

## مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی

مهدی حدادی \*

بهرام مرادیان \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI): 10.22066/cilamag.2019.87924.1532

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۲۰

### چکیده

مراقبت بایسته به معنای هوشیاری لازم در انجام تعهد حقوقی، یکی از اصول حقوق بین‌الملل است که بارها در دیوان‌های بین‌المللی تأیید شده است. علاوه بر زمینه‌های عرفی الزامات این اصل، کشورها آن را در معاهدات بسیاری وارد نموده و در چارچوب تعهدات قراردادی نیز سامان داده‌اند. جایگاه اصلی این مفهوم، در حقوق مسئولیت بین‌المللی است؛ جایی که اجرای تعهدات دولت‌ها سنجیده می‌شود. اگر دولت در اجرای تعهدات خود فاقد مراقبت بایسته باشد، این اصل مبنایی برای ایجاد مسئولیت خواهد بود. اهمیت این اصل در مسئولیت بین‌المللی ناشی از اقدامات خطرناک بسیار ملموس است.

اصل مزبور در مقررات مالی بین‌المللی، از جمله توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی نیز وارد شده و الزاماتی را برای دولت‌ها و مؤسسات مالی ایجاد کرده است. مفهوم مراقبت بایسته در دو معنای خاص و عام در مقررات گروه ویژه اقدام مالی به کار رفته است که شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با دلالت‌های آن در حقوق بین‌المللی دارد. این نوشته علاوه بر تبیین مفهوم این اصل در حقوق بین‌المللی و مقررات گروه ویژه اقدام مالی، به بیان این قرابت‌ها و افتراق‌های کارکردی و آثار آن‌ها می‌پردازد.

### واژگان کلیدی

مراقبت بایسته، حقوق بین‌الملل، گروه ویژه اقدام مالی، مسئولیت بین‌المللی دولت، حقوق نرم، پول شویی، تأمین مالی تروریسم

mhaddady@ut.ac.ir

ghar62@yahoo.com

\* استادیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

\*\* نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

## مقدمه

تردید نیست که مسئولیت دولت در قلب حقوق بین‌الملل قرار دارد؛ جایی که تعهدات و الزامات دولت‌ها معنا می‌یابد و نظم بین‌المللی شکل می‌گیرد. اگرچه مباحث مربوط به مبانی ایجاد مسئولیت همچنان ادامه دارد و پیش‌نویس کمیسیون هنوز محل تنازع آرا و نظرات کشورهاست، آنچه در عرف بین‌الملل و رویه‌قضایی به‌عنوان مبانی ایجاد مسئولیت تثبیت شده است، نقض تعهدات بین‌المللی دولت‌هاست؛ تعهداتی که بر اساس توافق دولت‌ها یا رویه مشترک ایشان بر ذمه آن‌ها قرار گرفته است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعهدات کشورها صرفاً به آنچه صراحتاً توافق کرده‌اند یا عملاً به اجرا می‌گذارند محدود می‌شود؟ در پاسخ باید گفت می‌توان دسته‌ای از تعهدات را ذیل عنوان تعهدات تبعی یا ثانویه طبقه‌بندی کرد. این دسته از تعهدات، الزاماتی هستند که کشورها باید در اجرای تعهد اولیه به اجرا بگذارند. در واقع انتظار می‌رود کشورها به منظور اجرای تعهد اولیه خود، مبادرت به اقداماتی کنند که از هر شخص متعارف و منطقی این رفتارها مشاهده می‌شود. این تعهدات، ذیل عنوان تعهدات مراقبت بایسته<sup>۱</sup> بحث می‌شود.

تعهدات مراقبت بایسته مبانی برای ایجاد مسئولیت دولت‌هاست و ریشه در اصول کلی حقوق دارد که با نوشته‌های گروسیوس<sup>۲</sup> و واتل<sup>۳</sup> وارد ادبیات حقوق بین‌الملل شده است. این مفهوم در تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل نظیر حقوق مسئولیت دولت، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل محیط‌زیست وارد شده است و کشورها را به اقدامات مبتنی بر هوشیاری مداوم ملزم می‌کند. یکی از حوزه‌هایی که مفهوم مراقبت بایسته در آن وارد شده است مقررات مالی بین‌المللی است، یعنی چارچوب‌های نظارتی که نظم پولی و ثبات بازارهای مالی جهان را هدف دارند. بخشی از این مقررات، مربوط به مبارزه علیه جرائم اقتصادی نظیر مبارزه با پول‌شویی است که توسط گروه ویژه اقدام مالی<sup>۴</sup> و توصیه‌های چهل‌گانه‌اش صورت می‌پذیرد. این نهاد که یک مؤسسه استاندارد ساز است با تولید چارچوب‌های استاندارد مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم، کشورها را به تبعیت از این توصیه‌ها فرامی‌خواند. اگرچه هنجارهای گروه ویژه اقدام مالی جزء حقوق نرم است و الزامی برای کشورها ایجاد نمی‌کند، به‌واسطه اقبال سازمان‌های بین‌المللی به این توصیه‌ها و سازوکارهای اجرایی که نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود بیش از ۱۸۰ کشور توصیه‌های آن را پذیرفته

## 1. Due Diligence

لازم به ذکر است که این اصطلاح در فارسی به انجای مختلف معادل‌سازی شده است که می‌توان به عبارت‌های دقت عمل، رسیدگی و ارزیابی ویژه، توجه لازم و مقتضی، بررسی موشکافانه، اقدامات ضروری و مقتضی، هوشیاری و مراقبت بایسته اشاره کرد که نگارنده در نوشته حاضر عبارت مراقبت بایسته را مطلوب می‌بیند و از آن استفاده می‌کند.

## 2. Hugo Grotius

## 3. Emmerich de Vattel

## 4. Financial Action Task Force (FATF)

و اعمال می‌کنند. مفهوم مراقبت بایسته در مقررات گروه ویژه اقدام مالی نیز وارد شده است، به گونه‌ای که می‌توان آن را یکی از ارکان این توصیه‌ها در نظر گرفت. اگرچه جایگاه کاربردی این مفهوم در مقررات مذکور، متفاوت از جایگاه و آثار آن در حقوق بین الملل است، قرابت‌هایی نیز دارد که در این نوشته به آن اشاره خواهد شد.

مقاله حاضر مشتمل بر دو بخش است که در بخش اول به تبیین مفهوم مراقبت بایسته در حوزه‌های مختلف حقوق بین الملل، از جمله حقوق مسئولیت بین المللی، حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری، حقوق بشر و حقوق بین الملل محیط‌زیست می‌پردازد و در بخش دوم، آن را در مقررات گروه ویژه اقدام مالی بررسی می‌کند که خود بر دو قسمت مفهوم مراقبت بایسته در معنای خاص و عام است. در انتها نگارنده با مقایسه این مفهوم در دو فضای گفتمانی مزبور سعی دارد جایگاه، آثار، الزامات، شباهت‌ها و تفاوت‌های آن را تبیین کند.

### ۱. در حقوق بین الملل

در قرن هفدهم، هوگو گروسیوس برای اولین بار مفهوم مراقبت بایسته را به‌عنوان مبنایی برای مسئولیت دولت، نسبت به اعمال افراد، مطرح و این مفهوم را به گونه‌ای وارد ادبیات حقوق بین الملل کرد. وی برای این مفهوم، مبنایی معنوی و دینی در نظر گرفته بود، یعنی کشورها بر اساس انگاره‌های اندیشه مسیحیت باید هنجارهایی را نسبت به اعمال افراد خود رعایت کنند. به عقیده گروسیوس، ممکن است یک دولت در جرم افراد، شریک تلقی شود و آن در صورتی است که نسبت به جرم آگاهی داشته و برای جلوگیری از ارتکاب و برای تعقیب و مجازات مجرمان، اقدامی انجام ندهد. اگرچه آنچه گروسیوس در باب مراقبت بایسته بیان می‌کرد بسیار متفاوت از مفهوم آن در کارکرد امروزه آن بود، بستری شد تا این مفهوم، جایگاه خود را در حقوق بین الملل بیابد. از اواخر قرن نوزدهم، مفهوم مراقبت بایسته به تدریج شکل گرفت و به‌عنوان تعهد برای رفتار دولت‌ها مطرح شد.<sup>۵</sup>

اصطلاح مراقبت بایسته در لغت به معنای مراقبت مقتضی یا احتیاط منطقی است اما در معنای تخصصی دارای دو دلالت حقوقی و تجاری است.<sup>۶</sup> در مفهوم حقوقی به معنای مراقبت و هوشیاری است که به‌طور منطقی از کسی انتظار می‌رود و عرفاً در اوضاع و احوال خاصی از سوی یک فرد متعارف که به دنبال اجرای تعهد حقوقی است انجام می‌پذیرد.<sup>۷</sup> این دلالت معنایی از اصل فوق

5. Hessbruegge, Jan, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, No. 4, 2004, p. 283.

6. WIKIPEDIA, "Due Diligence", last update: 30 March 2018, available at: [https://en.wikipedia.org/wiki/Due\\_diligence](https://en.wikipedia.org/wiki/Due_diligence).

7. *Black's Law Dictionary*, "Due Diligence" entry, 8<sup>th</sup> ed., 1990, p. 488.

تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی دنیا مشابه است. اما در مفهوم تجاری به بررسی‌ها و ارزیابی‌هایی که سرمایه‌گذار یا خریدار سهام در رابطه با ارزش واقعی دارایی شرکت، ریسک‌ها و ظرفیت‌های تجاری شرکت انجام می‌دهد گفته می‌شود.<sup>۸</sup> برای اولین بار قانون اوراق بهادار آمریکا در سال ۱۹۳۳ اصطلاح مراقبت بایسته را در مفهوم تجاری به کار برد. قانون فوق این مفهوم را در رابطه با مسئولیت کارگزاری‌های بورس اوراق بهادار برای ارائه اطلاعات کافی نسبت به شرکت‌هایی که سهامشان عرضه می‌شود به کار برد. در واقع، قانون مزبور بیان می‌دارد چنانچه این کارگزاری‌ها در بررسی و ارائه اطلاعات شرکت‌ها مراقبت بایسته داشته باشند، دیگر نمی‌توان آن‌ها را نسبت به اطلاعاتی که در فرایند این بررسی کشف و ارائه نشده است مسئول دانست. این قانون استانداردهایی را معرفی می‌کند که اقدام بر اساس آن‌ها، رفتار کارگزار را حائز وصف مراقبت بایسته می‌کند.<sup>۱۰</sup>

در مفهوم حقوقی، استاندارد مراقبت بایسته بر اساس فرد متعهد، ماهیت تعهد و آسیبی که باید پیشگیری شود تغییر خواهد کرد.<sup>۱۱</sup> این مفهوم در نظام‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی وارد شده است، به گونه‌ای که می‌توان ریشه‌های این تعهد را در حقوق رم جستجو کرد.<sup>۱۲</sup> اگرچه استاندارد مراقبت بایسته در نظام‌های حقوقی داخلی دارای استواری قانونی و رویه‌ای است، با توجه به دامنه این اصل در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل و همچنین پشتوانه مستحکمی که در آرای داوری و قضایی دارد می‌توان گفت این استاندارد در حقوق بین‌الملل دارای جایگاهی به اعتبار اصل کلی حقوق بین‌الملل است که عناصر آن را می‌توان چنین تبیین کرد: اولاً، مراقبت بایسته، تعهد شکلی است که نسبت به تعهد حقوقی دیگر صورت می‌گیرد. یعنی استنادی است که به منظور سنجش انطباق رفتار دولت نسبت به تعهد حقوقی استفاده می‌شود. در واقع، مراقبت بایسته، تعهد به عمل است، نه تعهد به نتیجه. ثانیاً، محتوا و گستره این اصل برحسب اوضاع و احوال و حوزه مورد چالش، تغییر می‌کند. برای مثال، تعهد دولت به اجرای مراقبت بایسته برحسب سطح توسعه دولت متفاوت است، هرچند استاندارد حداقلی معین همواره مورد انتظار است. در وضعیت‌هایی که آسیب احتمالی غیرقابل جبران است، سطح بالاتری از مراقبت مورد نظر است. ثالثاً، مراقبت بایسته عموماً تعهدی است که در طول زمان اجرا می‌شود؛ یعنی مستمراً باید اعمال شود. در واقع، تعهدی برای شناسایی ریسک‌های مرتبط و انجام اقدامات مقتضی به منظور به حداقل رساندن آسیب‌های احتمالی است.

8. Savovic, Sladjana and Dragana Pokrajcic, Due Diligence as a Key Success Factor of Mergers and Acquisitions, *Actual Problems of Economics*, vol. 6, No. 144, p. 425.

9. US Securities Act, 1933.

10. Sjostrom, William K. S., "The Due Diligence Defense under Section 11 of the Securities Act of 1933", *Brandeis Law Journal*, vol. 44, 2006, pp. 549-553.

11. Campbell, Ellen and Collogues, "Preventing Violations: The Promise of Due Diligence for the International Financial Corporation", *New York University School of Law*, Report, 2016, pp. 3-4.

12. *Ibid.*, p. 5.

دولت‌ها موظف‌اند تا زمانی که ریسک‌های مرتبط ادامه دارد، نظارت و اقدامات مقتضی خود را برای کاهش ریسک‌ها ادامه دهند. گاهی مراقبت بایسته مستلزم پیگیری مستمر به منظور تضمین دسترسی جبران‌های مناسب برای آسیب‌های ایجادشده است.<sup>۱۳</sup>

در مورد نسبت مراقبت بایسته با حسن نیت باید گفت که مراقبت بایسته، معیاری برای سنجش حسن نیت است؛ یعنی کشوری که تعهدات خود را با حسن نیت به اجرا می‌گذارد، رفتارش دارای مشخصات مراقبت بایسته است. در ماده (۱) کنوانسیون مؤسسه یکسان‌سازی در رابطه با عودت اموال فرهنگی (۱۹۹۵)<sup>۱۴</sup> و همچنین دستورالعمل شماره ۲۰۱۴/۶۰ شورای اروپا در رابطه با اموال فرهنگی مسروقه<sup>۱۵</sup> به این مسئله اشاره شده است. مقررات فوق بیان می‌دارد شرط پرداخت جبران خسارت منطقی و منصفانه به کشوری که شیء فرهنگی در تصرف اوست این است که ثابت کند در زمان تحصیل شیء مزبور، الزامات مراقبت بایسته را به عمل آورده است. در واقع استحقاق دریافت جبران خسارت، اثبات حسن نیت کشور مزبور است که از طریق رفتار بر اساس مراقبت بایسته صورت می‌پذیرد. دیوان عالی فیلیپین در قضیه بانک ملی فیلیپین صراحتاً بیان می‌دارد که نبود مراقبت بایسته در انجام تکالیف قانونی نشان‌دهنده عدم حسن نیت است.<sup>۱۶</sup>

در قرن نوزده و اوایل قرن بیستم، مفهوم مراقبت بایسته، بیشتر در زمینه حمایت از بیگانگان مطرح می‌شد. همان‌گونه که *واتل* در کتاب *حقوق ملل*<sup>۱۷</sup> خود بیان می‌کند که بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، زمانی که دولت به بیگانه اجازه ورود به قلمرو خود را می‌دهد در واقع می‌پذیرد که از او همانند شهروندان خود حمایت کند، و این شامل وظیفه حمایت در برابر اعمال مجرمانه افراد و نیز تعهد به تعقیب و مجازات افرادی می‌شود که به ایشان یا اموالشان تعرض شده است.<sup>۱۸</sup> این هنجار و آثار و دامنه آن، بارها در دادگاه‌ها و دیوان‌های مختلف سنجیده شده است. در برخی از این موارد، دولت معاف از مسئولیت شناخته شده است که باعث شده این پرسش مطرح شود که دولت چه استانداردی از حمایت را باید اعمال کند تا از مسئولیت ناشی از رفتارهای افراد نسبت به بیگانگان رهایی یابد.

