

بازخوانی مفهوم اصل تبادل در حقوق بین الملل بشردوستانه

دکتر ابراهیم بیگ زاده *

عباس باقرپور اردکانی **

چکیده

اصل تبادل، بنیاد و اساس حقوق بین الملل به شمار می رود و حقوق بین الملل بشردوستانه به عنوان شاخه ای از حقوق بین الملل نیز به طور طبیعی متأثر از آن است. به موجب این اصل، طرف های متعاقد، تعهدشان در برابر یکدیگر متقابل و نسبی است و به هر میزان که طرف مقابل متعهد است، آن ها نیز متعهد می شوند. با وجود این، در گذر زمان اصل مذکور به ویژه در چارچوب حقوق بین الملل بشردوستانه فراز و نشیب هایی را پشت سر گذاشته است. در حالی که این اصل مبنا و پایه ی کنوانسیون های اولیه ی بشردوستانه بوده، تحول در روی کرد جامعه ی بین المللی به قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه و ارتقای جایگاه این دسته از قواعد و طرح ماهیت عام الشمول برخی از تعهدات آن، موجب شده است امروزه کم و بیش سخن از عدم اعمال اصل تبادل در نظام حقوق بین الملل بشردوستانه به میان آید. در این مقاله تلاش شده است تا حدود و ثغور این نظریه کاویده شده و جایگاه اصل تبادل در حقوق بین الملل بشردوستانه ی معاهداتی و عرفی، رابطه ی آن با اقدام های تلافی جویانه و نیز عملکرد ملی و رویه ی قضایی بین المللی در ارتباط با آن مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد.

کلیدواژگان

اصل تبادل، حقوق بین الملل بشردوستانه، تعهدات عام الشمول، اقدام های تلافی جویانه.

* دانشیار دانشکده ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش آموخته ی دکتری حقوق بین الملل.

مقدمه

اصل تبادل (یا اصل عمل متقابل)^۱ از ابتدا بنیاد حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل بشردوستانه را شکل داده است. به موجب این اصل، طرف‌های متعاهد، تعهدشان در برابر یکدیگر متقابل و نسبی است و به هر میزان که طرف مقابل متعهد است، آن‌ها نیز متعهد می‌شوند. نتیجه‌ی طبیعی این اصل، نسبی بودن تعهدات متقابل^۲ است. این اصل از دیرباز ابزار مهمی در تبیین و ترسیم قواعد حقوق جنگ به‌شمار می‌رفته است. حقوق‌دان فرانسوی لوئیس‌لی فور^۳ معتقد است که اصل تبادل ریشه و بنیاد همه‌ی حقوق بین‌الملل است. از نظر وی، اصل تبادل برای نظام موجود میان قدرت‌های برابر حیاتی است. به اعتقاد وی در نبود این اصل، حقوق بین‌الملل به سمت نابودی خود پیش خواهد رفت.^۴

تبادل به عنوان شرط رعایت حقوق بین‌الملل به‌خوبی با انتخاب‌های منطقی و منافع دولت‌ها سازگار بوده است. گلدسمیت و پوزنر^۵ همکاری مبتنی بر تبادل را یکی از چهار شیوه‌ی رفتار دولت در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل می‌دانند. چهار شیوه‌ی مورد نظر عبارت است از، تقارن منافع، هماهنگی (توافق در تعقیب منافع مشابه)، همکاری (بر مبنای اصل تبادل) و اجبار (استفاده از زور)^۶. اصل تبادل در حقوق بین‌الملل معاهدات جایگاه ویژه و تعریف شده‌ای دارد و اساساً مبنای انعقاد معاهدات بین‌المللی می‌باشد. از همین روست که

1 . Reciprocity.

2 . *Sie omnes obligations*.

3 . *Louis Le Fur*.

4 . Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals (International Humanitarian Law)*, Brill Academic Pub. 2nd edition, June, 2005, p. 24.

5 . Goldsmith and Posner.

6 . Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press 2005, p. 12.

برخی از حقوق‌دانان، معاهدات بین‌المللی را قرارداد^۷ دانسته^۸ و حتی در بسیاری از این معاهدات (هم‌چون کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه و کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ۱۹۴۹ ژنو) از عبارت «طرف‌های معظمه‌ی طرف قرارداد»^۹ استفاده شده است.

اول - چارچوب نظری مفهوم اصل تبادل

حقوق‌دانان برخاسته از نظام حقوق نوشته اغلب یک اصطلاح حقوقی لاتین^{۱۰} را برای اشاره به ماهیت مبتنی بر تقابل تعهدات معاهداتی به کار می‌برند که به موجب آن، عدم رعایت یک تعهد از سوی طرف مقابل، رافع تعهد طرف دیگر خواهد بود^{۱۱}. هم‌چنین، این اصل کلی که معاهده تنها اطراف آن را در مقابل یکدیگر دارای حق و تکلیف می‌کند و یک معاهده علی‌الاصول نمی‌تواند موجب حق و تکلیف برای طرف ثالث باشد نیز منبعث از اصل تبادل می‌باشد. استفاده از حق شرط در معاهدات و فرآیند پذیرش یا رد آن از سوی دیگر دولت‌های متعاهد و نظام‌های حقوقی متفاوتی که پس از آن ایجاد می‌شود نیز ناظر به اصل عمل متقابل در حقوق بین‌الملل معاهدات می‌باشد. هم‌چنین، اجازه‌ی فسخ معاهده از سوی یک طرف عضو در صورتی که طرف مقابل تعهدات معاهداتی خود را نقض کرده باشد، در واقع ترجمان دیگری از اصل عمل متقابل در این حوزه می‌باشد. با وجود این، اصل تبادل در حقوق بین‌الملل عرفی دارای ابهام بوده و حد و مرز آن

7 . Contract.

8 . Shaw, Malcolm N., International Law, 5th ed. 2003, pp. 88-89- Rosenne, Shabtai, The Law of Treaties, 1970, p. 46- Lauterpacht, Hersch, International Law, 1970, p. 351.

9 . High Contracting Parties.

10 . Inadimplenti non est adimplendum.

11 . Moore, John Norton, "Enhancing Compliance with International Law: A Neglected Remedy", 39 Virginia Journal of International Law, 1992, 881, 957-962.

به‌خوبی روشن نیست. ماهیت و محتوای مبهم حقوق بین‌الملل عرفی موجب شده است رابطه‌ی عرف با اصل تبادل نیز تا حدودی پیچیده و غامض به نظر برسد. به‌ویژه آن که تعهدات حقوق بین‌الملل عرفی نیازمند ابراز رضایت صریح یک دولت به نحوی که در حقوق بین‌الملل معاهدات جریان دارد، نبوده و همچنین ایجاد یک قاعده‌ی عرفی متضمن پذیرش متقابل تعهد مورد نظر از سوی دولت‌ها نمی‌باشد. از سوی دیگر، مفهوم اعتراض مستمر^{۱۲} که می‌تواند مانعی در متعهد شدن یک دولت به یک قاعده‌ی عرفی مشخص باشد را نیز نمی‌توان منطقاً نتیجه‌ی صرف اصل تبادل دانست، زیرا این اصل ناظر به مخالفت یک دولت مشخص با یک قاعده‌ی عرفی بوده و لزوماً مبتنی بر ضرورت پذیرش آن تعهد از سوی دولت‌های دیگر نمی‌باشد.

