

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی
جمهوری اسلامی ایران
شماره سی و یکم، ۱۳۸۳، صص ۸۷ - ۵

نقد و بررسی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای

دکتر مسعود البرزی ورکی*

چکیده

۱- مقدمه

۲- ملاحظات کلی

الف - آثار مهلک، نابود کننده و منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای

ب - حقوق مبنی بر منع یا جواز

ج - ممنوعیت تهدید به هر سلاحی که کاربرد آن منع شده است

۳- عدم ارتباط یا غیرقابل اعمال بودن برخی منابع حقوق قراردادی

۴- قواعد حقوقی اعمال پذیر

الف - حقوق ناظر به استفاده از زور مندرج در منشور

(۱) تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و سیاست بازدارندگی

(۲) دیوان و تجویز نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی در شرایط حاد

دفاع از خود

ب - حقوق اعمال پذیر در مخاصمات مسلحانه

*. استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره).

- (۱) حقوق بین‌الملل قراردادی
- (۲) معاهدات خاص مربوط به سلاح‌های هسته‌ای
- (۱-۲) لزوم تفکیک بین حق داشتن سلاح‌های هسته‌ای و حق کاربرد آنها
- (۲-۲) نتایج و پیامدهای منفی مترتب بر نظر دیوان
- (۳) حقوق بین‌الملل عرفی
- (۴) اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی
- (۱-۴) اصل تمایز یا ممنوعیت کاربرد سلاح‌های غیر هدفمند
- (۲-۴) اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که موجب درد و رنج غیرضروری یا صدمات بیش از حد می‌شوند
- (۳-۴) شرط مارتنس
- (۴-۴) اصل تناسب
- (۵) حقوق بی‌طرفی
- ۵ - ناتوانی دیوان در اعلام عدم مشروعیت کلیه موارد توسل به سلاح‌های هسته‌ای
- الف - چگونگی شکل‌گیری ضعیف‌ترین اکثریت ممکن
- ب - تفاسیر و برداشت‌های مختلف از بند بحث انگیز
- ج - وظیفه دیوان به بیان حقوق موجود
- د - ارزیابی دلایل دیوان برای استنتاج «معلوم نیست» و توجیه بالاتکلیفی خویش
- ۶- توصیه پایانی دیوان
- ۷- نتیجه

چکیده

گرچه حقوق بین‌الملل قراردادی و یا عرفی صریحاً متضمن هیچ منع جامع و جهانی در رابطه با کاربرد سلاح‌های هسته‌ای نمی‌باشد، مع الوصف، امکان اعلام عدم مشروعیت توسل به این سلاح‌ها در کلیه شرایط، توسط دیوان بین‌المللی دادگستری، با توجه به دلایل و مستندات موجود در نزد آن، کاملاً فراهم بود. این مطالعه، با نگاهی انتقادی، امتناع دادگاه جهانی و یا ناتوانی آن را در چنین نتیجه‌گیری مورد بررسی قرار می‌دهد.

صرف‌نظر از برخی کاستی‌ها و یا انتقاداتی که بر دیدگاه‌های دیوان، در نظر مشورتی، وارد است، به نظر می‌رسد اساسی‌ترین عامل در بلاتکلیفی آن به نقش و جایگاهی برمی‌گردد که برای اصول و مقتضیات بشردوستانه بین‌المللی قائل است. در حالی‌که تردیدی در لزوم رعایت این اصول و قواعد در کلیه شرایط وجود ندارد، دیوان نمی‌تواند این احتمال را رد کند که برخی کاربردهای سلاح‌های هسته‌ای، در موارد بسیار محدود و استثنایی، ممکن است مشروع باشد حتی اگر چنین کاربردی در تغایر با اصول و

مقتضیات بشردوستانه بین‌المللی قرار گیرد! اثبات بطلان چنین دیدگاهی، بر طبق حقوق بین‌الملل معاصر، (یکی) از محورهای عمده این مطالعه را تشکیل می‌دهد.

۱- مقدمه

سرانجام در هشتم ژوئیه ۱۹۹۶، دیوان بین‌المللی دادگستری نظر مشورتی خویش را راجع به مشروعیت یا عدم مشروعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای صادر نمود.^۱ ابتکار درخواست نظر مشورتی از دیوان به برخی سازمانهای غیر دولتی، فعالان صلح و نیز دولت‌های غیرهسته‌ای و غیرمتعهد بر می‌گردد، که طرح موضوع را در دیوان از طریق مجمع سازمان بهداشت جهانی و مجمع عمومی سازمان ملل متحد تعقیب می‌نمودند.^۲ در نتیجه، دو درخواست جداگانه، در این خصوص، از دیوان به عمل آمد.

مجمع سازمان بهداشت جهانی، در ماه

1. International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996 (hereinafter referred to as "Opinion").

2. M. Mohr, "Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law: A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses", International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 92-93.

می ۱۹۹۳، پاسخ این سؤال را از دیوان درخواست نمود: «با توجه به آثار بهداشتی و زیست محیطی سلاح‌های هسته‌ای، آیا به کارگیری این سلاح‌ها، توسط یک دولت، در جنگ یا خاصه مسلحانه دیگر نقض تعهدات آن دولت بر طبق حقوق بین‌الملل، از جمله اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، خواهد بود؟»^۳

حدود یک سال و نیم بعد، یعنی در دسامبر ۱۹۹۴، مجمع عمومی سازمان ملل متحد از دیوان تقاضا کرد تا نظر مشورتی خویش را درباره این مسأله سریعاً اعلام نماید: «آیا تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در هیچ وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل مجاز است؟»^۴.

دو دسته استدلال در ارتباط با رد یا قبول درخواست‌های مطروحه وجود داشت و، علاوه بر آن، در ماهیت مسأله نیز مواضع کاملاً متفاوتی از جانب دو گروه از دولت‌ها اتخاذ گردید:

دولت‌های طرفدار قانونی بودن توسل به سلاح‌های هسته‌ای، صلاحیت دیوان را در

3. Resolution WHO 46/40 of 14 May 1993.

4. General Assembly Resolution 49/75 K of 15 December 1994.

اجابت هريك از تقاضاها مورد مناقشه قرار دادند و خاطرنشان ساختند كه سازمان بهداشت جهاني اصولاً صلاحيت طرح و ارائه چنين درخواستي را ندارد و سؤال مجمع عمومي نيز ماهيتاً مبهم و انتزاعي است. همچنين اين امكان وجود دارد كه اثر معكوسي بر مذاكرات مربوط به خلع سلاح هسته‌اي بر جاي گذارد. اما، در مقابل، دولتهاي مخالف مشروعيت سلاح‌هاي هسته‌اي بر اين موضع پافشاري مي‌كردند كه ديوان بايد به هر دو سؤال پاسخ دهد؛ زيرا مسأله سلاح‌هاي هسته‌اي از سال ۱۹۸۳ در دستور كار و مورد بررسي سازمان بهداشت جهاني بوده است و درخواست مطروحه نيز دقيقاً در حوزه فعاليت اين سازمان قرار مي‌گيرد و، به علاوه، چون هر دو تقاضا سؤالات حقوقي، در چارچوب مفاد ماده ۹۶ منشور مي‌باشند،^۵ مقتضي است كه

۵. طبق اين ماده، مجمع عمومي يا شوراي امنيت مي‌توانند درباره هر مسأله حقوقي از ديوان بين‌المللي دادگستري درخواست نظر مشورتي نمايند (بند ۱) و ساير ارکان ملل متحد و مؤسسات تخصصي نيز، در صورتي كه چنين اجازه‌اي را از مجمع تحصيل کرده باشند، مي‌توانند در مورد مسائل حقوقي مطروحه در حدود فعاليتشان از ديوان درخواست نظر مشورتي نمايند (بند ۲). همچنين، به موجب بند ۱ ماده ۶۵ اساسنامه ديوان، اين نهاد مي‌تواند نظر مشورتي خويش را درخصوص هر مسأله حقوقي، بنا به تقاضاي هر مؤسسه‌اي

دیوان به آنها پاسخ دهد.^۶

دیوان، با سیزده رأی در مقابل یک رأی، ضمن رد ایرادات راجع به عدم صلاحیت و غیرقابل رسیدگی بودن تقاضای مجمع عمومی، پیشنهادهای مطروحه مبنی بر عدم پاسخ به درخواست مجمع عمومی را مردود دانست^۷ و با یازده رأی در مقابل سه رأی، مقرر داشت که نمی‌تواند به سؤال مشابه سازمان بهداشت جهانی پاسخ دهد، زیرا موضوع به امری مربوط نمی‌شود که در چارچوب قلمرو فعالیت‌های این سازمان، آن‌گونه که در بند ۲ ماده ۹۶ منشور^۸ ضروری شمرده شده است، قرار گیرد.^۹

برخلاف پرونده‌های ترافیعی، که موضوع

که توسط منشور و یا طبق آن به انجام چنین درخواستی مجاز شمرده شده است، ارائه دهد.

6. See Opinion, paras. 10-18; E. David, "The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons", *International Review of the Red Cross*, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 22-23; A.V. Lowe, "Shock verdict: Nuclear war may or may not be unlawful", 55 *Cambridge Law Journal* 415 (1996).

7. Opinion, para. 105 (1).

قاضي ژاپني ديوان، اُداء، از هرگونه اظهار نظري له یا علیه مسأله مطروحه امتناع می‌نماید. عقیده وي این است که، بواسطه ماهیت فوق‌العاده سیاسي و کلي سؤال مورد تقاضا، ديوان می‌بایست از اجابت بدان خودداری ورزد: Id., Dissenting Opinion of Judge Oda, paras. 25, 44 and 51.

۸. رك. به زیرنویس ه بالا.

9. International Court of Justice, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Opinion of 8 July 1996 (WHO), para. 20 ff.

❖ ۱۱ نقد و بررسی نظر مشورتی ...

احراز صلاحیت دیوان از اهمیت زیادی برخوردار است، در پرونده‌های مشورتی این موضوع دارای اهمیت کمتری بوده است؛ به‌گونه‌ای که در تاریخ دیوان این اولین بار است که به تقاضای رأی مشورتی، که توسط سازمان بهداشت جهانی صورت پذیرفت، پاسخ منفی داده می‌شود. لازم به ذکر است که در زمان حیات دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نیز تنها در یک مورد از ارائه نظر مشورتی خودداری شد؛ زیرا یکی از طرفهای اختلاف که در زمان طرح موضوع عضو جامعه ملل نیز نبود، یعنی روسیه، از حضور در دیوان امتناع کرد و دیوان نیز با این استدلال که دادن نظر مشورتی به منزله تصمیم در خصوص اختلاف طرفین است، درخواست را رد کرد.^{۱۰}

در جریان رسیدگی به سؤال مطروحه، تعداد بی‌سابقه‌ای بیانیه کتبی از دولت‌ها دریافت شد و دولت‌های زیادی نیز اقدام به صدور بیانیه‌های شفاهی نمودند. این بیانیه‌ها متضمن استدلال‌های مفصل له و علیه مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای بود که، به ترتیب، توسط دولت‌های دارای

10. See the Status of Eastern Carelia Case, PCIJ, Series B, No.5, at 27 and 29 (1923).

اینگونه سلاح‌ها و نزدیکترین هم‌پیمانان آنان، از طرفی، و گروه اکثریت، از طرف دیگر، ابراز گردید.^{۱۱}

دیوان، پس از بحث و بررسی طولانی و سعی وافر در اعمال محدودیتهای هرچه ممکن در کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، از طریق هر قاعده مربوط حقوق بین‌الملل، سرانجام سؤال مجمع عمومی را، با توجه به نظرات متفاوت قضات، در چند بند جداگانه تنظیم کرده به رأی گذاشت. این بندها که پاسخ مستقیم به سؤال مطروحه بوده، در واقع متضمن عبارت رأی^{۱۲} و حاصل یافته‌ها^{۱۳} و تجزیه و تحلیل عمیق دیوان می‌باشد، به شرح زیر است:

— «در حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی هیچ جواز خاصی راجع به تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای وجود ندارد» (اتفاق آراء).^{۱۴}

— «در حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی هیچ منع جامع و جهانی در مورد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای،

11. See Opinion, paras. 5 and 9.

12. Dispositif.

13. Findings.

14. Opinion, para. 105 (2) A.

فینفسه، وجود ندارد» (۱۱ رأی موافق در برابر ۳ رأی مخالف).^{۱۵}

— «تهدید یا توسل به زور با استفاده از سلاح‌های هسته‌ای که مغایر با بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد باشد و بدون رعایت کلیه الزامات ماده ۵۱ صورت پذیرد، غیرقانونی است» (اتفاق آراء).^{۱۶}

— «تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، همچنین باید با الزامات حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، بویژه با الزامات اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی، و نیز با تعهدات خاص ناشی از معاهدات و سایر تعهداتی که صراحتاً به سلاح‌های هسته‌ای ارتباط می‌یابد، مطابقت داشته باشد» (اتفاق آراء).^{۱۷}

— «از الزامات فوق‌الذکر این طور بر می‌آید که تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای اصولاً مغایر با قواعد حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، و به خصوص اصول و قواعد حقوق بشردوستانه، است».

15. Id., para. 105 (2) B.

16. Id., para. 105 (2) C.

17. Id., para. 105 (2) D.

معذلك، با توجه به وضع کنونی حقوق بین‌الملل، و عناصری از واقعیت که در دسترس آن است، دیوان نمی‌تواند بطور قطع و یقین نتیجه‌گیری نماید که آیا تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در یک وضعیت حاد دفاع از خود، که بقاء دولتی در معرض خطر قرار می‌گیرد، قانونی است و یا غیر قانونی» (۷ رأی موافق در برابر ۷ رأی مخالف، با رأی تعیین کننده رئیس دیوان).^{۱۸}

رأی مشورتی، در رابطه با تهدید یا به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای، به عنوان نقطه عطفی در تاریخ دیوان، اگر نه خود تاریخ،^{۱۹} تلقی گردیده است. قبل از آن، تنها موردی که دادگاهی حمله توسط سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو حقوق بین‌الملل مورد تجزیه و تحلیل قرار داده بود عبارت بود از پرونده شیمودا که رأی آن، در ۱۹۶۳، توسط دادگاه بخش توکیو صادر گردید.^{۲۰}

18. Id., para. 105 (2) E.

19. E. David, supra note 6, at 21.

20. Decisions of the Tokyo District Court, 7 December 1963, in 8 Japanese Yearbook of International Law 212 (1964). The Judgement is reprinted in 32 International Law Reports 626 (1966). It is also summarized and analyzed in R. Falk, 'The Shimoda Case: A legal appraisal of

دیوان، در این پرونده، می‌بایست مسأله بسیار حساس و مشکلی را مورد رسیدگی قرار داده و درباره آن تصمیم بگیرد که هم از نقطه نظر حقوقی، و مسائل نظری که ممکن است در این رابطه مطرح گردد، و هم از جهات سیاسی و نظامی بازتاب فوق‌العاده وسیعی را در پی می‌داشت. نایب رئیس دیوان، این سؤال حقوقی را «کشمکش عظیم بین رویه دولت‌ها و اصل حقوقی»^{۲۱} تلقی می‌نماید. واقعیت نیز این است که این سلاح‌ها طی بیش از نیم قرن شالوده سیاست دفاعی قدرتهای عمده دنیا، در قالب رویه بازدارندگی، بوده است.

آراء مشورتی دیوان الزام آور نمی‌باشند،^{۲۲} اما از ارزش و جایگاه حقوقی بسیار بالایی برخوردار بوده، در

the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki", 59 American Journal of International Law 759 (1965).

21. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, at 1.

22. استفاد از ماده ۵۹ اساسنامه دیوان. در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز خصوصیت الزامی نبودن آراء مشورتی به دفعات مورد توجه قرار گرفته است. مع الوصف، استثنائاً برخی آراء مشورتی دیوان دارای آثار الزامی است. برای جزئیات بیشتر مراجعه کنید به: سید باقر میرعباسی، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۸۳ - ۱۸۰.

بیان حقوق و انعکاس حقوق بین‌الملل موجود، دارای همان اعتبار آراء صادره در موارد ترافعی می‌باشند.^{۲۳} بدون تردید، هرچه رأی دیوان با اکثریت قاطع‌تری صادر گردد، معمولاً به همان نسبت از استحکام و اعتبار بیشتری برخوردار می‌باشد. رأی مشورتی دیوان در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای با حداقل اکثریت ممکن، همراه با آراء و برداشتهای متفاوت قضات، در اعلامیه‌ها و آراء جداگانه و مخالف آنها صادر گردیده است.

۲- ملاحظات کلی

الف - آثار مهلك، نابود کننده و منحصر

بفرد سلاح‌های هسته‌ای

ویژگی منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای و عواقب فوق‌العاده دهشتناک به کارگیری آنها، این نوع سلاح‌ها را به بزرگترین نگرانی جامعه بین‌المللی تبدیل کرده است. پیشرفت تکنولوژی ساخت این سلاح‌ها، امروزه خطر آثار ویرانگر ناشی از آنها

23. M. Shahabuddeen, Precedent in the World Court, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, at 171.

را به مراتب بیش از گذشته نموده است. به موازات این تحولات کیفی و رشد سرسام آور فناوری هسته‌ای، مسابقه تسلیحاتی قدرتهای بزرگ، و در رأس آنها ایالات متحده آمریکا، در انباشت، ذخیره سازی و توسعه کمی این سلاح‌ها، نابودی نوع بشر و کره حیات را، در صورت وقوع جنگی هسته‌ای، به امری محتمل تبدیل ساخته است.

دیوان، با اشاره به خصوصیت بالقوه فاجعه آمیز سلاح‌های هسته‌ای و عدم امکان مهار آثار مهلك و منهدم کننده آنها در فضا و زمان می‌گوید: «آنها این توانایی را دارند تا همه تمدن و کل اکوسیستم سیاره را از بین ببرند».^{۲۴} هم‌چنین دیوان، ضمن برشمردن برخی از ویژگی‌های این سلاح‌ها، همچون رها سازی مقادیر عظیم حرارت و انرژی و نیز تشعشع پر قدرت و طولانی، طبق منابعی که در اختیار دارد، صدمات و آسیب‌های ناشی از دو ویژگی نخست سلاح‌های هسته‌ای را، در مقایسه با سلاح‌های دیگر، به مراتب بیشتر می‌داند؛ ضمن اینکه پدیده تشعشع را مختص به سلاح‌های

24. Opinion, para. 35.

هسته اي بر مي شمارد. ۲۰

ديوان، ويژگيها و آثار منحصر بفرد سلاح هاي هسته اي، به شرح فوق، و بويژه «قابليت نابود کننده، قابليت آنها به اينکه رنج و درد وصف ناپذير بر بشر وارد سازند، و توانايي آنها به اينکه موجب صدمه به نسلهاي آينده شوند» را از پارامترهايي مي دانند که بايد، در اجراي صحيح قانون حاکم، در نظر مشورتي، مورد توجه قرار گيرد. ۲۶ از اين بيان، مي توان اينگونه فهميد که ميزان شدت و سختگيري رژيم حقوقي حاکم بر ممنوع سازي و يا محدود سازي سلاحها، ارتباط مستقيمي با ميزان خطر و آثار مخرب آنها دارد و در نتيجه، هرچه که قدرت انهدام و آثار ويرانگر و آسيبهاي ناشي از به کارگيري سلاحي بيشتر باشد، به همان نسبت امکان استفاده از آن نيز بايد محدودتر و حتي ممنوع گردد. اما اينکه آيا ديوان چنين ضابطه اي را در فهم و استنباط خویش از اصول کلي حقوق بشردوستانه حاکم در مخاصمات مسلحانه اعمال مي نمايد يا نه،

25. Id.

26. Id., para. 36.

موضوعی است که در فرازهای بعد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

ب - حقوق مبني بر منع يا جواز

سؤال مجمع عمومی مبتنی بر این فرض است که حقوق بین‌الملل، که مسأله به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را مورد توجه قرار می‌دهد، مجازکننده است و نه منع‌کننده. مجمع، در سؤال خویش، از دیوان نمی‌پرسد که «آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هر وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل ممنوع است»، بلکه می‌پرسد که «آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هیچ وضعیتی بر طبق حقوق بین‌الملل مجاز است؟». آیا در حقوق بین‌الملل، سلاح‌های هسته‌ای ممنوع شده‌اند یا مجاز شمرده شده‌اند؟ به عبارت دیگر، در این حقوق باید به دنبال منع این سلاح‌ها بگردیم یا در پی یافتن جواز آنها باشیم؟

برخی دولت‌ها، دلالت نحوه سؤال مجمع را این می‌دانند که کاربرد سلاح‌های هسته‌ای نامشروع است، مگر این‌که وجود قاعده‌ای خلاف آن را به اثبات برساند.

اما، استدلال دسته دیگری از دولت‌ها این است که کاربرد سلاح‌های هسته‌ای مشروع است، مگر این‌که وجود قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل اثبات گردد که کاربرد آنها را نامشروع ساخته باشد.^{۲۷} دولت‌های اخیر به نظر دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس، مبنی بر این‌که نمی‌توان بر استقلال دولت‌ها محدودیتی را فرض نمود و نیز این‌که حقوق بین‌الملل برای دولت‌ها آزادی عمل وسیعی را قائل شده است که جز در بعضی موارد، از طریق قاعده منع کننده، قابل تحدید نیست،^{۲۸} استناد می‌نمایند.

