



قضیه مربوط به اعمال

تحلیل رای دیوان بین المللی دادگستری در

کنوانسیون منع و مجازات جرم کشتار جمعی از نگاه قضات دیوان (بوسنی هرزگوین علیه

جمهوری صربستان)

*حمید الهویی نظری

چکیده

دیوان بین المللی دادگستری نقش مهمی در تبیین و توسعه حقوق بین الملل و از جمله حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه ایفا می‌کند. این نقش نه تنها از طریق صدور رای نهایی، بلکه از مسیر نظرات مخالف و جداگانه قضات نیز اعمال می‌گردد. افراد انسانی اگرچه مستقیماً حق طرح دعوی در دیوان را ندارند، اما حقوق آنها به طرق مختلف در این محکمه مطرح گردیده است. در ۲۰ مارس ۱۹۹۳ جمهوری بوسنی و هرزگوین دادخواستی علیه جمهوری فدرال یوگسلاوی در ارتباط با ارتکاب جرم ژنوسید در دفتر دیوان به ثبت رساند. دیوان در فوریه ۲۰۰۷ رای خود را صادر کرد. دیوان در بخش اجرایی رای (بند ۴۷۱) در می‌یابد که صربستان چه از طریق ارکان خود و چه اشخاصی که به موجب حقوق بین الملل عرفی باعث مسئولیت آن دولت می‌شوند، مرتکب ژنوسید نشده است. دیوان می‌گوید دولت صربستان در نقض تعهداتش به موجب کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید نه اقدام به توطئه برای ارتکاب ژنوسید کرده و نه ارتکاب آن را تحریک کرده است. از جانب دیگر دیوان در می‌یابد که صربستان تعهد خود مبنی بر جلوگیری از وقوع ژنوسید در سربرنیتسا را نقض کرده است و این که این دولت با قصور در تحویل راتکو ملادیچ جهت محاکمه به دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق که متهم به شرکت در جرم کشتار جمعی است، تعهداتش به موجب کنوانسیون را نقض کرده است. تحلیل رای دیوان در قضیه مربوط به اعمال کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید از نگاه قضات دیوان، موضوع این مقاله را تشکیل می‌دهد.

واژگان کلیدی: کشتار جمعی، مسئولیت بین المللی، دیوان بین المللی دادگستری، نظر مخالف و جداگانه قضات

مقدمه

در تاریخ ۲۰ مارس ۱۹۹۳ جمهوری بوسنی هرزگوین دادخواستی علیه جمهوری فدرال یوگسلاوی (از ۲۰۰۳ به بعد با نام صربستان و مونته‌نگرو و از ۲۰۰۶ به بعد با نام جمهوری صربستان) در دفتر دیوان به ثبت رساند و مبنای صلاحیت دیوان را ماده ۹ کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید اظهار نمود. بوسنی در لایحه خود ادعا می‌کند که جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) مستقیماً و یا از طریق عمالش با تخریب بخشی و یا تلاش برای محو کامل گروه‌های مذهبی، قومی و ملی و از جمله بویژه جمعیت مسلمان داخل و البته نه محدود به سرزمین جمهوری بوسنی، کنوانسیون ژنوسید را نقض کرده و همچنان در حال نقض آن می‌باشد. بوسنی و هرزگوین در مورد توقف کشتارها، از دیوان تقاضای دستور موقت می‌کند.

جمهوری فدرال یوگسلاوی در ایرادات مقدماتی خود ابراز می‌نماید که: (۱) قضیه مورد بحث یک مخاصمه داخلی است و وجود یک اختلاف بین المللی منتفی است و لذا دادخواست جمهوری به اصطلاح بوسنی هرزگوین غیر قابل پذیرش است. (۲) از آنجا که در زمان ارائه دادخواست علی‌عزت بگوئیچ در مقام ریاست جمهوری بوسنی نبوده و طرح دعوی توسط مقام صلاحیتدار نبوده، لذا دادخواست جمهوری به اصطلاح بوسنی و هرزگوین غیر قابل

* استادیار حقوق بین الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. نویسنده اصلی و مسئول مکاتبات

آدرس پست الکترونیکی: alhooii@yahoo.com

۱. ماده ۹ کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید می‌گوید "اختلافات حاصل میان متعاهدین در خصوص تفسیر، تطبیق یا اجرای این کنوانسیون از جمله اختلافات راجع به مسئولیت یک دولت در مورد عمل ژنوسید یا سایر اعمال مذکور در ماده ۳ به تقاضای یکی از طرفین اختلاف به دیوان بین المللی دادگستری ارجاع می‌شود". ماده ۳ همین کنوانسیون می‌گوید "۱. ژنوسید ۲. تبتانی به منظور ارتکاب ژنوسید ۳. تحریک مستقیم و علنی برای ارتکاب ژنوسید ۴. شروع به ارتکاب ژنوسید ۵. شرکت در جرم ژنوسید".

پذیرش است. ۳) جمهوری به اصطلاح بوسنی و هرزگوین با اقدامات استقلال طلبانه، تکالیف ناشی از اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم را آشکارا نقض کرده و به این دلیل اعلامیه جانشینی ۲۹ دسامبر ۱۹۹۲ و تقاضای اجرای کنوانسیون ۱۹۴۸ ژنوسید فاقد اثر حقوقی بوده و از آنجا که این جمهوری عضو کنوانسیون فوق نمی‌باشد لذا دیوان نسبت به این دعوی فاقد صلاحیت است. ۴) شناسایی جمهوری به اصطلاح بوسنی و هرزگوین بر خلاف قواعد حقوق بین الملل بوده و چنین جمهوری هرگز در سرزمین و به شکلی که در اعلامیه غیر قانونی استقلالش وانمود شده وجود خارجی ندارد. اکنون در این سرزمین یعنی جمهوری یوگسلاوی سابق تنها چهار کشور وجود دارد و جمهوری به اصطلاح بوسنی و هرزگوین عضو کنوانسیون منع و مجازات ژنوسید نیست و لذا دیوان فاقد صلاحیت است. ۵) قضیه مورد بحث یک مسئله داخلی میان چهار جمهوری است که در آن جمهوری فدرال یوگسلاوی مشارکتی نداشته و هیچ صلاحیتی را نسبت به مناطق مورد مناقشه اعمال نمی‌کند. پایه‌های مبتنی بر کنوانسیون ژنوسید اساساً نادرست بوده و در نتیجه ادعاهای مندرج در دادخواست مبتنی بر اظهاراتی در باره مسئولیت دولت است که خارج از قلمرو کنوانسیون و ماده مربوط به حل و فصل اختلافات مندرج در خود کنوانسیون قرار می‌گیرد و از آنجا که هیچ دعوی بین المللی به موجب ماده ۹ کنوانسیون تحقق نیافته لذا دیوان فاقد صلاحیت است. ۶) حتی اگر دیوان هیچیک از ایرادات فوق را نپذیرد، اعلامیه جانشینی در تاریخ ۲۹ دسامبر ۱۹۹۲ صادر شده که به موجب آن جمهوری به اصطلاح بوسنی و هرزگوین قصد خود مبنی بر عضویت در کنوانسیون را بیان داشته و دیوان نسبت به این قضیه از ۲۹ مارس ۱۹۹۳ به بعد واجد صلاحیت است و لذا ادعاهای خواهان در مورد اعمال اتفاق افتاده تائید از این تاریخ در صلاحیت دیوان نیست. ۷) اگر اعلامیه جانشینی ۲۹ دسامبر ۱۹۹۲ خواهان دلالت بر عضویت خواهان در کنوانسیون ژنوسید از ۶ مارس ۱۹۹۲ یعنی تاریخ اعلام استقلال این جمهوری داشته باشد با توجه به اینکه دبیرکل در تاریخ ۱۸ مارس ۱۹۹۳، جانشینی این جمهوری را به اطلاع طرفهای کنوانسیون رساند، کنوانسیون نسبت به طرفها تا پیش از ۱۸ مارس ۱۹۹۳ قابلیت اجرا نداشته و دیوان نسبت به وقایع پیش از ۱۸ مارس ۱۹۹۳ فاقد صلاحیت است.^۲

دیوان اظهار می‌نماید که بوسنی هرزگوین اساساً مبنای صلاحیت دیوان را ماده ۹ کنوانسیون ژنوسید قرار داده و با توجه به اینکه یوگسلاوی نیز با دلایل مختلف اظهار می‌کند که این کنوانسیون میان طرفها الزام آور نیست و به دلایل گوناگون موضوع مشمول ماده ۹ نیست، دیوان بیشترین توجه خود را معطوف ایرادات مربوط به این ماده می‌کند. دیوان نهایتاً با ۱۳ رای در برابر ۲ رای صلاحیت خود را احراز می‌نماید.

دیوان در رسیدگی ماهوی خود در سال ۲۰۰۷ نتیجه می‌گیرد که جنایات ارتكابی در مناطق و اردوگاه‌های مورد ادعای خواهان بجز سربرنیکا، به دلیل فقدان قصد خاص نابودی گروه‌های حمایت شده، ژنوسید تحقق نیافته است. دیوان با تفکیک تعهدات ناشی از مواد ۱ و ۳ کنوانسیون ژنوسید^۳ اظهار می‌نماید که ژنوسید ارتكابی در سربرنیکا قابل انتساب به خواننده نیست و همچنین مشارکت خواننده در جرم ارتكابی به اثبات نرسیده است و لذا مسئولیت بین المللی خواننده بطور کلی به موجب ماده ۳ درگیر نمی‌باشد. دیوان در بند ۴۷۱ رای خود صربستان را به دلیل

^۲ I.C.J Reports ۱۹۹۶, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, pa. ۱۵.

^۳ ماده ۱ می‌گوید: "طرفهای متعهد تصدیق و تایید می‌نمایند که ژنوسید اعم از اینکه در موقع صلح یا جنگ صورت بگیرد، به موجب حقوق بین الملل جنایت محسوب می‌شود و تعهد می‌نمایند که از آن جلوگیری کرده و مورد مجازات قرار دهند." ماده ۳ می‌گوید: "۱. ژنوسید، ۲. تبانی به منظور ارتكای ژنوسید، ۳. تحریک مستقیم و علنی برای ارتكاب ژنوسید، ۴. شروع به ارتكاب ژنوسید، ۵. مشارکت در ژنوسید."

نقض تعهدش مبنی بر جلوگیری از ژنوسید (ماده ۱) و عدم همکاری با دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق در تحویل راتکو ملادیچ مسئول تشخیص می‌دهد.

۱. احراز اختلاف و ماهیت کنوانسیون ژنوسید

دلیل اصلی مخالفت قاضی اودا با صلاحیت دیوان، عدم صلاحیت موضوعی بود. خواهان که صلاحیت دیوان را بر ماده ۹ کنوانسیون استوار کرده، از دیوان می‌خواهد تا اعلام نماید که یوگسلاوی تعهداتش را نسبت به بوسنی هرزگوین نقض کرده و باید بخاطر خسارات وارده به اشخاص و اموال و اقتصاد و محیط زیست بوسنی که ناشی از موارد نقض حقوق بین الملل بوده خسارت پرداخت نماید. بوسنی هرزگوین هیچ نشانه‌ای از نظرات مخالفش در رابطه با اجرا یا تفسیر کنوانسیون که ممکن است در زمان ثبت دادخواست وجود داشته ارائه نمی‌دهد. هدف این کنوانسیون تدوین حقوق و تکالیف دولت‌ها نیست بلکه هدف حمایت از حقوق افراد و گروه‌های انسانی است. این کنوانسیون طرف‌های خود را ملزم می‌کند تا افراد مسئول اعمال ژنوسید را مجازات کنند و لذا هدفش مجازات اشخاص مرتکب ژنوسید اعم از اینکه اعضاء حکومت یا اشخاص عادی باشند، است (ماده ۴ کنوانسیون). با قصور یک طرف کنوانسیون برای جلوگیری و مجازات ژنوسید تنها از دو طریق یعنی توسل به ارگان صلاحیت‌دار سازمان ملل (ماده ۸) و توسل به یک دادگاه کیفری بین المللی (ماده ۶) می‌توان عمل کرد و نمی‌توان با استناد به مسئولیت کشورها در روابطشان با یکدیگر نزد دیوان بین المللی دادگستری طرح دعوی کرد. از نظر قاضی اودا بوسنی باید نشان دهد که یوگسلاوی حقوق بوسنی را بعنوان یک دولت عضو کنوانسیون نقض کرده، حقوقی که به موجب کنوانسیون از آن حمایت شده باشد. در حالیکه این مطلب در دادخواست بوسنی ارائه نشده و در واقع قصد کنوانسیون نیز حمایت از حقوق بوسنی بعنوان یک کشور نبوده است. یوگسلاوی ممکن است بخاطر موارد ژنوسید ارتكابی توسط مامورانش در سرزمین بوسنی مسئول باشد اما صرف این حقیقت به تنهایی به مفهوم آن نیست که یک اختلاف میان کشورها در رابطه با مسئولیت یک کشور ایجاد شده است زیرا یوگسلاوی حقوق اعطا شده توسط کنوانسیون به بوسنی را نقض نکرده است. آنچه که می‌بایست به موجب کنوانسیون از آن حمایت شود، حقوق یک کشور خاص نیست بلکه حمایت مندرج در آن مربوط به نوع بشر است. آنچه که بوسنی در دادخواست خود ارائه داده این ادعا است که یوگسلاوی و مامورانش مرتکب اعمال ژنوسید در سرزمین بوسنی شده‌اند. اما این مطلب نمی‌تواند نشانه وجود اختلاف میان دو کشور راجع به مسئولیت یک کشور باشد که بتواند مبنای صلاحیت دیوان قرار گیرد. بوسنی مسلماً می‌توانست جبران خسارات وارده به اشخاص، اموال، محیط زیست و اقتصادش را نه بر اساس کنوانسیون ژنوسید بلکه بر اساس نقض حقوق بین الملل تقاضا نماید. بعلاوه بوسنی ادعا نمی‌کند که با یوگسلاوی در رابطه با تفسیر یا اجرای کنوانسیون ژنوسید اختلاف دارد، در حالیکه تنها چنین اختلافی و نه ارتكاب اعمال ژنوسید که مسلماً بعنوان یک جرم تحت حقوق بین الملل طبقه بندی شده، می‌تواند مبنای صلاحیت دیوان به موجب کنوانسیون باشد. ژنوسید موضوعی است که باید توسط یک ارگان مناسب دیگر ملل متحد نظیر آنچه که در ماده ۸ کنوانسیون پیش بینی شده و یا توسط یک دیوان کیفری بین المللی به موجب ماده ۶ کنوانسیون حل و فصل شود و این ایده اصلی کنوانسیون بوده است.^۴

قاضی شی و قاضی ورشتاین نیز اگرچه ماده ۹ کنوانسیون که هر دو طرف اختلاف عضو آن هستند را مبنای

^۴ Ibid, pa. ۵۱۰.

