



The Role of the International Court of Justice in the Development of International Humanitarian Laws and Principles; the Israeli Genocide Case

Tahereh Heidari¹, Mohammadreza Hakakzadeh^{2*}, Mohammadtaghi Rezaei³

1. PhD Student of International Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
2. Assistant Professor, Department of International Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
3. Assistant Professor, Department of International Law, Payam Noor University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 583-596

Article history:

Received: 30 Jan 2023

Edition: 4 Apr 2023

Accepted: 10 Jun 2023

Published online: 24 Oct 2023

Keywords:

humanitarian rights, International Court of Justice, genocide, Palestine, Israel.

Corresponding Author:

Mohammadreza Hakakzadeh

Address:

Iran, Qom, Islamic Azad University, Qom Branch, Department of International Law.

Orchid Code:

0000000262260321

Tel:

Email:

Mrhakak@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Aim: The purpose of this article is to examine and explain the role of the International Court of Justice in the development and promotion of humanitarian rights, according to the Court's ruling in the Israeli Genocide case.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

Findings: In certain cases, the International Court of Justice has based its decisions on the principles of international humanitarian law. In these opinions and opinions of the International Court of Justice as well as the opinions of independent judges have played a very effective role in the progress and development of humanitarian rights. The court has repeatedly pointed out in numerous cases that many of the principles and rules of humanitarian law are fundamental, due to their universal nature, they are in force anyway. Although it has faced ups and downs in this regard.

Conclusion: South Africa's lawsuit against Israel is influential in the development of international humanitarian laws and principles in at least two ways; This is the first time that a case the Israeli an international judicial body to deal, and this is the first time that the petitioner, aware of his obligations, has asked the court to make himself the addressee of the court's orders. .

Cite this article as:

Heidari T, Hakakzadeh MR, Rezaei MT. The Role of the International Court of Justice in the Development of International Humanitarian Laws and Principles; the Israeli Genocide Case. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه قوانین و اصول بن‌المللی بشردوستانه؛

پرونده نسل‌کشی اسرائیل

طاهره حیدری^۱، محمدرضا حکاک‌زاده^{۲*}، محمدتقی رضایی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۳. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: هدف مقاله حاضر بررسی و تبیین نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه و ارتقای حقوق بشردوستانه با توجه به رأی دیوان در پرونده نسل‌کشی اسرائیل است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد خاصی تصمیمات خود را بر اساس اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه استوار ساخته است. در این آرا و نظرات دیوان بین‌المللی دادگستری و هم‌چنین نظرات قضات مستقل در پیشرفت و توسعه حقوق بشردوستانه نقش بسیار مؤثری داشته است. دیوان بارها در قضایای متعدد خاطر نشان ساخته بسیاری از اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بنیادین هستند. با توجه به خصیصه عام‌الشمول بودنشان، در هر حال لازم‌الاجرا هستند. هرچند در این خصوص با فراز و فرودهایی نیز مواجه بوده است.

نتیجه: دعوی آفریقای جنوبی علیه اسرائیل دست کم از دو جهت در توسعه قوانین و اصول بین‌المللی بشردوستانه تأثیرگذار است. این نخستین بار است که در یک نهاد قضایی بین‌المللی پرونده‌ای علیه دولت اسرائیل گشوده می‌شود تا به جنایات دولتی علیه مردم فلسطین بپردازد و این نخستین بار است که خواهان با آگاهی از تعهدات خود، از دیوان خواسته تا خودش را هم مخاطب دستورات دیوان قرار دهد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۵۸۳-۵۹۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۱/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

واژگان کلیدی:

حقوق بشردوستانه، دیوان بین‌المللی دادگستری، نسل‌کشی، فلسطین، اسرائیل.

نویسنده مسئول:

محمدرضا حکاک‌زاده

آدرس پستی:

ایران، قم، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، گروه حقوق بین‌الملل.

کد آرکید:

0000000262260321

تلفن:

پست الکترونیک:

Mrhakak@yahoo.com

۱. مقدمه

ارزش حقوقی استدلال‌ها و تصمیمات صادرشده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری برای هر جنبه‌ای از فعالیت‌های انسانی که توسط حقوق بین‌الملل عمومی اداره می‌شود بسیار مهم است. اگرچه هیچ سلسله مراتب رسمی قضایی در بین دادگاه‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی وجود ندارد، دیوان بین‌المللی دادگستری جایگاه ویژه‌ای در عرصه حقوق بین‌الملل دارد و تصمیمات آن معمولاً در مورد مسائل حقوقی که به آن‌ها می‌پردازند، قاطع و معتبر تلقی می‌شوند (شهاب‌الدین، ۱۹۹۶، ۱۱). بنابراین، به دلیل ارزشی که برای آن‌ها قائل است، روش‌ها و نتیجه‌گیری‌های حقوقی دیوان بین‌المللی معمولاً نه تنها تصمیمات سایر دادگاه‌های بین‌المللی؛ بلکه هر بحث مرتبط با حقوق بین‌الملل را هدایت می‌کند (تومکا، ۲۰۱۳، ۲۱۵).

با توجه به اهمیت تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری، وکلای بین‌المللی زمان قابل توجهی را برای مطالعه تأثیر آن‌ها بر جنبه‌های مختلف حقوق بین‌الملل عمومی اختصاص داده‌اند. در مورد حقوق بین‌الملل بشردوستانه مانند سایر حوزه‌های این رشته، ادبیات قابل توجهی وجود دارد که نشان می‌دهد چگونه دیوان به شکل‌دهی چارچوب نظارتی فعلی کمک کرده است (کیسی، ۲۰۱۲؛ چتیل، ۲۰۰۳؛ دوسوالد بک؛ ویت، ۱۹۹۳). اگرچه اکثر پرونده‌هایی که دیوان بین‌المللی دادگستری تصمیم‌گیری می‌کند به مخاصمات مسلحانه مربوط نمی‌شد (جوینر، ۲۰۰۹، ۱۹۸). دیوان در واقع این فرصت را داشته است که در موارد متعددی به حقوق بین‌الملل بشردوستانه مراجعه کند یا به این دلیل که موضوع اصلی در یک پرونده مربوط به حقوق بین‌الملل بشردوستانه است و یا به دلیل اینکه موضوع اصلی این پرونده‌ها همگی درباره حقوق بشردوستانه بوده است. این امر برای دیوان چالش برانگیز بوده است؛ زیرا همان‌طور که کرفی اشاره می‌کند، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی اصلاً با حقوق بین‌الملل بشردوستانه برخورد نکرده است. بنابراین دیوان بین‌المللی دادگستری می‌بایست رویکرد خود را در قبال این مجموعه قوانین بدون هیچ میراثی از خود توسعه دهد. پنج تصمیم به‌ویژه قابل توجه است: (۱) قضاوت کانال کورفو در سال ۱۹۴۹ (۲) فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی ۱۹۸۶ در و علیه قضاوت نیکاراگوئه. (۳)

