



دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکزی



دانشکده حقوق

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی بین المللی

دوره ۱۷/ شماره ۶۶ / زمستان ۱۴۰۳

فصلنامه علمی «تحقیقات حقوقی بین المللی» به استناد نامه شماره ۱۱۹۰۱-۱۳۹۹ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۲ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری دارای رتبه علمی می باشد.

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سرمدیر: دکتر سید باقر میرعباسی

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی

نشانی: تهران، بزرگراه امام علی (ع)، بلوار ارتش، خیابان شهید سوهانی، مجتمع دانشگاهی ولایت.

کد پستی: ۱۹۵۵۸۴۷۷۸۱ ؛ تلفن: ۰۲۱۲۲۴۸۱۶۲۶ ؛ سامانه: alr.iauctb.ac.ir ؛ رایانامه: alr.iauctb.ac.ir@gmail.com

شاپای چاپی: ۱۶۳۴-۲۳۸۳۸ * شاپای الکترونیکی: ۳۶۶۱-۲۳۸۳

قابل دسترسی از: isc, noormags.ir, magiran.com, sid.ir, scholar.google.com

مجوز این فصلنامه در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۲۴ از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره ۱۲۴/۳۲۹ اداره کل امور مطبوعات خبرگزاری‌های داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است.

* مقاله‌های منتشر شده در مجله، لزوماً بیانگر دیدگاه این فصلنامه نیست. *

هيات تحريريه (به ترتيب حروف الفبا):

دکتر حسين آقايي جنت مکان، دانشيار دانشگاه شهيد چمران

دکتر حميد ابهری، استاد دانشگاه مازندران

دکتر بهشيد ارفع نيا، دانشيار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر منوچهر توسلي نائيني، دانشيار دانشگاه اصفهان

دکتر صادق سليمي، دانشيار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر احمد شمس، دانشيار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر مهرباب داراب پور، استاد دانشگاه شهيد بهشتي

دکتر همایون مافی، استاد دانشگاه علوم قضايي و خدمات اداري

دکتر محمدرضا مجتهدی، استاد دانشگاه تبريز

دکتر سيد باقر ميرعباسي، استاد دانشگاه تهران

داوران اين شماره (به ترتيب حروف الفبا):

دکتر امير احمدي، استاديوار دانشگاه پيام نور

دکتر ميثم اسلامي، استاديوار دانشگاه آزاد اسلامي واحد ورامين

دکتر تهمورث بشيريه، استاديوار دانشگاه علامه طباطبائي

دکتر محمدرضا پيرهادي، استاديوار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر مسعود راعي، دانشيار دانشگاه آزاد اسلامي واحد نجف آباد

دکتر نجمه رزمخواه، استاديوار دانشگاه پيام نور

دکتر صادق سليمي، دانشيار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر سوده شاملو، استاديوار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

دکتر حامد عامري گلستاني، استاديوار دانشگاه آزاد اسلامي واحد اهواز

دکتر محسن عبدالحی، دانشيار دانشگاه شهيد بهشتي

دکتر شراره مفيدیان، استاديوار دانشگاه آزاد اسلامي واحد تهران مرکزي

شرایط ارائه مقاله به فصلنامه علمی «تحقیقات حقوقی بین المللی»

۱. مقاله را در سامانه فصلنامه به آدرس alr.iauctb.ac.ir ثبت و ارسال کنید.
۲. ساختار مقاله شامل: صفحه عنوان، چکیده (زمینه و هدف / روش / یافته ها و نتایج)، کلیدواژه ها، مقدمه، یافته های پژوهش، نتیجه گیری، پیشنهادهای کاربردی، سپاسگزاری و منابع باشد.
۳. نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان به همراه سمت علمی و پست الکترونیکی ذکر شود.
۴. چکیده مقاله از ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه و حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۵. نحوه ارجاعات: شیوه استنادها و منبع نویسی باید به روش APA باشد:

✱ کتاب ها:

- ارفع نیا، بهشید. (۱۳۹۹). *حقوق بین الملل خصوصی*. چاپ نوزدهم. انتشارات بهتاب.
- پیرهادی، محمدرضا. (۱۳۹۵). درس گفتارهایی در حقوق قراردادها. جلد اول. انتشارات خرسندی.
- بوگانسکی، میتکو و پترسکی، دریژ (۱۳۹۴). *تروریسم سایبری، تهدید علیه امنیت جهانی*. ترجمه ندا نیازمند. در مجموعه مقاله ها تروریسم شناسی. چاپ اول. انتشارات نگاه بینه.
- Hayward, K. (2017). *Cultural Criminology*. 1st Edition. Critical Concepts in Criminology. Routledge.

✱ مقالات:

- سلیمی، صادق. (۱۴۰۰). مفهوم و مرجع احراز «منافع عدالت» در دیوان بین المللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان. *پرویه شناسه حقوق کیفری*، ۱۲(۱)، ۷۵-۹۸.

https://jol.guilan.ac.ir/article_4887.html

- Mary I, Imogen R, Mark A. (2020). Newsmaking criminology in Australia and New Zealand: Results from a mixed methods study of criminologists media engagement. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 53(1), 84-101.
<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0004865819854794>

✱ پایان نامه / رساله تحصیلی:

- شمس اژی، علیرضا. (۱۳۷۹). جرم سازمان یافته و بررسی مصادیق آن در حقوق موضوعه ایران [پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران].

شیوه ارزیابی مقالات

مقالات ارسالی که شرایط پذیرش را احراز نمایند، برای داوران هم‌تراز، همتا و خبره در آن موضوع ارسال می‌گردند. داوران محترم، علاوه بر ارزشیابی کیفی مقالات، راهبردهای سازنده‌ای نیز پیشنهاد می‌نمایند. پیشنهادهای داوران محترم به‌طور کامل، اما بدون ذکر نام داور، برای نویسنده مقاله ارسال خواهد شد.

مراحل و شرایط پذیرش و چاپ مقاله

نویسنده به سایت فصلنامه مراجعه نموده، ثبت نام می‌کند و از طریق سایت مقاله خود را ارسال می‌نماید.

مقاله دریافتی از نظر انطباق با الگو و ساختار نشریه بررسی می‌شود. در صورت عدم مطابقت مقاله در قالب نشریه، مقاله مورد نظر رد و به نویسنده مسئول اعلام خواهد شد.

هیات تحریریه فصلنامه پس از مطابقت موضوع با سیاست‌های نشریه، درباره در اولویت قرار گرفتن یا نگرفتن مقاله برای چاپ در فصلنامه تصمیم می‌گیرند.

مقالات تأیید شده در مرحله قبل، برای حداکثر ۳ داور تخصصی ارسال می‌گردد.

در صورت تأیید نهایی توسط داوران، نظر داوران و فصلنامه به نویسنده مسئول اعلام می‌گردد.

مقاله اصلاح‌شده توسط نویسنده، توسط سردبیر و یا داوران مورد تأیید نهایی قرار گرفته و در اختیار ویراستاران علمی نشریه قرار می‌گیرند.

برای رفع اشکالات احتمالی (جملات یا عبارات‌های نامفهوم، جاافتاده، غیرمرتبط، استنادهای بدون منبع، منابع با اطلاعات غلط، جداول مشکل‌دار،...) توسط ویراستار به نویسنده اعلام می‌گردد. برای کوتاه‌شدن این فرآیند و تسریع در چاپ، توصیه می‌شود مقاله طبق شیوه نامه و با رعایت کامل نظرات داوران نوشته شود.

پس از ویرایش علمی و رفع اشکالات، مقاله به ویراستار ادبی داده می‌شود.

پس از ویرایش‌های علمی و ادبی مقاله برای صفحه‌آرایی ارسال می‌شود.

برای کنترل و تأیید نهایی، مقاله صفحه‌آرایی‌شده برای نویسنده مسئول ارسال می‌شود. در این مرحله رفع اشتباهات فاحش قابل اصلاح می‌باشد.

مقاله نهایی پس از صفحه‌آرایی، برای چاپ ارسال می‌گردد.

فهرست مقالات دوره ۱۷، شماره ۶۶، زمستان ۱۴۰۳

عنوان..... صفحه

صلاح‌دید قضایی در رسیدگی‌های ترافیکی دیوان بین‌المللی دادگستری

محمد رضا سبحانی و سید حسین سادات میدانی..... ۱

تأثیر نقض فاحش کنوانسیونهای ژنو بر توسعه حقوق کیفری بین‌المللی با نگاهی به رویه محاکم کیفری بین‌المللی

امیر سماواتی پیروز، شهرداد دارابی، مهدی چگنی و مریم ولی زاده..... ۲۷

رویکردها به مشروعیت حکمران در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با عنایت به برخی از اصول کمیسیون ونیز

غلامرضا دهقان ناصرآبادی، محمد شریف شاهی و سید محمد صادقی احمدی..... ۴۷

شروط ناعادلانه در طرح قانون بیع مشترک اروپا و مطالعه تطبیقی آن با نظام حقوقی ایران

محسن عباسی و محمد رضا پیرهادی..... ۶۷

اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

احمد اسفندیاری..... ۹۳

مشروعیت توسل به زور در دفاع مشروع علیه بازیگران غیر دولتی و تأثیر آن بر حقوق دولت میزبان

صفیه اعتماد، پیمان بلوری و مالک ذوالقدر..... ۱۱۳

Judicial Discretion in Contentious Proceedings before the International Court of Justice

Mohammad Reza Sobhani¹✉, Seyed Hossien SadatMeidani²

Abstract

Field and Aims: In judicial proceedings, there exists a concept referred to as "judicial discretion," which can be described as the judge's right or authority to decide what should be applied in a given situation. However, the issue of the legitimacy and limits of judicial discretion has long been a subject of debate. This study examines this matter in the context of contentious proceedings before the International Court of Justice (ICJ), which constitutes the core challenge of this research.

Method: This article adopts a descriptive-analytical approach.

Findings and Conclusions: The findings of the study indicate that judicial discretion, when exercised by a judge in a principled and rule-based manner (i.e., grounded in legal principles, rules, and guidelines), does not constitute an abuse of power or authority. Regarding the structured frameworks governing judicial discretion at the International Court of Justice (ICJ), key factors include: Judicial policy, Institutional linkages, and The Court's organizational foundation. Furthermore, in contentious proceedings where judicial discretion is required, the ICJ may exercise such discretion in three key areas: Determination of jurisdiction, Applicable law, and Procedural rules. In doing so, the Court must adhere to established principles and standards in these domains, consistent with its own jurisprudence. Additionally, understanding these regulatory frameworks provides insight into the judicial reasoning patterns of ICJ judges, which can significantly influence the success of a case before the Court.

Keywords: Judicial discretion, International Court of Justice (ICJ), International judge, Contentious jurisdiction, Procedure of the Court, International law.

*Citation (APA): Sobhani, M.; SadatMeidani, S. (2024). Judicial Discretion in Contentious Proceedings before the International Court of Justice. *International Legal Research*, 17(66), 1-26.

1. Ph.D. in Public International Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author). Email: dr.mohammadrezasobhani1980@gmail.com
2. Assistant Professor, Faculty of International Relations, Ministry of Foreign Affairs, Tehran, Iran. Email: h.sadatmeidani@sir.ac.ir

صلاحیت قضایی در رسیدگی های ترافی دیوان بین المللی دادگستری

محمد رضا سبحانی✉، سید حسین سادات میدانی^۲

چکیده

زمینه و هدف: در رسیدگی های قضایی، وضعیتی وجود دارد که از آن به صلاحیت قضایی تعبیر می شود و در توصیف آن می توان گفت حق یا توانایی تصمیم گیری قاضی درباره آن چیزی است که در یک وضعیت خاص باید اعمال شود؛ اما مشکل مشروعیت و محدودیت صلاحیت قضایی از جمله مواردی است که همواره مطرح بوده و بررسی این امر در رسیدگی های ترافی دیوان بین المللی دادگستری چالش این تحقیق می باشد.

روش: این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی نگارش یافته است.

یافته ها و نتایج: یافته ها و نتایج پژوهش بیانگر آن است که در اعمال صلاحیت قضایی، هنگامی که قاضی به طور ضابطه مند، یعنی بر مبنای اصول، قواعد و دستورالعمل ها اقدام به اعمال آن نماید، سوءاستفاده از قدرت و اختیار محسوب نمی گردد. در خصوص ضوابط نظام مند کننده صلاحیت قضایی دیوان بین المللی دادگستری می توان به سیاست قضایی، پیوند سازمانی و خاستگاه سازمانی دیوان اشاره نمود. همچنین، دیوان در رسیدگی های ترافی که نیازمند اعمال صلاحیت قضایی است، در سه حوزه مربوط به احراز صلاحیت، قانون قابل اعمال و آیین دادرسی امکان اعمال صلاحیت را دارد و در این خصوص، مطابق رویه خود باید اصول و ضوابط بیان شده را در حوزه های مذکور، مد نظر قرار دهد. همچنین، شناخت این ضوابط به معنای شناخت الگوی حاکم بر ذهن قضات است که این امر در موفقیت یک دعوی مؤثر خواهد بود.

کلیدواژه ها: صلاحیت قضایی، دیوان بین المللی دادگستری، قاضی بین المللی، صلاحیت ترافی، آیین دادرسی دیوان، حقوق بین الملل.

* استناددهی (APA): سبحانی، محمد رضا و سادات میدانی، سید حسین. (۱۴۰۳). صلاحیت قضایی در رسیدگی های ترافی دیوان بین المللی دادگستری. *تحقیقات حقوقی بین المللی*، ۱۷ (۶۶)، ۱-۲۶.

۱. دکتر حقوق بین الملل عمومی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: dr.mohammadrezasobhani1980@gmail.com

۲. استادیار دانشکده روابط بین الملل وزارت امور خارجه، تهران، ایران. رایانامه: h.sadatmeidani@sir.ac.ir

مقدمه

در گذار به سمت جامعه بین‌المللی، حقوق بین‌الملل نیازمند نوعی بسترسازی قانونی است که بر اساس آن بتوان هم قواعد تعیین‌کننده رفتار بین‌المللی^۱ و هم قواعد حاکم بر واکنش بین‌المللی^۲ را به‌طور دقیق‌تر و مفصل‌تری نظام‌مند ساخت (سادات میدانی، ۱۴۰۱: ۳۲). با این حال، با وضعیت‌هایی مواجه هستیم که این امر را با چالش جدی مواجه ساخته و ممکن است مشروعیت قواعد ایجادشده را زیر سؤال ببرد که از جمله این موارد می‌توان به موضوع «صلاح‌دید»^۳ اشاره نمود. در توصیف صلاح‌دید می‌توان گفت حق یا توانایی تصمیم‌گیری درباره آنچه که در یک وضعیت خاص باید اعمال گردد، می‌باشد و بنابراین، آنچه پیرامون صلاح‌دید اهمیت دارد، «وضعیت خاص» است؛ به این معنا که صاحب حق تنها در یک شرایط خاص و استثنایی می‌تواند حق خود را اعمال نماید.

در خصوص اینکه صلاح‌دید در چه وضعیت‌هایی قابل اعمال است، باید گفت این وضعیت مبتنی بر دو حالت است: نخست، خلأ قانونی و دوم، حالتی که قانون قابل اعمال، مبهم است (جعفری، محمدیان امیری و اسفندیاری، ۱۴۰۱: ۷۶۲). موضوع صلاح‌دید در حقوق بین‌الملل در عملکرد شورای امنیت، دولت‌ها و قضات محاکم بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری قابل مشاهده است (سبحانی، شریفی طراز کوهی، منصوری و موسی زاده، ۱۳۹۹: ۱). بر این مبنای اگرچه شورای امنیت به عنوان مسئول اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی فرازونشیب‌های فراوانی را در مسیر انجام وظایف محوله پشت سر نهاده است (سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۱۱)، اما برخی تصمیمات آن با ابهاماتی مواجه است. در واقع، اگرچه ماده (۳۹) منشور اشاره‌ای به چارچوب اعمال صلاح‌دید شورای امنیت در موارد مندرج در این ماده ننموده، اما این به معنای اختیار بی‌حد و حصر شورای امنیت نیست. شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده تادیچ نیز به این امر اشاره می‌کند که «... نه متن منشور و نه روح منشور، شورای امنیت را فراتر از قانون نمی‌پندارد»^۴. دومین حوزه مربوط است به صلاح‌دید دولتها که البته، باید گفت دولتها در اعمال حاکمیت بر دولت-ملت از حاشیه وسیعی از صلاح‌دید برخوردارند که از آن جمله می‌توان به حمایت دیپلماتیک، اعلان وضعیت اضطراری و منافع ملی و اساسی اشاره نمود. دکترین صلاح‌دید برای نخستین بار در گزارش سال (۱۹۵۸) کمیسیون حقوق بشر اروپا در دعوای قبرس علیه بریتانیا به کار رفت و پس از آن نیز در شمار فراوانی از گزارش‌های کمیسیون

۱. قواعد اولیه

۲. قواعد ثانویه

3. Discretion

4. Prosecutor v. Duško Tadić Case No. IT-۹۷-I, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ۲۸ (Oct. ۲, ۱۹۹۷).

مذکور مورد استفاده قرار گرفت (گریر^۱، ۲۰۰۰: ۵). دیوان اروپایی حقوق بشر نیز برای اولین بار در قضیه ایرلند علیه بریتانیا به طور صریح به «اصطلاح حاشیه صلاحدید» اشاره کرد.^۲ سومین حوزه صلاحدید مربوط است به صلاحدید قضایی و در توصیف آن باید گفت با آنکه قانون ابزار ایجاد نظم در یک جامعه اعم از داخلی و بین‌المللی است، اما همواره دارای قواعد روشن و کارآمد نبوده و حتی در برخی موارد اصلاً قانون مشخصی وجود ندارد و این امر تکلیف قضات را در رسیدگی به اختلافات دچار مشکل می‌نماید. در حقوق بین‌الملل نیز اعمال صلاحدید وجود داشته و قضات محاکم بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری که موضوع مطالعه ما می‌باشد- درجه‌ای از صلاحدید را دارا هستند که اگر به طور صحیح انجام پذیرد، رأی قاضی از قانونیت و مشروعیت برخوردار خواهد بود. بر این اساس، در این مقاله، صلاحدید قضایی در رسیدگی‌های توافقی دیوان بین‌المللی دادگستری را مورد مطالعه قرار می‌دهیم که شامل مفهوم صلاحدید قضایی، ضوابط نظام‌مندکننده صلاحدید قضایی و صلاحدید قضایی دیوان پیرامون صلاحیت توافقی می‌باشد.

۱. مفهوم صلاحدید قضایی

قانون همواره و در تمام قضایا دارای قواعد روشن و مشخص نیست و ممکن است در مواردی پیرامون قضیه‌ای خاص، قانون مشخصی وجود نداشته باشد و یا اینکه در مواردی، چندین گزینه پیش روی قاضی قرار داشته باشد. در این موارد، ممکن است اتخاذ تصمیم در مورد موضوع دعوی توسط محکمه با چالش مواجه گردد (سبحانی، ظهوری منش و ایجاد، ۱۳۹۸: ۱۳۹). لذا، صلاحدید قضایی^۳ حقی است که به قاضی این امکان را می‌دهد تا در مورد طیف وسیعی از تصمیمات احتمالی، در وضعیت خلاء حقوقی و یا ابهام در قانون قابل اعمال، پیرامون تعیین تکلیف یک پرونده تصمیم بگیرد (فورد^۴، ۱۹۹۴: ۳). همچنین، صلاحدید قضایی از این نظر که قابلیت هدایت قاضی به سمت خودسری و اعمال سلیقه را به همراه دارد، یک خطر محسوب می‌شود. صلاحدید قضایی هنگامی اعمال می‌شود که قانون حاکم، موجود نباشد که در این صورت، همه چیز بستگی به ارزیابی و تشخیص منصفانه و عادلانه شخصی قاضی دارد.

مشکل مشروعیت و محدودیت صلاحدید قضایی در طول تاریخ تفکرات حقوقی همواره مطرح بوده است. از آنجا که مشروعیت قدرت عمومی بیش‌ازپیش مورد تردید است، بنابراین تا زمانی که بخش قابل توجهی از اعمال قدرت عمومی به دادگاه‌ها و نهادهای مشابه دادگاه محول

1. Greer

2. European Court of Human Rights, CASE OF IRELAND v. THE UNITED KINGDOM, JUDGMENT, 1978

3. <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780199551248/001/0001/acref-9780199551248-e-21122>

4. Ford



شده، نیاز به اعمال محدودیت‌هایی واضح در قلمرو صلاحدید قضایی وجود دارد (ویکلوند^۱، ۲۰۰۳: ۲).

اما از آنجا که حدود، زمان اعمال، نحوه اعمال و همچنین، محدودیت‌های حاکم بر صلاحدید قضایی به روشنی مشخص نیست، همواره این نگرانی وجود دارد که صاحب حق، از حق خود سوءاستفاده نماید. همچنین، قضات باید نسبت به این موضوع آگاهی داشته باشند که چه زمانی می‌توانند اعمال صلاحدید نمایند. بنابراین، در جایی که قاضی در اعمال حق صلاحدید، فراتر از محدودیت‌های تعیین شده توسط قانون اقدام نماید، از اختیار خود سوءاستفاده کرده و عمل او در قالب «فعالیت قضایی فراقانونی»^۲ مورد شناسایی قرار می‌گیرد (زاربیف^۳، ۲۰۱۲: ۱۵).

در نظام حقوق بین‌الملل، موضوع فعالیت قضایی فراقانونی با رویکردی دیگر مد نظر قرار گرفته است. پروفیسور هیو ثرلوی به تفکیک آن را به دو بخش «رسمی» و «اساسی» تقسیم کرده و عنوان نموده در توصیف فعالیت قضایی فراقانونی رسمی، قاضی به مسائل حقوقی غیر از مواردی می‌پردازد که می‌تواند برای تشکیل ساختار منطقی حکم وی کافی باشد و این امر البته، به منظور توسعه قانون است. در فعالیت قضایی فراقانونی اساسی، قاضی که مشغول فعالیت ذاتی قضایی است، با عدم رضایت از قانون موجود یا از آنچه که او آن را خلاء قانونی می‌داند، آماده است تا به چیزی نزدیک به ایجاد قانون عمل کند تا بتواند تصمیم خود را بر پایه آن اعمال نماید (ثرلوی^۴، ۲۰۰۲: ۷۶).

در مقررات دیوان بین‌المللی دادگستری به مواردی برمی‌خوریم که معنای صلاحدید قضایی را می‌توان از آن استنباط نمود؛ به طور مثال، در ماده (۹)^۵ یا ماده ۴۵ (۲)^۶ به واژه‌ای^۷ اشاره شده که به معنای آن است که قاضی دیوان بنا به ابتکار خود، اختیار گرفتن برخی تصمیمات را دارد. در واقع، ما در اعمال صلاحدید قضایی از دو محدوده کاملاً مشخص صحبت می‌کنیم: یکی، محدوده‌ای که قاضی از اختیار صلاحدید خود در چارچوب قانون و به طور ضابطه‌مند استفاده می‌کند و دیگری، محدوده‌ای که قاضی، خارج از چارچوب قانون و بر مبنای نظرات و باورهای شخصی اعمال صلاحدید می‌کند. بنابراین، اعمال صلاحدید قضایی، هنگامی که قاضی به طور ضابطه‌مند یعنی بر مبنای اصول، قواعد و دستورالعمل‌ها اقدام به اعمال آن نماید، سوءاستفاده از قدرت و اختیار محسوب نمی‌گردد. آنچه که صلاحدید را ضابطه‌مند کرده و از وضعیت اعمال سلیقه خارج

1. Wiklund

2. Judicial activism

3. Zarbiyev

4. Thirlway

5. The Court may, either proprio motu or upon a request made not later than the closure of the written proceedings, decide, for the purpose of a contentious case or request for advisory opinion, to appoint assessors to sit with it without the right to vote

6. The Court may authorize or direct that there shall be a Reply by the applicant and a Rejoinder by the respondent if the parties are so agreed, or if the Court decides, proprio motu or at the request of one of the parties, that these pleadings are necessary.

7. proprio moto

می‌کند، تعیین محدوده اختیارات صلاحیدیدی است؛ یعنی شناسایی وضعیت‌هایی که در آن، قاضی می‌تواند اعمال صلاحیدید نماید و این امر متفاوت از تعیین محدودیت بر اعمال صلاحیدید قضایی است.^۱

۲. ضوابط نظام‌مندکننده صلاحیدید قضایی

رابطه میان صلاحیدید دیوان با ارزش اقناعی رأی^۲ و پرهیز از رویکرد سلیقه‌ای، یکی از چالش‌برانگیزترین مباحث در حقوق بین‌الملل عمومی است؛ زیرا صلاحیدید قضایی اگرچه به دیوان انعطاف می‌دهد، اما ممکن است در غیاب چارچوب‌های دقیق، به ذات‌گرایی یا حتی اعمال سلیقه شخصی قضات بینجامد. صلاحیدید قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری، به عنوان ابزاری برای انعطاف‌پذیری در تفسیر و تطبیق حقوق بین‌الملل، نقش تعیین‌کننده‌ای در شکل‌گیری ارزش اقناعی آرای آن ایفا می‌کند؛^۳ برای نمونه، در نظریه مشورتی تغییرات اقلیمی (۲۰۲۵)، دیوان با تلفیق صلاحیدید خود با مفاهیم نوینی مانند حقوق نسل‌های آینده و اصل احتیاط، نه تنها به تقویت مشروعیت رأی پرداخت، بلکه ارزش اقناعی آن را برای محاکم ملی و نهادهای بین‌المللی افزایش داد.^۴

اما آنچه که صلاحیدید را ضابطه‌مند کرده و از حالت اعمال سلیقه خارج می‌کند، تعیین محدوده اختیارات صلاحیدیدی است؛ یعنی شناسایی وضعیت‌هایی که در آن، قاضی بین‌المللی می‌تواند اعمال صلاحیدید نماید. با این کار، محدوده اختیارات قاضی در اعمال صلاحیدید مشخص و احصاء خواهد شد. این امر متفاوت از تعیین محدودیت بر اعمال صلاحیدید قضایی است. تعیین محدوده صرفاً به معنای شناسایی موقعیت‌ها و حوزه‌هایی است که باید در آن شرایط، اعمال صلاحیدید شود. بدیهی است که تا قاضی نسبت به این موقعیت‌ها اطلاعی نداشته باشد، نمی‌تواند به درستی اعمال صلاحیدید نماید. بنابراین، ما با دو چالش مهم روبه‌رو هستیم: نخست، تعیین محدوده اعمال صلاحیدید قضایی به قصد شناسایی موقعیت‌هایی که قاضی می‌تواند این اختیارات را اعمال نماید. دوم، تعیین محدودیت بر اعمال صلاحیدید قضایی در این موقعیت‌ها تا از اعمال سلیقه قاضی جلوگیری نماییم. بدیهی است که تعیین محدوده بر تعیین محدودیت اولویت دارد. در تعیین اعمال محدودیت بر اختیارات صلاحیدیدی قضات باید گفت که تصمیمات آنها تا حد زیادی توسط هنجارهای قانونی تعیین می‌شود. لازم به توضیح است که این استدلال با مطالعات تجربی در

۱. صلاحیدید دیوان ریشه در اصل استقلال قضایی و انعطاف‌پذیری رویه‌ای دارد که به دیوان امکان می‌دهد تا با توجه به ویژگی‌های هر دعوا، تصمیماتی عادلانه و متناسب اتخاذ کند.

2. Persuasive Value

۳. ارزش اقناعی رأی دیوان به عواملی مانند استحکام استدلال حقوقی، اجماع قضات، انطباق با تحولات حقوق بین‌الملل، شفافیت و تفصیل دلایل بستگی دارد.

4. ICJ Advisory Opinion on Climate Change, 2025



رویه دادگاههای آمریکا تأیید می‌شود و نشان می‌دهد که رژیم‌های حقوقی یا ابزارهای قانونی تأثیر قابل توجهی در تصمیم‌گیری دادگاه دارند.

۱-۲. سیاست قضایی^۱ دیوان

موضوع سیاست قضایی امری بحث‌برانگیز است و البته، در همین ابتدای بحث باید میان دو مفهوم «سیاست قضایی» و «قضاوت سیاسی» قائل به تفکیک شویم.

در عرصه داخلی، عمدتاً قانون توسط افراد سیاستمدار و در پارلمان تصویب می‌شود و در عرصه بین‌المللی نیز حقوق بین‌الملل تحت تأثیر سیاست بین‌الملل قرار دارد که تا حدود زیادی متأثر از سیاست حکومتها است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۷۸: ۵). مارتین شاپیرو در توضیح رابطه میان سیاست و قضاوت توضیح می‌دهد: «این باور وجود دارد که دادگاه بخشی از سیاست بوده و هست، زیرا تمام قوانین، از جمله قانون اساسی، بخشی از سیاست است.» (شاپیرو^۲، ۱۹۸۸: ۶۳). لذا، وقتی که قضیه‌ای نزد دادگاه مطرح می‌شود، قاضی با آنکه معیارهای متعددی در ذهن برای رسیدگی دارد، نمی‌تواند سیاست را اساس رأی خود قرار دهد. در حقیقت، رویکرد سیاستمدارانه به مسائل حقوقی منجر به صدور رأی غیرمنصفانه و غیرعادلانه می‌گردد. در حقیقت، حتی خط‌مشی سیاسی قاضی نیز نباید بر استدلال و صدور رأی او تأثیرگذار باشد.

اما این به آن معنا نیست که عوامل غیرحقوقی بر اعمال اقتدارات قضایی دادگاه تأثیرگذار نیست. در عرصه داخلی، یک قاضی نمی‌تواند در چارچوب قانون اساسی یا عرف و یا اصول اخلاقی رأی صادر کند؛ البته، معیارهای دیگری چون انصاف و معقولیت هم در نظر می‌گیرد (تاماناها^۳، ۲۰۱۲: ۸). قضات دیوان بین‌المللی دادگستری در اعمال اقتدارات قضایی خود نیازمند کارویژه قضایی یا همان سیاست قضایی هستند؛ یعنی منطق قضایی را انتخاب می‌کنند که توجیه بیشتری دارد؛ به عبارت دیگر، اتخاذ تدابیری که رسیدگی و صدور حکم در چارچوب آن انجام پذیرد.

۲-۲. پیوند سازمانی

یکی از مهمترین عواملی که در تعیین سیاست قضایی دادگاه تأثیر دارد، جایگاه یک مرجع قضایی است. اینکه یک مرجع قضایی مستقل باشد یا در چارچوب یک نهاد فعالیت کند، بر سیاست قضایی آن مرجع قضایی تأثیرگذار است. دیوان بین‌المللی دادگستری مطابق ماده (۷) منشور ملل متحد، به عنوان رکن قضایی سازمان ملل متحد محسوب می‌گردد.

1 . Judicial Policy

2 . Shapiro

3 . Tamanaha

دیوان بین‌المللی دادگستری در پیوند سازمانی با سایر نهادهای سازمان ملل متحد است و به عنوان بازوی سازمان عمل می‌کند؛ بر این اساس، در سیاست قضایی خود به عملکرد این نهادها نیز توجه دارد. بر این اساس، دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌تواند رایی برخلاف قطعنامه‌های شورای امنیت صادر نماید؛ به طور مثال، در قضیه کانال کورفو، دیوان موافقت‌نامه خاص مربوطه را طوری تفسیر نمود که به قطعنامه شورای امنیت جنبه اجرایی ببخشد (سادات میدانی، ۱۳۹۱: ۳۵). همچنین، در ارتباط دیوان با کمیسیون حقوق بین‌الملل، شاهد استنادات دیوان بین‌المللی دادگستری به برخی پیش‌نویس‌های این کمیسیون هستیم.^۱ اگرچه این مواد پیش‌نویس هنوز به صورت معاهده درنیامده است، اما رویه قضایی و استنادات دیوان به آن اعتبار می‌بخشد.

۲-۳. خاستگاه سازمانی

دیوان بین‌المللی دادگستری ذیل سازمانی فعالیت می‌کند که دارای اصول و اهدافی است و دیوان نیز در تعیین سیاست قضایی خود باید این اصول و اهداف را مد نظر قرار دهد؛ به عبارت دیگر، در حل و فصل اختلافات ملزم به رعایت محدودیت‌های منشور می‌باشد.

در قضیه تفسیر معاهدات صلح با بلغارستان، مجارستان و رومانی به این نکته اشاره شده است که «دیوان که به او وضعیت رکن اصلی اعطاء شده است و به صورت نزدیک با نظام ملل متحد مرتبط است، باید تمام تلاش خود را در زمینه همکاری با سایر ارکان سازمان جهت دستیابی به اهداف و اصول سازمان بنماید».^۲

در منشور، اهدافی مانند حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، توسعه روابط دوستانه و احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی وجود دارد^۳ که دیوان بین‌المللی دادگستری در چارچوب سیاست قضایی خود به آن توجه می‌نماید و در آراء خود، حصول این اهداف را مد نظر قرار می‌دهد.

در اینجا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این امر مخالف استقلال قضایی قضات نمی‌باشد؟ همانطور که می‌دانیم، مطابق ماده (۴) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، اعضاء دیوان توسط مجمع عمومی و شورای امنیت که هر کدام جزء ارکان سازمان ملل متحد هستند، انتخاب می‌شوند. بر این اساس، آیا ممکن است این دو نهاد قضاتی را انتخاب نمایند که باور دارند بیشتر ترجیحات آنها را اعمال می‌نمایند؟ مضافاً که مطابق بند (۲) ماده (۹۴) منشور ملل متحد، شورای امنیت ضمانت اجرای آراء دیوان بوده؛ بر این اساس، آیا شورای امنیت از آرایشی که به نظر او مخالف خاستگاه سازمان ملل متحد صادر شده است، حمایت می‌کند؟ در اینجا، قصد ورود به بحث استقلال قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری را نداریم؛ زیرا این خود موضوع پژوهش دیگری

۱. مانند ماده (۸) و ماده (۱۱) طرح پیش‌نویس مسئولیت دولتها.

۲. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, ICJ Rep, ۱۹۵۰, p ۸۲

۳. بندهای (۱)(۲)(۳) ماده (۱) منشور ملل متحد.



است، اما قصد ما از بیان این مسئله، اشاره به این نکته است که دیوان بین‌المللی دادگستری چه در رسیدگی به مواردی که قانون حاکم بر دعوی وجود دارد و چه در مواردی که نیاز به اعمال صلاحیت قضایی می‌باشد، باید در سیاست قضایی خود چارچوب‌های سازمانی که ذیل آن فعالیت می‌کند را در نظر داشته باشد. بنابراین، در اینجا، صرفاً به این سؤال پاسخ می‌دهیم که آیا لحاظ این چارچوب‌ها ممکن است موجب خدشه‌دار شدن استقلال قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری شود؟

در عرصه داخلی، استقلال قضایی در معنای تفکیک قوا بوده و به معنای آن است که رسیدگی‌های قضایی نباید تحت تأثیر منافع فردی و شخصی قرار گیرند؛ اما همچنان قضات موظف هستند در رسیدگی‌های خود از برخی چارچوب‌ها مانند قانون اساسی، عرف، اصول اخلاقی، انصاف، معقولیت و مانند اینها عدول نکنند و این به معنای عدم استقلال نمی‌باشد، بلکه تضمینی مبنی بر رعایت عدالت و اطمینان از صدور رأی معتبر توسط قاضی رسیدگی‌کننده می‌باشد.^۱ در ماده (۲) اساسنامه دیوان، به وجود یک هیات مستقل اشاره شده است؛ این استقلال هم به معنای مستقل بودن قضات از دولت متبوعشان است و هم به معنای استقلال از دخالت و سلطه سازمان ملل در نحوه رسیدگی به پرونده است. بدیهی است که امور حکمی در اختیار قاضی است و لحاظ محدودیت‌های اعمال شده در منشور در رسیدگی دیوان، تضمین تحقق اهداف منشور است و این امر نمی‌تواند در معنای خدشه‌دار شدن استقلال قضات تلقی شود. حال، با توجه به این مطالب، محدوده اظهار نظر قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری تا کجاست؟ قاعده‌ای در دادرسی وجود دارد که قاضی را محدود به اظهار نظر در محدوده خواسته طرفین دعوی می‌نماید.^۲ بنابراین، آخرین خواسته طرفها در جریان دادرسی ملاک صلاحیت است، اما در مواردی مشاهده شده است که قضات دیوان رسالت خود را در اظهار نظر نسبت به برخی مسائل و حتی اعتراض به خود قانون می‌بینند؛ به طور مثال، در رأی آلمان علیه ایتالیا، دیوان ضمن رفع اثر از توقیف اموال دولت آلمان، اظهار تأسف می‌کند که چرا آلمان غرامت بازماندگان را پرداخت نکرده و به نوعی، اشاره به این امر دارد که فکری به حال پرداخت غرامت نکند.^۳

با این اوصاف، می‌توان گفت صلاحیت قضایی پیرامون دو صلاحیت مشورتی و ترافی دیوان بین‌المللی دادگستری قابل اعمال می‌باشد. اما با توجه به موضوع پژوهش، به بیان محدوده، ماهیت و نحوه اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در رسیدگی‌های ترافی خواهیم پرداخت.

۳. صلاحیت قضایی دیوان پیرامون صلاحیت ترافی

بحث صلاحیت پیرامون دیوان بین‌المللی دادگستری بیشتر در موضوع صلاحیت مشورتی دیوان مورد بحث بوده و کمتر پیرامون قضایای ترافی مورد توجه قرار گرفته است. پیرامون مبانی

1 . International Commission of Jurists (ICJ), ۲۰۰۷, p ۱۲

2 . Non ultra petita

3 . Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012, para99

صلاحیدید در دیوان می‌توان سه منشاء را در نظر گرفت: اول، صلاحیدیدی که اساسنامه در نظر گرفته است. دوم، صلاحیدیدی که جزو اختیارات ذاتی دیوان است و سوم، صلاحیدیدی است که بر اساس قانون قابل اعمال وجود دارد. هر سه این موارد را می‌توان به عنوان صلاحیدید دیوان در نظر گرفت و البته، خاستگاه صلاحیدید در خود اساسنامه و یا در قانون قابل اعمال وجود دارد. همچنین، صلاحیدید قضایی در خصوص صلاحیت ترافی دیوان در سه حوزه: نخست: صلاحیدید دیوان در باب احراز صلاحیت؛ دوم: صلاحیدید دیوان در باب قانون قابل اعمال و سوم: صلاحیدید دیوان پیرامون آیین دادرسی، قابل اعمال می‌باشد که ذیلاً، با بررسی رویه دیوان به بیان محدوده‌ها و اصول و ضوابطی که قضات دیوان به هنگام اعمال صلاحیدید باید مد نظر قرار دهند، خواهیم پرداخت. آنچه که در این خصوص اهمیت دارد، احصاء نمودن اختیارات صلاحیدیدی قضات است؛ بدین صورت که با تغییر قضات، حکم دعوی تغییر ننماید. بدیهی است اگر اختیارات صلاحیدیدی قضات احصاء نشود، این امر به معنای خودسری و اعمال سلیقه است که از عدالت قضایی به دور می‌باشد.

۳-۱. صلاحیدید ترافی دیوان در باب احراز صلاحیت

حوزه نخست مربوط است به صلاحیدید دیوان در باب احراز صلاحیت که محدوده و نحوه اعمال صلاحیدید دیوان در این خصوص شامل: ۱- «وجود و ماهیت یک اختلاف» (بند ۱ و ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان) که درباره ضوابط تشخیص «وجود و ماهیت یک اختلاف» قاعده مشخصی وجود ندارد و لذا، دیوان در این خصوص دارای اختیارات صلاحیدیدی است. صلاحیدید در صلاحیت دیوان را باید در سه مرحله دید: الف- در مرحله ایجاد صلاحیت؛ ب- در مرحله احراز صلاحیت و ج- در مرحله اعمال صلاحیت که دیوان در این مرحله صلاحیدید بیشتری دارد.

در یک تعریف که توسط دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه ماوروماتیس ارائه شده است، اختلاف عبارت است از «عدم توافق در خصوص یک مساله موضوعی یا حکمی یا تعارض دیدگاههای حقوقی یا منافع حقوقی». در قضیه ماوروماتیس، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری اعلام نمود که اختلاف عدم توافق نسبت به یک موضوع حقوقی یا واقعیت است و همچنین، اختلاف نظر حقوقی و یا تعارض منافع میان طرفین آن است.^۱ بنابراین، تشخیص وجود اختلاف موضوعی است در حوزه صلاحیدید دیوان؛ زیرا در یک اختلاف، حداقل یکی از طرفین ادعای وجود اختلاف را دارد.

بر این اساس، با مطالعه آراء مختلفی چون قضایای جزایر مارشال^۲، آفریقای جنوب غربی^۱، ادعای نقض حقوق حاکمیتی و فضای دریایی در دریای کارائیب دعوی نیکاراگوئه علیه کلمبیا^۲،

1 . Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. ۲, ۱۹۲۴, P.C.I.J., Series A, No. ۲, p. ۱۱

2 . Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)



دعوی بلژیک علیه سنگال^۳، پرونده مرز زمینی و دریایی میان کامرون و نیجریه^۴، گرجستان علیه روسیه^۵، تیمور شرقی^۶ و تعهد به مذاکره پیرامون دسترسی به اقیانوس آرام در اختلاف میان بولیوی علیه شیلی^۷ می‌توان معیارها و ضوابطی که دیوان در اعمال اختیارات صلاحیت‌ی خود در تعیین وجود و ماهیت یک اختلاف مد نظر دارد را اینگونه احصاء نمود: الف- مخالف بودن ادعای طرفین، ب- وجود دیدگاههای مخالف در اجرا یا عدم اجرای تعهدات بین‌المللی، پ- اعتراض رسمی و دیپلماتیک قبلی، ت- بررسی اسناد و اظهارات طرفین، ث- بررسی رفتارها و برخوردهای طرفین در صورت نبود اسناد و اظهارات آنها، ج- وجود شواهد دال بر تضاد دیدگاه، چ- وجود شواهد حاکی از آگاهی خواننده از تضاد دیدگاه، ح- رفتار متعاقب خواننده نسبت به دادخواست و طرح دعوا در دیوان، خ- موجود بودن این اختلاف در تاریخ تقدیم دادخواست و ادامه آن تا زمان صدور رأی.

موارد دیگری که مربوط به صلاحیت دیوان در احراز صلاحیت است، شامل سایر ایرادات مقدماتی می‌باشد که عبارتند از: ۲- عدم ارتباط موضوع دعوی با معاهده‌ای که خواهان مدعی نقض آن است که در این خصوص، با بررسی قضایای سکوه‌ای نفتی^۸ و شرکت نفت ایران و انگلیس^۹ می‌توان گفت امری که به هنگام اعمال صلاحیت مد نظر قضات می‌باشد، این است که صرف ادعای دولت خواهان بر وجود ارتباط بین دعوی مطروحه و یک معاهده، دیوان را صلاحیت‌دار نمی‌کند و باید بین آنها رابطه نزدیک و معقول وجود داشته باشد.

۳- وجود شرط حل و فصل دیپلماتیک اختلاف در معاهده‌ای که اساس دعوی است که با مطالعه پرونده‌های دیوان شامل: فلات قاره دریای شمال (اختلاف میان آلمان و دانمارک و آلمان و هلند)^{۱۰}، فلات قاره دریای اژه (دعوی یونان علیه ترکیه)^{۱۱}، کارمندان دیپلماتیک و کنسولی (دعوی آمریکا علیه ایران)^{۱۲}، قضیه مربوط به فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن^{۱۳} و قضیه مربوط به مرز زمینی و دریایی (کامرون علیه نیجریه)، این نتیجه حاصل می‌گردد که

- 1 . South West Africa (Liberia v. South Africa) - Preliminary objections
- 2 . Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)
- 3 . Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)
- 4 . Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)
- 5 . Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)
- 6 . East Timor (Portugal v. Australia)
- 7 . Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)
- 8 . Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)
- 9 . Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)
- 10 . North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)
- 11 . Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)
- 12 . United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)
- 13 . Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)

هیچ قاعده عامی دائر بر اینکه توسل به مذاکرات دیپلماتیک پیش شرط ارجاع یک قضیه به دیوان محسوب می شود، وجود ندارد.

۴- در مورد اقدام موازی شورای امنیت نیز با مطالعه قضایای مربوط به فعالیت های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن، کارمندان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده آمریکا در تهران و قضیه لاکربی،^۱ این نتیجه حاصل می گردد که چنانچه موضوعی نزد شورای امنیت مطرح باشد، الگوی حاکم بر ذهن قضات مبتنی است بر اینکه این امر نباید مانع رسیدگی دیوان شود و هر دو دعوی می تواند هم عرض هم دنبال گردد؛ زیرا شورای امنیت وظایفی با ماهیت سیاسی دارد که برای آن تعیین شده است، در حالیکه دیوان وظایفی صرفاً با ماهیت حقوقی دارد.

۳-۲. صلاحیت قضایی دیوان در باب قانون قابل اعمال

دیوان بین المللی دادگستری برای رسیدگی به دعوا نیازمند تعیین قانون قابل اعمال بر قضیه مطرح شده نزد دیوان است. دیوان در جریان یک رسیدگی، اساسنامه، آیین دادرسی و قطعنامه های مربوط به آیین قضایی داخلی را به عنوان راهنما استفاده می کند (سادات میدانی، منبع پیشین: ۴۴۶). لذا، دومین حوزه ای که دیوان در رسیدگی های توافقی پیرامون آن دارای اختیارات صلاحیتدی می باشد، در باب قانون قابل اعمال است که ماده (۱۹) قواعد دادرسی دیوان آن را به تشخیص دیوان واگذار کرده است. این ماده مقرر می دارد: «با شرط رعایت قواعد اساسنامه و مقررات آیین دادرسی، اتخاذ هر گونه قطعنامه راجع به رهیافت های قضایی و راهکارهای داخلی ذی مدخل، با خود دیوان است.» دیوان در ابتدا نیازمند تعیین این امر است که چه منابع قانونی با موضوع دعوی مرتبط است. بنابراین، نخستین کار، مشخص کردن ارتباط موضوع با شاخه ها یا دسته های حقوقی است. این امر تحت عنوان «توصیف» صورت می گیرد. بنابراین، قاضی دیوان ابتدا، توصیف می کند که موضوع اختلاف با کدام یک از حوزه های حقوق بین الملل در ارتباط است و سپس، قانون قابل اعمال بر اختلاف را تعیین می نماید. ماده (۳۸) اساسنامه دیوان مشخص می نماید که دیوان بین المللی دادگستری حل اختلاف را از طریق رجوع به عهدنامه، عرف بین المللی، اصول کلی حقوقی مورد پذیرش ملل متمدن، تصمیمات قضایی و دکرترین انجام می دهد. اگرچه هیچ گونه سلسله مراتبی میان منابعی که عنوان گردید، وجود ندارد، اما دیوان به طور سنتی این سلسله مراتب را در تعیین قانون حاکم رعایت می کند؛ یعنی ابتدا، به معاهدات رجوع می کند؛ سپس، عرف و غیره. شاید دلیل این امر این است که معاهدات محصول توافق سیاسی دولتهاست، اما در صورتی که در پرونده ای معاهده ای به عنوان قانون قابل اعمال نباشد، دیوان به سایر منابع رجوع خواهد کرد. در این راستا، با بررسی قضایای مربوط به اجرای کنوانسیون ۱۹۰۲ ناظر بر قیمومت کودکان (اختلاف

1. Questions of Interpretation and Application of the ۱۹۷۱ Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)



میان هلند و سوئد)^۱ و سکوه‌های نفتی،^۲ می‌توان گفت که در تعیین قانون حاکم بر دعوی، دیوان صرفاً خواسته طرفهای دعوی را مدنظر قرار نمی‌دهد؛ بلکه خود نیز راساً در تشخیص قانون حاکم اقدام می‌نماید.

۳-۳. صلاحیت دیوان در باب آیین دادرسی

سومین حوزه‌ای که دیوان دارای اختیارات صلاحیدیدی است، مربوط به صلاحیت دیوان در باب آیین دادرسی می‌باشد. این موارد شامل:

۳-۳-۱. صلاحیت قضایی دیوان پیرامون ادله ارائه‌شده

بند (۱) ماده (۴۰) اساسنامه مقرر می‌دارد: «دعاوی به اقتضای مورد یا حسب توافق طرفین دعوی یا بوسیله دادخواستی که به دفتردار داده می‌شود، به دیوان رجوع می‌شود.» به ضمیمه این دادخواست، دولتها برای اثبات ادعاهای خود اقدام به ارائه ادله‌های متعددی می‌نمایند. بر این اساس، ماده ۴۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر می‌دارد: «... دیوان باید تمام تمهیدات لازم در ارتباط با اخذ دلایل را اتخاذ نماید؛ اما در پذیرش و ارزش‌گذاری دلایل قواعد مشخصی وجود ندارد و این در حوزه صلاحیت قضایی دیوان می‌باشد. اصول مرتبط با ادله در دیوان مشتمل بر دو امر: نخست- ارائه دلیل توسط طرفین و دوم- پذیرش دلیل توسط دیوان بین‌المللی دادگستری و ارزش‌گذاری بر روی آن‌ها می‌باشد.

در هیچ یک از مقررات اساسنامه و یا قواعد رسیدگی دیوان مشخص نگردیده است که چه نوع ادله‌ای مورد تأیید دیوان می‌باشد و قالب و شکل ادله تماماً به اصحاب دعوی، یعنی دولتها واگذار شده است. ادله می‌تواند شامل اسناد اداری دولتها، قانونگذاری‌های ملی، نقشه، گزارش نهادهای بین‌المللی، قطعنامه‌های سازمان ملل متحد، مطالب جراید، مطبوعات و رسانه‌های گروهی، اظهارنظر مقامات رسمی دولتها و اشخاص خصوصی و غیره شوند (سادات میدانی، منبع پیشین: ۱۲۳). این امر در جریان تدوین قواعد رسیدگی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری نیز مدنظر قرار گرفته بود که «دیوان این اصل را پذیرفته است که هرگونه دلیل ارائه‌شده از جانب اصحاب دعوی را به صورت خودکار مورد پذیرش قرار می‌دهد.»^۳ در حقیقت، دیوان در برخورد با ادله بسیار محتاطانه برخورد کرده و البته، به برخی ادله توجه و اهمیت بیشتری نموده است. برخی اسناد کتبی که به دیوان ارائه می‌شود، به دلایل مختلفی از جمله ادله‌ای که توسط افراد بی‌طرف ارائه شده‌اند، ارزش بیشتری برای دیوان دارند. بر این اساس، صلاحیت دیوان پیرامون ادله ارائه‌شده به صورت زیر قابل تقسیم و احصاء می‌باشد:

1 . Application of the Convention of ۱۹۰۲ Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)

2 . Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

3 . P.C.I.J., Ser. D, No. ۲, ۱۹۴۲, p. ۲۱۰

الف: در پذیرش و ارزش گذاری نقشه

در بسیاری از اختلافاتی که به دیوان ارجاع شده و موضوع پیرامون تعیین نقاط مرزی و تعیین حدود دریایی بوده است، عمدتاً نقشه‌های ارائه شده به عنوان دلیل از اهمیت خاصی برخوردار بوده است؛ خصوصاً، با پیشرفت و توسعه علم نقشه برداری شاهد تمایل بیشتر دیوان در ارزش گذاری به نقشه به عنوان یک دلیل می‌باشیم (باندی^۱، ۲۰۰۵: ۱۷۳).

اما ممکن است در مقام دفاع از سوی خواننده، ایراداتی تحت عنوان اشتباه در نقشه یا وجود تعارض میان نقشه با توافق‌نامه موجود، بیان شود. در این خصوص با بررسی قضایای نیکاراگوئه^۲، اختلافات مرزی میان بورکینافاسو و مالی^۳، اختلاف میان کنگو علیه اوگاندا^۴، معبد پره و بهار^۵، اختلاف میان اندونزی و مالزی^۶، اختلاف دریایی و سرزمینی میان هندوراس و نیکاراگوئه^۷ ضوابطی که دیوان در پذیرش و ارزش اثباتی نقشه در نظر می‌گیرد را می‌توان شامل این موارد دانست: نخست- نقشه‌ها به خودی خود موجد حق نیستند؛ دوم- نقشه در صورتی که در قالب یک معاهده یا در جریان مذاکرات تأیید شوند، به معنای پذیرش مفاهیم آنها از سوی طرفین هستند؛ سوم- در بررسی نقشه، چه قدیمی و چه مدرن، دقت جغرافیایی در تنظیم سند نیز باید رعایت شده باشد؛ در غیر اینصورت، به عنوان اماره و در کنار سایر قرائن و امارات مد نظر دادگاه می‌باشد.

