

# پژوهشهای حقوقی

شماره ۵

هزار و سیصد و هشتاد و سه - نیمسال اول

## مقالات

- چالش‌های ورود کشورهای اسلامی به نظام حقوقی - اقتصادی بین‌المللی با تأکید بر ایران
- علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی
- تفسیر قضائی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری
- ساخت دیوار حائل در سرزمین اشغالی فلسطین: دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان حافظ صلح و امنیت بین‌المللی
- قطعنامه سپتامبر ۲۰۰۴ و عملکرد شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در آزمون اجرای حقوق بین‌الملل
- جنبه‌های حقوقی قراردادهای سرمایه‌گذاری بیع متقابل (Buy Back)
- حمایت از حق ثبت اختراعات در سازمان جهانی تجارت
- شیوه‌های جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
- تعقیب کیفری کارگزاران عالی رتبه دولت‌ها در دادگاه‌های داخلی به اتهام ارتکاب جرائم بین‌المللی (دعوی کنکو علیه بلژیک در دیوان بین‌المللی دادگستری)

## موضوع ویژه: نارسایی‌های حقوق شرکت‌های تجاری در ایران

- میزگرد راجع به ابعاد حقوقی سرمایه در شرکت‌های سهامی
- طرح پیشنهادی اصلاح ماده ۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت راجع به سرمایه اسمی شرکت
- حقوق سهامداران اقلیت در ادغام شرکت‌های تجاری
- نظارت بر عملکرد مدیران شرکت‌های سهامی عام توسط نهادهای دولتی در حقوق انگلیس و ایران
- تشریفات قانونی انتقال سهام در شرکت‌های سهامی

## نقد و معرفی

- تأملی بر قطعنامه ۱۵۵۹ شورای امنیت در مورد حاکمیت لبنان و خروج نیروهای بیگانه از این کشور





[http://jlr.sdil.ac.ir/article\\_44705.html](http://jlr.sdil.ac.ir/article_44705.html)

## ساخت دیوار حائل در سرزمین اشغالی فلسطین:

دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان حافظ صلح و امنیت بین‌المللی\*

امین زارع فر و حمید هاشمی\*\*

**چکیده:** مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تاریخ ۸ دسامبر ۲۰۰۳ طی قطعنامه‌ای از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست کرد تا سریعاً در خصوص آثار حقوقی ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین مبادرت به صدور نظر مشورتی نماید. در ۹ ژوئیه ۲۰۰۴، دیوان نظر خود را صادر و در آن ضمن احراز صلاحیت خود، با استناد به منشور ملل متحد، قطعنامه ۲۶۲۵ مجمع عمومی، حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، کنوانسیون‌های حقوق بشری و حقوق بشردوستانه به ارزیابی مشروعیت ساخت دیوار پرداخت و اعلام کرد که ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین غیرموجه بوده و لازم است که فوراً متوقف شود و اسرائیل نیز باید به جبران خسارات وارده بپردازد. به نظر دیوان سایر دولت‌ها نیز متعهد به عدم شناسایی این وضعیت، رفع موانع اعمال حق تعیین سرنوشت و تضمین رعایت مقررات کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ بوده و شورای امنیت ملل متحد نیز موظف است اقدامات دیگری را نیز در این خصوص اتخاذ نماید.

**کلیدواژه‌ها:** دیوان بین‌المللی دادگستری، سازمان ملل متحد، مجمع عمومی، نظر مشورتی، حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، مسؤولیت بین‌المللی، فلسطین، دیوار حائل.

\* این مقاله به آقای دکتر جمشید ممتاز استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران تقدیم می‌گردد.

\*\* دانشجویان دوره دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

### مقدمه

رژیم اشغالگر اسرائیل از سال ۲۰۰۱ به تدریج احداث دیوار حائل که بخش عمده‌ای از آن از سرزمین‌های اشغالی عبور می‌کرد را آغاز نمود. با توجه به آثار مخرب این دیوار بر زندگی مردم فلسطین، مجمع عمومی سازمان ملل متحد به دنبال دهمین اجلاس ویژه اضطراری خود در هشتم دسامبر ۲۰۰۳ قطعنامه شماره ES-۱۰/۱۴ را تصویب نمود. به موجب این قطعنامه، مجمع عمومی ضمن تأکید بر اصل غیرقابل پذیرش بودن تصرف غاصبانه یک سرزمین و نیز با یادآوری اصول برابری حقوق ملت‌ها و حق تعیین سرنوشت، با استناد به قطعنامه‌های قبلی خود و از جمله قطعنامه شماره II ۱۸۱ که فلسطین را به دو دولت مجزای عرب و یهودی تقسیم می‌کرد، از دیوان بین‌المللی دادگستری تقاضا کرد تا فوراً در خصوص آثار ساخت دیوار حائل مبادرت به صدور نظر مشورتی نماید.

صلاحیت دیوان برای صدور نظر مشورتی، مستند به بند ۱ ماده ۶۵ اساسنامه آن است اما در این میان نباید ارتباط موضوعی سؤال مطروحه با شرح وظائف مجمع عمومی را از نظر دور داشت. در قضیه دیوار حائل اکثریت کشورهای حاضر در مرحله رسیدگی شفاهی و کتبی، مخالفت خود را با اعمال صلاحیت دیوان اعلام کردند و صلاحیت دیوان را از دو منظر مورد انتقاد قرار دادند:

اول، دیوان بر طبق منشور ملل متحد فاقد صلاحیت لازم برای صدور نظر مشورتی است؛ و دوم، بر فرض اثبات صلاحیت، دیوان نباید صلاحیت خود را اعمال کند زیرا دلایل قانع‌کننده‌ای<sup>۱</sup> وجود دارد که مانع از اعمال صلاحیت دیوان می‌شود.

از بعد نظری اسرائیل این ایراد را به صلاحیت دیوان وارد می‌ساخت که با توجه به بررسی موضوع فلسطین از سوی شورای امنیت، پرداختن به موضوع مشروعیت ساخت دیوار حائل به استناد بند ۱ ماده ۱۲ منشور ملل متحد اقدامی خارج از محدوده صلاحیت دیوان است. علاوه بر این اجلاس دهم ویژه اضطراری مجمع عمومی از دو حیث به صلاحیت دیوان خدشه وارد می‌کند، اولاً شورای امنیت هرگز

<sup>1</sup> Compelling Reasons

مسأله مشروعیت ساخت دیوار حائل را مورد بررسی قرار نداده بود تا پس از عدم توافق اعضای شورا، مجمع بتواند موضوع را به استناد قطعنامه اتحاد برای صلح در یک اجلاس ویژه اضطراری مورد رسیدگی قرار دهد؛ ثانیاً شورای امنیت برای حل بحران فلسطین، نقشه راه<sup>۲</sup> را ارائه نموده که خود مانع تصمیم‌گیری مجمع در این خصوص است. مخالفین صلاحیت دیوان از این هم فراتر رفته و ادواری بودن اجلاس دهم ویژه اضطراری را دلیل بی‌اعتباری قطعنامه ES-۱۰/۱۴ می‌دانستند.

در قضیه دیوار حائل، حتی شرایط شکلی سؤال مطروحه مجمع نیز از گزند مخالفین مصون نماند و مستمسکی بود برای اینکه صلاحیت دیوان را بی‌اعتبار جلوه دهند. القای شبهه در حقوقی بودن سؤال، و همچنین انتزاعی بودن آن از دیگر علل عدم صلاحیت عنوان شد لیکن دیوان علی‌رغم تمامی این ایرادات صلاحیت خویش را منطبق بر اصول منشور ملل متحد و اساسنامه خود تشخیص داد.

مخالفین صلاحیت دیوان، پس از ناکامی در اثبات عدم صلاحیت دیوان این تئوری را مطرح کردند که حتی به فرض اثبات صلاحیت دیوان، دلایل قانع‌کننده‌ای وجود دارد که مانع از اعمال صلاحیت دیوان است. عدم رضایت اسرائیل به عنوان یکی از طرفین اختلاف، تأثیر سوء نظریه مشورتی دیوان بر راه‌حل‌های سیاسی مناقشه فلسطین و اسرائیل، فقدان اطلاعات و ادله کافی برای صدور نظر مشورتی و نامشخص بودن هدف همگی از جمله دلایلی بودند که به عنوان مانع اعمال صلاحیت دیوان مطرح شدند.

اما دیوان ضمن رد این ایرادات، صراحتاً اعلام داشت که نه تنها صلاحیت خود را بر طبق اصول منشور ملل متحد و اساسنامه احراز نموده بلکه هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای برای دیوان وجود ندارد تا از اعمال صلاحیت خود امتناع ورزد.

### بخش اول: حقوق قابل اعمال در قضیه

در بررسی آثار حاصل از ساخت دیوار، حقوق قابل اعمال را می‌توان از منشور ملل متحد و معاهدات خاص دیگر، حقوق بین‌الملل عرفی و قطعنامه‌های صادره از

<sup>2</sup> Road Map

سوی مجمع عمومی و شورای امنیت استخراج کرد. اسرائیل معتقد بود که حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق بشر در خصوص موضوع قابل اعمال نیست، در مقابل، دول دیگر حاضر در دیوان معتقد بودند این حقوق قابل اعمال است.

