

تأملی بر وضعیت شورشیان از منظر حقوق توسل به زور

سید یاسر ضیایی^۱

چکیده

حقوق توسل به زور به مشروعیت توسل به زور توسط تابعان حقوق بین‌الملل می‌پردازد. تردیدهای زیادی در خصوص حقوق توسل به زور در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی وجود ندارد، اما در حقوق مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی سؤالاتی در پیش رو وجود دارد که ارزیابی مستقل در این خصوص را ضروری می‌سازد. پیش از بررسی حق شورشیان در توسل به زور و حق دولت مرکزی در دفاع مشروع، لازم است حدود و ثغور مفهوم مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و مفهوم شورشیان مشخص شود. این مقاله با طرح ابهامات موجود در این دو مفهوم تلاش دارد تا حق توسل به زور از سوی شورشیان را در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی در عرصه دکترین و حقوق بین‌الملل موضوعه مورد ارزیابی قرار دهد.

واژگان کلیدی: شورشیان، حق توسل به زور، دفاع مشروع، حقوق مخاصمات مسلحانه، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، پروتکل دوم الحاقی، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی email: yaserziaee@gmail.com

مقدمه

قرن بیستم قرن جنگ‌های داخلی بوده و این جنگ‌ها همچنان رو به تزاید است. امروزه بیش از نود درصد مخاصمات از نوع مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی است.^۲ یکی از سوالات پیش روی اندیشمندان حقوق بین‌الملل این بوده است که آیا شورشیان اعم از انقلابیون و جدایی‌طلبان حق دست بردن به سلاح را دارند یا ندارند؟ اگر چنین حقی دارند آیا دولت مرکزی حق سرکوب چنین شورشی‌هایی را دارد و اگر دارد گستره این حق تا کجا است؟ مفاهیمی چون دفاع مشروع، بی‌طرفی و شناسایی که در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی معانی خاصی دارند، در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی معانی تازه‌ای به خود می‌گیرند که ضرورت بررسی مجزای آن‌ها را ایجاب می‌کند. اثر مهم این بررسی این است که چنانچه از نظر حقوق بین‌الملل، مردم یک کشور را مستحق جنگیدن بدانیم باید سازوکارهای حمایتی از آن‌ها را نیز تنظیم کنیم. حقوق بشردوستانه شورشیان و مداخله بشردوستانه از جمله این سازوکارها است. لذا بررسی حقوق جنگ شورشیان، مقدمه‌ای بر حقوق در جنگ^۳ آن‌ها است. بررسی تحولات مربوط به حقوق بشردوستانه شورشیان موضوعی است که باید مستقلاً مورد بررسی قرار گیرد. لذا این مقاله فقط به حقوق مخاصمات مسلحانه شورشیان نظر دارد. پیش از بررسی حق بر جنگیدن شورشیان، لازم است مفهوم حقوقی مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی و شورشی و ابهامات موجود در خصوص آن‌ها روشن گردد.

۱. مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی

در کل، وضعیت جنگی را در سه حالت می‌توان تصور کرد: مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و مخاصمات مسلحانه بین‌المللی شده.^۴ از آن جهت که محل فعالیت شورشیان در جنگ‌هایی با خصیصه غیربین‌المللی است لازم است ابتدا به تعیین حدود تمایز این گونه مخاصمات با مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بپردازیم. به عبارت دیگر، وجود دو متغیر «شورشی» و «مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی» وابسته به یکدیگر است و لذا شناخت دقیق جنگ داخلی منجر به شناخت طرفین مبارزه در این گونه جنگ‌ها خواهد شد که یک‌سوی آن شورشیان هستند و شناخت شورشیان نیز ما را به تعیین مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی رهنمون خواهد کرد. از این رو می‌توان گفت تعریف شورشیان و مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی لازم و ملزوم یکدیگرند.

2. Daminika Svarc, The Law of Armed Conflict and Irregular Warfare: Real and Perceived Normative Challenges, paper prepared for presentation at the annual meeting of the American Political Science Association, Boston, 28-31 August 2008, p. 2.

3. *Jus in bello*

4. internationalized

اصطلاح «جنگ چریکی»^۵ یا «جنگ کوچک»^۶ اولین بار در رابطه با مقاومت چریکی اسپانیایی‌ها علیه ناپلئون در سال‌های ۱۸۰۸ تا ۱۸۱۴ در جنگ پنین سولا^۷ مطرح گردید.^۸ امروزه اصطلاح جنگ کوچک برای توصیف جنگ‌هایی به کار می‌رود که میان ارتش منظم یک دولت و نیروهای مقاومت منظم یا غیرمنظم گروهی مانند شورشیان یا چریکان که هیچ وابستگی به هیچ دولتی ندارند صورت می‌گیرد.^۹ آقای نیکولاس لامپ از اصطلاح «جنگ‌های نوین» برای معرفی مختصاتی استفاده می‌کند که در آن شبه‌نظامیان، خرابکاران و گروه‌های سازمان‌یافته آشوبگر به جای نظامیان سازمان‌یافته به‌عنوان بازیگران اصلی عمل می‌کنند و انگیزه‌های اقتصادی و عداوت قومی، جایگزین منافع ملی یا نگرش‌های ایدئولوژیک برای تحریک نیروهای این‌گونه مختصمات می‌شود و در آن، جمعیت غیرنظامی به جای نیروهای دشمن، هدف اصلی حملات قرار می‌گیرد و برخلاف مبارزات بین‌المللی که ناشی از قوی‌تر شدن دولت مرکزی است این‌گونه مختصمات ناشی از سرنگونی مستمر ساختارهای دولت و از هم گسیختگی پیوندهای اجتماعی است.^{۱۰}

5. guerrilla war

6. little war

7. Penin sula campaign

8. Canestaro, A. Nathan, «Small Wars" and the Law: Options For Prosecuting The Insurgents In Iraq», Columbia Journal of International law, No. 43, 2004, p. 77.

۹. جنگ داخلی (internal war) یا جنگ شهری (civil war) توسط فیرون (Fearon) و لایتین (Laitin) چنین توصیف شده است: جنگی که (۱) میان ارگان‌های یک دولت (یا مدعی ارتباط با دولت) و گروه سازمان‌یافته و غیردولتی که خواهان کنترل بر دولت و اعمال قدرت بر یک منطقه هستند یا خواستار تغییر سیاست‌های دولت هستند، (۲) در طول مخاصمه حداقل ۱۰۰۰ نفر کشته شوند و سالانه به‌طور میانگین حداقل ۱۰۰ نفر، (۳) حداقل ۱۰۰ نفر در هر دو طرف کشته شوند (که شامل غیرنظامیان مورد تهاجم شورشیان نیز می‌شود)؛ اما خواهیم دید که حقوق موضوعه، سازمان‌یافته بودن شورشیان را از ویژگی‌های ذاتی مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی ندانسته (ماده ۳ مشترک) و از سوی دیگر میزان معینی برای مرگ و میر در طول مبارزه تعیین نکرده است.

Sullivan, M. Christopher, «Biting the Hand That Feeds Them?: Indiscriminate State Repression and the logic of Insurgent Terrorism?», Paper presented at the annual meeting of the ISA's 50th Annual Convention "Exploring The Past, Anticipating The Future", New York Marriott Marquis, New York City, NY, USA, Feb 15, 2009, p. 17.

10. Nicolas Lamp, Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The New War Challenge to International Humanity and law, Paper Presented at the 50th Annual Convention of The International Studies Association, New York, 2009.

برخی از نویسندگان نیز تلاش کرده‌اند در عرصه نظریه‌پردازی، جنگ داخلی (internal war) را از مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی جدا کنند و آن‌ها را جزء مختصماتی قرار دهند که هرچند بین‌المللی نیستند، اما مورد توجه جامعه بین‌المللی و موضوع صلح و امنیت بین‌المللی قرار گرفته‌اند. آقای کاریلو سوارز خصوصیات این‌گونه منازعات را چنین بیان می‌دارد: تقسیم وسیع جامعه ملی و مواجهه نظامی یک یا چند گروه با طول مدت زمان خاص، شدت مخاصمه، علنی بودن منازعات، اندازه و سازمان گروه‌های مسلح و تسلط بر بخش عمده و قابل توجه از قلمرو ملی. اما علی‌رغم این‌گونه تلاش‌ها در سطح حقوق بین‌الملل موجود، آنچه مورد شناسایی قرار گرفته صرفاً «مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی» است، هرچند ممکن است در سطوح مختلفی بروز یابد.

تأملی بر وضعیت شورشیان از ... ❖ ۱۶۹

می‌توان گفت از یک منظر، جنگ غیربین‌المللی جنگی است که یک طرف درگیر آن دولت نباشد؛ اما این تعریف مانعیت لازم را ندارد؛ از آن رو که بسیاری از درگیری‌های داخلی مانند تظاهرات و تعرضات پراکنده مردمی هنوز به سطح مخاصمه نرسیده و دولت‌ها علاقه‌ای به دخالت حقوقی در درگیری‌های جزئی ندارند، چرا که ثابت شده درگیری‌های در آستانه پایین^{۱۱} می‌توانند بهانه‌ای شوند برای دیگر دولت‌ها جهت مداخله سیاسی و نظامی.^{۱۲} علاوه بر این، درگیری دو گروه شورشی در یک دولت نیز می‌تواند مصداق مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی باشد. لذا باید شاخص‌های مناسب برای تعریف مخاصمه مسلحانه در سطح غیربین‌المللی که مورد نظر مقررات ناظر بر حقوق بشردوستانه در این گونه مخاصمات است مشخص گردد تا بدانیم در چه زمانی یک درگیری، مثلاً موضوع ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و یا موضوع پروتکل دوم الحاقی به آن‌ها قرار می‌گیرد. در این صورت می‌توان آن‌ها را از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و نیز برخوردهای (و نه مخاصمه) جزئی، اما مسلحانه داخلی متمایز کرد. از منظر حقوق بین‌الملل، سه سطح برای مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی قابل تصور است: بند ۲ ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو سطح اول از مخاصمات داخلی را که شامل آشوب،^{۱۳} تعرضات انفرادی و پراکنده^{۱۴} و دیگر اعمال مشابه^{۱۵} می‌شود از شمول مقررات بشردوستانه خارج کرده است. این درگیری‌ها فقط تحت عنوان حقوق بشر باقی خواهند ماند. به عبارت دیگر، حقوق بین‌الملل، مخاصمات مسلحانه در سطح نوع اول را در وضعیت «صلح» تلقی می‌کند، نه وضعیت جنگ و لذا اقدامات پلیس یک کشور علیه سارقان مسلح یا شرکت‌کنندگان در یک تظاهرات، مشمول سطح اول از مخاصمات داخلی می‌شود که حقوق بشردوستانه بر آن‌ها صلاحیتی ندارد. حدود دقیق این گونه وقایع زمانی مشخص می‌شود که شرایط رسیدن به سطح دوم مخاصمات داخلی روشن گردد.

ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه، سطح دوم وقایعی را مطرح می‌کند که باید تحت شمول قواعد این ماده قرار بگیرند. مشکل اینجا است که این ماده نیز از بیان ویژگی‌های مخاصمات از نوع دوم خالی است و تنها به این عبارت پردازی اکتفا می‌کند که مخاصمه مسلحانه خصوصیت بین‌المللی نداشته باشد. با این حال، تعیین مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نوع سوم

Carrillo-Suarez, Arturo, Contemporary Issues in International Humanitarian Law as Applied to Internal Armed Conflict, American University of International Law Review, No. 15, 1999, p.69.

11. low- intensity

12. Moir, Lindsay, The Law of Internal Armed Conflict, Cambridge University Press, 2002, p.33.

13. riots

14. isolated and sporadic acts of violence

15. other acts with similar nature

تا حدودی قلمرو مخاصمات تحت صلاحیت این ماده را مشخص می‌سازد، هرچند مرز میان مخاصمات نوع دوم و نوع اول مبهم باقی می‌ماند.

در خلال بحث‌هایی که در کمیته مشترکی که برای بررسی پیشنهاد صلیب سرخ در خصوص ماده ۳ مشترک در سال ۱۹۴۹ تشکیل شد ملاک‌هایی برای تعیین قلمرو این ماده بیان گردید. این ملاک‌ها که برای کاهش نگرانی برخی دول از شمول این مقرر بر گروه‌های کوچک و مجرم در نظر گرفته شد عبارت بودند از:

«۱- طرف مخاصمه با یک دولت دژوره، باید واجد نیروی نظامی سازمان‌یافته، فرمانده مسئول برای اقدامات خود و امکانات لازم برای احترام و تضمین این کنوانسیون باشد؛ ۲- دولت قانونی مجبور شود به نیروی نظامی منظم خود علیه شورشیان سازمان‌یافته که قسمتی از سرزمین را در تصرف دارند متوسل شود؛ ۳- الف) دولت دژوره شورشیان را به‌عنوان طرف متخاصم^{۱۶} به رسمیت بشناسد یا ب) شورشیان خود مدعی حقوق طرف متخاصم شوند یا ج) شورشیان به‌عنوان طرف متخاصم صرفاً برای بهره‌مندی از کنوانسیون حاضر مورد شناسایی قرار بگیرند یا د) مخاصمه به نحوی باشد که شورای امنیت یا مجمع عمومی ملل متحد آن را تهدیدی علیه صلح یا نقض صلح یا تجاوز بدانند؛ ۴- الف) شورشیان ساختاری داشته باشند که ویژگی‌های یک دولت را دارا باشد، ب) حاکمیت مدنی شورشیان به نحوی باشد که بر جمعیت منطقه معینی حاکمیت دفاکتو داشته باشد، ج) نیروهای نظامی شورشیان تحت اقتداری سازمان‌یافته عمل کند و آماده اجرای حقوق جنگ باشد، د) حاکمیت مدنی شورشیان بپذیرد که ملتزم به مقررات این کنوانسیون است»^{۱۷}.

اما این معیارها نمی‌تواند حدود دقیق اعمال ماده ۳ را مشخص سازد خصوصاً آن که پس از تدوین پروتکل دوم مشخص شد که بسیاری از این ملاک‌ها حدود مضیق‌تری برای اعمال ماده ۳ نسبت به پروتکل دوم دارند. دلیل اصلی عدم تعریف مشخص از جنگ‌های غیربین‌المللی در ماده ۳ توسیع قلمرو شمول این ماده بوده است.^{۱۸} هرچند ممکن است این ابهام علیه این غایت به کار گرفته شود. در واقع در مواردی تشخیص مشکل می‌شود که کشورها به‌طور مستمر درگیر

16. belligerent

17. "Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949", vol. 11-B, p. 121.

لازم به ذکر است قبلاً نیز در سال ۱۹۰۰ انستیتیوی حقوق بین‌الملل قطعنامه‌ای برای جنگ داخلی داده بود که در ماده ۸ شرایطی را بیان داشت: (۱) قسمتی از سرزمین ملی توسط شورشیان باید تصرف شده باشد، (۲) باید حکومت دفاکتویی را در سرزمین مذکور بر پا دارند که حقوق ذاتی حاکمیت را اعمال کند و (۳) باید وفق سازمانی فعالیت کنند که حقوق و عرف جنگ را رعایت می‌کند.

Yues, Sandoz, Swinarski, Cristophe, Zimmerman, Bruno, Commentary on Additional Protocol II 1977, Dordercht, Martinus Nijhof, 1987, para. 4347.

18. Moir, Lindsay, *op. cit.*, p. 33.

مبارزات داخلی در سطوح مختلف هستند. این ابهام به مذاق بشردوستان خوش نیامده است.^{۱۹} صلیب سرخ در تبیین قلمرو ماده ۳ پس از ذکر مبانی انعقاد این ماده مشترک، بیان می‌دارد: «قلمرو اعمال این ماده باید تا حد ممکن وسعت یابد. این رویکرد اشکالی ایجاد نمی‌کند، چرا که این ماده در شکل تقلیل یافته‌اش، نه حق دولت را برای سرکوب شورشیان نادیده می‌گیرد و نه اقتدار طرف شورشی را افزایش می‌دهد، بلکه تنها پایبندی به اصولی را که مورد پذیرش ملل متمدن است لازم می‌شمارد و در قوانین کشورها حتی پیش از امضای کنوانسیون‌ها موجود بوده است. چه کشوری می‌تواند ادعا کند که یک اغتشاش در کشورش حتی اگر راهزنی باشد موجب اعمال نشدن ماده ۳ می‌شود و کشور را مستحق نادیده گرفتن زخمیان، شکنجه و گروگانگیری می‌کند؟ ... هیچ دولتی نمی‌تواند ادعا کند که «حق دارد» در مبارزه با دشمنانش، دست به شکنجه و دیگر اعمال غیرانسانی بزند».^{۲۰}

به نظر می‌رسد صلیب سرخ مفاد ماده ۳ مشترک را یا تماماً از جمله حقوق بشر دانسته و یا کاملاً در تمام اغتشاشات داخلی عرفی شده دانسته است. هر دو ادعا با اعتراضاتی روبه‌رو بوده است.

ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو که در سال ۱۹۷۷ امضا گردید صفاتی را برای یک مخاصمه داخلی بر می‌شمرد تا قواعد این پروتکل بر آن‌ها قابل اعمال باشد؛ بدین ترتیب که اولاً «مخاصمه باید در سرزمین یکی از متعهدین این پروتکل محقق گردد». این شرط با توجه به این مطلب که از یک سو مقررات این پروتکل هنوز جنبه عرفی نیافته‌اند و از سوی دیگر این پروتکل مناطق بین‌المللی مانند قطب جنوب، دریای آزاد و فضای ماورای جو را از شمول خود خارج می‌کند اهمیت دارد. کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو صرف‌نظر از این که در حال حاضر عضویت تمام کشورهای جامعه بین‌المللی را با خود دارد از خصیصه عرف بین‌المللی نیز برخوردار است؛ در حالی که پروتکل‌های اول و دوم هنوز در قالب عرف بین‌المللی لازم‌الاجرا نشده‌اند^{۲۱} و برخلاف مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی از نوع دوم (مشمول ماده ۳ مشترک) که نیاز به عضویت در کنوانسیون‌های چهارگانه ندارد مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی از نوع سوم (مشمول پروتکل دوم الحاقی) نیاز به عضویت کشور محل وقوع مخاصمه در پروتکل دوم دارد.

ثانیاً «یک طرف مبارزه باید نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های سازمان‌یافته مسلح باشد که تحت فرماندهی مسئول به عملیات می‌پردازد». شرط سازمان‌یافته بودن طرف متخاصم

19. *Ibid*, p. 34.

20. ICRC commentary on Common Article 3 of Geneva Conventions available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/com/375-590006?OpenDocument>

21. Gail Gardan, Judith, Non-Combatant Immunity as a norm of International Humanitarian Law, Nijhoff Publishers, 1993, p. 177.

از الزاماتی است که گروه شورشی را وادار به ایجاد انتظام درونی می‌کند تا بتواند از حقوق این پروتکل بهره‌مند گردد. مهم‌ترین فایده انتظام یافتن شورشیان در تحت نظر یک فرماندهی، ایجاد امکان طرح مسئولیت فرماندهان خاطی آنان است. البته برخلاف مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، حمل اسلحه به طور آشکار و استفاده از علامت مشخص و مشترک برای مبارزان شرط نیست و به همین دلیل در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، مفاهیم اسیر^{۲۲} و رزمنده^{۲۳} مفهوم‌سازی نشده است. دلیل این امر آن است که موفقیت شورشیان در جنگ‌های داخلی منوط به فقدان این شرط است؛^{۲۴} چرا که در نبرد میان دولت مرکزی و گروهی نوپا شاهد مخاصمه‌ای نامتوازن هستیم که یکی از راه‌های تقویت گروه شورشی در برابر ارتش دولتی، عدم الزام آن‌ها به پایبندی به این شرط است. از سوی دیگر در قبال این امتیاز به دولت هم حق داده شده که آن‌ها را اسیر محسوب نکرده، مشمول قوانین کیفری خود قرار دهد، البته با رعایت تضمیناتی که در سند مشخص است. باید توجه داشت که فقدان وضعیت اسارت برای طرف مبارز دولتی نیز صادق است.

ثالثاً شورشیان باید «چنان کنترلی را بر قسمتی از سرزمین داشته باشند که بتوانند عملیات نظامی پایدار و هماهنگی را انجام دهند».

