

Human rights obligations in military occupation

تعهدات حقوق بشری در اشغال نظامی^۱

نوام لوبل^۲

چکیده: این مقاله در پی بررسی قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل بشر در وضعیت‌های اشغال نظامی است. با شروع از این نقطه که تعهدات حقوق بشری می‌تواند در این وضعیت‌ها وجود داشته باشد، این مقاله تحلیلی از روش‌های دقیق اعمال تعهدات مزبور ارائه می‌کند. همچنین، این نوشتار به بررسی معیارهایی جهت تعیین قابلیت اعمال حقوق بشر و چگونگی ارتباط این معیارها با مفهوم اشغال می‌پردازد. در پایان، چالش‌های حقوقی و عملی در مسیر اجرای تعهدات حقوق بشری را مطرح می‌نماید و پیرامون یک رهیافت سیاق-محور بحث می‌کند که در عین پذیرش واقعیات اشغال نظامی، مواردی را برای حمایت حقوق بشر ارائه می‌نماید.

واژگان کلیدی: اشغال نظامی، تعهدات حقوق بشری، قابلیت اعمال، قدرت اشغالگر، کنترل سرزمینی، رهیافت سیاق-محور، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

این مقاله در پی بررسی قابلیت اعمال حقوق بین‌الملل بشر در وضعیت‌های اشغال نظامی است. از آن جایی که این تعهدات در برخی اشکال خود در این وضعیت‌ها وجود دارند باید تا کنون به طور کامل استقرار یافته و حمایتی وسیع را به‌دست آورده باشند. با این حال، هنوز هم در مورد تحلیل بیشتر روش‌های دقیق اعمال [آنها] و این پرسش که تعهدات حقوق بشری مزبور تا کجا گسترش پیدا می‌کنند و این مفهوم به چه شکلی می‌تواند در قبال چالش‌های حقوقی و عملی اجرا که پیش روی خود دارد، تحت تاثیر قرار گیرد، بحث‌هایی وجود دارد. این نوشتار با بررسی معیارهای تعیین قابلیت اعمال حقوق بشر و مفهوم کنترل سرزمینی لازم برای تعهدات حقوق بشر و ارتباط میان اقتدار استقرار یافته قدرت اشغالگر و مفهوم کنترل سرزمینی لازم برای تعهدات حقوق بشری، آغاز می‌شود. با تعیین موانع احتمالی بر سر راه اجرای کامل این حقوق، با پیش‌بینی نیاز به یک رهیافت سیاق-محور در مورد این تعهدات، تحلیلی ارائه می‌شود. در پایان، منابع این تعهدات یعنی تعهدات قدرت اشغالگر یا دولت اشغال‌شده نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

^۱ برگردان به فارسی: عبدالله عابدینی

^۲ N. Lubell – Human rights obligations in military occupation, IRRIC, Volume 94 Number 885 Spring 2012; Noam Lubell is Reader in Law at the School of Law, University of Essex, UK.

تعیین قابلیت اعمال

پیش از ورود به ماهیت تعهدات حقوق بشری، ابتدا لازم است تا اثبات شود که این شاخه از حقوق بین‌الملل در وضعیت‌های اشغال نیز اعمال می‌شود. دو دیدگاه مخالف در خصوص این قابلیت اعمال به وجود آمده است. نخست این که، آیا حقوق بین‌الملل بشر بر رفتار فراسرزمینی، در این زمینه در سرزمین اشغالی، قابل اعمال است یا خیر؟ و دیگر این که آیا تعهدات حقوق بین‌الملل بشر در کلیت خویش به نفع حقوق بین‌الملل بشردوستانه کنار گذاشته می‌شوند.^۳ این دو دیدگاه مخالف به طور مبسوط در ادبیات مربوطه مد نظر قرار گرفته‌اند و از این رو، در این جا به طور مختصر مورد اشاره قرار می‌گیرند.^۴ دیدگاه مخالف دوم را می‌توان به طور تطبیقی به کناری وانهاد. در حالی که حقوق بین‌الملل بشردوستانه صرفاً در چهارچوب مخاصمه‌ی مسلحانه قابل اعمال است، حقوق بین‌الملل بشر به عنوان نقطه مقابل آن تصور نمی‌شود که صرفاً در زمان صلح قابلیت اعمال داشته باشد. این موضوع به وسیله تعداد بی شماری از مباحث، رویه دولتی و رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و نهادهای حقوق بشری منطقه‌ای و ملل متحد حمایت شده است.^۵ بر همین اساس، اگر وضعیت به گونه‌ای باشد که در آن حقوق بین‌الملل

^۳ See, for example, the questions and debates in G. I. A. D. Draper, 'The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts', in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, pp. 191–207; Keith Suter, 'An inquiry into the meaning of the phrase "human rights in armed conflicts"', in *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 15, 1976, pp. 393–439; Michael J. Dennis, 'ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation', in *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp. 119–141.

^۴ These issues have been examined on numerous occasions, including in the following: Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, 'International humanitarian law and human rights law', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 33, No. 293, 1993, pp. 94–119; Raúl Emilio Vinuesa, 'Interface, correspondence and convergence of human rights and international humanitarian law', in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 69–110; Cordula Droege, 'The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict', in *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 310–355; UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Administration of Justice, Rule of Law and Democracy: Working Paper on the Relationship Between Human Rights Law and International Humanitarian Law by Françoise Hampson and Ibrahim Salama, 21 June 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/14; Noam Lubell, 'Challenges in applying human rights law to armed conflict', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, 2005, pp. 737–754; Nancie Prud'homme, 'Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?', in *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 356–395; Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, 'Living in denial: the application of human rights in the Occupied Territories', in *Israel Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2003–2004, pp. 17–118.

^۵ International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports 2004, para. 106 (hereafter

بشردوستانه اعمال شود - که اشغال نظامی چنین موردی تلقی می‌شود، بنابراین، این دو حوزه‌ی حقوق، یعنی بشر و بشردوستانه، به طور همزمان قابلیت اعمال دارند. این موضوع پرسش‌های دیگری را در خصوص قابلیت اعمال همزمان مطرح می‌کند. مانند این که آیا این موضوع ماهیت تعهدات موجود در این دو رژیم حقوقی را متأثر می‌کند یا خیر، زیرا تعهدات حقوق بشری در این تحلیل مطرح خواهد شد.^۶

پرسشی که در این مرحله می‌تواند مطرح شود این است که آیا بسیاری از تعهدات حقوق بشری که قابل اعمال و مرتبط خواهند بود، به واقع، در میان قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه وجود ندارند؟ مانند ممنوعیت‌های مربوط به آسیب رساندن به غیرنظامیان و قواعد مربوط به رفتار با بازداشت‌شدگان. پاسخ ساده به این پرسش این است که همواره تعهدات حقوق بشری دارای تعهدی مشابه در حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیستند.^۷ به علاوه، قابلیت اعمال حقوق بشر عناصر اضافی دیگری را به همراه دارد که حقوق بین‌الملل بشردوستانه فاقد چنین ویژگی است، که مهمترین آن‌ها موضوع امکان توسل به سازوکارهای حقوق بین‌الملل بشر است.

