

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه‌ی علمی-ترویجی دانش آموختگان ماستری

دانشگاه خاتم النبیین

معاونت علمی

ریاست تحقیقات

سال سوم، شماره‌ی پنجم، تابستان ۱۴۰۱

بورد برنامه‌های فوق لیسانس

(ویژه‌ی حقوق بین‌الملل)

شناسه

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین

مدیر مسئول: سید یعقوب عارفی

سر دبیر: دکتر قاسم علی صداقت

نویسندگان این شماره به ترتیب حروف الفبا: امین الله شهزاد، تقی حلیمی، سید
ظهیر احسانی، سید قیام مضفری، شکریه حسنی، غلام مجتبی پاینده، محمدرضا
معرفت و مصطفی حسنی.

صفحه‌آرا: حمیدالله هدایت

شماره‌ی تماس: ۰۷۸۷۷۰۰۷۰۰

ایمیل: info@knu.edu.af

وبسایت: knu.eud.af

.....

مسئولیت محتوای مقالات مربوط به نویسندگان مقالات است
استفاده از محتوای این فصلنامه تنها با ذکر منبع مجاز است.

فهرست مطالب

..... ۱	سخن نخست
..... ۳	مداخله بشردوستانه و حق حاکمیت ملی
	تقی حلیمی
..... ۲۵	پیامدهای غیر کیفری نقض حقوق غیر نظامیان در حقوق بشر دوستانه‌ی بین‌الملل
	سید قیام مظفری
..... ۴۱	محدودیت‌های حاکمیت و قدرت ملی در حقوق بین‌الملل
	مصطفی حسنی
..... ۵۹	شرایط سرمایه‌گذاری خارجی در نظام حقوقی افغانستان و اسناد بین‌المللی
	امین الله شهزاد
..... ۷۷	اتحادیه بین پارلمانی و دموکراسی پارلمانی در افغانستان
	محمد رضا معرفت
..... ۱۰۳	اصل منع توسل به زور و وضعیت کاربرد زور از منظر حقوق بین‌الملل
	غلام مجتبی پاینده
..... ۱۲۹	شیوه‌های حمایت دیپلماتیک از منظر حقوق بین‌الملل
	شکریه حسینی
..... ۱۵۵	اصول حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین‌المللی در افغانستان
	سید ظهیر احسانی

سخن نخست

میان سیاست و حقوق در نظام‌های حقوقی اعم از داخلی و بین‌المللی تعامل پویا و مستمر وجود دارد. میزان این تعامل در حوزه حقوق داخلی بستگی به رشد و توسعه- یافتگی نظام حقوقی و تکامل سازوکارهای حقوقی داخلی دارد. سازوکارهای حقوقی داخلی به رغم رشد و پیشرفتگی هم‌چنان اسیر قدرت و منافع سیاسی است، ولی ساختار نظام بین‌المللی به گونه‌ای است که حقوق حاکم بر جامعه بین‌الملل بسی بیشتر از حقوق ملی از ملاحظات سیاسی و موازنه قدرت تأثیر می‌پذیرد. گاه شدت این تأثیر به حدی است که برخی را بر انکار موجودیت حقوق بین‌الملل وداشته است. درک و فهم این عده ناشی از قدرت نا برابر و نا متوازن جامعه بین‌المللی است. این وضعیت جایگاه حقوق بین‌الملل را در حد نزاکت و اخلاق بین‌الملل تنزل داده و موجب شده است که بسیاری از کشورها قدرت‌مند آزادی عمل داشته باشند و جامعه جهانی را تا سرحد جامعه جنگلی برسانند و کشورهای قدرت‌مند بدلیل فقدان ضمانت اجرای مؤثر حقوق بین‌الملل، در مسایل حیاتی و مهم کم‌تر تعهدات بین‌المللی خود را اجرا نمایند.

وضعیت و نگرش بالا نباید موجب شود که بشر از آرمان‌های خود در قالب حقوق بین‌الملل دست بردارد؛ چنانکه توسعه و پیشرفت حقوق بین‌الملل نشانگر تلاش و کوشش حقوق‌دانان و سیاست‌مداران برای دستیابی به اهداف و ارزش‌های انسانی است که برغم وضعیت بالا حقوق بین‌الملل به برخی از اهداف خود نایل آمده است و اجرای نیم‌بند آن از سقوط جامعه جهانی در ورطه‌ای جامعه جنگلی پیشگیری نماید.

آموزش حقوق بین‌الملل در این میانه، گام مهم انسانی‌شدن جامعه جهانی است که بستر را برای زندگی مناسب و بدور از رفتارهای غیر انسانی فراهم می‌نماید. از این رو، چه در سطح جهانی و چه داخلی، هر نهاد و سازمان آموزشی گام‌های اساسی را باید در این راستا بردارد تا به سهم خود در تعادل میان حقوق و سیاست در سطح جهانی نقش ایفا نمایند و با آگاهی‌دهی به لایه‌های مختلف جامعه و مشارکت در انکشاف اجتماعی؛ مردم را با نوع نگرش نظام سلطه به جامعه انسانی از جمله جامعه افغانستانی آشنا نمایند



و در نتیجه سطح درک مردم از جایگاه افغانستان در سیاست بین الملل رشد و ارتقا پیدا کند. ازسوی دیگر، چگونگی تنظیم روابط سیاسی کشور با جامعه جهانی و استیفای حقوق مردم، منوط به درک درست از حقوق بین الملل و جایگاه آن در عصر جهان سازی است که بستگی به تربیت نیروی انسانی آموزش دیده و کارآزموده دارد تا با تکیه بر منابع غنی اسلامی و حقوق مدرن از حقوق مردم این سرزمین در عرصه روابط بین الملل دفاع و حمایت نماید. بدون مسلح شدن به ابزار علمی مناسب روابط بین الملل نمی توان از حقوق مردم خود در افق جهانی دفاع نمود. پس نیازمند فعالیت های علمی و عملی هستیم تا به جایگاه بایسته در این عرصه دست یابیم.

در عرصه آموزش حقوق بین الملل هم در رویکرد اسلامی و هم رویکرد حقوق مدرن، هنوز جامعه ما در آغاز راه قرار دارد و به ویژه در عرصه کارگاه های آموزشی علمی و عملی کشور بسیار عقب افتاده است. در شرایط فعلی نهادهای آموزشی ما با کشورهای جهان سوم بسیار فاصله دارد تا چه رسد به کشورها توسعه یافته و پیشرفته. تمامی نهادهای ملی در سطح روابط بین الملل، قسمت عمده نقش، صلاحیت و کارکردهای آنها دفاع از مردمان این سرزمین است و باید نهادهای آموزشی دولتی خصوصی توان خود را در کنار هم قرار داده برای تربیت نیروی انسانی مناسب با این هدف بیش از پیش از پیش هماهنگی داشته باشند و در برابر سیاست ها و رفتارهای نادرست برخی کشورهای عضو جامعه جهانی از حقوق ملت دفاع نمایند.

در راستای هدف یادشده دانشگاه خاتم النبیین^(ص) به خود می بالد که چند دوره دانشجوی در مقطع ماستری حقوق بین الملل دانش آموخته ای حقوق بین الملل تقدیم جامعه و ملت بزرگ خود نموده است که هر کدام هم در کرسی تدریس و آموزش و هم در ادارات دولتی و خصوصی مصدر خدمت بوده اند و از این جهت دانشگاه خاتم النبیین^(ص) هر چند بسیار اندک تا حدی توانسته بخشی از رسالت اکادمیک خود را به سرانجام رساند و در راستای هدف پیش گفته گام کوچک و مؤثر بردارد. مقالاتی که در اثر حاضر گردآوری شده نیز بخش از تلاش و فعالیت علمی این مجموعه علمی بزرگ است که تقدیم خوانندگان محترم می شود.

مداخله بشردوستانه و حق حاکمیت ملی

تقی حلیمی^۱

پذیرش: ۱۴۰۱/۹/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۱۷

چکیده

دانشمندان در رابطه به مداخله بشردوستانه دو نوع رویکرد دارند. برخی از آنها مداخله بشردوستانه مشروع را می‌دانند و عده دیگر آن مداخله بشردوستانه را مشروع نمی‌دانند، اما اگر تهدید علیه صلح، نقض صلح بین‌المللی باشد در آن صورت مداخله به حاکمیت نادیده انگاشته می‌شود. ولی با دیگر گونی مفاهیم چون: امنیت، توسعه حقوق بین‌الملل و حقوق بشر به صورت نسبی درآمده است. و اصل عدم مداخله نیز تعدیل گشته است. کشورهای قوی به بهانه حمایت از حقوق بشر در کشورهای ضعیف که در آن منافع دارند، به مداخله دست‌زده و حاکمیت ملی آن را نقض می‌کنند. با توجه به جهان شمولی حقوق بشر و سلسله قواعد حقوق بشری که در میثاق‌ها، کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و دکترین علمای حقوق که قواعد بنیادین حقوق بشر نام گرفته و قاعده آمره حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند دولت‌ها نمی‌توانند در عقب اصل حاکمیت ملی پنهان شده از اجرای قواعد حقوق بشری سرباز زنند، بازهم اصل حاکمیت ملی هم‌چنان قابل اتکا می‌باشد. از اینکه رعایت حقوق و رفاه ملت برعهده دولت‌ها است و در صورتی که دولت از عهده این وظیفه برنیامده و یا خود نخواهد به آن تعهد عمل کند این کار به جامعه بین‌المللی واگذار می‌شود. با توجه به این که مداخله بشردوستانه در حقوق بین‌الملل جایی پیدا نکرده و کشورهای حامی مداخله سعی در گنجاندن آن در مسئولیت حمایت تنها به عنوان آخرین راهکاری پس از راهکارهای سیاسی، دیپلماتیک و اقتصادی آن هم در مورد نقض وسیع، گسترده و مداوم حقوق بشر با مجوز شورای امنیت قابل توجیه است.

واژگان کلیدی: مداخله بشردوستانه، حاکمیت ملی و مسئولیت حمایت.

۱ دانش‌آموخته مقطع ماستری حقوق بین‌الملل دانشگاه خاتم النبیین (ص)

۱. تحلیل مفهومی واژگان کلیدی

مفهوم جدید حاکمیت ملی نخستین بار در آواخر قرن شانزدهم و با اشاره به پدیده جدید دولت سرزمینی تدوین شد. این مفهوم در قالب حقوقی، به واقعیت سیاسی اصلی آن عصر یعنی ظهور قدرت مرکزی که اقتدار خود را در زمینه قانون‌گذاری و اجرای قانون در داخل سرزمینی مشخص اعمال می‌کرد، اشاره می‌نمود. در طول یک قرن این قدرت چه در داخل، چه در خارج از سرزمین به قدرتی بلامنازع تبدیل شده و تفویض یافته بود. (مورگنتا، ۱۳۸۴: ۴۹۵)

از دیدگاه جغرافیدانان سیاسی نیز حاکمیت ملی تمام صلاحیت و اختیاراتی است که کشور در چارچوب سرزمین خود اعمال می‌کند. جمع میان سرزمین و حاکمیت اساس نظام بین حکومتی جدید را فراهم کرده است. (میرحیدر، ۱۳۷۹: ۷) همچنین برخی از جغرافیدانان سیاسی بر این باورند که حاکمیت، حق اعمال قدرت توسط حکومتی است که در یک قلمرو مشخص و براساس دو نوع اقتدار حکمروایی می‌کند. (کالا، ۱۳۹۰: ۴۴) به بیان دیگر آن‌ها حاکمیت را در دو سطح داخلی و خارجی مورد بحث قرار می‌دهند. حاکمیت داخلی، به اقتدار مطلق و نهایی حکومت بر تمام افراد، گروه‌ها و نهادها و سازمان‌ها در درون مرزها مربوط می‌شود این حاکمیت، مکمل حاکمیت داخلی است. این اقتدار شامل حق حاکمیت بدون دخالت کشورهای خارجی و مطالبه‌ی جایگاهی برابر، در عرصه‌ی روابط بین‌الملل با سایر کشورهای مستقل است. برداشت هر فرد از کشور مستقل به دیدگاه آن بستگی دارد. اگر فرد از موضع درون کشوری بنگرد، متوجه می‌شود که چگونه حاکمیت موجب تمرکز در تصمیم‌گیری می‌شود و اگر از بعد جهانی به قضایا بنگرد در می‌یابد که حاکمیت نیرویی برای تفرقه در جهان است. عملکرد حاکمیت به عنوان اساس حقوق بین‌الملل یک نتیجه مهم دارد و آن این است که حکومت‌های ملی بر منافع سایر نهادها ارجحیت دارد. این نکته در اصل دوم منشور ملل متحد آمده است، یعنی فصلی که سازمان ملل متحد از تمامیت ارضی اعضای خود، حمایت و دخالت در امور داخلی آنها را غیر قانونی قلمداد می‌کند. این به نوبه‌ی خود، یک نتیجه دیگر به بار می‌آورد و آن این است که حقوق بین‌الملل در اصل ماهیت محافظه‌کارانه دارد و وضع موجود را حفظ می‌کند در روابط بین‌الملل، حاکمیت ملی به معنای استقلال دولت‌ها در رابطه با نهادهای بین‌المللی است. (موبر، ۱۳۷۹: ۹۱)

مفاهیم و موضوعات جدید به دلیل تحول در شرایط ساختاری نظام‌های سیاسی بین‌المللی بعد از جنگ جهانی دوم، به وجود آمده است. یکی از آنها «مداخله بشردوستانه» است که با تعاریف متفاوتی از جانب حقوق دانان روبرو شده است.

مداخله بشردوستانه با واژگان متعددی همانند تهاجم انسان دوستانه و حمله مسلحانه بشردوستانه آمده و در مجموع نشان دهنده جمع میان دو کلمه‌ای متضاد مداخله و بشردوستانه می‌باشد تهاجم، تجاوز و مداخله کلماتی است زننده و اما بشردوستانه در



قالب اخلاقی آن، واژه‌ی مورد پسند است. از نظر اصطلاحی تعاریف متعددی برای آن ذکر شده است. در ذیل به برخی آن‌ها اشاره می‌شود.

از جمله آورده اند که: «مداخله شامل دخالت دو یا چند کشور در دولت دیگری است، که به تناسب نوع واقعه منجر به توسل به زور می‌گردد.» اما این تعریف بدون این که سبب مداخله را ذکر کرده باشد با توجه به روند سنتی آن تعریف کرده و هم‌چنان نقش سازمان های بین‌المللی را نیاورده است. (وزیری، بلبان آباد، ۱۳۹۴: ۳۹-۴۰) در کتاب فرهنگ حقوق بین‌الملل در مورد مداخله بشردوستانه آمده است: مداخله قهرآمیز توسط یک دولت در قلمرو دولت دیگر به منظور حمایت از افراد در برابر تهدید نسبت به حیات آنها یا رفتارهای غیر انسانی و ظالمانه یا آزار و اذیت می‌باشد. (بلدرسو، ۱۳۷۵: ۴۸۴)

دانشمند بنام روسو معتقد است که «مداخله انسانی آنگونه مداخله‌های است که در راه حمایت از حقوق بشر انجام می‌گیرد. به تعبیر دیگر مداخله انسانی عبارت از عمل یک کشور علیه یک حکومت خارجی، به منظور قطع اعمال غیر انسانی و مغایر با حقوق بشر است.» (روسو، ۱۳۴۷ ج ۲: ۴۹-۵۰) مداخله بشر دوستانه به مفهوم اقدام قهری به وسیله‌ای یک یا چند کشور از طریق بکارگیری نیروی نظامی در کشور دیگر بدون رضایت مقامات آن به منظور جلوگیری از آسیب جدی و گسترده یا مرگ میان جمعیت غیر نظامی می‌باشد. (قاسمی، ۱۳۹۵: ۱۵۲)

هم‌چنان یکی از حقوق‌دانان بیان می‌دارد: «مفهوم مداخله بشردوستانه به معنای مداخله قهرآمیز و یک‌جانبه جامعه بین‌المللی در وضعیت‌های اساساً داخلی کشورهایی است که به لحاظ انسانی نگرانی جامعه بین‌المللی را برانگیخته است» (آقایی، ۱۳۸۳: ۵۶) هم‌چنان در برخی موارد، لازم است که کشورهای دیگر و یا سازمان ملل متحد به دلیل نقض بی‌رویه حقوق بنیادین بشر در امور کشور یا کشورهای دیگر مداخله نظامی انجام دهند، تا از آن جلوگیری به عمل آید. اما اصل این است که هیچ کشوری و سازمانی حق ندارد تا حق حاکمیت ملی کشور دیگری را نقض نموده و یا برای به کرسی نشاندن خواسته‌اش، به زور متوسل شود؛ اصلی که از آن در حقوق بین‌الملل به « منع توسل به زور» تعبیر گردیده است. حال اگر اصل بر این دو مورد بنا گذاشته می‌شود، چه دلیلی می‌تواند باعث توجیه مداخله و توسل به زور گردد؟ به نظر می‌رسد، از جمله تعاریف این تعریف تاحدی مفهوم را دقیق تر و این معمای موجود را حل خواهد کرد.



پیداست که نقض حقوق بشر، تقریباً کار هر روزه دولت‌ها و افراد مختلف است و شاید تصور روزگاری که هیچ حقی نقض نشود، رویایی بیش نخواهد بود. اما آیا دولت‌ها و سازمان ملل برای هر نقض حقوق بشر که زمینه مداخله را فراهم می‌کند؟ اگر به اسناد بین‌المللی حقوق بشر توجه شود، تنها دو حقی منع شکنجه و حق حیات است که تعلیق نمی‌پذیرد؛ ولی سایر حقوق قیده‌ای متذکره در ماده (۲۹) اعلامیه جهانی حقوق بشر را داراست یا این روش، شاید. نتوان به نتیجه رسید، اما به نظر می‌رسد که طیف برخی جرایم علیه بشریت که در اساسنامه روم تذکر یافته است، راه‌گشا باشد. مطابق مواد (۸ و ۷) این اساسنامه، جنایاتی همانند نسل‌کشی، شکنجه، آپارتاید، ناپدیدشدگی اجباری، آزار و اذیت، خشونت جنسی (عقیم‌سازی اجباری، بارداری اجباری، فحش‌های اجباری، بردگی جنسی، تجاوز جنسی و سایر اشکال جنایات جنسی)، زندان و اقامت اجباری، انتقال یا اخراج اجباری، قاچاق اشخاص، کار اجباری برده‌سازی، نابودسازی و... در این جمع قرارگیرند. بنا براین، اگر جنایات این چنینی در کشوری اتفاق افتد، سازمان ملل یا گروهی از کشورها به منظور جلوگیری از آن وارد عمل خواهند شد. البته شرط دیگری هم که بر آن افزوده می‌شود، این است که چنین جنایاتی نظام‌مند و گسترده باشد و صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره اندازد یعنی در صورتی که جنایاتی متذکره منجر به نا امنی بین‌المللی شود، جامعه بین‌المللی وارد عمل خواهد شد.

باتوجه به مطالب فوق، می‌توان گفت: مداخله بشردوستانه عبارت از اقدامات نظامی و مسلحانه دولت یا دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است که به منظور جلوگیری از جنایات علیه بشریت و برقراری نظم و امنیت بین‌المللی صورت می‌گیرد.

۲. منابع مداخله بشردوستانه و قطع‌نامه‌ها

مداخله بشردوستانه فی‌نفسه زمانی در چارچوب مباحث حقوق بشردوستانه قرار می‌گیرد که اقدامات مسلحانه برای حمایت از حقوق بشر دوستانه باشد، شورای امنیت به دفعات به مسأله مداخله بشردوستانه و حقوق بشر دوستانه پرداخته است که می‌توان از جمله منابع مداخله بشردوستانه به حساب آورد و در ذیل یاد آور می‌شویم:

۱-۲. قطعنامه ۷۴۹ سال (۱۹۹۲)

قطعه نامه در ۷ آوریل ۱۹۹۲ تصویب شد، سندی بین‌المللی در باره جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی است. این قطعنامه طی نشست ۳۰۶۶ ام با ۱۵ رای موافق بدون رای مخالف و ممتنع تصویب شد.

۲-۲. قطعنامه ۶۸۸ سال (۱۹۹۱)

شورای امنیت سازمان ملل متحد پس از دریافت نامه نماینده فعالان فرانسه، ایران و ترکیه و ابراز نگرانی از سرکوب سیاسی مردم عراق از جمله افراد کردستان عراق، شورا سرکوب را محکوم کرده، در آوریل ۱۹۹۱ تصویب شد و محتوای آن شرایط کمک‌های انساندوستانه به کردها و شیعیان سرکوب آنان توسط دولت صدام حسین را تشکیل می‌داد. به عنوان منابع مداخله بشردوستانه نیز محسوب می‌گردد.

۳-۲. قطعنامه ۱۵۶۴ سال (۲۰۰۴)

این قطعنامه با حمایت مالی آلمان، رومانی، انگلستان و ایالات متحده در ۱۸ سپتامبر ۲۰۰۴ تصویب شد. شورای امنیت تهدید به اعمال مجازات علیه سودان در صورت عدم رعایت تعهدات خود در رابطه با دارفور، و یک تحقیق بین‌المللی برای بررسی نقض حقوق بشر در منطقه ایجاد شد.

۴-۲. سایر قطعنامه‌ها

قطعنامه ۱۷۰۱ سال (۲۰۰۶) اقدامات فوری برای ارائه کمک‌های مالی و انسان دوستانه به مردم لبنان. قطعنامه ۱۹۷۰ در سال (۲۰۱۱) در رابطه مداخله نظامی در لیبی. قطعنامه ۱۹۷۳ در سال (۲۰۱۱) درخواست آتش بس، ایجاد منطقه پرواز ممنوع و استفاده از شیوه‌های ممکن برای حفاظت از غیرنظامیان لیبیایی. قطعنامه ۲۰۰۹ در سال (۲۰۱۱) تجویز سه ماهه مأموریت سازمان ملل در لیبی. (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۶۶۴)

۳. منابع حاکمیت ملی

منابع حقوق داخلی را می‌توان به عنوان منبع برای حاکمیت ملی برشمرد زیرا اقتدار و حاکمیت ملی یک دولت را در محدوده همان کشور متبلور می‌سازد که در این جا یادآور می‌شویم:



۳-۱. قانون اساسی

قانون اساسی به عنوان میثاق ملی در یک کشور منابع جهت اقتدار حاکمیت ملی یک کشور در آن مشخص گردیده است. بنیاد، پایه و اساس سیستم حقوقی یک کشور که بنام مادر قوانین نیز یاد می شود، عبارت از مجموعه قواعد کلی رهبری کننده عمده و اساسی حقوقی است، که عمدتاً از شکل، ساختار دولت (مقننه، اجرائیه و قضائیه)، وظایف، مکلفیت ها و اختیارات قوه ثلاثه دولتی، استقرار روابط فیما بین قوه های متذکره، طرز ایجاد سازمان های سیاسی و اجتماعی و نقش آن در سیستم سیاسی کشور هکذا از حقوق و وجائب اساسی اتباع بحث می کند. (عبدالسلام، ۱۳۹۱: ۷)

۳-۲. قوانین عادی

عبارت از مجموعه قواعد حقوقی اند که بارعایت شرایط مواد مندرج قانون اساسی جهت تنظیم مناسبات عرصه های مختلف اجتماعی از جانب قوه مقننه تصویب و از جانب رئیس جمهور کشور توشیح می گردند و هدف آن بررسی همه جانبه مواد قانون اساسی است. شامل قانون مدنی، قانون اجراء جزایی، قانون احوال شخصیه، کودجزا و... از جمله قوانین عادی می باشد که از جمله منابع حاکمیت ملی را تشکیل می دهد. (عبدالسلام، همان: ۷)

۳-۳. عرف

عبارت از روش و سلوک پسندیده انسان ها است، که بشکل تدریجی در جامعه به صورت رسم و رواج بدون انقطاع در روابط متقابل اعضای جامعه رعایت گردیده و بحیث قواعد اجباری شناخته شده باشد. می تواند مقامات ذی صلاح را در فهم و درک حاکمیت ملی یاری رساند. (عبدالسلام، همان: ۸)

۳-۴. رویه قضائی

شامل مجموعه از تضامیم و فیصله های قطعی و یکسان محاکم در قضایای مشابه می باشد که منابع حاکمیت ملی را تشکیل می دهد در فرضی که قوانین سکوت نموده باشد به شریعت رجوع می شود. ماده ۱۳۰ قانون اساسی چنین حکم می نماید: «هرگاه برای قضیه پی از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حل موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و دراخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید، که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید» (فقره ۱ ماده ۱۳۰ ق.ا.ا)



۵-۳. دکت‌رین حقوقی

عبارت از مجموعه نظریات و افکار علمای حقوق در مورد مسایل حقوقی است، بشکل کتب، رساله‌ها و مقاله‌ها به نشر می‌رسد و بر قانون‌گذار در ایام وضع و تدوین قواعد حقوقی تاثیر می‌گذارد. نظریات و افکار علمای حقوق در شکل‌گیری قواعد حقوقی و هم در تفسیر و تحلیل قانون اساسی که جنبه‌های حاکمیت ملی را شامل می‌شود، نقش اساسی دارد. (عبدالسلام، ۱۳۹۱: ۱۰)

۴. شرایط مداخله بشر دوستانه

مداخله بشردوستانه همانطور که در بحث‌های قبلی یادآور شدیم و با دو اصل اساسی منع توسل به زور و عدم مداخله در امور داخلی و خارجی یا احترام به حاکمیت کشورها در تناقض قرار می‌گیرد. بنا بر این، به منظور این که بتوان لزوم و تجویز آن را صادر کرد، لازم است که شرایط حقوقی و اخلاقی آن را رعایت گردد. در این جا در پی این نیستیم که تمام موارد را به صورت تفصیلی مورد بررسی قرار دهیم، اما به صورت خلاصه برگزار خواهیم کرد. به صورت کل پنج شرط اساسی را می‌توان در این خصوص ذکر کرد:

الف) اولین و اساسی ترین شرط مداخله بشردوستانه این است که ضرورتی برای این کار وجود داشته باشد. مبنای حقوقی این شرط این است که اصولاً، سایر اقدامات مانند تحریم اقتصادی و رویه‌های نرم که در ماده (۴۱) منشور ملل متحد بیان شده، باید به کار بسته شده و ناکافی بودن آن به اثبات رسیده باشد. البته لازم نیست که همه اقدامات عملی گردد؛ چه در برخی موارد، از آغاز معلوم است که بدون اقدامات قهرآمیز نمی‌توان جوانب فاجعه را کنترل کرد. اما همین مسأله باید ظاهر شده باشد و عقل سلیم، ضرورت این نوع از مداخله را مورد تأیید قرار دهد. (ارغوان، ۱۳۸۸: ص ۱۱-۱۲)

ب) دومین شرط اقدامات قهرآمیز و مداخل بشر دوستانه، اصل تناسب است. به این معنا که اولاً، تناسب میان فاجعه بشری و اقدامات بشردوستانه موجود باشد و ثانیاً اقدامات به موقع باشد. بنا بر این، اگر فاجعه بشری رخ داده در منطقه‌ای تناسب کمی و کیفی برای مداخله بشردوستانه نداشته و یا پس از وقوع واقعه، چنین اقدامی صورت گرفته باشد، منطقی آن را تأیید نمی‌نماید. (ارغوان، همان: ۱۱-۱۲)

ج) سومین شرط که البته می‌توان در داخل اصل تناسب قرار داد، اصل عدم رعایت حقوق بشردوستانه است. اقداماتی که صورت می‌گیرد، به منظور کاستن از رنج و آلام



بشریت است و اگر خود این اقدامات موجب کشتار وسیع مردم و سیر قهقرای گردد، باب برای مشروعیت نخواهد داشت. در این قالب، نیت بشردوستانه بودن شرط است و علاوه بر آن، عملکردها نیز نباید خود منشاء فاجعه بشری باشد و حیات و حقوق بشری افراد را مورد نقض قرار دهد. (ارغوان، همان: ۱۱-۱۲)

د) چهارمین شرط این است که در هین مداخله و بعد از آن، به حاکمیت کشورها احترام گذاشته شود بنا بر این، توقف افراد نظامی پس از اختتام و کنترل فاجعه در کشور محل اقدام، تغییر رژیم سیاسی، دخالت در امور داخلی و... نه تنها مشروعیت مداخله بشر دوستانه را زیر سوال می‌برد، بلکه اصول اولیه منع توسل به زور و احترام به حاکمیت را نقض نموده و خود تجاوز آشکاری است که موضوع ماده (۴۱) و (۴۲) منشور ملل متحد می‌باشد. (ارغوان، همان: ۱۱-۱۲)

ه) شرط پنجم برای مداخله بشردوستانه این است که در طول اقدام نظامی، افراد و گروه های نظامی تحت کنترل قرار گیرد. به این منظور لزوم به گزارش دهی، عمل کردن در چارچوب پیشبینی شده و... لازم می‌آید. حال چه سازمان بین‌المللی و چه گروهی از دولت‌ها دست به چنین اقدام بزنند، سازمان ملل متحد مکلف است که این نیروها را تحت کنترل داشته و نگذارد که نظارت بر آنها را از دست بدهد. در این صورت بعید نیست که به مرور از حد کنترل فاجعه فراتر رفته و عملاً تجاوز به حاکمیت کشور موضوع اقدام صورت گیرد. علاوه بر شرایط فوق، برخی رضایت‌مندی دولت موضوع اقدام را مطرح کرده‌اند که به نظر می‌رسد، چنین شرطی لازم نخواهد بود. (ارغوان، همان: ۱۱-۱۲)

۵. رابطه مداخله بشردوستانه و حاکمیت ملی از نظر حقوق بین‌الملل

جهت دانستن رابطه میان حاکمیت ملی و مداخله بشردوستانه از منظر حقوق بین‌الملل اول رابطه حاکمیت ملی و مداخله بشر دوستانه در منشور سازمان ملل متحد و رویه قضایی بین‌المللی بررسی می‌گردد، و در میابیم که منشور سازمان ملل متحد به عنوان معتبر ترین سند و رویه قضایی بین‌المللی در رابطه موضوع فوق چه رویکرد دارد و در آخر برای کامل شدن مبحث توجیه مداخله در قلمرو حاکمیت دولت‌ها را در ذیل مورد بحث قرار می‌دهیم.



۱-۵. رابطه حاکمیت ملی و مداخله بشردوستانه در منشور سازمان ملل متحد

به هنگام تدوین منشور ملل متحد، بر اصول «تساوی حاکمیت‌ها»، «منع توسل به زور» و «منع مداخله» تأکید شد. بند اول ماده (۲) تصریح می‌کند «سازمان ملل بر پایه اصل تساوی حاکمیت کلیه اعضای آن استوار است». مطابق بند (۴) ماده (۲) منشور ملل متحد، دولت‌ها ملزم هستند در روابط بین‌المللی خود از توسل به تهدید یا کاربرد زور خودداری نمایند. طبق بند (۷) ماده (۲) منشور «هیچ یک از مقررات مندرج در منشور، ملل متحد را مجاز نمی‌دارد در اموری که ذاتاً جزء صلاحیت داخلی هر کشوری است، دخالت نماید و اعضا را نیز ملزم نمی‌کند چنین موضوعاتی را تابع مقررات این منشور قرار دهند. لیکن این اصل به اعمال اقدامات قهری پیش‌بینی شده در فصل هفتم لطمه وارد نخواهد آورد.»

این ممنوعیت بر اساس ماده (۵۱) منشور، لطمه‌ای به حق طبیعی دفاع مشروع وارد نمی‌سازد. ماده (۴۲) منشور نیز استثنای دیگری نسبت به این قاعده در نظر می‌گیرد. طبق این ماده، شورای امنیت می‌تواند علیه دولت‌هایی اعمال زور نماید که به نقض یا تهدید صلح یا تجاوز می‌پردازند.

رویه سازمان ملل نشان می‌دهد که حاکمیت هر دولت در امور داخلی خود تا آن جا محدودیت می‌پذیرد که با حقوق سایر دولت‌ها برخورد می‌کند یا یکی از حقوق اساسی انسان را مورد تهدید قرار می‌دهد. (مولایی، ۱۳۸۲: ۲۵) اقداماتی که در جهت حفظ حقوق بشر انجام گرفته است، به خوبی نشان می‌دهد که می‌توان روزنه‌هایی در اصل عدم مداخله بدین منظور گشود، بی آن که با بند (۷) ماده (۲) تعارضی به وجود آید.

به دنبال پایان یافتن جنگ سرد و فعال شدن سازمان ملل در برخورد با مسائل مربوط به صلح و امنیت بین المللی، این سازمان در بعضی موارد به تخطی از حدود اختیارات و نادیده انگاشتن حاکمیت دولت ها و مداخله در امور داخلی آن ها متهم شده و به خاطر عدم رعایت منشور مورد انتقاد واقع شده است.

«خاویر پرز دکوئیار»، دبیر کل اسبق سازمان ملل متحد در نقضی که در بهار سال ۱۹۹۱ ایراد کرد در مورد مداخله گفت: «باید با موضوع به نحوی محتاطانه و متهورانه برخورد کرد. محتاطانه از این لحاظ که اصل حاکمیت را نمی‌توان به چالشی بنیادی تولید. متهورانه به این دلیل که احتمالا ما به مرحله‌ی از تکامل اخلاقی و احساسی در

تمدن غرب رسیده‌ایم که در آن تجاوز گسترده و تعدی نسبت به حقوق انسانی دیگر قابل تحمل نیست.» (لیونز، ۱۳۷۳: ۴) و سپس نتیجه می‌گیرد «اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها نمی‌تواند به عنوان مانعی باشد که در پشت آن دولت‌ها مبادرت به نقض گسترده و سیستماتیک حقوق بشر نمایند.» (کرمی، ۱۳۷۵: ۸۱-۸۲) در سال ۱۹۹۲ «پطروس غالی»، دبیر کل وقت سازمان ملل در نامه‌ای به شورای امنیت که به عنوان «دستورکاري برای دیپلماسی صلح پیشگیرانه» معروف شد، می‌نویسد: «احترام به حاکمیت دولت‌ها برای هر گونه پیشرفت مشترک بین‌المللی امری حیاتی است. ولی زمان حاکمیت مطلق و انحصاری سپری شده است و تئوری آن هیچ‌گاه با واقعیت منطبق نبوده است.» وی در این نامه، تنها راه جلوگیری از مداخله دیگر کشورها در امور داخلی یک کشور را اجرای هر چه دقیق‌تر و کامل‌تر تعهداتی دانست که دولت‌های مورد نظر نه تنها در قبال شهروندان خود بلکه در مقابل دیگر دولت‌ها دارد. (1992:111 Ghali)

۱-۵. تعدیل اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها

اصل عدم مداخله و اصل عدم توسل به زور به عنوان دو قاعده مهم نظام دهنده روابط بین‌الملل که هم مبنای عرفی و هم مبنای قراردادی دارند، مانع عمده‌ی در راه هر نوع مداخله محسوب می‌شوند. اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها، به عنوان اصلی بنیادین در حقوق بین‌الملل، مبتنی بر حاکمیت، برابری و استقلال سیاسی دولت‌ها است. این اصل تکلیف حقوقی بر دولت‌ها برای خودداری از دخالت در امور داخلی یکدیگر تحمیل می‌کند. البته در مورد امور داخلی در صلاحیت یک دولت اتفاق نظر وجود ندارد. «صلاحیت داخلی» مفهومی نسبی و انعطاف‌پذیر است و در منشور ملل متحد نیز معیاری در مورد چستی صلاحیت داخلی و مرجع تشخیص آن وجود ندارد. لذا خط تفکیک میان موضوعات داخلی و بین‌المللی مبهم است. از نظر برخی صاحب‌نظران، هر امری که درباره آن تعهدات قراردادی یا عرفی بین‌المللی وجود دارد، از حیطه امور منحصرأ داخلی کشورها بیرون می‌آید. از نظر «گردن»، صلاحیت داخلی با توسعه روابط بین‌الملل تعیین می‌شود و تشخیص داخلی یا بین‌المللی بودن یک موضوع با معیارهای سیاسی و حقوقی تغییر می‌کند. به نظر او، «عملکرد سازمان ملل به نفع معیارهای سیاسی بوده، چرا که در عمل، تشخیص داخلی یا بین‌المللی بودن موضوعات به ارگان‌های سیاسی آن یعنی مجمع عمومی و شورای امنیت سپرده شده است.» (شریفیان، ۱۳۸۰:

۸۰۶-۸۰۵) در دوران قبل از قرن نوزدهم که هیچ سند بین‌المللی جنگ را تحریم نکرده بود، مداخله در امور داخلی حکومت‌ها با عناوین مختلف صورت می‌گرفت. گفته شد در حقوق بین‌الملل سنتی، دکترین حاکمیت و دکترین عدم مداخله در امور داخلی دولت‌های دیگر که ریشه‌های عمیقی در عملکرد عرفی بین‌المللی دارند، مانعی جدی برای مداخله بشردوستانه بوده‌اند. اما لزوم حفظ استقلال هر کشور و عدم دخالت در امور داخلی آن که از سوی منشور ملل متحد نیز به رسمیت شناخته شد، تضمین رعایت حقوق افراد را که احیاناً مورد تعدی حکومت قرار می‌گیرد دچار اشکال نمود. از سوی دیگر مطالبی که برخی حکومت‌ها نسبت به اتباع خود روا داشته و می‌دارند و با قوانین تبعیض‌آمیز و ظالمانه‌ای که علیه حقوق اساسی شهروندان خود وضع و اجرا می‌کنند، امری است که وجدان جامعه جهانی نمی‌تواند نسبت به آن بی‌اعتنا باشد.

از موضوعاتی که به طور متقابل بر تحول اصل حاکمیت و تعدیل اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها مؤثر بوده است، موضوع حقوق بشر و بین‌المللی شدن آن است. «آنتونیو کاسسه» حقوق‌دان شهیر ایتالیایی، اصل احترام به حقوق بشر را «مشخصه دوران جدید جامعه بین‌المللی» می‌داند. از نظر او «این اصل به گونه‌ای در رقابت، اگر نگوییم در تضاد با اصول سنتی احترام به برابری مطلق کشورها و منع مداخله در امور داخلی است.» (کاسسه، ۱۳۷۰: ۱۸۵) از این رو مداخله بشردوستانه در دوران معاصر اهمیت بیشتری می‌یابد.

«شونجی کوبایاتسی»، استاد دانشگاه «نیهو»، نظریه مداخله بشردوستانه را چنین شرح می‌دهد: «اگر کشوری در قالب حاکمیت خود حق دارد سرزمین و مردمش را اداره کند، پس وظیفه دارد حداقل میزان خوشبختی مردمش را تضمین نماید. با این حساب، هرگاه حکومت کشوری نخواهد یا قادر نباشد که از مردمش محافظت کند و شرایطی پیش‌آید که در آن حقوق بشر به طور مداوم نقض شود، این حکومت حق ندارد مانع عدم مداخله از سوی دیگران شود و جامعه جهانی هم در چنین مواردی حق مداخله را داراست.» (موسسه مطالعات و تحلیل‌های دفاعی، ۲۰۰۱: ۳۱-۳۲) از همین رو، بسیاری همچون «میشل فوچر»، استاد ژئوپلیتیک فرانسوی، حاکمیت را مطلق نمی‌دانند و معتقدند «حاکمیت سد راحت طلبی رژیم‌های جنایتکار نیست که پشت آن سنگر بگیرند. دولت‌ها از آن جهت حاکمیت دارند و به عبارتی با هم برابر هستند که قادر به ایجاد نظم دسته‌جمعی و حفظ روابط صلح‌آمیز هستند.» (موسسه مطالعات و تحلیل‌های دفاعی، پیشین: ۱۹)



۲-۱-۵. اقدامات مجمع عمومی سازمان ملل متحد

مجمع عمومی سازمان ملل طی تعدادی از قطعنامه‌ها و اعلامیه‌هایی که به تصویب رسانیده به موضوع اصل عدم مداخله پرداخته است. اعلامیه سازمان ملل در زمینه عدم مداخله که در قالب قطعنامه شماره ۲۱/۳۱ مجمع عمومی در ۱۹۶۵ به تصویب رسید بر حق کشورها در زمینه انتخاب و اداره امور خود بدون هرگونه دخالت خارجی تأکید ورزید. این اعلامیه صریحاً مداخلاتی را که حاکمیت ملی و استقلال سیاسی کشورها را تهدید می‌کند ممنوع اعلام نمود.

شش سال بعد، مجمع عمومی با تصویب «اعلامیه اصول حقوق بین الملل در زمینه روابط دوستانه و همکاری میان کشورها بر طبق منشور ملل متحد» در قالب قطعنامه شماره ۲۶/۲۵ در سال ۱۹۷۰، تمامی اشکال دخالت در شخصیت حقوقی یک کشور با عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن را منع نمود و در این میان فهرستی از انواع تدابیر و اقداماتی که با هدف سوء استفاده از چنین مداخلاتی صورت می‌گیرد ارائه کرد. در این اعلامیه آمده است: «هیچ دولت یا گروهی از دولت‌ها حق مداخله مستقیم یا غیرمستقیم بنا به هر دلیلی در امور داخلی یا خارجی هیچ دولت دیگری را ندارد. در نتیجه، مداخله مسلحانه و تمامی دیگر اشکال دخالت یا تلاش برای تهدید شخصیت دولت یا عناصر سیاسی، اقتصادی و فرهنگی آن ناقض حقوق بین الملل است.» (اشلقی، ۱۳۸۰: ۸۴-۸۵)

در سال ۱۹۸۱، مجمع عمومی با تصویب قطعنامه شماره ۳۶/۱۰۳ در زمینه اجرای اعلامیه «غیرقابل پذیرش بودن مداخله در امور داخلی کشورها» گام دیگری در جهت تقویت اصل عدم مداخله برداشت. در این اعلامیه، مجمع به طور جدی اعلام کرد اصل عدم مداخله در امور داخلی و خارجی کشورها دربرگیرنده حقوق و وظایف ذیل می‌باشد:

الف) خودداری از هر گونه اقدام زورمندانه و قهرآمیزی که ملل تحت سلطه استعمار یا اشغال بیگانگان را از اعمال حق تعیین سرنوشت، آزادی و استقلال خود محروم سازد؛

ب) خودداری از سوء استفاده و مخدوش نمودن موضوعات حقوق بشری به عنوان ابزار دخالت در امور داخلی کشورها و اعمال فشار بر کشورهای دیگر یا ایجاد جو بی‌نظمی و عدم اعتماد میان کشورها یا گروهی از کشورها؛



ج) حمایت و پشتیبانی کامل از حق تعیین سرنوشت، آزادی و استقلال ملت‌های تحت سلطه استعمار، اشغال خارجی یا رژیم‌های نژادپرست و هم‌چنین حق این ملت‌ها در زمینه دست یازیدن به مبارزه سیاسی و مسلحانه برای نیل به این اهداف بر اساس منشور؛

د) رعایت، گسترش و دفاع از تمامی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در محدوده قلمروی ملی خود و اقدام در زمینه امحای موارد جدی و گسترده نقض حقوق بشر ملت‌ها و مردمان، به ویژه در جهت از میان برداشتن آپارتاید و تمامی اشکال نژادپرستی و تبعیض نژادی. (اشلکی، پیشین: ۸۵)

مجمع عمومی ملل متحد در تاریخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۸ نیز با صدور قطعنامه ۴۳/۱۳۱ (که به نحوی به موجب قطعنامه ۴۵/۱۰۰ تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ راجع به ترتیب دادن «دالان‌های انسانی» تمدید شد)، مقرر داشت معاضدت بشر دوستانه در حق قربانیان مصائب طبیعی و وضعیت‌های اضطراری مشابه مقدماً در صلاحیت دولت محل وقوع مصیبت باشد، و این دولت بتواند به دلخواه مداخله خارجی را خواستار شود. در این قطعنامه، مداخله مستقیم دولت‌ها طرد شده است که به ابتکار خودشان دست به عملیات بزنند. (qhanin.com) در عین حال قطعنامه‌های بسیاری در رابطه با اوضاع و احوالی که در آن حقوق بشر آشکارا نقض شده از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسیده است. بنا بر این قطعنامه‌ها می‌توان نتیجه گرفت که اصل «عدم مداخله» در برابر اقدامات سازمان ملل در این زمینه عقب نشینی کرده است. این عقب نشینی در سه مورد مشخص شده است:

- هنگامی که حقوق بشر در سرزمین‌هایی نقض می‌گردد که تحت سلطه یا استعمار دولتی قرار گرفته و یا توسط آن اشغال شده‌اند. مجمع عمومی سازمان ملل در این مورد قطعنامه‌های متعددی هم‌چون قطعنامه‌های مربوط به فلسطین اشغالی، رودزیا، نامیبیا به تصویب رسانده است. این اقدامات بر اساس مسئولیت ویژه سازمان ملل متحد بر «سرزمین‌هایی که مردم آن هنوز توسط خود اداره نمی‌شوند» یا سرزمین‌های تحت قیمومیت انجام گرفته است.
- هنگامی که نقض حقوق بشر از اوضاعی ناشی می‌شود که صلح و امنیت بین‌المللی را در معرض خطر قرار می‌دهد. این مورد خصوصاً ناظر بر وضع آفریقای جنوبی در جهت خاتمه دادن به نظام آپارتاید در کشور بوده است.



- هنگامی که نقض حقوق بشر چنان جنبه‌ای به خود می‌گیرد که دیگر سکوت جامعه بین‌المللی از لحاظ اخلاقی و انسانی قابل تحمل نیست و دخالت آن جامعه برای خاتمه دادن به چنین وضعیتی الزامی تلقی می‌شود.

در موارد مذکور، بررسی موضوع حقوق بشر از قلمرو صلاحیت انحصاری دولت‌ها خارج می‌شود. (qhavanin.com)

۳-۱-۵. اقدامات شورای امنیت سازمان ملل متحد

در مورد اعمال صلاحیت شورای امنیت در زمینه مداخلات بشردوستانه اختلاف نظر وجود دارد. دو دیدگاه مخالف و موافق، هر یک برای اثبات ادعای خود با استناد به منشور ملل متحد، حقوق قراردادی، آرای قضایی و عملکرد سازمان ملل، دلایلی را مطرح می‌کنند. مخالفان ورود شورای امنیت در قضایای مربوط به مداخله بشردوستانه، به بند (۷) ماده (۲) منشور استناد می‌کنند که سازمان ملل متحد را از «دخالت در اموری که اساساً در صلاحیت داخلی دولت‌ها است»، باز می‌دارد. این نظر، حقوق بشر را موضوعی صرفاً داخلی تلقی کرده و تعهد اعضای سازمان ملل در خصوص حقوق بشر را طبق منشور، تنها یک تعهد کلی و همکاری برای افزایش احترام به حقوق بشر می‌داند. این گروه که بیشتر نگران حاکمیت دولت‌ها است، اصل حاکمیت و عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها را سنگر دولت‌های ضعیف‌تر در قبال دول قدرتمندی می‌داند که مایلند به بهانه‌های مختلف، منافع سیاسی و اقتصادی خود را دنبال کنند. از این دیدگاه، «مداخله بشردوستانه» ابزاری در خدمت منافع قدرتمندان است.

مدافعان توسعه صلاحیت شورای امنیت، به ماده (۳۹) منشور ملل متحد اشاره می‌کنند که مطابق آن، شورای امنیت می‌تواند هر وضعیتی را که موجب تهدید صلح، نقض صلح، و یا عمل تجاوزکارانه گردد، شناسایی و طبق مواد (۴۱ و ۴۲) منشور اقدام نماید. آنها مدعی هستند که این «وضعیت» می‌تواند بر اثر نقض گسترده حقوق بشر در یک بحران داخلی، یا ناشی از سیاست سرکوب به وسیله هر یک از دولت‌ها باشد، به نحوی که بیم به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی برود و یا نقض حقوق بشر چنان جنبه‌ای به خود بگیرد که دیگر سکوت جامعه بین‌المللی از لحاظ اخلاقی و انسانی قابل تحمل نباشد. از این دیدگاه، حقوق بشر مسأله‌ای داخلی نیست؛ چرا که تأکید منشور ملل متحد بر «پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر» به عنوان یکی از اهداف ملل متحد



و متعاقباً تعدادی از کنوانسیون‌ها و اعلامیه‌های مربوط به حقوق بشر و «عرفی شدن» برخی از آن‌ها، حقوق بشر را به صورت یکی از هنجارهای قطعی و اصول مسلم حقوق بین‌الملل درآورده و حمایت بین‌المللی از آن به عنوان یک تعهد الزامی نسبت به جامعه بین‌المللی در آمده است. این گروه در تأیید ادعای خویش، به قطعنامه‌های مجمع عمومی ملل متحد مبنی بر درخواست از شورای امنیت برای اقدام به نفع «حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت خود» و جلوگیری از «سیاست تبعیض نژادی» و قطعنامه‌های شورای امنیت در مواردی چون اعمال تحریم اقتصادی به دلیل نقض حقوق بشر در آفریقای جنوبی و رودزیا اشاره می‌کنند. (آقای، ۱۳۷۵: ۲۵۳-۲۵۴)

اگر این استدلال پذیرفته شود که شورای امنیت صلاحیت رسیدگی به نقض حقوق بشر و مداخله بشردوستانه را دارد، آن گاه این مسأله مطرح می‌شود که ملاک نقض گسترده حقوق بشر چیست؟ حدود و شرایط اقدامات شورای امنیت کدام است؟ در تحلیل این موضوع، عده‌ای صلاحیت شورای امنیت را نامحدود می‌دانند. اما برخی دیگر صرفاً در شرایطی استثنایی با وجود اجماع بین‌المللی، شورا را مجاز به دخالت می‌دانند و برای شورا در زمینه اقدام، محدودیت‌های خاصی در نظر می‌گیرند. لذا شورا صرفاً در وضعیت‌هایی می‌تواند اقدام به مداخله بشردوستانه نماید که صلح و امنیت بین‌المللی به خاطر آوارگی گروه‌های زیادی از انسان‌ها به قلمرو دول همجوار، گسترش یک جنگ داخلی به دولت‌های همسایه و تهدید جان عده‌های زیادی از انسان‌ها در اثر درگیری‌های داخلی به خطر افتاده باشد. در صورت به وجود آمدن چنین وضعیت‌هایی، اقدامات به عمل آمده نیز بایستی با اتکای بر دو شرط ضرورت و تناسب و با رعایت بی‌طرفی و موقتی بودن باشد (همان: ۲۵۴-۲۵۵)

امروزه شورای امنیت با تجویز اقدامات مسلحانه بر اساس اختیاری که فصل هفتم منشور ملل متحد به آن داده است، به نحو فزاینده‌ای در رابطه با نقض وسیع حقوق بشر وارد عمل می‌شود. شورای امنیت در رابطه با کردهای عراق، یوگسلاوی سابق، و هائیتی بر این روال عمل کرد. در مجموع شورای امنیت، نقش فعالی در گسترش مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی داشته است؛ بر اثر این تلاش، این مفهوم اکنون در برگرنده منازعات درون دولت‌ها است و مداخله بشردوستانه به عنوان عالی‌ترین الگوی ارتقای «امنیت بشر» مورد توجه قرار می‌گیرد. (Oberleitner, 2001: 20)



۶. رابطه حاکمیت و مداخله بشردوستانه در رویه قضایی بین المللی

دیوان بین المللی دادگستری از بدو تشکیل، گام‌های مهمی در زمینه تأیید اصل عدم مداخله به عنوان یکی از قواعد حقوق بین الملل برداشته که شایسته توجه و بررسی است. دیوان بین المللی دادگستری در سال ۱۹۴۹ در قضیه «تنگه کورفو» میان آلبانی و انگلستان اظهارداشت «دیوان حق مداخله را تنها به عنوان تجلی سیاست اعمال زور که همچون گذشته زمینه جدی ترین سوء استفاده‌ها را فراهم می‌آورد می‌داند و نمی‌تواند جایگاهی برای آن در حقوق بین الملل بیابد.» (کرمی، ۱۳۷۵: ۷۹)

در حکم دیگری که دیوان در سال ۱۹۸۶ در خصوص قضیه «فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و بر ضد رژیم آن کشور» صادر کرد، مداخله در صورت موجود بودن دو شرط، غیرقانونی تعریف شد: «نخست آن که مداخله در موضوعاتی که هر کشور در نتیجه اصل حاکمیت مجاز به انجام آن‌هاست تحمیل شود. دوم، روش مورد استفاده کشور مداخله‌گر زورمندانه و قهرآمیز باشد. همچنین در مداخله‌ای که به طور قهرآمیز و با استفاده از زور صورت گرفته، باید عنصر زور و اجبار امری بارز و آشکار باشد.» دیوان در قضیه «نیکاراگوئه» اعلام نمود اصل عدم مداخله، دولت‌ها را از دخالت غیرمستقیم در امور داخلی یا خارجی دولت دیگر منع نمی‌کند. (کرمی، ۱۳۷۵: ۱۰۸)

از سوی دیگر با توجه به ویژگی‌های مصوبات شورای امنیت پس از جنگ سرد، می‌توان گفت این شورا به سمت پذیرش این نظریه حرکت می‌کند که قطعنامه‌های شورای امنیت، عملیات‌های مبتنی بر مداخلات بشردوستانه را تجویز می‌کند و برای ضمانت اجرای آن حتی دست به تشکیل دادگاه‌های بین المللی می‌نماید. تشکیل دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق برای محاکمه و مجازات جنایتکاران جنگی و مسؤولان کشتار دسته جمعی از سوی شورای امنیت سازمان ملل، در واقع تلاشی برای ایجاد شکل جدیدی از مداخله دسته جمعی بشردوستانه در رابطه با نقض گسترده حقوق بشر محسوب می‌شود. (مهرپور، ۱۳۷۷: ۲۲-۲۳)

۷. توجیه مداخله در قلمرو حاکمیت دولت‌ها

در جامعه بین المللی امروز، بسیاری از کشورها به ظاهر از سیاست عدم مداخله طرفداری می‌کنند و برای تقویت این موضع خود به منشور ملل متحد استناد می‌جویند. در عین حال، عملکرد بسیاری از دولت‌ها به ویژه دولت‌های اروپای غربی و آمریکا، در

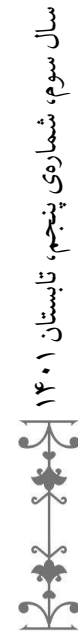


جهت نادیده گرفتن اصل عدم مداخله بوده است. این دولت‌ها - خواه صادقانه و خواه برای پوشاندن اغراض دیگر - ملاحظات بشردوستانه را در سیاست خارجی خود گنجانده و سعی دارند به عناوین گوناگون بر دولت‌هایی که از رعایت این قواعد به طرز آشکاری سرپیچی می‌کنند، فشار وارد آورند. هر چند ضوابط و معیارهای مربوط به مداخلات بشردوستانه، حاکمیت دولت‌ها را به سختی در مقابل اراده و قدرت جامعه بین‌المللی قرار می‌دهد، اما تحلیل گران می‌کوشند مداخلات را به گونه‌ای توجیه کنند:

برخی برآنند که مداخله یک دولت را بر پایه «صیانت نفس» جنبه قانونی ببخشند. در جنگ دوم خلیج فارس، محاسبات برخی از دولت‌هایی که به ائتلاف مورد حمایت سازمان ملل می‌پیوستند، تحت تأثیر ضرورت آزادی جریان نفت و از این طریق برای دفاع از منافع خودشان بود.

بر اساس دومین نوع توجیه مداخله، مداخله‌ای که با موافقت دولت پذیرنده صورت می‌گیرد، مشروع است. این توجیه در عین حال که زمینه‌ای برای مداخله فراهم می‌آورد، اصل حاکمیت را نیز محفوظ می‌دارد. از جمله، مقررات کلاسیک حفظ صلح سازمان ملل صراحت دارد که استقرار نیروهای حفظ صلح منوط به موافقت دولتی است که عملیات در خاک آن صورت می‌گیرد.

سومین نوع توجیه مداخله، مداخله بر پایه اتفاق آرای اعضای جامعه بین‌المللی است. مفهوم سنتی مداخله بشردوستانه، به طور عمده‌ای بر مداخله یک جانبه یک یا چند دولت تأکید داشته است. در این نوع مداخله، امکان زیادی برای سوءاستفاده از سوی دولت‌ها وجود داشته و انگیزه اصلی منافع ملی آن دولت‌ها بوده است. در مقابل، عده‌ای برای کاهش سوء استفاده، بر مداخله جمعی از طرف جامعه بین‌المللی تأکید نموده و با توجه به وجود سازمان‌های بین‌المللی در عصر کنونی، هر مداخله‌ای را صرفاً از طریق تصمیم این سازمان‌ها و به ویژه سازمان ملل متحد حائز اهمیت می‌دانند. اما از نظر برخی از صاحب نظران، حتی چنین مداخله‌ای نیز به دور از امکان سوء استفاده مداخله گران نیست. (کرمی، ۱۳۷۵: ۴۷) به هر حال، قطعنامه‌های شورای امنیت که بر اساس مقررات فصل هفتم منشور ملل حکم به مداخله می‌دهد، می‌تواند به منزله بیان مشروع نظر جامعه بین‌المللی تلقی گردد.



چهارمین نوع توجیه مداخله، به جنگ‌های داخلی یا دیگر شرایطی مربوط می‌شود که در آن قدرت دولت مرکزی از هم پاشیده و حکومت در وضعیتی نیست که به تعهدات خود در رابطه با حاکمیت عمل کند. مواردی چون مداخله در بوسنی و سومالی از این نمونه هستند. این توجیه از این نظر با اصل حاکمیت سازگاری دارد که بر این فرض استوار است که حاکمیت مستلزم برخی مسؤولیت‌ها با وجود حداقل توانایی برای حکومت کردن است، و از سوی دیگر نشان دهنده بر هم خوردن موازنه میان اختیارات دولت‌ها و اختیارات جامعه بین‌المللی است.

در پنجمین نوع توجیه مداخله، این نظر مطرح است که در موارد اضطراری، مداخله نظامی می‌تواند در دفاع از برخی ارزش‌های جهان شمول ضروری باشد. (ممتاز، ۱۳۷۹: ۱۰۳۶) موضوعاتی چون حقوق بشر، حفظ محیط زیست، صلح و امنیت بین‌المللی، حمایت از میراث مشترک، دموکراسی و اداره شایسته امور مردم در این مقوله مورد توجه قرار می‌گیرند. در چنین مواردی ممکن است ارزش‌های حاکمیت‌ها و دولت‌ها و ارزش‌های جامعه بشری در برابر هم قرار گیرند. بحث‌های امروزه در مورد حق استفاده از زور برای سازمان‌های بین‌المللی یا گروه‌هایی از دولت‌ها جهت پایان دادن به نقض گسترده و انبوه حقوق بشر، یا تخریب گسترده محیط زیست با استناد به همین نظریه بیان شده است.

