

مسئولیت بین‌المللی دولتها در قبال نقض حقوق بشر

نوشته آمپارو سان خوزه جیل

Amparo Sanjosé Gil

ترجمه دکتر ابراهیم بیگزاده

اشاره مترجم

مسئولیت بین‌المللی دولتها از جمله مسائلی است که از دیرباز جامعه بین‌المللی را به خود مشغول داشته است. اولین تلاشها برای تدوین مقرراتی در باب مسئولیت بین‌المللی به زمان کنفرانس تدوین حقوق بین‌الملل لاهه یعنی به سال ۱۹۳۰ باز می‌گردد. معهدا تلاشهای جامعه بین‌المللی تابعال، بجز تهیه چند پیش‌نویس از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل، به ثمر نرسیده‌اند. علی‌رغم عدم وجود مقررات مدونی در قلمرو مسئولیت بین‌المللی دولتها باید گفت که کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در این مورد، اگر نگوییم که یکی از منابع حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت بین‌المللی هستند، حداقل باید بپذیریم مهمترین اسناد بین‌المللی قابل استفاده در این موضوع می‌باشند. به همین جهت حقوقدانان هم از کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل در ارائه نظرات خود استفاده می‌کنند.

نویسنده مقاله حاضر هم که به بررسی مسئولیت بین‌المللی دولتها در قبال نقض یکی از جنجال برانگیزترین شاخه‌های حقوق بین‌الملل یعنی حقوق بشر پرداخته است از کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل بهره‌های فراوان برده است. او تلاش می‌کند تا ضمن طرح سؤالاتی مهم و پاسخ به آنها، با تکیه عمده بر اسناد بین‌المللی، ثابت کند که نه فقط تعهدات دولتها در قلمرو حقوق بشر از زمره تعهدات عام‌الشمول (Erga Omnes) می‌باشند بلکه نقض آنها از سوی هر دولتی سبب می‌شود تا دولتهای دیگر حق داشته باشند نسبت به آن اعتراض و حتی اقدام نمایند؛ به عبارت دیگر نویسنده در این مقاله تلاش می‌کند که مسئولیت بین‌المللی دولتها را در صورت نقض «قواعد مورد حمایت جمعی» ثابت نماید. لذا به نظر می‌رسد که مقاله حاضر* از این باب حائز اهمیت بسیاری باشد.

در پایان متذکر می‌شود کلیه پاورقی‌هایی که با علامت * مشخص شده‌اند از آن مترجم می‌باشند.

*. "La responsabilité des Etats pour les violations des droits de l'homme", Amparo San José GIL in "Les droits de l'homme à l'aube du XXIe Siècle"

این کتاب به مناسبت بزرگداشت Karel Vasak از سوی انتشارات Bruylant بلژیک در سال ۱۹۹۹ به زیور طبع آراسته شده است.

مقدمه

از روزی که رعایت حقوق بشر به‌عنوان یک تعهد بین‌المللی مطرح شده است، نقض آن منجر به عملی نامشروع می‌شود و به تبع خود امکانی را برای دولتها و سازمانهای بین‌المللی ایجاد می‌کند که از طرق مورد قبول حقوق بین‌الملل عکس‌العمل نشان دهند.

نقض شدید، گسترده، سازمان‌یافته و بیش از پیش حقوق بشر سبب خشم و انزجار به حق و وسیع افکار عمومی شده و بسیاری از دولتها و سازمانهای بین‌المللی را مصمم کرده است که برای تضمین رعایت حقوق بشر به تدابیر مختلفی متوسل شوند.

لازم است که هم برای حفظ صلح و روابط دوستانه فی‌مابین دولتهای حاکم و هم برای حمایت از حقوق بشر، شروط و محدودیت‌های وارده از سوی حقوق بین‌الملل بر اقداماتی که دولتها و سازمانهای بین‌المللی می‌توانند در پاسخ به نقض حقوق بشر انجام دهند تعریف و مشخص شوند.

آنچه در این مقاله مورد توجه است، پاسخ به این سؤال می‌باشد که آیا باتوجه به عملکرد دولتها، آنها از لحاظ بین‌المللی در قبال نقض حقوق بشر مسئول هستند؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا آنها این مسئولیت را فارغ از تابعیت افرادی که حقوقشان نقض شده است دارند؟

برای یافتن پاسخ این سؤال، قطعنامه ۱۹۸۹ مؤسسه حقوق بین‌الملل در مورد حمایت از حقوق بشر و اصل عدم مداخله در امور داخلی دولتها، و پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت بین‌المللی دولتها مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

البته باید دانست که هیچ‌یک از متون فوق بطور رسمی الزامی نمی‌باشند چون که اولی قطعنامه یک نهاد علمی و دومی هم فقط یک پیش‌نویس ساده کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌باشد.

معذک، در این دو متن می‌توان قواعد حقوقی یافت که جزو حقوق بین‌الملل عام می‌باشند. اما، این عملکرد دولتهاست که نشان می‌دهد تحت چه شرایطی این قواعد پذیرفته می‌شوند.

در این مقاله مسائل زیر مورد توجه قرار خواهند گرفت.

۱- ویژگی قواعد حقوق بشر چیست؟ آیا قواعد آمره (Jus Cogens) می‌باشند؟

۲- تعهد به رعایت حقوق بشر تعهدی عام‌الشمول (Erga Omnes) است؟

۳- قاعده طی مراجع داخلی در کلیه موارد نقض حقوق بشر لازم‌الاجرا است؟

۴- چه دولتهایی صلاحیت انجام اقداماتی را در قبال نقض حقوق بشر دارند؟ و آیا آنها می‌توانند به صورت دسته‌جمعی یا بطور فردی اقدام نمایند؟

۱- ماهیت حقوقی قواعد حقوق بشر (قواعد آمره JUS COGENS)

این مطلب مورد پذیرش قرار گرفته است که «حقوق بشر تجلی بارز کرامت انسان می‌باشند، و تکلیف دولتها به تضمین رعایت آنها ناشی از شناخت همین کرامتی است که قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آنرا اعلام نموده‌اند»^۱.

اگر حقوق بشر واقعاً با کرامت انسان عجین هستند، اگر آنها در پیوند با شناخت این کرامت می‌باشند، به نظر ما، رعایت این حقوق باید به عنوان تکلیفی که از یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل ناشی می‌شود به کلیه دولتها بار گردد.

در واقع، اکثر قواعد حقوق بشر عموماً به عنوان قواعد آمره شناخته شده‌اند. به خصوص، جامعه جهانی نسل‌کشی (ژنوساید) و آپارتاید را به عنوان نقض قواعد آمره لحاظ نموده و مسئولیت بین‌المللی دولتها را، حتی زمانی که آنها عضو کنوانسیونهای مربوط به این (جنایات) نیستند، پذیرفته است.

قاعده آمره در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات تعریف شده است. از تعریف ماده ۵۳ این ویژگیها ناشی می‌شوند:

1. Article 1, Résolution, Institut de droit international, session de Saint Jacques de Compostelle, A.I.D.I. Vol. 63, II 1990, p. 286.

که قاعده آمره یک قاعده الزام آور حقوق بین‌الملل عام می‌باشد که از سوی جامعه جهانی دولتها در کل پذیرفته شده است و تخطی از آن هم ممکن نیست و نمی‌تواند تغییر کند مگر با قاعده جدید حقوق بین‌الملل که دارای همان ویژگی (آمریت) باشد.

بی‌شک براساس این ویژگیها نسل‌کشی و آپارتاید نقض قواعد آمره می‌باشند. اما، ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا کلیه قواعد حقوق بشر دارای همان ویژگی (آمریت) می‌باشند؟ اگر قواعد مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ یا قواعد موجود در میثاقهای «حقوق مدنی و سیاسی» و «اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» را در نظر بگیریم و اگر منطق ماده ۵۳ کنوانسیون وین را جاری بدانیم، ممکن است به آسانی به این نتیجه برسیم که اکثر قواعد مندرج در این اسناد جزو قواعد آمره می‌باشند.

دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد عدیده‌ای از مبحث «اصول کلی حقوق» که کلیه دولتها را صرف‌نظر از اراده‌شان متعهد می‌کنند استفاده کرده است. دیوان وجود اصولی را، در حقوق بین‌الملل معاصر، مورد تأکید قرار داده است که الزامی بودنشان بستگی به اراده دولتهای حاکم ندارد: بنابراین مواردی وجود دارند که ممکن است دولت از لحاظ حقوقی بدون اعلام رضای خود یا حتی علی‌رغم اراده‌اش ملزم به اجرای تعهدی گردد.

دیوان بین‌المللی دادگستری، در نظر مشورتی ۱۸ می ۱۹۵۱ خود در مورد اعتبار برخی شروط بر کنوانسیون جلوگیری و سرکوب جنایت نسل‌کشی، اعلام کرد که این کنوانسیون دقیقاً برای یک هدف انسانی و تمدن‌ساز* تصویب شده است، چون که، از یک سو، می‌خواهد وجود حتی

*. Civilsateur.

برخی از گروههای انسانی را حفظ کند و، از سوی دیگر، اساسی‌ترین اصول اخلاقی را اعلام و برای آن ضمانت اجرا در نظر می‌گیرد. چنین هدفی شناخت گسترده جهانی کنوانسیون را الزامی می‌کند و این واقعیت را می‌قبولاند که اصول بنیادین این کنوانسیون که «به‌عنوان اصول مورد قبول ملل متمدن شناخته شده‌اند کلیه دولتها را (حتی) فارغ از هرگونه وابستگی قراردادی متعهد می‌کند».^۲

دیوان، در قضیه پرسنل دیپلماتیک و کنسولی آمریکا، از این مسأله حمایت کرده است که «محروم کردن انسانها از آزادی‌شان و قراردادن آنها در شرایط نامناسب توأم با فشارهای جسمانی به‌وضوح مغایر با اصول منشور ملل متحد و حقوق بین‌الملل بنیادین مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌باشد».^۳

دیوان، سپس در نظر مشورتی ۸ ژوئیه ۱۹۹۶ خود در مورد مشروعیت تهدید یا استفاده از تسلیحات اتمی، اعلام کرد:

«بی‌شک تعداد زیادی از قواعد حقوق بشر دوستانه لازم‌الاجرا در مناسبات مسلحانه که جزو قواعد بنیادین برای احترام به انسان و از زمره «ابتدایی‌ترین ضرورتهای انسانی»^{*} هستند باعث شده‌اند که کنوانسیون چهارم لاهه و کنوانسیونهای ژنو مورد قبول بسیاری از دولتها قرار گیرند. به‌علاوه، این قواعد بنیادین برای همه دولتها لازم‌الاجرا هستند، اعم از

2. Réserves à la convention sur le génocide, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1951, p. 23.

3. Affaire du personnel diplomatique et consulaire de Etats-Unis, Arrêt, C.I.J., Recueil, 1980, par 91.

*. این اصطلاح از سوی دیوان بین‌المللی در رأی مورخ ۹ آوریل ۱۹۴۹ در قضیه تنگه کرفو بکار رفته است. رجوع شود به:

C.I.J., Recueil 1949, p. 22.

این که آنها کنوانسیونهای حاوی این قواعد را تصویب کرده یا نکرده باشند، برای این که این قواعد سازنده اصول غیرقابل نقض حقوق بین‌الملل عرفی می‌باشند»^۴.

دیوان در این قضیه اعلام نمی‌کند که آیا این قواعد جزو قواعد آمره به شکل مندرج در ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات می‌باشند؟ به علاوه، برخی از قواعد مندرج در اسناد پیشگفته می‌توانند در وضعیتهای اضطراری به حالت تعلیق در آیند. * آیا در این حالات باز می‌توان از این نظر دفاع کرد که آنها جزو قواعد آمره بوده و برای همه دولتها لازم‌الاجرا می‌باشند فارغ از این که آنها کنوانسیونهای حاوی این قواعد را تصویب کرده یا نکرده باشند؟

ماده ۵۳ کنوانسیون وین تعلیق قواعد آمره را پیش‌بینی نکرده است، اما تردیدی نیست که ممنوعیت تهدید یا کاربرد زور (ماده ۲ بند ۴ منشور) به عنوان یک قاعده آمره شناخته شده است.^۵ اگرچه، این قاعده دارای استثنائاتی می‌باشد که صراحتاً در متن منشور آورده شده‌اند (ماده ۵۱ منشور یا فصل هفتم منشور)، معیناً هیچکس در آمره بودن آن تردیدی ندارد.

4. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucleaire, Avis Consultatif, C.I.J., Recueil 1996, par. 79.*

*. برای مثال می‌توان به ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی اشاره نمود.

۵. رجوع شود به: تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در سالنامه کانادایی حقوق بین‌الملل سال ۱۹۹۶-۲ ص ۱۶۸ به بعد که در آنجا کمیسیون حقوق بین‌الملل متذکر می‌شود که ممنوعیت تهدید یا توسل به زور از جمله قواعد آمره می‌باشد.