### بند اول: حقوق بین‌الملل حاکم بر اکتساب سرزمین

#### الف: ممنوعیت استفاده یا تهدید به استفاده از زور

بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد اصل ممنوعیت استفاده یا تهدید به استفاده از زور را مقرر می‌دارد. متعاقب این ممنوعیت در ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قطعنامه ۲۶۲۵ را مورد پذیرش قرار داده و در آن تأکید کرد که «هیچ نوع اکتساب سرزمین در نتیجه تهدید یا استفاده از زور مشروعیت نخواهد داشت».<sup>۳</sup> دیوان نیز در قضیه نیکاراگوئه با عرفی اعلام کردن این قاعده چنین نتیجه گرفت که «علاوه بر اکتساب سرزمین در نتیجه استفاده از زور، این عمل در نتیجه تهدید به استفاده از زور نیز فاقد مشروعیت است».<sup>۴</sup>

#### ب: حق تعیین سرنوشت ملتها

این اصل در منشور ملل متحد ذکر و در قطعنامه ۲۶۲۵ چنین مورد تأکید قرار گرفت که «هر دولتی متعهد است از انجام اقدامات قهرآمیز که مانعی بر سر راه ملتها در تمتع از حق تعیین سرنوشتشان<sup>۵</sup> می‌شود، خودداری نمایند» ماده ۱ مشترک میثاق‌های سال ۱۹۶۶ نیز با تأکید مجدد بر حق ملتها در تعیین سرنوشت خود، دولت‌های عضو را به تلاش برای عینیت بخشیدن و احترام به این حق، مطابق با مفاد منشور ملل متحد، متعهد کرده است.

دیوان نیز در سال ۱۹۷۱ در نظر مشورتی خود بر این نکته تأکید کرد که پیشرفت‌های موجود در «حقوق بین‌الملل مربوط به سرزمین‌های غیر خودمختار، آنچنان که در منشور ملل متحد مورد احترام است، اصل حق تعیین سرنوشت را در

<sup>3</sup> GA. Res. 2625 (XXV), entitled "Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States", 24 October 1970.

<sup>4</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 87.

<sup>5</sup> Right to Self-determination

خصوص همه (هر سرزمینی) قابل اجراء ساخته است و همین پیشرفت‌ها، تردیدی در مورد غایت نظام قیمومت مندرج در بند ۱ ماده ۲۲ میثاق جامعه ملل یعنی حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، باقی نگذاشته است.<sup>۶</sup> دیوان در موقعیت‌های مختلف به این اصل اشاره کرده<sup>۷</sup> و اعلام می‌دارد: «این حق در حال حاضر یک حق عام‌الشمول (erga omnes) است.»<sup>۸</sup>

### ج: حقوق بشردوستانه بین‌المللی

#### ۱. کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۰۷

کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه که مقررات لاهه به آن ضمیمه می‌باشد برای اصلاح قواعد و عرف‌های جنگی موجود در آن زمان تهیه شده است.<sup>۹</sup> در این ارتباط دادگاه نورنبرگ اعلام داشت «مقرراتی که به وسیله کنوانسیون لاهه وضع و از سوی همه ملل متمدن به رسمیت شناخته شده است، اعلام (نه تأسیس) قواعد و عرف‌های جنگی است.»<sup>۱۰</sup> دیوان نیز در یکی از نظرات مشورتی خود به همین نتیجه رسید.<sup>۱۱</sup>

دیوان در قضیه دیوار حائل علی‌رغم عرفی شناخته شدن مقررات لاهه از سوی همه شرکت‌کنندگان در جلسات رسیدگی، درباره این موضوع که آیا مقررات لاهه جزو حقوق عرفی شده است یا خیر شروع به رسیدگی نمود.<sup>۱۲</sup> به هر حال بر اساس

<sup>6</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, p. 31, paras. 52-53.

<sup>7</sup> *Ibid.*; see also Western Sahara, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1975*, p. 68, para. 162.

<sup>8</sup> East Timor, (Portugal v. Australia), Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29.

<sup>9</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 89.

<sup>10</sup> Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, p. 65.

<sup>11</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 256, para. 75.

<sup>12</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 89.

ماده ۱۵۴ کنوانسیون ژنو دیوان به این نتیجه رسید که بخش سوم این مقررات که مربوط به اعمال صلاحیت نظامی بر سرزمین دشمن است، به نحو مقتضی با این قضیه در ارتباط است.

## ۲. کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹

این کنوانسیون توسط اسرائیل و اردن در سال ۱۹۵۱ بدون اعمال شرط به تصویب رسید؛ فلسطین نیز طی اعلامیه‌ای در ۷ ژوئیه ۱۹۸۲، خود را به طور یک‌جانبه به اجرای کنوانسیون چهارم ژنو متعهد ساخت و سوئیس نیز به عنوان دولت امین اعلام کرد که چنین تعهد یک‌جانبه‌ای از سوی فلسطین معتبر است؛ اسرائیل معتقد بود که به استناد بند ۲ ماده ۲، این کنوانسیون در این سرزمین‌ها به صورت رسمی قابل اجرا نیست زیرا هرچند اردن در سال ۱۹۶۷، زمانی که درگیری مسلحانه میان اسرائیل و اردن به وقوع پیوست عضو کنوانسیون چهارم بوده است لیکن سرزمین‌های اشغال شده از سوی اسرائیل متعاقب آن درگیری تحت حاکمیت اردن نبوده و نتیجتاً کنوانسیون در این سرزمین رسماً قابل اجرا نیست. در مقابل اکثر دولت‌ها با استناد به بند ۱ ماده ۲ و فارغ از وضعیت اردن قبل از سال ۱۹۶۷، بر قابلیت اعمال رسمی آن در سرزمین‌های اشغالی تأکید داشتند.

ماده ۲ مشترک چهار کنوانسیون ژنو در ارتباط با تعیین قلمروی اجرای این کنوانسیون مقرر می‌دارد:

«علاوه بر مقرراتی که باید در زمان صلح به موقع اجراء گذاشته شود، این کنوانسیون در صورت وقوع هر جنگی که رسماً اعلان شده باشد یا هرگونه نزاع مسلحانه که بین دو یا چند دولت معظم متعاهد رخ دهد اجراء خواهد شد، حتی اگر یکی از دول مزبور وجود وضع جنگی را تصدیق نکند. این کنوانسیون درباره هرگونه موارد اشغال تمام یا قسمتی از سرزمین یکی از دول معظم متعاهد نیز معتبر است و لو آنکه اشغال مزبور با هیچ‌گونه مقاومت نظامی مواجه نشده باشد.

چنانچه یکی از دول داخل در جنگ عضو این معاهده نباشد، دولت عضو در روابط متقابل خود تابع این معاهده خواهد بود و اگر آن دولت غیرعضو، این معاهده را قبول و مقررات آن را اجراء کند در مقابل آن نیز ملزم به اجرای

کنوانسیون خواهند بود.»

در همین رابطه می‌توان به ماده ۳۵ دستور شماره ۳ صادره از سوی اسرائیل متعاقب اشغال کرانه باختری در سال ۱۹۶۷ اشاره کرد که در آن اعلام داشت:

«دادگاه‌های نظامی... باید در رسیدگی‌های خود مقررات کنوانسیون ژنو مورخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ در حمایت از افراد غیرنظامی در زمان جنگ را رعایت کنند و در صورت تعارض میان این دستور و آنچه کنوانسیون اعلام کرده، کنوانسیون برتری دارد.»

برای رفع ابهام در خصوص دامنه اجرائی این کنوانسیون مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات (۱۹۶۹) نیز قابل توجه است. مطابق اصول عرفی تفسیری مندرج در این مواد، بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون چهارم ژنو، این کنوانسیون را در صورت وجود دو شرط در هر سرزمینی قابل اعمال می‌داند به ویژه اگر در طول درگیری از سوی یکی از طرفین متعاهد اشغال شده باشد؛ اول وجود درگیری مسلحانه، و دوم درگیری میان دو طرف متعاهد. بر این اساس موضوع بند ۲ ماده ۲ نیز هیچ محدودیتی را در اجرای کنوانسیون، آنچنان که در بند ۱ آمده است، ایجاد نمی‌کند؛ و همچنین سرزمینی را که تحت حاکمیت یکی از طرفین متعاهد نیست از شمول اجرای این کنوانسیون مستثنی نمی‌سازد و همان‌طور که مشخص است حتی اگر اشغال در طول درگیری بدون مقاومت مسلحانه صورت گیرد نیز این کنوانسیون قابل اجراء است.<sup>۱۳</sup>

چنین تفسیری با استناد به ماده ۴۷ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ مبین قصد تدوین‌کنندگان کنوانسیون مذکور در حمایت از غیرنظامیانی است که به هر دلیلی خود را در دست نیروهای اشغالگر می‌بینند، فارغ از وضعیتی که سرزمین اشغال شده از آن برخوردار است.

با استناد به کارهای مقدماتی نیز می‌توان چنین تفسیری را تأیید کرد. در کنفرانس کارشناسان دولت‌ها اعلام شد که «کنوانسیون پیشنهادی جدید ژنو در

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 95.



خصوص هر نوع درگیری مسلحانه (خواه وضعیت جنگی از سوی دول درگیر در جنگ به رسمیت شناخته شده باشد یا خیر) قابلیت اعمال دارد.<sup>۱۴</sup> دیوان معتقد است که «هیچ قصدی برای محدود کردن دامنه اجرای این ماده در نظر تدوین کنندگان بند ۲ ماده ۲ وجود نداشت و صرفاً به دنبال پیش‌بینی مواردی از اشغال بدون مقاومت، مثل اشغال بوهیمیا و موراویا<sup>۱۵</sup> از سوی آلمان در سال ۱۹۳۹ بودند.»<sup>۱۶</sup>

دول عضو کنوانسیون چهارم نیز، چنین تفسیری را طی کنفرانس خود در ۱۵ ژوئیه ۱۹۹۹ و ۵ دسامبر ۲۰۰۱ به تصویب رسانده‌اند. آنها با صدور اعلامیه، قابلیت اعمال این کنوانسیون در سرزمین اشغالی فلسطین و اطراف شرق بیت‌المقدس را تأیید و تعهدات طرفین درگیری و دولت اسرائیل به عنوان نیروی اشغالگر را یادآوری کردند.<sup>۱۷</sup>

صلیب سرخ نیز این تفسیر را مورد تأیید قرار داده است.<sup>۱۸</sup> همچنین دولت سوئیس با صدور اعلامیه ۵ دسامبر ۲۰۰۱ ضمن یادآوری ماده ۱۴۲ کنوانسیون چهارم متذکر شد که صلیب سرخ، در همه احوال، قابلیت اجرای کنوانسیون چهارم را در مورد سرزمین‌های اشغالی فلسطین و اطراف شرق بیت‌المقدس که از سال ۱۹۶۷ از سوی اسرائیل مورد اشغال قرار گرفته را یادآوری کرده است.<sup>۱۹</sup> مجمع عمومی نیز در اکثر قطعنامه‌های خود مثلاً ۶۰/۵۶ (۲۰۰۱) و ۹۷/۵۸

<sup>14</sup> *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims* Geneva, 14-26 April 1947, p. 8.