رابعاً «قادر به اجرای این پروتکل باشند». باید دانست کم‌تر پیش می‌آید که شورشیان بر قسمتی از یک سرزمین کنترل داشته باشند؛ زیرا جابه‌جایی و تحرک‌پذیری عامل موفقیت آن‌ها محسوب می‌شود.^{۲۵} پایدار بودن^{۲۶} عملیات نظامی شورشیان، اشاره به عنصر زمان در طول مخاصمه داخلی دارد که باید مدت معقولی ادامه داشته باشد.^{۲۷} به این دلیل از عبارات مدت و شدت^{۲۸} در پروتکل استفاده نگردید تا این معیارها تبدیل به معیارهای ذهنی و بنا بر صلاحدید قرار نگیرند، بلکه همچون دیگر ملاک‌های ارائه شده، عینی^{۲۹} باقی بمانند. اما قادر بودن به اجرای مقررات یک سند بین‌المللی نیاز به ایجاد ساز و کارهای اداری ویژه دارد؛ از جمله نهادهای اجرایی و سلسله مراتب قانونی که این شرط موجب خروج بسیاری از شورشیان از این پروتکل

22. prisoner of war

23. combatant

24. Canestaro, A. Nathan, *op. cit.*, p. 103.

25. Canestaro, A. Nathan, *op. cit.*, p. 97.

26. sustained

۷۲. برخی نویسندگان مدت‌دار بودن یک جنگ داخلی را مرتبط با کنترل بر سرزمین دانسته‌اند. رجوع کنید به:

Kenny, D. Paul, the Duration of Civil war: Insurgency, Banditry and Civil War in Burma since Independence, Paper prepared for the Annual National Conference of the Midwest Political Science Association, Chicago, 2009, p. 6.

28. duration and intensity

29. objective

می‌شود؛^{۳۰} چرا که شورشیان گروه مخالفی هستند که برای دستیابی به همین سیستم‌های اداری، در حال مبارزه‌اند.

باید توجه داشت گروه شورشی که علیه یک دولت مرکزی به مبارزه می‌پردازد نباید از نوع نهضت‌های آزادی‌بخش تلقی شود، چرا که این نهضت‌ها تحت قلمرو ماده ۲ مشترک و پروتکل اول الحاقی قرار می‌گیرند و از مخاصمه میان آن‌ها با دولت‌های اشغالگر، استعمارگر و نژادپرست به‌عنوان «مخاصمات مسلحانه بین‌المللی شده» یاد می‌گردد. هرچند این‌گونه مخاصمات جنبه غیربین‌المللی دارند، اما تعمیم حقوق بشردوستانه مربوط به مخاصمات بین‌المللی به این نوع از مخاصمات، آن‌ها را «در حکم مخاصمات بین‌المللی» قرار می‌دهد و لذا بررسی این‌گونه مبارزات که تحت صلاحیت ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل اول هستند، نه ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم، از چارچوب این نوشتار خارج است.^{۳۱} علاوه بر این، یکی از اشکال مخاصمات مسلحانه بین‌المللی شده، شناسایی طرف شورشی در مخاصمات غیربین‌المللی به‌عنوان یک کشور مستقل از سوی ثالث و یا مداخله ثالث در آن است. دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضایای سکیچ، کوردیچ و چرکز به این واقعیت اشاره می‌کند که مداخله نیروهای نظامی یک دولت در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی دولت دیگر، آن را به مخاصمه مسلحانه بین‌المللی تبدیل می‌کند؛ چنان‌که کرواسی با هدایت نیروهای نظامی کروات بوسنیایی علیه مسلمانان بوسنیایی آن را تبدیل به مخاصمه مسلحانه بین‌المللی کرد.^{۳۲} همچنین است در مورد مداخله نظامی روسیه در گرجستان پس از آغاز جنگ آگوست در اوستیای جنوبی و آبخازیا.

نکته مهم این که عبارت «طرف معظم متعاهد»^{۳۳} مذکور در ماده ۳ مشترک و مقدمه پروتکل دوم، معادل عبارت «طرف معاهده»^{۳۴} مذکور در کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹ است.^{۳۵} به عبارت دیگر، هرجا در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو صحبت از طرف متعاهد شده، منظور معنای عادی آن در کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات نیست که عبارت است از کشوری که معاهده را امضا کرده، ولی سند در قبال آن لازم‌الاجرا نشده، بلکه منظور عضوی

30. Sandoz, Yues, Swinarski, Cristophe, Zimmerman, Bruno, *op. cit.*, para. 4471.

۱۳. ماده ۲ مشترک دو محدودیت در اعمال کنوانسیون‌های ژنو در جنگ‌های رهایی‌بخش ملی دارد. اول این که ماده ۲ صرفاً به مورد اشغال عنایت دارد، نه به استعمار و رژیم‌های نژادپرست و دوم این که برای اعمال این کنوانسیون‌ها در موارد اشغال طرف غیردولتی باید به‌عنوان قدرت (power) طرف مخاصمه، پذیرش اعمال کنوانسیون‌ها را اعلام کند.

See Higgins, Noelle, The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation, *Journal of Humanitarian Assistance*, 2004, available at www.jha.ac/articles/a132.pdf

۲۳. علی‌پور، محمدرضا، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و مسئولیت بین‌المللی کیفری مقامات دولتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۵.

33. high contracting party

34. party

35. Sandoz, Yues, Swinarski, Cristophe, Zimmerman, Bruno, para. 4421.

است که معاهده را علاوه بر امضا تصویب کرده و پروتکل دوم در قبال آن کشور لازم‌الاجرا شده است.^{۳۶}

۲. موارد خارج از شمول تعریف مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی

با توجه به ویژگی‌های مخاصمه مسلحانه بین‌المللی به این نتیجه می‌رسیم که برخی از انواع مبارزات شورشیان خارج از شمول قلمرو پروتکل دوم الحاقی قرار می‌گیرد، در حالی که به نظر می‌رسد حق آن بود که برای آن‌ها چاره‌ای اندیشیده می‌شد. این موارد عبارتند از:

الف) عملیات طولانی‌مدت: عملیات شورشیانی که بر قسمتی از یک سرزمین کنترل لازم را ندارند، ممکن است عملیاتی را هدایت می‌کنند که دولت مرکزی قادر به سرکوب آن‌ها نباشد. این عملیات بعضاً بسیار طولانی می‌شوند تا آنجا که این‌گونه گروه‌ها قدرت لازم برای انجام عملیات‌های پایدار و هماهنگ را پیدا می‌کنند. شورشیانی مانند طالبان که در روشنایی روز از هیچ کنترلی بر سرزمینی خاص برخوردار نیستند، اما به هنگام شب، دولت مرکزی را در تمامیت سرزمینی خود به چالش می‌کشند از این قبیل هستند.^{۳۷} دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در پرونده تادیچ در سال ۱۹۹۵ این خلأ حقوقی را پر کرد و با اعلام این که این‌گونه مخاصمات دارای خصیصه طولانی‌مدت نیز مشمول حقوق بشردوستانه است به ورود این نوع مخاصمه به قلمرو پروتکل دوم کمک کرد.^{۳۸}

ب) مبارزه دو گروه شورشی با یکدیگر: پروتکل دوم الحاقی صریحاً مخاصماتی را تحت شمول خود قرار داده است که یک طرف آن، بازیگردانی و طرف دیگرش بازیگر غیردولتی باشد. با این وصف مبارزاتی از قبیل آنچه در سومالی میان گروه‌های مختلف و یا در فلسطین میان حماس و فتح اتفاق می‌افتد^{۳۹} از شمول قلمرو پروتکل دوم خارج می‌شوند و صرفاً مشمول

۳۳. در حال حاضر چهار کشور که پروتکل دوم را امضا کرده و هنوز تصویب نکرده‌اند عبارتند از: ایران، مراکش، پاکستان و امریکا.

37. See George H. Aldrich, *The Taliban, Al Qaeda and Determination of Illegal Combatants, Humanitarians Volkerrech*, No. 4, 2002.

۳۸. ممتاز، جمشید و رنجبریان، امیر حسین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، نشر میزان، ۱۳۸۶.
۳۹. این احتمال مطرح است که مبارزه میان فتح و حماس در غزه پس از انتخابات سال ۲۰۰۵ که به پیروزی حماس در پارلمان فلسطین منجر شد مشمول تعریف مبارزه دولت و شورشیان شود. توضیح آن که پس از توافق اسلوی ۱ در سال ۱۹۹۳ میان نهضت آزادی‌بخش فلسطین و رژیم صهیونیستی، تشکیلات خودگردان فلسطین تولد یافت که در غزه و اریحا از اعمال حاکمیت برخوردار شد. لذا چنانچه حزب حماس را موجودیت برحق و مردمی فلسطین در چارچوب تشکیلات خودگردان بدانیم مبارزه آن‌ها با فتح، مشمول ماده ۳ و پروتکل دوم می‌شود. هرچند فلسطین قبلاً طی نامه‌ای پای‌بندی خود را به کنوانسیون‌های ژنو به کمیته بین‌المللی صلیب سرخ اعلام کرده بود، اما کمیته این اعلامیه را بی‌پاسخ گذارده بود.

See: Haboub, J. Wael, *Rationalist Explanation of Civil War: Civil War in Algeria and Palestine*, Paper Prepared for Presentation at the Midwest Political Science Association Annual Meeting, Chicago, Illinois, April 3-6, 2008.

تأملی بر وضعیت شورشیان از ... ❖ ۱۷۵

ماده ۳ مشترک قرار می‌گیرند چرا که این ماده در سندی تعبیه شده که اینک خصیصه عرفی پیدا کرده و بر تمام جامعه بین‌المللی قابل اعمال است.^{۴۰}

ج) مبارزه شورشیان علیه دولت ثالث: پروتکل الحاقی بیان می‌دارد که ارتش منظم دولتی که یک طرف مخاصمه مسلحانه است باید متعلق به یک کشور معظم متعاقد باشد، هرچند گروه شورشی متعلق به کشوری غیرعضو باشد. در واقع از نظر این سند، چنانچه مخاصمه‌ای میان یک گروه شورشی که متعلق به یک کشور عضو این پروتکل باشد و ارتش دولتی که عضو این پروتکل نباشد درگیر از شمول مقررات این سند خارج است. البته این شرط با توجه به عرفی نبودن مقررات این پروتکل^{۴۱} منطقی است.

د) مبارزه دولت مرکزی با شورشیان خارج از قلمرو سرزمینی خود: هرچند مبارزه یک دولت علیه گروه‌های شورشی در قلمرو سرزمینی کشوری دیگر می‌تواند مصداق تجاوز مسلحانه محسوب شود، اما پروتکل تصریح دارد که دولت عضو که علیه شورشی می‌جنگد باید تنها در سرزمین خود مشمول قواعد حقوق بشردوستانه تلقی گردد. از این خصلت پروتکل به «صلاحیت سرزمینی»^{۴۲} یاد می‌شود.^{۴۳} بنابراین، مبارزه دولت عضو پروتکل با شورشیان سومالی در آب‌های بین‌المللی نمی‌تواند اجرای این پروتکل را به همراه داشته باشد. مثال دیگر، مبارزات میان ترکیه با گروه شورشی و جدایی طلب پ. ک. ک. (شاخه نظامی کردهای جدایی طلب) در خاک عراق و نیز مبارزات رژیم اشغالگر قدس علیه فلسطینیان در خاک سوریه و مبارزات آن رژیم علیه حزب الله در خاک لبنان و نیز درگیری پرو با نیروهای مسلح انقلابی کلمبیا^{۴۴} در خاک کلمبیا است.^{۴۵} این گونه درگیری‌ها تنها مشمول ماده ۳ مشترک می‌شوند.

