

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک

رؤساء: پروفیسور داکتر آرمین فان بوگداندی. پروفیسور داکتر رودیگر ولفروم



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای

حقوق بین الملل عمومی در افغانستان

چاپ اول، اسد ۱۳۹۰

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور داکتر آرمین فان بوگدانندی. پروفیسور داکتر رودیگر ولفروم



رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای

حقوق بین الملل عمومی در افغانستان

چاپ اول، اسد ۱۳۹۰

این رهنمود توسط کارمندان انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک نوشته شده است. این رهنمود متکی بر مشارکت جولیا پفیفر (مؤلف اصلی ویرایش اول) سبیحه بیگ، لوکاس فرانکی، دانیل ایلمن، ماریا کریمزاد و تیلمن رویدر است. این رهنمود توسط نظام الدین عبدالله از انگلیسی به دری ترجمه شده است. این رهنمود توسط وزارت امور خارجه دولت فدرال جرمنی حمایت مالی شده است.

رهنمود ها و مواد اضافی انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک در قوانین افغانستان

مسؤول بخش تصحیح: دوکتور تیلمن رویدر

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد اول، تشکیلات و اصول دولت، چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۱۱ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم، حقوق بشر و آزادی های اساسی، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۷ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق اداری افغانستان، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون تشکیلات و صلاحیت محاکم، چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازین محاکمه عادلانه در افغانستان. چاپ چهارم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل ۲۰۰۹ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ چهارم با اصلاحات (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق جزای بین المللی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرگ و دفتر کابل ۲۰۱۱ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق جزای اختصاصی، چاپ اول (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق جزای بین المللی مقایسوی ماکس پلانک) هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری).

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، چاپ دوم با اصلاحات، (همکار تصحیح: انستیتوت حقوق بین الملل خصوصی مقایسوی ماکس پلانک)، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اخلاق قضائی افغانستان، چاپ سوم با اصلاحات، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری، پشتو و انگلیسی).

رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و انگلیسی).

مواد اضافی انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت در افغانستان، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و انگلیسی).

مواد اضافی انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اصول محاکمه عادلانه بخش نظامی، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری).

مواد اضافی انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون اصول محاکمه عادلانه بخش نظامی، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و پشتو).

مواد اضافی انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق فامیل شیعیان افغانستان، چاپ اول، هایدلبرگ و کابل، ۲۰۱۱ (دری و پشتو).

© حق طبع و تکثیر محفوظ به انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک شهر هایدلبرگ، جمهوری

فدرالی آلمان است. ۲۰۰۴ - ۲۰۱۰

تمام رهنمودها در صفحه ای انترنتی: <http://www.mpil.de/red/afghanistan> قابل دریافت است. برای معلومات

عمومی راجع به انستیتوت های ماکس پلانک لطفاً به صفحه انترنتی www.mpil.de (حقوق بین الملل عمومی)

www.mpiccd.de (حقوق جزاء و جرم شناسی) www.mpipriv.de (حقوق خصوصی) مراجعه نمایند. همچنین،

رهنمودهای مطبوع در دفتر کابل انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک قابل دریافت است

(mpil.kabul@yahoo.com).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

مقدمه	۳
فصل اول: مفهوم کلی	۱
مبحث اول: حقوق بین الملل عمومی چیست؟	۱
مبحث دوم: سیر تاریخی حقوق بین الملل عمومی	۳
الف) سیر تاریخی حقوق بین الملل در جهان اسلام	۳
ب) سیر تاریخی حقوق بین الملل در اروپا	۵
ج) حقوق بین الملل معاصر	۶
مبحث سوم: منابع حقوق بین الملل	۷
الف) معاهدات بین المللی	۸
ب) عرف و عادات بین المللی	۹
۱- عملکرد دولت	۱۰
۲- اعتقاد به الزامی بودن قواعد حقوقی (Opinio juris)	۱۱
۳- موافقت و رد قواعد عرفی	۱۲
ج) اصول کلی حقوق	۱۳
د) سایر منابع حقوق بین الملل	۱۴
ه) سلسله مراتب میان منابع حقوق بین الملل	۱۵
۱- قواعد آمره حقوق بین الملل (Ius cogens)	۱۶
۲- ارگا / اومنس (Erga omnes)	۱۷
مبحث چهارم: رابطه بین حقوق ملی و حقوق بین الملل	۱۷
الف) نظریات	۱۷
۱- نظریه دوگانگی حقوقی (Dualistic doctrine)	۱۸
۲- نظریه یگانگی حقوقی (Monistic doctrine)	۱۸
ب) نتیجه عملی	۱۸
۱- وضعیت معاهدات بین المللی در حقوق ملی	۱۹
۲- حقوق عرفی بین المللی و اصول کلی حقوق بین الملل	۲۰
۳- تصامیم سازمان های بین المللی	۲۰
اول) رابطه بین حقوق ملی و حقوق بین الملل در افغانستان	۲۱
اولاً) احکام ذریبط قانون اساسی افغانستان	۲۱
ثانیاً) تبصره	۲۲

ب/ رهنمود انستیتوت ماکس پلانک در مورد حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان

- ثالثاً) عکس العمل محاکم ملی نسبت به تصامیم محاکم بین المللی ۲۶
- فصل دوم: تابعین حقوق بین الملل ۲۷
- مبحث اول: تابعین حقوق بین الملل به صورت مفصل ۲۷
- الف) دولت ها ۲۷
- ب) سازمان های بین المللی ۲۸
- ج) شرکت های چندین ملیتی ۲۸
- د) افراد ۲۸
- ه) گروه های شورشی، متخاصم و نهضت های آزادی بخش ملی ۳۰
- ز) افراد بومی (Indigenous peoples) ۳۰
- ح) سایر تابعین حقوق بین الملل ۳۰
- مبحث دوم: مفهوم شخصیت حقوقی ۳۱
- فصل سوم: دولت بودن و شخصیت حقوقی دولت ۳۳
- مبحث اول: دولت چیست؟ ۳۳
- الف) جمعیت دایمی ۳۳
- ب) سرزمین معین ۳۳
- ج) حکومت ۳۴
- د) اهلیت برقراری روابط با سایر دولت ها ۳۴
- ه) حق تعیین سرنوشت منحیث معیار (شرط) اضافی برای دولت بودن ۳۵
- مبحث دوم: شناسایی دولت ها و حکومت ها ۳۶
- الف) شناسایی دولت ها ۳۶
- ب) شناسایی حکومت ها ۳۷
- ج) شناسایی قانونی (De jure) و شناسایی عملی (De facto) ۳۷
- د) شناسایی ضمنی ۳۸
- ه) سایر انواع شناسایی ۳۸
- و) انصراف از شناسایی ۳۸
- ز) نظریه عدم شناسایی ۳۹
- ح) آثار حقوقی شناسایی ۳۹
- مبحث سوم) حقوق اساسی یک دولت ۳۹
- الف) استقلال ۴۰
- ب) برابری حاکمیت دولت ها ۴۰
- ج) همزیستی مسالمت آمیز ۴۱
- فصل چهارم: حاکمیت ارضی دولت ها ۴۳
- مبحث اول: از دست دادن سرزمین ۴۳

۴۳	الف) تجزیه (Secession).....
۴۴	۱- دلایل تجزیه.....
۴۴	۲- آثار تجزیه.....
۴۵	ب) تقسیم سرزمین (Dismemberment).....
۴۵	مبحث دوم: اکتساب حاکمیت بر سرزمین.....
۴۵	الف) تسلیم یا واگذاری سرزمین.....
۴۶	ب) تسخیر سرزمین.....
۴۶	ج) انضمام سرزمین.....
۴۷	د) سایر انواع اکتساب سرزمین.....
۴۷	مبحث سوم: اعمال مؤثر کنترل.....
۴۸	مبحث چهارم: تداوم و جانشینی دولت.....
۴۹	الف) جانشینی دولت در رابطه به معاهدات.....
۵۰	ب) جانشینی دولت در مورد سایر مسایل.....
۵۱	۱- اموال.....
۵۱	۲- دارایی ها و قروض.....
۵۳	فصل پنجم: حقوق معاهدات.....
۵۳	مبحث اول: مقدمه.....
۵۴	مبحث دوم) تعریف [معاهده].....
۵۴	مبحث سوم) انعقاد و انفاذ.....
۵۴	الف) فرایند معاهده سازی.....
۵۵	ب) رضایت التزام در قبال یک معاهده.....
۵۶	ج) حق شرط یا تحدید تعهد.....
۵۷	۱- قابل قبول بودن (Admissibility) حق شرط.....
۵۹	۲- حق شرط، انصراف از حق شرط و مخالفت با حق شرط.....
۶۰	د) انفاذ معاهدات.....
۶۱	مبحث سوم: اجراء و آثار معاهدات.....
۶۲	مبحث چهارم: تعدیل و اصلاح معاهدات.....
۶۲	الف) روش تعدیل.....
۶۳	ب) سایر روش های تغییر (Change).....
۶۳	مبحث پنجم: بی اعتباری (باطل بودن)، فسخ و تعلیق اجرای معاهدات.....
۶۴	الف) بی اعتباری.....
۶۴	۱- شرایط بی اعتباری.....
۶۵	۲- آثار بی اعتباری.....
۶۶	ب) فسخ و تعلیق معاهدات.....

ث/ رهنمود انستیتوت ماکس پلانک در مورد حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان

- ۱- [فسخ معاهده به موجب] احکام صریح معاهده ۶۶
- ۲- سکوت معاهده [عدم پیش بینی نص در مورد فسخ معاهده] ۶۶
- ۳- فسخ معاهده و یا خروج از آن در صورت توافق طرفین ۶۶
- ۴- فسخ و یا تعلیق معاهده با انعقاد معاهده جدید (لاحق / متعاقب) ۶۷
- ۵- فسخ معاهده در اثر عملکرد جانب مقابل ۶۷
- اول) نقض اساسی معاهده ۶۷
- دوم) امکان ناپذیری غیر مترقبه (حدوث شرایطی که اجرای معاهده را غیر ممکن میکند) ۶۸
- سوم) تغییر بنیادین اوضاع و احوال (Rebus sic stantibus) ۶۸
- ۶- قطع روابط دیپلماتیک و کنسولی ۶۹
- ۷- اقدام متقابل ۶۹
- ج) آثار حقوقی ۷۰
- مبحث پنجم) تفسیر معاهدات ۷۰
- مبحث ششم) رابطه بین معاهدات و سایر منابع حقوق بین الملل ۷۱
- الف) رابطه بین معاهدات ۷۱
- ب) رابطه بین حقوق عرفی و معاهدات ۷۲
- ج) رابطه بین معاهده و اصول ۷۳
- فصل ششم: مسؤولیت دولت ۷۵
- مبحث اول) انتساب رفتار نقض به دولت ۷۵
- الف) ارگان های دولت و اشخاص خصوصی با صلاحیت منحیث بازیگران ۷۵
- ب) اقدام فوق العاده خارج از حدود اختیار ۷۶
- ج) نظارت دولت بر عملکرد بازیگران خصوصی ۷۶
- د) جنبش های شورشی ۷۷
- ه) مسؤولیت دولت در قبال عمل خلاف بین المللی که توسط دولت دیگر ارتکاب یافته است ۷۷
- مبحث دوم) نقض تعهد بین المللی ۷۹
- الف) اشتباه ۷۹
- ب) اعمال تکمیل شده و در حال جریان ۷۹
- ج) فعالیت های مقدماتی (آماده سازی) ۸۰
- د) اعمال مرکب ۸۰
- مبحث سوم) مدافعات و اوضاع و احوالی که مانع غیر قانونیت اعمال می گردد ۸۱
- الف) موافقت ۸۱
- ب) دفاع مشروع ۸۱
- ج) اقدامات متقابل در رابطه به عمل غیر قانونی بین المللی ۸۲
- د) قوه قاهره ۸۳

۸۳	ه) اضطراب
۸۴	و) حالت ضرورت (Necessity)
۸۴	مبحث چهارم) آثار حقوقی مسؤولیت دولت
۸۴	الف) انواع جبران خساره
۸۵	۱- اعاده حالت اولی
۸۵	۲- جبران خسارت
۸۶	۳- خورسند ساختن (Satisfaction)
۸۶	ب) آثار نقض شدید هنجارهای مطلق
۸۷	د) اجرای مسؤولیت بین المللی
۸۹	فصل هفتم: صلاحیت
۸۹	مبحث اول) تعریف صلاحیت
۸۹	مبحث دوم) اساسات صلاحیت
۸۹	الف) مسایل حقوق خصوصی
۹۰	ب) مسایل حقوق جزا
۹۰	۱- احکام
۹۱	۲- اصل سرزمینی
۹۲	۳- اصل تابعیت
۹۳	۴- اصل حمایوی
۹۴	۵- اصل جهانی
۹۴	مبحث سوم) تعارض صلاحیت ها
۹۴	مبحث چهارم) استرداد [مجرمین]
۹۷	فصل هشتم: مصوونیت ها از صلاحیت
۹۷	مبحث اول) مصوونیت دولت ها
۹۸	الف) اعمال مستقل و غیر مستقل
۹۹	ب) مصوونیت نهادهای دولتی
۱۰۰	ج) مصوونیت رئیس یک دولت
۱۰۰	د) مصوونیت سایر اعضای حکومت
۱۰۱	ه) چشم پوشی (انصراف) مصوونیت
۱۰۱	و) مصوونیت از اجراء (تنفیذ) حکم
۱۰۱	مبحث دوم) مصوونیت کارمندان دیپلماتیک و کنسولی
۱۰۲	الف) مقدمه بر حقوق دیپلماتیک
۱۰۲	ب) روابط دیپلماتیک
۱۰۳	ج) مزایای اعطا شده مربوط به روابط دیپلماتیک
۱۰۳	۱- مصوون بودن از هر نوع تعدی و اهانت

ح/ رهنمود انستیتوت ماکس پلانک در مورد حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان

- ۲- مصؤونیت شخصی ۱۰۳
- د) روابط کنسولی ۱۰۴
- ه) مأموریت های خاص ۱۰۵
- مبحث سوم) مصؤونیت سازمان های بین المللی ۱۰۵
- فصل نهم: حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات ۱۰۷
- مبحث اول) روش های دیپلماتیک ۱۰۷
- الف) مذاکره ۱۰۷
- ب) تحقیق ۱۰۸
- ج) میانجی گیری ۱۰۹
- د) مساعی جمیله ۱۰۹
- ه) مصالحه ۱۱۰
- مبحث دوم) روش های حقوقی ۱۱۰
- الف) حکمیت (داوری) ۱۱۰
- ب) حل و فصل قضایی ۱۱۱
- مبحث سوم) میکانیسم های (سازوکارهای) حل و فصل منازعات ۱۱۱
- الف) محکمه بین المللی عدالت ۱۱۱
- ۱- تشکیل محکمه ۱۱۱
- ۲- صلاحیت محکمه ۱۱۲
- ۳- طرز العمل اجراءات ۱۱۳
- ۴- نظریه های مشورتی ۱۱۳
- ب) سایر محاکم بین المللی و دیوان ها ۱۱۴
- ۱- در سطح جهانی ۱۱۴
- ۲- در سطح منطقه ای ۱۱۵
- ج) محاکم داوری بین المللی ۱۱۵
- ۱- قواعد شکلی ۱۱۶
- ۲- رأی حکمیت (Arbitration award) ۱۱۶
- فصل دهم: توسل به قوه ۱۱۹
- مبحث اول) سیر تاریخی توسل به قوه ۱۱۹
- مبحث دوم) ممنوعیت استفاده از قوه طبق منشور سازمان ملل متحد ۱۲۰
- الف) تعریف «قوه یا زور» ۱۲۰
- ب) استثنائات منع توسل به قوه ۱۲۱
- ۱- حق دفاع مشروع ۱۲۲
- اول) اعمالی که توسط نهاد های دولت های غیر عضو ارتکاب می یابند ۱۲۳

- دوم) دفاع مشروع مقدماتی و پیشگیرانه ۱۲۳
- سوم) مفاهیم حالت ضرورت و تناسب ۱۲۴
- چهارم) استفاده از حق دفاع مشروع به منظور حمایت اتباع در خارج ۱۲۴
- پنجم) دفاع مشروع جمعی ۱۲۵
- ششم) سایر انواع دفاع مشروع ۱۲۵
- ۲) استفاده از قوه مطابق فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد ۱۲۶
- ۳) حق خودمختاری و توسل به قوه ۱۲۶
- ج: اصل عدم مداخله ۱۲۷
- ۱) روش های مختلف مداخله ۱۲۷
- ۲) استثنائات اصل عدم مداخله ۱۲۸
- اول) مداخله من حیث عمل بالمثل مجاز ۱۲۸
- دوم) مداخله جمعی ۱۲۸
- سوم) مداخله به عنوان کمک در یک جنگ داخلی ۱۲۹
- چهارم) مداخله بشردوستانه ۱۲۹
- پنجم) مسئولیت جهت حمایت نمودن (Responsibility to protect) ۱۳۰
- ششم) مداخله در اثر دعوت ۱۳۱
- فصل یازدهم: حقوق بشردوستانه بین المللی ۱۳۳
- مبحث اول) تعریف درگیری مسلحانه ۱۳۳
- مبحث دوم) سیر تاریخی چهارچوب حقوقی حقوق بشردوستانه بین المللی ۱۳۴
- مبحث سوم) کنوانسیون های ژنو - مرور مختصر ۱۳۵
- الف) کنوانسیون اول ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها و بیماران در جنگ های مسلحانه در میدان نبرد در خشکه (زمین) ۱۳۶
- ب) کنوانسیون دوم ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها، بیماران و نیروهای غرق شده در دریا ۱۳۶
- ج) کنوانسیون سوم ژنو در مورد برخورد با اسیران جنگی ۱۳۶
- د) کنوانسیون چهارم ژنو در مورد حمایت اشخاص ملکی در جریان جنگ ۱۳۸
- ه) حقوق درگیری های مسلحانه داخلی ۱۳۸
- مبحث چهارم) رفتار جنگ ۱۳۹
- مبحث پنجم) اشغال نظامی ۱۴۰
- مبحث ششم) رابطه میان حقوق بشر بین الملل و حقوق بشردوستانه بین المللی ۱۴۱
- مبحث هفتم) تنفیذ (اجرای) حقوق بشردوستانه بین المللی ۱۴۲
- الف) مفهوم قدرت حفاظت کننده ۱۴۲
- ب) کمیسیون حقیقت یاب بین المللی ۱۴۲
- ج) حقوق جزا بین المللی ۱۴۲
- د) سازمان صلیب سرخ بین المللی ۱۴۳

د/ رهنمود انستیتوت ماکس پلانک در مورد حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان

فصل دوازدهم: سازمان های بین المللی	۱۴۵
مبحث اول) مقدمه	۱۴۵
الف) خصوصیات سازمان های بین المللی	۱۴۵
ب) اسناد مؤسس (تشکیل دهنده)	۱۴۶
ج) قانون مناسب سازمان های بین المللی	۱۴۷
د) مسؤولیت سازمان های بین المللی	۱۴۷
ه) رابطه میان سازمان های بین المللی و دولت های ثالث	۱۴۸
و) پاسخگویی سازمان های بین المللی	۱۴۸
ز) انحلال و جانشینی سازمان های بین المللی	۱۴۹
مبحث دوم) نظام سازمان ملل متحد	۱۴۹
الف) منشأ و سیر تاریخی	۱۴۹
ب) تشکیل سازمان ملل متحد	۱۵۰
۱- شورای امنیت	۱۵۰
۲- مجمع عمومی	۱۵۰
۳- دارالانشاء و سرمنشی	۱۵۱
۴- شورای اقتصادی و اجتماعی	۱۵۲
۵- شورای قیمومیت (Trusteeship council)	۱۵۲
۶- محکمه بین المللی عدالت	۱۵۲
ج- وظائف و صلاحیت های سازمان ملل متحد	۱۵۲
۱- اقدامات فصل هفتم	۱۵۳
اقدامات مؤقتی طبق ماده ۴۰ منشور سازمان ملل متحد	۱۵۴
اقدامات بدون استعمال قوه طبق ماده ۴۱ منشور سازمان ملل متحد	۱۵۴
اقدامات در برگیرنده استفاده از قوه بر اساس ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد	۱۵۴
۲- اجازه دادن به سازمانهای منطقه ای جهت استفاده از قوه مسلح	۱۵۵
۳- اقدام جهت بازگرداندن صلح بعد از توسل به نیروی مسلح	۱۵۶
۴- اقدامات علیه جنایت کاران جنگی	۱۵۶
د) سایر فعالیت های سازمان ملل متحد	۱۵۶
۱- فعالیت های کلی سیاسی	۱۵۶
۲- سؤالات اقتصادی و اجتماعی	۱۵۶
۳- حقوق بشر	۱۵۷
۴- استعمارزدایی	۱۵۷
۵- فعالیت های تقنینی	۱۵۷
۶- نقش در اجرای حقوق بین الملل	۱۵۸

- و) وضعیت حقوقی سازمان ملل متحد ۱۵۸
- ۱- شخصیت حقوقی بین المللی ۱۵۹
- ۲- وضعیت حقوقی در حقوق ملی ۱۵۹
- ۳- امتیازات و مصونیت ها ۱۵۹
- ۴- وضعیت مقر سازمان ملل متحد ۱۶۰
- ۵- مسایل مالی و بودجه ۱۶۰
- ۶- مشکلات خاص حقوقی ۱۶۰
- اول) ماهیت الزام آور تصامیم سازمان ملل متحد ۱۶۰
- دوم) قانونیت اعمال سازمان ملل متحد ۱۶۱
- سوم) رابطه میان اعمال سازمان ملل متحد و حقوق ملی ۱۶۱
- چهارم) صرفنظر نمودن از عضویت سازمان ملل متحد ۱۶۲
- پنجم) تعلیق، اخراج ۱۶۲
- ششم) مسؤولیت سازمان ملل متحد ۱۶۳

مقدمه

این رهنمود برای اعضای پارلمان افغانستان در مورد مهم ترین مباحث حقوق بین المللی عمومی نگرش اساسی فراهم می نماید. همچنین، دیپلمات های وزارت خارجه و نیز سایر کارمندان حکومت که میثاق های بین المللی را مورد رسیدگی قرار می دهند، ضرورت دارند به منظور اجرای مؤثر وظایف قواعد حقوق بین الملل عمومی را فرا گیرند. علاوه بر کمک جهت اجرای مؤثر وظایف، دانش در مورد حقوق بین الملل آنها را با جامعه حقوق جهانی وصل می نماید.

مفهوم کلی به خواننده ها معرفی می نماید که حقوق بین الملل چیست، حقوق بین الملل چگونه انکشاف یافته است و منابع آن چیست. همچنین، این رهنمود تابعین حقوق بین الملل را معین و تشریح می نماید که چه نهاد ها از حقوق و تکالیف در حقوق بین الملل برخوردار می شوند. دو فصل ذیل بر تابعین اصلی حقوق بین الملل (دولت ها) تمرکز می نماید و سؤالات مربوط به شرایط ایجاد دولت و تمامیت ارضی یک دولت؛ یعنی دولت چیست، چه وقت یک دولت توسط جامعه بین المللی به رسمیت شناخته می شود، و حقوق بنیادین یک دولت چه ها اند. رهنمود با یک فصل در مورد حقوق معاهدات ادامه می یابد که از فرایند (پروسه) وضع معاهدات آغاز و آثار، تنفیذ و بطلان معاهدات را مورد بحث قرار می دهد. سپس، این رهنمود مسأله مسئولیت دولت، به عنوان مثال، تخلف بین المللی که توسط دولت ارتکاب یافته است را مورد بحث قرار می دهد. این فصل بیشتر در مورد صلاحیت محاکم، مصؤونیت از محاکمه و حل فصل صلح آمیز منازعات ترکیز می نماید. فصل بعدی، مفهوم توسل به قوه را با تحلیل منع آن براساس منشور سازمان ملل متحد و اصل عدم مداخله را به خواننده انتقال می دهد. فصل بعدی، اختصاص داده شده است به حقوق بشر دوستانه بین الملل. در نهایت، این کتاب سازمان های بین المللی به خصوص نظام سازمان ملل متحد را مورد بحث قرار می دهد.

فصل اول: مفهوم کلی

مبحث اول: حقوق بین الملل عمومی چیست؟

حقوق بین الملل عمومی مجموعه قواعدی است که در قدم نخست روابط حقوقی دولت ها و نیز نهاد ها مانند سازمان های بین المللی و در برخی موارد افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.

اما، حقوق بین الملل عمومی صرف ناظر بر روابط حقوقی این نهاد که «تابعین» حقوق بین الملل نامیده می شوند، نیست. حقوق بین الملل عمومی همچنین چهارچوبی را جهت رسیدگی به مسایلی که مربوط به عملکرد در صحنه بین الملل است فراهم می نماید، مانند: شرایط ایجاد دولت و تشکیل و فعالیت سازمان های بین المللی. حقوق بین الملل عمومی علاوه بر این محدودیت ها در رابطه به عملکرد تابعین خویش را معین و حقوق آنها را تأیید می نماید. حقوق بین الملل عمومی ساحات مختلفی را که مربوط به فعالیت ها بین دولت ها می شود احتوی می نماید. این ساحات در کنار سایر مسایل، شامل قواعد مربوط به روابط دیپلماتیک و حمایت حقوق بشر، حقوق مخاصمه مسلحانه، حقوق محیط زیست بین الملل، حقوق اقتصاد بین المللی، حقوق تجارت بین الملل و احکام حقوقی که استعمال فضای خارج از هوا یا جو زمین و دریاها را تنظیم می نماید، می شود.

حقوق بین الملل عمومی از جهات مختلف با مفهوم اکثر نظام های حقوق ملی متفاوت است: اول تر از همه، هیچ مقنن جهانی وجود ندارد تا حقوق بین الملل عمومی را به نحوی که در نظام های حقوق ملی شناخته شده است و وضع می شود، وضع نماید. ثانیاً: هیچ محکمه با صلاحیت های نامحدود وجود ندارد تا منازعات میان دولت ها را حل و فصل نماید. هرچند چندین محکمه بین المللی در طول تاریخ ایجاد شده اند، اما صلاحیت آنها محدود به توافق دولت ها عضو بوده و تصامیم آنها مشکل بوده است تا تطبیق شود؛ و بالآخره نهاد اجراء کننده و حاکم وجود ندارد. این نقش می تواند به شورای امنیت سازمان ملل متحد محول شود که آن هم معمولاً با چالش ویتو (رد) یکی از پنج عضو دائمی مواجه است که موجب انعطاف آن جهت رسیدگی به مسایل معین می شود.

در نتیجه، سؤالی که مطرح می شود این است که چگونه این نظام حقوقی باوجود این همه قابل تطبیق است؟ در حقیقت، دولت ها بنابر دلایل مختلف از حقوق بین الملل عمومی قطعاً تبعیت می کنند. [مفهوم] حقوق بین الملل عمومی تمام دولت ها را در سطح مساوی سلسله مراتب قرار می دهد و قواعد آن عمدتاً در اثر توافق خود دولت ها ایجاد می شود. علاوه بر این، حقوق بین الملل عرفی اساساً انعکاس دهنده

عملکرد دولت‌ها است که توسط اکثریت دولت‌ها به رسمیت شناخته شده است. بنابراین، حقوق بین الملل عمومی عمدتاً مشمول اصول و قواعدی است که توسط اکثریت نظام‌های حقوق ملی نیز قبول و تطبیق شده است. بر علاوه، حقوق بین الملل عمومی مقدار معین استحکام و اطمینان برای روابط بین الملل فراهم می‌نماید و بنابراین کمک مهم به امنیت حقوقی در جامعه بین المللی می‌نماید. حقوق بین الملل عمومی علاوه بر اینها منحصراً اساس مشترک در صورت منازعات میان دولت‌ها نقش بازی می‌نماید. با آنکه تفسیر قاعده معین بین المللی میان طرفین ممکن است متفاوت باشد، مسأله‌ای که در تفسیر حقوق ملی معمول و شناخته شده است، چهارچوب حقوقی بین المللی که طرفین به آن اتکاء می‌نمایند با وجود این مشابه است.

دولت‌ها حقوق بین الملل عمومی را به عنوان مثال بخاطر اصل تقابل (که همکاری و تبادل کمک و امتیازات دوجانبه را تنظیم می‌نماید) رعایت می‌نمایند. تحمل متقابل خصوصاً در مورد حمایت از مصوونیت دیپلمات‌های خارجی به منظور عدم در معرض خطر قرار گرفتن دیپلمات‌های خود دولت‌ها در خارج، ظاهر می‌شود. عملکرد مناسب و متواضع یک دولت، موجب تشویق سایر دولت‌ها می‌شود تا آنها نیز به نحو مناسب و متواضع عمل نمایند. دلیل دیگر رعایت حقوق بین الملل اصل حقوق عرفی «وفای به عهد» (Pacta sunt servanda) است که به موجب آن دولت‌های عضو معاهدات، ملتزم به رعایت معاهداتی که خود آنها، آن را منعقد نموده اند، است.^۱

پذیرفتن حقوق بین الملل عمومی می‌تواند به یک دولت در مخاصمه بین المللی مسلحانه نفع برساند، زیرا حقوق بین الملل عمومی سایر دولت‌ها را تشویق می‌نماید تا دولتی را که حقوق بین الملل را رعایت می‌نماید، حمایت نمایند. بر علاوه، دولت‌ها بسیار زیاد قواعد و اصول بین الملل را استعمال می‌نمایند تا اعمال خویش را در صحنه بین المللی توجیه نمایند. بالآخره، تعداد کثیری از مقامات دولت‌های که مصروف تجارت بین الملل هستند، حین اجرای وظایف روزمره حکومت‌های ایشان، به هنجارهای (Norms) حقوق بین الملل عمومی استناد می‌نمایند. تمام این عملکردها منتهی به این نتیجه می‌شود که: تمام دولت‌ها در واقع حقوق بین الملل را حداقل تا جایی که منافع آنها را به طور قابل ملاحظه محدود ننماید، رعایت می‌نمایند.

طبیعتاً، حقوق بین الملل عمومی اساساً با سیاست و دیپلماسی مواجه است؛ به این معنی که: هنجارهای آن معمولاً نسبت به قواعد نظام‌های حقوق ملی بیشتر انعطاف پذیر و کمتر به صورت واضح ظاهر می‌شود. با وجود این، این امر حقوق بین الملل عمومی را اجازه می‌دهد تا نیازهای متحول سریع جامعه جهانی را تأمین نماید. اما، در حال حاضر تمایل جهت مدون ساختن قواعد بین الملل وجود دارد که هدف آن مشخص تر ساختن قواعد حقوق بین الملل عمومی است.

^۱. تفصیل این اصل در فصل اول، مبحث سوم، الف خواهد آمد.

^۲. به عنوان مثال، اتحاد جماهیر شوروی در مورد امتناع از کمک به سازمان ملل متحد جهت فعالیت‌های حفظ صلح، یا ایالات متحده آمریکا در مورد عملیات ایشان علیه ویتنام و کیوبا (Shaw, p. 8 with further references).

در جریان قرن بیستم، در اثر جهانی شدن و افزایش آگاهی نسبت به مخصصات مسلحانه در سراسر جهان، ساحت حقوق بین الملل عمومی توسعه یافته است و این فرایند در حال حاضر در حال انکشاف است. نهادهای جدید ایجاد می شوند و ساحات جدید شامل هنجارهای بین المللی می شوند. برخی از این نهادها و ساحات در این رهنمود مطالعه خواهند شد.

در نهایت، باید به خاطر داشت که مفهوم حقوق بین الملل خصوصی که معمولاً «تعارض قوانین» (Conflict of law) نامیده می شود متفاوت است. حقوق بین الملل خصوصی مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به تعارض محاکم و تعارض قوانین را حل و فصل می نماید و جزء حقوق داخلی دولت ها تلقی می شود که موضوع مورد بحث این کتاب نیست. عبارت «حقوق بین الملل» در این رهنمود به معنی «حقوق بین الملل عمومی» است.

مبحث دوم: سیر تاریخی حقوق بین الملل عمومی

اصول کلی حقوق که رابطه حقوقی نهادهای بین المللی را تنظیم می نمایند، در جهان از گذشته های دور وجود داشته اند. قدیمی ترین معاهده بین المللی ظاهراً در حدود ۴۰۰۰ سال قبل در میسوپوتامیا (Mesopotamia) سابق منعقد شده است که مرزها میان دو دولت - شهر لیگا (Legah) و اما (Umma) را معین نموده است. سپس، معاهده مشهور دیگر ۱۰۰۰ سال قبل میان رامسیس دوم مصر و پادشاه هیتیتیسی (Hittites) منعقد شده است. هدف این معاهده تضمین صلح دائمی و برادری میان طرفین عضو بود. به تعقیب این ها، توافقات دیگری نیز صورت گرفت که خصوصاً روابط میان رقبای قدرت را در خاور میانه تنظیم می نمود. با آنکه توسعه حقوق بین الملل در سطح بین الملل منسجم نبوده، شبکه های دویا چندین ملیتی باوجود این، تقریباً در هر فرهنگی ایجاد شد. بخش های بعدی سیر تاریخی حقوق بین الملل را به خصوص در جهان اسلام و اروپا برجسته می نماید تا اینکه در نیمه قرن بیستم دوره جدید حقوق بین الملل شروع می شود.

الف) سیر تاریخی حقوق بین الملل در جهان اسلام

قدیمی ترین سند که روابط میان دولت ها را در جهان اسلام مورد خطاب قرار می دهد «پیمان مدینه» است که توسط پیامبر (ص) در قرن هفتم اعلام شد. این پیمان مدینه را منحیث یک دولت - شهر اعلام کرد و تصریح کرد که تمام طرفین پیمان منحیث یک ملت هستند. در ده های بعد، این پیمان موجب وحدت جزیرت العرب (Arabian Peninsula) و ظهور ممالک اسلامی بیشتر در منطقی ای که از جزیره ایبری در غرب شروع و به سرحدات چین در شرق می رسید، شد. قواعدی که روابط بین دولت ها را تنظیم می نمود از قرآن کریم توسط دانشمندان اسلامی اقتباس شد. حقوق بین الملل اسلامی از مفهوم «دارالاسلام» و «دارالکفر» گرفته شد. دولت ها رسماً در صلح به سر می بردند با تلقی شدن دولت های اسلامی منحیث

۲. این منطقه در میان سوریه و عراق بادریاهای (Euphrat) و (Tigris) درپهلوی سرحد ایران موقعیت داشته است.

«دارالصلح» زیرا حقوق اسلامی صرف در محدوده سرحدات دارالاسلام قابل تطبیق بود. شخصی که در دارالحرب زندگی می کرد، این شخص حربی از حقوق و تکالیف محروم بود اعم از اینکه این شخص مسلمان و یا غیر مسلمان بود. بنابراین، مسلمانانی که دارالاسلام را ترک می نمودند این خطر را می پذیرفتند که در مملکتی بدون حمایت قانونی حقوق اسلامی، زندگی کنند. براساس حقوق اسلامی، حمایت حقوقی در دارالحرب صرف می تواند از توافق سیاسی میان دولت غیر اسلامی و اسلامی و یا از توافق بین مسلمانان و غیر مسلمانان ناشی شود. قطع نظر از اینکه چه قانون الزام آور در آن مملکت وجود خواهد داشت.

غیر مسلمانانی که در دارالاسلام زندگی می کردند می توانستند از حمایت قانونی طبق حقوق اسلامی برخوردار شوند. چنین اشخاص «ذمی» یاد می شدند. علی الرغم این، صرف رئیس دولت اسلامی و یا شخصی با صلاحیت می توانست چنین حمایت را تأمین نماید. در برابر دریافت مقدار معین از تفس، ذمی از حقوق و امتیازات مسلمین مستفید می شد. باوجوداین، قواعد حقوق اسلامی باید [توسط ذمی] رعایت می شد. گذشته از ذمی ها، غیر مسلمانان خارجی می توانستند، مطالبه اعطای مصونیت (امان) از دولت اسلامی نمایند. به عنوان مثال، تجارخارجی، دانشمندان و سفیران توسط رهبر دولت اسلامی و یا نماینده با صلاحیت او «امان» داده می شدند. برخلاف مفهوم عقد ذمه، «امان» صرف به صورت مؤقت و غالباً برای مدت یک سال بود. عقد امان بر اساس توافق انفرادی میان یک شخص مدنی و نماینده با صلاحیت دولت اسلامی صورت می پذیرفت. در روشنایی مفهوم مشابه، صلح می توانست میان رئیس دولت غیر اسلامی و رئیس دولت اسلامی برقرار شود. برخی مفاهیم حقوق بین الملل اسلامی، شبیه اصول اخیر حقوق بین المللی عرفی، مانند: مفهوم «اصل وفای به عهده» (Pacta sunt servanda)، منع تابعیت دوگانه، و یا مصونیت سفرای خارجی است. برعلاوه، حقوق بین الملل اسلامی دریاها قابل مقایسه با حقوق بین الملل عرفی دریاها مانند: اصل بیرق کشتی ها، است.

به صورت کل، توسعه حقوق بین الملل اسلامی عمدتاً از طریق روابط دیپلماتیک و انعقاد معاهدات بین المللی، عمدتاً صلح و تجارت صورت می پذیرفت. بعد از اضمحلال امپراطوری عثمانی و جنگ جهانی اول، نظریه دارالاسلام اسلامی اهمیت خود را از دست داده و به آهستگی مبدل به مفهوم دولت-ملت های اروپایی شد. باآنکه تعداد زیادی روشنفکران مسلمان مفهوم ملی گرایی را رشد دادند؛ مفهوم سنتی همبستگی میان ممالک عربی اسلامی به صورت کامل ترک نشد و منجر به تشکیل سازمانهای بین الحکومتی اسلامی، مانند اتحادیه دولت های عربی شد. در دوره بعد از جنگ جهانی دوم، مفهوم دارالحرب توسط برخی فقهای برجسته مسلمان غیر قابل اجراء اعلام شد. این پیشرفت متأثر است از تحولات اخیری که در صحنه بین المللی به وقوع پیوسته است، مانند تشکیل سازمان های بین الملل از قبیل سازمان ملل متحد، الغای استعمارگرایی که منتهی به استقلال تمام دولت ها و انکشاف خودمختاری و حمایت

^۴ . از آن جمله است شیخ محمود شلتوت، رئیس سابق پوهنتون (دانشگاه الازهر) قاهره، محمد ابو زهره، استاد فاکولته حقوق در دانشگاه قاهره و وهبت الزحیلی، عضو کمیته حقوق اسلامی سازمان کنفرانس اسلامی.

حقوق بشر، شد. براساس نظر دانشمندان اسلامی، این انکشاف روابط بین الملل را به هر حال به نحوی تغییر داده است که دیگر جنگ و شکست هدف عمده نیست، مگر صلح و دوستی در میان ملت ها. نتیجتاً، تا جایی که آزادی مذهبی و بی طرفی در مورد دین اسلام توسط دولت های دیگر فراهم شود، مفهوم دارالحرب دیگر نمی تواند تداوم داشته باشد.

ب) سیر تاریخی حقوق بین الملل در اروپا

ریشه های حقوق بین الملل در اروپا بر می گردد به یونان قدیم. از یکطرف، این تحلیل فلسفی، علمی و سیاسی یونانی ها بود که تفکر اروپایی را در طی قرن ها تحت تأثیر قرار داد و از طرف دیگر، این طریقی بود که دولت-شهر های یونان به همدیگر ارتباط برقرار می کردند. این ارتباطات بر مبنای معاهدات بود که دولت ها را با همدیگر در شبکه تجارتي و سیاسی پیوند می داد. علی الرغم این، مانند دارالاسلام این معاهدات میان دولت ها و حقوقی که اعطاء می شد، صرف در محدوده آن شبکه قابل تطبیق بود. بنابراین، اساس جامعه که در حقوق بین الملل معاصر وجود دارد، نمی تواند به یونانی های قدیم نسبت داده شود.

امپراطوری روم با پذیرش فرهنگ یونانی ها از یونانی های قدیم پیشرفته تر شدند. رومی ها با هوش خوب حقوقی، مفهوم (Ius civil) (حقوق مدنی) را ایجاد کردند که مخصوص اتباع رومی بود. چون (Ius civil) خارج از امپراطوری روم قابل تطبیق نبود، رومی ها (Ius gentium) (حقوق ملل) را که روابط میان خارجی ها و اتباع غیر رومی و رومی را تنظیم می نمود، ایجاد نمودند.

بنابراین، (Ius gentium) از نظر جهانی قابل تطبیق تلقی می شد با آنکه تا آن زمان حقوق ملی رومی ها باقی ماند. مفهوم دیگری که رومی ها از یونانی ها اقتباس کردند، فلسفه حقوق طبیعی بود که ریشه آن خرد بشر بود و بنابراین نمی توانست توسط هیچ مقام دولتی و یا گروه محدود شود. امروزه، مفهوم جهانی برخی حقوق بخشی مهمی حقوق بین الملل را تشکیل می دهد به خصوص در مورد معیارهای حمایت شده جهانی حقوق بشر. باوجود این، رابطه و سلسله مراتب میان (Ius gentium) و حقوق طبیعی هیچگاه توسط دانشمندان رومی تعریف نشد. پس از سقوط امپراطوری روم، قرون وسطی فرا رسید که در جریان آن کلیسای مسیحی قدرت عمده داشت و در قانون کلیسا درج شد که بر همه مردم در اروپا قابل تطبیق بود.

گذشته از این، در این مدت، قوانین تجارتي و دریایی تدوین شد که مجموعه قوانین و عملکرد واحد را تشکیل داد. این قوانین، مورد پذیرش بین المللی دولت های اروپایی قرار گرفت و در نتیجه فامیل حقوق بین الملل را تشکیل داد. مفاهیم مختلف از این تحرک فلسفی ناشی شد، مانند: دیپلوماسی، سیاست، نظریه تعادل قدرت و یا اجتماع دولت ها. نظریه دولت های مستقل نیز، چنانچه امروزه آن را می دانیم، در این دوره ایجاد شد. اما، نظام دولت جدید، در معاهده صلح ویستفالی ۱۶۴۸ بنا نهاده شد.

گامی مهم بعدی در توسعه حقوق بین الملل، گنگره وینا بود که باعث ختم جنگ های ناپلونی که موجب ویرانی اروپا برای مدت بیشتر از دو دهه گردیده بود. در جریان گنگره، نظم نوین حقوق بین الملل در قاره اروپا براساس تعادل قدرت ایجاد شد. دیموکراسی (مردم سالاری) و ملیت گرایی در جریان قرن نوزدهم افزایش یافت که روابط بین الملل را تحت الشعاع قرار داد. علاوه براین، انقلاب صنعتی نیز تأثیر به سزایی داشت. نهادهای جدید خصوصی، عامه و بین المللی در سراسر قاره اروپا ایجاد شد که روابط آنها باید توسط حقوق بین الملل تنظیم می شد. کنفرانس های اروپایی متعدد دیگر بعد از گنگره وینا به توسعه بیشتر حقوق بین الملل کمک کرد که موجب ایجاد شاخه های جدید در چهارچوب حقوق بین الملل شد. به عنوان مثال، ایجاد کمیته بین المللی صلیب سرخ و پیش نویس ابتدایی کنوانسیون ژنو ناشی از آن که سعی بر تنظیم رفتار و نحوه جنگ داشت.

اولین محکمه واقعی که عبارت از محکمه بین الملل دائمی داوری است در آغاز قرن بیستم ایجاد شد. باوجوداین، حقوق بین الملل در آن دوره، عمدتاً متأثر از نظریات پوزیتویست ها (اثبات گرایان) بود که قانون را منحیث دستوری که از طرف شخص با صلاحیت بدون مراجعه به اخلاق صادر می شد، تلقی می کردند. بعد از اینکه این نظر به ساحت حقوق بین الملل منتقل شد، این نظریه منتهی به ایجاد این نظر شد که: نظام حقوق بین الملل وابسته به اراده دولت های مستقل است.

نیمه اول قرن بیستم با دو جنگ جهانی مواجه شد که عمدتاً موجب توسعه بیشتر حقوق بین الملل شد. بعد از جنگ جهانی اول، جامعه ملل (League of nations) ایجاد شد. اما، در اثر عدم موجودیت ایالات متحده آمریکا و اتحاد جماهیر شوروی، دو قدرت بزرگ جهانی در آن زمان، این سازمان از زمان ایجاد مواجه به ناکامی شد. صرف بعد از ستمگری های جنگ جهانی دوم (که موجب قتل تقریباً ۵۵ میلیون انسان شد)، جامعه جهانی آماده ایجاد نهاد بین الملل وسیع شد. سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵ ایجاد شد و جامعه ملل از بین رفت.

ج) حقوق بین الملل معاصر

از اواسط قرن بیستم، پیشرفت های تکنالوژیکی و سیاسی موجب ایجاد چالش های جدید برای چهارچوب حقوق بین الملل شده است. ازدیاد سلاح های هسته ای و تروریسم بین المللی تاکنون تهدید های ناشناخته برای جامعه بین المللی است. جستجو و استفاده از عمق دریا ها (Deep sea) و فضای خارج از هوا و جو زمین (Outer space) و همچنین ظهور دولت های جدید در اثر اضمحلال اتحاد جماهیر شوروی و ختم استعمارگرایی ساحت تطبیق حقوق بین الملل را وسعت بخشیده است. علاوه بر این، اساس تطبیق حقوق بین الملل معاصر نیز توسعه یافته است و افراد جدید، گروه های و سازمان های بین المللی دارای ماهیت عامه و خصوصی را در بر می گیرد. در اثر گذشت زمان، خصوصیت ابتدایی اروپایی حقوق بین الملل از بین رفته و تحت تأثیر فرهنگ های جدید و ابر قدرت های جدید مانند هند و چین قرار گرفته است که مارکیت های جهانی را تسخیر کرده اند.

تابعین و موضوعات مورد بحث اصلی حقوق بین الملل نیز در طی ۶۰ سال اخیر تغییر کرده اند. علاوه بر دولت های مستقل، سازمان های بین المللی اهمیت بیشتر در صحنه بین المللی کسب کرده اند و حقوق و تکالیف فرد توسط معاهدات بین المللی جدید تقویت شده است. محاکم بین المللی که از جنگ جهانی دوم به این طرف ایجاد شده اند، دوره جدید مسئولیت فردی را براساس حقوق جزای بین الملل اعلام کرده اند. چون جامعه بین المللی احتمالاً در ده های بعدی با تحولات بیشتر اجتماعی و اقتصادی مواجه خواهد شد، حقوق بین الملل به توسعه خویش ادامه خواهد داد تا چالش های جدید را که از این انکشافات ناشی می شود، مورد رسیدگی قرار دهد.

مبحث سوم: منابع حقوق بین الملل

حقوق هیچگاه از نظام ثابتی برخوردار نیست و به صورت دوامدار مورد تعدیل قرار می گیرد. چنین پروسه ها اساس توسعه بیشتر و با ایجاد قوانین جدید را ایجاد می نماید که منابع حقوق نامیده می شود. به طور مثال، در افغانستان، منابع حقوق عبارت اند از: شریعت، قانون اساسی، قوانین عادی، معاهدات بین المللی که افغانستان به آنها ملحق شده است و مقررات اداری.

چون حقوق بین الملل فاقد نهادهای شناخته شده جهانی تقنینی، اجرایی و قضایی است، تعیین منابع آن مشکل به نظر می رسد. طبق نظر غالب، ماده ۳۸ (۱) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت واضح ترین و معتبر ترین بیان در مورد منابع حقوق بین الملل است: «۱. به موجب این بند، محکمه به منظور حل و فصل اختلافات موازین زیر را اجرا خواهد نمود:

الف) معاهدات بین المللی که مؤجد قواعد حقوقی است و از سوی طرف های درگیر در اختلاف صریحاً مورد پذیرش قرار گرفته است،

ب) عرف بین المللی که حاکی از رویه ای عمومی است و به عنوان قاعده ای حقوقی پذیرفته شده است،

ج) اصول کلی حقوق پذیرفته شده از سوی ملل متمدن؛ و بالآخره

د) تصامیم قضایی و تألیفات برجسته ترین صاحب نظران حقوقی ملل مختلف، به عنوان ابزار فرعی تشخیص قواعد حقوقی.»

به طور کلی، نص این ماده، صرف محکمه بین المللی عدالت را در مورد این سؤال که در حل و فصل قضایا میان طرفین کدام قانون را تطبیق نماید، مخاطب قرار می دهد. اما، چون تمام دولت های که تا کنون اساسنامه سازمان ملل متحد را تصویب کرده اند، عضو اساسنامه محکمه بین المللی عدالت نیز تلقی می گردند، نص این ماده به صورت جهانی مدار اعتبار است و منابع حقوق بین الملل را معین می نماید؟

بنابراین، منابع حقوق بین الملل قرار آتی است:

- معاهدات بین المللی؛

- عرف بین المللی؛
- اصول عمومی حقوق؛ و
- منعیث منبع فرعی، تصامیم محاکم بین المللی و نظریه دانشمندان حقوق (دکترین).

الف) معاهدات بین المللی^۶

کنوانسیون های بین المللی و یا معاهدات توافق میان دولت های مختلف و یا دولت ها و سایر تابعین حقوق بین المللی که طبق حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده اند می باشد که یک جنبه روابط بین المللی را در بر می گیرد و از نظر حقوقی بر طرفین الزام آور هستند. معاهدات می توانند دوجانبه باشند؛ به این معنی که: معاهده میان دو عضو (دولت) منعقد شده باشد و چندین جانبه؛ به این معنی که: میان بیشتر از دو دولت منعقد شده باشد. زمانی که معاهده نافذ شود، موجب ایجاد تعهدات و اعطای حقوق برای طرفینی که عضو آن هستند، می شود. ماهیت الزام آور (اجباری) معاهدات بین المللی می تواند از اصل عرفی بین المللی (Pacta sunt servanda) (اصل وفا به عهد) استنباط شود که قدیمی ترین اصل حقوق بین الملل به نظر می رسد. این اصل تصریح می نماید که زمانی یک معاهده منعقد شود، و این معاهده مورد پذیرش یک دولت دیگر قرار بگیرد، بر آن دولت الزام آور است. در مورد معاهدات بین الملل این اصل تضمین می نماید که یک معاهده بین المللی زمانی که توسط یک دولت تصویب شود، بر آن دولت الزام آور است. هر معاهده بین المللی به این اصل، اتکاء می نماید که شامل این فرض نیز می شود که طرفین معاهده تعهدات خویش را با حسن نیت انجام می دهند. معاهدات به دو دسته تقسیم می شوند: معاهدات قانون ساز (Law making treaties) که به صورت جهانی و کلی الزام آور است و معاهدات قرارداد (Contract treaties) که صرف بر طرفین الزام آور است. معاهدات قانون ساز شامل ادراک دولت ها در مورد مسایل معین حقوق بین الملل می شود و یا این معاهدات قواعد جدید رفتار بین الملل در وضعیت معین را ایجاد می نمایند. برای اینکه یک معاهده، معاهده قانون ساز پنداشته شود، تعداد کثیری از دولت ها باید در مورد اجرای آن موافقت نمایند. بعضی اوقات، این معاهدات تدوین وضعیت

^۶. در این مبحث صرف معلومات کلی در مورد کنوانسیون های بین المللی ارائه می شود. حقوق معاهدات بین الملل که احکام مربوط به شکلیات توافقات بین المللی را تنظیم می نماید، در فصل پنجم مورد بحث قرار خواهد گرفت.

^۷. کلمات «کنوانسیون» و «معاهده» می توانند مترادف همدیگر استعمال شوند. نام های دیگر برای ترتیبات بین المللی عبارت اند از: موافقت نامه (Agreement)، پیمان (Pact)، سند عمومی (General act)، منشور (Charter)، اساسنامه (Statute)، اعلامیه (Declaration) و میثاق (Covenant).

^۸. مسأله اسناد های حقوقی غیر الزام آور بعداً تشریح خواهد شد.

^۹Shaw, p. 904.

چنانچه قبلاً به آن اشاره شد، مفهوم «وفای به عهد» (Pacta sunt servanda) در حقوق اسلامی بین الملل نیز شناخته شده است که در گذشته ها استعمال شده است.

حقوقی قبلی و در نتیجه قواعد عرفی را تشکیل می دهند. برعکس، معاهدات قرارداد فاقد ضمانت اجرایی جهانی است. باوجوداین، این معاهدات می توانند نسبت به دولت های غیر عضو تعهدات ایجاد نمایند؛ یعنی: زمانی که این معاهدات حقوق بین الملل عرفی را بازتاب دهند. علاوه بر این، دولت های غیر عضو یک معاهده، می توانند برخی احکام یک معاهده قرارداد را منحصراً حقوق عرفی به رسمیت بشناسند و در نتیجه آن را بالای خود الزام آور بدانند. همچنین، قواعد جدید عرفی می توانند براساس اصل «اعتقاد به الزامی بودن قواعد حقوقی» (Opinio juris) استخراج شوند. باوجوداین، با آنکه نص یک معاهده یک قاعده حقوق عرفی را انعکاس دهد و در نتیجه به صورت جهانی مدار اعتبار قرار بگیرد و قاعده عرفی دیگر وجود نداشته باشد، می تواند یکسان با نص معاهده باقی می ماند.^{۱۱}

از طرف دیگر، معاهده قرارداد نمی تواند قواعد عرفی را ایجاد نماید، زیرا این معاهده صرف توسط تعداد اندک دولت های عضو در مورد موضوع معین اجراء می شود. علی الرغم این، این معاهدات می توانند منحصراً وسیله برای اثبات حقوق تعاملی مورد استفاده قرار بگیرند؛ به این توضیح که: هنگامی که چندین معاهده قرارداد حاوی نص واحد باشند، این امر می تواند وجود این حکم را در حقوق بین الملل عرفی به اثبات برساند.

ب) عرف و عادات بین المللی

ظاهراً، حقوق عرفی برای نظام های حقوق ملی بیگانه نیست و تاکنون تأثیر به سزایی بر نظام حقوقی افغانستان دارد. به صورت مختصر، حقوق عرفی مجموعه قواعد رفتاری است که بیان می نمایند چه اموری در یک جامعه مجاز و چه اموری غیر مجاز است. معمولاً، این قواعد مدون نیستند، اما در اثر تطبیق متداوم برای مدت مدید، مشروعیت حاصل نموده اند. به رسمیت شناخته شدن حقوق بین الملل عرفی منحصراً منبع حقوق بین الملل بیش از این میان دانشمندان حقوق بین الملل بدون چون و چرا نیست. یکی از دلایل عدم پذیرش عرف و عادات منحصراً منبع حقوق بین الملل این واقعیت است که توسعه حقوق عرفی نسبتاً آهسته است و بنابراین نمی تواند دیگر جوابگوی نیازهای سریع الظهور حقوق بین الملل در ۶۰ سال اخیر باشد. بنابراین، نقش حقوق عرفی با توجه به رشد جامعه بین المللی و در نتیجه افزایش فرهنگ های مختلف و اوضاع و احوال سیاسی احتمالاً کم اهمیت تر می گردد.

از طرف دیگر، حقوق عرفی بازتاب دهنده خصوصیت کل جامعه بین المللی است و بنابراین قواعد آن در رابطه به توسعه حقوق نباید دست کم گرفته شود. حقوق عرفی بر همه دولت ها بدون ضرورت به عملکرد بیشتر دولت ها، الزام آور است. باوجوداین، البته هر عرفی که توسط یک جامعه پیروی شود، نمی تواند منحصراً حقوق بین الملل عرفی شناخته شود. بنابراین، باید محتاطانه ثابت شود که کدام قاعده در

^{۱۱}. جهت درک مفهوم (Opinio juris) عبارت ذیل را مطالعه نمایید.

^{۱۱}Shaw, p. 96 with reference to the ICJ Nicaragua case.

واقع به حدی که ضرورت است، برسد تا حقوق عرفی محسوب شود. اساساً دو رکن موجودیت حقوق عرفی را به اثبات می رساند:

۱) رکن مادی:

رفتار تکراری دولت ها و عمل دولت که (Diuturnitas) نامیده می شود.

۲) رکن معنوی: عقیده مبنی بر اینکه چنین رفتار مربوط به تعهد حقوقی است که

(Opinio juris sive necessitis) نامیده می شود. بنابراین، به منظور اثبات موجودیت قاعده

عرفی، باید عملکرد دولت و اعتقاد به الزامی بودن قاعده (Opinio juris) را در مورد این قاعده تحلیل

نمود:

۱- عملکرد دولت

رفتار دولت معین در عمل می تواند از اعمال اداری، تقنینی، تصامیم محاکم و فعالیت های دولت در صحنه بین المللی در مورد انعقاد معاهدات بین المللی استنباط شود.^{۱۲} عمل دولت وابسته به چهار عنصر؛ یعنی: مدت، یک شکل بودن، تکرار و عمومیت قاعده عرفی است. عنصر مدت در حقوق بین الملل عمومی معین نشده است. همچنین، مدتی که برای ایجاد قاعده عرفی کافی است، منوط به اوضاع و احوال مربوط قضیه و طبیعت عرف است. به حیث مثال، در این اواخر، توسعه حقوق عرفی در رابطه به حقوق هوایی یا فضایی به سرعت بیشتر در اثر انکشاف سریع تکنالوژی صورت پذیرفت. در قضیه «فلات قاره دریای شمال» محکمه بین المللی عدالت تصریح نمود که: «هرچند عملی که برای یک مدت زمان کوتاه جریان داشته، لزوماً و به خودی خود مانعی برای شکل گیری یک قاعده جدید حقوق بین الملل عرفی نیست، اما لازم است که در این مدت زمان، هر قدر که کوتاه باشد، طرز عمل عمومی کشورها، خصوصاً کشور های ذینفع، متواتر و عملاً «یک شکل» باشد.»^{۱۳}

در مورد عنصر یک شکل بودن، محکمه بین المللی عدالت در قضیه پناهندگی (Asylum) تصریح کرد که یک قاعده باید: «بر اساس استفاده متداوم و یک شکل دولت های مورد خطاب.»^{۱۴} باشد تا به حقوق عرفی تبدیل شود. عملکرد یک شکل دولت ها بنابراین باید «فراگیر و یک شکل باشد.»^{۱۵}

نسبت به هنجار معین «یک شکل بودن شدید» مطلق ضروری نیست.^{۱۶} همچنین، محکمه بین المللی عدالت در قضیه «فلات قاره دریای شمال» اعلام کرد که عمل دولت های متضرر باید منطبق با چنین قواعد باشد.^{۱۷}

¹ Shaw p. 82.

²

¹ Treves "Customary Int. Law" ref. 25 in: MPEPIL, 2006.

¹ Asylum- case, ICJ Reports, ¶950, p. 266; 276-7.

¹ North Sea Continental Shelf, ICJ Reports, 1965, p. 43, 41.

¹ Nicaragua vs. USA, ICJ Reports, 1986, p. 14.

¹ G. A. Res. 217A(III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

عملکرد دولت در این مفهوم مستلزم عملکرد جهانی نیست مگر ممالکی که منافع آنها به صورت خاص متأثر شده است. به عنوان مثال، به رسمیت شناختن یک قاعده در مورد حقوق بحری منحصراً قاعده عرفی، منوط بر عملکرد مشابه قدرت های بحری عمده، دولت های عمده ساحلی، و یا دولت های عمده ماهیگیر است. در حالی که، رفتار ممالک کمتر دخیل، مانع چنین تصمیم نمی شود. ارگان مربوط عملکرد دولت قوه اجرائیه، مقننه و قضائیه است. در ارزیابی عملکرد، موقف ارگان ذیربط دولت مهم است. بیانیه های رؤسای دولت و یا حکومت و یا وزرای امور خارجه و یا عدلیه، به حیث مثال می تواند دارای وزنه عالی باشد.

۲- اعتقاد به الزامی بودن قواعد حقوقی (Opinio juris)

گذشته از موجودیت عملکرد معین، دولت ها باید معتقد باشند که مکلف اند به نحو معین عمل نمایند. محکمه بین المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا تصریح نمود که ایجاد یک قاعده عرفی جدید مستلزم عمل نمودن «عملکرد معین به حد معین» و «با اعتقاد به الزامی بودن قاعده همراه باشد». محکمه بیشتر شرح داد که «ممالک باید طوری رفتار نموده باشند که عملکرد آنها مثبت عقیده باشد که این عملکرد به صورت اجباری توسط قاعده که مقتضی آن است، اجراء شده است».^{۱۸}

عقیده مبنی بر اجباری بودن هنجار مربوطه بنابراین عنصر معنوی حقوق بین الملل عرفی را تشکیل می دهد. با وجود این، سؤالی که در مورد عنصر معنوی مطرح می شود این است که چگونه حقوق عرفی جدید می تواند ظهور نماید، زیرا این فرایند (پروسه) ایجاب عمل مخالف و یا متفاوت با وضعیت فعلی حقوقی را می نماید. پروسه با رفتار معین چندین دولت آغاز می شود، زیرا آنها عقیده دارند این رفتار اجباری بوده است. اگر سایر دولت ها این گونه رفتار را بپذیرند و حتی از آن تقلید نمایند، قاعده عرفی قدیم یا تعدیل می شود و یا قاعده جدید عرفی ایجاد می شود. البته، رفتار های متفاوت نباید دارای انگیزه های خالص سیاسی و یا اخلاقی باشد، بلکه عملکرد حقوقی را مطابق حقوق بین الملل ایجاد نماید. اگر اکثریت ممالک رفتار جدید را رد نمایند، قاعده پیشنهاد شده از بین می رود و قاعده قبلی حقوق بین المللی عرفی توسط عملکرد دولت و پذیرش عمومی تقویت می شود. در نهایت، طرز العمل کامل و تصمیم مبنی بر اینکه کدام قاعده می تواند به حقوق عرفی مبدل شود، می تواند کاملاً مغلق باشد. برای اثبات موجود «اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی» می توان به عملکرد سازمان های بین المللی به خصوص سازمان ملل متحد استناد کرد. از همین رو، محکمه بین المللی عدالت در برخی موارد به تصامیم مجمع عمومی سازمان ملل متحد استناد و بر محتویات و شرایط پذیرش تصامیم استناد می نماید. مدرک بیشتر وجود «اعتقاد به الزامی بودن قاعده حقوقی» می تواند معاهدات مهم بین المللی و یا کار کمیسیون حقوق بین الملل^{۱۹} باشد.

¹ Nicaragua case, ICJ Reports, 1986, pp. 108 - 9, citing North Sea Continental Shelf case, ICJ Reports 1969, p. 44

¹ International law commission.

۳- موافقت و رد قواعد عرفی

محکمه بین المللی عدالت موافقت (Acquiescence) را «معادل به رسمیت شناختن ضمنی که توسط عمل یکجانبه آشکار می شود» تعریف کرده است که می تواند توسط جانب مقابل منحصراً رضایت تفسیر شود. این [تفسیر] براساس اصل های حسن نیت و برابری است.^{۲۰}

به صورت عموم، اگر دولت ها نسبت به رفتار دولت دیگر بدون هیچ اعتراضی موافقت نمایند، این رفتار مشروع و قبول شده فرض می شود. برخی دانشمندان حقوق بین الملل به این عقیده اند که: فقدان اعتراض علیه عملی، بیانگر موافقت است و بنابراین موافقت منتهی به رضایت می شود. در نتیجه، جهت اختتام بخشیدن به پروسه حقوقی شدن یک قاعده جدید، اعتراض صریح ضروری است. با وجود این، دلایل مختلفی وجود دارند مبنی بر اینکه چرا دولت ها علیه اعمال دولت های دیگر اعتراض نمی کنند: اولاً: عدم اعتراض می تواند اهداف سیاسی و دیپلماتیک داشته باشد؛ ثانیاً: از دولت ها توقع برده نمی شود تا علیه هر رفتار دولت های دیگر عکس العمل نشان دهند مگر اینکه این رفتار به منافع آنها صدمه وارد نماید. همچنین، باید میان موافقت نسبت به قاعده ایجاد شده و به عنوان مثال در ساحه حقوق فضایی و موافقت نسبت به قاعده که از حقوق عرفی قبلی ناشی شده است تفکیک قایل شد. در مورد قاعده ای که جدیداً ایجاد شده است دولت ها به سادگی موافقت می نمایند. موافقت در مورد قاعده دومی اندکی مشکل است. به طور کلی، دولتی که شدیداً با یک قاعده عرفی مخالفت می نماید، ملتزم به رعایت آن نیست. اما، مشکل زمانی ایجاد می شود که یک یا چند دولت یک قاعده قبلی عرفی را ترک و ممالک دیگر به آن موافقت می نمایند و یا هیچگاه عکس العملی در مورد آن نشان نمی دهند. در چنین حالات، وضعیت قاعده عرفی اصلی و تعدیل کننده مبهم باقی می ماند.^{۲۱}

به عنوان مثال، اگر یک قاعده با قاعده قبلی متناقض باشد، اما با وجود این، توسط اکثریت دولت ها مورد قبول واقع شود، اعتراض چند دولت محدود موجب به رسمیت نشناخته شدن قاعده جدید منحصراً قاعده عرفی بین المللی نمی شود. آن دولت های که هیچ نوع عکس العملی نشان نداده اند، به تقویت نسبی آن کمک می نمایند تا رد آن. نتیجتاً، موافقت منجر به توسعه قاعده عرفی حقوقی جدید می شود. اما، اعتراض مستمر دولت های مخالف می تواند موجب ایجاد استثنای به رسمیت شناخته شده نسبت به قاعده جدید شود که این امر بستگی به اوضاع و احوال معین، به خصوص افکار جامعه بین المللی دارد. بنابراین، رفتار مخالف نسبت به یک قاعده می تواند آغاز ایجاد قاعده باشد. اگر این رفتار توسط دولت های دیگر نیز تأیید شود. در چنین حالات، قاعده قدیمی از بین می رود. با وجود این، این انتقال زمانی را در بر می گیرد که در جریان آن هر دو عرف وجود می داشته باشند تا اینکه یکی از آنها در نهایت مورد قبول واقع شود.^{۲۲}

² Gulf of Maine case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 305.

