

## مسئولیت دولت در عدم پیشگیری و مجازات جنایت بین المللی

نویسنده: لیون الکساندر سیسیلیانوس\*

مترجم: دکتر سید علی هنجنی\*\*

۱- مسئولیت دولت در ارتکاب «جنایت» بین المللی یا «عمل غیر قانونی بسیار وخیم»<sup>(۱)</sup> را باید از مسئولیت ترک تعهد در پیشگیری و مجازات فعالیت هایی که در حقوق بین الملل به جنایی موسوم است، تفکیک نمود.

۲- در صورت نخست یعنی ارتکاب «جنایت» بین المللی، دولت تعهدات بین المللی اساسی در «حفاظت منافع بنیادی جامعه بین المللی» را که در آن سخن از نبایدهاست نقض می کند، مانند منع تجاوز، منع ایجاد و حفظ سلطه استعماری به زور، منع بردگی، نسل کشی یا تبعیض نژادی، منع آلودگی گسترده جو و دریا.<sup>(۲)</sup> به جهت ماهیت، قاعده ای «اولیه» که به منع رفتارهای معین می پردازد و موجد تعهدات بازدارنده است به عهده دولت هاست.

۳- دومین حالت یعنی مسئولیت دولت به علت پیشگیری و مجازات نکردن فعالیت های جنایت بار با حالت اول متفاوت است. در این حالت مسئولیت، ناشی از نقض قواعد «اولیه» ای است، که برای آن، دولت تعهداتی بر فعل (تعهد ایجابی) تقبل

---

\* Lions- Alexandre Sicilianos, La responsabilité de L'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux, in; Droit International Péenal, sous la direction de Assensio(H.), Decaux(E.), Pellet(A.), Ed. Pedone, 2000.

\*\* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۱- نگاه کنید به: گزارش کمیسیون حقوق بین الملل، ملاحظات کرافورد، نخستین گزارش راجع به مسئولیت دولت.

1998, N.U., doc. A/53/10 & 302-305, doc. A/CN. 4/490/Ad. 3/11.5/1998, & 87 S.

۲- نگاه کنید، ماده معروف ۱۹ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، چنانکه توسط کمیسیون حقوق بین الملل در نوبت اول تهیه شد و نقد آن، سالنامه کمیسیون مزبور، ۱۹۷۶، جلد ۱۱، قسمت دوم، ص ۸۹ و بعد.

می‌نماید. یقیناً قواعد اخیر نیز به طور تلویحی به منع ارتکاب جنایت‌هایی که می‌بایست پیشگیری و مجازات شود اشاره دارد. عنوان ماده اول معاهده پیشگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی مورخ ۹ دسامبر ۱۹۴۸ در این باره مفید همین معناست: «طرف‌های متعهد اذعان می‌کنند که نسل‌کشی، چه در زمان صلح و چه در زمان جنگ، از جمله جنایات در حقوق بین‌الملل است و متعهد می‌گردند که از آن پیشگیری کنند و عاملان را مجازات نمایند».

همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری یادآوری نموده، ماده ۹ کنوانسیون مذکور که مبنای صلاحیت دیوان قرار می‌گیرد، «مانع هیچیک از انواع مسئولیت‌های دولت نمی‌گردد».<sup>(۳)</sup> درست نیست که در این مورد، معاهده را فقط در ارتباط با ترک تعهد پیشگیری و مجازات در نظر گرفته و جنبه مسئولیت ناشی از نسل‌کشی را که منتسب به کسی است، نادیده گرفت، به‌خصوص آنکه در ماده ۴ معاهده مزبور آمده است «مرتکبین نسل‌کشی (...) به مجازات خواهند رسید، چه حاکمان و چه کارمندان یا افراد معمولی». اگر به‌گونه دیگر تفسیر کنیم، معاهده از محتوا خالی است.

۴- اما بحث ما اینجا نقض تعهد بر فعل یا تعهد بر اقدام کردن است که دولت به منظور پیشگیری و مجازات باید مکلف به آن باشد. مسلماً محتوای دقیق چنین تعهداتی در هر جرمی متفاوت است. اما با توجه به ماهیت تعهدات نقض همگی آنها منطقیاً با ترک فعل و عدم اتخاذ تدابیر مناسب قانونی و مانند آن در جهت پیشگیری از ارتکاب جرم و مجازات صورت واقعیت به خود می‌گیرد. در نتیجه باید ابتدا به مبحث مسئولیت دولت به علت ترک فعل و سپس به ماهیت، محتوا و محدوده آن پرداخت.

### بخش ۱ - مسئولیت دولت در ترک فعل

۵- در اینکه دولت به هر دو علت فعل و ترک فعل از جهت حقوق بین‌الملل دارای مسئولیت می‌گردد تردیدی نیست، فقط باید حدود آن مشخص شود و بدین منظور

۳- قضیه اعمال معاهده پیشگیری و مجازات نسل‌کشی - ایراد صلاحیتی، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه ۱۹۹۶، بند ۳۲؛ نیز نک. نظر قاضی اودا، همانجا، ص ۶۲۵ و بعد، و نظر توامان قاضی Shi و Vereshchetin، همانجا، صص. ۶۳۲-۶۳۱ و نظر مخالف قاضی اختصاصی Kreca.

تعهدات او در زمینه پیش‌گیری و مجازات ولو به صورت مختصر بررسی شود.