متأسفانه، سؤال مجمع عمومی خوب طراحی نشده است و برداشت دسته اخیر از دولت‌ها را تقویت می‌نماید. از این‌رو، دیوان این سؤال را از نو قالب‌گیری کرده و به این شکل مطرح می‌نماید که آیا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای ممنوع است یا خیر؟ زیرا، همان‌گونه که دیوان مقرر می‌دارد، حقوق بین‌الملل عرفی یا قراردادی، نه تنها در ارتباط با سلاح‌های

27. Id., para. 21.

28. PCIJ Reports, Series A, No. 10, at 18 (1927).

هسته‌ای بلکه در ارتباط با هیچ سلاح دیگری، صریحاً متضمن جواز استفاده از آنها نیست و اینکه « رویه دولت‌ها حکایت از آن دارد که عدم مشروعیت به کارگیری سلاح خاصی فی‌نفسه نه از فقدان جواز بلکه، برعکس، از تدوین آن به صورت منع ناشی می‌شود».^{۲۹}

به این دلیل است که دیوان، در مقام بررسی و پاسخ به سؤال، خود را موظف می‌بیند که در حقوق بین‌الملل به دنبال ممنوعیت تمام یا بعضی از موارد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای بگردد تا احراز نماید که آیا این حقوق متضمن ممنوعیت صریحی در این خصوص می‌باشد یا نه.^{۳۰} حتی پس از عدم احراز چنین منع صریحی، دیوان در بررسی و ارزیابی اصول کلی حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیز به دنبال ممنوعیت کاربرد سلاح هسته‌ای، و نه جواز آن، می‌گردد. اما به نظر برخی از قضات دیوان، همچون قاضی بجاوی، آنچه که

29. Opinion, para. 52.

30. Id., para. 53.

ممنوع نشده است ضرورتاً مجاز نمی‌باشد.^{۳۱} همانگونه که بعداً ملاحظه خواهد شد، عدم منع صریح چیزی در معاهده یا عرف، نمی‌تواند دلیل جواز آن بوده باشد؛ زیرا اصول حقوق بشردوستانه عوامل محدود کننده قانونی را تشکیل می‌دهند. بدون تردید، همین عوامل می‌باشند که دولت‌ها را در به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای محدود ساخته‌اند؛ زیرا استفاده از این سلاح‌ها توسط قدرتهای هسته‌ای هرگز افتخاری را برای آنها به ارمغان نخواهد آورد.

ج - ممنوعیت تهدید به هر سلاحی که کاربرد آن منع شده است

دیوان تهدید به زور و استفاده از آن را به هم مرتبط دانسته، خاطرنشان می‌سازد هر زمان که توسل به زور ممنوع است، تهدید به استفاده از آن نیز ممنوع می‌باشد.^{۳۲} دیوان تصریح می‌نماید که اگر کاربرد فرضی سلاحی الزامات حقوق بشردوستانه را تأمین ننماید، تهدید به

31. Opinion, Declaration of President Bedjaoui, paras. 10-15. See also Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 13-14; Dissenting Opinion of Judge Weeramantry at 45 – 46.

32. Opinion, para. 47.

چنین کاربردی نیز مغایر حقوق خواهد بود.^{۳۳}

ظاهراً هیچ يك از قضات نظر دیوان را، در یکسان انگاری به کارگیری سلاح‌های ممنوعه با تهدید به چنین سلاح‌هایی، مورد تردید قرار نداده‌اند. این در حالی است که هیچ دلالت روشنی بر مبنای این نظر وجود ندارد و معلوم نیست که آیا این يك اصل کلی حقوقی است که در همه یا اغلب سیستم‌های حقوقی ملی حاکم است یا نه. آیا این نظر بدان معنا است که تهدید به نقض هر قاعده حقوق بشر دواستانه بین‌المللی فی‌نفسه، همچون نقض چنین قاعده‌ای، نامشروع است؟ پاسخ مثبت به این سؤال قابل تأمل به نظر می‌رسد.

از طرف دیگر، علیرغم این واقعیت که رویه دولت‌ها از ۱۹۴۵ عدم به کارگیری واقعی سلاح‌های هسته‌ای بوده است و سیاست بازدارندگی نیز مبتنی بر تهدید به چنین سلاح‌هایی است، تلقی دیوان از پذیرش این سیاست توسط دولت‌ها، در قالب استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، قابل قبول به نظر نمی‌رسد. به بیان دیگر، در حالی که

33. Id., para. 78.

نمی‌توان منکر این واقعیت شد که جامعه بین‌المللی تا حدودی راضی به قبول سیاست بازدارندگی، از طریق تهدید به سلاح‌های هسته‌ای، بوده است، این هرگز بدان معنا نیست که در راستای این سیاست، توسل عملی به چنین سلاح‌هایی را نیز پذیرفته باشد.

به همین ترتیب، گرچه قدرتهای هسته‌ای صریحاً حق به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را، در بعضی شرایط، برای خود محفوظ داشته‌اند، این هرگز بدان معنا نیست که چنین حق ادعایی توسط قاطبه کشورهای جهان نیز مورد قبول واقع شده باشد. بلکه، بالعکس، اکثریت قاطع دولت‌ها در قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی سازمان ملل متحد همواره بر عدم مشروعیت هرگونه به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای اصرار داشته‌اند.^{۳۴}

۳- عدم ارتباط یا غیرقابل اعمال بودن برخی منابع حقوق قراردادی

تشخیص و بررسی قلمرویی از حقوق

34. See e.g., General Assembly Resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961; 2936 (XXVII) of 29 November 1972; and 47/53 of 9 December 1992.

بین‌الملل که ممکن است متضمن ممنوعیت
توسل به سلاح‌های هسته‌ای باشد، از مسائل
حائز اهمیتی است که هرگونه پاسخی به
سؤال مجمع عمومی، بدون انجام آن، میسر
نمی‌باشد. از این رو، دیوان تلاش می‌نماید
تا از میان مجموعه متنوع و گسترده
قواعد و مقررات حقوقی بین‌المللی، قواعد
مرتبط با موضوع را شناسایی و مورد
بررسی قرار دهد.

مخالفان مشروعیت توسل به سلاح‌های
هسته‌ای، بر این عقیده‌اند که این
ممنوعیت را می‌توان از قواعد ناظر بر به
کارگیری زور در روابط بین‌الملل، مندرج
در منشور سازمان ملل متحد؛ حقوق راجع
به محیط زیست؛ قواعد و مقررات ناظر بر
حقوق بشر؛ و حقوق بشردوستانه بین‌المللی
یا حقوق مخاصمات مسلحانه، احراز نمود.
اما دیوان برخی از منابع حقوقی مورد
استناد را بی‌ارتباط با مسأله مطروحه
قلمداد نمود.^{۳۰} نقد و بررسی نظر دیوان،
در اعلام عدم ارتباط یا غیرقابل اجرا
بودن این مقررات، موضوع این مبحث را
تشکیل می‌دهد.

35. Opinion, para. 24 ff.

طرفداران عدم مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، توسل به این سلاح‌ها و تلفات جانی ناشی از آن را تجاوز به «حق زندگی»^{۳۶} و محروم ساختن خودسرانه افراد بشر از چنین حقی، که در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۳۷} تضمین شده است، قلمداد نموده‌اند. متقابلاً، این استدلال وجود داشته است که این سلاح‌ها هرگز در میثاق پیش‌بینی نشده‌اند، زیرا اصولاً هدف از میثاق اجرای آن در زمان صلح بوده است.

اما، به نظر دیوان، قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر، از جمله ماده ۶ میثاق که فقط سلب خودسرانه زندگی را ممنوع می‌سازد، در زمان جنگ نیز اجرا می‌شود و حق زندگی را نمی‌توان، تحت هیچ

36. The "Right to life" in the light of international humanitarian law is interpreted in D. Weissbrodt and B. Andrus, "The Right to life during Armed Conflict: Disabled People's International v. United States", 29 Harvard International Law Journal 59 (1988).

37. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966, reproduced in 6 International Legal Materials 368 (1967).

بند اول ماده ۶ میثاق مقرر می‌دارد که حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است و هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه از چنین حقی محروم کرد. مشابه این مقرر در کنوانسیون اروپایی (ماده ۲) و نیز آمریکایی (ماده ۴) حقوق بشر وجود دارد.

شرایطی، با اجرای ماده ۴ میثاق،^{۳۸} معلق نمود. مع الوصف، از آنجا که کشتن يك ويژگی ذاتی جنگ است، تعیین این‌که آیا وقوع سلب زندگی در يك مخاصمه مسلحانه خودسرانه بوده است یا نه، و این‌که چه چیزی به منزله سلب خودسرانه زندگی است، باید فقط با مراجعه به حقوق خاص حاکم و ضابطه‌ای در خارج از میثاق صورت پذیرد. دیوان این حق را حقوق قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه، که به منظور تنظیم رفتار و عملیات جنگی طراحی شده است، می‌داند.^{۳۹}

به این ترتیب، تنها در صورتی اقدام به کشتن در يك مخاصمه مسلحانه می‌تواند به عنوان کشتن خودسرانه، از نقطه نظر ماده ۶ میثاق، تلقی شود که چنین اقدامی

۳۸. طبق این ماده، چنانچه خطری عمومی و استثنایی موجودیت ملتی را تهدید نماید، امکان اتخاذ تدابیری خارج از الزامات مقرر در میثاق، تحت شرایطی، وجود دارد. رابطه بین حقوق بشر و حقوق مخاصمات مسلحانه مورد بررسی قرار گرفته است در:

W.A Solf, "Human Rights in armed conflict: Some observations on the relationship of human rights law to the law of armed conflict", in: *World in transition: Challenges to human rights, development and world order* / ed. by H. H. Han, University Press of America, Washington D.C., 1979, at 41-53.

39. Opinion, para. 25.

مغایر با حقوق بشردوستانه باشد.^{۴۰} در نتیجه، ضابطه مورد بحث باید، بویژه، در حقوق مربوط به حق توسل به جنگ^{۴۱} و حقوق ناظر به رفتار جنگی^{۴۲} یافت شود که، به عقیده دیوان، به منظور حکومت بر کاربرد سلاح‌ها، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، در مخاصمات مسلحانه طراحی شده‌اند.

به نظر دیوان، میثاق تا آنجایی در زمان جنگ قابل اجرا است که تخلف از آن صریحاً مجاز شمرده نشده باشد.^{۴۳} این اظهارنظر، هم از نقطه نظر ماهوی و هم از لحاظ شکلی، حائز اهمیت می‌باشد. زیرا، گرچه حق زندگی ممکن است چیزی به حقوق بشردوستانه نیفزاید، اما قواعد و مقررات دیگر مندرج در معاهدات راجع به حقوق بشر از آن چه که در حقوق بشردوستانه قراردادی یا عرفی وجود دارد فراتر می‌رود. به علاوه، معاهدات مربوط به حقوق بشر از ضمانت اجرایی قوی‌تر و مؤثرتری در مقایسه با معاهدات حقوق بشردوستانه، برخوردار می‌باشند.

40. Id.

41. *jus ad bellum*.

42. *Jus in bello*.

43. Id.

در مورد استدلال دیگر، یعنی ممنوعیت
توسل به سلاح‌های هسته‌ای بر طبق
کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات
جرم نسل‌کشی،^{۴۴} دیوان خاطرنشان می‌سازد
که کاربرد این سلاح‌ها، همانند هر سلاح
غیرهسته‌ای، در صورتی در حکم کشتار دسته
جمعی و نقض کنوانسیون مربوط محسوب
می‌شود که چنین کاربردی با عنصر قصد
«**قصد نابودی**» نسبت به یک گروه معین،
آن‌گونه که در ماده دوم کنوانسیون
پیش‌بینی شده است، همراه باشد.^{۴۵}

بعضی از دولت‌ها، با استناد به
معاهدات و اسناد بین‌المللی مختلف، چنین
استدلال کرده‌اند که بر طبق معیارهای
موجود مربوط به حفاظت و حمایت از محیط
زیست، هر نوع کاربرد سلاح‌های هسته‌ای
نامشروع است.^{۴۶} دیوان، با اشاره به
این‌که به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای
می‌تواند موجب یک فاجعه برای محیط زیست
گردد، وجود تعهد کلی کشورها به تضمین

44. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by General Assembly Resolution 260 A (III) of 9 December 1948, reprinted in A. Roberts and R. Guelff (eds.), Documents on the Laws of War, Clarendon Press & Oxford University Press, New York, 1982, at 157.

45. Opinion, para. 26.

46. Id., para. 27.

احترام محیط زیست کشورهای دیگر و نواحی خارج از کنترل ملی را امروزه بخشی از مقررات حقوق بین‌الملل ناظر به محیط زیست می‌داند.^{۴۷} اما این استدلال را که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، به موجب معاهدات عام یا حقوق عرفی راجع به محیط زیست، ممنوع شده است رد می‌کند و اظهار می‌دارد، تا آنجا که به بند ۳ ماده ۳۵ و ماده ۵۵ پروتکل اول ژنو راجع به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی^{۴۸} ۱۹۷۷ مربوط می‌شود، این مقررات حمایت بیشتری از محیط زیست به عمل می‌آورند و متضمن «محدودیت‌های قوی برای کلیه دولت‌هایی که این مقررات را پذیرفته‌اند» می‌باشند.^{۴۹} به عقیده دیوان، معاهدات مربوط به محیط زیست بر آن نبوده‌اند تا دولت‌ها را از وجود حق دفاع از خود محروم سازند، اما

47. Id., para. 29.

48. Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 12 December 1977 (Protocol I), reprinted in 16 International Legal Materials 1391 (1977).

بند ۳ ماده ۳۵ پروتکل اول به کاربردن شیوه‌ها یا وسایل جنگی که هدف آنها وارد آوردن خسارات شدید، گسترده و دراز مدت بر محیط زیست طبیعی باشد و یا احتمال وجود چنین اثراتی وجود داشته باشد را ممنوع می‌سازد. ماده ۵۵ پروتکل نیز متضمن تعهد کشورها به حفاظت از محیط زیست در برابر آسیب‌هایی این‌گونه می‌باشد.

49. Opinion, para. 31.

❖ ۳۱ نقد و بررسی نظر مشورتی ...

دولتها باید ملاحظات زیست محیطی را، به هنگام ارزیابی اینکه در تعقیب اهداف نظامی مشروع چه چیزی ضروری و متناسب است، مورد توجه قرار دهند.^{۵۰}

دیوان همچنین با اشاره به قطعنامه ۴۷/۳۷ مجمع عمومی،^{۵۱} درخصوص حمایت از محیط زیست در زمانهای مخاصمه مسلحانه، آن را مؤید دیدگاه کلی می‌داند که در اجرای حقوق حاکم در مخاصمه مسلحانه ملاحظات زیست محیطی باید مورد توجه قرار گیرند و اینکه «نابودی محیط زیست، که به موجب ضرورت نظامی توجیه نشده و عمداً صورت پذیرد، آشکارا مغایر با حقوق بین‌الملل موجود است».^{۵۲}

در نتیجه، به نظر دیوان، گرچه حقوق بین‌الملل موجود مربوط به حمایت از محیط زیست صریحاً کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع نمی‌سازد، در چارچوب اجرای اصول و قواعد اعمال پذیر در مخاصمات مسلحانه، عوامل مهم زیست محیطی باید مورد توجه قرار گیرند.^{۵۳} در حالی که زیان گسترده،

50. Id., para. 30.

51. General Assembly Resolution 47/37 of 25 November 1992.

52. Opinion, para. 32.

53. Id., para. 33.

دراز مدت و شدید ناشی از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای به محیط زیست، استدلالی کلیدی به نفع منع مطلق مشروعیت چنین سلاح‌هایی است،^{۵۴} دیوان دو اصل ضرورت و تناسب را در این رابطه به عنوان معیار قابل اعمال قلمداد می‌نماید.^{۵۵}

اینکه آیا ارجاع دیوان به این دو اصل به محدودیت‌های کلی‌تری اشاره دارد که در بافت حقوق راجع به دفاع مشروع نهفته است و یا اینکه اصل تناسب خسارت جنبی در چارچوب حقوق بشردوستانه، مورد نظر می‌باشد، به وضوح معلوم نیست. اگر متمایل به برداشت اخیر شویم، معنای آن این است که «محیط زیست، یک هدف غیرنظامی است و حمله به یک هدف نظامی باید متوقف شود، اگر اثر آن بر محیط زیست از ارزش هدف نظامی تجاوز نماید» و در نتیجه «به صرف این واقعیت که حملات در منطقه‌ای صورت پذیرفت که سکنه انسانی کم و یا هیچ نداشت، نمی‌توان به آسانی

54. See generally P. Weiss, B. Weston, R. Falk and S. Mendlowitz, "Draft Memorial in support of the application by the World Health Organization for an advisory opinion by the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons under international law", 4 *Transnational Law and Contemporary Problems* 2 (1994), at 24 ff.

55. Opinion, para. 30.

استدلال نمود که قاعده تناسب نقض نشده است».^{۵۶}

۴- قواعد حقوقی اعمال پذیر

دیوان ضمن رد ارتباط مستقیم برخی از منابع حقوق قراردادی مورد استناد با موضوع مطروحه، به شرح مبحث پیشین، قواعد حقوقی اعمال پذیر در این خصوص را به سه زمینه خاص یعنی مقررات منشور در مورد توسل به زور؛ حقوق مخاصمات مسلحانه؛ و هر معاهده خاص دیگری که ممکن است با موضوع ارتباط داشته باشد، محدود نمود.^{۵۷} در بررسی صحیح و اعمال قواعد ناظر بر توسل به زور و حقوق مخاصمات مسلحانه، دیوان لزوم توجه به ویژگی‌های خاص و منحصر بفرد سلاح‌های هسته‌ای، همچون توان تخریبی فوق‌العاده این سلاح‌ها؛ توانایی آنها در وارد کردن تلفات انسانی بی‌شمار؛ و قابلیت آنها در صدمه رساندن حتی به نسل‌های بعدی، را

56. L. Doswald – Beck, “International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons”, International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 52.

57. Opinion, para. 34.

مورد تأکید قرار می‌دهد.^{۵۸}

الف - حقوق ناظر به استفاده از زور

مندرج در منشور

دیوان مسأله مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو مقررات منشور راجع به تهدید یا توسل به زور، از جمله بند ۴ ماده ۲ و ماده ۵۱^{۵۹} مورد توجه قرار می‌دهد^{۶۰} و، با اشاره به اینکه اصول و مقررات منشور در خصوص ممنوعیت تهدید یا به کارگیری زور و حق دفاع از خود به سلاح خاصی اشاره نداشته، در مورد هر نوع توسل به زور، صرفنظر از نوع سلاح به کار گرفته شده، اجرا می‌شود، خاطرنشان می‌سازد: «سلاحی که در حال حاضر، خواه به موجب معاهده و یا عرف، فی‌نفسه نامشروع می‌باشد، به دلیل کاربرد آن برای هدفی

58. Id., para. 36.

۵۹. بند ۴ ماده ۲ منشور، کشورهای عضو را از تهدید یا توسل به زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری منع می‌نماید و ماده ۵۱ که مکمل آن می‌باشد، حق ذاتی دفاع از خود را، خواه به صورت فردی یا دسته‌جمعی، به رسمیت می‌شناسد.

60. Opinion, para. 37 ff.

مشروع بر طبق منشور مشروع نمی‌شود».^{۶۱} به این ترتیب، در اجرای مقررات مربوط به دفاع مشروع و حق توسل به زور در مورد کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، دیوان، به اتفاق آراء، به نتیجه مندرج در بند C (۲) ۱۰۵ می‌رسد.

دیوان حق توسل به زور و حق ذاتی دفاع از خود، خواه به صورت فردی و خواه به صورت دسته جمعی، طبق ماده ۵۱ منشور، را مشروط به محدودیت‌هایی می‌داند که برخی از آنها در خود این ماده تصریح شده‌اند و برخی دیگر درکنه مفهوم دفاع مشروع وجود دارند.^{۶۲} محدودیت‌های موجود در کنه مفهوم دفاع از خود عبارتند از شرایط ضرورت و تناسب، که عرفی بودن ماهیت آنها مورد تأیید دیوان قرار گرفته است.^{۶۳}

اصل تناسب در جایی اعمال می‌شود که استفاده از سلاحی مجاز بوده و هدف انتخابی نیز، در مفهوم حقوق بشر دوستانه، هدفی نظامی باشد. در چنین حالتی، اگر تلفات و صدمات جنبی قابل

61. Id., para. 39.

62. Id., para. 40.

63. Id., para. 41.

پیش‌بینی ناشی از حمله با چنین سلاحی، در مقایسه با ارزش اهداف نظامی، بیش از حد باشد، استفاده از آن ممنوع است.^{۶۴} در نتیجه، در تعیین اینکه به کارگیری سلاح مشخصی در مورد خاصی مشروع است یا نه، ضروری است که هم اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی و هم مقتضیات حق دفاع از خود مورد توجه قرار گیرد. به همین دلیل است که دیوان، گرچه اصل تناسب را فی‌نفسه مانع از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در مقام دفاع از خود در کلیه شرایط نمی‌داند، تأکید می‌نماید: «توسل به زوری که بر طبق حقوق ناظر به دفاع از خود متناسب می‌باشد، به منظور مشروع بودن همچنین باید مقتضیات حقوق قابل اعمال در مخاصمه مسلحانه را، که بویژه شامل اصول و قواعد حقوق بشردوستانه می‌باشد، تأمین کند».^{۶۵}

حکومت حقوق بشردوستانه بین‌المللی

64. Doswald – Beck, supra note 56, at 44. For more details see generally B.L. Brown, “The proportionality principle in the humanitarian law of warfare: Recent efforts at codification”, 10 Cornell International Law Journal, 1976, at 134 – 155. The concept of proportionality and its areas of application is also discussed by J. Delbruck, “Proportionality” in 7 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R. Bernhardt, North – Holland Publishing Company, Amsterdam, 1984, at 396-400.