نظر مشورتی پیامدهای حقوقی ساخت دیوار در سرزمین فلسطین اشغالی در سال ۲۰۰۴ (۴) نظر مشورتی قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶ (۵) تصمیم پرونده نسل‌کشی ۲۰۰۷. در این بین جدیدترین رأی دیوان بین‌المللی دادگستری مربوط به طرح دعوی آفریقای جنوبی علیه اسرائیل در دیوان بین‌المللی دادگستری است. آفریقای جنوبی در ۲۹ دسامبر ۲۰۲۳ درخواستی در ارتباط با نقض کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات نسل‌کشی در نوار غزه توسط اسرائیل را در دفتر دیوان ثبت کرد. عضویت اسرائیل در کنوانسیون منع ژنوسید یکی از منابع تعهدات بین‌المللی این رژیم تلقی می‌شود. بیش از نیم قرن اسرائیل علیه فلسطینیان ساکن سرزمین‌های اشغالی و به‌خصوص ساکنان غزه مرتکب اقداماتی شده است از جمله قتل، صدمه شدید نسبت به سلامت جسمی یا روحی و قرار دادن عمدی فلسطینیان در معرض وضعیت زندگی نامناسب که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی آن‌ها می‌شود. این اقدامات می‌تواند ذیل عناصر مادی جرم ژنوسید طبق ماده ۲ کنوانسیون قرار گیرد. محمود جلالی (۱۳۸۲)، در مقاله‌ای به بررسی نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بشر پرداخته است. همایون حبیبی و سوده شاملو (۱۳۹۲)، در مقاله‌ای، نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بین‌الملل را مورد بررسی قرار داده‌اند. امیری و همکاران (۱۳۹۹)، در مقاله‌ای، تعقیب نقض‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک‌سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان بین‌المللی کیفری را بررسی کرده‌اند. تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام‌شده این است که هدف بررسی این سؤال است که نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه قوانین و اصول بین‌المللی بشردوستانه به‌خصوص در پرونده نسل‌کشی اسرائیل چیست؟ فرضیه مقاله نیز عبارت است از اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری با صدور آرای مختلف از جمله محکومیت اسرائیل به نسل‌کشی در غزه، نقش مهمی در توسعه قوانین و اصول بین‌المللی بشردوستانه داشته است.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

دیوان بین‌المللی دادگستری در موارد خاصی تصمیمات خود را بر اساس اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه استوار ساخته است. در این آرا و نظرات دیوان بین‌المللی دادگستری و نیز نظرات قضات مستقل در پیشرفت و توسعه حقوق بشردوستانه نقش بسیار مؤثری داشته است. دیوان بارها در قضایای متعدد خاطرنشان ساخته بسیاری از اصول و قواعد حقوق بشردوستانه در رابطه با فرد بشری و ملاحظات اولیه بشریت، بنیادین هستند و بدون توجه به معاهدات فی مابین کشورها، با توجه به خصیصه عام‌الشمول بودنشان، در هر حال لازم‌الاجرا هستند. هرچند در این خصوص با فراز و فرودهایی نیز مواجه بوده است.

۵. بحث

تدوین سیستماتیک و توسعه تدریجی حقوق بشردوستانه در معاهدات عمومی چندجانبه در مقایسه با سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل نسبتاً زود آغاز شد (پیکت، ۱۹۸۵، ۲۴؛ بست، ۱۹۹۱، ۲۶). حقوق بشردوستانه معاصر نتیجه یک فرآیند هنجاری طولانی است که منشأ بی واسطه آن به اواخر قرن نوزدهم با حرکت به سمت تدوین قوانین و آداب و رسوم جنگ بر می‌گردد. در نتیجه حقوق بین‌الملل بشردوستانه یکی از مدون‌ترین شاخه‌های حقوق بین‌الملل است. این قانون بسیار اساسی با دو مجموعه قانون مشخص می‌شود: «قانون لاهه» که مقررات آن به محدودیت‌ها یا ممنوعیت ابزارها و روش‌های خاص جنگ مربوط می‌شود و «قانون ژنو» که عمدتاً به حفاظت مربوط می‌شود. قربانیان درگیری‌های مسلحانه، یعنی غیر جنگ‌جویان و کسانی که دیگر در خصومت‌ها

شرکت نمی‌کنند یا دیگر شرکت نمی‌کنند (بوگنیون، ۲۰۰۱، ۹۲۲-۹۰۱). با تصویب پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ که هر دو شاخه حقوق بین‌المللی بشردوستانه را ترکیب می‌کند، این تمایز در حال حاضر عمدتاً تاریخی و آموزشی است. دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در ۸ ژوئیه ۱۹۹۶ در مورد قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای، وحدت اساسی حقوق بین‌الملل بشردوستانه را به صراحت تصدیق می‌کند. این به‌طور قطع روشن می‌کند که این شاخه از حقوق بین‌الملل هم شامل قواعد مربوط به انجام خصومت‌ها و هم قوانینی است که از افراد تحت قدرت طرف مخالف حمایت می‌کند. با این کار، دادگاه تحول تاریخی حقوق بشردوستانه را بازبینی می‌کند: قوانین و آداب و رسوم جنگ، همان‌طور که به‌طور سنتی نامیده می‌شدند، موضوع تلاش‌هایی برای تدوین در لاهه (از جمله کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷) بود و تا حدی بر اساس اعلامیه سن پترزبورگ در سال ۱۸۶۸ به‌عنوان این «قانون لاهه» حقوق و وظایف متخصصان را در انجام عملیات‌هایشان تعیین می‌کرد و انتخاب روش‌ها و ابزارهای آسیب رساندن به دشمن را در یک درگیری مسلحانه بین‌المللی محدود می‌کرد. به این باید «قانون ژنو» (کنوانسیون‌های ۱۸۶۴، ۱۹۰۶، ۱۹۲۹ و ۱۹۴۹) را اضافه کرد که از قربانیان جنگ حمایت می‌کند و هدف آن ایجاد تدابیر امنیتی برای پرسنل نیروهای مسلح از کار افتاده و افرادی است که در خصومت‌ها شرکت نمی‌کنند.

دیوان نتیجه می‌گیرد که این دو شاخه از قانون قابل اجرا در درگیری‌های مسلحانه چنان به هم مرتبط شده‌اند که به تدریج یک سیستم پیچیده واحد را تشکیل داده‌اند که امروزه به-عنوان حقوق بین‌الملل بشردوستانه شناخته می‌شود. مفاد پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ بیانگر و گواهی بر وحدت و پیچیدگی آن قانون است. وحدت زیربنایی حقوق بشردوستانه بین‌المللی مبتنی بر ارزش‌های اساسی بشریت است که بین هر تمدن مشترک است. همان‌طور که قاضی ویرامانتری اشاره می‌کند: «قانون و عرف بشردوستانه قدمت بسیار طولانی دارد. آن‌ها به هزاران سال پیش می‌رسند. آن‌ها در بسیاری از تمدن‌ها، چینی، هندی، یونانی، رومی، ژاپنی، اسلامی، اروپایی مدرن و غیره به کار گرفته شدند. در طول اعصار، بسیاری از

اجرای خصومت‌ها طراحی شده است، تعیین شود. بنابراین اینکه آیا تلفات جانی خاص، از طریق استفاده از یک سلاح خاص در جنگ، محرومیت خودسرانه از زندگی بر خلاف مادهٔ ۶ میثاق تلقی می‌شود، تنها با استناد به قانون لازم‌الاجرا در مخاصمات مسلحانه و نه می‌توان تصمیم گرفت. از مفاد خود میثاق استنباط شده است.»

اساسی برای احترام به شخص انسانی و ملاحظات اولیهٔ انسانیت.