² Shaw, p. 90.

² Ibid, p. 91.

دولت های جدید معمولاً مجموع حقوق بین الملل^{۲۳} و تمام عرف ها را که در زمان ایجاد این دولت ها به رسمیت شناخته شده، قبول می نمایند.

ج) اصول کلی حقوق

گاهی ممکن است قاضی به قضیه مواجه شود که در مورد آن حکمی در قانون وجود نداشته باشد. مسأله خلالی قانونی می تواند هم در حقوق ملی و هم در حقوق بین المللی وجود داشته باشد.^{۲۴} چون حقوق بین الملل نسبتاً رشد کافی نکرده است، برخی باخلافی قانونی متعدد بدون ارایه روشی که چگونه اوضاع جدید را تنظیم نمود، مواجه است. در نتیجه، ماده ۳۸ (۱) (ج) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت «اصول کلی حقوق که توسط ملت های متمدن به رسمیت شناخته شده است» را منحصراً منبع حقوق پیش بین می نماید.^{۲۵} اصول کلی حقوق در صورت خلالی قانونی در چهارچوب حقوق بین الملل اجراء می شود.

متأسفانه، عبارت «اصول کلی» تعریف نشده است. بنابراین، دو نظریه مختلف در مورد اصول کلی توسط دانشمندان حقوق بین الملل ارایه شده است: طبق یک نظر، اصول کلی، مفهوم حقوق طبیعی را در بر می گیرد که مفهوم بنیادی حقوق بین الملل محسوب می شود. نظر مخالف، اصول کلی را منحصراً یکی از تقسیمات فرعی حقوق معاهدات و عرفی که نمی تواند معرف امر جدید باشد مگر اینکه براساس رضایت دولت ها منعکس شده باشند می داند. به منظور پیدا کردن راه میانه، اکثریت دانشمندان آن اصول را که در تضامیم محکمه دایمی بین المللی عدالت^{۲۶} و محکمه بین الملل عدالت به آنها اشاره شده است منحصراً اصول کلی حقوق بین الملل قبول می نمایند. برخی از این اصول وسیعاً از مفاهیم شناخته شده حقوق ملی گرفته شده اند، مانند:

۱) هر تخلفی که منجر به تکلیف پرداخت جبران خسارت شود، جبران خسارت باید متناسب به ضرری باشد که دولت متضرر متحمل شده است^{۲۷} و شامل جبران خسارت کامل ضرر واقعی

(*Damnum emergens*) و نیز نفعی از دست رفته است، می شود (*Lucrum cessans*).^{۲۸}

۲) نظر عدم دوام حقوق شخصی بعد از تغییر مقام.^{۲۹}

۳) قبول قرینه.^{۳۰}

^{۲۳} البته، یگانه استثناء در این مورد حق شرط در مورد معاهدات بین المللی است که در فصل حقوق معاهدات بالتفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

^{۲۴} قانون اساسی افغانستان به عنوان مثال در این گونه موارد فقه حنفی (ماده ۱۳۰ بند ۲) و در مسایل احوال شخصیه اهل تشیع، فقه اهل تشیع (ماده ۱۳۱) را قابل اجراء می داند.

^{۲۵} کلمه «متمدن» محل انتقاد قرار گرفته و امروزه نادیده گرفته می شود.

^{۲۶} محکمه دایمی بین المللی عدالت سلف (ماقبل) محکمه بین المللی عدالت بود.

^۲ *Chorzów Factory Case*, PCIJ, Series A, No. 17, 1928, p. 29.

^۲ *AMCO vs. Republic of Indonesia case*, 89 ILR, pp. 266, 504.

^۲ *German Settlers in Poland case*, PCIJ, Series B, No. 6, p. 36.

- ۴) به رسمیت شناختن مفهوم (Res judicata) که به این مفهوم است که فیصله در قضیه نهایی، الزام آور و بدون استیناف خواهی است.^{۳۱}
- ۵) اصل ممانعت (Estoppel) که به این مفهوم است که یک عضو که نسبت به وضعیت معین توافق کرده است، نمی تواند با آن مخالفت نماید.^{۳۲}
- ۶) اصل احترام به حقوق مکتسبه.^{۳۳}
- ۷) اصل وفای به عهد که قبلاً تذکر یافت.^{۳۴}
- ۸) اصل حسن نیت (Bona fide) که به معنی عمل نمودن با قصد صادق و بدون سوء استفاده غیر متناسب از جانب مقابل و یا عمل نمودن مطابق وعده است هرچند برخی شکلیات حقوقی انجام نشود. این اصل احتمالاً یکی از اصول بسیار مهم در حقوق بین الملل است. این اصل حتی در ماده ۲(۲) منشور سازمان ملل متحد و یا اعلامیه روابط دوستانه تصریح شده است.^{۳۵} باوجود این، این اصل صرف در مورد انجام تعهدات واقعی مدار اعتبار است.^{۳۶}
- ۹) اصل (Ex injuria ius non oritur) که دلالت می نماید که اعمال خلاف قانون نمی تواند حقوق را ایجاد نماید.

د) سایر منابع حقوق بین الملل

باآنکه رویه قضایی منبع فرعی حقوق تلقی می شود و ماده ۵۹ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت تصریح می نماید که تصامیم محاکم صرف در قضیه معین و نسبت به طرفین الزام آور است، اما تصامیم محاکم تأثیر به سزایی در توسعه حقوق بین الملل دارد. تصامیم قضایی سابق محکمه دایمی بین المللی عدالت معمولاً در دفاعیات فعلی در محکمه بین المللی عدالت توسط دولت های دخیل [درقضیه] و یا دانشمندان حقوق استفاده می شود. همچنین، در این رهنمود، به برخی آراء محاکم که موضوع مورد بحث مبحث بوده است، استفاده شده است. باوجود این، تصامیم گذشته، دایماً توسط قضات اصلاح می شوند و در برخی حالات، نظریه اصلی تعدیل و یا متروک می گردد.

منحیث منبع فرعی دیگر ماده ۳۸ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت اظهارات معروف ترین دانشمندان بین المللی را در این زمینه یاد آوری می نماید. در آغاز ظهور حقوق بین الملل، نوشته های دانشمندان مشهور سنگ بنای حقوق بین الملل بوده و اظهار نظر های آنها در ایجاد و محتویات نظام

³ Corfu Channel Case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 18.

³ Corfu Channel Case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 248, most recent: Genocide case, ICJ Reports, 2007, para. 113.

³ Temple case, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 23, 31 - 33.

³ AMCO vs. Republic of Indonesia case, 89 ILR, pp. 266, 496.

³ AMCO vs. Republic of Indonesia case, 89 ILR, pp. 266, 495 - 7.

³⁵ . قطعنامه ۲۶۲۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد (اعلامیه در مورد اصول حقوق بین الملل در مورد روابط دوستانه و

همکاری میان دولت ها مطابق منشور سازمان ملل متحد) ۱۹۷۰.

³ Cameroon vs. Nigeria, ICJ Reports, 1998, pp. 275, 304.

حقوقی فعلی خیلی تأثیر گذار بوده است. امروزه، نوشته های اکادمیک تا اندازه مؤثر است. به عوض، مفهوم اثبات گرایی و نظریه استقلال دولت، معاهدات و عرف را در موقف برجسته قرار داده است. باوجوداین، در برخی ساحات خاص جدید حقوق بین الملل، تاکنون برخی دانشمندان با تأثیر به سزا در توسعه قواعد جدید وجود دارد. بر علاوه تمام محاکم و محاکم داوری، دولت ها حین اقامه دعوی و همچنین سازمان ها حین تسوید یک معاهده بین المللی به نوشته های دانشمندان حقوق بین الملل استناد می کنند.

در مورد موقف قطعنامه های شورای امنیت سازمان ملل متحد و مجمع عمومی سازمان ملل متحد ابهام وجود دارد. شورای امنیت از یکطرف، دارای صلاحیت تصویب قطعنامه های را که بر تمام دولت های عضو سازمان ملل متحد الزام آور است، دارد (مواد ۲۴ و ۲۵ منشور سازمان ملل متحد). باآنکه این صلاحیت به صورت صریح به سازمان ملل متحد اعطاء نشده است، اما این نهاد برخی قطعنامه های بسیار مهم را تصویب و اعلامیه های را در این اواخر صادر نموده است که بر حقوق بین الملل تا اندازه تأثیر داشته است. امروزه، اسناد (ابزار) غیر الزام آور و یا احکام غیر الزام آور در یک معاهده بین المللی بسیار زیاد در جامعه بین المللی معروف شده است.

این نگرش فکری «قانون نرم» (Soft law) نامیده می شود. این نامگذاری می تواند گمراه کننده باشد، زیرا معاهده قانون نیست. باوجوداین، «قانون نرم» می تواند در سیاست بین المللی تأثیر داشته باشد. این اسناد معمولاً رهنمودها (Guidelines)، توصیه و سلوک عملکرد (Codes of practice) و معیارها (Standards) هستند. این اسناد می توانند از طریق معاهده بین المللی و یا اعلامیه منحیث حقوق عرفی، به قواعد حقوقی الزام آور تبدیل شوند.

به عنوان نکته اخیر، باید به کار های کمیسیون حقوق بین الملل توجه شود. کمیسیون حقوق بین الملل توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۷ ایجاد شد. این کمیسیون مکلف به توسعه و تدوین حقوق بین الملل است. کمیسیون حقوق بین الملل در فرایند تسوید تعداد زیادی کنوانسیون های بسیار مهم بین المللی از جمله کنوانسیون حقوق دریاها، روابط دیپلماتیک و حقوق معاهدات دخیل بوده است. گذشته از تسوید کمیسیون های بین المللی، کمیسیون حقوق بین الملل در مورد عملکرد دولت تصامیم محاکم تحقیق و گزارش ها و مطالعات را در مورد مقالات مانند: مسوده اعلامیه در مورد حقوق و تکالیف دولت ها منتشر می نماید.

هرچند این اسناد معمولاً اسناد غیر الزام آور هستند، اما می توانند قواعد جدید حقوق بین الملل عرفی را ایجاد نمایند. همچنین، محکمه بین المللی عدالت معمولاً به کار های کمیسیون حقوق بین الملل استناد می نماید. به عنوان مثال، مواد در مورد مسؤلیت دولت که بحث آن خواهد آمد.

ه) سلسله مراتب میان منابع حقوق بین الملل

سلسله مراتب میان منابع حقوق هم در نظام حقوق ملی و هم در حقوق بین الملل وجود دارد. اما، برخلاف نظام های حقوق ملی که در آنها قانون اساسی عموماً قانون برتر است، تعیین سلسله مراتب میان منابع حقوق بین الملل، در حقوق بین الملل امری است مشکل.

ماده ۳۸ (۱) اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت سلسله مراتب واضح را [در مورد منابع حقوق بین الملل] معین نمی نماید. نص این ماده صرف رویهٔ قضایی و نظریهٔ دانشمندان حقوق را منحیث منابع فرعی تذکر می دهد. در رابطه به معاهدات بین المللی، حقوق عرفی و اصول کلی حقوق سلسله مراتب واضح معین نشده است. چون اصول کلی حقوق مکمل معاهدات و عرف است، فرع این دو تلقی می شود.^{۳۷} رابطه سلسله مراتبی میان معاهدات بین المللی و حقوق عرفی یک مسألهٔ مغلق است و نمی تواند واضحاً معین شود.

یک اصل کلی حقوق بیان می نماید که: «قاعدهٔ لاحق باوجود قاعده ای که در یک معاهده پیش بینی شده است و یا منحیث حقوق عرفی معین شده است، نسبت به قاعدهٔ سابق برتری دارد». باوجود این، این الزاماً به این معنی نیست که قاعدهٔ سابق توسط قاعدهٔ لاحق باطل شده است. به عوض، هر دو قاعده می توانند وجود داشته باشند. طبق اصل دیگر، قاعدهٔ خاص نسبت به قاعدهٔ عام مرجح است.^{۳۸} این اصول، به صورت قطع می توانند در حقوق بین الملل قابل اجراء باشند. اما، در این رابطه برخی استثنائات وجود دارد. در رابطه هنجارهای «قواعد آمره» و (Erga omnes) و یک هنجار عادی بین المللی، این اصول مدار اعتبار نیست. هر دو «قواعد آمره» و (Erga omnes) قواعد بسیار با اهمیت در حقوق بین الملل هستند و در نتیجه بر قواعد ناشی از حقوق معاهدات و عرفی برتری دارند.

۱- قواعد آمرهٔ حقوق بین الملل (Ius cogens)

ماده ۵۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات قواعد حقوقی آمره را چنین تعریف می نماید: «[...] قاعدهٔ آمره حقوق بین الملل عام قاعده های است که به وسیلهٔ اجماع جامعهٔ بین المللی کشورها به عنوان قاعدهٔ تخلف ناپذیر که تنها توسط یک قاعدهٔ بعدی حقوق بین الملل عام با همان ویژگی قابل تعدیل می باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است». این هنجار در نتیجه خصوصیت مطلق دارد و بر قواعد ناشی از معاهدات بین الملل و حقوق عرفی برتری دارد.^{۳۹}

قواعد آمره دارای ارزش های بنیادین و برتر چهارچوب حقوق بین الملل است و شبیه نظریه نظم عامه و پالیسی عامه در نظام حقوق داخلی است.^{۴۰}

چون قواعد آمره مستلزم قبول مطلق یک هنجار توسط تمام دولت های جامعهٔ بین المللی است، ایجاد چنین قواعد معمولاً با عدم موافقت مواجه می شود. کمیسیون حقوق بین الملل کوشش های جهت تعیین قواعد آمره نموده است. اما، تاکنون صرف برخی قواعد محدود ایجاد شده است که عبارت اند از: منع

³ Shaw, p. 123. 7

³ (Lex specialis legi generali) 8

³ Shaw, p. 125. 9

⁴ Ibid, 125. 0

استعمال غیر قانونی قوه، قتل عام، برده فروشی، و دزدی دریایی. حتی وضعیت این قواعد محل بحث است. گذشته از این شرط که قواعد آمره باید توسط تمام دولت ها قبول شود، باید براساس قاعده قبلی عرفی و یا قواعد ناشی از معاهدات بین المللی باشد.

۲- ارگا اومنس (Erga omnes)

قواعد (Erga omnes) نیز قواعد برتر در حقوق بین الملل هستند. هرچند این قواعد ممکن با «قواعد آمره» محتویات مشابه داشته باشد، اما ماهیت این دو از همدیگر متفاوت است: قواعد آمره مربوط حقوق ماهوی است. در حالی، قواعد (Erga omnes) ساحت تطبیق هنجار معین را وسعت داده بنابراین مفهوم شکلی دارد. مفهوم (Erga omnes) برای اولین بار توسط محکمه بین المللی عدالت^۲ در قضیه بارسلونا شرکت برق و نیرو^۳ معرفی شد. محکمه در تصمیم خویش میان تعهدات بین المللی که صرف بر طرفین و تعهداتی که اثر حقوقی بر همه جامعه بین المللی دارد، تفکیک قایل شد.

قواعد (Erga omnes) در نتیجه تمام دولت ها را مکلف به تبعیت از رفتار معین می نماید که به نفع تمام دولت فرض می شود و بنابراین باید توسط تمام دولت ها حمایت شود. اگر یکی از دولت ها، یکی از قواعد (Erga omnes) را نقض نماید، می تواند توسط دولت دیگر مسئول پنداشته شود هرچند این دولت خود از این تخلف متضرر نشده باشد.

تعهدات (Erga omnes) شامل منع تجاوز، قتل عام، بردگی و تبعیض نژادی می شود. محکمه بین المللی عدالت همچنین حق خودمختاری^۴ و نیز حقوق و تکالیف که در کنوانسیون قتل عام^۵ پیش بینی شده است را منحصراً تعهدات (Erga omnes) مشخص نموده است. منع شکنجه احتمالاً در آینده خصوصیت (Erga omnes) را کسب خواهد کرد.^۶

مبحث چهارم: رابطه بین حقوق ملی و حقوق بین الملل

رابطه میان حقوق ملی و حقوق بین المللی یکی از مهم ترین مسایل حقوق به خصوص برای حقوقدانانی که در عمل کار می نمایند [مانند قضات، وکلاء و ...] است. به طور کلی، حقوق بین الملل روابط حقوقی دولت ها و سایر تابعین حقوق بین الملل را مورد رسیدگی قرار می دهد، در حالی که حقوق ملی روابط نهاد را در داخل دولت تنظیم می نماید. باوجود این، میان این دو تعارض قابل ملاحظه وجود دارد و اینکه این تعارض چگونه حل می شود، آثار محسوسی در نسبت به نتیجه دارد.

الف) نظریات

¹ Ibid, 126.

² ICJ Reports, 1970, pp. 3, 32.

³ Barcelona traction case.

⁴ East Timor case, ICJ Reports⁴, 1995, pp. 90, 102.

⁵ Genocide Convention (Bosnia vs. Serbia), ICJ Reports 1996, pp. 595, 616.

⁶ Shaw, p. 125, with reference⁶ to Furundžija case, 121 ILR, pp. 213, 260.

به منظور وارد کردن (ادغام) حقوق بین المللی در حقوق ملی، نظریات گوناگون ارایه شده است.

۱- نظریه دوگانگی حقوقی (Dualistic doctrine)

نظریه دوگانگی حقوق توسط دانشمند مکتب اثباتی ارایه شد که به دنبال ارایه نظریه برتری دولت بودند. نظریه دوگانگی حقوقی مبتنی بر این نظریه است که حقوق ملی و حقوق بین الملل دو نظام متفاوت هستند. بنابراین، این دو به صورت جداگانه بدون اینکه یکی بر دیگری برتری داشته باشد، وجود دارند. در نتیجه، دولت های از نظریه دوگانگی حقوقی پیروی می نمایند، باید قواعد حقوق بین الملل را در قوانین ملی انتقال دهند قبل از اینکه این قواعد در داخل تطبیق شود. این امر باید در قوانین داخلی تصریح شود.

۲- نظریه یگانگی حقوقی (Monistic doctrine)

برخلاف نظریه دوگانگی حقوقی، نظریه یگانگی حقوقی داخلی و حقوق بین الملل را من حیث یک واحد با برتری حقوق بین الملل بر حقوق ملی و یا تبعیت حقوق بین الملل از حقوق ملی، تلقی می نماید. چون هر دو نظام من حیث یک نظام تلقی شوند، حقوق بین الملل می تواند مستقیماً توسط محاکم داخلی تطبیق شود. این نظریه فی نفسه منسجم نیست و شامل دو نظریه متفاوت است که توسط هانس کلسن (Hans Kelsen) و ارسچ لوترپاخت (Hersch Lauterpacht) بشیاریار خوب ارایه شده اند: نظریه کلسن مبتنی بر نظر امانول کانت (Immanuel Kant) فیلسوف جرمنی قرن هجدهم است. این نظریه قانون را من حیث ایجاد کننده نظم که، از یکطرف، شامل رفتار عادی که باید پیروی شوند و، از طرف دیگر، مؤیدات نقض این رفتار، می شود، تلقی می نماید. چون این نظریه هم در حقوق ملی و هم در حقوق بین الملل معروف است، هر دو این نظام ها منطقاً واحد هستند. اما این حقوق بین الملل است که تصریح می نماید که تمام دولت ها برابر هستند و بنابراین نسبت به همدیگر رفتار مشابه داشته باشند. حقوق ملی نمی تواند چنین قاعده را تحمیل نماید و بنابراین نمی تواند میان دولت ها برابری ایجاد نماید. حقوق بین الملل در نتیجه برتر نسبت به حقوق ملی است. لوترپاخت از طرف دیگر، به صورت مشخص بر رفاه انسان ها و احترام حقوق بشر تمرکز می نماید. او حقوق بین الملل را تنها نظامی که می تواند این اهداف را تأمین نماید می داند و بنابراین حقوق بین الملل را، برتر تلقی می نماید.

ب) نتیجه عملی

امروزه، نظریه های مزبور دیگر دارای اهمیت به سزا نیستند. در عمل، رابطه میان دولت ها، از نمونه ثابت پیروی می نماید: در رابطه به تناقض میان تعهدات ملی و بین المللی، موقف ملی به حالتی اصلی باقی

^{۴۷}. هانس کلسن و لوتر دانشمندان برجسته حقوقی قرن بیستم، سهم مهمی را در توسعه حقوق بین الملل ایفاء نموده اند.

مانده و تابع قواعد حقوق بین الملل نیست. اما، در سطح بین الملل، دولت ها نمی توانند به حقوق ملی خود جهت توجیه نقض تعهد بین المللی استناد نمایند. این اصل در ماده ۲۷ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات پیش بینی شده است که تصریح می نماید: «یک طرف معاهده نمی تواند به حقوق داخلی خود به عنوان توجیهی برای قصور خود در اجرای معاهده استناد نماید». همچنین، ماده ۴۶ (۱) این کنوانسیون تصریح می نماید که دولت: «نمی تواند با تکیه بر این واقعیت که اعلام رضایت آن به التزام در قبال یک معاهده تجاوزی نسبت به مقررات حقوق داخلی وی در خصوص صلاحیت انعقاد معاهدات بوده است، به بی اعتباری رضایت خود استناد نماید مگر آنکه تجاوز مزبور بارز بوده و به قاعده ای از حقوق داخلی مربوط شود که دارای اهمیت اساسی است». بنابراین، زمانی که معاهده بین المللی توسط شخصی که فاقد صلاحیت است منعقد شود، معاهده با وجود این برای دولت امضاء کننده مدار اعتبار است. این صحیح نیست زمانی که نقض قواعد داخلی که صلاحیت شخص را تنظیم می نماید «آشکار» باشد که نقض صریح عملکرد عادی حسن نیت است (ماده ۴۶ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).^{۴۸}

با ملاحظه عملکرد محاکم بین المللی، واضح می شود که در سطح رابطه درونی بین نهاد های دولت، حقوق بین الملل بدون شک نسبت به حقوق داخلی برتر است. تمام تضامیم که مسأله تعارض هنجارهای حقوق ملی و حقوق بین الملل را مورد رسیدگی قرار می دهد، بیانگر اصل عدم استناد به حقوق داخلی در سطح بین المللی است.^{۴۹}

هرچند حقوق ملی تابع تضامیم محاکم بین المللی است، می تواند ارتباط و ضرورت به وجود آورد. حقوق ملی در واقع می تواند به عنوان مثال در رابطه به ارزیابی موقف دولت در مورد مسأله در حقوق بین الملل مفید واقع شود. همچنین، حقوق ملی می تواند جهت اثبات انطباق و یا عدم انطباق عمل یک دولت با یک تعهد بین المللی مورد استفاده قرار بگیرد.

۱- وضعیت معاهدات بین المللی در حقوق ملی

برخی قانون اساسی دولت ها، با پیروی از نظریه دوگانگی حقوقی پیش بینی می نماید که: یک معاهده بین المللی در حقوق ملی باید وارد شود، در حالی که، برخی دیگر تطبیق مستقیم معاهدات بین المللی را در حقوق ملی اجازه می دهند (نظریه یگانگی حقوقی). با وجود این، فرق نمی کند که از کدام یک از نظریه ها قانون اساسی یک دولت پیروی می نماید. وضعیت حقوقی معاهدات بین المللی که توسط یک دولت تصویب شده است، می تواند متفاوت باشد. در بیشتر ممالک، با عدم توجه به تطبیق مستقیم و یا ادغام قبلی معاهده در حقوق ملی، معاهدات بین المللی در سطح مشابه قوانین وضعی قرار می گیرد. در چنین حالات، اصل «برتری قانون لاحق بر قانون قدیم» (*Lex posterior derogat legi priori*) مرعی است.

^{۴۸}. صلاحیت امضای یک معاهده بین المللی عموماً در قوانین خاص داخلی تنظیم می شود که تفصیل آن در فصل سوم، مبحث سوم، شماره ۱ با جزئیات مورد بحث قرار خواهد گرفت.

^{۴۹}. به عنوان مثال نگاه کنید به: قضیه (Polish Nationals in Danzig)، قضیه (Lockerbie) و یا قضیه (LaGrand).

بنابراین، معاهده اخیر بر قوانین قبلی داخلی برتری دارد. از طرف دیگر، ممکن است قانون لاحق بر معاهده بین المللی که قبلاً منعقد شده است، برتری داشته باشد. تعداد اندکی از کشورها معاهدات بین المللی را برتر نسبت به قوانین داخلی (به شمول قانون اساسی خویش) تلقی می نمایند. برخی ممالک دیگر معاهدات بین المللی را برتر و یا مساوی با قانون اساسی، حداقل در حالات استثنایی که معاهدات بین المللی تأثیر مستقیم بر قانون اساسی آنها دارد (به حیث مثال، زمانی که معاهده ایجاد تعدیل قانون اساسی و یا ابطال آن را نماید). در برخی ممالک دیگر، صرف برخی معاهدات معین مهم موقف خاصی را در نظم حقوقی این ممالک احراز می نماید که نسبت به برخی احکام قانون اساسی برتری دارد. تعداد اندکی ممالک معاهدات بین المللی را برتر از قوانین ملی نه قانون اساسی خویش تلقی می نمایند. باوجوداین، تبعیت قوانین ملی از معاهده بین المللی باید توسط قانونگذار ملی تصویب شده باشد و معاهده باید نافذ باشد. در برخی ممالک دیگر، معاهدات بین المللی خاص نسبت به قوانین ملی برتر تلقی می شوند. در نهایت، در برخی ممالک معاهدات بین المللی، فروتر از قوانین داخلی تلقی می شوند. باوجوداین، این وضعیت نسبتاً استثنایی معمولاً ارتباط می گیرد به معاهدات کم اهمیت تر. اینها معمولاً معاهدات بین المللی هستند که توسط اداره (صرف براساس اجازه پارلمان) منعقد می شوند. در چنین حالات، معاهده بین المللی قوت اعمال اداری (فرامین، تصامیم وزارت خانه ها و ...) را کسب می نماید که از طریق آن در نظام حقوق داخلی قابل تطبیق می گردد.

۲- حقوق عرفی بین المللی و اصول کلی حقوق بین الملل

در مورد حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق بین الملل، اکثر قوانین اساسی از روش یگانگی حقوق پیروی می نمایند. حقوق عرفی و اصول کلی حقوق جزء حقوق ملی به نظر می رسند و بدون عمل ادغام توسط قانونگذار ملی، مستقیماً قابل تطبیق می باشند. در بیشتر حالات، محاکم ملی می توانند به حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق بین الملل استناد و اینها را مستقیماً تطبیق می نمایند. اما، قوانین اساسی برخی کشورها، حاوی احکامی صریح در مورد حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق بین الملل هستند. به عنوان مثال، در افریقای جنوبی حقوق بین الملل عرفی جزء حقوق ملی پنداشته می شود مگر اینکه با قانون اساسی و یا قانون مصوب پارلمان متعارض باشد (بنگرید به: بخش ۲۳۲ قانون اساسی افریقای جنوبی). در روسیه، ماده ۱۵ قانون اساسی تصریح می نماید که: «اصول کلی شناخته و هنجار های حقوق بین الملل [...] جزء اصلی نظام حقوق این کشور تلقی می شود.»

۳- تصامیم سازمان های بین المللی

قوانین اساسی کشورها معمولاً حاوی نص در مورد اهمیت حقوقی تصامیم و یا قوانین فرعی (Secondary law) که توسط سازمان های بین المللی تصویب شده اند، نیست. بنابراین، برای بیشتر کشورها نیروی الزام آور قواعد و تصامیم سازمان های بین المللی معمولاً در معاهده بین المللی که سازمان بین المللی را ایجاد نموده است معین شده است. به عنوان مثال، ماده ۲۵ منشور سازمان ملل متحد، در مورد نیروی الزام آور تصامیم شورای امنیت تصریح می نماید که: «دولت های عضو سازمان ملل متحد موافقت می نمایند که تصامیم شورای امنیت سازمان ملل متحد را مطابق این منشور قبول و اجراء نمایند.»

با وجود این، هرچند یک معاهده بین المللی نیروی الزام آور تصامیمی متخذه توسط یک سازمان بین المللی که طبق این معاهده ایجاد شده است، را پیش بینی می نماید، اما این معاهده معمولاً تنفیذ فوری قوانین فرعی سازمان بین المللی را در نظام حقوق ملی دولت عضو خویش پیش بینی نمی نماید. به عوض، دولت های که به معاهده بین المللی پیوسته اند، باید از طریق اقدامات تقنینی و اداری تصامیم و قوانین فرعی سازمان بین المللی را در سطح ملی تطبیق نمایند.

اول) رابطه بین حقوق ملی و حقوق بین الملل در افغانستان

اولاً) احکام ذیربط قانون اساسی افغانستان

مقدمه:

ما مردم افغانستان:

با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، و سرانجام، به منظور تثبیت جایگاه شایسته افغانستان در خانواده بین المللی.

ماده ۳

در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.

ماده ۷

دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند[...]

ماده ۸

*. یگانه استثناء در این مورد قانون اساسی پرتغال است که می گوید که قواعد تصویب شده توسط سازمان های بین المللی رأساً در حقوق ملی به نحوی که در معاهده بین المللی که تأسیس سازمان را پیش بینی نموده است، تصریح شده باشد، قابل تطبیق است.

دولت سیاست خارجی کشور را بر مبنای حفظ استقلال، منافع ملی و تمامیت ارضی و عدم مداخله، حسن همجواری، احترام متقابل و تساوی حقوق تنظیم می نماید.

ماده ۶۴

رئیس جمهور دارای صلاحیتهای و وظایف ذیل می باشد:
۱۷- اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین الدول مطابق به احکام قانون.

ماده ۹۰

شورای ملی دارای صلاحیتهای ذیل می باشد:
۵- تصدیق معاهدات و میثاقهای بین المللی یا فسخ و الحاق افغانستان به آن.

ماده ۱۲۱

بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت سترمحکمه می باشد.

ماده ۱۳۰

محاکم قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند.

ماده ۱۳۱

محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.

ثانیاً تبصره

حقوق بین الملل، به خصوص انطباق با معیار های بین المللی حقوق بشر در مقدمه و احکام متعدد قانون اساسی و قوانین داخلی افغانستان ذکر شده است. ماده ۸ قانون اساسی دولت را مکلف به رعایت منشور سازمان ملل متحد و سایر معاهداتی که افغانستان آنها را تصویب نموده می نماید. ماده ۸ سیاست خارجی کشور را مورد بحث قرار می دهد که باید براساس حفظ استقلال، منافع ملی و تمامیت ارضی باشد. همچنین، دولت ملتزم به اصول عدم مداخله، حسن همجواری، احترام متقابل و برابری استقلال است.

مطابق ماده ۱۳۰ قانون اساسی، محاکم مکلف به تطبیق قانون اساسی و سایر قوانین است. حکم این ماده در ماده ۷ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان تکرار شده است که تصریح می نماید که: «محاکم مکلف اند قضایا را مطابق به قانون اساسی و سایر قوانین جمهوری اسلامی افغانستان حل و فصل نمایند. در مورد قضیه ای که حکمی در قانون وجود نداشته باشد، قضیه باید مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی مورد رسیدگی قرار بگیرد.»

ماده ۱۲۱ ستره محکمه را صلاحیت تفسیر معاهدات بین المللی و بررسی آنها جهت انطباق با قانون اساسی را می دهد. ماده ۶۵ بند ۱۷ رئیس جمهور را صلاحیت اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین الملل مطابق به احکام قانون را اعطاء می نماید. این معاهده سپس باید توسط شورای ملی تصویب شود (ماده ۹۰ بند ۵ قانون اساسی). شورای ملی علاوه بر این می تواند الغای عضویت از یک معاهده را اعلام نماید.^{۵۱}

با وجود این، این مواد نه واضحاً موقف معاهدات در نظام حقوق افغانستان را شرح می دهند و نه پاسخ این سؤال را که آیا معاهدات بین المللی مستقیماً در افغانستان قابل تطبیق هستند و یا ضرورت است اول این معاهدات در حقوق ملی ادغام شوند.

در ماده ۷ قانون اساسی، رعایت منشور سازمان ملل متحد، سایر معاهدات تصویب شده بین المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر من حیث تکلیف دولت پیش بینی شده است. چنین، پیش بینی ای در قانون اساسی البانیا، انگولیا، اتالیا و منگولیا نیز وجود دارد و باید صرفاً من حیث تأیید به رسمیت شناخته شدن الزامی بودن این معاهدات از نظر حقوقی فهمیده شوند. به طور کلی، چنین نیروی الزامی جزء لاینفک تصویب یک معاهده بین المللی است و بنابراین نباید در قوانین اساسی تصریح شود. اما، این امر در مورد اعلامیه جهانی حقوق بشر قابل اجراء نیست. این اعلامیه، یک معاهده بین المللی نیست که در مفهوم کلاسیک آن باید توسط یک دولت تصویب شود تا نافذ شود. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مکمل منشور سازمان ملل متحد است که عبارت «آزادی های بنیادین» و «حقوق بشر» را تعریف می نماید.^{۵۲}

زمانی که اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ تصویب شد، قصد این نبود تا این اعلامیه به صورت معیار های مشترک حقوق بشر در تمام ممالک تدوین شود که از نظر حقوقی قابل اجراء نباشد.^{۵۳} طبق نظر برخی دانشمندان، اعلامیه حداقل یا بخش از آن من حیث حقوق بین الملل عرفی به رسمیت

^{۵۱} با وجود این، الغای عضویت از تمام معاهدات بین المللی ممکن نیست. جهت جزئیات بیشتر بنگرید به: فصل سوم پنجم (حقوق معاهدات).

^{۵۲} ماده ۱(۳) منشور سازمان ملل متحد اشعار می دارد که:

«۳. حصول همکاری بین المللی در حل مسائل بین المللی که دارای جنبه های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی یا بشردوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد - جنس - زبان یا مذهب.» استناد بیشتر به اعلامیه جهانی حقوق می تواند در مواد ۱۳ (۱)، ۵۵، ۵۶ و ۷۶ منشور سازمان ملل متحد پیدا شود.

^{۵۳} Shaw, p. 279.

شناخته شده می شود. این بحث به افغانستان ربطی ندارد. ماده ۷ قانون اساسی به صورت واضح نیروی الزام آور اعلامیه جهانی حقوق بشر را در برابر دولت افغانستان ایجاد می نماید. اما، ماده ۷ در مورد رابطه حقوق بین الملل و حقوق عرفی اشاره ندارد. بنابراین، موقف حقوق بین الملل در نظام حقوقی افغانستان از ماده قانون اساسی نمی تواند واضح گردد. ماده ۱۲۱ قانون اساسی، در این مورد مفید تر است. نص این ماده آشکار می نماید که معاهدات بین المللی باید منطبق با قانون اساسی باشد و بنابراین حقوق بین الملل را پایین تر از قانون اساسی قرار می دهد. با وجود این، تفصیل بیشتر مربوط به سلسله مراتب حقوق از این ماده نمی تواند استنباط شود، زیرا تعهدات قانون اساسی نسبت به حقوق بین الملل و به خصوص حقوق بشر بین الملل در مواد متعدد قانون اساسی پیش بینی شده است. به طور کلی، حقوق بین الملل نمی تواند پایین تر از حقوق ملی باشد. اما، می تواند همسطح آن باشد.^{۵۵}

با وجود این، رابطه میان ماده ۳ و معاهدات بین المللی مشکلاتی را ایجاد می نماید. ماده ۳ قانون اساسی حکم می نماید که در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف «احکام و معتقدات» دین مقدس اسلام باشد. نص این ماده نسبتاً مبهم است، زیرا «احکام و معتقدات» دین مقدس اسلام تعریف نشده است. با آنکه ماده ۱۳۱ قانون اساسی در صورت خلای قانونی، فقه حنفی را منحصراً قابل اجراء می نماید، ماده ۳ صرف ناظر به اصول غیر اختلافی و مشترک میان مذاهب مختلف در میان مسلمانان است.^{۵۶} با وجود این، نص این ماده در مورد موقف «احکام و معتقدات» دین اسلام در نظام حقوقی افغانستان خیلی واضح نیست. برخلاف قوانین اسلامی برخی کشورهای اسلامی مانند: ایران و سودان، قانون اساسی ۲۰۰۴ به صورت واضح تصریح نمی نماید که: صرف حاکمیت تشریح اختصاص به خداوند دارد. این امر حقوق شرعی را در سطح برتر نسبت به قوانین داخلی قرار می دهد. ماده ۴ (۱) قانون اساسی افغانستان، مردم را صلاحیت می دهد تا ارگان حاکم باشند که از طریق پارلمان انتخابی نمایندگی می شوند. بنابراین، طبق ماده ۹۴ (۱) قانون اساسی، قانون مصوبه مجلسین است که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد. رئیس جمهور نیز به نوبه خود باید مطابق قانون عمل نماید (ماده ۶۳ (۱) قانون اساسی) و مکلف به رعایت و حمایت «دین مقدس اسلام» (ماده ۶۳ قانون اساسی) است. به عنوان مثال، رئیس جمهور باید به این ماده وفادار باشد زمانی که یک قانون را توشیح می نماید. در نتیجه، رئیس جمهور نمی تواند قانونی را که خلاف «احکام و معتقدات دین مقدس اسلام» است توشیح نماید.

معاهدات بین المللی توسط شورای ملی تصویب می شوند. بنابراین، الحاق افغانستان به یک میثاق بین المللی مشروعیت خویش را از طرف قدرت با اقتدار در افغانستان؛ یعنی: مردم که از سوی پارلمان

⁵ Shaw, p. 279.

^{۵۵} این نظر میان دانشمندان افغانستان برجسته است. بنگرید به:

Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law, Vol II: Constitutional and Human Rights, p. 20.

^{۵۶} جهت مطالعه مفصل در این مورد بنگرید به:

Max Planck Manual on Afghan Constitutional Law, Vol II: Constitutional and Human Rights, p. 32.

نمایندگی می شوند، می گیرد. ستره محکمه نیز مکلف است انطباق معاهدات بین المللی را با قانون اساسی و در نتیجه ماده ۳ آن بررسی نماید (ماده ۱۲۱ قانون اساسی). گرایش رئیس جمهور نیز در این زمینه بسیار دارای نفوذ است؛ اولاً؛ رئیس جمهور می تواند قضات ستره محکمه را مقرر نماید (ماده ۶۴ بند ۱۲ قانون اساسی) و ثانياً؛ رئیس جمهور می تواند از ستره محکمه تقاضای بررسی مطابقت یک معاهده را با قانون اساسی نماید و ثالثاً رئیس جمهور شخصی را که معاهده بین المللی را منعقد می نماید، اعتبار نامه اعطاء می نماید (ماده ۶۵ بند ۱۷ قانون اساسی).^{۵۷} خلاصه اینکه: در مورد نظم در رابطه به سلسله مراتب بین حقوق بین الملل و شریعت در قانون اساسی افغانستان حکمی وجود ندارد. با آنکه شریعت می تواند منحیث محدود کننده هر دو قوانین ملی و معاهدات بین المللی اجراء شود، هر سه اینها تابع قانون اساسی افغانستان هستند. بنابراین، ساحه محدودیت بستگی به نهاد مفسر؛ یعنی: ستره محکمه با توجه به نفوذ رئیس جمهور دارد. این وابسته به ستره محکمه است تا در مورد منطبق بودن قانون اساسی با یک معاهده و یا قانون حکم صادر نماید و صرف قضات حکم می نمایند که تا چه اندازه «احکام و معتقدات دین مقدس اسلام» رعایت شده اند. تصمیم ستره محکمه در مورد انطباق یک معاهده بین المللی با قانون اساسی و نیز ماده ۳ قانون اساسی امروزه می تواند توسط کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نظارت شود که مطابق ماده ۱۵۷ قانون اساسی ایجاد شده است و معمولاً کمیسیون ماده ۱۵۷ نامیده می شود. براساس ماده ۸ (۲) قانون کمیسیون ماده ۱۵۷ قانون اساسی، صلاحیت دارد تا «رعایت و تطبیق احکام قانون اساسی را توسط رئیس جمهور حکومت، شورای ملی، قضاء، ادارات، نهاد ها و سازمان های دولتی و غیر دولتی» در اثر درخواست مقاماتی که در ماده ۹ قانون کمیسیون نظارت بر تطبیق قانون اساسی فهرست شده اندف نظارت نماید. بنابراین، به وقوع پیوستن حالات ذیل ممکن است: شورای ملی یک معاهده را تصویب نماید. حکومت تصویب این معاهده را نقض ماده ۳ قانون اساسی محسوب نماید و از ستره محکمه تقاضای بررسی مطابقت آن را با قانون اساسی نماید. ستره محکمه معاهده را خلاف قانون اساسی و نقض ماده ۳ اعلام نماید. شورای ملی سپس از کمیسیون ماده ۱۵۷ مطالبه مشوره حقوقی در این زمینه نماید. با وجود این، قانون کمیسیون ماده ۱۵۷ قانون اساسی، در مورد اثر مشوره های حقوقی که توسط اعضای این کمیسیون ارایه می شود، واضح نیست. راه های برای جبران این نقص، که شورای ملی بتواند از آن به منظور رد کردن و مسلط شدن بر تصامیم ستره محکمه وجود ندارد. با وجود این، چنانچه فوقاً تذکر یافت، چنین حکمی صرف اثر داخلی دارد. بنابراین، افغانستان نمی تواند به نقض ماده ۳ قانون اساسی در صحنه بین المللی استناد نماید.^{۵۹} تعهدات بین المللی اکثر اوقات، ناقض حقوق شرعی دیده می شود.

^{۵۷}. تفصیل انعقاد معاهدات بین الملل؛ یعنی: امضاء و تصویب آن در فصل پنجم، مبحث سوم، ب مورد بحث قرار خواهد گرفت.

^{۵۸}. این مقامات عبارت اند از: رئیس جمهور، هر دو اطاق شورای ملی، ستره محکمه و نیز کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی.

^{۵۹}. علت این امر مواد ۲۷ و ۴۶ (۱) کنوانسیون وین در مورد معاهدات است. بنگرید به فصل پنجم.

بنابراین، اکثر ممالک اسلامی حین امضای یک معاهده حق شرط می گذارند و بیان می نمایند که این معاهده صرف با توجه محدودیت های حقوق شرعی و یا فقه قابل اجراء است. به منظور جلوگیری از این وضع، ارگان های ذیدخل افغانستان، قبلاً اطمینان حاصل نمایند که آیا معاهده مورد بحث با قانون اساسی، به خصوص، ماده ۳ آن منطبق است. در صورت ابهام، دولت اختیار امضاء و تصویب معاهده را با حق شرط دارد.^{۶۰}

در مورد حقوق عرفی، قانون اساسی افغانستان مسکوت است. با وجود این، این امر با مقایسه با سایر قوانین اساسی غیر معمول نیست. چنانچه فوقاً به آن اشاره شد، حقوق عرفی در عمل بر همه دولت ها الزام آور است. برخلاف معاهدات، تصویب بیشتر قواعد حقوق عرفی ضروری نیست. بنابراین، افغانستان مانند هر دلت دیگر ملتزم به قواعد عرفی حقوق بین الملل است.

ثالثاً) عکس العمل محاکم ملی نسبت به تصامیم محاکم بین المللی

قانون اساسی افغانستان شبیه اکثر قوانین اساسی، در مورد سؤال ادغام و تنفیذ تصامیم و فیصله های محاکم بین المللی در حقوق داخلی سکوت اختیار نموده است. به طور کلی، معاهده بین المللی که محکمه ای را ایجاد می نماید، نیروی الزامی تصامیم این محکمه را نیز پیش بینی می نماید. با وجود این، تصامیم باید در حقوق داخلی اجراء شود. طرز العمل تنفیذ تصامیم محاکم بین المللی متفاوت است. از نظر عرفی، دولت ها اسناد اداری و یا تقنینی تنفیذ حکم را به منظور تطبیق آن قبول می نمایند. در محاکم داخلی، قوانین داخلی باید مطابق حقوق بین الملل تطبیق شود.

^{۶۰}. همچنین بنگرید به: فصل پنجم (حقوق معاهدات).

فصل دوم: تابعین حقوق بین الملل

هر نظام حقوقی نهاد های که دارای حقوق و تکالیف اند به رسمیت می شناسد که این حقوق و تکالیف طبق قوانین قابل تنفیذ اند. براساس این حقوق و تکالیف، این نهاد ها می توانند موقف حقوقی داشته باشند [مدعی و مدعی علیه قرار بگیرند]. بنابراین، تابع حقوق بین الملل بودن به این معنی است که نهاد «اهلیت» حایز شدن حقوق و تکالیف و در نتیجه شایستگی حفظ حقوق از طریق اقامه دعوی در یک محکمه بین المللی را دارد.⁶¹

مبحث اول: تابعین حقوق بین الملل به صورت مفصل

وفق فهم سنتی حقوق بین الملل، تنها برخی نهادها در صحنه بین المللی تابعین حقوق بین الملل هستند و در نتیجه حایز شخصیت حقوق بین الملل شناخته می شوند. دولت های بدیهی ترین و پذیرفته شده ترین تابعین حقوق بین المللی هستند. باوجوداین، در حقوق بین الملل معاصر، برخی نهادهای دیگر نوعی شخصیت حقوق بین المللی را اکتساب نموده اند، مانند: سازمان های بین المللی، سازمان های منطوقی، سازمان های غیر دولتی، شرکت های عامه، شرکت های خصوصی و اشخاص [حقیقی]. حتی برخی گروه ها که در تروریسم بین المللی دخیل هستند، ممکن است من حیث تابعین حقوق بین الملل شناخته شوند.

الف) دولت ها

چنانچه ذکر شد، دولت ها تابعین اصلی حقوق بین الملل هستند و حایز شخصیت حکمی کامل می باشند. سؤالی که در این زمینه مطرح می گردد، این است که چه وقت یک دولت شرایط دولت بودن را کسب می نماید.

براساس کنوانسیون منته و دیدئو یک دولت باید چهار خصوصیت داشته باشد: نفوس دایمی، حکومت، سرزمین معین و اهلیت برقراری روابط با سایر دولت ها. اما، سایر شرایط مانند: شناسایی و حق تعیین سرنوشت نیز باید مدنظر گرفته شوند. شرایط ایجاد دولت و سایر مطالب مربوط به آن در فصل سوم به تفصیل خواهد آمد.

⁶ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations ICJ Rep. 1949.

ب) سازمان های بین المللی

بعد از اینکه تعداد سازمان های بین المللی در قرن نوزدهم، به صورت گسترده افزایش یافت، مسأله شخصیت حقوقی سازمان های بین المللی چنین نهاد ها وسیعاً مورد بحث قرار گرفت. امروزه که یک سازمان بین المللی در واقع می تواند دارای شخصیت بین المللی باشد بدون چون و چرا (مسلم) است.^{۶۲} اما، به رسمیت شناختن شخصیت بین المللی یک سازمان وابسته به عوامل مانند: وضعیت قانونی، قدرت واقعی و عملکرد سازمان است. این شخصیت حقوقی باید طور جداگانه تثبیت و تشخیص شود. باوجوداین، سازمان های بین المللی از سازمان های غیر دولتی (NGOs) که شخصیت حقوقی آنها در سطح بین المللی به رسمیت شناخته نشده است، تفکیک شوند. سازمان های غیر دولتی به حیث بازیگران در سطح بین الملل به رسمیت شناخته می شوند. ماده ۷۱ منشور سازمان ملل متحد مذاکره در مورد سازمان های غیر دولتی در شورای اجتماعی و اقتصادی را مقرر داشته است. این امر، برخی نویسندگان را به این نتیجه رسانده است که: حداقل در برخی اوضاع سازمان های غیر دولتی از شخصیت حقوقی ناقص برخوردار هستند. سازمان های بین المللی به خصوص سازمان ملل متحد به حیث جامع ترین سازمان، در فصل دهم بالتفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

ج) شرکت های چندین ملیتی

شرکت های چندین ملیتی که در برخی حالات شرکت های فراملی نیز نامیده می شوند سازمان های تجارتي هستند. این شرکت ها شامل نهاد های مختلف باهمدیگر پیوسته توسط شرکت مادر با گستردگی چندین ملیتی هستند. به منظور رسیدگی مسایل حقوقی ناشی از ظهور چنین نهاد ها در صحنه بین المللی، چندین قانون در چند سال اخیر تسوید شده اند، مانند: رهنمود های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) برای شرکت های چندین ملیتی و یا طرح هنجارها در مورد مسؤولیت های شرکت های فراملیتی و سایر نهادهای تجارتي در رابطه حقوق بشر.^{۶۳} باوجوداین، مسأله شخصیت حقوقی چنین شرکت ها تاکنون لاینحل باقی مانده است. همچنین، اثر حقوقی رهنمود های که فعالیت های بین المللی شرکت های چندین ملیتی را تنظیم می نماید، واضح نیست.^{۶۴}

د) افراد

در حقوق بین الملل عرفی وضعیت افراد تحت کنترل انحصاری دولت ها قرار داشت. حتی مجموعه حقوق بین المللی عام که مربوط به وضعیت حقوقی بیگانگان بود، قسماً به این هدف تحریک شده بود که بیگانگان را منحصراً انسان حمایت نماید، مسأله ای که مربوط دولت محل اقامت و

⁶ Shaw, p. 260. 2

⁶ E/CN.4/Sub.2/2002/13. 3

⁶ Shaw, p. 250. 4

دولت متبوع بود. این موقف سستی در نظریه مشورتی محکمه دایمی بین المللی عدالت در قضیه «Jurisdiction of the courts of danzig case»^۶ انعکاس یافته است که در مورد یک معاهده منعقد میان جرمنی و پولند تصریح نمود که: «موافقت بین المللی، نمی تواند حقوق و تکالیف مستقیم برای اشخاص حقیقی ایجاد نماید». بعد از جنگ جهانی دوم، حمایت بین المللی حقوق بشر افزایش یافت. بنابراین، وضعیت افراد در حقوق بین المللی تغییر کرد. انکشاف حقوق بشر منتهی به، به رسمیت شناختن افراد منحیث اشتراک کننده حقوق بین الملل، شد.

در مراحل ابتدایی این انکشاف، افراد صلاحیت نداشتند علیه نقض یک معاهده بین المللی که به آنها حقوق اعطاء می کرد دست به اقدام بزنند. در عوض، دولت متبوع آنها باید علیه نقض حقوق بین الملل توسط دولت دیگر که حقوق افراد را مورد حمایت قرار می داد، اعتراض می کرد. بنابراین، مفهوم تابعیت پیوند محکمی بود برای حمایت افراد علیه نقض حقوق بشر که توسط دولت دیگر ارتکاب می یافت. باآنکه تابعیت تاکنون نقش مهم در رابطه فرد با دولت و شهروند در صحنه بین المللی دارد، اکثر معاهدات بین المللی حقوق بشر، دسترسی مستقیم افراد را به محاکم بین المللی پیش بینی می نماید.^{۶۶}

باوجوداین، به رسمیت شناختن افراد منحیث تابعین حقوق بین الملل صرف موجب اعطای حمایت حقوق بشر بین المللی نمی شود، بلکه وجیهه نیز ایجاد می نماید. امروزه افراد می توانند بخاطر ارتکاب جرایم بین المللی که مرتکب شده اند تحت تعقیب و مجازات، قرار بگیرند، مانند: جرایم جنگی، جرایم علیه بشریت و قتل عام. محکمه نظامی بین المللی بعد از جنگ جهانی دوم، اولین محکمه بود که در آن افراد شخصاً مجرم تلقی شدند. براساس حکم محکمه نظامی بین المللی نورمبورک، حقوق بین الملل مانند دولت ها برای فرد تکالیف ایجاد می نماید. پذیرش این اصل در قطعنامه های شماره ۸۲۷ (۱۹۹۳) و ۹۵۵ (۱۹۹۴) شورای امنیت سازمان ملل متحد در رابطه به ایجاد محاکم مؤقت برای تعقیب جرایم بین المللی جنگی در یوگوسلاوی سابق و روندا نیز ادامه داده شد. این اصل در ماده ۲۵ اساسنامه روم محکمه جزایی بین المللی نیز تصریح شده است.

این انکشافات منتهی به این نتیجه می شود که: افراد در حقوق بین الملل موقف مناسب حقوقی پیدا کرده است. افراد در سطح بین المللی دارای حقوق و تکالیف دانسته شده اند که در برخی حالات نتیجه شکیلی؛ یعنی: میکانیسم (سازوکار) شکایت فرد جهت حمایت حقوق بشر بین الملل، دارد. روی همین دلیل، باآنکه اکثر هنجارهای حقوق بین الملل بنابر محتویات آن، صرف در مورد دولت ها قابل اجراء است، امروزه، افراد به صورت متداول شرایط «تابع قسمی» (Partial subject) حقوق بین الملل را کسب کرده اند.

⁶ Pecuniary claims of danzig railway officials who have passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration) 1928 PCIJ Series B No. 15.

^{۶۶} مانند کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و یا کنوانسیون حقوق بشر میان ایالات، ایالات متحده امریکا.

ه) گروه های شورشی، متخاصم و نهضت های آزادی بخش ملی

در حقوق بین الملل معاصر، گروه های شورشی و متخاصم تحت شرایط خاص می توانند تابعین حقوق بین الملل شوند، خصوصاً زمانی که چنین گروه ها کنترل مؤقت بر بخش های از خاک یک مملکت داشته باشند. این وضعیت در مورد افغانستان، به عنوان مثال، صادق است که طالبان در برخی مناطق کنترل اداری دارند. این گروه ها که صلاحیت داشتن شخصیت حقوقی را دارند، ملتزم به حقوق بشردوستانه بین الملل، به خصوص، رویه جنگ هستند. تشخیص و تعیین وضعیت حقوقی نهضت های آزادی بخش ملی نیز مشکل است. این مسأله به صورت انحصاری به قانون حق تعیین سرنوشت به صورت نزدیک مرتبط است (Law of self-determination) و قوانین سرزمین های غیر خودمختار (Law of non-self-governing). تاکنون، رویه دولتی در این مورد ایجاد نشده است که از آن وضعیت حقوقی چنین گروه ها استنباط شود. این امر به خصوص در مورد پاسخ این سؤال که آیا به رسمیت شناختن وسیع دولت ها یک گروه خاص را می تواند شخصیت حقوقی اعطاء نماید یا خیر بدون پاسخ مانده است؟ یک استثناء در این مورد سازمان آزادی بخش فلسطین است. با آنکه فلسطین منحیث یک دولت توسط جامعه جهانی به رسمیت شناخته نشده است، سازمان آزادی بخش فلسطین، منحیث یک نهاد فلسطینی، حایز شخصیت بین المللی محدود است.

ز) افراد بومی (Indigenous peoples)

با آنکه افراد بومی براساس کنوانسیون (شماره ۱۰۷) سازمان بین المللی کار و کنوانسیون حمایت و ادغام نفوس بومی، قبیله و نیمه قبیله در ممالک مستقل و کنوانسیون (شماره ۱۶۹) حقوق معین اعطاء شده اند، در این دو کنوانسیون آشکار شده است که استعمال کلمه «مردم» دلالت بر شرط عام مربوطه نمی نماید. بنابراین، تا این اواخر، رویه جاری بین المللی به نظر نمی رسید که افراد بومی را شامل «حق تعیین سرنوشت» نماید. اما، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۶، منحیث اولین اقدامات خویش، طرح اعلامیه سازمان ملل متحد در مورد حقوق افراد بومی را تصویب کرد که ماده ۳ آن حاوی به رسمیت شناختن صریح حق تعیین سرنوشت افراد بومی است. اگر این امر ادامه بیابد، مردمان بومی ممکن شرایط تابعین حقوق بین الملل را در آینده اکتساب نمایند.

ح) سایر تابعین حقوق بین الملل

مقر پاپ نظام حاکم جزیره مالت عرفاً منحیث تابعین حقوق بین الملل پذیرفته شده اند. این امر در مورد کمیته جهانی صلح سرخ، سازمانی که در سال ۱۸۶۳ منحیث یک انجمن خصوصی سویسی برای اجرای وظایف بشردوستانه در جریان جنگ ایجاد شد، صادق است. نقش سازمان بین المللی صلیب سرخ در توسعه و تطبیق قوانین جنگ منجر به اعطای حقوق معین به این سازمان توسط کنوانسیون های ژنو

۱۹۴۹ شد. این سازمان همچنین معاهدات بین المللی را با تعدادی دولت ها و سازمان های بین المللی مانند: سازمان ملل متحد منعقد نموده است.

مبحث دوم: مفهوم شخصیت حقوقی

نظریه حقوق میان شخصیت حقوقی ناقص و کامل تفکیک قایل می شود. این تفکیک در نظریه مشورتی در مورد «جبران خسارت»^۷ که در آن محکمه بین المللی عدالت اعلام نمود که: «تابعین حقوق در هر نظام حقوقی لزوماً از نظر و ماهیت و حقوق مشابه نیستند» انعکاس یافته است.

شخصیت حقوق بین الملل کامل به این معنی است که یک نهاد برخوردار از حقوق و تکالیف گوناگون است و منحصراً تابع حقوق بین الملل در صحنه بین المللی توسط سایر اشخاص بین المللی قبول شده که با نهادهای معین دیگر ارتباط برقرار می نماید. اکتساب شخصیت کامل بین المللی مشکل است و ایجاد عمل جامعه جهانی؛ یعنی: به رسمیت شناختن را می نماید. اکتساب شخصیت حقوقی ناقص آسان است، زیرا صرف طرفینی که ابراز رضایت نموده اند، ملتزم می نماید. اصل مورد استناد در این زمینه، اصل (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt maxim) است که مطابق آن شخص ثالث نمی تواند به صورت خود به خودی (اتوماتیک) به معاهده ای که میان سایرین منعقد شده است، ملتزم باشد.

صرف دولت ها برخوردار از شخصیت حقوقی کامل هستند که دلالت می نماید که دولت ها به صورت مساوی از تمام حقوق بین الملل برخوردار و تابع تمام تکالیف بین المللی هستند. این امر در اصل «برابری حاکمیت» چنانچه در ماده ۲ (۱) منشور سازمان ملل متحد پیش بینی شده است، بازتاب یافته است. سازمان های بین المللی برخوردار از شخصیت حقوقی ذاتی هستند. بنابراین، سازمان های بین المللی منحصراً تابعین کامل حقوق بین الملل محسوب می شوند. این امر، به عنوان مثال، در مورد سازمان ملل متحد با عضویت جهانی دولت های آن صحیح است. اما، این امر در مورد سایر سازمان های بین المللی قابل تطبیق نیست. به طور کلی، وضعیت اینها از معاهده ای که این سازمان ها را ایجاد می نماید، ناشی می شود. سایر تابعین مانند: سازمان های غیر دولتی و یا افراد برخوردار از شخصیت حقوقی محدود هستند که باید توسط سایر اشخاص بین المللی تعیین شده باشد.

⁶ Reparation for injuries. ⁷

⁶ "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations" case (hereinafter "Reparation Case", ICJ Reports 1949

فصل سوم: دولت بودن و شخصیت حقوقی دولت

نقش ممتاز دولت‌ها در حقوق بین‌الملل در فصل بعدی شرح شده است، در این فصل عناصر اصلی دولت و نیز اصول دولت بودن را به تفصیل مورد بحث قرار می‌دهیم:

مبحث اول: دولت چیست؟

شرایط اکتساب شخصیت حقوقی توسط دولت در ماده ۱ کنوانسیون متته ویدئو در مورد حقوق و تکالیف دولت‌ها^۶ پیش‌بینی شده است. این ماده تصریح می‌نماید که: «دولت به عنوان تابع حقوق بین‌الملل باید دارای شرایط زیر باشد: ۱- جمعیت دائمی؛ ۲- سرزمین معین؛ ۳- حکومت؛ و ۴- توانایی برقراری روابط با سایر دولت‌ها.»

این شرایط نه انحصاری و نه تغییرناپذیر است. سایر عناصر نیز ممکن است ضروری باشد، مانند: حق تعیین سرنوشت و یا به رسمیت شناخته شدن از سوی سایر اشخاص. اما، نص این ماده صرف شامل عناصر اساسی می‌شود که تفصیل هر یک ذیلاً مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

الف) جمعیت دائمی

جمعیت دائمی باید در قلمرو یک دولت ساکن باشد. تاکنون، شرایط دیگر مانند: همگنی نژاد، تعلق به یک گروه، قبیله، مذهب، زبان و سایر خصوصیات ضروری نیست. برعلاوه، اقلیت‌های کوچکی اثری در مورد به رسمیت شناختن یک جمعیت دائمی ندارند.^۷

ب) سرزمین معین

یک دولت باید سرزمین داشته باشد، چنانچه در فیصله محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه «فلات قاره دریای شمال» (North Sea Continental Shelf) تصریح شده است که ضروری نیست تا سرحدات کاملاً محدود و یا معین باشد.^۸ در حقوق بین‌الملل، سرحدات ممکن است توسط معاهدات چندجانبه تثبیت شود. عملکرد اداری نیز

⁶ Statehood.

^۷. کنوانسیون متته ویدئو در مورد حقوق و تکالیف دولت‌ها در ۲۶ دسامبر ۱۹۳۳ منعقد شد و یک سال بعد نافذ شد. این کنوانسیون تعریف و شرایط دولت بودن را مدون نمود.

⁷ Aust, Handbook of International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2005), p. 16.

⁸ North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3, para. 46.

می تواند سرحدات را معین نماید. روش های دیگر اثبات، نقشه ها و اعلامیه های یکجانبه است. قبول دو جانبه تعیین سرحدات معین نیز مجاز است.

ضرور نیست یک دولت اندازه حداقل داشته باشد شرایط دولت بودن را حایز شود (این مسأله برای مدتی محل بحث بود). بنابراین، دولت های کشور های کوچک مانند لختنشتاین (Lichtenstein) و اندورا (Andorra) در اروپا دولت محسوب می شوند.

ج) حکومت

عنصر دیگر دولت بودن موجودیت نوع حکومت و یا قدرت مرکزی است. طبق یک نظر، حکومت باید مؤثر باشد و مفهوم موجودیت ارگان اجرائیه و تقنینی که ثابت، امنیت و نظم را در مملکت تأمین می نمایند برساند. نظر مخالف دستگاه مغلق اجرائیه و تقنینی را ضروری تلقی نمی کند مادام که نوع تشکیل سیاسی منسجم وجود داشته باشد. شرایط ارگان های اجرائیه و تقنینیه در برخی حالات بخاطر حق تعیین سرنوشت از سوی مردم نادیده گرفته شده است. در نتیجه، برخی دولت ها شرایط دولت بودن را بدون موجودیت حکومت مؤثر اکتساب نموده اند. یکی از مثال های آن، دولت کانگو است که باوجود دو حزب در حکومت کانگو که در جستجوی تأیید منحصت نمایندنده های مشروع دولت بودند، حتی عضو سازمان ملل متحد شد. در جریان روند (پروسه) استعمارزدایی، معیار ضروری کارآیی کاهش یافت به خصوص در رابطه به اعمال واقعی قدرت. در عوض، به رسمیت شناخته شدن قابل توجه و عضویت در سازمان ملل متحد می تواند فقدان مقامات اجرائیه در سراسر سرزمین را موازنه نماید. از دست دادن کنترل از سوی حکومت یک دولت منجر به از دست دادن شرایط دولت بودن نمی شود. نتیجه از کار افتادگی مقامات یک دولت در برخی اوقات دخالت های بشر دوستانه بین المللی به منظور با ثبات ساختن دولت «در حال ناکامی» و یا «ناکام» است.

د) اهلیت برقراری روابط با سایر دولت ها

این عنصر برای دولت بودن حیاتی است. اگر یک دولت نتواند با سایر تابعین رابطه برقرار نماید، نمی تواند مستقلاً عمل نماید. در این زمینه باید میان مداخله سیاسی سایر دولت ها که ممکن است تصامیم یک دولت را متأثر سازد و اهلیت واقعی یک دولت در برقراری روابط، تفکیک قایل شد. صرف دولت های مستقل واجد این شرایط اند. وابستگی به کمک های خارجی جهت توسعه اقتصادی، به عنوان مثال، استقلال یک دولت را تحت تأثیر و در نتیجه اهلیت برقراری روابط با سایر دولت ها تحت تأثیر قرار نمی دهد. فراتر از این، حتی تأسیس یک نهاد که وظایف معین یک حکومت را به عهده بگیرد، لزوماً منتهی به از دست دادن استقلال آن دولت معین نمی شود.

در یک فدراسیون، دولت های فدرال صلاحیت برقراری روابط بین المللی و یا دوجانبه را با سایر نهاد ها ندارند. در عوض، این دولت ها به نمایندگی از دولت مرکزی عمل می نمایند. اما، اهلیت یک دولت فدرال جهت عمل نمودن در صحنه بین المللی به صورت مستقل ممکن است در قانون اساسی دولت مرکزی پیش بینی شود.

ه) حق تعیین سرنوشت منحصیث معیار (شرط) اضافی برای دولت بودن

باملاحظه انکشافات اخیر ظهور دولت های جدید، می توان ادعا کرد که: اصل تعیین نوشت باید منحصیث یک شرط اضافی برای دولت بودن محسوب شود. چنانچه قبلاً تذکر یافت، حق تعیین سرنوشت مردم می تواند شرط حکومت منحصیث یکی از ارکان دولت را تحت تأثیر قرار دهد. به منظور تضمین حق تعیین سرنوشت، سطح پایین کارایی یک حکومت مورد تأیید قرار گرفته است که زمینه ظهور دولت های جدید را فراهم می نماید. احتمالاً، یک نهادی که با ادعای حق تعیین سرنوشت اعلان استقلال می نماید ضرورت به، به رسمیت شناخته شدن توسط جامعه جهانی دارد. اما، برخی نویسندگان شرط به رسمیت شناخته شدن را مادام که شرط حق تعیین سرنوشت احراز شود، غیر ضروری تلقی می نمایند.