به نظر ما ذکر دکتترین در مورد ویژگی قاعده «ممنوعیت توسل به زور» ضرورتی ندارد چون که لیست نویسندگان بسیار طولانی و پایان ناپذیر می‌نماید.

به‌علاوه، تعلیق برخی قواعد مندرج در میثاقهای پیشگفته فقط در اوضاع و احوال استثنایی قابل تصور است.^۶

در اینجا آن بخش از دکترینی مورد قبول ماست که تخطی (به‌نظر ما بهتر است از تعلیق صحبت کرد) از برخی از قواعد حقوق بشر را فقط در اوضاع و احوال استثنایی و متناسب با خطری که این اوضاع و احوال ایجاد می‌کنند می‌پذیرد.^۷

به همین دلیل است که به‌نظر ما اکثر قواعد مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقها جزو قواعد آمره می‌باشند.

سؤال بعدی که مورد مطالعه قرار می‌گیرد این است که آیا از قواعد آمره تعهدات عام‌الشمول (Erga Omnes) ناشی می‌شوند؟

۲- حقوق بشر و تعهدات عام‌الشمول (ERGA OMNES)

گفته شده است که «قواعد آمره منبع اصلی تعهدات حقوقی عام‌الشمول در حقوق بین‌الملل می‌باشند».^۸

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز وجود تعهدات عام‌الشمول را در این عبارت پذیرفته است: «باید یک تفکیک اساسی فی‌مابین تعهدات دولتها نسبت به جامعه جهانی در کل و تعهدات دولتها درمقابل یکدیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک انجام داد. تعهدات دسته اول، به‌لحاظ ماهیت

6. Article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

7. Higgins R., "Derogations under Human rights Treaties" B.Y.I.L. 1976-1977, vol XL VIII pp. 282-283., Mc Dougal, Lasswel and Chen "Human rights and World public order: A Framework for policy-oriented Enquiry". A.J.I.L., 63 (1969), p. 267.

8. Juste RUIZ J., "Las obligaciones Erga omnes en derecho internacional publico". Estudios de derecho internacional, Homenaje la profesor Miaja de la Muela, vol. I, Madrid, p. 227.

شامل کلیه دولتها می‌شوند. نظر به اهمیت این حقوق کلیه دولتها می‌توانند برای حفظ آنها دارای منفعت حقوقی باشند؛ چنین تعهداتی را تعهدات عام‌الشمول می‌گویند.^۱

اعضای مؤسسه حقوق بین‌الملل در اجلاس سن‌ژاک دو کُپوستل (Saint Jacques de Compostelle) در ماه سپتامبر سال ۱۹۸۹ قطعنامه‌ای تحت‌عنوان «حمایت از حقوق بشر و اصل عدم مداخله در امور داخلی دولتها» تصویب نمودند که ماده ۱ آن به شرح زیر انشاء شده است:

«حقوق بشر تجلی بارز کرامت انسان می‌باشند. تکلیف دولتها به تضمین رعایت آنها ناشی از شناخت همین کرامتی می‌شود که قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آن را اعلام کرده‌اند. این تعهد بین‌المللی، طبق اصطلاحی که دیوان بین‌المللی دادگستری بکار برده است تعهد عام‌الشمول می‌باشد؛ این تعهد به کلیه دولتها در مقابل جامعه جهانی بار می‌شود، و هر دولتی در حفظ حقوق بشر سمت (منفعت) حقوقی دارد. به علاوه این تعهد همبستگی میان کلیه دولتها را برای تضمین سریع‌ترین راه برای حمایت جهانی و مؤثر حقوق بشر ایجاد می‌کند.»

این قطعنامه با ۳۲ رأی مثبت در مقابل ۳ رأی ممتنع تصویب شده است. دیوان بین‌المللی دادگستری، در قضیه بارسلونا تراکشن، تعهداتی را «عام‌الشمول» اعلام می‌کند که مانع شدیدترین نقض حقوق بشر می‌شوند.

9. Affaire de la Barcelona Traction Light and power Company Limited, Arrêt du 5 février 1970, C.I.J., Recueil 1970, p. 32.

درواقع «این تعهدات از غیرقانونی دانستن تجاوز نسل‌کشی و همچنین از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی و تبعیض نژادی، ناشی می‌شوند».^{۱۰} اما دیوان اظهار می‌دارد «تعهداتی که رعایتشان در چارچوب حمایت دیپلماتیک تضمین شده‌اند در زمره تعهدات عام‌الشمول قرار نمی‌گیرند» زیرا «یک دولت نمی‌تواند درخواست جبران خسارتی بابت نقض یکی از تعهدات (مربوط به حمایت دیپلماتیک) بکند قبل از آن که ثابت نماید که در آن مورد حق داشته است چون که قواعد (حمایت دیپلماتیک) دارای دو شرط می‌باشند: اول آن که دولت خواننده تعهدی را در مقابل دولت دیگر، نسبت به اتباع آن دولت، نقض کرده باشد، دوم آن که فقط طرفی که به نفع آن چنین تعهدی وجود دارد می‌تواند به دلیل نقض آن اقامه دعوی نماید».^{۱۱}*

در قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل نه فقط تعهدات جلوگیری‌کننده از شدیدترین نقض حقوق بشر جزو قواعد آمره قرار دارند، بلکه تعهدات کلی دولتها دایره بر تضمین رعایت حقوق بشر، بدون هیچگونه تفکیکی میان قواعد آن حقوق، و میان میزان نقض آنها، نیز در زمره قواعد آمره آمده‌اند.

10. Ibidem.

11. Ibidem.

*. لازم به توضیح است که این دیدگاه با گسترش نهاد «حمایت دیپلماتیک» به غیر اتباع تا حدودی گسترش یافته است. در این مورد رجوع شود به: کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل در اجلاس سال ۲۰۰۰ و بطور خاص به گزارش مخبر ویژه کمیسیون آقای جان. آر. دوگارد John R. Dugard در مورد حمایت دیپلماتیک

- First report on diplomatic protection, A/CN. 4/506, 7 March 2000
- First report on diplomatic protection, A/CN. 4/506/Add. 1, 20 April 2000
- First report on diplomatic protection, A/CN. 4/506/Corr 1, 7 June 2000

این قطعنامه در چارچوب حقوق بشر ابعاد جدیدی را مطرح می‌کند که می‌توانند به‌عنوان گامی به پیش در راستای تشویق و حمایت حقوق بشر لحاظ شوند.

اما این قطعنامه نگرانی‌هایی را هم ایجاد می‌کند که به‌نظر ما درست می‌باشند؛ این قطعنامه با اعلام رعایت حقوق بشر به‌عنوان یک تعهد عام‌الشمول، دولتها را مجاز می‌سازد که بطور یکجانبه تدابیر، مجازات‌ها یا اعمال متقابلی* را برای حمایت از حقوق بشر انجام دهند.^{۱۲} در مورد این مسأله در همین مقاله بحث خواهد شد.

۳- قاعده طی مراجع داخلی

قاعده «طی مراجع داخلی» قبل از شروع دعوی بین‌المللی، یک قاعده پذیرفته شده حقوق بین‌الملل عرفی است که موضوع مطالعات فراوانی در دکتترین حقوقی قرار گرفته است^{۱۳} و به کرات توسط محاکم بین‌المللی اجرا شده است.^{۱۴}

*. Counter measures یا Contre-mesures.

12. Mosler, *Abi Saab, Shiata et d'autres, Séance pléniere, A.I.D.I., 1990, p. 238.*

13. C. G Ténékides, "L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", *Revue de droit international et de législation comparée, Bruxelles 3 Série T, XIV 1933,* J.E.S. Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", *B.Y.B.I.L., 1954, vol. 3. 31., J.H.W. Vercijil "La règle de l'épuisement des recours internes" A.I.D.I., 1954, Basiloa, vol 45, T.I., C.F. Amerasinghe "The formal character of the rule of local remedies", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und völkerrecht, stuttgart, vol. 25, 1965., T. Haesler, The exhaustion of local remedies in the case Law of international courts and tribunals, Leiden sijthoff, 1968., J. Chappez, La règle de l'épuisement des recours internes, Paris, pedone, 1972. A. Miaja de la Muela "El agotamiento de los recursos internos como supuesto de les reclamaciones internacionales" *Anuario uruguayo de derecho***

اجرای این قاعده توسط محاکم بین‌المللی نشان می‌دهد که این قاعده محدود به موارد حمایت دیپلماتیک می‌باشد.^{۱۵} در واقع، این قاعده عموماً در مواردی اجرا می‌شود که دولتی بخواهد از سوی تبعه خود، که ممکن است در کشور دیگر در اثر نقض حقوق بین‌الملل خساراتی به او وارد شده باشد، دعوایی علیه دولت خاطی اقامه کند. در این حالت ضروری است که دولت خاطی بتواند این خسارات را با امکاناتش، در چارچوب نظام حقوق داخلی خود و قبل از توسل به یک محکمه بین‌المللی، جبران کند.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن اعلام نمود که باید «یک تفکیک اساسی میان تعهدات دولتها در مقابل جامعه جهانی در کل و تعهدات آنها در برابر دولت دیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک قائل شد ... این تعهدات (عام‌الشمول)، برای مثال، در حقوق بین‌الملل معاصر، از غیرقانونی بودن تجاوز و نسل‌کشی و همچنین اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین انسان، از جمله حمایت برضد برده‌کشی و تبعیض نژادی، ناشی می‌شوند».^{۱۶}

تعهدات دولتها در مورد حقوق بنیادین بشر تعهداتی هستند که اساساً با «تعهدات دولتها نسبت به یکدیگر در چارچوب حمایت دیپلماتیک»

internacional, 1963. TII., E. Ruiloba "La oponibilidad de la excepcion del agotamiento de las recursos internos en le arreglo arbitral de las diferencias internacionales", R.E.D.I, 1969. La regla del agotamiento de los recursos internos a través de las decisiones de la commission Europea de los derechos del hombre, Estudios de derecho internacional publico y privado Homenaje al prof. Se la sampil, vol. I, oviedo 1970.

14. Affaire de l'Interhandel, Suisse C/Etats Unis d'Amérique, Exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1959, pp. 26-27., Affaire Ambatielos, R.S.A. vol. 23, 1956, p. 326.

15. Brownlie, I., Principles of Public international Law, Oxford 2Ed, 1973, p. 482.

16. C.I.J., Recueil 1970, p. 32.

متفاوت می‌باشند. این سبب می‌شود که بتوان فکر کرد که قاعده «طی مراجع داخلی» فقط در مورد این تعهدات جاری است و نسبت به تعهدات مربوط به حقوق بشر قابل اعمال نمی‌باشد.

ماده ۲۲ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولتها می‌تواند در همین راستا تفسیر شود؛ چون که این ماده اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» را در «زمانی مطرح می‌کند که عملکرد یک دولت وضعیتی را ایجاد کند که با تعهد بین‌المللی آن دولت در مورد رفتار با بیگانگان، اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی، همسویی ندارد». اشاره به اشخاص حقیقی و حقوقی و به این که آنها باید بیگانه باشند فکر را بیشتر به سوی حمایت دیپلماتیک می‌کشاند تا به طرف مقررات بین‌المللی مربوط به حقوق بشر که هیچگونه تفاوتی میان «اتباع» و «بیگانگان» نمی‌گذارند و هیچ توجهی هم به اشخاص حقوقی ندارند.

اما تفسیر کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد ماده ۲۲ پیش‌نویس مربوط به مسئولیت دولتها^{۱۷} و همچنین مثالهای مذکور در این تفسیر این نکته را تأیید می‌کنند که کمیسیون حقوق بین‌الملل به تعهدات واقع در قلمرو حقوق بشر نیز توجه دارد.

از طرف دیگر، کنوانسیونهای بین‌المللی در مورد حمایت از حقوق بشر قاعده «طی مراجع داخلی» را قبل از اقامه یک دعوی بین‌المللی پیش‌بینی کرده‌اند^{۱۸} و این قاعده حتی در زمانی که نقض آشکار و

17. Commentaire de l'article 22 Paragraphe 46 in fine, A.C.D.I. 1977 vol II, p. 46.

18. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 11-2, 14-2), Pacte international de droits civils et politiques (art. 41. C), Convention Européenne de

سازمان یافته حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین هم وجود دارد لازم‌الاجراست: همچنین قطعنامه (۶۸)۱۵۰۳ شورای اقتصادی و اجتماعی (ملل متحد) در بند ۶ (ب) خود آیینی را برای بررسی اطلاعاتی‌های مربوط به نقض حقوق بشر و آزادیهای بنیادین پیش‌بینی کرده است که در آن «استفاده و طی مراجع داخلی در دسترس» ضروری می‌باشد.

