده جامعه بین‌المللی، دولت‌ها و نیز نهادهای غیردولتی است. حمایت عام، ناظر بر همه افراد بوده، درحالی‌که حمایت خاص، صرفاً ناظر بر گروه یا دسته‌ای از افراد با ویژگی‌های خاص است. خواهان و خوانده به‌عنوان نمونه‌های بارزی از این افراد، به دلیل آسیب‌پذیری بیشتر نسبت به دیگران، نیازمند حمایتی خاص هستند. رویکرد بحث حاضر، تبیین انواع حقوق خواهان و خوانده در اسناد حقوق بشری با تأکید بر رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر است. یافته‌های تحقیق، بیانگر توسعه تدریجی نظام بین‌المللی حقوق بشر در زمینه حقوق خواهان و خوانده است.

واژگان کلیدی

خواهان، خوانده، حقوق بشر، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دادگاه اروپایی حقوق بشر

* masoudraei@yahoo.com

* نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

** kavehmousavi1970@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

مقدمه

بشر دارای حقوق و آزادی‌هایی است که در حقوق بین‌الملل نوین از آن به حقوق بشر^۱ یاد می‌شود. اگرچه این حقوق، ریشه در فطرت انسانی داشته و به عبارتی از مصادیق حقوق طبیعی نوع بشر محسوب می‌شود، اما به دنبال تحولات عمده حقوق بین‌الملل در قرون اخیر و به‌ویژه انقلاب کبیر فرانسه و متعاقباً صدور اعلامیه حقوق بشر و شهروند، به معنای امروزی خود، رخ‌نمایی کرده که نقطه‌عطف این رونمایی‌ها نیز اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ است. «هرچند سخن‌گفتن پیرامون مصادیق حقوق بشر و تنظیم استانداردهای بین‌المللی آن، موضوع حساس و درعین‌حال، مشکلی است و در پرتو شرایط فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی ملت‌های مختلف، به گونه‌های متعدد تفسیر می‌شود، ولی به‌طور کلی می‌توان آن را معادل حقوق اساسی و غیرقابل‌تردیدی دانست که برای زندگی نوع بشر ضروری است»^۲. به عبارت دیگر، فلسفه وجودی حقوق بشر، حمایت از افرادی است که بنابر مقتضای ذات خود، نیازمند این‌گونه حمایت‌ها هستند؛ حمایت‌هایی که با توجه به شخصیت افراد مورد حمایت و به اعتبار حالت و اوصاف خاص آن‌ها، به حمایت‌های عام و خاص، تقسیم و تفکیک می‌شوند. در حالت اول، حمایت‌های حقوق بشری، همه افراد بشر را بدون هرگونه قیدوشرطی دربرمی‌گیرد و در وضعیت دیگر، افراد خاصی را که شاید نیازمند حمایت‌های بیشتری هستند (مانند زنان، کودکان و اقلیت‌های مذهبی) شامل می‌شود. اما محور اصلی بحث در مقاله حاضر، مبتنی بر این نکته مهم است که همین بشر، آن هنگام که در مقابل دادگاه قرار می‌گیرد، چه به‌عنوان خواهان و چه در نقش خوانده، از حقوق خاصی برخوردار می‌شود که در عین برابری، قطعاً به تناسب ویژگی‌های هریک از طرفین دعوا، متفاوت خواهد بود. می‌توان این حقوق خاصه را به مثابه «حقوق خواهان و خوانده» در محاکم در نظر گرفته، آن را به «حق بهره‌مندی از دادرسی عادلانه» نیز تعبیر کرد. همچنین «می‌توان از این حقوق به‌عنوان حقوق رویه‌ای هم یاد کرد. منظور از حقوق رویه‌ای، حقوقی است که با هدف حمایت و تضمین حقوق ماهوی ایجاد شده است. در باب اهمیت حقوق رویه‌ای، ذکر این نکته ضروری است که شاید بتوان اذعان نمود که این حقوق، بخش عمده‌ای از اسناد حقوق بشری را به خود اختصاص داده است»^۳.

1. Human Rights

۲. دبیری، محمدرضا؛ حقوق بشر از دیدگاه مجامع بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۲.

۳. برگرفته از سخنرانی مسعود راعی دهقی در همایش حقوق خواهان و خوانده، کانون وکلای دادگستری اصفهان، شهریور ۱۳۹۳.

۱. حق رسیدگی مؤثر - جبران مؤثر

یکی از اصلی‌ترین مصادیق بارز حقوق خواهان و خواننده که در بین اسناد حقوق بشری جایگاه ویژه‌ای دارد، «حق رسیدگی مؤثر» است. اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۸ مقرر می‌دارد: «در برابر اعمالی که به حقوق اساسی فرد تجاوز کند و آن حقوق، طبق قانون اساسی یا قانون دیگری برای او شناخته شده باشد، هر کس حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالحه را دارد».^۴

«حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالح» به‌نوعی، برگردان واژه effective remedy در متن انگلیسی اعلامیه جهانی حقوق بشر است. بعضی از مترجمان حقوقی، این عبارت را به «جبران مؤثر» و برخی دیگر به «رسیدگی مؤثر» تعبیر کرده‌اند. اما با اندک دقتی در هر دو برگردان، می‌توان تعریفی واحد از «جبران مؤثر» یا «رسیدگی مؤثر» ارائه کرد؛ تعریفی که درهرحال، مبتنی بر «دادرسی عادلانه» است؛ دادرسی‌ای که به‌واسطه آن، حقوق از دست‌رفته جبران می‌شود و به‌علاوه، آن‌چنان رسیدگی‌ای صورت می‌پذیرد که تأثیرش همواره بر جا می‌ماند. شاید به همین جهت است که اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره، مراجعه و پناه‌بردن به محاکم را در یک معنا به کار برده است.^۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، در واقع، تأکیدی بر تحقق رسیدگی عادلانه نسبت به اصحاب دعواست. این رسیدگی‌ها و اثرات آن می‌تواند دارای جنبه‌های کیفری، مدنی، اداری، صنفی و غیره نیز باشد.

از دیگر اسناد حقوق بشری که به‌نوعی مؤید «حق رسیدگی مؤثر» است، بند ۳ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است.^۶ بر اساس مفاد مستند مزبور، اولاً، کشورهای طرف میثاق، متعهد می‌شوند که به‌نوعی احقاق حقوق تضییع‌شده اشخاصی را که حقوق و آزادی‌های شناخته‌شده‌شان در این میثاق، نقض شده است، تضمین کنند (قسمت الف). این تضمین در خصوص اقدامات مقامات صالح قضایی، اداری، تقنینی یا هر مقام صالح دیگری نیز مصداق می‌یابد (قسمت ب). ثانیاً، دولت‌های عضو میثاق تضمین می‌کنند که مقامات صالح نسبت به

۴. متن اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، ۱۹ آذر ۱۳۲۷، مجمع عمومی ملل متحد.

۵. بند (ب) ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره: «مراجعه و پناه‌بردن به دادگاه، حقی است که برای همه تضمین شده است».

۶. بند ۳ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌شود که:

الف. تضمین کند که برای هر شخصی که حقوق و آزادی‌های شناخته‌شده در این میثاق درباره او نقض شده باشد، وسیله مطمئن احقاق حق فراهم شود، هرچند که نقض حقوق به‌وسیله اشخاصی ارتکاب یافته باشد که در اجرای مشاغل رسمی خود عمل کرده‌اند.

ب. تضمین کند که مقامات صالح قضایی - اداری یا مقتنه یا هر مقام دیگری که به‌موجب مقررات قانونی آن کشور صلاحیت دارد، درباره شخص دادخواست‌دهنده، احقاق حق کنند و همچنین امکانات تظلم به مقامات قضایی را توسعه بدهد. ج. تضمین کند که مقامات صالح «نسبت به تظلماتی که حقانیت آن محرز شود، ترتیب اثر صحیح بدهند».

تظلماتی که حقانیت آن محرز شود، ترتیب اثر صحیح دهند و به عبارت دیگر و بر اساس آنچه از متن انگلیسی مستفاد می‌شود، «حکم صادر بر حقانیت را اجرا کنند»^۷ (قسمت ج). مقاوله‌نامه بین‌المللی الغای کلیه اشکال تبعیض‌نژادی نیز در ماده ۶ مجدداً با بهره‌گیری از عبارت «طریقه دادرسی مؤثر»^۸، دول متعاقد را به حمایت از افراد مشمول صلاحیت قضایی در برابر محاکم ذی‌صلاح ملی و سایر مراجع صلاحیت‌دار مملکتی متعهد می‌کند.^۹ همچنین بر اساس بند ۱ ماده ۱۵ مقاوله‌نامه مزبور، «تا نیل به هدف‌های اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و ملل تحت استعمار مندرج در قطعنامه ۱۵۱۴ (دوره ۱۵) مجمع عمومی مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۰، مقررات قرارداد حاضر به هیچ‌وجه در برخورداری ملل مذکور از حق دادخواهی و شکایت که به موجب سایر اسناد بین‌المللی یا از طرف سازمان ملل متحد و سازمان‌های تخصصی به آنان اعطا شده است، محدودیتی ایجاد نخواهد کرد».

حکم کلی ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بر این نکته تأکید کرده است. ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز با اشاره ضمنی به مفهوم حق رسیدگی یا جبران مؤثر، مقرر می‌دارد: «اگر حقوق و آزادی‌های هر کس در این کنوانسیون نقض شده باشد، ولو چنین نقضی توسط مأموران رسمی صلاحیت‌دار ارتکاب یافته باشد، وی حق دادخواهی و جبران خسارت نزد یک مرجع ملی را دارد».^{۱۰} همچنین شاید بتوان ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را از حیث تعدد مصادیق «حق دادرسی عادلانه»، از معدود مستندات قانونی موجود قلمداد کرد. کنوانسیون مذکور، با صراحت در بندهای مختلف ماده مزبور، بسیاری از موارد حقوق اطراف دعوا را در محاکم مطرح کرده که مجموع همگی آن‌ها در واقع، تأییدی بر «حق بهره‌مندی از دادرسی عادلانه» است و شاید بتوان اذعان کرد که مضامین مذکور در ماده مزبور، تلویحاً دربردارنده مفاهیم مرتبط با «حق رسیدگی مؤثر» نیز هست. از طرف دیگر، کنوانسیون اروپایی

7. To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

8. States parties shall assure to everyone within their jurisdiction effective protection and remedies, through the competent...

۹. ماده ۶ مقاوله‌نامه مذکور: دول عاقد از کلیه افراد مشمول صلاحیت قضایی خود در برابر هر نوع تبعیض‌نژادی که حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد را برخلاف مقررات این قرارداد، نقض کند، حمایت می‌کنند و یک طریقه دادرسی مؤثر در برابر محاکم ذی‌صلاح ملی و سایر مراجع صلاحیت‌دار مملکتی تأمین خواهند کرد و همچنین حق افراد را در مطالبه غرامت و جبران عادلانه و متناسب خساراتی که بر اثر اِعمال تبعیضات‌نژادی وارد می‌شود، تضمین خواهند کرد.

۱۰. نکته مهم قابل‌توجه در خصوص ماده مزبور، نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده پوغوسیان و باغداساریان علیه ارمنستان است. دادگاه در جریان بررسی پرونده و در مقام اِعمال ماده ۱۳ حتی فقدان امکان قانونی (نبود قانون در نظام حقوقی ارمنستان) جهت اقامه دعوی خسارت غیرمادی از سوی خواهان را از مصادیق محرومیت وی از حق رسیدگی مؤثر (effective remedy) دانست و نتیجتاً حکم بر محکومیت خوانده صادر کرد. برای اطلاع بیشتر، ن.ک:

Case of Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia-Application No22999/06 June.12.2012- Final September.12.2012.

حقوق بشر به عنوان سندی مُتَن برای انجام وظیفه یکی از مهم‌ترین نهادهای قضایی حقوق بشری (دیوان اروپایی حقوق بشر)، نقش مؤثری ایفا می‌کند. به دلیل اهمیت آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر و رویه مرجع مزبور، در مقاله حاضر در هر مورد با ذکر شواهدی از عملکرد دیوان مذکور، بر رویکرد عمل‌گرایانه حقوق بین‌الملل معاصر در مقوله مهم حقوق خواهان و خوانده، تأکیدی خاص می‌شود. اما از آنجایی که «دادگاه، تنها به شکایات مربوط به نقض حقوق پیش‌بینی‌شده در کنوانسیون و پروتکل‌های ضمیمه می‌تواند رسیدگی کند و بر اساس بند ۳ ماده ۳۵، دادگاه، شکایات افراد و سازمان‌های غیردولتی را که با مقررات مواد کنوانسیون و پروتکل‌های آن غیرمنطبق بدانند، رد خواهد نمود»^{۱۱}، صلاحیت این مرجع قضایی بین‌المللی، صرفاً در چارچوب موارد مذکور در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و پروتکل‌های الحاقی به آن خواهد بود.

۲. حق برخورداری از دادرسی منصفانه

مطابق ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر، «هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعایش به‌وسیله دادگاه مستقل و بی‌طرفی، منصفانه و علنی رسیدگی شود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی به او، تصمیم‌گیری کند». همچنین به موجب بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، «... هر کس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و... رسیدگی شود»^{۱۲}. حق برخوردارشدن از دادرسی منصفانه در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز تضمین شده است.^{۱۳} موارد گفته‌شده و برخی مستندات قانونی مشابه دیگر، متضمن چند اصل مهم در راستای دادرسی عادلانه است. اصل برابری در دادگاه، اصل استقلال و بی‌طرفی دادگاه، اصل علنی‌بودن رسیدگی‌ها، اصل تسریع در دادرسی و برخی قواعد دیگر از این

۱۱. سیدفاطمی، سیدمحمد؛ «دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، ۱۳۷۹، ص ۱۴۰.

۱۲. بند ۱ ماده ۱۴: «همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری برابرند. هر کس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنی در دادگاه صالح که مستقل و بی‌طرف تشکیل شده، طبق قانون رسیدگی شود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در امور مدنی اتخاذ تصمیم کند».

۱۳. بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «برای تعیین حقوق و تکالیف یک فرد یا رسیدگی به هر اتهامی که علیه او مطرح شده است، باید دادرسی علنی و منصفانه توسط دادگاه صالح بی‌طرف و مستقل در مدت معقول انجام شود. نتیجه دادرسی باید به‌صورت علنی اعلام شود، اما امکان برگزاری غیرعلنی تمام یا قسمتی از جریان محاکمه نسبت به مردم و مطبوعات وجود دارد. حفظ نظم عمومی، اخلاق یا امنیت در جامعه دموکراتیک، منافع صغار، حفظ جان طرفین دادرسی و همچنین نظر دادگاه در اوضاع و احوالی که علنی‌بودن محاکمه ممکن است به مصالح عدالت لطمه وارد آورد، مواردی است که غیرعلنی‌بودن محاکمه را توجیه می‌کند».

دست، همگی از اصول مصرح در این مواد است.^{۱۴} اما آنچه در اینجا مدنظر است، نیت آفرینندگان این اسناد مهم حقوق بشری در استفاده از عبارت مشترک «منصفانه بودن دادرسی» است که قطعاً دربردارنده مفهوم «انصاف» در بطن خود است. در خصوص واژه انصاف، گفتنی است که «از لحاظ لغوی، غالب واژه‌نامه‌ها، انصاف را با عدالت، هم‌معنی دانسته‌اند یا آن را وظیفه عدم اضرار به دیگری قلمداد کرده‌اند. در واژه‌نامه فرانسوی، انصاف به معنای إعطای سهم مساوی به هر شخص و شناسایی بی‌طرفانه حق، بیان شده است. امریکایی‌ها نیز انصاف را همان due process of law یا روند مقتضی قانونی دانسته‌اند».^{۱۵} برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز از انصاف به معنای «تساوی سلاح‌ها» تعبیر کرده‌اند.^{۱۶} آن‌ها معتقدند فرصت‌های موجود میان اصحاب دعوا می‌بایست یکسان تقسیم شده، وضعیت یک طرف دعوا به گونه‌ای نباشد که وضعیت دیگری را به خطر اندازد».^{۱۷} بنابراین شاید در تعریفی ساده‌تر بتوان دادرسی منصفانه را نوعی دادرسی دانست که در آن، هیچ‌یک از طرفین دعوا در وضعیتی متفاوت از طرف مقابل قرار نگیرد و این تعریف، شاید هم‌معنی و مُرادف تعریف ارائه‌شده از حق برابری اصحاب دعوا در دادگاه نیز باشد.

ملاحظه اجمالی در آمار پرونده‌های دیوان اروپایی حقوق بشر نیز نمایانگر این نکته مهم است که «امروزه بیش از نیمی از آرای دیوان اروپایی حقوق بشر، درباره شکایات مربوط به ماده ۶ و نقض شرایط و تضمینات مربوط به دادرسی منصفانه است»^{۱۸} که البته بررسی هر یک از آن‌ها مجال جداگانه‌ای می‌طلبد. اما آنچه درنهایت می‌توان گفت، اهمیت است که اولاً، کنوانسیون و ثانیاً، دادگاه اروپایی حقوق بشر به مقوله دادرسی منصفانه داده‌اند. حجم بالای پرونده‌ها در این خصوص، مؤید ادعای اخیر است. بررسی آماری پرونده‌های ارجاع‌شده به دادگاه اروپایی حقوق بشر، حکایت از طرح بیش از بیست پرونده با موضوع تجاوز از مقررات مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی و نقض حقوق خواهان در بهره‌مندی از دادرسی منصفانه در چهل روز اول سال ۲۰۱۵ میلادی (از اول ژانویه تا دهم فوریه) دارد.^{۱۹}

۱۴. در قسمت‌های بعدی این مقاله، به تفصیل به این اصول، پرداخته خواهد شد.

۱۵. قراچورلو، رزا؛ «انصاف و بی‌طرفی در دادگاه‌های اتحادیه اروپا»، *مجله وکالت*، تیر ۱۳۸۱، صص ۳۷-۳۴.

۱۶. در قسمت مربوط به حق برابری در دادگاه‌ها به این مسئله بیشتر پرداخته شده است.

۱۷. راعی؛ همان.

۱۸. یوری، اسدالله؛ «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، *نشریه حقوق اساسی*، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۳، ص ۲۵۷.

۱۹. برای مطالعه در خصوص آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر در مقوله «دادرسی منصفانه»، ن.ک: پایگاه اینترنتی دادگاه اروپایی حقوق بشر به نشانی: <http://hudoc.echr.coe.int/site/eng/pages/search> (keyword: right to fair trial)

۳. حق برابری در دادگاه

ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر،^{۲۰} بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی،^{۲۱} بند (الف) ماده ۵ مقاوله‌نامه بین‌المللی لغای کلیه اشکال تبعیض نژادی،^{۲۲} بند (الف) ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره^{۲۳} و بسیاری از اسناد حقوق بشری، بر حق برابری اصحاب دعوا در محاکم دادگستری تأکید کرده‌اند. این حق، بارها بر اعطای «امکانات برابر»^{۲۴} به همه طرف‌های دعوا توصیه کرده و این تأکیدات، بعضاً تا حدی کارساز بوده که «کمیت حقوق بشر در نظر تفسیری خود در خصوص ماده ۱۴ میثاق پیش‌تر گفته، در سال ۱۹۸۴ اظهار می‌کند که وجود دادگاه‌های اختصاصی، مغایر با حق برابری در دادگاه‌هاست».^{۲۵} امروزه شاید از حق برابری اصحاب دعوا در دادگاه‌ها به «اصل برابری سلاح‌ها»^{۲۶} نیز تعبیر شود؛ اصلی که درحقیقت، یکی از اجزای مهم دادرسی عادلانه محسوب می‌شود. بر مبنای اصل مزبور، «هریک از طرف‌های دعوا باید بتواند ادعای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل خود به‌گونه‌ای در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد».^{۲۷} در واقع، «این اصل، همان گونه که دادرسان کمیسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرده‌اند، وجود رابطه بین نیاز به عدالت و نفرت ناشی از بی‌عدالتی را در یک فرایند قضایی مشخص می‌کند».^{۲۸}

دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده دومبو بهر علیه هلند، به استناد بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر این مهم تأکید می‌کند که: «اصل برابری سلاح‌ها، مستلزم آن است که به هریک از طرف‌ها، در شرایطی که او را نسبت به طرف مقابل، در وضعیت نامناسب اساسی قرار ندهد، امکان معقول برای طرح دعوای خود داده شود».^{۲۹} دیوان همچنین در شماری از

۲۰. ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعوایش به‌وسیله دادگاه مستقل و بی‌طرف، منصفانه و علناً رسیدگی شود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی به او، تصمیم بگیرد».

۲۱. ن.ک: پاورقی شماره ۱۰.

۲۲. بند مذکور اشعار می‌دارد: «حق برخورداری از رفتار مساوی در برابر محاکم و سایر مراجعی که اجرای عدالت را به عهده دارند».

۲۳. بند مذکور اشعار می‌دارد: «مردم در برابر شرع مساوی هستند. در این امر، حاکم و محکوم نیز با هم برابرند».

۲۴. نکته حائز اهمیت در باب حق برابری طرفین دعوا، حقوق و تکالیف برابر اما متفاوت خواهان و خوانده است؛ حقوق و تکالیفی که در عین برابری، قطعاً متناسب با ویژگی‌های هریک از طرفین دعوا، متفاوت خواهد بود.

۲۵. راعی؛ همان.

26. Equality of Arms

۲۷. ساقیان، محمد مهدی؛ «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تأکید بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، شماره‌های ۵۶ و ۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ص ۸۰.

۲۸. همان.

29. *Dombo Beher B v. the Netherlands* – Application No. 14448/88- October.27.1993.

پرونده‌های دیگر، رویه‌ای مشابه در خصوص حمایت از قاعده کلی «اصل برابری سلاح‌ها» اتخاذ کرده است.^{۳۰} و جالب آنکه در اعمال حق برابری سلاح‌ها، دیوان اروپایی حقوق بشر، تفاوتی میان اصحاب دعوی حقوقی و اطراف دعوی کیفری قائل نشده است. یعنی همان گونه که خواهان و خوانده دعوی حقوقی باید از حق تساوی سلاح‌ها برخوردار باشند، شاکی و متهم دعوی کیفری و (در جرائم عمومی) حتی متهم و دادستان نیز باید به تساوی از حق مزبور بهره‌مند شوند. به‌عنوان مثال، در پرونده لایپینز^{۳۱} علیه کشور لاتویا، جایی که خواهان مدعی می‌شود که به‌واسطه حضور دادستان در مرحله رسیدگی و غیاب وی و عدم امکان دفاع مناسب، الزاماتی که به‌موجب بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص عادلانه‌بودن دادرسی تضمین شده، نقض شده است، دیوان به علت تجاوز از «اصل برابری سلاح‌ها» و نقض مقررات مندرج در کنوانسیون مذکور توسط دادگاه، حکم بر محکومیت خوانده و ضرورت پرداخت خسارت به خواهان صادر کرد.^{۳۲} این مسئله نشان‌دهنده اهمیت اصل مزبور است.

۴. اصل بی‌طرفی و استقلال دادگاه

همان گونه که در قسمت‌های قبلی ذکر شد، استقلال و بی‌طرفی، یکی از اصول مهم دادرسی عادلانه است که در بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی بارها بر آن تأکید شده است. ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از مصادیق بارز این تأکیدات است. همچنین به دلیل اهمیت و ضرورت وجود سیستم قضایی صالح، مستقل و بی‌طرف در حمایت از حقوق بشر و به‌منظور تدوین معیارهای رفتار اخلاقی قضات، ایضاً به جهت راهنمایی قضات و ایجاد چارچوب قضایی برای نظام‌بخشی رفتار قضایی، در سال ۲۰۰۲ میلادی و در شهر بنگلور کشور هندوستان، قواعدی تنظیم و به نام «اصول بنگلور» مشهور می‌شود.^{۳۳} «اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی، نتیجه کار و مشورت گروهی متشکل از قضات عالی‌رتبه کشورهای مختلف، موسوم به گروه قضایی تقویت یکپارچگی بوده است. در این سند، به اصول و ارزش‌های اساسی رفتار قضایی، از قبیل استقلال، بی‌طرفی، صداقت، حفظ شئون قضایی، تساوی در رفتار و صلاحیت قضات، اشاره شده و جنبه‌های مختلف اعمال و

30. See for example the cases of *Lobo Machado v. Portugal*- Feb.20.1996 & *Bulut v. Austria*-Feb.22.1996 & *Ankerl v. Switzerland*- Nov.23.1996 & *Foucher v. France*- March.18.1997 & *Wynen v. Belgium*-Nov.5.2002.

31. Liepins

32. *Case of Liepins v. Latvia*- Application No 31855/03-November 25, 2014.

۳۳. با اقتباس از بخش مقدمه اصول بنگلور، مصوب سال ۲۰۰۲ میلادی.

اجرای این اصول برشمرده شده است.^{۳۴} شاید بتوان این سند حقوق بشری را یکی از محدود اسنادی اسنادی دانست که به صراحت تمام بر اصل بی طرفی و استقلال دادگاهها تأکید خاص کرده است. سند مزبور در مقام تبیین ماهیت استقلال قضایی، آن را «پیش شرط حاکمیت قانون و تضمین اساسی برای رسیدگی عادلانه»^{۳۵} دانسته و در شش بند، قضات را مُجاب به رعایت برخی موازین خاص برای دستیابی به این مهم کرده است. اصول بنگلور در بند (۱-۱) از بخش کاربرد اصل استقلال مقرر می‌دارد: «قاضی باید اعمال قضایی را به گونه‌ای مستقل و بر مبنای ارزیابی خود از حقایق و مطابق با درک وجدانی خود از قانون اعمال کند و از تأثیرات، عوامل، فشارها، تهدیدات یا مداخلات مستقیم یا غیرمستقیم بیرونی، از هر منبع یا به هر دلیل، فارغ و رها باشد». این اصول در بندی دیگر، قضات را پند می‌دهد که «نه تنها باید فارغ از ارتباطات ناروا و نیز تأثیرپذیری از بخش‌های اجرایی و قانونگذاری حکومت باشند، بلکه همچنین باید از دید یک ناظر متعارف هم از آن‌ها آزاد و رها به نظر برسند».^{۳۶} در جایی دیگر نیز آن‌ها را «در انجام وظایف قضایی، مستقل از همکاران قضایی خود می‌داند».^{۳۷} سند مزبور همچنین تأکید می‌کند که «قاضی باید برای اجرای وظایف قضایی و حفظ و ارتقای استقلال بنیادی و عملی نظام قضایی، اصول اطمینان بخشی را تشویق و به آن عمل کند».^{۳۸} شاید نکته جالب‌تر از همه، بند پایانی فصل استقلال از سند مذکور باشد که «قاضی را به منظور تحکیم اعتماد عمومی به نظام قضایی، مُجاب به ارائه معیارهای متعالی رفتارهای قضایی می‌کند».^{۳۹} اصل بنگلور در ادامه و در قسمت مربوط به اصل بی طرفی، رعایت این اصل را برای انجام صحیح وظایف دستگاه قضایی، امری ضروری می‌داند و در اولین بند از فصل مزبور مقرر می‌دارد: «قاضی باید وظایف قضایی خود را به دور از هرگونه تبعیض، تعصب یا پیش‌داوری اعمال کند».^{۴۰} این سند حقوق بشری، آن‌چنان بر عدالت و بی طرفی قاضی تأکید کرده است که حتی ذهنیت منفی یا مثبت قاضی به یکی از اصحاب دعوا را نیز از جمله مواردی می‌داند که می‌تواند بی طرفی قاضی را مخدوش کند. به همین جهت، این را که «قاضی درباره یکی از طرفین دعوا، تعصب یا پیش‌داوری داشته است، از موارد عدم صلاحیت قاضی در رسیدگی به پرونده

۳۴. «اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی، مصوب سال ۲۰۰۲ میلادی»، ترجمه: فاطمه قناد، نشریه فقه و حقوق، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۸۱.

۳۵. اصول بنگلور، بخش مربوط به اصل استقلال.

۳۶. بند ۱-۳.

۳۷. بند ۱-۴.

۳۸. بند ۱-۵.

۳۹. بند ۱-۶.

۴۰. بند ۱-۲.

مطروحه می‌داند».^{۴۱} سند مزبور در بخش بی‌طرفی نیز همچون قسمت مربوط به استقلال، «قاضی را مکلف می‌کند که با فعل خود در داخل و خارج دادگاه، اعتماد عموم، صاحبان مشاغل خصوصی و ارباب دعاوی را به بی‌طرفی قاضی و نظام قضایی حفظ کند و ارتقا بخشد».^{۴۲} در هر صورت به نظر می‌رسد بتوان با ملاحظه و بررسی اصول بنگلور، قواعد مزبور را به‌نوعی مکمل سایر اسناد حقوق بشری، به‌ویژه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص اصل بی‌طرفی و استقلال دادگاه‌ها قلمداد کرد. شاید ملاحظه برخی آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر، تا حدی این نتیجه‌گیری را تقویت کند.

در پرونده پیتزر/آرمسترانگ^{۴۳} در برابر بریتانیا، خواهان به لحاظ فقدان بی‌طرفی هیئت منصفه، ادعا می‌کند که دادگاه انگلستان، بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نقض کرده است. در این پرونده، خواهان مدعی شد که حضور افسران پلیس بازنشسته و شاغل در میان اعضای هیئت منصفه، حق وی را در برخورداری از دادرسی عادلانه، به‌گونه‌ای که در ماده ۶ کنوانسیون مقرر شده است نقض می‌کند. دادگاه اروپایی حقوق بشر درنهایت، شکوائیه خواهان در بخش ادعای فقدان بی‌طرفی را قابل‌استماع تشخیص داده، رأی به محکومیت خوانده صادر کرد.^{۴۴} در پرونده‌ای دیگر، موضوع شکایت فصلی^{۴۵} علیه دولت ترکیه، خواهان مدعی فقدان بی‌طرفی در بخشی از دیوان عالی اداری کشور می‌شود. وی ادعا می‌کند که شعب مرجع مذکور که به پرونده او رسیدگی کرده‌اند، بی‌طرف نبودند. بنابراین نسبت به وی در برخورداری از دادرسی منصفانه که بر اساس بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، تأمین و تضمین شده بود، اجحاف شده است. دادگاه اروپایی حقوق بشر درنهایت با رأی چهار قاضی موافق در برابر سه قاضی مخالف، رأی بر نقض مقررات مندرج در کنوانسیون توسط خوانده و مآلاً محکومیت ترکیه صادر کرد.^{۴۶} همچنین در بحث استقلال نیز دادگاه اروپایی حقوق بشر با شکایات متعددی مواجه شد. دیوان در پرونده خریکین^{۴۷} علیه روسیه، ادعای خواهان مبنی بر نقض اصل استقلال توسط دادگاه بدوی را پذیرفت. خواهان در این پرونده مدعی بود که دادگاه بدوی (بخش مسکو) که یک بار به شکایتش در خصوص ضرورت افزایش حقوق بازنشستگی (به جهت شرایط کاری سخت) رسیدگی کرده و با صدور رأی قطعی به نفع وی (به علت عدم تجدیدنظرخواهی در مهلت مقرر) پرونده را نیز مختومه کرده بود، مجدداً و به‌واسطه اعمال نفوذ رئیس صندوق بازنشستگی منطقه،

۴۱. بند ۱-۵-۲.

۴۲. بند ۲-۲.

۴۳. Peter Armsstrong

۴۴. Case of Peter Armstrong v. United Kingdom-Application No 65282/09- December 9, 2014.

۴۵. Fazli

۴۶. Case of Fazli Aslaner v. Turkey-application No. 36073/04-March 4, 2014.

۴۷. Khrykin

در پرونده بازنگری کرده و این بار به ضرر او و به نفع مدعی علیه رأی داد. دادگاه اروپایی حقوق بشر، متعاقباً در رأی خود، اجابت خواسته فرد مذکور و نفوذپذیری دادگاه بدوی را از مصادیق خروج از اصل استقلال دادگاه و مآلاً نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون دانست.^{۴۸} نکته قابل تأمل دیگر در پرونده‌های مطرح شده در خصوص اصل بی‌طرفی و استقلال دادگاه‌ها این است که اگرچه اصول مذکور، در مفهوم متفاوت‌اند (همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد)، در شکواییه‌های تقدیمی و حتی آرای صادره، معمولاً در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و این شاید نشانه این مهم است که معمولاً عدول از استقلال، خروج از بی‌طرفی را نیز به همراه دارد.^{۴۹}

۵. حق دفاع

یکی دیگر از اصول مهم دادرسی عادلانه که جامعه بین‌المللی در بسیاری از اسناد حقوق بشری از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بر آن تأکید کرده، «حق دفاع» است. «معمولاً در مقام تبیین مصادیق حق دفاع، به شش عنوان اشاره می‌شود: دفاع حضوری، دفاع خود خوانده، دفاع وکیل خوانده، مطلع کردن مقامات از حق دسترسی به وکیل، معاضدت قضایی و حمایت دیپلماتیک اشخاص».^{۵۰} ماده ۶ کنوانسیون و به‌ویژه، قسمت‌های ذیل بند ۳ ماده مزبور، برخی از این حقوق را به‌صراحت بیان کرده است. به‌موجب قسمت (الف) بند ۳، «هر کس که به ارتکاب جرمی متهم می‌شود باید در اسرع وقت و با زبانی که برای وی مفهوم است از جزئیات، ماهیت و سبب اتهام خود آگاه شود». در واقع، «آگاهی از موضوع و دلایل اتهام، یکی از مهم‌ترین تضمینات حقوق دفاعی متهمان در تمام مراحل رسیدگی کیفری به شمار می‌رود [و] تقریباً تمام اسناد حقوق بشری، چه بین‌المللی و چه منطقه‌ای، بر شناسایی چنین حقی یعنی اطلاع از دلایلی که علیه اشخاص، ضمن دستگیری، جلب، بازداشت و سرانجام، محکومیت آنان اقامه شده، مهر تأیید نهاده‌اند».^{۵۱ و ۵۲} از دیگر حقوق مصرح در این سند متقن حقوق بشری، قسمت (ب) از بند ۳ ماده مزبور است که متضمن اعطای فرصت و امکانات کافی به متهم برای تدارک دفاعیاتش است. دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده چرنی^{۵۳} در برابر اوکراین، به دلیل آنکه حقوق

48. *Case of Khrykin v. Russia*-Application No. 33186/08-April.19.2011-Final.Jul.7.2011.

49. See the *Case of Oleksandr v. Ukraine*-Application No 21722/77-January.9.2013.

۵۰. راعی؛ همان.

۵۱. اردبیلی، محمد؛ «تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص ۵۹.

۵۲. برای آشنایی با رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در این خصوص، ن.ک:

Grand Stevens and Others v. Italy-Application No 18640/90 March.4.2014.Final July.7.2014 & *Mulsosmani v. Albania*-Application No29864/03 Oct.8.2013.Final January.8.2014.

53. Chorniy

تصریح‌شده در این بخش را واجد جنبه‌های ویژه‌ای از حق دادرسی منصفانه می‌داند که در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون تضمین شده، ترجیح می‌دهد که به شکایت مطروحه، توأماً و مبتنی بر هر دو بخش از مستند قانونی مذکور رسیدگی کند.^{۵۴} لازم به ذکر است که حق مزبور در برخی اسناد دیگر، ازجمله در قسمت (ب) بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی،^{۵۵} و بند (ج) ماده ۸ پیمان‌نامه آمریکایی حقوق بشر^{۵۶} نیز تصریح شده است.

درحقیقت، آنچه در این اسناد بر آن تأکید شده است، اعطای زمان کافی به خواننده جهت تهیه مدارک، مستندات و دفاعیات مربوط به اتهامش است. اما هیچ‌یک از اسناد فوق به محدوده زمانی خاصی در این خصوص اشاره نکرده‌اند و این مسئله‌ای است که می‌تواند تا حدی ابهامات دیگری را به همراه داشته باشد زیرا در صورت عدم اعلام زمان و مهلت مشخص و مقرر، مدت معقول (مندرج در متون)، طبیعتاً متعارف شده و این عرف معقول و معمول، خود می‌تواند از دادگاهی به دادگاه دیگر و از کشوری به کشور دیگر، متفاوت باشد و مسائل و حواشی دیگری را به وجود آورد.

از مصادیق دیگر حق دفاع می‌توان به بند (ج) ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرد. به موجب مستند مذکور، متهم (یا خواننده) می‌تواند یا شخصاً از خود دفاع کند یا با انتخاب خودش از معاضدت وکیل برخوردار شود و اگر توان کافی برای پرداخت هزینه وکیل نداشته باشد، چنانچه مصالح عدالت اقتضا کند، برای او وکیل تسخیری در نظر گرفته شود. همان گونه که ملاحظه می‌شود، در بند مزبور، امکان دفاع، هم توسط خود خواننده و هم توسط وکیل مدافع خوانده، پیش‌بینی شده است. پُر واضح است که حق داشتن وکیل، یکی از تضمینات حقوق دفاعی است که در اسناد حقوق بشری بارها بر آن تأکید شده است. در واقع، «حق برخورداری از وکیل، از مهم‌ترین شروط فرایند دادرسی عادلانه در محاکم داخلی و بین‌المللی است».^{۵۷} جالب‌تر آن است که متون و اسناد مزبور، نه‌تنها مؤید حق برخورداری خواننده از انتخاب وکیل است، بلکه به موجب برخی از آن‌ها ازجمله «اصل پنجم اصول مبنایی نقش وکلا، حکومت‌ها [نیز] باید تضمین کنند که مراجع ذی‌صلاح، فوراً این حق انتخاب را به متهم دستگیرشده یا بازداشتی

54. *Case of Chorniy v. Ukraine*-Application No35227/06-May.16.2013-Final Aug.16.2013.

