

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۴

هزار و سیصد و هشتاد و هفت - نیمسال دوم

مقالات

- دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار جلب «عمر البشیر»
- قتل و صدمه بدنی در منازعه
- تحقیق و توسعه فناوری نانو از نگاه حق بر سلامتی
- چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشر دوستانه بین‌المللی
- ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران
- تحریم هوایی ایران با رویکردی به کنوانسیون شیکاگو
- موضوع ویژه: چالش‌های معاملات املاک در نظام حقوقی ایران
- نقش سند رسمی در بیع املاک
- جایگاه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم معاملات املاک و خلأهای حقوقی آن
- چالش‌ها و نارسایی‌های موجود ناشی از درج قیمت منطقه‌ای به جای قیمت واقعی
- ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن
- تحلیل حقوقی دعوی اثبات مالکیت
- نقد: لایحه قانون تجارت
- نقد شیوه قانون‌نویسی در لایحه قانون تجارت
- تأملاتی در خصوص لایحه قانون تجارت مصوب تیرماه ۱۳۸۴ هیأت وزیران
- بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت
- نقد مقررات ابواب پنجم و هفتم لایحه قانون تجارت
- نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل
- نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت





چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشردوستانه بین‌المللی در عصر مبارزه با تروریسم

آرامش شهبازی*

چکیده: با اوج گرفتن مبارزه با اقدامات تروریستی، استعمال واژه «رزمندگان غیرقانونی» در ادبیات حقوق بین‌الملل بیش از پیش شایع شده است. مشارکت غیرقانونی افراد در مخاصمات مسلحانه گو اینکه باعث می‌شود نتوان آنها را پس از دستگیری، اسیر جنگی و متمنع از حقوق زندانی جنگی قلمداد کرد اما این امر به آن معنا نیست که این اشخاص از هیچ حمایتی در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق بشر برخوردار نباشند. کنکاش در مفهوم رزمنده در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و تعمیم حمایت‌های بین‌المللی به رزمندگان غیرقانونی محور اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: حقوق بشردوستانه، رزمنده، رزمنده غیرقانونی، تروریسم، حقوق بشر

مقدمه

هر پدیده حقوقی بی‌تردید دارای ابعاد و جنبه‌های سیاسی نیز هست. این ابعاد در برخی حوزه‌ها پررنگ‌تر و در برخی به حاشیه رانده می‌شود. اما پیوستگی این دو به اذعان سیاستمداران و حقوقدانان چنان تار و پود حقوق و سیاست بین‌الملل را به هم آمیخته است که تفکیک آنها از یکدیگر اگر غیرممکن نباشد، به سختی امکان‌پذیر است. حوزه

* دانشجوی مقطع دکترای حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی.

این مقاله را به استاد گرانقدر جناب آقای دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی تقدیم می‌دارم.

مخاصمات مسلحانه نیز از این امر مستثنا نیست. با وجود اینکه تلاش‌های زیادی در جهت محدود کردن مخاصمه از بُعد قانونی^۱ صورت گرفته است، با این حال در عمل^۲ در برخی زمینه‌ها، همچنان وسیع و مبهم باقی مانده است.^۳ صرف‌نظر از ابهام موجود در مفهوم مخاصمه،^۴ اگر هدف نهایی حقوق مخاصمات مسلحانه حمایت از همه افراد در زمان مخاصمه است،^۵ آیا می‌توان مدعی شد که فرد یا گروهی که به اقدامات تروریستی مبادرت ورزیده‌اند خارج از این قلمرو حمایتی قرار می‌گیرند؟ آیا حقوق مخاصمات مسلحانه می‌تواند همزمان مطلق^۶ و مقید^۷ باشد؟

بعد از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ که ایالات متحد آمریکا مورد حملات تروریستی سهمگینی قرار گرفت جنبش مبارزه با تروریسم و سرکوبی آن به رهبری آمریکا آنچنان اوج گرفت که عموم مردم به سختی می‌توانستند قید و بندهایی حقوقی را بر سر راه مبارزان علیه تروریسم، و حمایتی را برای متهمان به اقدامات تروریستی تصور نمایند. آنچه در این مقاله به آن پرداخته می‌شود، نه تأکید بر جنبه‌های سیاسی و نه کمرنگ کردن آثار آن بر این قلمرو است، بلکه فضای بحث متأثر از رویکردی حقوقی بر وضعیت متهمان به اقدامات تروریستی است که به اصطلاح «رزمندگان غیرقانونی»^۸ توصیف شده‌اند. مهمترین سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که آیا با گذشت بیش از یک قرن از تلاش در جهت تنظیم و تدوین مقررات جنگی، رنگ ابهام از تمامی زوایای آن زدوده شده است؟ با این حال از آنجا که محور اصلی بحث منحصر به رزمندگان غیرقانونی است، تلاش اصلی این تحقیق بررسی وضعیت حقوقی این گروه، از ابعاد مختلف به‌ویژه بعد از وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ خواهد بود. آیا در حقوق موضوعه برای رزمندگان غیرقانونی عنوانی در نظر گرفته شده و برای آنها حقوق و تکالیفی معین شده است یا این دسته از حوزه حمایتی مخاصمات مسلحانه خارجند؟^۹ آیا رزمندگان

1. *de jure*

2. *de facto*

3. Christopher Greenwood, "The Concept of War in Modern International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 283 (1987), pp. 315-17.

4. C.f. Carl Von Clausewitz, *On War*, Michael Howard and Peter Parettrans (eds), Cambridge: Cambridge University Press: 1986, p. 75.

5. Frederic Megret, "From Savages to Unlawful Combatants: A Postcolonial Look at International Humanitarian Law's 'Other'," in Anne Orford (ed), *International Law and Its Others*, Cambridge: Cambridge University Press, (2006) p. 265.

6. inclusive

7. exclusive

8. unlawful combatants

9. Luisa Vierucci, "Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial

غیرقانونی از حمایت‌های حقوقی مندرج در حقوق بشردوستانه بهره‌مندند؟ آیا مقررات کنوانسیون‌های ژنو (۱۹۴۹) یا مقررات عرفی حقوق بشردوستانه حاکم بر رزمندگان یا غیر رزمندگان بر این گروه نیز حاکم است؟

برای یافتن پاسخ‌هایی مناسب، ابتداء به مرور تاریخی مفهوم رزمنده غیرقانونی می‌پردازیم، سپس به وضعیت حقوقی این گروه در حقوق بین‌الملل معاصر خواهیم پرداخت. از آنجا که فرضیه اصلی تحقیق حاضر بر این مطلب استوار است که هیچکس، از قلمرو حمایتی حقوق بشردوستانه خارج نیست و حقوق بشردوستانه بین‌المللی نیز به کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی و سایر کنوانسیون‌های مربوط به آنها منحصر نیست، پس به جست‌وجوی نشانه‌هایی در جهت حمایت از این گروه در قواعد حقوق بشر و اصول بنیادین حقوق بشردوستانه خواهیم پرداخت.

مبحث نخست: کلیات

گفتار نخست: رویکرد تاریخی

به لحاظ تاریخی از آن دسته از رزمندگان که موظف به رعایت مقررات مخاصمه می‌باشند و در مقابل از امتیازات مندرج در مجموعه حقوق بشردوستانه منتفع می‌شوند، برای نخستین بار در کدهای شیواری در قرون وسطا نام برده شد^{۱۰} (حقوق نظامی)^{۱۱}. هرچند که تفکیک دقیقی از رزمندگان و جمعیت نظامی در این مجموعه دیده نمی‌شد و اقدامات مغایر با این مجموعه نیز قتل و غارت به حساب می‌آمد.^{۱۲}

سابقه تاریخی مبارزان غیرقانونی به سال ۱۸۶۳ بازمی‌گردد. «فرانسیس لیبر» نیروهای غیرمنظم در حین مخاصمه، مانند پارتیزان‌ها و گروه‌های آزاد، راهزنان دریایی، غارتگران و سارقان و اعمالی همچون، جاسوسی، شورش و خیانت را مصادیقی از رزمندگان غیرقانونی و اقدامات نامشروع تلقی می‌کرد.^{۱۳} موارد استفاده از نیروی نظامی

Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled", *Journal of International Criminal Justice*, 1(2003), p. 284.

10. Henry Wheaton, *Elements of International Law*, and restated in Colonel G.I.A.D. Draper, "Combatant Status: A Historical Perspective", *The Military Law and Law of War Review* 11 (1972), p. 140.

11. *jus militaire*

12. G.I.A.D. Draper, "The Status of Combatants and the Question of Guerrilla Warfare", *British Yearbook of International Law*, 45 (1971), p. 137.

13. Francis Lieber, "Guerrilla Parties Considered with Reference to the Law and Usages of War", in Richard Shelly Hartigan, *Lieber's Code and the Law of War*, Precedent Chicago: 1983, p. 34.

در قرن بیستم نشان دهنده مواردی است که در کنفرانس ۱۹۰۷ از آنها غفلت شده بود. برای مثال در جنگ جهانی اول، افسر بریتانیایی «لورنس»^{۱۴} در جنگ چریکی برای پیشبرد مقاومت ملی‌گرایی در برابر اشغال ترک‌ها شرکت کرد.^{۱۵} سیاست توسل به جنگ چریکی در خلال جنگ جهانی دوم نیز تجربه‌ای دیگر در این زمینه بود. جایی که اصطلاح «رزمنده»، «اسیر جنگی» و «غیرنظامی» به کرات مورد استفاده قرار می‌گیرند و در کنوانسیون‌های ناظر به مخاصمات مسلحانه مورد ارزیابی واقع می‌شوند، از اصطلاح «رزمندگان غیرقانونی» یا «رزمندگان فاقد امتیاز» اثری ملاحظه نمی‌شود. با این حال این اصطلاحات غالباً و دست‌کم از ابتداء قرن حاضر در ادبیات حقوقی، مقررات نظامی و حتی در موارد عملی زیادی به کار رفته است. معنا و مفهومی که به این اصطلاحات داده می‌شود و عواقب حمایت قابل اعمال از این گروه هنوز چندان روشن و واضح نیست.

گفتار دوم: طبقه‌بندی افراد در زمان مخاصمه: غیر نظامیان و رزمندگان

یکی از اصول اساسی حاکم بر حقوق بشردوستانه، اصل تفکیک^{۱۶} است. این اصل مبتنی بر ضرورت تمایز میان رزمندگان و غیررزمندگان و محدود بودن آزادی اراده طرفین مخاصمه در توسل به ابزارها و شیوه‌های جنگی است.^{۱۷} این اصل اساسی که به لحاظ تاریخی و فرهنگی در زمره اصول زیربنایی حقوق بشردوستانه است، میان اصول انساندوستانه و قواعد حاکم بر رفتار متخاصمان پیوند ارتباط برقرار می‌کند.^{۱۸} کاربرد این اصل در حقوق بشردوستانه معاصر در ماده ۴۸ پروتکل اول الحاقی (۱۹۷۷) و در نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سلاح‌های هسته‌ای (۱۹۹۶) تقویت شده است.^{۱۹} لذا تفکیک نادرست بین نظامیان و غیرنظامیان مانع از اعمال قواعد رفتاری حقوق مخاصمات مسلحانه بر کلیه کسانی است که به نوعی در مخاصمه درگیر

14. Lieutenant-Colonel Thomas Edward Lawrence, CB, DSO (August 16, 1888 – May 19, 1935)

15. John Keegan, *Intelligence in War: Knowledge of the Enemy From Napoleon to Al-Qaeda*, Pimlico Random House, 2003, pp. 389-397.

16. principle of distinction

17. Nicholas Rengger, "On the Just War Tradition in the 21st Century", *International Affairs*, 78, 2 (2002), p. 358.

18. Leslie Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, New York: Manchester University Press, 1996, pp. 20-23.

19. "Legality of the Threat on Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion", *International Law Reports* 100 (1996), p. 163; See also Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 82.

شده‌اند.^{۲۰} در مقابل، ترسیم دقیق و مناسب گروه‌های درگیر زمینه اعمال حقوق و تکالیف افراد را فراهم آورده و از این راه به تحقق آرمان‌های حقوق بشردوستانه بین‌المللی کمک می‌کند.

