

استناد به مسئولیت دولت ناشی از نقض تعهدات عام‌الشمول

دکتر مهدی حدادی^۱

چکیده

این اندیشه عموماً پذیرفته شده است که در مورد نقض تعهدات بین‌المللی خاصی که از منافع جمعی گروهی از دولت‌ها یا منافع کل جامعه بین‌المللی حمایت می‌کند (تعهدات عام‌الشمول)، دولت‌هایی می‌توانند به مسئولیت استناد کنند که خود زیان ندیده‌اند. دولت غیرزیان‌دیده که محق به استناد به مسئولیت است به عنوان عضو گروهی از دولت‌های ذینفع آن تعهد یا در واقع به عنوان یکی از اعضای جامعه بین‌المللی در کل اقدام می‌کند؛ در حالی که براساس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت ۲۰۰۱ استناد به مسئولیت توسط دولت‌های غیرزیان‌دیده مشروط به همان شرایطی است که دولت زیان‌دیده برای استناد باید آن‌ها را رعایت کند (مواد ۴۳، ۴۴، ۴۵). اما ادعاهایی که دولت‌های غیرزیان‌دیده می‌توانند به هنگام استناد مطرح کنند طیف محدودتری از حقوق را شامل می‌شود. در نهایت دولت‌های غیرزیان‌دیده درخصوص نقض تعهدات عام‌الشمول از حق اقامه دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری برخوردار هستند.

واژگان کلیدی: تعهدات عام‌الشمول، دولت زیان‌دیده، دولت غیرزیان‌دیده، جامعه بین‌المللی، مسئولیت بین‌المللی دولت

مقدمه

در هر جامعه، منافع، مصالح و ارزش‌هایی وجود دارد که نظام حقوقی آن جامعه با حفاظت از آن‌ها مانع سقوط و از هم پاشیدگی بنیان‌های اجتماعی می‌شود. در واقع، ارزش‌ها و منافع عالی هر جامعه و حفظ آن موجب پدیدار شدن مفهوم نظم عمومی شده است. از سوی دیگر، هر جامعه دارای ارزش‌ها و منافع عالی خاص خود است، چرا که ضرورت‌های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی،

۱. استادیار پردیس قم دانشگاه تهران email: mhaddady@ut.ac.ir

فرهنگی، مذهبی و ... که ارزش‌ها، مصالح و منافع هر جامعه بر آن استوار گردیده از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است. بر این اساس، مبانی نظم عمومی می‌تواند شامل مبانی اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، مذهبی و اخلاقی باشد.

در جامعه بین‌المللی نیمه سازمان یافته این منافع و ارزش‌ها از حساسیت خاصی برخوردار است. آنچه می‌توان نظم عمومی بین‌المللی نامید ارزش‌ها، مصالح و منافع عالی جامعه بین‌المللی است که با ظهور جامعه بین‌المللی به تدریج توسعه یافته‌اند. این نظم عمومی بین‌المللی یک منبع ماهوی برای حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. به عبارت دیگر در عالم حقوق موضوع تجلی نظم عمومی بین‌المللی را در قواعد آمره و تعهدات عام‌الشمول می‌بینیم.

تأیید وجود ارزش‌ها و منافع عالی جامعه بین‌المللی در رویه و دکترین معاصر و ظهور مفهوم قواعد آمره و تعهدات عام‌الشمول به همراه اقدام طولانی صورت گرفته توسط سازمان‌های بین‌المللی در مورد ساختار نظام حقوقی بین‌المللی، نشان می‌دهد که ماهیت حقوق بین‌الملل در حال تحول است. هرچند برخی معتقدند جایگزینی حقوق بین‌الملل جامعه محور با حقوق بین‌الملل دولت محور غیرواقع‌گرایانه و حتی خطرناک است، اما در زمانی که نظام همزیستی نسبی به درستی دولت‌ها را تأمین نکرده و همکاری میان آن‌ها را نیز سازمان نداده است، نسخه آرمان‌گرایانه از یک جامعه بین‌المللی، توهم پیشرفت را بدون این که واقعیت داشته باشد، ایجاد می‌کند. با وجود این، ظهور حقوق بین‌الملل جامعه محور مشتمل بر قواعد نظم عمومی بین‌المللی و تعهدات ناشی از آن، واقعیتی انکارناپذیر است.

پذیرش مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل دارای آثار و نتایجی است. براساس رویکرد نوین، قواعد مربوط به نظم عمومی بین‌المللی و تعهدات عام‌الشمول ناشی از آن از درجه اعتبار و جایگاه ویژه‌ای برخوردار می‌شوند و لذا نگاه دولت‌ها و جامعه بین‌المللی به آن‌ها متفاوت از سایر قواعد و تعهدات خواهد بود. از جمله پیامدهای این سلسله مراتب تعهدات بین‌المللی، در حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت جلوه‌گر شده است. در واقع، جریان پرشتاب تحولات بین‌المللی که حقوق بین‌الملل را متحول ساخته، مفهوم مسئولیت بین‌المللی را نیز دچار دگرگونی‌هایی کرده است. بدین ترتیب در اثر تحولات جامعه بین‌المللی و توسعه حقوق بین‌الملل، دامنه، محتوا و نقش مسئولیت بین‌المللی متحول گردیده است.

از جمله تحولات در حوزه مسئولیت بین‌المللی، توجه به اهمیت محتوای تعهد نقض شده برای جامعه بین‌المللی و طرح دو رژیم مسئولیت حقوقی و کیفری برای دولت‌ها است. البته تلاش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل در این زمینه چندان سرانجام مطلوبی نداشت؛ لکن اهمیت محتوای تعهد از زاویه دیگر مورد توجه قرار گرفت و آن، اجرای مسئولیت دولت بود. در واقع، هر

فعل متخلفانه بین‌المللی دولت، مسئولیت بین‌المللی‌اش را در پی دارد و در نتیجه، روابط حقوقی بین‌المللی جدیدی، علاوه بر آن‌هایی که پیش از وقوع آن فعل وجود داشته‌اند، ایجاد می‌شود. پیش از تحولات اخیر در حوزه مسئولیت بین‌المللی، رابطه مسئولیت میان دولتی که بتوان فعل یا ترک فعل را به آن نسبت داد و طرف یا طرف‌های زیان‌دیده برقرار می‌شد. براساس این رابطه، دولت خاطی متعهد به جبران خسارت بابت زیان‌های وارد می‌شد و طرف زیان‌دیده می‌توانست در صورت عدم جبران خسارت، ضمانت‌اجراهای مقرر در حقوق بین‌الملل (توسل به اقدامات متقابل) را به اجرا گذارد. در حقیقت، در این دوره، اهمیت تعهد نقض شده تأثیری بر محتوا و اجرای مسئولیت نداشت و لذا رابطه ایجاد شده بر پایه مسئولیت میان دو دولت، امری خصوصی و فقط مربوط به همان دولت‌ها تلقی می‌شد. نقش مسئولیت نیز حراست از حقوق و منافع اتباع بیگانه و در واقع سرمایه‌های خارجی بود.

امروزه نیز دولت زیان‌دیده به عنوان دولتی که حق فردی‌اش به وسیله عمل متخلفانه بین‌المللی مورد انکار قرار گرفته، آسیب‌دیده، و یا به‌طور خاص به‌وسیله آن عمل تحت تأثیر قرار گرفته از حق استناد به مسئولیت و نیز حق اقدام متقابل در برابر دولت ناقض برخوردار است. اما همان‌گونه که گفته شد، در حقوق بین‌الملل شاهد پیدایش دسته جدیدی از قواعد و تعهدات بین‌المللی هستیم که در جهت حمایت از منافع مشترک و ارزش‌های عالی جامعه بین‌المللی تدوین شده‌اند. صرف‌نظر از این که نقض این نوع قواعد در نظام حقوق بین‌الملل چه آثار و تبعاتی برای دولت ناقض به دنبال دارد (مسئولیت بین‌المللی)، این مسأله مطرح می‌شود که اعضای یک گروه از دولت‌ها و یا اعضای جامعه بین‌المللی که به عنوان دولت زیان‌دیده محسوب نمی‌شوند، نسبت به نقض تعهدات ناشی از این قواعد چه واکنشی می‌توانند از خود نشان دهند. بدین ترتیب، حقوق بین‌الملل که قواعد نظم عمومی جامعه بین‌المللی را پذیرفته است، باید مسائل بعدی ناشی از آن را نیز حل کند؛ از جمله این که چه موجودیتی اهلیت دارد دعوا را بر مبنای نظم عمومی جامعه بین‌المللی تعقیب کند؟

از این رو، نظم عمومی بین‌المللی چنان اهمیتی یافته است که حفظ و نگهداری آن وظیفه همه دولت‌ها تلقی می‌گردد و به همین خاطر در جامعه بین‌المللی، تمایل آشکاری به استفاده از حقوق مسئولیت برای ترمیم نظم عمومی جامعه بین‌المللی وجود دارد. بر این اساس، کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۴۸ طرح نهایی مسئولیت بین‌المللی دولت ۲۰۰۱ امکان استناد به مسئولیت توسط دولت‌های غیرزیان‌دیده را در صورت نقض این نوع تعهدات مطرح کرده است. ماده ۴۸ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل حاکی از تحولی مهم در حوزه مسئولیت بین‌المللی، به‌ویژه از حیث تکلیف دولت‌ها به حفظ و رعایت نظم عمومی بین‌المللی است که خود ثمره

گسترش جامعه‌گرایی در نظام حقوق بین‌الملل است. در این مقاله تلاش خواهیم کرد موضوع را با توجه ویژه به طرح مسئولیت دولت ۲۰۰۱ بررسی کنیم.

۱. مفهوم استناد

ماده ۴۲ و ۴۸ طرح مسئولیت دولت ۲۰۰۱ هر دو به دولت‌هایی اشاره می‌کنند که حق دارند به مسئولیت دولت دیگر استناد کنند؛ اما با وجود اهمیت اساسی مفهوم استناد به مسئولیت، در هیچ‌یک از این دو ماده تعریفی از استناد ارائه نشده است. هرچند در تفسیر ماده ۴۲ استناد این‌گونه تعریف شده است: «استناد باید به عنوان اتخاذ اقدامی قلمداد شود که سرشتی نسبتاً رسمی دارد؛ برای مثال، طرح یا ارائه یک شکایت از دولت دیگر یا شروع جریان رسیدگی در یک دیوان داوری یا دیوان قضایی بین‌المللی. یک دولت به صرف این که دولت دیگر را به دلیل نقض تعهد مورد انتقاد قرار دهد و خواهان رعایت تعهد گردد یا حتی حقوق و یا اعتراضاتش را محفوظ بدارد به مسئولیت دولت دیگر استناد نکرده است. از نظر طرح مسئولیت دولت‌ها چنین اعتراضی استناد به مسئولیت نیست».^۲

در واقع از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، اعتراض اشکال و اهداف گوناگونی دارد و محدود به مواردی که متضمن مسئولیت دولت‌ها باشد نمی‌گردد. به‌طور کلی دولتی که می‌خواهد نسبت به نقض حقوق بین‌الملل توسط دولت دیگر اعتراض کند یا مسئولیت بین‌المللی آن دولت را در ارتباط با معاهده یا هر تعهد دیگری که برای هر دو لازم‌الاجرا است متذکر شود، لازم نیست حق یا نفع دیگری را برای انجام این کار اثبات کند. این‌گونه تماس‌های دیپلماتیک غیررسمی به استناد به مسئولیت منجر نمی‌شود، مگر این‌که متضمن ادعاهای خاص از سوی دولت مربوط باشد؛ همچون ادعای جبران خسارت برای نقضی که بر آن دولت تأثیر گذاشته یا اقدام خاصی همچون ثبت دادخواست نزد یک دادگاه بین‌المللی صالح یا حتی اتخاذ اقدام متقابل. به منظور اتخاذ این گام‌ها، یعنی استناد به مسئولیت در مفهوم مواد طرح، حق خاص بیش‌تری مورد نیاز است و به‌ویژه برای دولتی که از جانب خود به مسئولیت استناد می‌کند، باید حق خاصی برای این کار وجود داشته باشد، مثلاً یک حق اقدام که به‌طور ویژه توسط یک معاهده اعطا شده باشد یا این‌که آن دولت به عنوان یک دولت زیان‌دیده تلقی شود.^۳

با توجه به این تعریف، استناد، آشکارا مستلزم ارائه برخی از انواع ادعاها از سوی دولت زیان‌دیده براساس شرایط ماده ۴۲ یا دولت ذینفع در چارچوب مفهوم ماده ۴۸ است. اگرچه لازم

2. ILC; Report, 53 Session. Commentary to Chapter III, Part Two, *Yearbook of ILC*, vol. II, part two, 2001, p. 117.

3. *ibid.*

نیست که اعتراض صرف به استناد به مسئولیت منجر شود، ممکن است تمیز اعتراض از استناد در موردی که دولتی براساس ماده ۴۸ در جهت نفع جمعی اقدام می‌کند مشکل باشد. ایجاد چنین تمایزی ممکن است به اوضاع و احوال و شرایط شکایت منوط شود؛ اما به نظر می‌رسد اگر دولت ذینفع فقط توقف و عدم تکرار عمل متخلفانه را بخواهد انجام چنین امری غیرممکن باشد. به احتمال قوی این دو مورد به مفهوم اعتراض ذاتی هستند.^۴ یک دولت ذینفع یا یک دولت زیان‌دیده از این اختیار برخوردار است که جبران خسارت را مطالبه کند یا نکند، اما همان‌گونه که ملاحظه خواهد شد ممکن است دولت ذینفع یا غیرزیان‌دیده در مطالبه جبران خسارت با مشکل مواجه شود.

تعریف ارائه شده از استناد توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در مقایسه با تعاریف ارائه شده توسط برخی از کشورها گسترده‌تر است. برای مثال از نظر دولت انگلستان «استناد به مسئولیت به معنای انجام ادعای رسمی دیپلماتیک یا آغاز جریان دادرسی قضایی علیه دولت مسئول به منظور به دست آوردن جبران خسارت از آن است ... درخواستی که به‌طور غیررسمی از دولتی می‌خواهد که به تعهداتش عمل کند استناد به مسئولیت تلقی نمی‌شود. باید روشن شود که آغاز اقداماتی همچون بررسی اعمال یک دولت در یک سازمان بین‌المللی، یا یک پیشنهاد که وضعیت باید توسط یک نهاد بین‌المللی مورد تحقیق و تفحص قرارگیرد، یا استناد به ساز و کارهای حل و فصل اختلاف که به تصمیم الزام‌آور منجر نمی‌شود، همچون هیأت حقیقت‌یاب یا کمیسیون سازش، استناد به مسئولیت تلقی نمی‌شود و حق اتخاذ چنین اقداماتی تابع شرایط مذکور در طرح نیست».^۵

این دیدگاه معتقد است اقداماتی استناد تلقی می‌شوند که به صورت طرح دعوا در نزد مراجعی که تصمیم الزام‌آور اتخاذ می‌کنند صورت گیرند؛ در حالی که در تعریف کمیسیون نیازی به ایجاد مرافعه و یا مراجعه به مراجعی که تصمیمات الزام‌آور اتخاذ می‌کنند نیست. به‌علاوه از نظر کمیسیون، مطالبه جبران خسارت فقط یک نتیجه اختیاری است، نه شرط اساسی استناد. شاید دیدگاه انگلستان تحت تأثیر این تمایل قرار گرفته که آزادی دولت‌ها برای اعتراض به نقض تعهدات عام‌الشمول را به حداکثر برساند.