دادگاه بدین ترتیب تأکید می‌کند که حقوق بشردوستانه و حقوق بشر در ارزش‌های اخلاقی اساسی مشترک هستند. با وجود پیشینهٔ تاریخی متفاوت و ویژگی‌های هنجاری خاص خود، دغدغهٔ اصلی هر دو شاخهٔ حقوق بین‌الملل، کرامت انسانی است. آن‌ها از یک منبع سرچشمه می‌گیرند: قوانین بشریت. علاوه بر تصدیق این چارچوب مفهومی مشترک، نظر مشورتی دربارهٔ قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای نیز به درک بهتر تعامل بین معاهدات حقوق بشردوستانه و حقوق بشر کمک می‌کند. در واقع، دیوان هم-گرایی و مکمل بودن حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را تأیید می‌کند و تداوم کاربرد قوانین حقوق بشر در زمان درگیری-های مسلحانه را به رسمیت می‌شناسد: «دیوان متذکر می‌شود که حمایت از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمان جنگ متوقف نمی‌شود؛ مگر با اجرای مادهٔ ۴ میثاق که به-موجب آن برخی مقررات ممکن است در مواقع اضطراری ملی از آن عدول کنند. با این حال، احترام به حق حیات که طبق مادهٔ ۶ میثاق بین‌المللی تضمین شده است، چنین شرطی نیست. اصولاً حق عدم محرومیت خودسرانه از زندگی در خصومت‌ها نیز صادق است. با این حال، آزمون محرومیت خودسرانه از زندگی باید توسط یک قانون خاص قابل اجرا، یعنی قانون قابل اجرا در درگیری‌های مسلحانه که برای تنظیم اجرای خصومت‌ها طراحی شده است، تعیین شود. بنابراین اینکه آیا تلفات جانی خاص، از طریق استفاده از یک سلاح خاص در جنگ، محرومیت خودسرانه از زندگی بر خلاف مادهٔ ۶ میثاق تلقی می‌شود، تنها با استناد به قانون لازم‌الاجرا در مخاصمات مسلحانه و نه می‌توان تصمیم گرفت. از مفاد خود

ایده‌های مذهبی و فلسفی در قالبی که حقوق بشردوستانهٔ مدرن در آن شکل گرفته است، ریخته شده است. آن‌ها نشان-دهندهٔ تلاش وجدان بشری برای کاهش تا حدودی وحشیگری‌ها و رنج‌های وحشتناک جنگ بودند. به زبان یک اعلامیهٔ قابل توجه در این رابطه (اعلامیهٔ سن پترزبورگ ۱۸۶۸)، حقوق بشردوستانهٔ بین‌المللی به گونه‌ای طراحی شده است که ضرورت جنگ را با قوانین بشریت هماهنگ کند.»

معاهدات متعدد حقوق بشردوستانه بیانگر نگرانی مداوم جامعهٔ بین‌المللی برای حفظ و حفظ قوانین اساسی در زمینهٔ خاص درگیری‌های مسلحانه است، جایی که حاکمیت قانون به‌ویژه در معرض تهدید است. طبق گفته خود دیوان بین-المللی دادگستری، مجموعه قوانین متعارف قابل اعمال در زمان درگیری مسلحانه عبارت‌اند از: اساسی برای احترام به شخص انسانی و ملاحظات اولیهٔ انسانیت.

دادگاه بدین ترتیب تأکید می‌کند که حقوق بشردوستانه و حقوق بشر در ارزش‌های اخلاقی اساسی مشترک هستند. با وجود پیشینهٔ تاریخی متفاوت و ویژگی‌های هنجاری خاص خود، دغدغهٔ اصلی هر دو شاخهٔ حقوق بین‌الملل، کرامت انسانی است. آن‌ها از یک منبع سرچشمه می‌گیرند: قوانین بشریت. علاوه بر تصدیق این چارچوب مفهومی مشترک، نظر مشورتی دربارهٔ قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای نیز به درک بهتر تعامل بین معاهدات حقوق بشردوستانه و حقوق بشر کمک می‌کند. در واقع، دیوان هم-گرایی و مکمل بودن حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را تأیید می‌کند و تداوم کاربرد قوانین حقوق بشر در زمان درگیری-های مسلحانه را به رسمیت می‌شناسد: «دیوان متذکر می‌شود که حمایت از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمان جنگ متوقف نمی‌شود؛ مگر با اجرای مادهٔ ۴ میثاق که به-موجب آن برخی مقررات ممکن است در مواقع اضطراری ملی از آن عدول کنند. با این حال، احترام به حق حیات که طبق مادهٔ ۶ میثاق بین‌المللی تضمین شده است، چنین شرطی نیست. اصولاً حق عدم محرومیت خودسرانه از زندگی در خصومت‌ها نیز صادق است. با این حال، آزمون محرومیت خودسرانه از زندگی باید توسط یک قانون خاص قابل اجرا، یعنی قانون قابل اجرا در درگیری‌های مسلحانه که برای تنظیم

میثاق استنباط شده است» (بویسون دی چاورنس؛ سندوز، ۱۹۹۹، ۳۳۷-۳۱۵).

حقوق بشردوستانه را می‌توان به‌عنوان گونه‌ای از جنس گسترده‌تر حقوق بشر در نظر گرفت. این یک تمایز از نظر ماهیت ذاتی آن‌ها نیست؛ بلکه تمایزی مبتنی بر زمینه اعمال قوانین طراحی شده برای محافظت از انسان در شرایط مختلف است. اگرچه در پرونده حاضر، حق حیات، همان‌طور که در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تضمین شده است، هیچ ماده‌ای به حقوق بشردوستانه موجود نمی‌افزاید، اما دادگاه به رسمیت شناختن تداوم کاربرد معاهدات حقوق بشر در زمان درگیری‌های مسلحانه به دو دلیل عمده از اهمیت قابل توجهی برخوردار است (دینشتاین، ۱۹۷۶، ۸۰؛ جونود، ۱۹۸۳، ۲۵۴؛ کالشوون و سندوز، ۱۹۸۹، ۳۰). در سطح ماهوی، مفاد معاهدات حقوق بشر فراتر از حقوق بشردوستانه متعارف است و برخی از شکاف‌های هنجاری را پر می‌کند، به‌ویژه در زمینه درگیری‌های مسلحانه غیر بین‌المللی و درگیری‌های داخلی. در سطح رویه‌ای، معاهدات حقوق بشر حاوی مکانیسم‌های اجرایی پیچیده‌ای هستند که ممکن است مکمل سازوکارهای ابتدایی‌تر برای اجرای حقوق بشردوستانه باشد که عمدتاً مبتنی بر رویکردی پیش‌گیرانه و دولت‌محور است (رامچاران، ۱۹۸۳، ۱۱۵؛ ساسولی، ۱۹۸۷، ۶۱؛ ویسبرودت و هیکس، ۱۹۹۳، ۱۱۹).

۵-۱. نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه قوانین و اصول بین‌المللی بشردوستانه

دیوان بین‌المللی دادگستری در اولین حکم خود که در ۹ آوریل ۱۹۴۹ در پرونده کانال کورفو صادر شد، به‌طور غیر مستقیم به ماهیت عرفی معاهدات حقوق بشردوستانه اشاره کرد. نکته این بود که یک تعهد خاص برای اطلاع از وجود میدان مین در کنوانسیون هشتم لاهه در سال ۱۹۰۷ آمده است. با این حال، آلبانی، متهم، طرف آن نبود. علاوه بر این، این کنوانسیون در زمان جنگ اعمال می‌شود که این‌طور نبود. با این حال دادگاه در نظر گرفت که: «تعهدات بر عهده مقامات آلبانی شامل اطلاع رسانی به نفع کشتیرانی به‌طور کلی، وجود یک میدان مین در آب‌های سرزمینی آلبانی و هشدار به

کشتی‌های جنگی بریتانیایی در حال نزدیک شدن از خطر قریب‌الوقوع است که میدان مین آن‌ها را در معرض آن قرار می‌دهد. چنین تعهداتی، نه بر اساس کنوانسیون ۱۹۰۷ لاهه، شماره هشتم که در زمان جنگ قابل اجرا است؛ بلکه بر اساس برخی اصول عمومی و شناخته‌شده است. یعنی ملاحظات اولیه انسانیت حتی دقیق‌تر در صلح از جنگ. اصل آزادی ارتباطات دریایی و هر کشوری تعهد دارد که اجازه ندهد قلمرو خود آگاهانه برای اعمال خلاف حقوق سایر کشورها استفاده شود».