کمیسیون حقوق بین‌الملل معتقد است، این اصل که به موجب آن، «عدم ایفای تعهد از یک طرف رافع تعهد طرف دیگر خواهد بود» را نمی‌توان به طور کلی بر تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل اعمال نمود و چنین به نظر می‌رسد که اصل مزبور در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال نباشد.^{۱۳}

برخی از حقوق‌دانان اصل عمل متقابل را بر دو گونه دانسته‌اند. اصل عمل متقابل مثبت که مبنای الزام به تعهد است، و اصل عمل متقابل منفی، که موجب خاتمه بخشیدن به تعهدی است که قبلاً پذیرفته شده است. به عبارت دیگر، اصل عمل متقابل مثبت بدین معناست که یک دولت در صورتی خود را در برابر دولت دیگر متعهد به رعایت یک قاعده‌ی حقوقی می‌نماید که طرف دوم نیز همین تعهد را به عهده بگیرد؛ در حالی که اصل عمل متقابل منفی به نحو مندرج در ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات مبین آن است که یک طرف می‌تواند در صورت نقض تعهدات معاهداتی از سوی طرف متعاقد

12 . Persistent Objection

13 . Summary Records of the 2590th Meeting, [1999] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 165, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A./1999.

دیگر، به تعهد خود خاتمه ببخشد.^{۱۴}

دوم - رابطه‌ی اصل تبادل با اقدام تلافی جویانه

اقدام تلافی جویانه در سیر تحول نظام حقوق بین‌الملل همواره بحث‌انگیز بوده است. در اعمال این اصل برخی اصول حقوقی مشخص مورد اجماع است. در واقع، اقدام تلافی جویانه، گونه‌ای تحریم واکنشی است. به لحاظ حقوقی، اقدام تلافی جویانه نقض حقوق بین‌الملل در پاسخ به نقض غیرمجاز ارتکاب یافته توسط طرف دیگر می‌باشد. بدین ترتیب، نقض یک قاعده‌ی حقوقی پیش شرط اقدام تلافی جویانه‌ی مشروع می‌باشد. در قضیه‌ی *نائولیلا دیوان داوری بین‌المللی* ایجاد شده به موجب *معاهده‌ی ورسای*، به بررسی حمله‌ی آلمان به منطقه‌ی آفریقای جنوب غربی پرتغال به عنوان اقدام تلافی جویانه در واکنش به قتل سه شهروند آلمانی توسط پرتغالی‌ها پرداخت. دیوان ابراز داشت، شرط ضروری و غیرقابل اجتناب توسل به اقدام تلافی جویانه آن است که باید قبلاً نقض حقوق بین‌الملل از سوی طرف دیگر صورت پذیرفته باشد. دیوان ادعای آلمان مبنی بر برخورداری از حق مشروع اقدام تلافی جویانه را رد کرد، زیرا به این نتیجه رسید که پرتغال به صورت تصادفی و اتفاقی و بدون نقض قبلی حقوق بین‌الملل اتباع آلمانی را به قتل رسانده بود.^{۱۵} به علاوه، باید بین دو طرف مورد نظر رابطه‌ای در این خصوص وجود داشته و طرف دوم از نقض قاعده‌ی ارتکابی از سوی طرف اول متاثر شده باشد. ضمناً اقدام

14 . Watts, Sean, "Reciprocity and the Law of War", Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009, pp. 365-434

15 . Naulilaa Case, 2 R.I.A.A., 1011 (1928), reprinted in Whiteman Digest of International Law, 148-49 (1963).

تلافی جویانه‌ی پیش‌دستانه نیز مورد تصدیق و شناسایی قرار نگرفته است.^{۱۶}

پیش‌شرط دیگری که برای توسل به اقدام تلافی جویانه لازم است، برخورداری از شخصیت حقوقی است. نظریه‌ی حقوق بین‌الملل کلاسیک دولت‌ها را به عنوان عمده‌ترین عنصر واجد شخصیت حقوقی بین‌المللی قلمداد می‌کند.^{۱۷} اگر چه حقوق بین‌الملل عصر جدید از برخورداری نقش توسط اشخاص حقیقی در عرصه‌ی بین‌المللی حمایت می‌کند، اما نظریه‌ای که از توسل به اقدام تلافی جویانه از سوی افراد و اشخاص حقیقی حمایت کند، وجود ندارد. معمولاً دستور به اقدام تلافی جویانه از سوی بالاترین مقام مربوط صادر می‌شود.^{۱۸} از همه مهم‌تر، هدف و غایت توسل به اقدام تلافی جویانه واداشتن طرف مقابل به توقف نقض ارتكابی و بازگشت به رعایت حقوق بین‌الملل می‌باشد.^{۱۹} این ویژگی وجه ممیز عمل تلافی جویانه با اقدام متقابل است؛ زیرا در عمل متقابل، یک طرف به دلیل نقض تعهد صورت گرفته از سوی طرف دیگر به تعهد خود خاتمه می‌بخشد، در حالی که در اقدام تلافی جویانه، توسل به این راه کار به منظور واداشتن طرف دیگر به رعایت قاعده‌ی حقوقی است. ضمناً دو شرط اصلی اقدام تلافی جویانه نیز فرعی بودن این اقدام و طی سایر مراحل مشروع دیگر و همچنین ضرورت تناسب آن با نقض ارتكابی پیشین می‌باشد؛

16 . Michael J. Kelly, "Time Warp to 1945-Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law", 13 Journal of Transnational Law and Politics, 2003, 1, 7-8 .

17 . See: Henry Wheaton, Elements of International Law 32, Coleman Phillipson ed., 5th ed. 1916; Charles H. Stockton, Outlines of International Law, 61-63 (1914).

۱۸. دستورالعمل جنگ زمینی ایالات متحده تصریح می‌کند که اقدام تلافی جویانه هیچ‌گاه نمی‌تواند از سوی سربازان به صورت انفرادی و بدون دریافت دستور از سوی فرمانده، به کار گرفته شود. فرماندهی نظامی نیز چنین دستوری را صرفاً پس از بررسی دقیق تهاجم ادعایی صادر می‌کند. در صورتی که اقدام فوری لازم نباشد، ضرورتاً باید با بالاترین مقام نظامی در دسترس مشورت شود.

U.S. Dept of the Army, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare, 497 (1956).

19 . Kalshoven, *op.cit.*, p. 33.

شروطی که در ارتباط با اصل عمل متقابل کاربرد ندارند.

سوم - جایگاه اصل تبادل در کنوانسیون‌های بشردوستانه

حقوق بین‌الملل بشردوستانه در گذشته همواره با قوت تحت تاثیر اصل عمل متقابل بوده است. حتی پس از تصویب کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو نیز اصل عمل متقابل به طور کامل در معنای حقوق موضوعه‌ی آن از حقوق بین‌الملل بشردوستانه رخت بر نیست. همان‌طور که می‌دانیم، تا اواخر قرن هیجده میلادی، عرف تقریباً تنها منبع مقررات بین‌المللی مربوط به مخاصمات مسلحانه بود. در عین حال در نیمه‌ی قرن نوزده میلادی، عرف به مثابه حقوق مشترک جنگ در نظر گرفته می‌شد. در معاهدات منعقدی اولیه در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، اصل عمل متقابل جایگاه مهمی داشت. اولین اسناد منعقد عمده‌ی معاهدات دوجانبه‌ای بودند که نه با هدف تنظیم رفتارهای خصمانه بلکه در جهت تلاش برای حفظ روابط صلح‌آمیز منعقد می‌شدند و در آن‌ها اشاره‌ای مختصر به قواعد حقوق جنگ می‌شد. به عقیده‌ی محققین، عهدنامه‌ی مودت و تجارت آمریکا و پروس^{۲۰} منعقد در سال ۱۷۸۵ اولین معاهده‌ای است که در آن مقرراتی در خصوص جنگ زمینی وجود دارد. در این معاهده اصل بی‌طرفی، بازگشت امن شهروندان به کشور متبوع خود در صورت وقوع جنگ و رعایت حال اسرای جنگی مورد تاکید قرار گرفته است. در مقدمه، مبنای انعقاد این عهدنامه اصل عمل متقابل دانسته شده است. کد لیبیر نیز باوجود توجه ویژه به مقررات بشردوستانه، اصل عمل متقابل و اقدام تلافی‌جویانه را مورد تاکید صریح قرار داده و اظهار داشته است:

20 . Treaty of Amity and Commerce between his Majesty the King of Prussia and the United States of America, U.S.-Prussia, Sept. 10, 1785, reprinted in Dietrich Schindler & Jiri Toman, The Laws of Armed Conflict, 4th ed., 2004.