### بند اول - در تأیید مسئولیت ترک فعل

۶- مسئولیت فوق ابتدا در قالب مسئولیت کلاسیک مربوط به ضرر و زیان وارده به بیگانگان مطرح گردیده است. در سال ۱۹۲۷ موسسه حقوق بین‌الملل در پوشش الفاظی کلی گفت: «دولت در برابر ضرر و زیان وارده به بیگانگان که ناشی از فعل یا ترک فعل خلاف تعهدات بین‌المللی او باشد مسئول است، فرقی نمی‌کند که عمل به موجب قانون اساسی یا عادی یا دولتی یا اقدام مقامات قضایی باشد».<sup>(۴)</sup> در راستای همین طرز تفکر، متن تهیه شده توسط سومین کمیسیون کنفرانس تدوین حقوق بین‌الملل لاهه در سال ۱۹۳۰، به مسئولیت دولت در ترک فعل از سوی قوه مجریه (ماده ۷)، کارمندان (ماده ۸)، مقامات قضایی (ماده ۹) اشاره داشت و راجع به قوه قانونگذاری اشعار می‌داشت که: «دولت در صورتی که مقررات لازم در جهت اجرای تعهدات بین‌المللی خود وضع نکند مسئولیت بین‌المللی خواهد داشت».<sup>(۵)</sup> طی همان طرح و کنفرانس اعلام شده بود که دولت در صورتی مسئول است که خسارت متحمل بر بیگانگان از آن ناشی شود که دولت مذکور «از اتخاذ تدابیری که به طور معمول باید بسته به مورد، برای جلوگیری، ترمیم یا مجازات اعمال زیانبار اتخاذ نمود، غفلت کرده باشد».<sup>(۶)</sup> مقرره اخیر اهمیت بسیار داشت زیرا اصلی را بیان می‌نمود که به موجب آن، دولت مسئول عمل غیر نیست ولی نسبت به عمل خود که ناشی از ترک فعل در پیشگیری، ترمیم یا مجازات «اعمال زیان‌بار» نسبت به افراد خصوصی است، مسئول می‌باشد. در طرح‌های دیگر راجع به تدوین حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت مقرراتی مشابه آمده بود.<sup>(۷)</sup>

۷- بعد از پایان جنگ جهانی دوم، تأیید مسئولیت دولت در ترک فعل بیش از پیش

۴- ماده ۱ قطعنامه راجع به «مسئولیت بین‌المللی دولت به علت ضرر و زیان وارده در سرزمین به اشخاص یا اموال خارجی»، سالنامه انجمن حقوق بین‌الملل، ۱۹۲۷ (اجلاس لوزان)، جلد سوم، ص ۳۳.

۵- ماده ۶، انتشارات جامعه ملل، مسائل حقوقی ۱۹۳۰، ۱۷، ۷، سند C. 531 (C)، ۱۴۵ (C) M، ۱۹۳۰، V.

۶- همانجا، ماده ۱۰.

۷- نک. طرح‌های مندرج در سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۵۶، جلد ۲، ص ۲۲۱ و بعد؛ همانجا، ۱۹۶۹، جلد ۲، ص ۱۴۷ و بعد.

در آرای قضایی بین‌المللی دیده شد. به عنوان نمونه رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تنگه کرفو (قسمت ماهیت)، پس از بررسی محدود و بعضی تعهدات بر فعل، در زمینه کشتی‌رانی که به موجب عرف بر عهده دولت هاست و اشاره به اینکه آلبانی به آنها عمل نکرده نتیجه می‌گیرد که «ترک فعل مزبور بسیار سنگین بوده باعث مسئولیت بین‌المللی آن دولت شده است».<sup>(۸)</sup> در قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران دیوان برای جریان رخدادها دو مرحله قائل شد، به این ترتیب که حمله و اشغال به خودی خود منتسب به دولت ایران نیست، ولی آن دولت می‌بایست اعمال را متوقف می‌ساخت و نتیجه گرفت که واکنش نشان ندادن ایران در مرحله اول حوادث نقض شدید و آشکار تعهدات بین‌المللی به ویژه کنوانسیون‌های وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ راجع به روابط دیپلماتیک و کنسولی است.<sup>(۹)</sup> در قضیه راجع به اجرای کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم نسل‌کشی نیز دیوان بر ماهیت و گستره تعهدات مثبت (فعل) دولت در این زمینه و نیز مسئولیت او در صورت ترک فعل تأکید بسیار نمود<sup>(۱۰)</sup> و معتقد بود که به همین دلیل کنوانسیون نسل‌کشی را نباید موضوعاً به مسئولیت کیفری افراد محدود نمود.

۸- در چارچوب حقوق بشر، آرای کمیسیون و دادگاه استراسبورگ در راستای تأیید مسئولیت دولت به علت ترک فعل نمونه‌های بسیار دارد. در این آرا به منظور تضمین رعایت مؤثر حقوق مورد نظر در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دیوان و کمیسیون از دکترین *Status negativus* (دکترین ناظر بر تعهدات سلبی دولت و عدم دخالت در آزادی‌های عمومی) راجع به آزادی‌ها فاصله گرفتند تا تعهدات مثبت (تعهد بر فعل) را که ذاتی دسته مهمی از مقررات کنوانسیون بوده برجسته نمایند.<sup>(۱۱)</sup> دیوان به دفعات خاطر نشان ساخت که در این گونه موارد، انفعال و بی‌اقدامی دولت نقض واقعی

۸- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۴۹، ص ۲۳.

۹- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۸۰، ص ۳۱ و بعد.

۱۰- دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۹۶، ص ۶۱۵ و بعد.

۱۱- نک. F. Sudre «تعهدات مثبت (فعل) در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر» R.T.D.H.، ۱۹۹۵، جلد ۶، صص ۳۸۴-۳۶۳.