قاعده «طی مراجع داخلی» سؤالات دیگری را هم مطرح می‌کند که بشرح زیر مورد مطالعه قرار می‌گیرند:

الف - آیا قاعده «طی مراجع داخلی» یک قاعده ماهوی است یا شکلی؟

ب - آیا اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» در کلیه موارد مربوط به نقض حقوق بشر ضروری است؟

ج - محتوی دقیق قاعده «طی مراجع داخلی» در مواردی که اجرای آن ضروری باشد چیست؟

د- چه کسی باید ثابت کند که رجوع به مراجع داخلی طی شده است؟

الف: آیا قاعده «طی مراجع داخلی» قاعده ماهوی است یا شکلی؟

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا نقض یک تعهد بین‌المللی تا زمانی که قاعده «طی مراجع داخلی» اجرا نشده است بوجود

می‌آید یا نه؟ یا این که آیا قاعده «طی مراجع داخلی» به‌عنوان پیش‌شرطی است که باید قبل از طرح مسئولیت دولت اجرا شود؟

تجزیه و تحلیل دکترین، عملکرد دولتها و رویه قضایی بین‌المللی نشان می‌دهد که قاعده «طی مراجع داخلی» گاهی به‌عنوان یک قاعده ماهوی^{۱۹} و زمانی به مثابه یک قاعده شکلی مورد توجه قرار گرفته است.^{۲۰} کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۲۲ پیش‌نویس خود در مورد مسئولیت دولتها برای آن قاعده قائل به ویژگی ماهوی شده است.^{۲۱} اما

19. Brochard. E.M., The diplomatic protection of citizens abroad or the Law of international claims, New York, 1928, pp. 817 et s. Id. "Theoreticla aspects of the international responsibility of states". I.F.A.O.R.U.V., vol 7 1921, pp. 233, et s. Id., Id., La responsabilité des Etats à la conférence de condification de La Haye" R.D.I.L.C. 1931, pp. 47 et s., Strtsower, I, Rapport Sur la "Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causée sur leur territoire à la personne au aux biens des étrangers", A.I.D.I., 1927-I, pp. 492 et 498., Ago R., "La regola del previo esaurimento dei ricorsi intern in tema de responsabilita internazionale", Archivio di diritto pubblico, 1938, p. 181 et s. et 239 et s., Id., "Le délit international" R. des C., 1939-II, pp. 514 et s., Id., "Observations au sujet de l'exposé préliminaire de J.H.W. verziji" A.I.D.I., 1954, pp. 34 et s., Durante. F., Ricorsi individuali a organi internazionali, Milan, 1958, p. 137., Simpson, J. L. et Fox, H. international arbitration Law and practice, New York, 1959, pp. 111 et 112., Gaja. G., L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale, Milan. 1967., Thierry et al., Driot international public, Paris, 1975, pp. 66 et s. Et d'autres.

20. De visscher. Ch., "Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents recents". R.D.I.L.C. 1927, pp. 245 et s.; Id., "Le déni de Justic en droit international", R. des c., 1935 II, pp. 421 et s., Panayotakos, C.P., La règle de l'épuisement des voies internes en théorie et en pratique, 1952, pp. 29 et s., Law, C.H.P., The local remedies rule in international law, Geneve, 1961, pp. 32 et s. et 131 et s., Amerasinghe, C.F. "The formal character of the rule of local remedies" Z.F. A.O.R.U.V., 1965, pp. 445., Hoesler, T. The exhaustion of local remedies in the case Law of international courts and tribunaux, Leyden, 1968, pp. 92 et s. et 131 et s., Chapez. J. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, Paris 1972.

21. Voir le rapport présenté par Ago dans l'A.C.D.I., vol. 1, 1977, 1463 sessions, p. 273.

بحث‌های کمیسیون و تفسیر ماده ۲۲ نشان می‌دهند که دکترین در این مورد متفق‌القول نیست، چون که چند تن از اعضای کمیسیون امکان اصلاح ماده ۲۲ پیش‌نویس کمیسیون را مطرح کرده‌اند.^{۲۲}

به نظر ما، چنانچه قاعده «طی مراجع داخلی» به‌عنوان یک قاعده شکلی لحاظ شود این امتیاز را دارد که دولت مسؤل باید آن را مطرح کند.^{۲۳} آن دولت هم می‌تواند از طرح آن خودداری نماید، و حتی می‌توان گفت که اگر آن دولت بدون طرح آن قاعده به دادخواست پاسخ گوید، به‌معنای آن است که از طرح آن بطور ضمنی صرف‌نظر نموده است.

در این جهت نظر کمیسیون اروپایی حقوق بشر روشن‌گر می‌باشد. درواقع، قاعده «طی مراجع داخلی» در ماده ۲۶ کنوانسیون اروپایی (حقوق بشر) آمده است که طبق آن کمیسیون نمی‌تواند قضیه‌ای را مورد بررسی قرار دهد مگر بعد از آن که رجوع به مراجع داخلی، براساس اصول پذیرفته شده حقوق بین‌الملل، طی شده باشد. به‌علاوه، کمیسیون مکلف است شکایت را رد کند در صورتی که آن شکایت طبق ماده ۲۷ قابل پذیرش نباشد.^{۲۴} براساس منطوق عبارات کنوانسیون می‌توان نتیجه گرفت که کمیسیون مجبور است الزاماً بررسی کند که آیا این شرط «طی مراجع داخلی» تحقق یافته است؟

22. Thiam, A.C.D.I., 1985, vol. I, para 27., Reuter, Ibidem para 5.

23. Amerasinghe, ch., "The formal character of the rule of local remedies", Z.F.A.Ö.R.U.V., vol. 25, 1965, p. 452.

۲۴. همین شروط امروز هم در ماده ۳۴ کنوانسیون اصلاح شده توسط پروتکل شماره ۱۱ ضروری می‌باشند.

کمیسیون تصمیم گرفته است که چون مکانیسم رسیدگی در کمیسیون ضد و نقیض نیست، بنابراین این کمیسیون وظیفه دارد رعایت قاعده «طی مراجع داخلی» را الزاماً بررسی نماید، اما هنگامی که نظر دولت خواننده در مورد قابلیت پذیرش اختلاف درخواست گردد وضعیت متفاوت می‌گردد.^{۲۵} به نظر کمیسیون، و طبق اصول حقوق بین‌الملل عام، در این حالت کمیسیون مکلف نیست در مورد قاعده «طی مراجع داخلی» اظهار نظر کند.^{۲۶} در همین راستا ممکن است بتوان این قاعده را در مقابل قابلیت پذیرش دعوی به عنوان یک قاعده شکلی تعریف نمود.^{۲۷}

به نظر ما، اگر از ویژگی ماهوی قاعده «طی مراجع داخلی» دفاع شود این به معنای کم‌اهمیت کردن عمل اولیه دولت ناقض حقوق بین‌الملل می‌باشد. اگر نقض حقوق بین‌الملل را ناشی از عمل اولیه دولت ندانیم بلکه فقط آن عمل را به عنوان نقض حقوق داخلی لحاظ نماییم، قاعده «طی مراجع داخلی» در چارچوب حقوق بین‌الملل قابل اجرا نخواهد بود؛ و اگر نقض حقوق بین‌الملل مطرح نشود، بنابراین مسئولیت بین‌المللی دولت خواننده هم قابل طرح نمی‌باشد. بنابراین، اگر دولت خواننده در آن مورد (در مورد عمل اولیه) مسئولیت بین‌المللی نداشته باشد، باید از خود پرسید که چگونه ممکن است مسئولیت آن دولت برای عمل اولیه قابل طرح می‌باشد در صورتی که دولت خواننده قاعده «طی مراجع داخلی» را (به عنوان یک قاعده شکلی) مطرح نکند.

25. Requête N^o 1994/63, Yearbook of the European Convention on human rights, 7, 1964.

26. Ibidem.

27. Fawcett. J., Application of the european convention on human rights, Oxford, 1969, p. 289.

به نظر ما، به‌عنوان نتیجه، باید گفت که قاعده «طی مراجع داخلی» یک قاعده شکلی است یا حداقل در موارد نقض تعهدات بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و آزادیهای بنیادین باید به‌عنوان قاعده شکلی لحاظ گردد. به این دلیل است که به نظر ما، ماده ۲۲ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت بین‌المللی دولتها، باید بطور عمیق مورد بازنگری قرار گیرد.

علی‌رغم این که به نظر ما از لحظه‌ای که عمل دولت منطبق با تعهدش در قلمرو رعایت حقوق بشر نباشد نقض تعهد بین‌المللی روی داده و این فارغ از اجرا یا عدم اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» می‌باشد، معذک، سعی می‌کنیم که به دومین سؤالی که قبلاً مطرح کردیم پاسخ دهیم.

ب: آیا اجرای قاعده داخلی «طی مراجع داخلی» در کلیه موارد مربوط به نقض حقوق بشر ضروری است؟

مسأله در اینجا این نیست که در چه مواردی رعایت قاعده «طی مراجع داخلی» ضروری نیست، بلکه این است که آیا در قلمرو حقوق بشر تعهدات بین‌المللی وجود دارند که در مورد آنها رعایت این شرط (طی مراجع داخلی) ضروری نباشد. این مسأله ایجاب می‌کند که انواع مختلف تعهدات حقوقی مورد بحث قرار گرفته و سپس طبقه‌بندی گردند. کمیسیون حقوق بین‌الملل یک طبقه‌بندی کلی از تعهدات بین‌المللی نموده است که همانا «تعهد به وسیله»* و «تعهد به نتیجه»** می‌باشند. اولین دسته از

*. Obligation de moyen.

** . Obligation de resultat.

تعهدات دولت را ملزوم به اتخاذ موضع مشخصی می‌کند؛ درحالی که دومین دسته از تعهدات مستقیماً یک نتیجه معینی را می‌طلبد.

به نظر می‌رسد که کمیسیون حقوق بین‌الملل موافق باشد که قاعده «طی مراجع داخلی» در موارد نقض «تعهد به نتیجه» و نه نقض «تعهد به وسیله» اعمال گردد. تفکیک میان «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» این فکر را تداعی می‌کند که کمیسیون حقوق بین‌الملل این تفکیک را از حقوق مدنی گرفته است، تفکیکی که برخی از حقوق‌دانان در حقوق بین‌الملل نیز مورد استفاده قرار داده‌اند.^{۲۸}

همانطور که گفته شده است^{۲۹} «در تفکر ملهم از حقوق مدنی رومی - ژرمنیک (برخلاف سنت کامن‌لو) تفکیک میان «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» کم و بیش بستگی به تحقق هدف آن تعهد دارد. بطور سنتی می‌توان آن‌را همانند مراقبت پزشک از بیمار خود دانست که پزشک تمام تلاش خود را صرف معالجه هرچه بیشتر او می‌کند. این «تعهد به وسیله» است به همان معنایی که، ژان کمباکو (Jean Combacau) می‌گوید، تعهد به «تلاش نمودن» است. اما نمی‌توان از پزشک انتظار داشت، که در تمام موارد، بیمار خود را معالجه کند.

در اینجا «تعهد به نتیجه» به معنای تعهد به «حصول نتیجه» نیست. بلکه موضوع تعهد مشتمل بر رفتار متعارف پزشک است نه نتیجه معالجات

28. Reuter, p., "principes de droit international public", R. des c., 1961-II, pp. 472 et s.

29. Dupuy. P.M., "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats", R. des c., 1984-V, vol. 188, p. 47.

او، که حتی عالی‌ترین پزشک هم نمی‌تواند مدعی معالجه قطعی بیمار خود گردد.

پذیرش تضاد میان «وسیله» و «نتیجه» در تجزیه و تحلیل تعهدات بین‌المللی از جایگاه رفیعی برخوردار است: یعنی کاملاً با تعهدات وسیع و در عین حال متغیر و مبهم دولت دائر بر مراقبت و حمایت از افراد بخصوص خارجیان، که منشأ عرفی دارد، سازگار می‌باشد. اما این تعهدات (مراقبت و حمایت) در کلیه مواردی هم که دولت از صلاحیت سرزمینی برخوردار است (یعنی دولت حاکمیت خود را اعمال می‌کند) لازم‌الاجرا می‌باشند و این انتظار از دولتی که حکومتش به سامان (مطلوب) باشد* می‌رود (قواعد واشنگتن)^{۳۰} یعنی از دولتی که قدرتش «منبعث از اراده جمع»** باشد و در اداره امور همانند «پدر خوب خانواده»***.

اما چنین مفهومی مد نظر ماده ۲۰ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد تعهدات به وسیله نیست چون که این ماده بر این امر اصرار می‌ورزد که این تعهدات رفتارها یا وسایل خاص مشخصی را به دولتها تحمیل می‌کنند.^{۳۱} مسأله‌ای که برای کمیسیون مطرح می‌باشد این است که اگر دولتی براساس یک تعهد بین‌المللی مکلف به انجام یا عدم انجام عمل مشخصی باشد در چه زمانی مرتکب نقض این تعهد می‌شود. در حقوق

*. Well governed state.