دیدگاه مخالف دیگری در خصوص قابلیت اعمال حقوق بشر بر این حقیقت تمرکز دارد که قدرت اشغالگر در چارچوب حاکمیت سرزمینی خویش عمل نمی‌کند. در نتیجه این پرسش به میان می‌آید که آیا تعهدات حقوق بشری به اقداماتی که به طور فراسرزمینی اتخاذ می‌شوند نیز گسترش می‌یابد. در حالی که دلایل متقنی در حمایت از تعهدات فراسرزمینی حقوق بشر در طیف وسیعی از وضعیت‌ها وجود دارد،^۸ باید پذیرفت که وضعیت‌هایی خاص وجود دارند که قابلیت اعمال فراسرزمینی در آنها مشخص نیست و همچنان موضوع بحث و بررسی هستند.^۹ با وجود این، شاید اشغال نظامی یکی از وضعیت‌هایی باشد که کمتر مورد بحث قرار گرفته و مبنای محکمی در طرح این ادعا وجود دارد که قدرت اشغالگر باید به حقوق بین‌الملل بشر ملتزم باشد. این امر از سوی تعداد فراوانی از نهادهای بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تایید قرار گرفته است.^{۱۰} مبنای این ادعا را می‌توان

Wall case); ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 216; Inter-American Court of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271, 1997; Human Rights Committee, 'General Comment 29: states of emergency (Article 4)', UN Doc. CCPR/C/21/ Rev.1/Add.11, 2001, para. 3; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'Concluding observation: Israel', UN Doc. E/C.12/1/Add.69, 31 August 2001; see also discussion in the articles listed in note 2 above.

^۶ See below, in the section on the content of obligations and legal restrictions imposed by IHL.

^۷ See the discussion below of economic, social, and cultural rights.

^۸ See analysis in Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ch. 8.

^۹ *Ibid.*; see also further analysis of this issue in Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

^{۱۰} ICJ, *Wall case*, above note 3, paras. 107–112; ICJ, *DRC v. Uganda*, above note 3, paras. 216–220; Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.93; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, 31 August 2001, E/C.12/1/Add.69; Report on the Situation of Human Rights in Kuwait under Iraqi Occupation, prepared by Mr. Walter Kälin, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in Accordance with Commission Resolution 1991/67,

بر این اساس بیان کرد که قدرت اشغالگر در مقام اداره‌کننده آن قلمرو عمل می‌کند و از این جهت، در زمان رفتار با افراد حاضر در سرزمین تحت کنترلش باید ملتزم به تعهدات حقوق بشری باشد. در پرتو این موضوع، مقاله حاضر با پذیرش امکان اعمال حقوق بین‌الملل بشر بر وضعیت‌های اشغال نظامی از این نکته عبور می‌کند و تمرکز خود را بر این پرسش قرار نمی‌دهد که آیا این قواعد قابلیت اعمال دارند؛ بلکه متمرکز بر معیارهای تعیین این تعهدات خواهد بود، معیارهایی که بر اساس آن‌ها این قابلیت اعمال می‌تواند به منصفه ظهور رسد و گستره تعهدات ایجاد شده را عیان سازد.

همان‌گونه که خواهید دید، استدلال خاص در خصوص قابلیت اعمال در یک مورد معین، می‌تواند بر ارزیابی محتوای این تعهدات اثرگذار باشد. به طور ویژه، رویه قضایی اروپا راه‌هایی متعدد را در یافتن قابلیت اعمال فراسرزمینی حقوق بشر ارائه کرده است که در معیارهای مختلفی به صریح‌ترین شکل خود در پرونده الاسکینی علیه بریتانیا مطرح شده است.^{۱۱} نخستین معیار به عنوان معیار «اقتدار نماینده دولت» توصیف شده و دیوان اروپایی حقوق بشر از اصطلاحات «کنترل و اقتدار نماینده دولت» استفاده کرده است^{۱۲} و به شکل خلاصه زیر آن را بیان می‌نماید:

«واضح است که هرگاه دولتی از طریق مأموران خویش کنترل و اقتداری را بر یک فرد اعمال می‌کند و از این طریق بر آن صلاحیت دارد، دولت مزبور مطابق ماده یک متعهد به تضمین حقوق و آزادی‌های مندرج در این کنوانسیون برای وضعیت آن فرد است.»^{۱۳}

معیار دیگر «معیار کنترل موثر بر یک ناحیه» است و به وضعیت‌هایی اشاره دارد «که در یک اقدام نظامی قانونی یا غیرقانونی، دولت متعهد کنترلی موثر بر یک ناحیه خارج از سرزمین ملی خویش اعمال می‌نماید.»^{۱۴} دیوان تمایزی آشکار را میان این دو معیار به وجود آورده است به طوری که در معیار «اقتدار مأموریت دولت» صرفاً

E/CN.4/1992/26, 15 January 1992, paras. 55–59; European Court of Human Rights (ECtHR), *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A No. 310, paras. 62–64; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment of 10 May 2001, para. 77.

^{۱۱} *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, England and Wales Court of Appeal [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005; Opinions of The Lords of Appeal for Judgment in the Case *Al-Skeini and Others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and Others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, 13 June 2007, [2007] UKHL 26; ECtHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011.

^{۱۲} ECtHR, above note 9, *Al-Skeini*, paras. 133–137.

^{۱۳} *Ibid.*, para. 137.

^{۱۴} *Ibid.*, para. 138.

تعهداتی را در ارتباط با حقوقی که با «وضعیت آن فرد مرتبط است» ایجاد می‌کند^{۱۵} در حالی که طبق معیار «کنترل مؤثر بر یک ناحیه»:

«دولت کنترل‌کننده طبق ماده یک در حوزه تحت کنترل خویش نسبت به طیفی وسیع از حقوق ماهوی مندرج در این کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی آن که به تصویب رسانده، مسئولیت دارد. این دولت نسبت به هرگونه نقض این قواعد مسئول خواهد بود.»^{۱۶}

در نگاه نخست، وضعیت اشغال نظامی مثالی روشن به نظر می‌رسد که معیار «کنترل مؤثر بر یک ناحیه» را برآورده می‌سازد؛ به عبارت دیگر، پرونده قبلی موردی بود که به اشغال نظامی می‌پرداخت و دست کم به طور جزئی مبنایی برای این رهیافت در پرونده بالا است.^{۱۷} همان‌طور که از ماده ۴۲ مقررات لاهه بر می‌آید، جوهره‌ی اشغال در اثر کنترل قدرت اشغالگر بر این منطقه گسترش پیدا می‌کند «زمانی یک سرزمین اشغال شده محسوب می‌شود که در عمل تحت اقتدار ارتش متخاصم قرار گرفته باشد. این اشغال صرفاً به بخش‌هایی از سرزمین تسری پیدا می‌کند که چنین اقتداری استقرار یافته و می‌تواند اعمال گردد.» بر این اساس، ممکن است این فرض به دست فراموشی سپرده شده باشد که یک اشغال نظامی می‌تواند به طور خودکار به عنوان وضعیتی تلقی شود که، در نتیجه‌ی کنترل مؤثر، تعهدات حقوق بشری در آن بر آن ناحیه قابل اعمال هستند. با این حال، همه با این گزاره موافق نیستند. به طور مشخص در پرونده الاسکینی استدلال بریتانیا میان اشغالگر بودن و داشتن کنترل به عنوان پیش شرط اعمال تعهدات حقوق بشری متفاوت بود. بر اساس اظهارات قاضی «بروک» در دادگاه تجدید نظر بریتانیا:

«بسیار غیرمحتمل است که بگوییم بریتانیا به‌رغم اشغالگر بودن بر اساس مقررات لاهه و کنوانسیون چهارم ژنو، کنترل مؤثر شهر بصره را مطابق رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در زمان لازم در اختیار داشته است.»^{۱۸}

در حالی که دیوان اروپایی راه دیگری را در پیش گرفت اما این بحث در خصوص «معیار کنترل مؤثر بر یک ناحیه» حل نشد. از یک سو، دیوان با اظهارات بریتانیا موافق نبود و اعلام کرد شرایط این پرونده مستلزم ارتباط صلاحیتی است که تعهدات حقوق بشری را به وجود می‌آورد. از دیگر سو، به‌رغم این که این وضعیت از نوع اشغال تلقی می‌شود، که بر اساس تعریف با مفاهیم کنترل سرزمینی مرتبط است، دیوان اروپایی به طور کامل بر معیار «کنترل مؤثر بر یک ناحیه» تکیه نکرد و به نظر می‌رسد که عناصر معیار «اقتدار ماموریت دولت» را بدان وارد کرده است:

«از این رو، می‌توان مشاهده کرد که متعاقب نابودی قدرت رژیم بعثی و تا زمان پیوستن دولت موقت، بریتانیا (در کنار ایالات متحده) در عراق اعمال برخی قدرت‌های عمومی را، که به طور معمول توسط یک دولت حاکم اعمال می‌شد، بر عهده گرفته بودند. به طور خاص، بریتانیا اقتدار و مسئولیت حفظ امنیت در جنوب شرقی عراق را به

^{۱۵} Ibid., para. 137.