65. Opinion, para. 42.

بر کلیه طرفه‌های یک مخاصمه مسلحانه، صرف‌نظر از اینکه کدامیک از آنها در مقام دفاع از خود است، از دیرباز به رسمیت شناخته شده است. حداقل دو قرن است که دولت‌ها، با رویه خویش، و حقوق‌دانان، با آثار و نظرات خود، آن را تأیید و تصدیق نموده‌اند. تنها نکته مورد اختلاف عبارت از این بوده است که آیا، در یک مخاصمه مسلحانه، محدودیت‌هایی که در کنه حقوق ناظر به دفاع از خود، یعنی ضرورت و تناسب، در مفهوم کلی، وجود دارد، علاوه بر محدودیت‌های خاص حقوق بشردوستانه، اعمال می‌گردد یا نه.

گرچه دیوان نمی‌پذیرد که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای هرگز نمی‌تواند یک تدبیر متناسب در دفاع از خود باشد و با یادآوری اینکه شورای امنیت از تضمینات امنیتی داده شده توسط قدرتهای هسته‌ای استقبال کرده است،^{۶۶} و این دلالت بر آن دارد که نه همه کاربردهای سلاح‌های هسته‌ای ناقض مقررات منشور در خصوص توسل به زور است، مع الوصف، رعایت اصول و

66. Id., para. 45.

قواعد حقوق بشردوستانه را، علاوه بر مقتضیات دفاع از خود، در به کارگیری سلاحی خاص، مورد تأکید قرار می‌دهد. اما به نظر می‌رسد که، در نتیجه‌گیری نهایی دیوان، این باور لحاظ نشده است؛ چه، اگر می‌شد، بند E (۲) ۱۰۵ حاصل آن نمی‌بود.

از این بیان، که حق دفاع از خود تابع مقتضیات تناسب است، می‌توان فهمید که برای تضمین تناسب، در استفاده از زور، باید درجه و شدت زور و در نتیجه اسلحه و مهماتی که یک کشور ممکن است بطور قانونی مورد استفاده قرار دهد، با زور و اسلحه و امکانات طرف مقابل قابل مقایسه باشد. به علاوه، شرایط ضرورت و تناسب مستلزم این می‌باشند که نتیجه به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای، در دفاع از خود، قابل پیش‌بینی باشد تا فقط حمله با شدت قابل مقایسه‌ای را تلافی نماید که با هیچ وسیله دیگری قابل خنثی کردن نیست. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا شدت و حد استثنایی زور و صدماتی که از کاربرد سلاح‌های هسته‌ای ایجاد می‌شود با محدودیت‌های موجود در کنه حقوق دفاع

از خود، در رابطه با تناسب سازگاری دارد.

آن چه از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی، درخصوص رابطه بین حقوق ناظر به دفاع از خود و حقوق بشردوستانه، استنباط می‌شود این است که، در بعضی موارد از دفاع مشروع، اصول و قواعد حقوق بشردوستانه اعمال نمی‌گردد. این نتیجه‌گیری نه تنها در تناقض آشکار با بندهای ۴۱ و ۴۲ رأی دیوان می‌باشد، که لزوم رعایت حقوق بشردوستانه را مورد تأکید قرار می‌دهند، بلکه مثل این است که گفته شود، در شرایط حاد خطر، فرد می‌تواند اجرای قواعد و اصول حقوق بشردوستانه را، به منظور مواجهه با خطر، ترک کند؛ قواعدی را که اصولاً برای رعایت در چنین وضعیتهایی وضع شده‌اند. بطلان این دیدگاه، توسط دیوان نورمبرگ، در پرونده‌های متعددی مورد تأکید قرار گرفته است.^{۶۷} آیا باید به بیان دیوان در بندهای ۴۱ و ۴۲ رأی مشورتی تکیه کرد یا به نتیجه‌گیری آن در بند E (۲) ۱۰۵؟

67. Id., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 81-82.

در حالی که اکثریت قضات، اشاره‌ای به استنباط خویش از اصل تناسب ننموده و یا آن را اصولاً بی‌ارتباط با موضوع بحث دانسته‌اند، تني چند از آنان،^{۶۸} با تکیه بر این اصل، اظهار می‌دارند که در بعضی موارد آثار جنبی سلاح‌های هسته‌ای بیش از حد نمی‌باشد.

(۱) تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و سیاست بازدارندگی

دولتهایی که معتقدند تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در بعضی شرایط مشروع می‌باشد، در تقویت ادعای خود، به دکترین و رویه بازدارندگی استناد می‌نمایند.^{۶۹} پس از به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای توسط ایالات متحده آمریکا، در ۱۹۴۵، این تکنولوژی به تدریج در اختیار چند کشور بزرگ قرار گرفت. از آن زمان تاکنون، توان هسته‌ای به عنوان یک وسیله بازدارنده تلقی شده است. به موجب سیاست بازدارندگی دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای یا دولتهایی که تحت حمایت

68. See e.g. Opinion, Dissenting Opinion of Vice – President Schwebel, at 7 and Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 20-21.

69. Opinion, para. 66.

قدرتهای هسته‌ای قرار دارند سعی می‌کنند تا از تجاوز نظامی، با اثبات اینکه چنین تجاوزی بی‌فایده خواهد بود، ممانعت به عمل آورده، به این ترتیب، به قصد استفاده از سلاح‌های هسته‌ای جنبه باور پذیری دهند.^{۷۰} از نظر آنها، این سیاست بهترین شیوه برای تضمین این است که سلاح‌های هسته‌ای هرگز مورد استفاده قرار نگیرند.

دیوان با بیان اینکه حامیان دکتترین بازدارندگی همیشه حق کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را، در اعمال حق دفاع مشروع در برابر حمله‌ای نظامی که منافع حیاتی آنها را تهدید نماید، محفوظ داشته‌اند،^{۷۱} به وجود و استمرار اعتقاد به رویه بازدارندگی در معدودی از کشورها، در بخش اعظم دوران جنگ سرد، اشاره می‌نماید.^{۷۲} دیوان همچنین وجود تضاد مستمری را تصدیق می‌نماید که بین باور و اعتقاد حقوقی در حال شکل‌گیری، در خصوص عدم مشروعیت استفاده از سلاح‌های

70. H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons", *International Review of the Red Cross*, No. 316, Jan. – Feb. 1997, at 58 – 59.

71. *Opinion*, para. 66.

72. *Id.*, para. 67.

هسته‌ای، که در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد، از جمله قطعنامه غالباً مورد استناد ۱۶۵۳،^{۷۳} متجلی است، از یک طرف، و اعتقاد همچنان قوی به رویه بازدارندگی، از طرف دیگر، خودنمایی می‌نماید.^{۷۴}

گرچه دیوان این استدلال را، که سیاست بازدارندگی نقش اساسی در امور امنیتی بین‌المللی ایفا نموده است، تصدیق می‌نماید اما وجود باور و اعتقاد حقوقی غالب را در این باره، با توجه به شکاف عمیق در جامعه بین‌المللی در خصوص مورد، منتفی می‌داند.^{۷۵} مع الوصف، به نظر می‌رسد که تضاد مورد بحث، در نتیجه‌گیری نهایی دیوان در عبارت دوم بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی، با غلبه نظریه بازدارندگی متجلی گردیده است.

شاید سلاح‌های هسته‌ای توانسته باشند از مواجهه رویاروی و مستقیم بین قدرتهای بزرگ جلوگیری نموده باشند اما، بدون شك، تهدید هسته‌ای هرگز نتوانسته است از بروز منازعات بی‌شماری که در آن

73. General Assembly Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961.

74. Opinion, para. 73.

75. Id., para. 67.

افراد بی‌گناه و غیر نظامیان بیشترین هزینه را پرداخته‌اند، جلوگیری نماید. در نتیجه، سیاست بازدارندگی تنها در رابطه با کشورهای دارای سلاح‌های هسته‌ای موضوعیت داشته است. مضافاً، دیری نخواهد پایید، که در صورت دسترسی آسان یا ممکن به تکنولوژی هسته‌ای، توسط کشورهای دیگر، تکیه بر سیاست‌های دفاعی براساس بازدارندگی هسته‌ای، این سیاست‌ها را زیر سؤال خواهد برد. از این رو، تنظیم معاهده‌ای برای منع کامل و جامع اکتساب، تولید، تملک، استقرار و آزمایش سلاح‌های هسته‌ای باید در رأس برنامه‌ها قرار گیرد.

(۲) دیوان و تجویز نقض حقوق ناظر به

رفتار جنگی در شرایط حاد دفاع از خود

ابراز ناتوانی دیوان، در اعلام نظر در خصوص قانونی یا غیرقانونی بودن توسل به سلاح‌های هسته‌ای، از این نقطه نظر بسیار تأسف برانگیز است که تصریح به جهل بر شناسایی حق دفاع مشروع از خود بنا گردیده است. در این ابراز عقیده، که وضعیت حاد دفاع مشروع ممکن است توسل

به سلاح‌های هسته‌ای را توجیه پذیر سازد، دیوان خلط شگفتی بین حق توسل به جنگ «*jus ad bellum*» و حقوق ناظر به رفتار جنگی «*jus in bello*» مرتکب می‌شود.

در حالی که قاعده بنیادین حقوق بشردوستانه این است که حقوق ناظر به رفتار جنگی باید در کلیه اوضاع و احوال بطور یکسان توسط طرفین مورد احترام قرار گیرد، فارغ از اینکه مشروع باشد و یا نه و اینکه چه طرفی در مقام دفاع از خود می‌باشد، و حتی خود دولت‌های هسته‌ای نیز که نزد دیوان ظاهر شده‌اند همگی پذیرفته‌اند، یا مورد مناقشه قرار نداده‌اند، که هر نوع تهدید یا به کارگیری قانونی سلاح‌های هسته‌ای باید با رعایت هم حقوق راجع به حق توسل به زور و هم حقوق ناظر به رفتار جنگی صورت پذیرد،^{۷۶} دیوان امکان عدول از اصول و قواعد مربوط به رفتار جنگی را در بعضی موارد از دفاع مشروع منتفی نمی‌داند.

در واقع، دیوان به جای پاسخ به این سؤال که در چه شرایطی استفاده از سلاح‌های هسته‌ای ممکن است با اصول کلی

76. Id., para. 22, and Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29.

حقوق بشردوستانه منطبق باشد و یا اثبات این‌که، مثلاً، چنین تهدید یا استفاده‌ای ضرورتاً ناسازگار با حقوق ناظر به رفتار جنگی نیست، یکی از اصول اساسی حقوق راجع به مخاصمات مسلحانه، یعنی اصل تساوی کشورهای متخاصم از نظر حقوق جنگ،^{۷۷} را مورد تردید قرار می‌دهد.

برداشتی که می‌توان از نظر اکثریت قضات دیوان، در دو بخش از بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی به عمل آورد، این است که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای به طور ناگزیر موجب نقض حقوق ناظر به رفتار جنگی است، اما دیوان این احتمال را که ممکن است، در بعضی شرایط نامعین، حق توسل به زور، در شکل یک مورد حاد دفاع از خود، استفاده از این سلاح‌ها را توجیه‌پذیر سازد رد نمی‌کند.^{۷۸} چنین دیدگاهی فوق‌العاده تأسف برانگیز است و یافته‌ای تا این حد مغایر با اساس حقوق بشردوستانه در بطن خودش تخم بی‌اعتباری را حمل می‌کند. زیرا اگر منشور اقدام دولتی را در توسل به زور در مقام دفاع

77. Protocol I, supra note 48, Preamble and Article 96, para. 3 (C).

78. See Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 29; Separate Opinion of Judge Fleischhauer.

از خود مشروع قلمداد کرده باشد، اما از روشها و وسایل جنگی استفاده نماید که طبق حقوق مخاصمات مسلحانه مغایر با حقوق بشردوستانه باشد، عمل آن دولت غیرقانونی است. برعکس، اگر دولتی همه مقررات بشردوستانه را رعایت نماید، اما توسل آن دولت به زور تجاوزکارانه باشد و یا از آن چه که می‌تواند در مقام دفاع از خود متناسب تلقی شود تجاوز نماید، اقدام آن دولت مشروع نخواهد بود.^{۷۹}

ب - حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه

به نظر دیوان، علاوه بر لزوم رعایت مقررات منشور درخصوص استفاده از زور، با بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای، هرگونه «تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، همچنین باید با الزامات حقوق بین‌الملل حاکم در مخاصمات مسلحانه، بویژه با الزامات اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی ... مطابقت داشته باشد».^{۸۰}

برای احراز این‌که آیا حقوق

^{۷۹}. حتی خود دیوان نیز در قسمتهای مختلف نظر مشورتی، بویژه در قسمتهای C و D بند (۲) ۱۰۵، به شکلی این نکته را تأیید می‌نماید.

80. Opinion, para. 105 (2) D.

بین‌الملل متضمن قواعد خاصی راجع به عدم مشروعیت کاربرد سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد، دیوان ابتدا به بررسی موضوع در حقوق بین‌الملل قراردادی و آنگاه عرفی می‌پردازد و سپس درصدد برمی‌آید تا موضوع را در پرتو اصول و قواعد بشردوستانه اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه و نیز حقوق بی‌طرفی مورد مطالعه قرار دهد^{۸۱} و همانطور که قبلاً اشاره شد، در این مقام به دنبال «ممنوعیت» می‌گردد تا مشخص سازد که آیا در حقوق بین‌الملل قراردادی و یا عرفی هیچ منعی راجع به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد یا نه.

(۱) حقوق بین‌الملل قراردادی

طرفداران غیرقانونی بودن سلاح‌های هسته‌ای، اینگونه استدلال نموده‌اند^{۸۲} که این سلاح‌ها باید همانند سلاح‌های سمی تلقی گردند که برطبق اعلامیه دوم لاهه ۱۸۹۹؛^{۸۳} بند (الف) ماده ۲۳ مقررات منضم به

81. Id., para. 51.

82. Id., para. 54.

83. The Second Hague Declaration of 29 July 1899, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 35.

کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷^{۸۴} و پروتکل ژنو ۱۹۲۵،^{۸۵} ممنوع اعلام گردیده‌اند. در این اسناد، به ترتیب، به کارگیری «پرتابه‌هایی که هدف انحصاری آنها عبارت است از پخش گازهای خفغان آور یا مضر»؛ «سم یا سلاح‌های سمی»؛ و «گازهای خفه کننده سمی یا گازهای دیگر و کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه در جنگ»، صریحاً منع شده است.

دیوان، ضمن رد این استدلال که سلاح‌های هسته‌ای تا حدودی به گازهای سمی شبیه می‌باشند، مقرر می‌دارد که برطبق هیچ یک از مقررات پیش گفته نمی‌توان کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع قلمداد کرد.^{۸۶} زیرا، مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه هیچ تعریفی از «سم یا سلاح‌های سمی» ارائه نمی‌دهند و پروتکل ژنو ۱۹۲۵ نیز معنی «مواد یا وسایل مشابه» را مشخص نمی‌سازد. به علاوه، دیوان مدعی است، رویه دولتها ثابت

84. Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 43.

85. Geneva Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 137.

86. Opinion, para. 56.

می‌نماید که این واژه‌ها در مفهوم متعارف خود به عنوان سلاح‌هایی هستند که « اثر اصلی یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد».^{۸۷}

دیوان همچنین می‌افزاید، روالی که تاکنون در رابطه با سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع وجود داشته این بوده است که به وسیله اسناد خاصی نامشروع اعلام شوند؛ از جمله جدیدترین این اسناد عبارتند از کنوانسیون ۱۹۷۲ در خصوص سلاح‌های باکتریولوژیکی (بیولوژیکی)^{۸۸} و کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس در رابطه با سلاح‌های شیمیایی.^{۸۹} اما « هر یک از این اسناد در شرایط و به دلایل خاص خود مورد مذاکره و تصویب قرار گرفته‌اند» و « در معاهداتی که صریحاً کاربرد بعضی از سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع را منع می‌نمایند، دیوان هیچ ممنوعیت خاصی راجع به توسل به سلاح‌های هسته‌ای نمی‌یابد».^{۹۰}

در نتیجه، با توجه به عدم ممنوعیت صریح

87. Id., para. 55.

88. Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972.

89. Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 13 January 1993.

90. Opinion, para. 57.

و این‌که موضوع سلاح‌های هسته‌ای در طول مذاکرات منتهی به این اسناد هرگز مطرح نشده است، نمی‌توان به آنها به عنوان منبع ممنوعیت تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای نگریست.

ارزیابی و استدلال دیوان، در رد ملاک تحریم مقرر در بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ نسبت به سلاح‌های هسته‌ای، بدون اشکال نمی‌باشد.^{۹۱} این ادعا که متون مورد بحث فقط سلاح‌هایی را ممنوع می‌سازند که «اثر اصلی، یا حتی انحصاری آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد»، مبتنی بر چه مبناي قطعي است؟ اگر مبتنی بر رویه می‌باشد، آن رویه کدام است؟ با چه منطقي می‌توان پذیرفت که سلاح‌های سمی منحصراً آنهایی می‌باشند که سم پخش می‌کنند، بدون این‌که هیچ اثر زیانبار دیگری بر قربانی داشته باشند؟ آیا متصور نیست که اثر مسموم‌سازی يك موشك سمی بیش از اثر مسموم‌سازی آن باشد؟

این‌که به کارگیری تیرها و گلوله‌های سمی تحت پوشش چنین ممنوعیتی می‌باشد، از

91. For more details see David, supra note 6, at 25-27.

دیرباز پذیرفته شده است؛ هرچند که سم مکانیزم مجروح کننده اصلی نیست. این واقعیت که سلاح‌های هسته‌ای منتج از رادیواکتیویته اولیه یا القاء شده دارای آثاری مشابه با آثار ناشی از سم می‌باشند، نه تنها در محافل علمی، بلکه توسط خود دولتها، به هنگام تعریف سلاح‌های هسته‌ای، مورد قبول واقع شده است. مثلاً به موجب پروتکل سوم موافقتنامه‌های ۱۹۵۴ پاریس، سلاح هسته‌ای عبارت است از:

هر سلاحی که حاوی سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپ‌های رادیواکتیو می‌باشد یا برای دارا شدن یا مورد استفاده قرار دادن چنین سوخت یا ایزوتوپ‌هایی طراحی می‌شود و، با انفجار یا تغییر هسته‌ای مهار نشدنی دیگر سوخت هسته‌ای، یا با رادیواکتیویته سوخت هسته‌ای یا ایزوتوپ‌های رادیواکتیو، دارای قابلیت انهدام وسیع، صدمه وسیع یا مسمومیت وسیع است.^{۹۲}

از این رو، حتی اگر آثار اولیه يك

92. Protocol III to the Paris Agreements of 23 October 1954 on Arms Control, Annex II.

سلاح هسته‌اي توأم با انفجار و حرارت باشد، مسمومیت اثر متعاقب آن می‌باشد و در نتیجه، همانند يك تیر یا گلوله سمی که گرچه اثر اولیه آن صدمه رساندن به بدن قربانی است اما به دلیل پخش سم مشمول تحریم می‌باشد، سلاح‌هاي هسته‌اي را نیز باید برطبق بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه ممنوع قلمداد نمود.

از طرف دیگر، تفسیر دیوان درخصوص مفاد پروتکل ژنو ۱۹۲۵، به هیچ وجه با کار مقدماتی منتهی به تصویب آن، که درخصوص مورد ساکت است، سازگار نمی‌باشد.^{۹۳} مضافاً این‌که از مقایسه بین اعلامیه ۱۸۹۹ لاهه و پروتکل مورد بحث به وضوح می‌توان پی برد که متن عبارت و نیز روح حاکم بر پروتکل با تفسیر مضیق دیوان، دائر بر این‌که پروتکل فقط به سلاح‌هایی اشاره دارد که «اثر اصلی، یا حتی انحصاری، آنها عبارت از مسموم ساختن یا خفه کردن می‌باشد»، کاملاً مغایر است. زیرا پروتکل نه تنها «گازهای خفه‌کننده، یا مسموم‌کننده یا گازهای دیگر»، را ممنوع می‌سازد، بلکه این منع

93. See David, supra note 6, at 25.

شامل «کلیه مایعات، مواد یا وسایل مشابه»، نیز می‌شود. اگر دیوان ممنوعیت سم را فقط در چارچوب معاهده بررسی نمی‌کرد، و آن را در پرتو حقوق عرفی نیز مورد توجه قرار می‌داد، در این صورت سلاح‌های هسته‌ای را از شمول سم خارج نمی‌ساخت. لازم به ذکر است که لااقل دو تن از قضات دیوان^{۹۴} سلاح‌های هسته‌ای را، از جمله به خاطر این‌که یکی از آثار اصلی آنها سم است، ممنوع می‌دانند.

قبول ادعای دیوان، مبنی بر این‌که رویه دولت‌ها سلاح‌های هسته‌ای را از قلمرو اجرای بند (الف) ماده ۲۳ مقررات لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو خارج می‌سازد، نیز با مشکل مواجه می‌باشد. زیرا، برخلاف این ادعا، ما با رویه‌ای مواجه هستیم که اجرای این اسناد را در مورد سلاح‌های هسته‌ای تأیید می‌نماید: قطعنامه شماره ۱۶۵۳ سال ۱۹۶۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد،^{۹۵} در عباراتی خیلی کلی، مقرر می‌دارد که به کارگیری این سلاح‌ها تحت شمول اسنادی همچون کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و

94. See Opinion, Dissenting Opinions of Judge Koroma, at 11-13, and Judge Weeramantry, at 57-59.

95. See supra note 34.

۱۹۰۷ لاهه و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو قرار می‌گیرد. مجمع عمومی این قطعنامه را در هر قطعنامه بعدی، که متضمن تقبیح توسل به سلاح‌های هسته‌ای است، مکرراً یادآوری نموده است.^{۹۶}

دیوان سلاح‌های هسته‌ای را، به دلیل اینکه دارای انفجار و حرارت نیز می‌باشند، غیرقابل مقایسه با سلاح‌های شیمیایی می‌داند. براین اساس، افزوده شدن ویژگی انفجاری به یک سلاح شیمیایی آن را از عداد شیمیایی بودن خارج می‌سازد و مستلزم قبول این مدعاست که، با افزوده شدن بر قدرت نابودکننده سلاحی، کاربرد آن سلاح از مشروعیت بیشتری برخوردار گردد و یا اینکه، تلفیق آثار قانونی یک سلاح با آثار غیرقانونی آن، چنین سلاحی را مشروع سازد. قاضی ویرامانتری از این استدلال دیوان اینگونه نتیجه می‌گیرد که «اگر عملی متضمن پیامدهای هم قانونی و هم غیرقانونی باشد، اولی دومی را توجیه می‌کند و یا موجه می‌سازد».^{۹۷} این تناقض

96. See e.g., General Assembly Resolutions 2936 (XXVIII) of 29 November 1977 and 35/152 D of 12 December 1980.

97. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, at 62.