«حقوق جنگ را نمی‌توان از اقدام تلافی‌جویانه جدا کرد.... هنوز هم ملت‌های متمدن اقدام تلافی‌جویانه را به عنوان سیمای شاخص و برجسته‌ی جنگ مورد تصدیق قرار می‌دهند.^{۲۱}»

کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه نیز اصل عمل متقابل را مورد توجه و پذیرش قرار داده‌اند. در بندهای دوم و سوم دو اعلامیه‌ی ۱۸۹۹ لاهه^{۲۲} و همچنین ماده‌ی ۲ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه صراحتاً به شرط عمل متقابل استناد شده است. به موجب ماده‌ی ۲ کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷:

«مقررات مندرج در ترتیبات مورد اشاره در ماده‌ی یک و همچنین این کنوانسیون اعمال نخواهد شد، مگر در رابطه‌ی میان طرف‌های متعاهد و آن‌هم تنها در صورتی که همه‌ی طرف‌های متخاصم، عضو متعاهد کنوانسیون باشند^{۲۳}».

ماهیت سایر معاهدات منعده‌ی لاهه نیز با اصل عمل متقابل هم‌خوانی و سازگاری دارد. با وجود این، در صورتی که بخواهیم با نظر آن دسته از حقوق‌دانان که معتقدند کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه تدوین‌کننده‌ی قواعد عرفی از پیش موجود بوده‌اند، موافقت کنیم، آن گاه به طور طبیعی، ماده‌ی ۲ مزبور ارزش حقوقی خود را از دست خواهد داد. در عین حال، درج شرط مارتنس در کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه که

21 . United States War Department, Instructions for the Government of Armies in the Field, (General Orders No. 100, prepared by Francis Lieber, L.L.D.) (1863), known as Lieber Code, article 27.

22 . 1899 Hague Declaration (IV, 2) Concerning Asphyxiating Gases, and 1899 Hague Declaration (IV,3) Concerning Expanding Bullets, Reproduced in: A. Roberts and R. Guelff, Documents on the Laws of War Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 36 and 40, respectively.

23 . Article 2, 1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land; *Ibid.*, p. 46.

البتّه ناظر بر ناکافی بودن مقررات مندرج در معاهدات مزبور می‌باشد، می‌تواند به عنوان شرطی که اثر اصل عمل متقابل را تضعیف می‌کند، در نظر گرفته شود.

در حالی که رویه و عملکرد دولتی تا قبل از جنگ جهانی دوم بر شرط نسبی بودن معاهدات مربوط به حقوق جنگ دلالت دارد، اما وقوع جنگ جهانی دوم و تحولات پیش آمده در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل کیفری پس از آن، شرط نسبی بودن تعهدات مندرج در کنوانسیون‌های لاهه و ابتدای آن بر اصل عمل متقابل را مورد تشکیک قرار داد. در واقع، با وجود آن که دولت‌هایی مانند بلغارستان، یونان، ایتالیا و یوگسلاوی به این کنوانسیون‌ها و اسناد نیوسته بودند، اما دادگاه بین‌المللی نظامی نورمبرگ^{۲۴}، شرط نسبی بودن تعهدات معاهداتی مذکور را به عنوان معاذیر رافع مسئولیت ناشی از تخلف مردود دانست و بر عرفی بودن تعهدات مندرج در این اسناد و الزام‌آور بودن آن برای دولت‌ها، صرف‌نظر از عضویت‌شان، صریحاً تأکید کرد^{۲۵}. حتی در سال‌های اخیر نیز دولت‌ها به شرط نسبی بودن در قابلیت اعمال مقررات لاهه استناد می‌کنند. در سال ۱۹۹۴ دولت فدرال آلمان در پاسخ به پرسش طرح شده از سوی یک نماینده‌ی مجلس آن کشور در رابطه با قابلیت اعمال مقررات لاهه در مخاصمه‌ی مسلحانه میان ترکیه و پ.ک.ک، اظهار داشت که ترکیه کنوانسیون چهارم لاهه را تصویب نکرده است^{۲۶}.

کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو شرط نسبی بودن را به طور صریح ذکر نکرده‌اند. در مقابل، صریحاً عدم اعمال کنوانسیون به دلیل متعاهد نبودن یکی از طرف‌های مخاصمه در بند ۳ از ماده‌ی ۲ رد شده است. با وجود این، در کنوانسیون‌های مزبور در رابطه با انواع مخاصمه و

24 . Nuremberg International Military Tribunal (IMT) .

25 . George H. Aldrich & Christine M. Chinkin, "The Hague Peace Conferences: A Century of Achievement and Unfinished Work", 94 American Journal of International Law, 2000, pp. 90, 93.

26 . Btdrucks 12/8458, translated in Sassoli & Bouvier, How Does Law Protcet in War? 599, Marco Sassoli & Antoine Bouvier eds., 1999, at 1384-85.

اشخاص تحت حمایت محدودیت‌هایی اعمال شده است. این محدودیت‌ها را می‌توان در راستای اصل عمل متقابل دانست.

به نظر می‌رسد ماده‌ی ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو تأثیرات به‌سزایی بر اصل سنتی عمل متقابل گذاشته باشد، زیرا در مخاصمه‌ی مسلحانه‌ی غیربین‌المللی اولاً، طرفین متخاصم، دولت‌ها نمی‌باشند و ثانیاً، یک طرف مخاصمه دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی نیست. این ویژگی‌ها می‌تواند مانع از توسل دولت طرف مخاصمه به اصل عمل متقابل باشد.

ماده‌ی ۱ مشترک ناظر به اصل عمل متقابل منفی است، زیرا از لزوم رعایت کنوانسیون در تمامی اوضاع و احوال سخن می‌گوید. نقطه‌نظرات طرح شده در کنفرانس دیپلماتیک دقیقاً مشخص نمی‌کند که آیا عبارت مذکور، آن‌گونه که نماینده‌ی نروژ در این کنفرانس اظهار داشته، ناظر به لزوم رعایت کنوانسیون از سوی تمامی جمعیت یک سرزمین می‌باشد، یا مراد از آن، چنان‌که پیلود از کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ عقید دارد، آن است که اصول بشردوستانه به صورت جهان‌شمول اعمال گردد^{۲۷}. با وجود این، ژان پیکته در متن تفسیری کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ تصریح می‌کند که کنوانسیون‌های ژنو بر مبنای اصل عمل متقابل منعقد نشده‌اند^{۲۸}.

این در حالی است که مفهوم عمل متقابل در سایر مواد کنوانسیون‌های ژنو به صورت تفصیلی و کامل مورد توجه قرار گرفته و لذا نمی‌توان صرفاً با استناد به ماده‌ی ۱، اصل عمل متقابل را از این کنوانسیون‌ها به‌راحتی کنار گذاشت^{۲۹}. برای مثال، ماده‌ی ۲ مشترک

27 . Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, at 2B (William S. Hein & Co. 2004) (1950).

28 . Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 6-7, Jean S. Pictet ed., ICRC., 1958.

29 . Sean, *op.cit.*, p. 412.

