

تأثیر ماهیت قاعده منع ژنوسید در صدور دستور موقت: آموزه‌های دعوای گامبیا علیه میانمار

عبدالله عابدینی*

بهمن بهری خیوی**

DOI: 10.22096/HR.2021.533279.1334

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۹]

چکیده

آیا دولت غیرزیان‌دیده از نقض، امکان استناد به مسئولیت دولت متخلف را دارد؟ این پرسشی است که سال‌ها پیش از تصویب نهایی طرح مسئولیت دولت‌ها در سال ۲۰۰۱ م مورد بحث و بررسی قرار گرفته بود و در نهایت در صورت‌بندی ماده «۴۸» طرح مسئولیت متجلی شد. بر همین مبنا دولت گامبیا براساس نقض کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات ژنوسید^۱ مصوب ۱۹۴۸ م دعوایی را علیه دولت میانمار به همراه درخواست صدور دستور موقت در ۱۱ نوامبر ۲۰۱۹ م در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه نمود. دیوان نیز در تاریخ ۲۳ ژانویه ۲۰۲۱ م قرار دستور موقت خود را صادر نمود. این تصمیم حاوی نکته‌های شایان توجهی است: از جمله این که ماهیت حقوق مورد ادعا چه تأثیری در داشتن سمت در دعوای آستانه احراز شروط لازم برای صدور دستور موقت دارد. در این نوشتار در پرتو رویه دیوان آموزه‌های دکتترین به بررسی این دو پی‌آمد مهم در پرتو تأثیر ماهیت حقوق مورد ادعا در دادرسی‌ها نزد دیوان به‌طور کلی و دستور موقت به‌طور خاص می‌پردازد.

واژگان کلیدی: دیوان بین‌المللی دادگستری؛ دولت غیرزیان‌دیده؛ کنوانسیون ژنوسید؛ دستور موقت؛ آستانه احراز.

* استادیار پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی (سمت)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). Email: a.abedini@samt.ac.ir
** دانش‌آموخته دکترای حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی زنجان، زنجان، ایران. Email: bahmanbahrikhiyavi@gmail.com

1. Genocide.



مقدمه

دیوان بین‌المللی دادگستری^۲ (دیوان) در ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰م تصمیم خود را درخصوص دستور موقت در پرونده گامبیا علیه میانمار صادر کرد. درحقیقت این تصمیم در پاسخ اقدامات آغازشده در ۱۱ نوامبر ۲۰۱۹م توسط گامبیا درخصوص نقض احتمالی کنوانسیون منع مجازات جرم ژنوسید (کنوانسیون ژنوسید)^۳ ارائه گردید که همراه درخواست صدور دستور موقت بود. این پرونده نکته‌های شایان توجهی را در دادرسی‌های دیوان مطرح کرده است؛ از جمله استناد دولت غیرزیان‌دیده از نقض ادعایی، نحوه ورود خواهان به دعوا در اثر نمایندگی از سازمان بین‌المللی، استناد و تکیه دیوان بر گزارش‌های منتشره از سوی نهادهای ملل متحد، تأثیر ماهیت تعهد مورد اختلاف در روند پرونده و صدور دستور موقت و توجه دوباره به مفهوم منفعت دولت عضو کنوانسیون مورد استناد برای طرح دعوا در قالب مفهوم «تعهد عام‌الشمول ناشی از معاهده»^۴.

از نکته‌های مهمی که دیوان در این قرار بدان توجه نموده، ماهیت تعهد منع ژنوسید است که بر تمام عناصر و شرایط حاکم بر صدور دستور موقت اثرگذار بوده است. درواقع دیوان برای احراز صلاحیت علی‌الظاهر، ارتباط حقوق مورد ادعا با دعوا، فوریت و معیار نسبتاً جدید «صحت»، تکیه فراوانی بر ماهیت قاعده منع ژنوسید داشت، به طوری که آستانه احراز در تمام موارد را تا حد بسیاری پایین آورد. حتی در یک مورد نیز دیوان به صراحت اشاره می‌کند: «از منظر ارزش‌های بنیادینی که سعی شده در قالب کنوانسیون منع ژنوسید از آن‌ها حمایت به عمل آید، دیوان معتقد است که حقوق موردنظر در این پرونده، خصوصاً حقوق گروه روهینگیا در میانمار و اعضای آن که باید در برابر قتل یا سایر اقدامات تهدیدکننده براساس موجودیت آن‌ها به مثابه یک گروه حمایت شوند، دارای چنان ماهیتی است که مخدوش ساختن آن حقوق می‌تواند منجر به ورود آسیب غیر قابل جبران شود»^۵.

نه تنها در این بند، بلکه در تمام فرازهای دیوان در این قرار به مسئله ماهیت حقوق مورد بحث به شکل صریح یا تلویحی اشاره شده است و پی‌آمد چنین توجهی، احراز گاه عجولانه و بدون ارزیابی دقیق ادعاهای خواهان یا معیارهای لازم برای صدور دستور موقت می‌باشد،

2. International Court of justice.

3. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (December 9, 1948).

4. *erga omnes partes*.

5. *Gambia vs. Myanmar* (2020): para 70.

موضوعی که به نوعی در نظریات جداگانه مورد توجه قاضی اختصاصی میانمار و قاضی ژبو قرار گرفته است.^۶

اساساً پرسش مهمی که مطرح می‌شود این است که اثر تعیین ماهیت قاعده در شناخت چارچوب تعهد و بی‌آمدهای ناشی از آن به عنوان قاعده اولیه و همچنین شناخت چارچوب بی‌آمدهای ناشی از نقض آن تعهد به عنوان تعهد ثانویه یا همان حقوق مسئولیت چیست؟ در واقع به نظر می‌رسد زمانی که بتوان به این دو پرسش بنیادین پاسخ داد، زوایای پنهان در تحلیل و بررسی کلی قضایا، وقایع روز و پرونده‌ها در محافل دانشگاهی و دادگاه‌ها بیش‌ازپیش نمایان خواهند شد. در پرتو این پرسش‌ها، در این نوشتار توجه به این مسائل در قالب پرونده گامبیا علیه میانمار و بررسی سیر استدلال‌های دیوان مورد بحث و بررسی قرار خواهند گرفت. از این‌رو در ادامه، ضمن توصیفی از جایگاه و آثار تعهد به منع ژنوسید، بر آن خواهیم بود تا دستور موقت دیوان در پرتو ماهیت تعهد مورد اختلاف در این دعوا را تحلیل نماییم.

مبحث نخست) جایگاه و آثار ناشی از ماهیت تعهد به منع ژنوسید

به‌طور کلی نظام حقوقی در اثر وضع قواعد در چارچوب نهادهای واضع قانون، اوامر و نواهی خود را به جامعه مخاطب عرضه می‌کند. قاعده حقوقی نیز از سه حالت بیرون نیست: اول، قاعده‌ای که وضعیتی را توصیف می‌کند، بدون بیان اوامر و نواهی یا این‌که حقوق و تعهداتی را ایجاد نماید. اثر این‌گونه قواعد، تفسیری است، بدین بیان که در تفسیر حقوق و تعهدات ناشی از سایر قواعد به عنوان راهنما استفاده می‌شوند.^۷ دوم، امتیازات و حقوقی که در اثر وضع قاعده به مخاطب یا مخاطبان آن قاعده ارائه می‌شود. اثر این‌گونه قواعد، مطالبه‌گری است، بدین بیان که دارنده حق یا امتیاز مزبور می‌تواند در صورت وجود سازوکارهای اجرایی لازم، اجرای آن را مطالبه نماید. در واقع این دسته از قواعد به نقض شدن نیازی ندارند و صرف وضع آن‌ها موجب مطالبه‌گری می‌شود. حق‌های بشری مندرج در معاهدات حقوق بشری از این‌گونه‌اند. طیف این مطالبه‌گری می‌تواند از درخواست برای شناسایی حق، تعیین قلمرو اجرای آن تا جبران

6. Declaration of Judge ad hoc Kress (2020): para 3; Separate opinion of Vice-President Xue (2020): paras 2-3.

۷. مثلاً دیوان در قضیه سکوه‌های نفتی، برخی مفاد معاهده مودت میان ایران و ایالات متحده، مانند بند ۱ ماده (۸۰) را واجد وصف توصیفی تلقی می‌کند. این ماده اشعار می‌دارد: «میان سرزمین‌های طرفین باید آزادی تجارت و دریانوردی برقرار باشد».

Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, ICJ Reports (2003): paras 22, 31.