آشکار، که بر استدلال دیوان مترتب می‌شود، با هیچ منطقی سازگار نمی‌باشد. این‌که دیوان، علیرغم علم به غیرقابل مقایسه بودن قدرت انفجار و حرارت سلاح‌های اتمی با بقیه سلاح‌ها و نیز اذعان به این امر که «پدیده تشعشع رادیواکتیو مختص سلاح‌های هسته‌ای است»^{۹۸}، چگونه می‌تواند از این واقعیت‌ها در استنتاج خویش چشم‌پوشد جای تأمل دارد.

(۲) معاهدات خاص مربوط به سلاح‌های هسته‌ای

دیوان، با اشاره به مذاکرات بسیار زیادی که طی دو دهه اخیر (تا زمان صدور رأی مشورتی) در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای صورت پذیرفته است، اظهار می‌دارد که، برخلاف مورد سلاح‌های باکتریولوژیکی و شیمیایی، هیچ‌یک از آنها منتهی به انعقاد معاهده‌ای راجع به منع جامع این سلاح‌ها نگردیده است. مع الوصف، دیوان معاهدات خاصی را نام می‌برد که هدف آنها عبارت می‌باشد از محدود ساختن: (الف) اکتساب، تولید و تملک سلاح‌های هسته‌ای؛ (ب) استقرار سلاح‌های هسته‌ای؛ و (ج)

98. Opinion, para. 35.

آزمایش سلاح‌های هسته‌ای.^{۹۹} دو مورد از این کنوانسیونها، یعنی معاهدات تلاتلکو^{۱۰۰} و راروتونگا،^{۱۰۱} به ترتیب، راجع به ممنوعیت سلاح‌های هسته‌ای در آمریکای لاتین و منطقه عاری از سلاح هسته‌ای اقیانوس آرام جنوبی و نیز معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای،^{۱۰۲} با توجه به تمدید نامحدود آن در ۱۹۹۵،^{۱۰۳} مستقیماً و مشخصاً به مسأله توسل به سلاح‌های هسته‌ای می‌پردازند. دولتهای مجهز به سلاح‌های هسته‌ای، حق حفظ‌هایی را نسبت به پروتکل‌های دو معاهده نخست، مبنی بر کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای، برای خود قائل شده‌اند و به هنگام امضای معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، در ۱۹۶۸، سه قدرت هسته‌ای تضمینات امنیتی

99. Id., para. 58.

100. Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, 14 February 1967 (Treaty of Tlatelolco).

101. Treaty on the South Pacific Nuclear-Weapon-Free Zone, 6 August 1985 (Treaty of Rarotonga).

102. Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), 1 July 1968.

103. The Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons in 1995.

در این کنفرانس، افریقایی جنوبی به عنوان چهارمین کشوری که در آستانه هسته‌ای شدن قرار دارد (یعنی بعد از هند و پاکستان و اسرائیل) شناخته شد.

گوناگونی را به دولتهای عضو فاقد سلاح‌های هسته‌ای، در صورتی که مورد تجاوز هسته‌ای قرار گیرند، سپرده‌اند.

این تضمینات دربرگیرنده حق شرط‌هایی برای قدرتهای هسته‌ای در ارتباط با کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در بعضی شرایط هستند. به علاوه، به هنگام تمدید این معاهده، در ۱۹۹۵، نیز پنج قدرت هسته‌ای تضمینات امنیتی مثبت و منفی در رابطه با کاربرد چنین سلاح‌هایی داده‌اند.^{۱۰۴}

تضمینات مثبت دارای این اثر هستند که دولتهای صاحب سلاح‌های هسته‌ای به کمک هر دولت فاقد سلاح هسته‌ای عضو، در صورتی که مورد تجاوز هسته‌ای قرار گیرد، می‌شتابند. اثر مترتب بر تضمینات منفی این است که دولتهای دارای سلاح هسته‌ای از این سلاح‌ها علیه دولتهای عضو فاقد سلاح هسته‌ای استفاده نخواهند کرد. این تضمین‌ها معمولاً همراه با حق شرط‌هایی می‌باشند که به موجب آنها چنانچه دولت عضو فاقد سلاح هسته‌ای متحد یک کشور هسته‌ای، درگیر در مخاصمه مسلحانه علیه دولت دیگر، گردد تضمینی وجود نخواهد

104. See Opinion, para. 59.

داشت.

دیوان از مفاد این اسناد نتیجه‌گیری می‌نماید: (الف) تعدادی از دولتها متعهد شده‌اند از کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در مناطقی خاص یا علیه برخی دولتهای دیگر خودداری نمایند؛ (ب) مع الوصف، حتی در این چارچوب، دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای حق استفاده از این سلاح‌ها را در بعضی شرایط برای خود محفوظ داشته‌اند؛ و (ج) این حق‌تلفها با هیچ اعتراضی از جانب دولتهای عضو معاهدات تلاتلکو و راروتونگا یا شورای امنیت مواجه نشده است.^{۱۰۰} به این ترتیب، استنباط دیوان، از عدم اعتراض دولتهای عضو این معاهدات به اعلام حق‌تلفهایی که توسط دولتهای مجهز به سلاح‌های هسته‌ای نسبت به پروتکل‌های این معاهدات، دایر بر کاربرد احتمالی سلاح‌های هسته‌ای، صورت پذیرفته است، این است که دولتهای نخست با رضایت خویش عملاً قائل به وجود ممنوعیتی در کاربرد این سلاح‌ها نیستند.

واقعیت این است که رضایت دولتهای برخوردار از تضمینات امنیتی و چتر

105. Id., para. 62.

حمایتي دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای، مبنی بر این‌که دولتهای اخیر در بعضی شرایط بتوانند به سلاح‌های هسته‌ای متوسل شوند، رضایت مبتنی بر اکراه بوده، در شرایط برابر، هیچ دولتی راضی نمی‌شود که اعطای چنین امتیاز فوق‌العاده تبعیض‌آمیزی را بپذیرد. مضافاً این‌که، این رضایت هرگز بدان معنا نیست که این دولتها عملاً از کاربرد اینگونه سلاح‌ها توسط قدرتهای هسته‌ای راضی باشند. مثلاً، استرالیا، علیرغم این‌که از سال ۱۹۵۱ تحت چتر حمایتی ایالات متحده قرار دارد، کاربرد یا تهدید به سلاح‌های هسته‌ای را در کلیه شرایط نامشروع اعلام کرده است.^{۱۰۶} به علاوه، این کشور کراراً اعلام داشته است که ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای تعهد الزام‌آوری را به دولتهای عضو مجهز به سلاح‌های هسته‌ای تحمیل می‌نماید تا در جهت نیل به خلع سلاح هسته‌ای کامل تلاش نمایند.^{۱۰۷}

106. See T.L.H. McCormack, "A non liquet on nuclear weapons: The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 316, Jan.-Feb. 1997, at 82.

107. Id.

(۱-۲) لزوم تفکیک بین حق داشتن سلاح‌های

هسته‌ای و حق کاربرد آنها

دلایلی که تکیه‌گاه اصلی نتیجه‌گیری دیوان را در بند E (۲) ۱۰۵ تشکیل می‌دهد، سیاست بازدارندگی هسته‌ای است. اما به نظر می‌رسد که در این خصوص بین مسأله داشتن سلاح‌های هسته‌ای و مسأله کاربرد یا تهدید به کاربرد آنها نوعی خلط صورت گرفته است. حق قدرتهای هسته‌ای عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، به داشتن این‌گونه سلاح‌ها، هرگز به این معنا نیست که آنها به طور طبیعی حق بکارگیری چنین سلاح‌هایی را نیز داشته باشند. حق داشتن این‌گونه سلاح‌ها از آن جهت به پنج کشور هسته‌ای اعطا شده است که امکان تحصیل موافقت آنها به خلع سلاح هسته‌ای یکجانبه عملاً ناممکن بوده است.

در عدم وجود کنوانسیون‌هایی که متضمن ممنوعیت جامع تملک، تهدید و توسل به سلاح‌های هسته‌ای باشد، قبول این ادعا که داشتن سلاح‌های هسته‌ای، در حقوق قراردادی، به هر شکلی، ممنوع است دشوار است. مع الوصف، نمی‌توان با نایب رئیس دیوان هم عقیده شد که اظهار می‌دارد که

نقد و بررسی نظر مشورتی ... ❖ ۶۱

کل ساختار معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای مستلزم این پیش‌فرض است که دولت‌های عضو کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را، در کلیه شرایط، ممنوع قلمداد نمی‌کنند.^{۱۰۸} به عبارت دیگر، فقدان کنوانسیون دایر بر منع جامع سلاح‌های هسته‌ای نمی‌تواند اقدام دیوان را در نادیده انگاشتن اهمیت رژیم معاهده منع گسترش تا آنجا که به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای مربوط می‌شود، توجیه نماید. تمام متن و روح حاکم بر معاهده حکایت از آن دارد که هدف نهایی آن محو تدریجی و کامل سلاح‌های هسته‌ای بوده است و همانگونه که بسیاری از دولتهای غیرهسته‌ای عضو استدلال می‌نمایند، حق داشتن سلاح‌های هسته‌ای برای پنج کشور تا زمان حصول توافق برتحریم تملک و کاربرد آنها به رسمیت شناخته شده است، و این هرگز بدان معنا نیست که دولت‌های هسته‌ای بتوانند این سلاح‌ها را در عمل مورد استفاده قرار دهند.

معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای
اصولاً مبتنی بر این مصالحه است که

108. Opinion, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, at 3.

دولت‌های غیرهسته‌ای عضو از توسعه، اکتساب، ذخیره‌سازی، آزمایش و یا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای صرف‌نظر نمایند و در ازاء، به تکنولوژی هسته‌ای برای اهداف و مقاصد صلح‌آمیز دسترسی پیدا کنند. متقابلاً، دولت‌های دارای سلاح‌های هسته‌ای نیز متعهد شده‌اند که با حسن نیت برای محو ذخایر هسته‌ای خود مذاکره نمایند.^{۱۰۹} این تعهد، متضمن تعهد به نابودی کامل سلاح‌های هسته‌ای است و خود دیوان نیز، ضمن تأکید بر این هدف، خاطرنشان می‌سازد که ماده مربوطه در معاهده نه تعهد به رفتار بلکه تعهد به نیل به نتیجه کامل می‌باشد.^{۱۱۰}

دیوان، از طرفی، به اتفاق آراء، به این نتیجه می‌رسد که یک تعهد حقوقی بین‌المللی، برای پیگیری و انعقاد مذاکراتی که به خلع سلاح هسته‌ای جامع «تحت کنترل کامل و مؤثر بین‌المللی» منتهی شود،^{۱۱۱} وجود دارد. به این ترتیب، دیوان دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای را به تعهداتی که برای مذاکره و حصول

109. See Articles II, IV, V and VI of the Treaty, supra note 102.

110. Opinion, para. 99.

111. Id., para. 105 (2) F.

توافق درخصوص خلع سلاح اتمی وجود دارد ملتزم می‌سازد و اینکه، نه تنها چنین مذاکراتی را با حسن نیت تعقیب نمایند بلکه همچنین مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای را در کلیه جنبه‌های آن به نتیجه برسانند. اما، از طرف دیگر، با بلامتکلیفی خویش، در اعلام عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، این فکر را می‌پرورد که فقط یک معاهده خاص متضمن خلع سلاح هسته‌ای کامل می‌تواند چنین عدم قطعیتی را از بین ببرد و در نتیجه در فقد چنین سندی، شناسایی حق تملک این سلاح‌ها دلیلی بر آن است که هیچ ممنوعیت صریح و جامعی درخصوص کاربرد آنها وجود ندارد!

(۲-۲) نتایج و پیامدهای منفی مترتب بر نظر

دیوان

در زمان صدور رأی مشورتی، ۱۸۳ کشور عضو معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای بوده‌اند^{۱۱۲} که از این تعداد ۱۷۸ کشور تعهد نموده‌اند که ممنوعیت کامل درخصوص تولید، تحصیل، ذخیره‌سازی، آزمایش و کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را مورد احترام

۱۱۲. در حال حاضر، ۱۸۹ کشور عضو معاهده می‌باشند.

قرار دهند. در نتیجه، پیامد ناتوانی دیوان، در اعلام عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، فقط به نفع پنج قدرت هسته‌ای، که اعضای دائم شورای امنیت را تشکیل می‌دهند، و نیز دولتهایی که به این معاهده نپیوسته‌اند، یعنی اسرائیل، هند و پاکستان تمام می‌شود. اثر تبعیض‌آمیزی که از رأی دیوان حاصل می‌شود کاملاً واضح است.

پنج قدرت هسته‌ای، به علاوه دولتهایی که از عضویت در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای امتناع نموده‌اند، از این امتیاز برخوردار گشته‌اند تا در مقام دفاع از خود، مجاز به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای شوند و اکثریت قاطع دولتها، صرفاً به خاطر تعهداتی که برطبق معاهده به عهده گرفته‌اند، نه تنها مجاز به چنین کاربردی نباشند، بلکه حتی حق تملک چنین سلاح‌هایی را نیز نداشته باشند.

چرا باید معدودی از دولتها مجاز به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای و یا توسعه برنامه‌های مربوط به این سلاح‌ها، با احتمال توسل به آنها در مقام دفاع از خود باشند، در حالی که ۱۷۸ کشور دیگر

که به این ممنوعیت‌های قراردادی گردن نهاده‌اند، از چنین حقی محروم گردند؟ قاضی شهاب‌الدین، ضمن انتقاد از نظر دیوان، از آن چنین استنباط می‌نماید که گویی هدف و منظور اصلی معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، نه جلوگیری از گسترش خطرناک سلاح‌های هسته‌ای، بلکه «تضمین محدود ساختن برخورداری از آنها برای اقلیتی از دولتها» بوده است!^{۱۱۳} غفلت دیوان از روح حاکم بر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و اهمیت هنجاری آن، در رأی مشورتی، به هیچ وجه قابل توجیه نیست.

عدم قطعیت دیوان، در بیان حقوق بین‌الملل موجود، و این‌که آیا سلاح‌های هسته‌ای را می‌توان در دفاع از خود بکار برد یا خیر همچنین خطر تحریک دولتها برای دستیابی به این سلاح‌ها را دامن می‌زند. از تبعات منفی تصمیم دیوان، که ظاهراً تحت تأثیر دکترین بازدارندگی به نتیجه‌گیری مندرج در عبارت دوم بند E (۲) ۱۰۵ رأی مشورتی رسیده، این است که کلیه دولتهای جهان به منظور تضمین

113. Id., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 29.

امنیت خود ناگزیر شوند که یا مجهز به سلاح‌های هسته‌ای شوند و یا تحت چتر حمایتی یکی از دولتهای صاحب سلاح هسته‌ای قرار گیرند، تا از این طریق بتوانند بقای خویش را در «وضعیت حاد دفاع مشروع» تضمین نمایند.

چنین پیامدی نه تنها با نص و روح معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و اسناد ۱۹۹۵، که تمدید نامحدود آن را مقرر می‌دارد، مغایر است، بلکه با کلیه معاهدات مربوط به خلع سلاح و نیز قطعنامه‌های زیادی از مجمع عمومی، که خلع سلاح هسته‌ای کامل تحت کنترل مطلق و مؤثر بین‌المللی را مقرر می‌دارند، و حتی با بند F (۲) ۱۰۵ خود رأی مشورتی، نیز در تباین آشکار است. زیرا، مفهوم آن این است که اگر خلع سلاح کامل صورت پذیرد، در این صورت حیات یک دولت در وضعیت حاد دفاع از خود تضمین نخواهد شد! در حالی که در کلیه معاهدات مورد اشاره، عبارتی مشابه با ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای وجود دارد که به موجب آن هر دولت عضو معاهده متعهد می‌گردد تا مذاکرات مربوط به تدابیر

مؤثر در ارتباط با توقف مسابقه تسلیحات هسته‌ای را با حسن نیت تعقیب نماید، می‌توان به میزان اعتبار هر اظهارنظر یا اعلامی که نتیجه‌ای جز این در پی داشته باشد واقف گشت.

(۳) حقوق بین‌الملل عرفی

دیوان پس از آن‌که به این نتیجه می‌رسد که هیچ ممنوعیت قراردادی جامع و جهانی، راجع به کاربرد یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای، وجود ندارد، به بررسی حقوق بین‌الملل عرفی می‌پردازد تا تعیین نماید که آیا چنین منعی می‌تواند از این منبع حقوقی ناشی شود یا نه. درخصوص محتوای حقوق عرفی، دیوان عبارتی از رأی خویش را در سال ۱۹۸۵^{۱۱۴} مورد تأکید قرار می‌دهد که، برطبق آن، برای احراز عرفی شدن امری «در درجه اول می‌بایست به دنبال رویه عملی و باور و اعتقاد حقوقی دولتها گشت».^{۱۱۵}

دولت‌های طرفدار عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، مدعی وجود قاعده‌ای

114. Continental Shelf (Libya v. Malta) Case, ICJ Reports (1985).

115. Opinion, para. 64.

عرفي مبني بر چنين منعي ميباشند و براي اثبات اين مدعا، به رويه مستمر عدم استفاده از اين سلاح‌ها از سال ۱۹۴۵ تاکنون اشاره نموده و از آن وجود يك باور و اعتقاد حقوقي را در دولتهاي داراي سلاح‌هاي هسته‌اي نتيجه‌گيري مینمایند.^{۱۱۶} متقابلاً، دولتهایی که مدافع مشروعیت توسل به این سلاح‌ها، در بعضی شرایط، ميباشند، در تقویت استدلال خویش، به دکترین و رويه بازدارندگی استناد مینمایند. به عقیده این دولتها، عدم توسل به این سلاح‌ها از جنگ جهانی دوم، نه به واسطه يك عرف موجود یا در حال تکوین است، بلکه صرفاً به این دلیل است که شرایطی که چنين استفاده‌اي را توجيه‌پذیر سازد، خوشبختانه به وجود نیامده است.^{۱۱۷}

دیوان، با اشاره به این واقعیت که تعدادی از این کشورها، در بخش اعظم دوران جنگ سرد، به رويه بازدارندگی وفادار مانده و همچنان این وفاداری را استمرار بخشیده‌اند، و نیز با در نظر

116. Id., para. 65.

117. Id., para. 66.

گرفتن شکاف عمیق جامعه بین‌المللی، درخصوص این مسأله که آیا عدم استفاده از سلاح‌های هسته‌ای طی نیم قرن گذشته بیانگر باور و اعتقاد حقوقی می‌باشد یا نه، اظهار می‌دارد: «تحت این شرایط... خود را قادر به احراز وجود یک چنین باور و اعتقاد حقوقی نمی‌یابد».^{۱۱۸}

مخالفان مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای، با استناد به یک سری قطعنامه‌های مهم مجمع عمومی، راجع به عدم مشروعیت این سلاح‌ها، که اولین آن قطعنامه شماره ۱۶۵۳ می‌باشد، بر این عقیده‌اند که این قطعنامه‌ها حکایت از وجود قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درخصوص ممنوعیت توسل به این سلاح‌ها دارند.^{۱۱۹} اما استدلال متقابل این است که قطعنامه‌های مورد بحث الزام‌آور نیستند و منعکس‌کننده هیچ قاعده عرفی نیز نمی‌باشند. مضافاً این‌که، برخی از آنها، علیرغم مخالفت بسیاری از دولت‌ها علاوه بر کشورهای هسته‌ای، به تصویب رسیده‌اند.^{۱۲۰}

دیوان، با اعلام این‌که قطعنامه‌های

118. Id., para. 67.

119. Id., para. 68.

120. Id.

مجمع عمومي مي‌توانند دليلي بر « اثبات وجود يك قاعده يا ظهور يك باور و اعتقاد حقوقي» باشند،^{۱۲۱} قطعنامه‌هاي مورد بحث را اينگونه نمي‌دانند. زيرا، بعضي از آنها، با تعداد معتنابهي آراء منفي و ممتنع به تصويب رسیده‌اند و بنا بر اين، اگرچه آن قطعنامه‌ها علامت روشني از نگراني عميق در رابطه با مسأله سلاح‌هاي هسته‌اي مي‌باشند، آنها هنوز به حدي نرسیده‌اند که وجود يك باور و اعتقاد حقوقي را در خصوص عدم مشروعيت کاربرد چنين سلاح‌هايي به اثبات برسانند.^{۱۲۲}

ديوان در حالي با طرح مسأله تضاد مدام بين قاعده حقوقي در حال شکل‌گيري، مبني بر منع جامع سلاح‌هاي هسته‌اي، و وفاداري کماکان پايدار تعدادي از دولتها به رويه بازدارندگي،^{۱۲۳} اين موضع را اتخاذ نموده است که آن قطعنامه‌ها منعکس‌کننده حقوق عرفي نيستند که خود

121. Id., para. 70.

122. Id., para. 71.

123. Id., para. 73.

سیاست بازدارندگی مورد تردید می‌باشد.^{۱۲۴} به علاوه، شکی وجود ندارد که، حداقل تا آنجایی که به اکثریت قوی دولتهای جهان برمی‌گردد، این قطعنامه‌ها منعکس‌کننده توافق خاص این دولتها و بیانگر باور و اعتقاد حقوقی در رابطه با آنهاست. حال آنکه دیوان به خاطر مخالفت چند دولت اصل تجلی چنین باور حقوقی را نیز زیر سؤال می‌برد.