ب: استناد دولتها در مقام اثبات ادعا به گزارش سازمانهای بین‌المللی

در مواردی نیز دولتها در مقام اثبات ادعای خود، به گزارش سازمانهای بین‌المللی استناد می‌نمایند؛ در این موارد نیز سیاست قضایی دیوان این است که اصولاً، این گزارش‌ها را در مقام اثبات کافی می‌داند؛ به طور مثال، در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در کنگو در اختلاف میان کنگو علیه اوگاندا، دیوان مقرر داشت که در بررسی نقض‌های ادعایی توسط اوگاندا از تعهدات حقوق بشری و حقوق بشردوستانه، دیوان اسناد ملل متحد در این خصوص را تا جایی که از سوی منابع معتبر تأیید شده باشد، مد نظر قرار خواهد داد.^۸ دیوان در این قضیه به قطعنامه‌های شورای امنیت اشاره می‌کند و گزارشهای ارائه شده در خصوص نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه توسط اوگاندا را منطبق دانسته و از وقوع این نقض‌ها اطمینان حاصل می‌نماید.^۹

1 . Bundy

2 . Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)

3 . Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)

4 . Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)

5 . Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)

6 . Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)

7 . Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)

8 . Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J., para 205

9 . Sc/RES/1234 and 1304



پیرامون این امر با بررسی قضایای کنگو علیه اوگاندا^۱، کنوانسیون پیشگیری و مجازات جنایات نسل‌کشی اختلاف میان بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونته‌نگرو^۲، این نتیجه حاصل می‌گردد که اسناد ارائه‌شده توسط سازمان ملل - یا سایر سازمانهای بین‌المللی - به‌خودی‌خود از ارزش دلیل برخوردار نیست و دیوان در ارزش‌گذاری به مواردی چون منبع دلیل، فرآیندی که در قالب آن گزارش تهیه شده است و کیفیت و ماهیت گزارش توجه خواهد نمود.

پ: استناد به شهادت شهود و شاهد کارشناس

اهمیت شهادت شهود و شاهد کارشناس بیشتر در ارتباط با آن دسته از پرونده‌هایی مطرح است که از خصیصه شبه‌کیفری برخوردار است و یا از جنبه‌های فنی و تخصصی برخوردار باشد. لازم به ذکر است که مسئولیتهای شهود و شاهد کارشناس صرفاً در امور موضوعی است و وظیفه‌ای در قبال ارتباط با بیان قانون حاکم بر دعوی ندارند (سادات میدانی، منبع پیشین: ۱۸۳). پیرامون این امر با بررسی قضایای الکترونیکا سیکولا (اختلاف آمریکا و ایتالیا)^۳، فلات قاره (تونس علیه لیبی)^۴، نیکاراگوئه^۵، اختلاف مرزی بین نیکاراگوئه و هندوراس در دریای کارائیب^۶، کانال کورفو^۷، اختلافات مرزی میان بورکینافاسو و مالی^۸ و اختلاف میان دانمارک و نروژ^۹ پیرامون تعیین مرز دریایی بین گرینلند و جان ماین می‌توان گفت شهادت شهود در حد اماره بوده و صرفاً به دیوان کمک می‌کند تا امری را در کنار سایر قرائن و شواهد احراز کند و به‌خودی‌خود نمی‌تواند ارزشی در حد دلیل داشته باشد. همچنین، در خصوص شاهد کارشناس، دیوان نسبت به گزارش کارشناسانی که از طرف اصحاب دعوی نصب می‌شوند، ارزش اثباتی کمتری قائل است؛ زیرا بی‌طرفی آن‌ها در ارائه گزارش محل تردید است؛ اما در مورد گزارش کارشناسانی که خود نصب می‌کند، ارزش بیشتری قائل است و البته، به‌طور مستقل تاکنون این گزارش‌ها اساس رأی دیوان نبوده‌اند. همچنین، دیوان معمولاً زمانی اقدام به نصب کارشناس کرده است که طرفین حاضر به همکاری با کارشناسان باشند. بنابراین، چون امکان الزام طرفین به همکاری با کارشناسان در اساسنامه و قواعد رسیدگی نیست، در چنین وضعیتی دیوان اقدام به نصب کارشناس نمی‌کند.

- 1 . Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)
- 2 . Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)
- 3 . Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)
- 4 . Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)
- 5 . Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)
- 6 . Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)
- 7 . Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)
- 8 . Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)
- 9 . Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)

ت: ارزش اظهارات مقامات رسمی دولتها (کتبی یا شفاهی)

در مواردی، اظهارات مقامات رسمی به عنوان دلیل به دیوان ارائه می‌شود. اینکه آیا اظهارات مقامات رسمی برای آنها تعهدآور است یا خیر، امری بود که دیوان دائمی در پرونده گرینلند شرقی به آن پاسخ داد و عنوان نمود که اظهارات برخی مقامات به واسطه موقعیتشان بیان‌کننده موضع رسمی کشورشان است و پاسخی با این چنین کیفیت از سوی وزیر امور خارجه به نمایندگی از دولت خویش در واکنش به درخواست فرستاده دیپلماتیک یک دولت خارجی در ارتباط با موضوعی که در حیطه ایشان قرار دارد، برای دولت متبوع الزام‌آور است؛^۱ اما از آنجایی که این امر در حوزه صلاحیدید دیوان است، لذا این سؤال مطرح است که ارزش اظهارات مقامات رسمی دولتها چه کتبی یا شفاهی برای دیوان به چه میزان است؟ آیا این اظهارات می‌تواند موجب اثبات یک حقیقت شود؟

در این زمینه، با بررسی قضایای آزمایشهای هسته‌ای (اختلاف میان استرالیا و نیوزلند علیه فرانسه)^۲، سکوها‌های نفتی^۳ و قضیه ادعای نقض عهدنامه مودت (اختلاف میان ایران و آمریکا)^۴، می‌توان گفت ضمن تعهدآور بودن اظهارات برخی مقامات مانند رئیس دولت و وزیر امور خارجه، این اظهارات را نمی‌توان دقیقاً حاکی از نیت و قصد دولت دانست؛ اما در واقع، دیوان اگر رابطه‌ای میان اظهارات و اثبات یک واقعیت تشخیص دهد، آن را به عنوان دلیل می‌پذیرد. در تصمیم دیوان برای صدور دستور موقت در قضیه ادعای نقض عهدنامه مودت در سال (۲۰۱۸)، دیوان به دستور دونالد ترامپ (صادره در هشتم می) اشاره می‌کند و اعمالی که وفق آن صورت گرفته و ناقض برخی حقوق ایران وفق عهدنامه مودت است را برمی‌شمرد. در واقع، دیوان رابطه‌ای میان دستور ترامپ و اثبات یک واقعیت که همان نقض حقوق ایران است، تشخیص داد و بر این اساس، به آن استناد نمود.^۵

ث: معاینه محل

آیین دیگری که دیوان به منظور حقیقت‌یابی دارد، معاینه محل است. مطابق ماده (۶۶) قواعد دادرسی دیوان، «دیوان می‌تواند هر زمانی بنا به ابتکار خویش و یا به درخواست یکی از طرفین مبادرت به اعمال وظایف خویش در ارتباط با تحصیل دلیل در محل یا مکانی نماید که قضیه با آن مرتبط می‌باشد؛ مشروط به شرایطی که دیوان پس از حصول از اطمینان دیدگاه‌های اصحاب دعوی تعیین می‌نماید، ترتیبات ضروری می‌باید وفق ماده (۴۴) اساسنامه اتخاذ گردد.» در ماده

1. Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J. ۱۹۳۳, p ۷۰

2. Nuclear Tests (New Zealand v. France)

3. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

4. Alleged Violations of the ۱۹۵۵ Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

5. Ibid, para 88



(۴۸) اساسنامه دیوان مقرر شده است که «... دیوان هر اقدامی را که برای اقامه ادله مقتضی باشد، به عمل می‌آورد»؛ بنابراین، معاینه محل نیز بخشی از فرآیند حقیقت‌یابی است که دیوان می‌تواند به صلاح‌دید قضایی خود این اقدام را معمول دارد. این بازدید از محل می‌تواند توسط کارشناسان منصوب دیوان باشد، مانند قضیه کانال کورفو و هم می‌تواند توسط خود قضات دیوان صورت گیرد. در این خصوص نیز با بررسی قضیه گابچی کو ناگی ماروس (اختلاف میان اسلواکی و مجارستان)^۱ و بررسی مفاد اساسنامه و قواعد دادرسی دیوان در این رابطه، این نتیجه حاصل می‌گردد که با آنکه محل، مورد بازدید قضات دیوان قرار گرفت، اما دیوان از آن با خصیصه تبعی و کمکی یاد نمود. در این قضیه نیز دیوان عنصر همکاری را به عنوان دلیلی برای پذیرش بازدید از محل عنوان نمود و این امر عنصر اساسی در تصمیم دیوان برای اقدام به معاینه محل در نظر گرفته شده است.

دیوان در این قضیه بنا به پیشنهاد اصحاب دعوی، بازدید از منطقه را قبول نمود و عنوان داشت بر دیوان محرز گردیده است که به منظور اعمال وظایف خویش در ارتباط با تحصیل دلیل در محل و یا مکانی که پرونده به آن مرتبط می‌باشد، می‌تواند که وظیفه خویش را در قضیه حاضر تسهیل نماید و پیشنهادات اصحاب دعوی بدین منظور قابل‌پذیرش است. البته، اگرچه بازدید جنبه توصیفی داشت، اما طرفین در این بازدید اقدام به ارائه توضیحات فنی نمودند؛ بنابراین، دیوان آن را بخشی از رسیدگی شفاهی محسوب نمود.^۲

۳-۲. صلاح‌دید قضایی دیوان پیرامون ورود ثالث

مطابق ماده (۶۲) اساسنامه دیوان، هرگاه دولتی تشخیص دهد که قضاوتی که بعمل آمده در ارتباط با منافع حقوقی اوست، می‌تواند برای دخالت در قضیه به دیوان عرض حال بدهد. در متن اصلی این ماده از واژه «ممکن است» استفاده شده است که گویای این امر است که نیازی نیست تا منافع حقوقی حتماً آسیب ببیند. همچنین، مواد ۸۱ تا ۸۵ قواعد آیین دادرسی دیوان نیز در صدد تکمیل قواعد ورود ثالث بوده و ناظر بر امور شکلی درخواست ورود ثالث است. ماده (۸۱) قواعد دادرسی دیوان مقرر می‌دارد که دادخواست ورود ثالث باید دربرگیرنده منفعت حقوقی باشد که از نظر دولت خواهان در معرض خطر است و بدیهی است اثبات این امر با مدعی می‌باشد؛ اما بند (۱) ماده (۸۴) قواعد دادرسی دیوان نیز مقرر می‌دارد: «دادخواست ورود ثالث به موجب ماده (۶۲) باید در اسرع وقت و پیش از پایان رسیدگی کتبی ارائه شود و در شرایط استثنایی، این دیوان است که تصمیم می‌گیرد آیا درخواست اجازه مداخله باید اعطا شود یا خیر». همچنین، بند (۲) ماده (۸۱) قواعد دادرسی دیوان، دادخواست اجازه ورود به موجب ماده (۶۲) اساسنامه باید

1. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)
2. Ibid, Judgment, I.C.J, Rep, 1997, para 10

موضوع مربوطه را مشخص ساخته و موارد ذیل را روشن سازد: الف- نفع با ماهیت حقوقی که کشور متقاضی ورود مدعی است و ممکن است از تصمیم دیوان در آن قضیه متأثر گردد؛ ب- موضوع دقیق ورود؛ ج- هر گونه مبنای صلاحیتی که به ادعای آن دولت، میان خواهان ورود و طرفین قضیه وجود دارد.

همچنین، اساسنامه بین آنچه که «ورود اختیاری» (موضوع ماده ۶۲) نامیده شده است و «ورود ثالث به منزله حق» (موضوع ماده ۶۳) تفکیک قائل شده است. ماده (۶۲) به دولتی اجازه ورود به عنوان ثالث می‌دهد که معتقد است دارای نفع حقوقی می‌باشد و ممکن است در اثر تصمیم دیوان در دعوای بین دو یا چند طرف لطمه ببیند. دیوان این درخواست را مورد رسیدگی قرار می‌دهد و در نهایت، این دیوان است که مشخص می‌کند آیا درخواست مزبور پذیرفتنی است یا نه (صلح‌چی و نژندی منش، ۱۳۹۶: ۲۱۵-۲۱۴). در این ماده، مفهوم «نفع حقوقی» به روشنی مشخص نیست. به علاوه، منظور دیوان در این ماده از تصمیم چیست؟ روشن است که این امر در حوزه صلاحدید دیوان بین‌المللی دادگستری است، اما دیوان در تعیین اینکه آیا یک دولت دارای نفع حقوقی است یا خیر، چه ضوابطی دارد؟ به عبارت دیگر، دیوان برای اعمال صلاحدید خود پیرامون ورود ثالث چه معیارهایی را در نظر می‌گیرد؟

البته، در درجه نخست باید گفت که دیوان ابتدا، باید به این نتیجه برسد که اختلاف طرفین دعوی همچنان وجود دارد و خاتمه نیافته است؛ زیرا در صورت عدم وجود اختلاف یا برطرف شدن آن پس از طرح دعوی، مبنای حقوقی برای ورود ثالث وجود ندارد. این امر در قضیه آزمایشهای هسته‌ای، دعوای استرالیا و نیوزلند علیه فرانسه در سال (۱۹۷۴) مد نظر دیوان قرار گرفت و اظهار داشت با توجه به اینکه فرانسه با صدور بیانیه‌ای تعهدی را مبنی بر توقف آزمایشهای خود پذیرفته است، بنابراین دعوی دیگر موضوعیت ندارد؛ با این استدلال، درخواست فیجی برای ورود به دعوی را نپذیرفت.^۱

اما در بیان مفهوم «منفعت حقوقی» قاضی کبا مبایا، آن را امری می‌داند که می‌تواند با استناد به یک قاعده حقوقی قابل توجیه باشد؛ امری که از دیدگاه این قاضی سابق دیوان، مفهومی حقوقی و عینی است و دیوان مختار است در هر مورد، وجود آن را در هر پرونده مستقلاً مورد ارزیابی قرار دهد. با این وجود، باید گفت که منفعت حقوقی یک مصلحت صرف و ساده نیست. در واقع، برخلاف برخی نظام‌های حقوقی داخلی که یک منفعت ساده را برای ورود ثالث کافی می‌دانند، در مراجع بین‌المللی، خصیصه بین‌المللی این مراجع آنها را به سمت محدود کردن مداخله دولت ثالث سوق داده است (میر عباسی و سادات میدانی، ۱۳۹۳: ۴۷۰). بر این اساس و با بررسی قضایای

1 . Nuclear Tests (Australia v. France) and (New Zealand v. France), ۱۹۷۴, I.C.J., Application to Intervene, ۵۳۵, ۵۳۰



آزمایشهای هسته‌ای، فلات قاره (اختلاف میان تونس و جماهیر عربی لیبی)^۱، فلات قاره (اختلاف میان لیبی و مالت)^۲، قضیه مربوط به فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه آن^۳، قضیه مربوط به اختلاف مرز زمینی، جزیره‌ای و دریایی (دعوی السالوادور و هندوراس)^۴، انتقال مسکوکات طلا از رم^۵، قضیه راجع به مرز زمینی و دریایی (اختلاف میان کامرون و نیجریه)^۶ با فرض مخالفت طرفین اختلاف برای ورود ثالث، ضوابط حاکم بر اعمال صلاح‌الدین قضایی دیوان این است که دولت ثالث به این دلیل در پرونده مداخله نمی‌کند که بر ضد اصحاب دعوی، دعوی اقامه کند؛ بلکه هدف این مداخله، اطلاع‌رسانی به دیوان برای اجتناب از این امر است که دیوان با تصمیم خود به مصالح فردی، مستقیم و ملموس این دولت آسیب وارد کند. بنابراین، باید هویت کاملی از منافع حقوقی که ممکن است در تصمیم‌گیری تحت تأثیر قرار گیرد، مشخص شود و یک نگرانی کلی کافی نیست. دیگر اینکه وجود ارتباط معتبر صلاحیتی میان دو طرف و دولت مداخله‌کننده را شرط پذیرش دادخواست نمی‌داند؛ بلکه برعکس، آیین مداخله تضمین می‌نماید که دولتی با منافع حقوقی که ممکن است از تصمیم دیوان متأثر گردد، می‌تواند مجاز به مداخله باشد؛ حتی اگر ارتباط صلاحیتی وجود نداشته باشد.

۳-۳-۳. صلاح‌الدین قضایی دیوان در دعوی متقابل

در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هیچ مقرره‌ای در مورد دعوی متقابل وجود ندارد، اما در قواعد دادرسی دیوان در ماده (۸۰) پذیرش دعوی متقابل توسط دیوان مد نظر قرار گرفته شده است. در بند (۱) ماده (۸۰) قواعد دادرسی دیوان مقرر گردیده است: «دعوی متقابل را در صورتی می‌توان طرح کرد که به طور مستقیم به موضوع دعوی طرف دیگر ارتباط داشته باشد و در چارچوب صلاحیت دیوان قرار دارد.»

با توجه به مفاده ماده (۸۰) قواعد دادرسی می‌توان دو معیار را در ارتباط با دعوی متقابل بیان نمود: نخست اینکه دعوی متقابل با موضوع دعوی اصلی ارتباط داشته باشد و دوم اینکه دعوی متقابل در محدوده صلاحیتی دیوان باشد. بنابراین، دیوان باید بررسی نماید که دعوی متقابل مطروحه دارای شرایط مزبور می‌باشد یا نه. اگر دیوان این شرایط را احراز کرد، دعوی متقابل

1 . Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Malta, ۱۹۸۱

2 . Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application for Permission to Intervene of Italy, ۱۹۸۴

3 . Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ۱۹۸۴, I.C.J. Rep, Separate Opinion of Judge Nagendra Singh

4 . Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Application for Permission to Intervene by the Government of Nicaragua, ۱۹۸۹

5 . Monetary Gold case, I.C.J. Reports ۱۹۵۴

6 . Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Application for Permission to Intervene by the Government of Nicaragua, ۱۹۸۹

پذیرفته می‌شود و اگر دعوای متقابل فاقد شرایط مزبور باشد، دیوان آن را نخواهد پذیرفت (صلح چی و نژندی منش، منع پیشین: ۲۲۸).

لازم به ذکر است که قواعد دادرسی دیوان، دعوای متقابل را به عنوان یک دعوای مستقل و جداگانه مورد شناسایی قرار نداده است، بلکه امکان طرح چنین دعوایی را در کنار سایر دفاعیات در ضمن لایحه دفاعی پیش‌بینی کرده است. گویا دعوای متقابل اساساً یک اقدام دفاعی همراه با یکسری ادعاهای بیشتر است که در راستای اهداف تدافعی طرح می‌شوند (پگنا^۱، ۲۰۱۵: ۷۲۶)؛ اما در خصوص اینکه دیوان چه معیاری در تشخیص این ارتباط دارد، ماده (۸۰) قواعد دادرسی دیوان هیچ ضوابطی ارائه نداده است. بنابراین، تشخیص این امر در حوزه اختیارات صلاحیدی قضات دیوان قرار دارد و باید این ضوابط و معیارها را با توجه به رویه دیوان و در مطالعه آراء دیوان جستجو نمود. بر این مبنا، با بررسی قضیه سکوها‌های نفتی^۲ و قضیه مربوط به اجرای عهدنامه پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌زدایی^۳، این نتیجه حاصل می‌گردد که دیوان برای احراز این امر باید با اتکاء به صلاحدید قضایی خود مشخص نماید که ادعا به اندازه کافی با ادعای اصلی مرتبط است یا خیر. به عنوان یک قاعده کلی، درجه ارتباط بین ادعاها باید هم در مورد حقایق پرونده و هم در مورد قانون، ارزیابی شود؛ بدین نحو که ادعاهای آنها به حقایق با ماهیت مشابه وابسته باشد و همچنین، ارتباط مستقیم با موضوع دادرسی اولیه داشته باشد (یعنی پیوند میان حقایق و قواعد)؛ به علاوه، به لحاظ شکلی نیز در قالب لایحه متقابل تنظیم شده باشد.

۳-۳-۴. صلاحدید قضایی دیوان در صدور اقدامات موقتی

در خصوص اقدامات موقتی ماده (۴۱) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر نموده است «دیوان اختیار دارد تا در صورتی که تشخیص دهد اوضاع و احوال ایجاب می‌کند، اقداماتی را که باید برای حفظ حقوق طرفین موقتاً به عمل آید، انجام دهد.» همچنین، در مواد ۷۳ تا ۷۸ قواعد دادرسی دیوان به موضوع اقدامات موقتی اشاره شده است. ماده (۷۳) اشعار می‌دارد که دادخواست اقدامات موقتی توسط طرفین در هر زمان و در طی مراحل رسیدگی به پرونده می‌تواند ارائه شود. به علاوه، دادخواست باید حاوی دلایل، عواقب احتمالی در صورت عدم اعطای آن و اقدامات درخواست‌شده باشد؛ اما دیوان در تشخیص صدور اقدامات موقتی چه معیارها و ضوابطی دارد؟ از آنجا که ماده (۴۱) اساسنامه ضابطه مشخصی را معین ننموده است، بنابراین این امر در حوزه صلاحدید دیوان است و باید با مراجعه به رویه دیوان این معیارها و ضوابط استخراج گردد.

1 . Pegna

2 . Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Memorial and Counter-claim submitted by the United States of America, ۲۳ June ۱۹۹۷

3 . Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter-Claims, order of ۱۷ December ۱۹۹۷



دیوان در احراز شرایط دستور موقت، معیاری را اعمال نموده که از آن به معیار «باورپذیری»^۱ دعوی یاد می‌شود. منشاء این امر باز می‌گردد به پرونده لاگران^۲ و البته، دیوان در رویه خود این معیار را افزایش داده است که از جمله می‌توان به پرونده‌های گینه استوایی علیه فرانسه^۳ یا اوکراین علیه روسیه^۴ اشاره نمود. قاضی گرین‌وود در نظر جداگانه خود در اولین دستور اقدامات موقت در دعوی (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه) خاطرنشان کرد که برای برآورده کردن معیار باورپذیری، متقاضی باید نشان دهد «چیزی بیش از ادعا، اما کمتر از اثبات وجود دارد. به عبارت دیگر، طرف باید نشان دهد که حداقل احتمال معقول وجود دارد که حقی که مدعی است به عنوان یک موضوع قانونی و بنا به درخواست طرف پرونده، مورد قضاوت قرار می‌گیرد، وجود دارد.» بنابراین، عنوان می‌دارد من با نظرات بیان‌شده در این مورد توسط قاضی آبراهام در نظر جداگانه خود در دعوی (آرژانتین علیه اروگوئه)^۵ موافق هستم. البته، در دعوی اوکراین علیه روسیه، شاهد این امر هستیم که متقاضی در برآورده کردن معیار باورپذیری ناتوان بوده و دیوان در مورد معیار باورپذیری، فراتر از آنچه که قبلاً انجام داده بود، پیش می‌رفت و به عبارتی، درگیر ارزیابی شواهد شد.^۷

بر این اساس، با بررسی قضیه ادعای نقض معاهده مودت اختلاف ایران و آمریکا^۸، قضیه اختلاف بین هند و پاکستان^۹، قضیه مصونیت و اقدامات کیفری (اختلاف میان گینه استوایی و فرانسه)^{۱۰} و مفاد قواعد دادرسی دیوان و اساسنامه، این نتیجه حاصل می‌گردد که دیوان در اعمال صلاح‌دید قضایی در این خصوص به موارد زیر توجه دارد: نخست- هدف از دستور موقت یا اقدامات موقت حفظ حقوق طرفین تا صدور رأی نهایی است؛ دوم- اگر دیوان به طور علی‌الظاهر صلاحیت رسیدگی به دعوای اصلی را داشته باشد، این امر برای صدور اقدامات موقتی کافی است؛ سوم- باید پیوندی بین حقوقی که از آنها حمایت می‌شود و اقدامات موقتی که درخواست

1 . Plausibility

2 . LaGrand (Germany v. United States of America)

3 . Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)

4 . Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)

5 . Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ Rep, Order of 13 July 2006, Provisional measures, Separate opinion of Judge Abraham, para 141

6 . Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Rep, Order of 8 March 2011, Provisional measures, para 4

۷. در پاراگراف‌های ۷۴ تا ۷۵ قرار صادره از سوی دیوان، اعلام گردید که اظهارات اوکراین مبنی بر اینکه روسیه مواد ۲ و ۱۸ کنوانسیون بین‌المللی برای سرکوب تأمین مالی تروریسم را نقض کرده است، قابل قبول نیست- نه به این دلیل که حقوق مورد بحث وجود ندارد، بلکه دادگاه قانع نشد که اقدامات ادعایی روسیه آنها را در ماهیت نقض کرده است.

8 . Alleged violations of the ۱۹۵۵ Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Request for the indication of provisional measures, ۱۶ July ۲۰۱۸

9 . Jadhav (India v. Pakistan), Provisional Measures, Order of ۱۸ May ۲۰۱۷, I.C.J. Reports ۲۰۱۷

10 . Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of ۷ December ۲۰۱۶

می‌گردد، وجود داشته باشد؛ چهارم- تعیین حقوقی که باید تحت حفاظت قرار گیرد؛ پنجم- اثبات فوریت و خسارت جبران‌ناپذیر در صورت عدم صدور دستور موقت و ششم- دیوان می‌تواند ضمن تعیین اقدامات موقتی خواسته‌شده، اقدامات ضروری دیگری را نیز برای ممانعت از تشدید اختلافات طرفین تعیین نماید.

بحث و نتیجه‌گیری

موضوع صلاح‌دید در حقوق بین‌الملل در عملکرد شورای امنیت، دولت‌ها و قضات محاکم بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری، قابل‌مشاهده است. در توصیف صلاح‌دید می‌توان گفت حق یا توانایی تصمیم‌گیری درباره آنچه که در یک وضعیت خاص باید اعمال شود. مشکل مشروعیت و محدودیت صلاح‌دید قضایی در طول تاریخ تفکرات حقوقی همواره مطرح بوده است. در اعمال صلاح‌دید قضایی از دو محدوده کاملاً مشخص صحبت می‌کنیم: یکی، محدوده‌ای که قاضی از اختیار صلاح‌دید خود در چارچوب قانون و به طور ضابطه‌مند استفاده می‌کند و دیگری، محدوده‌ای که قاضی، خارج از چارچوب قانون و بر مبنای نظرات و باورهای شخصی اعمال صلاح‌دید می‌کند. بنابراین، اعمال صلاح‌دید قضایی، هنگامی که قاضی به طور ضابطه‌مند یعنی بر مبنای اصول، قواعد و دستورالعمل‌ها اقدام به اعمال آن نماید، سوءاستفاده از قدرت و اختیار محسوب نمی‌گردد. در خصوص ضوابط نظام‌مندکننده صلاح‌دید قضایی می‌توان به سیاست قضایی دیوان، پیوند سازمانی و خاستگاه سازمانی دیوان اشاره نمود. همچنین، دیوان در رسیدگی‌های ترافیکی که نیازمند اعمال صلاح‌دید قضایی است، در سه حوزه مربوط به احراز صلاحیت، قانون قابل اعمال و آیین دادرسی امکان اعمال صلاح‌دید را دارد و در این خصوص، مطابق رویه خود باید اصول و ضوابط بیان‌شده را در حوزه‌های مذکور مد نظر قرار دهد. شناخت این ضوابط به معنای شناخت الگوی حاکم بر ذهن قضات است که این امر در موفقیت یک دعوی مؤثر خواهد بود. حوزه صلاح‌دید دیوان در باب احراز صلاحیت شامل: وجود و ماهیت یک اختلاف، عدم ارتباط موضوع دعوی با معاهده‌ای که خواهان مدعی نقض آن است، وجود شرط حل و فصل دیپلماتیک اختلاف در معاهده‌ای که اساس دعوی است و در مورد اقدام موازی شورای امنیت می‌باشد. دومین حوزه‌ای که دیوان در رسیدگی‌های ترافیکی پیرامون آن دارای اختیارات صلاح‌دید می‌باشد، در باب قانون قابل اعمال است و رویه دیوان بیانگر آن است که صرفاً خواسته‌های طرف‌های دعوا را مدنظر قرار نمی‌دهد، بلکه خود نیز راساً در تشخیص قانون حاکم اقدام می‌نماید. سومین حوزه‌ای که دیوان دارای اختیارات صلاح‌دید است، مربوط به آیین دادرسی است که شامل ادله ارائه‌شده، پذیرش و ارزش‌گذاری نقشه، استناد دولتها در مقام اثبات ادعای به گزارش سازمانهای بین‌المللی، استناد به شهادت شهود و شاهد کارشناس، ارزش اظهارات مقامات رسمی دولتها، معاینه محل، ورود ثالث، دعوای متقابل و صدور اقدامات موقتی می‌باشد.



در مجموع، صلاح‌دید دیوان، ابزاری ضروری، اما بالقوه چالش‌برانگیز است؛ زیرا اگر مبتنی بر استدلال شفاف، اصول حقوقی و انصاف بین‌المللی باشد، به تقویت حکمرانی حقوقی کمک می‌کند؛ اما اگر سلیقه‌ای و غیرقابل پیش‌بینی اعمال شود، می‌تواند به کاهش اقتدار دیوان بین‌جامد.

پیشنهادهای

- تدوین «راهنمای جامع صلاح‌دید قضایی» توسط دیوان بین‌المللی دادگستری.
- بررسی صلاح‌دید قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل.

منابع

- جعفری، محمدعلی؛ محمدیان امیری، مهدی؛ اسفندیاری، احمد. (۱۴۰۱). صلاح‌دید قضایی در اجرای تعهدات قراردادی در نظام حقوقی انگلستان. *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ۱۵ (۵۵)، ۷۷۸-۷۶۱.

https://journals.iau.ir/article_695037.html

- سادات میدانی، سید حسین. (۱۳۸۴). *صلاحیت قانونگذاری شورای امنیت*. چاپ اول. اداره نشر وزارت امور خارجه.

- سادات میدانی، سید حسین. (۱۳۹۱). *دیوان بین‌المللی دادگستری ادله اثبات دعوی*. چاپ دوم. نشر جنگل.

- سادات میدانی، سید حسین. (۱۴۰۱). *قانونگذاری شورای امنیت: نبرد میان مشروعیت قانونی و ضرورت عملی*. انتشارات مرکز مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه.

- سبحانی، محمد رضا؛ شریفی طراز کوهی، حسین؛ منصوری، سعید و موسی زاده، رضا. (۱۳۹۹). مفهوم و جایگاه صلاح‌دید در حقوق بین‌الملل. *فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۳ (۴۷)، ۲۳-۱.

<https://www.magiran.com/p2205154>

- سبحانی، محمد رضا؛ ظهوری منش، محمد و ایجادی، فرزاد. (۱۳۹۸). درآمدی بر صلاح‌دید قضایی در نظام حقوقی کامن لا با تأکید بر رویه دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا. *فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس*، ۱۰ (۳۷)، ۱۶۵-۱۳۷.

<https://sid.ir/paper/526442/fa>

- صلح چی، محمدعلی و نژندی منش، هیبت‌الله. (۱۳۹۶). *حل و فصل مسألت آمیز اختلافات بین‌المللی*. نشر میزان.

- ضیایی بیگدلی، محمد رضا و همکاران. (۱۳۸۷). *آراء و نظرات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری*. جلد اول. نشر دانشگاه علامه طباطبائی.

- میرعباسی، سید باقر و سادات میدانی، سید حسین. (۱۳۹۳). *دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل*. نشر جنگل.

-Bundy, R. R. (2005). *Evidence before International Tribunals in Maritime Delimitation Dispute*. Publisher: Cambridge University Press.

-Ford, C. A. (1994). Judicial discretion in international jurisprudence: article 38 (1)(c) and "general principles of law". *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 5, 35. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/djcil5&div=7&id=&page=>

-Greer, S. (2000). *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, Council of Europe.

-Pegna, O. L. (1998). Counter-claims and obligations Erga Omnes before the International Court of Justice. *European Journal of International Law*, 9(4), 724-736.

<https://doi.org/10.1093/ejil/9.4.724>

-Shapiro, M. (1988). *The Ethics and Politics of Judgment*. Sage Press.

-Tamanaha, B. Z. (2012). The several meanings of politics in judicial politics studies: Why ideological influence is not partisanship. *Emory Lj*, 61, 759.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj61&div=25&id=&page=>



- Thirlway, H. (2002). *Judicial Activism and the International Court of Justice*. Publisher: Kluwer Academic Publishers
- Wiklund, O. (2003). *Judicial Discretion in European Perspective, Annually*. Kluwer Law International.
- Zarbiyev, F. (2012). Judicial activism in international law—a conceptual framework for analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, 3(2), 247-278. <https://doi.org/10.1093/jnlids/ids005>

cases

- Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)
- Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)
- Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)
- Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)
- Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)
- Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application for Permission to Intervene of Italy, 1984
- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Malta, 1981
- Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)
- East Timor (Portugal v. Australia)
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)
- Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)
- Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016
- Jadhav (India v. Pakistan), Provisional Measures, Order of 18 May 2017, I.C.J. Reports 2017
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Application for Permission to Intervene by the Government of Nicaragua, 1989
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)
- Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)
- Monetary Gold case, I.C.J. Reports 1954
- North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)



- Nuclear Tests (Australia v. France) and (New Zealand v. France), 1974, I.C.J, Application to Intervene.
- Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)
- Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)
- Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)
- Prosecutor v. Duško Tadic Case No. IT-94-1-I, Decision on the Defens Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 28 (Oct. 2, 1995).
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)
- Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)
- South West Africa (Liberia v. South Africa) - Preliminary objections
- Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)
- Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)
- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)

The Impact of Grave Breaches of the Geneva Conventions on the Development of International Criminal Law: A Perspective on the Practice of International Criminal Tribunals

Amir Samavati Pirouz¹, Shahraddar Darabi², Mahdi Chegeni³, Maryam Valizadeh⁴

Abstract

Field and Aims: Grave breaches of the Geneva Conventions, as the most severe violations of humanitarian law, have been a key driver in the development of international criminal law. This study examines the impact of these violations on the formation and evolution of the international legal system, focusing on the role of international criminal tribunals in defining, criminalizing, and prosecuting such offenses.

Method: This article adopts a descriptive-analytical approach.

Findings and Conclusions: The findings indicate that the jurisprudence of tribunals such as the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and the International Criminal Court (ICC) has established new standards for individual and collective criminal responsibility by interpreting key concepts such as command responsibility, war crimes, and direct participation in hostilities. Landmark cases like Lubanga, Katanga, Al-Mahdi, and Dominic Ongwen confirm that grave breaches are prosecutable even in non-international armed conflicts. Furthermore, the study reveals that while international criminal law has taken significant strides toward delivering justice for victims, persistent challenges—such as weak enforcement mechanisms and political interference—remain unresolved. Strengthening international cooperation and implementing structural reforms within international criminal institutions could enhance the system's effectiveness in addressing grave violations of humanitarian law.

Keywords: Grave breaches, International Criminal Court (ICC), International criminal law, international crimes, Geneva Conventions.

*Citation (APA): Samavati Pirouz, A.; Darabi, Sh; Chegeni, M; Valizadeh, M. (2024). The Impact of Grave Breaches of the Geneva Conventions on the Development of International Criminal Law: A Perspective on the Practice of International Criminal Tribunals. *International Legal Research*, 17(66), 27-46.

1. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran. Email: a.samavati7@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. Email: Shahraddar.darabi@iau.ir

3. Assistant Professor, Department of Law Faculty of Humanities Ayatollah Borujerdi University, Borujerd, Iran. Email: chegeni_isu@yahoo.com

4. Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran. (Author). Email: vlizade.mrym@gmail.com

تأثیر نقض فاحش کنوانسیونهای ژنو بر توسعه حقوق کیفری بین المللی

با نگاهی به رویه محاکم کیفری بین المللی

امیر سماواتی پیروز^۱، شهرداد دارابی^۲، مهدی چگنی^۳، مریم ولی زاده^۴✉

چکیده

زمینه و هدف: نقض های فاحش کنوانسیون های ژنو به عنوان شدیدترین تخلفات از قواعد بشردوستانه، محرک اصلی توسعه حقوق کیفری بین المللی بوده اند. این پژوهش به بررسی تأثیر این نقض ها بر شکل گیری و تحول نظام حقوقی بین المللی با تمرکز بر نقش محاکم کیفری بین المللی در تعریف، جرم انگاری و پیگرد این تخلفات می پردازد.

روش: این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی نگارش یافته است.

یافته ها و نتایج: یافته ها نشان می دهد که رویه قضایی محاکمی مانند دیوان های یوگسلاوی، رواندا و دیوان کیفری بین المللی، با تفسیر مفاهیمی چون مسئولیت فرماندهی، جنایت جنگی و مشارکت فعال در درگیری ها، معیارهای جدیدی برای مسئولیت کیفری فردی و جمعی تعیین کرده اند. پرونده های شاخصی مانند لوبانگا، کاتانگا، المهدی و اونگون مؤید این امرند که نقض های فاحش حتی در درگیری های غیر بین المللی قابل پیگرد هستند. همچنین، نتایج این تحقیق نشان می دهد که اگرچه نظام حقوق کیفری بین المللی در مسیر تحقق عدالت برای قربانیان گام های بلندی برداشته، چالش هایی مانند ضعف مکانیسم های اجرایی و نفوذ سیاسی همچنان پابرجاست. تقویت همکاری های بین المللی و اصلاح ساختاری نهادهای کیفری بین المللی می تواند به افزایش کارایی این نظام در مقابله با نقض های فاحش کمک کند.

کلیدواژه ها: نقض فاحش، دیوان کیفری بین المللی، حقوق کیفری بین المللی، جرائم بین المللی، کنوانسیون های ژنو.

* استاندارد APA: سماواتی پیروز، امیر؛ دارابی، شهرداد؛ چگنی، مهدی و ولی زاده، مریم. (۱۴۰۳). تأثیر نقض فاحش کنوانسیون های ژنو بر توسعه حقوق کیفری بین المللی با نگاهی به رویه محاکم کیفری بین المللی. *تحقیقات حقوقی بین المللی*، ۱۷(۶۶)، ۲۷-۴۶.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

رایانامه: a.samavati7@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

رایانامه: Shahraddad.darabi@iau.ir

۳. دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی (ره)، بروجرد، ایران.

رایانامه: chegeni_isu@yahoo.com

۴. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: vlizade.mrym@gmail.com

مقدمه

در طول تاریخ، نقض فاحش کنوانسیون‌های لاهه و ژنو بارها رخ داده است. این معاهدات بین‌المللی که به منظور محدود کردن خشونت‌های جنگ و حمایت از غیرنظامیان و اسیران جنگی تدوین شده‌اند، اغلب در درگیری‌های مختلف نادیده گرفته شده‌اند.

از بمباران مناطق مسکونی و استفاده از سلاح‌های ممنوعه تا رفتار غیرانسانی با اسرا و هدف قراردادن تأسیسات درمانی، نمونه‌های متعددی از این تخلفات وجود دارد. این نقض‌ها نه تنها قوانین بین‌المللی را زیر پا می‌گذارند، بلکه پیامدهای ویرانگری برای بشریت داشته‌اند. با این حال، فقدان مکانیسم‌های اجرایی قوی و سیاست‌زدگی نهادهای بین‌المللی اغلب مانع از محاکمه جدی متخلفان شده است (فوטר و روبشتاین^۱، ۲۰۱۳: ۱۷۰-۱۶۸). کنوانسیون‌های ژنو به عنوان اسناد بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چهارچوبی جامع برای تنظیم رفتار طرفین درگیر در مخاصمات مسلحانه و حمایت از افراد متأثر از درگیری‌ها ارائه می‌نمایند. این مجموعه قواعد که در طول زمان توسعه یافته‌اند، استانداردهای رفتاری در شرایط جنگ را تعیین کرده و تمایز واضحی میان اقدامات مجاز و نقض‌های فاحش حقوق بشردوستانه ایجاد می‌کنند (بکستر^۲، ۲۰۱۷: ۵۵۰). در تقابل با این هنجارهای ماهوی، نظام حقوق کیفری بین‌المللی با تأکید بر اصل مسئولیت کیفری فردی، مکانیسم‌های نظارتی و قضایی لازم برای تعقیب و محاکمه مرتکبان نقض‌های جدی حقوق بشردوستانه را فراهم می‌آورد. این تعامل دوگانه میان تدوین استانداردهای رفتاری از یک سو و ایجاد سازوکارهای اجرایی از سوی دیگر، هسته مرکزی نظام بین‌المللی حمایت از قربانیان جنگ را تشکیل می‌دهد (کلافام و همکاران^۳، ۲۰۱۵: ۲). با این حال، کارایی این نظام همواره تحت تأثیر چالش‌های ناشی از حاکمیت دولت‌ها و روابط قدرت در عرصه بین‌المللی قرار داشته است. به رغم پیشرفت‌های چشمگیر در توسعه حقوقی این حوزه، ضمانت‌های اجرایی آن اغلب با محدودیت‌های سیاسی مواجه شده‌اند. این تنش ذاتی میان آرمان‌های حقوق بشردوستانه و واقعیت‌های نظام بین‌المللی، موضوعی است که همچنان نیازمند بررسی و بازاندیشی جدی در جوامع علمی و محافل سیاست‌گذاری بین‌المللی می‌باشد.

وقایع تاریخی نظیر جنگ‌های جهانی و جنایات ارتكابی در یوگسلاوی سابق و رواندا، جامعه بین‌المللی را وادار به تقویت سازوکارهای پاسخگویی و تعمیق مفاهیم مسئولیت کیفری فردی نموده‌اند. این نقض‌ها نه تنها ضرورت وجود محاکم بین‌المللی را برجسته ساخته‌اند، بلکه به تدریج دامنه صلاحیت و تعاریف جرائم بین‌المللی را نیز گسترش داده‌اند (تاننوالد^۴، ۲۰۱۷: ۱).

1. Footer & Rubenstein
2. Baxter
3. Clapham et al
4. Tannenwald



در واقع، هر رویداد مهم نقض حقوق بشردوستانه، چالش‌های جدیدی را در تفسیر و اجرای قواعد موجود ایجاد کرده و نظام حقوقی را به سمت اصلاحات ساختاری سوق داده است؛ به عنوان مثال، شکل‌گیری دیوان کیفری بین‌المللی تا حد زیادی واکنشی به ناتوانی مکانیسم‌های پیشین در برخورد با جنایات سازمان‌یافته بوده است. با این حال، پرسش اساسی این است که چگونه نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو توانست به توسعه حقوق کیفری بین‌المللی کمک نماید؟

۱. مفهوم نقض فاحش

با آنکه توسل به زور در نظام حقوق بین‌الملل ممنوع است، اما سازوکارهای موجود امکان جلوگیری از آن را ندارد و لذا، شاهد قاعده‌مند نمودن مخاصمات مسلحانه در قالب مقررات حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی هستیم. این امر پیرامون نقض‌های فاحش از اهمیت بیشتری نیز برخوردار است و جرم‌انگاری آن در حقوق کیفری بین‌المللی با چالش‌هایی همراه بوده است (رضازاده، ۱۴۰۳: ۱)؛ با این حال، چه تفاوتی بین تعهدات صریح ناشی از دو رژیم قاعده‌ساز یعنی «نقض فاحش»^۱ و «نقض عادی»^۲ وجود دارد؟ (دیهم، ۱۳۸۴: ۲۹۵) در پاسخ باید گفت که همه نقض‌های قوانین جنگ به یک شکل مجازات نمی‌شوند. کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی اول، دسته‌ای ویژه از تخلفات را مشخص کرده‌اند- نقض‌های فاحش که شامل موارد بسیار شدید بوده و کشورها را موظف به پیگرد قانونی آن‌ها می‌کند. کشورهای امضاکننده باید این نقض‌های بنیادین را بر پایه اصل «صلاحیت همگانی»^۳ مورد پیگرد قرار دهند. این تخلفات، همراه با دیگر موارد جدی نقض قوانین بشردوستانه، به عنوان جنایت جنگی شناخته می‌شوند (چیگوزی ازه، ۲۰۲۳: ۲۱). در واقع، نقض فاحش در حقوق بین‌الملل به اقداماتی اشاره دارد که به طور جدی و سیستماتیک، تعهدات اساسی دولتها را زیر پا می‌گذارند و نظم حقوقی بین‌المللی را تهدید می‌کنند. این مفهوم اغلب در ارتباط با نقض قواعد آمره مانند ممنوعیت نسل‌کشی، شکنجه یا تجاوز نظامی مطرح می‌شود. برخلاف نقض‌های عادی، نقض فاحش می‌تواند تبعات شدیدتری مانند مسئولیت بین‌المللی دولت، تحریم‌ها یا حتی مداخله جامعه جهانی را به دنبال داشته باشد. تمایز کلیدی این نقض در شدت، گستردگی و تأثیر آن بر ارزش‌های انسانی و صلح بین‌المللی است که نیازمند تحلیل دقیق در رویه قضایی و دکترین حقوقی می‌باشد.

کنوانسیون وین ۱۹۶۹ درباره حقوق معاهدات، معاهده‌ای بنیادین است که حقوق و تعهداتی را که دولتها در انعقاد و اجرای معاهدات برعهده می‌گیرند، مشخص می‌کند. با این حال، برخی از مقررات این کنوانسیون همچنان مورد اختلاف در ماده ۵۳ کنوانسیون وین درباره قواعد آمره^۵ میان

1. Grave Breach

2. Violation

3. Universal jurisdiction

4. Chigozie Ezech

5. Jus cogens

حقوقدانان است. یکی از این موارد، تعریف حقوقی قواعد آمره حقوق معاهدات است. جامعه بین‌المللی، به ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، برای دستیابی به اجماع در مورد قواعد آمره تلاش‌های فراوانی به کار گرفته است. با این وجود، تعریف حقوقی قواعد آمره هنوز در میان کشورها و حقوقدانان بین‌المللی مورد تفسیرهای گوناگون قرار می‌گیرد (پک و همکاران^۱، ۲۰۲۲: ۱). لذا، در حقوق بین‌الملل، قواعد آمره به اصولی پایدار و جهانشمول اشاره دارد که هیچ کشوری نمی‌تواند از پذیرش آنها سر باز زند. نقض آشکار حقوق بشردوستانه - مانند کشتارهای جمعی، آزار افراد یا حمله عمدی به مردم بی‌گناه - نه تنها پیمانهای جهانی را نقض می‌کند، بلکه مستقیماً این قواعد بنیادین را نادیده می‌گیرد. بر این مبنا، قواعد آمره چارچوبی اخلاقی و حقوقی می‌سازند که هرگونه تجاوز بزرگ به حقوق انسانها را به عنوان جرمی در برابر جامعه جهانی می‌شناسد. از این رو، هنگامی که دولتی مرتکب چنین نقض فاحشی می‌شود، نه تنها قوانین داخلی یا پیمانها، بلکه بنیان نظم حقوقی جهانی را ویران می‌کند. در چنین شرایطی، مجازات این اقدامات نه یک گزینه، بلکه ضرورتی برای حفاظت از شأن انسانی و حاکمیت قانون است.

۲. نقض فاحش از کنوانسیون‌های لاهه تا کنوانسیون‌های ژنو

حقوق بشردوستانه و یا به تعبیری، حقوق مخاصمات مسلحانه، در مفهوم سنتی خود شاخه‌ای از حقوق جنگ است که ناظر بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی با هدف مهار خشونت و کاهش آلام بشری، صیانت از حقوق قربانیان و غیرنظامیان و اعمال محدودیت‌های نظامی در شیوه‌ها و ابزارهای مورد استفاده در مخاصمات است (نمایان و عیسیان، ۱۴۰۳: ۳۴). حقوق بشردوستانه دارای منابع گوناگونی است و اساساً دارای ریشه‌های عرفی می‌باشد، اما سابقه تدوین و جمع‌آوری قواعد آن به قرن هفدهم بازمی‌گردد. منابع حقوق بشردوستانه به‌طور کامل جدا و مستقل از منابع حقوق بین‌الملل نیستند، مخصوصاً منابعی چون قواعد آمره، عرف، معاهدات و اصول کلی حقوقی جایگاه ویژه‌ای در حقوق بشردوستانه دارند. البته، نمی‌توان نقش دکترین و رویه قضایی بین‌المللی از جمله آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری و آراء دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی را از نظر دور داشت (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۳۰). با این حال، برای منابع حقوق بشردوستانه در حوزه معاهدات، دو منبع مهم، یعنی کنوانسیون‌های لاهه و کنوانسیون‌های ژنو، مقرراتی را برای مخاصمات مسلحانه و وضعیت جنگ تدوین نموده‌اند. این مقررات سرآغازی بود برای شکل‌گیری رفتارها در هنگام مخاصمات مسلحانه که کم‌کم سنگ‌بنای جرم‌انگاری این رفتارها در آینده پی‌ریزی شد.

1. Pack et al



حقوق بین‌الملل در طول تاریخ بیشتر به تنظیم جنگ‌های بین کشورها پرداخته تا درگیری‌های داخلی. مقررات مربوط به جنایات بزرگ در کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی آن، که به نقض قواعد خاص جنگ‌های بین‌المللی می‌پردازد، به ظاهر ارتباطی با جنگ‌های داخلی ندارد (مور^۱، ۲۰۰۹: ۷۶۳).

به لحاظ تاریخی، بسیاری از عهدنامه‌های ژنو از عهدنامه‌های لاهه ریشه گرفته است؛ این امر به ویژه در مورد عهدنامه ژنو درباره بهبود وضع بیماران، مجروحان و کشتی‌شکستگان نیروی‌های مسلح در دریا صدق می‌کند (شریفی طراز کوهی، ۱۳۹۰: ۱۲۲). نکته مهم در مورد کنوانسیون لاهه این است که عدم رعایت مقررات کنوانسیون لاهه مقابله به مثل لذا، در صورتی که دولتی به تعهدات خود پیرامون کنوانسیون لاهه عمل نمی‌نمود، دولت مقابل نیز همان رفتار در واکنش انجام می‌داد؛ اما آنچه کنوانسیون ژنو را از لاهه متفاوت نمود، ضمانت عدم اجرای تعهدات مندرج در کنوانسیون ژنو بود که در قالب نقض‌های فاحش جرم‌انگاری شد و بنیان حقوق کیفری بین‌المللی را بنا نهاد (زیری^۲، ۲۰۱۸: ۶). یکی از دلایل توجه به نقض‌های فاحش این بود که به رغم اعتراض و محکومیت‌های اقدامات مقابله به مثل مسلحانه در دکتین، اسناد، قواعد عرفی و مراکز جهانی، باید پذیرفت که رویه عملی موافق با اقدامات مقابله به مثل مسلحانه باقی‌مانده و کشورها به رد دکتین حق صیانت تن در داده‌اند (ضیایی بیگدلی، منبع پیشین: ۷۸). نکته دیگر این است که در اسناد مربوط به جنایات جنگی، دو عبارت «خسونت‌های جدی»^۳ و «نقض‌های شدید»^۴ بارها به کار می‌روند. با این حال، وقتی به کاربرد این عبارات در قوانین و پیمانهای بین‌المللی نگاه می‌کنیم، پرسش‌هایی پیش می‌آید. چرا برای نمونه در ماده ۹۰ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیونهای ژنو، از عبارت «تجاوز بزرگ... یا هر نقض شدید دیگر» استفاده شده است؟ آیا نویسندگان این سند قصد داشته‌اند میان این دو تفاوتی قائل شوند؟ یا تنها برای تنوع از دو عبارت مختلف بهره برده‌اند؟ پاسخ روشنی به این پرسش وجود ندارد، اما همین کاربرد دوگانه نشان می‌دهد که شاید تفاوتی ظریف - هرچند نامشخص - بین آنها در نظر بوده است. شاید «خسونت‌های جدی» به موارد خاص و از پیش تعریف شده‌ای اشاره دارد، در حالی که «نقض‌های فاحش» دامنه وسیعتری از تخلف‌ها را در برمی‌گیرد (بلنک^۵، ۲۰۱۱: ۲۱۱-۲۰۹). بر این اساس، می‌توان گفت حقوق بشردوستانه تلاش می‌کند تا با وضع قوانین، خسونت‌های جنگ را محدود و از غیرنظامیان محافظت کند. کنوانسیون‌های لاهه و ژنو پایه‌های اصلی این حقوق هستند، اما چالش‌هایی مانند تفاسیر متفاوت از

1. Moir
2. Zyberi
3. serious violations
4. Grave breaches
5. Blank

مفاهیم حقوقی و اجرای ناقص مقررات همچنان وجود دارد. با این حال، جرم‌انگاری نقض‌های فاحش در حقوق بین‌الملل گام مهمی در جهت مسئولیت‌پذیری عاملان جنایات جنگی بوده است.