خسارت مورد توجه قرار گیرد. سوم، قواعدی که موجب تعهداتی برای مخاطب یا مخاطبان قلمداد می‌شوند، به نحوی که در صورت عدم اجرای آن‌ها امکان مطالبه‌گری به وجود می‌آید. در واقع در این جا قاعده، حاوی تعهدی برای مخاطب تعهد است، اما در نوع دوم، قاعده حاوی اعطای حق و امتیاز به مخاطب قاعده می‌باشد. در معاهدات حقوق بشری، دولت‌ها عمدتاً متعهد محسوب می‌شوند و اشخاص، مخاطب اعطای حق و امتیاز. هم‌چنین تعهدات ناشی از معاهدات خلع یا کنترل سلاح و تعهد به رعایت مصونیت هیئت‌های دیپلماتیک و کنسولی، از جمله قواعد از نوع سوم هستند. در ادامه به جایگاه تعهد به منع ژنوسید میان قواعد اولیه و ثانویه حقوق بین‌الملل می‌پردازیم.

جایگاه ماهیت تعهد به منع ژنوسید به عنوان قاعده اولیه

کنوانسیون منع ژنوسید در زمره قواعدی است که تعهداتی را برای دولت‌ها در پیش‌گیری و سپس تعقیب و مجازات مرتکبان ژنوسید به همراه دارد. ویژگی معاهداتی قاعده اولیه منع ژنوسید، کنوانسیون مصوب ۹ دسامبر ۱۹۴۸م است که تاکنون ۱۵۲ دولت بدان پیوسته‌اند.^۸ بنابراین، وجه معاهداتی این قاعده در کنوانسیون مزبور جلوه‌گر شده است.

جرالد فیتز موریس در مقام گزارش‌گر سوم طرح حقوق معاهدات در سال ۱۹۵۸م هنگامی که به بیان طبقه‌بندی معاهدات چندجانبه در زمان تعارض با یکدیگر می‌پردازد، به سه نوع کلی معاهدات چندجانبه اشاره می‌کند. دسته نخست، معاهداتی‌اند که در آن‌ها ویژگی تبادل منافع میان طرف‌های معاهده بارز است. در واقع در این نوع معاهدات چندجانبه چون شبکه‌ای از معاهدات دوجانبه به صورت دوه‌دو میان طرف‌های معاهده برقرار است، در صورت نقض تعهد از سوی یک طرف، طرف زیان‌دیده حق دارد برای جبران خسارت یا حتی نقض تعهد در قبال دولت متخلف اقدام کند، اما این به معنای انجام‌دادن عملی مشابه از سوی سایر دولت‌های طرف معاهده نیست؛ مثلاً در صورتی که دولت تصمیم گیرد به دلایلی به اخراج هیئت دیپلماتیک کشوری دیگر از سرزمین خود مبادرت نماید، مطابق کنوانسیون روابط دیپلماتیک ۱۹۶۱م^۹ دولت مزبور نیز می‌تواند متقابلاً اقداماتی مشابه یا در سطح پایین‌تر در برابر دولت ذی‌ربط اتخاذ نماید.^{۱۰} نمونه دیگر، تعهدات ناشی از سازمان تجارت جهانی است که

8. <https://treaties.un.org>.

9. Vienna Convention on Diplomatic Relations (April 18, 1961).

10. Fitzmaurice, A/CN.4/110, para 91.

به‌رغم ظاهر چندجانبه‌اش در عمل به‌صورت شبکه‌ای از معاهدات دوجانبه میان دولت‌های عضو منعقد می‌گردد.^{۱۱}

دسته دوم، معاهداتی است که تعهدات ناشی از آن‌ها ویژگی «به‌هم‌وابسته»^{۱۲} دارد؛ یعنی نقض اساسی تعهدات معاهده‌ذی‌ربط از سوی یک طرف، عدم اجرای کلی معاهده را از سوی سایر طرف‌ها توجیه می‌کند. در این حالت، تعهدات موردنظر در معاهده دارای چنان ویژگی‌ای است که همه دولت‌های طرف معاهده به دلیل همان ویژگی خاص بدان پیوسته‌اند و حتی اگر تنها یک طرف معاهده، تعهدات ذی‌ربط را اجرا نکند، موجب خواهد شد تمام طرف‌های معاهده نیز تصمیم مشابهی برای عدم اجرای معاهده اتخاذ کنند. مثال این‌گونه معاهدات را می‌توان در حوزه کنترل و خلع سلاح، خصوصاً سلاح‌های کشتار جمعی مشاهده کرد.^{۱۳}

دسته دیگر، معاهداتی‌اند که تعهدات مندرج در آن‌ها از ویژگی «خودبستگی، اطلاق و ذاتی‌بودن»^{۱۴} برخوردارند، بدین بیان که اجرای معاهده از سوی هر یک از طرف‌ها ارتباطی به اجرای طرف‌های دیگر ندارد و حتی در صورت عدم اجرا از سوی یک طرف، طرف‌های دیگر هم‌چنان ملزم به اجرای آنند و نقض تعهد یا خروج از معاهده، توجیهی برای اقدامی مشابه از سوی سایر طرف‌ها نخواهد داشت. معاهدات حقوق بشری، بشردوستانه و زیست‌محیطی از این دسته‌اند.^{۱۵}

فیتز‌موریس در این گزارش به‌صراحت به کنوانسیون منع ژنوسید به عنوان این دسته از معاهدات توجه داده و معتقد است تعهد به اجرای هر طرف کنوانسیون، مستقل از اجرای سایر طرف‌هاست و حتی اگر یک طرف از اجرای تعهدات خویش عدول نمود، سایر طرف‌ها باید به اجرای تعهدات خود ادامه دهند.^{۱۶} چنان‌که برخی به‌درستی اشاره کرده‌اند، اصولاً موضوع طبقه‌بندی تعهدات در حقوق بین‌الملل نیز با صدور نظر مشورتی دیوان از موضوع حق شرط بر کنوانسیون ژنوسید آغاز گردید.^{۱۷}

11. Joost Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *European Journal of International Law* 14 (November 2003): 925.

12. Interdependent.

13. Fitzmaurice, A/CN.4/110: p 27.

14. Self-existent, Absolute and Inherent.

15. Fitzmaurice, A/CN.4/110: p 27.

16. Fitzmaurice, A/CN.4/110: p 91.

17. Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations", 909.

وجه عرفی قاعده منع ژنوسید نیز تا آنجا مورد پذیرش و شناسایی جامعه بین‌المللی دولت‌ها قرار گرفته است که امروزه از آن به عنوان «قاعده آمره» یاد می‌شود.^{۱۸} وجه عرفی این قاعده، مرهون اقدامات دادگاه‌های بین‌المللی موردی چون نورنبرگ، توکیو، رواندا، یوگسلاوی سابق و کامبوج است. هم‌چنین توجه به این قاعده از سوی دولت‌ها در قالب درج مفهوم صلاحیت جهانی در قوانین کیفری اغلب کشورها و مأموریت محاکم داخلی آن‌ها برای تعقیب مرتکبان ژنوسید مورد توجه قرار گرفته است. اساسنامه رم نیز به عنوان سند مؤسس دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان دادگاهی دائمی به این قاعده توجه داشته است. از این رو نه تنها دولت‌ها، بلکه اشخاص نیز از منظر حقوق بین‌الملل کیفری بر رعایت منع ژنوسید متعهدند.^{۱۹}

آثار تعهد به منع ژنوسید در قالب قواعد ثانویه

از منظر قاعده ثانویه، بسته به این که چه نوع تعهدی از قواعد اولیه حقوق بین‌الملل نقض می‌شوند، پی‌آمدهای نقض نیز متفاوت می‌شوند. در واقع قواعد ثانویه یا حقوق مسئولیت از دو منظر به ماهیت قاعده توجه دارد: نخست آن که چه کسانی در قبال ماهیت تعهد، حق استناد به اجرای مسئولیت را در برابر دولت متخلف دارند. در این حالت، می‌توان تعهدات را به عادی^{۲۰} و عام‌الشمول^{۲۱} تقسیم‌بندی کرد. در اثر نقض تعهدات عادی، صرفاً دولت زیان‌دیده مستقیم از نقض تعهد، حق استناد به مسئولیت دولت متخلف را داراست، در حالی که در تعهدات عام‌الشمول، حتی دولت زیان‌دیده غیرمستقیم از نقض نیز امکان استناد به مسئولیت را دارد. از منظر درجه و شدت پی‌آمدهای نقض نیز تعهدات به «عادی» و «آمره» تقسیم می‌شوند. در نقض تعهدات عادی، از دولت متخلف خواسته می‌شود ضمن تداوم اجرای تعهد، توقف عمل متخلفانه و تعهد به عدم تکرار و جبران خسارت را نیز بر عهده گیرد.^{۲۲} در واقع در این نوع از نقض تعهد، روی سخن

۱۸. از نظر قاضی ترینداد در این پرونده، کنوانسیون ژنوسید معاهده‌ای انسان‌محور است و قاعده آمره را باید در این کنوانسیون و قاعده متناظر عرفی‌اش مشاهده کرد.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade (2020): para 87.