^{۱۶} Ibid., para. 138; ECtHR, Cyprus v. Turkey, above note 8, para. 77.

^{۱۷} Ibid. For further discussion of the notion of control, see M. Milanovic, above note 7, pp. 135–151.

^{۱۸} Al-Skeini, Court of Appeal, above note 9, Brooke LJ, para. 124. See also para. 127.

عاهده گرفت. در چنین شرایط استثنایی، دیوان معتقد است که بریتانیا از طریق سربازان خویش که در عملیات‌های امنیتی در بصره در طول زمان مورد نظر حضور داشتند، اقتدار و کنترل را بر اشخاص کشته شده در طول دوره این عملیات‌های امنیتی اعمال می‌کرده به طوری که ارتباط صلاحیت را میان شخص فوت شده و بریتانیا بر اساس موضوع ماده یک کنوانسیون ایجاد می‌کند.^{۱۹}

این نتیجه به نظر، یک در هم آمیختگی نامطلوب است، و از طرفی دیگر، تلاشی ناموفق برای آمیختن مفاهیم کنترل بر سرزمین با مسأله اقتدار مأمور دولت است. در حالی که دیوان به اقتدار سرزمینی بریتانیا اشاره دارد در پی اتخاذ تصمیم بر اساس اقتدار اعمال شده از سوی مأموران دولتی بر اشخاص است. پس از تصدیق اعتبار این دو معیار از سوی دیوان، اولویت آن بود که دیوان یکی یا هر دو معیار را در آغاز تا پایان اعمال کند. احتمال نخست رد موضع بریتانیا بود و تبیین این نکته که اقتدار و کنترلی که در جهت استقرار اعمال یک اشغال نظامی به رسمیت شناخته شده باید خود به عنوان دلیلی بر کنترل لازم بر این منطقه جهت قابلیت اعمال حقوق بشری به خدمت گرفته شود. در عوض، هر یک از این پرونده‌ها می‌تواند در خصوص این پرسش بررسی شود که آیا این پرونده‌ها معیار «اقتدار مأمور دولت» را برآورده می‌سازند؛ به عبارت دیگر، این نکته در این جا مطرح می‌شود که این معیار فراتر از چارچوب محدود بازداشت رسمی گسترش می‌یابد و می‌تواند شامل وضعیت‌های بسیاری باشد، همچنان که در این پرونده‌ها مطرح شده است.^{۲۰}

مانع مورد ادعا برای معادل نمودن اشغال نظامی با معیار کنترل مؤثر بر یک منطقه در خصوص اعمال حقوق بشر ناشی از این دیدگاه است که در وضعیت‌های کنترل بر سرزمین، دولت اشغالگر ملزم است تا تمام تعهدات معاهده‌ای حقوق بشری خویش را مد نظر قرار دهد. گفته شده که این موضوع یک گزاره کاملاً غیر واقع‌بینانه است.^{۲۱} این رهیافت «همه یا هیچ» این نگاه را در خصوص همتراز کردن اشغال نظامی با مفهوم حقوق بشری کنترل بر یک منطقه مطرح کرده است. برای مثال این نکته گفته شده که به‌رغم شناسایی یک وضعیت به عنوان اشغال نظامی، ممکن است قدرت اشغالگر نیروهای لازم در روی زمین را برای کنترل مورد نظر معیار حقوق بشری جهت قابلیت اعمال [این قواعد] در اختیار نداشته باشد.^{۲۲} علاوه بر این، به عنوان یک گزاره حقوقی این استدلال مطرح شده که قابلیت پیروی قدرت اشغالگر از تعهدات حقوق بشری به واسطه محدودیت‌های تحمیل شده بر اقتدار خویش در اثر حقوق اشغال با مانع روبه‌رو می‌شود.^{۲۳} انتقادهایی بر هر دو دیدگاه وارد است. این موضوع دور از واقعیات اشغال است که فرض کنیم اعمال کامل تعهدات حقوق بشری بر اساس معیار «کنترل مؤثر بر یک منطقه» می‌تواند سرزمین اشغالی را با سرزمین دولت اشغالگر همتراز نماید. موانع عملی زندگی بر روی زمین و موانع حقوقی

^{۱۹} ECtHR, Al-Skeini, above note 9, para. 149 (emphasis added).

^{۲۰} N. Lubell, above note 6, ch. 8.

^{۲۱} Al-Skeini, Court of Appeal, above note 9, Brooke LJ, para. 124.

^{۲۲} Al-Skeini, Court of Appeal, above note 9, paras. 119–124, 194.

^{۲۳} ECtHR, Al-Skeini, above note 9, para. 114.

می‌توانند بر توانایی قدرت اشغالگر در اجرای تعهدات به همان شیوه اجرای داخلی خویش اثرگذار باشد. در عین حال، وجود برخی موانع نمی‌تواند بر این واقعیت سایه افکند که قدرت اشغالگر براساس تعریف خود، بر سرزمین مورد نظر کنترل و مسوولیت دارد و این کنترل و مسوولیت را در قبال تعهدات حقوق بشری که همراه اقتدار خویش دارد، همچنان بر عهده دارد. نهایتاً این که نکته «همه، هیچ» احتمالاً منجر به یک «همه» غیر واقع‌بینانه یا یک خلاً تعهداتی «هیچ» می‌شود. هیچ یک از این دو گزینه به طور کامل قانع‌کننده نیستند و همان‌گونه که توسط قاضی «سدلی» در دادگاه تجدیدنظر بریتانیا عنوان شده:

«این پاسخی برای بیان این نکته نیست که بریتانیا به دلیل عدم قابلیت تضمین همه چیز ملزم به تضمین هیچ چیز نیست. پرسش این است که آیا قدرت مؤثر نیروهای ارتش ما در خیابان در سال های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ آن چنان اندک بود که به‌رغم تصور خود به عنوان نیروی اشغالگر، فاقد هر گونه کنترل واقعی از آنچه هر لحظه در منطقه بصره روی می‌داده، باشد. پاسخ من این خواهد بود که چیزی که سربازان بریتانیایی بر آن کنترل داشتند حتی در وضعیت ناپایدار موصوفه در ادله، استفاده از نیروی مهلک و مرگبارشان بوده است. آیا آنها مجاز بودند تا از آن نیرو در وضعیت‌هایی که با آن مواجه می‌شدند که دست‌کم چهار مورد تحت بررسی ما شامل این موضوع می‌شود، استفاده کنند؟ که این موارد دقیقاً موضوعی است که تجدیدنظر خواهان به دنبال آن هستند. در چنین موقعیتی است که هرچه تعداد سربازان به نسبت غیرنظامیان کمتر باشد، به همان اندازه دسترسی گسترده به تسلیحات و گسترش شورش قابل ارزیابی خواهد بود.»^{۲۴}