۵۵. «وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد».

56. Article 8 (Right to fair trial)

3) Adequate time and means for the preparation of his defense.

(American Convention on Human Rights –Signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights/San Josi-Costa Rica.22 November 1969).

۵۷. سلیمیان، ابوالفضل؛ عبدالله صدیقیان و ام‌الله ساجدی؛ «حق داشتن وکیل از منظر حقوق بشر و ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی*، سال دوم، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۲، ص ۴۹.

منعکس می‌کنند».^{۵۸} نکته دیگری که در خصوص بحث معاضدت قضایی در بند (ج) ماده ۶ به چشم می‌خورد این است که با ملاحظه در مفاد مستند مذکور، به نظر می‌رسد که «ظاهراً منطوق کنوانسیون در صدد تفکیک وضعیت متهم فاقد منابع و امکانات مالی، نسبت به متهم دارای توانایی مالی است که درمورد اول، معاضدت حقوقی رایگان است و تنها درمورد اخیر (اشخاص دارای توانایی مالی) حق انتخاب وکیل یا مشاور حقوقی به نظر خود را دارند».^{۵۹} بنابراین «اگر متهم دستگیر شده یا فرد بازداشتی، مشاور حقوقی انتخابی نداشته باشد، در همه مواردی که عدالت اقتضا می‌کند، مستحق آن است که برای وی مشاور حقوقی تعیین شود و اگر خود متهم توانایی پرداخت حق الزحمه وکیل را نداشته باشد، خدمات مزبور، رایگان ارائه می‌شود».^{۶۰} با نگرشی اجمالی بر آرای دیوان اروپایی حقوق بشر، آشکار می‌شود که رویه دیوان نیز مبتنی بر نظریه‌های فوق است.^{۶۱}

آنچه در این میان محرز است، حق مسلم خوانده دعوا در برخورداری از مساعدت قضایی و دسترسی به وکیل مدافع، آن‌هم در تمام مراحل دادرسی است. دادگاه اروپایی حقوق بشر در یکی از جدیدترین آرای صادره، ادعای شخصی به نام چپنکو^{۶۲} را که به علت عدم دسترسی به وکیل در آغاز مرحله بازجویی و نیز عدم توانایی‌اش در شرکت در مرحله رسیدگی فرجامی، شکایتی علیه دولت اوکراین مطرح کرده بود، قابل‌استماع تشخیص داد و به اتفاق آرا، رأی بر عدول دولت خوانده از مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نقض بند ۱ و قسمت (ج) از بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون مذکور توسط دولت مزبور صادر کرد.^{۶۳}

۶. اصل علنی‌بودن دادرسی

«علنی‌بودن دادرسی، وضعیتی است که در آن جلسات رسیدگی به اتهام متهم، بدون ایجاد مانع بر سر راه حضور افراد عادی و رسانه‌های عمومی تشکیل و اداره می‌شود. عدول از اصل علنی‌بودن دادرسی، جز در موارد مصرحه در قانون که تنها در شرایطی دموکراتیک و در نتیجه

۵۸. ضیایی‌فر، محمدحسن؛ «حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله مقدماتی با تأکید بر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۶، ص ۴۲۳.

۵۹. جانی‌پور، مجتبی؛ «وکیل معاضدتی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی»، نشریه راه وکالت، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۱.

۶۰. ضیایی‌فر؛ همان، ص ۴۲۴.

61. *Case of Krylov v. Russia*-Application No 36697/03-March.14.2013-Final.Jun.14.2013.
See also: *Case of Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (No.3)-Application No. 21124/04-oct.16.2012-Final.Jan.16.2013.

62. Chopenko

63. *Case of Chopenko v. Ukraine*-Application No. 17735/06, January 15, 2015.

موازنه منافع و ارزش‌های متعارض تجویز می‌شود، نقض اصول دادرسی منصفانه و نادیده گرفتن حقوق اساسی افراد تلقی می‌شود.^{۶۴} «علنی بودن دادرسی به این معنی است که علاوه بر طرفین اختلاف، عموم مردم نیز حق حضور در جلسه رسیدگی را داشته باشند و بتوانند از چگونگی اجرای عدالت در مراجع حل اختلاف، آگاهی یابند. این امر علاوه بر ایجاد امکان پایش دادرسی توسط افکار عمومی، نشانه اعتماد به نفس نهاد رسیدگی کننده نیز هست.»^{۶۵} امروزه اصل علنی بودن دادرسی، یکی از معیارهای اساسی و بنیادین دادرسی عادلانه قلمداد می‌شود زیرا همان گونه که گفته‌اند، «کافی نیست که عدالت به مرحله اجرا در آید، بلکه لازم است اعمال عدالت، ملموس و رؤیت‌شدنی باشد.»^{۶۶} ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به صراحت بر اصل علنی بودن دادرسی تأکید دارند و مشخصاً با استفاده مشترک از عبارت «هر کس حق دارد»، اصل مزبور را از حقوق حقه اصحاب دعوا، اعم از خواهان و خوانده در جریان دادرسی عادلانه می‌دانند. با ملاحظه این سند و بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مشخص می‌شود که اسناد مزبور، علنی بودن جریان دادرسی را در واقع در دو مرحله تبیین کرده‌اند؛ یکی در مرحله فرایند رسیدگی و دیگری در مرحله اعلام حکم و این خود به مراتب بر اهمیت اصل علنی بودن دادرسی می‌افزاید زیرا «علنی بودن احکام صادره از مراجع دادرسی این مزیت را دارد که اجرای عدالت را علنی و عمومی کرده و دقت در این آرا و نقد آن را میسر می‌سازد. وقتی حکمی به صورت علنی صادر می‌شود، تمامی صاحب‌نظران می‌توانند به نقد این رأی پرداخته و در بهبود وضعیت قضایی کشور، نقش مهمی ایفا کنند.»^{۶۷}

در همین راستا، دادگاه اروپایی حقوق بشر به پرونده‌های متعددی با مضمون «اصل علنی بودن دادرسی» و با استناد به نقض مقررات مندرج در ماده ۶ پیش‌تر گفته، رسیدگی کرده است.^{۶۸} اما نکته قابل توجه در آرای دیوان، چه در رابطه با اصل موردنظر و چه در خصوص سایر اصول و حقوق مصرح در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بعضاً رویه‌هایی است که در قالب تصمیمات دیوان به وجود می‌آید. این تصمیمات، مبتنی بر اظهارات حضوری و شفاهی اصحاب

۶۴. امیدی، جلیل و سمیه نیکویی؛ «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۵۸، پاییز ۱۳۸۷، ص ۲۳.

۶۵. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ ششم، دراک، ۱۳۸۳، ص ۱۵۴.

۶۶. آشوری، محمد و دیگران؛ حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۳۴۴.

۶۷. رزاقی، کیانوش؛ «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، نشریه کانون، شماره ۱۰۵، خرداد ۱۳۸۹، صص ۹۳ و ۹۴.

68. For example see the *Case of Trancikova v. Slovakia*-Application No 17127/12-January 13, 2015.

دعوا یا لویای آن‌ها و به دنبال ارزیابی دادگاه^{۶۹} از محتوای مباحث عنوان‌شده اتخاذ شده و به‌نوعی فصل‌الخطاب پرونده‌های مطرح‌شده و چه‌بسا رویه‌ای برای تصمیمات آتی خواهد شد. با ملاحظه اجمالی در چگونگی تصمیم‌گیری و نحوه انشای رأی قضات مشخص می‌شود که دادگاه در بسیاری از موارد (چنانچه رویه‌ای در گذشته وجود داشته باشد)، نظر خود را مستدل، مبتنی و مستند به آرای سابق می‌کند. به‌عنوان نمونه‌ای از این آرا می‌توان به پرونده *رامی*^{۷۰} در مقابل کشور استونی اشاره کرد. دادگاه در این پرونده تصریح می‌کند که «رسیدگی علنی در محاکم، قاعده مطلق نیست. ممکن است دادرسی‌هایی صورت پذیرد که در آن، رسیدگی حضوری و شفاهی ضروری نباشد. به‌عنوان مثال، هنگامی که هیچ موضوع قابل‌قبول یا واقعیت قابل‌اعتراضی وجود نداشته باشد که نیاز به استماع اظهارات حضوری طرف‌های دعوا باشد، دادگاه می‌تواند منصفانه و منطقاً و صرفاً بر مبنای اظهارات مکتوب اصحاب دعوا تصمیم بگیرد».^{۷۱} دادگاه همچنین آشکار می‌کند که «ماهیت اوضاع‌و‌احوالی که می‌تواند رسیدگی حضوری را توجیه کند، اساساً در اختیار دادگاه‌های صلاحیت‌دار ملی است».^{۷۲}

۷. اصل عدم بازداشت خودسرانه

از دیگر اصول اساسی در مبحث دادرسی عادلانه، اصل عدم بازداشت خودسرانه است. «اصطلاح بازداشت خودسرانه نیز مشابه بسیاری از اصطلاحات حقوق‌بشری در اسناد حقوق بشر تعریف نشده است. معنی و مفهوم اصطلاح آزادی و بازداشت، نسبتاً روشن بوده و نیاز به توضیح چندانی ندارد، اما بیشتر ابهام در اصطلاح خودسرانه است که باید مفهوم و مراد از آن مشخص شود. در مذاکرات مربوط به تدوین ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ آمده، اصطلاح «خودسرانه» در این سند به کار گرفته شد تا معنای «ناعادلانه» یا «مغایر با اصول دادگستری» یا «مغایر با کرامت شخص انسان» را بفهماند. کمیته حقوق بشر در خلال رسیدگی به یکی از پرونده‌های مطروحه [نیز] اعلام کرده، این اصطلاح، مفهومی گسترده‌تر از «مغایر با قانون» دارد و شامل عناصری از «عدم تناسب»، «ناعادلانه و غیرمنصفانه»، «فاقد اسنادپذیری» و «نبود فرایند دادرسی قانونی» می‌شود. بنابراین معنای این اصطلاح، چیزی فراتر از «غیرقانونی» بوده و از این جهت در تعریف این اصطلاح، برخی آن را به معنای «توقیف اشخاص بدون رعایت تشریفات قانونی یا بدون رهایی از بازداشت یا حبس» دانسته‌اند که قربانی آن به‌طور نامحدود و غیرمشخص، بدون هرگونه اتهام و رعایت تشریفات دادرسی و فرایند تعقیب جزایی، در چنین

69. The Court Assessment

70. Rummi

71. *Case of Rummi v. Estonia*-Application No 63362/09- January 15, 2015.

72. *Ibid.*

وضعیتی (توقیف یا حبس) نگه داشته می‌شود. [به عبارت دیگر و] مطابق تعریف حاضر، بازداشت خودسرانه اشخاص، وقتی محقق می‌شود که مقامات دولتی، بدون دلیل مناسب، صحیح و قانونی، اشخاص را در بازداشت یا حبس قرار دهند».^{۷۳}

در خصوص اصل عدم بازداشت خودسرانه نیز همچون سایر حقوق مربوط به دادرسی عادلانه، اسناد حقوق بشری متعددی وجود دارد که مؤید حق آزادی خوانده (متهم) از بازداشت غیرقانونی است. ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر در یک قاعده کلی، همه افراد را علی‌الطلاق دارای حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی می‌داند.^{۷۴} ماده ۹ اعلامیه مزبور نیز در حکمی کلی بر ممنوعیت بازداشت خودسرانه تصریح کرده است.^{۷۵} همچنین ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند ۱ با جزئیات بیشتری بر ممنوعیت بازداشت خودسرانه تأکید کرده، اشعار می‌دارد: «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) کرد. از هیچ‌کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به جهات و آیین دادرسی مقرر به حکم قانون». میثاق همچنین در بند ۳ ماده ۹ بر استثنایی بودن قرار بازداشت موقت تأکید داشته، اعلام می‌کند که نباید بازداشت اشخاص در انتظار دادرسی را قاعده کلی دانست.^{۷۶} بند ۴ ماده ۹ این سند مهم حقوق بشری نیز به نوعی مؤید حق اعتراض زندانی به دادگاه به منظور رسیدگی به وضعیت قانونی بودن یا غیرقانونی بودن بازداشت خود است.^{۷۷}

«مجموعه اصول برای حمایت از تمامی اشخاص، تحت هر شکل از بازداشت یا حبس مصوبه قطعنامه ۴۳/۱۷۳ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۸۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد»، از دیگر اسناد حقوق بشری است که متضمن قواعدی در خصوص اصل عدم بازداشت خودسرانه است. بند ۲ اصل ۳۶ سند مزبور با محور قراردادن عدالت در زمان صدور قرار بازداشت موقت، اشعار می‌دارد: «جلب یا بازداشت اشخاصی که انجام تحقیقات و محاکمه آنان مستلزم این امر است، باید تنها با

۷۳. ابراهیمی، محمد؛ «آزادی از بازداشت خودسرانه»، در:

www.pajoohe.com/fa/print.php?UID=43706.

۷۴. «هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد».

۷۵. «احدی نباید خودسرانه توقیف، حبس یا تبعید شود».

۷۶. بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هرکس که به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) می‌شود باید او را در اسرع وقت در محضر دادرسی یا هر مقام دیگری که به موجب قانون، مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد حاضر کرد و باید در مدت معقوله محاکمه یا آزاد شود. بازداشت (زندانی کردن) اشخاصی که در انتظار دادرسی هستند نباید قاعده کلی باشد لیکن ممکن است آزادی موقت، موکول به اخذ تضمین‌هایی بشود که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مراحل رسیدگی قضایی و حسب مورد برای اجرای حکم، تأمین کند».

۷۷. بند ۴ ماده ۹: «هرکس که بر اثر دستگیر یا بازداشت (زندانی) شدن از آزادی محروم می‌شود، حق دارد که به دادگاه تظلم نماید، به این منظور که دادگاه، بدون تأخیر، راجع به قانونی بودن بازداشت اظهار نظر کرده و در صورت غیرقانونی بودن بازداشت، حکم آزادی او را صادر کند».

هدف اجرای عدالت و بر مبنای عدالت انجام گیرد». بند مزبور در ادامه با تأکید بر ضرورت قاعده‌مندسازی قراردادهای بازداشت صادره از محاکم و تبیین این نکته اساسی که شرایط و روند رسیدگی در جهت بازداشت متهم را نیز باید قانون مشخص کند، اعلام می‌کند که «تحمیل محدودیت بر افرادی که نیاز قطعی به جلب یا بازداشت آنان در راستای صیانت از نظم و امنیت عمومی نیست، ممنوع است». (اصل ۳۷) همین سند حقوق بشری نیز با صحنه‌گذاران بر «اصل عدم طولانی‌شدن بازداشت» (در اینجا منظور بازداشت قانونی است)^{۷۸} اشاره می‌کند: «شخصی که به اتهامی جزایی بازداشت شده باشد باید بلافاصله پس از توقیف، به مقام قضایی یا مقام دیگر که در قانون پیش‌بینی شده ارجاع داده شود. چنین مقامی باید بدون تأخیر درباره قانونی‌بودن و ضرورت بازداشت تصمیم بگیرد. هیچ شخصی نباید طی تحقیقات یا محاکمه، تحت بازداشت باشد مگر با دستور کتبی چنین مقامی. شخص بازداشت‌شده باید هنگامی که نزد چنین مقامی آورده می‌شود، حق داشته باشد درباره رفتاری که هنگام بازداشت با او شده، سخن بگوید».

سند دیگری مشهور به «قواعد توکیو» که در سال ۱۹۹۰ میلادی به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد می‌رسد نیز با تسری اصل عدالت‌محوری بر همه مراحل دادرسی، به‌صراحت اعلام می‌کند که «محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های مذکور در قواعد این سند درمورد همه افراد تحت تعقیب، تحت محاکمه یا محکومان و در کلیه مراحل اجرای عدالت کیفری باید مورد توجه قرار گیرد و از نظر این قانون، اشخاص مزبور، صرف‌نظر از اینکه مظنون، متهم یا محکوم باشند، به‌عنوان متخلف نامیده می‌شوند».^{۷۹} بند ۱ ماده ۶ این سند نیز بازداشت‌های موقت را آخرین وسیله در دادرسی‌های جزایی قلمداد می‌کند.^{۸۰} همچنین ماده ۱۷ توصیه شماره ۱۳ سند معروف به «رهنمودهای ریاض»^{۸۱} در حکمی مشابه با قاعده فوق، اشعار می‌دارد: «بازداشت قبل از محاکمه باید به‌عنوان آخرین چاره و برای کوتاه‌ترین دوره زمانی ممکن صورت گیرد». در مقام

۷۸. اگرچه در نظام بین‌المللی حقوق بشر، حق آزادی افراد، شناسایی شده است، حقوق مزبور، آزادی کامل اشخاص در مقابل دستگیری و بازداشت را تضمین نمی‌کند زیرا این اسناد (حقوق بشری) هرگونه دستگیری و بازداشت افراد را منع نکرده‌اند بلکه صرفاً بازداشت‌های خودسرانه را نامشروع و غیرقانونی می‌دانند. لذا سلب آزادی اشخاص اگر چنانچه بر اساس موازین حقوق بشری و به‌صورت قانونمند صورت گرفته باشد، بالامانع است و البته دارای محدودیت‌های خودش است که یکی از این محدودیت‌ها اصل عدم طولانی‌شدن بازداشت است. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: ابراهیمی؛ همان.

۷۹. «بند ۱ ماده ۲، حداقل قواعد معیار سازمان ملل متحد برای قراردادهای غیرحبسی (موصوف به قواعد توکیو)، مصوبه قطعنامه شماره ۴۵/۱۱۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰».

۸۰. بند مذکور اشعار می‌دارد: «بازداشت پیش از محاکمه به‌منزله آخرین ابزار توسل در رسیدگی کیفری با توجه دقیق به تحقیق راجع به تخلف مورد ادعا و برای حمایت از جامعه و قربانی مورد استفاده قرار خواهد گرفت».

۸۱. رهنمودهای سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان.

تأیید اسناد مذکور و نظر به اهمیت موضوع، سند دیگری به نام «مقررات سازمان ملل برای حمایت از نوجوانانی که از آزادی محروم شده‌اند، مصوبه قطعنامه شماره ۴۵/۱۱۳ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد»، به دولت‌های عضو توصیه می‌کند که «تا آنجا که ممکن است از بازداشت پیش از محاکمه نوجوانان اجتناب شود و آن را به موقعیت‌های استثنایی محدود سازند».^{۸۲}

از دیگر موارد مهم در صدور قرار بازداشت موقت این است که اگر «پس از صدور قرار بازداشت موقت، مشخص و محرز شود که فرد بازداشت‌شده، هیچ‌گونه ارتباطی با اتهام مطرح‌شده در پرونده ندارد و در نتیجه، قرار بازداشت موقت، منتفی و قرار منع تعقیب صادر شود، [آیا] در این حالت، فرد آزاد شده می‌تواند از مقامات صالحه یا مراجع مربوطه، تقاضای جبران خسارت وارده را نماید»؟^{۸۳}

در مقام پاسخ به سؤال فوق باید توجه داشت که به موجب بند ۵ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، «هرکس به‌طور غیرقانونی دستگیر یا بازداشت شده باشد، حق جبران خسارت را خواهد داشت». در این خصوص، بند ۵ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز به‌صراحت اعلام می‌کند که: «هرکس به جهت دستگیری یا بازداشتی که برخلاف مقررات مذکور در این ماده انجام شد، متضرر شود، حق دریافت خسارت را دارد». نکته قابل‌تأمل در اینجا، وجه افتراق بین دو مستند اخیر است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، حکم جبران خسارت، هم در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و هم در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تصریح و بر آن تأکید شده است. «اما حکم مندرج در میثاق، مربوط به بازداشت به شکل عام و کلی بوده، لیکن کنوانسیون مزبور به بازداشت غیرمعقول و غیرمعمول اشاره می‌کند».^{۸۴}

دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص اصل عدم بازداشت غیرقانونی (موضوع ماده ۵ کنوانسیون) نیز همچون سایر موارد با پرونده‌های متعددی مواجه است. در پرونده موسائو^{۸۵} علیه دولت ترکیه، «خواهان، تبعه یک دولت خارجی است که در مدت اقامت خود در ترکیه به اتهام

^{۸۲} بند ۲ از بخش اول سند مزبور اشعار می‌دارد: «نوجوانان فقط باید مطابق اصول و روش‌های تعیین‌شده در این مقررات و مقررات مربوط به حداقل ضوابط سازمان ملل متحد (مقررات پکن) از آزادی محروم شوند. محروم کردن نوجوانان از آزادی باید آخرین راه چاره و برای کمترین زمان لازم باشد و باید به موارد استثنایی محدود شود. زمان حبس باید به‌وسیله مقام قضایی، بدون به‌خطرانداختن امکان آزادی زودهنگام نوجوانان تعیین شود». برای اطلاع بیشتر از اسناد معنونه در این بخش و سایر اسناد حقوق بشری در این زمینه، ن.ک: مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد، مندرج در: <http://www.unic-ir.org>.

^{۸۳} برگرفته از متن سخنرانی جعفر کوشا در همایش علمی قضات ایران و اروپا. منبع: اعتماد ملی به نشانی: <http://www.roozna.com/Negarsh> story/?Id=14652 <http://lawtoday.ir/artical/2021-> مندرج در پایگاه اینترنتی 2015/01/21

^{۸۴} راعی؛ همان.

دست داشتن در قتل عمد، مدتی بازداشت می شود. او در دادخواست خود به دادگاه اروپایی حقوق بشر اظهار می دارد که اولاً، بازداشت وی غیرقانونی بوده؛ ثانیاً، اطلاع کافی از علت بازداشت و محرومیتش از آزادی نداشته؛ ثالثاً، در هشت روز ابتدایی بازداشت به علت شرایط نامساعد فیزیکی و به جهت تعدد زندانیان و نداشتن فضای مناسب از لحاظ بهداشتی در وضعیت نامناسبی قرار گرفته است. خواهان همچنین ادعا می کند که از دسترسی به مرجع صالح قضایی برای اقامه دعوا در خصوص موارد نقض مقررات و دریافت غرامت نیز محروم بوده است. دادگاه اروپایی در بررسی و ارزیابی محتوای شکوائیه و در مقام اتخاذ تصمیم به نکات جالبی اشاره می کند که تا حدودی مبین نقش مهم رویه های مبتنی بر آرای سابق است. در پاراگراف ۳۹ از پرونده فوق، دادگاه با استناد به پرونده های *عبدلخانی و دیگران*، *تهرانی و دیگران*، *دی بوبا و یاراشونین*^{۸۶} تأکید می کند که طبق بررسی ها در پرونده های مذکور، بر دادگاه محرز شده که نظام حقوقی ترکیه در خصوص افرادی که در موضع خواهان دعوای جبران خسارت [ناشی از بازداشت غیرقانونی] قرار می گیرند، هیچ گونه تمهیداتی نیندیشیده و هیچ نوع قواعدی نیز پیش بینی نکرده است که بر اساس آن، خواهان بتواند تقاضای رسیدگی مجدد و تجدیدنظرخواهی از بازداشت غیرقانونی اش بکند. بنابراین تا زمان فقدان چنین مقرراتی، دادگاه ضروری نمی داند که از احکام قبلی خود عدول کند.^{۸۷}

نکته قابل توجه در اینجا علاوه بر چگونگی استدلال دادگاه اروپایی حقوق بشر، اشاره صریح به رویه های دادگاه در پرونده های قدیمی تر و با موضوعات مشابه بوده که قطعاً در صورت عدم تغییر اوضاع و احوال، ممکن است احکام قضایی بعدی دیوان نیز به آن استناد کنند.

۸. حق برخورداری از دادرسی سریع

حق بهره مندی اصحاب دعوا از دادرسی سریع و غیرطولانی از مصادیق بارز دادرسی عادلانه است که همچون سایر اصول، در اسناد حقوق بشری به صراحت ذکر شده است. «پیچیدگی سیستم های حقوقی یا تکنیکی بودن برخی دعاوی، عدم سازماندهی صحیح و مناسب دادگستری، لزوم دخالت مراجع قضایی یا اداری متعدد در جریان رسیدگی و عدم وجود نیروی متخصص مناسب (از نظر کمی و کیفی) را می توان از عواملی برشمرد که سبب گُندشدن جریان دادرسی است».^{۸۸} قسمت (ج) از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، رسیدگی و

86. For more information see the cases of *Abdolkhani and Karimian v. Turkey*-Application No 30471/08. Sep.22.2009 & *Tehrani and Others v. Turkey*-Application No. 32940/08,41626/08,43616/08 – April.13.2010 & *Dbouba v. Turkey*-Application No 15916/09-July.13.2010 in the official website of European Court of Human Rights.

87. Case of *Musaeu v. Turkey* Application No 72754/11 October.21.2014-Final January.21.2015.

۸۸. یآوری؛ همان، ص ۲۸۴.

قضاوت بدون تأخیر غیرموجه را از حداقل تضمین‌های حقوق متهمین در محاکم می‌داند. بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز که صرفاً ناظر بر حقوق اشخاص بازداشت‌شده بود، اشعار می‌دارد: «هرکس که مطابق با قسمت (ج) مقررات فوق‌الذکر [مقررات مندرج در کنوانسیون اروپایی] دستگیر یا بازداشت می‌شود باید... در مدت معقول، حق برخورداری از انجام محاکمه یا آزادی تا زمان محاکمه را داشته باشد». همچنین بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون مذکور با صراحت بیشتری به حق برخورداری اصحاب دعوا (اعم از حقوقی و کیفری)^{۹۱} از دادرسی سریع اشاره کرده، اشعار می‌دارد: «برای تعیین حقوق و تکالیف یک فرد یا رسیدگی به هر اتهامی که علیه او مطرح شده است، باید دادرسی... در مدت معقول انجام شود». البته همان گونه که پیش‌تر اشاره شد، ممکن است عدم تعیین مدت دقیق یا عدم ارائه ضابطه خاص برای مدت معقول، ابهاماتی را در روند اعمال درست مصوبه مذکور به همراه داشته باشد. در هر صورت، آنچه مسلم است، این نکته است که بسیاری از آرای کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر تا کنون، به واسطه نقض مقررات ماده ۶ کنوانسیون اروپایی و در خصوص عدم رعایت مهلت منطقی مزبور بوده است، به‌گونه‌ای که می‌توان اذعان کرد «امروزه بیش از سی درصد شکایات در دادگاه اروپایی حقوق بشر به جهت اطاله بی‌دلیل دادرسی در محاکم است».^{۹۲} در یکی از آخرین پرونده‌ها، موضوع شکایت هوهمولم^{۹۳} علیه اسلواکی دایر بر اطاله بی‌مورد دادرسی مطرح بود و خواهان مدعی تطویل در رسیدگی در خصوص دعوای میان وی و همسرش در محاکم اسلواکی بود که در تعارض با الزامات ناشی از مدت معقول مندرج در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده است. دادگاه اروپایی حقوق بشر، نظر به نقض مقررات مزبور توسط خواننده، رأی بر محکومیت دولت اسلواکی صادر کرد.^{۹۴} دادگاه همچنین در پرونده‌های کینکسس^{۹۵} در برابر مجارستان و موکانو^{۹۶} و دیگران در مقابل رومانی، رویه‌ای مشابه در پیش گرفت.^{۹۷}

۸۹. با ملاحظه مفاد بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون و استفاده مستند قانونی مزبور از عبارت «حقوق و تکالیف یک فرد» و متعاقباً آوردن کلمه «با» قبل از «رسیدگی به اتهام»، مشاهده می‌شود که هدف واضعین کنوانسیون مزبور، جداسازی عامدانه اصحاب دعوای حقوقی از متهمان دعوای کیفری بود. بنابراین ماده ۶ ناظر بر تسری دادرسی سریع (در مدت معقول) به تمام اصحاب دعوای حقوقی و کیفری است، حال آنکه بند ۳ ماده ۵ همان کنوانسیون، صرفاً در خصوص حقوق افراد بازداشت‌شده و مآلاً متهمین دعوای کیفری بوده و این امر در واقع، وجه افتراق بین دو ماده مذکور است.

۹۰. راعی؛ همان.

۹۱. Hoholm

۹۲. Case of *Hoholm v. Slovakia*-Application No 35632/13-January.13.2015.

۹۳. Kincses

۹۴. Mocano

۹۵. Case of *Kincses v. Hungary*-Application No 66232/10-January 27, 2015 & Case of *Mocanu and Others v. Romania*-Application Nos. 10865/09-45886/07-32431/08-September 14, 2014. For more information see the European Court of Human Rights: website: <http://hudoc.echr.coe.int/site/eng/pages/search>.

۹. حق بر غرامت و جبران خسارت به جهت تصمیم نادرست یا اشتباه قاضی

در بند ۳ پروتکل شماره ۷ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به حق بر غرامت و جبران خسارت به علت تصمیم نادرست قضایی یا حکم اشتباه قاضی که منجر به محکومیت ناروای متهم و ورود ضرر به محکوم علیه شده، اشاره و بر آن تأکید شده است. به موجب سند مزبور: «هنگامی که فردی به اتهام ارتکاب جرمی و به واسطه صدور حکم نهایی محکوم شده و متعاقباً محکومیتش نقض می‌شود یا به علت موضوعاتی که به تازگی کشف شده، مشخص می‌شود که رأی ناعادلانه بوده است، وی که به علت اعمال این گونه احکام، متضرر می‌شود، می‌تواند بر اساس قانون یا رویه قضایی، غرامت دریافت کند، مشروط بر آنکه عدم افشای موضوع نامعلوم مزبور در زمان صدور رأی، کلاً یا جزئاً قابل انتساب به وی نباشد».^{۹۶}

مستند قانونی مزبور در خصوص نوع ضرری که به شخص زیان دیده وارد شده، توضیحی نداده است. به عبارت دیگر، میان ضرر مادی و معنوی، تفکیکی قائل نشده است. این عدم تفکیک، نحوه جبران خسارت و دریافت غرامت را نیز با ابهام مواجه می‌کند؛ به این معنا که نص صریح ماده مزبور مشخص نمی‌کند که آیا دریافت غرامت فقط به علت ایراد خسارت مادی است یا خواهان می‌تواند به جهت ضررهای غیرمادی نیز مطالبه غرامت کند؟

علی‌رغم این سکوت قانون، دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده پوغوسیان^{۹۷} و باغداساریان^{۹۸} علیه ارمنستان در حین بررسی دادخواست خواهان، در مقام تفسیر ماده مزبور برآمده، اشعار می‌دارد: «هدف ماده ۳ پروتکل شماره ۷ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، صرفاً جبران خسارت‌های مادی ناشی از محکومیت‌های قضایی نادرست نیست بلکه هدف فراهم کردن شرایطی برای جبران خسارات وارده به شخص محکوم‌علیهی است که به علت بی‌عدالتی قضایی، متحمل خسارت غیرمادی مانند افسردگی، اضطراب، اذیت و آزار روحی شده است».^{۹۹}

نتیجه

با ملاحظه مقاله حاضر و بررسی آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر، آنچه مشهود می‌شود، رویکرد آرمان‌گرایانه این دادگاه به مقوله حقوق بشر و تقویت این مهم با استناد به اسناد و مستندات سابق و لاحق حقوق بشری است. پیشرفت این نهاد قضایی منطقه‌ای در دهه‌های اخیر به حدی ملموس است که می‌توان ادعا کرد که احکام و رویه‌های قضایی در دادگاه مذکور با درنوردیدن

96. (Article 3 of Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

97. Poghosyan

98. Baghdasaryan

99. Case of Poghosyan and Baghdasarian v. Armenia-Application No 22999/06-June.12.2012-Final Sep.12.2012.

مرزهای جغرافیایی جوامع اروپایی، برای همه کشورهای متمدن جامعه بین‌المللی، الگوی قضایی خاصی را حداقل در ذهن و اندیشه ایجاد کرده است و شاید بتوان این مهم را حرکتی به سمت تعالی مفهوم حقوق بشر و مآلاً بارقه‌ای در جهت تکامل حقوق بین‌الملل محسوب کرد. با لحاظ آورده‌های دادگاه می‌توان به این نتیجه رسید که عدالت قضایی تعریف‌شده در سخنان اندیشمندان حقوق، باید در میزان توجه به حقوق بشر ارزیابی شود. تقدم تدریجی آرای مراجع قضایی و حتی شبه‌قضایی بر منابع اصلی حقوق بین‌الملل در مسیر تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در این راستا قابل ارزیابی است. این سخنان بدان معناست که سخن از عدالت قضایی نمی‌تواند از نگاه به حقوق بشر و توجه ویژه به کرامت انسانی به‌دور باشد و تحقق این معنا در گرو عواملی چند، از جمله التزام عملی دستگاه قضایی به صیانت از حقوق خواهان و خوانده و رعایت اصول دادرسی منصفانه و عادلانه است. نگاه جدیدی که این تحقیق به دست می‌دهد اثبات این سخن است که رویکرد پوزیتیویستی و حاکمیت‌محوری در حقوق، در حال تبدیل‌شدن به نگاه کرامت‌محوری است. ایجاد فرصت‌های جدید برای شهروندان در احقاق حق، آن‌هم در سطح یک مرجع بین‌المللی، نشان از این نگاه دارد.

منابع:

الف) فارسی

– کتاب

- آشوری، محمد و دیگران؛ حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- دبیری، محمدرضا؛ حقوق بشر از دیدگاه مجامع بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۲.
- شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ ششم، دراک، ۱۳۸۳.

– مقاله

- اردبیلی، محمد؛ «تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- امیدی، جلیل و سمیه نیکویی؛ «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، مجله مدرس علوم/انسانی، شماره ۵۸، پاییز ۱۳۸۷.
- جانی‌پور، مجتبی؛ «وکیل معاضدتی در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی»، نشریه راه وکالت، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- رزاقی، کیانوش؛ «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، نشریه کانون، شماره ۱۰۵، خرداد ۱۳۸۹.
- ساقیان، محمد مهدی؛ «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری، با تأکید بر حقوق فرانسه و ایران»، مجله حقوقی دادگستری، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- سلیمیان، ابوالفضل، عبدالله صدیقیان و امراالله ساجدی؛ «حق داشتن وکیل از منظر حقوق بشر در ایران»، دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر/اسلامی، سال دوم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۲.
- سیدفاطمی، سیدمحمد؛ دادگاه جدید اروپایی حقوق بشر، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۵، ۱۳۷۹.
- ضیایی‌فر، محمدحسن؛ «حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله مقدماتی، با تأکید بر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۶.
- قراچورلو، رزا؛ «انصاف و بی‌انصافی در دادگاه‌های اروپا»، مجله وکالت، تیر ۱۳۸۱.

- «اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی مصوب ۲۰۰۲ میلادی»، ترجمه: فاطمه قناد، نشریه فقه و حقوق، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴.
- یآوری، اسدالله؛ «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، تابستان ۱۳۸۳.

- تارنما

- ابراهیمی، محمد؛ آزادی از بازداشت خودسرانه، عنوان مقاله مندرج در پایگاه اینترنتی پژوه (pajoohe) به نشانی: www.pajoohe.com/fa/print.php?UID=43706
- سخنرانی مسعود راعی دهقی در همایش حقوق خواهان و خوانده، کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، شهریور ۱۳۹۳، منبع: تقریرات مسعود راعی در دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد.
- سخنرانی جعفر کوشا در همایش علمی قضات ایران و اروپا، به نشانی: <http://www.roozna.com/Negaresh>
<http://lawtoday.ir/article/2021-2015/01/21>

- قوانین و اسناد

- اصول بنگلور مصوب سال ۲۰۰۲.
- اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره ۱۹۹۰.
- اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب دهم دسامبر ۱۹۴۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد
- کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۹۸.
- مقاله‌نامه بین‌المللی الغای کلیه اشکال تبعیض‌نژادی مصوب ۲۱ دسامبر ۱۹۶۵ مجمع عمومی سازمان ملل.
- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد.
- حداقل قواعد معیار سازمان ملل متحد برای قرارهای حبس (مصوبه قطعنامه شماره ۴۵/۱۱۰ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد) (قواعد توکیو).
- مجموعه اصول برای حمایت از تمامی اشخاص تحت هر شکل از بازداشت یا حبس (مصوبه قطعنامه ۴۵/۱۷۵ مورخ ۹ دسامبر ۱۹۸۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد).
- مقررات سازمان ملل متحد برای حمایت از نوجوانانی که از آزادی خود محروم شده‌اند. (مصوبه قطعنامه شماره ۴۵/۱۱۳ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد).

- سند رهنمودهای ریاض مصوب ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد.