ه) موارد با آستانه پایین:^{۴۶} چنان که گفته شد مواردی مانند برخوردهای پلیس با شرکت کنندگان در تظاهرات یا مسابقه فوتبال یا سارقان مسلح نه تنها از شمول پروتکل دوم، بلکه

40. Kwakoua, Edward, *The International law of Armed Conflicts*, Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 43.

41. مذاکرات مقدماتی (travaux preparatoires) تهیه پروتکل دوم بیانگر این است که وفاقی در میان دولت‌ها بر عرفی بودن مقررات این پروتکل به وجود نیامده است، هرچند در عرفی بودن ماده ۱۳ پروتکل (حمایت از غیرنظامیان) تردیدهایی وجود دارد.

See: Gail Gardam, Judith, *op. cit.*, p. 177.

42. *ratione loci*

43. Svarc, Dominika, *The Law of Armed Conflict and Irregular Warfare: Real and Perceived Normative Challenges*, paper prepared for presentation at the annual meeting of the American Political Science Association, Boston, 28-31 August 2008, p. 8.

44. FARC

45. *Ibid.*, p. 7.

46. low-intensity

از شمول ماده ۳ نیز خارج است. مرکز مطالعه حقوقی و قضایی ایالات متحده امریکا در بیان سیاستگذاری امریکا در قبال بازداشت‌شدگان گوانتانامو و اعمال ماده ۳ مشترک بر آن‌ها اشاره می‌کند که «نقض ماده ۳ مشترک در زمانی قابل ارتکاب است که مخاصمه از نظر عقیده عمومی ترمدمیز و سازمان‌یافته بوده، به‌عنوان مسأله‌ای سیاسی محقق شده باشد و ناشی از اقدامات افراد خلافکار و مجرمین نباشد».^{۴۷} قبلاً در مورد اختلافی بودن ملاک تعیین این آستانه بحث شد.

و) شورشیان منتسب به یک دولت خارجی: هرچند پروتکل دوم از مستقلانه بودن اعمال شورشیان صحبتی به میان نیاورده، اما با دلالت التزامی و تشبث به اصول کلی حقوق بین‌الملل به این نتیجه می‌رسیم که چنانچه دولت خارجی بر اقدامات شورشیان کنترل مؤثر و مستقیم داشته باشد دیگر نمی‌توان این اقدامات را منتسب به گروهی دانست که پروتکل دوم، وجود آن را در یک طرف درگیری غیربین‌المللی لازم می‌شمارد، بلکه این اقدامات منتسب به دولتی است که آن را هدایت می‌کند.^{۴۸} در چنین حالتی، این‌گونه مخاصمات از شمول پروتکل دوم خارج و مشمول تعریف مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است. در این موارد، شورشیان همچون بازو و ارگان دولتی خارجی عمل می‌کنند که حتی می‌تواند حق دفاع مشروع موضوع ماده ۵۱ منشور را نیز برای دولت قربانی به همراه آورد.

ز) مخاصمات مسلحانه مختلط: ممکن است یک جنگ حالت مختلط داشته باشد، یعنی از یک‌سو مخاصمه‌ای بین‌المللی محقق شده باشد و از سوی دیگر در میدان خودی نیز شاهد درگیری غیرنظامیان و شورشیان با دولت مرکزی باشیم. این سؤال مطرح می‌شود که حکم این شورشیان و غیرنظامیان که با دولتی در حال مبارزه هستند که در وضعیت مخاصمه مسلحانه بین‌المللی است چه می‌شود؟ آیا در این حالت، کنوانسیون‌های چهارگانه و پروتکل اول بر کل مخاصمات حاکم است و بنابراین شورشیان داخلی مستحق حقوق مربوط به شورشیان در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی نیستند و دولت می‌تواند آن‌ها را مجازات کند، چرا که نیروی نظامی دشمن قلمداد نمی‌شوند و صرفاً مجرمینی هستند که باید به اشد مجازات برسند، و یا باید تفکیک کرد میان نیروهای نظامی دشمن که مشمول کنوانسیون‌های ژنو می‌شوند و شورشیان مبارز که مشمول ماده ۳ مشترک و پروتکل دوم می‌شوند و از حقوق و تکالیفی بهره‌مند

47. Rivkin, David, Casey, Lee, Stimson, Charles, Common Article 3 of the Geneva Conventions and U.S. Detainee Policy, Center for Legal and Judicial Studies, 2009, No. 2303, This paper, in its entirety, can be found at: www.heritage.org/Research/LegalIssues/wm2303.cfm

۴۸. پس از حملات ۱۱ سپتامبر از سوی القاعده به امریکا این فرض مطرح شده که رویه بعدی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، آستانه پایین‌تری برای انتساب اعمال شورشیان به یک کشور پذیرفته که حتی برخی اقدام از درون یک سرزمین را کافی برای انتساب اعمال شورشیان به آن دولت می‌دانند. رجوع کنید به:

Heinze, A. Eric, Non-State Actors and the Evolution of the law of Armed Conflict, paper presented for presentation at the International studies Association Annual Meeting: 2009, New York, p. 11.

می‌شوند؟ چنانچه نظر دوم را بپذیریم این سؤال مطرح می‌شود که آیا در این موارد، شمول کنوانسیون چهارم ژنو درخصوص حمایت از غیرنظامیان در جنگ داخلی منتفی می‌شود و در رابطه با غیرنظامیان درگیر در جنگ داخلی فقط باید ماده ۳ و پروتکل دوم را اجرا کرد؟ اگر چنین باشد دو مشکل ایجاد می‌شود: اولاً هدف حقوق بشردوستانه حمایت بیش‌تر از افراد است که کنوانسیون چهارم نسبت به پروتکل دوم، حمایت بیش‌تری به همراه دارد. ثانیاً این فرض مستلزم این است که قیدی به غیرنظامیان تعریف شده در کنوانسیون چهارم اضافه کنیم و آن قید «متعلق به کشور دشمن بودن غیرنظامیان» است تا در جنگ داخلی بتوان پروتکل دوم را اعمال کرد؛ درحالی‌که چنین قیدی مد نظر امضاکنندگان کنوانسیون چهارم نبوده است. این دو ایراد فرضیه مذکور را رد می‌کند.^{۴۹}

۳. مفهوم شورشیان

در حقوق بین‌الملل کلاسیک و مدرن از اصطلاحاتی در کنار اصطلاح شورشی استفاده شده که تمیز آن‌ها از یکدیگر ضروری است. در حقوق بین‌الملل کلاسیک و به عبارتی حقوق بین‌الملل عرفی، پیش از کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، میان آشوبگران^{۵۰} و شورشیان^{۵۱} تفکیک قائل می‌شدند. کنوانسیون چهارم لاهه مصوب ۱۹۰۷ هرچند در ماده ۲ از واژه belligerent استفاده کرده، اما در آن‌جا از این اصطلاح، معنای طرف مخاصمه را اراده کرده که در آن چارچوب باید یک دولت عضو باشد، نه گروهی که دست به مبارزه علیه دولت می‌زند.^{۵۲} در واقع اصطلاح belligerent در این زمان در دو معنا به کار برده شده است: یکی به معنای طرف متخاصم که به کشورهای درگیر در جنگ اطلاق می‌شده و دیگری گروه‌های مبارزی که حائز

۹۴. می‌توان درگیری مسلحانه یک‌جانبه را نیز به موارد خارج از شمول اضافه کرد. پروتکل دوم الحاقی در تعریف مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی از اصطلاح مخاصمه (conflict) استفاده کرده است. ظاهر در عبارت conflict این است که درگیری باید دوجانبه باشد؛ لذا چنانچه صرفاً دولت مرکزی دست به سرکوب گروهی بزند که با مقاومتی همراه نباشد قواعد این پروتکل علی‌القاعده نباید اعمال شود. این در حالی است که بعید به نظر می‌رسد تهیه‌کنندگان این سند چنین اراده کرده باشند که سرکوب عده‌ای از غیرنظامیان درون یک کشور توسط دولت مرکزی را خارج از قواعد بشردوستانه قلمداد کنند. هرچند ماده ۱ پروتکل دوم صریحاً صحبت از مسلح بودن طرف غیردولتی می‌کند، اما حق آن بود که در عبارت‌پردازی این ماده دقت بیش‌تری صورت می‌گرفت، چه آن‌که در درگیری‌های مسلحانه یک‌جانبه اعمال حقوق بشردوستانه اولویت دارد.

50. insurgents

51. belligerents

۲۵. ماده ۲ این کنوانسیون چنین مقرر می‌دارد: «قواعد مورد اشاره ماده ۱ و قواعد این کنوانسیون جز در میان قدرت‌های متعاهد اجرا نمی‌گردد و تنها در صورتی که تمام طرف‌های متخاصم طرف این کنوانسیون باشند».

Article 2 of Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907.

