

تأملی بر مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، ناشی از نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی

۱۷۹

محمد شمسایی*
حجت سلیمی ترکمانی**

تاریخ تأیید: ۸۷/۳/۱۷

تاریخ دریافت: ۸۷/۳/۹

فقه و حقوق / سال پنجم / شماره ۱۷ / تابستان ۱۳۸۷

چکیده

«طرح پیش‌نویس «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها برای اعمال «تخلفانه بین‌المللی» که حاصل بیش از نیم «رن تلاش «کمیسیون حقوق بین‌الملل» در راستای توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل است، بر همه حوزه‌های حقوق بین‌الملل سایه افکنده است. در این بین، برخی بر این‌ناورند که حقوق بشردوستانه در بستر طرح پیش‌نویس «زبور، به‌عنوان یک «رژیم خودبسنده» لمداد شده است و فارغ از اصول و «واعد کلی» ندرج در آن است. در این «قاله سعی شده است با «طالعه و تجزیه و تحلیل دایق «فاد طرح پیش‌نویس و تطبیق آن با نظام حقوق بشردوستانه بین‌المللی، نشان داده شود که حقوق بشردوستانه نیز «شمول اصول و «واعد کلی» ندرج در طرح پیش‌نویس است و سیستم خودبسنده «لمداد نمی‌شود.

واژگان کلیدی: «مسئولیت بین‌المللی دولت، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، کمیسیون حقوق بین‌الملل، کنوانسیون‌های ژنو، حقوق خاص، رژیم خودبسنده.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (shamsaei@atu.ac.ir).

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی (h.salimy@yahoo.com).



مقدمه

امروزه حقوق بین‌الملل در جهت تخصصی شدن، به شاخه‌های متعددی تقسیم شده است. در بستر این «شاخه شاخه شدن» (fragmentation) باید قواعد و مقررات هر شاخه در جهت اصول و قواعد کلی حاکم بر حقوق بین‌الملل باشد و نه تنها مغایرتی میان قواعد و مقررات شاخه‌های مختلف نباشد، بلکه باید مکمل هم نیز باشند تا به یکپارچگی حقوق بین‌الملل لطمه‌ای وارد نشود.

یکی از شاخه‌های مهم حقوق بین‌الملل که در ارتباطی تنگاتنگ با همه شاخه‌های حقوق بین‌الملل است و قواعد آن معمولاً جنبه عرفی دارد، حقوق مسئولیت بین‌المللی است. در تلاش برای تدوین قواعد عرفی مزبور کمیسیون حقوق بین‌الملل (International Law Commission (ILC))، مسئول تهیه «طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها برای اقدامات متخلفانه بین‌المللی»^۱ (به اختصار طرح پیش‌نویس مسئولیت) شد، ولی طرح نهایی تهیه شده در سال ۲۰۰۱ که نتیجه تلاش پنجاه ساله کمیسیون حقوق بین‌الملل بود، از این شانس برخوردار نشد که تبدیل به یک کنوانسیون بین‌المللی شود. ولی از آنجایی که این طرح تا حدود زیادی انعکاس‌دهنده قواعد عرفی بین‌المللی در حوزه مسئولیت دولت‌هاست، همچنان بر همه شاخه‌های حقوق بین‌الملل سایه افکننده است.

«حقوق بشر دوستانه بین‌المللی» (international humanitarian law (IHL)) به عنوان شاخه دیگری از حقوق بین‌الملل است که شامل مجموعه قواعدی در حمایت از قربانیان در موقع جنگ است. نقض قواعد این شاخه از حقوق هم باعث ایجاد مسئولیت کیفری و هم مسئولیت غیرکیفری می‌شود. مسئولیت کیفری برای افرادی که قواعد مربوط به این شاخه از حقوق را نقض می‌کنند و مسئولیت غیرکیفری برای دولتی که اقدامات ناقض قواعد حقوق بشر دوستانه آنها قابل انتساب است. مسئولیت فرد، جنبه کیفری دارد و در شاخه حقوق بین‌الملل کیفری از آن بحث

۱۸۰

فقه و حقوق / محمد شمسایی و جنت سلیمی ترکمانی

1. Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001).

می شود، ولی مسئولیت دولت (به رغم تلاش های کمیسیون حقوق بین الملل در تهیه ماده ۱۹ طرح پیش نویس سابق در سال ۱۹۷۶)، جنبه غیرکیفری دارد و در شاخه حقوق مسئولیت بین المللی دولت ها بررسی می شود.

از سوی دیگر، امروزه نظام حقوق بین الملل وجود رژیم های را پذیرفته است که فارغ از اصول و قواعد کلی حقوق بین الملل در عرصه مسئولیت دولتی اعمال و اجرا می شوند. در عرصه بین المللی، دولت ها به عنوان عنصر اصلی تعیین کنند روابط بین الملل، زمانی که از لحاظ اجرای قواعد کلی حقوق بین الملل با مشکل مواجه می شوند، به ایجاد رژیم های خودبسنده (contained regim-self) دست می زنند. این رژیم ها، در متداول ترین و مضیق ترین تعریف، به عنوان مجموعه ای منظم از قواعد رفتاری و آیین های شکلی در حوزه های معینی از حقوق بین الملل، سیستم هایی هستند که راه های اجرای قواعد خود و راهکارهای مبارزه با نقض آنها را خوشان در داخل ساختار خود فراهم می سازند. این رژیم ها شامل مجموعه ای قواعد ثانوی جامع و متمایزند که طبق آن، از اجرای قواعد کلی حقوق مسئولیت بین المللی معافند. بنابراین، امروزه رژیم های خودبسنده به عنوان استثنائی بر قواعد کلی، لازماً اجرای حقوق بین الملل در عرصه مسئولیت بین المللی قلمداد می شوند.

برخی از مواد طرح پیش نویس و نظرات تفسیری کمیسیون حقوق بین الملل، به حقوق بین الملل بشردوستانه به عنوان حقوقی می نگرند که مشمول قواعد مندرج در طرح پیش نویس است. در حالی که، برخی از محققین به خود بسنده بودن حقوق بشردوستانه در این خصوص معتقدند. از این رو، هدف از نگارش این مقاله پاسخ گویی به این مسئله است که آیا حقوق بین الملل بشردوستانه یک رژیم خودبسنده است یا نه؟ همان طور که بعداً با جزئیات بیشتری بررسی خواهد شد، به نظر می رسد یافته های کمیسیون در این خصوص صحیح است و حقوق بشردوستانه در چهارچوب مسئولیت دولتی، یک رژیم خودبسنده قلمداد نمی شود.

پاسخ گویی دقیق به پرسش پیش گفته، مستلزم بررسی و تحلیل مفاد طرح پیش نویس مسئولیت، قواعد نظام حقوق بشردوستانه بین المللی در ارتباط با مسئولیت دولت ها و ارزیابی انطباق یا عدم انطباق مقررات آنها در این حوزه است که در این نوشتار به آن پرداخته می شود.

مبحث اول. پیشرو آمدی بر مفاهیم حقوق خاص و رژیم خود-بسنده

ماده ۵۵ طرح پیش نویس مسئولیت تحت عنوان «حقوق خاص»، مقرر می‌دارد: این مواد در مواردی که و تا اندازهای که شرایط وجود عمل متخلفانه بین‌المللی یا محتوا و اجرای مسئولیت بین‌المللی دولت مشمول قواعد خاص حقوق بین‌الملل باشد اجرا نمی‌شود.

عنوان این ماده از اصل لاتینی «حقوق خاص حقوق عام را تخصیص می‌دهد» (lex specialis derogate lex generalis) گرفته شده است. طبق این اصل، در موقع تعارض میان حقوق عام و حقوق خاص حقوق خاص مرجح و مقدم بر حقوق عام شمرده می‌شود. بنابراین، شرط اولیه اعمال این اصل، وجود تعارض در اجرای این دو حقوق است. مبنای این برتری نیز این است که قوانین خاص در مقایسه با قوانین عام معمولاً اساسی‌تر، مؤثرتر و نزدیک‌تر به موضوع اند و وضوح و قطعیت زیادی دارند. بنابراین، الزام‌آورتر و سخت‌تر از قوانین عام تلقی می‌شوند (4: koskeniemi).

این تمایز و تفکیک میان حقوق عام و حقوق خاص، بازتابی از ساختار دولت‌محور حقوق بین‌الملل است؛ به‌طوری که اجرای حقوق خاص یک ضرورت ساختاری قلمداد می‌شود. این برتری قواعد خاص بر قواعد عام که تحت عنوان اصل «حقوق خاص» نامیده می‌شود و در جهت تنظیم روابط میان قواعد عام و خاص استفاده می‌شود، یک اصل کاملاً تثبیت شده حقوق بین‌الملل است. امتیازی ذاتی برای تئوری حاکمیت دولت‌ها قلمداد می‌شود (486-488: Simma and Plukowski).