راه حل این مسأله می‌تواند با این دیدگاه مطرح شود که هر چند فرض اولیه می‌تواند طیف کاملی از تعهدات را مد نظر قرار دهد اما نیاز به یک بررسی سیاق محور از شرایط موجود در هر مورد وجود دارد. نگاهی دوباره به معیار «اقتدار مأمور دولت» داشته باشیم. مشخص است که در این حالت یک رهیافت سیاق محور نه تنها امکانپذیر است بلکه مطلوب نیز هست. معیار مزبور بر اساس دیدگاه دیوان اروپایی حقوق بشر موردی بود که پیشتر در زمان نیاز به بررسی شرایط برای تعیین گستره تعهدات دولت، مورد شناسایی قرار گرفته است.^{۲۵} این تعهدات صرفاً در خصوص حقوقی که نماینده دولت قدرت کنترل بر آن‌ها را در این شرایط دارد، به وجود می‌آید. منطق این امر در ورای این واقعیت نهفته است که فقدان کنترل گسترده‌تر در قبال شرایط و توانایی لازم برای اجرای اقدامات موجب می‌شود که نتوان از دولت انتظار داشت تا حقوق تک‌تک افراد را مراعات نماید. با این حال، اگر برخی از حقوق اشخاص در عمل مستقیماً در کنترل مأموران دولتی باشد، اعم از قانونی یا غیر قانونی، در این صورت دولت زیربند متعهد به پاسداشت آن دسته از حقوقی است که تحت قدرت کنترل خود دارد. برای نمونه، رهایی از

^{۲۴} Al-Skeini, Court of Appeal, above note 9, Sedley LJ, para. 197.

^{۲۵} . . . relevant to the situation . . .', in ECtHR, Al-Skeini, above note 9, para. 137.

بازداشت خودسرانه زمانی قابل اعمال خواهد بود که فردی دستگیر شود یا حق حیات زمانی قابل اعمال است که علیه اشخاص متوسل به زور شود.^{۲۶}

بر این اساس مطابق رهیافت «اقتدار مأمور دولتی»، زمینه و سیاق می‌تواند بر قابلیت اعمال عملی تعهدات اثرگذار باشد. با این حال، توجه ما در این برهه بر اعمال کنترل بر اشخاص خارج از کنترل سرزمینی متمرکز نیست بلکه بر سرزمین اشغالی است که قدرت اشغالگر بنا بر تعریف خود، عنصری از اقتدار و کنترل بر این سرزمین را داراست. از این رو، با در نظر گرفتن معیار «کنترل مؤثر بر یک منطقه»، هر چند پیش فرض مربوط به قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری وسیعی وجود دارد، گفته خواهد شد که سیاق می‌تواند بر محتوای ماهوی این تعهدات اثرگذار باشد. مثالی از این مورد را می‌توان در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه دیوار ملاحظه کرد که بیان می‌دارد:

«سرزمین‌های اشغال شده توسط اسرائیل در طول ۳۷ سال تحت کنترل صلاحیتی اسرائیل به عنوان قدرت اشغالگر بوده است. در راستای اعمال اختیارات موجود در این خصوص، اسرائیل ملزم به رعایت مقررات میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. به علاوه، اسرائیل متعهد به عدم ایجاد مانع بر سر اعمال این حقوق در حوزه‌هایی است که این صلاحیت به مقامات فلسطینی انتقال داده شده است.»^{۲۷}

بنابراین، دیوان در عین حال که می‌پذیرد اسرائیل به عنوان قدرت اشغالگر به طور کامل میثاق مزبور را اعمال خواهد کرد، این نکته را مورد شناسایی قرار می‌دهد که تعهدات ماهوی باید در زمینه‌ای تعیین شوند که وجود مقام فلسطینی و نقشی را که این مقام در این سرزمین ایفا می‌کند، مد نظر قرار دهد. هر چند به طور مشخص این زمینه می‌تواند ماهیت تعهد را تغییر دهد اما موجب حذف آن نمی‌شود. به عبارت دیگر، اسرائیل مقید به عدم ایجاد مانع در خصوص حقوقی است که مقام فلسطینی در حال اجرای آن است. پرونده‌های دیگری نیز زمینه را در ارتباط با کنترل یک قلمرو مورد شناسایی قرار داده‌اند.^{۲۸}

بر اساس چنین رهیافتی کنترل سرزمینی از جمله اشغال، قابلیت اعمال طیف کاملی از تعهدات حقوق بشری را، که دولت ذیربط متعهد به اجرای آن است، مدنظر قرار می‌دهد. هر چند عناصر ماهوی تعهدات و ارزیابی این مساله که نقضی رخ داده است باید در همین زمینه تعیین شود؛ از جمله در وضعیت موجود در عالم واقع و محدوده‌های حقوقی. این مباحث ممکن است مسائل توانایی لجستیکی برای اقدام به شیوه‌ای خاص را شامل شود یا به عنوان

^{۲۶} N. Lubell, above note 6, ch. 8; O. Ben-Naftali and Y. Shany above note 2, p. 64. In situations of armed conflict there is also, of course, the question of how the concurrent applicability of international human rights law and IHL might affect the nature of the obligations. This is a separate question, which has been examined often elsewhere, and with no conclusive or agreed answer. The focus of this article is not on how to manage concurrent applicability, but on the earlier stage of determining the scope of applicable human rights obligations.

^{۲۷} ICJ, Wall case, above note 3, para. 112.

^{۲۸} ECtHR, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, Application No. 48787/99, Judgment of 8 July 2004.

مثال ممکن است تعهدات به واسطه محدودیت‌های قانونی وضع شده توسط قدرت اشغالگر طبق حقوق اشغال تحت تأثیر قرار گیرد.^{۲۹} با این حال، هیچ یک از این دست نگرانی‌ها، توجیهات ساخته و پرداخته شده‌ای برای نادیده گرفتن کامل تعهدات ارائه نمی‌کند. در حالی که جنبه‌های تعهدات زیربط می‌تواند در پرتو این زمینه تغییر پیدا کند ولی قابلیت اعمال کلی حقوق بین‌الملل بشر تثبیت شده و عنصر تعهد همواره وجود خواهد داشت.