30. Dupuy. P.M., "Due diligence in the international Law of Liability" legal aspects of transfrontiers pollution, O.C.D.E. 1977, pp. 369-370., Id "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats". R. des c, 1984-V, pp. 47 et 48.

** . bona res publica.

*** . bonus pater familias.

31. A.C.D.I., 1977, vol I, p. 233.

بین‌الملل این نوع تعهد در قلمرویی که عمل دولت بساید در چارچوب فعالیتهای مستقیم دولتها با یکدیگر انجام شود بسیار متداول است. زمانی که نیل به یک وضعیت مشخص در چارچوب نظام حقوق داخلی یک دولت مد نظر باشد قطعاً «تعهدات به نتیجه» ارجحیت و برتری دارند. این مطلب در حالتی هم که حقوق بین‌الملل به آزادی دولت احترام گذاشته و فقط به تعیین نتیجه بسنده می‌نماید و انتخاب وسایل برای نیل به آن را به انتخاب دولت واگذار می‌کند صدق می‌نماید.^{۳۲}

کمیسیون، برای تفکیک میان دو نوع تعهد، به‌عنوان مثال از تعهد مندرج در ماده ۲۹ کنوانسیون وین در مورد روابط دیپلماتیک استفاده می‌کند، که طبق آن شخص دیپلمات غیرقابل تعرض بوده و نمی‌توان او را در هیچ حالتی توقیف یا زندانی نمود. چنین تعهدی نمونه‌ای از «تعهد به وسیله» است؛ درحالی که تعهد مندرج در ماده ۱-۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که اشعار می‌دارد که «هیچکس نمی‌تواند خودسرانه دستگیر یا زندانی شود» و بند ۵ هم پیش‌بینی می‌کند که «هرکسی که غیرقانونی دستگیر یا زندانی شود حق درخواست جبران خسارت را دارد»، «تعهد به نتیجه» می‌باشد.

کمیسیون معتقد است که ماده ۲۹ کنوانسیون وین فقط از دولت می‌خواهد که از انجام رفتار مشخصی خودداری کند و توجهی برای نیل به نتیجه‌ای ندارد. اما، ماده ۹ میثاق حقوق مدنی - سیاسی پیش‌بینی می‌کند که دولت طبق وظایف بین‌المللی خود عمل کرده است، و این ماده، حتی زمانی

32. Ibidem.

هم که نتیجه اصلی ماده ۱-۹ حاصل نشود، نتیجه‌ای را پیش‌بینی می‌کند که همان جبران خسارت وارده به قربانی توقیف غیرقانونی می‌باشد.^{۳۳}

به این تفکیک، باید این را هم اضافه کرد که، در مورد «تعهد به رفتار»، تعهد زمانی نقض می‌شود که رفتار دولت مطابق با آن چیزی که به آن ملتزم است نباشد. اما، در مورد «تعهد به نتیجه»، «هنگامی که رفتار دولت وضعیتی را ایجاد می‌کند که با نتیجه موردنظر یک تعهد بین‌المللی منطبق نباشد، اما آن تعهد امکان دهد که نتیجه موردنظر یا نتیجه‌ای معادل آن بتواند با رفتار بعدی بدست آید، در این حالت اگر دولت با رفتار خود نتیجه موردنظر آن تعهد بین‌المللی را بدست ندهد فقط نقض «تعهد به رفتار» روی خواهد داد» (ماده ۲-۲۱ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل).

تجزیه و تحلیل کمیسیون، همانطور که قبلاً اشاره شد،^{۳۴} مبهم، ناقص و غلط می‌باشد. اگر موضع کمیسیون در مورد ماده ۹ میثاق سازمان ملل متحد در مورد حقوق مدنی و سیاسی پذیرفته شود، باید این را هم پذیرفت که عمل نامشروع بین‌المللی فقط در موردی رخ می‌دهد که خسارات وارده به قربانی توقیف یا حبس غیرقانونی جبران نشده باشد. اگر این چنین تحلیلی پذیرفته شود این نتیجه هم حاصل می‌شود که توقیف یا حبس غیرقانونی اعمال نامشروع بین‌المللی نیستند (چون که مسئولیت بین‌المللی برای دولت ایجاد نمی‌کنند) یا این که نامشروع هستند اما مسئولیت بین‌المللی برای دولت خاطی ایجاد نمی‌کنند.

33. A.C.D.I., 1977, Vol II, (2^e Partie) p. 24.

34. Dupuy. P.M. "Le fait générateur ...", op. cit., p. 48.

اولین مطلب با منطوق و روح ماده ۱-۹ میثاق که طبق آن «هیچ کس نمی‌تواند خودسرانه دستگیر یا زندانی شود» سازگاری ندارد. دومین مطلب هم با ماده یک کمیسیون حقوق بین‌الملل که طبق آن «هر عمل نامشروع بین‌المللی دولت سبب مسئولیت بین‌المللی آن دولت می‌شود» تطبیق نمی‌کند.

به نظر ما ماده ۱-۹ میثاق مثال خوبی نیست که کمیسیون حقوق بین‌الملل انتخاب نموده تا ثابت کند که «تعهدات به نتیجه» فقط زمانی نقض می‌شوند که توسل به مراجع داخلی طی شده باشد. در واقع، ماده ۱-۹ میثاق «تعهد به نتیجه» را تحمیل نمی‌کند، بلکه دو تعهد متفاوت، یعنی دو «تعهد به رفتار» را مد نظر دارد.^{۳۵}

تعهد اول در مورد ممنوعیت توقیف یا حبس غیرقانونی است و تعهد دوم پیش‌بینی می‌کند، که اگر توقیف یا حبس غیرقانونی رخ دهد، قربانی حق دریافت خسارت را دارد. اما در این حالت، همانطور که هر دو مورد «تعهد به رفتار» است، می‌توان «طی مراجع داخلی» را به عنوان پیش شرط طرح مسئولیت بین‌المللی دولت در مقابل یک مرجع بین‌المللی قرار داد، همانطور که کمیسیون اروپایی حقوق بشر در گذشته و دیوان اروپایی حقوق بشر امروزه عمل می‌کنند.

مذلک، و علی‌رغم موضع کمیسیون که طی مراجع داخلی راه، در زمانی که «تعهدات به نتیجه» و نه «تعهدات به رفتار» مطرح هستند، ضروری می‌داند، می‌توان در قلمرو حقوق بشر مواردی از «تعهدات به

۳۵. ماده ۲۹ کنوانسیون ۱۹۶۱ وین در مورد روابط دیپلماتیک، همانگونه که کمیسیون شرح داده است، همینطور می‌باشد.

نتیجه» را ذکر کرد که قاعده «طی مراجع داخلی» ضروری نمی‌باشد. ماده ۱۴ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یک نمونه آن است چون که این ماده پیش‌بینی می‌کند دولتهای متعاهدی که، در زمان تصویب میثاق، هنوز آموزش ابتدایی اجباری و رایگان را در سرزمین خود ایجاد نکرده‌اند، مکلفند یک برنامه عملی را در مدت دو سال برای اجرای تدریجی، اصل آموزش ابتدایی اجباری و رایگان، در طی سالهای مشخصی، تصویب کنند. این یک مثال از «تعهد به نتیجه» است، چون که موضوع رسیدن به یک نتیجه مشخص در یک مدت زمان دو ساله بعد از عضویت در میثاق می‌باشد. اگر بعد از این مدت نتیجه مورد نظر از هر طریقی بدست نیامد، دولت به تعهد خود عمل نکرده است. اما برای الزام به اجرای این تعهد، لازم نیست قاعده «طی مراجع داخلی» اجرا شود، و لذا به نظر نمی‌رسد که بتوان با کمیسیون حقوق بین‌الملل همصدا شد و اعلام کرد که اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» در «تعهدات به نتیجه» در قلمرو حقوق بشر ضروری است. به علاوه، اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» در «تعهدات به رفتار» نیز الزامی نمی‌باشد.

به نظر ما، نقض تعهدات بین‌المللی در قلمرو حقوق بشر به محض عدم انطباق عمل دولت با تعهدات وی رخ می‌دهد و این فارغ از اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» است. اما برای طرح مسئولیت دولت در مقابل یک مرجع بین‌المللی طبق حقوق بین‌الملل عام باید ابتدا به دولت اجازه داد که تلاش کند تا خسارات وارده را در چارچوب نظم حقوقی داخلی خود جبران کند. بدین ترتیب هنگامی که تعهدی مطرح است که یک حق

شخصی* را برای فردی می‌شناسد و این حق از سوی دولت رعایت نمی‌شود، صرف‌نظر از این که این حق شخصی ناشی از «تعهد به رفتار» باشد یا «تعهد به نتیجه»، اجرای قاعده «طی مراجع داخلی» ضروری می‌باشد.

ج: محتوی قاعده «طی مراجع داخلی»

دکترین حقوقی در مورد محتوی قاعده «طی مراجع داخلی» روشن است و اعلام می‌کند که باید کلیه طرق موجود در نظم حقوقی (داخلی) دولت طی گردد.^{۳۶} این بدان معناست که فرد باید دادخواست خود را به محاکم معمولی تقدیم کند و اگر ضروری است باید کلیه طرق موجود را طی نماید. اگر محاکم اداری نیز برای صدور دستور جبران خسارات مناسب و مؤثر برای یک عمل نامشروع صالح می‌باشند، باید فرد به چنین محاکمی هم رجوع نماید، زیرا، همانطور که گفته شده است، باید کلیه طرق حمایتی موجود در نظم حقوقی داخلی طی شوند.^{۳۷}

آخرین مطلبی که لازم است در این مورد خاطر نشان گردد این است که کمیسیون اروپایی حقوق بشر چندین بار اعلام کرده است که قاعده طی کلیه طرق داخلی به این معناست که فرد باید «معمولاً طرق مؤثر و مناسب جهت یافتن راه‌حل برای ادعاهای خود را طی کند»^{۳۸} این «معمولاً» به این معناست که دادخواست باید تسلیم مقامات اداری گردد، یا به محاکم قضایی

*. Droit Subjectif.

36. Brownlie., op. cit., p. 485, voir aussi R.S.A. Vol. III, p. 1494 (claim of finnish shipowners).

37. Sorensen. M., Manual of Public international Law, London, 1968, pp. 584-585.

38. Requête N^o. 5577-5583/72, Donnelly et d'autres C.R.U. Decisions and reports of the european commission of human rights 4, pp. 4-64.

صالحه داده شود، و حتی در مقابل بالاترین محکمه مانند دادگاه قانون اساسی، در صورت وجود، مطرح گردد. معذک درخواست از پارلمان ملی یا تقاضای عفو،^{۳۹} یا هر نوع درخواست بخشش جزو طرق مؤثر محسوب نمی‌شوند، و بنابراین طی چنین طرقی الزامی نمی‌باشد.^{۴۰} کمیسیون (اروپایی حقوق بشر) هم اعلام کرده است که امکان تقاضا از یک مقام، دایر بر بازنگری در تصمیم خود یا امکان رجوع به نهاد مشورتی، نمی‌توانند مطابق ماده ۲۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر طرق مؤثر و کافی لحاظ شوند. بطور خلاصه، طبق دکترین غالب، ابتدا کارایی در توسل به طرق داخلی و سپس در اختیار بودن مؤثر آنها ضروری می‌باشد.

د: بار ارائه دلیل

مطلبی که می‌توان به‌عنوان یک اعلامیه کلی در نظر گرفت مطلبی است که دادگاه دآوری در قضیه آمباتیلوس (Ambatielos) مورد توجه قرار داده است که طبق آن: برای دفاع از غیرقابل پذیرش بودن اختلافات بین‌المللی، دولت خواننده باید وجود طرقی را ثابت کند که هنوز طی نشده‌اند.^{۴۱} این یک نتیجه منطقی از اصل «البینه علی المدعی» می‌باشد.^{۴۲} این

39. Requête N^o. 7705/76, XC. Rep. Federal Alemande, decisions and Reports ... 9, pp. 196-203.

40. Fawcett., Application of the european convention ... cit., p. 295.

41. R.S.A., Vol. 23, 1956.

42. Cançado Trindade. A., "The Burden of Proof with regard to exhaustion of local remedies in international Law", Human Rights Journal, Vol. IX-I, pp. 81-82.

