

# اولین همایش بین المللی و سومین همایش ملی پژوهش های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

## نقش دیوان بین المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری

دکتر بهزاد رضوی فرد

دانشیار دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی ( تهران. ایران)  
Razavi1351@yahoo.com

میثم نوروزی

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی ( تهران. ایران)  
Msc.meisam@yahoo.com

### چکیده

1

دیوان بین المللی دادگستری معروف به دادگاه جهانی رکن قضائی اصلی سازمان ملل متحد است که رسیدگی به اختلافات حقوقی فی مابین کشورها به این دادگاه ارجاع می شوند و همچنین ارائه نظر مشورتی در پاسخ به سوالات حقوقی سازمان های بین المللی، آژانس های تخصصی سازمان ملل و مجمع عمومی ملل متحد از وظایف اصلی این دیوان است. این دیوان نقش بسیار مهمی در ملاحظات و توسعه ی حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری به عنوان دو شاخه ی بسیار مهم حقوق بین الملل عمومی ایفاء نموده است. هدف اصلی این پژوهش، بررسی و نقش دیوان بین المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری می باشد. در این پژوهش روش انجام تحقیق با توجه ماهیت موضوع، اهداف، شیوه ی گردآوری اطلاعات و اساساً ساختار و سازمان تحقیق، توصیفی - تحلیلی است. در این روش ضمن توصیف عینی و منظم خصوصیات یک موضوع و بیان اطلاعات موجود راجع به آن و با مراجعه به بنیان های نظری مرتبط با موضوع پژوهش که اصولاً از روش های گردآوری اطلاعات از آراء ترافیعی و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری به شیوه کتابخانه ای استفاده می شود، در جهت توسعه و تحول هر دو حوزه و نقش دیوان بین المللی دادگستری در این عرصه تلاش می گردد.

### واژگان کلیدی

دیوان بین المللی دادگستری، حقوق بین الملل بشردوستانه، حقوق بین الملل کیفری، آراء ترافیعی، نظریات مشورتی.

## مقدمه و بیان مسئله

ایده‌ی حل و فصل اختلافات در سطح بین‌المللی یک پیشینه بسیار قدیمی دارد. سیستم میانجیگری و داوری بسیار معروف بودند؛ اما یک نهاد دائمی قضایی برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی موجود نبود؛ در پایان جنگ جهانی اول و ایجاد جامعه ملل متحد به موازات تشکیل جامعه ملل متحد نهادی تحت عنوان دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری ایجاد گردید و بعد از انحلال جامعه ملل متحد عملاً دیوان دائمی هم منحل گردید چرا که اوضاع و احوال جدید بین‌المللی ایجاب می‌کرد که در اساسنامه دیوان دائمی، اصلاحات اساسی به عمل آید، و این اصلاحات می‌بایست از طرف جامعه ملل صورت می‌گرفت که دیگر وجود خارجی نداشت. بنابراین؛ تأسیس یک دیوان جدید تحت عنوان دیوان بین‌المللی دادگستری عملی گردید. در تاریخ حقوق بین‌الملل نوین شاید کمتر نهاد بین‌المللی تاکنون توانسته باشد که جایگاه رفیعی همانند دیوان بین‌المللی دادگستری را به دست آورد. بدون تردید، در حال حاضر می‌توان ادعا نمود که یکی از شاخص‌ها و معیارهای معتبر شناخت حقوق بین‌الملل، یافته‌های این رکن قضایی بین‌المللی می‌باشد. این امر دلایل مختلفی دارد. اولاً؛ دیوان تعیین‌کننده و تفسیر کننده قواعدی است که مستقیماً با نظم عمومی بین‌المللی مرتبط هستند؛ دیوان به موضوعاتی می‌پردازد که غالباً با مسائل حاکمیتی ارتباط دارند. ثانیاً اهمیت یافته‌های دیوان به دلیل طرفهای حاضر در رسیدگی‌های دیوان یعنی تابعان اصلی حقوق بین‌الملل (دولتها) نیز می‌باشد. این جایگاه رفیع دیوان به حدی بوده است که رئیس سابق دیوان، قاضی هیگینز، در سخنرانی خویش در جریان مراسم شصتمین سالگرد تأسیس دیوان، از دیوان به عنوان «فانوس دریای اقیانوس حقوق بین‌الملل» یاد کرده است. از سویی، نگریستن به دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یک آکادمی حقوق دانان (Aljaghoub, 2002) از آن جهت که دیوان بین‌المللی دادگستری به تبعیت از دیوان دائمی؛ دارای صلاحیت ترافعی و مشورتی است که این دو صلاحیت دیوان؛ مبنای آراء ترافعی و نظریات مشورتی دیوان می‌باشد. حال با توجه به این شرح فوق اهمیت موضوع پژوهش حاضر از آن جهت است که دیوان بین‌المللی دادگستری در دو حوزه‌ی بسیار مهم حقوق بین‌الملل عمومی شامل حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری توسعه و تحول عمیقی را ایفاء نموده و در حال ایفاء می‌باشد. در این پژوهش با توجه به موضوع حاضر در این عرصه کتب و مقالاتی به زبان فارسی و انگلیسی در راستای موضوع یافت می‌شود اما منبعی که به طور مستقیم به این حوزه در جهت توسعه و تحول هر دو نظام حقوقی اشاره نماید یافت نمی‌گردد؛ برای مثال در کتاب اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری (تفسیر) نوشته‌ی آندریاس زیمرمن و کریستین تاموشات و کارین اوپلرس فراهم<sup>۱</sup> به عنوان مهم‌ترین منبع در دیوان بین‌المللی دادگستری تنها به شرح مواد اساسنامه‌ی این حوزه پرداخته شده است و به سایر حوزه‌ها نپرداخته است؛ بنابراین در این پژوهش با توجه به موضوع و اهمیت این حوزه به این سوال اصلی پرداخته می‌گردد که نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری چگونه می‌باشد؟ حال با توجه به این سوال اصلی فرضیه‌ی پژوهش را بر این امر می‌نهیم که دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان مهم‌ترین رکن قضایی بین‌المللی نقش بسیار مهمی در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری ایفاء می‌نماید.

<sup>1</sup> . Andreas zimmermann, Christian tomuschat, karin oellers - frahm , " the statute of the international court of justice ( a commentary )" , oxford university press, commentaries on international law.