محتوای تعهدات حقوق بشری

براساس ملاحظات بالا، تعهدات حقوق بشری در وضعیت‌های مخاصمات مسلحانه قابل اعمال است اما رفتار دقیقی را که برای توجیه این تعهد لازم است، باید در پرتو زمینه عملی و حقوقی تعیین نمود که قدرت اشغالگر در آن به اجرای عملیات می‌پردازد. ممکن است تعریف پیشینی سیاق مورد نظر دشوار باشد ولی ایجاد قوانینی دقیق برای هرگونه طرح و برنامه عملی بدون الزام قدرت اشغالگر به دوری از تعهداتی که باید انجام می‌داد، یا در عوض مد نظر قرار دادن تعهدات غیر واقعی که شانس اجرایی شدنشان به سمت غیرممکن سوق پیدا می‌کند، غیر ممکن و نشدنی است. محتمل‌ترین مسیر برای به دست آوردن حمایت حقوق بشر در هر جای ممکن داشتن یک اصل کلی برای تعیین قابلیت اعمال حقوق بشر است در حالی که در زمان تعیین محتوای دقیق این تعهد رهیافت مورد به مورد این موضوع را مد نظر قرار می‌دهد. این بخش از مثال‌های مربوط به برخی مسایل کلیدی استفاده می‌کند تا نشان دهد چگونه چنین رهیافتی می‌تواند عملی باشد. در مبانی حقوق بشر این نگاه وجود دارد که اگرچه موازین حقوق بشر می‌توانند در همه زمان‌ها قابل اجرا باشند اما شکل اجرای آنها در برابر خود اجرا می‌تواند بر اساس شرایط حاکم متفاوت باشد. این وضعیت در موقعیت‌های نظامی نه جدید است و نه منحصر به فرد؛ زیرا اقدامات مشخصی که یک دولت در ارتباط با حقی مشخص اتخاذ می‌کند می‌تواند براساس شرایط مختلف تحت تأثیر قرار گیرد. به عنوان نمونه، حق بر حریم خصوصی مانع از خوانده شدن و سانسور شدن نامه‌های خصوصی تمام مردم توسط یک دولت می‌شود. در حالی که این وضعیت می‌تواند به صورتی دیگر در خصوص نامه تحویل داده شده به یک زندانی در یک زندان فوق العاده امنیتی اجرا شود.^{۳۰}

^{۲۹} Whether or not this is the case will be discussed further below.

^{۳۰} 'The Committee accepts that it is normal for prison authorities to exercise measures of control and censorship over prisoners' correspondence. Nevertheless, article 17 of the Covenant provides that "no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his correspondence". This requires that any such measures of control or censorship shall be subject to satisfactory legal safeguards against arbitrary application (see para. 21 of the Committee's views of 29 October 1981 on communication No. R.14/63 [63/1979]). Furthermore, the degree of restriction must be consistent with the standard of humane treatment of detained persons required by article 10 (1) of the Covenant. In particular, prisoners should be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, by correspondence as well as by receiving visits'. Human Rights Committee, Miguel Angel Estrella v. Uruguay, Communication No. 74/1980, UN Doc. CCPR/C/OP/2 at 93 (1990), para. 9.2.

در بسیاری از موارد، زبان کنوانسیون‌های حقوق بشری به وضوح برخی محدودیت‌ها را با مد نظر قرار دادن این زمینه تجویز می‌کند که این حق همراه با بیانیه‌هایی نظیر ایجاد فضایی برای «محدودیت‌هایی که توسط قانون توصیف شده‌اند و برای حمایت از بهداشت نظم و امنیت عمومی یا حقوق و آزادی‌های بنیادین دیگران ضروری است.»^{۳۱} عدول از چنین حقوقی راه دیگری است برای محدودیت‌های ممکن؛^{۳۲} برای مثال اجازه به یک دولت که تجربه فاجعه طبیعی مصیبت‌بار دارد به محدود ساختن رفت و آمد در خیابان‌ها جهت اجازه به خدمات اورژانسی برای کارایی بهتر. همان‌گونه که از کنوانسیون حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مشخص است وضعیت‌های اقتصادی نیز می‌تواند در برخی موارد مد نظر قرار گیرد با اشاره به حداکثر منابع در دسترس خویش.

موقعیت‌هایی نیز وجود دارند که زمینه مورد نظر همان زمینه‌ای نیست که ضرورتاً و ابتدا به ساکن تصور می‌شد؛ با این حال [این زمینه‌ها نیز] باید مد نظر قرار گیرند. برای مثال زمانی که بازداشت یک فرد ۵۵۰۰ کیلومتر دورتر از سرزمین دولت مزبور در دریای آزاد اتفاق می‌افتد تعهد به حاضر نمودن سریع وی نزد یک قاضی می‌تواند ۱۶ روز طول بکشد در حالی که چنین مدت زمانی به شکل قابل توجهی طولانی‌تر از مدت مجاز معمول است.^{۳۳} مثال‌های بالا نشان می‌دهد که در واقع، زمینه می‌تواند به هنگام تعیین محتوای تعهدات حقوق بشری در وضعیت‌های خاص مورد توجه باشد و هست. مفهوم تعهدات مثبت و منفی ابزار مفید دیگری برای مباحثه پیرامون عناصر ماهوی یک تعهد حقوق بشری است. این گونه تمایز میان تعهدات مثبت و منفی ابزاری برای تفاوت قائل شدن میان دسته‌های مختلف حق‌ها نیست، بلکه در چنین چارچوبی است که بیشتر حق‌ها واجد عناصر مثبت و منفی است. این تمایزها را می‌توان با ارجاع به رهیافت سه سطحی رعایت/حمایت/انجام دادن [ایفا] فهمید. چنین ساختارسازی از حق‌ها توجه بسیاری را در قلمرو حقوق فرهنگی اجتماعی و اقتصادی به خود جلب کرده است اما این ساختار به حقوق مدنی و سیاسی نیز ارتباط پیدا می‌کند.^{۳۴} عنصر رعایت/منفی یک حق دولت را

^{۳۱} International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), UN General Assembly res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316 (1966), entered into force 23 March 1976, Art. 18, para. 3 (on the manifestation of freedom of religion).

^{۳۲} ICCPR, Art. 4; Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 UNTS 222, entered into force 3 September 1953, as amended by Protocols Nos. 3, 5, 8, and 11, which entered into force on 21 September 1970, 20 December 1971, 1 January 1990, and 1 November 1998 respectively, Art. 15; American Convention on Human Rights (ACHR), O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 UNTS 123, entered into force 18 July 1978, Art. 27.

^{۳۳} ECtHR, *Rigopoulos v. Spain*, Application No. 37388/97, Decision of 12 January 1999; see also ECtHR, *Medvedyev and Others v. France*, Application No. 3394/03, Grand Chamber, Judgment of 29 March 2010, paras. 127–134.

^{۳۴} 'Like civil and political rights, economic, social and cultural rights impose three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights'. Theo van Boven, Cees Flinterman, and Ingrid Westendorp (eds), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM, Utrecht, 1996, para. 6; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General comment no. 12: right to adequate food (Art. 11)', Twentieth session, 12 May 1999, UN Doc. E/C.12/1999/5, para. 15; Committee

متعهد به اجتناب از انجام اقداماتی می‌کند که به طور مستقیم با این حق مغایرت دارد. در بیشتر موارد ابتدا به ساکن این موضوع دولت را ملتزم به اجتناب از برخی اقدامات می‌نماید مانند «محرورم نساختن مردم از چیزی که نسبت بدان حقوقی دارند» و به این ترتیب، بار قابل توجهی را به طور معمول ایجاد نمی‌کند.^{۳۵} با این حال باید خاطر نشان ساخت که رهیافت سیاقی که پیشتر در این مقاله مطرح شد بر تمایز میان تعهدات مثبت و منفی به این شکل توجه ندارد. بلکه این تمایز تا جایی مرتبط است که در بیشتر زمینه‌ها احتمال ندارد که تعهدات منفی چالشی را برای اجرا به وجود آورند. نهایتاً این که معیار تمام گونه‌های تعهد، ارزیابی نمودن هر یک از آنها در پرتو این زمینه است تا این که تعهدی به مثبت یا منفی طبقه‌بندی شود.