کنوانسیون‌های ژنو تصریح می‌کند که این کنوانسیون بر جنگ‌های اعلام شده و هر مخاصمه‌ی مسلحانه دیگری که ممکن است بین «دو یا چند طرف متعاقد^{۳۰}» رخ دهد، اعمال می‌شود؛ بند آخر این ماده که در خصوص قابلیت اعمال کنوانسیون میان یک طرف متعاقد با طرف دیگر غیرعضو کنوانسیون می‌باشد نیز به روشنی ناظر به اصل عمل متقابل است. به موجب این مقرره، هر گاه یکی از دول متخاصم عضو این کنوانسیون نباشد، دولت‌های متخاصم و متعاقد دیگر در روابط متقابل خود تابع این کنوانسیون خواهند بود و چنان‌چه دولت مزبور مقررات این کنوانسیون را قبول و اجرا کند، در مقابل آن دولت نیز ملزم به اجرای مقررات کنوانسیون خواهند بود.

ماده‌ی ۴ کنوانسیون سوم ژنو نیز از جمله واجد شرطی است که مبین اعمال اصل عمل متقابل می‌باشد. به موجب این شرط، شبه‌نظامیان، اعضای دسته‌های داوطلب و اعضای نهضت‌های مقاومت وقتی بازداشت می‌شوند، در صورتی به عنوان اسیر جنگی شناخته می‌شوند که در عملیات خود مطابق قوانین و عرف جنگ رفتار کرده باشند.

در کنوانسیون چهارم ژنو نیز که به موضوع حمایت از غیرنظامیان می‌پردازد و در واقع تجلی عینی حقوق بشردوستانه است وجود اصل عمل متقابل به‌خوبی مشاهده می‌شود. در ماده‌ی ۴ این کنوانسیون که به تعریف اشخاص تحت حمایت کنوانسیون پرداخته به طور صریح آمده است: «اتباع دولتی که طرف متعاقد کنوانسیون نباشند، تحت حمایت این کنوانسیون قرار نمی‌گیرند». در عین حال، ماده‌ی ۱۵۸ همین کنوانسیون که به موضوع فسخ معاهده می‌پردازد، تصریح می‌کند که فسخ فقط درباره‌ی دولت فسخ‌کننده معتبر است و نسبت به تعهداتی که دول متخاصم مکلف‌اند به موجب اصول حقوق ملل، منبعث از رسوم مقرر بین ملل متمدن و قوانین انسانیت و مقتضیات وجدان عمومی اجرا نمایند، بلااثر خواهد بود.

چهارم - فاصله گرفتن از اصل تبادُل در حقوق بین‌الملل بشردوستانه

تحولات بعدی در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل عام به ویژه ارتقای شان و کرامت انسانی و لزوم حمایت از انسان به‌ویژه گروه‌های در معرض خطر در وضعیت‌های خاصی چون مخاصمات مسلحانه از یک طرف و ضرورت ارتقای نقش آفرینی انسان‌ها در عرصه‌ی روابط بین‌الملل از سوی دیگر موجب شده تا حقوق بین‌الملل بشردوستانه به میزان کم‌تری در مقایسه با گذشته از اصل عمل متقابل و نسبی بودن تعهدات تأثیر پذیرد. برای نمونه می‌توان به بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون ۱۹۴۹ حقوق معاهدات اشاره داشت. به موجب این بند، یک دولت نمی‌تواند با استناد به تخلف طرف مقابل، از تعهدات مربوط به حمایت از بشر که در معاهدات بشردوستانه آمده، به‌ویژه مقررات مربوط به ممنوعیت اقدام تلافی‌جویانه علیه اشخاص مورد حمایت این معاهدات شانه خالی کند.^{۳۱}

اضافه شدن بند مزبور به کنوانسیون حقوق معاهدات اثرات عمیقی بر بحث و نظرهای حقوقی در رابطه با سلسله مراتب میان قواعد حقوق بین‌الملل به جای گذاشته و در اصل سنتی عمل متقابل به خصوص در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، علاوه بر حقوق بین‌الملل بشر شکاف ایجاد کرده و تعهدات بشردوستانه را در زمره‌ی تعهدات موضوع قواعد آمره قرار داده است.^{۳۲} در عین حال باید توجه داشت که این بند صرفاً ناظر به آن

۳۱. این بند به پیشنهاد شفاهی نماینده‌ی سوئیس در جلسه‌ی کمیته‌ی عمومی کنفرانس دیپلماتیک به متن کنوانسیون اضافه شد. پیشنهاد مزبور که با هشتاد و هفت رای مثبت در مقابل نه رای ممتنع و بدون رای منفی به تصویب رسید، مقرر می‌داشت:

«بندهای یک تا سه (وضع‌کننده‌ی اصل عمل متقابل) بر مقررات مربوط به حمایت از انسان‌ها مندرج در معاهدات با خصلت بشردوستانه به ویژه مقررات مربوط به ممنوعیت هرگونه اقدام تلافی‌جویانه علیه اشخاص تحت حمایت آن معاهدات اعمال نخواهد شد».

Rosenne, *op.cit.*, p. 46.

32 . For an exhaustive analysis of erga omnes in the international obligations, see generally: Maurizio, Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes, 1997.

بخش از حقوق مخاصمات مسلحانه است که حمایت از بشر را مورد توجه قرار داده و لذا به دیگر حوزه‌های حقوق مخاصمات مسلحانه، مانند کاربرد سلاح، تعمیم نمی‌یابد. در این رابطه می‌توان به دستورالعمل نیروی هوایی ایالات متحده اشاره کرد که اظهار می‌دارد: «کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو برای حمایت از قربانیان جنگ، مشروط به عمل متقابل نمی‌باشند. طرف‌های متعاقد هر کنوانسیون متعهد شده‌اند تا کنوانسیون حاضر را رعایت کرده و نسبت به رعایت آن نیز اطمینان حاصل نمایند. بند ۵ ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون وین حقوق معاهدات نیز تصدیق نموده است که حقوق عام مربوط به نقض‌های اساسی، به عنوان پایه و مبنای تعلیق اجرای معاهدات، بر مقررات مربوط به حمایت از اشخاص در معاهدات با خصلت بشردوستانه اعمال نمی‌گردند. با وجود این، عمل متقابل به صورت ضمنی در رابطه با دیگر قواعد و تعهدات مربوطه از جمله و به طور کلی حقوق درگیری‌های مسلحانه قابلیت اعمال داشته و علاوه بر آن، یک عامل اساسی در رعایت واقعی حقوق درگیری‌های مسلحانه می‌باشد. هم‌چنین، تعهدات معدودی همانند آنچه در پروتکل ۱۹۲۹ ژنو در خصوص ممنوعیت استفاده از گازهای خفه‌کننده، سمی یا دیگر گازها و موارد باکتریولوژیکی جنگی آمده، هم‌چنان و به طور رسمی مشروط به عمل متقابل شده‌اند»^{۳۳}.

در رابطه با بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون حقوق معاهدات محدودیت دیگری با توجه به ماده‌ی ۴ کنوانسیون حقوق معاهدات قابل استنباط است. به موجب این ماده، کنوانسیون

33 . US, Air Force Pamphlet (1976), § 11-5.

دستورالعمل نیروی دریایی ایالات متحده نیز اظهار می‌دارد: «برخی از تعهدات به موجب حقوق درگیری مسلحانه منوط به عمل متقابل می‌باشند، یعنی آن‌ها تنها در صورتی و مادامی که دو طرف به رعایت آن‌ها ادامه دهند، الزام‌آور می‌باشند. نقض عمده از سوی یک طرف، طرف دیگر را از وظیفه‌ی رعایت آن تعهد معاف می‌دارد. مفهوم عمل متقابل بر قواعد بشردوستانه‌ای که از قربانیان درگیری‌های مسلحانه حمایت می‌نماید، یعنی اشخاص حمایت شده به موجب کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو، اعمال نمی‌شود...».

US, Naval Handbook (1995), § 6.2.4.