شرایطی خاص شده‌اند. از این گروه مبارز، پیش از آن که دارای این صفات شود با عنوان آشوبگر یاد می‌شده و پس از کسب شرایط، شورشی نامیده می‌شده است.^{۵۳}

واضعان حقوق بین‌الملل امروزی کنوانسیون‌های ژنو نه تنها تفاوتی میان آشوبگر و شورشی قائل نشده‌اند، بلکه در پروتکل دوم از اصطلاح نیروهای مسلح مخالف^{۵۴} استفاده کرده‌اند که علتش پرهیز از بار معنایی مستتر در واژه شورشی است که القای شناسایی آن‌ها را به‌عنوان یک موجودیت فعال در حقوق بین‌الملل با خود دارد.^{۵۵} در حوزه غیرقراردادی حقوق بین‌الملل امروزی و در متون حقوقی، واژه شورشی زمانی به یک گروه اطلاق می‌شود که مورد شناسایی قرار بگیرند. به عبارت دیگر، برخی نویسندگان از اصطلاح آشوبگر برای معرفی گروه مبارزی استفاده می‌کنند که حتی اگر تمام شرایط پروتکل دوم را دارا باشد، به‌طور صریح یا ضمنی از سوی دولت مرکزی یا دول ثالث مورد شناسایی قرار نگرفته باشد و به محض مورد شناسایی قرار گرفتن، وضعیتش تبدیل به شورشیانی می‌شود که حق مطالبه حقوق خود را طبق پروتکل دوم خواهد داشت که از این زمان به آن belligerent گفته می‌شود.^{۵۶}

تشخیص نظامیان و غیرنظامیان (شورشیان و شهروندان) در جنگ‌های داخلی نسبت به جنگ‌های بین‌المللی مشکل‌تر است. درحالی که ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو در تعریف نظامی و کسی که از حقوق اسارت بهره‌مند می‌گردد دقت کافی داشته است، بند ۳ ماده ۱۳ پروتکل دوم به این عبارت بسنده کرده است که «غیرنظامیان از این حقوق بهره‌مند می‌شوند... مگر زمانی که آن‌ها شرکت مستقیم در مخاصمات داشته باشند». هرچند تعریف روشن و متفق‌القولی درخصوص «شرکت مستقیم» در مخاصمات وجود ندارد، اما تفسیرهای صلیب سرخ از پروتکل‌های الحاقی، شرکت مستقیم را این‌گونه تعریف کرده است: «اقدامات جنگجویانه که از نظر ماهیت یا هدف به‌منظور ایجاد صدمه واقعی به اعضا و تجهیزات نیروهای ارتش صورت پذیرد» و البته «شرکت عمومی» در تلاش‌های جنگجویانه را از تعریف مستثنا ساخته است.^{۵۷} ماده ۳ مشترک نیز

۳۵. این شرایط از نظر هرش لوتر پاخت عبارت بودند از: (۱) منازعه نظامی باید در عموم سرزمین (و نه قسمتی از سرزمین) وجود داشته باشد (۲) شورشیان باید قسمتی از سرزمین را تحت تصرف و مدیریت داشته باشند (۳) شورشیان باید با مبارزان طبق حقوق جنگ عمل نمایند و تحت نظام فرماندهی مسئول قرار داشته باشند (۴) باید شرایطی وجود داشته باشد که کشورهای خارجی منافع خود را با شناسایی شورشیان تعریف کنند.

Roth, Brad R., *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford University Press, 2000, p.178.

54. dissident armed forces

55. Sandoz, Yves, Swinarski, Cristophe, Zimmerman, Bruno, para. 4423.

۶۵. برخی دیگر نیز اصطلاح insurgents را به معنای ساختارشکن گرفته‌اند و از این رو، این اصطلاح را برای تابعان جدید حقوق بین‌الملل که خواهان بر هم زدن ساختار کلاسیک حقوق بین‌الملل هستند به کار برده‌اند. رجوع کنید به:

Brietzke, Paul H., *Insurgents in The New International Law*, Wisconsin International Law Journal, No. 13, 1994.

57. Sandoz, Yves, Swinarski, Cristophe, Zimmerman, Bruno, *op. cit.*, para. 4788.

غیرنظامیان یا شهروندان را کسانی دانسته که شرکت فعال^{۵۸} در مخاصمه ندارند و شامل کسانی می‌شود که سلاح خود را بر زمین گذارده‌اند یا به علت زخمی شدن یا بیماری یا بازداشت یا به دلایل دیگر قادر به ادامه مبارزه نیستند.^{۵۹} تفاوت میان اصطلاحات «شرکت فعال» مذکور در ماده ۳ مشترک و «شرکت مستقیم»^{۶۰} مذکور در بند ۳ ماده ۱۳ پروتکل دوم الحاقی، مسأله‌ای است که رویه دولت‌ها باید آن را مشخص سازد.

موضوع دیگر در باب تعریف شورشیان، بررسی نسبت آن‌ها با تروریسم است. شورشیان عمدتاً برای نیل به غایات خود دست به اعمال تروریستی می‌زنند، اما لزوماً تمام اقدامات مسلحانه شورشیان در طول مبارزه تروریستی نیست. به علاوه بسیاری از اقدامات تروریستی از سوی خود دولت مرکزی علیه غیرنظامیان صورت می‌گیرد.^{۶۱} به عبارت دیگر نه تمام اقدامات شورشیان تروریستی است و نه تمام اقدامات تروریستی از جانب گروه‌های سازمان‌یافته‌ای که مشمول تعریف شورشیان شود صورت می‌گیرد. لذا باید گفت نسبت منطقی میان شورشیان و تروریست‌ها عموم و خصوص من‌وجه است.^{۶۲}

۴. حق توسل به زور توسط شورشیان

در گذشته پذیرفته شده بود که تنها دولت‌ها حق جنگیدن دارند و چنانچه افراد بدون مجوز دولت دست به اسلحه ببرند خارج از مفهوم جنگ مشروع عمل کرده‌اند.^{۶۳} این نظر در قرن شانزدهم توسط پدر حقوق بین‌الملل (هوگو گروسیوس) توسعه یافت. گروسیوس با تفکیک میان مبارزان و شهروندان معتقد بود شهروندان حق جنگیدن ندارند که این عقیده بعداً وارد حقوق بین‌الملل

58. active part

59. hors de combat

60. direct part

61. Sullivan, Christopher M., *op. cit.*, p.7.

۲۶. نویسنده‌ای شورشیان را بنا بر ماهیت آن‌ها به سه دسته تقسیم می‌کند: الف) شورشیان سکولار که معمولاً به دنبال نوعی جبران برای شذات مستحدث که ناشی از کمبودهای مادی است هستند. این شذات ممکن است ادعایی بر تبعیض در مالیات باشد و یا تقسیم ناعادلانه منابع طبیعی، ب) شورشیان غیرسکولار یا مذهبی که برای تبعیض‌های مذهبی یا سرکوب مذهبی به پاخاسته‌اند مانند هندوها و مسلمانان، ج) شورشیان برنامه‌ریزی شده (programmatic) یا ایدئولوژیک که مبتنی بر مجموعه‌ای از ارزش‌ها، اصول و تئوری‌ها هستند، آن‌ها به دنبال تغییر وضع اجتماعی هستند، مانند مارکسیست‌ها و مائوئیست‌ها. از نظر این نویسنده، شورشیان سکولار کم‌تر به نقض حقوق بشردوستانه تن می‌دهند و لذا از سوی دولت‌ها به‌عنوان گروه تروریستی معرفی نمی‌شوند و این دسته آمادگی لازم برای مذاکره و صلح را دارا هستند؛ درحالی‌که دو دسته دیگر برای رسیدن به اهداف خود از هر ابزاری بهره می‌جویند، تروریست شناخته می‌شوند و پای میز مذاکره نمی‌نشینند.

Hamis, A.W., *Human Rights and the Mediation of Insurgent Conflict*, Prepared for presentation at the 46th Annual Conference of the International Studies Association, San Francisco, CA, March 26-30, 2008. p. 5.

63. Canstaro, Nathan A., *op. cit.*, p. 82.

عرفی گردید. روسو نیز در همین راستا گام برداشت و گفت که مبارزه میان حکمرانان است و لذا جمعیت مردم به طور غیرمستقیم با هم درگیر می‌شوند.^{۶۴} در عقیده روسو، اصل بر جنگیدن نظامیان منظم و رسمی است و جنگ غیرنظامیان استثنایی بیش نیست. وائل نیز استدلال می‌کرد که غیرمبارزان^{۶۵} نباید نگران جنگ میان نظامیان باشند و حتی در صورت اشغال سرزمینشان توسط دشمن حق ندارند علیه آن‌ها دست به مبارزه و مقاومت بزنند. وائل همچنین از حق دولت‌ها در سرکوب ناآرامی‌های داخلی برای حفظ حیات خود، بدون مداخله خارجی سخن می‌گفت.^{۶۶}

تمایز میان نظامیان رسمی و شهروندان در دوران ناپلئون رنگ باخت. در این دوران انقلاب‌های مردمی در کشورهای اروپایی نشان داد که کشاورزان و مردم عادی وارد مبارزه می‌شوند. این حوادث موجب کشاکشی میان دو مقوله عرف در حال ظهور و حقوق عرفی سابق گردید.^{۶۷} البته پذیرش این عرف جدید به نفع دولت‌ها نیز بود، چرا که مبارزه سبعانه شورشیان خارج از قواعد حقوق بشردوستانه در حال ضربه زدن به مبانی هستی حقوق بین‌الملل بود. از این رو در این دوران، گرایش‌هایی نسبت به شناسایی شورشیان به‌عنوان طرف مخاصمه مشاهده و از آن‌ها تقاضا می‌شود قواعد بشردوستانه را رعایت کنند. این اتفاق برای اولین بار در سطح حقوق موضوعه زمانی افتاد که پروفیسور فرانسیس لیبر استاد دانشگاه کلمبیا در طول جنگ داخلی آمریکا در سال ۱۸۶۳ به تهیه پیش‌نویس قوانین جنگ داخلی آمریکا دست زد که به کد امریکایی لیبر^{۶۸} شهرت یافت. این قواعد حمایت‌هایی را از شورشیان به عمل می‌آورد. کد لیبر به‌طور مثال شورشیانی را که بدون تجمع و شرکت در ارتش متخاصم سازمان یافته و بدون شرکت مستمر در جنگ بلکه مانند کسی که به خانه و کاشانه خود باز می‌گردد عمل کنند یا بعضاً با نماد صلح شرکت جویند، نه به‌عنوان یک سرباز، از حق اسارت برخوردار نخواهند شد بلکه به‌عنوان راهزن و دزدان دریایی قلمداد خواهند شد. این نشان از آن دارد که کد لیبر با شناسایی ضمنی شورشیان از

64. *Ibid*, p. 83.

65. non-combatants

66. *Ibid*, p. 84.

با این حال وائل پس از وقوع جنگ داخلی قائل بر این بود که حقوق در جنگ (*jus in bello*) یا حقوق بشردوستانه بر هر دو طرف درگیر اعمال می‌شود.

Bugnion, François, *Jus Ad Bellum, Jus In Bello and Non-International Armed Conflicts*, Yearbook of International Humanitarian Law, T. M. C. Asser Press, vol. VI, 2003, pp. 167-198.

۷۶. این که تابعان منفعل مانند شورشیان نیز می‌توانند موجد قواعد عرفی گردند مقوله‌ای مجزا است، لکن باید توجه داشت یکی از عوامل مؤثر در ایجاد چنین عرف‌هایی شناسایی وضعیت حقوقی شورشیان از سوی ثالث است.

68. U.S. Labor Code

آن‌ها می‌خواهد برای انتفاع از حقوق مربوط به طرف متخاصم، شرایطی را که ریشه در حقوق بشردوستانه دارند رعایت کنند.