بی‌تردید، بحث در این خصوص که آیا غیرنظامیانی که در مخاصمه شرکت می‌کنند، نوعی رزمنده غیرقانونی محسوب می‌شوند، وضعیت غیرنظامیان را داشته و تحت شمول مقررات حقوق بشردوستانه قرار می‌گیرند، بحثی تازه نیست هرچند که هنوز چالش برانگیز است. برخی حقوقدانان بین‌المللی^{۲۱} وضعیتی میانه یا حدوسط با عنوان شبه رزمندگان^{۲۲} را برای این گروه رد کرده‌اند. اما دغدغه اساسی کماکان این است که اساساً آیا مفهوم شبه رزمنده در فرهنگ مخاصمات مسلحانه به رسمیت شناخته شده است یا نه.^{۲۳}

در واقع در بسیاری از مواقع، بخشی از نیروی رزمنده از جمله رهبران مخاصمه برای استفاده از قدرت جمعیت غیرنظامی به نحو غیر قابل تفکیکی با آنها مخلوط می‌شوند. زمانی که غیررزمندگان از خطوط تعیین شده عبور می‌کنند و به نحو مستقیم در مخاصمه شرکت می‌کنند، وضعیتی مشابه وضعیت نظامیان می‌یابند.^{۲۴}

بند نخست: وضعیت حقوقی غیرنظامیان در زمان مخاصمه

ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی (۱۹۷۷) بسیاری از حوزه‌های خاکستری و مبهم در حمایت از رزمندگان با توجه به مفهوم مضیق ماده ۴ کنوانسیون سوم را پوشش می‌دهد، آنچنان که علی‌رغم مفاد کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی هنوز هم صرفاً چارچوب کلی ماده ۷۵ بر گروه‌های جدیدی از شرکت‌کنندگان در مخاصمه حاکم است.^{۲۵}

20. Kenneth Watkin, "Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century", *Israel Defense Forces Law Review*, 69, (2003), p. 73, first produced as a policy brief for the Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/Session2.pdf. See *id.*, pp. 73-74.

21. Antonio Cassese, *Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law*, Public Committee Against Torture in Israel, p. 14, available at www.stoptorture.org/il/eng/images/uploaded/publications/64.pdf.

22. quasi-combatants

23. C.f. The Scope and Utility of the Concept of 'Military Objectives' for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts", in David Wippman and Matthew Evangelista eds., *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts* (2005), pp. 201-202.

24. ICRC Commentary, AP I, Art. 51, para. 1944, www.icrc.org.

25. *Official Records of the Diplomatic Conference of the Reaffirmation and Development of International*

کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ به دو دسته افراد در حین مخاصمه اشاره می‌کنند: رزمندگان و غیررزمندگان. غیررزمندگان به صورت سلبی چنین تعریف شده‌اند: «افرادی که جزء نیروهای نظامی محسوب نمی‌شوند.»^{۲۶} اصولاً غیرنظامیانی که اسلحه به دست می‌گیرند، به عنوان افرادی که مرتکب جرائم داخلی شده‌اند تحت تعقیب کیفری قرار می‌گیرند.^{۲۷} به این صورت که بر خلاف نظامیان که از رسیدگی کیفری داخلی مصون هستند^{۲۸}، چنین مصونیتی ندارند و برای اقداماتی که نقض مقررات و عرف‌های جنگی محسوب می‌شود و یا نقض مقررات ملی دولت‌ها، مورد تعقیب کیفری قرار می‌گیرند.

در این میان، صرفاً جمعیت غیر نظامی می‌توانند از حمایت‌های کلی در برابر مخاطرات ناشی از اقدامات نظامی برخوردار شوند؛ از جمله آنها در برابر حمله مستقیم حمایت می‌شوند، مگر در زمانی که به نحو مستقیم در مخاصمه شرکت کنند. غیرنظامی کسی است که عضو هیچ یک از گروه‌های انسانی اشاره شده در بند الف پاراگراف اول ماده ۴، ۲، ۳ و ۶ کنوانسیون سوم ژنو و ماده ۴۳ این پروتکل (یعنی اعضاء نیروهای مسلح) نباشد.^{۲۹}

بر اساس قواعد حاکم بر وضعیت حقوقی رزمندگان در زمان مخاصمه، به خصوص آنگونه که در ماده ۴۸ از پروتکل اول آمده و همچنین در حقوق بین‌المللی عرفی وجود دارد، غیرنظامیان شایسته حمایت عام در برابر خطراتی که از عملیات نظامی، متوجه آنان است، می‌باشند. غیرنظامیان به طور خاص نباید به عنوان هدف نظامی مورد حمله قرار گیرند و به جز در مواردی خاص، حق مداخله مستقیم در مخاصمه را نخواهند داشت. با این حال این حمایت مطلق نیست.^{۳۰} در چارچوب پروتکل اول، غیرنظامیانی که به نحوی مستقیم در مخاصمه شرکت می‌کنند، حمایت مخصوص غیرنظامیان را از

Humanitarian Law Applicable to Armed Conflicts, CDDH/III/SR. 43, p. 25 (1977)

۲۶. ماده ۵۰ پروتکل اول

۲۷. ماده ۳۶ پروتکل اول

۲۸. نباید چنین تصور شود که دادگاه‌های داخلی نمی‌توانند به جرائم نظامیان رسیدگی کنند و آنان مصون از تعقیب و رسیدگی و مجازات هستند، بدیهی است که جرائم داخلی هم ممکن است جرائمی چون جرائم نظامی و انظامی باشند.

29. Commentary on Art. 50, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit.*, no. 172.

30. Joseph P. Bialke, "Al-Qaeda & Taliban Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict", *The Air Force Law Review*, Maxwell AFB, vol. 55, pp. 7-8.

دست می‌دهند^{۳۱} اما با این حال «خود» وضعیت غیرنظامی بودن را همچنان حفظ می‌کنند. رویکردی که این مشارکت را نیز در مجموعه غیرنظامیان قرار می‌دهد،^{۳۲} به این دلیل که وضعیت حقوقی غیرنظامیان و نظامیان را تا حد زیادی با یکدیگر مشابه می‌نماید، بی‌فایده به نظر می‌رسد.^{۳۳}

از آنجا که بحث حاضر به طور خاص در خصوص یکی از انواع رزمندگان است، از پرداختن به غیرنظامیان و حقوق و تکالیف آنها خودداری می‌کنیم و به تقسیم‌بندی مرتبط با بحث حاضر می‌پردازیم، با این ملاحظه رزمندگان را به دو گروه تقسیم‌بندی می‌کنیم: رزمندگان قانونی و غیرقانونی.^{۳۴}

بند دوم: وضعیت حقوقی رزمندگان

رزمندگان صرفاً شامل اعضاء نیروهای مسلح یک طرف مخاصمه و اعضاء نظامی گروه‌های داوطلبی که بخشی از این نیروهای نظامی را تشکیل می‌دهند، می‌شود.^{۳۵} اعضاء سایر سازمان‌های نظامی، مانند میلیشیا^{۳۶} یا گروه‌های داوطلب، نیز ممکن است جزء رزمندگان محسوب شوند در صورتی که گروهشان:

۱. تحت یک ساختار فرماندهی مسؤول عمل کنند،
 ۲. دارای علائم مشخصه ثابتی در فرم پوششی باشند،
 ۳. سلاح‌های خود را به صورت عینی و آشکار حمل کنند،
 ۴. خود را با مقررات مربوط به حقوق مخاصمات مسلحانه انطباق دهند.^{۳۷}
- در حقوق مخاصمات مسلحانه، واژه متخاصم به کسانی اطلاق می‌شود که مستقیماً

31. C.F.J.M. Spaight, "Non-combatants and Air Attack", *Air Law Review*, 372, 375 (1938); Louise Doswald-Beck, "The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea", *American Journal of International Law*, 89, (1995), p. 199.

32. *The ICRC Commentary*, Geneva Convention IV, Art. 4.

33. Kenneth Watkin, "Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy", Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, HPCR, *Occasional Papers Series*, winter 2005, Number 2; C.f. Kenneth Watkin, "Humans in the Cross-Hairs: Targeting, Assassination and Extra-Legal Killing in Contemporary Armed Conflict", in Wippman and Evangelista, eds., *New Wars, New Laws?*, p. 167.

34. Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 29.

۳۵. بند اول از قسمت نخست ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو

36. militia

۳۷. قسمت اول و چهارم از بند دوم ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو

در مخاصمه شرکت دارند.^{۳۸} همان‌گونه که کمیسیون میان امریکایی حقوق بشر بیان کرده است امتیازات رزمندگان، ماهیتاً مجوزی است برای کشتن یا مجروح کردن نیروهای رزمنده طرف مقابل و تخریب اهداف نظامی.^{۳۹} در نتیجه رزمندگان قانونی نباید برای اعمال قانونی جنگی در زمان عملیات جنگی مورد تعقیب کیفری قرار گیرند حتی اگر اعمال آنها در زمان صلح در حکم یک جنایت شدید محسوب شود. آنها صرفاً می‌توانند برای نقض مقررات مخاصمات مسلحانه، به خصوص برای جنایات جنگی مورد تعقیب قرار گیرند. این افراد در زمانی هم که مورد تعقیب قرار می‌گیرند می‌توانند از وضعیت اسیر جنگی استفاده کنند و به این لحاظ از مزایای کنوانسیون سوم ژنو استفاده کنند.

به طور کلی اعضاء نیروهای نظامی (افرادی به غیر از پرسنل درمانی و مذهبی) جزء رزمندگان محسوب می‌شوند. وضعیت رزمندگان و اسیران جنگی از ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو و ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی (پاراگراف اول ماده ۵۰) قابل استخراج است. با وجود اینکه رزمندگان، در زمره اهداف نظامی قانونی محسوب می‌شوند، مصونیت، یکی از مهمترین امتیازات قانونی آنها محسوب می‌شود، اما این مصونیت نیز حقی مطلق و بی‌قید و شرط نیست. رزمندگانی که مرتکب جرائم جنگی مانند ایجاد رعب و وحشت عمدی در جمعیت غیرنظامی می‌شوند، ناقض قوانین و عرف‌های جنگی محسوب می‌شوند. ماده ۱۰۲ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ به وضوح به این امر اشاره می‌کند که این افراد می‌توانند توسط همان سیستمی که دولت بازداشت‌کننده برای مجازات نیروهای مسلح خود از آن استفاده می‌کند، مجازات شوند.^{۴۰}

۳۸. بند دوم از ماده ۴۳ پروتکل اول الحاقی

39. Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser. L/V/II. 116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 68.

۴۰. ماده ۱۰۲ تقریباً تکرار ماده ۶۲ کنوانسیون اسیران جنگی ۱۹۲۹ است. در سال ۱۹۴۵، ایالات متحد ژنرال یاماشیتا را به عنوان یک اسیر جنگی توسط کمیسیون نظامی محاکمه کرد. دیوان عالی ایالات متحد، با استناد به ماده ۶۲ این ادعای یاماشیتا را که وی باید توسط همان سیستم نظامی که نیروهای نظامی ایالات متحد با آن محاکمه می‌شوند، با این استدلال که ماده ۶۲ صرفاً در خصوص جرائمی است که متعاقب دستگیری صورت می‌گیرند، رد کرد. در سال ۲۰۰۶، دیوان در قضیه حمدان علیه رامسفلد، این ماده را مورد بازبینی مجدد قرار داد و اعلام کرد با توجه به ماده ۸۵ همین کنوانسیون، ماده ۶۲ به کلیه جرائم ارتكابی تعمیم می‌یابد. علاوه بر این اعضای نیروهای مسلح ایالات متحد علاوه بر محاکم نظامی می‌توانند در محاکم فدرال و ایالتی امریکا محاکمه شوند، این امر این امکان را فراهم آورد که اسرای جنگی نیز با همین تفسیر از ماده ۱۰۲ در چنین محاکمی

برخی حقوق‌دانان معتقدند اهمیتی که به مسأله وضعیت رزمنده‌گی داده شده است، و نیز مصونیت رزمنده به عنوان یک اسیر جنگی، تا حد زیادی از بین رفته است.^{۴۱} این ادعاست و بی‌بنیاد می‌نماید. تضمین‌های رسیدگی مقتضی برای هر متهم کیفری، چه غیرنظامی یا رزمنده بر اساس حقوق مناصمات، اساساً در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و ماده ۷۵ پروتکل اول و در آراء بسیاری از محاکم بین‌المللی کیفری به عنوان مبنایی برای تعهدات اساسی و مشترک دولت‌ها آورده شده است.^{۴۲} به طور معمول، این تعهدات، مشتمل بر حق درخواست وکیل، حق رویارویی با شهود و محکمه‌ای منصف و قانونی که بر اساس قواعد و اصول پذیرفته شده حقوق حکم می‌دهد، خواهد بود.^{۴۳}

گفتار سوم: رزمنده‌گان قانونی و رزمنده‌گان غیرقانونی

رزمنده‌گان غیرقانونی شامل تمام کسانی می‌شود که مستقیماً و در حالی که ویژگی‌های شرکت در مناصمه را نداشته‌اند در مناصمه یا در بخشی از آن شرکت جسته و بنابراین نمی‌توانند در هر صورت به عنوان اسیران جنگی از مزایای مختص به این گروه متمتع شوند. به نظر می‌رسد این درک نسبتاً جامعی از کلیت رزمنده‌گان غیرقانونی باشد.^{۴۴} این تعریف شامل غیرنظامیانی که مستقیماً در مناصمه شرکت می‌کنند و همچنین چریک‌ها و گروه‌های داوطلب و نیروهای مقاومت که تمایلی به شرکت مستقیم و منظم در مناصمه با عنوان مبارز قانونی ندارند نیز می‌شوند.^{۴۵} ممکن است چندان روشن نباشد فردی که مستقیماً در زمان مناصمه در صحنه نبرد شرکت داشته و دستگیر شده است، مشمول کدام یک از طبقات موجود است. در چنین شرایطی پاراگراف اول از ماده ۴۵ پروتکل اول و ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو شیوه

محاکمه شوند.