ب) انگلیسی

- American Convention on Human Rights, Signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights. San Josi-Costa Rica, November.22.1996.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- International Covenant on Civil and Political Law
- International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination
- Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- Case of *Abdolkhani and Karimian v. Turkey*-Application No30471/08-September.22.2009.
- Case of *Ankerl v. Switzerland*-Application No 17748/91-October.23.1996.
- Case of *Bulut v. Austria*-Application 17358/90 February.22.1996.
- Case of *Chopenko v. Ukraine*-Application No. 17735/06-June.15.2015.
- Case of *Chorniy v. Ukraine*-Application No. 35227/06-May.16.2013-Final, August.16.2013.
- Case of *Dbouba v. Turkey*-Application No. 15916/09-July.13.2010.
- Case of *Dombo Beher B v. The Netherlands*- Application No. 14448/88-October.27.1993.
- Case of *Fazli Aslaner v. Turkey*-Application No. 36073/04-March.04.2014-Final, July.7.2014.
- Case of *Foucher v. France*-Application No. 22209/93 March.18.1997.
- Case of *Grand Stevense and others v. Italy*-Application No. 18640/90-March.4.2014-Final, January.8.2014.
- Case of *Hoholm v. Slovakia*-Application No. 35632/13-January.13.2015.
- Case of *Khrykin v. Russia*-Application No. 33186/08-April.19.2011-Final, July.7. 2011.
- Case of *Kincses v. Hungary*-Application No. 66232/10-January.27.2015.
- Case of *Krylov v. Russia*-Application No. 36697/03-March.14.2013.
- Case of *Liepins v. Latvia* Application No. 31855/03-November.25.2014.
- Case of *Lobo Machado v. Portugal*-Application No. 15764/89 February.20.1996.
- Case of *Mocano and Others v. Romania*-Application Nos. 10865/09, 45886/07, 32431/08-September.14.2014.
- Case of *Mulsosmani v. Albania*-Application No. 29864/03-October.8.2013-Final, January.8.2014.
- Case of *Musaev v. Turkey*-Application No. 72754/11-October.21.2014-

-
- final, January.21.2015.
- Case of *Oleksandr v. Ukraine*-Application No. 21722/77-January.9.2013.
 - Case of *Peter Armstrong v. United Kingdom*-Application No. 65282/09-December.9.2014.
 - Case of *Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia*-Application No. 22999/06-June.12.2012-Final, September.12.2012.
 - Case of *Rummi v. Estonia*-Application No. 63362/09-January.15.2015.
 - Case of *Tehrani and Others v. Turkey*-Application Nos. 39940/08, 41626/08, 43616/08-April.13.2010.
 - Case of *Trancikova v. Slovakia*-Application No. 17127/12-January.3.2015.
 - Case of *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria* (No. 3)-Application No. 21124/04-October 16.2012-Final, January.16.2013.
 - Case of *Wynen v. Belgium*- Application No. 32576/96-November.5.2002.

شرایط اعمال تحدید مسئولیت صاحبان کشتی دریاییما (بررسی کنوانسیون بین‌المللی تحدید مسئولیت برای دعای دریایی ۱۹۷۶)

فیض‌الله جعفری *

مهرناز مختاری **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23530

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۶/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۰/۰۹

چکیده

یکی از مشخصات حقوق دریایی، وجود نظام محدودیت مسئولیت برای صاحبان کشتی‌های دریاییماست. هدف اصلی این نظام، توسعه صنعت کشتیرانی و سرمایه‌گذاری روزافزون در این حوزه است. در این راستا، کمیته بین‌المللی دریایی^۱ اقداماتی جهت یکنواخت‌سازی مقررات بین‌المللی انجام داده است که منجر به شکل‌گیری کنوانسیون بین‌المللی برای یکنواخت‌سازی مقررات خاص در ارتباط با تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریاییما ۱۹۲۴^۲، کنوانسیون بین‌المللی راجع به تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریاییما ۱۹۵۷^۳ و کنوانسیون بین‌المللی درباره تحدید مسئولیت برای دعای دریایی ۱۹۷۶^۴ و پروتکل اصلاحی آن ۱۹۹۶^۵ در این حوزه شده است. ایران نیز در تیرماه ۱۳۹۳ به کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعای دریایی ملحق شد. الحاق ایران، گامی مؤثر در جهت پیشرفت صنعت کشتیرانی ایران در عرصه بین‌المللی و

jafarilaw@yahoo.com

* نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان

mehrnaz.mokhtari20@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا، همدان

1. Comité Maritime International (CMI); International Maritime Committee (IMC)

کمیته بین‌المللی دریایی، سازمان بین‌المللی غیردولتی و غیرانتفاعی است که در سال ۱۸۹۷ در شهر آنتورپ بلژیک تأسیس شده است. هدف این سازمان، مشارکت همه‌جانبه در فرایند یکنواخت‌سازی حقوق دریایی در همه جنبه‌هاست. ن.ک:

<http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html> (last seen 2015/8/12-۹۴/۵/۲۱)

2. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of Liability of Owners of Sea-going Vessels, 1924.

3. International Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-going Ships, 1957.

4. Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC), 1976.

5. Protocol of 1996 to Amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976.

یکسان کردن مقررات مربوط به تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریایی بود. مقاله حاضر در صدد است تا در پرتو کنوانسیون ۱۹۷۶ که اکنون ایران عضو آن است، نمایی کلی از نظام تحدید مسئولیت ارائه کند. درعین حال، مباحث مقاله، صرفاً به تبیین مفهوم و ضرورت پذیرش نظام تحدید مسئولیت، ذی‌نفعان مشمول و شرایط اعمال آن در کنوانسیون ۱۹۷۶ اختصاص دارد.

واژگان کلیدی

حقوق دریایی، تحدید مسئولیت، صاحبان کشتی، کنوانسیون ۱۹۷۶

مقدمه

تحدید مسئولیت، تاریخچه طولانی در حقوق دریایی دارد. این امر ناشی از اهمیت روزافزون تجارت دریایی، حمایت بیشتر از صاحبان کشتی و دیگر افراد دخیل در این حوزه است.^۶ این نظام در دعاوی دریایی اهمیت قابل‌توجهی دارد. از این‌رو صاحبان کشتی و اشخاصی که ممکن است در این صنعت، متحمل مسئولیت شوند، می‌توانند به نظام تحدید مسئولیت استناد کنند.^۷ هدف اصلی این نظام، تشویق سرمایه‌گذاری در بخش کشتی‌رانی با توجه به کمبود ظرفیت بیمه یا هزینه بالای بیمه برای مسئولیت نامحدود است.^۸ از آنجایی که کنترل کشتی مسئله مهم و خطرناکی است، صاحبان کشتی نه تنها در معرض خطرات دریا، بلکه در معرض خطرات ناشی از غفلت ناخدا و خدمه کشتی نیز هستند. به این دلیل، در زمان‌های گذشته، هرگونه حادثه جدی می‌توانست باعث ورشکستگی صاحبان کشتی شود. با وضع این نظام، بار مسئولیت صاحبان کشتی کاهش می‌یابد و انگیزه مهمی برای توسعه صنعت کشتی‌رانی ایجاد می‌شود.^۹ با توجه به الحاق اخیر ایران به کنوانسیون ۱۹۷۶، این ضرورت احساس می‌شود که مفهوم و ماهیت این نظام در حقوق دریایی و شرایط اعمال آن بر ذی‌نفعان، بررسی شود.

ذکر این نکته لازم است که با توجه به عضویت جمهوری اسلامی ایران در کنوانسیون ۱۹۷۶، هر آنچه در تحلیل و توضیح کنوانسیون مزبور در متن مقاله گفته می‌شود، عیناً در حقوق ایران نیز قابل‌اعمال است. لذا نظر به اینکه ایران در تیرماه سال ۱۳۹۳ عضو این کنوانسیون شده است، در این مدت، نه رویه قضایی متناسب با آن شکل گرفته و نه ادبیات حقوقی خاصی درمورد

6. Berlingieri, Francesco, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and the Protocol of 1996*, 1st edition, Comité Maritime International, Antwerp, 2000, p. ix.

7. Gauci, Gotthard, "Limitation of Liability in Maritime Law: An Anachronism?", in: *Marine Policy*, vol. 19, Issue 1, 1995, pp. 65-74.

8. Billah, Muhammad Masum, "Effects of Insurance's Absence or Presence on Maritime Liability Law with Special Reference to Cargo Liability and Oil Pollution Liability Regimes: An Economics Analysis", Thesis, University of Ottawa, 2009, (314 pages), p. 49.

9. Chen, Xia, *Limitation of Liability for Maritime Claims: A Study of U.S. Law, Chinese Law, and International Conventions*, Kluwer Law International, Boston, 2001, p. xviii.

آن به وجود آمده است. وانگهی قانون جداگانه‌ای درمورد تحدید مسئولیت صاحبان کشتی در داخل کشور وجود ندارد. بنابراین، تحلیل حقوقی جداگانه‌ای ناظر به حقوق ایران، سوای آنچه درمورد کنوانسیون گفته شده است، قابل‌ارایه نیست.

۱. مفهوم تحدید مسئولیت در دعاوی دریایی

در کنوانسیون‌های بین‌المللی حاکم بر نظام تحدید مسئولیت در دعاوی دریایی، تعریفی از این نظام ارائه نشده است. کنوانسیون‌ها صرفاً افراد و دعاوی مشمول آن، مقادیر تحدید و برخی موضوعات دیگر را بیان می‌کنند. با نگاهی به تاریخچه آن، معلوم می‌شود که نظام تحدید، از مفهوم خسارات مشترک،^{۱۰} سرمایه و سود و زیان مشترک ریشه می‌گیرد. نمونه آن در پرونده بوچر علیه لوسان^{۱۱} در انگلستان است. در پرونده مزبور، صاحب کشتی بدون اینکه به دزدی کالاهای بارزش توسط ناخدا عالم باشد، مسئول شناخته شد. بعداً مجلس اعیان در تصمیم خود اشعار داشت صاحب کشتی نباید بیشتر از سرمایه خود در معرض خطر مالی قرار گیرد. با توجه به ارزش زیاد کالاها که از ارزش کشتی فراتر می‌رفت، تحمیل این مسئولیت بر صاحب کشتی - به‌نحوی که بیشتر از سهم خود در سرمایه‌گذاری ریسکی مشترک^{۱۲} باشد - ناعادلانه می‌نمود.^{۱۳}

تحدید مسئولیت، علی‌رغم ریشه تاریخی‌اش، هنوز موضوع مباحث فراوان علمی و نظری است. در حقوق انگلیس، دکتر لاشینگتون در پرونده معروف /ملیا،^{۱۴} نظری را بیش از ۱۴۰ سال پیش اتخاذ کرده بود که به‌موجب آن، اصل بر تحدید مسئولیت در مقام جبران خسارت است و طبیعی و عادلانه است که از اعتبار اصل جبران کامل خسارت، کاسته شده است. در این اواخر در پرونده برملی مور،^{۱۵} لرد دنینگ اذعان کرد که حق صاحبان کشتی در تحدید مسئولیت، مبتنی بر عدالت نیست بلکه قاعده‌ای است که بیشتر در جهت حفظ مصلحت عمومی کاربرد دارد.^{۱۶}

در مقام ارائه تعریف از تحدید مسئولیت، می‌توان گفت نظام تحدید، از نظر تجاری، ابزاری توجیه‌شده و روشی مناسب برای توزیع خطر در حمل‌ونقل دریایی است که بر اساس آن، صاحبان کشتی، اعم از شخص حقیقی و حقوقی می‌توانند مسئولیت خود را در قبال ضرر یا آسیب وارده به افراد یا اشیاء موجود در کشتی، به میزان مقرر در کنوانسیون‌های حاکم، تحدید نمایند. به بیان

10. General Average

11. *Boucher v. Lawson*, (1815) Cas. T H 194.

12. Common Adventure

13. Killingbeck, Serge, "Limitation of Liability for Maritime Claims and Its Place in the Past Present and Future: How Can It Survive?", *Southern Cross University Review*, vol. 1. 3, 1999, pp. 9-10.

14. *Amalia*

15. *Bramley Moore*

16. Røsæg, Erik, "Liability and Compensation with Regard to Places of Refuge", *Thesis, Scandinavian Institute of Maritime Law, University of Oslo*, 2012, p.11, FN.21.

دیگر، نظام مذکور به اشخاص ذی‌نفع امکان می‌دهد تا بدون توجه به میزان واقعی خسارت، مسئولیت خود را برای دعاوی دریایی محدود کنند.^{۱۷}

حقوق دریایی، دو نوع تحدید مسئولیت در دعاوی دریایی را به رسمیت شناخته است: تحدید کلی مسئولیت و تحدید جزئی مسئولیت. در تحدید کلی، مسئولیت مشمولین در هر حادثه بر اساس ارزش کشتی و کرایه حمل، ظرفیت کشتی یا ترکیبی از دو ملاک یادشده تا میزان معینی محدود می‌شود. اسناد حاکم در تحدید کلی مسئولیت، کنوانسیون بین‌المللی برای یکنواخت‌سازی مقررات خاص در ارتباط با تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریایمای ۱۹۲۴، کنوانسیون بین‌المللی مرتبط با تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریایمای ۱۹۵۷ و کنوانسیون بین‌المللی درباره تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی ۱۹۷۶ و پروتکل اصلاحی ۱۹۹۶ آن است. درمورد تحدید جزئی مسئولیت، میزان مسئولیت با تعیین مبلغ معینی برای جبران تلف یا خسارت واردشده به هر بسته یا کیلو کالا یا جراحت و فوت هر مسافر مشخص می‌شود. اسناد حاکم در این نوع تحدید، کنوانسیون ۱۹۷۴ آتن و پروتکل‌های آتن - مقررات لاهه و ویزی - مقررات هامبورگ و مقررات روتردام است.^{۱۸} موضوع بحث در این مقاله، صرفاً تمرکز روی شرایط اعمال تحدید کلی مسئولیت صاحبان کشتی است. از این‌رو تحدید جزئی مسئولیت از قلمرو بحث خارج است.

لازم به ذکر است که در تشخیص دعاوی دریایی، سه معیار کاربرد دارد: کشتی در حادثه دریایی مداخله داشته باشد یا اینکه حادثه در آب‌های قابل دریانوردی رخ دهد یا اینکه حادثه، رابطه قابل توجهی با فعالیت دریایی داشته باشد.^{۱۹}

۲. ضرورت وجود نظام تحدید مسئولیت در حمل‌ونقل دریایی

لزوم ایجاد نظام تحدید مسئولیت، همواره مورد بحث بوده است. در ابتدا گروهی از منتقدان نظام مزبور، آن را غیرضروری می‌دانستند زیرا از یک‌سو با توسعه سیستم ارتباطات و امکان ارتباط دائمی با متصدیان کشتی، امکان پیش‌بینی سوانح دریایی و راه‌های مقابله برای دفع این سوانح وجود دارد و در نتیجه نیازی به این نظام نیست. از سوی دیگر، نظر به توسعه فنی و ارتباطات پیشرفته، سفرهای دریایی تا آن اندازه خطرناک نیست و خطر دریا که عامل توجیه‌کننده این نظام است، تنها می‌تواند حاکی از خطرات دریایی عادی وابسته به حمل‌ونقل

17. Windahl, Jesper, "Global Limitation of Maritime Claims and the Brussels Regulation", in: *Journal of Law and Economics*, vol. XLIV, No. 6, 2009, p. 619.

18. ایزانلو، محسن و رامین درگاهی؛ «مروری بر اسناد بین‌المللی نظام عام تحدید کلی مسئولیت در حقوق دریایی»، فصلنامه مطالعات حقوقی خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۳، صص ۴۸۰ و ۴۸۲.

19. Stephen M. Calde, "An Overview of Maritime Law", *Pennsylvania Bar Institute*, 2012, p. 4.

دریایی باشد.^{۲۰} همچنین با توسعه بازار بیمه دریایی، هزینه اندک بیمه و ظرفیت نامحدود بیمه به عنوان منبع جبران خسارت، نظام تحدید مسئولیت، عملاً غیر ضروری به نظر می رسد.^{۲۱} وانگهی گفته می شود که هدف اصلی و اولیه از ایجاد این نظام، رونق صنعت کشتی رانی است. در این باره باید گفت حتی اگر صنعت کشتی رانی برای رونق خود، نیاز به حمایت داشته باشد، نباید به بهانه کمک به گروه اقلیت (صاحبان کشتی)، زیان دیدگان را از جبران کامل خسارت محروم کرد.^{۲۲} بدیهی است که این نظام با مفهوم حقوقی اعاده وضع زیان دیده به وضعیت سابق^{۲۳} سازگار نیست چون یکی از اهداف نهاد مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت زیان دیده است. از این رو یکی از مشکلات اصلی در برخورد با این نظام، عدم جبران کامل خسارت زیان دیده است که با هدف اصلی نهاد مسئولیت مدنی در تعارض است.^{۲۴} به علاوه ماهیت خطرناک کشتی رانی و مسئولیت های سنگین در این حوزه، و نیز تشویق صاحبان کشتی برای سرمایه گذاری در این حوزه، دلایل قابل قبولی برای پذیرش نظام تحدید مسئولیت نیست.^{۲۵}

در مقابل و در مقام دفاع از نظام تحدید مسئولیت و بیان ضرورت وجودی آن باید گفت: از نظر فنی، بیمه حداکثر مسئولیت احتمالی غیرممکن است. حتی اگر بیمه حداکثر مسئولیت، امکان داشته باشد، با توجه به تبعات منفی که این روش دارد، مورد قبول بیمه گزاران و بیمه گران نیست و از جمله نتایج منفی که به دنبال دارد این است که جهت پوشش کامل ریسک، بیمه گران مبالغ بسیار بالاتری را از بیمه گزاران مطالبه می کنند زیرا بیمه گران، مجبور به بازپرداخت آن به زیان دیدگان هستند و این امر در نهایت، به ضرر مصرف کننده ها در قالب افزایش ارزش تمام شده کالا می شود. وجود نظام تحدید مسئولیت به صاحبان کشتی این امکان را می دهد که از یک سو به سقف مسئولیت خود آگاه باشند و از دیگر سو، پوشش کامل بیمه ای را برای آن تحصیل نمایند. به عبارت دیگر، صاحبان کشتی، دیگر با خطر ورشکستگی روبه رو نیستند چون تمام مسئولیت خود را بیمه کرده اند.^{۲۶} میزان تحدید مسئولیت، سقف تعهدات بیمه ای را برای بیمه گر تعیین می کند که به این وسیله، ریسک مشمول بیمه را قابل تعیین و تناسب حق بیمه را در سطح بین المللی حفظ می کند.^{۲۷} مهم تر از همه، این اصل با حقوق شرکت ها، آنجا که مسئولیت

20. Taheri, Kourosh, "Limitation of Liability for Maritime Claims: Multiple Perspectives and Legal Implications", *Thesis, Lund University, Faculty of Law*, 2013, p. 54.

21. Billah, Muhammad Masum, *op. cit.*, p. 107

22. Taheri, Kourosh; *op. cit.*, p. 54.

23. *Restitution in Integrum*

24. Billah, Muhammad Masum; *op. cit.*, pp. 52, 53.

25. Güner-Özbek, Meltem Deniz, "The Carriage of Dangerous Goods by Sea", *Hamburg Studies on Maritime Affairs*, Springer, vol. 12, Chapter 5, 2008, (pp. 203-239), p. 228.

26. Güner-Özbek, Meltem Deniz, *op. cit.*, p. 212.

27. Qingyue, Xu, "Limitation of Liability: The Developments, Problems and Future", *Thesis, World Maritime University, Sweden*, 2000, (73 pages), p. 57.

سرمایه‌گذار، محدود به کشتی باشد، هماهنگ است.^{۲۸} به عبارت دیگر، چون بیشتر صاحبان کشتی، سهام‌داران شرکت‌های سهامی هستند، معمولاً تا میزان سهام خود در شرکت، مسئولیت دارند. به این ترتیب، خطر فاجعه مالی از دوش صاحبان کشتی برداشته می‌شود.^{۲۹} از نظر شکلی نیز مزیت این نظام این است که به‌جای تعدد دعاوی، تنها یک جلسه رسیدگی به دعاوی مسئولیت وجود خواهد داشت که تمام مدعیان می‌توانند دعاوی مرتبط با آن را مطرح کنند.^{۳۰} دادگاه‌ها معمولاً از مقررات ادعای مشترک (اتحاد مدعیان) به‌منظور اینکه تمام دعاوی ناشی از یک سانحه دریایی با هم رسیدگی شود، استفاده می‌کنند.^{۳۱}

علاوه بر این‌ها، این نظام به توسعه سرمایه‌گذاری در کشتی‌رانی کمک می‌کند. هدف، جذب سرمایه برای توسعه تجارت دریایی داخلی است و از این‌رو به توسعه ثروت و نفوذ دولت‌ها کمک می‌کند. سرانجام، از علل مهم پیدایش این نظام، منفعت بیشتر برای مصرف‌کننده‌هاست.^{۳۲}

۳. ماهیت تحدید مسئولیت

تحدید مسئولیت، حقی در اختیار صاحب کشتی است و الزامی برای وی ایجاد نمی‌کند.^{۳۳} حق‌بودن تحدید مسئولیت برای ذی‌نفعان به‌طور ضمنی از فحواى ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۷۶ استنباط می‌شود. کنوانسیون ۱۹۵۷ مقرر کرده بود که استثنای تحدید مسئولیت در موردی است که صاحب کشتی با علم یا قصد، سبب ورود ضرر شده باشد. مفهوم تقصیر و علم در این کنوانسیون باعث مشکلاتی از نظر تفسیر و رویه دادگاه‌ها شد.^{۳۴} مطابق کنوانسیون ۱۹۵۷، بار اثبات بر عهده صاحبان کشتی بود. به تعبیر دیگر، در صورت بروز حادثه، اصل بر جبران کامل خسارت بود مگر اینکه صاحب کشتی، مسئولیت محدود خود را اثبات می‌کرد. در واقع، برخورداری از تحدید مسئولیت، نوعی امتیاز^{۳۵} تلقی می‌شد که منوط به استناد و درخواست صاحب کشتی بود.^{۳۶} امتیاز تلقی کردن تحدید

28. Castillo, Domingo G, "Limitation of Liability in Maritime Accidents: The Philippine Experience", p. 79; Available at: <http://www.syciplaw.com/lawyers/partners/DGCastillo> (last seen 2015/2/25).

29. Güner-Özbek, Meltem Deniz; *op. cit.*, p. 228.

30. Castillo, Domingo G, *loc. cit.*

31. Bonner, Patrick J, "Limitation of Liability: Should It Be Jettisoned after the Deep-water Horizon?", *Tulane Law Review*, vol. 85:1, 2011, (22 pages), pp. 15-16.

32. Killingbeck, Serge, *op. cit.*, pp. 9-11.

33. Smeele, Frank, "The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2007 & 2008 Hamburg Studies on Maritime Affairs", Chapter 6, *International Civil Litigation and the Pollution of the Marine Environment*, Springer, vol. 16, 2010, (pp. 77-118), p. 93.

34. Cleton, Robert, "Limitation of Liability for Maritime Claims", in: *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, 1983, p. 29.

35. Privilege

36. Matison, Katie Smith, "Comparison of Shipowners' Limitation of Liability Schemes", *Lloyd's Maritime Training Programme*, p. 7; Available at: http://www.lanepowell.com/wp-content/uploads/2009/04/matisonk_002.pdf.

مسئولیت، صرفاً از این جهت بود که مطابق ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۷، صاحب کشتی در ارتباط با دعاوی تصریح شده در ماده ۳ کنوانسیون می‌تواند مسئولیت خود را تحدید کند، مگر اینکه حادثه ناشی از تقصیر عمدی یا همراه با علم صاحب کشتی بوده باشد. مطابق این ماده، بار اثبات بر عهده صاحبان کشتی بود و در صورتی که حادثه ناشی از تقصیر به اثبات نرسد، آن‌ها از این امتیاز تحدید مسئولیت برخوردار خواهند بود. ولی کنوانسیون ۱۹۷۶ با عدول از این معیار، احتمال برخورداری از تحدید مسئولیت را افزایش داد.

کنوانسیون ۱۹۷۶ معیار تقصیر یا علم را با معیار سخت‌تری جایگزین کرد. طبق ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۷۶ در صورتی که ثابت شود که ضرر، ناشی از فعل یا ترک فعل شخص بوده و او با قصد ورود چنین ضرری این عمل را مرتکب شده است یا از روی بی‌پروایی^{۳۷} و با علم به اینکه چنین عملی احتمالاً به این نتیجه منتج می‌شود، آن را انجام داده باشد، مستحق تحدید مسئولیت نیست. تغییر «امتیاز» به «حق»، گامی در جهت حمایت بیشتر از صاحبان کشتی بود.^{۳۸} طبق ماده ۱۰ کنوانسیون ۱۹۷۶ ذی‌نفعان می‌توانند به تحدید مسئولیت استناد کنند، لذا استفاده از تحدید مسئولیت، اختیاری است. این حق بدون سپردن تضمین، قابل استناد است، در حالی که در کنوانسیون بین‌المللی راجع به مسئولیت و جبران خسارت ناشی از حمل مواد خطرناک از طریق دریا^{۳۹} مقرر شده است که صاحب کشتی برای بهره‌مندی از تحدید مسئولیت باید تضمین بسپارد. در طرح پیش‌نویس کنوانسیون هم نمایندگان کشورها در سپردن تضمین به عنوان پیش شرط استناد به تحدید مسئولیت به اتفاق نظر نرسیده‌اند. جمله دوم بند ۱ ماده ۱۰ کنوانسیون به دولت عضو امکان می‌دهد در مقررات داخلی خود مقرر کند که ذی‌نفع تحدید مسئولیت، تنها زمانی می‌تواند به حق تحدید مسئولیت استناد کند که تضمین بسپارد. به نظر می‌رسد شایسته است سپردن تضمین، پیش شرط استناد به حق تحدید مسئولیت، به عنوان قاعده کلی قابل اجرا در تمام کنوانسیون‌ها باشد.^{۴۰}

۴. ذی‌نفعان مشمول تحدید مسئولیت در کنوانسیون ۱۹۷۶

در دعاوی مسئولیت مدنی دریایی ممکن است اشخاص متعددی مسئول شناخته شوند. این امر

37. Recklessly

38. Taheri, Kourosh, *op. cit.*, p. 33.

39. The International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, (HNS Convention), 1996.

این کنوانسیون را سازمان دریایی بین‌المللی در لندن تهیه کرد و در ۳ مه ۱۹۹۶ به تصویب رسید. در سال ۲۰۰۹ این کنوانسیون به خاطر تعداد ناکافی تصویب، لازم‌الاجرا نشد و لذا در ۳۰ آوریل ۲۰۱۰ و در دومین کنفرانس بین‌المللی مربوطه، پروتکلی به کنوانسیون الحاق شد. هدف از طراحی این پروتکل، غلبه بر مشکلات اجرایی بود که مانع از پذیرش کنوانسیون در نظام‌های ملی بود. با این حال، هنوز کنوانسیون لازم‌الاجرا نشده است. ن.ک: www.imo.org

40. Smeele, Frank; *op. cit.*, pp. 17, 18, 19.

که چه اشخاصی حق استناد به نظام تحدید مسئولیت را دارند، مسئله مهمی است که باید بر اساس کنوانسیون‌ها بررسی شود.

در کنوانسیون بین‌المللی برای یکنواخت‌سازی مقررات خاص در ارتباط با تحدید مسئولیت صاحبان کشتی‌های دریایمای ۱۹۲۴، تنها صاحبان کشتی از حق تحدید مسئولیت برخوردار بودند.^{۴۱} با اصلاحات تدریجی در کنوانسیون‌ها، کنوانسیون ۱۹۷۶ در ماده ۱ (بند ۱) مقرر کرد که صاحبان کشتی و نجات‌غریقان می‌توانند مسئولیت خود را طبق مقررات این کنوانسیون تحدید کنند. در بند ۲ این ماده، واژه صاحب کشتی به معنای مالک، اجاره‌کننده، مدیر و بهره‌بردار کشتی است. تسری و شمولیت حق تحدید مسئولیت به افراد بیشتر، منوط به درج شرط هیمالیا^{۴۲} است.^{۴۳} شرط هیمالیا، شرطی قراردادی است که به نفع اشخاص حقوقی و حقیقی از جمله مقاطعه‌کار، ارائه‌دهندگان خدمات،^{۴۴} فروشندگان،^{۴۵} کارگران، خدمتکاران، دلالان (عاملان) یا دیگر افرادی که خدمات آن‌ها در راستای اجرای تعهدات قراردادی است، در قرارداد درج می‌شود.^{۴۶} عرف تجارتی این شرط را به رسمیت شناخته است تا از اشخاصی که در اجرای قرارداد درگیر هستند و آن‌هایی که طرف قرارداد حمل‌ونقل نیستند ولی ممکن است در معرض دعاوی صاحبان کالا قرار گیرند، حمایت شود. هدف شرط هیمالیا حمایت کامل از تمام اشخاص درگیر در حمل‌ونقل کالا و تبرئه آن‌ها از مسئولیت مدنی در مقابل دعاوی صاحبان کالا است. از آنجاکه مزایای مندرج در کنوانسیون‌های یکنواخت بین‌المللی درباره حمل‌ونقل دریایی کالا، مقررات لاهه - ویزی، هامبورگ و روتردام، شامل حمل‌کننده است، شرط هیمالیا در قرارداد حمل‌ونقل، نسبت به اشخاص ثالث درگیر در قرارداد که در معرض دعاوی صاحبان کالا هستند، قابل اعمال است.^{۴۷} اشخاص مشمول تحدید مسئولیت در کنوانسیون، به‌طور جداگانه در ذیل بررسی می‌شوند:

41. Convention 1924, article 1.

42. شرط هیمالیا در بارنامه‌ها به‌منظور بهره‌مندی کارگران اسکله و اپراتورهای ترمینال از شرط تحدید مسئولیت گنجانده می‌شود. این شرط اساساً در بارنامه‌ها در جهت حمایت از اشخاص ثالث و افرادی که طرف قرارداد نیستند، درج می‌شود. ن.ک: Blaskovic, Igor, "Certain Legal Aspects of the Himalaya Clause in the Contract of International Carriage of Goods by Sea: A Critical Perspective on Legal Challenges Raised by the Clause under International Uniform Law and General Contract Law Principles", Thesis (Master), University of Oslo, Faculty of Law, 2013, (55 pages); Available at: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/38410> (last seen 2015/3/3).

43. Damar, Duygu, "Willful Misconduct in International Transport Law", Springer, 2011, (316 pages), p. 162.

44. Service Providers

45. Vendors

46. John van der Puil & Arjan van Weele, *International Contracting: Contract Management in Complex Construction Projects*; 1st Edition; Imperial College Press, 2013, p. 341.

47. Blaskovic, Igor, Certain Legal Aspects of the Himalaya Clause in the Contract of International Carriage of Goods by Sea: a Critical Perspective on Legal Challenges Raised by the Clause under International Uniform Law and General Contract Law Principles, Thesis (Master), University of Oslo, Faculty of Law, 2013, pp. 6-7.

۱-۴. صاحب کشتی

به موجب بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۷۶، از جمله اشخاص ذی نفع نظام تحدید مسئولیت، صاحب کشتی است. کنوانسیون مزبور، واژه «صاحب کشتی» را دقیق تعریف نکرده و صرفاً به بیان مالک، اجاره کننده، مدیر و بهره بردار کشتی دریایما به عنوان مصادیق صاحب کشتی اکتفا کرده است. واژه صاحب کشتی در فرهنگ لغت به معنی شخص حقیقی یا حقوقی است که کشتی را در تملک دارد یا در کشتی شریک است.^{۴۸} این ابهام و خلأ باعث شده تا دولت های عضو، برداشت خود را از این واژه ارائه دهند. برای مثال، در قانون دریایی کانادا، حق تحدید مسئولیت به هر شخصی که نفعی در مالکیت کشتی داشته باشد، تسری پیدا می کند. در بریتانیا، واژه «صاحبان کشتی» شامل تمام کسانی است که در مالکیت عین یا منفعت کشتی ذی نفع هستند.^{۴۹} در قانون تحدید امریکا در ۱۸۵۱ از واژه مالک، تعریفی نشده است. رویه دادگاه ها نشان می دهد که صرف مالکیت کشتی نمی تواند دلالت بر منظور قانون کند. به عبارت دیگر، مالکیت، تنها عامل تعیین کننده برای اهداف قانون در بیان معنی صاحب کشتی نیست. از این رو مالک می تواند افراد متنوعی مثل سهام داران، مرتهن، فروشنده، مستأجر، معتمدان و نمایندگان دولت را شامل شود.^{۵۰} در کنوانسیون بونکر،^{۵۱} مفهوم صاحبان کشتی، قلمرو وسیع تری از کنوانسیون ۱۹۷۶ دارد. در ماده ۱ بند ۳ کنوانسیون مذکور، منظور از صاحب کشتی، مالک ثبت شده^{۵۲} کشتی است. مالک ثبت شده کشتی کسی است که سند مالکیت کشتی را در دست دارد. در صورتی که شخصی غیر از مالک ثبت شده بر کشتی مالکیت کامل داشته باشد، به این معنا که مسئولیت ناوبری، مدیریت و بهره برداری تجاری از طریق قرارداد اجاره بر کشتی داشته باشد، وی ذی نفع (بهره بردار) یا مالک موقت^{۵۳} نامیده می شود. لذا مسئولیت مالکان موقت در برابر اشخاص ثالث، برابر با مسئولیت مالکان قانونی کشتی است.^{۵۴}

۲-۴. نجات غریق

دومین ذی نفع، نجات غریق است که تسری حق تحدید مسئولیت به او، ابتکاری نوین در

48. Black's Law Dictionary

49. Martínez Gutiérrez, Norman A., *Limitation of Liability in International Maritime Convention: The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes*, Routledge, IMLI Studies in International Maritime Law, 2012, pp. 23, 24.

50. Chan, Xia, *op. cit.*, pp. 1-2.

51. International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER); Adoption: 23 March 2001, Entry into force: 21 November 2008.

52. Registered Owner: a person who has right of possession of the vehicle, as opposed to the party that has right of property. The party that has right of property is referred to as a lienholder, and in the event the registered owner fails to pay off the lien according to the agreed-to terms, the lienholder has the right to invoke repossession of the vehicle.

53. Demise Charter or Bareboat Charter

54. Dammar, Duygu, *op. cit.*, p. 175.

کنوانسیون ۱۹۷۶ تلقی می‌شود. نجات‌غریق، شخصی است که بدون داشتن رابطه خاص با کشتی و بدون اینکه از قبل با او قراردادی منعقد شده باشد، خدماتی را داوطلبانه ارائه می‌دهد. طرح ضرورت تسری تحدید مسئولیت به نجات‌غریقان در کنوانسیون ۱۹۷۶، به پرونده معروف کشتی توژو مارو^{۵۵} برمی‌گردد. در این پرونده، نجات‌غریقان در حال ارائه خدمات نجات به کشتی توژو مارو بودند که یکی از ناجیان درحالی‌که در تلاش برای تعمیر شکاف در ته کشتی بود، سهل‌انگاری کرد و انفجاری رخ داد که به تانکر، خسارت اساسی وارد کرد. پس از طرح دعوا جهت مطالبه خسارت، نجات‌غریقان مدعی تحدید مسئولیت خود شدند، لیکن دادگاه در سال ۱۹۷۲ و در رد ادعای آن‌ها بیان کرد که مطابق با شروط مورد توافق و تصویب‌شده عمل خواهد کرد. درنهایت، دادگاه طبق کنوانسیون حاکم در آن زمان (کنوانسیون ۱۹۵۷) تصمیم گرفت و مقرر کرد که کنوانسیون به نجات‌غریقان، حق تحدید مسئولیت اعطا نکرده است.^{۵۶} در کنوانسیون ۱۹۵۷ برای نجات‌غریق، بهره‌مندی از حق تحدید مسئولیت مقرر نشده بود لیکن در کنوانسیون ۱۹۷۶ آن‌ها صریحاً در محدوده افراد برخوردار از تحدید مسئولیت قرار گرفتند. این توسعه قلمرو در کنوانسیون ۱۹۷۶، نتیجه مستقیم پرونده توژو مارو در سال ۱۹۷۲ در جهت حمایت از آن‌ها بود. حق تحدید مسئولیت ازجمله ابزارهای حمایتی برای نجات‌غریقان در کنار سایر ابزارهای حمایتی مثل برخورد ملایم با سهل‌انگاری نجات‌غریقان به‌شمار می‌رود.^{۵۷}

با پذیرش رایج‌بودن انجام عملیات مرتبط با کشتی، جلوگیری از وقوع هر توژو مارو دیگر و حمایت از منافع آن‌ها در پرتو کنوانسیون، ناجی‌غرق به این نحو تعریف می‌شود: هر شخصی که خدماتی را در ارتباط مستقیم با عملیات نجات‌غریق انجام می‌دهد. امروزه نجات‌غریقان می‌توانند از تحدید مسئولیت برخوردار باشند، حتی اگر خسارت، ناشی از غفلت یکی از اعضای تیم نجات‌غریق باشد.

۳-۴. مدیر و بهره‌بردار

عدم تعریف این دو واژه در کنوانسیون، خلأی ایجاد کرده که می‌تواند هم زمینه برای اختلاف‌نظر و دعوا ایجاد کند و هم مانعی بر سر اعمال یکنواخت و هماهنگ کنوانسیون باشد. تردید در مشمول‌بودن افراد، موجب تفسیرهای قضایی متفاوت دولت‌های عضو می‌شود.^{۵۸} تعریف این دو واژه در فرهنگ لغت از هم متمایز است. مدیر، شخصی است که در مقابل کارهای خاص مسئول است. بهره‌بردار، هر شخص یا ابزاری است که ابزار دیگر را قادر به کارکردن می‌کند.^{۵۹} اگرچه

55. Tojo Maru Case (1972 AC 242 HL).

56. Ibid., p. 187.

57. Lansakara, Francis, "Maritime Law of Salvage and Adequacy of Laws Protecting the Salvors' Interest", in: *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, vol. 6, pp. 1- 4.