در حالی که دعاوی ناشی از رفتار نسبت به بیگانگان در ابتدا بر اساس حسن نزاکت بین‌المللی و حفظ روابط دوستانه مطرح می‌شد، دولت‌ها به تدریج در معاهدات خود مقرراتی را در رابطه با

13. *Ibid.*, p. 6.

14. UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, article 4(1).

15. Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

16. *PNB v. Militar*, Supreme Court of the Philippines, Case No.: 164801, 30 June 2006, available at: [https://www.lawphil.net/judjuris/juri2006/jun2006/gr\\_164801\\_2006.html](https://www.lawphil.net/judjuris/juri2006/jun2006/gr_164801_2006.html).

17. Law of Nations

18. Wojnowska-Radzinska, Julia, *The Right of an Alien to Be Protected Against Arbitrary Expulsion in International Law*, Boston, Brill Nijhoff, 2014, p. 27.

حمایت از شهروندان خویش درج کردند. بر این مبنا، دولت‌ها به منظور طرح دعوا در رابطه با غرامت‌های ناشی از آسیب به شهروندان خود و اموالشان، از کمیسیون‌های اختلاف یا داوری استفاده کردند. این دعاوی که عمدتاً بر اساس اصول و قواعد حقوق بین‌الملل به آن‌ها رسیدگی می‌شد، رویه‌های قضایی اولیه را در رابطه با مفهوم مراقبت بایسته ایجاد کردند.<sup>۱۹</sup> برای مثال، کمیسیون اختلاف امریکا و ونزوئلا در قضیه ویپرمن<sup>۲۰</sup> بیان می‌کند: «دولت‌ها نسبت به اعمال افراد مسئولیتی ندارند، در صورتی که از چنان مراقبت منطقی در جهت جلوگیری از وقوع یا تکرار چنین اعمال مجرمانه‌ای برخوردار باشند».<sup>۲۱</sup> در این پرونده، بومیان در منطقه‌ای دورافتاده از سواحل ونزوئلا به یک شهروند امریکایی حمله کرده و به او آسیب رسانده بودند. دولت امریکا در کمیسیون اختلاف دو کشور، دعوایی برای اخذ غرامت از دولت ونزوئلا مطرح کرد که نهایتاً کمیسیون مسئولیتی برای دولت ونزوئلا تشخیص نداد.<sup>۲۲</sup> اما کمیسیون اختلاف در رابطه با تعهد دولت نسبت به مراقبت بایسته بیان می‌دارد اگرچه نمی‌توان محتوای این تعهد را به‌طور دقیق تبیین کرد، می‌توان مجموعه‌ای از عوامل عینی را که ممکن است در تعیین محتوای مراقبت بایسته مؤثر باشد تعریف کرد. این عوامل می‌تواند شامل میزان مؤثر بودن کنترل دولت نسبت به منطقه خاصی از سرزمین خود، میزان قابلیت پیش‌بینی آسیب و اهمیت منفعتی باشد که باید از آن حمایت شود. مراقبت بایسته می‌تواند در رابطه با پیگرد قانونی مجرمان نیز اعمال شود. برای مثال، در پرونده جین کلیم<sup>۲۳</sup> دیوان داوری بیان می‌دارد متهم به‌خاطر قتل یک تبعه امریکایی مجرم است و دولت نیز به‌واسطه اینکه اقدامات مقتضی را جهت تعقیب و مجازات متهم انجام نداده است مسئولیت دارد.<sup>۲۴</sup> اما پرسش این است که تعهد مراقبت بایسته بر اساس کدام معیارها تعیین می‌شود؟ آیا کشوری می‌تواند عمل به قانون داخلی خود را دفاعی برای عدم اجرای آن در شرایطی که این تعهد را می‌طلبد قرار دهد؟ آرای داوری و قضایی تأیید می‌کنند که محتوای مراقبت بایسته با توجه به استانداردهای بین‌المللی تعیین می‌شود نه معیارهای داخلی. برای مثال، در قضیه نیر،<sup>۲۵</sup> کمیسیون داوری بیان می‌کند که مشروعیت اقدامات دولت باید در تراز استانداردهای بین‌المللی سنجیده شود و رفتار نسبت به بیگانگان، زمانی تخلف بین‌المللی محسوب می‌شود که به‌صورت تخلف، عدم حسن‌نیت، غفلت عامدانه از تعهد انجام شود یا اقدامات دولت به منظور رعایت آن استاندارد بین‌الملل ناکافی باشد

19. Jiménez, Alberto Alvarez, "Minimum Standard of Treatment of Aliens", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, Issue 1, 2008, p. 51.

20. Wipperman

21. *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, part. 2001, p. 77.

22. *Ibid.*, pp. 75-77.

23. Jane Claim

24. *Janes et al (USA) v. United Mexican States*, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA), vol. IV, p. 88.

25. Neer

به گونه‌ای که هر منطق متعارف و بی‌طرفی چنین رفتاری را ناکافی تشخیص دهد.<sup>۲۶</sup> در قضیه *آلاباما* نیز بر این مسئله تأکید و اعلام شد که حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی تفوق دارد و محتوای *مراقبت بایسته* بر اساس معیارهای بین‌المللی تعیین می‌شود.<sup>۲۷</sup>

با وجود پذیرش این گزاره که محتوای *مراقبت بایسته* را حقوق بین‌الملل تعیین می‌کند، باز این پرسش بی‌پاسخ می‌ماند که دامنه این مفهوم در حقوق بین‌الملل تا چه حد است؟ با عنایت به رأی دیوان در قضیه *کورفو* که بیان می‌کند: «دولت‌ها متعهدند اجازه ندهند از قلمروشان علیه حقوق دیگر دولت‌ها اقدامی صورت گیرد»،<sup>۲۸</sup> می‌توان این نتیجه را گرفت که دیوان تعهد عام *حُسن همجواری* را استاندارد رفتار بنیان نهاده است. اگرچه این سخنی بجا و درست است، نمی‌تواند تمام توسعه‌هایی را که در رابطه با مفهوم *مراقبت بایسته* ایجاد شده است توجیه کند. در واقع، با ظهور زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل، مفهوم *مراقبت بایسته* نیز به فراخور استعداد و ظرفیت آن توسعه یافته است.

### ۱-۱. مسئولیت بین‌المللی دولت

اصطلاح *مراقبت بایسته* در پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با مسئولیت دولت به کار نرفته است، همان‌گونه که نسبت به نقش تقصیر<sup>۲۹</sup> در ایجاد مسئولیت دولت، رویکردی انکاری در پیش گرفته است. در واقع، کمیسیون در ماده ۲ صرفاً به قابلیت انتساب عمل متخلفانه به دولت و نقض تعهد بین‌المللی در ایجاد مسئولیت بین‌المللی اکتفا کرده است و به مسئله تقصیر، همان‌گونه که در حقوق داخلی اهمیت دارد نپرداخته است. البته جایگاه تقصیر در مسئولیت دولت، مباحث فراوانی ایجاد کرده است اما نهایتاً آن را مربوط به قواعد اولیه رفتار دولت دانسته‌اند تا قواعد ثانویه مسئولیت. در نیمه دوم قرن بیستم، توسعه استاندارد *مراقبت بایسته*، متأثر از رویه‌های ایجادشده در حقوق بین‌المللی محیط‌زیست است.<sup>۳۰</sup> حذف مفهوم *مراقبت بایسته* در پیش‌نویس کمیسیون در رابطه با مسئولیت دولت نسبت به اعمال متخلفانه باعث شد تا کمیسیون این مفهوم را در زمینه دیگری به کار گیرد. دیوان در تفسیریه پیش‌نویس جلوگیری از آسیب‌های فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک اشاره می‌کند: «اتخاذ اقدامات پیشگیرانه و کاهش‌دهنده آسیب‌های فرامرزی،

26. (*Neer and Neer (USA) v. United Mexican State*), 15 October 1926, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA) IV, pp. 60–66.

27. *Alabama Claims Arbitration (United States/Great Britain)*, 14 September 1872, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA), XXIX, p. 129.

28. *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, 1949, ICJ Report, p. 22.

29. *Fault*

30. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 82.

یکی از مصادیق رفتار مراقبت‌بایسته است و اینکه بر چه اساسی رفتار دولت مراقبت‌بایسته تشخیص داده می‌شود، باید به معیار تناسب و مقتضی‌بودن رفتار مزبور با ریسک آسیب‌فرامرزی در هر وضعیت خاص رجوع کرد.<sup>۳۱</sup> ظاهراً با توجه به عدم قطعیت نسبت به وضعیت آینده، پیش‌نویس به ارائه چارچوب رفتاری خاص نمی‌پردازد بلکه صرفاً دامنه تعهدات بین‌المللی دولت را به منظور جلوگیری از خطر آسیب‌فرامرزی بیان می‌کند.<sup>۳۲</sup>

ماده ۳ پیش‌نویس بیان می‌کند که: «دولت منشأ باید اقدامات مقتضی را به منظور جلوگیری از آسیب عمده فرامرزی یا کاهش ریسک چنین آسیبی به عمل آورد».<sup>۳۳</sup> ماده ۷ اشعار می‌دهد که: «هر تصمیمی مبنی بر صدور مجوز برای فعالیت‌های مورد نظر این مواد باید بر اساس ارزیابی آسیب‌های احتمالی فرامرزی ناشی از این فعالیت‌ها باشد، نظیر ارزیابی اثر زیست‌محیطی».<sup>۳۴</sup> به عقیده بسیاری از حقوق‌دانان، تعهد برای اتخاذ اقدامات پیشگیرانه، یکی از مصادیق مراقبت‌بایسته است اما ضمانت مطلق نسبت به عدم حدوث چنین آسیبهایی نیست، یعنی چنانچه دولت اقدامات پیشگیرانه را به عمل آورد ولی باز آسیب ایجاد شد، مسئولیتی نخواهد داشت. در واقع، تعهد دولت صرفاً انجام نهایت تلاش خود برای پیشگیری یا کاهش آثار آسیب‌مورد نظر است.<sup>۳۵</sup>

اگرچه تعریف کاملی از استاندارد مراقبت‌بایسته در این رابطه وجود ندارد، می‌توان به تلاش‌های متعارف دولت برای آگاهی از مؤلفه‌های حقیقی و حقوقی یک پدیده و اقدام به‌موقع و منطقی به منظور جلوگیری از آسیب فرامرزی، اطلاق رفتار مراقبت‌بایسته را داد. رویه دولت‌ها نشان داده است که اصولاً کشورها به‌سختی آستانه موسع‌تری را نسبت به آنچه در رابطه با این مفهوم بیان شد می‌پذیرند. مثلاً در قضیه ریخته‌گری/اسملتر،<sup>۳۶</sup> استاندارد مراقبت‌بایسته، ارتقای فناوری کنترل انتشار مواد آلوده‌کننده است که با توجه به توان و ظرفیت کانادا باید به منظور کاهش آسیب فرامرزی صورت گیرد.<sup>۳۷</sup>

31. Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, UN Doc. A/56/10, 2001, p. 42.

32. ن.ک: مهدی حدادی و سیامک کریمی؛ «تعهدات به پیشگیری و اصل احتیاط»، از کتاب *مسئولیت بین‌المللی ناشی از اعمال منع‌نشده*، جیمز کرافورد و همکاران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۶، صص ۷۴-۵۵؛ زهرا نجاتیان کاشانی؛ *وظیفه مراقبت در تحقق اصل پیشگیری*، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.

33. "Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities", ILC Report, 2001, Article: 2, "The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof".

34. *Ibid.*, Article: 7, "Any decision in respect of the authorization of an activity within the scope of the present articles shall, in particular, be based on an assessment of the possible trans-boundary harm caused by that activity, including any environmental impact assessment".

35. Flemme, Maria, "Due Diligence in International Law", Master Thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2004, p. 7.

36. Trail Smelter

37. Reports of International Arbitral Awards, *Trail Smelter Case (United States v. Canada)*, 11 March 1941, p. 1981.



## ۲-۱. حقوق بین الملل سرمایه گذاری

مفهوم مراقبت بایسته در ابعاد مختلف حمایت از سرمایه گذار خارجی نقش آفرینی می کند. این مفهوم در زمینه استانداردهای معین حمایت از سرمایه گذاری خارجی، نظیر معیار حفاظت و امنیت کامل،<sup>۳۸</sup> معیار حداقل استاندارد بین المللی<sup>۳۹</sup> و رفتار منصفانه و برابر<sup>۴۰</sup> از جایگاه خاص برخوردار است. این معیارها عموماً ناظر بر استانداردهای عینی است که با استانداردهای ذهنی نظیر رفتار ملی یا رفتار کشورهای کامله الوداد متفاوت است. استانداردهای عینی مستلزم رفتار دولت در چارچوب تعریف شده معین است که در حقوق بین الملل تعیین شده است. زمانی که دولت به استانداردهای عینی می پردازد، معیار ارزیابی تخلف دولت نیز دارای مقیاس معین می شود که بایستگی مراقبت دولت یکی از آنهاست.<sup>۴۱</sup> اگرچه ارتباط دقیق این استانداردها همچنان محل بحث است، واضح است که این سه استاندارد در برخی از جنبه ها اشتراکاتی دارند که حضور مراقبت بایسته در آنها یکی از بارزترین این اشتراکات است.

## الف. معیار حفاظت و امنیت کامل

اکثر معاهدات مربوط به سرمایه گذاری حاوی مفادی در رابطه با تعهد دولت میزبان به حفاظت و امنیت کامل از سرمایه گذار خارجی است. در واقع، این مواد کشور میزبان را متعهد به اتخاذ اقداماتی می کند که سرمایه گذار خارجی را در برابر اعمال و تأثیرات نامطلوب محافظت کند. این تأثیرات نامطلوب بر سرمایه گذاری خارجی ممکن است ناشی از اعمال دولت میزبان و نهادهای وابسته به دولت یا اعمال اشخاص خصوصی باشد. اگرچه مقرراتی که حفاظت و امنیت کامل را به سرمایه گذاران اعطا می کند متفاوت است، در مفهوم کلی، اگر دولت میزبان در فراهم آوردن حمایت های فیزیکی و پلیسی لازم نسبت به سرمایه گذار و سرمایه گذاری های خارجی کوتاهی کند، از تعهدات بین المللی خود تخلف کرده و مسئول خواهد بود.<sup>۴۲</sup> این تعهد (حمایت فیزیکی از سرمایه گذاری خارجی)، هم برای اقدامات دولت و هم افراد تحت صلاحیت آن است. دولت در فراهم سازی چنین حمایتی باید مراقبت بایسته داشته باشد، یعنی به گونه ای رفتار کند که از منظر منطق متعارف، چنین رفتاری انتظار می رود. تعهد دولت برای چنین رفتاری موجب نمی شود که

38. Full Protection and Security (FPS)

39. International Minimum Standard (IMS)

40. Fair and Equitable Treatment (FET)

41. De Brabandere, Eric, "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 42, No. 2, pp. 320-322.

42. UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York and Geneva, 2007, p. 132, available at: [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf).