C.f. Mark David 'Max' Maxwell and Sean M. Watts, "Unlawful Enemy Combatant": Status, Theory of Culpability, or Neither?", *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), p. 20.

41. D. Jinks, "The Declining Significance of POW Status", *45 Harvard International Law Journal* (2004) p. 367.

42. *Ibid*, p. 409.

۴۳. بند ۴ ماده ۷۵ پروتکل اول

44. G. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 892.

۴۵. جزء دوم بند الف ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو

رسیدگی خاصی (دیوان صالح به رسیدگی) را در چنین وضعیتی پیش‌بینی می‌کند که بعداً مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مفهوم رزمندگان غیرقانونی صرفاً در چارچوب قواعد قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بر اساس تعریف پروتکل اول الحاقی بر کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ قابل بررسی است. از سوی دیگر در قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی چیزی به عنوان مزیت نظامی پیش‌بینی نشده است.^{۴۶} بنابراین به محض دستگیری یا بازداشت، کلیه کسانی که نقش مستقیم یا فعالی در مخاصمه نداشته‌اند یا کسانی که از چنین اقداماتی دست برداشته‌اند، مشمول قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی می‌شوند. (یعنی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو و پروتکل دوم الحاقی به خصوص مواد ۴ تا ۶ آن)^{۴۷}

قواعد حمایتی صرف‌نظر از روشی که از خلال آن چنین افرادی در مخاصمه شرکت داشته‌اند (فارغ از مطابقت یا عدم مطابقت این اقدام با حقوق بین‌الملل) قابل اعمال است. در این حالت دیگر عضویت در یک گروه شورشی، یا عضو بودن در نیروی نظامی یک دولت یا یک فرد عادی غیرنظامی که موقتاً در مخاصمه نقشی فعال یا مستقیم داشته است مطرح نیست.^{۴۸}

مبحث دوم: وضعیت حقوقی

رزمندگان غیرقانونی در حقوق بین‌الملل

گفتار نخست: حمایت قانونی از رزمندگان غیرقانونی در حقوق موضوعه

برای بررسی وضعیت حمایتی از رزمندگان غیرقانونی ابتداء باید حوزه و محدوده مورد نظر کنوانسیون چهارم ژنو را مورد ارزیابی قرار داد. بر اساس قواعد تفسیر در قلمرو حقوق معاهدات بین‌المللی، تمرکز اصلی و اولیه باید بر «معنای متداول باشد که به یک

۴۶. به این معنی که حق شرکت در مخاصمه و مصونیت از محاکمه وجود ندارد.

۴۷. کنوانسیون اول تا چهارم ژنو، بند دوم از قسمت اول ماده ۳ مشترک

48. Knut Dormann, "The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatants'", *IRRC* March 2003 vol. 85, No 849, p. 48.

اصطلاح در قالب سیاق معاهده و در پرتو هدف و موضوع آن باشد.^{۴۹} در مرتبه بعدی نیز کارهای مقدماتی می‌توانند مورد ارزیابی قرار گیرند.

بند نخست: زمینه شخصی اعمال کنوانسیون چهارم ژنو بر اساس تعریف ماده ۴ آن

بر اساس بند یک ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو مقرر شده است: «اشخاص مورد حمایت کنوانسیون کسانی خواهند بود که در زمان مورد نظر و به هیچ شیوه‌ای نتوان آنها را در وضعیت یک طرف مخاصمه یا قدرت اشغالگری که آنها تابعیتش را ندارند، دانست.» این تعریف، تعریف جامعی به نظر می‌رسد. بر اساس این پاراگراف هر فردی می‌تواند مورد حمایت قرار بگیرد، به محض اینکه در ردیف کسانی باشد که در قالب یک طرف دعوا یا قدرت اشغالگر قرار دارند. از این گروه صرفاً اتباع طرف مخاصمه یا قدرت اشغالگر مستثنا می‌شوند. عبارت‌پردازی موسع این پاراگراف، در صورتی که به تنهایی مورد بررسی قرار گیرد، نه تنها غیرنظامیان بلکه اعضاء نیروهای مسلح را نیز دربر می‌گیرد.^{۵۰}

به هر حال قلمرو اجراء آن با برخی استثنائات محدود می‌گردد. چنین افرادی با پاراگراف بعدی ماده ۴ از سایرین مستثنا می‌شوند:

الف) اتباع دولتهایی که متعهد به کنوانسیون نیستند، مورد حمایت نمی‌گیرند. (این یک محدودیت نسبتاً نظری و در حوزه مباحث تئوریک است زیرا عملاً کنوانسیون‌های ژنو وضعیتی جهان‌شمول یافته‌اند.)

ب) اتباع یک دولت بی‌طرف در قلمرو سرزمینی یک دولت متخاصم، و اتباع یک دولت همراه در مخاصمه مورد حمایت قرار نمی‌گیرند، مادامی که دولتی که اتباعش مورد نظر هستند، در دولتی که در حال مخاصمه است نمایندگی دیپلماتیک عادی داشته باشد.

با این استثنائات، عبارت‌پردازی ماده فوق چندان واضح به نظر نمی‌رسد. با دیدگاه صلیب سرخ در خصوص ماده ۴ کنوانسیون ژنو - که کارهای مقدماتی نیز آن را تأیید می‌کند - برخی تفکیک‌ها ضروری به نظر می‌رسد.

۴۹. ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات

50. J. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of war*, ICRC, Geneva, 1958, p. 46.

اتباع یک دولت بی طرف یا دولت همراه در مخاصمه در قلمرو دولت‌های متخاصم، تا زمانی که دولت مورد نظر دارای نمایندگی دیپلماتیک در دولت اشغالی است از این وضعیت مستثنا هستند. به هر حال در این وضعیت، اتباع دولت‌های بی طرف افراد مورد حمایت محسوب می‌شوند و کنوانسیون در خصوص آنها قابل اعمال است. اعمال کنوانسیون در این خصوص هم بستگی به وجود یا فقدان نمایندگی دیپلماتیک ندارد.^{۵۱} بر اساس پاراگراف ۴ ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو، این کنوانسیون از اشخاصی که با کنوانسیون‌های اول، دوم و سوم مورد حمایت قرار نمی‌گیرند، حمایت می‌کند. یک تفسیر تحت‌اللفظی از متن کنوانسیون صرفاً منجر به این نتیجه می‌شود که کلیه افرادی که با کنوانسیون‌های اول تا سوم ژنو مورد حمایت قرار نمی‌گیرند، همچنین کسانی که فاقد وضعیت اسیر جنگی هستند، با کنوانسیون چهارم ژنو پوشش داده می‌شوند، با این حال کنوانسیون مقرر می‌دارد که شامل این افراد نمی‌شوند:

اتباع دولتی که عضو کنوانسیون نیست،

اتباع دولت بی طرف یا دولت شرکت‌کننده در مخاصمه با نمایندگی سیاسی عادی؛

این واقعیت که یک فرد به نحو غیرقانونی در مخاصمه شرکت کرده است، مانعی برای اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص او نیست. برعکس، ماده ۵ کنوانسیون چهارم، که اجازه تخطی از آن- در شرایط محدودی- نیز داده شده است، از اصطلاح «اشخاص مورد حمایت» در ارتباط با اشخاص بازداشت شده به عنوان جاسوس یا خرابکار و همچنین افرادی که به صورت قطعی متهم به اقدامی خصمانه علیه امنیت دولت یا قدرت اشغالی کرده‌اند، یاد کرده است. مفهوم «فعالیت‌های خصمانه نسبت به امنیت دولت یا قدرت اشغالی» و نیز مفهوم «خرابکاری»، به طور قطع مشارکت مستقیم در مخاصمه را دربر می‌گیرد. بنابراین، این ماده در موارد خاص نسبت به اشخاصی اعمال می‌گردد که معیارهای کنوانسیون‌های اول تا سوم ژنو را ندارند و در همین حال در مخاصمه شرکت فعال داشته‌اند. چنین افرادی را می‌توان رزمندگان غیرقانونی نامید.^{۵۲}

51. Commentary IV, *op. cit.*, p. 46; Commentaries concerning the draft Convention, Final Record of the Diplomatic Conference of 1949, vol. II A, p. 814; Final Record, vol. II A, p. 793; The statement by the US, *ibid.*, p. 794.

52. F. Kalshoven, "The position of guerrilla fighters under the law of war", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1972, p. 72.

استدلال دیگر برای اعمال کنوانسیون چهارم ژنو بر این گروه، پاراگراف ۳ ماده ۴۵ پروتکل الحاقی اول است که مقرر می‌دارد:

«هر شخصی که در مخاصمه شرکت کند، در حالی که از موقعیت اسیر جنگی برخوردار نباشد و از سوی دیگر از مزایای بیشتر دیگری که کنوانسیون‌های ژنو برای وی در نظر گرفته‌اند، برخوردار نشود، باید در هر زمانی از حقوقی که ماده ۷۵ کنوانسیون چهارم ژنو برای وی در نظر گرفته است، متمتع شود. در قلمرو سرزمین‌های اشغالی، هر فرد، مگر در صورتی که عنوان جاسوس را داشته باشد، بدون توجه به ماده ۵ کنوانسیون چهارم در خصوص حق مکاتبه بر اساس کنوانسیون، نیز از این حقوق متمتع خواهد شد.»

این مقرره پروتکل اول الحاقی، که با کنسانسوس به تصویب رسید، مشتمل بر تأیید ضمنی تفسیر بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو است که «رزمنده‌گان غیرقانونی» را اشخاص مورد حمایت بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو می‌داند، مشروط به اینکه آنها معیار تابعیت مذکور را داشته باشند. با بیان این مطلب در بند ۳ ماده ۴۵ از پروتکل اول الحاقی «هر کس که در مخاصمه شرکت داشته است، ولی عنوان اسیر جنگی را دارا نیست، و کسی که از مزایای رفتار ترجیحی دیگری در قالب کنوانسیون‌ها برخوردار نیست، در هر حال باید حق این را داشته باشد که از حمایت‌های موضوع ماده ۷۵ متمتع شود.» لذا کنوانسیون چهارم ژنو در واقع در برخی دسته‌بندی‌های رزمنده‌گان غیرقانونی قابل اعمال است، که در غیر این صورت عبارت «کسانی که از رفتار ترجیحی بیشتری بر اساس کنوانسیون ژنو متمتع می‌شوند» بی‌معنا می‌شد.^{۵۳}

در جمله دوم پاراگراف فوق آمده است «در قلمرو اشغالی، هر شخصی، جز اینکه متهم به جاسوسی باشد، صرف‌نظر از ماده ۵ کنوانسیون می‌تواند از مزایای مراد شده بر اساس کنوانسیون متمتع شود.» در این عبارت به نحو ضمنی این امر در خصوص رزمنده‌گان غیرقانونی در سرزمین اشغالی به رسمیت شناخته شده است. (منظور اشخاصی است که به نحو مستقیم در مخاصمه شرکت دارند، بدون اینکه وضعیت اسیرجنگی را داشته باشند.) چنین افرادی تحت حمایت کنوانسیون چهارم ژنو قرار دارند. در صورتی که رزمنده‌گان غیرقانونی در سرزمین‌های اشغالی تحت پوشش

53. Knut Dormann, *op. cit.*, p. 51.

کنوانسیون چهارم ژنو نبودند، دلیلی برای محدود کردن قلمرو ماده ۵ کنوانسیون وجود نداشت.^{۵۴}

جانبداری بیشتر از تفسیر مورد نظر نیز در دستورالعمل‌ها و مقررات نظامی قابل بررسی است. برای مثال در بخش ۷۲ قانون نظامی جنگ‌های زمینی ایالات متحد چین آمده است:

«اشخاص خاص در سرزمین‌های اشغالی»

اشخاص در سرزمین‌های اشغالی، که اقداماتی خصمانه نسبت به دولت اشغالگر یا بر ضد امنیت او انجام می‌دهند موضوع رژیم خاصی هستند و در قالب ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو نمی‌گنجد (بخش سوم از قسمت دوم کنوانسیون چهارم)... علاوه بر آن اشخاصی که مرتکب اقدامات خصمانه می‌شوند در حالی که شایسته رفتاری که با اسیران جنگی می‌شود مشمول ماده ۴ نیستند.»