58. Norman A. Martinez Gutierrez, *op. cit.*, pp. 31, 32.

59. *Black's Law Dictionary*

این دو واژه معانی یکسانی ندارند، به جای یکدیگر به کار می‌روند. به نظر می‌رسد واژه بهره‌بردار، تمام افرادی را که رسماً در عملیات کشتی مداخله داشته باشند، تحت پوشش خود دارد. مرتبه معمولاً در مفهوم بهره‌بردار قرار نمی‌گیرد و به همین نحو، حق تحدید مسئولیت را ندارد، مگر بعد از اینکه کشتی را مالک شد. در این صورت، این اقدام به او امکان می‌دهد تا صاحب کشتی محسوب شود.^{۶۰} همچنین وقتی که کارگر اسکله، در طول بارگیری و تخلیه عملیات کشتی، کنترل کامل بر کشتی دارد، بهره‌بردار محسوب می‌شود.^{۶۱} نکته قابل‌ذکر این است که در کنوانسیون صرفاً مقرراتی در ارتباط با حق برخورداری از تحدید مسئولیت و شرایط ازدست‌دادن آن در مقابل اشخاص ثالث مقرر شده است. از این‌رو رابطه حقوقی بین بهره‌بردار یا مدیر و صاحب کشتی منحصرأ تابع قرارداد بین آن‌هاست.^{۶۲} حتی در مقررات دریایی چین، واژه بهره‌بردار از کنوانسیون ۱۹۷۶ اقتباس شده است. باوجود این، قانون دریایی چین هم این واژه را تعریف نکرده است. این فقدان تعریف باعث بحث‌هایی در عرف قضایی دادگاه‌های چین شده است. برخی از دادگاه‌های چین، با استفاده از این فرصت، از استناد به تحدید مسئولیت، خودداری کردند. بهترین نمونه، پرونده‌ای^{۶۳} بود که در آن قاضی دادگاه دریایی مقرر کرد که به دلیل ابهام در رابطه با مفهوم بهره‌بردار، فرض اینکه خوانده، بهره‌بردار تلقی شده و مستحق برخورداری از تحدید مسئولیت باشد، نامناسب است.^{۶۴}

۴-۴. بیمه‌گر مسئولیت

عملاً هیچ صاحب کشتی، مدیر، بهره‌بردار، اجاره‌کننده یا حمل‌کننده‌ای بدون بیمه مسئولیت در حرفه کشتی‌رانی مداخله نمی‌کند. برخی مقررات خاص در کنوانسیون‌های حمل‌ونقل بین‌المللی و قوانین داخلی، بیمه مسئولیت را اجباری کرده‌اند و امکان طرح دعوی مستقیم علیه بیمه‌گران مسئولیت وجود دارد. رابطه حقوقی بین بیمه‌گزار و بیمه‌گر، کاملاً تابع قرارداد بیمه و اصول حقوقی است که قرارداد بیمه، تابع آن است. از این‌رو بیمه‌گر، تعهدی به جبران خسارت بیمه‌گزار، فراتر از میزان تعیین‌شده در قرارداد ندارد و همچنین حق دارد به تمام دفاعیات موجود در قرارداد حمل و همچنین قرارداد بیمه استناد کند. وقتی اشخاص ثالث، مستقیماً دعوایی علیه بیمه‌گر مطرح کنند، او حق طرح این دفاع را دارد که مستحق تحدید مسئولیت است، مشروط به اینکه

60. Norman A. Martinez Gutierrez, *op. cit.*, p. 31.

61. Dammar, Duygu, *op. cit.*, pp. 176, 177.

62. *Ibid.*, p. 177.

63. *Zhoushan Tong TU Construction Co Ltd v. Dandong Jixiang; Shipping Co. Ltd. and Dandong Marine Shipping Co.*

64. Li, Kevin X, "Development of Maritime Limitation of Liability in China (1993-2011)", *Hong Kong Law Journal*; vol. 42, No. 1, 2012, (pp. 253-275), p. 256.

بیمه‌گذار، حق تعیین مسئولیت داشته باشد.

در مواردی که بیمه مسئولیت، اجباری است، از جمله در کنوانسیون بونکر، حتی در صورتی که بیمه‌گذار، حق تعیین مسئولیت را از دست داده و مرتکب تقصیر عمدی شده باشد، بیمه‌گر، حق تعیین مسئولیت را دارد. با وجود این، بیمه رفتار عمدی بیمه‌گذار، در تضاد با نظم عمومی است. ولی در مواردی که بیمه مسئولیت، اجباری نیست، شرایط حقوقی بین بیمه‌گر، بیمه‌گذار و اشخاص ثالث و اثر رفتار عمدی بیمه‌گذار، بستگی به قرارداد بیمه و مقررات داخلی دارد. بالاین‌حال، در بیشتر مقررات داخلی، مانند قانون حقوق اشخاص ثالث در مقابل بیمه‌گران ۲۰۱۰ انگلیس،^{۶۵} به تبع کنوانسیون ۱۹۷۶، بیمه‌گر به اندازه بیمه‌گذار، یعنی فقط تا حدی که بیمه‌گذار مسئول است، مسئولیت دارد. بیمه‌گر به همان اندازه بیمه‌گذار مسئول است و در موارد رفتار عمدی بیمه‌گذار، حق تعیین مسئولیت خود را از دست خواهد داد. این امر علاوه بر آنکه امتیازی برای بیمه‌گران است، به ضرر آنها هم هست زیرا فراتر از آن، حق استناد به تعیین مسئولیت وجود ندارد.

در ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۷۶ ابتکاری دیگر به چشم می‌خورد که بیمه‌گر تا اندازه بیمه‌گذار از تعیین مسئولیت برخوردار می‌شود. این امر ناشی از این است که بیمه‌گر در وضعیت بدتر از بیمه‌گذار قرار نگیرد. در صورت عدم استحقاق بیمه‌گذار جهت استناد به تعیین مسئولیت، بیمه‌گر از تعیین مسئولیت برخوردار نخواهد شد مگر اینکه قرارداد بیمه، طور دیگری مقرر کرده باشد.^{۶۶}

۴-۵. اجاره‌کننده

اجاره‌کننده، یکی دیگر از افرادی است که مستحق تعیین مسئولیت است. واژه اجاره‌کننده، بسیار وسیع است و انواع مختلفی از قراردادهای اجاره را دربردارد.

اجاره در بست کشتی برای سفری معین (قرارداد اجاره سفری)^{۶۷} یکی از قدیمی‌ترین اشکال قراردادهای اجاره کشتی است.^{۶۸} در این نوع اجاره، اجاره‌کننده کشتی، ناخدا و خدمه استخدام نمی‌کند. به علاوه اجاره‌کننده، مالک کشتی نمی‌شود.^{۶۹} مالک قانونی کشتی (ثبت شده) یا مالک موقت، امکان استفاده از کشتی را به اجاره‌کننده اجاره در بست برای سفری خاص می‌دهد.^{۷۰} نوع

65. UK Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010.

66. Güner-Özbek, Meltem Deniz; *op. cit.*, p. 217.

67. Voyage Charterparty

68. Dammar, Duygu, *op. cit.*, p. 179.

69. Giaschi, Christopher J., *Canadian Law of Carriage of Goods by Sea: An Overview*, Giaschi & Margolis, Vancouver, November 2004, p. 10; Available at: www.admiraltylaw.com/papers/carriage_of_goods_outline.pdf.

70. Dammar, Duygu, *op. cit.*, p. 179.

دیگر آن، قرارداد اجاره کشتی برای مدت معین (قرارداد اجاره زمانی)^{۷۱} است که همانند اجاره دربست کشتی برای سفری معین، مستأجر خدمه و ناخدا استخدام نمی‌کند. ناخدا و خدمه، مستخدم مالک کشتی باقی می‌مانند لیکن تابع دستورالعمل‌های اجاره‌کننده زمانی هستند.^{۷۲} تمایز بین اجاره کشتی سفری و زمانی در این است که اجاره کشتی زمانی برای مدت مشخص است، درحالی‌که اجاره کشتی سفری تنها برای سفری خاص است. در قرارداد اجاره زمانی، صاحب کشتی اجازه استفاده از تمام ظرفیت کشتی را به اجاره‌کننده زمانی می‌دهد. باین‌حال، برخلاف قرارداد اجاره سفری، صاحب کشتی، حمل‌ونقل کالا را بر عهده می‌گیرد. مدیریت دریایی و به عبارت دیگر، عملیات ناوبری به واسطه خدمه و ناخدا تحت نظارت صاحب کشتی است، درحالی‌که اجاره‌کننده حق دارد درباره استفاده بهینه از کشتی، دستورهای لازم را صادر کند.^{۷۳}

نوع دیگر، قرارداد اجاره دمیس یا بیربوت^{۷۴} است که به موجب آن، بیشتر مسئولیت‌های قانونی مالک به اجاره‌کننده منتقل می‌شود.^{۷۵} اجاره‌کننده، تمام مدیریت و کنترل کشتی را بر عهده می‌گیرد، به این نحو که ناخدا و خدمه خود را روی عرشه کشتی می‌گمارد و تمام مخارج عملیاتی از جمله سوخت، خدمه، مخارج بندر، بیمه و بیمه بدنه را می‌پردازد.^{۷۶} دو واژه بیربوت یا دمیس، اغلب به جای هم استفاده می‌شود. در این دو واژه، اجاره‌کننده کسی است که قراردادی برای خود منعقد می‌کند و کنترل، تسلط و ناوبری را به‌طور انحصاری و برای مدت موقت بر عهده می‌گیرد.^{۷۷} از این‌رو اجاره‌کننده، مالک ظاهری یا جانشین مالک محسوب می‌شود و لذا مسئول قابلیت دریانوردی کشتی است. برخلاف انواع دیگر اجاره‌ها، در این نوع اجاره، اساساً حقوق و تعهدات مالکان و اجاره‌کننده‌ها تغییر می‌کند. اغلب مالکان کشتی از این نوع اجاره در جهت تحدید مسئولیت خود استفاده می‌کنند.^{۷۸} در اکثر پرونده‌های دادگاه‌های منطقه‌ای^{۷۹} در امریکا، این رویه قضایی ایجاد شده بود که صاحب کشتی به دلیل واگذاری استیلا و کنترل کامل کشتی، در مقابل آسیب‌های وارده به اشخاص ثالث، ناشی از عدم قابلیت دریانوردی کشتی، مسئول نیست. تنها در پرونده بیکر،^{۸۰} در این باره، برخلاف رویه قبلی تصمیم گرفته شد. قاضی دادگاه اذعان داشت

71. Time Charterparty

72. Giaschi, Christopher J., *op. cit.*, p. 10.

73. Dammar, Duygu; *op. cit.*, p. 179.

74. Demise Charterparty / Bareboat Charterparty

75. Chitty, John W., "Bareboat Charters: Can a Shipowner Limit Liability to Third Parties? Answers for Owners Attempting to Navigate the Unsettled Waters in the Eleventh Circuit", *Georgia State University Law Review*, vol. 25, Issue 2, 2008, (pp. 477-500), p. 2.

76. Giasch, Christopher J., *op. cit.*, p. 9.

77. Chitty, John W., *op. cit.*, p. 2, FN. 2.

78. *Ibid.*, pp. 1, 5, 7.

79. Circuit court is the name of court systems in several common law jurisdictions.

80. *Baker v. Raymond International, Inc.*

که قرارداد معتبری به‌عنوان اجاره بی‌ریوت وجود ندارد و حتی در صورت وجود، دادگاه نمی‌تواند این قرارداد را برای معافیت مالکان از مسئولیت در مقابل عدم قابلیت دریانوردی کافی بداند.^{۸۱}

نوع دیگر، اجاره جزئی^{۸۲} نام دارد. این نوع اجاره معمولاً برای کشتی‌رانی کانتینری استفاده می‌شود که شخص، حق استفاده از بخش خاصی از کشتی را دارد. درمورد برخورداری اجاره‌کننده جزئی از تحدید مسئولیت، اختلاف وجود دارد. این اختلاف، ناشی از این است که تحدید مسئولیت بر مبنای گنجایش کشتی محاسبه می‌شود، درحالی‌که در این نوع اجاره، تنها از بخشی از کشتی استفاده می‌شود.^{۸۳} در طرح پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۷۶ هیچ رهنمودی در این مورد پیش‌بینی نشده است. با درنظرگرفتن تفسیر مضیق از واژه اجاره‌کننده و دسترسی حق تحدید مسئولیت برای اشخاص ذی‌نفع در تمام کشتی، حق تحدید مسئولیت نسبت به اجاره‌کننده جزئی رد می‌شود. در پرونده *ناپولی*، قاضی دادگاه با درنظرگرفتن معنی عرفی اجاره‌کننده در پرتو هدف کنوانسیون حکم کرد که اجاره‌کننده جزئی در قلمرو مفهوم صاحب کشتی است و ازاین‌رو مستحق تحدید مسئولیت است. ریچ مونت با بررسی ماده ۹، ۱۱ و ۱۳ کنوانسیون اذعان کرد که اگر تضمین سپرده شود، فرض بر این است که تمام اشخاص ذی‌حق در تحدید مسئولیت، تضمین سپرده‌اند. منطقی نیست که مبنای تحدید، بسته به اینکه چه کسی آن را بپردازد، تفاوت داشته باشد. ازاین‌رو اعلام کرد که اجاره‌کننده جزئی، بر مبنای گنجایش تمام کشتی، حق تحدید مسئولیت را دارد.^{۸۴}

۵. شرط برخورداری ذی‌نفعان از تحدید مسئولیت در کنوانسیون ۱۹۷۶

ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۷۶ مقرر می‌کند: در صورتی که اثبات شود ضرر از فعل یا ترک‌فعل شخصی همراه با قصد ورود چنین ضرری ناشی شده یا فعل شخص از روی بی‌پروایی و با علم به احتمال ورود چنین ضرری انجام شده، شخص مسئول، مستحق تحدید مسئولیت نخواهد بود. همان‌طور که در قسمت ماهیت تحدید مسئولیت به‌طور مختصر اشاره شد، ملاک مندرج در کنوانسیون ۱۹۷۶ با توجه به شرایطی که در ماده ۴ کنوانسیون مقرر شده است، به‌سختی از سوی زیان‌دیدگان قابل‌اثبات است. در واقع، اصل بر عدم تقصیر صاحبان کشتی است. این ملاک غیرقابل‌نقض، از ماده ۱۳ پروتکل ۱۹۵۵ کنوانسیون ورشو^{۸۵} درباره یکنواخت‌سازی مقررات حاکم بر حمل‌ونقل بین‌المللی هوایی ۱۹۲۹ اقتباس شده است.^{۸۶} انگلستان، معیار غیرقابل‌نقض تحدید مسئولیت را

81. *Ibid.*, pp. 26, 27.

82. Slot Charter

83. Dammar, Duygu, *op. cit.*, p. 179.

84. Martinez Gutierrez, Norman A., *op. cit.*, pp. 26, 27.

85. Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, Commonly Known as the Warsaw Convention.

86. Røsæg, Erik, *op. cit.*, p. 11.

پذیرفته است. در مقابل، کشورهایی که دارای ناوگان دریایی بزرگ هستند مانند چین و آمریکا، برای خود قوانین خاصی تدوین کردند. در این میان، چین ملاک شخصی را نپذیرفته است، بلکه تحدید مسئولیت را صرفاً به استناد عدم قابلیت دریانوردی رد می کند درحالی که عکس این در کنوانسیون ۱۹۷۶ حاکم است یعنی هر دعوی که به علت عدم قابلیت دریانوردی باشد، ظهور بر این دارد که تابع تحدید مسئولیت است مگر اینکه از روی بی پروایی و با علم صریح به نتایج آن حادثه رخ داده باشد.^{۸۷} در قانون آمریکا که معروف به قانون تحدید آمریکا ۱۸۵۱ است، در صورت داشتن علم یا آگاهی از فعلی که منتج به حادثه دریایی می شود، تحدید مسئولیت، رد خواهد شد. در مورد صاحب کشتی شخصی، علم یا آگاهی از مشارکت شخصی وی در فعل یا آگاهی از شرایط منتج به حادثه دریایی ملاک است. در مورد شخص حقوقی که در پی استناد به تحدید مسئولیت است، در صورتی که مأمور اداره کننده یا نظارت، علم یا آگاهی داشته باشد، تحدید مسئولیت رد می شود. دادگاه در مواجهه با قصور صاحب کشتی در حفاظت از تجهیزات، قصور در به کارگیری ناخدا و خدمه شایسته برای کشتی و قصور در اتخاذ تلاش متعارف در کشف عامل حادثه ساز دریایی، تحدید مسئولیت را رد خواهد کرد.^{۸۸} در کنوانسیون ۱۹۷۶ ضرورت شخصی بودن فعل یا ترک فعل شخص مسئول پذیرفته شده است. مشخصه این عبارت فعل یا ترک فعل شخصی این است که قابل انتساب به شخص باشد. از این رو صاحب کشتی یا نجات غریق برای فعل یا ترک فعل خدمه یا نمایندگان خود در موارد عمدی مسئول نیست، مگر فعل یا ترک فعل خدمه یا نمایندگان به شخص مسئول قابل انتساب باشد. از جمله پرونده های مهم قابل ذکر، پرونده *تاسمان پونیئر*^{۸۹} است. در این پرونده، قرارداد اجاره از نوع اجاره زمانی^{۹۰} بود. کشتی به این علت که ناخدا مسیر دریانوردی نامناسبی انتخاب کرده بود، غرق شد. اجاره کننده ها در مقابل صاحبان کالاهای آسیب دیده، به تحدید مسئولیت استناد کردند. دادگاه حکم کرد چون زیان وارده در نتیجه انتخاب نادرست ناخدا بود و اجاره کننده، تقصیر شخصی در این حادثه نداشت، اجاره کننده، مستحق تحدید مسئولیت است.^{۹۱}

در مورد صاحبان کشتی که در قالب شخص حقوقی هستند، برای تشخیص فعل شخصی معمولاً از روش سلسله مراتبی استفاده می شود، بدین معنا که از مقام بالای شرکت یعنی مالک و هیئت ناظر شروع می شود.^{۹۲} در شرکت ها مدیران، مغز گرداننده و اراده شرکت هستند. در پرونده شرکت *بولتون علیه شرکت برادران گراهام*^{۹۳} قاضی دادگاه اذعان کرد که کسی می تواند خود

87. Li, Kevin X, *op. cit.*, p. 257 .

88. Force, Robert, *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center publication, 2004, (242 pages), p. 139.

89. The Tasman Pioneer

90. Time Charterparty

91. Dammar, Duygu; *op. cit.*, pp. 170, 172.

92. Baatz, Yvonne, *Maritime Law*, Sweet & Maxwell, 2011, (642 pages), p. 287.

93. H. L. Bolton (*Engineering*) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd.

دیگر شرکت باشد که ذهن گرداننده و اراده شرکت باشد. بالاین‌حال، خدمه صرف نمی‌تواند به‌عنوان خودِ دیگر شرکت باشد. خودِ دیگر^{۹۴} باید کسی باشد که در مرتبه بالاتر ساختار مدیریتی قرار دارد. دادگاه کانادایی در پروند دریایی، عامل اصلی برای تمییز ذهن گرداننده از کارمندان معمولی را، اختیار انجام تصمیمات در موضوعات شرکت اعلام کرد.^{۹۵}

ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۷۶ شبیه ماده ۲۵ از کنوانسیون ورشو ۱۹۲۹ است. دادگاه تجدیدنظر در پرونده گلدمن علیه شرکت بین‌المللی هوایی تای،^{۹۶} فعل شخصی را حاکی از تصمیم پذیرفتن خطر یا بی‌تفاوت بودن نسبت به خطر بیان کرد. همچنین اثبات این امر که شخص مسئول، علم واقعی^{۹۷} به وقوع احتمالی حادثه داشته، در ماده ۴ ضروری است.^{۹۸} در ایران، نظر به الحاق به کنوانسیون ۱۹۷۶، در ماده ۴ کنوانسیون مذکور به دلیل استفاده از عبارت «بی‌احتیاطی با علم به ورود زیان» به‌جای «بی‌تفاوتی شدید با علم به ورود زیان»، همان ملاک کنوانسیون ۱۹۵۷ حاکم است.^{۹۹} واژه ضرر مذکور در ماده ۴ تمام انواع ضررها را شامل می‌شود: ضرر وارده به جان، جراحت بدنی، ضرر یا خسارت وارده به اموال و ضرر ناشی از تأخیر. تنها شمول ضررهای مقرر در ماده ۲ کنوانسیون، برخلاف قصد و هدف پیش‌نویسان کنوانسیون است. از سوی دیگر، دادگاه در پرونده معروف روزا^{۱۰۰} حکم کرد که شخص مسئول باید همان خسارت^{۱۰۱} را پیش‌بینی کند. در این پرونده، نواقصی در سیستم سوخت‌گیری رخ داده و کشتی غرق شده و تمام کالاهای کشتی از بین رفته بود. صاحبان کالا ادعا کردند که شخص مسئول، عمداً مرتکب این اقدام غیرقانونی شده بود، درحالی‌که دادگاه حکم کرد اجاره‌کننده موقت^{۱۰۲} به‌طور فاحش، اهماگر بوده و این اقدام، ناشی از رفتار عمدی وی نبوده است. تبعات مرتبط با این نواقص، آلودگی شدید دریا بود، نه اینکه کشتی دچار واژگونی شود.^{۱۰۳} این شرط پیش‌بینی خسارت، الزاماً به این معنا نیست که شخص مسئول بداند که کشتی حتماً با کشتی دیگر برخورد می‌کند، بلکه همین که ظن به احتمال وقوع تصادم داشته باشد، کافی است. می‌توان گفت که اگر تصادم قابل‌پیش‌بینی باشد، به دنبال آن، ضرر و زیان هم به همین نحو قابل‌پیش‌بینی است. مطابق تصمیم اتخاذشده در پرونده لروت،^{۱۰۴} مدعی صرفاً باید اثبات کند صاحب

94. *Alter ego*

95. Dammar, Duygu, *op. cit.*, pp. 206, 207.

96. *Goldman v. Thai Airways International Ltd.*

97. Actual Knowledge

98. Baatz, Yvonne; *op. cit.*, p. 289.

۹۹. ایزاتلو و درگاهی؛ همان، ص ۴۹۳.

100. *MSC Rosa M Case*

101. The Same Damage

102. Demise charterer

103. Dammar, Duygu, *op. cit.*, pp. 172, 173.

104. *Leerort case*

کشتی قصد برخورد با کشتی دیگری را داشت یا از روی بی‌پروایی با علم به اینکه به ضرر منتهی می‌شود، عمل کرده است. این رویکرد در پرونده سینت جکیوس و گودر من^{۱۰۵} پذیرفته شده بود که علم به احتمال تصادم با کشتی دیگر برای محرومیت از تحدید مسئولیت کافی است. در این پرونده، درخواست تحدید مسئولیت پذیرفته نشد. این عدم پذیرش، ناشی از بی‌دقتی شخص مسئول در هدایت و کنترل کشتی در اطراف طرح محدوده تفکیک ترافیک^{۱۰۶} و تخلف از مقررات تصادم بود.^{۱۰۷} همچنین در پرونده ماریا^{۱۰۸} اجاره‌کننده کشتی، ماهیت خطرناک کالاها را به ناخدا یا صاحب کشتی اطلاع نداد و در بارنامه مربوطه، کالاهای موضوع حمل، خطرناک توصیف نشد و به‌خاطر ماهیت خطرناک کالاها و تماس آن با آب، انفجاری رخ داد که خسارات زیادی در پی داشت. از آنجاکه اجاره‌کننده به شرایط حمل‌ونقل آشنایی داشت و می‌دانست که ممکن است چنین انفجاری رخ دهد و چنین خسارتی وارد شود، از حق تحدید مسئولیت محروم شد.^{۱۰۹}

۶. نوع کشتی

طبق کنوانسیون ۱۹۷۶، حق تحدید در ارتباط با دعوای مرتبط با کشتی‌های دریایما اعمال می‌شود. با این حال، دولت‌های عضو می‌توانند سیستم تحدید برای کشتی‌های ناوبری داخلی را مقرر کنند.^{۱۱۰} این مقرر، انگلیس را قادر ساخته که حق تحدید را بر تمام کشتی‌ها اعمال کند، اعم از اینکه کشتی قابلیت دریایمایی داشته یا نداشته باشد. سیستم‌های داخلی تحدید می‌تواند بر کشتی‌های کمتر از ۳۰۰ تن نیز اعمال شود. اگر کشوری عضو کنوانسیون باشد، کشتی‌های دریایما تابع مقررات کنوانسیون هستند. با این حال، هیچ محدودیتی برای دولت‌ها وجود ندارد که در صورت تمایل، کنوانسیون را بر کشتی‌هایی که قابلیت دریایمایی ندارند هم اعمال کنند. کنوانسیون بونکر، کشتی را تعریف کرده و نسبت به سایر کنوانسیون‌ها مفهوم وسیع‌تری را پذیرفته است. کشتی در نظر کنوانسیون مزبور، عبارت است از هر کشتی دریایما یا شناور از هر نوعی که برای حمل‌ونقل نفت یا هر کالای دیگری ساخته یا تنظیم شده است.^{۱۱۱} رویه قضایی در رابطه با اینکه کشتی چیست، مختلف است. به‌زودی دادگاه داخلی، از این مفهوم وسیع «هر کشتی یا شناور از هر نوع»، تفسیرهای مختلفی خواهد کرد. با این حال، اینکه هر کشتی بدون توجه به اندازه‌اش، فقط به شرطی

105. *Saint Jacques II and the Gudermes case*

106. Traffic Separation Scheme is an area in the sea where navigation of ships is highly regulated. It is meant to create lanes in the water and ships in a specific lane are all going in (roughly) the same direction.

107. Baughen, Simon, *Shipping Law*, Fifth Edition, Routledge, 2012, pp. 425-426.

108. *Maria Case*

109. Dammar, Duygu, *op. cit.*, p. 174.

110. Article 15 part 2 of convention 1976.

111. Luttenberger, Axel, Rukavina, Biserka, Rak, Loris, "Issues on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damages from Ships", 12th International Conference on Traffic Science, *Slovenian Society of Traffic Science*, University of Ljubljana, Faculty of Maritime Studies, Portorož, 2009, p. 3.

که قابلیت دریایی را داشته باشد، مشمول مقررات مورد بحث باشد، بسیار وسیع است. محدودیت اساسی اعمال شده در تعریف، اشاره به واژه دریایی است. در مورد کشتی‌های تفریحی اختلاف شده است که آیا مشمول تحدید مسئولیت هستند یا خیر. در پرونده ریچارد،^{۱۱۲} دادگاه احساس کرد که در نتیجه تحدید مسئولیت صاحبان کشتی به ارزش کشتی بعد از حادثه، ناعدالتی اساسی ایجاد می‌شود. به دلیل ارزش ناچیز کشتی غرق شده یا شکسته، دادگاه اعلام کرد که تسری شمولیت تحدید مسئولیت به کشتی‌های تفریحی، افراد زیان‌دیده را از بیشترین جبران خسارت، محروم می‌کند.^{۱۱۳} در سال ۲۰۰۶ دادگاه عالی کانادا، رأیی در پرونده /یزن^{۱۱۴} صادر کرد که مالک کشتی تفریحی، حق تحدید مسئولیت طبق مقررات فدرال کانادا را نداشت.^{۱۱۵}

قانون ۱۸۵۱ آمریکا، هم نسبت به کشتی‌های دریایی و هم کشتی‌های مورد استفاده در رودخانه‌ها یا ناوبری داخلی که شامل کشتی‌های تفریحی نیز می‌شود، حاکم است.^{۱۱۶} ولی اعمال قانون تحدید آمریکا برای آن‌ها مشکل‌ساز است. نظر غالب این است که کشتی تفریحی در قلمرو این قانون قرار نمی‌گیرد. این نظر، مورد حمایت مقررات و تصمیمات قضایی هم هست.^{۱۱۷} این قانون، تنها ناظر به کشتی‌های تجاری است. از سوی دیگر، نظریه تحدید مسئولیت، متضمن اهداف تجاری بوده و برای رفع نیازهای تجاری و پیشبرد صنعت دریایی تجاری داخلی وضع شده است. از همه مهم‌تر، مصلحت عمومی حکم می‌کند که زیان‌های زیان‌دیدگان، کاملاً جبران شود.^{۱۱۸}

اصلاحات متعددی بر قانون تحدید آمریکا صورت گرفته است. مطابق اصلاحیه ۱۸۸۶، این قانون بر صاحبان کشتی که در رودخانه‌ها یا ناوبری داخلی استفاده می‌شود، مثل کشتی‌های باری و کلک اعمال نمی‌شود. اگرچه کشتی‌های تفریحی در این مقرر ذکر نشده است، با توجه به اینکه این نوع کشتی‌ها صرفاً در ناوبری داخلی استفاده می‌شود، این‌گونه تلقی می‌شود که آن‌ها از قلمرو قانون استثنا شده‌اند.^{۱۱۹} در اصلاحیه ۱۹۳۶، سیستم گنجایش برای افزایش میزان جبران در آسیب‌های شخصی و فوت وضع شد که تنها قابل اعمال بر کشتی‌های دریایی است، نه کشتی‌های تفریحی.^{۱۲۰} با نگاه به بخش ۱۸۳(آ) میزان جبران، مبتنی بر کالاهای حمل‌شده کشتی است. این

112. *Richards v. Blake Builders Supply Co.*

113. O'Brien, Robert P., "Admiralty Jurisdiction over Pleasure Craft Torts", *Maryland Law Review*, vol. 36, Issue 1, 1976, (pp. 212 – 232), p. 229.

114. *Isen v. Simms*, [2006] S.C.J.NO.41.

115. Tetley, William, "Canadian Maritime Law", in: *International Maritime and Commercial Law Yearbook*, 2006, (pp. 12-42), p. 16.

116. 46 U.S.C. § 188.

117. Chan, Xia; *op. cit.*, p. 21.

118. Katz, Charles D., "Recognizing the Need For International Exclusion of Pleasure Craft from Limitation of Liability Statutes", *Fordham International Law Journal*, vol. 6, issue 3, 1982, (pages: 421-442), pp. 426, 428.

119. Chan, Xia; *op. cit.*, p. 22.

120. *Ibid.*, p. 22.

امر، خلاف قاعده به نظر می‌رسد که شمول قانون به کشتی‌های تفریحی تسری داده شود.^{۱۲۱} تعریف کاربردی از کشتی‌های تفریحی باعث استثنای کشتی‌های تفریحی از شمول مقررات تحدید مسئولیت می‌شود. هرگونه عدم پذیرش میان دولت‌ها، احتمال یکسان‌سازی را کاهش خواهد داد و موجب برخورد متفاوت با زیان‌دیدگان خواهد شد. قانون تحدید امریکا و دیگر قوانین دولت‌ها نیازمند به‌روزشدن جهت یکنواخت‌سازی است.^{۱۲۲}

نتیجه

نظام تحدید مسئولیت، علی‌رغم اینکه با اهداف قواعد مسئولیت مدنی و اصل جبران کامل خسارت در تعارض است، به‌عنوان نهادی خاص در جهت مصلحت عمومی است. این نظام، قدمتی طولانی در حمل‌ونقل دریایی دارد. در واقع، حقی قانونی برای صاحبان کشتی است و به ذی‌نفعان امکان می‌دهد علی‌رغم میزان واقعی خسارت، مسئولیت خود را به مقادیر مقرر در کنوانسیون، محدود کنند، مشروط به اینکه شرایط مقرر در کنوانسیون را داشته باشند. ازجمله این شرایط، این است که نظام تحدید مسئولیت، صرفاً بر کشتی‌های دریایما اعمال می‌شود. در کنار این شرط باید شروط مقرر در ماده ۴ کنوانسیون رعایت شود. گفتنی است، استدلال مهم منتقدان در لغو این نظام، مشکلات مربوط به بیمه است. در نقد این استدلال و دفاع از پذیرش نظام تحدید مسئولیت به‌عنوان ابزاری در جهت حمایت صاحبان کشتی برای ورود به حوزه حمل‌ونقل دریایی می‌توان اذعان کرد که با لغو این نظام، هزینه‌های بیمه جهت بیمه‌کردن مسئولیت صاحبان کشتی افزایش خواهد یافت که این امر منجر به تحمیل هزینه‌های گزاف حمل‌ونقل بر ارسال‌کننده‌های کالا خواهد شد. متعاقباً، این امر می‌تواند به رکود بخش صنعت حمل‌ونقل دریایی در صورت افزایش هزینه‌ها منتهی شود. همچنین با توجه به افزایش قلمرو ذی‌نفعان آن در کنوانسیون ۱۹۷۶ نسبت به مقررات قبلی، گامی مؤثر در جهت پیشرفت حمل‌ونقل دریایی برداشته شده است تا افراد دخیل با آسودگی بیشتری وارد این حوزه خطیر شوند. به نظر می‌رسد با توجه به خلأهای کنوانسیون در تعریف جامع و مانع از افراد ذی‌نفع، امید است کمیته دریایی بین‌المللی با تجدیدنظر در این کنوانسیون، این خلأها را رفع کند، چون در پروتکل اصلاحی ۱۹۹۶ برای دعاوی راجع به اموال و جان یا آسیب‌های شخصی، دو نوع تحدید خاص مقرر شده است. این پروتکل اصلاحی صرفاً افزایش سقف برای تحدید مسئولیت مقرر کرده و در ارتباط با خلأهای کنوانسیون، راهکاری ارائه نداده است.

121. Katz, Charles D., *op. cit.*, p. 428.

122. *Ibid.*, p. 435.

منابع:

الف) فارسی

- ایزانلو، محسن و رامین درگاهی؛ «مروری بر اسناد بین‌المللی نظام عام تحدید کلی مسئولیت در حقوق دریایی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۳.

ب) انگلیسی

- Baatz, Yvonne; *Maritime Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London, 2011.
- Baughen, Simon; *Shipping Law*, 5th Edition, Routledge, New York, 2012.
- Berlingieri, Francesco, *The Travaux Preparatoires of the LLMC Convention, 1976 and the Protocol of 1996*, 1st Edition, Comité Maritime International, Antwerp, 2000.
- Billah, Muhammad Masum; Effects of Insurance's Absence or Presence on Maritime Liability Law with Special Reference to Cargo Liability and Oil Pollution Liability Regimes: An Economics Analysis, Thesis, University of Ottawa, 2009.
- Blaskovic, Igor; Certain Legal Aspects of the Himalaya Clause in the Contract of International Carriage of Goods by Sea: a Critical Perspective on Legal Challenges Raised by the Clause under International Uniform Law and General Contract Law Principles, Thesis (Master), University of Oslo, Faculty of Law, 2013.
- Bonner, Patrick J; "Limitation of Liability: Should It Be Jettisoned After the Deep-water Horizon?", *Tulane Law Review*, vol. 85:1, 2011.
- Castillo, Domingo G; "Limitation of Liability in Maritime Accidents: the Philippine Experience".
- Chen, Xia; *Limitation of Liability for Maritime Claims: A Study of U.S. Law, Chinese Law, and International Conventions*, Kluwer Law International, Boston, 2001.
- Chitty, John W., "Bareboat Charters: Can a Ship-owner Limit Liability to Third Parties? Answers for Owners Attempting to Navigate the Unsettled Waters in the Eleventh Circuit", *Georgia State University Law Review*, vol. 25, Issue 2, 2008.
- Cleton, Robert; "Limitation of Liability for Maritime Claims", in: *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague 1983.
- Damar, Duygu; "Willful Misconduct in International Transport Law", Springer, 2011.
- Force, Robert; *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center Publication, 2004.

-
- Gauci, Gotthard; "Limitation of Liability in Maritime Law: An Anachronism?", in: *Marine Policy*, vol. 19, issue 1, 1995.
 - Giaschi, Christopher J., "Canadian Law of Carriage of Goods by Sea: An Overview", *Giaschi & Margolis*, Vancouver, November 2004.
 - Güner-Özbek, Meltem Deniz; "The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Hamburg Studies on Maritime Affairs", Springer, vol. 12, Chapter 5, 2008.
 - Katz, Charles D., "Recognizing the Need for International Exclusion of Pleasure Craft from Limitation of Liability Statutes", *Fordham International Law Journal*, vol. 6, issue 3, 1982.
 - Killingbeck, Serge; "Limitation of Liability for Maritime Claims and Its Place in the Past Present and Future: How Can It Survive?", *Southern Cross University Review*, vol. 3, 1999.
 - Lansakara, Francis, "Maritime Law of Salvage and Adequacy of Laws Protecting the Salvors' Interest", in: *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, vol. 6.
 - Li, Kevin X., "Development of Maritime Limitation of Liability in China (1993–2011)", *Hong Kong Law Journal*; vol. 42, No. 1, 2012.
 - Luttenberger, Axel, Rukavina, Biserka, Rak, Loris, "Issues on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damages from Ships", 12th International Conference on Traffic Science, *Slovenian Society of Traffic Science*, University of Ljubljana, Faculty of Maritime Studies, Portorož, 2009.
 - Martínez Gutiérrez, Norman A.; *Limitation of Liability in International Maritime Convention: The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes*, Routledge, IMLI Studies in International Maritime Law, 2012.
 - Matison, Katie Smith, "Comparison of Shipowners' Limitation of Liability Schemes", *Lloyd's Maritime Training Programme*.
 - O'Brien, Robert P., "Admiralty Jurisdiction over Pleasure Craft Torts", *Maryland Law Review*, vol. 36, issue 1, 1976.
 - Qingyue, Xu, "Limitation of Liability the Developments, Problems and Future", *Thesis, World Maritime University*, Sweden, 2000.
 - Røsæg, Erik, "Liability and Compensation with Regard to Places of Refuge", *Thesis, Scandinavian Institute Of Maritime Law*, University of Oslo, 2012.
 - Smeele, Frank, "The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2007 & 2008 Hamburg Studies on Maritime Affairs", Chapter 6, *International Civil Litigation and the Pollution of the Marine Environment*, Springer, vol. 16, 2010.
 - Stephen M. Calde, "An Overview of Maritime Law", *Pennsylvania Bar Institute*, 2012.
 - Taheri, Kourosh, "Limitation of Liability for Maritime Claims: Multiple

-
- Perspectives and Legal Implications”, *Thesis, Lund University, Faculty of Law*, 2013.
- Tetley, William, “Canadian Maritime Law”, in: *International Maritime and Commercial Law Yearbook*, 2006.
 - Van der Puil, John & Van Weele, Arjan; *International Contracting: Contract Management in Complex Construction Projects*; 1st Edition; Imperial College Press, 2013.
 - Windahl, Jesper, “Global Limitation of Maritime Claims and The Brussels Regulation”, in: *Journal of Law and Economics*, vol. XLIV, No. 6, 2009.
 - <http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html> (last seen 2015/8/12).