در ششمین نوع توجیه مداخله، می‌توان جهانی را فراتر از جامعه دولت‌های ملی در نظر گرفت. جهانی که در آن یک قدرت بین‌المللی متمرکز وجود دارد. یا جهانی که در آن حق مشروع مداخله به چند مرجع منطقه‌ای واگذار شده باشد. البته جامعه بین‌المللی هنوز به این نقطه عطف در موازنه بین حاکمیت واحدها و اقتدار جامعه بین‌المللی دست نیافته است. در حال حاضر دولت‌ها معمولاً تنها مداخلات نوع ۲ و ۳ و تا حدی مداخله نوع ۴ را مشروع قلمداد می‌کنند. (آقای، ۱۳۷۵: ۲۵۹-۲۶۳) این نکته هم شایان ذکر است که در حقوق عرفی، اقدام مداخله جهت حفظ جان افراد در صورتی مجاز است که مدت آن کوتاه و تلفات آن از فرض عدم مداخله کمتر باشد. به علاوه سازمان یا دولتی که در جهت نقض ممنوعیت کلی راجع به مداخله عمل می‌کند، مسؤولیت اثبات وجود یک وضعیت اضطراری واقعی، فوری، و خطرناکی که رفع آن بدون مداخله نمی‌توانست انجام گیرد را برعهده دارد. (برانلی، ۱۳۸۳: ۲۵۶)



نتیجه گیری مقاله

چنانچه در تحقیق حاضر توضیح داده شد است، می توان موضوع مداخله بشردوستانه و حق حاکمیت ملی را بشکل ذیل خلاصه نمود:

اقتدار مطلق و نهایی حکومت بر تمام افراد، گروه ها، نهادها و سازمان ها در قلمرو دولت ها عبارت از حاکمیت ملی است.

مداخله بشردوستانه عبارت از اقدامات نظامی و مسلحانه دولت یا دولت ها و سازمان های بین المللی است که به منظور جلوگیری از جنایت علیه بشریت و برقراری نظم و امنیت بین المللی صورت می گیرد.

رابطه مداخله بشردوستانه و حاکمیت ملی از نظر حقوق بین الملل طوریکه در منشور سازمان ملل تساوی حاکمیت ها، منع توسل به زور و منع مداخله تاکید شده است. هم چنان مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز در رابطه به منع مداخله قطعه نامه های زیادی را تصویب نموده است. رویه قضایی بین الملل نیز مداخله بشردوستانه را حاکمیت دولت ها از نظر حقوق بین الملل جایگاهی ندارد، اما در صورت درخواست و موافقه دولت قانونی صورت گیرد، و به اساس اتفاق آرای اعضای جامعه بین المللی یا از اثر جنگ های داخلی قدرت دولت مرکزی از هم پاشیده باشد، نظم جامعه بین المللی در خطر افتاده باشد، در آن صورت مداخله بشردوستانه قابل توجیه و مشروع دانسته می شود. زیرا مداخله بشردوستانه در راستای حمایت حقوق بشر انجام می گیرد و با حاکمیت دولت ها منافات دارد، قابل ذکر است که تاسیس دولت ها مستقل بخاطر حفظ حقوق انسان ها و تعالی جامعه بشری می باشد و هم چنان اصل منع مداخله به حاکمیت دولت ها از جهتی به معنای ضایع نشدن حقوق انسان ها بوده و در منشور سازمان ملل گنجانیده شده است. نتیجه گرفته می شود، مداخله بشر دوستانه در واقع مصداق بری حمایت از حقوق بشر است. به این مفهوم وقتی حقوق بشر نقض می گردد، حاکمیت معنی ندارد. باید از طریق مداخله بشردوستانه جلو نقض حقوق بنیادین انسان ها گرفته شود. در یک کلام می توان گفت که مداخله بشردوستانه منوط به اجازه شورای امنیت سازمان ملل متحد بوده و هدف آن رهانیدن انسان ها از تحت ظلم و ستم و جلوگیری از به مخاطره افتادن نظم جامعه بین المللی باشد که آن مداخله درست و معقول است.



ماخذ و منابع

کتاب‌ها

۱. آنتونیو کاسسه، حقوق بین الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلاتریان، (تهران: دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۷۰).
۲. احمد کریمی، پایان نامه حقوق بشر و مداخله بشردوستانه، تهران: دانشکده روابط بین الملل، شهریور ۱۳۷۵.
۳. ایان برانلی، حقوق بین الملل در واپسین سال‌های قرن بیستم، ترجمه صالح رضایی پیش رباط، تهران، انتشارات دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، ۱۳۸۳.
۴. بلدرسو، رابرت، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه بهمن آقایی، چ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵.
۵. جهانگیر کریمی، شورای امنیت سازمان ملل متحد و مداخله بشردوستانه، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۵.
۶. سید داوود آقایی، نقش و جایگاه شورای امنیت سازمان ملل متحد در نظم نوین جهانی، تهران: انتشارات پیک فرهنگ، ۱۳۷۵.
۷. ضیائی بیگدلی محمدرضا، «توسعه و تحول حقوق بشردوستانه در بستر رویه بین‌المللی معاصر»، اسلام و حقوق بین‌الملل بشر دوستانه، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۸. عبدالسلام، کلیات حقوق اساسی، نشرات قومانی عمومی تعلیم و تربیه، ۱۳۹۱.
۹. کاسسه، آنتونیو، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل ج.ا.ا، ۱۳۷۰.
۱۰. مدنی، سیدجلال الدین، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۷، انتشارات سروش، ۱۳۶۹.
۱۱. موبر، ریچارد، درآمدی نو بر جغرافیای سیاسی، ترجمه دره میرحیدر، تهران، سازمان جغرافیایی نیروی‌های مسلح، ۱۳۷۹.
۱۲. منشور ملل متحد و اساس نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، چاپ دوم، تهران: نشر مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد، ۱۳۷۷.

مجلات:

۱۳. آقایی، قاسم، مداخله بشردوستانه از ممنوعیت تضرورت، مجله پژوهش حقوق و سیاست، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی، سال ششم، ش ۱۱، ۱۳۸۳.

۱۴. ارغوان، وحیدالدین، مبانی و موازین مداخله بشر دوستانه، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۱۳۹۲.
۱۵. جمشید ممتاز، «مداخله بشردوستانه ناتو در کوزوو و اصل عدم توسل به زور»، ترجمه مرتضی مختاری امین، فصل نامه سیاست خارجی، سال چهاردهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۷۹.
۱۶. شریفیان جمشید، بین المللی شدن حقوق بشر، فصل نامه سیاست خارجی، سال پانزدهم، ش ۳، پاییز ۱۳۸۰.
۱۷. غلامعلی قاسمی، چالش های عدم مداخله و جایگاه آن در حقوق بین الملل، فصلنامه آفاق امنیت، سال نهم، ش ۳۳، ۱۳۹۵.
۱۸. ممتاز، جمشید و نجفی اسفاد، مرتضی، بررسی بحران کوزوو در حقوق بین الملل، مجله دیدگاهان حقوقی، ۱۳۷۹.
۱۹. مجید عباسی اشلقی، «مداخلات بشردوستانه و اصل عدم مداخله»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، مهر و آبان ۱۳۸۰، شماره ۱۷۰-۱۶۹.
۲۰. وزیر، مجید؛ بلبل آباد، محمدی، جبار؛ بررسی مداخله بشردوستانه در نظام فقهی اسلام؛ مجله حقوق اسلامی، ش ۴۵، ۱۳۹۴.
۲۱. یوسف مولایی، «استقلال، دموکراسی و حقوق بشر»، نشریه نامه، شماره ۲۸، دی ماه ۱۳۸۲.



پیامدهای غیر کیفری نقض حقوق غیر نظامیان در حقوق بشر دوستانه‌ی بین الملل

سید قیام مظفری^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۷

چکیده

لزوم رعایت حقوق غیر نظامیان که بخش از حقوق بشردوستانه است دارای ابعاد گوناگون می‌باشد. در فرض نقض این حقوق، پیامدهای دارد که به دو گونه می‌تواند ظاهر گردد: ۱. پیامد کیفری و ۲. غیر کیفری. پیامدهای غیر کیفری شامل موارد ذیل‌اند: محکومیت به مرگ، حبس، مجازات نقدی، ضبط اموال و دارایی. پیامدهای غیر کیفری (موضوع مقاله حاضر) عبارت از موارد ذیل‌اند: جبران خساره، اعاده به وضعیت سابق، جلب رضایت زیان‌دیده، قطع و عدم تکرار عمل متخلفانه، اقدام متقابل و پرداخت غرامت. در این تحقیق کوشش صورت گرفته تا پیامدهای غیر کیفری به گونه دقیق بررسی شود. روش این تحقیق توصیفی-تحلیلی بوده و در جمع‌آوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و مقالات علمی-پژوهشی استفاده شده است.

کلید واژه‌ها: پیامدهای غیر کیفری، خسارت، اقدام متقابل، پرداخت غرامت، نقض حقوق غیر نظامیان، حقوق بشردوستانه.

^۱ دانش‌آموخته مقطع ماستری دانشگاه خاتم النبیین (ص)

حقوق بشردوستانه بین‌المللی اصول اساسی را برای طرفین مخاصمات در نظر گرفته و این اصول برگرفته از اصول و قواعد از حقوق کشورها و ملل متمدن حقوقی است که در حقوق بین‌الملل بشردوستانه منعکس شده است. اصول حقوق بشردوستانه بین‌الملل تقریباً مورد پذیرش همه کشورها و افراد قرار گرفته است و طرف‌های منازعات در زمان جنگ و مخاصمات مجبور و ملزم به رعایت این اصول‌اند. از این رو، حقوق غیر نظامیان در زمان جنگ و مخاصمات باید مراعات گردد. غیر نظامیان نباید مورد حمله قرار گیرد و بابت حمله به غیر نظامیان باید مصونیت داشته باشند و طرفین مخاصمات اماکن نظامی را از غیر نظامی باید تفکیک نمایند. بسیار محتمل است که در مخاصمات به اشخاص غیر دخیل در جنگ ضررهای مادی و معنوی وارد گردد و با فعل و ترک فعل که در جریان منازعات به جانبین و غیر نظامیان متحمل خسارت گردند.

موضوع اساسی و محوری تحقیق حاضر پیامد غیر کیفری نقض حقوق غیر نظامیان می‌باشد که در مخاصمات مسلحانه و در زمان جنگ جنگ نقض می‌گردد. همان‌گونه که در اسناد بین‌المللی نیز بیان شده که پیامدهای غیر کیفری دارای اقدامات خارج از کیفرخواهی برای خاطیان می‌باشد. این تحقیق در صدد بیان مفهوم خساره، روش‌های جبران خساره، نوعیت خسارات، روش‌های اعاده وضعیت سابق، اقدام متقابل، بیان مفاهیم قطع و عدم تکرار و پرداخت غرامت می‌باشد. معنی و مفهوم خسارت را به صورت خلاصه می‌توان ضربه زدن، زیانمندی، ضرر و زیان بیان نمود و در معنی اصطلاحی این کلمه به دو مفهوم به کار رفته است یکی خسارت به معنی زیان وارد شده و دیگری به معنی جبران ضرر وارده می‌باشد و معنی و مفهوم اقدام متقابل به صورت خلاصه عکس‌العمل می‌باشد و در معنی اصطلاحی در حقوق بین‌الملل، آن بخش از موضوع اقدام تلافی‌جویانه است که ارتباطی با توسل به زور یا مخاصمات مسلحانه ندارد که هدف اقدام متقابل حمایت از خود، واداشتن دولت مسئول به پیروزی از تعهدات خود و جبران خسارت دولت زیان‌دیده می‌باشد. مفهوم دیگری که در تحقیق حاضر مورد بحث قرار گرفته معنی و مفهوم پرداخت غرامت می‌باشد که به صورت خلاصه می‌توان غرامت را شامل مبلغی دانست که یک مقصر طرف قرارداد متعاقب یک خسارت به شخص زیان‌دیده می‌پردازد و این غرامت شامل پول نقد، بازسازی و جایگزینی است.



اهمیت و ضرورت تحقیق حاضر در شرایط فعلی در مورد اشخاص و گروه‌های است که در جنگ‌ها دخیل نیستند و از جنگ به نحوی از انحا کناره‌اند ولی مورد ظلم و ستم نظامیان و طرف‌های درگیر قرار می‌گیرند، اولاً تبیین و تفهیم حقوق اساسی بشری افراد که دخیل در جنگ نیستند و ثانیاً برای طرفین درگیر حقوق غیر نظامیان را در شرایط جنگی نقض نکنند تا ملزم به پرداخت غرامت، جبران خسارت و .. نگردند. هدف اساسی تحقیق حاضر واضح نمودن پیامدهای نقض حقوق غیر نظامیان در خصوص غیر کیفری آن می‌باشد تا مطالعه کنندگان و اشخاص از حقوق بشری غیر نظامیان آگاه شوند.

۱. جبران خسارت

جبران خسارت متداول‌ترین نوع تلافی در برابر اعمال مضر است. (الیب، ۲۰۰۴، ۲۱۸) اعمال مضر در قانون مدنی افغانستان در مواد مربوط به احکام کلی مواد ۷۷۶ الی ۷۸۹ تحت بخش فعل مضر به ترتیب از شدیدترین الی خفیفترین نوع آن بیان شده است. اگر شخصی مال یا جان دیگری را ناقص یا معیوب کند یا برخلاف تعهدات خود در انجام فعل یا ترک فعل، عمل نماید یا عمل خلاف حق قانونی خود و یا خلاف وظیفه قانونی خود انجام دهد و این اعمال او موجب ضرر به دیگری شود؛ در این صورت خسارت صدق می‌کند و طرف می‌تواند مطالبه خسارت کند. از مواد ۳۸، ۲۸۷ و ۷۷۴ قانون مدنی این مطلب استفاده می‌شود. (قانون مدنی، ۱۳۵۵، ۲۵-۳۳۷)

از اهداف مهم و اصلی مسئولیت مدنی، حق جبران خسارت می‌باشد که به استناد این حق در صورتی که تمام شرائط و ارکان مسئولیت مدنی جمع باشد؛ ضرردیده می‌تواند با رجوع به انجام دهنده فعل ضرر بار خواهان جبران خسارت وارده بر خویش شود و عامل ورود ضرر نیز ملزم می‌شود تا ضرر وارده را جبران کند. بدین ترتیب رابطه دینی (تعهد) بین ضرردیده و عامل ورود ضرر به وجود می‌آید. رابط‌های که در نتیجه مسئولیت مدنی ایجاد شده است. هدف بنیادین تاسیس رشته حقوق مسئولیت مدنی را جبران خسارت تشکیل می‌دهد که در نتیجه تقصیر و تخلف عامل زیان به وجود می‌آید. در واقع هدف از ایجاد شعبه‌های حقوق تحت عنوان حقوق مسئولیت مدنی و مسئول تلقی نمودن شخصی به عنوان عامل زیان از طرف مقابل به عنوان زیان‌دیده، منتهی می‌گردد به جبران خسارت وارده توسط عامل منتهی می‌گردد و خسارت وارده بر طرف مقابل را باید جبران کند. بهترین شیوه جبران خسارت، وضع امر زیان‌دیده کاملاً به حالت



پیش از ورود ضرر باز گردانده شود و چون هدف مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت است. (صفایی، ۱۳۹۲، ۲۳۹)

با این رویکرد منظور از جبران خسارت از بین بردن آسیب‌ها و مضراتی است که به اشخاص یا مالکیت‌های آنها در نتیجه تخلف عامل زیان تحمیل شده و اندازه آن متناسب با زیان به عنوان مسئول در این شعبه از حقوق، مسئولیت دارد که خسارت وارده از ناحیه تخلف و تقصیر خویش بر زیان‌دیده را متحمل گردد. به دیگر سخن، جبران خسارت مبلغی از نقود و هر شیئی است که خسارت وارده بر زیان‌دیده و دارایی از دست رفته متضرر را جبران می‌کند که نتیجه طبیعی فعل زیانبار است. از سوی دیگر محکمه با در نظر داشت عدالت و منطق حقوقی خسارت وارده بر زیان‌دیده را به نحوی مورد محاسبه قرار می‌دهد که میزانی از خسارت که به زیان‌دیده وارد آمده یا از دارایی کاسته شده‌ی او را جبران کند. (رحیمی، ۱۳۹۷، ۱۱۷)

مقصود از جبران عینی آن است که جبران‌کننده تلاش کند وضع متضرر اعاده گردد. (ره‌پیک، ۱۳۹۳، ۹۱)

از دیگر موارد جبران خسارت عینی این است که شخصی برای ضرر زدن به همسایه و جلوگیری از رسیدن نور و هوا به خانه یا ملک او، دیواری را در ملک خود بنا کند. در این مورد، احداث کننده دیوار که سبب ورود ضرر به همسایه شده است، مکلف به جبران خسارت از طریق جبران عینی می‌باشد. (رسولی، ۱۳۹۸، ۱۷۵)

ماده 1918 قانون مدنی در این مورد چنین بیان می‌کند: «مانع شدن روشنی بطور کلی از خانه ضرر فاحش شمرده می‌شود، هیچکس نمیتواند چنان بنائی اعمار نماید که کلکین خانه همجوار را مسدود ساخته و بطور کلی مانع روشنی در آن گردد. در صورت احداث چنین بنا، همجوار می‌تواند دفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بنا را برای دفع ضرر مطالبه نماید.»

جبران عینی یعنی برگرداندن وضع به صورت پیشین خود، بدین معنی که ضرر وارد شده چنان تدارک شود که گویی از اصل ضرری وارد نیامده است. مانند اینکه کسی مال دیگری را غصب کرده باشد، غاصب مکلف است عین مال مغضوبه را به صاحبش برگرداند. دومین شیوه جبران خسارت، شیوه جایگزین یا معادل جبران خسارت می‌باشد. اما در خصوص طریقه پرداخت جبران خسارت ماده 781 قانون مدنی چنین صراحت



دارد: «طریقه جبران خسارت با رعایت احوال از طرف محکمه تعیین میگردد، جبران خسارت به صورت اقساط یا عواید مرتب پرداخته شده می‌تواند، که در این صورت مکلف ساختن مدیون بدادن تأمینات جواز دارد.»

بنا بر ماده 779 میزان خسارت باید متناسب به ضرر وارده باشد، یعنی در تعیین خسارت نباید تناسب از بین برود. ماده فوق چنین تصریح میدارد: «محکمه جبران خسارت را به تناسب ضرر عایدۀ تعیین می‌نماید، مشروط بر این که ضرر مذکور مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد.» جبران بدلی یعنی جبران خسارت از راه دادن معادل بدین گونه که چون اعاده وضع به صورت پیشین امکان ندارد، ارزشی معادل آنچه از دست رفته است به دارایی ضرردیده افزوده شود به صورت جبران بدلی امکان دارد. طوری که از عنوان شیوه مورد بحث پیداست، این شیوه در واقع جایگزین شیوه جبران عینی خسارت است. به دیگر سخن، اصل جبران خسارت شیوه عینی آن است. اما چنانچه شیوه جبرانی یاد شده متعذر گردد، یا محکمه بنا بر دلیلی حکم به شیوه جبران عینی ندهد، شیوه جبرانی معادل یا بدلی، یا به عرصه میگذارد و خسارات وارده بر متضرر را جبران می‌کند. (رحیمی، ۱۳۹۷، ۱۲۱)

اما نکته قابل توجه این است که این دو صورت جبران خسارت در عرض یکدیگر نیست تا عامل ورود ضرر بتواند به میل خود یکی را برگزیند یا ضرردیده آزاد باشد در انتخاب راهی که بیشتر می‌پسندد. هدف از ایجاد مسئولیت مدنی این است که ضرر به طور کامل جبران شود و ضرردیده وضع پیشین را باز یابد.

۱-۱. مفهوم خسارت

در حقوق بین الملل، خسارت مفهومی وسیع تر از خسارت در حقوق داخلی دارد و از ابعاد مختلف، از جمله ابعاد زیر، قابل بررسی است.

۱-۱-۱. خسارت مادی و معنوی

هرگونه خسارتی اعم از مادی یا معنوی که ناشی از عمل متخلفانه بین المللی تابعان فعال حقوق بین الملل باشد، خسارت در مفهوم حقوق بین الملل است. بند 2 ماده 31 طرح مواد راجع به مسئولیت، مبین مطلب مذکور است.

خسارت مادی، ضرر و زیان وارد بر اموال و دارایی های ناشی از عمل مستقیم یک کشور یا اتباع آن و یا یک سازمان بین الملل است، مانند مصادره غیرقانونی اموال

بیگانگان، ضبط طیاره یا کشتی یک کشور خارجی، تخریب یک سفارتخانه خارجی یا محل سازمان بین‌المللی. هم‌چنان در تعریف خسارات مادی گفته‌اند: «خساراتی که به بدن شخص یا دارایی او وارد شده باشد.» (جعفر لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱۱۳)

هم‌چنین در تحلیل خسارات مادی در یک تعریف وسیع‌تر و جامع‌تر با ذکر برخی از مصادیق گفته شده است: «خسارت ناشی از کاهش عوامل مثبت دارایی که عبارت از تقلیل ارزش و یا تلف کلیه‌ای حقوق و توانایی‌های شخص از قبیل حق مالکیت و سایر حقوق عینی و مطالبات و حق التألیف و حق اختراع می‌باشد.» (کارتوزیان، ۱۳۸۸، ۱۶۴)

ماده‌ی ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا «مصوب ۱۹۸۱»، ضمن اشاره به زیانهای مالی ناشی از نقص قراردادهای خسارت مادی را چنین تعریف می‌کند: «خسارت مادی عبارت از هرگونه کاهش در دارایی متضرر در مقایسه با زمان قبل از قرارداد یا هرگونه افزایش در تعهدات فرد می‌باشد.»

اما خسارت معنوی یا غیرمادی، خسارتی است که بر اثر حدوث آن، به هیچ وجه لطمه مادی و مالی وارد نمی‌گردد، بلکه ضرر و زیان جنبه معنوی و غیرمالی دارد، مانند توهین و بی‌احترامی به مأموران دیپلماتیک خارجی یا کارمندان سازمانهای بین‌المللی و یا بی‌حرمتی به پرچم یک کشور یا یک سازمان بین‌المللی.

۱-۱-۲. خسارت مستقیم و غیرمستقیم

هرگاه میان خسارت «اعم از مادی و معنوی» و عمل متخلفانه بین‌المللی، رابطه علیت یا سببیت قطعی و مسلمی برقرار شود، آن خسارت، خسارت مستقیم است. طبق یک رویه قضایی بین‌المللی، تنها خسارت مستقیم ممکن است موجب طرح مسئولیت بین‌المللی گردد.

خسارت مستقیم را نباید با خسارت فوری و خسارت بی‌واسطه در هم آمیخت. در مقابل خسارت مستقیم، خسارت غیرمستقیم قرار داد که فرع بر خسارت مستقیم است.

۱-۱-۳. خسارت بی‌واسطه و باواسطه

هرگاه خسارت مستقیمی «اعم از مادی یا معنوی» به تابعان فعال حقوق بین‌الملل وارد شود، آن خسارت، خسارت بی‌واسطه است و چنانچه خسارتی بر تابعان منفعل حقوق بین‌الملل، از جمله اشخاص وارد گردد، آن خسارت، خسارت با واسطه است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷، ۴۹۴)



۱-۲. روش‌های جبران خسارت

جبران کامل خسارتی که از عمل متخلفانه بین‌المللی وارد آمده، شکل اعاده وضعیت به حال سابق، غرامت و جلب رضایت زیان‌دیده را به طور مجزا یا توأمان به خود می‌گیرد. اصولاً تعیین روش یا روش‌ها و چگونگی جبران خسارت، ابتدائاً در صلاحیت کشورها یا سازمانهای بین‌المللی طرف اختلاف و مبتنی بر توافق آنهاست، در غیر این صورت، موضوع در صلاحیت مراجع قضایی یا داوری بین‌المللی است. البته، شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز بنا به مورد، صلاحیت انجام چنین کاری را بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد دارد. در مجموع، روشهای جبران خسارت عبارتند از: اعاده وضعیت به حال سابق، جلب رضایت زیان‌دیده، قطع و عدم تکرار عمل متخلفانه بین‌المللی، اقدامات متقابل و بالاخره پرداخت غرامت.

۱-۲-۱. اعاده وضعیت به حال سابق

دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی در قضیه کارخانه کورزوف چنین بیان داشته است: «اصل اساسی این است که ترمیم، تا آنجا که مقدور باشد، باید هرگونه آثار و نتایج عمل غیرمشروع و برخلاف حقوق را از بین ببرد و مجدداً وضع را به طور کامل به حالت عادی بازگرداند که اگر آن عمل ارتکاب نمی‌یافت، ظاهراً آن وضع وجود داشت.» از این رأی چنین استنباط می‌شود که اعاده وضعیت به حال سابق اساسی‌ترین و بهترین روش جبران خسارت را تشکیل می‌دهد و دو صورت متفاوت دارد: اگر چنانچه خسارت جنبه مادی داشته باشد، با تجدید بنای ساختمان خراب شده متعلق به بیگانه و یا آزاد کردن شخص بیگانه بیگانه و امثال آن، ترمیم تحقق می‌پذیرد. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷، ۴۹۵)

اگر خسارت ناشی از یک عمل حقوقی باشد «مانند قانون یا فرمان مغایر با حقوق بین‌الملل» با لغو آن و اتخاذ تصمیم داخلی مغایر با آن عمل، خسارت جبران‌شده تلقی می‌گردد. در طرح مواد راجع به مسئولیت، ضمن پذیرش اصل اعاده وضعیت به حال سابق، آن را در دو مورد مجزا ندانسته است. ماده ۳۵ طرح مواد راجع به مسئولیت چنین مقرر می‌دارد:

۱. اگر اعاده وضعیت مطلقاً ممکن نباشد؛

۲. اگر اعاده وضعیت، تعهدی خارج از اصل تناسب، در مقایسه با آنچه که از

پرداخت غرامت حاصل می‌شود، برای کشور مسئول ایجاد کند.



۱-۲-۲. جلب رضایت زیان‌دیده

هنگامی که خسارت مستقیماً به یک کشور یا سازمان بین‌المللی وارد آمده باشد، او حق دارد از کشور یا سازمان بین‌المللی متخلف بخواهد تا برای جبران خسارت وارده، مخصوصاً اگر خسارت معنوی باشد، با انجام اقداماتی رضایت‌خاطرش را جلب نماید. این اقدامات اشکال مختلفی دارد: اظهار تأسف و عذرخواهی رسمی، اعمال نمادین، مانند ادای احترام نظامی به پرچم یا اعزام نمایندگان ویژه ای برای شفاعت، «دو مورد مذکور مخصوصاً در مواردی است که عمل خلاف، بی‌احترامی یا توهین باشد»، پیگرد قانونی و مجازاتهای داخلی، اعم از تدابیر اداری، انضباطی، یا قضایی علیه مأموران دولتی یا اشخاص خصوصی عامل عمل خلاف. همچنین غالباً پذیرفته شده است که اعلام خلاف بودن عمل خسارت‌بار از سوی قاضی یا داور بین‌المللی نیز به خودی خود، اقدامی است که می‌تواند موجب رضایت خاطر زیان‌دیده شود. طبق ماده 37 طرح مواد راجع به مسئولیت:

۱. «کشوری که مسئول عمل متخلفانه بین‌المللی شناخته شده، موظف است به منظور جبران خسارت ناشی از این عمل خلاف، رضایت کشور زیان‌دیده را جلب نماید، البته به شرطی که خسارت وارده از طریق اعاده وضعیت به حال سابق یا پرداخت غرامت، جبران نشده باشد؛
۲. جلب رضایت ممکن است به شکل شناسایی رسمی نقض، اعلان تأسف، معذرت‌خواهی یا سایر اشکال مناسب باشد؛
۳. جلب رضایت نباید با خسارت نامتناسب باشد و نمی‌تواند برای کشور مسئول، شکل توهین‌آمیز را داشته باشد.»

دستگاه عدالت جزایی علیرغم توجه به تأمین عدالت، بهبود روابط متضرر و مجرم در حیات اجتماعی آینده‌ی آنها را نیز مد نظر دارد. این امر زمانی ممکن است که رضایت طرفین در نتیجه حل و فصل دعاوی حاصل شود. بنابراین، لازم است، نقش اندیشه‌ی عدالت‌ترمیمی، اسناد ملی و بین‌المللی در تحقق جلب و رضایت متضرر و مجرم پس از حل و فصل دعاوی طرفین مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.



اندیشه‌ی عدالت ترمیمی: اکثر قریب به اتفاق مطالعات انجام‌شده در زمینه‌ی برنامه‌های عدالت ترمیمی، از خشنودی و رضایتمندی متضرر و مجرم از عملکرد و نتایج این برنامه‌ها حکایت داشته‌اند.

این مطالعات در مورد همه‌ی انواع متضرران و مجرمان، فرهنگها، سنین و جنس‌های متفاوت، حاکی از نتایج مثبت این برنامه‌ها و استقبال از آنها بوده است. در برخی موارد حدود ۴۱-۶۱ درصد مجرمان و متضرران که به آنها پیشنهاد انتخاب میانجیگری جزایی شده است، آن را به دلایل مختلف نپذیرفته و رد کرده‌اند. این امر دلایل مختلفی داشته است؛ از جمله اینکه متضرران در برخی موارد احساس می‌کرده‌اند که جرم انجام‌شده بسیار ناچیز بوده و ارزش صرف وقت ندارد. در برخی موارد نیز متضرران با رد میانجیگری جزایی، مجازات و برخورد شدیدتری را برای مجرم از دستگاه جزایی درخواست کرده‌اند. (Maley, 1991, 22)

این مطالعات در «آمریکا، کانادا و انگلستان صورت گرفته و نتایج محسوس و ملموسی در پی داشته است.» (Umbriet, 1991, 12)

آمبریت و فرسلو در سال ۱۹۹۷ در تحقیقی راجع به مجرمان جوان در ایالت مینه‌سوتا دریافتند که ۱۱ درصد توافقات به‌دست‌آمده در خلال فرآیند عدالت ترمیمی، برای متضرران مناسب و رضایت‌بخش بوده و ۸۱ درصد از مجرمان نیز احساس رضایت کرده‌اند. تحقیق همین محققان در سال ۱۹۹۸ در مطالعه و ارزیابی رضایت خاطر متضرران در ۱۲ منطقه، ارائه‌دهنده‌ای گفتگوی گروه‌های خانوادگی در ایالت مینه‌سوتا تا سطح بالای رضایتمندی آنها بوده است. این آمار حدود ۹۵-۹۳ درصد متضرران را شامل می‌شد. (Umbriet, 1991, 12)

در سال ۱۹۹۸ «پرنزler و ورتلی» دریافتند که تمام متضرران در جرایم ارتكابی نوجوانان، هم از نتایج گفتگوهای میانجیگری و هم از خود برنامه‌ها و کنفرانسها استقبال و احساس رضایت کرده‌اند.

جلب رضایت در اسناد بین‌المللی: اصل ۱۸ از «اصول اساسی و راهبردها»، مقرر می‌دارد: «قربانیان نقضهای فاحش قانون بین‌المللی حقوق بشر و نقضهای شدید قانون بین‌المللی بشردوستانه باید براساس قانون داخلی و حقوق بین‌الملل، و با توجه به شرایط فردی، آنگونه که مناسب است و متناسب با شدت نقض و شرایط هر مورد،



چنانکه در فقره‌های ۱۹ تا ۲۳ پیشبینی شده خسارت کامل و مؤثر دریافت کنند که عبارتند از: اعاده‌ی وضع قبلی، پرداخت غرامت، ترمیم و بازپروری، جلب رضایت؛ تضمین‌هایی برای عدم تکرار است.

دیوان بین‌المللی عدالت براساس فقره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۷ مصوبه‌ی کمیسیون حقوق بین‌الملل مقرر می‌دارد: «جلب رضایت می‌تواند عبارت از پذیرفتن تخطی، ابراز تأسف، معذرت‌خواهی یا هراقدام مناسب دیگر باشد.» (James, 2002, 212)

در دکترین حقوق بین‌الملل، در زمینه‌ی جرایم بین‌المللی یا نقض آشکار حقوقی، «بر جلب رضایت به عنوان یک روش مطرح برای جبران خسارات تأکید شده است. در عمل، تضمینات مربوط به عدم تکرار اعمال غیرقانونی، به شکل قابل ملاحظه‌ای در دادگاه‌های منطقه‌ای حقوق بشر، «برخلاف جرایم بین‌المللی»، به جهت احتمال تکرار این اعمال، مورد توجه جدی قرار گرفته است.»

اصل 22 از «اصول اساسی و راهبردها» تصریح می‌دارد: «جلب رضایت، هرجا عملی باشد، باید شامل تحقق هریک یا تمامی موارد زیر باشد:

۱. تدابیر و مقررات مؤثر به منظور توقف نقض‌های مداوم؛
۲. تأیید حقایق و افشای کامل و علنی حقایق به حدی که چنین افشاگری باعث آسیب بیشتر نشود یا ایمنی و منافع قربانی، اقوام قربانی، شاهدان، یا اشخاصی که مداخله کرده‌اند تا به قربانی مساعدت کنند یا مانع از وقوع نقض‌های بیشتر شوند را به خطر نیندازد؛
۳. جستجو برای یافتن محل نگهداری افراد ناپدیدشده، برای هویت و شناسایی کودکان ربوده‌شده، و برای اجساد کسانی که کشته شده‌اند و یاری به یافتن، شناسایی و به خاکسپردن دوباره‌ی اجساد براساس خواست ابرازشده یا فرضی قربانیان یا روش‌های فرهنگی خانواده‌ها و جوامع؛
۴. اعلامیه‌ی رسمی یا رأی و تصمیم قضایی برای اعاده‌ی شرف، اعتبار و حقوق قربانی و وابستگان نزدیک او؛
۵. مجازاتهای قضایی و اداری اشخاص مسؤول ارتکاب به نقضها؛
۶. بزرگداشت و یادآوری و ادای احترام به قربانیان؛

۷. گنجاندن شرحی دقیق از نقضهایی که رخ داد در آموزش قانون بین‌المللی حقوق بشر و قانون بین‌المللی بشردوستانه و در مطالب آموزشی در کلیهی سطوح؛ بر اساس رویه‌ی موجود، جلب رضایت متضرر، به سه شکل پذیرفته شده است:

۱. پذیرش غیرقانونی بودن عمل، ابراز تأسف، و معذرت خواهی؛

۲. تهیه‌ی گزارش و تعقیب عاملان؛

۳. اعمال تنبیهی، عذرخواهی یک دولت از یک ملت کاربردترین این روش‌هاست؛

سایر اسناد بین‌المللی که مقوله‌ی عدالت ترمیمی را به گونه‌ی مستقیم یا غیرمستقیم مورد التفات قرار داده‌اند، آمار و ارقام آن خیلی زیاد است و مجال کافی برای فهرست همه‌ی آنها میسر نمی‌باشد، ولی فقط به چند مورد از اسناد منطقه‌ای اشاره می‌کنم:

۱. توصیه‌نامه موقعیت متضرر در چهار چوب حقوق جزا و آیین دادرسی

جزایی»، ۲۸ جون ۱۹۸۵، کمیته‌ی وزرای شورای اروپا.

۲. توصیه‌نامه‌ی اتحادیه‌ی اروپا در مورد موقعیت متضرران در فرآیند دادرسی

جزایی»، ۱۵ مارس

۳. ۲۰۱۱.

۴. ماده‌ی ۵۱ دادگاه اروپایی حقوق بشر مقرر میدارد: «هرگاه شکایتی نزد دادگاه

مطرح شود، دادگاه پس از رسیدگی اگر به این نتیجه رسید که تصمیم یا اقدام

انجام‌شده از سوی مقامات دولت عضو، کلاً یا بعضاً مغایر با تعهدات ناشی

از کنوانسیون است و اگر قانون داخلی کشور مزبور فقط جبران جزئی

خسارت ناشی از اقدام مزبور را پیشبینی کرده باشد، حکم می‌دهد که باید

رضایت کامل شخص آسیب دیده تحصیل شود.»

جلب رضایت مجرم و متضرر در جامعه‌ی افغانستان: ناگفته نماند که «میانجیگری»

و «عدالت ترمیمی» نیز در جامعه‌ی افغانستان سابقه‌ی دیرینه دارد. به ویژه امروزه به

دلایلی چون دور بودن بعضی از مناطق از پایتخت یا عدم کنترل دولت بر بعضی از مناطق،

مردم دعاوی خویش را از طریق غیررسمی حل اختلاف، خاتمه می‌دهند.

یکی از روش‌های عدالت ترمیمی نهاده شده در افغانستان، تشکیل «جرگه» یا جلسات قومی- قبیله‌ای برای حل اختلافات است که در این جرگه‌ها ریش‌سفیدان و بزرگان قوم گرد هم می‌آیند و اختلافات طرفین دعوا را از راه مذاکره و میانجیگری حل و فصل می‌کنند.» (علامه، ۱۳۹۸، ۱۱۹)

۱-۲-۳. قطع و عدم تکرار عمل متخلفانه بین‌المللی

از دیگر از روش‌های جبران خسارت، تعهد کشور یا سازمان بین‌المللی مسئول به قطع عمل متخلفانه بین‌المللی یا عدم تکرار آن است. دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مورخ ۱۹۸۱ در قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده آمریکا در تهران، چنین روشی را مقرر نمود. کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح موارد راجع به مسئولیت مورخ ۱۹۹۶ چنین پیشبینی نموده بود که کشور زیان‌دیده در صورتی که شرایط اقتضا کند، حق دارد از کشور متخلف بخواهد تا عمل خلاف را قطع نموده و به زیان‌دیده تضمین دهد و او را مطمئن سازد که عمل خلاف را تکرار نخواهد کرد. (مواد ۴۱ و ۴۶)؛ اما این مقررات در طرح سال ۲۱۱۱ حذف گردید. با وجود این، دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مورخ ۲۷ ژوئن ۲۱۱۱ در قضیه لاگران بصراحت، جلب رضایت زیان‌دیده را در راستای اطمینان از عدم تکرار عمل متخلفانه بین‌المللی دانست.

در مجموع، چنین به نظر می‌رسد که موضوع تضمین و دادن اطمینان به قطع عمل خلاف و عدم تکرار، بیشتر ناشی از توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل است تا تدوین حقوق موضوعه.

۱-۲-۴. اقدامات متقابل

اقدامات متقابل، ضمن آنکه متخلفانه بودن عمل را از حیث بین‌المللی زایل می‌سازد و به بیان بهتر، از موجبات رافع مسئولیت بین‌المللی است، یکی از روش‌های جبران خسارت نیز هست. اقدامات متقابل شامل هرگونه اقدامی است که کشور زیان‌دیده می‌تواند بر ضد کشور با سازمان بین‌المللی مسئول اعمال کند و هدف از آن، وادار ساختن مسئول است به جبران خسارت ناشی از تعهد نقض شده است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲، ۳۸۲)



توسل به اقدامات متقابل، منوط به شرایطی، از جمله شرایط مهم زیر است:

۱. کشور یا سازمان بین‌المللی زیان‌دیده باید قبل از مبادرت به اقدامات متقابل، آمادگی خود را برای مذاکره با کشور یا سازمان بین‌المللی مسئول اعلام نماید، هرچند ممکن است مذاکره صورت نگیرد یا با شکست مواجه گردد؛
۲. شرط تناسب میان عمل متخلفانه موجد مسئولیت و اقدامات متقابل رعایت گردد؛

۳. به تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام خدشه‌ای وارد نگردد؛
۴. به تعهدات مربوط به عدم تهدید با توسل به زور، مندرج در منشور ملل متحد، خدشه‌ای وارد نشود؛

۵. به تعهدات مربوط به حمایت از حقوق بنیادین بشری خدشه‌ای نرزد؛
۶. از اقدامات متقابل باید به عنوان آخرین روش جبران خسارت استفاده شود؛
۷. اگر کشور با سازمان بین‌المللی مسئول، به عمل متخلفانه خود علیه کشور با سازمان بین‌المللی خاتمه دهد، اقدامات متقابل باید متوقف گردد؛

۸. اقدامات متقابل نباید به نقض تعهدی در قبال ثالث منجر گردد و اگر گردید، بر ضد ثالث توجیه‌ناپذیر است؛

۹. اقدامات متقابل نباید به گونه‌ای باشد که به حاکمیت، تمامیت سرزمینی یا استقلال سیاسی کشور مسؤول خدشه‌ای وارد کند؛

۱۰. اقدامات متقابل نباید به اصل مصونیت‌های دیپلماتیک و کنسولی لطمه بزنند. حقوق بین‌الملل عرفی و طرح مواد راجع به مسئولیت (مواد 49 تا 54) تا حدود زیادی متضمن نکات مذکور است. پس ضمانت اجرای این موارد به عهده حقوق بین‌الملل عرفی و همچنان طرح مواد راجع به مسئولیت می‌باشد.

۱-۲-۵. پرداخت غرامت

روش پرداخت غرامت، معمول‌ترین روش جبران خسارت است. دیوان دایمی داوری نیز همین نظر را دارد: «مسئولیت‌های گوناگون کشورها، اختلاف اساسی با یکدیگر ندارند و معمولاً همگی آنها، با پرداخت مبلغی پول ادا شده و یا ممکن است ادا شوند.»

غرامت باید به طور دقیق، صحیح و تا حد امکان مطابق با زبان وارده باشد. البته، اگر خسارت جنبه مادی داشته باشد، باید در تعیین میزان غرامت، خسارت احتمالی را نیز در نظر گرفت. بنابراین، غرامت شامل هرگونه خسارتی است که از حیث مالی قابل ارزیابی است و می‌تواند شامل منافع و حتی در صورت لزوم و تحت شرایطی، عدم النفع نیز باشد، اما خسارات غیرمستقیم به هیچ وجه قابل مطالبه نیست.^۱ مواد 36، 38 و 39 طرح مواد راجع به مسئولیت، کمابیش متضمن مطالب مذکور است.

۲. خودداری از جبران خسارت

هنگامی که مسئولیت بین‌المللی تحقق می‌یابد، بلافاصله الزام به جبران خسارت مطرح می‌شود. حال پرسشی که پیش می‌آید، این است: چنانچه مسئول جبران خسارت، از این عمل خودداری کند، تکلیف چیست؟ و واکنش زیان‌دیده چه می‌تواند باشد؟ در پاسخ باید گفت، طرح مواد راجع به مسئولیت، تنها بر این نکته تکیه دارد که زیان‌دیده حق توسل به اقدامات متقابل را، آنهم تحت شرایطی دارد. بدیهی است که چون خودداری از جبران خسارت، موجب تحقق مسئولیت بین‌المللی مضاعف می‌گردد «یعنی نقض تعهد اولیه و نقض تعهد به جبران خسارت» لذا به طور کلی موضوع ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل پیش می‌آید.

نتیجه‌گیری

در جمع‌بندی می‌توان گفت منظور از پیامد غیر کیفری نقض حقوق غیر نظامیان همان جبران خسارات وارده‌ای است که ناشی از فعل و ترک فعل است که موجب نقض حقوق غیر نظامیان گردیده و این نقض حقوق غیر نظامیان پیامد غیر کیفری دارد. جبران خسارت معمولاً در قوانین داخلی اکثر کشورها تحت عنوان مسئولیت مدنی اشخاص مورد بررسی و مواد قانونی آن موجود است. و بعضاً روش‌های جبران خسارت نیز بیان گردیده است. در قانون مدنی کشور نیز جهت خسارت وارده جبران خسارت در نظر گرفته شده است و در مواد قانونی (۷۷۶ الی ۷۸۹، ۳۸، ۲۸۷ و ۷۷۶) به موارد جبران خسارت اشاره صورت



گرفته است. مطابق ماده ۷۷۶ قانون مدنی افغانستان در مورد لزوم جبران هر نوع خسارت، مطلق است به این معنی که مرتکب ضرر، به جبران خسارت وارده مکلف می‌باشد.

مفهوم خسارت در حقوق بین‌الملل مفهومی وسیع‌تر از خسارت در حقوق داخلی دارد و از ابعاد مختلف قابل بررسی است. خسارت می‌تواند مادی و یا معنوی باشد و در هر دو صورت چه مادی یا معنوی باشد از جمله عمل متخلفانه بین‌المللی تابعان فعال حقوق بین‌الملل باشد خسارت در مفهوم حقوق بین‌الملل است. خسارت می‌تواند مستقیم و یا غیر مستقیم صورت گیرد، هر گاه در یک عمل متخلفانه بین‌المللی رابطه علیت یا سببیت قطعی و مسلمی برقرار شود آن خسارت خسارت مستقیم است. از این رو، طبق رویه‌ی قضائی بین‌المللی تنها خسارت مستقیم ممکن است موجب طرح مسئولیت بین‌المللی گردد. خسارت مستقیم که به تابعان فعال حقوق بین‌الملل وارد شود، آن خسارت بی واسطه است و چنانچه خسارتی به تابعان منفعل حقوق بین‌الملل، از جمله اشخاص وارد گردد، آن خسارت با واسطه است.

روش‌های جبران خسارت وارده ناشی از عمل متخلفانه بین‌المللی به چند شکل می‌باشد. جبران کامل خسارت می‌تواند به شکل اعاده وضعیت به حال سابق، غرامت و جلب رضایت زیان دیده، به طور مجزا یا توأم صورت گیرد. اصولاً تعیین روش یا روش‌ها و چگونگی جبران خسارت، ابتدا در صلاحیت کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی طرف اختلاف و مبتنی بر توافق آنها است، در غیر این صورت موضوع در صلاحیت مراجع قضائی یا داوری بین‌المللی است. البته شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز بنا به موارد، صلاحیت انجام چنین کاری را بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد دارد.

در مجموع روش‌های جبران خسارت عبارتند از: اعاده وضعیت به حال سابق، جلب رضایت زیان دیده، قطع و عدم تکرار عمل متخلفانه بین‌المللی، اقدامات متقابل و پرداخت غرامت است. بعضاً تابعان حقوق بین‌الملل با وصف اینکه مرتکب فعل و ترک فعل گردیده و این فعل و ترک فعل باعث خسارت به سازمان‌ها یا تابعان فعال حقوق بین‌الملل گردیده و مطابق اصول و قواعد تعهد نموده حاضر به جبران خسارت و نقض تعهد خویش نمی‌باشد. در چنین شرایط بدیهی است که چون خودداری از جبران خسارت، موجب تحقق مسئولیت بین‌المللی مضاعف می‌گردد. یعنی نقض تعهد اولیه و نقض تعهد به جبران خساره. بناً موضوع به طور کلی ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل مطرح می‌گردد.



منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

۱. الپ، مبادی حقوق وجایب افغانستان، ناشر پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان «ALEP»، ۲۱۱۴م.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۲.
۳. رحیمی، محمداسحق، رحیمی، محمداسحق، مسئولیت مدنی و الزامهای خارج از قرارداد، انتشارات فرهنگ، کابل، ۱۳۹۷.
۴. ره پیک، حسن، حقوق مسئولیت مدنی و جبرانها، چاپ دوم، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۳.
۵. رسولی، عبدالحسین، مسئولیت مدنی غیر قراردادی در حقوق افغانستان، چاپ اول، ناشر انتشارات نشر واژه، کابل، ۱۳۹۸.
۶. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد) با تجدید نظر و اضافات، چاپ پنجم، نشر سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، تهران، ۱۳۹۲.
۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و سوم، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷.
۸. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، حقوق جنگ «حقوق بین الملل مخاصمات مسلحانه»، چاپ دوم، نشر دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ۱۳۸۱.
۹. علامه، غلامحیدر، «اصول راهبردی حقوق جزایی در قوانین اساسی ایران و افغانستان در پرتو اسناد بین المللی»، نشر کتاب همگان، تهران، ۱۳۸۹.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی مسئولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
۱۱. قانون مدنی افغانستان، مصوب سال ۱۳۵۵.

ب) منابع انگلیسی

12. Maley, Yon "From Adjudication to Mediation: Third Prty Discoures in Conflict Resolutionz" School of English and Linguistics, 1991.
13. Umbriet; "Restorative Justice throught V.O.M.A. multiSite Assessment" 1991.
14. James Crawford, "Les article de la CDI sur la responsabilité de l'Etat:
15. Introduction, textes et commentaires", éd. A. Pedone, Paris, 2112.



محدودیت‌های حاکمیت و قدرت ملی در حقوق بین‌الملل

مصطفی حسنی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۷/۷/۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۹/۹

چکیده

حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل در اندیشه‌های کلاسیک مطلق و نامحدود تعریف شده است. در حقوق بین‌الملل معاصر حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها با مفاهیم چون حقوق بشر و بشردوستانه، حقوق محیط زیست، دموکراسی، تفکیک قوا، اصل حاکمیت و تمامیت ارضی، معاهدات بین‌المللی، اصل حق تعیین سرنوشت، اصل عدم توسل به زور، اصل حل و فصل اختلافات و هم‌چنین قدرت ملی با واژگان چون توازن قدرت، حقوق بین‌الملل، اخلاق بین‌المللی، سازمان‌های بین‌المللی، امنیت دسته‌جمعی و... با محدودیت جدی مواجه شده است. از یک سو، حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها براساس منشور ملل متحد با رویکرد اصل تساوی حاکمیت دولت‌ها و مشروعیت حاکمیت دولت‌ها به طور واضح بیان شده است. از سوی دیگر، منشور ملل متحد و معاهدات بین‌المللی محدودیت نیز برای قدرت ملی و حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل ایجاد کرده است. در حقوق بین‌الملل معاصر دولت‌های اقتدارگرا و متمرکز نیز با مفاهیم دموکراتیزه شدن روبرو است، سازمان‌های بین‌المللی با ابزار حقوق بشر، محیط زیست و... مداخله می‌کند، امروزه بخشی از حاکمیت دولت‌ها را سازمان‌های بین‌المللی مصادره کرده است. این تحقیق حول این پرسش اساسی شکل می‌گیرد. محدودیت حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل چگونه است؟ مفروض اصلی این نوشتار این است که محدود کننده حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل معاصر منشور ملل متحد، حقوق بشر و بشردوستانه، معاهدات و کنواسیون‌های بین‌المللی و اصول و میکانیزم‌های حقوقی می‌باشد.

واژگان کلیدی: حاکمیت، قدرت ملی، حقوق بین‌الملل، تمامیت ارضی، معاهدات.

^۱ دانش‌آموخته مقطع ماستری حقوق بین‌الملل دانشگاه خاتم‌النبین (ص)

یکی از موضوعات حقوق بین الملل حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها است. حاکمیت و قدرت ملی امروزه طبق قواعد بین المللی و منشور سازمان ملل متحد به عنوان یک اصل اساسی شناخته می‌شود. گرچند مظهر دولت ملت‌ها در صلح و ستفالیایی (۱۶۴۸) به رسمیت شناخته شد و از این دوره به بعد حقوق بین الملل نیز رو به تکامل گام گذاشت. با توسعه حقوق بین الملل محدودیت در حاکمیت و قدرت ملی به وجود آمد، تحول اساسی در فرایند حاکمیت، قدرت و امنیت دولت‌ها، با توجه به معاهدات بین المللی شکل گرفته است. دولت‌ها با توجه به قدرت ملی و امکانات ملی با ابزاری اقتصادی و دیپلماتیک جهت گیری خاص با تحصیل منابع خویش نسبت به جامعه بین المللی دارد. دولت‌های ابرقدرت نقش اساسی از طریق قدرت نرم در نظام بین الملل دارند، برعکس قدرت‌های ضعیف متاثر از نظام بین الملل می‌باشد. وابستگی سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و امنیتی به نظام بین الملل و نقض حقوق بشر و عدم حاکمیت قانون موجب می‌شود، حاکمیت ملی ضعیف را در پی داشته باشد. دولت‌ها علاوه بر اینکه دارای قدرت ملی قوی یا ضعیف است، بخشی از حاکمیت خود را به قواعد و مقررات بین المللی و سازمان‌های بین المللی واگذار می‌کند. موضوع محدود کننده حاکمیت دولت‌ها تعهدات عرفی در حقوق بین الملل می‌باشد؛ زیرا دولت‌ها برای اجرای تعهدات بین المللی خود از نظر حقوقی مسئول و عضویت در سازمان‌های بین المللی به ویژه سازمان ملل متحد دارند، از این رو، صلاحیت حاکمیت خود را محدود نموده‌اند، چگونه محدود می‌شود با ابهام روبرو است که باید در تحقیق حاضر روشن شود. طبق منشور سازمان ملل ماده ۲۱ کشورهای عضو باید در قبال تعهدات خود مسئول باشد، علاوه بر آن بر اساس اهداف و اصول منشور تمام دولت‌ها برای حل مشکلات ملزم به همکاری سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، امنیتی و حقوق بشری می‌باشد. از زمان شکل گیری سازمان ملل متحد و به ویژه در هزاره سوم، طیف وسیعی از مسئولیت به دولت‌ها واگذار شده، این مسئولیت موجب شده‌اند که تحول و تغییرات در حاکمیت ملی در جامعه بین المللی ایجاد شود. در این تحقیق مسئولیت‌های دولت‌ها، رعایت معاهدات، کنوانسیون‌ها و رعایت صلح و امنیت منطقه‌ای و بین المللی ممکن در بسا موارد محدودیت ایجاد نمایند. معیارها و میکانیزم‌های حقوقی این محدودیت روشن



خواهد شد، که می‌توان گفت از جمله مهم‌ترین محدودیت حاکمیت در نظام بین‌الملل گسترش صلح و امنیت بین‌المللی بوده؛ زیرا اقدامات شورای امنیت برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی بر حاکمیت تاثیر گذار است. چون اقدام نیروهای بین‌المللی علیه القاعده در افغانستان سال ۲۰۰۱، استفاده از نیروهای چند ملیتی در عراق و کویت در سال ۱۹۹۱، حضور نیروهای بین‌المللی در لیبی علیه معمر قذافی در سال ۲۰۱۱ از مثال‌های زنده در سطح نظام بین‌الملل می‌باشد. تفاوت حاکمیت و قدرت ملی در حقوق بین‌الملل با معیار و میکانیزم‌های حقوق بین‌الملل معاصر قابل تحلیل و بررسی است.

۱. چارچوب مفهومی و نظری حاکمیت

مفهوم حاکمیت پیچیده است و از نظر قانون داخلی، دولت به عنوان یک قدرت حاکم، به عنوان یک سازمان سیاسی جامعه ظاهر می‌شود و ارگان‌های مختلف را با اختیارات خاص قانونگذاری، اجرایی، صلاحیت قضایی تضعیف می‌کند. در جامعه بین‌الملل در هر کشور بر اساس برابری حاکمیت در جامعه بین‌المللی مشارکت می‌کند، که معنای دیگری از حاکمیت را در بردارد، که معنای خاص زندگی داخلی را تکمیل می‌کند.

برای نظم حقوق بین‌المللی، حاکمیت یکی از عناصر تشکیل دهنده دولت است و شخصیت بین‌المللی مستلزم مستقل بودن قدرت عمومی است که کیفیت دولت مستقل را اعطا می‌کند. به طور کلی حاکمیت در نظر گرفته می‌شود، این ویژگی عمومی دولت است که نشان دهنده برتری دولت و استقلال قدرت دولت در بیان و دستیابی به اراده فرمانداران به عنوان اراده عمومی است که برای کل جامعه اجباری است. «مفهوم حاکمیت از دیدگاه سنتی این است که دولت قدرت برتر در یک جامعه است و دارای قدرت فرماندهی است و هیچ قدرت دیگری نمی‌تواند مانع اجرای اراده دولت ملی شود، به تعبیر دقیق‌تر صلاحیت همه امور به دولت بر می‌گردد» (روحانی، ۱۳۸۲: ۹)

حاکمیت در روابط بین دولت‌ها بیانگر استقلال است. استقلال در رابطه با بخشی از کره زمین حق اعمال در آن است، به استثنای سایر کشورها، وظایف یک کشور، توسعه سازمان ملی کشورها طی چند قرن اخیر و به عنوان نتیجه‌گیری، توسعه حقوق بین‌الملل، این اصل را در صلاحیت انحصاری دولت در رابطه با قلمرو خود تعیین کرده است به گونه ای که باعث ایجاد آن شود. «اصطلاح حاکمیت سازمانی پایه‌ی فلسفه حقوق هگل است، اصطلاح مفهومی کارکردی از حاکمیت را نشان می‌دهد که بر پایه آن تقسیم قدرت سیاسی



از سوی حکومت برای ایجاد چارچوب جامعه مدنی است.» (ویژه، ۱۳۸۵: ۴۰) براساس تعریف ارائه شده چارچوب نظری بر مبنای نظریات دومالبرک و ژان بدن استوار می‌باشد.

۱-۱. نظریه نیوهیون

مکتب نیوهیون با تقدم مفهوم قدرت و نقش آن در ساختن هنجارها و اصول بنیادین حقوق و روابط بین‌الملل بر منطق جدید قدرت تأکید می‌کنند و حقوق بین‌الملل بر ایند تضارب قدرت های جهانی در فرایند رفتارها و رویه دولت‌ها، بازیگران غیر دولتی می دانند، «معتقداند که در همین فرایند همبستگی بین‌المللی حول و هوش جامعه‌ای مشترکات بین‌المللی رخ می‌دهد.» (محبی و ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۱۸۲) مکتب نیوهیون بازیگران رسمی و غیر رسمی را در حقوق بین‌الملل و فرایند های آن مطرح می‌کند.

منظور از بازیگران رسمی دولت‌ها است که در جامعه بین‌المللی نقش اساسی را بازی می‌کند، اما در عرصه جهانی شدن و به ویژه پسا جنگ دوم جهانی بازیگران غیر رسمی، مانند: سازمان‌های بین‌المللی، فراملی و منطقه‌ای و همچنین احزاب سیاسی، رسانه‌ها، گروه‌های فرامرزی، گروه‌های فشار و شرکت‌های فراملی و چندملیتی در شکل گیری قدرت جهانی تاثیرگذار است. براساس نظریه نیوهیون زندگی بشر امروز در گردونه رویه‌های عالم گیر و جهان شمول قدرت قرار گرفته‌اند، بدون نهادها و مکانیزم های حقوقی این تعاملات به خشونت می‌گراید، بدین ترتیب مکانیزم‌ها و نهادهای حقوقی بین‌المللی می‌توانند همبستگی اجتماعی را در جامعه بین‌المللی تقویت نمایند.