اگر شخصی توسط محکمه صلاحیت‌داری مورد تعقیب قرار گیرد، در حالی که بر اساس ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو مشمول هیچ‌یک از تقسیم‌بندی‌های موضوع ماده ۴ کنوانسیون سوم نباشد، نمی‌تواند از مزایای اسیر جنگی استفاده کند. با این حال او یک «شخص مورد حمایت» بر اساس مفهوم ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو خواهد بود. بر این اساس افراد مورد حمایت به نقل از ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو، عبارتند از کسانی که مورد حمایت کنوانسیون چهارم ژنو هستند، همچنین شامل کلیه کسانی می‌شوند که در مخاصمات یا رفتار خصمانه شرکت دارند ولی نمی‌توان عنوان اسیر جنگی را برای آنها در نظر گرفت.^{۵۵} مقررات نظامی بریتانیا در بخش سوم در خصوص قواعد حاکم بر جنگ زمینی در سال ۱۹۵۷ در شماره ۹۶ خود بیان می‌دارد:

«در صورتی که رزمندگان قانونی از انطباق با این چهار شرط [شروط مندرج در ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو] امتناع کنند، به رزمندگان فاقد امتیاز تبدیل می‌شوند. این امر به این معناست که آنها از مزایای اسیران جنگی در صورت بازداشت بهره‌مند نخواهند شد.»

54. C.f.M. Bothe, K. Partsch and W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff: The Hague, 1982, p. 261.

55. Knut Dormann, *op. cit.*

بنابراین اعضاء قانونی نیروهای مسلح که به عنوان جاسوس دستگیر می‌شوند، استحقاق این را ندارند که در صورت دستگیری از موقعیت اسرای جنگی استفاده کنند. با وجود این، به نظر می‌رسد که آنها دست‌کم از برخی حداقل‌هایی که برای جاسوسان غیرنظامی یا خرابکاران بر اساس ماده ۵ کنوانسیون در نظر گرفته شده‌است، بهره‌مند شوند. اعضاء نیروهای مسلح که در پوشش نیروهای غیرنظامی قرار می‌گیرند، در حالی که به عنوان خرابکار در سرزمین دشمن عمل می‌کنند در وضعیتی شبیه به جاسوسان قرار دارند.^{۵۶}

بند دوم: کارهای مقدماتی کنوانسیون‌های ژنو^{۵۷}

مسئله رزمندگان غیرقانونی، در دو کمیته بررسی در خصوص کنوانسیون سوم ژنو و کنوانسیون چهارم ژنو مورد توجه قرار گرفت. بر اساس گزارش نهایی، هرچند دلیل منطقی به قبول این باور که رزمندگان غیرقانونی معیارهای تابعیتی مندرج در ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو را دارا می‌باشند و بنابراین مورد حمایت کنوانسیون چهارم هستند، وجود دارد، اما در این رابطه به سختی می‌توان به یک نتیجه نهایی رسید. در این خصوص لازم به ذکر است که اولاً همان‌گونه که می‌دانیم کارهای مقدماتی بیشتر انعکاس دیدگاه‌های برخی نمایندگی‌ها در زمانی پیش از تصویب نهایی معاهده‌است. علاوه بر این، اظهار نظرها در این خصوص و رویکرد هیأت‌های دولت‌ها در مراحل مختلف مذاکرات، به طور خاص بیان دیدگاه‌ها در خصوص کنوانسیون سوم ژنو، در زمانی صورت گرفت که ماده ۵ کنوانسیون هنوز به تصویب نرسیده بود. ثالثاً عبارت رزمندگان غیرقانونی یا متخصصین فاقد امتیاز، صریحاً و مشخصاً مورد استفاده قرار نگرفته است. به جای آن ارجاعاتی به کسانی صورت گرفته است که برخی قواعد جنگی را نقض کرده‌اند، خرابکار بوده‌اند یا جاسوس تلقی شده‌اند. در بحث راجع به کنوانسیون سوم ژنو در کمیته دوم، دیدگاه مورد تأکید این بود که رزمندگان غیرقانونی نباید از همان حمایت‌های اسیران جنگی و نه از حمایت‌های صلح آمیزی که نسبت به غیرنظامیان صورت می‌گیرد، بهره‌مند شوند، هر چند که به هر حال می‌توانند از رفتاری

56. *Ibid*, p. 52.

57. Travaux preparatoires

که شایسته شخصیت انسانی است^{۵۸} و مبتنی بر محاکمه منصفانه است ممتنع گردند.^{۵۹} پیش‌نویس کنوانسیون سوم ژنو که در اجلاس استکهلم به تصویب کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ رسید و برای بررسی به کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۴۹ ارجاع شد، در ماده ۳ خود اسیران جنگی را این‌گونه تعریف می‌کند:

«...کنوانسیون حاضر همچنین باید برخی استانداردها را برای حمایت از برخی دیگر از گروه‌های انسانی که در نتیجه یک مخاصمه مسلحانه دستگیر شده یا در بازداشت به سر می‌برند و کسانی که از آنها حمایتی متفاوت در کنوانسیون دیگری صورت نگرفته است، به عمل آورد.»

نماینده کمیته صلیب سرخ این پاراگراف را به این صورت تشریح کرد: «کمیته مطمئن نیست این پاراگراف به منظور حمایت از کدام‌یک از گروه‌بندی‌های انسانی پیش‌بینی شده است. کنفرانس حاضر در صدد ایجاد چارچوبی برای پی‌ریزی کنوانسیون در جهت حمایت از اعضای نیروهای مسلح و سایر گروه‌های انسانی، مانند اعضای جنبش‌های مقاومت، و کنوانسیون‌های دیگر در جهت حمایت از نیروهای غیرنظامی است. گرچه به نظر می‌رسد که دو کنوانسیون تمامی گروه‌بندی‌های ممکن را پوشش می‌دهند، رزمندگان غیرقانونی عملاً مورد حمایت واقع نمی‌شوند. این مسأله مطرح است که آیا می‌توان از کسانی که به قوانین و عرف‌های جنگی پایبند نیستند حمایتی به عمل آورد؟ با این حال در پرتو این واقعیت که برخی موارد خاص و محدود ممکن است رخ دهند که باید به طور ویژه مورد نظر قرار بگیرند، ضروری به نظر می‌رسد که نوعی حمایت کلی، آنگونه که در کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه شاهد آن بوده‌ایم و نماینده شوروی به آن ارجاع داده است، وجود داشته باشد. به هر روی، به نظر به مصلحت نیست که این مفهوم را با منظور اصلی کنوانسیون که تعریف دقیق از اشخاص مورد حمایت کنوانسیون سوم است، یکی دانست.»^{۶۰} با این رویکرد می‌توان به سه نکته مهم دست یافت:

نخست اینکه نماینده صلیب سرخ پیش‌نویس کنوانسیون سوم و چهارم استکهلم را

58. Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26. 4. 1949, Final Record, vol. II A, p. 622.

59. Wilhelm (ICRC), Cohn (Denmark), Final Record, vol. II A, p. 433; Brigadier Page (UK), (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26. 4. 1949), Final Record, vol. II A, p. 621; General Dillon (USA), Final Record, vol. II A, p. 409.

60. Final Record, vol. II A, p. 433.

در جهت حمایت از متخاصمین غیرقانونی یا افرادی که از قوانین و عرف‌های جنگی تبعیت نمی‌کنند، نمی‌داند. این تفسیر بسیار تعجب‌انگیز است، زیرا قلمرو اعمال کنوانسیون چهارم ژنو به نحو بسیار انعطاف‌پذیر تعریف شده است،^{۶۱} مگر اینکه منظور وی این باشد که چنین افرادی می‌توانند در قلمرو شخصی اعمال کنوانسیون قرار گیرند. با این حال قوانین ماهوی عملاً در جهت حمایت از آنها نیست.

ثانیاً، به هر حال، او ضرورت حمایت حداقلی از چنین افرادی را همان‌گونه که از قید مارتنس نیز قابل برداشت است، به رسمیت می‌شناسد. ثالثاً، این حمایت نباید دقیقاً در پی بیان حقوقی باشد که در کنوانسیون در خصوص اسرای جنگی در نظر گرفته شده است.

نماینده دانمارک در این خصوص معتقد بود که: «در اینجا مسأله اساسی اعطاء همان حقوق و مزایای اسرای جنگی به رزمندگان غیر قانونی نیست بلکه صرفاً بحث در نظر گرفتن حداقل حمایت است که به آنها مزیت یک رفتار انسانی و محاکمه عادلانه را اعطاء می‌کند.»^{۶۲} سایر هیأت‌های نمایندگی با اعطاء حداقل حمایت‌ها از رزمندگان غیرقانونی مخالفتی نداشتند. بنابراین پاراگراف ۳ پیش‌نویس ماده ۳ (ماده ۴ کنوانسیون سوم) به این صورت، حذف شد.^{۶۳} در مقابل کنفرانس اساساً در خصوص محتوای ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو با حمایتی شبیه حمایت از اسرای جنگی برای افرادی که در برابر دشمن مقاومت می‌کنند، تا زمانی که یک محکمه صالح به رسیدگی در خصوص وضعیت آنها اظهار نظر کند موافقت کرد.

بخش دوم از پیشنهاد بعدی چنین بود که در مواردی که مراجع صلاحیت‌دار مذکور، به این اشخاص اجازه نمی‌دهند که از مزایای کنوانسیون حاضر بهره‌مند شوند، دیگر نباید تحت حمایت و حاکمیت اصول حقوق بین‌الملل که از سنت رایج در میان ملل متمدن، حقوق بشر و مطالبات مبتنی بر وجدان عمومی ناشی می‌شوند، بهره‌مند شوند. که این قسمت نیز حذف گردید.^{۶۴} به هر حال مذاکرات کمیته در گزارش به اجلاس عمومی چنین خلاصه شد که:

61. Art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, texts approved and amended by the XVIIth International Red Cross Conference, Geneva: 1948, pp. 114-115.

62. *Ibid.*

63. Final Record, vol. II A, p. 480.

64. Final Record, vol. III, p. 63.

«برخی گروه‌های نمایندگی به گسترش دامنه اعمال کنوانسیون برای پوشش دادن گروه‌های دیگر انسانی تمایل داشتند. آنها به طور خاص غیر رزمندگانی را در نظر داشتند که برای دفاع از جان و سلامتی خود و نزدیکان و اسباب معیشتشان در برابر حمله‌ای که قواعد و شرایط جنگی را نقض کرده بود، دست به اسلحه برده، و خواستار این بودند که تضمینی وجود داشته باشد که اگر چنین غیرنظامیانی در دست دشمن افتادند نباید مورد محاکمه فوری و بدون رعایت شرایط لازم قرار گیرند بلکه باید بر طبق قواعد و مقررات یا حداقل بر اساس اصول بشردوستانه کنوانسیون محاکمه شوند. راه‌حل‌های متعددی برای این مسأله مد نظر قرار گرفت، با این حال در پایان اکثر اعضاء کمیته به این نتیجه رسیدند که می‌توان مسیر پیشنهادی را بدون وجود خطر زیر سؤال رفتن حمایت در نظر گرفته شده برای گروه‌های مختلف، طی کرد. یکی از نمایندگی‌ها به طور خاص اظهار داشت که قبول تعمیم و گسترش در تفسیر، منجر به رد اصول اساسی پذیرفته شده در کنوانسیون‌های لاهه به خصوص در خصوص اسرای جنگی است. به نظر این هیأت نمایندگی این اصلی بنیادین است که جنگ، حتی جنگ غیرقانونی، باید مشمول این اصول اساسی باشد. با وجود این، دیگر هیأت‌های نمایندگی به این بحث پرداختند که در خلاصه موارد ثبت شده باید ذکر شود که ماده ۳ نباید به گونه‌ای تفسیر شود که افرادی را که تحت پوشش ماده ۳ نیستند از حقشان بر دفاع مشروع در برابر اعمال غیر قانونی بازدارد».⁶⁵

در خصوص مباحث فراوان در مورد ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو (تصمیم یک محکمه صالح به رسیدگی در صورت تردید) مسأله افرادی که فاقد وضعیت اسیر جنگی هستند، با این حال در مخاصمه شرکت می‌کنند (رزمندگان قانونی) نیز مطرح می‌شود. نماینده هلند، به جای تصمیم یک مرجع صلاحیت‌دار، طرفدار حکم محکمه نظامی بود و مدعی بود که این رویکرد به این معنا خواهد بود که به طور خاص فرمانده نظامی فی‌المجلس تصمیم می‌گیرد که آیا شخصی که در دست او گرفتار است، مشمول ماده ۳ کنوانسیون سوم ژنو خواهد شد یا نه؟ این امر به آن معنا است که اگر او تصمیم بگیرد که شخص مورد نظر مصداق ماده ۳ نیست در این صورت به عنوان تک‌تیرانداز⁶⁶ می‌تواند فوراً به او شلیک کند. نماینده شوروی در پاسخ به این مطلب گفت:

65. Final Record, vol. II A, p. 562.

66. Franc tireur

آیا هر گاه فردی مشمول و مورد حمایت ماده ۳ قرار نگرفت، می‌توان او را بدون محاکمه مجازات کرد؟ من تصور نمی‌کنم که هیچ مقرر قانونی از این پیشنهاد حمایت کند و حتی تصور نمی‌کنم هیچ وجدانی از این رفتار استقبال نماید. اگر فردی به عنوان اسیر جنگی شناخته نشود، باید به عنوان یک غیر نظامی محسوب شود و از تمامی حقوق اعطائی کنوانسیون متمتع گردد.