این ویژگی عام یا خاص بودن، کاملاً نسبی است و یک قاعده هیچ وقت به‌طور مطلق، عام یا خاص نیست؛ بلکه عام یا خاص بودن آن، فقط در مقایسه با قواعد دیگر سنجیده می‌شوند. معیار برای این عام یا خاص بودن مطرح است یکی قلمرو موضوعی قاعده و دیگری تعداد طرفین قاعده (5: koskeniemi). البته، باید توجه داشت که همیشه اصل بر اعمال قواعد حقوق عام است، مگر این‌که قصد صریح یا ضمنی مخالفی احراز شود. از سوی دیگر، قاعده خاص در مقابل قاعده عام است؛ به این معنا که اگر در حقوق عام قاعده‌ای نداشته باشیم (ساکت باشد)، در صورت وجود هرگونه قاعده دیگر، آن قاعده به هیچ وجه خاص تلقی نمی‌شود، زیرا خاص تنها

در مقابل عام معنا می‌یابد. با این توضیح، حقوق خاص ممکن است در همه شاخه‌های حقوق بین‌الملل شکل بگیرد. البته لازم به ذکر است که در مقابل قواعد آمره به‌عنوان قاعده عام، هیچ‌گونه قاعده خاصی نمی‌تواند شکل گیرد (Ibid: 10).

اگر ما در حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بخواهیم میزان خاص بودن حقوقی را براساس معیاری مدرج (مثل خط‌کش) برآورد کنیم، در یک سمت شکل ضعیفی از حقوق خاص قرار دارد که طوری تنظیم شده است که فقط مواردی جزئی و استثنائی را جایگزین قواعد عام مسئولیت بین‌المللی می‌کنند و به اجرای کل نظام مسئولیت بین‌المللی دولت، خدشه‌ای وارد نمی‌کند و در سمت دیگر و در بالاترین حد، شکلی قوی از حقوق خاص وجود دارد که قواعد آن می‌تواند بطور کامل جایگزین اجرای کل نظام عام مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها شوین شکل قوی از حقوق خاص را رژیم خود - بسنده می‌نامند (Simma and Plukowski, 2006: 488).

کمیسیون نیز در نظر تفسیری خود در ماده ۵۵، حقوق خاص را به دو شکل ضعیف و قوی تقسیم می‌کند و شکل قوی را رژیم خود - بسنده نامیده است، بدون اینکه تعریفی از این دو داده باشد (ILC, 2001: 358). با این وجود به نظر می‌رسد، معیار تفکیک شکل قوی از ضعیف، توانایی خارج شدن از قلمرو اجرای قواعد عام حقوق بین‌الملل از طریق مقرر ای صریح یا ضمنی (براساس ساختار موضوع و هدف مجموعه قواعد) باشد (Runersten, 2008: 13). کمیسیون، در گزارش نهایی خود^۱ در خصوص رژیم‌های خود - بسنده، سه گروه از تعاریف موجود در این زمینه را مطرح می‌کند:

گروه اول. رژیم خودبسنده رابه‌عنوان زیرمجموعه‌ای از حقوق خاص قلمداد می‌کند که فقط در چهارچوب حقوق مسئولیت بین‌المللی قابل اعمال است این گروه در توجیه نظریات خود، به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گروگان‌گیری در خصوص حقوق دیپلماتیک و کنسولی استناد می‌کنند. گروه دوم. تعریف نسبتاً گسترده‌تری از رژیم خودبسنده ارائه می‌کنند و آن شامل حقوق مرتبط با حوزۀ جغرافیای خاص (مثل رژیم‌های رودخانه‌ای) یا با ماهیت خاص (مین‌های ضد نفر) و

1. ILC, conclusion, supra note 1, para 12.

فقط در حوزه قواعد اولیه، می‌دانند. گروه دوم در توجیه رویکرد خود، به رئی دیوان دائمی دادگستری در قضیه ویمبلدون در موضوع حق عبور از کانال کیل، تکیه می‌کنند. گروه سوم. تعریف کاملاً گسترده ای از رژیم خودبسنده ارائه می‌کنند و رویکرد که تاکنون در رویه قضایی مطرح نشده است و فقط جنبه آکادمیک دارد، شاخه خاصی از حقوق بین‌الملل را به طور کامل (هم در حوزه قواعد اولیه و هم قواعد ثانویه)، رژیم خودبسنده قلمداد می‌کند؛ مانند حقوق تجارت بین‌الملل یا حقوق بین‌الملل محیط زیست. در میان این تعاریف، متداول‌ترین و عملی‌ترین تعریف از رژیم خودبسنده، همان تعریف گروه اول است که در قضیه گروگانگیری مطرح شده است (Ibid: 13-26).

بنابراین، در تعریف متداول، سیستم خودبسنده عبارت است از رژیم کاملاً قاطع، مؤثر و جامع، فقط در چهارچوب مسئولیت دولتی. به عبارت دیگر، ویژگی اساسی رژیم خودبسنده در این تعریف، قصد صریح یا ضمنی آن رژیم برای خروج کامل از اجرای اصول و قواعد کلی مرتبط با تبعات حقوقی عمل متخلفانه بین‌المللی، به‌ویژه اجرای اقدامات متقابل از سوی کشور صدمه دیده است.^۱

بنا به مطالب عنوان شده، تفاوت میان حقوق خاص و رژیم خودبسنده این است که رژیم خودبسنده شکلی برجسته و ویژه از حقوق خاص است (Koskenniemi: 8) و به عنوان زیرمجموعه ای از حقوق خاص، مجموعه ای کامل (جامع قاطع و مؤثر) از قواعد ثانوی را شامل می‌شود. از این جهت، برخلاف سایر حالت‌های حقوق خاص که فقط به طور موردی جزئی و استثنائی قواعد خاص را جایگزین اجرای قواعد عام مسئولیت می‌کنند، رژیم خودبسنده به عنوان قوی‌ترین شکل حقوق خاص، قابلیت اجرای قواعد عام در خصوص حقوق مسئولیت بین‌المللی را کاملاً منتفی می‌کند (Simma and Plukowski, 2006: 488).

به نظر می‌رسد ماده ۵۵ طرح پیش‌نویس، همه حالت‌های حقوق خاص را شامل می‌شود و هیچ‌گونه تفکیکی میان شکل قوی و ضعیف قائل نمی‌شود. بنابراین،

1. Drik Pulkowski, narratives of fragmentation International law between Unity and Multiplicity, available at: <http://www.esil-sedi.eu/english/pdf/Pulkowski.PDF>.

کمسیون در این ماده با صرف‌نظر کردن از ویژگی‌های متمایزکننده رژیم خودبسنده از سایر موارد حقوق خاص، فقط به عام و خاص بودن قاعده می‌پردازد و به جامعیت یا کارآمدی مجموعه قواعد خاص نپرداخته است.

مبحث دوم. بررسی جایگاه مفهوم رژیم خودبسنده، در حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی

حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی، حوزه بسیار گسترده‌ای است که هرگونه تحلیل حقوقی از ابعاد مختلف آن نیازمند بررسی جامع و مبسوط است؛ به‌طوری که در یک مقاله نمی‌توان همه اجزای آن را حتی به‌صورت مختصر بررسی کرد. از این جهت، در این مقاله نیز در مقام تشخیص خودبسنده بودن یا نبودن، فقط برخی از ابعاد چالش برانگیز آن بررسی می‌شود و به دلیل جلوگیری از اطاله مطلب از بررسی سایر موارد اجتناب می‌شود.

بند اول. حوزه انتساب رفتار به یک دولت

در ارتباط با رفتار واحدهایی که اقدامات آنها در قالب نقض حقوق بشردوستانه قابل انتساب به دولت است، موارد زیر را بررسی می‌کنیم:

۱. رفتار اعضای نیروهای مسلح

طبق ماده ۷ طرح‌پیش‌نویس، اگر رفتار اعضای نیروهای مسلح در سمت و صلاحیت رسمی انجام یافته باشد (حتی اگر تجاوز از صلاحیت و دستورات صادر شده باشد)، قابل انتساب به دولت است. از سوی دیگر، ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و ماده ۹۱ پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹، عنوان می‌دارند که طرف مخاصمه، مسئول اقدامات صورت گرفته از سوی اعضای نیروهای مسلح‌اش است. این دیدگاه، به‌وسیله رویه قضایی نیز مورد حمایت است^۱

۱. دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، در قضیه «فوروند زیجا» در سال ۱۹۹۸ و در قضیه «تادیچ» در سال ۱۹۹۹ مسئولیت دولت برای همه اعمال ارتكابی وسیله اعضای نیروهای مسلح‌ش را پذیرفت.