رجوع از ایجاب در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)

فخرالدین اصغری آق‌مشهدی*

حسین کاویار**

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23531

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۴/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۱۰

چکیده

مفهوم و ماهیت ایجاب، علی‌رغم سادگی ظاهری‌اش، حاوی مباحث عمیقی است که قانون مدنی ایران به آن نپرداخته است. ایجاب، نخستین اراده‌انشایی قرارداد است و ممکن است قبل از قبول، مانند هر وجود اعتباری دیگری زوال یابد. رجوع موجب از مهم‌ترین اسباب زوال ایجاب است که به اراده یک‌جانبه موجب واقع می‌شود. در این مقاله به بررسی رجوع از ایجاب در مهم‌ترین سند تجارت بین‌الملل یعنی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پرداخته می‌شود. کنوانسیون، یکی از مهم‌ترین اسناد تجاری است که آیین تمام‌نمای اندیشه‌های متفکرین دو سوی حوزه آتلانتیک شمالی (رومی ژرمنی - کامن‌لا) است. آیا موجب پیش از قبول، التزامی به نگهداشتن آن دارد یا در رجوع از آن آزاد است؟ آیا ایجاب نافذ (یعنی ایجابی که به مخاطب واصل شده است)، قابل رجوع فرض می‌شود؟ در گام بعدی، چه محدودیت‌هایی باید بر حق رجوع موجب تحمیل کرد؟ آیا در رجوع از ایجاب، اطلاع مخاطب شرط است؟ آیا رجوع از ایجاب عام امکان‌پذیر است؟

واژگان کلیدی

ایجاب، استرداد، رجوع، تعهد به عدم رجوع، اتکای مخاطب

مقدمه

رجوع برای بازگرداندن آثار چند عمل حقوقی محدود مانند عقد، ایقاع و ایجاب به کار می‌رود.

* f.asghari@umz.ac.ir

* نویسنده مسئول، استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

** h.kaviar@umz.ac.ir

** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد میمه

معنای رجوع، بازگشت به وضع سابق است و انحلال عقد در آن، جنبه مقدماتی دارد. به همین دلیل، رجوع در صورتی امکان دارد که عین آنچه از دست رفته، موجود باشد.^۱ رجوع از ایقاعات، و عمل حقوقی یک‌جانبه است و قائم به تراضی نیست.^۲

پروفسور هرمن /ولیفانت^۳ در تعریف رجوع از ایجاب چنین می‌گوید: رجوع^۴ یا استرداد^۵ ایجاب به‌طور معمول برای بیان انگاره (نیت) برگشت و واژگونی مقصود و منظور مفاد ایجاب گوینده ایجابی است که اراده‌اش به مخاطب اطلاع داده شده است. این اندیشه در برخی از دعاوی، منسوخ و مطرود شده است که تغییر قصد اطلاع‌داده‌نشده برای زوال قدرت انشایی قبول مخاطب کافی است. این فرضیه متکی بر این ایده است که مسئولیت انشایی موجب، طبق اراده واقعی^۶ اش تشخیص داده می‌شود نه بر اساس اظهار قصد ظاهری.^۷ این ایده اکنون پابرجا و برقرار است که عنصر ابلاغ و اطلاع،^۸ عنصری کارگر و مؤثر در تعریف زوال ایجاب است. تغییر اراده و نیت (قصد) علی‌رغم ضرورتش، اهمیت ناچیزی دارد. از این رو بهتر است تا عدول از ایجاب این‌گونه تعریف شود: «اطلاع از تغییرات حادث در قصد موجب». انقضای ایجاب،^۹ به‌طور عادی و خیلی معمول برای تمیز شرایطی که ایجاب به‌واسطه رجوع موجب زایل می‌شود و شرایطی که به‌واسطه رد مخاطب زایل می‌شود به‌کار می‌رود.

همان‌طور که نفس خلاق می‌تواند آثار حقوقی به وجود آورد می‌تواند اثر حقوقی موجود را معدوم کند. مثلاً ابراء‌کننده به‌وسیله قصد انشاء خود، اثر حقوقی موجود (یعنی دین) را از اعتبار می‌اندازد. اگر ایجاب‌کننده، حق عدول از ایجاب را داشته باشد می‌تواند اثر حقوقی ایجاب را معدوم کند و مانع تحقق عقد شود.^{۱۰}

اصطلاح رجوع از ایجاب (بالمعنی الاعم) در سه مقطع زمانی قابل تصور است:

۱. پیش از وصول به مخاطب؛
۲. پس از وصول به مخاطب و پیش از قبول؛ و
۳. پس از قبول.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ پنجم (ویرایش جدید)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۵۳-۵۲.

۲. ن.ک: محمدجعفر جعفری لنگرودی؛ الفاروق: دایره‌المعارف عمومی حقوق، جلد ۳، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۳۲.

3. Oliphant, Herman, "The Duration and Termination of an Offer", *Michigan Law Review*, vol. 18, No. 3, 1920, pp. 201-202.

4. Revocation

5. Withdrawal

6. Actual state of mind

7. Mind apparent

8. Communication

9. Lapse of an offer

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۵۴؛ همو؛ مبسوط در

ترمیمولوژی حقوق، جلد ۴، گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۱، ص ۲۵۱۳.

رجوع در حالت سوم، یعنی پس از قبول، فقط از طریق فسخ بالخیار یا اقاله امکان دارد.^{۱۱} فی‌الواقع با توجه به مفهوم مخالف ماده (۱) ۱۶ کنوانسیون بعد از انعقاد عقد، رجوع از ایجاب ممکن نیست. لذا حالت سوم، خروج موضوعی از بحث حاضر دارد. آنچه محل بحث در این مقاله است رجوع در حالت اول و دوم است. تفاوت ظریفی بین رجوع در حالت اول و حالت دوم وجود دارد که ابتدا به آن پرداخته می‌شود:

۱. تمایز استرداد و رجوع

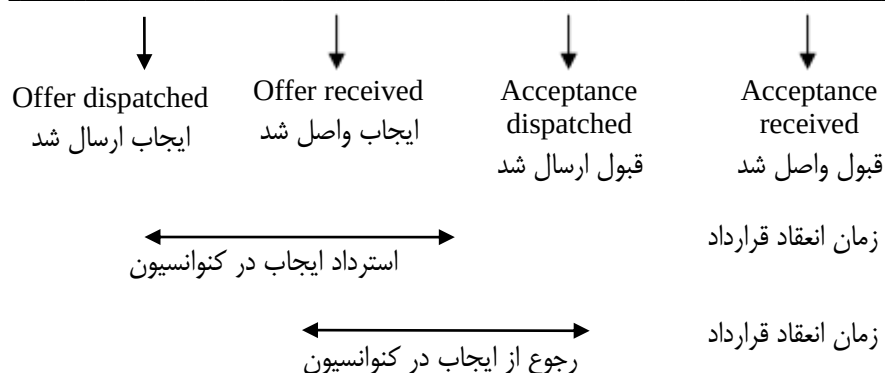
برای اینکه مخاطب ایجاب بتواند قبولی خود را اعلام کند، ایجاب نباید زایل شود. در کنوانسیون، تفاوتی ظریف بین دو اصطلاح *withdrawal* و *revocation* ترسیم شده است. اصطلاح *withdrawal* زمانی به کار می‌رود که موجب قبل از (یا هم‌زمان با) وصول ایجاب به مخاطب، از ایجابش منصرف می‌شود و اصطلاح *revocation* مختص زمانی است که موجب بعد از وصول ایجاب به مخاطب، رجوع و ایجابش را مختومه اعلام می‌کند.^{۱۲} جیولا /تورسی^{۱۳} در کتاب تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی می‌گوید: «کلید تمایز این دو واژه در تفاوت دوره‌هایی است که قرارداد در آن منعقد می‌شود. در دوره اول، یک ایجاب داده می‌شود و هنگامی که به مخاطب می‌رسد نافذ می‌شود. تا این زمان واژه استرداد *withdrawal* به کار برده می‌شود تا نشان دهد که موجب می‌خواهد خود را از تعهد حاصله از پیشنهاد خلاص کند. دومین دوره انعقاد قرارداد از موقع رسیدن پیشنهاد تا موقعی است که با قبول به اتمام می‌رسد. در این دوره پیشنهاد نافذ می‌شود و لذا چنانچه موجب بخواهد از پیشنهاد خود برگردد از کلمه رجوع *revocation* استفاده شده است. بنابراین این دو اصطلاح را باید به صورت متمایز نگه داشت زیرا ثمرات قانونی آن‌ها متفاوت است».^{۱۴} کنوانسیون نیز بین این دو اصطلاح، قائل به تمییز شده است. در ماده ۱۵ به موضوع استرداد از ایجاب و در ماده ۱۶ به موضوع رجوع از ایجاب، پرداخته شده است. شکل زیر، تصویری از مفاهیم «استرداد» و «رجوع» از ایجاب را در مراحل مختلف شکل‌گیری قرارداد نشان می‌دهد:

۱۱. ن.ک: کاتوزیان؛ همان، ص ۱۴؛ فخرالدین اصغری آق‌مشهدی؛ اسباب سقوط تعهدات، انتشارات دانشگاه مازندران، بابلسر، ۱۳۹۲، ص ۷۱ به بعد.

۱۲. Schlechtriem, P., *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz Pub, 1st Edition, 1986, p. 52.

۱۳. Gyula Eörsi

۱۴. بیانکا. سی. ام، بونل، ام. جی؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۱، ترجمه: مهراب داراب‌پور، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۰۵؛ ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی؛ حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۱۹.



کنوانسیون، محدودیت‌های کمی برای حق «انصراف» از ایجاب^{۱۵} در بند ۲ ماده ۱۵ وضع کرده است؛ اگرچه حق «رجوع» از ایجاب^{۱۶} به چند طریق در ماده ۱۶ در قالب یک اصل و چند استثنا بیان شده است.

۲. زمان نفوذ ایجاب (بند ۱ ماده ۱۵)

در بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون مقرر شده است که ایجاب هنگامی نافذ می‌شود که به مخاطب واصل شود. برای تعریف «وصول» باید به ماده ۲۴ مراجعه کرد. وصول در کنوانسیون در ماده ۲۴ چنین تعریف شده است: «اعلام قبول یا سایر انواع بیان اراده، هنگامی به مخاطب واصل می‌شود که شفافاً به اطلاع وی رسانده شود یا به طریق دیگر به شخص او، به محل تجارت او یا به نشانی پستی‌اش و چنانچه محل تجارت یا نشانی پستی نداشته باشد به محل اقامت عادی او تحویل شود».^{۱۷} تعیین زمان نفوذ ایجاب از آن حیث واجد اهمیت است که از این طریق، لحظه دقیقی که از آن به بعد، مخاطب ایجاب می‌تواند ایجاب را بپذیرد مشخص و بدین ترتیب، موجب

15. Right to “withdraw” the offer

16. Right to “revoke” the offer

۱۷. ن.ک: دعاوی زیر:

CLOUT Case No. 430 [Oberlandesgericht München, Germany, 3 December 1999], see also Unilex (citing articles 14, 15(1), 18 and 23); CLOUT case No. 308 [Federal Court of Australia, 28 April 1995], excerpt available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428a2.html> (citing articles 8, 11, 15 (1), 18 (1) and 29 (1) when holding that parties had concluded contract with a retention of title clause). The following decisions cite article 15 in general, but because they do not involve withdrawal of an offer—the issue addressed in article 15(2)—the citations effectively refer to paragraph (1) of article 15: CLOUT case No. 318 [Oberlandesgericht Celle, Germany, 2 September 1998] (citing articles 14, 15 and 18 when finding that parties had concluded a contract); Landgericht Oldenburg, Germany, 28 February 1996, Unilex (citing articles 14, 15, 16, 17, 18 and 19); CLOUT case No. 291 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 23 May 1995] (citing articles 14, 15, 18 (3), 19 (1) and (3)) (see full text of the decision); Landgericht Krefeld, Germany, 24 November 1992, English translation available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921124g1.html> (citing articles 15 and 18).

به‌طور قطعی در برابر قرارداد پیشنهادی ملتزم می‌شود. دلیل دیگر برای تعیین لحظه نفوذ ایجاب این است که تا آن زمان، موجب آزاد است که از نظرش بازگردد و تصمیم بگیرد که اصلاً قرارداد را منعقد نکند یا ایجاب اولیه را با ایجاب جدیدی جایگزین سازد، صرف‌نظر از اینکه قصد وی این بوده که ایجاب قابل‌رجوع باشد یا خیر.

ایجاب نمی‌تواند قبل از نافذشدن (یعنی قبل از وصول به مخاطب) قبول شود، هرچند مخاطب به مفاد ایجاب، مطلع و مشرف باشد.^{۱۸}

بند ۱ ماده ۳-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۲۰۱۰) نیز مشابه بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد که: «ایجاب وقتی نافذ می‌شود که مخاطب ایجاب آن را وصول کند».^{۱۹} درباره اصل «وصول»، مهم است که به‌دقت تعیین شود که ابلاغ مورد نظر، چه موقع به طرف خطاب واصل می‌شود. در ماده ۲۴ کنوانسیون، تمایزی بین ابلاغ‌های شفاهی و غیرشفاهی در نظر گرفته شده است. همین تمایز در بند ۳ ماده ۱۰-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۲۰۱۰) به همین شیوه بیان شده است: «یک اختاریه هنگامی توسط شخصی وصول می‌شود که به‌طور شفاهی به اطلاع آن شخص رسانده شود یا به محل تجاری یا نشانی پستی آن شخص تحویل شود». ابلاغ شفاهی در صورتی به طرف خطاب واصل می‌شود که شخصاً خطاب به او انجام شده باشد یا خطاب به شخص دیگری باشد که از سوی او برای دریافت آن مجاز باشد. ابلاغ غیرشفاهی به‌محض تسلیم به طرف خطاب، شخصاً یا به محل تجاری یا نشانی پستی (یا الکترونیک) وی واصل می‌شود. لازم نیست که این ابلاغ، به دست طرف خطاب برسد یا او آن را مطالعه کرده باشد. کافی است که به کارمند طرف خطاب که مجاز به قبول آن است تحویل یا در صندوق پستی طرف خطاب انداخته شود یا با دورنگار، تلکس، یا درمورد مکاتبات الکترونیکی، هنگامی که امکان بازکردن آن از سوی طرف خطاب در نشانی الکترونیکی تعیین‌شده، از سوی او وجود داشته باشد.^{۲۰}

درمورد مکاتبات الکترونیکی وفق بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵): «زمان وصول ارتباط الکترونیکی هنگامی است که ارتباط الکترونیکی، توسط مخاطب در نشانی الکترونیکی که او طراحی کرده، قابل دسترسی است. زمان وصول ارتباط الکترونیکی در دیگر نشانی الکترونیکی مخاطب، هنگامی است که توسط او در آن نشانی قابل دسترسی است و مخاطب آگاه می‌شود که ارتباط الکترونیکی به نشانی او ارسال شده است. چنین فرض می‌شود که ارتباط الکترونیکی، هنگامی

18. Schlechtriem, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (Translated by: Geoffrey Thomas), Oxford: Clarendon Press, 1st Edition, 1998, p. 115.

۱۹. ن.ک: بهروز اخلاقی و فرهاد امام؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، چاپ سوم (بر اساس ویرایش ۲۰۱۰)، شهر دانش، ۱۳۹۳، صص ۴۸-۴۹.

۲۰. ن.ک: اخلاقی و امام؛ همان، ص ۳۹.

که به نشانی الکترونیکی مخاطب می‌رسد در دسترس اوست». البته این موضوع مهم همچنان مطرح است که آیا بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۰، ابلاغ الکترونیکی، از قسم ابلاغ‌ها و ارتباطات فوری به حساب می‌آید که باید به‌طور شفاهی به طرف گفته شود یا غیرفوری است که باید به محل تجاری یا سکونت ایشان تحویل شود. در سال ۲۰۰۳ شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در خصوص تعریف اصطلاح “reaches” مندرج در ماده ۲۴ کنوانسیون چنین اظهارنظر کرد: «اصطلاح “reaches” در ارتباط با زمان، مربوط به جایی است که ارتباط الکترونیکی وارد سرور مخاطب شده است، مشروط به اینکه مخاطب به‌نحو صریح یا ضمنی به دریافت ارتباط الکترونیکی از آن نوع، در آن فرمت و در آن نشانی راضی باشد. اصطلاح “orally” مشتمل است بر مخابره صدا و دیگر ارتباطات به‌نحو الکترونیکی، به‌نحو آنی و بی‌درنگ، مشروط بر اینکه مخاطب به‌نحو صریح یا ضمنی به دریافت ارتباط الکترونیکی از آن نوع، در آن فرمت و در آن نشانی راضی باشد».^{۲۱} شورای مذکور، ذیل بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون در راستای اهداف این مقرره، «اصطلاح “reaches” را زمانی فرض می‌کند که ارتباط الکترونیکی وارد سرور مخاطب شود».^{۲۲}

۳. استرداد ایجاب (بند ۲ ماده ۱۵)

در روز اول ژوئن، فروشنده نامه‌ای به‌منظور فروش کالاهایی معین و با قیمتی اعلام‌شده برای خریدار ارسال کرد. ایجاب، همچنین بیان می‌کرد که تا تاریخ ۱ ژوئن، لازم و غیرقابل‌رجوع است. تحویل نامه فروشنده به خریدار، یک هفته به طول انجامید. در روز ششم ماه ژوئن، قبل از اینکه خریدار، نامه روز یکم ژوئن را دریافت کند، فروشنده با خریدار تماس گرفت و بیان کرد که به دلیل عدم توجه شما به نامه‌ای که در یک ژوئن برای شما فرستادم، تصمیم گرفتم که از ایجاب در نامه انصراف دهم. زمانی که نامه فروشنده به دست خریدار رسید وی بیان کرد که ایجاب را قبول کرده است. در ماده ۱۵ به این پرسش پاسخ داده شده است که آیا طرفین در مثال بالا طبق قرارداد متعهد می‌شوند یا خیر:

«۱. ایجاب، هنگامی که به مخاطب ایجاب واصل شد، نافذ می‌شود.

۲. ایجاب حتی در صورتی که غیرقابل‌رجوع باشد، قابل انصراف است، مشروط بر اینکه انصراف، قبل یا هم‌زمان با ایجاب به مخاطب واصل شود».

21. CISG-Advisory Council Opinion No. 1, Electronic Communications Under CISG (Aug. 15, 2003), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>.

22. CISG-Advisory Council Opinion No. 1, Electronic Communications under CISG (Aug. 15, 2003); See, Martin, C. H., “The Electronic Contracts Convention, the CISG, and New Sources of E-Commerce Law”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 16, No. 2, 2008, p. 483.

در مثال بالا از *هانولد*، در روز ششم ژوئن، ایجاب هنوز به دست مخاطب ایجاب نرسیده بود و در نتیجه هنوز نافذ نیست. این بیانیه که نمی‌توان تا روز اول ماه ژوئن به ایجاب استناد کرد هنگامی تعهدآور می‌شود که به دست مخاطب ایجاب رسیده باشد. ولی این ایجاب به این دلیل که انصراف، قبل از ایجاب به دست مخاطب ایجاب رسیده است، هیچ‌گاه نافذ نخواهد بود. مبنایی که از ماده ۱۵ حمایت می‌کند این است که اجرای قرارداد برای حمایت از انتظارات و توقعات طرفین قرارداد، طراحی و تنسيق شده است که هیچ‌یک از آن‌ها در این مورد، قبل از اینکه موجب از ایجاب انصراف دهد، به‌وجود نمی‌آید. ماده (۲) ۱۸ نیز یک قاعده موازی با ماده (۲) ۱۵ وضع کرده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «قبول ایجاب از لحظه وصول اعلام رضا به موجب، نافذ می‌شود. هرگاه اعلام رضا ظرف مدتی که موجب تعیین کرده یا در صورت عدم تعیین مدت، ظرف یک مدت متعارف به وی واصل نشود، قبول نافذ نخواهد بود».^{۲۳}

به‌عنوان قاعده کلی، ایجاب در هر زمانی قبل از قبولی قابل استرداد است.^{۲۴} استرداد ایجاب، صرفاً با انجام عمل مغایر با ایجاب نیست (مثل فروش موضوع معامله).^{۲۵} آگهی و علم به استرداد ایجاب باید واقعاً به مخاطب ایجاب واصل شود. بنابراین صرف پست‌کردن نامه استرداد کافی نیست. سال ۱۸۸۰ در قضیه *Byrne & Co v. Leon van Tienhoven*^{۲۶} ایجاب فروش اوراق آهن در تاریخ ۱ اکتبر در کاردیف پست شد و مورخ ۱۱ اکتبر در نیویورک به مخاطب واصل شد. مخاطبین بلافاصله ایجاب واصل‌شده را با ارسال تلگرام در تاریخ ۱۵ اکتبر قبول کردند. در این اثنا، موجبین در تاریخ ۸ اکتبر از ایجابشان منصرف شده بودند اما تا تاریخ ۲۰ اکتبر، نامه انصراف از ایجابشان به مخاطبین واصل نشده بود. دادگاه مقرر داشت که قرارداد منعقد شده است زیرا نامه انصراف، هم‌زمان با قبول ایجاب واصل نشده بود. بنابراین قرارداد معتبر منعقد شده بود علی‌رغم اینکه طرفین اذعان داشتند در توافق و تراضی با یکدیگر نیستند.^{۲۷} از قضیه *بایرن علیه وان تین هوون* این قاعده استنتاج می‌شود که ایجاب می‌تواند به‌وسیله موجب در هر زمانی پیش از قبول، استرداد شود ولی به‌هر حال استرداد ایجاب، تنها در صورتی مؤثر و کارگر است که به مخاطب ایجاب، واصل شود.

باید به دو نکته ذیل بند ۲ ماده ۱۵ توجه شود:

23. Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 3rd Edition, 1999, p. 158.

24. *Rout ledge v. Grant* (1828) 4 Bing 653; *Offord v. Davies* (1862) 12 C.B.N.S. 748; *Turk v. Baker* (1990) 2 E.G.L.R. 195; *Scammell v. Dicker* (2001) 1 W.L.R. 631; *Birclun Co Nominees (No.2) v. Worrell Holdings* [2001] EWCA Civ 775; (2001) 82 P. & C.R. 472 at [24], [35]; *Dunmore v. Alexander* (1830) 8 Shaw 190.

25. *Adams v. Lindsell* (1818) 1 B. & Aid. 681.

26. (1880) 5 C.P.D. 344.

27. Treitel, S. G., *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 11th Edition, 2003, p. 41.

۱- هیچ ضرورتی ندارد که اعلام انصراف در فرم و به شیوه خاصی ابراز شود (ن.ک: ماده ۹۶ کنوانسیون).

۲- عبارات بند ۲ ماده ۱۵ به‌وضوح صراحت دارد که اطلاع از استرداد باید به‌طور واقعی به مخاطب ایجاب واصل شود تا استرداد نافذ شود.^{۲۸}

وین شپ^{۲۹} می‌گوید: «کنوانسیون، به‌طور صریح، استرداد از ایجاب، حتی ایجاب غیرقابل‌رجوع را مجاز می‌دارد مشروط بر اینکه استرداد پیش از وصول ایجاب یا هم‌زمان با وصول ایجاب به اطلاع مخاطب برسد. رویه قضایی کمتری در ارتباط با اعتبارات اسنادی در قیاس با قراردادهای فروش وجود دارد. ممکن است آرایه که مقرر می‌دارد که اعتبار اسنادی غیرقابل‌رجوع، قابل استرداد نیست، به قرارداد بیع تعمیم نیابد».^{۳۰}

هائول سوآلی را در ارتباط با بند ۲ ماده ۱۵ مطرح می‌کند و آن اینکه آیا قید «... مشروط بر اینکه اعلام استرداد، پیش از وصول ایجاب یا هم‌زمان با آن به مخاطب برسد» برای موردی است که ایجاب به‌صورت غیرقابل‌رجوع باشد، یا شامل مورد ایجاب قابل‌رجوع هم می‌شود؟ به نظر می‌رسد که این قید فقط برای موردی است که ایجاب به‌صورت غیرقابل‌رجوع اعلام می‌شود زیرا با توجه به ماده ۱۶ ک. ایجاب ساده و مطلق، حتی بعد از وصول به مخاطب هم قابل‌رجوع است، مشروط بر اینکه نامه رجوع، قبل از ارسال قبول، به مخاطب برسد.^{۳۱}

۲۸. در قضیه تنکس/استیم‌شیپ (*Tenax Steamship Co. v. Owners of the Motor Vessel Brimnes*) خوانده یک کشتی را از خواهان اجاره کرد اما اجاره‌بهای آن را در سررسید پرداخت نکرد. خواهان یک پیام از طریق تلکس برای او ارسال کرد و ضمن آن قرارداد را فسخ و استفاده خوانده را از کشتی منع کرد. دادگاه استیناف مقرر داشت که فسخ، هنگامی که به مرکز اداره شرکت خوانده رسیده، واقع شده است نه هنگامی که خواندگان، نامه را واقعاً خوانده‌اند. آنه راف از این رأی، سه نتیجه می‌گیرد:

اول. اگرچه موضوع این قضیه، استرداد ایجاب نیست و فسخ قرارداد، موضوع آن است، ولی از حیث اعمال قاعده در خصوص وصول، با قضایایی که موضوع آن استرداد ایجاب است، شباهت دارد.

دوم. اگر وصول پس از ساعت اداری شرکت محقق شود، از ابتدای شروع روز کاری بعد منشأ اثر می‌شود (*See, Schelde Delta Shipping BV v. Astarte Shipping Ltd (The "Pamela")*).

سوم. هنگامی که یک ایجاب یک‌جانبه استرداد می‌شود، ابلاغ واقعی استرداد ایجاب، ضروری نیست. موجب ملزم است که برای آگاه‌ساختن آن دسته از مخاطبان ایجاب که علی‌القاعده از ایجاب اولیه آگاهی داشته‌اند در خصوص استرداد ایجاب، گام‌های منطقی را بردارد (ن.ک: آنه راف؛ قواعد حقوقی قرارداد/انگلستان از نگاه رویه قضایی، ترجمه: سیدمهدی موسوی، میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۲).

نگارندگان با نتیجه سوم آنه راف مخالف و معتقدند که با توجه به بند ۲ ماده ۱۵ و همچنین تعریف وصول در ماده ۲۴ ک. اطلاع از استرداد باید به‌طور واقعی به مخاطب ایجاب، وصول شود.

29. Winship

30. Winship, Peter, "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *International Lawyer*, vol. 17, 1983, p. 9.

۳۱. صفایی، حسین و همکاران؛ حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، چاپ سوم (با تجدیدنظر و اضافات)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۴۱.

استرداد ایجاب به زوال و ختم ایجاب منتج می‌شود. ایجاب مجدداً قابل استرداد نیست بلکه باید ایجاب جدید، جایگزین آن شود؛ اگرچه در اوضاع و احوال خاصی، اعلامیه حاوی قبول، علی‌رغم استرداد ایجاب در بازه زمانی معین، ممکن است به‌عنوان ایجاب، مؤثر واقع شده و سبب شود که روابط بین فروشنده و خریدار، دوباره از سرگرفته شود.^{۳۲}

۳-۱. استرداد ایجاب عام

به نظر می‌رسد استرداد نافذ و مؤثر ایجاب عام، وابسته به شرایط مشابهی است که بر نفوذ ایجاب عام حکومت می‌کند. جایی که ایجاب عام، با وصول به مخاطب نافذ می‌شود، به‌طور متعارف از موجبِ منصرف از مفاد ایجاب می‌توان انتظار داشت که اعلامیه انصرافش به مخاطب ایجاب واصل شود. از سوی دیگر، جایی که ایجاب عام بدون وصول به مخاطب نافذ می‌شود، انصراف از این ایجاب نیز به همان شیوه‌ای که منتشر شده است باید ممکن باشد.^{۳۳} این رویکرد مبتنی بر جمله دوم ماده (۱) ۶۵۸ قانون مدنی آلمان است.^{۳۴} همچنین در نظام‌های حقوقی که ایجاب عام را به رسمیت شناخته‌اند می‌تواند رویکرد مقبولی باشد.^{۳۵}

در نتیجه، در ایجاب عام (مثل جعاله خطاب به عموم)، ایجاب در صورتی می‌تواند به‌درستی مسترد شود که اقدامات متعارف برای مطلع کردن اشخاصی که احتمال قبولی آنان می‌رود انجام گیرد.^{۳۶} در قضیه *Shuey v. United States, 92 U.S. 73 (1875)* که در دادگاه عالی آمریکا تصمیم‌گیری شد، وزارت جنگ آمریکا طی اطلاعیه‌ای در ۲۰ آوریل ۱۸۶۵ تعهد به پرداخت جایزه به اشخاصی کرده بود که اطلاعاتی درمورد اشخاص ذکرشده در اطلاعیه ارائه بدهند و اطلاعات مذکور موجب دستگیری آن افراد شود. این اطلاعیه، محدود به دوره زمانی خاصی نبود. در ۲۴ نوامبر ۱۸۶۵، رئیس‌جمهور آمریکا طی دستوری، پیشنهاد پاداش مذکور در اطلاعیه را لغو کرد. خواهان در سال ۱۸۶۶، بدون اینکه از لغو اطلاعیه آگاهی داشته باشد، اطلاعاتی را درمورد یکی از اشخاص مذکور در اطلاعیه در اختیار مقامات آمریکایی قرار داد و در نتیجه، شخص مذکور بازداشت شد. دادگاه عالی آمریکا با استناد به اینکه خواهان تا قبل از لغو اطلاعیه، هیچ کاری با تکیه بر آن نکرده بود، دادخواست وی را برای تقاضای پاداش، رد کرد.

32. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 116.

33. *Ibid.*

34. در این ماده مقرر شده است: «تعهد به پاداش (جعاله) تا زمانی که عمل انجام شده است قابل انصراف است. انصراف، هنگامی مؤثر می‌شود که به طریقی ابراز شود که تعهد به پاداش (جعاله) ابراز شده بود».

35. Schlesinger, R. B., *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, NY: Oceana Publications, 1st Edition, 1968, p. 113.

36. داکسبری، روبرت؛ مروری بر حقوق قراردادهای در انگلستان، ترجمه و توضیحات: حسین میرمحمد صادقی، حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۳۶.

۲-۳. استرداد ایجاب الکترونیکی

برخلاف ماده ۱۲ کنوانسیون مربوط به قانون متحدالشکل ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع بین‌المللی اموال منقول، مصوب ۳۷۱۹۶۴ (موسوم به ULF)، کنوانسیون وین، ابزار خاصی را برای اعلام ایجاب، قبول، استرداد یا رجوع از ایجاب مشخص نکرده است. ماده ۲۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «در مواردی که هر نوع اخطار، تقاضا یا سایر انواع مراسلات توسط یکی از طرفین مطابق این فصل و با وسایلی متناسب با اوضاع و احوال، صادر یا انجام می‌شود، تأخیر یا اشتباه در ارسال یا عدم وصول آن، او را از حق استناد به مراسلات مذکور، محروم نمی‌سازد مگر اینکه در این فصل از کنوانسیون، طور دیگری تصریح شده باشد».

در مکاتبات الکترونیکی، شورای مشورتی کنوانسیون وین در سال ۲۰۰۳ ذیل بند ۲ ماده ۱۵ چنین مقرر داشت که: «ایجاب، حتی اگر غیرقابل رجوع باشد، می‌تواند مسترد شود، مشروط بر اینکه انصراف، قبل از وصول یا هم‌زمان با وصول ایجاب به مخاطب، وارد سرور وی شود. پیش‌شرط ضروری برای استرداد ایجاب الکترونیکی این است که مخاطب به‌نحو صریح یا ضمنی به دریافت ارتباط الکترونیکی از آن نوع، در آن فرمت و به آن نشانی رضایت دهد».^{۳۸}

۳-۳. اثر مرگ، حجر و ورشکستگی موجب قبل از وصول اعلامیه استرداد به مخاطب

در کنوانسیون، هیچ مقرره‌ای در مورد وقایع حقوقی فوق‌الذکر نیست. ماده (۳) ۴ پیش‌نویس قانون متحدالشکل انعقاد قرارداد بیع بین‌المللی (۱۹۵۸) مقرر می‌داشت که مرگ یا حجر در برخی اوضاع و احوال، می‌تواند مجوز استرداد ایجاب باشد. همین‌طور ممکن است مخاطب ایجاب اجازه بدهد تا پیشنهاد منقضی شود. کمیته مربوط به شکل و انعقاد قرارداد، چهار توصیه را دریافت کرد: یک توصیه این بود که گفته شود، ایجاب منقضی نخواهد شد؛ توصیه دیگر این بود که موجب باید منقضی شود و سومین توصیه مقرر می‌داشت که می‌توان از ایجاب عدول کرد و چهارمین توصیه عنوان می‌کرد که بین مرگ و حجر موجب و مرگ و حجر مخاطب ایجاب باید تمایز قائل شد. به‌جای چهارمین پیشنهاد گفته شد که ماده (۳) ۴ پیش‌نویس ۱۹۵۸ حذف شود. تصمیم نهایی در ماده ۱۱ کنوانسیون مربوط به قانون متحدالشکل ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع

37. Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (The Hague, 1964).

قواعد مربوط به انعقاد قرارداد بیع کنوانسیون که قسمت عمده آن از قواعد کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه، معروف به ULF اقتباس شده است موضوع فصل دوم کنوانسیون است.

(See, Honnold, John. (1964). The 1964 Hague "Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, No. 3, pp. 451-453).

38. CISG-Advisory Council Opinion No. 1, Electronic Communications under CISG (Aug. 15, 2003), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>.

بین‌المللی اموال منقول، مصوب ۱۹۶۴ تجلی پیدا کرد که مقرر می‌داشت مرگ و حجر یکی از طرفین، قبل از قبول، اثری در انعقاد قرارداد ندارد مگر اینکه قصد طرفین، برخلاف این باشد یا عرف و عادت یا مقتضای قرارداد، خلاف آن را مقرر دارد. کنوانسیون وین، کماکان در مورد این موضوع، سکوت کرده است. بحث در مورد افلاس و ورشکستگی، نه در کنفرانس ۱۹۶۴ لاهه بررسی شد و نه در کنفرانس وین. لذا به نظر می‌رسد که موضوعات مرتبط با مرگ، حجر و ورشکستگی، تابع قانون ملی حاکم بر قرارداد است.^{۳۹}

۴. رجوع از ایجاب (ماده ۱۶)

ماده ۱۶ کنوانسیون در بند ۱ به اصل قابلیت رجوع از ایجاب اشاره دارد: «۱. مادام که قرارداد منعقد نشده است ایجاب قابل رجوع است، به شرطی که رجوع پیش از آنکه مخاطب ایجاب، قبولی خود را ارسال دارد، به وی واصل شود». لیکن اصل قابلیت رجوع از ایجاب، عمیقاً به علت بند ۲ فرسوده می‌شود: «۲. با وجود این در موارد ذیل نمی‌توان از ایجاب رجوع کرد: الف) در صورتی که ایجاب به واسطه قید زمان معین جهت قبول آن یا به علت دیگر، حکایت از این داشته باشد که غیر قابل رجوع است؛ یا ب) هرگاه تکیه مخاطب بر ایجاب به عنوان ایجاب غیر قابل رجوع، امری معقول بوده و بر همان اساس عمل کرده باشد».

۴-۱. خطوط کلی

یکی از موضوعات بسیار پیچیده در طول بررسی پیش‌نویس کنوانسیون، بررسی این سؤال بود که آیا ایجاب نافذ^{۴۰} (یعنی ایجابی که به مخاطب واصل شده است) قابل رجوع فرض می‌شود یا غیر قابل رجوع؟ و در گام بعدی، چه محدودیت‌هایی باید بر حق رجوع موجب تحمیل کرد؟^{۴۱} این موضوع به دلیل وجود دو دیدگاه متعارض در نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی، مشکل حادی به نظر می‌رسید. /تورسی^{۴۲} در تقسیم‌بندی میان نظام‌های حقوقی، سه گرایش و رویکرد را در رابطه با رجوع از ایجاب بیان می‌کند:

۳۹. بیانکا و بونل؛ همان، صص ۲۰۹-۲۱۰.