کنوانسیون بوده است.<sup>(۱۲)</sup> در موضوعی دیگر نزدیک به مضمون مورد نظر ما، دیوان بیان داشت که حق حیات نه تنها مستلزم «وظیفه اولیه» استقرار «یک مجموعه قوانین کیفری عینیت یافته است که مانع گزند به حقوق انسان گردد و بر راهکاری اجرایی برای دستیابی به هدف و مجازات نقض قوانین استوار باشد، بلکه در مواقعی ضروری است «تعهدی مثبت دایر بر اتخاذ تدابیر پیشگیرانه عملی برای حفاظت از فردی که حیات او به سبب فعل و انفعالات جنایی تهدید شده است، برعهده گرفته شود».<sup>(۱۳)</sup>

۹- با توجه به حجم مطالب در تاکید بلااستثناء مسئولیت دولت در ترک فعل چه در ثوری و چه در عمل، کمیسیون حقوق بین الملل تدوین آن را امری واجب دانست. ماده ۳ طرح مواد راجع به مسئولیت دولت، آنچنان که در دور نخست آمده بود، به شکل عام اعلام نمود «هنگامی از دولت عمل غیر قانونی سر می زند که: الف) کرداری در جهت فعل یا ترک فعل به موجب حقوق بین الملل به دولتی منتسب گردد».<sup>(۱۴)</sup> کمیسیون به «موارد بی شماری» که طی آنها دولتی در ارتباط با ضرر و زیان وارده توسط افراد خصوصی و به طور دقیق تر به جهت ترک فعل ارگانهای خود از نظر عدم اتخاذ «تدابیر لازم به منظور پیشگیری یا مجازات عمل افراد مسئول شناخته می شد، اشاره و استناد می نمود».<sup>(۱۵)</sup>

## بند ۲- بسط شعاع تعهدات به فعل دولت

۱۰- شکل مسئولیت دولت از بابت فقدان پیشگیری و مجازات اعمال جنایت بار به شکل یابی و تدوین قواعد اولیه درباره موضوع وابسته است. البته تعهدات مندرج در اسناد قراردادی مربوط، ناتوان از ایجاد نظامی یک شکل بوده و ناپسند اینکه غالباً به صورت غیر دقیق نگارش یافته اند.

۱۲- نک. جدیداً، Guerra et autres C. Itlie رأی ۱۹ فوریه ۱۹۹۸، بند ۶۰.

۱۳- قضیه Osman علیه انگلستان، رأی ۲۸ اکتبر ۱۹۹۸، بند ۱۱۵.

۱۴- گزارش کمیسیون فوق بین الملل، 1996، doc. A/51.10، ص ۱۴۹.

۱۵- سالنامه کمیسیون حقوق بین الملل، ۱۹۷۰، جلد دوم، ص ۲۰۱، بند ۳۵، نیز نک. بند ۲ ماده ۱۱ طرح و نقد مربوط، سالنامه همان کمیسیون، ۱۹۷۵، جلد ۲، ص ۷۵ و بعد.

۱۱- صورت واحد و نگارش دقیق خصوصاً در زمینه پیشگیری دیده نمی‌شود. دسته‌ای از اسناد یا صریحاً به آن استناد نمی‌کنند (مانند کنوانسیون اروپایی راجع به مجازات تروریسم مورخ ۲۷ ژانویه ۱۹۷۷) یا اینکه اگر چنین اشاره‌ای دارند اجمالاً به اثر بازدارنده کیفر مربوط در حقوق داخلی، اکتفا می‌نمایند نظیر کنوانسیون ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ مونر آل در مورد مجازات اعمال غیر قانونی علیه امنیت هوایی کشوری که فقط یک ماده به پیشگیری اختصاص داده و طی آن به متعهد بودن اعضا اشاره نموده که «وظیفه دارند تدابیر منطقی در جهت پیشگیری از ارتکاب جرم اتخاذ نمایند» (بند ۱ ماده ۱۰). لب مطلب در کنوانسیون ماده ۳ آن است که مقرر داشته «دولت‌های متعهد موظفند کیفرهای جدی بر جرایم بر شمرده در ماده ۱ اعمال دارند». در همین راستا، کنوانسیون پیشگیری و منع نسل‌کشی، گرچه کلمه «پیشگیری» را در عنوان مطلب ذکر نموده اما تصریحاً فقط در یک جا به آن اشاره نموده که از جهت وظیفه‌مندی اعضا در «پیشگیری» چنین جرمی رنگی ندارد (ماده ۱)، آنگاه اعضا را متعهد می‌کند (ماده ۵) تدابیر قانونی لازم برای تضمین اجرای مقررات کنوانسیون» اتخاذ نمایند که ظاهراً اشاره‌ای تلویحی به پیشگیری است و آنها را به وضع ضمانت‌های کیفری موثر در حق مرتکبین نسل‌کشی تشویق می‌نماید (...). اگر دقت شود، جنبه پیشگیرانه و جنبه کیفری با یکدیگر کاملاً در هم شده‌اند بدین معنا که وظیفه دولت در پیشگیری، عمدتاً به وظیفه او در بازدارندگی از طریق وضع مجازات‌های موثر ختم می‌شود. به نظر می‌رسد که کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو راجع به مخاصمات مسلحانه نیز در زمینه پیشگیری و مجازات جنایات جنگی از وضعیت مشابهی برخوردار باشند.<sup>(۱۶)</sup>

۱۲- اسناد دیگری داریم که مقررات نسبتاً مفصلی راجع به پیشگیری وضع نموده‌اند. به منظور روشنگری بحث و پی‌گیری، نخست به کنوانسیون مکمل راجع به لغو بردگی مورخ ۷ سپتامبر ۱۹۵۶ می‌پردازیم.

معاهده مذکور ترسان و دودل تاکید می‌کند که دولت‌های متعهد «تمامی اقدامات قانونگذاری و مانند آن را که واقعی و ضروری می‌نماید در جهت نیل تدریجی اما

۱۶- ماده ۴۷ و بعد کنوانسیون اول، ماده ۴۸ و بعد کنوانسیون دوم و ۱۲۶ و بعد کنوانسیون سوم و ۱۴۲ و بعد کنوانسیون چهارم.