صلاحیت دیوان می‌دانند، با این حال می‌گویند که "ما نگران مسائل ماهوی قضیه هستیم زیرا به نظر ما با توجه به اینکه کنوانسیون ژنوسید اساسا و بدوا به منظور مجازات اشخاص مرتکب ژنوسید و ممنوعیت ارتکاب چنین اعمالی تدوین شده است، دیوان بین‌المللی دادگستری محل مناسبی برای دادرسی ادعاهای خواهان نیست."^۵ به هر حال از نظر قضات اکثریت، "طرفین نه تنها در مورد حقایق موضوع و قابلیت انطباق آنها با مقررات کنوانسیون با یکدیگر اختلاف دارند بلکه در خصوص مفهوم و قلمرو حقوقی مقررات کنوانسیون از جمله ماده ۹ نیز با یکدیگر مخالف هستند. لذا برای دیوان هیچ شکی باقی نمی‌ماند که بین طرفین در رابطه با تفسیر، اعمال یا اجرای کنوانسیون ژنوسید و از جمله مسئولیت دولت در مورد ژنوسید یک اختلاف تحقق یافته است."^۶

۲. اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت

یوگسلاوی در ایراد اول و سوم خود به اعتبار و اثر حقوقی اعلامیه ۲۹ دسامبر ۱۹۹۲ با این ادعا که جمهوری بوسنی هرزگوین با اقداماتش برای دستیابی به استقلال آشکارا وظایف ناشی از اصل حقوق برابر و تعیین سرنوشت مردم را نقض کرده است، اعتراض کرده و می‌گوید این جمهوری فاقد شرایط لازم برای عضویت در کنوانسیون بوده است. اما دیوان به این مطلب توجه می‌کند که بوسنی هرزگوین در ۲۲ مه ۱۹۹۲ به دنبال تصمیم شورای امنیت و مجمع عمومی بعنوان ارگان‌های صلاحیتدار سازمان ملل به عضویت این سازمان پذیرفته شده است و ماده ۱۱ کنوانسیون ژنوسید نیز کنوانسیون را به روی هر عضو ملل متحد باز گذاشته است.^۷ بنابراین از نظر دیوان، بوسنی هرزگوین از زمان پذیرش به عضویت سازمان ملل می‌توانسته یک عضو کنوانسیون شود و اوضاع و احوال دستیابی به استقلال چندان اهمیتی ندارد.^۸

قاضی کرکا در انتقاد از این دیدگاه دیوان می‌گوید حق تعیین سرنوشت از جمله در کشوری مانند بوسنی و هرزگوین با تنوع قومیت‌ها دارای دو بعد داخلی و بین‌المللی است. با توجه به قواعد حقوقی یوگسلاوی و نیز حقایق موجود، بوسنی هرزگوین اجتماعی از سه ملت^۹ است و بر اساس قوانین جمهوری سوسیالیستی بوسنی هرزگوین بعنوان ایالت یوگسلاوی، کادر و مقامات رسمی آن باید نماینده این سه گروه از مردم باشند. بر اساس قانون اساسی ۱۹۷۴ جمهوری سابق سوسیالیستی یوگسلاوی و قانون اساسی همین سال جمهوری سوسیالیستی بوسنی هرزگوین، حق تعیین سرنوشت بعنوان یک حق جمعی برای ملت‌های آن تعریف شده است. همه طرح‌های ارائه شده در جریان مذاکرات حل و فصل مسالمت آمیز مخاصمات در بوسنی هرزگوین، نقطه آغازش این بوده که این جمهوری بعنوان جامعه ای مرکب از چند مردم توصیف شده است. در سطح بین‌المللی بوسنی هرزگوین بعنوان جامعه ای مرکب از سه ملت توصیف شده است. در طرح اوون و استولنبرگ در ۱۹۹۳ آمده است که "اتحادیه جمهوری بوسنی هرزگوین مرکب از سه جمهوری اساسی و مشتمل بر سه مردم اصلی و عمده یعنی مسلمانان، صرب‌ها و کروات‌ها است."^{۱۰} ماهیت اعلامیه بوسنی هرزگوین بعنوان یک دولت مستقل و حاکم باید با

^۵. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Joint Declaration of Judge Shi and Judge Vereshchetin.

^۶. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۳۳.

^۷. ماده ۱۱ کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید می‌گوید "این کنوانسیون تا ۳۱ دسامبر ۱۹۴۹ برای امضاء اعضای سازمان ملل متحد و هر دولت غیر عضوی که مجمع عمومی در این خصوص از آن دعوت کرده باشد آماده خواهد بود. از تاریخ اول ژانویه ۱۹۵۰ هر عضو سازمان ملل یا هر دولت غیر عضوی که به شرح بالا از آن دعوت شده باشد می‌تواند به این کنوانسیون ملحق شود."

^۸. Ibid, pa. ۱۹.

^۹. people

^{۱۰}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreca, pa. ۵۸.

خواست مشترک هر سه ملت بوسنی هرزگوین هماهنگ باشد. در حالیکه خواست رهبر سیاسی مسلمانان و کروات‌ها یکی بوده، اما رهبر سیاسی صرب‌های بوسنی بر حفظ این جمهوری بعنوان یک واحد فدرال در فدراسیون یوگسلاوی پافشاری داشت. در فراندم استقلال مارس ۱۹۹۲ با اتکا به اکثریت آرا، جاییکه از اکثریت ملت و نه ملت‌ها سخن رانده شده، اصل حقوق برابر و حق تعیین سرنوشت مورد توجه قرار نگرفته است و ماهیت تصمیم مربوطه خواست هر سه ملت بوسنی هرزگوین مبنی بر تعیین وضعیت سیاسی شان نبوده است.

از نظر قاضی کرکا برای اینکه اعلامیه استقلال بوسنی هرزگوین مشروعیت داشته باشد باید واجد دو شرط در پرتو حقوق داخلی جمهوری سوسیالیستی سابق یوگسلاوی باشد. اول اینکه قانون یوگسلاوی باید متضمن حق جدایی واحدهای فدرال باشد و دوم اینکه آیین مقرر شده توسط قانون در این ارتباط باید مراعات شده باشد. بجز در مورد مستعمرات، اصولاً حق تعیین سرنوشت با حق جدایی همراه نیست و واحدهای فدرال یوگسلاوی فاقد حق تجزیه می‌باشند. همانطور که هنکین می‌گوید "این امر پذیرفته شده است که حق تعیین سرنوشت شامل حق جدایی برای ملتی از یک دولت موجود نیست."^{۱۱} این قاعده در مورد فدراسیون‌ها نیز قابل اعمال است. تعارض میان حق تعیین سرنوشت خارجی به معنای جدایی، با تمامت ارضی کشور بعنوان بخشی از حق برابری حاکمیت‌ها با وصف آمره را نمی‌توان از طریق سلسله مراتب قواعد حقوق بین‌الملل حل کرد و بلکه باید گفت که میان این دو یعنی ممنوعیت حق تعیین سرنوشت خارجی و اصل تمامت ارضی یک هماهنگی وجود دارد. دادگاه قانون اساسی یوگسلاوی بعنوان نماینده اصلی محافظت از قانون اساسی، در تصمیم خود تاکید می‌کند که "حق تعیین سرنوشت مشتمل بر جدایی یا به عبارت دیگر حق تعیین سرنوشت خارجی تنها تحت شرایطی که مطابق قانون اساسی جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی باشد می‌تواند اعمال شود و باید به تصویب مجمع جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی و یا تایید مردم یوگسلاوی و جمهوری‌هایش رسیده باشد. لذا با توجه به مقررات قانون اساسی جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی تصمیم دادگاه قانون اساسی به این شرح می‌باشد که هر گونه تصویب یک جمهوری که آن را بعنوان یک دولت مستقل و حاکم اعلام نماید یک تغییر مغایر با قانون اساسی در وضعیت یوگسلاوی است. یک اقدام جدایی در پی تصمیم دادگاه قانون اساسی یوگسلاوی می‌تواند فاقد هر گونه اثر حقوقی باشد."^{۱۲} در حوزه حق تعیین سرنوشت خارجی، مقررات قانون اساسی جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی بر این نتیجه است که حق تعیین سرنوشت خارجی قبلاً بطور کامل اعمال شده است. حق تعیین سرنوشت شامل حق جدایی در اصول اساسی و اولیه این قانون گنجانیده شده بود و در مقررات اجرایی قانون اساسی هیچ اشاره‌ای به آن نشده است. نه قانون اساسی و نه قانون اجرایی آن هیچ آیینی برای اعمال این حق سرنوشت در نظر نگرفته‌اند. به عبارت دیگر ملل و اقوام مرکب یوگسلاوی، حق تعیین سرنوشت خارجی را در زمان شکل‌گیری یوگسلاوی فدرال و تنظیم قانون اساسی آن اعمال کرده بودند. هنگامی که آنها تصمیم گرفتند تا در یک دولت مشترک زندگی کنند، آنها با ایجاد چنین کشوری از این حق عبور کرده و قصد نداشته‌اند تا آن را بعنوان حقی زنده که در آینده به آن متوسل شوند، تلقی نمایند. لذا برای اعمال این حق اصلاح قانون اساسی ضروری است.^{۱۳} از سوی دیگر تصمیم برای تقاضای فراندم توسط مجمع جمهوری سوسیالیستی بوسنی هرزگوین بر اساس ماده ۱۵۲ قانون اساسی این جمهوری گرفته شد. بدون شک این مجمع اختیار تقاضای فراندم برای کسب نظر مردم

^{۱۱}. Henkin, L., *General Course of Public International Law*, RdC ۱۹۸۹, Vol. ۲۱۶, p. ۲۴۲.

^{۱۲}. I U No. ۱۰/N ۱-۹۱ (Official Gazette of SFRY, no. ۸۲/۹۱).

^{۱۳}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreca, pa. ۶۲.

راجع به تصویب قوانین، نظام نامه‌ها و سایر مصوبات را داشته است، اما آیا برای تعیین وضعیت بوسنی هرزگوین نیز دارای چنین صلاحیتی بوده است. پاسخ به این سوال را باید در بندهای ۲۴ گانه ماده ۳۱۴ قانون اساسی این جمهوری یافت که به صلاحیت‌های مجمع اشاره می‌کند. اما به هر حال بدیهی است که فراندم در باره وضعیت بوسنی هرزگوین متضمن تهدید بالقوه برای تمامت ارضی جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگسلاوی است که به موجب قانون اساسی آن حمایت شده است. ماده ۳۳ قانون فراندم تصریح می‌کند که تصمیم‌گیری بر اساس فراندم باید توسط اکثریت آرای کلیه کارگران و شهروندان رای دهنده در سرزمین یا بخشی از سرزمین جمهوری سوسیالیستی بوسنی هرزگوین، جایکه فراندم تقاضا شده است انجام گیرد. از نظر قاضی کرکا صرفنظر از مشروعیت اصل فراندم در باره وضعیت بوسنی هرزگوین، سوال این است که آیا تصمیم‌گیری راجع به چنین موضوع مهمی می‌تواند با یک اکثریت ساده انجام شود. این در حالی است که قانون اساسی جمهوری سوسیالیستی بوسنی هرزگوین به لزوم رای حداقل دو سوم کل افراد رای دهنده این جمهوری راجع به مسئله تغییر مرزهای آن تصریح کرده است. به عبارت دیگر آیا در حالیکه قانون اساسی برای تصحیح خطوط تعیین شده تقسیمات اداری در چهارچوب فدراسیون، اکثریت دو سوم را مقرر کرده قانون مربوط به فراندم، یک اکثریت ساده را برای تصمیم‌گیری راجع به وضعیت بوسنی هرزگوین در حقوق عمومی در نظر گرفته است؟ از این رو به نظر می‌رسد که قانونگذار به هنگام تصویب قانون فراندم، در ذهنش فراندم به آن مفهوم نبوده است. تصور این امر مشکل است که قانونگذار برای فراندم راجع به تغییر مرزها که در رویه واحدهای فدرال یوگسلاوی امر چندان مهمی نبوده شرایط سخت‌تری را در مقایسه با فراندم راجع به موضوع حیاتی وجود خود واحد فدرال در نظر گرفته باشد.