۱۹. برای مشاهده تحلیل منبع معاهداتی و روند عرفی شدن قاعده منع ژنوسید و رویه محاکم داخلی و بین‌المللی، William Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2th edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 17 et seq.

20. Ordinary.

21. *erga omnes*.

22. ARSIWA, Arts 29-31.



با دولت متخلف است، اما در نقض تعهدات آمره، روی سخن با جامعه بین‌المللی است، به‌نحوی که در کنار تعهد به توقف و عدم تکرار عمل متخلفانه و جبران خسارت، سایر دولت‌ها باید درمورد عدم کمک، شناسایی و حفظ وضعیت غیرقانونی ناشی از عمل متخلفانه نیز اقدامات لازم را انجام دهند.^{۲۳}

درخصوص نقض تعهد به منع ژنوسید، نه‌تنها به واسطه درج در کنوانسیون ۱۹۴۸م، بلکه از منظر طرح مسئولیت دولت، این تعهد در زمره تعهدات عام‌الشمول و آمره قرار گرفته است. کمیسیون حقوق بین‌الملل در این طرح^{۲۴} و طرح مطالعاتی قواعد آمره در سال ۲۰۱۹م تعهد به منع ژنوسید را به‌صراحت در زمره تعهدات آمره قلمداد کرده است. دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در دعاوی کنوانسیون ژنوسید میان بوسنی و هرزگوین علیه صربستان و مونتنگرو در سال ۲۰۰۷م، دعاوی کرواسی علیه صربستان در سال ۲۰۱۵م و کنگو علیه اوگاندا در ۲۰۰۶م به‌صراحت به آمره‌بودن تعهد به منع ژنوسید اشاره نمود.^{۲۵} عام‌الشمولی این تعهد بدین‌معناست که مطابق ماده (۴۸) طرح، جدای از دولت‌های زیان‌دیده مستقیم،^{۲۶} دولت‌های زیان‌دیده غیرمستقیم نیز محق

→ برخی حقوق‌دانان در این خصوص تعهدات بین‌المللی را به پنج دسته تقسیم‌بندی کرده‌اند: تعهدات عادی، تعهدات به‌هم‌وابسته، تعهدات حمایت‌کننده از منافع فرادولتی، تعهدات عام‌الشمول و تعهدات ناشی از قواعد آمره.

Linou-Alexander Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility," *European Journal of International Law* 13, (February 2008): 1137.

برای سهولت، می‌توان این تقسیم‌بندی پنج‌گانه را بنا به مورد، درخصوص بی‌سمت لازم برای استناد به مسئولیت به دو شکل تعهدات عادی و عام‌الشمول و آثار نقض به عادی و آمره تقسیم نمود. در واقع در این تقسیم‌بندی، تعهدات حمایت‌کننده از منافع فرادولتی یا «Erga Omnes Partes»، همان تعهدات «Erga Omnes» هستند، با این تفاوت که تعهدات عام‌الشمول دسته نخست در قالب پیوستن به معاهده، برای اعضای آن، چنین حالتی پیدا کرده و در دسته دوم در قالب قاعده عرف بین‌المللی و از سوی جامعه بین‌المللی دولت‌ها پذیرفته شده است. به همین دلیل می‌توان با استناد به دسته نخست در دیوان بین‌المللی دادگستری (در صورت وجود قید حل‌وفصل اختلاف مرتبط) طرح دعوا نمود، اما درمورد دسته دوم چنین امکانی وجود ندارد. تعهدات به‌هم‌وابسته نیز چنان‌که در قسمت قواعد اولیه معاهداتی گفته شد، همان تعهداتی است که اجرای تک‌تک اعضای متعاقد برای تداوم حیات معاهده ضروری است و در غیر این صورت با نقض اساسی از سوی یک طرف، سایر طرف‌ها نیز توجیهی برای اجرای آن نخواهند داشت. معاهده موسوم به «آسمان‌های باز»، موردی است که دولت ترامپ اخیراً از آن خارج شد و دولت روسیه نیز به همین دلیل درصدد خروج از این معاهده است.

<https://www.mid.ru>.

۲۳. جمشید ممتاز، شهرام زرنشان و مسعود علیزاده، «تعهد به عدم مساعدت به حفظ وضعیتی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام ایجاد شده است»، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۲۲، شماره ۱ (بهار ۱۳۹۷): ۱۴۹.

24. ARSIWA, Art 40 (5).

25. Armed Activities on the Territory of the Congo, New Application 2002, Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, ICJ Reports (2006): para 64; Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ Reports (2007): para 161; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), ICJ Reports (2015): para 87.

26. ARSIWA, Art 42.

به استناد به مسئولیت دولت یا سازمان بین‌المللی^{۲۷} متخلف در این خصوص هستند. آمره بودن نیز بدین معناست که نقض چنین تعهدی پی‌آمدهای شدیدتری نسبت به نقض تعهد عادی در بر خواهد داشت. چنان‌که گفته شد، این پی‌آمدها عبارت‌اند از: همکاری در پایان‌دادن به نقض تعهد مزبور از طرق قانونی، عدم شناسایی وضعیت مزبور به عنوان وضعیتی قانونی و عدم کمک و همیاری در حفظ وضعیت ناشی از نقض تعهد آمره.^{۲۸}

مبحث دوم) آثار ماهیت تعهد به منع ژنوسید در فرایند صدور دستور موقت توسط دیوان

صدور دستور موقت، معمولاً برای حمایت از حق‌های بشری یا وضعیت انسانی مورد بحث در دعوا از سوی یکی از طرفین، درخواست یا به ابتکار دیوان صادر می‌شود.^{۲۹} از نظر «روزن»،^{۳۰} حفظ موضوع اختلاف، حفظ ادله مرتبط با اختلاف، پیش‌گیری از توسل به زور ناقض منشور، پیش‌گیری از تشدید یا گسترش اختلاف و پیش‌گیری از بروز خطر برای زندگی انسانی، اهداف صدور دستور موقت‌اند.^{۳۱} برخی نیز تأمین جریان مطلوب عدالت در روند رسیدگی را هدف دستور موقت می‌دانند.^{۳۲} صدور دستور موقت در دیوان، مستلزم تأمین پیش‌شرط‌هایی است که بر مبنای ماده (۴۱) اساسنامه و «۷۵» آیین دادرسی دیوان و به‌طور برجسته‌تر در رویه قضائی دیوان، توسعه یافته‌اند. این شروط عبارت‌اند از: تأمین صلاحیت علی‌الظاهر، خطر ورود زیان جبران‌ناپذیر، فوریت، ارتباط دستور موقت و حقوق مورد ادعا و معیار صحت.^{۳۳} این شروط به مرور زمان در رویه دیوان پدیدار

27. ARIQ (2011): Art 49.

28. ARSIWA, Art 41.

29. Cameron A. Miles, *Provisional Measures before International Courts and Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 346.

شایان ذکر است دیوان تنها در قضیه «لاگران» از اختیار خود مطابق مواد «۴۱» اساسنامه و «۷۵» آیین دادرسی برای صدور دستور موقت به ابتکار خویش (Proprio Motu) و بدون برگزاری جلسات استماع استفاده نمود.

LaGrand (Germany v. United States of America), *Provisional Measures*, ICJ Reports (1999): paras 26-27.

30. Shabtai Rosenne.

31. Shabtai Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford: Oxford University Press, 2005): 8.

32. Karin Oellers-Frahm, and Andreas Zimmermann, Article 41, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, eds. Tams Zimmermann, and Tomuschat Oellers-Frahm, 3rd Edition (Oxford: Oxford University Press, 2019), 1145.

۳۳. برای بررسی بیشتر این شروط در فارسی حسن خسروشاهی، «نقش قرارهای موقت مراجع قضائی و شبه‌قضائی بین‌المللی در حمایت از حقوق بین‌الملل بشر» (رساله دکترای حقوق بین‌الملل، قم: پردیس فارابی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸)، ۱۰۵-۲۰۹.

تأثیر ماهیت قاعده منع ژنوسید در صدور دستور موقت / عابدینی و بهری خیابوی ۲۱۷

شدند و قلمرو محتوایی آنها نیز به مرور گسترش یافتند.^{۳۴} گفتنی است پیش‌شرط‌های موردنظر دیوان در رویه قضائی سایر محاکم بین‌المللی نیز کمابیش الگوبرداری شده‌اند.^{۳۵} در ادامه به بررسی شروط مزبور در پرتو دستور موقت دیوان در قضیه گامبیا علیه میانمار می‌پردازیم.