## روش تحقیق

با توجه به اینکه از نظر سطح تحقیق، سه گونه تحقیق وجود دارد: (1) تحقیق ابتدایی یا اکتشافی، که هدف آشنایی اجتماعی با موضوع و مطالعه و جمع‌آوری اطلاعات در باره آن است. (2) تحقیق عمومی یا توصیفی، که در این نوع تحقیق هدف اصلی شناخت ابعاد و ویژگی‌های موضوع است. (3) تحقیق اختصاصی یا تبیینی، که هدف اصلی رد و اثبات یک نظریه علمی یا ساختن یک نظریه جدید است. در این پژوهش روش انجام تحقیق با توجه ماهیت موضوع، اهداف، شیوه‌ی گردآوری اطلاعات و اساساً ساختار و سازمان تحقیق، توصیفی - تحلیلی است. در این روش ضمن توصیف عینی و منظم خصوصیات یک موضوع و بیان اطلاعات موجود راجع به آن و با مراجعه به بنیان‌های نظری مرتبط با موضوع پژوهش که اصولاً از روش‌های گردآوری اطلاعات از تحلیل آراء ترافیکی و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری به شیوه کتابخانه‌ای استفاده؛ و در جهت توسعه و تحول هر دو حوزه و نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در این عرصه تلاش می‌گردد. در این پژوهش ابزار گردآوری اطلاعات با استفاده از روش کتابخانه‌ای و تحلیل کتب و مقالات و آراء ترافیکی و نظریات مشورتی جمع‌آوری شده از مطالب مرتبط با موضوع و پردازش این اطلاعات و گزینش و چینش مناسب آنها در کنار هم، به تحلیل آنها پرداخته خواهد شد.

## 3

### مبحث اول: نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل بشردوستانه

دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مهم‌ترین رکن قضایی ملل متحد، نقش بسیار مهمی در ملاحظات و توسعه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه ایفا می‌نماید. این دیوان به «حقوق لاهه»<sup>۲</sup> در ارتباط با قواعد حاکم بین دولتها در جهت استفاده از زور یا «حقوق عرف جنگی»<sup>۳</sup> که به‌طور سنتی نامیده می‌شد، توجه کرده است و (حقوق ژنو)<sup>۴</sup> در ارتباط با حمایت از اشخاص از تأثیرات مخاصمات مسلحانه که امروزه به یک‌دیگر متصل‌اند و به‌عنوان یک سیستم پیچیده‌ی مجزا که امروزه به‌عنوان حقوق بین‌الملل بشردوستانه<sup>۵</sup> معروف است، به‌تدریج شکل گرفتند. در سال 1949 دیوان در ماهیت رأی کانال کورفو «ملاحظات اساسی بشردوستانه»<sup>۶</sup> را به‌عنوان اصول کلی به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل عمومی عنوان می‌نماید.<sup>۷</sup> همچنین دیوان به‌تفصیل در دو نظر مشورتی خود در قضایای «مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» (1996) و «مشروعیت

<sup>2</sup>. Law of the Hague.

<sup>3</sup>. laws and customs of war.

<sup>4</sup>. Law of Geneva.

<sup>5</sup>. International humanitarian law.

<sup>6</sup>. See the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 256; 110 ILR, p. 163. The Court also noted that '[t]he provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law', Ibid.

<sup>7</sup>. 'elementary considerations of humanity'.

<sup>8</sup>. ICJ, Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Judgment of 9 April 1949, ICJ Rep 4, 22 (1949) ('The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.') (emphasis added).

ساخت دیوار حائل در اراضی اشغالی فلسطین» (2004) و رأی توافقی خود در قضیه‌ی «فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو» (2005) به موضوعات حقوق بشردوستانه پرداخته است. اخیراً در طرح دعوی بلژیک علیه سنگال<sup>۹</sup> (تعهد به استرداد یا محاکمه<sup>۱۰</sup>) در خصوص دعوی علیه حسین هابره، رئیس‌جمهور سابق چاد<sup>۱۱</sup> به علت ارتکاب یا مشارکت در جرائم موضوع حقوق بشردوستانه‌ی بین‌المللی<sup>۱۲</sup> که منجر به تأسیس دادگاه ویژه سنگال گردید<sup>۱۳</sup>، به صدور حکم اقدام نموده است. همچنین دیوان در خصوص سلب حق حیات در حین مخاصمات مسلحانه اشاره می‌نماید که چون حق حیات به‌عنوان یکی از اساسی‌ترین حقوق ذاتی شخص انسان است که هم در زمان صلح و هم در زمان جنگ مورد حمایت کلیه‌ی اسناد بین‌المللی حقوق بشر قرار گرفته است، جزء قواعد آمره محسوب می‌شود؛ چراکه از خصلت قواعد آمره‌ی حقوق بین‌الملل برخوردار گشته است و جای هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد که حق حیات جزو هسته‌ی تخطی‌ناپذیر حقوق بشر محسوب می‌شود؛ اما وضعیت در زمان جنگ به گونه دیگری می‌شود و مقررات خاصی جهت حمایت از حق حیات حاکم می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در قضیه‌ی مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های اتمی (1996)، پیرو درخواست نظر مشورتی مجمع عمومی سازمان ملل متحد در خصوص مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، نخست با اظهارات برخی دولت‌های موافق و مخالف نامشروع بودن سلاح‌های هسته‌ای مواجه شد. دولت‌های موافق با نامشروع بودن توسل به چنین سلاح‌هایی در برابر دیوان استدلال می‌کردند که توسل به این سلاح‌ها می‌تواند «حق حیات» را که در ماده‌ی 6 میثاق حقوق مدنی و سیاسی و سایر اسناد منطقه‌ای حقوق بشر تضمین شده است، نقض نماید؛ اما در مقابل برخی از دولت‌های مخالف استدلال می‌کردند که میثاق حقوق مدنی و سیاسی هیچ نوع اشاره‌ای به جنگ یا سلاح‌ها ننموده است. آنچه در میثاق مورد توجه قرار گرفته حمایت از حقوق بشر در زمان صلح است. پس حقوق بشر در هنگام مخاصمات مسلحانه، قابل اعمال نیست؛ (ICJ, Advisory opinion, 1996) اما در مقابل، دیوان بین‌المللی دادگستری قاطعانه اعلام نمود:

4

«حمایت‌های میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در هنگام جنگ متوقف نمی‌گردد ... حق عدم سلب خودسرانه حیات اشخاص، کماکان در حین مخاصمات مسلحانه اعمال می‌شود.» (Ibid)

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در قضیه‌ی مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های اتمی (1996) اعلام می‌کند: تعیین این‌که آیا سلب حیات در حین مخاصمات مسلحانه به صورت خودسرانه صورت گرفته است یا خیر باید به‌وسیله حقوق قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه؛ یعنی حقوق بین‌الملل بشردوستانه صورت گیرد (Ibid). بدین صورت که حقوق بین‌الملل بشردوستانه به‌عنوان قواعد خاص مخاصمات مسلحانه مشخص خواهد کرد که سلب حیات در حین مناقشات مسلحانه مشروع بوده است یا خیر.

<sup>9</sup>. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) the Order of 28 May 2009.

<sup>10</sup>. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal).

<sup>11</sup>. Mr. Hissène Habré, former President of the Republic of Chad.