دیوان تصدیق می‌کند که مقررات خاص کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ اعلام‌کننده یک اصل کلی حقوق بین‌الملل بود و بنابراین حداقل به‌طور ضمنی ماهیت عرفی قاعده متعارف بیان شده در کنوانسیون را می‌پذیرد. این نتیجه توسط دادگاه در رای خود در ۲۷ ژوئیه ۱۹۸۶ در پرونده مربوط به فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی در و علیه نیکاراگوئه تکرار شد: «اگر دولتی در هر آبی مین‌گذاری کند و هیچ اخطار یا اطلاعیه‌ای را بدون توجه به امنیت کشتیرانی صلح‌آمیز ارائه نکند، مرتکب نقض اصول حقوق بشردوستانه مبنی بر مقررات خاص کنوانسیون شماره هشتم ۱۹۰۷ شده است.

مورد اخیر نیز فرصتی برای دیوان بود تا ماهیت عرفی چهار کنوانسیون ژنو مورخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ را بررسی کند (مرون، ۱۹۸۷، ۳۷۰؛ اپی صعب، ۱۹۷۷، ۳۸۹). در واقع، به نظر می‌رسد که شرط قرارداد چندجانبه ایالات متحده مانع از اجرای کنوانسیون‌های ژنو به‌عنوان قانون معاهده می‌شود. با این حال، دیوان لازم ندید که نسبت به ربط شرط ایالات متحده موضع‌گیری کند؛ زیرا از نظر او رفتار ایالات متحده را می‌توان بر اساس اصول کلی اساسی حقوق بشردوستانه مورد قضاوت قرار داد.

دیوان تحلیل خود را با این ارزیابی کلی و غیر قابل چالش آغاز کرد که از نظر وی، کنوانسیون‌های ژنو از برخی جهات یک تحول است و از جهاتی بیش از بیان چنین اصولی نیست.

اگرچه دیوان رأی خود را بر دو ماده خاص از کنوانسیون‌های ژنو متمرکز کرد که منعکس‌کننده حقوق عرفی هستند (یعنی مواد مشترک ۱ و ۳)، به نظر می‌رسد کلیت فرمول ذکر شده

«بی‌تردید به این دلیل است که بسیاری از قواعد حقوق بشردوستانه قابل اجرا در درگیری‌های مسلحانه برای احترام به انسان و «ملاحظات اولیهٔ انسانیت» بسیار اساسی هستند، همان‌طور که دادگاه در رأی خود در ۹ آوریل ۱۹۴۹ در کانال کورفو بیان کرد. مورد که کنوانسیون لاهه و ژنو از الحاق گسترده‌ای برخوردار شده‌اند. دیوان تأییدی بر ماهیت عرفی حقوق بشردوستانه در اعلامیه‌های سایر نهادهای بین‌المللی می‌بیند. یادآوری می‌کند که دادگاه نظامی بین‌المللی نورنبرگ قبلاً در سال ۱۹۴۵ دریافت بود که قواعد بشردوستانهٔ مندرج در مقررات ضمیمهٔ کنوانسیون ۴ لاهه در سال ۱۹۰۷ «توسط همهٔ کشورهای متمدن به رسمیت شناخته شده و به‌عنوان اعلام‌کنندهٔ قوانین و آداب و رسوم جنگ در نظر گرفته شده است».

دیوان هم‌چنین به گزارش دبیرکل که در سال ۱۹۹۳ به تصویب رسید و اساس‌نامهٔ دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق را که به اتفاق آرا توسط شورای امنیت تصویب شد، اشاره می‌کند که بر اساس آن:

بخشی از حقوق بین‌الملل بشردوستانهٔ متعارف که بدون شک به بخشی از حقوق عرفی بین‌المللی تبدیل شده است، قوانین قابل اجرا در درگیری‌های مسلحانه است که در موارد زیر آمده است: کنوانسیون ژنو ۱۲ اوت ۱۹۴۹ برای حمایت از قربانیان جنگ؛ کنوانسیون لاهه (۴) در مورد احترام به قوانین و آداب و رسوم جنگ در زمین و مقررات ضمیمهٔ آن در ۱۸ اکتبر ۱۹۰۷؛ کنوانسیون منع و مجازات جنایت نسل‌کشی ۹ دسامبر ۱۹۴۸ و منشور دادگاه نظامی بین‌المللی ۸ اوت ۱۹۴۵.

دیوان بین‌المللی دادگستری بر این اساس نتیجه می‌گیرد که: «تدوین گسترده حقوق بشردوستانه و گستردگی الحاق به معاهدات حاصل و هم‌چنین این واقعیت که بندهای انصرافی که در اسناد تدوین وجود داشت هرگز استفاده نشده است، مجموعه‌ای از قوانین معاهده را در اختیار جامعهٔ بین‌المللی قرار داده است. که اکثریت آن‌ها قبلاً مرسوم شده بود و منعکس‌کننده‌ترین اصول بشردوستانهٔ شناخته‌شدهٔ جهانی بود» (چتیل، ۲۰۰۳، ۲۶۹).

در بالا ماهیت عرفی کنوانسیون‌های ژنو را به‌عنوان چنین فرض می‌کند. حداقل اکثریت عظیمی از مفاد آن‌ها همان‌طور که قاضی کروما ده سال بعد تشخیص داد: دیوان با ارجاع به اصول بشردوستانهٔ حقوق بین‌الملل تشخیص داد که کنوانسیون‌ها خود منعکس‌کنندهٔ حقوق عرفی هستند و به این ترتیب الزام‌آور جهانی هستند.

آمیختگی حقوق معاهدات و حقوق عرفی تأیید می‌کند که برخلاف نظر رایج، عرف را نمی‌توان تنها به اصول کلی حقوقی تقلیل داد و ممکن است مانند مقررات متعارف مفصل و فنی باشد. نتیجه‌گیری دیوان اساساً اعلامی بود؛ بدون اینکه لازم بدانند نظر حقوقی و رویهٔ دولتی مربوط به ماهیت عرفی کنوانسیون‌های ژنو بررسی شود. در واقع، دیوان یک توضیح توتولوژیک عمدتاً بر اساس مواد رایج در مورد نکوهش ارائه کرد که بر اساس آن:

«فسخ معاهده به هیچ وجه به تعهداتی که طرف‌های درگیر به‌موجب اصول حقوق ملت‌ها ملزم به انجام آن‌ها خواهند بود، خدشه وارد نمی‌کند؛ زیرا این تعهدات ناشی از عادات ایجاد شده در بین مردم متمدن، از قوانین بشریت است و دستورات وجدان عمومی».

دیوان در همین راستا اضافه کرد که قواعد اساسی مندرج در مادهٔ ۳ مشترک: «قوانینی هستند که به نظر دیوان، آنچه را که دادگاه در سال ۱۹۴۹ ملاحظات اولیهٔ انسانیت نامید، منعکس می‌کند».