نوعی مسئولیت مطلق<sup>۴۳</sup> برای دولت ایجاد شود. یعنی دولت صرفاً تعهد به عمل دارد و چنانچه اقدامات ضروری را به عمل آورد، حتی اگر خسارتی نیز به سرمایه‌گذار وارد آید، مسئولیتی نخواهد داشت.<sup>۴۴</sup>

استاندارد حفاظت و امنیت کامل، مورد تأیید بسیاری از دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی است. برخی از دادگاه‌ها الزام فراهم‌سازی حفاظت فیزیکی را تا حمایت حقوقی نیز بسط داده‌اند.<sup>۴۵</sup> در این معنا، تعهد دولت علاوه بر اتخاذ اقدامات پیشگیرانه فیزیکی، باید سازوکاری حقوقی را برای پیگیری، محاکمه و مجازات اشخاصی که موجب آسیب به سرمایه‌گذاران شده‌اند فراهم آورد. با وجود این، تعهد دولت در اینجا صرفاً مهیا کردن سیستم حقوقی مؤثر است و تعهدی ندارد که آرای دادگاه‌ها مطلوب سرمایه‌گذاران باشد. بنابراین، دولت در هر دو مورد حفاظت فیزیکی و حمایت حقوقی، فاقد مسئولیت مطلق است.<sup>۴۶</sup>

در این مفهوم، مراقبت بایسته به معنای تعهد دولت برای اتخاذ اقداماتی است که به‌طور منطقی انتظار می‌رود به منظور جلوگیری از آسیب به سرمایه‌گذار خارجی یا دارایی آن صورت دهد. برای سنجش اقدامات دولت در تراز مراقبت بایسته، باید سنجید که آیا دولت به‌صورت منطقی و متعارف رفتار کرده است؟ آیا اقدامات دولت متناسب بوده است؟ آیا دولت همه اقدامات ضروری را به عمل آورده است؟ آیا عدم دادرسی عادلانه منجر به نقض عدالت بین‌المللی شده است؟ آیا اقدامات دولت جنبه فریب و غیرضروری داشته است؟<sup>۴۷</sup> به‌طور خلاصه، چنانچه دولت تعهد حفاظت و امنیت کامل نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی داشته باشد، باید در انجام آن عمل کند، یعنی تمام اقدامات منطقی و ضروری برای حفاظت از سرمایه‌گذاران خارجی را به عمل آورد. این شامل اقدامات پیشگیرانه فیزیکی و پلیسی و حمایت‌های حقوقی و قضایی مؤثر است. بنابراین، کوتاهی دولت در انجام چنین اقداماتی، صرف‌نظر از ورود خسارت یا آسیب به سرمایه‌گذار، موجب مسئولیت دولت خواهد شد زیرا دولت دارای تعهد به عمل است.

### ب. حداقل رفتار بین‌المللی

ارتباط دقیق میان این سه استاندارد (حفاظت و امنیت کامل، حداقل استاندارد بین‌المللی و رفتار

43. Absolute Liability

44. De Brabandere, *op. cit.*, p. 332.

45. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 2007, para. 354; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Award, 2004, para. 170; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 2006, para. 408; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 2008, para. 729; *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 2008, para. 189.

46. French, Duncan & Tim Stephens, "Due Diligence in International Law", *International Law Association (ILA)*, Report, 2014, p. 8.

47. *Ibid.*, p. 9.

منصفانه و برابر) هنوز محل بحث‌های فراوان است. برخی معتقدند که معیار حفاظت و امنیت کامل، بخشی از معیار حداقل استاندارد بین‌المللی است، یا رفتار منصفانه و حفاظت کامل در معیار حداقل استاندارد بین‌المللی وجود دارد. برخی نیز معتقدند که این سه معیار و رفتار، استانداردهای معاهده‌ای مستقل هستند. فارغ از این مباحث، تردیدی نیست که این سه استاندارد شباهت‌هایی دارند و لذا در برخی جنبه‌ها ممکن است هم‌پوشانی داشته باشند. یکی از این موارد، تعهد دولت به حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی در برابر اعمال ثالث و نیز به‌کارگیری مراقبت بایسته نسبت به انجام چنین تعهدی است. این هم‌پوشانی ناشی از تعهد دولت به حمایت از بیگانگان است، تعهدی برآمده از حقوق بین‌الملل عرفی که مراقبت بایسته نسبت به آن اعمال می‌شود.<sup>۴۸</sup>

همان گونه که از نام این معیار برمی‌آید، حداقل استاندارد بین‌المللی دلالت بر حداقل حمایت‌هایی دارد که دولت‌ها بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی موظف‌اند نسبت به بیگانگان و سرمایه‌گذاران خارجی اعمال کنند.<sup>۴۹</sup> این حداقل‌ها می‌تواند شامل رفتار منصفانه و برابر یا حفاظت و امنیت کامل نیز باشد. در اجرای این استاندارد، دولت‌ها موظف به اجرای مراقب بایسته‌اند، یعنی دولت در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، اقدامات منطقی و متعارفی انجام دهد که حقوق بین‌الملل عرفی آن را ضروری می‌داند.<sup>۵۰</sup>

یکی از اولین قضایایی که به این استاندارد اشاره می‌کند، قضیه نیر است. کمیسیون عمومی حل و فصل اختلاف آمریکا - مکزیک در این باره چنین بیان می‌دارد: «مطلوبیت رفتار دولت نسبت به بیگانگان باید در تراز استانداردهای بین‌المللی سنجیده شود. زمانی رفتار دولت تخلف بین‌المللی تلقی خواهد شد که ناشی از بی‌عدالتی، عدم حسن‌نیت، اهمال عمدی در انجام تعهد، یا رفتاری کمتر از استانداردهای بین‌المللی باشد، به گونه‌ای که هر فرد دارای منطبق متعارف، این عدم کفایت رفتاری را تشخیص دهد. خواه این عدم کفایت ناشی از اجرای معیوب قانون مناسب باشد، خواه قانون دولت را از اجرای استانداردهای مزبور منع کرده باشد، در هر دو صورت مسئولیت دولت ایجاد خواهد شد».<sup>۵۱</sup>

یکی از مصادیق مراقبت بایسته در استاندارد حداقل رفتار بین‌المللی، رعایت الزامات ناشی از عدالت است. یعنی ایجاد چارچوب‌های لازم به منظور دسترسی به دادرسی عادلانه، از تعهدات دولت در حفظ این استاندارد است. بنابراین، این برداشت به مفهومی که در رابطه با حفاظت و

48. De Brabandere, *op. cit.*, p. 330.

49. ن.ک: به‌آذین حسینی؛ «حداقل استانداردهای بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰.

50. French & Stephens, *op. cit.*, p. 9.

51. *LFH Neer and Pauline Neer v. Mexico, (United States v. Mexico)*, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA) IV, 15 October 1926, pp. 537-538.

امنیت حقوقی می‌شود بسیار نزدیک است. اصول مشابهی نسبت به تعهدات دولت میزبان در زمان وقوع درگیری‌های مسلحانه، منازعات شهری، انقلاب‌ها یا بلایای طبیعی وجود دارد. یعنی در چنین شرایطی، تا آنجا که بر اساس اوضاع و احوال، ممکن و عملی است دولت باید از نیروهای پلیس و نظامی خود برای حمایت از منافع بیگانگان استفاده کند. این برداشت با مراقبت بایسته در اجرای استاندارد حفاظت و امنیت فیزیکی، قرابت معنایی دارد.<sup>۵۲</sup>

### ج. رفتار منصفانه و برابر

دولت‌ها متعهدند با سرمایه‌گذاران خارجی رفتاری منصفانه و برابر داشته باشند. استاندارد رفتار منصفانه و برابر، مفهومی متغیر و تا حدی مبهم است و بنابر اوضاع و احوال، متفاوت است. اما دولت‌ها حق ندارند رفتاری نامطلوب‌تر از الزامات حقوق بین‌الملل در پیش بگیرند. معیار سنجش رفتار دولت در این رابطه، چارچوب‌های مراقبت بایسته است، یعنی بر اساس اوضاع و احوال، اقدام دولت برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی باید متناسب، کافی و منصفانه باشد، به گونه‌ای که منطق متعارف، آن را رفتاری قابل انتظار بشناسد.<sup>۵۳</sup>

اگرچه این استاندارد مشابهت‌های مصداقی فراوانی با دو استاندارد دیگر دارد، تکیه آن به اوضاع و احوال به‌عنوان مؤلفه‌ای تعیین‌کننده در رابطه با دامنه تعهدات دولت و نیز چگونگی اجرای این تعهدات، آن را از سایر استانداردها جدا می‌کند. با وجود این، اشاره به مراقبت بایسته در رویه قضایی و داوری مربوط به رفتار منصفانه و برابر، بسیار پراکنده و اندک است و عمدتاً این مفهوم در کنار استاندارد حفاظت و امنیت کامل مورد بحث قرار گرفته است.<sup>۵۴</sup>

در رابطه با استاندارد رفتار منصفانه و برابر، بخصوص در مورد انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران خارجی بیان می‌شود که سرمایه‌گذاران خود باید مراقبت بایسته داشته باشند.<sup>۵۵</sup> در این رابطه دیوان داوری در قضیه پارکرینگز<sup>۵۶</sup> بیان می‌دارد که سرمایه‌گذاران حق بهره‌مندی از حمایت‌های ضروری از انتظارات مشروع خود را دارند، مشروط بر اینکه آن‌ها مراقبت بایسته نموده و انتظاراتشان بر اساس اوضاع و احوال، منطقی و متعارف باشد.<sup>۵۷</sup> در اینجا منظور دیوان از تعهد مراقبت بایسته، مفهوم آن در معنای تجاری خود است، یعنی سرمایه‌گذاران باید انتظارات مشروع خود را بر اساس ارزیابی‌های

52. French & Stephens, *op. cit.*, p. 10.

53. Klein Bronfman, Marcela, "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard", *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, p. 630.

54. French & Stephens, *op. cit.*, p. 11.

55. *Ibid.*, p. 12.

56. Parkerings

57. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case, No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 333.

خویش از ریسک‌ها، ظرفیت‌ها و واقعیت‌های موجود سامان دهند. دیوان در قضیه *بیواتر گوف*<sup>۵۸</sup> اشعار می‌دهد که هدف از استاندارد رفتار منصفانه و برابر این است که انتظارات اساسی که سرمایه‌گذاران بر اساس آن مبادرت به سرمایه‌گذاری کرده‌اند از اقدامات دولت متأثر نشود، مشروط به این که این انتظارات، منطقی و مشروع بوده و نیز سرمایه‌گذاری اصولاً بر اساس آن‌ها صورت گرفته باشد.<sup>۵۹</sup>

اعمال اصل مراقبت بایسته در معنای فوق، بدون ذکر صریح آن در توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری باعث شده است میزان جبران خسارتی که بر ذمه دولت میزبان است محدود شود زیرا سرمایه‌گذار، خود به قسمی مسئول خسارت ناشی از عدم اجرای این اصل است.<sup>۶۰</sup> در قضیه *آلاسدر*،<sup>۶۱</sup> دیوان بیان می‌کند که سرمایه‌گذاری بایسته ایجاب می‌کند که هر سرمایه‌گذار پیش از انجام سرمایه‌گذاری خود، الزامات ناشی از رفتار مراقبت بایسته را به عمل آورد. مؤلفه اساسی چنین رفتاری این است که سرمایه‌گذار اطمینان حاصل کند که سرمایه‌گذاری مطابق با قانون دولت میزبان است.<sup>۶۲</sup>

### ۱-۳. حقوق بین الملل بشر دوستانه و مفهوم مراقبت بایسته

درگیری نیروهای دولتی با متخصصین (دولتی و غیردولتی) در چارچوب حقوق بین الملل بشردوستانه مستلزم سطح بالایی از کنترل دولت نسبت به فعالیت‌های نیروهای تحت امر خود است. اگر چنین کنترلی ایجاد نشود، دولت علاوه بر مسئولیت نقض‌های نیروهای خود، به واسطه عدم رعایت مراقبت بایسته به منظور انجام اقدامات ضروری و منطقی برای حفظ چارچوب‌های حقوق بین الملل بشردوستانه نیز مسئول خواهد بود.<sup>۶۳</sup>

بیان اینکه الزامات ناشی از مراقبت بایسته در حقوق بین الملل بشردوستانه دقیقاً به کدام اقدامات دولت اشاره دارد، اندکی دشوار است زیرا تعهدات دولت در وضعیت‌های مختلف متفاوت است. اگرچه اصول واجب‌الرعایه این حوزه از حقوق بین الملل، نظیر حمایت از غیرنظامیان، هیچ‌گاه ترک نمی‌شود، اقداماتی که دولت‌ها به اقتضای اوضاع و احوال برای اجرای تعهدات خود انجام می‌دهند متفاوت است. بنابراین، آن دسته از اقداماتی را که انتظار می‌رود دولت در اوضاع و احوال خاص به صورت متعارف و منطقی برای اجرای تعهدات خود انجام دهد، رفتار مراقبت بایسته آن دولت می‌نامند.

58. *Biwater Gauff*

59. *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case, No. ARB/05/22, award, 24 July 2008, para. 602.

60. French & Stephens, p. 12.

61. Alasdair

62. *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case, No. ARB (AF)/07/, Award, 19 May 2010, para. 58.

63. Sassoli, Marco, "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, vol. 84, issue: 846, p. 411.

دیوان بین‌المللی کیفری برای رواندا در قضیه *آکایسو* بیان می‌دارد که ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو که بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است به همراه پروتکل‌های الحاقی، بیان‌کننده استاندارد حداقل و غیرمشروط از تعهدات دولت‌ها و بازیگران غیردولتی است که باید در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه از سوی طرفین درگیر رعایت شود؛<sup>۶۴</sup> لذا کشورها باید در انجام این حداقل‌ها رفتاری مطابق با چارچوب‌های مراقبت بایسته در پیش بگیرند. اگرچه تمامی مقررات مندرج در حقوق بین‌الملل بشردوستانه به گونه‌ای رفتار مراقبت بایسته دولت‌ها را می‌طلبد، مفهوم مزبور عمدتاً در چارچوب حمایت از غیرنظامیان، حمایت از اسرای جنگی و جلوگیری و پیگرد نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل بشردوستانه مورد توجه قرار می‌گیرد.<sup>۶۵</sup> در این راستا می‌توان بیان کرد اقدامات دولت به منظور جلوگیری از جنایت جنگی بر اساس ماده ۳ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه<sup>۶۶</sup> یا ماده ۱ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو که کشورهای عضو را متعهد می‌کند، مفاد کنوانسیون را در هر شرایطی رعایت کنند،<sup>۶۷</sup> یا پروتکل الحاقی اول که اشعار می‌دارد طرفین درگیر مسئول اقدامات افرادی هستند که جزو نیروهای مسلح آن‌ها باشند،<sup>۶۸</sup> بخشی از تعهدات دولت در قبال رفتار مراقبت بایسته است.