۴۰. "Effective" offer

۴۱. See, Malik, Shahdeen, "Offer: Revocable or Irrevocable. Will Art. 16 of the Convention on Contracts for the International Sale Ensure Uniformity?", *Indian J. Int'l L.*, vol. 25, 1985, pp. 26-49; Eörsi, G. (1979). "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, pp. 311-323; Murray, John E. (1988). "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, pp. 11-51.

۴۲. ن.ک: بیانکا و بونل؛ همان، ص ۲۱۴.

۱. اصولاً در نظام حقوقی کامن‌لا، ایجاب قابل‌رجوع است^{۴۳} و جز در صورت تصریح موجب بر التزام خویشتن بر نگهداری ایجاب و حتی سپردن برخی تضمینات، تعهد نسبت به نگهداری ایجاب را موجه نمی‌داند.^{۴۴} محاکم انگلستان بسیار بی‌میل هستند تا از نظریه *استاپل*^{۴۵} برای ایجاب‌های غیرقابل‌رجوع استفاده کنند و به مخاطب چنین ایجابی اجازه دهند تا مطالبه جبران خسارت خود را از ناقض بخواهد؛

۲. در حقوق فرانسه (ن.ک: ماده ۱۱۰۵-۲، ۱۱۰۵-۳ و ۱۱۰۵-۴ طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه)، رجوع از ایجاب جایز است ولی موجب ملزم است که منافع مخاطب ایجاب را حفظ کرده و خسارت وارده به وی را که در نتیجه رجوع از ایجاب حادث شده است، جبران کند.^{۴۶} رویکرد حقوق فرانسه در بحث قابلیت رجوع از ایجاب، رویکردی میانه بین رویکرد حقوق انگلیس و حقوق آلمان است؛ و

۳. در حقوق آلمان (ن.ک: ماده ۱۴۵ قانون مدنی آلمان)^{۴۷} و سوییس (ن.ک: مواد ۳، ۵ و ۸ حقوق تعهدات سوییس) ایجاب علی‌الاصول الزام‌آور است مگر اینکه موجب مقرر داشته باشد که

43. Bridge, M., *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell, 5th Edition, p. 109; Bridge, M. G. (1999). *The International Sale of Goods: Law and Practice*, Oxford University Press, 1st Edition, para. 3.03, 1997; Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, UK: Oxford University Press, 27th Edition, 1998, p. 52.

44. See, *Routledge v. Grant* [1828]; *Offord v. Davies* [1862]; *Byrne & Co v. Van Tienhoven & Co* [1880]; *Henthorne v Fraser* [1870]. See further, Schwenzer, I., Fountoulakis, C. (Eds.). (2006). *International Sales Law*, London & NY: Routledge & Cavendish, 1st Edition, p. 146; Beatson, *op. cit.*, p. 59.

45. فرهنگ حقوقی بلک، استاپل را چنین تعریف کرده است: «*استاپل* این است که یک طرف (دعوا)، در نتیجه افعال خود از مطالبه حقی به ضرر طرف دیگر که ذی‌حق در اعتماد به آن افعال بوده و مطابق آن عمل کرده است، منع می‌شود. *استاپل* هنگامی مطرح می‌شود که شخصی به‌موجب قانون از سخن گفتن برخلاف سند یا فعل خودش ممنوع شود زیرا نمی‌توان وضعیت یا رفتاری متعارض را که موجب زیان دیگری شود، پذیرفت. *استاپل* مانعی است که ادعا یا انکار واقعه معین یا وضعیت‌هایی را، در نتیجه ادعا یا انکار یا عمل یا پذیرش یا قضاوت نهایی موضوع در دادگاه حقوقی، ممنوع می‌کند».

(Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, USA: West Group Pub, 9th Edition, 2009, pp. 285-286).

46. See Cass. Civ., Dec. 17, 1958, D. Jur. 1959, 33 (declaring that if the offeror has expressly or implicitly undertaken not to revoke before a certain time, he cannot revoke before that time without incurring liability).

47. حقوق آلمان، کانون ایجاب ملزم است. در حقوق آلمان، ایجاب اصولاً غیرقابل رجوع است. اگر موجب تعهد کند که در مدت معینی، از ایجاب عدول نکند، رجوع از ایجاب در آن مدت بلاثر و غیرنافذ است. (Marsh, P.D.V. (1994). *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, Gower Pub Co, 1st Edition, p. 63) اگر موجب بیان کند که باید قبولی تا تاریخ معینی ابراز شود و موعدی را برای انقضای ایجاب ذکر کند، باز هم در آن مدت، ایجاب، غیرقابل عدول است. اگر ایجاب، هم درمورد قابلیت رجوع و هم درمورد انقضاء، ساکت باشد، چنین ایجابی برای مدت متعارف، غیرقابل رجوع است (*Ibid*). موجب تنها با ابراز صریح اینکه ایجابش قابل رجوع است می‌تواند ایجاب را قابل عدول سازد، مثلاً با استفاده از کلماتی مثل *ohne oblige* یا *freibleibend*. البته در چنین مواردی نیز با این ایجاب به‌عنوان دعوت به ایجاب برخورد می‌شود و نه ایجاب کامل (Sweigert, K., Kotz, H. (1998). *Introduction to Comparative Law*, Claredon Press, Oxford, 3rd Edition, p. 362).

ایجاب قابل رجوع است. در حقوق آلمان، هر ایجابی حاوی یک تعهد است. این نظام‌ها در جزئیات مربوط به رجوع از ایجاب نیز نقاط افتراق فراوانی دارند.^{۴۸} مقرر نهایی تصویب شده در کارگروه، تلاشی برای همسان‌سازی عرف‌ها و رسوم مختلف تجاری بود و تا حد زیادی این تلاش‌ها به ثمر نشست. اگرچه در مسائلی همچون مسئله حاضر که نتیجه همسان‌سازی دو رسم مختلف تجاری متعلق به دو نظام مختلف، یکی عرفی و دیگری نوشته است وجود ابهامات، انکارناشدنی است. ماده ۱۶ کنوانسیون، بازتابی از تراضی منافع نظام نوشته و کامن‌لا بین قابلیت رجوع و غیرقابلیت رجوع از ایجاب است.^{۴۹} پاراگراف ۱ ماده ۱۶ مشتمل است بر اصل کامن‌لایی قابلیت رجوع از ایجاب. درحالی‌که پاراگراف ۲ (الف) به‌وضوح از سیستم حقوقی رومی ژرمنی اقتباس شده است و استثنای مندرج در پاراگراف ۲ (ب) بازتابی از نظام کامن‌لا است. کمبود رویه قضایی غنی در موضوع حاضر، بر جنبه آکادمیک و نظری بحث، بیشتر می‌افزاید.^{۵۰}

۲-۴. اصل قابلیت رجوع از ایجاب (ماده ۱۶ (۱) کنوانسیون)

ماده (۱) ۱۶ کنوانسیون، اشاره به اصل قابلیت رجوع از ایجاب^{۵۱} دارد.^{۵۲} اصل مندرج در پاراگراف ۱ ماده ۱۶ در نگاه اول، ساده به نظر می‌رسد: مادامی‌که قرارداد منعقد نشده است، موجب آزاد است تا از ایجاب خود رجوع کند، مشروط بر اینکه رجوع قبل از اینکه مخاطب، قبول را گسیل دارد، به مخاطب ایجاب برسد.

در توجیه این قاعده باید گفت که در گذشته در کامن‌لا، ایجاب در هر حال قابل رجوع بود، هر چند به‌صورت غیرقابل رجوع بیان شده بود، مشروط بر اینکه قبل از انعقاد قرارداد، نامه حاوی رجوع به مخاطب رسیده باشد. بر مبنای این قاعده، موجب، اختیاری وسیع برای رجوع از ایجاب داشت. از طرفی مخاطب در مدت طولانی بعد از وصول ایجاب، در حالت ابهام و سرگردانی از

48. Malik, *op. cit.*, pp. 26-49.

49. See, Leete, Burt A., Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 6, 1992, p. 193.

50. See, Higher Court in Ljubljana, Slovenia, 9 April 2008, English editorial remarks available on the Internet at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080409sv.html>

51. Revocability rule

52. اصل قابلیت رجوع از ایجاب در ماده ۲-۱۴ اصول یونیدروا (۲۰۱۰) نیز پذیرفته شد. در بند ۱ این ماده آمده است: «تا قبل از انعقاد قرارداد، در صورتی می‌توان از ایجاب رجوع کرد که قبل از ارسال قبول از سوی مخاطب ایجاب، وی رجوع از ایجاب را وصول کند»

(See, Vincze in, Felemegas, J. (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1st Edition, 2007, pp. 84-91).

اینکه ایجاب از ناحیه موجب رجوع شده است یا خیر قرار داشت.^{۵۳} برای اینکه این اختیار وسیع موجب، محدود و مدت زمان بلاتکلیفی وی کوتاه شود، «قاعده صندوق پستی»^{۵۴} پذیرفته و مقرر شد به محض اینکه نامه قبول از طرف مخاطب ارسال شد، دیگر ایجاب، قابل رجوع نباشد. به عبارت دیگر، باید نامه حاوی رجوع قبل از ارسال قبول، به مخاطب برسد تا رجوع مؤثر شود.^{۵۵} با اینکه قرارداد در این زمان هنوز منعقد نشده است. مطابق مواد ۲۳ و ۲۴ کنوانسیون، قرارداد «بعد از وصول قبول به موجب» منعقد می‌شود. پس تا زمان وصول قبول بر موجب، هنوز عقدی منعقد نشده است و باید اصولاً ایجاب هم قابل رجوع باشد، لیکن بند ۱ ماده ۱۶ مانع این امر شده و به محض ارسال قبول، ایجاب را غیر قابل رجوع می‌داند.

ارسال قبولی از موارد سقوط حق رجوع موجب محسوب می‌شود. پس اگر موجب، ایجاب قابل قبولی را ارسال کرده باشد، باید به ایجاب خود ملتزم بماند حتی اگر رجوعش را اعلام کرده باشد.^{۵۶} زوال حق رجوع از طریق ارسال قبولی، یک قاعده آمره نیست. موجب می‌تواند آزادی عملش را با درج شرطی توسعه دهد. برای مثال، شرط کند که ایجابش هیچ تعهدی را به همراه ندارد، مادامی که پاسخ مخاطب واصل شود.^{۵۷}

لازم به ذکر است که موضوع قابلیت رجوع از ایجاب، یعنی اعمال ماده ۱۶، تنها زمانی مطرح می‌شود که ایجاب به مخاطب رسیده باشد. موجب می‌تواند ایجاب غیر قابل رجوع، انشاء کند اما

۵۳. بیانکا و بولن؛ همان، ص ۲۱۵؛ صفایی و همکاران؛ همان، ص ۴۲.

54. Post box rule

برای مطالعه بیشتر در مورد این قاعده، ن.ک: فخرالدین اصغری آقمشهدی، علی اکبر ایزدی‌فرد و حسین کاویار؛ «بررسی تطبیقی امکان سرایت قواعد قبول پستی بر قبول الکترونیکی»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.

۵۵. هانولد در: صفایی و همکاران؛ همان، ص ۴۲.

56. See, Slovenia 9 April 2008 Higher Court [Appellate Court] in Ljubljana [Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080409sv.html>]; Case law on UNCITRAL texts [A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/118], CLOUT abstract no. 1151.

در این دعوا، یک خریدار اسلواکی سفارش کالا را به فروشنده استرالیایی فرستاد. فروشنده، قبولی ایجاب را در ۸ اکتبر ۱۹۹۹ تأیید کرد. در ۱۴ اکتبر ۱۹۹۹ خریدار، اعلامیه حاوی رجوع از ایجاب را به فروشنده فرستاد. مبيع مورخ ۱۲ اکتبر به حامل تحویل داده شده بود. خریدار ثمن را نپرداخت به این ادعا که قبل از اینکه به او ابلاغ شود که کالاها به عامل حمل‌ونقل سپرده شده است از ایجابش رجوع کرده بود. فروشنده نزد دادگاه بدوی دعوای مطالبه ثمن را مطرح کرد. دادگاه مقرر داشت که رجوع خریدار، هیچ اثر قانونی ندارد زیرا فروشنده قبلاً تمام تعهدات قراردادی‌اش را انجام داده بود. خریدار درخواست پژوهش کرد. دادگاه تجدیدنظر، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را بر این مراقبه حاکم دانست. دادگاه استیناف با توجه دادن طرفین به ماده (۱) ۱۶ کنوانسیون مقرر داشت که از ایجاب می‌توان رجوع کرد مشروط بر اینکه قبل از ارسال قبولی، رجوع به مخاطب برسد. فروشنده در ۱۴ اکتبر اعلامیه رجوع را دریافت کرده است یعنی زمانی که وی در ۸ اکتبر قبولی‌اش را ارسال کرده بود و حتی بعد از آن با ارسال مبيع، تعهداتش را طبق قرارداد اجرا کرد. لذا نظر دادگاه بدوی تأیید می‌شود و رجوع خریدار، هیچ مبنای قانونی ندارد.

57. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 120.

این ایجاب، قبل از اینکه به مخاطب واصل شود، قابلیت استرداد را دارد (ماده (۱۵(۲)). ایجابی که به مخاطب واصل نشده است، نافذ نیست و بنابراین هیچ الزامی از سوی موجب ایجاب نمی‌کند. اطلاع مخاطب از قصد رجوع موجب، هیچ تأثیری بر رجوع از ایجاب ندارد. لازم است که رجوع از ایجاب به مخاطب ایجاب واصل شود.^{۵۸} اگرچه در دعوای *Dickinson v. Dodds*^{۵۹} در انگلستان نظر مخالف نیز ابراز شده است که البته مورد انتقاد *تریتل*^{۶۰} نیز قرار گرفته است.

مثال ۱. ایجاب قابل‌رجوعی در تاریخ ۱ مارس به مخاطب می‌رسد. موجب، نامه رجوع را در ۱۴ مارس پست می‌کند. مخاطب، نامه قبولی را در ۱۵ مارس ارسال می‌کند. نامه رجوع از ایجاب در ۱۶ مارس به مخاطب می‌رسد.

اعمال معیار مندرج در پاراگراف ۱ ماده ۱۶، «تا زمانی که قرارداد منعقد نشده است»، به این نکته اشاره دارد که رجوع در مثال بالا مؤثر است زیرا در ۱۶ مارس، قراردادی منعقد نشده است. مطابق ماده ۲۳ کنوانسیون، قرارداد از لحظه‌ای که قبول ایجاب مطابق ماده (۱۸(۲) نافذ شود، منعقد می‌شود و مطابق ماده (۱۸(۲) قبول ایجاب از لحظه وصول اعلام رضا به موجب، نافذ می‌شود. از سوی دیگر، اعمال معیار، «قبل از اینکه مخاطب، قبولی را ارسال کند» در مثال بالا قابل اشاره است. رجوع از ایجاب نافذ نیست زیرا قبل از اینکه مخاطب در ۱۵ مارس، قبولی را گسیل دارد، اعلامیه رجوع، هنوز به وی نرسیده است.

این دوگانگی، نتیجه و برآمد تأثیرات استفاده از نظریه «ارسال»^{۶۱} و «وصول»^{۶۲} در ماده (۱۶(۱) است؛ اگرچه عموماً کنوانسیون از نظریه وصول تبعیت می‌کند یعنی قصد و اراده برای ایجاد نفوذ و التزام باید مطابق تعریف مندرج در ماده ۲۴ ک. به مخاطب برسد. بخش دوم کنوانسیون (انعقاد قرارداد) عموماً تحت تأثیر نظریه وصول است و بخش سوم کنوانسیون (بیع کالا) تحت تأثیر نظریه ارسال است.^{۶۳} معیار «تا زمانی که قرارداد منعقد نشده است» در شرایطی که قرارداد با اعمال مخاطب ایجاب منعقد می‌شود، معیار شایسته و مناسبی است.^{۶۴}

الف. قبول فعلی (ماده (۱۸(۳) کنوانسیون)

منظور از قبول فعلی (عملی) انجام اقداماتی است که از سوی مخاطب، دلالت بر پذیرش پیشنهاد

58. Schlechtriem, *op. cit.*, p. 119.

59. *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch D 46; also see, *Cartwright v. Hoogstoel* (1911) 105 L.T. 628.

60. Treitel, *op. cit.*, p. 42.

61. Dispatch

62. Receipt

۶۳. اگرچه نظریه ارسال در این بخش استثنائاتی نیز دارد: مواد (۴۷(۲)، (۴۸(۴)، (۳۳(۲) و (۶۵(۱) و (۷۹(۴). در این مواد، ارتباط، زمانی مؤثر و نافذ می‌شود که به مخاطب واصل شود.

64. Malik, *op. cit.*, p. 31.

موجب داشته باشد.^{۶۵} چنین اقداماتی مصادیق متعدد دارند. اما دو نوع عمده آن که اغلب با قصد پذیرش پیشنهاد موجب انجام می‌گیرد عبارت‌اند از ارسال کالا و پرداخت ثمن.

مثال ۲. مشابه مثال ۱، به‌جز اینکه در ۱۵ مارس، مخاطب عملی از قبیل ارسال مبیع یا پرداخت ثمن انجام دهد، درحالی‌که اعلامیه رجوع موجب در ۱۶ مارس به مخاطب می‌رسد. در این مثال، ارسال قبولی وجود ندارد زیرا قرارداد از طریق قاعده مندرج در ماده (۳) ۱۸ به‌وسیله انجام عملی نظیر ارسال کالا یا پرداخت ثمن، در ۱۵ مارس منعقد شده است. بنابراین بازه زمانی رجوع نیز در همان ۱۵ مارس به پایان می‌رسد و اعلامیه رجوع نیز مؤثر و کارگر نیست. چنین رجوعی حتی اگر موجب از انجام چنین عملی ناآگاه باشد، مؤثر نیست و در نتیجه قرارداد منعقد می‌شود.^{۶۶}

می‌توان چنین نتیجه گرفت که معیار «رجوع واصل‌شده قبل از ارسال قبولی» فقط در مواردی مصداق دارد که قرارداد با ارسال نامه، تلکس و سایر ابزارات ارتباطی منعقد می‌شود. در غیر این صورت، یعنی جایی که رضای مخاطب فعلی است، چنان‌که در مثال شماره ۲ توضیح داده شد، ممکن است نتایج متناقض پدیدار شود.^{۶۷}

به‌عنوان قاعده می‌توان گفت وفق ماده (۳) ۱۸، اگر مخاطب بر مبنای رویه طرفین یا حسب عرف و عادت، بدون اعلام به موجب، از طریق انجام عملی (مثل ارسال کالا یا پرداخت ثمن) اعلام رضا کند، قبول در لحظه انجام فعل مؤثر می‌شود و قرارداد از همین لحظه، منعقدشده محسوب می‌شود؛ لذا حق رجوع موجب از ایجابش در همین لحظه زائل می‌شود.^{۶۸} اما بعد از اینکه مخاطب، رضایش را ارسال کند، حق رجوع موجب، ساقط (در مثال ۱، ۱۵ مارس) و موجب به مفاد ایجابش ملتزم می‌شود. اما مخاطب، مادامی‌که قبولی‌اش به‌موجب واصل نشود به قبولی‌اش الزامی نخواهد داشت (ماده (۲) ۱۸). مخاطب می‌تواند قبولی‌اش را استرداد کند مشروط بر اینکه استرداد قبولی پیش از وصول قبولی یا هم‌زمان با آن به اطلاع موجب برسد.^{۶۹}

65. Garner, *op. cit.*, p. 11.

۶۶. ماده (۳) ۱۸ ک. مقرر می‌دارد: «چنانچه طبق ایجاب یا در نتیجه رویه معمول به طرفین یا حسب عرف و عادت مخاطب بدون اعلام به ایجاب‌کننده بتواند با انجام عملی نظیر آنچه مربوط به ارسال کالا یا پرداخت ثمن است اعلام رضا کند، قبول از لحظه‌ای که عمل انجام می‌شود نافذ است، مشروط بر اینکه عمل مزبور، ظرف مدت مقرر در بند پیشین انجام شود».

67. Malik, *op. cit.*, p. 31.

68. Kritzer, A., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer & Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1st Edition, 1989, p. 164.

۶۹. ماده ۲۲ ک. مقرر می‌دارد: «قبول به شرطی قابل انصراف است که انصراف پیش از نافذشدن یا هم‌زمان با نافذشدن قبول (در غیاب انصراف) به ایجاب‌کننده واصل شود»

(Sutton, Kenneth C., *Formation of Contract: Unity in International Sale of Goods*, *University of Western Ontario Law Review*, vol. 16, 1979, pp. 130).

ماده ۲-۲۰۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) در بند ۱ مقرر می‌دارد: «ایجاب در صورتی می‌تواند رجوع شود ... که درمورد قبولی با عمل، رجوع، پیش از انعقاد قرارداد بر اساس ماده (۲) ۲-۲۰۵ به گیرنده ایجاب، واصل شده باشد» و مطابق ماده (۲) ۲-۲۰۵ همین اصول، «درمورد قبولی با عمل، قرارداد، زمانی منعقد می‌شود که اخطار انجام عمل مذکور توسط مخاطب به‌موجب برسد». البته اگر بر اساس ایجاب یا به‌وسیله عرف و رویه معمول، طرفین شیوه‌ای را مابین خود مقرر کرده باشند، گیرنده ایجاب می‌تواند ایجاب را از طریق اجرای یک عمل بدون ارسال اخطار به موجب قبول کند. در این صورت، زمانی که اجرای عمل موردنظر شروع شود، قرارداد منعقد می‌شود. (بند ۳ ماده ۲-۲۰۵).

ب. رجوع از رجوع

شخص به علت رجوعش تنها هنگامی ملتزم می‌شود که اعلامیه رجوعش به مخاطب برسد. اما استثنائاً رجوع از رجوع باید ممکن باشد مشروط بر اینکه مخاطب با اتکاء بر آن رجوع، عملی مغایر را انجام نداده باشد و به‌ویژه مخاطب از رجوع اول، اطلاع کسب نکرده باشد. شخصی که از ایجابش رجوع می‌کند باید بار اثبات دلیل را به عهده گیرد.^{۷۰}

ج. رجوع از ایجاب عام

کنوانسیون درمورد رجوع از ایجاب عام، ساکت است. حق رجوع از ایجاب عام با ارسال قبولی خاتمه می‌یابد. قواعد راجع به استرداد ایجاب عام درمورد رجوع از ایجاب عام مرعی می‌شود. یادآوری این نکته ضروری است که هرچند اعلام رجوع از ایجاب، تشریفات خاص ندارد، در مواردی که ایجاب به طرف عموم و به‌وسیله آگهی در روزنامه منتشر می‌شود، رجوع نیز می‌بایست به همان وسیله اعلان شود، مگر اینکه رجوع‌کننده، اشخاص ذی‌نفع را بشناسد و به‌وسیله دیگری آنان را آگاه سازد. بند ۲ ماده ۲-۲۰۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا بیان می‌کند که: «ایجابی که نسبت به عموم صورت گرفته، می‌تواند توسط همان شیوه‌ای که برای ارائه ایجاب استفاده شده، رجوع شود».^{۷۱}

در امریکا نیز طبق ماده ۴۳ مجموعه اصول و قواعد حقوقی (دوم) درمورد قراردادهای^{۷۲} «پیشنهادی که به‌واسطه تبلیغات روزنامه‌ای یا اعلامیه عمومی به عموم مردم یا به تعداد خاصی از افراد که هویت‌شان برای فروشنده ناشناخته است ارائه شود، با تبلیغ یا اعلام عمومی پیش از انعقاد قرارداد، قابل رجوع است».

70. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 119.

71. See, Akseli in, Felemegas, *op. cit.*, p. 303.

72. Restatement (Second) of Contracts



Collection of The New-York Historical Society. The original poster measured approximately thirty inches by eighteen inches (30 in. x 18 in.).

۱) قضیه *Shuvey v. United States*

بنیان این قاعده در پرونده مهم *Shuvey v. United States*^{۷۳} نهاده شد. در آوریل سال ۱۸۶۵، دولت فدرال بیان کرد که برای اطلاعاتی که به دستگیری جان‌اچ. سورات^{۷۴} یکی از شرکای قتل آبراهام لینکلن (۱۸۰۹-۱۸۶۵ م.) منتهی شود، جایزه‌ای داده خواهد شد. رجوع این پیشنهاد هم در نوامبر همان سال انتشار یافت. آوریل سال بعد، خواهان، که در اروپا مقیم بود و درمورد رجوع این پیشنهاد اطلاعی نداشت، اطلاعاتی ارائه داد که به دستگیری مجرم مدنظر منتهی شد و سپس مدعی دریافت جایزه شد. راهکار

دیوان عالی این بود که ایجاب یک جایزه، تعهدی مشروط بر ارائه خدمت مورد نظر، پیش از رجوع از ایجاب است. دادگاه بیان کرد که «همانند هرگونه ایجاب دیگر، پیشنهاد موردنظر ممکن است قبل از اینکه حقی به آن اختصاص یابد زائل شود. زوال این ایجاب از همان کانالی صورت می‌گیرد که از آن طریق منتشر شده بود». این حقیقت که خواهان درمورد زوال ایجاب عالم نبود، مهم نیست چون این پیشنهاد مستقیماً به او عرضه نشده بود. به نظر می‌رسد قاعده‌ای که دادگاه بنا گذاشته، تنها مورد عملی است. راه‌حل دیگری نیز قابل طرح است که چنین پیشنهادهایی به‌عنوان پیشنهاد قطعی غیرقابل رجوع در نظر گرفته شود و تنها بعد از انقضای زمانی متعارف، دیگر معتبر نباشد و از درجه اعتبار ساقط شود. الزام به اعلام مستقیم رجوع یک ایجاب عام به همگان، شدنی نیست. عقیده دادگاه با انتقاداتی نیز مواجه شد، چون خواهان باید به همان صورت که از ایجاب منتشرشده آگاهی یافته بود از رجوع از آن نیز آگاهی می‌یافت.^{۷۵}

73. 92 U.S. 73 (1875)

74. John H. Surratt

75. پروفیسور جوزف پریلو استاد ممتاز دانشگاه فوردهام در مقاله‌ای محققانه در ۵۸ صفحه، رأی معروف *Shuvey v. United States*

را تجزیه و تحلیل می‌کند که پرداختن به تمام اجزای این رأی مهم، باعث اطاله کلام می‌شود.

See, Perillo, Joseph. M., "Screed for a Film and Pillar of Classical Contract Law: Shuey v. United States", *Fordham Law Rev*, vol. 71, 2002, pp. 915-967.

این الزام که رجوع باید به همان شیوه‌ای ابراز شود که ایجاب انتشار یافته، در پرونده‌ای مشابه، بازتاب داشت. در پرونده *Sullivan v. Philips*^{۷۶} دادگاه به‌عنوان استدلال چنین رأی داد: «ایجاب یک جایزه را تنها به همان شیوه‌ای که ارائه شده یا روشی دیگر که رجوع را علنی می‌کند، می‌توان زائل کرد». در صورتی که رجوع به میزان انتشار ایجاب جایزه علنی عمومی‌سازی نشود، چنین رجوعی مؤثر واقع نخواهد شد. بنابراین، در قضیه *Hoggard v. Dickerson*^{۷۷} چنین مقرر شد که رجوع از ایجاب جایزه برای بازداشت یک مجرم، تحت تأثیر انتشار ایجاب جایزه‌ای متفاوت در جامعه دیگری قرار نمی‌گیرد، به‌ویژه اینکه ایجاب متعاقب، هیچ نشانی از زائل شدن ایجاب اولیه را در خود ندارد.

۲) قضیه *Shaub v. City of Lancaster*

درحالی‌که قصد موجب در رجوع باید اعلان شود، ممکن است بنابر شرایط ایجاب، این‌طور به نظر رسد که موجب تنها تا زمانی تحت التزام ایجابش است که موقعیت تشکیل‌دهنده آن ایجاب موجود باشد. بنابراین در پرونده *Shaub v. City of Lancaster*^{۷۸} با ارجاع به مصوبه شورای شهر که شهردار را به ارائه ایجاب دادن پاداش برای دستگیری آتش‌افروزان هدایت می‌کرد، دادگاه بیان داشت که «ارائه پاداش، به‌عنوان تنها درمان معضل موجود، مقصود شورای شهر بود، و زمانی که هدف این جایزه برآورده شد، ایجاب دیگر بی‌مصرف شد. آن ... تنها دستور موقت برای رفع مسئله‌ای موقت بود». چنین استنباط می‌شود که ایجاب، تنها محدود به زمانی متعارف بود که طی آن مدت، هدف اصلی می‌توانست انجام شود، ولی در خارج از آن زمان، دیگر امکان انجام آن هدف نبود. این نظر با این دیدگاه که اعتبار ایجاب، تا زمانی که شرایط، متعارف به نظر بیاید ادامه پیدا می‌کند، منطبق است. باینکه بیان شده که ایجاب عمومی می‌تواند با انقضای مدت متعارف زائل شود، به نظر می‌رسد که اینجا هیچ رجوع مناسبی از ایجاب وجود ندارد بلکه صرفاً انقضای زمان ایجاب عام وجود دارد که می‌تواند برای هر پیشنهاد دیگری نیز اتفاق بیافتد. در پرونده *Shaub v. City of Lancaster* انقضای مدت بعد از آخرین اعلام جایزه، ۱۰ سال بود. در پرونده *Mitchell v. Abbott*^{۷۹} مقرر شد که ۱۲ سال یک زمان متعارف است و در پرونده *Loring v. Boston*^{۸۰} دادگاه تشخیص داد که مدت سه سال و هشت ماهه از «عدم ادامه انتشار ایجاب»^{۸۱} آن را زائل می‌کند.^{۸۲}

76. 178 Ind. 164, 98 N.E. 868, 869 (1912).

77. 180 Mo. App. 70, 165 S.W. 1135 (1914).

78. 156 Pa. 362, 26 At. 1067, 1069 (1893).

79. 86 Me. 338, 29 At. 1118, 1119 (1894).

80. 48 Mass. (7 Met.) 409 (1844).

81. Discontinuance of the publication of the offer

د. رجوع از ایجاب الکترونیکی

شورای مشورتی کنوانسیون وین در سال ۲۰۰۳ ذیل بند ۱ ماده ۱۶ چنین مقرر داشت: «اصطلاح "reaches" اشاره به زمانی دارد که یک ارتباط الکترونیکی وارد سرور مخاطب شود. از ایجاب می‌توان رجوع کرد مشروط بر اینکه اعلامیه رجوع، قبل از اینکه مخاطب، قبولی را ارسال کند، به سیستم الکترونیکی وی وارد شود. لازم است که مخاطب به‌نحو صریح یا ضمنی به دریافت ارتباط الکترونیکی از آن نوع، در آن فرمت و در آن نشانی راضی باشد».^{۸۳}

هـ. اثر رجوع فاقد اثر

رجوع بعد از ارسال قبولی، فاقد اثر است (ماده (۱) ۱۶ ک)، هرچند طبق کنوانسیون، قرارداد زمانی منعقد می‌شود که قبولی به‌موجب واصل شود (ماده ۲۳ ک). بنابراین در کنوانسیون، انعقاد عقد، معلق به وصول قبولی به موجب است. اگر قبولی هرگز به مقصد خود نرسد، تبعاً قراردادی نیز شکل نخواهد گرفت، مگر اینکه مورد از موارد مندرج در ماده (۳) ۱۸ باشد که ضرورتی ندارد قبولی به موجب واصل شود. باوجود این، موجب نمی‌تواند به‌طور نامحدود ایجابش را نگه‌دارد. اگر وی هیچ زمانی را برای انقضای ایجابش نگذارد، این محدوده زمانی می‌تواند با تفسیر ایجاب، وفق ماده ۸ کنوانسیون تعیین شود. در مواردی ممکن است این مدت، وفق جمله دوم ماده (۲) ۱۸ کنوانسیون^{۸۴} تعیین شود.^{۸۵}

و. بار اثبات دلیل

مخاطب باید اثبات کند که قبولی‌اش قبل از رسیدن رجوع ارسال شده است. از آن طرف نیز، موجب باید زمانی را اثبات کند که رجوع به مخاطب واصل می‌شود.^{۸۶} یک خریدار اسلواکی سفارش کالا را به یک فروشنده استرالیایی فرستاد. فروشنده استرالیایی، قبولی ایجاب را در ۸ اکتبر ۱۹۹۹ تأیید کرد. در ۱۴ اکتبر ۱۹۹۹ خریدار، اعلامیه حاوی رجوع از

82. Wagner, W. J., "Some Problems of Revocation and Termination of Offers", *Notre Dame Lawyer*, vol. 38, No. 2, 1962, pp. 144-145.

83. CISG-Advisory Council Opinion No. 1, Electronic Communications under CISG (Aug. 15, 2003), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html>.

۸۴. جمله دوم بند ۲ ماده ۱۸ ک: «... هرگاه اعلام رضا ظرف مدتی که ایجاب‌کننده تعیین کرده یا در صورت عدم تعیین مدت، ظرف مدت متعارف به وی واصل نشود، قبول نافذ نخواهد بود. در محاسبه مدت متعارف، به اوضاع‌واحوال معامله، از جمله به سرعت وسایل ارتباطی مورد استفاده ایجاب‌کننده، توجه لازم معطوف خواهد شد. ایجاب شفاهی باید فوری قبول شود مگر اینکه اوضاع‌واحوال به‌نحو دیگری دلالت نماید».

85. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 120.

86. *Ibid.*

ایجاب را به فروشنده فرستاد. مبيع مورخ ۱۲ اکتبر به حامل تحویل داده شده بود. خریدار، با این ادعا که از ایجابش رجوع کرده است، قبل از اینکه به او ابلاغ شود که کالاها به عامل حمل‌ونقل سپرده شده است، ثمن را پرداخت نکرد. فروشنده نزد دادگاه بدوی دعوی مطالبه ثمن را مطرح کرد. دادگاه مقرر داشت که رجوع خریدار، هیچ اثر قانونی ندارد زیرا فروشنده قبلاً تمام تعهدات قراردادی‌اش را انجام داده بود. خریدار درخواست پژوهش کرد. دادگاه تجدیدنظر، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را بر این مرافعه حاکم دانست. دادگاه استیناف با توجه‌دادن طرفین به ماده (۱) ۱۶ کنوانسیون مقرر داشت که از ایجاب می‌توان رجوع کرد مشروط بر اینکه قبل از ارسال قبولی، رجوع به مخاطب برسد. فروشنده در ۱۴ اکتبر، اعلامیه رجوع را دریافت کرد یعنی زمانی که وی در ۸ اکتبر قبولی‌اش را ارسال کرده بود و حتی بعد از آن با ارسال مبيع، تعهداتش را طبق قرارداد اجرا کرد. لذا نظر دادگاه بدوی تأیید می‌شود و رجوع خریدار، هیچ مبنای قانونی ندارد.^{۸۷}

در این دعوا مخاطب ایجاب باید اثبات می‌کرد که قبولی قبل از وصول رجوع به وی ارسال شده است (فروشنده باید تاریخ ۸ اکتبر را به‌عنوان تاریخ ارسال قبولی اثبات کند). از طرف دیگر، موجب نیز برای گرفتن حکم باید در صدد باشد تا اثبات کند که رجوعش قبل از ارسال قبولی به مخاطب رسیده است (امری که خریدار اسلواکی در این پرونده نتوانست آن را اثبات کند).

۳-۴. محدودیت‌های رجوع از ایجاب (ماده (۲) ۱۶ کنوانسیون)

پاراگراف ۲ ماده ۱۶ بر قاعده عدم رجوع از ایجاب مبتنی است. این پاراگراف، حالاتی را بیان می‌کند که برخلاف قاعده مندرج در پاراگراف ۱ موجب نمی‌تواند از ایجابش رجوع کند.

رجوع موجب بعد از ارسال قبول مخاطب - اولین محدودیت برای رجوع از ایجاب، گسیل‌داشتن (ارسال) قبولی از جانب مخاطب برای موجب بود. این حالت در پاراگراف ۱ ماده ۱۶ بیان شده بود که در آن صورت نیز رجوع موجب بلااثر است. ملاحظه شد که ارسال قبولی، ایجاب فی‌نفسه قابل‌رجوع را به ایجابی غیرقابل‌رجوع بدل می‌کند. ارسال قبول از موارد سقوط حق رجوع موجب به حساب می‌آید. لذا اگر مخاطب، قبولی را ارسال کرده باشد حتی اگر این قبولی به موجب واصل نشده باشد (= حتی اگر قراردادی منعقد نشده باشد)، موجب باید به ایجاب خود ملتزم بماند و اعلامیه رجوع، فاقد اثر است.

هانولد^{۸۸} معتقد است «قلب ماده ۱۶، پاراگراف ۲ است که قاعده کلی مندرج در پاراگراف ۱ را در دو مورد قطع می‌کند»:

87. Slovenia 9 April 2008 Higher Court [Appellate Court] in Ljubljana [Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080409sv.html>]; Case law on UNCITRAL texts [A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/118], CLOUT abstract no. 1151.

88. Honnold, *op. cit.*, p. 160.

الف. اگر ایجاب دلالت داشته باشد که خواه با تعیین موعد معین برای قبول یا به‌نحو دیگر، غیرقابل‌رجوع است؛ و

ب. اگر برای مخاطب، اتکای به ایجاب به‌عنوان ایجاب غیرقابل‌رجوع، معقول بوده و مخاطب به اتکای آن نیز عمل کرده باشد.