4. Scobbie, Iain «The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligation under Peremptory Norms of General International Law», *EJIL*, Vol.13, No.5, 2002, p.1206.

5. State Responsibility: Comments and Observations Received from Governments, UNDOC. A/CN.4/515 (19 March 2001), United Kingdom Comment to Part Two, *bis*, Chapter I, p. 59.

۲. جامعه بین‌المللی فاقد شخصیت حقوقی مستقل

توسعه و اعمال حقوق بستگی به ماهیت هر گروه اجتماعی دارد که بر آن اعمال می‌شود و در این رابطه روشن است که خصوصیات جامعه بین‌المللی به‌شدت با خصوصیات جامعه سیاسی در سطح دولت متفاوت است. در حالی که جامعه سیاسی داخلی مرکب از گروه‌های اجتماعی است که از لحاظ سلسله مراتب سازمان یافته و متمرکزند، جامعه بین‌المللی اساساً اجتماع دولت‌های مستقل و حاکم است. از دیدگاه حقوق و روابط بین‌الملل فرض بر آن است که جامعه بین‌المللی از دل این جوامع سیاسی (کشورها) به وجود آمده است.

اگرچه تردید نیست که کشورها یک «اجتماع بین‌المللی»^۶ را تشکیل می‌دهند، اما سخن گفتن از موجودیتی به نام «جامعه بین‌المللی»^۷ نیازمند بررسی است. با آن‌که اشاره به جامعه بین‌المللی امری عادی شده است، اما ابهامات زیادی در مورد ماهیت آن وجود دارد. آیا کسانی که به آن استناد می‌کنند از یک موجودیت واحد به نام جامعه بین‌المللی صحبت می‌کنند یا عملاً مجموعه‌ای از دولت‌ها را در ذهن دارند؟

در پاره‌ای از نوشته‌ها اصطلاح «جامعه بین‌المللی» فقط برای توصیف نظام بین‌المللی در کل و همچنین بازیگران بین‌المللی و روابط بین‌المللی‌شان به کار رفته است؛^۸ اما وقتی به کاربرد عمومی آن نگاه می‌کنیم به نظر می‌رسد این اصطلاح غالباً برای بیان منافی که بر منافع دولت‌ها برتری دارد به کار می‌رود. در این صورت، عنصری که جامعه را از اجزایش متمایز می‌کند اولویت منافع عمومی در برابر منافع افراد است. در این دیدگاه، یک اجتماع صرف چیزی بیش از وابستگی واقعی در میان یک تعداد از افراد نیست؛ اما «اگر جامعه بین‌المللی وجود دارد، لازم است منافع مشترکی در میان تمام اعضایش و مجموعه‌ای از ارزش‌های مشترک، اصول و شیوه‌ها را داشته باشد».^۹

البته جامعه تنها دارای بعد درونی نیست، بلکه به یک بعد خارجی نیز نیاز دارد، یعنی محیطی که در برابر آن، هویت خود را تعریف و مشخص سازد. درخصوص یک جامعه شبیه جامعه بین‌المللی روشن نیست که چه کسی یا چه چیزی این بعد خارجی را تشکیل می‌دهد. وجود اجتماع دولت‌ها، آن‌هم بر مبنای ارزش‌ها و منافع مشترک، چیزی کاملاً متفاوت از وحدت اخلاقی و

6. international society

7. international community

8. See: Abi-Saab, G, International Law and the International Community: *The Long Road to Universality*; in: R.St.J. MacDonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.31; A. Cassese; International law in a Divided World, 1986, p. 1, et seq.

9. Simma, B. and A.L. Paulus, The International Community: Facing the Challenge of Globalization, *EJIL*, Vol. 9. No.2, 1998, p.267.

معنوی و هویت‌های مشترک حاکی از یک جامعه بین‌المللی است. این تمایز مهم است، زیرا تأثیر اجتماعی بر دولت‌ها از تأثیر اشتراکی دولت‌ها متفاوت است.

به نظر می‌رسد شرط نخست و ضروری برای موجودیت جامعه بین‌المللی، وجود یک اجتماع بین‌المللی است که این امر به‌وضوح وجود دارد. دولت‌ها در حال حاضر یک اجتماع بین‌المللی را بر مبنای ارزش‌ها، منافع مشترک و اصول کلی رفتاری شکل می‌دهند. در واقع، این اجتماع تا حدی از طریق توسعه حقوق بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی نهادینه شده است. به عبارت دیگر، ارزش‌های اجتماع بین‌المللی به‌خوبی شناسایی و در حد وسیع توسط دولت‌ها پذیرفته شده و از طریق نهادهای بین‌المللی به‌ویژه در ساختار سازمان ملل تدوین گردیده‌اند.

اما شرط ضروری دوم برای ایجاد یک جامعه بین‌المللی سخت‌تر حاصل می‌شود. ایجاد یک هویت مشترک در میان فرهنگ‌های مختلف و مجزا با مجموعه قواعد اخلاقی و معنوی متفاوت و با درک‌های متفاوت از ضرورت‌های اجتماعی فرهنگی، یک چالش متفاوت حتی برای اجتماعات داخلی است. آنچه یک جامعه بین‌المللی بدان نیاز دارد داشتن هویتی مستقل از دولت‌ها است؛ همانند یک جامعه سیاسی. هویت‌های مشترک یا جمعی از طریق فرایند متمایز ساختن خود از دیگران حاصل می‌شوند.^{۱۰}

در حالی که بسیاری از دولتمردان، دانشگاهیان و سیاستمداران به جامعه بین‌المللی اشاره می‌کنند، روشن نیست که تمام شرایط ضروری برای یک جامعه بین‌المللی حقیقی وجود داشته باشد. از این رو، پرفسور کک دین، پاتریک دینه و آلن پله در کتاب *حقوق بین‌المللی عمومی خود* بیان می‌دارند که «گرچه به ذهن هیچ‌کس خطور نمی‌کند که از مفهوم جامعه بین‌المللی چشم‌پوشد، اما مفهوم مجتمع یا جامعه مشترک بین‌المللی محل بحث و گفتگو است. گفته می‌شود ناهمگونی بی‌اندازه دولتهایی که در اطراف و اکناف عالم پراکنده‌اند، با وجود یا تحقق وجودی یک جامعه مشترک بین‌المللی که بخواهد به عنوان جامعه جهانی تلقی شود، ناسازگار است».^{۱۱}

به‌رغم تحولات مهم در عرصه جهان، همچون جهانی شدن و به‌ویژه با وجود تغییرات بزرگی که سازمان‌های بین‌المللی در ساختار جامعه بین‌المللی پدید آورده‌اند، قدرت سیاسی هنوز به‌طور فردی میان دولت‌ها توزیع شده و حقوق بین‌الملل هنوز یک نظام حقوقی به‌شدت غیرمتمرکز و با نهادینگی اندک است. به همین دلیل در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها هم واضع و هم تابع قواعد هستند. همین‌طور چون در جامعه بین‌المللی، برخلاف جامعه داخلی، قدرت سیاسی نهادینه نشده،

10. Ellis, D.C., *Defending the International Interest*, A Dissertation Presented for the Degree of Doctor of Philosophy, University of Florida, 2005, p.28.

۱۱. کک دین، نگوین و دیگران، *حقوق بین‌الملل عمومی*، ج ۱، ترجمه حسن حبیبی، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۲، ص ۵۰.

قواعد حقوقی بین‌المللی به صورت غیرمتمرکز اجرا می‌شوند. نتیجه آن است که ارزیابی وضعیت حقوقی یک دولت در اصل در حوزه تشخیص و صلاحدید دولت دیگر قرار می‌گیرد.^{۱۲}

براساس خصوصیات مذکور بهتر می‌توان به این پرسش پاسخ داد که آیا جامعه بین‌المللی به لحاظ حقوقی موجودیت مستقل دارد یا نه و آیا این جامعه همانند هر ذیحق و تابع و موضوع حقوق، به‌طور مستقیم دارای حقوق و تکالیف بین‌المللی است؟

جامعه بین‌المللی به‌هیچ‌وجه در وضعیتی نیست که بتواند به اعمال حقوق و تکالیف بین‌المللی اقدام کند و حتی قادر نیست به‌طور مؤثر و از طریق مطالبه بین‌المللی از آن‌ها بهره‌برداری کند، مطالبه‌ای که خود یکی از ضابطه‌های برخورداری از شخصیت بین‌المللی است. همچنین به‌دشواری می‌توان تصور کرد و پاسخ داد که جامعه در صورت عدم رعایت تکالیف احتمالی خود چگونه و توسط چه کسی ممکن است مجازات شود. این مسأله جنبه نظری صرف خود را هنگامی از دست می‌دهد که یک سازمان بین‌المللی به عنوان وکیل جامعه بین‌المللی به انجام وظایفی پردازد که تنها جنبه دستوری و معیارگذاری ندارند، بلکه عملیاتی نیز هستند.^{۱۳} البته به‌نظر می‌رسد با به رسمیت شناختن تدریجی، آرام و محتاطانه نوعی شخصیت جامعه بین‌المللی روبه‌رو هستیم. «چنین می‌نماید که این جامعه در حال حاضر تا حدودی از پراکندگی و گسیختگی بیرون آمده و به‌راستی تابع حقوق بین‌الملل شده است، زیرا دیگر جامعه‌ای نیست که در آن، دولت‌ها با عقد معاهداتی چند فقط در پی منافع خویش باشند. جامعه بین‌المللی امروزی با تحولاتی که در آن پدید آمده هویت خود را در ارزش‌هایی یافته که موجودیتش بر آن‌ها متکی است. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *بارسلونا تراکشن* به‌طور تلویحی به جنبه‌هایی از این مفهوم اشاره کرده است... وجود قاعده آمره در حقوق بین‌الملل نیز مبین مفهوم حقوقی جامعه بین‌المللی به صورت تحول یافته امروزی است».^{۱۴}

با این همه، حقوقی که جامعه بین‌المللی از آن‌ها بهره‌مند می‌شود، همچنان محدود است و در این میان فقط دولت‌ها و یا سازمان‌های بین‌المللی که تابعان سنتی حقوق بین‌الملل هستند، می‌توانند آن‌ها را اجرا کنند. جامعه بین‌المللی که واجد اهلیت انکارناپذیر تمتع است، هنوز از اهلیت اجرای مستقیم حقوق و تکالیف خود بهره‌مند نیست و نمی‌تواند مستقیماً از آن‌ها استفاده کند. از این رو، بحث حق استناد به مسئولیت درخصوص نقض تعهدات عام‌الشمول برای یکایک دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی مطرح می‌شود.

12. Carrillo Salcedo, J.A., «Reflection on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law», *EJIL*, Vol. 8, No.4, 1997, p. 584.

۱۳. کک دین، نکوبین و دیگران، همان، ص ۶۵۲.

۱۴. فلسفی، هدایت الله، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران، نشر نو، ۱۳۷۹، ص ۳۰۴.

۳. دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی به مثابه دولت‌های زیان‌دیده یا غیرزیان‌دیده؟

اگر بپذیریم مسئولیت دولت شیوه‌ای مهم برای اجرای فردی «تعهدات عام‌الشمول» می‌باشد، تعریف دولت زیان‌دیده در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل، یک نکته کلیدی خواهد بود.^{۱۵} اگر تمام اعضای نظام جهانی یا یک نظام خاص که به وسیله یک معاهده تأسیس شده است (رژیم کنوانسیون) به عنوان دولت‌های زیان‌دیده تلقی شوند، آن‌ها به‌طور جمعی و نیز به‌طور انفرادی مستعد داشتن کل حقوق ثانوی ناشی از نقض تعهد اولیه‌ای خواهند بود که اعضای نظام براساس نظام مذکور به‌طور «عام‌الشمول» می‌پذیرند. این نتیجه، همان تصمیم کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۴۰ پیش‌نویس طرح مسئولیت دولت ۱۹۹۶ است که در اولین قرائت به تصویب رسیده بود.

کمیسیون در طرح نهایی خود ضمن تغییر دیدگاه و تفکیک میان دولت‌های زیان‌دیده و غیرزیان‌دیده در قالب ماده ۴۲ و ۴۸ اهمیت کارکرد حامیان تمامیت نظم حقوقی بین‌المللی را نفی نمی‌کند و در ماده ۴۸ به دولت‌های غیرزیان‌دیده اجازه استناد به مسئولیت بین‌المللی دولت را، البته با محدودیت‌هایی، از جهت حقوق ثانوی می‌دهد. براساس بند ۱ ماده ۴۸: «هردولتی غیر از دولت زیان‌دیده حق دارد طبق بند ۲ به مسئولیت دولت دیگری استناد کند اگر:

الف) تعهد نقض‌شده در قبال گروهی از دولت‌ها از جمله آن دولت بوده، و آن تعهد برای صیانت از نفع جمعی آن گروه وضع شده باشد؛ یا

ب) تعهد نقض‌شده در قبال کل جامعه بین‌المللی در کل باشد».

عده‌ای موافق این اقدام کمیسیون هستند و عده‌ای نیز معتقدند که گرچه نتیجه حاصل از این شیوه مناسب است، اما این نوع نتیجه فاقد مبنای حقوقی بوده، موضوع زیان حقوقی را به عنوان مبنای مناسب مطرح می‌سازد.

الف) ضرورت تفکیک (موافقان تفکیک)

در جریان تدوین طرح مسئولیت دولت، تعریف دولت زیان‌دیده موضوع بسیاری از تفاسیر و بحث‌ها بود. از دید موافقان تفکیک دولت‌های زیان‌دیده از دولت‌های غیرزیان‌دیده، اگرچه شناسایی منافع جمعی ابزار مفیدی است که از طریق آن دولت‌ها می‌توانند یکدیگر را مسئول موارد نقض «تعهدات عام‌الشمول» بدانند، اما در اختیار قراردادن اختیارات گسترده به دولت‌ها براساس مسئولیت دولت برای اجرای این منافع می‌تواند خطرهایی را در پی داشته باشد. برای

15. Zemanek, Karl, «New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligation», *Max Planck Yearbook of UN Law*, 4, 2000, p.28.

مثال، شناسایی این که هر دولتی به نحو مساوی صرفاً به عنوان عضو جامعه بین‌المللی در اثر نقض یک تعهد حقوق بشری زیان دیده محسوب شود، در حالی که به واسطه نقض هیچ آسیبی ندیده است، ممکن است غیرضروری و شاید برای هدف حمایت از قربانیان نقض حقوق بشر زیان‌بار باشد.