توسعه ابتدایی مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بشردوستانه، ناشی از رویه قضایی است که تلاش داشت حداقل استاندارد را برای ایجاد مسئولیت دولت‌ها به منظور اطمینان از اجرای کامل حقوق بین‌الملل بشردوستانه استوار کند. در واقع، رفتار دولت در مفهوم مزبور باید به گونه‌ای باشد که آن دسته از افراد یا اموال یا اماکنی که مورد حمایت حقوق بین‌الملل است دچار کمترین آسیب شوند.<sup>۶۹</sup> برای مثال، در قضیه فعالیت‌های نظامی در سرزمین کنگو، دیوان بیان می‌دارد که اوگاندا به‌عنوان کشور اشغال‌کننده متعهد است تا همه اقدامات مؤثر را به منظور جلوگیری از غارت و چپاول منابع طبیعی کشور اشغال‌شده (کنگو) به عمل آورد و این تعهد نه‌تنها در رابطه با نیروهای تحت امر خود است بلکه در رابطه با سایر افراد نیز صدق می‌کند.<sup>۷۰</sup> یعنی دولت اشغال‌کننده در حفظ منابع طبیعی کشور اشغال‌شده باید مراقبت بایسته داشته باشد.

64. *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Judgment of 1 June 2001, paras: 432-445.

65. Hessbruege, Jan, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, p. 265.

66. Hague Regulations, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 1907, article 3.

67. Geneva Conventions (I-IV), 12 August 1949, 75 UNTS 287, article 1.

68. Additional Protocol II, 8 JUNE 1977, 1125 UNTS 3, article 91.

69. Hessbruege, p. 264.

70. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* ICJ Report, 19 December 2005, p. 253.

گاه ممکن است حقوق بین الملل بشردوستانه به وسیله اقدامات بازیگران خصوصی نقض شود. در این صورت، چنانچه این اقدامات قابل انتساب به دولت نباشد، زمانی دولت مسئولیت خواهد داشت که در پیگرد، محاکمه و مجازات ناقضین، اقدامات لازم را به عمل نیاورد. بنابراین، دولت به واسطه عدم رفتار بر اساس مراقبت بایسته مسئول خواهد بود.<sup>۷۱</sup> چنانچه این اقدامات قابل انتساب به دولت باشد، مسئله میزان کنترل دولت نسبت به گروه‌های خصوصی مطرح می‌شود. دیوان بین الملل دادگستری در قضیه نیکاراگوئه، معیار کنترل مؤثر<sup>۷۲</sup> را مطرح می‌کند که در صورت هدایت و سازماندهی این گروه‌ها توسط دولت می‌توان اقدامات آن‌ها را به دولت منتسب و مسئولیت نقض‌های ایشان را متوجه دولت کرد.<sup>۷۳</sup> البته دیوان بین المللی کیفری برای یوگسلاوی در قضیه تادیچ، معیار کنترل کلی<sup>۷۴</sup> را برای انتساب اقدامات گروه‌های غیردولتی به دولت مطرح می‌کند که معیاری با آستانه پایین‌تر از معیار کنترل مؤثر است.<sup>۷۵</sup> با وجود این، دیوان در قضیه کنوانسیون ژنوسید بوسنی علیه صربستان، (۲۰۰۷) به معیار کنترل مؤثر بازمی‌گردد.<sup>۷۶</sup> به هر جهت، اگر اقدامات گروه‌های خصوصی به دولت قابل انتساب باشد، دولت زمانی مسئول خواهد بود که نتواند اقدامات مناسبی را در جهت نظارت و انطباق رفتار این گروه‌ها بر اساس حقوق بین الملل به عمل بیاورد؛ لذا گفته می‌شود دولت مراقبت بایسته انجام نداده است.<sup>۷۷</sup> کمیسیون آفریقایی حقوق بشر، دامنه تعهدات مراقبت بایسته دولت را به اقدامات ضروری برای حفظ امنیت شهروندان خود بسط می‌دهد. کمیسیون در این زمینه بیان می‌دارد که حتی اگر دولت طرف مخاصمه داخلی نباشد و نسبت به طرفین درگیر به منظور جلوگیری از نقض‌های حقوق بین الملل بشردوستانه، کنترلی نداشته باشد، باز هم مسئول حفظ امنیت شهروندان خود و پیگرد متخلفین است.<sup>۷۸</sup>

#### ۱-۴. حقوق بین الملل بشر

حقوق بشر از آن جهت که عمده توجه خود را معطوف به امور داخلی کشورها می‌کند با سایر حوزه‌های حقوق بین الملل متفاوت است. در سایر حوزه‌ها، نظیر حقوق بین الملل محیط‌زیست، اصل

71. Sassoli, *op. cit.*, pp. 411-412.

72. Effective Control

73. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Report, Judgment, 26 November 1984, p. 436.

74. Overall Control

75. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991, *Duško Tadic Case*, 15 July 1999, paras. 120-122.

76. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), ICJ Report, Judgment, 26 February 2007, paras. 399-410.

77. Sassoli, *op. cit.*, p. 412.

78. White, Nigel, "Due Diligence Obligations of Conduct: Developing a Responsibility Regime for PMSCs", *Criminal Justice Ethics*, vol. 31, 2012, p. 233.

حاکمیت<sup>۷۹</sup> باعث می‌شود که امور داخلی کشورها عموماً از دسترس بررسی و قضاوت بین‌المللی مصون بماند و تنها اموری که واجد عنصری بین‌المللی می‌شود، نظیر آسیب‌های فرامرزی، در حیطه توجه آن‌ها قرار می‌گیرد.<sup>۸۰</sup>

مفهوم مراقبت بایسته، به گونه‌ای با هر نه کنوانسیون ملل متحد در رابطه با حقوق بشر مرتبط است، ولی عمدتاً به تعهدات دولت نسبت به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دلالت دارد. در این مفهوم، مراقبت بایسته به معنای اتخاذ اقدامات مناسب و ضروری از سوی دولت به منظور دستیابی تدریجی به حقوق ذکر شده است. با وجود این، کشورها در رابطه با حقوق مدنی و سیاسی نیز تعهداتی نسبت به مراقبت بایسته دارند، نظیر تعهد به جلوگیری از رفتارهای بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز،<sup>۸۱</sup> تعهد به تحقیق و بررسی نسبت به ناپدیدسازی افراد از سوی گروه‌های غیردولتی<sup>۸۲</sup> یا تعهد به احترام و اطمینان از بهره‌مندی افراد از حقوق مدنی و سیاسی و بهره‌مندی از جبران‌های مؤثر در صورت نقض آن‌ها.<sup>۸۳</sup>

معاهدات ملل متحد در رابطه با حقوق بشر، نظامی را بر پایه سه تعهد احترام، حمایت و اجرا ایجاد کرده‌اند که کشورها باید در مسیر تحقق اهداف حقوق بشری اسناد مربوطه، آن‌ها را رعایت کنند.<sup>۸۴</sup> تعهد به احترام<sup>۸۵</sup> ناظر بر تعهدات منفی کشورهاست، یعنی دولت‌ها باید از نقض حقوق بشر خودداری کنند. در این نوع از تعهد، کشورها نسبت به اقدامات نهادها و افراد تحت امر خود، حتی زمانی که فراتر از حدود قانونی وظایف خود عمل کنند، مسئولیت مستقیم دارند.<sup>۸۶</sup> در این نوع تعهد، اساساً مسئولیت بر مبنای مراقبت بایسته ایجاد نمی‌شود، مگر اینکه دولت چارچوب‌های لازم را برای نظارت بر اقدامات نهادها و افراد تحت امر خود ایجاد نکند یا در پیگرد اشخاص ناقض، اقدامات لازم را انجام ندهد.<sup>۸۷</sup>

تعهد به حمایت،<sup>۸۸</sup> ناظر بر تعهدات مثبت کشورها به منظور اتخاذ اقدامات پیشگیرانه برای کاهش یا محو نقض‌های ارتكابی به‌وسیله کنش‌گران غیردولتی است. در این نوع تعهد، اگر نقضی

79. The Principle of Sovereignty

80. French & Stephens, *op. cit.*, p. 14.

81. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, 1465 UNTS 85 (CAT), article 16.

82. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 2006, 2715 UNTS (CED), article 3.

83. International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171 (ICCPR), articles 2(1) and (3).

84. Gabor, Rona, "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfil Human Rights Obligations in Cyberspace", *Journal of National Security In Law And Policy*, vol. 8, No. 3, 2016, p. 504.

85. Duty to Respect

86. Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, vol. 35, No. 9, 1992, p. 23.

87. Gabor, *op. cit.*, p. 504.

88. Duty to Protect



صورت گیرد، لزوماً موجب مسئولیت دولت نمی‌شود، مگر در شرایطی که احراز شود این نقص ناشی از کوتاهی دولت در اتخاذ اقدامات پیشگیرانه بوده یا دولت اقدامات جبرانی مناسب را انجام نداده است.<sup>۸۹</sup> تعهد به حمایت، مشتمل بر عناصری است که تنها تعدادی از آن‌ها مربوط به تعهد به رفتار مراقبت بایسته است. برای مثال، دولت موظف است نهادهایی را به منظور حمایت از حقوق بشر ایجاد کند؛ یعنی باید ابزارهای پیشگیرانه نظیر نیروی پلیس داشته باشد، سازوکارهای تحقیق و پیگرد نسبت به نقض‌های حقوق بشری ایجاد و فرایندهای جبرانی مناسبی را پیش‌بینی کند. جنس این الزامات، تعهد به نتیجه است و دولت باید سریعاً آن‌ها را فراهم آورد. بنابراین، اگر دولت چنین نهادهایی را ایجاد نکند مسئول خواهد بود. با وجود این، چگونگی فعالیت این نهادها نیز محل بروز مسئولیت ناشی از عدم رفتار بر اساس مراقبت بایسته است. در واقع چنانچه دولت چارچوبی به منظور تضمین فعالیت مناسب نهادهای حقوق بشری خود ایجاد نکند یا عملکرد این سازوکارها مؤثر نباشد مسئول خواهد بود.<sup>۹۰</sup>

تعهد به اجرا،<sup>۹۱</sup> گاهی به تعهد به تسهیل، فراهم‌آوری و ترویج تقسیم می‌شود.<sup>۹۲</sup> بسیاری از تعهدات مربوط به اجرا، به‌ویژه تعهدات ناشی از میثاق بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی،<sup>۹۳</sup> از جنس دستیابی تدریجی است، یعنی دولت موظف به تضمین تحقق فوری حقوق مرتبط نیست، بلکه موظف به اتخاذ گام‌های مؤثر برای دستیابی به این اهداف است.

تعهدات مراقبت بایسته در رابطه با حقوق بشر، تعهد به عمل است که با تعهداتی که نتایج معینی را تضمین می‌کند (تعهد به نتیجه) تفاوت دارد. به‌طور کلی تعهدات حقوق بشری به چند دسته تقسیم می‌شود: الف) تعهد به رفتار مطلق که مشمول مراقبت بایسته نمی‌شود، نظیر تمامی تعهدات منفی (احترام به حقوق بشر) و تعهدات شکلی (ارائه گزارش)؛ ب) تعهد به نتیجه؛ که معمولاً مربوط به رفتار با ماهیت نهادی است، مانند ایجاد سازوکار انتظامی برای حمایت از حقوق بشر که آن نیز مشمول استاندارد مراقبت بایسته نمی‌شود؛ ج) تعهد به عمل، نظیر نهادهایی که باید هوشیارانه وظایف خود را به انجام برسانند و همچنین تعهد به دستیابی تدریجی که ناظر به وظایفی است که تحقق به اهداف خاصی را در طول زمان در نظر دارند. این دسته از حقوق در چارچوب تعهدات مراقبت بایسته قرار می‌گیرد.<sup>۹۴</sup>

شورای اروپایی کنوانسیون جلوگیری و مبارزه با خشونت علیه زنان در سال ۲۰۱۱ تعهد دولت‌ها

89. Crawford, James, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *American Journal of International Law*, vol. 96, issue. 4, 2002, pp. 878-9.

90. Pisillo-Mazzeschi, *op. cit.*, pp. 24-25.

91. Duty to Fulfil

92. Gabor, *op. cit.*, p. 505.

93. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

94. Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "Responsibility of States on Violation of Positive Obligations Relating to Human Rights", *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, vol. 333, 2009, pp. 76-78.

را به رفتار بر اساس مراقبت بایسته نسبت به مقررات کنوانسیون، چنین تبیین می‌دارد. «دولت‌ها باید از اقدامات خشونت‌آمیز علیه زنان خودداری و از اینکه نهادها و افرادی که از طرف او اقدام می‌کنند نیز در انطباق با این تعهد رفتار می‌نمایند اطمینان حاصل کنند. آن‌ها باید اقدامات قانونگذاری و سایر اقدامات ضروری را برای اجرای مراقبت بایسته به منظور جلوگیری، تحقیق، مجازات و ایجاد جبران‌های مناسب نسبت به اقدامات خشونت‌آمیز تحت شمول این کنوانسیون انجام دهند».<sup>۹۵</sup> با توجه به نظر شورا، همان گونه که پیش‌تر بیان شد، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که تعهد به رفتار مراقبت بایسته در رابطه با حقوق بشر صرفاً به آن دسته از حقوق مبتنی بر تحقق تدریجی (نه ایجاد نتیجه فوری) بسط می‌یابد.

حقوق بین‌الملل بشر، تعهدات حقوقی لازم‌الاجرای را نسبت به دولت‌ها ایجاد می‌کند. علی‌رغم برخی تلاش‌ها برای اعمال این تعهدات نسبت به کنش‌گران غیردولتی، حقوق بین‌الملل بشر (برخلاف حقوق کیفری و حقوق بشردوستانه) نتوانسته است این بُعد از حقوق را چندان توسعه دهد. با وجود این، برخی پیشرفت‌ها در زمینه ایجاد تعهد نسبت به بنگاه‌های اقتصادی، دلالتی بر توسعه این مسیر است. این تعهدات شامل ملاحظات در رابطه با مراقبت بایسته است.

در سال ۲۰۱۱ شورای حقوق بشر ملل متحد، اصول راهنمایی را در رابطه با کسب‌وکار و حقوق بشر منتشر کرد. این اصول، چارچوبی از سه رکن اساسی را ایجاد می‌کند که شامل تعهد دولت‌ها به حمایت از حقوق بشر، مسئولیت دولت‌ها نسبت به احترام به حقوق بشر و دسترسی به جبران‌های مؤثر بود. مسئله مورد اهتمام این اصول این بود که شرکت‌ها می‌توانند از همه ابعاد حقوق بشر (اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی، سیاسی) سوءاستفاده کنند و لذا همه این شرکت‌ها، صرف‌نظر از بزرگی، ماهیت و مکان فعالیت خود باید ذیل این اصول فعالیت کنند.<sup>۹۶</sup>

مفهوم مراقبت بایسته در بطن رکن دوم وارد شده است که اصل ۱۵ آن را چنین بیان می‌کند: «به منظور انجام مسئولیت خود مبنی بر احترام به حقوق بشر، شرکت‌های تجاری باید سیاست‌ها و فرایندهایی که متناسب با بزرگی و اوضاع‌واحوال آن‌هاست اتخاذ کنند؛ از جمله، الف) تعهد به اتخاذ رویکردی مبتنی بر احترام به حقوق بشر، ب) ایجاد فرایند مراقبت بایسته مبنی بر شناسایی، پیشگیری، کاهش و تخمین آثار فعالیت‌های آن‌ها نسبت به حقوق بشر، ج) ایجاد فرایندهایی به منظور جبران آثار ناگوار حقوق بشری ناشی از فعالیت‌های آن‌ها».<sup>۹۷</sup>

اصول ۱۷ تا ۲۱ راجع به گام‌های عملی الزامی شرکت‌ها به منظور انجام مسئولیت خود مبنی

95. Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, Council of Europe Treaty Series, No. 210, 2011, p. 4.

96. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March, 2011, General Principles.

97. *Ibid.*, principle: 15.

بر رفتار مراقبت بایسته است. این گام‌ها عبارت است از اتخاذ سیاست حقوق بشری، ارزیابی آثار حقوق بشری ناشی از فعالیت‌های تجاری، ادغام ارزش‌های حقوق بشری درون فرهنگ‌های مختلط و نهایتاً، پیگیری و گزارش‌دهی.<sup>۹۸</sup>

کمیساریای عالی سازمان ملل، مفهوم مراقبت بایسته را چنین تعریف کرده است: «چنان مراقبت، دقت یا فعالیتی که از سوی شخص متعارف تحت شرایط خاص انتظار می‌رود یا به صورت عادی انجام می‌پذیرد. این شرایط خاص به وسیله استانداردهای مطلق سنجیده نمی‌شود، بلکه وابسته به واقعیت‌های مرتبط با هر مورد خاص است. در مفهوم اصول راهنمای ملل متحد، مراقبت بایسته دربرگیرنده فرایند مدیریت مداوم است که شرکت منطقی و محتاط، متناسب با شرایط خویش (نظیر بخش دولتی/خصوصی بودن، زمینه فعالیت و بزرگی)، به منظور انجام مسئولیت خود نسبت به حقوق بشر اتخاذ می‌کند».<sup>۹۹</sup>

#### ۱-۵. حقوق بین الملل محیط زیست

مفهوم مراقبت بایسته، در تعهد پیشگیری از ورود آسیب فرامرزی در حقوق بین الملل محیط زیست، نقشی مهم و محوری ایفا می‌کند. در ورود خسارت زیست محیطی به کشور همسایه، علت واقعی در اغلب موارد، شخص خصوصی است که کشورها باید در مواجهه با چنین وضعیتی، برای پیشگیری یا کاهش آثار چنین آسیب‌هایی از خود مراقبت بایسته نشان دهند.<sup>۱۰۰</sup> قضیه *تریل اسملتر* نمونه بارزی از مسئولیت دولت‌ها در چنین آسیب‌هایی است. در دعوی مزبور، یک شرکت کانادایی در نزدیکی مرز امریکا محیط زیست را آلوده کرد. دیوان داوری که برای حل و فصل اختلاف دو دولت در این رابطه ایجاد شده بود در حکمی اعلام کرد: «تحت اصول حقوق بین الملل و حقوق ملل متحد، هیچ کشوری حق ندارد از سرزمین خود به گونه‌ای استفاده کند یا اجازه استفاده دهد که آثار ناشی از آن موجب ایراد آسیب به سرزمین، اموال یا اشخاص دولت دیگر شود».<sup>۱۰۱</sup> رأی دیوان علیه کانادا تردیدی باقی نگذاشت که دولت‌ها نسبت به اعمال اشخاص خصوصی در قلمرو خود و عدم پیشگیری ورود خسارت به سایر کشورها مسئول هستند. اما دیوان این پرسش را بی‌پاسخ گذاشت که اگر کشورها تمام اقدامات ضروری را برای پیشگیری ورود خسارت انجام دهند و با این حال

98. *Ibid.*, Principles: 17-21.

99. UN Human Rights Office of the High Commissioner, "The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide", 2012, p. 4.

100. Yotova, Rumiana, "The Principles of Due Diligence and Prevention in International Environmental Law", *Cambridge Law Journal*, vol. 75, issue 3, 2016, p. 445.

101. *Trail Smelter Case (USA v. Canada)*, Arbitration Judgment, 11 March 1941, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), vol. III, p. 1965, available at: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

آسیب وارد شود، آیا کشور منشأ همچنان مسئول است؟<sup>۱۰۲</sup> اصل پیشگیری خسارت زیست‌محیطی که در قلب قضیه *تریل / اسملتر* قرار داشت، به‌وسیله دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کانال کورفو توسعه یافت که بیان می‌دارد: «همه کشورها متعهدند که عالماً اجازه ندهند از قلمرو آن‌ها برخلاف حقوق سایر کشورها استفاده شود».<sup>۱۰۳</sup> یعنی دیوان دامنه مسئولیت دولت را تا استیفای حقوق دولت همسایه توسعه داد. در واقع، اگر دولت اقدامات مقتضی را برای پیشگیری از آسیب فرامرزی یا برطرف کردن موانع استیفای حقوق کشور همسایه انجام ندهد، به‌واسطه عدم رفتار مراقبت‌بایسته مسئول خواهد بود. مسئله اخیر در رابطه با بهره‌برداری از آب‌های فرامرزی بروز بیشتری دارد.

پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت نسبت به آسیب‌های فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک (۲۰۰۱) نیز بر این مسئله تأکید می‌کند که دولت‌ها موظف‌اند از ورود آسیب‌های ناشی از فعالیت‌هایی که در حقوق بین‌الملل منع نشده، اما نتایج فیزیکی آن‌ها ممکن است موجب ورود آسیب فرامرزی عمده شود پیشگیری کنند.<sup>۱۰۴</sup> بنابراین بر اساس حقوق بین‌الملل، دولت‌ها از ایجاد آسیب عمده به محیط‌زیست دیگر کشورها یا به محیط‌زیست مناطق خارج از صلاحیت ملی خود منع شده‌اند. اما این قاعده زمانی که کشور منشأ نسبت به فعالیت‌های خود یا اشخاص خصوصی استاندارد مراقبت‌بایسته را اعمال نمی‌کند نقض می‌شود.<sup>۱۰۵</sup>

اساس مراقبت‌بایسته در این رابطه، اتخاذ اقدامات ضروری برای پیشگیری از خسارات عمده قابل پیش‌بینی یا به‌حداقل رساندن چنین آسیب‌هایی است.<sup>۱۰۶</sup> اقدامات ضروری در واقع یعنی دولت منشأ ابتدا سیاست‌ها و رویکردهای پیشگیری یا به‌حداقل رساندن آسیب مربوطه را، چه در بُعد قانونگذاری و چه در بُعد مقررات اجرایی ایجاد و سپس از مجرای سازوکارهای اجرایی مختلف آن‌ها را اجرا کند.<sup>۱۰۷</sup> البته این اقدامات باید مناسب و متناسب با خطر مورد نظر باشد، یعنی اگر خطر

۱۰۲. ن.ک: شاپور نظرپور؛ تعهد به حفاظت از محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل در چارچوب اصل مراقبت مقتضی، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹؛ محمدحسین رضائی قوام‌آبادی؛ «نگاهی به اصل استفاده غیرزبان‌بار (پایدار) از سرزمین در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست»، *مجله علوم محیطی*، سال چهارم، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۶.

103. Corfu Channel case, (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) [1949] ICJ Report 22.

104. International Law Commission (ILC), Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001, Article 1.

۱۰۵. ن.ک: علی مشهدی و عطیه شاه‌حسینی؛ «پیشگیری از خسارات زیست‌محیطی در پرتو طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر پیشگیری از آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۵؛ عباس پورهاشمی و مریم‌السادات موسوی؛ «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در حقوق محیط‌زیست»، *دانشنامه حقوق و سیاست*، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

106. *Ibid.*, Commentary to Article 3, paras. 7-10.

107. *Ibid.*, para. 10.

شدید باشد، باید استاندارد بالاتری از مراقبت و هوشیاری در طراحی سیاست‌ها و قوانین به همراه الزامات شدیدتری برای اجرای آن‌ها اتخاذ شود.<sup>۱۰۸</sup> مناسب بودن اقدامات، مسئله‌ای است که در طول زمان تغییر می‌کند. اقدامی که امروز برای پیشگیری از خطری مناسب است، ممکن است برای آینده مناسب نباشد؛ لذا یکی از مصادیق مراقبت بایسته این است که کشور منشأ نسبت به تحولات فناوری و پیشرفت‌های علمی به‌روز باشد.<sup>۱۰۹</sup>

می‌توان آنچه را که در رابطه با مراقبت بایسته به منظور پیشگیری از آسیب فرامرزی مطرح می‌شود در چارچوب دولت مطلوب<sup>۱۱۰</sup> تفسیر کرد. منظور، دولتی است که سیستم حقوقی کارآمد و نظام اجرایی مؤثر برای کنترل و نظارت فعالیت‌های خطرناک در اختیار دارد.<sup>۱۱۱</sup> رفتارهای مقتضی صرفاً معطوف به خطرات ناشی از فعالیت‌های مستقر نیست. در واقع دولت باید فعالیت‌های واجد چنین خطراتی را شناسایی و اقدامات لازم در جهت وضع مقررات مناسب اتخاذ کند. این مسئله باعث می‌شود تا استانداردهای پذیرفته‌شده بین‌المللی وارد نظم حقوقی کشور منشأ شود.<sup>۱۱۲</sup>

به‌طور سنتی، اصل مراقبت بایسته، کشورها را ملزم به اتخاذ اقدامات پیشگیرانه نسبت به آسیب‌های قابل پیش‌بینی می‌کند. منظور، آسیب‌هایی است که شواهد علمی، حدوث آن‌ها را محتمل نشان می‌دهد. شعبه بستر دریاهای دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در نظر مشورتی خود در رابطه با حفاری در بستر دریاها بیان می‌دارد که احتیاط، بخشی از رفتار مراقبت بایسته است.<sup>۱۱۳</sup> بنابراین، حتی در جایی که شواهد علمی کافی در رابطه با یک آسیب وجود ندارد، اما خسارت احتمالی شدید و غیرقابل بازگشت است، انتظار می‌رود کشورها اقدامات پیشگیرانه لازم را انجام دهند. بند (ج) ماده ۱۰ پیش‌نویس کمیسیون در رابطه با پیشگیری از آسیب‌های فرامرزی نیز به این مسئله می‌پردازد و عناصر رفتار احتیاط‌آمیز دولت را برمی‌شمرد. ماده مزبور بیان می‌دارد که رویکرد احتیاط‌آمیز شامل ارزیابی خطر آسیب عمده به محیط‌زیست و دسترسی ابزارهای پیشگیری یا کاهش خطرات ناشی از آن است.<sup>۱۱۴</sup>

مراقبت بایسته به معنای تضمین عدم ورود آسیب فرامرزی نیست، بلکه به این معناست که

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*, para. 11.

110. Good government

111. *Ibid.*, para. 17.

112. *Ibid.*, paras. 8-9.

113. The Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS, Case No. 17, paras. 117-120.

114. Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001, article: 10(c).  
ن.ک: محمدحسین رضانی قوام‌آبادی؛ «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۲.

کشور منشأ، نهایت تلاش خود را برای پیشگیری یا به‌حدقل رساندن آسیب مزبور به کار خواهد گرفت. در واقع، صرف اینکه دولت منشأ در چارچوب الزامات مراقبت بایسته اقدامات پیشگیرانه یا کاهش‌دهنده خطرات ناشی از فعالیت‌های خطرناک را انجام دهد، فارغ از وقوع یا عدم وقوع آسیب، دولت تعهد خود را انجام داده است و مسئولیتی نخواهد داشت؛<sup>۱۱۵</sup> لذا از این جهت است که دولت‌ها نسبت به فعالیت‌های ذاتاً خطرناک، نظیر فعالیت‌های اتمی، معاهده منعقد می‌کنند و دولت منشأ را دارای مسئولیت مطلق نسبت به آسیب‌های ناشی از این فعالیت‌ها می‌کنند تا کشور قربانی، حداقل از دریافت جبران خسارت‌های مؤثر محروم نشود.<sup>۱۱۶</sup>

در راستای سیاست‌های پیشگیرانه مبتنی بر تعهد مراقبت بایسته، کشورها باید این اقدامات را انجام دهند: الف) ارزیابی خطر؛ کشورها به منظور کاهش خطر ورود آسیب فرامرزی به محیط‌زیست سایر کشورها باید علاوه بر ارزیابی ریسک، فعالیت‌هایی را که ممکن است منطقیاً موجب ایراد خسارت فرامرزی شوند نیز تحت نظارت و کنترل قرار دهند. بر اساس رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه خمیر کاغذ، این تعهد کشورها مربوط به قبل از تأسیس فعالیت مزبور می‌شود.<sup>۱۱۷</sup> ب) کشور منشأ باید با کشوری که ممکن است از فعالیت مزبور متأثر شود مشورت کند تا از ورود، عدم ورود یا میزان آسیب فرامرزی اطمینان حاصل کند.<sup>۱۱۸</sup> ج) بر اساس ماده ۱۳ پیش‌نویس مواد در رابطه با پیشگیری آسیب‌های فرامرزی، همه کشورها باید اطلاعات مربوط به فعالیت مزبور و آسیب‌های احتمالی ناشی از نتایج آن را در اختیار عموم که ممکن است متأثر از این آسیب‌ها شوند قرار دهند و نظرات ایشان را اخذ کنند.<sup>۱۱۹</sup> کمیسیون در نظر تفسیری خود در رابطه با پیش‌نویس مواد بیان می‌دارد که این تعهد کشور منشأ، صرف‌نظر از اینکه عموم، مربوط به افراد کشور خود یا افراد کشور دیگر است اجرا خواهد شد.<sup>۱۲۰</sup> د) دولت منشأ موظف به نظارت بر فعالیت مزبور تا زمان لازم است و در طول این نظارت باید با دولت‌هایی که ممکن است از این فعالیت آسیب ببینند همکاری و تبادل اطلاعات کنند.<sup>۱۲۱</sup> البته هیچ‌یک از این اقدامات مانع نمی‌شود که دولت منشأ از اتخاذ سایر اقداماتی که به‌طور خاص و متناسب با اوضاع و احوال برای پیشگیری از ورود آسیب زیست‌محیطی یا کاهش آن ضروری است خودداری کند. در واقع، این کشورها هستند که نسبت به شرایط حاکم بر یک فعالیت و چگونگی کاهش خطرات آن واقف‌اند و لذا می‌توانند با اتخاذ اقدامات پیشگیرانه، نظیر تعیین استانداردهای رفتاری و هنجاری برای این دسته

115. *Ibid.*, commentary to article 3, para. 8.

116. French & Stephens, *op. cit.*, p. 27.

117. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Report, 20 April 2010, para. 205.