اصل حق تعیین سرنوشت بدون اینکه منحصیث یک اصل الزام آور حقوقی تلقی شود، بعد از جنگ جهانی اول به وجود آمد. به طور کلی، حق تعیین سرنوشت بعد از جنگ جهانی دوم به وجود آمد، اما بدون اینکه به حیث یک اصل الزام آور حقوقی شمرده شود. بعد از جنگ جهانی دوم، این اصل در ماده ۱ (۲) و ۵۵ منشور سازمان ملل متحد پیش بینی شد. این اصل همچنین اساس احکام فصل های یازدهم و هفتم منشور سازمان ملل متحد را تشکیل می دهد که موضوعات غیر خودمختاری و ناحیه تحت قیمومت شورای قیمومیت سازمان ملل متحد را مورد رسیدگی قرار می دهد. علاوه براین، این امر در قطعنامه های متعدد سازمان ملل متحد و معاهدات (حقوق بشر) بین المللی تذکر یافته است.^{۳۳} نظر غالب این اصل را به حیث اصل حقوقی الزام آور می شناسد. به طور کلی، اصل حق تعیین سرنوشت برای مردم حق تعیین وضعیت سیاسی را پیش بینی می نماید. این امر می تواند منتهی به استقلال مردم از دولت قبلی مادر، یکپارچه شدن با دولت همسایه و اتحاد با یک دولت مستقل دیگر شود. حق تعیین سرنوشت در نتیجه نه تنها حاکمیت و استقلال دولت های موجود را حفاظت می نماید، بلکه می تواند ایجاد دولت های جدید را توسعه دهد.

در مورد آخری، هیچ عملکرد دولتی تاکنون ایجاد نشده است. در حالی که در برخی حالات، اکثریت دولت ها نهادی را که ادعای حق تعیین سرنوشت را به حیث یک دولت جدید می نماید، به رسمیت می شناسند و در سایر حالات از شناسایی آن امتناع می ورزند.

در رابطه به خود مختاری باید میان حق خودمختاری خارجی و داخلی تمایز قایل شد. در حالی که حق داخلی خودمختاری (به عنوان مثال مقداری از خودمختاری در داخل کشور موجود) همیشه باید اعطاء شود، حق خود مختاری خارجی (حق جدایی از دولت موجود) تنها باید در شرایط خاص اعطاء شود. به عنوان مثال، زمانی که اقلیت مورد اذیت و آزار، نسل کشی یا جنایات مشابه قرار بگیرد.

به حیث رهنمود جهت شناسایی می توان به احترام به حاکمیت قانون، دیموکراسی (مردم سالاری) و حقوق بشر که در نهاد جدید التأسیس مقرر شده است، تمرکز کرد. در صورتی که مقدار معینی از احترام در نهاد جدید تضمین شود، شرایط دولت بودن طبق اصل حق تعیین سرنوشت می تواند انجام شده، محسوب شود.

^{۳۳}. به عنوان مثال، اعلامیه مستعمراتی، هر دو میثاق بین الملل حقوق بشر ۱۹۶۶ و یا اعلامیه ۱۹۷۰ در مورد اصول حقوق بین الملل در مورد روابط دوستانه.

مبحث دوم: شناسایی دولت ها و حکومت ها

به رسمیت شناختن نقش مهمی را در روابط بین الملل ایفاء می نماید. با آنکه به رسمیت شناختن نسبتاً یک اعلامیه سیاسی است، اما دارای آثار حقوقی نیز است. در مورد شناسایی، باید میان شناسایی دولت ها و حکومت تفکیک قایل شد:

الف) شناسایی دولت ها

مفهوم شناسایی دولت ها تاکنون در حقوق بین الملل مورد بحث است. طبق نظریه ایجادی یا تأسیسی^{۷۴} این صرف عمل به رسمیت شناختن است توسط سایر دولت ها که در نهایت یک دولت جدید را که از کلیه حقوق و تکالیف برخوردار ایجاد می نماید. بنابراین، عمل واقعی استقلال و اکتساب شرایط رسمی دولت برای اکتساب دولت انکشاف یافته است. این نظر برخی خطرات را در بر دارد: یک نهادی که شرایط رسمی دولت بودن را احراز می نماید و تا کنون به رسمیت شناخته نشده است، تابع هیچ تعهد بین المللی مانند منع تجاوز نیست. علاوه بر این، اگر یک دولت صرف توسط تعداد اندکی دولت ها، نه تمام آنها، به رسمیت شناخته شود، منجر به ایجاد اوضاع مشکل می شود. نظریه اعلامی^{۷۵} با این مشکلات مواجه نیست. طبق این نظریه، به رسمیت شناختن صرف قبول یک وضعیت واقعی؛ یعنی: اکتساب شرایط دولت بودن است. بنابراین، یک نهاد با تمام خصوصیات دولت بودن می تواند از کلیه حقوق و تکالیف در حقوق بین الملل حتی بدون به رسمیت شناخته شدن از سوی دولت های دیگر، برخوردار گردد.

رویه عملی بیانگر روش نسبتاً میانه است. با عمل شناسایی یک دولت تأیید می نماید که دولت به رسمیت شناخته شده را در مطابقت با شرایط حقوق بین الملل که مربوط دولت بودن است، تلقی می نماید. با وجود این، عمل به رسمیت شناختن، یک عمل سیاسی است. زمانی که یک دولت، دولت دیگر را به رسمیت می شناسد، تمام روابط میان این دو دولت تابع احکام حقوق بین الملل است.

انصراف از شناسایی ممکن است در حالاتی که تغییر ماهوی وقایع بعد از شناسایی صورت می پذیرد. شناسایی یک دولت دال بر ایجاد روابط دیپلماتیک نیست. اما، در عمل این دو همزمان انجام می شوند. یک دولت می تواند بنابر دلایل مختلف تصمیم اتخاذ نماید تا دولت دیگری را به رسمیت نشناسد. یکی از این دلایل ابهام در مورد اجرای تمام شرایط دولت بودن، دولت دیگر وفق حقوق بین الملل است. ثانیاً: یک دولت می تواند شرایط ایجاد شرایط دولت جدید را انجام شده محسوب نماید، اما می تواند تصمیم اتخاذ نماید تا آن دولت را بنابر دلایل سیاسی به رسمیت نشناسد؛ و ثالثاً: اگر دولت جدید به صورت قانونی ایجاد نشده باشد، جامعه جهانی مکلف است این دولت را به رسمیت نشناسد. تکلیف عدم شناسایی ممکن است از حقوق بین الملل عرفی و معاهده بین المللی ناشی شود و یا توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد بر دولت ها تحمیل شود.^{۷۶}

⁷ Constitutive theory. 4

⁷ Declaratory theory. 5

⁷ For a more detailed discussion of this issue see *ibid.*, Part III, Ch. 7, II. D: "Recognizing, Not Recognizing, Non-Recognition", p. 241

ب) شناسایی حکومت ها

شناسایی یک دولت بیشتر همزمان با شناسایی حکومت واقع می شود، زیرا تصمیم شناسایی با حکومت گفتگو می شود. با وجود این، شناسایی حکومت از شناسایی دولت متفاوت است. اگر حکومت یک دولت براساس قانون اساسی تغییر نماید، شناسایی جدید حکومت ضروری نیست. اما، تغییر حکومت ممکن است خلاف قانون اساسی صورت پذیرد. به عنوان مثال، تغییر حکومت از طریق کودتای نظامی که خود دولت را متأثر نمی سازد، زیرا حکومت قدرت مؤثر دارد. بنابراین، عدم شناسایی یک رژیم دولت معین لزوماً به این معنی نیست که دولت، واجد شرایط دولت نیست. این اظهار نظر نسبتاً سیاسی است که اعلان کرد که رژیمی به رسمیت شناخته نخواهد شد. در این اواخر، برخی شرایط در مورد قبول تغییر خلاف قانون یک حکومت در یک دولت ایجاد شده است. به طور مثال، اگر حکومت جدید، به طور مؤثر مملکت را برای مدت طولانی کنترل نماید، و ادامه این کنترل مفروض باشد، این حکومت باید توسط سایر دولت ها به رسمیت شناخته شود. اما با عدم توجه به شناسایی و یا عدم شناسایی واقعی حکومت خلاف قانون اساسی، شخصیت حقوقی خود دولت با پرچا می ماند، زیرا عدم شناسایی حکومت، شناسایی وضعیت حقوقی دولت را تحت تأثیر قرار نمی دهد. اما، در رابطه به روابط دیپلماتیک، به رسمیت شناختن حکومت ضروری است.

ج) شناسایی قانونی (De jure) و شناسایی عملی (De facto)

شناسایی می تواند به: شناسایی قانونی و شناسایی عملی تقسیم شود: اگر در مورد ادامه مؤثر کنترل مملکت توسط یک حکومت و یا نهاد دیگر، شک وجود داشته باشد، شناسایی این نهاد، شناسایی عملی محسوب می شود. چنین شناسایی عملی رژیم، به حیث مثال، زمانی ظهور می نماید که: قدرت جدید قصد داشته باشد، محکوم را در یک دولتی به رسمیت شناخته شده، به دست بگیرد هر چند این قدرت هنوز کنترل مؤثر تمام سرزمین را در دست نداشته باشد. اما، اگر رژیم عملی قدرت را در سراسر کشور، به دست بگیرد، و این به دست گرفتن قدرت توسط دولت معین دیگر، قبول شود، به رسمیت شناختن عملی، به شناسایی قانونی تبدیل می شود، زیرا تا زمانی که رژیم عملی کنترل تمام سرزمین را به دست نگرفته است، حکومت به رسمیت شناخته شده قبلی که قرار است رژیم عملی جانشین آن شود، و یا در تبعید قرار دارد، حکومت قانونی شناخته شود.^{۷۷} رژیم های عملی منحصراً تابعین ناقص حقوق بین الملل اند. بنابراین، این رژیم ها می توانند در حقوق بین الملل مسؤول تلقی شوند و توافقات دارای ماهیت مختلف در این مرحله با آنها منعقد شود. در نتیجه، بعضی تعاملات ممکن است میان دولت ها واقع شود با آنکه این ارتباط از ارتباطات عادی بین دولت ها متفاوت است. با وجود این، دولت ها بیشتر اوقات روابط دیپلماتیک صرف با حکومت های به رسمیت شناخته شده قانونی ایجاد می نمایند.

اگر رژیم عملی توسط حکومت قانونی قبلی از قدرت کنار زده شود، تمام اعمال اجراء شده از سوی رژیم عملی ناکام باطل می شود. اما، در برخی حالات دولت می تواند بخاطر اعمالی که مربوط به اداره عادی کشور در آن زمان می شد، مسؤول تلقی شود.

⁷ Warbrick, Evans (Ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford (2003), p. 246.

د) شناسایی ضمنی

چون عمل به رسمیت شناختن لزوماً ضرورت به اظهار رسمی ندارد، برخی جنبه های روابط میان دولت ها دلالت به، به رسمیت شناختن می نماید. اعمالی که به رسمیت شناختن ضمنی را در بر می گیرد، به عنوان مثال، عبارت اند از پیام تبریکی به یک دولت جدید و یا ایجاد روابط رسمی دیپلماتیک است. انعقاد معاهده دو جانبه ممکن است دلالت بر شناسایی ضمنی نماید، اما بستگی به سایر اوضاع دارد و ایجاب ارزیابی فردی را می نماید. با وجود این، دولت عمل کننده می تواند صریحاً ابراز نماید که اعمال او به هیچ وجه به حیث به رسمیت شناختن تفسیر نشود. ابقای تماس های غیر رسمی و اقدام علیه یک نهاد، در بر گیرنده به رسمیت شناختن آن نهاد نیست. حتی ممکن است که دولت های که همدیگر را به رسمیت نمی شناسند، عضو یک سازمان بین المللی باشند.^{۷۸} عملکرد [دولت ها] نشان داده است که قلمرو شناسایی ضمنی بسیار محدود است و ایجاد ارزیابی عوامل زیاد را می نماید، زیرا به رسمیت شناختن یک وسیله سیاسی مهم است. دولت ها می خواهند در این رابطه کنترل خویش را ادامه بدهند و بنابراین ترجیح می دهند از عمل به رسمیت شناختن رسمی استفاده نمایند.

ه) سایر انواع شناسایی

زمانی یک دولت جدید ظهور می نماید، دولتی که این دولت را به رسمیت می شناسد باید متوجه باشد تا در امور داخلی کشور دیگر، به خصوص در مورد تجزیه دولت که یک دولت جدید را به وجود آورده است، مداخله ننماید. در چنین وضعیتی، دولت ها صرف می توانند شناسایی قبل از وقت^{۷۹} را بعد از رعایت این که تا کدام اندازه شرایط دولت بودن احراز شده است، اعلان نمایند. دولتی که دولت دیگر را به رسمیت می شناسد^{۸۰} می تواند به رسمیت شناختن را منوط بر اجرای برخی شرایط معین، به حیث مثال، برخورد خوب با گروه های اقلیتی، نماید. این نوع شناسایی، شناسایی مشروط^{۸۱} نامیده می شود. چنین شرایطی به طور کلی، در توافقات میان طرفین گنجانیده می شود. با وجود این، نقض چنین شرایط، صرف نقض حقوق بین الملل را تشکیل می دهد و شناسایی را باطل نمی نماید. در برخی حالات شناسایی به صورت جمعی بیشتر براساس یک تصمیم بین المللی که توسط یک سازمان بین المللی اتخاذ شده است، اعلان می شود.

و) انصراف از شناسایی

انصراف از شناسایی عملی با توجه به ماهیت موقتی آن آسان است. اگر یک حکومت عملی کنترل مؤثر کشور را از دست بدهد، سبب شناسی از بین می رود و شناسایی توسط دولتی که این دولت را به رسمیت شناخته است، باطل می شود. انصراف از شناسایی قانونی معلق است. اگر یک حکومت قانونی کاملاً سرنگون شود و دولت با

^{۷۸}. به حیث مثال، اسرائیل توسط اکثریت ممالک اسلامی به رسمیت شناخته نمی شود با آنکه تمام این دولت ها عضو سازمان ملل متحد

هستند. این عضویت بیانگر شناسایی رسمی اسرائیل توسط ممالک عربی نیست.

⁷ Premature recognition. 9

⁸ The recognizing state. 0

⁸ Conditional recognition. 1

واقعیت های سیاسی جدید مواجه شود، ناپدید شناسایی حکومت سابق مفروض است. شناسایی در چنین حالتی، می تواند بدون به رسمیت شناختن رژیم متعاقب باطل می شود. اما، اگر حکومت قانونی در قدرت باقی بماند، انصراف از به رسمیت شناختن صرف در حالات استثنایی امکان پذیر است. منصرف شدن از شناسایی معمولاً از طریق قطع روابط دیپلماتیک واقع می شود. اما، پایان دادن روابط دیپلماتیک لزوماً بیانگر منصرف شدن از شناسایی نیست.

(ز) نظریه عدم شناسایی

با پیروی از اصل (Ex iniuria ius non oritur) که به این معنی است که: حقوق نمی تواند از وضعیت غیر قانونی ناشی شود، نظریه عدم شناسایی بیان می نماید که: اوضاع معین نباید به رسمیت شناخته شوند زمانی که راجع به قانونیت و یا اخلاقی بودن اعمال ملاحظات وجود داشته باشد.^{۸۲} این نظریه بعد از جنگ جهانی دوم اهمیت بسیار زیاد کسب نمود. این اصل در چندین معاهده بین المللی و تصامیم سازمان ملل متحد در مورد تمامیت ارضی تذکر یافت. این نظریه بیان می نماید که: اکتساب غیر قانونی سرزمین توسط دولت ها نباید توسط دولت های دیگر به رسمیت شناخته شود. برعلاوه، اعلام استقلال برخی نهادها منجر به فراخوانی تمام دولت های عضو توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد مبنی بر عدم شناسایی و عدم کمک به نهاد منحیث دولت جدید می شود.^{۸۳} نتیجه، عمل عدم شناسایی می تواند نقش مهمی تحریمی و ابزار فشار علیه نهادی که خلاف قانون عمل می نماید، داشته باشد.

(ح) آثار حقوقی شناسایی

در سطح بین المللی، عدم شناسایی یک نهاد بیانگر این است که: نهاد محروم از تمام حقوق و تکالیف است؛ البته به استثنای آن حقوق و تکالیفی که ایجاب شناسایی را می نماید. قطع نظر از این، موجودیت سیاسی یک دولت منوط بر شناسایی نیست. در حقیقت، یک دولتی به رسمیت شناخته شده، تابع قواعد حقوق بین الملل به خصوص منع تجاوز است. با آنکه اجرای حقوق و تکالیف بین المللی برای دولتی که به رسمیت شناخته نشده است، مشکل است، اما چنین دولت ها وجود دارند. به رسمیت شناختن یک دولت بیانگر این است که دولت می تواند در محاکم دولتی که این دولت را به رسمیت شناخته است، اقامه دعوی نماید و از مصؤونیت ها در اوضاع معین برخوردار شود و کارمندان دیپلماتیک آن، تابع قواعد مربوط به روابط دیپلماتیک باشد.

مبحث سوم) حقوق اساسی یک دولت

بعد از بحث راجع به شرایط ایجاد دولت، این مبحث موضوعات مربوط به حقوق اساسی دولت ها؛ یعنی: دولت های که به طور ذاتی به شرایط دولت بودن پیوند داده شده اند، را مورد بحث قرار می دهد. این حقوق در

⁸ Shaw, p. 468.

^{۸۲}. مانند قطعنامه شمار ۲۲۱ (۱۹۶۶) و ۲۲۳ (۱۹۶۸) شورای امنیت سازمان ملل متحد در مورد استقلال «رودسیا»

فصل اول منشور سازمان ملل متحد تصریح شده است و نیز در اعلامیه در مورد اصول حقوق بین الملل در مورد روابط دوستانه و همکاری میان دولت ها (اعلامیه روابط دوستانه) تذکر یافته است.^{۸۴} در این مبحث صرف اصول (حقوق) اساسی: استقلال، برابری و همزیستی مسالمت آمیز مورد بحث قرار خواهد گرفت. این اصول، منشأ اصول دیگر مانند: منع استعمال قوه، حاکمیت ارضی (Territorial sovereignty)، اصل عدم مداخله و تکلیف حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات را که در فصل بعدی این رهنمود مورد بحث قرار خواهد گرفت، اند.

الف) استقلال

حق استقلال یک دولت را صلاحیت می دهد تا آزادانه به حیث یک عضو جامعه بین الملل عمل نماید و تابع تعهدات و احکام بین المللی باشد. حق استقلال متأثر از وابستگی واقعی سیاسی و یا اقتصادی میان دولت ها تا زمانی که دولت وابسته رسماً مجبور به پیروی نشود، نیست. از اصل استقلال، حقوق متعدد مانند: حق یک دولت مبنی بر اعمال صلاحیت بر سرزمین، و یا جمعیت و یا در اوضاع معین حق دفاع مشروع، ناشی می شود. منحیث نتیجه فرعی حق استقلال، وظیفه یک دولت است تا در امور داخلی دولت دیگر مداخله ننماید. تعیین محدوده واقعی امور داخلی بسیار زیاد بحث بر انگیز است، زیرا تصور در مورد آن نسبتاً ذهنی است. از نظر عرفی، امور داخلی، انتخاب آزاد وانکشاف نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز تدوین سیاست خارجی تعریف شده است. می توان ادعا کرد که: تمام مسائلی که توسط حقوق بین الملل تنظیم نمی شوند، در قلمرو امور داخلی یک دولت قرار می گیرند. در عصر مدرن، در نتیجه جهانی شدن، وابستگی متقابل و همکاری دولت ها افزایش یافته است. این امر موجب ایجاد قوانین مهم بین المللی و در نتیجه کاهش محدوده امور داخلی شده است، زیرا توسعه حقوق بین الملل تا کنون ادامه دارد و شامل تنظیم مسایل بیشتر که قبلاً جزء امور داخلی یک دولت بوده است، می شود و تعیین محتویات دقیق امور داخلی تابع توسعه حقوق بین الملل است.

بر علاوه، اصل استقلال زمانی که نقض شدید قواعد حقوق بین الملل به خصوص «قواعد امره حقوق بین الملل» و یا نقض حقوق و آزادی های بشری مطرح می شود، با محدودیت های مواجه می شود. آثار حقوقی چنین عملی می تواند به حیث نمونه کاهش حمایت علیه مداخله خارجی باشد، زیرا دولت متضرر و حتی کل جامعه بین المللی می توانند اقدامات قانونی را به منظور متوقف ساختن دولت انجام دهند.^{۸۵}

ب) برابری حاکمیت دولت ها

طبق اعلامیه مربوط به اصول حقوق بین الملل راجع به مناسبات دوستانه و همکاری بین کشورها اصل برابری حاکمیت دولت ها بیان می نماید که: «تمام دولت ها [...] از حقوق و تکالیف مساوی برخوردار اند و اعضای برابر

⁸ UNGA Res. 2625 (XXV) 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations' (24 October 1970) GAOR 25th Session Supp. 28, 121.

^{۸۵}. اینکه این اقدامات چگونه ایجاد می شوند، در فصل (استعمال قوه) فصل یازدهم مورد بحث قرار خواهد گرفت.

جامعه بین المللی هستند با عدم توجه به تفاوت های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و امثال اینها. به صورت مشخص، برابری حاکمیت شامل عناصر ذیل است:

- (۱) دولت ها از نظر حقوقی برابر اند؛
- (۲) هر دولت از حقوق کامل اصلی حاکمیت برخوردار است؛
- (۳) هر دولت وظیفه دارد تا شخصیت سایر دولت ها را احترام نماید؛
- (۴) تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت ها از تعرض مصئون است؛
- (۵) هر دولت حق دارد آزادانه نظام سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی خویش را انتخاب و انکشاف دهد؛ و
- (۶) هر دولت وظیفه دارد تا به صورت کامل و با حسن نیت تعهدات بین المللی خویش را انجام دهد و با سایر دولت ها در صلح زندگی نماید.

برابری حقوقی به این معنی است که حقوق بین الملل به صورت مساوی بر تمام دولت ها و یا دولت های عضو یک معاهده الزام آور است.

یک دولت از فشار خارجی و یا مداخله قوی که فعالیت های را که در محدوده امور داخلی این دولت است، آزاد است. این اصل با حق تعیین سرنوشت ملت ها، ارتباط دارد. حق یک دولت مبنی بر انتخاب نظام ها بنابراین نسبتاً حق مردم دولت است تا در فرایند سیاسی مشارکت نمایند. این امر می تواند به نحو احسن در یک نظام دیموکراتیک انجام شود.

در این اواخر، این نگرش تغییر کرده است، زیرا احترام به حقوق افراد در حقوق بین الملل افزایش یافته است. امروزه، حقوق بین الملل حمایت دور رس (Far-reaching) یا وسیع حقوق بشر را فراهم کرده است که فراتر از مانع نظام های ملی است.

در نتیجه، می توان شک کرد که آیا اصل برابری حاکمیت تاکنون در عمل مانند گذشته دارای اهمیت است؟ یا این اصل ترجیحاً مانعی را در مورد فراهم نمودن حمایت بین المللی به افراد علیه دولت آنها که مرتکب تخلفات شدید حقوق بشری می شوند در شرایط معین ایجاد می نماید.

خلاصه اینکه: نظریه برابری دولت ها تاکنون از لحاظ نظری مهم است. اما، نفوذ برخی دولت های قدرت مند، به حیث مثال، قطع نظر از قاعده «یک دولت، یک رأی» در مجمع عمومی سازمان ملل متحد، باید قدرت رد (ویتوی) ایالات متحده آمریکا، روسیه، چین، فرانسه و بریتانیا را در شورای امنیت سازمان ملل متحد ملاحظه نمود.

ج) همزیستی مسالمت آمیز

مفوم همزیستی مسالمت آمیز اخیراً به حیث یک اصل جدید در حقوق بین الملل توسعه یافته است. این اصل شامل: اصول احترام متقابل نسبت به تمامیت ارضی و حاکمیت همدیگر، عدم تجاوز متقابل، عدم مداخله در امور همدیگر و اصل برابری می شود. برعلاوه، همزیستی مسالمت آمیز بیانگر محکومیت فعالیت های خراب کارانه (توطئه گر) که توسط یک دولت علیه دولت دیگر ارتکاب یافته است و یا اجرای تعهدات با حسن نیت است.^{۸۶}

این اصل در تصامیم متعدد سازمان ملل متحد و سایر اسناد بین المللی عنوان شده است. این اصل نه تنها در روابط دوجانبه، بلکه در روابط چندین جانبه نیز قابل اجراء است.^{۸۷}

^{۸۷}. مانند پنج اصل همزیستی مسالمت آمیز که میان هند و چین در سال ۱۹۵۴ منعقد شد.

فصل چهارم: حاکمیت ارضی دولت ها

دولت بنیاد حاکمیت است؛ این به این معنی است که: از نظر درونی نهادهای حکومت برتر اند و از نظر خارجی شخصیت حقوقی دولت در صحنه بین المللی احراز می شود. اما، حاکمیت مستلزم مالکیت سرزمین است. بنابراین، سرزمین یکی از مهم ترین شرایط برای دولت بودن است. سایر دولت ها باید سرزمین دولت دارای حاکمیت را احترام نمایند و هر نوع کوشش مبنی بر غصب سرزمین خارجی از لحاظ نظری غیر مشروع است. حاکمیت ارضی می تواند توسط مالکیت زمین که شرایط واقعی و حقوقی را احتوا می نماید، اثبات شود.^{۸۸} اختلافات در مورد سرزمین کاملاً معمول است به خصوص در مورد ساحه نزدیک به سرحد میان دو کشور. تمام سرزمین ها در جهان توسط دولت ها تملک نشده است. ساحاتی که تابع حاکمیت هیچ دولت نیست (Terra nullius) نامیده می شود که تاکنون بسیار نادر اند. حقوق بین الملل همچنین ساحاتی را که متعلق به هیچ دولتی نیست، اما استفاده همه دولت ها از آن ممنوع است، به رسمیت می شناسد. این طبقه از زمین به نام (Res communis) نامیده می شود. دریاها، آزاد (آب های بین المللی و فضای خارج از فضای خارج از هوا یا جو زمین نمونه های (Res communis) هستند. در حقوق بین الملل راه های متعددی وجود دارد که از طریق این راه ها می توان مالکیت سرزمین را اکتساب نمود که در ذیل مورد بحث قرار خواهد گرفت. با وجود این، مشکلات زمانی بروز می نماید که یک دولت جدید ظهور نماید، زیرا این روش معمولاً با از دست دادن سرزمین توسط دولت دیگر همراه می باشد.

مبحث اول: از دست دادن سر زمین

الف) تجزیه (Secession)

تجزیه عبارت از جدا شدن قسمتی از سرزمین از دولت مادر و اعلان استقلال به منظور مستقل شدن دولت در برخورداری از حقوق، در حالی که دولت مادر به وجود خود ادامه بدهد. جدایی قسمتی از یک دولت می تواند با ویا بدون رضایت دولت مادر انجام شود. اگر توافق دوجانبه وجود داشته باشد و دولت قبلی به دو دولت مستقل تقسیم شود، این روند را جدایی می نامند. در حالی، فقدان رضایت منجر به تجزیه (Trictu sensu) می شود. حق تجزیه در حقوق بین الملل به صورت صریح تذکر نیافته است. اما، می تواند از حق تعیین سرنوشت نشأت بگیرد. این اصل ممکن است چنین تفسیر شود که: هر ملت حق داشتن دولت را دارد.

۱- دلایل تجزیه

تجزیه از طُرُق مختلف ممکن است صورت پذیرد و همواره مشروع نیست. دلیل مشروع برای تجزیه می تواند، به حیث مثال، ظلم یک قسمت جامعه توسط حکومت دولت مادر بالای قسمت دیگر باشد. برخورد ظالمانه مانند: امتناع از حق اشتراک، تبعیض شدید و نقض حقوق بشر در حقوق بین الملل غیر قانونی محسوب می شود. دلایل مشروع دیگر با توجه به اوضاع تجزیه جداسازی جغرافیایی یک سرزمین و یا تبعیضات نژادی است و یا [دلیل] زمانی مشروع است که اراده جمعیت سرزمین در مورد جدا شدن در یک رفرندام (مراجعه به آرای عمومی) اعلام شده باشد.

تاکنون، از نقطه نظر بین الملل، از تجزیه باید جلوگیری به عمل آید، زیرا در اکثر حالات تجزیه موجب ایجاد بی ثباتی در منطقه می شود. از یک طرف، تجزیه روابط بین الملل و همکاری جاری میان دولت ها را تحت تأثیر قرار می دهد و دولت را تضعیف می نماید، زیرا در نتیجه این حادثه دولت تضعیف شده ممکن است منابع طبیعی و یا زیربناها را از دست داده باشد.

از طرف دیگر، تجزیه منتهی به بی ثباتی داخلی می شود، زیرا سایر مناطق دولت نیز در صورت تأیید تجزیه اول توسط جامعه بین المللی، ممکن است سعی نمایند تا استقلال به دست آورند. تجزیه حتی می تواند منجر به انحلال کامل دولت قبلی شود.

در نتیجه، با آنکه تجزیه دولت در حقوق بین الملل ممنوع نیست، با اصل تمامیت ارضی که بر حق احتمالی تجزیه برتر است، در تناقض است. با وجود این، زمانی که حق تعیین سرنوشت گروه های اقلیتی توسط حکومت دولت مادر نقض شود، حق تجزیه می تواند سنگین تر (مهم تر) بر اصل حاکمیت ارضی باشد. در نتیجه، با آنکه حق تجزیه صریحاً در حقوق بین الملل تذکر نیافته است، این حق به صورت گسترده زمانی که حقوق بشر به صورت جدی و مداوم نقض می شود، صرف من حیث (Ultima ratio) (نتیجه غایی) توسط نهادهای آکادمیک پذیرفته می شود.

اما، تاکنون مشکل است اندازه شدت نقض حقوق بشر را که مستلزم اجازه استفاده از حق تجزیه است، تعیین نمود. شرایط احتمالی شامل شدت نقض حقوق بشر، درجه مشارکت و طول مدت ظلم که پس از جدایی ظاهر شود، می شود.

شرایط اجرای تجزیه صرف من حیث (Ultima ratio) واضح نیست و صرف تصریح می نماید که سطح ظلم بسیار زیاد باید بالا باشد. البته، خصوصیت آخرین راه چاره اقدام باید مستدل باشد. بنابراین، هر وضعیت مورد به مورد ضرورت به ارزیابی دارد. یقیناً قتل عام می تواند مبنای جدایی را ایجاد نماید. اما، تجزیه یک دولت، معمولاً یک مسأله سیاسی است و در نهایت بستگی به استدلال سیاسی دارد.

۲- آثار تجزیه

اگر تجزیه مؤفق باشد و دولت جدید ظهور نماید، قواعد مربوط به تجزیه دولت، بر دولت تجزیه شده قابل اجراء است. همچنین، مذاکره میان دولت قبلی و دولت جدا شده به منظور روشن شدن مشکلات ناشی از تجزیه، مانند: توزیع قرضه های خارجی و حق شهروندی اجتناب ناپذیر (حتمی) است. علاوه بر این، دولت جدید باید از نظر بین المللی به رسمیت شناخته شود. چنانچه قبلاً تفصیل آن گذشت، باآنکه، موجودیت حقوقی یک دولت منوط بر شناسایی نیست، اما برای وجود واقعی دولت بسیار مهم است. در این زمینه، دولت قبلی نقش قطعی را ایفاء می نماید، زیرا عملکرد دولت ها نشان می دهد که جامعه بین المللی به ندرت علاقه دارد تا دولت جدید را بدون رضایت دولت قبلی به رسمیت بشناسد.

(ب) تقسیم سرزمین (Dismemberment)

تجزیه دولت نباید با تقسیم سرزمین یک دولت مغالطه شود. تقسیم سرزمین به این معنی است که سرزمین دولت قبلی، سرزمین دو دولت جدید می شود و وجود دولت قبلی متوقف می شود. دولت های تازه ظهور، جانشین دولت قبلی تلقی می شوند. اما، اگر تقسیم سرزمین یک دولت به صورت غیر مشروع از طریق استعمال قوه توسط دولت ثالث و یا از طریق سوء استفاده از اصل حق تعیین سرنوشت، انجام شده باشد، این تقسیم باید باطل و بی اثر شمرده شود.

بعد از تقسیم سرزمین، معمولاً نهادهای سیاسی دولت های جدید تازه ظهور، به طور کامل جانشین قدرت عالی دولت قبلی می شوند که بعداً کنترل مؤثر و مستقل را بر برخی قسمت های سرزمین دولت قبلی اعمال می نمایند. همچنین، نظام های حقوقی جدید [در هر دو دولت جدید] ایجاد می شود.

در بیشتر حالات، تمام قسمت های سرزمین مبدل به دولت های جدید نمی شود، اما حداقل یک دولت، دولت بودن، دولت مادر را ادامه می دهد و در داخل منحصیث آن دولت به رسمیت شناخته می شود. این صورت، صورت تقسیم دولت نیست، بلکه جدایی دوگانه از دولت مادر است. باوجوداین، تداوم دولت قبلی باید زمانی که عناصر متشکله عرفی دولت کاملاً از بین رفته و قدرت های جدید قدرت را در اکثر نقاط سرزمین در دست بگیرند، باید مورد انکار قرار گیرد. چه این امر اتفاق افتاده باشد و یا خیر، باید به صورت مورد به مورد در مورد آن تصمیم گرفته شود.

مبحث دوم: اکتساب حاکمیت بر سرزمین

دولت ها همچنین می توانند حاکمیت سرزمینی خویش را از طریق توسعه سرزمین وسعت بخشند. اکتساب سرزمین می تواند ناشی از فعالیت های مسالمت آمیز و یا مخاصمه مسلحانه باشد:

(الف) تسلیم یا واگذاری سرزمین

^{۸۹}. بنگرید به: مبحث چهارم این فصل.

تسلیم یا واگذاری سر زمین زمانی واقع می شود که قسمت یک سرزمین از یک دولت به دولت دیگر واگذار شود. زمانی که رضایت هر دولت شرط باشد، واگذاری سرزمین یکی از روش های قانونی اکتساب سرزمین است. آثار حقوقی این عمل، تابع قواعد جانشینی دولت ها است. به عنوان یک اصل مهم، دولت جدید، نسبت به دولت قبلی حقوق بیشتر بر سرزمین ندارد. در عمل، این مسأله ربط دارد با حق عبور دولت ثالث از سرزمین. در نتیجه، تکالیف مربوط به سرزمین، وابسته به زمین است نه مالک زمین.

ب) تسخیر سرزمین

تسخیر مؤثر به معنی بسط و توسعه حاکمیت به سرزمینی که به حیث سرزمین جدید تلقی می شود و یا (Terra nullius) که قبلاً تذکر یافت، است.

حاکمیت بر چنین سرزمین ممکن است توسط «قصد و اراده عمل منحیث دولت مستقل و اعمال صلاحیت واقعی و یا نمایش اقتدار» اعمال شود.^{۹۰} سرزمین های (Res communis) مانند دریاها و آزاد (آب های بین المللی) نمی توانند تسخیر شوند. در عصر حاضر، این نوع تسخیر غیر قابل تصور است، زیرا تمام سرزمین ها یا متعلق به دولت ها و یا (Res communis) هستند. بر علاوه، اکتساب ممکن است در قالب تسخیر و یا فتح نظام انجام شود که بیانگر شکست دشمن و در نتیجه استعمال قوه است. اکتساب سرزمین از طریق استعمال غیر مشوع قوه در حقوق بین الملل ممنوع است و بنابراین موجب برخورداری حق مالکیت دولت تسخیر کننده نمی شود.^{۹۱}

ج) انضمام سرزمین

هرگاه دولت تسخیر کننده تمایل به انصراف از کنترل مؤثر بر سرزمین تسخیر شده را نداشته باشد، اما قصد آشکارگرفتن دایمی آن را داشته باشد (Corpus et animus) این عمل را انضمام سرزمین می نامند. در زمان سابق، انضمام سرزمین طریقه نسبتاً معمول به دست آوردن قلمرو بود. پس از شکست نهایی دولت تسخیر شده^{۹۲} اعلام یکجانبه دولت تسخیر کننده مبنی بر قصد اکتساب کامل حاکمیت ارضی مملکت تسخیر شده، کافی بود. انضمام سرزمین نیز می تواند در معاهده صلح تصریح شود ولو اینکه به حیث یک اقدام اجباری نسبت به دولت شکست خورده باشد.

بعد از اینکه منشور سازمان ملل متحد نافذ شد و منع استعمال قوه را مقرر نمود، این طرز اکتساب سرزمین اکنون در حقوق بین الملل غیر قانونی شمرده می شود. در نتیجه، دولت ها مکلف اند تغییرات ارضی را که ناشی از انضمام است، به رسمیت نشناسند.

اما، ممانعت در مورد انضمام سرزمین دولت متجاوز مورد بحث است. می توان به نفع انضمام در چنین وضعیتی استدلال کرد، زیرا این خود فرایند انضمام که توسط حقوق بین الملل ممنوع قرار داده شده است، نیست،

^{۹۰} Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ, Ser. A/B., No. 53, 1933, at pp. 45 - 6.

^{۹۱} Shaw, p. 422 - 3.

^{۹۲} شکست نهایی مستلزم ویرانی کامل دولت دشمن و یا انجام (Debellatio) وضعیتی که در آن جنگ نتواند ادامه بیابد است.

مگر استعمال غیر مشروع قوه. استعمال قوه در صورت دفاع مشروع مجاز (ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد) و یا اقدامات اجازه داده شده شورای امنیت سازمان ملل متحد مطابق فصل هفتم جایز است.^{۹۳}

بنابراین، می توان استدلال کرد که: بخاطر جلوگیری از حملات بیشتر که توسط دولت متجاوز صورت می پذیرد، انضمام قسمت های از سرزمین آن جایز است. اما، این منطق با حقوق بین الملل سازگار نیست، زیرا حق دفاع مشروع مقید و مشروط به اصل تناسب است. دفاع مشروع به اندازه ای مجاز است که برای اعاده حالت اولی؛ یعنی: وضعیتی که قبل از جنگ مسالحانه وجود داشته است، ضروری است. بنابراین، این اصل اجازه تغییر حاکمیت سرزمینی دولت متجاوز را نمی دهد.

د) سایر انواع اکتساب سرزمین

حق مالکیت در نتیجه تصرف طولانی و بلاعارض مرور زمان (Prescription)، حق مالکیت بر سرزمین غیر (Terra nullius) است که با آنکه در زمان اکتساب غیر قانونی است، اما بعد از گذشت بخاطر ثبات در صحنه بین المللی قانونی و مشروع می شود. بنابراین، اگر یک دولت برای مدت طولانی مالک زمینی باشد، و ملکیت زمین مورد ادعا قرار نگیرد، اکتساب این سرزمین در حقوق بین الملل به رسمیت شناخته می شود. شرایط حق مالکیت در نتیجه تصرف طولانی و بلاعارض مرور زمان، غیر منقطع (مسلسل) و مالکیت سرزمین برای مدت معین توسط دولت، که برای مدت معین ادامه نماید است.^{۹۴} رشد پیوسته (Accretion) پروسه طبیعی دیگر توسعه سرزمین دولت است از طریق انباشت تدریجی و یا غیر محسوس مواد زمین مانند: ریگ، لجن، سنگ ریزه و خاک در کنار دولت. رشد پیوسته می تواند منتهی به تغییر سرحدات خصوصاً جزایر جدید در محدوده سرزمین که در جریان این پروسه ظهور می نماید گردد. کلمه مخالف «رشد پیوسته» «فرسایش / ساییدگی» نامیده می شود، پروسه ای که توسط آن قسمت های از سرزمین به تدریج و به صورت غیر محسوس توسط آب شستشو (فرسوده) می شود. دولت حاکمیت خویش را بر آن قسمت ها که در اثر ساییدگی ناپدید شده اند، از دست می دهد.

مبحث سوم: اعمال مؤثر کنترل

کلیه اعمال موافقت (Acquiescence) خصوصاً تسخیر، تصرف، حق مالکیت در نتیجه تصرف طولانی و بلاعارض، ایجاب مدرک اعمال حاکمیت در سرزمینی که تابع اکتساب برای مدت معین و غیر منقطع است، را می نماید. این اعمال باید علنی باشد و سایر دولت ها باید در مورد این اعمال آگاه باشند تا بتوانند در صورت ضرورت در مورد تملک سرزمین مباحثه و جدل نمایند. باوجوداین، این بحث و جدل نباید حاوی توسل به قوه باشد، و در عوض باید از طریق سایر ابزار های دیپلماتیک اعتراض و یا سایر اشکال حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات انجام شود. مدت زمانی که در آن یک دولت ضرورت به اعمال کنترل مؤثر بر سرزمین دارد در حقوق

^{۹۳} بنگرید به فصل یازدهم (استعمال قوه).

^۹ Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia) [1999] ICJ Rep 1045, 1101 ff.

بین الملل به صورت دقیق معین نشده است. این زمان بستگی به اوضاع و احوال هر وضعیت دارد. کنترل مؤثر بر سرزمین لزوماً بیانگر تملک و یا اسکان در سراسر سرزمین مورد نظر نیست. شرایط ضروری برای اکتساب مالکیت با توجه به شرایط طبیعی و سرزمین، اندازه مخالفت علیه موافقت و یا عکس العمل بین المللی به طور کل، باید برای هر مورد (وضعیت) معین شود.^{۹۵} فعالیت های مورد نیاز برای کنترل مؤثر باید یا توسط دولت از طریق اعمال قدرت حاکمیت (A titre de souverain) توسط افراد به نمایندگی از دولت و یا توسط نهاد ها که توسط دولت صلاحیت داده شده اند تا کنترل مؤثر را انجام دهند، انجام شود. دولت باید قصد اجرای عمل را مطابق اهلیت خویش و اراده اکتساب حاکمیت را داشته باشد.

مبحث چهارم: تداوم و جانشینی دولت

چنانچه قبلاً تذکر یافت، موجودیت دولت معمولاً متأثر از تغییر در حکومت و یا رئیس دولت نیست. یک دولت حتی هويت خویش را علی الرغم تغییرات در سرزمین و یا جمعیت حفظ می نماید. تداوم یک دولت بیانگر این امر است که دولت هويت حقوقی قبلی خویش، به شمول تمام حقوق و تکالیف خویش در حقوق بین الملل، را حفظ می نماید. به عنوان مثال، دولت متداوم به صورت خود به خودی (اتوماتیک) عضو معاهدات بین المللی که قبلاً تصویب نموده است، باقی می ماند هر چند قلمرو تطبیق چنین معاهدات معطوف به وضعیت جغرافیایی جدید شود. دولت متداوم نیز می تواند عضویت خویش در سازمان های بین المللی را حفظ نماید. اما، در بعضی حالات، دولت قبلی کاملاً ناپدید می شود و یک و یا چندین دولت جدید ظهور می نماید (تقسیم). جانشینی دولت ها در ماده ۲ پراگراف ۱ (ب) کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در معاهدات تعریف شده است (جانشینی دولت ها عبارت از جایگزین شدن یک دولت به عوض دولت دیگر در مسؤولیت آن در قبال روابط بین المللی آن کشور است).

مسأله جانشینی دولت ها یک مسأله مغلق است. دو معاهده جهت در بر گرفتن این مسأله تسوید شده است: کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در معاهدات و کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در مورد اموال، قروض و آرشیف^{۹۶} تاکنون نافذ شده است. هر دوی این کنوانسیون ها تا اندازه بازتاب دهنده حقوق بین الملل عرفی اند. علی الرغم این کنوانسیون ها، مسأله جانشینی دولت ها مشکل آفرین باقی مانده است چنانچه هر وضعیت آن متفاوت است. ناممکن است تا به صورت دقیق تعریف نمود که کدام حقوق و تکالیف از یک دولت به دولت دیگر بر کدام اساس منتقل می شود. اول؛ مشکل است تشخیص نمود که آیا یک دولت به موجودیت خویش ادامه می دهد و چه نوع جانشینی در این مورد ذیربط است. شرایط ایجاد دولت که در فوق مورد بحث قرار گرفت،

⁹ Shaw, p. 432.

^{۹۶} کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در معاهدات (در تاریخ ۲۳ آگست ۱۹۷۸ منعقد شده و در ۶ نوامبر ۱۹۹۶ نافذ شده است (1946 UNTS 3)

^{۹۷} کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در مورد اموال، قروض و آرشیف (در ۸ اپریل ۱۹۸۳ منعقد شد و تاکنون نافذ نشده است) (1983) 22 ILM 306

می تواند در تشخیص وضعیتی که اتفاق افتاده است، کمک کند. مدارک بیشتر از اعلامیه های که توسط طرفین ذیربط صورت پذیرفته، رفتار دولت های ثالث و یا سازمان های بین المللی به دست می آید.

مفهوم جانشینی دولت ها نه تنها تقسیم سرزمین و انحلال یک دولت، بلکه اتحاد دو دولت جدا که منجر به ایجاد یک دولت کاملاً جدید می شود، را در بر می گیرد. امکان دیگر جذب یک دولت توسط دولت دیگر که منتهی به ناپدید شدن دولت قبلی می شود، است.^{۹۹}

الف) جانشینی دولت در رابطه به معاهدات

انواع مختلف معاهدات بین المللی وجود دارد: معاهدات دوجانبه و چندین جانبه، معاهدات در مورد حمایت بین المللی حقوق بشر، معاهدات در مورد تنظیم سرزمین و معاهدات «سیاسی». چون هر یک از این معاهدات مسایل مختلف را مورد خطاب قرار می دهد و اهداف متعدد دارد، راه حل های متعدد در مورد حفظ مسؤولیت ها در قبال جانشینی دولت ها وجود دارد.

منحیث یک اصلی کلی که در عملکرد دولت ها نیز منعکس شده است، جانشینی نباید سرحدات موجود را تحت تأثیر قرار دهد. جانشینی باید در سرزمین ایجاد شده دولت قبلی انجام شود. علاوه بر این، نه تنها سرحدات، بلکه آن حقوق و تکالیفی که مربوط به سرزمین است، مانند: حق عبور، سهولت های بندری و سایر خدمات اجباری در اثر جانشینی به حالت قبلی باقی می ماند. به عنوان قاعده کلی، معاهدات مربوط به سرحدات و همچنین معاهداتی که مسایل مربوط به زمین را تنظیم می نماید، در صورت جانشینی دولت به حالت قبلی باقی می ماند و باید توسط دولت جانشین قبول شود.

تاکنون کلیه معاهدات راه حل های واضح را فراهم نمی نمایند و بنابراین این مسأله ایجاب تحلیل دقیق تر را می نماید. در مورد اتحاد دولت ها به عنوان مثال، معاهداتی که در زمان اتحاد نافذ بوده اند، در زمان دولت های جدید نیز نافذ باقی می ماند، مگر اینکه طرفین در این مورد طوری دیگری توافق نموده باشند و یا معاهده نافذ با اهداف دولت جانشین ناسازگار باشد (ماده ۳۱ کنوانسیون وین در مورد جانشین دولت ها در معاهدات). در رابطه به جذب یک دولت توسط دولت دیگر بدون ایجاد دولت جدید و با ادامه دولت آخری در سرزمین وسیع وجود، دولت جذب شده، متوقف می شود، با این نتیجه که معاهدات سرزمینی دولت جذب شده به حالت قبلی باقی ماند، در حالی که، معاهدات سیاسی از بین می رود. زمانی که قسمتی از سرزمین یک دولت، سرزمین دولت دیگر می شود (واگذاری و نقل و انتقال)، تطبیق معاهدات دولت قبلی مادر، بر این سرزمین متوقف می شود، در حالی که،

^{۹۸}. یکی از مثال ها در این زمینه اتحاد جمهوری عربی یمن و جمهوری دیموکراتیک مردم یمن که منتهی به تأسیس جمهوری یمن در ۲۲ اپریل ۱۹۹۰ شد، است.

^{۹۹}. این وضعیت زمانی که جمهوری فدرال جرمنی با جمهوری دیموکراتیک جرمنی در سوم اکتوبر ۱۹۹۰ متحد شد، واقع شد.

^{۱۰۰}. نگاه کنید به: فصل پنجم (حقوق معاهدات).

^{۱۰۱}. این حکم در ماده ۱۲ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در معاهدات تصریح شده است.

تطبیق معاهدات دولت آخری بر این سرزمین تعمیم می یابد (ماده ۱۵ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها در معاهدات).

ماده ۳۴ کنوانسیون وین در مورد جانشین دولت ها در معاهدات، وضعیتی را مورد خطاب قرار می دهد که در آن قسمت و یا قسمت های دولت از آن جدا (تجزیه) می شود:

«۱. زمانی که قسمت و یا قسمت های یک دولت از آن جدا می شود تا یک و یا چندین دولت را تشکیل بدهد، اعم از اینکه دولت قبلی به موجودیت ادامه بدهد یا خیر:

الف) هر معاهده نافذ در زمان تجزیه دولت ها در رابطه به تمام خاک دولت قبلی ادامه می یابد، نافذ است و در مورد و در رابطه به هر یک از دولت جانشین نافذ است.

ب) هر معاهده نافذ در زمان تجزیه دولت ها صرف در مورد آن قسمت خاک دولت قبلی که تبدیل به دولت فعلی شده است نافذ است.»

زمانی که دولت موجوده در اثر انحلال پایان پذیرد، معاهدات سیاسی تابع جانشینی دولت نیست، درحالی که معاهدات ارضی بر حاکمیت جانشین، الزام آور است که در فوق مورد بحث قرار گرفت. باوجوداین، وضعیت در رابطه به سایر انواع معاهدات تاکنون مبهم است. باآنکه ماده ۳۴ کنوانسیون وین در مورد جانشینی معاهدات تصریح می نماید که جانشینی جهانی، جانشینی خود به خودی طبق این نص تاکنون به عنوان حقوق عرفی توسط محکمه بین المللی عدالت مورد تأیید قرار نگرفته است. یکتا وضعیت خاص در رابطه به معاهدات حقوق بشر ظهور می نماید. چنین معاهدات در برگیرنده تعهداتی در برابر دولت دیگر مگر در برابر افراد نیست. بنابراین، استمرار معاهدات حقوق بشر در رابطه به جانشینی دولت ها دارای اهمیت ویژه است، زیرا افراد نباید از حقوق خویش محروم شوند. در نتیجه، هر معاهده حقوق بشر باید احکامی را در رابطه به وضعیت جانشینی جهت حفظ اعتبار آن برای دولت جانشین نیز پیش بینی نماید. یک نظریه بیان می نماید که هر دولت جانشین به صورت خود به خودی ملتزم به معاهدات حقوق بشر که بر کشور مربوط نافذ است می باشد. پس، تأیید رسمی آن ضروری نیست. اما، تاکنون اصلی روشنی در رابطه به وضعیت معاهدات حقوق بشر در رابطه به جانشینی دولت ها ایجاد نشده است. تطبیق مستمر معاهدات حقوق بشر در حال حاضر گنگ و غیر مشخص باقی می ماند.

ب) جانشینی دولت در مورد سایر مسایل

جانشینی دولت ها نه تنها تأثیر بر معاهدات، بلکه بر سایر مسایل در صحنه بین المللی نیز دارد. یکی از این مسایل مربوط به عضویت سازمان های بین المللی می شود. به طور کلی، زمانی که قسمتی از دولت، شخصیت حقوقی دولت قبلی (سلف) را حفظ می نماید، عضویت این دولت در سازمان بین المللی ادامه می یابد، مگر اینکه اساسنامه سازمان طور دیگری پیش بینی نماید. اما، اگر موجودیت دولت قبلی متوقف شود، دولت یا دولت های

¹ The issue was part of the dispute regarding the Application of the Genocide Convention (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia) (Preliminary Objections) [1996] ICJ Rep. 595) and the Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) [1997] ICJ Rep. 7).

جدید که بر سرزمین دولت سلف ایجاد شده اند، معمولاً مکلف اند برای اکتساب عضویت سازمان درخواست نمایند.

مشکلات دیگر راجع به دارایی ها و قرض عرض و جود می نمایند. کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها راجع به اموال، آرشیف و قرضه های دولت ۱۹۸۳ چهارچوب حقوقی را برای این مسأله ایجاد نموده است. اما، این کنوانسیون تا کنون نافذ نشده است. با وجود این، این کنوانسیون تا اندازه انعکاس دهنده حقوق عرفی است.

۱ - اموال

اموال دولت به صورت خود به خودی به دولت جانشین منتقل می شود. تشخیص این که کدام اموال، اموال عامه است، مشکل است. اگر توافقی که این مسأله را تنظیم نماید، وجود نداشته باشد، باید قانون ملی دولت سلف را اجراء نمود (ماده ۸ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها راجع به اموال، آرشیف و قرضه ها). میان اموال منقول و غیر منقول تفاوت وجود دارد: اموال غیر منقول خارج از سرزمین دولت جانشین معمولاً به دولت سلف در صورتی که دولت به موجودیت خود ادامه بدهد، تعلق می گیرد. در غیر این صورت، اموال غیر منقول خارج باید میان دولت ها جانشین تقسیم شوند.

اصل سرزمینی نیز در رابطه به اموال منقول حاکم است. بنابراین، اموال عامه متعلق به این دولتی است که در سرزمین آن اموال موقعیت دارد. تاکنون برخی استثنائات راجع به اموالی که برای میراث های فرهنگی، و نیز اموال نظامی مهم است، وجود دارد.

۲- دارایی ها و قروض

در صورت جذب یا یکی شدن، تمام قروض و دارایی توسط دولت جذب کننده یا تازه ظهور به عهده گرفته می شود. در عمل این روند (پروسه) معمولاً در توافقات تنظیم می شود. در صورت واگذاری و نقل انتقال، قرض دولت سلف (قبلی) به دولت جدید که سرزمین به آن منتقل شده است، منتقل نمی شود. اما، این حکم در صورت تجزیه و یا جدایی مدار اعتبار نیست. عملکرد دولت ها در این زمینه همسان نبوده است. در برخی حالات، دولت جدید التأسيس قسمت های قرض دولت قبلی را بر عهده نمی گیرد و در برخی حالات قرض عامه به صورت برابر تقسیم می شود.

راه حل اخیر در ماده ۴۰ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها راجع به اموال، آرشیف و قرضه ها نیز پیش بینی شده است. اما، در مورد اینکه این حکم حقوق عرفی را در بر می گیرد یا نه، تردید وجود دارد.^{۱۰۳} در صورتی که وجود دولت قبلی متوقف شود، قروض دولت سلف (قبلی) معمولاً به دولت های جانشین در سهم های منصفانه منتقل می شود (ماده ۴۱ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولت ها راجع به اموال، آرشیف و قرضه ها). این قاعده به حیث عملکرد بین المللی پنداشته می شود.

¹ Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2005), p. 903.

فصل پنجم: حقوق معاهدات

مبحث اول: مقدمه

معاهدات بین المللی روش مستقیم و رسمی ایجاد قواعد بین المللی است. معاهدات می توانند غرض تشخیص و تنظیم هر رابطه دو یا چندین جانبه میان دولت و سایر تابعین حقوق بین الملل مورد استفاده قرار بگیرند. معاهدات صلح و آتش بس (متارکه) می توانند برای حل و فصل مخاصمات مسلحانه مورد استفاده قرار بگیرند. سایر معاهدات می توانند سرحدات دولت ها را معین، سازمان های بین المللی و ائتلافات را ایجاد و حقوق بشر را حمایت نمایند.

با آنکه کلمه «معاهده» معمول ترین کلمه برای توافقات است، معاهدات بین المللی بعضی اوقات به نام پروتکل (Protocol)، سند (Act)، منشور (Charter)، میثاق (Covenant)، پیمان (Pact) و کانکوردانت (Concordant)، نیز یاد می شوند. اما، این توافقات مفهوم مشابه؛ یعنی: حقوق معاهدات را دنبال می نمایند. قواعد حقوق معاهدات در خود میثاق، کنوانسیون وین در مورد معاهدات ۱۹۶۹ که در سال ۱۹۸۰ نافذ شد، تنظیم شده است. این کنوانسیون صرف میان دولت ها قابل اجراء است.^{۱۴}

اصل بنیادی حقوق معاهدات اصل وفای به عهده (Pacta sunt servanda) است که تفصیل آن در فصل اول مبحث سوم این رهنمود گذشت. این اصل تصریح می نماید که معاهدات بر طرفین معاهدات الزام آور است و باید با حسن نیت انجام شود. ماده ۲۶ کنوانسیون وین در مورد معاهدات این اصل را دوباره تأیید می نماید. چهار قسمت اول کنوانسیون منحصراً «حقوق عرفی قبلاً وجود داشته» به رسمیت شناخته شده است. این قواعد که انعقاد، انفاذ معاهدات، رعایت، اجراء، تفسیر معاهدات و نیز تعدیل و اصلاح را مورد بررسی قرار می دهد، قواعد حقوق عرفی هستند و بنابراین بر دولت های که تاکنون کنوانسیون را تصویب نکرده اند، قابل تطبیق است. قسمت پنجم کنوانسیون که عدم اعتبار (بطلان) و فسخ و تعلیق معاهدات را مورد رسیدگی قرار می دهد، عمدتاً از اصول کلی

^{۱۴}. قواعد حاکم بر حقوق معاهدات میان سازمان های بین المللی و سایر تابعین حقوق بین الملل در کنوانسیون وین در مورد معاهدات میان دولت ها و سازمان های بین المللی ویا میان سازمان های بین المللی پیش بینی شده است که در سال ۱۹۸۶ امضاء شد، اما تا کنون نافذ نشده است.

¹ Zemanek, Introduction into the Vienna Convention on the Law of Treaties, p. 1, <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vclt/vclt-e.pdf>.

حقوق نشأت گرفته اند (مانند: اشتباه و تقلب) که در موارد خاص در حقوق بین الملل پذیرفته شده اند. برعلاوه، بعضی مواد کنوانسیون «قواعد آمره حقوق بین المللی» (Ius cogens) را در بر می گیرد.^{۱۰۶} قواعد شکلی مربوط به معاهدات باطل و یا فاسد که به عملکرد به رسمیت شناخته دولت ها شناخته شده اند «به طور کلی حقوق بین الملل عرفی را انعکاس می دهند و برخی اصول شکلی که مبتنی بر تعهد عمل نمودن با حسن نیت است، را در بر می گیرند».^{۱۰۷} افغانستان کنوانسیون وین در مورد معاهدات را در سال ۱۹۶۹ امضاء کرده است، اما تاکنون این کنوانسیون را تصویب نکرده است. بنابراین، توضیحات ذیل در مورد حقوق معاهدات صرف قواعدی را مورد بررسی قرار می دهد که جزء حقوق بین الملل عرفی و یا «قواعد آمره» حقوقی و در نهایت بر افغانستان نیز الزام آور است. جهت فهم بهتر قواعد، به احکام ذی ربط کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات استناد خواهد شد.

مبحث دوم) تعریف [معاهده]

وفق ماده ۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، معاهدات صرف شامل توافق بین المللی که به شکل مکتوبه است، می شود و بنابراین شامل توافق شفاهی نمی شود. علت این امر وضوح و سادگی است. اما، استثنای توافقات شفاهی در کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات تأثیربر نیروی الزامی حقوقی آن، و یا اجرای قواعد کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات حقوق بین الملل عرفی، نیز اند، ندارد (ماده ۳). توافقات شفاهی میان دولت ها به رسمیت شناخته می شوند، علی الرغم اینکه بسیار نادر اند و صرف زمانی که موضوع خیلی ساده است و توافق کتبی ضروری نیست، می توانند ایجاد شوند. بعضی اختلافات به عنوان مثال میان نماینده های با صلاحیت دولت های ذیدخل از طریق گفتگوی تیلیفونی بدون اینکه به صورت رسمی و کتبی این توافقات شفاهی ثبت شوند حل و فصل شده است، و محکمه بین المللی عدالت این توافقات را معاهده دوجانبه محسوب نموده است.^{۱۰۸}

مبحث سوم) انعقاد و انفاذ

الف) فرایند معاهده سازی

مراحل نوعی معاهده سازی قرار ذیل است:

- مرحله قبل از مذاکره: بازیگران داخلی برای دخیل شدن در مذاکره تأیید مقامات داخلی را کسب می نمایند؛
- مذاکره: نماینده های نهاد های ذیدخل جهت رسیدن به توافقات جلسه و مذاکره می نمایند؛
- رسمیت بخشیدن به متن، قبول و امضاء: بعضی اوقات امضاء می تواند منحنی اظهار نهایی رضایت التزام به معاهده ایفای نقش نماید؛
- تصدیق: برای مسایل حساس، متن [معاهده] تعیین می نماید که تصدیق معاهده ضروری است. این معمولاً به معنی تسلیم معاهده به یک نهاد داخلی، غالباً پارلمان غرض تأیید است (بنگرید به ماده ۹۰، بند ۵ قانون اساسی

¹ Ibid., p. 2.

¹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) [1997] ICJ Rep 7, para. 109.

¹ See for example the Passage Through the Great Belt Case (Finland v Denmark) (Provisional Measures) [1992], ICJ Rep. 3.

افغانستان). بعد از تأیید، معاهده تصدیق می شود و سپس نافذ می شود. برای معاهدات چندین جانبه، معمولاً تعداد اندکی تصاویر، که از یک معاهده تا معاهده دیگر فرق می نماید، برای انفاذ معاهده کفایت می کند. معاهدات چندین جانبه غالباً تحت توجهات سازمان های بین المللی تهیه می شود. این امر منجر به التزام تابعین به معاهده به نحو مشابه می شود، اما با تفاوت های فنی. این تفاوت های فنی در برگزیده این است که معاهده نمی تواند بدون تأیید سازمان ویا یکی از ارگان های آن تعدیل شود.

(ب) رضایت التزام در قبال یک معاهده

یک دولت باید قبل از اینکه ملتزم به یک معاهده باشد، ابراز رضایت نماید. ابراز رضایت به معاهده توسط شخصی که چنین صلاحیتی دارد، انجام می شود. طبق ماده ۷ کنوانسیون وین در مورد معاهدات رؤسای دولت، رؤسای حکومت و وزرای خارجه طبق موقف رسمی (Ex officio) صلاحیت انجام اعمال مربوط به انعقاد معاهدات را دارند. سفراء و نماینده ها در کنفرانس ها ویا سازمان های بین المللی دارای صلاحیت کمتری هستند. صلاحیت اینها طبق ماده ۷ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات از قبول یک متن تجاوز نمی نماید و محدود به دولت یا کنفرانس ویا سازمانی که به آنها اعتبار نامه داده اند، است. قانون اساسی افغانستان به رئیس جمهور صلاحیت اعطای اعتبار نامه جهت انعقاد معاهده بین المللی را مطابق قانون می دهد (ماده ۶۴ بند ۱۷ قانون اساسی افغانستان).

کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ابزار های مختلفی را به منظور ابراز رضایت جهت ملتزم بودن به یک معاهده به رسمیت می شناسد:

- امضاء (ماده ۱۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): امضاء یک عمل سیاسی رسمی است که موجب ختم فرایند معاهده سازی می شود. امضاء صرف معمولاً برای ایجاد رضایت به التزام، کافی نیست. در اکثر حالات، معاهده باید توسط پارلمان ملی تصدیق، قبول ویا تأیید شود (معمولاً پارلمان ملی. بنگرید به ذیل). در چنین حالتی، امضا به معنی تأیید متن معاهده که بعداً پارلمان ملی جهت قبول ویا رد ارجاع خواهد شد، است.

- در مدت زمان بین امضا توسط رئیس دولت و یا نماینده او و پذیرش و یا رد توسط تصمیم گیران ملی، دولت، هر چند از نظر قانونی ملتزم به این معاهده نیست، باید از هر گونه عمل «که می تواند موضوع و هدف معاهده را شکست دهد» (ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) امتناع ورزد. اگر دولت قصد نداشته باشد تا عضو معاهده شود، باید این را به وضوح بیان کند. به عنوان مثال، این مسأله زمانی صادق بود که ایالات متحده به وضوح در نامه ای به سرمنشی سازمان ملل متحد نوشت که آنها اساسنامه روم را تصویب نخواهند کرد بعد از اینکه آن را امضاء کرده اند.

- مبادله اسناد تشکیل دهنده یک معاهده (ماده ۱۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): بازهم باید به صورت صریح در سند مربوط تذکر یابد که برای ابراز رضایت مبادله کافی است.

- تصدیق، قبول ویا تأیید (ماده ۱۴ کنوانسیون وین در مورد معاهدات): تصدیق معروف ترین راه ابراز اراده مبنی بر ملتزم بودن به یک معاهده است. علت این روش عبارت از کنترل اجرای امضای نماینده و تجاوز از حدود

صلاحیت او است. برعلاوه، این امر زمان بیشتری را جهت تأمل در باره نتیجه مذاکره و نیز فرصت کسب افکار عامه در مملکت مربوط در رابطه به معاهده را فراهم می نماید. اگر عموم مردم قویاً با معاهده، مخالفت نمایند، یک دولت احتمالاً این معاهده را تصدیق نخواهد کرد. قواعد تصویب معاهده در افغانستان قبلاً در فصل ۱، مبحث چهارم، ب گذشت.