حقوق معاهدات صرفاً بر معاهداتی اعمال می‌شود که بعد از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون حقوق معاهدات منعقد شده باشد، یعنی معاهداتی که بعد از تاریخ ۲۷ ژانویه ۱۹۸۰ منعقد گردیده‌اند. در این زمینه، تسری بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ کنوانسیون به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو، پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ و مقررات ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه در صورتی است که بپذیریم بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ که اصل عمل متقابل منفی را رد می‌کند، منعکس‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی از پیش موجود و یا حداقل تدوین‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی در زمان انعقاد آن (۱۹۶۹) بوده و نه این که یک قاعده‌ی جدید حقوق بین‌الملل معاهدات را مدون کرده باشد. برخی معتقداند که این بند تدوین‌کننده‌ی حقوق بین‌الملل عرفی موجود در زمان انعقاد کنوانسیون حقوق معاهدات بوده است.^{۳۴} دیوان بین‌المللی دادگستری اظهار داشته است که بند ۵ منعکس‌کننده‌ی عرف می‌باشد.^{۳۵} دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز قویاً از عرفی بودن بند ۵ از ماده‌ی ۶۰ حمایت کرده است.^{۳۶} مجموعه قواعد عرفی حقوق بین‌الملل بشردوستانه که با همت کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ گردآوری شده است نیز در قاعده‌ی ۱۴۰ تأکید می‌کند که تعهد به رعایت و الزام به رعایت مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه منوط به اصل عمل متقابل نمی‌باشد.^{۳۷}

با وجود این، هنوز هم ابهاماتی در خصوص عرفی بودن بند ۵ ماده‌ی ۶۰ پیش از تدوین آن و یا حتی در زمان تدوین آن وجود دارد؛ برای مثال پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون‌های ژنو صراحتاً و به طور روشن اصل عمل متقابل را نفی نکرده و مهم‌تر از آن، حتی مقرره‌ی مندرج در ماده‌ی ۲ مشترک کنوانسیون‌های ژنو را تکرار کرده است. به

34 . Mohammed M. Gomma, Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach, 1996, 106-107.

35 . ICJ Namibia Advisory Opinion, 94.

36 . Prosecutor v. Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 520 (Jan. 14, 2000).

37. Henckaerts, M. and Doswald-Beck, L. (eds), Customary International Humanitarian Law, Volume II Practice, Part 2 (2005), Rule 140.

موجب بند ۲ از ماده‌ی ۹۶ پروتکل اول الحاقی، هرگاه یکی از طرف‌های مخاصمه ملتزم به رعایت این پروتکل نباشد، طرف‌های عضو پروتکل در روابط متقابل خود با یکدیگر نسبت به آن متعهد باقی می‌مانند. به علاوه آن‌ها در رابطه با هر یک از طرف‌هایی که عضو این پروتکل نیستند، لیکن مقررات آن را پذیرفته و به کار می‌بندند نیز ملتزم خواهند بود. در عین حال، پروتکل اول الحاقی نیز به سمت کاهش اثرات اصل عمل متقابل و قابلیت اعمال گسترده‌تر مقررات آن بیش‌تر از کنوانسیون‌های ژنو حرکت کرده است. در بند ۴ از ماده‌ی ۱ پروتکل آمده است که این پروتکل، بر وضعیت‌هایی که در آن ملت‌ها جهت احقاق حق تعیین سرنوشت خود به مبارزه با سلطه‌ی استعماری و اشغال بیگانه و بر ضد نظام‌های نژادپرست می‌پردازند، اعمال می‌گردد. مورد دیگر، ماده‌ی ۴۴ پروتکل است که بر خلاف ماده‌ی ۴ کنوانسیون سوم ژنو تاکید می‌کند که هر رزمنده‌ای که به دست نیروهای طرف مقابل بیفتد، اسیر جنگی محسوب می‌شود. در بند ۲ از ماده‌ی ۴۴ نیز صراحتاً آمده است که در حالی که کلیه‌ی رزمندگان ملزم به رعایت قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه هستند، تخلف از این قواعد موجب نمی‌شود که یک رزمنده از حق رزمنده بودن و چنان‌چه به دست نیروهای دشمن بیفتد، از حق اسیر جنگی بودن محروم شود، مگر این که خود را به عنوان رزمنده متمایز ساخته و اسلحه‌ی خود را به طور آشکار حمل ننماید.

در مورد پروتکل دوم الحاقی نیز رگه‌هایی از اصل عمل متقابل مشاهده می‌شود. به موجب بند ۱ از ماده‌ی ۱ این پروتکل، کلیه‌ی مخاصمات مسلحانه‌ای که در حوزه‌ی سرزمینی یکی از دولت‌های عضو و بین نیروهای مسلح آن با قوای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های سازمان یافته‌ی مسلح و تحت یک فرماندهی مسئول که بر بخشی از سرزمین کشور مذکور کنترل داشته باشند، مشمول پروتکل خواهند بود.

صرف‌نظر از ابهام‌های یادشده، نمی‌توان منکر این واقعیت شد که روند روبه‌رشد تحولات در حقوق بین‌الملل برخلاف روی‌کرد سنتی تعهدات معاهداتی بوده است که

رعایت تعهدات از سوی یک طرف متعاهد به نفع آن طرف بوده و طرف مذکور به طور منطقی می‌تواند انتظار رعایت متقابل از طرف دیگر را داشته باشد (اصل عمل متقابل).

پنجم - عملکرد دولتی در رابطه با اصل تبادل

نگاهی به عملکرد دولتی از جمله دستورالعمل‌های نظامی کشورها نشان می‌دهد که اصل عمل متقابل در حوزه‌ی حقوق بشردوستانه اهمیت و جایگاه سنتی خود را از دست داده است. در این رابطه می‌توان به دستورالعمل حقوق جنگ بلژیک اشاره داشت که اظهار می‌دارد:

«حقوق معاهداتی جنگ علی‌الاصول میان طرف‌های امضاکننده الزام‌آور باقی خواهد ماند، حتی اگر یکی از آن‌ها آن را نقض نماید».^{۳۸}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی کانادا چنین مقرر داشته است:

«یک طرف درگیری مسلحانه‌ی بین‌المللی متعهد و ملزم به رعایت حقوق درگیری‌های مسلحانه می‌باشد، حتی اگر طرف مقابل آن حقوق را نقض کند».^{۳۹}

دستورالعمل نظامی کلمبیا تا آن‌جا پیش می‌رود که اظهار می‌دارد:

«در حقوق بین‌الملل بشردوستانه اصل عمل متقابل وجود ندارد و این بدان معناست که هیچ یک از طرف‌های درگیری نمی‌تواند نقض ارتكابی از سوی دشمن را به عنوان دلیلی بر توقف اجرای اصول بشردوستانه مطرح نماید».^{۴۰}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی فرانسه نیز مقرر داشته است جنگ‌جویان باید در همه‌ی شرایط قواعد حقوق درگیری‌های مسلحانه را رعایت کنند، «حتی اگر طرف مقابل آن قواعد را رعایت نکرده باشد».^{۴۱} دستورالعمل نظامی هلند اظهار می‌دارد:

38 . Belgium, Law of War Manual (1983), p. 18, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

39 . Canada, LOAC Manual (1999), p. 15-1, § 5, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

40 . Colombia, Basic Military Manual (1995), p. 35, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

«قواعد حقوق جنگ باید رعایت شود. آن‌ها باید در همه‌ی اوضاع و احوال محترم شمرده شوند. این بیان بدان معناست که احترام به قواعد مذکور مشروط و منوط به رفتار طرف مقابل نیست. به عبارت دیگر، عمل متقابل را نمی‌توان به یک اقدام برای رعایت و احترام به این قواعد مورد استفاده قرار داد».^{۴۲}

دستورالعمل نظامی نیوزیلند نیز بیان می‌دارد:

«به طور کلی، یک طرف درگیری مسلحانه‌ی بین‌المللی متعهد به رعایت حقوق عرفی و تعهدات معاهداتی درگیری‌های مسلحانه است، حتی اگر طرف مقابل این حقوق را نقض نماید».^{۴۳}