نهایتاً قاضی کرکا اعلامیه استقلال بوسنی هرزگوین را ماهیتاً یک عمل تجزیه طلبانه تلقی کرده و می‌گوید تجزیه عبارت از "ایجاد یک کشور توسط کاربرد یا تهدید به زور بدون رضایت حاکمیت قبلی است."^{۱۴} این امر با روح منشور ملل متحد و ویژگی آمره بودن رعایت تمامت سرزمینی مغایر است و شورای امنیت نیز جدایی را غیر قانونی تلقی کرده است.^{۱۵} پذیرش بوسنی هرزگوین به سازمان ملل، نواقص قانونی در تاسیس یک کشور مستقل را برطرف نمی‌کند. بدون شک پذیرش بوسنی هرزگوین به عضویت سازمان ملل حمایت سیاسی بوسنی هرزگوین را به همراه داشته است اما حمایت سیاسی نمی‌تواند به معنای تایید اعتبار تولد نامشروع بوسنی هرزگوین باشد. حتی اگر مجمع عمومی به هنگام پذیرش بوسنی هرزگوین چنین قصدی را داشته، چنین امری از لحاظ حقوقی غیر ممکن بوده است زیرا این امر دلالت بر انحراف از حق تعیین سرنوشت ملت‌ها که از نظر منشور واجد وصف آمره است، دارد. مفهوم پذیرش این جمهوری به عضویت سازمان ملل محدود به شناسایی آن بعنوان یک واقعیت است و تاثیری بر مشروعیت تولد آن ندارد. شناسایی توسط سازمان ملل به مفهوم این است که یک کشور یا حکومتش به کنفرانس‌های بین‌المللی مهم دعوت خواهد شد و اجازه دارد تا تعدادی از معاهدات بین‌المللی را بپذیرد و به عضویت سازمان‌های بین‌المللی در آید و نمایندگانی را به آن سازمان‌ها اعزام نماید.^{۱۶}

۳. جانشینی خود به خودی در کنوانسیون‌هایی نظیر ژنوسید

بوسنی هرزگوین معتقد است که کنوانسیون ژنوسید از جمله اسناد حمایت از حقوق افراد بوده و لذا قاعده

^{۱۴}. Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, ۱۹۹۹, p. ۲۴۷.

^{۱۵}. SC Res. ۱۶۹(۱۹۶۱).

^{۱۶}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreca, pa. ۹۰.

جاننشینی اتوماتیک ضرورتاً باید اعمال گردد. بوسنی بر این نتیجه است که عضویت این کشور در کنوانسیون ژنوسید از آثار کسب استقلال توسط این کشور است. در مقابل یوگسلاوی هر گونه اعمال جاننشینی اتوماتیک کنوانسیون ژنوسید توسط بوسنی را رد می‌کند. دیوان با توجه به ماهیت کنوانسیون ژنوسید آنچه را که در رای مشورتی ۱۹۵۱ راجع به حق شرطها گفته بود، مجدداً تکرار می‌کند که "در یک چنین کنوانسیونی دول طرف قرارداد دارای منافی برای شخص خود نیستند بلکه آنها هر کدام و همگی صرفاً دارای یک منفعت مشترک یعنی اجرای اهداف والای کنوانسیون را دارند و در نتیجه در کنوانسیون‌هایی از این قبیل هیچ کس نمی‌تواند از منافع یا مضرات فردی دولت‌ها یا حفظ موازنه قراردادی کامل میان حقوق و تکالیف سخن بگوید. موضوع و هدف کنوانسیون ژنوسید دلالت بر این امر دارد که قصد مجمع عمومی و کشورهای که آن را پذیرفته‌اند آن بوده که تا آنجا که ممکن است تعداد بیشتری از کشورها در آن مشارکت نمایند. محرومیت یک یا چند کشور از کنوانسیون، نه تنها قلمرو اجرای آن را محدود می‌کند بلکه باعث کاهش اقتدار اصول بشردوستانه و اخلاقی می‌شود که کنوانسیون بر آنها بنا شده است."^{۱۷} در قضیه حاضر دیوان بدون هیچ گونه قضاوتی در باره اینکه آیا اصل جاننشینی اتوماتیک بر حسب نوع کنوانسیون‌های بین‌المللی قابل اعمال است یا خیر، برای تصمیم‌گیری در مورد صلاحیتش ضرورتی نمی‌بیند که خود را وارد مسئله تعیین موضوعات حقوقی مربوط به جاننشینی کشور در مورد معاهدات استنادی توسط طرفین نماید. دیوان می‌گوید خواه بوسنی بطور اتوماتیک در تاریخ کسب استقلال یعنی ۶ مارس ۱۹۹۲ و یا در نتیجه اعلامیه جاننشینی ۲۹ دسامبر ۱۹۹۲ (با قبول یا عدم قبول اثر عطف به ماسبق شدن آن) عضو کنوانسیون ژنوسید شده باشد، در هر حال این کشور در تاریخ ثبت دادخواست به دیوان یعنی ۲۰ مارس ۱۹۹۳ عضو این کنوانسیون بوده است. طرح این موضوعات حداکثر در تعیین قلمرو صلاحیت زمانی دیوان موثر است که دیوان بعداً به آن خواهد پرداخت.^{۱۸} از آنجا که دیوان بر این عقیده است که بوسنی می‌توانسته از طریق جاننشینی و نه الحاق بعنوان یک عضو کنوانسیون تلقی شود، لذا ادعای یوگسلاوی مبنی بر اعمال مواد ۱۱ و ۱۳ را منتفی می‌داند. با این حال دیوان یادآور می‌شود که حتی اگر با بوسنی باید بعنوان یک کشور الحاق شونده رفتار شود و اینکه دادخواست این کشور ۹ روز پیش از ۲۹ مارس یعنی ۲۰ مارس ۱۹۹۳ در دفتر دیوان به ثبت رسانیده، پس از انقضای این مدت بوسنی می‌توانست نقص آیین دادرسی را با یک دادخواست دیگر کامل کند. بنابراین اینکه دادخواست چند روزی زودتر به ثبت رسیده فاقد اهمیت اساسی است زیرا دیوان به مراحل شکلی به آن اندازه که در حقوق داخلی اهمیت داده می‌شود، توجه نمی‌کند.^{۱۹} دیوان اگرچه باید بطور عادی صلاحیت خود را در تاریخ ثبت دادخواست مورد ارزیابی قرار دهد، با این حال مانند سلف خود همواره به اصلی مراجعه می‌کند که به موجب آن دیوان نباید خواهان را به خاطر یک نقص در آیین دادرسی که به سادگی قابل رفع است در مضیقه قرار دهد. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه ماوروماتیس می‌گوید "حتی اگر دلایلی که بر اساس آن دعوی اقامه می‌شود ناقص باشد، این موجبی کافی برای رد دعوی خواهان نخواهد بود. دیوان با توجه به صلاحیت بین‌المللی اش خود را در قید و بند موضوعات شکلی به همان میزان که در حقوق داخلی به آن اهمیت داده می‌شود، محدود نمی‌کند. لذا حتی اگر دادخواست به دلیل عدم تصویب معاهده لوزان ناقص باشد، این نقص بعداً با سپردن اسناد تصویب، برطرف شده

^{۱۷}. I.C.J. Reports ۱۹۵۱, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, p. ۲۳-۲۴.

^{۱۸}. I.C.J. Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۲۳.

^{۱۹}. Ibid, pa. ۲۴.

است.^{۲۰}

قاضی پارا-آرانگورن نیز در نظر جداگانه خود در تایید جانشینی اتوماتیک کنوانسیون ژنوسید، به رای دیوان در قضیه آفریقای جنوب غربی اشاره کرده که می‌گوید "با توجه به غیر قانونی بودن ادامه حضور آفریقای جنوبی در آفریقای جنوب غربی (نامیبیا) معاهدات دوجانبه میان کشورها با آفریقای جنوبی که به نیابت از نامیبیا منعقد شده، فاقد آثار حقوقی است. با این حال در خصوص معاهدات چند جانبه نمی‌توان در مورد برخی کنوانسیون‌های عام نظیر معاهداتی که دارای ویژگی بشردوستانه هستند به این ترتیب عمل کرد زیرا عدم اجرای آنها برای مردم نامیبیا آثار زیان آور خواهد داشت."^{۲۱} از نظر او این مفهوم در ماده (۵) ۶۰ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات نیز آمده^{۲۲} و لذا درک این مطلب که چرا دیوان در قضیه حاضر در ارتباط با اعمال کنوانسیون ژنوسید این نتیجه را نپذیرفته آسان نیست.^{۲۳}

قاضی هیگینز که در این قضیه سمت قضایی نداشت معتقد است که دیوان می‌توانست توجه و حمایت خود را معطوف دکتین متری در حال ظهور جانشینی خود بخودی کشورها در مورد معاهدات حقوق بشری نماید.^{۲۴} طرح کمیسیون حقوق بین الملل در مورد جانشینی، میان آثار جانشینی در وضعیت‌های مختلف، تفکیک قائل شده است. در موارد ایجاد کشور جدید الاستقلال (رهایی از استعمار) اصل لوح پاک و در موارد ایجاد کشور جدید در اثر جدایی از بخشی از کشور تداوم اتوماتیک را مقرر کرده است.

قاضی کرکا معتقد است که این مقرر، تدوین حقوق عرفی نبوده بلکه توسعه حقوق است و لذا جانشینی اتوماتیک هم اکنون مورد قبول حقوق موضوعه نیست و جنبه حقوق آرمانی^{۲۵} دارد. مقرره مربوط به تداوم اتوماتیک در موارد جانشینی کشورهای جدید قابل توجه نیست و این واقعیت که حق دولت جدید برای در نظر گرفته شدن بعنوان عضو معاهده از جانب خود و به نام خود، حقی که بر اساس قواعد حقوق معاهدات اعمال می‌شود و مبتنی بر اصل اساسی رضایت است نافی مفهوم تداوم اتوماتیک می‌باشد که در بطن خود متضمن یک تعهد است. قاضی کرکا که به عدم صلاحیت دیوان رای داد اضافه می‌کند که با این حال نباید این نتیجه نادرست را گرفت که یک کشور جدید در جامعه بین المللی بعنوان یک نوزاد در خلاء حقوقی و مستثنی از کلیه تعهدات و حقوق معاهده‌ای می‌باشد. چنین تصویری مغایر ایده جامعه بین المللی حقوقی سازمان یافته است، ضمن اینکه دیوان نیز خود در رای بارسلونا میان تعهدات کشورها قائل به تفکیک می‌شود. اگر مبنای ماهیت الزام آور حقوق بین الملل عام، اراده جامعه بین المللی در کلیت خود باشد، عرف و معاهده چند جانبه تنها تجلی آن اراده هستند. معاهدات چند جانبه عام پذیرفته شده به نفع جامعه بین المللی، سندی شکلی برای بیان خواست جامعه بین المللی در کلیت خود است که متضمن تعهدی عام، فارغ از تصویب قراردادی می‌باشد و کنوانسیون ژنوسید از جمله آنها است. دیوان در رای مربوط به حق شرطها در توصیف ژنوسید بعنوان انکار حق حیات یک گروه انسانی که با قواعد اخلاقی و روح

^{۲۰}. P.C.I.J., Series A, No. ۲, p. ۳۴.

^{۲۱}. I.C.J. Reports ۱۹۶۶, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, pa. ۱۲۲.

^{۲۲}. این ماده در ارتباط با فسخ یا تعلیق یک معاهده در نتیجه نقض مفاد آن می‌گوید "بندهای ۱ تا ۳ این ماده شامل مقررات مربوط به حفاظت از جان افراد که در معاهدات بشردوستانه گنجانده می‌شوند، نمی‌گردد."

^{۲۳}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Separate Opinion of Judge Parra-aranguren, pa. ۲.

^{۲۴}. Higgins, R., The International Court of Justice and Human Rights, in K Wellens, (ed), International Law: Theory and Practice: Essay in Honour of Eric Suy, The Hague, Martinus Nijhoff, ۱۹۹۸, pp. ۶۹۴, ۶۹۶-۹۷.