<sup>15</sup> Bohemia and Moravia

<sup>16</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 95.

<sup>17</sup> Cairo Meeting on Convening Conference on Measures to Enforce Fourth Geneva Convention Ends, Final Document Supports Convening Conference in Geneva on 15 July.

<http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990615.gapal808.html>, and The Humanitarian Situation in the Gaza Strip and the West Bank, *UNRWA Doc.* No. HQ/G/07/2001, 5 December 2001.

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/d75b1c7981ca85be85256b74006f29aa!OpenDocument>

<sup>18</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 97.

<sup>19</sup> <http://www.palestine-un.org/news/SGreport.html>

(۲۰۰۳) و شورای امنیت نیز طی قطعنامه ۲۳۷، ۲۷۱، ۴۴۶، ۶۸۱، ۷۹۹، ۹۰۴ موضعی که مؤید این تفسیر باشد اتخاذ کرده و بر قابلیت اعمال این کنوانسیون در سرزمین‌های اشغالی تأکید نمودند.

در تحکیم این تفسیر، همچنین می‌توان به موضع رسمی دولت اسرائیل که از سوی دیوان عالی کشور اسرائیل در رأی مورخ ۳۰ مه ۲۰۰۴ اتخاذ شد و در آن عملیات نظامی نیروهای دفاعی اسرائیل در رفح را تا جایی که غیرنظامیان از آن متأثر شوند تحت الزامات ناشی از کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه و کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ دانست،<sup>۲۰</sup> اشاره کرد.

با استناد به این تفسیر دیوان نتیجه گرفت از آنجا که اسرائیل و اردن در سال ۱۹۶۷ زمانی که درگیری مسلحانه‌ای میان آنها به وقوع پیوست، عضو این کنوانسیون بوده‌اند، لذا کنوانسیون مذکور در خصوص سرزمین‌های فلسطینی که قبل از درگیری در قسمت شرقی خط سبز قرار داشته و توسط اسرائیل مورد اشغال قرار گرفته‌اند، قابل اجراء است و بررسی دقیق وضعیت پیشین این سرزمین‌ها ضروری نیست.<sup>۲۱</sup>

### بند دوم: حقوق بشر

شرکت‌کنندگان در جریان رسیدگی، در این مورد که آیا کنوانسیون‌های حقوق بشری (که اسرائیل در آنها عضویت دارد) در سرزمین اشغالی فلسطین قابل اعمال است یا خیر، دارای دیدگاه‌های مختلفی بودند. اسرائیل با تفکیک میان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه قابلیت اعمال کنوانسیون‌های حقوق بشری را انکار می‌کرد. در مقابل بسیاری از دیگر دولت‌ها در جلسه رسیدگی به قابلیت اجرائی هر دو میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در این سرزمین‌ها معتقد بودند.

<sup>20</sup> Text Supreme Court Judgement Regarding The Security Fence (1 of 3), Wednesday, June 30, 2004, HCJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. 1. The Government of Israel

2. Commander of the IDF Forces in the West Bank.

<http://www.imra.org.il/story.php3?id=21369>

<sup>21</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 101.

### الف: میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

دامنه اجرایی میثاق حقوق مدنی و سیاسی در بند ۱ ماده ۲ آن اینچنین تعریف شده است:

«دولت‌های عضو این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در سرزمین و تحت صلاحیت خود، بدون هر نوع تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و دیگر عقاید، خاستگاه ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب و دیگر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین نمایند.»

این مقرر می‌تواند به گونه‌ای تفسیر شود که تنها در خصوص افراد واقع در سرزمین یک دولت یا افراد تحت صلاحیت آن دولت اجراء شود. همچنین می‌تواند به این نحو تفسیر شود که افراد حاضر در سرزمین یک دولت و افراد خارج از سرزمین آن دولت، که تحت صلاحیت آن قرار دارند، را دربرگیرد.

مطابق اصول حقوقی، اصل بر صلاحیت سرزمینی دولت‌هاست لیکن امکان اعمال صلاحیت از سوی یک دولت در خارج از سرزمین اصلی نیز وجود دارد. لذا با در نظر گرفتن هدف و موضوع میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و استثنای اصل سرزمینی طبیعی است که بتوان تفسیری مبنی بر لازم‌الاجراء بودن این میثاق نسبت به یکی از دولت‌های عضو آن در خارج از سرزمین اصلی‌اش ابراز نمود.

رویه کمیته حقوق بشر نیز بر همین اساس است و میثاق را به هنگام اعمال صلاحیت نسبت به یک سرزمین خارجی از سوی یک دولت قابل اجراء می‌داند.<sup>۲۲</sup> کارهای مقدماتی میثاق نیز همین تفسیر را مورد تأیید قرار می‌دهد. این اسناد نشان می‌دهند که در به کار بردن این عبارات، تدوین‌کنندگان میثاق به دنبال صدور مجوز برای رهایی دولت‌ها از تعهداتی که در هنگام اعمال صلاحیت خود در خارج از سرزمین ملی بر عهده دارند، نبوده و تنها حمایت از دولت‌ها در مقابل اتباعشان که در خارج از سرزمین دولت اصلی مقیم هستند را مد نظر دارند تا به این ترتیب نتوانند ادعائی نسبت به حقوق خود که داخل در صلاحیت دولت آنها نیست داشته باشند و

<sup>22</sup> Case No. 52/79, Lopez Burgos v. Uruguay; case No. 56/79, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay and case No. 106/81, Montero v. Uruguay.

در مقابل دولتی که در آن مقیم هستند ادعا کنند.<sup>۲۳</sup>

اسرائیل در سال ۱۹۸۸ و در هنگام تهیه گزارش برای کمیته حقوق بشر، میثاق و اسنادی شبیه به آن در وضعیت موجود در سرزمین اشغالی را قابل اجراء ندانست.<sup>۲۴</sup> کمیته پس از ارزیابی گزارش اسرائیل ضمن اعلام نگرانی خود نسبت به موضع این کشور<sup>۲۵</sup> معتقد بود که:

«در اوضاع و احوال موجود، مفاد میثاق در جهت منافع ساکنین سرزمین اشغالی، نسبت به همه اعمال مقامات و ارگان‌های دول عضو، در این سرزمین قابل اجراء است، تا ساکنین از حقوق مورد احترام در میثاق و در داخل محدوده مسؤولیت دولت اسرائیل، بر اساس حقوق بین‌المللی عمومی متمتع شوند.»<sup>۲۶</sup>

در ارتباط با این میثاق، دیوان به این نتیجه رسید که «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در خصوص اقدامات انجام شده از سوی یک دولت در اعمال صلاحیتش در خارج از سرزمین خود قابل اجراء است.»<sup>۲۷</sup>

### ب: میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

این میثاق فاقد مقرره‌ای در خصوص دامنه اجرائی خود می‌باشد لیکن می‌توان با توجه به این واقعیت که میثاق موصوف تضمین‌کننده حقوقی است که اساساً سرزمینی است و با استثنائی مواجه نیست این دامنه را مشخص ساخت. لیکن در ماده ۱۴ این میثاق تنها یک بار در ارتباط با تکلیف دول عضو در خصوص آموزش و پرورش ابتدائی اجباری از عبارت سرزمین اصلی خود یا دیگر سرزمین‌های تحت حاکمیت خود استفاده کرده است.

اسرائیل در گزارش‌های خود در ۱۴ دسامبر ۱۹۹۸ و ۱۹ اکتبر ۲۰۰۱ به کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ضمن بیان آماری از میزان متمتع ساکنین

<sup>23</sup> See: The discussion of the preliminary draft in the Commission on Human Rights, E/CN.4/SR.194, para. 46; and United Nations, Official Records of the General Assembly, Tenth Session, Annexes, A/2929, Part II, Chap. V, para. 4 (1955).

<sup>24</sup> CCPR/C/SR. 1675, para. 21-27.

<sup>25</sup> CCPR/C/79/Add, para. 10.

<sup>26</sup> CCPR/CO/78/ISR, para. 11.

<sup>27</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 111.

شهرک‌های اسرائیلی در مناطق اشغالی از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تأکید بر تمایز میان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه و رد استدلال‌ات کمیته مذکور مبنی بر قابل اعمال بودن میثاق<sup>۲۸</sup> معتقد بود این میثاق در محدوده‌ای که تحت حاکمیت سرزمینی و صلاحیت این دولت قرار ندارد، قابل اجراء نیست.<sup>۲۹</sup>

دیوان در این مورد اعلام داشت که «با عنایت به ملاحظات فوق نمی‌تواند نظر اسرائیل را قبول کند. این دولت به عنوان اشغالگر، سرزمین‌های اشغالی را بیش از ۳۷ سال تحت صلاحیت خود داشته و در جهت اجرای اختیاراتی که برای اسرائیل از این جهت وجود دارد، این دولت متعهد به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. همچنین دولت اسرائیل در راه اعطای این حقوق در مواردی که اختیار آن به مقامات فلسطینی واگذار شده است، متعهد به عدم ایجاد مانع است».<sup>۳۰</sup>

### ج: کنوانسیون حقوق کودک

در ارتباط با کنوانسیون ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ حقوق کودک، در ماده ۲ این سند دولت‌ها به احترام و تضمین حقوقی که در این کنوانسیون برای هر کودک که تحت صلاحیت آنها قرار دارد، متعهد شده‌اند و با استناد به این ماده این کنوانسیون در سرزمین‌های اشغالی فلسطین نیز قابل اجراء است. به عبارت دیگر هیچ ابهامی در این خصوص وجود ندارد.