طرفداران این مکتب معتقد هستند این همبستگی بین‌المللی حول مشترکات شکل می‌گیرد که در فرایند رفتارهای بازیگران بین‌المللی و انتخاب آزاد آنها و نهادهای بین‌المللی مختلف نطفه می‌بندد و در نهایت به هنجار سازی منجر می‌شود، انتخاب آزادانه بازیگران و تابعان حقوق بین‌الملل در فرایند رفتارها و در چارچوب نهادهای بین‌المللی از توصیف ساختار فعال در حقوق بین‌الملل شروع می‌شود و به تجویز هنجارها برای همبستگی بین‌المللی حول جامعه‌ی مشترکات بین‌المللی و در راستای اهداف متعالی حقوقی می‌رسد. «منظور از جامعه مشترکات بین‌المللی مخرج مشترک منافع بین‌المللی دولت‌ها است که زمینه های همگرایی و استقرار نظم عمومی را میان بازیگران بین‌المللی دولتی و غیر دولتی تقویت می‌کند.» (محبی و ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۱۸۲) بدین ترتیب زمانی که براساس نیازهای دولت‌ها در جامعه بین‌المللی مشترکات و



وابستگی متقابل شکل می‌گیرد دولت‌ها نیازمند حقوق بین‌الملل‌اند، این حقوق بین‌الملل است که به عنوان قواعد و مقررات بالای تابعان خود اعم از (بازیگران رسمی و غیر رسمی) حکومت می‌کند. براین اساس قوانین بین‌المللی برای دولت‌ها ایجاد محدودیت خلق می‌کند.

مکتب نیوهیون حاصل هم‌فکری «مایرس مک دوگال^۱ حقوقدان و هارولد لاسول^۲ کارشناس سیاسی، از دانشگاه ییل در امریکا بود.» (Hathaway, 2007:553) (لاسول معتقد است حقوق بر مبنای ارزش‌های سیاسی سامان می‌گیرد، بین حقوق و سیاست تفاوت وجود ندارد؛ زیرا بین سیاست و حقوق یک رابطه دیالکتیکی وجود دارد که در یک فرایند آگاهانه تغییر و دگرگونی قرار دارند. «مکتب نیوهیون باورمند است که عملی شدن حقوق مطلوب در چارچوب رویه‌های متغییر امکان‌پذیر است.» (McDougal, 1953: 155&157) براساس استدلال مکتب نیوهیون متغییرهای دخیل در حقوق بین‌الملل غیر از دولت‌ها، سازمانها و نهادهای بین‌الملل است که این متغییرها می‌توانند نقشی اساسی را در جامعه بین‌المللی بازی‌کنند به همین دلیل قوانین بین‌المللی بخشی از حاکمیت دولت‌ها را به سازمان‌های مانند حقوق بشر واگذار کرده است. براساس ماده هفت قانون اساسی افغانستان، «دولت افغانستان ملزم به رعایت معاهدات، کنوانسیون‌ها و اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌باشد.» (قانون اساسی، ۱۳۸۲: ماده ۷) از این منظر دولت افغانستان بخشی از حاکمیت خود را به نهادهای بین‌المللی واگذار کرده است در صورت نقض اصول و ارزش‌های بین‌المللی، ماده هفت قانون اساسی نیز نقض خواهد شد.

به نظر اصحاب این مکتب، «بازیگران جامعه بین‌المللی با انتخاب قواعد حقوقی مناسب در فرایند رویه‌ها و رفتارهای خود در عرصه بین‌المللی در راستای نیل به هدف متعالی ارزش‌های بشری انتظارات مشترک جامعه بین‌المللی را نیز تأمین می‌کنند.» (McDougal, 1953: 140) دولت‌ها برای رسیدن به اهداف مشترک تلاش می‌کنند که به قوانین بین‌المللی متعهد باشد زمانی که دولت‌ها متعهد گردید حاکمیت آن با محدودیتی جدی روبرو می‌شود. «از دیدگاه مکتب نیوهیون در گذشته‌ها قواعد بین‌المللی رعایت

۱. Myers McDougal

۲. Harold Lasswell

نمی‌گردید؛ زیرا نگاه حاکم در دوران جنگ سرد نسبت به حقوق بین‌الملل این بود که آنرا وسیله برای پیشبرد منافع سیاسی دولت‌ها، قدرت محض تلقی می‌کردند».)
McDougal, 1953: 157 قبل از جنگ سرد محدودیتی حاکمیت در جامعه بین‌المللی احساس نمی‌گردید، پساجنگ سرد با فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی و پررنگ شدن سازمان‌های بین‌المللی به عنوان ابزاری قدرت‌های غربی به ویژه ایالات متحده آمریکا و نقش سازمان‌ها در جامعه بین‌المللی محدودیت برای حاکمیت ایجاد کرد.

مکتب نیوهیون سعی دارند تصویری دیگری از حقوق بین‌الملل و کارکرد آن به دست دهد، گرچه روابط بین‌الملل حول رضایت و منافع دولت‌ها شکل می‌گیرد، اما این فرایند باید در پرتو مشترکات جامعه بین‌المللی حاصل از همبستگی اجتماعی بین‌المللی و رعایت حقوق بازیگران غیر دولتی باشد. مشترکات دولت‌ها از یک سو و نقش بازیگران غیر دولتی از سوی دیگر زمینه و بسترهای محدودیت حاکمیت را در جامعه بین‌المللی ایجاد کرد.

مکتب نیوهیون با ارائه چارچوب ساختارگرایانه از مفاهیم حقوق بین‌الملل و مطالعه این مفاهیم در بستر جامعه بین‌المللی به کمک روش‌های علمی و چند وجهی، «حقوق را حاصل فرایند از مجموعه تعاملات بازیگران و نهادهای بین‌الملل می‌داند که در راستای برآورده کردن اهداف متعالی به جامعه مشترک بین‌المللی گام برمی‌دارد».)
محبی و ابراهیمی، ۱۳۸۲: ۱۸۵ در واقع مکتب نیوهیون با روش‌شناسی جدید به دنبال باز تعریف و تلطیف نقش قدرت در جامعه بین‌المللی است. براساس این نظریه مجموعه تعاملات بازیگران ریشه در نیازهای دولت‌ها در جامعه بین‌المللی دارد، تعاملات بین دولت‌ها و نیازی دولت‌ها به سازمان‌های بین‌المللی موجب محدودیت حاکمیت دولت‌ها می‌گردد؛ زیرا نیازها و تأمین حداکثر منافع موجب می‌شود که دولت‌ها به قوانین بین‌المللی رو آورد و از آن به عنوان تابعان پیروی نمایند.

رویکرد این مکتب به منافع ملی مشابه نظریه ساختارگرایی در روابط بین‌الملل است، «قواعد و هنجارهای حقوقی، در حقوق بین‌الملل ابزار شناسایی بازیگران بین‌المللی بوده و ضوابط حاکم بر چگونگی رفتار بازیگران بین‌المللی را برای رسیدن به اهداف مورد نظر خویش مشخص می‌کند.» (Woods, 1996: 9) و نشان می‌دهد که برای رسیدن به هر هدف ویژه از کدام قواعد خاص باید پیروی کرد.



۱-۲. نظریه ژان بُدن

اساسی‌ترین اصلی که در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی مدرن غرب مطرح شد، اصل حاکمیت در اندیشه های ژان بُدن ریشه دارد. ژان بُدن اندیشمند فرانسوی از پیشگامان و متفکر حاکمیت در اندیشه غرب می‌باشد. « باید به رغم مکتب اصالت قانون اساسی که در آن زمان بسیار رواج داشت و بنا براین حاکم تابع شرایط سوگند خویش بود که او را نگهبان قوانین و امتیازهای کشور می ساخت، باید ثبات می شد که حاکمیت با هر نوع التزام برای حاکم، قوانین عادی، قوانین محلی، سوگند وفاداری البته به استثنا قوانین طبیعی و الهی تعارض دارد. در صورت که قدرت حاکم را قوانین طبیعی و الهی تعیین کرده اند دچار خطا گردد، شخص حاکم قدرت وضع و لغو قوانین دیگر را دارد و نه قانون طبیعی و الهی.» (اسپکتور، ۱۳۸۲: ۱۸۷) بدین مفهوم که بُدن قوانین عادی، محلی، سوگند و... را که مغایر حاکمیت شاه قرار می گیرند، قابل رعایت نیست؛ زیرا شاه یا حاکم فرستاده خداوند می‌باشد. اگر حاکمیت در تعارض با قوانین طبیعی و الهی قرارگیرند در این صورت، این قوانین است که باید اجرا شود.

حاکمیت قدرت مطلق و دائم دولت می‌باشد؛ بدین ترتیب که دائم بودن و مطلق بودن. حاکمیت علیرغم تغییر شیوه و روش حکومت پایدار و دائمی است، یعنی اگر متناسب با شرایط و اوضاع اجتماعی و سیاسی کشور، شیوه حکومتی تغییر یابد، ولی هم‌چنان باید حاکمیت قدرتمند و دائمی بر آن حاکم باشد. از طرف دیگر حاکمیت در یک جامعه سیاسی باید مطلق باشد و هیچ قدرتی و مقام قانونی نباید برتر و بزرگتر از حکومت و حاکمیت سیاسی در آن کشور باشد: «فقط آن کس پس از خدا مطلقاً حاکم است که هیچ کس را بزرگ‌تر از خویشتن قبول نداشته باشد.» (اسپکتور، ۱۳۸۲: ۱۸۸) از آنجایی که پادشاه و شهریار نماینده و مظهر قدرت خداوند در زمین است، حاکمیت از آن اوست. این دیدگاه ریشه‌های آن به قبل از صلح وستفالیایی بر می‌گردد. اما حقوق‌دانان در قرن بیستم اختلاف نظری وسیعی در باره مفهوم حاکمیت دارند، بعضی حاکمیت را به معنای استقلال داخلی و خارجی گرفته اند. حاکمیت بدین معنا که قدرت دولت در عرصه داخلی قدرت بی‌بدیل می‌باشد، هیچ نهادی برتر از حاکمیت دولت وجود ندارد، نهادهای مانند: احزاب سیاسی، جامعه مدنی، گروه‌های فشار و... تابع حاکمیت دولت است. در جامعه بین‌المللی نیز دولت باید دارای حاکمیت باشد، یعنی استقلال خارجی



داشته باشد، که مفهوم مخالف آن مستعمره نبودن است. بعضی حاکمیت را به معنای صلاحیت می‌دانند، بدین مفهوم که دولت دارای صلاحیت وسیع و گسترده می‌باشد. عده‌ای برای حاکمیت دو جنبه قابل شده اند: حاکمیت داخلی یا آزادی و حاکمیت خارجی یا استقلال و سرانجام تعدادی براین عقیده‌اند، که در زمان معاصر حاکمیت مغایر و در تعارض با نظریات حقوقی است، مطابق این دیدگاه «حاکمیت عبارت از مجموعه صلاحیت‌های یک کشور که از سوی مقامات ذی‌صلاح آن تعیین و توسط قانون اساسی اعمال قدرت می‌کند.» (سلیمی، ۱۳۷۸: ۲۸۳) ژان بُدن «حاکمیت را قدرت برتر و فراتر از شهروندان و اتباع که محدود به قانون نیست می‌داند.» (مرتضوی، ۱۳۹۴: ۴۱) به نظر وی حاکمیت منبع است، بنابراین قانون نمی‌توان آنرا محدود کند و قهراً مقاومت در برابر حاکم قانونی نیست چنانکه در هر یک از تفاسیر نظریه‌های قرار داد اجتماعی به ویژه در نظریه هابز به گونه‌ای اراده فردی یا جمعی محدود جایگزین اراده عموم می‌شود.

۲. محدودیت حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها

دولت‌ها برپایه‌ای حقوق بین‌الملل معاصر (منشور ملل متحد و اسناد بین‌المللی) دارای حاکمیت می‌باشد. اما حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل معاصر همراه با محدودیت تعریف می‌شود (محدودیت حاکمیت دولت‌ها ناشی از تعهدات بین‌المللی، کنوانسیون‌ها، حقوق بشر و بشردوستانه بین‌المللی، حقوق محیط زیست، جهانی شدن اقتصاد، سیاست و فرهنگ، اصول بنیادین حقوق بین‌الملل و...) از فاکتورهای عمده‌ی محدودیت حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل به شمار می‌آید. که به طور مفصل تجزیه و تحلیل خواهد شد.

۱-۲. محدودیت حاکمیت با حقوق بشر

حاکمیت و حقوق بشر اغلب در تنش و حتی در مخالفت قرار دارند. با توجه به توسعه موازی حاکمیت مدرن و حقوق بشر در نیمه دوم قرن ۲۰، این روش پیچیده‌تر شد. پس از ۱۹۴۵، قواعد بین‌المللی توسط دموکراسی‌های مدرن به عنوان راهی جدید برای تأمین توسعه دموکراتیک آنها تلقی می‌شد. با توجه به عدم توافق بر سر حداقل الزامات دموکراتیک و با توجه به رابطه پیچیده حقوق بشر و دموکراسی، تحکیم حمایت حقوق بشر خارج از طریق حداقل استانداردهای بین‌المللی راهی برای تضمین رژیم‌های دموکراتیک جدید پایه‌گذاری شد. حاکمیت بین‌المللی از این طریق به طور عینی محدود

شده، به عبارت دیگر، راهی مستقیم برای تأمین حاکمیت داخلی به روشی مشروع است. حاکمیت مدرن دموکراتیک اکنون منشأ خود را هم در قانون اساسی و هم در قوانین بین‌المللی می‌یابد. مردم حاکمیت خود را از طریق دستورات حقوقی بین‌المللی و داخلی سازماندهی می‌کنند. «هنجارهای بین‌المللی حقوق بشر مستلزم وجود حکومت دموکراتیک است. اقتدار حکومت باید براساس اراده مردم باشد». (اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸: ماده ۲۱) تفسیر و برداشت از رابطه حاکمیت به حقوق بشر به دو چهره اساسی این دو واژه برمی‌گردد. چهره اول از حاکمیت این است، حاکمیت اقتدارگرا و متمرکز کاملاً با ارزش‌های حقوق بشری متمایز و متفاوت است؛ زیرا کرامت و حقوق انسانی در حکومت‌های اقتدارگرا و پاتریمونیالیستی اصلاً رعایت نمی‌شود. در حاکمیت‌های اقتدارگرا هنجارهای حقوق بشری مفهوم و معنا پیدا نمی‌کند. چهره دوم از حاکمیت که مبتنی بر حکومت‌های دموکراتیک و توسعه‌یافته جهانی است با ارزش‌ها و هنجارهای حقوق بشر کاملاً سازگار می‌باشد؛ زیرا در حکومت‌های دموکراتیک ارزش‌های انسانی، دموکراسی، حقوق بشر و بشردوستانه و احترام به حقوق شهروندان از پایه‌های اصلی حکومت‌های دموکراتیک محسوب می‌شود.

تفاوت میان حقوق بشر بین‌المللی و حاکمیت دولت‌ها در این است؛ حقوق بشر بین‌المللی، عنصر بین‌المللی دارند، حاکمیت دولت‌ها ماهیت داخلی دارند. حقوق بین‌الملل امروزه در حقوق داخلی کشورها راه پیدا کرده است. یکی از عناصر حقوق بین‌الملل حقوق بشر می‌باشد. حقوق بشر حاکمیت دولت‌ها را با محدودیت جدی روبرو کرده است. «امروزه از اهمیت مرزهای سیاسی و جغرافیایی بین دولت‌ها کاسته شده، مرزهای که هم بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی وجود داشته برداشته می‌شود». (ذوالعین ۱۳۷۷: ۳۱۷) جهانی شدن یا کم‌رنگ شدن مرزهای ملی بر نزدیک شدن حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی کمک کرده است. به عبارت روشن‌تر جهانی شدن مرزهای ملی را کم‌رنگ و حاکمیت دولت‌ها را با فرسایش روبرو ساخته است. حقوق بین‌الملل در داخل قلمرو حاکمیت دولت‌ها نفوذ کرده‌اند، امروزه هیچ دولتی نیست که جواب‌گوی نیازهای شهروندان خود در حوزه‌های سیاسی، امنیتی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی باشد. نیازمندی‌های دولت‌ها به دولت‌های دیگر و سازمان‌های بین‌المللی سبب شده‌اند

که در قالب معاهدات بین المللی، معاهده‌های دوجانبه و چند جانبه را امضاء نمایند، امضاء معاهدات برای دولت‌ها محدودیت ایجاد می‌کند.

به طور کلی کشورهای دموکراتیک یکی از مولفه‌های حاکمیت را رعایت حقوق بشر تلقی می‌کند در حالی که در کشورهای اقتدارگرا و استبدادی نقض وسیع و گسترده حقوق بشری وجود دارد. در سطح کلی چه کشورهای توسعه یافته و چه کشورهای توسعه نیافته تابع حقوق بین الملل اند. به تعبیر دیگر حقوق بین الملل در تمامی کشورها تأثیرگذار و دارای الزامیت است. البته حقوق بین الملل در بعضی موارد ضمانت اجرای آن ضعیف است، بدین مفهوم نیست که حقوق بین الملل در ساختار داخلی حاکمیت دولت‌ها نفوذ ندارند، بلکه درجه تأثیرگذاری آن با توجه به حاکمیت دولت‌ها و پایبندی دولت‌ها به معاهدات بین المللی متفاوت است. «بنای حقوق بشر عبارتند از اصول عظیم آزادی، برابری، برادری و رفع انواع تبعیض‌ها.» (جانسون، ۱۳۷۷: ۲۳) بسیاری از کشورهای جنگ زده و اقتدارگرا آزادی و برابری و انواع تبعیض‌ها وجود دارد در این کشورها قبیله‌های حاکم نقش اساسی بازی می‌کند، اقلیت‌های قومی، نژادی، مذهبی و ... از حق اساسی شهروندی محروم می‌شود، حقوق بین الملل می‌توانند کشورهای اقتدارگرا و متمرکز را وارد حقوق بشر نمایند. در نهایت حاکمیت زمانی از اقتدار و مشروعیت برخوردار است که حقوق بشری در قلمرو سرزمینی رعایت شود؛ زیرا یکی از پایه‌های اصلی دولت‌های دموکراتیک آزادی، برابری، برادری و رفع تبعیض‌ها می‌باشد.

۲-۲. محدودیت حاکمیت با دموکراسی

حاکمیت و دموکراسی گاهی در تنش قرار می‌گیرند. همان‌طور که در زمینه حقوق بشر و حاکمیت بحث صورت گرفت که در دولت‌های اقتدارگرا و متمرکز و هم‌چنین در دولت‌های جنگ زده در بسا موارد حقوق بشر رعایت نمی‌شود، رابطه حاکمیت و دموکراسی نیز با این چالش روبرو است. در دولت‌های اقتدارگرا پایه‌های اصلی (رسانه‌ها، احزاب سیاسی، جامعه مدنی، گروه‌های فشار بسیار ضعیف می‌باشد) موتر محرکه نظام‌های دموکراسی احزاب قدرتمند سیاسی ملی است که خواست‌های شهروندان را به حکومت و از عملکرد حکومت انتقاد می‌کند و از طرفی جامعه مدنی و نقش رسانه‌ها در دموکراتیزه کردن کشورها نقش اساسی را ایفا می‌کند. در جهان سوم زیر ساخت‌های



اصلی بسیار ضعیف و ناکارا می‌باشد، که این زیرساخت‌ها عملاً از جانب نخبگان سیاسی ضعیف نگهداشته می‌شود.

کشورهای غیر دموکراتیک از کلیه حقوق و وظایف اصل برابری حقوق شهروندی محروم می‌شود» کشورهای فاقد دموکراسی از حقوق مدنی و سیاسی شهروندان به طور نسبی محروم می‌شوند؛ زیرا حقوق مدنی و سیاسی از پایه‌ای اصلی دموکراسی است». (مولایی، ۱۳۸۴: ۲۴) نقش حقوق بین‌الملل در حاکمیت کشورهای غیر دموکراتیک در این است که حقوق بین‌الملل ترویج‌کننده حقوق مدنی و سیاسی در داخل قلمرو کشورها است. در طول نیمه دوم قرن بیستم، الزامات دموکراتیک در مورد دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، وظایف حقوق بشر (به عنوان مثال حقوق سیاسی، حق تعیین سرنوشت) چند برابر شده است. می‌توان از حق بین‌المللی انسان برای مشارکت دموکراتیک در این زمینه (دموکراسی، حق، حمایت بین‌المللی) نام برد. نمونه‌هایی از چنین استاندادهای حداقلی دموکراتیک حتی در قوانین بین‌المللی رایج است.

به طور کلی شاخصه‌های مشارکت سیاسی، حقوق مدنی و سیاسی در قالب احزاب سیاسی، نهادهای مدنی، رسانه‌ها و گروه‌های فشار از مؤلفه‌های اصلی نظام‌های حقوقی دموکراتیک محسوب می‌شود، بدین لحاظ رابطه حاکمیت مدرن با دموکراسی قابل سازش و بلکه دموکراسی مبنای حاکمیت مدرن قرار می‌گیرد. این حاکمیت است که براساس مشارکت سیاسی باید شکل بگیرد و حقوق بین‌الملل برای دموکراتیزه کردن کشورها با مؤلفه‌های دموکراسی قابل تبیین می‌باشد.

۲-۳. محدودیت حاکمیت با اصل حق تعیین سرنوشت

حق تعیین سرنوشت یکی از مهم‌ترین و در عین حال بحث‌برانگیزترین اصول حقوق بین‌الملل است. حقوق بین‌الملل مدرن مبتنی بر اصل برابری حاکمیت بود و ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی است. بعلاوه، حق تعیین سرنوشت در منشور سازمان ملل گنجانده شده است. هم‌چنین نشانه‌ای از توسعه یک اصل جدید در حقوق بین‌الملل، یعنی اصل برابری حقوق مردم و تعیین سرنوشت مردم است. «روابط مسالمت آمیز و دوستانه بین‌المللی براساس احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل» (منشور سازمان ملل، ۱۹۴۵: ماده ۵۵) تأکید شده است. براساس منشور تساوی حاکمیت دولت‌ها و خودمختاری ملل از فلسفه‌های وجودی حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، مبتنی بر این

دو میثاق بین‌المللی مهم‌ترین متون حقوقی در مورد حقوق بشر در سطح بین‌المللی میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هستند، در هر دو میثاق تأکید بر چند نکته محوری در راستای برابری حاکمیت و تعیین سرنوشت سیاسی دولت-ملت‌ها شده است.

- همه مردم حق تعیین سرنوشت دارند. آنها به موجب این حق، آزادانه موقعیت سیاسی خود را تعیین می‌کنند و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را آزادانه دنبال می‌کنند.

- همه مردم می‌توانند، برای اهداف خود، آزادانه از ثروت و منابع طبیعی خود استفاده کنند، بدون اینکه به هرگونه تعهدات ناشی از همکاری اقتصادی بین‌المللی، بر اساس اصل سود متقابل و قوانین بین‌المللی، تعلل کنند. در هیچ موردی مردم از وسایل زندگی خود محروم نیستند.

- کشورهای عضو این میثاق، از جمله کسانی که مسئولیت اداره سرزمین‌های غیر خودگردان و اعتماد را بر عهده دارند، تحقق تعیین سرنوشت را ارتقا می‌دهند و مطابق با مفاد منشور، به این حق احترام می‌گذارند.

۴-۲. محدودیت قدرت ملی با سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی با مفهوم کلی و ساختار جامعه بین‌المللی ارتباط می‌گیرند؛ زیرا امروزه بخشی از حقوق بین‌الملل معاصر را سازمان‌های بین‌المللی شکل می‌دهد، سازمان‌های بین‌المللی امروزه جزء لاینفک جامعه بین‌المللی محسوب می‌شود. «جامعه بین‌المللی هنوز با ارگانیزه شدن فاصله‌ای زیادی دارند، هرچند عضویت در این جامعه به خودی، خود است و نیاز به رضایت اعلام ندارند، اما به لحاظ سازمانی، جامعه بین‌المللی فاقد تمرکز قدرت، بدون سلسله مراتب و قانون اساسی است و بر اصل همکاری مبتنی می‌باشد نه تبعیت». (زمانی، ۱۳۹۳: ۳۴) سازمان‌های بین‌المللی الزاما حوزه کاری آن در قلمرو داخلی کشورها است، از این منظر سازمان‌های بین‌المللی در بسیاری از موارد با شاخصه‌های چون مصونیت و مزایا محدودکننده قدرت ملی دولت‌ها در جامعه بین‌المللی است. در هزاره سوم و در کل در عصر جهانی شدن یکی از بازیگران مهم در نظام بین‌الملل در کنار دولت‌ها که بازیگران اصلی می‌باشد، سازمان‌های بین‌المللی به عنوان بازیگران ذره‌ای در جامعه بین‌المللی است، گرچندکه



دولت‌ها بازیگران اصلی محسوب می‌شود ولی در بسا موارد قدرت سازمان‌های بین‌المللی از منظر ماهیت و محتوی، بازیگران و کنشگران، ابزار و امکانات، میکانیزم و معیارها قدرتمندتر از دولت‌های ملی عمل می‌کند. اقدامات و فعالیت‌های سازمان‌های بین‌المللی هرگز در قالب نظام بین‌المللی و حوزه روابط سازمان‌ها بایکدیگر و یا با دولت‌ها محصور نمانده است.» (زمانی، ۱۳۹۳: ۲۳۴) گسترش سازمان‌های بین‌المللی در هزاره سوم در قلمرو داخلی سرزمینی یکی از موارد مهم در محدودیت ایجاد کردن قدرت ملی دولت‌ها است، امروزه سازمان‌ها در تمامی کشورها فعالیت دارند، از جمله حقوق بشر، حقوق مدنی و سیاسی، شورای امنیت و سایر نهادهای سازمان‌ها نقش مستمر و فعالیت دوام‌دار دارند.

سازمان‌های بین‌المللی که گاهی شناسایی آنها ناشی از وضعیت عینی‌اند، تصمیماتی را در سطح روابط بین‌الملل اتخاذ می‌کنند که بر همگان حتی کشورهای غیر عضو لازم‌الاجراست به ویژه که این تصمیمات در حوزه نظم و امنیت بین‌المللی یا قواعد آمره بین‌المللی باشد. حاکمیت‌های چاره‌ای جز تمکین ندارند و معنای آن جز محدودیت قدرت چیزی دیگر نیست.

نتیجه‌گیری

نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که حاکمیت و قدرت ملی دولت‌ها با محدودیت جدی در حقوق بین‌الملل روبرو است، این محدودیت ناشی از (حقوق بین‌الملل قراردادی، عرفی، حقوق بشر و بشردوستانه) و همچنین منشور سازمان ملل متحد مواد ۱، ۲، ۳۹، ۴۱، ۴۲، ۵۱ و... می‌باشد. در بیشتر از تعاریف حاکمیت به امر مطلق و نامحدود بیان شده است. مانند دیدگاه ژان بَدَن و دیگر دانشمندان. از دیدگاه اندیشمندان کلاسیک چنین به دست می‌آید که حاکمیت به عنوان عنصر جوهری دولت به هیچ وجه با محدودیت روبرو نمی‌شود؛ زیرا حاکمیت رکن اصلی دولت است و دولت بدون حاکمیت نمی‌توان قدرت ملی و قوانین خود را در جامعه داخلی و بین‌المللی اعمال کند، از این منظر حاکمیت دولت نامحدود است. اما در حقوق بین‌الملل معاصر مفهوم حاکمیت امر مطلق تلقی نمی‌شود، بلکه حاکمیت مفهومی است که با عوامل و میکانیزم‌های متعددی در جامعه بین‌المللی با محدودیت روبرو می‌شود. علاوه بر محدودیت حاکمیت در حقوق بین‌الملل معاصر، قدرت ملی نیز با محدودیت مواجه

است. در قرن بیستم مفهوم حاکمیت وارد مرحله رسمی شد که به تدریج حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل مدرن دارای نظم حقوقی گردید، با شکل‌گیری معاهده صلح ورسای در سال ۱۹۱۹ و هم‌چنین از سال ۱۹۴۵ با شکل‌گیری سازمان ملل متحد، حاکمیت دولت‌ها با محدودیت جدی روبرو گردید. از سوی دیگر تساوی حاکمیت دولت‌ها در منشور سازمان ملل متحد نیز بیان گردید (اصل برابری حاکمیت کلیه اعضای سازمان در منشور گنجانیده شد). منشور مبنای اصلی حاکمیت دولت‌ها و محدودیت آنرا تبیین می‌کند. حاکمیت در حقوق بین‌الملل معاصر با محدودیت‌های حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، حقوق محیط زیست و... روبرو است. این محدودیت‌ها ناشی از تعهدات بین‌المللی دولت‌ها، کنوانسیون‌ها در عصر جهانی شدن اقتصاد، سیاست و فرهنگ به ویژه در هزاره سوم می‌باشد.

یک سلسله اصول در حقوق بین‌الملل برای حاکمیت دولت‌ها تعریف شده‌اند که حاکمیت دولت‌ها را در جامعه بین‌المللی با محدودیت مواجه می‌سازد؛ اصل حاکمیت و احترام به تمامیت ارضی، این اصل از مهم‌ترین اصول حقوق بین‌الملل در مورد محدودیت حاکمیت دولت‌ها تلقی می‌شود؛ زیرا هیچ دولتی قدرتمند حق ندارند در امور داخلی و یا قلمرو ارضی دولت‌های دیگر مداخله نمایند. اصل معاهدات بین‌المللی که میان دولت‌ها در جامعه بین‌المللی براساس فاکتورهای حقوق بین‌الملل امضاء می‌شود، برای حاکمیت دولت‌ها محدودیت ایجاد می‌کند. در کنار این اصل، اصل حقوق بشر و بشردوستانه از مهمترین اصولی است، که سازمان‌های بین‌المللی حاکمیت دولت‌ها را از حاکمیت مطلق خارج و بخشی از حاکمیت دولت‌ها را در جامعه بین‌المللی مصادره می‌کند. دموکراسی نیز امروزه به عنوان یک اصل در جامعه بین‌المللی برای حاکمیت دولت‌ها محدودیت ایجاد می‌کند. (نقش رسانه‌ها، احزاب سیاسی، جامعه مدنی، گروه‌های فشار در قلمرو سرزمینی از درون سیستم حکومت‌ها فرایند نوسازی را می‌پیمایند و از سوی دیگر دولت‌ها در نظام‌های دموکراسی از اقتدارگرایی به سوی دموکراتیک‌گرایی توسعه پیدامی‌کند). نقش دموکراسی در دموکراتیزه کردن دولت‌ها و محدودیت قدرت مطلقه نقش تأثیرگذار دارند. اصل حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل یکی از مهمترین اصول محسوب می‌شود، هیچ دولتی حق تعیین سرنوشت دولت دیگری را ندارند، بلکه مردم در قلمرو سرزمینی خود برای انتخاب سرنوشت

تصمیم می گیرند. اصل عدم توسل به زور، اقدامات قهری و توسل به جنگ یا خودیاری، اصل حل و فصل اختلافات از مهم ترین اصول به میکانیزم های محدودیت حاکمیت دولت ها در حقوق بین الملل محسوب می شود.

به طور کلی نتایج به دست آمده نشان می دهد که روند تکاملی حقوق بین الملل معاصر با ارائه اصول و میکانیزم های حقوقی حاکمیت و قدرت ملی دولت ها را با حفظ اصل حاکمیت بین المللی دولت ها آنرا محدود ساخته است. با فاکتورهای اصول ارائه شده و منشور ملل متحد. امروزه حقوق بین الملل در صدد دموکراتیزه کردن کشورهای اقتدارگرا در جامعه بین المللی است.



فهرست منابع و مآخذ

۱. اسپکتور، سلین (۱۳۸۲)، قدرت و حاکمیت (تاریخ در اندیشه غرب)، ترجمه: عباس باقری، تهران، نشر نی، چ ۱.
۲. اشرفی، داریوش و رضا اسلامی (۱۳۹۶)، نقش سازمان‌های بین‌المللی در جهانی شدن اقتصاد و تاثیر آن بر حاکمیت ملی، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، س ۱۰، ش ۳۵.
۳. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۴)، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، ج ۱.
۴. باقرزاده، محمدرضا (۱۳۸۲)، ضمانت اجراهای صلح و امنیت بین‌المللی، قم، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چ ۱.
۵. تاورنیه، پل (۱۳۸۵)، مسئله مشروعیت توسل به زور علیه عراق توسط ایالات متحده امریکا، ترجمه هادی وحید، مجله حقوقی نشریه مرکز امور حقوق بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ش ۳۵.
۶. جانسون، گلن (۱۳۷۷)، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه‌ی آن، ترجمه: محمد جعفر پوینده، تهران، نشر نی، چ ۲.
۷. جان بیلیس، استیو، جهانی شدن سیاست، روابط بین‌الملل در عصر نوین، ترجمه ابوالقاسم راه چمنی و دیگران، تهران، نشر ابرار معاصر.
۸. ذوالعین، پروز (۱۳۷۷)، مبانی حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، نشر وزارت خارجه ایران.
۹. روحانی، حسن (۱۳۸۲)، مفهوم جدید حاکمیت ملی یا فرسایش حاکمیت‌ها، گفتمان، ش ۲۸.
۱۰. زمانی، سید قاسم (۱۳۹۳)، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، تهران، نشر شهر دانش، چ ۲.
۱۱. سلیمی، عبدالحکیم (۱۳۷۸)، دکرترین حاکمیت محدود، سراج، س ۶، ش ۱۶ و ۱۷.
۱۲. شریفی طراز کوهی، حسین و فرزاد مهرانی (۱۳۹۱)، بررسی تحلیلی شرایط حق دفاع مشروع با تأکید بر اقدامات مسلحانه دولت‌ها علیه حملات گروه‌های تروریستی بین‌المللی، فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره ۱، ش ۱.
۱۳. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱)، حقوق خانواده، تهران، نشر دانشگاه تهران، ج ۱، چ ۱۲.
۱۴. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۱)، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، نشر فرهنگ نشر نو، چ ۲.
۱۵. فراز، عبدالاحد (۱۳۹۳)، حقوق بشر و بشردوستانه، کابل، نشر کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۱۶. قاسمی، علی و ویکتوربارین چهاربخش (۱۳۹۰)، ارزیابی حق دفاع مشروع جمعی در حقوق بین‌الملل معاصر، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۵۶.
۱۷. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۹۴)، اطلاق و تقیید حاکمیت سیاسی، فصلنامه علوم سیاسی، س ۱۸، ش ۷۱.
۱۸. مولایی، یوسف (۱۳۸۴)، حاکمیت و حقوق بین‌الملل، تهران، نشر علم، چ ۱.
۱۹. موسی‌زاده، رضا (۱۳۹۵)، سازمان‌های بین‌المللی، تهران، نشر میزان، چ ۲۴.
۲۰. محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی لویه (۱۳۹۶)، مکتب نپوهیون در حقوق بین‌الملل: بازخوانی رابطه قدرت و حقوق بین‌الملل، فصلنامه راهبرد، س ۲۶، ش ۸۲.
۲۱. ویژه، محمد رضا (۱۳۸۵)، مفهوم تازه حاکمیت در حقوق عمومی، اطلاعات سیاسی اقتصادی، ش ۲۳۱ و ۲۳۲.

۲۲. یزدان فام، محمود (۱۳۸۶)، ضربه نخست: حمله پیش‌دستانه و پیش‌گیرانه در سیاست امنیت ملی امریکا، فصلنامه مطالعات راهبردی، س ۱۰، ش ۲.

1. Duhamel (o) ET Meny (y), Dictionaries constitutionnel, Paris, P.U.F, 1992.
2. McDougal, W. Myres (1953), International Law, Power and Policy, A Contemporary Conception, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Vol.8
3. Woods, Ngaire (1996), The Uses of Theory in the Study of International Relations, in Explaining International Relations Since 1945, London: Oxford University Press
4. Spitz (j.f), Bodin ET la souverainete, Paris, P.U.F, 1998.



شرایط سرمایه‌گذاری خارجی در نظام حقوقی افغانستان و اسناد بین‌المللی

امین الله شهزاد^۱

تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۹/۹

تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۷/۳

چکیده

در افغانستان به منظور جذب سرمایه خارجی قوانینی وضع شده است و برای آنها از يك طرف شرایط حمایت‌کننده وضع کرده و از جانب دیگر بنابر ضرورت ملی و ارزش‌های ملی شرایط محدودکننده پیش‌بینی شده است. در این مقاله شرایط حمایت‌کننده، محدودکننده و شرایط مرتبط با حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی را در قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی بررسی و تحلیل می‌نمایم. این شرایط به سه دسته تقسیم می‌شوند؛ شرایط عام، شرایط خاص و شرایط مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی شرایط عام که برای سرمایه‌گذار خارجی و داخلی بصورت یکسان در قوانین داخلی کشورها و افغانستان رعایت می‌شود که شامل اصل رفتار ملی، اصل دولت کامل‌الوداد، اصل عدم تبعیض و غیره می‌گردد. دوم شرایط خاص سرمایه‌گذار خارجی که منحصر به سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد و سرمایه‌گذار داخلی از آن برخوردار نمی‌شود. این شرایط شامل انتقال سرمایه، مدیریت و مالکیت سرمایه خارجی، انتقال مفاد سرمایه و قرضه مرتبط به آن می‌باشد. سوم شرایط مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی است که شامل مراجع ملی و بین‌المللی می‌گردد. روش انجام پژوهش توصیفی - تحلیلی بوده و برای گردآوری اطلاعات آن، از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: شرایط، سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار خارجی، نظام حقوقی افغانستان و اسناد بین‌المللی.

۱. دانش‌آموخته مقطع ماستری دانشگاه خاتم النبیین (ص).

شرایط سرمایه‌گذاری در واقع از یک سو، بستر سرمایه‌گذاری را فراهم می‌کند و از طرفی موجب می‌شود که مصالح و منافع ملی نقض نشود و بدیهی است که نوع و ماهیت این شرایط از مباحث مهم سرمایه‌گذاری است که باید ابعاد آن مشخص گردد. از طرفی مقایسه این شرایط از نظر حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی می‌تواند با رویکرد مطالعه تطبیقی در شناسایی نقاط ضعف حقوق داخلی کمک و در نهایت برای آن ارائه راه‌حل گردد.

سرمایه‌گذاری یعنی خرید یک دارایی یا هر چیز دیگری به این امید که در آینده قیمت آن افزایش خواهد یافت و یا درآمدی را ایجاد خواهد کرد. در علم اقتصاد، سرمایه‌گذاری یعنی خرید کالایی که در حال حاضر مصرف نمی‌شود اما در آینده فرد به آن نیاز پیدا خواهد کرد و آن کالا برای او سودآور خواهد بود. در علم مالی، سرمایه‌گذاری به این معنی است که فرد یک دارایی مالی نظیر سهام را می‌خرد و پیش‌بینی می‌کند که آن دارایی مالی در آینده سودآور خواهد بود و قیمتش افزایش خواهد یافت، لذا با فروش به قیمت بالاتر سود خوبی به دست خواهد آورد. «سرمایه، موتور محرکه رشد و توسعه اقتصادی در تمام نظریات و الگوهای رشد اقتصادی محسوب می‌گردد از این رو، جذب سرمایه کافی به منظور تأمین منابع مالی طرح‌های اقتصادی، از جمله مهمترین دغدغه‌های تصمیم‌گیرندگان اقتصادی در هر جامعه است».

(حسن‌وند، آسایش و محمدی‌نوده ۱۳۹۹، ص ۱۲۲)

فرهنگ لغت حقوق بین‌الملل، سرمایه‌گذاری خارجی را این گونه تعریف نموده است: «انتقال وجوه یا مواد از يك کشور (صادرکننده) به کشور دیگر (کشور میزبان) جهت استفاده از تأسیسات یک بنگاه اقتصادی در کشور میزبان در برابر مشارکت مستقیم یا غیرمستقیم در سود آن بنگاه». (شیرویی، ۱۳۹۱، ص ۴۰۰)

تجارت در زبان عادی فقط عملیات گردش کالا مانند خرید و فروش، حمل نقل و غیره را شامل می‌شود، ولی از نظر حقوقی کلمه تجارت مفهوم وسیع‌تری دارد زیرا صنایع (تولید) را هم در بر می‌گیرد و دلیلی هم نیست که چنین مفهومی مورد قبول واقع نشود؛ چون تاجر و صنعتگر هر دو هدف واحد دارد. به عبارت دیگر، هردو عوامل مشابه مانند سرعت و امنیت به سادگی مقررات تجارتی نیازمنداند. ولی در سنوات اخیر بین تجارت و صنعت وجوه افتراقی قایل شده‌اند بدین ترتیب، مقررات اقتصاد ارشادی و مالی، مقررات صنعتی و حقوق کار و هم‌چنین حقوق صنعتی (مالکیت صنعتی) مجزا



از حقوق تجارت محسوب شده است. با وجود این حقوق تجارت نه تنها در تجارت بلکه در امور صنعتی نیز اعمال می‌گردد. (معرفانی، ۱۳۹۱ ش، ص ۲۳)

هر مصوبه رسمی دولتها و سازمان‌های بین‌المللی که در قالب سند یا مدرکی تنظیم شود نظیر یک معاهده و در آن اهداف و مقاصد دولت‌ها در ارتباط با اصول یا هنجارهای حقوق بین‌الملل مودر تأکید قراردادده می‌شود، چنانچه این سند مکتوب به امضا و تصویب اکثر یا تمامی کشورها می‌رسد آن سند بین‌المللی گفته می‌شود. (سید فاطمی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۴) در این پژوهش از دو نوع اسناد استفاده شده است، یعنی اسناد ملی و دیگر اسناد بین‌المللی.

در مورد پیشینه سرمایه‌گذاری خارجی به گونه‌ای صریح در منابع علمی- تحقیقی و قانونی معلومات در دستر قرار ندارد. اما با آنهم مطالعات تاریخی در افغانستان نشان می‌دهد که طور ضمنی به نحوی از انحاس سرمایه‌گذاری خارجی در افغانستان وجود داشته است. زیرا، در ایام قدیم تاجران هندی و آسیای میانه به شکل کلاسیک آن به افغانستان مراجعت می‌کردند و به اشکال مختلف اجناس را وارد نموده و برخی کالاها را خریداری می‌کردند.

عوامل جذب سرمایه‌گذاری خارجی در کشورها عبارتند از: اول عوامل اقتصادی و فنی جذب سرمایه‌گذاری خارجی، مکانیزم تأمین سرمایه و تراکم آن در راستای تحقق رشد و تولید؛ راه تبلور رشد و توسعه اقتصادی است. از این رو، تأمین سرمایه برای پس‌انداز، ایجاد منابع سرمایه‌گذاری مازاد، فراهم آوردن شرایط دستیابی به تکنولوژی و مهارت‌های تازه مدیریتی، برطرف ساختن تنگناهای ارزی و کاهش نرخ سود در کشور مبدأ از مهم‌ترین دلایل جذب سرمایه خارجی محسوب می‌شود. درواقع نیاز به جذب سرمایه خارجی درالترام به برون رفت از چرخه باطل فقر در کشور مبدأ خلاصه می‌شود که این امر خود از شکاف پس‌انداز و سرمایه‌گذاری یا برابر نبودن عرضه و تقاضای قانونی تله فقر در این کشورها خبر می‌دهد.

دوم: عوامل فرهنگی: این عوامل شامل موارد ذیل است: ۱- فرهنگ عمومی جامعه در قبول بیگانگان در کشور؛ ۲- فرهنگ کار و سابقه اعتصابات و اغتشاشات کارگری؛ ۳- وضعیت سندیگای کارگری و فرهنگ سندیگا در جامعه کارگری؛ ۴- درصد باسوادی و درصد کسانی که به زبانهای خارجی مخصوصاً زبان انگلیسی آشنا هستند.

سوم: عوامل حقوقی: قوانین و مقررات عمومی کشور و نیز و قوانین و مقرراتی که بویژه برای موضوع سرمایه‌گذاری خارجی وضع می‌شود از عناصر مهم جذب سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. در این خصوص چهار نوع قوانین و مقررات قابل تشخیص است: الف) قوانین و مقررات عام داخلی؛ ب) قوانین و مقررات خاص داخلی؛ ج) قوانین و مقررات عام بین‌المللی؛ د) قوانین و مقررات خاص بین‌المللی. (حدادی، ۱۳۲۹، ص ۲۰۴)

۱. اصول حاکم بر تجارت خارجی

در بررسی شرایط سرمایه‌گذاری خارجی، یکی از مسائل مهم اصول حاکم بر تجارت خارجی یا سرمایه‌گذاری خارجی در افغانستان است. البته قابل ذکر می‌دانیم که هر چند اصول حاکم بر تجارت خارجی کالا در قانون قانون تجارت خارجی کالا پیش‌بینی شده است. اما این اصول به نحوی از انحاء در سرمایه‌گذاری خارجی نیز تطبیق می‌گردد. به عبارت دیگر، تجارت خارجی کالا بخشی از سرمایه‌گذاری خارجی است، در صورتی که اصولی بر آن حاکم باشد، به تبع از این اصول، بر سایر بخش‌های سرمایه‌گذاری خارجی نیز اصول مذکور حاکم خواهد بود. مطابق احکام قانون تجارت کالا برخی اصول به منظور تجارت خارجی کالا پیش‌بینی شده است. «تجارت خارجی کالا دارای اصول عمومی ذیل می‌باشد: ۱- اشتغال اشخاص حقیقی یا حکمی به تجارت خارجی کالاها مطابق احکام این قانون؛ ۲- محدود نبودن تجارت خارجی کالاها، مواردی که در این قانون یا سایر اسناد تقنینی از تجارت خارجی غیر عادلانه جلوگیری می‌نماید از این حکم مستثنی است؛ ۳- رعایت رویه دولت کامل‌الوداد و رویه ملی در تجارت خارجی کالاها؛ ۴- وضع حد اقل ممنوعیت‌ها حین اجرای تدابیر تجارتي؛ ۵- شفافیت در وضع تدابیر تجارتي ۶- حفظ محرومیت اسرار تجارتي، ۷- اتخاذ تدابیر تجارتي، مشروط بر اینکه بر تجارت خارجی کالاها اثر منفی نداشته باشد؛ ۸- الغای تدابیر تجارتي در صورت موجودیت دلایل مؤجه و ۹- داشتن حق اعتراض برای اشخاص در صورت عدم قناعت به تصمیم مراجع مربوط.» (قانون تجارت خارجی کالا، ماده ۵)

بررسی مفاهیم سرمایه‌گذاری، تجارت و سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد که سرمایه‌گذاری مفهوم عامی است که به هر نوع داد و ستد در داخل و خارج کشور را شامل می‌شود. سرمایه‌گذاری خارجی بخشی از سرمایه‌گذاری است. هم‌چنان تجارت شامل



تبادلہ مال منقول می شود. مفاهیم نظام حقوقی افغانستان و اسناد بین المللی نشان دهنده يك سلسله قواعد و مقررات جهت تنظيم امور سرمايه‌گذاري خارجي در داخل و خارج از افغانستان است. مفاهيم سرمايه خارجي و سرمايه‌گذار خارجي شامل دارايي ها و پول هاي هاي خارجي مي گردد که توسط سرمايه‌گذار خارجي يعني شخص حقيقي يا حکمي در افغانستان سرمايه‌گذاري مي شود. سرمايه‌گذاري خارجي به شکل مدرن آن بعد از قرن نوزدهم و بيستم در جهان شکل گرفت و بخاطر جلب و جذب سرمايه خارجي و اشتغال زيادي به آن توجه جدي صورت گرفت. در افغانستان اولين سند حقوقي در مورد سرمايه‌گذاري خارجي اصولنامه تشويق سرمايه‌گذاري خارجي سال ۱۳۰۳ مي باشد که چارچوب سرمايه‌گذاري خارجي را ترسيم کرده بود. سرمايه‌گذاري خارجي به دو نوع است؛ يکي مستقيم و ديگر غير مستقيم. سرمايه‌گذاري مستقيم نسبت به غير مستقيم از اهميت فوق العاده برخوردار است. مشيري و (کيان پور، ۱۳۹۱، ص ۳) عوامل متعدد مثل عوامل فني، تخنيکي، اقتصادي، فرهنگي، حقوقي و غيره در جذب سرمايه‌گذاري خارجي نقش بسزايي دارد. در سرمايه‌گذاري خارجي و تجارت خارجي مطابق قواعد حقوق بين الملل و داخلي يك سلسله اصول مثل اصل اشتغال اشخاص حقيقي و حکمي، عدم محدوديت، رويه ملي و رويه دولت کاملت الوداد حاکم مي باشد. سرمايه‌گذاري خارجي اثرات مثبت و منفي براي کشور مهمان و ميزبان دارد. اثرات مثبت آن براي کشور ميزبان اين است که زمينه جذب مفاد و سرمايه را در کشور مهيا می کند و براي کشور مهمان اين است که زمينه تأمين مفاد را مهيا مي کند. اثرات منفي آن اين است که در تقابل با فرهنگ کشور ميزبان قرار مي گيرد و هم چنان براي کشور مهمان اين است که ممکن است مصؤونيت و امنيت آن بدرستي تأمين نشود.

شرایط مربوط به سرمايه‌گذاري خارجي در تقسيم بندي کلي به دو دسته عمده تقسيم مي گردد. يکي شرايط محدودکننده سرمايه‌گذاري خارجي و ديگر شرايط تسهيل کننده يا حمايتي سرمايه‌گذاري خارجي.

۲. شرايط محدودکننده سرمايه‌گذاري خارجي

در واقع شرايطي اند که موانع و محدوديت هايي را مطابق موافقت نامه هاي بين المللي و قوانين داخلي کشور ها در مقابل سرمايه‌گذاري خارجي ايجاد مي کند. البته اين شرايط را مطابق اسناد ملي و بين المللي تحليل و تجزيه مي نماييم. شرايط

محدودکننده سرمایه‌گذاری خارجی در مجموع به چهار دسته عمده ذیل تقسیم می‌گردد: ممنوعیت کلی یا جرئی ورود سرمایه‌گذار خارجی، محدودیت در مالکیت و مدیریت سرمایه‌گذار خارجی، تکالیف خاص سرمایه‌گذاری خارجی و نظارت بر اعمال سرمایه‌گذار خارجی.

الف- ممنوعیت کلی یا جرئی ورود سرمایه‌گذار خارجی: ممنوعیت کلی یا جرئی ورود سرمایه‌گذار خارجی موضوع سرمایه‌گذاری بین المللی یکی از مهم ترین مباحث در سطح جامعه بین المللی و روابط میان دولت هاست. اکنون دولت ها با تغییر نگرش نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی، این راهبرد را راهکاری جهت رفع مشکلات اقتصادی دانسته و در راستای توسعه بیشتر آن تلاش می‌کنند. سرمایه‌گذاری خارجی به همان میزان که برای کشورهای صنعتی مهم است برای کشورهای در حال توسعه نیز اهمیت دارد. البته کشورهای پذیرنده سرمایه علاقه ای به اینکه سرمایه‌گذاران خارجی نبض اقتصادی کشور را در دست داشته باشند، ندارند؛ با این وصف که در کشورهای کمتر توسعه‌یافته، بخش عظیمی از اقتصاد ملی در دست سرمایه‌گذاران خارجی است؛ بنابراین کشورهای میزبان به دنبال تعیین قلمروی دقیق فعالیت سرمایه‌گذار خارجی و وضع الزامات آن هستند. برای بررسی در مورد اینکه سرمایه‌گذار خارجی در چه زمینه و تا چه میزان میتواند فعالیت کند، باید موارد مربوط به حوزه، محدودیت و سقفهای تمام الزامات قانونی را با یکدیگر در نظر گرفت. نکته ای که در ابتدای امر ضروری به نظر میرسد آن است که هرچند سرمایه‌گذاری خارجی در بازار سرمایه براساسا عموماً قانون تشویق و حمایت و همچنین سایر قوانین جاری کشور مجاز است، ولی بنابر نظر قانونگذار، بخشی از بازار سرمایه دارای نظامی متفاوت با بخشهای دیگر آن است. (سهرابی، ۱۳۹۲، ص ۳۲)

دهه ۱۹۲۴ شاهد بدبینی فزاینده کشور های در حال توسعه به سرمایه‌گذاری خارجی بود. برخی از کشور ها با ملی کردن سرمایه‌گذاری های خارجی فعالیت خارجیانی را در کلیه بخشهای اقتصادی خود منع کردند. برخی دیگر این محدودیت را در بخش های خاصی از اقتصاد اعمال کردند. دلایل عمده این محدودیت ها حفظ استقلال اقتصاد ملی، جلوگیری از غارت منابع طبیعی، پیشگیری از مداخله شرکتهای چند ملیتی در مسائل داخلی و نهایتاً حمایت از صنایع داخلی بود. (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۶۰۰)



اهداف این قانون عبارت از ارتقای نقش سرمایه‌گذاری‌های خصوصی داخلی و خارجی در عرصه اقتصادی کشور و ایجاد نظم قانون با ساختار اداری آن می‌باشد که موجب ترغیب، حمایت و مسئولیت سرمایه‌گذاران خصوصی داخلی و خارجی غرض رشد و انکشاف اقتصادی، فراهم ساختن زمینه اشتغال، افزایش تولید و عواید صادراتی، انتقال تکنولوژی، بهبود و ارتقای سطح زندگی مردم و رفاه عامه گردد. (ماده دوم قانون سرمایه‌گذاری خصوصی)

در یک جمع بندی کلی می‌توان گفت در قانون سرمایه‌گذاری خصوصی افغانستان و موافقت نامه مذکور بصورت کلی موارد و قلمرو سرمایه‌گذاری خصوصی پیش بینی شده است. اما فیصدي و میزان سرمایه‌گذاری مشخص نشده است. دلیل این عدم محدودیت این است که افغانستان یک کشور سرمایه پذیر است.

یکی از دلیل انحصار سرمایه‌گذاری در بخشهایی که خود دولت انجام می‌دهد مضار و ضرر های سرمایه‌گذاری خارجی است. این مضار باعث می‌شود که دولت‌ها اجاز ندهند اشخاص خارجی مبادرت به سرمایه‌گذاری بزنند. به طور سنتی، مفهوم حاکمیت دولت در مقابل بنا نهادن سازوکارهای حل و فصل اختلافات که سرمایه‌گذاری خارجی را کارا تر خواهد کرد قرار میگیرد. مفهوم حاکمیت برای حمایت از دولت مقابل مداخلات دیگر دول و برای توجیه قدرت او در تحمیل تصمیمات التزام آور و همچنین اجرای آن تصمیمات، شکل گرفته است. وقتی حاکمیت به عنوان قدرت اصلی دولت در نظر گرفته شود، در تقابل با ضرورت ایجاد و اجرای تعهدات معتبر از طریق انعقاد توافقات الزام آور در مقابل سرمایه‌گذار خارجی قرار خواهد گرفت. بنابراین حاکمیت، مانعی را در همکاری مؤثرتر میان سرمایه‌گذار و دولت، به جای فراهم کردن امکان روابط بهتر، ایجاد خواهد کرد و از آنجا که هم حقوق داخلی کشورها و هم حقوق بین الملل عرفی سنتی، فاقد سازوکارهای اجرایی و حل اختلاف نزد شخص ثالث هستند - و مخصوصاً حقوق بین الملل عرفی در تثبیت قراردادهای بین سرمایه‌گذار و دولت، هم از جهت ماهوی و هم شکلی ناتوان است - در نهایت، این بخش نشان میدهد که این نارسایی‌ها در غیاب سازوکارهایی بر اساس ترتیبات قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، به شکل نامناسبی، فقط تعدیل خواهد شد. (علومی یزدی و محمدی، ۱۳۹۳، ص ۵۴)

محدودیت در مالکیت و مدیریت سرمایه‌گذار خارجی: یکی دیگر از محدودیت هایی که در مورد سرمایه‌گذاری خارجی در کشور میزبان اعمال می‌شود، محدودیت در

مالکیت و مدیریت سرمایه‌گذار خارجی است. چنانچه در بحث‌های اول این فصل نیز تذکر داده شد، شرایط محدودکننده سرمایه‌گذاری خارجی ممکن است محدودیت کلی یا جزئی باشد که در آن شرایط و بخش‌های انحصاری و سایر مسائل مرتبط تحلیل و مطالعه شد. در این بخش که محدودیت در مالکیت و مدیریت سرمایه‌گذاری خارجی را شامل می‌شود، هدف اصلی این است که در برخی کشورها خارجی نمی‌توانند از يك حد معین و مشخص در مالکیت و مدیریت سرمایه‌گذاری به خصوص در شرکت‌ها سرمایه‌گذاری نمایند. هدف از این نوع محدودیت در واقع جلوگیری از سلطه خارجی بر اقتصاد يك کشور است. هر چند اصل عد تبعیض مشخص می‌سازد که باید بین خارجی‌ها و شهروندان يك کشور تبعیضات کمتری اعمال شود. اما با آنهم کشورها مطابق پالیسی داخلی خود محدودیت را در مالکیت و سهم خارجی و مدیریت و کنترل آنها بر شرکت‌ها اعمال می‌کنند. در این عنوان، عناوین فرعی ذیل را تحلیل و تجزیه می‌نماییم: شرایط واگذاری ملکیت، سلب ملکیت خارجی‌ها، شروط و محدودیت‌های حق دولت به ضبط اموال و تفاوت ملی کردن با سایر اشکال سلب مالکیت.