118. Draft Articles on Prevention, commentary to articles: 8-10, pp. 159-163.

119. Draft Articles on Prevention, article: 13.

120. Prevention Articles, commentary to article 13, pp. 165-166.

121. Draft Articles on Prevention, article: 12.

از اقدامات، در مسیر اجرای تعهدات مراقبت بایسته خود گام بردارند. در مجموع باید گفت مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین الملل، جدا از معنای عام حقوقی آن نیست، یعنی بذل مراقبت و هوشیاری لازم به منظور اجرای تعهدات بین المللی. در واقع، اصل مزبور از جنس تعهدات تبعی است، تعهداتی که مستقلاً وجود ندارد، بلکه در پی تعهد اولیه و به منظور اجرای آن ایجاد می شود؛ لذا بدیهی است برحسب نوع و زمینه تعهدات اولیه، اقتضائاتی که مراقبت بایسته ایجاب می کند متفاوت باشد. یعنی آنچه در حقوق بین الملل بشردوستانه به عنوان مراقبت بایسته جاری است با آنچه در حقوق بین الملل محیط زیست مطرح است تفاوت دارد، اما از نظر گاه منطق و هدف ایجابی، اصل مزبور با هدف پیشگیری از آسیب یا به حداقل رساندن خسارات ناشی از رفتارهایی که به لحاظ محتوایی با تعهد اولیه در تعارض است پای به عرصه حیات گذاشته است. رفتارهای مزبور که دلالت بر هر دو جنبه فعل و ترک فعل دارد می تواند ناشی از اقدامات دولت یا اشخاص خصوصی باشد.

## ۲. گروه ویژه اقدام مالی (اف.ای.تی.اف) ۱۲۲

### ۱-۲ کارکرد

گروه ویژه اقدام مالی، یک نهاد بین الدولی است که در ژوئیه ۱۹۸۹ توسط گروه G7 در پاریس تأسیس شد.<sup>۱۲۳</sup> این نهاد با هدف ایجاد استانداردها و ارتقای اجرای مؤثر اقدامات حقوقی، قانونگذاری و عملی برای مبارزه با پول شویی، تأمین مالی تروریسم و سایر تهدیدات سلامت نظام مالی بین المللی ایجاد شد. گروه ویژه به عنوان نهاد سیاست گذاری برای ایجاد اراده سیاسی لازم به منظور ایجاد اصلاحات تقنینی و نظارتی در حوزه های مرتبط نیز عمل می کند.<sup>۱۲۴</sup> گروه ویژه اقدام مالی توصیه هایی<sup>۱۲۵</sup> کرده است که استاندارد بین المللی مبارزه با پول شویی، تأمین مالی تروریسم و گسترش سلاح های کشتار جمعی شناخته می شود.<sup>۱۲۶</sup> این توصیه ها اساس اقدام هماهنگ برای حفاظت از سلامت نظام مالی بین الملل در برابر این تهدیدات و ایجاد سطحی

#### 122. Financial Action Task Force (FATF)

۱۲۳. نشست پاریس متشکل از سران کشورهای G7، رئیس کمیسیون جوامع اروپایی و هشت کشور دیگر بود.

124. FATF, "Who we are", available at: <http://www.fatf-gafi.org/about/whoweare>.

#### 125. Recommendations

۱۲۶. گروه ویژه در نشست پاریس در سال ۱۹۸۹ ابتدا هدف خود را بررسی و ایجاد اقدامات لازم جهت مبارزه با پول شویی ناشی از قاچاق مواد مخدر قرار داد و بعدها در سال ۱۹۹۶، دامنه تمرکز خود را به جرایمی گسترش داد که دولت های عضو در رابطه با پول شویی به آن توجه کرده بودند. در سال ۲۰۰۱ گروه ویژه اقدام مالی، مسئله مبارزه با تأمین مالی تروریسم و همچنین در سال ۲۰۰۸ مبارزه با تأمین مالی گسترش سلاح های کشتار جمعی را نیز به اهداف خود اضافه کرد که باعث ارائه ۹ توصیه جدید شد.

FATF, "What do we do", available at: <http://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/>.

از اطمینان در این زمینه است. گروه ویژه اولین بار در سال ۱۹۹۰ توصیه‌های خود را صادر کرد که بعدها به منظور حفظ روزآمدی، کارآمدی و همچنین کاربرد جهانی، در سال‌های ۱۹۹۶، ۲۰۰۱، ۲۰۰۳، ۲۰۰۴ و ۲۰۱۲ در آن بازنگری کرد.<sup>۱۲۷</sup>

گروه ویژه اقدام مالی، میزان انطباق کشورها با توصیه‌های خود را بر اساس شیوه کشور به کشور از طریق ارزیابی‌های یک‌ساله و به‌وسیله کارشناسانی که دبیرخانه تعیین می‌کند بررسی می‌کند. پیش‌نویس گزارش تهیه‌شده به کشور مورد بررسی، اعضا و اعضای ناظر ارائه می‌شود که پس از تبادل و بازنگری، گزارش نهایی را مجمع تهیه و منتشر می‌کند. اگر/اف/ای/تی/اف تشخیص دهد که کشوری نسبت به نظام AML/EFT<sup>۱۲۸</sup> کاستی‌هایی دارد، از او درخواست می‌کند گزارش پیگیری<sup>۱۲۹</sup> طی دو سال ارائه دهد و پیشرفت‌ها و اقداماتش را به منظور رفع این کمبودها توضیح دهد. البته اگر کشوری دارای کاستی‌های شدید یا میزان پیشرفت‌های اندک باشد، مجمع می‌تواند ارائه گزارش‌های بیشتری را درخواست کند یا اگر نسبت به برخی مسائل مهم نظیر ارزیابی خطر (توصیه شماره ۱)، جرم‌انگاری تأمین مالی تروریسم (توصیه شماره ۵)، شناسایی کافی مشتری (توصیه شماره ۱۰) و کارگزاری بانکی (توصیه شماره ۱۳) کمبودهای شدیدی داشته باشد می‌تواند فرایند گزارش‌دهی منظم وضع کند.<sup>۱۳۰</sup>

پس از هر اجلاس، مجمع شدیدترین موارد عدم انطباق را منتشر می‌کند.<sup>۱۳۱</sup> کشورهایی که سطحی از عدم انطباق داشته باشند، نامشان در یکی از دو لیستی که مجمع سالانه منتشر می‌کند قرار می‌گیرد. لیست اول شامل کشورهایی است که کاستی‌هایی نسبت به نظام AML/EFT دارند، اما تعهد سیاسی سطح بالا برای برطرف کردن این کاستی‌ها ارائه داده‌اند. همواره تعدادی از کشورها در این لیست قرار دارند. لیست بعدی که لیست سیاه نام دارد، دو دسته از کشورهای غیرمنطبق را شامل می‌شود. دسته اول، کشورهایی هستند که نسبت به نظام AML/EFT کاستی‌هایی دارند و اقدامات متقابل نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود و دسته دیگر شامل کشورهایی است که برنامه اقدام<sup>۱۳۲</sup> ارائه نکرده‌اند یا پیشرفت اندکی نسبت به آن داشته‌اند.<sup>۱۳۳</sup>

کشورهای مشمول اقدامات متقابل، اصولاً به‌عنوان کشورهای با ریسک بالا، از سیستم مالی جهان طرد می‌شوند و همچنین کشورهایی که ملزم به برنامه اقدام نشده‌اند نیز در خطر نتیجه

127. *Ibid.*

128. Anti-Money Laundering and Countering Financing of Terrorism

129. Follow-up Report

130. Tuner, Nicholas, "The Financial Action Task Force: International Regulatory Convergence Through Soft Law", *The New York Law School Law Review*, vol. 59, 2014, p. 554.

131. *Ibid.*, p. 554.

132. Action plan

133. *Ibid.*, p. 555.



مشابه هستند. اقدامات متقابل، گام‌هایی تدریجی، متناسب و انعطاف‌پذیری است که به منظور وادار کردن کشور خا طی برای انجام اقدامات ترمیمی نسبت به کاستی‌های نظام AML/EFT طراحی شده است. این اقدامات می‌تواند چنین باشد: (۱) افزایش الزامات نهادهای مالی دارای رابطه مالی با کشور خا طی، (۲) افزایش گزارش‌دهی نسبت به اقدامات مشکوک، (۳) کاهش دسترسی به اقتصاد اعضای اف/ای.تی.اف برای بانک‌های کشور خا طی، (۴) انتشار خطرات پولشویی مرآوده مالی با کشور خا طی.<sup>۱۳۴</sup>

## ۲-۲. مفهوم مراقبت بایسته

با بررسی توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی مشاهده می‌شود که مفهوم مراقبت بایسته به صورت صریح در توصیه‌های ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۷ و ۱۹ و به صورت ضمنی در عمده مفاد توصیه‌های این نهاد تخصصی اشاره شده است. اگر قرار باشد مفهومی کلی از دامنه دلالت مراقبت بایسته در مقررات گروه ویژه اقدام مالی ارائه شود باید گفت این تأسیس حقوقی در دو مفهوم آورده شده است. اول، در معنای الزاماتی است که نهادهای مالی در شناسایی مشتریان، مالکان ذی‌نفع و روابط تجاری که مشتریانشان انجام می‌دهند بر عهده دارند. در واقع، نهادهای مالی باید بدانند تبادلات مالی را برای چه کسی، به چه منظور و به چه کسی انجام می‌دهند. این دسته از الزامات در مقررات گروه ویژه ذکر شده است که دولت‌ها باید از طریق قانونگذاری آن را وارد نظم حقوقی خویش کنند تا بسترهای قانونی و اجرایی توصیه‌های مورد اشاره مهیا شود. اما در معنای دوم، مراقبت بایسته به مراقبت و هوشیاری دلالت می‌کند که هم دولت‌ها و هم نهادهای مالی باید در رویکرد مبتنی بر ریسک، اقدامات لازم را در جهت مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم اتخاذ کنند. شاید بارزترین جلوه این مفهوم، توصیه شماره ۱۵ است که مربوط به فناوری‌های نوین و رویه‌های جدید تحویل کالا و انتقالات مالی است. این توصیه از کشورها و نهادهای مالی می‌خواهد اولاً، خطرات مربوط به پولشویی و تأمین مالی تروریسم را در چنین شرایطی شناسایی و ارزیابی کنند و ثانیاً، اقدامات لازم را جهت کاهش و مدیریت این ریسک‌ها انجام دهند.<sup>۱۳۵</sup> توصیه شماره ۲۲ صریحاً این ماده را الزام دولت‌ها بر رفتار منطبق بر مراقبت بایسته توصیف می‌کند.

**134.** Action Task Force, Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006–2007: Eighth NCCT Review, at 4 (Oct. 12, 2007), available at <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2006%202007%20NCCT%20ENG.pdf>.

**135.** The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Recommendation: 15.

### الف. مفهوم خاص

در چارچوبی که گروه ویژه اقدام مالی به منظور مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم ایجاد کرده است، شناسایی شخصی که تبادلات مالی انجام می‌دهد جزو عناصر اساسی نظام AML/CFT است؛<sup>۱۳۶</sup> یعنی مؤسسات مالی ملزم به اتخاذ سازوکارهایی هستند که از طریق آن اطلاعات لازم جهت احراز هویت مشتریان خود را به دست آورند. این تعهد عنوان "Customer" مراقبت بایسته دارد که ذیل توصیه شماره ۱۰ آورده شده است. این ماده بیان می‌دارد: «مؤسسات مالی باید از نگهداری حساب‌های بی‌نام و حساب‌هایی که جعلی‌بودن نام صاحب آن‌ها محرز است جلوگیری کنند».<sup>۱۳۷</sup> در واقع، احراز هویت مشتری، اولین گام در فرایند استاندارد در جهت مبارزه با پولشویی است که نهادهای مالی درگیر باید از طریق اطلاعات مستقل و معتبر، آن را انجام دهند. توصیه مزبور اشعار دارد که مؤسسات مالی در موارد ذیل باید مشتریان (CDD) را شناسایی کنند: الف) برقراری روابط کاری، ب) انجام معاملات بیش از سقف مجاز ۱۵۰۰۰ دلار یا یورو، یا در صورت انتقال به صورت الکترونیکی، ج) در موارد وجود ظن به پولشویی یا تأمین مالی تروریسم، د) در صورت تردید مؤسسه مالی نسبت به صحت یا کفایت اطلاعات اخذشده درباره هویت مشتری.<sup>۱۳۸</sup>

حال این سؤال ایجاد می‌شود که در راستای احراز هویت مشتریان، مؤسسات مالی باید چه اقداماتی انجام دهند؟ در واقع، چه اقداماتی در معنای Customer مراقبت بایسته خواهد بود؟ بخش دوم توصیه شماره ۱۰ مقررات گروه ویژه اقدام مالی به این سؤال پاسخ می‌دهد: الف) شناسایی مشتری و احراز هویت وی با استفاده از اطلاعات، مدارک و منابع مستقل و معتبر، ب) شناسایی مالک ذی‌نفع و اتخاذ تدابیر معقول برای احراز هویت مالک ذی‌نفع، به نحوی که مؤسسه مالی اطمینان یابد مالک ذی‌نفع را می‌شناسد. در مورد اشخاص و ترتیبات حقوقی، شناسایی باید به‌صورتی باشد که مؤسسات مالی نسبت به مالکیت و ساختار مدیریت مؤثر مشتری آگاهی پیدا کنند، ج) شناخت و حسب مورد، کسب اطلاعات درباره هدف و ماهیت روابط کاری مورد نظر، د) اجرای مستمر فرایند شناسایی مشتریان در مورد روابط کاری و بررسی دقیق و موشکافانه معاملات انجام‌شده در طول دوره روابط کاری.<sup>۱۳۹</sup>

اگرچه شناسایی مشتری و مالک ذی‌نفع به نحوی که توصیه شماره ۱۰ معین می‌کند، تعهدات مؤسسه مالی را نسبت به فرایند CDD از ذمه او بری می‌کند، در صورتی که شواهدی مبنی بر وجود معامله آلوده به پولشویی یا تأمین مالی تروریسم وجود داشته باشد، مؤسسات مزبور باید منشأ

136. Third Party AML/CTF Customer Due Diligence Procedures, Commonwealth Bank of Australia ABN, Version 2, 2018, p. 3.

137. The FATF Recommendations, R: 10.

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*

وجوه مربوطه را شناسایی کنند. این امر با اطلاع واحد اطلاعات مالی<sup>۱۴۰</sup> و همکاری سایر نهادهای ذیصلاح صورت می‌پذیرد.<sup>۱۴۱</sup>

با وجود اینکه مؤسسات مالی باید تمام اقدامات فوق را نسبت به مشتریان خود اعمال کنند، دامنه این اقدامات بر اساس رویکرد مبتنی بر ریسک تعیین می‌شود؛ یعنی اگر کشوری تشخیص دهد که خطر پولشویی و تأمین مالی تروریسم، بیشتر سلامت نظام مالی او را تهدید می‌کند، باید الزامات سخت و وسیع‌تری را نسبت به مؤسسات مالی خود بار نماید، و اگر این خطرات کمتر باشد، می‌تواند تدابیر نرم‌تری اتخاذ کند.<sup>۱۴۲</sup> مؤسسات مالی باید پیش از برقراری روابط کاری یا در طول دوره روابط کاری یا در حین انجام معاملات برای مشتریان غیردائمی، هویت مشتری و مالک ذی‌نفع را احراز کنند. اما در صورتی که ریسک پولشویی و تأمین مالی تروریسم به‌طور مؤثری کنترل شده باشد و در مواردی که عدم ایجاد وقفه در انجام روال عادی یک فعالیت کاری ضرورت داشته باشد، کشورها می‌توانند به مؤسسات مالی اجازه دهند که فرایند تأیید هویت مشتری را پس از ایجاد رابطه کاری و به‌محض اینکه از نظر منطقی انجام آن امکان‌پذیر باشد، تکمیل کنند. در مواردی که مؤسسات مالی قادر به رعایت الزامات مندرج در توصیه شماره ۱۰ مبنی بر اصلاح متناسب دامنه اقدامات بر اساس رویکرد ریسک‌محور نباشند، باید از افتتاح حساب و آغاز رابطه کاری و انجام معامله خودداری کنند یا رابطه کاری خود را با مشتریان فعلی خاتمه دهند و فرایند گزارش‌دهی معاملات مشکوک را در رابطه با مشتریان مورد نظر اجرا کنند.<sup>۱۴۳</sup> هرگاه مؤسسه مالی نسبت به معامله‌ای در رابطه با پولشویی یا تأمین مالی تروریسم مشکوک شود، باید سریعاً هویت مشتری و مالک ذی‌نفع را صرف‌نظر از دائمی یا موقت بودن مشتری شناسایی و نسبت به هرگونه معافیت یا سقف تعیین‌شده ارزش معامله اقدام کند و معامله مزبور را به واحد اطلاعات مالی گزارش دهد.<sup>۱۴۴</sup> در اجرای مفاد توصیه شماره ۱۰، هرگاه شخصی به طرفیت فردی دیگر معامله می‌کند، مؤسسه مالی باید نسبت به شناسایی و تأیید صلاحیت فرد مزبور اقدام و هویت شخصی را که به طرفیت فرد دیگر معامله می‌کند نیز شناسایی و تأیید کند.<sup>۱۴۵</sup>

مقررات مندرج در توصیه شماره ۱۰ به‌هیچ‌وجه به معنای این نیست که مؤسسه باید هویت مشتری را در هر بار انجام تراکنش بسنجد، بلکه می‌تواند به اقداماتی که تا به حال در این رابطه

140. Financial Intelligence Unit (FIU)

141. FATF Guidance, Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion, 2013, p. 28, available at: [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/AML\\_CFT\\_Measures\\_and\\_Financial\\_Inclusion\\_2013.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/AML_CFT_Measures_and_Financial_Inclusion_2013.pdf).