قسمت نخست) صلاحیت علی‌الظاهر^{۳۶}

مطابق بند ۱ ماده (۷۴) آیین دادرسی دیوان، رسیدگی به درخواست صدور دستور موقت باید در اولویت رسیدگی قرار گیرد. در واقع این موضوع به دلیل خطر جبران‌ناپذیر و فوریتی است که در ماهیت دستور موقت وجود دارد.^{۳۷} دیوان با بررسی اجمالی و نه تفصیلی مبانی صلاحیت خود، براساس قاعده صلاحیت بر تعیین صلاحیت در مورد وجود یا فقدان صلاحیت خود برای ورود به اختلاف، تصمیم‌گیری می‌نماید. در این مرحله، دیوان براساس ماده (۳۶) اساسنامه برای احراز صلاحیت به مبنای معاهداتی یا موافقت‌نامه اعطاکننده صلاحیت یا اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری مراجعه می‌نماید. در پرونده مورد بحث این نوشتار، دیوان با اشاره به عضویت هر دو دولت در کنوانسیون منع ژنوسید در تاریخ‌های ۱۴ مارس ۱۹۵۶م (میانمار) با درج حق شرط به مواد (۶) و (۸) کنوانسیون و ۲۹ دسامبر ۱۹۷۸م (گامبیا) بحث صلاحیت خود را در این مرحله احراز می‌نماید.^{۳۸}

با این حال، خواننده دعوا ممکن است برای به‌چالش کشیدن ادعای خواهان در خصوص وجود صلاحیت، نکته‌هایی را مطرح نماید که منجر به تفصیل بیشتر روند دادرسی و ورود دیوان برای توجیه یا عدم صلاحیت خود باشد؛ مثلاً در دعوی گامبیا علیه میانمار، دولت خواننده مدعی بود اصولاً اختلافی میان دو دولت وجود ندارد و اگر اختلافی هم وجود داشته باشد، این اختلاف از سوی گامبیا به نمایندگی از سازمان همکاری اسلامی^{۳۹} اقامه شده، ضمن این‌که خواننده معتقد است حق شرط این دولت به ماده (۸) مانع اعمال صلاحیت دیوان می‌شود. با وجود این سه ایراد، دیوان ناچار شد برای بررسی موضوع صلاحیت علی‌الظاهر، به تفصیل بیشتری پردازد. در این جا ماهیت منع ژنوسید به عنوان حقوق مورد ادعا در این پرونده موجب شد آستانه احراز موارد اختلافی میان طرفین در این مرحله نیز مؤثر واقع شود.

34. Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1145 et seq.

35. Miles, *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*.

36. Prima Facie Jurisdiction.

37. Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1164.

38. *Gambia vs. Myanmar* (2020): para 19.

39. Organisation of Islamic Cooperation (September 25, 1969).

میانمار در این میان معتقد بود گامبیا نه از طرف خود، بلکه به نمایندگی از طرف سازمان همکاری اسلامی طرح دعوا کرده، ضمن این که از زمان اطلاع گامبیا به میانمار، فرصت کافی برای ارائه پاسخ به ادعاهای گامبیا وجود نداشته است و از این رو اختلافی بین طرفین وجود ندارد و دیوان فاقد صلاحیت می باشد.^{۴۰} گامبیا در ادامه اظهار می دارد که قبل از ثبت دادخواست، اقدامات اخیر میانمار را به عنوان نقض تعهدات آن کشور طبق کنوانسیون ژنوسید به اطلاع میانمار رسانده، اما میانمار آن را رد کرده و با هر پیشنهادی برای مذاکره مخالفت نموده است.^{۴۱} از طرف دیگر، دیوان ادعای میانمار را در طرح دعوا به عنوان نمایندگی از سازمان همکاری اسلامی در معنای دورزدن ماده (۳۴) اساسنامه پذیرفت و اعلام کرد که حمایت سایر کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی، مانع وجود اختلاف بین طرفین در خصوص کنوانسیون ژنوسید نمی شود.^{۴۲}

در خصوص حق شرط میانمار به ماده (۸) کنوانسیون نیز دیوان معتقد است گرچه فحوای ظاهری مواد مربوطه حاکی از آن است که میانمار در مورد امکان دعوت از ارکان ملل متحد (از جمله دیوان) جهت اتخاذ اقداماتی برای پیش‌گیری و سرکوب ژنوسید حق شرط وارد کرده، اما معنای ماده (۹) نشان می‌دهد که کارکرد و ماهیت مواد (۸) و (۹) متفاوت از یکدیگرند و در صورتی که میانمار مایل به استثنای صلاحیت دیوان می‌بود، باید به این ماده حق شرط وارد می‌نمود.^{۴۳}

از طرف دیگر، دیوان برای احراز وجود اختلاف بین طرفین به اظهارات گامبیا در نشست مجمع عمومی اشاره می‌کند که در آن، گامبیا به آمادگی برای تلاش مشترک جهت ارجاع موضوع روهینگیا به دیوان بین‌المللی دادگستری خبر داده است. در مقابل، میانمار اظهارات هیئت حقیقت‌یاب را مغرضانه و دارای نقص توصیف کرده است. از این رو دیوان با توجه به اختلاف دیدگاه‌ها و اظهارات طرفین نتیجه می‌گیرد که اظهارات طرفین در مجمع عمومی نشان از وجود اختلاف نظر در مورد وقایع جاری درباره روهینگیا دارد.^{۴۴} دیوان در فرازی از تصمیم خود به ماهیت منع ژنوسید به عنوان عنصری برای احراز وجود اختلاف می‌پردازد: «در پرتو شدت [اقدامات] ادعایی [گامبیا]... نبود هیچ‌گونه پاسخی از سوی میانمار [در برابر گزارش‌های هیئت‌های حقیقت‌یاب شورای حقوق بشر و دیدگاه گامبیا قبل از طرح دعوا در مورد

40. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 21-24.

41. Gambia vs. Myanmar (2020): para 22.

42. Gambia vs. Myanmar (2020): para 25.

43. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 32-36.

44. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 22, 28.

نقض کنوانسیون از سوی میانمار] اماره دیگری مبنی بر وجود اختلاف است.^{۴۵} به عبارت دیگر، شدت و قبح ذاتی عمل ژنوسید از نظر دیوان به حدی است که مستلزم پاسخ میانمار بوده و این بی‌توجهی و عدم پاسخ‌گویی میانمار نشان از وجود اختلاف دارد. در واقع دیوان در این مرحله، آستانه احراز اختلاف را برخلاف برخی پرونده‌های دیگر که به دلیل عدم احراز اختلاف، آن‌ها را رد نمود، بسیار پایین در نظر گرفت؛ مثلاً درحالی‌که دیوان، دیدگاه‌های تبادل‌شده میان میانمار و گامبیا را در جلسه مجمع عمومی سازمان ملل در خصوص وضعیت میانمار به عنوان اماره‌ای بر وجود اختلاف قلمداد می‌کند،^{۴۶} اما در پرونده جزایر مارشال، وضعیت مشابه جزایر مارشال در نشست بازمینی معاهده عدم اشاعه هسته‌ای را در قبال انفعال دولت‌های بریتانیا، هند و پاکستان در قبال پایان‌دادن به رقابت‌های تسلیحاتی هسته‌ای، واجد چنین اثری قلمداد نمی‌نماید.^{۴۷}

از طرف دیگر، دیوان بدون بررسی جزئی حقایق پرونده، از جمله قصد ارتکاب ژنوسید یا حتی امکان ارتکاب اقدامات ادعایی گامبیا، با صرف تکیه بر گزارش‌های هیئت‌های حقیقت‌یاب شورای حقوق بشر و بدون ورود جزئی به حقایق از طرف خود، برخی اعمال ادعایی گامبیا را برای داخل‌بودن اقدامات موردنظر در معنای کنوانسیون ژنوسید کافی می‌داند؛^{۴۸} یعنی بیان بسیار موجز و کلی که به نظر می‌رسد حتی برای مرحله صدور دستور موقت نیز چندان کافی نباشد. با این حال، ماهیت حقوق مورد بحث در این پرونده به نحوی است که دیوان را برای بررسی و تحلیل حقایق بی‌نیاز نموده است.