۳. جرم‌انگاری نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو

یکی از پیامدهای گاه‌به‌گاه تحلیل جنایات جنگی، مناقشه‌ای است که حول درک و کاربرد اصطلاح «نقض‌های فاحش»^۱ کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ درباره قوانین و عرف‌های جنگ به وجود می‌آید. مفهوم «نقض‌های فاحش» در کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ تحت عنوان «سرکوب سوءاستفاده‌ها و تخلفات» از کنوانسیون‌ها معرفی شد.

این مفهوم با ماده ۴۹ کنوانسیون اول آغاز می‌شود که مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو متعهد می‌شوند هرگونه قانونگذاری لازم را به منظور اعمال مجازات‌های کیفری مؤثر برای افرادی که مرتکب یا دستور ارتکاب هر یک از نقض‌های شدید این کنوانسیون را می‌دهند - که در ماده بعد تعریف شده‌اند - وضع کنند.» در ادامه، مقرر می‌دارد: «هر دولت عضو متعهد است که اشخاصی را که متهم به ارتکاب یا دستور دادن به ارتکاب چنین نقض‌های فاحشی هستند، تحت پیگرد قرار دهد و آن‌ها را صرف نظر از ملیتشان، در دادگاه‌های خود محاکمه کند. همچنین، در صورت تمایل و مطابق با مقررات قوانین داخلی خود می‌تواند این افراد را برای محاکمه به یکی دیگر از دولت‌های عضو مرتبط تسلیم کند، مشروط بر اینکه آن دولت عضو دلیل اولیه‌ای کافی برای اتهام ارائه داده باشد.»

این مقرر با عباراتی کاملاً یکسان در ماده ۵۰ کنوانسیون دوم، ماده ۱۲۹ کنوانسیون سوم و ماده ۱۴۶ کنوانسیون چهارم تکرار شده است. هدف اعلام شده از این مقرر مشترک، «سرکوب سوءاستفاده‌ها و تخلفات»^۲ از کنوانسیون‌های ژنو بود. دو روش اصلی که برای دستیابی به این هدف به کار گرفته شد، عبارت بودند از: الف- الزام دولت‌های عضو (از طریق تعهداتشان) به جرم‌شمردن این سوءاستفاده‌ها و تخلفات در قوانین کیفری داخلی خود؛ ب- مکلف کردن دولت‌های عضو به تعقیب و پیگرد متهمان در قلمرو خود تحت صلاحیت جهانی مشروط یا استرداد مرتکبان به سایر دولت‌های عضو که پیوند حقوقی کافی با نقض‌های صورت گرفته دارند.

پس از الزام دولتها به انجام این اقدامات به منظور سرکوب سوءاستفاده‌ها یا تخلفات کنوانسیون‌های ژنو، لازم بود تعریف مشخصی از انواع سوءاستفاده‌ها یا تخلفات مورد نظر ارائه شود. این تعریف که در ماده ۵۰ کنوانسیون اول است، به شرح زیر آمده است: «نقض‌های فاحش مورد اشاره در ماده قبل شامل هر یک از اعمال زیر خواهد بود، در صورتی که علیه افراد یا اموال تحت حمایت کنوانسیون ارتکاب یابد: قتل عمدی، شکنجه یا رفتار غیرانسانی، از جمله آزمایشهای

1. Grave Breaches
2. abuses and infractions



بیولوژیکی، وارد کردن عمدی رنج شدید یا صدمه جدی به بدن یا سلامت افراد، تخریب و مصادره گسترده اموال، در مواردی که توجیه نظامی نداشته و به صورت غیرقانونی و خودسرانه انجام شده باشد.»

در حقوق بین‌المللی کیفری، تمایز میان خشونت‌های عادی و نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو از حیث شدت، سیستماتیک بودن و تأثیر بر نظم بین‌المللی حائز اهمیت است. خشونت معمولی ممکن است شامل جرم‌های فردی یا درگیری‌های محدود باشد که لزوماً خطری برای صلح جهانی به شمار نمی‌روند؛ اما نقض‌های فاحش به اقدامات سازمان‌یافته و گسترده‌ای اشاره دارد که عمداً قوانین بشردوستانه بین‌المللی را نقض می‌کنند، مانند جنایات جنگی، کشتار جمعی یا جنایات علیه انسانی (اوبرگ^۱، ۲۰۰۹: ۱۶۷-۱۶۵). نقش‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو به‌ویژه به دلیل صلاحیت جهانی از خشونت‌های معمولی جدا می‌شوند؛ یعنی همه کشورها موظف هستند این جنایات را پیگیری کنند، حتی اگر در خاک آنها اتفاق نیفتاده باشد. این قاعده در مواد مشخصی از چهار کنوانسیون ژنو آمده و پایه‌ای برای پیشرفت حقوق کیفری بین‌المللی، از جمله تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی شده است. در مقابل، خشونت‌های معمولی معمولاً در چارچوب قوانین داخلی یا روش‌های دوجانبه بررسی می‌شوند (یانگ^۲، ۲۰۱۵: ۳۴۵). به طور کلی، تفاوت اصلی در اندازه، قصد و تأثیر جهانی این اقدامات است. تخلف‌های شدید به‌عنوان جنایت‌هایی که وجدان بشریت را می‌آزارند، نقشی کلیدی در ایجاد معیارهای کیفری بین‌المللی داشته‌اند. در واقع، تفاوت اصلی در مقیاس گسترده، قصد سازمان‌یافته و تأثیر عمیق جهانی این اقدامات نهفته است. نقض‌های فاحش نه تنها به دلیل شدت خشونت، بلکه به خاطر هدف قراردادن غیرنظامیان و نقض سیستماتیک اصول انسانی از خشونت‌های معمولی متمایز می‌شوند. این جنایات چنان فجیع هستند که مرزهای ملی را درنور دیده و جامعه بین‌المللی را به واکنش جمعی وادار می‌کنند.

۴. نقض‌های فاحش در رویه محاکم کیفری بین‌المللی

نقض‌های فاحش در رویه محاکم کیفری بین‌المللی به عنوان جرایمی با شدت و گستردگی بالا مورد توجه قرار گرفته‌اند. دیوان‌هایی مانند دادگاه‌های یوگسلاوی و رواندا با بررسی پرونده‌های مختلف، مبنای مسئولیت کیفری فردی را حتی در درگیری‌های داخلی تثبیت کردند. دیوان کیفری بین‌المللی نیز با پرونده‌های شاخصی مانند لوبانگا و کاتانگا، تفسیرهای نوینی از مفاهیم حقوق بشردوستانه ارائه داده و معیارهای جدیدی برای پیگرد این نقض‌ها ایجاد نموده است. بر این اساس، در این بخش، به منظور شناخت بیشتر پیرامون نقض‌های فاحش و نقش رویه قضایی محاکم کیفری بین‌المللی در توسعه حقوق بین‌الملل کیفری، به مطالعه آن‌ها می‌پردازیم.

1. Oberg
2. Yang

۴-۱. نقض‌های فاحش در رویه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق

دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق به عنوان یکی از نخستین نهادهای قضایی بین‌المللی در دوران معاصر، نقش بسزایی در تحول نظام عدالت کیفری جهانی ایفا نموده است. تأسیس این نهاد قضایی در میانه دهه ۱۹۹۰ میلادی، نقطه عطفی در تاریخ حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود که بازتابی از عزم جامعه جهانی برای مقابله با بی‌کیفری در قبال جرائم بین‌المللی بود. عملکرد این دیوان نه تنها در بُعد قضایی، بلکه در ابعاد حقوقی، سیاسی و اجتماعی نیز تأثیرات عمیقی بر جای نهاد و الگویی برای نهادهای مشابه پس از خود شد. رویه‌های قضایی و آرای صادره از سوی این دیوان، سهم قابل توجهی در توسعه و تثبیت مفاهیم بنیادین حقوق بین‌الملل کیفری داشته است.

مخاصمات مسلحانه در قلمرو یوگسلاوی سابق علیه مسلمانان بوسنی، یکی از بزرگترین مخاصمات مسلحانه در اروپا پس از جنگ جهانی دوم می‌باشد که از سال ۱۹۹۱ آغاز شد. این اتفاق منجر به تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق طی قطعنامه‌های ۸۰۸ و ۸۲۷ شورای امنیت سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۳ برای رسیدگی به موارد نقض شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه گردید (رضوانی، ۱۴۰۲: ۵). شورای امنیت سازمان ملل متحد، طی قطعنامه شماره ۸۲۷ مورخ ۲۵ مه ۱۹۹۳ به منظور تعقیب و مجازات جنایات جنگی جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی (ژنوساید) در یوگسلاوی سابق از آغاز سال ۱۹۹۱، به ایجاد دیوان کیفری بین‌الملل اقدام کرد (سیدی، ۱۳۷۳: ۳۵۳). بر این اساس، موارد متعددی توسط دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق مورد بررسی قرار گرفت که در آن، دادگاه به موضوع نقض‌های فاحش اشاره نمود.

یکی از پرونده‌ها مربوط است به دوشکو تادیچ^۱ که موضوع نقض‌های فاحش در آن مورد توجه دادگاه قرار گرفت. پس از تسلط بر منطقه پرییدور^۲ (بوسنی و هرزگوین) و حمله به شهر کوزاراک^۳ (بوسنی و هرزگوین) در سال ۱۹۹۲، غیرنظامیان غیرصرب در چندین مرکز بازداشتگاهی زندانی شدند؛ جایی که مورد ضرب و شتم، آزار جنسی، شکنجه، کشتار و سایر بدرفتاریها قرار گرفتند. دوشکو تادیچ، رئیس شورای محلی حزب دموکرات صرب، در کوزاراک (بوسنی و هرزگوین) بود. دادگاه دوم تادیچ را به دلیل ارتکاب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی گناهکار شناخت و در حکمی جداگانه، او را به ۲۰ سال حبس محکوم کرد. دادگاه تجدیدنظر او را در جرائم بیشتری گناهکار دانست و موضوع تعیین مجازات را به یک دادگاه بدوی ارجاع داد. دادگاه دوم مکرر، آگاهی و حمایت فعال تادیچ از حملات علیه غیرنظامیان غیرصرب در پرییدور را از عوامل تشدیدکننده مجازات تشخیص داد. این دادگاه

1. Duško Tadić

2. Prijedor

3. Kozarac



همچنین، رفتار خوب تادیب در بازداشتگاه سازمان ملل و شرایط شخصی او را از عوامل تخفیف‌دهنده مجازات برشمرد. علاوه بر این، دادگاه دوم مکرر اعلام کرد که جنایت علیه بشریت به دلیل گستردگی و سیستماتیک بودن و حجم جنایات ارتكابی، از جنایت جنگی شدیدتر است.^۱ این اولین پرونده مهم در زمینه نقش فاحش است که در آن، تادیب به نقض ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای ژنو (رفتار غیرانسانی با غیرنظامیان) متهم شد. این رأی موجب توسعه مفهوم مسئولیت فردی در نقضهای فاحش شد و تأییدی بود بر اینکه حقوق بشردوستانه در جنگهای غیربین‌المللی نیز اعمال می‌شود و این نقطه عطف توسعه حقوق بین‌الملل کیفری بود.

پرونده دیگر مربوط است به کرسٹیچ^۲ که دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق آن را مورد بررسی قرارداد و پیرامون نقض فاحش رأی صادر نمود. دیوان تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق رسیدگی به متهمان نقض فاحش قوانین بشردوستانه بین‌المللی در قلمرو یوگسلاوی سابق از سال ۱۹۹۱، دو درخواست تجدیدنظر از رأی کتبی صادره در دوم اوت ۲۰۰۱ در پرونده دادستان علیه رادیسلاو کرسٹیچ را مورد رسیدگی قرار داده است. دیوان پس از بررسی مستندات کتبی و شفاهی ارائه‌شده از سوی دادستان و دفاع، اینک رأی خود را صادر نمود. رادیسلاو کرسٹیچ، فرمانده نظامی صرب بوسنی در جریان جنگ بوسنی، به دلیل نقش وی در کشتار سربرنیتسا (۱۹۹۵) مورد تعقیب قرار گرفت. در این پرونده، دیوان او را به جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی محکوم کرد. اتهام اصلی: مشارکت در قتل عام بیش از ۸۰۰۰ مرد و پسر مسلمان بوسنیایی در سربرنیتسا، که به عنوان یکی از فجیع‌ترین نقض‌های حقوق بشردوستانه در اروپا پس از جنگ جهانی دوم شناخته می‌شود. دیوان تأکید کرد که اقدامات کرسٹیچ نقض فاحش کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ (ماده ۲: حمایت از غیرنظامیان) و پروتکل الحاقی اول بود، زیرا شامل قتل عمد، رفتار غیرانسانی و اخراج اجباری غیرنظامیان می‌شود. کرسٹیچ در سال ۲۰۰۱ به ۳۵ سال حبس محکوم شد (این حکم بعداً در تجدیدنظر به ۴۶ سال افزایش یافت).^۳ رأی کرسٹیچ نمونه بارزی از تأثیر نقض فاحش کنوانسیونهای ژنو بر توسعه حقوق کیفری بین‌المللی است. این رأی از نظر جرم‌انگاری نقض‌های فاحش به عنوان جنایت جنگی و نسل‌کشی، تثبیت مسئولیت فرماندهان و ایجاد معیارهای جدید برای تعریف خشونت‌های سیستماتیک علیه غیرنظامیان دارای اهمیت است و همچنین، این تحولات نقش بسزایی در شکل‌گیری نظام نوین حقوق کیفری بین‌المللی داشته‌اند.

1. The Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY Report, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Trial Chamber II

2. Krstić

3. Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY REP, Judgment, <https://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/>

۲-۴. نقض‌های فاحش در رویه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا

درگیری‌های قومی در کشور رواندا در سال ۱۹۹۴ میلادی، به کشتار و قتل عام صدها هزار نفر منجر گردید. شورای امنیت سازمان ملل متحد همانند اقدام خود در برابر نسل‌کشی در یوگسلاوی سابق، با تصویب قطعنامه ۹۵۵، مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۴، بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل، دادگاه ویژه‌ای را برای تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبین به کشتار جمعی و دیگر نقض‌های فاحش حقوق بشردوستانه بین‌المللی تأسیس نمود (طباطبایی، ۱۳۸۴: ۳۶). این دادگاه نیز مانند دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، از ارکان فرعی شورای امنیت محسوب می‌شود. هر دو دارای دادستانی واحد هستند. قضات شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی، قضات در شعبه تجدیدنظر دادگاه رواندا را نیز برعهده دارند. این دادگاه دارای سه شعبه بدوی و یک شعبه تجدیدنظر است. شعب دادگاه از شانزده قاضی از اتباع کشورهای مختلف تشکیل می‌شود (یاقوتی و بهلولی، ۱۳۹۸: ۱۴).

یکی از پرونده‌هایی که دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا پیرامون نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو به آن پرداخت، پرونده آکایسو^۱ می‌باشد. متهم، ژان-پل آکایسو، شهردار منطقه تابا در رواندا بود. در ۲ سپتامبر ۱۹۹۸، دادگاه نخستین این دیوان، وی را در ۹ مورد از ۱۵ اتهام شامل نسل‌زدایی، جنایات علیه بشریت و نقض کنوانسیون‌های ژنو گناهکار شناخت. این پرونده، اولین محاکمه در دیوان بین‌المللی کیفری بود که به محکومیت یک فرد به اتهام نسل‌زدایی منجر شد. همچنین، این اولین بار بود که یک دادگاه بین‌المللی اعلام کرد تجاوز جنسی و دیگر اشکال خشونت جنسی می‌تواند مصداق نسل‌زدایی باشد. آکایسو نسبت به محکومیت‌ها و مجازات تعیین‌شده (حبس ابد) درخواست تجدیدنظر کرد. دلیل اصلی درخواست تجدیدنظر وی این بود که وکیل منتخب خود را در اختیار نداشته است. دادستان نیز چهار دلیل برای درخواست تجدیدنظر ارائه کرد.^۲ دیوان تجدیدنظر پس از بررسی کلیه استدلال‌های ارائه‌شده توسط متهم، به این نتیجه رسید که متهم نتوانسته است اثبات کند دادگاه بدوی مرتکب اشتباهات حقوقی یا واقعی ادعا شده توسط وی شده است. بر این اساس، دیوان دلایل تجدیدنظرخواهی متهم را رد کرد (بند ۴۲۳ رأی).

در مورد دو دلیل اول دادستان برای درخواست تجدیدنظر، دیوان تجدیدنظر تشخیص داد که دادگاه بدوی در محدود کردن قلمرو اعمال ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو به دسته خاصی از افراد مرتکب اشتباه شده است. با توجه به پذیرش دلیل اول دادستان، دیوان بررسی دلیل جایگزین دادستان را ضروری ندانست (بندهای ۴۴۵-۴۴۶). در ارتباط با دلیل سوم دادستان، دیوان

1. Akayesu

2. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, International Criminal Tribunal for Rwanda (Appeals Chamber), Tanzania, Judgment, <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/50/Akayesu/>



تجدید نظر تصریح کرد که ماده ۳ اساسنامه دیوان مقرر نمی‌دارد که تمام جنایات علیه بشریت مذکور در آن باید با قصد تبعیض آمیز ارتکاب یابند. این ماده صلاحیت دیوان را به جنایاتی محدود می‌کند که «به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه هر جمعیت غیرنظامی» با انگیزه‌های تبعیض آمیز انجام شده باشد (بند ۴۶۹ رأی). بر این مبنا، می‌توان گفت که پرونده ژان-پل آکایسو که توسط دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا مورد رسیدگی قرار گرفت، نقش مهمی در توسعه حقوق بین‌المللی کیفری ایفا کرد. این پرونده به طور خاص بر نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو در مخاصمات غیربین‌المللی تمرکز داشت و تأکید کرد که ماده ۳ مشترک این کنوانسیون‌ها در جریان نسل کشی رواندا نقض شده است. دیوان در این رأی تاریخی برای نخستین بار تجاوز جنسی را به عنوان یکی از مصادیق نسل کشی به رسمیت شناخت و آن را جرمی بین‌المللی محسوب کرد. همچنین، این پرونده با توسعه مفهوم مسئولیت کیفری فرماندهان و مقامات دولتی، حتی در مواردی که مستقیماً در ارتکاب جرائم مشارکت نداشته‌اند، مبنای مهمی برای تحول حقوق کیفری بین‌المللی ایجاد نمود. رأی آکایسو با تثبیت این اصول که جنایات جنگی می‌تواند در درگیری‌های داخلی نیز اتفاق بیفتد و اینکه رفتارهای غیرانسانی مانند تجاوز جنسی می‌تواند مصداق نسل کشی باشد، تأثیر عمیقی بر شکل‌گیری نظام نوین حقوق بین‌المللی کیفری گذاشت و راه را برای تعقیب کیفری این گونه جرائم در آینده هموار ساخت.

۳-۴. نقض‌های فاحش در روبه دیوان کیفری بین‌المللی

ایده تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری را می‌توان یک ایده تحول‌گرا و توسعه‌بخش در حوزه حقوق بین‌الملل دانست. پس از محاکمات نورمبرگ، تدوین و پذیرش اساسنامه رم یک سند مهم در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری قلمداد می‌شود. این سند، برخلاف اسناد مؤسس دادگاه‌های اختصاصی، یک معاهده بین‌المللی است. از این رو، تابع مقررات حقوق بین‌الملل معاهده‌ای و عرفی در زمینه معاهدات بین‌المللی می‌باشد (سلیمی، شاملو و فرهادی، ۱۴۰۲: ۴۱). دیوان کیفری بین‌المللی ساختار نوینی را برای تعقیب مرتکبین جرائم مهم بین‌المللی به وجود آورده است. نحوه شروع به تحقیق و تعقیب جنایات از مسائل مهم اساسنامه دیوان است. به موجب مفاد اساسنامه در مورد شروع به تعقیب، جهات سه‌گانه «ارجاع توسط کشورهای عضو»، «ارجاع توسط شورای امنیت» و «ابتکار دادستان» مقرر شده است. در این خصوص، نظام دادرسی دیوان به گونه‌ای طراحی شده است که با حذف مرحله بازپرسی، وظیفه تحقیق نیز در کنار امر تعقیب برعهده دادستان قرار گرفته است که وظایف خود را تحت نظارت شعبه مقدماتی انجام می‌دهد (تختائی نژاد، ۱۴۰۱: ۹۳۶). نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه یکی از موارد صلاحیت موضوعی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی است. علی‌رغم عدم اشاره به حقوق بشر در اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اما در اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری بین‌المللی با تأثیرات متعدد حقوق بشر و حقوق

بین‌الملل بشردوستانه بر یکدیگر مواجه می‌شویم (سلیمی، شیری و رستم زاد، ۱۴۰۳: ۱۱۷). دیوان بین‌المللی کیفری به موجب اساسنامه خود، صلاحیت موضوعی مشخصی نسبت به چهار جنایت اصلی بین‌المللی دارد. این جنایات، مهم‌ترین جنایاتی هستند که نگرانی عمده جامعه جهانی می‌باشند (نژندی منش، زحمتکش و حسینی آزاد، ۱۳۹۹: ۲۴۳). ماده ۵ اساسنامه دیوان صلاحیت دیوان را رسیدگی به چهار جرم نسل‌کشی، جرائم ضد بشریت، جرائم جنگی و تجاوز عنوان نموده است. موارد ۹ گانه‌ای که در کنوانسیون‌های ژنو ذکر شد، عیناً در بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آمده است. برای اینکه جرائم ذکر شده نقض فاحش تلقی شوند، باید علیه اشخاص یا اموال تحت حمایت که مورد حمایت کنوانسیونهای مربوط می‌باشند، رخ داده باشد. ماده ۳ مشترک چهار کنوانسیون به صراحت نقض‌های پیش‌بینی‌شده در آنها را جنایات جنگی نمی‌شمرد، اما متخصصان این رشته از حقوق آنها را جنایت جنگی تلقی کرده‌اند.

یکی از ویژگی‌های مهم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی از منظر صلاحیت، اصل صلاحیت تکمیلی است. به موجب این اصل که اولویت رسیدگی با دولتهای ملی صلاحیتدار است، دیوان تنها زمانی می‌تواند اعمال صلاحیت کند که این دولتها توان رسیدگی به جرائم بین‌المللی را نداشته باشند یا در صورت امکان رسیدگی، اقدامی در این خصوص انجام ندهند یا تمایل انجام این امر مهم را نداشته باشند (رئسی، ۱۳۹۸: ۴۲۴). یکی از پرونده‌هایی که در دیوان کیفری بین‌المللی پیرامون نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو مورد رسیدگی قرار گرفت، مربوط بود به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو و اتهامات توماس لوبانگو^۱ که در نهایت، دیوان توماس لوبانگو را محکوم نمود.

در ماه مارچ ۲۰۱۲، شعبه مقدماتی، توماس لوبانگو را به اتهام ربودن دختران و پسران زیر پانزده سال برای جنگ در منطقه ایتوری در جمهوری دموکراتیک کنگو گناهکار شناخت. در طول درگیریها، لوبانگو و نیروهای تحت امرش کودکان را از مدارس و روستاها ربوده و برای جنگ به استخدام خود درآوردند. بر این مبنا، توماس لوبانگو به اتهام استفاده از کودکان برای مشارکت فعالانه در درگیری‌ها (کودک سرباز)، مقصر شناخته شد؛ همچنین، به اتهام بکارگیری کودکان برای کشتن و خدمت به نیروهای نظامی به عنوان برده جنسی نیز گناهکار شناخته شده و در مجموع، به ۱۴ سال زندان محکوم گردید (سبحانی، ۱۳۹۹: ۱۱۴).

دیوان مقرر نمود که متهم و همدستانش در یک طرح مشترک توافق و مشارکت کردند که هدف آن، تشکیل یک ارتش برای برقراری و حفظ کنترل سیاسی و نظامی بر منطقه ایتوری بود. در نتیجه، اجرای این طرح مشترک، پسران و دختران زیر ۱۵ سال بین تاریخ ۱ سپتامبر ۲۰۰۲ تا ۱۳ اوت ۲۰۰۳ به اجبار به عضویت گروه‌های اتحادیه میهن پرستان کنگو^۲ و نیروهای میهن پرست برای

1. Thomas Lubanga Dyilo
2. Union des Patriotes Congolais



آزادی کنگو^۱ در آمدند. بسیاری از شاهدان موثق گزارش داده‌اند که کودکان زیر پانزده سال یا با اجبار یا به ظاهر با میل خود به این گروه می‌پیوستند و سپس، به مقر اصلی آن در شهر بونیا یا اردوگاههای آموزشی نظامی مانند رومپارا، ماندرو و مونگبالو فرستاده می‌شدند. فیلم‌های موجود به روشنی حضور نوجوانان زیر پانزده سال را در اردوگاه رومپارا ثابت می‌کند. بر این اساس، دیوان به این نتیجه رسیده است که اقدامات توماس لوبانگا، در مجموع، نقشی اساسی در اجرای طرح مشترکی داشت که منجر به جذب و ثبت‌نام دختران و پسران زیر ۱۵ سال در گروه‌های اتحادیه میهن پرستان کنگو و نیروهای میهن پرست برای آزادی کنگو و استفاده از آنها برای مشارکت فعال در درگیری‌های نظامی شد.^۲ در این پرونده، دیوان با استناد به قواعد عرفی بشردوستانه، حتی فعالیت‌های غیرمستقیم مانند استفاده از کودکان برای محافظت شخصی یا پشتیبانی لجستیکی را نیز جنایت محسوب کرد. این رأی مسئولیت کیفری فرماندهان و رهبران سیاسی را که مستقیماً در صحنه نبرد حاضر نبودند، اما در طراحی و اجرای سیاست‌های نقض آمیز نقش داشتند، تثبیت نمود. همچنین، دیوان با تفسیر گسترده‌ای از مفهوم مشارکت فعال در درگیری‌ها، هر گونه به کارگیری کودکان در زنجیره عملیات نظامی را نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو دانست. این پرونده از نظر حمایت از قربانیان کودک نیز پیشگام بود و مکانیسم‌های دادرسی ویژه‌ای برای جلوگیری از آسیب روانی مجدد به آنان ایجاد کرد. رأی لوبانگا با تقویت پیوند میان حقوق بشردوستانه و حقوق کیفری بین‌المللی، الگویی برای رسیدگی به جنایات مشابه در آینده شد و نشان داد که نقض فاحش قواعد جنگ می‌تواند به مسئولیت کیفری بین‌المللی حتی در درگیری‌های داخلی منجر شود.

در پرونده دیگری به نام ژرمن کاتانگا،^۳ دیوان با تمرکز بر نقض فاحش به توسعه حقوق کیفری بین‌المللی پرداخت. در این پرونده که مربوط به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو می‌باشد و حملات علیه غیرنظامیان و تخریب گسترده مورد توجه قرار گرفت.

در ماه مارچ ۲۰۱۴، ژرمن کاتانگا توسط شعبه مقدماتی محکوم گردید. اتهامات کاتانگا شامل مشارکت در جنایت جنگی در حمله علیه جمعیت غیرنظامی، غارتگری، تخریب اموال عمومی و همچنین، قتل به عنوان جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت بود. دادگاه در ۲۳ می ۲۰۱۴، با اکثریت آراء، وی را به ۱۲ سال زندان محکوم نمود (سبحانی، ۱۳۹۹: ۱۱۴).

دیوان با استناد به ماده ۲۵(۳)(د) اساسنامه رم که معاونت در جرم را شامل هرگونه مشارکت مؤثر در ارتکاب جنایت توسط گروهی با هدف مشترک می‌داند، نحوه اتهام ژرمن کاتانگا را که در ابتدا به عنوان مباشر اصلی تحت تعقیب بود، تعدیل نمود و در نهایت، وی را به عنوان معاون در

1. Forces Patriotiques pour la Libération du Congo

2. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC REP, Appeal judgement, Situation in the Democratic Republic of the Congo

3. Germain Katanga

ارتکاب جنایات متعددی محکوم کرد. این جنایات شامل قتل به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی، هدایت حملات علیه غیرنظامیان و افرادی که مستقیماً در درگیری‌ها مشارکت نداشتند، تخریب اموال دشمن و نیز غارتگری بود که همگی تحت عنوان جنایات جنگی مورد حکم قرار گرفتند. دیوان در رأی خود تأکید نمود که اقدامات کاتانگا نقشی اساسی در اجرای طرح مشترک گروه متبوعش داشته که منجر به ارتکاب این جنایات شده است.^۱ در خصوص این پرونده باید گفت که دیوان در این پرونده به جنایات گسترده از جمله قتل عام غیرنظامیان، تخریب اموال و خشونت‌های جنسی در جمهوری دموکراتیک کنگو پرداخت و برای نخستین بار مسئولیت کیفری فردی را در مواردی که متهم مستقیماً مرتکب جنایت نشده بود، اما نقش تعیین‌کننده در طراحی و اجرای عملیات جنایی داشت، مورد تأکید قرار داد. دیوان با تفسیر ماده ۲۵ اساسنامه رم، مسئولیت کیفری کاتانگا را به عنوان معاون جنایت تثبیت کرد و نشان داد که مشارکت غیرمستقیم در جنایات بین‌المللی نیز می‌تواند منجر به محکومیت شود. این رأی با توسعه مفهوم مسئولیت فرماندهی و تقویت حمایت از غیرنظامیان در درگیری‌های مسلحانه، معیارهای جدیدی برای تفسیر نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو ایجاد کرد و الگویی برای پرونده‌های بعدی شد.

پرونده دیگر مربوط است به احمد الفقی المهدی^۲ و این متهم که به عنوان عضو ادعایی گروه «أنصارالدین»^۳ - جنبشی وابسته به القاعده در مغرب اسلامی - شناخته می‌شد، تا سپتامبر ۲۰۱۲ ریاست «حسبه» را برعهده داشت و با دادگاه اسلامی تیمبوکتو^۴ همکاری می‌کرد. در ۲۸ سپتامبر ۲۰۱۵، حکم بازداشت وی صادر شد. وی به عنوان مشارکت‌کننده در جنایت جنگی حمله عمدی به ساختمان‌های مذهبی و تاریخی تیمبوکتو در مالی طی ژوئن و ژوئیه ۲۰۱۲ محکوم شد و در ۲۷ سپتامبر ۲۰۱۶، به نه سال حبس محکوم گردید که مدت زمان بازداشت قبلی وی از این حکم کسر شد. در ۲۵ نوامبر ۲۰۲۱، دادگاه حکم آقای المهدی را دو سال کاهش داد و تاریخ پایان محکومیت وی به ۱۸ سپتامبر ۲۰۲۲ تعیین گردید. همچنین، دستور جبران خسارت برای قربانیان توسط قضاوت صادر شده که این حکم قطعی می‌باشد.^۵ آقای المهدی، به اتهام ارتکاب جنایت جنگی بر اساس مواد ۲۵(۳)(الف) تا (د) اساسنامه رم دیوان کیفری بین‌المللی، به دلیل نقش مؤثر در هدایت حملات به ده بنای تاریخی و مذهبی تیمبوکتو شامل آرامگاه‌های سیدی محمود بن عمر محمد آکویت، شیخ محمد محمود الاروانی، شیخ سیدی مختار بن سیدی محمد بن شیخ الکبیر، آلفا مویا، شیخ سیدی احمد بن عمار الرقادی، شیخ محمد المیکی، شیخ عبدالقاسم

1. The Prosecutor v. Germain Katanga, ICC REP, Judgment, Situation in the Democratic Republic of the Congo

2. Ahmad Al Faqi Al Mahdi

3. Ansar Eddine

4. Islamic Court of Timbuktu

5. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC REP, Judgment, <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>



عطواتی، احمد فلانه، بهابر بابادیه و درب مسجد سیدی یحیی در فاصله ۳۰ ژوئن تا ۱۱ ژوئیه ۲۰۱۲ تحت تعقیب قرار گرفت. این بناها که بخشی مهم از میراث فرهنگی مالی محسوب می‌شدند و فاقد هرگونه کاربرد نظامی بودند، به دلیل ارزش مذهبی و تاریخی‌شان هدف تخریب عمدی قرار گرفتند. المهدی که به عنوان عضو گروه أنصارالدین (وابسته به القاعده در مغرب اسلامی) شناخته می‌شد، تا سپتامبر ۲۰۱۲ ریاست نهاد حسبه را برعهده داشت و با دادگاه اسلامی تیمبوکتو همکاری نزدیک می‌کرد. دیوان تأکید کرد تخریب این آثار که موجب آسیب شدید یا نابودی کامل آنها شد، تأثیر عمیقی بر جامعه محلی گذاشته است.^۱ پرونده دیوان کیفری بین‌المللی درباره احمد الفقی المهدی با بررسی تخریب عمدی آثار فرهنگی و تاریخی در کشور مالی، گامی مهم در پیشرفت حقوق بین‌المللی کیفری برداشت. این پرونده نخستین موردی بود که دیوان، نابودی دارایی‌های فرهنگی و مذهبی را به عنوان جنایت جنگی مستقل بررسی کرد و ثابت کرد که حمله به میراث فرهنگی نه تنها تخریب اموال، بلکه جنایتی علیه همه انسان‌ها به شمار می‌آید. دیوان با استناد به قوانین بین‌المللی مربوط به جرائم جنگی تأکید کرد که نابودی عمدی بناهای تاریخی و مذهبی در جنگ‌های داخلی نیز نمونه بارزی از نقض شدید قوانین بشردوستانه محسوب می‌شود. این تصمیم با گسترش مسئولیت کیفری بین‌المللی شامل جرائم علیه میراث فرهنگی، چارچوب جدیدی برای محافظت از گنجینه‌های فرهنگی در حقوق جهانی ایجاد کرد و راه را برای رسیدگی به موارد مشابه در آینده هموار ساخت.

پرونده دیگر مربوط است به دومینیک اونگون^۲ که در آن، دیوان به موضوع نقض فاحش پرداخت و از این طریق به توسعه حقوق بین‌المللی کیفری پرداخت. محاکمه دومینیک اونگون، فرمانده پیشین گردان سینیا در گروه شورشی موسوم به «ارتش مقاومت پروردگار»، در سال ۲۰۱۶ آغاز گردید. پس از پایان مرحله ارائه مدارک توسط دادستان و دفاع، و همچنین، شنیدن شهادت‌های شاهدان معرفی شده از سوی وکلای مدافع قربانیان، رییس دادگاه در بیست‌ویکم آذر ۲۰۱۹ رسماً، پایان مرحله جمع‌آوری شواهد را اعلام نمود. هیات دادرسی شماره نه مشکل از سه قاضی به ریاست قاضی اشمیت، در پانزدهم بهمن ۲۰۲۰، وی را به ارتکاب شصت‌ویک جنایت شامل جنایات ضد بشریت و جنایات جنگی در شمال کشور اوگاندا محکوم کرد و حکم بیست‌وپنج سال حبس را برای وی صادر نمود. دادگاه تجدیدنظر نیز حکم محکومیت و مجازات را تأیید کرد و سرانجام، اونگون برای تحمل دوران محکومیت به کشور نروژ منتقل شد.^۳ در ۴ فوریه ۲۰۲۱، دیوان کیفری بین‌المللی، دومینیک اونگون را فراتر از هر شک معقولی به ارتکاب

1. The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC REP, Situation in the Republic of Mali, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>

2. Dominic Ongwen

3. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC REP, Appeals judgment on the sentence, <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>

۶۱ جنایت که به عنوان جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در اوگاندا بین ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۵ طبقه‌بندی شده بودند، گناهکار شناخت. این جنایات شامل: (۱) حملات علیه غیرنظامیان، قتل، اقدام به قتل، شکنجه، بردگی، توهین به حیثیت انسانی، چپاول، تخریب اموال و آزار و اذیت در چهار حمله مشخص به اردوگاه‌های آوارگان داخلی در پاجول (۱۰ اکتبر ۲۰۰۳)، اودک (۲۹ آوریل ۲۰۰۴)، لوکودی (۱۹ می ۲۰۰۴) و آبوک (۸ ژوئن ۲۰۰۴)؛ (۲) جنایات جنسی و جنسیتی از جمله ازدواج اجباری، شکنجه، تجاوز جنسی، بردگی جنسی، بارداری اجباری و توهین به حیثیت انسانی علیه هفت زن ربوده‌شده که در خانوار وی نگهداری می‌شدند؛ (۳) جنایات جنسی و جنسیتی اضافی علیه دختران و زنان در گردان سینیا شامل ازدواج اجباری، شکنجه، تجاوز جنسی و بردگی؛ و (۴) جرم سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال برای گردان سینیا و استفاده از آنان در درگیری‌های مسلحانه بود.^۱ این پرونده به جنایات گسترده‌ای از جمله حملات علیه غیرنظامیان، استفاده از کودکان سرباز و اعمال خشونت‌های جنسی در اوگاندا پرداخت و از چند جهت حائز اهمیت بود: نخست آنکه دیوان با بررسی وضعیت متهم به عنوان همزمان قربانی و مرتکب جنایت، تفسیر نوینی از مسئولیت کیفری افراد تحت شرایط اجبار و فشار ارائه داد. دوم آنکه این پرونده با تأکید بر مسئولیت فرماندهی، معیارهای جدیدی برای تعیین حدود مسئولیت رهبران گروه‌های شورشی در نقض قوانین بشردوستانه تعیین کرد. همچنین، رأی دیوان در این پرونده با تفکیک دقیق میان اجبار و مسئولیت کیفری، چارچوب حقوقی روشنی برای رسیدگی به موارد مشابه ایجاد نمود و نشان داد که حتی افرادی که خود قربانی جنایات بوده‌اند، در صورت ارتکاب نقض فاحش حقوق بشردوستانه، نمی‌توانند از مسئولیت کیفری بگریزند. این رویکرد توسعه‌یافته در تفسیر قوانین بین‌المللی، مسیر جدیدی در رسیدگی به جرائم جنگی گشود.

بحث و نتیجه‌گیری

نقض‌های فاحش به عنوان شدیدترین تخلفات از قواعد بشردوستانه، نقشی محوری در شکل‌گیری و تحول نظام حقوق کیفری بین‌المللی ایفا کرده‌اند. این تحقیق نشان می‌دهد که چگونه رویه محاکم بین‌المللی، از دیوان‌های ویژه یوگسلاوی و رواندا تا دیوان کیفری بین‌المللی، با تفسیر گسترده از مفاهیمی مانند جنایت جنگی، مسئولیت فرماندهی و مشارکت فعال در درگیری‌ها، چارچوبی مستحکم برای پیگرد نقض‌های فاحش ایجاد کرده‌اند. پرونده‌هایی مانند لوبانگا (استفاده از کودکان سرباز)، کاتانگا (حملات علیه غیرنظامیان)، المهدی (تخریب میراث فرهنگی) و اونگون (خشونت‌های جنسی و سربازگیری کودکان) گواهی بر این ادعاست که نقض فاحش نه تنها موجب جرم‌انگاری رفتارهای غیرانسانی شده، بلکه معیارهای جدیدی برای مسئولیت کیفری

1. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC REP, Situation in Uganda.
<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2025-04/OngwenEng.pdf>



فردی و جمعی تعیین کرده است. این پرونده‌ها تأکید می‌کنند که حتی در درگیری‌های غیربین‌المللی، نقض سیستماتیک قواعد بشردوستانه می‌تواند به محکومیت بین‌المللی منجر شود. علاوه بر رویه دیوان کیفری بین‌المللی، دادگاه‌های ویژه یوگسلاوی سابق و رواندا نیز سهم بسزایی در توسعه حقوق کیفری بین‌المللی از طریق رسیدگی به نقض‌های فاحش داشته‌اند. دادگاه یوگسلاوی با پرونده‌هایی مانند تادیچ و کرستیچ، برای نخستین بار اصول مسئولیت فردی در نقض قوانین بشردوستانه را در درگیری‌های غیربین‌المللی تثبیت کرد و مفهوم «جنایت علیه بشریت» را در چارچوب جنگ‌های داخلی توسعه داد. به‌طور مشابه، دادگاه رواندا در پرونده آکایسو با شناسایی «تجاوز جنسی» به عنوان مصداق نسل‌کشی، مرزهای حقوق کیفری بین‌المللی را گسترش داد. این آراء نه تنها پایه‌های نظری حقوق بین‌الملل کیفری را تقویت کردند، بلکه الگویی عملی برای دیوان کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جرائم مشابه ایجاد نمودند. با نگاهی کلی، تحول حقوق کیفری بین‌المللی نشان‌دهنده گذار از یک نظام مبتنی بر حاکمیت مطلق دولتها به سمت نظامی است که در آن، مسئولیت فردی و حمایت از کرامت انسانی در اولویت قرار دارد. رویه یکپارچه دادگاه‌های بین‌المللی ثابت کرده است که نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ژنو، فارغ از جغرافیا یا نوع درگیری، باید به‌صورت جدی پیگیری شوند. هرچند چالش‌هایی مانند نفوذ سیاسی و محدودیت‌های اجرایی همچنان وجود دارد، اما تشکیل این محاکم بین‌المللی گامی بلند به سوی تحقق عدالت برای قربانیان جنایات جنگی بوده است. در آینده، تقویت همکاری بین‌المللی و افزایش ضمانت‌های اجرایی می‌تواند کارایی این نظام را در مقابله با نقض‌های فاحش افزایش دهد. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو به عنوان موتور محرکه توسعه حقوق کیفری بین‌المللی عمل کرده و با تلفیق حقوق بشردوستانه و کیفری، سازوکارهای مؤثری برای مقابله با بی‌کیفری ایجاد نموده است. با این حال، چالش‌هایی مانند ضعف مکانیسم‌های اجرایی و سیاست‌زدگی نهادهای بین‌المللی همچنان پابرجاست و نیازمند اصلاحات ساختاری است.

منابع

- تختائی نژاد، سیروس؛ گل‌خندان، سمیرا و رجبی، اکبر. (۱۴۰۱). نحوه تحقیق و تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی. *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ۵(۱۰)، ۹۴۸-۹۳۵.
- https://jou.spsiran.ir/article_156636.html
- دیهیم، علیرضا. (۱۳۸۴). *درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی در پرتو اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی*. چاپ دوم. اداره نشر وزارت امور خارجه.
- رضازاده سلطان آباد، محمد. (۱۴۰۳). *فرآیند جرم‌انگاری نقض‌های فاحش در حقوق کیفری بین‌المللی*. *اولین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوظهور در مدیریت و حقوق با رویکرد شعار سال، تهران*.
- <https://civilica.com/doc/2152072/>

- رضوانی، خدیجه. (۱۴۰۲). اهداف تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY). گفت‌وگو حقوقی (جامعه‌المصطفی‌العالمیه)، ۱۲(۲۳)، ۵-۱۵.
https://ild.journals.miu.ac.ir/article_8606.html
- رئیس، لایلا؛ صالحی، کفایت و راعی، مسعود. (۱۳۹۸). صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی. جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۲(۷)، ۴۵۱-۴۲۴.
https://jou.spsiran.ir/article_151263.html
- سبحانی، محمدرضا. (۱۳۹۹). چالش‌های دیوان بین‌المللی کیفری در رسیدگی به وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو. فصلنامه حقوق بین‌المللی کیفری، ۱(۱)، ۱۲۵-۱۱۰.
<https://www.magiran.com/p2198173>
- سلیمی، صادق؛ شاملو، سوده و فرهادی، فروه. (۱۴۰۲). تأملی بر جنبه‌های نظری و عملی همکاری دولت‌های ثالث با دیوان بین‌المللی کیفری. پژوهش‌های حقوقی، ۲۲(۵۴)، ۶۸-۴۱.
https://jlr.sdil.ac.ir/article_153386.html
- سلیمی، صادق؛ شیری، مرتضی؛ رستم‌زاد، حسینقلی. (۱۴۰۳). تعامل حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر با تأکید بر رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی (مقاله علمی وزارت علوم). پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۵۱(۲۹)، ۱۳۲-۱۱۷.
https://jol.guilan.ac.ir/article_7263.html
- سیدی، مهرداد. (۱۳۷۳). دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق. حقوقی بین‌المللی، ۱۳(۱۸ و ۱۹)، ۴۱۴-۳۸۱.
https://www.cilamag.ir/article_18302.html
- شریفی طرازکوهی، حسین. (۱۳۹۰). حقوق بشردوستانه بین‌المللی. چاپ اول. انتشارات میزان.
- ضیایی بیگدلی، محمد رضا. (۱۳۹۲). حقوق بین‌الملل بشردوستانه. چاپ دوم. انتشارات گنج دانش.
- طباطبایی، سید احمد. (۱۳۸۴). دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا. حقوق خصوصی، ۳(۹)، ۶۶-۳۵.
https://jolt.ut.ac.ir/article_18366.html
- نژندی منش، هیبت‌الله؛ زحمتکش، مجید؛ حسینی آزاد، سید علی. (۱۳۹۹). تأملی در امکان‌سنجی اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری نسبت به جرائم زیست‌محیطی. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۱۱(۲۲)، ۲۷۰-۲۴۳.
- نمایان، پیمان؛ عیسیان، عارفه. (۱۴۰۲). شناخت کاربست قدرت نرم در مقابله با مخاصمات مسلحانه؛ از پروتکل‌های الحاقی کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو تا قلمرو نظام حقوقی ایران با نگاهی به رویکرد جمهوری عربی مصر. مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی، ۲(۱)، ۴۴-۳۳.
https://jolt.guilan.ac.ir/article_4538.html
- یاقوتی، ابراهیم؛ بهلولی، عزیزه. (۱۳۹۸). مجازات جرم نسل‌کشی در دیوان بین‌المللی کیفری و دیوان‌های رواندا و یوگسلاوی. فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، ۱(۱)، ۱۵۵-۱۳۵.
https://journal.ihraci.ir/article_83019.html

- Baxter, R. R. (1955). The Geneva Conventions of 1949 Before the United States Senate. *American Journal of International Law*, 49(4), 550-555.
<https://doi.org/10.1017/S0002930000170332>



- Blank, L.R. (2011). Understanding when and how domestic courts apply IHL. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44, 205.
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cwrint44&div=14&id=&page=>
- Ezeh, G. C. (2023). Critical Analysis of Suppression and Punishment for Grave Breaches of the Law of Wars. Available at SSRN 4519127.
<https://ssrn.com/abstract=4519127>
- Clapham, A., Gaeta, P., Sassòli, M., & van der Heijden, I. (Eds.). (2015). *The 1949 Geneva conventions: a commentary*. Oxford University Press.
- Footer, K. H., & Rubenstein, L. S. (2013). A human rights approach to health care in conflict. *International Review of the Red Cross*, 95(889), 167-187.
<https://doi.org/10.1017/S1816383113000349>
- Moir, L. (2009). Grave breaches and internal armed conflicts. *Journal of International Criminal Justice*, 7(4), 763-787.
<https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/7/4/763/857123>
- Öberg, M. D. (2009). The absorption of grave breaches into war crimes law. *International Review of the Red Cross*, 91(873), 163-183.
<https://doi.org/10.1017/S181638310999004X>
- Pak, H. C., Son, H. R., & Jong, S. G. (2022). Analysis on the Legal Definition of Jus Cogens Provided in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *International Studies*, 59(4), 315-335.
<https://doi.org/10.1177/00208817221136375>
- Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY REP, Judgment,
<https://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/>
- Prosecutor v. Radislav Krstić, ICTY REP, Judgment,
<https://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/>
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. (2008). ICC REP, Appeal judgement, Situation in the Democratic Republic of the Congo.
<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-1487>
- Tannenwald, N. (2017). Assessing the effects and effectiveness of the Geneva Conventions. *Do the Geneva Conventions Matter*, 1-34.
<https://doi.org/10.1093/oso/9780199379774.003.0001>
- Vrdoljak, A. F. (2018). Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi: judgment and Sentence & Reparations Order (Int'l Crim. Ct.). *International Legal Materials*, 57(1), 17-79.
<https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>
- Mushoriwa, L. (2024). The Prosecutor v Dominic Ongwen case before the International Criminal Court: A Twail-er's perspective. *SACJ*, 1.
<https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>
- The Prosecutor v. Duško Tadić. (1997). ICTY Report, *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Trial Chamber II*.
<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/1997/en/40193>
- Yang, G. (2015). The Grave Breaches Regime of the 1949 Geneva Conventions: Origins, Developments and Prospects. *Historical Origins of International Criminal Law*, 3, 54-90.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199207541.003.0007>
- Zyberi, G. (2018). Enforcement of International Humanitarian Law. In *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts* (pp. 377-400). Springer, Singapore.
https://link.springer.com/rwe/10.1007/978-981-10-5206-4_14

Approaches to the Legitimacy of the Ruler in the Constitution of the Islamic Republic of Iran with Regard to Some of the Principles of the Venice Commission

Gholamreza Dehghannaserabadi¹, Mohammad Sharif Shahi², Seyed Mohammad Sadegh Ahmadi³

Abstract

Field and Aims: In the Islamic Republic, there are two approaches to the issue of legitimacy. One is the “religious fundamentalism” approach and the other is the “religious reformism” approach. These approaches have specific aspects and principles in the constitution, and each follows specific principles. The first is related to divine legitimacy and the second to democratic legitimacy. Each of these approaches focuses on one of the principles of legitimacy in the constitution. Although the religious reformism approach attempts to create a kind of compromise between the two bases of legitimacy, it considers the system’s democratic legitimacy to be superior, and its interpretation of the constitution, and especially Article 56 of the constitution, is based on democratic principles.

Method: This research was conducted using a descriptive-analytical method.

Findings and Conclusions: This has led him to see his religious fundamentalist approach as opposed to it, and by taking into account the rational and tradition-based foundations of the guardianship of the jurist, he has defined legitimacy based on it, downplaying the role of the democratic principles of the constitution and reducing it to the level of “acceptability” of the system. This issue has led to controversies in the field of fundamental rights in the Islamic Republic, which have to some extent undermined the principles and foundations of the legitimacy of the ruler in the Islamic Republic. Each of the dual approaches has led to legal and political confusion in the foundations of legitimacy.

Keywords: Legitimacy, Constitution, Islamic Republic, Religious Reformism, Religious Fundamentalism, Venice Commission.

*Citation (APA): Dehghannaserabadi, Gh.; Sharif Shahi, M; Sadegh Ahmadi, M. (2024). Approaches to the Legitimacy of the Ruler in the Constitution of the Islamic Republic of Iran with Regard to Some of the Principles of the Venice Commission. *International Legal Research*, 17(66), 47-66.

1. PhD student in public law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. Email: gholaamreza.dehghaan@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of public Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. (Author). Email: dr.shahi@khuif.ac.ir

3. Associate Professor, Department of public Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. Email: sms-ahmadi@khuif.ac.ir

رویکردها به مشروعیت حکمران در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با عنایت به برخی از اصول کمیسیون ونیز

غلامرضا دهقان ناصرآبادی^۱، محمد شریف شاهی^۲✉، سید محمد صادقی احمدی^۳

چکیده

زمینه و هدف: در جمهوری اسلامی، دو رویکرد به مسئله مشروعیت وجود دارد: یکی، رویکرد «اصول گرایی دینی» و دیگری، رویکرد «اصلاح طلبی دینی». این رویکردها در قانون اساسی دارای وجوه و اصول مشخصی هستند و هر کدام از مبانی خاصی پیروی می کنند. اولی، به مشروعیت الهی و دومی، به مشروعیت دموکراتیک مرتبط هستند. هر کدام از این رویکردها به یکی از مبانی مشروعیت در قانون اساسی توجه دارند. اگرچه رویکرد اصلاح طلبی دینی سعی در ایجاد نوعی سازش میان دو مبانی مشروعیت دارد، اما تفوق را با مشروعیت دموکراتیک نظام می داند و تفسیر آن از قانون اساسی و به ویژه، اصل ۵۶ قانون اساسی، بر مبنای اصول دموکراتیک است.

روش: این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی انجام شده است.