تکالیف خاص سرمایه‌گذاری خارجی: بررسی اسناد موجود، در مورد سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد میتوان چند دسته از تعهدات را شناسایی کرد. يك دسته از این تعهدات شامل مفهوم سنتی حقوق سیاسی مدنی میشود، مانند رفتار مساوی، منع کار اجباری، حمایت از کودکان در برابر بهره‌برداری اقتصادی و غیره. سازمان بین‌المللی کار، تلاش‌های زیادی در قالب تصویب بعضی اسناد برای منع سوءاستفاده شرکتها از کارگران انجام داده است. در خصوص حقوق اقتصادی اجتماعی میتوان فراهم کردن شرایط مناسب کار، پرداخت اجرت مناسب در ازای کار انجام‌شده توسط کارگران، احترام به سیاستهای اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولتهایی که در سرزمین آنها فعالیت میکنند، توجه به سلامت و بهداشت کارگران و... را نام برد. يك دسته از این تعهدات را می‌توان از حقوق بشر در معنای سنتی خود تفکیک کرد که این تعهدات به مسئولیت اجتماعی شرکتها مربوط میشود. به عنوان مثال، قواعد سازمان ملل راجع به مسئولیت‌های شرکت‌های فراملی مقرر میدارد که این شرکتها باید رویه‌های بازرگانی، تبلیغات و بازاریابی خود را به طور منصفانه انجام دهند و همه اقدامات لازم را برای اطمینان از کیفیت و ایمنی کالا و خدمات خود در نظر بگیرند. برخی از کشورها اعم از توسعه یافته و توسعه نیافته و یا در حال توسعه تعهداتی



را به سرمایه‌گذاران خارجی تحمیل می‌کنند که باید در فعالیتهای خود در کشور پذیرای سرمایه انجام دهند. هدف از تحمیل این تعهدات نیل به اهداف اقتصادی و اجتماعی خاصی است که دولت سرمایه‌پذیر به دنبال تحقق آنهاست. هر چند کشورها به انحای گوناگون تمایل دارند که تعهدات خاصی را به سرمایه‌گذاران خارجی تحمیل کنند، در اینکه تحمیل شرایط به دولتهای پذیرای سرمایه فرصت میدهد که سرمایه‌گذاری را مطابق با اولویتهای ملی جهت دهند و یا موانعی را بر سر ورود سرمایه‌گذاری خارجی ایجاد می‌کند، اختلاف نظر وجود دارد. (شیروی، پیشین، ص ۴۵۵)

یکی از انواع شرایطی که محدودیت را در مقابل سرمایه‌گذاری خارجی ایجاد می‌کند، ممنوعیت کلی یا جزئی در سرمایه‌گذاری خارجی است. این ممنوعیت در واقع در بخش سرمایه‌گذاری به این مفهوم است که برخی محدودیت بصورت کلی یا جزئی در سرمایه‌گذاری مثل سرمایه‌گذاری در بخش انرژی هستوی مشخص شده است. محدودیت دیگری که در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد، محدودیت در مالکیت و مدیریت آن است. برخی کشورها بعضی محدودیت را در سهم سرمایه‌گذاری خارجی و سلب یا ملی کردن و مدیریت آن برای خارجی‌ها پیش بینی کرده است. در افغانستان کدام محدودیت خاصی در این زمینه وجود ندارد، اما محدودیت‌های جزئی و کلی بصورت عام مثل اخذ جواز، تدابیر تجارتي و امثال آن بصورت گسترده وجود دارد. هم‌چنان در قسمت مدیریت سرمایه خارجی نیز کدام محدودیت خاصی در زمینه وجود ندارد. محدودیت دیگر برای سرمایه‌گذار خارجی تکالیف خاص سرمایه‌گذار خارجی است که برخی مکلفیت‌ها مثل اخذ جواز، پرداخت مالی، رعایت قوانین و مقررات و امثال آن برای سرمایه‌گذار در نظر گرفته شده است. این شرایط به سه دسته قرمز، زرد و سبز تقسیم می‌گردد. یکی دیگر از محدودیت برای سرمایه‌گذار خارجی، نظارت بر اعمال‌شان از طرف حکومت است. که در افغانستان توسط کمیسیون مندرج قانون سرمایه‌گذاری خصوصی صورت می‌گیرد. در مجموع هر چند این شرایط بنام شرایط محدودکننده یاد می‌شوند اما باید متذکر شد که این شرایط، شرایط قانون محدودیت‌ها هستند.

۳. شرایط حمایت‌کننده سرمایه‌گذاری خارجی

۱- با نگاه به ریشه تاریخی شکل‌گیری سرمایه‌گذاری می‌توان نتیجه گرفت که حمایت از سرمایه‌گذاران، هدف اصلی و اولیه رشته حقوق سرمایه‌گذاری



بین‌المللی محسوب می‌شود. همان گونه که بررسی شد، یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، توجه به انتظارات معقول مبتنی بر استانداردهای رفتار منصفانه و عادلانه است که دولت میزبان با هدف تشویق سرمایه‌گذاران، به آنها اعطا کرده است. ۲- برای رشد و توسعه اقتصادی جلب سرمایه‌گذاران خارجی به منظور سرمایه‌گذاری در کشور از اهمیت اساسی برخوردار است. افغانستان نیز تلاش می‌کند تا سرمایه‌گذاران خارجی برای سرمایه‌گذاری در افغانستان جلب نماید. برای همین منظور قوانین افغانستان و انمود می‌کند که زمینه‌ها و فرصت‌های سرمایه‌گذاری برای خارجی‌ها در افغانستان فراهم است. جلب سرمایه‌گذاران خارجی در افغانستان از چند جهت مهم است: اول- اینکه تولیدات ناخالص ملی و تولیدات سرانه ملی افزایش می‌یابد. دوم- اینکه سرمایه‌گذاری باعث ایجاد اشتغال در افغانستان می‌شود و شهروندان افغانستان می‌توانند از صاحب کار شود. سوم- اینکه سرمایه‌گذاران خارجی می‌تواند ما را با اقتصاد جهانی و یا بین‌المللی پیوند دهد. این مسأله باعث می‌شود که منافع اقتصادی میان افغانستان و کشورهای دیگر ایجاد شده و منافع اقتصادی زمینه گفتگو را بجای جنگ و خشونت فراهم کند. چهارم- اینکه ذهن شهروندان افغانستان بیشتر درگیر مسائل اقتصادی شده و ممکن مسائل خشونت‌آمیز چون جنگ را فراموش نماید. ۳- سرمایه‌گذاری خارجی در کشورها از جمله افغانستان مستلزم یک سلسله شرایطی است که سرمایه‌گذاری را در کشورهای میزبان ممکن و میسر می‌سازد. ۴- شرایط مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند. شرایط محدودکننده سرمایه‌گذاری خارجی و دیگر شرایط مربوط به حمایت‌کننده سرمایه خارجی. ۵- شرایط محدودکننده در افغانستان بنابر دلایل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، دینی، قانونی، مالی، تجارتي و غیره بخاطري برقرار می‌شود که از یک طرف سرمایه‌گذاری خارجی قانونی شود از جانب دیگر صنعت و تجارت داخلی توان رقابت با آنها را داشته باشد. ۶- شرایط حمایت‌کننده سرمایه‌گذاری خارجی در کشورهایی کمتر توسعه‌یافته و توسعه‌نیافته مثل افغانستان به این دلیل وضع می‌شود که از سرمایه‌گذار خارجی بخاطر جلب سرمایه خارجی حمایت شود تا زمینه کار، اشتغال و مفاد در کشور میزبان فراهم شود و ۷- باوجود اینکه در افغانستان در مورد

سرمایه‌گذاری خارجی اسناد تقنینی زیاد وضع شده است؛ اما می‌توان گفت که این قوانین هنوز هم جوابگوی نیازمندی‌های فعلی جامعه در مورد سرمایه‌گذاری خارجی نیست. (طاووس، تهران: شماره ۰۰۴۶، سال ۱۰۴۱، ص ۰۲).

به طور عموم سه نوع شرایط حمایت از سرمایه‌گذار خارجی وجود دارد که عبارتند از: شروط عام حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، شروط خاص حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و شرایط رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی که هر یک را بطور فشرده بیان می‌نمایم:

اول: شروط عام حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی: سرمایه‌گذاری خارجی مستلزم رعایت يك سلسله اصول و شرایط عام و كلي است که در حقوق تجارت بین الملل و قوانین داخلی افغانستان تصریح شده است. يك تعداد از این اصول عام که در قانون تجارت خارجی کالا ذکر شده است، قرار ذیل است: تجارت خارجی کالاها دارای اصول عمومی ذیل می‌باشد. ۱- اشتغال اشخاص حقیقی یا حکمی به تجارت خارجی کالاها مطابق احکام این قانون. ۲- محدودنبودن تجارت خارجی کالاها، مواردی که در این قانون یا سایر اسناد تقنینی از تجارت خارجی غیر عادلانه جلوگیری می‌نماید از این حکم مستثنی است. ۳. رعایت رویه دولت کامله الوداد و رویه ملی در تجارت خارجی کالاها. ۴- وضع حد اقل ممنوعیت‌ها حین اجرای تدابیر تجارتي. ۵- شفافیت در وضع تدابیر تجارتي. ۶- حفظ محرمة اسرار تجارت. ۷- اتخاذ تدابیر تجارتي، مشروط بر اینکه بالاي تجارت خارجی کالاها اثر منفي نداشته باشد. ۸- الغاي تدابیر تجارتي در صورت موجودیت دلایل موجه. ۹- داشتن حق اعتراض برای اشخاص در صورت عدم قناعت به تصامیم مراجع مربوط. (ماده پنجم قانون تجارت خارجی کالا)

اول: شروط عام حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی عبارتند از: شرط آزادی تجارتی، شرط ثبات، شرط رفتار ملی و شرط مصونیت سرمایه‌گذار خارجی.

اول- شرط آزادی تجارتی: در مورد آزادی سازی تجارت در مقدمه موافقت نامه اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت سازمان تجارت جهانی چنین آمده است: اهداف موافقتنامه، همانطور که در مقدمه آن تعریف شده است، شامل «گسترش و آزادسازی تدریجی تجارت جهانی و تسهیل سرمایه‌گذاری در سراسر مرزهای بین‌المللی به منظور افزایش رشد اقتصادی همه شرکای تجاری، به ویژه اعضای کشورهای در حال

توسعه، و در عین حال تضمین رقابت آزاد است. (مقدمه موافقت نامه اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت سازمان تجارت جهانی)

دوم - شرط ثبات: در کشوری که این فاکتورها با دقت زیاد بررسی و کنترل می‌شوند خیال سرمایه‌گذاران برای انجام فعالیت‌های اقتصادی‌شان راحت است، حتی بسیاری از سرمایه‌گذاران سایر کشورها نیز راغب‌اند در چنین اقتصادی اقدام به سرمایه‌گذاری و انجام فعالیت‌های اقتصادی کنند. وقتی در ایالات متحده یا اکثر اقتصادهای پیشرفته در اروپا، مردم می‌دانند که نرخ تورم یا افزایش قیمت‌ها بیشتر از پنج درصد نخواهد بود به راحتی می‌توانند هزینه‌ها و مقدار سود خود در بازارهای مختلف برآورد کرده و وارد بازار شوند؛ یا وقتی در جاپان این مقدار صفر است، مردم می‌دانند که قیمت بسیاری از اقلام و کالاها بدون تغییر خواهد بود و تصمیم برای سرمایه‌گذاری برای آنها تا حد زیادی تسهیل می‌شود.

سوم - شرط رفتار ملی: تعهد رفتار ملی یکی از مهم‌ترین اصول موافقت‌نامه‌های مختلف سازمان جهانی تجارت از جمله موافقت‌نامه گات می‌باشد. با وجود این پیچیدگی‌های حاکم بر انعقاد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باعث شده است تا این تعهد در ماده سوم گات به صورت کلی مورد تدوین قرار گیرد. رویه ملی از اصول مهم سرمایه‌گذاری خارجی و تجارت بین‌المللی است که در قوانین افغانستان نیز از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. در این مورد قانون تجارت خارجی کالا چنین گفته است: ۱- واردات کالاها مطابق موافقت‌نامه‌های دو جانبه، منطوقی و بین‌المللی تجارت خارجی که افغانستان به آن الحاق نموده است به اساس رویه ملی صورت می‌گیرد. ۲- هرگاه افغانستان به موافقت‌نامه بین‌المللی مندرج فقره (۱) این ماده الحاق نموده باشد، حکومت در مورد تصمیم اتخاذ می‌نماید. ۳- رویه ملی در موارد ذیل تطبیق می‌گردد. ۱. وضع مالیات و عوارض گمرکی. ۲- وضع قواعد و مقررات و شرایط مؤثر بر فروشات داخلی، عرضه، انتقال، توزیع یا استفاده از کالاها و وارداتی. (ماده هشتم قانون تجارت خارجی کالا)

چهارم - شرط مصونیت سرمایه‌گذار خارجی: مصونیت سرمایه‌گذار در واقع بنام امنیت آن نیز یاد می‌شود. مصونیت و امنیت سرمایه‌گذار خارجی باهم دیگر طوری تنیده‌اند که نمی‌توان آنها را از هم جدا نمود. میزان سرمایه‌گذاری در هر کشور، تابع مجموعه‌ای از متغیرهاست که «امنیت سرمایه‌گذاری» در زمره مهم‌ترین آنها به شمار



مي آيد. مطالعه در باره ميزان امنيت در يك اقتصاد و تركيب عوامل نا امن كننده فضاي سرمايه گذاري در آن، به دو شيوه امكان پذير است. در شيوه نخست كه متضمن رويكردي عيني به مقوله امنيت است، استحكام يا ضعف نهادهاي امنيت ساز در کشور مورد توجه قرار مي گيرند. شيوه دوم متضمن رويكردي ذهني به مقوله امنيت است، كه ميزان امنيت در يك کشور و عوامل امنيت زدا و ميزان تأثير هر يك از آن عوامل بر نا امني محيط كسب و كار، از متقاضيان واقعي امنيت، يعني سرمايه گذاران بالفعل يا بالقوه استعلام مي شود. منطق رويكرد مذکور اين است كه براي اقدام به سرمايه گذاري در يك کشور يا صنعت خاص، «احساس امنيت» از جانب افراي كه متقاضي سرمايه گذاري هستند، موضوعيت دارد. در حال حاضر، اين شيوه به طور مستمر و با قابليت اطمينان بالا در سطح بين المللي انجام مي شود. (حسين زاده، بحريني ۱۳۱۳، ص ۱۰۹)

اول: شروط خاص حمايت از سرمايه گذاري خارجي حمايت و تشويق سرمايه گذار خارجي يك سلسله شرايط خاص در قوانين افغانستان و اسناد بين المللي پيش بيني شده است كه در اين قسمت هر يك را مطالعه و تحليل مي نماييم و عبارتند از: شرايط امتيازات مالي، گمركي و بانكي سرمايه گذار خارجي، شرايط كار و مالكيت سرمايه گذاري خارجي، شرايط انتقال سرمايه و مفاد توسط سرمايه گذار خارجي.

اول- شرايط امتيازات مالي، گمركي و بانكي سرمايه گذار خارجي: چنانچه در قبالاً نيز گفته شد، يكي از شرايط حمايت كننده سرمايه گذار خارجي در حقيقت شرايط خاص امتيازات مالي، گمركي و بانكي است. با اين شرايط كه در حقيقت يك سلسله تسهيلات و معافيت هايي را براي خارجي ها فراهم مي كنند، سرمايه خارجي جذب مي شود. حقوق بين الملل سرمايه گذاري، نظام منسجمي است كه هدف آن كمك به ارتقا و حمايت از سرمايه گذاري و حمايت همه جانبه از سرمايه گذاران خارجي است زيرا سرمايه گذاران خارجي، معمولاً و البته نه هميشه، به علت نظام حقوقي داخلي برخي كشورها و قوانين آنها با محدوديت هايي در زمان سرمايه گذاري مواجه مي شوند و نياز به حمايت دارند. بر اين اساس، حقوق بين الملل سرمايه گذاري كه در دهه اخير وظيفه ذاتي خود را حمايت از سرمايه گذاري خارجي مي داند، باعث شده است تا استانداردهاي حمايتي، از جمله اصل رفتار منصفانه و عادلانه، اصل حداقل رفتار بين المللي و انتظارات معقول

سرمایه‌گذاران، جای خود را در این شاخه از حقوق بین‌الملل باز کند. (آرش بهزادی، پارسی و سیفی، ۱۳۹۹، ص ۴۶).

دوم- شرایط کار و مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی: نظام‌های مالی کارآمد با شناسایی و تأمین مالی فرصت‌های مناسب کسب و کار، تجهیز پس‌اندازها، پوشش و متنوع‌سازی ریسک و همچنین تسهیل مبادلات کالاها و خدمات موجب گسترش فرصت‌های سرمایه‌گذاری می‌گردند. از سوی دیگر، افزایش کارایی در سیستم مالی در نهایت با بهبود تخصیص منابع، ارتقای سرمایه‌گذاری و تسریع در انباشت سرمایه، موجبات رشد بالاتر اقتصادی را فراهم می‌آورد. هم‌چنین، سیستم‌های مالی کارآمد موانع تأمین مالی خارجی را کاهش داده و با تسهیل شرایط دسترسی واحدهای تولیدی و صنعتی به سرمایه خارجی، زمینه گسترش سرمایه‌های خارجی، و رشد اقتصادی را فراهم می‌سازند. با گسترش بازارهای مالی، امکان و زمینه‌های مختلف سرمایه‌گذاری شکل می‌گیرد و بخش خصوصی قادر است انواع راهکارهای مناسب با نیازهای خود برای پس‌انداز در شرایط با ریسک کمتر را انتخاب کند. (احمدزاده و ضرونی، ۱۳۹۶، صص ۴ و ۵).

سوم- شرایط انتقال سرمایه و مفاد توسط سرمایه‌گذار خارجی: یکی دیگر از شرایط حمایت‌کننده و تشویق‌کننده سرمایه‌گذار خارجی این است که بتواند سرمایه و مفاد مربوط به آن را به کشور خود یا به کشورهای خارج از کشور میزبان انتقال دهد. بناءً هر چند این شرط را بصورت کلی اکثریت کشورها از جمله افغانستان به رسمیت شناخته‌اند اما انتقال سرمایه و مفاد آن مستلزم شرایط مشخصی است که چگونگی انتقال را ممکن و میسر می‌سازد. (میرزاخانی، پیشین، ص ۱۱۵). یکی دیگر از زمینه‌های وابستگی اقتصادی، استفاده از نیروی کار ارزان کشورهای قرض‌گیرنده در مواردی است که موضوع استقراض ایجاد مراکز صنعتی و تولید و مونتاژ باشد. با توجه به وضعیت استفاده کشورها از استقراض منابع خارجی، از آنجای‌یکه استقراض، نوعی مصرف از درآمد آیندگان محسوب می‌گردد، نسل‌های را تحت فشار وابستگی اقتصادی قرار خواهد داد. باید متذکر شد که این قرضه‌ها که در سطح عمومی و دولتی مطرح است متفاوت با قرضه‌هایی است که سرمایه‌گذاران خارجی اخذ می‌کنند. سرمایه‌گذاران خارجی قرضه‌هایی را که دریافت می‌کنند می‌توانند دوباره به آنها منتقل کنند.



شرایط رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی چنانچه در مباحث مقدماتی این مقاله نیز تذکر داده شد، یکی دیگر از شرایط حمایت‌کننده سرمایه‌گذار خارجی حل و فصل اختلافات مربوط به آنها است. از آنجایی که بروز اختلاف امری انکارناپذیر است، حل و فصل اختلاف آن مطابق به احکام قانون نیز یک نیاز جدی است. به همین منظور و به خاطر تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی باید راهکاری‌هایی برای حل و فصل اختلافات شان در نظر گرفت. مراجع ملی رسیدگی به اختلاف چنانچه در بالا نیز گفته شد، بروز اختلاف امر انکارناپذیر می‌باشد. اما باید برای آن راه حل در نظر گرفته شود. برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی روش‌های مختلف ملی و بین‌المللی وجود دارد. در این مورد قانون تجارت خارجی کالا چنین گفته است: شرکای تجارت خارجی در صورت بروز منازعه، می‌توانند، موضوع را از طریق میانجیگری یا حکمیت حل و فصل نمایند، در صورت عدم قناعت، طرفین می‌توانند به محکمه ذیصلاح مراجعه نمایند بناءً مطابق قانون مذکور یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات در تجارت خارجی کالا میانجیگری و حکمیت است. البته از آنجایی که تجارت خارجی و سرمایه‌گذاری خارجی بصورت سریع و در اسرع وقت انجام می‌شود، ایجاب می‌کند که روش حل و فصل اختلاف نیز روش سیاسی باشد که در اسرع وقت اختلاف حل و فصل شود. به همین دلیل در قوانین افغانستان در سرمایه‌گذاری خارجی روش‌های سیاسی تذکر داده شده است در مورد روش‌های حل و فصل اختلافات قانون سرمایه‌گذاری خصوصی نیز چنین گفته است: اختلافات عایده مطابق احکام این قانون حل و فصل می‌گردد. سرمایه‌گذار یا تشبث منظور شده می‌تواند حین عقد قرارداد یا موافقت‌نامه یا شخص ثالث نکات آتی را نیز مشخص نماید. ۱- حکمیت یا روش دیگری جهت حل اختلافات که مورد توافق باشد. ۲- تعیین محل حل اختلافات خارج از کشور. ۳- تعیین قانون کشور خارجی جهت استفاده از حکمیت. (فقره‌های ۱ و ۲) ماده. سی ام قانون سرمایه‌گذاری خصوصی.)

از جمله شرایط، شروط عام سرمایه‌گذاری خارجی است که این شرایط در برگیرنده شرایطی است که برای سرمایه‌گذار خارجی و داخلی بصورت یکسان در قوانین داخلی کشورها و افغانستان رعایت می‌شود. این قواعد شامل اصل رفتار ملی، اصل دولت کامل‌الوداد، اصل عدم تعیض و غیره می‌گردد. دوم شرایط خاص سرمایه‌گذار خارجی

که منحصر به سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد و سرمایه‌گذار داخلی از آن برخوردار نمی‌شود. این شرایط شامل انتقال سرمایه، مدیریت و مالکیت سرمایه خارجی، انتقال مفاد سرمایه و قرضه مرتبط به آن می‌باشد. سوم شرایط مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی است که شامل مراجع ملی و بین‌المللی می‌گردد. مراجع ملی که می‌توانند اختلافات سرمایه‌گذار خارجی را حل و فصل کنند، مرکز حل منازعات افغانستان و روش حکمیت است و مراجع بین‌المللی شامل دیوان بین‌المللی عدالت، ایکسید، دیوان دایمی داوری و انستیتال می‌گردد.

نتیجه‌گیری

از تحلیل و تحقیق حاضر به این نتایج می‌رسیم که سرمایه‌گذاری خارجی در کشورها از جمله افغانستان مستلزم یک سلسله شرایطی است که سرمایه‌گذاری را در کشورهای میزبان ممکن و میسر می‌سازد. شرایط مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند. یکی شرایط محدودکننده سرمایه‌گذاری خارجی و دیگر شرایط مربوط به حمایت‌کننده سرمایه خارجی. شرایط محدودکننده در افغانستان بنابر دلایل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، دینی، قانونی، مالی، تجارتي و غیره بخاطري برقرار می‌شود که از یک طرف سرمایه‌گذاری خارجی قانونی شود، از جانب دیگر صنعت و تجارت داخلی توان رقابت با آنها را داشته باشد. شرایط حمایت‌کننده سرمایه‌گذاری خارجی در کشورهایی کم‌تر توسعه‌یافته و توسعه‌نیافته مثل افغانستان به این دلیل وضع می‌شود که از سرمایه‌گذار خارجی بخاطر جلب سرمایه خارجی حمایت شود تا زمینه کار و اشتغال و مفاد در کشور میزبان فراهم شود. با وجود اینکه در افغانستان در مورد سرمایه‌گذاری خارجی اسناد تقنینی زیاد وضع شده است؛ اما می‌توان گفت که این قوانین هنوز هم جوابگوی نیازمندی‌های فعلی جامعه در مورد سرمایه‌گذاری خارجی نیست.



منابع و مأخذ

الف) کتاب‌ها

۱. حسن، میرزاخانی، الزامات سرمایه‌گذاری خارجی در سال تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی.
۲. حسین، شیرویی، حقوق تجارت بین الملل، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۱.
۳. خالد، احمدزاده و زهرا، ضرونی، تاثیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و توسعه بازارهای مالی بر رشد اقتصادی در کشورهای در حال توسعه، دانشگاه کردستان، اولین همایش بین المللی، برنامه‌ریزی اقتصادی، توسعه پایدار و متوازن منطقه‌ای رویکردها و کاربرد ها، ۱۳ و ۱۴ اردیبهشت ۱۳۹۶.
۴. داریوش، حسن‌وند، حمید آسایش و عادل محمدی نوده، بررسی نقش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بر رشد اقتصادی کشور در بخش‌های مختلف اقتصادی، تهران: فصلنامه پژوهشهای اقتصادی (رشد و توسعه پایدار) سال بیستم، شماره اول تابستان ۱۳۹۹.
۵. سید محمد فاطم؛ حقوق بشر در جهان معاصر، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۱۲.
۶. محمود عرفانی، حقوق تجارت به زبان ساده، تهران: نشر میزان، چ ۱۰، ۱۳۹۱ ه.ش.
۷. هدی، حدادی، تحولات حقوق حاکم بر رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی، قم: مجتمع آموزش عالی قم، سال دوم، شماره ششم، تابستان ۱۳۲۹.

ب) قوانین

۸. قانون سرمایه‌گذاری خصوصی.
۹. قانون تجارت خارجی کالا.

ج) مقالات

۱۰. آرش بهزادی، پارسى و سید جمال، سیفی، رابطه میان حقوق سرمایه‌گذار خارجی و تعهدات بین المللی حقوق بشر و محیط زیست، مجله حقوقی بین المللی/ شماره ۱۶/ پاییز، زمستان ۱۳۹۹.
۱۱. بینام، ابعاد جذب سرمایه‌گذاری خارجی، تهران: فصلنامه سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۹۳-۱۹۰.
۱۲. حسین زاده، بحرینی و محمد حسین، عوامل موثر بر امنیت سرمایه‌گذاری در ایران، پاییز و زمستان ۱۳۱۳، دوره ۱ شماره ۲.

۱۳. حمیدرضا، علومی یزدی و سمیه محمدی، شرط التزام عام در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۹۳.
۱۴. سعید، مشیری و سعید، کیان پور، عوامل مؤثر بر جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی، یک مطالعه بین کشور، تهران، فصلنامه اقتصاد مقداری (بررسی های اقتصادی سابق)، دوره ۱، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱.
۱۵. طاووس، روزنامه صبح ایران، دنیای اقتصادی امروز، تهران: شماره ۰۰۴۶، سال ۱۰۴۱.
۱۶. لیلا، سهرابی، بررسی وضعیت حقوقی سرمایه گذاری خارجی در بازار سرمایه ایران، نخستین ماهنامه بازار سرمایه ایران، شماره ۱۴۰، مهر و آبان ۱۳۹۲.



اتحادیه بین پارلمانی و دموکراسی پارلمانی در افغانستان

محمدرضا معرفت^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۸/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۹/۳۰

چکیده

«دموکراسی پارلمانی» از مفاهیم و گزاره‌های کلیدی در حقوق و علوم سیاسی است. این مقوله که به نوع دموکراسی نماینده‌سالار دلالت می‌کند؛ یکی از شیوه‌های مهم دولت‌سازی و حکومت‌داری در عصر کنونی تلقی می‌شود. از سوی دیگر، اتحادیه بین پارلمانی (I.P.U) نیز امروزه به مثابه‌ی «پارلمان جهان» حیثیت «خانه ملل» برای تمام کشورهای عضو را دارا است. با توجه به عضویت پارلمان افغانستان در (I.P.U) و با عنایت به اهداف آن اتحادیه در خصوص تحکیم «دموکراسی پارلمانی» در کشورهای متبوع پارلمان‌های عضو، انتظارات جدی در مورد نقش (I.P.U) در ترویج و تقویت «دموکراسی پارلمانی» در افغانستان نیز وجود دارد. اسناد و شواهد موجود نشان می‌دهد که اتحادیه مذکور گاهی به‌طور مستقیم و در اکثر موارد به‌صورت غیرمستقیم از طریق اعضای خود جهت ادای این رسالت مهم نسبت به پارلمان جوان و نوپای افغانستان گام‌های مؤثری برداشته است. اتحادیه بین پارلمانی با تقویت شاخص‌های دموکراسی پارلمانی در افغانستان توانسته است فعالیت‌های مؤثر و مثمری را در روند ترویج و تحکیم «دموکراسی پارلمانی» در این کشور ایفا نماید. همکاری در جهت برقراری نظام دموکراتیک در افغانستان، حمایت از برگزاری حداقل دو دوره انتخابات پارلمانی با مشارکت و حضور گسترده‌ی زنان و اقشار مختلف جامعه، تنظیم سفرهای مطالعاتی و کارآموزی برای کارمندان اداری شورای ملی در خارج از کشور، حمایت مالی از نهاد قوه

^۱. دانش‌آموخته مقطع ماستری حقوق بین‌الملل، دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مقننه افغانستان، تنظيم سفرهای خارجی برای نمایندگان مجلسین شورای ملی به منظور تبادل تجارب پارلمانی از مهم ترین محورهای نقش (I.P.U) در روند ترویج و تقویت «دموکراسی پارلمانی» در افغانستان دانسته می شود.

واژگان کلیدی: پارلمان، دموکراسی، دموکراسی پارلمانی، اتحادیه بین پارلمانی، سازمان بین المللی.



مقدمه

اصل تفکیک قوا، امروزه به عنوان یکی از گزاره‌های اساسی دولت مدرن مورد توجه واقع گردیده است. مونتسکیو به عنوان نخستین نظریه پرداز تفکیک قوا در قرن ۱۸م با سه هدف عمده نظریه خود را طرح و دنبال نمود. نخستین هدف تفکیک قوا از منظر مونتسکیو، جلوگیری از تمرکز قدرت در دست یک شخص یا یک نهاد بود که منجر به استبداد سیاسی می گردد. دومین هدف از نظر وی ایجاد ساختار مناسب در بدنه دولت بود که منجر به ایجاد نظم و هماهنگی در فعالیت دولت می گردد. سومین هدف تفکیک قوا از دید مونتسکیو، رسیدن به آرمان دیرینه بشری، تحقق عدالت اجتماعی و تأمین حقوق و آزادی های اساسی انسان بود که همواره بشر در تکاپوی دست یافتن به این ارزش های اساسی بوده است. از سوی دیگر امروزه اصل تفکیک قوا بستر امن برای ایجاد و رشد نظام های دموکراتیک دانسته می شود که با این نگاه، می توان ترویج و تقویت دموکراسی را به نحوی موهون تیوری تفکیک قوا دانست. به هر حال با استناد به اصل تفکیک قوا، پارلمان (قوه مقننه) جزء جدایی ناپذیر دولت بوده که تمثیل کننده ی آرا و نظرهای مردم در عرصه ی اعمال و کنترل قدرت است. همین طور قوه مقننه یا پارلمان نماد بارز دولت های دموکراتیک است که زمینه را برای اعمال حکومت مردمی فراهم می کند و با دخالت مستقیم یا غیرمستقیم مردم در اعمال قدرت، دموکراسی را محقق می سازد. بنابراین میان پارلمان و دموکراسی رابطه تنگاتنگی وجود دارد که پارلمان ممثل دموکراسی و دموکراسی ثمره ی عینی وجود پارلمان های جهان به حساب می رود. منظور از دموکراسی پارلمانی این است که امروزه پارلمان جایگاهی مناسبی برای رشد و تقویت دموکراسی یا مردم سالاری به حساب می آید و یکی از رسالت های عمده پارلمان نیز این است که باید به بهترین وجه ممکن چهره دموکراسی و مردم سالاری را تمثیل نماید. در این راستا عوامل مهم و تعیین کننده ی می تواند دخیل باشد که از آن جمله می توان به وجود و فعالیت اتحادیه بین پارلمانی اشاره نمود.

تأسیس اتحادیه بین‌الپارلمانی (I.P.U) در قرن ۱۹م برای تحقق آرمان دموکراسی سازی در میان ملل مختلف صورت گرفت. سند تأسیس این سازمان به صراحت یکی از اهداف ایجاد اتحادیه را تقویت حقوق بشر به عنوان مهم ترین عامل رشد دموکراسی پارلمانی عنوان نموده است. پارلمان افغانستان به عنوان عضوی این سازمان

بین‌المللی متعهد به رعایت اصول اساسنامه آن بوده و نیز انتظار دارد که این سازمان بین‌المللی، پارلمان نوپایی افغانستان را در عرصه‌های مختلف پارلمانی مورد حمایت قرار دهد و از تجربه‌های پارلمانی و امداد تخنیکی مستفید سازد. اینک که حدود ۱۳ سال از عضویت افغانستان به این اتحادیه می‌گذرد، سوال مطرح این است که این سازمان بین‌المللی تا چه حد توانسته است پارلمان افغانستان را مورد حمایت مادی و معنوی خویش قرار دهد، زیرا پارلمان افغانستان برغم پیشرفت‌های قابل توجه در حوزه تخنیک، اما از نظر کادری و منابع انسانی متخصص و مسلکی و شیوه‌های نمایندگی موثر از مردم افغانستان هنوز هم درد می‌کشد. این تحقیق در پی آنست که نقش اتحادیه بین پارلمانی را در ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان واکاوی نماید.

۱. اتحادیه بین پارلمانی

هرچند قبل از تأسیس و ایجاد اتحادیه بین‌پارلمانی، تعدادی از سازمان‌های بین‌المللی در عرصه‌های مختلف ایجاد شده بود و فعالیت می‌کردند. به‌عنوان مثال «کمسیون‌های رودخانه‌ای بین‌المللی»^۱ و «اتحادیه جهانی پست»^۲ که تحولی شگرفی را در روابط بین‌الملل و انسانها ایجاد نموده بودند. اما این سازمان‌ها بیشتر عرصه‌های فنی و نحوه استفاده از رودخانه‌ها را پوشش می‌دادند. اما در عرصه‌های سیاسی تا قبل از ایجاد اتحادیه بین پارلمانی سازمان بین‌المللی وجود نداشت و به همین لحاظ خلاء بسیار بزرگ از این جهت در جامعه‌ی بین‌المللی احساس می‌شد. برای رفع این نقیصه نخستین بار دو تن از کارشناسان و متخصصین پارلمانی تندیس ایجاد (IPU) را بنام خود ثبت نمودند. آقای «فریدریک پاسی» از فرانسه و «ویلیام رندال کرم» از کشور انگلستان در سال ۱۸۸۰م اتحادیه بین‌پارلمانی (I.P.U) را در شهر پاریس پایتخت کشور فرانسه ایجاد نمودند.

این نهاد بین‌المللی با اهداف چون؛ گسترش روابط بین‌پارلمانی، هماهنگی و تبادل تجارب، بررسی مسایل مبتنی بر علائق بین‌المللی و دفاع و رشد حقوق بشر به فعالیت آغاز نمود. اساسنامه‌ی اتحادیه بین پارلمانی از حقوق بشر به‌عنوان اساسی‌ترین عامل رشد و توسعه دموکراسی پارلمانی یاد نموده و از سوی هم آن را به‌عنوان یکی از اهداف

^۱ نظیر «کمسیون مرکزی کشتیرانی در رودخانه راین» در سال ۱۸۰۵م که منجر به تشکیل کنگره وین در سال ۱۸۱۵م به‌عنوان نخستین شاخه‌های سازمانهای بین‌المللی شد.

^۲ این اتحادیه توسط کنوانسیون ۲۰ می سال ۱۸۷۵م ایجاد گردید.

ایجاد و فعالیت اتحادیه معرفی نموده است.^۱ دموکراسی پارلمانی به عنوان یکی از گزاره‌های بنیادین حکومتداری دموکراتیک، بر پایه حقوق بشر استوار است. اگر در زیر سایه دموکراسی حقوق بنیادین انسان احترام گذاشته نشود و حیاتی‌ترین امتیازات زندگی بشر در زیر پرچم دموکراسی نقض گردد؛ چهره دموکراسی وارونه خواهد شد زیرا، رسالت حکومت‌های دموکراتیک این است که حقوق و آزادی بنیادین بشر را تقویه و حمایت نماید نه اینکه به بهانه دموکراسی ارزش‌های بنیادین جامعه بشری مورد حمله و بی‌توجهی واقع شود. بنابراین با استناد به سند تأسیس اتحادیه بین پارلمانی یکی از مهم‌ترین هدف ایجاد و فعالیت آن اتحادیه، دفاع و رشد حقوق بشر است. منظور اتحادیه بین پارلمانی از قرار دادن این موضوع در زمره اهداف اتحادیه این است که بتوانند با استفاده از این سازوکار، عمده‌ترین رسالت پارلمان‌ها را که همان ترویج دموکراسی پارلمانی است؛ محقق سازند.

۲. دموکراسی پارلمانی

برای توضیح دقیق مفهوم دموکراسی پارلمانی خوب است که از دو زاویه به این مساله پرداخته شود. یکی چіستی دموکراسی پارلمانی، دوم چرایی دموکراسی پارلمانی.

۱-۲. چستی دموکراسی پارلمانی

در جواب چستی دموکراسی پارلمانی باید بحث را با توضیح مفهوم و ماهیت این مقوله پی‌بگیریم. در مورد دموکراسی پارلمانی استادان حقوق اساسی و علوم سیاسی دو نظر متفاوت دارند. برخی دموکراسی پارلمانی را معادل «دموکراسی نماینده سالار» عنوان نموده‌اند. استدلال این عده نویسندگان این است که در دموکراسی پارلمانی، مردم صلاحیت اعمال قدرت و حاکمیت را مستقیم از طریق خود نه، بلکه از سوی نمایندگان منتخب خود در پارلمان‌ها اعمال می‌کنند. در چنین حالتی، پارلمان هر کشور رکن اساسی دموکراسی دانسته می‌شود که تمثیل‌کننده حاکمیت مردم، توسط مردم بر مردم است. در نظام‌های دموکراتیک، مقوله دموکراسی پارلمانی با این عینک، بسیار برجسته دیده می‌شود. به یقین هم، پارلمان شیرازه‌ی اصلی نظام‌های دموکراتیک بوده و اگر این نهاد بتواند به خوبی از مردم نمایندگی نمایند، به این معنا است که دموکراسی در جامعه نهاده و اجرا گردیده است. اما آنگاه که نهاد پارلمان، آنگونه که باید، نتواند از مردم

نمایندگی کند و قدرت و حاکمیت را بگونه مورد انتظار اعمال نتواند، یقیناً از دموکراسی چیزی باقی نمی‌ماند. بدلیل اینکه پارلمان اگر حاکمیت مردم و قدرت توده‌ها و موکلین خود را اجرا نتواند، قدرت در انحصار یک قوه «قوه مجریه» تمرکز خواهد کرد و عملکردها به سمت استبداد و خودکامکی به پیش خواهد رفت. بنابراین، در برداشت اول از «دموکراسی پارلمانی» پارلمان، هسته مرکزی حکومت مردم بر مردم دانسته شده و اگر دموکراسی در این نهاد ترویج و تقویت شود؛ بدون شک در کل بدنه آن کشور ریشه می‌دواند. اما اگر چنانچه این نهاد در انجام رسالت دموکراسی‌سازی ناکام و ضعیف باشد، نمی‌توانیم ادعای نظام دموکراتیک را در کشور داشته باشیم.

دومین دسته عالمان علوم سیاسی و حقوق اساسی، اصطلاح دموکراسی پارلمانی را معادل «نظام پارلمانی» عنوان نموده است. تأکید آنها در رشد و تقویت دموکراسی این است که با استفاده از هر وسیله ممکن عملکردهای قوه مجریه را باید کنترل و نظارت نمود و از تمرکز قدرت در آن قوه جلوگیری کرد. شاید دلیل آنها این باشد که قوه مجریه تنها نهادی در درون دولت است که تمامی امکانات استعمال مادی قوه را در اختیار دارد و اگر صلاحیت‌ها نیز بگونه نا محدود به آنها تعلق بگیرد، جامعه بسوی استبداد و ستم‌گری به پیش خواهد رفت. لذا، باور این دسته نویسندگان بر این است که دموکراسی زمانی در عمل اجرا می‌گردد که حق حاکمیت مردم بگونه روشمند و قانونی به قوه مجریه دولت واگذار شود. از این نظر، رئیس جمهور و صدراعظم دو شخصی است که در رأس قوه مجریه دولت‌ها بسته به نوع رژیم هر دولت قرار دارد و بیشتر در محاق توجه قرار گرفته است. در استدال این دسته عالمان، بحث این است که چگونه اعمال قدرت از سوی مردم به دست این دو شخص واگذار شود؟

این عده نویسندگان، باور دارند که مقوله دموکراسی پارلمانی فقط در نظام‌های پارلمانی یا نظام‌های مختلط معنی و مفهوم پیدا می‌کند، بدلیل اینکه در این نوع نظام‌ها، صدر اعظم که کلیدی‌ترین سمت قوه مجریه است، از سوی پارلمان انتخاب می‌گردد و نسبت به پارلمان مسؤول و پاسخگو می‌باشد. در نظام‌های ریاستی که صدر اعظم وجود ندارد و رئیس جمهور همانند نمایندگان پارلمان، مستقیماً از سوی مردم انتخاب می‌گردد؛ از قدرت فوق‌العاده در قوه مجریه برخوردار است و نسبت به پارلمان مسؤولیت ندارد از سوی دیگر پارلمان هم در چنین حالتی، بدلیل عدم انتخاب رئیس جمهور



صلاحیت دخالت در امور و عملکرد رییس جمهوری را ندارد. بنابراین در نظام‌های ریاستی، عملاً مقوله دموکراسی پارلمانی «سالبه به انتفای موضوع» است. در نتیجه از منظر این عده عالمان حقوق و علوم سیاسی، دموکراسی پارلمانی صرفاً در نظام‌های پارلمانی معنا و مفهوم پیدا می‌کند و در غیر آن نمی‌توانیم چنین بحثی را مطرح نماییم. به هرحال با دقت به دو نوع نگاه پیشین، نگاه دوم که دموکراسی پارلمانی را در نظام‌های پارلمانی و یا دست‌کم نیمه ریاستی-نیمه پارلمانی مطرح می‌کند بیشتر قابل دفاع به نظر می‌رسد. بدلیل اینکه در نگاه اول، ممکن پارلمان وجود داشته باشد و مردم نیز نمایندگان خود را برای اعمال قدرت و بکارگیری صلاحیت انتخاب کرده باشند و اما در عمل خود مردم موارد مهم اعمال صلاحیت نمایند مثل اینکه رییس جمهور را برغم وجود پارلمان با رأی مستقیم خود انتخاب کنند که در این صورت صلاحیت و استقلال رییس جمهور نسبت به پارلمان زیاد است. در نتیجه دیدگاه اول که بطور کلی مطرح شده و در جای خود قابل قبول است اما دیدگاه دوم، با نگاه جزئی‌تر، به مسأله پرداخته و دقیق‌تر به نظر می‌رسد.

۲-۲. چرایی دموکراسی پارلمانی

بحث از چرایی دموکراسی پارلمانی در حقیقت به بررسی دلایل نیاز به وجود دموکراسی پارلمانی مربوط می‌گردد. یا به تعبیر حقوقی، چرایی دموکراسی بیانگر مبنای مشروعیت حقوقی این مقوله است. اگر قرار باشد که ما در جامعه دموکراسی پارلمانی داشته باشیم، با کدام منطق می‌توان ارزش و اعتبار آن را اثبات نمود؟ نویسندگان حقوق در پی طرح این مسأله بحث‌های رنگارنگی را مطرح نموده‌اند. چه دموکراسی پارلمانی را به مفهوم اعمال حاکمیت مردم از مجرای نمایندگان پارلمان بدانیم و چه اینکه آن را به مفهوم وجود نظام سیاسی پارلمانی در کشور بدانیم، در هر صورت وجود دموکراسی پارلمانی به دلایل ذیل قابل دفاع، مشروع و موجه است.

۱-۲-۲. اصل تفکیک قوا

نظریه تفکیک قوا به عنوان سنگ بنای نظام‌های دموکراتیک به شمار می‌رود. ایده‌ی تفکیک قوا و تقسیم ساختار دولت به پارلمان، حکومت و محاکم اساساً در راستای تأمین آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم پدید آمد. هرچند این اندیشه در نخست به عنوان یک نظر مطرح شد و در آن زمان که جوامع بشری اکثراً در چنبره‌های نظام شاهی و



استبدادی محصور بودند؛ برای این ایده، در میان دولت‌مداران خریداری چندانی وجود نداشت. زیرا، نظریه تفکیک قوا، مستقیماً حصار قدرت در دست یک شخص یا یک گروه خاص را می‌شکست و عموم مردم را صاحبان قدرت و اراده آنها را عاملان قدرت می‌دانست. اما بعد از گذر زمان و به ثمر نشستن اهداف این نظریه، امروزه تفکیک قوا به‌عنوان یک اصل غیر قابل انکار در نظام‌های دموکراتیک دانسته می‌شود. یا به تعبیر دیگر، تفکیک قوا به دموکراسی، نظم و نسق می‌بخشد و آرمان دموکراسی را در عمل قابل اجرا می‌سازد. بنابراین دموکراسی که از شاخص‌های نظام‌های سیاسی مدرن دانسته می‌شود؛ بدون رعایت تفکیک قوا، ناکام و صرفاً در حد یک حرف و شعار باقی می‌ماند. از سوی دیگر اصل تفکیک قوا که دولت را متشکل از سه قوه «پارلمان»، «حکومت» و «محاکم» می‌داند. و در این میان «پارلمان» که متضمن دموکراسی در جامعه است؛ رکن اساسی دولت و دموکراسی دانسته می‌شود. بنابراین به این نتیجه می‌رسیم که دموکراسی پارلمانی، با استناد به اصل تفکیک قوا دارای اعتبار و ارزش است و یکی از دلایل ضرورت دموکراسی پارلمانی نیز به اصل مزبور بر می‌گردد. زیرا، اصل تفکیک قوا، ایجاب می‌کند که نهادی بنام «پارلمان» وجود داشته باشد و از این مجرا دموکراسی بطور واقعی و محسوس در جامعه تطبیق گردد.

۲-۲-۲. اصل نمایندگی

اراده مردم، در نظام‌های دموکراتیک به‌عنوان عامل قدرت دانسته می‌شود. گاهی این اراده بطور مستقیم قدرت را اعمال می‌کند و گاهی نیز با انتخاب نمایندگان مردم، بطور غیر مستقیم قدرت را اعمال می‌کند. تجربه نظام‌های دموکراتیک نشان داده است که اعمال اراده مستقیم مردم در بکارگیری قدرت در عمل با مشکلات و موانعی واقعی مواجه می‌گردد. اجماع نظر همه افراد جامعه در تمامی امور حکومت‌داری با توجه به پیچیدگی‌های سیستم حکومتی مدرن، کار بس دشوار و حتی مهال به نظر می‌رسد.^۱ براین اساس، الگوی مناسب‌تر و قابل استفاده این است که اراده مردم بطور غیرمستقیم از طریق نمایندگان شان «قدرت» و «حاکمیت» را اعمال نمایند و مفیدترین الگو برای نمایندگی از مردم در زمانه‌ی کنونی «پارلمان‌تاریسم» است. اعضای پارلمان که مستقیماً توسط مردم برای اعمال

۱. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی؛ (حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، نشر میزان، ج ۱۱، سال ۱۳۸۳)، ص ۳۲۹-



«حاکمیت و قدرت» انتخاب می‌شوند؛ تبارز دهنده إرادة آزاد مردم است که باید در بکارگیری قدرت نقش همه جانبه داشته باشد. بنابراین دومین مبنای مشروعیت و اعتبار وجود «دموکراسی پارلمانی» اعمال إرادة مردم از طریق نمایندگی است که به بهترین وجه ممکن در نظام‌های دموکراتیک از مجرای «پارلمان» تحقق پیدا می‌کند.

۳-۲-۲. وحدت نمایندگی

نظام‌های سیاسی ریاستی و پارلمانی به عنوان دو الگوی برجسته حکومت دموکراتیک شناخته می‌شوند. هرچند با تلفیق خصوصیات آن دو الگو، امروزه شاهد وجود نظام‌های سیاسی مختلط یا نیمه پارلمانی-نیمه ریاستی نیز هستیم. با دقت به مشخصات الگوهای مذکور، آنچه که بیشتر با منطق دموکراسی سازش دارد الگوی پارلمانی یا حد اقل الگوی مختلط است. دلیل این سخن چند نکته می‌تواند باشد. اول، اینکه در نظام‌های ریاستی هم پارلمان از سوی مردم انتخاب می‌شود و هم رئیس دولت، هدف از انتخاب هر دو مرجع، اعمال حاکمیت است و هر دو فقط در نزد مردم پاسخگو اند نه نسبت به یکدیگر، از سوی دیگر، هر یکی «پارلمان» و «رئیس جمهور» در یکی از قوای جداگانه دولت قرار دارند^۱. بنابراین نمایندگی از مردم توسط هریکی از ارگان‌های فوق الذکر، موجب ایجاد تزاخم کاری برای یکدیگر می‌گردند. زیرا، هرکدام در سطح مساوی قرار داشته و از اعتبار یکسان برخوردار است. بنابراین راهکار مناسب آن است که مرجع نمایندگی از مردم واحد باشد و سایر قوای دولت مشروعیت و اعتبار عملکرد خود را در عرصه اعمال حاکمیت و قدرت از این مرجع بدست آورد که در چنین حالت، ارگانی برای نمایندگی از مردم مناسب‌تر از پارلمان نیست. دوم، نظام‌های ریاستی با توجه به خصوصیات سخت‌گیرانه آن در مورد رعایت تفکیک صددرصدی قوا، در عمل قابل استفاده نیست. زیرا، قوای سه گانه دولت که جزء یک پیکر است، بدون ارتباط و دخالت در امور یکدیگر نمی‌تواند به ادامه حیات و فعالیت پردازند. بنابراین راهی جز پذیرفتن و ایجاد نظام سیاسی پارلمانی که در یک معنی همان دموکراسی پارلمانی است نداریم.

بنابراین، اتحادیه بین پارلمانی نه تنها بر پایه منافع ملی یک یا چند کشور، بلکه بر اساس نیازمندی‌های جامعه بین‌الملل به وجود آدرس مشخص برای پارلمان‌های جهان

که بتواند حتی الامکان نقش پارلمان کلیه کشورهای جهان را ایفا نماید؛ ایجاد گردیده است. از سوی دیگر، اهداف اساسی که در اساسنامه اتحادیه برای این نهاد بین‌المللی تعریف گردیده است، از قبیل، تبادل تجارب پارلمانی، دفاع و رشد حقوق بشر، گسترش روابط بین پارلمانها، بهبود در دانش و روش کاری پارلمان‌های جهان و بررسی مسایل مورد ضرورت بین‌المللی که پارلمان‌های جهان به آنها نیازمند هستند؛ می‌تواند در عرصه تقویت روابط مبتنی بر همکاری متقابل دولت‌ها، تقویت دموکراسی پارلمانی در جهان، اعتمادسازی میان کشورهای متضادالمنافع و توسعه دانش و روش کاری پارلمان‌ها مؤثر واقع شود. ساختار تشکیلاتی اتحادیه بین پارلمانی که از چهار بخش؛ (مجلس عمومی، شورای رهبری، کمیته اجرایی و سکرتریت جنرال) تشکیل گردیده است؛ هرکدام فرصتی مناسبی را جهت نزدیک شدن و رسیدن به اهداف اتحادیه بین پارلمانی فراهم می‌نماید. در این میان هرچند مجلس عمومی فقط نقش تصمیم‌گیرنده نهایی را ایفا می‌کند اما در درون آن، کمیته‌های دائمی (کمیته توسعه پایدار امور مالی و تجارت، کمیته حقوق بشر و دموکراسی و کمیته صلح و امنیت بین‌المللی) مهره‌های کاری به حساب می‌آیند. شورای عمومی و کمیته اجرایی به‌عنوان سطوح متوسط این سازمان نقش بسیار اساسی در برنامه‌ریزی، رهبری، نظارت و کنترل امور را دارد. سکرتریت جنرال ماشین اجرایی اتحادیه بین پارلمانی است که تمامی تصمیم و برنامه‌های سطح عالی و متوسط را به مرحله اجرا قرار می‌دهند.

۳. اتحادیه بین پارلمانی و دموکراسی پارلمانی در افغانستان

قرار شهادت اسناد تاریخی افغانستان، این کشور برای نخستین بار در عصر امان‌الله خان وارد سیستم پارلمان‌تاریسم شد. به گفته‌ی دایره المعارف آریانا: «اولین شورای دولت در عصر امان‌الله خان دایر و در این شورا يك عده اشخاص مجرب از طریق اهالی پایتخت و ولایات، حکومت‌های اعلی و غیره انتخاب و به مرکز روانه می‌شدند، تا از خیر و شر توده نمایندگی نموده و در شئون مملکتی و نهضت‌های که به میان می‌آید از این وکلا نیز مشوره گرفته و تصاویب به عمل می‌آمد»^۱. با این حساب پیشینه پارلمان در افغانستان به حدود یک قرن قبل بر می‌گردد. این تاریخچه نشانگر آنست که پارلمان

افغانستان نسبت به سایر پارلمان‌های جهان به‌خصوص نسبت به پارلمان‌های کشورهای غربی که طلایه‌داران ایده پارلمانتاریسم در جهان هستند؛ بسیار جوان و نوپا است. نوپدایی و نوپایه‌گی پارلمان افغانستان با توجه به تنش‌های سیاسی و عدم ثبات نظام‌های سیاسی در افغانستان تا کنون به ناپختگی این نهاد ملی انجامیده است. شاید اگر نظام‌های سیاسی افغانستان در طول قریب به یک قرن در افغانستان از ثبات بایسته و لازم برخوردار می‌بود یقیناً، پارلمان این کشور نیز تا حدی از این نوپایی‌رهایی می‌یافت و اندکی در مسیر پارلمان‌داری واقعی قامت راست می‌نمود. اما همین‌که هرازگاه یک نظام جدید از افق این کشور رخ نشان می‌داد یقیناً، به‌طور پیدا و پنهان نهاد قانونگذاری و پارلمان را متأثر می‌ساخت زیرا، هر نظام برای خود ایده و طرح حکومت‌داری به‌خصوصی را ارایه می‌نمود. این روند متأسفانه بر خامی پارلمان افغانستان تا کنون افزوده است. پارلمان افغانستان برای نخستین بار برای جبران نواقص و معایب امور پارلمان و به منظور ایجاد اصلاح و کسب تجارب پارلمانی لازم در ماه مارچ ۱۹۹۰م اقدام به کسب عضویت اتحادیه بین پارلمانی نمود و این امر موفقانه انجام شد. اما در ماه آپریل سال ۱۹۹۲م افغانستان در اثر جنگ‌های داخلی، عضویت خود را در این اتحادیه از دست داد و از امتیازات عضویت این ارگان بین‌المللی محروم گردید. پس از ختم جنگ‌ها و ایجاد حکومت و نظام جدید سیاسی، پارلمان افغانستان با قامت‌رست‌تر و با تأکید و حمایت جامعه جهانی و کشورهای هم‌سو در کنار سایر قوای دولت به فعالیت آغاز نمود. استراتژی و استقامت کاری پارلمان افغانستان در این دوره تا حدودی بهتر از گذشته با همکاری کشورها و اعضای جامعه جهانی طراحی گردید. اما پارلمان افغانستان در این دوره در حالتی با فعالیت آغاز نمود که کشور و بنیه‌های اقتصادی و سیاسی‌اش در اثر جنگ‌های داخلی به کلی فرو ریخته و نابود شده بود. آغاز به فعالیت پارلمانی در دوره پانزدهم به این معنا بود که همه چیز باید از صفر شروع می‌شد و پارلمان کشور شدیداً به حمایت‌های تخنیکی و مسلکی و نیز استفاده از تجارب سایر کشورها در امور پارلمانی نیازمند بود. براین اساس پارلمان افغانستان با استفاده از فرصت پیش آمده یکبار دیگر برای کسب عضویت I.P.U اقدام نمود و در ماه می سال ۲۰۰۷م برای دومین بار در

۱۱۷مین اجلاس عمومی اتحادیه بین پارلمانی که در شهر جاکارتای کشور اندونیزیا برگزار گردیده بود؛ عضویت آن را به دست آورد^۱.

افغانستان به عنوان عضوی جوان و کم تجربه ی (I.P.U) در تمامی فعالیت های پارلمانی نیازمند همکاری و حمایت های اتحادیه مذکور و اعضای آن می باشد. اما این نیازمندی در مورد ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان که می تواند اهمیت بسیار اساسی برای نظام و شهروندان افغانستان داشته باشد؛ بیش از هر امری دیگر احساس می گردد. از سوی دیگر پارلمان های جهان که فلسفه اصلی ایجاد و فعالیت آنها، تقویت و برپایی نظام دموکراتیک در کشورها و جوامع بشری است؛ مهم ترین نقشی که می تواند ایفا نماید، نمایندگی دلسوزانه و صادقانه از مردم و موکلین در امر اعمال حاکمیت و بکارگیری قدرت است.

نکته قابل توجه این است که اتحادیه بین پارلمانی همانند سایر سازمان های بین المللی از نظر امکانات و توانایی مالی در حدی نیست که بتواند تمامی نیازمندی های اعضای خود را و یا اینکه بتواند به طور مستقیم و مستقل تمامی فعالیت های مورد نظر خود را با اتکاء به توانایی های تدارکاتی، استقلال مالی، منابع بشری و امثال آنها تأمین و ایفا نماید. بنابراین برای انجام موفقانه فعالیت های مورد نظر و ارایه خدمات مورد نیاز برای کشورها و پارلمان های نیازمند و بالاخره برای رسیدن به اهداف تعیین شده ی سازمان، نیازمند آنست که از توانایی ها و امکانات دست داشته و نیروی بشری اعضای خود استفاده نموده و به اهداف مورد نظر دست یابند. مشخصا در پروسه ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان نیز چنانچه اتحادیه بین پارلمانی در اساسنامه خود تصریح نموده که «یکی از اهداف ایجاد و فعالیت اتحادیه بین پارلمانی، دفاع و حمایت از حقوق بشر به عنوان زیرساخت اصلی تحقق و توسعه دموکراسی است»^۲؛ به تنهایی از طریق فعالیت، نیرو و امکانات مستقلانه اتحادیه ممکن و میسر نیست. اتحادیه بین پارلمانی در این راستا صرفا نقش هماهنگ کننده را ایفا نموده و در هر زمینه ی که پارلمان های عضو نیازمند همکاری و حمایت اتحادیه باشد؛ اتحادیه با استفاده از نیرو و امکانات اعضای خود برای رفع مشکلات و تأمین خواست ها و نیازمندی های عضو مورد

^۱ <http://wj.parliament.af>.

^۲ . اساسنامه اتحادیه بین پارلمانی؛ (مصوبه ۱۹۷۶ و تعدیل سال ۲۰۱۷)، فقره ۳، بند ۲، ماده ۱.