### بند سوم: ارتباط میان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه

حقوق بشر و حقوق بشردوستانه مبین دو دسته از حقوق هستند. اولی مربوط به سازمان‌های دولتی و در ارتباط با افراد است و در دوران روشنگری اروپا ایجاد شده و مطابق با اصول، حقوقی اساسی به انسان‌ها اعطاء می‌شود، ولی دومی مربوط به دولت‌ها بوده و ریشه در باستان دارد.<sup>۳۱</sup> لیکن با روندی که به ویژه پس از کنفرانس

<sup>28</sup> E/C.12/1/Add.90, paras. 15 and 31.

<sup>29</sup> E/C.12/1/Add. 27, para. 8. and E/1990/6/Add. 32, para. 5.

<sup>30</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 113.

<sup>31</sup> The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief

حقوق بشر ملل متحد در تهران در سال ۱۹۶۸ شروع شد، ملل متحد نیز که تا قبل از آن تاریخ متصدی امور مربوط به حقوق بشر بود (موارد مربوط به حقوق بشردوستانه را صلیب سرخ جهانی انتظام می‌بخشید) در بررسی وضعیت حقوق بشر در کشورها و یا موضوعاتی که در حقوق بشر مطرح است، شروع به استفاده از حقوق بشردوستانه نمود.<sup>۳۲</sup> دیوان نیز در یکی از نظرات مشورتی خود در سال ۱۹۹۶ به صورت خاص به ارتباط میان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه پرداخت و اعلام کرد: «حمایت‌های میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمان جنگ متوقف نمی‌شود مگر در لوای ماده ۴ میثاق مذکور، که به موجب آن، مقررات خاصی از این میثاق در زمانی که وضعیت اضطراری ملی به وقوع پیوست قابل تعلیق است. هرچند احترام به حق حیات از جمله این مقررات نیست، در اصل این حق به طور خودسرانه از بین نمی‌رود و حق حیات هر شخصی در طول درگیری مسلحانه نیز محترم است هرچند معیار اینکه چه چیزی از بین بردن خودسرانه حق حیات است، از طریق قوانین ویژه‌ای که برای تنظیم رفتارهای جنگی تدوین شده و قابل اجراء در خصوص درگیری‌های مسلحانه است، تعیین می‌شود».<sup>۳۳</sup>

با توجه به اختلاف اسرائیل و دیگر شرکت‌کنندگان در جریان رسیدگی دائر بر تمایز یا عدم تمایز میان این دو دسته از حقوق، دیوان ضمن رد استدلال اسرائیل اعلام کرد که «حمایت از حقوق بشر از طریق کنوانسیون‌های حقوق بشری در زمان جنگ متوقف نخواهد شد مگر در اثر مقررات تعلیق برخی از مصادیق حقوق بشر که در ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی آمده است. ارتباط میان حقوق بشر و حقوق بشردوستانه به سه صورت مطرح می‌شود: بعضی حقوق منحصراً موضوع حقوق بشردوستانه می‌باشند، بعضی دیگر منحصراً موضوع حقوق بشر، و سایر موضوعات به هر دو شاخه مرتبط است و دیوان جهت رسیدگی به سؤال در خواستی

←history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions, Robert Kolb.

<http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/iwpList304/85C81A4753C25BA9C1256B66005C4296>

<sup>32</sup> International Humanitarian Law and Human Rights Law, Louise Doswald-Beck and Sylvain Vit ; [http://www.itp.sssup.it/advancedreadings/Beck\\_Vite.htm1](http://www.itp.sssup.it/advancedreadings/Beck_Vite.htm1).

<sup>33</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *op. cit.*, p. 239, paras. 24 and 25.

باید هر دو شاخه حقوق بین‌المللی یعنی حقوق بشر و قوانین ویژه‌ای مثل حقوق بشردوستانه بین‌المللی را مورد بررسی قرار دهد.<sup>۳۴</sup>

### بخش دوم: مشروعیت ساخت دیوار حائل در سرزمین اشغالی فلسطین

با تعیین قواعد و اصول حقوق بین‌المللی و قابل اعمال دانستن قواعد حقوق بشردوستانه و حقوق بشر در سرزمین اشغالی فلسطین دیوان به بررسی تعارض یا عدم تعارض ساخت دیوار با این قواعد و اصول پرداخت.

در ضمیمه شماره II گزارش دبیرکل سازمان ملل متحد تحت عنوان «موضع حقوقی سازمان آزادیبخش فلسطین» آمده است که «ایجاد مانع از سوی اسرائیل تلاشی است برای ضمیمه کردن سرزمین در مخالفت با حقوق بین‌المللی» و اساساً ساخت این مانع «مغایر با حاکمیت سرزمینی و نتیجتاً معارض با حقوق فلسطینیان در تعیین سرنوشت خویش می‌باشد.» این عقیده در لوایح کتبی و جلسه استماع ابراز شده است.

دیوان معتقد است که «مسیر دیوار به گونه‌ای که طراحی شده ترکیب جمعیت سرزمین اشغالی فلسطین و اطراف بیت‌المقدس را تغییر داده و شهرک اسرائیلی، که به صورت نامشروع توسط اسرائیلی‌ها در سرزمین اشغالی ایجاد شده است را گسترش می‌دهد... و هدف کلی اسرائیل کاهش محدوده سرزمینی است که مردم فلسطین در آن می‌توانند حق تعیین سرنوشت خویش را اعمال نمایند.»<sup>۳۵</sup>

#### بند اول: مشروعیت شهرک‌سازی

مسیر دیوار آنچنان که توسط حکومت اسرائیل تعیین شده است داخل در منطقه‌ای بسته حدود ۸۰٪ از کسانی را که در سرزمین اشغالی فلسطین زندگی می‌کنند، در بر می‌گیرد و اکثریت عظیمی از شهرک‌های اسرائیل که در سرزمین اشغالی فلسطین و

<sup>34</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 106.

<sup>35</sup> *Ibid.*

اطراف بیت‌المقدس ایجاد شده است را در خود جای می‌دهد که با بند ۶ ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ مبنی بر ممنوعیت دولت اشغالگر از تبعید و انتقال جمعیت غیرنظامی خویش به داخل سرزمینی که اشغال کرده است، در تعارض است.

این مقرر نه تنها تبعید و انتقال اجباری جمعیت که هر اقدامی که از سوی دولت اشغالگر به منظور سازمان‌دهی یا تشویق انتقال بخشی از جمعیت آن دولت به سرزمین اشغال شده صورت می‌گیرد را نیز در بر گرفته و ممنوع می‌کند.

اسناد موجود بیانگر این مطلب است که اسرائیل از سال ۱۹۷۷ به دنبال تأسیس گسترده و سازمان‌یافته شهرک‌ها در سرزمین اشغالی فلسطین بوده است.<sup>۳۶</sup> در همین ارتباط شورای امنیت خط مشی و عملکرد اسرائیل را فاقد مشروعیت حقوقی دانسته و از آن به عنوان دولت اشغالگر خواسته است که به مقررات کنوانسیون چهارم ژنو پای‌بند باشد، اقدامات قبلی را متوقف سازد و از اتخاذ اقداماتی که در نتیجه آن وضعیت حقوقی و جغرافیایی و اساساً ترکیب جمعیتی سرزمین‌های عربی اشغال شده از سال ۱۹۶۷ و اطراف بیت‌المقدس را تغییر می‌دهد خودداری کند و به طور خاص از این رژیم می‌خواهد جمعیت غیرنظامی خود را به سرزمین‌های عربی اشغال شده منتقل نسازد.<sup>۳۷</sup> علاوه بر این، شورای امنیت موضعی مشابه را در قطعنامه‌های ۴۵۲ (۱۹۷۹) و ۴۶۵ (۱۹۸۰) اتخاذ نمود و در قطعنامه اخیر خط مشی و عملکرد اسرائیل را در ساکن کردن بخشی از جمعیت خود و مهاجرین جدید در سرزمین‌های اشغالی، نقض آشکار کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ توصیف کرد.<sup>۳۸</sup>

دیوان با توجه به این موارد نتیجه گرفت که «شهرک‌ها برخلاف حقوق بین‌الملل و با نقض آن در سرزمین اشغالی فلسطین و اطراف بیت‌المقدس ایجاد گردیده است».<sup>۳۹</sup>

<sup>36</sup> *Ibid.*, para. 120.

<sup>37</sup> SC. Res. 446, 22 March 1979.

<sup>38</sup> SC. Res. 465, 1 March 1980.

<sup>39</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 120.