سریع به لغو کامل یا طرد بردگی و سایر نهادها و اعمال مشابه بکار خواهند بست (ماده ۱) و سپس مقرر می‌دارد که طرف‌های معاهده همچنین «تدابیر موثری اتخاذ خواهند کرد» تا از حمل برده با کشتی‌ها و هواپیماهای پرچمدار آنان از بنادر، فرودگاه‌ها و سواحل آنان جلوگیری به عمل آید (بند ۲ ماده ۳). معاهده بین‌المللی راجع به دفع و مجازات جنایت آپارتاید مورخ ۳۰ نوامبر ۱۹۷۳ در زمینه پیشگیری با برخوردی جسورانه‌تر طرف‌ها را به اتخاذ سلسله اقداماتی ضروری اعم از قانونگذاری و مانند آن موظف نموده، تا مآلاً به جنایت آپارتاید و سایر سیاست‌های تبعیض نژادی مشابه یا تجلیات آن به هیچ وجه دامن زده نشده هر نوع تشویق و تحریصی از این نوع خاتمه یابد (...).» (بند الف ماده ۶).

۱۳- در زمینه تروریسم، ماده ۴ معاهده راجع به پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص بهره‌مند از حمایت بین‌المللی از جمله ماموران دیپلماتیک (کنوانسیون مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳) و ماده ۱۱ معاهده راجع به امنیت کارمندان سازمان ملل متحد و وابسته (معاهده مورخ ۹ دسامبر ۱۹۴۴) مقرر داشته است که اعضا در پیشگیری جرایم علیه اشخاص مورد حمایت همکاری نموده برای ممانعت از آماده‌سازی فعالیت‌های مربوط در سرزمین خود تمامی تدابیر ممکنه را اتخاذ کنند و برای این کار به تبادل اطلاعات و هماهنگی در اقدامات اداری و سایر امور که برای جلوگیری از ارتکاب چنین جرایمی ضروری است بپردازند.<sup>(۱۷)</sup>

۱۴- در باره سرکوب اعمال جنایی، اسناد مذکور در بالا به عنوان قاعده عمومی دولت‌های متعاقد را موظف می‌کند، جرایم مورد نظر را در حقوق داخلی خود جرایم مستوجب کیفر در نظر گرفته، برای آنها مجازات‌های «متناسب»، «موثر» و «سخت» پیش‌بینی نموده، در مجازات‌ها، هریک به نحو مقتضی، به وخامت جرم توجه نمایند» (ماده ۴ ب معاهد ۱۹۹۷ راجع به اعمال تروریستی انفجاری). به عبارت دیگر دولت‌ها گرچه هریک تا حدودی آزادی عمل دارند ولی متعهد می‌گردند کیفرهای متناسب با «ویژگی و وخامت جرم (جنایت)» را در نظر گیرند.<sup>(۱۸)</sup> با توجه به صلاحیت

۱۷- نک. ماده ۱۵ کنوانسیون بین‌المللی راجع به مجازات عملیات تروریستی انفجاری مورخ ۱۵ دسامبر ۱۹۹۷.

۱۸- ماده ۳ طرح راجع به جنایات علیه صلح و امنیت بشری، گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۶، ملل

دیوان بین‌المللی کیفری (مواد ۵-۱۱-۱۳ و ۱۹ اساسنامه رم، ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸) دولت‌ها همچنان موظفند به منظور اعطای صلاحیت به مراجع ذی‌ربط جهت رسیدگی به جرایم مورد نظر تدابیر لازم اتخاذ نمایند.

۱۵- افزون بر اقدامات تقنینی، در بعضی اسناد به صراحت آمده است که دولت‌ها موظفند «چنانچه اوضاع و احوال اجازه دهد» تدابیر اداری و قضایی مناسب برای تضمین حضور حتی بازداشت مرتکب جرم اتخاذ نموده تا تعقیب یا استرداد ممکن گردد (مثلاً به موجب ماده ۶ معاهده ۱۹۷۱ مونترآل یا ماده ۶ معاهده ۱۹۷۳ راجع به پیشگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص بهره‌مند از حمایت بین‌المللی یا ماده ۱۳ معاهده ۱۹۹۴ راجع به امنیت کارمندان سازمان ملل یا ماده ۷ معاهده ۱۹۹۷ راجع به کیفر اعمال تروریستی) چنانچه عامل دستگیر شود باید یا محاکمه یا مسترد شود و دولت‌ها در این زمینه متعهد به معاضدت قضایی می‌باشند.

۱۶- مجموع مقرراتی که از آن سخن به میان آمد آزادی عمل نسبتاً وسیعی در مورد اتخاذ تدابیر لازم جهت پیشگیری و مجازات به دولت می‌بخشد. اما مسلماً از بابت تعیین ماهیت و محتوای دقیق مسئولیت دولت در نقض تعهدات خود مشکلاتی نیز فراهم می‌کند.

## بخش ۲- ماهیت و محتوای مسئولیت

۱۷- براساس نظریات بخش قابل توجهی از حقوق‌دانان مفاهیمی چون تقصیر و مراقبه (diligence) در صورت ترک فعل و نیز هنگام مسئولیت دولت ناشی از فعل افراد خصوصی و یا در حالت نقض تعهدات مبنی بر پیشگیری، نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا می‌نمایند.<sup>(۱۹)</sup> براساس همین تفکر K. Zemanek میان «فعل» و «ترک فعل» قائل به تفکیک شده می‌نویسد که دولت در برابر فعل خود مسئولیت عینی خواهد داشت در

متحد سند A/51/10، ص ۴۵.

۱۹- نک.

"The Due Diligence Role and the Nature of International Responsibility of states", pp. 19-20- Pisillo- Mazzeschi..



صورتی که در ترک فعل به عنصر ذهنی تقصیر برای احراز مسئولیت همواره نیاز است. (مسئولیت دولت در قبال اعمالی که از نظربین‌المللی غیر قانونی محسوب می‌شوند و مسئولیت او در قبال اعمالی که از نظربین‌المللی قانونی هستند).<sup>(۲۰)</sup>

نویسنده سپس سخن خود را تعدیل نموده اضافه می‌کند که «اصل *due diligence* با مراقبت بایسته این خاصیت را دارد که بتوان رفتار دولت را از طریق مقایسه با «استاندارد بین‌المللی که همانا استاندارد رفتار معمول و متوسط است سنجید و ارزیابی نمود» (همانجا).