گرچه ممکن است به نظر رسد که پاراگراف‌های (الف) و (ب) دو استثنای مختلف را بیان می‌کنند، درواقع بیانگر یک استثنای مشابه هستند. پاراگراف (الف) به زبان حقوق نوشته و پاراگراف (ب) به زبان حقوق کامن‌لا بیان شده است.^{۸۹}

این نکته نیز قابل ذکر است که طبق کنوانسیون برخلاف کامن‌لا،^{۹۰} برای اینکه التزام به بقای ایجاب معتبر باشد، لازم نیست موجب در برابر آن، عوضی^{۹۱} از مخاطب دریافت کند. صرف التزام برای بقای آن کافی است.^{۹۲}

الف. تعهد به عدم رجوع از ایجاب (ماده (۲) ۱۶ (الف))

مثال ۱. در ایجابی درج شده است که ایجاب مزبور تا تاریخ ۳۱ مارس برای قبولی باز است. این ایجاب در تاریخ ۱ مارس به مخاطب می‌رسد.

ایجاب فوق، حاوی موعد معین برای قبولی است. لذا موجب بیان می‌کند تا تاریخ مزبور، ایجابش غیرقابل‌رجوع است و تا زمانی که تاریخ ۳۱ مارس منقضی نشده است، موجب نمی‌تواند از ایجاب عدول کند.

مثال فوق که بیان‌کننده قاعده مندرج در بند (الف) ماده (۲) ۱۶ است دو شرط را برای غیرقابل‌رجوع بودن ایجاب بیان می‌کند:

۱. ایجاب، بیانگر این نکته باشد که غیرقابل‌رجوع است، و
۲. ایجاب، مدت معینی را برای قبول مخاطب بیان کند.

(۱) تأثیر زمان تعیین شده برای قبول

سؤالی مطرح می‌شود و آن اینکه آیا برای غیرقابل‌رجوع بودن ایجاب، جمع هم‌زمان هر دو شرط، ضروری است یا اینکه وجود هریک از این دو شرط برای غیرقابل‌رجوع بودن ایجاب کفایت

۸۹. بیانکا و بونل؛ همان، ص ۲۱۶.

۹۰. وفق موازین کامن‌لا، به‌ویژه حقوق انگلستان، ایجابی که حاوی مدت معین برای قبول است، قابل‌رجوع است مگر اینکه برای عدم رجوع، تضمیناتی گرفته شود یا عوض دریافت شود یا علاوه بر تعیین مدت، بر عدم رجوع، تأکید خاص شود.

91. Consideration

۹۲. صفایی و همکاران، همان، ص ۴۲؛ ۳۲. Malick, op. cit., p. 32.

می‌کند؟^{۹۳} مثال‌های زیر، وضعیت این سؤال را بهتر تشریح می‌کند:

مثال ۲. ایجابی حاوی بیانیه زیر است: ایجاب برای شما باز “open” نگه داشته می‌شود اگر شما به‌طور سریع پاسخ دهید.

مثال ۳. ایجابی حاوی بیانیه زیر است: ایجاب در تاریخ ۳۱ مارس منقضی خواهد شد. مثال ۲ بیان می‌کند که ایجاب غیرقابل‌رجوع است اما مدت معینی را مشخص نمی‌کند. درحالی‌که در مثال ۳ ایجاب، مدت معینی را بیان می‌کند و به‌وضوح بیان نمی‌کند که ایجاب غیرقابل‌رجوع است. مثال ۲ بیانگر خصوصیت «ایجاب ملزم» است درحالی‌که مثال ۳ بیانگر خصوصیت «ایجاب منقضی‌شده» است.^{۹۴}

سونو سؤال فوق را با مثالی بیان می‌کند: «اگر من قبولی شما را تا ۱۵ سپتامبر دریافت نکردم، ایجاب منقضی می‌شود». اگر طرفین قرارداد، هر دو متعلق به سیستم حقوقی مدون یا هر دو متعلق به سیستم حقوقی کامن‌لا باشند مشکل چندانی در تفسیر قصد آن‌ها بروز نمی‌کند. مشکل زمانی ایجاد می‌شود که به سیستم‌های حقوقی مختلف تعلق داشته باشند. ممکن است حقوق‌دانان حقوق نوشته، از جمله فوق چنین برداشت کنند که چنین ایجابی تا ۱۵ سپتامبر غیرقابل‌رجوع است و بعد از آن نیز بالتبع منقضی می‌شود. ممکن است حقوق‌دانان کامن‌لا از این جمله چنین برداشت کنند که ایجاب تا ۱۵ سپتامبر قابلیت رجوع را دارد؛ بالتبع بعد از ۱۵ سپتامبر ایجاب منقضی می‌شود.^{۹۵} در کنوانسیون، در وضعیت‌های مشابه مثال ۲ که عدم رجوع از ایجاب به اندازه کافی روشن است، رجوع نافذ نیست.

درمورد انقضای ایجاب در زمان معین، مشکلات بیشتری بیان شد. این موضوع در طول جلسات شور آنسیترال و همین‌طور در شروح حاشیه‌نویسان کنوانسیون، یک مسئله جدی و مباحثه‌آمیز بوده است.^{۹۶}

فلثام اشاره می‌کند که برعکس کامن‌لا، جایی که بیانیه ایجاب، حاوی یک زمان معین، صرفاً برای قبولی است، این بیانیه، حاکی از یک زمان است که در پایان آن زمان معین، ایجاب منقضی خواهد شد بدون اینکه در آن بازه زمانی، برای رجوع از ایجاب، ایجاد مانع کند. زمان معین برای قبولی عموماً حاکی از این است که ایجاب در آن مدت غیرقابل‌رجوع است.^{۹۷} نویسنده دیگری نیز بیان می‌کند که ذکر مدت برای انقضای قبولی می‌تواند بیانگر قصد التزام

93. See, Honnold, *op. cit.*, p. 161; Malik, *op. cit.*, p. 32.

94. Honnold, *op. cit.*, p. 168.

95. Kritzer, *op. cit.*, p. 166.

96. Malik, *op. cit.*, p. 33.

97. Feltham, J. D., “UN Convention on Contracts for International Sale of Goods”, *Journal of Business Law*, 1981, p. 346.

موجب به عدم رجوع از ایجاب باشد.^{۹۸}

اما از سوی دیگر، هانولد، گویا بی‌میل است تا چنین ایجابی را الزام‌آور بداند.^{۹۹} چنین رویکردهای مبهم و غیرقاطع، از مذاکرات آنسیترال نشأت گرفته است. در مذاکرات آنسیترال نیز درمورد این سؤال، دو دیدگاه بین جبهه کامن‌لا و جبهه رومی ژرمنی مطرح شد: کشورهای کامن‌لا معتقد بودند که صرف ذکر مدت برای قبولی نمی‌تواند منتج شود به اینکه چنین ایجابی غیرقابل‌رجوع است.^{۱۰۰} کشورهای رومی ژرمنی معتقدند که اگر ایجاب، حاوی مدت معین برای قبولی باشد، چنین ایجابی به‌طور خودکار غیرقابل‌رجوع خواهد بود.^{۱۰۱}

به نظر می‌رسد که راه‌حل مصالحه‌ای^{۱۰۲} که در مذاکرات کنوانسیون در پیش گرفته شد، بهترین راه‌حل باشد. این راه‌حل مقرر می‌دارد که «اگر ایجاب حاکی از این باشد، اعم از اینکه زمان معینی را مقرر دارد» برای حقوق‌دانان حقوق نوشته، چنین الفاظ و واژگانی بدین معناست که در اثناء زمان تعیین‌شده برای قبول، نمی‌توان از ایجاب عدول کرد. از طرف دیگر، برای حقوق‌دانان حقوق نوشته معنی این عبارت این است که فقط در صورتی ایجاب غیرقابل‌رجوع است که دوره زمانی معینی را برای قبول وضع کند، به‌نحوی که حاکی از این باشد که آن ایجاب، غیرقابل عدول است.^{۱۰۳}

اُتورسی در جای دیگر می‌گوید: «روش اصلی برای ایجاد سازگاری و هماهنگی این است که راه‌حل یک سیستم حقوقی به‌عنوان قاعده اصلی و راه‌حل سیستم حقوقی دیگر به‌عنوان استثنا در کنار آن به کار رود. این امر می‌تواند بهترین شیوه ممکن باشد».^{۱۰۴} بر اساس حقوق کامن‌لا، ایجابی که در آن، زمان معینی برای قبول، مشخص شده، قابل عدول است مگر اینکه در سند تنظیم شده یا در مقابل عوضی باشد و نیز در صورتی که عدم قابلیت عدول، علاوه بر ذکر مدت معین، تصریح شود. پس قاعده مندرج در بند ۱ حکم، مورد قبول کامن‌لا است. قاعده مندرج در بند ۲ حکم، مورد قبول کشورهای دارای قانون مدنی است. بر این اساس باید گفت ذکر مدت معین، ایجاب را غیرقابل عدول می‌کند مگر اینکه ذکر خلاف شود.^{۱۰۵}

دیدگاه منتخب - به نظر نگارندگان، اصولاً تعیین مدت برای قبول، با التزام به ایجاب

98. Date Bah, S. K., "UN Convention for Contracts for Sale of Goods: Overview", *Rev. Ghana. L.*, vol. 11, pp. 57-58; See, Malik, *op. cit.*, 1979, p. 33.

99. Honnold, *op. cit.*, p. 171.

100. UNCITRAL Yearbook, 1978, vol. IX, p. 41, paras. 135-6.

مشروح مذاکرات در فایل زیر، مندرج در سایت آنسیترال، قابل مشاهده است:

http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/yb_1978_e.pdf

101. *Ibid.*, para. 137, also see, Kritzer, *op. cit.*, p. 165.

102. Compromise-rule solution

۱۰۳. بیانکا و بونل؛ همان، صص ۲۱۷-۲۱۸.

104. See, Eörsi, *op. cit.*, 323.

۱۰۵. قنواتی، جلیل؛ مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۳، ص ۲۸۵.

ملازمه ندارد. تعیین مدت برای قبول، مرادف و مساوی با التزام به حفظ ایجاب در مدت مقرر نیست. تعیین مدت معین برای قبول، اماره‌ای^{۱۰۶} برای التزام به حفظ ایجاب محسوب می‌شود.

شرح رسمی اصول یونیدروا (۲۰۱۰) نیز همین نظر را پذیرفته است: «تعیین زمانی معین برای قبولی می‌تواند به‌خودی‌خود، دلالتی ضمنی بر غیرقابل‌رجوع بودن ایجاب داشته باشد، اما ضرورتاً چنین نیست». در عمل نیز محاکم و داوران، برای حل اختلافات تجاری از کامنت‌های اصول یونیدروا در تفسیر موارد مبهم کنوانسیون استفاده می‌کنند زیرا کنوانسیون، شرح رسمی همچون اصول یونیدروا ندارد.^{۱۰۷} همان طور که ملاحظه شد، الفاظ کنوانسیون، صراحتی در این مورد ندارد. لیکن از ماده (۲)۱۶(الف) چنین استنباط می‌شود که از نظر کنوانسیون، تعیین مدت، اماره التزام به حفظ ایجاب در مدت معین است که خلاف این اماره همواره قابل اثبات است. به هر تقدیر در صورت عدم اثبات خلاف، تعیین مدت معین برای قبول، دال بر التزام موجب به بقای ایجاب در آن مدت است.^{۱۰۸} مالک نیز در مقاله محققانه خود بعد از طرح نظریات مختلف، چنین نتیجه می‌گیرد که «ایجاب حاوی مدت معین برای قبول، اگر به‌صراحت، قیدی مبنی بر ذکر مدت به‌عنوان انقضای ایجاب نداشته باشد، می‌تواند به‌عنوان ایجاب غیرقابل‌رجوع تفسیر شود».^{۱۰۹}

شlechterim معتقد است اینکه آیا یک بیانیه یا رفتار، بیانگر قصد موجب به عدم رجوع از ایجاب است یا خیر باید مطابق با ماده ۸ کنوانسیون تشخیص داده شود. در هر پرونده باید با توجه به حقایق آن پرونده تصمیم‌گیری کرد. استفاده از کلماتی از قبیل «غیرقابل‌رجوع» و «الزام‌آور» می‌تواند قویاً به ایجاب غیرقابل‌رجوع اشعار داشته باشد.^{۱۱۰} وی ادامه می‌دهد که صرف درج زمان معین برای قبولی به معنای الزام‌آور کردن ایجاب نیست بلکه می‌تواند به‌عنوان اماره مبنی بر التزام به ایجاب تلقی شود.^{۱۱۱} سونو نیز می‌گوید: «تعیین مدت برای قبولی، صرفاً خالق فرض و اماره قابل رد مبنی بر عدم رجوع از ایجاب است».^{۱۱۲}

مثال ۴. ایجابی حاوی بند زیر است: «من انتظار جواب قبول را تا ۳۱ مارس دارم» یا «من قدردان شما هستم به‌خاطر پاسخ قبل از ۳۱ مارس».

106. Presumption

107. Garro, A. M., The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, *Tul. L. Rev.*, vol. 69, 1995, p. 1149; Mather, H. (2001). "Firm Offers under the UCC and the CISG", *Dick. L. Rev.*, vol. 105, p. 46.

۱۰۸. ن.ک: صفایی و همکاران؛ همان، ص ۴۵.

109. Malik, *op. cit.*, p. 36.

110. Schlechtriem, P., Schwenzer, L., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, NY: Oxford, 2nd (English) Edition, Art. 16 para. 8, 2005; Bernstein, H., Lookofsky, J. M., *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, 1st Edition, 2003, p. 54.

111. Schlechtriem & Schwenzer, *op. cit.*, Art. 16 para. 10.

112. Sono, K., "Restoration of the Rule of Reason in Contract Formation: Has There Been Civil and Common Law Disparity", *Cornell Int'l L.J.*, vol. 21, 1988, pp. 479-480.

در وضعیت‌های مشابه، جایی که زمان، صریحاً مبین انقضای مدت ایجاب نیست (برخلاف مثال ۳)، چنین ایجابی ممکن است به‌عنوان ایجاب غیرقابل‌رجوع محسوب شود. علاوه بر بحث‌های فوق، در وضعیت‌های مبهم، معیار مندرج در ماده (۲) ۱۶(ب) نیز می‌تواند اعمال شود. اگرچه پاراگراف (ب) بند ۲ ماده ۱۶ در مورد خاص خود اعمال می‌شود، لیکن «معیار اتکا»^{۱۱۳} می‌تواند به‌عنوان ابزار مفید در تشخیص عدم قابلیت رجوع مندرج در پاراگراف (الف) بند ۲ باشد.^{۱۱۴}

۲) اعتبارات اسنادی غیرقابل‌برگشت

یکی از مهم‌ترین موارد کاربرد بحث حاضر به اعتبارات اسنادی غیرقابل‌رجوع^{۱۱۵} ارتباط دارد. اعتبارات اسنادی، متداول‌ترین شیوه پرداخت قیمت کالا در تجارت صادراتی است. قضات انگلیسی، اعتبارات اسنادی غیرقابل‌برگشت را خون حیات بازرگانی می‌دانند.^{۱۱۶} اعتبارات اسنادی از این جهت که آیا بانک گشاینده اعتبار^{۱۱۷} می‌تواند پس از گشایش اعتبار و بدون نظر ذی‌نفع نسبت به تعدیل و اصلاح آن اقدام کند به دو دسته تقسیم می‌شود: اعتبار اسنادی قابل‌برگشت و اعتبار اسنادی غیرقابل‌برگشت. اعتبار اسنادی غیرقابل‌برگشت به اعتباری اطلاق می‌شود که بانک گشاینده به‌صورت غیرقابل‌رجوع، تعهد به پرداخت می‌کند و نمی‌تواند بدون رضایت قبلی و مکتوب ذی‌نفع در مدت اعتبار، آن را لغو یا در شرایط آن اصلاحاتی به عمل آورد.^{۱۱۸} ممکن است صادرکنندگان و واردکنندگان در عرصه تجارت بین‌الملل، با تجاری وارد معامله شوند که اعتبار تجاری آن‌ها برایشان شناخته‌شده نباشد. ممکن است خریدار از پرداخت قیمت کالا عاجز مانده باشد، همین‌طور بایع نیز ممکن است از فراهم‌کردن یا تولید کالا بدون اخذ تضمین معتبر برای پرداخت ثمن، اظهار عجز کند.^{۱۱۹} ابزار مالی اعتبارات اسنادی غیرقابل‌برگشت در راستای رفع مشکلات فوق، در طی سه مرحله، به شرح ذیل می‌تواند به کار رود:

۱. به‌موجب شرط ضمن قرارداد پایه بیع، فروشنده و خریدار با یکدیگر توافق می‌کنند که

113. Reliance criterion

114. Malik, *op. cit.*, p. 36.

115. Irrevocable letter of credit, or ILOC

۱۱۶. اشمیتوف، کلایو. ام: حقوق تجارت بین‌الملل، جلد ۲، ترجمه: بهروز اخلاقی و همکاران، سمت، ۱۳۷۸، ص ۶۱۱.

117. Issuing bank

۱۱۸. شیروی، عبدالحسین؛ حقوق تجارت بین‌الملل، سمت، ۱۳۸۹، صص ۲۵۴-۲۵۳.

119. Davis, A. G., *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, London: Sir Isaac Pitman & Sons, 3rd Edition, 1963; Ellinger, E. P., *Documentary Letters of Credit*, Singapore: University of Singapore Press, 1st Edition, 1970.

پرداخت به شیوه اعتبارات اسنادی باشد. خریدار از بانک خود (بانک گشاینده اعتبار) درخواست می‌کند تا اعتباری به نفع فروشنده (ذی‌نفع اعتبار) گشایش کند. این اعتبار باید برای مدت معین به‌نحو غیرقابل برگشت باشد.

۲. خریدار، توافقی با بانک گشاینده اعتبار منعقد می‌کند که طبق آن، بانک متعهد می‌شود تا چنین اعتباری را در عوض تعهد خریدار به بازپرداخت هزینه‌ها به بانک، گشایش کند.

۳. بانک گشاینده اعتبار به فروشنده (ذی‌نفع اعتبار)، اطلاع می‌دهد که اعتبار غیرقابل برگشتی به نفع او گشایش شده است و اکنون آمادگی دارد تا بعد از تحویل اسناد حمل، برات او را منتقل، قبول یا پرداخت کند.^{۱۲۰}

طبق ماده ۳ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (موسوم به UCP600) «اعتبار برگشت‌ناپذیر تلقی می‌شود، حتی اگر اشاره‌ای به این موضوع نشده باشد».^{۱۲۱} مطابق UCP600 برخلاف مقررات پیشین خود مثل UCP500، در حال حاضر، اعتبارات اسنادی قابل برگشت به‌واسطه استفاده محدود و همچنین خطرات بسیاری که برای بایع دارد،^{۱۲۲} حذف شده‌اند و اصل بر غیرقابل برگشت بودن (لزوم) اعتبارات اسنادی است.^{۱۲۳}

اعتبارات اسنادی غیرقابل برگشت می‌تواند در قالب ایجاب پرداخت توصیف شود، مشروط بر اینکه فروشنده، اسناد درخواستی را ارائه کند. رویه تجارت بین‌الملل نیز این ایجاب بانک را ایجاب ملزم می‌داند.^{۱۲۴} مطابق این تحلیل، قبول این ایجاب، از طریق رضای عملی فروشنده (ذی‌نفع اعتبار) است.

در حقوق فرانسه، تعیین مهلت برای اعلام قبول، ایجاب را غیرقابل عدول نمی‌کند بلکه موجب در صورت عدول غیرموجه از ایجاب در برابر مخاطب ایجاب، مقصر شمرده شده و با مسئولیت مدنی مواجه خواهد شد. طبق قوانین مدنی بعضی دیگر از کشورها مثل ایتالیا، چنانچه برای اعلام قبول، مهلتی تعیین شده باشد، ایجاب قابل عدول نیست. لازم به ذکر است که اگرچه در اعتبار

120. Furmston, M. P., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, London: Butterworths, 12th Edition, 1991, p. 61.

۱۲۱. اداره عملیات ارزی و روابط بین‌الملل، تفسیری بر UCP600، انتشارات بانک سپه، ۱۳۸۹، ص ۲۷.

۱۲۲. ازجمله خطرات استفاده از اعتبار اسنادی قابل برگشت برای فروشنده این است که ممکن است پس از تهیه مبیع یا حتی پس از تسلیم مبیع به عامل حمل‌ونقل، خریدار یا بانک نسبت به لغو یا اصلاح اعتبار اسنادی اقدام کند. اعتبار قابل برگشت، از سوی بانک گشاینده در هر آن و بدون اطلاع قبلی به ذی‌نفع، اصلاح یا لغو شود.

See, Megrah, M., "Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit", *Arizona Law Review*, vol. 24, No. 2, 1982, p. 255.

۱۲۳. قبل از تصویب UCP600، اعتباری که در آن شرط خلافی نشده باشد، قابل برگشت (جایز) محسوب می‌شد. باوجود این اصل، درعمل اعتبارات قابل برگشت به‌طور وسیع، مقبول تجارت قرار نگرفت.

124. Furmston, op. cit., p. 61; Kozolchyk, B., "The Legal Nature of the Irrevocable Commercial Letter of Credit", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 14, 1965, p. 403.

اسنادی، بانک‌ها همواره مهلتی را برای اعتبار تعیین می‌کنند، این مهلت بیانگر تاریخی است که در آن تعهد بانک منقضی می‌شود نه آنکه طی آن ایجاب، معتبر و غیرقابل عدول باشد.^{۱۲۵}

ب. اعتماد مخاطب بر بقای ایجاب (ماده (۲) ۱۶(ب))

پاراگراف (ب) ماده (۲) ۱۶ وضعیتی را بیان می‌کند که ممکن است ایجاب قابل رجوع، ایجابی غیرقابل رجوع تلقی شود. ممکن است ایجابی که هیچ قیدی در مورد عدم قابلیت رجوع یا زمان معین برای قبولی ندارد، غیرقابل رجوع شود مشروط بر اینکه: اولاً، تکیه مخاطب بر ایجاب به عنوان ایجاب غیرقابل رجوع، امری معقول، مستدل و منطقی باشد؛ و

ثانیاً، مخاطب بر همان اساس و به اتکای آن ایجاب، عملی کرده باشد.

برای اینکه ایجابی مطابق ماده (۲) ۱۶(ب) کنوانسیون ملزم شمرده شود، جمع شرایط دوگانه فوق ضروری است. لذا اعتماد بر ایجاب، فی‌نفسه کافی نیست.^{۱۲۶} البته باید توجه داشت که عمل کردن (شرط دوم) تنها به مفهوم انجام دادن یک فعل یا کار نیست بلکه ترک فعل را نیز شامل می‌شود، مانند عدم درخواست ایجاب دیگر توسط مخاطب.^{۱۲۷}

پاراگراف (ب) ماده (۲) ۱۶ کنوانسیون به قاعده استاپل که ریشه در کامن‌لا دارد بسیار شبیه است.^{۱۲۸} استاپل مانعی است که شخص را از انکار یا ادعای هر چیز متضاد با آنچه از نظر حقوق

۱۲۵. بناء نیاسری، ماشاء الله؛ جنبه‌های حقوقی اعتبارات اسنادی بین‌المللی: مطالعه‌ای تطبیقی، رساله دکتری حقوق خصوصی،

دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص ۵۱۸.

۱۲۶. بیانکا و بونل؛ همان، ص ۲۱۹.

127. Mather, *op. cit.*, p. 49.

128. An arbitrator in Austria, cited Article 16(2)(b) as further support for recognition that the principle of estoppel, although not addressed expressly in the convention, is incorporated by the good faith provision of Article 7(1). See Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft [Arbitral Tribunal], SCH - 4318, Jun. 15, 1994, (Aus.), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940615a4.html>. An American court has declared that it preempts domestic promissory estoppel: *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp v. Barr Laboratories Inc*, Federal DC (NY), 10 May 2002 (US), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>.

در دعوای معروف *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp v Barr Laboratories Inc*، خوانده کانادایی یک ترکیب شیمیایی (کلوتریت) برای استفاده در تولید یک داروی ضد انعقاد خون (وارافین سدیم) ساخت. در سال ۱۹۹۴ خوانده برای خواهان که یک شرکت آمریکایی بود، نمونه‌ای از مواد تشکیل‌دهنده را فراهم و تأیید کرد که به درخواست خواهان، مجوز سازمان غذا و داروی آمریکا (FDA) را می‌گیرد. در سال ۱۹۹۵، خوانده با صدور نامه‌ای به FDA عنوان کرد که وی فراهم‌کننده کلوتریت برای خواهان است. بعدها در سال ۱۹۹۵، خوانده، قرارداد محرمانه برای عرضه انحصاری مقادیر تجاری از کلوتریت به شخص ثالث منعقد و اجرا کرد. اگر خوانده به فروش مقادیر تجاری کلوتریت به خواهان ادامه می‌داد، این قرارداد انحصاری نقض می‌شد. وقتی خواهان مجوز تولید دارو را در سال ۱۹۹۷ دریافت کرد، وی سفارش تهیه و خرید مقادیر تجاری از ماده شیمیایی کلوتریت را به خوانده ارسال کرد. اما خوانده این سفارش را رد کرد.

خواهان طبق کنوانسیون، طرح دعوا کرد و مدعی شد که به موجب مقررات کنوانسیون وین، وی قراردادی با خوانده برای

به‌عنوان واقعیت محرز شده است، ممنوع می‌کند. اگر اعتماد مخاطب به‌طور معقول و متعارف برای موجب قابل‌پیش‌بینی نباشد، دادرس می‌تواند مقرر دارد که اتکای مخاطب بر غیرقابل‌رجوع‌بودن ایجاب، بی‌دلیل و نامتعارف است. از این‌رو، دادرس می‌تواند «اعتماد و اتکای» مخاطب را به معنای «اعتماد و اتکای توأم با ضرر» تلقی و تفسیر کند.^{۱۲۹} مثال‌های زیر گویای مطلب است:

مثال ۱. مورخ ۱ مه، یک شرکت خانه‌سازی (مخاطب) از یک تولیدکننده مصالح (موجب)، درخواست ارائه ایجابی برای فروش مقدار مشخصی آجر را می‌کند. شرکت سازنده، توضیح می‌دهد که وی این ایجاب را به‌منظور استفاده در محاسبات یک مزایده در قراردادی برای ساخت

فروش مقادیر تجاری از کلاتریت دارد و خواننده با امتناع از عرضه ماده شیمیایی کلاتریت پس از اخذ مجوز دارو از FDA، قرارداد را نقض کرده است. خواهان استدلال می‌کند که با توجه به عرف صنعت، مقدار کافی از کلاتریت برای حمایت از درخواست FDA قراردادی برای عرضه دارو در آتیه را فراهم می‌کند. خواهان همچنین مدعی است که خواننده باید طبق دکترین *استاپل* تحت قانون ایالت نیویورک مسئول باشد. خواهان ادعا می‌کند که «ممانعت پس از تعهد» (دکترین استاپل) بر اساس قانون‌های داخلی مناسب به انحصار در نیامده است و با کنوانسیون تضاد ندارد.

دادگاه مقرر داشت که با توجه به بندهای قرارداد، این دعوی تجاری باید مطابق با کنوانسیون تصمیم‌گیری شود. دادگاه مقرر کرد که اصل حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی (مذکور در ماده (۷۱) کنوانسیون)، متضمن رویکرد لیبرال برای تشکیل قرارداد و تفسیر و ترجیح برای اجرای تعهدات است. در واقع، همان‌طور که در ماده ۹ کنوانسیون بیان شده، عرف و رسوم صنعت فروش این ماده شیمیایی در قرارداد به ثبت رسیده است، مگر اینکه طرفین، این عرف و رسوم را در متن قرارداد به‌صراحت حذف کرده باشند. بنابراین دادگاه با این استدلال خواهان موافقت کرد که عرف و عادت صنعت باید در دادگاه به‌منظور تعیین اینکه آیا یک قرارداد وجود داشته تجزیه و تحلیل شود.

دادگاه، عناصر و ارکان ایجاب، قبول، اعتبار و اجرای مربوط به موضوع تشکیل قرارداد تحت کنوانسیون را بررسی کرد. دادگاه تشخیص داد که موضوع قرارداد تهیه و تدارک مقادیر تجاری کالا طبق ماده ۱۴ کنوانسیون به اندازه کافی مشخص بوده است. درمورد قبول، دادگاه تشخیص داد که طبق ماده (۳) ۱۸ نامۀ ارجاع به FDA می‌تواند به‌عنوان عمل و رفتار حاکی از رضا (قبول فعلی) تعبیر شود. اینکه آیا این رفتار خواننده، در واقع امر، نشان‌دهنده رضا به قرارداد است یا خیر، در جلسه دادگاه بر اساس عرف صنعت، تجزیه و تحلیل می‌شود.

دادگاه همچنین استدلال خواننده را مبنی بر بی‌اعتباری قرارداد به دلیل فقدان عوض بررسی کرد. دادگاه مقرر داشت که به‌موجب ماده (۴۱) کنوانسیون، «اعتبار قرارداد» طبق قانون ملی که بر اساس قواعد حل تعارض تعیین می‌شود، بررسی شود. دادگاه بر اساس مبانی حل تعارض، قانون نیوجرسی را حاکم بر قضیه اعتبار قرارداد دانست. با اعمال قانون نیوجرسی، دادگاه مقرر داشت که عوض بر اساس حقایق مورد اختلاف در این قضیه کافی است. دادگاه همچنین ادعای خواننده را مبنی بر اینکه خواهان در اجرای قرارداد قصور کرده است، رد کرد. دادگاه بیان کرد که طبق ماده ۶۰ (الف) کنوانسیون، قصور خواهان در دادن اطلاع متعارف تجاری، به خواننده اجازه نمی‌دهد که به قرارداد خاتمه دهد.

درمورد امکان ادعا بر اساس قاعده *استاپل*، دادگاه ابتدا اشاره کرد که چنین قاعده‌ای متفاوت از ماده (۴) ۱۶ (ب) کنوانسیون، است به‌گونه‌ای که لازم نیست اتکای مخاطب به بقای ایجاب به‌طور صریح بیان شود. همین اندازه که اتکای مخاطب به بقای ایجاب، برای موجب قابل‌پیش‌بینی باشد کفایت می‌کند.

See, Schwenzer & Fountoulakis, *op. cit.*, p. 149; Schlechtriem. P., Butler. P., *UN Law on International Sales*, Berlin: Springer Pub, 1st Edition, 2009, p. 74.

129. Mather, *op. cit.*, p. 48.

یک ساختمان احتیاج دارد. شرکت اضافه می‌کند که وی باید مزایده را تا ۱ ژوئن به ثبت برساند. این مزایده تا ۱۵ روز مفتوح است و برنده مزایده تا ۱۵ ژوئن مشخص می‌شود. در ۷ مه، تولیدکننده مصالح، ایجاب فروش آجرها را به شرکت داد و متعاقب آن، شرکت سازنده در تاریخ ۱ ژوئن، از این ایجاب برای مزایده استفاده کرد. در تاریخ ۱۰ ژوئن، تولیدکننده مصالح اعلام کرد که از ایجاب رجوع کرده است. در تاریخ ۱۵ ژوئن، برنده مزایده مشخص شد. این برنده، شخصی نبود جز شرکت مذکور. متعاقب این پیروزی، شرکت سازنده به تولیدکننده مصالح اطلاع می‌دهد که وی ایجاب را قبول کرده است.^{۱۳۰}

در مثال فوق، منطقی این است که شرکت سازنده با تکیه بر ایجاب به‌عنوان ایجابی غیرقابل رجوع عمل کند زیرا تولیدکننده می‌داندست و برایش قابل پیش‌بینی بود که شرکت سازنده، این ایجاب را برای رقابت در مزایده نیاز دارد. مضاف بر این، شرکت سازنده با اتکا بر این ایجاب عمل کرده و مزایده‌ای را که به ایجاد قرارداد برای ساخت ساختمان با قیمت مورد توافق منجر می‌شود، ثبت می‌کند. هر دو شرط مندرج در ماده (۲)۱۶(ب) در این مثال وجود دارد و لذا تلاش تولیدکننده مصالح (موجب) برای رجوع از ایجاب، نافذ و معتبر نیست.^{۱۳۱}

مثال ۲. (الف)، سازنده قطعات رایانه، ایجاب فروش قطعات مشخصی را به (ب) می‌دهد. (ب) نیز سعی در فروش آن قطعات به (ج) می‌کند. (الف) نیز از مذاکرات (ب) و (ج) مطلع است. در زمانی که (ب) منتظر قبولی (ج) است، (الف) از ایجابش رجوع می‌کند. در مثال ۲، تکیه مخاطب (ب) بر ایجاب (الف) متعارف و منطقی بوده است چرا که (الف) از تلاش‌ها و مذاکرات (ب) برای فروش قطعات به (ج) آگاه بود. مضاف بر اینکه (ب) با اتکای بر ایجاب (الف) ایجاب مجددی به (ج) داده است. با این اوصاف، ایجاب (الف) ملزم است و رجوعش معتبر نیست.^{۱۳۲}

مثال ۳. مشابه مثال ۲، (الف) سازنده قطعات رایانه در انگلستان است. وی ایجاب را به (ب)، یک سازنده سامانه رایانه در آلمان می‌دهد. (الف) از مذاکرات تجاری بین (ب) و (ج) آگاهی ندارد. در مثال ۳، (ب) تاجر آلمانی فرض می‌کند که ایجاب، غیرقابل عدول است، البته نه به‌خاطر اینکه اوضاع و احوال خاصی وجود دارد، بلکه به این دلیل که (ب) ایجاب را ملزم تلقی می‌کند. در حقوق آلمان ایجاب، غیرقابل رجوع است؛^{۱۳۳} لذا برای (ب) منطقی است که از ایجاب (الف)، برداشت یک ایجاب ملزم را نماید و با اتکای بر آن عمل کند. از آن سو، در حقوق انگلستان،

130. Honnold, *op. cit.*, p. 164.

131. *Ibid.*

132. This example is based on Honnold, *op. cit.*, p. 172.

133. Dannemann, G., Vogenauer, S. (Ed.), *The Common European Law in Context Interactions with English and German Law*, UK: Oxford University Press, 1st Edition, 2013, p. 271; Smits, J. M., *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2nd Edition, 2012, p. 637.

اصل بر قابلیت رجوع از ایجاب است. باوجود این، به نظر می‌رسد که مخاطب نیز باید معیار ارائه‌شده در پاراگراف (ب) ماده (۲) ۱۶ را رعایت کند. به هر تقدیر، اعتماد بر ایجاب به‌عنوان پدیده‌ای غیرقابل‌عدول برای مخاطب، هم می‌تواند معلول اوضاع‌واحوال خاص باشد (مثال ۲) و هم می‌تواند معلول قانون و رویه تجاری که وجود دارد (مثال ۳). در هر دو موقعیت، ایجاب، ملزم و غیرقابل‌رجوع است مشروط بر اینکه مخاطب با اتکا بر آن عمل کند.^{۱۳۴}

ماده (۲) ۱۶ (ب) کاربردی از اصل حسن‌نیت و معامله منصفانه است. یک طرف قرارداد نمی‌تواند ناهماهنگ با فهم و برداشتی عمل کند که خود وی باعث ایجاد آن در ذهن طرف دیگر شده است و طرف دیگر با اتکا بر آن به‌طور معقول و متعارف عمل کرده است. این قاعده به قاعده منع رفتار ناهماهنگ^{۱۳۵} معروف است (ن.ک: ماده ۱-۸ اصول یونیدروا ۲۰۱۰).

اعمالی که مخاطب ایجاب باید با تکیه بر ایجاب انجام دهد لازم نیست حتماً در راستای اجرای قرارداد باشد بلکه می‌تواند اعم از آن باشد^{۱۳۶} مثل فراهم کردن مقدمات تولید، خرید یا اجاره مصالح یا تجهیزات، متحمل شدن هزینه‌ها و غیره، مشروط بر اینکه:

الف. این اعمال در تجارت مورد نظر، متعارف و معقول تلقی شود؛ یا

ب. برای موجب، قابلیت پیش‌بینی را داشته باشد یا موجب از آن اعمال مطلع باشد.^{۱۳۷}

ایجاد انتظار قرارداد آینده باید قطعی باشد. اگر تنها احتمال چنین رخدادی در آینده قابل پیش‌بینی باشد و قراردادی بسته نشود، مسئولیتی نیز ایجاد نمی‌شود.^{۱۳۸}

مثال ۴. (الف) که معامله‌کننده اشیای عتیقه است از (ب) می‌خواهد ده عدد تابلوی نقاشی قدیمی را بازسازی کند، مشروط بر اینکه این کار در سه ماه انجام شود. (ب) به (الف) اطلاع می‌دهد که برای اینکه ببیند ایجاب را قبول کند یا خیر، ضروری است کار را بر روی یکی از تابلوها آغاز کند و سپس پاسخ قطعی را ظرف ۵ روز خواهد داد. (الف) می‌پذیرد و (ب) با اتکای بر آن ایجاب، کار را آغاز می‌کند. در این مدت ۵ روزه، ایجاب (الف) ملزم است و (الف) حق رجوع از ایجاب را ندارد.^{۱۳۹}

نتیجه این بخش اینکه در جایی که موجب می‌داند مخاطب با اعتماد بقای ایجاب، اقداماتی انجام می‌دهد یا از اقداماتی ممانعت به عمل می‌آورد، یک تعهد ضمنی بین موجب و مخاطب

134. Malik, *op. cit.*, p. 37; Honnold, *op. cit.*, p. 172.

135. Inconsistent behavior

۱۳۶. اعمالی که مخاطب ایجاب با تکیه بر ایجاب انجام می‌دهد، امر موضوعی (question of fact) است که باید در پرتو اوضاع‌واحوال حاکم بر قضیه ارزیابی شود.