قسمت دوم) خطر ورود زیان جبران‌ناپذیر و فوریت

دلیل اصلی صدور دستور موقت، خطری است که ممکن است به واسطه زیان جبران‌ناپذیر در خصوص حقوق مورد بحث در مرحله صدور دستور موقت وجود داشته باشد. در این پرونده، دیوان ارتباط وثیق موجود میان دو عنصر خطر زیان جبران‌ناپذیر و عنصر فوریت را به شکلی بارز نشان می‌دهد. به دیگر سخن، نتیجه منطقی خطر زیان جبران‌ناپذیر، وجود فوریتی است که در

45. Gambia vs. Myanmar (2020): para 28.

46. Gambia vs. Myanmar (2020): para 27.

47. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, Marshall Islands v. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports (2016): paras 44, 50, 51.

48. Gambia vs. Myanmar (2020): para 30.

صورت عدم اقدام دیوان می‌تواند به مخدوش شدن حقوق مورد ادعا و وخامت اوضاع و احوال مربوط به پرونده منجر شود.^{۴۹}

در بحث ما، دیوان برای نشان دادن زیان جبران‌ناپذیر به ماهیت حقوق گروه مورد حمایت کنوانسیون ژنوسید، یعنی جامعه روهینگیا در استان راخین میانمار توجه می‌نماید. در واقع اثر ماهیت منع ژنوسید به نحوی است که خودبه‌خود خطر زیان جبران‌ناپذیر را در ازای ارتکاب هر یک از عناصر مادی بر شمرده در کنوانسیون به همراه دارد. به همین دلیل دیوان معتقد است «از منظر ارزش‌های بنیادینی که قرار است توسط کنوانسیون ژنوسید مورد حمایت قرار گیرد، دیوان بر این عقیده است که حقوق مورد بحث در این رسیدگی، خصوصاً حقوق گروه روهینگیا در میانمار و اعضای آن، جهت حمایت در برابر کشته‌شدن و سایر اقدامات موجب تهدید موجودیت آن‌ها از چنان ماهیتی برخوردارند که مخدوش نمودن آن‌ها می‌تواند منجر به ورود زیان جبران‌ناپذیر شود.»^{۵۰} دیوان در ادامه این گزاره به فرازهایی از گزارش هیئت حقیقت‌یاب چون کشتار و تجاوز و سایر خشونت‌های جنسی در مقیاس گسترده اشاره می‌نماید تا بدین ترتیب حقایق موجود در عمل را نیز به عنوان توجیه جبران‌ناپذیر بودن زیان ناشی از ارتکاب ژنوسید مطرح نماید. از این رو دیوان بر «آسیب‌پذیری» گروه روهینگیا در برابر این اقدامات تأکید می‌ورزد.^{۵۱}

اثر دیگر ماهیت منع ژنوسید که در این پرونده به‌خوبی نمایان شده، آن‌جاست که دولت میانمار در برابر دیوان اظهار می‌دارد که این دولت در صدد برآمده است تا اقدامات لازم را برای بازگرداندن آوارگان روهینگایی از کشور بنگلادش انجام دهد. برنامه دیگر این دولت، ترویج سازش قومی، صلح و برقراری ثبات در استان «راخین» است. تعقیب و مجازات اعضای ارتش این کشور که مرتکب نقض قواعد حقوق بشردوستانه و حقوق بشر شده‌اند، اقدام دیگری است که میانمار آن را به عنوان اقدامات جبرانی در این خصوص برمی‌شمرد.

به نظر می‌رسد اقداماتی در این سطح و حتی کمتر از آن در پرونده‌های دیگر که نزد دیوان جهت صدور دستور موقت انجام داده شده بود، دیوان را مجاب کرد تا به صدور دستور موقت

49. Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1164.

50. Gambia vs. Myanmar (2020): para 70.

51. Gambia vs. Myanmar (2020): para 72.

قاضی ترینداد معتقد است استناد به آسیب‌پذیری بسیار فراوان گروه انسانی مورد بحث، عاملی کلیدی در صدور دستور موقت بوده است.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade (2020): paras 62, 72.

اقدام ننماید،^{۵۲} اما دیوان در این پرونده معتقد است کمیّت و کیفیت اقدامات برشمرده از سوی میانمار در برابر احتمال و امکان ورود آسیب به حقوق آسیب‌پذیر مردم روهینگیا کافی نیست. به عبارت دیگر، نه‌تنها دیوان این اقدامات را برای شناسایی و تضمین حقوق مردم روهینگیا کافی نمی‌داند، بلکه در عمل نیز چنین بهبودی‌ای را در اوضاع جاری در این کشور، خصوصاً با استناد به قطعنامهٔ مجمع عمومی در دسامبر ۲۰۱۹م مشاهده نمی‌کند.^{۵۳}

بنابراین، دیوان آستانهٔ «گستره، کمیّت و کیفیت اقدامات جبران‌ساز برای جمعیت در معرض ژنوسید» را چنان بالا می‌داند که حتی اقدامات انجام‌داده‌شده و در حال انجام‌داده‌شدن میانمار را برای توجیه دیوان جهت صدور دستور موقت کافی قلمداد نمی‌کند. در واقع دلیل این آستانهٔ بالا، ماهیت حقوق مورد بحث در این پرونده است، به نحوی که کمیّت و کیفیت و گسترهٔ اقدامات جبرانی باید طوری باشد که خطر هر گونه ارتکاب عناصر مادی از جمله تهدید موجودیت گروه مورد حمایت را به شکلی کنترل‌شده و تضمین‌شده دفع نماید.

قسمت سوم) شرط صحت^{۵۴} و ارتباط میان حقوق مورد ادعا و اقدامات درخواست‌شده برای دستور موقت

دیوان در تصمیم دستور موقت گامبیا علیه میانمار به دو شرط بالا به‌طور هم‌زمان رسیدگی نمود. به همین دلیل، ما نیز در این قسمت به این دو شرط به‌صورت هم‌زمان می‌پردازیم، چراکه ارتباط وثیقی میان این دو شرط به لحاظ احراز حقوق مورد ادعا وجود دارد.

معیار صحت در زمان بررسی درخواست صدور دستور موقت در پروندهٔ بلژیک علیه سنگال در سال ۲۰۰۹م مطرح گردید. براساس این معیار، دیوان باید متقاعد شود حقوق مورد ادعای خواهان دستور موقت در حقوق بین‌الملل وجود دارد. در واقع نه‌تنها حق باید موجود باشد، بلکه باید اعمال‌شدنی نیز باشد؛ مثلاً اگر حق تعلیق شده یا بر اثر تصمیم شورای امنیت، جلوی اجرای آن گرفته شده باشد، اعمال‌شدنی تلقی نمی‌شود.^{۵۵}

52. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal, Provisional measures (2009): para 71.

53. Gambia vs. Myanmar (2020): para 73.

54. Plausibility.

55. Robert Kolb, "Digging Deeper into the "Plausibility of Rights"-Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ," *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 19 (November 2020): 337.

این شرط در رویه قضائی بعدی دیوان تحول دیگری یافت و دیوان در برخی پرونده‌ها در کنار معیار موجود بودن حق مورد ادعا، احتمال نقض حق مورد نظر را نیز به عنوان معیار ثانویه به قلمرو شرط صحت وارد نمود،^{۵۶} هرچند این خطر وجود دارد که دیوان برای احراز نقض حداقلی حقوق مورد ادعا در مرحله دستور موقت در عمل وارد مرحله ماهوی دعوا شود.^{۵۷} بنابراین ممکن است مرز باریکی میان این دو موضوع وجود داشته باشد.

فلسفه ایجاد چنین شرطی برای صدور دستور موقت آن بود تا دیوان قدرتمتینی را از افق موفقیت برای ادعاهای خواهان در پرونده پیش رو احراز نماید. در غیر این صورت، صدور دستور موقت در این مرحله و احتمال رو به یقین در مرحله ماهوی مبنی بر رد ادعاهای خواهان می‌تواند موجب اتلاف وقت دیوان و طرفین دعوا و حتی سوء استفاده از حق از سوی طرف متقاضی صدور دستور موقت قلمداد شود. بنابراین اگر دیوان تشخیص دهد هدف خواهان صدور دستور موقت، سوء استفاده از حق باشد، می‌تواند آستانه معیار صحت را برای احراز بالا در نظر گیرد.^{۵۸} از این رو احراز این شرط اهمیت زیادی دارد، هرچند تدقیق در این شرط، نشان می‌دهد امکان ورود ماهوی دیوان در مرحله صدور دستور موقت نیز وجود دارد، زیرا چه بسا دیوان در راستای احراز افق موفقیت، وارد مباحثی شود که باید در مرحله ماهوی و نهایی رأی بدان‌ها پرداخته شود. این چالشی است که برخی حقوق دانان بدان توجه کرده‌اند.^{۵۹}

ارتباط میان حقوق مورد ادعا و درخواست دستور موقت نیز موضوعی است که همواره در رویه دیوان مورد توجه بوده است. در واقع نوعی ارتباط منطقی میان حقوق مورد ادعا در پرونده و

۵۶. از این رو برخی به درستی معیار صحت را به دو قسمت تقسیم کردند: صحت حقایق پرونده و صحت حقوق مورد ادعا در پرونده. Massimo Lando, "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law* 31 (May 2018): 650 et seq.