با وجود ملاحظات فوق، تعهدات مثبت حمایت و انجام دادن یک حق می‌تواند نگرانی‌های دیگری را به وجود آورد که باید مورد بررسی قرار گیرند به خصوص در وضعیت‌هایی مانند اشغال نظامی در مورد حقوق مدنی و سیاسی تعهد مثبت حمایت کردن می‌تواند خود را در اشکال مختلف نشان دهد مثلاً از طریق تضمین حمایت از زندگی در برخی وضعیت‌ها به شکل «تعهد مثبت بر مقامات جهت اتخاذ اقدامات عملیاتی پیشگیرانه جهت حمایت از شخصی که زندگی‌اش به خاطر اقدام مجرمانه شخص دیگر در خطر است.»^{۳۶} این امر مستلزم وجود یک نظام اجرای حقوق است که بتواند از این حقوق به شکل مقتضی حمایت کند. قضیه الاسکینی مثال مفیدی را در خصوص این که آیا چنین تعهدی را می‌توان از یک قدرت اشغالگر خواست یا نه ارائه می‌کند. دولت بریتانیا معتقد بود که به دلیل سربازان اندک و از هم گسیختگی نظام‌های اجرای حقوق محلی قادر به حفظ نظم و قانون در جنوب عراق نبود و این امر منجر به ایجاد جرائم گسترده شد.^{۳۷} استدلال بریتانیا مبتنی بر انکار قابلیت اعمال کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بود زیرا وضعیت مزبور برخلاف وجود هرگونه کنترل مؤثر بود. برخلاف استدلال بریتانیا و بر اساس تحلیل ارائه شده در این مقاله، موضع بریتانیا را می‌توان فرار رو به جلو تلقی کرد. زیرا رهیافت صحیح با این توصیف مورد قبول آغاز شد که بریتانیا یک قدرت اشغالگر است و بدین ترتیب کنترل لازم برای قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری به طور ذاتی اثبات شد. این استدلال مطرح شد که ناتوانی یک قدرت اشغالگر در برقراری نظم و قانون نشان می‌دهد که قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری نه تنها برخلاف رهیافت صحیح قابلیت اعمال حقوق بشر است بلکه برخلاف تعهدات موجود در حقوق اشغال است.

on Economic, Social and Cultural Rights, 'General comment no. 13: the right to education (Article 13 of the Covenant)', Twenty-first session, 8 December 1999, UN Doc. E/C.12/1999/10, paras. 46–47.

^{۳۵} 'Negative duties – duties not to deprive people of what they have rights to – are, and must be, universal.

A right could not be guaranteed unless the negative duties corresponding to it were universal, because anyone who lacked even the negative duty not to deprive someone of what she has rights to would, accordingly, be free to deprive the supposed right-bearer. Universal negative duties, however, are no problem (if "opportunity costs" are ignored). I can easily leave alone at least five billion people, and as many more as you like'. Henry Shue, 'Mediating duties', in *Ethics*, Vol. 98, No. 4, 1988, p. 690.

^{۳۶} ECtHR, *Osman v. The United Kingdom*, Application No. 23452/94, 87/1997/871/1083, Judgment of 28 October 1998, para. 115.

^{۳۷} ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 112.

ماده ۴۳ مقررات لاهه چنین اشعار می‌دارد:

«پس از منتقل شدن اقتدار قدرت مشروع به دست اشغالگر، دولت اشغالگر باید تمام اقدامات موجود خود را جهت بازگرداندن و تضمین تا حد ممکن نظم عمومی و امنیت را اتخاذ کند در عین حالی که قوانین لازم الاجرای کشور اشغال شده را مراعات نماید مگر در صورتی که مطلقاً امکان اجرا وجود نداشته باشد.»^{۳۸}

تعهدات قدرت اشغالگر مطابق این مورد و تفصیل تعهدات حقوق بشری در این خصوص توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در بررسی اقدامات اوگاندا مورد بررسی قرار گرفت:

«دیوان نتیجه می‌گیرد که اوگاندا قدرت اشغالگر در اتیوپی در زمان مربوطه بوده است. از این رو، اوگاندا مطابق ماده ۴۳ مقررات لاهه ۱۹۰۷ متعهد به اتخاذ همه اقدامات موجود خود برای بازگرداندن و تضمین تا حد ممکن نظم عمومی و امنیت در حوزه اشغال شده بود در عین حالی که قوانین لازم الاجرای کنگو را مراعات نماید مگر در صورتی که مطلقاً امکان اجرا وجود نداشته باشد. این تعهد مشتمل بر وظیفه تضمین رعایت مقررات قابل اعمال حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حمایت از ساکنان سرزمین‌های اشغالی در برابر اقدامات خشونت بار و چشم پوشی نکردن چنین اقدامات خشونت‌آمیزی از سوی هر طرف ثالثی است.»

دیوان پس از این نتیجه‌گیری که اوگاندا یک قدرت اشغالگر در زمان مربوطه در اتیوپی بوده، اعلام می‌دارد که مسوولیت اوگاندا احراز می‌شود و آن هم به دلیل هر عمل ارتش این کشور که تعهدات حقوق بشری خود را نقض کند و هم به دلیل هرگونه فقدان مراقبت از پیشگیری نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه از سوی هر بازیگر دیگر حاضر در سرزمین اشغالی از جمله گروه‌های شورشی که از طرف خودشان اقدام می‌کنند.^{۳۹} بر این اساس، به واسطه قدرت اشغالگر بودن از یک دولت می‌توان انتظار داشت تا تلاش کند و نظم و قانون در سرزمین اشغالی تضمین گردد.^{۴۰} اگر پیشتر به دلیل حقوق اشغال دولت اشغالگر به اتخاذ چنین اقداماتی ملتزم شده باشد، نمی‌تواند مدعی قصور در برآوردن تعهدات حقوق بین‌الملل بشردوستانه خود به دلیل انکار قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشر باشد. حقوق بین‌الملل بشردوستانه قدرت اشغالگر را ملزم می‌کند تا اقدام مثبتی انجام دهد. در مورد ماهیت تعهدات حقوق بشری مشخصاً سطوح منفی/ رعایت این حقوق را می‌توان انتظار داشت در حالی که عنصر مثبت دست‌کم به دلیل تعهدات حقوق بین‌الملل بشردوستانه موجود قبلی، همان تعهد خواهد بود. عدم توانایی اجرای تعهدات مثبت در وضعیت‌های خاص، قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری را منتقل نمی‌کند. با این وجود، این امر می‌تواند منجر به این نتیجه‌گیری شود که در این شرایط، دولت هر آنچه را که می‌توانسته و مغایر تعهداتش نبوده،

^{۳۸} Regulations Annexed to the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907, Art. 43.

^{۳۹} ICJ, DRC v. Uganda, above note 3, paras. 178–179.

^{۴۰} On the Article 43 obligation to restore and ensure public order and life, see Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91–94.