یافته‌ها و نتایج: چیزی که باعث شده است تا رویکرد اصول گرایی دینی خود را در تقابل با آن بداند و با در نظر داشتن مبانی عقلی و نقلی ولایت فقیه، مشروعیت را براساس آن تعریف و نقش اصول دموکراتیک قانون اساسی را کم رنگ جلوه داده و در حد «مقبولیت» نظام پایین بیاورد. همین موضوع موجب مناقشات در عرصه حقوق اساسی در جمهوری اسلامی شده است که تا حدی به اصول و مبانی مشروعیت حکمران در جمهوری اسلامی خدشه وارد کرده است. رویکردهای دو گانه، هر کدام موجب سرگردانی حقوقی و سیاسی در مبانی مشروعیت شده اند.

کلیدواژه‌ها: مشروعیت، قانون اساسی، جمهوری اسلامی، اصلاح طلبی دینی، اصول گرایی دینی، کمیسیون ونیز.

* استناددهی (APA): دهقان ناصرآبادی، غلامرضا؛ شریف شاهی، محمد و صادقی احمدی، سید محمد. (۱۴۰۳). رویکردها به مشروعیت حکمران در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با عنایت به برخی از اصول کمیسیون ونیز. *تحقیقات حقوقی بین المللی*، ۱۷(۶۶)، ۴۷-۶۶.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: gholaamreza.dehghaan@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

رایانامه: dr.shahi@khuisf.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

رایانامه: sms-ahmadi@khuisf.ac.ir

مقدمه

مشروعیت به اعتبار و قبولی نظام حاکمیتی توسط مردم یا عوامل دیگر اطلاق می‌شود. در این دیدگاه، مشروعیت نه از قدرت و توانایی‌های نظام حاکمیتی مبتنی بر نیروی نظامی یا کاربرد زور و خشونت ناشی می‌شود، بلکه از پذیرش عمومی و اعتماد مردم به این نظام حاکمیتی است. اصول مشروعیت یک نظام سیاسی می‌تواند از منابع مختلفی نشئت گرفته باشد: مشروعیت الهی (اعتقاد به اینکه حاکمان از جانب خداوند منتخب شده‌اند)، مشروعیت دموکراتیک (براساس انتخابات) یا مشروعیت قانونی (براساس موازین قانونی). هر کدام از این مبانی، رویکردهای مخصوص به خود را در نظام حقوقی یک کشور داشته و پیامدهای خاصی را به دنبال دارند. در این میان، در جمهوری اسلامی، دو رویکرد به مسئله مشروعیت وجود دارد: یکی، رویکرد «اصول‌گرایی دینی» و دیگری، رویکرد «اصلاح‌طلبی دینی». هر دوی این رویکردها در قانون اساسی دارای وجوه و اصول مشخصی هستند و البته، هر کدام از مبانی خاصی پیروی می‌کنند که اولی، به مشروعیت الهی و دومی، به مشروعیت دموکراتیک مرتبط هستند. این دو رویکرد از نظر حقوقی، باعث شده‌اند تا تقابلاتی میان مبانی مشروعیت در جمهوری اسلامی به وجود بیاید و همین امر موجب چالش‌هایی در نظام حقوقی و سیاسی شده ایران شده است. در نتیجه، تقابل مشروعیت حاکمیت و بحران حاکمیت قانون معمولاً باعث ناپایداری و عدم استحکام نظام سیاسی کشور می‌شود. هنگامی که حاکمیت مشروع و مطابق با قوانین کشور است، مردم به‌عنوان شهروندان به حکومت احترام می‌گذارند و قوانین را رعایت می‌کنند؛ اما هنگامی که بحران حاکمیت قانون بروز می‌کند، اعتماد مردم به حاکمیت و قدرت اجرای قوانین کاهش می‌یابد و ممکن است به نقض حقوق شهروندی، تظاهرات و اعتراضات عمومی، عدم پایبندی به قوانین و احتمالاً سقوط نظام سیاسی منجر شود. در نتیجه، حاکمیت مشروع و احترام به قوانین و مقررات کشور می‌تواند به استحکام و پایداری نظام سیاسی کمک کند، در حالی که بحران حاکمیت قانون ممکن است به ناپایداری و نقض حقوق شهروندی منجر شود. در این پژوهش، ضمن بررسی تئوریک مشروعیت، با در نظر داشتن دو مبنای الهی و دموکراتیک مشروعیت، دو رویکرد برآمده از آن مطرح و پیامدهای تقابل آن‌ها با یکدیگر در نظام حقوقی جمهوری اسلامی بحث خواهد شد. همچنین، با عنایت به دو موضوع از کمیسیون و نیز درباره دموکراسی، یعنی تفکیک قوا و انتخابات دموکراتیک و اصول آن، می‌توان گفت که با توجه به تأکید قانون اساسی بر این دو اصل، اجرای صحیح آن‌ها، نقش بسزایی در تحکیم مشروعیت دموکراتیک در جمهوری اسلامی خواهد داشت.

۱. مبانی نظری

۱-۱. مفهوم‌شناسی مشروعیت^۱

مشروعیت توجیهی از حاکمیت است، یعنی توجیهی از حق فرمان‌دادن و اطاعت کردن. قدرت هنگامی مشروعیت پیدا می‌کند که فرمان و اطاعت، توأم با حق و حقانیت تلقی شود. مشروعیت پاسخی به این پرسش است که به چه دلیل عده‌ای از انسانها حق فرمانروایی دارند و دیگران وظیفه اطاعت. به عبارت دیگر، حق حکومت برای حاکمان و قبول آن از سوی مردم همان مشروعیت است که به ثبات سیاسی یک جامعه منتهی می‌شود (مسعودنیا و دیگران، ۱۳۸۸: ۲۰۳). در درون مشروعیت و به هنگام کالبدشکافی این واژه، با دو مطلب مواجه می‌شویم: اول، ایجاد حق حکومت برای حاکمان و دوم، پذیرش آن حق از جانب مردم. در واقع، توجیه حق حکومت برای حاکمان و دوم، پذیرش آن حق از جانب مردم. در واقع، توجیه حق حکومت برای حاکمان و پذیرش آن حق از سوی حکومت‌شوندگان تشکیل‌دهنده اجرای مفهومی مشروعیت هستند (تقوی، ۱۳۸۱: ۱۹۰). مشروع بودن یک نظام سیاسی، یعنی اینکه آن نظام مبین اراده عمومی است و توانایی ایجاد و حفظ این اعتقاد را دارد که نهادهای سیاسی موجود، مناسب‌ترین نهادها برای جامعه هستند. بدین‌سان، اقتدار و مشروعیت، هر دو، ارتباطی نزدیک با مفهوم تعهد و الزام به فرمانبرداری می‌یابند و اقتدار، متضمن فرض مشروعیت می‌گردد (زارع، ۱۳۷۹: ۱۶۳). مفهوم مشروعیت در فرهنگ سیاسی غرب مترادف با قانون است، زیرا آن چیزی مشروع است که قانونی باشد. البته، مشروعیت دامنه وسیعتری از قانون دارد؛ امر مشروع باید منطبق بر حقوق مردم و عدالت و انصاف نیز باشد و سنتها و ارزشهای فرهنگی حاکم بر جامعه را در خود جای دهد. بدین ترتیب، مشروعیت یک رژیم ناشی از هویت ارزشی و قانونی آن است و لذا، در هر جامعه، میزان سنجش مشروعیت سیاسی با جامعه دیگر متفاوت است (موسوی، ۱۳۷۶: ۱۱۲). اگر قائل به اراده عمومی جهت احراز مشروعیت باشیم، باید اشاره کرد فقدان مشروعیت به معنای چشم‌پوشی از مشارکت شهروندان در اداره امور کشور است؛ چرا که اراده عمومی زمانی می‌تواند به منصه ظهور برسد که به صورت واقعی و در قالب مشارکت‌های سیاسی در اداره امور کشور نمایان شود؛ امری که یکی از اصول رژیم‌های دموکرات محسوب می‌شود و در قالب اعمال حقوق سیاسی میسر می‌شود.

درعین حال، مشروعیت بیانگر رابطه علی بین نظم موجود و رفتار واقعی درهم‌تنیده با آن است؛ زیرا هیچ انتخاب مطلق بین قدرت و عدم قدرت یک نظم در جامعه‌شناسی وجود ندارد. در عوض، حالت‌های انتقالی سیال واقعیت وجود دارد و از نظر تجربی، امکان وجود نظم‌های متناقض وجود دارد (نیکولا کاکیس^۲، ۲۰۲۴: ۰۳). کارکرد مشروعیت این است که نظم اجتماعی، از جمله نهادهای سیاسی و حقوقی را که با افراد به عنوان یک امر واقعی مواجه می‌شود، به طور عینی، در

1. legitimacy
2. Nikolakakis



دسترس و به طور ذهنی، قابل قبول کند (لاکمن و برگر^۱، ۱۹۶۷: ۹۲). از این رو، هدف مشروعیت، ادغام جامعه از طریق قابل درک کردن نظم اجتماعی برای اعضای آن و متقاعد کردن آنها به منطقی بودن آن است (مدها-تروان^۲، ۲۰۱۶: ۱).

واقعیت این است که اداره امور هر جامعه دربرگیرنده تمامی افراد آن جامعه و ایجادکننده حق و تکلیف برای همه آنها می‌باشد. اگر هدف اصلی اداره جامعه را استقرار نظم و امنیت و تأمین عدالت برای همه افراد بدانیم که در آن زندگی می‌کنند، به نظر می‌رسد که این نفع عمومی مبین اشتغال فکری و مستلزم مشارکت و مسئولیت همگان در زندگی مشترک و جمعی باشد. با این ترتیب، تحقق دموکراسی، در مفهوم منطقی خود، وقتی است که افراد مردم، به طور کمی و کیفی، حق مشارکت در اداره امور عمومی را دارا باشند. مشارکت مردم در امور عمومی منعطف به تحولات سیاسی و اجتماعی در هر جامعه سیاسی محسوب می‌شود. تجربه نشان داده است که با گذشت زمان، این مشارکت همواره افزایش می‌یابد و با رشد فزاینده فکری مردم، کیفیت این مشارکت نیز بالا می‌رود؛ بدین معنا که علاوه بر انتخاب نمایندگان، خود نیز در متن امور سیاسی وارد می‌گردند (هاشمی، ۱۳۸۴: ۴۳۰).

۱-۲. مشروعیت از نظر ماکس وبر^۳

به نظر وبر، سلطه‌ای مشروع است که در آن، گروه معینی از مردم از فرمان معینی که شخص یا اشخاصی می‌دهند، به رضا و رغبت اطاعت کنند. وبر سه نوع سلطه مشروع را بازمی‌شناسد و منابع مشروعیت اولیه را در سه عامل «سنت»، «کاریزما» و «قانون» خلاصه می‌کند.

۱-۲-۱. مشروعیت سنتی

مبنای سلطه سنتی اعتقاد بر قداست سنت‌های موجود و مشروعیت کسانی است که به موجب رسوم جاری و سنتهای معتبر موجود به قدرت می‌رسند. این مشروعیت مبتنی بر تقدس سنتهای قدیمی است که بعضاً با اطاعت رضایتمندانه حکومت‌شوندگان جمع می‌شوند. در مشروعیت سنتی، از قوانین اطاعت نمی‌شود، بلکه از شخصی اطاعت می‌شود که سنت یا سرور سنتی تعیین کرده است. فرامین این شخص از دو طریق مشروع می‌شود:

۱. تا حدی از طریق سنتی که دقیقاً محتوا، معنی و میزان فرامین را تعیین می‌کند. زیرپا گذاشتن سنت ممکن است برای موقعیت سنتی سرور خطیر باشد.

۲. تا حدی از طریق میل و اختیار سرور، که سنت مرز آن را تعیین می‌کند. این میل و اختیار سنتی در درجه اول مبتنی بر نامحدود و بی‌حدومرز بودن وظیفه اطاعت و وفاداری است. بنابراین،

1. Luckmann & Berger
2. Modak-Truran
3. Max Weber

اعمال و فعالیت سرور در حیطه دوگانه‌ای صورت می‌گیرد: بخشی وابسته به سنت و بخشی آزاد از سنت. در چارچوب بخش آزاد، سرور می‌تواند بر حسب عنایت یا غضب، تمایل یا انزجار شخصی، میل و اختیار کاملاً شخصی، که به خصوص از طریق هدایا- منشأ «عوارض»- قابل خرید است (وهر، ۱۳۸۴: ۳۶۶).

به عبارتی، پاسداری از آداب و سنن جامعه شرط اصلی بقای نظام سیاسی است و حاکم و فرمانبران خود را حامیان سنت می‌دانند. به واقع، اقتدار سنتی بدان سبب مشروع دانسته می‌شود که «همیشه وجود داشته است» (هیوود، ۱۳۸۹: ۳۰۶). مشروعیت سنتی، وابستگی و پیوند زیادی با عادات، سنن و رسوم هر جامعه خاص دارد و از این رو، حاکم برآمده از این جامعه می‌بایست پاسدار سنن و ارزش‌های آن جامعه باشد. سنت و آداب هم منبعی مشروعیت بخش و هم عاملی برای تداوم مشروعیت محسوب می‌شوند (ترنر، ۱۳۸۷: ۱۴۰).

۲-۱-۲. مشروعیت کاریزمایی

واژه «کاریزما» به ویژگی خاصی از شخصیت فرد نسبت داده می‌شود که به صرف آن، او از افراد معمولی متمایز می‌گردد و گویی دارای قدرتها و کیفیت‌های مافوق طبیعی و مافوق انسانی است. این صفات آن چنانند که در دسترس فرد معمولی نمی‌باشد، بلکه دارای منشأ الهی یا مثالی تصور می‌گردند و بر اساس آنها، فردی که دارای آنهاست، رهبر شناخته می‌شود. این نوع مشروعیت از صفات و جاذبه شخصی برمی‌خیزد و در واقع، گونه‌ای مشروعیت شخصی را پدید می‌آورد و ممکن است پیروانی سرسختی پیدا کند. بنابراین، تشکیلات تحت سیادت کاریزمایی، مبتنی بر نوعی از روابط احساسی است. ستاد اداری یک رهبر کاریزمایی از کارمندان تشکیل نشده است؛ حداقل اینکه اعضای آن آموزش فنی ندیده‌اند. انتخاب اعضای این ستاد نه بر اساس امتیازات اجتماعی و نه مبتنی بر وابستگی خانگی و شخصی است، بلکه بر اساس صفات کاریزمایی اعضا است. هیچ سلسله مراتبی وجود ندارد. رهبر، صرفاً، در موارد کلی یا خاص، وقتی که اعضای ستاد خود را قادر به انجام کار محوله نداند، در امور دخالت می‌کند. آن‌ها مأمورانی هستند که از طریق سیادت کاریزمایی رهبر با اتکا به کاریزمای خودشان، ادای وظیفه می‌کنند. هیچ نظامی از قواعد صوری، اصول مجرد حقوقی و بنابراین، هیچ فرآیند قضایی منطبق بر آنها وجود ندارد (وهر، ۱۳۸۴: ۴۵۵-۴۵۶).

در واقع، مشروعیت کاریزماتیک نمایانگر ارادت قلبی پیروان به رهبر است که صمیمی‌ترین نوع مشروعیت را برای رهبر رقم می‌زند. رهبر، پیوندی قلبی و بسیار نزدیک با پیروان دارد و تحریک توده‌ها و یا رام کردن آنها کاری بسیار ساده برای رهبر است (روشه، ۱۳۸۶: ۱۲۳). رهبر



کاریزما به شکل خالص خود فقط برای دوره کوتاهی وجود دارد و مجبور است با فشار مجدد مقتضیات زندگی روزمره سازگار شود (کرایب، ۱۳۸۲: ۲۳۴).

۳-۲-۱. مشروعیت قانونی-عقلایی

مشروعیت قانونی، سرشت عقلایی دارد که بر اساس اعتقاد به قانون‌بودن مقرراتی است که به شیوه عقلایی وضع گردیده‌اند و بدین سان، مشروعیت رهبران به این علت که مطابق قانون تعیین شده‌اند، توجیه و عقلایی می‌گردد. بنابراین، سلطه قانونی متعلق به حوزه عقلایی زندگی انسان است و پیدایش آن مربوط به قرون اخیر است. وظیفه دولت، حفظ منافع افراد در چهارچوب قواعد حقوقی است. حاکم در چارچوب قانون حکم می‌کند و اطاعت شهروندان نیز در همین چارچوب است. وی مشروعیت ناشی از عقلانیت و قانونیت را پایدارترین نوع آن دانسته است که در این دیدگاه، اولاً، بر قانونمندی قواعدی که زندگی اجتماعی و سیاسی را میسر ساخته‌اند، تأکید می‌شود. ثانیاً، هر فرد از افراد جامعه، بدون تبعیض از هیچ جهتی، شهروند آزاد بوده و همه حقوق برابر دارند و ثالثاً، دولت ابزاری است که شهروندان آزاد به جهت برآورده ساختن اهداف مشترکشان بر اساس قانون به وجود می‌آورند. این نوع مشروعیت در واقع، همان است که دموکراسیهای غربی بر پایه آن بنا شده است (یاسینی، ۱۳۹۰: ۶). اتکای مشروعیت قانونی-عقلایی بر منابع عینی و قابل مشاهده همواره تهدیدی برای نابود کردن جنبه غیرعقلانی بشری است (نش، ۱۳۸۹: ۳۰). و بر تصدیق می‌کند که این مفهوم در معرض دگرگونی دائمی توسعه تاریخی است و بنابراین، دائماً در معرض ارزیابی‌های هنجاری حاکمان قرار دارد. بنابراین، او موظف است برای دورزدن دام نظری باورها و ادراکات جزئی، مشروعیت را به عنوان پتانسیل موضوعات عقلانی بشناسد (نیکولا کاکیس، ۲۰۲۴: ۴).

خالص ترین نوع اعمال سیادت قانونی آن است که یک سازمان اداری، سیاست دیوان سالارانه را به کار می‌گیرد. فقط بالاترین منصب سیادت خود را از طریق تصاحب، انتخاب یا انتصاب اشغال می‌کند، اما حتی سیادت وی شامل یک حیطه «صلاحیت» قانونی است. بنابراین، کل سازمان اداری زیردست وی، در خالص ترین نوع آن، شامل کارمندانی است که انتصاب و ادای وظیفه آنها براساس ضوابط ذیل است:

- آنها شخص آزادند و تنها از وظایف اداری اطاعت می‌کنند.
- آنها براساس سلسله مراتب اداری محکمی سازمان یافته‌اند.
- هر مقامی یک حیطه صلاحیت قانونی دارد که به صراحت تعریف شده‌اند.
- هر مقامی با یک معاهده آزاد پر شده است. بنابراین در اصل، یک گزینش آزاد وجود دارد (ویر، ۱۳۸۴: ۳۱۵).

از نظر وبر، طبقه‌بندی سه‌گانه می‌تواند گونه‌ای آرمانی تلقی شود که ابزاری تحلیلی فراهم می‌آورد و در صورت ممکن، می‌تواند تلفیقی از این سه نوع مشروعیت نیز وجود داشته باشد. با این حال، باید گفت نمی‌توان تفکیک شدیدی میان این سه گونه از مشروعیت قائل شد؛ چه اینکه ترکیبی از انواع مشروعیت نیز می‌تواند به‌کار گرفته شود. رهبری قانونی و بوروکراتیک می‌تواند از اقتدار شخص نیز بهره‌گیر و نوعی شبه‌کارisma تلقی شود (تنسی و جکسون، ۱۳۹۲: ۱۰۰).

درعین حال، وبر معتقد بود که یک نظام حقوقی مشروع است در صورتی که افراد مشمول این سیستم یک قضاوت ارزشی داشته باشند که قوانینی که توسط سیستم ابلاغ می‌شود، باید رعایت شوند. وبر موانع ذاتی را برای نسبت دادن قضاوت‌های ارزشی به دیگران تشخیص داد. با این وجود، وبر چنین فرض کرد که می‌توان با مشاهده واقعیت تجربی انطباق کلی با قانون، استنباط کرد که یک قضاوت ارزشی در مورد اعتبار نظام حقوقی صورت گرفته است. این اعتقاد وبر به این تمایز واقعیت-ارزش بود که پایه و اساس گزارش او از روشی است که مشروعیت را می‌توان مشروعیت نظام حقوقی را محور معنا و قدرت حاکمیت قانون می‌دانست. مشروعیت یا «اعتقاد به یک نظم مشروع» برای وبر مستلزم «حیثیت الزام‌آور تلقی شدن» است و نتیجه آن این است که کسانی که مشروعیت نظام حقوقی خود را می‌پذیرند، قواعد آن را معتبر می‌دانند. رفتار مشمولان قانون دو نیرو برای مفهوم مشروعیت مهم شناخته می‌شوند. قدرت ایجادکننده قانون دوم این است که این باور به قاعده یا اقتدار باعث ایجاد رفتار منطبق با قوانین یک نظام حقوقی می‌شود (آقاجری، ۱۳۸۱: ۲۷). با اثبات وجود پذیرش مشروعیت آن، انطباق ممکن است نشانه‌ای از پذیرش باشد. وبر اشاره کرد که حتی یک دزد را می‌توان از طریق رفتار مخفیانه خود به اعتبار قانون کیفری پی‌برد، که نشان‌دهنده اعتقاد او است که باید به گونه‌ای عمل کند که از کشف و مجازات جلوگیری کند (هرمن، ۱۹۸۳: ۱۰-۹).

۲. برخی شاخص‌های بهبود مشروعیت سیاسی در کمیسیون ونیز

کمیسیون ونیز یکی از کمیسیون‌های اتحادیه اروپا است که نقش آن، ترویج و تحکیم دموکراسی و اصول آن است. فعالیت این کمیسیون بیان‌کننده این اصل است که حقوق اساسی و اصول بنیادین آن فراتر از مرزها است و اتحادیه اروپا خود را ملزم به پاسداشت آن می‌کند و نقش بسزایی در شکل‌دهی به دموکراسی‌های جدید دارد و بنابراین، ملاک‌های آن در این زمینه، نوعی از حقوق بین‌الملل اساسی محسوب شده و برای فهم اصول مشروعیت‌زا برای دموکراسی‌ها در قرن حاضر در کنار ملاک‌های پیشین اهمیت زیادی دارد.

کمیسیون ونیز برخی از اصول تحکیم مشروعیت را در روابط میان قوا تعریف کرده است. این کمیسیون بارها از اصلاحات قانون اساسی با هدف کاهش اختیارات رئیس‌جمهور و افزایش



اختیارات پارلمان، استقبال و حمایت کرده است؛ چرا که اصول اساسی حاکمیت قانون، تفکیک قوا و استقلال قوه قضاییه چارچوبی را ایجاد می‌کند تا نظام‌های سیاسی و اشکال مختلف حکومت تا زمانی که دموکراتیک باقی می‌مانند، مشروعیت داشته باشند. درعین حال، غفلت از این قواعد اساسی می‌تواند منجر به تبدیل (یا بهتر بگوییم، انحطاط) کل سیستم به یک نظام استبدادی شود (کمیسون ونیز^۱، ۲۰۲۰: ۵).

از نظر این کمیسیون، در نظام ریاستی، قوای مجریه و مقننه هر دو اختیارات و مشروعیت خود را از طریق انتخاباتی که در فواصل زمانی معین برگزار می‌شود، از مردم می‌گیرند. این دو قدرت کاملاً از هم جدا هستند، به طوری که درگیری بین این دو ناگزیر به وجود می‌آید و بنابراین، حکومت مستلزم میانجیگری است (کمیسون ونیز، ۲۰۲۰: ۰۶). همچنین، اختیارات نامحدود قوه مجریه، قاعدتاً یا بالفعل، ویژگی اصلی نظام‌های مطلقه و دیکتاتوری است. مشروعیت مدرن در برابر چنین نظام‌هایی بنا شده است و بنابراین، برتری قوه مقننه را تضمین می‌کند (کمیسون ونیز، ۲۰۲۰: ۷).

کمیسون ونیز بر آن است که دموکراسی مدرن تنها می‌تواند با یا از طریق محدودیت‌هایی عمل کند که خود را مشروع و معقول تعیین کرده است. البته، محدودیت مأموریت و حق (دوباره) انتخاب شدن دارندگان مناصب سیاسی و نیز موضوع ناسازگاری سیاسی و اقتصادی و موضوع وضعیت غیرانتخاباتی از اصول کلیدی «محدودیت» است. دموکراسی، اما درعین حال ممکن است (کمیسون ونیز، ۲۰۲۰: ۸).

درعین حال، یکی از مواردی که به بهبود دموکراسی در کشورها کمک کرده و در نتیجه، مشروعیت آن‌ها را تحکیم می‌کند، توجه ویژه به مقوله انتخابات است. در این میان، کمیسیون ونیز پنج اصل را به مثابه زیربنای میراث انتخاباتی اروپا در نظر دارد که عبارتند از: رأی جهانی، برابر، آزاد، مخفی و مستقیم. علاوه بر این، انتخابات باید در فواصل زمانی معین برگزار شود (کمیسون ونیز، ۲۰۲۰: ۵).

در ذیل این اصول، باید به برخی از مؤلفه‌ها در زمینه انتخابات توجه نمود که «برابری فرصت‌ها» یکی از مهم‌ترین آن‌هاست؛ از نظر کمیسیون ونیز، باید برای احزاب و نامزدها به طور یکسان تضمین شود. این مستلزم یک نگرش بی‌طرف از سوی مقامات دولتی است. همچنین، مطابق با آزادی بیان، مقررات قانونی باید برای اطمینان از حداقل دسترسی به رسانه‌های سمعی و بصری خصوصی، با توجه به مبارزات انتخاباتی و تبلیغات، برای همه شرکت‌کنندگان در انتخابات ایجاد شود. درعین حال، از نظر این کمیسیون، احزاب سیاسی، نامزدها و بودجه مبارزات انتخاباتی

باید شفاف باشد. اصل برابری فرصت‌ها در موارد خاصی می‌تواند منجر به محدودیت هزینه‌های احزاب سیاسی، به ویژه در تبلیغات شود (کمیسیون ونیز، ۲۰۲۰: ۷).

همچنین، از نظر این کمیسیون، انتخابات دموکراتیک بدون رعایت حقوق بشر، به ویژه آزادی بیان و مطبوعات، آزادی گردش در داخل کشور، آزادی اجتماعات و آزادی تشکل برای اهداف سیاسی، از جمله ایجاد احزاب سیاسی امکان‌پذیر نیست. محدودیت این آزادی‌ها باید مبنای قانونی داشته باشد، در راستای منافع عمومی و مطابق با اصل تناسب باشد. در عین حال، یک نهاد بی‌طرف باید متولی اجرای قانون انتخابات باشد (کمیسیون ونیز، ۲۰۲۰: ۱۰). همچنین، دیدگاه کمیسیون ونیز درباره اصل مهم «حق رأی آزاد» که به تحکیم انتخابات کمک می‌کند، چنین نظر می‌دهد که حق رأی آزاد شامل دو جنبه متفاوت است: شکل‌گیری آزادانه نظر انتخاب‌کننده و بیان آزادانه این نظر، یعنی آزادی رویه رأی‌گیری و ارزیابی دقیق (کمیسیون ونیز، ۲۰۲۰: ۱۹).

بهره‌گیری از این مباحث می‌تواند به مشروعیت و تحکیم دموکراسی در قرن بیست‌ویکم کمک بسیاری کند؛ جایی که ممکن است لزوماً اصول و قواعد پیشین مشروعیت سیاسی و حتی دموکراسی نتواند مشروعیت نظام را تحکیم کند. بنابراین، شکل اساسی حکومت‌ها باید به سمتی برود که بتوان با در نظر داشتن محتوای اساسی دموکراتیک، مبتنی بر نظامی که تفکیک قوا در آن به صورت اساسی جا افتاده و عملاً اجرا شود و نیز انتخاباتی که بر اساس اصول زمانه و مبتنی بر نیازهای جامعه و حکومت، انجام گیرد.

۳. مشروعیت حکمران در فقه سیاسی شیعه

برای فهم رویکردها به مشروعیت حکمران در نظام حقوقی جمهوری اسلامی، باید به مبانی فقهی آن توجه ویژه‌ای داشت که می‌توان آن را نزدیک به مشروعیت سنتی و بر دانست. این مبانی، ولایت فقیه را در جمهوری اسلامی مشروعیت بخشیده که ستون اصلی نظام سیاسی و حقوقی آن است (منتظری، ۱۳۷۰: ۳۶۹). بر این اساس، باید گفت در اندیشه سیاسی شیعه، خداوند متعال منبع ذاتی و تنها منشأ مشروعیت است و هر گونه حق آمریت و سیادت برای حاکمان باید منتهی به شارع مقدس باشد. هر نوع حکومتی که به منبع مشروعیت حقیقی، یعنی خداوند متعال، منتهی نشود، نه حق آمریت دارد و نه برای دیگران الزامی به اطاعت از آن وجود دارد. همه مسلمانان بر این باور اتفاق نظر دارند که خداوند متعال بر همه هستی و از جمله بر انسان حاکمیت مطلق دارد و منشأ همه مشروعیت‌هاست و خداوند مرتبه‌ای از ولایت خود را به پیامبرانش واگذار کرده است. به همین جهت، پیامبر (ص) در طول حیات خود حق حاکمیت و ولایت الهی را دارا بوده و ایشان نیز پس از خود، بر اساس تعالیم شیعه با نص خاص و با تکیه بر دو ویژگی علم و عصمت امام، ولایت الهیه را به امامان معصوم (ع) واگذار نموده است.



قریب به اتفاق متفکران شیعی مشروعیت حکومت را در دوران حضور معصوم (ع) مشروعیت الهی می‌دانند و معتقدند ولایت الهی در تدبیر امور اجتماعی و مدیریت سیاسی جامعه به نصب و نص الهی به ایشان واگذار گردیده است. بنابراین، خواست و رضایت مردم در مشروعیت حکومت آن‌ها دخالتی ندارد و وظیفه و تکلیف مردم اطاعت از ایشان است. بیعت و پذیرش مردم فقط زمینه اعمال ولایت را فراهم می‌کند و نقش آنها در کارآمدی حکومت امام و مقبولیت آن تأثیرگذار می‌باشد (حاتمی، ۱۳۸۴: ۱۶۲).

ولایت در اصطلاح به معنای سلطه بر شخص یا مال و یا هر دو است؛ اعم از این که چنین سلطه‌ای عقلی باشد یا شرعی اصلی باشد یا عرضی (بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۱۲). همچنین، ولایت در معانی فرمانروایی کردن، متولی و عهده‌دار امور بودن، سرپرستی و کفایت معنی شده است (شهابی، ۱۳۷۰: ۲۱۰). برخی فقهای معاصر، ولایت فقیه را عبارت می‌دانند از اجرای قوانین اسلامی مبتنی بر عدالت و صلح جامعه، تحت نظارت فقیه جامع‌الشرایط (منتظری، ۱۹۸۸: ۱۲). فقیه برگرفته‌شده از فقه است به معنای فهم و علم و ادراک که در اینجا، مراد فهم احکام شریعت از طریق کوشش و سعی می‌باشد و کسی که دارای چنین علمی باشد را فقیه می‌نامند (الرازی، ۱۹۸۶: ۷۳۶). بنابراین، ولایت فقیه به معنای زمامداری و رهبری کسی که عالم به شریعت بوده و در فهم دین به اصطلاح فقیه است.

پیامبر (ص) ولایت فقیه را به صورت نظری پایه‌گذاری کردند. در این باره می‌توان به احادیث فراوانی استناد کرد؛ مثلاً، در روایتی، پیامبر (ص) فرمودند: «اللهم ارحم خلفائی قیل یا رسول الله و من خلفائک قال الذین یأتون من بعدی یروون حدیثی و ستنی...» (شیخ صدوق، ۱۳۸۵: ۴۲۰). پیامبر مکرم اسلام در این روایت، جانشینان خود را روایان احادیث نامگذاری کردند و جواز ارجاع به آنان را صادر فرمودند. گفتنی است در آن زمان، به فقها، راوی حدیث گفته می‌شد. امام صادق (ع) ولایت فقیه را به وسیله مقبوله عمر بن حنظله تقویت کردند. در این روایت آمده است: «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا». صاحب جواهر و برخی از فقها می‌فرمایند پس از نصب فقیه برای این منصب توسط امام صادق (ع)، دیگر احتیاجی به نصب فقیه از سوی سایر ائمه نیست (ترخان، ۱۳۹۱: ۱۵۸).

دلایلی که برای اثبات ولایت فقیه اقامه شده، به دو دسته ادله عقلی و ادله نقلی تقسیم می‌گردد.

ادله عقلی به طور خلاصه، از مقدمات ذیل تشکیل می‌شود:

۱. هر جامعه‌ای برای انتظام امور خویش نیازمند حکومت است.

۲. حاکم هر جامعه باید مصالح و منافع مردم را در نظر گرفته و مطابق آن عمل نماید.

۳. انسان معصوم به سبب حدّ اعلای شایستگی علمی، تقوایی و کارآمدی، توانایی استیفای

مصالح و منافع جامعه را به طور کامل دارا می‌باشد.

۴. در عصر غیبت که استیفای مصالح جامعه در حدّ مطلوب میسر نیست، به حکم عقل باید نزدیکترین مرتبه به حدّ مطلوب را تأمین نمود.

۵. نزدیکترین مرتبه به امام معصوم در سه امر علم به اسلام (فقاہت)، شایستگیهای اخلاقی (تقوا و عدالت) و کارآیی در مسائل سیاسی و اجتماعی (کفایت)، تنها بر فقیه جامع الشرایط قابل انطباق می باشد.

نتیجه: پس از امام معصوم، فقیه جامع الشرایط، رهبری و ولایت بر مردم را برعهده دارد. براساس دلایل عقلی فوق، ولایت فقیه معنایی ندارد جز رجوع به اسلام شناس عادلانی که از دیگران به امام معصوم نزدیکتر است (مصباح، ۱۳۷۷: ۶۶).
ادله نقلی که از برخی آیات و روایات تشکیل شده است:

۳-۱. آیات

با توجه به مسئله خاتمیت و اینکه قرآن کتاب هدایت تمامی عصرها و نسلهاست، روش عمومی قرآن در پرداختن به موضوعات گوناگون، ارائه رئوس کلی برنامه ها و سرفصلهاست. روش قرآن ارائه برنامه های کلی است تا مسلمانان با تأمل و تدبّر در آیات قرآن، بخش هایی از قرآن را مفسّر و توضیح بخش های دیگر قرار دهند و با مراجعه به اهل بیت عصمت و طهارت (ع) و تفسیری که ایشان از قرآن ارائه می دهند، نظر قرآن را در هر موضوعی به دست آورند تا در ابعاد گوناگون جامعه به حرکت و تلاش بپردازند و از حیرت و ضلالت برهند (شفیعی فر، ۱۳۸۴: ۱۳۲). قرآن کافران را از اینکه بتوانند زمامداری و رهبری جامعه اسلامی را بر دوش گیرند، ممنوع می سازد و می فرماید: «وَلَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»؛ «خداوند هرگز برای کافران، سلطه بر مؤمنان قرار نداده است». یا اطاعت و فرمان برداری از فاسقان و گناهکاران را ممنوع ساخته و به مسلمانان اجازه فرمان برداری از ایشان را نمی دهد (نساء، ۱۴۱) «وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ»؛ «از فرمان مسرفان پیروی نکنید، کسانی که در زمین فتنه و فساد می کنند و در اندیشه اصلاح نیستند». (شعراء، ۱۵۱) بنابراین، ولایت به فاسد و فاسق نمی رسد و والی و حاکم سیاسی مسلمانان باید از خصلت عدالت و اجتناب از گناه برخوردار باشد.

۳-۲. روایات

روایات زیادی برای اثبات ولایت فقیه، مورد استدلال قرار گرفته اند که در این قسمت، به بیان چند مورد اکتفا می شود. در روایت صحیح ابوالبختی از امام صادق (ع) نقل شده است که حضرت فرمودند: «العلماء ورثته الانبياء» (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۳۱)؛ «علماء وارثان انبیا و پیامبران الهی هستند». در روایت معتبری، سکونی از امام صادق (ع) و ایشان از پیامبر اکرم (ص) روایت می کنند: «الْفُقَهَاءُ أَمْنَاءُ الرُّسُلِ مَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي الدُّنْيَا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۶)؛ «فقیهان تا زمانی که دنیا زده نشده اند، امین



و مورد اعتماد پیامبران هستند.» شیخ کلینی، با سند خود از امام هفتم (ع) نقل کرده است که در قسمتی از سخنان خود درباره منزلت دانشمندان دینی فرمودند: «الْفُقَهَاءُ حُصُونُ الْإِسْلَامِ كَحِصْنِ سُورِ الْمَدِينَةِ لَهَا.» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۸)؛ «فقیهان دژهای مستحکم اسلام هستند همچون دژهای شهر که حفاظت از آن را برعهده دارند.»

۴. مشروعیت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

پس از واژگونی نظام سلطنتی در انقلاب اسلامی، بدیهی است که نخستین تغییر می‌بایست در نوع حکومت و نظام سیاسی کشور انجام می‌گرفت. این مهم در اصل اول قانون اساسی «حکومت ایران جمهوری اسلامی است...» آورده شد. این نوع حکومت از یک سو، با جلوه «جمهوریت» و از سوی دیگر، با جلوه «اسلامیت» در تاروپود قانون اساسی بازتاب یافت. انتخابی بودن رهبر، انتخابی بودن رئیس‌جمهور، انتخابی بودن اعضای مجلس شورای اسلامی، انتخابی بودن اعضای شوراهای به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌های اساسی برای افراد ملت از مهمترین جلوه‌های جمهوریت نظام و مبتنی بودن نظام بر پایه اصول دین و مذهب، اعلام رسمیت دین اسلام، لزوم مطابقت همه قوانین و مقررات نظام با موازین اسلامی و قرار گرفتن ولی فقیه در رأس حکومت از مهم‌ترین جلوه‌های اسلامیت نظام در قانون اساسی است (میرزاده کوهشایی و فارسی، ۱۳۸۹: ۱۳۰). همچنین، اصل ۵۷ قانون اساسی بیان می‌کند: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت... اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند». در کل، می‌توان گفت مطابق اصل ۵۶ قانون اساسی: «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به دو نوع حاکمیت قائل است: حاکمیت الهی و حاکمیت ملی.»

هر دو نوع را می‌توان نماد یک وجه از وجوه نوع حکومت دانست؛ یعنی حاکمیت الهی را نماد اسلامیت و نظام و حاکمیت ملی را نماد جمهوریت نظام تلقی کرد. از این رو، فارغ از بحث‌های سیاسی رایج، می‌توان گفت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشروعیت و حاکمیت دوگانه وجود دارد که به نحوه تعیین حاکمیت و اساس مشروعیت حکومت اشاره دارند. مشروعیت الهی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این موضوع اشاره دارد که حکومت و حاکمان به عنوان نمایندگان الهی در دنیا فعالیت می‌کنند. این اعتقاد بر پایه همان مبانی گفته شده در بالا، مبنی بر ولایت فقیه، به عنوان مقام رهبری دینی و سیاسی، به مشروعیت الهی حکومت اشاره می‌کند (مطهری، ۱۳۷۵: ۲۱۳-۲۱۲). همچنین، مشروعیت دموکراتیک در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این موضوع اشاره دارد که حاکمیت باید براساس انتخاب مردم بنا شود. در این نظام حکومتی، مردم با انتخاب نمایندگان خود، مشارکت فعال در تصمیم‌گیری‌ها و حکومت دارند و نمایندگان انتخاب شده توانمندی‌های لازم برای مدیریت کشور را دارا هستند. به عبارت دیگر، اعتقاد به مشروعیت الهی و ولایت فقیه در حکومت ایران، در کنار اعتراف به حق مردم در

مشارکت در حاکمیت و تعیین سرنوشت کشور از طریق انتخابات قرار دارد (خاتمی، ۱۳۸۰: ۱۱۴). این ترکیب دوگانه از مشروعیت‌ها، نظام جمهوری اسلامی ایران را از دیگر نظام‌های حاکمیتی متمایز می‌کند (باباپور گل‌افشانی، ۱۳۹۱: ۱۶۸). حاکمیت تکوینی و تشریعی الهی مبنای اصل ۵۶ قانون اساسی قرار گرفته است. طبق این اصل، «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خدا است و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند» (حسینی بهشتی، ۱۳۶۴: ۳۳۰). بنابراین، قانون اساسی ایران نگاهی آسمانی به حاکمیت دارد و آن را موهبتی الهی می‌داند که خداوند به انسان اهدا کرده است. همچنین، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصولی وجود دارد که مربوط به بُعد خارجی حاکمیت است؛ مثلاً، اصل ۹ بیان می‌کند: «در جمهوری اسلامی ایران، آزادی، استقلال، وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است».

۵. متروک ماندن برخی از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی هر کشور به عنوان عالی‌ترین قانون در هر کشور است و قوانین عادی باید به گونه‌ای وضع شوند که مغایرتی با قانون اساسی نداشته باشند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در سال ۱۳۵۸ تصویب و به همه‌پرسی گذاشته شد که در نتیجه آن، اکثریت ملت به آن رأی موافق دادند (مطهری، ۱۳۶۶: ۲۰۷). برخی حقوق‌دانان معتقدند که قانون اساسی ایران محتوای بسیار خوبی دارد، اما بعضی از اصول آن به لحاظ سپری شدن مدت و پیشرفت‌های ایجادشده، قابلیت اجرایی شدن ندارند. همچنین، برخی دیگر معتقدند تعدادی از اصول قانون اساسی با اینکه باید اجرا می‌شدند، از زمان تصویب قانون اساسی مغفول و بلااجرا مانده‌اند و عده‌ای دیگر معتقدند که اجرائشدن برخی از اصول قانون اساسی به این دلیل است که اجرای این اصول اموری آنی نبوده و برای به‌اجرا درآمدن نیاز به گذشت زمان دارند (خویی، ۱۳۹۵: ۲۲۹). مراد قانون اساسی در درجه اول، انتظام رابطه حکومت و مردم است و به این اعتبار، تنظیم قدرت از یک سو و تضمین آزادی مردم از سوی دیگر، است؛ یعنی اینکه قدرت حکومت محدود شود تا از زیاده‌روی‌های قدرت طلبانه جلوگیری کند و از سوی دیگر، حقوق مردم که در مقابل قدرت حکومت ضعیف است یا ضعیف می‌شود، تضمین شود.

بزرگ‌ترین اشکال قانون اساسی، عدم اجرای برخی اصول آن و همچنین، وجود مواردی است که قانون اساسی با قوانین عادی، محدود شده است (صالحی نجف‌آبادی، ۱۳۶۳: ۳۸). در قانون اساسی، حتی برای رهبری هم نوعی نظارت وجود دارد، ولی شورای نگهبان هیچ ناظری ندارد. این خود یکی از چالش‌های مهم نظام حقوقی جمهوری اسلامی است. در دموکراسی نو، نظام اداره



یک مملکت باید بر چند رکن اساسی شامل مساوات، مشارکت عمومی، حکومت اکثریت بدون تضییع حقوق اقلیت، برخورداری همگان از آزادی و بالاخره، حاکمیت عقل در حکومت مبتنی باشد (خاتمی، ۱۳۸۰: ۱۵۰). اعمال این دموکراسی به طور مستقیم از جانب همه مردم عملاً غیرممکن است، از این رو مردم حاکمیت خود را از طریق نظام نمایندگی، اعمال می‌کنند که تجلی آن در قوای مقننه با انتخاب نمایندگان مجلس و مجریه با انتخاب رئیس‌جمهور است.

۶. رویکردها به مشروعیت در جمهوری اسلامی

در رویکردی که می‌توان آن را «اصول‌گرایی دینی» خواند، با حجیت انتخابات و آرای اکثریت موافق نیستند؛ چون مشروعیت حکومت، مشروعیت دینی است، انسان‌ها در امور خود حق تصرف ندارند (مصباح یزدی، ۱۳۷۸: ۶۹). رأی اکثریت مردم در انتخابات هیچ مشروعیتی به حکومت فقیه نمی‌دهد؛ مردم تنها با رأی خود، به بینه رجوع می‌کنند؛ یعنی کارشناسان دینی (خبرگان) را برمی‌گزینند تا سخن آنان به عنوان حجت شرعی اعتبار داشته باشد (مصباح یزدی، ۱۳۷۰: ۲۵). انتخابات به معنای مراجعه به آرای اکثریت مردم از دیدگاه آنان هیچ‌گاه مشروعیت نمی‌آورد تا با از بین رفتن آن، مشروعیت نظام سیاسی از بین برود. انتخابات نوعی انجام وظیفه شرعی و اظهار قدرت در برابر دشمن است. حاکم جامعه براساس حق الهی به حکومت دست می‌یابد و رأی مردم فقط در زمینه به‌کارگیری و استیفای این حق تأثیرگذار است. مردم بر اساس وظیفه دینی موظفند حاکم دینی را در پیشبرد مقاصد و اهدافش یاری کنند. در این رویکرد، جمهوری اسلامی به معنای میثاق توده‌های مردم است (جوادی آملی، ۱۳۶۸: ۱۷۲). همچنین، «تأکید بر نظرخواهی از مردم البته بدین معنا نبود که امام امت واقعاً معتقد بود که نظام سیاسی کشور فقط در صورتی جمهوری اسلامی می‌تواند باشد که همه یا اکثریت مردم ایران بدان رأی مثبت دهند. جمهوری اسلامی، حکم خدای متعال است و بنابراین، باید به مرحله اجرا درآید؛ همه یا اکثریت مردم بخواهند یا نخواهند».

در این رویکرد، «مردم هیچ مشروعیتی به حکومت فقیه نمی‌دهند؛ رأی و رضایت آنان [تنها] باعث به‌وجود آمدن آن می‌شود.» (مصباح یزدی، ۱۳۸۱، جلد اول: ۳۲). در این رویکرد، «ولی فقیه مجری احکام اسلام است و اصلاً مبنای مشروعیت و دلیلی که ولایت او را ثابت کرد، عبارت از اجرای احکام شرع و تأمین مصالح جامعه اسلامی در پرتو اجرای این احکام بود. بدیهی است که مبنای تصمیم‌ها و انتخاب‌ها و عزل و نصب‌ها و کلیه کارهای فقیه، احکام اسلام و تأمین مصالح جامعه اسلامی و رضایت خدای متعال است» (مصباح یزدی، ۱۳۹۰: ۱۱۰-۱۱۱). این رویکرد، با تفکیک دو مسئله «مشروعیت» و «مقبولیت» در حکومت اسلامی، بر آن است که «از دیدگاه اعتقادی ما، «مقبولیت» با «مشروعیت» تلازمی ندارد؛ یعنی «مشروعیت» ولایت فقیه، که ادامه ولایت معصومان (ع) است، منوط به «مقبولیت» آن نیست و «مقبولیت» فقط به حکومت دینی

عنیت می‌بخشد؛ زیرا حاکم دینی حق استفاده از زور برای تحمیل حاکمیت خویش را ندارد» (مصباح یزدی، ۱۳۸۱، جلد اول: ۳۴).

۷. برخی اصول کمیسیون ونیز و تقویت مشروعیت دموکراتیک در جمهوری اسلامی

یکی از پایه‌های اساسی که به تحکیم مشروعیت حکومت کمک شایانی می‌کند، اصل تفکیک قواست که خود از ستون‌های بنیادین دموکراسی به شمار می‌رود (ایازی، ۱۳۸۵: ۵۷). با در نظر گرفتن تأکیدات کمیسیون ونیز و هم‌راستایی آن با اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشخص می‌شود که روابط میان قوای سه‌گانه، ارکان اصلی در استقرار و تثبیت دموکراسی هستند. در این میان، مجلس شورای اسلامی، به عنوان تجلی مستقیم رأی و اراده ملت، نقشی حیاتی در تحکیم مشروعیت دموکراتیک ایفا می‌کند و شایسته است تا به عنوان محور اصلی دموکراسی در ایران عمل نماید (آل‌غفور و رکابیان، ۱۳۹۳: ۱۲۳). این قوه مقننه، علاوه بر وظیفه بنیادین قانون‌گذاری، از طریق ابزارهای نظارتی مؤثری چون سؤال، استیضاح، بهره‌گیری از اصل نودم قانون اساسی و همچنین، انجام تحقیق و تفحص، قوه مجریه را که از قدرت اجرایی قابل توجهی برخوردار است و پتانسیل اعمال رویه‌های غیردموکراتیک را دارد، مهار می‌سازد.

کمیسیون ونیز با تأکید بر اصولی همچون برگزاری انتخابات آزاد و تضمین تفکیک قوا، نقش پررنگی در تقویت مشروعیت دموکراتیک ایفا می‌کند (کوثر و همکاران^۱، ۲۰۲۰: ۶۳۷). در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز، مجلس شورای اسلامی به عنوان نهادی که مستقیماً از رأی مردم نشأت می‌گیرد، می‌تواند با تقویت جایگاه خود در ساختار حکمرانی، مشروعیت نظام را مستحکم‌تر سازد. توجه به استانداردهای جهانی انتخابات، از جمله تضمین حق رأی برابر، فراهم آوردن زمینه رقابت آزاد و منصفانه و برقراری نظارت‌های مستقل، منجر به افزایش اعتماد عمومی و مشارکت فعال‌تر شهروندان در فرآیندهای سیاسی خواهد شد (آذری قمی، ۱۳۷۷: ۲۲۳). این رویکرد، با انطباق‌پذیری با اصول قانون اساسی، می‌تواند گام مهمی در جهت ایجاد تعادل میان مبنای مشروعیت الهی و مردمی نظام باشد. علاوه بر این، تقویت نهادهای مدنی و تضمین آزادی بیان نیز به عنوان عواملی کلیدی در ارتقاء مشروعیت دموکراتیک شناخته می‌شوند.

بحث و نتیجه‌گیری

دولت در هر نظام حقوقی و سیاسی به عنوان یک ساختار اساسی، مشروعیت خود را از پذیرش مردم به عنوان نهاد حاکمیتی کسب می‌کند. در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشروعیت دولت به دو مبنای اصلی حاکمیت الهی و حاکمیت انسان بر سرنوشت خود وابسته است. این مفاهیم در قالب دو رویکرد «اصول‌گرایی دینی» و «اصلاح‌طلبی دینی» بروز پیدا کرده است که در

1. Kausar et al



آن‌ها، توجه ویژه به یکی از مبانی مشروعیت در قانون اساسی معطوف می‌شود. در حالی که رویکرد اصلاح‌طلبی دینی تلاش می‌کند تا بین این دو مبنا سازشی برقرار کند، اصول‌گرایی دینی بیشتر بر اساس مبانی مذهبی و قانون اساسی به تحلیل مشروعیت می‌پردازد. اختلافات موجود بین این دو رویکرد باعث بروز مناقشات نظری و عملی در عرصه حقوق اساسی جمهوری اسلامی شده و موجب سرگردانی در تعیین مبنای مشروعیت نظام گردیده است. این دوگانگی در نتیجه، اعتماد به نظام سیاسی را کاهش داده و مشارکت سیاسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. به همین دلیل، افزایش مشروعیت دموکراتیک نیازمند توجه به اصول تفکیک قوا و برگزاری انتخابات آزاد است که می‌تواند به تثبیت ساختارهای دموکراتیک کمک کند. مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نماینده مستقیم اراده مردم، نقشی کلیدی در تثبیت مشروعیت دموکراتیک ایفا می‌کند و با اصلاح قوانین انتخابات می‌توان به تقویت این مشروعیت کمک کرد. در نظر گرفتن اصول انتخاباتی مورد تأکید کمیسیون و نیز، به‌ویژه در راستای تقویت نقش مردم در دموکراسی و از طرفی، تأکید بر تقویت مجلس، به عنوان رکن مهم دموکراسی، می‌تواند به بهبود وضعیت سیاسی کشور و ارتقاء مشروعیت نظام کمک نماید.