نماینده آلمان این پیشنهاد را نپذیرفت و اظهار داشت:

«اینکه اگر فردی تحت حمایت و چتر پوششی ماده ۳ قرار نگیرد، به طور اتوماتیک مورد حمایت سایر کنوانسیون‌ها قرار می‌گیرد، تصور نادرستی است. برای مثال کنوانسیون در ارتباط با حقوق غیرنظامیان، صرفاً از غیرنظامیانی با ویژگی‌های خاص و در موارد مشخص حمایت می‌کند، مثل غیرنظامی در یک سرزمین اشغالی یا در صحنه نبرد که در برابر دشمن خارجی اسلحه به دست گرفته‌اند. لذا اگر شخصی تحت پوشش ماده ۳ قرار نگرفت و در چنگ دشمن گرفتار شد، ممکن است در معرض گلوله قرار گیرند».^{۶۷}

به طور خلاصه در مذاکرات صورت گرفته در خصوص کنوانسیون سوم ژنو نظر شوروی با این مضمون که کنوانسیون چهارم ژنو به محض اینکه شرایط مورد نظر ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو مهیا نبود، به طور اتوماتیک اعمال می‌شود، مورد پذیرش قرار گرفت و ثبت شد. تلاش‌های نماینده دانمارک، بر تضمین حداقل حمایت از غیرنظامیانی که در برابر متجاوز و در اعمال حق دفاع مشروع مقاومت می‌کردند متمرکز بود. نماینده آلمان نیز نظر روسیه را در خصوص غیرنظامیانی که در صحنه نبرد در برابر دشمن خارجی دست به اسلحه برده‌اند رد کرد. به هر حال دیدگاه‌های آنها می‌تواند در چارچوب حمایتی که کنوانسیون چهارم ژنو از غیرنظامیانی که در برابر دشمن در سرزمین اشغالی دست به اسلحه برده‌اند، می‌نماید، تفسیر شود.^{۶۸}

به نظر می‌رسد سابقه تاریخی تنظیم پیش‌نویس کنوانسیون چهارم ژنو، از این رویکرد حمایت می‌کند که رزمندگان غیرقانونی که معیارهای تابعیتی ماده ۴ کنوانسیون را دارا می‌باشند، مورد حمایت قرار می‌گیرند، هر چند این حمایت قابل تخطی است. در

67. 27 Final Record, vol. II B, pp. 271.

68. *Ibid.* pp. 271 et seq.

حالی که برخی هیأت‌ها معتقد بودند که کنوانسیون ژنو نباید از افرادی که از قواعد و عرف‌های جنگی تخطی می‌کنند، خرابکاران و جاسوسان^{۶۹}، (که می‌توانند از مصادیق رزمندگان غیرقانونی محسوب شوند، ولو این اصطلاح در گزارش نهایی مورد استفاده واقع نشده است) حمایتی به عمل بیاورد، که البته مورد حمایت سایر هیأت‌های نمایندگی واقع نشد.^{۷۰}

همان‌گونه که نماینده استرالیا بیان داشت: «دو رویکرد فکری در خلال این مباحث در مقابل هم قرار گرفتند، یکی دیدگاهی که مبتنی بر برداشتی موسع و قابل انعطاف از کنوانسیون بود و دیگری که تفسیری مضیق را ترجیح می‌داد.»^{۷۱} به منظور غلبه بر رویکردهای متعارض و اتخاذ دیدگاهی میانه، بند الف از ماده ۳ پیش‌نویس که به ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو تبدیل شد با این مضمون تنظیم شد که افرادی که قواعد جنگی را نقض می‌کنند، خرابکاران و جاسوسان همچنان به عنوان افراد مورد حمایت قرار می‌گیرند با این حال دولت‌ها در برخی موارد خاص می‌توانند چنین افرادی را از حمایت‌های مندرج در کنوانسیون چهارم محروم سازند.^{۷۲} در نهایت این رویکرد با نظر اکثریت قاطع شرکت‌کنندگان در کنفرانس دیپلماتیک پذیرفته شد.^{۷۳}

اگر تفسیر ارائه شده از طرف نماینده بریتانیا^{۷۴} در خصوص پیش‌نویس اولیه ماده ۴^{۷۵} کنوانسیون چهارم ژنو درست باشد، (در شکل حاضر، ماده ۳ به این معنا است که افرادی که نمی‌توان آنها را در چارچوب حمایتی اسرای جنگی قرار داد، می‌توانند دقیقاً از همان حمایت‌های کنوانسیون برای افراد غیرنظامی بهره‌مند شوند، بنابراین تمامی افرادی که به نوعی در مخاصمه شرکت دارند، می‌توانند مورد حمایت قرار گیرند، ولو از قواعد و عرف‌های جنگی تبعیت نکرده باشند.) و تا زمانی که هیچ تغییر اساسی در خصوص آن پیش‌نویس صورت نگرفته باشد، دلایل قوی بر اینکه نمایندگان، در

۶۹. واژه خرابکار در چارچوب مباحث حقوق مخاصمات به کسانی اطلاق می‌شود که اعمالی را در جهت تخریب یا ورود ضرر به هرگونه زیرساخت مادی دشمن، خطوط ارتباطی و تأسیسات نظامی و مانند اینها انجام می‌دهد (مواد ۶۸ و ۶۴ کنوانسیون چهارم ژنو).

70. Commentary IV, *op. cit.*, note 12, p. 52.

71. Final Record, vol. II A, p. 622.

72. Final Record, vol. II A, p. 796.

73. Final Record, vol. II B, pp. 377, 384: 31 votes in favour, 9 abstentions (GC IV, Art. 4); 25 votes in favor, 9 against, 6 abstentions (GC IV, Art. 5).

74. Brigadier Page (UK), Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26. 4. 1949, Final Record, vol. II A, p. 621.

75. XVIIth International Red Cross Conference, Geneva: 1948, pp. 114-115.

نهایت پذیرفته‌اند که کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص رزمندگان غیرقانونی در صورتی که شرایط مندرج در ماده ۴ را دارا باشند، قابل اعمال است، وجود دارد. دلیل حمایت کمتر از چنین افرادی در ماده ۵ کنوانسیون در بیشترین حد ممکن آمده است که به نمایندگان اجازه تخطی از آن در خصوص آن دسته از افرادی که اغلب به عنوان رزمندگان غیرقانونی شناخته شده‌اند را داده است.

سابقه تاریخی تنظیم پیش‌نویس در خصوص کنوانسیون سوم و چهارم ژنو نشان می‌دهد که وضعیت حقوقی کسانی که از یک سو فاقد معیارهای اسرای جنگی بوده‌اند و از سوی دیگر در مخاصمه شرکت داشته‌اند، بحث‌برانگیز بوده است.^{۷۶} نشانه‌ای مبتنی بر توافق عمده‌ای در این خصوص که کنوانسیون چهارم نباید وضعیت رزمندگان غیرقانونی را پوشش دهد، وجود ندارد. در نهایت به نظر می‌رسد که تفسیر موسع کنوانسیون، علی‌رغم تردید فاحش اعضاء کنفرانس دیپلماتیک، مورد پذیرش قرار گرفت. هزینه این امر هم، آنگونه که پیداست، درج ماده ۵ در کنوانسیون بود.

گفتار دوم: رزمندگان غیرقانونی در ادبیات حقوقی

در نوشته‌های حقوقی رویکردهای متفاوتی در خصوص اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص رزمندگان غیرقانونی بیان شده‌است. تعدادی از نویسندگان معتقد بودند که کنوانسیون چهارم حتی رزمندگان غیرقانونی را در صورت دارا بودن معیار تابعیتی کنوانسیون، پوشش می‌دهد.^{۷۷}

پروفسور باکستر به طور جدی قلمرو اعمال کنوانسیون چهارم ژنو را به رزمندگان غیرقانونی که در سرزمین‌های اشغالی فعالیت می‌کنند، محدود می‌کند.^{۷۸} با وجود اینکه از افراد مورد حمایت یک معنا بیشتر استنباط نمی‌شود، وی حمایت را به رزمندگان غیرقانونی که در قلمرو سرزمینی طرفین درگیر در مخاصمه یا قلمرو دشمن فعالیت می‌کنند، توسعه نمی‌دهد.

علی‌رغم اشارات صریح در عبارت‌پردازی کنوانسیون چهارم ژنو، ظاهراً برخی

76. Knut Dormann, *op. cit.*, p. 58.

77. K. Ipsen, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press: 1995, p. 301; H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, Dartmouth, Aldershot, 2nd ed., 1998, p. 137.

78. R.R. Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs", *British Yearbook of International Law*, 1951, pp. 328 *et seq.*

نظریه پردازان حقوقی، اعمال کنوانسیون چهارم در خصوص رزمندگان غیرقانونی را به هیچ وجه به رسمیت نشناخته‌اند.^{۷۹} البته آنها هیچ منطق حقوقی برای استدلالشان بیان نکرده‌اند و صرفاً ادعا کرده‌اند که کنوانسیون چهارم، رزمندگان غیرقانونی را در بر نمی‌گیرد، هرچند که به نظر نمی‌رسد تفسیر ماده ۴ چنین مفهومی را در بر داشته باشد. به نظر می‌رسد برخی نویسندگان با ارجاع به برخی قضایای عینی^{۸۰} معتقدند اعمال کنوانسیون تا حد زیادی تحت الشعاع موارد عینی قرار می‌گیرد.^{۸۱} با این حال در بسیاری دیگر از قضایا، وضعیت متفاوت است. در قضیه دالیچ، در دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق چنین آمده است:

«اگر فردی تحت حمایت کنوانسیون سوم ژنو در حمایت از اسرای جنگی نباشد (یا تحت حمایت کنوانسیون اول و دوم نباشد)، ضرورتاً در حوزه حمایتی کنوانسیون چهارم قرار می‌گیرد، البته مشروط به اینکه پیش شرط‌های ماده ۴ این کنوانسیون را داشته باشد.»^{۸۲}

کنوانسیون چهارم ژنو در سال ۱۹۴۹ با علم به معضلات و ابهامات موجود در خصوص رزمندگان غیرقانونی به تصویب رسید. بنابراین به دشواری می‌توان قبول کرد که رزمندگان غیرقانونی کاملاً از حوزه اعمال کنوانسیون چهارم خارج باشند. از طرفی دیگر به درستی می‌توان ادعا کرد که این حقوق بین‌الملل عرفی است که هم به نحو جامعی وضعیت رزمندگان غیرقانونی را پوشش می‌دهد و هم نوعی قانون خاص^{۸۳} در این زمینه پدید می‌آورد. با این حال نباید از یاد برد که طراحان پیش‌نویس پروتکل اول به درستی از قلمرو اعمال کنوانسیون چهارم ژنو به این نحو مطلع بوده‌اند که قادر است دست‌کم برخی انواع رزمندگان غیرقانونی را پوشش دهد.

بند نخست: زمینه قانونی حمایت از رزمندگان غیرقانونی بر اساس کنوانسیون

79. I. Deter, *The Law of War*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 136. R.K. Goldman/B. D. Tittmore, "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law, <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>. p. 38.

80. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 63 S. Ct. 2 (1942).