۵۷. Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1149.

۵۸. Kolb, "Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights'", 381.

مثلاً خواهان‌هایی که در پی کسب دستور موقت در پرونده‌های مربوط به مخاصمات مسلحانه بودند، در وضعیت‌هایی قرار داشتند که از نظر نظامی، بازنده تلقی می‌شدند و برای برگرداندن وضعیت موجود، به طرح دعوا در دیوان و درخواست دستور موقت متوسل می‌شدند. از طرف دیگر، توسل به طرح دعوا و درخواست دستور موقت می‌تواند آخرین جبران‌ساز یا موقتی برای جلوگیری از تداوم مخاصمه باشد.

Gentian Zyberi, "Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations," *Leiden Journal of International Law* 23, (July 2010): 577, 582.

از نظر نویسندگان شرح اساسنامه دیوان، توسل به دستور موقت می‌تواند ابزاری تاکتیکی برای خواهان دستور موقت جهت رسیدن به موفقیت موقتی باشد، بی‌آن‌که مبانی حقوقی مستحکمی در اصل دادخواست وجود داشته باشد.

Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1166; Zyberi, "Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations", 67.

۵۹. Kolb, "Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights'", 381.

درخواست صدور دستور موقت وجود دارد، بدین شکل که نمی‌توان از دیوان، درخواست حمایت از حقوقی را داشت که ارتباطی با حقوق مورد ادعا در دادخواست ندارند. این نکته در پرونده «رای داوری ۳۱ جولای ۱۹۸۹م» مطرح گردید. گزینه‌بسیانو در مقام خواهان دعوا از دیوان درخواست کرد تا در مورد فعالیت‌های در حال انجام‌داده‌شدن در حوزه دریایی موردنظر طرفین، دستور موقت صادر کند. دیوان این درخواست را رد کرد، زیرا موضوع اصلی اختلاف ارجاع‌داده‌شده از سوی خواهان، در مورد وجود و اعتبار رای داوری ۳۱ جولای ۱۹۸۹م بوده است.^{۶۰}

دیوان در پرونده مورد بحث ما معتقد است میانمار حقوق مورد ادعای گامبیا در کنوانسیون ژنوسید را به چالش نکشیده است.^{۶۱} از این رو دیوان ضمن برشمردن تعهدات دولت‌ها ذیل کنوانسیون مزبور اعلام می‌کند که حمایت از اعضای گروه مورد حمایت کنوانسیون، تعهد دولت‌ها به حمایت از آن‌ها و حق سایر دولت‌های عضو کنوانسیون به بی‌گیری اجرای تعهدات ناشی از آن، سه ضلع مثلث تعهداتی کنوانسیون را تشکیل می‌دهد.^{۶۲} باین حال، میانمار معتقد است آنچه در خصوص شرط صحت باید مدنظر قرار گیرد، حقایق مرتبط با پرونده است، زیرا براساس ادله‌ای که تاکنون به دیوان ارائه شده، وجود قصد ارتکاب ژنوسید از سوی دولت میانمار به عنوان عنصر محوری تعریف ژنوسید به اثبات نرسیده است.^{۶۳} به همین دلیل میانمار معتقد است ویژگی «شدت استثنایی»^{۶۴} جرم ژنوسید موجب می‌شود به وجود قصد ارتکاب ژنوسید نیز توجه ویژه‌ای

60. Arbitral Award of July 31, 1989, Guinea-Bissau v Senegal, Provisional Measures, ICJ Reports (1990): paras 26-27.

۶۱. برای مشاهده انتقاد قاضی ترینداد از معیار صحت

Separate opinion of Judge Cançado Trindade (2020): para 76.

در نقطه مقابل، برخی حقوق‌دانان با بررسی رویه دیوان در زمان صدور دستور موقت، معتقدند هر زمان دیوان در خصوص موضوعاتی با طبع حقوق بشر یا حقوق بشردوستانه وارد بررسی صدور دستور موقت شده است، نه دیوان، بلکه سایر محاکم بین‌المللی، معمولاً می‌کوشند گزینه‌ای را انتخاب کنند که جلوی وخامت اوضاع را بگیرد و به‌طور مشخص، در رویه دیوان، چالشی بر سر صدور دستور موقت وجود نداشته است.

Miles, *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, 352; Yoshiyuki Iwamoto, "The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law* 15, (June 2002): 387.

ضمن این که برخی حقوق‌دانان معتقدند استاندارد مناسب برای احراز شرط صحت در صدور دستور موقت، «فقدان ادعاهای حقوقی بی‌پایه‌و‌اساس و سطحی» می‌باشد.

Kolb, "Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights'", 364.

62. *Gambia vs. Myanmar* (2020): para 50.

۶۳. ستار عزیز، «عناصر جرم ژنوسید در رای ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللی دادگستری و رویه دادگاه‌های ویژه بین‌المللی کیفری»، *مجله حقوقی بین‌المللی* ۲۴، شماره ۳۶ (بهار و تابستان ۱۳۸۶): ۳۰-۳۳؛

Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008): 137.

64. Exceptional Gravity.

صورت گیرد، به طوری که در صورت عدم اثبات چنین قصدی، عناصر جرم ژنوسید نیز به طور کامل محقق نخواهد شد.

از نظر میانمار، گامبیا نتوانسته است ادله کافی و متقنی مبنی بر وجود قصد ارتکاب ژنوسید به دیوان ارائه کند.^{۶۵} جدای از استدلال میانمار، آنچه به خوبی از دیدگاه این کشور برمی آید آن است که این دولت نیز بر ویژگی «شدت استثنایی» جرم ژنوسید وقوف کامل دارد و به سبب همین ویژگی خاص که آن را در میان سایر جرایم بین المللی به لحاظ قبح عمل (أم الجرائم) متمایز کرده، معتقد است معیار صحت باید از منظر این شدت استثنایی ارزیابی گردد.

دیوان در مورد حقایق پرونده که بخشی از شرط صحت را در خصوص احتمال نقض ارتکاب یافته تشکیل می دهد، معتقد است قطعنامه های مرتبط مجمع عمومی سازمان ملل و گزارش های هیئت حقیقت یاب در مورد این موضوع در سال های ۲۰۱۸ و ۲۰۱۹ م به نحو کافی نشان می دهد.^{۶۶} حقوق مورد ادعای گامبیا دارای صحت لازم برای صدور دستور موقت می باشد و بحث ویژگی «شدت استثنایی» ادعاها که از سوی میانمار مطرح شده است، به تنهایی نمی تواند عنصر کافی برای وجود قصد ارتکاب ژنوسید در این مرحله از رسیدگی قلمداد شود.^{۶۷} در واقع احراز وجود قصد مزبور، موضوعی است که نیازمند تدقیق و تفصیل بیشتر است و باید در مرحله ماهوی پرونده بدان پرداخته شود.^{۶۸}

در خصوص ارتباط میان اقدامات خواسته شده از سوی گامبیا و حقوق مورد نظر در این پرونده، دیوان معتقد است میانمار ارتباط میان این حقوق و درخواست های گامبیا را رد نمی کند، اما در خصوص مورد ششم از درخواست های گامبیا اعتراض دارد.^{۶۹} دیوان نیز اعلام می کند جدای از

65. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 47-48.

66. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 53, 55.

67. ARSIWA (2001): Art 40 (8).

68. Gambia vs. Myanmar (2020): para 56.

این در حالی است که قاضی ژبو و قاضی اختصاصی کرش به لزوم احراز قصد ارتکاب ژنوسید با توجه حقایق حاکم بر پرونده تأکید داشتند.

Declaration of Judge ad hoc Kress (2020): para 2; Separate opinion of Vice-President Xue (2020): para 3.

۶۹. درخواست های گامبیا عبارتند از: انجام دادن تمام اقدامات لازم برای اجرای تعهدات ناشی از کنوانسیون ژنوسید، تعهد میانمار به اتخاذ اقداماتی مبنی بر پیش گیری و عدم ارتکاب ژنوسید از سوی گروه ها و افرادی نظامی و غیر نظامی مرتبط با یا تحت کنترل این کشور، عدم امحا یا غیر قابل دسترس نمودن ادله مربوط به وقایع مرتبط با پرونده، اتخاذ اقداماتی برای عدم وخامت اوضاع از سوی هر دو طرف دعوا، ارائه گزارش گامبیا و میانمار به دیوان در راستای اجرای اقدامات مندرج در دستور موقت دیوان و همکاری و ارائه دسترسی به گروه های حقیقت یاب ملل متحد توسط میانمار. ن.ک:

Gambia vs. Myanmar (2020): para 12.