منابع

- آذری قمی، احمد. (۱۳۷۱). ولایت فقیه از دیدگاه قرآن کریم. دارالعلم.
- آفاجری، هاشم. (۱۳۸۱). حکومت دینی و حکومت دمکراتیک. مؤسسه نشر و تحقیقات ذکر.
- آل غفور، محمدتقی؛ رکابیان، رشید. (۱۳۹۳). نقد نظریه‌های دولت در مورد دولت در جمهوری اسلامی ایران. رهیافت/انقلاب/اسلامی، (۲۶)، ۱۱۱-۱۳۰.
- <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1197192>
- الرازی، زین الدین. (۱۹۸۶). مختارالصالح. مکتبه لبنان، ج ۱. بی‌جا.
- ایازی، علی محمد. (۱۳۸۵). موانع نظری اندیشه جمهوریت در فرهنگ دینی در مردم‌سالاری. عروج.
- باباپور گل‌افشانی، محمد مهدی. (۱۳۹۱). مبانی کلامی قانونی اساسی جمهوری اسلامی ایران. مطالعات انقلاب/اسلامی، ۹ (۳۱)، ۱۶۷-۱۷۸.
- <https://enghelab.maaref.ac.ir/article-1-1307-fa.html>
- بحر العلوم، محمد. (۱۳۶۲). بلغه الفقیه. مکتبه الصادق.
- تقوی، محمدناصر. (۱۳۸۱). تأثیر انواع مشروعیت در مشارکت سیاسی با نگاهی به مشروعیت حکومت دینی و نظریه‌های ولایت فقیه. حکومت/اسلامی، ۶ (۲۰)، ۱۹۹-۱۷۱.
- <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/119002>
- تنسی، استیون دی؛ جکسون، نایجل. (۱۳۹۲). مبانی سیاست. ترجمه‌ی محسنی دره‌بیدی جعفر. ققنوس.
- ترنر، برایان. (۱۳۸۷). ماکس وبر و اسلام. ترجمه‌ی سعید وصالی. نشر مرکز.
- ترخان، قاسم. (۱۳۹۱). مبانی و کارکردهای ولایت فقیه. کتاب نقد، ۶۱-۶۲، ۱۳۹-۱۶۹.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۸). پیرامون وحی و رهبری. اسراء.
- حاتمی، محمدرضا. (۱۳۸۴). مبانی مشروعیت حکومت در اندیشه سیاسی شیعه. مجد.
- حسینی بهشتی، محمد. (۱۳۶۴). مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی ج. ۱. ج ۱. مجلس شورای اسلامی.
- خاتمی، محمد. (۱۳۸۰). احزاب و شوراها. طرح نو.
- خویی، محمد مهدی. (۱۳۹۵). تحلیل طبقاتی با رویکرد نظریه گفتمان لاکلائو و موف: بررسی گفتمان‌های جمهوری اسلامی ایران در قبال طبقه متوسط مدرن شهری از ۱۳۶۸ تا ۱۳۹۲. مطالعات جامعه‌شناختی، ۲۳ (۱)، ۲۳۶-۲۱۵.
- https://journals.ut.ac.ir/article_58813_855ad73a7505c34b9e356515cce019a6.pdf
- ریشه، گئی. (۱۳۸۶). تغییرات اجتماعی. ترجمه‌ی منصور وثوقی. نشر نی.
- زارع، عباس. (۱۳۷۹). نقش بحران مشروعیت در پیدایش نهضت مشروطه و انقلاب اسلامی ایران. علوم سیاسی، ۱۲ (۷۹)، ۱۴۱-۱۶۹.
- https://psq.bou.ac.ir/article_8840.html
- شفیعی‌فرو، محمد. (۱۳۸۴). مردم‌سالاری در قانون اساسی جمهوری اسلامی؛ حدود قدرت دولت. انقلاب/اسلامی، (۲)، ۱۱۵-۱۵۶.
- <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/212265>
- صالحی نجف‌آبادی، نعمت‌الله. (۱۳۶۳). ولایت فقیه، حکومت صالحان. رسا.
- صدوق (ابن بابویه). (۱۳۸۵). من لا یحضره الفقیه. دارالکتب الاسلامیه.



- کرایب، یان. (۱۳۸۲). نظریه‌های اجتماعی کلاسیک؛ مقدمه‌ای بر اندیشه‌های مارکس، وبر، دورکیم، زیمل. ترجمه‌ی مسمی پرست شهناز. آگه.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. دارالکتب الإسلامیه.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۷۰). آذرخشی دیگران از آسمان کربلا. مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۷۷). حکومت و مشروعیت. کتاب نقد، ۷، ۴۵-۶۹.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۷۸). نظریه سیاسی اسلام. مؤسسه آموزشی و پژوهشی و امام خمینی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۸۱). پرسش‌ها و پاسخ‌ها. جلد اول. مؤسسه آموزشی و پژوهشی و امام خمینی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۹۰). نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه. مؤسسه آموزشی و پژوهشی و امام خمینی.
- مسعودنیا، حسین و دیگران. (۱۳۸۸). تأثیر آگاهی سیاسی دانشجویان بر تغییر نگرش آنها نسبت به مشروعیت نظام سیاسی براساس نظریه وبر: مورد مطالعه دانشگاه اصفهان. پژوهشنامه علوم سیاسی، ۴(۴)، ۱۹۸-۲۱۸.
- https://www.ipsajournal.ir/article_105.html
- مطهری، مرتضی. (۱۳۷۵). جهان‌بینی اسلامی. صدرا.
- موسوی، رضا. (۱۳۷۶). عقل و مشروعیت سیاسی از نظر ماکس وبر و هابرماس. کیهان فرهنگی، ۱۳۲-۱۳۱، ۱۰۰-۱۳۶.
- میرزاده کوهشایی، نادر؛ فارسی، حسن. (۱۳۸۹). تجسم جمهوریت و اسلامیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مطالعات سیاسی، ۳(۹)، ۱۵۱-۱۲۹.
- https://journals.iau.ir/article_666089.html
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۶). ده گفتار. صدرا.
- منتظری، حسینعلی. (۱۳۷۰). مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه‌ی صلواتی محمود. تفکر.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام. دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نش، کیت. (۱۳۸۹). جامعه‌شناسی سیاسی معاصر، جهانی‌شدن، سیاست و قدرت. ترجمه‌ی دلفروز محمدتقی. کویر.
- وبر، ماکس. (۱۳۸۴). اقتصاد و جامعه. ترجمه‌ی عباس منوچهری و دیگران. سمت.
- هیوود، اندرو. (۱۳۸۹). سه جمهوری. جامعه ایرانیان.
- هاشمی، محمد. (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های اساسی. میزان.

-Berger, P. L. & Luckmann, T. (1967). *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. New York: Anchor Books.

-Hermann, Donald H.J. (1983). Max Weber and the Concept of Legitimacy in Contemporary Jurisprudence. *DePaul Law Review*, Volume 33, Issue 1, 09-10.



-Kausar, Rizwana et al. (2020). Max Webber's Legitimacy and Iranian Political System after Islamic Revolution 1979. *Pakistan Social Sciences Review*, Vol. 4, No. 1, 627-640.

-Nikolakakis, N. (2024). Legitimacy, power, and authority: a Weberian perspective. *Revista Sociedade e Estado*, Vol. 39 n. 1, 01-10.

-Modak-Truran, M. C. (2015). *Legitimation, The Encyclopedia of Political Thought*. First Edition. Edited by Michael T. Gibbons.

Treaty

-VENICE COMMISSION (2002). CODE OF GOOD PRACTICE IN ELECTORAL MATTERS GUIDELINES AND EXPLANATORY REPORT, CDL-AD (2002) 23 rev, Strasbourg, 23 May.

-VENICE COMMISSION (2020). COMPILATION OF VENICE COMMISSION OPINIONS AND REPORTS CONCERNING SEPARATION OF POWERS, CDL-PI(2020)012, Strasbourg, 8 October.

Unfair Terms in the Common European Sales Law and a Comparative Study with the Legal System of Iran

Mohsen Abbasi¹, Mohammad Reza Pirhadi²✉

Abstract

Field and Aims: One of the principal channels through which consumer rights may be undermined is the incorporation of unfair terms into contractual agreements. One approach to addressing such terms is for legislators to compile a list of unfair terms. The proposal on Common European Sales Law (CESL), in addition to providing a definition of unfair terms, enumerates examples of these terms in two separate black and grey lists. The aim of this article is to examine the existing definition of unfair terms and to propose a definition within the Iranian legal system, followed by an analysis of the provided lists to assess the validity and feasibility of adopting unfair terms in Iranian law.

Method: This article is written in a descriptive-analytical manner.

Findings and Conclusions: The main element in identifying and defining an unfair term is the creation of a clear imbalance between the rights and obligations of the parties to the detriment of the consumer. The analysis of unfair terms revealed that, within the framework of the Iranian legal system, some of the examined terms are void, while the majority are valid. Based on the underlying foundations, principles, and rules governing Iran's legal system, the Iranian legislator may also take steps to identify and designate these terms as unfair terms.

Keywords: Unfair Terms, Common European Sales Law, Black and Gray List of Unfair Terms, Consumer Rights.

*Citation (APA): Abbasi, M.; Pirhadi, M. (2024). Unfair Terms in the Common European Sales Law and a Comparative Study with the Legal System of Iran. *International Legal Research*, 17(66), 67-92.

1. PhD Candidate in Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: mohsenabbasi55@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Author). Email: mr.pirhadi1342@iau.ac.ir

شرط ناعادلانه در طرح قانون بیع مشترک اروپا و مطالعه تطبیقی آن با نظام حقوقی ایران

محسن عباسی^۱، محمد رضا پیرهادی^۲✉

چکیده

زمینه و هدف: یکی از مجاری اصلی تزییع حقوق مصرف کنندگان، درج شروط ناعادلانه در قراردادهاست. یکی از روش‌های برخورد با چنین شروطی، اقدام قانونگذاران در تدوین فهرست شروط ناعادلانه است. طرح قانون بیع مشترک اروپا ضمن ارائه تعریفی از شروط ناعادلانه، مصادیق اینگونه شروط را در قالب دو فهرست سیاه و خاکستری بیان نموده است. هدف این مقاله، بررسی تعریف ارائه شده از شروط ناعادلانه و ارائه تعریف پیشنهادی در نظام حقوقی ایران و متعاقباً، تحلیل فهرست‌های ارائه شده به منظور بررسی اعتبار و امکان اقتباس شروط ناعادلانه در حقوق ایران است.

روش: این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی نگارش یافته است.

یافته‌ها و نتایج: عنصر اصلی در شناسایی و تعریف شرط ناعادلانه، ایجاد عدم تعادل آشکار بین حقوق و تعهدات طرفین به زبان مصرف کننده است. در تحلیل شروط ناعادلانه مشخص گردید برخی از شروط مورد بررسی در چارچوب نظام حقوقی ایران، باطل هستند؛ ولی اکثر آنها شروط صحیحی هستند که به استناد مبانی، اصول و قواعد حاکم بر نظام حقوقی ایران، قانونگذار ایران نیز می‌تواند نسبت به شناسایی آن‌ها به عنوان شروط ناعادلانه اقدام نماید.

کلیدواژه‌ها: شروط ناعادلانه، طرح قانون بیع مشترک اروپا، فهرست سیاه و خاکستری شروط ناعادلانه، حقوق مصرف کننده.

* استناددهی (APA): عباسی، محسن و پیرهادی، محمدرضا. (۱۴۰۳). شروط ناعادلانه در طرح قانون بیع مشترک اروپا و مطالعه تطبیقی آن با نظام حقوقی ایران. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۷(۶۶)، ۹۲-۶۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

رایانامه: mohsenabbasi55@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: mr.pirhadi1342@iau.ac.ir



مقدمه

شروط قراردادی بخش مهمی از هر قرارداد است و غالباً، در همین بخش است که جزئیات تعهدات، تکالیف و نحوه اجرای قرارداد مشخص می‌شود. اگر این شروط با توافق آزادانه طرفین به دست آید، به حکم آزادی قراردادی و احترام به اراده طرفین، شروط لازم‌الاتباع بوده و باید بر اجرای آنها تاکید داشت.

از آنجا که قدرت معاملاتی و چانه‌زنی افراد متفاوت است، طرف قوی‌تر می‌تواند ابتکار عمل بیشتری داشته و قدرت خود را به طرف ضعیف‌تر که غالباً، مصرف‌کننده است، تحمیل نماید و باعث شود تعادل بین حقوق و تعهدات طرفین از بین برود. در نظام حمایت از حقوق مصرف‌کننده، این شروط را به عنوان شروط ناعادلانه می‌شناسیم.

در ظاهر باید به استناد اصول بنیادینی مانند احترام به آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده، چنین شروطی را لازم‌الاتباع دانست؛ ولی در عمل، پذیرش این شروط تخطی از اصول فوق را به دنبال داشته و نه تنها موجب حمایت از طرف ضعیف‌تر نشده، بلکه عدم تعادل را تشدید خواهد کرد و در عمل، طرف قوی‌تر را بصورت ناعادلانه و غیرمنصفانه حمایت خواهد کرد.

نظام‌های حمایت از حقوق مصرف‌کننده بر ورود و مداخله قانونگذاران بر حمایت از مصرف‌کننده تاکید دارند تا از این طریق طرف ضعیف‌تر در پناه قانون قرار گیرد. به همین دلیل، یکی از موضوعات مهم حقوق مصرف‌کننده، شروط ناعادلانه است. برخی نظام‌های حقوقی شروط ناعادلانه را تعریف نموده‌اند؛ در برخی نظام‌ها نیز شاهد تعیین مصادیق شروط ناعادلانه در قالب فهرست‌هایی هستیم.

نظام حمایت از حقوق مصرف‌کننده در ایران با ابهام و خلأ جدی در این خصوص روبروست؛ بطوریکه قانونگذار ایران علیرغم استفاده از عبارت شروط «ناعادلانه»، آن را تعریف نموده است؛ از طرف دیگر، مصادیقی از اینگونه شروط را نیز بیان نکرده است.

در این مقاله ابتدا، با توجه به تعریف شرط ناعادلانه در طرح قانون بیع مشترک اروپا^۱ (از این پس ط.ق.ب.م.ا.)، عناصر آن را مورد بررسی قرار داده و تعریفی پیشنهادی از شرط ناعادلانه برای نظام حقوقی ایران ارائه شده؛ سپس، مصادیق شروط ناعادلانه با محوریت ط.ق.ب.م.ا. مورد نقد، بررسی و مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی ایران قرار خواهد گرفت و تلاش خواهد شد موضع نظام حقوقی ایران در امکان پذیرش آن شروط به عنوان شروط ناعادلانه تبیین و مصادیقی که قابلیت شناسایی به عنوان شروط ناعادلانه در نظام حقوقی ایران را دارد، معرفی گردد.

^۱ - Commom European Sales Law (CESL)

۱. عناصر شروط ناعادلانه قراردادی و تعریف آن

بند یک ماده ۸۳ ط.ق.ب.م.۱ عناصر شروط ناعادلانه را بیان نموده است که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف. ارائه شروط از سوی معامله‌گر و به زیان مصرف‌کننده

مطابق این عنصر، شروطی که از سوی مصرف‌کننده پیشنهاد می‌شود، از حوزه شروط ناعادلانه خروج موضوعی دارند. در تعاریف حقوقدانان (ابهری و فلاح‌خاریکی، ۱۳۹۹: ۱۳ و ۹؛ ضیغم‌زاده و بیاتی، ۱۳۹۶: ۸۰؛ امینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۷۶؛ ساردویی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۴۴)، این عنصر تصریح شده است. به استناد بند ۵ ماده ۷ ط.ق.ب.م.۱، در قراردادهای مصرف‌کننده شروط تهیه‌شده توسط شخص ثالث، به مثابه شروط تهیه‌شده توسط معامله‌گر است.

ب. عدم مذاکره اختصاصی شرط

اصل، عدم مذاکره مستقل و اختصاصی شروط است (ابهری و فلاح‌خاریکی، ۱۳۹۹: ۲۶). مطابق بند ۲ ماده ۷ ط.ق.ب.م.۱، امکان انتخاب از مجموعه‌ای از شروط به معنای مذاکره نیست. همچنین، توضیح و تشریح شروط به مصرف‌کننده به معنای مورد مذاکره قرار گرفتن شرط نیست (Loos, 2012:13). امکان مذاکره بر روی شروط، اماره‌ای بر وجود تراضی طرفین (ساردویی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰: ۴۸) است.

پ. بروز عدم تعادل آشکار در حقوق و تعهدات طرفین

عدم تعادل در قراردادهای مصرف‌کننده دلایل گوناگونی دارد، از جمله عدم اطلاع از خطرات انعقاد قرارداد، عدم وجود زمان کافی برای مطالعه قرارداد، عدم وجود حق انتخاب (Mańko, 2013:2). در اغلب تعاریف حقوقدانان (ابهری و فلاح‌خاریکی، ۱۳۹۹: ۹) و همچنین، قانون مصرف‌فرانسه (سیملر و قاسمی‌حامد، ۱۳۷۷: ۲۴۷) این عنصر به چشم می‌خورد. برخی از عباراتی مانند انشاء شرط بصورت افراطی به نفع یک طرف (ضیغم‌زاده و بیاتی، ۱۳۹۶: ۸۰)، «نابرابری معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین به زیان مصرف‌کننده» (عطاردی و ساعی، ۱۳۹۶: ۵۵۵ و کریمی، ۱۳۸۱: ۷۵) و تعهدی گزاف (ابهری و فلاح‌خاریکی، ۱۳۹۹: ۱۴) استفاده نموده‌اند. عدم تعادل آشکار معمولاً در مواردی نمایان می‌شود که حقی به یک طرف اعطا شده، ولی حق مشابه به طرف دیگر اعطاء نشده است (Tumade, 2023: 40). قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مالزی ۱۹۹۹ به این عنصر توجه نموده است (Moy, 2025: 2). عدم تعادل باید با توجه به کل قرارداد باشد، زیرا شرط ناعادلانه می‌تواند به وسیله یک شرط دیگر تعدیل گردد (stace and et al, 2020: 7). در عمل، تعادل کلی یک قرارداد و تشخیص تعدیل یک شرط با شرط دیگر منوط به سنخیت آن شروط است.



ت. برخلاف حسن نیت و معامله منصفانه بودن^۱

حسن نیت مفهومی سیال است (Nehf, 2020:12) و رعایت آن مستلزم ارائه شروطی است که انتظار می‌رود بصورت متعارف مورد پذیرش مصرف کننده قرار گیرد (Tumade, 2023:32-33). از نظر دادگاه‌های آمریکا، حسن نیت، رعایت صداقت و استانداردهای متعارف در معامله منصفانه است (Nehf, 2020:11). یک طرفه بودن و عدم توجه لازم به منافع مصرف کننده (Hesselink & Loos, 2012:11)، درج شرط غیرضروری (stace and et al, 2020: 7) و عمل برخلاف انتظارات معقول طرف قرارداد (Nehf, 2020:6) را می‌توان از دیگر معیارهای عدم رعایت حسن نیت دانست. با عنایت به اینکه مفهوم حسن نیت و معامله منصفانه به صراحت در حقوق ایران مورد شناسائی قرار نگرفته است، در شناسائی این مفاهیم باید به عرف رجوع نمود.

ث. سایر شرایط ناعادلانه بودن شروط

در تعیین ناعادلانه بودن شرط، باید به اوضاع و احوال انعقاد قرارداد، سایر شروط و سایر قراردادهای مرتبط نیز توجه شود (عطاردی و ساعی، ۱۳۹۶: ۵۵۹). بند دو ماده ۸۳ ط.ق.ب.م.ا، سایر شرایط ناعادلانه بودن شروط را چنین احصاء نموده است: عدم رعایت تعهد به شفافیت^۲، موضوع قرارداد، شرایط حاکم بر انعقاد قرارداد، سایر شروط قرارداد، شروط قرارداد دیگر مرتبط؛

ج. استثنای شروط ناعادلانه

در ماده ۸۰ ط.ق.ب.م.ا، علاوه بر شروطی که منعکس کننده قوانین ط.ق.ب.م.ا است و در صورت سکوت شروط، به اجرا درخواهند آمد، موضوع اصلی قرارداد و تناسب ثمن به عنوان استثنای ناعادلانه بودن بیان شده‌اند. از جمله دلایل این استثناء، دشواری یافتن معیار عادلانگی و اثر نامناسب آن بر بازار (Marthinussen, 2015:104)، پذیرش موضوع اصلی قرارداد و تناسب ثمن توسط طرفین (Hesselink & Loos, 2012:9-10)، امکان نقض آزادی قراردادی (Loos, 2012:11) و رعایت حقوق رقابت است (Elizalde, 2020:1). در لایحه ۲۰۲۲ حقوق مصرف کننده ایرلند (White, 2023:278) و دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اتحادیه اروپا نیز همین رویکرد اتخاذ شده، ولی برخی کشورهای اروپائی آن را مورد پذیرش قرار نداده‌اند (Hesselink, 2014:226-227).

چ. تعریف شروط ناعادلانه

^۱ - good faith and fair dealing

^۲ - بیان شرط با زبانی ساده، قابل درک؛ ارائه به صورت واضح و در دسترس قرارداد شرط (stace and et al, 2020:9)

با عنایت به عناصر شروط ناعادلانه، تعریف ذیل جهت درج در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ایران پیشنهاد می شود: «شروطی که بدون مذاکره اختصاصی از سوی عرضه کنندگان کالا و خدمات به مصرف کننده ارائه می شوند، چنانچه به زیان مصرف کننده موجب عدم تعادل آشکار بین حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شود، ناعادلانه تلقی می شوند». البته، درج مفاهیم «حسن نیت و معامله منصفانه» با روح حقوق در ایران منافات ندارد و توصیه به درج این مفاهیم در تعریف فوق است.

ح. اثر شروط ناعادلانه قراردادی

مطابق بند یک ماده ۷۹ ط.ق.ب.م.ا، شروط ناعادلانه نسبت به مصرف کننده الزام آور نمی باشد؛^۱ لذا، تحمیل کننده شروط ناعادلانه با خطر اعمال قرارداد بدون شروط مواجه خواهد شد (Marthinussen, 2015:103). در دستورالعمل 93/13/EEC اتحادیه اروپا، (Seraphin, 2023:1) و قانون انگلستان نیز ضمانت اجرای مشابهی پیش بینی شده است (ساردویی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۴۲). ناعادلانه دانستن شروط قراردادی تحدید آزادی قراردادی محسوب نمی شود، زیرا این ضمانت اجرا صرفاً حذف نیروی الزام آور شروط است (Hesselink, 2014:228). در اصول قراردادهای اروپایی ضمانت اجرای حق فسخ پیش بینی شده است (ماده ۱۱۰-۴ به نقل از ساردویی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۴۸). در برخی کشورها، شرط ناعادلانه مسئولیت کیفری (اندونزی، ماکائو، مالزی و میانمار) داشته و در برخی دیگر، جریمه و تعلیق فعالیت بازرگانی مقرر شده است (اندونزی و ویتنام). (Nehf, 2020, A: 9). حذف قدرت الزام آور شرط ناعادلانه همیشه به نفع مصرف کننده نیست (Ibid)، زیرا ممکن است قرارداد امکان تداوم نداشته یا موجب تشدید عدم تعادل گردد.

در حقوق ایران، ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران ضمانت اجرای عدم نفوذ را برگزیده است. این ماده تصریح نموده است: «...اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست.»

۲. شروط ناعادلانه و مقابله با آنها

لزوم برخورد با شروط ناعادلانه از آنجا ناشی می شود که حقوق قراردادهای و اقدامات فردی مصرف کنندگان به تنهایی قادر به تأمین حقوق مصرف کنندگان نیست (Ben-Shahar, 2009:8-9). در این راستا، یکی از رویکردها دخالت قانونگذار و تلاش برای متعادل نمودن تعهدات طرفین است (Wilhelmsson, 2008: 52). قانونگذاری در این زمینه باید منسجم و هماهنگ باشد. تجربه کشور کامرون حاکیست بدلیل پراکندگی قانونگذاری در حوزه های

¹ - not binding on the other party



مختلف، حمایت از مصرف‌کننده موفقیت مورد انتظار را نداشته است (Tambe, 2021:14). برخی نیز معتقدند باید در کنار روش‌های موجود، اعمال نظارت‌های عمومی به عنوان روشی پیشگیرانه نیز بکار گرفته شود (Adar & Becher, 2021:2406).

یکی از اقدامات قانونگذاران، تنظیم انواع فهرست‌های شروط ناعادلانه است. عموماً، این فهرست‌ها در قالب دو فهرست سیاه و خاکستری است. فهرست سیاه حاوی شروط همیشه ممنوعه است، درحالی‌که فهرست خاکستری دربرگیرنده شروط مشکوکی است که معمولاً ناعادلانه هستند (Naudé, 2007:128)؛ ولی اثبات عادلانه بودن آنها ممکن است. معامله‌گری که شروط فهرست خاکستری را بکار می‌گیرد، باید قادر باشد استفاده از شروط را توجیه نماید (stace and et al, 2020: 12).

تقویت کنترل شروط ناعادلانه و پیش‌بینی‌پذیر نمودن اثر شروط، از جمله آثار این فهرست‌هاست (Naudé, 2007: 131-134). از طرفی، شروط فهرست خاکستری به دادگاه‌ها اعلام می‌کند که این شروط مشکوک به برهم‌زدن تعادل حقوق و تعهدات قراردادی هستند (Loos, 2012: 20-21).

کشورها رویکرد مختلفی در استفاده از فهرست‌های فوق دارند، بطوریکه نظام حقوقی اتریش از فهرست سیاه (Tumade, 2023: 22) و کشور ماکائو از فهرست‌های سیاه و خاکستری (Nehf, 2020: 9) بهره برده است. لازم به ذکر است فهرست‌های مزبور تمثیلی هستند نه حصری (Tumade, 2023: 22).

ط.ق.ب.م.ا نیز شروط ناعادلانه^۱ را در فهرست‌های سیاه و خاکستری احصاء نموده که ذیلاً به بیان آنها پرداخته و در هر مورد، اعتبار یا امکان اقتباس آن در حقوق ایران را بررسی خواهیم کرد.

۳. شروط همواره ناعادلانه (فهرست سیاه)

ماده ۸۴ ط.ق.ب.م.ا مصادیق شروط همواره ناعادلانه را بیان نموده که به شرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. شروط مسقط یا تحدیدکننده مسوولیت فروشنده

الف. اسقاط یا تحدید مسوولیت معامله‌گر نسبت به مرگ یا آسیب جسمانی وارده به مصرف‌کننده از طریق فعل یا ترک فعل معامله‌گر یا شخصی که از جانب معامله‌گر فعالیت می‌نماید (بند a). نظام‌های حقوقی ضمن پذیرش شرط عدم یا تحدید مسوولیت، به استناد نظم عمومی، حمایت از مصرف‌کننده، سوءاستفاده از حق و قاعده لاضرر استثنائاتی بر آن وارد نموده‌اند (عابدی،

^۱ ناعادلانه بودن دو جنبه دارد: اقتصادی (دارای نتایج اقتصادی زیانبار) و حقوقی (اعطای حقوقی صرفاً به یک طرف قرارداد) (Marthinussen, 2015:105). اکثر شروط مورد بررسی دارای جنبه حقوقی است.

۱۳۹۴: (۲). برخی حقوقدانان با استناد به مواد ۱۰ و ۲۲۱ ق.م. و ماده ۵۱۵ ق.ا.د.م. شرط عدم مسئولیت را صحیح می‌دانند (عیسانی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۵-۱۱۶)، مگر در مواردی که خسارت ناشی از تقصیر عمدی و سنگین و خسارات راجع به شخص باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۲۳-۳۲۴)؛ لذا، شرط مذکور هم‌سو با دکترین و نظام حقوقی ایران بوده و شرطی فاقد اثر است. با این حال، شناسایی شرط به عنوان شرط ناعادلانه، حمایت صریحی از مصرف‌کننده را در پی خواهد داشت.

ب. اسقاط یا تحدید مسئولیت معامله‌گر نسبت به هر گونه تلف^۱ یا خسارت^۲ به مصرف‌کننده که عمدی باشد یا در نتیجه قصور شدید^۳ رخ دهد (بند b)

شرط کاهش مسئولیت که مخالف نظم عمومی و قانون نباشد، مباح و نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۸۱). ایجاد تلف یا خسارت بصورت عمدی یا در نتیجه قصور شدید مخالف نظم عمومی است و با قبول عدم مسئولیت، شخص از جبران خسارت معاف خواهد شد (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۸). از طرفی، اصولاً عدم مسئولیت شامل تقصیر عمدی نیست (همان: ۹)؛ بنابراین، به استناد رعایت نظم عمومی، شرط فوق نیز در نظام حقوقی ایران فاقد اثر بوده و در عین حال، تصریح به ناعادلانه‌بودن آن حمایت آشکاری از مصرف‌کننده است.

پ. تحدید تعهدات معامله‌گر در خصوص ملزم‌بودن به تعهدات پذیرفته‌شده توسط عاملان ذیصلاح^۴ وی یا مشروط‌نمودن تعهدات به رعایت شرائط خاصی که تحقق آنها به طور انحصاری به معامله‌گر وابسته است (بند c)

تعهدات عاملان ذیصلاح معامله‌گر، به مثابه تعهدات معامله‌گر بوده و تحدید مسئولیت آنان مطابق قاعده نیست. در خصوص بخش دوم شرط، با مشروط‌نمودن اجرای تعهدات به شرائطی که تحقق آن‌ها منحصراً در اختیار معامله‌گر است، اختیار انجام تعهد به طور مطلق با معامله‌گر خواهد بود که علی‌القاعده باطل و آشکارا مخالف حقوق مصرف‌کننده است. از آنجا که تعهد مندرج در شرط فوق مخالف اصول حقوقی مربوط به نمایندگی و برخلاف حسن‌نیت است، از منظر حقوق ایران نیز می‌توان شرط فوق را شرطی ناعادلانه شناسایی نمود.

¹ -loss

² -damage

³ -gross negligence

⁴ -authorized agents



۲-۳. شروط مسقط یا تحدید کننده حقوق مصرف کننده

الف. اسقاط یا ممانعت از حق مصرف کننده برای اقامه دعوی حقوقی^۱ یا اعمال هر گونه ضمانت اجرای حقوقی دیگر^۲، بویژه بوسیله الزام مصرف کننده برای حل اختلافات، منحصرأ از طریق سیستم داور (بند d)

اسقاط یا ممانعت از حق دادخواهی برخلاف اصل ۳۴ قانون اساسی ایران است. اسقاط حق دادخواهی قبل از وقوع اختلاف بدلیل اینکه اسقاط مالم یجب می باشد، غیر قابل قبول است^۳ (اکبری دهنو و شهبازی نیا، الف، ۱۳۹۳: ۳۸۹-۳۹۰)؛ لذا، شرط فوق در حقوق ایران، باطل و فاقد اثر است. در مواجهه با شروط فاقد اثر یا باطل، نوبت به بررسی ناعادلانه بودن آنها نمی رسد. شروط ناعادلانه، شروط صحیحی هستند که نسبت به مصرف کننده ناعادلانه می باشند.

ب. اعطای صلاحیت انحصاری به دادگاه محل اقامتگاه معامله گر، برای حل تمامی اختلافات ناشی از قرارداد؛ مگر اینکه دادگاه مذکور، دادگاه محل اقامت مصرف کننده نیز باشد (بند e)

عدم رعایت قواعد صلاحیت مراجع قضائی از سوی دادگاه، تخلف انتظامی است^۴. رویه غالب دادگاه های تجدید ایران عدم پذیرش توافق بر صلاحیت محلی است (اکبری دهنو و شهبازی نیا، الف، ۱۳۹۳: ۳۹۷-۳۹۵). برخی نویسندگان معتقدند با استناد به ماده ۱۰۱۰ ق.م. (جواز اقامتگاه انتخابی یا قراردادی)، نظام حقوقی ایران ظرفیت پذیرش توافق بر صلاحیت محلی را دارد (منصوری، ۱۳۸۷: ۷). شرط فوق با مقررات کنونی من جمله آیین دادرسی مدنی ایران و تجویز تعیین اقامتگاه قراردادی باطل نیست؛ لیکن، حمایت از مصرف کننده مستلزم اصلاح در مقررات آیین دادرسی ایران در این خصوص خواهد بود.

پ. اعطای حق انحصاری به معامله گر برای تعیین اینکه کالا، محتوای دیجیتالی یا خدمات ارائه شده در انطباق با قرارداد است یا اعطای حق انحصاری به معامله گر برای تفسیر هر گونه شرط قراردادی (بند f)

با تعیین معامله گر به عنوان مرجع انحصاری تشخیص انطباق کالا با قرارداد، طرف اختلاف خود نقش قاضی را ایفا خواهد نمود. از طرفی، اعطای صلاحیت انحصاری به معامله گر برای تفسیر شروط قراردادی، در واقع کناره دادن تفسیر مصرف کننده بوده و این شرط یقیناً به زیان

^۱ - legal action

^۲ - any other legal remedy

^۳ - اسقاط مطلق حق شکایت از احکام قابل قبول است (اکبری دهنو و شهبازی نیا، ب، ۱۳۹۳: ۲۶).

^۴ - بند ۵ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰.

مصرف کننده و مغایر با روح قواعد مربوط به تفسیر بوده و سلب اختیار تفسیر از مرجع رسیدگی در حقوق ایران نیز به نظر فاقد اعتبار خواهد بود.

با عنایت به ضرورت وجود اصل بی طرفی مقام تمیزدهنده حق و همچنین، مقام تفسیر، شناسائی شرط فوق به عنوان شرط ناعادلانه منافاتی با روح قانون در ایران ندارد؛ لذا، به عنوان شرط ناعادلانه در نظام حقوقی ایران نیز قابل پذیرش است.

ت. ملزم نمودن مصرف کننده به قرارداد، درحالیکه معامله گر بدان ملزم نیست^۱ (بندg)

شرط فوق، شرطی یک طرفه است (Ben-Shahar, 2009: 9)؛ بطوریکه مصرف کننده ملزم به قرارداد و تعهداتی قراردادی و طرف مقابل فاقد التزام به انجام تعهدات قراردادی است. چنین مفهومی اساساً به معنی تعهد طبیعی و غیرالزام آور برای متعهد آن و تعهد یک جانبه برای مصرف کننده است. در عقود معوض، علت تعهد هر یک از طرفین، تعهد طرف مقابل (هاشمی و همکاران، ۱۳۹۸: ۵۰) و قصد طرفین، بدست آوردن تعهد طرف دیگری است (شکری، ۱۳۹۵: ۱۶۸)؛ لذا، رابطه علت بین دو تعهد وجود دارد (امامی، ۱۳۸۵: ۲۲۶). بنابراین، شناسائی شرط فوق به عنوان شرط ناعادلانه در بستر نظام حقوقی ایران نیز ممکن است.

ث. الزام مصرف کننده به استفاده از شیوه‌ای رسمی تر برای فسخ قرارداد، نسبت به شیوه مورد استفاده برای انعقاد قرارداد (بندh)

برخی شروط بدلیل دشواری در اجرا یا هزینه بر بودن موجب تضییع حقوق مصرف کننده می شود (Ben-Shahar, 2009: 6). با این حال، ناعادلانه دانستن شرط فوق محل تأمل است و صحیح تر آن بود که این شرط در فهرست خاکستری قرار گیرد. قانونگذار ایران می تواند در راستای حمایت از مصرف کننده این شرط را در قراردادهای مصرف کننده و با توجه به سایر اوضاع و احوال ناعادلانه بداند.

ج. الزام مصرف کننده به پرداخت در مقابل کالا، محتوای دیجیتال یا خدمات مربوطه که واقعاً تحویل، فراهم یا ارائه نشده است (بندz)

پرداخت ثمن در برابر میع است؛ لذا، الزام مصرف کننده به پرداخت ثمن در موارد مصرح در شرط، مخالف قانون بوده و بدرستی باید این شرط را ناعادلانه دانست. شرط فوق به استناد اصول حقوقی مانند ممنوعیت دارشدن بلاجهت و عدم رعایت اصل موازنه در عقود معاوضی قابلیت شناسائی به عنوان شرطی ناعادلانه در نظام حقوقی ایران را دارد.

¹ - the consumer is bound by the contract when the trader is not



۳-۲. سایر شروط ناعادلانه فهرست سیاه

الف. تخصیص مهلت کوتاهتر به مصرف‌کننده برای ابلاغ فسخ قرارداد در مقایسه با مهلت اختصاص یافته به معامله‌گر (بند i)

اگر بواسطه شرط فوق، مصرف‌کننده در ارزیابی و بازرسی کالا یا خدمات و تصمیم‌گیری برای اعمال حق فسخ، تحت مضیقه شدید قرار گیرد، بطوریکه مانع از اعمال اراده صحیح وی شود، شرط ناعادلانه خواهد بود؛ لذا، شرط فوق را می‌توان در فهرست شروط خاکستری جای داد تا حسب مورد ناعادلانه تلقی گردد.

ب. تعیین اینکه شروط قراردادی که بطور اختصاصی مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند، بر شروطی که منفرداً مورد مذاکره قرار گرفته‌اند، غالب بوده یا بر آنها اولویت^۱ دارند (بند k)

شروطی که مورد مذاکره واقع شده‌اند، آینه اراده و خواست طرفین قرارداد هستند و حاکم ساختن آنها بر شروط مذاکره نشده، به نحو مطلوب‌تری حقوق مصرف‌کننده را تأمین می‌کند؛ با این حال، توافق برخلاف آن نیز منافاتی با قانون و حقوق طرفین ندارد. لذا، شرط یادشده از منظر حقوق داخلی ایران ناعادلانه نمی‌باشد.

شروطی که تاکنون مورد بررسی قرار گرفت، شروط همواره ناعادلانه (فهرست سیاه) بود. در ادامه، شروط ناعادلانه مفروض (فهرست خاکستری) را بررسی خواهیم نمود.

۴. شروط ناعادلانه مفروض (فهرست خاکستری)

ماده ۸۵ ط.ق.ب.م.ا شروطی که هدف یا اثر آنها به شرح ذیل باشد را به عنوان شروط ناعادلانه فرض نموده که اثبات عادلانه بودن آنها امکان‌پذیر است. این شروط را در سه دسته‌بندی به شرح زیر مطالعه خواهیم نمود.

۴-۱. تحدید حقوق مصرف‌کننده یا تحمیل الزاماتی به وی

الف. محدود نمودن دسترسی مصرف‌کننده به اسناد و مدارک یا تحمیل بار اثبات بر مصرف‌کننده، در حالیکه بار اثبات باید قانوناً برعهده معامله‌گر باشد (بند a)

برخی قوانین ایران اسنادی که باید به مصرف‌کننده تسلیم شود را تصریح نموده‌اند، مانند بند یک ماده ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران و ماده ۳۳ و ۳۴ قانون تجارت الکترونیکی ایران. لذا، شناسائی شرط فوق به عنوان شرطی ناعادلانه در نظام حقوقی ایران در راستای قوانین یادشده بوده و قابل دفاع است.

¹ -prevail or have preference

در خصوص بخش دوم شرط، بار اثبات دعاوی را قانون آمره مشخص می کند و در مسئولیت قراردادی اصولاً بار اثبات برعهده متعهد است (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲۴۱)؛ لذا، نمی توان با توافق بار اثبات دعوی را بر فرد دیگری تحمیل نمود. این بخش از شرط در مغایرت با اصول حقوقی ایران بوده و باید آن را باطل قلمداد نمود.

ب. اسقاط یا تحدید نامناسب^۱ جبران خسارت^۲ مصرف کننده در برابر معامله گر یا شخص ثالث، در خصوص عدم اجرای تعهدات قراردادی معامله گر (بند b)

در نظام حقوقی ایران به استناد ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، قرارداد طرفین راجع به خسارت مورد توجه دادگاه خواهد بود و اسقاط حق جبران خسارت صرفاً در مواردی مانند تبری از عیوب و نه خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات مورد پذیرش قرار گرفته است. مضافاً، در تبری از عیب معمولاً ثمن پرداختی کمتر از قیمت بازار است، لذا تبری از عیب و فروش به قیمت بازار نوعی تدلیس در معامله خواهد بود. در فقه، با توجه به قواعدی مانند لاضرر، پذیرش عدم مسئولیت محل تأمل است (عیسانی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۰۹). قید «نامناسب» در شرط حاکی از عدم تعادل حقوق و تعهدات طرفین است؛ در نظام حقوقی ایران نیز مانعی برای ناعادلانه دانستن آن وجود ندارد.

پ. اسقاط یا تحدید نامناسب حق تهاتر^۳ مطالبات مصرف کننده از معامله گر با دیون مصرف کننده به معامله گر (بند c)

شرط یادشده در مخالفت جدی با نظام حقوقی ایران است، زیرا قانون مدنی ایران تهاتر را امری قهری می داند (ترابی، ۱۳۹۶: ۱۶۵). حتی برخی، ماهیت مستقلی برای تهاتر قراردادی و قضایی قائل نبوده و آنها را زمینه ساز وقوع تهاتر قهری می دانند (یزدانی و بدری، ۱۳۹۳: ۵۶ و ۶۰-۶۱). لذا، شرط فوق در نظام حقوقی ایران از جمله شروط باطل محسوب می شود و درج آن در قرارداد اثری ندارد.

ت. الزام مصرف کننده ای که تعهدات خویش ذیل قرارداد را انجام نداده، به پرداخت مبلغ گزاف نامتناسب از طریق پرداخت خسارات یا پرداخت در برابر عدم اجرا (بند e)

شرط فوق به مثابه وجه التزام گزاف است. برخی ماهیت وجه التزام را خسارت مقطوع می دانند (اسکینی، ۱۳۶۷: ۶۸)؛ لذا، عدم توجه به تناسب خسارت و تعیین وجه التزام گزاف را باید

¹ -inappropriately

² -remedy

³ - set-off



سوءاستفاده از قانون، آزادی قراردادی، حاکمیت اراده و همچنین، داراشدن بلاجهت دانست. در نتیجه، قبول بطلان چنین شرطی در نظام حقوقی ایران و همچنین، فقه به استناد دلایلی مانند فقدان رضا و قاعده غبن (جواهراصل و اکبرینه، ۱۳۹۷: ۴۴-۴۵) می‌تواند با اقبال روبرو گردد. در نتیجه، در نظام حقوقی ایران، می‌توان شرط فوق را در زمره شروط ناعادلانه شناسایی کرد.

ث. تحمیل مسئولیت بسیار گزاف بر مصرف‌کننده در خصوص فسخ قرارداد با مدت نامعین (بند ۷)

این شرط نیز به مانند شرط قبلی متضمن تحمیل مسئولیت بسیار گزاف بر مصرف‌کننده است. چنین شروطی مصداق سوءاستفاده از حق بوده و فقدان رضا در چنین شروطی قابل مشاهده است. در حقوق ایران، حق فسخ بدون ذکر مدت در بیع با مبنایی کاملاً موجه شرطی باطل و مبطل است و ملاک این حکم، امکان قاعده‌سازی در عقود معاوضی را دارد؛ لذا، می‌توان از شناسایی شرط فوق به عنوان شرطی ناعادلانه در نظام حقوقی ایران دفاع نمود.

ج. الزام مصرف‌کننده به اجرای تمام تعهدات ذیل قرارداد، درحالی‌که معامله‌گر قادر به انجام تعهدات خویش نیست (بند ۱).

اصولاً، در هر قرارداد عوضین به هم وابسته هستند و در نتیجه، نقض تعهد از سوی طرفین، حسب مورد، منجر به امکان حبس در اجرا یا فسخ قرارداد می‌شود (سربازیان و رستم‌زاد اصلی، ۱۳۹۹: ۱۵۴). شرط مذکور به معنای جمع آمدن عوض و معوض نزد یک طرف بوده و مخالف نظم عمومی اقتصادی و چنین شرطی باطل است و نمی‌تواند منشاء اثر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۸). چنین شرطی بی‌شبهت به شرط خلاف ضمان درک نیست که در اعتبار آن تردید جدی وجود دارد و قول به بطلان آن مرجح است. بنابراین، در نظام حقوقی ایران شرط فوق را باید شرطی باطل شناسایی نمود.

چ. اسقاط یا تحدید نامناسب روشهای جبران خسارت^۱ در برابر معامله‌گر که در اختیار مصرف‌کننده می‌باشد یا اسقاط یا تحدید نامناسب اقدامات دفاعی^۲ در دسترس مصرف‌کننده در مقابل ادعاهای معامله‌گر (بند q)

قید «نامناسب» در خصوص روشهای جبران خسارت، حاکی از عدم تعادل و رعایت حقوق مصرف‌کننده است؛ لذا، قانونگذار ایران نیز می‌تواند در رعایت اصل موازنه در عقود معاوضی شرط فوق را ناعادلانه بداند.

^۱ -remedies
^۲ -defences

در خصوص تحدید یا اسقاط اقدامات دفاعی، مواردی در ق.آ.د.م. ایران تصریح شده مانند اسقاط حق تجدیدنظر و فرجام خواهی. برخی امکان اسقاط حق اعاده دادرسی (اکبری دهنو و شهبازی نیا، ب، ۱۳۹۳: ۲۵) و با قیاس اولویت، اسقاط حق واخواهی را نیز پذیرفته اند؛ مع الوصف، برخی مخالف این عقیده اند (همان: ۳۰). تحدید دیگر قابل تصور، توافق برای ارجاع امر به داوری و سلب حق اعتراض به رأی داوری است. بر اساس نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۲۹۷۲ مورخ ۱۳۸۰/۵/۳۰، سلب حق اعتراض به رأی داور شامل ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م. نمی شود و کماکان امکان اعتراض وجود دارد (همان: ۱۸).

مصادیق مصرح قانونی تحدید مناسب اقدامات دفاعی است، لذا قانونگذار ایران نیز می تواند سایر توافقات در تحدید اقدامات دفاعی را به عنوان تحدید نامناسب تلقی و آنها را ناعادلانه بداند.

ح. ملزم نمودن مصرف کننده به پیش پرداخت های گزاف یا ضمانت نامه های گزاف در خصوص اجرای تعهدات (بند s)

قانون گذار ایران تمایل خود را در برخی قوانین خاص نظیر قانون پیش فروش ساختمان به تحدید میزان پیش پرداخت و حتی تضمین بازپرداخت آن با سود متعلقه را بیان نموده است. با توجه به ملاک این مقررات، قانونگذار ایران برای حمایت حداکثری از مصرف کننده می تواند چنین شرطی را در قراردادهای مصرف کننده به استناد عدم رعایت حسن نیت یا رفتار غیرمنصفانه به عنوان شرطی ناعادلانه شناسائی نماید. ضمانت نامه گزاف به مثابه وجه التزام گزاف است.

خ. ممنوعیت غیرموجه مصرف کننده نسبت به تأمین مواد یا تعمیرات از طریق اشخاص ثالث (بند t)

ممانعت فوق ضمن نقض آزادی قراردادی، باعث عدم بهره مندی مصرف کننده از کالای خریداری شده نیز می گردد. از آنجا که اصل آزادی قراردادی از قانون نشأت می گیرد، صرفاً قانونگذار می تواند آن را محدود نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۸)؛ لذا، قانونگذار ایران نیز می تواند به استناد اصل آزادی قراردادی، اعمال محدودیت های غیرقابل توجیه بر مصرف کننده را به عنوان شرط ناعادلانه شناسایی کند.

د. مشروط نمودن اجرای تعهدات قراردادی معامله گر یا مشروط نمودن دیگر مزایای قراردادی^۱ مصرف کننده به تشریفات خاصی که قانوناً لازم نبوده و نامعقول می باشند (بند r)

¹ -beneficial effects



اصل آزادی قراردادی اقتضاء دارد افراد بتوانند آزادانه روابط قراردادی خویش را تنظیم کنند (گیلانی گیچه و علیپور قوشچی، ۱۳۹۵: ۶۸) و توافق بر تشریفات که منافاتی با قوانین آمره، اخلاق و نظم عمومی ندارند، لازم‌الاتباع است. با این وجود، تشریفات نامعقول اگر تعادل حقوق و تعهدات را به هم بزنند، قابلیت شناسایی به عنوان شرط ناعادلانه را دارد. به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران در شناسایی شرط فوق به عنوان شرط ناعادلانه با مانعی مواجه نیست.

د. تعیین اولیه^۱ مدت قرارداد یا مدت تمدید در قراردادهایی با تهیه مستمر کالا، محتوای دیجیتال یا خدمات مربوطه برای مدتی بیش از یک سال؛ مگر اینکه مصرف‌کننده در هر زمان، امکان فسخ قرارداد، طی مهلت حداکثر ۳۰ روزه را دارا باشد (بند w)

مقررات مربوط به حقوق مصرف‌کننده، در مقام حمایت از مصرف‌کننده و ممانعت از تحمیل محدودیت بر اراده مصرف‌کننده و ایجاد زمینه رقابت سالم برای تأمین‌کنندگان و بهره‌مندی مصرف‌کننده و جامعه از آن است. بر این اساس، اعلام بطلان چنین شرطی با اهداف حمایت سازگار و هیچ گونه زیانی برای تأمین‌کننده ندارد و منتهی به طیب خاطر بیشتر و مصداق تجارت عن تراض است. به نظر، حمایت قانونگذار ایران از چنین شرطی نیز مشمول چنین عموماًتی است.

۴-۲. اعطای اختیارات نامتعارف به معامله‌گر

الف. اجازه به معامله‌گر برای عدم استرداد پول پرداخت‌شده توسط مصرف‌کننده در صورتی که مصرف‌کننده تصمیم به عدم انعقاد قرارداد یا عدم اجرای تعهدات ذیل قرارداد بگیرد، بدون در نظر گرفتن حق متقابل برای مصرف‌کننده برای دریافت خسارت به مبلغ مشابه از معامله‌گر (بند d)

شرط فوق را نیز می‌توان در چارچوب وجه التزام مورد تحلیل قرار داد. اگر نتیجه شرط، جریمه مصرف‌کننده و نه جبران خسارت واقعی باشد، مصداق اکل مال به باطل بوده و جریمه اشخاص علی‌القاعده در اختیار و با تجویز قانونگذار است؛ مضافاً، وقتی حق مشابهی برای مصرف‌کننده در نظر گرفته نمی‌شود، در تائید ناعادلانه دانستن شرط فوق می‌توان به فلسفه عدالت معاوضی توسل جست. لذا، قانونگذار ایران نیز می‌تواند شرط را به عنوان شرطی ناعادلانه شناسایی نماید.

ب. اعطای حق به معامله‌گر برای انصراف از قرارداد یا فسخ آن بدون اعطای چنین حقی به مصرف‌کننده یا اعطای حق به معامله‌گر برای عدم استرداد وجه پرداختی از سوی مصرف‌کننده در مقابل خدمات مربوطه، در حالی که خدمات انجام نشده است و معامله‌گر از قرارداد انصراف دهد یا آن را فسخ نماید (بند f)

¹ - initial

عرف امروز در مورد مصرف کننده شروطی را به نفع مصرف کننده و زوال حق فسخ فروشنده به طور ضمنی پذیرفته است، مانند خیار مجلس برای خریداری که به فروشگاه شهروند مراجعه، مایحتاج خود را در سبد قرار داده، به صندوق مراجعه یا حتی اقدام به پرداخت نموده است. بر این اساس، در جوامع امروزی که حمایت از مصرف کننده امری ضروری است و از طرفی، در شرط فوق تعادل قراردادی که هدف غائی حقوق مصرف کننده است، وجود ندارد؛ لذا، قانونگذار ایران نیز می تواند این شرط را به استناد اصولی مانند عدالت معاوضی لاقول در خصوص مصرف کننده، ناعادلانه بداند. بخش دوم شرط، علاوه بر مخالفت با قاعده منع داراشدن بلاجهت، مصداق اکل مال به باطل است؛ از این روی، نظام حقوقی ایران توان شناسائی آن به عنوان شرط ناعادلانه را دارد.

پ. اعطای اختیار به معامله گر برای فسخ قرارداد با مدت نامعین^۱، بدون اخطاریه معقول^۲؛ مگر آنکه دلایل جدی برای چنین اقدامی وجود داشته باشد (بند g)

در قراردادهای با مدت نامعین، زمان اجرای تعهدات یکی از طرفین یا هر دو طرف قرارداد به سکوت برگزار می شود (امینی و زمانی، ۱۳۹۰: ۴۵). مطابق نظام حقوقی ایران، فسخ از جمله اعمال حقوقی یکجانبه بوده و اعمال آن اصولاً، نیازمند تشریفاتى مانند مراجعه به دادگاه (خیری جبر و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۰۴-۱۰۳) یا ارسال اخطاریه فسخ نمی باشد؛ لذا، حسب ظاهر چنین شرطی از نگاه نظام حقوقی ایران، شرطی ناعادلانه محسوب نمی شود. با وجود این اعطای اختیار فسخ و اعمال ناگهانی آن در قبال مصرف کننده و اینکه مصرف کننده برای جایگزینی طرف قرارداد نیاز به زمان و زمینه سازی دارد و امروزه غالباً، موجب ضرر به مصرف کننده است و علی القاعده شارع قائل به تأیید حکم ضرری نیست. لذا، بر این اساس، می توان گفت که قانونگذار ایران می تواند به منظور حمایت از مصرف کننده چنین شرطی را در خصوص وی ناعادلانه بداند.