^{۲۵}. lex ferenda

اهداف ملل متحد مغایر است، می‌گوید اصول اساسی کنوانسیون برای ملل متحد حتی بدون تعهدات معاهده‌ای الزام آور می‌باشد. هر کشور جدیدی از همان ابتدا ملتزم به این قواعد است زیرا آنها مبین منافع جامعه بین‌المللی در کلیت خود می‌باشند. نظر بیان شده توسط دیوان یک مسئله مهم یعنی ارتباط میان اصول اساسی کنوانسیون ژنوسید و مقررات کنوانسیون ژنوسید را مطرح می‌کند. اصول اساسی حقوق بین‌الملل مندرج در کنوانسیون تنها در مقررات ماهوی کنوانسیون یعنی مقررات متضمن هدف و موضوع کنوانسیون تجلی یافته است. مقررات نهایی کنوانسیون و نیز مقررات شکلی ناظر بر شیوه‌های حل و فصل اختلاف، فاقد روح اصول اساسی حقوق بین‌الملل می‌باشند. بوسنی هرزگوین بعنوان یک کشور جدید به مقررات ماهوی کنوانسیون ژنوسید حتی بدون هیچ تعهد معاهده‌ای ملتزم می‌باشد. با قبول رسمی کنوانسیون نسبت به مقررات ماهوی، بوسنی صرفاً تعهداتی را که مستقل از اراده‌اش بوده یعنی تعهدات خارج از اراده کشورها را به شکل قراردادی تایید می‌کند. اثر حقوقی پذیرش کنوانسیون اصولاً تعهد به آن دسته از قواعد کنوانسیون است که با ماهیت ارتباط نداشته و قواعدی با ماهیت شکلی نظیر مواد ۸، ۹، ۱۴، ۱۵ و ۱۶ کنوانسیون است.^{۲۶} قاضی کرکا سپس به این سوال می‌پردازد که آیا اعلامیه جانشینی فی نفسه برای التزام نسبت به معاهده کافی است. از نظر او جانشینی کشورها نسبت به معاهدات ارتباط نزدیکی با خود حقوق معاهدات و بویژه قواعد ناظر بر انعقاد معاهدات دارد. هامفری والدک گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در توصیف این پیوند می‌گوید "کمیسیون نمی‌تواند موضوع جانشینی نسبت به معاهدات را بجز در چهارچوب کلی حقوق معاهدات بررسی نماید."^{۲۷} کرکا نسبت به این موضوع که اعلامیه جانشینی بتواند فی نفسه از جمله اعمال مبین التزام به معاهده تلقی شود، ابراز تردید می‌نماید و می‌گوید ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات،^{۲۸} امکان اینکه اعلامیه جانشینی بعنوان ابزار رضایت به التزام معاهده باشد را مستثنی نمی‌کند. با این حال این امکان متضمن رضایت طرف‌های معاهده است. با توجه به ماده ۱۱، اعلامیه جانشینی بدون شک می‌تواند بعنوان "هر وسیله دیگر" بیان رضایت به التزام باشد. اما این امر مشروط به "مورد توافق قرار گرفته باشد،" می‌باشد. از نظر یوگسلاوی، که ظهور جمهوری بوسنی هرزگوین را نامشروع می‌داند، این جمهوری نه به دلیل عضویت در کنوانسیون، بلکه به دلیل حقوق بین‌الملل عام ملتزم به تعهدات مربوط به منع و مجازات جرم ژنوسید می‌باشد.^{۲۹}

۴. قابلیت اعمال کنوانسیون در شرایط جنگ و صلح

یوگسلاوی وجود اختلاف بین‌المللی را به این دلیل که مخاصمه اتفاق افتاده در سرزمین خواهان ماهیت داخلی داشته و یوگسلاوی نیز در آن سهمی نداشته، رد می‌نماید. در این ارتباط دیوان به ماده ۱ کنوانسیون ژنوسید^{۳۰} توجه کرده و می‌گوید در این مقرره چیزی که دلالت بر این نماید که کنوانسیون باید در چهارچوب خاصی از مخاصمات اعمال شود ملاحظه نمی‌کند. از نظر دیوان این کنوانسیون صرفنظر از اینکه مخاصمه جنبه داخلی یا بین‌المللی داشته باشد، مشروط بر اینکه موارد مندرج در مواد ۲ و ۳ ارتکاب یافته باشند قابل اعمال است.^{۳۱} در خصوص اینکه آیا

^{۲۶}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Kreca, pa. ۱۱۱-۱۱۵.

^{۲۷}. YILC ۱۹۶۸, p. ۱۳۱, pa. ۵۲.

^{۲۸}. ماده ۱۱ می‌گوید "قبولی یک کشور برای التزام نسبت به یک معاهده با امضاء، مبادله اسناد مربوط به معاهده، تصویب، پذیرش، موافقت یا الحاق و یا به هر وسیله دیگری که مورد توافق قرار گرفته باشد، اعلام می‌شود."

^{۲۹}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Kreca, pa. ۱۱۶-۱۱۷.

^{۳۰}. ماده ۱ کنوانسیون منع و مجازات جرم کشتار جمعی می‌گوید "طرف‌های متعهد تصدیق و تایید می‌کنند که ژنوسید اعم از اینکه در زمان صلح صورت گیرد یا زمان جنگ، به موجب حقوق بین‌الملل جنایت محسوب شده و تعهد می‌کنند از آن جلوگیری کرده و مورد مجازات قرار دهند."

^{۳۱}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۳۱.

یوگسلاوی مستقیم یا غیر مستقیم در مخاصمه مورد بحث مشارکت داشته یا خیر، دیوان آن را موضوعی مربوط به ماهیت می‌داند.

۵. تعهد به جلوگیری از ارتکاب ژنوسید

۵-۱. منع ژنوسید تعهدی به رفتار و نه تعهدی به نتیجه

از نظر دیوان یک دولت در انجام وظیفه تعهد به جلوگیری از ژنوسید نمی‌تواند متعهد به موفقیت نیز باشد. تعهد دول عضو، بکارگیری همه شیوه‌های معقول در دسترس برای جلوگیری از ژنوسید تا حد امکان است. یک دولت نمی‌تواند به سادگی مسئول شناخته شود صرفاً به دلیل اینکه به نتیجه مطلوب نرسیده است، اما اگر دولتی از اتخاذ همه تدابیر برای جلوگیری از ژنوسید که در اختیارش بوده کوتاهی کند، مسئول خواهد بود. برای ارزیابی اینکه آیا یک دولت بطور مقتضی به تعهدش عمل کرده یا نه عوامل مختلفی دست‌اندر کار است. توانایی نفوذ موثر بر عمل اشخاصی که احتمالاً مرتکب ژنوسید می‌شوند از دولتی به دولت دیگر تفاوت می‌کند. این توانایی از جمله به فاصله جغرافیایی دولت از صحنه حوادث، استحکام و میزان ارتباط‌های سیاسی و نیز سایر ارتباط‌های میان مقامات آن دولت و عوامل اصلی حوادث بستگی دارد. بدیهی است که توانایی دولت به نفوذ باید با معیارهای حقوقی ارزیابی شود زیرا روشن است که هر دولت می‌تواند تنها در محدوده مجاز توسط حقوق بین الملل عمل کند.^{۳۲}

به نظر قاضی اسکاتنیکیف آنچه دیوان باید راجع به موضوع جلوگیری از ژنوسید بگوید این است که حتی اگر مرتکبین ارگان و یا اشخاصی نباشند که بتوانند مسئولیت دولت را به موجب حقوق بین الملل عرفی برانگیزند، اگر ژنوسید در درون سرزمینی که یک دولت بر آن اعمال صلاحیت می‌کند یا تحت کنترلش است ارتکاب یابد، آن دولت در انجام تعهدش مبنی بر جلوگیری از ژنوسید قصور کرده است. حتی اگر دولت مورد بحث اقدامات لازم به موجب کنوانسیون را به عمل آورد، اگر ژنوسید در درون سرزمین تحت صلاحیت یا کنترلش اتفاق افتد، او باز هم مسئول است، چرا که وظیفه به جلوگیری یک وظیفه به نتیجه و نه یک وظیفه به رفتار است.^{۳۳}

۵-۲. وقوع ژنوسید شرط نقض تعهد به منع ژنوسید

یک دولت تنها در صورتی که ژنوسید واقعا ارتکاب یافته باشد می‌تواند برای نقض تعهد به جلوگیری از ژنوسید مسئول شناخته شود. در این مورد دیوان به ماده (۳) ۱۴ مواد مسئولیت دولت اشاره می‌کند که می‌گوید "نقض یک تعهد بین المللی دولت به جلوگیری از وقوع یک حادثه، هنگامی اتفاق می‌افتد که آن حادثه اتفاق افتاده باشد و این نقض شامل تمام دوره‌ای می‌شود که در طی آن حادثه ادامه دارد." از نظر دیوان این بدان مفهوم نیست که تعهد به جلوگیری از ژنوسید تنها هنگامی است که ارتکاب ژنوسید واقع شده باشد. در واقع تعهد یک دولت به جلوگیری و وظیفه مربوط به اقدام، در لحظه‌ای مطرح می‌شود که دولت از وجود یک خطر جدی که ژنوسید ارتکاب خواهد یافت آگاه شده باشد. از آن لحظه به بعد اگر دولت ابزارهایی برای جلوگیری در دسترس دارد موظف است تا آنها

^{۳۲}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, pa. ۴۳۰.

^{۳۳}. Ibid, Declaration of Judge Skotnikov, p. ۱۰.

را به کار گیرد. با این حال اگر نه ژنوسید و نه هیچ عمل دیگر مندرج در ماده ۳ کنوانسیون نهایتاً ارتکاب نیابد، دولتی که می‌توانسته اقدام نماید اما نکرده، مسئول نخواهد بود. لذا دیوان نتیجه می‌گیرد که رفتار خواننده در ارتباط با تعهد جلوگیری از ژنوسید را صرفاً در رابطه با قتل عام‌ها در سربرنیکا باید بررسی نماید، زیرا تنها این قتل عام‌ها از نظر دیوان ژنوسید تلقی شده‌اند.^{۳۴}

۳-۵. تفاوت میان مشارکت و عدم جلوگیری

میان شرایطی که می‌تواند منجر به این شود که یک دولت مسئول نقض تعهد به جلوگیری از ژنوسید شود و اینکه یک دولت به دلیل مشارکت در این جرم مسئول شناخته شود، دو تفاوت اصلی وجود دارد. اول اینکه مشارکت همواره مستلزم اقدامی مثبت برای انجام کمک یا همکاری با مرتکبین ژنوسید است در حالیکه نقض تعهد به جلوگیری، ناشی از قصور از اتخاذ اقدامات متناسب برای جلوگیری از ارتکاب ژنوسید است. به عبارت دیگر در حالیکه مشارکت ناشی از فعل است، نقض تعهد به جلوگیری ناشی از ترک فعل است. مشارکت برای دولت‌ها تعهد منفی یعنی تعهد به عدم ارتکاب اعمال ممنوع مقرر می‌کند در حالیکه وظیفه جلوگیری، دولت‌ها را تحت تعهدات مثبت قرار می‌دهد یعنی باید بهترین تضمین‌ها را فراهم آورند تا چنین اعمالی اتفاق نیفتند. دوم اینکه مشارکت محقق نمی‌شود مگر اینکه حداقل ارگان‌های دولت از ارتکاب ژنوسید آگاه بوده باشند و به عبارت دیگر شرط مشارکت، آگاهی کامل از وقوع ژنوسید است. اما بر عکس یک دولت ممکن است ناقض تعهد به جلوگیری باشد، حتی اگر ارتکاب ژنوسید در زمانی که او متعهد به جلوگیری بوده قطعی نباشد. بنابراین برای اینکه یک دولت به دلیل عدم جلوگیری از ژنوسید مسئول شناخته شود کافی است که از این خطر جدی که ژنوسید ارتکاب خواهد یافت آگاه باشد و یا بطور طبیعی باید آگاه باشد.^{۳۵} در قضیه حاضر دیوان می‌گوید اگرچه اطلاعات موجود نشان نمی‌دهند که مقامات بلغراد می‌دانسته‌اند که ژنوسید ارتكابی حتمی و قریب الوقوع است (که به همین دلیل هم مشارکت احراز نشد)، اما به سختی می‌توان پذیرفت که آنها از خطر جدی ژنوسید هنگامی که صرب‌ها تصمیم به اشغال سربرنیکا گرفتند، آگاه نبوده‌اند. یوگسلاوی از کینه دیرینه و عمیق صرب‌های بوسنی و مسلمانان در منطقه سربرنیکا کاملاً آگاه بود. از نظر دیوان با توجه به نفوذ غیر قابل انکار و آگاهی مقامات فدرال یوگسلاوی، این کشور باید بهترین تلاش‌ها برای جلوگیری از حوادث در حال شکل‌گیری را به عمل می‌آورد. اگرچه برای دیوان محرز نشد که تصمیم به نابودی فیزیکی تمام جمعیت مرد بالغ گروه مسلمانان سربرنیکا به اطلاع مقامات بلغراد رسیده، اما با توجه به نگرانی‌های بین‌المللی نسبت به آنچه که در سربرنیکا اتفاق می‌افتاد، روشن بود که در این منطقه یک خطر جدی برای وقوع ژنوسید وجود داشته است. این در حالی است که خواننده با توجه به نفوذ خود نسبت به صرب‌ها هیچ اقدامی برای جلوگیری به عمل نیاورده است. برای اینکه یک دولت مسئول نقض تعهداتش به جلوگیری شناخته شود، لازم نیست اثبات شود که دولت مربوط قطعاً قدرت جلوگیری از ژنوسید را داشته بلکه کافی است آن دولت ابزاری برای این کار داشته و آشکارا از بکارگیری آن امتناع کرده باشد. دیوان نهایتاً نتیجه می‌گیرد که خواننده تعهدش مبنی بر جلوگیری از ژنوسید را نقض کرده است.^{۳۶}

۶. قلمرو مکانی تعهد به جلوگیری و تعهد به مجازات جرم ژنوسید

^{۳۴}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۴۲۱.