<sup>12</sup>. The Court recalls that, on 19 February 2009, the Kingdom of Belgium (hereinafter "Belgium") filed an Application instituting proceedings against the Republic of Senegal (hereinafter "Senegal") in respect of a dispute concerning "Senegal's compliance with its obligation to prosecute Mr. Hissène Habré, former President of the Republic of Chad, or to extradite him to Belgium for the purposes of criminal proceedings". Belgium bases its claims on the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, as well as on customary international law.

<sup>13</sup>. Senegalese court.

همچنین در سال 2004 دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود درباره «مشروعیت ساخت دیوار حائل در اراضی اشغالی فلسطین»، مجدداً نظر خود را مورد تأکید قرار داد (Ibid).

همچنین دیوان یک سال بعد در رأی ترافیعی خود در قضیه‌ی دیوار حائل به برخی از مواد میثاق حقوق مدنی و سیاسی، منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی به آن اشاره می‌کند و آن‌ها را در اراضی اشغالی توسط اوگاندا، کماکان قابل‌اعمال می‌داند. (ICJ, Judgment, 2005). بنابراین دیوان بین‌المللی دادگستری در سه قضیه‌ی فوق (مشورتی - ترافیعی)، بر اعمال حقوق بشر به موازات حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه (در خصوص حق حیات) تأکید می‌نماید.

در زیر به‌طور مفصل به اصول و قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه شامل: «بند اول: اصل تفکیک، بند دوم: اصل تناسب، بند سوم: ممنوعیت حملات کورکورانه، بند چهارم: قید مارتنز» در آرای «مشورتی - ترافیعی» دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره می‌گردد.

#### بند اول: اصل تفکیک

«اصل تفکیک»<sup>۱۴</sup> یکی از موضوعاتی است که همواره در جنگ‌های تاریخی مورد توجه بوده است؛ به‌طوری‌که ویلیام پادشاه پروس به هنگام جنگ با فرانسه در سال 1870 بیان داشت: «من در حال جنگ با سربازان فرانسوی هستم نه با شهروندان فرانسوی». (Otto, 2010) این عبارت به‌نوعی بیانگر اصل تفکیک در هنگام مخاصمات مسلحانه است که حملات تنها باید علیه رزمندگان صورت گیرد؛ اگرچه می‌توان گفت این اصل ریشه‌ای طولانی در حقوق جنگ دارد؛ لیکن نخستین بار در اعلامیه‌ی 1868 سن‌پترزبورگ به صورتی ابتدایی گنجانده شد. مطابق آن:

«تنها هدف مشروعی که دولت‌ها باید در حین جنگ تلاش نمایند تا بدان دست یابند، آن است که نیروهای نظامی دشمن را تضعیف نمایند.»

با تصویب کنوانسیون‌های 1899 و 1907 لاهه و کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو در سال 1949 اصل تفکیک چندان مورد توجه قرار نگرفت. سرانجام با تصویب پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های 1977 ژنو، ماده‌ی 48 پروتکل اول الحاقی با عنوان «قاعده اساسی»، صراحتاً اصل تفکیک را این‌گونه مورد اشاره می‌دهد:

«به‌منظور تضمین رعایت و حمایت از جمعیت و اموال غیرنظامی، طرفین مخاصمه باید در تمامی اوقات بین جمعیت غیرنظامی و رزمندگان و بین اموال غیرنظامی و اهداف نظامی تفکیک قائل شده و در نتیجه می‌بایست عملیاتشان تنها علیه اهداف نظامی هدایت شود.»

ماده‌ی 51 پروتکل اول الحاقی نیز با عنوان «حمایت از جمعیت غیرنظامی» در بند اول خود مقرر می‌دارد: «جمعیت و افراد غیرنظامی در برابر خطرات ناشی از عملیات نظامی باید از حمایت کلی برخوردار باشند...» و در بند دوم تأکید می‌کند: «جمعیت و افراد غیرنظامی نباید هدف حملات قرار گیرند. اعمال یا تهدیدات خشونت‌آمیز که هدف اولیه آن ایجاد رعب و وحشت میان جمعیت غیرنظامی است، ممنوع هستند»؛ اما در مقابل، پروتکل دوم الحاقی اصل تفکیک را صراحتاً مورد اشاره قرار نداده است و تنها در ماده‌ی 13 به این عبارت بسنده کرده است: «جمعیت غیرنظامی و افراد غیرنظامی نباید هدف حملات قرار گیرند... مگر این‌که آن‌ها در مخاصمات، مستقیماً مشارکت نمایند»؛ البته بدیهی است که رویه‌ی دولت‌ها اصل تفکیک را به‌عنوان یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل، قابل‌اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی می‌دانند (and Doswald-Beck, 2009). اهمیت این اصل تا بدان جاست که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در خصوص «مشروعیت

<sup>14</sup>. Principle of Distinction.

## اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» (1996)، اصل تفکیک را به‌عنوان یکی از اصول بنیادین و غیرقابل تخطی حقوق بشردوستانه در نظر گرفته و قاطعانه اعلام می‌کند که اصل تفکیک: «به‌منظور حمایت از جمعیت و اموال غیرنظامی است و میان رزمندگان و غیرنظامیان تفکیک قائل می‌شود. دولت‌ها هرگز نباید غیرنظامیان را هدف حمله قرار دهند...» (ICJ, Advisory Opinion, 1996) در این رابطه قاضی «محمد بجاوی»، رئیس وقت دیوان نیز در اعلامیه خود اصل تفکیک را به‌عنوان بخشی از قواعد آمره بین‌المللی اعلام می‌کند. (Bedjaoui, 1996) همچنین قاضی «گیلبرت گیوم»<sup>15</sup> این اصل را اصلی مطلق در نظر می‌گیرد. به بیانی دیگر اهمیت این اصل در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی سلاح‌های هسته‌ای تأیید شده است. در این رأی دیوان اعلام کرد برخی اصول بنیادین حقوق بین‌الملل بشردوستانه، از جمله اصل تفکیک، اصول غیرقابل نقض حقوق بین‌الملل عرفی هستند و برای کرامت انسانی آن‌چنان ضروری هستند که می‌توان آن‌ها را مستقیماً از اصول عام حقوق موسوم به «ملاحظات اولیه انسانی». (ICJ, Advisory Opinion, 1996) استخراج کرد. بنابراین اصل تمایز برای حمایت از گروه‌های افراد از جمله غیرنظامیان، پرسنل پزشکی، مذهبی و دفاع شهری<sup>16</sup> و کسانی که به دلیل جراحت، دیگر نمی‌توانند در درگیری‌ها شرکت کنند، ضروری شناخته شده است.