نظر اقدام می‌نماید. در نتیجه هرچند I.P.U بطور مستقیم و مستقل در مورد ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان و در هیچ پارلمانی دیگر اقدام نکرده است و یا اینکه دست کم به چشم نمی‌خورد و منطقی هم به نظر نمی‌رسد. اما اعضای اتحادیه بین پارلمانی اعم از اعضای ناظر و اعضای دایمی این اتحادیه، در پروسه ترویج و تحکیم دموکراسی پارلمانی در افغانستان نقش تعیین کننده داشته و به‌خصوص در دوره بعد از شکل‌گیری نظام جدید سیاسی و شروع به کار پارلمان جدید، از طرق مختلف، اعضای اتحادیه بین پارلمانی در ترویج و تحکیم دموکراسی پارلمانی در افغانستان نقش ایفا نموده و تأثیرگذاری داشته است. شاخص‌های اصلی دموکراسی پارلمانی در مرحله اول؛ برقراری نظام دموکراتیک مبتنی بر اصل تفکیک قوا، برگزاری انتخابات عادلانه پارلمانی، حق انتخاب کردن و حق انتخاب شدن، آزادی بیان و حق دسترسی به اطلاعات است و در مرحله پسین، حق نمایندگی مسئولانه از موکلین، حق ابراز نظر آزادانه در جهت تأمین منافع ملی و احقاق حقوق موکلین، وضع قوانین عادلانه برای برقراری نظم و عدالت در جامعه و نیز نظارت بر عملکرد قوای مجریه و قضائیه به منظور حصول اطمینان از مشروع بودن روند اعمال قدرت و حاکمیت از جمله فاکتورهای اصلی و مهم تحقق دموکراسی پارلمانی دانسته می‌شود. حال سؤال این است که از میان این شاخص‌ها، اتحادیه بین پارلمانی تا چه حد توانسته است به پارلمان افغانستان جهت ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی کمک نمایند. در ذیل به بررسی هر شاخص به‌طور جداگانه پرداخته خواهد شد.

۱-۳. برقراری نظام دموکراتیک در افغانستان

چنانچه در پیش نیز گفته شد؛ رکن اصلی نظام‌های دموکراتیک، تفکیک قوا است. تفکیک قوا از انحصار و تمرکز قدرت در دست یک شخص یا گروهی از افراد جلوگیری می‌کند و به ترتیب آن زمینه استبداد و خودکامگی سیاسی کاملاً از بین رفته و در نتیجه آن، حق حاکمیت از آن مردم دانسته می‌شود که توسط مردم برای تحقق خواست‌ها و منافع مردم اعمال می‌گردد. افغانستان به گواهی متون تاریخی، پیشینه سیاسی پر فراز و نشیبی را دارا است. بعد از روی کار آمدن احمدخان (احمدشاه) ابدالی بر اریکه قدرت در سال ۱۸۴۸م، میزان بی‌ثباتی در نوع نظام‌ها و نحوه‌ی اعمال قدرت سیاسی افزایش یافته است. تاریخ معاصر افغانستان نشان‌دهنده آن است که پس از احمدشاه، تمامی

شاهان برای به بدست آوردن قدرت حتی برادر به حال برادر رحم نکرد و بالاخره برای احراز پادشاهی افغانستان، در برخی موارد برادر چشم برادر را کور کرده و در برخی موارد رقیب سیاسی خود را زیر پای فیل نابود نموده و یا هم با حمله‌ها و جنگ‌های مرگبار، خسارات جانی و مالی هنگفتی را بر طرف مقابل تحمیل نموده است. با همه این احوال، با روی کار آمدن شاه‌امان‌الله خان اندکی فرصت و زمینه برای نفس کشیدن مردم‌سالاری فراهم شد. وی هرچند پادشاه بود اما نگاه و باور مردم‌سالارانه داشت. اولین اقدامی در دوره‌ی امان‌الله خان که خود نیز عضوی جنبش قانون اساسی بود؛ حرکت اصلاح طلبانه برای به وجود آوردن نظام شاهی مشروطه از طریق وضع قانون اساسی در کشور بود که این حرکت خود بخود منجر به شکل‌گیری پارلمان و سایر نهادهای دموکراتیک بود.

دموکراسی به‌طور عام و دموکراسی پارلمانی به‌طور خاص هرچند به‌طور یکبارگی در افغانستان تحقق نیافت بدلیل اینکه افغانستان آبستن فرهنگ سیاسی قوم‌گرایانه‌ی بود که هرگز مجال و فرصت برای تحقق آنی نظام دموکراتیک فراهم نبود. اما حرکت‌ها و اقدامات اصلاحی شاه امان‌الله خان و جریان‌های فکری اصلاح طلب همسو با ایشان، نخستین بذره‌ای مردم‌سالاری را در سرزمین افغانستان کاشت تا اینکه در زمان داوود خان در کودتایی بدون خونریزی در سال ۱۳۵۷ معادل با ۱۹۷۳م نظام پادشاهی در افغانستان را که در آن زمان توسط پسر کاکایش محمد ظاهرشاه اداره می‌شد سرنگون ساخت و جمهوری افغانستان را شکل داد و خود را به عنوان رئیس جمهور افغانستان اعلام کرد.^۱ این کودتای داوود خان هرچند منجر به برچیدن نظام پادشاهی شد اما به یقین زمینه‌ساز آشوب‌های مرگبار و جنگ‌های دامنه‌داری که سال‌های مدید ادامه یافت، نیز شد. تاریخ افغانستان با روی کار آمدن نظام طالبان، دوره‌ی تاریک و وحشتناکی را سپری کرد که در آن هیچ خبری از حقوق و آزادی‌های اساسی اتباع به‌عنوان مهم‌ترین نماد دموکراسی و هیچ نشانه‌ای از پارلمان، انتخابات پارلمانی، نظارت پارلمانی و نمایندگی از مردم به‌عنوان شاخص‌های دموکراسی پارلمانی نبود. اما با امضای موافقتنامه بن و روی کار آمدن نظام جدید در کشور، پس از حادثه ۱۱ سپتامبر و حمله القاعده بر برج دوقلوی مرکز تجارت جهانی در نیویورک، واکنش ایالات متحده به این حملات، شروع جنگ با تروریسم با حمله به افغانستان و ساقط کردن طالبان که تروریست‌های القاعده را پناه می‌داد و تصویب

۱. اکرم عاصم؛ (نگاهی به شخصیت، نظریات و سیاست‌های سردار محمد داود، انتشارات میزان، چاپ، ۱۳۸۰)، ص ۳۴۵.

طرح «قانون میهن‌پرستی آمریکا» بود. در پی این حادثه کشورهای بسیاری قوانین ضد تروریسم خود را تقویت کردند و اجرای آن‌ها را گسترش دادند.^۱ این تحولات موجب شد تا ایالات متحده آمریکا با تمام توان نظامی، اقتصادی و سیاسی در افغانستان حضور یابد. یکی از ثمره‌های حضور آمریکا، انگلس، فرانسه، آلمان و سایر کشورهای عضو ناتو در افغانستان این بود که با شکست نظام طالبان، نظم جدید سیاسی را به نام جمهوری اسلامی افغانستان با شیوهی کاملاً دموکراتیک در این کشور برقرار سازند. وضع و تصویب قانون اساسی مصوب ۲۲ قوس الی ۱۴ جدی سال ۱۳۸۲ ه.ش با تمام سازوکارهای دموکراتیک از طریق لویه جرگه متذکره که نمایندگان کافه مردم افغانستان در آن حضور داشتند و در آن مردم از نظام دموکراسی و مردم‌سالار رضایت خود را اعلام نمودند؛ یکی از آثار حضور این کشورها در افغانستان بود که برقراری نظام دموکراتیک بستر و زمینه را برای تحقق دموکراسی پارلمانی فراهم نمود.

قانون اساسی کنونی افغانستان بادرک اینکه در تمامی موارد از رفتارندم برای اتخاذ تصامیم، وضع قوانین، نظارت بر حکومت و انجام بهتر و سریع‌تر امور نمی‌توان استفاده کرد بنابراین تفکیک قوا را که در آن قوه مقننه که متشکل از دو مجلس ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) و مشرانو جرگه (مجلس سنا) است؛ در کنار دو قوهی دیگر (قوه مجریه و قضائیه) ایجاد نمود. بدون شک، دموکراسی پارلمانی مبتنی بر نظریه تفکیک قوا است. به تعبیر دیگر، اگر تفکیک قوا در یک جامعه‌ی سیاسی به وجود نیاید؛ سخن زدن از دموکراسی پارلمانی بی‌هدف و بی‌معنا خواهد بود. از سوی دیگر، نظریه تفکیک قوا که نخستین بار توسط اندیشمندان یونان به خصوص افلاطون و ارسطو به نوعی مطرح گردیده بود؛ توسط جان لاک فیلسوف و متفکر انگلیسی در اواخر قرن ۱۷ م رنگ و رخسار خوب‌تر به خود گرفت. وی در کتاب «وسیله در باب حکومت مدنی» خود از ضرورت وجود سه نوع قوه در درون یک جامعه سخن گفت؛ قوه مقننه، قوه مجریه و قوه متحده. اما ژان ژاک روسو دانشمند فرانسوی در کتاب «قرارداد اجتماعی» خود مشخصاً از سه

^۱ . رجوع شود به: <https://fa.wikipedia.org/wiki>

در این مورد سایت معلوماتی ویکی‌پدیا-فارسی در جواب جستجوی معلومات در مورد «حملات ۱۱ سپتامبر» نکات

دقیقی را بیان داشته است.

قوهی؛ مقننه، مجریه و قضائیه سخن به میان آورد و تصریح نمود که: «نباید واضح و مجری قانون یکی باشد».

مفهوم امروزی تفکیک قوا، ثمره و نتیجه زحمات و تلاش‌های «شارل دو منتسکیو» متفکر فرانسوی در قرن ۱۸م است. وی در کتاب روح‌القوانین خود «آزادی سیاسی» را دلیل اصلی تحقق نظریه تفکیک قوا دانست و در فصل ششم کتاب مذکور تصریح کرد که: «آزادی سیاسی تنها در حکومت‌های میانه‌رو وجود دارد. اما آن هم همیشه دیده نمی‌شود؛ هر انسان صاحب قدرت گرایش دارد تا از قدرت خود سوء استفاده نماید. لذا، لازم است که تمام قدرت در دست یک فرد یا یک گروه نه، بلکه در قبضه‌ی افراد و گروه‌های مختلف قرار داشته باشد که هم‌زمان یکدیگر را کنترل نمایند». وی هم‌چنان در ادامه این سخن‌ها افزوده است «برای اینکه نتوان از قدرت سوء استفاده کرد باید دستگاه‌های حاکم طوری تنظیم شوند که قدرت، قدرت را مهار کند».^۱ این نظریات آقای منتسکیو بر باور رهبران و سیاست‌مداران تعدادی از کشورهای غربی اثر جدی گذاشت و نگاه آنان را نسبت به حکومت‌داری دچار تغییر و دگرگونی نمود. یکی از این کشورها ایالات متحده آمریکا بود که در کنوانسیون فلادلفیا در سال ۱۷۸۷م حین تأسیس دولت فدرال ایالات متحده آمریکا از تفکیک افقی قوا پیروی نمود و از آن پس تا کنون این کشور یکی از پرچم‌به‌دستان نظام‌های دموکراتیک به‌شمار می‌رود.

کشور ایالات متحده آمریکا یکی از اعضای ناظر اتحادیه بین پارلمانی به حساب می‌آید.^۲ کانگرس ایالات متحده برغم عدم تکلیف جدی در برابر I.P.U فعالیت‌های پرشماری را در قبال پارلمان افغانستان در مسیر تحقق اهداف و رسالت‌های اتحادیه بین پارلمانی به انجام رسانیده است. در مورد استقرار و برپایی نظام جدید دموکراتیک در افغانستان، یقیناً، بدون حضور کشورهای غربی عضو ناتو و در رأس ایالات متحده آمریکا، تحقق چنین امری در آن برهه‌ی از تاریخ افغانستان، ناممکن یا دست‌کم دشوار بود. در

۱. شاه سلطان عاکفی؛ (سفرنامه پارلمانی)، انتشارات دارالانشای ولسی جرگه به حمایت مالی ALBA/USAID، چاپ اول، کابل، ۱۳۹۳، ص ۲۴ و ۲۵.

۲. رجوع شود به سایت ولسی جرگه افغانستان (<http://wj.parliament.af>). یادداشت: هرچند ایالات متحده آمریکا عضویت ناظر اتحادیه بین پارلمانی را به‌دست آورده است. اما می‌توان ادعا کرد که پارلمان این کشور، بیش از هر پارلمان عضوی اتحادیه در عرصه تحقق اهداف اتحادیه بین پارلمانی فعالیت نموده است.



نتیجه اولین اقدام اتحادیه بین پارلمانی را در مسیر تحقق دموکراسی پارلمانی در افغانستان می‌توان «برقراری نظام سیاسی دموکراتیک» دانست، که از طریق غیر مستقیم توسط اعضای دایمی I.P.U نظیر آلمان، انگلیس، ترکیه، فرانسه، دانمارک، کانادا، بلژیک، هالند، ناروی و عضو ارشد ناظر آن اتحادیه؛ ایالات متحده آمریکا تحقق عملی یافت.

۲-۳. برگزاری انتخابات پارلمانی در افغانستان

برگزاری انتخابات پارلمانی خود نماد بارزی وجود و رفتار دموکراتیک پارلمانی است. در جامعه‌ای که پارلمان وجود داشته باشد و این نهاد ملی با حضور نمایندگان مردم برای نمایندگی از مردم در تصمیم‌گیری‌ها، قانونگذاری‌ها و نظارت بر اعمال قدرت توسط قوه مجریه و قضائیه، آراسته شده باشد؛ در اینصورت یکی از مهم‌ترین شاخص‌های دموکراسی پارلمانی تحقق یافته است. اتحادیه بین‌المللی پارلمان (I.P.U) در این زمینه نیز همانند شاخص پیشین، نقش مستقیم و مستقل نداشته اما، اعضای این اتحادیه که مکلف به فعالیت در مسیر اهداف اتحادیه است، تأثیر جدی در انتخابات پارلمانی افغانستان داشته است. جمهوری فدرال آلمان که یکی از اعضای فعال و برجسته اتحادیه بین پارلمانی به شمار می‌آید و تاکنون فعالیت‌های پرشمار در راستای تحقق اهداف اتحادیه انجام داده و شاهد دستاوردهای زیادی آن کشور در زمینه امور پارلمانی هستیم؛ در روند ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان نیز حمایت‌ها و همکاری‌های مالی و غیرمالی پرشمار و قابل توجهی را از خود به نشان داده است.

به عنوان مثال بعد از شکل‌گیری و استحکام روابط افغانستان و آلمان در دوره امان‌الله خان، کشور آلمان تا سال ۱۳۵۶ه.ش حدود ۲۴۹ میلیون مارک به افغانستان کمک نموده است که در آن زمان جمهوری فدرال آلمان سومین کشور بزرگ کمک‌کننده به افغانستان بوده است. اما پس از سرنگونی نظام طالبان و استقرار نظام دموکراتیک مبتنی بر تفکیک قوا، کشور فدرال آلمان به این سلسله همکاری‌های خود ادامه داد و نقش اساسی در رشد و تقویت اقتصاد افغانستان ایفا نموده است. این کشور عضو اتحادیه بین‌المللی پارلمان، مشخصاً در امور پارلمانی و برای حمایت از نهاد قانونگذاری افغانستان ۳/۵ میلیون یورو به پروژه حمایت از تأسیس قوه‌ی مقننه در افغانستان (SEAL) کمک نموده است که در نوع خود بزرگ‌ترین حمایت از نهاد پارلمان افغانستان است. این کمک مالی در عرصه حمایت از پارلمان افغانستان، برگزاری انتخابات عادلانه پارلمانی، زمینه‌سازی برای

مشارکت عادلانه مردم در پروسه انتخابات پارلمانی، حضور زنان به عنوان کاندیدا و رأی‌دهنده، حمایت از تصویب اصول و وظایف داخلی پارلمان متناسب با نیازها و مقتضیات روز، نوسازی قوانین عادی و وضع قوانین جدید در مواردی که خلاء حقوقی وجود داشته است؛ به مصرف رسیده است. مهم‌ترین بخش مصرف این کمک، برای برگزاری و حمایت از روند برگزاری انتخابات پارلمانی افغانستان به مصرف رسیده است.

انتخابات پارلمانی دوره پانزدهم و شانزدهم که با چالش‌های حقوقی و نبود امکانات لازم، مصارف و معاشات کارمندان مرکزی و ساحوی انتخابات، مصارف اوپراتیفی و امثال آنها مواجه بود بدون چنین حمایت‌های مالی موفقانه انجام نمی‌شد. لذا، کمک‌های مزبور که تنها از ادرس یکی از اعضای اتحادیه بین پارلمانی به پارلمان افغانستان در عرصه‌های مختلف به خصوص در مورد برگزاری انتخابات پارلمانی در دوره‌های مختلف صورت گرفته است؛ نمونه‌ی بارز نقش اتحادیه بین پارلمانی در ترویج دموکراسی پارلمانی در افغانستان به شمار می‌رود که اتحادیه‌ی مذکور در این خصوص نقش هماهنگ کننده را ایفا نموده است.^۱ از سوی دیگر، چنانچه اساسنامه اتحادیه بین‌الپارلمانی، رابطه اتحادیه را با سایر سازمان‌های بین‌المللی به خصوص با سازمان ملل متحد مبتنی بر همکاری در راستای تحقق اهداف متقابل دانسته است. اتحادیه بین پارلمانی اهداف سازمان ملل را به طور کلی مورد توجه و تعقیب قرار می‌دهد و با سایر سازمان‌های بین‌المللی که با I.P.U اهداف مشابه دارند و یا اینکه در مسیر تحقق اهداف اتحادیه بین پارلمانی فعالیت نمایند، همکاری نزدیک می‌کند. یکی از نمونه‌های برجسته حمایت غیرمستقیم اتحادیه بین پارلمانی در پروسه انتخابات پارلمانی افغانستان، کمک مالی ۱۵/۵ میلیون یوروی اتحادیه اروپا به عنوان یکی از سازمان‌های بین‌المللی همکار با اتحادیه بین پارلمانی است.^۲

۱. شاه سلطان عاکفی؛ پیشین، ص ۵۹.

۲. خبرگزاری صدای افغان (آوا) به نقل از خبرنامه اتحادیه اروپا گفته است که اتحادیه اروپا در برج ثور سال ۱۳۹۷ه.ش اعلام کرده است که؛ ۱۵/۵ میلیون یورو برای برگزاری انتخابات پارلمانی و شوراها و ولسوالی در افغانستان کمک کرده است. به گزارش خبرگزاری صدای افغان (آوا)، سند این حمایت مالی روز پنج‌شنبه ۱۳ ثور از سوی "پیری مایدون"، سفیر اتحادیه اروپا در افغانستان و مدیر کشوری برنامه توسعه‌ی سازمان ملل، امضا شده است. ۲ سایت خبری صدای افغان (آوا) به نقل از خبرنامه اتحادیه اروپا هم‌چنان یادآور شده است که «این پول از طریق پروژه حمایت از انتخابات سازمان ملل و به هدف ایجاد ظرفیت در نهادهای انتخاباتی افغانستان برای برگزاری انتخابات، مصرف می‌شود؛ و این حمایت مالی،



این کمک‌ها همه در راستایی برگزاری انتخابات پارلمانی، حمایت از روند برگزاری موفقانه و عادلانه انتخابات پارلمانی، حمایت از مشارکت گسترده مردم اعم از زنان و مردان جامعه در پروسه تعیین نماینده شان در پارلمان افغانستان و ... به مصرف رسیده است که در نوع خود همکاری بزرگ و درخور قدردانی است. پیشینه برگزاری انتخابات پارلمانی افغانستان نشان می‌دهد که بدون حمایت و همکاری‌های مالی و تخنیکی کشورهای دوست که اکثر قریب به اتفاق آنها اعضای اتحادیه بین پارلمانی بودند؛ افغانستان قادر به برگزاری موفقانه این پروسه دموکراتیک نبوده است.

۳-۳. تبادل تجارب

یکی از موارد تأثیرگذاری، اتحادیه بین پارلمانی بر روند ترویج و تحکیم دموکراسی پارلمانی در افغانستان، فراهم‌سازی زمینه‌های تبادل تجارب پارلمانی در عرصه‌های مختلف تقنینی، تشکیلاتی، اداری و تخنیکی است. با مراجعه به سابقه سفرهای پارلمانی هیأت‌های ولسی جرگه افغانستان در می‌یابیم که بخش عمده این سفرها به‌خصوص در اوایل دوره پانزدهم ولسی جرگه به سفرهای ارتقای ظرفیت کاری و کسب تجارب پارلمانی اختصاص پیدا کرده است. اتحادیه بین پارلمانی همانطوریکه در سایر عرصه‌ها مستقیماً خود وارد همکاری و حمایت عملی از اعضا نمی‌شود؛ در مواردی که اعضای اتحادیه از نظر تجربی نیازمند همکاری بوده؛ اتحادیه بین پارلمانی این زمینه را فراهم کرده است که اعضای با تجربه اتحادیه، در موارد مورد نظر با عضو متقاضی همکاری لازم را داشته باشد. پارلمان افغانستان به‌عنوان عضو جوان و نوپایی اتحادیه بین پارلمانی در طول سال‌های اخیر بهره‌های زیادی در عرصه کسب تجارب پارلمانی از سایر اعضای با تجربه اتحادیه برده است. به عنوان مثال از چند مورد سفر پارلمانی هیأت‌های شورای ملی افغانستان در کشورهای عضو اتحادیه بین پارلمانی جهت فراگیری تجارب پارلمانی یادآوری می‌کنیم:

بیان‌گر تعهد اتحادیه اروپا در راستای حمایت از دموکراسی و نهادهای انتخاباتی در افغانستان است». در این خبرنامه هم‌چنان تصریح شده که اتحادیه اروپا موارد مصرف این پول را؛ خریداری مواد انتخاباتی، معاش کارمندان موقت کمیسیون‌های مستقل انتخاباتی و کارزار آگاهی‌دهی عامه در مورد انتخابات تعیین نموده است. این در حالی است که اتحادیه اروپا هم‌زمان با این کمک‌ها تصریح کرده بود که: «متعهد است که ۱۵/۵ میلیون یورو دیگر را برای انتخابات ریاست جمهوری سال آینده افغانستان نیز کمک کند».

۱-۳-۳. سفر مطالعاتی به پاکستان

یکی از کشورهای تأثیر گذار بر تقویت تجارب پارلمانی افغانستان، پارلمان کشور پاکستان است. این کشور که با افغانستان مشترکات ارضی و فرهنگی زیادی دارد؛ همواره در راستایی تقویت تجارب پارلمانی وکلای شورای ملی افغانستان و کارمندان دارالانشاهای شورای ملی نقش بارزی ایفا نموده است. بیشتر این همکاری در قالب تدارک سفرهای پارلمانی تحقق یافته است. به طور مثال؛ در سفری هیأت پارلمانی افغانستان که با ابتکار شورای ملی افغانستان و پروژه‌ی APAP/SUNY/USAID به منظور مطالعات پارلمانی و کسب تجارب در امور منابع بشری از تاریخ ۶-۹ ثور سال ۱۳۸۸ه.ش در کشور پاکستان تدارک دیده شده بود؛ یکی از مواردی مهم برای کسب و تبادل تجارب پارلمانی برای طرف افغانستان به شمار می‌آید. در این سفر که روسای منابع بشری مجلسین شورای ملی افغانستان و آمر انستیتوت پارلمانی افغانستان حضور داشتند؛ به منظور؛ «مطالعه تجارب پارلمان پاکستان و تمویل کنندگان آن در راستای ارتقای ظرفیت‌های کاری» پارلمان افغانستان صورت گرفت. در این سفر هیأت اعزامی شورای ملی افغانستان با «ماروی سرمد» آمر پروژه‌ی تقویت دموکراسی از طریق انکشاف پارلمانی^۱، «خان احمد گوارا» آمر انستیتوت خدمات پارلمانی پاکستان^۲ و آقای «کریستوفر شلد» آمر پروژه‌ی تقویت تقنینی پاکستان^۳ ملاقات نمودند و از روند کار و فعالیت آنها معلومات لازم را بدست آوردند.^۴

۲-۳-۳. سفر مطالعاتی به هندوستان

هندوستان یکی از اعضای اتحادیه بین پارلمانی و یکی از موثرترین حامی افغانستان در تمامی عرصه‌های سیاسی، نظامی، اقتصادی و علمی بوده است. کشور هندوستان همواره به عنوان کشور دوست و همسو با دولت افغانستان در برابر تروریزم و حامیان آنها موضع اختیار نموده است و از موقف ضد تروریستی دولت افغانستان حمایت نموده

1. Strengthening Democracy through Parliamentary Development.

2. Pakistani Institute of Parliament Services.

3. Pakistani Legislative Strengthenin Project.

۴. شاه سلطان عاکفی؛ پیشین، ص ۴۶.

است؛ هندوستان در بخش نظامی، بارها تجهیزات جنگی از جمله چندین فروند هلوکپتر MI-25 به ارتش افغانستان اعطا نموده است. هم‌چنین در بخش اقتصادی ساخت بند کمال خان به همکاری و حمایت مالی و تخنیکی هندوستان، خدمت ماندگاریست که ثبت تاریخ افغانستان شده است. در بخش فرهنگی و علمی نیز هندوستان هنوز هم سالانه صدها دانشجو در مقاطع مختلف تحصیلات عالی و در رشته‌های مختلف تحت عنوان بورسیه (ICCR) به افغانستان همکاری می‌نماید.

کشور هندوستان به‌عنوان عضو I.P.U. مشخصاً در بخش پارلمانی و حمایت از قوه مقننه افغانستان کارهای ماندگاری را به منظور همکاری با دولت افغانستان انجام داده است. به‌عنوان مثال؛ اعمار تعمیر جدید شورای ملی افغانستان که نماد عظمت خانه ملت گردیده است؛ با حمایت مستقیم کشور هندوستان به پایه اکمال رسیده است. همین‌طور زمینه‌سازی و دعوت از هیأت پارلمانی افغانستان برای دیدار از پارلمان هندوستان و نمایندگان آنها، می‌تواند مصادیقی آشکار تأثیر گذاری هندوستان و به واسطه‌ی آن اتحادیه بین پارلمانی در روند تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان باشد. سفر هیأت دارالانشای موقت شورای ملی افغانستان در تاریخ ۱۰ اسد الی ۲ سنبله ۱۳۸۴ه.ش یکی از بارزترین مصداق حمایت هندوستان در عرصه کسب تجارب و مطالعات پارلمانی کارمندان پارلمان افغانستان به شمار می‌رود. این سفر پارلمانی با دو هدف؛ آموزش‌های عمومی در مرکز بیروی مطالعات و آموزش امور پارلمانی (B.P.S.T) و آموزش‌های عملی اختصاصی برای کسب تجارب عملی از بخش‌های مختلف سکریت جنرال پارلمان هندوستان دنبال می‌گردید. نویسنده‌ی کتاب سفرنامه پارلمانی افغانستان، که خود عضو هیأت شورای ملی افغانستان در این سفر بوده است؛ نتایج ذیل را از این سفر بر شمرده است:

استفاده از ستارهای عملی و نظری پروگرام‌های مورد نظر در دارالانشای پارلمان هندوستان؛ توجه روی سیستم حکومتی هندوستان که بر اندیشه سکولاریستی و پلورالیسم بنا نهاده شده است که این خود زمینه تعامل و هم‌پذیری پیروان ادیان و مذاهب مختلف را فراهم نموده که به‌جای خود برای تأمین صلح و رفع خشونت و مناقشات کمک می‌کند. عطف توجه هیأت به قانون اساسی هندوستان که در خود بحث عدالت اجتماعی و منع تبعیض را به‌طور جدی مورد حمایت قرار داده است. عدالت اجتماعی عنصر مهم

دموکراسی پنداشته می‌شود باید مورد توجه و دقت قانونگذاران پارلمان افغانستان قرار بگیرد و این امر مهم را هم در تقنین و هم در مرحله تطبیق و اجرا جدا مورد توجه و نظارت قرار دهد. تا باشد که دموکراسی پارلمانی به معنای واقعی کلمه تحقق پیدا نماید.^۱

۳-۳-۳. سفر آموزشی به فرانسه

فرانسه از نخستین کشورهای است که دموکراسی پارلمانی را در عمل تجربه نموده است و مردم را در اعمال قدرت دخیل ساخته است. در فرانسه هرچند پارلمان قبل از قرن ۱۸ م نیز وجود داشته است اما وظیفه آن تنها در امور قضایی و تأمین عدالت محدود می‌شده است. پارلمان در فرانسه به رنگ و رخسار امروزی آن بعد از انقلابات کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹م و مشخصاً بعد از تصویب نخستین قانون اساسی آن کشور در سال ۱۷۹۱م به فعالیت آغاز نموده است.^۲

کشور فرانسه همانند سایر اعضای برجسته اتحادیه بین پارلمانی نقش تعیین کننده در ترویج دموکراسی پارلمانی در افغانستان داشته است. این حمایت‌ها در حوزه‌های مختلف صورت گرفته است. در برخی موارد حمایت مالی از پروسه برگزاری انتخابات از آدرس اتحادیه اروپا، در برخی موارد با حمایت تخنیکی در برگزاری انتخابات و پیش‌برد امور پارلمانی و در برخی موارد با زمینه‌سازی سفرهای آموزشی و مطالعاتی برای وکلا و کارمندان دارالانشاهای شورای ملی افغانستان، در راستای تبادل تجارب و ارتقای ظرفیت کاری آنها نقش ایفا نموده است. سفری که به تاریخ ۱۳۸۳/۸/۲۳ الی ۱۳۸۳/۹/۱۳ ه.ش برای اعزام هیأت دارالانشای ولسی جرگه شورای ملی افغانستان به منظور ارتقای ظرفیت کاری کارمندان در فرانسه تنظیم شده بود، از جمله این همکاری‌هاست که فرانسه به عنوان عضو اتحادیه بین پارلمانی در مسیر ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در افغانستان انجام داده است. در سفر مذکور، هیأت اعزامی شورای ملی افغانستان با مکتب ملی اداره، مجلس نمایندگان، مجلس سنا، شورای دولت، صدارت عظمی، وزارت دولت در امور پارلمانی و شورای قانون اساسی فرانسه و ارتباط

۱. شاه سلطان عاکفی؛ پیشین، ص ۱۸۶ و ۱۸۷.

۲. همان، ص ۱۳۷.

این نهاد با قوه مقننه فرانسه آشنا گردیده و در مورد روش کار و فعالیت آنها معلومات لازم و وافر را به دست آوردند.^۱

۴-۳-۳. سمپوزیم دموکراسی پارلمانی در استرالیا

این سفر که به دعوت رسمی دارالانشای پارلمان کشور استرالیا از نماینده دارالانشای پارلمان افغانستان کلید خورده بود؛ معاون سرمحقق پارلمان افغانستان، جهت اشتراک در سمپوزیم بین المللی تحت عنوان «دموکراسی پارلمانی» اشتراک نموده است. عاکفی در کتاب خود تحت عنوان «سفرنامه پارلمانی» از این سفر بسیار موثر توصیف نموده است. در این برنامه از دارالانشاهای ۴۱ پارلمان جهان اشتراک ورزیده بوده است. در این سمپوزیم، اشتراک کنندگان به سه گروپ کاری تقسیم شده و هرکدام روی یکی از این سه موضوع ذیل که مرتبط با دموکراسی پارلمانی است کار و تبادل نظر نموده است؛

نقش نشرات و مطبوعات در تحکیم دموکراسی پارلمانی؛

نقش کتابخانه در تحکیم دموکراسی پارلمانی؛

نقش انترنت، فیسبوک، تویتر و ... در تحکیم دموکراسی پارلمانی.

بنا به نقل، عضو اعزامی دارالانشای افغانستان در این سفر، اعضای پارلمان فدرال استرالیا و اعضای پارلمان های ایالتی استرالیا در مورد موضوعات فوق الذکر به ارایه معلومات پرداخته و زمینه تبادل تجارب را در مورد تحکیم دموکراسی پارلمانی فراهم نموده است.^۲ این نشست خود به عنوان مهم ترین گام در مورد تقویت و تحکیم دموکراسی پارلمانی در افغانستان می تواند به شمار آید.

۱. همان، ص ۱۳۴ و ۱۳۵.

۲. همان، ص ۱۲-۱۴.

نتیجه‌گیری

در پایان نکات ذیل را به‌عنوان فشرده‌ی مباحث مطرح شده در تحقیق می‌تواند بیان نمود: اتحادیه بین‌المللمانی (I.P.U) که مخفف (Inter-Parliamentary Union) می‌باشد؛ یک سازمان بین‌المللی دولتی متشکل از پارلمان‌های دولت‌های دارای حاکمیت است؛ این به‌دین معنا است که اتحادیه بین‌المللمانی در فعالیت و عملکرد خود از قدرت فوق‌العاده برخوردار است و حمایت دولت‌های متبوع پارلمان‌های عضو را به همراه خواهد داشت. از این‌روی پارلمان‌های عضو اتحادیه که امروزه به‌تعداد حدود ۱۹۳ کشور را در بر می‌گیرد و این تعداد کشورها، حدود ۶/۵ میلیارد نفر نفوس را در خود جای داده است؛ نقش اساسی در ترویج دموکراسی پارلمانی در جهان دارد و این به معنای آنست که I.P.U حیثیت پارلمان کل جهان را دارد.

باتوجه به اهداف تعیین شده در اساسنامه اتحادیه، اتحادیه بین‌المللمانی که نماد پارلمان جهان است؛ بیش‌تر روی حقوق‌بشر، صلح و امنیت بین‌المللی و ترویج دموکراسی به‌طور عام و دموکراسی پارلمانی به‌طور خاص تمرکز و تأکید دارد. بنابراین، ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در جهان و کشورهای متبوع پارلمان‌های عضو، در کنار سایر اهداف اتحادیه، یکی از اهداف مهم و اساسی به‌شمار می‌رود. در این خصوص اتحادیه بین‌المللمانی تمامی سیاست‌ها و اقدامات خود را یا به‌طور مستقلا نه یا به‌طور غیرمستقیم توسط اعضای خود تعقیب و اجرا می‌سازد.

I.P.U برای رسیدن به اهداف خود در حوزه‌های پارلمانی و غیرپارلمانی در جهان فعالیت‌های پرشمار داشته است. از فعالیت‌های غیر پارلمانی اتحادیه می‌توان مواردی چون؛ صلح و حل‌منازعه، حمایت از حقوق زنان و تقویت روابط میان کشورها را مطرح نمود. در حوزه‌ی پارلمانی نیز در مواردی چون؛ حمایت از نهادقانونگذاری، حمایت تخنیکی از پارلمان‌ها، تقویت دانش و روش‌کاری و نیز ترویج و تقویت دموکراسی پارلمانی در کشورهای عضو به‌خصوص در کشورهای متبوع پارلمان‌های عضوی که نیاز به حمایت و همکاری داشتند؛ فعالیت چشم‌گیری داشته است.

فعالیت I.P.U در خصوص ترویج و تحکیم دموکراسی پارلمانی در افغانستان بستگی به تأثیرگذاری این اتحادیه در پویایی و تقویت شاخص‌های دموکراسی پارلمانی است. با مطالعه اسناد و سوابق فعالیت اتحادیه بین‌المللمانی چنین به‌دست می‌آید که این



سازمان بین‌المللی همانند سایر سازمان‌های بین‌المللی اقدامات و فعالیت‌های خود را جهت رسیدن به اهداف مورد نظر، نه به صورت مستقیم بلکه به طور غیرمستقیم توسط دولت‌ها و پارلمان‌های عضو انجام داده است.

فعالیت پارلمان‌های عضو به معنایی نقش اتحادیه و دخالت این سازمان در فعالیت‌ها و حمایت‌های پارلمانی آن کشورها است. بنابراین با مرور به حمایت‌های پارلمانی، پارلمان‌های باتجربه و سابقه‌دار عضو اتحادیه نسبت به تقویت شاخص‌های دموکراسی پارلمانی در افغانستان به این نتیجه می‌رسیم که اتحادیه بین پارلمانی دست‌کم به عنوان نهاد هماهنگ‌کننده‌ی این حمایت‌ها و همکاری‌ها نقش اساسی در تقویت دموکراسی پارلمانی افغانستان داشته است.

به‌رغم نقش حمایتی اتحادیه بین پارلمانی در عرصه دموکراسی پارلمانی افغانستان، اما هنوز هم پارلمان افغانستان در ابعاد مختلف با چالش‌های جدی مواجه است. مشکلات و چالش‌های موجود در عرصه فعالیت‌های پارلمانی پارلمان افغانستان بیشتر در روابط قوا، به خصوص قوه مجریه با قوه مقننه از یکسو، کمبود دانش حقوقی و نبود تجربه قانونگذاری از سوی دیگر و برخورد سلیقه‌ی و سیاسی نمایندگان مردم و حکومت با پروسه‌های دموکراتیک از سوی سوم بر می‌گردد که در جای خود باید مورد بررسی و اصلاح قرار بگیرد.

منابع

۱. اساسنامه اتحادیه بین‌المللمانی؛ مصوبه ۱۹۷۶ و تعدیل سال ۲۰۱۷.
۲. حسین بشیریه؛ (آموزش دانش سیاسی)، انتشارات نگاه معاصر، چاپ هفتم، تهران، ۱۳۸۶.
۳. دایره المعارف آریانا ۱۳۲۸: بخش ش.
۴. عاصم، اکرم؛ (نگاهی به شخصیت، نظریات و سیاست‌های سردار محمد داود)، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۸۰.
۵. عاکفی، شاه‌سلطان؛ (سفرنامه پارلمانی)، انتشارات دارالانشای ولسی جرگه به حمایت مالی ALBA/USAID، چاپ اول، کابل، ۱۳۹۳.
۶. غبار، غلام محمد؛ (افغانستان در مسیر تاریخ)، ج ۲، چاپ ۱، امریکا، جون ۱۹۹۹.
۷. فرهنگ، محمد صدیق؛ (افغانستان در پنج قرن اخیر)، انتشارات میوند، چاپ بیست و چهارم، کابل، سال ۱۳۹۲.
۸. قاضی «شریعت پناهی»، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۶.
۹. کلی گیت اس. پیس/ترجمه حسین شریفی طرازکوهی؛ (سازمان‌های بین‌المللی)، نشر میزان، چ ۳، سال ۱۳۹۲.
۱۰. نسیمی، محمد یار؛ (روابط پارلمان با حکومت‌های افغانستان در دهه دموکراسی)، چاپ اول ۱۳۷۸، ص ۱۴.
۱۱. هیوود، آندرو، ترجمه عبدالرحمن عالم، (سیاست)، نشر نی، تهران، ۱۳۹۳.

English Source:

12. Practical modalities of the rights and responsibilities of observers at IPU meetings; Approved in April 1999 and amended in April 2003, May 2006, April 2009 and October 2014.

Sites:

13. <https://avapress.com/fa/>
14. <http://ensani.ir/fa/article>
15. <https://fa.wikipedia.org/wiki>
16. <https://parstoday.com/dari/news/afghanistan>
17. <http://wj.parliament.af>
18. <https://www.darivova.com//af>
19. <https://www.icana.ir/Fa/News>.



اصل منع توسل به زور و وضعیت کاربرد زور از منظر حقوق بین الملل

غلام مجتبی پاینده^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۶/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۸/۷

چکیده

سازمان ملل در سال ۱۹۴۵ بعد از جنگ جهانی دوم تأسیس گردید و دول عضو و کمیته‌های ذی صلاح تلاش کردند که حق دفاع مشروع را به حیث یک اصل حقوق بین الملل مشخص کنند. لذا بتأسی از این امر در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد مصوب (۲۶) جون ۱۹۴۵ حق دفاع در برابر هرگونه تجاوزات مسلحانه، بطور انفرادی یا جمعی پیش‌بینی شد و به مثابه ی یک اصل حقوقی وارد حقوق بین الملل گردید. با وجود محدودیت های فراوان باز هم کشورها فعالیت‌های مسلحانه متعددی را زیر نام همین ماده ۵۱ انجام دادند که همگی به بهانه دفاع مشروع صورت گرفته بودند اما با بررسی‌هایی که توسط سازمان ملل انجام گرفت هر کدام به نحوی از انحاء رد گردید و ادعای آنها مورد قبول واقع نگردید. با این اوصاف رویه کشورها در توسل به زور تنها با آوردن بهانه‌هایی تحت شعاع ماده ۵۱ همچنان ادامه داشته است و نهادهای قضایی و شبه قضایی با عدم وضاحت ماده ۵۱ نتوانسته کشورهای خاطی را مجازات نماید یا مجبور به پرداخت غرامت کند. لذا نهادهای بین‌المللی تنها توانسته‌اند، کشورهای خاطی را به نقض حقوق بین الملل آگاه ساخته و محکوم نمایند.

کلید واژه‌ها: توسل به زور، منشور ملل، حقوق بین الملل، منع توسل، کاربرد زور.

^۱ دانش‌آموخته دانشگاه خاتم النبیین (ص) و ماستری حقوق بین الملل

اصل منع توسل به زور از اصول مسلم حقوق بین‌الملل است اما اینکه شرایط و استثنائات آن چیست و در چه موارد مجاز است از مباحث پیچیده حقوق بین‌الملل است که نیاز به تجزیه و تحلیل دارد. از سوی دیگر به رغم وجود قاعده یادشده، موارد متعدد از تجاوز و توسل به زور در عصر حاضر در دنیا وجود دارد، و مناسب است مشخص گردد که وضعیت کاربرد زور در عمل با توجه به هنجارهای حقوقی مرتبط و به ویژه اصل یادشده چگونه است. به همین خاطر مسایل یادشده و تحلیل حقوقی آنها از اهمیت زیاد برخوردار است؛ چرا که توسل به زور خلاف هنجارهای حقوقی بین‌الملل و به ویژه اصل منع توسل به زور دنیا را دچار انواع بلايا و مصایب نموده است. بدین رو نوشتار پیش برو به مسایل یادشده با رویکرد حقوق بین‌الملل پرداخته و در صدد حل‌الجی آنها است. پرسش‌های فرعی که در این جا قابل است: اصل منع توسل به زور یعنی چه؟ در چه مواردی از منظر حقوق بین‌الملل توسل به زور مجاز است؟ وضعیت کاربرد زور از نظر عینی در حقوق بین‌الملل چگونه است؟

مقصود از توسل به زور استفاده از زور به شیوه‌های متفاوت است که در آن به کارگیری سلاح سرد و گرم را شامل می‌شود و همین طور به کارگیری سلاح‌های سنتی و مدرن و سلاح‌های دارای قدرت تخریب محدود یا گسترده. مقصود از رویه، عملکرد نهادها و مراجع در زمینه موضوعی است که واجد خصلت پیوستگی و ارتباط با موضوع مورد نظر است. این عملکرد در میان منابع حقوقی جایگاه خاص دارد و در عداد منابع حقوقی قرار می‌گیرد. جنگ یکی از جلوه‌های بارز توسل به زور است. فرهنگ اصطلاحات حقوق بین‌الملل، توسل به زور را به دو صورت مضیق و موسع تعریف کرده است: توسل به زور در مفهوم نخست، عبارت است از هرگونه عمل قهرآمیزی که نتوان آن را اقدامی نظامی قلمداد کرد؛ اما در مفهوم دوم، همه تدابیر و عملیات نظامی، از جمله جنگ را نیز شامل می‌شود. ریمون آرون جنگ را یک اقدام اجتماعی می‌داند که ناشی از اراده اجتماعات سیاسی سازمان‌یافته است که به منظور غلبه یکی بر دیگری تحقق می‌پذیرد. طبیعی است ملاحظات مذکور از دید حقوقدانی که نظرش باید معطوف و محدود به مفهوم حقوقی جنگ باشد، مورد توجه نیست.

در حقوق بین‌الملل، جنگ شیوه اجبار همراه با اعمال قدرت و زور است که می‌توان آن را از نظر حقوقی چنین تعریف کرد: جنگ به عنوان «ابزار سیاست ملی»، مجموعه عملیات و اقدامات قهرآمیز مسلحانه‌ای است که در چهارچوب مناسبات کشورها (دو یا چند کشور) روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل مناسبات آن‌ها با یکدیگر و هم‌چنین با کشورهای ثالث می‌شود. در این جهت، دست‌کم یکی از طرفین مخاصمه در صدد تحمیل دیدگاه‌های سیاسی خویش بر دیگری است. به این ترتیب، عملیات قهرآمیز مسلحانه، وسیله و هدف تحمیل اراده مهاجم است (ضیایی، ۱۳۹۷، صص ۵۲ و ۵۳).

۱. قاعده منع توسل به زور

قاعده منع توسل به زور یا تحریم جنگ یکی از اصول بنیادین و از قواعد آمره حقوق بین‌الملل معاصر است. اما تثبیت این اصل و پذیرش آن دوره‌ای طولانی را طی کرده است. برای قرن‌ها اروپا درخصوص مشروعیت جنگ تحت سلطه آموزه‌های کلیسای کاتولیک رم رفتار می‌کرد. یکی از نخستین نوشته‌ها نیز متعلق به سنت آگوستین بود که بر جنگ عادلانه (دادگرانه) تاکید کرده بود (ارفعی، عالیه و دیگران، ۱۳۷۲، ص ۱۴۴). طرح جنگ عادلانه یا مشروع تا حدودی توانست مانع از توسل نامحدود به جنگ شود. اما در دوران جدید تحت تاثیر نظریات گروسیوس، واتل و دیگران این نظریه جنبه مذهبی خود را از دست داد. از مهم‌ترین تلاش‌ها در دوران جدید برای حفظ صلح، برگزاری دو کنفرانس صلح لاهه در ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ بود که در آنها توافقاتی در زمینه جلوگیری از جنگ از طریق میانجیگری و داوری، تدوین معاهداتی در خصوص حقوق جنگ و بی-طرفی صورت گرفت. وقوع جنگ جهانی اول و فجایع انسانی و مادی گسترده ناشی از آن دولت‌ها و ملت‌ها را به سوی تأسیس جامعه ملل رهنمون ساخت. از جمله اهداف اصلی این سازمان «ترویج همکاری‌های بین‌المللی و تأمین صلح و امنیت بین‌المللی» و «تعهد به عدم توسل به جنگ» بود. اما مهم‌ترین ضعف جامعه ملل که نهایتاً به یکی از دلایل اصلی فروپاشی آن بدل گردید، عدم ممنوعیت جنگ و توسل به زور بود. در بند ۱ ماده ۱۲ میثاق جامعه ملل آمده بود: همه اعضا می‌پذیرند که هرگاه میان آنها اختلافی پدید آمد و احتمال برهم خوردن روابط دوستانه وجود داشته باشد، آن اختلاف را از طریق داوری یا دادگستری و یا طرح در شورای جامعه ملل حل و فصل کنند و موافقت می‌کنند در هیچ موردی قبل از انقضاء سه ماه از تاریخ صدور حکم داوری یا قضایی یا گزارش



شورا به جنگ متوسل نشوند. به عبارت دیگر جامعه ملل در نگاه خوشبینانه به محدود کردن جنگ و در نگاه بدبینانه به پذیرش جنگ به عنوان یکی از راه‌های فیصله اختلافات بین‌المللی به شکل غیرمسالمت‌آمیز اقدام کرده بود.

با توجه به نقص فوق، تلاش‌ها برای پرکردن این خلأ در میثاق به منظور ممنوعیت کامل جنگ ادامه یافت تا اینکه پیمان عمومی برای کناره‌گیری و ترک جنگ یا پیمان بریان - کلوگ یا پیمان پاریس در سال ۱۹۲۸ امضا گردید و کشورهای بسیاری به آن پیوستند (ارفعی، عالیه و دیگران، ۱۳۷۲، ص ۱۴۵). هر چند که این پیمان همانند تعهدات کشورها در میثاق، مانع وقوع جنگ جهانی دوم نشد. سازمان ملل بر اساس تجربه به جامعه ملل و به دنبال خونبارترین جنگ در جهان تأسیس شد. براین اساس پیدایش منشور سازمان ملل یک تحول مهم و قانونی در این زمینه ایجاد کرد که حتی موجب شد تا مفاهیم قانونی سنتی مانند جنگ عادلانه، تلافی جویانه یا انتقام قانونی با قواعد جدید در منشور با هدف ممنوع کردن توسل به زور، جایگزین شود (ایوانز، ۱۳۸۱، ص ۵۵). براین اساس در مقدمه منشور آمده است:

«ما مردم ملل متحد با تصمیم به محفوظ داشتن نسل‌های آینده از بلای جنگ که دوبار در مدت یک عمر انسانی افراد بشر را دچار مصائب غیرقابل بیان نمود... به رفق و مدارا کردن و زیستن در حال صلح با یکدیگر با یک روحیه حسن همجواری و به متحد ساختن قوای خود برای نگاهداری صلح و امنیت بین‌المللی و به قبول اصول و ایجاد روش‌هایی که عدم استفاده از نیروهای مسلح را جز در راه منافع مشترک تضمین نماید و به توسل به وسائل و مجاری بین‌المللی برای پیشبرد ترقی اقتصادی و اجتماعی تمام ملل مصمم شده‌ایم...»

در این راستا منشور در بند ۱ ماده ۱ هدف اولیه سازمان ملل متحد را «حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و به عمل آوردن اقدامات جمعی موثر برای جلوگیری و برطرف کردن تهدیدات علیه صلح و متوقف ساختن هرگونه عمل تجاوز یا سایر کارهای ناقض صلح و فراهم آوردن موجبات تعدیل و حل و فصل اختلافات بین‌المللی یا وضعیت‌هایی که ممکن است منجر به نقض صلح گردد با شیوه‌های مسالمت‌آمیز و برطبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل» اعلام می‌کند. منشور در بند ۳ ماده ۲ پس از بیان این اصل که: «کلیه اعضاء اختلافات بین‌المللی خود را به وسایل مسالمت‌آمیز به طریقی که صلح



و امنیت بین‌المللی و عدالت به خطر نیافتد، حل خواهند کرد» به صراحت در بند ۴ اعلام می‌دارد: «کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد خودداری خواهند نمود.»

علاوه براین در معاهدات و کنوانسیون‌های بسیاری در راستای منشور و نیز در رویه قضایی بین‌المللی، قطعنامه‌های سازمان ملل متحد و... به طرح ممنوعیت توسل به زور و جنگ پرداخته شده است. به این دلیل امروز از قاعده منع توسل به زور و تحریم جنگ به عنوان یکی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل یاد می‌شود. این قواعد از سوی جامعه بین‌المللی کشورها در کل، به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر به رسمیت شناخته شده است و در سلسله مراتب قواعد حقوق بین‌الملل در راس قرار می‌گیرند و هر قاعده دیگری که مغایر آنها باشد و حتی هر رویه و عملکردی که با آنها در تعارض باشد، بی‌اعتبار محسوب می‌شود (ضیایی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۲).

۲. مفهوم منع توسل به زور

از اصل‌های بنیادین در حقوق بین‌الملل ممنوعیت توسل به زور می‌باشد که بعد از تحولات بین‌المللی، مفهوم آن نیز تغییر کرده است. از اقدام‌های محدودسازی توسل به زور در کنفرانس صلح لاهه بعد صور و شکلی داشت و محدودیت ماهوی جزئی بر توسل به زور ابتدا در کنوانسیون دوم درج شد.

بعد از جنگ جهانی اول که در آن هزاران نفر کشته شد و هزاران نفر زخمی گردید، جامعه جهانی بر آن شد تا قوانین جدیدی را در ممنوعیت توسل به زور ایجاد کنند. از جمله میثاق جامعه ملل مانند پروتکل ژنو برای فیصله مسالمت آمیز اختلافات و میثاق بریان - کلوگ در خصوص ممنوعیت توسل به زور شکاف‌ها و خلاء آن انجام داد. از آنجاییکه نقض‌های قوانین مکرراً اتفاق افتاد میثاق بریان - کلوگ در سال‌های ۱۹۳۰ و جنگ جهانی دوم توجه کشورهای را در ممنوعیت توسل به زور به خود جلب کرد تا در منشور ملل متحد، تصمیمات قضایی بین‌المللی، معاهدات بین‌المللی به اهمیت و موقعیت ممنوعیت توسل به زور بپردازند.

منشور ملل متحد در بند چهارم ماده دوم در ارتباط با ممنوعیت توسل به زور مقرر کرده است که: «کلیه اعضای سازمان در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا کاربرد



آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد ناسازگاری داشته باشد، خودداری خواهند نمود». همچنان مقررات فراوان دیگری نیز از منشور وجود دارد که به طور مستقیم با موضوع توسل به زور مناسبت دارند. بنابراین مفهوم توسل به زور در دوره‌های مختلف تاریخی و طی جنگ جهانی اول و دوم و محاصرات کشورهای چوچ عراق، افغانستان و کوزوو در انواع مختلف ظاهر شده است. ولی آنچه که از اول در ذهن انسان راجع به کاربرد اصطلاح توسل به زور تصور می‌شود شامل «هرگونه عمل قهرآمیزی که بتوان آن را اقدامی نظامی قلمداد نمود»، می‌باشد. اما مفهوم تخصصی‌تر که درباره آن بیان شده است عبارت است از: «کلیه تدابیر و عملیات نظامی از جمله جنگ» (قاسمی و ملکی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۲).

ممنوعیت استفاده از زور نه تنها موضوع جنگ بلکه تهدید با استفاده از زور را نیز مطابق منشور در بر می‌گیرد. از مشهورترین تهدیدات دادن ضرب‌الاجل است که به موجب آن، اعلامیه رسمی خطاب به دولت دیگر صادر شده و از آن دولت خواسته می‌شود که در عرض مدت معینی معمولاً یک روز یا دو روز تقاضای مذکور را بپذیرد. در غیر اینصورت باید آمادگی جنگ را بگیرد. با توجه به منشور ملل متحد قاعده منع توسل به زور هر گونه اقدامات زورمندانه در مناسبات بین‌المللی را در بر می‌گیرد (همان، ص ۱۵۳).

۳. ممنوعیت تبلیغ توسل به زور علیه دولت‌ها در حقوق بین‌الملل

ممنوعیت یک رفتار و اقدام در حقوق بین‌الملل را باید در بین منابع آن تعقیب کرد، معاهدات بین‌المللی یکی از مهم‌ترین منابع لازم در پیروی و اطاعت از حمایت‌های بشری محسوب می‌شود، گرچه اعلامیه‌ها و قطعنامه‌های بین‌المللی، الزام آور نیست ولی زمینه‌ساز معاهدات و نشانه‌ای از رویه دولت‌ها به شمار می‌رود.

۳-۱. منع توسل به زور در قطعنامه‌های بین‌المللی

منع تبلیغ توسل به زور علیه دولت‌ها سابقه‌ی دیرینه در اسناد و معاهدات بین‌المللی دارد. از جمله قطعنامه‌هایی که از دولت‌ها این موضوع را خواسته، می‌توان به قطعنامه (۱) ۵۹ مصوب سال ۱۹۴۶، قطعنامه (۲) ۱۱۰ مصوب ۱۹۴۷ و قطعنامه (۲) ۱۲۷ مصوب سال ۱۳۴۷ مجمع عمومی و یا قطعنامه‌های کنفرانس‌های عمومی یونسکو در سال‌های ۱۹۶۸، ۱۹۷۰، ۱۹۷۶ و ۱۹۷۸ اشاره کرد. در این قسمت از رسانه‌های جمعی خواسته



شده است که نقش برجسته ای در تقویت صلح و تفاهم بین المللی و ترویج حقوق بشر ارائه دهند و به مبارزه همه جانبه با نژاد پرستی و جدانژادی می دانند.

عدم مشروعیت تبلیغ توسل به زور در حقوق بین الملل با بعضی از قوی ترین شواهد مانند قطعنامه های مجمع عمومی مصوب ۱۹۴۷، ۱۹۴۸ و ۱۹۵۰ می باشد. قطعنامه ۱۱۰ مجمع عمومی راجع به ضرورت اقدام علیه تبلیغ برای جنگ مصوب ۳ نوامبر ۱۹۴۷ بود. قبل از اینکه میثاق بین المللی تصویب شود، حقوق مدنی و سیاسی به منع تبلیغ یا تحریک به جنگ، و یا ترغیب و تشویق و تهدید برای صلح، قطع روند صلح یا هرگونه عمل تجاوزکارانه در هر کشور تصریح می کند و نیز از کشورهای عضو سازمان ملل متحد می خواهد تا در چارچوب قانون اساسی خود به روابط دوستانه در میان ملت ها، از طریق تمام وسایل تبلیغ سیاسی تحت اختیار آنها کمک کنند و هم چنین پخش و انتشار تمام اطلاعات و اخبار مربوط به بیان علاقه تمام ملت ها به صلح را ترغیب و تشویق نمایند. در سال ۱۹۵۰ مجمع عمومی با تصویب قطعنامه ۴۲۴ در ارتباط با حق آزادی بیان، در محکومیت پارازیت رادیویی، از همه ی حکومت ها خواست تا گزارشات شان را به صورت حقیقی و بی طرفانه در جهت حفظ صلح جهانی به نشر برسانند. در قطعنامه ی دیگری از این سازمان، مجمع عمومی سازمان ملل متحد واضح می سازد که هیچ تعارضی بین ممنوعیت تبلیغ توسل به زور و حق فردی آزادی بیان وجود ندارد و در حقیقت هر دو برای تحقق صلح، ضروری هستند (کاظم و نژاد، ۱۳۸۷، ص ۵۲۰).