142. Interpretive Note, the FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2012, p. 60.

143. *Ibid.*, pp. 60-61.

144. FATF Guidance, p. 29.

145. Interpretive Note, p. 60.

انجام داده است تکیه نماید و نیاز به احراز هویت جدید نیست، مگر اینکه مؤسسه نسبت به اعتبار این اطلاعات تردید کند، یا ظنی نسبت به وقوع پولشویی حاصل شود یا تغییر عمده‌ای در رابطه با شیوه‌ای که حساب مشتری کار می‌کرد ایجاد شود که با پروفایل کاری مشتری در تطابق نیست.<sup>۱۴۶</sup> گزارش تفسیری ویژه اقدام مالی در سال ۲۰۱۲، عواملی را معرفی می‌کند که در صورت احراز آن‌ها در یک مشتری می‌تواند موجب افزایش ریسک‌های پولشویی و تأمین مالی تروریسم در رویکرد مبتنی بر ریسک شود و لذا از مؤسسات مالی می‌خواهد در این شرایط، CDD شدیدتری اخذ کند. این عوامل عبارت است: الف) روابط کاری در اوضاع و احوال غیر معمولی انجام می‌شود، نظیر فاصله جغرافیایی غیر قابل توجه میان مشتری و مؤسسه مزبور، ب) مشتریان غیر مقیم، ج) اشخاص حقوقی که به‌عنوان ابزاری شخصی برای حفظ اموال مورد استفاده قرار می‌گیرند، د) شرکت‌هایی که سهام خود را به‌صورت بی‌نام منتشر می‌کنند، ه) کسب و کارهایی که به‌شدت با پول نقد فعالیت می‌کنند، و) ساختارهای مالکیتی غیر معمول و پیچیده، ز) مشتریان کشورهای که بر اساس منابع موثق، فاقد نظام مؤثر AML/CFT هستند؛ ح) مشتریان کشورهای موضوع تحریم‌های سازمان ملل، ط) مشتریان کشورهای که بر اساس منابع موثق دارای سطح قابل ملاحظه‌ای از فساد یا سایر اقدامات مجرمانه است، ی) مشتریان کشورهایی که بر اساس منابع موثق، اقدام به تأمین مالی تروریسم می‌کرده یا سازمان‌های تروریستی در قلمرو آن‌ها فعالیت می‌کردند، ق) معاملات بانک‌های خصوصی، معاملات بی‌نام، معاملات مجازی و معاملاتی که پرداخت‌ها از سوی شخص ثالث ناشناس انجام می‌پذیرد. گروه ویژه اقدام مالی بیان می‌دارد که این لیست حصری نیست و می‌تواند موارد دیگری را از عوامل مشدده ریسک در نظر گرفت.<sup>۱۴۷</sup>

در صورتی که مشتری واجد شرایط مشدده ریسک شد، مؤسسات مالی به منظور ارتقای میزان و ماهیت نظارت خود باید اقدامات شدیدتری اعمال کنند؛ برای مثال، اجرای نظارت شدیدتر نسبت به روابط کاری مشتریان از طریق افزایش تعداد و زمان‌های کنترل و انتخاب الگوهای مبادلاتی که نیاز به بررسی بیشتری دارند، یا ملزم کردن مشتری به انجام اولین پرداخت از حسابی با نام مشتری و از طریق بانکی که استانداردهای CDD مشابهی را اجرا می‌کند.<sup>۱۴۸</sup> لازم به ذکر است که مطابق توصیه شماره ۱۰ مؤسسات مالی باید سوابق مورد نیاز مربوط به معاملات، اعم از داخلی و بین‌المللی را حداقل به مدت ۵ سال نگهداری کنند تا بتوانند اطلاعات مورد درخواست مقامات ذی‌صلاح را به‌فوری ارائه دهند.<sup>۱۴۹</sup> برخی اشخاص به‌واسطه جایگاه خاص خود می‌توانند ریسک‌های بیشتری را به خود جلب کنند؛

146. *Ibid.*, p. 61.

147. *Ibid.*, pp. 63-64.

148. FATF Guidance, p. 29.

149. FATF Recommendations, R: 10.

لذا از مؤسسات مالی خواسته می‌شود در تبادلات مالی این اشخاص، تدابیر تکمیلی را اتخاذ کنند. در توصیه شماره ۱۲ گروه ویژه اقدام مالی، به اشخاص دارای ریسک سیاسی<sup>۱۵۰</sup> اشاره شده است که مؤسسات مالی باید این دسته از اقدامات را نسبت به ایشان رعایت کنند. اشخاص دارای ریسک سیاسی افرادی هستند که مناصب برجسته عمومی دارند مانند رئیس دولت یا حکومت، مقامات ارشد سیاسی، نظامی و قضایی، مقامات ارشد اجرایی در شرکت‌های دولتی و نیز مقامات ارشد احزاب مهم سیاسی. بر اساس توصیه شماره ۱۲، مؤسسات مالی باید در رابطه با اشخاص خارجی دارای ریسک سیاسی (اعم از مشتری و مالک ذی‌نفع) افزون بر تدابیر معمولی CDD اقدامات تکمیلی را انجام دهند، نظیر اعمال نظام‌های مدیریت ریسک مناسب برای احراز اینکه آیا مشتری یا مالک ذی‌نفع مورد نظر، شخص دارای ریسک سیاسی است یا خیر. همچنین اخذ تأییدیه مقام ارشد برای برقراری روابط کاری یا تداوم رابطه موجود با این دسته از مشتریان و نیز اتخاذ تدابیر معقول برای احراز منابع دارای و وجوه مالی ایشان، در کنار انجام پایش مستمر و مضاعف نسبت به روابط کاری با این‌گونه مشتریان<sup>۱۵۱</sup> لازم به ذکر است که مؤسسات مالی باید تدابیر معقولی را برای احراز این امر اتخاذ کنند که آیا مشتری یا مالک ذی‌نفع مورد نظر، شخص داخلی دارای ریسک سیاسی است یا شخصی است که از سوی یک سازمان بین‌المللی مسئولیت مهمی به وی محول شده است. تعیین این امر می‌تواند از عوامل مشدده ریسک تلقی شود که اقدامات منطقی را از سوی مؤسسات مالی بر اساس رویکرد مبتنی بر ریسک می‌طلبد. لازم به ذکر است، الزاماتی که در ارتباط با انواع اشخاص دارای ریسک سیاسی مقرر شده است، باید در مورد اعضای خانواده یا بستگان نزدیک این‌گونه اشخاص نیز اجرا شود.<sup>۱۵۲</sup>

در هر مبادله مالی حداقل دو نهاد یا مؤسسه مالی دخیل هستند. به مؤسسه‌ای که پول را انتقال می‌دهد، مؤسسه حواله‌دهنده و به مؤسسه‌ای که پول را دریافت می‌کند مؤسسه یا بانک کارگزار<sup>۱۵۳</sup> می‌گویند. توصیه شماره ۱۳ به اقدامات CDD که مؤسسه پذیرنده نسبت به مؤسسه کارگزار باید انجام دهد می‌پردازد. در این رابطه، مؤسسات مالی باید در روابط کارگزاری بانکی برون‌مرزی و سایر روابط مشابه، افزون بر اجرای تدابیر معمولی CDD اقدامات تکمیلی را نسبت به مؤسسه درخواست‌کننده خدمات کارگزاری انجام دهند. بانک حواله‌دهنده باید با هدف شناخت کامل ماهیت کسب‌وکار و شهرت مؤسسه و نیز کیفیت نظارت بر مؤسسه مذکور بر مبنای اطلاعات موجود در دسترس عموم از جمله اینکه آیا مؤسسه تا کنون مشمول تحقیقات قضایی یا سایر اقدامات نظارتی در ارتباط با پولشویی و تأمین مالی تروریسم شده است، اطلاعات کافی را درباره مؤسسه مزبور

150. Politically Exposed Persons (PEPs).

151. FATF Recommendations, R: 12.

152. Interpretive Note, p. 66.

153. Correspondent Bank

جمع‌آوری کند. همچنین بانک حواله‌دهنده باید اقدامات کنترلی و نظارتی مؤسسه درخواست‌کننده خدمات کارگزاری را در زمینه مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم ارزیابی کند. در چارچوب شناسایی مسئولیت‌ها و کارکردهای نهادها و مؤسسات مالی، بانک حواله‌دهنده باید اقدامات مقتضی را به عمل آورد.<sup>۱۵۴</sup>

در رابطه با حساب‌های کارگزاری مورد استفاده مستقیم اشخاص ثالث، مؤسسه مالی باید اطمینان یابد بانک درخواست‌کننده خدمات کارگزاری، تدابیر مربوط به شناسایی کافی مشتریان را در مورد مشتریانی که دسترسی مستقیم به حساب‌های بانک کارگزار دارند اعمال کرده و قادر است در صورت درخواست بانک کارگزار، اطلاعات مربوطه اخذشده در فرایند شناسایی کافی مشتریان را در اختیار آن بانک قرار دهد.<sup>۱۵۵</sup>

فرایند CDD تعهدی بر عهده مؤسسات مالی است و باید توسط این مؤسسات انجام پذیرد، یعنی مؤسسات خود شخصاً باید به انجام اقدامات لازم برای احراز هویت و شناسایی ماهیت کسب‌وکار و منابع وجوه مالی مشتری بپردازند یا می‌توانند بر اساس اقدامات سایر نهادها و مؤسسات، هویت مشتری را احراز کنند. این مسئله‌ای است که توصیه شماره ۱۷ بدان پرداخته است. بر اساس این توصیه، مؤسسات مالی می‌توانند در اجرای فرایند CDD به شرط رعایت چارچوبی خاص، به اقدامات سایر اشخاص در این رابطه تکیه کنند. در این صورت، مسئولیت نهایی در قبال تدابیر مربوط به CDD بر عهده مؤسسه مالی تکیه‌کننده به اقدامات شخص ثالث خواهد بود. ضوابطی که مؤسسات مالی در اتکا به اقدامات ثالث باید رعایت کنند به این قرار است: اول، مؤسسات مالی باید فوراً اطلاعات لازم مربوط به فرایند CDD را از شخص ثالث دریافت کنند. دوم، این مؤسسات باید با اتخاذ تدابیر مناسب، اطمینان حاصل کنند که به‌محض درخواست و بدون تأخیر به اطلاعات هویتی و سایر اسناد مربوط به الزامات ناظر بر فرایند CDD دسترسی خواهند داشت. سوم، مؤسسات مربوطه باید مطمئن شوند که شخص ثالث از نظر الزامات ناظر بر فرایند CDD و نگهداری سوابق، مشمول مقررات، نظارت یا پایش بوده و برای اجرای الزامات مزبور تدابیر مناسبی را به اجرا می‌گذارد.<sup>۱۵۶</sup>

البته محل استقرار ثالث از لحاظ میزان ریسک در رابطه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم بسیار مهم است؛ لذا برای تصمیم‌گیری در مورد کشور محل استقرار شخص ثالث واجد شرایط، کشورها باید اطلاعات موجود درباره میزان ریسک هر کشور را بررسی کنند.<sup>۱۵۷</sup>

154. FATF Recommendations, R: 12.

155. Interpretive Note, p. 68.

156. FATF Recommendations, R: 17.

157. Interpretive Note, p. 71.

**ب. مفهوم عام**

همان طور که در ابتدا بیان شد، می‌توان مراقبت بایسته را در دو مفهوم در مقررات گروه ویژه اقدام مالی تبیین کرد: مفهوم خاص که به دسته‌ای از اقدامات لازم در رابطه با احراز هویت مشتریان و مالکان ذی‌نفع اشاره دارد و مفهوم عام که به معنای مراقبت و هوشیاری است که انتظار می‌رود کشورها و مؤسسات مالی در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم از خود به نمایش بگذارند. اگرچه در عمده مفاد مقررات *اف.ای.تی.اف* می‌توان نشانه‌ای از این مفهوم را مشاهده کرد، توصیه‌هایی وجود دارد که بارزتر از سایر مواد، به مسئله مراقبت بایسته توجه کرده‌اند. یکی از این موارد، ماده ۱۵ مقررات مزبور است که به تصریح ماده ۲۲ *تعهد مراقبت بایسته* را به همراه دارد. ماده مزبور بیان می‌دارد که کشورها و مؤسسات مالی باید ریسک‌های پولشویی و تأمین مالی تروریسم را در ارتباط با عرضه محصولات جدید و نیز رویه‌های جدید مورد استفاده در مشاغل، از جمله سازوکارهای جدید برای تحویل کالا و استفاده از فناوری‌های جدید یا در حال توسعه برای محصولات جدید و محصولات قبلی شناسایی کنند. مؤسسات مالی باید برای مدیریت و کاهش این‌گونه ریسک‌ها تدابیر مناسبی اتخاذ کنند. در واقع، این ماده پیش‌بینی نکرده است که مؤسسات مالی باید چه اقداماتی را در این رابطه انجام دهند. دلیل آن هم مشخص است چرا که نوع و ماهیت محصولات و رویه‌های جدید به حدی گسترده است که نمی‌توان آن را پیش‌بینی کرد؛ لذا امکان تجویز اقدامات پیشگیرانه ثابت، چندان محتمل به نظر نمی‌رسد. بنابراین ماده فوق، اتخاذ اقدامات مناسب را در چارچوب الزامات مراقبت بایسته بر عهده کشور و مؤسسه مالی مزبور قرار داده است تا در جایگاه یک نهاد معقول و متعارف به اقدامات ضروری برای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم اقدام کنند.