### بند دوم: اصل تناسب

«اصل تناسب»<sup>17</sup> به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول حقوق بشردوستانه جهت حمایت از حق حیات غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه شناخته می‌شود. این اصل در حقوق بین‌الملل عام، دفاع مشروع و حقوق توسل به زور دارای معانی متفاوتی است (2000 Meron). برخی ماهیت عرفی این اصل را بحث‌برانگیز می‌دانند. با این حال این نظر قسمت اعظم تئوری نیست و ظاهر این اصل در چارچوب قوانین عرفی هیچ جای شکی ندارد (W. J., 1982) چراکه دیگران بر این باورند که «حتی تندروترین منتقدان پروتکل اول معتقدند که تناسب بخشی از قواعد عرفی است». از طرفی همین نتیجه در مطالعه‌ی اخیر پیرامون قانون عرفی حاصل شده که شامل درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی می‌شود. اصل تناسب گرچه به‌طور گسترده به‌عنوان قاعده‌ی اساسی حقوق جنگ پذیرفته شده است؛ اما کنوانسیون‌های 1899 و 1907 لاهه و کنوانسیون‌های 1949 ژنو صراحتاً به اصل تناسب اشاره‌ی نکرده‌اند (Ibid). تا این‌که نخستین بار پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو 1977 اصل تناسب را در مواد 51 و 57 مورد اشاره قرار داد. مطابق جزء دوم از بند پنجم ماده‌ی 51 پروتکل اول، این اصل: «حمله‌ای که در آن انتظار می‌رود به‌طور اتفاقی موجب سلب حیات غیرنظامیان، صدمه به غیرنظامیان، آسیب به اموال غیرنظامی یا مجموعه‌ای از آن‌ها گردد که در ارتباط با مزیت نظامی مشخص و مستقیمی که انتظار می‌رفته است، بیش‌ازحد باشد» را ممنوع اعلام کرده است. علاوه بر این اتخاذ اقدامات احتیاطی در حمله، به‌عنوان یکی از موضوعات اصل تناسب تصریح شده در ماده‌ی 57 قابل توجه است. ابتدا ماده‌ی 57 در بند اول قاطعانه اعلام می‌کند:

«در هدایت عملیات نظامی همواره می‌بایست از جمعیت غیرنظامی و اموال غیرنظامی چشم‌پوشی نمود.»

سپس در بند 2 مقرر می‌دارد کسانی که طرح یا تصمیم به حمله دارند، باید اقدامات احتیاطی ذیل را اتخاذ نمایند:

«اول: اتخاذ هرگونه اقدام ممکن تا معلوم شود که اهداف موردحمله واقع شده نه غیرنظامی هستند و نه اموال غیرنظامی... دوم: اتخاذ کلیه‌ی اقدامات احتیاطی در انتخاب ابزارها و شیوه‌های جنگی به‌منظور اجتناب و به حداقل رساندن هرگونه سلب اتفاقی حیات غیرنظامیان، مجروح نمودن غیرنظامیان و آسیب به اموال غیرنظامی. سوم: اجتناب از تصمیم به هرگونه حمله‌ای که انتظار

<sup>15</sup> Gilbert Guillaume.

<sup>16</sup> GC II Art. 36; CLS, Rules 2 5 (medical) and 27 (religious); Protocol I, 50, Art. 12 (1); Rome Statute, Art. 8(2)(b)(xxiv),

<sup>17</sup> Principle of Proportionality.

## اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

می‌رود موجب سلب اتفاقی حیات غیرنظامیان، مجروح نمودن غیرنظامیان، آسیب به اموال غیرنظامی یا مجموعه‌ای از آن‌ها شود که در ارتباط با مزیت نظامی که انتظار می‌رفته است، بیش از حد باشد.»

در ادامه‌ی ماده‌ی مزبور به سایر اقدامات احتیاطی اشاره می‌کند که طرفین مخاصمه باید در حملات رعایت کنند: «1- در صورتی که مشخص شود هدف، نظامی نیست یا این‌که مورد حمایت خاص است یا این‌که انتظار می‌رود حمله موجب سلب اتفاقی حیات غیرنظامیان، آسیب به غیرنظامیان، آسیب به اموال غیرنظامی یا مجموعه‌ای از آن‌ها که در ارتباط با مزیت نظامی مشخص و مستقیمی که انتظار می‌رفته است، باید لغو شود و یا به حالت تعلیق درآید. 2- حملاتی که ممکن است جمعیت غیرنظامی را تحت تأثیر قرار دهد، باید اخطار قبلی مؤثر داده شود؛ مگر این‌که اوضاع و احوال اجازه ندهد. 3- هنگامی که انتخاب میان چند هدف نظامی به منظور دست‌یابی به مزیت نظامی مشابه باشد، هدفی باید انتخاب شود که کم‌ترین خطر را برای حیات غیرنظامیان و اموال غیرنظامی داشته باشد. 4- هنگام انجام عملیات نظامی در دریا یا هوا هر یک از طرفین مخاصمه باید مطابق با حقوق و تکالیف خود بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل قابل‌اعمال در مخاصمه مسلحانه، تمامی اقدامات احتیاطی معقول را به منظور جلوگیری از سلب حیات غیرنظامیان و صدمه به اموال غیرنظامی اتخاذ نمایند. 5- هیچ‌یک از مقررات این ماده را نمی‌توان این‌گونه تفسیر نمود که هرگونه حملات علیه جمعیت غیرنظامی یا اموال غیرنظامی را تجویز نماید.»

در مقابل گرچه می‌توان از برخی مواد پروتکل دوم الحاقی، تناسب را استنتاج نمود؛ ولی پروتکل دوم الحاقی صراحتاً اصل تناسب را مورد اشاره قرار نداده است. بدین جهت در مخاصمات مسلحانه‌ی داخلی با خلأهای معاهداتی در این زمینه مواجه می‌شویم؛ ولی پذیرفتنی نیست که به بهانه‌ی سکوت معاهداتی، این اصل نقض شود؛ چراکه امروزه رویه‌ی دولت‌ها «اصل تناسب» و «اتخاذ اقدامات احتیاطی در حمله» را به‌عنوان یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی قابل‌اعمال می‌دانند. (Henckaerts and Doswald-Beck, 2009)