یونسکو در کنفرانس های ۱۹۶۸، ۱۹۷۰، ۱۹۷۶ و ۱۹۷۸ که به طور عمومی برگزار شده بود، در کنار محدودیت های جریان آزاد اطلاعات، به اصول اساسی مقابله با تبلیغات خصمانه برای توسل به زور نیز پرداخته است و هم چنین از کشورها خواسته است تا از رسانه به عنوان ابزاری در جهت تقویت صلح و مقابله با هرگونه خشونت و مخاصمه، و نه به عنوان وسیله ای برای شروع به جنگ استفاده نمایند. اتحادیه بین پارلمانی با نمایندگی اعضای پارلمان های ملی، یک قطعنامه را در سال ۱۹۱۴ پیش نویس کردند که در این قطعنامه مجازات و جریمه در نظر گرفتند برای کشورهایی که اخبار غلط نشر می کنند و به روابط صلح آمیز بین کشورها صدمه می زند. اتحادیه اروپا نیز در سال ۲۰۰۷ در تصمیم، تحریک عمومی به خشونت با ایجاد تفر نژادی، رنگ، مذهب، قومیت علیه یک گروه از افراد را چنانچه عمداً انجام شده باشد، قابل مجازات دانسته



اصل

منع توسل به زور و وضعیت کاربرد زور

از منظر حقوق بین الملل



است. در بند پنجم ماده ۱۳ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر نیز چنین آمده است: «هرگونه تبلیغات خصمانه برای جنگ و هرگونه تشویق به تفرق ملی، نژادی یا مذهبی که تحریک به خشونت غیرقانونی یا هر عمل مشابه دیگری را تشکیل دهد که علیه فرد یا گروهی از افراد به دلایلی اعم از نژاد، رنگ، مذهب، زبان یا ریشه ملی باشد، باید جرم قابل مجازات توسط قانون محسوب شود.» همچنان در بخش سوم و در رابطه به حق زندگی در منشور آسیایی حقوق بشر ۱۹۸۸، درباره‌ی ممنوعیت تبلیغ برای جنگ، منازعه قومی و تحریک به ایجاد نفرت و خشونت چنین مقرر شده است: «به منظور تأمین حق زندگی، تبلیغ برای جنگ یا منازعه قومی یا تحریک به ایجاد نفرت و خشونت در تمام حوزه‌های زندگی فردی، اجتماعی، ملی یا بین‌المللی، باید ممنوع شود» (قاسمی و ملکی، همان ص ۱۶۶).

۲-۳. منع توسل به زور در معاهدات بین‌المللی

در کنار قطعنامه‌ها مجمع عمومی و یونسکو و دیگر اعلامیه‌ها در سطح بین‌المللی، تلاش‌های دیگری نیز برای جلوگیری از تبلیغ رسانه‌ای علیه دولت‌ها صورت گرفته است. از نمونه‌های آن می‌توان موافقت‌نامه میان لهستان و آلمان که از پی انتشار لطیفه‌های لهستانی از رادیوی آلمانی منعقد شد، ثابت می‌کنند که طرف معاهده تمام تلاش خود را می‌نماید تا تضمین کند مسائل، سیاسی، مذهبی، اقتصادی، فکری و هنری که از ایستگاه‌های رادیویی آنها پخش می‌شود به روح همکاری و فهم متقابل لطمه‌ای وارد نسازد. مورد دیگر که تعدادی از کشورها به تصویب معاهده بین‌المللی استفاده از پخش برنامه در حفظ صلح اقدام کردند معاهدات بین‌المللی که دولت‌ها به آنها متعهد شدند در دو قسم دوجانبه و چند جانبه قابل بررسی هستند (ضایی، یاسر و مققانی، ۱۳۹۲، صص ۹۷-۹۶).

در نخست می‌توانیم به معاهداتی دوجانبه که بین کشورها منعقد گردیده اشاره کنیم. بطور مثال معاهده ۱۸۰۱ فرانسه و روسیه دولت‌های عضو را متعهد می‌کرد به تبعه خود اجازه ندهند مکاتبه‌ای با دشمنان دولت‌های دو کشور، چه به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، برای پخش و انتشار اصول متعارض با قانون اساسی شان یا برای تحریک به بی‌نظمی و آشوب انجام دهند. معاهده دیگری بنام صلح برست لیتوسک در سال ۱۹۱۸ بین اتحاد جماهیر شوروی و قدرت‌های مرکزی امضا شد، اعضای معاهده را از هرگونه



تحریک به توسل به زور خصمانه علیه دولت یا نهادهای عمومی و نظامی عضو دیگر معاهده منع نموده است. نمونه‌ای دیگر از ممنوعیت تبلیغ توسل به زور، معاهده صلح ۱۹۲۰ بین استونی و روسیه (تارتو) است. در بند ۵ ماده ۷ این معاهده آمده است هر گونه تبلیغات خصمانه برای جنگ ممنوع است.

در پهلوی معاهدات ذکر شده، قراردادهای دیگری نیز وجود دارد که بین کشورها به صورت دوجانبه عقد گردیده است و از آخرین معاهده‌های دوجانبه می‌توان به قرارداد اسرائیل و سازمان آزادی بخش فلسطین اشاره کرد. این قرارداد در سال ۱۹۹۴ درباره روابط این دو منعقد شد. این قرارداد در نخست روی مسائلی چون هرگونه تحریک، شامل تبلیغات خصمانه برای جنگ علیه یکدیگر، بدون نقض اصل آزادی بیان تأکید کردند که دو طرف باید از انجام این موارد خودداری کنند و همچنان اقدامات پیشگیرانه را برای سازمان‌ها، گروه‌ها و افرادی که تحت صلاحیت خود اتخاذ نمایند.

با اینکه منشور ملل متحد از عنوان تبلیغات به طور واضح در مواد خود استفاده نکرده است اما با توجه به تأکیدهایی که بر موضوع حفظ صلح و امنیت بین‌المللی کرده است به راحتی می‌توان فهمید که با اینگونه عمل مخالف می‌باشد که یکی از این تبلیغات می‌تواند تحریک برای جنگ باشد (قاسمی و ملکی، همان، صص ۱۷۰-۱۶۸).

معاهدات چندجانبه دیگری نیز در بین دولت‌ها در رابطه به ممنوعیت تبلیغ توسل به زور علیه دولت‌ها منعقد شده است که مهم‌ترین آن اسناد بین‌المللی، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است. چنانچه در ماده ۲۰ این میثاق آمده است: «هرگونه تبلیغ برای جنگ، به موجب قانون ممنوع است، هرگونه ترویج به تفرق ملی یا نژادی یا مذهبی که تحریک به تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور نماید به موجب قانون ممنوع است.»

۳-۳. منع تبلیغ توسل به زور در رویه قضایی بین‌المللی

با وجود اصول و قواعد بین‌المللی در زمینه ممنوعیت تبلیغ توسل به زور علیه دولت‌ها، باز شاهد بعضی از تبلیغات بوده‌ایم که می‌توان از جمله تبلیغ به کاربرد زور از سوی دولت‌ها بر ضد یکدیگر را در جنگ جهانی، مخاصمات کوزوو و یوگسلاوی را نام ببریم. اما برای بعضی از این تبلیغات‌های خصمانه رسیدگی قضایی صورت گرفته است که می‌توان از آرای محاکم بین‌المللی به عنوان رویه قضایی در آینده استفاده نمود. توجه محاکم بین‌المللی به تبلیغات‌های خصمانه باعث شد تا تبلیغ توسل به زور از دید



اصل

منع توسل به زور و وضعیت کاربرد زور

از منظر حقوق بین‌الملل



کشورها و نهادها جرم تلقی شود. هم‌چنان تبلیغ توسل به زور در بند اول ماده هفتم اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و بند ۱ ماده ۶ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا از مصادیق جرم «تحریک» به شمار رفته است.

۱. استثنائات اصل عدم مشروعیت توسل به زور

براساس بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد «کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استعمال آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری، یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد خودداری خواهند کرد». این اصل بعد از منشور نیز مکرراً مورد تأیید و تأکید قرار گرفت. با این وجود و به رغم پذیرش ممنوعیت توسل به زور و تحریم جنگ، حقوق بین‌الملل در مواردی استفاده از زور و مبادرت به جنگ را مشروع و قانونی دانسته است؛ اگرچه باید به این نکته هم توجه داشت که در حقوق بین‌الملل معاصر تلاش شده است تا استفاده از زور به مواردی محدود گردد که در آن‌ها طرف مقابل قبلاً متوسل به زور شده باشد (ایوانز، همان، ص ۷۵۳).

۱-۴. دفاع مشروع

کشورها در فرایند دفاع مشروع می‌توانند به زور متوسل شوند. به عبارت دیگر، در مواجهه با مواردی چون جنگ، حمله نظامی، اقدامات قهری دیگران، دولت‌های قربانی تجاوز مجازند که از خود دفاع کنند. دفاع مشروع یک حق طبیعی است و در متن فرانسوی منشور از اصطلاح حق طبیعی استفاده شده است. معادل انگلیسی آن «حق غیر قابل انتقال» است که برای انگلیسی‌زبانان بهتر تداعی مفهوم می‌کند (دیهم، ۱۳۸۰، وزارت خارجه، ص ۷۱۰).

ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد مقرر می‌دارد: «در صورت حمله مسلحانه علیه یک عضو سازمان ملل متحد، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به عمل آورد، هیچ یک از مقررات این منشور به حق دفاع مشروع انفرادی یا دسته‌جمعی اعضا لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. اعضا باید اقداماتی را که در اعمال این حق دفاع از خود، به عمل می‌آورند، فوری به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ‌وجه در اختیار و مسئولیتی که شورای امنیت طبق این منشور دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی در هر موقع که ضروری تشخیص دهد اقدام لازم را به عمل خواهد آورد، تأثیری نخواهد داشت.»



در واقع پس از اقدامات لازم از سوی شورای امنیت، دیگر اقدامات کشور مورد تجاوز دفاع مشروع محسوب نمی شود.

شرایط کلی دفاع مشروع در حقوق بین الملل که منبعث از ماده ۵۱ منشور و نامه «دانیل وبستر» وزیر خارجه وقت آمریکا به «لرد آشبارتون» همتای انگلیسی در ارتباط با قضیه غرق شدن کشتی کارولین (۱۸۳۷) است به قرار زیر می باشد:

۱- همان گونه که در ماده ۵۱ تصریح شده است، وقوع حمله مسلحانه شرط اصلی برای دفاع مشروع است و هرگونه حمله پیش گیرانه در این خصوص فاقد ارزش حقوقی بوده و دفاع محسوب نمی شود. دفاع مشروع حتما باید مسبوق به تهاجم نظامی باشد و اقدامات ایدئولوژیک فرهنگی یا اقتصادی اساساً تجاوز محسوب نمی شوند.

همانطور که گفته شد این امر بعداً در اسناد دیگر سازمان ملل مانند قطعنامه ۳۳۱۴ مورخ ۱۹۷۴ مجمع عمومی که موسوم به قطعنامه تعریف تجاوز است مورد تاکید مجدد قرار گرفت. البته عده ای از حقوقدانان این قطعنامه را فاقد الزام حقوقی تلقی می کنند و معتقدند منوط کردن دفاع مشروع به حمله نظامی، راه را برای وقوع اعمال نامشروع بین المللی باز می کند و نظام های دیکتاتوری مجاز خواهند شد به اعمال جنایتکارانه و غیرقانونی حداقل علیه شهروندان خود ترغیب شوند (دوئرتی، فالتزگراف، ص ۶۸). دیوان دادگستری در قضیه دعوای نیکاراگوئه - آمریکا قائل به تعریف مضیق از دفاع مشروع گردید. بنا براین این سوال پیش می آید که تعریف حمله مسلحانه چیست؟

دیوان در دعوای مزبور، حمله مسلحانه را عبارت می داند از:

«نه تنها عملی که توسط نیروهای مسلح معمول یک کشور خارجی در مرزهای بین المللی انجام می پذیرد بلکه اعزام گروه های مسلح تشکیلات یا سربازان مزدور از جانب کشور یا به نیابت از آن جهت انجام اقدامات مسلحانه در کشور دیگر را نیز شامل می شود» (ذوالعین، ۱۳۷۷، ص ۲۱۶).

ولی اینکه آیا کمک های تسلیحاتی و اقتصادی کشورهای ثالث می تواند مستمسک حقوقی جهت حمله به آنها تحت عنوان دفاع مشروع باشد دیوان آن را مصداق حمله مسلحانه ندانست، بلکه اقدام متناسب می بایست علیه آنها انجام دهد. ولی محدوده ها و مصادیق اقدام متناسب مشخص نیست.



مطابق این اصل، هنگامی که کشوری اطمینان قطعی پیدا کرد که کشور دیگری به زودی به او حمله نظامی خواهد کرد، چنانچه توسل به زور برای دفاع از خود در برابر آن خطر، ضرورت داشته باشد و راه دیگری برای دفع خطر نتوان متصور شد و خطر فوری بوده به طوری که فرصتی برای تأمل و چاره‌اندیشی نباشد و عمل توسل به زور در مقام دفاع، معقول و متناسب با خطری باشد که قریب الوقوع است، کاربرد زور مجاز می‌باشد. در اینجا چند سوال مهم قابل طرح است: چگونه شرایط فوریت، ضرورت و تناسب معین می‌شود و اساساً مرجع تشخیص آن‌ها کدام است؟ آیا وقتی کشوری اطمینان قطعی پیدا کرد که کشور دیگری به او حمله نظامی خواهد کرد، حق خواهد داشت به حمله بازدارنده بپردازد؟ موافقان مشروعیت دفاع پیشگیرانه سه دلیل بر حقانیت نظر خود اقامه می‌کنند: الف) دفاع مشروع از خود، یک اصل ذاتی است و منشأ آن به طور آشکارا در این واقعیت نهفته است که طبیعت، به هر فردی حمایت از خود را واگذار کرده است. در ضمن، منشور ملل متحد هم دفاع از خود را حقی ذاتی دانسته و ماده ۵۱ نمی‌تواند ناسخ چنین حقی باشد، چرا که اساساً منشور نمی‌تواند حقوقی را محدود کند که خود، موجد آن‌ها نبوده است (مسائلی، ۱۳۷۱، ص ۴۹)، ب) در اصل، تحمیل یک حالت انفعالی در برابر یک حمله نظامی قریب الوقوع به کشورها، غرض اساسی منشور را که عبارت است از به حداقل رساندن توسل نامشروع به زور در بین دولت‌ها، نقض می‌کند، ج) هم‌مطرازی تهدید به توسل به زور در کنار توسل به زور. رعایت اصل تناسب مستلزم آن است که اقدامات به عمل آمده، هم در کمیت و هم در کیفیت متناسب باشد با اقدام متجاوز و نیز با آنچه که لازمه دفاع و رفع خطر ناشی از اقدام متجاوز است، به نحوی که به تجاوز خاتمه دهد و این اقدامات نباید بیش از دفع تجاوز باشد. از سوی دیگر ابزار و گستره دفاع نباید نامتناسب با شدت و سنگینی حمله باشد، مخصوصاً وسایل و ادواتی که برای دفاع استفاده می‌شود باید دقیقاً برای پاسخ‌گویی به حمله ضروری باشد. دیوان دادگستری بین‌المللی در اقامه دعوی نیکاراگوئه علیه آمریکا، بر لزوم اجرای این شرایط تأکید کرد. باید به این موضوع دقت مضاعفی نمود که غرض از دفاع، دفع تجاوز و جلوگیری از آن است لذا باید تناسب بین تجاوز انجام شده و اقدامات دفاعی رعایت شود؛ از طرف دیگر، اقدامات دفاعی باید به اندازه کافی و وافی باشند که به واسطه انجام عملیات دفاعی، تجاوز به طور کامل دفع شود. از آنجا که تناسب به معنای تساوی مادی بین عمل



مدافع و خطر متجاوز و تجاوز نیست عمل به اصل لزوم رعایت تناسب، دشوار می- نماید. در حالت کلی می توان این گونه بیان کرد که دفاع پیش‌دستانه در مقایسه با جنگ پیشگیرانه از نظر سیاسی توجیه پذیرتر، اما جنگ پیشگیرانه از نظر نظامی کارآمدتر است.

۳-۴. امنیت دسته جمعی

استثنای دیگر نسبت به ممنوعیت منشور سازمان ملل متحد در توسل به زور، مندرج در بند ۴ ماده ۲، مربوط به امنیت دسته جمعی موضوع ماده ۴۲ می باشد. فصل هفتم جوهر اصلی امنیت دسته جمعی در سیستم جهانی را تشکیل می‌دهد. مطابق مقررات فصل مزبور، شورای امنیت بعد از احراز وجود تهدید علیه صلح، نقض صلح یا تجاوز، چنانچه ضروری بداند می‌تواند با استفاده از نیروی نظامی کشورهای عضو، به اقدامات قهری متوسل شود.

عملیات حفظ صلح که مبتنی بر مواد ۳۹ و ۴۰ منشور است به: «مجموعه عملیات سازمان‌یافته نظامی و یا غیرنظامی سازمان ملل متحد اطلاق می‌شود که به منظور پیشگیری از مخاصمات و یا محدود کردن مخاصمات، کاهش مخاصمات یا پایان بخشیدن به مخاصمات بین‌المللی و غیر بین‌المللی و بطور کلی حفظ صلح و امنیت بین‌المللی انجام می‌گیرد» (سجادپور و ظریف، ۱۳۸۸، وزارت امور خارجه ص ۲۷۶). این عملیات با مجوز شورای امنیت انجام می‌گیرد و شامل نیروهای نظامی و غیرنظامی است. نیروهای نظامی را «نیروهای پاسدار صلح» و نیروهای غیرنظامی را به عنوان «نیروها یا هیأت ناظر» می‌گویند. عملیات حفظ صلح دارای ویژگی‌های زیر است:

- ۱- غیرقاهرانه بودن: نیروهای حافظ صلح مگر در شرایط دفاع مشروع مجاز به استفاده از زور نیستند.
 - ۲- توافقی بودن: این نوع عملیات‌ها معمولاً با رضایت کشورها یا گروه‌های درگیر انجام می‌گیرد و نیروهای حافظ صلح نیز داوطلبانه از سوی کشورها در اختیار اینگونه ماموریت‌ها قرار می‌گیرند.
 - ۳- بی‌طرفی در عملیات، معمولاً نیروهای حافظ صلح بی‌طرفی خود را در تنازعات داخلی و بین‌المللی حفظ می‌کنند (صفدری، ۱۳۴۲، ص ۱۹۵).
- مهم‌ترین اقدامات نیروهای حافظ صلح عبارتند از: ۱- نظارت بر آتش‌بس، متارکه جنگ و ترک مخاصمه؛ ۲- کنترل مرزها؛ ۳- عملیات پیشگیرانه؛ ۴- جداسازی نیروهای



نظامی و حایل شدن میان آنها، ۵- نظارت و توزیع کمک های انسان دوستانه؛ ۶- نظارت بر حسن اجرای موازین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه؛ ۷- تثبیت پایه های صلح از طریق فرایند صلح سازی و دموکراتیزاسیون و ۸- خلع سلاح جنگ ساران. شورای امنیت از آغاز تأسیس سازمان ملل، تشکیل ۵۶ عملیات حفظ صلح را صادر کرده است و بالغ بر ۲۵ میلیارد دلار برای آن هزینه صرف شده است.

۴-۴. مداخله بشردوستانه

مداخله بشردوستانه عبارت است از دخالت اجبارآمیز در امور داخلی یک دولت برای حمایت در مقابل تخلفات وسیع از حقوق بشر. به بیان دیگر، مداخله بشردوستانه متضمن استفاده از زور توسط یک دولت، گروهی از دولت ها یا یک سازمان بین المللی بر اساس بشردوستی با هدف خاص جلوگیری از نقض فاحش حقوق اساسی بشر (چهار حق اساسی به عنوان حداقل حقوق بشر مورد اجماع هستند که بنابر گزارش ۱۱ کمیته اجرایی حقوق بشر، این حقوق تجلی اصول عمومی حقوق هستند که توسط جامعه بین المللی شناسایی شده اند: ۱. حق زندگی، ۲. ممانعت از اعمال شکنجه، ۳. ممانعت از عطف به ماسبق کردن حقوق جزایی و کیفری، ۴. ممانعت از برده داری) (ارفعی و دیگران، همان، صص ۱۸۰-۱۷۹) یا کاهش آن است. این نوع مداخله، مانند سایر انواع آن در روابط و حقوق بین الملل، موضوع اختلاف است چرا که بعضاً تهدیدی علیه اصل بنیادین و ستفالیایی حاکمیت، به عنوان بنیان نهادین نظم بین المللی، و منتج به مداخله تلقی می شود.

نخستین بیان موثق اصل مداخله بشردوستانه را می توان در نوشته های گروسیوس یافت. وی حق مداخله را برای جلوگیری از بدرفتاری دولت با اتباع خودش مفروض قرار می داد. به نظر او، این حق ریشه در نظریه های کلاسیک جنگ عادلانه دارد (ایوانز و نونام، همان، ص ۳۵۳). قانونی بدون مداخله بشردوستانه در حقوق بین الملل عرفی بر این فرض استوار بود که دولت ها موظف بودند در روابط با اتباع خود و اتباع سایر دولت ها، حداقلی از حقوق را مراعات کنند. در دوران مدرن، به نظر می رسد که جامعه بین المللی، برغم وجود سابقه مداخلات بشردوستانه، تمایلی به پیشبرد حقوق بشر از طریق اقدامات اجرایی ندارد. این نوع نگرش تنها به دلیل وجود پیش فرض هایی در نظام بین المللی، به رغم وجود سابقه مداخلات بشردوستانه، تمایلی به پیشبرد حقوق بشر از طریق اقدامات



اجرائی ندارد. این نوع نگرش تنها به دلیل وجود پیش فرض‌هایی در نظام بین‌الملل به نفع نظم نیست، بلکه از یک هراس ناشی می‌شود که به طور خاص دولت‌های در حال توسعه و یا قدرت‌های متوسط آن را مدنظر دارند و آن عبارت است از مبدل شدن حقوق بشر به دست مایه‌ای برای مداخله گسترده و غیرقابل مهار قدرت‌های بزرگ. این موضوع در دوره پس از جنگ سرد، هم در حوزه نظری و هم در رویه عملی دولت‌ها احیا شده و در دستور کار بین‌المللی جایگاه ویژه‌ای یافته است؛ اگرچه «هیچ یک از این مداخلات از نظر عملیاتی موفقیت‌آمیز نبودند»

بی‌تردید منزلت ممتازی که «حاکمیت» در حقوق بین‌الملل داشته است مورد حمله قرار گرفته و همان گونه که موارد مداخله با مجوز سازمان ملل (یونان، لبنان، بالکان، مقدونیه، افغانستان و عراق) نشان می‌دهند، تلاش قدرت‌های غربی بر این است که نوعی حق مداخله براساس ملاحظات بشردوستانه شکل بگیرد که اگرچه مشروط و مقید است اما رو به تکامل بوده و به آن عمل گردد. استدلال حامیان مداخله بشردوستانه در چارچوب منشور ملل متحد این است که کاربرد زور برای مقاصدی همچون مجازات نقض فاحش حقوق بین‌الملل، نه تنها علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هیچ کشوری نبوده و با منویات ملل متحد در مغایرت نیست، که تا حدی با قواعد آمرانه منشور انطباق دارد. در حقیقت این استدلال مبنی بر استنباط خاص از ماده ۲ بند ۴ منشور است زیرا نص بند مزبور شامل مداخله انسان دوستانه نمی‌شود؛ البته برای مشروعیت آن نیاز به دلیل اثبات کننده این حق وجود دارد. مخالفین مداخلات بشردوستانه معتقدند اولاً بند ۴ از ماده ۲ منشور ملل متحد، واضح یک تحریم عام نسبت به توسل به زور است و نباید آن را به صورت خاص تعریف نمود، ثانیاً فکر توسل به زور در سرزمین دولت دیگر، بنابر مقاصد بشردوستانه، خود دربردارنده تناقض آشکاری است: در اغلب موارد، مداخله نظامی گسترده در مناطق مسکونی انجام می‌پذیرد که خطر جانی برای مردم غیرنظامی دارد. ثالثاً از بررسی عملکرد دولت‌ها می‌توان دریافت که هرگاه ضرورتی بشردوستانه وجود داشته باشد ولی تهدید یا سودی برای منافع دولت‌ها موجود نباشد، علاقه بسیار ناچیزی برای مداخله ابراز می‌گردد.



۵. رویه و عملکرد کشورها با تکیه بر اصل عدم مداخله

منشور ملل متحد دولت‌ها را از دخالت در امور داخلی کشورهای دیگر منع نموده است ولی منشور ملل متحد دو مورد را از این قانون مستثنا قرار داده است که یکی از آنها ماده ۵۱ اصل دفاع مشروع می باشد، یعنی زمانی که یک کشور از سوی کشور دیگر مورد تهاجم قرار می گیرد با استفاده از این قانون می تواند دست به دفاع مشروع زده و با استفاده از سلاح و تسلیحات خویش از خاک کشورش دفاع نماید تا اینکه سازمان ملل متحد دست به کار شود و در مورد تصمیم گیری و اقدام نماید. و مورد دوم بند هفتم ماده دوم منشور می باشد که این اصل دخالت در اموراتی که در حیطه داخلی کشورها می باشد را منع نموده است (صادقی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۰).

سازمان ملل متحد اساساً مسئولیت حفظ و تأمین صلح جهانی را بر دوش شورای امنیت گذاشته و شورای امنیت هر حرکتی که منجر به اختلاف نظر و کشمکش‌های نظامی بین کشورهای عضو گردد را به صورت انحصاری مورد بررسی قرار می دهد و به آن رسیدگی می کند. کلمه «اساساً» نتوانسته به اندازه کافی آزادی عمل کشورها را در قسمت روابط بین‌الملل تضمین کند زیرا کلمه اساساً در بند هفتم ماده دوم منشور به اندازه کافی این اصل را برای پذیرش تعدیل حاکمیت کشورها در اثر تحولات بین‌المللی انعطاف پذیر نموده است (همان).

۵-۱. اصل عدم مداخله در دوران جنگ سرد

شورای امنیت در زمان جنگ سرد تعریف درستی از صلح و امنیت بین‌المللی و حتی تهدید و به خطر افتادن نداشت. به همین لحاظ موضوع عدم توسل به زور و عدم مداخله در امور کشورها تا حدی مورد استناد و قبول سازمان ملل و جامعه جهانی بود. از آنجا که این تعریف ناقص بود شورای امنیت مسئولیت اصلی خویش را در گره‌گشایی از بحران‌های بین‌المللی می دید. منشور به جز حفظ صلح، مسئولیت دیگر امورات، از جمله نفی استعمار و حقوق بشر را بدوش سازمان ملل متحد انداخته است و سازمان ملل از بدو تشکیل خود مسئولیت‌های فراوانی را بر عهده گرفته است که کشورهای عضو از این سازمان تقاضا دارند که این مسئولیت‌ها با گذشت زمان، با در نظر داشت شرایط روز مطابقت پیدا نماید. دیوان دادگستری بین‌المللی نیز به این نظر است که صلاحیت داخلی کشورها معنای کاملی ندارد و تحت تاثیر تحولات بین‌المللی است. از اینرو موارد فوق



این مفهوم را می‌رساند که شورای امنیت این اختیارات را دارد که مسئولیت و صلاحیت های خویش را محدود و یا برعکس گسترش دهد (همان، صص ۱۰۲-۱۰۱).

سازمان ملل بعد از سال ۱۹۴۵ مواردی چون تبعیض نژادی، مسئله خود مختاری و حق مردم در تعیین سرنوشت شان را در حیطه صلاحیت های خویش قرار داده در حالی که قبلاً این مسئولیت بر دوش ملت ها بود. در این باره سازمان ملل در دو قضیه یکی رودزیای جنوبی که در آن زمان سفید پوستان بدون در توجه به حق تعیین سرنوشت اکثریت سیاه پوستان اعلام استقلال نمود و همچنان تبعیض نژادی آفریقای جنوبی بر علیه نامبیا را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین المللی دانسته و تحریم هایی را علیه آن کشورها اعمال کرد. با وجودی که در آن زمان حقوق بشر امری بود که حاکم بر روابط بین دو کشور و اتباع آنها بود، یعنی یکی از مسائلی بود که جزء امورات داخلی محسوب می شد و کسی نمی توانست در مقابل اقدامات داخلی دولت ها اعتراض و یا دخالت کند. این واقعات در زمان جنگ سرد اتفاق افتاد و شورای امنیت با تصویب قطعنامه ای در چارچوب فصل هفتم، آفریقای جنوبی را تحریم نمود و قانون اساسی این کشور را مغایر با منشور دانست و لازم دید که انتخابات آزاد در این کشور انجام شود. این اقدامات باعث شد تا موارد نقض حقوق بشر از صلاحیت دولت ها خارج گردیده و در حیطه مسئولیت های بین المللی قرار گیرد.

۲-۵. اصل عدم مداخله بعد از جنگ سرد

از جمله مواردی که بعد از سال ۱۹۹۰ تحولات بزرگی را در قسمت سیاست بین المللی بوجود آورد مسئولیت دولت ها در قسمت احترام به حقوق بشر، فرآیند جهانی شدن، فروپاشی کمونیسم است که نتیجه آن فرسایشی بود. شورای امنیت در آن دوران با گسترش مفهوم صلح و امنیت جهانی مسئولیت های حیطه کاری خود را در این که کشورها محدود نمی دید که کشورها را مداخله در امورات دیگران باز دارد و به همین لحاظ این شورا در اولین اجلاس خود در سال ۱۹۹۲ بازداشتن کشورها را از جنگ و منازعات مسلحانه تنها راه حفظ صلح و امنیت نمی دانست بلکه به این باور رسید که کشورها باید به ثبات اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی برسند و در صورتی صلح پایدار خواهد بود که کشورها این مولفه های غیر نظامی را دارا باشند (همان، صص ۱۰۵-۱۰۴).



بعد از آن نقض حقوق بشر به عنوان یکی از مشکلات و دغدغه‌های عمده جامعه جهانی بدل شد و با هماهنگی‌های بیشتر اعضای شورای امنیت در قسمت اتخاذ تصمیمات الزام آور مخصوصاً در قسمت مداخلات بشردوستانه کمک کرد و اقدامات کشورهای تحت مداخلات بشردوستانه روز به روز افزایش یافت تا جایی که منحنی مذکور سیر صعودی به خود گرفت. شورای امنیت بر برتری حاکمیت دولتی تاکید نمود که این عملکرد سازمان بر خلاف گذشته بود. با این حساب دوره حاکمیت مطلق کشورها به پایان رسید و دولت‌هایی که رفتار مجرمانه داشتند دیگر نمی‌توانند در داخل مرزهای خود کاملاً در امان باشند.

۶. رویه بین‌المللی در دفاع مشروع

همان طور که قبلاً هم ذکر شده دولت‌ها از سال ۱۹۴۵ برغم اصل ممنوعیت توسل به زور که یکی از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل است، بارها از زور علیه تهدیدات تروریستی استفاده کرده‌اند و سعی کرده‌اند این اقدام خود را در قالب دفاع مشروع توجیه کنند. ولی این اقدام آنان همواره انتقاداتی را از سوی جامعه بین‌المللی دریافت کرده است از جمله اینکه حق دفاع مشروع یک حق بین‌الدولی است و فقط در میان دولت‌ها محلی از اعراب خواهد داشت و اقدامات تروریستی را نمی‌توان تجاوز مسلحانه تلقی کرد تا در مقابل آن به حق دفاع مشروع متوسل شد. با این وجود رویه دولت‌ها برای مدت‌های طولانی نامشخص بوده و تعداد دولت‌هایی که حق اقدامات ضد تروریستی را ادعا می‌کنند بطور مشخصی افزایش یافته و در همین زمان تمایل دیگر دولت‌ها در محکوم کردن چنین اقداماتی کاهش یافته است.

در مورد ایالات متحده یک توافق کلی در جامعه بین‌المللی وجود داشت که این کشور می‌تواند در مورد حملات یازدهم سپتامبر به دفاع مشروع متوسل شود زیرا این حملات توجیهی در اتخاذ اقدامات قهری علیه گروه القاعده بود (انتونی و مالرب، ۱۳۸۲، ص ۱۷). برغم اینکه بحث‌های اولیه پیرامون شرایط دفاع مشروع فروکش کرده است ولی در طول سال‌های اخیر نگرانی‌های رو به رشدی وجود داشته است که محدودیت‌های دفاع مشروع را تحت پوشش قرار داده است (رفیعی، ۱۳۸۷، ص ۳۷۸). البته اقدامات نظامی علیه تروریست فقط محدود به حملات یازدهم سپتامبر نیست، بلکه در نمونه‌های مختلفی دولت‌ها با استفاده از زور علیه تروریسم واکنش نشان داده‌اند (رفیعی، ۱۳۸۱، ص ۷۶).





با ملاحظه نمونه‌های یادشده‌ی توسل به زور در می‌یابیم که تعداد نمونه‌هایی که دولت‌ها علیه حملات تروریستی به زور متوسل شده‌اند افزایش یافته و واکنش جامعه بین‌المللی نیز در این خصوص متنوع بوده است: از محکوم کردن این عملیات مخصوصاً حمله به سودان گرفته تا تأیید ضمنی آنها.

- در سال ۱۹۹۳ ایالات متحده آمریکا در پاسخ به تلاش برای ترور رئیس‌جمهور بوش یک موشک به سمت عراق پرتاب کرد (Reisman, 1994, p, 120).
- در سال ۱۹۹۸ در پی واکنش به حمله مأمورین سفارت آمریکا در کنیا و تانزانیا، ایالات متحده آمریکا کارخانه‌های داروسازی در سودان را بمباران حمله کرد (لوبل، ۱۹۹۹، ص ۵۳۷). آمریکا برای توجیه این اقدام خود به ماده ۵۱ منشور استناد کرد اما هیچ دلیلی در مورد حملات خود به افغانستان و سودان ارائه نکرد.
- در سال ۲۰۰۰ و همچنین ۲۰۰۶ روسیه نیز علیه تروریسم واکنش نشان داد. به دنبال حملات توسط شورشیان چچنی، روسیه حملات هوایی خود را علیه چچن در گرجستان آغاز کرد و ادعا کرد که گرجستان قادر نیست یک منطقه امنیتی را در مرز روسیه فراهم آورد و قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت را در خصوص مبارزه با تروریسم که همه دولت‌ها موظف و متعهد به اجرای آن هستند و عدم امکان دادن به اسکان به تروریست‌ها یکی از اجزای این تعهدات است را نقض کرده است.
- در مارس ۲۰۰۸ نیروهای مسلح انقلابی کلمبیایی وارد خاک اکوادر شدند در تعقیب شورشیانی که به یک ارگان تروریستی تعلق داشت. اعمالی را انجام داده بود که نقض حاکمیت اکوادر تلقی می‌شد. در این خصوص سازمان کشورهای آمریکائی و سازمان‌های بین‌المللی سکوت اختیار کردند و تنها ایالات متحده حمایت خود را ابراز کرد.

۷. رویه قضایی دیوان دادگستری بین‌المللی

با تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵، حق کشورها در توسل به زور به شدت محدود شد. بند چهارم ماده ۲ منشور ملل متحد، کشورها را از تهدید به زور با استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشور، منع کرده است.

منشور دو استثنا برای ممنوعیت توسل به زور قائل شده است: اول حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی آن گونه که در ماده ۵۱ مقرر شده است؛ دوم توسل به زور که مجوز آن را شورای امنیت براساس فصل هفتم منشور صادر کرده باشد.

برغم این محدودیت‌ها، توسل به زور توسط کشورها از عرصه روابط بین‌الملل رخت بر بسته است. عمده قواعد «حقوق توسل به زور» حداقل به لحاظ نظری مورد توافق گسترده‌ای واقع شده‌اند. بدیهی است بخش‌هایی از حقوق توسل به زور، متنازع فیه باقی مانده باشد. در مثال بارز از این موارد اختلافی، دفاع مشروع بازدارنده» و دفاع مشروع در واکنش به حملات تروریستی است.

تحولات اخیر، از قبیل اهمیت رو به افزایش بازیگران غیر دولتی و توانمندی آنان در انجام عملیات گسترده تروریستی علیه کشورها، قواعد سنتی محدود کننده توسل به زور را با چالشی سخت روبرو کرده است. در این رابطه، عنوان تا حدی غیر دقیق «جنگ با ترور»، به مثابه عامل یا در واقع عذری در خدمت شماری از کشورها قرار گرفته تا در پی کاستن محدودیت‌های حقوقی توسل به زور باشند.

حملات تروریستی یازدهم سپتامبر سال ۲۰۰۱، بعد جدیدی را در گفتمان حقوقی و سیاسی ایجاد کرد. ترس از این که چنین حملاتی در آینده نیز رخ دهند، تأثیر گسترده‌ای بر بسیاری از جنبه‌های قوانین داخلی و زندگی روزمره در کشورها داشت و موجب کاهش شدید آزادی‌های مدنی شد. در همان حال، آشکار شد که توسل به زور علیه تروریست‌ها و کشورهایی که به تروریست‌ها پناه می‌دهند، گزینه‌ای قابل قبول‌تر نزد جامعه بین‌المللی است و حتی منجر به این شد که ایالات متحده آمریکا مدعی وجود حق موسع اقدام نظامی باشد جهت رفع تهدیدات علیه امنیت ملی خود، قبل از آن که چنین تهدیداتی واقعا تحقق یابند. این استراتژی که به دکترین بوش نیز اشتها یافته، نه تنها حق اقدام علیه تهدیدات فوری، بلکه حق اقدام علیه تهدیدات غیر فوری را نیز شامل می‌شود.

در پی پذیرش گسترده بین‌المللی اقدام نظامی اتخاذ شده علیه افغانستان در سال ۲۰۰۱، ایالات متحده آمریکا و بریتانیا در سال ۲۰۰۳ دست به تهاجم نظامی علیه عراق زدند. این دو کشور بر آن بودند که مطلوبیت، ضرورت و قانونی بودن اقدامشان را در چارچوب نظم جهانی و حقوقی پس از یازدهم سپتامبر توجیه کنند. صرف‌نظر از تلاش ایالات متحده آمریکا در راستای توسعه حق دفاع مشروع، هر دو کشور ادعا می‌کردند که



«عملیات آزاد سازی عراق» در چارچوب حقوق توسل به زور از قبل موجود صورت گرفته و ترکیبی از قطعنامه‌های پیشین شورای امنیت، آن را مجاز ساخته است. برخلاف اقدام نظامی علیه افغانستان که با پذیرش گسترده مواجه شد، توسل به زور علیه عراق مخالفت گسترده‌ای را برانگیخت. به گفته مائو گوتو: «حمایت بین‌المللی از ایالات متحده آمریکا و گفتمان جدید توسل به زور علیه تروریسم بین‌المللی، که حاصل رویداد یازدهم سپتامبر و حمله نیروهای ائتلاف به رژیم طالبان و القاعده بود، با تهاجم به عراق از دست رفت» (ممتاز، ۱۳۷۵، ص ۴). نویسنده دیگری، سطح اعتراضات مردمی بین‌المللی علیه عملیات آزادسازی عراق را هم گسترده و هم بدون سابقه می‌داند (میرمحمدی، ۱۳۸۹، ص ۱۵).

در چنین فضایی و در حالی که بحث‌ها در مورد قانونی یا غیر قانونی بودن حمله مسلحانه به افغانستان و عراق نزد افکار عمومی جهانی و محافل دانشگاهی ادامه داشت، دیوان بین‌المللی دادگستری فرصت یافت تا طی دو رأی توافقی و یک نظریه مشورتی، مواضع و دیدگاه‌های خود را در خصوص حقوق توسل به زور تبیین کند و بدین طریق، رویه قضایی و ادبیات حقوقی ذیربط را به نحو قابل توجهی توسعه دهد.

۸. رویه شورای امنیت در مقام مداخله بشردوستانه

با تحولات حقوق بین‌الملل مداخله یک جانبه یک یا چند دولت با انگیزه حفظ و حمایت از جان و حقوق اساسی و بنیادین افراد نه تنها دیگر امری مشروع تلقی نمی‌گردد بلکه تلاش انفرادی دولت‌ها حتی قدرتمندترین آنها در مقابل تهدیدات امروزی به نتیجه نخواهد رسید.

بنابراین، مداخله بشردوستانه در مفهوم امروزی مداخله قهرآمیزی است که عموماً از طریق عملیات نظامی توسط شورای امنیت، در جهت حمایت از بشریت صورت می‌گیرد. شایان ذکر است اقدام به مداخله بشردوستانه اگرچه در جهت حمایت از بشریت است اما بیشتر از جنبه بین‌المللی بودن آن مدنظر شورا قرار گرفته است تا جنبه بشری آن.

باید گفت که امروزه نیاز به امنیت جمعی که به عنوان «آزادی بیشتر» مورد توجه قرار گرفته است، از جنبه بشری بودن آن حائز اهمیت گردیده است؛ زیرا همکاری جهانی میان دولت‌ها نه تنها سبب پیشرفت‌های داخلی است، بلکه به دلیل حمایت از بشریت



در مقیاسی وسیع نفع همه‌ی کشورها را به دنبال دارد. در واقع شکل‌گیری این همکاری به طور پایدار موجب برخورداری مردم جهان از حقوق حقه‌شان مانند امنیت، توسعه و عدالت می‌شود (A/59, 2005, paras 18,19,20).



اصل منع توسل به زور و وضعیت کاربرد زور
از منظر حقوق بین‌الملل



نتیجه گیری

بعد از سال ۱۹۴۵ یعنی ایجاد سازمان ملل متحد و تصویب ماده ۵۱ منشور ملل، کشورهای عضو توسل به زور را نقض حقوق بین الملل تلقی کردند و تنها دفاع مشروع در برابر حملات مسلحانه را مشروعیت دادند. با این حال بعد از سال ۱۹۴۵ تا اکنون بارها کشورهای قدرتمند دست به حملات مسلحانه و بمباران های هوایی زدند و هزاران انسان را به خاک و خون کشیدند و این عمل خود را در سازمان ملل به بهانه دفاع مشروع توجیه کردند. برای مثال می توان به حملاتی مانند اینها اشاره کرد: حملات راکتی کوبا، جنگ شش روزه اسرائیل علیه اعراب، حمله به راکتورهای اتمی عراق، حملات ائتلاف آمریکایی به مواضع دولت سوریه و می توان به قضیه سکوهای نفتی ایران اشاره کرد که توسط آمریکا به عنوان دفاع مشروع نابود گردیدند. موضوع دیوار امنیتی اسرائیل در فلسطین اشغالی و همچنان فعالیت های مسلحانه در سرزمین کنگو توسط اوگاندا که آنها اقدامات شان را اعمال حق دفاع مشروع می دانستند و استدلال می کردند که این دفاع مشروع علیه حمایت کنگو از فعالیت های نیروهای متحد دموکراتیک است نیز اشاره کرد. اما همه این حملات با بررسی شورای امنیت و تصمیم گیری سازمان ملل، عدم مشروعیت شان ثابت شد و هر کدام به نحوی از انحاء رد گردید و دولت های خاطی محکوم گردیدند. حتی حملات یازدهم سپتامبر به مرکز تجارت جهانی نیز که از سوی تروریست های القاعده انجام گرفت، آمریکا پس از گفتگوهای زیاد به خاک افغانستان حمله کرد و بیشتر نقاط افغانستان را مورد بمباران هوایی قرار داد که این عمل نیز از سوی بیشتر کشورها و نهادهای قضایی نکوهش گردید و بیان داشتند که دفاع مشروع به این معنی نیست که یک کشور بعد از حمله ای که متوجه اش بوده به قصد انتقام جویی حملات مسلحانه انجام دهد. لذا به این نتیجه می رسیم که توسل به زور در حقوق بین الملل به صورت اکید ممنوع بوده و هیچ کشوری اجازه مداخله به امور کشور دیگری را ندارد مگر با اجازه کشور مذکور و مشورت سازمان ملل و هیچ کشور و یا نهادی حق انجام حملات مسلحانه به خاک و مواضع کشور دیگری را ندارد مگر اینکه در واقعیت دفاع مشروع بوده باشد نه اینکه زیرنام این ماده بخواهند به اهداف شوم و خواسته های خود برسند.



منابع و مأخذ

۱. ارفعی، عالییه و دیگران (۱۳۷۲)، حقوق بشر از دیدگاه مجامع بین المللی، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی
۲. افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۷۵)، حاکمیت دولت‌ها و محدودیت منشور ملل متحد، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۱۸
۳. ایوانز، گراهام؛ جفری، نونام (۱۳۸۱)، فرهنگ روابط بین الملل، ترجمه: حمیرا مشیرزاده و حسین شریفی، تهران: نشر میزان
۴. آنتونی، راجرز؛ مالرب، پل (۱۳۸۲)، قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه، ترجمه: کمیته ملی حقوق بشردوستانه، تهران: انتشارات امیر کبیر
۵. حیدری، حمید (۱۳۷۶)، توسل به زور در روابط بین الملل از دیدگاه حقوق بین الملل عمومی و فقه شیعه، تهران: انتشارات اطلاعات
۶. دوئرتی، جیمز؛ فالتزگراف، رابرت (۱۳۷۶)، نظریه های متعارض در روابط بین الملل، ترجمه: وحید بزرگی و علیرضا طیب، تهران، قومس
۷. دیهیم، علی رضا (۱۳۸۰)، در آمدی بر حقوق بین الملل کیفری، تهران: وزارت خارجه
۸. ذوالعین، پرویز (۱۳۷۷)، مبانی حقوق بین الملل عمومی، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، وزارت امور خارجه، تهران، انتشارات ب
۹. رستمی نژاد، امید (۱۳۹۳)، بررسی نقش مکاتب فلسفی حقوق بین الملل در شکل گیری قواعد آمره بین المللی با تاکید بر اصل منع توسل به زور، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه حقوق و علوم سیاسی
۱۰. رفیعی، سید کمال (۱۳۸۱)، «حادثه ۱۱ سپتامبر، جنگ علیه تروریسم و حاکمیت و امنیت دولت ها»، مجله سیاست دفاعی، سال دهم و یازدهم، شماره ۱۸ و ۳۹
۱۱. رفیعی، سید کمال (۱۳۸۷)، موازین بین المللی سلاح های متعارف، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۱۲. روسو، شارل (۱۳۴۷)، حقوق بین الملل عمومی، ترجمه: محمد علی حکم، ج اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
۱۳. زند، فریدون (۱۳۷۷)، ایران و جامعه ملل، تهران: شیرازه
۱۴. سجاد پور، سید محمد کاظم؛ ظریف، محمد جواد (۱۳۸۸)، دیپلماسی چند جانبه: نظریه و عملکرد سازمان های منطقه ای و بین المللی، ج ۲، تهران: وزارت امور خارجه
۱۵. سیاه رستمی، هاجر (۱۳۸۶)، حقوق بین الملل بشردوستانه: پاسخ به سوالات شما، تهران: امیر کبیر
۱۶. صادقی، دیدخت (۱۳۹۰)، تحول در مفهوم اصل عدم مداخله در حقوق بین الملل، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم سیاسی و روابط بین الملل، تهران

۱۷. صفدری، محمد (۱۳۴۲)، حقوق بین الملل عمومی، ج اول، تهران: انتشارات ابوریحان
۱۸. ضیایی، سید یاسر و طباحی ممقانی، جواد (۱۳۹۲)، توهین در رسانه از منظر حقوق بین الملل و حقوق ایران، پژوهش های حقوق تطبیقی، ۱۷، شماره ۳
۱۹. ضیایی بیگدلی، محمد رضا (۱۳۸۹)، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و چهارم، تهران، نشر گنج دانش
۲۰. ضیایی بیگدلی، محمد رضا (۱۳۹۷)، حقوق جنگ: حقوق بین الملل مخصصات مسلحانه، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ ششم، تهران
۲۱. غالی، بوتروس (۱۹۹۲)، دستور کار صلح، ملل متحد، اسناد سازمان ملل
170, p. 24111.S/277/47U.N. Doc. A/
۲۲. قاسمی، غلامعلی و ملکی، مسلم (۱۳۹۵)، جایگاه حقوقی تبلیغ توسل به زور علیه دولت ها با تاکید بر رهیافت اسلامی، فصلنامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، شماره دوم، تابستان،
۲۳. کاظم و معتمد نژاد، رویا (۱۳۸۷)، حقوق ارتباطات، ج ۱، تهران، دفتر مطالعات رسانه
۲۴. لوبل، ژول (۱۹۹۹)، «استفاده از نیرو برای پاسخ به حمله تروریستی: بمب گذاری در سودان و افغانستان»
۲۵. مسائلی، محمود؛ ارفعی، عالیه (۱۳۷۱)، جنگ و صلح از دیدگاه حقوق و روابط بین الملل، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی
۲۶. ممتاز، جمشید (۱۳۷۵)، حقوق بین الملل سلاح های کشتار جمعی، تهران: نشر دادگستر
۲۷. میر محمدی عزیزی، سید مصطفی (۱۳۸۹)، اسلام و حقوق بین الملل، تهران: تقریرات درسی دانشگاه علامه طباطبائی
۲۸. میرزایی ینگجه، سعید (۱۳۷۳)، نظام امنیت دسته جمعی در میدان آزمایش، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۸۶ - ۸۵

29. A/59 (2005), In Larger Freedom: toward Development, Security and Human Rights for All, Report of Security General, paras 18,19,20

30. Reisman, W.Michael (1994), «The Raid on Baghdad: Some Reflection on Its lawfulness and Implication», European Journal of International law. 5 (1).



شیوه‌های حمایت دیپلماتیک از منظر حقوق بین‌الملل

شکریه حسینی^۱

تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۱۰/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۹/۱۲

چکیده

حمایت دیپلماتیک عبارت از کلیه اقدامات دیپلماتیک یک کشور نزد کشور دیگر برای احقاق حق اتباع خود و حمایت از آنان است که در قلمرو کشور خارجی مورد تعدی و تجاوز اعم از مالی و جانی قرار گرفته‌اند و ضرر و زیان مادی یا معنوی به آنان وارد آمده است. در این حالت ادعای شخصی، به ادعای کشوری تبدیل می‌شود و حمایت دیپلماتیک به نوعی به لوح‌گردان شبیه است که رسیدگی قضایی را از سطح داخلی به سطح بین‌المللی می‌رساند و رابطه اولیه فرد متضرر و کشور مسئول را به رابطه کشور متبوع متقاضی و کشور مسئول مبدل می‌سازد.

تحقیق حاضر بصورت توصیفی تحلیلی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای و باهدف بررسی شیوه‌های حمایت دیپلماتیک از منظر حقوق بین‌الملل ترتیب گردید که در نهایت نتایج ذیل حاصل شد: یک جمع‌بندی کلی از آراء مورد بررسی می‌توان به این نتیجه رسید که همگام با ارتقاء جایگاه فرد در روابط بین‌الملل و خارج شدن مسأله حقوق بشر از صلاحیت انحصاری حاکمیت دولت‌ها، دیوان نیز به عنوان رکن قضایی جامعه بین‌المللی، نقش سازنده‌ای در راستای تحول مفهوم حمایت دیپلماتیک در جهت ارتقاء جایگاه حقوق بشر داشته است، به طوری که حمایت دیپلماتیک از یک راهکار قضایی صرف که در موارد معینی قابل اجراست، خارج شده و قابلیت این را دارد که به سازوکاری جهت حمایت از حقوق بشر تبدیل گردد. **کلیدواژه‌ها:** شیوه، حمایت دیپلماتیک، حقوق بین‌الملل، اشخاص حقیقی و حکمی، تابعیت و اقامه دعوا.

^۱ دانش‌آموخته مقطع ماستری حقوق بین‌الملل دانشگاه خاتم‌النبیین (ص)

تحول در حقوق بین‌الملل موجب شده است که دولت‌ها برای حمایت از تابعان خود اقدامات معین را در چارچوب حقوق بین‌الملل انجام دهند. شیوه‌های و مکانیسم این حمایت از اهمیت زیاد برخوردار است. چون شیوه‌های حمایت هر مقدار متنوع باشد، دست دولت را برای حمایت از اتباع خود باز می‌گذارد. از این رو، ماهیت شیوه‌ها، انواع و شرایط به کارگیری شیوه‌های حمایت سیاسی و دیپلماتیک مسایل مهم است که باید روی آن کار کرد و از نظر حقوق بین‌الملل مسایل یادشده را مشخص ساخت. با عنایت به عدم دسترسی افراد به نهادهای بین‌المللی، ناتوانی مالی، عدم آشنایی با مکانیزم‌های بین‌المللی و توانایی دولت در زمینه‌های یادشده، حمایت سیاسی و دیپلماتیک دولت‌ها از آنان (اشخاص حقیقی و حکمی) از اهمیت زیاد برخوردار است. به خصوص که حمایت دیپلماتیک با تحول جدید که بسیار از کشورهای از افراد می‌توانند حمایت کنند، گرچه رابطه سیاسی تابعیت موجود نباشد. تاریخچه این نوع حمایت به صورت غیر منسجم همزاد دولت به مفهوم غیر مدرن است، گرچه به صورت منسجم عمری زیاد ندارد.

با عنایت به مسایل یادشده در این نوشتار در صدد هستیم که شیوه‌های حمایت سیاسی و دیپلماتیک دولت را در عرصه جهانی و روابط بین‌الملل نسبت به افراد، اعم از حقیقی و حکمی مورد بحث و ارزیابی قرار دهیم و با توجه عنوان و مسایل اصلی که بیان کردیم به پرسش‌های معین پاسخ دهیم. در قسمت معنای حمایت دیپلماتیک باید گفت اکثریت دعاوی مربوط به مسئولیت بین‌المللی، ناشی از ضرر و زیانهای است که به اتباع خارجی در قلمرو خارج از کشور شان، وارد می‌گردد و از آنجا که مسئولیت بین‌المللی یک نوع رابطه حقوقی‌ای است که تنها بین اشخاص حقوق بین‌الملل ایجاد می‌گردد، فرد متضرر نمی‌تواند به طور مستقیم دعاوی مسئولیت بین‌المللی را مطرح نماید بلکه بر او لازم است که این دعوا را از طریق دولت خود اقامه نماید. یعنی دولت متبوع او حق را مطالبه کند و این مطالبه مبتنی بر اصل حمایت دیپلماتیک کشورها از اتباع شان در خارج از کشور می‌باشد. (خالوزاده، ۱۳۹۵، ص ۴۴) بنا بر این حمایت دیپلماتیک عبارت است از: «کلیه اقدامات دیپلماتیک یک کشور نزد کشور دیگر برای احقاق حق اتباع خود و حمایت از آنان در قلمرو کشور خارجی مورد تعدی و تجاوز - اعم از مالی و جانی - قرار گرفته‌اند و ضرر و زیان مادی یا معنوی به آنان وارد آمده است. در این حالت ادعای



شخصی به ادعای کشوری تبدیل می‌گردد و حمایت دیپلماتیک رسیدگی قضایی را از سطح داخلی به سطح بین‌المللی می‌رساند و رابطه اولیه فرد متضرر و کشور مسئول را به رابطه کشور متبوع متقاضی و کشور مسئول مبدل می‌سازد». (همان، ص ۴۵)

مسایل اصلی این تحقیق را شیوه‌های حمایت دیپلماتیک تشکیل می‌دهد. این شیوه‌ها چیست و چگونه به کار گرفته می‌شوند، باید در این پژوهش حلاجی، تجزیه و تحلیل گردد. از این رو، با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی به مسایل یادشده خواهیم پرداخت.