^{۳۵}. Ibid, pa. ۴۲۲.

^{۳۶}. Ibid, pa. ۴۲۸.

یوگسلاوی می‌گوید در زمان مورد بحث، این کشور نسبت به سرزمین خواهان صلاحیتی را اعمال نمی‌کرده است. دیوان در رد چنین ایرادی مجدداً دیدگاه خود در مورد هدف و موضوع کنوانسیون که در رای ۱۹۵۱ مربوط به حق شرط‌ها آمده را تکرار می‌کند که خاستگاه و بنیاد کنوانسیون ژنوسید حاکی از آن است که ملل متحد قصد داشته تا ژنوسید را بعنوان یک جرم تحت حقوق بین الملل محکوم و مجازات کند، جرمی که با نفی حق حیات یک گروه انسانی همراه است، نفی و انکاری که وجدان نوع بشر را شوکه می‌کند و منجر به خسارت به عالم بشریت می‌شود، جرمی که با قواعد اخلاقی، روح و اهداف ملل متحد مغایرت دارد. نخستین نتیجه حاصل از این دیدگاه آن است که اصول مندرج در این کنوانسیون، اصولی هستند که توسط ملل متحد بعنوان اصول الزام آور برای دولت‌ها حتی بدون هیچگونه تعهد معاهده‌ای به رسمیت شناخته شده‌اند. نتیجه دوم ویژگی بین المللی محکومیت و همکاری مشترک لازم برای آزاد کردن افراد بشر از چنین بلای وحشتناک است. بنابراین دیوان بر این استنباط است که حقوق و تکالیف مندرج در کنوانسیون، حقوق و تکالیفی هستند که برای کل جامعه بین المللی الزام آور هستند.^{۳۷}

از نظر قاضی کرکا ممنوعیت ژنوسید، قاعده‌ای جهانی بوده و همه تابعان حقوق بین الملل را حتی بدون هر گونه تعهد معاهده‌ای در همه نقاط جهان ملتزم و متعهد می‌کند و لذا در این ممنوعیت، سرزمین و غیر سرزمین معنا ندارد. اما هنگامی که بحث اجرای آن مطرح می‌شود موضوع متفاوت خواهد بود. ممنوعیت ژنوسید مانند هر قاعده دیگر نه در فضای تخیلی بلکه در حوزه جامعه بین المللی با سرزمین‌های مشخص قابل اعمال است. دیوان در قضیه لوتوس می‌گوید "هم اکنون ابتدایی‌ترین محدودیت تحمیل شده نسبت به کشورها این است که یک کشور نمی‌تواند اختیاراتش را به هر شکلی در سرزمین کشور دیگر اعمال نماید. در این مفهوم صلاحیت مسلماً سرزمینی است و بجز در موارد ناشی از یک قاعده عرفی یا قراردادی نمی‌تواند توسط یک دولت در خارج از سرزمین خود اعمال شود." ویژگی سرزمینی بودن تعهد دولت در اجرای یک قاعده حقوق بین الملل، امری پذیرفته شده است. در غیر این صورت قاعده آمره دیگر یعنی رعایت حاکمیت و تمامت ارضی سرزمینی نقض خواهد شد. کنوانسیون متضمن اصل سرکوب جهانی نیست و قطعاً اصل سرزمینی بودن تعهد جلوگیری را پذیرفته است. از این رو دولت‌ها تا جایی ملزم به مجازات اشخاص متهم به ارتکاب اعمال تحت کنوانسیون هستند که در سرزمین آنها ارتکاب یافته باشد.^{۳۸}

واقعیت این است که علیرغم ارتباط روشن میان وظیفه منع ژنوسید و وظیفه مجازات مرتکبین آن، ما با دو تعهد متمایز و در عین حال مرتبط به هم سرو کار داریم. اگرچه ماده یک کنوانسیون ارتباط نزدیکی میان منع و مجازات برقرار می‌کند و موثرترین طریق جلوگیری از این جرم نیز مجازات مرتکبین است، اما این بدان مفهوم نیست که تعهد به جلوگیری خودش فی نفسه فاقد هویت حقوقی جداگانه بوده و در تعهد به مجازات جذب شده باشد. کنوانسیون به تعهد جلوگیری بعنوان یک اصل در ماده ۱، تنها در ماده ۸ ارجاع می‌دهد در حالیکه متضمن مقررات جزئی‌تری در مورد وظیفه مجازات (مواد ۳ تا ۷) است. وظیفه جلوگیری در وظیفه مجازات ادغام نمی‌شود و نمی‌تواند به سادگی بعنوان جزئی از آن وظیفه تلقی شود. وظیفه جلوگیری دارای قلمرویی است که به وراثت مسئله خاص مندرج در ماده ۸ یعنی ارجاع به ارگان‌های صلاحیتدار ملل متحد بعنوان اقدام مقتضی توسعه می‌یابد. حتی

^{۳۷}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۳۱.

^{۳۸}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Kreca, pa. ۱۰۱-۱۰۲.

اگر و هنگامی که این ارگان‌ها مورد تقاضا قرار می‌گیرند، این به آن مفهوم نیست که دول عضو کنوانسیون از تعهد اتخاذ تدابیری که بتواند جلوی اتفاق ژنوسید را بگیرد مبری می‌باشند.

ادیوان یادآور می‌شود که ژنوسید ارتكابی در سربرنیکا که از نظر دیوان محرز شده، در سرزمین خوانده ارتكاب نیافته است و لذا خوانده نمی‌تواند مسئول محاکمه افراد متهم به ژنوسید در سربرنیکا خواه مرتکبین اصلی یا همدستان و شریکان و یا سایر اعمال مندرج در ماده ۳ نزد محاکم خود باشد. از نظر قضات اکثریت تعهدات ناشی از مواد ۱ و ۳ محدود به سرزمین نمی‌باشد. آنها در هر کجا که دولت بتواند و قادر باشد به آن عمل کند، قابل اعمال‌اند. بر عکس تعهد به تعقیب مندرج در ماده ۶ تابع محدودیت سرزمینی تصریح شده در آن است. محاکمه افراد متهم به ژنوسید باید در محکمه صالح کشوری که جرم در سرزمین او ارتكاب یافته و یا توسط یک محکمه کیفری بین‌المللی صلاحیتدار انجام شود. ماده ۶ تنها متضمن تعهد دول عضو به اعمال صلاحیت کیفری سرزمینی است. اگرچه این ماده قطعاً دولت‌ها را نسبت به ژنوسید از اعطای صلاحیت به محاکم کیفری آنها بر اساس معیاری بجز محل وقوع جرم که با حقوق بین‌الملل سازگار باشد منع نمی‌کند، اما آنها را ملزم به آن نیز نمی‌کند.^{۳۹}

قاضی تومکا با حمایت از رای دیوان برای تعهد به مجازات ژنوسید، محدودیت سرزمینی قائل است. از نظر او اصل صلاحیت جهانی که در طرح اولیه ماده ۷ در نظر گرفته شده بود، توسط کمیته ویژه رد شد و اصل صلاحیت سرزمینی که با صلاحیت یک محکمه بین‌المللی تکمیل شد، برگزیده شد. بنابراین کنوانسیون تعهد مجازات را بر کشوری که جرم در سرزمین او ارتكاب یافته تحمیل می‌کند. اگرچه رویه بین‌المللی حق یک دولت برای اعمال صلاحیت کیفری هنگامی که جرم ژنوسید در خارج از سرزمینش ارتكاب یافته را صرفنظر از تابعیت مجرم و قربانی به رسمیت شناخته، اما این حق هم اکنون به یک تعهد تبدیل نشده است. اگر ماده ۸ کنوانسیون تعهدی برای ارکان سازمان ملل ایجاد نمی‌کند، این دلیل نمی‌شود که تعهد به جلوگیری یا مجازات در ماده ۱ بعنوان تعهد یک دولت به اقدام در خارج از سرزمینش تفسیر شود.^{۴۰}

در ارتباط با دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی^{۴۱} و تعهد یوگسلاوی، دو سوال قابل طرح است. اول اینکه آیا این دادگاه یک "دادگاه کیفری بین‌المللی" به مفهوم ماده ۶ هست یا خیر و دوم اینکه آیا یوگسلاوی از جمله "طرفهای کنوانسیون که صلاحیت آن را قبول کرده باشند"، هست یا خیر. در پاسخ به سوال اول از نظر دیوان سند حقوقی که به موجب آن چنین دادگاهی تاسیس می‌شود فاقد اهمیت است. از عبارت "طرفهای کنوانسیون که صلاحیت آن را قبول کرده باشند" می‌توان استنباط کرد که طراحان کنوانسیون احتمالاً بر این اندیشه بودند که چنین دادگاهی به موجب معاهده ایجاد خواهد شد. اگرچه دیوان بر این باور نیست که امکان تاسیس چنین دادگاهی از طریق بجز معاهده مورد نظر طراحان کنوانسیون بوده، اما در عین حال بر این عقیده نیست که آنها قصد داشته‌اند چنین امکانی را نیز مستثنی نمایند. در مورد سوال دوم و صرفنظر از اینکه صلاحیت دادگاه به موجب تعهدات ناشی از منشور توسط یوگسلاوی پذیرفته شده یا خیر، خوانده لااقل از تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۵ و بر مبنای موافقت نامه دیتون باید بعنوان طرفی که "صلاحیت دادگاه را قبول کرده"، تلقی شود و این واقعیت برای دیوان نسبت به قضیه حاضر کافی است.^{۴۲}

^{۳۹}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۱۸۳, ۱۸۴, ۴۴۲.

^{۴۰}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Separate Opinion of Judge Tomka, pa. ۶۴-۶۶.

^{۴۱}. ICTY

^{۴۲}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit. pa. ۴۴۲-۴۴۹.

۷. قلمرو زمانی کنوانسیون ژنوسید

یوگسلاوی در ایراد مقدماتی خود به اصل عطف به ما سبق نشدن قوانین اشاره کرده و می‌گوید حتی اگر دیوان می‌توانست به موجب کنوانسیون ژنوسید واجد صلاحیت باشد، دیوان تنها نسبت به وقایعی که بعد از لازم الاجرا شدن کنوانسیون برای طرفین اتفاق افتاده واجد صلاحیت می‌باشد. اما دیوان در این ارتباط خود را محدود به رعایت کنوانسیون ژنوسید بویژه ماده ۹ می‌کند که در آن هیچ شرطی با هدف یا تاثیر اینچنین نمی‌یابد که مجبور باشد قلمرو صلاحیت زمانی اش را به این شیوه محدود کند، ضمن اینکه هیچ یک از طرفین حق شرطی را نه در مورد کنوانسیون و نه به هنگام امضاء موافقت نامه پاریس - دیتون قائل نشده‌اند. بنابراین دیوان بر این عقیده است که نسبت به وقایع اتفاق افتاده از زمان شروع مخاصمه در بوسنی هرزگوین واجد صلاحیت بوده است. بعلاوه این نتیجه گیری با هدف و موضوع کنوانسیون که در سال ۱۹۵۱ تعریف شده مطابقت دارد.^{۴۳}

قاضی کرکا در این مورد نیز در مخالفت با نظر اکثریت و با استناد به ماده (۳) ۲۴ کنوانسیون حقوق معاهدات^{۴۴} می‌گوید اگر کنوانسیون فاقد اثر عطف به ماسبق است و آشکارا نیز چنین است، پس ماده ۹ آن نیز بعنوان یک مقرره شکلی هم فاقد چنین اثری است. در تفسیر ماده (۳) ۲۴ آمده است هنگامی که یک مقرره صلاحیتی با یک مقرره ماهوی معاهده بعنوان ابزار تضمین آن ارتباط پیدا می‌کند، اصل عطف به ماسبق نشدن می‌تواند نسبت به مقرره صلاحیتی نیز اعمال شود. از این رو در موارد زیادی به موجب کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی بشر، کمیسیون اروپایی حقوق بشر عدم صلاحیت خود را نسبت به ادعاهای نقض حقوق بشر که پیش از لازم الاجرا شدن کنوانسیون نسبت به کشور مورد بحث بوده را احراز کرده است.^{۴۵}

۸. تعهد به عدم ارتکاب ژنوسید توسط خود دولت

یوگسلاوی می‌گوید ماده ۹ کنوانسیون ژنوسید تنها شامل مسئولیت دولت به دلیل قصور او در انجام تعهداتش برای جلوگیری یا مجازات همانگونه که در مواد ۵ و ۶ آمده می‌شود، و مسئولیت دولت برای جرم ژنوسید توسط خود دولت از قلمرو این کنوانسیون خارج است. اما دیوان بر این عقیده است که ارجاع مندرج در ماده ۹ به "مسئولیت یک کشور در مورد جرم ژنوسید یا اعمال دیگر مذکور در ماده ۳"، هیچ شکلی از مسئولیت را مستثنی نمی‌کند. ماده ۴ که از ارتکاب جرم ژنوسید توسط اعضا حکومت یا مقامات عمومی سخن می‌گوید، هیچگاه مسئولیت دولت بخاطر اعمال ارگان‌هایش را مستثنی نمی‌کند.^{۴۶}

قاضی کرکا در تبیین ماده ۴ کنوانسیون می‌گوید که این ماده دارای یک مفهوم مثبت و یک مفهوم منفی است. این ماده در مفهوم مثبت متضمن مسئولیت کیفری فرد اعم از اعضا حکومت یا اشخاص عادی و در مفهوم منفی متضمن نفی مسئولیت کیفری دولت است. مسئولیت کیفری فرد نافی مسئولیت بین المللی دولت بخاطر اعمال ارتكابی توسط اشخاص یا ارگان‌هایی که از جانب دولت عمل می‌کنند نیست. اما این مسئولیت دارای ماهیتی متفاوت است و در مفهوم سنتی مسئولیت جای می‌گیرد. از آنجا که دولت‌ها موجوداتی حقوقی با ویژگی انتزاعی

^{۴۳}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۳۴.