– الحاق (ماده ۱۵ کنوانسیون وین در مورد معاهدات): یک دولت عضو یک معاهده از طریق الحاق عضو معاهده می شود، زمانی که امضاء ناممکن باشد، زیرا، به عنوان مثال، زمانی که مهلت امضاء منقضی شده باشد. اما، اختیار الحاق باید یا صریحاً در خود معاهده اعلام شود و یا توسط توافق (متعاقب) سایر اعضای معاهده. چنانچه تذکر یافت، طبق ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد معاهدات، یک دولت مکلف است تا مرتکب عملی که موجب شکست موضوع و منظور معاهده که تصویب و یا انفاذ آن را معلق بگذارد، نشود. بنابراین، تعهد حقوقی از این حکم ناشی می شود که نقض آن منجر به مسئولیت بین المللی می شود. تاکنون حدود این تکلیف حقوقی غیرواضح است و در ماده ۱۸ کنوانسیون وین در مورد معاهدات معین نشده است.

ج) حق شرط یا تحدید تعهد

به طور کلی، دولت ها مکلف هستند خود را مطمئن نمایند که میان قوانین ملی آنها و معاهده ای که قصد انعقاد آن را دارند، تناقض وجود نداشته باشد. اما، اگر تعارضی وجود داشته باشد، و دولت قصد نماید تا عضویت این معاهده را کسب نماید، ضرورت به تعدیل قوانین ملی و حتی قانون اساسی خویش قبل از امضای معاهده دارد. دولت ها نیز می توانند به عوض تعدیل قوانین داخلی، توسط حق شرط نسبت به برخی احکام معاهده، تأثیر معاهده بین المللی را محدود نمایند. جهت تأمین مصلحت اجازه به اکثر دولت ها غرض پیوستن به معاهده، حق شرط، در حقوق بین الملل جایز است.

حق شرط بیانیه یک جانبه است که توسط یک عضو معاهده که در صدد استثناء کردن و یا اصلاح کردن اثر حقوق برخی احکام معاهده است صادر می گردد (ماده ۲ (۱) کنوانسیون وین در مورد معاهدات). حق دولت ها مبنی بر گذاردن حق شرط نسبت به احکام خاص یک معاهده ناشی از اصل حاکمیت دولت ها است. البته، حق شرط گذاشتن در معاهده دو جانبه بی معنی است، زیرا چنین معاهده ای نمی تواند وجود داشته باشد، اگر یکی از طرفین از پذیرش تمام احکام معاهده امتناع ورزد.

حق شرط نباید با سایر اظهارات که دولت ها آزاد اند آن را ابراز بدارند و اثر حقوقی ندارد مغالطه شود. به عنوان مثال، این اظهارات شامل: فهمیدن، اظهارات تفسیری و سیاسی می شود که بیشتر آثار داخلی نه اثر نسبت به سایر دولت ها دارد. اظهارات تفسیری ممکن است به نحوی تأثیر داخلی داشته باشد که دولت اعلام کننده خود را ملتزم به معاهده تلقی نماید مشروط بر اینکه تفسیر خاص معاهده و یا یک حکم آن محقق شود.^{۱۰۹}

¹ Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 916.

چنین اظهارات تفسیری می تواند در بر گیرنده حق شرط نسبت به یک معاهده باشد و معنی واقعی آن سپس باید با حسن نیت با توجه به مفهوم عادی اعلامیه در محدوده معاهده و قصد دولت مشخص حین ابراز اعلامیه، تفسیر شود.^{۱۱۰}

اساساً، هر حق شرط باید توسط تمام اعضای معاهده جهت نظریه اتفاق آراء قبول شده باشد. اما، با پیروی از حق شرط کنوانسیون قتل عام رویه جاری بیشتر انعطاف پذیر است.^{۱۱۱} این امر موجب تکه تکه شدن تعهدات معاهده می شود و جهت صدمه زدن به هدف آن، محل انتقاد قرار گرفته است. کمیسیون حقوق بین الملل در حال حاضر، رهنمود های را جهت سازگاری با کنوانسیون وین در مورد معاهدات حق شرط تسوید می نماید.

۱- قابل قبول بودن (Admissibility) حق شرط

ماده ۱۹ کنوانسیون وین در مورد معاهدات به دولت ها اجازه حق شرط گذاردن را در یک معاهده چندین جانبه می دهد مگر صورتی که: الف) معاهده حق شرط را ممنوع کرده باشد؛ ب) معاهده مقرر کرده باشد که حق شرط (تحدید تعهد) فقط در موارد خاص که شامل تعهد مورد بحث نیست، مجاز است (به صورت صریح و یا غیر صریح)؛ یا ج) در غیر موارد مشمول بندهای «الف» و «ب»، وقتی که تحدید تعهد با هدف و منظور معاهده مغایرت داشته باشد.

اگر حق شرط طبق این شرایط مجاز نباشد، حق شرط اثر حقوقی ندارد و احکام معاهده به طور کامل اجراء می شود. حق شرط های ناسازگار آنهایی اند که مخالف مفاد معاهده و یا مسأله صلاحیت باشد.

موضوع و منظور معیار در ماده ۱۹ (ج) کنوانسیون وین در مورد معاهدات از نظریه مشورتی مذکور حق شرط در کنوانسیون قتل عام ناشی می شود که باید از تباهی و یا اتلاف محتویات اساسی که علت وجودی آن را تشکیل می دهد جلوگیری نماید.

در حالی که قصد روشن است، تشخیص و تعیین و تطبیق معیار مشکل است. معاهدات معمولاً فاقد طرز العمل اجباری جهت حل و فصل در مورد قابل قبول بودن حق شرط است. اما، اگر محکمه با صلاحیت و قدرت اجباری باشد، تا تصامیم الزام آور حقوقی صادر نماید، این محکمه نیز داور نهایی قابل قبول بودن حق شرط خواهد بود. اگر حق شرط در معاهدات مورد قبول واقع شود، پذیرش سایر اعضای معاهده ضروری نیست، مگر اینکه خود معاهده طور دیگری پیش بینی نماید (ماده ۲۰ کنوانسیون وین در مورد معاهدات). اما، اگر تعداد اندکی دولت ها در روند مذاکره یک معاهده دخیل باشند، و موضوع و هدف معاهده نیز این باشد که معاهده بر همه اعضای معاهده الزام آور باشد، حق شرط در این معاهده، ایجاب قبول همه اعضا را می نماید (ماده ۲۰ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). گذشته از این، هر نوع قبول شرط (اگر ضروری باشد) توسط دولت دیگر، معاهده را میان دولت قبول کننده و دولتی که شرط می گذارد نافذ می نماید، تا زمانی که معاهده نسبت به هر دو دولت نافذ است. مخالفت با

¹ Ibid, p. 917 - 8.

1

0

¹ 1951 ICJ Rep. 15.

1

1

شرط توسط دولت دیگر عضو، صرف انفاذ معاهده را در رابطه به این دو دولت استثناء می نماید اگر دولت مخالفت کننده صریحاً این قصد را ابراز بدارد.

رضایت یک دولت مبنی بر ملتزم بودن به یک معاهده که مشمول حق شرط است اثر می گذارد، به مجردی که، حداقل یکی از طرفین معاهده این حق شرط را پذیرفته باشد (ماده ۲۰ (۳) الف) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). آثار حقوقی حق شرط و مخالفت با آن قرار ذیل است (ماده ۲۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): احکام معاهده طبق حق شرط تعدیل می شود. اگر حق شرط صرف در رابطه به عضو دیگر گذاشته شده باشد، همان مقدار از احکام معاهده که موضوع حق شرط قرار گرفته است، در رابطه با اطراف دیگر معاهده تعدیل می شود. حق شرط، احکام معاهده را برای سایر طرف های معاهده تعدیل می نماید. اگر کشوری که با حق شرط مخالفت کرده باشد، لازم الاجراء شدن معاهده بین خود و کشوری که حق شرط گذاشته، مخالفت کرد، با لازم الاجراء شدن معاهده خود و کشوری که به حق شرط اقدام نموده است، مخالفت نکند، آن قسمت و به همان اندازه از احکام معاهده که موضوع حق شرط واقع شده است، بین آنها اعمال نخواهد شد.

مثال اول: دولت های الف، ب، و ج عضو یک معاهده چندین جانبه هستند که نافذ و بر همه طرف های معاهده الزام آور است. دولت الف، در مورد یک حکم معاهده حق شرط می گذارد و باید توسط سایر اعضا معاهده مورد پذیرش قرار بگیرد. دولت ب این حق شرط را قبول می نماید، اما دولت ج این حق شرط را رد می نماید. در نتیجه، معاهده در رابطه دولت های الف و ب نافذ و در مورد اختلافات آنها قابل اجراء است. دولت ج حق شرط را قبول نکرده است. تاکنون دولت ج قصد خویش را به صورت صریح مبنی بر استثناء کردن نیروی الزام آور معاهده در رابطه به دولت الف بخاطر حق شرط دولت الف ابراز نداشته است. تا زمانی که دولت ج این قصد را ابراز ننماید، معاهده میان این دو دولت قابل تطبیق است. علی الرغم اینکه دولت ج حق شرط دولت الف را پذیرفته است، اما دولت آخری (ب) عضو معاهده می شود، زیرا دولت ب حق شرط را پذیرفته است. در صورت اختلاف میان دولت های الف و ج در مورد موضوعی که در معاهده تنظیم شده است، معاهده نافذ است، مگر اینکه دولت ج طوری دیگری تصریح نموده باشد. احکامی را که در مورد احکامی که دولت الف حق شرط گذاشته است، به اندازه حق شرط قابل تطبیق است.

مثال دوم: دولت های الف، ب، ج و د اعضای کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک هستند. شبیه مثال فوق، معاهده نافذ است و بر تمام اعضا الزام آور است. دولت الف در مورد معاهده حق شرط گذاشته است که مطابق آن کیسه های دیپلماتیک (Diplomatic bags) می تواند توسط دولت الف مورد جستجو قرار بگیرد، اما صرف با رضایت دولتی که کیسه های دیپلماتیک آن مورد جستجو قرار می گیرد. این حق شرط صرف توسط دولت ب مورد قبول قرار گرفته است. دولت ج این حق شرط را نه قبول و نه هم رد نموده است. در نتیجه، این حق شرط در روابط دولت های الف و ج نیز قابل تطبیق است. بنابراین، دولت ج نیز به تعقیب اعلام رضایت، می تواند کیسه های دیپلماتیک دولت الف را مورد جستجو قرار دهد. دولت د به صورت صریح نسبت به حق شرط دولت الف مخالفت نموده است. بنابراین، این کنوانسیون میان این دو دولت نافذ نیست. هر اختلاف باید براساس سایر معاهدات بین المللی، به عنوان مثال، حقوق بین المللی که میان دو دولت نافذ است، حل و فصل شود. چون

کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک حقوق بین الملل عرفی مدون است، مصونیت کیسه های دیپلماتیک نیز طبق مثال اخیر مورد حمایت قرار می گیرد. در نتیجه، دولت الف نمی تواند کیسه های دیپلماتیک دولت ج را جستجو نماید.^{۱۱۲}

در رابطه به دولت های ب، ج و د کنوانسیون بدون کدام تعدیل نافذ است. باوجوداین، در مورد حق شرط غیر جایز ابهام وجود دارد؛ یعنی: در صورتی که به صورت صریح اختیار حق شرط گذاشتن را نپذیرفته باشد، اگر یک دولت باوجوداین حق شرط بگذارد، در این مورد دو نظریه وجود دارد: نظر اول چنین حق شرط را باطل اعلام می نماید. اما، نظر دوم اعتبار این حق شرط را منوط بر پذیرش سایر دولت ها می داند. در نتیجه فقدان عملکرد همشکل دولت ها، کدام قاعده حقوق عرفی در این مورد تاکنون ایجاد نشده است. در رابطه به معاهده حقوق بشر، محکمه حقوق بشر اروپایی حق شرط های ممنوع را در کنوانسیون حقوق بشر اروپا غیرمدار اعتبار (باطل) و کنوانسیون را به صورت کامل قابل اجراء در مورد کشور های شرط گذارنده می داند.^{۱۱۳} همچنین، در ادبیات این کنوانسیون تمایل بر این است که جهت ماهیت ویژه معاهدات حقوق بشر، حق شرط غیر مجاز باطل و در نتیجه حین تطبیق معاهده نادیده گرفته می شود.

حق شرط نسبت به حکم یک معاهده که متضمن قواعد حقوق بین الملل عرفی است، صرف دارای اثر خلاص کننده دولت شرط گذارنده از آثار تدوین آن قاعده در معاهده است و بر ماهیت آن قاعده منحيث هنجار حقوق عرفی تأثیر وارد نمی نماید. اما، اگر هدف عمده معاهده مدون کردن هنجار های معین حقوق بین الملل عرفی باشد، حق شرط نسبت به این معاهده ممنوع است. همچنین، اگر در بر گیرنده هنجار های مطلق «قواعد امره حقوقی» حقوق بین الملل عمومی باشد، حق شرط نسبت به آن غیر قابل قبول است.

۲- حق شرط، انصراف از حق شرط و مخالفت با حق شرط

طبق ماده ۲۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، حق شرط باید کتباً تنظیم شود و به کشور های متعاهد و سایر کشور های که حق پیوستن به آن معاهده، را دارند ابلاغ شود. در غیر این، حق شرط مدار اعتبار نخواهد بود. اگر یک کشور حین امضاء معاهده، حق شرط گذاشته باشد، که ایجاب تصویب، قبول و یا تأیید را می نماید، لازم است کشوری که حق شرط گذاشته است، در هنگام اعلام رضایت به التزام در قبال یک معاهده، اقدام خود را رسماً اعلام نماید. به عنوان مثال، زمانی که افغانستان در ۲۷ سپتمبر ۱۹۹۰ کنوانسیون حقوق اطفال سازمان ملل متحد را امضاء نمود، اعلامیه ذیل را ابراز نمود:

«دولت جمهوری افغانستان این حق را به خود محفوظ می دارد که بعد از تصویب کنوانسیون، نسبت به تمام مواد کنوانسیون که با حقوق شرعی و قوانین ملی نافذ افغانستان در تناقض است، حق شرط بگذارد.»^{۱۱۴}

¹ Example taken from Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 920, referring to Foreign Affairs Committee, Report on the Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges, 1984, pp. 23 - 4.

¹ Belilos case, European Courts of Human Rights, Series A,³No. 132 and subsequent Loizidou case, European Courts of Human Rights, Series A, No. 310 (1995).

¹ See http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec.

افغانستان کنوانسیون حقوق اطفال را در ۲۸ مارچ ۱۹۹۴ بدون تأیید دوباره رسمی این اعلامیه و یا حق شرط، تصویب نمود. بنابراین، افغانستان کنوانسیون حقوق اطفال را بدون حق شرط تصویب نموده است. در نتیجه، کنوانسیون به صورت کامل در افغانستان الزام آور است و طبق ماده ۷ قانون اساسی دولت باید این کنوانسیون را رعایت نماید. به طور کلی، حق شرط یک کشور زمانی از جانب کشور دیگر قبول شده تلقی می شود که کشور اخیر تا پایان دوره دوازده ماه پس از تاریخ آگاهی از حق شرط یا تا زمان اعلام رضایت خود به التزام در قبال یک معاهده، مخالفتی نسبت به حق شرط ابراز نکرده باشد (ماده ۲۰ (۵) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). ابراز مخالفت علیه حق شرط ایجاب استدلال سیاسی و یا حقوقی را نمی نماید.

به جز مواردی که معاهده طور دیگری پیش بینی نماید، حق شرط را می توان در هر زمان مسترد کرد و رضایت کشوری که حق شرط را پذیرفته است برای آن انصراف ضروری نیست. این حکم در موارد انصراف از مخالفت علیه حق شرط قابل اجراء است (ماده ۲۲ (۱) و (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) انصراف از حق شرط یا مخالفت با آن باید کتباً انجام شود (ماده ۲۳ (۴) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). به طور کلی، انصراف از حق شرط و مخالفت به آن تنها زمانی واجد اثر حقوقی نسبت به دولت های متعاقد است که به دولت اخیر ابلاغ شده باشد (ماده ۲۲ (۳) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). وفق ماده ۲۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات انصراف از حق شرط موجب رفع آثار حقوقی آن می گردد و معاهده را نسبت به آن اعضاء که نسبت به حق شرط و انفاذ معاهده مخالفت نموده اند، قابل تطبیق می گرداند و احکام معاهده را نسبت به آنهایی که علیه آنها حق شرط گذاشته شده بود، قابل تطبیق می گرداند.

د) انفاذ معاهدات

معاهدات زمانی که کشور های مذاکره کننده توافق کردند، نافذ می شود. در سایر معاهدات شرایط انفاذ در خود معاهده مقرر می شود. به عنوان مثال، معاهدات تأریخ را تعیین و یا تصویب تعداد معین دولت ها را قبل از لازم الاجراء شدن پیش بینی می نمایند. اگر یک دولت به معاهده ای که قبلاً نافذ است، ملحق شود، معاهده نسبت به آن دولت از تأریخ الحاق الزام آور است.

برخی احکام معاهدات از زمان قبول و در نتیجه قبل از انفاذ تمام معاهده قابل اجراء است. این ها احکامی اند که مسایل مربوط تأیید متن معاهده، ابراز رضایت به التزام نسبت به معاهده، شرایط لازم الاجراء شدن، حق شرط، وظایف امین و سایر موضوعاتی که لزوماً قبل از لازم الاجراء شدن معاهده مطرح می شود را در بر می گیرد (ماده ۲۴ (۴) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). یک معاهده در صورتی قبل از انفاذ مؤقتاً اجراء خواهد شد که خود معاهده چنین امری را پیش بینی نموده باشد و یا دولت های مذاکره کننده چنین توافق کرده باشند. در صورتی که یک کشور به کشور دیگر که میان آنها معاهده مؤقتاً اجراء می شود، اطلاع بدهد که قصد پیوستن به معاهده را ندارد، اجراء مؤقت معاهده در ارتباط به کشور مذکور متوقف می شود (ماده ۲۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

مبحث سوم: اجراء و آثار معاهدات

معاهدات بین المللی به طور کلی اثری نسبت به گذشته ندارند. بنابراین، معاهده صرف بر اوضاع و یا اعمال حقوقی که مربوط به یک دولت، بعد از انفاذ لازم الاجراء است. معاهدات برای هر دولت در سراسر قلمرو آن الزام آور است. این حکم در ماده ۲۹ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات پیش بینی شده است.

اکثر مسایل حقوق معاهدات مربوط به معاهدات متعاقب است. ماده ۳۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در این مورد یک اصلی کلی را مقرر کرده است. اما، در برخی حالات، مشکل توسط خود دولت های عضو حل خواهد شد.^{۱۱۵}

به طور کلی و در صورتی که طور دیگری توافق نشده باشد، قواعدی که در یک معاهده قبلی تصریح شده باشند، تا زمانی که با معاهده بعدی (لاحق / متعاقب) در تناقض قرار نداشته باشد، نافذ اند. دولت های ثالث تابع این قاعده کلی اند که: یک معاهده برای کشور های ثالث بدون رضایت آنها، تعهدات حقوقی ایجاد نمی کند (ماده ۳۴ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) این قاعده اصل رضایت و حاکمیت را بازتاب می دهد و انعکاس دهنده حقوق عرفی است. اما، این قاعده دارای استثنائات است:

۱- اگر یک معاهده مبدل به حقوق عرفی شود، تمام دولت ها، حتی دولت های غیر عضو ملتزم به آن اند (ماده ۳۸ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

۲- یک معاهده در صورتی برای دولت های ثالث ایجاد تعهدات می نماید که دولت ثالث کتباً و به طور صریح آن را بپذیرد (ماده ۳۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

۳- یک معاهده در صورتی برای دولت ثالث ایجاد تعهدات می نماید که قصد طرف های معاهده از احکام مذکور اعطای حق به کشور ثالث، یا به گروهی از کشور ها که کشور ثالث به آن تعلق دارد، یا به همه کشور ها باشد و خود کشور ثالث نیز با آن موافقت نماید. تا زمانی که خلاف آن محقق نشود، اصل رضایت کشور ثالث است مگر اینکه معاهده طور دیگری مقرر نماید. اما، کشوری که می خواهد حقی را اعمال نماید، باید در این خصوص شرایطی را که در انطباق با معاهده است رعایت کند (ماده ۳۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

سایر معاهدات که در برگیرنده تعهدات (Erga omnes) هستند و بر کلیه کشورها به طور کامل الزام آور هستند. طبق دکترین «رژیم عینی» برخی از انواع معاهدات ایجاد آثار نسبت به دولت های غیر عضو می نماید. اینها «معاهدات وضعیت» (Status treaties) نامیده می شوند. که موجب آثار عمومی می شود و در برگیرنده تعهدات (Erga omnes) در مورد دولت های که عضو این معاهدات نیستند، می شود. معاهداتی که در برگیرنده رژیم عینی اند با تعهدات و حقوق معتبر (Erga omnes) اند، معاهداتی اند که اسکان بین المللی، سرزمین های بین المللی، مرزها رژیم خارج مملکتی را ایجاد می نمایند.

برخلاف اصل مذکور در ماده ۳۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات تعهد مربوط به (Erga omnes) بر دولت های ثالث نیز قابل تطبیق است هر چند این دولت ها در این مورد ابراز رضایت ننموده باشند.^{۱۱۶}

¹ Shaw, p. 928.

^{۱۱۶}. همچنین نگاه کنید به فصل اول، مبحث سوم، فصل پنجم، ۲.

مبحث چهارم: تعدیل و اصلاح معاهدات

شبهه قوانین در حقوق ملی، معاهدات بین المللی و یا برخی احکام آنها می توانند در اثر تغییر اوضاع تعدیل و یا اصلاح شوند. اما، طرز العمل تعدیل باید برابر با شرایط رسمی ضروری برای ایجاد یک معاهده به منظور احترام به اصل حاکمیت دولت ها باشد. این اولتر از همه، ابراز رضایت به صورت صریح جهت تعدیل معاهده است.

الف) روش تعدیل

برخی معاهدات حاوی احکام مربوط به تعدیل می باشند. برخی فاقد احکام و یا حاوی احکام قبلی کلی می باشند. در صورت فقدان حکم، قواعد کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات (مواد ۳۹-۴۱) قابل تطبیق است. ماده ۳۹ اصل کلی را مطرح می نماید که دولت ها می توانند با موافقت یک معاهده را تعدیل نمایند. این ماده، به احکام کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات که مربوط به انعقاد و انفاذ می شود که تفصیل آن قبلاً گذشت، ارجاع می دهد.

پیشنهاد اصلاح معاهده می تواند توسط هر عضو معاهده صورت بگیرد و باید به کلیه اعضای معاهدات ابلاغ شود. هر عضو حق دارد در مورد زیر شرکت کند: اتخاذ تصمیم در مورد اقدامی که باید در ارتباط با آن پیشنهاد صورت گیرد و مذاکره و انعقاد هر نوع موافقتنامه برای اصلاح معاهده، موافقتنامه اصلاح بر کشوری که عضو معاهده نمی شود اثر الزام آور حقوقی ندارد (ماده ۴۰ (۴) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). هر کشوری که پس از لازم الاجراء شدن موافقتنامه اصلاحی به معاهده ملحق شود، طرف معاهده اصلاح شده محسوب می شود. در ارتباط به دولت هایی که باید اظهار موافقت نمایند، دولت جدید عضو معاهده اصلاح شده تلقی می شود. طور مثال، دولت های الف، ب، ج، د و، ه عضو یک معاهده نافذ اند، بنابر دلایل مختلف دولت های الف، ب و ج تصمیم اصلاح ماده (X) را ابراز می نمایند. اما، دولت های د و، ه از عضویت در اصلاح موافقتنامه امتناع می نمایند. در نتیجه، ماده (X) اصلاح شده در روابط دولت های الف، ب و ج قابل اجراء است و در روابط دولت های د و، ه ماده سابق (X) قابل تطبیق است (ماده ۴۰ (۴) و ۳ (۴) (ب) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

حالت مختلف: بعد از اصلاح، موافقتنامه نافذ می شود. دولت ه عضو معاهده می شود. در رابطه به دولت های الف، ب و ج ماده (X) اصلاح شده اجراء می شود. در روابط دولت های د و، ه ماده سابق (X) تطبیق می شود (ماده ۴۰ (۵) (ب) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

اما، این راه حل همیشه مؤثر واقع نمی شود، زیرا این راه حل منجر به «ازهم جدا شدن» احکام معاهده به مجموعه های حقوق دوجانبه و تعهدات می شود. در نتیجه، شیوه های متعدد دیگر انکشاف داده شده اند. یکی از آن ها (مشهور تر از همه) این است که منشور سازمان ملل متحد در ماده ۱۰۸ به صورت ساده مقرر می نماید که زمانی که یک اصلاح توسط تعداد معینی از اعضا پذیرفته شود، در حق همه نافذ می شود. در چنین حالتی، دولت های عضوی که متمایل به پذیرفتن اصلاح نیستند با انتخاب مطلق باقی ماندن با آن با عدم توجه به اعتراض خویش، و یا خروج از معاهده و یا سازمان مواجه می شوند.

راه حل دیگر در ماده ۴۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات مقرر شده است که اصلاح معاهده صرف توسط برخی اعضاء را اجازه می دهد مشروط بر اینکه امکان چنین اصلاح در خود معاهده پیش بینی شده باشد. شرایط دیگر چنین اصلاح عبارت اند از: (۱) تعدیل تأثیری در استفاده از حقوق سایر طرف های معاهده طبق معاده ویا در انجام تعهدات آنها نداشته باشد؛ (۲) تعدیل مربوط به ترتیباتی از معاهده مربوط نشود که تخلف از آنها به اجرای مؤثر موضوع و هدف معاهده در کل مبنایت داشته باشد».

(ب) سایر روش های تغییر (Change)

میکانیسم ها (سازوکارهای) متعدد دیگری نیز وجود دارد که توسط آنها معاهدات می توانند تغییر داده شوند. تمام معاهدات می توانند توسط معاهده جدید در رابطه به موضوع مشابه و در برگیرنده دولت های عضو مشابه عضو شود. در حالی که این نوع تعدیل در ماده ۵۹ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات به رسمیت شناخته شده است. قابل تردید است که آیا این نوع تغییر به نحوی که معنی بدهد «تعدیل» نامیده شود.

معاهدات نیز ممکن است دستخوش تغییر توسط ابزار های کمتر قابل دید مستقیم شوند. قواعد مربوط به تفسیر معاهدات (نگاه کنید به قواعد تفسیر در ذیل) امکان رعایت توافقات بعدی، میان طرفین ویا عملکرد متعاقب آنها را طبق معاهده حین تفسیر معاهده را اجازه می دهد. در نتیجه، یک معاهده می تواند فراتر از آنچه به رسمیت شناخته شده، در نتیجه نحوه ایجاد و اثر احکام آن، ویا در نتیجه تفسیر معتبر توسط طرفین معاهده، معمولاً در قالب توصیه، تصمیم و اعلامیه تغییر نماید. محکمه بین المللی عدالت این امکان را در نظریه مشورتی در مورد آثار حقوقی قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد تأیید کرد^{۱۱۷} و تصریح کرد که مفهوم کلمه «همزمان (Concurrent)» در ماده ۲۷ (۳) منشور سازمان ملل متحد توسط عملکرد اعضای شورای امنیت سازمان ملل متحد وسیعاً تغییر کرده است.

همچنین و به طور کلی پذیرفته شده است که معاهدات می تواند در نتیجه نفوذ حقوق بین الملل عرفی تغییر نماید. باآنکه میان منابع سلسله مراتب وجود ندارد، قواعد اخیر حقوق بین الملل عرفی ممکن است جانشین برخی احکام انفرادی معاهدات شود. جهت انطباق ضرورت با انعطاف پذیری، تمایلات کنونی که تجدید نظر معاهدات را تسهیل می نماید، شامل تفکیک میان اصول اساسی رژیم و قواعد فنی تر و مفصل تر می شود. قواعد اساسی تابع روش های سخت است، در حالی که جزئیات فنی تابع روش های آسان تر است.

مبحث پنجم: بی اعتباری (باطل بودن)، فسخ و تعلیق اجرای معاهدات

طبق حقوق بین الملل، یک دولت می تواند بی اعتباری، فسخ، انصراف از عضویت ویا تعلیق عضویت در قبال التزام از یک معاهده را اعلام نماید. اما، اگر یک دولت عضویت خود را از یک معاهده متوقف نماید، تعهداتی که در معاهده پیش بینی شده است، نسبت به این دولت الزام آور است مشروط بر اینکه اینها علاوه براینکه تعهدات ناشی از معاهده، جزء حقوق عرفی، «قواعد امره حقوقی» ویا اصول کلی حقوق باشند.

¹ Namibia Case 1971 ICJ Rep. 16.

به طور کلی، یک دولت می تواند از تمام معاهده منصرف و خارج شود مشروط بر اینکه زمینه برای بی اعتباری، فسخ، خروج و یا تعلیق در رابطه به فقره های مشخص معاهده مورد استفاده قرار گرفته بتواند و از بقیه معاهده قابل تفکیک باشد؛ از معاهده بتوان استنباط کرد یا به نحو دیگری ثابت شود که پذیرش مواد اساس ضروری رضایت طرف یا طرف های دیگر به التزام نسبت به کل معاهده نبوده است و لازمه اجرای بقیه ترتیبات معاهده غیر عادلانه نباشد (ماده ۴۴ (۴) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

الف) بی اعتباری

کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در برگزیده مسأله بی اعتباری یک معاهده در مواد متعدد است که عمدتاً از اصول کلی حقوق منشأ گرفته و جزء حقوق عرفی است.

۱- شرایط بی اعتباری

منحیث اصل اول، کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات می گوید که عدم انطباق با حقوق داخلی به این معنی نیست که معاهده در سطح بین المللی بی اعتبار است (ماده ۴۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات) استثنای این اصل این است که نماینده با صلاحیت به صورت بازر قاعده ای از حقوق داخلی خویش را که دارای اهمیت اساسی است، نقض کرده باشد. باوجوداین، جامعه بین المللی هیچ تعهدی مبنی بر اینکه خود را نسبت به انکشافات تقنینی و قانونی اساسی به منظور تشخیص نقض بارز قوانین آگاه نگه دارد.^{۱۱۸}

در برخی حالات، در صورتی که اشتباه مربوط به واقعیت و یا وضعیتی باشد که به تصور یک کشور در زمان انعقاد معاهده موجود بوده است و این امر مبنای اساسی رضایت آن به التزام نسبت به معاهده را تشکیل داده باشد، آن کشور می تواند به عنوان بی اعتبار بودن رضایت خود به التزام نسبت به معاهده، به اشتباه خود استناد کند (ماده ۴۸ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). استناد به چنین اشتباه مجاز نیست اگر دولت مذکور با رفتار خود به اشتباه کمک کرده و یا اوضاع و احوال به گونه ای می بود که دولت می باید از اشتباه آگاهی حاصل می نمود. سایر حالات جهت بی اعتباری معاهدات قرار ذیل اند:

۱- تقلب (ماده ۴۹ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): اگر کشوری بر اثر رفتار متقلبانه کشور دیگر

طرف مذاکره معاهده ای را منعقد نماید، می تواند به عنوان بی اعتبار بودن رضایت خود به التزام در قبال معاهده به تقلب استناد نماید.

۲- فساد نماینده یک کشور (ماده ۵۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): هرگاه اعلام رضایت یک

کشور در قبال یک معاهده از طریق رشوه به نماینده آن خواه به طور مستقیم و یا غیر مستقیم و توسط یک کشور دیگر طرف مذاکره، حاصل شده باشد، کشور مذکور می تواند به عنوان بی اعتبار بودن رضایت خود به التزام در قبال معاهده استناد نماید.

¹ Cameroon vs. Nigeria, ICJ Reports 2002, pp. 303, 430 - 1.⁸

۳- اجبار نماینده یک دولت (ماده ۵۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): اگر اعلام رضایت یک کشور به التزام در قبال یک معاهده بر اثر اجبار نماینده آن کشور از طریق اقدامات یا تهدیدات علیه او تحصیل شده باشد دارای هیچگونه اثر حقوقی نیست.

۴- اجبار نماینده یک دولت در اثر تهدید و اعمال زور (ماده ۵۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات): اجبار یک کشور به وسیله تهدید یا اعمال زور معاهده ای که انعقاد آن به وسیله تهدید یا اعمال زور و در نقش اصول حقوق بین الملل مندرج در منشور ملل متحد تحصیل شده باشد، باطل خواهد بود. نص این ماده به خصوص به ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد، منع استعمال قوه، ارجاع می دهد. در حالی که، در فرایند مذاکره در مورد کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات برخی دولت ها استدلال کرد که فشار های سیاسی و اقتصادی نیز باید ابزار های مناسب در این زمینه باشد. کمیسیون حقوق بین الملل حین تسوید کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ابراز نظر روشنی در این مورد ارایه نکرد. کمیسیون حقوق بین الملل محتویات ماده ۵۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات را به رویه تفسیر واگذار نمود تا مشخص شود.^{۱۱۹}

۵- معاهداتی که با «قواعد آمره حقوقی» متعارض اند (ماده ۵۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات): معاهده ای که در زمان انعقاد با یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام در تعارض باشد، باطل است. این ماده قاعده آمره حقوق حقوقی را چنین تعریف می نماید: «[...] به منظور عهدنامه حاضر، قاعده آمره حقوق بین الملل عام قاعده های است که به وسیله اجماع جامعه بین المللی کشورها به عنوان قاعده تخلف ناپذیر که تنها توسط یک قاعده بعدی حقوق بین الملل عام با همان ویژگی قابل تعدیل می باشد، پذیرفته و به رسمیت شناخته شده است.» در رابطه به تعارض قواعد آمره حقوقی که بعد از انعقاد معاهده ظهور می نماید، ماده ۶۴ کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات تصریح می نماید که اگر یک قاعده آمره جدید حقوق بین الملل عام تأسیس گردد، هر معاهده موجودی که در تعارض با قاعده مزبور باشد، باطل و منسوخ می گردد.

۲- آثار بی اعتباری

آثار حقوقی یک معاهده بی اعتبار (باطل) در ماده ۶۹ کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات تصریح شده است. طبق حکم این ماده، معاهده باطل هیچ اثر حقوقی ندارد. با وجود این، در صورتیکه با تکیه بر چنان معاهده ای، اعمالی صورت گرفته باشد، هر طرف می تواند از طرف دیگر معاهده بخواند تا آنجا که ممکن است در روابط متقابل خود وضع را به گونه ای که در غیاب اعمال مزبور وجود می داشت، اعاده نماید. اعمالی که بر اساس حسن نیت و قبل از آنکه بی اعتباری معاهده مورد استناد واقع شود انجام گرفته است، به صرف بی اعتباری معاهده مشروعیت خود را از دست نمی دهد.

اگر یک معاهده بخاطر نقض قواعد آمره باطل باشد، طرفهای معاهده مکلفند تا آنجا که ممکن است نتایج هر اقدامی را که با تکیه بر احکام معاهده صورت گرفته و در تعارض با قاعده آمره حقوق بین الملل عام باشد از بین ببرند. در مورد معاهده ای که طبق ماده ۶۴ کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات باطل و منسوخ میگردد، طرفهای

¹ Yearbook of the ILC, 1966, vol. II, pp. 246 - 7.

معاهده را از تعهد ادامه اجرای آن معاف می نماید. اما، بطلان یک معاهده اثری بر حقوق، تکالیف، یا وضعیت حقوقی طرفهای معاهده که به دلیل اجرای معاهده و قبل از بطلان آن ایجاد شده باشد، نخواهد داشت (ماده ۷۰ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات).

ب) فسخ و تعلیق معاهدات

راه های متعددی جهت فسخ و یا تعلیق یک معاهده بین المللی وجود دارد و طرفین معاهده نیز اختیار انصراف را دارند.

۱- [فسخ معاهده به موجب] احکام صریح معاهده

یک معاهده اعم از اینکه دوجانبه باشد و یا چندین جانبه می تواند فسخ شود و یا طرفین می توانند از آن طبق نصوص مندرج آن، خارج شوند. اکثر معاهدات دوجانبه دارای یک شرط فسخ است که تصریح می نماید که: «هریک از طرفین معاهده می تواند این معاهده را توسط ابلاغ کتبی به جانب دیگر فسخ نماید». برخی معاهدات شرایط خروج از معاهده را اعمال می نمایند. به عنوان مثال کنوانسیون سلاح های هستوی (۱۹۹۳) که در آن دولت باید نشان دهد که حوادث فوق العاده مربوط به کنوانسیون موضوع ماده که منافع کشور را به خطر انداخته اند وجود دارد.

۲- سکوت معاهده [عدم پیش بینی نص در مورد فسخ معاهده]

طبق ماده ۵۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در صورتی که هیچ گونه حکم در معاهده پیش بینی نشده باشد، فسخ یا خروج ممکن نیست، مگر آن که طرفین چنین قصدی داشته باشند و یا این حکم به صورت ضمنی باشد. در مواقع نادر، یک معاهده فسخ و یا خروج از معاهده را اجازه نمی دهد، به عنوان مثال، معاهدات صلح و خلع سلاح. علاوه بر این، اگر اختیار خروج در چهارچوب معاهده پیش بینی نشده باشد، دولت های عضو صرف می توانند معاهده را به تعلیق در بی آورند زمانی که چنین حقی از ماهیت معاهده استخراج شده بتواند.^{۱۲۰} چنین ماهیتی نمی تواند نسبت به برخی معاهدات بین المللی حقوق بشر مانند میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی فرض شود که افغانستان آن را در تاریخ ۲۴ جنوری ۱۹۸۱ تصویب نموده است.^{۱۲۲}

۳- فسخ معاهده و یا خروج از آن در صورت توافق طرفین

یک معاهده می تواند فسخ شود و یا یک دولت عوض از باتوافق طرف های دیگر هر زمان خارج شود (ماده ۶۲ (۲) (ب) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). توافقنامه طرفین می تواند شبیه شکل معاهده نباشد. اگر معاهده برای دولت ثالث طبق ماده ۳۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات حقوق ایجاد نماید، و یا تعهداتی برای

¹ Shaw, p. 945.

¹ UN Human Rights Committee, General Comment No. 26¹ of 1997, A/53/40, annex VII.

¹ See http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en#EndDec.

دولت ثالث مطابق ماده ۳۶ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ایجاد شده است، رضایت دولت ثالث نیز ضروری است.

۴- فسخ و یا تعلیق معاهده با انعقاد معاهده جدید (لاحق / متعاقب)

ماده ۵۹ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات تصریح می نماید که: وقتی که کلیه طرفهای یک معاهده به انعقاد معاهده مؤخری در خصوص موضوع واحد مبادرت می ورزند، معاهده مقدم فسخ شده محسوب خواهد شد اگر:

الف) اگر از معاهده مؤخر استنباط شود یا به نحوه دیگری مسلم شود که قصد طرفها این بوده است که موضوع تابع احکام معاهده مؤخر باشد؛ یا

ب) احکام معاهده مؤخر به گونه ای با احکام معاهده مقدم غیرقابل انطباق باشد که اجرای همزمان هر دو معاهده غیر ممکن باشد.

اگر از مفاد معاهده مؤخر استنباط شود، یا به نحوه دیگری ثابت شود که قصد دول متعاهد تنها تعلیق معاهده مقدم بوده است، فقط اجرای معاهده مزبور معلق تلقی خواهد گردید (ماده ۵۹ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق تعهدات).

این ماده مبنای حکم ماده ۳۰ در مورد معاهدات متعاقب را در بر نمی گیرد. حکم آخری، مربوط به اجرای دو ویا بیشتر از دو معاهداتی که راجع به موضوع واحد می شوند است، و اولویت تعهدات معاهدات متناقض را مورد رسیدگی قرار می دهند زمانی هیچ شکمی مبنی بر اینکه هر دو معاهده نافذ است، وجود نداشته باشد. بنابراین، این حکم عملی می شود زمانی که یک بار تشخیص شد که طرفین قصد فسخ و یا تعلیق معاهده قبلی را نداشتند و یا طرفین هر دو معاهده دولت واحد نبوده اند.

۵- فسخ معاهده در اثر عملکرد جانب مقابل

اول) نقض اساسی معاهده

طبق ماده ۶۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات نقض اساسی یک معاهده دو جانبه از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر معاهده را حق می دهد تا به نقض مزبور به عنوان مبنای فسخ، یا تعلیق کامل یا بخشی از آن استناد نماید. تشخیص «نقض اساسی» بستگی به اوضاع و وقایع دقیق هر قضیه دارد. ماده ۶۰ (۳) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات «نقض اساسی» را اعراض از معاهده به طریقی که مورد تأیید عهدنامه حاضر نباشد و تخلف از احکامی که برای تحقق موضوع یا هدف معاهده اساسی باشد، تعریف می نماید. نقض اساسی بر خود معاهده، نه معاهده ای دیگر و یا قواعد حقوق بین الملل صورت می پذیرد. عضوی که قبلاً معاهده را نقض نموده است، و مانع اجرای معاهده توسط طرف دیگر شده است، نمی تواند به نقض معاهده توسط طرف مقابل استناد نماید.

نقض اساسی یک معاهده دو جانبه از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر معاهده را مجاز میدارد تا به نقض مزبور به عنوان مبنای فسخ، یا تعلیق کامل یا بخشی از آن استناد نماید (ماده ۶۰ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). معاهدات چندین جانبه موجب ایجاد مشکلات مختلف می شود، زیرا نقض اساسی معاهده توسط یک طرف، لزوماً سایر اطراف معاهده که منافع آنها باید مدنظر قرار گیرد، را متأثر نمی سازد. ماده ۶۰ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات حالات مختلف را مورد بررسی قرار می دهد:

الف) به دیگر طرفهای معاهده حق می دهد تا با موافقت جمعی به تعلیق اجرای تمام یا بخشی از معاهده اقدام کننده، و یا نسبت به فسخ آن خواه در روابط بین خود از طرفی و کشور متخلف از طرف دیگر؛ و یا در روابط بین تمامی کشورهای امضاء کننده مبادرت نمایند؛

ب) به طرفی که به ویژه از نقض معاهده زیان دیده است حق میدهد تا با استناد به آن، تمام یا بخشی از اجرای معاهده را در روابط بین خود و کشور متخلف به حال تعلیق در آورد؛ و

ج) به هر یک از طرفهای معاهده به استثنای کشور متخلف حق میدهد تا با استناد به آن، اجرای تمام یا بخشی از معاهده را در ارتباط با خود معلق نماید، به شرط آنکه ماهیت معاهده به گونه ای باشد که نقض اساسی احکام آن توسط یک طرف، وضعیت هر کدام از طرفهای دیگر را در اجرای بعدی تعهدات وی که از معاهده ناشی می شوند، از اساس دگرگون سازد.

دوم) امکان ناپذیری غیر مترقبه (حدوث شرایطی که اجرای معاهده را غیر ممکن میکند)

اگر عدم امکان اجرای معاهده ناشی از محو یا انهدام دائمی موضوعی باشد که برای اجرای معاهده اجتناب ناپذیر باشد، هر طرف معاهده میتواند به عدم امکان اجرای معاهده به عنوان مبنای فسخ معاهده یا خروج از آن استناد نماید (ماده ۶۱ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). مثال های عدم امکان پذیری اجراء در کنار سایر مثال ها، عبارت اند از: استغراق (فرو رفتن در آب) یک جزیره، خشک شدن دریا ها (هر چند این دایمی نباشد) و یا تخریب سد. اگر عدم امکان اجراء به طور مؤقت باشد، صرف می تواند مبنای تعلیق قرار گیرد. عدم امکان اجرای معاهده نمیتواند به عنوان مبنای فسخ یا خروج از یک معاهده و یا تعلیق اجرای آن مورد استناد یا طرف قرار گیرد هرگاه عدم امکان، خود ناشی از نقض تعهدات معاهده یا نقض هر تعهد دیگر بین المللی در قبال طرفهای دیگر معاهده، از سوی طرف متخلف باشد (ماده ۶۱ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

سوم) تغییر بنیادین اوضاع و احوال (Rebus sic stantibus)

اجرای اصل شناخته شده حقوق ملی که طبق آن شخص نمی تواند دیگر ملتزم به قرارداد باشد در صورتی که تغییر بنیادی در اوضاع و احوالی که در زمان انعقاد قرارداد وجود داشت، به وقوع پیوسته باشد، در حقوق معاهدات بین المللی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. ماده ۶۲ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات مجموع شرایطی را که طبق آنها تغییر اوضاع مبنای فسخ و یا تعلیق معاهده قرار بگیرد را بیان می نماید:

۱- تغییر مربوط به اوضاع و احوالی باشد که در زمان انعقاد معاهده موجود باشد؛

۲- تغییر باید بنیادی باشد؛

۳- وجود اوضاع و احوال مزبور مبنای اساسی رضایت طرفهای معاهده به التزام نسبت به معاهده باشد؛ و

۴- اثر این تغییر، دگرگونی اساسی در ابعاد تعهداتی باشد که به موجب معاهده هنوز باید اجراء شوند.

ماده ۶۲ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات دو استثناء را بیان می نماید: اول، اصل تغییر اساسی اوضاع و احوال نمی تواند به عنوان مبنای فسخ یا خروج از معاهده مورد استناد واقع شود، اگر معاهده ای باشد که مرز را تعیین می نماید. دوم، اصل تغییر اساسی اوضاع و احوال نمی تواند به عنوان مبنای فسخ یا خروج از معاهده مورد استناد واقع شود اگر تغییر اساسی ناشی از نقض تعهدات معاهده، یا نقض هر تعهد دیگر بین المللی در قبال طرفهای دیگر معاهده، از سوی طرفی باشد که به آن تغییر استناد می کند. این اصل تطبیق اصل کلی است که یک شخص نمی تواند از خطاکاری خود سوء استفاده نماید.

با وجود موقعیت اصل تغییر بنیادین اوضاع و احوال به عنوان حقوق بین الملل عرفی، این اصل جهت تأثیر مزاحمت کننده آن در رابطه به اثر الزام آور یک معاهده بین المللی در یک معاهده در نتیجه فقدان صلاحیت اجباری در سطح بین الملل که بتواند از خروج از یک معاهده بنابر دلایل حساس جلوگیری نماید مورد انتقاد قرار گرفته است.^{۱۲۳} با پیروی از یک نگرش جدید اخیر، وجود این نظر در واقع پذیرفته شده است، اما با ساحت محدود. محکمه بین المللی عدالت در این مورد تصریح می نماید که تغییر اوضاع باید بار مسئولیت تعهدات معاهده را افزایش بدهد که بعداً باید اجراء و منجر به تعهد اجرای امری اساساً متفاوت از آنچه اصلاً به عهده گرفته شده بود گردد.^{۱۲۴}

در قضیه (Ġabčikovo-Nagymaros)^{۱۲۵} محکمه بین المللی عدالت استدلال هنگری که تغییرات عمیق سیاسی که زیست پذیری اقتصادی یک پروژه، توسعه دانش و توسعه هنجارهای جدید حقوق بین الملل محیط زیست، تغییر اساسی اوضاع را تشکیل می دهد را رد کرد. محکمه بین الملل عدالت تأکید کرد که: استحکام روابط ناشی از معاهدات ایجاب می نماید که ماده ۶۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات صرف در حالات استثنائی اجراء شود.

۶- قطع روابط دیپلماتیک و کنسولی

وخیم شدن روابط دیپلماتیک و کنسولی میان طرفین یک معاهده تأثیری بر روابط حقوقی ایجاد شده میان آنها توسط معاهده ندارد، جز در مواردی که وجود روابط دیپلماتیک یا کنسولی برای اجرای معاهده اجتناب ناپذیر باشد (ماده ۶۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

۷- اقدام متقابل

¹ Shaw, p. 950.

²

³

¹ See Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v Iceland) (Jurisdiction of the Court) [1973] ICJ Rep 49, pp. 3, 20 - 1.

¹ (Hungary v Slovakia) 1997 ICJ Rep. 7.

⁵

یک دولتی که قربانی نقض یک معاهده قرار گرفته است، می تواند اقدام به فسخ معاهده علیه دولت دیگر نماید. این اقدامات مجاز است مادام که متناسب به نقض معاهده باشد (قضیه توافق خدمات هوایی).^{۱۲۶}

ج) آثار حقوقی

آثار حقوقی فسخ و یا تعلیق اجرای معاهدات در مواد ۷۰-۷۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات پیش بینی شده است. بنابراین، طرفهای معاهده از تعهد ادامه اجرای آن بدون اینکه حقی، تعهدی، وضعیت حقوقی طرفین را ک قبلاً از طریق اجرای معاهده قبل از فسخ آن اجراء شده است را متأثر سازد معاف می شوند، مگر اینکه طوری دیگری توافق شده باشد. اگر صرف یکی از طرفین از معاهده چندین جانبه خارج شود، معاهده ادامه می یابد. قاعده مذکور سپس صرف در روابط میان دولت منصرف شده و سایر دولت ها از تأریخی که خروج صورت گرفته است قابل تطبیق است (ماده ۷۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). به طور مثال، دولت های الف، ب و ج عضو یک معاهده بین المللی هستند. معاهده فرصت خروج از معاهده را اعطاء می نماید و دولت الف از این حق استفاده می نماید. معاهده در روابط دولت های ب و ج ادامه می یابد. زمانی که دولت الف عضو معاهده بود، به منظور اجرای معاهده، دولت ب اجازه دریافت نمود تا از کشور الف عبور نماید. این حق بعد از انصراف دولت الف از معاهده و نیز تعهد دولت الف مبنی بر اعطای دولت ب مبنی بر عبور از خاک آن، ادامه می یابد. قاعده مشابه در مورد تعلیق یک معاهده اجراء می شود، اما به صورت مؤقت؛ یعنی: تا زمانی معاهده در حالت تعلیق قرار دارد (ماده ۷۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

مبحث پنجم) تفسیر معاهدات

اجرای هر معاهده، یا قانون در برگیرنده عنصر تفسیر است. این معمولاً مسأله تطبیق یک حکم معاهده بر یک واقعه معین است. عبارات یک معاهده نیز ممکن است ضرورت به تفسیر داشته باشند تا مفهوم مورد نظر را ارایه نمایند. محاکم بین المللی حین تفسیر معاهدات معمولاً از سه روش جهت تفسیر معاهدات استفاده می نمایند:

۱- روش ادبی / متنی: معاهده مطابق مفهوم طبیعی و خالص آن تفسیر می شود. این موقف [تفسیر] ضعیف است، زیرا فرض در این نوع تفسیر بر این است که عبارات یک مفهوم واضح اند، در حالی مسأله معمولاً بر خلاف این است.

۲- روش مبتنی بر قصد طرفین: معاهده باید مطابق قصد طرفین معاهده تفسیر شود. کشف قصد طرفین ممکن است مشکل باشد و احتمالاً قصد طرفین یک معاهده متفاوت است.

۳- روش مبتنی بر هدف و موضوع معاهده (روش غائی): به منظور تفسیر معاهده، هدف و موضوع معاهده باید غرض سنجش محتویات احکام معین معاهده مورد استفاده قرار بگیرد. این سه روش در مواد ۳۱-۳۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات انعکاس یافته است. این روش ها در رویه قضایی محکمه بین المللی عدالت نیز بدیهی (آشکار) است.

¹ (France v. USA) (1978) 18 RIAA 416.

ماده ۳۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات می گوید که: یک معاهده «به حسن نیت و منطبق با معنای معمولی ای که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شود، تفسیر خواهد شد». این متکی بر روش ادبی است که برای معاهدات اطمینان بیشتر فراهم می نماید و از لحاظ نظری، صلاحیت قضایی را محدود می نماید. عبارت «سیاق» اجازه می دهد تا علاوه بر متن که شامل مقدمه و ضمیمه می شود، هرگونه توافق مربوط به معاهده که بین کلیه طرفهای معاهده در ارتباط با انعقاد آن حاصل شده است، را مدنظر گرفت (ماده ۳۱ (۲) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). البته، این امر ایجاب ارزیابی ذهنی عبارات که ممکن با قصد طرفین متعارض واقع شود، را می نماید.

ماده ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات به وسائل تکمیلی تفسیر به منظور تأیید یا توضیح یک تفسیر مطابق ماده ۳۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ارجاع می دهد. اما، محکمه بین المللی عدالت تأکید ورزیده است که تفسیر صرف باید مبتنی بر متن معاهده باشد.^{۱۲۷}

خیلی معمول است تا یک معاهده به لسان های مختلف ترجمه شوند. ترجمه باید توسط معاهده اصلی اعتبار بخشیده شود (صحت متن معاهده تصدیق شود). اگر صحت متن یک معاهده تصدیق شد، متن ترجمه شده آن می تواند به صورت مساوی مورد تفسیر قرار بگیرند، مگر آنکه معاهده مقرر نماید، یا طرفهای معاهده توافق کنند که در صورت اختلاف، متن معینی ملاک خواهد بود (ماده ۳۳ (۱) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). به طور کلی، اصل بر این است که اصطلاحات یک معاهده در تمامی آن، دارای معنای واحدی هستند (ماده ۳۳ (۳) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات). اما، اگر چنین نباشد، و متن خاصی ملاک قرار نگیرد «معنایی برگزیده خواهد شد که نظر به موضوع و هدف معاهده بهترین تلفیق را بین متون مزبور بر قرار می سازد»، مگر اینکه اختلاف نتواند از طریق ابزارهای تفسیر که در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات پیش بینی شده است، قابل رفع نباشد (ماده ۳۳ (۴) کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات).

مبحث ششم) رابطه بین معاهدات و سایر منابع حقوق بین الملل

چنانچه در فصل اول تذکر یافت، میان منابع حقوق بین الملل سلسله مراتب وجود ندارد به جز برتری «قواعد آمره» و تعهدات ناشی از (Erga omnes). با افزایش تعداد قوانین، تعارض میان [منابع] به صورت قطع واقع می شود. قواعدی ظهور کرده اند تا قضایای را که در آنها معاهدات با سایر احکام در تعارض اند، حل نمایند.

الف) رابطه بین معاهدات

با استثنای بالقوه منشور سازمان ملل متحد هیچ سلسله مراتبی که رتبه بندی معاهدات را برقرار نماید، وجود ندارد، مگر معاهده ای که هنجارهای مطلق حقوق بین الملل را تدوین نماید (نگاه کنید به ذیل). در مورد منشور سازمان ملل متحد، ماده ۱۰۳ منشور تصریح می نماید که: «در صورت تعارض میان تعهدات دول عضو سازمان ملل متحد طبق این منشور و تعهدات آنها طبق معاهده ای دیگر بین المللی، تعهدات آن طبق این منشور برتری دارد».

¹ The Lybia/Chad case, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 22.

به عنوان نقطه شروع، تناقضات می تواند برطرف شود اگر تعهدات بتوانند به نحوی تفسیر شوند که با یکدیگر سازگار باشند. این تلاش می کند تا وسیع ترین زمینه تطبیق هر دو معاهده را فراهم نماید.

اگر این انجام داده شده نتواند، حکم مرکزی برای رفع تناقضات میان معاهدات ماده ۳۰ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات است که بحث آن قبلاً گذشت.

هرچند در چهارچوب کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات تذکر نیافته است، قاعده (Lex specialis) به طور سنتی در تناقضات بین معاهدات چند جانبه قابل تطبیق عمومی و در رژیم های ویژه بین المللی برای مسایل خاص مورد اجراء قرار گرفته است. این قاعده بر قلمرو صحت معاهدات تمرکز می نماید و بر معاهدات محدودتر سنجیده شده، اثر حقوقی می بخشد.

مهم است که توجه داشت که اگر هر کدام از موافقت نامه متصادم، فسخ شود و یا اجرای آن طبق مفهوم ماده ۵۹ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات به تعلیق در آورده شود، هیچ نیازی برای حل تعارض وجود ندارد.

ب) رابطه بین حقوق عرفی و معاهدات

حقوق عرفی و معاهده ای می توانند در هماهنگی قرار داشته باشند. به عنوان مثال، هنجاری در قالب معاهده نوشته شده یک قاعده حقوق بین المللی عرفی را مدون می نماید. حتی زمانی که قاعده در معاهده بسیار به طور گسترده ای تصویب می شود، قاعده عرفی را از بین نمی برد، اما قاعده عرفی را حفظ می کند و به این ترتیب دولت ها ملتزم به هر دو منبع خواهند بود. برای مثال، در قضیه نیکاراگوا طرفین ملتزم به منع استفاده از نیروهای مسلح توسط منشور سازمان ملل (پیمان) و قوانین عرفی بودند. این می تواند اثرات مهم داشته باشد، چنانچه در این قضیه داشت. محکمه بین المللی عدالت در مورد این قضیه طبق منشور سازمان ملل متحد صلاحیت ندارد، اما این قضیه را براساس حقوق عرفی مورد بررسی قرار داد.

این که آیا ظهور قاعده جدید عرفی می تواند جانشین یک قاعده ناشی از معاهده قبلی شود قبلاً به طور عمیق مورد مطالعه قرار گرفت. برخی استدلال می کنند که معاهده باید غالب باشد زیرا واضح تر است، در حالی که دیگران حقوق عرفی را مهم تر تلقی می نمایند زیرا آن جدید تر است. در موارد خاص، که در آن حقوق بین الملل عرفی بسیار به سرعت تکامل می یابد، استدلال شده است که قاعده عرفی در حال ظهور ممکن است اثر فسخ کننده قاعده معاهده ای را داشته باشد.

این نظریه، به طور کلی توسط مشاوران حقوقی وزارت امور خارجه و قضات بین المللی ارایه شده است تا وزنه بیشتری به قاعده معاهده ای بدهند تا به یک قاعده عرفی مختلف.

با وجود این، قواعد جدید عرفی که از تغییرات اقتصادی و یا نارضایتی ناشی یک قاعده معاهده ای به وجود می یابد، می تواند منجر به تغییر تطبیق حتی یک قاعده معاهده ای شود. در قضیه صلاحیت مربوط به ماهیگیری (Fisheries Jurisdiction Case)^{1A} محکمه بین المللی عدالت تصمیم گرفت که از زمان تصویب کنوانسیون

¹ (UK v. Iceland; Federal Republic of Germany v Iceland) 1972 ICJ Rep. 12 and (UK v. Iceland) 1974 ICJ Rep 3

دریاهای آزاد در سال ۱۹۵۸، حق کشورها جهت ایجاد مناطق ۱۲ میل ماهیگیری به عنوان حقوق عرفی متبلور شده است، علی الرغم احکام کنوانسیون دریاهای آزاد در مورد آزادی ماهیگیری در دریاهای آزاد. حقوق بین المللی، در برگیرنده هیچ اصل (Acte contraire) که توسط آن یک قاعده حقوقی می تواند توسط قاعده حقوقی دارای همان ماهیت تغییر کند نیست. ماده ۶۸ (ج) کمیسیون حقوق بین الملل در پیش نویس (طرح / مسوده) در مورد حقوق معاهدات تصریح نمود که: اجرای یک معاهده ممکن است توسط « ظهور متعاقب قاعده جدید حقوق بین الملل عرفی در باره مسایلی که در معاهده مورد رسیدگی قرار گرفته است و بر کلیه طرفین معاهده الزام آور است » تعدیل شود.

اینکه این ماده در پیش نویس کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۶ گنجانده نشد، از این جهت بود که: کمیسیون حقوق بین الملل وظایف خود را به عنوان در بر گیرنده رابطه کلی میان قوانین عرفی و قانون معاهده نمی دید. مفهوم «قواعد آمره» حاکی از آن است که این قواعد بر قواعد متعارض معاهدات غالب است. مواد ۵۳ و ۶۴ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات بر بطلان (بی اعتباری) معاهداتی که با قواعد آمره موجوده در تعارض اند، تصریح می نماید. قواعد آمره بر معاهدات پیش از آن و بعد از آن غالب است بنابراین اگر دو کشور معاهده برای حمله به کشور سوم بر خلاف قواعد آمره مخالف تجاوز، منعقد نموده باشند، این معاهده از اعتبار ساقط است.

ج) رابطه بین معاهده و اصول

این استدلال که قواعد ناشی از معاهده بر اصول کلی حقوق غالب است (نگاه کنید به فصل اول) فقط زمانی که معاهده و اصل کلی موضوع واحد را در بر می گیرند، معتبر است. اما، یک اصل کلی نیز می تواند راهی را که طبق آن یک قاعده معاهده خاص تطبیق می شود، متأثر سازد. اصل کلی می تواند بر تطبیق قواعد ناشی از معاهده تحت جنبه های محدود تجاوز نمایند. در این صورت، مناسب تر است گفته شود که: اصل کلی حقوق غالب است. یک اصل کلی حقوق ممکن است در معاهده گنجانده شود و یا تبدیل به بخشی از حقوق عرفی بین المللی شود.

فصل ششم: مسؤولیت دولت

حقوق بین الملل بین دو نوع از قواعد تفکیک قایل می شود قواعد اولیه که حاوی تعهدات بین المللی وقواعد ثانویه برخورد با مسؤولیت دولتها.

مفهوم مسؤولیت دولت می تواند از نظریه های حاکمیت دولت و برابری دولت استخراج شود. برعلاوه، این یک اصل اساسی در نظام حقوقی بین المللی است که عمل بین المللی غیر قانونی ارتکاب یافته توسط یک دولت مستلزم مسؤولیت است. بنابراین، مسؤولیت دولت شامل چهار ویژگی است:

- نقض یک تعهد بین المللی؛

- انتساب رفتار نقض به دولت ؛

- اعذار (Excuses)؛ و

- عواقب مسؤولیت متوجه دولت مسؤول است.

حقوق مسؤولیت دولت در پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل در مورد مسؤولیت دولت ها برای اعمال بین المللی غیر قانونی (طرح / مسوده) سال در ۲۰۰۱ تدوین شده است. این مواد به طور عمده منعکس کننده حقوق عرفی است. باوجوداین، در تشریحات بعدی به مواد معین این طرح استناد خواهد شد.

مبحث اول) انتساب رفتار نقض به دولت

از آنجایی که یک دولت نمی تواند به خودی خود عمل کند، تمامی عملکردهای دولت توسط افرادی که به عنوان ارگان به نمایندگی از دولت عمل می کنند انجام می شود. بنابراین ، به منظور مسؤول تلقی کردن دولت، رفتار فرد باید به دولت نسبت داده شود.

الف) ارگان های دولت و اشخاص خصوصی با صلاحیت منحیث بازیگران

به عنوان یک اصل کلی، هر رفتاری که توسط ارگان دولت در حدود صلاحیت آن، ارتکاب می یابد، می تواند مسؤولیت دولت را در قبال داشته باشد. طبقه بندی به عنوان ارگان دولت بستگی به قوانین داخلی کشور خاص دارد. بدون شک ، هر کارمند دولت و یا یکی از اعضای حکومت به عنوان مثال یک عضو دولتی است. اگر یک جنبش آزادی بخش یا شورشیان دیگر، تبدیل به حکومت جدید یک دولت شود، دولت با این حال مسؤول اعمال مرتکب شده از سوی اعضای این جنبش است. علاوه بر این، یک دولت مسؤول رفتار نهاد خصوصی یا شخصی که به انجام عناصر قدرت حکومتی صلاحیت داده شده است، می باشد. این نوع رفتار «نسبت دادن قانونی»

(Attribution de jure) نامیده می شود. انتساب در چنین موقعیت هایی با این حقیقت که دولت برخی از اختیارات خود را به یک نهاد مدنی منتقل نموده است، توجیه می شود. جنین امری اغلب موجب مشکلات می شود و بنابراین باید از آن اجتناب شود.

عدم اجماع بین المللی در مورد تعریف «اعمال قدرت حکومتی» استفاده از این اصل را دشوار می سازد. شرایط اقتدار حکومتی زمانی که یک فرد یا نهاد خصوصی اعمال دولت را انجام م می دهد، احراز می شود. مطابق حقوق مبتنی بر قضیه (Case law) که این موضوع را مورد رسیدگی قرار می دهد، چنین اعمالی به عنوان مثال عبارت اند از: اجرای قانون، درگیر شدن در مبارزه، ضبط پول، بازداشت و بازجویی، سلب مالکیت (استملاک)، کنترل مرزی و مهاجرت.

هر گونه احکامی که به یک نهاد خصوصی اجازه انجام وظایف دولت را می دهد باید به صراحت این نهاد را اجازه این امور را بدهد. اجازه صرف فعالیت کافی نیست.^{۱۲۹}

ب) اقدام فوق العاده خارج از حدود اختیار

اگر ارگان عمل کننده و یا نهاد مجاز خصوصی یا شخص از محدوده وظایف تجاوز نماید، دولت می تواند مسؤول برای این اقدام خارج از حدود اختیارات فوق العاده تلقی شود، مشروط بر اینکه رفتار در حدود ظرفیت های رسمی و نه به عنوان یک عمل خصوصی انجام شده باشد. این تفکیک با این حال ممکن است مشکل باشد. مسؤولیت دولت به عنوان مثال می تواند فرض شود، اگر عضو آشکارا به عنوان یک مقام دارای صلاحیت، و یا ارگان با استفاده از قدرت یا روش های مناسب در حدود ظرفیت رسمی خود را عمل کرده باشد.^{۱۳۰} ماده ۷ پیش نویس حتی به نظر می رسد تا یک قاعده مطلق از مسؤولیت دولت در این زمینه پیش بینی نماید، بدون نیاز به اعمال آشکار قدرت، توسط ارگان و یا فرد اجازه داده شده.^{۱۳۱}

ج) نظارت دولت بر عملکرد بازیگران خصوصی

عمل خلاف انجام شده توسط افراد خصوصی در حالی که آنها تحت کنترل مستقیم و یا رهبری یک دولت قرار دارند نیز می تواند مسؤولیت دولت را در برداشته باشد، حتی اگر بازیگران به طور مستقیم توسط دولت صلاحیت داده نشده باشند.