تأثیر ماهیت قاعده منع ژنوسید در صدور دستور موقت / عابدینی و بهری خیابوی ۲۲۵

درخواست ششم گامبیا می‌توان ارتباطی را میان پنج درخواست دیگر این کشور با حقوق موردنظر در پرونده برقرار نمود.^{۷۰}

چنان‌که از این دو شرط نیز برمی‌آید، در کنار رعایت ضوابط جاری در رویه قضائی، اثر ماهیت تعهد به منع ژنوسید، توانسته است دیوان را قانع کند تا به تعیین آستانه پایین برای احراز شرط صحت و ارتباط با حقوق مورد ادعا و اقدامات درخواستی گامبیا مبادرت ورزد. دیوان در پرتو «شدت اثر» جرم ژنوسید که مورد تأیید میانمار نیز بوده است، صرف اتکا بر قطعنامه‌های مجمع عمومی و گزارش‌های هیئت‌های حقیقت‌یاب را برای احراز حقایق مرتبط با پرونده در مرحله احراز حقایق مرتبط با شرط صحت کافی می‌داند.^{۷۱} جدای از ویژگی عدم تفصیل مرحله رسیدگی به دستور موقت، ویژگی شدت جرم ژنوسید نیز در پایین آوردن آستانه احراز حقایق منجر به نقض حقوق مورد ادعای دولت خواهان، مؤثر بوده است. این در حالی است که دیوان در پرونده‌های دیگر به نقض احتمالی حقوق مورد ادعا حساسیت بیشتری نشان داده است.^{۷۲} در مواقعی که حقوق مورد ادعا در وضعیت اضطراری و ناپایداری قرار دارد و فوریت ایجاب می‌کند تا دستور موقت به سرعت صادر شود، کیفیت و نحوه بررسی ادله می‌تواند دست‌خوش عنصر ضرورت و فوریت در تصمیم‌گیری شود،^{۷۳} موضوعی که در این پرونده نیز شاهد آنیم.

از سوی دیگر، دیوان با احراز ارتباط میان اقدامات درخواستی گامبیا و حقوق مورد ادعا، یعنی تعهد به منع ژنوسید، درخصوص پنج مورد از شش مورد درخواست گامبیا نظر مثبت خویش را اعلام کرد. هرچند به نظر می‌رسد دیوان می‌توانست به احراز مورد ششم نیز در پرتو ویژگی خاص و شدت جرم ژنوسید توجه بیشتری نماید، اما به نظر می‌رسد اقتدار دیوان مانع از آن شد تا به تمام درخواست‌های گامبیا پاسخ مثبت دهد. حتی درخصوص درخواست پنجم گامبیا مبنی بر ارائه گزارش هر دو طرف دعوا نیز دیوان در قالب اعمال اقتدار خویش، تنها به ارائه گزارش از سوی میانمار و اظهار نظر گامبیا درخصوص آن گزارش اکتفا می‌نماید.^{۷۴}

70. Gambia vs. Myanmar (2020): paras 59-63.

71. Iwamoto, "The Protection of Human Life", 357, 363.

72. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Ukraine v. Russian Federation (2017): paras 75-76.

73. Kolb, "Digging Deeper into the 'Plausibility of Rights'", 382.

74. Gambia vs. Myanmar (2020): para 86 (4).

مبحث سوم) سِمَت گامبیا در اقامه دعوا

از چالش‌هایی که میانمار مطرح می‌نماید، موضوع سِمَت گامبیا در طرح دعواست. نتیجه مثبت اعتراض مزبور آن بود که این مسئله به عنوان مصداق عملی به تبیین هر چه بیشتر و بهتر ماده (۴۸) طرح مسئولیت دولت منجر شد. میانمار معتقد است گامبیا به عنوان دولت غیرزیان‌دیده، هیچ ارتباطی با این پرونده ندارد، درحالی‌که بنگلادش به دلیل سیل پناهندگان روهینگیایی، سِمَت مقبولی برای ورود به این دعوا داشت.^{۷۵}

دیوان در پاسخ، ضمن تأیید دیدگاه گامبیا مبنی بر منفعت حقوقی این دولت در قالب مفهوم «تعهد عام‌الشمول ناشی از معاهده»، به توضیح بیشتر این مطلب در پرتو رویه قضائی خویش می‌پردازد. دیوان ضمن اشاره به آورده خود در نظر مشورتی سال ۱۹۵۱م^{۷۶} درخصوص حق شرط بر کنوانسیون ژنوسید، اظهار می‌دارد که هدف این سند، منفعت مشترکی است که نه در قالب تبادل منافع شخصی میان دولت‌های عضو آن به شکل توازن قراردادی، بلکه آرمان‌های بلندی است که در بستر اراده دولت‌های عضو و متعهدنمودن آن‌ها به پیش‌گیری و مجازات ژنوسید، آحاد بشر را از آن منتفع می‌نماید.^{۷۷}

ازاین جهت دیوان همه دولت‌های عضو را در اجرای این تعهد، ذی‌نفع می‌داند و ضمن اشاره به مورد مشابه دعوای «محاكمه کن یا مسترد بدار»^{۷۸} در سال ۲۰۱۲م میان بلژیک و سنگال، معتقد است تعهدات ناشی از کنوانسیون منع شکنجه که موضوع اصلی این پرونده بود، «شبییه»^{۷۹} تعهدات مندرج در کنوانسیون ژنوسید می‌باشد. از نظر دیوان، مانند آورده این پرونده، تمام دولت‌های عضو کنوانسیون ژنوسید و نه فقط دولت زیان‌دیده می‌توانند به مسئولیت دولت دیگر عضو در قالب پی‌گیری قصور از اجرای تعهدات عام‌الشمول ناشی از معاهده استناد نمایند و خواهان پایان‌دادن به نقض آن شوند.^{۸۰}

75. Gambia vs. Myanmar (2020): para 39.

76. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951): 23.

77. Gambia vs. Myanmar (2020): para 41.

78. معادل اصطلاح لاتین این عبارت *aut dedere aut Judicare* می‌باشد.

در مسیر مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جنایات بین‌المللی و پیشگیری از ارتکاب آن جرایم، دولت‌ها متعهد هستند تا متهمان این جنایات را تحت تعقیب قرار دهند و در غیر این صورت، به درخواست استرداد دولت‌های دیگر برای محاکمه آن متهمان، پاسخ مثبت دهند. تعهد به محاکمه یا استرداد، صرف‌نظر از ماهیت فراسرزمینی جرم یا تابعیت متهمان یا بزه دیده‌ها می‌باشد.

79. Similar.

80. Gambia vs. Myanmar (2020): para 4; Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, Marshall Islands v. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports (2016): para 44.

تأثیر ماهیت قاعده منع ژنوسید در صدور دستور موقت / عابدینی و بهری خیابوی ۲۲۷

از این جهت دیوان، گامبیا را به صورت علی الظاهر دارای سِمَت لازم برای طرح دعوا در این پرونده تلقی می کند.^{۸۱}

به طور کلی حق اقامه دعوا در دیوان به دو شکل متصور است: نخست این که آیا خواهان، مطابق اساسنامه در قالب صلاحیت شخصی دیوان قرار می گیرد؟ دوم این که آیا خواهان در دعوی مزبور از منفعت حقوقی لازم جهت طرح دعوا برخوردار است؟ جدای از امکان استناد طرفین دعوا به ایرادداشتن سِمَت، دیوان نیز در رویه خود نشان داده است که می تواند در صورت لزوم وارد مقوله سِمَت اقامه کننده دعوا شود.^{۸۲}

ماهیت عام الشمول یا آمره، قاعده کیفیتی است که در قالب قاعده اولیه به صورت پذیرش و شناسایی جامعه بین المللی دولت ها در کل به وجود می آید و در بحث آثار قاعده متبلور می شود، به نحوی که حتی دولت های غیر زیان دیده نیز می توانند به واسطه ماهیت قواعد مورد بحث، به مسئولیت دولت متخلف استناد نمایند. به این نکته در ماده «۴۸» طرح مسئولیت دولت ها توجه شده است، هر چند دیوان در دستور موقت مورد بحث، اشاره ای به این ماده ندارد؛ شاید دیوان ترجیح داده است در این مورد در مرحله ماهوی به تفصیل سخن گوید.