در سال ۱۹۹۶ زمانی که کمیسیون در پیش‌نویس ارائه شده خود، دولت‌های زیان‌دیده را به نحو گسترده تعریف کرد (ماده ۴۰(۱))، موجی از اعتراض از سوی دولت‌ها به راه افتاد. این پیش‌نویس چالش بزرگی ایجاد کرد، زیرا این امکان را فراهم می‌آورد که درخصوص موضوعاتی که صرفاً داخلی تلقی می‌شوند نتایج بین‌المللی مهم در نظر گرفته شود. بسیاری از مفسران از میان دولت‌ها و حقوقدانان با بیان مشکلات حقوقی و عملی مهمی که این تعریف گسترده در پی داشت به آن واکنش نشان دادند. پاره‌ای از دولت‌ها در تفاسیر خود که به کمیسیون ارائه دادند استدلال کردند که تعریف گسترده در این پیش‌نویس با توجه به شناسایی صلاحیت رقابتی یا مضاعف برای دولت‌ها برای استناد به نتایج حقوقی یک نقض به نتایج نامطلوبی منجر می‌شود. از جمله استرالیا و ایالات متحده استدلال کردند که ماده ۴۰ به مفاهیم بسیار گسترده و غیرقابل قبول از زیان منجر می‌شود. انگلستان و فرانسه نیز از یک تعریف محدود حمایت کردند.^{۱۶}

تعریف گسترده از دولت زیان‌دیده همچنین این خطر را در پی دارد که تمایز میان دولت‌هایی را که مستقیماً از نقض زیان دیده‌اند و دولت‌هایی که صرفاً به عنوان عضو جامعه بین‌المللی درخصوص نقض نفع حقوقی دارند از بین می‌برد. بسیاری از اندیشمندان حقوقی استدلال می‌کنند که قربانیان مستقیم و دولت‌هایی که صرفاً از نقض یک تعهد در قبال جامعه بین‌المللی متأثر می‌شوند دو دسته متمایز با مجموعه‌های متفاوت از حقوق هستند.^{۱۷} پرفسور کرافورد نیاز به تمایز میان ذینفع‌های اولیه، دارندگان حق و دولت‌هایی که در جهت اجرای تعهدات نفع حقوقی دارند تأیید کرد.^{۱۸} یک تعریف گسترده، همچون تعریف مندرج در ماده ۴۰ طرح ۱۹۹۶، به نحو مناسب اولویت منافع کسانی را که مستقیماً از نقض زیان دیده‌اند، همچون قربانیان کشتار جمعی و آپارتاید، شناسایی نمی‌کند؛ زیرا دولت‌هایی که زیان محسوس متحمل نشده‌اند زیان‌دیده محسوب می‌شوند و در جهت حقوق خود اقدام می‌کنند، به‌ویژه در جامعه‌ای غیرمتمرکز همچون جامعه بین‌المللی.

16. See: State Responsibility; Comments and Observations Received from Governments, UN.Doc. A/C.N. 4/488 (1998), p. 97-99.

17. Riphagen, W., «Crime of State; The Concept and Response» in: Weiler, Cassese, Sipinedi (eds.), International Crimes of States, A Critical Analysis of ILC's Draft Article 19 of State Responsibility, 1989, p. 256-260.

18. Crawford, J., Third Report on State Responsibility, A/CN.4/507 (10 March 2000), para. 84.

خطر دیگری که یک تعریف گسترده در پی دارد آن است که دولت‌ها زمانی که متحمل هیچ زیان واقعی نشده‌اند ممکن است درصدد جبران خسارت برآیند. اگر دولت «الف» حقوق اتباع خود را با نقض یک تعهد که در برابر جامعه بین‌المللی برعهده گرفته نقض کند، آیا ملزم است که به تمام دولت‌های دیگر غرامت بپردازد؟ اگر دولت «ب» به عنوان عضو جامعه بین‌المللی از عمل دولت «الف» زیان دیده تلقی شود، می‌تواند از جانب خود به مسئولیت استناد کند؛ آن‌هم بدون ملاحظه منافع اتباع دولت «الف» که حقوق‌شان نقض شده است؟ این امر می‌تواند به وضعیتی منجر شود که در آن، دولت‌های متعدد بتوانند به مسئولیت دولت «الف» استناد کرده، جبران خسارت را مطالبه کنند، بدون این که هیچ‌گونه جبران خسارتی به قربانیان واقعی نقض حقوق بشر پرداخت شود.

بنابراین براساس این دیدگاه، دولتی که در نتیجه نقض متحمل خسارت مادی یا معنوی می‌شود دولت زیان دیده محسوب می‌گردد. یک تعریف از دولت زیان دیده که این محدودیت را در بر داشته باشد، دولت‌هایی را که صرفاً متحمل زیان حقوقی می‌شوند از دولت‌هایی که خسارت واقعی متحمل می‌شوند مجزا می‌سازد. البته این سخن بدین معنا نیست که دولت‌هایی که فقط متحمل زیان حقوقی می‌شوند براساس قواعد مسئولیت فاقد اختیار هستند. همان‌گونه که در بخش سوم طرح آمده، این کشورها اجازه دارند به مسئولیت استناد نمایند، هرچند باید این کار را به عنوان دولت‌هایی غیر زیان دیده انجام دهند. تمایز مذکور این دولت‌ها را از ادعای جبران خسارت برای خود و مقدم دانستن منافع خود بر منافع کسانی که متحمل واقعی شده‌اند باز می‌دارد.^{۱۹}

ب) ضرورت محسوب کردن دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی متابه دولت‌های زیان دیده (مخالفان تفکیک)

مخالفان تفکیک معتقدند کمیسیون حقوق بین‌الملل با توجه به خطرهای ناشی از تعریف وسیع از دولت‌های زیان دیده، تعریف محدودی از دولت زیان دیده ارائه کرده است. تصمیم کمیسیون مبنی بر محدود کردن تعریف دولت زیان دیده بر این درک استوار بود که دولت‌هایی که به انحراف مختلف از نقض متأثر شده‌اند باید حقوق متفاوتی داشته باشند.

با این دیدگاه، دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی که تعهدی در قبال آن‌ها برعهده گرفته شده است، در صورت نقض این تعهد به‌طور غیرمستقیم متأثر می‌شوند. اندیشمندان حقوق بین‌الملل عموماً به دولت‌هایی که نفع حقوقی در رابطه با یک تعهد دارند، اما قربانیان مستقیم نقض نیستند

19. Kaplan, Margo, «Using Collective Interests to Ensure Human Rights: An Analysis of the Articles on State Responsibility», *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004, p.1927.

به عنوان «دولت‌های مستقیماً زیان‌ن دیده»^{۲۰} اشاره می‌کنند. این نوع برداشت اجازه نمی‌دهد که یک دولت هنگامی که به نحو متفاوتی از نقض متأثر شده، زیان‌دیده محسوب نشود. اصطلاح «دولت‌های مستقیماً زیان‌ن دیده» بر زیان غیرمستقیم دلالت دارد.^{۲۱}

مواد طرح ۲۰۰۱ که این دولت‌ها را به عنوان دولت‌هایی غیر از دولت‌های زیان‌دیده طبقه‌بندی می‌کند به‌طور ضمنی می‌گوید که وقتی یک «تعهد عام‌الشمول» نقض می‌شود هیچ‌یک زیانی وجود ندارد، اما کمیسیون حقوق بین‌الملل در گذشته بیان کرده بود که نقض یک تعهد بین‌المللی در برابر دولت دیگر مستلزم نوعی زیان به آن دولت است.^{۲۲} این بیان به‌طور ضمنی اشاره دارد که دولت‌هایی که تعهدی در برابر آن‌ها تقبل شده، ولو صرفاً به عنوان عضو جامعه بین‌المللی، در صورت نقض تعهد، زیان‌دیده محسوب می‌شوند.

این پرسش مطرح می‌گردد که آیا تفاوت میان زیانی که به سبب خسارت واقعی ایجاد می‌شود و زیانی که صرفاً زیان حقوقی است، خروج کامل دولت‌های واقع در دسته اخیر را از تعریف دولت‌های زیان‌دیده توجیه می‌کند. احتمالی که بیش‌تر به نظر می‌رسد آن است که این تمایز از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل، بر نتایج استناد، یعنی جبران‌های مقتضی برای دولت‌هایی که به نحو متفاوت متأثر گشته‌اند مبتنی است تا وجود خود زیان. هر یک از این دو نوع دولت حق دارد بر مسئولیت استناد کند. آن‌هایی که متحمل هیچ‌گونه خسارتی نشده‌اند و فقط بر مبنای نقض تعهدات تقبل شده در برابر کل جامعه بین‌المللی به مسئولیت استناد می‌کنند مجازند فقط از جانب کسانی که مستقیماً از نقض زیان‌دیده‌اند تقاضای جبران خسارت کنند. ممکن است ضرورتی نداشته باشد که این دولت‌ها را به عنوان غیرزیان‌دیده توصیف کنیم، آن‌هم وقتی همان اثر می‌تواند از شناسایی آن‌ها به عنوان نوع فرعی دولت زیان‌دیده، البته با جبران‌های محدود قابل دسترس آن‌ها، تحصیل شود.

کمیسیون می‌توانست یک طبقه از دولت‌های زیان‌دیده را که صرفاً در نتیجه نقض تعهد ناظر بر منافع جمعی زیان‌دیده‌اند مجزا سازد و سپس در مقررات جداگانه‌ای نتایج استناد به مسئولیت توسط این دولت‌ها را محدود می‌کند. این تقاضا می‌توانست به توقف، تضمین عدم تکرار و جبران خسارت‌های مقتضی از جانب طرف‌هایی که متحمل خسارت واقعی شده‌اند محدود شود. خسارت‌های مالی به‌طبع برای دولت‌های واقع در این دسته مناسب نیست و می‌توانست در مواد مربوط یا تفسیرهای ذی‌ربط منع شود. به همین نحو می‌شد این دولت‌ها از نظر توسل به اقدامات

20. Not directly injured states

21. Kaplan, M., *op. cit.*, p.1925.

22. Report of ILC on Work of Its 25 Session, UN Doc. A/ 9010/ Rev.1, YILC (1973) , ii, p.183, para. 12.

متقابل در پاسخ به نقض محدود شوند. در رابطه با استناد به مسئولیت، این قواعد پیشنهادی به نحو قابل توجهی با آنچه در مواد طرح ۲۰۰۱ گنجانده شده برابری می‌کند. البته رهیافت پیشنهادی این حقوقدانان و رهیافت مواد حاضر در طرح ۲۰۰۱ تفاوت‌های مفهومی مهمی دارند. این دیدگاه بر اهمیت تعهداتی که جامعه بین‌المللی اساسی و جهانی تلقی می‌کند تأکید می‌کند. مواد طرح ۲۰۰۱ با امتناع از تأیید دولت‌هایی که متحمل زیان حقوقی می‌شوند به عنوان دولت‌های زیان‌دیده، ورود زیان به جامعه بین‌المللی را در زمانی که دولت‌ها تعهدات ضروری برای تأمین منافع اساسی جامعه بین‌المللی را نقض می‌کنند رد می‌کند. رهیافت پیشنهادی، ضمن تأکید بر ورود زیان به دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی به تهدیدهای ناشی از پذیرش چنین مسأله‌ای نیز توجه دارد. این رهیافت قصد دارد اعضای جامعه بین‌المللی را تشویق کند که «تعهدات عام‌الشمول» را به‌طور جدی مورد توجه قرار دهند. اهمیت نمادین در شناسایی زیان به تمام اعضای جامعه بین‌المللی نهفته است، زیرا این امر دولت‌ها را تشویق می‌کند که به‌طور فردی یا جمعی به نفع کسانی که قادر به حمایت از خود نیستند، به تدابیر حقوقی رسمی متوسل شوند.^{۲۳}

این پیشنهاد مستلزم یک پندار و تلقی حقوقی است، شبیه آنچه در ساز و کار حمایت دیپلماتیک اعمال می‌شود. چون اشخاص عموماً نمی‌توانند در سطح بین‌المللی اقدام کنند، دولت متبوع آنان از حق خود در رابطه با اتباعش استفاده می‌کند. در مورد ما هم جامعه بین‌المللی نمی‌تواند دست به اقدام بزند و لذا دولت‌ها باید بتوانند حق خود را به منظور اعمال ارزش‌های حقوقی اساسی جامعه بین‌المللی به کار گیرند. لذا مفهوم زیان حقوقی نه تنها به دل‌مشغولی دولت‌ها در خصوص رعایت قواعد بین‌المللی عینیت می‌دهد، بلکه در واقع اتحاد مجدد مفهوم مسئولیت را تحقق می‌بخشد. این‌جا فقط یک مفهوم از دولت زیان‌دیده خواهیم داشت که ممکن است متحمل اشکال مختلف زیان (مادی، معنوی و حقوقی) شده باشد و از سوی دیگر یک جنبه از مسئولیت (یا نتیجه عمل متخلفانه بین‌المللی) خواهیم داشت، یعنی «تعهد به جبران خسارت».^{۲۴}

۴. مطالبات دولت‌های غیرزیان‌دیده از دولت مسئول

براساس بند ۲ ماده ۴۸ «هر دولتی که طبق بند ۱ حق استناد به مسئولیت داشته باشد می‌تواند از

23. Kaplan, M., *op.cit.*, p.1927.

24. Stern, Brigitte, «A Plea for Reconstruction of International Responsibility Based on the Notion of Legal Injury» in M. Regazzi (ed), *International Responsibility Today*, Leiden/ Boston. Martus Nijhoff, 2005, p.101.

دولت مسئول مطالبه کند که:

الف) تخلف بین‌المللی را متوقف و تأمین‌ها و تضمین‌هایی برای عدم تکرار تخلف طبق ماده ۳۰ بدهد؛ و

ب) تعهد به جبران خسارت را طبق مواد پیشین، به نفع دولت زیان‌دیده یا ذینفع‌های تعهد نقض‌شده ایفا کند.

در همین رابطه ماده ۳۳ طرح تحت عنوان «حیطه تعهدات بین‌المللی مندرج در این بخش» (بخش دوم طرح درخصوص نتایج و محتوای مسئولیت دولت) بیان می‌دارد:

۱. تعهدات دولت مسئول، به شرح مندرج در این بخش، به‌ویژه با توجه به ماهیت و محتوای تعهد بین‌المللی و چگونگی نقض آن ممکن است در قبال دولت دیگر، چند دولت، یا کل جامعه بین‌المللی باشد.

۲. این بخش به هر گونه حقی که ممکن است در اثر مسئولیت بین‌المللی مستقیماً برای هر شخص یا واحدی غیر از دولت به وجود آید، لطمه نمی‌زند».

اگر چه حقوق بین‌الملل مفهوم منافع عمومی را گسترش داده است، هنوز باید مسائل بعدی ناشی از آن را نیز حل کند: چه کسی اهلیت دارد دعاوی را بر مبنای منافع عمومی تعقیب کند و چه نوع جبران خسارتی می‌تواند در این زمینه مطالبه شود؟

در این باره ویرایش متن بسیار روشن بود. براساس آن، جبران خسارت باید نسبت به دولت زیان‌دیده صورت می‌گرفت. تنها دولت زیان‌دیده حق داشت اعاده وضعیت به حالت سابق، غرامت و جلب رضایت را از دولت متخلف درخواست کند.^{۲۵} از سوی دیگر، مفهوم دولت زیان‌دیده نیز گسترش یافته بود؛ حال آن‌که در طرح ۲۰۰۱ در حالی که استناد بر اساس ماده ۴۲ و ۴۸ مشابه است، نتایج یکسان نیست. جبران خسارت‌ها و اقدامات متقابل در مورد دولت‌هایی که براساس ماده ۴۸ اقدام می‌کنند با دولت‌های زیان‌دیده‌ای که براساس ماده ۴۲ عمل می‌کنند متفاوت است.