اصل «البینه علی المدعی» یا «بار اثبات دعوی به‌عهده مدعی است» در لاتین نیز شناخته شده است و در عبارت زیر آورده شده است:

"onus probandi incumbit actore"

بدان معنا هم هست که اگر دولت خواننده دلیل لازم را بیاورد، این بر دولت خواهان است که نشان دهد طرق مطروحه از سوی خواننده طی شده‌اند یا، در هر صورت، قابل دسترس نبوده یا مؤثر نبوده‌اند.^{۴۳}

این مطلب این را خاطر نشان می‌کند زمانی که کمیسیونی برای بررسی نقض حقوق بشر توسط یک معاهده و یا قطعنامه یک سازمان بین‌المللی ایجاد می‌شود، مانند کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد یا کمیته امحاء تبعیض نژادی، این طبیعی است که در کلیه این متون بین‌المللی از مرجع ذیصلاح خواسته شود که مسأله طی طرق داخلی را هم (برای حل مشکل) بررسی کند. اگر مرجع ذیصلاح بین‌المللی ملاحظه کند که طرق داخلی طی شده‌اند اما دولت خواننده موافق نباشد، این برعهده آن دولت است که وجود چنین طرقی را ثابت کند.^{۴۴}

۴- کدام دولتها سمت (منفعت) اقدام در قبال نقض حقوق بشر را دارند؟

دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی سال ۱۹۴۹ خود در قضیه «خسارات وارده به سازمان ملل متحد» پذیرفته است که «فقط متعهد له یک تعهد بین‌المللی می‌تواند برای نقض آن تعهد اقامه دعوی نماید».^{۴۵} اما نباید حق داشتن اقامه دعوی بین‌المللی را با صلاحیت برای اقدام در مقابل یک دادگاه بین‌المللی خلط نمود. همانگونه که دیوان خود در همان قضیه بیان داشته است «حق داشتن اقامه دعوی بین‌المللی و امکان توسل به

43. Ibidem., p. 87. Fawcet., op. cit., p. 458.

44. Commission européenne de droit de l'homme. Requête N^o. 7456/76 wiggins v/Uk, Decisions and reports ... 13, pp. 40-43.

45. C.I.J., Recueil, 1949, pp. 181-182.

روشهای متداول و شناخته شده در حقوق بین‌الملل برای طرح و حل اختلافات، برای ذیحق آن حق وجود دارد. در میان این روشها، می‌توان به اعتراض، تقاضای تحقیق، مذاکره و درخواست ارجاع اختلاف به دادگاه داوری یا دیوان بین‌المللی دادگستری، در صورتی که اساسنامه دیوان اجازه بدهد، اشاره نمود ... که یک دولت می‌تواند علیه دولت دیگر دعوی بین‌المللی اقامه نماید. چنین دعوایی ...، در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل در مورد محاکم بین‌المللی، نمی‌تواند بدون رضایت طرفین اختلاف به یک دادگاه بین‌المللی ارجاع شود.^{۴۶}

معذک، عدم وجود رابطه قضایی (یعنی عدم پذیرش یک محکمه واحد از سوی طرفین اختلاف) به معنای ازدست دادن حق اقامه دعوی نیست زیرا که «باید میان منفعت حقوقی و قابلیت پذیرش دعوی در مقابل یک محکمه بین‌المللی قائل به تفکیک شد؛ پیش شرط قابل پذیرش بودن دعوی وجود رابطه قضایی است، اما عدم وجود چنین رابطه‌ای منفعت حقوقی را از بین نمی‌برد و هیچگونه پیش‌داوری هم در مورد طرق احتمالی غیرحقوقی برای حفظ حقوق ناشی از آن نمی‌کند».^{۴۷}

بنابراین مسأله دانستن این مطلب است که آیا دولتها تعهد عام‌الشمول برای رعایت حقوق بشر دارند؟ از آنجایی که حقوق بشر از زمره تعهدات عام‌الشمول است، آیا کلیه دولتها می‌توانند، صرف‌نظر از وجود رابطه قضایی فیما بین خود و دولت خاطی، نسبت به نقض آن حقوق از سوی آن دولت اعتراض کنند؟

46. Ibidem., pp. 177-178.

47. De visscher en A.I.D.I., Vol. 63-II, 1999, p. 257.

کمیسیون حقوق بین‌الملل به این نکته توجه می‌دهد که باید دولتهای زیان‌دیده را مشخص نمود زیرا فقط این دولتها حق دارند رابطه حقوقی جدیدی را که از عمل نامشروع بین‌المللی ناشی شده است مطرح کنند. این بدان معناست که ماهیت قاعده اولیه* حقوق بین‌الملل و دولتهایی که در شکل‌گیری آن مشارکت کرده‌اند برای تعیین دولت یا دولتهای زیان‌دیده از عدم اجرای یک تعهد ناشی از آن قاعده بسیار حائز اهمیت می‌باشد.^{۴۸}

در این خصوص مقاله حاضر موارد زیر را مورد بررسی قرار می‌دهد:

۴-۱ فقط دولتهای متبوع قربانیان می‌توانند به‌عنوان دولتهای زیان‌دیده مطرح شوند،

۴-۲ کلیه دولتها از نقض حقوق بشر متضرر شده‌اند و لذا حق اقدام دارند،

۴-۳ این حق اقدام فقط مختص سازمانها یا نهادهای بین‌المللی است که بنام جامعه جهانی در کل اقدام می‌کنند.^{۴۹}

این دو مورد اخیر بطور مستقیم در رابطه با ویژگی عام‌الشمولی تعهد به رعایت حقوق بشر می‌باشند و به همین دلیل هم آنها را مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

*. Norme primaire.

48. A.C.D.I., 1985, Vol. II, 2^e partie, para 3 et 4.

۴۹. ما در اینجا قربانیان نقض را در نظر نگرفته‌ایم، چون که این فرض اعطای شخصیت حقوقی بین‌المللی را مطرح می‌کند. به نظر نمی‌رسد که لحاظ نمودن فرد به‌عنوان تابع منفعل روابط حقوقی که حقوق انسانی‌اش رعایت نشده است در حقوق بین‌الملل عام مطرح باشد. ما به این امر آگاه هستیم که در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، و همینطور در حقوق اتحادیه اروپایی، فرد از برخی شخصیت حقوقی بین‌المللی برخوردار است، اما این امر در چارچوب حقوق بین‌الملل عام هنوز واقعیت نیافته است.

الف: دولت متبوع قربانیان (نقض حقوق بشر)

به نظر می‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری چنین امکانی را پذیرفته باشد. دیوان، در واقع، در قضیه بارسلونا تراکشن چنین می‌گوید:

«بطور خاص در مورد حقوق بشر ... باید گفت که این حقوق حاوی مقررات حمایتی در مقابل اجتناب از اجرای عدالت نیز می‌باشد. معذک، در سطح جهانی، اسناد مربوط به حقوق بشر هنوز حمایت از قربانیان نقض حقوق بشر را از سوی دولتهایی غیر از دولت متبوع آنان نپذیرفته‌اند. بنابراین باید همچنان در سطح منطقه‌ای به دنبال راه‌حلی برای این مشکل بود. بدین ترتیب است که در سطح شورای اروپا، مسأله قابلیت پذیرش، ... توسط کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حل شده است. این کنوانسیون به هر دولت عضو اجازه می‌دهد که بر علیه هر دولت دیگر عضو به دلیل نقض کنوانسیون اقامه دعوی کند و این فارغ از تابعیت قربانی می‌باشد».^{۵۱}

دیوان، در همین قضیه، اعلام نموده است که دولت فقط در چارچوب حقوق بین‌الملل خاص صالح برای اقدام (عملی) بر ضد دولت ثالث می‌باشد، از سوی دیگر، عبارت بکار رفته از سوی دیوان این تفکر را تداعی می‌کند که این مرجع، حمایت از حقوق بشر را به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عام نمی‌داند و این از آنجا ناشی می‌شود که دیوان برای حمایت از حقوق بشر به صراحت به کنوانسیونهای بین‌المللی استناد می‌نماید. نظر دیوان منطقی می‌نماید چون که تعهدات پذیرفته شده از سوی دولتها در این کنوانسیونها می‌توانند به عنوان تعهدات دوجانبه فی‌مابین دولتهای عضو

50. C.I.J., Recueil, 1970, p. 48.

معاهده لحاظ شوند، و لذا فقط دولت متبوع قربانیان است که می‌تواند خود را از بابت نقض تعهدات حقوقی زیان‌دیده محسوب نماید.

کمیسیون حقوق بین‌الملل، به سهم خود، با ارجاع به مطالب فوق اعلام نموده‌است که «شاید این بدان معناست که گستره تعهدات عام الشمول کاملاً با قلمرو حقوق بشر مطابقت ندارد، یا شاید فقط منظور اظهار نظر در مورد یک ترمینولوژی است که بطور مؤثر در معاهدات عام مربوط به حقوق بشر مورد استفاده قرار می‌گیرد»^{۵۱}.

در هر حال، به نظر می‌رسد که این ملاحظات دیوان با نظراتی که خود این مرجع در همین حکم اعلام کرده‌است مغایرت داشته‌باشند بخصوص آنجایی که دیوان اعلام می‌کند که «باید یک تفکیک اساسی میان تعهدات دولتها نسبت به جامعه جهانی در کل و تعهدات آنها نسبت به یکدیگر در چارچوب حمایت سیاسی انجام شود. تعهدات دسته اول، به لحاظ ماهیتشان، شامل کلیه دولتها می‌شوند. با توجه به اهمیت حقوق مطروحه (در این اختلاف) کلیه دولتها می‌توانند به عنوان دارنده منفعت حقوقی در حمایت از این حقوق لحاظ شوند. این گونه تعهدات را تعهدات عام‌الشمول می‌گویند.

این تعهدات، برای مثال، در حقوق بین‌الملل معاصر ناشی از غیرقانونی بودن اعمال تجاوز و نسل‌کشی و همچنین از اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین انسان، از جمله حمایت بر ضد برده‌کشی یا تبعیض نژادی، ناشی می‌شوند»^{۵۲}.

51. Doc. A/CN.4/490/Add. 2/Rev. 1. p.11.

52. C.L.H. Recueil, 1970, p. 32.

بنابراین اگر تعهد به رعایت حقوق بشر هم دارای ویژگی عام الشمولی است، لذا مجبوریم چنین امکانی (یعنی این که فقط دولت متبوع قربانی حق اقامه دعوی بر ضد دولت خاطی را دارد) را به کنار نهیم. آنچه باقی می‌ماند این است که آیا می‌توان کلیه دولتها و همچنین هریک از آنها را به عنوان دولت زیان دیده لحاظ نماییم یا این که «جامعه بین‌المللی نهادینه شده» را باید زیان دیده محسوب کنیم. برای پاسخ به این سؤال و انتخاب این یا آن مورد، مجبوریم ویژگی «عام‌الشمول بودن» را در این چارچوب بطور عمیق مورد بررسی قرار دهیم.

ب: ویژگی عام‌الشمول بودن تعهد به رعایت حقوق بشر

دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای مقدم بر رأی بارسلونا تراکشن، حمایت از حقوق بشر را در چارچوب حقوق بین‌الملل عام مورد توجه قرار داده بود؛ به علاوه، این مرجع با طرح یک منفعت مشترک، وجود منافع خاص را برای دولتها نمی‌پذیرفت.

دیوان در مورد کنوانسیون جلوگیری و سرکوب جنایت نسل‌کشی

اعلام نمود:

«کنوانسیون آشکارا برای هدف صرفاً انسانی و تمدن ساز تصویب شده است. حتی نمی‌توان کنوانسیون را تصور کرد که تا این حد این دو بُعد را مطرح کرده باشد، چون که این کنوانسیون، از یک سو هدفش حفظ وجود برخی گروههای انسانی است، و از سوی دیگر اعلام بنیادی‌ترین اصول اخلاقی و مجازات نقض آنهاست. دولتهای متعاقد، در چنین کنوانسیونی، منافع خاصی ندارند؛ آنها فقط، به صورت جمعی و

فردی، دارای یک منفعت مشترک می‌باشند که همانا حفظ اهداف عالی است که وجود کنوانسیون نیز بر آنها استوار می‌باشد... توجه به اهداف عالی کنوانسیون، بر طبق اراده مشترک متعاهدین، مبنا و معیار کلیه مقرراتی است که در آن وجود دارند.^{۵۳}

به نظر ما، دیوان دچار اشتباه شده است زمانی که در قضیه بارسلونا تراکشن وجود تعهدات عام‌الشمول را اعلام می‌کند، در حالی که در همان زمان چنین ویژگی را برای تعهدات مربوط، به حقوق بشر منکر می‌شود.

قاضی ژسوب،* هشت سال قبل از قضیه بارسلونا تراکشن (یعنی در سال ۱۹۶۲)، در نظر انفرادی خود در قضیه آفریقای جنوب غربی، در همین راستا اظهار نموده است:

«حقوق بین‌الملل مدت زمان زیادی است که پذیرفته است که دولتها می‌توانند در مسائلی که منفعت مالی، اقتصادی یا سایر منافع عینی یا منافی که ممکن است «مادی» یا «حساس» خوانده شوند را خدشه‌دار نمی‌کنند منفعت حقوقی داشته‌باشند.