لازم به یادآوری است که عدم انسجام در رویه، در روند تکاملی تبدیل یک رویه خاص به قانون مانع ایجاد می‌کند. مع الوصف، تشتت و ناهماهنگی به تنهایی نمی‌تواند از تجلی یک عملکرد در قالب حقوق بین‌الملل عرفی جلوگیری نماید. عواملی همچون موضوع رویه و جایگاه و تعداد دولتهای مخالف آن از جمله عوامل تعیین‌کننده در این خصوص می‌باشند. عملکرد برخی دولتها، که منافع آنها با قاعده ادعایی ارتباط دارد، در مقایسه با رویه سایرین از اهمیت بیشتری برخوردار است. مخالفت یک دولت، با یک قاعده بین‌المللی عرفی باید از زمان

124. David, supra note 6, at 28.

شکل‌گیری و نخستین مرحله تکوین آن قاعده آشکار گردد. در این صورت، دولت مزبور هیچ تعهدی در قبال قاعده مورد بحث نخواهد داشت اما، چنین مخالفتی، هیچ تأثیری در اجرای آن قاعده نسبت به دولتهای دیگر ندارد.^{۱۲۵}

(۴) اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی

دیوان پس از آن‌که هیچ قاعده قراردادی یا عرفی نمی‌یابد، که به طور خاص توسل به سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع سازد، مسأله مشروعیت یا عدم مشروعیت این سلاح‌ها را در پرتو اصول و قواعد بشردوستانه حاکم در مخاصمات مسلحانه و حقوق بی‌طرفی مورد توجه قرار می‌دهد.^{۱۲۶} آنچه که امروزه تحت عنوان حقوق بشردوستانه بین‌المللی^{۱۲۷} شناخته می‌شود،

۱۲۵. ریکا والاس، حقوق بین‌الملل، ترجمه سیدقاسم زمانی و مهناز بهراملو، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۴-۱۲.

126. Opinion, para. 74.

۱۲۷. این اصطلاح برای اولین بار توسط جین پیکتت به کار گرفته شده است:

J. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1985, at 1.

در اصل شامل دو شاخه از حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه، یعنی حقوق لاهه^{۱۲۸} و حقوق ژنو،^{۱۲۹} می‌باشد. حقوق لاهه، بویژه مقررات مربوط به قواعد و آداب جنگ زمینی، که حقوق و وظایف متخاصمان را در عملیات نظامی آنها تعیین می‌نماید و حق طرفین را در انتخاب روشها و وسائل صدمه به دشمن در يك مخاصمه مسلحانه بین‌المللی محدود می‌سازد، تا حدودی مبتنی بر اعلامیه ۱۸۶۸ سن پترزبورگ^{۱۳۰} و نتایج کنفرانس ۱۸۷۴ بروکسل^{۱۳۱} می‌باشد که بعدها، در کنفرانس‌های لاهه ۱۸۹۹^{۱۳۲} و ۱۹۰۷،^{۱۳۳} به صورت بزرگترین تلاش در جهت قاعده‌سازی و تدوین حقوق بین‌الملل متجلی گردیده است. حقوق ژنو، که از قربانیان جنگ حمایت به عمل می‌آورد و بر آن است تا تضمینات لازم برای پرسنل از کار افتاده نیروهای مسلح و افرادی که در

128. The Hague Law.

129. The Geneva Law.

130. 1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 grammes Weight, reprinted in Roberts and Guelff (eds.), supra note 44, at 29.

131. The Brussels Conference of 1874.

132. The First Hague Peace Conference of 1899.

133. The Second Hague Peace Conference of 1907.

جنگ شرکت ندارند تدارك نمايد، شامل کنوانسیونهاي ژنو ۱۸۶۴، ۱۳۴، ۱۹۰۶، ۱۳۵، ۱۳۶۱۹۲۹ و ۱۳۷۱۹۴۹ می‌باشد. گرچه این دو شاخه از حقوق، در ابتدا، تا حدودي منفك از هم به رشد و توسعه خود ادامه داده‌اند، اما به تدریج يك سیستم مرکب یکپارچه تشکیل دادند و مقررات پروتکلهاي ژنو ۱۳۸۱۹۷۷ مهر تأییدی بر این وحدت است.^{۱۳۹}

هرچند مسأله سلاحهاي هسته‌اي از دیرباز موضوع بحث در چارچوب نهادهاي

۱۳۴. این قرارداد راجع به بهبود سرنوشت مجروحین در ارتشها به هنگام اردوڪشي است.

۱۳۵. این قرارداد متن تجدیدنظر شده‌اي از قرارداد پیشین ژنو است.

۱۳۶. در ۱۹۲۹، علاوه بر تجدیدنظر در قرارداد پیشین ژنو، قرارداد جدیدی نیز درخصوص رفتار با اسیران جنگی به تصویب رسید.

۱۳۷. حاصل کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ ژنو، که به منظور توسعه و تجدیدنظر در قراردادهاي قبلي ژنو منعقد گردید، چهار قرارداد، راجع به (۱) بهبود وضع مجروحین و بیماران نیروهاي مسلح به هنگام اردوڪشي؛ (۲) بهبود وضع مجروحین و بیماران و غریقان نیروهاي مسلح در دریا؛ (۳) رفتار با اسیران جنگی؛ و (۴) حمایت از غیرنظامیان در زمان جنگ، بود.

۱۳۸. پروتکل اول الحاقی به کنوانسیونهاي ژنو ۱۹۴۹ راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و پروتکل دوم الحاقی ژنو راجع به حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی است.

139. Opinion, para.75. See also Pictet, supra note 127, at 2.

نقد و بررسی نظر مشورتی ... ❖ ۷۵

وابسته به سازمان ملل متحد و کمیسیون خلع سلاح در ژنو (که بعداً کنفرانس خلع سلاح نامیده شد) بوده است، در اقداماتی که برای توسعه و تدوین حقوق بشردوستانه، پس از پیدایش سلاح‌های هسته‌ای، صورت پذیرفته است از این مسأله به شکل معناداری اجتناب شده است. در کنفرانس ۱۹۴۹، که منجر به تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو گردید، این مسأله به طور کامل کنار نهاده شد. پیشنهادی که در ۱۹۵۶، توسط کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به منظور محدود ساختن خطرات وارده بر غیرنظامیان ارائه گردید، صرفاً به خاطر این‌که مستقیماً به مسأله سلاح‌های هسته‌ای پرداخته بود، رد شد.^{۱۴۰}

در نتیجه، علی‌رغم این‌که اوضاع و احوال بین‌المللی و تهدیدات ناشی از سلاح‌های هسته‌ای لزوم وضع قواعدی را برای ممنوع ساختن آنها بیش از پیش ضروری می‌ساخت، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به هنگام تهیه پیشنهادی پروتکل‌های الحاقی،

140. The Draft Rules for the limitation of the dangers incurred by the civilian population in time of war.

که در ۱۹۷۷ به اتفاق آراء به تصویب رسیدند، تصمیم گرفت که اصلاً به مسأله سلاح‌های هسته‌ای نپردازد.^{۱۴۱}

دیوان، با اشاره به اینکه بخش اعظم مجموعه قواعد قراردادی حقوق بشردوستانه قبلاً عرفی شده‌اند،^{۱۴۲} لزوم رعایت این قواعد را توسط کلیه کشورها، فارغ از اینکه عضو کنوانسیونهای مربوطه هستند یا نه، مورد تأکید قرار می‌دهد،^{۱۴۳} و با ذکر رأی دیوان بین‌المللی نورمبرگ^{۱۴۴} درخصوص عرفی بودن قواعد بشردوستانه مندرج در مقررات منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه،^{۱۴۵} ماهیت عرفی این کنوانسیون و مقررات منضم به آن؛ کنوانسیونهای ۱۹۴۹ ژنو؛ کنوانسیون ژنوساید ۱۹۴۸؛ و منشور دیوان نظامی

141. For more details see Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, paras. 1838-1861.

142. Opinion, para. 82.

143. Id., para. 79.

144. International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgement and Sentences*, October 1, 1946, reprinted in 41 *American Journal of International Law* 172 (1947).

145. Opinion, para. 80.

بین‌المللی ۱۹۴۵^{۱۴۶} را مورد تأکید قرار می‌دهد.^{۱۴۷} دیوان در این رابطه به دلایل متعددی همچون گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد^{۱۴۸} که متعاقب قطعنامه ۸۰۸ شورای امنیت^{۱۴۹} تهیه شده است؛ الحاق گسترده‌ای که به این معاهدات صورت پذیرفته است؛ و اینکه شروط مربوط به حق فسخ آنها هرگز مورد استفاده قرار نگرفته است، استناد می‌نماید.^{۱۵۰} در رابطه با پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷ ژنو نیز، دیوان آن را به هیچ وجه جایگزین قواعد عرفی عام اعمال‌پذیر در رابطه با کلیه ابزارها و شیوه‌های جنگی، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، ندانسته، دولت‌ها را ملزم به آن سري از قواعد پروتکل می‌داند که به هنگام تصویب بیانگر حقوق عرفی قبلاً موجود بوده‌اند.^{۱۵۱}

146. Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg), annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis of 8 August 1945, reprinted in D. Schindler and J. Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1973, at 689.

147. Opinion, para. 81.

148. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704 (1993), reprinted in 32 *International Legal Materials* 1159 (1993).

149. Security Council Resolution 808 of 22 February 1993.

150. Opinion, paras. 81 and 82.

151. Id., para. 84.

دیوان الحاق گسترده به کنوانسیون‌های لاهه و ژنو را ناشی از شمار زیادی از قواعد بشردوستانه این اسناد می‌داند؛ قواعدی که از اهمیت اساسی در رابطه با احترام به نوع بشر و یا، به تعبیر دیوان در پرونده کانال کورفو،^{۱۵۲} «ملاحظات بنیادین بشری» برخوردارند.^{۱۵۳} این قواعد، که منعکس‌کننده جهانی‌ترین اصول به رسمیت شناخته شده بشردوستانه می‌باشند، «دالالت بر رفتار و کردار متعارفی دارند که از دولت‌ها انتظار می‌رود».^{۱۵۴}

دیوان قواعد بنیادین حقوق بشردوستانه را به عنوان "Intransgressible principles of international customary law" توصیف می‌نماید.^{۱۵۵} این‌که مراد دیوان از واژه جدید «intransgressible»، که برای اولین بار وارد ادبیات حقوقی می‌شود چیست، به وضوح معلوم نیست. اما مسلماً منظور دیوان نباید صرفاً معنای تحت‌اللفظی آن، و این‌که این اصول نباید مورد تجاوز قرار

152. Corfu Channel Case, ICJ Reports (1949), at 22.

153. Opinion, para. 79.

154. Id., para. 82.

155. Id., para. 79.

گیرند، باشد؛ زیرا بدیهی است هر قاعده‌ای که تعهدی را تحمیل می‌نماید این چنین است. روح عبارت و نحوه بیان آن حکایت از آن دارد که قصد دیوان از به کارگیری این واژه باید چیزی خیلی مهم‌تر و فراتر از صرف عدم نقض این اصول و قواعد بنیادین باشد؛ تا به این طریق آنها را به قواعد آمره حقوق بین‌الملل،^{۱۵۶} آن‌گونه که در کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات^{۱۵۷} تعریف شده است، نزدیک‌تر گرداند و یا حتی بخشی از آنها سازد. اما دیوان، با توجه به سؤال مطروحه توسط مجمع عمومی، اظهارنظر در خصوص ماهیت اصول و قواعد بشردوستانه را، از این جهت، صراحتاً غیرضروری تشخیص می‌دهد.^{۱۵۸} از آغاز قرن بیستم و پیدایش ابزارهای جدید جنگی، منع صریح بکارگیری بعضی سلاح‌ها، همچون موشک‌های انفجاری کمتر از ۴۰۰ گرم، گلوله‌های دام دام و گازهای سمی اجتناب‌ناپذیر شد. به‌کارگیری سلاح‌های شیمیایی و باکتریولوژیکی در

156. *Jus cogens*.

157. Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, reprinted in 63 American Journal of International Law 875 (1969), Article 53.

158. Opinion, para. 83.

۱۹۲۵ منع شد و در این اواخر، استفاده از سلاح‌هایی که اجزای غیرقابل شناسایی برجای می‌گذارند و انواع دیگری از مین‌ها، تله‌های انفجاری و سلاح‌های آتش‌زا و مین‌های زمینی ضد نفر نیز یا ممنوع و یا محدود شده‌اند. گرچه حقوق بشردوستانه بین‌المللی، صریحاً سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع نمی‌کند اما، همان طوری که دیوان مقرر می‌دارد، پیدایش سلاح‌ها و ابزارهای جنگی جدید هیچگونه خدشه‌ای بر اصول و قواعد دیرین آن، که ساختار و تار و پود این حقوق را تشکیل می‌دهند، وارد نمی‌سازد.^{۱۵۹}

ادعای گروه کوچکی از دولتها این است که چون اغلب اصول و قواعد بشردوستانه قبل از اختراع سلاح‌های هسته‌ای شکل گرفته‌اند و در کنفرانس‌های ۱۹۴۹ و ۱۹۷۷-۱۹۷۴ که، به ترتیب، منجر به تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل‌های الحاقی آنها گردید، سلاح‌های هسته‌ای به طور خاص مورد بررسی قرار نگرفتند، در نتیجه، حقوق بشردوستانه در

159. Id., paras. 76 and 86.

مورد این سلاح‌ها قابل اجرا نمی‌باشد.^{۱۶۰} اما دیوان چنین برداشتی را مغایر با ماهیت ذاتاً بشردوستانه اصول مورد بحث دانسته، شمول این اصول و قواعد را به «کلیه اشکال جنگ و کلیه انواع سلاح‌ها، چه سلاح‌های گذشته، چه سلاح‌های کنونی و چه سلاح‌های آینده» مورد تأکید قرار می‌دهد و اظهار می‌دارد که در هیچ یک از بیانی‌های تقدیمی به دیوان نیز آزادی توسل به سلاح‌های هسته‌ای، بدون رعایت محدودیت‌های بشردوستانه، مورد حمایت قرار نگرفته است.^{۱۶۱}

موضع دیوان، درخصوص شمول اصول و مقتضیات حقوق بشردوستانه بر سلاح‌های هسته‌ای و استفاده احتمالی از آنها، کاملاً روشن است، اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که بنیادی‌ترین این اصول و قواعد کدامند و نظر دیوان درخصوص سازگاری یا عدم انطباق توسل به سلاح‌های هسته‌ای با اصول مورد بحث چیست.

اولین اصل اساسی بشردوستانه، اصل

160. Id., para. 85.

161. Id., para. 86.

تمایز می‌باشد که منظور آن حمایت از افراد و اهداف غیرنظامی می‌باشد و بین رزمندگان و غیررزمندگان قائل به تفکیک است. به موجب این اصل، متخصصین هرگز نباید غیرنظامیان را هدف حمله قرار دهند و، در نتیجه، نباید از سلاح‌هایی استفاده نمایند که قادر به تمیز بین اهداف غیرنظامی و نظامی نمی‌باشند. اصل دوم، عبارت از ممنوعیت وارد ساختن رنج و درد غیرضروری بر رزمندگان است و، برطبق آن، نمی‌توان از سلاح‌هایی استفاده کرد که موجب چنین صدمه یا رنج و درد بیش از حد می‌شوند و، از این رو، آزادی دولتها در انتخاب وسایل و شیوه‌های جنگی نامحدود نیست. دیوان ضمن اشاره به اصول حقوق بین‌الملل مشتق از عرف‌های تثبیت شده یا اصول انسانیت و یا ندای وجدان عمومی، مندرج در شرط مارتنس،^{۱۶۲} تأکید می‌نماید که حقوق بشردوستانه در همان مراحل اولیه شکل‌گیری خود بعضی انواع سلاح‌ها را، یا به خاطر آثار آنها و یا به خاطر تحمیل رنج و درد غیرضروری بر

۱۶۲. رك. به ص ۵۷ .

رزمندگان، ممنوع ساخته است.^{۱۶۳}

در حالی که در فقد ممنوعیت صریح در حقوق عرفی یا قراردادی، درخصوص توسل به سلاح‌های هسته‌ای، دیوان هیچ تردیدی در اعمال اصول و قواعد حقوق بشردوستانه در مورد هرگونه کاربرد یا تهدید به این سلاح‌ها ندارد، این بیان دیوان چه دلالتی می‌تواند داشته باشد: «... به لحاظ ویژگی‌های منحصربفرد سلاح‌های هسته‌ای، به کارگیری چنین سلاح‌هایی در واقع به سختی با رعایت چنین مقتضیاتی سازگار به نظر می‌رسد».^{۱۶۴} درست در همین نقطه است که دیوان استدلال خود را متوقف ساخته، اظهار می‌دارد که «عناصر کافی در اختیار ندارد تا آن را با قطعیت قادر به این نتیجه‌گیری سازد که به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای در هر وضعیتی لزوماً در تغایر با اصول و قواعد حقوق اعمال‌پذیر در مخاصمات مسلحانه می‌باشد».^{۱۶۵}

این بیان در واقع حکایت از آن دارد که از نظر دیوان، در فقد یک قرارداد جامع در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، قواعد

163. Opinion, para. 78.

164. Id., para. 95.

165. Id.

بشردوستانه از قطعیت لازم برخوردار نیستند؛ چه، در غیر این صورت، از اجرای اصول از دیرباز به رسمیت شناخته شده حقوق بشردوستانه در مورد توسل به طبقه خاصی از سلاح‌ها قصور نمی‌ورزید. از دیوان انتظار می‌رفت تا از کنار این اصول به سادگی نگذشته، آنها را نسبت به وضعیت‌های گوناگون متضمن تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای اجرا نماید. در این صورت، بدون تردید توسل به این سلاح‌ها، در هیچ حالتی، با اصول مورد بحث سازگاری ندارد.

به نظر می‌رسد، اساسی‌ترین اشکالی که به استنتاج دیوان، در رأی مشورتی، وارد است کوتاهی آن در ارزیابی حالات مختلف استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، از حیث انطباق یا عدم انطباق با اصول حقوق بشردوستانه، می‌باشد. از این رو، در این مبحث، مسأله به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را در پرتو این اصول مورد بررسی قرار می‌دهیم.

(۱-۴) اصل تمایز یا ممنوعیت کاربرد سلاح‌های

غیر هدفمند^{۱۶۶}

هدف از این اصل، که به صورت قراردادی تنها در ماده ۴۸ پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو مشاهده می‌شود، حمایت از افراد و اموال غیرنظامی و تمایز قائل شدن بین رزمندگان و غیررزمندگان می‌باشد. دیوان، با تأکید بر اینکه «دولتها هرگز نباید غیرنظامیان را هدف حمله قرار دهند و، در نتیجه، هرگز نباید از سلاح‌هایی استفاده کنند که قادر به تمیز دادن بین اهداف غیرنظامی و نظامی نمی‌باشند»،^{۱۶۷} در واقع، استفاده از سلاح‌های غیرهدفمند را با حمله عمده به غیرنظامیان، که ممنوعیت آن عرفی است، همانند می‌شمارد و، به این ترتیب، ممنوعیت توسل به این‌گونه سلاح‌ها را نیز عرفی دانسته، به طور مطلق و فارغ از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی یا داخلی، منع می‌کند. قاضی بجاوی، این ممنوعیت را جزء قواعد آمره حقوق بین‌الملل تلقی می‌نماید.^{۱۶۸} اما اینکه منظور دیوان از «ناتوان

166. Indiscriminate weapons.

167. Id., para. 78.

168. Id., Declaration of President Bedjaoui, para. 21.

از تمیز دادن بین اهداف نظامی و غیرنظامی» چیست، باید با مراجعه به پروتکل مشخص گردد، که تنها ممنوعیت قراردادی حملات کورکورانه و تنها تعریف قراردادی موجود از سلاح‌های غیرهدفمند را ارائه می‌دهد. بندهای ۴ و ۵ ماده ۵۱ پروتکل، در مجموع، پنج مورد را به عنوان حملات کورکورانه یا در زمرة اینگونه حملات برمی‌شمارند.

اینکه کدام يك از این ضوابط با منظور دیوان از سلاح‌های غیرهدفمند منطبق است، مستلزم ارزیابی یکایک آنها می‌باشد. ضابطه مندرج در بند ۴ (الف) معیار مناسبی برای تعیین اینکه آیا سلاح‌های هسته‌ای دارای آثاری ماهیتاً کورکورانه می‌باشند یا نه به شمار نمی‌رود. زیرا این ضابطه اصولاً ناظر به نوع حمله، و نه نوع سلاحی که به کارگرفته می‌شود، بوده، هم در رابطه با سلاح‌های اتمی و هم سلاح‌های غیراتمی قابل اعمال می‌باشد. همچنین سلاح‌های اتمی، فی‌نفسه، لزوماً ناقض ضابطه مندرج در بند ۴ (ب) نمی‌باشند و بستگی به دقت سیستمی دارد که این سلاح‌ها را پرتاب، هدایت و

یا مورد استفاده قرار می‌دهد. به علاوه، ضابطه مندرج در بند ۵ (الف) نیز برای تعیین ماهیت کورکورانه آثار سلاح‌های اتمی مناسب نیست. زیرا یکی از کاربردهای طراحی شده سلاحی ممکن است حمله به یک هدف نظامی دور از یک مرکز غیرنظامی باشد، حال آن‌که این ضابطه مستلزم قصد حمله به چندین هدف نظامی مشخص و مجزا در یک منطقه دارای سکنه غیرنظامی و تلقی از آنها به عنوان یک هدف نظامی واحد می‌باشد.

