

پیرامون امکان ارتکاب جرم از سوی دولت و مسئولیت کیفری او* نویسنده: مارینا اسپیندی**

مترجم: دکتر سید علی هنجنی***

مقدمه

۱- موضوعی که پیرامون مسئولیت بین‌المللی دولت در بیست سال گذشته بیش از هر چیز مورد بحث و مناقشه قرار گرفته، ارتکاب بعضی اعمال غیرقانونی است که باید در مقوله دیگری، غیر از سایر اعمال بین‌المللی غیرقانونی او جای گیرد: چنین اعمال غیرقانونی را «جنایات بین‌المللی دولت»^۱ نام نهاده‌اند.

۲- منشأ بحث، تنظیم پیش‌نویس ماده ۱۹ راجع به تفکیک میان دو دسته اعمال غیرقانونی دولت از نظر موضوع تعهد نقض شده، در قالب تهیه مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۶ بود. در ماده ۱۹ تحت عنوان جنایت و جنحه بین‌المللی آمده بود:
(۱) هر عمل دولت که موجب نقض تعهدی بین‌المللی گردد، از نظر بین‌المللی عملی غیرقانونی است؛ موضوع تعهد تأثیری در این حکم ندارد.
(۲) اگر عمل غیرقانونی دولت از نظر بین‌المللی نقض تعهدی بین‌المللی باشد که برای حفظ منافع بنیادی جامعه بین‌المللی به حدی اساسی به‌شمار رود

* DROIT INTERNATIONAL PÉNAL, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (Cedin Paris X), Sous la direction de Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET.

**Marina Spinedi.

*** دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

1. Crimes internationaux des Etats.

که نقض آن من حیث المجموع، توسط عموم جنایت تلقی شود، آن عمل جنایت بین‌المللی است.

(۳) با در نظر گرفتن مفاد بند ۲ و طبق قواعد حقوق بین‌الملل جاری، جنایت خصوصاً حاصل اعمال زیر است:

الف) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مانند تعهد بر عدم تجاوز؛

ب) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ حقوق ملت‌ها در تعیین سرنوشت آنها مانند تعهد بر منع استقرار یا حفظ سلطه استعماری از طریق زور؛

ج) نقض شدید و گسترده تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ انسان مانند منع بردگی، نسل‌کشی و تبعیض نژادی؛

د) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ و تداوم حفظ محیط زیست انسان همچون تعهدات راجع به منع آلودگی گسترده هوا و دریا.

(۴) هر عملی که از نظر بین‌المللی غیرقانونی است و طبق بند ۲ جنایت بین‌المللی به‌شمار نمی‌رود جنحه بین‌المللی است.

۳- پیش‌نویس ماده ۱۹ که طی گفتگوهای ششمین کمیسیون مجمع عمومی و نیز در ملاحظات مکتوب مربوط به پیش‌نویس مواد، از نظر اکثریت دولت‌ها نکته دقیق و فراگیری به شمار می‌رفت، برای بعضی دولت‌های دیگر غیرقابل قبول می‌نمود. از نظر گروه اخیر ماده ۱۹ انعکاس حقوق موجود نمی‌بود و با وارد کردن مفهوم جنایت دولت، باعث تولید مسئولیت‌هایی می‌شد که درج آنها دور از واقع‌بینی و فاقد وجهت می‌توانست بوده باشد. اختلاف عقیده به‌سرعت در دکتترین هم راه یافت و به بحث‌های پرشوری دامن زد. کمیسیون که در سال

۱۹۷۶ در دوره اول ماده ۱۹ را به اتفاق آرا تصویب کرده بود، در سال‌های بعد خود نیز در لزوم حفظ آن دچار تردید شد. روبرتو آگو گزارشگر ویژه موضوع مسئولیت دولت در آن دوره که آن را پیشنهاد کرده بود از آن شدیداً دفاع می‌کرد. بعد از او گزارشگران ویژه دیگری مانند ویلهلم ریفاخن و آرانجیورویز^۲ از آن دفاع کردند و متعاقباً جیمز کرافورد با آن مخالفت کرد. هم‌اکنون دور دوم بررسی پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت، جریان دارد و سرنوشت ماده ۱۹ باید مشخص گردد.

۴- انتقادات وارده بر ماده ۱۹ جنبه‌های مختلفی داشت:

اول، آنکه با توجه به نتایج حقوقی ناشی از عمل غیرقانونی و راههای به اجرا در آوردن آن باید تفکیکی در دسته‌بندی عمل غیرقانونی قائل می‌شدند؛ انتقادات دیگر یا علیه مبنای طبقه‌بندی‌ای بود که کمیسیون حقوق بین‌الملل از اعمال غیرقانونی انجام داده و آنها را جنایت تلقی کرده بود و یا علیه شکل تفرد و تشخیص آنها. اما اهم انتقادات وارده بر ماده ۱۹ که آن را در نظر منتقدین چه از جهات سیاسی و چه از نظر علمی غیرقابل قبول جلوه‌گر می‌ساخت این بود که آیا کمیسیون با این کار یعنی پیش‌بینی مسئولیت کیفری دولت قصد تأیید وجود چنین مسئولیتی را به‌عنوان یک قاعده مسلم^۳ داشته یا اینکه می‌خواسته است آن را برای تدوین در آینده^۴ مطرح نماید. در این زمینه نظر فرانسه و ایالات متحده جالب توجه بود. در سال ۱۹۷۶ نماینده ایالات متحده در ششمین کمیسیون مجمع عمومی ضمن اعلام مخالفت خود با این ماده چنین عنوان کرد که «هیچ دلیلی که درج مقوله مسئولیت کیفری را در پیش‌نویس یا طرح، توجیه کند دیده نمی‌شود».^۵ ایشان در سال ۱۹۸۳ مجدداً اعلام کرد که «موضوع جدید

2. G. Arangio-ruiz.

3. Lege lata.

4. Lege ferenda.

5. A.C. 6/38/SR. 1788.

مسئولیت کیفری دولت هیچ معنایی ندارد بلکه خطرات بزرگی در بر دارد (...).
فکری شگفت‌آور است که بتوان دولتی را حبس کرد یا به‌نحو دیگری مجازات نمود.^۶

در سال ۱۹۹۸ دولت فرانسه در ملاحظات مکتوب خود راجع به این موضوع اعلام کرد:

«ماده ۱۹ (...). مشکل بزرگی ایجاد می‌کند که به مسئولیت کیفری شخص حقوقی برمی‌گردد. قانون جزای فرانسه البته برای اشخاص حقوقی مسئولیت کیفری در نظر گرفته است، اما دولت را از این قاعده خارج می‌کند، زیرا دولت تنها صاحب حق مجازات است و نمی‌تواند خود را مجازات کند. چه کسی ممکن است در یک جامعه با بیش از ۱۸۰ دولت حاکم که هر یک خود دارای قدرت تنبیه و مجازات هستند بتواند دارندگان حاکمیت را به کیفر برساند.»^۷

۵- برای اینکه ضرورت پذیرش موضوع جنایت بین‌المللی دولت را که طبیعتاً متضمن مسئولیت کیفری اوست بتوان احراز کرد باید به دو مسئله پاسخ داد:

- (۱) کمیسیون حقوق بین‌الملل و کسانی که معتقد به ایجاد مقوله جنایت بین‌المللی دولت هستند آیا مسئولیت کیفری بین‌المللی را هم، چه در حال حاضر و چه در آینده، برای او در ذهن می‌پرورانند یا نه؟
- (۲) آیا از نظر علمی مسئولیت کیفری دولت پذیرفتنی است یا نه؟

6. A.C. 6/38/SR. 47§67.

7. A.CN 4/488.

بخش اول: آثار جنایت بین‌المللی دولت

۶- برای اینکه بدانیم در پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت کلمه «جنایت»^۸ برای تعیین اشکال مختلف اعمال غیرقانونی و در نتیجه انواع مسئولیت کیفری به‌کار گرفته شده است یا نه، ضروری است مواد پیش‌نویس که راجع به آثار حقوقی اعمال غیرقانونی دولت و حل و فصل اختلافات است و نیز بحث‌های زمان تصویب بررسی و مطالعه شود. باید یادآور شد که مواد مربوطه فوق همزمان با مسئله تفکیک میان جنایت و جنحه بین‌المللی تهیه نشده‌اند. ماده ۱۹ در آن قسمت از پیش‌نویس درج شده است که از عنصر عینی عمل غیرقانونی بحث می‌شود و مدت‌ها بعد بود که با کمک دیگر گزارشگران و دیگر اعضای کمیسیون، مواد آن بخش که معطوف به آثار حقوقی جنایت بود تهیه و تنظیم شد. نظر اعضای جدید کمیسیون بین‌المللی با نظر کسانی که می‌خواستند مقوله جدید جنایت دولت را موجودیت بخشند می‌توانست تفاوت داشته باشد. به همین دلیل از کارهای کمیسیون حقوق بین‌المللی راجع به تهیه و تصویب ماده ۱۹ شروع می‌کنیم.