بند ۲ ماده ۴۸ مجموعه‌ای از مطالباتی را مشخص می‌کند که دولت‌های غیرزیان‌دیده می‌توانند مطرح سازند فهرست ارائه شده در این بند کامل است و استناد به مسئولیت براساس ماده ۴۸ درجه محدودتری از حقوق را در مقایسه با حقوق دولت‌های زیان‌دیده براساس ماده ۴۲ ایجاد می‌کند. به‌ویژه کانون اقدام از سوی یک دولت براساس ماده ۴۸ احتمالاً این است که چنین دولت‌هایی چون خودشان زیان مادی متحمل نشده‌اند، نمی‌توانند به نفع خود مطالبه

25. Kawasaki, Kyoji, «The Content and Implementation of the International Responsibility of States: Some Remarks on the Draft Articles on State Responsibility Adopted by the ILC's Drafting Committee in 2000.» *Hito-subashi Journal of Law and Politics*, Vol. 29, 2001, p.30.

غرامت کنند. برای مثال در قضیه ویمبلدون، ژاپن که هیچ‌گونه نفع اقتصادی در سفر دریایی خاص نداشت فقط یک اعلامیه مطالبه کرد، اما فرانسه که تبعه‌اش متحمل زیان شده بود مطالبه خسارت کرد و حکم به جبران خسارت گرفت.^{۲۶} در قضیه افریقای جنوب غربی، اتیوپی و لیبیا فقط اعلامیه‌هایی درخصوص وضع حقوقی مطالبه کردند.^{۲۷} در آن قضیه دیوان در ۱۹۷۱ اشاره کرد که زیان‌دیده، مردم بوده‌اند، یعنی مردم افریقای جنوب غربی.^{۲۸}

الف) توقف و تضمین عدم تکرار

براساس بند ۲ «الف» هر دولت مورد اشاره در ماده ۴۸ حق دارد توقف عمل متخلفانه را درخواست و چنانچه اوضاع و احوال ایجاب کند تأمین و تضمین عدم تکرار براساس ماده ۳۰ را بخواهد. در مواردی که یک دولت ذینفع براساس ماده ۴۸ به مسئولیت «استناد» می‌کند، اما فقط مدعی توقف یا عدم تکرار است، تمیز این اقدام از اعتراض آسان نیست. به عبارت دیگر در صورت فقدان هرگونه تقاضا یا اقدام اضافی آیا می‌توان آنچه را که صورت گرفته یک ادعا تلقی کرد؟ با توجه به تعریف استناد که در تفسیر ماده ۴۲ صورت گرفته شاید بتوان پاسخ منفی داد.^{۲۹} زیرا استناد، مستلزم ادعاهای خاص از سوی دولت مربوط است، همچون غرامت برای نقض، یا اقدام خاص همچون ثبت دادخواست نزد یک دادگاه بین‌المللی صالح.

ب) مطالبه جبران خسارت

ادعای جبران خسارت طبق بند ۲ «ب» به نفع دولت زیان‌دیده یا ذینفع‌های تعهد نقض شده محدود شده است. روشن نیست که ذینفع‌ها چه کسانی هستند و تفسیر کمیسیون نیز توضیحی در این زمینه نمی‌دهد. برای مثال ذینفع می‌تواند شامل اشخاصی شود که از معاهدات حقوق بشری نفع می‌برند. از نظر خود کمیسیون بند ۲ «ب» یک توسعه مترقیانه است و از این جنبه توجیه می‌شود که تدابیر حمایتی از منافع جامعه یا منافع عمومی در معرض خطر را فراهم می‌سازد.^{۳۰}

از دولت استنادکننده به مسئولیت که براساس ماده ۴۸ چیزی بیش از حکم اعلامی و توقف را مطالبه می‌کند، خواسته می‌شود مشخص سازد که آیا به نفع طرف زیان‌دیده اقدام می‌کند یا

26. P.C.I.J., 1923, Series A, No.1, p.30.

27. South West Africa, Preliminary Objections, Judgment. ICJ Report, 1962, p.319, South West Africa, Second Phase, ICJ Report, 1966, p.6.

28. ICJ Reports, 1971, p.56, para. 127.

29. Scobbie, Iain, *op. cit.*, p.1213.

30. ILC, ILC Report, 53 Session, *op. cit.*, p.127

خیر. در جایی که طرف زیان دیده دولت است، حکومت آن دولت می‌تواند به‌طور معتبر نمایندگی آن منافع را بدهد.^{۳۱} امکان این که یک دولت ذینفع جبران خسارت را از جانب دولت زیان دیده‌ای که خود به مسئولیت استناد نکرده باشد، مطالبه کند با پاسخ‌های مختلفی از سوی دولت‌ها مواجه شده است. انگلستان این دیدگاه را مطرح کرد که خودداری دولت زیان دیده باید به عنوان چشم‌پوشی از ادعا تلقی شود که حق سایر دولت‌ها را درخصوص استناد به مسئولیت منتفی می‌سازد.^{۳۲} از طرف دیگر، هلند و کره هر دو استدلال کردند در جایی که تعهد مورد نظر در قبال جامعه بین‌المللی در کل تقبل شده، هرگونه چشم‌پوشی توسط دولت زیان دیده فقط ادعای این دولت را منتفی می‌سازد، ولی بر حق دولت‌های ذینفع براساس ماده ۴۸ تأثیری نمی‌گذارد.^{۳۳}

این موضوع پردردسری است، در حالی که تمایل کمیسیون به تأمین اجرای منافع جمعی قابل ستایش است، اجازه دادن به یک دولت که از طرف دولت دیگر ادعایی را مطرح سازد، کنارگذاشتن اصول تساوی حاکمیت و خودمختاری دولت‌ها تلقی می‌شود. یک دولت زیان دیده متعهد نیست که به مسئولیت استناد کند یا جبران خسارت بخواهد. اجازه دادن به دولت دیگر که از جانب او اقدام کند. در حالی که خود دولت زیان دیده به چنین امری تمایل ندارد، فاقد هرگونه بنیان حقوقی است. در این رابطه حتی می‌شود به قضیه نیکاراگوئه نیز اشاره کرد. در این قضیه، دیوان می‌گوید که هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد که به دولت دیگری اجازه دهد حق دفاع مشروع جمعی را براساس ارزیابی خود از یک وضعیت عملی کند.^{۳۴} همان‌گونه که خود کمیسیون در تفسیر این بند اشاره می‌کند، دیدگاه بهتر آن است که فقط دولتی می‌تواند ادعای جبران خسارت را از طرف دولت دیگر مطرح سازد که دولت اخیر به این امر رضایت داده باشد.

براساس بند ۲ «ب» دولت غیرزیان دیده مطابق با مواد سابق درخصوص جبران خسارت، ادعای جبران خسارت را مطرح می‌کند. این بدین معنا است که دولت‌های مشمول ماده ۴۸ نمی‌توانند جبران خسارت را در وضعیت‌هایی که خود یک دولت زیان دیده نمی‌تواند اقدام کند، بخواهند؛ برای مثال در جایی که تقاضا بر فرض تداوم عمل متخلفانه است، یا اگر اعاده وضعیت امکان‌پذیر نباشد تقاضای اعاده وضعیت رد می‌شود.

درخصوص مطالبه اجرای تعهد جبران خسارت به نفع ذینفع‌های تعهدات نقض شده، باید متذکر شد که این بیان به دو مسأله مجزا اشاره دارد. مسأله اول این که چه کسی حق دارد جبران

31. *Ibid.*, p.127.

32. State Responsibility: Comments and Observations, *op. cit.*, p.72.

33. *Ibid.*, p.67, 68.

34. ICJ Reports, 1986, p. 104, para. 195.

خسارت را به دست آورد یا حق ثانوی نسبت به جبران خسارت دارد و مسأله دوم این که چه کسی حق دارد در سطح بین‌المللی به مسئولیت دولت دیگر استناد کند. وقتی تعهد به جبران خسارت نسبت به یک دولت مطرح می‌شود، جبران خسارت ضرورتاً به نفع آن دولت نیست. برای مثال، مسئولیت دولت در خصوص تعهد ناشی از معاهده مربوط به حقوق بشر می‌تواند در برابر تمام طرف‌های دیگر معاهده به وجود آید، اما اشخاص متأثر باید به عنوان ذینفع نهایی تلقی شوند و در آن مفهوم به عنوان دارندگان حق جبران خسارت.^{۳۵} بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که اشخاص ممکن است حق جبران خسارت در حقوق بین‌الملل را داشته باشند. این نتیجه در خصوص معاهدات حقوق بشری اجتناب‌ناپذیر است. البته این حق ثانوی یک مسأله ماهوی است و از این رو این که حق می‌تواند با پاره‌ای از حقوق شکلی برای طرح ادعای جبران خسارت نزد دادگاه‌های ملی یا برخی مراجع بین‌المللی همراه باشد، بستگی به این دارد که آیا معاهده حقوق بشری مربوط خود اجرا تلقی می‌شود، یا این که معاهده به چنین مراجعی مجهز شده است و دولت‌های متعاقد مربوط آن را پذیرفته‌اند.^{۳۶}

۵. رعایت شرایط استناد به مسئولیت

بر اساس بند سوم ماده ۴۸ «شرایط استناد به مسئولیت از سوی دولت زیان‌دیده طبق ماده ۴۳، ۴۴ و ۴۵ در مورد دولت غیرزیان‌دیده هم که طبق بند ۱ حق استناد به مسئولیت دارد اعمال می‌گردد. براساس ماده ۴۳ دولت زیان‌دیده چنانچه خواهان استناد به مسئولیت است باید ادعایش را به دولت مسئول اعلام کند. ماده ۴۴ دو شرط برای قابل پذیرش بودن ادعا مطرح می‌کند: تابعیت دعوا و طی جریان‌های رسیدگی در مراجع صالح داخلی. ماده ۴۵ هم موارد از دست دادن حق استناد، شامل چشم پوشی صریح و ضمنی از ادعا را مطرح می‌کند.

ماده ۴۸(۳) به جنبه‌های شکلی می‌پردازد. در حالی که هیچ تردیدی درباره اعمال بند ۲ ماده ۴۸ وجود ندارد، پاره‌ای مشکلات در خصوص تعهدات مطرح در بند ۳ یعنی اعلام ادعا (ماده ۴۳)، قابل پذیرش بودن ادعا (ماده ۴۴) و از دست دادن حق استناد به مسئولیت (ماده ۴۵) مطرح می‌شود. همان‌گونه که ملاحظه خواهیم کرد، در حالی که اعمال ماده ۴۳ می‌تواند برخی مشکلات را در عمل ایجاد کند، اشاره به ماده ۴۴ و ۴۵ در رابطه با نقض شدید تعهد ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل مشکل‌سازتر است، زیرا در تعارض با قلمرو و محتوای ماده ۴۱ قرار می‌گیرد.

35. Kawasaki, Kyoji, *op. cit.*, p. 31.

36. *Ibid.*

الف) اعلام ادعا

از یک سو تنظیم گسترده ماده ۴۳ در اصل به این معنا است که هر دولت به تنهایی می‌تواند ساز و کار استناد به مسئولیت دولتی را که مرتکب نقض تعهد عام‌الشمول شده به کار اندازد، که این امر، خطر ادعاهای متعارض را در پی دارد. از طرف دیگر، همان‌گونه که کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود بیان داشته است، اقدام خاص درخواست شده در اعلام، دولت مسئول را ملزم نمی‌سازد.^{۳۷} این مسأله باید در خصوص اعلام‌های متعدد با ادعاهای متعارض بیش‌تر صادق باشد. برای مثال اگر دولت «الف» از دولت «ج» استرداد شخصی را به منظور تعقیب او طلب کند و دولت «ب» استرداد همان شخص را به منظور تسلیم وی به دیوان بین‌المللی کیفری بخواهد، دولت «ج» مختار است ادعای اول یا دوم را بپذیرد.

در این‌جا ما با یک مشکل دیگر مواجه هستیم و آن، ساز و کارهای هماهنگی میان دولت‌های غیرزیان‌دیده (کلیه دولت‌ها) است، به‌ویژه در جایی که دولت مستقیماً زیان‌دیده نیز وجود دارد که در این صورت، آن دولت نیز در خصوص ادعاهایش تعهداتی دارد، همچون تعهد به عدم چشم‌پوشی از رفتار دولت مسئول یا اولویت اعاده نسبت به غرامت. اما روشن نیست تا چه حد انتخاب‌های دولت قربانی می‌تواند بر انتخاب‌های سایر دولت‌ها تأثیر گذارد.^{۳۸}

ب) قابل پذیرش بودن ادعا

ارجاع بند ۳ ماده ۴۸ به ماده ۴۴ تعجب‌انگیز است، زیرا نمی‌توان گفت که بند «الف» ماده ۴۴ در مورد تابعیت دعوا اعمال شود، چراکه ماده ۴۸ با منافع یا تعهدات جمعی تقبل شده در برابر جامعه بین‌المللی در کل ارتباط دارد،^{۳۹} و اصولاً قاعده تابعیت دعوا نباید در این خصوص اعمال شود. اگرچه کمیسیون در تفسیر این بند بیان می‌دارد که این مواد با قید «با اعمال تغییرات لازم»^{۴۰} اجرا می‌شوند؛ ولی کمیسیون مشخص نکرده که در کجا تفاوت‌ها دقیقاً مطرح می‌شوند. بهتر بود کمیسیون این قید را در متن ماده مطرح می‌کرد.

در رابطه با اعمال قسمت «ب» ماده ۴۴، یعنی قاعده طی مراجع داخلی، در خصوص نقض شدید تعهدات ناشی از قاعده آمره نیز تردیدهایی مطرح می‌شود. با توجه به این‌که در ماده ۴۰

37. ILC Report, Commentary to Article 43, para 5.

38. Gattini, Andrea, «A Return Ticket to Communitarism' Please», *EJIL*, Vol. 13, No.3, 2002, p.1196.

39. McGoldrick, D, « State Responsibility and the International Convenat on Civil and Political Rights», in Fitzmaurice, M. and Dan Sarooshi (eds), *Issues of State Responsibility before International Institutions: The Clifford Chance Lectures*, Hart Publishing, 2004, p. 197.

40. *Mutatis Mutandis*

گفته شده که نقض تعهدات ناشی از قواعد آمره‌ای چون کشتار جمعی، منع شکنجه و تبعیض نژادی باید شدید باشد، مشکل است تصور کنیم که چگونه جبران داخلی از سوی دولت مسئول آن‌گونه که در ماده ۴۴ «ب» مقرر شده، می‌تواند قابل دسترس و مؤثر تلقی شود. به‌علاوه خود کمیسیون در تفسیر ماده ۴۰ یادآور می‌شود که در حالت نقض‌های منظم، قاعده جبران داخلی اعمال نمی‌گردد.^{۴۱}

با ملاحظه قواعد مربوط پیش‌نویس روشن می‌شود که قاعده طی مراحل داخلی، اگرچه نمی‌تواند نسبت به نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره به کار رود، اما تحت شرایط معینی نسبت به سایر نقض‌های تعهدات عام‌الشمول اعمال می‌گردد،^{۴۲} برای مثال در رابطه با اعمال شکنجه که به نحو کافی نظام‌مند نیست. این سخن ممکن است درخصوص قضیه شکنجه درست باشد، اما بیان کلی آن، سبب تمایز میان رژیم نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره و رژیم سایر نقض‌های «تعهدات عام‌الشمول» می‌شود که به ابهامات مفهومی و نیز رویه‌ای منجر خواهد شد.