7

چنان‌چه ملاحظه می‌شود، اصل تناسب تحت حقوق بشردوستانه به دنبال ایجاد تعادل میان ضرورت نظامی با ملاحظات انسانی است؛ از این‌رو به دلیل سکوت یا ابهام معاهدات حقوق بشردوستانه در حین مخاصمات مسلحانه داخلی نمی‌توان این اصل را نادیده گرفت؛ چراکه کشورها به «حقوق عرفی» و «قید مارتینز» که در مقدمه‌های کنوانسیون‌های 1899 و 1907 لاهه و پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو 1977 گنجانده شده است، پای‌بند هستند؛ اما دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه‌ی مشورتی مورخ 8 ژوئیه سال 1996 در خصوص قانونی بودن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای بیان می‌دارد که استحقاق توسل به دفاع مشروع مقرر در ماده‌ی 51، تابع شرایط ضرورت و تناسب است. همان‌طور که دیوان در قضیه‌ی مربوط به اقدامات نظامی و شبه‌نظامی علیه نیکاراگوئه (نیکاراگوئه علیه ایالات متحده آمریکا) اعلام نمود: این یک قاعده‌ی خاص است که به‌موجب آن، دفاع مشروع تنها اقداماتی را تضمین خواهد کرد که متناسب با حمله‌ی مسلحانه بوده و به منظور پاسخ‌گویی به آن ضروری باشند. قاعده‌ی این‌که در حقوق بین‌الملل عرفی مسلّم و مستقر شده است (گزارش‌های دیوان بین‌المللی دادگستری، 1986). بنابراین اصل تناسب فی‌نفسه کاربرد سلاح هسته‌ای را در مقام دفاع مشروع در کلیه‌ی شرایط مستثنا نمی‌کند؛ اما در عین حال توسل به زوری که بر اساس حقوق دفاع مشروع «متناسب» است، برای این‌که قانونی باشد باید با حقوق قابل‌اعمال در مخاصمات مسلحانه که به‌ویژه در اصول و قواعد حقوق بشردوستانه تبلور می‌یابد، مطابق باشد. دیوان متذکر می‌شود که همین ماهیت کلیه‌ی سلاح‌های هسته‌ای و خطرات مسلّم مرتبط با آن، ملاحظات بعدی هستند که باید کشورهای معتقد به امکان پاسخ هسته‌ای در مقام دفاع مشروع بر اساس شرط تناسب به خاطر داشته باشند؛ اما در نظریه‌ی مخالف قاضی ویرمانتری عنوان شده است که کاربرد یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در هر شرایطی که باشد، غیرقانونی است. این امر اصول بنیادین حقوق

## اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

بین‌الملل را نقض می‌کند و نفی نگرانی‌های بشردوستانه‌ای است که ساختار حقوق بشردوستانه را تشکیل می‌دهد. حقوق معاهده‌ای و به‌ویژه پروتکل 1925 ژنو و ماده‌ی (الف) 23 مقررات 1907 لاهه را مخدوش می‌سازد. اصل بنیادین کرامت و سلامت فرد انسانی را که کلیه‌ی قواعد حقوقی به آن بستگی دارند، نقض می‌نماید و محیط‌زیست بشری را به خطر می‌اندازد. در میان اصول بسیار مهم، منع ایجاد درد و رنج غیرضروری، اصل تناسب، اصل تفکیک بین رزمندگان و غیرنظامیان، اصل منع صدمه‌رسانی به کشورهای بی‌طرف، منع ایجاد درد و رنج جدی و پایدار به محیط‌زیست، منع نسل‌کشی و اصول اساسی حقوق بین‌الملل بشر را می‌توان ذکر کرد که مورد توجه حقوق بین‌الملل بشردوستانه است.

### بند سوم: ممنوعیت حملات کورکورانه

یکی دیگر از قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه که به‌نوعی از حیات غیرنظامیان در هنگام مخاصمات مسلحانه حمایت به عمل می‌آورد، «ممنوعیت حملات کورکورانه»<sup>18</sup> و بدون تفکیک است. این ممنوعیت ارتباطی نزدیک با اصل تفکیک و تناسب در حملات دارد؛ لیکن متمایز از آن‌ها است.

از میان اسناد ژنو تنها پروتکل اول الحاقی به ممنوعیت حملات کورکورانه اشاره نموده و در بند 4 ماده‌ی 51، تعریفی جامع و کامل از حملات کورکورانه به عمل آورده است. مطابق آن حملاتی کورکورانه هستند که:

«الف: علیه یک هدف نظامی خاص هدایت نشوند. ب: روش‌ها یا ابزارهای جنگی به‌کاررفته را نتوان علیه یک هدف نظامی خاص هدایت نمود. ج: اثرات روش‌ها یا ابزارهای جنگی به‌کاررفته را نتوان به‌موجب مقررات این پروتکل محدود ساخت و در نتیجه چنین مواردی دارای ماهیت حمله بدون تفکیک علیه اهداف نظامی و غیرنظامی یا اموال غیرنظامی هستند.»

سپس ماده‌ی مزبور در بند 5 به سایر مواردی که می‌تواند جزو حملات کورکورانه باشد، اشاره می‌کند.

همچنین ممنوعیت حملات کورکورانه در پیش‌نویس پروتکل دوم الحاقی گنجانده شد؛ اما در نهایت به‌منظور تصویب متنی ساده‌تر حذف گردید. (Ibid)

در نتیجه پروتکل دوم الحاقی به ممنوعیت حملات کورکورانه صراحتاً اشاره‌ای نکرد. با این‌وجود رویه‌ی دولت‌ها ممنوعیت حملات کورکورانه را به‌عنوان یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی پذیرفته‌اند (Ibid). از این‌رو طرفین مخاصمه نمی‌توانند به بهانه سکوت یا ابهام حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه داخلی این قاعده را نقض نمایند؛ چراکه این ممنوعیت به‌عنوان حقوق عرفی بین‌المللی پذیرفته شده و غیرقابل تخطی و بنیادین محسوب می‌شود. اهمیت این قاعده تا بدان جاست که **دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در خصوص مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای (1996)** ممنوعیت حملات کورکورانه را به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین حقوق بشردوستانه در نظر گرفت و اعلام نمود که دولت‌ها هرگز مجاز نیستند به سلاح‌هایی متوسل شوند که قادر به تفکیک میان غیرنظامیان و اهداف نظامی نیست؛ (ICJ, Advisory Opinion, 1996). به همین لحاظ دیوان خاطر نشان می‌سازد:

«این‌که حقوق بشردوستانه در مراحل ابتدایی خود انواع معینی از سلاح‌ها را ممنوع اعلام کرده است، به این دلیل است که این نوع سلاح‌ها اثری کورکورانه بر رزمندگان و غیرنظامیان می‌گذارد... می‌توان گفت صدمه‌ی گسترده‌تر از آن است که دستیابی به اهداف مشروع نظامی اجتناب‌ناپذیر باشد؛ لذا اگر توسل به چنین سلاح‌هایی که نمی‌توانند الزامات حقوق بشردوستانه را رعایت نمایند، پس به‌مراتب تهدید به استفاده از آن نیز می‌تواند برخلاف حقوق بشردوستانه باشد.» (Ibid). در نهایت دیوان بین‌المللی دادگستری کلیه‌ی دولت‌ها را ملزم به رعایت ممنوعیت توسل به سلاح‌های کورکورانه در اسناد معاهداتی مربوطه می‌داند، چه دولت‌ها تصویب

<sup>18</sup>. Prohibition of Indiscriminate Attacks.



## اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

کرده باشند یا خیر؛ به‌اضافه‌ی این که دیوان قاطعانه چنین ممنوعیتی را به‌عنوان یکی از «اصول غیرقابل تخطی حقوق بین‌الملل عرفی» در نظر می‌گیرد (Ibid).