به نظر می‌رسد که سلاح‌های اتمی طبق ضوابط مندرج در بندهای ۴ (ج) و ۵ (ب) ماهیتاً غیرهدفمند هستند. طبق مفهوم حاصل از ضابطه نخست، تنها در صورتی به کارگیری سلاحی نقض اصل تمایز نمی‌باشد که آثار آن طبق مقررات پروتکل قابل کنترل و محدود ساختن باشد که، برای این منظور، باید امکان تفکیک بین غیر رزمندگان و افراد و اموال غیرنظامی، از یک سو، و رزمندگان و اهداف نظامی، از سوی دیگر، وجود داشته باشد. لذا در راستای نیل به هدف خاص مشروع تحت حقوق بشردوستانه، باید در اهداف و استفاده

از سلاح‌ها انتخاب صورت پذیرد، که این خود مستلزم طرح و حد زیادی از قابلیت پیش‌بینی است. در حالی که سلاح‌های اتمی این‌گونه نبوده، حتی اگر دقیق هم هدفگیری شوند و به طور صحیح عمل نمایند، آثار آنها قابل کنترل نبوده، احتمال به هدر رفتن جانها و اموال بسیار زیادی وجود دارد. طبق ضابطه دوم، یعنی اصل تناسب، که موضوع یکی از مباحث آتی است، نیز سلاح‌های اتمی ذاتاً غیر هدفمند می‌باشند.

دیوان، براساس اطلاعات و داده‌های علمی وسیعی که به آن ارائه شده، سلاح‌های هسته‌ای را دارای خصوصیات ویرانگر و فاجعه آمیز منحصر بفرد تلقی می‌نماید، و آثاری را برای این نوع سلاح‌ها بر می‌شمارد که آنها را لزوماً دارای ماهیت غیر هدفمند می‌سازد.^{۱۶۹} اما متأسفانه، در بند ۹۵ نظریه مشورتی، به نتیجه‌ای مغایر با یافته‌های قبلی خویش می‌رسد. چنین تناقضی حتی در همین بند نیز به شکلی به چشم می‌خورد، زیرا دیوان، از طرفی لزوم تبعیت رفتار جنگی را از مقتضیات دقیق و

169. Opinion, para. 35.

شدیدی همچون اصل ممنوعیت روشها یا وسایل جنگی غیرهدفمند صراحتاً مورد تأکید قرار می‌دهد و، مع الوصف، خود را ناتوان از اعلام صریح تغایر توسل به سلاح‌های هسته‌ای با این اصل، در کلیه شرایط، می‌بیند. لازم به ذکر است که تنی چند از قضات دیوان نیز این سلاح‌ها را ضرورتاً دارای ماهیت غیرهدفمند نمی‌دانند،^{۱۷۰} اما در مجموع به نظر می‌رسد که اکثریت قضات دیدگاهی جز این دارند.

(۲-۴) اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌هایی که موجب رنج و درد غیرضروری یا صدمات بیش از حد می‌شوند

یکی از اصول از دیرباز پذیرفته شده حقوق بشر دوسنه بین‌المللی، ممنوعیت تحمیل رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان است. اعلامیه ۱۸۶۸ سن‌پترزبورگ، استفاده از سلاح‌هایی را «که بطور بی‌حاصل رنج و درد از کار افتادگان را تشدید نماید و یا مرگ آنان را اجتناب ناپذیر سازد» محکوم می‌نماید.^{۱۷۱} مقررات منضم به

170. See e.g., *id.*, Dissenting Opinions of Judge Higgins, para. 24, and Vice - President Schwebel, at 6-8; Separate Opinion of Judge Guillaume, para. 5.

171. St. Petersburg Declaration, *supra* note 130.

کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه نیز کاربرد «سلاح‌ها، پرتاب شونده‌ها، یا موادی را که برای ایجاد رنج و درد غیرلازم طراحی شده‌اند» صراحتاً ممنوع می‌سازد.^{۱۷۲} در راستای این ممنوعیت است که این مقررات، حق متخصصان را در انتخاب وسایل مجروح‌سازی دشمن نامحدود نمی‌داند.^{۱۷۳} متن جدیدی از این قواعد در پروتکل اول ۱۹۷۷ ژنو وجود دارد که مقرر می‌دارد:

(۱) حق طرف‌های خصمه در انتخاب شیوه‌ها و وسایل جنگی در هیچ خصمه مسلحانه‌ای نامحدود نیست.

(۲) به کارگیری سلاح‌ها، پرتاب شونده‌ها و مواد و شیوه‌های جنگی از نوعی که منجر به وارد آوردن صدمات بیش از حد و رنج و درد غیر ضروری می‌شود، ممنوع است.^{۱۷۴}

دیوان، اصل ممنوعیت به کارگیری سلاح‌ها و شیوه‌هایی را که رنج و درد غیر

172. Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to 1907 Hague Convention (IV), supra note 84, Article 23 (e).

173. Id., Article 22.

174. Protocol I, supra note 48, Article 35 (1) and (2).

ضروري بر رزمندگان وارد و يا صدمات بيش از حد را موجب شوند، به عنوان يکي از اصول بنيادين حقوق بشردوستانه دانسته و منظور از آن را «صدمه‌اي بيشتري از آنچه که براي نييل به اهداف نظامي مشروع اجتناب ناپذير مي‌باشد» معرفي مي‌نمايد.^{۱۷۵} ديوان، توسل به سلاح‌هاي هسته‌اي را، دقيقاً طبق همان شيوه و ارزيابي که در رابطه با اصل تمايز دارد، به سختي با اصل ممنوعيت به کارگيري سلاح‌هايي که موجب رنج و درد غير لازم مي‌شوند سازگار مي‌داند و، مع الوصف، نمي‌تواند اين ممنوعيت را به طور قطع به کليه شرايط تعميم دهد.^{۱۷۶} اين در حالي است که، با توجه به پيامدهاي فاجعه آميز و آثار مهلك و ويرانگر به کارگيري سلاح‌هاي هسته‌اي، هرگز نمي‌توان حالي را تصور نمود که کاربرد اين سلاح‌ها با قاعده منع تحميل درد و رنج غير ضروري قابل جمع باشد. زيرا، طبق ضابطه ارائه شده توسط خود ديوان، آسيبها و رنج و درد وارده از اين سلاح‌ها، در هر حال، به

175. Opinion, para. 78.

176. Id., para. 95.

مراتب بیشتر از آن حدی است که «برای نیل به اهداف نظامی مشروع اجتناب ناپذیر می‌باشد».

دیوان می‌بایست قاعده مورد بحث را، به عنوان یکی از اصول مسلم حقوق بشر دستانه، که حتی توسط قدرتهای هسته‌ای در کنفرانس دیپلماتیک منتهی به تصویب پروتکل‌های ژنو مورد تأیید قرار گرفته است،^{۱۷۷} بر سناریوهای مختلف کاربرد سلاح‌های اتمی عرضه نموده، آنگاه نتیجه می‌گرفت که طبق این اصل هرگونه توسل به چنین سلاح‌هایی، بواسطه تحمیل رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان خصم یا مرگ حتمی آنها یا تشدید رنج و درد کسانی که معلول شده‌اند و یا بواسطه ایراد صدمات بیش از حد، نامشروع است. اغلب قضات دیوان، التفات لازم به این اصل نداشته، به ارزیابی کلی پرداخته‌اند.^{۱۷۸}

177. See H.P. Gasser, *International Humanitarian Law: An Introduction*, Henry Dunant Institute, Haupt, 1993, at 60-61.

178. See e.g., *Opinion, Separate Opinion of Judge Fleischhauer*, para. 2; *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, at 19 ff; *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, at 48. But See *Dissenting Opinion of Judge Higgins*, paras. 12-18 and 24.

(۳-۴) شرط مارتنس^{۱۷۹}

بنا به پیشنهاد نماینده روس، مارتنس، در اولین کنفرانس صلح لاهه در ۱۸۹۹، فورم‌ولی به مقدمه کنوانسیون دوم^{۱۸۰} اضافه گردید، و بعداً نیز در مقدمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ گنجانده شد، که مقرر می‌دارد:

تا زمانی که مجموعه قوانین کامل‌تری راجع به حقوق جنگ جریان یابد، طرفین معظمین قرارداد مصلحت می‌دانند تا اعلام نمایند که، درخصوص مواردی که در مقررات تصویب شده توسط آنان گنجانده نشده است، سکنه و متخصصین تحت حمایت و حاکمیت اصول حقوق ملل، که از عرف‌های مسلم میان افراد متمدن، از قوانین انسان دوستانه، و ندای وجدان عمومی ناشی می‌شود، باقی می‌مانند.

در تدوین پروتکل‌های ۱۹۷۷ ژنو نیز این عبارت، با تغییرات و تفاوت‌هایی، در متن پروتکل اول (بند ۲ ماده ۱) و مقدمه پروتکل دوم، گنجانده شد و به موجب آن

179. Martens clause.

180. Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 29 July 1899, reprinted in Schindler and Toman (eds.), supra note 146, at 57.

اگر قاعده خاصی در حقوق قراردادی وجود نداشته باشد، متخصصین همچنان مشمول حمایت و اقتدار حقوق عرفی، اصول انسان دوستانه و ندای وجدان عمومی خواهند بود.

گفته می‌شود که در توسعه اندیشه مجرمیت جنگی، عبارت مارتنس، «که توسط جامعه بین‌المللی به عنوان بیانگر اصولی پذیرفته شده است که اساس حقوق جنگ را تشکیل می‌دهند، مبنای حقوقی برای مفهوم موسعی از مجرمیت جنگی فراهم آورده است».^{۱۸۱} این شرط در معاهدات مربوط به حقوق بشر دوستانه از اهمیت زیادی برخوردار است.^{۱۸۲} دادگاه نظامی ایالات متحده در نورمبرگ، در ۱۹۴۸، در پرونده کروپ، این شرط را به عنوان معیاری معرفی می‌نمایند که، چنانچه مقررات صریح قراردادی مورد خاصی را پوشش ندهد، باید اجرا گردد.^{۱۸۳} دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده کانال کورفو «ملاحظات

181. G.I.A.D. Draper, "The Modern Pattern of WAR Criminality", in: War Crimes in International Law (Y. Dinstein and M. Tabory, eds., 1996), at 153.

182. See S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", in: Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, ICRC, Geneva, 1984, at 433 - 444.

183. See Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 22-23.

بنیادین انسانیت» را مبنای رأی خویش قرار داده است.^{۱۸۴} اهمیت شرط مارتنس، در رأی مشورتی مورد بحث این مقاله نیز اینگونه مورد تأیید دیوان قرار گرفته است: «وجود مستمر و قابلیت اجرایی آن نباید مورد تردید واقع شود».^{۱۸۵} به عقیده دیوان، این شرط «ثابت کرده است که وسیله مؤثری برای مورد توجه قرار دادن تحول سریع تکنولوژی نظامی می‌باشد».^{۱۸۶}

بر همین اساس است که دیوان استمرار اجرای اصول حقوق بشر دواستانه را به کلیه سلاح‌های جدید، از جمله سلاح‌های هسته‌ای، مورد تأکید قرار می‌دهد، و خاطرنشان می‌سازد که هیچ دولتی این امر را مورد مناقشه قرار نداده است. اما سؤال اساسی که دیوان از پاسخ صریح به آن می‌گریزد این است: آیا ملاحظاتی همچون اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی، به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را در کلیه شرایط و اوضاع و احوال ممنوع نمی‌سازد؟ مگر نه این است که بنا به تصریح خود

184. Corfu Channel Case, supra note 152.

185. Opinion, para. 87.

186. Id., para. 78.

دیوان، در فقد ممنوعیت صریح کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در حقوق قراردادی یا عرفی، باید شرط مارتنس را اجرا نمود؟ آیا نتیجه اجرای معیارهای مندرج در آن بلامتکلیفی در اعلام مشروعیت و یا عدم مشروعیت سلاح‌های هسته‌ای است؟!

به نظر قاضی شهاب‌الدین، شرط مارتنس اقتداری را فراهم ساخته است تا اصول انسانیت و ندای وجدان عمومی به عنوان اصول حقوق بین‌الملل که باید در پرتو اوضاع و احوال در حال تغییر احراز شوند، تلقی گردند.^{۱۸۷}

(۴-۴) اصل تناسب

یکی دیگر از اصول حقوق بشردوستانه، اصل تناسب می‌باشد که ریشه در حقوق عرفی دارد. به موجب این اصل، انجام حمله‌ای که تلفات جنبی مورد انتظار آن در مقایسه با ارزش هدف نظامی بیش از حد باشد، ممنوع است.^{۱۸۸} این‌که دیوان هیچ اشاره مستقیمی به این اصل، به عنوان یکی از اصول حقوق بشردوستانه، نمی‌نماید

187. Id., Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 22.

188. F.D. Mulinen, Handbook on the Law of War for Armed Forces, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, at 92.

جاي تعجب است. مع الوصف، تني چند از قضاات ماهيت عرفي آن را، به شكلي، مورد تأكيد قرار داده اند.^{۱۸۹}

گرچه قاعده تناسب در منابع قراردادي حقوق بشردوستانه صريحاً ذكر نشده است، اما در مقررات زيادي از اين اسناد انعكاس دارد؛ از جمله در مواد ۲۲ و ۲۳ مقررات منضم به كنوانسيون چهارم ۱۹۰۷ لاهه و مواد متعددي از پروتكل اول ژنو ۱۹۷۷، بويژه در مواد ۵۱ و ۵۷ آن، كه هر نوع حمله اي را كه صدمات جاني و يا خسارات مالي ناشي از آن به غيرنظاميان، «نسبت به دستاوردهاي عيني و مستقيمي كه انتظار آن مي رود زياده از حد باشد»، كوركورانة قلمداد يا منع مي نمايد.

همانطور كه در مبحث مربوط به حقوق ناظر به استفاده از زور اشاره شد، قاعده تناسب، كه مبتني بر منع انهدام نامحدود و يا حمله به افراد و اهداف غيرنظامي است، در رابطه با سلاح هاي موضوعيت مي يابد كه عدم ممنوعيت توسل به

189. See Opinion, Dissenting Opinions of Vice – President Schwebel, at 6; Judge Higgins, paras. 10 and 20; and Judge Weeramantry, at 51.

آنها قطعی بوده و، به علاوه، هدفی که برای حمله انتخاب شده است نیز هدفی نظامی، در چارچوب مفهوم حقوق بشردوستانه، باشد. به این ترتیب، اگر تلفات جنبی غیرنظامی یک هدف مشروع با هدف نظامی خاص حمله نامتناسب باشد، چنین هدفی نمی‌تواند مورد حمله قرار گیرد.

وقتی در رابطه با سلاح‌های قانونی اصل تناسب لازم‌الرعایه است، در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، که اصل مشروعیت توسل به آنها مورد مناقشه می‌باشد، این قاعده باید به طریق اولی حکم فرما باشد. به علاوه این سلاح‌ها، با آثار دهشتناکی که کاربرد آنها در نسل‌های آتی و محیط زیست آینده بشر بر جای می‌گذارد، ذاتاً کورکورانه بوده و به طور اجتناب‌ناپذیری منجر به چنان پیامدهای فاجعه‌بار و صدمات جانی و مالی بر غیر نظامیان می‌گردند که زیاده از حد بوده و به هیچ وجه با دستاورد نظامی مشخص استفاده از آنها قابل مقایسه نمی‌باشد.

قاضی هیگینز که سعی دارد تا به نوعی توسل به سلاح‌های هسته‌ای را با اصول

حقوق بشردوستانه توجیه نماید، مدعی وجود چشم اندازهای خیلی محدودی می‌شود که دولت‌ها قادرند مقتضیات این حقوق را، در صورت بکارگیری سلاح‌های هسته‌ای، رعایت نمایند.^{۱۹۰} اما اگر سلاح‌های هسته‌ای دارای ویژگی‌ها و آثاری می‌باشند که در وصف دیوان آمده است، معلوم نیست که چگونه استفاده از سلاحی این‌گونه می‌تواند تأمین کننده مقتضیات بشردوستانه باشد! قاضی مذکور توجه خاص خویش را معطوف به آن سری از مقررات حقوق بشردوستانه می‌سازد که رزمندگان، و نه افراد کشوری، مورد حمله قرار گیرند و درد و رنجی را که به رزمندگان تحمیل می‌شود به عنوان «غیر ضروری»^{۱۹۱} و صدمات جنبی وارده بر غیرنظامیان را به عنوان «بیش از حد»،^{۱۹۲} نه فقط در مفهوم مطلق بزرگی بلکه از جهت درجه تناسب آنها با اهداف عملیات نظامی و یا نفع نظامی مورد انتظار، توصیف می‌نماید.^{۱۹۳}

آنچه که غالباً مورد استدلال واقع

190. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, paras. 21 and 26.

191. Superfluous.

192. Excessive.

193. Id., para. 12 ff.

شده است این‌که، به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای تاکتیکی کوچک دارای بار کم، علیه اهداف نظامی و دور از مراکز سکونت غیر نظامیان، ضرورتاً مغایر با اصول بشردوستانه، از جمله اصل تناسب، نمی‌باشد.^{۱۹۴}

(۵) حقوق بی‌طرفی

دولتی که در جنگ بین دول ثالث موضع بی‌طرفانه اتخاذ می‌نماید، دارای حق اساسی مصونیت از تعرض به قلمرو خویش و مصونیت از اعمال طرفه‌ای مخاصمه است. تعدادی از دولت‌ها توسل به سلاح‌های هسته‌ای را مغایر با اصل بی‌طرفی، که جزئی از حقوق بین‌الملل عرفی است، قلمداد نموده‌اند.^{۱۹۵} اما دیوان، ضمن بررسی اجمالی استدلال مطروحه در این خصوص، به درستی، بیان می‌دارد:

... تردیدی وجود ندارد که در حقوق بین‌الملل اصل بی‌طرفی، فارغ از محتوای آن، که از ماهیتی بنیادین همانند اصول و قواعد بشردوستانه

194. See McCormack, supra note 106, at 85.

195. See Opinion, para. 88.

برخوردار است، (بر طبق مقررات مربوطه منشور ملل متحد) نسبت به کلیه مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، صرفنظر از نوع سلاح‌هایی که ممکن است به کار گرفته شود، اعمال‌پذیر می‌باشد.^{۱۹۶}

۵ - ناتوانی دیوان در اعلام عدم مشروعیت کلیه موارد توسل به سلاح‌های هسته‌ای

موضوع مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، به شکلی مبهم و بحث‌انگیز، در بند E (۲) ۱۰۵ تصمیم دیوان متجلی شده است. در این مبحث، ضمن بیان چگونگی شکل‌گیری بند مورد بحث و فهم و برداشتهای مختلف از آن، به بررسی وظیفه دیوان در بیان حقوق موجود و دلایل آن در استنتاج فوق، که در واقع به مفهوم « معلوم نیست» می‌باشد، می‌پردازیم.

الف - چگونگی شکل‌گیری کمترین اکثریت

ممکن

بند E (۲) ۱۰۵، بویژه عبارت دوم آن، مبهوت‌کننده و تا حدودی تصنعی بنظر می‌رسد. در بخش نخست این بند، دیوان عدم

196. Id., para. 89.

مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای را مورد تأیید قرار می‌دهد اما، در بخش دوم آن، در وضعیت حاد دفاع مشروع توسط دولتی که بقای آن در خطر می‌باشد، نمی‌داند که وضع چگونه است.

در حالی که در اعلامیه‌ها، نظرات مخالف یا جداگانه اکثر قضات دیوان، فارغ از اینکه با تمام تصمیم دیوان موافقت کرده یا علیه هر یک از بندهای آن رأی داده باشند، انتقادات شدید و بی‌شماری علیه هر نوع مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای یافت می‌شود، چگونه آن دیدگاه‌ها به این نظر نهایی منتج شده است جای تعجب دارد. بررسی اجمالی و دسته‌بندی مواضع قضات در رأی دادن به این بند، و دیدگاه‌های متخذه توسط یکایک آنان در نظرات و اعلامیه‌های جداگانه، می‌تواند عمق تشتت و تغییر آراء را به تصویر کشد.

از پانزده کرسی دیوان، یکی خالی است. از چهارده تن قاضی حاضر، هفت تن، که رئیس نیز جزء آنان است، به بند مورد مناقشه رأی مثبت می‌دهند، و هفت تن باقیمانده نیز رأی‌شان منفی است. به این

نقد و بررسی نظر مشورتی ... ❖ ۱۰۳

ترتیب، این بند، با حداقل اکثریت ممکن، به تصویب می‌رسد. اگر در پی جویی چگونگی شکل‌گیری بند مورد بحث، بررسی و تحلیل خود را به اظهارات و دیدگاه‌های فرد قضات مبتنی سازیم، نتیجه شگفت‌انگیز خواهد بود. زیرا در این بررسی پی‌خواهیم برد که تأیید عدم مشروعیت، در واقع، محدود به هفت تن قاضی، که به این بند رأی منفی داده‌اند، نیست و سه قاضی گروه اکثریت نیز، که بر این عقیده‌اند که توسل یا تهدید به کاربرد سلاح‌های هسته‌ای ممنوع یا مغایر با اصل تمایز و یا نفی حقوق بشردوستانه است، در آن سهم‌اند و، به این ترتیب، اکثریت قضات دیوان به کارگیری سلاح‌های هسته‌ای را نا مشروع می‌دانند.