۷- کمیسیون حقوق بین‌المللی در توضیح ماده ۱۹ (سالنامه کمیسیون ۱۹۷۶، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۸۹ به بعد) بر این نکته تأکید کرده بود که اگر به‌موجب ماده مزبور در میان اعمال غیرقانونی دولت، دسته‌ای از اعمال غیرقانونی به‌صورت مشخص تعیین شده و جنایت بین‌المللی نام گرفته‌اند، نه بدین منظور بوده که شدیدترین اعمال غیرقانونی تعیین شود بلکه از این بابت بوده که برای اعمال مزبور در مواد بخش دوم پیش‌نویس احتمالاً یک نظام مسئولیتی متفاوت با آنچه برای اعمال غیرقانونی «عادی» (با عنوان جنحه^۹ بین‌المللی از سوی کمیسیون) مطلوب است در نظر گرفته شود.

8. Crimes.

9. Delit.

البته کمیسیون حقوق بین‌الملل در توضیحات خود نخواستہ محتوای رژیم مسئولیت مذکور را مشخص نماید تا به این ترتیب تا زمان انشای مواد قسمت دوم موضع خود را حفظ کرده باشد. به هر حال مطالعه توضیحات و بررسی‌های کمیسیون و خلاصه گزارش‌های مربوط به گفتگوها راهنمای نظرات کمیسیون است.

۸- اولاً باید توجه کرد که کمیسیون حقوق بین‌الملل در هیچ جایی از گزارش توضیحی، در نظر نداشته است برای دولت‌هایی که مرتکب جنایت بین‌المللی شده‌اند نوعی مسئولیت کیفری پیش‌بینی کند و آنها را نسبت به آن متعهد داند. راجع به انتخاب و درج کلمه «جنایت بین‌المللی» هم کمیسیون به این نکته اکتفا کرده است که «بعضی اعمال غیرقانونی از بعضی دیگر وخیم‌تر و یا شدیدتر هستند و از این بابت نیاز به وضعی متناسب دارند» (همانجا، ص ۱۰۸) و ضمناً اصطلاح مربوط اصطلاحی جاری در لسان دولت‌ها و در قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و کتاب‌های علمی است (همانجا، ص ۱۱۰) و از همین رو به کار رفته است و بس. اضافه کنیم (نویسنده) که بر خلاف عقیده گزارشگر ویژه پیشین آقای اگو (نگاه کنید: زیرین، شماره ۲۶ تا ۲۸)، اکثریت کمیسیون هم در گزارش مربوطه به هیچ روی گرایش و علاقه‌ای به مقوله مسئولیت کیفری دولت نشان نداده‌اند. در گزارش آمده است:

«حتی اگر به عنوان (...) مسئولیت کیفری بین‌المللی، تدابیر سرکوبنده و رنج‌آور را وارد کنیم، بعید است که گسترش مقوله‌های حقوقی خاص حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل فایده‌ای در بر داشته باشد. از نظر اهداف مورد نظر مهم نیست که مشخص شود مسئولیت متناسب به دولت بر اثر نقض تعهدی خاص، مسئولیت بین‌المللی «کیفری» است، بلکه غرض احراز و کشف وجود مسئولیتی

«متفاوت» با مسئولیت حاصل از نقض سایر تعهدات بین‌المللی است» (همانجا، ص ۹۶، پاورقی ۴۷۳).

۹- ثانیاً، در توضیحات مذکور، کمیسیون خاطر نشان می‌کند که در رژیم مسئولیت ناشی از جنایت بین‌المللی و مسئولیت ناشی از سایر اعمال غیرقانونی دولت اختلاف‌هایی به شرح زیر وجود دارد:

الف) از نظر مجنی‌علیه، یعنی کسی که مدعی مسئولیت دولت می‌گردد؛

ب) از نظر محتوای مسئولیت (همانجا، ص ۱۰۸).

۱۰- در مورد نکته اول باید گفت که در عمل غیرقانونی «عادی»^{۱۰} فقط میان دولتی که «مستقیماً متضرر» شده با دولت مقابل رابطه برقرار می‌شود، در حالی که در صورت وقوع جنایت، رابطه با دیگر موضوعات هم مستقر می‌شود. سخن اساسی کمیسیون در این زمینه این بوده که جنایت عملی غیرقانونی است که به منافع بنیادی کل جامعه بین‌المللی صدمه می‌زند و در نتیجه «زیان‌دیده مستقیم» را نباید در مقابل زیان‌زننده تنها رها کرد. سخن این است که همزمان، حقوق ذاتی همه دولت‌ها به مخاطره می‌افتد. همچنین با مطالعه توضیحات مذکور و همچنین بر پایه جلساتی که در کمیسیون تشکیل شده مشخص نمی‌شود که آیا منظور ایجاد مسئولیتی برای تمام دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی به صورت مجزا و فردی بوده (به‌طوری که هر کس بتواند قانوناً مدعی جبران مافات از سوی عامل فعل غیرقانونی گردد یا علیه چنین دولتی دست به رفتاری زند که خود احتمالاً غیرقانونی باشد) یا اینکه پاسخی از طریق راه‌کاری جمعی مورد نظر بوده است. اشاره به حمله مسلحانه به‌عنوان عمل غیرقانونی موجد نتایج حقوقی متفاوت با کلیه اعمال غیرقانونی دیگر و اینکه همه دولت‌ها مجاز به

10. Ordinaire.

واکنش در برابر متجاوز به صورت دفاع مشروع جمعی هستند، راه حل اول را به ذهن متبادر می‌کرد، در حالی که اشاره به اقدامات شورای امنیت راجع به سایر جنایات راه حل دوم را تداعی می‌نمود.

به هر حال آنچه مورد توجه ما است این که رژیم خاص فوق‌الذکر راجع به جنایت از نظر ذینفع مجاز به اقامه مسئولیت، فی حد ذاته، نکته‌ای که قالب رژیم مسئولیت کیفری را تکمیل نماید در بر نداشت.

چنانچه در نظر باشد که هر دولتی بتواند (نه فقط زیان‌دیده اصلی) خواهان جبران خسارت از سوی مرتکب جرم مثلاً به صورت اعاده به وضع اول^{۱۱} گردد یا اینکه علیه مرتکب به اقدام متقابل^{۱۲} مبادرت کند، چه جای بحث از مسئولیت کیفری است و نیز اگر قرار باشد اقداماتی را سازمان‌های بین‌المللی یا نهادهای جمعی دیگر اتخاذ و اعمال کنند باز هم جنبه کیفری رنگ می‌بازد. چنین تصمیماتی به‌صرف اینکه ارگان جمعی واحدی آن را مجاز دانسته به کیفر تبدیل نمی‌شود.

۱۱- دومین جنبه‌ای که بر اساس آن کمیسیون معتقد بود باید میان رژیم مسئولیت جنایت و مسئولیت در سایر اعمال غیرقانونی تفاوتی قائل شد، مسئله محتوا یا به عبارت دیگر انواع مسئولیت بود. حالا آیا از این زاویه عنصر کیفری پدیدار می‌شد؟

۱۲- در توضیحات به اشکال مختلف مسئولیت اشاره نشده بود، فقط امکان داشت از طریق مفهوم مخالف یا آنچه که مطرح نشده بود به بعضی مفاهیم دست یافت. کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطر نشان می‌کرد که بر خلاف برخی القانات، معتقد نبوده است که باید اختیار و یا تکلیف دولتی دیگر را در مجازات

11. *Restitutio in integrum*.

12. *Contre-mesures*.

فرد عامل دولت که مرتکب رفتاری قابل انتساب به دولت متبوع خود شده نوع خاصی از مسئولیت دولتی (دولت فاعل یا مرتکب جرم) در نظر گرفت. مجازات فرد به عنوان عامل دولت^{۱۳} توسط دولتی غیر از دولت متبوع خود از نظر بخشی از دکتترین از موارد سالب حقوق دولت و اقدام علیه او به شمار می‌رفت، زیرا به معنای عدم توجه به نظامات و تشکیلات داخلی کشور خارجی تلقی می‌شد. کمیسیون حقوق بین‌الملل با نظر اخیر موافق نبود و آن را متوجه دولت نمی‌دانست. بنابراین با وجود آنکه معتقد بود فرد عامل دولت باید در صورت ارتکاب جرم دولتی، به‌شخصه مجازات شود ولی تأکید داشت که مسئله در قالب پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت قرار نمی‌گیرد (همانجا، ص ۹۶ و ۱۱۰).

۱۳- برای دریافتن گزینه‌های مورد نظر اعضای کمیسیون از جهت محتوای مسئولیت در برابر جنایت، باید به بحث‌های انجام شده در کمیسیون در سال ۱۹۷۶ و سال‌های پیش از آن با توجه به گزارش آگو و دکتترین مطرح شده در آن رجوع کرد. نخستین دریافت، مربوط می‌شود به آثار حقوقی تجاوز مسلحانه.^{۱۴} نظام مسئولیتی مرتبط به این عمل غیرقانونی، با نظام مسئولیتی سایر اعمال غیرقانونی متفاوت است، زیرا در پاسخ به تجاوز، دولت مجنی‌علیه و دولت‌هایی که به کمک او می‌آیند به‌موجب حق عرفی دفاع مشروع، مجاز به اتخاذ تدابیری در جهت به‌کارگیری زور هستند.