**بند چهارم: قید مارتنز**

«فئودور مارتنز» حقوق‌دان برجسته و نماینده‌ی روسیه در اجلاس صلح لاهه (1899) قید مشهور خود را که ریشه‌ای تاریخی در «حقوق طبیعی» و «جوان‌مردی» داشت، مطرح نمود. (Meron, 2000)

سرانجام در اجلاس مزبور، «قید مارتنز»<sup>۱۹</sup> بدین شرح در مقدمه‌ی کنوانسیون 1899 لاهه در خصوص رعایت قوانین و عرف‌های جنگ زمینی و متعاقباً در مقدمه کنوانسیون چهارم لاهه 1907، گنجانده شد:

«تا زمانی که قواعد کامل‌تری از حقوق جنگ تدوین شود، طرفین معظم متعهد در خصوص مقررات تصویب‌شده توسط آن‌ها، اعلام می‌نمایند که در مواردی شامل مردم و متخاصمان نشده باشد، تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل که از عرف‌های مسلم میان ملل متمدن، حقوق انسانیت و ندای وجدان عمومی ناشی می‌شوند، باقی خواهند ماند.»

اهمیت و کاربرد آن تا بدان‌جا پیش رفت که در بسیاری از اسناد و قطع‌نامه‌های بین‌المللی و احکام دادگاه‌های ملی و بین‌المللی نیز مورد تأکید و استناد قرار گرفت؛<sup>۲۰</sup> به‌نحوی که می‌توان شکل جدید آن را در بند 2 ماده‌ی 1 پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو 1977 بدین شرح ملاحظه نمود:

«در مواردی که غیرنظامیان و رزمندگان توسط پروتکل حاضر یا سایر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی شامل نشوند، تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل که از عرف مسلم و اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی ناشی می‌شود، باقی می‌مانند.»  
همچنین دیوان بین‌المللی دادگستری ابتدا در قضیه‌ی کانال کورفو، تعهدات دولت آلبانی را بر اساس «ملاحظات اولیه-ی انسانی» در نظر می‌گیرد که حتی وجود آن را در زمان صلح بیش از زمان جنگ ضروری می‌داند (I CJ, Reports 1949). و در دعوی نیکاراگوئه علیه ایالات متحده آمریکا، دیوان «اصول کلی بنیادین حقوق بشردوستانه» را مبنای عملکرد دولت‌ها در کلیه‌ی مخاصمات مسلحانه قرار می‌دهد. (I CJ, Reports 1986).

نهایتاً دیوان در نظر مشورتی خود در خصوص «مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای» قید مارتینز را در کنار سایر اصول بنیادین حقوق بشردوستانه مورد توجه قرار می‌دهد و معتقد است که می‌تواند به‌عنوان ابزاری مؤثر برای پرداختن به تحول سریع فناوری نظامی باشد (ICJ, Advisory Opinion, 1996). در واقع دیوان آن را به‌عنوان حقوق عرفی از پیش وجود داشته، در نظر می‌گیرد، (Ibid.) و قاطعانه اعلام می‌نماید که در وجود و قابلیت اعمال مستمر آن هیچ‌گونه شک و تردیدی وجود ندارد؛ به‌نحوی که به‌عنوان تأییدی است بر این که اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بر سلاح‌های هسته‌ای اعمال می‌شوند (Ibid.).  
قاضی شهاب‌الدین در نظر مخالف خود، به‌خوبی اهمیت قید مارتینز را در شرایط امروز جهان، تبیین نمود. وی معتقد است:

<sup>19</sup> . Martens Clause.

<sup>20</sup> . در واقع می‌توان به این موارد اشاره نمود: قید مارتینز در محاکمات نورمبرگ، ارگانهای حقوق بشری و دیوان بین‌المللی دادگستری مورد استناد قرار گرفت؛ در بسیاری از معاهدات حقوق بشردوستانه از جمله پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو 1977 و مقدمه کنوانسیون ممنوعیت یا محدودیت توسل به سلاح‌های متعارف خاص با اندک متنهای متفاوت مجدداً تکرار شد؛ در قطعنامه کنفرانس حقوق بشر 1968 تهران مورد اشاره قرار گرفت؛ و در قوانین و مقررات نظامی برخی از کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا، انگلستان و آلمان بدان ارجاع شده است.

«قید مارتینز اقتداری را فراهم نموده است که اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی به‌عنوان اصولی از حقوق بین‌الملل در نظر گرفته می‌شوند که باید مضمون معیار تصریح‌شده با در نظر گرفتن تغییر شرایط، تغییرات در ابزارها و روش‌های جنگی و نگرش و مدارای جامعه بین‌المللی ... مشخص شود» (Ibid)

### مبحث دوم: نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل کیفری

دیوان در برخی از آراء توافقی و نظریات مشورتی خود در خصوص دولت‌ها به جرائم تحت صلاحیت حقوق بین‌الملل کیفری اشاره و در برخی از مواقع سبب توسعه و تحول حقوق بین‌الملل کیفری شده است که می‌توانیم به برخی از این آراء توافقی و نظریات مشورتی اشاره نمائیم. برای مثال در قضیه‌ی حق شرط‌ها بر عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی<sup>۲۱</sup> (نظریه مشورتی مورخ 28 مه 1951) مجمع عمومی سازمان ملل متحد (طی قطع‌نامه‌ی 16 نوامبر 1950) مسئله‌ی مربوط به حق شرط‌ها بر عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی، به‌عنوان یکی از موضوعات داخل در صلاحیت دادگاه‌های کیفری بین‌المللی را برای اخذ نظریه‌ی مشورتی با عبارات زیر به دیوان ارجاع نمود: اصول زیر بنایی عهدنامه از سوی سازمان ملل متحد به‌عنوان اصول الزام‌آور برای کلیه‌ی کشورها؛ حتی بدون وجود هرگونه تعهد عهدنامه‌ای به رسمیت شناخته شده است. هدف این بوده که عهدنامه قلمروی جهانی داشته باشد. هدف اصول یاد شده صرفاً انسان دوستانه و متمدانه است. کشورهای متعاقد هیچ‌گونه سود یا زیان فردی و یا منافع خاصی در قبال آن نداشته؛ بلکه صرفاً دارای منفعتی مشترک می‌باشند. این امر منتهی به این نتیجه می‌شود که موضوع و هدف عهدنامه حاکی از آن است که قصد مجمع عمومی و کشورهایی که آن را پذیرفته‌اند، این بوده که تا حتی‌الامکان کشورهای زیادی در آن مشارکت داشته باشند. همچنین در قضیه‌ی راجع به اجرای عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی (بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) (اقدامات مقدماتی) قرار مورخ 8 آوریل 1993، دیوان در قراری که در قضیه‌ی مربوط به اجرای عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی (بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) به‌عنوان جرائم تحت صلاحیت حقوق بین‌الملل کیفری صادر نمود، از یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) خواست که «فوراً... تمام اقداماتی را که در توان دارد برای جلوگیری از ارتکاب نسل‌کشی به کار گیرد». در قرار اقدامات موقتی دیوان متذکر می‌شود که یوگسلاوی به‌خصوص باید تضمین کند که نیروهای نظامی و شبه‌نظامی و واحدهای نظامی نامنظم که تحت هدایت و حمایت یوگسلاوی هستند و اشخاص و سازمان‌های تحت کنترل، هدایت و نفوذ آن کشور مرتکب عمل نسل‌کشی، تبانی در ارتکاب نسل‌کشی، تحریک مستقیم و عمومی نسل‌کشی و معاونت در نسل‌کشی علیه جمعیت مسلمان بوسنی و هرزگوین و دیگر گروه‌های ملی، قومی، نژادی و مذهبی نشوند. دیوان همچنین متذکر شد که هیچ‌یک از طرفین اختلاف «نباید اختلاف موجود در مورد پیشگیری و مجازات نسل‌کشی را تشدید نمایند یا گسترش دهند یا حل آن را دشوارتر سازند». بنابراین به‌اتفاق آراء نظر بر این می‌شود که دولت جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) مطابق تعهدات خود وفق عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی مورخ 9 دسامبر 1948 باید فوراً تمام اقداماتی را که در توان دارد، برای جلوگیری از ارتکاب نسل‌کشی به‌عنوان جرائم تحت صلاحیت حقوق بین‌الملل کیفری به کار گیرد یا در قضیه‌ی مربوط به عهدنامه‌ی پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی<sup>۲۲</sup> «بوسنی و هرزگوین علیه یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو)» قرار مورخ 13 سپتامبر 1993 در خصوص اقدامات موقتی مقرر می‌شود که دولت بوسنی و هرزگوین باید حق توسل به راه‌هایی برای