محدودیت مقرر شده (ارتکاب عمل در صلاحیت رسمی) در طرح پیش‌نویس باعث می‌شود که یک دولت مسئول اقداماتی مانند سرقت و تجاوز به عنف اعضای نیروهای مسلح‌اش - که در صلاحیت رسمی خود انجام نمی‌دهند - نباشد. در صورتی که طبق ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه و ماده ۹۱ پروتکل الحاقی اول، این اقدامات نیز قابل انتساب به دولت است.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را به‌عنوان یک استثنا بر قاعده کلی و تحت عنوان «قانون خاص» تلقی کرده است که طبق آن، دولت‌ها در قبال اقدامات و اعمال نیروهای مسلح‌شان مسئول قلمداد می‌شوند، حتی اگر اعضای نیروهای مسلح، آن اقدامات را در صلاحیت غیررسمی (خصوصی) خود انجام دهند.^۱ آنهایی که نمی‌خواهند ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه را در ارتباط با ماده ۷ طرح پیش‌نویس به‌عنوان «قانون خاص» تلقی کنند، ممکن است تصور کنند که حداقل در زمان جنگ و در ارتباط با اعمال مشمول حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اعضای نیروهای مسلح هیچ‌گاه در صلاحیت غیررسمی خود عمل نمی‌کنند و همواره در حال انجام وظیفه‌اند (Sassoli, 2002: 405).

۲. واحدهایی که در جهت اجرای اقتدار دولتی عمل می‌کنند

در برخی جوامع پیشرفته امروزی، دولت‌ها سعی در کوچک کردن حجم اختیارات و فعالیت‌های خود دارند. بنابراین، در قالب خصوصی‌سازی، بسیاری از اختیارات خود را به واحدها و اشخاص خصوصی واگذار می‌کنند. این امر حتی به حوزه مسائل امنیتی و دفاعی نیز کشیده شده است. به‌طوری که امروزه واحدهای غیردولتی نیز می‌توانند طبق قانون دولت مزبور، به‌طور مستقیم طرف مخاصمه قرار گیرند و مشمول حقوق بین‌الملل بشردوستانه باشند. در آن صورت، اقدامات این واحدها قابل انتساب به دولت مربوطه خواهد بود. نمونه‌های آشکار از این افراد و واحدهای شبه دولتی، شرکت‌های خصوصی نظامی و مزدوران‌اند (Henckarets and Doswald-Beck, op.cit: 533).

See: Jean - Marie Henckarets and Louise Doswald - Beck, Customary International Humanitarian Law, and vol 1: rules, London, Cambridge University Press, 2005.

1. Yearbook of the ILC. 1975, vol. 2.



۳. شرکت خودجوش غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه (levee en masse)

این وضعیت در حوزه حقوق مخاصمات مسلحانه، در ماده ۲ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ و ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ پیش‌بینی شده است در عمل، این وضعیت زمانی رخ می‌دهد که ساکنین سرزمینی که تحت اشغال نیست، در موقع نزدیک شدن دشمن، برای مقاومت در مقابل نیروهای نظامی مهاجم، به‌طور خودجوش و بدون اینکه فرصتی برای سازماندهی خود داشته باشند، دست به اسلحه برند در این صورت به شرط حمل آشکار سلاح و رعایت قوانین و عرف‌های جنگ‌های افراد جزئی از نیروهای مسلح کشور قلمداد می‌شوند (UK Ministry of Defence, 2004: 45). بنابراین، رفتار این افراد به دولت مرکزی منتسب می‌شود و در صورت نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه، دولت مربوطه مسئول است.

۴. شورشیان

ماده ۱ پروتکل الحاقی دوم، عنوان می‌دارد که باید گروه‌های شورشی تحت نظر «فرماندهی مسئول» اقدام کنند. از این ماده به‌طور ضمنی چنین استنباط می‌شود که رفتار اعضای گروه‌های مزبور، می‌تواند به خود این گروه‌ها نیز منتسب شود (Henckarets and Doswald-Beck, 2005: 536). به این معنا که اگر این گروه‌ها در مبارزه‌شان پیروز نشوند، مسئولیت جمعی نخواهند داشت و احتمالاً فقط مسئولیت فردی به خاطر ارتکاب جنایات بین‌المللی خواهند داشت. ولی اگر پیروز شوند، به‌عنوان دولت جدید ظاهر خواهند شد و براساس حقوق بین‌الملل، مسئولیت خواهند داشت (Detter, 2000: 414).

نوع دیگری از این نوع مسائل، مسئله نهضت‌های آزادی‌بخش ملی است با این نهضت‌ها و حرکت‌ها، به دلیل دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل بین‌المللی، در قالب حقوق مخاصمه مسلحانه بین‌المللی برخورد می‌شود و همه قواعد آن در این موارد اعمال می‌شود (راجوز و پل، ۱۳۸۲: ۱۲۱). اقدامات این نهضت‌ها که دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی اند و از سوی جامعه بین‌المللی کشورها و یا سازمان‌های بین‌المللی منطقه‌ای به رسمیت شناخته شده‌اند، قابل انتساب به دولت‌های مزبور نیست.

۵. مأموران دفاکتو (de facto) (بالفعل)

آنچه که به‌طور عمده باعث ایجاد مشکل در بحث انتساب اقدامات مأموران دفاکتو در حوزه حقوق بشردوستانه به دولت می‌شود، پاسخ‌گویی به این مسئله است که آیا آن اقدام، واقعاً تحت کنترل آن دولت انجام شده است یا نه؟ و اینکه چه نوع کنترلی لازم است؛ «کنترل مؤثر» (effective control) یا «کنترل کلی» (overall control)؟

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه، برای انتساب اقدامات مأموران دفاکتو به دولت، درجه نسبتاً بالاتری از کنترل تحت عنوان «کنترل مؤثر» را لازم دانست و عنوان کرد که مشارکت امریکادر آموزش تجهیزات و تأمین مالی نیروهای «کنترا» (contra)، برای انتساب اقدامات این نیروها به دولت امریکا کافی نیست و برای این انتساب، باید ثابت شود که آن دولت کنترل مؤثر روی عملیات نظامی یا شبه نظامی شورشیان داشته است.^۱ ولی در قضیه تادیچ، شعبه استیناف دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق مقرر داشت: هنگامی که مسئولیت سازمان نظامی مطرح است، اعمال تئوری «کنترل کلی» مناسب‌تر است.^۲

تعارض موجود در قضیه تادیچ و قضیه نیکاراگوئه یک تعارض هنجاری میان تفاسیر دو مرجع قضایی با کارکردهای متفاوت از یک قاعده حقوق بین‌الملل عام است (2) (koskenniemi). در این میان نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل این است که موضوعات حقوقی و وضعیت‌های مطروحه در این دو قضیه، متفاوتند. به این مفهوم که وظیفه دیوان بین‌المللی یوگسلاوی سابق بررسی موضوعات مربوط به مسئولیت کیفری فردی است، نه مسئولیت دولت. کمیسیون، عنوان می‌دارد که مسئله در قضیه تادیچ، مسئولیت دولتی نبود، بلکه قواعد لازم اجرایی حقوق بشردوستانه بود.^۳

1. ICJ, military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, ICJ reports 1986.

2. The prosecutor v. Dusko tadic, Judgment, Case No, IT-94-1A, A.Ch. 15 July 1999.

3. ILC, supra note 1. at.

۴. البته لازم به ذکر است که حقوق بین‌الملل بشردوستانه حاکم بر مخصصات مسلحانه بین‌المللی، فقط زمانی می‌توانست بر اقدامات آقای تادیچ علیه مسلمانان بوسنی و طول جنگ با دولت بوسنی اعمال شود که آن اعمال بتوانند طبق قواعد کلی مسئولیت دولتی، بعنوان عمل دولت دیگر، یعنی دولت فدرال یوگسلاوی قلمداد شوند (See: M. Sassoli, 2002: 408).

۶. اشخاص خصوصی

ماده ۱۱ طرح پیش نویس، اقدامات اشخاص خصوصی رلر مواقعی و تا اندازه ای که دولت آن اقدامات را تأیید و عمل خود تلقی کرده استقابل انتساب به دولت می داند . دیوان بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق در حوز ءحقوق بشر دوستانه در قضیه تادیچ عنوان داشت، دولت نسبت به اقدامات ارتکاب یافته از سوی افراد و گروهایی که از لحاظ نظامی سازمان یافته نیستند، مسئول است؛ به شرط اینکه به طور کلی اقدامات آنها بعد از ارتکاب توسط دولت تأیید شود (Henckarets and Doswald-Beck , 2005: 536).