### بند دوم: دائمی بودن دیوار حائل و انضمام عملی سرزمین فلسطینی

اسرائیل استدلال می‌کرد که ساخت دیوار به انضمام سرزمین منتهی نخواهد شد و دیوار دارای ماهیتی موقتی است<sup>۴۰</sup> و هدف از ساخت دیوار توانمندی مؤثر اسرائیل در مقابله با حملات تروریستی است که از سمت کرانه باختری انجام شود.<sup>۴۱</sup> در این راستا نماینده دائمی اسرائیل در ملل متحد در جلسه ۱۴ اکتبر ۲۰۰۳ شورای امنیت تأکید کرد که «دیوار سرزمینی را به اسرائیل ضمیمه نکرده و این کشور آماده و قادر است در صورت لزوم به عنوان یک راه حل سیاسی برای حل مسأله دیوار را تخریب نماید.»<sup>۴۲</sup> این دیدگاه همچنین از سوی وی در جلسات ۲۰ اکتبر و ۸ دسامبر ۲۰۰۳ مجمع عمومی مورد تأکید مجدد قرار گرفت و بیان داشت «هر چه زودتر ترورها پایان پذیرد ضرورت بیشتری به دیوار نیست. دیوار به عنوان یک مرز نبوده و هیچ هدف سیاسی ندارد و وضعیت حقوقی هیچ سرزمینی را در هیچ شرایطی تغییر نمی‌دهد.»<sup>۴۳</sup>

علی‌رغم این ادعا دیوان متذکر شد که «نمی‌تواند نسبت به وحشت ناشی از این اعلام که مسیر دیوار پیش‌داوری در مورد مرزهای آینده میان اسرائیل و فلسطین است و اینکه اسرائیل ممکن است شهرک‌ها و دیگر وسایل لازم برای الحاق را تکمیل کند، بی تفاوت باقی بماند... ساخت دیوار و رژیم وابسته به آن یک عمل انجام شده<sup>۴۴</sup> به نحوی است که به سادگی در حال دائمی شدن می‌باشد و در این قضیه و علی‌رغم توصیف رسمی دیوار از سوی اسرائیل، این امر معادل انضمام عملی<sup>۴۵</sup> سرزمین است.»<sup>۴۶</sup>

با توجه به آثار و خسارات ناشی از ساخت دیوار<sup>۴۷</sup> دیوان یادآوری کرد که «هم مجمع عمومی و هم شورای امنیت، در خصوص فلسطین به قاعده‌ای از حقوق

<sup>40</sup> S/PV.4841, p. 10.

<sup>41</sup> Report of the Secretary-General, para. 29.

<sup>42</sup> S/PV.4841, p. 10.

<sup>43</sup> A/ES-10/PV.23, p. 6.

<sup>44</sup> fait accompli

<sup>45</sup> de facto

<sup>46</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 121.

<sup>47</sup> برای اطلاعات بیشتر در خصوص این آمار، نک: دوکورا لوگو، پیشین.

بین‌المللی عرفی اشاره دارند، مبنی بر اینکه اکتساب سرزمین از طریق جنگ غیرقابل پذیرش است.<sup>۴۸</sup>

### **بند سوم: ساخت دیوار مانعی بر سر راه حق تعیین سرنوشت ملت‌ها**

در سؤال در خواستی مجمع عمومی وجود ملت فلسطین محل مناقشه نیست زیرا چنین ملتی از سوی اسرائیل در مبادله نامه‌های ۹ سپتامبر ۱۹۹۳ میان یاسر عرفات رئیس سازمان آزادیبخش فلسطین و اسحاق رابین نخست وزیر اسرائیل، مورد شناسایی قرار گرفته است. در این ارتباط یاسر عرفات در کنار پذیرفتن دیگر تعهدات، حق دولت اسرائیل برای زندگی در صلح و امنیت را به رسمیت شناخته است و در مقابل نخست وزیر اسرائیل به یاسر عرفات اعلام نمود که در پرتو این تعهدات، حکومت اسرائیل سازمان آزادیبخش فلسطین را به عنوان نماینده ملت فلسطین می‌شناسد.<sup>۴۹</sup>

همچنین، موافقتنامه موقت ۲۸ دسامبر ۱۹۹۵ فلسطین و اسرائیل در مورد کرانه باختری و نوار غزه چندین بار به ملت فلسطین و حقوق مشروع آنها (شامل حق تعیین سرنوشت آنچنان که مجمع عمومی در موقعیت‌های مختلف آن را به رسمیت شناخته است)<sup>۵۰</sup> اشاره دارد.<sup>۵۱</sup> بنابراین دیوان ساخت دیوار در کنار سایر اقدامات گذشته اسرائیل را مانعی جدی بر سر راه اعمال حق تعیین سرنوشت ملت فلسطین و نقض تعهدات اسرائیل در احترام به این حق می‌داند.<sup>۵۲</sup>

### **بند چهارم: مشروعیت دیوار از دیدگاه حقوق بشر دوستانه**

در کنوانسیون‌های حقوق بشر دوستانه میان مقررات قابل اجراء در طول عملیات

<sup>48</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 118.

<sup>49</sup> Israel-PLO Recognition - Exchange of Letters, 9 September 1993.

<http://www.caabu.org/press/documents/letters-of-recognition.html>

<sup>50</sup> GA.Res. 58/163, 22 December 2003.

<sup>51</sup> The Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip of 28 September 1995, Preamble, paras. 4, 7, 8; Article II, para. 2; Article III, paras. 1 and 3; Article XXII, para. 2.

<sup>52</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 122.

نظامی منتهی به اشغال و مقررات قابل اجراء در هنگام اشغال تمایز ایجاد شده است. در این خصوص از مقررات ۱۹۰۷ لاهه در خصوص درگیری مسلحانه تنها مواد ۴۳، ۴۶ و ۵۲ بخش سوم آن و با استناد به ماده ۶ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ و خاتمه عملیات نظامی منتهی به اشغال کرانه باختری در سال ۱۹۶۷ مواد ۴۷، ۴۹، ۵۲، ۵۳ و ۵۹ این کنوانسیون قابل اعمال است.

دیوان معتقد است که «از اطلاعات ارائه شده به دیوان، به ویژه گزارش دبیر کل ملل متحد ساخت دیوار منجر به تخریب و مصادره اموال، تحت شرایطی خواهد شد که با الزامات ناشی از مواد ۴۶ و ۵۲ مقررات ۱۹۰۷ لاهه و ماده ۵۳ کنوانسیون چهارم ژنو در تعارض است».<sup>۵۳</sup>

### بند پنجم: مشروعیت دیوار از دیدگاه حقوق بشر

ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اجازه تعلیق اجرای برخی مقررات آن را، تحت شرایطی خاص داده است. اسرائیل از حق خود در این مورد استفاده کرده و طی نامه ۳ اکتبر ۱۹۹۱ خود با مخاطب قرار دادن دبیر کل سازمان ملل متحد اعلام کرد:

«وضعیت اضطراری اعلام شده در مه ۱۹۴۸ به دلیل تهدید نظامی یا حمله واقعی و مبارزات تروریستی منجر به قتل عمد و صدمه بدنی افراد، تاکنون به قوت خود باقی است. این وضعیت ضرورت عمومی در مفهوم بند ۱ ماده ۴ میثاق می‌باشد... اسرائیل به این نتیجه رسیده است که بر اساس ماده ۴ مذکور تا حدی که ضرورت اقتضاء دارد، اتخاذ اقداماتی به منظور دفاع از اسرائیل و حمایت از حیات و اموال که شامل اختیارات مربوط به بازداشت و توقیف نیز می‌شود، ضروری است و تا جایی که این اقدامات مطابق با ماده ۹ میثاق اتخاذ شده باشد، اسرائیل تعهدات خود بر اساس آن مقررات را مورد تعلیق قرار می‌دهد».<sup>۵۴</sup>

دیوان با توجه به این ماده متذکر شد که «تعلیق اعلامی از سوی اسرائیل، منحصرأً مربوط به ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در خصوص آزادی و امنیت فردی و تنظیم مقرراتی قابل اجراء در مورد بازداشت و توقیف است.

<sup>53</sup> *Ibid.*, para. 132.

<sup>54</sup> *Ibid.*, para. 127.

دیگر مواد میثاق نه تنها در سرزمین اسرائیل که در سرزمین اشغالی فلسطین نیز قابل اجراء است.<sup>۵۵</sup> لذا بند ۱ ماده ۱۷ میثاق و بند ۱ ماده ۱۲<sup>۵۶</sup> نیز قابل اعمال است. هرچند مقررات خاصی از کنوانسیون‌های حقوق بشری شامل قیود محدودکننده در ارتباط با حقوقی است که به موجب آن مقررات بیان شده است. بر اساس مقررات مندرج در این کنوانسیون‌ها، دول عضو خواهند توانست تعهدات معاهداتی خود را تحت شرایطی خاص به حالت تعلیق درآورند. چنین قیدی در ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی وجود ندارد؛ از طرف دیگر بند ۳ ماده ۱۲ آن سند نیز هرگونه محدودیت نسبت به حق آزادی تردد را ممنوع اعلام کرده است مگر آنکه به موجب قانون و برای حفظ امنیت ملی، نظم عمومی، سلامت یا اخلاق عمومی و حقوق و آزادی‌های دیگران و سازگار با سایر حقوق شناخته شده در این میثاق وضع گردد.

کمیته حقوق بشر نیز در این خصوص اعلام کرده است که «وضع محدودیت‌ها نسبت به حقوق مورد احترام در این میثاق باید مطابق با اصل تناسب باشد و از میان وسایل قابل استفاده در نیل به این اهداف لازم است وسیله‌ای انتخاب گردد که کمترین دخالت را در این حقوق داشته باشد.»<sup>۵۷</sup> همچنین اعلام قیود محدودکننده در بند ۳ ماده ۱۲ بدین معنی است که از این قیود باید در جهت دستیابی به اهداف مندرج در این بند و نه نسبت به این اهداف، استفاده گردد.

مواد ۶، ۷، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز مواد ۱۶، ۲۴، ۲۷ و ۲۸ کنوانسیون حقوق کودک مقرراتی را که قابل اعمال در خصوص سؤال در خواستی مجمع عمومی است، پیش‌بینی کرده‌اند.

ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر می‌دارد که دول عضو این میثاق حق اعمال محدودیت نسبت به حقوق مندرج در آن را نخواهند داشت مگر آنچه به موجب قانون تعیین شده و با ماهیت این حقوق سازگار و هدف

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> تضمین عمومی آزادی تردد، مندرج در ماده ۱۲ میثاق (متعاقب ماده ۶۲ معاهده برلین ۱۳ ژوئیه ۱۸۷۸، ماده ۱۳ قیمومت فلسطین ۲۴ ژوئیه ۱۹۲۲، قطعنامه ۱۸۱ II ۲۹ نوامبر ۱۹۴۷، ماده ۸ موافقتنامه ۱۹۴۹ اردن و اسرائیل پس از درگیری‌های مسلحانه ۱۹۴۸) شامل این تضمین خاص نیز می‌باشد که مسیحیان، یهودیان و مسلمانان به مکان‌های مقدس دسترسی داشته باشند.

<sup>57</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27, para. 14.

آن منحصراً ترفیع رفاه عمومی در یک جامعه دموکراتیک است. ساخت و ایجاد منطقه بسته میان خط سبز و دیوار، و ایجاد محدودیت نسبت به آزادی تردد ساکنان سرزمین‌های اشغالی فلسطین (به استثنای اتباع اسرائیل و موافقین)، وجود دروازه‌های بسیار کم برای دسترسی به این مناطق آن هم در ساعات محدود و غیرقابل پیش‌بینی،<sup>۵۸</sup> از بین بردن محصولات کشاورزی و تخریب چشمه‌ها و درختان،<sup>۵۹</sup> دسترسی نامطلوب به خدمات بهداشتی،<sup>۶۰</sup> کوچ اجباری ساکنین سرزمین اشغالی<sup>۶۱</sup> و... که همه ناشی از ساخت دیوار در سرزمین اشغالی است مانع اعمال حق هر شخص در برخورداری از کار، سلامتی، آموزش و استانداردهای مناسب زندگی آنچنان که در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون حقوق کودک بیان شده است، می‌باشد.

لذا دیوان به این نتیجه رسید که «محدودیت‌های ناشی از ساخت دیوار و رژیم وابسته به آن با مثال حاضر دارای تناسب نیست<sup>۶۲</sup>... و با آزادی تردد ساکنین سرزمین اشغالی فلسطین آنچنان که در بند ۱ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان شده در تعارض می‌باشد... همچنین محدودیت‌های اعمال شده از سوی اسرائیل، نسبت به تمتع فلسطینیان ساکن در سرزمین اشغالی که آنها را از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی محروم می‌سازد مطابق با شرایط مندرج در ماده ۴ میثاق مذکور نبوده و لازم است این محدودیت‌ها با هدف ترفیع رفاه عمومی در یک جامعه دموکراتیک ایجاد گردد<sup>۶۳</sup>... نتیجتاً ساخت دیوار، نقض تعهدات متعددی است که اسرائیل بر اساس اسناد حقوق بشردوستانه و حقوق بشری به آنها متعهد می‌باشد.»<sup>۶۴</sup>

<sup>58</sup> E/CN.4/2004/6, 8 September 2003, para. 9.

<sup>59</sup> A/58/311, 22 August 2003, para. 26; E/CN.4/2004/6, 8 September 2003, para. 9; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 October 2003, para. 49; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 October 2003, para. 51; and Report of the Secretary-General, para. 25.

<sup>60</sup> *Ibid.*, para. 133. and E/CN.4/2004/6, 8 September 2003, para. 9.

<sup>61</sup> E/CN.4/2004/6, 8 September 2003, para. 10; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 October 2003, para. 51; and E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 October 2003, para. 51.

<sup>62</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 122.

<sup>63</sup> *Ibid.*, para. 136.

<sup>64</sup> *Ibid.*, para. 137.

### بند ششم: عوامل رافع مسؤولیت

در هر رسیدگی قضائی لازم است در کنار احراز تخلف و انتساب مسؤولیت به متخلف، در خصوص عواملی که احیاناً موجب رفع مسؤولیت از متخلف می‌شود، بررسی‌های لازم صورت گیرد. این عوامل دارای یک ویژگی مشترک می‌باشند که به طور موقت یا دائم مانع اجرای تعهدی می‌گردند که ادعای نقض آن شده است و دولت متخلف الزامی در پیش گرفتن آن رفتار را ندارد. در راستای توجیه ساخت دیوار حائل، عوامل زیر به عنوان عوامل رافع مسؤولیت دولت اسرائیل قابل طرح است.

#### الف: توجیه ساخت دیوار بر اساس ضرورت نظامی و یا نظم عمومی

حقوق بین‌الملل عرفی مقرر می‌داشت که ممکن است نیروهای دشمن در هر زمان به منظور غلبه مورد حمله قرار گیرند، اما امروزه در اثر الزامات ناشی از حقوق بشردوستانه غیرنظامیان و اموال غیرنظامی در صورتی مورد حمله قرار خواهند گرفت که مستقیماً در عملیات جنگی مشارکت داشته باشند و اهدافی نیز که در جنگ مورد حمله قرار می‌گیرند نیز باید از حیث نوع، مکان، هدف و استفاده دارای منفعت نظامی باشد.<sup>۶۵</sup>

حقوق بشردوستانه دارای مقرراتی است که ضرورت‌های نظامی را در اوضاع و احوال خاص در نظر می‌گیرد. بر اساس ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم ۱۹۴۹ تعهداتی بر عهده دولت اشغالگر قرار گرفته است لیکن به موجب بند ۶ این ماده در صورت وجود ضرورت نظامی تعهدی متوجه دولت اشغالگر نخواهد بود. همچنین در ذیل ماده ۵۳ کنوانسیون مذکور مقرر شده تخریب اموال خصوصی ممنوع است مگر برای انجام عملیات نظامی ضرورت داشته باشد.

استناد به ضرورت‌های نظامی در سرزمین اشغالی ممکن است حتی پس از خاتمه عمومی عملیات نظامی منتهی به اشغال نیز انجام گردد لیکن استناد به این عامل (رافع مسؤولیت) در هر زمان باید مستند به دلایل قانع‌کننده باشد.

دیوان در این خصوص به این نتیجه رسید که «از اسناد موجود متقاعد نشده است که وسایل استفاده شده از سوی اسرائیل برای دستیابی به اهداف امنیتی

<sup>65</sup> [http://www.georgetown.edu/sfs/programs/stia/students/vol.03/Johnson\\_IW.htm](http://www.georgetown.edu/sfs/programs/stia/students/vol.03/Johnson_IW.htm)

ضروری باشد. دیوار همراه با مسیر انتخاب شده و رژیم وابسته به آن، به طور گسترده تعدی نسبت به حقوق فلسطینیان مقیم سرزمین اشغال شده است و نمی‌تواند به دلیل ضرورت‌های نظامی، الزامات ناشی از امنیت و نظم عمومی قابل توجیه باشد...»<sup>۶۶</sup>

### ب: توجیه ساخت دیوار بر اساس حق دفاع مشروع

ماده ۵۱ منشور ملل متحد متضمن استثنای دفاع مشروع نسبت به ممنوعیت جامع مقرر در بند ۴ ماده ۲ منشور است که تنها در صورت وقوع حمله‌ای مسلحانه علیه یکی از دول عضو<sup>۶۷</sup> یا وقوع حملات تروریستی<sup>۶۸</sup> قابل استناد است.

اسرائیل معتقد بود که ساخت موانع بر طبق ماده ۵۱ منشور ملل متحد حق ذاتی اسرائیل برای دفاع از خود و منطبق با قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ شورای امنیت (که متعاقب حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر به تصویب رسید) می‌باشد. همچنین نماینده دائم اسرائیل در ملل متحد نیز با استناد به ماده ۵۱ منشور، حق اسرائیل در توسل به زور در قبال حملات تروریستی را مورد تأکید قرار داد. وی اظهار داشت به منظور دستیابی به این هدف استفاده از وسایل غیرنظامی همچون ساخت دیوار کاملاً مشروع است.<sup>۶۹</sup>

به زعم دیوان در این ارتباط اسرائیل هیچ ادعائی در خصوص وقوع حمله مسلحانه قابل انتساب به یک دولت خارجی که علیه این رژیم واقع شده باشد، ندارد. از سوی دیگر اسرائیل دارای کنترل مؤثر نسبت به سرزمین اشغالی فلسطین بوده و ساخت دیوار را به دلیل وجود تهدیدی موجه می‌داند که از داخل مناطق اشغالی (نه خارج از آن) سرچشمه می‌گیرد. این امر با آنچه شورای امنیت در قطعنامه‌های ۱۳۶۸ و ۱۳۷۳ مد نظر داشته متفاوت است. لذا دیوان به این نتیجه رسید که «ماده ۵۱ منشور به این قضیه مرتبط نیست.»<sup>۷۰</sup>

<sup>66</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 137.

<sup>67</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, paras. 194-195 and 211.

<sup>68</sup> SC.Res 1368, 12 September 2001. and 1373, 28 September 2001.

<sup>69</sup> A/ES-10/PV.21, p. 6.

<sup>70</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian

### ج: توجیه ساخت دیوار بر اساس ضرورت

حالت ضرورت وضعیتی است که به موجب آن یک دولت به عنوان تنها وسیله ممکن با اتخاذ رفتاری مغایر تعهدات بین‌المللی خود به حفظ منافع اساسی خویش در برابر خطر شدید و حتمی مبادرت می‌ورزد. در این حالت لازم است که اتخاذ رفتار مغایر تعهد بین‌المللی با آگاهی کامل صورت گیرد.