حق یک دولت، به دلایل انسانی، برای مخالفت با ظلم و ستمی که در یک کشور دیگر بر انسانها می‌شود تجلی این اصل حقوق بین‌الملل می‌باشد».^{۵۴}

53. Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis Consultatif, C.I.J. Recueil, 1951, p. 23.

*. Jessup.

مؤسسه حقوق بین‌الملل، در جریان اجلاس خود در سن ژاک کمپوستل در ۱۹۸۹، ویژگی عام الشمول بودن تعهد به رعایت حقوق بشر را در ماده ۱ قطعنامه خود در مورد حمایت از حقوق بشر و اصل عدم مداخله در امور داخلی دولتها در قالب عبارات زیر پذیرفته است:

«حقوق بشر بیان مستقیم کرامت انسان می‌باشند. تعهد دولتها به تضمین رعایت آن ناشی از شناخت همین کرامت است که قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آن را اعلام کرده‌اند. این تعهد بین‌المللی، طبق فرمولی که از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری مورد استفاده قرار گرفته است. یک تعهد عام الشمول می‌باشد. این تعهد به کلیه دولتها در مقابل جامعه جهانی در کل خود تحمیل می‌شود و هر دولت در حمایت از حقوق بشر منفعت حقوقی دارد. به علاوه این تعهد بیانگر وظیفه کلیه دولتها به همبستگی میان خود برای تضمین هرچه سریعتر حمایت جهانی و مؤثر از حقوق بشر می‌باشد».

به نظر می‌رسد که تمایل کمیسیون حقوق بین‌الملل هنگامی که ماده ۴۰ پیش‌نویس مواد در مورد مسئولیت دولتها را تصویب می‌کرد هم همین باشد. ماده ۴۰ طرح مزبور اشعار می‌دارد:

«۱- مطابق مواد حاضر، عبارت «دولت زیان‌دیده» شامل هر دولتی می‌شود که با عمل دولت دیگر به حقوقش لطمه خورده است،

54. Sud – Ouest Africain (Ethiopie C/Afrique du Sud, Libéria C/Afrique du sud), exceptions préliminaires. Opinion individuelle du M.Jessup, C.I.G., Recueil, 1962,p.452.

در صورتی که این عمل، طبق مقررات بخش اول، یک عمل نامشروع بین‌المللی آن دولت باشد.

۲- به خصوص عبارت «دولت زیان‌دیده» شامل دولتی می‌شود که به حقوقش که از یک معاهده، چندجانبه از یک قاعده عرفی بین‌المللی ناشی می‌شود از سوی دولت دیگر عضو آن معاهده چندجانبه، یا متعهد به آن قاعده عرفی بین‌المللی لطمه وارد شود:

iii) بالاخص که حقوق ایجاد شده یا شناخته شده برای حمایت از حقوق بشر و آزادیهای بنیادین باشد».

از این عبارات (ماده ۴۰) می‌توان دو نتیجه استخراج کرد:
الف) تعهد به حمایت از حقوق بشر ناشی از حقوق بین‌الملل عام می‌باشد.

ب) تعهد به حمایت از حقوق بشر یک تعهد عام الشمول می‌باشد. این نتایج بیانگر تحول مهمی در حقوق بین‌الملل می‌باشند. بی‌شک، به دلیل توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل است که قواعدی به وجود آمده‌اند که آثار حقوقی آنها در ورای روابط حقوقی دو جانبه فی‌مابین دولت خاطی و دولت زیان‌دیده گسترش می‌یابند.^{۵۵}

به نظر می‌رسد که تعهد به رعایت حقوق بشر دقیقاً در همین چارچوب قرار داشته باشد. در واقع، در تفسیر مورد قبول کمیسیون حقوق بین‌الملل از ماده ۴۰ روشن است که شق iii از بند ۲، در ارتباط با گسترش قواعد حقوق بین‌الملل در مورد تعهدات دولتها به رعایت حقوق بشر و

55. Riphagen en A.C.D Vol., I, 1985, par 11.

آزادیهای بنیادین می‌باشد. منافعی که این قواعد تحت حمایت و پوشش خود قرار می‌دهند نمی‌توانند مختص به یک دولت مشخصی باشند. از اینجا است که باید از همان ابتدا کلیه دولتهای عضو یک کنوانسیون چندجانبه یا متعهد به یک قاعده مهم حقوق بین‌الملل عرفی همانند دولتهای زیان‌دیده لحاظ شوند.^{۵۶}

کمیسیون حقوق بین‌الملل، کمی جلوتر، متذکر می‌شود که شق iii مزبور حاوی مطلبی در مورد این مسأله نیست که در چه شرایطی قواعد اولیه حقوق بین‌الملل قراردادی تعهداتی را برای حمایت از حقوق بشر و آزادیهای بنیادین به دولتها بار می‌کنند. بی‌شک، اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد برای تعیین گستره شق iii حائز اهمیت می‌باشند، اما در عین حال نمی‌توان گفت که کلیه حقوق مندرج در این اسناد، الزاماً شرایطی را ایجاد می‌کنند که شق iii بتواند اجرا شود.^{۵۷}

جالب است که در اینجا شناخت ویژگی عام‌الشمول بودن تعهد به رعایت حقوق بشر و نتایج ناشی از این شناخت مطرح شوند. برای این که تعهد عام‌الشمول این امکان را ایجاد می‌کند که برای هر دولتی منفعت حقوقی در رعایت این تعهد لحاظ شود و، در هر حال، کلیه دولتها حق داشته‌باشند در صورت نقض یک تعهد عام‌الشمول اقدام نمایند. اما، همانگونه که گفته شده است، این با ویژگی ارادی بودن پذیرش صلاحیت محاکم بین‌المللی در تضاد می‌باشد.^{۵۸}

56. A.C.D.I., Vol 11, 2^c partei, para 20.

57. Ibidem, para 22.

58. Prez. Gonzalez M. "E L acto ilicito internacional elementos" deans Diez de velasco. M., institucions de derecho internacional publico, II, ED Madrid.

در واقع دیوان بین‌المللی دادگستری در مواقع مناسبی، اگرچه با احتیاط، وجود تعهد عام‌الشمول را مورد تأیید قرار داده‌است.

«... هیچ چیز دیگری برای اضافه نمودن به مطلبی که پرتغال در مورد «حق تعیین سرنوشت خلقها توسط خود» می‌گوید وجود ندارد. اصل حق خلقها در تعیین سرنوشت خود ... یک اصل اساسی حقوق بین‌الملل معاصر می‌باشد. معذک، دیوان معتقد است که پذیرش عام‌الشمول بودن یک تعهد و قاعده پذیرش صلاحیت یک محکمه دو چیز متفاوت می‌باشند. هر آنچه که ماهیت تعهدات مطروحه باشد، دیوان نمی‌تواند در مورد مشروعیت رفتار یک دولت تصمیم بگیرد زمانی که این تصمیم مستلزم ارزیابی مشروعیت رفتار دولت دیگری باشد که طرف اختلاف نیست. دیوان، در چنین حالتی، نمی‌تواند اظهار نظر نماید حتی اگر حقوق مورد نظر در زمره تعهدات عام‌الشمول باشد».^{۵۹}

پروفسور مک کافری (Mc Cafrey) در کمیسیون حقوق بین‌الملل این سؤال را مطرح نموده‌است که آیا تعهدات عام‌الشمول باید به نفع جامعه جهانی در کل مورد شناسایی قرار گیرند یا به نفع کلیه دولتها، یعنی برای هر دولت به صورت فردی لحاظ شوند؟

اگر مورد اول پذیرفته‌شود بدین معناست که تعهد به نفع تجمع دولتها پیش‌بینی شده‌است و فقط این تجمع در کلیت خود می‌تواند نسبت به نقض آن تعهد اقدام نماید. اگر راه حل دوم پذیرفته‌شود، یعنی تعهد به نفع

59. Affaire relative au Timor oriental, Arrêt du 30 Juin 1995, C.I.J. Recueil, p. 102.

هریک از دولتها مورد قبول قرار گیرد. در این صورت هر دولت امکان اقدام به صورت فردی را دارد.^{۶۰}

دکترین به شدت در این مورد دچار اختلاف نظر می‌باشد. برخی نویسندگان حتی در زمانهای مختلف از نظر متضاد دفاع کرده‌اند.

پروفسور اگو (Ago) در کمیسیون حقوق بین‌الملل از این نظر دفاع کرده‌است که فقط «جامعه جهانی نهادینه شده» می‌تواند در صورت نقض تعهدات عام الشمول اقدام نماید؛^{۶۱} ایشان چندسال بعد در جریان اجلاس مؤسسه حقوق بین‌الملل در سن ژاک کمپوستل در ۱۹۸۹ از نظری مخالف با نظر قبلی دفاع نموده‌اند. پروفسور اگو در این اجلاس، پس از تشکر از کمیسیون (مؤسسه) و گزارشگر آن که شجاعت اعلام وجود تعهداتی را در زمینه حقوق بشر داشته‌اند که دیگر فقط در معاهدات، اعم از جهانی یا منطقه‌ای، پیش‌بینی نشده‌اند، بلکه در حقوق بین‌الملل عام و قواعد عرفی حاوی تعهدات عام الشمول برای کلیه دولتها (و نه برای جامعه جهانی) نیز وجود دارند، اعلام می‌کند «از روزی که تعهد بین‌المللی برای رعایت حقوق بشر وجود دارد، نقض آن عمل نامشروع بین‌المللی محسوب می‌شود و راه را برای کلیه دولتها جهت اقدام از طرق پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل باز می‌نماید»^{۶۲} و مجدداً می‌گوید «اگر واقعاً در این مورد تعهد بین‌المللی وجود دارد، نقض آن یک عمل نامشروع بین‌المللی محسوب می‌شود، و در

60. A.C.D.I., 1985, Vol. I, Para 5 et 6.

61. A.C.D.I., 1979, Vol. II, 1^{er} partie, par 91.

62. A.I.D.I., Vol. 63 -II, 1990 p. 252.

صورتی که از تعهدات عام‌الشمول باشند کلیه دولتها می‌توانند خواستار ارجحیت و برتری آنها شوند».^{۶۳}

از متون مصوب کمیسیون حقوق بین‌الملل و مؤسسه حقوق بین‌الملل به روشنی برمی‌آید که، در صورت نقض تعهد رعایت حقوق بشر از سوی یک دولت، کلیه دولتها و همچنین هریک از آنها می‌توانند اقدام نمایند. در این مورد ماده ۲۲ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل در ۱۹۸۹ اشعار می‌دارد:

«بدون خدشه به وظایف و اختیاراتی که منشور به ارکان سازمان ملل متحد در صورت نقض تعهدات از سوی اعضای سازمان اعطا نموده‌است، دولتها، به صورت فردی یا جمعی، حق دارند نسبت به دولتی که مرتکب نقض تعهد مندرج در ماده یک شده‌است، اقدامهای سیاسی، اقتصادی و سایر اقدامهای پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل را (بدون توسل به زور نظامی که نقض منشور محسوب می‌شود) انجام دهند. این اقدامها به‌عنوان، یک مداخله نامشروع در امور داخلی آن دولت محسوب نمی‌شوند».

معذک، نباید فراموش کرد که برای پذیرش دو ماده (ماده ۴۰ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل و ماده ۲-۲ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل) اختلاف نظر شدیدی وجود داشت. در کمیسیون حقوق بین‌الملل آقایان بالاندا (Balanda) و توموشا (Tomuschat) مخالف ماده ۴۰ پیش‌نویس بودند: اولی، با استناد به کنوانسیون

63. Ibidem., p. 256.

اروپایی ۱۹۵۰ در مورد حمایت از حقوق بشر و آزادیهای بنیادین معتقد بود که این اغراق است که بپذیریم هر دولت عضو جامعه می‌تواند، در صورت نقض حقوق مربوط به حمایت از افراد، خود را دولت زیان‌دیده محسوب نماید.^{۶۴} پس از بیان این مطلب که در اکثر کشورها می‌توان شاهد نقض نه چندان مهم حقوق بشر بود که موجب اقدامهایی برای تضمین رعایت حقوق بشر نمی‌شود، به آیین مقرر در ماده ۴۱ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ اشاره می‌کند که طبق آن هر دولت متعهد می‌تواند دولت دیگر را به عدم رعایت تعهدات قراردادی متهم نماید و این (اقدام) هیچگونه محدودیتی «به لحاظ شدت و اهمیت» نقض مطروحه ندارد. او همچنین اضافه می‌کند که در رویه سازمان ملل متحد، فقط جامعه ملتها می‌تواند نگرانی خود را در صورت نقض مستمر و شدید و گسترده حقوق بشر ابراز نماید.^{۶۵}

آقایان ناسیمتو سیلوا (Nascimento e Silva) و دگان (Degan) اصلاحیه را برای تغییر صدر بند ۳ ماده ۲ به شرح زیر پیشنهاد دادند:

«نقض‌هایی که توسل به طرق مقرر در فوق را توجیه می‌کنند باید همیشه به صورت عینی از سوی یک رکن جمعی با توجه به درجه شدت آنها مورد ارزیابی قرار گیرند ...»^{۶۶} اما آقایان دویشر (De visscher) و توررس برناردز (Torres Bernardez) با این اصلاحیه مخالفت نمودند زیرا معتقد بودند که «پذیرش آن ممکن است به معنای عدم امکان انجام

64. A.C.D.I., 1985. Vol. para 35.

*. *ratione magnitudinis*.