مثلاً، یکی از قضات که جزء اکثریت می‌باشد، در نظر جداگانه خویش، اظهار می‌دارد: «سلاح هسته‌ای، از جهات زیادی، نفی ملاحظات بشردوستانه، که شالوده حقوق حاکم در مخاصمات مسلحانه را تشکیل می‌دهد، می‌باشد ... سلاح هسته‌ای نمی‌تواند اهداف نظامی و غیرنظامی را از هم تمیز

دهد».^{۱۹۷} به نظر قاضي ديگري از اكثريت، « اصول اساسي حقوق بشردوستانه بين‌المللي ... مطلقاً و صراحتاً کاربرد سلاح‌هاي داراي قدرت نابودي وسيع، كه شامل سلاح‌هاي هسته‌اي مي‌باشد، را ممنوع مي‌نمايد».^{۱۹۸}

حتي خود رئيس الجزايري ديوان، قاضي بجاوي، كه رأي تعيين‌كننده وي بزرگ‌ترين فرصت تاريخي را از جامعه بين‌المللي، در ممنوع ساختن كامل سلاح‌هاي هسته‌اي در كليۀ شرايط، گرفت، سلاح هسته‌اي را داراي ماهيت آسيب‌رساني كوركورانۀ مي‌داند كه « بواسطۀ نفس ماهيت وجودي خود حقوق بشردوستانه را، كه حقوق حاكم بر بصيرت در کاربرد سلاح‌ها است، تضعيف مي‌نمايد».^{۱۹۹} به عقيدۀ وي بقاء يك دولت نمي‌تواند برحق بشريت به بقاء تقدم گيرد.^{۲۰۰}

به اين ترتيب، ملاحظه مي‌گردد كه ده تن از قضاات در اصل عدم مشروعيت توسل يا تهديد به کاربرد سلاح‌هاي هسته‌اي را به

197. Id., Separate Opinion of Judge Fleischhauer, para. 2.

198. Opinion, Declaration of Judge Herczegh, at 1.

199. Opinion, Declaration of President Bedjaoui, para. 20.

200. See Mohr, supra note 2, at 101.

شکلی پذیرفته‌اند و، در نتیجه، بند مورد مناقشه منعکس‌کننده تمایل و برداشت فردی قضات نیست.

واقعیت این است که دیوان در پاسخ به سؤال مطروحه، که هرچند حقوقی است اما از ماهیت سیاسی بسیار قوی نیز برخوردار می‌باشد، با مشکلات جدی مواجه است. به نظر کندرلی، دیوان می‌دانست که گرفتن جانب‌ه‌ریک از دو طرف برایش گران تمام خواهد شد. لذا در ظاهر امر وضع بینابینی را اتخاذ نموده است، و آن این‌که قادر نیست مرز بین موارد مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای و موارد عدم مشروعیت آن را دقیقاً ترسیم نماید. به عقیده وی، مصالحه صورت ظاهر قضیه است.^{۲۰۱}

ب - تفاسیر و برداشتهای مختلف از بند

بحث انگیز

کلمات و عبارات به کار گرفته شده، در بند مورد بحث، در معرض تفسیرهای مختلف و متفاوت قرار گرفته است.

201. L. Condorelli, "Nuclear weapons: a weighty matter for the International Court of Justice - JURA NON NOVIT CURIA?" International Review of the Red Cross, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 11.

قدرتهای هسته‌ای، همچون ایالات متحده آمریکا و انگلیس، از نظریه دیوان این استنباط را کرده‌اند که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای می‌تواند در حقوق بین‌الملل مجاز باشد و این‌که، این نظریه، به هیچ وجه بر سیاست دفاعی آنان تأثیری نمی‌گذارد.^{۲۰۲} واقعیت این است که اعلام بلا تکلیفی، توسط اکثریت دیوان، تصمیمی است که براساس آن امکان کاربرد قانونی سلاح‌های هسته‌ای در «یک وضعیت حاد دفاع از خود»، منتفی نمی‌باشد.

یکی از صاحب نظران برای رفع تناقض بین دو بخش بند مورد بحث، بخش نخست آن را اینگونه تفسیر نموده است: حتی بدون در نظر گرفتن بخش دوم، دیوان نمی‌خواهد بگوید که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در کلیه موارد مغایر با حقوق مخاطمات مسلحانه است.^{۲۰۳} دیدگاه دیگری، نظریه دیوان را به طور کلی منعکس‌کننده وضعیت حقوق می‌داند و اعلامیه‌ها و نظریات جداگانه و مخالف قضات را بیانگر تنوع

202. See Mohr, *supra* note 2, at 101.

203. C. Greenwood, "The Advisory Opinion on nuclear weapons and the contribution of the International Court to international humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, No. 316, Jan. - Feb. 1997, at 74.

آراء در جامعه حقوقی بین‌المللی برمی‌شمارد.^{۲۰۴} به نظر فوجی‌تا دکتترین سیاسی ارزیابی حقوقی موضوع را در رأی مشورتی تحت تأثیر قرار داد.^{۲۰۵}

دیوان، در این عبارت از تصمیم خود، اعلام می‌دارد که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای علی‌الاصول مغایر با مجموعه‌ای از اصول اساسی حقوق بشر دوستانه می‌باشد اما دلایل کافی، برای این نتیجه‌گیری که استفاده از چنین سلاح‌هایی در هر وضعیتی قانوناً ممنوع است، در اختیار ندارد. زیرا که گروه فوق‌العاده مهمی از دولتها آشکارا سیستم‌های هولناک بازدارندگی هسته‌ای ایجاد نموده‌اند و، نه تنها از مورد توجه قرار دادن هرگونه ممنوعیت قراردادی خاص امتناع ورزیده‌اند، بلکه به طور منسجم و پیگیر از شکل‌گیری و تقویت هر قاعده کلی حقوق بین‌الملل که چنین ممنوعیت خاصی را دربرداشته باشد جلوگیری نموده‌اند.

اما اریک دیوید می‌گوید، از آنجا که

204. J.H. McNeill, "The International Court of Justice Advisory Opinion in the Nuclear Weapons Cases: A first appraisal", *International Review of the Red Cross*, No. 316, Jun.-Feb. 1997, at 105.

205. Fujita, *supra* note 70, at 63.

دیوان، علیرغم اختیاری که برای خودش، به عنوان يك ارگان قضایی، در بیان حقوق ادعا نموده است و در آن سمت «فقط براساس حقوق اظهارنظر می‌کند»، نمی‌تواند قلمرو قاعده منع‌کننده را در فرضیه مورد بحث مشخص سازد، ما منطقاً می‌توانیم این نتیجه را بگیریم که تنها قاعده صحیح، عدم مشروعیت کلی سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد. به نظر وی، دیوان در بخش نخست بند مورد بحث «حقوق را بیان می‌نماید»، اما در بخش دوم، نسبت به حقوق ادعای جهل می‌کند. بنابراین، این عبارت فاقد هرگونه دلالتی است و این تصمیم، به خودی خود، به هیچ وجه، مفید هیچ‌گونه دلالتی، نیست.^{۲۰۶} به عبارت دیگر، «بند فرعی دوم نه چیزی به عدم مشروعیت کلی مورد تأیید در بند فرعی اول می‌افزاید و نه چیزی از آن می‌کاهد. آن فقط تردیدهای دیوان را برملا می‌سازد»، و «بنابراین، پس از ناامیدی لحظه‌ای اولیه، متخصصین حقوق بشردوستانه بین‌المللی ممکن است به آسانی متمایل به

206. David, supra note 6, at 33.

قبول رأی شوند».^{۲۰۷}

به نظر می‌رسد که اگر واژه «generally» در عبارت نخست از بند E (۲) ۱۰۵، در معنای «کلاً» یا «به طور کلی» به کار گرفته شده باشد، در این صورت دیوان به نتیجه‌ای هماهنگ با این نظریه که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در هر شرایطی ممنوع است می‌رسد. اما عبارت دوم این بند حکایتی جز این دارد و آن این‌که واژه مذکور در مفهوم «قاعدتاً» یا «علی‌الاصول» به کار گرفته شده است و دیوان، که «نمی‌تواند از حق اساسی هر دولتی برای بقاء و بنابراین حق آن برای توسل به دفاع از خود، برطبق ماده ۵۱ منشور (...) چشم‌پوشد»،^{۲۰۸} وجود استثناء بر قاعده کلی را، در «شرایط حاد دفاع از خود که حیات و بقای دولتی در معرض خطر قرار می‌گیرد»،^{۲۰۹} منتفی نمی‌داند.

فارغ از این‌که چه تفسیری از عبارت مورد بحث دیوان به عمل آید، یک امر قطعی است و آن این‌که قدرتهای هسته‌ای به

207. Id., at 34.

208. Opinion, para. 96.

209. Id., para.105 (2) E, clause 2.

خواست خود نایل آمدند. زیرا، صرف این‌که دیوان نتوانست به این تصمیم برسد که توسل به سلاح‌های هسته‌ای در هر صورت ممنوع می‌باشد، به منزله شکست کامل طرفداران عدم مشروعیت می‌باشد که به خواست خویش، در اخذ رأی دیوان مبنی بر این‌که قدرتهای هسته‌ای در هیچ شرایطی محق به استفاده از سلاح‌هایی که در اختیار دارند نمی‌باشند، نرسیدند.

ج - وظیفه دیوان به بیان حقوق موجود

دیوان خود را متکفل بیان حقوق موجود و عدم قانونگذاری می‌داند و اظهار می‌دارد که «تکلیفش عبارت است از پرداختن به وظیفه قضایی متعارف خود در احراز وجود یا عدم وجود اصول و قواعد حقوقی حاکم» و، در این مقام، یعنی بیان و اجرای حقوق موجود، ناگزیر می‌باید قلمرو آن را مشخص سازد و، گاهی اوقات، جهت کلی‌گرایی آن را ترسیم نماید.^{۲۱۰} اما در تصمیم نهایی، دیوان ناتوانی خویش را در بیان این‌که چه رژیم حقوقی در مورد فعالیت خاصی به کار می‌رود؛ چه

210. Id., para.18.

چیزی قانونی است و چه چیزی غیرقانونی؛
چه چیزی مجاز است و چه چیزی ممنوع،
اعلام می‌دارد.

بعضی، عمل دیوان را در چارچوب دانش
و اطلاعات حقوقی و قضایی آن، با این
نتیجه‌گیری قابل توجیه نمی‌دانند.^{۲۱۱} طبق
این دیدگاه، دیوان وقتی در حال انجام
وظیفه قضایی خویش است که دقیقاً مشخص
سازد آیا رفتار خاصی مشروع است یا
نامشروع، اما وقتی بالصراحه اعلام
می‌دارد که وضعیت حقوقی را در فرض معینی
نمی‌داند، در واقع، در حال انجام آن
وظیفه نیست.

از دیوان خواسته شده است تا یکی از
دو سؤال زیر را، با توجه به استدلال‌های
متغییری که وجود دارد، پاسخ دهد: آیا
کاربرد یا تهدید به سلاح‌های هسته‌ای در
کلیه شرایط غیرقانونی است؟ آیا تهدید
یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای، در بعضی
شرایط استثنایی، می‌تواند مجاز باشد؟
انتظاری که، در بادی امر، از دیوان
وجود دارد این است که «وضع حقوق» را
بیان نماید و این‌که، کدام نظریه معتبر

211. See e.g., Condorelli, supra note 201, at 11.

و کدام يك فاقد اعتبار است، کدام ايده صحيح و کدام يك مردود مي‌باشد. اما ديوان ادعا مي‌نمايد كه وضع حقوق و موضوع به‌گونه‌اي است كه اجازه و امكان تصميم‌گيري در خصوص مورد را نمي‌دهد.

اين براي نخستين بار در حيات ديوان است كه نسبت به مفاد قاعده‌اي در يك تئوري بالفعل و خاص ادعاي جهل مي‌شود. همانطور كه چند تن از قضات ديوان نيز اظهار داشته‌اند، نتيجه عبارت مي‌باشد از يك «non-liquet». ۲۱۲

اريك ديويد معتقد است كه ادعاي اكثريت ديوان يك استدلال حقيقي را تشكيل نمي‌دهد. وي مي‌گويد هر دانشجويي كه در برابر ممتحنين خود اعتراف مي‌نمايد كه محتواي اين و يا آن قاعده را نمي‌داند، در واقع، به جهل خود اعتراف مي‌نمايد و در اقدامي اين‌گونه او در مقام بيان حقوق نيست. حقوق تنها آن است كه تأييد مي‌شود كه چنين است، و هر مسأله ديگر صرفاً يك حالت ذهني، عاري از محتوا و به دور از واقعيت، مي‌باشد. ۲۱۳ قاضي هيگنيز

212. See Opinion, Dissenting Opinions of Vice-President Schwebel, at 8; Shahabuddeen, at 10; and Higgins, at 1; Declaration of Judge Vereshchetin, at 1.

213. David, supra note 6, at 32-34.

نیز نتیجه‌گیری بینابین نه مشروع و نه نامشروع را، توسط دیوان، سزاوار انتقاد می‌داند و می‌گوید دیوان نباید خود را به کلی گویی‌ها محدود سازد.^{۲۱۴}

اما، در تأیید استدلال برخی از قضات دیوان،^{۲۱۵} به نظر می‌رسد که استنتاج «معلوم نیست» توسط دیوان، منافاتی با وظیفه آن در بیان حقوق موجود ندارد و، در این خصوص، باید بین صلاحیت ترافیکی و صلاحیت مشورتی آن قائل به تفکیک گردید. همانطور که اشاره شد، دیوان وظیفه خود را، در پرونده حاضر احراز وجود و یا عدم وجود اصول و قواعد حقوقی اعمال‌پذیر در مورد تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای می‌داند و این، برخلاف مورد اعمال صلاحیت ترافیکی و حل منازعاتی که در نزد آن مطرح شده است، لزوماً بدان معنا نیست که تصمیم قطعی درخصوص مورد اتخاذ نماید.

بر طبق این دیدگاه، در موارد مشورتی هیچ اختلافی وجود ندارد تا مورد تصمیم واقع شود. به هنگام صدور نظریه

214. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 25.

215. See e.g., Declaration of Judge Vereshchetin, at 1.

مشورتي، ديوان اساساً در موضع يك مشاور
حقوقی عمومي است که موکلانش را در مورد
اینکه حقوق چیست مشورت می‌دهد. در این
نقش، ديوان قانوناً می‌تواند موکلانش را
مشورت دهد که خلأیی در حقوق وجود دارد و
یا اینکه حقوق در رابطه با نکته خاصی
غیر واضح است.^{۲۱۶} دیدگاه مزبور قابل دفاع
به نظر می‌رسد. اما قاضی هیگینز، ضمن
انتقاد از ديوان و اینکه دلیلی برای «
معلوم نیست» وجود نداشته است می‌گوید:
وظیفه قضایی دقیقاً این است که اصول
دارای قابلیت اجرای کلی را برگزیند
تا مفهوم آنها را بسط داده، آنها را
نسبت به وضعیت‌های خاص به کار برد.
این دقیقاً نقش ديوان‌های بین‌المللی،
چه در رسیدگی‌های قضایی و چه در
رسیدگی‌های مشورتي، می‌باشد.^{۲۱۷}

**د - ارزیابی دلایل ديوان برای استنتاج
«معلوم نیست» و توجیه بلاتکلیفی خویش**
ديوان «حق بنیادین هر دولتي برای
بقاء»^{۲۱۸} را عاملی کلیدی در توجیه

216. Id.

217. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 32.

218. Opinion, para. 96.

ناتوانی خویش در اتخاذ تصمیم راجع به مشروعیت یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «یک وضعیت حاد دفاع از خود که در آن خود بقای دولت در خطر می‌باشد»^{۲۱۹} تلقی می‌نماید.

همان‌طور که قاضی رانجوا در نظر جداگانه خویش اشاره می‌نماید،^{۲۲۰} چنین حقی، که از نظر دیوان مبنای امکان یا احتمال مشروعیت توسل به سلاح‌های اتمی را تشکیل می‌دهد، قبلاً هرگز شنیده نشده است و اصطلاح جدیدی است که متأسفانه توسط دیوان تعریف نشده و قلمرو آن مشخص نگردیده است. حق بقاء چگونه حقی است که دیوان، علیرغم اذعان به این‌که سلاح‌های هسته‌ای قاعده‌تاً مغایر با اصول و قواعد حقوق بشر دوستانه می‌باشد، امکان مشروع بودن آنها را منتفی نمی‌داند؟ آیا منظور این است که دولتی در خطر باشد یا این‌که سرزمینش اشغال و یا تجزیه شود؟

این تصمیم دیوان در تناقض با یافته‌های آن در متن نظر مشورتی است.

219. Id., paras. 97 and 105 (2) E, clause 2.

220. Id., Separate Opinion of Judge Ranjeva, at 6.

تردید دیوان، پس از تصدیق این واقعیت که سلاح‌های اتمی ممکن است موجب نابودی نوع بشر شود، در اعلام این‌که حتی لزوم بقای یک دولت مورد تجاوز نمی‌تواند کاربرد سلاحی را توجیه نماید که ممکن است به نابودی استفاده‌کننده از آن نیز منجر شود، جای تعجب دارد. اگر حقوق بشر دوستانه منع‌کننده خواست دولتهاست و اگر توسل به سلاح‌های اتمی ممکن است به ناپدید شدن کامل زندگی از سیاره منتهی شود، در این صورت تصور این‌که دولتها بتوانند قاعده‌ای را بپذیرند که هم به خودکشی خودشان و هم به خودکشی دولتی که بر آن است تا از خود حمایت نماید منجر شود، بسیار دشوار است.^{۲۲۱} بطلان چنین فرضیه‌ای لزوم پاسخ منفی به مسأله مطروحه در نزد دیوان، و عدم جواز توسل به سلاح‌های هسته‌ای، حتی در وضعیت حاد دفاع مشروع، را آشکارتر می‌سازد. به علاوه، چه تضمینی وجود دارد که توسل به این سلاح‌ها همواره یک طرفه و توسط دولت در مخاطره صورت پذیرد؟ آیا دولت طرف متقابل حق ندارد، به طریق اولی، از

221. Opinion, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, at 34-35.

چنين مجوزي براي مقابله با يك اقدام هسته اي، كه خطري قطعي براي نابودي خود، كشور و مردمش مي باشد، برخوردار گردد؟
جاي شگفتي است كه ديوان، با وجود اذعان به قدرت ويرانگر و نابودكننده سلاح هاي هسته اي، كه در فضا و زمان مهار ناشدني بوده توان نابودي تمام تمدن و كل اكوسيستم را دارند، نقش كليدي را در استدلال خود به «حق بنيادين هر دولتي براي بقاء» و بنا بر اين، حق آن به «توسل به دفاع از خود (...) زماني كه بقاء آن در خطر است»، مي دهد. در انتقاد از يافته ديوان، قاضي شهاب الدين مي گويد: «... يك دادگاه جهاني بايد قانوناً خود را ملزم ببيند تا به اين نتيجه برسد كه يك دولت حق دارد، حتي در شرايط محدود، سياره را به نابودي كشاند!»^{۲۲۲} چگونه ممكن است حقوقي، كه بايد همزيستي مسالمت آميز و همكاري سازنده اعضاي اجتماع را ممكن سازد، عملي را مشروع گرداند كه به نابودي كل آن جامعه منجر گردد؟!
اعطاي حق بقاء به يك دولت، فارغ از

222. Id., at 34.

اصول حقوق بشردوستانه و با معافیت از رعایت مقررات مربوط به رفتار جنگی، در موارد حاد دفاع مشروع، این زمینه را فراهم می‌سازد تا هر دولتی حق بقاء خویش را بهانه و پوششی برای نقض قواعد حقوق بشردوستانه قرار دهد و، به این ترتیب، بسترهای لازم برای خطرات و تهدیدات بالقوه برای کل بشریت مهیا گردد. این ادعا که تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «وضعیت حاد دفاع از خود»، استثنایی بر شمول و قابلیت اجرایی بی‌چون و چرای حقوق بشردوستانه می‌باشد، مردود بوده، نه تنها «دفاع از خود» بلکه «وضعیت حاد دفاع از خود» هم نمی‌تواند عدم اجرای یکسان این حقوق را توسط طرفین، در هیچ وضعیتی، توجیه نماید.

برخلاف قواعد و مقررات مربوط به حقوق بشر، که ممکن است بعضاً در شرایط اضطراری محدود و یا معلق شوند،^{۲۲۳} لزوم رعایت و اجرای اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی به هیچ وجه

223. See generally J. Oraa, Human Rights in States of Emergency in International Law, Clarendon Press, Oxford, 1992.

استثناء پذیر نبوده، باید در کلیه شرایط و در مورد کلیه مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، فارغ از منشأ یا ماهیت آن، از جمله مخاصماتی که یک طرف به دفاع مشروع استناد می‌نماید و طرف دیگر مخاصمه متجاوز است، اجرا شود.^{۲۲۴} ماهیت این حقوق، که اصولاً برای اجرا در شرایط حاد و اضطراری جنگ بوجود آمده است،^{۲۲۵} قابلیت اجرایی یکسان آن را نسبت به قربانی و متجاوز، اقتضاء می‌نماید. اعمال حق ذاتی دفاع مشروع فردی و جمعی، به رسمیت شناخته شده توسط منشور، به هیچ وجه نمی‌تواند در تغایر با اصول بشردوستانه صورت پذیرد و برخلاف دیدگاهی که، در گذشته، گاهی درباره تقدم ضرورت بر حقوق مطرح شده است، امروزه تردیدی وجود ندارد که نمی‌توان به دلایل ضرورت، حتی در وضعیت دفاع مشروع، حقوق بشردوستانه را نادیده گرفت. این حقوق

224. Protocol I, supra note 48, Preamble.

حمایت و شمول قواعد و مقررات بشردوستانه در مورد مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، در مقایسه با نوع بین‌المللی آن، محدودتر می‌باشد.

225. T. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, at 156; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, at 215.