<sup>21</sup> . Genocide.

<sup>22</sup> . Genocide.

# اولین همایش بین‌المللی و سومین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی

۱۳ اردیبهشت ۹۶ - دانشگاه تهران

«پیشگیری» از ارتکاب اقدامات نسل‌کشی علیه جمعیت و مردم خود را به‌نحوی که ماده‌ی 1 عهدنامه‌ی نسل‌کشی مقرر کرده است، داشته باشد. همچنین در قضیه‌ی مربوط به قرار بازداشت مورخ 11 آوریل 2000 (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه بلژیک) (اقدامات موقتی) قرار مورخ 8 دسامبر 2000 در اعلامیه‌ی قاضی وان دن وینگائرت بر اهمیت این جرائم در توسعه‌ی حقوق بین‌الملل کیفری جدید به شرح زیر تأکید می‌نماید. «بی‌تردید جامعه‌ی بین‌المللی در اصل با این موضوع که «جنایات عمده‌ی»<sup>23</sup> حقوق بین‌الملل کیفری (جرائم جنگی، نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت) نباید بی مجازات بمانند، موافق است. به‌رحال چگونگی این وضعیت هنوز محل درگیری و مباحث حقوقی زیادی است. این جرائم در فرض آرمانی باید نزد محاکم کیفری بین‌المللی مورد محاکمه قرار گیرند. با این حال تمامی چنین مواردی توسط چنین محاکمی قابل رسیدگی نیستند. در این مجال تعقیب کیفری نزد محاکم داخلی تنها ابزار اجرا و اعمال حقوق بین‌الملل کیفری است. کشورها نه‌تنها دارای تعهدات اخلاقی؛ بلکه دارای تعهدات حقوقی بر اساس حقوق بین‌الملل هستند تا تضمین کنند که قادرند جنایات عمده‌ی حقوق بین‌الملل کیفری را در محاکم داخلی مورد تعقیب قرار دهند». قاضی وان دن وینگائرت، توجهات را به تلاش روبه رشد در جهت حمایت از این ایده جلب می‌کند که محدودیت‌های تعقیب کیفری (صلاحیت سرزمینی، مصونیت‌ها) نمی‌تواند در خصوص جرائم عمده اعمال شود. قضیه‌ی مرتبط به قرار بازداشت مورخ 11 آوریل 2000 (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه بلژیک) نخستین قضیه‌ای است که دیوان بین‌المللی دادگستری در آن به این مسائل توجه می‌کند. همچنین نخستین قضیه‌ی تازه‌ای است که در آن دو کشور در مسأله صلاحیت فراسرزمینی و مصونیت ناشی از اعمال یک قانون داخلی بر جنایات عمده‌ی بین‌المللی در برابر هم قرار می‌گیرند. در قرار بازداشت مورخ 11 آوریل 2000 (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه بلژیک)، دیوان سپس استدلال‌های بلژیک را مورد توجه قرار می‌دهد؛ درحالی‌که وزیران امور خارجه در حال خدمت مظنون به ارتکاب جنایات جنگی یا جنایات علیه بشریت باشند، مصونیت‌های اعطاشده به آن‌ها به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند از آن‌ها حمایت کند که در واقع سبب توسعه و تحول حقوق بین‌الملل کیفری گردیده شده است.

همچنین قاضی کوروما در نظریه‌ی جداگانه اظهار داشت که دیوان حق داشت در پاسخ به خواسته‌ها، تصمیم‌گیری در مورد این که آیا حقوق بین‌الملل اجازه‌ی معافیت وزیر امور خارجه در حال خدمت را از مصونیت و صلاحیت، بدون کاوش در مورد موضوع صلاحیت جهانی می‌دهد یا خیر، به‌عنوان نقطه حرکت خود انتخاب کند. به‌ویژه از آن جهت که هر دو طرف از موضوع چشم پوشیده بودند و از دیوان درخواست کرده بودند تا فقط تا حدی که به مسأله مصونیت وزیر امور خارجه در حال خدمت مربوط است، نظر خود را در مورد آن موضوع اعلام دارد. از این‌رو به عقیده‌ی وی و به‌رغم شواهد مخالف، آنچه از دیوان خواسته شده تا به تصمیم‌گیری در مورد آن بپردازد، این نیست که کدام‌یک از اصول مصونیت یا صلاحیت جهانی مهم‌تر است؛ بلکه در عوض این است که آیا صدور و انتشار قرار مذکور، مصونیت وزیر امور خارجه در حال خدمت را نقض کرده است یا خیر. قاضی کوروما عنوان کرد که صلاحیت و مصونیت مفاهیمی متفاوت هستند. از سوی دیگر این قاضی اظهار داشت که بلژیک با صدور و انتشار قرار نشان داد که تعهد بین‌المللی خود را برای مبارزه با جنایات بین‌المللی چه اندازه جدی می‌گیرد. به عقیده‌ی وی امروزه علاوه بر دزدی دریایی، صلاحیت جهانی در مورد برخی از جنایات؛ نظیر جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت، از جمله تجارت برده و نسل‌کشی موجود است. همچنین در قضیه‌ی پیامدهای حقوقی ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین (نظریه مشورتی) 9 ژوئیه 2004، دیوان در خصوص حقوق بین‌الملل بشردوستانه بیان می‌دارد که اسرائیل عضو عهدنامه‌ی چهارم لاهه‌ی مصوب 1907 که مقررات لاهه بدان منظم شده است، نیست. دیوان در حال عقیده دارد که مفاد مقررات لاهه، بخشی از حقوق عرفی شده است که

<sup>23</sup> . Core Crimes.