۱۸- روبرتو آگو مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل نظری دیگر داشت که باعث شد کمیسیون نظریه تقصیر را به عنوان عنصر مجزا و مستقل مسئولیت کنار گذاشته و نظریه مسئولیت «عینی» را چه برای فعل و چه ترک فعل اختیار نماید. این رویکرد در تعدادی از مواد طرح راجع به مسئولیت دولت‌ها و به ویژه در ماده ۲۳ آن دیده می‌شود که به موجب آن «چنانچه از دولتی طی تعهدی نتیجه‌ای خواسته شده باشد که به سلیقه خود از حدوث رخدادی خاص پیش‌گیری نماید، تعهد مذکور هنگامی نقض شده است که آن دولت با رفتار خود نتیجه را تحقق نبخشیده باشد».<sup>(۲۱)</sup> اجرای طابق النعل بالنعل چنین حکمی به معنی تولید خود کار مسئولیت دولت بدون توجه به بیش و کم مراقبه مقامات دولتی است. اما این عدم انعطاف بدون شک با نرمش مقرراتی که در بالا به آن اشاره شد تطبیق نمی‌کند. غرض ما در اینجا تجزیه و تحلیل مسئله تقصیر نیست که نه ممکن و نه ضروری به نظر می‌رسد بلکه کوشش می‌کنیم به صورت منعطف‌تری و با توجه به ماهیت درونی تعهدات دولتی و اصل مراقبه آنچنان که از عملکرد بین‌المللی استنباط می‌شود موضوع را بررسی نمائیم.

۲۰- نک.

K. Zemanek/ J. Salmon, *Responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 1998. pp. 1-88.

۲۱- گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۶.

## بند ۱- تفاوت میان تعهد به فعل و تعهد به نتیجه

۱۹- اگر دقت شود، تعهدات به فعل دولت در زمینه پیشگیری و مجازات را می‌توان گاه تعهد به فعل و گاه تعهد به نتیجه به شمار آورد. می‌دانیم که ضابطه در نظر گرفته شده در کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تفکیک، براساس این پرسش بنا نهاده شده است که آیا «قاعده اولیه» به دولت اجازه می‌دهد تا طرق مورد استفاده را آزادانه انتخاب نموده به نتیجه مطلوب برسد یا نه؟ چنانچه آزادی عملی برای مورد اول وجود داشته باشد سخن از تعهد به نتیجه است و اگر به موجب تصمیم مربوط، دولت به پیروی از رفتاری کاملاً مشخص بدون امکان انتخاب طرق مربوط موظف گردد، تعهد به فعل مطرح خواهد بود.<sup>(۲۲)</sup>

۲۰- البته ضابطه فوق مورد انتقاد هم قرار گرفت چون از یک سو خلاف دکترین غالب در حقوق مدنی بود که تفکیک از آن ناشی می‌شد و از سوی دیگر به هنگام اجرا مسائل نظری به وجود می‌آورد.<sup>(۲۳)</sup> در نتیجه رهیافتی دیگر پذیرفته شد که رجوع به دکترین حقوق مدنی فرانسه بود و بر «درجه احتمال تحقق هدف مورد نظر» تاکید خاص داشت. هنگامی که تحقق هدف «در حد بالایی محتمل است» (قریب به یقین) بدین معنی که احتمال وقوع حادثه‌ای جز به صورت فورس مازور یا اتفاق غیر مترقبه نمی‌رود قاعده اولیه به معنی تعهد به نتیجه است. در این حالت عدم تحقق نتیجه برابر با تولید مسئولیت برای دولت خواهد بود. اما چنانچه احتمال ضعیف و تحقق هدف «اصولاً اتفاقی» باشد قاعده اولیه تنها به معنی کاهش بیشتر احتمال بوده و دولت موظف به تعهد به رفتار یا وسیله خواهد بود. درحالت اخیر عدم توفیق به تنهایی برای ایجاد مسئولیت کفایت نمی‌کند. به عبارت دیگر تعهد به نتیجه در حقیقت «تعهد به موفقیت»<sup>(۲۴)</sup> است،

۲۲- نک. مواد ۲۰ و ۲۱ طرح مسئولیت دولت، گزارش کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۵.

۲۳- نک. ژ. کمباکو، «تعهد به نتیجه و تعهد به فعل: چند پرسش و هیچ پاسخی»، ژ. سالمون «اقدام دولتی مرکب:

مفهومی قابل ایراد»، سالنامه فرانسوی حقوق بین‌الملل، ۱۹۸۲، صص. ۷۳۸-۷۰۹ و بویژه ص ۷۲۴ و بعد.

24- Obligation de réussir.

در صورتی که تعهد به فعل و رفتار «تعهدی به انجام مساعی»<sup>(۲۵)</sup> است.<sup>(۲۶)</sup> اما واقعیت این است که حتی «درجه احتمالات» همواره باعث نمی‌شود که بتوان تعهدات را با قطع و یقین توصیف نمود. منتهی مراتب درجه احتمال به طرز خاصی به استدلال در باره پیشگیری و مجازات جنایت بین‌المللی کمک می‌کند.

۲۱- اگر پیشگیری را در نظر بگیریم، باید میان تعهد دولت به وضع قانون برای توصیف جنایت مورد نظر به عنوان جرم کیفری از نظر حقوق داخلی او، و تعهد به اتخاذ رشته تدابیری اداری از جمله همکاری با دول دیگر جهت خنثی کردن ارتکاب آن جرایم تفاوت قائل شد.