هر چند دیوان در پرونده «محاكمه کن یا مسترد بدار» به ماهیت قاعده منع شکنجه و ایجاد تعهد عام الشمول ناشی از معاهده توجه دارد، اما به نظر می رسد ماهیت قاعده منع ژنوسید در خصوص سِمَت در طرح دعوا در این پرونده، تجلی بهتر و بیشتری دارد، زیرا در پرونده «محاكمه کن یا مسترد بدار» تعدادی از اتباع دولت «چاد» با تابعیت مضاعف بلژیکی علیه «هایره» در محاکم بلژیک طرح دعوا نمودند. از این رو ارتباط حداقلی میان بلژیک به عنوان دولت زیان دیده مستقیم و عدم محاکمه یا استرداد «حسن هابره»^{۸۳} از سوی سنگال قابل تصور است.^{۸۴} این موضوع مورد توجه قاضی ژینو نیز بوده است،^{۸۵} در حالی که در قضیه گامبیا علیه میانمار چنین حداقلی نیز به چشم نمی آید و طرح دعوی گامبیا در خصوص ژنوسید در میانمار، آینه تمام نمای استناد به مسئولیت دولت متخلف از سوی دولت غیر زیان دیده است.

81. Gambia vs. Myanmar (2020): para 42.

82. Giorgio Gaja, "Standing: International Court of Justice (ICJ)," In *Max Planck Encyclopedia of International Law*, ed. Rudiger Wolfrum (2018), 26-27.

83. Hissène Habré.

84. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal (2012): 19.

85. Separate opinion of Vice-President Xue (2020): para 4.

نتیجه‌گیری

دعوی گامبیا علیه میانمار را می‌توان در یک چشم‌انداز، الگویی عملی برای دعاوی آینده در دیوان در نظر گرفت. بر این اساس، دولت‌های عضو معاهده دارای قید ارجاع به دیوان می‌توانند در قالب مفهوم «تعهد عام‌الشمول ناشی از معاهده» در مورد اجرای تعهدات معاهده‌ای از سوی سایر دولت‌های عضو معاهده پس از طی سایر طرق حل و فصل اختلاف، در دیوان طرح دعوا نمایند. دعوی باژیک علیه سنگال و جزایر مارشال علیه دولت‌های هسته‌ای، نمونه‌های اولیه در این مسیر قلمداد می‌شوند، اما دعوی گامبیا علیه میانمار، نمونه کاملی از طرح دعوی دولت غیرزیان‌دیده از نقض (زیان‌دیده غیرمستقیم) قلمداد می‌گردد.^{۸۶}

به دعوی مزبور می‌توان از منظر دیگری توجه نمود و آن هم این که دیوان در مرحله ماهوی به نتیجه‌ای مشابه دو پرونده بوسنی و کرواسی علیه صربستان خواهد رسید. دلیل این امر آن است که احراز قصد ارتکاب ژنوسید از سوی دولت خواننده، چنان آستانه بالایی دارد که در مرحله اثبات ادله، نیازمند احراز حقایق ذی‌ربط است، به نحوی که در این دو پرونده، ادله ارائه‌شده از سوی خواهان‌ها نتوانست چنین قصدی را برای دیوان اثبات نماید. اثبات چنین آستانه‌ای نیازمند دلایل کافی و متقن و ارتباط مستقیم و مستمر میان دولت متخلف و اعمال مرتبط در خصوص ارتکاب ژنوسید، از جمله پیش‌گیری، عدم ارتکاب و تشویق و تبانی برای ژنوسید می‌باشد. از این منظر نیز ممکن است شاهد نتیجه‌ای مشابه این دو پرونده باشیم.

در نقطه مقابل، دیوان در قرار مورخ ۲۳ ژانویه، آستانه پایینی را برای احراز شروط لازم برای صدور دستور موقت در نظر گرفت. جدای از این مسئله که دیوان سعی دارد به اقتضای دستور موقت به اختصار به بررسی تأمین شروط ذی‌ربط بپردازد، ماهیت حقوق مورد ادعا در دستور موقت نیز در آستانه احراز این شروط به‌طور کامل اثرگذار بود. این در حالی است که در پرتو همین ماهیت قاعده منع ژنوسید، تمام قضات دیوان در این قضیه و حتی قاضی اختصاصی میانمار نیز به نفع اقدامات خواسته‌شده برای صدور دستور موقت رأی دادند.^{۸۷}

دکترین نیز این مسئله را پذیرفته که احراز موقعیت‌های حقوقی که ذهنی‌اند، مانند جرایم کیفری، نیازمند آستانه بالایی برای احراز می‌باشند، اما در مرحله دستور موقت، اتفاقاً برعکس،

۸۶. قاضی ژيو معتقد است تفسیر دیوان از سیمت گامبیا برای طرح دعوا علیه میانمار براساس ماده «۴۸» طرح مسئولیت دولت، موضوعی است که باید دید در آینده چه رویه‌ای را ایجاد می‌نماید.

Separate opinion of Vice-President Xue (2020): paras 5, 6, 8.

87. Gambia vs. Myanmar (2020): para 86.

این آستانه برای احراز، پایین است.^{۸۸} رویه دیوان نیز مؤید این مسئله است که اگر ماهیت حقوق مورد ادعا واجد وصف ضرر جبران‌ناپذیر باشند، مانند ژنوسید، فعالیت‌های نظامی و آسیب بر تمامیت جسمانی، به صورت کاملاً باز با موضوع دستور موقت برخورد نموده و آستانه پایینی را لحاظ کرده است.^{۸۹}



88. Kolb, "Digging Deeper into the "Plausibility of Rights"-Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ", 371.

89. Oellers-Frahm and Zimmermann, Article 41, 1160.

کتابنامه

الف) کتب و مقالات

الف-۱: فارسی

خسروشاهی، حسن. «نقش قرارهای موقت مراجع قضائی و شبه قضائی بین المللی در حمایت از حقوق بین الملل بشر»، رساله دکترای حقوق بین الملل، قم: پردیس فارابی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸.
عزیزی، ستار. «عناصر جرم ژنوسید در رأی ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین المللی دادگستری و رویه دادگاههای ویژه بین المللی کیفری»، مجله حقوقی بین المللی ۲۴، شماره ۳۶ (بهار و تابستان ۱۳۸۶): ۹-۳۴.
ممتاز، جمشید، شهرام زرنشان، و مسعود علیزاده. «تعهد به عدم مساعدت به حفظ وضعیتی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام ایجاد شده است»، نشریه پژوهش های حقوق تطبیقی ۲۲، شماره ۱ (بهار ۱۳۹۷): ۱۳۵-۱۵۴.

الف-۲: لاتین

- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Gaja, Giorgio. "Standing: International Court of Justice (ICJ)", In *Max Planck Encyclopedia of International Law*, edited by Rudiger Wolfrum, 2018.
- Iwamoto, Yoshiyuki. "The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law* 15, (June 2002): 345-366.
- Kolb, Robert. "Digging Deeper into the "Plausibility of Rights"-Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 19, (November 2020): 365-387.
- Lando, Massimo. "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law* 31, (May 2018): 641-688.
- Lendman, Steve. "Israel's Slow-Motion Genocide in Occupied Palestine", In *The Plight of the Palestinians*, edited by William A. Cook (Berlin: Springer, 2010).
- Miles, Cameron A. *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Oellers-Frahm, Karin, and Andreas Zimmermann. "Article 41", in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, eds. Tams Zimmermann, and Tomuschat Oellers-Frahm. 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019.

- Pauwelyn, Joost. "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?" *European Journal of International Law* 14 (November 2003): 907-951.
- Rosenne, Shabtai. *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Schabas, William. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sicilianos, Linos-Alexander. "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law* 13, (February 2008): 1127-1145.
- Zyberi, Gentian. "Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations", *Leiden Journal of International Law* 23, (July 2010): 571-584.

ب) اسناد

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *The Gambia v. Myanmar*, ICJ Reports (2020).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, ICJ Reports (2007).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports (2015).
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *Ukraine v. Russian Federation* (2017).
- Arbitral Award of July 31, 1989, *Guinea-Bissau v. Senegal*, Provisional Measures, ICJ Reports (1990).
- Armed Activities on the Territory of the Congo, New Application 2002, *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports (2006).
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4.
- Declaration of Judge ad hoc Kress (2020).
- Draft Articles on Responsibility of International Organizations (2011).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries (2001).

LaGrand, Germany v. United States of America, Provisional Measures ICJ Reports (1999).

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, Marshall Islands v. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports (2016).

Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, ICJ Reports (2003).

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (2012). (Belgium v. Senegal).

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal, Provisional measures (2009).

Separate opinion of Judge Cançado Trindade (2020).

Separate opinion of Vice-President Xue (2020).

Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation on the Beginning of Domestic Procedures for the Withdrawal of the Russian Federation from the Treaty on Open Skies, January 15, 2021, https://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/4522563.

Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (1958).