81. Knut Dormann, *op. cit.*, p. 59.

82. ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 271.

83. *lex specialis*

با این حال، قوانین نظامی ایالات متحد یا بریتانیا در برخی زمینه‌ها با قواعد حقوق بین‌المللی عرفی در این خصوص تفاوت دارد.

چهارم ژنو

کنوانسیون چهارم ژنو استانداردهای متفاوتی در خصوص رفتار با افراد مورد حمایت بسته به وضعیت آنها پیش‌بینی کرده است. بخش سوم از آن به تعریف قلمرو مادی حمایت از افراد تحت پوشش با تعریف مندرج در ماده ۴ کنوانسیون می‌پردازد که بخش اول از آن مشتمل بر مقررات مشترکی در ارتباط با قلمرو سرزمینی طرفین مخاصمه و سرزمین‌های اشغالی است. این ضوابط عبارتند از:

«قواعد در ارتباط با رفتار انسانی شامل، حمایت خاص از زنان، عدم تبعیض، ممنوعیت سوء استفاده از افراد تحت حمایت، ممنوعیت اجبار و مجازات جمعی، شکنجه و مانند اینها. قواعد در ارتباط با مسؤولیت فردی در غارت، اقدامات تلافی‌جویانه و گروگانگیری.»

این بخش با قواعد خاص در خصوص ارتباط با بیگانگان در سرزمین یک دولت درگیر در مخاصمه به این نحو تکمیل می‌شود:

«حق ترک سرزمین، رفتار با افراد در زمان بازداشت، و حق آزادی جمعی/فردی افراد، بهره‌مندی از مراقبت‌های پزشکی و انجام فرایض مذهبی، استخدام، و تحویل به طرف دیگر.»

بخش سوم، در ارتباط با افراد تحت حمایت در سرزمین‌های اشغالی و مشتمل بر قواعدی در این خصوص است: «اخراج و انتقال، کودکان، کار، غذا و تجهیزات پزشکی برای افراد، بهداشت و سلامت عمومی، عملیات آزادسازی، برخورداری از محاکمه کیفری، طی کامل تشریفات رسیدگی، رفتار با زندانیان، و اقدامات امنیتی.»

بخش چهارم شامل مقرراتی به این نحو در خصوص رفتار با زندانیان است:

«محل بازداشت، غذا و لباس، بهداشت، و مراقبت پزشکی، اعمال مذهبی، اعمال فیزیکی و فکری، اموال شخصی و منابع مالی، مکاتبه با خارج از زندان، مجازات‌های کیفری و مدنی، انتقال زندانیان و تشریفات در ارتباط با مرگ و آزادی.»

ماده ۷۹ آن بخش مقرر می‌دارد که افراد تحت حمایت نباید دستگیر شوند مگر مطابق با مندرجات مواد ۴۱ تا ۴۳ (در خصوص بیگانگان در سرزمین یکی از طرفین درگیر) و مواد ۸۶ و ۷۸ (افراد تحت حمایت در سرزمین‌های اشغالی).

علاوه بر حمایت‌های عام بخش سوم، بخش اول در قلمرو سرزمینی دول درگیر در مخاصمه و همچنین در سرزمین‌های اشغالی اعمال می‌شود. حمایت خاصی هم برای رزمندگان غیرقانونی در سرزمین‌های اشغالی و قلمرو دشمن پیش‌بینی شده است. هرچند این مکانیسم‌های حمایتی با ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو قابل تخطی است. این واقعیت که کنوانسیون چهارم ژنو صرفاً به منظور حمایت از بیگانگان در قلمرو سرزمینی یکی از طرفین مخاصمه و اشخاص اسیر در چنگ دشمن در سرزمین‌های اشغالی است، سبب شده که برخی حقوقدانان به این نتیجه برسند که وضعیت رزمندگان غیرقانونی در منطقه درگیری، در تنظیم پیش‌نویس کنوانسیون چهارم و به‌خصوص مواد ۴ و ۵ مورد توجه قرار نگرفته است.^{۸۴} با این حال اگر تفسیر ماده ۶ پیشنهادی کنوانسیون چهارم ژنو در پیش‌نویس ویرایش شده پروفیسور ژان «پیکته» مورد قبول قرار گیرد، به سختی می‌توان از این رویکرد دفاع کرد:

«اصطلاح اشغال در این ماده بسیار گسترده‌تر از ماده ۴۲ مقررات الحاقی به کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ به کار رفته است. از آنجایی که «افراد»، مورد نظر این کنوانسیون هستند، اعمال کنوانسیون چهارم ژنو مبتنی بر وضعیت اشغال به همان معنا به کار برده شده در ماده ۴۲ نیست. مناسبات فی‌مابین جمعیت غیرنظامی یک سرزمین و گروه‌های از پیش تجهیز و به آن سرزمین اعزام شده، چه در حال جنگ باشند و چه در حالت جنگ نباشد، مشمول کنوانسیون حاضر است. هیچ دوره زمانی میانی بین آنچه که ممکن است به عنوان تهاجم نامیده شود و آغاز یک رژیم مستقر اشغال وجود ندارد. حتی گشت‌زنی که بدون قصد توقف در قلمرو سرزمینی، به خاک دشمن نفوذ کند، باید به مفاد کنوانسیون در خصوص جمعیت غیرنظامی احترام بگذارد. (...) کنوانسیون در این خصوص نسبتاً قاطع است: همه کسانی که به دست یکی از طرفین مخاصمه یا قدرت اشغالگری که از اتباع آن محسوب نمی‌شوند، می‌افتند افراد مورد حمایت کنوانسیون محسوب می‌شوند و هیچ مفر گریزی از آن نیست.»^{۸۵}

با تفسیر اخیر، هر شخصی که دارای معیارهای مذکور فوق باشد و در زمان حضور نیروهای نظامی دشمن دستگیر شود (از زمان تهاجم تا زمان عقب‌نشینی) مورد حمایت

84. Baxter, "Unprivileged belligerency", *op. cit.*, pp. 329.

85. C.f. Knut Dormann, *op. cit.*, p. 62.

کنوانسیون چهارم ژنو خواهد بود.^{۸۶}

به هر حال در خصوص این نحو تفسیر از مفهوم «اشغال» اتفاق نظر وجود ندارد. برای مثال مقررات نظامی آلمان می‌گوید: «سرزمین اشغالی، مشتمل بر مناطق جنگی نیست. سرزمین‌هایی که هنوز محل صف‌آرایی دشمن هستند و تحت کنترل یک قدرت دایم اشغالگر نیستند، (مثل سرزمین مورد تهاجم مقطعی یا در حال عقب‌نشینی) را دربر می‌گیرند. در شرحی که در خصوص آن نوشته شده است آمده است که: مقررات اشغال قابل اعمال نیست مگر زمانی که نیروهای نظامی که به سرزمین خارجی هجوم برده‌اند، کنترل واقعی بر قسمت مشخصی از سرزمین به دست بیاورند و این مقررات از زمانی که چنین کنترلی از بین برود، متوقف خواهد شد. بنابراین، این مجموعه مقررات صرفاً در زمانی که وضعیت با ثباتی وجود داشته باشد، قابل اعمال است.^{۸۷} این تفکیک مبتنی بر ضرورت وجود کنترل مؤثر سرزمینی و لو به نحو مقطعی دولت اشغالگر، از جانب برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز مورد توجه قرار گرفته است.^{۸۸}

بنابراین از این تفسیر می‌توان نتیجه گرفت افرادی که معیارهای تابعیتی مقرر را دارا می‌باشند، و کسانی که در چنگ دشمن به سر می‌برند که هنوز کنترل و تسلط واقعی بر آنها ندارد، مشمول مقررات بخش سوم و چهارم و قسمت دوم کنوانسیون چهارم ژنو نمی‌شوند، بلکه تحت حمایت مقررات بخش دوم از کنوانسیون چهارم ژنو و قسمت اول از بخش سوم کنوانسیون قرار می‌گیرند.

با این حال سؤالی که در این قسمت به ذهن می‌رسد این است که به محض اینکه این افراد از محل درگیری به سرزمین دشمن یا سرزمین اشغالی برده شوند وضعیت حمایتی آنها به چه نحو خواهد بود یا اگر خود صحنه درگیری تبدیل به سرزمین اشغالی شود، (به این معنا که نیروهای خارجی کنترل واقعی بر آن پیدا کنند)، اینکه این افراد در زمان دستگیری در قلمرو سرزمینی دشمن یا در سرزمین اشغالی نبوده‌اند، مسأله تعیین‌کننده‌ای در برخورداری آنان از این حقوق است؟

پاسخ معمول به این پرسش آن است که قانون قابل اعمال محلی که آنها در آن نگهداری می‌شوند بر آنها حاکم خواهد بود. به عبارت دیگر و به بیان کنوانسیون‌های ژنو:

86. Part III, Sections I, III and IV

87. H.P. Gasser, in Fleck (ed.), *op. cit.* (note 36), p. 528.

88. Final Record, vol. II A, pp. 621-622, Proposed by Draper, Baxter and Kalshoven

۱. قسمت سوم از بخش دوم و بخش اول، سوم و چهارم از کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص افرادی که در سرزمین اشغالی مورد تهاجم قرار گرفته‌اند،
 ۲. قسمت سوم از بخش اول، دوم و چهارم کنوانسیون چهارم ژنو نسبت به افرادی که در سرزمین دشمن مورد تهاجم قرار گرفته‌اند.

تفسیر بسیار موسع از ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو با تأکید و تصریح بر اینکه کنوانسیون از هر فرد، در هر زمانی به هر شیوه ممکن که در مخاصمه یا در زمان اشغال در اختیار یکی از طرفین درگیر یا قدرت اشغالگر قرار گیرد، حمایت می‌کند، در مسیر همین تفسیر گام برمی‌دارد.^{۸۹}

در نظریه تفسیری پروفیسور «پیکته» نیز آمده است: این ماده هم نسبت به افرادی که قبل از شروع مخاصمه در محل حضور داشته‌اند و همچنین در خصوص افرادی که در نتیجه اوضاع و احوال و پس از بروز مخاصمه به آنجا رفته‌اند، (مسافران، توریست‌ها، کشتی‌شکستگان و حتی کسانی مانند خرابکاران و جاسوسان) قابل اعمال است.^{۹۰}

با این حال دیگرانی که کنوانسیون چهارم ژنو را در خصوص رزمندگان غیرقانونی در سرزمین اشغالی یا در سرزمین دشمن قابل اعمال می‌دانند، حمایت خاص کنوانسیون ژنو از رزمندگان غیرقانونی را محدود به مواردی می‌دانند که رزمندگان غیرقانونی در زمان دستگیری‌شان در سرزمین‌های اشغالی یا در سرزمین دشمن در حال عملیات باشند.^{۹۱} به نظر دراپر، «اگر آنها در هیچ کدام از قلمروهای سرزمینی یاد شده در حال فعالیت نباشند، وضعیت آنها چندان شفاف نخواهد بود و حمایت از آنها در معرض ابهام است.»^{۹۲}

با این حال حتی در صورت قبول رویکرد اخیر، تردیدی نیست که دست‌کم ماده ۷۵ پروتکل اول و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های اول تا چهارم ژنو که به صورت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نیز درآمده‌اند، به عنوان حداقل‌های حمایتی، قابل اعمال‌اند.

89. In the *Rajic* case (Review of the Indictment, *Prosecutor v. Ivica Rajic*, IT-95-12-R61, paras. 35-37)

90. J. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, *op. cit.*, p. 47.

91. *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, (Geneva, 24 May – 12 June 1971, Paper submitted by the International Committee of the Red Cross), Geneva, January 1971, p.19.

92. Draper, "The status of combatants and the question of guerrilla warfare", *op. cit.*, p. 197.

بند دوم: موارد تخطی از اصل

امتیازاتی که به‌خصوص در بخش سوم از کنوانسیون چهارم ژنو آمده‌اند، مطلق نیستند. ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو در موارد خاصی اجازه عدول از قاعده کلی را داده است:

«در جایی که در قلمرو سرزمینی یکی از طرفین مخاصمه، طرف دیگر معتقد است که شخص مورد حمایت قطعاً مرتکب جاسوسی شده‌است، یا در اقداماتی خصمانه علیه امنیت دولت مشارکت دارد، چنین شخصی نباید از حقوق و مزایای کنوانسیون حاضر بهره‌مند شود، که در غیر این صورت اقدامی زیان‌آور علیه امنیت چنین دولتی صورت می‌گیرد.