ت. اعطای اختیار به معامله گر برای تغییر یکجانبه و بدون دلیل موجه^۳ مشخصات کالا، محتوای دیجیتال یا خدمات مربوطه که باید ارائه شوند یا سایر خصوصیات اجرای تعهدات (بند j)

مبیع از ارکان اساسی عقد است و عدم قطعیت در آن باعث غرر خواهد شد. با استناد به این شرط، معامله گر می تواند توافق قبلی بر یک کالا را بر کالایی دیگر گسترش دهد و در واقع، با اراده یک طرف، مبیع قابل تعیین است؛ از این روی، ادعای بطلان چنین شرطی در نظام حقوقی ایران قابل دفاع است. به فرض صحت چنین شرطی، ناعادلانه شناختن آن در نظام حقوقی ایران به استناد عدالت معاوضی قابل پذیرش است.

¹ - contract of indeterminate duration

² -reasonable notice

³ -without a valid reason



ث. اعطای اختیار به معامله‌گر برای تغییر شروط قراردادی بصورت یکجانبه بدون ارائه دلیل موجهی که در قرارداد مشخص شده است (بند i)

هرگونه تغییر در قرارداد به مانند انعقاد آن نیازمند تراضی است. مشهور فقها حتی بازنگاری در قرارداد که حاصل دو اراده است را نیز معتبر نمی‌دانند و دلیل آن نیز پایان یافتن عقد بیان شده (علوی قزوینی و وکیلی مقدم، ۱۳۸۹: ۱۵۶)؛ در اصلاح قرارداد طرفین با اقاله بخشهایی از قرارداد قبلی و انعقاد قراردادی فرعی نسبت به اصلاح و تغییر قرارداد اقدام می‌نمایند (ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۵: ج سوم: ۷۱). نظام حقوقی ایران نیز می‌تواند به استناد اصل آزادی قراردادی، شرط مذکور را به عنوان شرطی ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده شناسائی نماید.

ج. واردنمودن غیرقابل توجیه شخصی دیگر، عامل فرعی معامله‌گر یا شخص ثالث؛ به قرارداد علاوه بر معامله‌گر به طوری که این امر مورد انتظار مصرف‌کننده نباشد (بند u)

تحمل فرد ثالث به قرارداد نقض دو اصل مهم نسبی بودن قراردادها و آزادی قراردادی است. علاوه بر این، یکی از موارد مورد توجه طرفین قرارداد، اوصاف شخصی طرف معامله است. با ورود شخص دیگر به قرارداد، رضایت اولیه مورد خدشه قرار می‌گیرد (شیروانی‌زاده آرانی و میرزائزادجویباری، ۱۴۰۱: ۲۳۶)؛ با توجه به اینکه شرط مزبور همسو با اصول فوق است، پذیرش شرط به عنوان شرط ناعادلانه در حقوق ایران نیز ممکن است.

چ. اعطای اختیار به معامله‌گر برای انتقال حقوق و تعهدات خویش ذیل قرارداد بدون رضایت مصرف‌کننده، مگر انتقال به عامل فرعی معامله‌گر یا در نتیجه ادغام یا فعل مشابه برای انتقال قانونی شرکت که اثر منفی بر حقوق مصرف‌کننده نداشته باشد (بند m).

در انتقال قرارداد، یک طرف به طور کامل جانشین طرف دیگر می‌شود (مقدم، ۱۳۸۶: ۲۳۱). انتقال قرارداد که توأم با انتقال تعهدات باشد، بدون توافق با متعهدله ممکن نبوده و باطل است. قانونگذار ایران به صورت مصداقی در مواد ۵۴۱ و ۵۴۵ و ۵۵۴ قانون مدنی در عقود مزارعه و مساقات و مضاربه نیز به این امر اشاره نموده است؛ به تعبیری، انتقال منوط به اجازه طرف قرارداد است. فقدان اجازه به معنای ورود فردی است که طرف قرارداد در انتخاب وی نقش نداشته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۳: ۳۰۹) و این امر بر خلاف آزادی در انتخاب طرف قرارداد است (غمامی، ۱۳۷۷: ۱۵). دکترین و نظام حقوقی ایران این ظرفیت را دارد که شرط فوق را شرطی ناعادلانه بداند.

ح. اعطای اختیار به معامله گر به ارائه کالای مشابه در مواردی که کالای مورد سفارش موجود نیست (بند n)

در نظام حقوقی ایران، به استناد نهاد تبدیل تعهد و با توافق طرفین، پذیرش ارائه کالای مشابه بر اساس توافق طرفین با مانعی مواجه نیست. ارائه کالای مشابه به معنای تغییر مشخصات کالا و در نتیجه، تغییر مبیع است. چنانچه قبلاً نیز بیان شد، مبیع از ارکان عقد است و تغییر آن به توافق دو طرف نیاز دارد؛ لذا، نظام حقوقی ایران نیز در شناسائی شرط فوق به عنوان شرط ناعادلانه با مانعی مواجه نیست.

خ. اعطای مدتی که بصورت غیرمعقولی طولانی است یا مدت مشخص نامناسبی^۱ به معامله گر به منظور قبول یا رد ایجاب (بند o)

این شرط می تواند فرصت معامله ایجاب کننده با دیگران را سلب یا امکان تغییر و اصلاح ایجاب را از بین ببرد و باعث بروز خسارت به مصرف کننده گردد. شرط فوق ظاهراً با نظام حقوقی ایران مخالفتی ندارد، لیکن هیچ نظام حقوقی نمی تواند شروط غیرمعقول را معتبر بداند. از طرفی، مدت مشخص نامناسب نیز حکایت از تحمیل اراده یک طرف و خروج قرارداد از حکم تجارت عن تراض دارد. علی ای حال، قانونگذار ایران نیز می تواند با تخصیص اصل کلی راجع به ایجاب و قبول، در قراردادهای مصرف کننده شرط فوق را به عنوان شرطی ناعادلانه شناسائی نماید.

د. اعطای مدت غیرمعقول طولانی یا مدت مشخص نامناسبی به معامله گر به منظور اجرای تعهدات قراردادی (بند p)

تعیین زمان طولانی، غیرمعقول و نامناسب جهت اجرای تعهدات یکی از طرفین، خصوصاً نسبت به مصرف کننده را باید عاملی برای برهم خوردن تعادل حقوق و تعهدات طرفین قرارداد دانست. از آنجا که در شرط مزبور رد پای سوءاستفاده از اصل آزادی قراردادی مشاهده می شود، نظام حقوقی ایران نیز می تواند بدین استناد، شرط فوق را به عنوان شرطی ناعادلانه شناسائی نماید.

ذ. درج شرط مبنی بر اینکه ثمن در زمان تسلیم کالا یا ارائه خدمات، مشخص خواهد شد یا اعطای اختیار به معامله گر برای افزایش گزاف ثمن بدون اعطای حق انصراف^۲ از قرارداد به مصرف کننده (بند k)

بر اساس نظام حقوقی ایران، عدم تعیین ثمن و موکول نمودن تعیین آن به آینده خصوصاً، اگر به اختیار فروشنده و بدون تعیین معیاری باشد، موجب غرر شده و منجر به بطلان عقد می گردد. در خصوص اعطای اختیار انحصاری به معامله گر برای افزودن گزاف ثمن بدون اعطای حق انصراف

¹ - inadequately specified time

² - withdraw



به مصرف کننده نیز باید اذعان داشت شرط یادشده به روشنی موجب عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین است و از سوی دیگر، باعث غرری شدن عقد می‌گردد. لذا، این بخش از شرط نیز از منظر نظام حقوقی ایران، به منزله شرطی باطل است.

ط. تمدید خودکار قرارداد مدت معین که شروط قراردادی مهلت فوری غیرمتعارفی برای ارسال اخطاریه مقرر نموده است؛ مگر آنکه مصرف کننده خلاف آن را قبول نماید (بند h)

در قراردادهای شامل تمدید خودکار، اگر مصرف کننده فرصت کافی و معقول برای ابراز اراده خویش مبنی بر عدم تمدید نداشته باشد، عقد تمدیدشده مطابق اراده وی نبوده و چنین قراردادی باطل است. حداقل تأثیر شرط فوق در تنگناگذاردن مصرف کننده برای اتخاذ تصمیم درباره تمدید قرارداد است؛ لذا، ناعادلانه دانستن شرط فوق عقلانی است. مهلت غیرمتعارف فوری مانعی در اعلام اراده است، لذا قانونگذار ایران نیز می‌تواند این شرط را به عنوان شرطی ناعادلانه شناسائی نماید.

بحث و نتیجه‌گیری

در قراردادهای مصرف کننده، به دلیل موقعیت ضعیف تر مصرف کننده، احتمال سوءاستفاده طرف قویتر بیشتر از سایر قراردادهاست. این سوءاستفاده غالباً از طریق تحمیل شروط ناعادلانه و در ظاهر، توافق طرفین و آزادی قراردادی رخ می‌دهد. عنصر اصلی ناعادلانه بودن شرط، ایجاد عدم تعادل آشکار بین حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف کننده است و همین عنصر باید در تعریف شرط نیز لحاظ گردد.

تدوین فهرست شروط ناعادلانه گامی مؤثر از سوی قانونگذاران برای حمایت از حقوق مصرف کننده است. چنین فهرست‌هایی شامل فهرست سیاه (شروط همواره ناعادلانه) و خاکستری (شروط ناعادلانه مفروض) است. فهرست سیاه متضمن شروطی است که بدون استثناء و همیشه ناعادلانه هستند. شروط فهرست خاکستری همیشه ناعادلانه نیستند و حسب شرایط و موقعیت می‌توانند ناعادلانه باشند. فرض قانونگذار ناعادلانه بودن آنهاست، ولی برخلاف شروط فهرست سیاه، اثبات عادلانه بودن آنها ممکن است. فهرست‌های مزبور تمثیلی هستند و حتی بسته به موضوع قرارداد می‌توان فهرست‌هایی تدوین نمود، مانند فهرست شروط ناعادلانه در قراردادهای بیمه.

طرح قانون بیع مشترک اروپا حاوی هر دو نوع فهرست شروط ناعادلانه است. در تحلیل انجام شده، برخی از شروط مورد بررسی به اقتضای نظام حقوقی ایران باطل است؛ لذا، به فرض مبطل نبودن، درج آنها در قراردادهایی که قانون ایران بر آن حاکم است، اثری نداشته و در این گروه از شروط، نیازی به دخالت قانونگذار ایران و شناسائی آنها به عنوان شرط ناعادلانه وجود

ندارد. دسته دیگر شروط که شامل اکثریت شروط مورد بررسی است، همسو با مبانی نظام حقوقی ایران بوده و قانونگذار ایران می تواند به استناد اصول و قواعدی مانند اصل موازنه در عقود معاوضی، حسن نیت، نظم عمومی، آزادی قراردادی، قاعده غرر، ممنوعیت اکل مال به باطل و...، آن ها را به عنوان شرط ناعادلانه شناسائی نماید.

لذا، پیشنهاد می شود قانونگذار ایران با اصلاح قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ایران، نسبت به تعریف شروط ناعادلانه اقدام نموده و فهرستی از شروط همواره ناعادلانه و ناعادلانه مفروض را معرفی نماید. این فهرست ها ضمن تقویت نظام حمایت از حقوق مصرف کننده، موجب ایجاد رویه واحد در محاکم و دیوان های داوری شده و از طرفی، از درج شروط ناعادلانه در قراردادها جلوگیری خواهد نمود.

منابع

- ابهری، حمید؛ فلاح خاریکی، مهدی. (۱۳۹۹). شروط غیرمنصفانه در قراردادهای تجاری الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا. پژوهشنامه حقوق تطبیقی، ۴ (۵)، ۳۳-۹.

<http://noo.rs/yi06s>

- اکبری دهنو، میثم و شهبازی نیا، مرتضی (الف). (۱۳۹۳). اراده مشترک اصحاب دعوا در شروع دادرسی مدنی. حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، ۱۱ (۲۵)، ۴۱۰-۳۸۵.

<http://noo.rs/5cbP9>

- اکبری دهنو، میثم و شهبازی نیا، مرتضی (ب). (۱۳۹۳). تراضی اصحاب دعوا در پایان دادن به دادرسی مدنی. پژوهش حقوق خصوصی، (۷)، ۳۸-۹.

<http://noo.rs/h02YE>

- اسکینی، ربیعا. (۱۳۶۷). وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی. حقوقی بین‌المللی، (۹)، ۸۸-۴۱.
- امامی، سید حسن. (۱۳۸۵). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۲۳، تهران، انتشارات اسلامی.

<http://noo.rs/QBscK>

- امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه. (۱۳۹۱). نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران. تحقیقات حقوقی، (۵۹)، ۲۱۲-۱۷۱.

<http://noo.rs/dWMmv>

- امینی، منصور و زمانی، عباس. (۱۳۹۰). قراردادهای بدون مدت در حقوق انگلیس و ایران. نامه مفید، (۸۸)، ۶۲-۴۵.

<http://noo.rs/seuuY>

- ترابی، سید روح‌الله. (۱۳۹۶). مبنا و ماهیت حقوقی تهاثر از دیدگاه قانونگذار. مطالعات حقوقی، (۹)، ۱۶۵-۱۷۶.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۶). حقوق تعهدات، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.

<http://noo.rs/IDm3F>

- جواهراصل، ابراهیم و اکبرینه، پروین. (۱۳۹۷). نحوه مقابله با وجه التزام‌های گزاف. علم و وکالت، زمستان، (۲)، ۵۴-۳۹.

<http://noo.rs/3URS5>

- خیری جبر، علی؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی و انصاری، اعظم. (۱۳۹۷). چگونگی اعمال فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰، حقوق ایران و حقوق عراق. مطالعات بین‌المللی، (۵۹)، ۱۱۵-۹۰.

<http://noo.rs/ha6vE>

- ساردویی نسب، محمد؛ کاظم پور، سید جعفر. (۱۳۹۰). مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد. مجله حقوقی دادگستری، (۷۵)، ۷۴-۳۷.

<http://noo.rs/LfQxk>

- سربازیان، مجید و رستم‌زاد اصلی، سروش. (۱۳۹۹). ماهیت قاعده تقابل تعهدات در حقوق کامن‌لا و کارکرد آن در فقه و حقوق ایران. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۲۳)، ۱۷۲-۱۴۳.

https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56636.html

-سیملر، فیلیپ؛ قاسمی حامد، عباس. (۱۳۷۷). راه حل حقوق فرانسه در مقابله با شروط تحمیلی در قراردادها. تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان، (۲۳ و ۲۴)، ۲۶۳-۲۳۹

<http://noo.rs/Sx14X>

-شکری، محمد. (۱۳۹۵). علت و جهت معامله و بررسی در اسناد تجاری. تحقیقات جدید در علوم انسانی، ۱۶۷-۱۷۶، (۶)، ۲

<http://noo.rs/odCd9>

-شیروانی زاده آرانی، حامد، و میرزائزادجویباری، اکبر. (۱۴۰۱). ممنوعیت تحمیل شخص ثالث به عنوان طرف قرارداد در حقوق ایران و انگلیس. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۷ (۹۹)، ۲۵۶-۲۳۵
-شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱). اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.

<http://noo.rs/2ujuK>

-صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲). تأثیر تقصیر عمدی یا سنگین در شرط عدم مسئولیت. فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، ۲ (۳)، ۲۴-۷.

<http://noo.rs/VJzka>

-ضیغم زاده، مسعود و بیاتی، محمد حسین. (۱۳۹۶). بررسی مصادیق شروط ناعادلانه قرارداد. پژوهشنامه حقوق خصوصی، (۷)، ۹۳-۷۵.

<http://noo.rs/Ry13N>

-عابدی، محمد. (۱۳۹۴). تحلیل اقتصادی شرط عدم مسئولیت. دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید (۷)، ۱-۲۱

<http://noo.rs/o8wbi>

-علیپور قوشچی، سلمان و گیلانی گیجه، گلشاد. (۱۳۹۵). بررسی مفهوم اصل آزادی قراردادی و اهداف دولت‌ها از مداخله در قراردادها. فقه، حقوق و علوم جزا، (۱)، ۷۲-۶۷.

<http://noo.rs/0ePfL>

-عطاردی، فتح‌الله و ساعی، سید محمد هادی. (۱۳۹۶). شروط تحمیلی در قرارداد مصرف در حقوق ایران و مصر. مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی، (۶)، ۵۸۰-۵۵۵.

<http://noo.rs/KTt7o>

-علوی قزوینی، سید علی و وکیلی مقدم، محمد حسین. (۱۳۸۹). بازنگری در مفاد قرارداد. فقه و حقوق اسلامی، (۱)، ۱۶۱-۱۳۳.

<http://noo.rs/Z2taI>

-عیسانی نفرشی، محمد؛ شیروانی، خدیجه و آیین، علیرضا. (۱۳۹۶). شروط استثناء در مسئولیت قراردادی. فقه امامیه و حقوق تطبیقی، ۲۱ (۴)، ۱۳۲-۱۰۹.

-غمامی، مجید. (۱۳۷۷). آزادی گزینش طرف قرارداد. مطالعات حقوقی و سیاسی، مجله تحصیلات تکمیلی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱)، ۵۵-۲۶

<http://noo.rs/GEpBR>

-کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده. مطالعات حقوق خصوصی، ۳۸ (۳)، ۳۴۵-۳۲۷.

-کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، چ ۱۰، شرکت سهامی انتشار.

-کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چ ۱۰، شرکت سهامی انتشار.



-کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت انتشار، چاپ دوم.
 -کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ج ۲، ج ۵.

<http://noo.rs/P4271>

-کریمی، عباس. (۱۳۸۱). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها. پژوهش‌های حقوقی (۱)، ۷۵-۸۲.

https://jlq.ut.ac.ir/article_19227.html

-مقدم، عیسی. (۱۳۸۶). انتقال قرارداد. مطالعات حقوق خصوصی، ۳۷ (۴)، ۲۴۲-۲۲۹.
<http://noo.rs/uVvn8>
 -منصوری، فرنگتاج. (۱۳۸۷). اقامتگاه اشخاص حقیقی در نظم عمومی معاصر ایران. نشریه کانون، (۸۷)، ۷۴-۸۷.

<http://noo.rs/N45cm>

-یزدانی، غلامرضا و بدری، ذبیح‌الله. (۱۳۹۳). مفهوم، اقسام و ماهیت تهاثر. گفتمان حقوقی، (۲۵ و ۲۶)، ۶۶-۴۹.

https://jou.spsiran.ir/article_138391.html

-هاشمی، شعله؛ علوی، سید محمدتقی و مسعودی، ناصر. (۱۳۹۸). بار اثبات در مسئولیت مدنی (مطالعه تطبیقی در مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی). ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۲ (۴ پیاپی ۸)، ۴۴۴-۴۴۵.

-Adar, Yehuda; Becher, I.Samuel; (2021 revised in 2023). Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts, 62 *Boston College Law Review*, p.2405

-Ben-Shahar, O. (2009). *One-way contracts: Consumer protection without law*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 484, University of Chicago Law School.

-Francisco de Elizalde (15-07-2020), *CONTROL OF PRICE RELATED TERMS IN STANDARD FORM CONTRACTS: SPAIN*, Working Paper IE Law School AJ8-255-I IE University, available at:

<https://ssrn.com/abstract=3774166>

-Hesselink, M. W. (2014). *Unfair prices in the Common European Sales Law* (pp.225-236). Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-56.

-Hesselink, M. W., & Loos, M. B. M. (2012). *Unfair contract terms in B2C contracts*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-68. Retrieved from:

<https://ssrn.com/abstract=2083041>

-Loos, M. B. M. (2012). *Standard contract terms regulation in the proposal for a Common European Sales Law*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-65. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=2081857>

<http://ssrn.com/abstract=2081857>

- Mańko, R. (2013). Unfair contract terms in EU law. *Library Briefing, Library of the European Parliament*, 19/09/2013. Retrieved from:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130624/LDM_BRI\(2013\)130624_REV1_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130624/LDM_BRI(2013)130624_REV1_EN.pdf)

-Marthinussen, H. F. (2015). *Unfair contract terms in European Perspectives on the Common European Sales Law* (pp. 93-110). Springer.



- Moy, Jo Yin, (2025). *Unfair Contract Terms: Protecting Consumers and Ensuring Fairness in Commercial Agreements* (January 31, 2025). Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5119345>
- Naudé, T. (2007). *The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation: A comparative perspective*. South African Law Journal, 124(1). Retrieved from at <http://hdl.handle.net/10019.1/104058>
- Nehf, James p. (2020), A, *A Comparative Analysis of the Regulation of Unfair Terms in Asia*, Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3690322>
- Nehf, James P., (2020). *Regulation of Unfair Terms in Consumer Contracts--An American Perspective* (September 10, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3690319> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3690319>
- Stace, Victoria and Chan, Emily and Sims, Alexandra, *New Zealand's Unfair Contract Terms Law Fails to Incentivise Businesses to Remove Potentially Unfair Terms from Standard Form Contracts* (2020), Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3748793>
- Serafin, Riccardo, (2023). *The Court of Justice on Unfair Terms and Supplementation of the Contract: How Far is Too Far?* (June 23). Published in (2023) 12(4) Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 150, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4540942>
- Tambe, Hans, *The Basis of Consumer Protection against Unfair Terms in Consumer Contract in Cameroon* (April 7, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3821549> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3821549>
- Tumade, Susan Amelia, spring (2023). *Unfair Terms in EU Consumer Contract Law: The Criteria of Good Faith and Significant Imbalance in The Context of Agreements between Consumers and Providers of Financial Services* Supervisor, Master's Thesis in European and International Trade Law, lund university.
- White, Fidelma (2023). *Irish Consumer Law: Evolution and Europeanisation*, At: *Consumer Protection in the European Union: Challenges and Opportunities*, Pages 263- ٢٨٩ Publications Office of the European Union, 2023, available at: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/457132>
- Wilhelmsson, T. (2008). Various approaches to unfair terms and their background philosophies. *Juridica International. Law Review. University of Tartu* (1632), XIV. ISBN 978-9985-870-24-2.

The Validity of Judicial Measures before the issuance Arbitration Award in Iranian Law and International Documents

Ahmad Esfandiari¹

Abstract

Field and Aims: One of the issues in arbitration proceedings is the request for a decision on conservatory or interim measures- which have a judicial nature- in an arbitration dispute before the issuance of the award and the tribunal to issue it. This article seeks to examine the validity of judicial decisions before the award in Iranian law, especially in domestic arbitration proceedings and to determine it's tribunal before and after the formation of the arbitration tribunal in light of international documents.

Method: The research method in this article is descriptive-analytical.

Findings and Conclusions: Though that feasibility of issuing urgent orders, in judicial proceedings and permission of judicial measures before the award according to international arbitration documents, including the UNCITRAL model law, is certain and the tribunal doing it is clear, in domestic arbitration, the feasibility of of mentioned measures before the issuing of award and if feasible, the tribunal doing it before and after formation of arbitration has always been controversial. In the absence of a legal text, some, due to the lack of jurisdiction of court to deal with the nature of lawsuit despite the arbitration agreement, and as a result, to prejudgment, and the fact that the provisions related to urgent proceedings are exceptional and the absence of a legal text, absolutely rejected it. Others accepted it in general in accordance with international arbitration documents, assuming the parties agree on the feasibility of doing it by arbitrator. Although above measures are acceptable in the light of legal principle of negation of legal dead end and some jurisprudential rules such as interdiction of obligatory, the requirements of permission and the need to ward off possible danger. in domestic arbitration proceedings, it is acceptable to do it before the arbitration and even after that by arbitration tribunal, especially if it's implementation requires using of coercive power or dealing with the rights of third parties, intervention of court is necessary.

Keywords: Measures, Maintenance of Status Quo, Preservation of Assets, Interim Measure, Preliminary Order, Preservation of Evidence.

*Citation (APA): Esfandiari, A. (2024). The Validity of Judicial Measures before the issuance Arbitration Award in Iranian Law and International Documents. *International Legal Research*, 17(66), 93-112.

1. Department of Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. Email: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

احمد اسفندیاری^۱

چکیده

زمینه و هدف: یکی از موضوعات مبتلا به در رسیدگی‌های داوری، تقاضای اتخاذ تصمیم در مورد قرارهای تأمینی یا موقتی - که دارای ماهیت قضاوتی می‌باشد - در دعوای داوری پیش از صدور رأی و مرجع صدور آن است. این مقاله به دنبال بررسی اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از رأی داوری در حقوق ایران، بویژه در رسیدگی‌های داوری داخلی و تعیین مرجع صدور آن پیش و پس از تشکیل مرجع داوری در پرتو اسناد بین‌المللی است.

روش: روش تحقیق در این مقاله به صورت توصیفی - تحلیلی است.

یافته‌ها و نتایج: با اینکه امکان صدور قرارهای فوری از جمله دستور موقت، قرار تأمین خواسته و قرار تأمین دلیل در رسیدگی‌های قضایی و جواز اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری، مطابق اسناد بین‌المللی داوری از جمله قانون نمونه آنسیترال و همچنین، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، امری مسلم بوده و مرجع انجام آن مشخص می‌باشد، صدور آن در حقوق داوری داخلی و با فرض پذیرش، مرجع صادرکننده آن پیش و پس از تشکیل داوری، همواره محل مناقشه بوده است. در فقدان نص قانونی، عده‌ای به دلیل فقدان صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به ماهیت دعوا با وجود قرارداد داوری و به تبع آن، نسبت به تصمیمات مذکور و استثنایی بودن مقررات مربوط به دادرسی فوری و عدم وجود نصی قانونی، به طور مطلق، صدور آن در رسیدگی‌های داوری داخلی را رد نمودند. برخی نیز در هماهنگی با اسناد بین‌المللی داوری، در فرض توافق طرفین بر امکان صدور آن از سوی داور، آن را به طور کلی پذیرفتند. اگرچه اتخاذ تصمیمات فوق در پرتو اصل حقوقی نفی بن‌بست دادرسی و برخی قواعد فقهی مانند مقدمه واجب، لوازم اذن و لزوم دفع خطر احتمالی و... در رسیدگی‌های داوری داخلی، قابل قبول می‌نماید، پیش از تشکیل داوری و حتی پس از آن از سوی مرجع داوری، مخصوصاً در صورت عدم توافق طرفین و لزوم استفاده از قوه قهریه یا برخورد با حقوق اشخاص ثالث، مداخله دادگاه لازم می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تصمیمات، حفظ وضع موجود، تأمین خواسته، دستور موقت، قرار مقدماتی، تأمین دلیل.

* استناددهی (APA): اسفندیاری، احمد. (۱۴۰۳). اعتبار تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۷ (۶۶)، ۹۳-۱۱۲.

۱. گروه حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. رایانامه: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

مقدمه

در برخی نظام‌های حقوقی، دادرسی فوری - که فرع بر دادرسی عادی محسوب می‌شود و هنگام وجود خطر تهدیدکننده، نسبت به منافع مشروع خواهان، راه‌حلی سریع و موقت را پیش‌بینی می‌نماید به موازات دادرسی عادی تشریع شده است تا حقوق و موقعیت‌های قانونی اشخاص تا زمان تقدیم دعوا در مرجع صالح و طی شدن سیر طبیعی دادرسی عادی، مورد حمایت قرار گیرد. نتیجه اینکه هر جا ماهیت دعوی از صلاحیت دادرسی عادی خارج شود، یعنی مربوط به مسائلی باشد که خوف فوت وقت درباره آن‌ها وجود دارد، مشمول دادرسی فوری خواهد بود. واژه «دادرسی فوری» در ماده ۱۹ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ به کار رفته و مطابق ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، نباید به دادرسی عادی واگذار شوند و در انتظار نتیجه نهایی پرونده قرار گیرند. از این رو، وجود فوریت و احراز آن صرفاً برای ارائه حمایت موقتی است.

از زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری تا پیش از صدور رأی از سوی داور و سپس، صدور اجرائیه تا امکان اجرای آن، معمولاً باید مدتی نسبتاً طولانی سپری شود که خواننده را - که از همان ابتدا منکر حق مورد ادعای خواهان بود در موقعیتی قرار می‌دهد که از طریق بهم‌زدن وضع موجود، عدم انجام تعهدات قراردادی و الزامات قانونی، جابجایی اموال منقول و وجوه نقد و... اجرای حکمی را - که به سختی و با صرف وقت و هزینه فراوان بدست می‌آید - با موانعی روبرو سازد. علاوه بر این، طولانی بودن مدت مذکور ممکن است موجب شود ادله‌ای که پیش از طرح دعوا وجود داشته یا اموالی که قبل و هم‌زمان اقامه دعوا در اختیار و مالکیت خواننده بوده تا زمان اجرای حکم با تعدی یا تفریط، ارزش خود را از دست داده یا اینکه متعلق حق دیگران قرار گیرد. از این رو، قانونگذاران برای حفظ حقوق مورد ادعای خواهان، نهادهایی از جمله آنها «تأمین خواسته»، «دستور موقت»، «تأمین دلیل» را پیش‌بینی نمودند.

قانونگذار ایرانی به تبعیت از دیدگاه‌های فقهی که بر اساس آن، موافقت‌نامه معتبر داوری، ضمن ایجاد صلاحیت برای مرجع داوری در رسیدگی به دعوا، مطابق توافق طرفین، اصل صلاحیت انحصاری مراجع قضایی برای رسیدگی به موضوع اختلاف را با استثناء مواجه می‌سازد (طوسی، ۱۴۲۲: ۶، ۴۲۱؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۴۸۵) و با الگوگیری از نظام‌های حقوقی سایر کشورها و اسناد بین‌المللی مرتبط و از جمله قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی^۱ - که از این پس «قانون نمونه آنسیترال» نامیده می‌شود - قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ و کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک نیز داوری را به عنوان گزینه جایگزین حل و فصل دعاوی به رسمیت شناخته است؛ در دو سطح داوری داخلی و داوری

1- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

2- International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce Rule



بین‌المللی، مقرراتی را وضع نمود. به این ترتیب، اثر ایجابی موافقتنامه داوری، مرجع داوری را برای رسیدگی به ماهیت دعوی، صالح می‌شناسد. برعکس، اثر سلبی آن، صلاحیت مراجع قضایی را در رسیدگی به ماهیت دعوی داوری، نفی می‌نماید (درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۸۵). به رغم عدم وجود نص در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، این امر از مفهوم مخالف ماده ۴۶۳ قانون مذکور، قابل استنباط می‌نماید (کریمی، بی‌تا: ۱۳۰؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۳۷). با اینکه صلاحیت رسیدگی به ماهیت دعوی از سوی مرجع داوری در صورت وجود موافقتنامه داوری معتبر به صورت اصل کلی در بسیاری از اسناد مربوط به مؤسسات داوری بین‌المللی از جمله قواعد داوری آنسیترال و مواد ۲۸ و ۳۰ قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پذیرفته شده و امکان صدور برخی قرارها مانند قرار تأمین خواسته و مخصوصاً دستور موقت حتی برای مرجع داوری به رسمیت شناخته شده است (انصاری معین، ۱۳۸۹: ۳۶)، در حقوق داوری داخلی ایران در مورد امکان صدور آن از یک سو و رجوع صدور آن از سوی دیگر، تردیدهایی وجود دارد. سؤال مطرح این است که آیا اثر ایجابی مترتب بر موافقتنامه داوری را می‌توان به گونه‌ای تعمیم داد که علاوه بر رسیدگی به ماهیت دعوی، اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری (پیش از شروع رسیدگی داوری و یا حتی پس از شروع آن و پیش از صدور رأی داوری نیز از سوی مرجع داوری)، ممکن باشد؟

این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی صورت می‌پذیرد و هدف از آن، تبیین امکان اتخاذ تصمیمات مذکور در رسیدگی‌های داوری و در صورت امکان از سوی مرجع داوری می‌باشد. به رغم اینکه موضوع اتخاذ این تصمیمات، مبتلا به آنها می‌باشد، به جز مطالبی که به صورت پراکنده مطرح شده است، پژوهش جامعی در این مورد انجام نگردیده است. از این رو، ضرورت نوشتن این مقاله دوچندان می‌نماید.

۱. مبانی تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری

با اینکه امکان اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در مواد ۹ و ۱۷ قانون نمونه آنسیترال و همچنین، مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ با تفاوت جزئی پذیرفته شده است، به دلیل سکوت قانونگذار، این موضوع در رسیدگی‌های داوری داخلی از سوی نویسندگان حقوق داوری با تردیدهایی همراه بوده است. هرچند در مواردی که دعوا به داوری ارجاع می‌شود، دادگاه‌ها حق رسیدگی به ماهیت اختلاف را ندارند، در این مورد که آیا این محدودیت شامل مداخله در اتخاذ تصمیماتی نیز می‌شود، پاسخ‌های متفاوتی داده شده است:

مطابق نظر برخی نویسندگان حقوق داوری، از آنجا که انجام اقدامات فوق در صلاحیت دادگاهی است که به اصل دعوا رسیدگی می‌کند، از یک سو، به دلیل فقدان صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به اصل دعوا، نمی‌توان اختیاری نسبت به اتخاذ تصمیمات مذکور برای آن قائل

گردید و از سوی دیگر، از آنجا که مقررات دادرسی فوری خلاف اصل حاکم بر مقررات دادرسی عادی بوده و اعمال آن نیازمند نص قانونی است و با توجه به عدم وجود چنین نصی در داوری داخلی، داور نیز از چنین اختیاری به طور کلی، ممنوع بوده و اتخاذ تصمیمات فوق در داوری داخلی هم از سوی دادگاه و هم از سوی مرجع داوری غیرممکن می‌شود (شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۵۵۸). هرچند در توجیه چنین دیدگاهی می‌توان به عبارت معروف «در مورد آنچه خلاف اصل باشد، باید به قدر متیقن اکتفا نمود» (جبعی عاملی، ۱۳۰۸ق: ۲، ۱۹)^۱ استناد کرد، به طور قطع، اصول بالادستی فقهی و حقوقی، جواز اتخاذ چنین تصمیماتی را در هر نوع رسیدگی از جمله رسیدگی داوری به دلایل زیر تقویت می‌نماید:

۱-۱. نفی خلأ دادرسی

در اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران - که دسترسی به دادگاههای صالح را حق مسلم هر فرد به حساب آورده است - واژه «دادگاه» به مفهوم مرجع رسیدگی به اختلافات و دعاوی، مرجع داوری را نیز شامل می‌شود. به این ترتیب، هرگاه در فاصله میان ارجاع امر به داوری - که صلاحیت مرجع قضایی در ورود به ماهیت اختلاف به نفع مرجع داوری سلب شده و صدور حکم از سوی مرجع اخیر - هیچ یک از دو مرجع قضایی و داوری اختیار اتخاذ تصمیمات پیش‌گفته را نداشته باشند، متقاضی آن با خلأ و بن‌بست در دادرسی مواجه می‌شود.

۱-۲. مقدمه واجب و لوازم اذن

مطابق قواعد اصولی، هرگاه حصول امری واجب متوقف بر انجام کار دیگری (مقدمه) باشد، به حکم عقل، آن مقدمه نیز واجب می‌شود (مظفر، ۱۴۲۵: ۳۷؛ صدر، ۱۴۳۰: ۲، ۲۳۶). علاوه بر این، هرگاه انجام کاری مأذون باشد و آن کار دارای لوازمی باشد، آن لوازم نیز مأذون می‌شود (محمدی، ۱۳۷۵: ۲۲۱). به این ترتیب، هرگاه موافقتنامه داوری موجب اعطای صلاحیت ذاتی رسیدگی به ماهیت اختلاف به مرجع داوری شود، صلاحیت اتخاذ چنین تصمیماتی نیز - که جزئی از اصل محسوب است - از آن تبعیت می‌نماید (راتب، ۱۹۸۵: ۱۰۰). با اینکه در داوری داخلی، نصی در مورد اجازه اتخاذ تصمیمات مذکور دیده نمی‌شود، به استناد ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، این موضوع را باید جزئی از آیین داوری شمرد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۱، ۲۹۳).

^۱ - اقتصاداراً فیما خلاف الاصل علی محل الوفاق



۳-۱. وجوب دفع ضرر محتمل

بر اساس قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، عقل به دفع ضرر احتمالی حکم می‌دهد؛ به این معنی، دفع اقدامی است که مانع از تأثیر مقتضی می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۹: ۳، ۳۴۹)؛ یعنی در موردی که انجام فعلی متضمن ضرر باشد، عقل دفع آن را واجب شمرده و در موردی که ترک آن موجب ضرر باشد، الزام به انجام آن را لازم می‌شمارد (انصاری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۷۹). وجوب نیز یکی از مستقلات عقلیه می‌باشد که صرفاً از عقل نشأت گرفته است. به این ترتیب، در رسیدگی‌های داور، نیز هرگاه احتمال قوی بر اثبات حقانیت متقاضی پیش داور و وجود داشته باشد، منع انجام فعلی که ارتکاب آن متضمن ضرر بوده و الزام به انجام فعلی که ترک آن موجب ضرر باشد، نه تنها با حکم عقل منافاتی ندارد، بلکه تحقق آن از طریق اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور لازم می‌نماید.

۴-۱. اصل حاکمیت اراده

به لحاظ فقهی، با توجه به عموم آیه «اوفاوا بالعقود» (سوره مائده، آیه ۱)، اختیار توافق بر اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور برای طرفین با هیچ محدودیتی روبرو نخواهد بود. علاوه بر اینکه درباره مشروعیت موافقتنامه داور به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» نیز استناد شده است (صانعی، ۱۳۸۵: ۱۷)، عده‌ای در صورت توافق طرفین، رسیدگی داور در امور کیفری را نیز تجویز کردند (حلی، ۱۴۱۹: ۳، ۴۱۹). در این صورت، توافق طرفین بر امکان اتخاذ چنین تصمیماتی از سوی داور، به طریق اولی با مانعی روبرو نمی‌باشد. مطابق اصل حاکمیت اراده، طرفین موافقتنامه داور اختیار دارند که اجازه اتخاذ آنها را به مرجع داور اعطا نمایند؛ بدون اینکه با مانع نظم عمومی یا قواعد آمره مواجه شوند (امیرمعزی، ۱۳۹۳: ۱۶۶).

علاوه بر این، به استناد برخی آیات (سوره نساء، آیه ۱۲۸) و روایات، صلح - که مجرای حاکمیت اراده در فقه می‌باشد - برای حل همه اختلافات بجز آنچه که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند، مجاز اعلام شده است (حرعاملی، ۱۴۲۷: ۹، ۸۸؛ حلی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۷۲؛ نجفی، ۱۳۷۹: ۲۶: ۲۱۱) و همه اختلافاتی که از طریق صلح قابل حل و فصل باشد، در داور قابل طرح بوده و حکم داور در این مورد به منزله صلح تلقی شده است (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۲، ۱۲۷). در حقوق ایران، اگرچه نصی در این مورد وجود ندارد، اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حل و فصل دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی از طریق صلح و داور را تحت قاعده یکسانی قرار داده و حسب مورد، آن را به موافقت مراجع خاصی موکول نموده است. بنابراین، از آنجا که اقدامات موضوع تصمیمات فوق می‌تواند میان طرفین دعوی موضوع صلح واقع شود، طرح آنها در رسیدگی داور نیز با مانعی مواجه نمی‌گردد.

۲. قلمرو تصمیمات قضاوتی پیش از صدور حکم داور

طبق فراز الف بند ۱ ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال، مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داور باید تأثیر اقدام موقت را بر طرف دیگر داور در نظر بگیرد تا اطمینان یابد که اقدامی، نامتناسب نباشد. این امر در تصمیماتی که داور هنوز از ماهیت دعوا اطلاعی ندارد، پراهمیت می‌نماید. حفظ فرآیند داور، حفظ وضعیت موجود، تأمین اموال و تأمین دلایل به عنوان موارد اتخاذ تصمیمات فوق برشمرده شده است:

۲-۱. حفظ فرآیند داور

وقتی طرفین قرارداد، اختلاف یا دعوا توافق می‌نمایند که اختلافات خود در موضوع خاصی را از طریق داور حل و فصل کنند و یکی از آنها برای احقاق حقوق خود به مرجع داور رجوع می‌نماید و حتی پیش از آن، منع طرف دیگر از طرح آن در مرجع قضایی به دلایل مختلفی از جمله لزوم جلوگیری از صدور آرای معارض، اهمیت می‌یابد، فراز ب بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه داور آنستیرال به مرجع داور این اختیار را می‌دهد که از انجام هرگونه اقدامی توسط طرفین که ممکن است موجب ایجاد مانع یا تأخیر در روند داور شود، جلوگیری کند. این کار از طریق صدور دستور موقتی صورت می‌پذیرد که به موجب آن، مرجع داور به یکی از طرفین دستور می‌دهد که رسیدگی موازی از طریق دادگاه یا سایر مراجع را در همان موضوع دنبال ننماید. در قوانین داور ایران، هرچند چنین اختیاری پیش‌بینی نشده است، پس از انعقاد موافقت‌نامه معتبر داور، ضمن ایجاد صلاحیت برای مرجع داور در رسیدگی به دعوی، مطابق توافق طرفین، اصل صلاحیت مراجع قضایی برای رسیدگی به موضوع اختلاف با استثناء مواجه شده و سلب می‌گردد (درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۸۵؛ شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۵۵۸). با اینکه یکی از شعب دادگاه حقوقی با وجود در حال رسیدگی بودن موضوع نزد داور تعیینی و طرح دعوای متقابل از سوی خواننده، به استناد اینکه قاضی دادگاهی که دعوا نزد او مطرح شده است، مطابق اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها آیین دادرسی کشور متبوع خود را برای احراز صلاحیت خود اعمال می‌کند، بر اساس ماده ۹۷۱ قانون مدنی و ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، خود را صالح شناخته است (عابدی، ۱۳۸۵: ۹)، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی ۱۴۷۲-۸۵/۱۲/۲۵ طرح دعوی در مرجع قضایی با وجود موافقتنامه داور را به استناد مخالفت با اصل حاکمیت اراده در قراردادها و روح ماده ۱۰ قانون مدنی مردود تلقی نموده و قرار عدم صلاحیت صادر کرده است (زندى، ۱۳۸۸: ۱۱۹).



۲-۲. حفظ وضع موجود

مطابق فراز الف بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه داوری آنستیرال، اقدام موقتی باید وضعیت موجود را تا زمانی که تصمیم نهایی در مورد ماهیت پرونده صادر شود، حفظ کند؛ برای مثال، چنانکه در اختلاف بین‌المللی راجع به ساخت‌وساز، کارفرما درخواست کند، از مرجع داوری، پیمانکار کل را ولو اینکه مدعی داشتن حق تعلیق آن باشد، به ادامه کار خود ملزم نماید. در همان حال، به خریدار دستور ادامه پرداخت‌هایی داده می‌شود که مطابق قرارداد، در بدهکار بودن نسبت به آنها تردیدی وجود ندارد. این نوع اقدام موقتی از توقف پرهزینه کار ساخت‌وساز در کارگاه ساختمانی در مدتی که تصمیم نهایی در مورد ماهیت پرونده معلق است، جلوگیری می‌نماید (Roth, 2012: 430).

در حقوق ایران، دو نهاد «دستور موقت» و «قرار تأمین خواسته» که شامل مقرراتی درباره لزوم حفظ وضع موجود تا صدور حکم در ماهیت دعوا می‌باشد- برای حمایت از حقوق طرفین داوری از خطر، اهمیت زیادی دارد. دستور موقت از دو واژه «دستور» که به قاعده و قانون، آیین و روش... فرمان معنی شده است (عمید، ۱۳۷۹: ۶۰۲) و «موقت» به معنای آنچه زمان ناپایدار دارد و در مدت محدود و معینی به جا ماند (دهخدا، ۱۳۷۱: ۱۳، ۱۹۲۷۱)، ترکیب یافته است؛ در اصطلاح حقوقی، نوعی رأی است که به صورت قرار صادر می‌شود و علاوه بر توقیف مال، ممکن است مشعر بر انجام فعل یا ترک فعل باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۹۰) و دعوایی را جزئاً یا کلاً از میان نمی‌برد، بلکه صرفاً به سیر دعوا و حفظ حقوق اطراف در انتظار حل و فصل ماهیت آن، مرتبط می‌باشد. از آنجاکه معمولاً یکی از دو طرف دادرسی به انجام سریع دادرسی تمایل ندارد، باید در اسرع وقت، اقدام مناسبی انجام پذیرد (تفرشی و اسدی نژاد، ۱۳۹۱: ۱۰۴). دستور موقت، اقدامی است که به تبع اصل دعوا درخواست می‌شود؛ هرچند ممکن است قبل از مطرح شدن اصل دعوا، ضمن اقامه دعوا و یا پس از آن نیز صورت گیرد و تجویز آن به منظور پیشگیری از پیامدهای زیانباری است که به علت به درازا کشیده شدن صدور حکم لازم‌الاجرا، زی‌نفع در معرض آن قرار می‌گیرد. علاوه بر دستور موقت، یکی از موارد قرار تأمین خواسته نیز حفظ وضع موجود است. «تأمین» به لحاظ لغوی به معنای ایمن کردن، حفظ کردن، امن کردن و... (معین، ۱۳۶۰: ۱۰۱۷) و در اصطلاح حقوقی نیز وقتی با واژه «خواسته» همراه می‌شود، به معنای نگهداشتن خواسته و مراقبت از آن تا زمان صدور حکم قطعی احتمالی به نفع خواهان و اجرای آن است که به صورت قرار و به تبع دعوای اصلی طرح شده یا قابل طرح صادر می‌شود و آن در مواردی است که خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد. برخی نویسندگان حقوقی، تضییع را قرار گرفتن مال در وضعیت تلف از طریق انجام فعل و تفریط را واقع شدن آن در وضعیت تلف از طریق ترک فعل توصیف نمودند

(شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۴۳۱) که مطابق بند ۲ ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی صورت می‌پذیرد.

۲-۳. تأمین اموال

فراز ج بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه آنسیترال، این حق را می‌دهد که برای تضمین اجرای رأی نهایی، اقدامات موقتی در مورد تأمین اموال طرف مقابل اعمال شود. این امر تضمین دارایی‌هایی است که ممکن است از آنها محل اجرای رأی صادر شده بعدی تأمین شود. اقدامات در این دسته شامل صدور قرارهای موقتی است که برای جلوگیری از ضرر یا خسارت استفاده می‌شود، مانند صدور دستوری که یک طرف را از انتقال وجوه نقد به رژیم اجرایی کمتر مساعد (مانند کشورهای غیر عضو کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک) منع می‌کند. در حقوق ایران، یکی از کارکردهای قرار تأمین خواسته و همچنین، دستور موقت، توقیف اموال است. موضوع دعوای اصلی خواهان خواه راجع به حقوق دینی باشد یا حقوق عینی، امکان تأمین آن وجود دارد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۴۳۲). به این ترتیب، خواهان می‌تواند از همان آغاز دادرسی و قبل یا بعد از آن، خواننده را از نقل و انتقال موضوع قرار باز دارد، در مواردی نیز او را از به‌کارگیری آن محروم نماید و آن را از دسترس بستانکاران احتمالی او خارج سازد (شمس، ۱۳۸۵: ۳، ۴۲۷). به عبارت دیگر، قرارهای تأمینی، تصمیماتی است که با هدف ایجاد حالت واقعی یا قانونی برای تضمین اجرای حکم ماهوی در آینده صادر می‌شود (دراوشه، ۲۰۱۳: ۱۵). در این موارد، مستندبودن خواسته به سند رسمی به دلیل احتمال بالای حقانیت متقاضی در ماهیت دعوی، مستندبودن آن به اسناد تجاری وخواست‌شده، لزوم تضمین گردش پول تجاری و همچنین، پذیرش خسارت احتمالی در سایر موارد از سوی متقاضی و حفظ وضع موجود مبنای صدور قرار تأمین خواسته می‌باشد که در قانون نمونه داوری آنسیترال مورد توجه واقع نشده است.

۲-۴. تأمین دلایل

هرچند خواهان در انتخاب زمان اقامه دعوا آزاد است، یکی از امور مهمی که در این انتخاب باید به آن توجه نماید، دلایلی است که برای پیروزی در آن به آنها نیاز دارد. طرف مقابل نیز که ادعای بالقوه یا بالفعلی، علیه او، مطرح بوده و در انتظار اقامه دعوا علیه خویش می‌باشد، باید همواره در پی تدارک دلایلی باشد که مانع شکست او در دعوای احتمالی شود. هر یک از اصحاب دعوا مکلف به ارائه دلایل اعمال و وقایعی است که ادعاهای خود را بر آن بنا نهاده است. در اعمال حقوقی، معمولاً طرفین پیش از حدوث اختلاف از طریق درج آن در سندی یا گرفتن گواه، دلایلی را برای اثبات دعوا یا دفاع در برابر دعوای احتمالی لازم باشد، برای خود فراهم می‌آورند. در حالی که در مورد وقایع حقوقی - که زمان وقوع آنها برای طرفین قابل پیش‌بینی نمی‌باشد - دلیل



از پیش فراهم شده‌ای وجود ندارد و اثبات برخی وقایع از طریق دلایلی است که پس از زمان تحقق واقعه، تدارک دیده می‌شود. از آنجا که در صورت طرح دعوا، مرجع رسیدگی از ادعایی پشتیبانی می‌کند که مقرون به دلیل باشد، نقش دلیل و حفظ آن قابل توجه جلوه می‌نماید و امکان حفظ دلیل تنها از طریق تأمین دلیل میسر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱۰۳). به این ترتیب، برخی از قرارهای موقت شامل تصمیماتی است که هدف از آن، حفظ دلایل لازم در اثنای رسیدگی به دعوا می‌باشد. مطابق فراز د بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه آنستیرال، مرجع داوری می‌تواند «دلایلی را که ممکن است برای حل و فصل اختلاف، مرتبط و با اهمیت باشد، تأمین کند» تا از اجرای صحیح دادرسی مطمئن شود.

وجود فاصله زمانی میان منشأ حق و اقامه دعوا و رسیدگی به آن می‌تواند دلایلی را در معرض تغییر، جابجایی و یا نابودی قرار دهد؛ مانند اینکه بیم آن باشد که سندی که در اختیار ثالث قرار دارد و در اثبات دعوا مؤثر می‌باشد، از بین برود یا اشخاصی که شاهد عمل یا واقعه حقوقی بودند، از دسترس شوند. این نهاد به معنای در امنیت قرار دادن دلایلی است که ممکن است به زیان یکی از طرفین در زمان دادرسی قابل دسترسی نباشد، مخصوصاً دلایلی که در اختیار طرف مقابل قرار دارد و اینگونه دلایل را ملاحظه و صورت‌برداری نماید و وضعیت موضوع را در هنگام اجرای قرار نشان می‌دهد و در مورد آنچه پیش یا پس از آن در موضوع تأمین روی داده است، حکایتی ندارد. پس از اجرای قرار، خواهان می‌تواند خوانده را از هرگونه تغییر وضعیت منع نماید.