۲۲- به نظر نمی‌رسد تعهد اول ریسک حادثه<sup>(۲۷)</sup> در بر داشته باشد زیرا قانونگذاری برای پیشگیری را می‌توان از طریق ایجاد پیکره‌ای قانونی به عنوان عامل بازدارندگی عمومی، چنانچه نقش هر قاعده بنیادی حقوق کیفری است، محقق ساخت. کیفری نمودن داخلی فعل و انفعالاتی که به موجب حقوق بین‌الملل قراردادی یا عرفی جنایی محسوب شده است تعهد به نتیجه است (از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری تعهدات مندرج در معاهده راجع به نسل‌کشی از جمله تعهدات همه‌گیر (erga omnes) است که خارج از هر رابطه قراردادی واجد ارزش می‌باشند.<sup>(۲۸)</sup>

۲۳- اما در تحقق هدف، که موضوع تعهد دوم است یعنی کارهایی که مانع ارتکاب فعالیت‌های جنایی از طریق ایجاد شبکه‌ای برای اقدامات اداری است، مسلماً احتمال حادثه بسیار است. دادگاه اروپایی حقوق بشر به جنبه اخیر اشاره داشته است. آن دیوان به تعهد فعل دولت مبنی بر «اتخاذ تدابیر عملی به منظور پیشگیری در راستای حمایت از فردی که زندگی او به علت فعل و انفعالات جنایی غیر در تهدید قرار گرفته است» استناد می‌نماید، اما معتقد است که چنین تکلیفی را باید طوری در نظر آورد که بر مقامات

25- Obligation de s'efforcer.

۲۶- طبق اصطلاحاتی که ژ. کومباکو به کار می‌برد، مذکور، ص ۱۹۶.

27- Aléas.

۲۸- نیز نک. حق شرط نسبت به معاهده راجع به نسل‌کشی، رأی مشورتی، مجموعه ۱۹۵۱، ص ۲۳ و قضیه مذکور راجع به همان معاهده، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه، ۱۹۶۶، ص ۶۱۶.

دولتی باری «غیر قابل تحمل یا بی رویه» تحمیل نکند، همچنانکه توجه به «غیر قابل پیش‌بینی بودن رفتار انسان»، دقت به مشکلات نیروهای انتظامی در انجام وظایف در جوامع امروزی و عنایت به «گزینه‌های عملیاتی در زمینه اولویت‌ها و منابع» کاملاً ضروری است.<sup>(۲۹)</sup> حالت اخیر «تعهد به کوشش» یا همان تعهد به رفتار مورد نظر است.

۲۴- نکات مشابهی با در نظر گرفتن تغییرات لازم،\* در مورد توصیف تعهدات دولت در زمینه مجازات، صادق است. اجرای تعهد به اتخاذ تدابیری در جهت «تضمین حضور» یا حتی دستگیری و بازداشت متهم، در حد کمتری به عامل اقبال و اتفاق (کم و بیش مشابه با آنچه دادگاه اروپایی مذکور در رأی Osman اظهار داشت)، بستگی دارد. به این ترتیب بار دیگر با همان تعهد به کوشش مواجه هستیم. اما اجرای تعهد به وضع قانون در جهت مجازات مناسب با وخامت جرم و تعیین صلاحیت برای محاکم دولتی در مواردی که در اسناد بین‌المللی مربوط پیش‌بینی شده است به هیچ وجه امر اتفاقی و وابسته به بخت و اقبال نیست. در مورد تعهد به اصل یا تحویل ده یا محاکمه کن\*\* نیز به همین منوال باید استدلال نمود زیرا پس از دستگیری و بازداشت متهم، به جریان می‌افتد. تعهد در زمینه مجازاتی که اجرای آن متضمن عوامل غیر قابل پیش‌بینی نباشد در زمره تعهدات به نتیجه جای می‌گیرد.

#### بند ۲ - اعمال اصل مراقبه<sup>(۳۰)</sup>

۲۵- پس از توصیف تعهدات افعالی دولت در زمینه پیشگیری و مجازات، اکنون باید نتایج مسئله را از نظر اصل مراقبه بررسی نمود. ارزیابی اینکه آیا دولت با مراقبه یا بدون مراقبه لازم عمل کرده است، در مورد تعهدات به نتیجه منطقیاً مطرح نمی‌گردد، زیرا اگر بپذیریم که مسئولیت دولت فقط به علت فقدان نتیجه مورد نظر موجود است، ارزیابی صحت مراقبه موضوعاً منتفی خواهد بود. با بررسی دقیق آرای قضایی

۲۹- رأی Osman، مذکور، بند ۱۱۶-۱۱۵.

\* - mutatis mutandis.

\*\* - aut dedere aut judicare.

30- Diligence.

بین‌المللی، به ویژه آرای داوری بین‌المللی در زمینه مسئولیت دولت به مناسبت عمل افراد خصوصی، این نتیجه منطقی کاملاً به دست می‌آید.<sup>(۳۱)</sup> قابل توجه اینکه در قضیه Osman دیوان اروپایی حقوق بشر متعرض مسئله مراقبه در ارتباط با «وظیفه اولیه» دولت، که همانا تصویب قوانین کیفری در ممانعت از گزند به حق حیات و مبتنی بر راهکاری عملی جهت پیشگیری، مجازات و ضمانت نقض آن باشد، نشده است ولی به طور جامع و موسع<sup>(۳۲)</sup> برخورد پلیس بریتانیا را از زاویه تکلیف دولت در اتخاذ «تدابیر از نوع عملی» جهت پیشگیری فعل و انفعالات جنایی غیر بررسی نموده است.<sup>(۳۳)</sup> در این مورد همان طور که ملاحظه شد سخن از تعهد به رفتار بوده است.