همان طور که گذشت، در موضوع انتساب عمل به دولت در حوز ءحقوق بشر دوستانه ، تفاوت چندانی میان طرح پیش نویس و اسناد و رویه های موجود در حوز ءحقوق بشر دوستانه وجود ندارد و اصول کلی انتساب در هر دو واحد است البته در مواردی تفاوت هایی نیز به چشم می خورد مثلاً در خصوص قابلیت انتساب رفتار اعضای نیروهای مسلح به دولت - که در چنین مواردی نیز می توان آن را قاعده خاص نامید و فقط می تواند بطور جزئی و موردی جایگزین قواعد عام مندرج در طرح پیش نویس شود؛ نه اینکه بتواند شکلی قوی از حقوق خاص قلمداد شود تا بتواند قواعد انتساب را به طور کلی کنار گذارد و رژیم خود بسنده را به وجود آورد. همچنین وجود معیار انتساب کنترل کلی در حقوق بشر دوستانه مقایسه با معیار کنترل مؤثر در حقوق عام مسئولیت نیز نمی تواند در چهارچوب اصل «خاص بودن» مطرح شود. زیرا، زمانی این اصل قابل عمل است که دو قاعده در زمینه واحد باشند در حالی که به تأیید کمیسیون حقوق بین الملل موضوعات حقوقی و وضعیت های مطرح در خصوص این دو معیار، کاملاً متفاوتند.

بند دوم. حوز ءمعاونت در نقض هداات ناشی از قواعد حقوق بین الملل بشر دوستانه

در چهارچوب فصل چهار طرح پیش نویس تحت عنوان «مسئولیت یک دولت در ارتباط با عمل دولت دیگر»، ماده ۱۶ تحت عنوان «کمک یا معاونت در ارتکاب عمل متخلفانه بین المللی» مقرر می دارد:

دولتی که به ارتکاب عمل متخلفانه بین المللی توسط دولتی دیگر کمک یا یاری می رساند، اگر با آگاهی از اوضاع و احوال عمل متخلفانه بین المللی چنین کمکی را

ارائه کند و عمل متخلفانه بین‌المللی از سوی کشور مورد کمک ارتکاب یابد، از لحاظ بین‌المللی برای چنین اقدامی (کمک یا معاونت) مسئول است. همچنین، طبق ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و ماده ۱(۱) پروتکل الحاقی اول به این کنوانسیون‌ها نیز دولت‌ها نه تنها خود نباید قواعد حقوق بشردوستانه را نقض کنند، بلکه باید نهایت تلاش خود را بکنند تا تضمین اینکه قواعد حقوق بشردوستانه توسط همه رعایت می‌شود، به انجام رسانند (Henckarets and Doswald-Beck, 2005: 510).

ارائه کمک برای نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در عمل، معمولاً به صورت کمک تسلیحاتی صورت می‌گیرد، تا جایی که استفاده از سلاح‌های مزبور منع نشده است. کشور ارائه‌کننده تسلیحات، مسئول نقض‌های حقوق بشردوستانه‌ای که با استفاده از این تسلیحات توسط کشور دریافت‌کننده صورت می‌گیرد، نیست. ولی به هر حال، همین که دولت ارائه‌کننده تسلیحات بداند که کشور دریافت‌کننده با استفاده از آن سلاح‌ها، به‌طور سیستماتیک مرتکب نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه می‌شود، باید انتقال و ارائه سلاح را به کشور دریافت‌کننده متوقف کند؛ حتی اگر آن سلاح‌ها قابلیت استفاده مشروع و قانونی را نیز داشته باشند. در واقع، همین که کشور ارائه‌کننده سلاح از ارتکاب این نقض‌ها مطلع شود، مطمئناً کمک‌های بعدی به منظور تسهیل ارتکاب نقض‌های بعدی صورت می‌گیرد. کشوری که با اطلاع از نقض‌های سیستماتیک حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سوی کشور دیگر، همچنان به کمک خود به آن کشور در خصوص تجهیز تسلیحاتی ادامه می‌دهد، تعهد به تضمین احترام لازم به قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض می‌کند (M. Sassoli, 2002: 412-413).

از مطالب این بند، چنین به نظر می‌رسد که ماده ۱ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و ماده ۱(۱) پروتکل الحاقی اول به این کنوانسیون‌ها، در تعارض با ماده ۱۶ طرح پیش‌نویس نیستند که بتوان در این زمینه حقوق بشردوستانه را نسبت به قواعد عمومی مسئولیت بین‌المللی، حقوق خاص اعم از شکل ضعیف و قوی، قلمداد کرد.

بند سوم. حوزه عوامل زایل کننده وصف متخلفان بعمل دولت، در زمینه تعهدات حقوق بشردوستانه

طرح پیش نویس مسئولیت، به عنوان حقوق عام حاکم بر مسئولیت بین المللی در فصل پنج، شش عامل را به عنوان عوامل زایل کننده وصف متخلفان عمل، بیان می دارد: رضایت، دفاع مشروع، ضرورت، اضطرار، فورس مازور و اقدامات متقابل، که به ترتیب به آنها پرداخته می شود.

۱. رضایت

معاهدات حقوق بین الملل بشردوستانه نیز مثل قواعد مندرج در طرح پیش نویس، به صراحت عنوان هلد که هیچ دولتی ممکن نیست خودش یا دولت دیگر را از مسئولیت ناشی از نقض حقوق بین الملل بشردوستانه، مبرا کند^۱ این بدان معناست که هیچ کشوری نمی تواند به نقض قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه که از قربانیان جنگی حمایت می کند و با حقوق اساسی نوع بشر سروکار دارد، رضایت دهد. در واقع، حقوق ناظر بر جنگ منوط به رضایت دولتهائست و در هر شرایطی لازم الاجراست» (شریفی طرازکوهی، ۱۳۷۵: ۲۵۴).

۲. دفاع مشروع

بنا به نظر تفسیری کمیسیون حقوق بین الملل، یکی از نتایج تفکیک میان «حقوق توسل به زور» (jus ad bellum) و «حقوق جنگ» (jus in bello)، این است که دفاع مشروع نمی تواند مجوزی برای نقض قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه باشد.^۲ ولی متأسفانه، دیوان بین المللی دادگستری در نظریه هئسورتی خود درباره سلاح های هسته ای، به این نتیجه رسید که دیوان نمیتواند در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت استفاده از سلاح های هسته ای و وضعیت دفاع مشروع که در آن حیات

۱. ماده ۵۱ کنوانسیون اول ژنو ۱۹۴۹، ماده ۵۲ کنوانسیون دوم ژنو ۱۹۴۹، ماده ۱۳۱ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۱۴۸ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹

2. ILC, supra note 1 at.

انسان‌های زیادی در خطر خواهد بود، به یک نتیجه قطعی برسد.^۱ در واقع، اگر استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض می‌کند، استفاده از آن حتی در وضعیت دفاع مشروع نیز حیات انسان‌های زیادی را به خطر خواهد انداخت و باعث نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه خواهد شد. بنابراین، در زمان دفاع مشروع نیز استفاده از سلاح‌های هسته‌ای توجیهی ندارد و نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به عنوان قواعد آمره خواهد بود. البته، این نظر را دیوان فقط در چهارچوب دفاع مشروع ارائه می‌کند و به همین دلیل، تأیید می‌کند که چنین سلاح‌هایی فوق حقوق نیستند (ICRC, 1996: 1) و اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه به هرگونه استفاده ای از سلاح‌های هسته‌ای یا هرگونه سلاح دیگری حاکم است (Monr.m, 1997: 5).

۳. ضرورت

امروزه این قاعده به خوبی استقرار یافته است که اصل ضرورت نظامی، فقط زمانی پذیرفته است که از زاویه حقوق بشردوستانه به آن نگریسته شود (Uk Ministry of Defence, 2004: 23). در واقع، اصل ضرورت نظامی، چالش میان ضرورت و الزامات حقوق بشردوستانه است (Boisson and Others, 1999: 284) و از آنجا که این اصل یک اصل مبهم است که می‌تواند همه دستاوردهای حقوق بشردوستانه را به مخاطره اندازد، به نظر می‌رسد سازش میان قواعد حقوق بشردوستانه و ضرورت نظامی بسیار مشکل باشد (Ingrid Deter, 2000: 394).

اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای سلتاد به عامل ضرورت نظامی، جنبه استثنائی قائل شده است و تعریف محدود تری از ضرورت نظامی تحت عنوان «ضرورت مبرم نظامی» ارائه می‌کنند.^۲ تعریف این چنینی از ضرورت، بطور آشکار، از موضوع و هدف حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل استنتاج است؛ زیرا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حقوقی است که بر مخاصمات مسلحانه که ذاتاً یک وضعیت مخاطره‌آمیز برای منافع اساسی طرفین است، حاکم است (M. Sassoli, 2002: 415).