در این دوران و حتی پس از انعقاد کنوانسیون‌های صلح لاهه به ارتش کشور برتری ویژه‌ای نسبت به شورشیان داده شد. تنها استثنای عرفی این بود که در زمان اشغال، شورشیان حق دفاع مشروع را علیه اهداف دشمن داشتند.^{۶۹} این عرف به‌طور ضمنی در ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو تحت عنوان «مقاومت مسلحانه»^{۷۰} متجلی شد. در حالی که در زمان حقوق لاهه این اعتقاد به وجود آمده بود که تدابیر شدیدتری برای سرکوب شورشیان نسبت به جنگ‌های خارجی مجاز است،^{۷۱} پس از حقوق ژنو این عرف شکل گرفت که سرکوب شورشیان در وضعیت‌های اشغال، استعمار و نژادپرستی مجاز نیست.^{۷۲}

سؤال اساسی درخصوص حقوق جنگ شورشیان این است که آیا شورشیان (چه انقلابیون و چه جدایی‌طلبان) طبق حقوق بین‌الملل حق جنگیدن دارند یا خیر؟ پروفیسور فرانک، آلن پله، ملکم شاو و جورج ابی صعب در نظرخواهی مربوط به قضیه مشروعیت جدایی کبک در دیوان عالی کانادا معتقدند اصولی چون احترام به تمامیت ارضی و عدم مداخله تنها در رابطه میان کشورها حاکم است و این اصول تعهداتی را برای گروه‌های ناراضی داخلی ایجاد نمی‌کند. از این رو، جدایی ناشی از یک مداخله خارجی، مانند جدایی رودزیای جنوبی و ترک‌های قبرس شمالی محکوم شد؛ در حالی که اگر جدایی ناشی از یک متخاصم مسلحانه داخلی باشد این با اکتساب شرایطی مشروع است.^{۷۳} پروفیسور پله می‌گوید هم «دولت» و هم «مردم» تابع حقوق بین‌الملل هستند و تعهد به تمامیت ارضی دولت‌ها و حق تعیین سرنوشت مردمان، تعهدی است

69. Smith, Thomas W., Old War, New War: International Humanitarian Law and the Domestic Atrocities Regime, Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association, Le Centre Sheraton Hotel, Montreal, Quebec, Canada Online, 2004.

70. armed resistance

71. *Ibid.*

72. این عرف از تصمیمات متعدد دیوان بین‌المللی دادگستری، شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد در رابطه با اشغال، استعمار و نژادپرستی قابل استنباط است. رجوع کنید به:

I.C.J. Case Concerning East Timor, Advisory Opinion of 30 June 1995 I.C.J. Reports, p.20 at 102, I.C.J. Rep. 1971, The Case Concerning South Africa in Namibia, Advisory Opinion, para. 90, Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1975, Security Council Resolutions, 411 (1977), 418 (1977), 445 (1979). G.A Resolution 2526 (1970), General Assembly Res. 1514 (1960), General Assembly Res. 1541 (1960).

73. Report by George Abi-saab, "The Effective Required of an Entity that Declares Its Independence in Order for it to be Considered a State in International Law", in Anne, bayefsky F., Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned, pp.72-73, Report by Alain Pelle, p.98, para. 19.

که یکدیگر را خنثی می‌کنند.^{۷۴} با این حال پله معتقد است دو طرف باید به اصل عدم توسل به زور در برابر یکدیگر پایبند باشند. به نظر می‌رسد بهترین اظهار نظر متعلق به پروفیسور برونو سیمما باشد که اعتقاد دارد بند ۳ ماده ۲ منشور، توسل به زور را تنها در روابط میان دولت‌ها ممنوع می‌سازد و درباره مخاصمات داخلی ساکت است.^{۷۵} بنابراین هم جدایی‌طلبان و هم دولت‌ها حق توسل به زور را علیه یکدیگر دارند.^{۷۶} آنچه تعیین‌کننده خواهد بود توانایی جدایی‌طلبان بر کنترل مؤثر یک قلمرو است که در کنار دیگر شرایط تشکیل کشور، آن‌ها را آماده مورد شناسایی قرار گرفتن می‌کند. طبق این نظر، شورشیان و دولت مرکزی حق دارند تا سرحد پیروزی با هم مبارزه کنند، هرچند قواعد حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفی حدود این مبارزه را مشخص می‌کنند.^{۷۷}

باید توجه داشت امروزه صورت سؤال تغییر کرده است. در حالی که در گذشته سؤال این بود که طبق حقوق بین‌الملل شورشیان حق جنگیدن دارند یا ندارند، امروز این سؤال مطرح است که طبق حقوق مخاصمات مسلحانه، شورشیان حق جنگیدن دارند یا جنگیدن شورشیان صرفاً منع نشده است؟ بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد، توسل به زور را صرفاً در روابط بین کشورها ممنوع و به برابری حاکمیت دولت‌ها اشاره می‌کند. مفهوم مخالف ما را به این سمت می‌برد که از نظر منشور در درون کشورها رابطه برابری میان طرفین مبارزه وجود ندارد و رابطه‌ای طولی بین دولت مرکزی و شورشیان برقرار است. بدین دلیل بند ۷ همین ماده از منشور، سازمان را از مداخله در امور داخلی کشورها منع می‌کند. اما اولاً باید از بند ۴ ماده ۲ تفسیری متحرک و پویا و با توجه به رویه بعدی سازمان ارائه شود و ثانیاً امور داخلی کشورها را تعهدات بین‌المللی آن‌ها تعیین می‌کند. لذا برای نیل به نتیجه صحیح باید به بررسی دکتترین موجود و رویه دولت‌ها و سازمان ملل متحد در قالب مداخله بشردوستانه پرداخت.^{۷۸}

74. Report by Alain Pelle, *Ibid*, p. 211, para. 37.

۵۷. عزیزی، ستار، «استقلال کوزوو: بررسی مشروعیت جدایی یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، ش ۳۸، سال ۱۳۸۷، ص ۲۹.

۶۷. نویسنده‌ای بیان داشته است که مقاومت مسلحانه به‌عنوان یک نهاد در قلمرو حقوق درگیری‌های بین‌المللی، قابل تسری به درگیری‌های داخلی یا آشوب‌های داخلی نیست (ساعد، نادر، حقوق بشردوستانه و مسائل نوظهور (جنگ‌های پسانوین)، نشر خرسندی، ۱۳۸۷، ص ۵۵.

77. Dominika Svarc, *op. cit.*, p. 5.

۸۷. مداخله‌های با استناد بشردوستانه دوران پس از تأسیس سازمان ملل متحد عبارتند از: مداخله آمریکا در گرانادا در سال ۱۹۸۷، مداخله هند در پاکستان شرقی در سال ۱۹۷۱، مداخله ویتنام در کامبوج در سال ۱۹۷۶، مداخله تانزانیا در اوگاندا در سال ۱۹۷۹، مداخله رژیم صهیونیستی در اوگاندا در سال ۱۹۷۶، مداخله شورای امنیت در سومالی، بوسنی، رواندا، هائیتی و تیمور شرقی، مداخله ناتو در کوزوو، مداخله روسیه در اوستیای جنوبی و آبخازیا. درخصوص عرفی شدن و پذیرش مداخله از سوی دولت‌ها در موارد خاصی بدون مجوز شورای امنیت، اختلاف نظر فاحشی میان حقوقدانان وجود دارد.

Rogers, A. P. V., *Humanitarian Intervention and International Law*, Harvard Journal of Law and Public Policy, 2004, available at: <http://www.allbusiness.com/legal/35858471-html>

مشروعیت جنگیدن شورشیان به مشروعیت حق بر جدایی و حق بر انقلاب نیز باز می‌گردد که تعیین این موضوع، بررسی اصل تعیین سرنوشت را لازم می‌سازد. درخصوص جدایی باید میان دو مدل آن تفکیک کرد: زمانی که دولت مرکزی حقوق آن اقلیت را رعایت کرده، نمایندگی تمام مردم سرزمین خود را به عهده دارد،^{۷۹} و زمانی که دولت مرکزی حقوق بشر را به‌طور جدی و مستمر نقض می‌کند. در حالت اول آنچه مسلم است ممنوع نبودن مبارزه شورشیان با دولت مرکزی از منظر حقوق بین‌الملل عام است.^{۸۰} در حالت دوم، این اختلاف نظر وجود دارد که در این موارد دولت مرکزی ملزم به کرنش است و ثالث نیز حق مداخله به نفع اقلیت را دارد یا خیر.^{۸۱} درخصوص حق شورش برای انقلاب نظرهایی وجود دارد برخی مانند برن هنری^{۸۲} معتقدند که مردم نباید تابع قدرت سیاسی‌ای باشند که بیش از این راضی به آن نیستند.^{۸۳} همین‌طور هیوم معتقد است تعهدات گذشته نباید تعهداتی سیاسی بر زندگی امروز افراد بار کند. در مقابل این نظر استدلال شده که تعهد سابق گروه معترض، مبنی بر عدم شورش و انقلاب رافع این حق است. دلیل این امر به تعهدات سیاسی شهروندان برمی‌گردد که توسط برخی اندیشمندان مطرح شده است.^{۸۴}

۵. دفاع مشروع در برابر شورشیان

در هر حال، امکان حدوث مخاصمه از سوی شورشیان مورد قبول آرا و رویه بین‌المللی قرار گرفته است. در صورتی که این شورش درون سرزمین دولت مرکزی باشد حق دولت مرکزی برای سرکوب شورش با دو محدودیت رو به‌رو است. اولین محدودیت توسط نظریه مشورتی دیوار حائل ایجاد شد که طبق آن، چنانچه دولتی بر شورشیان خود کنترل کافی داشته باشد مفهوم

۹۷. چنان‌که قطعنامه ۲۶۲۵ و ۱۵۱۴ مجمع عمومی در بند ۶ در حمایت از حق تعیین سرنوشت بیان می‌دارد که هیچ یک از بندهای فوق مشوق تجزیه یا خدشه‌دار کردن جزئی یا کلی تمامیت ارضی و یا وحدت سیاسی دول حاکم و مستقل که نمایندگی کل خلق‌های متعلق به سرزمین خود را بدون تمایز از حیث نژاد، عقیده یا رنگ پوست بر عهده دارند نخواهد گردید و چنین دلالتی نیز ندارد.

۸۰. مگر آن‌که از باب دیگر تعهدات خاص چنین ممنوعیتی ایجاد شده باشد، مانند موارد مذکور در سازمان کشورهای امریکایی مبنی بر عدم شناسایی وضعیت‌ها ناشی از کودتا و سند هلسینکی مبنی بر ممنوع بودن جدایی.

۸۱. موارد عملی در ادعای حق بر جدایی در حالت نقض حقوق بشر موارد چین، کوزوو، اوستیای جنوبی و آبخازیا بوده است. کراوفورد و وایلد هابر معتقدند که جز در موارد نهضت‌های آزادیبخش، جدایی مغایر با اصل حاکمیت کشورها است و در مقابل ژرژ ابی صعب و آلن پله معتقدند که اصول حاکمیت و عدم توسل به زور بر روابط میان دولت‌ها حاکم است و لذا حق تعیین سرنوشت اصول یاد شده را خنثی می‌سازد. رجوع کنید به: ستار، عزیز، همان.