به غیر از اختلاف اخیر که به‌طور منحصر به فرد به نظام مسئولیت ناشی از جنایت تجاوز مسلحانه مربوط می‌شود، مطلب دیگر آن است که دولت مجنی‌علیه (و احتمالاً برخی دولت‌های دیگر یا سازمان‌های بین‌المللی) باید حق

13. Individu- organe.

14. Agression armée.

داشته باشند علاوه بر درخواست جبران خسارت، علیه دولت متجاوز به اقدامات متقابل^{۱۵} روی آورند. اقدام متقابل فقط وسیله‌ای برای تضمین قطع تجاوز و جبران خسارت نیست (شاید فراتر از آن است).

تدابیری نیز در جهت پیشگیری از تکرار تجاوز ممکن است صورت گیرد، بدون آنکه الزاماً بار معنایی دیگری داشته باشد و بر «مجازات» یا بر کیفر «رنج-آور»^{۱۶} دلالت نماید.

۱۴- ماهیت جزایی یا غیرجزایی اقدام متقابل و تضمین‌های اجرایی سازمان‌های بین‌المللی خود مسئله پیچیده‌ای است که در بخش دوم به آن خواهیم پرداخت. اما یک نکته را باید همین‌جا خاطر نشان ساخت و آن اینکه اقدامات متقابل و ضمانت‌های اجرایی^{۱۷} که اعضای کمیسیون به آن می‌اندیشیده‌اند اقدامات شناخته شده‌ای در حقوق بین‌الملل بوده‌اند و به هیچ‌وجه جنبه بدیع و متحول نداشته و با ساختار افقی جامعه بین‌المللی دولت‌ها نیز ناسازگار نبوده و نیستند. اقدامات مذکور همان اقداماتی است که طی قرون متمادی دولت‌ها تحت عنوان اقدام تلافی‌جویانه^{۱۸} به کار می‌بسته‌اند یا از انواع اقداماتی است که شورای امنیت اتخاذ می‌کند. هیچ‌گاه اتخاذ تدابیری از نوع آنچه که در نظام داخلی دولت مدرن در زمینه عدالت کیفری موجود است مطرح نبوده و هیچ‌گاه زندانی کردن دولت مرتکب جنایت مورد بحث نبوده است.

۱۵- مجدداً به بررسی موضع کمیسیون حقوق بین‌الملل در تهیه و سپس تصویب مواد (در قرائت اول) راجع به آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی دولت در

15. Contre- mesures.

16. Afflictif.

17. Sanctions.

18. Reprisesailles.

سال ۱۹۹۶ بر می‌گردیم. بر خلاف آنچه در پذیرش ماده ۱۹ گذشته بود، اعضای کمیسیون این بار مدتی طولانی بر سر قابل توجیه بودن یا نبودن مسئولیت کیفری دولت و به‌طور کلی امکان اتخاذ تدابیر تنبیهی یا رنج‌آور بحث کردند. گزارشگر ویژه آرانجیو رویز و دیگر اعضا بر عنصر تنبیهی یا کیفری مرتبط با برخی نتایج حقوقی عمل غیرقانونی بین‌المللی تأکید داشتند (نگاه کنید: آرانجیو رویز، پنجمین گزارش راجع به مسئولیت دولت^{۱۹} و گزارش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل مربوط به سال‌های ۱۹۹۴ و ۱۹۹۵، سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۴، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۱۴۵ و بعد؛ ۱۹۹۵، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۵۰ و بعد). آیا کمیسیون حقوق بین‌الملل طی مراحل فوق فکر مسئولیت کیفری دولت را مورد تأیید قرار می‌داد؟

۱۶- ابتدا موضع کمیسیون را آنچنان که در مواد مصوب آمده مورد ملاحظه قرار می‌دهیم. چهار ماده از میان کل مواد به آثار و نتایج حقوقی جنایت بین‌المللی پرداخته‌اند. ماده ۴۰ در بند سوم مقرر داشته است که جنایت عملی غیرقانونی است که دولتی مرتکب می‌شود و با آن حقوق سایر دولت‌ها را نقض می‌کند. با توجه به سایر مواد پیش‌نویس، این بدان معنی است که تمام دولت‌ها چه «مستقیماً» متضرر از جرم باشند و چه نباشند، حق دارند مدعی قطع عمل غیرقانونی و جبران خسارت از دولت عامل گردند و نیز علیه او به اقدام متقابل متوسل شوند (طبعاً با رعایت شرایط مقرر در پیش‌نویس). مواد ۵۱ و ۵۲ به محتوای آثار حقوقی جنایت اشاره دارد و پیش‌بینی نموده که جنایت همان نتایج حقوقی سایر اعمال غیرقانونی (جنحه در ماده ۱۹) را در بر دارد، به استثنای اینکه (در زمینه شکل جبران خسارت) تقاضای جبران مالی خسارت^{۲۰} و جلب

19. Doc. A/ cn 4/453/add. 3/§§ 142.s.

20. Restitution en nature.

رضایت تحت بعضی محدودیت‌ها که برای سایر اعمال غیرقانونی در نظر گرفته شده است قرار نمی‌گیرند. ماده ۵۳ نیز تکالیفی بر عهده دیگر دولت‌ها غیر از دولت مرتکب جنایت گذاشته است، شامل عدم شناسایی وضعیت حاصل از جرم و عدم همکاری با فاعل در جهت حفظ آثار آن یا مساعدت با سایر دولت‌ها در جهت اتخاذ تدابیری برای زدودن آثار جرم. در مواد پیش‌نویس هیچ قاعده خاصی راجع به جنایت که به حل و فصل اختلافات مربوط باشد پیش‌بینی نشده است (در مورد متن و مواد و نقد آنها نگاه کنید: کمیسیون حقوق بین‌الملل، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۷۵ به بعد).

۱۷- از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که رژیم خاص مسئولیت که در مورد جنایت پیش‌بینی شده است تقریباً با آنچه در مورد جنحه آمده تفاوتی ندارد. تنها تفاوت مهم سرشت و ماهیت همه‌گیر^{۲۱} جنایت است (گرچه همه‌گیری در همان پیش‌نویس شامل نقض هر تعهدی در حقوق عرفی راجع به حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی هم می‌شود - نگاه کنید: بند ۳ (ه) ماده ۴۰) و نیز وجود تعهداتی در جهت همکاری برای پایان دادن به وضعیت حاصل از جنایت. انتقادات بسیاری چه از سوی کسانی که مخالف تفکیک جنایت و جنحه بوده‌اند و چه از سوی آنهایی که طرفدار این امر بوده‌اند به عمل آمده است. از نظر اغلب طرفداران، رژیم مسئولیت در مورد جنایت (در پیش‌نویس) انتظارات را بر آورده نمی‌کند.^{۲۲}

بی‌تردید بسیاری از انتقادات، معقول و موجه هستند که البته اینجا جای بحث از آن نیست. قابل توجه اینکه مواد هیچ‌کدام آثاری از نوع کیفری «داخلی» پیش‌بینی نمی‌کنند؛ به این صورت:

21. *Erga omnes*.

۲۲. نگاه کنید: R. Rosenstock, کتابنامه A. Pellet- D. Bowett- C Tomuschat, همانجا.

الف) لطمه به منافع جمعی جامعه بین‌المللی در پیش‌نویس، واکنشی «غیر متمرکز» اقتضا می‌کند، بدین معنی که هیچ‌گونه ضمانت‌اجرایی از سوی مقامی مافوق دولت‌ها و یا مقامی قضایی که جنبه تحکمی داشته باشد در نظر گرفته نشده است؛

ب) از نظر محتوای مسئولیت نیز، جبران خسارت و اقدام متقابل مربوط به جنایت، از نظر کیفی، با آنچه که در پی هر عمل غیرقانونی دیگر صورت می‌گیرد، تفاوتی نمی‌کند.