1. ICJ, "advisory opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons", rep., july 8, 1996.

۲. کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ (ماده ۴۳) کنوانسیون اول کنوانسیون چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (ماده ۸)، کنوانسیون سوم ۱۹۴۹ (ماده ۸) پروتکل الحاقی اول به کنوانسیون هلی چهارگانه ژنو ۱۹۷۷ (ماده ۵۴).

۴. اضطرار

به نظر می‌رسد، مواردی که در مورد ضرورت مطرح شد در خصوص اضطرار نیز صادق است، ولی فقط بستر این تفاوت که اضطرار وضعیتی است که برای فرد حادث می‌شود، در حالی که حالت ضرورت، برای دولت پیش می‌آید.^۱ در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه، باید عنوان کرد که افراد هنگامی که درگیر جنگ هستند، به همان اندازه در حالت اضطرار قرار دارند که دولت‌ها در موقع جنگ در حالت ضرورت قرار دارند؛ زیرا، حالت اضطرار برای افراد در زمان جنگ ذاتاً وجود دارد (M. Sassoli, 2002: 417). در واقع، از آنجکه ممکن است تجویز استناد به حالت اضطرار، به همان اندازه ضرورت، هم‌دستاوردهای حقوق بشردوستانه را به مخاطره اندازد لاجزاه استناد به حالت ضرورت نیز در خصوص نقض های حقوق بشردوستانه پذیرفته نیست.

۵. فورس ماژور

در بستر حقوق بین‌الملل بشردوستانه، باید عنوان کرد که همانند برخی عوامل زایل‌کننده وصف متخلفانه عمل خارج از اراده از جمله ضرورت و اضطرار، حالت فورس ماژور نیز به نوعی در خود مفهوم جنگ نهفته است. توضیح اینکه، فورس ماژور در واقع در بستر وضعیت‌های غیرعادی که در آن، بسیاری از عوامل خارج از اراده‌ها، رخ می‌دهد. این وضعیت ذاتاً در حالت جنگ نیز وجود دارد؛ زیرا، جنگ اوج وضعیت غیرعادی است.

البته، برخی علاوه بر آنکه جریان‌ات داخل مخاصمه را غیرعادی و نزدیک به فورس ماژور می‌دانند، وقوع مخاصمات مسلحانه (داخلی) را یکی نفسه [از موارد فورس ماژور می‌دانند که دولت، نقشی در ایجاد آن ندارد و خارج از کنترل آن است (فیوضی، ۱۳۷۹: ۱۵۴). البته، به نظر می‌رسد در بحث فورس ماژور و نتایج آن، نسبت به سایر عوامل زایل‌کننده وصف متخلفانه عمل‌چالش بیشتری وجود داشته باشد؛ زیرا، در زمان نقض حقوق بشردوستانه بین‌المللی در وضعیت فورس ماژور،

1. ILC, supra note 1 at. p: 4 (para 19, 20 on art. 25).

نقش عوامل بیرونی در ارتکاب عمل متخلفانه خیلی بیشتر است و مرتکب، کمترین نقش را در ارتکاب عمل متخلفانه داوئی، باز هم مطلق بودن اجرای حقوق بشردوستانه،^۱ هیچ گونه امکانی برای توسل به این وضعیت، به عنوان مبنای برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل باقی نمی گذارد.

۶. اقدامات متقابل

ماده ۵۰ طرح پیش نویس، به صراحت عنوان می دارد که اقدامات متقابل نباید بر تعهدات با ویژگی حقوق بشردوستانه که اقدامات تلافی جویانه را منع می کند، تأثیر بگذارد. تعهدات با ویژگی حقوق بشردوستانه مندرج در این ماده، نه تنها نباید تحت تأثیر اقدامات متقابل نقض حقوق بشردوستانه از سوی دولت دیگر واقع شود، بلکه همچنین نباید تحت تأثیر هرگونه اقدامات متقابل در قبال نقض هرگونه قواعد حقوق بین الملل قرار گیرد. مخصوصاً زمانی که نقض اولیه، مربوط به قواعد حقوق توسل به زور باشد که این ممنوعیت، نتیجه ضروری تفکیک میان حقوق جنگ و حقوق توسل به زور است؛^۲ زیرا، اگر هر قاعده حقوق بین الملل بشردوستانه بتواند در قالب اقدامات متقابل در مقابل عمل تجاوز، نقض شود، در آن صورت آن قواعد، معنا و ماهیت خود را از دست خواهند داد. به هر صورت، همین که پذیرفته شده است که حتی مهم ترین نقض حقوق بین الملل، یعنی عمل تجاوز نمی تواند نقض حقوق بین الملل بشردوستانه را در قالب عمل متقابل توجیه کند، می توان گفت که هیچ یک از سایر نقض های حقوق جنگ نیز نمی تواند نقض حقوق بین الملل بشردوستانه را در قالب اقدامات متقابل توجیه کند. اگر این نظر درست باشد، حتی نقض های حقوق بین الملل بشردوستانه ای که از طریق اقدامات متقابل تلافی جویانه

1. Marco Sassoli, "Ius ad bellum and Ius in Bello-The separation between the legality of the use of force and humanitarian Ruls to Be Respected in Warfare: Cruical or Outdated?" in Michael Schmitt and Jelena Pejic, international law and armed onflict: exploring The Faullines, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 244-247.

۲. در خصوص تفکیک میان jus in bello و jus ad bellum و آثار چنین تفکیکی:

See: Marco Sassoli, "Ius ad bellum And Ius in bello ..." 2002: 240-264.

منع نشده اند، فقط در صورتی قابل توجیه است که در واکنش به نقض های حقوق بین الملل بشردوستانه باشد (M. Sassoli, 2002: 425).^۱

آن دسته از تعهدات حقوق بشردوستانه ای که مشمول ممنوعیت اقدامات متقابل تلافی جویانه مندرج در بند (۱-ج) ماده ۵۰ نمی شوند ممکن است مشمول بند (۱-ب) ماده ۵۰، در مورد ممنوعیت اقدامات متقابل در خصوص تعهدات مرتبط با حمایت از حقوق بنیادین بشری شوند. همچنین، طبق بند (۱-د) این ماده، اقدامات متقابل نباید بر آن دسته از تعهدات حقوق بشردوستانه ای که اقدامات تلافی جویانه را منع نمی کنند، ولی استثنائاً جنبه آمره دارند، خدشه ای وارد کند

ممنوعیت اقدامات متقابل، به طور صریح در اسناد حقوق بشردوستانه نیز پیش بینی شده است.^۲ البته، این اسناد فقط اقدامات تلافی جویانه را به صراحت ممنوع می کنند و سایر اقدامات متقابل در حوزه حقوق بشردوستانه را شامل نمی شوند.

در مجموع، در حوزه عوامل زایل کننده وصف متخلفانه عمل، چیزی که ابتدا به نظر می رسد این است که اختلافی فاحش میان مفاد طرح پیش نویس و نظام حقوق بشردوستانه وجود دارد. زیرا، اسناد و رویه های موجود در زمینه حقوق بشردوستانه برخلاف طرح پیش نویس، هیچ گونه توجیهی برای نقض حقوق بشردوستانه نمی پذیرند و بایلو این حیث آن را یک حقوق خاص نامید که به دلیل انسجام، جامعیت و قاطعیت حقوق خاص، مایل به شکل قوی که همان رژیم خود بسنده است، تلقی می شود. ولی ماده ۲۶ طرح پیش نویس، عنوان می دارد هیچ یک از این شش عامل نمی تواند نقض قواعد آمره را توجیه کند و وصف متخلفانه عمل را زایل کند و از آنجا که امروزه بسیاری از قواعد مربوط به حقوق اساسی و بنیادین افراد بشری، نمونه های

۱. به رغم اینکه تحت هیچ شرایطی نباید در قالب اقدامات متقابل، حقوق بین الملل بشردوستانه نقض شود، ولی متأسفانه عملیات تلافی جویانه علیه یونان مثال بد رفتاری با اسیران جنگی و بمباران غیرقانونی محل های بی دفاع، به علت عدم امکان ارزیابی بی طرفانه از تجاوزات ارتكابی دشمن، همیشه با سوء استفاده همراه بوده است (نک: کاسسه، ۱۳۷۰: ۳۰۱).