اگر فرد مورد حمایتی در سرزمین اشغالی به عنوان جاسوس یا خرابکار، یا قطعاً مظنون به اقداماتی خصمانه نسبت به امنیت دولت اشغالگر باشد، در مواردی که امنیت نظامی ایجاب نماید فاقد حق ارتباط مندرج در کنوانسیون خواهد بود. با وجود این و در هر حال، چنین شخصی دارای حق برخورداری از رفتار انسانی و محاکمه عادلانه بر اساس کنوانسیون خواهد بود. همچنین این افراد باید دارای کلیه حقوق و مزایای افراد تحت حمایت بر اساس کنوانسیون حاضر باشند.»

همین ماده را می‌توان در خصوص افرادی که نقش مستقیمی در مخاصمه دارند بدون داشتن معیارهای کنوانسیون سوم ژنو یعنی کسانی که عنوان رزمندگان غیرقانونی دارند، قابل اعمال دانست.^{۹۳} زیرا مفهوم «انجام اعمالی خصمانه نسبت به امنیت دولت/ قدرت اشغالگر» و هم «خرابکاری»، قطعاً متضمن مشارکت مستقیم در مخاصمه نیز می‌باشد.^{۹۴}

93. Kalshoven, *op. cit.*, p. 72.

۹۴. بر طبق رهنمود تفسیری‌ای که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در ماه مه ۲۰۰۹ در مورد مفهوم «مشارکت مستقیم در مخاصمات» منتشر کرده است برای آنکه مشارکت مستقیم در مخاصمات تحقق پیدا کند یک عمل خاص باید واجد تمام شرایط زیر باشد: ۱- عمل ذی‌ربط باید اثر سوء بر عملیات نظامی یا قابلیت نظامی طرف مخاصمه مسلحانه داشته باشد یا باعث مرگ یا جراحت اشخاص، یا انهدام اموال تحت حمایت در مقابل حمله مستقیم شود، و ۲- میان عمل ذی‌ربط و صدمه ناشی از آن رابطه علیّ مستقیم وجود داشته باشد، یا شکلی از یک عملیات نظامی هماهنگ‌شده‌ای وجود داشته باشد که عمل ذی‌ربط بخشی لاینفک از آن عملیات باشد، و ۳- عمل ذی‌ربط باید به طور خاص مستقیماً برای ورود صدمه در حمایت از یک طرف مخاصمه، و ورود خسارت به دیگر طرف مخاصمه طراحی شده باشد. برای مطالعه بیشتر، رک:

ICRC., *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, May 2009, pp.91.

ماده ۵ بین دو گروه قائل به تفکیک می‌شود:

۱- گروهی که در قلمرو یک دولت درگیر در مخاصمه نمی‌توانند مدعی حقوق و امتیازات مندرج در کنوانسیون چهارم ژنو شوند، که در صورت دارا شدن این حقوق و مزایا، امنیت چنین دولتی به مخاطره می‌افتد.^{۹۵}

۲- دسته‌ای که در مواردی که امنیت مطلق نظامی چنین ایجاب نماید در قلمرو دولت اشغالی، دارای حق ارتباط بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو نمی‌باشند. به جز مسائلی در ارتباط با تفسیر اصطلاحاتی مانند «قطعاً مظنون»^{۹۶}، «اقدامات خصمانه علیه امنیت دولت»، «حقوق و امتیازاتی این چنینی... که به امنیت چنین دولتی لطمه وارد نماید»، «ضرورت نظامی چنین ایجاب نماید»، معنای بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون، که اجازه تخطی از اصل را صرفاً در مورد ارتباط با خارج می‌دهد، با تفسیر پاراگراف ۳ قدری مبهم شده است. به هر حال در تمامی موارد (هم در موردی که به پاراگراف اول و هم در موردی که به پاراگراف دوم ارجاع می‌دهد)، افراد تحت حمایت، باید از رفتاری انسانی و محاکمه عادلانه بر اساس کنوانسیون برخوردار شوند.^{۹۷}

به طور کلی دو قالب حمایتی غیر قابل عدول در حمایت از همه افراد داخل در مخاصمه عبارتند از حق رفتار انسانی آنگونه که در مواد ۲۷ و ۳۷ آمده است، که به معنای ممنوعیت شکنجه و رفتار نادرست^{۹۸} است و حق رسیدگی منصفانه که در مواد ۷۱ و ۷۶ به آن اشاره شده و با ماده ۱۲۶ در خصوص محاکمه کیفری زندانیان در سرزمین‌های غیراشغالی قابل اعمال است.^{۹۹}

گفتار سوم: وضعیت حقوقی رزمندگان غیرقانونی در حقوق بین‌الملل عرفی

همان‌گونه که دیدیم، حمایت از رزمندگان غیرقانونی بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو مبتنی بر این است که آنها معیارهای تابعیتی موجود در ماده ۴ را دارا باشند. با این حال سؤالی که باقی می‌ماند این است که این حمایت تا چه میزان با سایر قواعد حقوق

95. *Commentary IV, op. cit.*, p. 55.

96. Definitely suspected

97. A. Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, p. 412.

98. Final Record, vol. II A, p. 815.

99. *Ibid*, Art. 126, p. 497.

بین‌الملل، از جمله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تکمیل می‌شود و این قواعد تا چه در خصوص رزمندگان غیرقانونی که فاقد معیارهای تابعیتی هستند قابل اعمال است؟ تضمین‌های حداقلی قابل اعمال در خصوص همه افراد در ماده ۷۵ پروتکل اول آمده و مضمون آن چنین است:

«کسانی که از هیچ‌گونه رفتار ترجیحی دیگری بر اساس کنوانسیون‌ها یا این پروتکل متمتع نیستند در تمامی شرایط باید از رفتاری انسانی بهره‌مند شوند و از حمایت‌های حداقلی این ماده بدون ملاحظه تمایزی مبتنی بر نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب یا باور، عقیده سیاسی، یا هر عقیده دیگر، سلامت، محل تولد، خاستگاه ملی یا اجتماعی یا هر معیار دیگری بهره‌مند شوند. هر طرف باید به شخصیت، حیثیت، اعتقادات و انجام فرایض مذهبی کلیه این افراد احترام بگذارد.»

این ماده صریحاً تضمین می‌کند شخصی که در اختیار یکی از طرفین منخاصمه بین‌المللی است نباید از حوزه حمایتی حقوق بشردوستانه بین‌المللی خارج بماند.^{۱۰۰} علاوه بر این حداقل استانداردهایی را که در خصوص چنین افرادی لازم‌الاجراست بیان می‌کند و بنابراین برای مثال حمایت موجود در وضعیتی را که در ماده ۵ کنوانسیون ژنو مقرر شده است، افزایش می‌دهد. بند ۳ ماده ۴۵ پروتکل اول نیز همان‌گونه که گفته شد، صریحاً اعمال ماده ۷۵ در خصوص رزمندگان غیرقانونی را به رسمیت می‌شناسد. ماده ۴۵ تنها مشتمل بر تأیید ضمنی تفسیر قلمرو شخصی اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در ارتباط با ماده ۷۵ پروتکل اول نیست، بلکه حمایت از رزمندگان غیرقانونی را تکمیل و دامنه آن را گسترش می‌دهد. این امر در دو قالب صورت می‌گیرد. نخست، بند ۳ ماده ۴۵ در ارتباط با ماده ۷۵ متضمن حمایت حداقلی برای آن دسته از رزمندگان غیرقانونی است که تحت پوشش کنوانسیون چهارم ژنو نیستند، زیرا فاقد معیارهای تابعیتی ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو هستند و همچنین برای دسته دیگری که در صحنه نبرد به چنگ دشمن می‌افتند.^{۱۰۱} پیشتر، این دسته از رزمندگان غیرقانونی صرفاً تحت حمایت ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو که به صورت قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درآمده و قید مارتنس قرار داشتند.

100. Statement by the ICRC at the Diplomatic Conference of 1974-1977, CDDH/III/SR. 43, OR vol. XV, pp. 25.

101. ICRC's commentary on the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 (October 1973).

ثانیاً، برای آن دسته از رزمندگان غیرقانونی که با کنوانسیون چهارم ژنو مورد حمایت قرار می‌گیرند، حمایت از طریق تضمین‌های حداقلی که باید در تمامی شرایط اعمال شوند، تکمیل می‌شود. به طور خاص:

۱- برای رزمندگان غیرقانونی تحت اختیار و در قلمرو سرزمینی دشمن، ماده ۷۵ پروتکل اول به طور خاص مقرر می‌دارد که تضمین‌های قضائی گوناگون باید به معرض اجراء درآیند (پاراگراف ۴). پیش از تصویب پروتکل اول، این امر صرفاً بر ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو یا ماده ۱۲۶ کنوانسیون چهارم ژنو مبتنی بود. علاوه بر این، ماده ۷۵ پروتکل اول تضمین‌های دیگری در خصوص رفتار (پاراگراف اول و دوم) و دستگیری، بازداشت و حبس (پاراگراف سوم) را مقرر می‌دارد که در برخی موارد، حمایت‌های مندرج در قسمت سوم، بخش اول، دوم و چهارم کنوانسیون چهارم ژنو را افزایش می‌دهد.

۲- برای رزمندگان غیرقانونی در چنگ دشمن در قلمرو سرزمین اشغالی، ماده ۷۵ پروتکل اول ضمانت‌های قضائی بیشتری مانند فرض بر بیگناهی را اضافه می‌کند. علاوه بر این بند ۳ ماده ۴۵ پروتکل اول امکان عدول یا تخطی از ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو را محدود می‌کند. این تفسیر مورد توجه و استقبال برخی مفسرین قرار گرفته است. برای مثال برخی در اظهار نظرشان در خصوص پروتکل اول چنین گفته‌اند:

«پاراگراف ۳ به بیان تضمین‌ها و حمایت‌های ماده ۷۵ در خصوص هر کس که در مخاصمه شرکت داشته ولی ویژگی‌های اسیر جنگی را دارا نیست، و کسی که از رفتار ترجیحی بیشتر مندرج در کنوانسیون چهارم بهره‌مند نیست، می‌پردازد. این افراد عبارتند از: اعضاء نیروهای مسلحی که فاقد موقعیت اسیر جنگی هستند (گروهی که بر اساس ماده ۴۶ پروتکل اول جاسوسند یا نمی‌توان آنها را آنگونه که پاراگراف ۳ ماده ۴۴ پروتکل اول مقرر می‌دارد از جمعیت غیر نظامی تمییز داد)، اتباع دولتهایی که ملتزم به کنوانسیون چهارم ژنو نیستند، اتباع دولت محل بازداشت، و اتباع دولت بی‌طرف یا دولت مشارکت‌کننده در مخاصمه که دولت محل بازداشت روابط معمول دیپلماتیک خود را با آن حفظ کرده است. علی‌رغم مواردی که تخطی از آنها با ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو اجازه داده شده است، این پاراگراف همچنان حمایت‌های ماده ۷۵ را معیارهای حداقلی حمایتی قابل اعمال

در خصوص غیرنظامیان مورد حمایت بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو می‌داند که به نحو مستقیم در قلمرو سرزمینی یکی از طرفین مخاصمه یا در مکانی دیگر به جز سرزمین اشغالی شرکت داشته‌اند. در واقع تخطی بر اساس ماده ۵ کنوانسیون چهارم، در سرزمین‌های اشغالی مگر در مورد اشخاصی که به جرم جاسوسی دستگیر شده‌اند، ممکن نیست.^{۱۰۲}

همچنین نظریه تفسیری کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در خصوص ماده ۴۵ پروتکل اول مقرر می‌دارد:

در مخاصمه مسلحانه‌ای که جنبه بین‌المللی داشته باشد، شخص تبعه دشمن که فاقد ویژگی‌های اسیر جنگی باشد، در اصل یک غیرنظامی است که تحت حمایت کنوانسیون چهارم ژنو قرار می‌گیرد، لذا دیگر خلأیی در گستره حمایتی وجود ندارد. با وجود این، همیشه همه چیز در چارچوب ماده ۱ پروتکل شماره یک (اصول کلی و قلمرو اجرا) شفاف و روشن نیست. پاراگراف ۴ در خصوص معیار تابعیت موضع نظر دیگری دارد. معیارهای اساسی در پروتکل همان معیارهای ماده ۷۵ پروتکل است. با این حال این امکان وجود دارد که متهم، بدون نادیده گرفتن قلمرو حمایتی کنوانسیون چهارم ژنو، مشمول قلمرو حمایتی ماده ۵ همان کنوانسیون که تخطی از آن امکان‌پذیر است، شود. در این مورد تضمین‌های ماده ۷۵ (حمایت‌های اساسی)، باز هم در کلیت خود اعمال می‌شوند.^{۱۰۳}

حمایت‌های ماده ۷۵ پروتکل اول، در حال حاضر تبدیل به مقررات حقوق بین‌الملل عرفی شده است.^{۱۰۴} بیشتر نویسندگانی که اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص رزمندگان غیرقانونی را به رسمیت نمی‌شناسند، معتقدند که ماده ۷۵ پروتکل اول در خصوص آنها قابل اعمال است.^{۱۰۵} کسانی که تا پیش از تدوین پروتکل اول در این خصوص قلم زده‌اند، معتقد بودند که برخی تضمین‌های بشردوستانه حداقلی، در خصوص رزمندگان غیرقانونی قابل اعمال است. آنها این تضمین‌ها را از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های اول تا چهارم ژنو، بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو و قید مارتنس،

102. Bothe, Partsch and Solf, *op. cit.*, pp. 261et seq.

103. Commentary on Art. 45, in Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff: Geneva, 1987, no. 1761.

104. Greenwood, *op. cit.*, p. 316.

105. Y. Dinstein, "The distinction between unlawful combatants and war criminals", in Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, p. 112.