ج) از دست دادن حق استناد به مسئولیت

پپیچیدگی مشابه در اثر اعمال ماده ۴۵ در مورد قضایای نقض شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره ایجاد می‌شود. تفسیر ماده ۴۵ مشخص می‌سازد که وضعیت دولت‌های غیرزبان‌دیده براساس ماده ۴۸ از وضعیت دولت زبان‌دیده مجزا است، به این معنا که هرچند چشم‌پوشی معتبر از سوی دولت زبان‌دیده، مانع هر گونه ادعای آتی می‌شود، این نتیجه نمی‌تواند با چشم‌پوشی توسط یک دولت واحد براساس ماده ۴۸ حاصل شود.^{۴۳}

جدا از این بیان روشن، همچنین ممکن است سؤال شود آیا دولتی که مستقیماً از نقض شدید یک تعهد ناشی از قاعده آمره زبان‌دیده است می‌تواند از حقیقت در مورد استناد صراحتاً یا ضمناً چشم‌پوشی کند. با توجه به این شرط که چشم‌پوشی در این رابطه باید معتبر باشد پاسخ این سؤال منفی است. کاملاً روشن است که چشم‌پوشی صریح نمی‌تواند درخصوص نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل جایگاهی داشته باشد. بدون این‌که قائل به یک تعهد مثبت در مورد تعقیب فعالانه ادعا برای دولت‌ها باشیم، روشن است که یک دولت نمی‌تواند از طریق رضایت از نادرستی رفتار مغایر با نورم‌های آمره بین‌المللی اغماض کند (ماده ۲۰ طرح در ارتباط با ماده ۲۶). چنان رضایتی که پس از وقوع حادثه از طریق تصمیم به چشم‌پوشی از حق

41. Commentary to Article 40, para. 7.

42. Gattini, Andrea, *op. cit.*, p.1197.

43. ILC; ILC Report, 53 Session, Commentary to Article 45, para.1.

استناد به مسئولیت دولت متخلف ابراز می‌شود نیز مؤثر نخواهد بود. تفسیر ماده ۴۵ این اصل را در رابطه با دولت مستقیماً زیان‌دیده با این بیان مطرح می‌کند که چنین نقضی، کل منافع جامعه بین‌المللی را درگیر می‌سازد.^{۴۴} هرگونه تصمیم منفرد از سوی دولتی که مستقیماً زیان ندیده نیز بی‌اهمیت است.

درخصوص چشم‌پوشی ضمنی، تجزیه و تحلیل پیچیده‌تر است. در تفسیر ماده ۴۵ کمیسیون به‌درستی به این حقیقت اشاره می‌کند که اوضاع و احوال مربوط به هر قضیه باید در یک شیوه قابل انعطاف مورد ارزیابی قرار گیرد. نه تنها زبانی که دولت مسئول ممکن است از ادعایی که دیر مطرح شده متحمل گردد (برای مثال جمع‌آوری ادله)، بلکه اهمیت تعهدات مربوط نیز در نظر گرفته می‌شود.^{۴۵} اگر ما این رهیافت متوازن را در مورد نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره به کار ببریم، جنبه اخیر (اهمیت تعهدات مربوط) باید همواره غالب باشد و از این رو نباید اعراض ضمنی معتبر تلقی شود. استدلال قوی دیگر علیه امکان اعراض ضمنی معتبر، در ماده ۴۱ مندرج است. اگرچه تعهدات عدم ارائه کمک یا همراهی، تعهداتی منفی هستند و اگرچه آنچه ما در این‌جا مورد بحث قرار می‌دهیم از دست‌دادن ادعای یک حق است، به‌واقع دولتی که به‌طور ضمنی از حق استناد می‌گذرد، آشکارا وضعیت دولت متخلف را تقویت می‌کند. به‌علاوه ماده ۴۱ تعهد به همکاری برای پایان‌دادن به نقض را مطرح می‌سازد: دولتی که از حق استناد، اعراض ضمنی می‌کند، آشکارا از ایفای این تعهد شانه خالی کرده است.^{۴۶}

بنابراین از طریق تفسیر می‌توان با اطمینان نتیجه گرفت که ماده ۴۴ و ۴۵ درخصوص استناد به نقض شدید تعهدات ناشی از قاعده آمره اعمال نمی‌شوند. اما این پرسش ممکن است مطرح شود که چرا این مسأله به‌روشنی در متن مواد بیان نشده است. این ملاحظه این دیدگاه را در کل تقویت می‌کند که تمایز میان نقض‌های شدید یک تعهد ناشی از قاعده آمره و نقض یک تعهد در قبال جامعه بین‌المللی به نحو قانع‌کننده و کامل توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل توسعه نیافته است.^{۴۷}

۶. شیوه اجرای استناد: اقامه دعوا نزد مراجع قضایی بین‌المللی

از سال ۱۹۶۶ این اختلاف‌نظر مطرح بوده که آیا تمام دولت‌ها حق دارند در پاسخ به نقض «تعهدات عام‌الشمول» دعوایی را نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه کنند؟ مطابق با نظر اکثر مفسران، مسأله نیاز به بررسی ندارد. دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن

44. *Ibid.*, para. 4.

45. *Ibid.*, para. 11.

46. Gattini, Andrea, *op. cit.*, p.1198.

47. *Ibid.*

وقتی نفع حقوقی تمام دولت‌ها را درخصوص «تعهدات عام‌الشمول» شناسایی کرد، به‌طور قاطع به این مسأله پاسخ داده است.⁴⁸ این تفسیر از سوی برخی مورد مخالفت قرار گرفته است. اینان بر تفسیر گسترده از مقدمات حکم دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن خرده گرفته مجموعه‌ای از استدلال‌های متقابل را ارائه می‌دهند.

سه دهه و نیم پس از قضیه بارسلونا تراکشن، دیوان هنوز ادعایی بر مبنای نقض یک «تعهد عام‌الشمول» نپذیرفته است. از سوی دیگر، اگرچه دولت‌ها از حق پاسخ‌گویی علیه نقض تعهدات مذکور سخن رانده‌اند، اما به‌ندرت درخصوص نقض «تعهدات عام‌الشمول» دعوایی را نزد دیوان اقامه کرده‌اند. در جایی که مفهوم «عام‌الشمول» نزد دیوان مورد استناد واقع شده، اصحاب دعوا دیدگاه‌های نسبتاً متفاوتی درباره آن مطرح کرده‌اند. برای مثال می‌توان به تغییر دیدگاه‌های استرالیا در مورد موضوع اشاره کرد. در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای، استرالیا استدلال کرد که منع آزمایش هسته‌ای یک «تعهد عام‌الشمول» است و می‌تواند توسط تمام دولت‌ها مورد استناد قرارگیرد. اما زمانی دیگر به عنوان دولت خوانده در قضیه تی‌مور شرقی، دیدگاه محدودتری را اتخاذ کرد و منکر حق تمام دولت‌ها درخصوص اقامه دعوا شد. این موارد نشان می‌دهد که مسأله اقامه دعوا به عنوان یکی از شیوه‌های اجرای استناد نیاز به بررسی دارد.

الف) تفکیک حق اقامه دعوا از مسأله صلاحیت

در حقوق بین‌الملل یک اصل غیرقابل انکار وجود دارد که به موجب آن، هیچ دولتی ملزم به ارجاع اختلاف خود با دولت دیگر به یک دادگاه بین‌المللی نیست. پیشینه تاریخی این اصل به دوران اولیه حقوق بین‌الملل مدرن باز می‌گردد و حاصل مفهوم حاکمیت است. اصل توافقی بودن صلاحیت دیوان، این آثار حقوقی را به دنبال دارد:

۱. یکی از آثار مهم این اصل آن است که دیوان نمی‌تواند به صورت مستقیم و غیرمستقیم، حضور دولت‌های ثالث را درخواست کند. این موضوع در قضیه سرزمین‌های فسفات در نائورو در سال ۱۹۹۲ از سوی دیوان مورد تأیید قرار گرفت:

«دادگاه‌های داخلی... معمولاً اختیار صدور قرار حضور اشخاص ثالثی را که ممکن است از رأی صادر شده متأثر گردند ندارند. این راه‌حل موجب می‌شود که حل و فصل یک اختلاف با حضور کلیه اطراف ذینفع ممکن گردد. اما در عرصه بین‌المللی، دیوان از چنین اختیاری برخوردار نیست. صلاحیت دیوان مبتنی بر رضایت دولت‌ها است و در نتیجه دیوان نمی‌تواند یک دولت را

48. Tams, Christian.J, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p.158.

مجبور به حضور در دادگاه، حتی از طریق ورود ثالث کند».^{۴۹}

۲. اهمیت و درجه یک قاعده حقوقی بین‌المللی در سلسله‌مراتب هنجاری هیچ تأثیری بر مسأله صلاحیت ندارد. بایرس می‌گوید که عمومیت اهلیت اقامه دعوا جوهر قواعد «عام‌الشمول» است و از خصوصیت عدول ناپذیری برخوردار نیست.^{۵۰} مسأله اهلیت اقامه دعوا حتی اگر به یک قاعده آمره مربوط باشد، نباید با مسأله قابلیت دسترسی به یک مرجع قضایی خلط شود. داشتن منفعت حقوقی درخصوص یک موضوع مشخص، متضمن دسترسی به یک مرجع قضایی مشخص نیست.^{۵۱} در این باره دیوان در پاره‌ای از آراء، خود به این موضوع پرداخته است. در قضیه خسارات وارد به سازمان ملل متحد، دیوان بیان داشت: «حق اقامه دعوی بین‌المللی و امکان توسل به روش‌های متداول و شناخته شده در حقوق بین‌الملل به‌منظور طرح و حل اختلاف برای ذیحق آن حق وجود دارد.... در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل مربوط به محاکم بین‌المللی، نمی‌توان بدون رضایت طرفین اختلاف، اختلاف را به یک دادگاه بین‌المللی ارجاع کرد».^{۵۲}

در قضیه تی‌مور شرقی دیوان به‌طور مشخص در مورد تفکیک صحبت کرد: «دیوان معتقد است که ویژگی «عام‌الشمول» بودن یک هنجار، و قاعده رضایت نسبت به صلاحیت، دو مقوله متفاوت است. وقتی رأی مستلزم ارزیابی قانونی رفتار دولت دیگری باشد که طرف قضیه نیست، صرف‌نظر از این که چه تعهداتی مورد استناد قرار گرفته‌اند. هرگاه وضعیت بدین گونه باشد، حتی اگر حق متنازع‌فیه یک حق «عام‌الشمول» باشد، دیوان نمی‌تواند اقدام کند».^{۵۳}

دیوان در قضیه کنگو علیه رواندا در سال ۲۰۰۶ برای اثبات صلاحیت خود بیان داشت که حق شرط رواندا نسبت به ماده ۹ کنوانسیون کشتار جمعی معتبر نیست. کنگو برای نشان دادن این که حق شرط اعتبار ندارد، معتقد بود که کنوانسیون کشتار جمعی نسبت به تمام دولت‌ها از جمله رواندا قابل اجرا (حاوی «تعهدات عام‌الشمول» است) و نیز حاوی قواعد آمره است.^{۵۴} رواندا اعتقاد داشت که اگرچه همان‌گونه که کنگو بیان می‌دارد، مقرر در مقررات اساسی کنوانسیون کشتار جمعی از وصف آمره برخوردارند و حقوق و «تعهدات عام‌الشمول» ایجاد می‌کنند، اما فی‌نفسه برای اعطا صلاحیت به دیوان در مورد اختلاف مربوط به اعمال این حقوق و تعهدات

49. ICJ Reports 1992, para. 53.

50. Byers, M, «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *NordJIL*, Vol. 66, 1997, p. 230.

51. Vermeer – Kunzi, A., «A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*», *ICLQ*, Vol. 56, 2007, p. 569.

52. *ICJ Reports*, 1949, p. 177-178.

53. *ICJ Reports*, 1995, para. 29.

54. *ICJ Reports*, 2006, para. 56.

کافی نیستند.^{۵۵}

دیوان در این رابطه ضمن تأکید بر این که حقوق و تعهدات مندرج در کنوانسیون کشتار جمعی، حقوق و «تعهدات عام‌الشمول» هستند، بیان می‌دارد همان‌گونه که قبلاً نیز دیوان تأکید کرده، خصوصیت «عام‌الشمول بودن» یک نورم و قاعده رضایت به صلاحیت، دو موضوع متفاوت هستند. صرف این حقیقت که حقوق و «تعهدات عام‌الشمول» ممکن است موضوع اختلاف واقع شوند به دیوان صلاحیت پرداختن به آن اختلاف را نمی‌دهد. همین استدلال در مورد روابط میان قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام و ایجاد صلاحیت دیوان مطرح می‌شود: این حقیقت که اختلاف مربوط به اجرای یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام است، که در اینجا مسلماً منع کشتار جمعی چنین حالتی را دارد، نمی‌تواند فی‌نفسه مبنایی برای صلاحیت دیوان، در ورود به آن اختلاف باشد. براساس اساسنامه دیوان صلاحیت همیشه مبتنی بر رضایت طرفین است. دیوان اضافه می‌کند که حق شرط رواندا به ماده ۹ کنوانسیون کشتار جمعی مربوط به صلاحیت دیوان است و تأثیری بر تعهدات اساسی مربوط به خود اعمال کشتار جمعی براساس آن کنوانسیون ندارد.^{۵۶}

قاضی اختصاصی دوگارد نیز در این پرونده معتقد است که در خصوص نقش قواعد آمره محدودیت‌هایی وجود دارد. درخواست کنار گذاشتن رضایت به عنوان مبنای صلاحیت دیوان از این محدودیت‌ها فراتر می‌رود.^{۵۷}

اورکلاشویلی برخلاف نظر اکثریت و دیوان معتقد است که ماهیت برتر قواعد آمره به آن‌ها اجازه می‌دهد که هر چیز دیگری را تحت‌الشعاع قرار دهند. این ماهیت، از استناد به مسئولیت مربوط به نقض «تعهدات عام‌الشمول»، صرف‌نظر از رضایت مرجع مربوط حمایت می‌کند. او استدلال می‌کند که در خصوص قواعد حمایت‌کننده از منافع جامعه بین‌المللی، محاکم باید از منافع جامعه، نه فقط به لحاظ ماهوی، بلکه از جهت صلاحیتی نیز حمایت کنند.^{۵۸} لذا با توجه به ماهیت قواعد آمره، اصل رضایت در تضاد آشکار با اصل عدول‌ناپذیری قواعد آمره قرار می‌گیرد.^{۵۹} وی همچنین بیان می‌دارد: حتی اگر ماهیت آمره بودن یک قاعده نتواند در جایی که هیچ رضایتی وجود ندارد صلاحیت یک دادگاه مشخص را فراهم سازد، می‌تواند وقتی صلاحیت وجود دارد اما به‌وسیله حق شرط‌ها یا دیگر قیود محدودکننده محدود شده است، مشخص سازد که چنین محدودیت‌هایی قابل اعمال هستند یا نه.^{۶۰}

55. *Ibid*, para. 60.