درواقع یکی از این مقررات لاهه جنایات جنگی است که فصل مشترک جرائم حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری است.

### بحث و نتیجه گیری

دیوان دایمی دادگستری بین المللی اولین دیوان بین المللی با گستره جهانی بود، که در فوریه سال 1921 توسط جامعه ملل متحد ایجاد گردید. این دیوان دایمی<sup>۲۴</sup> همانند دیوان بین المللی دادگستری فعلی دارای صلاحیت ترافعی و مشورتی<sup>۲۵</sup> بوده است. دارا بودن صلاحیت ترافعی و مشورتی مبنای آراء ترافعی و نظریات مشورتی می باشد. دیوان بین المللی دادگستری به عنوان یک آکادمی حقوق دانان از آن جهت که دارای ویژگی و عملکرد قضایی است؛ که در پرونده ی کامرون شمالی، عملکرد قضایی دیوان به طور محسوس و عینی موجود است. همچنین، نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری به عنوان اظهارات قضایی است که از سوالات حقوقی ارائه شده به دیوان توسط ارگان های ملل متحد و دیگر نهادهای حقوقی بین المللی دارای اختیار، انجام می گیرد. بنابراین، پاسخ به یک سوال حقوقی به وسیله ی درخواست یک نظر مشورتی از سوی دیوان بین المللی دادگستری به عنوان قسمتی از عملکرد قضایی دیوان بین المللی دادگستری محسوب می گردد. نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری؛ بیشتر از فعالیت های آن در اختلافات ترافعی قابل انعکاس می یابد، چرا که درخواست تنها توسط ارگان های ملل متحد یا نهادهای ( آژانس های ) تخصصی انجام می گیرد. زمانی که درخواست یک نظر مشورتی می شود، مجمع عمومی معمولاً به طور صریح اشاره به موقعیت دیوان به عنوان ارگان قضایی اصلی ملل متحد می نماید. بنابراین، از آنجایی که آراء ترافعی و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری به عنوان مهم ترین رکن قضایی بین المللی در سطح جهان نقش بسیار مهمی در جهت توسعه و تحول حقوق بین الملل ایفاء می نماید. این دیوان در آراء ترافعی و نظریات مشورتی خویش به توسعه و تحول دو حوزه ی بسیار مهم حقوق بین الملل عمومی شامل حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری اقدام نموده است . برای مثال چهار اصل بسیار مهم در حقوق بین الملل بشردوستانه شامل (اصل تفکیک، تناسب، ممنوعیت حملات کورکورانه و قید مارتنز) مورد استناد بسیاری از آراء ترافعی و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری قرار گرفته شده است؛ و یا همچنین در برخی از آراء ترافعی و نظریات مشورتی به جرایم مندرج در حقوق بین الملل کیفری اشاره و بسیاری از مصادیق آن را شرح و بسط داده است برای مثال جرایم جنگی که فصل مشترک حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری می باشد. بنابراین، دیوان بین المللی دادگستری از آنجایی که به عنوان یک سرباز فداکار در حقوق بین الملل ایفای نقش می نماید سبب توسعه و تحول بسیاری از مصادیق حقوق بین الملل عمومی و بالخصوص حقوق بین الملل بشردوستانه و حقوق بین الملل کیفری گردیده است.

### پیشنهادات

<sup>24</sup> . PCIJ

<sup>25</sup> . first Advisory Opinion (No. 1, Nomination of the Netherlands Workers' Delegate) in July 1922 and its first contentious judgment (the S.S. Wimbledon).

در چارچوب گسترش دادگاههای بین المللی و خطر افزایش تعارض صلاحیت دادگاهها، پیشنهاد معتبر در این است که استفاده از عملکرد مشورتی به عنوان یک ابزار صحیح در جهت تفسیر حقوق بین الملل لازم می باشد. دیوان در فقدان نهاد رسمی مستقل قانونگذاری در روابط بین المللی، گاه به عنوان کارگزار توسعه حقوق بین الملل عمل نموده است؛ از جمله در هنگام پذیرش درخواست یا صدور نظریات مشورتی، مقام سؤال کننده معمولاً در جایگاه حافظ منافع بین المللی است و نمایندگی جامعه بین المللی را برای رفع ابهامی حقوقی برعهده می گیرد. از این رو؛ طی نظرات مشورتی منافع طرف خاصی مد نظر نیست بلکه منافع جامعه بین المللی می تواند مطرح شود و در نتیجه نقشی شبه قانونگذارانه به دیوان اعطاء می گردد. از سویی دیگر، نظر مشورتی به عنوان یک حقوق بین الملل عرفی؛ و همچنین در جهت استفاده از روشن شدن دکترین متفاوت از قطع نامه ها مورد توجه قرار گرفته است و به عنوان یک ابزار در جهت حل اختلافات بین المللی می تواند مورد استفاده قرار گیرد. از سویی دیگر، توجه و استناد بیشتر به آراء ترافعی و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری نقش بسیار مهمی می تواند در خصوص رفع ابهامات و توسعه و تحول و پویایی حقوق بین الملل نماید.

#### منابع

#### Book

13

- Aljaghoub, Mahasen M., 2000, The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005", ISBN-10 3-540-35732-7 Springer Berlin Heidelberg New York, .
- Bedjaoui, CF; Mohammad, 1996-97, the forum prorogatum before the international court of justice; the resources of an institution or the hidden face of consensualism ; icj year book.
- Henckaerts Jean-Marie & Doswald-Beck Louise, 2009, Customary International Humanitarian Law, ( Vol.1 Rules, Cambridge University press).
- Meron, Theodor, 2000, The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience , AJIL, Vol. 94, No. 1.
- Otto, Roland., 2010, Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law, (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht., Springer Heidelberg Dordrecht London New York, December).
- W. J, Fenrick., 1982, The Rule of Proportionality and Protocol I in conventional warfare, in Military Law Review, Vol.98,

#### Cases

- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, (2005) ICJ Rep. X.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda).
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.
- Corfu Channel Case (United Kingdom v Albania) (Merits), I. C.J. Reports 1949,
- ICJ Reports , 2004, Advisory Opinion about Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory.

- International Court of justice; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons , Advisory Opinion of 8 July 1996.
- The Corfu Channel Case " , I.C.J. Reports , 1949.
- the Rules of Humanitarian law of War Have Clearly Acquired the status of jus cogens. legality of the Threat or use of nuclear Weapons , Advisory opinion , 1996, ICJ Rep.