۳. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری

با فرض پذیرش امکان اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی به رغم سکوت قوانین موضوعه، تعیین مرجع صالح برای انجام آن دارای اهمیت ویژه می‌باشد و این سؤال مطرح می‌شود که متقاضی چنین تصمیماتی به کدام یک از دو مرجع قضایی یا داوری می‌تواند و یا باید رجوع نماید؟ از آنجا که داوری، مرجع صالح دائمی مانند مرجع قضایی محسوب نمی‌شود، پاسخ به سؤال فوق منوط به این است چنین درخواستی پیش از تشکیل داوری یا پس از آن صورت گیرد:

۳-۱. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از تشکیل داوری

با وجود عدم تشکیل مرجع داوری، مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری در مقایسه میان قانون نمونه داوری آنستیرال و نظام داوری ایران از یک سو و مقررات داوری بین‌المللی و داوری داخلی ایران از سوی دیگر، تفاوت‌های مهمی را آشکار می‌سازد. با اینکه پیش از تشکیل مرجع داوری، ظاهراً تنها گزینه در دسترس برای اتخاذ چنین تصمیمی، مرجع قضایی می‌باشد، جایگزین‌های دیگری نیز در این مورد مطرح شده است؛ به این معنی، در برخی نظام‌های

حقوقی، مرجع داوری را حتی پیش از تشکیل مرجع داوری برای اتخاذ چنین تصمیماتی، صالح دانستند:

۳-۱-۱. فقدان مرجع تصمیم‌گیر تا تشکیل داوری

مطابق تفسیر اغلب دادگاه‌های ایالات متحده از ماده ۲ کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی ۱۹۵۸ نیویورک، از آنجا که منظور از رأی داوری، هر گونه تصمیم داور اعم از حکم و قرار می‌باشد، پس از ارجاع دعوا به داوری، مرجع قضایی از هر گونه مداخله در مسائل مربوط به دعوای داوری و از جمله اتخاذ تصمیمات مذکور، ممنوع می‌شود و رسیدگی به موضوع در قلمرو صلاحیت مرجع داوری قرار می‌گیرد (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵). در چنین مواردی، به دلیل سلب صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به موضوع به طور کلی از یک سو و عدم تشکیل مرجع داوری از سوی دیگر، متقاضی تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری، چاره‌ای جز در انتظارنشتن متقاضی تا تشکیل مرجع داوری برای رسیدگی به درخواست خود ندارد. قانون نمونه داوری آنسیتال اساساً، فرض انتظار متقاضی صدور چنین قراردادی تا تشکیل مرجع داوری را نپذیرفته است. به لحاظ فقهی، با توجه به وجوب کفائی امر قضا بر اشخاص واجد شرایط و وجوب عینی آن در صورت عدم وجود متصدی این امر (گلیپاگانی، بی تا: ۱۵)، منتظر گذاشتن خواهان تا تشکیل مرجع داوری به هیچ وجه جایز نمی‌باشد. به این ترتیب، موکول نمودن اتخاذ تصمیماتی به تشکیل مرجع داوری با فلسفه وجودی چنین نهادی در تعارض بوده و هرگاه تصور شود کنوانسیون مذکور دادگاه‌ها را از انجام آن منع نموده است، در فاصله میان بروز اختلاف و تعیین داور و در نهایت، تشکیل مرجع داوری و رجوع به وی، طرفین اختلاف با خلأ دادرسی مواجه می‌مانند که به منزله حرکت برخلاف فلسفه وجودی خود بوده و نظام قضایی را در معرض اتهام خلأ رسیدگی در موارد فوری قرار می‌دهد (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵).

۳-۱-۲. داور اضطراری

اگرچه هر گونه حمایت موقت از سوی مرجع داوری مستلزم آن است که مرجع داوری قبلاً تشکیل شده باشد و در شرایطی - که چنین مرجعی هنوز تشکیل نشده است - طرفین به طور سنتی برای درخواست اقدامات موقت به دادگاه‌های ملی مراجعه می‌کنند، در سال‌های اخیر در برخی نظام‌های حقوقی از جمله قواعد داوری بین‌المللی مرکز بین‌المللی حل اختلاف، قواعد داوری موسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم و قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور و قواعد جدید داوری اتاق بین‌المللی، جایگزینی پدید آمده است که به طور فزاینده‌ای، مورد استقبال واقع شده و آن، تعیین داور اضطراری^۱ است (Thuan, 2021: 54). بر اساس این قواعد، طرفی که به

^۱ - Emergency Arbitrator



دنبال حمایت فوری موقت پیش از تشکیل مرجع داوری است، می‌تواند برای تعیین داور اضطراری درخواست دهد. چنانکه مطابق بند ۱ ماده ۲۹ قواعد مرکز بین‌المللی داوری، طرفی که نیاز به حمایت فوری داشته باشد، لازم نیست منتظر تشکیل مرجع داوری بماند؛ بلکه بدون توجه به اینکه قبلاً درخواست رسیدگی داوری داده یا نداده باشد، می‌تواند برای چنین اقداماتی درخواست تعیین داور اضطراری دهد. صلاحیت داور اضطراری فقط منحصر به صدور قراردادهای موقتی است که مبنای آن، ظاهر مستندات بوده و ارتباطی به ماهیت دعوا ندارد. البته، تصمیمات داور اضطراری، مرجع داوری را- که بعداً منصوب می‌شود- ملزم نخواهد کرد. علاوه بر این، هرگاه مرجع داوری در دوره زمانی معینی تشکیل نشود، قراردادهایی که از سوی داور اضطراری صادر می‌گردد، خودبه‌خود خاتمه می‌یابد (Roth, 2012: 432). در وضعیت اضطراری مانند وقوع سیل، آتش‌سوزی و شروع به تخریب- که تهدید، قابل‌پیشگیری نبوده و حمایت فقط برای آینده مؤثر می‌شود- جان، سلامت و اموال اشخاص با تهدید بالفعل مواجه بوده و باید اقداماتی سریع برای جلوگیری از بدتر شدن وضع انجام شود. به این ترتیب، اضطرار را می‌توان به خطر بالفعل یا بالقوه، اما نزدیک برای حق مورد درخواست حمایت از طریق قراردادهای موقتی دانست که از طریق دادرسی عادی، قابل‌دستیابی نیست و ممکن است موضوع مورد درخواست حمایت تا زمان صدور حکم در ماهیت دعوی حفظ نشود.

مطابق ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مهم‌ترین رکن دادرسی فوری، احراز فوریت و تعیین تکلیف اموری است که به خواسته یا موضوع دعوای اصلی و سبب آن، ارتباط پیدا می‌نماید و بر اساس ماده ۳۱۵ قانون مذکور، تشخیص فوری بودن آن با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۳۳۴).

زمانی که قانون نمونه داوری آنستیرال و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در مورد تعیین داور اضطراری در موارد درخواست حمایت اضطراری مقرراتی ندارد، انتظار تعیین تکلیف آن در حقوق داوری داخلی از سوی قانونگذار نیز شایسته نمی‌نماید. با این حال، در حقوق داوری داخلی هرگاه طرفین موافقتنامه داوری توافق نمایند که اختیار اتخاذ تصمیمات فوق‌الذکر از مرجع قضایی سلب شده و در اختیار مرجع داوری قرار گیرد، به استناد اصل حاکمیت اراده در قراردادها، پیش از تشکیل مرجع داوری می‌توان اقدام به تعیین داور اضطراری نمود.

۳-۱-۳. صلاحیت انحصاری مرجع قضایی

مواد ۹ و ۱۷ قانون نمونه داوری آنستیرال به طرفین قرارداد یا اختلاف اختیار داد که پیش از تشکیل مرجع داوری در آزادی کامل از هر مقام قضایی صالح، درخواست اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری نمایند؛ بدون اینکه چنین اقدامی نقض قرارداد داوری محسوب شود. مطابق

بند ب ماده ۱۷ قانون نمونه داوری آنسترال، برخی تصمیمات قضاوتی بدون دادن فرصت استماع قبلی به طرفی که این قرار، علیه او انجام شده است، صادر می‌شود؛ از یک سو، چنین تصمیماتی به دلیل اینکه معمولاً هیچ فرآیند تجدیدنظری در داوری وجود ندارد، با اصول انصاف از جمله اصل تناظر - که در رسیدگی‌های داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است - در تضاد می‌باشد و از سوی دیگر، ماهیت تصمیمات فوق برای مؤثر واقع شدن به عنصر غافلگیری نیاز دارد که مستلزم اتخاذ چنین تصمیماتی بدون برگزاری جلسه استماع (ex parte) می‌باشد تا کسی را که تصمیم علیه او درخواست شده است، از ناکام گذاشتن مرجع صادرکننده، زمانی که فرصتی برای شنیدن دفاعیات و ادله وی و همچنین، صدور حکم پیدا نماید، مانع شود. البته، داوران می‌توانند بعداً تصمیم خود را به درخواست یکی از طرفین در جلسه بعدی اصلاح نمایند (Roth, 2012: 430). چنین تصمیماتی در قالب قرارهای مقدماتی^۱ صادر می‌گردند که مشمول محدودیت‌های زمانی دقیقی بوده و در صورت عدم طرح دعوا در ماهیت، پس از مدتی منقضی می‌شوند. هرگاه طرفی که تصمیم مذکور علیه او انجام شده است، فرصت طرح دفاعیات خود را پیدا نماید، مرجع داوری می‌تواند با پذیرش یا اصلاح دستور مقدماتی، دستور موقت صادر کند. با اینکه مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به دو قرار دستور موقت و تأمین خواسته پیش از تشکیل مرجع داوری و مرجع صالح برای صدور به طور مختصر اشاره نموده و اتخاذ تصمیماتی را در اختیار مرجع قضایی صالح، یعنی دادگاه مرکز استان مقر داوری قرار داده است، این موضوع به رغم اهمیت فراوان، در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مسکوت مانده است. عده‌ای با وجود تأیید امکان اتخاذ چنین تصمیماتی در داوری داخلی، عقیده دارند که نمی‌توان پیش از تشکیل مرجع داوری برای آن در این خصوص، نفیاً یا اثباتاً صلاحیتی فرض نمود (واحدی، ۱۳۷۲: ۶۵). علاوه بر این، وقتی که قانونگذار در داوری بین‌المللی - که تحت تأثیر ملاحظات بین‌المللی تدوین گردید - پیش از تشکیل داوری، صرفاً مرجع قضایی را برای صدور چنین قرارهایی صالح می‌داند، در داوری داخلی به طریق اولی چنین قاعده‌ای باید حاکم باشد.

۲-۳. مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پس از تشکیل داوری

در مورد تعیین مرجع اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری پس از تشکیل مرجع داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی، دیدگاه‌هایی مطرح شده است:

۱-۲-۳. صلاحیت موازی مراجع قضایی و داوری

طرفین دعوای داوری پس از تشکیل مرجع داوری نیز زمانی که اقدامات قهری مانند توقیف اموال علیه اشخاص ثالثی که دارایی‌های مورد اختلاف را در اختیار دارند، درخواست می‌شود، به مداخله

¹ - Preliminary Orders



دادگاه‌های ملی نیاز دارند (Blackay et al, 2009: 439-65). برخلاف بند ۲ ماده ۲۸ مقررات ICC - که تنها در «شرایط مناسب» پس از ارسال پرونده به دادگاه، طرفین را به درخواست اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری از آن مرجع، مجاز می‌سازد، قانون نمونه داوری آنستیرال، مراجعه به دادگاهها به این منظور را به هیچ عنوان نقض موافقتنامه داوری یا چشم‌پوشی از آن تلقی نمی‌کند و اختیار داوران برای صدور دستور آن را انحصاری نمی‌شناسد. به این ترتیب، یکی از طرفین داوری می‌تواند از دادگاه صالح در هر کشور، صرف‌نظر از اینکه داوری در کجا انجام می‌شود، درخواست اتخاذ چنین تصمیماتی نماید؛ چنانکه برای مرجع داوری امکان اتخاذ تصمیمات فوق‌الذکر - که آن را در سیر دعوای داوری مناسب و لازم می‌داند وجود داشته باشد (Roth, 2012: 433).

مطابق ماده ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مداخله دادگاه‌ها پس از تشکیل داوری نیز در اتخاذ آنها پیش‌بینی شده است؛ به طوری که برای مرجع قضایی در این مرحله، امکان صدور قرار تأمین خواسته وجود دارد، اما در صورت عدم توافق برخلاف آن، اختیار صدور دستور موقت میان مرجع قضایی و داوری تقسیم شده است. به این ترتیب، وضعیت پیش از تشکیل داوری و حتی نسبت به داوری داخلی تا حدودی، متفاوت می‌نماید.

هرچند با توجه به وجود شباهت‌های زیاد میان دو نهاد تأمین خواسته و دستور موقت، برخی با وجود فقدان متن صریح قانونی برای مرجع داوری داخلی، اختیار صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت را فرض نمودند (ابهری، محمدی و زارعی، ۱۳۸۹: ۴)، از سکوت قانونگذار در مقام بیان چنین استنباطی بعید نمی‌نماید که مرجع داوری نتواند اقدام به صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت نماید؛ زیرا اجرای اولی همیشه و اجرای دومی در برخی موارد، مستلزم بکاربردن قوه قهریه علیه اموال متعلق به اشخاص پیش از صدور حکم قطعی می‌باشد. با این حال، برخی عقیده دارند که در داوری داخلی، داور حق اتخاذ تصمیم، نسبت به درخواست تأمین خواسته و دستور موقت دارد. علاوه بر این، بر اساس اصل حاکمیت اراده و اداره داوری بر اساس توافق طرفین موافقتنامه داوری و اصل انعطاف‌پذیری در رسیدگی‌های داوری و عدم وجود دلیل قوی بر منع می‌توان چنین اختیاری را برای داور به رسمیت شناخت (جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۷؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۵۴؛ درویشی هویدا، ۱۳۸۸: ۲۰۹). در این روش، مرجع داوری و مرجع قضایی در عرض یکدیگر قرار دارند.

۳-۲-۲. صلاحیت انحصاری مرجع داوری

با اینکه در قانون نمونه داوری آنستیرال و قانون داوری تجاری بین‌المللی، صلاحیت انحصاری مرجع داوری در اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری پذیرفته نشده است، از آنجا که اغلب دادگاههای ایالات متحده عقیده دارند هرگاه طرفین، اختلاف خود را به داوری ارجاع

دهند، داور به موجب موافقتنامه داوری، جانشین قاضی می‌شود و مرجع قضایی نیز این توافق را به رسمیت می‌شناسد و تصمیم‌گیری در این مورد پیش از تشکیل مرجع داوری را نیز غیرقابل طرح در دادگاه می‌داند (بهمنی، ۱۳۸۷: ۲۵)، پس از تشکیل مرجع داوری به طریق اولی چنین اختیاری منحصر به مرجع داوری خواهد بود. علاوه بر اصل وحدت مرجع رسیدگی، اصل عدم مداخله مرجع قضایی در رسیدگی داوری، چنین دیدگاهی را تقویت می‌نماید (مافی، و پارسا، ۱۳۹۱: ۱۱۵). با اینکه سکوت قانونگذار در داوری داخلی ممکن است این تصور را تقویت نماید، واقعیت آن است که قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین امتیاز انحصاری را برای مرجع داوری نپذیرفته است؛ تفسیر موسع سکوت در داوری داخلی به دور از منطق حقوقی می‌نماید.

۳-۲-۳. صلاحیت انحصاری مرجع قضایی

مطابق نظام حقوقی برخی کشورها از جمله ایتالیا، تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری، در صلاحیت ذاتی مراجع قضایی قرار داشته و برای مرجع داوری در این مورد، اختیاری وجود ندارد (امیرمعزی، ۱۳۹۳: ۱۶۶). ظاهر مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ و ۳۱۰ تا ۳۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی - که اختیار تصمیم‌گیری، نسبت به صدور یا رد درخواست تأمین خواسته و دستور موقت را در صلاحیت انحصاری «دادگاه» به عنوان نماینده قدرت عمومی قرار داده است - امکان صدور آنها از سوی هر مرجع دیگری غیر از دادگاه را نیز با تردید مواجه می‌سازد. حتی برخی که اصل امکان اتخاذ تصمیمات فوق از سوی مرجع داوری را پذیرفتند، عقیده دارند از آنجا که اختیارات مرجع داوری به اندازه‌ای نیست که بتواند اقدامات لازم و مورد نیاز را انجام دهد و به دلیل فقدان ضمانت اجرای دستور موقت صادره از طرف داور، طرفی که خواهان دستور موقت است، اغلب ترجیح می‌دهد تقاضای خود در این مورد را به مراجع قضایی تقدیم نماید (مافی و پارسا، ۱۳۹۱: ۱۱۵). به این ترتیب، در مورد اختیار مرجع داوری در اتخاذ تصمیمات مذکور ابراز تردید شده است (کریمی، بی‌تا: ۱۳۶). شاید دلیل چنین رویکردی، اصل صلاحیت استثنایی مرجع داوری و لزوم رعایت اصل تناظر در رسیدگی‌های داوری باشد:

۳-۲-۳-۱. استثنایی بودن صلاحیت مرجع داوری

اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگستری را مرجع رسمی تظلمات و شکایات معرفی نموده و دیوان عالی کشور در آراء وحدت رویه خود در موارد متعددی، صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری را از اصل مذکور، استنتاج نموده است (قربانی، ۱۳۷۲: ۴، ۳۷۱). این در حالی است که صلاحیت سایر مراجع محدود به موارد منصوص می‌باشد و در مقررات آیین دادرسی مدنی به داور فقط اجازه رسیدگی به اصل دعوا و صدور رأی در ماهیت داده شده است.



اصالة العدم- که بر اساس آن، اصل، عدم چیزی است مگر اینکه وجودش ثابت گردد (محمدی، ۱۳۷۵: ۲۸۷) - می تواند مؤید چنین رویکردی به حساب آید.

۳-۲-۲. لزوم رعایت اصل تناظر

مطابق روایت منقول از امام محمد باقر(ع) که اصل تناظر را زیربنای هر نوع رسیدگی قضایی معرفی نموده است: «هرگاه دو نفر برای قضاوت به شما مراجعه نمودند، تا دفاع دیگری را نشنیده اید، به نفع اولی قضاوت نکنید» (مکی عاملی، بی تا: ۲، ۱۵۸). از آنجا که اعتبار مطلق حضور هر دو خصم در دادرسی در مواردی موجب تضییع حقوق یکی از آنها را فراهم می آورد، رسیدگی غیابی از شمول اصل مذکور، مستثنی شده است (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۳، ۲۳۴). مبنای چنین دیدگاهی، قاعده احترام است که بر اساس آن، جان، مال، حقوق مالی، آبرو، عرض اشخاص محترم شمرده شدند (فیروزآبادی، ۱۳۹۶: ۱۰۰). به این اعتبار، اشخاص از تصرف در مال دیگری بدون إذن صاحب آن جز در موارد خاص، بازداشته می شوند (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲، ۲۰۵). در حقوق موضوعه نیز صرفاً در موارد معدود و استثنایی از جمله صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت، به دلیل ضرورت عدم رعایت بی درنگ اصل مذکور، عدول از آن مجاز شناخته شده است (قلی پور و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۳۶). به عنوان اصل کلی، دادرسی باید در حضور دو طرف دعوا انجام شده و هرگاه اصحاب دعوا برای خود وکیل تعیین کرده باشند، وکلای آنها باید از وقت رسیدگی مطلع گردند و به هر یک از طرفین دعوا یا وکلای آنها فرصت و امکان طرح ادعاها، ادله و استدلال های خود و آگاهی از دفاعیات طرف مقابل و پاسخگویی به آنها داده شود و صدور حکم باید پس از رسیدگی به ادله آنها صورت گیرد. این امر از طریق ابلاغ صحیح و داشتن امکان حضور در جلسه یا تقدیم لایحه به مرجع رسیدگی حاصل می شود (شمس، ۱۳۸۸: ۲، ۷۸). تصمیم گیری در مورد الزام شخص به انجام کار یا منع از انجام کار در قالب احکام دادگاهها قرار می گیرد (نهرینی، ۱۴۰۰: ۳، ۳۳۵). اینکه در برخی موارد استثنایی، مراجع قضایی برای تأمین مصلحتی مهمتر (و ملازمه آن با به کارگیری سرعت و غافلگیری تا کسی که قرارهای مذکور، علیه او اجرا می شود، نتواند اموال خود یا موقعیتی را که اثبات آن درخواست شده است، از دسترس خارج سازد یا اینکه وضعیت موجود را تغییر دهد)، نسبت به رعایت اصل فوق معاف شدند، به خاطر تضمیناتی است که رسیدگی قضایی به طور ذاتی در مقایسه با سایر روش های رسیدگی دربردارد. این در حالی است که مرجع داوری در صورتی می تواند به دعوا رسیدگی نماید که زمان و مکان جلسه رسیدگی به اصحاب دعوا به صورت واقعی ابلاغ شده باشد و در صورت عدم اطلاع یکی از آنها از روند رسیدگی، رأی صادرشده فاقد اعتبار است. تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی داوری ممکن است در مواردی حتی قبل از ابلاغ، اجرا شوند. در صورت اخیر، طرف دعوی فرصت دفاع و ارائه ادله خود را پیدا نمی نماید. بنابراین، به نظر می رسد که مرجع داوری

نمی‌تواند اصل تناظر را زیر پا بگذارد و اقدام به صدور قرارهایی نماید که اصل فوق در آن رعایت نمی‌شود.

بحث و نتیجه‌گیری

۱- با اینکه در رسیدگی‌های داوری داخلی، اتخاذ تصمیمات قضاوتی پیش از صدور رأی- داوری در سطح قانونگذاری، رویه قضایی و دکترین همواره با ابهاماتی همراه بوده است، از مبانی فقهی و اصول فرادستی حقوق موضوعه ایران استنباط می‌شود که در مورد امکان اتخاذ چنین تصمیماتی در رسیدگی‌های داوری داخلی نباید تردیدی روا داشت.

۲- همچنان که در فرض عدم انعقاد موافقتنامه داوری میان طرفین، اتخاذ چنین تصمیماتی در صلاحیت انحصاری مراجع قضایی قرار دارد، پس از انعقاد موافقتنامه مذکور نیز تا زمانی که مرجع داوری تشکیل نشده باشد، تنها همان مرجع برای اتخاذ چنین تصمیماتی، صالح می‌باشد و به تأخیرانداختن آن تا زمان تشکیل مرجع داوری، خلاف ضرورت و فوریت توجه به تقاضای قانونی متقاضی و به منزله قبول وجود خلأ دادرسی در فاصله زمانی میان پس از انعقاد موافقتنامه داوری تا تشکیل مرجع داوری است. با این حال، هرگاه طرفین در مورد لزوم صدور چنین تصمیماتی از سوی داور توافق کرده باشند، نظر به اینکه از یک سو، هنوز مرجع داوری تشکیل نشده و از مرجع قضایی نیز در این مورد سلب صلاحیت گردید و از سوی دیگر، عدم پاسخگویی به متقاضی با فلسفه وجودی قوه قضایی منافات دارد، تعیین داور اضطراری اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

۳- از آنجا که پس از تشکیل مرجع داوری در رسیدگی‌های داوری داخلی، اتخاذ برخی تصمیمات مانند قرار تأمین خواسته به طور کلی و در دستور موقت در فرض الزام به انجام کار و الزام به عدم انجام کار و توقیف اموال، مستلزم توسل به اجبار مادی و قوه قهریه، نسبت به اشخاص و اموال مورد احترام آنها پیش از تمیز ذیحقی متقاضی می‌باشد و از سوی دیگر، با توجه به اینکه این امور بدون رعایت اصل تناظر و حق ترافع صورت می‌گیرد، چنین اختیاراتی صرفاً در موارد استثنایی به مراجع قضایی داده شده است و اصل صلاحیت عام مراجع مذکور و اصل عدم صلاحیت سایر مراجع رسیدگی از جمله مرجع داوری، این دیدگاه را تقویت می‌نماید؛ مگر اینکه طرفین دعوای داوری بر چنین امری توافق نموده باشند.



منابع

- ابن قدامه، موفق الدين (بی تا). المغنی. ج ۱۱. بی جا. بیروت: دارالفکر.
- ابهری، حمید؛ محمدی، سام و زارعی، رضا (۱۳۸۹). مقایسه دستور موقت و تأمین خواسته و روش های اعتراض به دستور موقت. پژوهش های حقوقی، ۱ (۱)، ۳-۱۸.
- https://jol.guilan.ac.ir/article_580_254c66ef5fea35d1ad6acb35e0e1b1a7.pdf
- امیرمعزی، احمد (۱۳۹۳). داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی. چاپ چهارم. تهران: دادگستر.
- امین، محمد ابن عابدین (۱۴۱۵). ردالمحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار. ج ۲. چاپ اول. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹). فراید الاصول. ج ۲. چاپ اول. قم: انتشارات باقری.
- انصاری معین، پرویز (۱۳۸۹). قواعد بازرنگری شده داوری آنستیرال ۲۵ ژوئن ۲۰۱۰ و رسیدگی های موازی در داوری. چاپ اول. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- بهمنی، محمدعلی (۱۳۸۸). تقریرات درس داوری های تجاری بین المللی، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، بی جا.
- تفرشی، محمدعسی؛ اسدی نژاد و سیدمحمد (۱۳۸۷). ویژگی مقررات داوری سازمان تجارت مالکیت فکری و مقایسه آن با قانون داوری تجاری بین المللی. مطالعات حقوقی، ۳۸ (۵۸)، ۹۱-۱۰۹.
- https://jllq.ut.ac.ir/article_19421_1f440373144f2bb10e2ee20deb7d80bf.pdf
- جبعی عاملی، زین الدین (۱۳۰۸). روضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه. ج ۲. تبریز: به خط عبدالرحیم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. چاپ ششم. تهران: گنج دانش.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۸). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- حرعاملی، محمدبن حسن (بی تا). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریع. ج ۱۸. بی جا بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. ج ۳. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۲. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- درویشی هویدا، یوسف (۱۳۸۸). شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف، چاپ اول. تهران: نشر میزان.
- درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹۰). نفی صلاحیت دادگاه های دولتی در صورت وجود موافقتنامه ای دی آر با تأکید بر نظام حقوقی کامن لا و رویه های بین المللی. حقوق بین المللی، ۲۸ (۴۵)، ۸۵-۱۰۳.
- https://www.cilamag.ir/article_16900_553c9d5f3f66da1b29c7810179fe910b.pdf
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۱). لغتنامه. ج ۱۳. چاپ اول. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- دراوشه، جبرئیل معتمد محمد (۲۰۰۳). الاختصاص النوعی لقاضی الامور المستعجله، دراسه مقارنة، اطروحه الماجيستر فی القانون الخاص، جامعه النجاح الوطنیه فی نابلس، فلسطين
- <https://fgs.najah.edu/ar/news/2013/12/kly-ldrst-l-ly-twsy-bmnh-lbth-jbryl-drwsh-drj-lmjstyr-fy-lqnwn-lkhs>



- راتب، محمدعلی (۱۹۸۵). *قضاء الأمور المستعجلة*. القاهرة: عالم الكتب
- زندی، محمدرضا، (۱۳۹۰). *داوری، رویه دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی*. چاپ دوم. - تهران: انتشارات جنگل.
- سبجانی، جعفر (۱۴۱۸). *نظام القضاء والشهادة فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. بی‌جا. قم: مؤسسه الامام صادق.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۸). *آیین دادرسی مدنی*. ج ۲. چاپ ششم، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۵). *آیین دادرسی مدنی*. ج ۳. چاپ هفتم، تهران: انتشارات دراک.
- شهری، غلامرضا و خرازی، محمد (۱۳۸۰). *مجموعه نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰*. چاپ اول. تهران: انتشارات روزنامه.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۵). *استفتائات قضایی*. ج ۱. چاپ دوم. تهران: نشر میزان.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۳۰). *دروس فی علم الاصول*. ج ۲. چاپ هشتم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵). *صلاحیت قضایی، صلاحیت داور. حقوقی بین‌المللی*، ۲۳(۳)، ۱۴۶-۸۹
https://www.cilamag.ir/article_17824_435bbb6562c43ad4157fd562550765cd.pdf
- عمید، حسن (۱۳۷۹). *فرهنگ فارسی*. چاپ نوزدهم. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۲۲). *کتاب الخلاف*. ج ۶. چاپ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- قربانی، فرج الله (۱۳۷۲). *مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی*. چاپ اول. تهران: انتشارات فردوسی.
- قلی‌پور، حسن؛ احمدی، مهدی و جعفری، محمدحسن (۱۳۹۳). *بررسی اصل تعادل ترافعی (تناظر) در دادرسی قضایی و داور تجاری بین‌المللی*. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۰(۳۷)، ۱۴۶-۱۲۷.
https://journals.iau.ir/article_529906_de0429dfe2a83eae248ec46003710d7b.pdf
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۲). *حقوق داور داخلی*. چاپ دوم. تهران: دادگستر.
- کریمی، عباس (بی‌تا). *دوره درسی آیین دادرسی مدنی* ۳. بی‌جا. بی‌جا: دانشگاه پیام نور.
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا (بی‌تا). *کتاب القضاء*. بی‌جا. قم: دارالقرآن الکریم.
- مافی، همایون؛ پارسا، جواد (۱۳۹۱). *دخالت دادگاههای دولتی در رسیدگی‌های داور در حقوق ایران*. علمی دیدگاههای حقوق قضایی، ۱۷(۷)، ۱۳۰-۱۰۵.
https://jlvviews.ujss.ac.ir/article_703381_6eb8dc7566af89d58db75f2840596f2d.pdf
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۷). *قواعد فقه بخش قضایی*. ج ۳. چاپ اول. تهران: نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. چاپ ششم. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- مصطفوی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۱). *القواعد (مأه قاعده فقهیه)*. چاپ چهارم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۲۵). *اصول الفقه*. ج ۲. چاپ سوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکی عاملی، شمس الدین (بی‌تا). *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*. ج ۲. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۹). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. ج ۲۶. چاپ پنجم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.



- نهرینی، فریدون (۱۴۰۰). آیین دادرسی مدنی. ج ۳. چاپ دوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- هوشمند فیروزآبادی، حسین (۱۳۹۶). بررسی امکان استخراج ضمان از ادله فقهی احترام. دین و قانون، ۱۶، ۹۹-۱۲۴.

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1338356>

- واحدی، جواد (۱۳۷۱). تقریرات درس آیین دادرسی مدنی. ۳. به کوشش، میرفاضل فاضلی آبلویی. بی‌چا. دانشکده حقوق دانشگاه تهران: بی‌چا.

- Born, G & Šćekić, M (2015). Pre-Arbitration Procedural Requirements 'A Dismal Swamp', Oupup Uncorrected Proof- Firstproof, <https://www.wilmerhale.com/insights/publications/2016-11-12-pre-arbitration-procedural-requirements-a-dismal-swamp>
- Blackaby, N, Partasides, C, Redfern, A & Hunter, M (2009). Redefern and Hunter on International Arbitration. 5th ed. Oxford: Oxford University Press. <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Prelim-Pages-from-Redfern-and-Hunter-5th-Edn.pdf>
- Roth, M (2012). Interim Measures, Journal of Dispute Resolution, 3(2). 225-235. <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2012/iss2/3>
- Thuan, H Q (2021). Emergency Arbitrator An Efficient Mechanism for Commercial Arbitration Development?. *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, 5(2). 54-70.

Legitimacy of the Use of Force in Self-Defense Against Non-State Actors and Its Impact on Host State Rights

Safiye Etemad¹, Peyman Blouri², Malek Zolghadr³

Abstract

Field and Aims: The right of self-defense against non-state actors has gradually gained recognition in state practice. However, its acceptance faces a fundamental challenge: why does the use of defensive force within the territory of another state not constitute a violation of that state's sovereignty? In practice, states invoking self-defense against non-state actors usually justify their actions by pointing to the host state's alleged involvement with such actors. Nevertheless, from a legal perspective, the basis for such justification remains unclear.

Method: This research adopts a descriptive-analytical approach, drawing on legal doctrines, scholarly debates, and state practice to examine the different interpretations of host state involvement in the conduct of non-state actors.

Findings and Conclusions: Various legal theories have been proposed: some equate host state involvement with "attribution," others interpret it as "complicity," while another view regards it as a breach of the host state's duty to prevent harm to other states from its territory. Yet, none of these approaches has achieved broad consensus. This article explores an alternative and less-discussed solution: treating self-defense as a circumstance precluding wrongfulness. Although this solution also appears incomplete and international law still retains ambiguities in this regard, it may nonetheless provide a more coherent framework for the development of the concept of self-defense against non-state actors.

Keywords: Self-defense, Non-state Actors, Use of Force, Host State, Armed Attack.

*Citation (APA): Etemad, S.; Blouri, P.; Zolghadr, M. (2024). Legitimacy of the Use of Force in Self-Defense Against Non-State Actors and Its Impact on Host State Rights. *International Legal Research*, 17(66), 113-135.

1. PhD Candidate in International Law, Faculty of Law, Theology, and Political Science, Islamic Azad University, Zanzan, Iran. Email: safiyeetamad@gmail.com

2. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Theology, and Political Science, Zanzan Branch, Islamic Azad University, Zanzan, Iran. (Author). Email: bolori-p@gmail.com

3. Associate Professor, Department of political science, Faculty of Law, Theology, and Political Science, Zanzan Branch, Islamic Azad University, Zanzan, Iran. Email: Malek_Zolghader@yahoo.com

مشروعیت توسل به زور در دفاع مشروع علیه بازیگران غیر دولتی و تأثیر آن بر حقوق دولت میزبان

صفیه اعتماد^۱، پیمان بلوری^۲✉، مالک ذوالقدر^۳

چکیده

زمینه و هدف: حق دفاع مشروع در برابر بازیگران غیردولتی به تدریج در رویه دولت‌ها جایگاه بیشتری یافته است. با این حال، پذیرش این حق با چالشی اساسی روبه‌رو است: چرا توسل به نیروی دفاعی در قلمرو یک دولت دیگر نقض حاکمیت سرزمینی آن دولت محسوب نمی‌شود؟ در عمل، دولت‌هایی که به دفاع مشروع علیه بازیگران غیردولتی استناد می‌کنند، معمولاً دخالت یا همکاری دولت میزبان با این بازیگران را مبنای توجیه اقدام خود قرار می‌دهند. با این وجود، از منظر حقوقی، مبنای چنین توجیهی همچنان نامشخص است.

روش: این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از دکترین‌های حقوقی، دیدگاه‌های علمی و رویه دولت‌ها، به بررسی تفسیرهای مختلف از مفهوم دخالت دولت میزبان در اقدامات بازیگران غیردولتی می‌پردازد.

یافته‌ها و نتایج: دیدگاه‌های گوناگونی در این زمینه مطرح شده است: برخی دخالت دولت میزبان را معادل «انتساب» دانسته‌اند، برخی آن را «همدستی» تعبیر کرده‌اند و گروهی دیگر آن را نقض تعهد دولت میزبان در جلوگیری از ورود زیان به سایر کشورها از قلمرو خود تلقی کرده‌اند. با این حال، هیچ یک از این رویکردها نتوانسته‌اند اجماع گسترده‌ای به دست آورند. این مقاله راه‌حل متفاوت و کمتر مورد توجهی را بررسی می‌کند: تلقی دفاع مشروع به عنوان «شرایط رافع مسئولیت بین‌المللی». گرچه این راه‌حل نیز کامل به نظر نمی‌رسد و حقوق بین‌الملل همچنان در این زمینه با ابهاماتی مواجه است، اما می‌تواند چارچوب منطقی مناسب‌تری برای توسعه مفهوم دفاع مشروع در برابر بازیگران غیردولتی فراهم کند.

کلیدواژه‌ها: دفاع مشروع، بازیگران غیردولتی، توسل به زور، دولت میزبان، حمله مسلحانه.

* استناددهی (APA): اعتماد؛ صفیه؛ بلوری، پیمان و ذوالقدر، مالک. (۱۴۰۳). مشروعیت توسل به زور در دفاع مشروع علیه بازیگران غیردولتی و تأثیر آن بر حقوق دولت میزبان. تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۷(۶۶)، ۱۱۳-۱۳۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران. رایانامه: Safyeetamad@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران. رایانامه: bolori-p@gmail.com
۳. استادیار گروه علوم سیاسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران. رایانامه: Malek_Zolghader@yahoo.com

مقدمه

توسل به زور توسط بازیگران غیردولتی، پدیده‌ای پیچیده و چالشی در حقوق بین الملل معاصر است که با پیشرفت‌های فناوری و توانمندی‌های نظامی این گروه‌ها تشدید شده است. این تغییرات، واکنش دولت‌ها به تهدیدات غیردولتی را نیز پیچیده کرده و پرسش مهمی را مطرح می‌کند: آیا دولت‌ها می‌توانند در پاسخ به حملات گروه‌های غیردولتی، از حق دفاع مشروع استفاده کنند؟

در چارچوب سنتی حقوق بین الملل و پس از شکل‌گیری منشور ملل متحد، توسل به زور به طور کلی ممنوع است و تنها در موارد دفاع مشروع یا با مجوز شورای امنیت مجاز شمرده می‌شود (رویز، ۲۰۱۰: ۴۸۸). دفاع مشروع در این رویکرد معمولاً محدود به روابط میان دولت‌ها است و حملات گروه‌های غیردولتی که مستقیماً به دولت‌ها نسبت داده نمی‌شوند، خارج از این چارچوب تلقی می‌گردند. با این حال، حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ موجب شد تا بسیاری از کشورها، به‌ویژه ایالات متحده، به‌طور علنی از حق دفاع مشروع علیه گروه‌های غیردولتی بهره‌گیرند (رویز، ۲۰۱۰: ۴۸۷). این رویکرد در مقابله با گروه‌هایی مانند القاعده و داعش نیز به کار گرفته شد، اما هنوز به‌طور کامل در عرصه بین‌المللی پذیرفته نشده و برخی کشورها آن را مغایر با حاکمیت ملی و تمامیت ارضی دولت‌ها می‌دانند (رویز، ۲۰۰۵: ۳۱۰).

برای توجیه دفاع مشروع علیه گروه‌های غیردولتی، باید نوعی ارتباط میان دولت میزبان و گروه مهاجم وجود داشته باشد. این ارتباط می‌تواند به شکل مستقیم، مانند حمایت مالی یا نظامی، یا به صورت غیرمستقیم، مانند ناتوانی یا بی‌تایلی دولت میزبان در مقابله با گروه‌ها، تفسیر شود (عزیزی، ۱۳۹۳: ۲۱۹؛ تامز، ۲۰۰۹: ۱۰۵۰-۱۰۴۹). نحوه ارزیابی این ارتباط نقش کلیدی در مشروعیت دفاع مشروع دارد، زیرا در شرایطی که دولت میزبان فعالانه از گروه‌های مهاجم حمایت کند، اعمال زور علیه آن دولت توجیه‌پذیر خواهد بود؛ اما در موارد غیرمستقیم، مسائل حقوقی پیچیده‌تر می‌شود، مانند شرایط سوریه و عراق در مقابله با داعش.

از منظر حقوق بین الملل اسلامی، دفاع مشروع یا «جهاد تدافعی» تنها زمانی مشروع است که تجاوز به صورت قطعی و فوری رخ داده باشد و راه‌های مسالمت‌آمیز پاسخ‌دهی به تهدید غیرممکن شده باشد. رعایت اصولی چون تناسب، عدم ضرر به غیرنظامیان و احترام به حاکمیت دولت میزبان الزامی است (ضیاء‌ی بیگدلی، ۱۳۷۰: ۴۱۲؛ بیورزنی، ۱۴۰۰: ۱۱۶). این رویکرد متوازن، ضمن تأکید بر حق امت اسلامی برای دفاع، حرمت تمامیت ارضی دولت‌های مستقل را نیز رعایت می‌کند.



در نهایت، برای مشروعیت توسل به زور علیه گروه‌های غیردولتی، وجود مبنای حقوقی روشن و دقیق ضروری است. این مبنا می‌تواند از طریق تفسیرهای نوین حقوق بین‌الملل، استناد به ماده ۲۱ طرح مسئولیت دولت‌ها و اصول اسلامی شکل گیرد (کاسسه، ۱۴۰۳: ۴۳). چنین چارچوبی، امکان دفاع مشروع را در شرایط تهدید فراهم می‌کند و در عین حال، با رعایت اصول بین‌المللی و موازین شرعی، حرمت حاکمیت و تمامیت ارضی دولت‌ها را حفظ می‌نماید.

۱. دفاع مشروع به عنوان شرایطی منتفی‌کننده منع توسل به زور

تا پیش از سال ۱۹۴۵، نهاد «شرایط جنگی»^۱ (که به آن جنگ «رسمی» یا «فنی»^۲ نیز گفته می‌شد) حاکم بر روابط حقوقی میان دول متخاصم بود (رایت^۳، ۲۰۱۷: ۳۶۳-۳۶۲). در این وضعیت، قانون صلح کاملاً کنار گذاشته می‌شد و قانون جنگ جایگزین آن می‌گردید. همچنین، در چنین شرایطی، قراردادهای صلح‌زمانه یا به طور کامل منحل می‌شدند یا حداقل به حالت تعلیق درمی‌آمدند (نصف^۴، ۲۰۰۵: ۱۷۷). به این ترتیب، اقدامات نظامی که هر یک از طرفین درگیر در جنگ اتخاذ می‌کرد، نمی‌توانست حقوق و تعهدات حاکم بر روابط آن‌ها در زمان صلح را نقض یا حتی تحت تأثیر قرار دهد.^۵

امروزه، «شرایط جنگی» بیشتر مثل گذشته مطرح نیست و دیگر، دولت‌ها ادعای قرار گرفتن در «شرایط جنگی» ندارند؛ حتی زمانی که در حال درگیری‌های مسلحانه هستند (خسروی، ۱۳۷۴: ۱۲۰). در شرایط کنونی، دولتی که در جنگ مسلحانه شرکت دارد، به صورت رسمی در وضعیت «صلح» باقی می‌ماند (کرافورد^۶، ۱۹۹۹: ۷۵). این بدان معناست که تمام روابط حقوقی آن دولت‌ها در طول مدت درگیری‌های نظامی برقرار است.^۷ در چنین شرایطی، استفاده از زور می‌تواند روابط حقوقی مختلف میان دولت‌ها را دچار اختلال کند (نصف، ۲۰۰۵: ۳۳۵)؛ برای مثال، اگر از زور در قلمرو یک دولت استفاده شود، این عمل علاوه بر نقض ممنوعیت توسل به زور، به عنوان تداخل در حاکمیت سرزمینی آن دولت و حق آن برای مصون‌ماندن از مداخله خارجی نیز محسوب می‌شود (عبداللهی، بهزادی، ۱۳۹۹: ۱۸۳).

به طور معمول، این اختلالات نقض قوانین بین‌المللی را تشکیل می‌دهند؛ اما اگر یک دولت برای دفاع از خود از زور استفاده کند، چه اتفاقی می‌افتد؟ طبق حقوق عرفی بین‌الملل، دولت‌ها حق دارند در صورت وقوع حمله مسلحانه، از خود دفاع کنند. این حق به طور گسترده‌ای به

1. State of war

2. Formal or technical war

3. Wright

4. Neff

5. North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain/US) (NATIONS UNIES - UNITED NATIONS, 1910) 11 para 167

6. Crawford

7. ARS art 21 Commentary, at para. 2; James., *Second Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/498 and Add.1-4 (1999), at 75.

رسمیت شناخته شده^۱ و در ماده ۵۱ منشور ملل متحد به صراحت پیش‌بینی شده است و معمولاً، به عنوان «استثنا» از ممنوعیت توسل به زور شناخته می‌شود. بنابراین، توسل به زور در دفاع مشروع که از ممنوعیت آن مستثنی شده است، خود نقض این ممنوعیت به حساب نمی‌آید؛^۲ اما آیا این اقدام دفاعی می‌تواند در روابط حقوقی دیگر دولت‌ها نیز قانونی باشد؟ در این زمینه، ماده ۲۱ طرح مسئولیت دولت‌ها برای اعمال خلاف حقوق بین‌الملل به‌طور ویژه برای توجیه نقض حقوق دیگر دولت‌ها به دلیل استفاده از زور دفاعی در نظر گرفته شده است.

۱-۱. تأثیرات دفاع مشروع بر روابط حقوقی دولت قربانی و دولت مهاجم

برای تبیین عملکرد و دامنه ماده ۲۱، روابط حقوقی میان دولت‌های درگیر در مخاصمه مسلحانه به سه دسته تقسیم می‌شود: نخست، روابط متأثر از ممنوعیت توسل به زور و استثنای آن، یعنی حق دفاع مشروع؛ دوم، سایر روابط حقوقی (قراردادی یا عرفی) مانند حاکمیت سرزمینی، عدم مداخله، حقوق تجاری و فناوری؛ و سوم، روابطی که دولت‌ها در آن ملزم به رعایت «احتیاط کامل» هستند، همچون قواعد حقوق بشردوستانه و حقوق بشر بین‌المللی (باکستر^۳، ۱۹۸۰: ۵۴۹). حق دفاع مشروع مشروع به‌عنوان یک قاعده عرفی می‌تواند نقض روابط دسته اول و دوم را توجیه کند: مشروعیت استفاده از زور در دسته اول با ماده ۵۱ و مشروعیت آسیب به روابط دسته دوم با ماده ۲۱ تبیین می‌شود؛ اما روابط دسته سوم، حتی در شرایط دفاع مشروع، غیرقابل نقض‌اند.^۴

۱-۱-۱. دسته نخست رابطه حقوقی: مشروعیت توسل به زور

بر اساس اصول بنیادین حقوق بین‌الملل، دولت‌ها مکلف به رعایت تعهد خود مبنی بر عدم توسل به زور علیه یکدیگرند؛ تعهدی که در ماده ۲ بند ۴ منشور ملل متحد تصریح شده و از قواعد آمره^۵ به شمار می‌رود. با این وجود، این قاعده دارای یک استثنای شناخته‌شده است و آن حق دفاع مشروع در برابر حمله مسلحانه است (هلمرسن^۶، ۲۰۱۴: ۱۶۷). بنابراین، توسل به زور اصولاً ممنوع است، مگر آنکه در مقام دفاع مشروع اعمال گردد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل (ILC) در تفسیر خود، ممنوعیت توسل به زور و استثنای دفاع مشروع را به‌عنوان اجزای یک هنجار واحد تلقی می‌کند.^۷ به بیان ساده: «استفاده از زور ممنوع است، مگر در دفاع مشروع» (کامرهوفر^۸، ۲۰۱۱: ۹). این برداشت بر پایه نظر دولت‌ها شکل گرفته

1. Nicaragua, Memorial of Nicaragua (1985), ICJ Pleadings, vol. IV, at 115.

2. Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica), ICJ, Memorial of Nicaragua (1987), at 109.

3. Baxter

4. ARS art 21 Commentary, at para. 4.; ICJ Rep. 226, at 242, para. 30.

5. Jus Cogens

6. Helmersen

7. Ethiopia (1980), UN Doc. A/C.6/35/SR.51, at 12, para. 46.

8. Kammerhofer



است که دفاع مشروع را نه مغایر با ممنوعیت توسل به زور، بلکه از آغاز امری مشروع و خارج از شمول آن ممنوعیت دانسته‌اند (ولر^۱، ۲۰۱۵: ۱۱۷۲-۱۱۷۵؛ فلسفی، ۱۳۷۱: ۹۱).

با این حال، رویکرد کمیته حقوق بین‌الملل ILC با انتقاداتی مواجه شده است. برخی حق دفاع مشروع را قاعده‌ای مستقل می‌دانند که در کنار قاعده ممنوعیت قرار دارد. در این صورت، دو قاعده نسبت به یک وضعیت واحد اعمال می‌شوند: ممنوعیت استفاده از زور آن را غیرقانونی می‌داند و قاعده دفاع مشروع همان عمل را مجاز می‌شمارد. این وضعیت منجر به تعارض هنجاری می‌شود که تنها با اصل «برتری قاعده بالاتر»^۲ قابل حل است. اگر ممنوعیت توسل به زور مقدم باشد، دفاع مشروع غیرقانونی خواهد بود؛ نتیجه‌ای که با رفتار دولت‌ها در عمل سازگار نیست.^۳

برای حل این پارادوکس، دو راه حل مطرح گردیده است: نخست، تلقی دفاع مشروع به عنوان قاعده‌ای بنیادین و الزام‌آور برتر از سایر قواعد؛ دوم، محدود کردن الزام‌آوری به ممنوعیت «تجاوز» و نه همه اشکال توسل به زور؛ بدین ترتیب، تعارض به سطح قواعد عادی تقلیل یافته و دفاع مشروع به دلیل خاص بودن، برتری می‌یابد. با این حال، هیچ‌یک از این دو تفسیر در حقوق بین‌الملل مثبت پشتوانه‌ای ندارد؛ چرا که دولت‌ها نه دفاع مشروع را در زمره قواعد آمره شناسایی کرده‌اند و نه از الزام‌آوری کامل ممنوعیت توسل به زور صرف‌نظر نموده‌اند.

بر این اساس، هرچند برداشت کمیسیون حقوق بین‌الملل به دلیل سادگی و انسجام بیش از حد، مورد انتقاد قرار گرفته است، اما همچنان دقیق‌ترین و واقع‌بینانه‌ترین تفسیر در خصوص رابطه میان قاعده ممنوعیت، توسل به زور و استثنای دفاع مشروع به شمار می‌رود.

بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد استفاده از زور را در حقوق بین‌الملل ممنوع می‌داند، اما ماده ۵۱ این منشور، امکان توسل به زور را در چارچوب دفاع از خود مجاز می‌شمارد. بر اساس متن این ماده، معمولاً چنین تفسیر می‌شود که دفاع مشروع از طریق زور، زمانی معتبر است که یک دولت در برابر حمله دولت دیگر قرار گیرد. با این حال، شدت استفاده از زور باید به حدی برسد که بتوان آن را در چارچوب حمله مسلحانه تعریف کرد. بررسی رویه دولت‌ها در اجلاس‌های مربوط به تعریف تجاوز نشان می‌دهد که بسیاری از کشورها معتقدند تنها شدیدترین اشکال توسل به زور، حمله مسلحانه محسوب می‌شود (احمدی‌فرد و دیگران، ۱۴۰۲: ۵۶). در پرونده نیکاراگوئه، دیوان بین‌المللی دادگستری اظهار داشت که «امروزه، توافق کلی بر سر ماهیت اقداماتی که می‌توان آن‌ها را حمله مسلحانه تلقی کرد، وجود دارد».^۴

1. Weller

2. lex superior

3. Nicaragua, Memorial of Nicaragua, ICJ Pleadings, vol IV (1985), at 110-111; and oral statement, ICJ Pleadings, vol V (1985), at 210-212.

4. Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, para. 195



در تفسیر ماده ۵۱ منشور، عوامل متعددی مانند میزان زور، هدف، هویت مهاجم، ماهیت نظامی اقدام و قابلیت انتساب آن به دولت اهمیت دارد. حمله مسلحانه تنها محدود به تجاوز به سرزمین یک کشور (از جمله حریم هوایی و آب‌های سرزمینی) نیست، بلکه حمله به نیروهای نظامی، سفارتخانه‌ها، شهروندان در خارج از مرزها و حتی کشتی‌ها و هواپیماهای غیرنظامی را نیز شامل می‌شود. پرسش اصلی این است که آیا این مفهوم به سایر ابعاد فرامرزی هم تسری می‌یابد یا خیر. ماده ۵۱ به دولت‌ها اجازه توسل به زور در دفاع مشروع را می‌دهد، در حالی که ماده ۲ بند ۴ هرگونه استفاده از زور را ممنوع کرده است. در واقع، دفاع مشروع استثنایی بر ممنوعیت توسل به زور محسوب می‌شود. با این حال، این حق مجوز نقض سایر حقوق دولت مهاجم را نمی‌دهد.

در خصوص عملیات «طوفان الاقصی»، اسرائیل اقدامات خود علیه مردم فلسطین را ذیل دفاع مشروع توجیه می‌کند و کشورهای چون آمریکا، فرانسه و بریتانیا نیز از این موضع حمایت کرده‌اند.^۱ با این وجود، دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ۲۰۰۴ درباره دیوار حائل اعلام کرد اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی حق دفاع مشروع ندارد. هرچند اسرائیل مدعی خروج از غزه در سال ۲۰۰۵ است، اما دیدگاه غالب این است که اشغال از ۱۹۶۷ تاکنون ادامه داشته و عقب‌نشینی جزئی این وضعیت را تغییر نداده است (محمدی و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۲۹).

از منظر جایگاه حماس، اگر آن به عنوان ارکان دولت فلسطین تلقی شود، چون اسرائیل فلسطین را به رسمیت نمی‌شناسد، اقدامات حماس حمله مسلحانه دولت علیه دولت نیست و در نتیجه، توسل اسرائیل به زور تجاوز محسوب می‌شود. اگر فلسطین دولت تلقی شود، ولی حماس گروهی غیردولتی باشد، حملات ۱۷ اکتبر به فلسطین نسبت داده نمی‌شود و باز هم دفاع مشروع اسرائیل قابل پذیرش نیست. برخی معتقدند که ماده ۵۱ عامل حمله را مشخص نکرده و دفاع مشروع حقی مستقل است، بنابراین اسرائیل در برابر حماس می‌تواند به آن استناد کند (تساگوریاس، ۲۰۲۳: ۷۷)؛ اما این دیدگاه مشکل دارد، زیرا دفاع مشروع تنها استثنایی بر قاعده منع توسل به زور است و در غیاب ممنوعیت، استثناء قابل اعمال نیست. همچنین، برخی بر این باورند که با ابهام در وضعیت غزه، ماده ۲ بند ۴ قابل استناد نیست و در نتیجه، ماده ۵۱ نیز اجرا نمی‌شود؛ مگر آنکه اسرائیل علیه نهادهای که مشمول حمایت ماده ۲(۴) است، اقدام کند (محمدی و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۳۳).