درجه کنترل که برای ایجاد مسؤولیت دولت در چنین مواردی لازم است بسیار بحث برانگیز در میان حقوقدانان و محاکم بین المللی است. محکمه بین المللی عدالت اولاً این مسئله را در قضیه نیکاراگوا^{۱۳۲} مورد خطاب قرار داد

¹ Crawford, The International Law Commission's articles on state responsibility: Introduction, text and commentaries, Cambridge Univ. Press, Cambridge (2002), Art. 5, para. 7.

¹ See Caire case, 5 RIAA, pp. 516, 530.

¹ Shaw, p. 789.

¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment (Merits), 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 115.

و شرایط «کنترول مؤثر» را برای بازیگران به منظور فراهم کردن مسؤولیت ایجاد نمود. محکمه اشاره کرد که وضعیت کلی وابستگی و حمایت کافی برای توجیه انتساب رفتار به دولت نخواهد بود.

محکمه جزایی بین المللی برای یوگسلاوی سابق با این حال، این فرض را با اتخاذ یک فرض انعطاف پذیر تر تعدیل کرد و بیان کرد که درجه ای از کنترول ممکن است با توجه به شرایط متفاوت باشد و در نتیجه چنین حد بالا که توسط محکمه بین المللی عدالت تذکر شده است، همیشه ضروری نیست.^{۱۳۳}

اما، در قضیه نسل کشی محکمه بین المللی عدالت نگرش باریک خود را در مورد قضیه نیکاراگوا مورد تأکید مجدد، با استناد به ماده ۸ پیش نویس به عنوان تدوین حقوق عرفی، قرار داد. ماده ۸ به وضوح بیان می کند که: «رفتار شخص و یا گروهی از افراد باید عمل دولت تحت حقوق بین المللی در نظر گرفته شود در صورتی که شخص و یا گروهی از افراد در واقع طبق رهنمایی، و یا تحت هدایت یا کنترول آن دولت در انجام رفتار عمل می نمایند» (تأکید اضافه شده است).

چون دولت غیر مؤثر یا ناکام هیچ تاثیری بر دولت به عنوان تابع حقوق بین المللی ندارد، دولت مسؤول اعمال انجام شده توسط افراد و یا گروه در غیاب مقام رسمی که با وجود این در واقع خصوصیت و وظیفه حکومت را دارد است.

در موقعیت های که در آن یک دولت با بازیگران غیر دولتی دولت دیگر همکاری می نمایند، دولت همکاری کننده، مسؤول نقض تعهدات بین المللی خویش است، حتی اگر سایر نهاد ها نتوانند تحت حقوق بین الملل به دلیل فقدان شخصیت حقوقی مسؤول تلقی شود.

د) جنبش های شورشی

به طور کلی، مسؤولیت دولت جهت رفتار گروه های مخالف در یک جنگ داخلی یا سایر شورش ها محقق نمی شود، مگر اینکه آن گروه قدرت را در سراسر کشور به دست آورد و تبدیل به مقامات حکومت جدید شود. در این حالت، دولت (تازه تأسیس) در قبال فعالیت های در حال وقوع قبل از آمدن به قدرت مسؤول است (ماده ۱۰ پیش نویس).

ه) مسؤولیت دولت در قبال عمل خلاف بین المللی که توسط دولت دیگر ارتکاب یافته است

به طور کلی، یک دولت تنها مسؤول هر گونه نقض حقوق بین المللی که توسط نهادهای دولتی و یا دیگر افراد ذیصلاح آن ارتکاب یافته است، می باشد. با وجود این، ممکن است وضعیتی وجود داشته باشد که نقض در همکاری با چند دولت انجام شده باشد، یا نقض شامل اقدامات منحصر به فرد دولت های مختلف باشد و یا عمل خلاف بین المللی توسط یک کشور به نمایندگی از کشور دیگر ارتکاب یافته باشد.

اگر چندین دولت دخیل در نقض حقوق بین المللی باشند، مسؤولیت کشورهای مربوطه به طور کلی بر اساس مسؤولیت فردی مشخص است. اما در برخی از موقعیت ها، یک دولت با این حال مسؤول رفتار های دولت دیگر

¹ Prosecutor v. Tadić (Judgment), 15 July 1999, 38 ILM, pp3 1518, 1541.

است. چنین استثناهایی در فصل چهارم پیش نویس تدوین شده اند. با توجه به ماده ۱۶، دولت حمایت و یا کمک کننده به دولت نقض کننده، مسؤول انجام این کار است، به شرطی که آن را با آگاهی از شرایط انجام داده باشد و رفتار، عمل خلاف بین المللی است در صورتی که عمل توسط دولت کمک کننده ارتکاب یافته باشد (بخاطری که به عنوان مثال این دولت نیز معاهده بین المللی را که الزام تعهد بین المللی را پیش بینی می نماید، تصویب کرده است). کمک مالی و یا کمک در این زمینه به معنی: «آگاهانه فراهم آوردن امکانات ضروری و یا تأمین مالی فعالیت مورد نظر»^{۱۳۴} است. ارائه چنین تسهیلاتی می تواند، به عنوان مثال، هنگامی صورت پذیرد که یک دولت اجازه استفاده از بخش هایی از قلمرو خود را برای تعهد حمله مسلحانه علیه یک کشور ثالث بدهد.

میزان مسؤولیت محدود به مقدار کمک مالی یا کمکی است که دولت ارائه کرده است. اما، اگر یک دولت، دولت دیگر را در ارتکاب عمل خلاف بین المللی هدایت و کنترل نماید، مسؤولیت دولت برای تمام عمل استناد می شود. ماده ۱۷ پیش نویس این موضوع را مورد خطاب قرار می دهد.

چنین رابطه نشان میدهد که هر چند دولت انجام دهنده بستگی به هدایت و کنترل دیگر دارد، مانند به عنوان مثال، کشور تحت الحمایه. با این حال، پس از روند استعمار زدایی این حالت وابستگی بیشتر ناپدید شد. امروزه، این حکم غالباً در شرایطی اجراء می شود که یک دولت غالب در عمل رفتار تخلف آمیز دولت دیگر را کنترل و هدایت می کند.^{۱۳۵}

نظارت صرف رفتار کافی برای استفاده از ماده ۱۷ نیست. علاوه بر این، عمل نقض شده باید توسط دولت مسلط هدایت شده باشد. در نهایت، این حکم نیاز به آگاهی کامل از شرایط دارد و عمل باید نقض یک قاعده الزام آور بر هر دو دولت غالب و دولت انجام دهنده را تشکیل بدهد.

یک دولت می تواند مسئول رفتار دولت دیگر زمانی که دولت دومی تابع اجبار توسط دولت سابق بوده باشد، است. شرایط اجبار زمانی متحقق می شود می شود که دولت عمل کننده در واقع توسط دولت دیگر مجبور به نقض تعهدات بین المللی شده باشد.^{۱۳۶}

با وجود این، اجبار می تواند قانونی و غیرقانونی باشد: فشار اقتصادی به عنوان مثال می تواند یک نوع اجبار قانونی باشد.^{۱۳۷} علاوه بر این، دولت مُجبر (اجبار کننده) باید آگاهی از شرایط واقعی عمل را داشته باشد، و بازهم، دولت مُجبر باید ملتزم به تعهد نقض شده بین المللی بوده باشد.

ماده ۱۸ پیش نویس، که این مجموعه نظریات را مورد خطاب قرار می دهد، تنها در رابطه میان قربانی عمل غیر قانونی بین المللی و دولتی که دولت دیگر را مورد اجبار قرار داده است تا این عمل را مرتکب شود، قابل تطبیق است. چون اجبار معادل به قوه قاهره (شرطی مانع که بعداً در این فصل مورد بحث قرار خواهد گرفت) است، دولت اجبار شده احتمالاً مسؤول فعالیت خود نیست. دولت آسیب دیده در نتیجه باید علیه دولت مُجبر به منظور اعمال حق خود جهت دریافت جبران خسارت اقامه دعوی نماید.

¹ See Crawford (Fn .2), Art. 16 para. 1. 4
¹ Id. (Fn .2), Art. 17 para. 6. ³ 5
¹ Id. (Fn .2), Art. 18 para. 2. ³ 6
¹ Id. (Fn .2), Art. 18 para. 3. ³ 7

مبحث دوم) نقض تعهد بین المللی

همانگونه که قبلاً در فصل اول ذکر شد، حقوق بین الملل باید از هر نظام حقوقی ملی متمایز گردد. بنابراین، یک کشوری که یک تعهد بین المللی را نقض می نماید نمی تواند استدلال کند که چنین تعهد در قوانین داخلی آن وجود ندارد. به همین ترتیب، یک عمل خلاف قانونی تحت قوانین داخلی لزوماً دلالت بر غیر قانونی بودن بر اساس حقوق بین المللی نمی نماید.

نقض تعهدات بین المللی می تواند از طریق فعل و یا ترک ارتکاب یابد. باوجوداین، هر گونه تخلف از طریق ترک نیاز به وظیفه بین المللی برای جلوگیری از عدم اجرای قاعده اولیه دارد.^{۱۳۸}

الف) اشتباه

درباره اینکه آیا عمل دولت باید با اشتباه صورت پذیرد به طور گسترده ای مورد بحث قرار گرفته است. حقوق مبتنی بر قضیه (Case law) و نظریات دانشمندان حقوق به دو برداشت تقسیم می شوند:

• نظریه «خطر»: این نظریه نشان دهنده اصل مسؤولیت عینی است، به این معنی که دولت مسؤول است به مجردی که عمل غیر قانونی صورت گرفته است، بدون توجه به این سؤال که در صورتی که این عمل با حسن و یا سوء نیت انجام شده است. مسؤولیت دولت بنابراین بسیار سخت است و با هر انگیزه ذهنی نماینده دولت تحت تاثیر قرار داده نمی شود.

• نظریه «خطا»: برای پیروی از این نظریه عنصر قصد (Dolus) و یا غفلت (Culpa) جهت استناد به مسؤولیت دولت لازم است. بنابراین نماینده دولت باید عمداً مرتکب عمل نقض کننده و یا حداقل غفلت شده باشد. اگر چنین انگیزه ذهنی را نتواند مشاهده گردد، دولت مسؤول نقض حقوق بین المللی نیست.^{۱۳۹}

پیش نویس هیچ موضع روشنی در این زمینه را ندارد. بنابراین شرط اشتباه باید از قاعده نقض شده اولیه اقتباس شود،^{۱۴۰} اما این برای هر نقض حقوق بین المللی اجباری نیست.

ب) اعمال تکمیل شده و در حال جریان

یکی از اصول اساسی حقوق مسؤولیت دولت مندرج در ماده ۱۳ پیش نویس است. این ماده تصریح می نماید که یک دولت نمی تواند تعهد بین المللی را نقض کند «مگر این که دولت ملتزم به تعهد مورد نظر در زمانی که در آن عمل رخ می دهد، باشد». این حکم از اجرای قانون عطف کننده به ماقبل جلوگیری می نماید. اگر چه به نظر می

¹ See as example in this regard: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, p. 3.

¹ See M. Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 783, referring to the Neer and Caire claims, in which the objective theory was applied.

¹ J. Crawford/ S. Olleson in M. D. Evans (Ed.), International Law, Oxford University Press, Oxford (2003), p. 460.

رسد که این اصل روشن است، شناسایی زمانی که عمل غیر قانونی در واقع شروع می شود و به پایان می رسد مشکل است.

- اگر عمل نقض کننده خصوصیت ادامه دهنده نداشته باشد، آن « در لحظه ای که عمل انجام شده است، رخ می دهد، حتی اگر اثرات آن ادامه داشته باشد (ماده ۱۴ (۱) پیش نویس). یک عمل غیر قانونی از طرف دیگر، مستلزم مسؤولیت دولت برای تمام مدت است که در انطباق با تعهدات بین المللی نباشد (ماده ۱۴ (۲)).
- به مجردی که یک عمل مداوم متوقف می شود، طبق ماده ۱۴ (۱) پیش نویس تکمیل شده تلقی می شود.
- اگر عمل نقض کننده در گذشته آغاز شده است و هنوز هم ادامه دارد هنگامی که تعهد بین المللی به اجراء در می آید، به عنوان ادامه عمل غیر قانونی پنداشته می شود. در نتیجه، فعالیت های نقض کننده باید بلافاصله از سوی دولت متوقف شود.
- آثار ادامه عمل تنها در نظر گرفته می شود زمانی که مقدار جبران خسارت تعیین شود. با وجود این، آنها هیچ تاثیری بر مدت زمان واقعی زمان خود عمل نقض کننده ندارد.

ج) فعالیت های مقدماتی (آماده سازی)

تقسیم بندی فعالیت های آماده سازی به عنوان انگیزه یا تلاش ممکن است مشکل ساز باشد. اگر قاعده نقض شده اولیه به صراحت شامل ممنوعیت اعمال مقدماتی باشد، هر یک از چنین اعمال متضمن حقوق بین المللی و در نتیجه مستلزم مسؤولیت دولت است. محکمه بین المللی عدالت در این رابطه بین فعالیت های سابقه و ارتکاب عمل واقعی تفکیک قایل می شود.^{۱۴۲}

بر این اساس، این سؤال که آیا رفتار مقدماتی می تواند به عنوان نقض یک تعهد بین المللی طبقه بندی شود یا بستگی به قاعده اولیه مربوطه نداشته باشد.

د) اعمال مرکب

اعمال مرکب عبارت از چندین اعمال اند که زمانی که، یکجا شوند، نقض تعهدات بین المللی را تشکیل می دهند. نسل کشی، آپارتاید (نفاق و جدایی بین سیاه پوستان و سفید پوستان آفریقای جنوبی)، جنایات علیه بشریت، تبعیض سیستماتیک نژادی و یا سایر رفتار های ممنوع، در بر گیرنده نمونه هایی از اعمال مرکب اند. اینها معمولاً اعمال متداوم هستند.

باتوجه به این امور، به عنوان یک سلسله از فعالیت ها، نقض تعهدات بین المللی زمانی اتفاق می افتد که در آن زمان آخرین فعل و یا ترک این سلسله که «کافی برای تشکیل عمل غیر قانونی (ماده ۱۵ (۱) پیش نویس) است انجام

^{۱۴۱}. عمل متداوم خلاف قانون به عنوان مثال عبارت اند از ابقای قانون متعارض با تعهد بین الملل خود دولت، نگهداری غیر قانونی یک

اسیر و یا اشغال غیر قانونی سرزمین دولت دیگر.

¹ Gabčíkovo- Nagymaros- Průject (Hungary/Slovakia) I.C.J.² Reports 1997, p. 7 at p. 54 para. 79.

شود». اصطلاح «کافی» حاکی از آن است که تمام سلسله اعمال احتمالی نیاز به ارتکاب ندارد، اما تنها تعداد معینی از آنها. با وجود این، حتی یک عمل واحد می تواند نقض یکی دیگر از تعهدات بین المللی را تشکیل دهد. هنگامی که ارتکاب یابد، آغاز عمل مرکب به زمانی بر می گردد که در آن زمان برای اولین بار یکی از چنین اعمال انجام شد.

مبحث سوم) مدافعات و اوضاح و احوالی که مانع غیر قانونیت اعمال می گردد

هر عمل بین المللی غیر قانونی، منجر به نتیجه مسؤولیت دولت نمی شود. دلایل مانعیت مسؤولیت عبارت انداز: رضایت، دفاع مشروع، اقدامات متقابل مربوط به یک اقدام بین المللی غیر قانونی، قوه قاهره، فشار و ضرورت. هرچند مسؤولیت دولت بر مبنای یکی از این زمینه ها رفع شود، این رفع موجب فسخ تعهد دولت مبنی بر پرداخت غرامت برای هر ضرر مادی نمی شود. علاوه بر این، دولت باید از تعهدات بین المللی اطاعت نماید به مجردی که وجود شرایطی که مانع مسؤولیت دولت است (به عنوان مثال، فشار)، متوقف شود.

الف) موافقت

عمل غیر قانونی نیست اگر آن در حدود موافقت معتبر دولت متضرر انجام شده. اما، مسؤولیت برای عمل غیر قانونی تنها می تواند در رابطه با دولت موافقت کننده رفع شود. اگر رضایت دولت مختلف مورد نیاز باشد، تصویب تنها یک دولت مانع غیر قانونیت فعالیت نمی شود. رضایت باید از قبل یا در حالی که عمل اتفاق می افتاد، ابراز شود. این باید بر اساس تصمیم آزاد دولت تصویب کننده باشد. فردی که موافقت را ابراز می نماید، باید مجاز به انجام چنین کاری باشد. رضایت باید به صراحت ابراز شود و محتویات آن به طور واضح تعریف شود. رضایت ممکن است بر خطا، تقلب، فساد و یا اجبار استوار شود. اعتبار رضایت می تواند براساس اصولی که حقوق بین الملل معاهدات را تنظیم می نمایند، مورد ارزیابی قرار گیرد.^{۱۴۳}

ب) دفاع مشروع

اعمال مشروع حق ذاتی دفاع مشروع هرگز طبق ماده ۵۱ منشور ملل متحد در بر گیرنده عمل غیر قانونی داخلی نیست. با وجود این، قواعد حقوق بین المللی بشردوستانه و قواعد بین المللی غیر قابل کاهش حقوق بشر هرگز نمی تواند به حالت تعلیق دربی آید، حتی اگر کشور مورد حمله قرار گرفته، ادعای حق دفاع مشروع نماید. عمل دفاع مشروع ممکن است نه تنها اثرات در مقابل دولت مورد حمله قرار گرفته، بلکه در مقابل کشورهای ثالث نیز داشته باشد. ماده ۲۱ پیش نویس، که دفاع مشروع و رابطه آن با مسؤولیت دولت را مورد رسیدگی قرار می دهد، این موضوع را مورد خطاب قرار نمی دهد. اما، حقوق بین الملل عمومی بین رفتار در برابر یک دولت مخالف و رفتار در برابر کشورهای بی طرف ثالث که از این عمل تحت تاثیر قرار می گیرند، تفکیک قایل می

¹ Id. (Fn. 2), Art. 20 para. 6; see Arts. 48 - 52 Vienna Convention on the Law of Treaties and the remarks in Chapter VII, Sec. F, I, 1 of this manual.

شود. اصول حقوق بین الملل عام در حوزه مسؤولیت دولت نیز قابل اجراء است، با این نتیجه که این مسؤولیت فقط در ارتباط با دولت متخاصم رفع می شود.

باید به خاطر داشت که عمل دفاع مشروع باید « مطابق با منشور سازمان ملل متحد » و در حدود محدودیت های تعیین شده در حقوق بین المللی؛ یعنی: اصول تناسب و ضرورت قواعد حقوق بین المللی بشردوستانه، باشد.

ج) اقدامات متقابل در رابطه به عمل غیر قانونی بین المللی

نقض تعهدات بین المللی توجیه پذیر است اگر آن در برگیرنده اقدام متقابل در برابر یک عمل غیر قانونی باشد. اما، قبل از اتخاذ اقدام متقابل، دولت متضرر باید اطلاع از ادعای خود به دولت نقض کننده از طریق دستور دادن به دولت دومی برای متوقف کردن عمل با تعیین شکل جبران خسارت، بدهد. دولت نقض کننده باید آگاه به اتخاذ تصمیم اقدام متقابل به منظور تحمیل اقدام متقابل و دولت متضرر باید پیشنهاد خود را برای مذاکره ارایه دهد. اقدامات متقابل فوری به منظور حفظ حقوق دولت متضرر، مشروع اند، تا زمانی که ضروری تلقی شوند (ماده ۵۲ (۱) و (۲) پیش نویس).

اقدامات متقابل باید دارای شرایط ذیل باشند:

- هدف این اقدامات متقابل اطمینان از تبعیت دولت نقض کننده به تعهدات بین المللی باید باشد.
- اقدام متقابل برای مجازات دولت نقض کننده نباید تحمیل شود، بلکه باید جهت متوقف کردن رفتار نامشروع دولت نقض کننده و فراهم کردن پرداخت غرامت به دولت آسیب دیده انجام شود.^{۱۴۴}
- اقدام متقابل باید به صراحت و فقط در مقابل کشوری که مرتکب عمل غیر قانونی بین المللی شده است هدف قرار داده شود. دولت آسیب دیده موظف است تا ابزار های را انتخاب نماید که اثرات جدی تر نسبت به عمل قبلی که باعث صدمه شده است داشته باشد. علاوه بر این، اقدامات متقابل محدود به زمانی است که اعمال نقض کننده با هدف اعاده وضعیت قانونی در رابطه دولت نقض کننده و دولت آسیب دیده، ادامه دارد.
- اقدامات متقابل باید برگشت پذیر باشد. بنابراین، اگر یک دولت نتواند از میان چندین گزینه یکی را انتخاب کند، این چنین ابزار ها را در بر خواهد گرفت برای فرض اجرای تعهد یا تعهدات بین المللی که به دلیل عمل متقابل اجرای آن به تعلیق در آمده است.
- اقدامات متقابل باید مطابق با احکامی که استفاده از زور، حقوق بنیادین بشر، احکام حقوق بشردوستانه در مورد ضد حمله و دیگر هنجارهای مطلق کلی حقوق بین الملل عمومی را مورد خطاب قرار می دهد، باشد (ماده ۵۰ (۱) پیش نویس). علاوه بر این، دولت مجنی علیه مکلف به اقامه دعوی در یک نهاد حل و فصل مناقشه که در رابطه با دولت مسؤول به احترام حمایت دیپلماتیک، در دسترس است، می باشد.

¹ Id. (Fn. 2), Art. 49 para. 1. ⁴

• یک دولت حق ندارد به اقدام متقابل عمل نماید و یا باید آن را بدون تأخیر به حالت تعلیق در بی آورد (ماده ۵۲ (۳) پیش نویس) در صورتی که عمل غیرقانونی بین المللی متوقف شده باشد و یا اگر اختلاف توسط یک محکمه با صلاحیت بین المللی رسیدگی شده باشد.

د) قوه قاهره

قوه قاهره «نیروی مقاومت ناپذیر» یا «رویداد پیش بینی نشده» و خارج از کنترل دولت نقض کننده است که برای دولت متعهد تعهد بین المللی را غیر ممکن می سازد (ماده ۲۳ (۱) پیش نویس). عدم امکان ممکن است از یک رویداد طبیعی یا فیزیکی مانند رعد و برق سنگین، سیل، زلزله به علت دخالت انسان مانند اشغال و یا جدایی از منطقه، و یا حتی از هر دو حادثه با هم ناشی شود.

این رویداد باید «نه پیش بینی شده و نه از یک نوع به راحتی ای قابل پیش بینی» باشد.^{۱۴۵} قوه قاهره نمی تواند در شرایطی که دولت فرض کرده که قوه قاهره به وقوع می پیوندد و برای پیشگیری امری انجام نداده است، دفاع (استناد) شود.

علاوه بر این، دولت نمی تواند به قوه قاهره اتکاء کند زمانی رفتار خود دولت منجر به عدم امکان پایبندی به تعهدات بین المللی شده است «چه به تنهایی یا در ترکیب با عوامل دیگر (ماده ۲۳ (۲) (الف) پیش نویس). اما، رفتار خود دولت باید برای عدم رعایت اساسی باشد، کمک صرف کافی نیست.^{۱۴۶}

در نهایت، عدم پایبندی به تعهدات بین المللی باید نتیجه مستقیم قوه قاهره باشد. علاوه بر این، عمل نمودن مطابق با تعهدات بین المللی باید در واقع غیر ممکن باشد؛ مشکل صرف به رعایت تعهد کافی نیست.^{۱۴۷}

ه) اضطراب

یک دولت می تواند به اضطراب استناد نماید در شرایطی که یک فرد که رفتار او به دولت نسبت داده می شود، یک تعهد بین المللی را به منظور نجات زندگی خود و یا زندگی افراد دیگر تحت مراقبت او نقض کند. برخلاف، قوه قاهره و ضرورت^{۱۴۸} رفتار فرد، به طور داوطلبانه انجام شده، اما بدون داشتن گزینه ای برای انتخاب بین رعایت یا عدم رعایت تعهدات بین المللی.

یک مثال عملی در این زمینه، تهاجم کشتی های دولتی و یا هواپیما به قلمرو دولت دیگر بدون مجوز، اما با توجه به وضعیتی مضطربی مانند شرایط آب و هوای بد و یا نقص فنی است. به عنوان یک شرط اضافی، زندگی مسافران یا خدمه باید در خطر باشد (ماده ۲۴ پیش نویس).

¹ Id. (Fn. 2), Art. 23 para. 2. 4

¹ Id. (Fn. 2), Art. 23 para. 9. 4

¹ Id. (Fn. 2), Art. 23 para 3. 4

5

6

7

^{۱۴۸}. نگاه کنید ذیل: (و) حالت ضرورت.

علاوه بر این به اضطراب، نمی تواند استناد شود اگر خود دولت نقض کننده موجب ایجاد وضعیت مضطرب شده باشد، چه به تنهایی یا در ترکیب با عوامل دیگر. اما، رفتار دولت باید به خوبی متناسب با نجات زندگی، در حالی که به دومی اولویت بدهد، باشد.

علاوه بر این، اضطراب کنار گذاشته می شود (استثناء می شود) اگر عمل نقض کننده که به منظور حفظ زندگی یا زندگی ها انجام شده، در نهایت موجب خطر حتی بیشتر و یا قابل مقایسه زندگی ها شود.

(و) حالت ضرورت (Necessity)

یک دولت می تواند به حالت ضرورت در وضعیتی که مانع غیرقانونیت می شود زمانی که منافع ذاتی آن در معرض خطر قرار گیرد و دولت فقط می تواند آنها را با عدم انجام یک تعهد بین المللی حفاظت نماید، استناد نماید. بنابراین، بر خلاف وضعیت اضطراب، منافع حفاظت شده منافع خود دولت است، نه منافع افراد. باوجوداین، تنها یک دولت می تواند بر حالت ضرورت تکیه کند در صورتی که تعهد بین المللی بی اهمیت تر نسبت به منافع ویا در برابر منافع دولت در آن زمان فوری باشد. به عنوان شرط اضافی، منافع اساسی کشورهای دیگر و یا جامعه بین المللی به عنوان یک کل باید توسط این عمل دچار اختلال نشود.

ماده ۲۵ پیش نویس برخی از محدودیت ها را به مفهوم مبهم ضرورت مقرر و ساحة تطبیق آن را تنظیم می نماید. علاوه بر شرایط که قبلاً ذکر شد، حکم ماده ۲۵ دو محدودیت دیگر را مقرر می نماید: اولاً، یک دولت نمی تواند تکیه بر حالت ضرورت نماید، زمانی که این گزینه به صراحت توسط تعهد بین المللی که دولت قصد دارد آن را به تعلیق در بی آورد، استثناء شده باشد. ثانیاً، این اصل قابل اجراء نیست وقتی که خود دولت به وضعیت ضرورت کمک کرده باشد. مشارکت در این زمینه حاکی از آن است که رفتار دولت «به اندازه کافی اساسی و نه صرفاً اتفاقی و یا حاشیه ای» است.^{۱۴۹}

مبحث چهارم) آثار حقوقی مسؤولیت دولت

هر عمل بین المللی غیر قانونی عواقب قانونی برای دولت نقض کننده دارد. در برخی از موارد عواقب در تعهد خاص بین المللی که نقض شده است، پیش بینی می شود.

علاوه بر این، دو اصل کلی در حقوق مسؤولیت دولت وجود دارد:

- اولاً، دولت موظف به رعایت قاعده اولیه نقض شده است. یک نقض مداوم باید فوراً متوقف شود و دولت مسؤول باید اطمینان دهد و عدم تکرار رفتار نقض کننده را تضمین نماید.
- ثانیاً، دولت نقض کننده موظف به جبران خسارت کامل برای آسیب است. «خسارت» طبق حقوق مسؤولیت دولت در بر گیرنده ضرر مادی و معنوی است.

الف) انواع جبران خساره

¹ Id. (Fn. 2), Art. 25 para. 20.⁴

یک کشور می تواند در قالب اعاده حالت اولی، جبران خسات و یا خورسند ساختن، جبران خسارت نماید. اعاده حالت اولی نوع اولیه از جبران است. اشکال مختلف جبران خسارت می تواند به صورت جداگانه و یا مرکب صورت پذیرد.

۱- اعاده حالت اولی

اعاده حالت اولی شامل تعهد دولت به برقراری مجدد وضعیت که قبل از وقع عمل نقض شده وجود داشت می شود که اصطلاحاً (Status quo ante) نامیده می شود، است. این وضعیت بر اساس وقایع تثبیت می شود.^{۱۵۰} اعاده می تواند به اعاده حالت اول مادی و حقوقی تقسیم شود. نوع اول، به عنوان مثال، شامل برگرداندن اموال، اشخاص یا قلمرو می شود. اعاده حقوقی در کنار سایر معانی به معنای اصلاح وضعیت حقوقی، مانند، به عنوان مثال، ابطال و یا اصلاح احکام حقوقی و یا موافقتنامه است. شکل مؤثر اعاده بستگی دارد به طور کلی به قاعده اولیه نقض شده. تعهد اعاده حالت اولی محدود به امکانات مادی است و در نتیجه قابل تحقق نیست هنگامی که به عنوان مثال مالی که از دولت متضرر گرفته شده است به طور دائم گم شود، نابود شود و یا به شی بی ارزش تبدیل شود.^{۱۵۱} تاکنون، مشکلات صرفاً عملی و یا قانونی زمینه برای عدم امکان مادی نیست. علاوه بر این، نه تنها از ضرر مادی، بلکه ظهور حقوق اشخاص ثالث در کالا مورد نظر می تواند مانع حق اعاده حالت اولی شود. علاوه بر این، تعهد به اعاده حالت اولی نباید «شامل بار مسئولیت همه نفع ناشی از اعاده حالت اولی به عوض جبران خسارت باشد» (ماده ۳۵ (ب) پیش نویس). بنابراین، محتوا اعاده حالت اولی باید با نفع کشور متضرر متناسب باشد.

از سوی دیگر، اگر دولت متضرر در معرض خطر از دست دادن استقلال سیاسی یا بی ثباتی اقتصادی به دلیل اعاده حالت اولی از لحاظ اقتصادی قابل اداره باشد، بار مسئولیت بازهم بر عهده دولتی که مرتکب عمل نقض کننده شده است گذاشته می شود و در نتیجه موظف به اعاده حالت اولی است. در نتیجه، در این وضعیت اعاده حالت اولی کاسته نخواهد شد، حتی اگر آن شامل بار مسئولیت غیر متناسب نسبت به دولت مکلف به اعاده حالت اولی باشد.

۲- جبران خسارت

جبران خسارت باید پرداخت شود زمانی که ضرر نتواند از طریق اعاده اولی بنابر دلایلی که در بالا ذکر شد، جبران شود. جبران خسارت باید در برگیرنده «هر گونه خسارت مالی قابل ارزیابی از جمله، از دست دادن نفع، تا آنجا که ایجاد شده است شود» (ماده ۳۶ (۱) پیش نویس). از این رو ضرر، باید از نظر مالی قابل ارزیابی باشد. جبران خسارت بنابراین تنها خصوصیت جبرانی، نه تنبیهی دارد.

¹ Id. (Fn. 2), Art. 35 para 2. ⁵

¹ Id. (Fn. 2), Art. 35 para 8. ⁵

این وسیله گرامت در بر گیرنده هرگونه خسارت ناشی از اضرار غیر مادی نیست، زیرا این ضرر واقعی به اموال یا افراد نیست. اما، جبران خسارت باید برای از دست دادن چنان نفعی که نمی توان آنها را در اثر عمل غیر قانونی بین المللی به دست آورد، حاصل شود.

جبران خسارت به معنی پرداخت پولی است هر چند گزینه های دیگر با ارزش مشابه می توانند مورد توافق قرار گیرند. جبران خسارت در بر گیرنده ضرر به خود دولت و هر گونه ضرر به اتباع دولت، که به نمایندگی از آنها از طرف دولت می تواند ادعا شود.^{۱۵۲} جبران خسارت برای صدمات شخصی محدود به ضرر مادی نمی شود، بلکه نیز می تواند اضرار غیر مادی مانند پرداخت برای قربانیان عمل غیر قانونی بین المللی را در بر بگیرد.

۳- خورسند ساختن (Satisfaction)

اگر ضرر نتواند از طریق اعاده حالت اولی و جبران خسارت، رفع شود، دولت مسؤول موظف به جبران گرامت به وسیله خورسند ساختن است (ماده ۳۳ پیش نویس).

خورسند ساختن همیشه وسیله تکمیلی جبران خسارت است، زیرا این نوع از جبران خسارت به تنهایی به منظور ترمیم کامل آسیب ایجاد شده مناسب نیست و بیشتر برای آن خسارت که نمی تواند از نظر مادی یا مالی مورد ارزیابی قرار بگیرد، مورد استفاده قرار می گیرد.

خورسند ساختن «تصدیق نقض تعهد، اظهار تأسف (پشیمانی)، عذرخواهی رسمی و یا دیگر روش های مناسب است (ماده ۳۷ (۲) پیش نویس). این نمونه ها انحصاری نیست، زیرا محتوای خورسندی سازی اغلب به وضعیت خاص بستگی دارد.

رایج ترین روش خورسند ساختن، پذیرش رسمی عمل غیر قانونی بین المللی توسط دولت مسؤول و یا معذرت خواهی اعلام شده توسط یک نماینده مناسب دولت مسؤول، یا به طور شفاهی و یا به صورت مکتوب، است. با وجود این، خورسند ساختن نباید خارج از اصل تناسب با ضرر باشد و نباید اثر تحقیر آمیز نسبت به دولت مسؤول داشته باشد (ماده ۳۷ (۳) مواد پیش نویس).

ب) آثار نقض شدید هنجارهای مطلق

اگر یک دولت مرتکب نقض جدی یک قاعده مطلق حقوق بین الملل عمومی شود، جامعه بین المللی نباید وضعیتی را که در اثر نقض ایجاد شده است قانونی بشناسد و از کمک و یا مساعدت برای حفظ وضعیت ممنوع

^{۱۵۲}. چنین ادعا می تواند بر مبنای اصل حمایت دیپلماتیک صورت پذیرد که تصریح می نماید که: «...» درخواست توسط یک دولت، از طریق عمل دیپلماتیک و دیگر ابزارهای حل و فصل مسالمت آمیز، مسؤولیت دولت دیگر برای یک ضرر که به موجب عمل غیر قانونی بین المللی آن دولت به شخص حقیقی و یا حقوقی ایجاد شده است که تبعه دولت اولی است با توجه تطبیق چنین مسؤولیتی» (ماده ۱ پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل در مورد حمایت دیپلماتیک (۲۰۰۶)).

است (مادل ۴ (۱) مواد پیش نویس) علاوه بر این، دولت ها باید به منظور از بین بردن نقض عمل همکاری نمایند.^{۱۵۳}

نقض هر تعهد مطلق چنین آثاری را در پی ندارد. فقط آنهایی که در بر گیرنده «ناکامی فاحش یا سیستماتیک دولت مسؤول به انجام تعهد است (ماده ۴۰ (۲) پیش نویس).

(د) اجرای مسؤولیت بین المللی

مسؤولیت دولت به صورت مستقل از هر ادعای دولت یا دولت های متضرر جدا است. پیش نویس این مسأله را از طریق در بر گرفتن قواعد روش ادعا، مورد رسیدگی قرار می دهد.

دعوی علیه دولت نقض کننده یا شروع دعوی در یک نهاد با صلاحیت حل و فصل اختلافات بین المللی، مانند محکمه بین المللی عدالت اقامه می شود. قواعد چنین دعاوی در اساسنامه نهادهای خاص پیش بین شده است.

بنابراین، طرز العمل مربوط مسؤولیت دولت ذکر شده در پیش نویس یک چهارچوب کلی است که فقط هنگامی قابل اجراء می باشد که یک وضعیت در سایر قوانین خاص تر در بر گرفته نشده باشد.

فصل هفتم: صلاحیت

مبحث اول) تعریف صلاحیت

صلاحیت حاکی از آن است که یک دولت دارای صلاحیت های مختلف در داخل قلمرو آن است. این صلاحیت ها عبارتند از: صلاحیت ایجاد قواعد (صلاحیت تجویزی)، صلاحیت ایجاد طرزالعمل به منظور شناسایی اعمال غیرقانونی و تحت پیگرد قانونی قرار دادن آن ها (صلاحیت قضایی) و تحمیل اقدامات به عنوان یک نتیجه برای نقض قواعد (صلاحیت اجرایی / تنفیذی).

به عنوان یک اصل کلی صلاحیت یک دولت با اصل برابری حاکمیت کشورها محدود شده است. در نتیجه، یک دولت نمی تواند قوانین خود را در کشور دیگر اجراء نماید. از سوی دیگر، صلاحیت موثر به منظور دستیابی به اهداف مشترک و تنظیم نمودن منافع جامعه بین المللی باید تأمین شود. علاوه بر این، توافق دادن حقوق کشورهای مختلف نیاز به هماهنگی به منظور اجتناب از نتایج مختلف که ریشه در حادثه مشابه دارند، می باشد. افراد باید از اعمال صلاحیت های ضد و نقیض توسط دو ویا بیشتر از دو دولت حمایت شود که هر یک از آنها مایل به اجرای قوانین خود بر این شخص اند.

انواع مختلف صلاحیت ها می توانند قابل تفکیک باشند که مربوط به حوادث فرامرزی اند:

- صلاحیت قانونگذاری به معنی ظرفیت دولت جهت وضع قوانین الزام آور عمدتاً در درون قلمرو آن است.
- صلاحیت اجرایی به یک دولت حق اعمال صلاحیت در قلمرو دولت دیگر را اعطاء می نماید. اما، این محدود به حاکمیت ارضی کشور دیگر می شود و بنابراین نیاز به رضایت آن کشور دارد. صلاحیت اجرایی، انجام شده بدون تأیید، به منزله نقض حاکمیت ارضی کشور دیگر و در نتیجه نقض حقوق بین المللی است.
- صلاحیت قضایی: صلاحیت قضایی، صلاحیت محاکم داخلی جهت حل و فصل قضایا با جنبه های بین المللی است. اما، ادعاهای بین المللی به ویژه در رابطه با مسائل جنایی اغلب یک چالش است.

مبحث دوم) اساسات صلاحیت

در رابطه به رفتار حقوقی با اثرات فرامرزی، دو یا چند دولت ممکن است ادعای صلاحیت رسیگی به موضوع را نمایند. اما، هر دولت مدعی باید پیوند (ارتباط) کافی بین خود و موضوع صلاحیت را به اثبات برساند.

الف) مسایل حقوق خصوصی

مبنایی صلاحیت در امور مدنی به اندازه مسایل جزایی پیچیده نیست. در کشور های کامن لا، صلاحیت محکمه ذیصلاح بستگی به محل صدور حکم بر مدعی علیه، بدون در نظر گرفتن مدت زمان حضور مدعی علیه در کشور دارد. در قوانین کشور های قاره اروپا، عامل مهمی برای ایجاد صلاحیت محکمه اقامت همیشگی مدعی علیه است.^{۱۵۴}

ب) مسایل حقوق جزا

ایجاد صلاحیت جزایی پیچیده تر است، زیرا هیچ نظام حقوقی (مانند حقوق بین الملل خصوصی) هنوز ایجاد نشده است. با وجود این، برخی اصول حیاتی پدید آمده اند (اصل سرزمینی، اصل تابعیت، اصل شخصیت مجهول، اصل حفاظتی و اصل جهان شمولی). اینها معمولاً در قانون مربوطه جزایی ملی تصریح می شود. فصل یک و دو قانون جزای افغانستان منعکس کننده برخی از این اصول است.

۱- احکام

ماده ۱۱ قانون جزاء

اشخاصی که تابعیت افغانستان را نداشته اما در افغانستان سکونت و یا اقامت داشته باشند، به مقصد این قانون در حکم تبعه افغانی محسوب می شوند مگر اینکه در قانون طور دیگری به آن تصریح یافته باشد.

ماده ۱۴ قانون جزاء

(۱) احکام این قانون بر اشخاصی که در ساحة دولت جمهوری افغانستان مرتکب جرم شوند تطبیق می گردد. ساحة دولت جمهوری افغانستان شامل هر مکانی است که تحت سلطه آن واقع است.

(۲) طیارات و کشتی های افغانی اعم از اینکه در داخل افغانستان باشد یا در خارج آن از جمله ساحة افغانستان محسوب می شود مگر اینکه طبق قواعد حقوق بین الدول عمومی تابع دولت اجنبی باشد.

ماده ۱۵ قانون جزاء

احکام این قانون بر اشخاص آتی نیز قابل تطبیق است:

۱. شخصی که در خارج افغانستان مرتکب عملی گردد که به اثر آن عامل یا شریک جرمی شناخته شود که کلاً یا قسماً در افغانستان واقع شده باشد.

۲. شخصی که مرتکب یکی از جرایم زیر در خارج از افغانستان گردد:

الف) جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی دولت افغانستان؛

ب) جرم جعل مندرج مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ این قانون؛

¹ M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 651 f.

^{۱۵۴}. قانون جزای (۱۹۷۶) جریده رسمی شماره ۳۴۷، نافذۀ ۱۰/۱۰/۱۹۷۶، ۰۶/۱۰/۱۳۵۵/۰۷/۱۵ هجری شمسی).

ج) جنایت تزویر مندرج ماده ۳۱۰ این قانون و یا ادخال اشیاء جعل یا تزویر شده مذکور به افغانستان.

ماده ۱۶ قانون جزاء

(۱) احکام این قانون بر جرایمی در خارج افغانستان توسط مأمورین و مستخدمین افغانی یا اتباع خارجی ای که از طرف افغانستان به خدمات عامه گماشته می شوند در اثنای انجام وظایف محوله یا به سبب آن ارتکاب می گردد نیز قابل تطبیق است.

(۲) احکام این قانون بر جرایمی که علیه اشخاص مندرج فقره فوق در اثنای انجام وظایف محوله یا به سبب آن ارتکاب می گردد نیز تطبیق می شود.

ماده ۱۷ قانون جزاء

(۱) احکام این قانون بر هر شخصی که در خارج افغانستان علیه افغان یا منفعت افغانستان مرتکب جرم گردد قابل تطبیق است.

(۲) دعوی جزایی علیه مرتکب این جرایم مطابق به احکام مندرج قانون اجراءات جزایی اقامه می گردد.

ماده ۱۸ قانون جزاء

هر افغان که در خارج افغانستان مرتکب عملی گردد که به موجب آن احکام این قانون جرم شمرده شود در صورت مراجعت به افغانستان طبق احکام این قانون مجازات می شود مشروط بر اینکه فعل مذکور به موجب قانون کشور محل ارتکاب قابل مجازات باشد.

ماده ۱۹ قانون جزاء

به استثنای موارد مندرج در مواد ششم و هفتم این قانون دعوی جزایی علیه شخصی که ثابت نماید که محاکم خارجی در مورد جرم منسوبه او را بری الذمه دانسته یا به حکم قطعی او را به جزا محکوم و جزا بر او تطبیق شده است یا اینکه دعوی جزایی قبل از صدور حکم قطعی یا مجازات محکوم بها به موجب قانون ساقط گردیده باشد، اقامه شده نمی تواند.

ماده ۲۰ قانون جزاء

مدت توقیف و حبسی که متهم یا محکوم علیه به اثر تطبیق احکام جزایی در خارج افغانستان سپری نموده از مدت جزای که شخص از لحاظ ارتکاب عین جرم در افغانستان محکوم می شود یا جزا ای که بر او تطبیق می گردد کاسته می شود.

این اصل ناشی از حاکمیت ارضی یک دولت است: یک کشور باید قادر به تحت تعقیب قرار دادن جرم ارتکاب یافته در محدوده سرحدات آن باشد، زیرا یک دولت موظف به حفظ نظم حقوقی است. بنابراین، به عنوان یک اصل کلی، تمامی جرائم توسط محاکم داخلی بر اساس قوانین داخلی کشور که بر روی خاک آن عمل جنایی ارتکاب یافته است، حتی زمانی که مجرم یک خارجی باشد رسیدگی می شود.

اصل سرزمینی در ماده ۱۴ انعکاس داده شده که مطابق با ماده ۱۱ قانون جزاء است. اما، مسایل زمانی پیچیده تر می شود که یک عمل قسمی در یک قلمرو و قسمی در قلمرو کشور دیگر اجراء شده باشد؛ یعنی: زمانی که جرم در یک کشور برنامه ریزی و آماده شود و در کشور دیگر ارتکاب یابد. در چنین وضعیت، اصل سرزمینی بر دو دولت تطبیق می شود و هر دو دولت دارای صلاحیت رسیدگی این قضیه اند.

صلاحیت شخصی ارضی داده می شود زمانی که یک دولت بر یک حادثه اعمال صلاحیت نماید که در خاک آن کشور، برنامه ریزی شده باشد، اما در قلمرو دولت دیگر انجام شده باشد.

صلاحیت عینی ارضی داده می شود، اگر یک دولت بر حادثه اعمال صلاحیت نماید که عمل در قلمرو آن انجام شده اگر چه برنامه ریزی و آماده در یک کشور دیگر شده است. به طور کلی، تعیین اینکه در نهایت کدام دولت اعمال صلاحیت نماید بستگی به محلی که در آن اکثر قسمت جرم انجام شده است.

در رابطه به افغانستان، ماده ۱۵ (۱) قانون جزاء صلاحیت عینی سرزمینی را پیش بینی می نماید.

۳- اصل تابعیت

قطع نظر از این، دولتها به طور معمول انواع دیگر صلاحیت های فرا ارضی را در قوانین داخلی خود تنظیم می نمایند. ارتباط بین صلاحیت کشورهای مربوطه و جرمی که ارتکاب یافته است، می تواند به عنوان مثال تابعیت، هر کدام از مجرم و یا مجنی علیه باشد. هیچ تعریفی از تابعیت در حقوق بین الملل وجود ندارد. در عوض، یک دولت می تواند در باره شرایط تابعیت تصمیم بگیرد و شرایط آن بعضی اوقات در قوانین متعارض داخلی دولت ها تنظیم می شود.

تأسیس تابعیت به طور معمول از اصل خون و یا خاک پیروی می نماید. اصل اول به این معنی است که تابعیت یک کودک تازه متولد شده بستگی به تابعیت پدر و مادر او دارد، در حالی که دومی تابعیت را به کشوری که فرد در آن متولد شده است ضمیمه می نماید.^{۱۵۶} تابعیت به یک فرد در برابر دولت متبوع حقوق و تکالیف ایجاد می نماید. تابعیت شرکت ها، کشتی ها و هواپیماها بستگی به کشور ثبت نام دارد. اما، شرایط ثبت نام در قوانین خاص داخلی تنظیم می شود. در صورتی که تعیین تابعیت شخص حقیقی و یا حقوقی مبهم باشد، و یا شخص دارای تابعیت دوگانه باشد، عملکرد دولت ها شرط «ارتباط اصیل» را به منظور تعیین حالت فرد که بیشتر به دولت پیوسته را، ایجاد کرده است. مطابق محکمه بین المللی عدالت، چنین یک ارتباط می تواند از «واقعیت اجتماعی تعلق، ارتباط اصیل موجوده، منافع و احساسات، همراه با وجود حقوق و وظایف متقابل»^{۱۵۷} استنباط شود.

^{۱۵۶}. افغانستان از اصل خاک پیروی می نماید. نگاه کنید به: مواد ۹-۱۱ قانون تابعیت امارت اسلامی افغانستان، ۲۴ جون ۲۰۰۰.

^۱ Nottebohm case, ICJ Reports, 1955, pp. 4, 23.

دراغانستان، وضعیت حقوقی به شرح زیر است:

ماده ۱۶(۱) قانون جزاء، احکام این قانون بر جرایمی در خارج افغانستان توسط مأمورین و مستخدمین افغانی یا اتباع خارجی ای که از طرف افغانستان به خدمات عامه گماشته می شوند در اثنای انجام وظایف محوله یا به سبب آن ارتکاب می گردد نیز قابل تطبیق است.

ماده ۱۸ قانون جزاء صلاحیت را بر جرایمی ایجاد می نماید که توسط یک افغان در خارج ارتکاب یافته است:
- زمانی که جرم قابل مجازات طبق قوانین کشور مربوطه ارتکاب یافته (ماده ۱۸ قانون جزاء)؛ و
- زمانی که مجرم در کشوری که جرم ارتکاب یافته محاکمه نشده است، با عدم توجه به نتیجه چنین محاکمه (ماده ۱۹ قانون جزاء)

به منظور فراهم کردن محافظت بهتر، برخی از دولت ها تأسیس صلاحیت فرا مرزی را برای جرایمی که علیه اتباع آن در خارج از کشور ارتکاب یافته است، ایجاد کرده اند. این صلاحیت را، اصل شخصیت مجهول می نامند. این نگرش توسط محکمه دایمی بین المللی عدالت (PCIJ) در قضیه لوتوس پذیرفته شده بود زمانی ترکیه ادعای صلاحیت بر مبنای این مفهوم کرد، در حالی که فرانسه این ادعا را به چالش کشید. در قضاوت خود، محکمه دایمی بین المللی عدالت از مورد خطاب دادن مجاز بودن این اصل امتناع ورزید. اصل شخصیت مجهول، شناسایی روز افزون در حقوق بین المللی کسب کرده است، به ویژه در رابطه به جرایمی که در موافقت نامه های بین المللی درج شده اند. یکی از نمونه های آن ماده ۵ (۱) (د) کنوانسیون بین المللی منع گروگانگیری است که مطابق آن:

۱ - هر کشور عضو کنوانسیون در صورت لزوم باید تدابیری را برای احراز صلاحیت خود بر هر یک از جرائم مندرج در ماده (۱) که در موارد ذیل رخ داده، اتخاذ کند:
(...)

د - در خصوص گروگانی که تبعه آن کشور است و در صورت صلاحدید آن کشور. اصل شخصیت مجهول در ماده ۱۷ (۱) قانون جزای افغانستان درج شده است که صلاحیت رسیدگی به جرایمی را که علیه اتباع افغانستان در خارج از افغانستان ارتکاب یافته است را پیش بینی می نماید.

۴- اصل حمایتی

اصل حمایتی به یک کشور حق اعمال صلاحیت بر خارجی های که مرتکب یک عمل در خارج از کشور شده که برای حمله به فعالیت های حکومتی این دولت در خارج طراحی شده است. دلیل این صلاحیت می تواند به ضرورت حفاظت از منافع کشور مورد حمله قرار گرفته، توجیه شود. از آنجا که مشخص نیست تا چه حد این اصل گسترش خواهد کرد، این اصل می تواند به راحتی مورد سوء استفاده قرار گیرد. با وجود این، این اصل در چندین موافقت نامه های بین المللی و قوانین داخلی درج است. در قانون افغانستان، اصل حمایتی در ماده ۱۷ (۲) قانون جزاء که صلاحیت محاکم برای اشخاصی که مرتکب جرمی در خارج از افغانستان علیه منافع افغانستان می شود را تأسیس کرده است.

۵- اصل جهانی

اصل جهانی اجازه می دهد تا هر دولتی اعمال صلاحیت بر جرایم در اثر شدت آنها نماید، صرف نظر از هر گونه رابطه ارضی و یا تابعیت به کشوری که می خواهد صلاحیت را اجراء نماید. جرایم مرتبط عبارت انداز: نسل کشی، جنایات علیه بشریت و یا جنایات شدید جنگی. یکی دیگر از جرم مشمول صلاحیت جهانی دزدی دریایی است. اگر چه این جرم ممکن است که به اندازه جرم های که در بالا ذکر شد، مضر نباشد، اما با وجود این، این جرم همواره منبع تأریخی اصل صلاحیت جهانی بوده است، زیرا دزدان دریایی در ناحیه عمل می نمایند که در آن یک دولت خاص صلاحیت ندارد؛ یعنی دریاها آزاد و آنها به طور مداوم از یک قلمرو به قلمرو دیگر حرکت می کنند. دیگر اشکال صلاحیت شبه جهانی برای جرایم بین المللی در معاهدات بین المللی تأسیس شده است. این توافق نامه ها به طور کلی جرم را تعریف می نمایند و از تمام دولت های عضو درخواست می نمایند که به این دسته از جرایم را در قوانین داخلی خود، صلاحیت رسیدگی را مقرر نمایند. از این طریق اطمینان حاصل می شود که مجرم نمی تواند از پیگرد قانونی به دلیل فقدان صلاحیت فرار نماید.

مبحث سوم) تعارض صلاحیت ها

با توجه به مباحث مختلف صلاحیت، دو یا چند کشور اغلب ادعای داشتن صلاحیت در ارتباط با عمل مشابه که دارای اثرات فرامرزی است، را می نمایند. به تعارضات احتمالی در فوق اشاره شد، در ذیل این مبحث توضیح داده خواهد شد که چگونه این تعارضات مورد رسید قرار می گیرند.

هیچ مشکلی در مورد صلاحیت جهانی به وجود نمی آید که صلاحیت در معاهده مربوطه مشخص شده است و طرفین عضو آن اند. در چنین وضع، اعمال صلاحیت با مسایل داخلی یک دولت تجاوز نمی کند و به این ترتیب اصل عدم مداخله را نقض نمی کند.

برای سایر اوضاع، صلاحیت ارضی بر مفهوم صلاحیت فرامرزی برتر است به دلیل اهمیتی که به حاکمیت ارضی دولت ها در حقوق بین الملل داده می شود. بنابراین، یک دولت فقط می تواند اعمال صلاحیت بر عملی نماید که خارج از قلمرو آن دولت ارتکاب یافته است، زمانی که دولت دیگر که در آن عمل رخ داده است، صلاحیت را به دولت ادعا کننده واگذار نماید. هر گونه اقدام در این زمینه بدون رضایت دولت دخیل، متضمن نقض حقوق بین المللی؛ یعنی: هنجار عدم مداخله است.

محدود کردن تعدادی از مباحث صلاحیت ها به منظور کاهش تعداد موارد که ممکن است منجر تعارض صلاحیت ها شود، پیشنهاد شده است. همچنین، ایجاد اصول مربوط به اولویت ها و رویه های همکاری و محدودیت ها می تواند از اصطکاک و یا بی عدالتی های ناشی تعارض صلاحیت را به حداقل برساند.

مبحث چهارم) استرداد [مجرمین]

استرداد مجرمین در حقوق عرفی بین المللی اجباری نیست، بلکه تنها بر اساس موافقت نامه دو جانبه است. استرداد به معنی تسلیم دادن متهم و یا مجرم محکوم علیه به یک دولت دیگر است. استرداد به طور کلی نیاز به شرایط مختلف دارد، چنانچه جرم باید به عنوان جرم در هر کشورها جرم باشد و یا مجرم تنها می تواند برای جرمی

مجازات شود که بخاطر آن به دولت محاکمه کننده تحویل داده شده است. باوجوداین، جزئیات استرداد مجرمین بستگی به قوانین داخلی و توافقات دوجانبه دولت های مربوط دارد. بعید است یک دولت اتباع خود را به دولت دیگر در صورتی که اتباع در آن کشور محاکمه شوند، استرداد نماید.

علاوه بر این، برخی از معاهدات بین المللی حقوق بشر، مانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، استرداد مجرمان توسط کشورهای عضو به کشور های دیگر که در آن افراد ممکن است با برخورد غیر انسانی یا شکنجه روبرو شود، منع می نماید.

فصل هشتم: مصوونیت ها از صلاحیت

مصوونیت در حقوق بین المللی می تواند از اصول حقوقی حاکمیت، برابری و عدم دخالت و استقلال سیاسی کشورها استخراج شود. بنابراین، دولت ها خودشان؛ یعنی: مقامات دولتی و نمایندگان دیپلماتیک آنها در حقوق بین المللی مصوون تلقی می شوند.

مبحث اول) مصوونیت دولت ها

مصوونیت دولت بیانگر برابری حقوقی است که می گویند: هیچ دولت نمی تواند تابع صلاحیت دولت دیگر قرار گیرد. برای یک مدت طولانی، احکام خاصی وجود نداشت تا مصوونیت دولت را مورد خطاب قرار دهد. تنها در سال ۲۰۰۴، کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت های قضایی دولتها و اموال آنها (کنوانسیون سازمان ملل متحد در مصوونیت دولت) به تصویب رسید.^{۱۵۸}

طبق ماده ۲ (۱) (ب) این کنوانسیون «دولت» به معنی ذیل است:

- ۱- دولت و ارکان مختلف حکومت؛
 - ۲- واحدهای تشکیل دهنده یک دولت فدرال یا زیر مجموعه های سیاسی دولت که مجاز به انجام اقداماتی در راستای اعمال قدرت حاکمه می باشند و در آن ظرفیت عمل می نمایند؛
 - ۳- سازمانها یا بخش هایی از دولت یا نهادهای دیگر، تا حدودی که مجاز به اعمال قدرت حاکمه دولت می باشند و در عمل اقداماتی را در این مورد انجام می دهند؛
 - ۴- نمایندگان دولت که در ظرفیت مزبور عمل می نمایند.
- در قرن هجدهم و نوزدهم، مفهوم مصوونیت مستقل از دیدگاه مصوونیت مطلق پیروی می کرد به این معنی که یک دولت به طور کامل مصوون از صلاحیت است، در هر مورد و بدون در نظر گرفتن شرایط. اما، توسعه نمایندگی های حکومتی، شرکت های عمومی، صنایع ملی شده و سایر ارگان های دولتی منجر به اصلاح نگرش سختگیرانه مفهوم مصوونیت مستقل گردید، زیرا مفهوم مصوونیت مستقل نهاد عمومی را بیشتر بر شرکت های خصوصی امتیاز داد.

^{۱۵۸}. این کنوانسیون تا کنون نافذ نیست و محاکمات جزایی را در بر نمی گیرد، نگاه کنید به:

برخی از دولت‌ها بنابراین دیدگاه مصوونیت مطلق را به نظریه مصوونیت محدود کننده تبدیل کردند که طبق آن فعالیت‌های تجاری نهاد‌های دولتی مصوون نبودند. اعمال یک دولت میان اعمال (Jure imperii) یعنی: اعمال حکومتی که بخاطر آن مصوونیت اعطاء می‌شد و (Jure gestionis) یعنی: فعالیت‌های تجاری و یا خصوصی که برای آن مصوونیت اعطاء نمی‌شد و دولت به طور کامل مسؤول بود، تقسیم شود.

الف) اعمال مستقل و غیر مستقل

از اواسط قرن بیستم به بعد، تعداد زیادی از دولت‌ها دیدگاه محدود کننده را به دلیل دخالت رو به رشد سازمان‌های دولتی در فعالیت‌های تجاری به تصویب رسانیدند.

اما، دیدگاه محدود کننده بحث در مورد تمایز بین اعمال مستقل و غیر مستقل را برانگیخت. مصوونیت دولت نمی‌تواند بر معاملات تجاری قابل تطبیق باشد. این [حکم] در ماده ۱۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت نیز تصریح شده است.^{۱۰۹} این کنوانسیون همچنین تعریفی برای «معاملات تجاری» ارائه می‌نماید که عبارت‌اند از:

- هرگونه قرارداد یا داد و ستد تجاری که به منظور فروش کالا یا ارائه خدمات صورت می‌گیرد؛
- هرگونه قراردادی در زمینه قرض یا دیگر معاملاتی که دارای ماهیت مالی می‌باشد از جمله هر تضمین (تأمین) یا گرامتی در ارتباط با قرض یا معامله مزبور؛
- هرگونه قرارداد یا معامله دیگری که دارای ماهیت تجاری، صنعتی، تجاری یا حرفه‌ای می‌باشد اما شامل قرارداد استخدام افراد نمی‌شود.

اما، نه تنها ماهیت فعالیت، به عنوان مثال، قرارداد و یا معامله، بلکه هدف عقب این فعالیت باید در نظر گرفته شود. این امر به این دلیل است که عمل انجام شده توسط نهاد دولتی ممکن است در نگاه اول دارای ماهیت تجاری ظاهر شود، علی‌الرغم اینکه هدف عمل به وضوح عمومی است و توسط خواسته‌های دولت پشتیبانی می‌شود. طبقه بندی هر عمل بنابراین باید جداگانه (بر اساس مورد به مورد) تعیین شود.

از آنجا که ممنوعیت مصوونیت در معاملات تجاری باید طرفین خصوصی این معامله حمایت نماید، این ممنوعیت در مورد معاملات بین دولت‌ها تطبیق نمی‌شود و یا اگر طرفین از ممنوعیت انصراف ورزیده باشند (ماده ۱۰ (۲) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت). با وجود این، در صورتی که نهاد دولتی که در معامله تجاری دخیل است، دارای شخصیت حقوقی مستقل و به این ترتیب قادر به مدعی و یا مدعی علیه قرار گرفتن است، اصل مصوونیت دولت تحت تاثیر قرار داده نمی‌شود، زیرا دعاوی حقوقی می‌تواند بدون دخالت دولت نیز رخ دهد (ماده ۱۰ (۳) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت).

^{۱۰۹}. نگاه کنید به ماده ۲ (۱) (ج) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت.

علاوه بر این، مصوونیت دولت در باره شرایط قرارداد استخدام وجود دارد، اگر کار در قلمرو دولت دیگر انجام شده است و یا باید انجام شود (ماده ۱۱ (۱) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت). استثنای این قاعده مندرج در بند (۲) این کنوانسیون است که می خوانیم:

۲- بند (۱) در موارد زیر اعمال نمی گردد:

الف- کارمند مورد نظر جهت ایفاء وظایف خاصی در جهت اعمال اختیارات حکومتی استخدام شده باشد؛

ب- کارمند مورد نظر:

(۱) مأمور دیپلماتیک به گونه تعریف شده در کنوانسیون وین درباره روابط سیاسی مورخ ۱۹۶۱ میلادی (۱۳۴۰ هجری شمسی) باشد؛

(۲) مأمور کنسولی به گونه تعریف شده در کنوانسیون وین در باره روابط کنسولی مورخ ۱۹۶۳ میلادی (۱۳۴۲ هجری شمسی) باشد؛

(۳) عضوی از کارکنان دیپلماتیک مأموریت دائم در نزد یک سازمان بین المللی یا عضو یک مأموریت ویژه یا عضوی باشد که جهت نمایندگی یک دولت در نزد یک کنفرانس بین المللی استخدام شده است؛

(۴) هر شخص دیگری که از مصوونیت دیپلماتیک برخوردار است.

پ- موضوع محاکمه، استخدام، تجدید قرارداد استخدام یا ابقاء فرد در استخدام باشد.

ت- موضوع محاکمه، اخراج یا اتمام قرارداد استخدام یک شخص باشد و براساس نظر رئیس دولت، رئیس حکومت و یا وزیر امور خارجه دولت استخدام کننده، این محاکمه، مداخله در منافع امنیتی آن دولت باشد.

ث- کارمند در زمان انجام محاکمه، تبعه دولت استخدام کننده باشد مگر این که این شخص در دولت مقرر محکمه، دارای اقامتگاه دائمی باشد؛ یا

ج- دولت استخدام کننده و مستخدم با رعایت هرگونه ملاحظات نظم عمومی که به محاکم دولت مقرر محکمه، صلاحیت انحصاری نسبت به موضوع محاکمه را اعطاء می کند، به صورت کتبی به گونه دیگری توافق نموده باشند.

ب) مصوونیت نهادهای دولتی

یک نهاد دولتی برخوردار از مصوونیت دولتی است یا خیر، تشخیص و تعیین آن مشکل است. به طور کلی، اگر این نهاد متعلق به دستگاه دولتی نباشد، نمی تواند تکیه بر مصوونیت دولت مؤسس نماید.^{۱۶۰} اما، اگر نهاد به منزله یکی از ریاست های از دولت باشد، مصوونیت دولت به وجود می آید.

یکی دیگر از عوامل مربوطه، قصد دولت در ایجاد و تنظیم یک نهاد و همچنین درجه ای از کنترل است. سؤال این است که آیا یک نهاد دولتی که می تواند به مصوونیت دولتی استناد نماید، در چندین دعای محاکم مورد خطاب قرار گرفته است. هر کشور ممکن است قوانین خود را در این زمینه داشته باشد، و این قابل استدلال است، که آیا این دسته از قوانین توسط محاکم خارجی در بررسی قضیه مربوطه در نظر گرفته شود.

¹ M. Shaw, International Law⁶, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 728.

ج) مصونیت رئیس یک دولت

رؤسای کشورها مصونیت ندارند اگر آنها توسط یک محکمه بین المللی مورد محاکمه قرار بگیرند.^{۱۶۱} اینکه رئیس یک دولت برخوردار از مصونیت در محاکم داخلی است یا خیر، بستگی به قوانین داخلی دارد. این مسئله در ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان تنظیم شده است که می خوانیم:

« رئیس جمهور در برابر ملت و ولسی جرگه مطابق به احکام این ماده مسئول می باشد. اتهام علیه رئیس جمهور به ارتکاب جرایم ضد بشری، خیانت ملی یا جنایت، از طرف یک ثلث کل اعضای ولسی جرگه می تواند تقاضا شود. در صورتی که این تقاضا از طرف دو ثلث کل آرای ولسی جرگه تایید گردد، ولسی جرگه در خلال مدت یک ماه لویه جرگه را دایر می نماید. هرگاه لویه جرگه اتهام منسوب را به اکثریت دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، رئیس جمهور از وظیفه منفصل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد. محکمه خاص متشکل است از رئیس مشرانو جرگه، سه نفر از اعضای ولسی جرگه و سه نفر ستره محکمه به تعیین لویه جرگه، اقامه دعوی توسط شخصی که از طرف لویه جرگه تعیین می گردد صورت می گیرد. در این حالت احکام مندرج ماده شصت و هفتم این قانون اساسی تطبیق می گردد.»