به نظر می‌رسد دیوان در نظر داشت که ماهیت ذاتاً بشردوستانهٔ کنوانسیون‌های ژنو، آن را از هر گونه بحث صریح در مورد فرآیندی که طی آن تعهدات معاهده منعکس یا به تعهدات مرسوم تبدیل می‌شوند، باز می‌دارد (داماتو، ۱۹۸۷، ۱۰۵-۱۰۱). نظر مشورتی ۸ ژوئیهٔ ۱۹۹۶ در مورد قانونی بودن تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای فرصتی بود تا دادگاه به توجیهی پسینی برای تأیید خود که ده سال قبل تنظیم شده بود، ارائه دهد. در آن نظر دادگاه با یادآوری اهمیت ارزش‌های بشردوستانه که کل قانون درگیری‌های مسلحانه بر آن استوار است، شروع می‌کند:

بین‌المللی دادگستری به‌عنوان اظهارات قضایی است که از سؤالات حقوقی ارائه‌شده به دیوان توسط ارگان‌های ملل متحد و دیگر نهادهای حقوقی بین‌المللی دارای اختیار، انجام می‌گیرد. بنابراین، پاسخ به یک سؤال حقوقی به وسیله درخواست یک نظر مشورتی از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان قسمتی از عملکرد قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری محسوب می‌گردد. نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری؛ بیشتر از فعالیت‌های آن در اختلافات ترافیعی قابل انعکاس می‌یابد. چراکه درخواست تنها توسط ارگان‌های ملل متحد یا نهادهای (آژانس‌های) تخصصی انجام می‌گیرد. زمانی که درخواست یک نظر مشورتی می‌شود، مجمع عمومی معمولاً به‌طور صریح اشاره به موقعیت دیوان به‌عنوان ارگان قضایی اصلی ملل متحد می‌نماید. بنابراین، از آنجایی که آرای ترافیعی و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مهم‌ترین رکن قضایی بین‌المللی در سطح جهان نقش بسیار مهمی در جهت توسعه و تحول حقوق بین‌الملل ایفا می‌نماید. این دیوان در آرای ترافیعی و نظریات مشورتی خویش به توسعه و تحول دو حوزه بسیار مهم حقوق بین‌الملل عمومی شامل حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری اقدام نموده است. برای مثال چهار اصل بسیار مهم در حقوق بین‌الملل بشردوستانه شامل (اصل تفکیک، تناسب، ممنوعیت حملات کورکورانه و قید مارتنز) مورد استناد بسیاری از آرای ترافیعی و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته شده است و یا هم‌چنین در برخی از آرای ترافیعی و نظریات مشورتی به جرائم مندرج در حقوق بین‌الملل کیفری اشاره و بسیاری از مصادیق آن را شرح و بسط داده است برای مثال جرائم جنگی که فصل مشترک حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری می‌باشد. بنابراین، دیوان بین‌المللی دادگستری از آنجایی که به‌عنوان یک سرباز فداکار در حقوق بین‌الملل ایفای نقش می‌نماید سبب توسعه و تحول بسیاری از مصادیق حقوق بین‌الملل عمومی و بالخصوص حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بین‌الملل کیفری گردیده است.

۲-۵. تحلیل رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نسل‌کشی اسرائیل

دیوان با عباراتی بدون ابهام تأیید می‌کند که اکثر مفاد کنوانسیون لاهه و ژنو اعلامی حقوق عرفی هستند. با این حال، دیوان نسبت به مفاد پروتکل ۱ قاطعیت کمتری دارد: «دیوان یادآوری می‌کند که همه دولت‌ها به آن قواعدی در پروتکل الحاقی ۱ ملزم هستند که در هنگام تصویب، صرفاً بیان قوانین عرفی از قبل موجود، مانند بند مارتنز که در ماده اول پروتکل الحاقی ۱ مورد تأیید قرار گرفته‌اند، بودند».

بنابراین، دادگاه پیشنهاد می‌کند که پروتکل ۱ فقط تا حدی یک تدوین قواعد عرفی حقوق بشردوستانه است. با این حال، این صلاحیت ماهیت اعلامی پروتکل ۱ به این معنا نیست که بسیاری از مقررات آن که در زمان تصویب عرف را مدون نمی‌کردند. امروزه می‌توان به‌عنوان هنجارهای عرفی در نظر گرفت. در واقع، دادگاه در پرونده‌های معروف فلات قاره دریای شمال تشخیص می‌دهد که مجموعه قوانین مندرج در یک کنوانسیون چند جانبه را می‌توان در نظر گرفت:

«به‌عنوان یک ماده هنجارآفرین که پایه و اساس قاعده‌ای را تشکیل داده یا ایجاد کرده است که در عین حال که منشأ آن فقط قراردادی یا قراردادی است، از آن زمان به مجموعه کلی حقوق بین‌الملل تبدیل شده است و اکنون به‌عنوان چنین موردی از سوی افکار عمومی پذیرفته شده است. به‌طوری که حتی برای کشورهایی که هرگز عضو کنوانسیون نشده‌اند و نمی‌شوند، الزام‌آور شده است. حتی بدون گذشت زمان قابل توجهی، یک مشارکت بسیار گسترده و نماینده در کنوانسیون ممکن است به خودی خود کافی باشد، مشروط بر اینکه شامل مشارکت کشورهایی باشد که منافع آن‌ها به‌ویژه تحت تأثیر قرار گرفته است.

اگر چه دیوان نیازی به بررسی این موضوع در چارچوب پروتکل ۱ احساس نکرد، الحاق ۱۴۳ کشور و تداوم بیان اعتبار آن نشانه‌های قابل توجهی از روند متعارفی است که آن پروتکل در آن دخیل است (کیسی، ۱۹۸۴، ۱۱۸؛ گریگ، ۱۹۸۵، ۸۵؛ آلد ریچ، ۱۹۸۶، ۷۲۰).

دارا بودن صلاحیت ترافیعی و مشورتی مبنای آرای ترافیعی و نظریات مشورتی می‌باشد. دیوان علاوه بر نظریات ترافیعی، دارای نظریات مشورتی نیز می‌باشد. نظریات مشورتی دیوان

در این قسمت به بررسی تحلیل رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پروندهٔ نسل‌کشی اسرائیل پرداخته می‌شود.