دستورالعمل حقوق درگیری‌های مسلحانه‌ی اسپانیا خاطر نشان می‌سازد:

«معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مشتمل بر قواعد امری حقوقی می‌باشند.... این قواعد ارزش و اعتبار خود را به خاطر این که طرف‌های مقابل آن‌ها را رعایت نمی‌نمایند، از دست نمی‌دهند».^{۴۴}

دستورالعمل نظامی انگلستان نیز مقرر می‌دارد:

«یک طرف متخاصم نمی‌تواند خود را از تعهد به رعایت تمام یا بخشی از حقوق جنگ با این بهانه و عذر که طرف مقابل احتمالا یا قطعا این حقوق را نقض کرده است، رها و معاف سازد».^{۴۵}

علاوه بر دستورالعمل‌های نظامی کشورها، رویه‌ی قضایی داخلی کشورها نیز در پاره‌ای موارد در اعمال اصل عمل متقابل در حقوق بین‌الملل بشردوستانه تشکیک

←

41 . France, LOAC Manual (2001), p. 14. reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

42 . Netherlands, Military Manual (1993), p. IX-1., reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

43 . New Zealand, Military Manual (1992), § 1601.3, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

44 . Spain, LOAC Manual (1996), Vol. I, § 1.1.d.(2). reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

45 . UK, Military Manual (1958), § 121, reprinted in: Henckaerts, *op.cit.*

کرده‌اند.^{۴۶}**ششم - اصل تبادل در پرتو عملکردهای بین‌المللی**

در سال ۱۹۹۴، گزارش‌گر ویژه‌ی کمیسیون حقوق بشر در گزارش مربوط به وضعیت حقوق بشر یوگسلاوی سابق، اظهار داشت:

«ایده‌ی ایجاد ارتباط میان ارائه‌ی کمک‌های انسان‌دوستانه به سربرنیکا و تخلیه‌ی صرب‌ها از توزلا^{۴۷} باید محکوم شود. رعایت و تبعیت از تعهدات حقوق بشر و حقوق بشردوستانه از سوی یک طرف مخاصمه منوط به رعایت آن تعهد از سوی دیگران نمی‌باشد. چنین تعهداتی برای هر یک از طرف‌ها مطلق بوده و به عمل متقابل بستگی ندارد»^{۴۸}.

۴۶. در قضیه‌ی راورتر (Rauter)، در سال ۱۹۴۸، دادگاهی در هلند استدلال متهم را مبنی بر این‌که دولت در تبعید هلند و مردم هلند خودشان، قبلاً با ارتکاب اقدام‌هایی که وی نیز مرتکب شده است، حقوق و عرف‌های جنگ را نقض کرده و در نتیجه او از تعهد به رعایت آن حقوق و قواعد معاف بوده است رد کرده است. دادگاه ویژه‌ی استیناف ضمن تایید این رای، مجدداً این دفاعیه را که رایش آلمانی و متهم به عنوان رکن اجرایی آن از تعهد به رعایت حقوق و عرف‌های جنگ به دلیل آن‌که به آن‌ها دستور اقدام تلافی‌جویانه علیه شهروندان هلندی داده شده بود و معاف بوده‌اند و طرف مقابل قبلاً همین اقدام‌ها را مرتکب شده بود، رد کرد.

Netherlands, Special Court (War Criminals) at The Hague, Rauter case, Judgement, 4 May 1948 and Judgement, 12 January 1949.

در قضیه‌ی فان لیب (Von Leeb) (محاكمه‌ی فرماندهی ارشد) در سال ۱۹۴۸، محکمه‌ی نظامی ایالات متحده در نورمبرگ اظهار داشت: «به موجب اصول کلی حقوق، یک متهم از جرم ارتكابی با ارائه‌ی این استدلال که طرف مقابل همان جنایت را قبل یا بعد از جنایت متهم مرتکب شده است، معاف نخواهد شد». US, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case, Judgement, 30 December 1947–28 October 1948.

47. Tuzla.

48. UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Periodic report, UN Doc. E/CN.4/1994/3, 5 May 1993, § 91.

بیست و دومین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۷۲ نیز قطعنامه‌ای را در خصوص فعالیت‌های کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ تصویب و طی آن ابراز داشت که کنوانسیون‌های ژنو:

«حمایتی اساسی را برای نوع انسانی تدارک دیده‌اند و بر این اساس، یک تعهد قوی در برابر تمام جامعه‌ی بین‌المللی به‌شمار می‌روند ... اعمال مقررات مندرج در این کنوانسیون‌ها را نمی‌توان منوط به عمل متقابل یا ملاحظات سیاسی یا نظامی کرد».^{۴۹}

رویه‌ی قضایی بین‌المللی نیز در همین راستا حرکت کرده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه‌ی مشورتی خود در قضیه‌ی نامیبیا اظهار داشت:

«اصل کلی حقوقی آن است که حق خاتمه بخشیدن به دلیل نقض باید در ارتباط با همه‌ی معاهدات مفروض گرفته شود، مگر مقرراتی که مربوط به حمایت از نوع انسانی در معاهدات با خصلت بشردوستانه درج شده است، به نحوی که در بند ۵ ماده‌ی شصت کنوانسیون حقوق معاهدات وین تصریح گردیده است».^{۵۰}

علاوه بر این، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه‌ی مارتیج^{۵۱} در سال ۱۹۹۶ اظهار داشت که ممنوعیت حمله به جمعیت غیرنظامی و افراد عادی باید در تمامی اوضاع و احوال و صرف‌نظر از رفتار طرف مقابل رعایت شود. نظر اکثر مقامات حقوقی به شعبه‌ی رسیدگی‌کننده اجازه می‌دهد تا ابراز کند که تحت هیچ وضعیتی حمله علیه غیرنظامیان مشروعیت ندارد، حتی اگر این اقدام واکنش متناسبی در برابر نقض مشابهی باشد که از سوی طرف دیگر ارتکاب یافته است. مستثنا بودن اصل اقدام تلافی‌جویانه در خصوص این اصول بنیادین بشردوستانه در ماده‌ی ۱ مشترک

49 . 22nd International Conference of the Red Cross, Teheran, 8–15 November 1973, Res. I.

50 . ICJ, Namibia Case, Advisory Opinion, 21 June 1971, § 96.

51 . Martić.

کنوانسیون‌های ژنو تایید شده است.^{۵۲} همین دادگاه در قضیه‌ی کوپرسکیچ^{۵۳} با اشاره به این امر که وکیل خوانده مستقیماً یا تلویحاً به اصل بده - بستان^{۵۴} استناد و اظهار داشته است که وقتی طرف مقابل جرایم و جنایات مشابهی را مرتکب شده است، این واقعیت دفاع موجهی برای متهم به‌شمار می‌رود، اظهار می‌دارد، اگر چه این اصل به عنوان یک دفاع در محاکمه‌های مربوط به جنایات جنگی به دنبال جنگ دوم جهانی مطرح گردیده، اما استدلال مذکور به نحو جهان‌شمولی مردود اعلام شده است. برای مثال، محکمه‌ی نظامی آمریکا در رسیدگی به قضیه‌ی فرمانده/ارشد به طور قاطع اعلام کرد که به موجب اصول کلی حقوق، یک متهم نمی‌تواند از جرم ارتكابی با این استدلال که طرف مقابل همان جنایت را قبل یا بعد از جنایت متهم مرتکب شده است، خود را تبرئه کند. در حقیقت، چه عملکرد دولت‌ها و چه نظرات اندیشمندان حقوقی اعتباری برای این دفاع قائل نبوده‌اند. دادگاه مزبور می‌افزاید، این استدلال اساساً به این دلیل مخدوش است که به موجب آن، حقوق بشردوستانه را بر یک پایه‌ی محدود و مضیق از تبادل حقوق و تعهدات در نظر می‌گیرد. در حالی که این مجموعه از حقوق بر تعهدات مطلق یعنی تعهداتی که غیرمشروط می‌باشد، تکیه دارند. به عبارت دیگر، تعهداتی که بر مبنای عمل متقابل استوار نشده است. این مفهوم قبلاً در ماده‌ی ۱ مشترک کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو تلخیص شده و بر اساس آن، «طرف‌های معظمه‌ی متعاهد متعهد می‌شوند تا کنوانسیون حاضر را در تمامی اوضاع و احوال رعایت کنند...». علاوه بر این، باید یک مقرره‌ی مشترک از

52 . ICTY, Martić Case, Review of the Indictment, 8 March 1996, § 15.