۲۶ - قاعده مراقبه در ارتباط با «تعهد به کوشش» معنی حقوقی واقعی پیدا می‌کند و به عنصری ملازم و مرتبط با عمل غیر قانونی تبدیل می‌گردد. راجع به چنین تعهداتی تنها کافی نیست که عدم تحقق هدف احراز شود بلکه از بابت تولید مسئولیت، باید مشخص شود که دولت کاری دایر بر «مراقبه لازم» (diligence due) انجام نداده و دست روی دست گذاشته است. بنابراین باید به میزان یا درجه مراقبه مورد نظر در حقوق بین‌الملل توجه شود. آیا غرض مراقبه نسبی است؟ اگر چنین باشد متناسب با هر مورد (diligentia quam in suis) دامنه تعهدات بر فعل کاملاً از حالت مطلق خارج می‌شود؛ و یا اینکه میزانی از مراقبه که با استانداردهای عینی مطابق است باید کفایت کند؟ عملکرد بین‌المللی به حالت دوم نزدیک‌تر است چنانچه در قضیه Venable آمده است.

بر فرض که عدم مراقبه عمدی هم نبوده باشد ولی بدون شک عمل دولت کاستی‌ای در بر داشته تا جایی که کوتاهی از استاندارد بین‌المللی برای هر انسان منطقی و بی طرف

۳۱- نک. Pisillo - Mazzeschi, مذکور ص ۲۶ و بعد و Passim و نیز بند ۲ ماده ۱۱ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت، گزارش کمیسیون ۱۹۹۶، مذکور، ص ۱۵۱.

32- In extenso.

۳۳- رأی Osman, مذکور، بند ۱۱۵ و بعد، نیز نک. آرای دادگاه میان کشوری آمریکایی حقوق بشر در قضیه Valesquez Rodriguez, I.A.Y.H.R., ۱۹۸۸، ص ۹۸۶ و بعد. I.A.Y.H.R., Godinezcruz, ۱۹۸۹، ص ۷۳۰ و بعد.

فوراً قابل تشخیص است. (۳۴)

استناد به «نارسایی عمل دولت» نشان می‌دهد که آنچه اهمیت دارد جنبه ذهنی تقصیر فلان عامل دولتی نیست، بلکه رفتار مقامات دولتی ذی صلاح است که باید به طور کلی در نظر گرفته شود. (۳۵)

۲۷- علی‌رغم آنچه گفته شد، اعمال اصل مراقبه چیزی نیست که به‌طور خودکار صورت گیرد و «استانداردهای بین‌المللی» راجع به میزان لازم هوشیاری در مراقبه درخواست شده در هر وضعیتی فرق می‌کند. دادگاه‌های بین‌المللی از این نظر به مجموعه اوضاع و احوال مرتبط با مسئله توجه می‌کنند و با مقیاس سه عنصر اصلی به وضعیت متعادلی می‌رسند که عبارت است از منافع حقوقی که باید مورد حمایت قرار گیرد، منطقی بودن بویژه در انعطاف داشتن و احتمالات در ارتکاب اعمال جنایی که باید جلوی آن را گرفت. ترکیب این سه معیار به وضوح در رأی Osman دیده می‌شود. دادگاه اروپایی حقوق بشر به همین مناسبت خاطر نشان نمود که نظر به اهمیت حق حیات که «برای تضمین هدف کنوانسیون اساسی است» کافی است بر مدعی معلوم شود که مقامات دولتی نتوانسته‌اند هر آنچه که «منطقاً از آنان انتظار می‌رفته انجام دهند، تا تحقق مادی «خطری مسلم و عاجل» برای حیات را که از آن اطلاع داشته‌اند یا می‌بایست اطلاع می‌داشتند مانع گردند». (۳۶)

34- Even if here was not wilful neglect of duty, there doubtless was an insufficiency of government action so far short of international standards that every reasonable and in has that man would readily recognize its insufficiency H.G. venable (U.S.A.) v. United Mexican states & juillet 1927, R.S.A., Vol. IV. p. 229; voir aussi L.F.H. Neer and P. Neer (U.S.A.) v. United Mexican states. 15 October 1926, ibid. pp. 61-62; Vélasquez Rodriguez, loc.cit. Godrieg Crug, loc.cit.

۳۵- در این باره نک. R. Pisillo - Mazzeschi, مذکور، ص ۲۲ و بعد؛ نیز قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در نیکاراگوئه و علیه او (ماهیت)، دیوان بین‌المللی دادگستری، مجموعه ۱۹۸۶، بند ۱۵۷.

۳۶- همان، بند ۱۱۶؛ نیز نک.

F. Moller (United Mexican States) v. U.S.A., 27 avril 1927, R.S.A., Vol. IV, pp. 1752y W.E, Champan (USA), v. United Mexican states, 24, Doctor 1930, ibid., pp. 634, not. p. 638, CQJ. Rec., 1980, pp. 325.

۲۸- گرچه معیارهایی که در بالا ذکر شد کم و زیاد دارد اما به نظر می‌آید چارچوب خوبی برای سنجش رفتار مقامات دولتی و اظهار نظر راجع به مسئولیت آنان باشد، به شرطی که اینان نظارت موثری در سرزمین اعمال نمایند. در غیر این صورت، انصافاً مسائلی در مورد قابلیت اعمال و حتی معنای اصل مراقبه پدید می‌آید که طبعاً بر حدود مسئولیت دولت هم تاثیر خواهد گذاشت.

### بخش ۳- مرزهای مسئولیت

۲۹- اهمیت این مبحث روشن است زیرا جنایت بین‌المللی بخصوص آن که از همه سنگین‌تر است، چنانچه به تحریک یا با مشارکت مستقیم مقامات دولتی صورت نگرفته باشد (حالت اخیر اینجا مورد نظر مانیست)، غالباً از سوی گروه‌های مسلح یا نیروهای یاغی یا تروریستی و یا به‌طور کلی توسط ارکان «نهضت‌های شورشی» [Mouvement insurrectionnel] (طبق اصطلاح کمیسیون حقوق بین‌الملل که ضمناً دارای شمول و بار معنایی خنثی است)، در قالب مخاصمه داخلی گسترش یافته و ارتکاب می‌یابد. در این حالات که در سنوات اخیر روبه افزایش نهاده، یا دولت وجود ندارد که به آن معمولاً «دولت درمانده» *Etat en faillite* می‌گویند و یا دولتی است که از کنترل قسمت‌های مهمی از سرزمین خود عاجز است و نمی‌تواند به تکلیف پیشگیری و مجازات عمل نماید.