56. *Ibid*, para. 64.

57. *ICJ Reports*, 2006, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Dugard, para 14.

58. Orakhelashvili, A., *Peremptory Norms in International Law*, OUP, Oxford, 2006, p.490.

59. *Ibid.*, p.492.

60. *Ibid.*, p.499-508.

در حالی که بیان این مطلب درست است که اعطای موقعیت آمره به قواعد، بدون این که همزمان امکان اجرای آن فراهم شود، بی‌معنا است، لکن باید تصدیق کنیم که این دو مسأله متفاوت هستند. مهم‌تر این که استناد به مسئولیت به صورت «عام‌الشمول» محدود به طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌شود. همان‌گونه که در مواد مسئولیت دولت روشن است، استناد ممکن است به اتخاذ اقدامات متقابل یا دیگر ساز و کارها برای وادار کردن دولت متخلف به اجرای قاعده مربوط منجر شود.

ب) تأثیر تعهدات عام‌الشمول بر حق اقامه دعوی

در صورت اثبات صلاحیت آیا تمام دولت‌ها در پاسخ به نقض «تعهدات عام‌الشمول»، حتی در فقدان هرگونه قید مبتنی بر معاهده خاص، حق اقامه دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری را دارند؟ این توافق وجود دارد که می‌توان بین قواعد مربوط به اهلیت اقامه دعوا مبتنی بر معاهده با قواعد عام اقامه دعوا تمایز قائل شد. اگرچه مقدمات حکم بارسلونا تراکشن عاری از ابهام نیست، به نظر می‌رسد قاعده‌ای که اقامه دعوا نزد دیوان را مورد شناسایی قرار می‌دهد به دسته اخیر (قواعد عام) تعلق دارد.^{۶۱} در عوض مسأله قاطع که حکم دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن محرک آن محسوب می‌شود، این است که آیا حقوق حمایت (همچون اجرای قضایی یا اقدامات متقابل) می‌تواند در غیاب مقررات معاهده‌ای خاص اجرا شود.

بنابراین در ادامه، این مسأله را ارزیابی می‌کنیم که چگونه دیوان و اعضایش با اقامه دعوا نزد دیوان برخورد کرده‌اند. ابتدا مقدمات حکم بارسلونا تراکشن را مورد بررسی قرار می‌دهیم. سپس استدلال‌های متقابل مطرح شده ارزیابی می‌گردد؛ البته این مسأله زمانی به‌طور کامل حل خواهد شد که دیوان، ادعایی را درخصوص نقض «تعهدات عام‌الشمول» بپذیرد یا رد کند.

۱. مقدمات حکم بارسلونا تراکشن

اگرچه دیوان و اعضایش از ۱۹۷۰ بارها در مورد «تعهدات عام‌الشمول» و حمایت قضایی ممکن از آن‌ها اظهار نظر کرده‌اند، مقدمات حکم بارسلونا تراکشن هنوز یک مرجع معتبر تلقی می‌شود. تأکید قابل ملاحظه‌ای بر این عبارت، به‌ویژه این تأیید دیوان که «تمام دولت‌ها می‌توانند درخصوص رعایت تعهدات عام‌الشمول «دارای نفع حقوقی باشند»،^{۶۲} صورت گرفته است. در اولین نظر اجمالی، تأکید صورت گرفته بر این عبارت (بند ۳۳) تا اندازه‌ای تعجب‌انگیز

61. Tams, C.J., *op. cit.*, p.161.

62. *ICJ Reports*, 1970, p.32, para. 33.

است، زیرا عبارت دوپهللو است. دیوان در حالی که نفع حقوقی تمام دولت‌ها را شناسایی می‌کند، نمی‌گوید که آیا این نفع حقوقی می‌تواند از طریق جریان دادرسی دیوان (یا اقدامات متقابل) مورد حمایت قرارگیرد یا نه. روشن شدن این موضوع به تجزیه و تحلیل مفهوم نفع حقوقی بستگی دارد. می‌توان در تئوری بین نفع حقوقی نیازمند به استناد به مسئولیت در یک مفهوم کلی، و نفع حقوقی نیازمند به توسل به ابزارهای خاص اجرای حقوق (همچون اقامه دعوا نزد دیوان یا اقدامات متقابل) تمایز قائل شد.^{۶۳} از سوی دیگر، در پرتو ملاحظات فوق بسیاری معتقدند که دیوان با شناسایی نفع حقوقی تمام دولت‌ها درخصوص رعایت «تعهدات عام‌الشمول» قصد داشته به آن‌ها حق اقامه دعوا نزد دیوان را اعطا کند. البته تمایزی میان نفع حقوقی برای استناد به مسئولیت و حق اقامه دعوا وجود ندارد و حق اقامه دعوا به عنوان نتیجه استناد به مسئولیت تلقی شده است. تجزیه و تحلیل اوضاع و احوال مقدمات حکم بارسلونا تراکشن این تفسیر را تأیید می‌کند.

نخست، سیاق حکم نشان می‌دهد که بند ۳۳ و ۳۴ به مسأله حق اقامه دعوا نزد دیوان مربوط می‌شود. در عبارتی پیش از مقدمات حکم مربوط به «تعهدات عام‌الشمول»، دیوان روشن ساخته بود که به جای تجزیه و تحلیل استدلال‌های خواننده به ترتیبی که مطرح شده‌اند، ابتدا این موضوع را ارزیابی می‌کند که آیا بلژیک از اهلیت طرح دعوا از سوی شرکتی که براساس حقوق کانادا تأسیس شده، برخوردار بوده است یا خیر. دیوان با ارائه تمایز اساسی میان «تعهدات عام‌الشمول» و تعهداتی که در چارچوب حمایت دیپلماتیک به وجود می‌آیند، بیان می‌دارد که در رابطه با نوع اخیر تعهدات، فقط دولت متبوع از اهلیت طرح دعوا برخوردار بوده است؛ به‌ویژه چون این تعهدات جزء طبقه «تعهدات عام‌الشمول» نیستند. [دولتی که تمایل دارد در رابطه با نقض چنین تعهدی طرح دعوی کند باید حق خود را برای این اقدام اثبات کند].^{۶۴}

بنابراین تفاسیر مربوط به قواعد حق اقامه دعوا نزد دیوان بر مقدمات حکم مربوط به «تعهدات عام‌الشمول» مقدم است. این نشان می‌دهد که اشاره به منافع حقوقی در بند ۳۳ باید به عنوان عبارتی درخصوص این شکل خاص از اجرای حقوق تفسیر شود.

دوم، این حقیقت که بند ۳۳ و ۳۴ عموماً به عنوان تلاشی در جهت لغو آثار حکم ۱۹۶۶ قضیه افریقای جنوب غربی ملاحظه می‌شود. در سال ۱۹۶۶ قضات دیوان با این امر که دولت‌ها حتی در فقدان زیان شخصی بتوانند حق حضور نزد دیوان داشته باشند، مخالفت کردند. اگر در واقع دیوان قصد داشت از حکم ۱۹۶۶ خود بازگردد، لازم بود درخصوص قواعد حاکم بر حق اقامه دعوا در دیوان اظهار نظر کند. این موضوع توسط تایروی مسلم فرض شده است، اگرچه

63. Tams, C.J., *op.cit.*, p.163.

64. *ICJ Reports*, 1970, p.33, para. 35 (Referring to *ICJ Reports*, 1949, p.181-182).

وی نیز در مورد مفهوم «عام‌الشمول»، تفسیر خیلی محدودی را می‌پذیرد.^{۶۵} قاضی آمون به عنوان تنها عضو دیوان در مورد موضوع به تفصیل اظهار نظر کرده است. وی صراحتاً حق دولت‌ها را برای به جریان انداختن جریان دادرسی دیوان در دفاع از منافع عمومی جامعه بین‌المللی مورد شناسایی قراردادده است. او در نظر جداگانه خود به تفصیل موضوعات سیاسی و حقوقی اساسی برای حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی را مورد ملاحظه قراردادده است. درست همچون حکم اکثریت که در بنده ۳۳ و ۳۴ بیان شده، آمون میان دسته‌های مختلف اقدام حقوقی بین‌المللی، یعنی اقدام فردی دولت‌ها براساس حقوق شخصی‌شان، یا حقوق یک شرکت و اقدامات صورت گرفته در دفاع از منافع عمومی تمایز قائل شد.^{۶۶}

اگرچه دعوی بلژیک در دسته دوم قرار نداشت، آمون همچون بقیه قضات، قواعد حقوقی قابل اعمال بر آن را مورد بررسی قرار داد. برخلاف اکثریت او صرفاً از منافع حقوقی عام صحبت نکرد، اما صراحتاً از حق دولت‌ها برای اقامه دعوا نزد دیوان در پاسخ به نقض اصول دارای ماهیت بین‌المللی یا بشری که به قواعد آمره تبدیل شده‌اند، حمایت کرد.^{۶۷} البته قاضی آمون به‌طور خاص به جای تکیه بر مفهوم «عام‌الشمول» بر مفهوم قواعد آمره تکیه کرد. البته کسانی که معتقدند او با اتخاذ این موضع صریح در مورد موضوع خودش را در برابر اکثریت قرار دهد کم هستند. در عوض همانندی میان استدلال دیوان و او و ارتباط نزدیک میان «تعهدات عام‌الشمول» و قواعد آمره نشان می‌دهد که بیان وی را باید به عنوان تشریح اظهارات مختصر اکثریت تفسیر کرد.^{۶۸}

براساس این استدلال‌ها، می‌توان گفت که دیوان با شناسایی نفع حقوقی تمام دولت‌ها در خصوص رعایت «تعهدات عام‌الشمول» در قضیه بارسلونا تراکشن، در واقع می‌پذیرد که دولت‌ها از اهلیت پاسخ‌دادن به نقض‌های «تعهدات عام‌الشمول» از طریق اقامه دعوا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری برخوردار هستند.

۲. استدلال‌های متقابل در رد مقدمات حکم بارسلونا تراکشن

دیدگاه مخالف معتقد است که اگر شناسایی نفع حقوقی در خصوص رعایت «تعهدات عام‌الشمول» از سوی دیوان به‌تنهایی تفسیر شود، رهیافت مورد بحث قابل قبول خواهد بود. لکن آن‌ها استدلال می‌کنند که این شناسایی در ظاهر ارزشی ندارد. آنان به منظور توجیه ادعای خود

65. Thirlway, Hugh, « The Law and Procedure of the International Court of Justice », Part one, BYIL, Vol. 60, 1989, p. 94.

66. ICJ Reports, 1970, p. 325-327.

67. Ibid., p. 326.

68. Tams, C.J. , *op.cit.* , p. 164.

ملاحظات متفاوتی را ارائه دادند و تلاش کرده‌اند با اشاره به سایر عبارات حکم بارسلونا تراکشن، اهمیت بیان دیوان را در خصوص نفع حقوقی تنزل دهند یا با این استدلال که اظهار نظر دیوان یک اظهار نظر مجزا و بی‌ارتباط با قضیه‌ای بوده که در آن مطرح شده، مناسبت آن را انکار کنند. در قسمت‌های ذیل این استدلال‌های متقابل به تفکیک مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

مقدمات حکم، اظهارنظری منفرد

بر اساس اولین استدلال متقابل، اظهارات دیوان در مورد «تعهدات عام‌الشمول» فاقد ثبات بوده و لذا از اهمیت محدودی برخوردار است. این استدلال به‌وضوح توسط سینکلار بیان شده است. به نظر وی: «اظهارنظر دیوان یک مقدمه حکم منفرد بوده و بیش از آنچه دیوان قصد داشته انتقال دهد، مورد تفسیر قرار می‌گیرد».^{۶۹} این اظهارنظرها و بیانات مشابه از یک تدبیر پراگماتیسمی خبر می‌دهد. بر این اساس، هر اظهارنظر قضایی از ارزش معتبر برخوردار نیست و به‌علاوه اظهارات منفرد می‌تواند انحراف‌های صرف باشد.^{۷۰}

اما یک نگاه اجمالی به رویه قضایی دیوان نشان می‌دهد که از زمان حکم بارسلونا تراکشن مفهوم «تعهدات عام‌الشمول» به قول قاضی ورامانتری^{۷۱} توسعه شتابان یافته است و این بیش از یک انحراف است. قضیه تی‌مور شرقی میان پرتغال و استرالیا،^{۷۲} برای دیوان این فرصت را فراهم ساخت که به بررسی آثار مفهوم «عام‌الشمول» در مورد قواعد حاکم بر اجرای تعهدات بپردازد. پرتغال در دادخواست خود حق حمایت از تعیین سرنوشت مردم تی‌مور شرقی را ادعا کرد. این کشور از نظر حق اقامه دعوا به موقعیت خود به عنوان مقام اداره‌کننده قبلی این سرزمین و نیز وضعیت «عام‌الشمول» حق تعیین سرنوشت تکیه کرد. دیوان وضعیت «عام‌الشمول» حق تعیین سرنوشت را پذیرفت، اما ادعای پرتغال را به دلایل شکلی رد کرد، زیرا هرگونه تصمیم در مورد موضوع، مستلزم صدور حکم درباره رفتار طرف ثالث غایب می‌شد (رفتار اندونزی علیه تی‌مور شرقی).^{۷۳} لذا اگرچه ادعای پرتغال پذیرفته نشد، جریان دادرسی ارتباط مفهوم «عام‌الشمول» را در زمینه اجرای حقوق تأیید کرد.

در قضیه دیوار حائل، دیوان بیان داشت که چون دیوار ساخته شده توسط اسرائیل «تعهدات عام‌الشمول» را نقض کرده، تمام دولت‌ها مراقبت خواهند کرد که هرگونه مانع در خصوص اجرای

69. Sinclair, Ian, «State Responsibility and the Concept of Crimes of States», in Weiler, Cassese, Sipinedi (eds.), *op.cit.*, p. 225.

70. Tams, C.J., *op.cit.*, p. 166.

71. *ICJ Reports*, 1995, Diss. op. Weeramantry, p.215.

72. *ICJ Reports*, 1995, p.102, para. 29.

73. *Ibid.*

حق تعیین سرنوشت مردم فلسطین پایان یابد؛^{۷۴} اما توضیح نداد که کدام شکل از اقدام اجرایی می‌تواند توسط آن‌ها صورت گیرد.