۲-۱-۱. دسته دوم روابط حقوقی: سایر حقوق دولت مهاجم

دولت‌های قربانی و مهاجم علاوه بر ممنوعیت توسل به زور، به طیفی متنوع از حقوق و تعهدات عرفی و قراردادی نیز مقید هستند که ممکن است بر اثر اقدامات نظامی نقض شوند.^۲ در پرونده

1. ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the OPT – ICJ document, 9 July 2024, para 139

2. Guyana v Suriname, Award, 17 September 2007, UNCLOS Annex VII Tribunal (2007), at 147, para. 445.



«سکوهاى نفتى»، دیوان بین‌المللى دادگستری حمله به کشتی نظامی را حمله مسلحانه دانست، اما احتمال حمله مسلحانه علیه کشتی تجارى را نیز منتفى ندانست (احمدی‌فرد و دیگران، ۱۴۰۲: ۵۷). این و دیگر آراء نشان می‌دهند که تعهدات بین‌المللى متنوعی چون معاهدات تجارى، توافقات هوانوردی یا تعهد به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات می‌توانند به واسطه توسل به زور نقض شوند (ممتاز، ۱۳۸۴: ۱۶۳).

مسئله اصلی این است که آیا چنین نقض‌هایی حتی در چارچوب دفاع مشروع توجیه‌پذیرند یا خیر. رویه دیوان (مانند «کرواسی علیه صربستان») نشان می‌دهد که یک اقدام می‌تواند در یک حوزه حقوقی قانونی و در حوزه دیگر، غیرقانونی باشد.^۱ بدین ترتیب، دفاع مشروع ممکن است در ممنوعیت توسل به زور موجه باشد، اما در ارتباط با حاکمیت سرزمینی یا عدم مداخله غیرقانونی تلقی شود.

ماده ۲۱ به‌طور خاص به توجیه آسیب‌های غیرمستقیم ناشی از دفاع مشروع پرداخته است. هرچند دیوان صریحاً نپذیرفته که دفاع مشروع می‌تواند این نقض‌ها را توجیه کند (پادئو^۲، ۲۰۱۵: ۴۵)، اما از رویه آن در پرونده‌های «نیکاراگوئه» و «جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا» استنباط می‌شود که اگر دفاع مشروع ثابت باشد، نقض حاکمیت یا عدم مداخله نیز منتفى خواهد شد.

در رویه دولتی نیز این موضوع مطرح بوده است. در پرونده «سکوهاى نفتى»، آمریکا به استناد ماده ۲۱ ادعا کرد که اقداماتش ناقض معاهده ۱۹۵۵ ایران و آمریکا نیست، زیرا در چارچوب دفاع مشروع صورت گرفته است (احمدی‌فرد و دیگران، ۱۴۰۲: ۵۸). ایران نیز اصل این استدلال را پذیرفت و تأکید کرد که اگر دفاع مشروع ثابت شود، ایالات متحده از مسئولیت معاف خواهد بود.

در نتیجه، به نظر می‌رسد که دفاع مشروع در حقوق عرفی می‌تواند نقض‌های جانبی سایر تعهدات بین‌المللى را توجیه کند. ماده ۲۱ اصول مسئولیت دولت‌ها نیز همین کارکرد را به‌عنوان مکمل ماده ۵۱ منشور ثبت کرده است؛ ماده ۵۱ اثر دفاع مشروع بر ممنوعیت توسل به زور و ماده ۲۱ آثار آن بر سایر روابط حقوقی را مشخص می‌کند.

۳-۱-۱. دسته سوم روابط حقوقی: تعهدات ناشی از «ممنوعیت کامل»

دفاع مشروع به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند آسیب‌های جانبی ناشی از توسل را نسبت به تمام تعهدات دولت قربانی یا حقوق دولت متجاوز توجیه کند (سواری، اصلانی، ۱۳۹۱: ۷۲). تفسیر ماده ۲۱ صراحتاً تعهدات موسوم به «تعهدات ناشی از ممنوعیت کامل» را از شمول خود خارج کرده است. این

1. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia) (2015), ICJ, Judgment of 3 February 2015, at para. 474
2. Paddeu

تعهدات که پس از نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری درباره سلاح‌های هسته‌ای مطرح شدند، محدودیت‌های قطعی برای دولت‌ها حتی در زمان جنگ به شمار می‌آیند؛ از جمله آن‌ها می‌توان به حقوق بشر غیرقابل تغییر، اصول غیرقابل تخطی حقوق بشردوستانه بین‌المللی و سایر تعهدات محدودکننده رفتار در جنگ اشاره کرد.^۱ این استثنا در پرونده سکوه‌ای نفتی^۲ از سوی ایران و در پرونده جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا از سوی اوگاندا مورد استناد قرار گرفت. در این دعاوی تأکید شد که دفاع مشروع تحت هیچ شرایطی نقض حقوق بشر و اصول بشردوستانه را توجیه نمی‌کند. بنابراین، از آنجا که این تعهدات از شمول دفاع مشروع خارج هستند، در این مطالعه به آن‌ها پرداخته نمی‌شود.

۲-۱. تأثیر نیروی (دفاعی) بر دولت‌های ثالث

تفسیر ماده ۲۱ به‌صراحت بیان می‌کند که «اثر اصلی» این ماده این است که از غیرقانونی بودن رفتار دولت در حال دفاع مشروع در برابر دولتی که حمله کرده است، جلوگیری می‌کند. با این حال، استفاده از زور در روابط بین‌الملل ممکن است علاوه بر این، بر حقوق دول ثالث (بی‌طرف) نیز تأثیر بگذارد.^۳ بنابراین، این سوال مطرح می‌شود که آیا دفاع مشروع می‌تواند توجیه‌کننده نقض حقوق دول ثالث باشد؟

در ابتدای تدوین «مقررات مسئولیت دولت‌ها»، کمیسیون به‌طور قطعی این امکان را رد کرده بود که دفاع مشروع بتواند نقض حقوق دول ثالث را توجیه کند. تفسیر ماده ۳۴ پیش‌نویس، که پیش‌درآمدی برای ماده ۲۱ بود، در این زمینه به‌طور شفاف بیان کرده بود که هدف ماده ۳۴ این است که از غیرقانونی بودن آسیب غیرمستقیم که ممکن است یک دولت ثالث در پی اقدامات دفاعی علیه دولتی مهاجم متحمل شود، جلوگیری کند. بدین ترتیب، منافع دول ثالث «به‌طور (احمدی‌فرد و دیگران، ۱۴۰۲: ۵۷) داد. به‌دنبال پیشنهاد گزارشگر ویژه، آقای کرافورد، کمیسیون در سال ۱۹۹۹ اذعان کرد که و اضافه کرد که «نیازی به ذکر صریح این موضوع» در متن یا تفسیر ماده ۲۱ وجود ندارد، زیرا این مسئله «به‌طور کافی توسط قواعد اصلی مرتبط پوشش داده شده است.» (کرافورد، ۱۹۹۹: ۱۹۹۹) «یک دولت در حال دفاع مشروع ممکن است حق داشته باشد علیه یک دولت ثالث اقدام کند»^۴ (۳۰۲). به‌منظور انعکاس این تغییر، تفسیر ماده ۲۱ هم‌اکنون اشاره می‌کند که این ماده «تمام مسائل مربوط به اثرات اقدام در دفاع مشروع در برابر دول ثالث را باز می‌گذارد.»^۵

1. ARS art 21 Commentary, at para. 4.

2. Iran statement, Oil Platforms, CR 2003/5, at 41, para. 29. (references omitted)

3. ARS art 21 Commentary, at para. 5.

4. Ibid

5. ARS art 21 Commentary, at para. 5.



۲. شرایط سلب وصف «نامشروع بودن» دفاع و توسل به زور علیه بازیگران غیردولتی^۱

کارگروه کمیسیون حقوق بین الملل^۲ در خصوص ماده ۲۱ فرض را بر این گذاشته بود که دفاع مشروع در زمینه روابط میان دولتی اعمال می شود.^۳ به طور کلی، هرگاه دفاع مشروع میان دو دولت اعمال شود- حتی زمانی که حمله مسلحانه توسط یک طرف خصوصی انجام شده، ولی به آن دولت منتسب باشد (کرافوردف، ۲۰۱۲: ۱۵۸)؛ و استفاده از زور مطابق با اصول (حق دفاع مشروع)^۴ باشد، دفاع مشروع به طور طبیعی اثر جانبی توجیه نقض های غیرمستقیم حقوق دولت مهاجم را نیز به همراه خواهد داشت (تراپ^۵، ۲۰۰۷: ۱۴۲)؛ اما آیا این مقرر می تواند در شرایطی که حملات مسلحانه از سوی بازیگران غیردولتی صورت می گیرد، قابل اعمال باشد؟ به عبارت دیگر، آیا در مواردی که دفاع مشروع علیه یک بازیگر غیردولتی در قلمرو دولت میزبان اجرا می شود، می توان استفاده از زور دفاعی را به گونه ای توجیه کرد که حقوق دولت میزبان آسیب نبیند؟

در اینجا، تفاوت مهمی بین وضعیت «اساسی» که ماده ۲۱ به آن اشاره دارد و این حالت وجود دارد. در این سناریو، یک طرف اضافی به نام بازیگر غیردولتی وارد معادله می شود. این طرف اضافی در سطح نخستین رابطه حقوقی، یعنی رابطه میان دولت قربانی و دولت میزبان، دخالت می کند. اصولاً، ممنوعیت استفاده از زور میان این دو دولت، یعنی دولت قربانی و دولت میزبان، وجود دارد. با این حال، استثنای دفاع مشروع می تواند یک طرف ثالث را نیز، یعنی بازیگر غیردولتی، در بر بگیرد. دولت قربانی طبق قانون موظف است از زور استفاده نکند، مگر آنکه خود هدف حمله قرار گیرد که این حمله ممکن است از سوی یک طرف خصوصی باشد (تامز، ۲۰۰۹: ۳۸۵). به عبارتی دیگر، هرگاه یک دولت هدف حمله مسلحانه قرار گیرد، خواه این حمله از سوی یک دولت باشد یا یک بازیگر غیردولتی، آن دولت مجاز به دفاع مشروع از خود است. این اجازه در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل به طور قانونی تضمین شده است که به طور غیرمستقیم از ماده ۲(۴) منشور حمایت می کند و تضمین می کند که استفاده از زور در دفاع مشروع با ممنوعیت استفاده از زور مغایرت ندارد، حتی اگر این زور علیه یک بازیگر غیردولتی باشد.

اما این طرف اضافی که بازیگر غیردولتی است، توسط دومین دسته از روابط حقوقی که میان دولت قربانی و دولت میزبان قرار دارند، پوشش داده نمی شود. این روابط تنها میان دولت قربانی و

۱. در این عبارت، منظور وضعیتی است که سبب برطرف شدن وصف غیرقانونی بودن دفاع مشروع و کاربست زور علیه کنشگران غیردولتی است.

2. ILC

3. ARS art 21 Commentary, at para. 5

4. jus ad bellum

5. Trapp

دولت میزبان وجود دارند. به همین دلیل است که «معضل» اصلی مطرح می‌شود؛ یعنی دولت قربانی ممکن است حق دفاع مشروع در برابر بازیگران غیردولتی را داشته باشد، اما استفاده از زور دفاعی ممکن است به حقوق دولت میزبان آسیب وارد کند.

دانشمندان حقوق بین الملل راه حل‌های مختلفی برای حل این معضل ارائه کرده‌اند. همانطور که در ابتدای بحث اشاره شد، تمامی این راه حل‌ها بر پایه یک پیش فرض مشترک استوارند: اینکه دولت میزبان به طور خاص با گروه‌های خصوصی که حمله مسلحانه را ترتیب داده‌اند، درگیر است. نوع و میزان درگیری این دولت‌ها معمولاً با معیاری به نام «عدم تمایل یا ناتوانی» سنجیده می‌شود؛ معیاری که خودش تا حدی مبهم بوده و گاهی اوقات از سوی برخی دولت‌ها مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرد. با این حال، آنچه که در اینجا حائز اهمیت است، این است که چگونه می‌توان موضوع درگیری دولت میزبان با این گروه‌ها را به عنوان مبنای توجیه حقوقی مطرح کرد و اینکه که چرا توسل به زور دفاعی در قلمرو دولت میزبان نمی‌تواند حقوق آن دولت را نقض کند. بخش بعدی به بررسی و نقد سه رویکرد اصلی که در ادبیات علمی حقوق بین الملل برای پاسخ به این پرسش ارائه شده است، خواهد پرداخت. سپس، در این قسمت، این پرسش مورد بررسی قرار خواهد گرفت که آیا ماده ۲۱ مقررات مسئولیت دولتها می‌تواند در این زمینه نقشی ایفا کند یا خیر.

۱-۲. ناکافی بودن رویکردهای اصلی

پژوهش‌های حقوقی سه رویکرد درباره دخالت دولت میزبان در ارتباط با بازیگران غیردولتی ارائه کرده‌اند: ۱) به عنوان بخشی از ضرورت دفاع مشروع (سواری و اصلانی، ۱۳۹۱: ۶۱)؛ ۲) همدستی دولت میزبان با بازیگران غیردولتی و نقض حقوق بین الملل؛ ۳) نقض تعهد به دقت و مراقبت در حمایت از حقوق سایر دولت‌ها. هیچ‌یک از این رویکردها به طور گسترده مورد حمایت عملی و نظری قرار نگرفته‌اند، زیرا هر کدام ناتمام و فاقد توان توضیحی کافی‌اند (حکیمی^۱، ۲۰۱۵: ۳-۴).

برخی نویسندگان این مداخله را ذیل ضرورت دفاع مشروع تحلیل می‌کنند (ترپ، ۲۰۰۷: ۴۹۵). مطابق این دیدگاه، حق دفاع مشروع دولت قربانی پس از حمله مسلحانه بازیگران غیردولتی آغاز و محدود به ضرورت و تناسب است (علیخانی، ۱۳۹۵: ۲۷). بنابراین، اگر دولت میزبان قادر و مایل به مقابله با تهدید باشد، توسل به زور ضرورت ندارد (ساندوز، ۱۳۸۲: ۳۴۱)؛ اما در صورت ناتوانی یا عدم تمایل دولت میزبان، شرط ضرورت محقق شده و دولت قربانی می‌تواند به طور قانونی علیه بازیگران غیردولتی در قلمرو دولت میزبان از زور استفاده کند (تامز، دوانی^۲، ۲۰۱۲: ۹۸-۱۰۱).

1. Hakimi
2. Devaney



این تبیین ساده می‌نماید، اما توضیح نمی‌دهد چرا استفاده دفاعی از زور که موجب تضعیف حقوق دولت میزبان می‌شود، توجیه‌پذیر است. شرط ضرورت صرفاً به نخستین رابطه حقوقی، یعنی استثنای دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور، مربوط است و قانونی بودن استفاده از زور علیه منبع تهدید (بازیگران غیردولتی) را نشان می‌دهد؛ اما این نتیجه‌گیری چیزی درباره مشروعیت تضعیف حقوق دولت میزبان در روابط متقابل دولت‌ها بیان نمی‌کند.

رویکرد دیگر، مداخله دولت میزبان را با نظریه همدستی تبیین می‌کند. مطابق این نظر، دولت میزبان با همدستی در حمله بازیگران غیردولتی، مسئول توسل به زور دفاعی در قلمرو خود شناخته می‌شود؛ هرچند همدستی به معنای انتساب حمله به دولت میزبان نیست، بلکه نقض تعهد به عدم یاری در اعمال نادرست، مسئولیت دولت میزبان را ایجاد می‌کند (ولفروم^۱، فیلیپ^۲، ۲۰۰۲: ۵۹۴؛ ولفروم، ۲۰۰۳: ۳۸). طبق حقوق مسئولیت دولتها، همدستی در عمل نادرست یک دولت دیگر، مسئولیت همدست را به همراه دارد.^۳ در این صورت، دولت میزبان به دلیل کمک به بازیگران غیردولتی، مسئول توقف عمل و جبران خسارت است، نه مسئول اعمال خود آن‌ها (فیلیپ، ۲۰۱۱: ۲۶۹). با این حال، این دیدگاه به سادگی فرض می‌کند که چنین مسئولیتی مجوز توسل به زور در قلمرو دولت میزبان است، بی‌آنکه توضیح دهد چرا همدستی باید چنین پیامدی داشته باشد.

هر دو رویکرد «همدستی» و «تعهد دقت کافی» شباهت‌هایی با استدلال‌های اقدامات متقابل دارند؛ بدین معنا که نقض یک قاعده بین‌المللی می‌تواند به نقض قاعده دیگر (تجاوز به حقوق دولت میزبان) بینجامد؛ اما برخلاف اقدامات متقابل که لزوماً شامل استفاده از زور نیستند، این پرسش باقی می‌ماند که چرا نقض تعهدات در این حوزه می‌تواند مجوز واکنش مسلحانه باشد.

۲-۲. دفاع مشروع به عنوان عاملی برای سلب وصف نامشروع بودن

هیچ کدام از رویکردهای اخیر نتوانسته‌اند به طور دقیق توضیح قانع‌کننده‌ای برای مسأله نقض حقوق دولت میزبان در نتیجه توسل به زور تدافعی علیه بازیگران غیردولتی در قلمرو آن دولت ارائه دهند. حال، آیا ماده ۲۱ می‌تواند راه‌حل جایگزینی برای این مشکل باشد؟

در شرایطی که یک دولت علیه یک بازیگر غیردولتی در قلمرو دولت دیگری از حق دفاع مشروع استفاده می‌کند، این وضعیت در چارچوب ماده ۲۱، که به دفاع مشروع میان دولتی^۴، اشاره دارد، نمی‌گنجد. به عبارت دیگر، وضعیت دولت میزبان بیشتر شبیه به وضعیتی است که در آن، یک طرف ثالث تحت تأثیر اقدام دفاعی قرار می‌گیرد. در این حالت، اقدام دفاعی میان دولت قربانی و بازیگر غیردولتی صورت می‌گیرد و دولت میزبان به عنوان یک دولت ثالث تحت تأثیر

1. Wolfrum

2. Philipp

3. ARS art 16 Commentary, at para. 10

4. Inter-State self-defence

قرار می گیرد. همان طور که در بخش پیشین اشاره شد، کمیسیون حقوق بین الملل به این سوال پاسخ روشنی نداده است که آیا ماده ۲۱ می تواند نقض حقوق دولت های ثالث را به دلیل اقدام دفاعی توجیه کند یا خیر و این مسئله را به شکلی باز رها کرده است. بنابراین، کمیسیون این احتمال را رد نکرده است که ماده ۲۱ ممکن است توجیه کننده نقض حقوق طرف ثالث باشد. از آن جا که ماده ۲۱ یک اثر از حق دفاع مشروع را در حقوق عرفی کشورها کد گذاری می کند، سوال اصلی این است که آیا طبق حقوق عرفی، اعمال دفاع مشروع می تواند تجاوز به حقوق طرف ثالث را مجاز کند؟

برای پاسخ به این سوال، دو مجموعه قوانین مرتبط وجود دارد: نخست، قانون بی طرفی^۱ که حقوق و تعهدات طرف های ثالث را در هنگام درگیری مسلحانه مشخص می کند. اگر یک طرف ثالث با یکی از طرف های درگیر ارتباط برقرار کند، حمایت بی طرفی خود را از دست می دهد و در معرض حمله از سوی طرف مقابل قرار می گیرد. در چنین شرایطی، دیگر نیازی به استناد به ماده ۲۱ نیست و حقوق بی طرفی خود مشکل حقوق دولت میزبان را حل می کند و دوم، خود حق دفاع مشروع است. در شرایط خاصی، فارغ از اینکه آیا یک دولت ثالث در حال درگیری است یا نه، یک دولت مدافع ممکن است به طور قانونی به حقوق دولت های ثالث تجاوز کند.^۲ سوال این جاست که آیا این تجاوز شامل هر یک از حقوق آن ها می شود؟ اگر چنین باشد، می توان این موضوع را تحت ماده ۲۱ کنوانسیون مسئولیت دولتها توجیه کرد.

۱-۲-۲. نقش اصل حقوق «بی طرفی»

در چارچوب قانون بی طرفی، دولت های بی طرف حق دارند که از تأثیرات درگیری های مسلحانه در امان بمانند و موظف به عدم مشارکت و بی طرفی هستند.^۳ اگر دولت بی طرفی به یکی از طرف های درگیری مسلحانه کمک کند، این عمل نقض وظایف بی طرفی آن دولت محسوب شده و در نتیجه، ممکن است در معرض اقدامات تلافی جویانه از سوی طرف درگیر آسیب دیده قرار گیرد. با این حال، این به معنای «مجازات اجباری»^۴ نیست، زیرا حقوق بین الملل استفاده از اقدامات تلافی جویانه مسلحانه را ممنوع کرده است. بنابراین، طرف درگیر آسیب دیده نمی تواند به طور قانونی علیه دولت بی طرف از نیروی مسلح استفاده کند.

مایکل بوت بیان می کند که تنها در شرایط خاصی، زمانی که نقض وظایف بی طرفی دولت به حدی برسد که به یک حمله مسلحانه تبدیل شود، دولت بی طرف ممکن است در معرض حمله اجباری قرار گیرد (بوت^۵، ۲۰۱۳). طبق نظر او، «واکنشی که بر اساس نقض بی طرفی باشد و منجر

1. Law of neutrality

2. ARS art 50(1)(a).

4. Forcible Reprisals

5. Bothe



به استفاده از زور علیه یک دولت دیگر شود، تنها زمانی مجاز است که خود نقض قانون که باعث آن واکنش می‌شود، یک حمله مسلحانه غیرقانونی محسوب شود» (بوت، ۲۰۱۳). این معیار او تا حدودی تک‌بعدی به نظر می‌رسد؛ به‌طور مثال، کمک‌های غیرجانبدارانه‌ای که ایالات متحده، عربستان سعودی و کویت به عراق ارائه دادند، به‌هیچ‌وجه ایران را مجاز به اتخاذ اقدامات نظامی علیه این کشور نمی‌کرد.

با توجه به توضیحات اخیر، به نظر می‌رسد که استفاده از نیروی مسلح در قلمرو دولت میزبان زمانی مجاز خواهد بود که کمک‌های آن دولت به بازیگران غیردولتی به حدی برسد که به منزله یک حمله مسلحانه تلقی شود (دیتر^۱، ۲۰۱۳: ۲۳)؛ اما مسأله اصلی در این است که چگونه باید تعیین نمود که مساعدت‌ها به چه حدی باید برسند تا تبدیل به یک حمله مسلحانه شوند. آیا این نیاز به انتساب مستقیم به دولت میزبان دارد، یا یک حمله غیرمستقیم کافی است؟

اگر بخواهیم این مسئله را از منظر حقوق بی‌طرفانه بررسی کنیم، باید دولت میزبان به حدی درگیر با بازیگران غیردولتی یا دیگر دولت‌های درگیر در جنگ باشد که این منازعات به‌طور مستقیم به یک حمله مسلحانه علیه طرف مقابل تبدیل شود. این مسئله همان چالشی است که در حقوق بین‌الملل و به‌ویژه در ماده ۵۱ منشور ملل متحد با آن مواجهه هستیم: «در صورتی که رفتارهای بازیگران غیردولتی نتوانند به دولت میزبان نسبت داده شوند، هیچ حقی برای طرف آسیب‌دیده در استفاده از نیروی مسلح علیه یا حتی در داخل قلمرو دولت میزبان وجود نخواهد داشت.»

یکی از راه‌های ممکن برای توسعه این موضوع می‌تواند کاهش میزان دخالت دولت میزبان با بازیگران غیردولتی باشد. به این ترتیب، به‌عنوان مثال، عدم تمایل یا ناتوانی دولت میزبان در مقابله با این گروه‌ها ممکن است به حدی باشد که معادل دخالت محسوب شود. اما این دیدگاه نیز دو مشکل عمده دارد: نخست اینکه، نمی‌توان پذیرفت که عدم تمایل یا ناتوانی در مقابله با این گروه‌ها معادل یک حمله مسلحانه است. دوم اینکه، ممکن است بازتعریف این موضوع به‌عنوان بخشی از حق دفاع مشروع خیلی کمک‌کننده نباشد. به هر حال، با توجه به مشکلات موجود در بازتعریف مفهوم حمله مسلحانه در چارچوب حق دفاع مشروع، احتمال توسعه حقوق بی‌طرفی در این راستا بسیار کم است.

۲-۲-۲. دفاع مشروع و طرف‌های ثالث

حق دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل ممکن است به دولت‌ها اجازه دهد که در مواردی علیه طرف‌های ثالث از نیروی نظامی استفاده کنند یا دست‌کم نقض حقوق آن‌ها را توجیه کند

1. Dieter

(میخائلسن^۱، ۲۰۰۳: ۳۶۳). نمونه‌های تاریخی شامل ایجاد مناطق جنگی یا انحصاری دریایی در دریا‌های آزاد است که آزادی ناوبری همه دولت‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد (کلین، ۲۰۱۱: ۲۷۵). اگرچه در گذشته این اقدامات معمولاً با استناد به حقوق جنگ طلبانه توجیه می‌شد، اما در دهه‌های اخیر استفاده از دفاع مشروع به عنوان مبنای قانونی این مداخلات افزایش یافته است. دولت‌هایی مانند فرانسه در دوران اضطرابی الجزایر (دهه ۱۹۵۰) و پاکستان در درگیری با هند (۱۹۶۵) مداخلات خود در حمل و نقل بی‌طرفانه را بر اساس دفاع مشروع توجیه کردند (هامفری^۲، ۱۹۹۷: ۲۹). بریتانیا نیز با استناد به دفاع مشروع، ایجاد منطقه ۲۰۰ مایلی انحصاری دریایی در اطراف جزایر فالکلند/مالویناس^۳ و ایجاد «حباب‌های امنیتی» اطراف کشتی‌های جنگی خود را مشروع دانست (لیکو^۴، ۱۹۸۸: ۵۳). بریتانیا نیز در راستای حق دفاع مشروع، ایجاد منطقه ۲۰۰ مایلی انحصاری دریایی در اطراف جزایر فالکلند/مالویناس و همچنین، ایجاد «حباب‌های امنیتی»^۵ در اطراف کشتی‌های جنگی خود در هنگام عبور از اقیانوس اطلس را توجیه کرده است.^۶ این اقدامات ابتدا محدود به کشتی‌های آرژانتینی بود، اما بعدها به هر کشتی حمایت‌کننده از آرژانتین نیز گسترش یافت.

در جنگ ایران و عراق، بریتانیا و ایالات متحده مداخله در حمل و نقل بی‌طرفانه را تحت عنوان دفاع مشروع پذیرفتند (نطاق‌پور، شاهقلیان قهقرخی، ۱۳۹۶: ۱۳۶). بریتانیا اعلام کرد که می‌تواند کشتی‌های تجاری خارجی را در دریا‌های آزاد بازرسی کند، اگر شواهدی از حمل سلاح برای طرف مقابل وجود داشته باشد (گری، ۱۹۸۲: ۴۲۳). ایران نیز مناطق جنگی و محاصره دریایی برای نظارت بر عبور کشتی‌ها ایجاد کرد و عراق اقدامات مشابهی را به عنوان دفاع مشروع تلافی‌کننده توجیه نمود (ممتاز، طراز کوهی، ۱۳۷۳: ۵، ۸؛ ترک‌زاده، ۱۳۹۸). این اقدامات از سوی دولت‌ها و شورای امنیت مورد انتقاد قرار گرفت؛ بی‌توجهی به اصل احتیاط باعث شد حملات به کشتی‌های بی‌طرف نقض قوانین بین‌المللی تلقی شود (لکو، ۱۹۸۸: ۶۴۴).

پس از ۱۱ سپتامبر، ایالات متحده با دکترین «اقدام پیش‌دستانه» تهدیدات احتمالی از سوی بازیگران غیردولتی یا کشورهایی که از آن‌ها حمایت می‌کنند را مبنای توسل به زور قرار داد، حتی پیش از وقوع حمله واقعی. حمله به عراق در ۲۰۰۳ نمونه‌ای از اجرای عملی این دکترین بود که توجیهاتی چون سلاح‌های کشتار جمعی و ارتباط عراق با تروریسم داشت، اما هیچ‌یک

1. Michaelson

2. Humphrey

3. Falkland/Malvinas

4. Leckow

5. security bubbles

6. Debate on the subject of the Falkland Islands, in (1982) 53 British Yearbook of International Law (BYIL) 540 (statement by Margaret Thatcher); and the various letters to the President of the UN Security Council in (1982) 53 BYIL 539-549.



مشروعیت حقوقی بین‌المللی نیافت و شورای امنیت قطعنامه جدیدی صادر نکرد (محمدرفیعی، ۱۳۸۱: ۸۸).

این اقدامات سؤالات جدی درباره حقوق دولت میزبان ایجاد می‌کند. توسل پیش‌دستانه به زور بدون رضایت دولت میزبان و خارج از چارچوب شورای امنیت مغایر اصل تمامیت ارضی و عدم مداخله است و اگر به رویه تبدیل شود، می‌تواند نظم حقوقی بین‌المللی را تضعیف کند. توسعه مفهوم دفاع مشروع به تهدیدات بالقوه و بازیگران غیردولتی، بدون معیارهای عینی و نظارت شورای امنیت، خطر استفاده ابزاری و یکجانبه از آن را افزایش می‌دهد. در نتیجه، حمله به عراق نه تنها استثنایی مشروع در قاعده منع توسل به زور ایجاد نکرد، بلکه چندجانبه‌گرایی را تضعیف و حقوق دولت میزبان را نقض کرد و بی‌اعتمادی به نهادهای بین‌المللی را افزایش داد.

۳-۲-۲. تفسیر ماده ۵۱ منشور ملل متحد در خصوص دفاع مشروع

پس از حملات ۱۱ سپتامبر، تفسیر ماده ۵۱ منشور ملل متحد درباره دفاع مشروع با چالش تازه‌ای روبه‌رو شد؛ زیرا تهدیدات نه از سوی دولت‌ها بلکه، از جانب بازیگران غیردولتی پدیدار شدند؛ تا پیش از آن، برداشت رایج دفاع مشروع را تنها در برابر حمله مسلحانه دولت‌ها می‌پذیرفت، اما برخی دولت‌ها و حقوق‌دانان بر این باورند که اگر دولتی نتواند یا نخواهد جلوی اقدامات تروریستی در قلمروش را بگیرد، دولت قربانی می‌تواند حتی بدون رضایت دولت میزبان از زور استفاده کند (ظریف و آهنی امینه، ۱۳۹۱: ۶۰).

این تفسیر در اقدام آمریکا علیه القاعده در افغانستان متجلی شد؛ شورای امنیت نیز در قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ با اشاره به «حق ذاتی دفاع مشروع»، واکنش آمریکا را تلویحاً تأیید کرد. حملات اسرائیل به حزب‌الله در لبنان و عملیات ترکیه علیه پ.ک.ک نیز بر همین مبنا توجیه شدند (متقی‌پور، ۱۳۸۲: ۳۶). در مقابل، برخی دولت‌ها و حقوق‌دانان این رویکرد را نقض اصل تمامیت ارضی و ممنوعیت توسل به زور دانسته‌اند (آکمان^۱، ۲۰۰۳: ۲۳۳).

مدافعان تفسیر مضیق تأکید می‌کنند که مسئولیت مقابله با گروه‌های غیردولتی برعهده دولت میزبان است و تنها در صورت ناتوانی کامل و تحت نظارت شورای امنیت، مداخله مشروع است. همچنین، همه اقدامات غیردولتی «حمله مسلحانه» محسوب نمی‌شوند و تنها حملات بزرگ مانند ۱۱ سپتامبر، می‌توانند چنین اعتباری داشته باشند (ظریف و آهنی امینه، ۱۳۹۱: ۶۲).

با این حال، در عمل شاهد تضعیف حاکمیت دولت میزبان هستیم. در کشورهایی چون سوریه، یمن، عراق و سومالی، عملیات خارجی‌ها بدون رضایت میزبان یا مجوز شورای امنیت انجام شده است. این امر موجب نگرانی دولت‌های ضعیف از «مشروعیت‌زدایی از اصل حاکمیت» شده است (آلن اکتل، ۱۳۸۲: ۱۲۰۰).

1. Ackerman



نمونه دیگری از مناقشه مربوط به تحریم‌های نفتی آمریکا علیه ایران است. توقیف نفتکش گریس ۱ در ۲۰۱۸، با انتقاد اتحادیه اروپا مواجه شد که آن را ناقض قوانین بین‌المللی دانست (درودگری و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۵۱). در این زمینه نیز بحث بر سر دامنه حق دفاع مشروع و محدود یا گسترده بودن آن در مداخلات بر آزادی ناوبری ادامه دارد. ناتالی کلاین تأکید می‌کند که باید رویه‌های جدید را با گذشته مقایسه کرد، زمانی که پذیرش دفاع مشروع برای محدود کردن آزادی دریانوردی کمتر بود (کلین، ۲۰۱۱: ۲۷۵).

بر اساس پرونده نیکاراگوئه، تنها دفاع مشروع طبق ماده ۵۱ می‌تواند مبنای مداخله نسبت به کشتی‌ها در تحریم‌های اقتصادی باشد و عبور بی‌ضرر اصل حاکم است؛ مگر آنکه صلح و امنیت دولت ساحلی مختل شود (درودگری و دیگران، ۱۴۰۲: ۱۵۲). این امر نشان‌دهنده تمایل دولت‌ها به پذیرش نقض حقوق دولت‌های ثالث هنگام اعمال دفاع مشروع است. موضع بریتانیا نیز توجیه می‌کند که در صورت وجود ظن معقول از ارتباط میان دولت ثالث و مهاجم، نقض حقوق آزادی ناوبری مجاز است (پولات^۱، ۲۰۱۹: ۳۳).

اگر این منطق به سناریوی بازیگران غیردولتی تعمیم یابد، می‌توان دفاع مشروع علیه آنان را حتی با نقض حقوق دولت میزبان توجیه کرد؛ مشروط بر وجود ارتباط واقعی میان دولت میزبان و مهاجم. در این چارچوب، استفاده از زور با ماده ۵۱ توجیه می‌شود و نقض حقوق دولت ثالث با ماده ۲۱ مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها؛ زیرا این ماده شرایط «معاف از نقض» را پیش‌بینی می‌کند و تنها استثنایی است که می‌تواند نقض تعهدات مرتبط با استفاده از زور را مشروعیت بخشد (پولات، ۲۰۱۹: ۳۶).

در نهایت، تعارض میان تفسیر توسعه‌گرا و محدودکننده از ماده ۵۱ بیانگر اختلاف بنیادین در فهم حقوق بین‌الملل و تغییر ماهیت تهدیدات است. نبود اجماع یا اصلاح صریح منشور موجب شده تفسیر از دفاع مشروع همچنان مبهم و محل مناقشه باقی بماند و نیازمند توازنی میان امنیت دولت‌ها و صیانت از حاکمیت دولت‌های میزبان باشد.

بحث و نتیجه‌گیری

در دهه‌های اخیر، مسئله توسل به زور علیه بازیگران غیردولتی یکی از پیچیده‌ترین موضوعات در حقوق بین‌الملل بوده است. از یک سو، دولت‌ها نمی‌توانند در برابر تهدیدهای ناشی از حملات گروه‌های غیردولتی بی‌دفاع بمانند و حفظ امنیت ملی و امنیت شهروندان‌شان مستلزم اقدام است. از سوی دیگر، هر گونه مداخله در قلمرو دولت دیگر، نقض حاکمیت ملی آن و تعارض با اصول بنیادین حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود. این تعارض موجب شده که تعریف و تعیین حدود

1. Pulat



مشروعیت دفاع مشروع در مقابل بازیگران غیردولتی به چالشی جدی تبدیل شود. پذیرش تدریجی حق دفاع مشروع علیه گروه‌های غیردولتی در حال گسترش است، اما هنوز اجماع جهانی در این زمینه شکل نگرفته و توجیه قانونی توسل به زور در سرزمین دولت میزبان با محدودیت‌های قابل توجهی مواجه است.

پژوهشگران و حقوق‌دانان با ارائه دیدگاه‌های مختلف تلاش کرده‌اند تا این نوع مداخلات را توجیه کنند. برخی بر اصل «ضرورت» دفاع مشروع تأکید دارند و آن را تنها راه پاسخگویی به تهدیدهای امنیتی می‌دانند. گروهی دیگر دولت میزبان را به دلیل همکاری ضمنی یا قصور در جلوگیری از فعالیت گروه‌های غیردولتی، «همدست» می‌دانند و برخی نیز با استناد به نقض تعهد دولت میزبان در کنترل این گروه‌ها، توسل به زور را قابل‌پذیرش می‌دانند. با این حال، هیچ‌یک از این رویکردها به طور کامل قادر به حل تناقض بین حق دفاع دولت‌ها و احترام به حاکمیت دولت میزبان نیستند.

در این میان، پژوهش حاضر رویکرد نوینی ارائه می‌دهد که بر ماده ۲۱ پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها مبتنی است. این ماده، دفاع مشروع را به عنوان یکی از شرایط توجیه‌کننده رفتار ناقض تعهد بین‌المللی معرفی می‌کند. بر اساس این دیدگاه، اگر توسل به زور بر پایه ماده ۵۱ منشور ملل متحد به عنوان دفاع مشروع تلقی شود، دیگر نمی‌توان آن را به عنوان نقض حقوق دولت میزبان یا تجاوز به حاکمیت آن محسوب کرد. این رویکرد تلاش می‌کند پیوند میان ماده ۵۱ منشور و ماده ۲۱ پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها را برقرار کند و چارچوبی حقوقی و منسجم برای مشروعیت اقدامات نظامی علیه بازیگران غیردولتی در سرزمین دولت میزبان فراهم آورد.

با این حال، موانع حقوقی و عملی همچنان قابل توجه هستند. از منظر حقوقی، حمله‌ای که دفاع مشروع را فعال می‌کند، باید غیرقانونی باشد؛ در غیر این صورت، مفهوم دفاع مشروع دچار دور باطل شده و هر دولت یا گروه می‌تواند با ادعای دفاع، توسل به زور را توجیه کند. افزون بر این، در حقوق بین‌الملل هنوز ممنوعیت مشخصی برای توسل به زور از سوی بازیگران غیردولتی وجود ندارد و این خلاء قانونی چالش مضاعفی ایجاد می‌کند. نمونه‌های معاصر، مانند حمله ۷ اکتبر حماس و واکنش نظامی اسرائیل، پیچیدگی مسئله را بیشتر نشان می‌دهند؛ زیرا شناسایی یا عدم شناسایی دولت و تفسیر ماده ۵۱ منشور در این شرایط، محل اختلاف است.

موضوع گسترش مفهوم حمله مسلحانه نیز اهمیت دارد. برخی پژوهش‌ها پیشنهاد کرده‌اند که حملات مستمر و پراکنده بازیگران غیردولتی، به ویژه زمانی که تهدیدی سازمان‌یافته برای امنیت ملی ایجاد کنند، می‌تواند به عنوان حمله مسلحانه محسوب شود. این رویکرد تلاش دارد شکاف میان ماده ۲(۴) و ماده ۵۱ منشور را کاهش دهد و امکان توسل به دفاع مشروع را در مقابل تهدیدات کم‌شدت یا پراکنده فراهم آورد. با این حال، دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به این

تفسیر محتاط است و هنوز اجماع حقوقی بر پذیرش آن شکل نگرفته است، هرچند برخی دولت‌ها برای توجیه اقدامات خود از آن بهره می‌برند.

در چارچوب حقوق اسلامی، دفاع مشروع در برابر بازیگران غیردولتی تنها زمانی مشروعیت می‌یابد که سه اصل رعایت شوند: وقوع تجاوز قطعی، ضرورت اقدام و تناسب دفاع. اسلام با تأکید بر ماهیت دفاعی جهاد، ضمن به رسمیت شناختن حق مقابله با تهدیدات امنیتی، مرزهای دقیقی برای این حق تعیین کرده است؛ از جمله حفظ حرمت تمامیت ارضی دولت میزبان، تفکیک نظامیان از غیرنظامیان و پرهیز از اقدامات تلافی‌جویانه. در این چارچوب، توسل به زور همواره آخرین راه حل است و باید با رعایت موازین شرعی و اصول بشردوستانه همراه باشد؛ به گونه‌ای که ضمن تأمین امنیت جمعی، حقوق دولت میزبان و اصول حقوق بشردوستانه نیز حفظ شود.



منابع کتاب‌ها

- ممتاز، جمشید، (۱۳۸۴). مجموعه مقالات پیرامون: رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوه‌های نفتی، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- خسروی، علی اکبر (۱۳۷۴). حقوق بین‌الملل دفاع مشروع، تهران، موسسه فرهنگی آفرینه.
- کاسسه، آنتونیو (۱۴۰۳). نقش زور در روابط بین‌الملل، ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران، آگاه.

مقالات

- احمدی‌فرد، مرتضی؛ خاتمی، مهدی؛ آزادبخت، فرید (۱۴۰۲). نظریه انباشت وقایع در توسل به دفاع مشروع بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۷۰.
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2023.706167>
- آلن اکنل، ماری (۱۳۸۲). مشروعیت توسل به زور علیه عراق، بررسی نظریه پیش‌دستی در دفاع از خود، ترجمه سیدحسن سادات میدانی، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۱۸، شماره ۱.
https://jms.ihu.ac.ir/article_202930.html
- بیگدلی، محمدرضا ضیائی (۱۳۷۰). مشروعیت جنگ و توسل به زور از دید حقوق بین‌الملل، مجله سیاست خارجی، تهران، دفتر مطالعات بین‌المللی، شماره ۵.
- ترک‌زاده، محمدحسین، (۱۳۹۸). تردد کشتی‌های نظامی در آب‌های بین‌المللی از منظر حقوق بین‌الملل، چهارمین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، همدان.
<https://civilica.com/doc/1001239/>
- حاجی‌خواجه‌لو، علی بزمی؛ (۱۳۹۸). اثرسنجی و پیامدسنجی اصول حاکم برخط و مشی و دیپلماسی کشورهای جهان غرب در وقوع جنگ ایران و عراق، دفاع مقدس، دوره ۴، شماره ۲.
https://fndm.ihu.ac.ir/article_205112.html
- دروگری، ریحانه؛ زیاری، حاتم؛ میرلواسانی، سمیه‌سادات (۱۴۰۲). مداخله در کشتی‌رانی بین‌المللی با مطالعه موردی توقیف نفت‌کش‌ها توسط کشورها در اجرای تحریم‌های فرامرزی داخلی و بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۵۶.
<https://doi.org/10.48300/jlr.2022.359891.2165>
- ساندوز، ایو، (۱۳۸۲). مبارزه علیه تروریسم و حقوق بین‌الملل: خطرات و فرصت‌ها، ترجمه حسن سواری، مجله حقوقی، شماره ۲۹، پاییز.
sid.ir/paper/433228/fa
- سواری، حسن؛ اصلانی، خهبات، (۱۳۹۱). عملیات مسلحانه بازگیران غیردولتی علیه کشورها: تشکیک در قواعد حاکم بر توسل به زور، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیستم و نهم، شماره ۴۶.
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2012.16561>

-ظریف، محمدجواد؛ آهنی امینه، محمد. (۱۳۹۱). دفاع مشروع پیش‌دستانه و مشروعیت کاربرد زور در روابط بین‌الملل یا نقش مکرر منشور ملل متحد، فصلنامه تحقیقات سیاسی و بین‌المللی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرضا، شماره ۱۲.

sid.ir/paper/172921/fa

-عبداللهی، محسن؛ بهزادی، کیوان، (۱۳۹۹). موانع آمه‌بودن قاعده منع توسل به زور، نشریه حقوقی بین‌المللی سال ۳۷، پاییز و زمستان، شماره ۶۳.

<https://doi.org/10.22066/cilamag.2020.114134.1786>

-عزیزی، ستار؛ نظری، خاطره (۱۳۹۳). حدود دفاع مشروع دولت قربانی علیه کشگران غیردولتی، فصلنامه سیاست جهانی، دوره سوم، شماره ۴.

https://interpolitics.guilan.ac.ir/article_136_3.html

-علیخانی، مهدی، (۱۳۹۵). قاعده منع توسل به زور و دفاع مشروع در شرایط قابل‌پیش‌بینی، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، دوره ۱۱، شماره ۴، پیاپی ۴۴.

https://www.isjq.ir/article_93472.html

-فلسفی، هدایت‌الله، (۱۳۷۱). روش‌های شناخت حقوق بین‌الملل شناخت منطقی حقوق بین‌الملل، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.

https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56461.html

-قاسمی بیورزنی، قاسم و همکاران (۱۴۰۰). توسل به زور به منظور دفاع از خود در اسلام با نگاهی به دیدگاه امام خمینی، پژوهش‌نامه متین، سال ۲۵، شماره ۹۸.

<https://doi.org/10.22034/matin.2021.289956.1891>

-متقی‌پور، ابراهیم، (۱۳۸۲). عملیات پیش‌دستی‌کننده و تصاعد بحران در خاورمیانه، فصلنامه مطالعات دفاعی و امنیتی، شماره ۳۷ و ۳۶.

https://jpir.journals.umz.ac.ir/article_3919.html

-محمدرفعی، سیدکمال‌الدین (۱۳۸۱). حادثه یازده سپتامبر؛ جنگ علیه تروریسم و حاکمیت و امنیت دولت‌ها، مجله سیاست دفاعی، شماره ۳۸ و ۳۹.

https://dpj.ihu.ac.ir/article_202950.html

-محمودی، عقیل؛ عابدینی، عبدالله؛ کیانی، امیرعباس (۱۴۰۲). «توسل به زور در حقوق بین‌الملل: مورد مطالعاتی محاصره ۲۰۲۳ حماس و اسرائیل، مجله مطالعات حقوقی دوره شانزدهم، شماره اول.

<https://doi.org/10.22099/jls.2024.49148.5074>

-ممتاز، جمشید؛ طراز کوهی، حسین (۱۳۷۳). حقوق جنگ دریایی و عملکرد جمهوری اسلامی ایران در طور جنگ عراق و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۲، شماره ۳.

https://jflps.ut.ac.ir/article_15181.html

-نطاق‌پور، مهدی؛ شاهقلیان قهقرخی؛ رضا (۱۳۹۶). جنگ تحمیلی عراق علیه ایران در نگرش اندیشمندان دفاعی و امنیتی، دو فصلنامه مطالعات مقدس و نبردهای معاصر، دانشگاه افسری و پاسداری امام حسین، سال ۲، شماره ۲.

<https://civilica.com/doc/1403163/>

Books



- Baxter, R.R., (1980). *International Law in "Her Infinite Variety"*, 29 ICLQ 549. (New York, Unpublish.
- Fleck, Dieter (2013). (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law* (3rd ed.) Oxford University Press
- Helmersen, Jan (2014). 'The Prohibition of the Use of Force as Jus Cogens: Explaining Apparent Derogations. *Netherlands International Law Review*, Published online by Cambridge University Press: 22 August.
- Helmut Philipp Aust, (2011). *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University.
- Jorg. Kammerhofer, (2011). *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, (Routledge).
- Mark Weller, (2015). *Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, at 1161, 1172-1175.
- Natalie, Klein, (2011). *Maritime Security and the Law of the Sea*, (Oxford University Press, at 275.
- Stephen C. Neff, (2005). *War and the Law of Nations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ruys, Tom, (2010). 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter," Volume2, (Cambridge University Press.

Articles

- Bothe, Michael (2013). "The Law of Neutrality". Oxford Scholarly Authorities on International Law, at: <https://doi.org/10.1093/law/9780199658800.003.0011>.
- Debate on the subject of the Falkland Islands, in (1982). 53 *British Yearbook of International Law* (BYIL) 540 (statement by Margaret Thatcher)
- Deeks, A. M, (۲۰۱۱). 'Unwilling or Unable', ۱۰۰ *American Journal of International Law* (AJIL), ۴۹۵-۴۹۴.
- Gray, C, (1982). 'The British Position on the Falkland Islands Conflict; 53 BYIL 540 at 423, quoted by Humphrey.
- Hakimi, Monica (۲۰۱۵). 'Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play', ۹۱ *International Law Studies Series*, US Naval War College, ۱ at ۴-۳.
- Humphrey, D., (1997). 'Belligerent Interdiction of Neutral Shipping in International Armed Conflict', 2 *J Conflict & Security Law* 23.
- Humphrey, D.R., (1997). "Belligerent Interdiction of Neutral Shipping in International Armed Conflict," *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 2.
- Kate, Trapp, (۲۰۰۷). 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors', ۱۴ *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), ۱۴۱.
- Leckow, R., (1988). 'The Iran-Iraq Conflict in the Gulf - The Law of War Zones', 37 *ICLQ* 629.
- Michaelson, Christopher, (2003). 'Maritime Exclusion Zones in Times of Armed Conflict at Sea: Legal Controversies Still Unresolved', *Journal of Conflict & Security Law*, 8, 363.
- Paddeu, Federica, (2015). "Self-Defence as a Circumstance Precluding Wrongfulness: Understanding Article 21 of the Articles on State Responsibility." *British Yearbook of International Law*, Planck, Max, *Yearbook of United Nations Law* (Max Planck Ybk UN Law), 559.
- Rudiger, Wolfrum & Christiane Philipp, (۲۰۰۲). 'The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law.'
- Ruys, Tom and Verhoeven, Sten. (2005). "Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence," 10 *J Conflict & Security Law* 289.

- Tams Christian & James Devaney, (۲۰۱۲). 'Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence', ۴۵ *Israel Law Review* (Israel LR), ۹۱ at ۱۰۱-۹۸.
- Tams Christian J.. (2009). 'The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J Tams'. *European Journal of International Law*, 20, 1049-1050.
- Trapp, K. (۲۰۰۷). 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against non-State Terrorist Actors', ۵۶ *ICLQ* ۱۴۱
- Tsayourias, N. (2023). *Israel – Hamas 2023 Symposium – Israel's Right to Self-defense against Hamas*, (1 December 2023), at: <https://lieber.westpoint.edu/israels-right-self-defence-against-hamas/>
- Wendel, Philip, (2007). *State Responsibility for Interferences with the Freedom of Navigation in Public International Law*, DOI:10.1007/978-3-540-74333-0, ISBN: 978-3-540-74332-3
- Wolfrum, R., (2003). 'The Attacks of September 11, 2001, the Wars Against the Taliban and Iraq: Is There a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict?', 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (Max Planck Ybk UN Law), 1.
- Wright, Quincy. "When does War Exist?" *American Journal of International Law*, 26, 362-363.
- Yunusov, Pulat. (2019). 'War and the Law of Nations: A General History. *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 47, Number 2 (Summer 2009)

Legal Documents

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia) (2015). ICJ, Judgment of 3 February 2015.
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986.
- Crawford, James., (1999). Second Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/498 and Add.1-4.
- ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the OPT – ICJ document, 9 July 2024.
- International Law Commission (ILC) on the Draft Articles on State Responsibility.
- International Law Commission (ILC), Commentary to Article 34, Report of the Commission on the Work of its Thirty-Second Session, UN Doc. A/35/10 (1980)
- Iran statement, Oil Platforms, CR 2003/5, at 41, para. 29. (references omitted).
- Iran-US Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights, 1957, 284 UNTS 93.
- James Crawford, (1999). Second Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/498 and Add.1-4, at 76.
- Nicaragua, Memorial of Nicaragua (1985). ICJ Pleadings, vol. IV, at 115.
- North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain/US) (NATIONS UNIES - UNITED NATIONS, 1910) 11.
- Uganda Memorial, DRC v Uganda, at 232-3.
- US Rejoinder, Oil Platforms, at 141.

"in the name of God"



Islamic Azad University, Central Tehran Branch
College of Law

International Legal Research

Vol. 17, No. 66, Winter 2024

The scientific quarterly "International Legal Research" has a scientific rank based on the letter number 1399-11901 dated 2022-1-2 of the Scientific Publications Commission of the Ministry of Science, Research and Technology.

Concessionaire: Islamic Azad University, Central Tehran Branch

Managing Director: Dr. Sadeg Salimi

Editor-in-Chief: Dr. Seyed Bagher Mir Abbasi

Manager: Dr. Mohammad Reza Pirhadi

Address: Faculty of Law, Velayat University Complex, Shahid Sohani St., Artesh Boulevard, Imam Ali Highway, Tehran.

Postal code: 1955847781

Phone: 02122481626

website: alr.iauctb.ac.ir

E-mail: alr.iauctb.ac.ir@gmail.com

Print ISSN: 2383-1634

Online ISSN: 2383-3661

Accessible from: isc, noormags.ir, magiran.com, sid.ir, scholar.google.com

The articles published in the journal do not necessarily reflect the views of this quarterly