چنین استثنایی را فقط در مورد ضرورت نظامی، در چارچوب خاص خود، پیش‌بینی نموده است.^{۲۲۶}

از طرف دیگر، اگر «حق بقاء» بتواند کاربرد وحشتناک‌ترین و ضدانسانی‌ترین سلاح موجود در دنیا را توجیه نماید، چرا چنین حقی نباید، به طریق اولی، در ارتباط با نقض‌های خفیف‌تر حقوق بشر دوستانه به رسمیت شناخته شود؟ به عبارت دیگر، چرا تهدید یا توسل به سلاح‌های هسته‌ای در «وضعیت حاد دفاع مشروع»، در حالی که خود دیوان صراحتاً توسل به چنین سلاح‌هایی را در اصل مغایر با قواعد حقوق بشر دوستانه می‌داند، مجاز باشد، اما کاربرد سلاح‌های دارای آثار مخرب و نابودکننده به مراتب کمتر، همچون سلاح‌های شیمیایی و یا میکروبی، توسط دولتی که بقای آن وابسته به استفاده از آنها است، مجاز نباشد؟ این تناقضی است که رفع آن تنها با منع توسل به سلاح‌های اتمی، در کلیه شرایط، قابل حل است.

226. See id., at 215-222; Y. Dinstein, "Military Necessity", in 3 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R. Bernhardt, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, at 274-276.

دیوان، عدم کفایت «عناصری از واقعیت که در دسترس آن می‌باشد»، و نیز آنچه که از آن تحت عنوان «وضعیت کنونی حقوق بین‌الملل من حیث المجموع» نام می‌برد، را دلیل ناتوانی خویش در نتیجه‌گیری قطعی درخصوص مشروعیت و یا عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های اتمی ذکر می‌نماید^{۲۲۷} و، در نتیجه، نه تنها در پشت عدم کفایت داده‌های واقعی و اطلاعاتی که برای آن شناخته شده است، پناه می‌گیرد، بلکه همچنین وضوحاً اعلام می‌دارد که ناتوانی‌اش در حصول نتیجه به ابهام در اطلاعات حقوقی مربوط به موضوع و، احیاناً، ضد و نقیض بودن آن برمی‌گردد.^{۲۲۸}

دیوان برای توجیه بن بست خویش، در اعلام نظر قطعی، و اثبات این مدعا که عناصری از واقعیات و اطلاعات حقوقی خاصی که در اختیارش می‌باشد از عدم قطعیت برخوردار بوده، و به علاوه حقوق بین‌الملل در وضعیت فعلی دارای ابهام و حالت بی‌ثبات می‌باشد، اظهار می‌دارد که سالیان زیادی است که بخش قابل ملاحظه‌ای

227. Opinion, para. 97.

228. See id., paras. 95-96.

از جامعه بین‌المللی به سیاست بازدارندگی وفادار مانده است. دیوان همچنین به حق شرط‌هایی اشاره می‌نماید که بعضی از دولتهای دارای سلاح‌های هسته‌ای به تعهداتی که، بویژه، برطبق پروتکل‌های معاهدات تلاتلکو و راروتونگا و نیز برطبق اعلامیه‌هایی که در رابطه با بسط نامحدود معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای سپرده‌اند، ضمیمه نموده و برطبق آنها حق توسل به این سلاح‌ها را، در مواردی، برای خود محفوظ داشته‌اند.^{۲۲۹}

درحالی‌که معاهده منع جامع آزمایش‌های هسته‌ای^{۲۳۰} و معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و معاهدات راجع به مناطق عاری از سلاح‌های هسته‌ای^{۲۳۱} و نیز قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی سازمان ملل متحد، از نگرانی روزافزون جامعه بین‌المللی در رابطه با تسلیحات اتمی

229. Id., para. 96.

230. Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT), adopted by General Assembly Resolution 50/245 of 20 September 1997.

چون این معاهده در زمان صدور نظر مشورتی به تصویب نرسیده بود، دیوان اشاره‌ای به آن نمی‌کند.

231. A nuclear-free zone is defined by General Assembly Resolution 34728 (xxx) of 11 December 1975. For more details see N. Pelzer, "Nuclear-Free Zones", in 4 Encyclopedia of Public International Law, ed. by R. Bernhardt, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, at 38-41.

حکایت دارند، و بسیاری از داده‌های حقوقی دلالت بر ناسازگاری این سلاح‌ها با قواعد بنیادین حقوق بشر دوسستانه می‌نمایند، و حتی خود رئیس دیوان تأکید می‌نماید که بقای يك دولت نمی‌تواند بر حق بشریت بر بقاء تقدم گیرد، دیوان می‌باید، در فقد يك ممنوعیت صریح، هماهنگ با استدلال قبلی‌اش، که توسل به سلاح‌های هسته‌ای را علی‌الاصول غیرمشروع می‌شمارد، به تجزیه و تحلیل شرایطی می‌پردازد که در آن شرایط این سلاح‌ها ممکن است مورد استفاده قرار گیرند و آنگاه به اعمال اصول حقوق بشر دوسستانه ذیربط مبادرت می‌ورزید.

بدون شك، در ارزیابی دقیق قابلیت‌ها و آثار سلاح‌های هسته‌ای و شرایط استفاده از آنها، پاسخ به این سؤالات در کانون هرگونه تجزیه و تحلیلی قرار می‌گیرد: آیا کاربرد سلاح‌های هسته‌ای در شرایط خاص موجب وارد ساختن رنج و درد غیرلازم بر رزمندگان می‌شود؟ آیا استفاده از این سلاح‌ها علیه غیرنظامیان در شرایط خاص کورکورانه خواهد بود؟ آیا توسل به این سلاح‌ها علیه اهداف نظامی ممکن است موجب

تلفات غیرمتناسب به نظامیان گردد؟ آیا به کارگیری این سلاح‌ها ممکن است موجب ورود خسارت به دولت بی‌طرف گردد؟ آیا کاربرد این سلاح‌ها با اصول انسانیّت و ندای وجدان عمومی سازگاری دارد؟

اگر دیوان در مقام بررسی ماهیت حقوقی اصول بشردوستانه، که به هیچ وجه با استفاده از سلاح‌های هسته‌ای قابل جمع نیست، برمی‌آمد و آنها را به عنوان اصول آمره و لازم‌الرعايه حقوق بین‌الملل تلقی می‌نمود و سپس تقدم این اصول را بر شرایط حاد دفاع از خود تبیین می‌نمود، در این صورت، نتیجه‌ای جز بلامتکلیفی حاصل می‌شد. اما پاسخ دیوان، به این‌که چرا به بررسی ماهیت حقوقی این اصول نمی‌پردازد، این است که مجمع عمومی چنین درخواستی را از آن به عمل نیاورده است.^{۲۳۲}

همچنین، اگر دیوان، به جای این‌که «حق بقاء» را عاملی اساسی در توجیه ناتوانی خویش برای تصمیم درخصوص مورد اعلام نماید، استدلال خود را عمدتاً، اگر نه به طور کامل، به قواعد و مقررات خاصی که صریحاً به سلاح‌های هسته‌ای مربوط

232. Opinion, para. 83.

می‌باشند مبتنی می‌ساخت و یک رژیم استثنایی را تنها در رابطه با این سلاح‌ها برقرار می‌کرد، بهتر می‌بود. مع الوصف، به عقیده یکی از صاحب نظران متن نظریه مشورتی، بویژه بند ۹۶ آن، برای تفسیری کاملاً متفاوت با آنچه که بند E (۲) ۱۰۵ به تنهایی بر آن دلالت دارد مفتوح است. برطبق این تفسیر، «حق بقاء» به عنوان دلیلی برای توجیه اعراض از حقوق بشر دوستانه در رابطه با سلاح‌های هسته‌ای، و نه به عنوان منبع حقوقی واقعی آن، می‌باشد، و بند ۱۰۴ نظر مشورتی، که در آن دیوان پاسخ خویش به سؤال مجمع عمومی را متکی بر کلیه دلایل حقوقی مطروحه در کلیه بندهای پیشین می‌داند و تأکید می‌نماید که استنباط هر یک از آنها باید در پرتو بقیه بندها صورت پذیرد، عدم ذکر این موضوع را در بند E (۲) ۱۰۵ آن جبران می‌نماید.^{۲۳۳}

۶- توصیه پایانی دیوان

دیوان، در آخرین بخش از بند پایانی نظر مشورتی خویش، به اتفاق آراء، مقرر

233. Condorelli, supra note 201, at 20.

می‌دارد: «تعهدی به ادامه توأم با حسن نیت مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای، در کلیه ابعاد آن، و به نتیجه رساندن آنها، تحت کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی، وجود دارد».^{۲۳۴} این یافته دیوان مبتنی بر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای می‌باشد، که به موجب آن: هر یک از طرفهای معاهده تعهد می‌نمایند تا مذاکرات توأم با حسن نیت را در خصوص تدابیر مؤثر مربوط به توقف مسابقه تسلیحات هسته‌ای، در اسرع وقت، و خلع سلاح هسته‌ای و انعقاد معاهده‌ای راجع به خلع سلاح جامع و کامل، تحت کنترل دقیق و مؤثر بین‌المللی، ادامه دهد.^{۲۳۵}

گرچه درخواست مجمع عمومی متضمن محتوای این بخش از نظر مشورتی نمی‌باشد و، به علاوه، وجود تعهد به انعقاد مذاکرات منتهی به خلع سلاح هسته‌ای در حقوق عرفی از وضع چندان مشخصی برخوردار نیست، مع الوصف، دیوان در مواجهه با

234. Opinion, para.105 (2) F.

235. NPT, supra note 102, Article VI.

مشکلات جدي در اجرائي حقوق ناظر به استفاده از زور و مهم‌تر از همه حقوق اعمال‌پذير در مخاصمات مسلحانه در مورد سلاح‌هاي هسته‌اي، اقدام به بررسي موضوع را در چارچوب وسيع‌تري ضروري تلقي مي‌نمايد. زيرا به عقیده ديوان در دراز مدت حقوق بين‌الملل و ثبات نظم بين‌المللي از اختلاف نظر دائم بر سر وضعيت حقيقي سلاح‌هاي کشنده‌اي نظير سلاح‌هاي هسته‌اي لطمه مي‌بيند و، در نتيجه، خلع سلاح جامع هسته‌اي ضروري‌ترين اقدامي است که بايد براي پايان بخشيدن به اين وضعيت صورت پذيرد.^{۲۳۶}

به عقیده ديوان، تعهد به مذاکره براي خلع سلاح هسته‌اي از يك تعهد صرف به نوع خاصي از رفتار فراتر رفته و تعهدي براي دستيابي به يك هدف مشخص، يعني خلع سلاح هسته‌اي در تمام ابعاد آن، مي‌باشد. ديوان نيل به اين هدف را مستلزم همکاري کليه دولتها مي‌داند؛ چه، معتقد است که اين تعهد مضاعف، يعني تعهد به ادامه مذاکرات و به نتيجه رساندن آنها، شامل ۱۸۲ دولت عضو معاهده منع گسترش سلاح‌هاي

236. Opinion, para. 98.

هسته‌ای و در واقع اکثریت قریب به اتفاق جامعه بین‌المللی می‌شود که در قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی لزوم خلع سلاح هسته‌ای را به اتفاق آراء مورد تصویب قرار داده‌اند.^{۲۳۷}

حتی اولین قطعنامه مجمع عمومی در اجلاس ۱۹۴۶ لندن،^{۲۳۸} که به اتفاق آراء به تصویب رسید، ایجاد کمیسیونی را پیش‌بینی می‌نماید که، از جمله، مأموریت دارد تا پیشنهادات مشخصی را برای محو تسلیحات هسته‌ای و دیگر سلاح‌های دارای قدرت نابودی وسیع ارائه نماید. دیوان با اشاره به این قطعنامه و قطعنامه‌های بی‌شمار دیگر، از جمله قطعنامه شماره ۸۰۸ سال ۱۹۵۴،^{۲۳۹} که به اتفاق آراء تدوین کنوانسیونی را به منظور منع کامل کاربرد و ساخت اینگونه سلاح‌ها و تغییر کاربری سلاح‌های هسته‌ای موجود مورد تأکید قرار می‌دهد، می‌خواهد قطعیت هرچه بیشتر و غیرقابل تردید بودن تعهد مورد بحث را به تصویر کشد و آن‌گاه، اهمیت اصل «حسن نیت» را در ایفای این تعهد با

237. Id., paras. 99-100.

238. General Assembly Resolution 1 of 24 January 1946.

239. General Assembly Resolution 808 A (IX) of 4 November 1954.

استناد به اسناد متعدد و نیز رویه خویش
مورد توجه قرار می‌دهد.^{۲۴۰}
به این ترتیب، دیوان، که از اعلام
صریح عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های
هسته‌ای، در کلیه شرایط، پفره رفته و با
ضعیفترین اکثریت ممکن، امکان به
کارگیری این سلاح‌ها را در وضعیت حاد
دفاع از خود تلویحاً منتفی نمی‌داند
درصدد برمی‌آید تا این خلأ را، با تأکید
زیاد بر تعهد جامعه بین‌المللی به انجام
مذاکرات منتهی به خلع سلاح کامل هسته‌ای،
اندکی جبران نماید. اما واقعیت این است
که تخلف از ایفای این تعهد حیاتی از
ضمانت اجرای لازم برخوردار نیست و تداوم
روند و موانع موجود حکایت از آن دارند
که انجام این تکلیف پیچیده و حساس
چندان آسان و امیدوارکننده نمی‌باشد.

۷- نتیجه

صرفنظر از هرگونه تفسیری که ممکن
است از نتیجه‌گیری دیوان در نظر مشورتی
آن، راجع به مسأله مشروعیت یا عدم
مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، به عمل

240. Opinion, paras. 101-102.

می‌آید استفاده از قید «generally»، در بخش نخست بند E (۲) ۱۰۵ نظر مشورتی، دلالت بر این دارد که دیوان احتمال و یا امکان وجود استثنایی بر اصل عدم مشروعیت توسل به این سلاح‌ها را منتفی نمی‌داند و بخش دوم بند مورد بحث چنین دلالت و استنباطی را قطعی می‌سازد. مضافاً این‌که، بندهای ۹۵ تا ۹۷ نظر مشورتی کاملاً منعکس‌کننده همین نتیجه‌گیری می‌باشند. بنابراین، هرگونه برداشت دیگری از بند E مزبور، و یا این ادعا که دیوان در بخش نخست این بند توسل به سلاح‌های هسته‌ای را کاملاً غیرقانونی اعلام داشته است، مغایر با دو بخش این بند، من حیث المجموع، و نیز بندهای دیگر مذکور است.

دیوان، در بررسی روشمند و جامع خویش در آن سری از منابع حقوق قراردادی که ممکن است سؤال مطروحه توسط مجمع عمومی را پوشش دهند، به این نتیجه می‌رسد که این حقوق در حال حاضر متضمن هیچ منع جامع و تحریم جهانی راجع به تولید، انباشت و توسل به سلاح‌های هسته‌ای نمی‌باشد. گرچه، برخلاف نظر دیوان،

نقد و بررسی نظر مشورتی ... ❖ ۱۳۱

می‌توان ممنوعیت ضمنی این سلاح‌ها را از برخی از این معاهدات استنباط نمود اما واقعیت این است که تلاش جامعه بین‌المللی، عمدتاً در چارچوب ملل متحد، در به ثمر رساندن معاهده‌ای که به طور کامل و صریح کاربرد سلاح‌های هسته‌ای را ممنوع سازد، تاکنون بی‌نتیجه مانده است. در قلمرو حقوق عرفی نیز نمی‌توان اعتقاد معدودی از دولتهای بسیار مهم را به رویه بازدارندگی در طی بیش از نیم قرن گذشته، و همچنین رأی منفی و مخالفت آنان را نسبت به قطعنامه‌های متعدد مجمع عمومی سازمان ملل متحد راجع به ممنوعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای، که عملاً از شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی در این خصوص جلوگیری به عمل آورده است، نادیده انگاشت. هرچند اصل ظهور و تجلی چنین باوری را، لااقل تا آنجایی که به بخش اعظم جامعه بین‌المللی مربوط می‌شود، نمی‌توان به خاطر مخالفت چند کشور، منکر شد.

نقش و اهمیتی که دیوان عملاً، در نظر مشورتی، برای اصول و مقتضیات حقوق بشر دوستانه بین‌المللی قائل شده است

قابل تأمل جدي است. حتي پس از ممنوعيت صريح منشور در مورد استفاده از زور، جز در مقام دفاع از خود، لزوم اجرا و رعايت قواعد و مقررات بشردوستانه در كليۀ مخاصمات بين‌المللي، صرفنظر از ماهيت آنها و اين‌که کدام دولت متجاوز و کدام يك قرباني تجاوز است، هرگز مورد مناقشه قرار نگرفته است. از اين‌رو، ديوان مي‌بايست شرايط و اوضاع و احوال استثنائي را که ممکن است تهديد يا توسل به سلاح‌هاي هسته‌اي هماهنگ با اصول و قواعد بشردوستانه باشد تبیین و مشخص سازد. زيرا اگر کاربرد مورد نظر از سلاحی نتواند مقتضيات اين اصول و قواعد را تأمين نمايد، توسل به آن قطعاً ممنوع است.

دقيقاً در اين نقطه است که دو انحراف اساسي از فهم و جايشگاه اصول عرفي حقوق بشردوستانه، يعني اصل تمايز، اصل ممنوعيت رنج و درد غير لازم، اصل تناسب، و اصل انسانيت و ندای وجدان عمومي، به وقوع مي‌پيوند: ديوان، از يك طرف، نمي‌تواند اين احتمال را رد کند که استفاده خاص از سلاح‌هاي هسته‌اي، در

نقد و بررسي نظر مشورتي ... ❖ ۱۳۳

وضعیت حاد دفاع از خود آنگاه که حیات دولتی در معرض خطر است، ممکن است مشروع باشد، حتی اگر چنین کاربردی در تغایر با اصول و مقتضیات بشردوستانه قرار گیرد و، از طرف دیگر، در واقع برای این اصول و الزامات، به جای نقش بازدارنده و منع‌کننده، نقش کمکی برای محدود ساختن شرایط و اوضاع و احوالی را قائل می‌شود که در آن وضعیتها ممکن است توسل به سلاح‌های هسته‌ای غیرقانونی نباشد. چون دیوان نمی‌تواند هیچ حالتی را به تصویر کشد که استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، همزمان با رعایت مقتضیات حقوق بشردوستانه، ممکن باشد، حق دفاع از خود را، در موارد بسیار محدود و استثنایی، مجوزی برای عدول از تعهدات عرفی ناشی از حقوق بشردوستانه اعلام می‌دارد.

دیوان با اشاره به روالی که تاکنون در رابطه با سلاح‌های دارای قدرت نابودی زیاد وجود داشته است، و آن این‌که تحریم آنها همواره توسط اسناد خاصی صورت پذیرفته است، صرف قدرت نابودکنندگی سلاح‌های هسته‌ای را، که به مراتب بیشتر از سلاح‌های غیرهسته‌ای ممنوعه می‌باشد، به

تنهائي براي غيرقانوني دانستن اين سلاح‌ها كافي نمي‌داند. اين در حالي است كه در بند ۳۶ نظر مشورتي به‌گونه‌اي اين معنا را القاء مي‌نمايد كه نوعي ارتباط بين ممنوعيت يا محدوديت استفاده از يك سلاح با ميزان قدرت انهدام و آثار مهلك آن وجود دارد و مهم‌تر اين‌كه ماده ۳۶ پروتكل اول ۱۹۷۷، طرفه‌اي متعاهد را ملزم مي‌سازد تا در هنگام تحقيق، توسعه، تملك و يا در اختيار گرفتن يك اسلحه، وسيله يا شيوه جديد جنگي تعيين نمايند كه آيا کاربرد آن در برخي يا در تمامي وضعيتها برطبق پروتكل يا ساير قواعد حقوق بشردوستانه بين‌المللي قابل اعمال، ممنوع است يا نه.

با توجه به اين‌كه در صورت وقوع هر حمله و يا مخاصمه مسلحانه شرايط استثنائي مخاطره‌آمизи كه تماميت ارضي، منافع حياتي ملي و امنيتي و يا بقاي دولتي را مورد تهديد قرار دهند، همواره مي‌تواند تا حدودي وجود داشته باشد، استنتاج ديوان از اين نقطه‌نظر نيز قابل ايراد است. اگر در شرايط حادي كه بقاي دولتي در خطر مي‌باشد توسل به سلاح‌هاي

نقد و بررسي نظر مشورتي ... ❖ ۱۳۵

هسته‌ای مجاز شمرده شود آیا نباید این جواز را، به طریق اولی، در مورد توسل به سلاح‌هایی به مراتب کم خطرتر، همچون گازهای سمی، سلاح‌های بیولوژیکی و بقیه سلاح‌های ممنوعه کلاسیک، حتی در صورت مواجهه با خطرات نه چندان حاد، نیز تعمیم داد؟

امکان نتیجه‌گیری عدم مشروعیت توسل به سلاح‌های هسته‌ای در کلیه شرایط، توسط دیوان، با توجه به دلایل و مستندات موجود در نزد آن کاملاً فراهم بود. اما اینکه چرا نهایتاً دیوان با ضعیف‌ترین اکثریت ممکن به نتیجه‌ای بینابین می‌رسد، از جهات گوناگون قابل توجه است. یکی از استدلال‌های مطروحه در تأیید حق وتو این بوده است که، در صورت عدم شناسایی چنین حقی، امکان دارد که قدرتهای بزرگ به شیوه‌ها و ساز و کارهای دیگری برای تحقق اهداف خویش متوسل شوند. تجربیات گذشته، و بویژه حوادث اخیر در رابطه با عراق، به وضوح مهر تأییدی بر این مدعا است. شاید، از نگاهی خوشبینانه، نظر مشورتی مورد بحث، که بدون شک چراغ سبزی را فراروی قدرتهای هسته‌ای ترسیم می‌نماید،

بتواند فقدان ضمانت اجرايي رأي مورد انتظار را تا حدودي جبران نموده، به جاىگاه و اهميت ديوان و آراء آن آسيب و لطمه جدي وارد نسازد. گذشت زمان و روند مربوط به خلع سلاح اتمي به بسياري از گمانه زنيها در اين رابطه پايان خواهد بخشيد.