۱۸- اما باید خاطر نشان ساخت که مواد پیش‌نویس در مورد آثار جنایت، حاصل نوعی مصالحه بوده که در کمیسیونی که بسیاری از اعضای آن با موضوع جنایت بین‌المللی مخالف بوده‌اند، صورت گرفته است؛ بنابراین آنچه می‌باید جلب نظر کند دیدگاه‌های آن دسته از اعضا کمیسیون است که طرفدار مقوله جنایت بین‌المللی بوده‌اند. ما هم به نظر اینان و در درجه اول به نظر گزارشگر ویژه آرانبیو رویز که طرفدار لزوم حفظ درجه‌بندی جرایم بود، توجه داریم؛ ضمن اینکه اگر پیش‌نویس موادی که گزارشگر سابق داده بود و توسط کمیسیون پذیرفته نشد بررسی شود، ملاحظه می‌گردد که از نظر محتوای مسئولیت، آثار و نتایجی در نظر گرفته شده بود که سخت‌تر یا شدیدتر از آنچه که کمیسیون در نظر داشت نبود. در مورد تعهدات دولت فاعل (مرتکب جرم) نیز باید به تعهد مربوط به پذیرش یک هیئت مأمور صورت‌جلسه وقایع یا هیئت ناظر^{۲۳} در خاک دولت عامل، و در مورد تعهدات سایر دولت‌ها، باید تعهد بر مشارکت در اقدامات قانونی توصیه شده توسط سازمانی بین‌المللی را که دولت مربوط عضو آن هست یادآوری نمود. اینها نتایج و آثار حقوقی است که

23. Mission d'observation.

هیچ‌یک به‌خودی‌خود جنبه کیفری یا تنبیهی ندارند. آنچه که رژیم مسئولیت مورد نظر گزارشگر ویژه را متفاوت می‌ساخت، آیینی بود که باید قبل از امکان استناد به نتایج خاص پیش‌بینی شده در مورد جنایت طی می‌شد. آرانجیو رویز پیشنهاد کرده بود که مجمع عمومی یا شورای امنیت ابتدا از نظر سیاسی به ارزیابی موضوع اقدام کنند، و در صورتی که یکی از مراجع مذکور اعلام نماید که شائبه جنایت در کار است به‌صورت یک‌جانبه موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع شود. چنانچه دیوان وقوع جرم را احراز کرد هر دولتی خواهد توانست تبعات خاص جرم جنایت را جاری نماید. اساس فکر گزارشگر ویژه این بود که آنچه مشخصه رژیم مسئولیت ناشی از جنایت باید باشد این است که شخص ثالث بی‌طرف وجود آن را احراز کند.^{۲۴}

القائات دیگری نیز توسط بعضی اعضای دیگر کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به موضوع صورت گرفت. به‌گفته یکی از آنها کمیسیونی می‌بایست تشکیل و سازشی به کار بسته شود تا پیش از رجوع به داوری از طریق یک‌جانبه، به‌عنوان صافی^{۲۵} وارد عمل شود.^{۲۶} البته کمیسیون هیچ‌یک از پیشنهادها را قبول نکرد؛ اگر هم به فرض قبول می‌کرد این امر چندان با شیوه شناخته شده حل و فصل اختلافات در حقوق بین‌الملل فاصله نمی‌داشت و در هماهنگی با ساختار افقی (نبود قدرت فائقه) کنونی جامعه بین‌المللی می‌بود.

۱۹- باید افزود که بعضی اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل از لزوم پرداخت مبالغی تحت عنوان خسارت کیفری^{۲۷} بر عهده دولت مرتکب جنایت

۲۴. نگاه کنید: گزارش هفتم راجع به مسئولیت دولت، A/CN. Add. 1-4/469.

25. Filtre.

26. ILC (XLIH) CRD. 4/ Add. 1.

27. Punitive damages.

سخن به میان آورده بودند. در این صورت یک عنصر کیفری مطرح می‌شد، ولی توسل به چنین الزامات مالی را برخی از طرفداران دسته‌بندی جرایم قبول نداشتند و بعضی مخالفین دیگر تأکید می‌نمودند و معتقد بودند که در حقوق بین‌الملل این امر همواره وجود داشته و بر جرایم جنح‌ای هم قابل اعمال است. اما آنچه هست اینکه به هر حال الزام مالی به نفع زیان‌دیده ولو با تأکید بر وصف کیفری و تنبیهی در هیچ صورتی آن‌قدر کفایت نمی‌کند که تأثیری خاص روی آثار جنایت گذاشته، مبنای رژیم مسئولیت کیفری گردد.

۲۰- بنابر آنچه تحلیل شد می‌توان نتیجه گرفت که نه به هنگام تصویب ماده ۱۹ و نه در زمان تهیه مواد قسمت دوم و سوم پیش‌نویس، اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل چیز جدیدی راجع به مسئولیت کیفری دولت که ناشناخته و بدیع و مغایر با ساختار کنونی غیرمتمرکز آن باشد پیدا نکردند. آنان در حقیقت هیچ‌گاه به نظام مسئولیتی که به سیستم عدالت کیفری داخلی کشورها شبیه باشد نیندیشیده بودند.

۲۱- حال با توجه به اینکه کمیسیون حقوق بین‌الملل اصطلاح «جنایت بین‌المللی دولت» را به‌طور مجرد و بدون اتصال با مسئولیت کیفری به‌کار برده است این پرسش مطرح می‌شود که آیا به‌کارگیری اصطلاح مزبور اساساً صحیح است؟ کی مارک به‌درستی گفته است که اگر برای بیگانه با مسئله، به‌کارگیری واژه‌ای حقوقی در غیر معنای اختصاصی آن جایز باشد، اما این کار برای قانونگذار جایز نیست.^{۲۸}

ولی آیا واقعاً درست است که از جنایت در حقوق بین‌الملل سخن گفته شود، ولی اشکال مسئولیت که شبیه به اشکال مسئولیت کیفری در نظام‌های داخلی مدرن هست با آن تطبیق نشود؟

28. K. Marek, *Criminalizing State Responsibility*, R.B.D.I., 1978-79, p. 461.

۲۲- به کار بردن یک واژه در یک کنوانسیون تدوین شده، در معنایی غیر از آنچه در سایر قواعد متعلق به همان نظام حقوقی به کار می‌رود، به نظر قابل انتقاد می‌رسد ولی باید توجه داشت که در حقوق بین‌الملل کلمه «جنایت»^{۲۹} در اسناد به فعل و انفعالات دولت‌ها همواره (به‌خصوص در قطعنامه‌های مصوب ارکان سازمان ملل و نیز برخی اتخاذ مواضع دولت‌ها) برای تأکید بر میزان بالای وخامت بعضی اعمال به کار گرفته می‌شود و غرض ایجاد پیوندی با مقوله مسئولیت کیفری نیست. چنین پیوندی فقط در نظام‌های حقوقی کشوری دیده می‌شود. در این صورت باز پرسش این است که آیا به کارگیری یک واژه در حقوق بین‌الملل در معنایی متفاوت با استعمال آن در حقوق داخلی و به عبارت دقیق‌تر متفاوت با حقوق دولتی مدرن^{۳۰} مناسب است یا نه؟ با کلمه «جنحه» در کنار آن چه باید کرد؟ چون این لفظ هم در برخی نظام‌های حقوقی داخلی دولتی دلالت بر کیفری بودن امر دارد. اما در جهت خلاف هم می‌توان گفت که کلمه مزبور مدت‌ها توسط حقوقدانان بین‌المللی مانند استروپ، لائیس، اگو، و دیگران بدون آنکه با مفاهیم کیفری جمع شود مورد استفاده قرار گرفت و شری بپا نکرد (اخیراً به کارگیری آن در ماده ۱۹ از سوی پله مورد ایراد واقع شده، «زنده باد جنایت! نکاتی راجع به درجات امر غیرقانونی در حقوق بین‌الملل». رجوع کنید: کتابنامه، همان، ص ۳۰۳).

۲۳- کمیسیون حقوق بین‌الملل با انتخاب کلمه «جنایت» و «جنحه» برای تعیین اعمال غیرقانونی شدیدتر و خفیف‌تر، در حقیقت از الفاظ خاص حقوق رومی دوران کلاسیک استفاده کرد که بعضی اعمال را *Crimina* و بعضی دیگر را *Delictat* می‌نامیده است و منظور این نبوده که اولی موجب تولید

29. Crimes.

30. Droit etatique moderne.

مسئولیتی گردد که امروزه به آن «کیفری» می‌گویند و دومی باعث مسئولیتی شود که در حال حاضر «مدنی»^{۳۱} گفته می‌شود، بلکه این نامگذاری به این خاطر بوده که دسته نخست از دسته دوم بیشتر با منافع جامعه بین‌المللی برخورد نزدیک داشته است.

انتخاب واژه از سوی کمیسیون را می‌توان قبول داشت یا رد کرد، ولی مسلماً از نظر معناشناسی اشتباهی رخ نداده است.

۲۴- آنچه ما گفتیم ضمناً بدین معنا نیست که چون به‌کارگیری اصطلاح «جنایت بین‌المللی دولت» مشکلات معنایی خاصی ایجاد کرد پس بهتر بوده که چنین اصطلاحی به‌کار گرفته نمی‌شد و مانند بسیاری از طرفداران تمایز میان دسته‌جات اعمال غیرقانونی دولت، جنایت را به اعمال «بسیار وخیم» یا «مضر برای منافع بنیادی جامعه بین‌المللی» یا «علیه جامعه بین‌المللی» یا اعمالی که موجب «نقض تعهدات ناشی از قاعده آمره»^{۳۲} می‌شود، موصوف می‌کردیم.