۵-۲-۱. درخواست‌های دولت آفریقای جنوبی از دیوان برای رسیدگی به نسل‌کشی اسرائیل

درخواست‌های مطرح‌شده از دیوان بین‌المللی دادگستری به شرح ذیل می‌باشد: ۱. دولت اسرائیل فوراً عملیات نظامی خود را در غزه و علیه آن متوقف خواهد کرد. ۲. دولت اسرائیل تضمین خواهد کرد که هر واحد نظامی یا غیرقانونی مسلحی که ممکن است تحت هدایت، حمایت یا تحت تأثیر قرار گیرد و هم‌چنین هر سازمان و افرادی که ممکن است تحت کنترل، هدایت یا نفوذ آن باشند، هیچ اقدامی در این زمینه انجام ندهند. پیشبرد عملیات نظامی اشاره شده در [در] بند ۱ فوق. ۳. جمهوری آفریقای جنوبی و دولت اسرائیل هر یک، مطابق با تعهدات خود به موجب کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات جنایت نسل‌کشی، در رابطه با مردم فلسطین، تمام اقدامات معقول در اختیار خود را به عمل خواهند آورد. جلوگیری از نسل‌کشی. ۴. دولت اسرائیل مطابق با تعهدات خود به موجب کنوانسیون جلوگیری و مجازات جنایت نسل‌کشی، در رابطه با مردم فلسطین به‌عنوان گروهی که توسط کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات جنایت محافظت می‌شود نسل‌کشی، از ارتکاب هر یک از اعمال در محدوده مادهٔ دوم کنوانسیون، به‌ویژه: الف) کشتن اعضای گروه؛ ب) ایجاد آسیب جدی جسمی یا روحی به اعضای گروه؛ ج) تحمیل عمدی شرایط زندگی گروهی که به گونه‌ای محاسبه شده است که به‌طور کلی یا جزئی تخریب فیزیکی آن را به همراه داشته باشد. د) اعمال تدابیری برای جلوگیری از تولد در داخل گروه. ۵. دولت اسرائیل، بر اساس بند ۴ (ج) فوق، در رابطه با فلسطینی‌ها، از تمام اقداماتی که در اختیار دارد، از جمله لغو دستورات مربوطه، محدودیت‌ها و یا ممنوعیت‌های مربوطه، صرف نظر کرده و اتخاذ خواهد کرد. جلوگیری کردن: الف) اخراج و آوارگی اجباری از خانه‌های خود؛ ب) محرومیت از: ۱. دسترسی به غذا و آب کافی؛ ۲. دسترسی به کمک‌های بشردوستانه، از جمله دسترسی به سوخت کافی، سرپناه، لباس، بهداشت و بهداشت. ۳. تجهیزات و کمک‌های پزشکی؛ ج) نابودی زندگی فلسطینیان در غزه.

۵. دولت اسرائیل در رابطه با فلسطینی‌ها تضمین خواهد کرد که ارتش خود و هم‌چنین هر واحد یا افراد مسلح نامنظم که ممکن است تحت هدایت، حمایت یا به نحوی دیگر تحت تأثیر خود قرار گیرند و هر سازمان و اشخاصی که ممکن است تابع آن باشند. کنترل، هدایت یا نفوذ، مرتکب هیچ‌گونه اعمالی که در ۴ و ۵ در بالا توضیح داده شده است یا در تحریک مستقیم و علنی برای ارتکاب نسل‌کشی، توطئه برای ارتکاب نسل-کشی، تلاش برای ارتکاب نسل‌کشی یا هم‌دستی در نسل‌کشی و تا کنون شرکت نکنید. همان‌طور که آن‌ها درگیر آن هستند، اقداماتی برای مجازات آن‌ها بر اساس مواد ۱، ۲، ۳ و ۴ کنوانسیون پیش‌گیری و مجازات جنایت نسل‌کشی انجام می‌شود.

۶. دولت اسرائیل اقدامات مؤثری را برای جلوگیری از تخریب و تضمین حفظ شواهد مربوط به ادعاهای مربوط به اعمال در محدوده مادهٔ دوم کنوانسیون در مورد پیش‌گیری و مجازات جنایت نسل‌کشی اتخاذ خواهد کرد. برای این منظور، دولت اسرائیل برای انکار یا محدود کردن دسترسی هیئت‌های حقیقت‌یاب، مأموریت‌های بین‌المللی و سایر نهادها به غزه برای کمک به تضمین حفظ و نگهداری شواهد مذکور اقدامی نخواهد کرد.

۷. دولت اسرائیل گزارشی را در مورد کلیهٔ اقدامات اتخاذشده برای اجرای این دستور ظرف یک هفته از تاریخ این فرمان و پس از آن در فواصل منظمی که دادگاه دستور خواهد داد تا زمانی که تصمیم نهایی در مورد پرونده توسط دادگاه صادر می‌شود.

۸. دولت اسرائیل از هر اقدامی خودداری خواهد کرد و اطمینان حاصل خواهد کرد که هیچ اقدامی که ممکن است اختلاف را در دادگاه تشدید یا گسترش دهد یا حل و فصل آن را دشوارتر کند، انجام نگیرد.

شکایت آفریقای جنوبی بر این اساس استوار است که عملیات کنونی صهیونیست‌ها، زندگی در غزه را با توجه به وضعیت انسانی وخیم کنونی در این منطقه و اهمیت گذرگاه رفح در تأمین کمک‌های غزه مختل می‌کند و به این معنی است که حمله تمام‌عیار اسرائیل به رفح، نقض ماده‌ای از کنوانسیون

گونه‌ای محاسبه شده است که به‌طور کامل یا جزئی تخریب فیزیکی آن را به همراه داشته باشد. (د) اعمال تدابیری برای جلوگیری از تولد در درون گروه. دیوان یادآوری می‌کند که این اعمال زمانی که به قصد نابودی کامل یا جزئی یک گروه انجام می‌شوند، در محدوده ماده دوم کنوانسیون قرار می‌گیرند. دادگاه همچنین معتقد است که اسرائیل باید با اترگذاری فوری اطمینان حاصل کند که نیروهای نظامی خود هیچ یک از اقدامات فوق را مرتکب نشوند.

دیوان همچنین بر این عقیده است که اسرائیل باید تمام اقداماتی را که در اختیار دارد برای جلوگیری و مجازات تخریب مستقیم و علنی برای ارتکاب نسل‌کشی در رابطه با اعضای گروه فلسطینی در نوار غزه اتخاذ کند.

دادگاه همچنین معتقد است که اسرائیل باید اقدامات فوری و مؤثری را برای فراهم کردن خدمات اولیه مورد نیاز فوری و کمک‌های بشردوستانه برای رسیدگی به شرایط نامطلوب زندگی فلسطینیان در نوار غزه انجام دهد.

اسرائیل همچنین باید اقدامات مؤثری را برای جلوگیری از تخریب و تضمین حفظ شواهد مربوط به ادعاهای مربوط به اعمال در محدوده ماده دوم و ماده سوم کنوانسیون نسل‌کشی علیه اعضای گروه فلسطینی در نوار غزه انجام دهد.

در نهایت، با توجه به اقدامات موقت مشخصی که تصمیم گرفته است نشان دهد، دیوان معتقد است که اسرائیل باید گزارشی را در مورد تمام اقدامات اتخاذ شده برای اجرای این دستور ظرف یک ماه از تاریخ این فرمان به دادگاه ارائه کند. سپس گزارش ارائه شده به آفریقای جنوبی ارسال می‌شود و به آن فرصت داده می‌شود تا نظرات خود را در مورد آن به دیوان ارائه کند.

از نظر قاضی موقت باراک، پرونده حاضر دارای یک مشکل اضافی است؛ زیرا طرف متخاصم دیگر در درگیری مسلحانه، حماس، در جریان رسیدگی حاضر نیست. در حالی که این امر مانع از اعمال صلاحیت دادگاه نمی‌شود؛ اما هنگام تعیین اقدامات یا راه‌حل‌های مناسب در این مورد باید توجه قرار گیرد.

نسل‌کشی است که تصریح می‌کند «تحمیل عمدی شرایط زندگی بر گروهی از مردم، به‌طوری که موجب تخریب فیزیکی کلی یا جزئی شود، ممنوع است».