در این وضعیت، مفاد ماده ۶۷ این قانون اساسی اعمال می شود. اما، قابل تردید است که آیا ماده ۶۹ قانون اساسی در مورد اعمال خصوصی رئیس جمهور نیز اجراء می شود. اما به طور کلی، حقوق بین المللی بین اعمال رسمی و خصوصی تمایز قایل می شود.^{۱۶۲} بر این اساس رئیس دولت تنها می تواند به مصونیت در رابطه به اعمال اجراء شده در حدود اقتدار عامه او استناد نماید، در حالی که در مسائل خصوصی استناد بر مصونیت امکان پذیر نخواهد بود.

اما، در هر صورت، رئیس دولت، از مصونیت صلاحیت صلاحیت محاکم خارجی برخوردار است.^{۱۶۳} بعد از این که دوره ریاست جمهوری تمام شد، مصونیت رئیس دولت از مصونیت (Ratione personae) به مصونیت (Ratione materiae) تبدیل می شود. این به این معنی است که: مصونیت برای اعمال انجام شده در دوره ریاست جمهوری همچنان ادامه دارد، در حالی که اقتدار دولت را اعمال می نمود.

د) مصونیت سایر اعضای حکومت

محکمه بین المللی عدالت در قضیه کنگو علیه (در مقابل) بلژیک اظهار داشت که در کنار رئیس دولت، دیگر مقامات بلندپایه دولتی، مانند رئیس حکومت یا وزیر امور خارجه از مصونیت (Ratione personae) از صلاحیت محاکم خارجی برخوردار اند. این برای عملکرد مؤثر آنها به نمایندگی از دولت آنها لازم است.^{۱۶۴} مصونیت وجود دارد بدون در نظر گرفتن اینکه آیا اعمال در وظایف خصوصی یا رسمی انجام یافته اند. علاوه بر این، این [مصونیت] همچنین اجراء خواهد شد در مورد جرایم مانند: جنایات جنگی و یا جنایت علیه

¹ See M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 735.

¹ M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 737.

¹ M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 737.

¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium) [2002] ICJ Rep 3, 21 - 2.

بشریت.^{۱۶۵} اما، پس از این که مدت کار منقضی شود، وجود مصوونیت متوقف می شود. محاکم خارجی می توانند فرد مربوطه را برای اعمالی که فرد قبل از ورود به دوره و یا پس از متوقف شدن آن، و همچنین برای اعمال خصوصی که در جریان دوره مرتکب شده است تحت پیگرد قانونی قرار دهند.^{۱۶۶}

ارتکاب جرایم شنیع بین المللی هرگز نمی تواند جزء وظایف رسمی یک کارمند عالی رتبه دولتی باشد و بنابراین بعد از اینکه کارمند وظیفه را ترک نماید، می تواند محاکمه شود. قانون اساسی افغانستان در ماده ۷۸ محاکمه جزایی وزرای افغانستان در محدوده صلاحیت ملی محاکم را مورد خطاب قرار می دهد. طبق این حکم، وزرا که متهم به جنایت علیه بشریت، خیانت ملی یا دیگر جرایم اند باید در یک محکمه ویژه محاکمه شوند. اما، در تحقیقات در باره این جنایات، شرایط مندرج در ماده ۱۳۴ قانون اساسی باید رعایت شوند.

ه) چشم پوشی (انصراف) مصوونیت

یک دولت به چشم پوشیدن از مصوونیت خود از صلاحیت محکمه خارجی آزاد است. این چشم پوشی باید توسط نماینده با صلاحیت دولت اعطا شود. تاکنون انصراف از مصوونیت از صلاحیت محاکم خارجی حاکی از انصراف از مصوونیت از تنفیذ نیست که باید از مصوونیت از صلاحیت تفکیک شود. بنابراین، یک دولت می تواند تابع صلاحیت یک محکمه خارجی قرار بگیرد اگر به صراحت به این صلاحیت تسلیم شده باشد. این حکم در مورد صلاحیت یک محکمه داروی نیز اجراء می شود.

و) مصوونیت از اجراء (تنفیذ) حکم

باآنکه یک محکمه خارجی قادر به اعمال صلاحیت بر یک دولت است، توانایی آن جهت اتخاذ اقدامات محدود کننده، محدود است. از آنجا که اجراء دلالت به نیاز مسدود کردن دارایی های دولت دارد، اجراء حکم ممکن است روابط بین دولت های دخیل را به چالش بکشاند. بنابراین، دولت باید به طور صریح موافقت خود را برای هر گونه اقدام تنفیذی داده باشد.

مصوونیت از صلاحیت در مورد اقدامات قبل و بعد از فیصله قابل اجراء است (توقیف، ضبط یا اقدام اجرائی علیه اموال یک دولت) (ماده های ۱۸ و ۱۹ کنوانسیون های سازمان ملل در مورد مصوونیت دولت).^{۱۶۷} یک دولت می تواند نسبت به اقدامات محدود کننده رضایت نشان بدهد و در نتیجه از مصوونیت اجراء (تنفیذ) انصراف ورزد. علاوه بر این، اقدامات پس از صدور فیصله می تواند علیه اموال در قلمرو دولت تنفیذ کننده، اجراء شود که توسط دولت دیگر به منظور اهداف تجارتي مورد استفاده قرار بگیرد و با نهادی که دعوی علیه آن جریان داشته است، رابطه داشته باشد (ماده ۱۹ ج) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مصوونیت دولت).

مبحث دوم) مصوونیت کارمندان دیپلماتیک و کنسولی

¹ Ibid., p. 24.

¹ Ibid., p. 25 - 6.

الف) مقدمه بر حقوق دیپلماتیک

علاوه بر دولت‌ها و نمایندگان عالی‌رتبه آنها، کارکنان دیپلماتیک و کنسولی برخوردار از مصونیت مخصوص صلاحیت در حقوق بین‌المللی اند.

حقوق دیپلماتیک به اندازه خود حقوق بین‌الملل قدمت دارد. رابطه دیپلماتیک وسیله‌ای برای ارتباط بین دولت‌ها و یا سایر تابعین حقوق بین‌الملل است و امتیازات ویژه و مصونیت آنها در نتیجه حاکمیت دولت و استقلال و برابری دولت‌ها است.^{۱۶۷}

رویه طولانی ایجاد شده در کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک ۱۹۶۱ (VCDR)، که افغانستان بدون حق شرط در سال ۱۹۶۵ به آن ملحق شده است، تدوین شده است.

نماینده دیپلماتیک توسط دولت پذیرنده امتیازات و مصونیت اعطاء می‌گردد. این شامل وظایف مثبت و منفی بر دولت میزبان می‌شود. کشور میزبان باید مراقبت مناسب را در تهیه پولیس برای پرسونل و اماکن مأموریت نشان دهد و قوه قضائیه باید این مصونیت‌ها را احترام نماید.

ب) روابط دیپلماتیک

ماده ۳ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک وظایف مأموریت دیپلماتیک را طرح و تنظیم می‌نماید. این وظایف عبارت‌اند از نمایندگی از دولت فرستنده به دولت پذیرنده، حفاظت از منافع دولت فرستنده و اتباع آن در کشور پذیرنده، مذاکره با حکومت دولت کشور پذیرنده و انکشاف روابط دوستانه. وظیفه‌ای گزارش به دولت فرستنده از تحولات در دولت پذیرنده نیز وجود دارد. این گزارش‌ها باید توسط روش‌های قانونی جمع‌آوری شوند.

در ماده کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک پرسونل مأموریت دیپلماتیک به کارمندان دیپلماتیک، اداری و فنی و کارکنان خدمات طبقه بندی می‌شوند. «نماینده دیپلماتیک» رئیس مأموریت و یا یک عضو هیأت دیپلماتیک است در حالی که «رئیس مأموریت» شخصی است که «مسئول دولت فرستنده با وظیفه اقدام در آن ظرفیت».

رئیس مأموریت باید توسط کشور پذیرنده تأیید شود که می‌تواند بدون رایه دلیل رد شود (ماده ۴ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک). هیچ رضایت برای رئیس مؤقت ضروری نیست.

تاریخ شروع وظایف رئیس مأموریت در دولت پذیرنده از زمانی تلقی می‌شود که اعتبار نامه خود را تقدیم می‌کند و یا ورود خود را ضمن ارسال کاپی اعتبارنامه به وزارت امور خارجه دولت پذیرنده ارسال می‌نماید (ماده ۱۳ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک).

دولت پذیرنده می‌تواند، و بدون التزام به توجیه تصمیم خود، وظایف اعضای هیأت را خاتمه دهد (ماده ۹ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک).

¹ M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 751.

ماده ۲۵ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک دولت پذیرنده را مکلف به تهیه کلیه تسهیلات لازم برای انجام وظایف مأموریت می نماید. ماده ۲۶ آزادی رفت و آمد را اعطاء می نماید. ماده ۲۷ آزادی تأمین ارتباطات برای تمام اهداف رسمی را مقرر می نماید. این به معنی اجازه خرید زمین توسط دولت خارجی و یا فراهم کردن مسکن در صورت عدم اجازه است (ماده ۲۱ کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک).

ج) مزایای اعطا شده مربوط به روابط دیپلماتیک

برای قادر ساختن مأموریت های دیپلماتیک به منظور کار کردن به طور موثر، حقوق بین الملل، آنها را از دخالت های خارجی با اعطای مصؤون بودن فرستاده دیپلماتیک از هر نوع تعدی و اهانت و مصؤونیت هیأت دیپلماتیک و زیربنا، حمایت می نماید

۱- مصؤون بودن از هر نوع تعدی و اهانت

مطابق کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک مصؤون بودن فرستاده دیپلماتیک از هر نوع تعدی و اهانت شامل موارد ذیل می شود:

- اماکن : اماکن مأموریت مصؤونیت دارد و مأموران دولت پذیرنده جز با رضایت رئیس مأموریت حق ورود به این اماکن را ندارد. (ماده ۲۲ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک) اماکن مأموریت مصؤون از تفتیش و یا مصادره اند و باید توسط دولت پذیرنده حمایت شوند.
- اسناد : مکاتبات رسمی، آرشیو و اسناد از تعرض مصؤون اند هر کجا که هستند. بنابراین، کیسه های دیپلماتیک نباید باز و یا توقیف شوند (مواد ۲۴ و ۲۷ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک).
- نماینده های دیپلماتیک : ماده ۲۹ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک مقرر می نماید که مأمور دیپلماتیک مصؤون است. این به این معنی است که او نمی تواند دستگیر یا توقیف شود و کشور پذیرنده باید گام های لازم جهت محافظت او اتخاذ نماید. ماده ۳۰ علاوه بر این مقرر می نماید که اموال نماینده دیپلماتیک مانند اماکن مأموریت از تعرض مصؤون است.

۲- مصؤونیت شخصی

مأمورین دیپلماتیک در دولت پذیرنده از تعقیب جزایی محاکم مصؤون اند. در مورد تعقیب اداری و مدنی، کارمندان دیپلماتیک می توانند مورد تعقیب قرار بگیرند، زمانی موضوع تعقیب مربوط به مأموریت نیست. استثنائات مصؤونیت شخصی مندرج در ماده ۳۱ (۱) (الف) (ج) کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک است. در غیر از این موارد، مأموران دیپلماتیک از مصؤونیت برخوردار اند. اما، اقدامات محدود کننده نباید با مصؤونیت های مندرج در کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک متعارض باشد (ماده ۳۱ (۳) کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک).

اگر چه مأمور دیپلماتیک ممکن است از مصؤونیت در کشور پذیرنده برخوردار باشد، اما آنها هنوز ممکن است تحت تعقیب محاکم فرستنده قرار گیرند (ماده ۳۱ (۴) کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک).

ماده ۳۲ می گوید که دولت فرستنده می تواند مصوونیت قضایی مأمورین دیپلماتیک را سلب نماید. سلب مصوونیت باید صراحتاً صورت پذیرد. علاوه بر این، مصوونیت متوقف می شود زمانی که شخص وظیفه خود را ترک نماید و احکام کنوانسیون آنها را از تعقیب محاکم دولت فرستنده مصوونیت اعطاء نمی نماید.

علاوه بر مأمورین دیپلماتیک، ماده ۳۷ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک سایر اشخاص را که از وضعیت ویژه ای روابط دیپلماتیک بهره مند می شود، فهرست می نماید:

۱- بستگان مامور سیاسی که اهل خانه او هستند به شرط آنکه تبعه کشور پذیرنده نباشند از مزایا و مصوونیت‌های مندرج در مواد ۲۹ تا ۳۶ برخوردار خواهند بود؛

۲- کارمندان اداری و فنی ماموریت و همچنین بستگان آنها که اهل خانه آنها هستند به شرط آنکه تبعه کشور پذیرنده یا مقیم دائم آن کشور نباشند از مزایا و مصوونیت‌های مندرج در مواد ۲۹ تا ۳۵ بهره‌مند خواهند بود ولی مصوونیت از صلاحیت مقامات دولت پذیرنده در امور مدنی و اداری موضوع بنداول ماده ۳۱ شامل اعمال خارج از وظایف آنها نخواهد شد. اشخاص مذکور همچنین از مزایای مندرج در بند الف ماده ۳۶ در موارد اشیاپی که برای منزل خود وارد می‌کنند استفاده خواهند نمود.

۳- خدمه ماموریت اگر تبعه کشور پذیرنده یا مقیم دائم آن کشور نباشند نسبت به اعمال ناشی از اجرای وظایف خود مصوونیت داشته و از پرداخت مالیات و عوارض بابت مزدی که در قبال انجام کار دریافت می‌دارند معاف می‌باشند و همچنین از معافیت مذکور در ماده ۳۳ استفاده خواهند نمود؛

۴- خدمتکاران شخصی اعضاء ماموریت که تبعه کشور پذیرنده یا مقیم دائم آن کشور نیستند از پرداخت مالیات و عوارض بابت حقوقی که در قبال انجام وظیفه دریافت می‌دارند معاف خواهند بود. استفاده آنان از مزایا و مصوونیت‌های دیگر فقط در حدودی که مورد قبول کشور پذیرنده باشد خواهد بود. معهدا کشور پذیرنده نباید حق حاکمیت خود را در مورد این اشخاص طوری اعمال نماید که به نحو بی‌تناسبی مانع انجام وظایف ماموریت گردد (ماده ۲۷ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک)

د) روابط کنسولی

کنسولها از نماینده های دیپلماتیک متفاوت اند و از دولت فرستنده به روش های اداری نمایندگی می کنند. وظایف اصلی کنسولگری ها در نتیجه صدور ویزه و پاسپورت و یا ارتقاء کلی منافع تجاری دولت فرستنده است.^{۱۶۸} کنسول ها به اتباع کشور خود در کشور خارجی کمک فراهم می نمایند، اما بر خلاف مأموران دیپلماتیک آنها نمی توانند در روند قضایی و یا سایر امور داخلی دولت متبوع مداخله نمایند. از آنجا که وظایف سیاسی آن ها، نسبت به نماینده های دیپلماتیک کمتر است، آنها از وضعیت متفاوت با مزایا و مصوونیت های کمتر از برخوردار اند. این مزایا و مصوونیت ها در کنوانسیون وین در مورد روابط کنسولی ۱۹۶۳ تنظیم شده است که افغانستان تا هنوز به آن ملحق نشده است و یا آن را تصویب نکرده است.

¹ M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2008), p. 772.

باوجوداین، اصول زیر در بر گیرنده حقوق عرفی بین المللی و در نتیجه قابل اجراء در افغانستان نیز است. این اصول به شرح زیر است است:

• کشور پذیرنده باید مقامات کنسولی و اماکن آنها را مورد حمایت ویژه قرار دهد، اما اماکن آنها از تعرض مصئون نیست.

• اسناد کنسولی از تعرض مصئون است.

• اعضای کنسولگری مصئون از تعقیب مقامات قضایی و اداری کشور پذیرنده در خصوص اعمال انجام شده جهت اعمال وظایف کنسولی اند.

• اهداف در نظر گرفته شده برای استفاده از کنسولگری از عوارض گمرکی معاف است.

• اعضای کنسولگری، به جز از کارکنان خدمات، از همه خدمات دولتی معاف شده اند.

برخی از دولت ها اجازه مصوونیت شخصی به مقامات کنسولی می دهند، اما برخی دیگر چنین اجازه نمی دهند. مقامات کنسولی تابع تعقیب جزایی و مدنی برای اعمال غیر رسمی، مالیات محلی و عوارض گمرکی اند.

ه) مأموریت های خاص

مأموریت های خاص شامل اوضاع ای می شوند زمانی که هیأت حکومتی و یا یک رئیس دولت به عنوان مثال در یک مراسم تشییع جنازه در محدوده ظرفیت رسمی در کشور دیگر اشتراک می کند. اینگونه مأموریت ها وضعیت خاصی ندارند، اما چون آنهایی که انجام این مأموریت را به عهده می گیرند نماینده های دولت هستند و سفر آنها به کشور پذیرنده توسط کشور پذیرنده موافقت شده است، اینها از اصول مصوونیت مستقل بهره مند می شوند.

مبحث سوم) مصوونیت سازمان های بین المللی

در رابطه به مصوونیت کارمندان سازمان های بین المللی، هیچ حقوق عرفی بین المللی تا هنوز ایجاد نشده است.

در واقع، این مسئله به طور طبیعی در معاهدات خاص سازمان های خاص مورد رسیدگی قرار می گیرند. به عنوان مثال سازمان ملل متحد در ماده ۱۰۵ منشور سازمان ملل متحد تصریح می نماید که: « ۱. سازمان در خاک هر یک از اعضای خود دارای مزایا و مصوونیت هایی خواهد بود که برای رسیدن به مقاصد آن لازم است؛ ۲. نمایندگان اعضای سازمان ملل متحد نیز دارای مزایا و مصوونیت های لازم خواهند بود تا مشاغل را که مربوط به سازمان است بتوانند با نهایت استقلال انجام دهند.»

این اصل بیشتر در کنوانسیون عمومی در مورد مزایا و مصوونیت های سازمان ملل متحد (۱۹۴۶) و کنوانسیون مزایا و مصوونیت های نمایندگی های تخصصی سال ۱۹۴۷ به تفصیل شرح داده شده است.

فصل نهم: حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات

اصل حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات به صورت محصور نزدیک به ممنوعیت استفاده از قوه است. اختلافات عدم توافقات میان دولت ها در مورد سیاست، حق قانونی و یا فقط اعمالی مانند ورود کشتی در قلمرو کشور دیگر بدون اجازه است.^{۱۶۹}

قواعد و اصول حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات در اعلامیه مانیلا در مورد حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی (اعلامیه مانیلا)،^{۱۷۰} قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد براساس اعلامیه روابط دوستانه تدوین شده است.

علاوه بر این، روش های حل و فصل مسالمت آمیز در فصل ششم منشور سازمان ملل متحد به تصویب رسید. ماده ۳۳ (۱) منشور سازمان ملل متحد تصریح می نماید که: «طرفین هر اختلاف که ادامه آن محتمل است حفظ صلح و امنیت بین المللی را به خطر اندازد باید قبل از هر چیز از طریق مذاکره - میانجیگری - سازش - داوری - رسیدگی قضایی و توسل به موسسات یا ترتیبات منطقه ای یا سایر وسائل مسالمت آمیز بنابه انتخاب خود راه حل آن را جستجو نمایند.»

دو نوع متفاوت روش های حل و فصل صلح آمیز وجود دارد؛ یعنی روش دیپلماتیک و حقوقی. در حالی که روش دیپلماتیک به حقوق بین المللی به طور مستقیم ارجاع نمی دهد، روش های حقوقی تلاش به حل و فصل مناقشه مطابق قواعد حقوقی بین المللی می نماید. هیچ نظم سلسله مراتبی در مورد روش های حل و فصل مسالمت آمیز وجود ندارد و طرفین می توانند آزادانه انتخاب کنند تا کدام روش را اجراء نمایند.

مبحث اول) روش های دیپلماتیک

الف) مذاکره

مذاکره، رایج ترین روش استفاده از حل و فصل اختلافات است و به طور کلی به عنوان راه حل اول استفاده شود. این نه تنها مفید برای حل و فصل اختلافات، بلکه برای جلوگیری از آنها می باشد.

^۱ J. Merrills in M. D. Evans (Ed.), International Law, Oxford University Press, Oxford (2003), p. 530.

^۱ UNGA Res 37/10 'Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes' (15 November 1982) GAOR 37th Session Supp 51, 261.

مذاکره روش غیرمغلق و ارزان است که تنها نیاز به جایی دارد که طرفین بتوانند برای تبادل مواضع خود ملاقات نمایند.

این روش گاهی اوقات دارای طبیعت اجباری است. برای مثال، زمانی که این به عنوان وسیله ای برای حل و فصل اختلافات در معاهده بین المللی تصریح شود (به عنوان مثال، نگاه کنید به: ماده ۴۱ کنوانسیون دور مورد جانشینی دولت ها).^{۱۷۱} المذاکره نیز ممکن است به عنوان یک پیش شرط قبل از استفاده از روش حل و فصل قضایی پیش بینی شود.

نتیجه مذاکرات می تواند اثرات حقوقی قابل مقایسه نسبت به توافق دو جانبه داشته باشد. نتیجه را می توان برای جلوگیری از اختلافات بیشتر میان طرفین در شرایط مربوط استفاده نمود.^{۱۷۲} اگر روند مذاکرات موفقیت آمیز نباشد، طرفین بر روی یکی دیگر از وسایل حل و فصل صلح آمیز اختلاف تصمیم گیری نمایند. انتقاد بر مذاکرات به نابرابری آن راجع می شود، اگر یکی از طرفین ضعیف تر و نتیجه توسط طرف حاکم دیکته شده باشد. مواد ۵۱ و ۵۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در چنین وضعیتی تطبیق شود که مطابق آن بر اساس این چهارچوب، رضایت یک کشور بی اعتبار است در صورتی نماینده مسؤول و یا کل کشور اجبار به توافق شوند.

ب) تحقیق

تحقیق، معمولاً توسط یک کمیسیون انجام می شود، و یک روش نادر استفاده از حل و فصل اختلافات است. وظیفه کمیسیون تحقیق « معلوم نمودن دقیق حقایق اختلاف است »^{۱۷۳} برجسته ترین قضیه که در آن، تحقیق موجب حل منازعه شد، قضیه (Red crusader)^{۱۷۴} بود که در آن هر دو طرف تصمیم به انصراف از ادعاهای خویش پس از اینکه کمیسیون وضعیت را طبق حقوق بین الملل مورد تحقیق و ارزیابی قرار داد. اما، دولت ها به طور کلی راجع به کمیسیون های تحقیق بسیار مشکوک اند و از مراجعه به آن جلوگیری می نمایند.

^{۱۷۱} ماده ۴۱ کنوانسیون وین در مورد جانشینی دولتها در معاهدات (۱۹۷۸): «اگر یک اختلاف در مورد تفسیر و یا تطبیق این کنوانسیون میان دو و یا بیشتر از دو طرفین این معاهده به وجود آید، آنها طبق پیشنهاد یکی از طرفین، از طریق روند مذاکره و مشوره آن را باید حل و فصل نمایند.»

^۱ An example is the case on Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain [Qatar v Bahrain], Jurisdiction (1994) ICJ Rep, 112.

^۱ Shaw, p. 923.

^{۱۷۴} در این قضیه، کشتی ماهیگیری اسکاتلندی صلیبی سرخ توسط واحد نظامی دانمارک برای ماهیگیری به طور غیرقانونی در اطراف جزایر فارو، ولایت نیمه خودمختار، دستگیر شد. گروهی از خدمه کشتی بادبان دار دانمارکی به منظور هدایت کشتی به بندر در جزایر فارو به (Red crusader) فرستاد شد. چون راه (Red crusader) متتهی به دانمارک می شود، واحد نظامی دانمارک هشدار شلیک به کشتی داد. این حادثه به تنش های قوی سیاسی بین دو کشور منجر شد.

کمیسیون تحقیق به طور جدی باید از مأموریت های حقیقت یاب که به طور معمول در نظام سازمان ملل متحد مستقر اند متمایز شود. به عنوان مثال، شورای امنیت سازمان ملل متحد چنین مأموریت ها را گاه گاهی به منظور دریافت اطلاعات در برخی شرایط، مانند حفاظت و رعایت حقوق بشر در کشورهای مختلف اعزام می نماید.

ج) میانجی گیری

برخلاف سایر وسایل دیگر از روش های حل و فصل دیپلماتیک، میانجی گیری به طور معمول حاکی از دخالت شخص ثالث، یعنی میانجی است. میانجی تلاش می کند طرفین را با هم برای مذاکرات جمع نماید و پس از شناسایی منافع هر دو طرف پیشنهادات و طرح های پیشنهادی می دهد. اگر چه نظرات میانجی الزام آور نیست، اما آنها اغلب طرفین را تحت نفوذ و حمایت با پیدا کردن یک راه حل قرار می دهند. میانجی علاوه بر این ممکن است در اجرای نتیجه مذاکره کمک کند. وظایف بیشتر میانجی شامل: حقیقت یابی، مصالحه و یا مساعی جمیله است. میانجیگری معمولاً مخفیانه و بدون هرگونه دخالت عامه برگزار می شود. نه نتیجه میانجیگری و نه مواضع و یا اظهارات بیان شده در جلسه می تواند به عنوان رویه ها در حل و فصل حقوقی یا داوری مورد استفاده قرار بگیرد. میانجی باید واجد شرایط متعددی باشد. اول تر همه، او باید محتاط و باحوصله باشد و طرفین باید به او اعتماد نمایند. شرایط دیگر عبارت اند از استقلال و بیطرفی به منظور حفظ اعتماد طرفین بر سراسر روند. دولتها، سازمانهای بین المللی و افراد می توانند به عنوان میانجی عمل کنند، یا در اثر درخواست یکی طرفین و یا با پیشنهاد خود و قبول طرفین اختلاف.

پس از انتخاب یک میانجی، طرفین باید اطلاعاتی را در مورد وضعیت به منظور روشن شدن منافع خویش ارائه نمایند. میانجی پس از آن نقاط مختلف را با طرفین توضیح دهد و تشریح نماید. این روش اغلب شامل مذاکرات مستقیم بین طرفین نیز است. اما، این مذاکرات باید بدون هیچ گونه دخالت مستقیم توسط میانجی انجام شود. او تنها نقش فعال تر ایفاء می نماید زمانی که برای پیشنهادات واسته است.

د) مساعی جمیله

اگر چه مساعی جمیله در ماده ۳۳ منشور سازمان ملل ذکر نشده است، این روش در ماده ۵ اعلامیه مانیلا و چند اسناد دیگر که مکانیزم های حل و فصل اختلافات را مورد بررسی قرار می دهند ذکر شده است. ماده ۳۳ مساعی جمیله را به عنوان وسیله ای برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف استثناء نمی نماید. این ماده تصریح می نماید که: «(...) و یا دیگر شیوه های صلح آمیز مورد انتخاب آنها».

روش مساعی جمیله حاکی از آن است که شخص ثالث طرفین منازعه را تشویق به شروع با مذاکرات می نماید، اما بدون اتخاذ نقش فعال در این مذاکرات. به منظور ایجاد مساعی جمیله، رضایت هر دو طرف شرط است، هم در مورد اجرای روش و هم در مورد انتخاب شخص ثالث که آن را هدایت می کند. بآنکه این نگرش کلاسیک درک بسیار باریک از مساعی جمیله است، نقش شخص ثالث می تواند در قالب کمک فاقد ساختار از طریق

مصالحه توسعه داده شود. در این مواقع، تفکیک قایل شدن میان مساعی جمیله و میانجیگری ممکن است مشکل باشد.

د) مصالحه

به منظور حل و فصل اختلاف از طریق مصالحه، طرفین اختلاف یک کمیسیون ایجاد می نمایند که به بررسی حوادث می پردازد و تلاش می کند تا یک راه حل برای حل و فصل اختلاف که قابل قبول به همه طرفین بر اساس حقوق بین الملل باشد، پیدا نماید. نتایج آن در یک توصیه نهایی خلاصه می شود. این روش در سال های اخیر به طور فزاینده در منازعات بین دولت ها و بازیگران غیر دولتی، استفاده می شود به خصوص در زمینه های حقوق بین الملل اقتصادی حقوق تجارت.

کمیسیون مصالحه می تواند به طور دائمی و یا مؤقت متشکل از اعضای مستقل که توسط یا با موافقت طرفین انتخاب شده اند، ایجاد شود.

به طور عرفی، مصالحه روش اختیاری حل و فصل اختلافات که بر اساس آن خواسته های دولت ها برتر است، بود. دولت ها آزاد بودند تا اعضای این کمیسیون را انتخاب کنند و محدوده صلاحیت و اختیارات آنها و ماهیت نتیجه را تعیین نمایند. توصیه به طور کلی هیچ اثر قانونی نداشت و دولت ها مکلف به قبول آن نبودند. بنابراین، آن برای اقدامات بعدی یک نهاد قضایی حل و فصل مناسب نبود. هم روش و هم نتایج آن به طور کامل به منظور در معرض خطر هر گونه نقض حقوق دولت ها مخفی بود. نقش دولت همکاری با این کمیسیون با حسن نیت بود.

نگرش کلاسیک (الزامی) مصالحه در طول سال ها اصلاح شده و امروزه، بسیاری از معاهدات بین المللی حاوی احکام مربوط به تشکیل روش مصالحه به عنوان یک روش برای حل و فصل اختلافات که از چهارچوب حقوق این معاهده به وجود می آیند، است. این روش مصالحه اجباری نامیده می شود. یک کمیسیون مبتنی بر معاهده می تواند صلاحیت های خود را تعیین نماید، و نه روش و نه نتایج آن مخفی است. علاوه بر این، معاهده ای که مصالحه اجباری را پیش بینی می نماید ممکن است به عنوان مثال دیکته نماید که توصیه از نظر قانونی الزام آور بر دولت ها است.

مبحث دوم) روش های حقوقی

الف) حکمیت (داوری)

روش داوری به طور کلی منجر به حل و فصل نهایی اختلاف بر اساس مشورت حقوقی می شود. بنابراین، داوری می تواند به عنوان یکی از وسایل حل و فصل اختلافات حقوقی دسته بندی گردد. برخلاف مصالحه (الزامی)، طرفینی که داوری را تطبیق می نمایند، مکلف به تطبیق نتیجه این روش اند.

اگر چه به طور عرفی داوری تنها بین دولت ها استفاده شده است، اما اخیراً داوری مخلوط پدید آمده است که شامل روش های [حل و فصل اختلاف] بین اشخاص خصوصی و یا نهاد ها و دولت می شود. این روش بسیار رایج در اختلافات سرمایه گذاری است.

ب) حل و فصل قضایی

در روند قضایی حل و فصل، اختلاف در محکمه ذیصلاح بین المللی اقامه خواهد شد که در آن قضات بر اساس حقوق بین المللی تصمیم می گیرند. حکم بر طرفین الزام آور است و باید اجراء شود. حل و فصل قضایی، روش صلح آمیز حل و فصل اختلاف است که در آن دولت ها کمترین نفوذ را بر این روش دارند، زیرا طرزالعمل رسیدگی ها در اساسنامه های محاکم بین المللی مقرر می شود. حل و فصل قضایی نیز می تواند بین افراد و دولتها انجام شود، عمدتاً کشورهای متبوع آنها. موضوع این دعاوی به طور کلی نقض حقوق بشر بین المللی محافظت شده است. اما، ادعای چنین تخلف در سطح بین المللی، نیاز به انجام تمام راه حل های محلی در قدم نخست دارد. تفاوت بین داوری و حل و فصل قضایی عبارت از خصوصیت محکمه ای که چنین قضایا را مورد رسیدگی قرار می دهد، است. در حالی که نهادهای قضایی حل و فصل؛ یعنی: محاکم بین المللی و دیوانها در اساسنامه های ثابت بنا نهاده شده اند که طرزالعمل ها، قضات و غیره را معین می نماید، دیوان های داوری (Arbitral tribunal) به طور کلی به صورت مؤقت ایجاد می شوند و طرفین می توانند آزادانه بر روی جزئیات این طرزالعمل تصمیم بگیرند. اما، داوران، قواعد و اصول حقوق المللی را تطبیق می نمایند و نتایج آن بر طرفین الزام آور است.

مبحث سوم) میکانیسم های (سازوکارهای) حل و فصل منازعات

در حالی که روش های دیپلماتیک بدون دخالت نهاد قضایی اجراء می شوند، روش حل و فصل داوری و قضایی توسط محاکم بین المللی و یا دیوان ها انجام می شود. برجسته ترین محکمه برای حل و فصل قضایی محکمه بین المللی عدالت است.

الف) محکمه بین المللی عدالت

محکمه بین المللی عدالت جانشین محکمه دایمی بین المللی عدالت است که با وقوع جنگ جهانی دوم از بین رفت. محکمه بین المللی عدالت در سال ۱۹۴۵ به عنوان ارگان اصلی قضایی سازمان ملل متحد تأسیس گردید و یک سال بعد شروع به کار کرد. این محکمه انجام وظایف خود را بر اساس اساسنامه محکمه بین المللی عدالت انجام می دهد که تشکیل و صلاحیت محکمه و نیز روش حل اختلاف را تنظیم می نماید.

۱- تشکیل محکمه

طبق ماده ۲ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت، قضات محکمه بدون توجه به ملیت آنها از میان کسانی انتخاب می گردند که عالی ترین مقام اخلاقی را دارا اند، بدون توجه به تابعیت آن. آنها باید واجد شرایطی باشند که برای انجام مشاغل عالی قضایی در کشور خود آنها لازم است و تخصص آنها در حقوق بین المللی شهرت به سزایی داشته باشد. محکمه بین المللی عدالت از پانزده عضو تشکیل شده و همه آنها دارای وضعیت مشابه و برابر در حقوق و رأی خود هستند. اعضاء با اکثریت مطلق مجمع عمومی سازمان ملل متحد و شورای امنیت سازمان ملل

متحد پس از نامزد شدن به وسیله گروههای ملی مربوط به دیوان دائمی داوری انتخاب می شوند. آنها بر اساس معیارهای انتخاب می شوند که محکمه مجموعاً بتواند نماینده اقسام بزرگ تمدنها و مهمترین نظامهای قضایی جهان نیز باشند (ماده ۹ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت). اگر چه این شرط به طور کامل رعایت نشود، تلاش های بیشتری برای اطمینان از دسته گسترده ای از نامزد ها و اشخاص انتخاب شده وجود دارد. روش انتخاب نسبتاً پیچیده شده و در مواد ۴-۱۵ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت مقرر شده است.

مدت خدمت قاضی نه سال با گزینه انتخاب مجدد است. در این مدت به آنها اجازه داده نمی شود مقام سیاسی یا اداری را احراز نمایند و یا در هر شغل دیگر حرفه ای مشغول شوند. قاضی نمی تواند یک قضیه را که در آن او قبلاً دخیل بوده است، رسیدگی کند. اگر عضو محکمه احساس می کند که او نباید به قضیه رسیدگی کند، با رئیس باید به منظور تصمیم گیری در این زمینه مشورت نماید. به همین ترتیب، رئیس باید یک قاضی را در صورتی که کدام نگرانی در مورد تمامیت این قاضی وجود دارد اطلاع دهد. در موارد اختلاف بین قاضی و رئیس، این تصمیم باید توسط محکمه به عنوان یک کل اتخاذ شود.

محکمه رئیس و معاون رئیس را برای مدت سه سال انتخاب می نماید و مدیران و محررین را مقرر می نماید. رئیس و معاون رئیس، بر دیگر اعضاء اولویت داده می شوند. رئیس نماینده محکمه در داخل و خارج از سازمان ملل متحد است. اگر در مورد یک قضیه یا سایر رأی دهی ها، رأی های برابر وجود داشته باشد، رأی رئیس قاطع است.

۲- صلاحیت محکمه

یک محکمه بین المللی و یا دیوان فقط می تواند در مورد قضیه تصمیم بگیرد که در خصوص آن دارای صلاحیت است. اصل بنیادین صلاحیت محکمه بین المللی عدالت در ماده ۳۶ (۱) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت پیش بینی شده است: «دیوان بین المللی عدالت نسبت به کلیه اموری که طرفین دعوی به آن رجوع می کنند و همچنین نسبت به موارد خاصی که به موجب منشور ملل متحد یا به موجب عهدنامه و قراردادهای جاری پیش بینی شده است صلاحیت رسیدگی دارد.»

صلاحیت (*Ratione personae*) محکمه صرف دولت ها را در بر می گیرد، نه افراد یا سازمان های بین المللی را. علاوه بر این، دولت ها یا باید اساسنامه محکمه بین المللی عدالت را تصویب کرده باشند، یا آنها باید واجد شرایط وضع شده توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد باشند (ماده ۳۵ (۲) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت).

تمام اعضای ملل متحد به خودی خود جزو قبول کنندگان اساسنامه محکمه بین المللی عدالت می باشند. از آنجا که افغانستان یکی از اعضای سازمان ملل متحد است، محکمه بین المللی عدالت می تواند در مورد اختلاف بین المللی میان افغانستان و دولت دیگر صلاحیت داشته باشد، در صورتی که سایر شرایط متحقق شود. طبق ماده ۹۳ منشور سازمان ملل متحد شرایطی که به موجب آن یک دولت غیر عضو سازمان ملل متحد می تواند از قبول

^{۱۷۰}. نگاه کنید به: بحث سوم این فصل.

کننده اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت محسوب شود، در هر مورد به بخصوص بنابه توصیهٔ شورای امنیت و مجمع عمومی معین می گردد.

صلاحیت (Ratione materiae) محکمهٔ بین المللی عدالت طبق مادهٔ ۳۲ (۲) اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت در بر گیرندهٔ اختلاف ذیل است: الف- تفسیر یک عهدنامه؛ ب- هر مسأله که موضوع حقوقی بین المللی باشد؛ ج- حقیقت هر امری که در صورت ثبوت، نقض یک تعهد بین المللی محسوب می گردد؛ د- نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض یک تعهد بین المللی داده شود. به منظور حل و فصل اختلافات محکمه منابع حقوق بین الملل را که در این رهنمود مورد بحث قرار گرفت و در مادهٔ ۳۸ (۱) اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت تصریح شده است را تطبیق می نماید: الف- عهدنامه‌های بین المللی را اعم از عمومی و خصوصی که به موجب آن قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف آن قواعد را به رسمیت شناخته‌اند؛ ب- عرف بین المللی به عنوان رویه‌ای کلی که به صورت قانون پذیرفته شده است؛ ج- اصول عمومی حقوقی که مقبول ملل متمدن است؛ د- با رعایت حکم ماده ۵۹ تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین دانشمندان ملل مختلف به منزله وسائل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی. اما، محکمهٔ بین المللی عدالت صرف در صورتی صلاحیت (Ratione materiae) دارد که طرفین قضیه به شروع محاکمه رضایت نشان دهند. اگر تنها یک دولت در محکمه اقامهٔ دعوی نماید، اما دولت مدعی علیه این صلاحیت را به صراحت رد نماید، توافق فرض شده تلقی می شود.

۳- طرز العمل اجراءات

همه طرفین در حضور محکمه با هم برابر هستند؛ یعنی: تمام طرفین دارای حقوق برابر رویه ای اند. رسیدگی در محکمه در احکام مختلف در اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت در فصل سوم و در قواعد محکمهٔ بین المللی عدالت، که بر اساس ماده ۳۰ اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت تصویب شده اند تنظیم شده اند. فیصله های این محکمه توسط اکثریت قضات که در مورد قضیه تصمیم می گیرند، صادر می شود و باید دلایلی را که فیصله مبتنی بر آن است ذکر نمایند. حکم شامل ارزیابی حقوقی به شمول نتیجهٔ شور و مشورت همکاران است. این تصمیم به نام کل محکمه صادر می شود. قضات می توانند نظرات فردی، که با تصمیم موافق و یا مخالف اند را ارایه نمایند. حکم محکمه بر طرفین قضیه الزام آور است و اثر (Res judicata) دارد، یعنی: حکم قطعی و غیر قابل استیناف است (ماده ۶۰ اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت). با وجود این، تجدید نظر در حکم را نمی توان از دیوان تقاضا نمود مگر در صورت کشف یک امری که در قضیه اثر قطعی داشته و قبل از صدور حکم، خود دیوان و طرفی که تقاضای تجدید نظر می نماید از وجود آن امر اطلاع نداشته‌اند. اما، این وقایع نباید در اثر تقصیری نادیده گرفته شده باشند. مسائل رویه ای درخواست تجدید نظر در ماده ۶۱ اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت پیش بینی شده است.

۴- نظریه های مشورتی

محکمه بین المللی عدالت نیز حق ارائه نظر مشورتی، یعنی ارزیابی قضایی یک سؤال حقوقی که می تواند مربوط به اختلاف بین المللی باشد، را دارد. این نظر از لحاظ حقوقی الزام آور نیست و دارای خصوصیت صرفاً مشورتی است. بنابراین، نظریه مشورتی روش مستقیم حل و فصل اختلاف نیست. نه تنها محکمه بین المللی عدالت بلکه برخی محاکم دیگر بین المللی و دیوان ها می توانند نظر مشورتی بدهند.

نهادی که درخواست نظر مشورتی را از محکمه بین المللی عدالت می نماید باید مجاز به انجام چنین کاری باشد. فقط مجمع عمومی سازمان ملل متحد و شورای امنیت سازمان ملل متحد می توانند در هر مسأله قضایی از محکمه بین المللی عدالت رأی مشورتی بخواهند. در حالی که، سایر نهاد های سازمان ملل متحد و سازمان های تخصصی صرف حق دارند نسبت به مسایل قضایی که ممکن است در دایره فعالیت آنها پیش آید، از محکمه مذکور رأی مشورتی بخواهند. (ماده ۹۶ منشور سازمان ملل متحد). اگر نهاد فاقد صلاحیت درخواست مشوره نماید، محکمه صلاحیت رسیدگی به سؤال را ندارد

سؤال حقوقی باید در مورد حقوق بین المللی و همه مباحث مربوط به این رشته باشد. مشخص نیست که محکمه زمانی که اطلاعات ارائه شده برای دادن مشوره درخواست شده، کافی نباشد، چه کند. این وضعیت در نظر مشورتی در مورد مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح های هسته ای محکمه بین المللی عدالت به وقوع پیوست.^{۱۷۶} از آنجا که هیچ مدرکی واقعی در این زمینه وجود نداشت، با توجه به استفاده محدود از سلاح های هسته ای تاکتیکی، محکمه قادر به نتیجه گیری در مورد اینکه آیا استفاده از سلاح های هسته ای در هر صورت مناقض حقوق جنگ است یا خیر نبود.

ب) سایر محاکم بین المللی و دیوان ها

علاوه بر محکمه بین المللی عدالت محاکم و دیوان بین المللی به منظور حل و فصل اختلافات بین المللی بر اساس حقوق بین المللی تأسیس شده، و وجود دارند. مانند محکمه بین المللی عدالت، این محاکم و دیوان ها مرکب از چندین قضاات مستقل اند و فیصله های اینها بر طرفین الزام آور است.

برای حفاظت از منافع مشروع دولت ها که داوطلبانه مطیع صلاحیت بین المللی این محاکم اند، تشکیل محاکم بین المللی و دیوان ها باید متعادل باشد و استقلال قضاات تضمین شود.

اما، محاکم و دیوان های بین المللی به عنوان مثال، در ساحات حقوق جزای بین الملل، حقوق تجارت بین الملل و حقوق بشر وجود دارند.

۱- در سطح جهانی

چندین محاکم و دیوان های بین المللی در سطح جهانی فعالیت می نمایند. اما، صرف محکمه بین المللی عدالت دارای صلاحیت عمومی است. محاکم و دیوان های بین المللی دیگر تنها در شرایط خاص صلاحیت دارند که بستگی به اساسنامه آنها دارد. به عنوان مثال، محاکم مختلف در درون نظام گسترده سازمان ملل متحد تنها با

¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep. 226.

اختلاف در مورد مسائل اداری یا بین خود نهادها و یا بین نهاد و کارکنان آن رسیدگی می نمایند. این نظریه توسط سازمان های بین المللی دیگر، به ویژه مؤسسات مالی هم در سطح جهانی و هم در سطح منطقه ای اقتباس شده است، به عنوان مثال بانک جهانی.

همچنین چندین محکمه بین المللی وجود دارند که جرایم را طبق حقوق جزای بین الملل رسیدگی و مجرمان را مجازات می نمایند.^{۱۳۲} آخرین توسعه در این زمینه، ایجاد محکمه جزایی بین المللی جنایی (ICC) در لاهه در ۲۰۰۲ است.

سایر محاکم های بین المللی مسئول اختلافات در ساحات خاصی حقوق بین الملل اند. به عنوان، مثال محکمه بین المللی حقوق دریاها (ITLOS) صلاحیت بر مسائلی دارد که در کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاها مورد رسیدگی قرار داده شده است.

۲- در سطح منطقه ای

صلاحیت سایر محاکم بین المللی محدود به موقعیت های جغرافیایی آنها است. به عنوان مثال، تنها کشور های یک قاره مشخص می توانند تبدیل عضو اساسنامه محکمه مربوطه شوند. چنانچه این مسأله در مورد محکمه اروپایی حقوق بشر صادق است که صلاحیت رسیدگی بر اختلافات مربوط به کنوانسیون اروپایی حمایت حقوق بشر و آزادی های بنیادی (ECHR) را دارد که می تواند تنها توسط کشورهای واقع در قاره اروپا تصویب شود. نهادهای مشابه در آفریقا و یا آمریکای لاتین وجود دارند.

یک محکمه خاص نیز وجود دارد که قضایا را در محدوده کشورهای عضو اتحادیه اروپا مورد رسیدگی قرار می دهد و آن محکمه اروپایی عدالت (ECJ) است که چهارچوب جامع اتحادیه اروپا را تطبیق می نماید و تصامیم آن برای دولت های عضو بسیار با اهمیت است.

ج) محاکم داوری بین المللی

بر خلاف محاکم بین المللی که وجود آنها در حقوق بین الملل پیش بینی شده است، صلاحیت محاکم داوری، به طور کلی فقط در موافقت نامه های نوشته شده بین دولت های طرف منازعه مقرر شده است. این توافق نامه باید صلاحیت را از لحاظ و موضوع و تابعین روشن کند. به علاوه، ممکن است این معاهدات قانون قابل اعمال را تعیین و محکمه را صلاحیت پرداخت جبران خسارت اعطاء نمایند.

محاکم داوری متشکل از یک، سه یا پنج داور است. در رابطه به شکل گیری یک محکمه مشترک، هر یک از طرفین تعداد برابر داوران را دارد و رئیس داوران یا توسط طرفین و یا در مشورت با داوران دیگر انتخاب می شود. طرفین اختلاف می توانند اعضای داوران را در صورتی که شک و تردید منطقی در استقلال یا بیطرفی داور وجود داشته، رد کنند.

^{۱۳۲}. مانند دیوان جزایی بین المللی یوگوسلواوی سابق و دیوان جزایی بین المللی روندا.

یک نهاد خاص در این زمینه «محکمه دایمی داوری» (PCA) مستقر در لاهه است. این نهاد به مفهوم عرفی، محکمه نیست، بلکه یک چهارچوب دائمی برای دیوان های داوری است. محکمه دایمی متشکل از شورای اداری، هیئتی از داوران مستقل بالقوه که به عنوان اعضای محکمه، شناخته می شوند، دارالانشاء که به عنوان دفتر بین المللی شناخته می شود که توسط دبیر کل رهبری می شود.

اعضای محکمه توسط کشورهای عضو برای مدت شش سال به محکمه دایمی منصوب می شوند و انتصاب آنها قابل تجدید است. همانگونه که قبلاً گفته شد، آن دسته از اعضاء که نامزدان را برای انتخابات به محکمه بین المللی عدالت معرفی می نمایند، همراه با قضات محکمه بین المللی عدالت، اعضای دیوان صلاحیت معرفی نامزدان برای جایزه صلح نوبل را دارند.

۱- قواعد شکلی

هیچ قواعد شکلی معیاری برای پروسه های داوری ایجاد نشده است. اما، کمیسیون حقوق بین الملل مجموعه قواعد نمونه را در مورد روش یا طرز العمل داوری تسوید نموده است که با آنکه هرگز توسط طرفین منازعه به طور رسمی قبول نشده اند، در چندین رسیدگی داوری رعایت شده اند. علاوه بر این، کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (UNCITRAL) قواعد داوری را در مورد داوری تجاری بین المللی، در ابتدا تنها میان دو طرف خصوصی، و امروزه، در مورد اختلافات بین دولت ها، توسعه داده است. قواعد کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل در چندین معاهدات سرمایه گذاری به عنوان قواعد شکلی جهت داوری بین المللی بین سرمایه گذاران و کشورهای میزبان به تصویب رسیده اند.

اما، قواعد شکلی به طور کلی هنوز هم توسط طرفین منازعه تعیین و در موافقت نامه داوری آن ها درج می شود. اگر طرفین نمی توانند توافق بر قواعدی نمایند، محکمه باید آنها را تحت نظر طرفین منازعه ایجاد نماید. حق استماع و حق برخورد مساوی طرفین باید در هر قضیه رعایت شود.

علاوه بر این، طرفین باید در باره قانون قابل تطبیق، که آنها آزاد اند آن را انتخاب کنند به توافق برسند. به طور کلی، آنها در مورد تطبیق حقوق بین المللی تصمیم می گیرید، اگر چه این اجباری نیست. طرفین همچنین می توانند به اصول حقوقی که به طور کلی مورد پذیرش قرار نگرفته اند به عنوان حقوق بین المللی یا حتی خارج از آن توافق نمایند. بازهم، در صورتی که طرفین نتوانند در این زمینه به توافق برسند، محکمه باید در مورد قانون قابل اعمال تصمیم اتخاذ نماید که با این حال به طور کلی این تصمیم در مورد تطبیق حقوق بین الملل خواهد بود.

۲- رأی حکمیت (Arbitration award)

¹ ICL Model Rules on Arbitral Procedure (1958), Yearbook of the International Law Commission, 1958, vol. II, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/10_1_1958.pdf.

¹ UNCITRAL Arbitration Rules (12 April-6 May 1976) GAOR 31st Session Supp. 17, 35.

به عوض قضاوت، محاکم داورى، رأی صادر می نمایند. این رأی ها خصوصیت نهایی ویا جزئی دارد. در حالی که رأی های جزئی همه مسائل قضیه را در بر نمی گیرد، رأی های نهایی تمام نقاط را در بر می گیرد و رسیدگی به داورى را پایان می بخشد.

شایع ترین چاره در قواعد داورى پرداخت غرامت پولی و یا اعلام آزادی است، که دومی که به ویژه در اختلافات بر سر قلمرو استفاده می شود. چاره های احتمالی دیگر توصیه به برداشتن گام های خاص یا اعاده حالت اولی است.

زمان دقیق که در آن رأی نهایی و لازم الاجراء می شود مورد بحث است. بنابراین، این زمان نیز باید در موافقتنامه داورى تعیین شود. این تصمیم تنها بر طرفین نه بر اشخاص ثالث الزام آور است. اگر طرفین نخواهند نتیجه اثرالزام آور داشته باشد، آنها باید این روند را از قبل به عنوان مصالحه توصیف یا تعیین کنند. هرچند رأی نهایی است، ممکن است منوط به اصلاح، تفسیر و یا تجدید نظر در صورت لزوم شود. هرچند محکمه داورى می تواند برخی از اشتباهات را تصحیح نماید، محکمه به طور کلی صلاحیت تفسیر این رأی را ندارد، مگر اینکه طرفین به این امر توافق نموده باشند. این حکم در مورد تجدید نظر پس از کشف حقایق جدید قابل تطبیق است.

از آنجا که نهاد برای به اجراء درآوردن این رأی وجود ندارد، این رأی باید توسط دولت های عضو با حسن نیت اجراء شود (Bona fide). این معمولاً مشکل آفرین است، زیرا طرفین توافق کردند به طور داوطلبانه اختلاف را در محکمه داورى حل و فصل نمایند.

اما تعهد اجراء باطل است اگر این رأی به طور قانونی بخاطر اشتباهات شکلی ویا سایر اشتباهات ناقص باشد. در چنین اوضاع، طرفین عمدتاً درخواست تجدید نظر در یک محکمه دوم و یا در یک محکمه ذیصلاح ملی به منظور درخواست ابطال این تصمیم می نمایند

فصل دهم: توسل به قوه

ماده (۲) (۴) منشور سازمان ملل متحد اعلام می دارد که: کلیه اعضاء در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه کشوری خودداری نمایند. باوجوداین، تهدید یا استفاده از زور در شرایط استثنایی مجاز است. این موضوع در بخش‌های مختلف این رهنمود قبلاً تذکر یافت و در این فصل با جزئیات بیشتری مورد بحث قرار می‌گیرد.

مبحث اول) سیر تاریخی توسل به قوه

استفاده از زور تا آغاز قرن بیستم در روابط بین‌الملل ممنوع نبود. از همین جهت، می‌گویند: کشورها جهت حل و فصل اختلافات خود با استفاده از جنگ مجاز بودند.

در جریان کنفرانس صلح لاهه در ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷، این عادت به طور انتقادی برای اولین بار مورد بحث قرار گرفته و مذاکرات منجر به تهیه پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه، مجموعه‌ای از قواعدی که هدف آن محدود کردن آزادی برای توسل به جنگ بود، شد.

میثاق جامعه ملل، پس از جنگ جهانی اول تسوید شد، و به دنبال تعیین کردن بیشتر حدود حق جنگ در میان دولت‌های عضو سازمان بدون ایجاد ممنوعیت عمومی جنگ بود. یکی از دلایل آهستگی این توسعه این بود که روش‌های جایگزین مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات که در میثاق پیشنهاد شد، در عمل غیرمؤثر بود. یکی دیگر از ضعف‌های این پیمان این واقعیت بود که که: کشورهای با بیشترین قدرت در آن زمان، مانند: ایالات متحده، اتحاد جماهیر شوروی، آلمان، چپان و ایتالیا یا هیچ یک از اعضای جامعه ملل نبودند و یا از عضویت خود پس از یک دوره کوتاه منصرف شدند.

پیمان برند کلاگ (Briand-Kellogg Pact) سال ۱۹۲۸ در نهایت محکومیت کلی استفاده از زور را در ماده ۱ خود مقرر کرد و از دولت‌های عضو خود درخواست حل و فصل اختلافات به روش آرام را نمود (ماده ۲). اگر چه حق دفاع مشروع در متن به صراحت ذکر نشده بود، تمام دول عضو در قبول آن به عنوان تنها استثنا موافقت کردند. نقض بزرگ این معاهده این بود که احتمالاً به جنگ صرفاً نسبت به استفاده از زور به طور کلی اشاره می‌کرد. در نتیجه، دولت‌های که عملیات نظامی را علیه یک دولت دیگر انجام می‌دادند به سادگی اعلام جنگ نمی‌کردند و در نتیجه ممنوعیت اعمال نمی‌شد.^{۱۸۰}

^{۱۸۰}. متن این معاهده می‌تواند از صفحه‌انترنتی ذیل دریافت شود:

این نقص پس از جنگ جهانی دوم، با اعمال ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد رفع شد. نص این ماده نه تنها به صراحت به ممنوعیت از جنگ، بلکه استفاده از زور به طور کلی اشاره دارد، و علاوه بر این، تصریح به ممنوعیت تهدید از زور می نماید. علاوه بر این، مواد ۳۹ - ۵۱ منشور ملل متحد چهارچوب حقوقی تحریم های جمعی در برابر هر گونه تخطی از این ممنوعیت را مقرر می نماید.

مبحث دوم) ممنوعیت استفاده از قوه طبق منشور سازمان ملل متحد

طبق ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد، همه اعضای سازمان ملل متحد: «...» از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد خودداری خواهند نمود.».

اگر چه نص این ماده تنها دولت های عضو سازمان ملل متحد را مخاطب قرار می دهد، این اصل در حال حاضر به عنوان حقوق عرفی در نظر گرفته شده و در نتیجه بر همه دولت ها الزام آور است: اصول زیر می تواند از این ممنوعیت استنباط شود:

- جنگ های تجاوز یک جرم علیه صلح و مستلزم مسئولیت دولت و فرد است.
- دولت ها اجازه ندارند از زور یا تهدید به زور به منظور نقض مرزهای بین المللی و یا حل و فصل اختلافات بین المللی، استفاده نمایند.
- دولت ها نباید از زور برای محروم کردن مردم از حق خود مختاری و استقلال استفاده نمایند.
- دولتها نباید در هر اقدام تلاش مدنی و یا حملات تروریستی در یک کشور دیگر دخیل شوند و نباید باند های مسلح آنها را تحریک به حمله به قلمرو دولت دیگر نمایند.
- این اصول نیز در اعلامیه روابط دوستانه تصریح شده اند.

الف) تعریف «قوه یا زور»

ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد تعریفی از اصطلاح «قوه» ارائه نمی کند. بنابراین قابل استدلال است که آیا کلمه «قوه» شامل تنها قوه مسلح، و یا قوه اقتصادی نیز می شود. در منشور سازمان ملل متحد به نظر می رسد که نظر اول را حمایت می نماید: به عنوان مثال ماده ۵۱ و یا مقدمه به صراحت به «قوه مسلح» ارجاع می دهد. از سوی دیگر، اجبار اقتصادی در چندین معاهدات بین المللی مانند اعلامیه روابط دوستانه، میثاق های بین المللی مربوط به حقوق بشر^{۱۸۱} و منشور وظایف و حقوق اقتصادی دولت ها غیر قانونی تلقی می شود.^{۱۸۲} هنوز اگر

^{۱۸۱} میثاق بین المللی در مورد حقوق مدنی و سیاسی (در تاریخ ۱۹ دسامبر ۱۹۶۶ تصویب و در ۲۳ مارچ ۱۹۷۶ نافذ شد) 999 UNTS

171 و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ تصویب و در ۳ جنوری ۱۹۷۶ نافذ شد) 993

¹ UNGA Res 3281 (XXIX) 'Charter of Economic Rights and Duties of States' (12 December 1974) GAOR 29th Session Supp 31 vol. 1, 50.

چه فشار اقتصادی می تواند نقض تکلیف عدم دخالت^{۱۸۳} را تشکیل دهد، دیدگاه غالب اقداماتی مانند استفاده از قوه را بر اساس ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل تلقی نمی نماید.

بیشتر قابل استدلال است که آیا ماده ۲ (۴) منشور ملل متحد همچنین استفاده غیر مستقیم قوه را در بر می گیرد؟ قوه غیر مستقیم به عنوان مثال عبارت از شرکت یک دولت در رفتار قوی دولت دیگر، مانند اختصاص قلمرو برای استفاده نظامی دولت متجاوز است. مثال دیگر: شرکت یک دولت در فعالیت های قوی باند های غیر رسمی نظامی، شورشیان غیر منظم، در قلمرو دولت دیگر خواهد بود. در چنین اوضاع، نقض ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد باید به صورت مورد به مورد بررسی شود زیرا هر شکل از کمک به منزله تخطی از قوانین نیست. علاوه بر این، ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد فقط قابل اعمال در جنگ مسلحانه بین المللی است، نه در جنگ های مسلحانه داخلی. این مسأله، موضوع دیگری را به وجود می آورد؛ یعنی: مشارکت کشورهای ثالث در یک جنگ داخلی. دیدگاه غالب بیان می نماید که حمایت از رژیم قانونی که منتج به دعوت و یا حداقل تأیید حکومت، در محدوده منع قرار نمی گیرد. با وجود این، هر گونه حمایت از گروه های شورشی غیرمجاز تلقی می شود.

این نگرش برخی نقاط ضعف دارد، زیرا دولت ها به نظر آنها براساس حکومت مشروع متفاوت است. دولت «الف» ممکن است از دولت سابق حمایت نماید و دولت «ب» از جنبش های شورشی، در حالی که هر دو دولت معتقد هستند که حکومت مشروع را کمک می نمایند. به عنوان مثال، وضعیت در لیبی و برکنار کردن رژیم قذافی با کمک عساکر ناتو، سؤالات را راجع به این مشکلات ایجاد می نماید. در نتیجه، این نگرش بسیار مناسب برای ایجاد یک مرز روشنی میان استفاده قانونی و غیر قانونی از قوه نیست.

ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد همچنین شامل صرف ممنوعیت تهدید از قوه است. محکمه بین المللی عدالت این موضوع را در نظر مشورتی خود در مشروعیت تهدید یا استفاده از تسلیحات هسته ای مورد رسیدگی قرار داد.^{۱۸۴} محکمه تصریح کرد که تهدید استفاده از نوع خاصی از قوه متضمن نقض ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد است، اگر استفاده واقعی از قوه غیر قانونی بوده باشد. تهدید به قوه به عنوان مثال عبارت از جمع کردن تسلیحات و یا شکل دهی ائتلاف ها است. با وجود این، از آنجا که چنین اقداماتی ممکن است در انطباق با ماده ۵۱ منشور ملل متحد (حق دفاع مشروع) رخ دهد، انجام چنین اعمال اغلب در عملکرد دولت قابل تحمل است. علاوه بر این، تهدید به قوه توسط هیچ طرف منازعه ای ادعا نشده است. این امر از این واقعیت منتج می شود که تهدید به قوه به طور معمول، مقدم بر استفاده واقعی از قوه است و به این ترتیب توسط دومی جذب می شود.

ب) استثنائات منع توسل به قوه

ممنوعیت استفاده از قوه مطلق نیست و در مورد ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد چندین استثناء وجود دارد.

^{۱۸۳}. نگاه کنید به: بحث سوم، الف، این فصل.

^۱ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep. 226.

۱- حق دفاع مشروع

قبل از این که حق دفاع مشروع در منشور سازمان ملل متحد تصریح شود، این حق به عنوان حقوق عرفی به رسمیت شناخته شده بود و در مرحله اول در دکترین کارولین (Caroline doctrine)^{۱۸۵} به آن اشاره شده بود. شرایط عرفی برای استفاده قانونی از نیروی دفاعی خواستار « ضرورت فوری بودن دفاع مشروع، مضمحل کننده، عدم توسل به وسایل و لحظه ای برای شور و مشورت»^{۱۸۶} بود. حق دفاع مشروع در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد پیش بینی شده است که می خوانیم: « در صورت وقوع جمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد تا زمانی که شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین المللی را به عمل آورد هیچیک از احکام این منشور به حق ذاتی دفاع از خود خواه فردی یا دسته جمعی لطمه ای وارد نخواهد کرد. اعضاء باید اقداماتی را که در اعمال این حق دفاع از خود به عمل می آورند فوراً به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ وجه در اختیار و مسئولیتی که شورای امنیت بر طبق این منشور دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین المللی و در هر موقع که ضروری تشخیص دهد اقدام لازم به عمل خواهد آورد تأثیری نخواهد داشت.» محدودۀ حق دفاع مشروع از روی مباحثه مورد بحث است: در حالی که یک نظر، استدلال می کند که تکیه بر اصل ۵۱ منشور سازمان ملل متحد تنها هنگامی قانونی است که یک دولت با حمله مسلحانه مرتکب شده از سوی یک دولت دیگر روبرو است. دیدگاه دیگر تأکید دارد که حق دفاع مشروع ذاتی است و در نتیجه به عرف حقوق بین الملل می رسد که دامنه آن فراتر از ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد است. بر این اساس، اگر چه ماده ۵۱ فقط به وضعیت حمله مسلحانه اشاره دارد، که «حق ذاتی دفاع مشروع»^{۱۸۷} نیز در صورت فقدان حمله مسلحانه نیز قابل تطبیق است، زیرا هم حقوق عرفی و هم حقوق معاهده ای در عین زمان وجود دارند. اگر چه محکمه بین المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا^{۱۸۸} تأیید کرد که حق دفاع مشروع هم به عنوان حقوق عرفی هم و در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد وجود دارد. اما، محکمه حق استفاده از قوه را به عنوان ابزاری برای دفاع از خود رد کرد زمانی که هیچ حمله مسلحانه قبلی علیه دولت دفاع کننده وجود نداشته باشد. این نظر بسیاری از حکومت ها نیز است.^{۱۸۹}

^{۱۸۵} این نظریه مبتنی بر یک واقعه در سال ۱۸۳۷ است که در آن نیروهای بریتانیایی کشتی بخار کارولین را تخریب کردند که توسط امریکا برای تدارک سلاح و سربازان برای شورشی های کانادایی به منظور حمله بر سرزمین کانادا استفاده می شد. در جریان واقعه، دو تن کشته شدند. بریتانیایی ها ادعای حق دفاع مشروع نمودند، اما وزیر امور خارجه امریکا دانیل ویبستر (Daniel Webster) شرایط واضح برای دفاع مشروع در یک نامه به حکومت کانادا معین نمود.

^۱ M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1025.

^{۱۸۷} اصطلاح «حق ذاتی دفاع مشروع» حتی در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد ذکر شده است. در قضیه نیکاراگوا، محکمه بین المللی عدالت نتیجه گیری نمود که: یک حق طبیعی دفاع مشروع دارای ماهیت عرفی وجود دارد که برتر بر ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد است (Nicaragua case, ICJ Reports 1986, pp. 14, 94).

^۱ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep p.14, 94.

^۱ M. E. O'Connell, *The Myth of Pre-Emptive Self-Defense*,⁹ASIL, Task Force on Terrorism, 2002, online: <http://www.asil.org/taskforce/oconnell.pdf>, p.13.