^{۴۴}. ماده (۳) ۲۴ می‌گوید "در صورتی که اعلام قبولی یک کشور برای التزام نسبت به معاهده در تاریخی بعد از به اجرا در آمدن معاهده صورت گیرد، معاهده برای آن کشور از همان تاریخ به اجرا در می‌آید مگر در مواردی که معاهده نحو دیگری را مقرر کرده باشد".

^{۴۵}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Kreca, pa. ۱۲۰.

^{۴۶}. I.C.J Reports ۱۹۹۶, op. cit., pa. ۳۲.

هستند و نمی‌توانند بعنوان مرتکب اعمال کیفری گناهکار شناخته شوند، موضوع مسئولیت کیفری بین المللی حداقل در حال حاضر باید محدود به افراد باشد. اگرچه ممکن است مصلحت حفاظت از ارزش‌های اساسی جامعه بین المللی مستلزم مسئولیت کیفری دولت باشد، اما این امر هم اکنون در حقوق بین الملل موضوعه جایی ندارد.^{۴۷}

موضوع مسئولیت دولت بخاطر ارتکاب اعمال ژنوسید توسط دولت در رسیدگی ماهوی نیز به تفصیل مورد توجه دیوان و نظرات فردی قضات قرار گرفت. خواننده می‌گوید بعنوان یک اصل کلی، حقوق بین الملل برای دولت‌ها مسئولیت کیفری به رسمیت نشناخته و کنوانسیون ژنوسید نیز چنین مسئولیتی را برای دولت‌ها تحمیل نکرده است. خواننده همچنین استدلال می‌کند که ماهیت کنوانسیون چنان است که مسئولیت دولت برای ژنوسید و سایر اعمال مندرج در ماده ۳ را مستثنی کرده است. از نظر خواننده کنوانسیون، یک کنوانسیون حقوق بین الملل کیفری است که اساساً بر تعقیب و مجازات کیفری افراد و نه مسئولیت دولت‌ها تمرکز کرده است. تاکید کنوانسیون بر تعهدات و مسئولیت‌های فردی (بویژه با توجه به مواد ۳ تا ۷)، هر گونه امکان طرح مسئولیت دولت‌ها در نقض تعهدات ماده ۳ را مستثنی می‌کند.

دیوان این رای مشهور دادگاه نورنبرگ را یادآور می‌شود که "جنایات علیه حقوق بین الملل توسط افراد و نه ماهیت‌های انتزاعی ارتکاب می‌یابند"، که این حکم می‌تواند در حمایت از این موضع باشد که تنها افراد می‌توانند تعهدات مندرج در ماده ۳ را نقض کنند. اما دیوان توجه دارد که آن دادگاه در مقام پاسخ دادن به این استدلال بود که "حقوق بین الملل مربوط به اقدامات دول حاکم است و متضمن هیچ مجازاتی برای افراد نیست"، و اینکه بنابراین فقط دولت‌ها به موجب حقوق بین الملل مسئول می‌باشند. دادگاه این استدلال را رد کرد و گفت "حقوق بین الملل وظایف و مسئولیت‌هایی را برای افراد نیز نظیر دولت‌ها تحمیل می‌کند". دیوان به این مطلب توجه می‌کند که دوگانگی مسئولیت، یک چهره ثابت حقوق بین الملل است. این وجه در ماده (۴) ۲۵ اساسنامه روم و ماده ۵۸ طرح کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسئولیت دولت‌ها منعکس گردیده است.^{۴۸} از نظر کمیسیون مسئولیت فردی اصولاً از مسئولیت دولت متمایز است. از نظر دیوان این واقعیت که مواد ۵ تا ۷ بر مسئولیت کیفری افراد متمرکز شده، خود بخود نمی‌تواند اثبات نماید که طرف‌های کنوانسیون نمی‌توانند تابع تعهدات مربوط به عدم ارتکاب ژنوسید و سایر اعمال ماده ۳ باشند.^{۴۹} از نظر خواننده شرط اساسی احراز مسئولیت دولت این است که قبلاً بر اساس قواعد حقوق کیفری مسئولیت فرد محرز شده باشد. اما دیوان می‌گوید آیین متفاوت لازم‌الرعایه برای این دیوان و یک دیوان کیفری که افراد را مجازات می‌کند، به خودی خود دلالت بر این ندارد که برای دیوان یک ممنوعیت حقوقی وجود دارد تا خودش ارتکاب یا عدم ارتکاب ژنوسید و یا سایر اعمال مشروح در ماده ۳ را احراز نماید. با توجه به عبارات خود کنوانسیون، دیوان بر این عقیده است که به موجب ماده ۹ صلاحیت دارد تا مشخص نماید که دولت بخاطر ژنوسید یا سایر اعمال مندرج در ماده ۳ ارتكابی توسط ارگان‌هایش یا اشخاص و گروه‌هایی که از جانب او عمل می‌کنند مسئول است یا خیر.^{۵۰}

خواهان وظیفه عدم ارتکاب ژنوسید توسط دولت را بر ماده ۹ کنوانسیون مبتنی می‌کند که می‌گوید "دیوان

^{۴۷}. I.C.J. Reports ۱۹۹۶, op. cit., Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Kreca, pa. ۱۰۲.

^{۴۸}. ماده (۴) ۲۵ اساسنامه روم می‌گوید "هیچ یک از مقررات مربوط به مسئولیت کیفری افراد که در این اساسنامه آمده تأثیری بر مسئولیت دولت‌ها مطابق حقوق بین الملل نخواهد داشت".
ماده ۵۸ طرح مسئولیت دولت‌ها می‌گوید "این مواد هیچ تأثیری بر موضوع مسئولیت افراد به موجب حقوق بین الملل که از جانب یک دولت عمل می‌کنند نخواهد داشت".

^{۴۹}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit. pa. ۱۷۰-۱۷۴.

^{۵۰}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit. pa. ۱۸۰-۱۸۱.

نسبت به اختلافات از جمله مربوط به مسئولیت یک دولت برای ژنوسید یا سایر اعمال مندرج در ماده ۳ صلاحیت دارد". اما دیوان بر این باور است از آنجا که ماده ۹ یک مقرر اساسا صلاحیتی است، لذا باید این تعهد دولت‌ها را در مقررات دیگر کنوانسیون جستجو کند. به نظر دیوان ماده ۱ اگرچه صریحا دول عضو را ملتزم نمی‌کند که خودشان هم نباید مرتکب ژنوسید شوند، اما این تعهد در ماده فوق وجود دارد. چنین ممنوعیتی اولا ناشی از این واقعیت است که این ماده، ژنوسید را بعنوان یک جرم تحت حقوق بین الملل طبقه بندی کرده که در صورت قبول این مطلب، دول عضو منطقا باید عدم ارتکاب آن را بر عهده گیرند. ثانيا این ممنوعیت ناشی از تعهد جلوگیری از ارتکاب اعمال ژنوسید است که در این ماده مقرر شده است. این تعهد، دول عضو را از جمله ملزم می‌کند تا اقدام به جلوگیری از ژنوسید توسط افرادی نماید که مستقیما تحت اختیار او نیستند و عدم پذیرش تعهد دولت نسبت به ممنوعیت ارتکاب ژنوسید توسط افرادی که تحت نفوذ او هستند مستلزم تناقض آشکار خواهد بود.^{۵۱}

قاضی تومکا در مورد ماده ۱ کنوانسیون معتقد است که طراحان کنوانسیون قصد داشته‌اند تا از طریق وظیفه مطلق دولت‌ها به برقراری مسئولیت کیفری برای افرادی که مرتکب چنین اعمالی می‌شوند به اهداف مندرج در کنوانسیون برسند و مرتکبین "خواه اعضاء حکومت یا مستخدمین دولت و یا اشخاص عادی و خصوصی" (ماده ۴) باشند را مجازات نمایند. در کارهای مقدماتی تدوین کنوانسیون نیز نشانه‌هایی از اینکه هدف این بوده است تا کنوانسیون متضمن ممنوعیت ارتکاب ژنوسید توسط خود دولت باشد، دیده نمی‌شود.^{۵۲} در مورد ماده ۹ که می‌گوید دیوان "از جمله به اختلافات راجع به مسئولیت یک دولت در در مورد عمل ژنوسید یا اعمال دیگر مذکور در ماده ۳" واجد صلاحیت است، مقصود صلاحیت دیوان نسبت به اختلافاتی است که عمل ژنوسید به او قابل انتساب است و دولت فرد مرتکب را مجازات نکند. او اضافه می‌کند که با این حال دیوان، دادگاه مناسبی برای اعلام و احراز ارتکاب جرم ژنوسید نیست. چنین یافته‌ای باید در چهارچوب یک دادرسی کیفری که حق استیناف را نیز فراهم می‌آورد، به دست آید و این دیوان فاقد صلاحیت کیفری است.^{۵۳}

قاضی اوادا با تفسیر ضمنی ماده ۱ کنوانسیون ژنوسید، با ماهیت حقوق کیفری و تحمیل تعهد ممنوعیت ژنوسید توسط خود دولت‌ها مخالف است. او با اشاره به رویه سلف دیوان، می‌گوید نمی‌توان به سادگی چنین تعهدی را بطور ضمنی برای دول عضو کنوانسیون فرض کرد در حالیکه خود کنوانسیون راجع به این موضوع کاملا ساکت است.^{۵۴} دیوان دائمی دادگستری بین المللی در قضیه لوتوس می‌گوید "حقوق بین الملل بر روابط میان دول مستقل حاکم است. بنابراین قواعد حقوقی الزام آور برای دولت‌ها ناشی از اراده آزاد خود آنها است که به منظور تنظیم روابط میان این جوامع مستقل و یا نیل به اهداف مشترک، در کنوانسیون‌ها و یا عادات کلی قبول شده‌اند. بنابراین محدودیت نسبت به استقلال کشورها نمی‌تواند مفروض تلقی شود."^{۵۵} اکنون مسئله این نیست که آیا حقوق بین الملل دو گانگی مسئولیت (فرد و دولت) را به رسمیت شناخته یا نه که پاسخ آن به روشنی مثبت است، بلکه مسئله این است که آیا کنوانسیون ژنوسید مبتنی بر مسئولیت دو گانه است یا خیر. موضوع قواعد حقوق بین الملل عام راجع به مسئولیت دولت و موضوع قلمرو ماده ۱ کنوانسیون ژنوسید دو امر متفاوت می‌باشند. این مسئله که آیا یک عمل دولت متضمن نقض تعهد آن دولت به موجب ماده ۱ کنوانسیون است و اینکه همان عمل به موجب حقوق

^{۵۱}. Ibid, pa. ۱۶۶.

^{۵۲}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Separate Opinion of Judge Tomka, pa. ۴۲.

^{۵۳}. Ibid, pa. ۶۱.

^{۵۴}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Separate Opinion of Judge Owada, pa. ۴۵.

^{۵۵}. P.C.I.J. Series A, No, ۱۰, p. ۱۸.