ماده ۲۵ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت‌ها شرایطی را جهت استناد به حالت ضرورت تدوین کرده است. به موجب یکی از این شرایط لازم است که توسل به این حالت به عنوان آخرین راه حل، و تنها وسیله برای حفظ منافع اساسی آن دولت در برابر خطر شدید و حتمی باشد. علاوه بر این و بر اساس یکی از آرای دیوان لازم است که «توسل به حالت ضرورت تحت شرایط دقیق تعریف شده و احراز کلیه شرایط محقق گردد و در این راستا دولت استنادکننده یگانه مرجع، که منفرداً در خصوص وجود یا عدم وجود شرایط تصمیم‌گیری نماید، نخواهد بود.»<sup>۷۱</sup>

دیوان اعلام داشت که هرچند نیازی به بررسی این موضوع نیست لیکن «دیوان متقاعد نشده که ساخت دیوار در کنار مسیر انتخاب شده برای آن تنها وسیله ممکن برای حمایت از منافع اسرائیل در مقابل خطری باشد که آن دولت جهت موجه نشان دادن ساخت دیوار به آن استناد می‌کند.»<sup>۷۲</sup>

### بخش سوم: آثار حقوقی نقض تعهدات اسرائیل

در این بخش پس از احراز صلاحیت دیوان، تعیین قواعد و اصول قابل اعمال، اثبات تخلف نسبت به این قواعد و اصول و عدم تأثیر عوامل رافع مسئولیت در توجیه این تخلفات، اکنون نوبت به بررسی آثار حقوقی ناشی از این تخلفات است. در مباحث مربوط به مسئولیت بین‌المللی با استفاده از ارکان فاعلی و مفعولی مسئولیت و نوع

← Territory, *op. cit.*, para. 139.

<sup>71</sup> Gabcikovo-Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), *I. C.J. Reports 1997*, p. 40, para. 51.

<sup>72</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 135.



تعهد نقض شده می‌توان مسئول را مشخص ساخت. تعهداتی که نقض می‌گردند ممکن است دارای ماهیتی طرفینی<sup>۷۳</sup> یا عام‌الشمول<sup>۷۴</sup> باشد که در این صورت موجب مسؤولیت در مقابل تنها یک دولت، و یا همه دولت‌ها خواهد شد. در مقابل ممکن است دولت‌ها متعهد باشند از نقض تعهدات بین‌المللی از سوی یک دولت جلوگیری نمایند و در صورتی که این تعهد را انجام ندهند، همراه با دولتی که به نقض تعهد پرداخته دارای مسؤولیت خواهند بود.

پس از انجام عمل غیرقانونی از سوی یک دولت، تعهدات جدیدی برای آن به وجود می‌آید و بر این اساس آن دولت در سطح بین‌المللی مسؤول اعمالی خواهد شد که در تعارض با تعهدات بین‌المللی خویش مرتکب شده است. همان‌طور که قبلاً بیان شد اسرائیل در سرزمین اشغالی فلسطین دارای تعهدات متعددی بر اساس حقوق بین‌الملل است و با توجه به اعلام دیوان مبنی بر اینکه «ساخت دیوار و رژیم وابسته به آن در تعارض با حقوق بین‌الملل است»<sup>۷۵</sup> می‌توان نتیجه گرفت که اسرائیل با ساخت دیوار تعهدات بین‌المللی خود را نقض کرده است و این امکان وجود دارد که برای اسرائیل، دول دیگر و سازمان ملل متحد متضمن آثاری حقوقی باشد.

### بند اول: مسؤولیت بین‌المللی اسرائیل

#### الف: الزام اسرائیل به رعایت تعهدات بین‌المللی خویش

اسرائیل به موجب کنوانسیون چهارم ۱۹۴۹ ژنو متعهد است اشخاصی که متهم به ارتکاب نقض فاحش حقوق بشردوستانه از طریق صدور دستور ساخت، طراحی، بنا و استفاده از دیوار می‌باشند را مورد تعقیب و محاکمه قرار دهد. همچنین متعهد است تعهد خود در احترام به حقوق ملت فلسطین در تعیین سرنوشت خویش و دیگر تعهداتی که به موجب حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل بشر مقرر شده‌اند را رعایت کرده و آزادی دسترسی به مکان‌های مقدس که از زمان جنگ ۱۹۶۷ در کنترل اسرائیل است را تضمین کند.

از آن جایی که ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین مستلزم مصادره و

<sup>73</sup> si omnes

<sup>74</sup> erga omnes

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 142.

تخریب خانه‌ها، تجارت‌خانه‌ها و املاک کشاورزی است اسرائیل متعهد است کلیه صدمات وارده به اشخاص حقیقی و حقوقی را جبران نماید. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در یکی از آرای خود چنین اعلام کرد:

«اصل اساسی مندرج در مفهوم حقیقی یک عمل غیرقانونی - اصلی که به نظر می‌رسد در رویه بین‌المللی و به ویژه تصمیمات دادگاه‌های دآوری پایه‌ریزی شده است - آن است که جبران خسارت می‌باید تا حد امکان کلیه آثار عمل غیرقانونی را زایل، و شرایطی را مجدداً فراهم سازد که چنانچه آن عمل ارتکاب نمی‌یافت، آن شرایط وجود می‌داشت. اعاده وضعیت سابق و یا در صورت عدم امکان پرداخت مبلغی معادل با ارزش هزینه اعاده وضعیت و در صورت لزوم می‌توان حکم به پرداخت خسارات ناشی از زیان‌های وارده‌ای داد که از طریق اعاده وضعیت و یا پرداخت مبلغی معادل آن جبران نشده است. این موارد اصولی هستند که باید به هنگام تعیین میزان غرامت مناسب برای یک عمل مخالف حقوق بین‌الملل به کار گرفته شود.»<sup>۷۶</sup>

بر این اساس اسرائیل متعهد است زمین‌ها، باغ‌های زیتون و دیگر اموال غیرمنقول که از اشخاص حقیقی و حقوقی به منظور ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین به تصرف در آورده است را به صاحبان واقعی آنها بازگرداند و در صورتی که این امر از نظر مادی غیرممکن بوده و به اثبات برسد، خساراتی که از این حیث به اشخاص مورد بحث وارد شده است را با پرداخت غرامت جبران کند. همان‌طور که دیوان اعلام کرده است «اسرائیل متعهد به جبران کلیه خسارات ناشی از اقدامات غیرقانونی خود می‌باشد. جبران خسارت موصوف شامل تخریب بخش‌هایی از دیوار که در منطقه اشغالی ساخته شده است همچنین متوقف کردن اقدامات حقوقی مربوط به ساخت دیوار و بازگرداندن اموال توقیف شده یا سلب مالکیت شده به این منظور، و پرداخت غرامت مقتضی به کلیه کسانی که خانه یا املاک کشاورزی آنها تخریب شده است، می‌باشد.»<sup>۷۷</sup>

<sup>76</sup> Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, *P.C.I.J.*, Series A, No. 17, p. 47.

<sup>77</sup> *Ibid.*, para. 145.

### ب: الزام اسرائیل به خاتمه بخشیدن به نقض تعهدات بین‌المللی خویش

یکی دیگر از تعهدات دولت متخلف در اثر عمل غیرقانونی متوقف ساختن نقض تعهد است زیرا یک عمل غیرقانونی نه تنها متضمن لطماتی به منافع دولت یا دولت‌های دیگر است بلکه تهدیدی نسبت به قاعده‌ای است که نقض می‌شود،<sup>۷۸</sup> و لازم است که این تعهد اولیه اعتباراً تداوم داشته و اجراء گردد.<sup>۷۹</sup> این تعهد در حقوق بین‌الملل عام محرز و از سوی دیوان در قضایای مختلف مورد استناد قرار گرفته است.<sup>۸۰</sup> در این ارتباط دیوان اعلام کرد که «اسرائیل در نتیجه ساخت دیوار، متعهد به متوقف کردن نقض تعهدات بین‌المللی خویش است».<sup>۸۱</sup>

در جهت اجرای تعهد، اسرائیل متعهد است اقدامات خود در ساخت دیوار را فوراً متوقف کند. این توقف مستلزم تخریب کلیه ساختمان‌های ایجاد شده در سرزمین اشغالی فلسطین و داخل و اطراف شرق بیت‌المقدس، و منسوخ و بلااثر اعلام کردن تمام قوانین وضع شده به منظور ساخت دیوار (به استثنای قوانینی که پرداخت غرامت یا دیگر اشکال جبران خسارت برای فلسطینیان را پیش‌بینی کرده‌اند) می‌باشد و همان‌طور که دیوان اعلام کرده «متعهد به دادن تضمینات لازم است که اقدامات خود را از سر نمی‌گیرد».<sup>۸۲</sup>

### بند دوم: مسؤولیت بین‌المللی سایر دولت‌ها

همان‌طور که ذکر شد در اثر نقض تعهدات بین‌المللی از سوی اسرائیل ممکن است دیگر دولت‌ها نیز با تعهداتی مواجه شوند. از این جهت مسؤولیت بین‌المللی سایر دولت‌ها نیز در این خصوص قابل بررسی است. در ارتباط با قضیه فلسطین مثال‌های زیر شایان ذکر است:

۱. برخی تعهدات نقض شده از سوی اسرائیل در نتیجه ساخت دیوار در

<sup>78</sup> A/43/10, p. 274.

<sup>79</sup> UN. YILC, 1991, Vol. II, Part one, p. 79.

<sup>80</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *op. cit.*, p. 149; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, *I.C.J. Reports 1980*, p. 44, para. 95; Haya de la Torre, Judgment, *I.C.J. Reports 1951*, p. 82.

<sup>81</sup> Legal Consequences of the Construction of A Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 150.

<sup>82</sup> *Ibid.*, para. 135.