توصیه ۱۶ و ۱۹ از دیگر مواردی است که می‌توان در رابطه با مفهوم عام مراقبت بایسته در مقررات *اف.ای.تی.اف* به آن اشاره کرد. بر اساس ماده ۱۶ کشورها باید اطمینان حاصل کنند که مؤسسات مالی به منظور کشف نقل و انتقالات الکترونیکی فاقد اطلاعات ضروری مربوط به فرستنده و ذی‌نفع وجوه، تمامی نقل و انتقالات را پایش کرده و اقدامات مناسبی به عمل می‌آورند. این توصیه که مربوط به تبادلات مالی الکترونیکی است بیان می‌دارد که دولت‌ها باید الزامات مناسبی را پیش‌بینی و معین کنند تا اطمینان حاصل شود ظرفیت‌های بالای فناوری الکترونیکی موجبی برای سوءاستفاده نمی‌شود و مؤسسات مالی، تمهیدات ضروری را برای شناسایی مشتریان، ماهیت کسب‌وکار و منابع وجوه مالی مورد استفاده در تبادلات الکترونیکی اندیشیده‌اند.

توصیه ۱۹ که یکی از مهم‌ترین مواد مقررات *اف.ای.تی.اف* است، از نظر تجلی مفهوم مراقبت بایسته دارای جایگاهی خاص است. بر اساس این توصیه، مؤسسات مالی باید در روابط کاری و

معامله با اشخاص حقیقی و حقوقی و مؤسسات مالی که توسط گروه ویژه اقدام مالی مشخص شده‌اند، تدابیر مربوط به CDD را به نحو شدیدتری اعمال کنند. تدابیر مذکور باید مؤثر و متناسب با ریسک‌های موجود باشند. همچنین مطابق توصیه فوق، کشورها باید بتوانند بر اساس درخواست گروه ویژه، اقدامات متقابل متناسبی را به اجرا گذارند. کشورها می‌توانند جدا از هرگونه درخواست گروه ویژه، اقدامات متقابل را به عمل آورند. این اقدامات باید مؤثر و متناسب با ریسک‌های موجود باشند. صرف‌نظر از اشاره صریحی که این ماده به فرایند CDD دارد، مفهوم مراقبت بایسته به معنای رفتار منطقی مورد انتظار کشور یا نهاد مسئول در آن جلوه‌گر می‌شود. در این ماده به کشورها اجازه داده می‌شود که نسبت به کشورهایی که توصیه‌های گروه ویژه را رعایت نمی‌کنند و دارای ریسک بالایی از پولشویی و تأمین مالی تروریسم هستند در قالب اقدامات متقابل، اقدامات تنبیهی و تحریمی در نظر بگیرند. این اقدامات که بخشی از سازوکار اجرایی توصیه‌های مزبور است، باید دارای مؤثر و متناسب باشد. یعنی اقدام مزبور باید با توجه به میزان ریسک و اوضاع و احوال مربوطه صورت بپذیرد و چنانچه شرایط، دلالت بر اقدامات مشدده یا مخففه کند، انتظار می‌رود کشور اعمال‌کننده اقدامات متقابل، مراتب را مدنظر داشته باشد. این مسئله، هوشیاری و فراست کشور مزبور را در رابطه با شرایط، پیچیدگی تبادلات مالی و میزان ریسک کشور هدف طلب می‌کند.

### نتیجه

اصل مراقبت بایسته یکی از اصول حقوق بین‌الملل است که در بسیاری از حوزه‌های این رشته از حقوق وارد شده و مبنایی برای ایجاد مسئولیت دولت محسوب می‌شود. در واقع، این اصل بیان می‌دارد دولت‌ها در اجرای تعهدات خود باید مراقبت و هوشیاری لازم را به کار برند، به گونه‌ای که رفتار آن‌ها از دید منطق متعارف، مورد انتظار جلوه نماید. مراقب بایسته تعهدی است نسبت به چگونگی اجرای تعهد اولیه؛ لذا تعهدی مستقل نیست و از این جهت به آن تعهد تبعی گفته می‌شود. توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی به‌عنوان بخشی از مقررات مالی بین‌المللی، تبیین‌کننده استانداردهای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم است که در دنیای حقوق بین‌الملل حیات دارد؛ لذا اصول حقوق بین‌الملل از جمله اصل مراقبت بایسته نیز بر آن حاکم است. دلالت‌های معنایی و کارکردی که این اصل در مقررات مزبور دارد، به دو مفهوم از این اصل رهنمون می‌سازد: مفهوم خاص آنکه به الزامات مؤسسات مالی در شناسایی مشتریان و مالکان ذی‌نفع اشاره دارد و مفهوم عام که هوشیاری و مراقبت دولت‌ها در اجرای تعهدات مندرج در مقررات مزبور را طلب می‌نماید. مفهوم خاص اصل مراقبت بایسته در مقررات مزبور، برآمده از معنای اقتصادی این اصل است؛ یعنی مؤسسات مالی در انجام تبادلات مالی باید آگاهی‌ها و شناخت‌های لازم از مبدأ و مقصد



تبادلات داشته باشند و ریسک‌های بالقوه این تراکنش‌ها را شناسایی کنند. شدت اقداماتی که این مؤسسات باید در راستای اجرای این تعهد به اجرا بگذارند برحسب میزان ریسک‌های پولشویی و تأمین مالی تروریسم متفاوت است؛ لذا دولت‌ها و مؤسسات مالی باید اجرای این اصل را در چارچوب رویکرد مبتنی بر ریسک دنبال کنند.

اما مفهوم این اصل در معنای عام با جایگاه و کارکرد آن در حقوق بین‌الملل تفاوت چندانی ندارد. یعنی مفهوم عام اصل مزبور در مقررات گروه ویژه اقدام مالی به این معناست که کشورها و مؤسسات مالی در انجام تکالیف و تعهدات خود از چنان هوشیاری و مراقبتی برخوردار باشند که منطق متعارف، آن را به منظور اجرای تعهد مزبور لازم می‌داند.

با توجه به تفاوت‌های میان مفهوم اقتصادی و مفهوم حقوقی اصل مراقبت بایسته، تعهدات مذکور در ذیل مفهوم اقتصادی، تعهدات مستقل است؛ یعنی برای اجرای تعهد اولیه ایجاد نشده‌اند. به عبارت دیگر، تعهد شناسایی مشتری و مالک ذی‌نفع، الزامی مستقل بر دوش دولت‌ها و مؤسسات مالی است که در راستای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم باید اجرا شود. اما مفادی که دلالت به مفهوم حقوقی اصل مزبور می‌کند نظیر الزامات این اصل در حقوق بین‌الملل دارای ویژگی تعهدات تبعی است، نظیر توصیه ۱۹ که دولت‌ها باید به منظور اجرای اقدامات متقابل نسبت به کشور غیرمنطبق، رفتاری مراقبت بایسته در پیش بگیرند.

تفاوت مفهوم حقوقی اصل مراقبت بایسته در مقررات گروه ویژه اقدام مالی با آنچه در شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل وجود دارد در ماهیت نهادی و اسنادی این مقررات است. در واقع از آنجا که گروه ویژه اقدام مالی، سازمان بین‌المللی نیست و این مقررات نیز فاقد مشخصات لازم‌الاجرای است، یعنی در دسته حقوق نرم قرار می‌گیرد، برخلاف جایگاه این اصل در حقوق بین‌الملل که دارای ماهیت حقوق سخت است، الزام‌آور نیست و کشورها الزامی از باب اجرای آن ندارند. اما به واسطه پذیرش این مقررات از سوی نهادهای بین‌المللی و ورود آن‌ها در مقررات و نظم حقوقی این سازمان‌ها، کشورها ناگزیر به اجرای آن‌ها هستند.

به هر رو، اصل مراقبت بایسته یکی از اصول حقوق بین‌الملل است که مبنایی برای ایجاد مسئولیت کشورها محسوب می‌شود. این اصل، معیاری برای سنجش حسن‌نیت متعاهدین در اجرای تعهدات خود است. اگرچه مراقبت بایسته از سوی دیوان‌های بین‌المللی به‌عنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل و تعهدی بر ذمه کشورها تأیید شده است، به‌واسطه اهمیت آن در بسیاری از معاهدات وارد شده و الزامات قراردادی نیز به خود گرفته است. این اصل به مقررات مالی بین‌المللی نیز راه یافته و تعهداتی را در چارچوب قواعد نرم و استانداردهای رفتاری ایجاد کرده است که کشورها و مؤسسات مالی باید به منظور سلامت مالی بین‌المللی آن را اجرا کنند.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

- حدادی، مهدی و سیامک کریمی؛ *تعهدات به پیشگیری و اصل احتیاط، از کتاب «مسئولیت بین‌المللی ناشی از اعمال منع‌نشده»*، جیمز کرافورد و همکاران، مجد، ۱۳۹۶.

- مقاله

- پورهاشمی، عباس و مریم‌السادات موسوی؛ «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در حقوق محیط‌زیست»، *دانشنامه حقوق و سیاست*، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- حسینی، به‌آدین؛ «حداقل استانداردهای بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال سیزدهم، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰.
- رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ «بررسی تطبیقی اجرای اصل احتیاط زیست‌محیطی در پرتو آرا و تصمیمات مراجع بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۲.
- \_\_\_\_\_؛ «نگاهی به اصل استفاده غیرزیان‌بار (پایدار) از سرزمین در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست»، *علوم محیطی سال چهارم*، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۶.
- مشهدی، علی و عطیه شاه‌حسینی؛ «پیشگیری از خسارات زیست‌محیطی در پرتو طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر پیشگیری از آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۵.

- رساله

- نجاتیان کاشانی، زهرا؛ *وظیفه مراقبت در تحقق اصل پیشگیری*، رساله دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.
- نظرپور، شاپور؛ *تعهد به حفاظت از محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل در چارچوب اصل مراقبت مقتضی*، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.

ب. انگلیسی

- Books

- *Black's Law Dictionary*, "Due Diligence" entry, 8<sup>th</sup> ed., 1990.
- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State*

*Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.

- Wojnowska-Radzinska, Julia, *The Right of an Alien to Be Protected Against Arbitrary Expulsion in International Law*, Boston, Brill Nijhoff, 2014.
- *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, Part 2, 2001.

**- Articles**

- Crawford, James, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *American Journal of International Law*, vol. 96, Issue 4, 2002.
- De Brabandere, Eric, "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 42, No. 2, 2015.
- Flemme, Maria, "Due Diligence in International Law", Masters Thesis, Faculty of Law, *University of Lund*, 2004.
- Gabor, Rona, "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfil Human Rights Obligations in Cyberspace", *Journal of National Security in Law and Policy*, vol. 8, No. 3, 2016.
- Hessbruege, Jan, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004.
- Jiménez, Alberto Alvarez, "Minimum Standard of Treatment of Aliens", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, Issue 1, 2008.
- Klein Bronfman, Marcela, "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard", *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006.
- Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "Responsibility of States on Violation of Positive Obligations Relating to Human Rights", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 333, 2009.
- Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, vol. 35, Issue, 9, 1992.
- Sassoli, Marco, "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, vol. 84, Issue, 846, 1982.
- Savovic, Sladjana and Dragana Pokrajcic, "Due Diligence as a Key Success Factor of Mergers and Acquisitions", *Actual Problems of Economics*, vol. 6, Issue 144, 2013.
- Sjoström, William K. S., "The Due Diligence Defense under Section 11 of the Securities Act of 1933", *Brandeis Law Journal*, vol. 44, 2006.
- Tuner, Nicholas, "The Financial Action Task Force: International Regulatory Convergence through Soft Law", *The New York Law School Law Review*, vol. 59, 2014.

- White, Nigel, “Due Diligence Obligations of Conduct: Developing a Responsibility Regime for PMSCs”, *Criminal Justice Ethics*, vol. 31, 2012.
- Yotova, Rumiana, “The Principles of Due Diligence and Prevention in International Environmental Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 75, Issue 3, 2016.

**- Cases and Arbitrations**

- Alabama Claims Arbitration (*United States v. Great Britain*), 14 September 1872, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA), XXIX.
- *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case, No. ARB (AF)/07/, Award, 19 May 2010.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), *ICJ Report, Judgment*, 26 February 2007.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*) ICJ Rep, 19 December 2005.
- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 2006.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 2008.
- *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case, No. ARB/05/22, Award, 24 July, 2008.
- *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Award, 2004.
- Corfu Channel Case (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*), 1949, ICJ Report.
- International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, *Duško Tadic Case*, 15 July 1999.
- *Janes et al. (USA) v. United Mexican States*, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA), vol. IV.
- *LFH Neer and Pauline Neer v. Mexico, (United States-Mexico)*, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA) IV, 15 October 1926.
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *ICJ Report, Judgment*, 26 November 1984.
- *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 2008.
- *Neer and Neer (USA) v. United Mexican State*, 15 October 1926, United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA) IV.

- *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case, No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.
- *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 2007.
- *PNB v. Militar*, Supreme Court of the Philippines, case no: 164801, 30 June 2006, available at: [https://www.lawphil.net/judjuris/juri2006/jun2006/gr\\_164801\\_2006.html](https://www.lawphil.net/judjuris/juri2006/jun2006/gr_164801_2006.html).
- *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Judgment of 1 June 2001.
- *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ report, 20 April 2010.
- *Trail Smelter case (USA v. Canada)*, Arbitration Judgment, 11 March 1941, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), vol. III, p. 1965, available at: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

**- Reports and Reviews**

- Action Task Force, Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006–2007: Eighth NCCT Review, at 4 (Oct. 12, 2007), available at: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2006%202007%20NCCT%20ENG.pdf>.
- Campbell, Ellen and Colleagues, “Preventing Violations: The Promise of Due Diligence for the International Financial Corporation”, New York University School of Law, Report, 2016.
- French, Duncan & Tim Stephens, “Due Diligence in International Law, International Law Association (ILA)”, Report, 2014.

**- Instruments and Conventions**

- Additional Protocol II, 8 June 1977, 1125 UNTS 3.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, 1465 UNTS 85 (CAT).
- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series, No. 210, 2011.
- Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012
- FATF Guidance, Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion, 2013, p. 28 available at: [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/AML\\_CFT\\_Measures\\_and\\_Financial\\_Inclusion\\_2013.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/AML_CFT_Measures_and_Financial_Inclusion_2013.pdf)
- FATF, What do we do, available at: <http://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/>
- FATF, Who we are, available at: <http://www.fatf-gafi.org/about/whoweare/>

- 
- Geneva Conventions (I-IV), 12 August 1949, 75 UNTS 287.
  - Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March 2011.
  - Hague Regulations, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 1907.
  - International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance 2006, 2715 UNTS (CED).
  - International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171 (ICCPR).
  - International Law Commission (ILC), Draft Articles on Prevention of Trans-boundary Harm from Hazardous Activities, 2001.
  - Interpretive Note, the FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2012.
  - Report of the International Law Commission, 53<sup>rd</sup> Session, UN Doc. A/56/10, 2001.
  - The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation
  - The Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities With Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS, Case No. 17
  - Third Party AML/CTF Customer Due Diligence Procedures, Commonwealth Bank of Australia ABN, Version 2, 2018
  - UN Human Rights Office of the High Commissioner, the Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide, 2012
  - UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking, New York and Geneva, 2007, p. 132, available at: [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf)
  - UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, article 4(1).