۲. ماده ۴۶ کنوانسیون اول، ماده ۴۷ کنوانسیون دوم، ماده ۳۳ کنوانسیون سوم، ماده ۳۳ (۳) کنوانسیون چهارم از مجموعه کنوانسیون های چهارگانه ژنو و مواد ۵۱ (۶)، ۵۲ (۱)، ۵۳ (۳)، ۵۵ (۲) و ۵۶ (۴) پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷.

کلاسیک از قواعد آمره‌اند و یافتن قواعدی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه که به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم از حقوق اساسی افراد حمایت نکند، مشکل است. میان این دو حوزه تعارضی وجود ندارد که اصل «حقوق خاص» قابل اعمال باشد. از این رو، نمی‌توان قواعد حقوق بشردوستانه در حوزه مسئولیت‌ها نسبت به مفاد طرح پیش‌نویس، حقوق خاص نامید.

بند چهارم. جبران خسارت (reparation)

تعهد به جبران خسارت در اسناد بین‌المللی بشردوستانه نیز به رسمیت شناخته شده است و برای هر طرف مخاطمه، خواه متجاوز، خواه مدافع، بار می‌شود (Fleck, 1999: 543). مواد ۳۳ کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۴۸ و ۹۱ پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ مقرر می‌دارند که دولتی که مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نقض کند، در صورت مقتضی، مسئول پرداخت غرامت خواهد بود. ولی اسناد حقوق بشردوستانه، فقط به طور صریح پرداخت غرامت را مطرح می‌کنند و سایر اشکال را به صراحت پیش‌بینی نمی‌کنند. ولی براساس آن مقررات، پرداخت غرامت فقط زمانی است که شرایط اقتضا کند؛ بنابراین، در صورتی که شرایط اقتضا نکند، اصل کلی اعاده وضع به حالت سابق، حاکم است. بؤغم عدم ذکر صریح اعاده وضع به حالت سابق به عنوان یک روش جبران خسارت توسط اسناد حقوق بشردوستانه، در رویه بین‌المللی موارد متعددی مبنی بر شناسایی آن، به عنوان روش جبران خسارت وجود دارد.^۱

در خصوص جلب رضایت به‌عنوان شکل دیگر جبران خسارت در حقوق بشردوستانه نیز در رویه‌معماری وجود دارد که شامل اشکال عذرخواهی»

۱. در موافقتنامه اشخاص پناهنده و خلع ید شده، منضم به معاهده دیتون - پاریس، بیان شده است که این افراد باید در مورد اموال و دارایی‌های از دست داده در جریان مخاصمات ۱۹۹۱، حق اعاده وضع به حال سابق داشته باشند. کمیسیون دعاوی اموال و اماکن کوزوو نیز حق تصمیم‌گیری در خصوص اعاده وضع به حالت سابق را دارد. همچنین، موافقتنامه جامع ۱۹۹۸ فیلیپین در مورد احترام به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، یکی از اشکال جبران خسارت را اعلاضع به حالت سابق می‌داند (Henckarets and Doswald-Beck, 2005: 547).

(apology)، «اعاده حیثیت» (rehabilitation) و «حق اطلاع از حقیقت» (establishing the truth) می شود.^۱

علاوه بر اسناد حقوق بشردوستانه، قبول تعهد به جبران خسارت و شناسایی چنین حقی برای قربانیان در معاهدات منعقدہ میان متحاربین، در خاتمه جنگ نیز وجود دارد؛ هرچند این تعهد اغلب به طور صریح به نقض تعهد حقوق بشردوستانه مرتبط نمی شود، بلکه بیشتر به نقض اصل ممنوعیت توسل به زور مرتبط می شود. ولیها وجود این، چند استثنای مهم در این خصوص وجود دارد.^۲

با همه این اوصاف، اگرچه در خصوص برخورداری از حق جبران خسارت برای قربانیان نقض حقوق بین الملل بشردوستانه شک چندانی وجود ندارد، ولی به ندرت، حق شأ ن در یک دادگاه قابل رسیدگی است و موانع متعددی مثل مصونیت ها، عفوهای عمومی و مرور زمان، ممکن است از اجرای این حق ممانعت به عمل آورند (c. Gilard, 506-E op.cit. و قابلیت اجرای آن را مورد تردید جدی قرار دهند.^۳ درهر صورت،

۱. اخیراً موافقتنامه جامعی در خصوص احترام به حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در فیلیپین، اعاده حیثیت را یک شکل ممکن از جبران خسارت دانست.

۲. یکی از آنها موافقتنامه صلح دسامبر ۲۰۰۰ میان اتیوپی و اریتره است در قالب این موافقتنامه، کمیسیون دعاوی با وظیفه تصمیم گیری در خصوص همکاری میان دو دولت و افراد در مورد زیان ها و خسارت های ناشی از نقض حقوق بین الملل بشردوستانه و سایر نقض های حقوق بین الملل ایجاد شد. یکی دیگر از موافقتنامه های صلح - تقریباً شبیه مورد قبلی - موافقتنامه صلح ژاپن با دول محور بعد از جنگ جهانی دوم است که طبق اصولی برای پرداخت غرامت به اعضای نیرو های مسلح کشورهای طرف جنگ با ژاپن، جهت جبران خسارت وارده به آنها، در زندانهای ژاپن ایجاد شد. See: L - zegveld, op.cit, p: 500.

See: E-c.: Gilard, "reparation for violation of international humanitarian law", international review of red cross, 2003, vol: 85, no: 851, p: 534.

۳. برای مثال، دادگاه عالی فدرال آلمان در تصمیم ۲۸ ژوئن ۲۰۰۴ در ارتباط با دعاوی بازداشت شدگان نظامی ایتالیایی، مقرر داشت که ماده ۳ کنوانسیون های لاهه، حق فردی برای جبران خسارت را فراهم نمی سازد. همچنین، محاکم ژاپن نیز به طور مداوم ماده ۳ کنوانسیون های لاهه را به این نحو تفسیر می کنند که این ماده، اعطاکننده حق جبران خسارت برای افراد نیست علاوه بر آن، یکی از آرای معروف در خصوص حق جبران خسارت برای افراد در قبال نقض حقوق بشردوستانه بین المللی، رأی دیوان عالی فدرال آلمان در قضیه «دیتومو» است. در این قضیه که در سال ۲۰۰۳ لزد دیوان مزبور مطرح شد، دولت در خصوص نقض حقوق بشردوستانه از سوی سربازان آلمانی در ژوئن ۱۹۴۴ در روستای دیستوموی یونان و حق جبران خسارت برای قربانیان آن، چنین رأی داد که در

باید خاطرنشان ساخت که در سال‌های اخیر، این دیدگاه که تعهدات مندرج در ماده ۳ کنوانسیون لاهه به عنوان یک قاعده فقط میان کشورها حاکم است، به طور فزاینده‌ای به چالش کشیده شده است.^۱

همان‌طور که از مطالب پیش گفته برمی‌آید، روش‌های جبران خسارت مندرج در اسناد حقوق بشردوستانه، همان مواردی‌اند که در طرح پیش‌نویس مندرج‌اند و اگرچه دو روش جلب رضایت و اعاده‌وضع به حالت سابقه صراحت در اسناد حقوق بشردوستانه نام برده نشده‌اند، ولی عملاً در رویه تثبیت شده‌اند همچنان، همان‌گونه که عنوان شد، بحث رژیم‌های خودبسنده و حقوق خاص، زمانی مطرح می‌شود که قواعد حقوق عام و حقوق خاص در یک زمینه باشند. به‌طوریکه تعارض میان آنها قابل ایجاد باشد. با این استدلال نمی‌توان موارد تفاوت میان مفاد طرح پیش‌نویس و اسناد حقوق بشردوستانه را که شامل حق اقامه دعوی جبران خسارت خارج از چهارچوب حمایت دیپلماتیک، حق اطلاع از حقیقت، اعاده حیثیت و... می‌شود، یک قاعده خاص نامید؛ زیرا، فقط روش‌های بین‌دولتی واجد ماهیت قضایی، نسبت به قواعد مسئولیت دولتی مندرج در طرح پیش‌نویس حقوق خاص تلقی می‌شوند (Simma and Plukowski, 2006: 526)، در حالی که حق اقامه دعوی و جبران خسارت مستقیم توسط اشخاص خصوصی، در خارج از چهارچوب روابط بین دولت‌هاست و طرح پیش‌نویس به آنها نمی‌پردازد.

زمان قتل عام دیستومو، حقوق بین‌الملل غیرقراردادی، هیچ‌گونه حق فردی برای جبران خسارت ناشی از نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه برای قربانیان نقض مقرر نکرده بود. در واقع، دیوان مزبور، اعتقاد بر این داشت که در طول سال‌های ۱۹۴۳-۱۹۴۵ فقط کشورها مستحق اقامه دعوا برای نقض‌های حقوق بین‌الملل بوده‌اند و این امر صرف‌نظر از وضعیت اخیر حقوق بین‌الملل عمومی در ارتباط با جبران خسارت برای نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است.