82. Bern Henry

83. Buchanan, A., Democracy and Secession, in "National Self-Determination and Secession", edited by M. Moore, Oxford University Press, 1998, p. 25.

84. Tomz, Michael, Political Obligation and Political Secession, Department of Government Harvard University, 1994, available at www.stanford.edu/~tomz/working/poloblig.pdf

دفاع مشروع منتفی خواهد بود. به عبارت دیگر، مفهوم دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور در صورتی قابل توسل است که حمله مسلحانه از سوی یک دولت خارجی دیگر باشد، نه از سوی یک بازیگر غیردولتی مانند شورشیان. در مقابل، قاضی هیگینز در نظریه جداگانه در این قضیه به رویه دیوان در قضیه نیکاراگوئه اشاره می‌کند. دیوان در قضیه نیکاراگوئه به امکان وقوع حمله مسلحانه در مفهوم ماده ۵۱ منشور از سوی نیروهای غیرمنظم اشاره کرده است. به نظر دیوان در این قضیه چنانچه اقدامات از نظر شدت و دامنه به نحوی باشد که به عنوان حمله مسلحانه‌ای تلقی شود که توسط نیروهای مسلح منظم قابل تحقق است، حمله مسلحانه در مفهوم ماده ۵۱ منشور تلقی می‌شود.^{۸۵} اما نه دیوان، نه قضات در نظرهای جداگانه منظور خود را از حق دفاع مشروع توسط دولت مرکزی علیه شورشیان مشخص نکرده‌اند. وقتی دیوان بیان می‌کند اسرائیل حق دفاع مشروع علیه فلسطینیان را ندارد آیا به این معنا است که اسرائیل باید دست بر روی دست بگذارد و شاهد زوال حاکمیت خود باشد (بعد حقوقی دفاع مشروع) یا منظور این است که اسرائیل برای سرکوب شورشیان و تروریست‌ها به زعم خود، نیازی به رعایت شرایط دفاع مشروع مانند گزارش به شورای امنیت و رعایت ضرورت و تناسب ندارد (بعد تعهدی دفاع مشروع)؟ دو برداشت می‌توان داشت: اول این‌که بگوییم دیوان در قضیه دیوار حائل بر آن است که رژیم صهیونیستی را در وضعیت دفاع مشروع تلقی نکند، بلکه در وضعیت اشغال قرار دهد و از این جهت حقوق اشغال را حاکم بر وضعیت بداند، نه حقوق جنگ را.^{۸۶} دوم این‌که بگوییم دیوان با وارد ندانستن موضوع دفاع مشروع در وضعیت فلسطین اشغالی بر آن است تا دفاع مشروع را فقط در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی قابل طرح بداند و مبارزه میان دولت مرکزی و شورشیان در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی را تنها مشمول حقوق بشردوستانه بشناسد و این وضعیت‌ها را از شمول حقوق جنگ خارج بداند.^{۸۷} طبق تفسیر اخیر، در وضعیت‌های غیر از اشغال در مخاصمات غیربین‌المللی نیز مفهوم دفاع مشروع موضوعیت نخواهد داشت، مگر آن‌که طرف شورشی توسط دولت مرکزی به عنوان یک طرف مخاصمه به رسمیت شناخته شده باشد که در

85. I.C.J. Reports, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1986, p. 103. See also separate opinion of Judge Higgins, I.C.J. Report, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004., para. 33.

۶۸. آنچه درخصوص بین‌المللی شدن (internationalized) مخاصمه در مورد اشغال از آن یاد می‌شود درخصوص حقوق بشردوستانه است (*jus in bello*) و نه حقوق توسل به زور (*jus ad bellum*).

۷۸. دلیل این امر آن است که دفاع مشروع در برابر مفهوم تجاوز قابل طرح است و تجاوز مفهومی است که پیوندی ناگسستنی با مفهوم مرز بین‌المللی دارد. البته با صدور رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مشروعیت استقلال یک‌جانبه کوزوو (ثبت شده در تاریخ ۱۰ اکتبر ۲۰۰۸) ممکن است مخاصمات جدایی‌طلبان موضوع نقض حقوق بشر در شمول قواعد خاص حقوق جنگ قرار بگیرد و مثلاً دولت مرکزی را در این‌گونه مخاصمات، مستحق حمله یا دفاع نداند.

این صورت، حقوق بی‌طرفی نیز بر دول ثالث بار می‌شود.^{۸۸} بررسی مفهوم دفاع مشروع در قضایای نیکاراگوئه و کنگو علیه اوگاندا نیز برای اثبات بین‌المللی بودن مخاصمه بوده است. به عبارت دیگر در حال حاضر، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی محملی برای طرح مفهوم حق دفاع مشروع - چه برای طرف دولتی و چه برای طرف غیردولتی - ندارد و دفاع مشروع در برابر بازیگران غیردولتی زمانی قابل طرح است که منشأ حملات بیرون از مرزها باشد.^{۸۹} با این حال، تبادل آتش میان دولت مرکزی و شورشیان در داخل مرزها فارغ از قید و بند هم نیست. حقوق بین‌الملل بشر، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری حدود اقتدار دولت مرکزی در سرکوب شورشیان را مشخص کرده‌اند. ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو در رابطه با وضعیت‌های اشغال و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل دوم الحاقی مصوب ۱۹۷۷ در رابطه با سایر وضعیت‌ها، تکالیف بشردوستانه دولت مرکزی در سرکوب شورشیان را بیان کرده‌اند. همین‌طور طبق ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مصوب ۱۹۹۸ نیز «دولت‌ها حق ندارند برای حفظ تمامیت ارضی خود به کشتار غیرنظامیان دست بزنند» و لذا در جایی که جنبش شورشی یک جنبش مردمی است، نه با سازوکاری نظامی، دولت مرکزی با چالشی بزرگ برای سرکوب شورش روبه‌رو خواهد بود.

موضوع اساسی این است که در صورت وقوع حملات مسلحانه از سوی شورشیان علیه یک دولت آیا آن دولت درخصوص شورشیانی که در سرزمین کشور دیگری قرار دارند حق دفاع مشروع دارد؟ و دیگر این که در چه حالاتی اعمال شورشیان را می‌توان به دولت خارجی منتسب کرد تا حق دفاع مشروع نسبت به آن کشور صورت گیرد. در میان اندیشمندان حقوقی، فرض بر این است که برای اجرای حق موضوع ماده ۵۱ منشور (دفاع مشروع) باید حمله از سوی نیروهای «منظم» یک دولت را انتظار کشید.^{۹۰} اما دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه با اشاره به بند ۷ ماده ۳ قطعنامه تعریف تجاوز مجمع عمومی ۱۹۷۴ بیان می‌دارد که حمله مسلحانه برای هدف مذکور در ماده ۵۱ منشور، شامل تجاوز نیروهای مسلح یا «غیرمنظم» یک دولت به سرزمین دولتی دیگر می‌شود.^{۹۱} در این قضیه بحث به سر میزان کنترل لازم برای انتساب اقدامات یک گروه غیرمنظم شورشی به دولت بود. دیوان در قضایای دیوار حائل و اوگاندا

۸۸. در این حالت تمام حقوق بشردوستانه مربوط به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بر مخاصمه حاکم خواهد بود.

Bugnion, François, *op. cit.*, p. 186.

89. See Ratner, Steven R., Jus ad bellum and Jus in Bello after September 11, The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 905-921.

90. Heinze, Eric A., *op. cit.*, p. 5.

91. Case Concerning Military and Para Military Activities in and Against Nicaragua, 27 June 1986, para 195.

علیه کنگو نیز بیان می‌دارد که برای اعمال حق دفاع مشروع باید اقدام شورشیان به دولت مورد ادعا متناسب گردد تا بتوان حق دفاع مشروع را مطرح ساخت.^{۹۲} به عبارت دیگر، دو شرط برای دفاع مشروع علیه نظامیان غیردولتی لازم است: اولاً چنانچه حملات علیه دولت از سوی شورشیانی باشد که تحت کنترل دولت مرکزی قرار دارند نمی‌توان حق دفاع مشروع برای آن دولت قائل شد؛^{۹۳} ثانیاً چنانچه اقدام شورشیان از دولت ثالثی صورت می‌گیرد دولت مرکزی هنگامی می‌تواند علیه دولت ثالث دست به دفاع مشروع بزند که اقدامات شورشیان به دولت ثالث متناسب باشد.^{۹۴} لذا این شائبه که بدون انتساب یک گروه شورشی به دولتی که از آنجا اقدام می‌کنند، می‌تواند توجیه‌گر تجاوز دولت قربانی به کشور مذکور برای سرکوب شورشیان باشد نباید مطرح شود. به عبارت دیگر، دولت قربانی با ورود به خاک دولت ثالث، از یک سو با ادعای اجرای حق دفاع مشروع و سرکوب شورشیان به پیش می‌رود و از سوی دیگر با این اقدام خود تمامیت ارضی دولت خارجی را نقض کرده است. علی‌رغم رویه دولتی گوناگون - مانند تهاجم ترکیه به عراق، یا تهاجم رژیم صهیونیستی به سوریه و لبنان - رویه قضایی بین‌المللی در قضایای نیکاراگوئه و کنگو علیه اوگاندا، انتساب قطعی اعمال شورشیان به ثالث را شرط دفاع مشروع می‌داند؛ هرچند برخی نویسندگان به حق دولت برای سرکوب شورشیان مستقر در کشور ثالث با شروطی اذعان داشته‌اند.^{۹۵} پرفسور سیما و کوئیچ‌مانس در نظریه‌ای جداگانه در قضیه کنگو علیه اوگاندا استقرار یک گروه شورشی در کشور ثالث را برای حق توسل به دفاع مشروع کافی

92. Israel Wall Case, 2000, para 139 and DRC v. Uganda Case, para 146.

93. ICJ Reports, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, (2004) p. 135. See Girton College, Back To Basics: Necessity, Proportionality, And The Right Of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors, International and Comparative Law Quarterly, Vol 56, 2007, p. 143.

این نظر در قضیه کنگو علیه اوگاندا نیز مطرح شد که اقدامات شورشیان ADF (که اوگاندا مدعی انتساب آن‌ها به کنگو بود) در مناطقی از کنگو که تحت اشغال (و کنترل) دولت اوگاندا بوده است به دولت ثالثی متناسب نمی‌شود، هرچند در خارج از مناطق تحت اشغال، انتساب این شورشیان به کنگو امکان‌پذیر است.