65. Ibidem., par 34 et 38.

66. A.I.D.I., Vol 63-II, p. 62.

هر گونه اقدامی باشد: با توجه به کندی یا فلج بودن ارکان جمعی، هیچگونه اقدام فوری ممکن نخواهد بود.^{۶۷} آقای توررس برناردز خاطر نشان می‌کند که نباید به فرمالیسم حقوقی افراطی روی آورد.^{۶۸} بالاخره با توجه به دلایل فوق، اصلاحیه پیشنهادی پس گرفته شد.

مسأله مجدداً پس از بحث در مورد ماده ۵ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مطرح شد؛ طبق این ماده:

«مقررات این قطعنامه بدون لطمه به آیین‌های مقرر در قلمرو حقوق بشر توسط اسناد مؤسس یا کنوانسیون‌های سازمان ملل متحد و مؤسسات تخصصی یا منطقه‌ای، اجرا می‌شوند».

خانم بیندشلر (Bindshedler) و آقای شیندلر (Shindler) اصلاحیه‌ای به این شرح برای این ماده پیشنهاد نمودند:

عبارت «بدون لطمه اجرا می‌شوند» فاقد مفهوم و معنای خاصی می‌باشد چون که این عبارت اینگونه هم درک می‌شود که دولتها و سازمانهای بین‌المللی می‌توانند اعمال مقرر در پیش‌نویس قطعنامه را فارغ از کنترل‌های نهادهای که در کنوانسیونهای مربوط به حمایت حقوق بشر پیش‌بینی شده‌اند اجرا نمایند. در حالی که دولتها متعهد به چنین معاهداتی مکلفند مکانیسمهای مقرر در آن معاهدات را ایجاد نمایند و این باید قبل از اقدامهای یکجانبه‌ای باشد که پیش‌نویس قطعنامه قصد پیش‌بینی آنها را

67. De visse her., Ibidem.

68. Ibidem.

دارد. به همین دلیل ماده ۵ باید برتری را به آیین‌های نهادینه‌ای که مؤثر هستند بدهد.^{۶۹}

این اصلاحیه به معنای آن نیست که دولتها حق خود را در توصیف عملی به عنوان نقض حقوق بشر از دست می‌دهند و نمی‌توانند تدابیر ضروری را اتخاذ نمایند، بلکه این بیشتر به معنای آن است که دولتها نمی‌توانند از این حق در صورت وجود سازمانی که دارای یک مکانیسم قراردادی مؤثر و با حق اقدام است استفاده کنند.

ابتدا به دلیل عدم وجود مخالفت مقرر شد اصلاحیه خانم بیندشدر و آقای شیندلر تصویب شده تلقی شود، اما کمی بعد آقای شاکتر (Schachter) بر این نظر شد که بهتر است متن ماده ۵ به همان شکل موجود در پیش‌نویس باقی بماند، برای این که با این اصلاحیه امکان یک تفسیر مضیق بوجود می‌آید، و به نظر او، مؤسسه نباید پیشنهادی دائر بر وجود محدودیت‌هایی بر حق دولتها در بکارگیری اعمال مندرج در ماده ۲ بدهد.^{۷۰}

آقای دین اشتاین (Dinstein) نیز با اصلاحیه مخالفت نمود چون که معتقد بود که این اصلاحیه یک نظام سلسله مراتبی را در طرق ممکن برای پاسخ به نقض حقوق بشر ایجاد می‌کند.^{۷۱}

آقای ونگلر (Wengler)، که در ابتدا، به دلیل اولویت دادن به نهادهای بین‌المللی از اصلاحیه خانم بیندشدر و آقای شیندلر پشتیبانی کرده بود این سؤال را مطرح کرد که: آیا می‌توان اولویت را به نهادهای

69. Ibidem., p. 274.

70. Ibidem., p. 276.

71. Ibidem., p. 277.

قراردادی داد هنگامی که یک ابر قدرت، دولتی را متهم به نقض حقوق بشر می‌کند و ابر قدرتی دیگر نظری مغایر با آن دارد؟ او از این وحشت داشت که دولتها در هنگام بررسی نقض حقوق بشر در یک مورد خاص با یکدیگر اختلاف پیدا کنند. به همین دلیل، او پیش‌نویس قطعنامه تهیه شده توسط گزارشگر را ترجیح می‌داد.^{۷۲}

سرانجام، خانم بیندشدر این اصلاحیه را پس گرفت بدون این که با دلایل مطروحه از سوی حقوقدانان فوق موافقت نماید.^{۷۳}

معذک، دیوان بین‌المللی دادگستری، در قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه، بطور دقیق اعلام نمود که:

«به علاوه از دیوان خواسته شده است اتهام نیکاراگوئه به نقض حقوق بشر براساس اعلام کنگره آمریکا در ۱۹۸۵ را مورد بررسی قرار دهد. این مورد خاص باید فارغ از وجود یک تعهد بین‌المللی برای نیکاراگوئه در مقابل سازمان دولتهای آمریکایی دائر بر رعایت حقوق بشر بطور عمیق مورد بررسی قرار گیرد. عدم وجود چنین تعهدی به معنای آن نیست که نیکاراگوئه بتواند بدون مجازات حقوق بشر را نقض کند. معذک، وقتی که حقوق بشر در چارچوب کنوانسیونهای بین‌المللی مورد حمایت قرار گرفته باشند، چنین حمایتی در قالب قواعد مقرر در متن این کنوانسیونها که برای کنترل یا تضمین رعایت این حقوق می‌باشند متجلی می‌گردد. نیکاراگوئه در چارچوب سازمان دولتهای آمریکایی قول سیاسی داده است که ارکان این سازمان صلاحیت کنترل رعایت حقوق بشر در آن کشور را

72. Ibidem., p. 278.

73. Ibidem.

دارند. دیوان ملاحظه کرده است (بند ۱۶۸) که دولت نیکاراگوئه از اصل ۱۹۷۹ تعداد زیادی اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر از جمله کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر (میثاق سان خوزه، کاستاریکا) را تصویب کرده است. مکانیسمهای مقرر در این اسناد عمل کرده‌اند. بدین ترتیب، کمیسیون آمریکایی حقوق بشر پس از بازدید از نیکاراگوئه براساس دعوت دولت آن کشور تدابیری اتخاذ و دو گزارش تهیه نموده است. (OEA/Ser. L/VII. 53 ET 62) بنابراین سازمان دولتهای آمریکایی نیز، اگر می‌خواست، می‌توانست براساس این اسناد مبادرت به بررسی رعایت حقوق بشر در نیکاراگوئه نماید.^{۷۴}

دیوان در این قضیه به روشنی سلسله مراتبی را میان طرقتی که می‌توانند برای حمایت از حقوق بشر بکار گرفته شوند برقرار می‌کند، یعنی اولاً یک نهاد بین‌المللی در صورت وجود و در صورت عدم وجود آن، هر دولتی برای اقدام صالح خواهد بود.

آقای جرج ابی صائب نیز در مؤسسه حقوق بین‌الملل در همین راستا اظهار نظر نموده است: پس از قبول این که حقوق بشر تعهدات عام الشمول برای دولتها ایجاد می‌کند، نتایج زیر را می‌گیرد:

الف) اگر حقوق بشر جزو قلمرو خاص* نباشد پس هر کس باید بپذیرد که دولتها بتوانند از طریق مجاری دیپلماتیک یا در مقابل سازمانهای بین‌المللی و حتی در برابر محاکم بین‌المللی اقدام نمایند.

74. C.I.J. Recueil, 1986.

*. Domaine réservé یا Domestic Jurisdiction.

ب) دولتها همیشه می‌توانند مبادرت به اقدامهای متقابل غیردوستانه (rétorsion) نمایند که به خودی خود نقض یا تخطی از تعهدات بین‌المللی محسوب نمی‌شوند.

ج) دولتها بخصوص می‌توانند به اقدامهای متقابل (Contre-mesures) یا اقدامهای تلافی جویانه (représaille) در حدود پذیرفته شده در منشور ملل متحد به خصوص در ماده ۲ بند ۴ مبادرت نمایند. بهتر است که اینها براساس یک واقعیت موجود (توسط ارکان جمعی سازمانهای ذیصلاح) انجام شوند. اگر دولت به صورت فردی عمل می‌کند، باید خطرات و نتایج ناشی از اشتباه خود را نیز بپذیرد.

د) مجازاتها فقط باید از سوی ارکان ذیصلاح تعیین شوند.^{۷۵}

ما هم با این نظر که مجازاتها فقط باید از سوی ارکان ذیصلاح تعیین شوند موافق هستیم زیرا که به نظر ما نهادینه شدن تدریجی جامعه جهانی امکان کنترل بین‌المللی حقوق بشر را فراهم می‌آورد؛ اما به نظر ما، بهتر است علی‌الاصول یا حتی الزاماً ارکان جمعی، در صورت وجود، عمل نمایند. برای این که، بدین ترتیب می‌توان از خودسری (تفسیر یکجانبه) دولتها احتراز نمود.

معهدا همانگونه که گفته شده است،^{۷۶} ارکان جمعی یا دولتها، قبل از اقدام، باید کلیه طرق بین‌المللی موجود را طی نمایند.

75. A.I.D.I., Vol. 63-11, 1990, p. 243.

76. Corten, O. et Klein, P., "Droit d'ingérence ou obligation de réaction non armée? Les possibilités d'actions non armées visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-ingérence" R.B.D.I. 1990 - 2, pp. 420 et s.

به اعتقاد ما این طرق، از یک سو، راههای مسالمت‌آمیز حل اختلافات مندرج در ماده ۳۳ منشور هستند، و از سوی دیگر، مکانیسم‌های خاصی می‌باشند که گاهی در کنوانسیونهای مربوط به حمایت از اشخاص پیش‌بینی شده‌اند.

یک نمونه از نحوه حل اختلاف در ماده ۱۱ کنوانسیون مربوط به امحاء کلیه اشکال تبعیض نژادی ارائه شده‌است. این ماده پیش‌بینی می‌کند که:

«اگر به نظر یک دولت متعاقد یک دولت متعاقد دیگر مقررات ایسن کنوانسیون را اجرا نکند، آن دولت می‌تواند توجه کمیته را به این مسأله جلب نماید. در این حال کمیته اطلاعیه‌ای را به دولت ذریبط ارسال می‌کند. دولت دریافت‌کننده اطلاعیه، در یک مدت زمان سه ماهه، توضیحات یا اعلامیه‌های مکتوبی که روشن‌کننده آن مسأله می‌باشند یا، در صورت اقتضاء، تدابیری که آن دولت می‌تواند برای بهبود آن وضعیت اتخاذ نماید، را به کمیته ارائه می‌نماید.»

کمیسیون حقوق بین‌الملل همچنین شرط طی کلیه طرق بین‌المللی، مطابق ماده ۳۳ منشور ملل متحد را، قبل از توسل به اقدامهای متقابل پیش‌بینی کرده‌است.^{۷۷} این به معنای آن نیست که نهادینه شدن تدریجی دفاع از حقوق بشر به فراموشی سپرده شده‌است بلکه برعکس، همانطور که گفته شده است: «تأیید وجود یک تعهد در این قلمرو (قلمرو حقوق بشر)

77. Voir les articles 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58 et 59 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

در مقابل جامعه جهانی در کل یک پیشرفت بسیار مهمی می‌باشد. در واقع، این تعهد بیش از پیش مفهوم و معنای دقیق‌تری می‌یابد، چون که از این پس هر دولتی این اختیار را دارد که در مقابل نقض حقوق بشر اقدام نماید، حتی اگر این نقض مستقیماً به منافع فردی آن دولت لطمه‌ای وارد نکند. به عبارت دیگر اصل عدم تبعیض است که می‌تواند از سوی هر کس و در هر زمان مطرح شود: این در واقع یک «اختیار» نیست، بلکه یک «تعهد» است که بر اعضای جامعه ملتها بار می‌شود».^{۷۸}

معدلک، معضلی که برای ما وجود دارد این است که اگر دولتها بتوانند به صورت فردی اقدام کنند این خطر دائمی وجود دارد که در عمل از حدود خود تجاوز کنند.