آفریقای جنوبی در شکایت خود از دیوان بین‌المللی دادگستری خواست تا ۹ دستور موقت را صادر کند که برخی از آن‌ها عبارتند از: توقف فوری حملات رژیم صهیونیستی علیه غزه، اتخاذ تدابیر معقول برای جلوگیری از نسل‌کشی فلسطینی‌ها، اطمینان از بازگشت آوارگان فلسطینی به خانه‌های خود و دسترسی آن‌ها به کمک‌های بشردوستانه مانند غذا، آب، سوخت، تجهیزات پزشکی، سرپناه و پوشاک و در نهایت انجام اقدام‌های لازم برای مجازات دست‌اندرکاران نسل‌کشی و حفظ شواهد مربوط به جنایت نسل‌کشی در غزه.

۵-۲-۲. استدلال‌های دیوان در رأی

دیوان بر اساس ملاحظات فوق به این نتیجه می‌رسد که شرایطی که اساسنامه آن برای نشان دادن اقدامات موقت مورد نیاز است، برآورده شده است. بنابراین در انتظار تصمیم نهایی خود، لازم است دادگاه اقدامات خاصی را به منظور حمایت از حقوق مورد ادعای آفریقای جنوبی که دیوان آن را قابل قبول تشخیص داده است، مشخص کند. در پرونده حاضر، دادگاه با در نظر گرفتن شرایط اقدامات موقت درخواست شده توسط آفریقای جنوبی و شرایط پرونده، دریافته است که اقداماتی که باید به آن‌ها اشاره شود نباید با اقدامات درخواست شده یکسان باشند.

به گفته قاضی موقت باراک، چارچوب قانونی مناسب برای تحلیل وضعیت غزه، حقوق بشردوستانه بین‌المللی است و نه کنوانسیون نسل‌کشی (الکساندر، ۲۰۲۴).

دیوان بر این باور است که با توجه به وضعیتی که در بالا توضیح داده شد، اسرائیل باید مطابق با تعهدات خود بر اساس کنوانسیون نسل‌کشی، در رابطه با فلسطینیان غزه، تمام اقداماتی را که در حدود قدرت خود است برای جلوگیری از ارتکاب همه‌امعالی که در حیطه مقررات مربوط به غزه است، اتخاذ کند. ماده دوم این کنوانسیون، به‌ویژه: الف) کشتن اعضای گروه. ب) ایجاد آسیب جدی جسمی یا روحی به اعضای گروه. ج) تحمیل عمدی شرایط زندگی گروهی که به

موقت با شرایطی که انجام داد موجه بود. در نهایت، قاضی بانداری بیان می‌کند که همهٔ شرکت‌کنندگان در درگیری باید اطمینان حاصل کنند که همهٔ درگیری‌ها و خصومت‌ها فوراً متوقف می‌شوند و گروگان‌های باقی‌مانده که در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ دستگیر شده‌اند، بدون قید و شرط آزاد می‌شوند.

واقعیت امر این است که وجود الگوی رفتاری نظام‌مند در کشتار فلسطینی‌ها براساس تعریف نسل‌کشی مطابق ماده ۲ کنوانسیون نسل‌کشی تایید می‌کند که این رژیم در حال انجام جنایت نسل‌کشی است. کشتار فلسطینی‌ها و هدفمند بودن آن از طریق هدف قرار دادن عامدانه برخی از اقشار مانند خبرنگاران و کودکان، ایجاد صدمات روحی و جسمی به فلسطینی‌ها در غزه، اخراج دسته‌جمعی فلسطینی‌ها از خانه‌هایشان در غزه و آواره کردن آن‌ها، محرومیت از دسترسی به غذا و آب کافی برای فلسطینی‌ها در غزه، محروم کردن فلسطینی‌های غزه از دسترسی به سرپناه، لباس، بهداشت و امکانات بهداشتی، محروم کردن فلسطینی‌های غزه از کمک‌های پزشکی کافی، نابودی زندگی فلسطینی‌ها در غزه، تحمیل تدابیر به منظور جلوگیری از تولد نوزادان فلسطینی در غزه، بیان نیت نسل‌کشی و انجام اقدام‌هایی در این چارچوب جنایاتی است که به‌عنوان دلیل و مدرک نسل‌کشی فلسطینی‌ها از سوی اسرائیل از طرف دیوان به درستی مورد تأیید قرار گرفت.

۶. نتیجه

یکی از پیامدهای چنین توجه فزآینده‌ای به حقوق بشر، پیدایش نگاه «بشر دوستانه» به مسائل حقوق بین‌الملل است که با تغییر شاخه‌های متعدد این رشته حقوق بین‌الملل ختم شده است. یکی از این زمینه‌ها همان «حقوق جنگ» است که در گذشته به آن، «حقوق مخاصمهٔ مسلحانه» می‌گفتند یا اخیراً با اصطلاح «حقوق بین‌المللی بشردوستانه» جایگزین شده است. بنابراین، تغییر «حقوق جنگ» تا حد زیادی یک فرآیند انسانی‌سازی بود که بر اساس هنجارهای حقوق بشر و اصول بشریت هدایت می‌شد. به همین دلیل است که علیرغم تفاوت‌هایشان، این دو شاخه، یعنی حقوق بشر و حقوق بین‌الملل حقوق بشر، معمولاً با هم ترکیب می‌شوند. مرون می‌نویسد که «تحت تأثیر حقوق بشر، قانون جنگ در حال

قاضی موقت باراک معتقد است که دادگاه شرح کاملی از زمینهٔ فوری که پروندهٔ حاضر در آن مطرح شده است ارائه نکرده است. وی یادآور می‌شود که در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ بیش از ۳۰۰۰ تروریست حماس از طریق زمین، هوا و دریا به خاک اسرائیل حمله کردند. وی هم‌چنین یادآوری می‌کند که بیش از ۱۲۰۰ غیر نظامی بی‌گناه از جمله نوزادان و افراد مسن به قتل رسیده‌اند. قاضی موقت باراک هم‌چنین توضیح می‌دهد که حماس دستگاه‌های نظامی خود را در داخل و زیر زیرساخت‌های غیر نظامی قرار می‌دهد تا آن را مصونیت دهد و عمداً جمعیت خود را در معرض خطر قرار دهد. وی هم‌چنین به سرنوشت گروگان‌ها اشاره می‌کند، رنجی که بیش از ۱۰۰ روز ادامه دارد و مرگ‌ها و ویرانی‌هایی که در غزه رخ می‌دهد (الکساندر، ۲۰۲۴، ۵).

قاضی بانداری در بیانیهٔ خود بیان می‌کند که حملات به غیر نظامیان در اسرائیل در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ باید محکوم شود؛ اما خاطرنشان می‌کند که عملیات نظامی اسرائیل در پاسخ به این حملات منجر به یک فاجعهٔ انسانی در غزه شده است.

قاضی بانداری یادآوری می‌کند که پرونده به‌طور کامل مورد بحث قرار نگرفته است و دادگاه سابقهٔ واقعی واقعی را در اختیار ندارد. او هم‌چنین یادآوری می‌کند که در تصمیم‌گیری دربارهٔ درخواست برای اشاره به اقدامات موقت، دادگاه در مورد ادعاهای آفریقای جنوبی تصمیم نمی‌گیرد یا تصمیم نمی‌گیرد که آیا معافیت درخواستی را اعطا کند یا خیر.