بسته به اینکه آیا آنها اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص رزمندگان غیرقانونی را پذیرفته‌اند یا نه، استنتاج کرده‌اند.^{۱۰۶}

گفتار چهارم: تعقیب کیفری رزمندگان غیرقانونی در دادگاه صالح

عموماً پذیرفته شده است که رزمندگان غیرقانونی، حتی اگر تمامی قواعد حقوق بشردوستانه را رعایت کنند، ممکن است صرفاً برای شرکت در مناصمه، مورد تعقیب کیفری قرار بگیرند.^{۱۰۷} و این بر عهده قوانین داخلی کشورهاست که چنین امکانی را فراهم آورند.^{۱۰۸} اگر رزمندگان غیرقانونی مرتکب نقض فاحش مقررات بشردوستانه شوند، ممکن است به اتهام جنایت جنگی تحت تعقیب قرار گیرند.^{۱۰۹} در این صورت در مراحل رسیدگی، تضمین‌های حداقلی رفتار منصفانه مندرج در کنوانسیون چهارم ژنو نسبت به کسانی که طبق ماده ۷۵ پروتکل اول بازداشت شده‌اند، (اگر منطبق با معیارهای تابعیتی ماده ۴ کنوانسیون باشند)، قابل اعمال‌اند. به نظر می‌رسد در این خصوص، توافقی کلی وجود دارد که آنها به محض دستگیری توسط دشمن نباید بدون طی یک دادرسی عادلانه، محاکمه یا اعدام شوند.^{۱۱۰}

پروفسور «دنشتاین» به نحو قابل توجهی صلاحیت دولت دستگیرکننده برای مجازات کیفری رزمندگان غیرقانونی را محدود می‌کند. او قواعد کنوانسیون لاهه در خصوص جاسوسان را قابل تسری به رزمندگان غیرقانونی می‌داند.^{۱۱۱} این محدودیت همچنین در پاراگراف ۵ ماده ۴۴ پروتکل اول که مقرر می‌دارد هر رزمنده‌ای که توسط دشمن اسیر شود در حالی که در حمله یا در تهیه مقدمات عملیات نظامی مشارکت داشته، به واسطه اقدامات قبلی‌اش حقوقی را که رزمندگان و اسرای جنگی دارند، از دست نمی‌دهند، برای اعضاء نیروهای مسلحی که خود را از جمعیت غیرنظامی تفکیک نمی‌کنند، به عنوان پیش شرط مورد نیاز پاراگراف ۳ این ماده، ذکر شده است.^{۱۱۲} علاوه بر آن در صورتی که رزمندگان غیرقانونی که اسلحه خود را زمین گذاشته‌اند یا دیگر

106. G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, Stevens, London, 1968, pp. 115-117.

107. Dinstejn, *op. cit.*, p. 105.

108. Kalshoven, *op. cit.*, p. 73; Dinestejn, *op. cit.*, p. 114.

109. Baxter, "Unprivileged Belligerency", *op. cit.*, p. 344.

110. Draper, *op. cit.*, pp. 197-198.

111. Dinstejn, *op. cit.*, p. 112.

112. Commentary on Art. 44, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit.*, no. 1721.

قصدها مبارزه ندارند توسط نیروی دشمن محاصره شوند، نباید کشته یا زخمی شوند.^{۱۱۳} اگر یک محکمه صلاحیت‌دار پیرو ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ به این نتیجه برسد که رزمنده به واسطه عضویت در نیروی مسلح یا گروه رزمندگان یک اسیر جنگی تلقی می‌شود، همزمان می‌تواند یک رزمنده فرض شود و تحت تعقیب قرار گیرد. در نظر بگیریید که یکی از رزمندگان طالبانی یک سرباز ایالات متحده زندانی در ایالات متحده را به قتل برساند. اگر مخاصمه موجود در افغانستان ماهیتی بین‌المللی داشته باشد، ماجرا بر اساس یک تحلیل سنتی به پیش برده می‌شود. بنابراین، اگر قتل سرباز ایالات متحده پس از زندانی شدن یا حادث شدن وضعیتی که او را از حالت یک رزمنده خارج کند^{۱۱۴}، باشد، این رزمنده طالبانی می‌تواند طبق اصل صلاحیت جهانی و به علت نقض شدید مفاد کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو تحت تعقیب قرار گیرد.^{۱۱۵} اما صرف نظر از محل رسیدگی، یک چیز واضح به نظر می‌رسد: حمایت‌های مبتنی بر دادرسی منصفانه برای رسیدگی به وضعیت مبارز طالبانی صرف نظر از اینکه او یک نظامی باشد یا یک غیرنظامی الزام‌آور است. لذا آنها با خارج کردن او از سیستم طبقه‌بندی حقوق موضوعه موجود جنگ، او را از تضمین رسیدگی منصفانه جنگی خارج کرد، و همزمان او را صرفاً بر اساس مبانی غیرقراردادی مسئول دانسته‌اند. این رویکردی است که اخیراً از سوی دادگاه عالی ایالات متحده رد شده است.^{۱۱۶} بررسی رویه داخلی و بین‌المللی دولت‌ها، به خصوص ایالات متحده، در این خصوص بسیار درخور اهمیت است که در فرصتی دیگر به آن خواهیم پرداخت.

نتیجه

بحث در خصوص وضعیت رزمندگان غیر قانونی در حقوق بین‌الملل موضوع جدیدی نیست. این بحث با اقدامات ایالات متحده آمریکا و موضع‌گیری آن در قضیه افغانستان و عراق به اوج خود رسید. از آنچه در این مجال به آن پرداختیم این نتیجه به دست می‌آید که نمی‌توان پذیرفت که رزمندگان غیرقانونی مشمول هیچ‌گونه حمایتی در

۱۱۳. بند سوم از ماده ۲۳ مقررات کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷

114. hors de combat

115. Mark David 'Max' Maxwell and Sean M. Watts, *op. cit.*, p. 24.

116. US Supreme Court in *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S., 126 S. Ct. 2749, 165 L. Ed. 2d 723, Slip Opinion 05-184 (2006).

قلمرو حقوق بشردوستانه نیستند. برعکس، همان‌گونه که بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی به آن باور دارند، این گستره حمایتی در هر زمان بنا به موقعیت و ویژگی‌های خاص زمانی و مکانی و اشخاص مورد نظر چتر حمایتی خود را می‌گستراند^{۱۱۷} و در صورتی که این رزمندگان، دارای معیارهای تابعیتی مندرج در ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو باشند، به صراحت تحت پوشش حمایتی کنوانسیون قرار می‌گیرند.

این واقعیت که شخصی به نحو غیرقانونی در مخاصمه شرکت داشته است، معیاری برای عدم تسری مفاد کنوانسیون نسبت به وی نیست، هرچند که این امر می‌تواند منطقی برای تخطی از حقوق مندرج در کنوانسیون‌ها با استناد به ماده ۵ باشد. حمایت خاص مشمول کنوانسیون چهارم بستگی به موقعیتی دارد که این اشخاص در آن قرار می‌گیرند. این دامنه در صورتی که رزمندگان غیرقانونی تحت اختیار دشمن در سرزمین اشغالی باشند گسترده‌تر است. تضمین‌های مندرج در ماده ۷۵ پروتکل اول، مشتمل بر حمایت‌های حداقلی قابل اعمال نسبت به همه افراد، از جمله رزمندگان غیرقانونی در اختیار دشمن در یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی است، صرف‌نظر از اینکه تحت پوشش کنوانسیون چهارم باشند یا نه. این امر به معنای آن است که حداقل‌های پذیرفته شده در محاکمه منصفانه و رفتار انسانی^{۱۱۸}، همچنین شیوه رسیدگی مندرج در ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو^{۱۱۹} در خصوص آنها لازم‌الاجراست. بنابراین همان‌گونه که در یکی از آراء دیوان کیفری یوگسلاوی سابق ذکر شده «هیچ‌یک از افرادی که در اختیار دشمن‌اند، از محدوده حقوق بشردوستانه خارج نمی‌شود»،^{۱۲۰} بلکه دادگاه صالح برای رسیدگی به اتهام آنها و قانون معین در مورد ایشان حاکم است. بنابراین آنچه در این مجال می‌توان بر آن تأکید کرد این است که یافتن مبنایی برای رفتار با رزمندگان نباید صرفاً بر اساس وضعیت قانونی یا غیرقانونی بودن آنها متمرکز شود، بلکه رفتار مناسب با این گروه باید در درجه اول، مبتنی بر تمتع آنها از حقوق انسانی باشد که هر انسان از آن بهره‌مند است و پس از آن به اینکه آیا مرتکب جرم جنگی شده‌اند یا نه پرداخته

117. Frederic Megret, *From Savages to Unlawful Combatants*, *op. cit.*, pp. 265-266.

118. The legal situation of unlawful/unprivileged combatants, IRRC March 2003, vol. 85, No 849.

119. Terry Gill and Elies van Sliedregt, *op. cit.*, p. 25.

120. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia "Celebici Judgment: Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, and Landzo, Case no. IT-96-21-T, available from the University of the West of England Delalic et al. (I. T-96-21) "Celebici" 16 November 1998 Part III B, Applicable law 2. Status of the Victims as "Protected Persons", See: para. 271.

شود.^{۱۲۱} این امر نه تنها در حقوق موضوعه که در آراء صادره دیوان بین‌المللی دادگستری نیز قابل ملاحظه است.^{۱۲۲}

نگاهی گذرا به رویه ایالات متحد نیز برای تداعی واقعیات موجود نکات بسیاری در خود دارد. خلق وضعیت رزمنده غیرقانونی و شخصیت بخشی به این وضعیت به عنوان یک جرم جنگی احتمالی، بر اساس سند کمیسیون نظامی ایالات متحد ضرورتاً یک مبنای صلاحیتی برای کمیسیون‌های نظامی به همراه می‌آورد. با این حال این امر در رویه موجود در خصوص مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی جایگاهی ندارد. سند مزبور از وضعیت دشمن نظامی غیرقانونی به عنوان دست‌آویزی برای بین‌المللی کردن ماهیت کیفری فعل‌ها و ترک فعل‌هایی استفاده می‌کند که به نحو بارزی نقض حقوق داخلی محسوب می‌شوند.^{۱۲۳} در حالی که رزمندگان غیرقانونی می‌توانند توسط محاکم داخلی تحت تعقیب کیفری قرار گیرند، سند کمیسیون نظامی ایالات متحد قابلیت مجازات را به هر عملی که این گروه مرتکب شوند، تعمیم می‌دهد. علاوه بر آنکه به نظر می‌رسد مسأله مهم، استفاده از عنوان «رزمندگان غیرقانونی» از سوی ایالات متحد نیست، بلکه مسأله مهم رفتار گزینشی و خودسرانه ایالات متحد در رفتار با این گروه و بیرون گذاشتن آنها از گستره حمایتی حقوق بشردوستانه بین‌المللی از یک طرف و از سوی دیگر طرح بحث مبارزه با تروریسم به عنوان چارچوبی کلی برای اعمال صلاحیت در «سیاه‌چالی» است،^{۱۲۴} که از قلمرو سرزمینی اش خارج است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

121. Kenneth Watkin, "Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy", *op. cit.*, p. 11.

122. Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *supra* note 26, and Legal Consequences Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory International Court (2004), para. 106, www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm; Legality of the Threat on Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *International Law Reports* 100 (1996), para. 10.

123. Mark David 'Max' Maxwell and Sean M. Watts, *op. cit.*, p. 25.

124. Abassi and Anor. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department, 2002, available at www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VII, No. 2

Articles

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of "Combatant" in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

Critique: The Draft of Iranian Commercial Code

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study