بین الملل عام متضمن یک عمل از نظر بین المللی نادرست است، دو موضوع مجزا از یکدیگر می‌باشند. از نظر قاضی اوادا مبنای تعهد ممنوعیت ارتکاب ژنوسید توسط خود دولت نه ماده ۱ بلکه ماده ۹ است. با توجه به اینکه ماده ۹ می‌گوید "از جمله اختلافات راجع به مسئولیت یک دولت در مورد عمل ژنوسید یا اعمال دیگر مذکور در ماده ۳"، و با توجه به اصل تفسیری "واجد معنا دانستن بهتر از بی معنا شمردن است"^{۵۶}، باید به این عبارت ماده ۹ معنایی معقول و مناسب دهیم. قاضی اوادا نتیجه می‌گیرد که ماده ۹ تعهدات ماهوی طرفها را افزایش نمی‌دهد بلکه قلمرو شکلی صلاحیت دیوان را افزایش می‌دهد. به این ترتیب موضوع مسئولیت دولت ناشی از حقوق بین الملل عام در مورد ارتکاب ژنوسید توسط دولت را در صلاحیت دیوان قرار می‌دهد. لذا مبنای رسیدگی به تعهد دولت برای عدم ارتکاب ژنوسید ماده ۱ کنوانسیون که منبع تعهدات ماهوی طرفها را تشکیل می‌دهد نیست، بلکه بر اساس ماده ۹ است که دیوان می‌تواند موضوع مسئولیت دولت خوانده ناشی از اعمال ادعایی ژنوسید ارتكابی توسط افرادی که عمل آنها قابل انتساب به دولت خوانده است به موجب حقوق مسئولیت دولت رسیدگی کند.^{۵۷}

۹. قصد خاص^{۵۸} در ارتکاب ژنوسید

با توجه به ماده ۲ کنوانسیون، ژنوسید شامل یک دسته "اعمال" و یک "قصد" نابودی گروه است. ژنوسید مستلزم یک عنصر ذهنی اضافی یعنی "قصد انهدام کامل یا بخشی از گروه" است. این قصد، همان قصد نابودی است و بنابراین صرف کشتن اعضاء یک گروه، ژنوسید تلقی نمی‌شود مگر همراه با قصد نابودی گروه باشد. دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی در مقایسه جنایات علیه بشریت و ژنوسید می‌گوید "شرط عنصر معنوی برای شکنجه در مقایسه با جنایات عادی علیه بشریت بالاتر و در مقایسه با ژنوسید پایین‌تر است. هم شکنجه بعنوان یک جرم علیه بشریت و هم ژنوسید، علیه اشخاصی ارتکاب می‌یابد که به گروه خاصی تعلق دارند و به دلیل چنین تعلقی مورد هدف قرار می‌گیرند. در هر دو مورد قصد این است که به افرادی که به یک گروه با ویژگی‌های خاص مذهبی، نژادی، قومی و در مورد شکنجه سیاسی تعلق دارند، حمله شود. لذا می‌توان گفت از نظر عنصر معنوی، ژنوسید یک شکل فوق العاده و غیر انسانی‌تری از شکنجه است. هنگامی که شکنجه در حد انهدام گروه یا بخشی از گروه ارتقا یابد، در این صورت می‌توان گفت که این شکنجه به ژنوسید بالغ شده است"^{۵۹}. در فقدان قصد نابودی، شدت بی رحمی یک عمل مورد اشاره در کنوانسیون ژنوسید هر چقدر هم که باشد، می‌تواند در حوزه سایر جرایم مانند جنایات جنگی یا جنایات علیه بشریت قرار گیرد اما بعنوان ژنوسید تلقی نخواهد شد. از نظر کنوانسیون واژه پاکسازی قومی بخودی خود اهمیتی ندارد و برای اینکه پاکسازی قومی ژنوسید تلقی شود، بستگی به اعمال ارتكابی مندرج در ماده ۲ و نیز قصد انهدام گروه دارد. اشاره به گروه‌های انسانی خاص مستلزم تعریفی مثبت و نه منفی از گروه است و لذا دیوان به این ادعای خواهان که می‌گوید خواننده مرتکب ژنوسید علیه جمعیت "غیر صرب بوسنی" نیز شده، توجهی نمی‌کند.^{۶۰} تشخیص تعلق فرد به یک گروه حمایت شده باید بر اساس معیارهای عینی احراز شود. اتکا به معیارهای ذهنی و به عنوان مثال تشخیص خود مرتکب با ایراداتی همراه است از جمله اینکه عناصر سازنده جرم ژنوسید یک موضوع حقوق عینی است که نمی‌تواند توسط مرتکب تعیین شود. تعیین گروه "ملی، قومی،

^{۵۶}. ut res magis valeat quam pereat

^{۵۷}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Separate Opinion of Judge Owada, pa. ۷۳.

^{۵۸}. dolus specialis

^{۵۹}. IT-۹۵-۱۶-T, Judgment, ۱۴ January ۲۰۰۰, pa. ۶۳۶.

^{۶۰}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۱۹۶, ۳۶۸.

نژادی و مذهبی " بعنوان یک عنصر جرم ژنوسید توسط قضاوت شخصی مرتکب با اساس استدلال حقوقی در قلمرو حقوق کیفری در تعارض است. در صورت وجود چند مرتکب، معیار تشخیص توسط مرتکب به سادگی منتهی به تفاوت ماهوی تعاریف گروه‌های مربوط می‌شود. بالاخره اینکه اگر تصور مرتکب از گروه ملی، قومی، نژادی و مذهبی نادرست باشد، موجد اشتباه فردی بوده که فی نفسه قصد ژنوسید را زایل می‌کند. تشخیص فرد مرتکب باید جنبه اعلامی و نه ایجاد داشته باشد.

چنانچه عمل ژنوسید (در سربرنیکا) قابل انتساب به دولت صربستان بود، بررسی موضوع مشارکت این کشور در جرم ژنوسید منتفی بود زیرا او مستقیماً مسئول بود. ماده ۱۶ طرح مسئولیت بین المللی دولت در توصیف مشارکت می‌گوید "کشوری که به کشور دیگر در ارتکاب یک عمل از نظر بین المللی نادرست کمک یا همکاری می‌کند، مسئول است مشروط بر اینکه اولاً آگاه باشد که آن کشور می‌خواهد مرتکب عمل از نظر بین المللی نادرست شود و ثانیاً عمل از نظر بین المللی نادرست توسط آن کشور انجام شده باشد." اگرچه این مقرر به دلیل بیان ارتباط میان دو کشور، مستقیماً به قضیه حاضر مربوط نمی‌شود اما از لحاظ ماهوی دیوان دلیلی نمی‌بیند که میان "مشارکت در ژنوسید" به مفهوم ماده ۳ کنوانسیون و "کمک یا همکاری" یک دولت در ارتکاب یک عمل از نظر بین المللی نادرست توسط دولت دیگر به مفهوم ماده ۱۶ تمایزی قائل شود. به عبارت دیگر برای تعیین اینکه آیا خواننده بخاطر "مشارکت در ژنوسید" به مفهوم ماده ۳ مسئول است یا خیر، دیوان باید بررسی نماید که آیا ارگان‌های دولت خواننده یا اشخاصی که تحت دستورات یا کنترل موثر یا مستقیم او عمل می‌کرده‌اند، در ارتکاب ژنوسید در سربرنیکا "کمک یا همکاری" کرده‌اند.^{۶۱} پیش از هر مطلب این سوال می‌تواند مطرح شود که آیا برای احراز مشارکت و همدستی، مشارکت شریک در قصد خاص مرتکب اصلی ضروری است یا خیر. دیوان می‌گوید پاسخ به این سوال هر چه باشد تردیدی وجود ندارد که رفتار یک ارگان یا یک شخص در ارائه کمک و همکاری به یک مرتکب جرم ژنوسید نمی‌تواند بعنوان مشارکت در ژنوسید تلقی شود مگر اینکه حداقل آن ارگان یا آن شخص آگاهانه عمل کرده باشد و بطور خاص از قصد خاص مرتکب اصلی آگاه باشد. اگر این شرط محقق نشود موضوع از دایره مشارکت و همدستی خارج خواهد بود. تنها در صورتی که پاسخ به این سوال مثبت باشد آنگاه ضروری است تا دیوان موضوع لزوم شرکت در قصد خاص مرتکب توسط شریک را بررسی نماید. دیوان بر این عقیده است که اگرچه بدون تردید حداقل بخشی از بی‌رحمی‌های ارتكابی در سربرنیکا با منابعی بوده است که مرتکبین آن اعمال در نتیجه سیاست کلی کمک و همکاری صربستان دریافت کرده‌اند، اما این امر محرز نشده است که در زمان بسیار کوتاه ارتکاب ژنوسید (۱۳ و ۱۶ جولای ۱۹۹۵)، خواننده با علم به اینکه کمک ارائه شده برای ارتکاب ژنوسید بکار خواهد رفت، آن کمک‌ها را ارائه کرده باشد. لذا دیوان نتیجه می‌گیرد که مسئولیت بین المللی خواننده بخاطر مشارکت در ژنوسید درگیر نمی‌باشد.^{۶۲}

در بسیاری از نظام‌های حقوقی ملی کمک کننده لازم است صرفاً از این که در حال کمک به مرتکب اصلی در ارتکاب جرمش توسط مشارکتش است آگاه باشد. شعبه استیناف دادگاه بین المللی کیفری یوگسلاوی می‌گوید "اگر فردی که به ارتکاب جرمی کمک می‌کند به قصد مجرم در ارتکاب آن آگاه باشد، مسئول است."^{۶۳} قصد لازم برای شریک، عبارت از قصد فراهم آوردن ابزاری است که توسط آن مرتکب اصلی بتواند قصد خود برای ارتکاب

^{۶۱}. Ibid, pa. ۴۲۰.

^{۶۲}. Ibid, pa. ۴۲۲-۴۲۴.

^{۶۳}. Prosecutor v. Krstic, IT ۹۸-۲۳-A, Judgment of ۱۹ April ۲۰۰۴, pa. ۱۴۰.

ژنوسید را محقق نماید. از نظر قاضی کیت لازم نیست که شریک به قصد ارتکاب ژنوسید توسط مرتکب اصلی کمک کرده باشد و در واقع با قصد مرتکب شریک باشد، بلکه کافی است تا از قصد مرتکب اصلی آگاه باشد. کیت می‌گوید با توجه به هشدار شورای امنیت نسبت به وضعیت وخیم امنیتی در سربرنیکا^{۶۴} و با توجه به نقش کلی میلوسویچ در جنگ‌های بالکان و رابطه خاص او با ژنرال ملادیچ، یوگسلاوی در ۱۲ یا ۱۳ جولای آگاه بوده و یا باید آگاه می‌بود که صرب‌های بوسنی قصد ارتکاب ژنوسید را داشته و لذا کوتاه بودن زمان بی‌رحمی‌ها (۱۳ تا ۱۶ جولای ۱۹۹۵) تاثیری بر مسئولیت خواننده ندارد.

۱۰. استاندارد بالای دلیل برای احراز ژنوسید

دیوان در احراز دلایل ارائه شده توسط خواهان بسیار با وسواس عمل می‌کند. دیوان با توجه به رویه خود در قضیه کانال کورفو که می‌گوید "ادعاها علیه یک دولت که با اتهاماتی با شدت بالا و استثنایی درگیر است باید با دلایلی کاملاً قاطع اثبات شوند،"^{۶۵} بر این نظر است که نسبت به ادعاهای مربوط به ارتکاب ژنوسید یا سایر اعمال مندرج در ماده ۳ کنوانسیون باید صریحاً قانع شود.

۱-۱۰ کنترل موثر معیار قابلیت انتساب

رویه قضایی دیوان حکایت از این دارد که اشخاص و گروه‌هایی که از نظر حقوق داخلی ارگان دولت محسوب نمی‌شوند، مشروط بر اینکه "وابستگی کامل" با دولت داشته باشند، معادل ارگان‌های دولت تلقی خواهند شد. هر راه حل دیگری به دولت‌ها اجازه خواهد داد تا با انجام اعمال خلاف حقوق از طریق اشخاصی که مستقل فرض می‌شوند، از مسئولیت بین‌المللی فرار نمایند. با این حال برابری اشخاص و گروه‌هایی که ارگان دولت نیستند با ارگان‌های دولت که باید حالتی استثنایی تلقی شود، مستلزم اثبات میزان قابل توجهی از کنترل دولت نسبت به آنها است و همانطور که در رای دیوان در قضیه نیکاراگوئه بیان شده "وابستگی کامل" آنها به دولت ضروری است. دیوان در آن قضیه می‌گوید "این مسئله باید مشخص شود که آیا رابطه کنترلی با ایالات متحده آمریکا از چنان وابستگی از یک طرف و کنترل از طرف دیگر برخوردار بوده است که بتوان گفت کنترلی از نظر حقوقی با یک ارگان دولت آمریکا معادل بوده یا از جانب آن دولت عمل می‌کرده‌اند."^{۶۶} دیوان سپس نتیجه می‌گیرد که "ادله در دسترس کافی نیستند تا اثبات نمایند که کنترلی به دولت آمریکا وابستگی کامل داشته‌اند به نحوی که بتوان گفت کنترلی از نظر حقوقی معادل نیروهای آمریکا در نظر گرفته شوند."^{۶۷}

دیوان در قضیه حاضر با توجه به ادله ارائه شده توسط خواهان، نتیجه می‌گیرد که مرتکبین ژنوسید در سربرنیکا نه بعنوان ارگان دولت صربستان و نه بعنوان افرادی در وابستگی کامل با او عمل کرده‌اند و لذا خواننده بر این اساس فاقد مسئولیت است.^{۶۸} دیوان سپس به این سوال می‌پردازد که آیا مرتکبین ژنوسید تحت راهنمایی و کنترل دولت خواننده عمل می‌کرده‌اند یا خیر. مسئله قبل این بود که آیا اشخاص مرتکب ژنوسید به موجب حقوق داخلی خواننده بطور دوژوره ارگان او بوده و یا در صورت وابستگی کامل می‌توانستند بعنوان ارگان دوفاکتو تلقی شوند که پاسخ

^{۶۴}. SC Res. ۱۰۰۴ (۱۹۹۵), ۱۲ July ۱۹۹۵.