See: M. Rau, "state liability for violation of international humanitarian law", max planck institut for comparative law and public international law", German law journal, 2004, vol: 7, No: 7, pp: 5-6.

۱. کمیسیون بین‌المللی تحقیق در ارتباط با دارفو سودان، در جهت توسعه چنین روندی، در گزارش خود به دبیرکل سازمان ملل در ۱۱ فوریه ۲۰۰۵ بیان کرد که امروزه در حقوق بین‌الملل، حق جبران خسارت برای قربانیان نقض‌های جدی حقوق بشری (بویژه جنایات جنگی، ژنوساید و جنایات علیه بشریت) ایجاد شده است.

بند پنجم. اجرای مسئولیت دولتی در ارتباط با نقض های حقوق بشردوستانه

یکی از مشکل ترین و ظریف ترین مسائل حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق مسئولیت بین المللی این است که کشورهای طرف مخاصمه، مخصوصاً سایر کشورها، در زمان نقض حقوق بین الملل بشردوستانه از سوی یک کشور، چه اقداماتی باید انجام دهند. به عبارت دیگر، زمانی که قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه نقض می شوند، چه اقداماتی از سوی متضررین (دولت، دولت ها یا جامعه بین المللی) باید صورت گیرد.

۱. اقداماتی که ممکن است از سوی طرف متضرر صورت گیرد

طبق ماده ۴۳ طرح پیش نویس، هنگام نقض تعهد بین المللی، دولت متضرر ممکن است ابتدا از دولت ناقض تعهد، تقاضای رعایت تعهداتش را بکند. آن کشور، همچنین ممکن است به منظور اجبار کشور ناقض تعهد به رعایت تعهدات خود، اقدامات متقابل انجام دهد. چنین اقداماتی ممکن است شامل عدم اجرای تعهدات بین المللی کشور زیان دیده در مقابل کشور ناقض تعهد باشد. البته این اقدامات بایست تناسب با شدت عمل متخلفانه بین المللی و ضرر و زیان وارده باشد و همچنین به نحوی باشد که دولت مسئول، تعهداتش را رعایت کرد، باید اقدامات مزبور قطع شوند.

در خصوص استناد به مسئولیت از سوی کشور متضرر و اقداماتی که می تواند در این خصوص بردارد، چالش زیادی در حقوق بشردوستانه وجود ندارد. بنابراین، در اینجا بیشتر به اقداماتی که ممکن است از سوی سایر کشورها انجام شود، اشاره می شود.

۲. اقداماتی که ممکن است از سوی دولت های دیگر (غیر از دولت های متضرر) صورت گیرد

الف. استناد به مسئولیت از سوی هر دولت

در عرصه حقوق بشردوستانه نیز با توجه به ویژگی عام الشمول قواعد، هر کشوری در موقع نقض قواعد، ممکن است (براساس ماده ۱ مشترک) از کشور مسئول، تقاضای توقف و همچنین به نفع دولت صدمه دیده یا ذی نفعان تعهد نقض شده، جبران خسارت کند؛ زیرا، عبارت تضمین احترام [فی نفسه] این اثر را دارد که به کشورهای ثالث این اجازه را می دهد تا بر علیه نقض های جدی حقوق بشردوستانه از سوی طرفین

مخاصمه اقدام کنند (Kalshoven, 2007: 618). در واقع امروزه تضمین احترام به قواعد حقوق بشردوستانه یک مسئولیت جهانی است (UK Ministry of Defence,) (op.cit: 416).

ب. همکاری در موقع نقض‌های فاحش

از جمله اقداماتی که ممکن است کشورهای دیگر طبق ماده ۴۱، در زمان نقض‌های جدی قواعد آمره انجام دهند، همکاری به منظور خاتمه بخشیدن به نقض‌های مزبور است که این همکاری کشورها باید از راه‌های قانونی باشد. به خاطر تنوع شرایط، ماده ۴۱ مشخص نمی‌سازد این همکاری چه شکلی باید داشته باشد و یا اینکه کشورها چه اقداماتی را باید در زمان نقض انجام دهند، ولی کمیسیون حقوق بین‌الملل در نظرات تفسیری خود مقرر می‌دارد، همکاری می‌تواند در چهارچوب سازمان‌های بین‌المللی ذی‌صلاح، مخصوصاً سازمان ملل متحد، سازماندهی شود^۱ البته، عبارت پردازی ماده ۴۱ به نحوی است که امکان اقدام به صورت همکاری غیرسازمان‌یافته را نیز متصور می‌سازد. در حوزه حقوق بشردوستانه، ماده ۸۹ پروتکل الحاقی اول، کشورهای متعاقد را مکلف می‌سازد در موقع نقض‌های جدی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی مزبور، به صورت انفرادی یا دسته جمعی با همکاری سازمان ملل و طبق منشور ملل متحد اقدام کنند. در چهارچوب این ماده که با مطرح کردن طرفین متعاقد به جای طرفین مخصوصاً به اجرای پروتکل اول الحاقی دایر مضمول گسترده تری می‌دهد (Kalshoven, 2007: 619)، محتمل‌ترین اقدام، اقدام شورای امنیت بر طبق فصل هفتم منشور است (Fleck, 1999: 546) شورای امنیت این کار را در خصوص عراق^۲، سومالی و یوگسلاوی سابق انجام داده است. شکل دیگر اقدام جمعی در چهارچوب سازمان ملل متحلیمان اعتراض در قالب قطعنامه‌های مجمع عمومی است (Kalshoven, 2007: 619).

در نهایت، به رغم این تصور که اقدام مزبور نمی‌تواند بدون رضایت مجمع عمومی

1. ILC, supra note 1 at. p: 4, p. 286, (para. 2 on article 41).

2. sc.res. (217). 20 Nov 1965, (221). 19 apr 1966: for south rodesia; sc.res, (794), 3 dec 1992 for Somalia sc.res. (764). 13 Jul 1992, (780). 6 oct 1992 for SFRY.

سازمان ملل یا شورای امنیت صورت گیرآف چیزی که هم در کارهای مقدماتی مربوط به این ماده و هم نظرات تفسیری مورد تأیید است، این است که اقدام مزبور هم تواند با همکاری سازمان ملل و طبق منشور باشد و هم میتواند به شکل غیرسازمان یافته و مستقل از سازمان ملل صورت گیرد (M. Sassoli, 2002: 429).

ج. واکنشی که شامل اقدامات متقابل نشود

اقدامات متقابل اقداماتی هستند که ماهیتاً خلاف حقوق بین‌الملل هستند ولی با وجود این، ممکن است کشورها اشکال دیگری از اعمال فشار روی کشور ناقض تعهد انجام دهند که مستلزم نقض تعهدات بین‌المللی نباشد. به جز در مورد تعهدات ناشی از معاهده خاص، هیچ کشوری متعهد به حمایت مالی از کشور دیگر، انعقاد معاهده با آن کشور، کلاً دادن به نفع آن کشور در یک سازمان بین‌المللی و برقراری روابط دیپلماتیک با آن کشور نیست. بنابراین، هیچ چیزی از واکنش یک کشور در قبال نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه به چنین روشی ممانعت نمی‌کند. همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه عنوان داشته است، هیچ کشوری ملزم نیست روابط حقوقی و اقتصادی فراتر از آن حدی که خود می‌خواهد با سایر دولت‌ها داشته باشد.^۱ اعلامیه‌های قطع روابط تجاری—مخصوصاً در حوزه تجارت تسلیحات— (Henckarets and Doswald-Beck, 2005: 512) و اعلامیه‌های اعتراضات دیپلماتیک (Ingred Detter, 2000: 415) در زمره چنین واکنش‌هایی هستند.

د. واکنشی که شامل اقدامات متقابل شود

یکی از مسائل مهم این است که نه مواد ۴۱ و ۵۴ طرح پیش‌نویس و نه ماده ۱۰ مشترک و ۸۹ پروتکل الحاقی اول، به صراحت مشخص نمی‌کنند که آیا کشورهای ثالث (غیر از کشورهای متضرر) می‌توانند اقدامات متقابل علیه نقض‌های جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه انجام دهند.