اگر یک دولت طبق ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد از حق دفاع مشروع خود استفاده نماید، باید فوراً آن را به شورای امنیت سازمان ملل متحد گزارش دهد. دولت می تواند تنها حق خود را زمانی استفاده نماید که « شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین المللی را به عمل آورده باشد» (ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد).

اول) اعمالی که توسط نهاد های دولت های غیر عضو ارتکاب می یابند

در قضیه نیکاراگوا، محکمه بین المللی عدالت اشاره کرد که: نیروهای مسلح که به حق دفاع مشروع استناد می نمایند، می تواند توسط بازیگران غیردولتی و یا گروه های شورشی که از طرف یک دولت خارجی عمل می کنند و یا توسط دولت خارجی فرستاده شدند، انجام شود. تا هنوز، تعیین مرز کمک و پیشتیبانی ای که به گروه های شورشی فراهم می شود که به دولت حمله شده اجازه می دهد از حق خود مشروع خود در برابر دولت حمایت کننده استفاده کند، مشکل است. علاوه بر این، در مورد تعیین اینکه نیروی خاص که برای حمله استفاده می شود واقعاً دارای چنان شدت است که بتواند برابر با حمله مسلحانه مرتکب شده از سوی نیروهای مسلح دولت تلقی شود یا خیر، مشکلات به وجود خواهد آمد.

دوم) دفاع مشروع مقدماتی و پیشگیرانه

در نتیجه توسعه سلاحهای جدید که اجازه راه اندازی یک حمله به صورت متداوم بدون اخطار را در کوتاه مدت می دهد، و فرصت اقدام به نحو مناسب برای دولتی که مورد حمله قرار گرفته است، مفهوم دفاع مشروع مقدماتی ظهور کرده است. دفاع مشروع مقدماتی حق یک دولت به اعمال دفاع مشروع است هر چند این دولت هنوز مورد حمله قرار نگرفته، اما با تهدید قریب الوقوع مواجه است.

مشکل در این زمینه ارزیابی تهدید است. راه اندازی یک اقدام دفاع مشروع مقدماتی ممکن است یک عمل تجاوز را تشکیل دهد، اگر خیلی زود ارتکاب یابد. حداقل عمل مقدماتی باید مطابق با اصولی که در قضیه کارولین ایجاد شده است، باشد که به عنوان حقوق عرفی به رسمیت شناخته است.^{۱۹۰} اقدام دفاع مشروع مقدماتی باید در حدود ضرورت صورت پذیرد، که به این معنی است که: اقدامات نباید نامعقول یا بیش از اندازه باشد. تعیین این مرز به خود دولت ها مربوط است، زیرا نظام بین المللی فاقد نهادی که صلاحیت اجرای چنین امری را داشته باشد، است. دولت ها دفاع مشروع مقدماتی را بدون محکومیت توسط جامعه بین المللی اعمال کرده اند. اقدام نظامی مشروع در چنین وضعیتی به نظر می رسد اگر اولاً یک تهدید قریب الوقوع که نتواند با اقدامات دیگر منحرف شود وجود داشته باشد و ثانیاً اقدام اتخاذ شده متناسب با تهدید قریب الوقوع باشد.^{۱۹۱}

مفهوم دیگر که با گرمی مورد بحث قرار گرفته است دفاع مشروع پیشگیرانه است؛ یعنی: اقدام نظامی علیه دولت دیگر هر چند تهدید تا کنون قریب الوقوع نیست. یکی از مثال ها راه اندازی حمله علیه یک دولت مشکوک مبنی بر داشتن غیر قانونی سلاح های هسته ای یا سلاح های کشتار جمعی اگر چه هیچ تهدید قریب الوقوع هنوز از جانب دولت مشکوک وجود نداشته باشد، است. محکمه بین المللی عدالت به وضوح در نظر مشورتی خود

¹ See M. Shaw, *International Law*, Cambridge (2008), p. 1131.

¹ Report of the High Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565 of 2 December 2004, para. 188.

تصریح کرد که حداقل در اختیار داشتن سلاح های هسته ای بدون تهدید استفاده از آنها، حمله مسلحانه غیر قانونی محسوب نمی شود که اجازه استفاده از حق دفاع مشروع را اعطاء نماید.^{۱۹۲} علی الرغم اینکه حتی ساختن و ذخیره کردن بسیاری از سلاح های کشتار جمعی توسط چهارچوب حقوقی خاص ممنوع است، یک حمله مسلحانه نمی تواند تا زمانی که هیچ تهدید قریب الوقوع و یا استفاده واقعی از چنین سلاح ها توسط دولتی که این معاهدات را تصویب نموده است، وجود نداشته باشد. بنابراین، دفاع مشروع پیشگیرانه طبق حقوق بین المللی مجاز نیست.

سوم) مفاهیم حالت ضرورت و تناسب

حالت ضرورت و تناسب اجزاء حق دفاع مشروع اند. این مسأله توسط محکمه بین المللی عدالت مورد اشاره قرار گرفته و به عنوان حقوق بین الملل عرفی به رسمیت شناخته شده است. بنابراین، عمل دفاع مشروع باید:

- متناسب با حمله مسلحانه باشد؛ و

- ضرورتی به پاسخ آن وجود داشته باشد.^{۱۹۳} باوجوداین، ارزیابی در مورد آنچه ضروری و متناسب است بستگی به قضیه خاص دارد و به این ترتیب باید قضیه به قضیه مورد ارزیابی قرار بگیرد.

حالت ضرورت نیاز به وسیله بر اساس حقایق موجود در زمانی که چنین اقدام نیازمند متوقف ساختن حمله مسلحانه قبلی و تهدید به طور کلی است. تناسب عامل مهم در مورد انتخاب سلاح مورد استفاده برای عمل دفاع مشروع است. در تعیین وسیله متناسب دفاع مشروع، سایر اصول حقوق بین الملل نیز باید مورد توجه قرار گیرد، طور خاص قوانین قابل اجرا در درگیری های مسلحانه.^{۱۹۴}

چهارم) استفاده از حق دفاع مشروع به منظور حمایت اتباع در خارج

اینکه آیا یک دولت مجاز به استفاده از قوه برای حفاظت از اتباع یا اموال در خارج از کشور است، به شدت مورد اختلاف است. در عمل، دولت های مختلف به حق دفاع مشروع خویش زمانی که آنها، به حیث مثال، از قوه برای نجات اتباع اختطاف شده در خارج از کشور استفاده کردند بدون موافقت دولت خاص میزبان جایی که حادثه در آن به وقوع پیوست. باآنکه جامعه بین المللی بسیاری از این گونه اقدامات را محکوم کرد، اجرای استفاده از قوه به منظور محافظت از اتباع در خارج از کشور به عنوان یک عمل قانونی دفاع مشروع محسوب می شود. اما، آن باید در حدود محدودیت های وضع شده در نظریه کارولین، یعنی: ضرورت و تناسب باشد. در غیر آن، با اصل عدم مداخله در تعارض واقع می شود.^{۱۹۵} استفاده از زور به منظور محافظت از اموال در خارج از کشور باوجوداین نه به عنوان یک وسیله قانونی دفاع مشروع پذیرفته شده است، اما عمل ارزیابی حقوقی همیشه باید اوضاع خاص هر قضیه را قبل از حکم نهایی در مورد قانونیت یک عمل، مدنظر بگیرد.

¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep. 226.

¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14, 94.

¹ See for example Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, 245.

¹ M. N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1034.

پنجم) دفاع مشروع جمعی

ماده ۵۱ منشور ملل متحد نه تنها حق دفاع مشروع فردی، بلکه حق دفاع مشروع جمعی را اجازه می دهد. دفاع مشروع جمعی به این معنی نیست که دولت ثالث می تواند علیه دولت دیگر که به کشور دیگر حمله می نماید، از قوه استفاده کند. اصل دفاع جمعی در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد نسبتاً به عنوان یک اساس قانونی برای ایجاد نظام جامع امنیت منطقه ای است مانند ناتو که بر اساس ماده ۵۱ منشور ملل متحد تأسیس شد، مثال خوبی چنین سازمان است. ماده ۵ پیمان آتلانتیک شمالی حق دفاع مشروع جمعی را در وضعیت حمله مسلحانه علیه یک دولت عضو دیگر ایجاد می نماید: «دولت ها توافق دارند که حمله ای مسلحانه علیه یک یا چندی از آن ها در اروپا و امریکای شمالی، به معنای حمله ای علیه تمامی آن ها تلقی خواهد شد و در نتیجه آن ها موافقت می نمایند در صورتی که این چنین حمله ای اتفاق افتد، هر یک از آن ها، در راستای عمل به حق دفاع انفرادی یا دسته جمعی از خود بر اساس ماده ۵۱ منشور سازمان ملل، دولت یا دولت های مورد حمله قرار گرفته را از طریق اقدامات آنی، هرآنچه که ضروری می نماید، به صورت انفرادی یا به اتفاق دیگر دولت ها، مساعدت نمایند تا امنیت را در منطقه آتلانتیک شمالی بازگردانده و برقرار نمایند که می تواند شامل استفاده از نیروهای مسلح نیز باشد.

هر گونه حمله مسلحانه و اقدامات اتخاذ شده در نتیجه آن فوراً به شورای امنیت گزارش خواهد شد. این اقدامات زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم را جهت بازگرداندن و برقراری صلح و امنیت بین المللی اتخاذ نماید، متوقف می شود. براساس محکمه بین المللی عدالت حق دفاع مشروع جمعی بخشی از حقوق عرفی بین المللی است مشروط بر اینکه دولتی که مورد حمله قرار گرفته واقعاً توسط حمله مسلحانه زده شده و خواستار پیشتیبانی شده باشد.^{۱۹۷}

ششم) سایر انواع دفاع مشروع

دو نو دیگر از دفاع مشروع بین المللی به رسمیت شناخته شده است؛ یعنی: دفاع مشروع به مثل و دفاع مشروع تلافی جویانه.

• دفاع مشروع به مثل عمل غیر دوستانه یا مضر، اما قانونی است که یک دولت ممکن است به عنوان پاسخ به عمل مضر، اما قانونی مرتکب شده توسط یک دولت علیه آن دولت انجام شده است، مرتکب شود. وسایل دفاع مشروع به مثل در کنار سایر وسایل عبارت اند از: قطع روابط دیپلماتیک و یا اقتصادی و یا محدودیت های سفری. هر چند که چنین اقداماتی ممکن است ناقض حقوق کشور دیگر باشد، اما، اینها در داخل محدوده حقوقی اند.

• دفاع مشروع تلافی جویانه اعمال غیر قانونی است که توسط یک دولت برای تلافی جویی علیه عمل مضر و غیر قانونی ارتکاب یافته توسط دولت دیگر انجام می شود. در منازعه ناولیا (Nauliaa)^{۱۹۸} سه قاعده کلی برای بر

^۱ Ibid. p. 1035.

^۱ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep. 14, pp. 110, 127.

^۱ 2 RIAA, p. 1011 (1928).

عهده گرفتن عمل تلافی جویانه قانونی (که اقدام متقابل نیز نامیده می شود) تعیین شده است: ۱) عمل قبلی مضر باید غیر قانونی بوده باشد؛ ۲) جبران خساره تقاضا شده پرداخت نشده باشد؛ و ۳) عمل تلافی جویانه باید متناسب با جرم بوده باشد. دفاع مشروع تلافی جویانه باید در روشنایی ماده (۲) (۴) منشور سازمان ملل متحد تفسیر شوند. پس، عملیات تلافی جویانه به شمول استفاده از نیروهای مسلح تابع همان محدودیت های اعمال شده حق دفاع مشروع است.

۲) استفاده از قوه مطابق فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد

استثنای دیگر، ماده (۲) (۴) منشور سازمان ملل متحد، اجازه شورای امنیت سازمان ملل متحد بر اساس فصل هفتم منشور است. شورای امنیت مسؤول حفظ صلح و امنیت است، و می تواند اقدامات مختلف برای حل و فصل اختلافات در میان دولت و یا میان دولت ها را روی دست بگیرد. به منظور «حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی» (ماده ۳۹ منشور سازمان ملل متحد) شورای امنیت سازمان ملل متحد در نتیجه می تواند اجازه اقداماتی که ممکن است شامل استفاده از نیروهای مسلح به عنوان آخرین چاره را بدهد (ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد).^{۱۹۹}

۳) حق خودمختاری و توسل به قوه

تا [مرحله] استعمارزدایی، توسل به قوه توسط ملت ها به منظور دفاع از حق خود برای تعیین سرنوشت به عنوان امری داخلی یک دولت بدون اینکه تحت پوشش ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد قرار گیرد، تلقی می شد. هنوز برخی اختلاف نظرها وجود دارند که آیا محرومیت قاطع از حق تعیین سرنوشت، به ملت به زور سرکوب شده حق اجرای دفاع مشروع آنها را طبق ماده ۵۱ سازمان ملل متحد منشور در برابر [دولت] ظالم اعطاء می نماید و یا اینکه این خود اصل حق تعیین سرنوشت است که حق عمل قوی را فراهم می نماید زمانی که حق خود مختاری به زور و اجبار تضعیف شده باشد. تاکنون نه حقوق بین المللی و نه منشور سازمان ملل متحد به صراحت توسل به قوه توسط مردم تحت ستم در وضعیتی قابل مقایسه با سختگیری های استعمارگرایی را ممنوع نمی کند و این بحث اکادمیک است.^{۲۰۰} این نسبتاً برعکس است. سرکوب قاطع ملت ها و محرومیت از حق تعیین سرنوشت در حال حاضر توسط جامعه بین المللی محکوم می گردد. در نتیجه، ملت های که از حق تعیین سرنوشت خویش به صورت قاطع محروم شده اند، حق دریافت کمک و مساعدت از جامعه بین المللی به منظور اقدام علیه رفتار نقض کننده را دارند. اما، روشن نیست که این حمایت باید صرفاً کمک های صرف اخلاقی و مادی را تشکیل می دهد، یا اینکه دولت ها ثالث استفاده از نیروهای مسلح را دارند.

^{۱۹۹}. نگاه کنید به فصل دهم، مبحث دوم (نظام سازمان ملل متحد).

^۲ M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1037.

^{۲۰۱}. اعلامیه روابط دوستانه در این مورد تصریح می نماید که: «... هر دولت مکلف به تحقق اصل برابری حقوقی و تعیین سرنوشت ملت ها، از طریق اقدامات فردی و جمعی، مطابق به احکام منشور است و سازمان ملل متحد را در اجرای مسؤولیت های که بر عهده آن توسط این منشور در رابطه به این اصل گذاشته شده است، کمک نماید به منظور:

ج : اصل عدم مداخله

احترام به حاکمیت ارضی و استقلال یک دولت، اساس اصل عدم مداخله است که یک اصل حقوق بین الملل عرفی است. مداخله به عنوان دخالت دولت در امور داخلی دولت دیگر تعریف شده است. در قضیه نیکاراگوا، محکمه بین المللی عدالت تعریف جامع تر از این اصل را ایجاد کرده که طبق آن دخالت یک دولت [در امور داخلی دولت] دیگری ممنوع است، اگر آن « مربوط به مسائلی باشد که در آن هر دولت مجاز است، با اصل حاکمیت کشور، برای تصمیم گیری آزادانه. یکی از این ها انتخاب نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، و تشکیل سیاست خارجی است. مداخله غیر قانونی است هنگامی که مداخله روش اجبار در رابطه به چنین انتخاب ها را استفاده می نماید که باید آزاد باقی بمانند. عنصر اجبار، که تعریف می کند و در واقع جوهر مداخله ممنوع را تشکیل می دهد و به خصوص آشکار است در مورد یک مداخله که با استفاده از زور، یا در شکل مستقیم یا اقدام نظامی، و یا در شکل غیر مستقیم پشتیبانی برای فعالیت های خرابکارانه یا تروریستی مسلح در داخل دولت دیگر^{۲۰۲}». تعریف محتوای امور داخلی مشکل است. به طور کلی، همه مسائل مربوط به دولت که توسط حقوق بین المللی تنظیم نشود، در این محدود قرار می گیرد. اما، در اثر همکاری رو به افزایش میان دولت ها در صحنه بین المللی، دچار تجاوز قرار می گیرد و مقدار رو به افزایش از امور که قبلاً امور داخلی بود، در حال حاضر توسط حقوق بین المللی تنظیم می شود.

دخالت در امور داخلی یک کشور ممنوع است در صورتی که دخالت برگیرنده عنصر اجبار باشد. بنابراین، محدوده منع بستگی به تعریف اصطلاح «قوه» دارد. در حالی که در زمان سابق تنها استفاده از نیروی نظامی به عنوان دخالت نامشروع تلقی می شد؛ نگرش اخیر تر محدوده مداخله ممنوع را توسعه داده است. بنابراین، دخالت غیر مستقیم (توسط ابزارهای اقتصادی، سیاسی و دیپلماتیک) نیز ممکن است نوعی مداخله باشد و تابع ممنوعیت باشد. اما، نگرش گسترده تر مشکلات در مورد تمایز بین مداخله صرف که ممنوع نیست و مداخله اجباری که ناقض اصل عدم مداخله است.

مداخله غیر مشروع می تواند توسط دولت واحد، گروه از دولت ها و یا سازمان های بین المللی نه اشخاص حقیقی، نهاد ها، شرکت های چندین ملیتی تا زمانی که اعمال آنها منسوب به یک دولت نباشد، ارتکاب یابد.^{۲۰۳}

(۱) روش های مختلف مداخله

• مداخله نظامی به طور کلی ممنوع است. اما، تاکنون حق دفاع مشروع یک دولت که با یک حمله مسلحانه روبرو است در برگیرنده استثناء این منع است.

الف) انکشاف روابط دوستانه و همکاری میان دولت ها؛ و

ب) ختم سریع استعمارگرایی، و احترام به اراده ابراز شده ملت های مربوطه، در حالی که بخاطر داشته باشند که در معرض انقیاد قرار دادن خارجی ملت ها، تسلط و استثمار متضمن نقض این اصل و نیز انکار حقوق بنیادین بشر و مخالف این منشور است.»

² Nicaragua Case, ICJ Reports 1986, pp. 205.

^{۲۰۳}. نگاه کنید به فصل ششم (مسئولیت دولت).

- مداخله خرابکارانه به این معنی است که یک دولت یک فعالیت را انجام می دهد، مانند: تبلیغ از طریق رادیو یا تلویزیون با هدف تحت تأثیر قرار دادن نظم داخلی دولت دیگر. مداخله خرابکارانه ممنوع است مشروط بر اینکه دولت انجام دهنده قصد ایجاد شورش یا اعتصاب های مدنی و یا از فعالیت های غیرقانونی و خشونت در درون دولت آسیب دیده پیشبینی نماید. اما، انتقاد منطقی از سیاست های داخلی دولت دیگر نمی تواند به عنوان مداخله خرابکارانه تعریف شود. از آنجا که این نوع مداخله به طور معمول توسط بازیگران خصوصی انجام می شود، ممکن است به سختی چنین عملی را به یک دولت خاص نسبت داد.
- مداخله اقتصادی، فعالیت های یک دولت است که منافع اقتصادی دولت دیگر را تحت تأثیر قرار می دهد. اما، از آنجایی که امروزه تمام کشورهای از لحاظ اقتصادی با یکدیگر مرتبط اند، رفتار یک دولت اغلب بر دولت دیگر نیز تأثیر می گذارد. بنابراین، تعیین حد و مرز بین اقدامات مشروع و کسانی که در واقع مداخله امور داخلی را تشکیل می دهند، دشوار است. از آنجا که حق کمک به توسعه وجود ندارد، امتناع یک دولت برای ادامه حمایت خود را برای کشورهای در حال توسعه نمی تواند شکل اجبار اقتصادی تلقی گردد، در حالی که تحمیل تحریمات، منع یا گاهی اوقات تحریم مرز به دخالت غیر قانونی است.
- وسایل دیپلماتیک می تواند یکی از طرق دخالت باشد زمانی که نشان دهنده فعالیت های نظامی احتمالی یا سایر فعالیت ها با خصوصیت اجباری باشد. تاکنون، به طور کلی این اقدامات دارای آثار جزئی است و ترجیحاً در برگیرنده «اعمال غیر دوستانه» است تا مداخلات.

۲) استثنائات اصل عدم مداخله

اول) مداخله منحيث عمل بالمثل مجاز

از آنجا که حقوق بین المللی واکنش (عکس العمل) در برابر نقض حقوق بین المللی را اجازه می دهد، مداخله می تواند موجه باشد اگر آن اقدام متقابل باشد. اما، در مورد استفاده از قوه، عمل دفاع مشروع باید مطابق با ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد باشد. بنابراین، اقدام متقابل باید پاسخ به حمله مسلحانه باشد. علاوه بر این، چنین مداخله محدود به اصل تناسب است، و به این ترتیب باید هدف آن از بین بردن وضعیت غیر قانونی و متناسب باشد. علاوه بر این، به مجردی که شورای امنیت سازمان ملل متحد اقدام را به منظور پایان دادن به تعارض روی دست می گیرد، مداخله باید متوقف شود.

دوم) مداخله جمعی

با توجه به فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد، شورای امنیت سازمان ملل در مورد اقدامات جمعی علیه تهدید برای صلح، نقض صلح و یا در موارد تجاوز تصمیم می گیرد. اقدامات جمعی حتی ممکن است شامل استفاده از نیروی نظامی در قلمرو دولت شود.^{۲۰۴}

^{۲۰۴}. نگاه کنید به فصل نهم (استعمال قوه).

شورای امنیت سازمان ملل متحد مفهوم «تهدید علیه صلح» را با توجه به نقض شدید حقوق بشر، عدم وجود ساختارهای تشکیلاتی دولت (دولت های در حال ناکامی و یا ناکام) و یا تروریسم بین المللی به عنوان تهدیدی برای صلح و امنیت بین المللی، توسعه داده است.^{۲۰۵}

سوم) مداخله به عنوان کمک در یک جنگ داخلی

کمک در جنگ های مسلحانه داخلی مشروع است اگر وسیله ای کمک، به حکومت قانونی دولت ارائه شود. حمایت از شورشیان و یا یاغی ها (در قالب کمک های مالی، تدارک سلاح، آموزش شخصی و کمک های لوجستیک) به طور کلی غیر قانونی تلقی می شود.^{۲۰۶} ارائه کمک های بشر دوستانه (به عنوان مثال ارائه مراقبت های طبی و یا تخصیص غذا و لباس) به تمام طرفین و افراد متأثر از درگیری هر چند اصل عدم مداخله را نقض نمی کند تا زمانی که این کمک ها هیچ اثر تبعیض آمیز علیه یکی طرفین نداشته باشد. مورد خاص حمایت از مبارزه ملت ها برای اعمال حق خودمختاری است. چنین حمایتی اصل عدم مداخله را نقض نمی کند، زیرا ملت ها محروم شده به اجبار از حق خودمختاری، حق مقاومت با تمام وسایل را دارد به شمول حمایت از دولت های دیگر.^{۲۰۷}

چهارم) مداخله بشر دوستانه

مداخله بشر دوستانه به عنوان یک استثنای اصل عدم مداخله از روی مباحثه مورد بحث است. مداخله بشر دوستانه عبارت از استفاده از نیروهای مسلح به منظور حفاظت افراد یک دولت خارجی جهت نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر توسط دولت آن کشور خارجی است. بحث و گفتگو در مورد مداخله بشر دوستانه بنابراین به صورت نزدیک مرتبط با پذیرش رو به افزایش حمایت جهانی از حقوق بشر است. مداخله بشر دوستانه یک جانبه غیر مجاز ممنوعیت استفاده از قوه بر اساس ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد را نقض می نماید، زیرا چنین عمل در برگیرنده حق دفاع مشروع نیست. مداخله بشر دوستانه در نتیجه نیازمند اجازه شورای امنیت سازمان ملل متحد، بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد است. در نتیجه، نقض های حقوق بشر که علیه مردم دولت ارتکاب یافته است، باید دارای چنان شدت باشد که تهدید برای صلح و امنیت بین المللی را تشکیل دهد. هرگونه اقدام انجام شده توسط ائتلاف دولت (ناتو به عنوان مثال) باید توسط سازمان ملل متحد اجازه داده شود.

^{۲۰۵} به حیث مثال، نگاه کنید به قطعنامه ۱۳۷۳ (۲۰۰۱) شورای امنیت در مورد تهدیدات علیه صلح و امنیت بین المللی که منجر به اعمال تروریستی می شود.

^{۲۰۶} این اصل بازم توسط محکمه بین المللی عدالت در قضیه مربوط به فعالیت های مسلحانه در سرزمین کانگو تأیید شد.

^{۲۰۷} ماده ۷ تعریف تجاوز (قطعنامه ۳۳۱۴ (XXIX) مجمع عمومی سازمان ملل متحد) ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴.

تحولات اخیر در حقوق بین المللی حمایت از حق مداخله بشر دوستانه را بدون اجازه شورای امنیت سازمان ملل متحد به عنوان آخرین چاره حمایت می نماید. با وجود این، شرایط اجازه چنین اقدامی بسیار بحث انگیز است. اعمال اجازه نداده شده (غیر مجاز) شامل استفاده از قوه ماده (۲) (۴) منشور سازمان ملل متحد را نقض می کند. مداخله بشر دوستانه باید از مداخله به منظور محافظت اتباع خود دولت مداخله کننده در خارج از کشور که در بالا بحث شد، تفکیک شود. چنین مداخله ممکن است با مسؤولیت یک دولت برای رفاه اتباع آن توجیه پذیر باشد. اقدامات انجام شده (طبق ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد) محدود به اصول ضرورت و تناسب است.

پنجم) مسؤولیت جهت حمایت نمودن (Responsibility to protect)

در نتیجه مشکلات حل نشده مفهوم مداخله بشر دوستانه، کمیسیون بین المللی مداخله و حاکمیت دولت (ICISS) به منظور توضیح بیشتر جزئیات وفق دادن مسؤولیت جامعه بین المللی ایجاد شد تا جامعه بین المللی در صورت نقض گسترده هنجارهای بشردوستانه عمل کنند در حالی که حق حاکمیت دولت ها را احترام نمایند.^{۲۸} گزارش خود کمیسیون مسؤولیت حفاظت را به عنوان یک مفهوم جدید در برخورد با این مسئله ارائه کرد.^{۲۰۹} مسؤولیت حفاظت در درجه اول بر اساس اصل حاکمیت دولت است که حاکی از آن است که مسؤولیت ابتدایی برای حفاظت از مردم خود دولت، بر عهده خود دولت است. تنها زمانی که دولت قادر و یا مایل به جلوگیری از درد و رنج مردم آن نباشد که به عنوان مثال از جنگ داخلی، شورش، سرکوب و یا ناکامی دولت ناشی شود، اصل عدم مداخله تبدیل به مسؤولیت جامعه بین المللی برای محافظت از افراد مبتلا به درد و رنج می شود. مسؤولیت حفاظت بر مبنای چهار اصل هدایت کننده برای جامعه بین المللی استوار است:

- تعهدات گرفته شده از مفهوم حاکمیت؛
- مسؤولیت شورای امنیت برای حفظ صلح و امنیت بین المللی (ماده ۲۴ منشور ملل متحد)؛
- تعهدات حقوق خاص طبق حقوق بشر و اعلامیه های محافظت از بشر، میثاق ها و معاهدات، حقوق بین المللی بشردوستانه و حقوق ملی؛ و
- رویه در حال توسعه دولت ها، سازمان های منطقه ای و خود شورای امنیت. مسؤولیت محافظت شامل سه رکن است:

۱. مسؤولیت جلوگیری که به این معنی است که جامعه بین المللی هم باید ریشه و هم علل مستقیم جنگ های داخلی و سایر بحران های ناشی از عمل انسان را که جمعیت را در معرض خطر قرار می دهد، مورد خطاب قرار دهد.

۲. مسؤولیت واکنش (عکس العمل) نشان دادن که به این معنی است که جامعه بین المللی باید به شرایط اجبار ضرورت انسان با اقدامات مناسب، پاسخ دهد که ممکن است شامل اقدامات اجباری مانند تحریم ها و تعقیب بین المللی، و در موارد شدید مداخله نظامی شود.

^{۲۰۸}. جهت مطالعه وظایف این کمیسیون نگاه کنید به: <http://www.iciss.ca/pdf-Report.pdf>

^{۲۰۹}. متن کامل گزارش در صفحه اینترنتی: <http://www.iciss-Report.pdf> قابل دریافت است.

۳. مسؤولیت بازسازی که به این معنی است که جامعه بین المللی باید آن را فراهم کند، به خصوص پس از مداخله نظامی، کمک های کامل با جبران، بازسازی و آشتی، پرداختن به علل آسیب که مداخله برای توقف و یا جلوگیری آن طراحی شده بود.

اولین عنصر، مسؤولیت جلوگیری از مهم ترین است. بنابراین، تمام بدیل های جلوگیری باید قبل از مداخله در قالب اقدامات اجباری و یا حتی نیروی نظامی تایید شده، از پا در بیایند. اقدامات اجباری و فضولانه باید تنها به عنوان آخرین چاره استفاده شود.

مسؤولیت حفاظت در نتیجه متفاوت از مفهوم مداخله بشر دوستانه است چنانچه مسؤولیت حفاظت انگیزه دولت های دخالت گر را محدود می نماید و آنها را ملزم به کمک به بازسازی پس از مداخله می نماید. اصل مسؤولیت محافظت هنوز به وضعیت هنجار حقوقی بین المللی نرسیده است. بنابراین، باید صبر کرد و دید که چقدر این دیدگاه در آینده تأثیر گذار می شود.

ششم) مداخله در اثر دعوت

مداخله در اثر دعوت به معنای مداخله نظامی توسط نیروهای خارجی در درگیری های مسلحانه پس از دعوت حکومت دولت مربوطه است.

مداخله می تواند شامل هر دو اجزای نظامی و غیر نظامی شود و از حفاظت صرف از اماکن مهم تا مشارکت فعال در خصومت ها را در بر بگیرد.

علی الرغم اینکه، مداخله در اثر دعوت در حقوق بین المللی پذیرفته شده است، اما مداخله تابع اصول کلی حقوق بین المللی و قواعد خاص است.

مداخله در اثر دعوت ضرورت به رضایت حکومت مشروع دارد. دعوت باید توسط بالاترین ارگان دولت اعلام شود. تاکنون، سایر شرایط رسمی در مورد دعوت و صرف نظر کردن وجود ندارد. اما، اگر دعوت تحت فشار تمدید شده باشد، مداخله نظامی پس از آن نمی تواند موجه باشد و بنابراین متضمن نقض اصل حاکمیت دولت است.

مشروعیت دموکراتیک دولت دعوت کننده شرط الزامی نیست. علاوه بر این، دولت های غیر منتخب نیز می توانند توانایی دعوت نیروهای خارجی را داشته باشند، مادام که آنها دارای حداقل کارایی باشند. اگر یک حکومت کنترل موثر بر بخش هایی از این سرزمین را به هیچ وجه نداشته باشد (حکومت در حال تبعید) این حکومت فاقد صلاحیت گسترش دعوت است.

علاوه بر این، حکومت های انتقالی پس از جنگ مسلحانه داخلی، هرچند مرکب از تمام طرفین مهم مناقشه باشند، به طور کلی مجاز به دعوت نیروهای خارجی مسلحانه بدون توافق احزاب اصلی مخالف نیست.

عملیات نیروهای خارجی در یک کشور بعد از دعوت شدن توسط حکومت مشروع اشغال به مفهوم قوانین لاهه که احترام به قوانین و عرف جنگ در روی زمین است، نیست. تاکنون، در شرایط گذار پس از یک جنگ

^{۲۱۰}. باوجود این، این مسأله صرف در صورت دعوت توسط حکومت صادق است. هر مداخله به پیروی از دعوت یک گروه مخالف مجاز

نیست (ICJ Nicaragua case, para 246).

داخلی، چنین مأموریت ممکن است با اشغال مقایسه شود، به خصوص زمانی که حکومت جدید بتواند شرایط محدود دولت بودن را تأمین نماید.^{۲۱۱} بر اساس یک نظر قانون اشغال در چنین وضعیتی قابل تطبیق است، حتی پس از آنکه دولت جدید شکننده دعوت را توسعه داده باشد.

^{۲۱۱}. این مسأله به حیث مثال در مورد عراق در سال ۲۰۰۴ صادق بود.

فصل یازدهم: حقوق بشردوستانه بین المللی

برخلاف چهارچوب حقوقی که توسل به قوه (Ius ad bellum) را تنظیم می نماید، حقوق بشر دوستانه بین المللی رفتار در درگیری ها (Ius in bello) را مورد رسیدگی قرار می دهد.

مبحث اول) تعریف درگیری مسلحانه

حقوق بشر دوستانه بین المللی فاقد تعریف «درگیری های مسلحانه» است. با وجود این، «هر گونه اختلاف که میان دولت ها ایجاد شود و منجر به مداخله اعضای نیروهای مسلح شود»^{۲۱۲} می تواند درگیری مسلحانه محسوب شود.

حقوق بشر دوستانه بین المللی عرفی با تناقضات بین دو یا چند دولت مربوط بود، در حالی که درگیری ها در درون یک دولت واحد به عنوان مسائل مربوط به صلاحیت داخلی در نظر گرفته می شد و به این ترتیب خارج از محدوده حقوق بین المللی بود.

هرچند تمایز میان درگیری های مسلحانه بین المللی و داخلی هنوز وجود دارد، پیشرفت های اخیر تمایل جامعه بین المللی برای تطبیق تدریجی قواعد حقوق بین المللی بشردوستانه را در درگیری های داخلی افزایش داده است.^{۲۱۳} محکمه بین المللی جزایی یوگوسلوی سابق اظهار داشت که: «درگیری های مسلحانه وجود دارد هر زمان که توسل به نیروی مسلح بین دولت ها خشونت مسلحانه طولانی بین مقامات حکومتی و گروه های سازمان یافته مسلح در داخل دولت وجود داشته باشد».^{۲۱۴} این تعریف شبیه تعریف ماده ۸ (۲) (ز) اساسنامه رم است، که درگیری های مسلحانه غیر بین المللی را به عنوان «درگیری های مسلحانه که در قلمرو یک دولت زمانی که درگیری های مسلحانه طولانی بین مقامات حکومتی و گروه های مسلح سازمان یافته و یا میان چنین گروه ها وجود داشته باشد، رخ دهد» تعریف می نماید.

وضعیت های اختلالات داخلی و تنش ها، از قبیل شورش ها، خشونت جدا و پراکنده یا سایر اقدامات که ماهیت مشابه دارند به عنوان جنگ داخلی محسوب نمی شود. حقوق (عرفی) درگیری های مسلحانه در چنین وضعیتی قابل اجراء نیست. بنابراین شدت عنصر افتراق میان اختلالات داخلی یا تنش ها و طبقه بندی یک وضعیت به عنوان جنگ مسلحانه داخلی است.

² J. Pictet, "Commentary on the Geneva Conventions of 12²August 1949", vol. I, Geneva 1952, p. 29.

² M. N. Shaw, International Law, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1070.

² Prosecutor v. Tadić (Opinion and Judgment) IT-94-1 (7 May 1997), para. 70.

در قضیه تادک (Tadic case) محکمه بین المللی جزایی یوگوسلواوی سابق اشاره کرد که: حقوق بین المللی بشردوستانه تطبیق می شود از زمانی که درگیری آغاز می شود تا لحظه ای که این درگیری حل و فصل می شود و یا موافقت نامه صلح به اجراء در می آید. تطبیق حقوق بین المللی بشردوستانه در نتیجه می تواند از قطع مخاصمات تجاوز نماید. در مورد محدوده جغرافیایی، محکمه بین المللی جزایی یوگوسلواوی سابق اظهار داشت که: حقوق بین المللی بشردوستانه در تمام قلمرو کشورهای درگیر تطبیق می شود و در نتیجه در قلمرو تحت کنترل طرفین درگیر، صرف نظر از میدان جنگ واقعی.^{۲۱۵}

اینکه درگیری های داخلی شامل امور داخلی نیست توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز اعلان شد. به طور مثال، در قطعنامه ۷۸۸ (۱۹۹۲) مربوط به جنگ داخلی در لیبیا، شورای امنیت از تمام « طرفین درگیری و سایرین که دخیل در دیگری بودند خواست، تا شدیداً حقوق بین المللی بشردوستانه را احترام نمایند».^{۲۱۶} دلایل تطبیق حقوق بین المللی بشردوستانه در درگیری های مسلحانه اعم از داخلی و بین المللی در کنار سایر دلایل عبارت اند از:

- درگیری های داخلی به طور فزاینده ای بی رحمانه است؛
 - دولت ها بیشتر و بیشتر به یکدیگر وابسته هستند و در نتیجه احتمالاً بیشتر متأثر از درگیری های داخلی در یک دولت دیگر می شوند؛
 - رفتار با اتباع نه فقط مربوط به دولت خاص، بلکه مربوط به جامعه بین المللی است. کشورهای دیگر باید دخالت نمایند هنگامی که رفتار در بر گیرنده نقض جدی حقوق بشر باشد.
 - یک جنگ مسلحانه داخلی تبدیل به درگیری بین المللی می شود، اگر:
 - دولت دیگر در این درگیری از طریق نیروهای خود دخالت نماید؛ و
 - برخی از شرکت کنندگان در عمل درگیری مسلحانه داخلی از طرف دولت دیگر عمل می نمایند.^{۲۱۷}
- بدیل (جایگزین) دوم نیازمند نه تنها حمایت مالی است، بلکه کنترل موثر بر عملیات ارتکاب یافته توسط شرکت کنندگان به نمایندگی از دولت دیگر.

مبحث دوم) سیر تاریخی چهارچوب حقوقی حقوق بشردوستانه بین المللی

اولین مجموعه ای جامع از قواعد در مورد حقوق جنگ در همایش (کنفرانس) صلح لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ به تصویب رسید. این کنوانسیون، در اصطلاح «قانون لاهه» نامیده می شود و جنگ زمینی و نیروی دریایی را تنظیم می نماید و شامل قواعد مربوط به رفتار کشورهای در حال جنگ است. با وجودی که فن آوری (تکنالوژی) از آن زمان به بعد بسیار پیشرفته است، این کنوانسیون ها هنوز قابل اجراء است، شرایطی که در کنوانسیون های اخیر مورد خطاب قرار نگرفته اند.

² Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT- 94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 Oct 1995), para. 70.

^{۲۱۶} این اعلامیه در چندین قطعنامه های متعاقب مربوط به درگیری ها در سومالیا، جورجیا و افغانستان مورد تأیید مجدد قرار گرفت.

² Prosecutor v Tadić (Judgment) IT-94-1-A (15 July 1999) para. 84.

مکانیسم (سازوکار) های اجرای مناسب آن، در آن زمان موجود نبود، با این نتیجه که رعایت کنوانسیون های لاهه نسبتاً بر رفتار متقابل، افکار عمومی و مفهوم روحیه استوار بود.^{۲۱۸}

پس از قساوت های جنگ جهانی دوم، جامعه بین المللی نیاز حفاظت افراد درگیر جنگ مسلحانه و یا متأثر از آن را احساس کرد. این جنبش منجر به تصویب چهار کنوانسیون ژنو سال ۱۹۴۹ گردید که حفاظت از قربانیان جنگ، غیر نظامیان و زخمی ها، بیماران در جنگ زمینی و کشتی ها غرق شده در دریا را پیش بینی می نماید. غرق شده است. «قانون ژنو» توسط دو پروتکل های اضافی در سال ۱۹۷۷^{۲۱۹} و پروتکل الحاقی سوم سال ۲۰۰۵ تکمیل شد.^{۲۲۰}

براساس محکمه بین المللی عدالت، این دو مجموعه از قواعد، یعنی قانون لاهه و قانون ژنو، در حال حاضر «بسیار زیاد مرتبط اند» که می توانند به عنوان «یک سیستم واحد پیچیده که امروز به عنوان حقوق بین المللی بشردوستانه شناخته می شوند»^{۲۲۱} محسوب کرد.

در کنار کنوانسیون های ژنو و لاهه، معاهدات مختلف بین المللی مکمل این کنوانسیون ها اند و یا قواعد حقوق بین المللی بشردوستانه را معین می نمایند. این معاهدات در کنار سایر مسایل: مسایل مربوط به حفاظت از اموال فرهنگی و محیط زیست در صورت درگیری های مسلحانه و یا منع استفاده از سلاح های خاص را تنظیم می نمایند.^{۲۲۲}

مبحث سوم) کنوانسیون های ژنو - مرور مختصر

قانون ژنو^{۲۲۳} میان نظامیان و کسانی که دخیل در درگیری ها نیستند، تفکیک قایل می شود. سه ماده اول در تمام چهار کنوانسیون مشترک اند: در حالی که ماده مشترک ۲ کنوانسیون ها قابل اجراء در هر درگیری مسلحانه بین المللی بدون نیاز به بیانیه رسمی دولت در حالت جنگ اعلام می نماید، ماده مشترک ۳ اعلام حداقل معیار های را فراهم می کند که دول عضو مکلف به درگیری غیر بین المللی اند.^{۲۲۴}

² M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1055.

^{۲۱۹} پروتکل الحاقی اول کنوانسیون ژنو ۱۲ آگست ۱۹۴۹ در مورد حمایت قربانیان درگیری های مسلحانه بین المللی و پروتکل الحاقی دوم ژنو ۱۲ آگست ۱۹۴۹ در مورد حمایت قربانیان درگیری های غیر بین المللی مسلحانه.

^{۲۲۰} پروتکل الحاقی سوم کنوانسیون ژنو ۱۲ آگست ۱۹۴۹ در مورد تصویب علامت اضافی ممتاز.

^{۲۲۱} جهت مطالعه مفصل فهرست معاهدات و دول عضو آنها که توسط کمیته بین المللی صلیب سرخ ترکیب شده بنگرید به: [http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

^{۲۲۲} جهت مطالعه مفصل فهرست معاهدات و دول عضو آنها که توسط کمیته بین المللی صلیب سرخ ترکیب شده بنگرید به: [http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

^{۲۲۳} افغانستان چهار کنوانسیون ژنو را در ۸ دسامبر ۱۹۴۹ امضاء و در ۲۶ سپتمبر ۱۹۵۹ تصویب کرد. افغانستان به ۱۰ نوامبر ۲۰۰۹ به تروکتل

های اضافی اول و دوم کنوانسیون های ژنو ملحق شد.

^{۲۲۴} این موضوع در ذیل بیشتر توضیح خواهد شد.

الف) کنوانسیون اول ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها و بیماران در جنگ های مسلحانه در میدان نبرد در خشکه (زمین)^{۲۲۵}

کنوانسیون اول ژنو بر اعضای نیروهای مسلح، نیروهای شبه نظامی (ملیشه) سازمان یافته و افراد نیروهای مسلح را همراهی می نمایند، تطبیق می شود. کنوانسیون تصریح می کند که با افراد باید رفتار انسانی شود و نباید کشته و یا زخمی شوند زمانی که اسیر دشمن می شوند، شکنجه و خشونت ممنوع است. زخمی ها و بیماران باید به عنوان اسیران جنگی به رسمیت شناخته شوند و علاوه بر این، برای آنها مراقبت های طبی ارایه شود. علاوه بر این، این کنوانسیون حاوی احکام مربوط به واحدهای طبی که به عنوان مثال نباید مورد حمله قرار بگیرند، می باشد.

ب) کنوانسیون دوم ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها، بیماران و نیروهای غرق شده در دریا^{۲۲۶}
کنوانسیون دوم ژنو احکام مشابه کنوانسیون اول را پیش بینی می نماید، با توجه به وضعیت ویژه ای جنگ ها در دریا. در کنار سایر مسایل، این کنوانسیون رفتار در برابر کشتی شفاخانه ای (بیمارستانی) را تنظیم می نماید.

ج) کنوانسیون سوم ژنو در مورد برخورد با اسیران جنگی^{۲۲۷}

نگرانی مرکزی کنوانسیون سوم رفتار انسانی با اسیران جنگی است. بر اساس ماده ۴، اسیران جنگ عبارت اند از:

(...) افراد متعلق به یکی از طبقه های زیر توسط دشمن اسیر شده اند:

- (۱) اعضای نیروهای مسلح یک طرف درگیری و همچنین اعضای شبه نظامیان (ملیشه) و یا سپاه داوطلب که بخش بخشی از نیروهای مسلح را تشکیل می دهند؛
- (۲) اعضای دیگر شبه نظامیان و اعضای سپاه داوطلب به شمول اشخاص از جنبش های مقاومت سازمان یافته که متعلق به یک طرف درگیری که در داخل و یا خارج از قلمرو خود را عملیات می نمایند هرچند این سرزمین اشغال شده باشد مشروط بر اینکه چنین شبه نظامیان و سپاه داوطلب به شمول چنین جنبش های سازمان یافته مقاومت، شرایط را حایز باشند:

الف) توسط یک فرد مسؤول برای زبردستان خود فرمان داده شود؛

ب) داشتن نشانه ممتاز ثابت که از راه دور قابل شناخت باشد؛

ج) حمل اسلحه آشکارا؛

^{۲۲۵} کنوانسیون اول ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها و بیماران در جنگ های مسلحانه در میدان نبرد در خشکه (زمین) در ۲۷ جولای ۱۹۲۹ امضاء و در ۱۹ جون ۱۹۳۱ نافذ شد. 118 LNTS 303.

^{۲۲۶} کنوانسیون ژنو برای بهبود وضعیت زخمی ها، بیماران و نیروهای غرق شده در دریا در ۱۲ آگست ۱۹۴۹ تصویب و در ۲۱ اکتوبر ۱۹۵۰ نافذ شد. 75 UNTS 85.

^{۲۲۷} کنوانسیون سوم ژنو در مورد برخورد با اسیران جنگی در ۱۲ آگست ۱۹۴۹ تصویب و در ۲۱ اکتوبر ۱۹۵۰ نافذ شد. 75 UNTS 135.

(د) انجام عملیات در مطابقت با قوانین و عرف جنگ؛

(۳) اعضای نیروهای مسلح منظم که اظهار وفاداری به حکومت و یا قدرت می نمایند که توسط قدرت توقیف کننده به رسمیت شناخته نمی شود.

(۴) افرادی که با نیروهای مسلح را بدون اینکه واقعاً عضو آن باشند همراهی می کنند، مانند: اعضای غیر نظامی خدمه طیاره نظامی، خبرنگاران جنگ، قراردادی های تدارکات، اعضای واحدهای کار و یا خدمات مسؤل رفاه نیروهای مسلح، به شرطی که آنها از نیروهای مسلح که آنها را همراهی می کنند اجازه دریافت کرده باشند، که برای اینها باید کارت هویت شبیه به مدل ضمیمه، فراهم نمایند.

(۵) اعضای خدمه، به شمول کارشناسان ارشد، پیلوت ها و کارآموزان تجارت دریایی و خدمه هواپیما غیر نظامی طرفین درگیر که آنها از درمان مطلوب تر طبق هیچ حکمی حقوق بین المللی بهره مند نیستند.

(۶) ساکنان قلمرو غیر اشغال شده که در دیدگاه دشمن سلاح را بدون انگیزه جهت مقاومت در برابر نیروهای مهاجم بر داشته اند، بدون اینکه زمانی برای اینکه خود را به واحدهای مسلح منظم تبدیل نمایند مشروط بر اینکه آنها آشکارا سلاح بر دوش گرفته و قوانین و عرف جنگ را احترام نمایند».

محدوده محافظت شامل ممنوعیت از هرگونه رفتار ضدانسانی و خشونت و ارعاب است. اسیران جنگی باید قربانی اقدامات تلافی جویانه نشوند و حق دارند شخصیت و حیثیت آنها احترام شود. زندانیان جنگ تابع صلاحیت [محاکم] دولتی که آنها زندانی است، اند و می توانند بخاطر ارتکاب جرایم جنگی مجازات شوند.

اگر چه هر دو کنوانسیون سوم و پروتکل الحاقی اول صرف در درگیری های مسلحانه بین المللی قابل تطبیق اند، ماده مشترک ۳ حداقل شرط رفتار انسانی برای افرادی که هیچ نقشی فعال در خصومت ها در یک درگیری مسلحانه غیر بین المللی نداشته اند از شمول اعضای نیروهای مسلح که سلاح های خود را به زمین گذاشته اند، پیش بینی می نماید.

ماده مشترک ۳ اعمال ذیل را در برابر اشخاص ذیل منع قرار می دهد:

- خشونت علیه زندگی و شخصیت، به خصوص قتل از هر نوع، قطع عضو بدن، رفتار ظالمانه و شکنجه؛
- گروگان گیری؛
- بی حرمتی بر حیثیت شخصی، به خصوص برخورد تحقیر و یا اهانت آمیز؛
- صدور و تنفیذ حکم بدون قضاوت قبلی توسط محکمه معین که تضمین های قضایی ای را که توسط ملت های متمدن اجتناب ناپذیر به رسمیت شناخته شده است فراهم نماید.

از آنجا که صرف نظامیان، نه غیر نظامی ها، مستحق وضعیت اسیران جنگی اند، کنوانسیون سوم ژنو ابزار (سند) مهم در مورد تمایز بین نظامیان و غیر نظامیان است.^{۳۸} اگر وضعیت یک شخص مبهم باقی بماند، احکام کنوانسیون

^{۳۸}. سایر احکام که تفکیک میان غیرنظامیان و جنگجویان را مورد رسیدگی قرار می ده، ماده ۴۳ و ۴۴ پروتکل الحاقی اول است:

ماده ۴۳ پروتکل الحاقی اول تصریح می کند که نیروهای مسلح یک طرف درگیری مرکب از تمامی نیروهای سازمان یافته و مسلح، گروه ها و واحد ها که تحت یک فرمان که مسؤل رفتار زبردستان است، می باشد. اما، تعریف «نیروی مسلح» نیاز به یک سیستم داخلی انضباطی دارد که در کنایر سایر مسایل باید مطابق با قواعد حقوق بین الملل که در درگیری های مسلحانه قابل تطبیق اند، اجراء شود.

سوم ژنو باید تطبیق شود، تا زمانی که وضعیت توسط یک محکمه با صلاحیت تشخیص شود (ماده ۵ کنوانسیون سوم).

د) کنوانسیون چهارم ژنو در مورد حمایت اشخاص ملکی در جریان جنگ^{۲۲۹}

کنوانسیون چهارم ژنو قواعد حمایت از غیرنظامیان پس از وقوع جنگ و یا آغاز اشغال تا زمانی که عملیات نظامی متوقف شود را تنظیم می نماید (ماده ۶).

غیر نظامیان تمام افرادی اند که تحت پوشش تعریف رزمندگان که در ماده ۴ کنوانسیون سوم تصریح شده است، قرار نگیرند (بنگرید به بالا). علاوه بر این، کودکان زیر سن ۱۸ سالگی هرگز نمی توانند رزمندگان تلقی شوند.^{۲۳۰} کنوانسیون چهارم ژنو، مجموعه گسترده ای از احکام مربوط به برخورد و حمایت از غیرنظامیان در درگیری های مسلحانه، از جمله احترام به شخصیت، احترام به حیثیت، فرهنگ و عادات مذهبی را فراهم می کند. شکنجه و سایر رفتارهای غیر انسانی است ممنوع است. کنوانسیون چهارم ژنو نیز با وضعیت غیر نظامیان در سرزمین های اشغالی می پردازد. اما، این کنوانسیون فاقد یک تعریف برای اصطلاح «قلمرو تحت اشغال» است.

ه) حقوق درگیری های مسلحانه داخلی

همانطور که قبلاً ذکر شد، کنوانسیونهای چهارگانه ژنو سال ۱۹۴۹ در درجه اول در درگیری های مسلحانه بین المللی اعمال می شود. اما، ماده مشترک ۳ محافظت حداقل را «در صورت درگیری مسلحانه فاقد خصوصیت بین المللی که در قلمرو یکی از طرفهای متعاهد معظم اتفاق می افتد (...).» پیش بینی می نماید

اعضای نیروهای مسلح طرف درگیر رزمندگان اند و به این ترتیب حق مشارکت به طور مستقیم در خصومت را دارند (به جز پرسونل طبی و افسر امور دینی).

ماده ۴۴ فقره ۳ پروتکل الحاقی اول تصریح می نماید که رزمندگان مکلف اند تا خود را از جمعیت غیر نظامی متمایز نمایند در حالی که آنها در یک حمله مصروف اند و مصروف آمادگی عملیات نظامی حمله اند. در اوضاع ای که در آن تفکیک امکان پذیر نیست، یک مبارز مسلح موظف است به حمل سلاح به صورت آشکارا در جریان هر درگیری نظامی و در جریان چنین زمان که او قابل مشاهده است به دشمن، در حالی که او درگیر در مأموریت نظامی است. راه دیگر برای تشخیص از افراد ملکی، پوشیدن یونیفورم نظامی است (فقره ۷).

ماده ۴۵ پروتکل الحاقی اول این حکم را گسترش می دهد و تصریح می نماید که هر شخصی در خصومت ها شرکت می نماید و اسیر طرف دشمن می شود، باید اسیر جنگی فرض شود و در نتیجه باید توسط کنوانسیون ژنو سوم حمایت شود.

^{۲۲۹} کنوانسیون ژنو در مورد حمایت اشخاص ملکی در جریان جنگ در ۱۲ اگست ۱۹۴۹ تصویب و در ۲۱ اکتوبر ۱۹۵۰ نافذ شد. 75 UNTS 287.

^{۲۳۰} نگاه کنید به پروتکل اضافی کنوانسیون حقوق طفل در مورد دخیل ساختن اطفال در درگیری مسلحانه که در ۲۵ می ۲۰۰۰ تصویب و در ۱۲ فبروری ۲۰۰۲ نافذ شد. 2173 UNTS 222 افغانستان در ۲۴ سپتمبر ۲۰۰۳ به این کنوانسیون ملحق شده است.

اما، محدوده این حکم مبهم است و در نتیجه با مشکلات متعددی در زمینه اجرای روبرو است. بنابراین در پروتکل اضافی دوم، در سال ۱۹۷۷ به تصویب رسید. ماده ۱ پروتکل اضافی دوم تصریح می نماید که: «این پروتکل (...) باید به تمام درگیری های مسلحانه تطبیق شود (...). که در قلمرو طرف متعاقد معظم بین نیروهای مسلح آن و نیروهای مسلح مخالف و یا سایر گروه های مسلح سازمان یافته که تحت فرمان مسؤول، چنین کنترل را بخشی از قلمرو آن اعمال می نماید تا آنها را به انجام عملیات پایدار و هماهنگ نظامی قادر بسازد. (...)

این پروتکل نباید در وضعیت های اختلالات داخلی و تنش ها اعمال شود از قبیل: شورش، اعمال خشونت جدا و پراکنده و سایر اقدامات دارای طبیعت مشابه که درگیری مسلحانه نیست». پروتکل دوم احکام مختلف را برای حفاظت از غیرنظامیان و بخش گسترده ای از ممنوعیت ها مانند خشونت علیه زندگی، سلامت جسمی و یا ذهنی افراد، قتل و رفتار بی رحمانه از قبیل: شکنجه و یا قطع عضو بدن، مجازات دسته جمعی، گروگان گیری، اقدامات تروریستی، برخورد تحقیر و یا اهانت آمیز، تجاوزجنسی، برده داری اجرا فحشاء و تجارت برده در تمامی اشکال و یا غارت آنها (ماده ۴ پروتکل دوم). کودکان، زندانیان و زخمی ها و بیماران نیز در پروتکل اضافی دوم محافظت شده اند.

مبحث چهارم) رفتار جنگ

یکی از اصول عمده در حقوق بین المللی بشردوستانه این است که طرفین درگیری به شدت باید بین اهداف نظامی و غیر نظامی در هنگام راه اندازی یک حمله تفکیک قایل شوند. صرف اهداف نظامی، اهداف مشروع هستند. اهداف نظامی «آن دسته اهدافی اند که توسط طبیعت، محل، هدف و یا استفاده کمک موثر به اقدام نظامی و مجموع یا جزء تخریب، تسخیر و یا خنثی سازی، در اوضاع حاکم در آن زمان، یک مزیت نظامی قطعی ارایه می نماید» (ماده ۵۲ (۲) پروتکل الحاقی اول).

مشکل در این زمینه «کاربرد دوگانه» اهداف است؛ یعنی: اهداف هم برای اهداف غیر نظامی و هم نظامی استعمال می شوند. چنین اهدافی، به عنوان مثال، جاده ها، پل ها یا برج برق اند. مهاجم قبل از اینکه حمله را راه اندازی نماید، باید ارزیابی نماید که آیا به هدف کمکی به اقدام نظامی دولتی که مورد حمله قرار می گیرد می نماید، و آیا تخریب آن مزیت نظامی برای دولت حمله کننده خواهد داشت.

حملات مستقیم علیه غیر نظامیان و حملات عاری از تبعیض به صراحت ممنوع است. در یک حمله مستقیم، مهاجم عمداً غیرنظامیان را هدف قرار می دهد، در حالی که راه اندازی حمله عاری از تبعیض به این معنی است که مهاجم مراقبت نمی کند که، اهداف غیر نظامی یا نظامی هستند.^{۳۳۱}

^{۳۳۱}. ماده ۵۱ (۲) و (۴) پروتکل اضافی کنوانسیون های ۱۲ اگست ۱۹۴۹ در مورد حمایت قربانیان جنگ های بین المللی مسلحانه (پروتکل اول) ۸ جون ۱۹۷۷.

باتوجه به شرایط، عملیات تلافی جویانه ممکن است مشروع و در عین حال آنها باید متناسب با عمل غیر قانونی قبل و به منظور متوقف کردن وضعیت غیر قانونی باشد. علاوه بر این، عمل تلافی جویانه نباید علیه اسیران جنگی و یا اهداف غیر نظامی صورت پذیرد.

حمله به ساختمان های فرهنگی یا مذهبی و یا امکانات که بقای غیرنظامیان را تضمین می نماید نیز ممنوع است مگر اینکه چنین اهدافی پیشتیبانی مستقیم برای نیروهای مسلح فراهم نماید.

ساختمان های خطرناک مانند ایستگاه های هسته ای تولید یا دیوار های محافظی هرگز نباید هدف یک حمله قرار بگیرد. علاوه بر این، دولت ها «باید در نتیجه هرگز به استفاده از سلاح هایی که از تمایز بین اهداف نظامی و غیر نظامی ناتوان اند استفاده نمایند».^{۲۲۲}

با وجودی که طرفین درگیری برای انتخاب روش جنگ آزاد هستند، اسلحه های متعدد و موشک ها توسط معاهدات بین المللی ممنوع شده اند، به ویژه آنهایی که باعث « درد و رنج غیر ضروری» به رزمندگان می شوند (ماده ۳۵ (۲) پروتکل الحاقی اول). بنابراین، به عنوان دومین اصل برجسته در حقوق بین الملل بشردوستانه، ضرورت های نظامی و منافع انسان دوستانه باید متعادل شوند.

این دو اصل حقوق عرفی هستند و به این ترتیب بر کلیه دولتها صرف نظر از خصوصیت داخلی یا بین المللی درگیری مسلحانه و یا وضعیت تصویب کنوانسیون بین المللی مربوطه تطبیق می شوند.

مبحث پنجم) اشغال نظامی

اشغال موثر به عنوان یک روش اکتساب سرزمین در فصل قبلی این رهنمود مورد بحث قرار گرفت. باوجوداین، برخلاف اشغال موثر، اشغال نظامی به تمامیت ارضی محق نیست. در جریان اشغال نظامی، نیروهای مسلح یک دولت صرفاً بر قلمرو خارجی، دولت قبلاً مستقل اعمال صلاحیت می نمایند.

اگر یک یا چند دولت سرزمینی را در طی یک درگیری مسلحانه اشغال نمایند، اشغال نظامی، اشغال متخاصم نامیده می شود. اگر اشغال در صورت فقدان درگیری مسلحانه و یا بعد از اینکه خصومت ها متوقف شده است، رخ دهد، آن را اشغال آرام می نامند. دومی می تواند بر اساس توافق بین کشورهای مربوطه، به طور معمول یک پیمان صلح باشد. این توافق اختیارات و مسؤولیت های کشور اشغال شده و نیروهای خارجی را تنظیم می نماید. جنبه های قانونی اشغال نظامی در «حقوق اشغال» مورد رسیدگی قرار می گیرد که بخشی از حقوق بین المللی بشر دوستانه است. هم قوانین لاهه و هم کنوانسیون چهار ژنو بخش گسترده ای از احکام در مورد حقوق اشغال، که به وظایف و مسؤولیت های قدرت اشغالگر از آغاز آن تا زمان ختم آن و حتی فراتر از می پردازد.

در نتیجه این چهارچوب حقوقی قوی، اشغال نظامی تابع محدودیت های مختلفی از قبیل نیاز برای مشروع سازی خاص یا تضمین زندگی ساکنان سرزمین های اشغالی که ممکن است به اندازه کم تحت تاثیر قرار بگیرند. اشغال نظامی دارای دو شرط حقوقی است:

- اولاً، در نتیجه خصومت ها، حکومت موجود قادر به اعمال هر گونه قدرت در قلمرو منطقه اشغالی نیست.

² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep. 226, 257.

• ثانياً، قدرت اشغالگر باید قادر به اعمال کنترل موثر بر آن سرزمین باشد. این که آیا این شرط متحقق می شود یا خیر، باید قضیه به قضیه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد زیرا اندازه کنترل موثر تاکنون تعیین نشده است. به طور کلی، این امر زمانی کافی تلقی می شود که قدرت اشغالگر قادر به ارسال سربازان در طی مدت زمان معقول برای اینکه قدرت آن احساس شود باشد. بنابراین، نیروهای اشغالگر لازم نیست که در تمام نقاط سرزمین اشغالی در هر زمان حاضر باشند. از سوی دیگر، یک قلمرو اشغال شده محسوب نمی شود مگر این که نیروهای خارجی مقداری کنترل بر این منطقه ایجاد کرده باشند.

اشغال نظامی یک واقعیت پنداشته می شود. از همین جهت می گویند که نه اعلام اشغال ضرور است، نه ایجاد یک اداره اشغال. اما، چون رژیم اشغالگر تنها خصوصیت عملی (De facto) دارد، تنها برای مدت زمان محدود وجود دارد، یعنی تا زمانی که مناقشه حل و فصل شود و حکومت دولت بتواند دوباره اعمال صلاحیت نماید. بنابراین، کنترل بر قلمرو صرف کنترل مؤقتی است.

مبحث ششم) رابطه میان حقوق بشر بین الملل و حقوق بشردوستانه بین المللی

رابطه بین حقوق بشر بین المللی و حقوق بین المللی بشردوستانه به صورت مباحثه آمیز میان دانشمندان بین المللی مورد بحث قرار گرفته است.

محکمه بین المللی عدالت در نظر مشورتی در مورد تهدید یا استفاده از سلاح های هسته ای و اعلام و در نظریه مشورتی در مورد آثار حقوقی ساخت دیوار در سرزمین های اشغالی فلسطین مجدداً تأیید نمود که حمایت از طریق معاهدات بین المللی حقوق بشر هنوز هم در جریان درگیری های مسلحانه قابل اجراء است.

اما، حقوق بشردوستانه بین المللی در این وضعیت (LEX specialis) است.

دیوان در نظر مشورتی خود در مورد آثار حقوقی ساخت دیوار در سرزمین های اشغالی فلسطین سه صورت نظریه های مرتبط را را انکشاف داد: برخی از مسائل منحصراً مسائل مربوط به قانون حقوق بشر اند، برخی منحصراً مسائل مربوط به حقوق بشردوستانه بین المللی و برخی ممکن است توسط هر دو شاخه تحت پوشش داده شوند.^{۲۳۵} بنابراین هر دو شاخه از حقوق باید در شرایط درگیری های مسلحانه در نظر گرفته شوند. متأسفانه، محکمه موفق به اعلام چگونگی تخصیص حقوق مربوط به دو شاخه های مختلف و اینکه آیا حقوق بشردوستانه بین المللی است که همیشه (LEX specialis) است، حتی زمانی که قانون حقوق بشر تخصیصی تر است.^{۲۳۶}

² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (8 July 1996), I.C.J. Reports 1996, para. 25.

² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territories, Advisory Opinion, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, para. 106.

² Id. at para. 106.

² N. Quéniwet in R. Arnold and N. Quéniwet (Ed.), International humanitarian law and human rights law - Towards a new merger in international law, Nijhoff, Leiden (2008), p. 11.

بنابراین، این بحث تا کنون ادامه دارد، و برخی از نویسندگان استدلال می نمایند که: این دو شاخه باید مرتبط
«و رژیم حمایتی دوجانبه» تلقی شوند.^{۲۳۷}

مبحث هفتم) تنفیذ (اجرای) حقوق بشردوستانه بین المللی

دول عضو به کنوانسیون های ژنو و پروتکل های اضافی مکلف به احترام و تضمین احترام به کنوانسیون ها در تمام اوضاع و بهبود تصدیق اصول حقوق بین المللی بشردوستانه اند. هر گونه بی توجهی به قواعد عرفی حقوق بشردوستانه در نتیجه متضمن نقض حقوق بین المللی است که مسؤولیت دولت را در قبال دارد. علاوه بر این، برخی از روش های دیگر اجراء توسعه یافته اند:

الف) مفهوم قدرت حفاظت کننده

قدرت حفاظت کننده توسط طرفین درگیری به منظور نظارت بر برخورد اتباع که اسیر طرف دیگر شده اند، تعیین می شود. قدرت حفاظت کننده رعایت تمام احکام مربوط را تضمین می نماید و به علاوه یک کانال ارتباطی بین طرفین و اتباع آنها را فراهم می کند. تاکنون، در عمل این مفهوم بسیار مؤثر نیست، زیرا این امر وابسته به رضایت هر دو طرف است.