قاضی بانداری بیان می‌کند که دادگاه، در سنجش معقول بودن حمایت از حقوقی که آفریقای جنوبی ادعا می‌کند، باید شواهدی را که در این مرحله در اختیار دارد، بررسی کند. این باید ویرانی گسترده در غزه و تلفات جانی را که جمعیت غزه تاکنون متحمل شده‌اند، در نظر بگیرد. در تعیین معقول بودن این حقوق در مرحله اقدامات موقت، دادگاه نیازی به تصمیم‌گیری در مورد وجود قصد طبق مادهٔ دوم کنوانسیون پیش‌نهایی و مجازات جنایت نسل‌کشی ندارد. از نظر قاضی بانداری، ماهیت گسترده کارزار نظامی در غزه و نیز تلفات جانی، جراحت، ویرانی و نیازهای بشردوستانهٔ ناشی از آن، به خودی خود قادر به حمایت از یک یافتهٔ قابل قبول در رابطه با حقوق طبق مادهٔ دوم هستند. دیوان در اعطای اقدامات

از ارزش‌های انسانی و چه در سیر تحول و تکامل حقوق بین‌المللی نمی‌توان نادیده گرفت.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان حاضر در این مقاله مشارکت برابر داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

تغییر بوده و چهره انسانی‌تری پیدا کرده است: تهاجماتی که بر نقش مسلط عمل متقابل صورت گرفته است. تقویت مسئولیت‌پذیری؛ شکل‌گیری، تدوین و تفسیر قوانین» به‌طور مشابه، لوبان دقیقاً و به معنای کلی آن را بیان می‌کند: «حقوق بین‌المللی بشردوستانه و حقوق بین‌المللی حقوق بشر «ماهیت» یکسانی دارند.

می‌توان در مورد حقوق بین‌الملل حقوق بشر و ویژگی‌های آن، تحولات و اسناد تاریخی و اخیر، روابط آن با حقوق بشر، پیامدهای انسانی شدن حقوق بین‌الملل و تأثیر آن بر حقوق بین‌الملل حقوق بشر، تأثیر رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری بر تصمیمات سایر دادگاه‌های بین‌المللی گفت. و دادگاه‌ها که همگی به موضوع بحث‌های علمی تبدیل شده‌اند و خیلی چیزهای دیگر. بنابراین اجتناب‌ناپذیر است که موضوعات عمده باید از بحث خارج شود و به ارائه توضیحات کلی کافی برای ترسیم چارچوب لازم برای مطالعه کافی است. به همین ترتیب، اگرچه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد حقوق بشر و سایر شاخه‌های حقوقی مشابه نیز قابل بررسی است. از آنجایی که دیوان به موضوعات مربوط به حقوق بشر بین‌المللی و حقوق بین‌الملل حقوق بشر در کنار یکدیگر رسیدگی کرده است، آنچه در این مقاله مورد توجه قرار گرفته است عبارت است از: مسائلی که به‌ویژه و صرفاً مربوط به حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. این یک اصل حقوقی است که هیچ‌کس نمی‌تواند قاضی عملکرد خود باشد. در قضیه حاضر نیز اسرائیل اولاً بر اعتبار کنوانسیون منع نسل‌زدایی صحه می‌گذارد و ثانیاً چنان چالش‌های حقوقی را در دیوان رقم زده که خود به توسعه حقوق بین‌الملل خواهد انجامید. همین که اسرائیل مانند هر خواننده/متهم دیگری نزد یک مرجع قضایی از مفهوم حقوقی اختلاف بین‌المللی و تمایزات حقوقی میان جنایت نسل‌زدایی و سایر جنایات بین‌المللی سخن می‌گوید، در واقع استدلال حقوقی ارائه می‌دهد که مستلزم استدلال حقوقی نقیض برای تشخیص سره استدلال از ناسره مغلطه است. این نیز روشن است که سازکار اجرای آرای دیوان تا چه اندازه محدود است و دولت آفریقای جنوبی نیز از این محدودیت‌ها آگاه بوده است؛ اما نقش تبیینی و روایت‌ساز و جریان‌ساز پرونده حاضر را چه در مسیر حمایت

منابع

فارسی

- Best, G, *Humanity in Warfare The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Third edition, London, Publishers Weidenfeld and Nicholson, 1980.

- Boisson de Chazournes, L & Sands , P, *International Law the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, First edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

- Bugnion, F, «Law of Geneva and Law of The Hague», *Journal of International Review of the Red Cross*, No. 844, 2001.

- Cassese, A, «The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, No. 25, 1984.

- Cassese, A, *Cassese's international criminal law*, First edition, New York, Oxford university press, 2013.

- Chetail, V, «The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law», *Journal of International Review of the Red Cross*, No. 850, 2003.

- DAmato, A, «Trashing customary international law», *American Journal International Law*, No. 81, 1987.

- Dinstein, Y, «The international law of civil wars and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, No. 6, 1976.

- Doswald-Beck, L & Vité, S, «International humanitarian law and human rights law», *Journal of International Review of the Red Cross*, No. 800, 1993.

- Greig, D.W, «The underlying principles of international humanitarian law», *Journal of Australian Year Book of International Law*, No. 9, 1985.

- Haggenmacher, P, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, First edition, Paris, Press Graduate Institute of International Studies Geneva, 1983.

- امیری، صالح؛ سعیدی شاهسواری، مریم؛ غلامرضایی آزاد، هدیه؛ قربانزاده، محمد، «تعقیب نقض‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه مرتبط با شهرک‌سازی در اراضی اشغالی فلسطین در دیوان بین‌المللی کیفری»، *مجلهٔ مطالعات بین رشته‌ای دانش راهبردی*، شمارهٔ ۳۸، بهار ۱۳۹۹.

- جلالی، محمود، «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعهٔ حقوق بشر»، *حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)*، شمارهٔ ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲.

- حبیبی، همایون؛ شاملو، سوده، «نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعهٔ حقوق بین‌الملل»، *مجلهٔ پژوهش حقوق عمومی*، شمارهٔ ۴۱، زمستان ۱۳۹۲.

لاتین

-Abi-Saab, R, «Human rights and humanitarian law in internal conflicts Human Rights and Humanitarian Law», *Journal of The Quest for Universality*, No. 17, 1977.

- Aldrich, G.H, «Progressive development of the laws of war A reply to criticisms of the 1977 Geneva Protocol I», *Virginia Journal of International Law*, No. 27, 1986.

- Alexander, A, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) at the International Court of Justice», *Chinese Journal of International Law*, No. 4, 2024.

- Best, G, *The restraint of war in historical and philosophical perspective (Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead Essays in Honour of Frits Kalshoven)*, First edition, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

armed conflicts», *Journal of International Review of the Red Cross*, No. 800, 1993.

- Joyner, Christopher C, «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability», *Journal of Law And Contemporary Problems*, No. 4, 2009.

- Junod, S, «Human rights and Protocol II», *Journal of IRRC*, No. 236, 1983.

- Kalshoven, F & Sandoz, Y, *Implementation of International Humanitarian Law*, First edition ,U.S.A, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

- Meron, T, «The Geneva Conventions as Customary Law», *American Journal of International Law*, No. 81, 1987.

- Nahlik, S.E, «Droit dit de Genève et droit dit 'de La Haye Unicité ou dualité?', *Journal of AFDI*, No.33, 1978.

- Pictet, G. J, «The formation of international humanitarian law», *Journal of International Review of the Red Cross*, No. 244, 1985.

- Ramcharan, B.G, «The role of international bodies in the implementation and enforcement of humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict», *American University Law Review*, No. 33, 1983.

- Sassoli, M, «Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme Une comparaison», *Journal of ASDI*, No.23,1987.

- Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, First edition ,Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

- Tomka, Peter, «Custom and the International Court of Justice», *Journal of The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, No. 2, 2013.

-Weissbrodt, D &Hicks,P.L,«Implementation of human rights and humanitarian law in situations of