کمیسیون، بعد از بحث و بررسی راجع به ماده ۵۴ طرح پیش‌نویس که عنوان

1. ICJ, ICJ, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, ICJ reports 1986, para. 269.

می‌دارد مقررات فصل مربوط به اقدامات متقابل به حق هر کشور (غیر از کشور زیان‌دیده)، در اتخاذ اقدامات قانونی علیه کشور مسئول منبظور تضمین توقف نقض و جبران خسارت به نفع کشور صدمه‌دیده یا ذی‌نفعان تعهد نقض شده لطمه‌ای وارد نمی‌کند، به این نتیجه رسید که وضعیت اخیر حقوق بین‌الملل خصوص اقدامات متقابل اتخاذ شده از سوی کشورهای غیر از کشور زیان‌دیده مبهم است و روی‌کشوری در این خصوص پراکنده و نامتمرکز است و فقط تعداد محدودی از کشورها را شامل می‌شود.^۱

بنابراین، در حال حاضر به نظر می‌رسد حق اتخاذ اقدامات متقابل از سوی کشورهای غیر از کشور زیان‌دیده در خصوص نقض تعهدات حقوق بشر دوستانه، به صراحت به رسمیت شناخته نشده است. از این رو، شاید کمیسیون، راه حل موضوع را به توسعه بعدی حقوق بین‌الملل موکول کرده است.

در نهایت، به نظر نمی‌رسد که حقوق بین‌الملل بشردوستانه در ارتباط با اجرای مسئولیت دولتی، یک سیستم خودبسنده باشد؛ زیرا، مکانیزم‌های اجرایی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، معمولاً همان‌هایی هستند که در نظام مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها گنجانده شده‌اند. علاوه بر آن، ماده ۸۹ پروتکل الحاقی اول، چنان مبهم است که همه مکانیزم‌های کلی می‌توانند در چهارچوب آن قرار گیرند. همچنین، به رغم افزایش قلمرو اجرایی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل الحاقی اول، از دایره کشورهای طرف مخاصمه، به طرف‌های متعاقد در ماده ۱ مشترک و ماده ۸۹ پروتکل اول، ماده ۵۴ طرح پیش‌نویس لیکن اتخاذ اقدامات قانونی از سوی کشورهای غیر متضرر را به رسمیت می‌شناسد. بنابراین، به دلیل عدم وجود تعارض نمی‌توان ماده ۱ مشترک و ماده ۸۹ پروتکل الحاقی اول را در قیاس با مواد ۴۲، ۴۸ و ۵۴ طرح پیش‌نویس، قانون خاص نامید. علاوه بر آن، «همکاری با سازمان ملل متحد و بر طبق منشور» در ماده ۸۹ پروتکل اول، فقط یکی از روش‌های قانونی مندرج در ماده ۵۴ طرح پیش‌نویس است. در مجموع، ماده ۱ مشترک و ماده ۸۹ پروتکل اول، چیزی متعارض با موارد مندرج در مواد ۴۸ و ۵۴ طرح پیش‌نویس ندارند لذا بحث حقوق خاص با رژیم خود - بسنده قابل طرح باشد.

1. ILC, supra note 1 at. p: 4, p. 355, (para. 6 on article 54).

نتیجه

بررسی دقیق مفاد طرح پیش نویس مسئولیت بین المللی دولت ها و تطبیق آن با نظام حقوق بشردوستانه بین المللی، ما را به این نتیجه رهنمون می سازد که قواعد کلی مندرج در طرح پیش نویس مسئولیت، بر نظام حقوق بشردوستانه نیز حاکم است و در مواردی که انحرافی از مفاد طرح پیش نویس دیده می شود، جزئی و موردی است و در حدی نیست که این انطباق کلی را تحت الشعاع خود قرار دهد. از این رو، به نظر می رسد که نظام حقوق بشردوستانه را فقط میتوان یک شکل ضعیف از حقوق خاص نامید که تنها در مواردی استثنائی قواعدی را جایگزین قواعد عام مسئولیت بین المللی می کند (مثل قابلیت انتساب رفتار اعضای نیروهای مسلح) و به آن حد از جامعیت، قاطعیت و کارآمدی نرسیده است که قواعد مرتبط با مسئولیت آن، به طور کامل جایگزین اجرای قواعد عام مسئولیت بین المللی (مندرج در طرح پیش نویس) شود.

۲۰۳

فقه و حقوق / تأملی بر مسئولیت بین المللی دولت ها، ناشی از ...

همچنین، همان طور که عنوان شد، رژیم خود بسنده زمانی ایجاد می شود که قصدی صریح یا ضمنی مبنی بر عدم قابلیت اجرای کل قواعد حقوق عام مسئولیت بین المللی وجود داشته باشد. در حالی که هیچ کدام از اسناد بشردوستانه، به صراحت چنین چیزی را مطرح نمی کنند. همچنین، از سوی دیگر، موضوع و ساختار نظام حقوق بشردوستانه به نحوی نیست که در این حوزه بر ایجاد رژیم خود - بسنده دلالت کند؛ زیرا، سیستم های خود - بسنده از لحاظ ساختار و موضوع در شاخه های مطرح می شوند که سازوکارهای آن کاملاً منسجم، یکدست و تثبیت یافته باشد مثل حقوق دیپلماتیک و کنسولی). در حالی که به نظر می رسد حقوق بشردوستانه به آن حد از انسجام و ثبات نرسیده است که بتواند راه های جلوگیری از نقض قواعد خود و واکنش به آن نقض ها را خودش تعبیه کند. از این رو، تلقی حقوق بشردوستانه بعنوان رژیم خود - بسنده، مطمئناً این شاخه از حقوق را با خلأهای زیادی مواجه خواهد ساخت؛ آن هم در پرتو این واقعیت که مکانیزم اجرای مندرج در ماده ۹ پروتکل الحاقی، به عنوان مهمترین مکانیزم اجرایی بین الدولی حقوق بشردوستانه به دلیل ابهامی که دارد، هم امکان سوء استفاده از این مکانیزم را فراهم می سازد هم اینکه به اندازه کافی تثبیت نشده است تا بتواند در عمل به تنهایی مکانیزم اجرای مناسبی باشد.

منابع

أ. فارسی

۱. آنتونی راجوز، پ و مارلب، پل. ۱۳۸۲ قواعد کاربردی مخاصمات مسلحانه ، صلیب سرخ جمهوری اسلامی ایران. انتشارات امیرکبیر. چاپ اول.
۲. شریفی طرازکوهی، حسین. ۱۳۷۵. قواعد آمره و نظم حقوق بین‌المللی. تهران: انتشارات وزارت امور خارجه. چاپ اول.
۳. فیوضی، رضا. ۱۳۷۹. مسئولیت بین‌المللی و نظریه حمایت سیاسی از اتباع. ج ۱. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴. کاسسه، آنتوینو. ۱۳۷۰. حقوق بیلنملل در جهانی نامتحد . ترجمه: مرتضی کلانتریان. دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. چاپ اول.

ب. لاتین

5. Boisson, Laurence & others. 1999. "International Law, International Court of Justice, Nuclear Weapons". Cambridge University Press.
6. Fleck, Dieter. 1999. *The Handbook of Humanitarianlaw in Armed Conflicts*. New York: Oxford University Press.
7. Gillard, Emanuela-Chiara. 2003. "Reparation for Violation of International Humanitarian Law". International Review of Red Cross. vol: 85. No: 851.
8. ICRC. 1996. "International Humanitarian Law and Nuclear Weapons", International Review of Red Cross. No: 313.
9. ILC. 2001. *Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts With Commentaries*. available at: <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>

۲۰۴

فقه و حقوق / محمد شمسایی و حجّت سلیمی ترکمانی



Edited with the demo version of
Infix Pro PDF Editor

To remove this notice, visit:
www.iceni.com/unlock.htm

10. Ingrid Detter. 2000. *The Law of War*. Cambridge University Press. second edition.
11. Jean - Marie Henckarets and Louise Doswald - Beck. 2005. *Customary International Humanitarian Law*. London. Cambridge University Press.
12. Kalshoven, First. 2007. *Reflection on the Law of War*, Martnus Nijhof Publishers.
13. Koskenniemi. *International law Commission*, Study Group on Fragmentaion of International Law, available at: http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf
14. Mohr. M. 1997. "Advisory Opinion of International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons Under International Law – a few Thoughts on its Strengths and Weakness". International Review of Red Cross. No: 316.
15. Runersten, Michael. 2008. *Defining Self – Contained Regime*, available at: [http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/F7869D386052E808C1257432004AEB8D/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/F7869D386052E808C1257432004AEB8D/$File/exam.pdf?OpenElement).
16. Sassoli, Marco. 2002. "State Responsibility for Violation of International Humanitarian Law", International Review of Red Cross. vol. 84. No. 841.
17. Simma, Bruno & Plukowski, Drick. 2006. "Of Planets and the Universe: Self — Contained Regims in International Law". the European Journal of International Law. vol. 17. No. 3.
18. UK Ministry of Defence. 2004. *the Manual of the Law of Armed Conflict*. Oxford University Press.