۱۳۷. ن.ک: اخلاقی و امام؛ همان، ص ۵۳.

۱۳۸. طالب احمدی، حبیب؛ مسئولیت پیش‌قراردادی، میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۱۷.

۱۳۹. مثال از اخلاقی و امام؛ همان، ص ۵۳.

شکل می‌گیرد و آن این است که موجب از ایجاب رجوع نکند.^{۱۴۰}

نتیجه

مهم‌ترین نتایج این پژوهش به شرح ذیل است:

۱. بحث در مورد قدرت الزام ایجاب، یکی از مهم‌ترین مباحث در همه نظام‌های حقوقی است. در نظام‌های حقوقی برخاسته از کامن‌لا مثل انگلستان، ایجاب اصولاً قابل رجوع است، در حالی که در نظام‌های حقوقی برخاسته از حقوق نوشته مثل آلمان و سوئیس، ایجاب غیرقابل رجوع است. برخی نظام‌های حقوقی مثل فرانسه و مقررات یو.سی.سی نیز راه میانه را در پیش گرفته‌اند. ماده ۱۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به وضوح بیانگر این نکته است که تدوین‌کنندگان کنوانسیون، در جهت اهداف کنوانسیون، سعی در ایجاد سازش بین دو رژیم حقوقی کشورهای دو سوی حوزه آتلانتیک شمالی داشته‌اند.
۲. رجوع از ایجاب در کنوانسیون، مختص زمانی است که موجب بعد از وصول ایجاب به مخاطب، ایجابش را مختومه اعلام کند. لذا در کنوانسیون، ایجاب، زمانی نافذ می‌شود که به مخاطب واصل شده باشد و قبل از وصول ایجاب به مخاطب، ایجاب اصولاً قابل برگشت است.
۳. ایجاب نمی‌تواند قبل از اینکه نافذ شود (یعنی قبل از وصول به مخاطب) قبول شود، هرچند مخاطب به مفاد ایجاب، اشراف داشته باشد. وصول در کنوانسیون، تعریف خاص خود را دارد. اطلاع شفاهی مفاد ایجاب یا تحویل ایجاب به شخص مخاطب، محل تجاری، نشانی پستی یا اقامتگاه عادی وی از ارکان وصول ایجاب در کنوانسیون است.
۴. کنوانسیون، بین نظریه قابلیت رجوع از ایجاب و اصل کلی عدم رجوع از ایجاب برای برخی اوضاع و احوال، دیدگاه میانه اتخاذ می‌کند. از این رو کنوانسیون در بیان ماده ۱۶ رویکرد مصالحه‌ای بین مبانی کلاسیک کامن‌لا و مبانی کلاسیک حقوق رومی ژرمنی را پذیرفته است. اصل کلی این است که ایجاب قابل رجوع است، مشروط بر اینکه رجوع قبل از گسیل داشتن قبولی، به مخاطب برسد.
۵. طبق کنوانسیون، در جایی که موجب، موقعیتی را ایجاد کرده که در آن موقعیت مخاطب به بقای ایجاب اعتماد کرده و بر اساس آن اعتماد، اقدامات متعارفی کرده یا از انجام برخی اقدامات خودداری کرده، ایجاب، ملزم تلقی می‌شود. با این اوصاف، مبنای این الزام در اصل حسن نیت و رفتار منصفانه نهفته است.

140. Stone, R., *The Modern Law of Contract*, London: Cavendish Publishing Limited, 6th Edition, 2005, p. 60.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام؛ *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، چاپ سوم (بر اساس نسخه ویرایش‌شده سال ۲۰۱۰)، شهر دانش، ۱۳۹۳.
- اداره عملیات ارزی و روابط بین‌الملل؛ *تفسیری بر UCP600*، انتشارات بانک سپه، ۱۳۸۹.
- اشمیتوف، کلایو. ام؛ *حقوق تجارت بین‌الملل*، جلد ۲، ترجمه: بهروز اخلاقی و همکاران، سمت، ۱۳۷۸.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین. *اسباب سقوط تعهدات*، دانشگاه مازندران، بابلسر، ۱۳۹۲.
- بیانکا. سی. ام و، ام. جی. بونل؛ *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، جلد ۱، ترجمه: مهرباب داراب‌پور، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- _____؛ *الفارق: دایره‌المعارف عمومی حقوق*، جلد ۳، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- _____؛ *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۴، چاپ پنجم، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- داکسبری، روبرت؛ *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، ترجمه و توضیحات: حسین میرمحمدصادقی، حقوقدان، ۱۳۷۷.
- راف، آنه؛ *قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضایی*، ترجمه: سیدمهدی موسوی، میزان، ۱۳۸۶.
- شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی؛ *حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۳.
- شیروی، عبدالحسین؛ *حقوق تجارت بین‌الملل*، سمت، ۱۳۸۹.
- صفایی، حسین و همکاران؛ *حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم (با تجدیدنظر و اضافات)، ۱۳۹۰.
- طالب احمدی، حبیب؛ *مسئولیت پیش‌قراردادی*، میزان، ۱۳۹۲.
- قنواتی، جلیل؛ *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۵، چاپ پنجم (ویرایش جدید)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

- مقاله

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، علی اکبر ایزدی فرد و حسین کاویار؛ «بررسی تطبیقی امکان سرایت قواعد قبول پستی بر قبول الکترونیکی»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.

- رساله

- بناءنیاسری، ماشاالله؛ *جنبه‌های حقوقی اعتبارات اسنادی بین‌المللی: مطالعه‌ای تطبیقی*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.

(ب) انگلیسی**- Books**

- Beatson, J. (1998). *Anson's Law of Contract*, UK: Oxford University Press, 27th Edition.
- Bernstein, H., Lookofsky, J. M. (2003). *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, 1st Edition.
- Bridge, M. (1997). *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell, 5th Edition.
- Bridge, M. G. (1999). *The International Sale of Goods: Law and Practice*, Oxford University Press, 1st Edition.
- Dannemann, G., Vogenauer, S. (Ed.). (2013). *The Common European Law in Context Interactions with English and German Law*, UK: Oxford University Press, 1st Edition.
- Davis, A. G. (1963). *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, London: Sir Isaac Pitman & Sons, 3rd Edition.
- Ellinger, E. P. (1970). *Documentary Letters of Credit*, Singapore: University of Singapore Press, 1st Edition.
- Felemegas, J. (Ed.). (2007). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1st Edition.
- Furmston, M. P. (1991). *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, London: Butterworths, 12th Edition.
- Garner, B. A. (2009). *Black's Law Dictionary*, USA: West Group Pub, 9th Edition.
- Honnold, J. O. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 3rd Edition.

- Kritzer, A. (1989). *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer & Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1st Edition.
- Marsh, P.D.V. (1994). *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, Gower Pub Co, 1st Edition.
- Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz Pub, 1st Edition.
- Schlechtriem, P. (1998). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (Translated by: Geoffrey Thomas), Oxford: Clarendon Press, 1st Edition.
- Schlechtriem, P., Schwenzer. I. (2005). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, NY: Oxford, 2nd (English) Edition.
- Schlechtriem. P., Butler. P. (2009). *UN Law on International Sales*, Berlin: Springer Pub, 1st Edition.
- Schlesinger, R. B. (1968). *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, NY: Oceana Publications, 1st Edition.
- Schwenzer, I., Fountoulakis, C. (Eds.). (2006). *International Sales Law*, London & NY: Routledge & Cavendish, 1st Edition.
- Smits, J. M. (2012). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2nd Edition.
- Stone, R. (2005). *The Modern Law of Contract*, London: Cavendish Publishing Limited, 6th Edition.
- Sweigert, K., Kotz, H. (1998). *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 3rd Edition.
- Treitel, S. G. (2003). *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 11th Edition.

- Articles

- Date Bah, S. K. (1979). "UN Convention for Contracts for Sale of Goods: Overview", *Rev. Ghana. L.*, vol. 11.
- Eörsi, G. (1979). "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, vol. 27.
- Feltham, J. D. (1981). "UN Convention on Contracts for International Sale of Goods", *Journal of Business Law*.
- Garro, A. M. (1995). The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, *Tul. L. Rev*, vol. 69.

-
- Honnold, John. (1964). "The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, No. 3.
 - Kozolchyk, B. (1965). "The Legal Nature of the Irrevocable Commercial Letter of Credit", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 14.
 - Leete, Burt A. (1992). "Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 6.
 - Malik, Shahdeen. (1985). "Offer: Revocable or Irrevocable. Will Art. 16 of the Convention on Contracts for the International Sale Ensure Uniformity?", *Indian J. Int'l L.*, vol. 25.
 - Martin, C. H. (2008). "The Electronic Contracts Convention, the CISG, and New Sources of E-Commerce Law", *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 16, No. 2.
 - Mather, H. (2001). "Firm Offers under the UCC and the CISG", *Dick. L. Rev.*, vol. 105.
 - Megrah, M. (1982). "Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit", *Arizona Law Review*, vol. 24, No. 2.
 - Murray, John E. (1988). "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, vol. 8.
 - Oliphant, Herman. (1920). "The Duration and Termination of an Offer", *Michigan Law Review*, vol. 18, No. 3.
 - Perillo, Joseph. M. (2002). "Screed for a Film and Pillar of Classical Contract Law: Shuey v. United States", *Fordham Law Rev.*, vol. 71.
 - Sono. K. (1988). "Restoration of the Rule of Reason in Contract Formation: Has There Been Civil and Common Law Disparity", *Cornell Int'l L.J.*, vol. 21.
 - Sutton, Kenneth C. (1979). "Formation of Contract: Unity in International Sale of Goods", *University of Western Ontario Law Review*, vol. 16.
 - Wagner, W. J. (1962). "Some Problems of Revocation and Termination of Offers", *Notre Dame Lawyer*, vol. 38, No. 2.
 - Winship, Peter. (1983). "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *International Lawyer*, vol. 17.

گزارش آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (منتهی به شهریورماه ۱۳۹۵)

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2016.23524

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده براساس بیانیه‌های الجزایر که در تاریخ ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ (۱۹ ژانویه ۱۹۸۱) امضاء گردید، تأسیس شده همچنان به کار خود ادامه می‌دهد. آخرین بار، در گزارشی که در مجله حقوقی بین‌المللی شماره بیست و چهارم، سال ۱۳۷۸ منتشر شد، گزارشی درباره عملکرد دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و تعداد و نوع دعاوی مختومه و باقیمانده و مبالغ پرداختی به طرفین ارائه گردید. در این شماره، گزارشی به‌روزشده از دعاوی و آرای دیوان از بدو شروع به کار تا شهریور ۱۳۹۵ به شرح زیر به اطلاع می‌رسد.

الف. آمار پرونده‌های دیوان

دعاوی الف	دعاوی ب	دعاوی بزرگ	دعاوی کوچک	جمع
۳۳	۷۵	۹۶۱	۲۸۸۴	۳۹۵۳
۲۰	۷۲	۹۶۰	۲۸۸۴	۳۹۳۶
۱۳	۳	۱	۰	۱۷

ب. مبالغ پرداختی ایران به طرف‌های امریکایی (دولت یا اتباع امریکا)

مبالغ پرداخت شده به طرف‌های امریکایی دعاوی، بر اساس احکام دیوان و از محل حساب تضمینی دیوان داوری پرداخت شده است. احکام صادره به نفع طرف‌های امریکایی دو نوع است: احکام ترافیعی و احکام سازشی. در احکام ترافیعی، دیوان بهره را نیز مورد حکم قرار داده که در موقع پرداخت از حساب تضمینی محاسبه و پرداخت شده و در اینجا منظور نگردیده است. لکن در احکام سازشی که مبتنی بر توافق طرفین و تسویه حساب است، بهره‌ای پرداخت نشده است. مبلغ احکام ترافیعی و سازشی که به طرف‌های امریکایی پرداخت شده، به تفکیک چنین است:

احکام ترافعی (بدون احتساب بهره)

۵۰۱,۶۳۱,۵۵۵/۶۷ دلار

معادل دلاری ۹۷,۱۲۲,۵۹۸ ریال

احکام سازشی

۱,۶۶۵,۳۶۶,۹۵۹/۷۶ دلار

معادل دلاری ۳۰۳,۱۹۶/۰۰ پوند انگلیس

معادل دلاری ۲۹۷,۰۵۱/۰۰ مارک آلمان

جمع کل مبلغ پرداختی به طرف‌های امریکایی:

۲,۱۶۶,۹۹۸,۵۱۵/۴۳ دلار

معادل دلاری ۳۰۳,۱۹۶/۰۰ پوند انگلیس

معادل دلاری ۲۹۷,۰۵۱/۰۰ مارک آلمان

معادل دلاری ۹۷,۱۲۲,۵۹۸ ریال

ج. مبالغ دریافتی ایران از طرف‌های امریکایی (دولت یا اتباع امریکا)

آنچه از دولت امریکا یا اتباع آن کشور دریافت شده، مشتمل است بر وجوه نقدی و نیز اموال عینی (غیرنظامی). در مورد اموال عینی در بند ۵ زیر جداگانه توضیح داده خواهد شد، اما وجوه نقدی دریافتی از طرف‌های امریکایی، ناشی از احکام ترافعی یا سازشی دیوان داوری یا سایر ترتیبات است. مبلغ احکام ترافعی و سازشی یا سایر ترتیبات که از طرف‌های امریکایی دریافت شده، به تفکیک چنین است:

احکام ترافعی (بدون بهره):

۵۴۲,۹۸۵,۹۰۲/۲۴ دلار

معادل دلاری ۷,۹۷۷,۳۴۳ ریال

احکام سازشی*:

۲,۱۸۸,۶۹۲,۲۰۶/۴۲ دلار

معادل دلاری ۴۲۳,۹۱۱ ریال

سایر ترتیبات:

دریافتی بابت تسویه مانده حساب شماره ۲ در لندن: ۸۱۰,۰۰۰,۰۰۰ دلار

دریافتی بابت قسمتی از صندوق امانی پروژه اف. ام. اس: ۲۰۰,۰۰۰,۰۰۰ دلار

دریافتی بابت فروش نفت قبل از پیروزی انقلاب (حدوداً): ۱۲۵,۰۰۰,۰۰۰ دلار

* این مبلغ شامل دریافت حدود ۱۵/۲۳۶,۳۹۰,۷۱۰ دلار (اصل و بهره) از صندوق امانی پروژه اف. ام. اس. نیز می‌باشد.

جمع کل مبالغ دریافتی ایران از طرف‌های امریکایی: ۳,۸۶۶,۶۷۸,۱۰۸/۶۶ دلار
معادل دلاری ۸,۴۰۱,۲۵۴ ریال

د. اموال عینی دریافتی از طرف‌های امریکایی

همان‌طور که اشاره شد، علاوه بر وجوه نقدی، اموال عینی معتنا بهی نیز از اتباع و شرکت‌های امریکایی که قبل از پیروزی انقلاب در ایران مشغول فعالیت بوده یا طرف قرارداد با دستگاه‌های ایرانی بوده‌اند، دریافت شده است. این اموال عمدتاً در ازای قسمتی از پرداخت‌هایی است که به موجب احکام ترافیعی یا سازشی به طرف‌های امریکایی انجام شده و در نتیجه، اموال موضوع ادعا به تملک طرف ایرانی درآمده است. پاره‌ای از اقلام عمده اموال عینی دریافت شده از طرف‌های امریکایی به شرح زیر است:

- کارخانه‌های پلی‌اکریل اصفهان از شرکت دوپن
- دکل‌های نفتی و تجهیزات اکتشافی یا حفاری باقیمانده در ایران از شرکت‌های نفتی امریکایی
- نیمی از سهام شرکت سهامی خارک (خمکو) که دارای کارخانه عظیم پتروشیمی در جزیره خارک بوده است
- مقادیر زیادی انواع ماشین‌آلات، تجهیزات و وسایل مختلف صنعتی از شرکت‌های امریکایی
- مقادیر زیادی سهام، حساب‌های بانکی و سایر علایق مالکانه اتباع و شرکت‌های امریکایی در ایران
- دو فروند هواپیمای بوئینگ ۷۰۷ از شرکت ای‌سیستمز
- تعداد ۷۲۰۰ دستگاه خودروی سواری از شرکت جنرال موتورز
- تعداد ۱۵۰۰ دستگاه کولر گازی از شرکت فدرز
- فسیل‌های منطقه مراغه (حدود ۱۳۵۰ قطعه)
- آثار باستانی چغامیش (۱۰۸ قطعه)
- تابلوهای هنری (۱۴ عدد)

با توجه به آمار و توضیحات فوق، خلاصه پرداخت‌ها و دریافت‌های انجام شده در دعاوی مطروحه در دیوان تا شهریورماه ۱۳۹۵ به شرح زیر است:

پرداخت‌های ایران به طرف‌های امریکایی: دریافت‌های ایران از طرف‌های امریکایی:

۲,۱۶۶,۹۹۸,۵۱۵/۴۳ دلار	۳,۸۶۶,۶۷۸,۱۰۸/۶۶ دلار
معادل دلاری ۳۰۳,۱۹۶ پوند انگلیس	معادل دلاری ۸,۴۰۱,۲۵۴ ریال
معادل دلاری ۲۹۷,۰۵۱ مارک	
معادل دلاری ۹۷,۱۲۲,۵۹۸ ریال	

نمایه مقالات

شماره‌های ۵۳ و ۵۴ مجله حقوقی بین‌المللی

فهرست مطالب مجله حقوقی بین‌المللی شماره ۵۳ (پاییز - زمستان ۱۳۹۴)

صفحه

- «تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتی‌رانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)»، محسن مجبّی، وحید رضادوست ۹
- «ماهیت و قلمرو تعهد رفتار دولت کامله‌الوداد در چارچوب موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات»، سید قاسم زمانی، مهریار راشدی ۳۱
- «نظارت ایکائو بر استانداردها و رویه‌های پیشنهادی هوانوردی»، منصور جباری، مرضیه قلندری ۶۹
- «تحلیل ابعاد اصل حسن‌نیت در حقوق بین‌الملل در پرتو رویه قضایی»، حمید الهویی‌نظری، عقیل محمدی ۹۹
- «کارآمدی اقدامات متقابل به‌عنوان ضمانت اجرای حقوق بشر»، محسن عبدالهی، پریسا روشنفکر، زهرا دبیری ۱۲۷
- «آثار حقوقی تحریم‌های بین‌المللی هوشمند در چارچوب قطعنامه‌های شورای امنیت، با تأکید بر تدارکات در صنعت نفت ایران»، حاتم صادقی زیازی، افسانه بقایی برزآبادی ۱۶۱
- «شورای امنیت و امکان نقش‌آفرینی در روند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، شهرام زرنشان ۲۱۱
- «تحدید زمان و دایره شمول: گامی به سوی انسانی‌کردن تحریم‌ها»، منصور فرخی ۲۳۳
- «مسئولیت کیفری مافوق در نقض قواعد و مقررات حقوق بشر و بشردوستانه از سوی مأمورین آمریکایی در اشغال عراق»، سهراب صلاحی ۲۵۵
- «تعیین قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در مقررہ رم ۲ اتحادیه اروپا»، همایون مافی ۲۸۷
- «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه (حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، حسن بادینی، احد شاهی ۳۱۵
- نمایه مقالات شماره‌های ۴۹ تا ۵۲ مجله حقوقی بین‌المللی ۳۶۵

فهرست مطالب مجله حقوقی بین‌المللی شماره ۵۴ (بهار - تابستان ۱۳۹۵)

صفحه

- ۹ «لزوم همکاری دولتها در زمینه مالیات بین‌المللی»، محمدجعفر قنبری جهرمی، سعید عباسی
«حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقت‌نامه تریپس و چالش حمایت از
- ۲۹ حق بین‌المللی بشر بر سلامت»، صابر نیاورانی، احسان جاوید
«نظارت قضایی محاکم بین‌المللی بر شورای امنیت سازمان ملل متحد»، سیدفضل‌الله
- ۵۹ موسوی، وحید بذار
«تحریم کشتی‌رانی جمهوری اسلامی ایران از منظر حقوق بین‌الملل»، سیدياسر ضیایی،
- ۹۱ مهناز رشیدی
«حقوق و دیپلماسی در قانون صلاحیت دادگستری ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی
- ۱۳۳ علیه دولتهای خارجی و قوانین مرتبط ایالات متحده امریکا»، علیرضا ظاهری
«معاهدات موجد حق برای دولتهای ثالث با نگاهی به ماده ۳۶ کنوانسیون وین راجع به
- ۱۶۷ حقوق معاهدات»، حمید الهویی نظری
«بررسی تاریخی و تحلیلی اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری»، علی ایزدی
- ۱۹۱ «اختلافات آژانس بین‌المللی انرژی اتمی با ایران در پرونده هسته‌ای از دیدگاه حقوق
- ۲۱۹ بین‌الملل»، سیدحسین سادات‌میدانی
«کاربردهای نظامی فناوری نانو از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، عباس تدینی،
- ۲۵۷ سیدمصطفی کازرونی
«حسن نیت در انعقاد قرارداد؛ با تأکید بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مرتضی حاجی‌پور
- ۳۰۷

**Revocation of Offer in UN Convention on Contracts for the
International Sale of Goods (1980-Vienne)**

Fakhroddin Asghari Aghmashhadi ¹
Hossein Kaviar ²

Persian text pp. 233- 268

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23531

Abstract

There are complex issues despite the simple appearance and the nature of the *offer* with which Iranian Civil Code has never dealt with. Offer as the first will in the conclusion of a contract, before acceptance, may terminate like any other legal institutions. Revocation of offer is one of the most significant causes which can terminate the offer as the unilateral will of offeror. In this article, the revocation of offer in the most important document of international commerce, *i.e.* UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods will be studied. This Convention is one of the most important commercial documents which reflects all the ideas of commentators on both sides of the North Atlantic (Roman law– Common law). In this study, it is intended to analyze the important issues including whether offeror before acceptance, has any obligation as to keep it open or is free to revoke it? Whether an effective offer (*i.e.* an offer that was delivered to the offeree) can be assumed revocable or irrevocable? In addition, what restrictions should be imposed on the right of revocation of offeror? Should the offeror prove to inform the offeree of the revocation? Is it possible to revoke the public offers? The results taken from this research can cover the gaps of Iranian law about revocation of offer.

Keywords

Offer, Withdrawal, Revocation, Promise to Non-revoke, Reliance of Offeree.

1. Corresponding Author, Professor of Law, University of Mazandaran, Faculty of Law and Political Science, f.asghari@umz.ac.ir

2. Associate Professor, Islamic Azad University, Meimeh Branch, h.kaviar@umz.ac.ir

**The Conditions for the Limitation of Liability of Owner of Sea-going Ships
(The Survey of International Convention on Limitation of Liability for
Maritime Claims 1976)**

Feizollah Jafari ¹
Mehrnaz Mokhtari ²

Persian text pp. 211 - 232

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23530

Abstract

One of the characteristics of the maritime law is the system of limitation of liability for owners of sea-going ships. The main purpose of this system is the development of shipping industry and increasing investment in maritime law. In this regard, efforts have been made for harmonization of international rules by International Maritime Committee that has led to the formation of International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of Liability of Owners of Sea-going Vessels 1924; International Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-going Ships, 1957; Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC) 1976; and Amendment Protocol 1996 in this field. Furthermore, Iran acceded to the Convention on Limitation for Maritime Claims on 30 June 2014. The accession of Iran is an effective step in the development of shipping industry of Iran at the international scale and harmonizes the rules on limitation of liability of the owner of sea-going ships. In this article, we present the general view of the system of limitation of liability. This will be based on the Convention 1976 that Iran is a member thereof. This study will merely shed light on the concept and necessity of acceptance of limitation of liability, beneficiaries, and the conditions of its application in Convention 1976.

Keywords

Maritime Law, Limitation of Liability, Ship-owners, Convention 1976.

1. Corresponding Author, Associate Professor, Bu-Ali Sina University, Faculty of Law, jafarilaw@yahoo.com

2. MA Student, Private Law, Bu-Ali Sina University, Faculty of Law, Mehrnaz.mokhtari20@gmail.com

The Plaintiff and Defendant Rights from the Point of View of Human Rights Stressing the European Court of Human Rights' Precedents

Masoud Raei ¹
Kaveh Mousavi ²

Persian text pp. 185 - 210

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23529

Abstract

Human rights defined as a complex of rights and privileges which apart from any kind of discriminations are recognized for the human being. The necessity of public and particular protection of human being needs widespread effort of international society, states, and non-governmental organizations. The public protection is in regard to general population, whereas the particular one refers to special groups or the owner of special titles. Plaintiff and defendant as the outstanding samples of these titles need particular protection for their vulnerability. The attitude of the present discussion is to state kinds of plaintiff and defendant rights in the human rights instruments stressing on the European Court of Human Rights Precedents. The outcomes of the research indicate the gradual promotion in international system of human rights with regard to plaintiff and defendant rights.

Keywords

Plaintiff, Defendant, Human Rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

1. Assistant Professor, Islamic Azad University, Najafabad Branch, masoudraei@yahoo.com

2. PhD Student of International Law, Islamic Azad University, Najafabad Branch, kavehmousavi1970@gmail.com

Principles of Legality of Crimes and Punishments in International Criminal Proceedings

Mahdi Momeni ¹

Persian text pp. 159 - 184

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23528

Abstract

International criminal proceedings have been under serious criticism due to the absence of international lawmaker, courts with compulsory jurisdiction and organized sanctions which are the necessary requirements of a comprehensive and authoritative legal system. As during the Nuremberg and Tokyo trials, relying on justice could not fill the legality lacuna. Criticisms having been made during those trials and then, indicated that we should also take effort with regard to legality principles of crime and in the scope of International Criminal Law. The initial steps for the adoption and deployment of these principles have been slow but progressive. Analyzing international criminal proceedings in its basic form in Leipzig Court in the early twentieth century, the Nuremberg and Tokyo trials in the mid-twentieth century, ICTY and ICTR in the final decades of the twentieth century, as well as internationalized criminal courts, among which the special court of Sierra Leone at the end of the twentieth century, and finally ICC represents the deep and progressive evolutions and great distinctive orientations of international criminal justice system with regard to the acceptance and deployment of the principles of legality of crime and punishment. This article analyzes the process of evolution and the admission of principles on the development of international criminal law from the first generation of the courts to the International Criminal Court. This trend started with denial and failure to perform and ended in necessity and stipulation.

Keywords

Principle of Legality of Crime, Principle of Legality of Punishment, Jurisprudence of International Criminal Courts.

1. Faculty Member at Payame Noor University, Faculty of Law, brmomeni_law@gmail.com.

**Jurisdictional Regulating Rules in Domestic Courts:
Applicability in International Tribunals**

Ali Izadi ¹

Persian text pp. 135 - 158

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23527

Abstract

Over the past two decades, we have witnessed the proliferation of international courts and tribunals. Due to the absence of any hierarchical structure amongst international courts and tribunals, their creation can be described as sporadic and largely uncoordinated with possible overlaps in their ambits. In other words, two or even more courts and tribunals may simultaneously have jurisdiction to adjudicate the same dispute or parts thereof. There is no doubt that sequential or overlapping proceedings before international tribunals do raise concerns and the biggest concern seems to be inconsistent rulings. The jurisdictional conflict that leads to divergent rulings or open ignorance of another court's jurisdiction undermines the authority of courts and tribunals. Thus, there is a need for regulating conflicting jurisdictions, especially with the recent proliferation of international courts and tribunals and the lack of any formal legally binding institutional coordination among those courts and tribunals. This study attempts to examine the potential of rules of conflicting jurisdictions as well as the general principles of domestic legal systems in settling the jurisdictional conflicts.

Keywords

International Courts and Tribunals, Jurisdictional Conflicts, *Res judicata*, *Lis pendens*, *Forum non conveniens*.

1. PhD of International Law, University of Tehran, ut.izadi@yahoo.com

Gabčíkovo-Nagymaros Project Case: The Role of the International Court of Justice in Highlighting the Concept of Sustainable Development

Sattar Azizi ¹
Seyyed Mahdi Mousavi ²

Persian text pp. 109 - 134

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23526

Abstract

This paper studies the Gabčíkovo-Nagymaros project, the first case before the International Court of Justice dealing with the concept of sustainable development. In particular, this paper analyzes three related aspects of this principle addressed in the Court's judgment: the concept of sustainable development; the principle of precautionary acts; and the principle of environmental impact. It has been concluded in this paper that both the opinion of the majority of judges and the view of the Vice-President of the Court, Judge Weeramantry, have contributed to the development of the international environmental law, but their impacts have not been comprehensive.

Keywords

Sustainable Development, Gabčíkovo-Nagymaros Project Case, The International Court of Justice, International Environmental Law, Environment.

1. Assistant Professor at Bu-Ali Sina University, Hamedan, satarazizi@ymail.com

2. PhD Student at Bu-Ali Sina University, Hamedan

Human Rights and the Right to Be Forgotten in the Age of New Information Technologies

Seyyed Ghasem Zamani ¹
Shima Attar ²

Persian text pp. 81 - 108

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23525

Abstract

This paper sheds light on one of the most important challenges posed by internet and web 2.0 to the privacy and data protection right. The fact that the internet records everything and forgets nothing, is inconsistent with the fragility of human memory. For this reason, a debate about the need to regulate the 'right to be forgotten' that builds on the rights of the personality, consisting several elements such as the right to privacy, data protection, and dignity has emerged in Europe.

This right which finds its rationale in the protection of privacy gives individuals the possibility to remove information about them from the Internet. Moreover, the right to be forgotten could become incompatible with other traditionally protected rights such as freedom of expression and access to information.

This paper explains the history of the recognition of the right to be forgotten which has been defined basically by Data Protection Agencies and studies a new European framework for data protection.

Keywords

Data Protection, Human Rights, Privacy, Right to Be Forgotten, Cyberspace, Directive on Data Protection 1995, The European Court of Justice Judgment on 13th May 2014.

1. Assistant Professor at Allameh Tabatabaei University, Faculty of Law and Political Science, drghzamani@gmail.com

2. Corresponding Author, PhD Student of Private Law at Allameh Tabatabaei University, shimaattar@gmail.com

**International Legal Aspects of Confronting with Marine Oil Pollution
and Criminal Liability Regime**

**Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi ¹
Negin Shafiei Bafti ²**

Persian text pp. 53 - 80

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23523

Abstract

Marine oil pollution usually occurs sporadically and periodically. The occurrence of such incidents attracts scholars' attention to the threats of marine environmental pollution. Nowadays, environmental misconducts extend beyond national borders and the function of international law system has not been desirable so far. Marine oil pollution is a complicated concern with extensive dimensions that is not possible to confront with by limited solutions. The aim of this paper is the assessment of international legal aspects of confronting with marine oil pollution with special regard to criminal liability regime and its mechanisms. Deficiencies of civil liability regime on the one hand, and inadequacy of individual criminal liability on the other hand, highlight the necessity of the defense arising from corporate criminal liability. From the prospect of this paper, the combination of two civil and criminal liability systems and also the application of individual and corporate criminal liability are the most efficient solutions for deterring marine oil pollution.

Keywords

Marine Oil Pollution, Transnational Corporations, Individual Criminal Liability, Corporate Criminal Liability, Criminal Sanction.

1. Corresponding Author, Assistant Professor at Shahid Beheshti University, Faculty of Law, mjg.jahromi@gmail.com

2. Faculty Member at Shahid Bahonar University of Kerman, Faculty of Law and Theology, neginshafiei@gmail.com

**Counterclaim before the International Tribunal for the Law of the Sea
in the Light of Order of 2 November 2012 in the “Virginia G” Case
(the Republic of Panama and the Republic of Guinea-Bissau)**

Mohsen Mohebi ¹

Hadi Azari ²

Persian text pp. 31 - 52

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23522

Abstract

The Republic of Panama and the Republic of Guinea-Bissau, by their special agreement dated 29 June and 4 July 2011, accepted to submit their dispute concerning the vessel *Virginia G* to the International Tribunal for the Law of the Sea (*ITLOS*). The matter was entered into the list of cases on 4 July 2011. In its initial claim, Panama accused Guinea-Bissau of breaching its obligations under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Guinea-Bissau filed a counterclaim on the basis of article 98 of the Rules of the Tribunal. Panama argued that this claim failed to meet the double conditions of jurisdiction and connection as laid down by the said article. That led the Court to examine the admissibility of the Guinean claim. In dismissing the objections raised by Panama, the Court determined by an order of 2 November 2012 that the counterclaim from Guinea-Bissau was indeed admissible. The claims of both parties were rejected in the judgment on the merits rendered on April 14, 2014.

Keywords

International Tribunal for the Law of the Sea (*ITLOS*), The International Court of Justice, Counterclaim, Special Agreement (Compromis), Order of 2 November 2012, “Virginia G” Case, Jurisdiction and Connection, UN Convention on the Law of the Sea (*UNCLOS*) (1982), Incidental Procedure, Article 98 of the Rules.

1. Associate Professor, Islamic Azad University, Sd.Mohebi@gmail.com

2. Faculty Member at Kharazmi University, Faculty of Law and Political Science, Tehran, hadikhanir@yahoo.com

**A New Reflection on “Consensual Jurisdiction” in the Practice of the
International Court of Justice**

Jamshid Momtaz ¹
Masoud Alizadeh ²
Shahram Zarneshan ³

Persian text pp. 9 - 30

DOI: 10.22066/cilamag.2016.23521

Abstract

The Consensualism is one of the major features of the judicial procedure within the international community. This principle, rooted in the Statute of the International Court of Justice, is explained as the result of an unperfected community, *i.e.* current international legal order. For many lawyers, this principle is an obstacle to the realization of the concept of justice in International Law. However, the International Court of Justice in all its contentious proceedings has made efforts for the protection of that principle. At the same time, one could note a modified application of the same principle in the advisory function of the World Court. In fact, by adopting a less rigorous approach in its advisory opinions, the International Court of Justice has been able to overcome obstacles concerning the consent of States in its functions as the principal judicial organ of the United Nations.

Keywords

International Court of Justice, Consensualism, Judicial Settlement of Disputes, Advisory Opinion, Contentious Proceedings, International Jurisprudence.

1. Professor of Law at Tehran University, Member of the International Law Institute and Former Head of the UN International Law Commission, djmomtaz@yahoo.com

2. Corresponding Author, Associate Professor at Payame Noor University (PNU), Garmsar Branch, massoud.alizadeh1@gmail.com

3. Associate Professor of Law and Faculty Member at Bu-Ali Sina University, Hamedan, szarneshan@yahoo.com

◆ The Conditions for the Limitation of Liability of Owner of Sea-going Ships (The Survey of International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976)	211
<i>Feizollah Jafari & Mehrnaz Mokhtari</i>	
◆ Revocation of Offer in UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980-Vienne)	233
<i>Fakhroddin Asghari Aghmashhadi & Hossein Kaviar</i>	
◆ Report on Awards Issued by Iran - United States Claims Tribunal	269
◆ Index to International Law Review Vols. 53 & 54	273
◆ Abstracts in English	

International Law Review

Fall - Winter 2017

Contents	page
◆ A New Reflection on “Consensual Jurisdiction” in the Practice of the International Court of Justice	9
<i>Jamshid Momtaz, Masoud Alizadeh & Shahram Zarneshan</i>	
◆ Counterclaim before the International Tribunal for the Law of the Sea in the light of Order of 2 November 2012 in the “Virginia G” Case (the Republic of Panama and the Republic of Guinea-Bissau)	31
<i>Mohsen Mohebi & Hadi Azari</i>	
◆ International Legal Aspects of Confronting with Marine Oil Pollution and Criminal Liability Regime	53
<i>Mohammad Jafar Ghanbari Jahromi & Negin Shafiei Bafti</i>	
◆ Human Rights and the Right to Be Forgotten in the Age of New Information Technologies	81
<i>Seyyed Ghasem Zamani & Shima Attar</i>	
◆ Gabčíkovo-Nagymaros Project Case: The Role of the International Court of Justice in Highlighting the Concept of Sustainable Development	109
<i>Sattar Azizi & Seyyed Mahdi Mousavi</i>	
◆ Jurisdictional Regulating Rules in Domestic Courts: Applicability in International Tribunals	135
<i>Ali Izadi</i>	
◆ Principles of Legality of Crimes and Punishments in International Criminal Proceedings	159
<i>Mahdi Momeni</i>	
◆ The Plaintiff and Defendant Rights from the Point of View of Human Rights Stressing the European Court of Human Rights’ Precedents	185
<i>Masoud Raei & Kaveh Mousavi</i>	

International Law Review

(Semi-Annual)

Vol. 55; Fall - Winter 2017

ISSN 2251-614X

DOI Number Assigned Articles

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 AlmasiTehran University
Ebrahim Beigzadeh Shahid Beheshti University
Rabia EskiniResearch Institute of Nuclear Sciences and Technology of A.E.O.I
Hedayatollah Falsafi Shahid Beheshti University
Mohsen Mohebbi Tehran Azad University
Seyyed Fazlollah MoosaviTehran University
Hamid Reza NikbakhtShahid 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