بخش دوم: رد و قبول مقوله مسئولیت کیفری دولت از نظر علمی

۲۵- گفته شده است که کمیسیون حقوق بین‌الملل با وارد کردن مقوله جنایت بین‌المللی هرگز نخواست است از این طریق گونه‌ای مسئولیت در حقوق بین‌الملل وارد نماید که با مسئولیت کیفری آنچنان که در نظام‌های داخلی جدید وجود دارد شبیه باشد. ولی آیا واقعاً از نظر علمی مجازات، در مورد بعضی نتایج حقوقی عمل غیرقانونی دولت از نظر بین‌المللی، و جریان یافتن مسئولیت کیفری با توجه به وضعیت آن دولت نادرست است؟

31. Civile.

32. *Jus cogens*.

۲۶- آمده است که گزارشگر ویژه سابق آقای آگو و بعداً دیگر اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته بودند در حقوق بین‌الملل، امروزه و همیشه بعضی مجازات‌ها و در نتیجه انواعی از مسئولیت کیفری وجود داشته است، مانند موضوعی از موضوعات حقوق بین‌الملل که در برابر اراده دیگر موضوع قرار گیرد و مورد مجازات یا الزام به تأدیه تنبیهی واقع شود. در این زمینه اقدام تلافی‌جویانه^{۳۳} که امروزه اقدام متقابل گفته می‌شود، به‌عنوان مثال ذکر می‌گردد یا بعضی اقدامات اجرایی^{۳۴} از سوی سازمان‌های بین‌المللی و نیز بعضی تکالیف دیگر که بر عهده دولت مقدم به عمل غیرقانونی گذاشته می‌شود. موضع فکری اخیر گرچه غالب نیست اما از نظر دکترین مهجور نیفتاده است. از میان طرفداران این موضع فکری به ذکر نام هرش لوتر پاخت اکتفا می‌کنیم.^{۳۵}

۲۷- اما باید توجه داشت که عقیده فوق، یعنی اینکه اقدام متقابل یا بعضی الزامات مالی که بر عهده یک دولت گذاشته می‌شود کیفر در نظر گرفته شود و برای دولتی که چنین کیفری بر او بار می‌شود مسئولیت کیفری فرض گردد، بسیاری از حقوقدانان را بر آشفته است. از نظر این گروه شرط بلا تغییر و تخطی ناپذیر مجازات و مسئولیت کیفری وجود مقام مافوق قضایی کیفری است.^{۳۶}

۲۸- اما به عقیده آگو بالعکس، نبود مقام مافوق دولت در حقوق بین‌الملل، مانع طرح مسئولیت و مجازات نیست. مقوله مجازات و مسئولیت کیفری به هیچ‌وجه به وجود و حضور مقام قضایی یا مرجع مقتدر مافوق مرتبط نیست.

33. Represailles.

34. Sanctions.

۳۵. قواعد عمومی حقوق صلح، R.C.A.D.I, IV, ۱۹۳۷، ص ۳۴۹ به بعد؛ اوپنهایم، حقوق بین‌الملل،

معاهدات، چاپ هشتم، توسط هـ لوتر پاخت، لندن، جلد اول، ۱۹۵۵، ص ۳۵۴ و بعد.

۳۶. نگاه کنید: ک. مارک، همان، ص ۴۶۳.

مسئله مهم طبیعت صدمه‌زننده^{۳۷} و سرکوبگر^{۳۸} مجازات کیفری نسبت به مجازات جبران‌کننده در سایر آثار عمل غیرقانونی است. در حقوق داخلی هم مسئولیت کیفری را از این نظر که موجد رابطه‌ای میان متهم و دولت می‌گردد و مسئولیت مدنی فقط موجد رابطه میان زیان‌دیده و زیان‌زننده است از یکدیگر جدا و متمایز نمی‌کنند. اختلاف در ماهیت آثار ناشی از عمل غیرقانونی است، با این توضیح که آثار مذکور در مسئولیت مدنی از نوع کاملاً جبران‌کننده^{۳۹} و ایفایی است^{۴۰} (انجام دادنی)، درحالی که آثار مسئولیت کیفری جنبه کاملاً تنبیهی^{۴۱} دارد؛ به همین علت در نظام‌های داخلی جدید اعمال مجازات علی-الاصول در دست دولت است. در نظام‌های حقوقی دوران‌های گذشته اجرای مجازات توسط شخص خصوصی امری عادی بوده است.^{۴۲}

۲۹- تباین آشکار میان نظریه کسانی که مانند آگو مسئولیت کیفری دولت را قبول دارند و دیگران که به آن اعتقاد ندارند، مابینت و تضادی است که میان مفاهیم مجازات و مسئولیت کیفری در تئوری عمومی حقوق وجود دارد.

۳۰- برای تحلیل مفهوم مجازات و مسئولیت کیفری در تئوری حقوق، نقطه آغاز، نگاه به نظام‌های حقوقی مختلف و توجه به معانی واژه‌های مربوط است. با کمی دقت روشن می‌شود که معانی همیشه یکسان نیست و در زمان و مکان تفاوت می‌کند. کلمه «*Poena*» که کلمه «*Peine*» در زبان فرانسه از آن مشتق شده است و نیز اصطلاح مسئولیت کیفری در حقوق رومی ابتدایی، مبلغی پول

37. Afflictive.

38. Repressive.

39. Reparatoire.

40. Executoire.

41. Repressif.

۴۲. آگو، جنحه بین‌المللی، II, R.C.A.D.I, ۱۹۳۹، ص ۴۲۷ و بعد، ۵۲۴ و بعد؛ سومین گزارش، سالنامه

کمیسیون، ۱۹۷۱، جلد دوم، قسمت اول، صص ۲۲۰-۲۱۸.

بوده که مرتکب عمل غیرقانونی به زیان‌دیده پرداخت می‌کرده تا از انتقام^{۴۳} او رها شود. این راه‌کار حاصل توافق میان مرتکب عمل غیرقانونی و زیان‌دیده بوده است. رفته رفته نظام حقوقی حاکم، دو طرف را رسماً مجبور کرد که در مورد پرداخت «*Poena*» توافق نمایند، بدین معنا که زیان‌دیده دیگر حق نمی‌داشت به «*Vindicta*» روی آورد و تنها کاری که می‌توانست انجام دهد این بود که از متهم «*Poena*» مطالبه نماید. به این ترتیب تحولی اساسی در مفهوم «*Poena*» (کیفر نقدی) حاصل شد: «*Poena*» عبارت بود از تعهدی مالی بر عهده مرتکب بعضی اعمال غیرقانونی در حق زیان‌دیده که باید به او پرداخت می‌شد. تعقیب جزایی^{۴۴} در این حالت، در حقوق رومی دوران کلاسیک اقدامی ناشی از جرم^{۴۵} بوده که در حقوق داخلی^{۴۶} پیش‌بینی شده بوده و افراد زیان‌دیده از جرم را قادر می‌ساخته تا از محکوم، کیفر نقدی (*Poena*) دریافت دارند. معنایی که در اصل به واژه «*Peine*» داده می‌شده، از معنایی که امروزه در نظام‌های حقوقی جدید برای آن در نظر گرفته می‌شود متفاوت بوده است.^{۴۷} در نظام‌های حقوقی کنونی هم مفهوم مجازات^{۴۸} در بعضی نظام‌ها وسیع‌تر از مفهوم آن در نظام‌های دیگر است. مشکل و شاید غیرممکن باشد که از کلمه «*Peine*» معنا و مفهومی ارائه شود که تمام اقدامات یا تدابیری را که تحت این عنوان در نظام‌های حقوقی مختلف اتخاذ می‌شود در بر گیرد؛ بنابراین باید معنایی را که اغلب نظام‌های

43. *Vindicta*.44. *Actiones poenales*.45. *Actiones ex delicto*.46. *Jus civilis*.47. در مورد ریشه و تحول مفهوم آن نگاه کنید: F. De Visscher, *Vindicta et noxa*.۴۷. در مورد ریشه و تحول مفهوم آن نگاه کنید: F. De Visscher, *Vindicta et noxa*.۴۸. در مورد ریشه و تحول مفهوم آن نگاه کنید: F. De Visscher, *Vindicta et noxa*.۴۹. در مورد ریشه و تحول مفهوم آن نگاه کنید: F. De Visscher, *Vindicta et noxa*.48. *Peine*.

حقوقی قائل به آن هستند در نظر گرفت. معنایی که در تمام نظام‌ها حتی آنها که چنین مفهومی را به کار نبرده‌اند یا معنایی خاص برای آن در نظر گرفته‌اند، قابلیت تحلیل داشته باشد. به نظر ما شیوه معمول بررسی یک موضوع در تئوری عمومی حقوق نیز چنین است.