بسیاری از ارجاعات به مفهوم «عام‌الشمول» را می‌توان در نظرهای جداگانه و مخالف ارائه شده توسط قضات یافت. اگرچه این نظرها به لحاظ ارزش با اظهارات دیوان همسان نیستند، لکن بخش لاینفک کار جمعی دیوان محسوب می‌شوند و اغلب، موضوعات حل نشده توسط اکثریت را روشن می‌کنند. برای مثال در قضیه تی مور شرقی، نظرهای جداگانه و مخالف اطلاعات بسیار زیادی درخصوص آثار مفهوم «عام‌الشمول» در زمینه حق اقامه دعوا فراهم ساختند. همین‌طور در قضیه، آزمایش‌های هسته‌ای ۱۹۷۴ هفت تن از قضات مطالبی در مورد مفهوم «عام‌الشمول» در نظراتشان بیان کردند. در این قضیه دو دولت خواهان، هم حمایت از منافع شخصی‌شان را به عنوان دولت‌های مستقل و هم حمایت از منافع عمومی جامعه بین‌المللی را ادعا کردند. قضات حتی در جایی که خواهان‌ها عملاً به مفهوم «عام‌الشمول» به عنوان یکی از مبانی حق اقامه دعوا استناد نکرده بودند، آن را مورد بحث قرار داده‌اند. تفاسیر شوپل، ورامانتری و اودا در قضیه نیکاراگوئه، کشتار جمعی، و گابچیگو جنبه‌های مختلف مفهوم را روشن می‌سازند و حداقل از طریق اشارات ضمنی درک آن را تسهیل می‌کنند.^{۷۵}

به‌طور خلاصه، اگرچه هیچ ادعای نقض «تعهدات عام‌الشمول» تاکنون پذیرفته نشده، دیوان و اعضایش بارها ارتباط مفهوم «عام‌الشمول» را با قواعد حاکم بر حق اقامه دعوا تأیید کرده‌اند. لذا مقدمات حکم بارسلونا تراکشن رویه قضایی بعدی قابل ملاحظه‌ای را ترویج کرده و نمی‌تواند یک اظهارنظر منفرد تلقی شود.

مقدمات حکم و فقدان رابطه حقوقی

مطابق با دومین استدلال متقابل، شناسایی آثارمفهوم «عام‌الشمول» در زمینه حق اقامه دعوا نزد دیوان در ظاهر نمی‌تواند ارزش تلقی شود، زیرا این تصدیق، ارتباطی با تصمیم واقعی مربوط به قضیه نداشت. دیوان می‌توانست درخصوص قضیه بارسلونا تراکشن بدون اشاره به مفهوم «تعهدات عام‌الشمول» اتخاذ تصمیم کند. بنابراین، عبارت بخشی از مستند اصلی رأی^{۷۶} را تشکیل نمی‌داد، بلکه یک اظهار جنبی دیوان (مقدمات حکم) بود. از نظر برخی این موضوع به‌شدت مناسبت حقوقی آن را کاهش می‌دهد.^{۷۷} از نظر مک کافری «این اظهار نظر جنبی یک

74. ICJ Reports, 2004, para. 159.

75. ICJ Reports, 1984, p.190; Ibid, 1996, p.625; Ibid, 1997, p.88.

76. Ratio Decidendi

77. Tams, C.J., op. cit., p.168.

بیان بی‌وجه بوده که به‌سختی می‌تواند برای این مسأله که برخی اعمال متخلفانه بین‌المللی تخلفات «عام‌الشمول» هستند، مورد استناد قرار گیرد. فرض کنیم دیوان این را گفته است، اما آن را در مقدمات حکم در سیاق قضیه‌ای بیان کرده که حقایق و موضوعات حقوقی‌اش به‌سختی چنین اظهارنظری را طلب می‌کرده است.^{۷۸}

استدلال دوم به ویژگی‌های خاص بند ۳۳ و ۳۴ حکم بارسلونا تراکشن مرتبط است. به موازات دور شدن رویه قضایی از قضیه بارسلونا تراکشن، استدلال مذکور رو به ضعف گذاشته است. در واقع با مراجعه به اظهارات بعدی دیوان و قضات که به اعمال و تفسیر مفهوم «عام‌الشمول» مرتبط می‌شوند، استدلال مذکور رد می‌گردد. برای مثال، عبارت مربوط به «عام‌الشمول» در قضیه تی‌مور شرقی، ارتباط قابل ملاحظه‌ای با نتیجه تصمیم داشت. اگرچه دیوان اعمال صلاحیت را رد کرد، به نظر می‌رسد چنین مفهومی را پذیرفت؛ هرچند آن را تابع قاعده غیرقابل اجتناب طرف ثالث قرار داد.^{۷۹} لذا قضیه تی‌مور شرقی حداقل تا حدی به تفسیر خاص دیوان درخصوص مفهوم «عام‌الشمول» بستگی داشت. در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای نیز قضات مسأله حق اقامه دعوا را با تکیه قابل ملاحظه بر تفسیرهای‌شان از مقدمات حکم بارسلونا تراکشن مورد توجه قرار دادند. لذا رویه قضایی از سال ۱۹۷۰ ایجاب کرده که دیوان از اظهارنظر جنبی (مقدمات حکم) بی‌جهت و مختصر مطرح‌شده در بند ۳۳ و ۳۴ قضیه بارسلونا تراکشن فراتر رود.^{۸۰}

از نظر خود اصطلاحات نیز استدلال متقابل به‌سختی قابل تائید است. این استدلال بر این موضوع مبتنی است که حقوق بین‌الملل تمایز میان اظهارات جنبی دیوان و مستند اصلی رأی را تأیید می‌کند. اگرچه این نوع تمایز در نظام حقوقی کامن‌لا کاربرد دارد، یعنی به عنوان وسیله‌ای برای مشخص کردن حدی که دادگاه حسب سابقه و رویه قضایی بدان ملزم است، اما در سطح بین‌المللی هیچ جایگاهی ندارد. حقوق بین‌الملل بر نظام سابقه قضایی الزام‌آور مبتنی نیست و هیچ بخشی از تصمیم قضایی، خواه مقدمات حکم و خواه مستند اصلی رأی، سایر دادگاه‌ها یا هیأت‌های بعدی همان دادگاه (دیوان) را ملزم نمی‌سازد.

البته برخی معتقدند در نظام حقوق بین‌الملل از جهت رویه و سابقه، تمایز میان مقدمات حکم و مستند اصلی رأی وجود دارد. این دیدگاه بر این واقعیت استوار است که تصمیمات ارکان قضایی بین‌المللی نهادینه شده، با آن که از لحاظ حقوقی الزام‌آور نیستند (برای غیراصحاب دعوا)،

78. McCaffery, Stephen. «Lex Lata or the Continuum of State Responsibility», in Weiler, Cassese, Spinedi (eds.); *op. cit.*, p. 243.

79. *Ibid.*, p.243.

80. *Ibid.*

به‌ندرت از رویه قضایی تعقیب شده منحرف می‌شوند و یک رویه قضایی را تشکیل می‌دهند. قاضی جساپ در نظر جداگانه‌اش در قضیه بارسلونا تراکشن بیان داشته است که نفوذ تصمیمات دیوان از نیروی الزام‌آور آن‌ها بیش‌تر است.^{۸۱} براساس این دیدگاه، زمانی بیان قضایی از ارزش سابقه‌ای زیاد برخوردار است که برای تصمیم‌گیری درخصوص قضیه در دست بررسی ضرورت داشته است^{۸۲} و از این رو اظهار جنبی دیوان باید ضرورتاً از مناسبت پایین‌تری برخوردار باشد. این استدلال نیز چندان قابل پذیرش نیست. ماده ۳۸(۱) «د» اساسنامه دیوان نقش تصمیمات قضایی را به عنوان وسیله فرعی قواعد حقوقی شناسایی می‌کند. این ماده هیچ اشاره نمی‌کند که دلیل رأی باید فی‌نفسه از ارزش سابقه‌ای زیادتری نسبت به ملاحظاتی که مقدمات حکم هستند، برخوردار باشد. دیگر این که اگر اقتدار احکام دیوان بین‌المللی دادگستری از این واقعیت ناشی می‌شود که آن‌ها قواعد حقوق بین‌الملل را متبلور می‌کنند، هیچ دلیلی وجود ندارد که چرا فقط مستند اصلی رأی باید قادر به انجام این کارکرد باشد.^{۸۳}

اعتقاد براین است که عوامل متعددی در ارزش سابقه‌ای (رویه‌ای) یک رأی دخیل هستند: کامل بودن و استحکام استدلال، برجستگی نهاد قضایی تصمیم‌گیرنده، اختلافی که در مورد آن تصمیم اتخاذ شده، طرز تلقی بعدی جامعه بین‌المللی، و حدی که آن تصمیم قضایی یک قاعده موجود حقوق بین‌الملل را متبلور می‌کند.^{۸۴} این که جنبه خاص یک تصمیم قضایی بخشی از مستند اصلی رأی یا مقدمات حکم را تشکیل دهد در مرحله دوم اهمیت قرار دارد. رویه دیوان نیز هیچ حمایت قاطعی از این تمایز میان دلیل رأی و مقدمات حکم به عمل نمی‌آورد. رویه قضایی اخیر دیوان در قضیه سکوه‌ای نفتی در واقع نشان می‌دهد که مقدمات حکم حتی می‌تواند بخشی از عبارت حکم^{۸۵} را تشکیل دهد.^{۸۶}

باید اذعان کرد که گاهی اوقات قضات دیوان به‌طور فردی عبارات خاص دیوان را به عنوان مقدمات حکم تفسیر کرده‌اند و ظاهراً به منظور کاستن از اعتبار آن‌ها. البته یک نگاه دقیق‌تر روشن می‌سازد که آن‌ها به‌ندرت در انجام این کار موفق شده‌اند. با مراجعه به تفاسیر شوبل و گراس که نمونه‌های سرشناس در این خصوص هستند می‌توان این موضوع را اثبات کرد. در قضیه نیکاراگوئه، قاضی شوبل در مخالفت این دیدگاه را اتخاذ کرد که دیوان نیازی ندارد در مورد حق ایالات متحده درخصوص مداخله متقابل اظهار نظر کند و عبارت مربوط می‌تواند به عنوان

81. *ICJ Reports*, 1970, p. 163, para.9.

82. Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, 2007, p.157-160

83. Tams, C.J, *op.cit.* , p.170.

84. Shahabuddeen, Mohamed, *op.cit.*, p.67-96.

85. *Dispositif*

86. *ICJ Reports*, 2003, para. 125.

مقدمات حکم (اظهارنظر جنبی) تلقی شود.^{۸۷} با وجود این انتقاد، نتیجه‌گیری دیوان مبنی بر این که نقض‌های ادعا شده حقوق بین‌الملل توسط نیکاراگوئه نمی‌تواند مداخله نظامی (توأم با زور) ایالات متحده را توجیه کند، امروزه در حد گسترده‌ای به عنوان قوی‌ترین حمایت برای تجزیه و تحلیل محدود از حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر مداخله نظامی تلقی می‌گردد.

همین‌طور قاضی گراس در نظر مخالفش در قضیه بارسلونا تراکشن این دیدگاه را اتخاذ کرد که پرداختن به تابعیت کانادایی شرکت بارسلونا تراکشن یک اظهارنظر جنبی فاقد اهمیت قضایی بوده است.^{۸۸} اما از سال ۱۹۷۰ تجربه نشان داده که توضیح دیوان در مورد تابعیت شرکت‌ها (از جمله تأیید صریحش که کانادا دولت متبوع شرکت بوده) نه‌تنها چیزی فاقد اهمیت قضایی تلقی نشده، بلکه به نحو گسترده‌ای به عنوان یک بیان قضایی قاطع در مورد موضوع محسوب شده است.^{۸۹}

این بدان معنا نیست که دو عبارت (بند ۳۳ و ۳۴) که به عنوان مقدمات حکم توصیف شدند عاری از انتقاد بودند؛ اما عدم توافق به محتوای اظهارات دیوان مربوط می‌شود و وضعیت مقدمات حکم بودن آن‌ها بسیار کم مورد بحث قرار گرفته است. آن هم با توجه به این واقعیت که تمایز میان مقدمات حکم و دلیل رأی توسط قضات مطرح شده و لذا قطعی تلقی نمی‌شود. زمانی که به‌طور کلی‌تر به توسعه حقوق بین‌الملل توسط دیوان بین‌المللی دادگستری نگاه می‌شود، این دیدگاه که مقدمات حکم باید ارزش سابقه‌ای کم‌تری داشته باشد به‌سختی قابل پذیرش است. در حالی که بحث جامع از قلمرو تحقیق حاضر خارج است، به نظر می‌رسد با اطمینان بتوان گفت که بسیاری از مقدمات حکم (اظهارنظرهای جنبی) توسعه قواعد حقوق بین‌الملل را باعث شده‌اند. بنابراین اگرچه بند ۳۳ و ۳۴ حکم بارسلونا تراکشن از طریق اظهارنظر جنبی (مقدمات حکم) صورت گرفته‌اند، این مسأله تأثیری بر اهمیت آن‌ها ندارد.

تعارض در متن حکم

حتی وقتی بپذیریم که متن بند ۳۳ و ۳۴ از رهیافت قبلی حمایت می‌کند، مخالفان نسبت به تکیه بیش از حد بر عبارات این دو بند هشدار داده‌اند. براساس استدلال دیگر متقابل، عبارات بعدی حکم بارسلونا تراکشن، اظهارنظر جنبی قبلی در مورد «تعهدات عام‌الشمول» را توصیف می‌کند و آن را از ارزش حقوقی ساقط می‌سازد. عبارت مرتبط در بند ۹۱ حکم قرار دارد: «به‌ویژه در رابطه با حقوق بشر، که قبلاً در بند ۳۴ این حکم به آن اشاره شده است، باید متذکر شد که این‌ها (این

87. ICJ Reports, 1988, p.349, para. 175.

88. ICJ Reports, 1970, p.280, para. 21.

89. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6th.ed., 2003, p.466-471.

افراد) نیز مشمول حمایت علیه استتکاف از اجرای عدالت می‌شوند ... بنابراین هنوز در سطح منطقه‌ای باید راه‌حل این مسأله را جستجو کرد. لذا در چارچوب شورای اروپا، که اسپانیا عضو آن نیست، مسأله قابل پذیرش بودن که در قضیه حاضر مطرح است از طریق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حل شده است. این کنوانسیون به هر دولتی که طرف کنوانسیون است حق می‌دهد درخصوص نقض کنوانسیون شکایتی علیه هر دولت دیگر طرف کنوانسیون، قطع نظر از تابعیت قربانی مطرح سازد».^{۹۰}

این عبارت دیوان و ارتباطش با بند ۳۳ و ۳۴ به این بحث دامن زده است. قاضی گراس معتقد بود که این دو عبارت قابل جمع نیستند،^{۹۱} و مفسران مدت‌ها اختلاف نظر داشتند که آیا بند ۹۱ قصد داشته اظهارنظر جنبی (مقدمات حکم) قبلی در مورد «تعهدات عام‌الشمول» را محدود سازد یا نه. اگر حقوق بین‌الملل در سطح جهانی به دولت‌ها اهلیت حمایت از حقوق بشر غیر اتباع را اعطا نمی‌کند، این بحث مطرح می‌شود که چگونه می‌توان از بند ۳۳ و ۳۴ حق عام اقامه دعوا در رابطه با نقض «تعهدات عام‌الشمول» از جمله حقوق اساسی فرد بشر را استنباط کرد؟

با وجود این انتقاد، روابط میان دو عبارت باید مورد بررسی قرارگیرد. بند ۹۱ دو مسأله را مطرح می‌کند که فقط یکی از آنها می‌تواند در این‌جا مورد بحث قرارگیرد. اولین مسأله آن است که آیا بند ۹۱ به‌طور مستقیم با بند ۳۳ و ۳۴ تضاد دارد، یا تفسیر خاص از اظهارنظر جنبی قبلی را کنار می‌نهد؟ پاسخ به این سؤال ساده‌تر از آن است که معمولاً تصور می‌شود. بند ۹۱ تضادی با بند ۳۳ و ۳۴ ندارد، چون این دو عبارت به موضوعات مختلفی مربوط می‌شوند. اشاره دیوان به اسنادی که حاوی حقوق بشر هستند روشن می‌سازد که بند ۹۱ صرفاً به ساز و کارهای معاهده‌ای مربوط به اجرای حقوق بشر مرتبط است. بند مذکور دیدگاهی (نادرست) درخصوص این‌که چگونه مقررات حقوق بشر در سال ۱۹۷۰ می‌توانستند اجرا شوند، ارائه می‌دهد.