^{۶۵}. I.C.J Reports ۱۹۴۹, The Corfu Channel Case (Merits), P. ۱۷

^{۶۶}. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports ۱۹۸۶, pa. ۱۰۹.

^{۶۷}. Ibid, pa. ۱۱۰.

^{۶۸}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۳۹۵.

منفی بود. اکنون دیوان به سراغ سوال کاملاً متفاوتی می‌رود و آن اینکه آیا تحت شرایط خاص حوادث ارتكابی در سربرنیکا، مرتکبین ژنوسید تحت راهنمایی و کنترل خواننده عمل می‌کرده‌اند یا خیر. پاسخ مثبت به این سوال به هیچ عنوان دلالت بر این ندارد که مرتکبین باید بعنوان ارگان دولت خوانده یا معادل چنین ارگانی در نظر گرفته شوند. این صرفاً به این معنا است که خواننده به دلیل رفتار آن ارگان‌هایش که ارتكاب ژنوسید را راهنمایی و یا کنترل کرده‌اند مسئول خواهد بود. این مسئولیت مبتنی بر قاعده عرفی مندرج در ماده ۸ طرح کنوانسیون مسئولیت بین المللی دولت است که می‌گوید "به موجب حقوق بین الملل رفتار یک شخص یا گروهی از اشخاص، مشروط بر اینکه شخص یا گروه اشخاص تحت دستورالعمل، راهنمایی یا کنترل دولت عمل نمایند، بعنوان عمل آن دولت در نظر گرفته خواهد شد." دیوان در قضیه نیکاراگوئه نیز پس از رد این استدلال که کتتراها باید معادل ارگان‌های آمریکا تلقی شوند می‌گوید مسئولیت خوانده می‌تواند همچنان مطرح باشد اگر "اثبات شود که خواننده خودش ارتكاب اعمال مغایر با حقوق بشر و حقوق بشردوستانه ادعایی توسط خواهان را هدایت یا مجبور کرده است."^{۶۹} دیوان سپس اضافه می‌کند که برای اینکه این اقدامات، مسئولیت قانونی آمریکا را مطرح نماید، در اصل باید اثبات شود که آن دولت بر عملیات نظامی و شبه نظامی کتتراها کنترل موثر اعمال می‌کرده است. در قضیه حاضر نیز دیوان می‌گوید از آنجا که اطلاعات موجود نشان نمی‌دهند که ژنوسید ارتكابی در سربرنیکا تحت دستور یا هدایت ارگان‌های دولت خوانده انجام شده و خواننده نسبت به عملیات منتهی به قتل عام‌ها کنترل موثر داشته، لذا اعمال ارتكابی قابل انتساب به خواننده نیست.^{۷۰}

۱۰-۲ استناد به اعمال یکجانبه

خواهان در اثبات پذیرش مسئولیت کتتراها در سربرنیکا توسط خواننده و مشارکت با برخی واحدهای شبه نظامی "عقرب" و "کلاه قرمزا"، به اعلامیه ژوئن ۱۹۹۵ شورای وزیران خواننده استناد می‌کند. در آن اعلامیه آمده است که "آنها که مرتکب کتتراها در سربرنیکا شده‌اند و نیز آنها که چنین قتل عام‌هایی را دستور داده و سازمان دهی کردند، معرف کشور صربستان و مونته‌نگرو نیستند بلکه آنها نماینده یک رژیم غیر دموکراتیک ترور و مرگ در برابر اکثریت وسیع شهروندان صربستان و مونته‌نگرو است. محکومیت ما در مورد جنایات در سربرنیکا به مرتکبین مستقیم خاتمه نمی‌یابد، ما خواهان مسئولیت کیفری همه آنها که مرتکب جنایات جنگی شده، دستور داده یا سازمان داده‌اند، هستیم. جنایتکاران نباید قهرمان شوند. هر گونه حمایت از جنایتکاران جنگی به هر دلیل که باشد نیز جرم است." دیوان بر این نتیجه است که اظهارات فوق جنبه سیاسی داشته و حاکی از پذیرش مسئولیت صربستان و مونته‌نگرو برای قتل عام‌ها در سربرنیکا نیست.^{۷۱}

قاضی الخزانة در انتقاد از این دیدگاه اکثریت، اعلامیه شورای وزیران با محتوای افشای جنایات هولناک ارتكابی را نشانه قصد صربستان برای فاصله گرفتن خود بعنوان یک رژیم جدید و دموکراتیک از رژیمی که قبلاً حاکم بوده و نیز حاکی از قصد این کشور برای تصدیق و اعتراف به مسئولیت رژیم گذشته برای آن جنایات می‌داند. از جمله آثار حقوقی چنین اعلامیه‌هایی این است که آنها می‌توانند بعنوان دلیل و شاهدهی بر تحقق وقایع و نیز دلیلی بر قابلیت انتساب چنین وقایعی به دولت باشد. با توجه به تداوم مسئولیت دولت علی‌رغم تغییر رژیم،

^{۶۹}. I.C.J. Reports ۱۹۸۶, op. cit., pa. ۱۱۵.

^{۷۰}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۴۱۳.

^{۷۱}. Ibid, pa. ۳۷۸.

اعلامیه فوق اعتراف به واقعیات یا رفتار نامناسب دولتی است که آن اظهارات را بیان کرده است.^{۷۲}

۱۰-۳ بار اثبات دلیل

خواهان بطور کلی قبول دارد که بار اثبات دلیل برعهده اوست اما در عین حال می‌گوید در مواردی که خواننده از ارائه متن کامل برخی اسناد بویژه در خصوص قابلیت انتساب ژنوسید امتناع می‌کند، بار اثبات بر عهده خواننده است. خواننده ادعا می‌کند اسناد شورای عالی دفاع کشورش جزء اسرار نظامی و منافع امنیت ملی اش است و لذا از ارائه آن به دیوان خودداری می‌کند. خواهان متقابلاً ادعا می‌کند که دیوان باید خودش از قصور خواننده در ارائه نسخه‌های کامل اسناد نتیجه‌گیری کند. خواهان در این رابطه به ماده ۴۹ اساسنامه دیوان^{۷۳} اشاره می‌کند. صربستان در رد استدلال خواهان و با توجه به رویه دیوان از جمله در قضیه کانال کورفو می‌گوید دادرسی مربوط به مهمترین موضوعات مسئولیت دولت، و اتهامی با چنین درجه استثنایی علیه یک دولت مستلزم درجه‌ای قاطع از اطمینان است و دلایل باید ورای هر گونه شک معقول باشند. دیوان نیز ضمن ابراز اینکه با توجه به ماده ۴۹ می‌تواند در نتیجه‌گیری‌هایش آزاد باشد اما این استدلال خواهان را نمی‌پذیرد.^{۷۴}

دیوان در قضیه کانال کورفو می‌گوید "به دلیل واقعیت کنترل سرزمینی انحصاری، کشور قربانی نقض یک تعهد بین المللی اغلب قادر به تهیه مستقیم دلیل از وقایع موجد مسئولیت نیست. چنین دولتی باید اجازه داشته باشد تا با آزادی بیشتری به استنتاج از واقعیت‌ها بپردازد. این دلیل غیر مستقیم در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته و کاربرد آن به موجب تصمیمات بین المللی به رسمیت شناخته شده است."^{۷۵} از این رو قاضی الخزاونه معتقد است که دیوان می‌توانست از اختیاراتش به موجب ماده ۴۹ استفاده کند، در حالیکه دیوان از توجه به امتناع خواننده از ارائه اسناد منتشر نشده هیچ نتیجه‌ای نمی‌گیرد.^{۷۶} به هر حال چنانچه دیوان در قبال اصحاب دعوی در ارتباط با مسائل آیین دادرسی بیش از اندازه سخت گیر باشد، به نحوی که دولت‌ها احساس نمایند به دلیل وجود مکانیسم‌های آیین دادرسی، رسیدگی منصفانه نیست، این موضوع ممکن است دولتها را از ابراز رضایت نسبت به صلاحیت دیوان دلسرد نماید.^{۷۷}

نتیجه‌گیری

دیوان در مقام رکن قضایی سازمان ملل در ارتقای حقوق افراد بشر نقش ارزنده‌ای دارد. در قضیه مربوط به اعمال کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید، دیوان با دعوی مواجه بود که متضمن یکی از فجیع‌ترین وقایع انسانی بود. دیوان با تفسیر کنوانسیون منع و مجازات جرم ژنوسید زوایای مبهم آن را روشن کرد. به طور کلی تفسیر دیوان از کنوانسیون فوق را می‌توان تفسیری در جهت اعتلای حقوق افراد بشر در برابر

^{۷۲}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawene, pa. ۵۸-۶۰.

^{۷۳}. ماده ۴۹ اساسنامه دیوان می‌گوید "دیوان بین المللی دادگستری می‌تواند حتی قبل از شروع رسیدگی از نمایندگان طرفین بخواهد که تمام مدارک را تقدیم و کلیه توضیحات خود را بدهند. در صورت امتناع دیوان این نکته را مورد توجه خواهد داشت".

^{۷۴}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., pa. ۲۰۴-۲۱۰.

^{۷۵}. I.C.J. Reports ۱۹۴۹, op. cit., P. ۱۸.

^{۷۶}. I.C.J. Reports ۲۰۰۷, op. cit., Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawene, pa. ۳۵.

^{۷۷}. Watts, Sir Arthur, Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. ۵, ۲۰۰۱, p. ۲۸۹.

حقوق حاکمیت‌ها تلقی کرد. بدون شک دیوان در این رای با توسعه قلمرو مکانی و زمانی کنوانسیون ژنوسید کمک شایانی به توسعه حقوق بشر دوستانه کرد. دیوان از جمله در برابر این استدلال که تعهدات دول عضو کنوانسیون نمی‌تواند نافی اصل صلاحیت سرزمینی باشد، می‌گوید اگرچه تعهد به تعقیب مندرج در ماده ۶ تابع محدودیت سرزمینی تصریح شده در آن است اما تعهدات ناشی از مواد ۱ و ۳ کنوانسیون محدودیت سرزمینی ندارد. این تعهدات در هر کجا که دولت بتواند و قادر باشد به آن عمل نماید، الزام آور می‌باشند. همچنین در حالیکه خواننده ماده ۹ کنوانسیون را صرفاً شامل مسئولیت دولت به دلیل قصور در انجام تعهداتش برای جلوگیری یا مجازات جرم ژنوسید می‌داند، دیوان در تفسیر مترقیانه از این ماده می‌گوید کنوانسیون هیچگاه مسئولیت دولت به خاطر ارتکاب جرم ژنوسید توسط خود دولت را نیز مستثنی نکرده است و لذا یک دولت می‌تواند به دلیل ارتکاب جرم ژنوسید توسط ارگان‌های خودش نیز مسوول شناخته شود.

به هر حال اگرچه رای نهایی دیوان در برخی جنبه‌ها نظیر استاندارد بالای دلیل برای احراز جرم ژنوسید می‌تواند با انتقاداتی همراه باشد، اما در عین حال از نظرات جداگانه قضات که از اهمیت بالایی برخوردار می‌باشند نیز نباید غفلت کرد.

فهرست منابع

منابع فارسی

۱. کنوانسیون راجع به منع و مجازات جرم کشتار جمعی، ۱۹۴۸
۲. کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات، ۱۹۶۹
۳. منشور سازمان ملل متحد
۴. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

منابع انگلیسی

الف) کتاب

۵. Crawford, J., ۱۹۹۹, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press
۶. Henkin, L., ۱۹۸۹, *General Course of Public International Law*, Vol. ۲۱۶, Rdc
۷. Higgins, R., ۱۹۹۸, *The International Court of Justice and Human Rights*, in K Wellens, (ed), *International Law: Theory and Practice: Essay in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff,
۸. Watts, Sir Arthur, ۲۰۰۱, *Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. ۵

ب) آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

۹. I.C.J Reports ۱۹۴۹, *The Corfu Channel Case (Merits)*

١٠. I.C.J Reports ١٩٥١, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion

١١. I.C.J Reports ١٩٦٦, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia

١٢. I.C.J Reports ١٩٨٦, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)

١٣. I.C.J Reports ١٩٩٦, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections

(ج) آرای دیوان دایمی بین المللی دادگستری

١٤. Lotus, P.C.I.J. Series A, No, ١٠

١٥. Mavromatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Series A, No. ٢

(د) سایر آراء و اسناد بین المللی

١٦. IT-٩٥-١٦-T, Judgment, ١٤ January ٢٠٠٠

١٧. IT ٩٨-٣٣-A, Judgment of ١٩ April ٢٠٠٤

١٨. I U No. ١٠٨/١-٩١ (Official Gazette of SFRY, no. ٨٣/٩١)

١٩. SC Res. ١٦٩(١٩٦١)

٢٠. SC Res. ١٠٠٤ (١٩٩٥), ١٢ July ١٩٩٥.

٢١. YILC ١٩٦٨