۳۱- بنا بر آنچه گفته شد به کار بردن کلمه «Peine» در معنای کیفر در نظام‌های حقوقی کنونی کشورها کاملاً صحیح و مراد از آن اقدامی رنج‌آور^{۴۹} است که توسط مقامی مافوق (یا مقام قضایی) بر اشخاص تحمیل می‌شود. اگر این مفهوم «Peine» را در نظر گیریم الزاماً باید قبول کنیم که اقدام متقابل^{۵۰} از سوی زیان‌دیده یا زیان‌دیدگان بین‌المللی و سایر نتایج حقوقی عمل غیرقانونی بین‌المللی، «Peine» محسوب نخواهد شد، زیرا در حقوق بین‌الملل مقامی مافوق دولت وجود ندارد (و در حقوق بین‌الملل عام نیز مقام قضایی مافوق موجود نیست). در نتیجه و در صورت قبول چنین مفهومی از «Peine»، اقداماتی نظیر قصاص و الزامات مالی تنبیهی یا کیفر نقدی به نفع زیان‌دیده که به‌عنوان نتیجه عمل غیرقانونی در بسیاری از نظام‌های حقوقی گذشته (و حال، به‌خصوص در زمینه مالی) پیش‌بینی می‌شده و غالباً به آنها «Peine» اطلاق می‌کرده‌اند، از محدوده تعریف ما خارج خواهند بود.^{۵۱} همچنین توجه شود به مفهوم «Exemplary ou punitive ou vindictive damages» در حقوق کامن‌لا که به معنای مبلغ پولی است که مرتکب عمل غیرقانونی موظف است به زیان‌دیده علاوه بر «Damages» معمولی بپردازد؛ چنانچه:

*"Aggravated his tort by acting in a morally culpable
unneighbourly or dishonest way"*^{۵۲} مطرح باشد.

49. Afflictive.

50. Contre- mesures.

51. Le pene private, F. D Busnelli, G. Scafi, ed., Milano, 1985.

52. P. S. James, General/ principles of the law of torts, London, 1959, p. 321.

از نظر اکثریت در دکترین، حالت فوق مجازاتی خصوصی است.^{۵۲} حال اگر اقدامات صدمه‌زننده یا تنبیهی را از انواعی که در بالا گفته شد کنار گذاریم، باید در پی استخراج مفهومی دیگر در تئوری عمومی کیفر برآیم که جامع جمیع تدابیر فوق باشد.

۳۲- از دیگر نتایج آنچه گفته شد این است که با به‌کارگیری مفهوم «Peine» در قلمروی وسیع‌تر و با توجه به وجود این لفظ در نظام‌های حقوقی گذشته، مفهومی را خواهیم داشت که غالب اقدامات و تدابیر موسوم به «Peine» در نظام‌های حقوقی مختلف را در بر می‌گیرد. این مفهوم گسترده از «Peine» که شرط وجود مقام مافوق یا حکم قضایی را به‌عنوان مؤلفه اصلی در نظر ندارد، در حقوق بین‌الملل می‌تواند قابل استفاده باشد.

۳۳- حاصل بحث اینکه استفاده از مفهوم مضیق «Peine» همانند مفهوم موسع آن، چنانچه حدود هر یک مشخص شود و با التحاق به‌کار روند، هر دو به یک اندازه مشروعیت خواهند داشت. البته این بدان معنا نیست که محتوای «Peine» در همه جا یکسان یا با هم برابر است. هدف از کشف و تعیین حدود آن در تئوری عمومی حقوق، درک بهتر پدیده حقوقی از طریق دسته‌بندی اعمال مشابه است.

بنابراین اگر در آثار اعمال غیرقانونی داخلی و بین‌المللی بیشتر تفحص کنیم و وجوه اشتراک آنها را مورد توجه قرار داده، از وجوه افتراق تا حدی بگذریم، مفهوم موسع «Peine» طبیعتاً مرجح خواهد بود و در غیر این صورت مفهوم مضیق مناسب‌تر است.

۳۴- حال این پرسش مطرح است که آیا قبول مفهوم موسع «Peine» (و مسئولیت کیفری) که قابل تطبیق و استفاده در حقوق بین‌الملل (مانند حقوق

53. Peine privée.

داخلی) باشد مناسب‌تر است و باعث درک بهتر آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی می‌گردد یا بالعکس تقریب پدیده‌های دور از هم، مانع درک آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی خواهد بود. در مقاله پیش رو، فعلاً قادر به تحلیل این مهم نیستم، گرچه بسیار ضروری می‌نماید و در هر حال باید به آن اندیشید. در اینجا فقط به چند نکته راجع به ایرادهای وارد شده بر عقاید طرفداران وجود انواعی از مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل می‌پردازیم.

۳۵- کی. مارک که از مخالفان وجود جنایت بین‌المللی دولت است چنین

بیان می‌دارد:

«وجود مسئولیت کیفری مشروط به وجود قدرتی مرکزی است که بر اساس قواعد گوناگون، حاکمیت خود را بر افراد و انحصار قضا و ضمانت اجرا را در جهت منافع عموم اعمال نماید (...). چنین وضعیتی در حقوق بین‌الملل که هیچ تمایزی میان مسئولیت کیفری و مدنی نمی‌شناسد ممکن نیست».^{۵۴}

نظیر همین ایراد بارها در دکترین و توسط بعضی دولت‌ها بیان شده است؛ به‌عنوان مثال در ملاحظات مندرج در پیش‌نویس موادی که در سال ۱۹۹۸ توسط دولت فرانسه ارائه گردید آمده است:

«عدالت کیفری مستلزم آن است (...) که قانونگذاری با اختیار تعیین جرایم و کیفر آنها، دستگاهی قضایی به‌منظور اظهار نظر راجع به وقوع جرم و تفهیم اتهام و همچنین نیروی انتظامی مکلف به اجرای تصمیمات صادره از دادگاهها وجود داشته باشد، ولی همان‌طور که می‌دانیم در سطح بین‌المللی، نه قانونگذاری هست نه قاضی و نه نیروی انتظامی تا مسئولیتی کیفری متوجه دولت‌ها گردد یا نسبت به آنها اعمال شود».

54. K. Marek, *op.cit.*

۳۶- در پاسخ باید گفت که اگر شرایط فوق را لازمه وجود مسئولیت کیفری بدانیم، نه تنها (همان‌طور که قبلاً گفته شد) با تعبیری از مسئولیت کیفری مواجه خواهیم بود که منحصراً مبتنی بر توجیحات نظام حقوقی داخلی کشورها است (توأم با مزایا و محدودیت‌های آن) بلکه نتیجه آن تأکید بر رد و نفی وجود هرگونه مسئولیت اعم از کیفری و مدنی و غیر آن در حقوق بین‌الملل خواهد بود. در نظام‌های کشوری کنونی چنانکه می‌دانیم انحصار قضا و اجرائیات در دست دولت است و این مهم فقط منحصر به مسئولیت کیفری نیست، بلکه در زمینه مسئولیت مدنی و غیر آن نیز صادق است. تصمیمات قضایی هم از جهت اجرای مجازات بر افراد و هم از جهت جبران خسارت الزام‌آور است. البته در موارد محدودی امکان حل و فصل اختلاف از طریق رجوع به داوری در امور مدنی پیش‌بینی شده است، اما اگر طرف‌ها در رجوع به داوری به توافق نرسند مدعی مجاز به رجوع به محاکم دولتی است. انجام اقدامات اجرایی هم فقط در اختیار دولت است، چه زندانی کردن فرد باشد (مسئولیت کیفری) و چه اجرای حکم در مسئولیت مدنی. شارل لوین معتقد است ضمانت‌اجرا^{۵۵} که از نظر او در برگیرنده تکلیف به جبران خسارت نیز می‌گردد در صورتی ممکن است مطرح شود که به‌طور ماتقدم و ماتأخر^{۵۶} مقام ذیصلاح ثالث قانوناً متکفل امر تعیین شده باشد^{۵۷} و این‌طور نتیجه می‌گیرد که حقوق بین‌الملل عام دارای چنین تضمین اجرایی چه کیفری و چه مدنی و غیر آن نیست.^{۵۸}

55. Sanctions.

56. A priori et a posteriori.

57. CH. Leben. Les sanctions privatives de droits ou de qualite dans les organizations internationales specialisees, Bruxelles, 1979, p. 43.

58. *Ibid.*, p.69; Les contre mesures interetatiques et les reactions a l'illicite dans la societie internationale, A.F.D.I, 1982, pp.20-21.

۳۷- ایراد دیگری که غالباً به نظریه وجود مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل وارد می‌کنند این است که آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی، در آن واحد هم تنبیهی و هم جبرانی است.^{۵۹}

این ایراد را آنزیلوتی^{۶۰} نیز در زمان خود وارد می‌کرد. ایشان با بیان تعهد به جبران خسارت از سوی دولت مرتکب عمل غیرقانونی چنین می‌نویسد:

«حقوق بین‌الملل تقابلی میان مسئولیت کیفری و مدنی یا میان مجازات و جبران خسارت نمی‌شناسد گرچه در نظام داخلی دوران چنین تفکری به سر آمده باشد. در حقوق بین‌الملل عکس‌العمل در برابر عمل غیرقانونی ممکن است اشکال مختلفی به خود گیرد ولی مانند نظام داخلی که کیفر و جبران ضرر و زیان هر یک متقابلاً وجود دارد، تقابل دیده نمی‌شود (...). در حقوق بین‌الملل همه جا، کیفر و جبران ضرر و زیان توأمان واجد عنصر ارضای خاطر و عنصر جبران و ترمیم هستند، غرض از اولی تنبیه و دومی در ملازمت آن، جبران صدمه وارده است. متغیر میان آن دو نسبت میان آنها است.»^{۶۱}

۳۸- به نظر ما هم تکلیفی که بر عهده دولت مرتکب عمل غیرقانونی محقق می‌شود و معمولاً «جبران خسارت» گفته می‌شود کم یا زیاد و به نسبت، نقشی تنبیهی^{۶۲} هم دارد. معذک، بر خلاف آنزیلوتی، تقریب نظام‌های گذشته و نظام بین‌الملل از این بابت صحیح نیست. حتی در نظام‌های حقوقی کشوری کنونی نیز جبران خسارت تا حدی جنبه تنبیهی و سرکوبنده (Repressif) دارد، چون همواره باعث تقلیل منافع حقوقی محکوم می‌گردد.