53 . Kupreškić.

54 . Tu quoque.

اصطلاح «tu quoque» عبارتی لاتین به معنای تو هم همین‌چنین است. متهم با استناد به آن اعلام می‌کند که طرف اتهام زننده خود مرتکب همان اقدام شده و لذا نمی‌تواند طرف دیگری را به ارتکاب همان جرم متهم کند.

کنوانسیون‌های ژنو^{۵۵} را مورد توجه قرار داد که به موجب آن «هیچ یک از طرف‌های متعاقد نباید اجازه داشته باشند تا خود یا هر یک از طرف‌های دیگر متعاقد را از مسئولیت ایجاد شده توسط خود یا دیگر طرف متعاقد در رابطه با نقض‌های مورد اشاره در ماده‌ی پیشین (یعنی نقض‌های فاحش) تبرئه نمایند». البته درست است که این مقرر صرفاً به مسئولیت دولت‌ها در اثر نقض‌های فاحش ارتکاب یافته از سوی نمایندگان دولت‌ها یا نقض‌های شدید موجد مسئولیت دولت‌ها در هر سطحی (به عنوان مثال ترک فعل یک دولت در جلوگیری یا مجازات چنان نقض‌هایی) اشاره دارد، با وجود این، مفهوم کلی این مقررات آن است که مسئولیت نقض فاحش مطلق بوده و به هیچ عنوان نمی‌توان از این مسئولیت با تکیه بر ابزار حقوقی مانند فسخ معاهدات یا موافقت‌نامه‌ها رهایی یافت. چنین مسئولیتی و به بیان کلی‌تر، مسئولیت کیفری فردی به دلیل نقض جدی حقوق بین‌الملل بشردوستانه را نمی‌توان با توسل به استدلال‌هایی مانند عمل متقابل از بین برد. دادگاه در ادامه می‌افزاید، ماهیت مطلق اکثر تعهدات ناشی از قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه یک روند تدریجی به سمت انسانی کردن تعهدات حقوقی بین‌المللی را منعکس نموده و به فرسایش کلی اصل عمل متقابل در اعمال حقوق بشردوستانه در قرن گذشته اشاره دارد. پس از جنگ جهانی اول، اعمال حقوق جنگ از ابتدا بر عمل متقابل میان متخاصمین فاصله گرفت و نتیجه آن شد که به طور کلی، قواعد به نحو روزافزونی از سوی هر یک از متخاصمین، صرف‌نظر از بی‌اعتنایی احتمالی دشمن مورد توجه و عنایت قرار گرفت. اساس و بنای این انتقال، روشن شدن این امر برای دولت‌ها بود که هدف از وضع قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه حفاظت از منافع دولت‌ها نبوده، بلکه آن‌ها اولاً و علی‌الاصول به منظور نفع‌رسانی به افراد یعنی نوع بشر مقرر شده‌اند. بر خلاف دیگر قواعد بین‌المللی مانند قواعد مندرج در معاهدات تجاری که به لحاظ حقوقی مبتنی بر حمایت از منافع متقابل

۵۵. مواد ۵۱، ۵۲، ۱۳۱ و ۱۴۸ کنوانسیون‌های چهارگانه‌ی ژنو.

دولت‌هاست، رعایت قواعد بشردوستانه را نمی‌توان وابسته و منوط به اجرای متقابل این تعهدات از سوی دولت‌های دیگر نمود. ترجمان این روند در قالب قواعد حقوقی با «الزام قطعی» که توسط کانت در حوزه‌ی اخلاق تبیین شده است، قابل مشاهده است که به موجب آن، یک نفر باید تعهدی را ایفا کند، صرف‌نظر از این‌که دیگران آن تعهد را رعایت نموده یا به آن بی‌اعتنایی کرده باشند.^{۵۶}

56 . ICTY, Kupreškić Case, Judgement, 14 January 2000, §§ 515–518.

نتیجه‌گیری

با توجه به موارد پیش گفته می‌توان چنین استنتاج نمود که حرکت تدریجی و یک‌نواخت در حقوق بین‌الملل به سمت جهان‌شمول کردن تعهد حمایت از بشر می‌باشد؛ روندی که اهمیت و ویژگی بنیادین ارزش‌هایی که در حقوق بشردوستانه ریشه دوانیده‌اند را مورد تاکید قرار می‌دهد. ارزش‌های اخلاقی مندرج در حقوق بشردوستانه متعالی‌تر از تعهدات حقوقی‌اند. در نتیجه، تعهدات بشردوستانه قوی‌تر از سایر تعهدات معمول می‌باشند. بر این اساس، تا جایی که مربوط به حمایت از حقوق اساسی انسان‌ها در زمان مخاصمه‌ی مسلحانه می‌شود، چنین قواعدی تعهدات عام‌الشمول^{۵۷} می‌باشند.^{۵۸} بدیهی است رعایت حقوق بشردوستانه متعالی‌تر از قلمرو منفعت دولت‌های عضو می‌باشد^{۵۹}، منفعتی حقوقی که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی *بارسلونا/تراناکشن* بر آن صحه می‌گذارد. با وجود این، باید بررسی کرد که چه قواعدی در زمره‌ی تعهدات عام‌الشمول قرار می‌گیرند؟ تعهداتی که برای نظم جهانی مبتنی بر رعایت و احترام کامل به کرامت انسانی اساسی و بنیادین هستند^{۶۰}. به طور قطع، همه‌ی قواعد حقوق بشردوستانه در این حوزه قرار

57. *Erga omnes obligation*.

۵۸. در بیانیه‌ی ارائه شده به دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی سلاح‌های شیمیایی در سال ۱۹۹۵، هند با نقل قول از فیتز‌موریس اظهار داشت که اقدام متقابل یا تلافی‌جویانه در حقوق بین‌الملل بر طبق اصول مشخص و معینی تنظیم شده است... اقدام تلافی‌جویانه نمی‌تواند شامل اقدام‌هایی شود که خصلت عام و مطلق دارند، مانند برخی نقض‌های حقوق بشر، نقض‌های مشخصی از حقوق جنگ و قواعدی که ماهیتاً آمره هستند، یعنی تعهداتی که دارای خصیصه‌ی مطلق متابعت بوده و رعایت آن‌ها وابسته با منوط به رعایت از سوی طرف مقابل نبوده، بلکه در تمامی شرایط امری و الزام‌آور است، مگر تحت فشار و اجبار باشند...
India, Written Statement Submitted to the ICJ, Nuclear Weapons Case, 20 June 1995, p. 2.

59. See: Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 211.

60. See: Meron, *Human Right and Humanitarian Norms as Customary Law* 1989 - Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", 81 *American Journal of International Law*, 1987, 348-370.