برعکس، اجرای «تعهدات عام‌الشمول» - که از حقوق بین‌الملل عرفی ناشی می‌شوند) یک موضوع حقوق معاهده‌ای نیست. مسأله بسیار مهم که در بند ۳۳ و ۳۴ مطرح شده آن است که آیا با شناسایی دسته «تعهدات عام‌الشمول» دیوان قصد داشته به دولت‌ها حق حمایت از این تعهدات را در غیاب مقررات معاهده‌ای صریح اعطا کند. چون بند ۹۱ تاب این موضوع را ندارد، ملاحظه این مطلب مشکل است که چگونه این بند می‌تواند تفسیر خاص از مفهوم «عام‌الشمول» را رد کند.^{۹۲}

90. ICJ Reports, 1970, p.47, para. 91.

91. Nuclear Tests Cases, sep.op.Gros, ICJ Reports, 1974, p. 290.

92. Tams, C.J; op. cit., p. 178.

دوم این که بند ۹۱ همچنین می‌تواند به عنوان یک انحراف ضمنی از بند ۳۳ و ۳۴ تلقی شود. برای برخی مفسران^{۹۳} تعجب‌انگیز است که با اشاره ضمنی به ساز و کارهای خاص اجرای معاهده‌ای دیوان قصد داشته بیان کند که این ساز و کارهای خاص بر تدابیر اجرایی که مبتنی بر مقررات معاهده‌ای صریح نیستند اولویت دارند.

لذا مفسران بند ۹۱ را این گونه تفسیر کرده‌اند که این بند مسأله‌ای را که قبلاً در بند ۳۴ مغفول مانده مطرح می‌سازد و آن مسأله این است که حقوق حمایت معاهده‌ای می‌تواند با حقوق حمایت مبتنی بر مفهوم «عام‌الشمول» همزیستی داشته باشد.^{۹۴}

جامعه بین‌المللی به عنوان یگانه ذینفع

برخلاف استدلال‌هایی که تاکنون مورد بررسی قرار گرفت، استدلال چهارم بر تجزیه و تحلیل بسیار متفاوتی در مورد ساختار تعهدات عام‌الشمول مبتنی است. چون مطابق با نظر دیوان بین‌المللی دادگستری «تعهدات عام‌الشمول» در برابر کل جامعه بین‌الملل برعهده گرفته شده‌اند، جامعه بین‌المللی ذینفع تعهدات مورد نظر است و به‌تنهایی حق دارد به نقض‌ها پاسخ دهد. از نظر آگو: «تمام دولت‌ها به‌تنهایی اقدام نمی‌کنند، بلکه جامعه بین‌المللی است که حق واکنش به این شکل شدید و خاص را در برابر یک عمل متخلفانه بین‌المللی دارد».^{۹۵}

قاضی اودا در اعلامیه‌اش در قضیه کشتار جمعی ۱۹۹۶ به همین نحو استدلال کرد که «تعهد عام‌الشمول منع و مجازات کشتار جمعی که مورد حمایت کنوانسیون کشتار جمعی قرار گرفته است، در یک شیوه عام توسط طرف‌های متعاقد در روابطشان با تمام طرف‌های دیگر کنوانسیون یا حتی با جامعه بین‌المللی در کل متولد شده، اما... نه در رابطه با هر متعاقد خاص».^{۹۶}

طرفداران این استدلال درخصوص این که آیا سازمان ملل متحد و ارکان آن باید به عنوان نماینده جامعه بین‌المللی در کل حق اقدام داشته باشند، اختلاف نظر دارند؛ هرچند در این موضوع همداستان هستند که دولت‌ها به‌طور فردی حق پاسخ دادن ندارند. لذا چون ماده ۳۴ اساسنامه دیوان بیان می‌دارد که فقط دولت‌ها می‌توانند طرف‌های نزد دیوان باشند، این بدان معنا است که براساس استدلال چهارم، مفهوم «عام‌الشمول» در مورد اختلافات مطرح نزد دیوان بی‌ربط خواهد بود.

93. Thirlway, Hugh, *op.cit.*, p. 99-100.

94. Tams, C.J., *op. cit.*, p.179.

95. Ago, Roerto, «Obligations Erga Omnes and International Community», in Weiler, Cassese, Spinedi; *op. cit.*, p.236.

96. *ICJ Reports*, 1996, p. 626, para.4.

حداقل در نگاه اول به نظر می‌رسد که این تفسیر از سوی متن مقدمات حکم بارسلونا تراکشن حمایت می‌شود. اگر از یک طرف، «تعهدات عام‌الشمول» در برابر کل جامعه بین‌المللی بر عهده گرفته می‌شوند، و از طرف دیگر، همان‌گونه که دیوان در دو دهه قبل‌تر اظهار داشت فقط طرفی که در برابر آن تعهد تقبل شده ذینفع تعهدات می‌تواند به واسطه نقض، طرح دعوا کند،^{۹۷} به نظر می‌رسد نتیجه آن خواهد بود که جامعه بین‌المللی باید حق انحصاری حمایت از «تعهدات عام‌الشمول» را داشته باشد.

اما اشاره به جامعه بین‌المللی در کل فقط یک جنبه از مقدمات حکم بارسلونا تراکشن است. اگر مقدمات حکم به‌طور کامل قرائت شود، بند ۳۳ و ۳۴ در خوشبینانه‌ترین حالت از استدلال چهارم حمایت می‌کند. استدلال مذکور از اشارات صریح دیوان به دولت‌ها که در جریان بند ۳۳ و ۳۴ صورت گرفته غفلت می‌کند. برای مثال آن‌جا که دیوان می‌پذیرد «تعهدات عام‌الشمول» مربوط به تمام دولت‌ها هستند، و تمام دولت‌ها در جهت حمایت از آن‌ها نفع حقوقی دارند. اما این‌که چگونه جامعه بین‌المللی یا تمام دولت‌ها به‌طور جمعی یک نفع حقوقی دارند، مبهم است. سبک و سیاق مقدمات حکم نیز استدلال چهارم را تضعیف می‌کند؛ چون همان‌گونه که قبلاً گفته شد، بند ۳۳ و ۳۴ بخشی از بحث دیوان درخصوص حق اقامه دعوا نزد دیوان را تشکیل می‌دهد. از آن‌جا که ماده ۳۴ اساسنامه صلاحیت شخصی دیوان را به دولت‌ها محدود می‌کند، تعجب‌آور خواهد بود اگر بند ۳۳ و ۳۴ به موجودیت‌های حقوقی غیر از دولت‌ها مربوط باشد. به‌علاوه اگر استدلال چهارم درست باشد، مقدمات حکم بارسلونا تراکشن نمی‌تواند به عنوان تلاشی در جهت اصلاح آثار حکم ۱۹۶۶ افریقای جنوب غربی تلقی شود، چون آن حکم به اهلیت اقامه دعوی دولت‌ها به صورت فردی مربوط می‌شد.^{۹۸}

این‌که به نظر می‌رسد رویه قضایی بعدی دیوان نیز با استدلال مذکور در تضاد است. جدا از اظهارنظر نقل شده قاضی اودا، قضات این امکان را که دولت‌ها بتوانند به‌طور فردی بر مفهوم «عام‌الشمول» تکیه کنند مورد سؤال قرار نداده‌اند. با وجود این، اختلافات مداوم در مورد معنای ضمنی و دقیق عبارات مذکور، هیچ‌یک از قضات شرکت‌کننده در قضایای آزمایش‌های هسته‌ای و تیمور شرقی علیه استناد خواهان‌ها به مفهوم «عام‌الشمول» ایراد وارد نکردند. در مجموع استدلال مذکور بر یک تفسیر یک سو به متنی از بند ۳۳ و ۳۴ استوار است که هم با تجزیه و تحلیل سیاقی مقدمات حکم و هم با رویه قضایی بعدی در تضاد قرار دارد. این حقیقت که دیوان «تعهدات عام‌الشمول» را به عنوان تعهداتی در برابر کل جامعه بین‌المللی توصیف کرده است، بدان معنا نیست که این تعهدات نمی‌توانند به‌طور فردی توسط دولت‌ها

97. Reparations for Injuries Case, *ICJ Reports*, 1949, p. 181-182.

98. Tams, C.J., *op. cit.*, p. 175.

حمایت شوند. از سوی دیگر، همان‌گونه که قبلاً اشاره گردید جامعه بین‌المللی در حال حاضر فاقد شخصیت حقوقی مستقل بوده، از اهلیت اجرای حقوق برخوردار نیست.

نتیجه‌گیری

در این مقاله یکی از مسائل مهم در زمینه اجرای مسئولیت، یعنی استناد به مسئولیت دولت مورد بررسی قرار گرفت. در فصل اول از بخش سوم طرح مسئولیت دولت ۲۰۰۱، مواد ۴۲ تا ۴۸ به موضوع استناد اختصاص یافته است.

برخلاف متن پیش‌نویس ۱۹۹۶ که میان دولت‌های زیان‌دیده و غیرزیان‌دیده تفکیکی برقرار نمی‌ساخت، کمیسیون در پیش‌نویس نهایی ۲۰۰۱ به این تفکیک دست زد.

اگرچه از دید کمیسیون حقوق بین‌الملل، محور استناد به مسئولیت، مفهوم دولت زیان‌دیده است و این دولت، دولتی است که حق فردی‌اش به‌وسیله یک عمل متخلفانه بین‌المللی مورد انکار قرار گرفته، آسیب‌دیده، یا به نحو دیگری به‌طور خاص به‌وسیله آن عمل تحت تأثیر قرار گرفته، اما دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی می‌توانند در استناد به مسئولیت و تأمین اجرای تعهد مورد نظر نفع حقوقی داشته باشند. البته پاره‌ای از حقوقدانان معتقدند که کمیسیون برای پرهیز از پاره‌ای مشکلات در زمینه نتایج ثانوی، به‌ویژه توسل به اقدام متقابل، به چنین تفکیکی دست زده است. اینان بر این نظرند که با توسل به مفهوم زیان حقوقی که در هر نقض تعهدی رخ می‌دهد، می‌توان این تفکیک را کنار گذاشت، لکن در زمینه نتایج ثانوی باید بین دولت‌هایی که متحمل زیان مادی یا معنوی شده‌اند و دولت‌هایی که فقط زیان حقوقی متحمل شده‌اند قائل به تفکیک شد.

با توجه به مواد ۴۲ و ۴۸ از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل، دولت‌های زیان‌دیده و غیرزیان‌دیده از جهت حق استناد به مسئولیت دولت دیگر در یک راستا قرار دارند. حتی براساس بند ۳ ماده ۴۸ شرایط استناد درخصوص دولت زیان‌دیده (اعلام ادعا، قابل پذیرش بودن، از دست دادن حق استناد) در مورد استناد به مسئولیت دولت‌های غیرزیان‌دیده نیز به کار می‌رود، که این مسأله باعث می‌شود علت وجودی ماده ۴۸ با تردید مواجه شود؛ زیرا اگر هدف از معرفی تعهدات در مقابل جامعه بین‌المللی در کل (تعهدات عام‌الشمول) حمایت از منافع جمعی و بشری است و ماده ۴۸ تلاش می‌کند به یکایک اعضای جامعه بین‌المللی امکان حمایت از این منافع و ارزش‌ها را از طریق استناد بدهد، وجود شرایطی همچون قاعده تابعیت دعوا می‌تواند بر این رویکرد تأثیر منفی داشته باشد. باید میان حمایت دیپلماتیک و استناد به مسئولیت از سوی دولت‌های غیرزیان‌دیده تفکیک قائل شد، زیرا در استناد اخیر، دولت‌های غیرزیان‌دیده ادعای مستقیم مطرح می‌سازند و به نمایندگی اقدام نمی‌کنند. لذا رعایت شرایط حمایت دیپلماتیک، به‌ویژه شرط

تابعیت در این نوع استناد مناسب نخواهد بود.

همان‌طور که خود کمیسیون در تفسیرش اشاره می‌کند، درخصوص مطالبات دولت‌های غیرزیان‌دیده نیز نوعی توسعه مترقیانه مشاهده می‌شود. درخواست توقف و تضمین عدم تکرار و یک حکم اعلامی از سوی دولت غیرزیان‌دیده به نظر مطلوب می‌رسد، لکن دادن اختیار مطالبه جبران خسارت به نفع دولت زیان‌دیده یا ذینفع‌های «تعهدات عام‌الشمول» در شرایطی که خود دولت زیان‌دیده رضایت یا نمایندگی نداده است، یا وقتی که شرط تابعیت در مورد ذینفع‌ها باید رعایت شود، به نظر اقدامی قابل پذیرش نیست. بعید است محاکم بین‌المللی این گونه ادعاها را قابل پذیرش اعلام کنند.

در نهایت وقتی پذیریم که دولت غیرزیان‌دیده نسبت به رعایت «تعهدات عام‌الشمول» دارای نفع حقوقی است و می‌تواند به مسئولیت استناد کند، و با توجه به تعریف «استناد» از سوی کمیسیون به عنوان اتخاذ اقدامی که سرشت نسبتاً رسمی دارد، از جمله شروع رسیدگی در یک دیوان داوری یا دادگاه بین‌المللی، طبعاً دولت‌های غیرزیان‌دیده حق دارند خارج از چارچوب معاهدات خاص و بر مبنای مفهوم «عام‌الشمول» در پی طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری برآیند. از مقدمات حکم بارسلونا تراکشن نیز این موضوع برداشت می‌شود.

البته همان‌گونه که دیوان در قضیه تی‌مور شرقی به‌صراحت اعلام می‌کند، داشتن حق اقامه دعوا بر مبنای نفع حقوقی ناشی از «تعهدات عام‌الشمول» باید از مسأله صلاحیت دیوان متمایز گردد. دیوان در صورتی می‌تواند به چنین پرونده‌ای رسیدگی کند که طرف‌های اختلاف به صلاحیتش رضایت داده باشند. شاید یکی از عواملی که باعث شده تاکنون در زمینه نقض «تعهدات عام‌الشمول» پرونده‌ای در دیوان گشوده نشود ملاحظات دیوان در این زمینه است که در نهایت مانعی بر سر راه استناد به مسئولیت دولت‌های غیرزیان‌دیده تلقی می‌شود. در مجموع این سخن که دولت خواهان می‌تواند نسبت به حمایت از منافع حقوقی شناخته شده خود اقدام کند، تا حدودی به قواعد حقوق بین‌الملل عام، تا حدودی صلاحیت و تا حدودی به قانون حاکم بر صلاحیت و رویه دیوان بستگی دارد. لذا تصمیم دیوان ممکن است تحت تأثیر ملاحظات گسترده سیاست قضایی قرار گیرد.