۵۹. برای مثال نگاه کنید:

P.M. Dupuy, Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illécite, R.G.D.I.P., 1983, pp. 528-531, 540-543; A. P. Ilet, *op. cit.*, pp. 302-303.

60. Anzilotti.

۶۱. آنزیلوتی، دروس حقوق بین‌الملل، پاریس، ۱۹۲۹، ص ۵۲۲.

62. Afflictif.

اصولاً هنگامی که تکلیف یا الزام به جبران خسارت تنها نتیجه عمل غیرقانونی نیست و همراه با آن اقدامی تنبیهی نیز در نظر است، جنبه اخیر اهمیت خود را به مقدار زیاد از دست می‌دهد ولی اگر تنها واکنش در برابر عمل غیرقانونی باشد جنبه تنبیهی و پیشگیرانه از ارتکاب جرم کاملاً عیان می‌شود. جنبه تنبیهی جبران خسارت، در تعهد به جبران خسارت معنوی تقریباً روشن است. در همین جهت گروسفلد در کتاب معروف خود بیان می‌دارد که «از نظر کیفیت فرقی میان کیفر و جبران خسارت وجود ندارد، آنچه هست شدت و ضعف عناصر مشترک آن دو است».^{۶۳}

۳۹- به هر حال ایراد آنزیلوتی در عدم امکان تمییز میان کیفر و جبران خسارت در حقوق بین‌الملل به نظر ما قابل قبول است و همان‌طور که گفته شد، در حقوق داخلی کشورها نیز تا حدی صدق می‌کند. ولی آیا این بدان معناست که در تئوری عمومی حقوق نیز نمی‌توان این دو را از یکدیگر تفکیک نمود؟ آیا همان‌طور که گروسفلد می‌گوید میان این دو مفهوم تمایزی از نظر کیفیت وجود ندارد؟

۴۰- ما فکر می‌کنیم که نباید فقط این طور نتیجه‌گیری کرد. باید به هر حال میان کیفر و جبران خسارت تفاوت و تمایز قائل شد، چه در تحلیل بین‌المللی و چه داخلی.

بی‌مناسبت نیست در اینجا به نظریه یکی از حقوقدانان ایتالیایی ابتدای قرن به نام گریسپینی^{۶۴} راجع به کیفر (Peine) در تئوری عمومی حقوق اشاره نمایم. ۴۱- گریسپینی اصطلاح «ضمانت حقوقی»^{۶۵} را به‌عنوان اصطلاحی شامل تمام انواع مسئولیت ناشی از عمل غیرقانونی در نظر می‌گیرد. او معتقد است

63. B. Grossfeld, Die privatstrafe, Frankfurt am mein/ Berlin, 1961, p.83.

64. Crispigni.

65. Sanction Juridique.

تمام ضمانت‌های حقوقی موجب محدود شدن دایره حقوق دارنده حق و تقلیل بهره‌مندی حقوقی او می‌گردند، و در نتیجه از سوی او بدی و مضرت تلقی می‌شوند. ماهیت همه آنها رنج‌آورنده و تنبیهی و همگی کم و بیش نقشی در پیشگیری از عمل غیرقانونی دارند. گریسپینی ضمانت‌های حقوقی را به دو دسته بزرگ تقسیم می‌کند: ضمانت‌های ایفایی و ضمانت‌های کیفری.^{۶۶} منظور از ضمانت‌های ایفایی آنهایی است که تعهد نقض شده را ترمیم و یا در صورت محال بدل یا معادل را پیش‌بینی می‌کنند. در مقابل ضمانت‌های کیفری آنهایی است که موجب تقلیل مزایا و بهره‌مندی از حقوق می‌گردند و نیست از آنها نیز چیز دیگری است. البته هدف قانونگذار ممکن است در هر نظام حقوقی متفاوت باشد: کفاره،^{۶۷} تأدیه پول،^{۶۸} اصلاح متهم،^{۶۹} پیشگیری عمومی^{۷۰} و غیره. ضمانت‌های کیفری خود به کیفر خصوصی و کیفر عمومی تقسیم می‌شوند و کیفر عمومی به انضباطی، اداری و کیفر به معنی اخص تقسیم می‌شود.^{۷۱}

۴۲- با توجه به مراتب بالا، برای تعیین اینکه نتیجه عمل غیرقانونی مربوط، شکلی از اشکال جبران خسارت است (Execution به زبان گریسپینی) باید دید آیا هدف، اعاده به وضع سابق و مانند آن است یا هدف دیگری در میان است؛ مهم نیست که جنبه تنبیهی و رنج‌آور هم در بر داشته باشد. منفعت نظم حقوقی فقط بر منافع شخص زیان‌دیده و ضرر و زیان او متمرکز شده و غرض اعاده به وضع سابق است.

66. Sanctions exécutives – sanctions penales.

67. Expiation.

68. Rétribution.

69. Correction du coupable.

70. Prévention générale.

71. F. Grispigni, *Introduzione allo sociologia criminale*, Torino/ 1925, p. 125 et *Diritto penale italiano*/ Vol. I, Milano, 1925, pp. 116, 124 ets.

بالعکس اگر بنای نظم حقوقی وارد آوردن عمل تنبیهی به مرتکب باشد (صرف نظر از مسئله اعاده به وضع سابق)، در این صورت بحث کیفر مطرح خواهد بود و چه بسا که محکومیت مربوط جزای نقدی باشد که در بعضی مواقع با ضرر وارده کاملاً تطبیق ندارد.

۴۳- خصوصیت دیگری که گریسپینی برای کیفر قائل می‌باشد این است که کیفر الزاماً یک اقدام عملی (فیزیکی) علیه مرتکب عمل غیرقانونی نیست (مانند حبس)، و چه بسا تکلیفی بر ذمه او باشد (مانند جریمه). ضمانت ایفایی نیز ممکن است تعهدی بر ذمه مرتکب عمل غیرقانونی (مانند تکلیف به پرداخت ضرر و زیان) و یا مرجع ثالث باشد.

۴۴- حال اگر نتایج عمل غیرقانونی بین‌المللی را در پرتو مقوله کیفر و ضرر و زیان آنچنان که گفته شد بررسی نماییم می‌توان سه شکل زیر را در نظر گرفت: جبران خسارت،^{۷۲} استرداد مال^{۷۳} و غرامت.^{۷۴}

۴۵- ماهیت ترضیه خاطر چندان روشن نیست. اغلب صاحب‌نظران آن را جبران خسارت ضرر و زیان معنوی می‌دانند، گرچه بعضی دیگر معتقدند که واجد عنصر کیفری است.^{۷۵} برخی دیگر بالعکس عقیده دارند که ترضیه خاطر به کیفر نزدیک‌تر است تا به جبران خسارت.^{۷۶} اما آنچه هست اینکه بر اساس مفهومی که در اینجا برای «Peine» قائل شدیم می‌توان آن را تعهدی بر عهده مرتکب عمل غیرقانونی محسوب نمود، ولی تلقی کیفری تنبیهی به جهت جنبه ترمیمی ترضیه خاطر صحیح به نظر نمی‌رسد.

72. Réparation.

73. Restitution en nature.

74. Indemnisation.

75. P.A. Bissonnette, La satisfaction comme mode de réparation en droit international, Annemasse 1952, pp. 27 s.

76. G. Sperduti, Introduzione allo studio delle punzioni della necessità nel diritto internazionale, Riv. D. I. 1943, pp. 22 s.