ب) کمیسیون حقیقت یاب بین المللی

این کمیسیون در ماده ۹۰ پروتکل الحاقی به منظور تحقیق در مورد حقایق که به مفهوم کنوانسیون ژنو و پروتکل الحاقی اول^{۲۳۸} متضمن نقض فاحش اند و ایجاد دوباره احترام به کنوانسیون های ژنو و پروتکل الحاقی اول از طریق مساعی جمیله، پیش بینی شده است. علاوه بر این، طرفین درگیری برای ایجاد کمیسیون تحقیق مؤقت برای تحقیق و تفحص از نقض حقوق بین المللی بشردوستانه آزاد اند.

ج) حقوق جزا بین المللی

نقض حقوق بین المللی بشردوستانه ممکن است صلاحیت جهانی را در قبال داشته باشد.^{۲۳۹} کنوانسیون های ژنو تحریم نقض فاحش توسط تمام دولت عضو را پیش بینی می نماید و در نتیجه نقض فاحش^{۲۴۰} صلاحیت جهانی را ایجاد می نماید. هر یک از کنوانسیون های ژنو عناصر خاص نقض فاحش برای اوضاع مختلف که توسط این کنوانسیون مورد خطاب قرار گرفته است را تعریف می نماید. محکمه جزایی بین المللی، بر رسیدگی به جرم

² Ibid.(Ed.), p. 9.

3

7

^{۲۳۸}. همچنین نگاه کنید به فصل هفتم (صلاحیت).

^{۲۳۹}. تعریف «نقض فاحش» در مواد ۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷ چهار کنوانسیون ها و نیز ماده ۸۵ پروتکل اضافی اول تصریح شده است.

^{۲۴۰}. صلاحیت در مورد نقض فاحش در مواد ۴۹ کنوانسیون اول ژنو، ماده ۵۰، ۵۱، ۱۳۰ و ۱۴۷ چهار کنوانسیون های ژنو و نیز ماده ۸۵ پروتکل اضافی اول پیش بینی شده است.

نسل کشی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و جرم تجاوز (ماده ۵ (۱) اساسنامه روم) صلاحیت دارد. در حالی عناصر سه جرم اول در این اساسنامه تعریف شده است. اذّر مورد تعریف جرم تجاوز صرف به تازگی توافق شده است. با وجود این، محکمه جزایی بین المللی تاکنون صلاحیت رسیدگی به جرم تجاوز را ندارد.

توسعه حقوق جزای بین الملل مفهوم مسؤولیت فردی را ایجاد و امکان تحت تعقیب قرار دادن افرادی را که مرتکب جنایات بین المللی می شوند، فراهم کرده است. این امر در ماده (۱) اساسنامه روم تصریح شده است که: «این محکمه قدرت دارد تا صلاحیت خویش را بر اشخاص برای شدید ترین جرائم بین المللی، که در این اساسنامه به آن اشاره شده است اعمال نماید و مکمل صلاحیت جزایی ملی می باشد».

د) سازمان صلیب سرخ بین المللی

فدراسیون بین المللی صلیب سرخ و جوامع هلال احمر، فعال ترین و موثر ترین نهاد انسانی در نظارت بر رعایت و اجرای حقوق بین المللی بشردوستانه است. این فدراسیون از کمیته بین المللی صلیب سرخ (ICRC) و کمیته های مختلف ملی صلیب سرخ و یا جوامع هلال احمر تشکیل شده است.

کمیته بین المللی صلیب سرخ نظارت بر تطبیق کنوانسیون های ژنو می نماید در مورد حقوق بین المللی بشردوستانه به منظور بهبود چهارچوب حقوقی آن تحقیق می نماید. کمیته بین المللی صلیب سرخ نیز در این زمینه آماده است، به خصوص در همه انواع بلایای طبیعی و در درگیری مسلحانه اعم از داخلی و بین المللی. یکی از عملکرد های اصلی این کمیته به عنوان مثال ملاقات از زندانیان اردوگاه های جنگی است و کمیته بین المللی صلیب سرخ اغلب در مذاکرات و آماده سازی تبادل زندانیان دخیل است.

فصل دوازدهم: سازمان های بین المللی

مبحث اول (مقدمه)

سازمان های بین المللی سازمانهای اند که «توسط یک معاهده یا ابزار (اسناد) دیگر که توسط حقوق بین الملل تنظیم می شود ایجاد شده و دارای شخصیت حقوقی خویش اند». سازمان های بین المللی به عنوان راهی برای افزایش همکاری بین کشورهای آغاز شد و فراتر از تماس های دیپلماتیک و معاهدات رفته است. تعداد سازمان ها همواره رو به افزایش است و شامل سازمان های منطقه ای و سازمان های که با ساحت خاص از عمل از قبیل یکپارچگی اقتصادی می شود. سازمان های بین المللی تاثیر زیادی در توسعه حقوق بین الملل دارد: از یک طرف به دلیل عملکرد سازمان ها که نباید با تاثیر عملکرد دولت در ظهور هنجارهای حقوق عرفی مغالطه نشود. از طرف دیگر، سازمان های بین المللی چهارچوب گسترده ای از هنجارهای حقوقی بین المللی را توسعه داده اند که فعالیت سازمان ها و روابط بین المللی را به طور کلی تنظیم می نماید.

الف) خصوصیات سازمان های بین المللی

در اصل، معاهدات بین المللی به سازمان های بین المللی به عنوان سازمان های درون حکومتی که اعضای آن تنها دولت ها بوده اند، ارجاع داده اند. اما، پیش نویس مسؤلیت سازمان های بین المللی در ماده ۲ تعریف می نماید که: «سازمان های بین المللی ممکن است به عنوان عضو، علاوه بر دولتها، نهادهای دیگر را نیز شامل شود». سازمان های بین المللی دارای شخصیت حقوقی هستند و خود از تابعین حقوقی بین الملل اند، جدا از شخصیت حقوقی دولت های عضو. سؤال شخصیت حقوقی گاهی اوقات در معاهده ای مؤسس این سازمان ها تنظیم می شود. در سایر حالات شخصیت حقوقی سازمان از صلاحیت و یا اهداف سازمان در عمل ناشی می شود.^{۲۴۳}

داشتن شخصیت حقوقی بین المللی حاکی از آن است که سازمان دارای حقوق و تکالیف بین المللی است. سازمان

^{۲۴۲}. طرح (مسوده/پیش نویس) در مورد مسؤلیت سازمان های بین المللی (۲۰۰۹) گزارش در مورد کار جلسه شصت و یکم کمیسیون ۴ می تا ۵ جون و ۶ جولای تا ۷ آگست ۲۰۰۹) A/64.10.

^{۲۴۳}. در مورد سازمان ملل متحد، محکمه بین المللی عدالت تصریح نمود که: با توجه به اهداف و اصولی که در منشور سازمان ملل متحد تصریح شده است، شخصیت حقوقی بین المللی سازمان ملل متحد حتمی است.

(Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations-case; ICJ Reports, 1949, p. 174.)

های بین المللی در نتیجه قادر به اجرای فعالیت در صحنه بین المللی بدون نیاز به اقدام از طریق کشورهای عضو و مستقل از هر گونه تأیید توسط این دولت ها است.

برخی از معاهدات که یک سازمان بین المللی را ایجاد می نمایند، شامل قواعدی رسیدگی به شخصیت حقوقی در داخل نظام حقوقی داخلی دولت های (عضو) است. به عنوان مثال، سازمان بین المللی اجازه انعقاد و اکتساب مال را و یا سایر اهلیت های حقوقی که برای دستیابی به اهداف آن ضروری است را دارد.

اما، ممکن است دولتی که عضو سازمان بین المللی نیست مکلف به پذیرفتن شخصیت حقوقی سازمان باشد، یا بخاطر توافق با این سازمان و یا بر اساس قواعد حقوق بین الملل خصوصی.^{۲۴۴}

اما، هر چند یک سازمان بین المللی دارای حقوق و تکالیف خاصی بر اساس حقوق بین الملل باشد، این حقوق و تکالیف باید در ابزار های (اسناد) تشکیل دهنده پیش بینی شده باشد. بنابراین، شخصیت حقوقی سازمان بین المللی متفاوت از شخصیت حقوقی «اصلی» که دولت ها حایز آن اند، است.

ب) اسناد مؤسس (تشکیل دهنده)

اسناد مؤسس که یک سازمان را ایجاد می نمایند، معاهدات چند جانبه بین کشورهای عضو است که یکی از تابعین جدید حقوق بین الملل را ایجاد می نمایند. از آنجا که این ابزارها (اسناد) بر کشورهای عضو لازم الاجرا است و حقوق و تکالیف برای کشورهای عضو در قبال دارد، این اسناد توسط حقوق معاهدات در بر گرفته می شوند.^{۲۴۵}

اما، از آنجا که این معاهدات «تابعین جدید حقوق را که دارای استقلال خاص اند» ایجاد می نماید، این معاهدات «ممکن است مستحق توجه ویژه هنگامی که زمان تفسیر این اسناد مؤسس فرا می رسد، باشند». به منظور تفسیر اهداف سازمان بین المللی، توجه زیاد در نتیجه ممکن است به مقاصد و یا (Travaux préparatoires) تدوین کنندگان اصلی آن مبذول شود. اسناد مؤسس شامل صلاحیت سازمان بین المللی خاص است، که به عنوان مثال می تواند قرار ذیل باشد:

- صلاحیت تقنین (قانون سازی / وضع قانون)؛
- اهلیت اقامه دعوی بین المللی (این صلاحیت برای سازمان ملل متحد در قضیه پرداخت غرامت که در آن سازمان ملل متحد اجازه داده شد، دعاوی ای را علیه دولت ها برای وارد کردن اضرار مستقیم به سازمان، اقامه نماید)؛
- حمایت و وظیفوی نماینده های اشخاص (در مورد این صلاحیت نیز در قضیه پرداخت غرامت تصمیم گرفته شد)؛
- ایستادن در حضور محاکم بین المللی؛

² M. Shaw, Public International Law, p. 1299 f.

^{۲۴۵}. نگاه کنید به فصل پنجم (حقوق معاهدات).

² Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep. 66, pp. 1, 14 - 15.

- مسؤولیت؛ و
- حق ارسال مأموریت های مشابه با دیپلمات های دولت.

ج) قانون مناسب سازمان های بین المللی

به طور کلی، حقوق بین الملل قابل تطبیق بر سازمان های بین المللی است. اما، در برخی از موارد، قانون ملی مناسب نیز می تواند بر سازمان ها اعمال شود. به عنوان مثال، زمانی که یک سازمان بین المللی زمین خریداری نماید و یا بفروشد و یا زمانی که قراردادهای خدمات و غیره را منعقد نماید. علاوه بر این، قانون داخلی یک سازمان بین المللی روابط استخدامی را تنظیم و ارگان های سازمان را ایجاد و عملکرد این ارگان ها را تنظیم می نماید.

د) مسؤولیت سازمان های بین المللی

از آنجا که سازمان های بین المللی دارای شخصیت حقوقی خویش اند، مسؤولیت آنها از مسؤولیت دولت های عضو آنها متفاوت است.

با وجود این، شباهت های می تواند از حقوق مسؤولیت دولت استنباط شود.^{۲۴۷} یک سازمان بین المللی می تواند مسؤول نقض تعهدات بین المللی یا حقوق بین الملل عرفی تلقی شود در صورتی که رفتار یک ارگان آن بتواند به این سازمان نسبت داده شود.^{۲۴۸}

سؤالات مربوط به مسؤولیت یک سازمان بین المللی در چهارچوب عملیات پاسداری از صلح سازمان ملل متحد مربوط می شود: سازمان ملل متحد مسؤولیت را پذیرفته و جبران خسارت برای قربانیان اعمال غیر قانونی ارتکاب یافته توسط اعضای نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد را پرداخته است، مگر برای آن دسته از اعضا که تحت صلاحیت محاکم دولت های ملی خود قرار نگرفتند. این مسأله که آیا اعضای نیروی های حافظ صلح تحت صلاحیت محاکم دولت های ملی خود قرار می گیرند یا نه بستگی به مأموریت خاص سازمان ملل متحد دارد.^{۲۴۹}

در باره مسؤولیت بین المللی، محکمه بین المللی عدالت در قضیه جبران تصمیم گرفت که وقتی یک سازمان بین المللی و یا یکی از ارگان های آن قربانی عمل خلاف قانون یک دولت می شود، سازمان «باید قادر باشد تا از دولت مسؤول تقاضای (...) جبران خسارت نماید».^{۲۵۰} محکمه به این نتیجه رسید که دولت های عضو سازمان

^{۲۴۷}. نگاه کنید به فصل چهارم.

^{۲۴۸}. شبیه پیش نویس مواد در مورد مسؤولیت دولت، کمیسیون حقوق بین الملل پیش نویس مواد در مورد مسؤولیت سازمان های بین المللی را به وجود آورده است. این ها در گزارش جلسه شصت و یکم کمیسیون حقوق بین المللی فهرست شده است (۴-۵ می، جون و ۶ جولای، آگست ۲۰۰۹) و در صفحه انترنتی ذیل قابل دریافت است:

<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2009/2009report.htm>.

² M. Shaw, Public International Law, p. 1313.

² Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep. 174, p. 184.

ملزم اند تا مأموران سازمان ملل متحد را قادر به انجام وظایف آنها نمایند. بنابراین، اگر یک دولت چنین تعهدی را از طریق مجروح یا ناتوان ساختن نماینده سازمان ملل تا وظایف خود را انجام داده نتواند نقض نماید سازمان باید قادر به ادعای پرداخت غرامت برای خسارت « که توسط قربانی (مجنی علیه) یا توسط افرادی که توسط آن اجازه داده شده است، متحمل شده است»^{۲۵۱} باشد.

ه) رابطه میان سازمان های بین المللی و دولت های ثالث

اگر یک سازمان بین المللی فاقد شخصیت حقوقی باشد، این سازمان نمی تواند مسئول خسارات وارده بر کشورهای ثالث باشد. در چنین وضعیتی، کشورهای عضو این سازمان در قبال هر گونه عمل غیر قانونی که به این سازمان نسبت داده می شود، مسئولیت دارند.

اما، اگر سازمان دارای شخصیت حقوقی باشد، در قبال هر یک از فعالیت های خود مسئولیت دارد. هنوز سؤال مسئولیت دولت عضو ممکن است به عنوان یک موضوع فرعی به وجود آید. به عنوان یک قاعده کلی، اصل (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) قابل اجرا می باشد. این اصل به این معنی است که که معاهدات صرف نسبت به اشخاص ثالث پس از موافقت آنها، ایجاد تعهد می نماید. ^{۲۵۲} دژ نتیجه، کشورهای عضو سازمان بین المللی فاقد شخصیت حقوقی مسئول نسبت به اشخاص ثالث نیست، اگر آن دولت ها وارد یک رابطه حقوقی با این سازمان شده شوند.

و) پاسخگویی سازمان های بین المللی

سؤال پاسخگویی فراتر از مفاهیم مسئولیت و ملزم بودن می رود و حتی اعمال قانونی صلاحیت نیاز به پاسخگویی در اشکال حقوقی، سیاسی، اداری و مالی است.^{۲۵۳} برخی از اصول اعمال صلاحیت پاسخگو در قواعد و عملکرد توصیه که توسط کمیته پاسخگویی سازمان های بین المللی تسوید شده است، درج شده است.^{۲۵۴} این اصول عبارت اند از:

- اصل حکومت داری خوب؛
- اصل حسن نیت؛
- اصل انطباق با قانون اساسی و تعادل نهادی؛
- اصل نظارت و کنترل در مورد ارگان های فرعی؛
- اصل بیان دلایل برای تصمیم گیری؛
- اصل بیان دلایل برای تصمیم گیری و یا یک عمل خاص؛

² Ibid., p. 184.

5

1

^{۲۵۲}. نگاه کنید به مواد ۳۴ و ۳۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات.

² M. Shaw, *Public International Law*, p. 1318.

3

^{۲۵۴}. گزارش نهایی کمیته در صفحه انترنتی ذیل قابل دریافت است:

- اصل نظم رویه ای (شکلی)؛
- اصل عینیت و بیطرفی؛ و
- اصل سعی و کوشش مقتضی.

ز) انحلال و جانشینی سازمان های بین المللی

شرایط انحلال یک سازمان بین المللی به طور معمول در سند مؤسس آن سازمان تصریح می شوند. انحلال، به عنوان مثال، ممکن است که توسط اکثریت خاصی از آراء توسط کشورهای عضو تصمیم گرفته شود، و یا سازمان تنها برای یک دوره معینی از زمان تأسیس شود و یا تأریخ انقضای سازمان در سند مؤسس آن درج شود. انحلال یک سازمان ممکن است در برخی موارد توسط عالی ترین نماینده آن تصمیم گرفته شود. وظایف، حقوق و تعهدات یک سازمان بین المللی می تواند با توافق به یک سازمان دیگر منتقل شود که به طور معمول این توافق به عواقب ناشی از جانشینی نیز می پردازد.

مبحث دوم) نظام سازمان ملل متحد

سازمان ملل متحد در سطح جهان بزرگترین سازمان بین المللی است. این سازمان در سال ۱۹۴۵ توسط ۵۱ کشور با هدف حفظ صلح و امنیت بین المللی پس از جنگ جهانی دوم تأسیس شد. در حال حاضر ۱۹۳ کشور عضو سازمان ملل متحد اند، از جمله افغانستان که در سال ۱۹۴۶ عضویت این سازمان را کسب کرده است. جدید ترین عضو سازمان ملل متحد دولت جمهوری جنوب سودان است که در ماه جولای سال ۲۰۱۱ به این سازمان ملحق شده است.

در نتیجه خصوصیت منحصر به فرد بین المللی سازمان ملل متحد و صلاحیت اعطاء شده در اساسنامه آن، سازمان ملل متحد می تواند در بخش گسترده ای از مسائل، از حفظ صلح تا توسعه اقدام نماید. سازمان ملل متحد محل اجتماع برای کشورهای عضو از طریق مجمع عمومی، شورای امنیت، شورای اقتصادی و اجتماعی و سایر نهادها و کمیته ها فراهم می نماید تا به بیان دیدگاه های خود بپردازند.

الف) منشأ و سیر تأریخی

تصمیم ایجاد یک سازمان که همه کشورهای جهان را در بر بگیرد، برای حفظ صلح، پس از اینکه جنگ جهانی دوم به پایان رسید، برمی گردد به منشور آتلانتیک (۱۹۴۱) ۱۴ آگست ۱۹۴۱^{۲۰۰}. این منشور از جمله شامل اصل ایجاد صلح: «که به همه ملت ها، وسایل اقامت گزیدن در مصوونیت در درون مرزهای خود را فراهم نماید» بود (اصل ۶). علاوه بر این، هدف این، آرزو « فراهم کردن کمال همکاری بین تمام ملل در زمینه اقتصادی با هدف تأمین امنیت برای همه، بهبود معیارهای کار، پیشرفت اقتصادی و امنیت اجتماعی بود» (اصل ۵). در روز سال نو

۱۹۴۲ «اعلامیه سازمان ملل متحد» در واشنگتن دی سی به امضا رسید، و ۲۶^{۲۵۶} حکومت به برنامه مشترک اهداف و اصول مندرج در منشور آتلانتیک صحنه گذاشتند.

تشکیل سازمان ملل متحد به عنوان پاسخ به شکست سلف خود، جامعه ملل تلقی شد. نوآوری های مهم در سازمان ملل غیرقانونی اعلام شدن استفاده از نیروی نظامی بین دولت ها به جز در دفاع مشروع و نظام امنیت جمعی، با شورای امنیت با داشتن صلاحیت برای اقدام از طریق نیروی نظامی بود.

ب) تشکیل سازمان ملل متحد

طبق ماده ۷ منشور سازمان ملل متحد ارگان های اصلی سازمان ملل متحد عبارت اند از:

- مجمع عمومی؛
- شورای امنیت؛
- شورای اقتصادی و اجتماعی (ECOSOC)؛
- شورای قیمومت؛
- محکمه بین المللی عدالت (ICJ)؛
- و دارالانشاء است.

مهم ترین ارگان ها برای تحقق وظایف اصلی این سازمان، یعنی برای حفظ صلح، شورای امنیت، مجمع عمومی سازمان ملل و دبیر کل سازمان ملل هستند.

۱- شورای امنیت

شورای امنیت «مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین المللی را دارد» (ماده ۲۴ (۱) منشور سازمان ملل متحد) که متشکل از پنج عضو دائمی است (چین، فرانسه، در حال حاضر روسیه، بریتانیا و ایالات متحده) و ده عضو به مدت دو سال، با توجه به توزیع عادلانه جغرافیایی انتخاب می شوند (ماده ۲۳ (۱) منشور سازمان ملل متحد). هر عضو دائم دارای حق وتو در تمام تصمیم گیری ها، با استثنای مسائل رویه ای (شکلی / آیین کار) است (ماده ۲۷ (۳) منشور سازمان ملل متحد). اینکه آیا یک مسأله مربوط به آیین کار است و یا نه می تواند با یک ویتو معین شود که این مسأله به عنوان مسأله غیر رویه ای (غیر مربوط به آیین کار) تلقی می شود چرا که در این مرحله روشن نخواهد شد که آیا این مسأله موضوع بحث رویه ای است یا نه. با وجود شکل بندی ماده ۲۷ (۳) منشور سازمان ملل متحد، خودداری از دادن رای و حتی عدم مشارکت اعضای دائم در عمل مانع اتخاذ تصمیم نشده است.

۲- مجمع عمومی

مجمع عمومی ارگان مشورتی اصلی سازمان ملل متحد است و از نمایندگان همه کشورهای عضو تشکیل شده است. کار سازمان ملل متحد تا حد زیادی از اختیارات واگذار شده توسط مجمع عمومی ناشی می شود. هر کشور

عضو در مجمع دارای یک رأی است. تصمیمات در مورد مسائل مهم مانند: توصیه‌های مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و انتخاب اعضای شورای امنیت نیاز به اکثریت دو سوم دارد (ماده ۱۸ منشور سازمان ملل متحد)، در حالی که سؤالات دیگر با اکثریت ساده تصمیم گرفته می‌شود.

دبیر کل توسط مجمع عمومی با توصیه شورای امنیت منصوب می‌شود. طبق منشور سازمان ملل متحد، مجمع عمومی می‌تواند اصول کلی همکاری برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را در نظر بگیرد و می‌تواند هر مساله مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را مورد بحث قرار دهد و در مورد چنین مسائلی توصیه‌هایی بنماید (ماده ۱۱ منشور سازمان ملل متحد).

تصمیم‌گیری برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی توسط شورای امنیت (فصول ششم و هفتم) باید اتخاذ شود. طبق ماده ۱۲ منشور سازمان ملل متحد، تازمانی که شورای امنیت در مورد هر اختلاف یا وضعیت، در حال انجام وظایفی است که در این منشور بدان محول شده است مجمع عمومی در مورد آن اختلاف یا وضعیت هیچگونه توصیه‌ای نخواهد. در طول جنگ سرد (تا ۱۹۹۰) شورای امنیت بارها قادر به رسیدن به یک تصمیم‌گیری با توجه به عدم اتفاق نظر در میان اعضای دائم نبوده است. این وضعیت منجر به قطعنامه اتحاد برای صلح که توسط مجمع عمومی در تاریخ ۳ نوامبر ۱۹۵۰ به تصویب رسید، شد. این قطعنامه صلاحیت مجمع عمومی را به توصیه اقدام مادام که شورای امنیت نتواند عمل کند و زمانی که این امر توسط هر نه عضو از اعضای شورای امنیت (در اصل هفت) مورد نیاز باشد. اگرچه در ابتدا قانونی بودن آن بسیار مورد مناقشه بود، اما امکان فراخوانی جلسه اضطراری مجمع عمومی سازمان ملل به طور مکرر مورد استفاده قرار گرفته است.

۳- دارالانشاء و سرمنشی

سرمنشی کارهای روزمره سازمان ملل متحد را بر عهده می‌گیرد. او وظایف از جمله اداره عملیات حفظ صلح، سروی (پیمایش) تمایلات اقتصادی و اجتماعی و آماده سازی مطالعات در مورد حقوق بشر را انجام می‌دهد. منشور سازمان ملل متحد سرمنشی را به عنوان «مدیر عمده اداری» سازمان ملل متحد توصیف می‌نماید که او باید در آن ظرفیت عمل نماید و «کاری‌های دیگر را» که توسط شورای امنیت، مجمع عمومی، شورای اقتصادی و اجتماعی و دیگر ارگان‌های سازمان ملل متحد ارجاع شده است انجام دهد. منشور همچنین به سرمنشی سازمان ملل صلاحیت می‌دهد که توجه شورای امنیت را به موضوعی که در نظر او ممکن است حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را تهدید کند مبذول بدارد. این دستورالعمل‌ها هم صلاحیت مقام سرمنشی و هم اعطای محدوده قابل توجهی برای عمل را معین می‌نماید.

سرمنشی نسبتاً تعداد اندکی وظایف طبق منشور سازمان ملل متحد دارد. اما دیگر ارگان‌های اصلی، به ویژه مجمع عمومی و شورای امنیت، ممکن است به سرمنشی وظایفی را که در محدوده صلاحیت آنها است، واگذار نماید (ماده ۹۸ منشور سازمان ملل متحد). در عمل، سرمنشی سازمان ملل متحد نقش با اهمیت میانجی را در بسیاری از موارد انجام داده است.

۴- شورای اقتصادی و اجتماعی

شورای اقتصادی و اجتماعی که توسط منشور سازمان ملل متحد تأسیس شده است، ارگان اصلی برای هماهنگ کردن کار های اقتصادی، اجتماعی و کار های مرتبط با سازمان ملل متحد و نهادهای تخصصی و نهادها است. فعالیت های این شورا در زمینه حقوق بشر نیز مهم بوده است و منجر به تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، حقوق اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) توسط مجمع عمومی سازمان ملل شده است (که هر دو از سال ۱۹۷۶ به این سو نافذ اند). این شورا دارای ۵۴ عضو است که برای ۳ سال توسط مجمع عمومی انتخاب می شوند. رأی دادن در شورا با اکثریت ساده است و هر عضو دارای یک رأی است.

۵- شورای قیمومیت (Trusteeship council)

فصل دوازدهم منشور سازمان ملل متحد نظام قیمومت بین المللی را با شورای قیمومت به عنوان یکی از ارگان های اصلی سازمان ملل متحد ایجاد می نماید. قبل از به حالت تعلیق در آمدن در سال ۱۹۹۴، وظیفه شورای قیمومت نظارت بر اداره سرزمین های تحت قیمومت که طبق منشور تحت نظام قیمومت قرار داده شده بودند، بود. هدف این نظام ارتقاء پیشرفت ساکنان سرزمین های تحت قیمومیت و پیشرفت و تکامل آنها به سوی خود مختاریت و یا استقلال بود.

شورای قیمومت در نتیجه فرایند استعمارزدایی را نظارت و تنظیم می نمود که در تاریخ سابقه نداشته است. روند استعمارزدایی، تعداد کشورهای مستقل جهان را بیش از دو برابر ساخته است. با پایان روند استعمارزدایی، شورای قیمومت، همانگونه که قبلاً گفته شد، در سال ۱۹۹۴ به حالت تعلیق در آمد.

۶- محکمه بین المللی عدالت

محکمه بین المللی عدالت که بر اساس اساسنامه آن که ضمیمه منشور سازمان ملل متحد شده است «ارگان قضایی اصلی سازمان ملل متحد است» (ماده ۹۲ منشور سازمان ملل متحد). محکمه بین المللی عدالت اختلافات حقوقی بین دولت ها را حل و فصل می نماید و به سازمان ملل متحد و نمایندگی های تخصصی آن، نظر مشورتی می دهد. اساسنامه آن بخشی جدایی ناپذیر از منشور است و در نتیجه تمام کشورهای عضو، اعضای محکمه بین المللی عدالت نیز اند. عملکرد این محکمه به طور خاص از حدود سال ۱۹۸۰ از اهمیت زیادی برای توسعه حقوق بین المللی برخوردار بوده است.^{۲۵۷}

ج- وظایف و صلاحیت های سازمان ملل متحد

^{۲۵۷}. همچنین نگاه کنید به: فصل های سوم و هشتم.

همانطور که در فصل دوم، مبحث دوم مورد بحث قرار گرفت، سازمان های بین المللی دارای شخصیت حقوقی است. نهادهای مختلف صلاحیت های مختلف دارند، اما سازمان ملل متحد از همه سازمان های بین المللی گسترده ترین صلاحیت ها را دارد.

به عنوان یکی از وظایف اصلی آن، سازمان ملل متحد مسؤول حفظ صلح و امنیت بین المللی است. این کار به طور عمده مختص شورای امنیت است که صلاحیت دستور اقدامات مختلف برای حل و فصل و یا پیشگیری از درگیری را دارد.

به عنوان گزینه اول، شورای امنیت می تواند اقدامات را طبق فصل ششم منشور سازمان ملل متحد اتخاذ نماید؛ یعنی: حل و فصل اختلافات به صورت مسالمت آمیز.^{۲۵۸}

علاوه بر این، شورای امنیت سازمان ملل متحد می تواند اقدامات مندرج در فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد را که ممکن است شامل استفاده از نیروهای مسلح را صادر کند. اما، شورای امنیت تنها می تواند به انجام اقدام نظامی اجازه دهد، اگر اقدامات دیگر ناکافی باشد (ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد).

۱- اقدامات فصل هفتم

قبل از تصویب اقدامات فصل هفتم، شورای امنیت به: «وجود هرگونه تهدید علیه صلح - نقض صلح - یا عمل تجاوز را احراز و توصیه هایی خواهد نمود یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی به چه اقداماتی برطبق مواد ۴۱ و ۴۲ باید مبادرت شود» (ماده ۳۹ منشور سازمان ملل متحد).

عبارت تهدید علیه صلح می تواند تفسیر وسیع شود، از جمله، به عنوان مثال، خطر عمل بالمثل شدید توسط دولت های قربانی نقض های حقوق بین المللی که توسط یک دولت دیگر ارتکاب یافته و یا درگیری های مداوم بین دو یا چند دولت. شورای امنیت سازمان ملل متحد به تازگی چندین شرایط بعد از جنگ را به عنوان تهدیدی برای صلح تشخیص نموده است. تهدیدات بیشتر به صلح ممکن است جنگ های داخلی، نقض حقوق بشر، حقوق بشردوستانه یا اصول دموکراتیک و «هر عمل تروریسم بین المللی» باشد.^{۲۵۹}

نقض صلح باید فرض شود، زمانی که دو دولت آغاز به دشمنی علیه یکدیگر می نمایند، بدون در نظر گرفتن طول مدت چنین فعالیت هایی. از آنجا که رژیم های عملی در مقابل استفاده از زور محافظت می شوند، فرض نقض صلح نیز به شرایط، زمانی که یکی از کشورهای متخاصم توسط یک رژیم عملی حکومت می شود، قابل تطبیق است. برخی از جنگ های داخلی نقض صلح را تشکیل می دهد، و بسیاری از آنها حداقل یک تهدیدی برای صلح است. اگر تهدید به صلح توسط یک کشور بی ثبات ایجاد شود و یا نقض فاحش حقوق بشر از شدت معین تجاوز نماید، این وضعیت در بر گیرنده نقض صلح است.

عمل تجاوز اجرای مستقیم یا غیر مستقیم استفاده از زور است. یک عمل تجاوز کارانه در عین حال نقض صلح و در نتیجه، نتیجه سیاسی است نه قضایی.

^{۲۵۸}. حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات در فصل هشتم توضیح شود (حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات).

^{۲۵۹}. قطعنامه ۱۳۶۸ (۲۰۰۱) ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱ شورای امنیت.

اقدامات مؤقتی طبق ماده ۴۰ منشور سازمان ملل متحد

اولین گام شورای امنیت صدور دستور اتخاذ اقدامات مؤقت که باید از تشدید وخامت وضعیت جلوگیری نماید و تثبیت بحران است. چنین اقدامات مؤقت خطاب به طرفین مناقشه است و ممکن است شامل یک تماس برای آتش بس و یا برای خروج نیروهای نظامی از قلمرو خارجی شود.^{۲۶۰} چنین اقدامات مؤقت در بهترین حالت باید به مذاکرات میان دو طرف درگیری و تشنج زدایی از وضعیت منجر شود. این اقدامات در قطعنامه شورای امنیت درج اند که «بدون تعصب به حقوق، ادعاها یا موقعیت طرفهای ذیربط» تصویب شد (ماده ۴۰ منشور سازمان ملل متحد).

اقدامات بدون استعمال قوه طبق ماده ۴۱ منشور سازمان ملل متحد

به منظور اثر بخشیدن به تصمیم های خود، شورای امنیت می تواند اقدامات دیگری را شامل استفاده از نیروهای مسلح نیست روی دست بگیرد و می تواند از دولت های عضو تطبیق چنین اقدامات را تقاضا نماید. چنین اقداماتی ممکن است، به عنوان مثال، در برگیرنده منع سلاح، تحریم های اقتصادی وسیع، و تحریم های هدفمند با هدف افراد باشد. در مورد تهدید برای صلح ناشی از تروریسم بین المللی، دولتها مکلف به مسدود کردن دارایی های اقتصادی تروریست های مظنون اند.^{۲۶۱} منع سفر نیز وضع شده است. اولین قطعنامه شورای امنیت از کشورهای عضو خواستار اتخاذ چنین اقدام بود، صرف در سال ۱۹۶۵ به تصویب رسید.^{۲۶۲} تهاجم عراق به کویت در سال ۱۹۹۰ برای قطعنامه ۶۶۱ (۱۹۹۰) قطعی بود که تحریم های اقتصادی وسیع را علیه عراق با استناد صریح به فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد و از همه دول عضو تقاضا نمود تا بر اجرای این قطعنامه نظارت نمایند. از آن زمان تا کنون قطعنامه های مختلف که خواستار اقدامات فصل هفتم بدون استفاده از زور به تصویب رسیده از جمله در مقابل لیبی، جمهوری فدرال یوگسلاوی، سومالی، رواندا و یا لیبیا.

اقدامات در برگیرنده استفاده از قوه بر اساس ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد

ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد تصریح می نماید: «در صورتیکه شورای امنیت تشخیص دهد که اقدامات پیش بینی شده در ماده ۴۱ کافی نخواهد بود یا ثابت شده باشد که کافی نیست می تواند به وسیله نیروهای هوایی - دریایی یا زمینی به اقدامی که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی ضروری است مبادرت کند. این اقدام ممکن است مشتمل بر تظاهرات و محاصره و سایر عملیات نیروهای هوایی - دریایی یا زمینی اعضای ملل متحد باشد.» به منظور اجازه عملیات نظامی پس از تعیین یک تهدید یا نقض صلح یا عمل تجاوز، اقدامات بر اساس ماده ۴۱ باید تثبیت شده باشند که ناکافی اند. بنابراین، اقدامات تحت فصل هفتم باید در اولین مرحله وسایل صلح آمیز

² M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2003), p. 1124.

² See SC Resolution 1373 (2001) of 28 September 2001. ¹

² SC Resolution 216 (1965) of 12 November 1965. ²

باشد و تنها زمانی که اینها قادر به متوقف کردن رفتار نقض کننده نباشند، استفاده از نیروی نظامی می تواند به عنوان آخرین چاره در نظر گرفته شود.

به منظور تطبیق اقدامات بر اساس ماده ۴۲ منشور سازمان ملل متحد، از همه اعضای سازمان ملل متحد خواسته می شود تا نیروهای مسلح و یا سایر وسایل کمک را بر اساس موافقت نامه های خاص در دسترس قرار دهند (ماده ۴۳ منشور سازمان ملل متحد). اما در پایان ثابت شد که ماده ۴۳ غیر مؤثر بود و هیچ موافقتنامه به امضاء نرسید. بنابراین، روش اجرای ماده ۴۲ نمی توانست باقی بماند. به مرور زمان، سازمان ملل متحد راه جدیدی برای اجرای اصل ۴۲، بر اساس رفتار متعاقب آن توسعه داد. ماده ۴۲ برای اولین بار پس از حمله کوریای شمالی در سال ۱۹۵۰ بر جنوب اجراء شد، و بعد از آن ۴۰ سال بعد دوباره در رابطه با حمله عراق به کویت در سال ۱۹۹۰. پس از اینکه عراق به طور دائم برای خروج نیروهای خود از کویت امتناع ورزید، شورای امنیت از اعضای سازمان ملل اجرای قطعنامه ۶۶۰ (۱۹۹۰) و بازگرداندن صلح و امنیت بین المللی در منطقه را با ارایه کمک در باره اقدامات انجام شده بر اساس قطعنامه را خواستار شد. پس از آن اقدام نظامی تحت فرمان ایالات متحده در نتیجه به عنوان استفاده مجاز از زور تلقی شد.^{۲۶۳} اما، غیر مؤثر بودن ماده ۴۳ منشور سازمان ملل متحد و حق استفاده از زور تنها بر اساس رفتار متعاقب آن، ناشی از تفسیر مجدد منشور دارای خطر برای گسترش دامنه واقعی از اجازه دادن است. بعضی از مأموریت های دیگر، در اصل به عنوان مأموریت های حفظ صلح ایجاد شد، اما بعد با وظایف به شمول اقدامات فصل هفتم و در نتیجه اجازه استفاده از زور گسترش یافت.^{۲۶۴}

۲- اجازه دادن به سازمانهای منطقه ای جهت استفاده از قوه مسلح

بر اساس ماده ۵۳ (۱) منشور سازمان ملل متحد هیچگونه عملیات اجرایی به موجب قراردادهای منطقه ای یا توسط موسسات منطقه ای بدون اجازه شورای امنیت صورت نخواهد گرفت. اقدامات اجرایی در این معنی راجع می شود به استفاده از نیروی نظامی. تحریم های اقتصادی توسط سازمان های منطقه ای قانونی است اگر که این تحریم ها تحت پوشش اساسنامه سازمان قرار گرفته و طبق حقوق بین المللی عمومی قانونی باشد. فقط برای استفاده از نیروی مسلح، که در آن منع کلی ماده ۲ (۴) منشور سازمان ملل متحد قابل اجراء است، سازمان های منطقه ای قطعاً نیاز به اجازه شورای امنیت دارند. شورای امنیت چنین اجازه ای را در برخی موارد داده است. به عنوان مثال، در قطعنامه ۷۸۷ شورای امنیت به دولت های عضو اجازه داد: «سازمان های منطقه ای یا ترتیبات» تا کنترل حمل و نقل دریایی در دریای آدریاتیک به منظور حصول اطمینان از اجرای دقیق از تحریم های تحمیل شده بر صربستان و مونته نگرو را انجام دهند.^{۲۶۵}

این همیشه بدیهی نیست که آیا استفاده از نیروهای مسلح از سوی سازمان های منطقه ای نیاز به اجازه شورای امنیت دارد. این امر به خصوص چنین زمانی که در آن رضایت دولت ارضی ممکن است وجود داشته باشد و سازمان منطقه ای بنابراین از نیروی های حافظ صلح استفاده نماید نمی تواند به عنوان عمل اجرایی دیده شود.

² Ibid. p. 1136.

^{۲۶۴}. این مأموریت ها در یوگوسلاوی سابق، سومالی، روندا، سری لیبون و جمهوری دیموکراتیک کانگو راه اندازی شد.

² SC Res 787 (1992) of 16 November 1992, para. 12 ff.⁵

۳- اقدام جهت بازگرداندن صلح بعد از توسل به نیروی مسلح

پس از آزادسازی کویت، قطعنامه^{۲۶۶} ۶۸۷ شورای امنیت سازمان ملل برای اولین بار یک نظام دقیق نظارت بین المللی از عراق را به منظور بازگرداندن صلح و امنیت در منطقه ایجاد کرد. شورای امنیت تصمیم گرفت که عراق باید بدون قید و شرط تخریب، حذف، یا تحویل بدون ضرر تحت نظارت بین المللی تمام سلاحهای کیمیاوی و بیولوژیکی و تمام موشک های بالستیک بیشتر از ۱۵۰ کیلومتر، را قبول نماید. این قطعنامه همچنین یک وجه مالی برای ادعا ها علیه عراق را ایجاد کرد. روش برای اعطای غرامت توسعه داده شد و توسط کمیسیون پرداخت غرامت که در ژنو واقع بود به اجراء درآمد. بر اساس قطعنامه^{۲۶۷} ۶۸۷ شورای امنیت سازمان ملل، کمیسیون مرزی تشکیل شد که وظیفه تعیین حدود مرز بین عراق و کویت را داشت.

۴- اقدامات علیه جنایت کاران جنگی

با قطعنامه^{۲۶۷} ۸۰۸ شورای امنیت سازمان ملل متحد، تصمیم گرفت که یک محکمه بین المللی برای محاکمه افراد مسؤول نقض جدی حقوق بین المللی بشردوستانه در سرزمین یوگسلاوی سابق از سال ۱۹۹۱ تأسیس شود. در تاریخ ۲۵ می ۱۹۹۳، شورای امنیت محکمه جنایی بین المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) را ایجاد کرد و اساسنامه آن به عنوان پیوست قطعنامه به تصویب رسید. محکمه جنایی بین المللی برای یوگسلاوی سابق از آن زمان فعال بوده است و (Case law) (حقوق مبتنی بر قضیه) مؤثری را توسعه داده است. محکمه مشابه (محکمه جنایی بین المللی برای روندا) برای روندا در سال ۱۹۹۴ ایجاد شد.^{۲۶۹}

د) سایر فعالیت های سازمان ملل متحد

۱- فعالیت های کلی سیاسی

از آنجا که مجمع عمومی دارای اختیارات گسترده ای برای بحث در مورد تمام مسائل مربوط به صلح و امنیت، خلع سلاح همکاری و سیاسی است (مواد ۱۱ و ۱۳ منشور سازمان ملل متحد)، به سختی مسائل مربوط به نگرانی های بین المللی وجود دارد که موضوع بحث مجمع عمومی نبوده باشد. مشکلات ناشی از خلع سلاح بارها و بارها در جلسات خاص مورد بحث قرار گرفته است. بسیاری از معاهدات مهم به عنوان نتیجه بحث در مجمع عمومی به تصویب رسیده اند.

۲- سؤالات اقتصادی و اجتماعی

ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد اصلی را وضع می نماید که طبق آن وظیفه سازمان ملل متحد بالا بردن سطح زندگی، فراهم ساختن کار برای حصول شرایط ترقی و توسعه در نظام اقتصادی و اجتماعی است. این مقاله اساس

² (1991) of 3 April 1991 (SCOR 46th Year 11). 6
² (1993) of 22 February 1993 (SCOR 48th Year 28). 7
² UNSC Res 827 (1993) of 25 May 1993 (SCOR 48th Year 29).
² UNSC Res 955 (1994) of 8 November 1994 (SCOR 49th Year 15).

فعالیت های متعدد است، از جمله ایجاد نهاد های تخصصی سازمان ملل متحد، کنفرانس ها، و سازمان ها. نظم اقتصادی بین المللی در دستور کار مجمع عمومی سازمان ملل در اکثر جلسات بوده و است. مشکل فائق آمدن بر شکاف اقتصادی شمال و جنوب در جهان به طور مداوم مورد مطالعه قرار گرفته است.

۳- حقوق بشر

ماده ۵۵ (ج) منشور سازمان ملل متحد تصریح می نماید که سازمان ملل متحد مکلف به انکشاف « احترام جهانی و موثر حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد - جنس و زبان یا مذهب » است. اعلامیه جهانی حقوق بشر که توسط مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۴۸ به تصویب رسید، اولین قدم به سوی اجرای این وظیفه بود. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، هر دو در سال ۱۹۶۶ امضاء و در سال ۱۹۷۶ نافذ شدند و مهم ترین نمونه هایی از فعالیت های سازمان ملل متحد در زمینه حقوق بشر می باشد. کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد به عنوان یک کمیسیون فرعی شورای اقتصادی و اجتماعی برای بحث و بررسی و احتمالاً بررسی نقض حقوق بشر تأسیس شد. در سال ۲۰۰۶، این کمیسیون به شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد تبدیل شد. از همان ابتداء تصمیم به ذکر ارتقاء حقوق بشر به عنوان یکی از وظایف سازمان ملل متحد مانع آنها اساساً از صلاحیت محاکم داخلی هر کشوری شد.

۴- استعمار زدایی

روند استعمارزدایی تحت نظارت سازمان ملل متحد یکی از موفق ترین فعالیت های این سازمان بوده است. نظام قیمومت سازمان ملل متحد در هدف رسیدن به استقلال سرزمین های مربوطه، حداقل به عنوان یکی بدیل (ماده ۷۶ (ب) منشور سازمان ملل متحد) استوار بود. اما طبق فصل دهم اصل تعیین سرنوشت برای تمام سرزمین های غیر مستقل (غیرحاکم) به رسمیت شناخته شد، یک اصلی که بیشتر در اعلامیه اعطای استقلال به کشورها و ملت های مستعمرات^{۲۷۰} مورد تأکید قرار گرفت. تا سال ۱۹۸۰، اکثر سرزمین های مستعمره، به استقلال رسیدند و اعضای مستقل سازمان ملل متحد شدند.

۵- فعالیت های تقنینی

از آنجا که ایجاد سازمان ملل متحد، تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین الملل را از طریق معاهدات چندین جانبه پیشرفت بی سابقه ای داده است. در ساحات دیگر مشکلات جدید توسط معاهدات تنظیم شده اند. سازمان ملل متحد به عنوان یک سازمان مرکزی برای این توسعه عمل کرده است.

مجمع عمومی کمیسیون حقوق بین الملل را در سال ۱۹۴۷ تأسیس، و این ارگان تدوین برخی مهم ترین معاهدات، مانند: کنوانسیون وین در خصوص روابط دیپلماتیک (۱۹۶۱)، کنوانسیون وین در خصوص روابط کنسولی (۱۹۶۳)، و کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) انجام داده است. کمیسیون حقوق بین الملل همچنین

² UNGA Res. 1514 (XV) (14 December 1960) GAOR 15th Session Supp 16 vol. 1, 66.

قواعد تفصیلی را در ساحت مهم حقوق بین المللی بدون پیشنهاد اینکه آنها به معاهدات تبدیل شوند، به تصویب رسانده است. این قواعد ممکن است نشانه های کلی از حقوق بین المللی به رسمیت شناخته باشد و یا ممکن است نقشی در شکل دادن به حقوق عرفی بین المللی ایفا کنند. مهم ترین نمونه ها عبارت از پیش نویس مواد در مورد مسئولیت دولت ها برای اعمال بین المللی غیر قانونی^{۲۷۱} که با شرح مفصل توسط کمیسیون حقوق بین الملل به چاپ رسید، است.

پیش نویس های معاهدات دیگر از طرف کمیته های مجمع عمومی و یا کنفرانس های خاص آماده شد. به عنوان مثال، کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاها، مهم ترین نمونه از تلاش برای تنظیم یک موضوع موجب نگرانی شدید جامعه بین المللی با اجماع، توسط مجمع عمومی سازمان ملل ایجاد شد و منجر به تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریا ها شد.^{۲۷۲}

قطعنامه ها و اعلامیه های تصویب شده توسط مجمع عمومی نیز به روشن شدن و توسعه حقوق بین المللی کمک کرده است. هر چند مجمع عمومی البته هیچ صلاحیت برای ایجاد قانون جدید ندارد، این قطعنامه ها ممکن است نشان دهند که چگونه کشورهای عضو تعهدات حقوقی را طبق حقوق بین الملل عام مشاهده کردند، و ممکن است وجود یا عدم وجود اجماع در مورد تحولات مهم حقوقی را نشان دهد. قطعنامه ها و اعلامیه ها توسط محکمه بین المللی عدالت نقل شد و در استدلال های حقوقی بین کشورها استفاده می شود که نشان دهنده نقش مهم آنها در توسعه امروزی حقوق عمومی بین المللی است.

۶- نقش در اجرای حقوق بین الملل

مکانیزم اجرای اصلی سازمان ملل متحد محکمه بین المللی عدالت است. همانطور که در بالا بحث شد، همه کشورهای عضو سازمان ملل متحد، عضو محکمه بین المللی عدالت شده اند. یک روش مهم دیگری اجرای حقوق، که توسط دولت های فردی نیز استفاده می شود، اعمال تحریم ها است. این شورای امنیت است که این اقدامات را اتخاذ می نماید، چنانچه در فصل هفتم منشور پیش بینی شده است که بحث آن در بالا گذشت.

هدف از تحریم ها اعمال فشار بر دولت یا نهاد است تا مطابق با اهداف تعیین شده توسط شورای امنیت بدون توسل به استفاده از زور، عمل نماید. شورا به طور کلی به تحریم های الزامی به عنوان ابزار اجراء زمانی که صلح تهدید شود و تلاش های دیپلماتیک ناکام شود، متوسل می شود. تحریم شامل تحریم های اقتصادی و تجارت و یا به طور کلی اقدامات هدفمند مانند تحریم های تسلیحاتی و یا منع مسافرت می شود.

(و) وضعیت حقوقی سازمان ملل متحد

² (2001) GAOR 56th Session Supp 10, 43.

¹

^{۲۷۲}. این کنوانسیون در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ تصویب و در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ نافذ شد. 1833 UNTS 396.

۱- شخصیت حقوقی بین المللی

منشور سازمان ملل متحد به صراحت شخصیت حقوقی بین المللی خویش را تنظیم نمی نماید.^{۳۳} اما، روشن است که سازمان ملل متحد به عنوان یکی از تابعین حقوق بین المللی که در انعقاد توافقنامه های بین المللی به صراحت مقرر شده است، دیده می شود (به عنوان مثال در ماده ۴۳ منشور سازمان ملل متحد) محکمه بین المللی عدالت به رسمیت شناخته است که سازمان ملل متحد حایز «اندازه زیادی شخصیت بین المللی و اهلیت فعالیت در صحنه بین المللی است».^{۲۷۴} سازمان ملل متحد تعداد قابل توجهی از موافقت نامه های بین المللی، از جمله موافقت نامه مقر برای کرسی های سازمان ملل متحد در نیویارک و ژنو، موافقت نامه های مربوط به عملیات حفظ صلح، موافقت نامه های مربوط به جلسات خاص و یا کنفرانس های سازماندهی شده توسط سازمان ملل متحد، و موافقت نامه های مربوط به امتیازات و مصوونیت های اعطاء توسط سازمان ملل متحد بر اساس کنوانسیون مزایا و مصوونیت های سازمان ملل متحد سال ۱۹۴۶ را منعقد نموده است. همچنین، سازمان ملل خواستار غرامت صدمات وارده بر نمایندگان و پذیرش مسوولیت خسارات ناشی از نمایندگان آن، به خصوص در جریان عملیات حفظ صلح در صحنه بین المللی شده است. بنابراین، سازمان ملل متحد از شخصیت حقوقی بین المللی گسترده ای برخوردار است.

۲- وضعیت حقوقی در حقوق ملی

طبق ماده ۱۰۴ منشور سازمان ملل متحد: «این سازمان در خاک هر یک از اعضای آن دارای اهلیت حقوقی خواهد بود که برای انجام مشاغل و رسیدن به مقاصد آن لازم است». کنوانسیون مزایا و مصوونیت های سازمان ملل متحد سال ۱۹۴۶ در ماده ۱، بخش اول تصریح می نماید که: «سازمان ملل متحد باید دارای شخصیت حقوقی باشد. این سازمان اهلیت: (الف) انعقاد قرارداد؛ (ب) به دست آوردن و از دست دادن اموال منقول و غیر منقول؛ و (ج) اقامه دعاوی را دارد». این کنوانسیون در اکثر کشور های عضو نافذ است و موقعیت سازمان طبق ماده ۱۰۴ منشور سازمان ملل متحد را روشن می نماید.

۳- امتیازات و مصوونیت ها

ماده ۱۰۵ منشور ملل متحد مقرر می نماید که سازمان ملل و کارمندان آن نیز مانند نمایندگان اعضاء باید از امتیازات و مصوونیت ها برخوردار باشند. طبق ماده ۱۰۵ (۳) منشور سازمان ملل متحد مجمع عمومی می تواند به منظور تعیین جزئیات این حقوق پیشنهاد کنوانسیون نماید. مطابق این حکم، کنوانسیون مزایا و مصوونیت های سازمان ملل متحد،^{۲۷۵} مصوونیت کامل به سازمان، نمایندگان اعضاء و کارمندان به جز در حالاتی که از آن انصراف صورت گرفته است، اعطاء می نماید.

^{۳۳}. در مورد شخصیت حقوقی به طور کلی در فصل سوم بحث شد.

² Reparations Case, ICJ 1949.

^{۲۷۵}. این کنوانسیون در ۱۳ فروری ۱۹۴۶ به تصویب رسید (قطعنامه ۲۲ (I) مجمع عمومی سازمان ملل متحد).

۴- وضعیت مقر سازمان ملل متحد

وضعیت حقوقی مقر سازمان ملل متحد در شهر نیویارک با توافق بین سازمان ملل متحد و ایالات متحده در مورد مرکز سازمان ملل متحد تنظیم شد. این مرکز « تحت کنترل و اقتدار سازمان ملل متحد همانگونه که در این توافقنامه پیش بینی شده است، قرار داده شد» (ماده سوم، بخش (۷) (الف) موافقتنامه مقر سازمان ملل متحد) اگر چه قانون داخلی متحده ایالات بر این منطقه قابل اجراء باقی می ماند، ممکن است قوانین سازمان ملل متحد بر آن برتری داشته باشد. مرکز منطقه از تعرض مصؤون است. مدیران ایالات متحده و مقامات نمی توانند به منطقه وارد شوند تا کارهای رسمی را انجام دهند مگر با رضایت سرمنشی. انتقال و خروج از منطقه مرکز نیز در توافقنامه تضمین شده است. حمایت نظم مرکز منطقه در این توافقنامه نیز تنظیم شده است. موافقت نامه مشابه بین سازمان ملل و سویس در مورد مکان در ژنو منعقد شد. اختلافات تحت موافقتنامه مقر باید توسط داوری بر اساس احکام خاص تصمیم گرفته شوند.

۵- مسایل مالی و بودجه

طبق ماده ۱۷ منشور سازمان ملل متحد، مجمع عمومی به بررسی و تصویب بودجه سازمان و سهمیه بندی کردن مخارج بین اعضاء مکلف است. بودجه سالانه در ابتدا توسط سرمنشی سازمان ملل ارسال و توسط ۱۶ عضو متخصص کمیته مشورتی در مورد مسائل اداری و بودجه مرور می شود و توصیه اصلاحات به مجمع عمومی ارائه می شود. مشارکت اعضای تشکیل دهنده منبع اصلی وجه مالی برای بودجه منظم است. اینکه چقدر یک دولت پرداخت می کند در درجه اول از کل درآمد ملی در ارتباط کشورهای عضو دیگر تعیین می شود. بودجه منظم مصارف اداری و سایر مصارف دارالانشای مرکزی و سایر ارگان های اصلی دیگر سازمان ملل متحد را در بر می گیرد. بسیاری از فعالیت های دیگر به طور عمده توسط کمکهای داوطلبانه که خارج از بودجه منظم تنظیم می شوند، صورت می گیرد، مانند مصارف برای اجرای عملیات حفظ صلح، برنامه توسعه سازمان ملل متحد (UNDP) و برنامه جهانی غذا (WFP).

۶- مشکلات خاص حقوقی

اول) ماهیت الزام آور تصامیم سازمان ملل متحد

ماده ۲۵ منشور سازمان ملل متحد همه اعضاء را ملزم: « به قبول و انجام تصمیمات شورای امنیت در مطابقت با منشور حاضر» می نماید. بدیهی است که این تعهد ابتداءً برای تصمیمات گرفته شده طبق فصل هفتم منشور وجود دارد که طبق آن ماده ۳۹ منشور ملل متحد شورای امنیت را صلاحیت می دهد تا توصیه نماید و یا تصمیم بگیرد که چه اقدامات باید مطابق با مواد ۴۱ و ۴۲ منشور ملل متحد برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی گرفته شود. توصیه ها الزام آور نیست، اما تصامیم ایجاد تعهد می نماید. محکمه بین المللی عدالت این دیدگاه را که ماده ۲۵ منشور سازمان ملل متحد، فقط در رابطه با فصل هفتم تطبیق می شود، رد کرده است. در عوض، این محکمه در سال ۱۹۷۱ ابراز نظر کرد که لسان یک قطعنامه باید به دقت تجزیه و تحلیل شود قبل از نتیجه گیری در مورد اثر

الزام آور آن. محکمه حتی از قدرت طبق ماده ۲۵ صحبت می کند.^{۲۷۶} بسیار جای تردید است که آیا این موقف درست است.

در عمل، سازمان با این درک عمل می کند که تصمیمات شورای امنیت در خارج از فصل هفتم به طور خودکار اثر بر کشورهای مربوط ندارد. جمله بندی فصل ششم نشان می دهد که، در اینجا، تنها توصیه های غیر الزام آور می تواند توسط شورای امنیت ارایه شود.

همانطور که برای مجمع عمومی، مواد ۱۰-۱۴ منشور سازمان ملل متحد اساس رایه توصیه های غیر الزام آور است، اما دولت ای مربوطه را تحت الزام جهت در نظر گرفتن محتوای این توصیه های می نماید. اما، محکمه بین المللی عدالت اظهار کرده است که درست نخواهد بود که فرض شود که به دلیل اینکه مجمع عمومی سازمان ملل در اصل دارای صلاحیت توصیه آمیز است، از تصویب قطعنامه ها که اتخاذ تصمیم می نماید و طرح عملیاتی دارد در حالات خاص در چهارچوب صلاحیت آن، ممنوع است.^{۲۷۷} این کاملاً مسلم نیست که تحت کدام شرایطی این قاعده تطبیق می شود به جز در مواردی که در آن مسائل داخلی سازمان ملل مطرح است.

دوم) قانونیت اعمال سازمان ملل متحد

همانطور که محکمه بین المللی عدالت اشاره کرده است، هیچ روش برای تعیین اعتبار اقدامات سازمان ملل متحد وجود ندارد. بنابراین، «هر ارگان سازمان باید در وهله اول حداقل، صلاحیت خویش را تعیین نماید».^{۲۷۸} محکمه همچنین اظهار داشته است که: «تصمیم ارگان به درستی تشکیل شده سازمان ملل که براساس قواعد شکلی (آیین کار) آن تصویب شده است و توسط رئیس آن اعلان شده است که چنین تصمیم اتخاذ شده است، باید فرض شود که به روشی معتبر به تصویب رسیده است».^{۲۷۹}

یک فرض به نظر می رسد که برای اقدامات مناسب برای تحقق یکی از اهداف اعلام شده سازمان ملل خارج از حدود اختیارات قانونی، وجود داشته باشد. در جایی که هیچ احتمال حل و فصل یک اختلاف از طریق روش قضایی به عنوان قانونی بودن هر عمل یک سازمان بین المللی، وجود نداشته باشد، این خطر همیشه وجود خواهد داشت که دولت های مربوط ممکن است قانون را در دست خود بگیرند.^{۲۸۰}

سوم) رابطه میان اعمال سازمان ملل متحد و حقوق ملی

تصمیمات سازمان ملل متحد خطاب به دولت های عضو است در صورتی که این تصمیم مربوط به مسایل داخلی سازمان نباشد، جایی که آنها ممکن است به ارگان دیگر خطاب شود. حتی در حالاتی که تعهدات مستقیم برای دولت از تصمیم گیری ایجاد می شود، این وابسته به حقوق داخلی آن است تا تصمیم بگیرد که آیا ارگان های دولت می تواند با آن موافقت نمایند. به عنوان مثال، هنگامی که ایالات متحده قانون نقض قطعنامه های شورای

² South West Africa / Namibia case (Advisory Opinion). 6

² Ibid. 7

² Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter) (Advisory Opinion) 168.

² South West Africa / Namibia case (Advisory Opinion). 9

² South West Africa / Namibia case (Advisory Opinion). 0

امنیت را که یک تحریم تجاری علیه رودسیا را معرفی می نمود، به تصویب رسانید، محاکم ایالات متحده مجبور به اعمال قانون ایالات متحده امریکا بودند.^{۲۸۱} تصامیم ارگان های سازمان ملل متحد، حقوق فردی قابل اجراء در محاکم داخلی ایجاد نمی نمایند. ممکن است وضعیت های وجود داشته باشد که در آن محاکم ملی باید اثر هدف اعمال ارگا اومنس (Erga omnes) سازمان ملل متحد را به منظور اجتناب مسؤولیت دولت خود طبق حقوق بین المللی احترام نمایند. این ممکن است به عنوان مثال نتیجه قطعنامه های شورای امنیت باشد که الحاق سرزمین را «باطل» اعلام نماید. پس از اینکه مجمع عمومی سازمان ملل دستور اداره برای نامیبیا را فسخ کرد، محکمه بین المللی عدالت دریافت که این عمل اعتبار ارگا اومنس (Erga omnes) را دارد و باید توسط تمام دولت ها مورد احترام قرار می گرفت. حضور غیرقانونی آفریقای جنوبی در قلمرو نباید بر اساس دیدگاه محکمه بین المللی عدالت، به رسمیت شناخته شود.

چهارم) صرفنظر نمودن از عضویت سازمان ملل متحد

منشور سازمان ملل صرفنظر نمودن از این سازمان را پیش بینی نمی نماید. بیانیه صادره توسط کمیته ای در جریان تهیه پیش نویس منشور سازمان ملل، نشان می دهد که قصد وادار کردن اعضا به ادامه «همکاری» با سازمان در نظر گرفته نشده بود اگر اعضا بخواهند بنابر دلایل معین از عضویت سازمان ملل متحد صرفنظر نمایند. چون اعضای سازمان ملل متحد منشور سازمان ملل متحد، را که صرفنظر نمودن از عضویت را پیش بینی نمی نماید، تصویب کرده اند، می تواند استدلال شود که این امکان وجود ندارد.

باوجوداین، اصل حقوق عرفی (Rebus sic stantibus) که اجازه می دهد تا یک کشور از عضویت یک معاهده بدون امکان صرفنظر، صرفنظر نماید، در صورتی که شرایط تغییر اساسی نماید،^{۲۸۲} نیز قابل اعمال در مورد منشور سازمان ملل متحد است.

تا به حال، تنها اندونزی به طور رسمی اعلام صرفنظر نمودن از سازمان ملل متحد نمود. اما، تنها برای چند ماه به دوام کرد و بعد از یک تغییر سیاسی، این کشور ت برای از سرگیری همکاری کامل با سازمان ملل متحد و مشارکت در فعالیت های آن اعلام آمادگی کرد. پس از آن، مجمع عمومی اندونزی را اخذ کرسی آن در مجمع دعوت نمود.

پنجم) تعلیق، اخراج

طبق ماده ۵ منشور سازمان ملل متحد، هر عضو ملل متحد که از طرف شورای امنیت بر علیه آن اقدام احتیاطی یا قهری به عمل آمده است ممکن است به وسیله مجمع عمومی و بنابر توصیه شورای امنیت از اعمال حقوق و

² Charles Coles Diggs v Frederick B Dent United States District Court for the District of Columbia (13 May 1975) (1975) 14 ILM 797.

^{۲۸۲}. نگاه کنید به فصل پنجم (حقوق معاهدات).

مزایای عضویت معلق گردد. شورای امنیت ممکن است این حقوق و امتیازات را بازگرداند. حکم این ماده هرگز تطبیق نشده است.

حکم مشابه در مورد ماده ۶ منشور ملل متحد صادق است که به مجمع عمومی سازمان ملل، بار دیگر بر اساس توصیه شورای امنیت، صلاحیت اخراج یک عضو که «که مصرانه به نقض اصول مندرج در منشور اصرار ورزیده است» را می دهد.

طبق ماده ۱۹ منشور سازمان ملل متحد « هر عضو ملل متحد که پرداخت سهمیه مالی آن به سازمان به تأخیر افتاده باشد در صورتی که سهمیه عقب افتاده عضو مذکور معادل یا بیشتر از مبلغ سهمیه مربوط برای دو سال قبل به طور کامل باشد در مجمع عمومی حق رای نخواهد داشت.».

ششم) مسئولیت سازمان ملل متحد

از آنجا که سازمان ملل متحد دارای شخصیت حقوقی است و دخیل در فعالیت های بین المللی گسترده به خصوص در مورد حفظ صلح است. بنابراین، سازمان ممکن است طبق حقوق بین المللی مسؤول شود. این به طور کلی به رسمیت شناخته شده و بسیاری از موارد وجود دارد که در آن سازمان ملل متحد پذیرفته است که چنین مسئولیت ممکن است وجود داشته باشد. در چندین مورد سازمان ملل متحد به افرادی که آسیب غیر قابل توجیه توسط پرسونل سازمان ملل متحد وارد شده است، جبران خسارت پرداخته است. اگر چه حقوق بین المللی به طور کلی محدودیت برای فعالیت های سازمان ملل نیست، اما به نظر می رسد به طور کلی به رسمیت شناخته شده است که سازمان ملل متحد ملزم به رعایت قواعد آمره و نیز حقوق بشر فردی است.

یک مشکل قابل توجهی وجود دارد چرا که هیچ راه حل های قضایی موجود در برابر سازمان ملل متحد وجود ندارد. جهت مصؤونیت سازمان، محاکم ملی به طور معمول فاقد صلاحیت تصمیم گیری در این مورد اند.

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Directors: Professor Dr. Armin von Bogdandy · Professor Dr. Dr. h.c. Rüdiger
Wolfrum



**Max Planck Manual on
Public International Law
in Afghanistan**

1st Edition
(August 2011)

This manual has been written by MPIL staff members. It relies upon contributions by
Julia Pfeiffer (main author of the first edition), Sabiha Beg, Lukas Franke, Daniel
Heilmann, Maria Karimzad and Tilmann Röder.

Translated into Dari by:
Nezamuddin Abdullah

Funded by the German Federal Foreign Office