نمی‌گیرند، اما به طور کلی می‌توان گفت که قواعد عمده‌ی کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی و نیز قواعد عرفی که از انسان در برابر سوءاستفاده از قدرت حمایت می‌کند، در این چارچوب قرار می‌گیرد. در واقع، از آن‌جا که کنوانسیون‌های ژنو امروزه به نحو جهان‌شمولی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند، می‌توان گفت مقررات اساسی این کنوانسیون‌ها در کلیت و قالب یک پارچه‌ی آن بیان‌کننده‌ی تعهدات عام‌الشمول می‌باشد.^{۶۱}

در مورد مقررات پروتکل اول الحاقی، این بیان به‌ویژه در مورد قواعدی که از جمعیت غیرنظامی در برابر آثار ناشی از عملیات نظامی حمایت می‌کنند و ریشه‌ی آن‌ها در مقررات ۱۹۰۷ لاهه بوده و بر طبق نظر دادگاه نظامی بین‌المللی نورمبرگ بخشی از قواعد عرفی می‌باشند، صدق می‌کند.^{۶۲} سایر قواعد مربوط به حمایت از مجروحان، بیماران و غرق‌شدگان، غیرنظامیانی که در دست دشمن اسیرند و همچنین مسائل مربوط به کمک‌رسانی و دفاع فردی نیز می‌تواند در این مقوله گنجانده شود. از سوی دیگر، پروتکل دوم مربوط به مخاصمات غیربین‌المللی تا حدودی قواعد تدوین شده در ماده‌ی ۳ مشترک را توسعه داده است^{۶۳}، بدون آن‌که تعهداتی که به لحاظ ماهوی جدید باشد را اضافه کرده باشد؛ ضمن آن‌که، مقررات جدید قواعد مندرج در ماده‌ی ۳ مشترک را که از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری «ارائه‌کننده‌ی مقتضیات اولیه‌ی انسانی» است منعکس می‌کند.^{۶۴}

بهره این‌که، بخش عمده‌ای از قواعد بشردوستانه‌ی حاکم بر مخاصمات مسلحانه در چارچوب نظم حقوقی بین‌المللی قرار می‌گیرد و این امر یا به دلیل آن است که قواعد

61 . See: Aldrich, "New Life for the Law of War", 75 American Journal of International Law, 1981, 764-783 - Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", 3 UCLA Pac. Basin LJ, 1984, 55-118.

62 . International Military Tribunal, Vol. XXII, p. 497.

۶۳. نک. ماده‌ی ۱ پروتکل دوم الحاقی که تصریح می‌کند: «این پروتکل که ماده‌ی ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو را تکمیل و توسعه داده است...».

64 . Corfu Channel, Merits, ICJ Reports, 1949, p. 22.

مذکور ریشه در ملاحظات اولیه‌ی انسانی دارد و یا به خاطر آن است که به نحو جهان‌شمولی مورد پذیرش اعضای جامعه‌ی بین‌المللی قرار گرفته‌اند. تعهد به رعایت این قواعد منوط به شرط دیگری نیست، چرا که قواعدی عام هستند. بدین ترتیب، قواعد اساسی بشردوستانه تعهدات عام‌الشمول هستند و جامعه‌ی بین‌المللی در رعایت آن دارای منفعت حقوقی است. علاوه بر این، در رابطه با مخاصمات مسلحانه‌ی غیربین‌المللی، اولاً در قابلیت اعمال اصل عمل متقابل بر آن تشکیک وارد شده و ثانیاً، قواعد اساسی آن از جمله ماده‌ی ۳ مشترک نیز دربرگیرنده‌ی تعهد عام‌الشمول بوده و جامعه‌ی دولت‌ها در رعایت این قواعد بنیادین نیز منفعت حقوقی دارند.^{۶۵}

65 . Gasser, Hans Peter, "Ensuring Respect by Third States and UN", in: Armed Conflict and the New Law, Volume II: Effecting Compliance, Chapter 2: Ensuring Respect for the Geneva Conventions And Protocols: The Role of Third States and the United Nations, edited by Hazel Fox and Michael A. Meyer, The British Institute of International and Comparative Law, 1993, p. 23.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه‌ی نیکاراگوئه نیز همین نظر را دارد. نظر مخالف قاضی شوبل نیز در همین راستا ارزیابی می‌شود.

Nicaragua Case, para. 218. Judge Schwebel seems to share this view (Schwebel, diss. Op. para. 259).

منابع

Books

1. Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press 2005.
2. Gasser, Hans Peter, "Ensuring Respect by Third States and UN", in: *Armed Conflict and the New Law, Volume II: Effecting Compliance*, Chapter 2: *Ensuring Respect for the Geneva Conventions And Protocols: The Role of Third States and the United Nations*, edited by Hazel Fox and Michael A. Meyer (1993, the British Institute of International and Comparative Law).
3. Henry Wheaton, *Elements of International Law* 32, Coleman Phillipson ed., 5th ed. 1916.
4. Lauterpacht, Hersch, *International Law*, 1970.
5. Marco Sassoli & Antoine Bouvier (eds), *How Does Law Protect in War?* 599, 1999.
6. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I & II.
7. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991.
8. Meron, *Human Right and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989)
9. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997.
10. Mohammed M. Gomma, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, 1996.

Articles

1. Aldrich, "New Life for the Law of War", 75 American Journal of International Law, 1981.
2. Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", 3 UCLA Pac. Basin LI., 1984.
3. George H. Aldrich & Christine M. Chinkin, "The Hague Peace Conferences: A Century of Achievement and Unfinished Work", 94 American Journal of International Law, 90, 93, 2000.
4. [Kalshoven](#), Frits, Belligerent Reprisals (International Humanitarian Law), Brill Academic Pub; 2nd edition, June, 2005.
5. Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", 81 American Journal of International Law, 1987.
6. Michael J. Kelly, Time Warp to 1945-Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law, 13 Journal of Transnational Law and Politics, 1, 7-8, 2003.
7. Moore, John Norton, Enhancing Compliance with International Law: A Neglected Remedy, 39 Virginia Journal of International Law, 881, 957-62 1999.
8. Watts, Sean, Reciprocity and the Law of War, Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 2, Summer 2009, p.p. 365-434.

Documents

1. Summary Records of the 2590th Meeting, [1999] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 165, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A./1999.

2. Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, at 2B (William S. Hein & Co. 2004) (1950).
3. UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Former Yugoslavia, Periodic report, UN Doc. E/CN.4/1994/3, 5 May 1993, § 91.
4. 22nd International Conference of the Red Cross, Teheran, 8–15 November 1973, Res. I.

Cases

1. ICJ, Nicaragua Case, & Schwebel, dissenting opinion.
2. ICJ, Namibia case, Advisory Opinion, 21 June 1971.
3. ICJ, Corfu Channel, Merits, ICJ Reports, 1949
4. ICJ, India, Written statement submitted to the ICJ, Nuclear Weapons case, 20 June 1995.
5. ICTY, Martić case, Review of the Indictment, 8 March 1996.
6. ICTY, Kupreškić case, Judgement, 14 January 2000.
7. ICTY, Prosecutor v. Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 520 (Jan. 14, 2000).
8. Naulilaa Case, 2 R.I.A.A., 1011 (1928), *reprinted in* Whiteman Digest of International Law, 148-49 (1963).
9. Netherlands, Special Court (War Criminals) at The Hague, *Rauter case*, Judgement, 4 May 1948 and Judgement, 12 January 1949.
10. US, Military Tribunal at Nuremberg, *Von Leeb (The High Command Trial)* case, Judgement, 30 December 1947–28 October 1948.

National Laws and Manuals

11. Belgium, Law of War Manual (1983).
12. Canada, LOAC Manual (1999).
13. Colombia, Basic Military Manual (1995).
14. France, LOAC *Manual* (2001).
15. Netherlands, Military Manual (1993).
16. New Zealand, Military Manual (1992).
17. Spain, LOAC Manual (1996).
18. United Kingdom, Military Manual (1958).
19. United States. Department of the Army, Field Manual, The Law of Land Warfare.
20. United States, Air Force Pamphlet (1976).
21. US, Naval Handbook (1995).
22. United States War Department, Instructions for the Government of Armies in the Field, (General Orders No. 100, prepared by Francis Lieber, L.L.D.) (1863), known as Lieber Code.