چنانچه هدف از اشکال مختلف ارضای خاطر (اشکالی مانند عذرخواهی، توبیخ مقصر، تأدیه مبلغی نمادی پول و غیره) این باشد که دولت زیان‌دیده از خسارت معنوی در وضعیتی مشابه با زمان قبل از ارتکاب عمل غیرقانونی قرار گیرد یا به عبارت دیگر اگر سعی بر این باشد که دولت زیان‌دیده را امتیازی دهیم که خسارت معنوی خود را ترمیم نماید یقیناً ضمانت به‌کار رفته ایفایی و ترمیمی است. اما اگر بالعکس با ارضای خاطر هدف فقط تنبیه مقصر باشد و از خسارت متحمل صرف‌نظر شود سخن از «Peine» خواهد بود. برای تشخیص، رجوع به عملکرد دولت‌ها نیز خالی از فایده نیست، اما پرداختن به این موضوع از مجال این بحث خارج است. فقط به این نکته اکتفا می‌کنیم که یکی از اشکال ارضای خاطر پیش‌بینی شده در ماده ۴۵ طرح پیش‌نویس راجع به مسئولیت دولت، به اوصاف و شرایط «Peine» نزدیک است. شرط مذکور، ضرر و زیان متناسب با وخامت یا شدت لطمات وارده به حقوق دولت زیان‌دیده است که دولت مرتکب عمل غیرقانونی (چه جنایت و چه جنحه) موظف به پرداخت آن خواهد بود (بند ۲ ماده ۴۵ ج). در این حالت به مفهوم خسارت تنبیهی^{۷۷} بسیار نزدیک هستیم و وجود جنبه کیفری در آن غیر قابل انکار است. همچنین باید اخذ تأمین و اخذ تضمین عدم تکرار از مرتکب عمل غیرقانونی را از جمله کیفرها به‌شمار آورد (ماده ۴۶ پیش‌نویس). این نوع تدابیر به نیت اعاده وضع به سابق اتخاذ نمی‌شود، بلکه مقصود اقداماتی تنبیهی^{۷۸} با هدف پیشگیری از تعدیات آینده است.

۴۶- همین ضابطه تفکیک، در مورد نوع دیگر نتیجه عمل غیرقانونی بین‌المللی نیز قابل اعمال است. بدین معنا که زیان‌دیده می‌تواند رفتاری خلاف

77. Punitive damages.

78. Afflictives.

تعهد اختیار نماید که امروزه به آن اقدام متقابل می‌گویند و در گذشته بدان اقدام تلافی جویانه^{۷۹} اطلاق می‌شد.

۴۷- اقدام متقابل ممکن است گاهی به منظور اعاده وضع به سابق یا به وضعی مشابه آن باشد، مانند آنکه در پاسخ به عملی غیرقانونی که موجب خسارت مادی شده است، دولت زیان‌دیده به ضبط اموال دولت مقابل به میزان ضرر وارده دست زند. اما غالباً اقدام متقابل برای وارد آوردن رنج و مضرت بر مرتکب عمل غیرقانونی است، بدون آنکه امتیازی برای زیان‌دیده در بر داشته باشد؛ مانند اینکه دولت زیان‌دیده در پاسخ به یک عمل غیرقانونی، در اقدامی مشابه به کشتی‌های دولت زیان‌زننده اجازه عبور بی‌ضرر از دریای ساحلی خود را ندهد. چنین حالتی را باید طبق تعاریفی که به‌عمل آوردیم کیفر (Peine) به-شمار آورد.

۴۸- عده‌ای از صاحب‌نظران اقدام متقابل را کیفر (Peine) ندانسته عقیده دارند که هدف اقدام متقابل منحصرأ واداشتن مرتکب به قطع عمل غیرقانونی در صورت تداوم آن و یا انجام تعهدات یا تکالیف ثانویه ناشی از آن است؛ مانند تکلیف به استرداد مال، تأدیه ضرر و زیان و غیره. ژان کمباکو^{۸۰} اقدامات مشابهی را که سازمان‌های بین‌المللی انجام می‌دهند اقدامات مطیع‌کننده^{۸۱} نامیده آنها را ضمانت‌اجرای مدنی و نه کیفری می‌داند.^{۸۲}

ما در اینجا وارد این مسئله نمی‌شویم که آیا ممکن است مواردی را فرض نمود که دولت زیان‌دیده مجاز باشد تا به اقدامات متقابل دست بزند، ولی در عین حال جبران خسارت از او شده و یا تقاضای جبران خسارت نکرده باشد.

79. Représailles.

80. J. Combacau.

81. Mesures d'astreinte.

82. Le pouvoir de sanction de l'ONU, Paris, 1974, pp. 17 s.

در هر حال اگر توسل به اقدام متقابل فقط به عنوان وسیله‌ای برای وادار کردن مرتکب عمل غیرقانونی به قطع رفتار و رعایت تکالیف ثانویه ناشی از آن باشد، بنابر آنچه گفته شد اقدام متقابل را باید جزو کیفرها به‌شمار آورد، زیرا طبیعتاً بر مرتکب عمل غیرقانونی مضرت یا سختی^{۸۳} وارد می‌کند، بدون آنکه بحث اعاده وضعیت سابق یا اعاده وضعیت مشابه در کار باشد. اگر این طور نباشد باید پذیرفت که بازداشت در نظام‌های دولتی همواره کیفر نیست. نظام‌های حقوقی‌ای نیز وجود دارد که در صورت نقض تعهدات مالی حبس را پیش‌بینی کرده‌اند. در این نظام‌ها بدهکار به محض تأدیه دین از حبس خارج می‌شود. در این حالت نیز حبس وسیله‌ای جهت اجبار به تأدیه است و نباید نتیجه گرفت که کیفر مطرح نبوده است.

۴۹- ایراد دیگری باقی می‌ماند بدین مضمون که از نظر بخشی از دکترین، اقدام متقابل گاهی جنبه تنبیهی و گاهی جنبه دیگر دارد.^{۸۴} از نظر دمینسه^{۸۵} فقط با توجه به موارد عینی یا وقایع می‌توان مشخص کرد که آیا اقدام متقابل مجازات بوده است یا اقدامی الزام‌آور^{۸۶} یا آیینی اجرایی. بر فرض که سخن نامبرده درست و با اهمیت باشد، ولی به نظر نمی‌رسد که مانعی در برابر تشخیص ذهنی^{۸۷} طبع و سرشت اقدام متقابل باشد، زیرا اگر قائل باشیم که انتخاب نوع اقدام متقابل البته با رعایت شرایطی چون تناسب، بعضی الزامات و غیره در اختیار زیان‌دیده است و او موظف نیست گزینه اعاده وضع به سابق را اختیار نماید، این بدان معناست که آنچه در درجه اول برای نظام حقوقی مفید

83. Le mal.

84. D. Alland, Justice privée et ordre juridique international Paris, 1994, pp. 187 s.

85. C. Dominicé, Die internationalen verbrechen und deren rechtliches regime volkerrecht and rechtsphilosophie, Berlin, 1980, p. 239.

86. Contrainte.

87. In abstracto.

فایده است وارد آوردن کیفر (مضرت و سختی) متناسب در حد امکان، به نیت وادار کردن متخلف به انجام تعهد اولیه یا اجبار او به پرداخت خسارت است که مورد اخیر به نظر ما جنبه ثانویه دارد. بنابراین اقدام متقابل را باید جزو مجازات‌ها رقم زد.

۵۰- از آنچه گفته شد مجموعاً چنین بر می‌آید که سخن از کیفر و مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل امکان‌ناپذیر نیست و ایرادات وارده قابل رفع است و در این راه می‌توان از نظریه عمومی کیفر که شامل برخی نتایج اعمال بین‌المللی غیرقانونی دولت‌ها است کمک گرفت و اعتقاد داشت که دولت مشمول احکام مسئولیت کیفری قرار گرفته است. مسئله دیگر همان‌طور که در بالا متذکر شدیم این است که آیا استفاده از مفهوم کیفر در تئوری عمومی، آنچنان که بدان اشاره شد، وسیله‌ای معتبر و ارزشمند برای درک بهتر آثار اعمال غیرقانونی در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هست یا نه.

۵۱- نهایتاً باید گفت که برای تصدیق تفاوت میان اعمال غیرقانونی کیفری و اعمال غیرقانونی مدنی در حقوق بین‌الملل کشف وجود مسئولیت کیفری کافی نیست، بلکه وجود بعضی اعمال غیرقانونی با نتیجه جبران خسارت و بعضی دیگر با نتیجه اعمال کیفر، معقول و منطقی خواهد بود. اگر مفاهیم کیفر و جبران خسارت را آنچنان که گفتیم بپذیریم مناسب است که موازین خاص حقوق بین‌الملل را هم در کنار آن در نظر گیریم: اقدام متقابل (همان‌طور که کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز پذیرفته است) و تضمین عدم تکرار و ترضیه خاطر از دیدگاه حقوق بین‌الملل کیفر محسوب می‌شوند.

کمیسیون حقوق بین‌الملل که معتقد است احکام مسئولیت ناشی از جنایت باید از دیگر احکام مربوط به سایر اعمال غیرقانونی مجزا گردد، نه ادخال یک

نظام مسئولیت کیفری از نوع دولتی (داخلی) را در نظر دارد و نه نظامی بر اساس تفکیک مسئولیت کیفری و مدنی.

برای تحکیم رژیم مسئولیت ناشی از جنایت بین‌المللی دولت، یا مسئولیت در برابر اعمال غیرقانونی مضر به منافع اساسی جامعه بین‌المللی، باید راهی دیگر، متفاوت از آنچه در حقوق داخلی به تمییز عمل غیرقانونی کیفری و عمل غیرقانونی مدنی منجر گردیده در پیش گرفت.