سرزمین اشغالی فلسطین دارای ماهیت همه‌جانبه بوده و همان‌طور که دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن اعلام داشت: «چنین تعهداتی با این خصوصیت فی نفسه در مقابل همه دولت‌ها بوده و با توجه به اهمیت حقوقی که از آنها ناشی می‌شود، کلیه دولت‌ها می‌توانند خود را دارای منفعت حقوقی در حمایت از این تعهدات بدانند.»<sup>۸۳</sup>

۲. دولت‌ها متعهد می‌باشند که از شناسایی وضعیت غیرمشروع ناشی از ساخت دیوار، اعطای کمک و مساعدت در حفظ آن وضعیت خودداری کنند و جهت پایان بخشیدن به نقض‌های صورت گرفته از سوی اسرائیل و تضمین جبران خسارت از سوی این دولت با هم همکاری داشته باشند. دیوان به این نتیجه رسید که «دولت‌ها متعهدند وضعیت‌های غیرقانونی ناشی از ساخت دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین اشغالی و اطراف شرق بیت‌المقدس را به رسمیت نشناخته و از هر گونه همکاری در جهت تداوم وضعیت ناشی از چنین احداثی خودداری کنند.»<sup>۸۴</sup>

۳. یکی از حقوق فلسطینیان که از سوی اسرائیل مورد تعدی قرار گرفته حق مردم فلسطین در تعیین سرنوشت خویش است که اتفاقاً دارای ماهیت همه‌جانبه نیز می‌باشد. دیوان در ارتباط با این حق در قضیه تیمور شرقی اعلام داشت که «این اظهار غیرقابل خدشه است که حق مردم در تعیین سرنوشت، آنچنان که در منشور و رویه ملل متحد ملاحظه می‌شود به یک تعهد عام‌الشمول تبدیل شده است.»<sup>۸۵</sup> لذا با عنایت به منشور ملل متحد و اصول حقوق بین‌الملل بر همه دولت‌هاست که مراقبت نمایند که هرگونه مانع بر اثر ساخت دیوار در راه حق تعیین سرنوشت ملت فلسطین، مرتفع گردد.<sup>۸۶</sup>

۴. دول عضو کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو بر اساس ماده ۱ مشترک چهار کنوانسیون نه تنها متعهد به رعایت مقررات مندرج در کنوانسیون‌های مذکور شده‌اند بلکه به اتخاذ اقداماتی برای تضمین رعایت مقررات کنوانسیون‌ها از سوی دیگر

<sup>83</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, *I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33.

<sup>84</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 159.

<sup>85</sup> East Timor, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29.

<sup>86</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *op. cit.*, para. 159.

اعضاء نیز متعهد می‌باشند. علت این امر آن است که قواعد حقوق بشردوستانه در احترام به شخصیت انسان و ملاحظات اولیه بشریت ایجاد شده‌اند و بعضاً به قدری بنیادین تلقی می‌شوند که باید از سوی همه دول (فارغ از عضویت یا عدم عضویت آنها در کنوانسیون‌هایی که این قواعد را در خود جای داده‌اند) رعایت شوند زیرا بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی قواعدی می‌باشند که تخطی از آنها جایز نیست. بنابراین از آن جایی که ساخت و حفظ دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین به منزله نقض فاحش کنوانسیون چهارم است، دول عضو متعهدند مرتکبان این تخلفات را مورد تعقیب قانونی قرار داده و یا مسترد کنند. دیوان در این قضیه اعلام کرد که «دول عضو کنوانسیون چهارم ۱۹۴۹ ژنو، بر اساس مقررات این کنوانسیون، به علاوه تعهدات مندرج در منشور و حقوق بین‌الملل، متعهدند که مطابقت عمل اسرائیل را با حقوق بشردوستانه بین‌المللی مندرج در کنوانسیون تضمین کنند».<sup>۸۷</sup>

### بند سوم: اتخاذ اقدامات ضروری توسط ملل متحد

ملل متحد و به ویژه شورای امنیت باید در راستای اهداف مندرج در منشور ملل متحد نقض آشکار و سیستماتیک هنجارها و اصول حقوق بین‌الملل که از سوی اسرائیل صورت می‌گیرد را مورد بررسی قرار داده و اقدامات ضروری برای متوقف نمودن آنها اتخاذ کند.

دیوان معتقد است که «مجمع عمومی و شورای امنیت باید اقدامات بیشتری را برای پایان دادن به وضعیت غیرمشروع ناشی از ساخت دیوار و رژیم وابسته به آن و با مد نظر قرار دادن این نظر مشورتی، اتخاذ نماید».<sup>۸۸</sup> دیوان همچنین علاقه‌مند است که «حمایت خود از اهداف و اصول منشور ملل متحد و به ویژه صلح و امنیت بین‌المللی و حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات را اعلام نموده و بر ضرورت اقدام فوری از سوی ملل متحد جهت افزایش تلاش‌های خویش با هدف پایان بخشیدن هر چه سریع‌تر درگیری فلسطینیان و اسرائیل که تداوم آن تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی است، از طریق برقراری صلحی عادلانه و پایدار در منطقه را تأکید نماید».<sup>۸۹</sup>

<sup>87</sup> *Ibid.*, para. 159.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para. 160.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para. 161.

### نتیجه

نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد مشروعیت ساخت دیوار حائل در سرزمین اشغالی فلسطین از بسیاری جهات تاریخی و بی‌سابقه است. دیوان همواره به عنوان رکن قضائی اصلی ملل متحد (ماده ۹۲ منشور) نقش عمده‌ای در حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی داشته است. دیوان در بسیاری از آراء و نظرات اخیر خویش به بهترین نحو از عهده این نقش برآمده و در این قضیه نیز به طور مستقیم در جهت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی گام برداشته است. این در حالی است که طرف‌های درگیر، دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و حتی ارکان سیاسی ملل متحد به ویژه شورای امنیت تاکنون از تعیین چارچوب‌های حل و فصل اختلافات موجود و انتظام امور در این منطقه از جهان عاجز مانده‌اند.

در جریان رسیدگی، بسیاری از دولت‌ها به ویژه دول غربی معتقد بودند که دیوان فاقد صلاحیت است و اگر برای دیوان قائل به صلاحیت می‌شدند بر این باور بودند که به دلایل سیاسی و حقوقی دیوان باید از اعمال این صلاحیت خودداری کند. اما علی‌رغم اتخاذ موضع رسمی از سوی دولت‌های غربی در این خصوص (که تصمیم دیوان را با منافع ملی و موضع‌گیری‌های سیاسی خود در تعارض می‌دیدند) قضات دیوان - حتی قضات تبعه دول غربی - در جهت حضور مؤثر این رکن در صحنه بین‌المللی و با صدور نظر مشورتی به سوی حفظ صلح و امنیت جهانی از رهگذر حقوق بین‌الملل گام برداشتند.

دیوان علی‌رغم همه محذوراتی که وجود داشت و بر خلاف پیش‌بینی‌ها، با توجه به ماهیت قضائی خود و بدون توجه به مسائل سیاسی، با احراز صلاحیت نسبت به سؤال درخواستی مجمع عمومی، مبادرت به رسیدگی نمود. هرچند این سؤال در ارتباط با آثار حقوقی ساخت دیوار از سوی نیروی اشغالگر اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین و اطراف شرق بیت‌المقدس بود ولی دیوان با مغتنم شمردن فرصت با اتخاذ رهیافتی حقوقی کلیه ابعاد قضیه فلسطین را تحت پوشش قرار داده و آنچه را در طول نزدیک به شصت سال دست نیافتنی می‌نمود از طریق نظر مشورتی خود بیان داشت.

شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر روابط بین‌الملل نیز در این قضیه از اهمیت بسیاری برخوردار است. در حالی که بسیاری با طرح هژمونی امریکا، دوران حاکمیت قانون را به پایان رسیده می‌دانند، دیوان تلاش داشته است که در جهت دفاع از ارزش‌ها و آرمان‌های بشری موجود از طریق صدور این نظر مشورتی اقدام کند. در پایان لازم به ذکر است که عدم شرکت جمهوری اسلامی ایران در ارسال لوایح کتبی و جلسات رسیدگی، با توجه به تعهدات بین‌المللی کشور طبق کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ در تضمین رعایت حقوق بشردوستانه (ماده ۱ مشترک)، و تعهد مندرج در قانون اساسی مبنی بر حمایت از مستضعفان جهان (اصول ۳ و ۱۵۴) قابل تأمل می‌باشد.



# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. III, NO. 1

2004-1

## Articles

- Integration of Islamic Countries and Specially Iran into International Legal-Economic System and its Challenges
- Public Hearing in the Light of International Instruments and National Law
- Judicial Interpretation of the Iranian Constitution and the Practice of the Administrative Court of Justice
- International Court of Justice and Advisory Opinion on Legal Consequences Arising from Construction of the Wall by Israel in the Occupied Palestinian Territory
- The New Resolution of the IAEA Board of Governors on Iran, An Assessment of the Respect for International Law
- Concept, Legal Nature and Formalities of Buy Back Investment Contracts
- The Protection of Patents in the World Trade Organization
- Methods of Restitution of Contractual Obligation Breach in the International Sales of Goods Convention
- The Prosecution of Senior State Officials in National Tribunals for International Crimes (Some Comments on the Congo v. Belgium Case)

## Special Issue : Insufficiencies of the Law of Companies in Iran

- Legal Aspects of Capital in Joint-Stock Companies (Round-table)
- The Necessity of Amendment of Iranian Commercial Code Concerning Minimum Capital of Joint-Stock Companies
- The Rights of Minority Shareholders in Merger or Consolidation of Corporations
- Control of the Activities of Directors by Governmental Agencies in English and Iranian Legal Systems
- Legal Formalities for Transfer of Shares in Joint-Stock Companies

## Critique and Presentation

- Reflections on UN Security Council Resolution 1559 on Lebanese Sovereignty and Withdrawal of Foreign Forces



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law  
Research & Study