۳۰- سازمان‌های بین‌المللی و در رأس آنها سازمان ملل متحد بارها به فکر افتاده‌اند تا جلوی وسعت و آثار تعدیات فوق را بگیرند یا لااقل آن را محدود نمایند و راه مجازات مرتکبین را باز کنند. عملیات نظامی که شورای امنیت اجازه دهد یا عملیات حفظ صلح از نوع عملیات نسل دوم که به نیت بشردوستانه انجام می‌گیرند و ایجاد دادگاه کیفری برای یوگسلاوی و روآندا تجلی بارز فعالیت سازمان ملل است که طی آن جامعه بین‌المللی کوشش کرده عاقبت‌الامر جانشین دولت‌های درمانده گردد. باید یاد آور شد که واکنش‌های بین‌المللی مذکور در قالب نهاد حفظ صلح و امنیت بین‌المللی جای می‌گیرد و مسئولیت بین‌المللی دولت آنجا که حاکمیت ملی تهی می‌شود، تقریباً از کار باز می‌ماند.

۳۱- کمیسیون با تدوین قاعده‌ای کاملاً استوار در حقوق بین‌الملل این اصل را قرار بخشید که نمی‌توان اعمال یک «جنبش شورشی» برقرار در سرزمین را به دولت منتسب نمود.<sup>(۳۷)</sup> اما یقیناً، اعمال چنین اصلی نباید به منزله نفی مسئولیت دولت به علت بی‌مبالاتی دستگاه‌ها و ارکان او در اتخاذ تدابیر لازمه جهت پیشگیری یا مجازات تعدیات شورشیان تلقی شود.<sup>(۳۸)</sup> به عبارت دیگر، اصل مراقبه از جهات نظری اعتبار و ارزش خود را کماکان حفظ می‌کند. مع‌ذلک همان‌طور که کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته است «جاهایی که دولت قانونی توانسته باشد در جریان مخاصمه به طور قطع از عمل زیان بار «شخص در حکم ارگان» به جنبش شورشی جلوگیری نماید یا آن را سرکوب کند معمولاً استثنایی است».<sup>(۳۹)</sup>

۳۲- اکنون فرض کنیم که حرکت شورشی پیروز شود و قدرت را در دست گیرد یا کشور جدیدی تشکیل دهد، در این حالات عمل حرکت شورشی عمل حکومت جدید یا دولت جدید محسوب خواهد شد.<sup>(۴۰)</sup> به عبارت دیگر حرکت شورشی پیروز مسئول اعمال یا ترک فعل خویش طی مبارزات خواهد بود،<sup>(۴۱)</sup> اگر کشور جدید تشکیل شود، حرکت شورشی‌ای که به قدرت رسیده نه تنها مسئول اعمال خویش بلکه مسئول کردار حکومت قدیم نیز هست.<sup>(۴۲)</sup> راه حل اخیر که بر نظریه تداوم دولت بنا شده است ابتدائاً رضایت بخش به نظر می‌رسد ولی باید توجه کرد که مقامات جدید گرچه غالباً مایل به مجازات جنایات واقعی یا مفروض دشمنان مغلوب خود هستند ضمن اینکه در اکثر مواقع شرایط مناسب دادرسی عادلانه را نیز ندارند، ولی باطناً چندان رغبت به قبول مسئولیت و مجازات تعدیات «هم‌زمان» خود را ندارند از نمونه‌های جدید که متأسفانه از باب نشان باید ذکر کرد، مخالفت مقامات جمهوری دموکراتیک کنگو در همکاری با سازمان ملل برای بررسی تعدیات نیروهای شورشی قبل از کسب قدرت در ۱۷ مه

۳۷- بند ۱، ۱۹۷۵، جلد ۲، ص ۹۷ و بعد.

۳۸- همانجا، بند ۲، ماده ۱۴.

۳۹- همانجا، ص ۱۰۰.

۴۰- ماده ۱۵ طرح، مذکور، همانجا، ص ۱۰۷.

۴۱- به عنوان مثال قضیه Pinosri، ۱۹ اکتبر ۱۹۲۸، R.S.A.، جلد ۵، ص ۳۵۳.

۴۲- بند ۱ ماده ۱۵، عبارت دوم طرح، همانجا.



۱۹۹۷ است. (۴۳)

۳۳- اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری سعی نموده درد بومی بی‌کیفری جنایات بین‌المللی را در صورت لزوم تا حدی تسکین دهد. همان‌طور که می‌دانیم بند ۱ الف ماده ۱۷ اساسنامه مقرر داشته است که دعوایی توسط دیوان بین‌المللی کیفری قابل پذیرش تلقی می‌گردد که «دولت ذی‌صلاح در موضوع اراده نداشته یا ناتوان در بازجویی بوده یا تعقیبات نتیجه‌بخش نباشد. بند ۳ ماده ۱۷ که خصوصاً به ناتوانی دولت اشاره دارد «فروریزی تمام یا بخشی اساسی از دستگاه قضایی» و «ناآمدگی آن را» مستند تصمیم دیوان قرار داده است. بنابراین معنی «دولت درمانده» روشن است چون با توجه به محدودیت‌های صلاحیتی دیوان بین‌المللی کیفری اینکه در آینده بتواند با فعالیت خود با کاستی‌های دولت‌ها در زمینه پیشگیری و بخصوص مجازات جنایات بین‌المللی مقابله نماید تصویری واهی است. آنچه می‌توان گفت اینکه برپایی دیوان بین‌المللی کیفری در جایی که نظریه مسئولیت دولت به درازا کشیده و باشکست روبه‌رو شده پویایی نوینی فراهم آورده است.

۴۳- قطعنامه ۱۹۸۸/۶۱ کمیسیون حقوق بشر، ۲۱ آوریل ۱۹۹۸.