94. ICJ Rep. Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, (2005), paras 146 and 147.

شناسایی شورشیان به‌عنوان دولت در مفهوم حقوق بین‌الملل این شرط را زایل می‌کند. چنان‌که دیوان در قضیه دیوار حائل، اقدام فلسطینیان را از جانب یک دولت قلمداد نکرد و لذا حق دفاع مشروعی نیز برای رژیم صهیونیستی به رسمیت نشناخت؛ اما چنانچه رژیم مذکور اعلامیه استقلال فلسطین را به رسمیت شناخته بود می‌توانست ادعا کند که فلسطین از نظر آن رژیم یک دولت تلقی می‌شود و می‌تواند در برابر آن متوسل به دفاع مشروع شود.

I.C.J Report, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004., para. 139.

۵۹. شروطی که بیان شده‌اند عبارتند از: گسترده بودن حملات، عدم تمایل یا ناتوانی دولت میزبان در سرکوب شورشیان، و ورود به خاک کشور میزبان فقط با هدف سرکوب شورشیان، نه چیزی بیش‌تر. رجوع کنید به:

Berman, Franklin QC. and others, The Chatham House Principles Of International Law on the Use of Force in Self-Defence, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, 2006, p. 969.

دانسته‌اند. کوئیچ‌مانس معتقد است ماده ۵۱ منشور به حق ذاتی دفاع مشروع علیه یک تجاوز قبلی، بدون اشاره به دولتی بودن این تجاوز، اشاره می‌کند و بیان می‌دارد که تفسیر بعدی شورای امنیت در قطعنامه‌های ۱۳۶۸ (۲۰۰۱) و ۱۷۰۳ (۲۰۰۱) مؤید همین امر است. لذا چنانچه شدت و دامنه حملات توسط نیروهای نامنظم به نحوی باشد که قابل قیاس با حملات نیروهای منظم دولتی باشد معقول نیست حق دفاع مشروع دولت قربانی را صرفاً به این دلیل نادیده بگیریم که متجاوز، یک بازیگر دولتی نیست.^{۹۶}

در صورتی که دولت قربانی ادعا کند شورشیان تحت کنترل دولت خارجی عمل می‌کنند موضوع میزان وابستگی لازم برای امکان انتساب مطرح می‌شود. در حالی که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه به کنترل مؤثر - نه صرفاً کمک‌های مادی و نظامی - اشاره دارد، رویه بعدی دولت‌ها و شورای امنیت این تردید را ایجاد کرده که تفاوت‌هایی در این آستانه رخ داده است. در واقع پس از حملات یازده سپتامبر شورای امنیت با دو قطعنامه ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ به تمام کشورها اجازه داد تا حق ذاتی دفاع مشروع جمعی را در برابر تروریست‌ها در چارچوب منشور به عمل آورند.^{۹۷} این در حالی است که انتساب اعمال القاعده به طالبان و دولت افغانستان موضوعی است که نیاز به رسیدگی قضایی داشته، همچنان مورد تردید است. لذا ماهیت خطرناک اقدامات تروریستی ایجاب کرده که شورای امنیت در آستانه لازم برای انتساب عمل شورشیان و تروریست‌ها به یک دولت تجدیدنظر کند. این رویکرد را می‌توان چنین مفهوم‌سازی کرد که آستانه انتساب یک اقدام به ماهیت تعهد یک دولت بستگی دارد. به عبارت دیگر، مواردی هست که شورشیان تحت لوای کنترل مؤثر به عنوان بازوی دولت عمل می‌کنند که در آن اختلافی نیست، اما مواردی هست که یک دولت کنترلی برگروه متمرکز ندارد اما از وظایف خود طبق حقوق بین‌الملل هم سرپیچی می‌کند،^{۹۸} از جمله تکلیف به عدم تأمین و کمک به شورشیان

96. Separate Opinions of Judge Kooijmans, paras 26-30 and see Separate Opinions of Judge Simma, paras 7-12.

97. SC Res. 1373, 28 September 2001, SC Res. 1368, 12 September 2001.

نویسنده‌ای معتقد است که دیوان در قضیه کنگو علیه اوگاندا برخلاف قضیه نیکاراگوئه، کمیت (quantity) حملات را دلیلی برای دفاع مشروع ندانست و لذا این رویکرد باعث می‌شود که شورشیان متجاوز از کشور ثالث با فراغت بال از این که مورد دفاع مشروع قرار نمی‌گیرند و همچون غیرنظامیان با آن‌ها رفتار می‌شود، به نقض اصول تفکیک بپردازند و بدون رعایت شرایط لازم برای نظامیان، دست به اسلحه ببرند. به‌علاوه ممکن است دولت قربانی حملات نیز برای پرهیز از مفهوم دفاع مشروع، متوسل به نیروهایی غیر از نیروهای منظم خود شود که متقابلاً اصل تفکیک را رعایت نمی‌کنند. لذا معیار حق دفاع مشروع باید کمیت و شدت حملات باشد، نه منبع حملات.

Jensen, Eric Talbot, The ICJ's "Uganda Wall": A Barrier to the Principle of Distinction and an Entry Point for Lawfare, *Denv. Journal of International Law & Policy*, Vol. 35:2, 2008, p. 268.

۸۹. یکی از مواردی که در این مثال بیان می‌کنند وظیفه دولت بی‌طرف در مخاصمات مسلحانه داخلی است. در مخاصمات داخلی احتمال دارد که شورشیان از دولتی بی‌طرف و ثالث به‌عنوان مکانی امن برای تجدید قوا، سازماندهی عملیات، بی‌کیفری و مصونیت از تعقیب و غیره استفاده کنند، درحالی که دولت ثالث موظف است در این موارد تلاش بیش‌تری برای جلوگیری از

متخاصم با دولتی ثالث در قلمرو خود (برگرفته از نظرات دیوان در قضیه نیکاراگوئه) و یا تکلیف به مبارزه با تروریسم در قلمرو سرزمینی خود. بنابراین، دولت چنانچه کنترل مؤثر باشد مسئولیت مستقیم و چنانچه از تکالیف خود اعراض کند مسئولیت غیرمستقیم خواهد داشت.^{۹۹}

در سطح دکترین می‌توان برای حل این مشکل چنین گفت که در حالت اول (مسئولیت مستقیم) دولت قربانی، حق دفاع مشروع علیه دولت خاطی را دارد و در حالت دوم (مسئولیت غیرمستقیم) دولت قربانی حق خواهد داشت صرفاً با هدف سرکوب شورشیان وارد خاک دولت خاطی شود و بدون نقض دیگر مظاهر حاکمیتی آن کشور به قلمرو خود باز گردد.

۶. نتیجه‌گیری

در گذشته مبارزه اصلی میان امپراتور و قدرت‌های بزرگ بوده و از همین رو، چنانچه رویدادی در داخل قلمرو کشوری رخ می‌داد با نهایت قدرت و خارج از اصول بشردوستانه سرکوب می‌شد. حقوق لاهه نیز به برتری نیروی نظامی کشورها نسبت به نیروهای غیردولتی اقرار داشت و به‌طور خلاصه، افرادی که در سرزمینی سکونت داشتند که موضوع یک مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی بود از مصونیت کمی برخوردار بودند.^{۱۰۰} دو واقعیت دلیل این امر بود: اول این که حقوق جنگ - چه قراردادی و چه عرفی - در زمانی شکل گرفت که پارادیم موجود در جامعه بین‌المللی روابط میان دولت‌ها بوده است. در این زمان جنگ‌های درون‌مرزی کشورها در صلاحیت انحصاری حاکمیت‌ها تلقی می‌شد و دیگر کشورها حق مداخله در آن را نداشتند. دوم این که مبارزان غیردولتی را عده‌ای از شهروندان می‌دانستند که با تخطی از قانون تبدیل به دسته‌ای مجرم و متمرده شده بودند و لذا هیچ بهره‌ای از امتیازات مربوط به یک مبارز یا نظامی نداشتند. کشورهای ثالث نیز می‌توانستند به نفع دولت مرکزی وارد کارزار جنگ شوند. در حال حاضر، شورشیان در برخی وضعیت‌های بین‌المللی نامشروع (اشغال، استعمار و نژادپرستی) مستحق جنگیدن تلقی می‌شوند و حتی مفهوم تعهد به یاری‌رسانی به نمایندگی از جمع^{۱۰۱} در

این سوءاستفاده‌ها به کار گیرد و در غیر این صورت با دفاع مشروع دولت قربانی مواجه خواهد شد. مثال‌های زیادی در این مورد وجود داشته است، مانند حمله آمریکا به مکزیک در دوران جنگ داخلی ایالت تگزاس در سال‌های ۱۸۷۰ تا ۱۸۷۷ برای دستگیری کورتینا (Cortina) فرمانده شورشیان تگزاس. این دکترین که تحت عنوان تعقیب فوری (hot pursuit) در دوران جنگ جهانی اول توسط آلمان تئوریزه می‌شد امروزه جایگاهی ندارد و جز در قالب دفاع مشروع و با شروطی خاص امکان‌پذیر نیست.

See: Frederick, Provorny, International Law and Military Operations against Insurgents in Neutral Territory, Columbia Law Review, No. 68, 1968.

99. Heinze, Eric A., *op. cit.*, p. 12.

100. Smith, Thomas W., *op. cit.*, p. 5.

101. *actio popularis*

❖ ۱۸۹ تأملی بر وضعیت شورشیان از ...

قبال این معترضین در حال شکل‌گیری است. حتی با شناسایی وضعیت مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی برخی معتقد به ایجاد وضعیت بی‌طرفی برای ثالث هستند که نمی‌تواند به نفع یک طرف وارد مبارزه شود. در سایر موارد، حقوق بین‌الملل از یک سو به دولت‌ها حق سرکوب جنبش‌های شورشی را می‌دهد (اصل احترام به تمامیت ارضی کشورها) و از سوی دیگر به معترضین حق می‌دهد که در شرایطی علیه دولت قیام کنند (حق تعیین سرنوشت مردم). بدون شک امروزه دولت‌ها همچون گذشته حق یک‌جانبه‌ای برای سرکوب و خارج از قواعد بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری ندارند. مفهوم دفاع مشروع در موارد اشغال منتفی است و در موارد غیر از اشغال نیز در صورتی موضوعیت دارد که با شناسایی شورشیان، مخاصمه در حکم مخاصمه بین‌المللی تلقی شود. در دفاع مشروع دولت علیه شورشیانی که از قلمرو کشوری ثالث اقدام می‌کنند عنصر انتساب باید محرز شود که درخصوص آستانه این انتساب نیز میان رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و شورای امنیت هماهنگی کافی وجود ندارد.