به این دلیل است ما هم با آنهایی که خواهان «نهادینه شدن» تدریجی جامعه جهانی هستند همصدا می‌باشیم.

نتیجه‌گیری

مسائلی که ما در این مقاله مورد توجه قرار دادیم به شرح زیر می‌باشند:

اولاً، از خود پرسیدیم که آیا تعهد به رعایت حقوق بشر از جمله تعهدات عام‌الشمول است؟
ثانیاً، آیا قاعده «طی مراجع داخلی» در کلیه حالات نقض حقوق بشر جاری است؟

78. Dupuy. R.J. A.I.D.I, Vol 63-II, 1990.p. 231.

بالاخره، برای خود این سؤال را مطرح کردیم که کدام دولتها حق اقدام در مقابل نقض حقوق بشر را دارند؟

در مورد سؤال اول، یعنی آیا تعهد به رعایت حقوق بشر از جمله تعهدات عام‌الشمول است، به نظر ما می‌رسد که بتوان به آن پاسخ مثبت داد. در واقع، از یک سو، دو متنی که ما مورد مطالعه قرار دادیم و همچنین رویه قضایی بین‌المللی پذیرفته‌اند که تعهد به رعایت حقوق بشر یک تعهد عام‌الشمول است. از سوی دیگر، عملکرد دولتها نیز حاکی از توافق آنها بر این امر می‌باشد چون که آنها در هنگامی که نقض شدید، سازمان یافته و وسیع حقوق بشر وجود داشته است عکس‌العمل نشان داده‌اند.^{۷۹} در برخی حالات، چه از سوی دولتها و چه از طرف نهادها این عکس‌العملها بسیار تعدیل شده‌اند،^{۸۰} و در برخی دیگر، نقض وسیع و سازمان یافته حقوق بشر موجب عکس‌العملی از سوی دولتهای عضو جامعه جهانی نشده است.^{۸۱}

79. Voir par exemple le cas Grèce (chronique des faits internationaux, R.G.D.I.P., 1970, pp. 163 et s). le cas de la proclamation de l'état de guerre en Pologne (chronique... R.G.D.I.P., 1982, pp. 603 et s), le cas de la Roumanie (Chronique ..., R.G.D.I.P. 1989, pp. 687 - 688), le Cas de Myanmar (chronique ... Asian Yearbook of international Law, 1991, p. 342), l'affaire Ken saro - wi wa dans le Nigéria (chronique ..., R.G.D.I.P, 1996, p. 1039)

۸۰. برای مثال می‌توان از شورای اروپا در قضیه یونان و در مورد چین یاد کرد. مورد اخیر سبب شده‌است که عضویت روسیه در شورای اروپا با مشکلاتی مواجه شود. رجوع شود به:

Chronique ..., R.G.D.I.P., 1995, p. 453-454.

و سازمانهای غیردولتی هم، در این مورد، به نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه اعتراض نموده‌اند. روسیه در کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز طی اعلامیه‌ای که با کنسانسوس به تصویب رسیده است در مظان اتهام نقض حقوق بشر قرار گرفته‌است. این اعلامیه بیانگر «نگرانی عمیق در استفاده بی‌تناسب تسلیحات از سوی نیروهای نظامی روسیه» است. کمیسیون همچنین «از نقض شدید حقوق بشر که قبل و بعد از شروع بحران چین وجود داشته و نیز از نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه اظهار تأسف نموده است». رجوع شود به:

Chronique ... Ibidem

ثانیاً در مورد این سؤال که آیا قاعده «طی مراجع داخلی» در کلیه موارد نقض حقوق بشر جاری است، ملاحظه نمودیم که طبق کنوانسیونهای موجود در مورد حمایت از حقوق بشر، همچنین مطابق حقوق بین‌الملل عام، برای طرح مسئولیت در مقابل یک رکن بین‌المللی، باید ابتدا به دولت این امکان را داد که خسارات وارده را مطابق نظم حقوقی داخلی خود جبران نماید. هنگامی که موضوع تعهدی است که یک حق شخصی را به فردی اعطاء می‌کند و این حق از سوی دولتی نقض می‌شود، رعایت قاعده «طی مراجع داخلی» ضروری است، و این فارغ از آن است که چنین حقی از «تعهد به نتیجه» یا پیش‌بینی یک حادثه مشخص ناشی شده باشد.

عملکرد دولتها نیز با این مطلب مغایرت ندارد چون که در مواردی که دولت یا یک سازمان بین‌المللی بدون دادن امکان «طی مراجع داخلی» به دولت ناقض حقوق بشر اقدام می‌نمایند. این دولتها، در واقع خواهان جبران خسارات که از نتایج مسئولیت بین‌المللی است نمی‌باشند بلکه خواستار پایان یافتن فعالیت نامشروع هستند.^{۸۲}

روسیه، علیرغم کلیه این مسائل در ۲۸ فوریه ۱۹۹۶ به عنوان عضو شورای اروپا پذیرفته شد بدون این که وضعیت چچن تغییر نماید. رجوع شود به:

Chronique ..., R.G.D.I.P., 1996, pp. 422-423.

۸۱. مورد تی‌مور شرقی است که در دوران اشغال این سرزمین از سوی اندونزی حدود ۲۰۰,۰۰۰ نفر از ۷۰۰,۰۰۰ هزار نفر ساکنان این سرزمین (رقم اخیر در دوران حضور پرتغال در این سرزمین اعلام شده بود) کشته یا ناپدید شدند. رجوع شود به: Chronique ..., R.G.D.I.P., 1991, pp 736-737 البته در حال حاضر تی‌مور شرقی به استقلال رسیده است.

۸۲. در کلیه مواردی که در پاورقی‌های قبلی ذکر شد دولتها نگرانی خود را به لحاظ گسترش وضعیت یا نقض شدید حقوق مدنی و سیاسی، اعلام نموده‌اند، و یا مبادرت به اقدام متقابل کرده یا خواستار آزادی اشخاص دستگیر شده و یا غیره ... شده‌اند؛ اما هرگز آنها خواهان جبران خسارت از سوی دولت ناقض حقوق بشر نشده‌اند.

بالاخره، سومین سؤال این است که کدام دولتها برای اقدام در مقابل نقض حقوق بشر ذیصلاح می‌باشند: آیا دولت متبوع قربانیان این حق را دارد، یا کلیه دولتها یا یک نهاد بین‌المللی در کل از چنین حقی (حق اقدام) برخوردار می‌باشند؟

اگر تعهدات مربوط به رعایت حقوق بشر را در زمره تعهدات عام‌الشمول محسوب نماییم باید به این نتیجه برسیم که کلیه دولتها در مقابل نقض شدید، وسیع و سازمان‌یافته حقوق بشر برای اقدام ذیصلاح می‌باشند و این فارغ از تابعیت قربانی می‌باشد.

عملکرد بین‌المللی به ما نشان می‌دهد که گاهی دولتهای متبوع قربانیان و زمانی سایر دولتها،^{۸۳} اقدام کرده‌اند، در حالی که در مواردی هم

۸۳. یکی از موارد بسیار تکان دهنده مورد جمهوری دموکراتیک آلمان (آلمان شرقی) بود. دولت آلمان شرقی در ۸ فوریه ۱۹۹۰ مسئولیت کل مردم آلمان را به خاطر گذشته جنایات هیتلری و قلع و قمع یهودیان پذیرفت و بدین ترتیب برای اولین بار بخشی از مسئولیت اخلاقی در تاریخ آلمان را به عهده گرفت. رئیس جمهور آلمان شرقی، آقای هونکر (Honecker) در ژوئن ۱۹۸۸ به رئیس جامعه یهودیان آلمان فدرال، آقای هاینز گالینسکی (Heins Galinski)، اعلام کرده بود که آلمان شرقی حاضر به پرداخت ۱۰۰ میلیون دلار به کنگره جهانی یهودیان به عنوان یک جبران خسارت سمبلیک می‌باشد. (Chronique ..., R.G.D.I.P., 1990, p. 764) اما باید خاطر نشان نمود که پذیرش چنین مسئولیتی از سوی آلمان شرقی در واقع شرطی بود که از سوی اسرائیل برای برقراری رابطه دیپلماتیک با آلمان شرقی مطرح شده بود؛ و همانطور که گفته شده است، این پذیرش به عنوان استثنایی است بر اصل بنیادین مسئولیت بین‌المللی که طبق آن درخواست باید ابتدا در داخل دولت خاطی مطرح شود. این واضح است که اسرائیل از ۱۴ می ۱۹۴۸ به عنوان یک دولت موجودیست یافته است و قربانیان یهودی ناسیونال - سوسیالیسم آلمان (در زمان جنگ جهانی دوم) اتباع آلمانی، فرانسوی، لهستانی و غیره محسوب می‌شدند. پذیرش ادعاهای یهودیان از سوی اسرائیل (برای جبران خسارت) خلاف اصل اعلام شده قبلی است (Rousseau, chronique ... Ibidem). آلمان فدرال نیز به سهم خود مبلغ ۳۷ میلیارد دلار بابت جبران خسارات وارده به قربانیان یهودی براساس موافقتنامه منقده با سازمان جهانی یهودیان در ۱۰ سپتامبر ۱۹۵۲ پرداخت نموده است.

شاهد عکس العمل‌های نهادینه (عکس العمل در قالب نهادهای بین‌المللی) بوده‌ایم.

به نظر ما این مورد سوم (اقدام در قالب نهادهای بین‌المللی) مناسب‌تر می‌باشد. اولاً برای این که اگر دولتی به صورت فردی اقدام کند، همیشه این خطر وجود دارد که در اقدام خود در مقابل نقض حقوق بشر زیاده روی کند؛ و باید خطر احتمالی ناشی از ارزیابی فردی آن دولت را به عهده گرفت.

ثانیاً عملکرد (بین‌المللی) نشان می‌دهد که اقدامهای فردی (دولتها) آلوده به منافع سیاسی یا اقتصادی آنها می‌باشد.

به این دلیل است که ما هم با نظر اعضای مؤسسه حقوق بین‌الملل در مورد «نهادینه شدن» جامعه جهانی موافق می‌باشیم چون که چنین نهادینه شدنی امکان کنترل بین‌المللی حمایت از حقوق بشر را فراهم می‌کند. معهذاً، این ایده آلی است که واقعیت‌های فعلی را لحاظ نمی‌کند.

عملکرد اخیر، در مورد کوزوو، در واقع، به ما نشان می‌دهد که جامعه جهانی در کل خود نیست که در مقابل نقض حقوق بشر اقدام کرده‌است. معهذاً (دولتهای اقدام کننده) توانستند مسأله تهدید بر ضد صلح را برای توجیه توسل به اقدامهای جمعی خود مطرح کنند. مسأله‌ای که فقط شورای امنیت سازمان ملل متحد صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد آن را دارد. این کار توسط شورای امنیت انجام نشد. اقدام در کوزوو از طریق شورای امنیت به علت خطر وتوی روسیه انجام نشد. اما این به معنای آن نیست که می‌توان برای مشروعیت بخشیدن به عمل جمعی جامعه جهانی از هر وسیله‌ای استفاده کرد. بنابراین، عملکرد ناتو که به نظر ما یک عمل

نامشروع می‌باشد، نمی‌تواند با توجه به محکوم شدن آن از سوی اکثریت اعضای جامعه جهانی از جمله بزرگترین دولتهای جهان مانند چین، هند، روسیه و اکثر کشورهای جهان سوم، به عنوان سابقه‌ای برای پیدایش یک قاعده حقوقی جدید لحاظ شود. نمی‌توان مدعی اقدام بنام جامعه جهانی شد و در عین حال از قضاوت آن تمکین ننمود.

به نظر می‌رسد که دخالت ناتو در کوزوو تصمیمی است که هدفش تحمیل یک کنسرت (اتفاق) اروپایی* جدید توأم با تحکیم هژمونی آمریکا بر اروپا باشد.

*. علیرغم فروپاشی دیرکتوآر (Directoire) اروپایی این اندیشه در میان قدرتهای معظم اروپایی وجود داشت که باید با گردهمایی‌هایی منافع مهم و مشترک خود را حفظ کنند. همین امر سبب شد که دوران کنسرت اروپایی یا اتفاق اروپایی آغاز شود. در این دوران کنفرانسهایی با گستره‌های مختلف تشکیل می‌شدند. در واقع قدرتهای اروپایی از طریق همین کنفرانسها بود که سعی می‌کردند هژمونی و سلطه خود را همچنان بر عالم تحمیل کنند. اروپاییان در این کنفرانسها ضمن حل مشکلات اروپا، سرزمینهای دیگر را بین خود تقسیم می‌کردند یا به تجزیه قدرتهای مخالف خود می‌پرداختند که نمونه‌های بارز آن تقسیم سرزمینهای آفریقا در کنگره برلین و یا مداخله فرانسه، انگلستان و روسیه در تجزیه امپراتوری عثمانی بودند.