۱. اقامه دعوا نزد مراجع حقوقی، داوری و قضایی

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و جانشین آن دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد متعددی با مسأله حمایت دیپلماتیک روبرو شده‌اند و بسیاری از ابهام‌های موجود در این نهاد حقوق بین‌الملل را در فرصت‌های پیش آمده، روشن و شفاف ساخته‌اند. (مدنی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۸)

از جمله این دعاوی می‌توان به قضیه آمبائیلوس (اختلاف بین انگلیس و یونان، ۱۹۱۹)، آراء مشورتی در قضایای فرامین تابعیت در تونس و مراکش (اختلاف بین فرانسه و انگلیس، ۱۹۲۳)، قضیه ماوروماتیس (اختلاف بین یونان و انگلیس، ۱۹۲۷)، قضیه کارخانه کورزو (اختلاف بین آلمان و لهستان، ۱۹۲۹)، قضیه فسفات مغرب (اختلاف ایتالیا و فرانسه، ۱۹۳۸)، قضیه شرکت برق صوفیا (اختلاف بین بلژیک و بلغارستان، ۱۹۳۹)، قضیه نفت ایران و انگلیس (اختلاف بین ایران و انگلیس، ۱۹۵۲)، قضیه اینترهندل (اختلاف بین سوئیس و ایالات متحده آمریکا، ۱۹۵۲)، نوته بوم (اختلاف بین گواتمالا و امیر نشین لیختنشتاین، ۱۹۵۵)، قضیه بارسلونا تراکشن (اختلاف بین اسپانیا و بلژیک، ۱۹۷۰)، قضیه دیالو (اختلاف بین گینه و کنگو، ۲۰۰۷)، و همچنین قضایای لاگرانژ (۱۹۹۹) و آونا (۲۰۰۳) (که از مجرای نقض ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ حقوق کنسولی تلاش شده بود تا از اتباع حمایت شود) و همچنین نظریه مشورتی در مورد جبران خسارت‌های وارده به سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۹ اشاره کرد. با عنایت به اینکه بررسی کلیه آراء مذکور از توان تحقیق حاضر خارج است، صرفاً آراء شاخص صادره در خصوص حمایت دیپلماتیک مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت. لذا ابتدا رأی صادره در قضیه بارسلونا تراکشن که مبین رویکرد سنتی نسبت به نهاد حمایت

دیپلماتیک است، به نحو اختصار مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس آراء صادره در قضایای لاگرانژ و آونا که مبین رویکرد جدید در راستای حمایت از حقوق بشر است، به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت. (مدنی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۹)

در سال ۱۹۵۸، بلژیک دادخواستی علیه اسپانیا به دیوان بین‌المللی دادگستری تسلیم کرد. به موجب این دادخواست بلژیک مدعی بود که در نتیجه اقدام‌ها و مقدمه‌چینی‌های مقام‌های دولتی اسپانیا، شرکت کانادایی بارسلونا تراکشن که قراردادهای بزرگی برای تامین برق و نیرو در استان کاتالونیا امضاء و بخش مهمی از کار را نیز انجام داده است، به طور غیر قانونی از طرف دادگاه ورشکسته اعلام شده است. از نظر بلژیک اعلام ورشکستگی و اقدام‌های دیگری که علیه شرکت بارسلونا صورت گرفت باعث شد که به سهامداران بلژیکی این شرکت که ۸۸ درصد سهام را در اختیار داشتند، خسارات شدیدی وارد گردد. لذا دولت اسپانیا که مسئول این اقدام نامشروع مامورین خود است، باید این خسارات را جبران کند. (مدنی، ۱۳۸۴، ص ۲۵۰)

دادخواست بلژیک دارای دو ویژگی مهم است: نخست اینکه کانادا دولت متبوع شرکت بارسلونا تراکشن، در دادخواست بلژیک به عنوان خواهان، حضور نداشت و، دوم اینکه دولت بلژیک در دادخواست خود فقط جبران خسارت سهامداران بلژیکی شرکت بارسلونا تراکشن را مطالبه می‌کرد. بنابراین دیوان باید به این پرسش پاسخ می‌داد که: آیا بلژیک می‌تواند به منظور جبران خسارت سهامداران بلژیکی یک شرکت کانادایی مبادرت به حمایت سیاسی نماید؟ دوم اینکه اگر پاسخ به این پرسش مثبت باشد، دیوان باید حدود این خسارات را تعیین و اسپانیا را موظف به جبران کند. رأی دیوان در این پرونده از آراء برجسته قضایی در زمینه حقوق بین‌الملل است که زوایای تاریک قواعد حقوق بین‌الملل به ویژه حمایت دیپلماتیک را روشن کرد. دیوان در مقدمه رأی این استدلال را مطرح می‌کند که بدو به طور منطقی باید دید آیا بلژیک حق توسل به حمایت سیاسی از سهامداران بلژیکی یک شرکت کانادایی را دارد؟ زیرا اقدام‌های دولت اسپانیا نه علیه سهامداران، بلکه بر ضد شرکت بارسلونا تراکشن بوده است. دیوان در بررسی حق بلژیک، اشاره به تکالیفی می‌کند که هر کشور میزبان نسبت به اتباع بیگانه یا سرمایه‌های خارجی بر عهده دارد و در این زمینه اعلام می‌دارد هنگامی که یک کشور، سرمایه یا اتباع کشورهای خارجی را در سرزمین خود می‌پذیرد، باید در اجرای تعهدات بین‌المللی



حمایت های قانونی از آنها به عمل آورد؛ البته این تعهدات بدون قید و شرط نیستند.
(رابرت، ۱۳۷۴، ص ۲۰۲)

در ادامه دیوان یکی از مهم ترین موضوعات در قلمرو انواع تکالیف و تعهدات بین المللی را روشن ساخته و می گوید تعهدات بین المللی دولت ها بر دو دسته هستند:

(۱) تعهدات در برابر جامعه بین المللی^۱

(۲) تعهدات در برابر یک کشور خاص^۲

در تعهدات دسته اول، چون هدف و منظور از تعهد، حفظ و رعایت منافع جامعه بین المللی است، بنا بر این همه کشورهای جهان بدون تفکیک و تمایز، در رعایت و احترام به آنها ذینفع محسوب می گردند، مانند ممنوعیت توسل به زور یا خرید و فروش برده و نظایر آنها. ولی تعهدات دسته ی دوم مانند تعهداتی که دولت ها در قالب حمایت دیپلماتیک بر عهده دارند، ماهیتاً چنین خصوصیتی ندارند و نمی توان گفت همه دولت ها در رعایت آنها ذینفع اند. برای نمونه، هیچ دولتی حق ندارد در قالب حقوق بین الملل و سازکار مسئولیت بین المللی از دولت دیگری مطالبه خسارت کند، مگر آنکه ثابت کند برای ارائه چنین تقاضایی ذینفع و واجد صلاحیت است، زیرا توسل به حمایت دیپلماتیک منوط به رعایت ترتیباتی ویژه است. با توجه به مراتب بالا باید دید آیا خساراتی که به سهامداران بلژیکی شرکت بارسلونا تراکشن وارد شده ناشی از تعهداتی بوده است که دولت بلژیک در رعایت آنها به طور مستقیم ذینفع بوده است؟ دیوان برای رسیدن به نتیجه نهایی، به مسأله حمایت دیپلماتیک سهامداران در شرکت های خارجی اشاره و این پرسش مقدر را طرح می کند که اگر یک شرکت خارجی در نتیجه اقدام ها و تصمیم های غیرقانونی دولت میزبان، دچار خسارت شود، آیا سهامداران حق دارند مستقل و جدا از شرکت، به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خود متوسل گردند؟ جواب دیوان به این پرسش منفی است. به نظر دیوان با وجود اینکه شخصیت شرکت از شخصیت سهامداران جدا است و در عمل نیز ضرر و زیان دامنگیر سهامداران می شود، با این وجود نمی توان برای آنها حق اقدام قضایی مستقل از شرکت قائل شد. به دیگر سخن، در زمینه های

¹ - Erga Omnes

² - Si Omnes

اقتصادی و بازرگانی، شرکت و سهامداران را باید یک واحد منسجم و غیرقابل تجزیه تلقی کرد. دیوان در پایان به این نتیجه رسید که شرکت بارسلونا تراکشن و سهامداران آن، حق ندارند جداگانه اقدام کنند، زیرا منافع شرکت به عنوان شخص حقوقی و سهامدار آن طوری به هم آمیخته است که اقدام های قضایی باید از طرف و به نام شخص حقوقی انجام پذیرد. (گزارش حقوق بین الملل، ۲۰۰۰، ص ۲۵)

دیوان سپس به این می پردازد که آیا کانادا به عنوان کشور متبوع بارسلونا تراکشن، صلاحیت حمایت دیپلماتیک از این شرکت را دارد؟ دیوان معتقد است وقتی به منظور حمایت دیپلماتیک، علقه بین یک شرکت و کشور متبوع آن بررسی می شود، معمولاً حقوق بین الملل، ضابطه بررسی را بر اساس قواعد مربوط به تابعیت اشخاص حقوقی در کشور متبوع قرار داده، در نتیجه حق حمایت سیاسی را نیز به دولتی می دهد که شرکت به موجب قوانین آن ثبت شده است و اقامتگاه دارد. این اصل بارها مورد تأیید رویه قضایی بین المللی قرار گرفته است. در این مورد، برای دیوان تردیدی وجود نداشت که بارسلونا تراکشن در کانادا تشکیل شده است و اقامتگاه آن نیز در همان کشور است. سوابق پرونده نیز نشان می دهد که ایجاد این شرکت و تعیین اهداف آن نیز بر پایه قوانین کانادا بوده است. بنابراین کانادا را باید کشور متبوع بارسلونا تراکشن تلقی کرد. به همین دلیل این کشور مقدمتاً اقداماتی برای حمایت شرکت متبوع خود انجام داد، ولی بعداً به دلایلی از تعقیب اقدام حمایتی خود صرف نظر کرد. انصراف کانادا را نمی توان دلیل از بین رفتن حق آن دولت در حمایت از بارسلونا تراکشن دانست. این کشور حق دارد در هر موقع و شرایطی، اقدامات حمایتی خود را دوباره آغاز کند. (همان، ص ۲۹)

«زیرا هر دولت آزادی کامل دارد که حمایت دیپلماتیک خود را نسبت به اتباعش اعم از حقیقی و حقوقی اعمال نماید و یا اینکه از حق خود صرف نظر کند» این انصراف را نباید دلیل از بین رفتن این حق تلقی کرد. گفته شده است که چون بین کانادا، دولت متبوع شرکت بارسلونا تراکشن و دولت اسپانیا تعهد متقابل قبول صلاحیت اجباری دیوان بین المللی دادگستری به موجب بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه وجود نداشته است، کانادا از مراجعه به دیوان خودداری کرد. دیوان این استدلال را نمی پذیرد، زیرا توسل به قضاوت یک دادگاه بین المللی تنها وسیله برای احقاق حقوق است، حال اگر کانادا به این وسیله دسترسی نداشته است، این موضوع به حق آن کشور بر حمایت دیپلماتیک لطمه نمی زند. با توجه به



مراتب پیش گفته چنانچه در نتیجه اقدام های متخلفانه یک دولت، به حقوق قانونی یک شرکت خارجی لطمه وارد شده باشد، بنابر اصول حقوقی فقط دولت متبوع شرکت حق طرح دعوی و تقاضای جبران خسارت دارد و در آنچه مربوط به حق حمایت دیپلماتیک سهامداران خارجی یک شرکت می شود، به نظر دیوان در شرایط کنونی حقوق بین الملل، این حمایت سیاسی در صورتی امکان پذیر است که بین سرمایه گذار و کشور میزبان در این مورد ترتیبات قراردادی ویژه ای پیش بینی شده باشد و رویه نیز نشان می دهد که کشورها بیش از پیش به این موضوع توجه داشته، در قراردادهای ویژه ای این حق را برای خود محفوظ می دارند. دیوان معتقد است که قبول وجود حق حمایت دیپلماتیک برای سهامداران یک شرکت خارجی بدون قید و شرط، منجر به ایجاد ناامنی در روابط اقتصادی بین المللی می شود، افزون بر این، در شرایط کنونی روابط اقتصادی جهانی، سهام بی نام شرکت ها معمولاً دست به دست گشته، در کشورهای گوناگون پراکنده می باشند. دیوان این گونه نتیجه گیری می کند که وضع بارسلونا تراکشن به نحوی نبوده است که نتواند به حمایت دیپلماتیک کشور متبوع خود، یعنی کانادا متوسل شود و هیچ مانع قانونی برای حمایت شرکت توسط کانادا وجود نداشته است. همچنین دیوان نمی تواند این نظر را قبول کند که انصاف و عدالت ایجاب می کرده است، بلژیک به حمایت دیپلماتیک بارسلونا تراکشن و سهامداران آن اقدام کند. دیوان به دلایل مهمی که بلژیک در اثبات ورود خسارات به سهامداران بلژیکی شرکت بارسلونا در نتیجه اقدام های مقام های اداری اسپانیا ارائه کرد، کاملاً توجه داشته است، با این وجود، اعتقاد دارد که شرط بنیادی برای اقدام قضایی در مقابل این دادگاه، وجود مبنای صلاحیت برای دولت مدعی جهت طرح دعوی می باشد و نظر به اینکه چنین صلاحیتی برای بلژیک به اثبات نرسیده است، دیوان از رسیدگی به جنبه های حقوقی اختلاف معذور است. در نتیجه دیوان با ۱۰ رأی موافق در مقابل یک رأی مخالف، دادخواست بلژیک را رد کرد. (قضیه بارسلونا تراکشن، ۱۹۷۰، ص ۱۳۴)

برخی از قضات دیوان حق دولت متبوع سهامداران برای اعمال حمایت دیپلماتیک را مورد تأکید قرار دادند. قاضی تاناکا معتقد بود حقوق بین الملل عرفی، حمایت از سهامداران توسط دولت متبوع را زمانی که دولت متبوع شرکت در رابطه با آن شرکت دارای حق اعمال حمایت دیپلماتیک باشد ممنوع نکرده است. همچنین اضافه می کند که درست است هیچ قاعده ای در حقوق بین الملل وجود ندارد که هر دو نوع حمایت

دیپلماتیک را نسبت به شرکت و سهامدارانش مجاز بداند، اما هیچ قاعده‌ای نیز وجود ندارد که این حمایت دوگانه را منع کند. (همان، ص ۱۳۱)

هرچند قضات دیگر همچون فیتز موریس و جساب و گراس تا حد قاضی تاناکا پیش نرفتند، اما با فلسفه و استدلال اکثریت حکم موافق نبودند و بیان داشتند که در شرایط خاص به ویژه زمانی که دولت متبوع شرکت، دولت خطاکار است، دولت متبوع سهامداران حق اعمال حمایت دیپلماتیک را دارد. قاضی گراس که دیوان را متهم به چشم پوشی بر واقعیت های سرمایه گذاری جدید کرد، بر این نظر بود که بنیان یک قاعده حقوق بی ناملل اقتصادی باید بر پایه واقعیت های اقتصادی باشد. دولتی که اقتصاد ملی آن به شدت آسیب دیده باید این حق را داشته باشد که اقدام حقوقی انجام دهد. لذا منتقدان دیوان بر این باورند که رأی بارسلونا تراکشن استنادردی غیر کاربردی ایجاد کرده است. (موریس، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴)

با این همه، در بررسی گزارش گر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل در مورد حمایت دیپلماتیک از شرکت ها و سهامداران، بر استقبال گسترده دولت ها از رأی بارسلونا تراکشن تأکید شده است و مواد پیشنهادی در این طرح نیز بر همان مبنا بیان شده است. یعنی دولتی که شرکت در آن فعالیت می کند یا دولت متبوع شرکت، حق اعمال حمایت دیپلماتیک دارند و دولت متبوع سهامداران در حالتی استثنایی می تواند اعمال حمایت کند و این زمانی است که شرکت منحل شود و یا شرکت تابعیت کشوری را داشته باشد که مسئول ایراد خسارت به شرکت است. (کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۸۵، ص ۳۱) آنچه از زمان صدور رأی دیوان دچار دگرگونی شده، صلاحیت انحصاری دولت در حمایت دیپلماتیک است. دیوان بر اساس آموزه سنتی بر صلاحیت و اختیار انحصاری دولت متبوع در اعمال حمایت دیپلماتیک از یک تبعه (حقیقی یا حقوقی) تأکید داشته است که امروزه در فرآیند جهانی شدن قواعد حقوق بشر این صلاحیت انحصاری نیز تا حدودی تعدیل شده است. بنابراین با ملاحظه این رأی مشخص می گردد که دیوان بین المللی دادگستری، اصل حمایت دیپلماتیک را حق انحصاری دولت ها دانسته است و همچنین در پی شفاف کردن مفاهیم و مبانی حمایت دیپلماتیک از جمله مباحث تابعیت مؤثر و واقعی، طی مراحل داخلی جبران خسارت و بحث اعمال حمایت دیپلماتیک از



شرکت‌ها بوده است. در بررسی آراء دیگر دیوان، تحول نهاد حمایت دیپلماتیک در جهت حمایت از حقوق بشر مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. (همان، ص ۳۲)

اقامه دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری

در پرونده بارسلونا تراکشن دیوان در مقام بیان عرف مسلم حقوق بین‌الملل بر این عقیده بود که حمایت دیپلماتیک در انحصار دولت‌ها است و حمایت دیپلماتیک یکی از اعمال حاکمیتی دولت متبوع قربانی قلمداد می‌شود. اگر مسأله مطرح شده نفعی برای دولت داشته باشد، دولت از تبعه اش حمایت می‌کند. بدین معنا که دولت، ملزم به حمایت نیست. اما با ارتقاء جایگاه حقوق بشر در سلسله مراتب حقوق بین‌الملل می‌توان گفت این روند تا حدودی تغییر کرده است و حمایت دیپلماتیک در مقام یک حق بشری نیز قرار گرفته است. از رو، «برادران لاگرانژ» فضا می‌توان به آراء صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در دو پرونده اشاره کرد. پرسش آنست که با عنایت به تحولات اخیر در رویه «آونا و سایر اتباع مکزیکی» قضایی، آیا حمایت دیپلماتیک حق انحصاری دولت است یا اینکه حق بشری نیز محسوب می‌شود و دولت وظیفه دارد از تبعه زیان دیده حمایت دیپلماتیک کند.» (موریس، پیشین، ص ۱۹۴)

در ادامه دوقضیه مورد ارزیابی قرار گرفته است که مسأله را به صورت عینی توضیح می‌دهد. کارل و والتر لاگرانژ، اتباع آلمان در سال ۱۹۶۷ به همراه مادر خود به آمریکا مهاجرت کردند و تابعیت آلمانی خود را حفظ کردند و هیچ وقت در صدد کسب تابعیت آمریکا نبودند. در ۷ ژوئن ۱۹۸۲ پلیس آمریکا، برادران لاگرانژ را به اتهام سرقت مسلحانه از بانکی در آریزونا بازداشت کرد، که در جریان عملیات یک نفر کشته و یک نفر هم زخمی شد. دادگاه عالی آریزونا در ۱۷ فوریه ۱۹۸۴ آنها را محکوم به اعدام کرد. بر اساس کنوانسیون وین ۱۹۶۳ در خصوص روابط کنسولی (ماده ۳۶) دولت آمریکا به عنوان عضو معاهده مکلف بود بدون تأخیر مراتب را به کنسولگری آلمان اطلاع دهد و افراد بازداشت‌شده را نیز از حق بهره‌مندی از حمایت کنسولی آگاه نماید. (قضیه لاگرانژ، پیشین، ص ۱۷)

این در حالی است که دولت آمریکا هیچ یک از دو تعهد مزبور را انجام نداد. در ۱۹ ژانویه ۱۹۹۹ دادگاه عالی آریزونا تاریخ اعدام کارل لاگرانژ و والتر لاگرانژ را به ترتیب ۲۴ فوریه و ۳ مارس ۱۹۹۹ اعلام کرد. برغم تلاش‌های فراوان مقامات سیاسی و قضایی آلمان در ژانویه و اوایل فوریه برای جلوگیری از اعدام کارل لاگرانژ، از جمله ارسال نامه



از سوی وزیر امور خارجه و وزیر دادگستری آلمان به همتایان خود و به فرماندار آریزونا و مکاتبه صدراعظم و رئیس جمهور آلمان با رئیس جمهور ایالات متحده که در آنها به مخالفت آلمان با اعدام، به طور کلی تأکید شده بود، کارل لاگراندر در موعد مقرر اعدام شد. متعاقب آن درست یک روز پیش از موعد مقرر برای اعدام والتر لاگراندر، دولت آلمان متوسل به دیوان بین‌المللی دادگستری شد تا حداقل از اعدام وی جلوگیری کند. آلمان در دادخواست خود علاوه بر اقامه دعوا علیه آمریکا به خاطر نقض تعهدات بین‌المللی مطابق کنوانسیون وین، رسماً خواستار صدور دستور موقت از سوی دیوان شد. به موجب این درخواست، از آمریکا خواسته شد حکم اعدام والتر لاگراندر را تا زمان صدور رأی دیوان اجرا نکند. دیوان بلافاصله موضوع را مورد بررسی قرار داد و صبح روز ۳ مارس، بر اساس ماده ۴۱ اساسنامه و بند ۱ ماده ۷۵ طرزالعمل دیوان، اقدام به صدور دستور موقت کرد و از دولت آمریکا خواست کلیه تدابیر مقتضی را برای حصول اطمینان از عدم اجرای حکم اعدام والتر لاگراندر، تا هنگام صدور رأی نهایی از سوی دیوان، اتخاذ کند. اما مقام‌های قضایی آمریکا با استناد به «فرض دکترین صحت دادرسی» مانع از بررسی مجدد پرونده و نقض حکم اعدام شده، نهایتاً والتر نیز در آخرین ساعات روز سوم مارس اعدام شد. (همان، ص ۴۱)

دولت آمریکا در لایحه متقابل خود، ضمن اعتراف به قصور مقام‌های ذیصلاح در رعایت تعهدات بین‌المللی آمریکا در قبال آلمان، پذیرفت که مقام‌های ذیصلاح آمریکایی برادران لاگراندر را به موقع نسبت به حقوق آنها آگاه نکردند و مقام‌های کنسولگری آلمان را نیز در جریان امر قرار ندادند. دولت آمریکا با عذرخواهی رسمی از دولت آلمان به خاطر نقض حقوق آن دولت، قول داد تدابیر مهمی در جهت جلوگیری از تکرار چنین مواردی در آینده اتخاذ نماید. با وجود این دولت آمریکا نسبت به صلاحیت دیوان برای رسیدگی به سایر ادعاهای دولت آلمان، ایراداتی را مطرح کرد؛ از جمله این که ادعای آلمان مبنی بر نقض حق حمایت دیپلماتیک آن کشور، مطابق پروتکل اختیاری در محدوده صلاحیت دیوان نیست؛ زیرا این موضوع ارتباطی با تفسیر یا اجرای کنوانسیون وین ندارد. لذا به نظر ایالات متحده باید بین صلاحیت دیوان برای رسیدگی به اختلاف ناشی از معاهدات و صلاحیت دیوان برای رسیدگی به اختلافات ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی تمایز قائل شد. (همان، ص ۴۲)



کنوانسیون وین ۱۹۶۳ نه ناظر بر حمایت دیپلماتیک بلکه مرتبط با کمک های کنسولی است. مطابق ماده یک پروتکل اختیاری، صلاحیت دیوان محدود به رسیدگی به اختلاف های ناشی از تفسیر یا اجرای همین کنوانسیون است، در حالی که ادعای دولت آلمان مبنی بر نقض حق حمایت دیپلماتیک این کشور، مبتنی بر حقوق عرفی است و بنابراین ادعای آلمان مبنی بر اینکه حق حمایت دیپلماتیک قابل استخراج از کنوانسیون وین است، صحیح نیست. دیوان این استدلال را نپذیرفت و تأکید کرد که اقامه دعوا در چنین مواردی از سوی دولت، در حمایت از اتباع، بر اساس قید صلاحیت کلی در چنین معاهداتی صورت می گیرد و مجاز است. نکته دیگر اینکه آلمان معتقد بود، نقض ماده ۳۶ نه تنها باعث نقض حقوق دولت آلمان به عنوان عضو کنوانسیون شده، بلکه حقوق فردی برادران لاگرانژ را نیز نقض کرده است. آلمان، حق اطلاع از حقوق مذکور در شق (ب) بند ۱ ماده ۳۶ را حق فردی کلیه اتباع دول عضو می دانست که به ارتقاء یافته است. (همان، ص ۴۸۶)

اما دولت آمریکا معتقد بود حق برخورداری «حقوق بشر بیگانگان» جایگاه از دسترسی به کمک کنسولگری، مطابق کنوانسیون وین یک حق مربوط به دولت است، نه حق فردی. هرچند در عمل این حق دولت، با فراهم آوردن امکان ارائه کمک های کنسولی توسط دولت های متبوع، افراد را نیز منتفع م ی نماید. دیوان با رد ادعای آمریکا تصریح کرد ماده ۳۶ در برگیرنده تعهداتی است که دولت پذیرنده در مقابل فرد بازداشتی و دولت متبوع وی دارد. در بندهای مختلف ماده ۳۶، دخالت کنسولگری برای کمک به فرد مزبور، مشروط به رضایت صریح فرد شده است. در نهایت دیوان پس از بررسی دادخواست و لوایح آلمان و لوایح متقابل ایالات متحده و استماع استدلال ها و دفاعیات شفاهی طرفین در چند مرحله، در تاریخ ۲۷ ژوئن ۲۰۰۱ رأی نهایی خود را در خصوص دعوای آلمان علیه ایالات متحده به دیوان ضمن احراز صلاحیت برای رسیدگی به دعوای مطروحه از سوی «: شرح ذیل صادر کرد آلمان علیه آمریکا، طبق ماده ۱ پروتکل اختیاری حل و فصل اجباری اختلاف های مربوط به کنوانسیون وین ۱۹۶۳، تمام خواسته آلمان را قابل استماع دانست. (همان، ص ۴۸۷)

با عنایت به دعوای مطروحه و رأی صادره، ملاحظه می شود که قضیه لاگرانژ اهمیت نهاد حمایت دیپلماتیک را در چارچوب حقوق بین الملل جدید به ویژه حقوق بشر مطرح

می سازد. ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ روابط کنسولی نه تنها حقوق و تعهداتی را در سطح بین‌الدولی ایجاد می‌کند، بلکه حقوقی را نیز برای فرد تبعه خارجی در برابر دولت عضو شناسایی می‌کند که نقض آنها صرفاً باعث صدمه به دولت، بلکه سبب ورود خسارت به افراد نیز خواهد شد. همچنین به نظر دوگارد، قضیه لاگرانژ این ایده را طرح می‌کند که وقتی فرد بر اساس حقوق بین‌الملل دارای حقوقی می‌شود، نقض این حقوق امکان دسترسی مستقیم وی به این نکته نیز برای جبران خسارت را فراهم نمی‌کند، اشاره می‌کند که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص حمایت دیپلماتیک و اصول اخیر حاکم بر حقوق بشر، یکدیگر را تکمیل کرده‌اند و در نهایت در خدمت یک هدف مشترک هستند که همان حمایت از حقوق بشر است. (دوگارد، ۲۰۰۱، ص ۲۴)

رویه دیوان در قضیه لاگرانژ این حقیقت را روشن ساخت که نهاد حمایت دیپلماتیک می‌تواند، نقش مهمی در حمایت از حقوق بشر در عرصه جهانی ایفا نماید و مجرای تأمین حقوقی شود که نظام بین‌المللی حقوق بشر قادر به تأمین آن نیست.

در ژانویه سال ۲۰۰۳ میلادی دولت مکزیک به دلیل نقض کنوانسیون وین روابط کنسولی توسط دولت ایالات متحده آمریکا، اقدام به طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری کرد. (همانطور که در پرونده برادران لاگرانژ ذکر شد، بر اساس مفاد شق (ب) بند (۱) ماده (۳۶) هر گاه در حوزه کنسولی - یکی از اتباع دولت فرستنده، توقیف یا زندانی و یا در انتظار محاکمه، بازداشت و یا به هر صورت دیگر توقیف شده باشد - مقام‌های صلاحیت دار دولت پذیرنده بنا به تقاضای ذینفع، بدون تأخیر مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. در این قضیه دولت مکزیک استدلال کرد که ایالات متحده نسبت به رعایت مفاد کنوانسیون وین در خصوص ۵۴ تبعه مکزیک که در آن کشور به مجازات مرگ محکوم شده‌اند، قصور کرده است. دیوان پس از رسیدگی به پرونده، در ۳۱ مارس ۲۰۰۴ اقدام به صدور رأی کرد. به نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، ایالات متحده در اغلب موارد، کنوانسیون وین را نقض کرده است و از آن کشور خواست که امکان تجدید نظر و رسیدگی مجدد را برای پرونده‌های مذکور فراهم نماید. در سال ۱۹۶۸ دولت مکزیک به منظور بهبود حمایت‌های کنسولی در نمایندگی‌های آن کشور جهت دفاع از منافع اتباع مکزیک به ویژه در دادرسی‌های حقوقی، اقدام به توسعه برنامه مشاوره و دفاع حقوقی برای مکزیکی‌های خارج از کشور کرد. (همان، ص ۲۵)



همچنین در سال ۲۰۰۰ میلادی مکزیک برنامه مهمی در زمینه کمک و مساعدت حقوقی با رعایت هنجار های بین‌المللی از جمله کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در ایالات متحده پیاده کرد. مکزیک در اجرای این برنامه، در جهت حمایت از حقوق اتباعش در بیش از ۱۰۰ پرونده مهم، مداخله کرد. در برخی از این پرونده‌ها، نمایندگان مکزیک در دفاع کنسولی جهت ارائه دلایل به دادگاه، شرکت میکردند. در پرونده‌های دیگر نیز اقدام به اعتراض های دیپلماتیک و یا درخواست برای عفو و بخشش به مقام های ایالتی و فدرال آمریکا تسلیم می‌شد. (ویلیام، ۲۰۰۵، ص ۱)

افزون بر این برنامه، مکزیک در سال ۲ اقدام به تصویب مقرراتی جهت ایجاد چارچوب حقوقی جامعی کرد که بر اساس آن مقامات کنسولی بتوانند برای حمایت از حقوق اتباع مکزیک به صورت مستقیم مداخله کنند. اما با وجود این اقدام‌ها، تلاش‌های مکزیک برای تحکیم رعایت کنوانسیون وین در ایالات متحده، صرفاً در موارد اندکی موفقیت آمیز بود. دادگاه‌های ایالتی و فدرال حتی در موارد مهمی که کنوانسیون وین رعایت نشده است، مایل نبودند محکومیت‌ها را لغو کنند. لذا مکزیک در نهم ژانویه سال ۲۰۰۳ با ادعای نقض کنوانسیون وین ۱۹۶۳ از سوی ایالات متحده، و با استناد به حمایت دیپلماتیک، اقدام به طرح دعوا علیه آن کشور در دیوان بین‌المللی دادگستری کرد و در همان روز نیز دادخواستی را جهت صدور دستور موقت تقدیم دیوان نمود. (همان، ص ۳)

اقدام به تصویب مقرراتی جهت ایجاد چارچوب حقوقی جامعی کرد که بر اساس آن مقامات کنسولی بتوانند برای حمایت از حقوق اتباع مکزیک به صورت مستقیم مداخله کنند. اما با وجود این اقدام‌ها، تلاش‌های مکزیک برای تحکیم رعایت کنوانسیون وین در ایالات متحده، صرفاً در موارد اندکی موفقیت آمیز بود. دادگاه‌های ایالتی و فدرال حتی در موارد مهمی که کنوانسیون وین رعایت نشده است، مایل نبودند محکومیت‌ها را لغو کنند. لذا مکزیک در نهم ژانویه سال ۲۰۰۳ با ادعای نقض کنوانسیون وین ۱۹۶۳ از سوی ایالات متحده، و با استناد به حمایت دیپلماتیک، اقدام به طرح دعوا علیه آن کشور در دیوان بین‌المللی دادگستری کرد و در همان روز نیز دادخواستی را جهت صدور دستور موقت تقدیم دیوان نمود. (همان، ص ۴)

۴. حمایت دیپلماتیک از سهامداران

مسئله مطروحه این است که آیا سهامداران می‌توانند به صورت مستقل به دنبال حقوق خود باشند یا وابسته به اقدام شرکت‌ها هستند. به عبارتی دیگر در صورت ایراد خسارت به یک شرکت آیا فقط خود شرکت می‌تواند مورد حمایت دیپلماتیک قرار گیرد یا سهامداران هم چنین موقعیتی را دارا می‌باشد. این مسئله به طور خاص شرکت‌هایی را شامل می‌شود که در دولت میزبان تأسیس شده‌اند و البته در مورد شرکت‌هایی که در دولت دیگری تأسیس شده‌اند نیز مطرح است. سهامداران دارای کنترل بوده و سرمایه گذار واقعی هستند اما در مواردی سهامدارانی هستند که نه در اکثریت بوده و نه کنترلی دارند ولی منافع قانونی در حمایت از سرمایه خود دارا می‌باشد. خسارت ممکن است مستقیماً به سهامداران وارد شده باشد که سلب مالکیت از سهام سهامداران از جمله آن است و یا ممکن است به صورت غیرمستقیم بر منافع سهامداران تأثیر گذاشته باشد که از جمله آن می‌توان به کاهش سود یا ارزش شرکت اشاره کرد. در هر یک از این حالات باید وضعیت حمایت دیپلماتیک از سهامداران مشخص شود. (همان، ص ۱۴۹)

حمایت دیپلماتیک از شرکت‌هایی که طبق حقوق داخلی دولت مدعی (که اقدام به اعمال حمایت دیپلماتیک می‌کند) تأسیس شده‌اند و اکثریت سهامداران شرکت نیز تابعیت آن دولت را دارند بحث انگیز نیست. وضعیت بحث‌برانگیز آنجایی است که مسائلی در خصوص لوازم سنتی تابعیت مطرح باشد. دقیقاً به این دلیل، تابعیت شرکت‌ها در حقوق بین‌الملل همانند تابعیت افراد است و علاوه بر محل تأسیس آنها، معیارهای دیگری نیز برای حمایت دیپلماتیک استفاده می‌شود که به طور خاص می‌توان به مقر، اداره مرکزی و محل اصلی مدیریت و کنترل اشاره کرد. معیارهای اخیر نباید به عنوان معیارهای اعطای تابعیت تلقی شود بلکه باید به عنوان عناصر ارتباط موازی و همسان در نظر گرفته شود که زمینه‌های کافی برای اعمال حمایت دیپلماتیک را فراهم می‌آورد. تأثیر این ارتباط هم مهم است؛ به ویژه هنگامی که یک شرکت تابعیت دولتی که در آنجا تأسیس شده را دارد، اما متعلق به افرادی است که تابعیت دولت دیگری را دارند. مشکل نیز از اینجا ناشی می‌شود. نمونه چنین حالتی را در قضایای بارسلونا تراکشن و السی ذکر کردیم. (همان، ص ۱۵۰)



۵. مشکلات حمایت دیپلماتیک از شرکت‌های چند ملیتی

همان‌گونه که در قسمت‌های قبل بررسی شد، تعیین تابعیت شرکت‌ها دشوار است. این مشکل در مورد شرکت‌های چندملیتی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. تعریف شرکت‌های چندملیتی این مشکل را نشان می‌دهد. سازمان بین‌المللی کار در تعریف شرکت‌های چندملیتی بیان می‌کند شرکت‌هایی هستند که دارای مالکیت عمومی، خصوصی یا ترکیبی از این دو بوده و مالکیت یا کنترل بر تولید، توزیع، خدمات یا دیگر امکانات خارج از کشوری که در آنجا مقر دارند را دارا می‌باشد. به عبارت دیگر بر شرکت‌های فرعی مستقر در کشورهای مختلف مالکیت یا کنترل دارند. درجه استقلال شعب شرکت چندملیتی در ارتباط با دیگر شعب بستگی به ماهیت رابطه بین این شعب، حوزه فعالیت آنها، تنوع در شکل مالکیت، اندازه، ماهیت و مکان فعالیت شرکت‌های مربوطه دارد. این درجه استقلال از شرکتی به شرکت دیگر متفاوت است.

(Multinational Enterprises and Social Policy, 1977, ILO, para.6)

سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه نیز چنین تعریفی ارائه می‌کند. طبق تعریف این سازمان شرکت‌های چندملیتی معمولاً شامل شرکت‌ها یا دیگر مجموعه‌هایی می‌شوند که دارای مالکیت خصوصی، دولتی یا ترکیبی از آن دو بوده و در کشورهای مختلفی ایجاد شده‌اند و چنان ارتباطی دارند که یک یا چند شرکت از آنها قادر است تأثیر مهمی بر فعالیت‌های دیگر شرکت‌ها داشته و به ویژه دانش و منابع را با آنها مبادله نماید. (همان، ص ۷)

تعیین حقوقی تابعیت شرکت‌های چندملیتی به دلیل ویژگی‌های اقتصادی خاص این شرکت‌ها غیرممکن به نظر می‌رسد. به درستی باید پذیرفت که این شرکت‌ها به دلیل ارتباط قوی همسان با چند دولت، تابعیت چندگانه‌ای داشته و به همین دلایل می‌توان گفت که هیچ تابعیتی ندارند. دلیل این تناقض آشکار این است که تابعیت سنتی بر مبنای ارتباط قوی انحصاری بین شخص و دولت برقرار است. در حالی که شرکت‌های چندملیتی براساس تعریف فوق فاقد چنین ارتباط انحصاری هستند. ممکن است بیان شود چنین ارتباط انحصاری را می‌توان بین شرکت چندملیتی و دولت میزبان که شرکت مادر با آن ارتباط قوی دارد پیدا کرد. اما نمی‌توان این نظر را به راحتی پذیرفت. اولاً این ارتباط انحصاری تنها در شرکت‌هایی با ساختار هرمی و سلسله‌مراتبی وجود خواهد داشت که

در آن شرکت مادر در رأس هرم قرار داشته و دیگر واحدها توسط آن کنترل می‌شوند. ولی ساختار شرکت‌های چندملیتی همیشه اینگونه نبوده و حتی در چنین ساختاری هم روابط بین شرکت مادر و واحدهای تابعه گاهی پیچیدگی‌های خاصی دارد. ثانیاً این نوع تمرکز بر روی شرکت مادر، وحدت شرکت چندملیتی را از بین خواهد برد به ویژه در حالتی که چنین ارتباط خاصی را باید بین هر یک از شرکت‌های فرعی و دولت محل تأسیس آنها پیدا کرد. ثالثاً حتی اگر ارتباط شرکت چندملیتی با کشور میزبان نزدیکتر و قوی‌تر از ارتباط با هر یک از کشورهای مهمان باشد اما این ارتباط حداقل در تعداد بیشتر موارد، نسبت به مجموعه کامل ارتباط با چند کشور، ضعیف‌تر است. (همان، ص ۷)

نتیجه اینکه مشکل تعیین تابعیت شرکت‌های چندملیتی نمی‌تواند به نحو رضایت بخشی حل شود؛ زیرا این مشکل نتیجه غیرقابل اجتناب ساختار خاص خود این شرکت‌ها است. این نتیجه‌گیری به این سمت می‌رود که حمایت دیپلماتیک به عنوان یک کل، مؤثرترین راه برای تأمین حمایت حقوقی مناسب از شرکت‌های چندملیتی نیست. بدین دلیل که اثبات تابعیت در حوزه حمایت دیپلماتیک اهمیت اساسی دارد. بعلاوه نه تنها حمایت دیپلماتیک از شرکت‌های چندملیتی به لحاظ تکنیکی عملی نیست بلکه همچنین باید بررسی شود که آیا روش مطلوبی است یا خیر. استدلال می‌شود که حق اقدام مستقیم شرکت‌های چندملیتی در سطح حقوق بین‌الملل شناسایی شده است؛ زیرا این شرکت‌ها می‌توانند و باید از حقوق و منافع خود بدون توسل به حمایت دیپلماتیک و به صورت مستقیم حمایت نمایند. این استدلال برگرفته از واقعیت‌های فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی است. در حقیقت شرکت‌های چندملیتی عناصر اصلی در این فعالیت‌ها هستند. این واقعیت موجب می‌شود که حداقل در سطح نظری صرف بتوان از این شرکت‌ها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل نام برد. (همان، ص ۸)

۶. حمایت دیپلماتیک دولت از تبعه‌ای دارای تابعیت مضاعف

در حقوق بین‌الملل سنتی و با توجه به اظهار نظر دیوان دایمی بین‌المللی دادگستری در رأی سال ۱۹۲۴ میلادی خود در قضیه «ماوروماتیس» این تصور وجود داشت که حق دولت‌ها در حمایت دیپلماتیک از اتباع خود به خسارت‌های مالی محدود می‌شود اما رویه قضایی این باور را به فراموشی سپرد و به طور مشخص دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه



«لاگران» حداقل به صورت ضمنی پذیرفت که این حمایت شامل تمامی حقوقی می‌شود که در حقوق بین‌الملل به افراد اعطا شده است. (ریگزمنی، ۲۰۰۲، ص ۸۷)

نکته قابل توجه این است که حمایت دیپلماتیک، حق تبعه نیست و دولت «حق بر اعمال حمایت دیپلماتیک» نسبت به تبعه خود دارد. این اصل برای نخستین بار حدود ۱۰۰ سال پیش از سوی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه «ماوروماتیس» تصریح شد. در این قضیه دیوان دائمی بیان داشت که یک دولت با دنبال کردن دعوای اتباع خود و با انجام اقدامات دیپلماتیک یا اقدامات قضایی بین‌المللی از طرف آنها در واقع از حق خود در حقوق بین‌الملل مبنی بر تضمین احترام به اتباعش دفاع می‌کند. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در قضیه «جبران خسارت وارده به کارکنان سازمان ملل» دو مبنا را برای این اصل بیان کرده است؛ نخست اینکه دولت مدعی علیه تعهد خود نسبت به دولت متبوع فرد زیان دیده را نقض کند، و دوم آنکه تنها آن طرفی که تعهد بین‌المللی نسبت به آن پذیرفته شده است، می‌تواند نسبت به نقض آن ادعایی داشته باشد. (کیانی، ۱۳۹۸، ص ۵۹)

همچنین، باید حمایت دیپلماتیک یک دولت از تبعه را از «حمایت شغلی» سازمانهای بین‌المللی از کارکنان خود متمایز ساخت. البته، از آنجا که کارکنان سازمان بین‌المللی به طور هم زمان تبعه یک دولت نیز هستند، در برخی موارد ممکن است وضعیت پیچیده‌ای در خصوص حمایت از این افراد ایجاد شود. کارمند سازمانی را تصور کنید که تبعه یکی از دولت‌های عضو سازمان است و آن دولت، با سوءاستفاده از صلاحیت سازمان و با فراهم آوردن شرایط ارتکاب عمل متخلفانه از سوی سازمان، سبب ورود خسارت به تبعه خود می‌شود. در این حالت، دولت متبوع فرد زیان دیده که دستان ناپاکی دارد، باید از او در قبال خسارت وارده از سوی سازمان، حمایت دیپلماتیک کند. از طرف دیگر، اگر سازمان با صدور یک دستور الزام آور برای دولت عضو باعث شود تا دولت یادشده به تبعه خود که همزمان کارمند سازمان است به هنگام اشتغال او در وظایف مربوط به سازمان خسارت وارد آورد، سازمانی که مسبب عمل زیان‌بار دولت بوده است، باید در راستای حمایت شغلی از کارمند خود اقدام کند. در مثال‌های یادشده، به نظر می‌رسد که نمی‌توان از سازمان یا دولت انتظار داشت تا حمایتی واقعی

از فرد زیان دیده به عمل آورد و از آنجا که دولت متبوع «حق اعمال حمایت دیپلماتیک» را دارد، این دولت حتی می‌تواند از این کار جلوگیری کند. (همان، ص ۸۸)

اما پیچیدگی‌های اساسی حوزه حمایت دیپلماتیک در مقوله حمایت دیپلماتیک از افراد چند تابعیتی مطرح می‌شود. چند تابعیتی به مانند «بی تابعیتی»^۱ یک وضعیت غیر عادی است که اظهارنظرهای ضد و نقیضی در مورد آن ارائه شده است. برخی افراد، چند تابعیتی را ماهیتاً جرم می‌دانند، چرا که چند تابعیتی می‌تواند این امکان را فراهم آورد تا برخی اعمال از جمله «چندهمسری»^۲ که در برخی قوانین ملی به صراحت جرم انگاری شده اند، به آسانی در کشورهای مختلفی که فرد تابعیت آنها را کسب نموده است، انجام شود. (پیتر، ۲۰۱۱، ص ۶۹۴)

برخی افراد دیگر از حق داشتن دو یا چند تابعیت به عنوان یک حق بشری و یک رخداد طبیعی در فرایند جهانی شدن»^۳ یاد می‌کنند. برخلاف حمایت دیپلماتیک از فرد بی‌تابعیت که مشکل اصلی او جلب حمایت دیپلماتیک یک دولت است، در تابعیت مضاعف ممکن است در خصوص اعمال حمایت دیپلماتیک از سوی دولت‌های متبوع فرد، تزاخم ایجاد شود. حمایت دیپلماتیک از یک فرد چند تابعیتی در مقابل دولتی که فرد تابعیت آن را ندارد، به آسانی انجام‌شدنی است و حتی دولت‌های متنوع فرد چند تابعیتی می‌توانند به طور مشترک اقدام به این کار کنند. پیچیدگی در جایی است که یکی از دولت‌های متبوع فرد چند تابعیتی قصد حمایت دیپلماتیک علیه دیگر دولت متبوع او را داشته باشد. (همان، ص ۶۹۵)

در خصوص امکان حمایت دیپلماتیک از تبعه علیه دیگر دولت متبوع او، دو نظریه رقیب در حقوق بین‌الملل مطرح شده است؛ نخست، نظریه عدم مسئولیت دولت متبوع که امکان حمایت دیپلماتیک یکی از دولت‌های متبوع علیه دیگر دولت متبوع را رد می‌کند، و دوم، نظریه «تابعیت غالب و مؤثر»^۴ که این امکان را در صورت اقدام از سوی

1 - Stateless

2 - Bigamy

3 - Globalization

4 - Predominant and Effective Nationality



دولتی که فرد چند تابعیتی، تابعیت غالب و مؤثر آن را دارد، می‌پذیرد. هر کدام از این نظریه‌ها در برهه‌ای از زمان طرفدارانی داشته است. در اوایل قرن بیستم، ممنوعیت حمایت دیپلماتیک دولت متبوع یک فرد چند تابعیتی علیه دیگر دولت متبوع او در حقوق بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته است. شاهد مثال آن نیز کنوانسیون مسائل خاص مربوط به قوانین تعارض تابعیت (۱۹۳۰م) است که در آن تصریح شده یک دولت نمی‌تواند به نفع یکی از اتباع خود در برابر دولتی که فرد یادشده تبعه آن است، حمایت دیپلماتیک خود را اعمال کند. مبنای این رویکرد در این واقعیت است که حمایت دیپلماتیک از تبعه علیه دیگر دولت متبوع او برخلاف اصل «برابری حاکمیت دولت‌ها»^۱ است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در قضیه «جبران خسارت وارده به کارکنان ملل متحد»، این واقعیت را که یک دولت نمی‌تواند در پشتیبانی از تبعه خود علیه دیگر دولت متبوع او حمایت دیپلماتیک کند، یک «رویه متداول»^۲ توصیف کرده است. همچنین، برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی به خصوص آنهایی که مبنای تصویب آنها از سوی دولت‌ها به نوعی حمایت دیپلماتیک از اتباع بوده است نیز به این ممنوعیت تصریح کرده‌اند. برای مثال، کنوانسیون بین‌المللی حل و فصل اختلاف‌های مربوط به سرمایه‌گذاری (ایکسید) که امکان طرح دعوا از سوی اتباع دولتهای عضو کنوانسیون علیه دولت‌های عضو کنوانسیون را پیش‌بینی کرده، در ماده ۲۵ خود، طرح دعوا علیه دولت متبوع شخص را ممنوع کرده است. (همان، ص ۹۲)

اما امروزه این ممنوعیت مطلق وجود ندارد و نظریه پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل کنونی، نظریه تابعیت غالب و مؤثر است. با اینکه قضیه «نوته‌بام» در دیوان بین‌المللی دادگستری و قضیه «مرژه» در کمیسیون سازش ایتالیا-ایالات متحده آمریکا که رأی مربوط به آنها در سال ۱۹۵۵م صادر شده است اغلب به عنوان اشاره‌های اولیه به نظریه تابعیت غالب و مؤثر در حقوق بین‌الملل یاد می‌شود، پیشینه این نظریه به قضیه «جیمز لوییز دراموند» در سال ۱۸۳۴م و قضیه «کانارو» در سال ۱۹۱۲م بازمی‌گردد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در تدوین طرح مربوط به حمایت دیپلماتیک این نظریه را مورد تأیید قرار

^۱ - Sovereign Equality of States

^۲ - Ordinary Practice

می‌دهد. بر اساس ماده ۷ طرح یادشده، دولت متبوع فرد چند تابعیتی نمی‌تواند در مقابل دیگر دولت متبوع او، از وی حمایت دیپلماتیک کند؛ مگر اینکه تابعیت دولت حمایت کننده، تابعیت غالب فرد باشد. مسأله حمایت دیپلماتیک از افراد چند تابعیتی به طور گسترده در دیوان داوری ایران - آمریکا مطرح شد؛ چرا که اغلب مدعی های دعاوی مطرح شده علیه ایران، ایرانیانی بودند که پس از انقلاب اموالشان مصادره شده بود و آنها با کسب تابعیت امریکا به دنبال اموال از دست رفته خود بودند. (جسیکا، ۲۰۰۷، ص ۹۸)

از این رو، این موضوع به درخواست ایران برای تفسیر به هیأت عمومی دیوان ارجاع شد. ایران در این خصوص، علاوه بر یادآوری قوانین ایران درباره عدم پذیرش تابعیت جدید ایرانیانی تلاش می‌کرد که بدون طی تشریفات قانونی کسب تابعیت جدید می‌کنند. تا با استناد به ماده ۴ کنوانسیون مسائل خاص مربوط به قوانین تعارض تابعیت (۱۹۳۰م) بر نظریه عدم مسئولیت دولت در قبال تبعه خود در حقوق بین الملل تأکید کند. رأی هیأت عمومی دیوان که در رأی سال ۱۹۸۴م در پرونده «الف-۱۸» صادر شد در پاسخ به ایران بیان می‌کند که کنوانسیون پیش گفته که سال‌ها از عمر آن می‌گذرد، تنها توانسته است ۲۰ دولت را با خود همراه سازد. در نهایت، دیوان نظریه تابعیت غالب را مورد تأیید قرار داد و تصریح کرد در مواردی که بر اساس تابعیت غالب خواهان، دیوان صلاحیت خود را احراز کند، تابعیت دیگر مدعی ممکن است با ماهیت دعوا مرتبط باشد. (رات، ۲۰۰۶، ص ۱۵)

اثبات تابعیت غالب یک فرد چند تابعیتی با دولتی است که در صدد حمایت دیپلماتیک از او علیه دیگر دولت متبوع اوست. در واقع، اصل بر این است که اعمال چنین حمایتی جز در صورت اثبات وجود شرایطی خاص امکان پذیر نیست. این نتیجه گیری از سیاق سلبی ماده ۷ طرح حمایت دیپلماتیک (۲۰۰۶م) قابل استنباط است (چنین حمایتی امکان پذیر نیست، مگر...). تابعیت غالب فرد چند تابعیتی بر اساس برخی واقعیت ها که مبتنی بر ارتباطات قوی او و یکی از دولت های متبوع اوست، احراز می‌شود. کمیسیون سازش ایتالیا - ایالات متحده آمریکا در قضیه «مرژه»^۱ تصریح می‌کند که رفتار فرد در زندگی خانوادگی، مدنی، اجتماعی و سیاسی و علقه نزدیک تر و موثرتر او با یک دولت است که تابعیت غالب و موثر او را نمایان می‌سازد. دیوان

¹ - Merge.

بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه «نوته بام»^۱ تصریح می‌کند که عوامل متعددی در این خصوص مورد توجه قرار می‌گیرند که این عوامل از یک قضیه به قضیه دیگر متمایز هستند و می‌توانند مواردی از جمله محل سکونت، تمرکز منافع، ارتباطات خانوادگی و وابستگی فرد به یکی از دولت‌های متبوع را که به فرزندان او نیز منتقل شده است شامل شود. طرح حمایت دیپلماتیک (۲۰۰۶م) با تصریح بر اینکه هیچ کدام از این عوامل به تنهایی تعیین کننده نیست، برخی موارد از جمله زمان حضور در هریک از کشورهای متبوع، تاریخ کسب تابعیت جدید، دوره تحصیلی و زبان آموزشی، محل اشتغال و منافع مالی، دارا بودن و استفاده از پاسپورت دولت‌های متبوع و تکلم به زبان آنها، پرداخت مالیات، حساب بانکی، بیمه تأمین اجتماعی و خدمت نظام وظیفه را در این خصوص ذکر می‌کند. (قضیه آمریکا و ایتالیا، ۱۹۵۵، ص ۲۴۶)

در واقع، تمایل و گرایش فرد چندتابعیتی به یکی از دولت‌های متبوع که از شیوه رفتار او قابل استنباط است، در این خصوص تعیین‌کننده است؛ چرا که تابعیت یک پیوند حقوقی است که ریشه در وابستگی‌های اجتماعی دارد.

عنصر «زمان» نیز نقش قابل توجهی در خصوص تعیین تابعیت غالب فرد ایفا خواهد کرد. به عبارت دیگر، اینکه تابعیت غالب فرد چندتابعیتی در چه زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد، می‌تواند حکم قضیه را تغییر دهد و برای مثال، ممکن است تابعیت غالب یک فرد دو تابعیتی ایرانی - هلندی، در ثور ۱۳۸۸، ایرانی و در ثور ۱۳۹۸، هلندی قلمداد شود. طرح تاریخ ورود خسارت ادعایی و تاریخ انجام حمایت دیپلماتیک را ملاک می‌داند؛ با اینکه استمرار تابعیت غالب در حد فاصل این دو تاریخ به هیچ وجه مد نظر نیست، وجود تابعیت غالب در فرد چند تابعیتی در این دو تاریخ، شرط سخت‌گیرانه‌ای است که نشان دهنده ویژگی استثنایی پذیرش حمایت دیپلماتیک از فرد چند تابعیتی علیه دیگر دولت متبوع اوست. البته، دیوان داوری ایران - آمریکا که معیار تابعیت غالب و مؤثر را در رویه خود پذیرفته و به طور مکرر آن را اعمال نموده است، صرفاً زمان ورود خسارت و زمان طرح دعوا را مورد توجه قرار نمی‌دهد و برای این منظور، تمامی عوامل مرتبط با فرد از زمان تولد او را مد نظر دارد: (ابراهام، ۲۰۱۱، ص ۳۷۳)

^۱ - Nottebohm.

برای مثال، در قضیه «مالک»، دیوان پس از برشمردن مواردی از جمله تولد در ایران، خروج از ایران در سن ۱۷ سالگی، کار و زندگی در آمریکا از سال ۱۹۶۶م و کسب تابعیت آمریکا در سال ۱۹۸۰م، بیان می‌کند که تابعیت غالب آقای مالک، آمریکایی است. در حالی که او در زمان ورود خسارت ادعایی (انقلاب ایران در سال ۱۹۷۹م) تنها تابعیت ایران را داشته است. یا در قضیه «پری - روحانی» که مدعی یک خانم متولد آمریکاست که در سال ۱۹۷۸م دوباره به آمریکا باز می‌گردد، دیوان با این نتیجه‌گیری دعوای او را رد می‌کند که پیشینه شخصی او نشان دهنده‌ی این است که او ایران را به عنوان محل تمرکز زندگی خود انتخاب کرده و علقه‌های فرهنگی خود با آمریکا را از دست داده است. (روحانی، ۱۹۸۹، ص ۸)

نکته قابل توجه این است که تنها هنگامی که یک فرد، دو تابعیت رقیب دارد، معیار تابعیت غالب و مؤثر مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه حتی در مواردی که فرد تنها یک تابعیت دارد نیز ارتباط واقعی او با دولت متبوعش می‌تواند بر امکان حمایت دیپلماتیک از او تأثیرگذار باشد. این موضوع در قضیه «نوته بام» در دیوان بین‌المللی دادگستری به نحو بارزی نمود یافت. دیوان در این قضیه که دولت لیختن اشتاین اقدام به حمایت دیپلماتیک از آقای نوته بام کرده بود، دعوای مطرح شده را به دلیل فقدان علقه خاصی میان نوته بام و لیختن اشتاین غیر قابل استماع دانست. این در حالی است که آقای نوته بام با کسب تابعیت لیختن اشتاین، تابعیت آلمانی خود را از دست داده بود و در زمان طرح دعوا و رسیدگی دیوان صرفاً تبعه لیختن اشتاین بود. در واقع، تصمیم دیوان در خصوص توبه بام که تابعیت آلمانی خود را نیز از دست داده بود به این نتیجه قابل انتقاد منجر شد که نوته بام اصولاً هیچ تابعیت قابل اعمالی در صحنه بین‌المللی نداشته است. (سیلین، ۲۰۱۱، ص ۹)

در دادگاه‌های بین‌المللی حقوق بشر نیز چنین رویکردی دنبال شده است و این محاکم در راستای حمایت از حقوق افراد بعضاً تابعیت رسمی فرد را نادیده گرفته و به رابطه واقعی فرد با دولتی اولویت داده اند که او تبع آن نبوده است. برای مثال، در قضیه «بلجودی»^۱ در دیوان اروپایی حقوق بشر با اینکه مدعی هرگز تابعیت دولت فرانسه را

^۱ - Beldjoudi.

کسب نکرده بود، دیوان به رابطه واقعی او با دولت فرانسه توجه ویژه‌ای نمود و مفهوم جدیدی از نظریه رابطه واقعی را به منظور حمایت از حقوق بشر مورد توجه قرار داد. آقای بلجودی علاوه بر تولد و ازدواج، تمام زندگی خود را در کشور فرانسه گذرانده بود. اما، به دلیل کوتاهی والدین در صدور اعلامیه‌ای که طبق حقوق فرانسه در زمان بروز انقلاب الجزایر ضروری بود، هرگز تابعیت فرانسه را به دست نیاورده بود. دیوان در مقام قضاوت در خصوص تصمیمی که به واسطه آن بلجودی را در قبال ارتکاب یک جرم از فرانسه به الجزایر اخراج می‌کرد، بیان داشت که فارغ از تابعیت بلجودی، او هیچ‌گونه ارتباطاتی با کشور الجزایر ندارد و اخراج او یک اقدام نامتناسب قلمداد می‌شود. نکته قابل توجه این است که رویه دیوان در این قضیه، اتفاقی و استثنایی نبوده و دیوان در قضیه «ستوارت» نیز همین رویکرد را دنبال کرده است. (همان، ص ۴)

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه صرف نظر کردن از هرگونه اختیار و امتیازی که داخل در قلمرو حاکمیت باشد، خصوصاً صرف نظر کردن از اقتدار سنتی کشور بر افرادی که تحت حاکمیت محاکم آنها هستند، برای یک کشور کار آسانی نیست و با در نظر گرفتن بافت فعلی جامعه جهانی و اینکه در این جامعه فعلاً کشورها قدرت را در دست های خود متمرکز کرده اند، همین استثنائات محدودی هم که در مبانی و شرایط حمایت دیپلماتیک قائل شده‌اند در حد خود پیشرفت قابل ملاحظه‌ای محسوب می‌شود و نشان از تأثیر بسیار مهم حقوق بشر مدرن بر حقوق سنتی حمایت دیپلماتیک دارد و بی‌تردید در دراز مدت تحولات دیگری را به نفع حقوق بشر دربر خواهد داشت. رویه دولت‌ها در خصوص حمایت دیپلماتیک در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد که تفکیک بین حقوق و منافع شرکت و سهامداران که مورد توجه دیوان بین‌المللی دادگستری قرار داشت و تأثیر این تفکیک بر حمایت دیپلماتیک در سطح حقوق بین‌الملل اهمیت گذشته خود را از دست داده است. به عبارت دیگر هرچند هنوز حمایت دیپلماتیک می‌تواند ابزار عملی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در سطح حقوق بین‌الملل باشد، در حال حاضر به دلیل واقعیت های اقتصادی این حق به خود شرکت‌ها یا سهامداران داده شده است که در جهت کسب منافع خود اقدام نمایند. بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و همچنین برخی نهادها از جمله مرکز

بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری چنین امری را پیش‌بینی کرده‌اند. این تحول به ویژه در حوزه شرکت‌های چندملیتی رخ داده است.

در یک جمع‌بندی کلی از آراء مورد بررسی می‌توان به این نتیجه رسید که همگام با ارتقاء جایگاه فرد در روابط بین‌الملل و خارج شدن مسأله حقوق بشر از صلاحیت انحصاری حاکمیت دولت‌ها، دیوان نیز به عنوان رکن قضایی جامعه بین‌المللی، نقش سازنده‌ای در راستای تحول مفهوم حمایت دیپلماتیک در جهت ارتقاء جایگاه حقوق بشر داشته است، به طوری که حمایت دیپلماتیک از یک راهکار قضایی صرف که در موارد معینی قابل اجراست، خارج شده و قابلیت این را دارد که به سازوکاری جهت حمایت از حقوق بشر تبدیل گردد. در دعوای لاگرانژ در سال ۱۹۹۹ و همچنین قضیه آونا چند نمونه تازه از قراردادهای موقت دیوان در جهت حمایت از حقوق بشر ملاحظه می‌شود. در دعوای مذکور برغم مداخله کشورهای متبوع (آلمان و مکزیک) در جهت حمایت از اتباع، ایالات متحده آمریکا آن اتباع را اعدام کرد. آلمان و مکزیک مدعی نقض کنوانسیون وین درباره روابط کنسولی از طرف مدعی علیه بودند، زیرا ایالات متحده اطلاعات لازم در خصوص حق استفاده افراد اعدام‌شده از مشورت با نمایندگی‌های کنسولی را مراعات نکرده است. گرچه دیوان نتوانست از اعدام افراد مذکور جلوگیری کند، ولی قبل از اعدام دستورهای موقتی را صادر کرد که به استناد میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ از دولت ایالات متحده رعایت موازین بین‌المللی در جهت شناسایی حق حیات مورد مطالبه قرار گرفته است.



منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

۱. بلدسو رابرت، برسچیک، فرهنگ حقوق بین المللی، مترجم: بهمن آقایی، تهران: کتابخانه‌ای گنج دانش، سال ۱۳۷۴.
۲. جلالی، محمود، نقش دیوان بین المللی دادگستری در توسعه حقوق بشر، نشریه اندیشه های حقوقی، سال اول، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
۳. دانش پژو، مصطفی، مقدمه علم حقوق، ناشر، انتشارات سمت، سال ۱۳۹۱.
۴. کمیسیون حقوق بین الملل، جلسه پنجم، سند A/CN.530، سال ۱۹۸۵.
۵. کیانی، سید قاسم، رابطه حمایت شغلی از کارکنان سازمان های بین المللی و حمایت دیپلماتیک از اتباع دولت ها، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ش ۱، سال ۱۳۹۸.
۶. مدنی، سید جلال، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۴.
۷. موریس، فیتز، قضیه بارسلونا تراکشن، مترجم: ایرج حیدری، تهران: انتشارات حمید، سال ۱۳۹۲.

ب) منابع لاتین

8. Anita Perry-Rohani v. Islamic Republic of Iran, 22 Iran-U.S. Cl. Trib. (1989).
9. Avena and other Mexican, ICJ reports, 2004.
10. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (www.icj. cij. org), 17 December 2014.
11. Decisions of the Italian–United States Conciliation Commission in the Merge Claim, 10 June 1955, UNRIIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4).
12. Deen-Racsmany, Zsuzsanna, "Diplomatic Protection and the LaGrande Case", Leiden Journal of International Law, Vol. 15, (2002).
13. Donner, Ruth. (2006), "Dual Nationality in International Law", Acta Juridica Hungarica, Vol. 47, No. 1, 2006.



سال سوم، شماری پنجم، تابستان ۱۴۰۱



۱۵۴



اصول حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین‌المللی در افغانستان

سید ظهیر احسانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۸/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۲

چکیده

معاهدات بین‌المللی امروزه اساساً به عنوان ابزار اصلی روابط بین‌الملل تلقی می‌شود. از این رو، معاهدات بین‌المللی با انعقاد متولد و با اجرای درست و شایسته اهداف آن نیز تحقق می‌یابد. با این حال، انعقاد و اجرای معاهدات اساساً دو مقوله متفاوت از یکدیگرند. پژوهش حاضر تحت عنوان «اصول حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین‌المللی در افغانستان» می‌کوشد اجرای معاهدات را طبق نظام حقوق بین‌الملل به صورت مشخص کنوانسیون ۱۹۶۹ وین و نظام حقوقی افغانستان بررسی نماید. از آنجاکه قانون اساسی افغانستان در خصوص مرجع صالح برای اجرای منظم معاهدات در نظام حقوقی افغانستان ساکت است، در سال ۱۳۹۳ قانون تحت عنوان «قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان» در افغانستان به تصویب رسیده است. به نظر می‌رسد قانون مذکور نیز سازوکار مشخصی در خصوص اجرای معاهدات بین‌المللی ندارد؛ بدان معنا که نظام حقوقی افغانستان در این زمینه تابع کدام یک از نظریات به صورت مشخص، یکانگی حقوقی یا نظریه دوگانگی حقوقی است، با این فرض که بر قانون مذکور ابرادات شکلی و ماهوی زیادی وارد است.

واژگان کلیدی: اجرای معاهدات، حقوق بین‌الملل، اصولی حقوقی حاکم، قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان.

^۱ دانش‌آموخته مقطع ماستری حقوق بین‌الملل دانشگاه خاتم‌النبین (ص)

مفهوم معاهده از سال 1815 از زمان تشکیل کنگره وین در قلمرو روابط بین الملل شکل گرفت و در مدتی نزدیک به یک قرن و نیم تحولات شگرفی را پشت سر گذاشت تا آنجا که در حال حاضر معاهده هم چون «ابزار اصلی روابط بین الملل» برای خود مقام ممتازی کسب کرده است. علت اصلی وسعت یافتن مفهوم معاهده پیوستگی فزاینده دولت ها یا افراد جهان با یکدیگر بوده است به عبارت دیگر، معاهده مفهومی بوده است که به تناسب میزان همبستگی دولت های مختلف وحدت منافع کلی نوع بشر و تلاش افراد گیتی در ایجاد فرهنگ و تمدن و افکار عمومی بین المللی رشد و توسعه یافته است. البته از مدت زمانی پیش، خصوصاً از زمان انعقاد معاهدات وستفالی 1648 و معاهدات بزرگ صلح در قرن هجدهم این حقیقت آشکار شده بود که اداره بخشی از روابط بین الملل نیاز به کسب موافقت دولت های متعدد دارد. این نیاز ابتدا با جلب موافقت دولت ها در چارچوب معاهدات دوجانبه برآورده شد؛ اما در آغاز قرن نوزدهم دولت ها به طور ضمنی تصمیم گرفتند که به جای معاهدات دوجانبه مختلف و با موضوعات متفاوت، معاهدات چندجانبه منعقد کنند از این رو به دنبال همین تصمیم و به بهانه آنکه می خواهد از تشریفات شکلی معاهده بکاهند، تغییرات عمده ای در اصول انعقاد معاهدات به وجود آوردند و با اعلام اینکه مسائل مربوط به امنیت دریاها، حفظ طبیعت، حفظ محیط زیست، حفظ منابع دریایی، حمایت از افراد بشر، بهداشت عمومی، تجارت و... مسائلی است مربوط به دفاع از منافع مشترک نوع بشر که همه دولت ها در آن سهیم هستند به انعقاد معاهدات چندجانبه هست گماشتند. از این رو، به جای آنکه برای تأمین منافع گوناگون خویش، معاهدات دوجانبه را در یکدیگر تلفیق کنند اراده های خود را در جهت تحصیل اهداف مشترک، هماهنگ و موزون ساختند، بدین ترتیب، با ظهور مسائل جدید، معاهدات چندجانبه ای به وجود آمد که از آن زمان تا به حال به موازات تحولات تاریخی زمان رشد و توسعه یافته است (سدیقی، ۱۳۷۷، ص ۲)

از آنجا که امروزه مفهوم معاهده نسبت به گذشته بسط و توسعه پیدا نموده است، مکانیسم انعقاد و اجرای آن نیز چه در سطح منطقه ای و چه در سطح بین المللی دچار تحول بزرگی شده است. به عبارت دیگر، نه تنها مفهوم انعقاد و اجرای معاهده به لحاظ شکلی عوض شده بلکه به لحاظ ماهوی نیز توسعه یافته است دولت ها در عرصه های



مختلف معاهده منعقد می‌نمایند. پیشرفت و توسعه زندگی جامعه بشری در ابعاد مختلف نظیر اقتصادی، تجاری، تکنولوژی، نظامی و... اساساً مستلزم اقتضانات نوینی است که دولت‌ها باید رویکرد شان را در امر روابط بین‌الملل تغییر دهند. به عبارت دیگر زندگی امروزی بشر وارد یک پارادایم شفت شده است؛ یعنی یک پارادایم شفت اتفاق افتاده است که دیگر نیازهای امروزی بشر را نمی‌شود با امکانات دیروز پاسخ گفت و به عنوان نمونه در گذشته امر «محیط زیست» برای دولت‌ها مسئله‌ای ایجاد نمی‌کرد و دولت‌ها همواره در تلاش کسب منافع خود بودند؛ ولی امروزه محیط زیست یک چالش بزرگ برای دولت‌ها محسوب می‌شود یا امروزه مفهوم حقوق بشر آن قدر بسط و توسعه پیدا نموده است که حتی استقلال دولت‌ها در امر حاکمیت زیر سؤال رفته است. به عنوان نمونه اگر دولت‌ها بخواهد قوانین خود را در امر مجرمان محکوم به اعدام در قلمرو حاکمیت خود اعمال نماید با انواع و اقسام واکنش‌های منطقه‌ای و بین‌المللی مواجه می‌شود مبنی بر نقض حقوق بشر یا «مفهوم جرایم سازمان‌یافته» چندین دهه پیش در جامعه بین‌المللی این چنین مفهومی اصلاً وجود نداشته و اگر هم وجود داشته است به این میزان وسیع و گسترده نبوده است که دولت‌ها در صدد مبارزه با آن در سطح بین‌الملل اقدام به انعقاد کنوانسیون بنمایند، کنوانسیون پالرمو یکی از آن اسناد مهم بین‌المللی است که اهمیت آن امروزه در امر مبارزه با جرایم سازمان‌یافته برکسی پوشیده نیست. از این رو، جرایم که امروزه علیه منافع ملی کشور، امنیت، ارزش پولی و اقتصادی یا هم علیه اتباع دولت‌ها اتفاق می‌افتد دولت‌ها با توجه به افزایش جرایم سازمان‌یافته با جرایم ذاتی می‌کوشند در خصوص مبارزه با جرایم مزبور یک‌سری اقدامات لازم به منظور مبارزه و کاهش جرایم مزبور انجام دهند که انعقاد کنوانسیون پالرمو یکی از آن اقدامات بین‌المللی تلقی می‌شود.

مقوله بعدی اجرای معاهدات بین‌المللی طبق اصول حقوق داخلی می‌باشد از آنجا که عنوان مقاله حاضر اصول حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین‌المللی در افغانستان می‌باشد ایجاب می‌نماید که در اینجا صرفاً به نحوه اجرای معاهدات بین‌المللی مطابق اصول حقوقی داخلی افغانستان پرداخته شود. اجرای معاهدات بین‌المللی در حقوق داخلی افغانستان آن طور که قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد صلاحیت اعطای اعتبارنامه به منظور انعقاد معاهدات بین‌المللی جزء صلاحیت رئیس جمهور می‌باشد.

طبق قانون اساسی افغانستان، تصویب معاهدات جزء صلاحیت پارلمان می باشد و تأیید معاهده جزء صلاحیت مجلس سنا و امضا نهائی به منظور توشیح معاهده نیز جزء صلاحیت رئیس جمهور می باشد البته انعقاد و اجرای معاهدات بین المللی طبق اصول حقوقی حاکم در افغانستان در همین حد خلاصه نشده بلکه یک قانون خاص نیز در راستای انعقاد و اجرای معاهدات بین المللی در افغانستان در حال حاضر جزء قوانین بر حال و نافذ محسوب می شود که عمدتاً معاهدات بین المللی طبق قانون مزبور تنظیم می گردد. از این رو، محور اصلی مقاله حاضر اساساً این است که «قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان» مورد بحث و بررسی لازم قرارگیرد. از آنجا که در طول تاریخ رژیم های مختلف سیاسی و حقوقی در افغانستان آمده و عوض شده است، ریشه تاریخی قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان در سال های 1347 و تعدیل مکرر آن در سال های 1366 و 1369 و همین طور تعدیل نهایی آن با توجه به قانون اساسی 1382 افغانستان در سال 1393 تصویب شد و در نهایت در سال های 1395 و 1396 بخش های از قانون مزبور دوباره مورد تعدیل قرار گرفت با توجه به این فرضیه که به نظر می رسد بر «قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان» ایرادات شکلی و ماهوی وارد است. در مقاله حاضر به این سؤال پاسخ خواهیم گفت که فرایند انعقاد و اجرای معاهدات طبق اصول حقوقی حاکم در افغانستان چیست؟ و همین طور چالش ها و ایرادات قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان چیست؟ و در نهایت چگونه می شود قانون مزبور را اصلاح و پیشنهادات و اصلاحی را مطرح نمود؟

با توجه به اهمیت موضوع این مقاله مشخصاً اجرای معاهدات طبق اصول حقوقی حاکم در افغانستان به صورت مشخص پذیرش نظام یگانگی و دوگانگی حقوق در نظام حقوقی افغانستان، نقش ارکان دولت در قبال معاهدات، نگاهی به قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان و نتیجه گیری را شامل می شود.

۱. نظریه یگانگی یا دوگانگی حقوق داخلی و بین المللی

نحوه اجرای معاهدات در حقوق داخلی و اصول حاکم بر آن نیازمند تعیین نسبت حقوق داخلی با حقوق بین الملل است. قواعد اساسی کشورها بدیهی است که تعیین کننده این نسبت هست و از این جهت در قدم نخست از منظر حقوق داخلی به ویژه هنجارهای اساسی باید این نسبت مشخص گردد.



برای تشخیص اینکه نظام حقوقی افغانستان از نظام یگانگی پیروی نموده یا به نظام دوگانگی تحول جسته است، برخی از نویسندگان مبنای تحلیل شان را قانون اساسی قرارداد است و معتقدند «از بیان قانون اساسی افغانستان برداشت می شود که معاهدات بین المللی مقدم بر قوانین عادی است به حکم ماده ۷ قانون اساسی (دولت موظف به رعایت منشور ملل متحد معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر) از آنجا که در قانون اساسی، دولت افغانستان به صراحت موظف به رعایت معاهداتی بین المللی گردیده است، می توان فهم و برداشت نمود که مفاد معاهدات بین المللی بر قوانین عادی برتری دارد.» (محمدی، ۱۳۹۵، ص ۳۱۶)

برخی معتقدند «ضرورت بررسی تطبیق معاهدات و میثاق های بین المللی با قانون اساسی این معنی را افاده می نماید که از نگاه قانون اساسی افغانستان، حقوق داخلی مخصوصاً قانون اساسی نسبت به حقوق بین الملل برتر است و قواعد حقوق بین الملل اگر توسط دادگاه عالی افغانستان در تضاد با قانون اساسی تشخیص داده شود به حکم قانون اساسی رجحان داده خواهد شد. در واقع قواعد حقوق بین الملل در عرض قوانین عادی داخلی است و همان طوری که قوانین عادی باید در مطابقت با قانون اساسی باشند، معاهدات نیز باید چنین باشند و تشخیص این مطابقت براساس ماده ۱۲۱ از صلاحیت های دادگاه عالی افغانستان است. (دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳-۲۸۶) همان طور که مشخص گردید، به صورت کل دو دیدگاه نسبت به جایگاه اصول حقوقی افغانستان در نظام یگانگی و دوگانگی حقوق وجود دارد. برخی معتقدند که معاهدات بین المللی نسبت به قانون اساسی جایگاه برابر و نسبت به قوانین عادی جایگاه بالاتر، برخی دیگر معتقدند که جایگاه معاهدات نسبت به قانون اساسی فروتر و نسبت به قوانین عادی از جایگاه برابر برخوردار است. اما از آنجا که معتقدان نظام دوگانگی حقوق معتقد به جدای کامل میان اصول حقوق بین الملل و اصول یا نظام حقوق داخلی است و هیچ گونه مشابهت و اشتراک میان دو اصل مزبور نمی دانند و اعتقاد به جدای کامل این دو دارند، به نظر می رسد که اصول حقوقی افغانستان به اصول یگانگی حقوق نزدیک است؛ زیرا نظریه یگانگی حقوق به جدایی کامل اصل حقوق بین الملل و اصول حاکم حقوق داخلی معتقد نیستند؛ بلکه دیدگاه یگانگی حقوق بیان می دارد که اصولی حقوقی حقوق



بین الملل و اصول حقوقی داخلی بر یک بنای واحد استوار است؛ اما وجود سلسله مراتب را در دو اصل حقوقی حقوق بین الملل و حقوق داخلی رد نمی کند. با این حال با توجه به آنچه گفته شد به نظر می رسد که اصول حاکم حقوقی در افغانستان از دیدگاه یگانگی حقوق تبعیت می نماید.

۲. چگونگی اجرای معاهدات طبق اصول حاکم در نظام حقوقی افغانستان

با توجه به این رویکرد اصول حاکم دولت ها نسبت به چگونگی اجرای معاهدات بین المللی در اصول حقوق داخلی لزوماً یکسان نیست در مقاله حاضر نیز این سؤال ممکن است به ذهن برسد که با توجه به نظام حقوقی، اصول حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین المللی در افغانستان چیست؟

به عبارت دیگر آیا معاهدات بین المللی طبق نظام حقوقی افغانستان به صورت مستقیم لازم الاجرا می گردد و یا اینکه باید ابتدا جذب حقوق داخلی گردیده و در نهایت زمینه ای اجرای معاهده می مزبور مطابق اصول داخلی فراهم گردد؟ در پاسخ به سؤال فوق باید گفت از آنجا که قانون اساسی افغانستان در خصوص اجرای معاهدات بین المللی در نظام حقوقی افغانستان ساکت است؛ باید دید که آیا قانون خاص، رویه یا عرف در این زمینه وجود دارد یا خیر؟

در پاسخ باید گفت که همان طور که قبلاً نیز یادآور شدیم در سال ۱۳۹۳ قانونی تحت عنوان «قانون معاهدات و میثاق های بین المللی افغانستان» به تصویب رسیده است. البته همان طور که در پیشینه تاریخی قانون مزبور نیز اشاره گردید، پیشینه قانون مزبور در سال ۱۳۴۸ برمی گردد. از این رو، قانون مزبور در ماده ۱۲ مقرر می دارد. «وزارت ها و ادارات دولتی مکلف اند تدابیر لازم را جهت اجرای معاهدات و میثاق های بین المللی، موافقت نامه ها، قرارداد ها، پروتوکل ها و یادداشت های تفاهم مندرج این قانون در عرصه های مربوط اتخاذ نمایند» هم چنین ماده ۱۴ قانون مذکور نیز چنین مقرر می دارد: «هرگاه اجرای معاهدات و میثاق های بین المللی، وضع سند جدید یا تعدیل سند تقنینی نافذ را ایجاب نماید و وزارت ها و ادارات دولتی ذی ربط مکلف اند بعد از موافقه ی وزارت امور خارجه به طی مراحل آن اقدام نمایند.» همان طور که از صراحت دو ماده برمی آید هیچ کدام از این دو ماده به سؤال بالا پاسخ نداده است ماده ۱۲ صرفاً به این امر اشاره دارد که همه ی دستگاه های دولتی مکلف اند که «تدابیر لازم را جهت اجرای معاهدات



و... در عرصه‌های مربوط اتخاذ نمایند» به نظر می‌رسد که از مفاد ماده مزبور این پاسخ برداشت نمی‌شود، به خصوص زمانی که یکی از ارگان‌های دولتی توافقی را با سایر ارگان‌های دولت خارجی منعقد نمایند که اساساً ماهیت معاهده را داشته باشد. آیا معاهده مزبور طبق حقوق داخلی به صورت مستقیم یعنی بدون آنکه جذب حقوق داخلی گردیده یا کدام قوانین خاصی در خصوص اجرای معاهده مذکور وضع گردد. لازم‌الاجرا می‌گردد. اینکه معاهده‌ی مزبور طبق اصول حقوقی افغانستان تشریفات لازم را به منظور لازم‌الاجرا شدن طی خواهند کرد؟ هم‌چنین ماده ۱۴ قانون مذکور نیز پاسخی به سؤال بالا نیست؛ هرچند که مفاد ماده ۱۴ یکی از برجستگی‌های قانون مزبور محسوب می‌شود. برجستگی ماده مزبور از آن جهت است که پیش‌بینی نموده است که هرگاه دولت افغانستان معاهده‌ای بین‌المللی را با سایر دولت‌ها منعقد یا به یکی از معاهده‌ای بین‌المللی ملحق شود که طبق معاهده‌ی مزبور، قوانین فعلی ما پاسخ‌گوی زمینه تحقق اجرای معاهده‌ی مزبور را ندارد. طبق ماه ۱۴ به خصوص آنجا که مقرر می‌دارد: «هرگاه اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی وضع سند تقنینی جدید یا تعدیل سند تقنینی نافذ را ایجاب نمایند همه‌ی ادارات دولتی ذیربط مکلف‌اند بعد از موافقت وزارت امور خارجه اقدامات لازم را بنمایند.» باتوجه به تحول سریع و توسعه معاهدات بین‌المللی که امروزه در حال اتفاق افتادن است، ایجاب می‌نماید که قوانین دولت‌ها نیز گام به گام توسعه یابند و الا ممکن است با توجه به عدم توسعه قوانین داخلی از مزیت‌های معاهدات بین‌المللی برخوردار نگردد.

با این حال برغم آنکه ماده مزبور ماده‌ی پویا است و جزء برجستگی‌های قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان محسوب می‌شود؛ ولی پاسخی روشنی به سؤال فوق نیست.

بنابر این، برغم آنکه قانون اساسی و قوانین عادی افغانستان در مورد چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان ساکت است، ولی رویه‌ای موجود همان طور که از مصاحبه‌ای متصدی وزارت امور خارجه نیز مشخص شد، اجرای معاهدات، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های که دولت افغانستان عضو بر حال آن محسوب می‌شود. طبق رویه‌ای موجود به صورت مستقیم یعنی بدون آنکه در جهت اجرای امر مزبور قوانین خاصی وضع گردد، در نظام حقوقی افغانستان لازم‌الاجرا می‌گردد و اصول خاص جز رویه

موجود حاکمیت ندارد. از این رو، در نهایت اجرای امر مزبور با چنین رویکردی به توسعه قوانین افغانستان با توجه به توسعه قواعد و مقررات بین‌المللی می‌انجامد و قابل توجیه است.

۳. آثار معاهده در قبال ارکان دولت

از آنجا که آثار معاهده نسبت به ارکان‌های مختلف دولت به صورت مشخص ارکان اجرای، تقنینی و قضایی یکسان نیست و هرکدام از ارکان‌های مذکور نقش جداگانه‌ای نسبت به اجرای معاهدات بین‌المللی دارد و کارکردهای هرکدام از ارکان‌های مذکور نیز به نوعی متفاوت است. از این رو، شایسته است، نقش هرکدام از ارکان‌های مذکور را به صورت جداگانه مورد بحث و بررسی لازم قرار گیرد.

۳-۱. نقش قوهی مقننه در قبال معاهدات بین‌المللی

برای اینکه معاهده فی‌نفسه قابل اعمال، به صورتی درست و منظم به اجرا درآید، گاه ضرورت دارد که قوهی قانون‌گذاری در قوانین موجود تغییراتی را به وجود آورد یا به دولت اعتباراً رمالی دهد یا آنکه تدابیری قانونی بیندیشد. اصولاً قانون‌گذاران در همین راستا و برای مقابله با معاهدات فی‌نفسه قابل اعمال عکس‌العمل و اقداماتی را معمول می‌دارد؛ بدین معنا که قانون‌گذار برای اینکه آثار قواعد و مقررات این قبیل معاهدات را خنثی سازد که بدون نیاز به قوانین تکمیلی و ثانوی قابل اعمال هستند، درگام اول به وضع قوانینی می‌پردازد که یا در مغایرت قواعد و مقررات معاهده‌ای بوده و یا آثار آن را تنزل و کاهش می‌دهد گام دوم موردی را شامل شود که متضمن تعهد سلبی است. در چنین حالتی قانون‌گذار به وضع قوانین در زمینه موضوعاتی می‌پردازد که به موجب تعهد بین‌المللی نهی و منع شده است در این فرض ادعا شود که محاکم داخلی باید از اجرای چنین قواعدی خودداری ورزند. البته قبول این نظر و ادعا بیشتر بستگی به نظام حقوقی دارد که کشورها از آن تبعیت می‌نمایند. گام سوم را می‌توان تصور نمود که در آن قوه‌ای قانون‌گذاری تفسیری را از مقررات معاهده به عمل می‌آورد که مخالف با واقعیت بوده و به تغییری قلب واقعیت می‌باشد. از این رو، دولت افغانستان نیز از این قاعده مستثنا نیست و به منظور اجرای معاهدات بین‌المللی به صورت مشخص معاهداتی که اساساً ایجاب وضع قوانین جدید یا تعدیل یا حتی لغو برخی از قوانین موجود را می‌نماید، دولت به موجب قواعد اولیه مکلف است که اقداماتی را در جهت اجرای امر مزبور انجام دهد. از همین



رو، دولت افغانستان نزدیک به دو دهه‌ی گذشته یعنی از سال ۱۳۸۲ به بعد در امر قانون‌گذاری در بعد اجرای کنوانسیون‌های حقوق بشر گام‌های مثبتی برداشته است.

۲-۳. نقش قوه‌ی مجریه در اجرای معاهدات بین‌المللی

به صرف پیوست دولت‌ها به یک معاهده، خود به خود قابل اعمال نمی‌گردد و دولت‌ها باید موجبات لازم را برای اجرای آنها فراهم سازند. قصور دولت و رکن اجرای درایفای تکالیف فوق موجب مسئولیت بین‌المللی برای آن دولت بوده و محمولی برای طرح دعای بین‌المللی خواهد بود. به سخن دیگر، هرچند معاهدات مزبور فی‌نفسه در نظام داخلی دولت‌های حامی پذیرش عام قابل اعمال و اجرا نیستند، در نهایت دولت‌های آن‌ها به دلیل تعهد بین‌المللی، موظف‌اند موجبات اجرای آن را با تهیه وسایل و عوامل مناسب فراهم سازند. عدم همکاری و مساعدت رکن اجرای مسئولیت بین‌المللی را برای دولت ایجاد می‌نماید. به عنوان مثال می‌توان قضیه فوجی نام برد. درست است که مواد ۵۵ و ۵۶ منشور ملل متحد فی‌نفسه قابل اعمال تشخیص داده نشده است، اما این بدان معنی نیست که دولت ایالات متحده در جهت تحقق اهداف مزبور در آن ماده مسئولیتی ندارد؛ بلکه برعکس دولت آمریکا موظف است تمهیدات لازم را در این خصوص از جمله رفع تبعیض نژادی و لغو قوانین تبعیض نژادی به عمل آورد. بنابر این، به طور خلاصه می‌توان گفت در نظام‌های حقوقی مبتنی بر پذیرش عام معاهده فی‌نفسه قابل اعمال به صرف انعقاد و موجبات ورود آنها به قلمرو ملی و نظام داخلی فراهم شود؛ اما در ارتباط با معاهداتی که فی‌نفسه و مستقیماً قابل اعمال اجرای باشد، وظیفه و تعهد رکن اجرای این است که از طریقی که آیین قانون اساسی مقرر می‌دارد، موجبات ورود و اجرای معاهدات مزبور را در نظام داخلی فراهم نماید. از آنجا که قوه‌ای مقننه کارکرد متفاوت از قوه‌ای اجراییه دارد، به صورت مشخص کارکرد اصلی قوه‌ای مقننه قانون‌گذاری و کارکرد قوه‌ای اجراییه، اجرای قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی است از همین رو، صرف وضع قوانین یا تعدیل و یا فسخ برخی از قوانین ملی به منظور اجرای معاهدات بین‌المللی کافی نیست، بلکه دولت که اساساً در رأس قوه‌ی اجرای قرارداد، باید گام‌های را به منظور اجرای معاهدات بین‌المللی نیز بردارد. دولت افغانستان پروتکل الحاقی کنوانسیون جرایم سازمان‌یافته فراملی «کنوانسیون پالمو» را نیز مورخ ۳۱ ثور ۱۳۹۳ تصویب نموده است. به موجب قواعد و مقررات کنوانسیون



مزبور دولت افغانستان مکلف است در زمینه‌های مختلف، برای اجرای کنوانسیون مذکور، اقداماتی را انجام دهد؛ ضمن آنکه در راستای تحقق کنوانسیون مذکور در امر قانون‌گذاری اقداماتی لازم را انجام می‌دهد، یعنی در خصوص اجرای کنوانسیون مذکور در نظام حقوقی داخلی اگر قوانین موجود پاسخ‌گویی امر مزبور نیست؛ باید خلأهای قانونی توسط قوه‌ای مقننه برطرف شود و اگر نیازی به وضع قوانین جدید یا تعدیل قوانین موجود یا هم فسخ برخی قوانین ملی است، باید اقدامات یادشده را انجام دهد.

ازسوی دیگر وظیفه اصلی دولت؛ یعنی قدرت اجرایی است که به منظور اجرای کنوانسیون جرایم سازمان‌یافته فراملی گام‌های اجرایی را بردارد و به صورت مشخص زمانی که گروهی سازمان‌یافته اقدام به اعمالی می‌نمایند که مغایر با کنوانسیون است، دولت مکلف است که با چنین گروه سازمان‌یافته برخورد قانونی نمایند. به عنوان مثال در «قضیه کابل بانک» (کابل‌بانک خصوصی، ۱۳۸۳)، در سال ۱۳۹۰ کابل بانک بزرگ‌ترین بانک خصوصی در افغانستان ورشکست شد آن زمان بانک مرکزی افغانستان مدیریت آن را به عهده گرفت و نام آن «را به کابل بانک نو» تغییر داد. علت اصلی بحران این بانک کاهش نقدینگی اعلام شد؛ زیرا سهام داران اصلی آنکه مسئولیت اداره‌ی این بانک را به عهده داشتند، پول هنگفتی را برای سرمایه‌گذاری در بازار مسکن دبی از کابل بانک خارج کرده بودند. تمام بدهی‌های کابل بانک حدود ۹۰۰ میلیون دلار برآورد شد. پس از این بحران کمیته‌ای برای تسویه کابل بانک ایجاد شد تا قرضه‌های این بانک را دوباره به دست آورد. نورالله دلاوری رییس بانک مرکزی افغانستان می‌گوید که از مجموعه ۹۰۰ میلیون دالر قرضه کابل بانک حدود پانصد میلیون دالر آن به دست خواهد آمد؛ اما از سرنوشت حدود چهار صد میلیون دیگر آن تاکنون چیزی در دست نیست. به گفته وی براساس بررسی‌های انجام‌شده ازسوی کمیته تسویه کابل بانک این پول‌ها به خارج انتقال داده شده است؛ محکمه رسیدگی به بحران کابل بانک خلیل الله فیروزی و شیرخان فرنود از مسئولین پیشین کابل بانک را مقصران اصلی پرونده معرفی کرد. آقای دلاوری می‌گوید که در یک نشست شورای وزیران فیصله شد که در جلسه استیناف محکمه ویژه کابل بانک استرداد این پول‌ها درج شود. به گفته وی براساس قوانین بین‌المللی ممالک دوم که پول به شکل غیر قانونی به آن‌ها انتقال یافته باید، پول را به کشور اول مسترد کنند. (۱۳۹۸)

، (<http://www.bbc.com/persian1>)



ازسوی دیگر، «قضیه کابل باناک» بزرگ‌ترین پرونده فساد اداری و مالی افغانستان نیز تلقی می‌شود و این یک قضیه بی‌نهایت پیچیده است و ابعاد مختلف سیاسی و اقتصادی دارد از آنجا که بررسی امر مزبور موضوع این پژوهش نیست از ورود و بررسی به ابعاد مختلف آن خودداری گردیده و به همین حد بسنده می‌گردد. از این رو، نقش قوه‌ی اجراییه در همچو جرایم سازمان‌یافته‌ای که اساساً زمینه‌های شکل‌گیری و فعالیت‌های آنان درد اخل کشور می‌باشد و نظام مالی و اقتصادی کشور را به بحران می‌برد دولت باید طبق قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی با هم‌چون پدیده‌ی برخورد جدی و قانونی نمایند در صورتی که دولت افغانستان با امر مزبور مقابله جدی و یا برای تحقق کنوانسیون مذکور اقداماتی لازم را انجام ندهند، موجب مسئولیت بین‌المللی دولت افغانستان می‌گردد. با این حال صرف اقدامات قانونی به منظور اجرای قواعد و مقررات کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی در نظام حقوق داخلی کافی نیست و دولت باید گام‌های جدی در امر اجرای قواعد و مقررات کنوانسیون مذکور و سایر قواعد و مقررات بین‌المللی نیز بردارد. افزون بر اینها دولت افغانستان گام‌های دیگری نیز در جهت اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی برداشته است. به عنوان نمونه به منظور اجرای کنوانسیون مبارزه با پولشویی (FATF) به صورت مشخص دولت افغانستان طبق کنوانسیون مذکور یک واحد را در بانک مرکزی افغانستان تحت عنوان «کمیسیون عالی هماهنگی مبارزه با پولشوی و تمویل تروریسم» نیز ایجاد نموده است کمیسیون مذکور به تاریخ ۷ حوت ۱۳۹۷ اولین جلسه را تحت ریاست ریس کل «د افغانستان بانک» آقای خلیل صدیق در مقر دفتر مرکزی دافغانستان بانک برگزار گردیده است که به شرح زیر است «کمیسیون عالی هماهنگی به مثابه هماهنگ‌کننده مساعی ادارات در راستای مبارزه با پولشوی و تمویل تروریسم دارای وظایف عمده ذیل است: ۱. طرح و ترتیب برنامه‌های عملی استراتژی ملی و پالیسی‌ها، نظارت از تطبیق آنها به منظور جلوگیری از ارتکاب جرایم پولشوی و عواید ناشی از جرایم تمویل تروریسم؛ ۲. انجام بررسی‌های منظم از موثریت و پیشنهاد پالیسی‌ها به منظور ارتقای برنامه‌ها ایجاد مکانیسم‌های موثر برای همکاری‌های داخلی میان مراجع ذیصلاح حصول اطمینان از رعایت الزامات و معیارهای بین‌المللی و منطقه‌ای به شمول معیارهای گروه کاری اقدامات مالی بین‌المللی و میثاق‌ها و معاهدات بین‌المللی در زمینه جرایم اقتصادی به شمول پولشوی



و تمویل تروریسم؛ ۳. بررسی پیشنهادات در مورد تعدیل قانون جلوگیری از پولشوی و قانون مبارزه علیه تمویل تروریسم و وضع تعدیلات یا لغو مقرره‌های مربوط به مراجع ذی صلاح؛ ۴. تأمین هماهنگی در اجراءات مراجع ذی صلاح در زمینه‌ی ترتیب برنامه‌های آموزشی برای پرسنل موظف در ساحه مبارزه علیه جرایم پولشوی و تمویل تروریسم؛ و ۵. تأمین هماهنگی در انجام ارزیابی خطرات پولشوی و تمویل تروریسم در سطح ملی و تطبیق تدابیر مقتضی جهت کنترل و کاهش خطرات تشخیص‌شده. از همین رو، واحدهای استخبارات مالی کشور افغانستان و کشور قزاقستان تفاهم‌نامه‌ی همکاری‌های دوجانبه را به منظور شریک‌ساختن اطلاعات مالی به امضا رسانیده‌اند. این تفاهم‌نامه در جریان بیست و هشتمین اجلاس گروه اوراسیا که در شهر نانجینگ کشور چین به تاریخ ۴ جوزا ۱۳۹۷ دایرگردیده بود به امضا رسید. براساس تفاهم‌نامه امضاشده طرفین می‌توانند اطلاعات مالی را با هم شریک ساخته و در امور مبارزه با پولشوی، تمویل تروریسم و سایر جرایم اصلی در کشورهای مربوطه مفید واقع گردند. این هجدهمین تفاهم‌نامه همکاری پیرامون تبادل اطلاعات مالی بوده که تاکنون توسط مرکز تحلیل معاملات و راپورهای مالی افغانستان به امضاء رسیده است. (<http://fintraca.gov.af>)

۳-۳. نقش قوه‌ی قضائیه در اجرای معاهدات بین‌المللی

چنانچه معاهده‌ی طبق مقررات داخلی به تصویب برسد، تمامی ارکان دولت از جمله رکن قضایی ملزم به اجرای مفاد آن هستند و در صورتی که دادگاهی به مفاد معاهدات بین‌المللی توجه نکند و مثلاً در حکم خود مصونیت قضایی دولت خارجی، سازمان بین‌المللی یا نماینده‌ی دیپلماتیک را که دولت‌ها به موجب معاهده بین‌المللی رسماً پذیرفته است، به جای نیارود و بدان وقعی ننهد؛ آن حکم به دلیل تجاوز قاضی از حدود اختیارات قانونی خود، محکوم به بطلان است. با این وصف سؤال این است که آیا قاضی داخلی در اجرای معاهدات بین‌المللی از همان اختیاراتی برخوردار است که برای اعمال قوانین داخلی دارد و آیا اصولاً وی شایستگی داشتن چنان اختیارات را دارا است؟ از آنجا که اختیارات قاضی داخلی به تناسب میزان اهمیتی که نظام داخلی به حقوق بین‌الملل داده است، باید مورد ارزیابی قرار بگیرد، پاسخ به این سؤال که به هر حال باید با توجه به عوامل غیر حقوقی داده شود، آسان به نظر نمی‌رسد. با این حال حتی اگر به فرض قاضی یک کشور واجد اختیارات گسترده در چنین زمینه‌ای باشد، لاجرم در قبال مسائل حقوق بین‌الملل باید راه



احتیاط در پیش گیرد؛ خصوصاً در هنگامی که ناگزیر از تفسیر معاهده یا رفع تعارض میان حقوق بین‌الملل و مقررات داخلی است. از این رو، قاضی داخلی در رویاروی با مسائل حقوق بین‌الملل بی‌آنکه تجربه‌ای در حل آن مسائل داشته باشد، باید هم‌چون قاضی بین‌المللی استنباط حکم کند. مهم‌تر از همه آنکه حتی اگر قائل به این باشیم که قاضی داخلی در چنین مقامی دارای استقلال است، باید این نکته را نیز در نظر بگیریم که مسئولیت تصمیمات قاضی داخلی با دولت است که در مقام مرجع عالی سیاست خارجی کشور باید پاسخگوی جامعه بین‌المللی باشد (فلسفی، ۱۳۹۵، صص، ۴۷۷، ۴۷۸) به عنوان مثال رویه قضایی فرانسه به پیروی از سنت دیرین و با استفاده از اصل «قراردادها قوت قانونی دارند» مسأله را حل کرده است؛ حتی اگر طرفین دعوا بدان استناد نکنند. همان طوری که مطرح شد این نظام حقوقی کشورها است که مشخص می‌نماید تا به چه میزانی محاکم داخلی با توجه به رویکرد قانونی دولت، در امر اجرای معاهدات بین‌المللی انعطاف‌پذیری دارند. به عبارت دیگر، محاکم داخلی تا آنجا می‌توانند در رأی خود به معاهدات بین‌المللی استناد نمایند که قانون اساسی یا هم قوانین عادی آن دولت چنین رویکردی را پیش‌بینی نکرده باشد. از سوی دیگر، به نظر می‌رسد که استناد قضات به قواعد و مقررات بین‌المللی به صورت مشخص معاهدات یا کنوانسیون‌های بین‌المللی صرفاً مبتنی بر قوانین ملی شان نیست بلکه رویه‌ی محاکم نیز در این امر تاثیرگذار است. از این رو، هدف از طرح این بحث آن است که مشخص بشود که آیا محاکم افغانستان هنوز در مجموعه‌ی آرای صادره به قواعد و مقررات بین‌المللی یعنی معاهدات و کنوانسیون بین‌المللی استناد نموده است یا خیر؟

لوی څارنوالی افغانستان در یک قرار صادره به تطبیق قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد^۱ استناد نموده است که چنین مقرر می‌دارد: «به تأسی از احکام مواد ۱۱ و ۲ قانون جلوگیری از تمویل تروریسم مواد ۶ و ۷ مقرره‌ی اجراءات جلوگیری از تمویل تروریسم و قرار صادره‌ی شماره ۲۷۹۳ مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۲ داری محترم لوی سارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، اطلاعیه‌ای ذیل به آگاهی اشخاص و افراد و نهادهای دولتی و غیر دولتی رسانیده می‌شود، مبتنی به احکام مواد فوق‌الذکر به آگاهی تمام اشخاص، افراد، و نهادهای ذی‌ربط رسانیده می‌شود که لیست‌های تعزیرات ۱۲۶۷ و ۱۹۸۸ شورای امنیت سازمان ملل متحد و قطعنامه‌های متعاقب آن تحت فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد را که در ویب‌سایت

شورای امنیت سازمان ملل متحد و مرکز تحلیل معاملات و راپورهای مالی افغانستان به نشر سپرده می‌شود، طور دوام‌دار رعایت نموده از انجام هرنوع معامله مستقیم و غیر مستقیم، در اختیار قراردادن وجوه و آرایه هرنوع خدمات به نفع اشخاص مندرج در لیست‌های تعزیرات فوق الذکر خودداری نمایند. در صورت تثبیت پول نقد، حساب بانکی و هر نوع دارایی و معاملات آن را بدون تاخیر منجمد نموده و دفتر محترم شورای امنیت ملی افغانستان و اداره محترم لوی ځارنوالی را از طریق مراجع تنظیم‌کننده رسماً در جریان قرار دهند (<http://fintraca.gov.af/>) با این حال می‌توان این اقدام دادستان کل کشور را یک اقدام قضایی و یک گام مثبت به منظور اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی تلقی کرد؛ زیرا مبنای قرار صادره دادستان کل کشور اساساً ماده ۲، ۷، ۶ و ۱۱ کنوانسیون مبارزه با تروریسم بین‌المللی و قطعنامه‌های ۱۲۶۷ و ۱۹۸۸ شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌باشد. از سوی دیگر، این امر نیز مه است که لوی سارنوالی کشور در قرار صادره خود به صورت مستقیم و بدون آنکه به قوانین ملی استناد نماید به کنوانسیون مبارزه با تروریسم و قطعنامه‌های سازمان ملل متحد استناد نموده است و مقرر می‌دارد: که نهادهای داخلی و اشخاص حقیقی و حقوقی باید امر مزبور را رعایت نمایند. این بدان معنی خواهد بود که نظام قضایی افغانستان به صورت مشخص قاضی افغانستانی می‌تواند در رأی خود مستقیماً به معاهدات یا کنوانسیون‌های بین‌المللی استناد نماید. به عبارت دیگر، طبق صراحت قرار صادره دادستان کل کشور که اساساً مبتنی است بر کنوانسیون مبارزه با تروریسم و قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد است حاکی از اجرای مستقیم معاهدات بین‌المللی است، بدون آنکه به حقوق داخلی افغانستان جذب شود. از این رو رویه‌ی دادستان کشور افغانستان جزء رویه‌ی «خود اجرا» محسوب می‌شود رویه‌ی خود اجرا رویه‌ای تلفی می‌شود که قضات داخلی می‌توانند در رأی که صادر به صورت مستقیم به قواعد و مقررات بین‌المللی استناد نمایند. طبق صراحت قرار صادره مزبور، چنین استنباط می‌شود که رویه‌ی نظام قضایی افغانستان نیز جزء رویه‌های خود اجرا محسوب می‌شود.

۴-۳. نقش سترمحکمه در قبال معاهدات بین‌المللی

ماده ۱۲۰ قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد: «بررسی مطابقت قوانین، قرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها براساس تقاضای حکومت و یا محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت سترمحکمه می‌باشد.» یعنی



نظارت بر معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی از صلاحیت ستره محکمه است و نظارت آن پسینی است. از این رو، مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان دادگاه عالی افغانستان صلاحیت بررسی مطابقت معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی را با قانون اساسی دارد. هدف از این بررسی و مطابقت مفاد مندرج در معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی و اصول و معتقدات اسلامی است که ماده سوم قانون اساسی بر آن تأکید کرده است.

نتیجه‌گیری نهایی

اجرای معاهدات بین‌المللی در حقوق داخلی کشورها اساساً به رویکرد دولت‌ها مبنی بر اتخاذ نظریه یگانگی حقوق یا دوگانگی حقوق برمی‌گردد. از این رو، اصول حقوقی حاکم افغانستان نیز از این قاعده مستثنی نیست و به صورت مشخص اصول حقوقی حاکم در افغانستان از نظریه یگانگی حقوق پیروی می‌نماید از آنجا که نظریه یگانگی حقوق به سه گروه تقسیم شده است اولاً آن‌های که به تفوق و برتری حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی معتقدند. دوماً گروهی که به تفوق و برتری حقوق داخلی نسبت به حقوق بین‌الملل معتقداند ثالثاً، گروه سوم اعتقاد دارند که هیچ کدام از معاهدات و قوانین داخلی نسبت به دیگری تفوق و برتری ندارند. از این میان اصول حقوقی افغانستان رویکرد گروه سوم را پذیرفته است؛ یعنی رویکرد اصول حقوقی حاکم در افغانستان اساساً در قدم اول مبتنی است بر نظام یگانگی حقوق و ثانياً هیچ تفاوتی قائل نیست که معاهدات بر حقوق داخلی و برعکس؛ بر یکدیگر تفوق و برتری دارند. زیرا رویه‌ی فعلی که در افغانستان موجود است همه‌ی معاهدات کنوانسیون‌ها و میثاق‌های بین‌المللی بدون اقدامات ثانوی و تکمیلی، یعنی بدون وضع قانون خاص لازم‌الاجرا می‌گردد. حتی اگر عضویت افغانستان در یک معاهده بین‌المللی منوط به وضع قانون جدید یا تعدیل قانون پیشین باشد؛ چنانچه ماده ۱۴ قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان نیز مقرر می‌دارد: هرگاه اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی وضع سند تقنینی جدید یا تعدیل سند تقنینی نافذ را ایجاب نماید، وزارت‌ها و ادارات دولتی ذی‌ربط مکلفند بعد از موافقت وزارت امور خارجه به طی مراحل آن اقدام نمایند. در نتیجه اصول حقوقی افغانستان از نظریه یگانگی حقوق بدون تفوق و برتری معاهدات نسبت به حقوق داخلی یا تفوق و برتری قوانین داخلی نسبت به معاهدات بین‌المللی تبعیت نموده و معاهدات بین‌المللی طبق رویه فعلی به صورت خود اجرا و مستقیم بدون هیچ کدام اقدامات ثانوی و تکمیلی لازم‌الاجرا می‌گردد. از سوی دیگر، پژوهش حاضر در پاسخ به فرضیه‌ی مطرح شده، در حد امکان و با توجه به پتانسیل و ظرفیت قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان، ایرادات شکلی و ماهوی آن را در متن برطرف نموده است. امیدوار هستیم که نهاد تقنینی ذی‌ربط اصلاحیه امر مزبور را مدنظر قرار داده و در جهت توسعه قوانین افغانستان اقدامات لازم و کافی را انجام دهند.

منابع

الف) کتاب ها

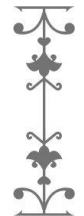
۱. دانش، سرور- حقوق اساسی افغانستان-چاپ دوم، انتشارات، دانشگاه ابن سینا، ۱۳۹۱.
۲. فلسفی، هدایت الله، حقوق بین الملل معاهدات، انتشارات فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۵.
۳. محمدی، عبدالعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات، خاتم النبیین ۱۳۹۵.

ب) پایان نامه ها

۴. رفعت، رجب علی، نظام حقوقی حاکم بر انعقاد و اجرای معاهدات بین المللی در جمهوری اسلامی افغانستان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه پردیس فارابی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸.
۵. سدیفی، شکوفه، حق شرط نسبت به معاهدات قانون ساز و معاهدات حقوق بشری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۱۳۷۸.
۶. طهماسی ارشلو، عطاوالله، ورود معاهده به قلمرو ملی، کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۷۶.
۷. فلسفی، هدایت الله، جزوه درسی حقوق معاهدات، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.

ج) قانون

۸. اصول اساسی دولت علیه افغانستان - دوره محمدنادرشاه، ۱۳۱۰.
۹. اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان - دوره ببرک کارمل، ۱۳۵۹.
۱۰. اصول اساسی دولت اسلامی افغانستان - دوره دولت اسلامی مجاهدین به رهبری استاد برهان الدین ربانی، ۱۳۷۲.
۱۱. حکم رئیس جمهور اسلامی افغانستان، محمد اشرف غنی، شماره (۲۳۱۹) ۷/۸/۱۳۹۵.
۱۲. فرمان رئیس جمهور اسلامی افغانستان، حامد کرزی، شماره (۳۳) ۳/۱۰/۱۳۸۹.
۱۳. فرمان رئیس جمهور اسلامی افغانستان، محمد اشرف غنی، شماره (۴۷) ۴/۵/۱۳۹۵.
۱۴. فرمان رئیس جمهور اسلامی افغانستان، محمد اشرف غنی، شماره (۱۳۷) ۱۱/۵/۱۳۹۴.
۱۵. قانون کمیسیون مستقل حقوق بشر.
۱۶. کنوانسیون وین، ۱۳۶۹.





سال سوم، شماری پنجم، تابستان ۱۴۰۱



۱۷۲



Governing legal principles for the implementation of international treaties in Afghanistan

Seyyed Zahir Ahosani

Abstract

Today, international treaties are considered the main tool of international relations, therefore, an international treaty is born with a conclusion, and its goals are realized with the correct and proper implementation of it. However, the conclusion and implementation of treaties are fundamentally two different categories. The current research under the title "Legal principles governing the implementation of international treaties in Afghanistan" tries to examine the implementation of treaties according to the international law system, specifically the 1969 Vienna Convention and the legal system of Afghanistan. Since the Constitution of Afghanistan is silent about the competent authority for the regular implementation of treaties in Afghanistan's legal system, in 2013 the law titled "Afghanistan International Treaties and Covenants Law" was approved in Afghanistan. It seems that the said law also does not have a specific mechanism regarding the implementation of international treaties; It means that the legal system of Afghanistan in this context is subject to which of the theories specifically, legal unity or legal dualism, with the assumption that there are many formal and substantive expressions on the mentioned law, despite the fact that both the constitution and the law of treaties And international covenants are silent regarding the implementation of treaties according to the legal principles prevailing in Afghanistan.

Keywords: implementation of treaties, international law, legal principles governing Afghanistan, the law of treaties, and international covenants of Afghanistan.

Methods of diplomatic support from the perspective of international law

Shukriya Hosseini

Abstract

Diplomatic protection is all the diplomatic actions of one country towards another country to assert the rights of its nationals and to those who have been violated in the territory of a foreign country, both financially and physically, and have suffered material or spiritual losses. In this case, the personal claim turns into a state claim and diplomatic support is like a turntable that moves the judicial proceedings from the domestic level to the international level and changes the primary relationship between the affected person and the responsible country to the relationship of the respective country. The applicant and the responsible country make a disguise. The current research was carried out descriptively and analytically, using the library method, to investigate the methods of diplomatic support from the perspective of international law, and finally, the following results were obtained: A general summary of the examined opinions can be concluded that along with the promotion of the individual's position in international relations and the removal of the issue of human rights from the exclusive jurisdiction of the governments, the Court, as the judicial pillar of the international community, It has played a constructive role in the evolution of the concept of diplomatic support in order to improve the position of human rights, so that diplomatic support is not a mere judicial solution that can be implemented in certain cases, and has the ability to become a mechanism for protecting rights. Mankind will change.

Keywords: method, diplomatic support, international law, natural and legal persons, citizenship, and litigation.

The principle of prohibition of the use of force and the situation of using force from the perspective of international law

Gholam Mojbati Payandeh

Abstract

The United Nations was established in 1945 after the Second World War, and the member states and competent committees tried to define the right of legitimate defense as a principle of international law. Therefore, as a result of this order, in Article 51 of the United Nations Charter approved (on June 26), 1945, the right to defend against any armed aggression, individually or collectively, was provided and entered into international law as a legal principle. Despite many restrictions, countries still carried out numerous armed activities under the name of Article 51, all of which were carried out under the pretext of legitimate defense, but with the investigations conducted by the United Nations, each of them was somehow rejected and their claims were accepted. did not happen With these words, the practice of countries in resorting to force has continued only by making excuses under the scope of Article 51, and judicial and quasi-judicial institutions have not been able to punish the guilty countries or force them to pay compensation due to the lack of clarification of Article 51. Therefore, international institutions have only been able to inform and condemn the guilty countries for violating international law.

Keywords: resort to force, the charter of nations, international law, prohibition of the resort, use of force.

Inter-parliamentary union and parliamentary democracy in Afghanistan

Mohammad reza Marafet

Abstract

"Parliamentary democracy" is one of the key concepts and propositions in law and political science. This category indicates the type of representative democracy; It is considered one of the important methods of state-building and governance in the current era. On the other hand, the Inter-Parliamentary Union (I.P.U) also has the status of the "House of Nations" for all member countries as the "Parliament of the World". Considering the membership of the Afghan Parliament in (I.P.U) and considering the goals of that union regarding the consolidation of "parliamentary democracy" in the countries belonging to member parliaments, there are serious expectations about the role of (I.P.U) in promoting and strengthening "parliamentary democracy" in Afghanistan. has it. The available documents and evidence show that the said union sometimes directly and in most cases indirectly through its members has taken effective steps to fulfill this important mission towards the young and nascent parliament of Afghanistan. By strengthening the indicators of parliamentary democracy in Afghanistan, the inter-parliamentary union has been able to carry out effective and productive activities in the process of promoting and consolidating "parliamentary democracy" in this country. Cooperation towards the establishment of a democratic system in Afghanistan, supporting the holding of at least two rounds of parliamentary elections with the participation and presence of women and different sections of the society, arranging study trips and internships for the administrative staff of the National Council abroad, providing financial support to the institution of the Afghan legislature. Arranging foreign trips for members of the National Council in order to exchange parliamentary experiences is considered one of the most important axes of the role of I.P.U. in the process of promoting and strengthening "parliamentary democracy" in Afghanistan.

Keywords: parliament, democracy, parliamentary democracy, inter-parliamentary union, international organization

Foreign investment conditions in Afghanistan's legal system and international documents

Aminullah Shahzad

Abstract

In Afghanistan, in order to attract foreign capital, laws have been established and for them, on the one hand, they have established supportive conditions, and on the other hand, they have established restrictive conditions based on national necessity and national values. In this article, we examine and analyze the supporting and limiting conditions and the conditions related to the settlement of disputes related to foreign investment in the laws of Afghanistan and international documents. These conditions are divided into three categories; General conditions, special conditions and conditions related to the settlement of foreign investor disputes. General conditions that are observed for foreign and domestic investors alike in the internal laws of the countries and Afghanistan include the principle of national behavior, the principle of the completeness of the state, the principle of non-discrimination, etc. . Second, the special conditions of the foreign investor, which are exclusive to the foreign investor and are not enjoyed by the domestic investor. These conditions include the transfer of capital, management and ownership of foreign capital, and transfer of capital provisions and loans related to it. The third is the conditions related to the settlement of disputes of foreign investors, which includes national and international authorities. The research method is descriptive-analytical and the library method was used to collect its information.

Keywords: conditions, investment, foreign investor the legal system of Afghanistan, and international documents.

The limitations of sovereignty and national power in international law

Mustafa Hassni

Abstract

Sovereignty and the national power of states in international law are defined as absolute and unlimited in classic ideas. In contemporary international law, the sovereignty and national power of governments with concepts such as human and humanitarian rights, environmental rights, democracy, separation of powers, the principle of sovereignty and territorial integrity, international treaties, the principle of the right to self-determination, the principle of non-recourse to force, the principle of solution and The chapter on disputes as well as national pohave have faced serious limitations with words such as the balance of power, international law, international ethics, international organizations, collective security, etc. On the one hand, the sovereignty and national power of the governments are clearly stated based on the United Nations Charter with the approach of the principle of equality of the sovereignty of the governments and the legitimacy of the sovereignty of the governments. In contemporary international law, authoritarian and centralized governments also face the concepts of democratization, international organizations intervene with the tools of human rights, environment, etc., and nowadays, international organizations have confiscated a part of the government's sovereignty. This research is formed around this basic question. What is the limitation of national sovereignty and the power of governments in international law? The main assumption of this article is that it limits governments' sovereignty and national power in contemporary international law, the United Nations Charter, human and humanitarian rights, international treaties and conventions, and legal principles and mechanisms.

Keywords: sovereignty, national power, international law, territorial integrity, treaties.



The non-criminal consequences of violating the rights of civilians in international humanitarian law

Seyed Qiyam Mozafari

Abstract

The need to respect the rights of civilians, which is part of humanitarian law, has various dimensions. If these rights are violated, some consequences can appear in two ways: 1. Criminal consequences and 2. Non-criminal consequences. Non-criminal consequences include the following: death sentence, imprisonment, monetary punishment, and confiscation of property and assets. (the subject of this article) are the following: compensation for damage, restoration to the previous situation, the satisfaction of the victim, cessation, and non-repetition of the offending act, countermeasures, and payment of compensation. . In this research, an effort has been made to examine the non-criminal consequences in a detailed manner. The method of this research is descriptive-analytical and library sources and scientific-research articles have been used to collect information.

Keywords: non-criminal consequences, damages, reciprocity, payment of compensation, violation of civilian rights, humanitarian rights.

Humanitarian intervention and national sovereignty

Taghi Halimi

Abstract

Scientists have two approaches to humanitarian intervention. Some of them consider humanitarian intervention to be legitimate and others do not consider that humanitarian intervention to be legitimate, but if the threat to peace is a violation of international peace, then the intervention to the sovereignty is ignored. But with other concepts such as security, development of international law, and human rights, it has become relative. And the principle of non-intervention has also been adjusted. Strong countries, under the pretext of protecting human rights in weak countries in which they have interests, intervene and violate their national sovereignty. Considering the universality of human rights and the series of human rights rules that are considered in the covenants, international and regional conventions, and the doctrine of legal scholars, which are called the fundamental rules of human rights and the binding rule of international law, governments cannot hide behind the principle of national sovereignty from implementing The rules of human rights refuse, yet the principle of national sovereignty is still reliable. Since it is the duty of the government to observe the rights and well-being of the nation, and if the government does not fulfill this duty or does not want to fulfill that obligation, this task will be left to the international community. Since it is the duty of the government to observe the rights and well-being of the nation, and if the government does not fulfill this duty or does not want to fulfill that obligation, this task will be left to the international community. The fact that humanitarian intervention has no place in international law and the countries that support the intervention try to include it in the responsibility of protection only as a last resort after political, diplomatic, and economic solutions in the case of widespread, extensive, and continuous violations of human rights with permission. The Security Council is justified.

Keywords: humanitarian intervention, national sovereignty, and responsibility to protect.





Table of content

Humanitarian intervention and national sovereignty.....	180
The non-criminal consequences of violating the rights of civilians in international humanitarian law.....	179
The limitations of sovereignty and national power in international law.....	178
Foreign investment conditions in Afghanistan's legal system and international documents.....	177
Inter-parliamentary union and parliamentary democracy in Afghanistan.....	176
The principle of prohibition of the use of force and the situation of using force from the perspective of international law.....	175
Methods of diplomatic support from the perspective of international law.....	174
Governing legal principles for the implementation of international treaties in Afghanistan.....	173