انجام داده است. در این وضعیت‌ها هر چند قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری را می‌توان ادعا نمود با این حال، هنوز فضا برای این بحث وجود دارد که آیا این شرایط بر توانایی اجرای این تعهدات اثرگذار است یا خیر.^{۴۱}

بر این اساس این استدلال مطرح می‌شود که سطح منفی تعهدات حقوق بشری باید مورد متابعت قرار گیرد و از این رو دولت از انجام اقدامات به شکلی که حقوق این جمعیت را مراعات نکند، منع می‌شود. با این حال، عنصر مثبت حمایت و انجام دادن بستگی به زمینه دارد. برای مثال، در حالی که شاید سربازان قادر به اجرای همسان با حمایت کلی پلیس در برابر اقدامات مجرمانه در تمام سرزمین نباشند اما این سربازان نباید به شکل خودسرانه در کشتار یا دستگیری مداخله کنند. به علاوه، در وضعیت‌هایی که سربازان توانایی لازم را دارند، باید مسوول عنصر مثبت نیز باشند مانند این که آنها نمی‌توانند کنار بایستند و شاهد جرم خشونت‌آمیزی باشند که قادر به مداخله و جلوگیری از آن هستند. این که تا چه انتظار می‌رود سربازان در این کار جلو بروند می‌تواند با مسائلی چون ظرفیت‌های کافی در پرتو سطح خشونت در خیابان‌ها متأثر شود. بر این اساس، در یک مکان بازداشت، نیروهای اشغالگر ملزم هستند که نه تنها از ایراد صدمه مستقیم به بازداشت شده بپرهیزند بلکه همه تعهدات مثبت ناشی از این حق را (مانند غذا دادن به بازداشت شده یا حمایت از وی در برابر سایر بازداشت‌شدگان) انجام دهند. بر همین مبنا، همه ارزیابی‌ها باید شرایط موجود را مد نظر قرار دهند. مثال مربوط به شناسایی نیاز به استفاده از فهم واقعی از وضعیت را می‌توان در نگاه دیوان اروپایی در قضیه الاسکینی مشاهده کرد:

«دیوان در آغاز، مشکلات عملی که منجر به اقتدارات تعقیب شده را این گونه مورد توجه قرار می‌دهد که بریتانیا در یک منطقه خارجی و تخاصم بلافاصله بعد از تهاجم و جنگ، یک قدرت اشغالگر بوده است این مسائل عملی مشتمل بر اخلال در زیر ساخت‌های غیرنظامی شده و به نوبه خود منجر به کمبود امکانات و پاتولوژیست‌های محلی برای کالبد شکافی شده است. از طرفی، قلمرو عدم تفاهم‌های فرهنگی و زبانی میان اشغالگران و جمعیت محلی و خطر موجود در هر فعالیت در عراق در آن زمان. همان‌طور که در بالا اشاره شده دیوان معتقد است که در وضعیت‌های این چینی تعهد شکلی ذیل ماده ۲ باید به شکل واقعی تحقق پیدا کند و مسائل خاص پیش روی تعقیب‌کنندگان مد نظر قرار گیرد.»^{۴۲}

موضوع دیگر انکار تعهدات حقوق بشری در وضعیت‌های اشغال است که با موانع حقوقی ملموسی مواجه شده است. حقوق اشغال برخی محدودیت‌ها را بر قدرت اشغالگر تحمیل می‌نماید و این محدودیت‌ها خود موانعی را بر سر اجرای تعهدات حقوق بشری به وجود آورده است.^{۴۳} به نظر می‌رسد که ماده ۴۳ مقررات لاهه، مساله‌ای را در

^{۴۱} See above discussion in previous section on applicability. 'When faced with a partial or total failure to act, the Court's task is to determine to what extent a minimum effort was nevertheless possible and whether it should have been made'. ECtHR, Ilaşcu and Others, above note 26, para. 334. See also the reference to 'due diligence' in M. Milanovic, above note 7, p. 141.

^{۴۲} ECtHR, Al-Skeini, above note 9, para. 168.

^{۴۳} Ibid., para. 114.

این خصوص مطرح می‌کند و آن این که قدرت اشغالگر را ملزم به رعایت قوانین لازم‌الاجرای کشور اشغال شده می‌نماید مگر در صورتی که مطلقاً امکان اجرا وجود نداشته باشد. به همین ترتیب، ماده ۴۶ کنوانسیون چهارم ژنو اشعار می‌دارد که:

«قوانین سرزمین اشغالی باید همچنان لازم‌الاجرا باشد مگر این که این قوانین از سوی دولت اشغالگر در مواردی جایگزین یا تعلیق شوند که اجرای آنها تهدیدی برای امنیت دولت اشغالگر یا مانعی بر سر اجرای کنوانسیون حاضر شود.»^{۴۴}

انتظار این که اشغال یک امر موقتی خواهد بود و حاکمیت بر خلاف اقتدار به قدرت اشغال منتقل نخواهد شد مستلزم طراحی قواعدی است که امکان ایجاد تغییراتی که توسط اشغالگر برای به خطر انداختن این فروض وجود دارد، بکاهد. با این حال، محدودیت‌ها مطلق نیستند و برخی تغییرات نه تنها ممکن است اجازه داده شود بلکه اگر برای اجرای تعهد به تضمین یا بازگرداندن نظم عمومی لازم باشد، ممکن است حتی الزامی نیز تلقی شوند. ماده ۴۳ نباید تبدیل به «ابزاری کاملاً مناسب» برای تجویز قدرت اشغالگر به مداخله در زمانی که مناسب تشخیص می‌دهد و محملی برای پنهان شدن در پشت ادعاهای محدودیت باشد؛ در حالی که چنین محدودیتی وجود ندارد.^{۴۵} تفسیر همزمان مقررات بالا می‌تواند اجازه تغییراتی را فراهم کند که مرتبط با اهداف حقوق اشغال هستند. این اهداف عبارت‌اند از مسئولیت برای نظم عمومی که یادآور متن فرانسوی اصلی است، که محدوده وسیع‌تری نسبت به نظم عمومی دارد تا مسائل صرف مشتمل بر نظم و قانون.^{۴۶} در حالی که احتمال سوءاستفاده از این تغییرات در حالت توجه به منافع خود وجود دارد،^{۴۷} اما دلایلی مبتنی بر ترجیح آن دسته از استدلال‌هایی وجود دارد که تغییراتی را مجاز و حتی لازم می‌دانند که مبتنی بر تبعیت از حقوق بین‌الملل بشر هستند و به نفع حقوق ساکنان سرزمین اشغالی طراحی شده‌اند.^{۴۸} به طور خاص، اشغال طولانی مدت می‌تواند مداخله نظامی را در برخی

^{۴۴} Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949, entered into force 21 October 1950 (hereafter GC IV), Art. 64.

^{۴۵} Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2004, p. 11.

^{۴۶} *Ibid.*, pp. 9–11; Y. Dinstein, above note 38, p. 89.

^{۴۷} See discussion in Y. Dinstein, above note 38, pp. 120–123.

^{۴۸} See discussion in *ibid.*, pp. 46, 112–123. On development of interpretations in this regard, see E. Benvenisti, above note 43, pp. xi–xiv. See also the analysis of legislation by occupying powers in Marco Sassòli, 'Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers', in *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 661–694. While there is room for changes based on human rights obligations, Sassòli notes that the interpretation and implementation must endeavour to respect local society and customs (*ibid.*, pp. 676–677).

مناطق الزامی کند به شرطی که مانع از رکود اقتصادی، اجتماعی و قانونی شود. بنابراین مدت زمان اشغال بخشی از زمینه است که در آن تعهدات حقوق بشر می‌باید مورد ارزیابی قرار گیرند.^{۴۹}

حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

قابلیت اعمال و سطح تعهدات حقوق بشری نیز موضوع مرتبط دیگری در ارتباط با حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. هیچ مبنای موجهی برای نادیده گرفتن این دسته از حقوق در وضعیت‌های اشغالی وجود ندارد و همه مباحث در مورد قابلیت اعمال با توجیه مشابهی که برای حقوق مدنی و سیاسی وجود دارد، در ارتباط با این حقوق نیز وجود دارد. در واقع، نهادهای حقوق بشری ملل متحد و دیوان بین‌المللی دادگستری تایید کرده‌اند که کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر اعمال قدرت اشغالگر اعمال می‌شوند.^{۵۰} به علاوه، در مورد جمعیت سرزمین اشغالی این حقوق دقیقاً از اهمیت بیشتری برخوردار است. در عین حالی که نمی‌توان انتظار واقع‌بینانه‌ای داشت که اشغال نظامی موجب تضمین آزادی‌های مدنی و سیاسی به عنوان یک دموکراسی خودگردان باشد اما ساکنان این سرزمین‌ها نیازمند سلامتی، تحصیل و موقعیت‌های استخدام هستند به طوری که تا حد امکان استمرار داشته و دچار اختلال نشود. به واقع، بخش مهمی از مسائل در وضعیت‌های اشغال پیرامون این نگرانی‌ها می‌باشد. با این حال، در این جا نیز نیاز به رهیافتی سیاقی در زمان تعیین سطح تعهدات و وظایف دقیق که باید از سوی قدرت اشغالگر اجرا شود، وجود دارد. اعتراضات به مفهوم تعهدات باید در این حوزه مطرح شود زیرا گفته می‌شود که حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مستلزم تعهدات پشتیبانی و مالی مهمی است که کسی نمی‌تواند آنها را از یک قدرت اشغالگر موقتی انتظار داشته باشد. این نوع از بحث اغلب پیرامون مباحث کلی‌تر تمایز میان حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌باشد.^{۵۱} با این حال، هم در زمینه اشغال یا غیر از آن این ادعا کاملاً دقیق نیست. بسیاری از حقوق در نهایت می‌توانند مستلزم تعهدات مالی بوده و حقوق مدنی و سیاسی هم می‌تواند امری پر بها و گران باشد. برای مثال، حقوق مربوط به بازداشت و رسیدگی را تصور کنید. یک پلیس عملیاتی، یک سیستم قضایی، قضاوت و حقوقدانان آموزش دیده، اماکن دادگاه و زندان‌ها، همه اینها بدون هزینه نیستند. شاید مفیدتر باشد که به رهیافت سه سطحی اشاره شده رعایت/حمایت/انجام دادن [ایفا] بازگردیم و یادآور شویم که همه حقوق مستلزم برخی تعهدات هستند که نسبتاً بدون هزینه‌اند (برای مثال، شکنجه نکردن بازداشت شده، ممانعت نکردن یک فرد از دسترسی به بیمارستان) و سایر حقوق

^{۴۹} For discussion of the particular challenges in cases of prolonged occupation, see Adam Roberts, 'Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories 1967–1988', in *American Journal of International Law*, Vol. 84, No. 1, 1990, pp. 44–103.

^{۵۰} ICJ, Wall case, above note 3, paras. 107–112; Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, above note 8; see also Sylvain Vité, 'The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, pp. 629–651.

^{۵۱} For example, see the work of Physicians for Human Rights – Israel, available at: <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=21> (last visited 24 April 2012).

مستلزم سرمایه می‌باشد (مانند یک سیستم قضایی که قادر به مراعات عدالت است، یک سیستم بهداشتی که مراقبت‌های اولیه بهداشتی ارائه کند).

با این حال و به‌رغم این ملاحظات که همه حقوق شامل سطوح متفاوتی از تعهد هستند برخی بر این باور هستند که ادعاهای فردی مرتبط با حقوق مدنی و سیاسی متمایل به قرار گرفتن در تعهدات منفی/ رعایت هستند (مانند تمایل فرد به رها بودن از ورود خودسرانه) در حالی که حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بیشتر پیرامون عناصر مثبت انجام دادن این حقوق متمایل هستند (مانند مطالبه مراقبت بهداشتی). این امکان که زمینه اشغال نظامی مستلزم تمایزی میان عناصر متفاوت تعهدات است، زمانی اهمیت فوق العاده‌ای پیدا می‌کند که به بررسی حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بپردازد. به عبارت دیگر، آیا می‌توان از قدرت اشغالگر انتظار انجام جنبه ایفای حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی داشت؟ نخست این که شایان ذکر است که در ارتباط با بحث پیشین نظم و قانون، در این جا نیز حقوق بین‌الملل بشردوستانه پیشتر برخی تعهدات را در قبال قدرت اشغالگر در مواردی چون غذا،^{۵۲} بهداشت^{۵۳} و تحصیل تحمیل کرده است.^{۵۴} اکنون پرسش پیش روی ما این است که آیا قابلیت اعمال تعهدات حقوق بشری تعهدی ماهوی را بر این دسته از موضوعات در حقوق اشغال اضافه می‌کند یا خیر.^{۵۵} هرچند که کنوانسیون چهارم برخی تعهدات مثبت مانند ارائه تجهیزات پزشکی را تحمیل می‌نماید، اما این بحث در مورد تمام حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مورد نظر نیست. برای مثال، در خصوص موضوع کار و استخدام، این کنوانسیون تمرکز بر مسائل کار اجباری، خدمات ضروری و به طور کلی‌تر، مساله اشخاص حمایت شده در حال کار تحت اختیار قدرت اشغالگر می‌باشد.^{۵۶} حقوق اشغال خارج از این شرایط حمایت اندکی را در ارتباط با حق بر کار ارائه می‌کند. با نگاهی به مثال منازعه میان اسرائیل و فلسطین معلوم می‌شود که نگرانی‌ها بر سر کار می‌تواند به مسأله مهمی برای مردم ساکن در سرزمین اشغالی مبدل شود و اقدامات قدرت اشغالگر می‌تواند آثار مخرب جدی بر مردم ساکن سرزمین اشغالی در این رابطه داشته باشد. نظر مشورتی دیوان در قضیه دیوار برخی از این موضوعات را برجسته کرده است و به خوبی به این نکته استناد شده است که موانع فیزیکی ناشی از ساخت دیوار و همین‌طور، سایر محدودیتها در مورد رفت و آمد، اثر منفی بر توانایی مردم فلسطین در کسب درآمد در زندگی‌شان داشته است.^{۵۷} در این نظر مشورتی، دیوان پس از اشاره به قابلیت اعمال حقوق اجتماعی، اقتصادی و

^{۵۲} GC IV, Art. 55.

^{۵۳} Ibid., Arts. 55–56.

^{۵۴} Ibid., Art. 50.

^{۵۵} As noted earlier, even with regard to existing IHL obligations, the fact that these are also part of human rights law can trigger the possibility for monitoring by human rights treaty bodies.

^{۵۶} GC IV, Art. 51–52.

^{۵۷} ICJ, Wall case, above note 3, paras. 133–134. See also the description given by the non-governmental organization B'Tselem: 'Within the West Bank, the restrictions make it very hard for Palestinians to get to their jobs and to transport goods from area to area. This has led to an increase in transportation costs and consequently to lower profits. Trade from one section to another in the West Bank has become expensive, uncertain, and inefficient. The economy in the West Bank has been split into smaller, local markets.'

فرهنگی در پی تعیین نقض حق بر کار به عنوان یکی از نقض‌های حقوق بین‌الملل بر آمد.^{۵۸} از این رو، حقوق‌الملل می‌تواند حمایت‌هایی را در ارتباط با برخی حقوقی که ممکن است در حقوق اشغال به طور کامل مورد حمایت قرار نگرفته است، افزایش دهد. به طور مشخص، در مثال بالا تمرکز بر وظایف مثبت این حق نیست (مانند برنامه های آموزشی فنی و حرفه‌ای برای ایجاد موقعیت‌های شغلی)^{۵۹} بلکه تمرکز بر وظیفه رعایت/ منفی به شکلی است که بر استخدام و توانایی کارکردن اشخاص در سرزمین اشغالی خدشه‌ای وارد نکند. تعهدات حقوق بشری از این دست باید توسط قدرت‌های اشغالگر رعایت گردند. چالش بزرگ‌تر از منظر ایفا/ مثبت حقوق ناشی می‌شود از جمله آنهایی که در حقوق اشغال مورد اشاره قرار می‌گیرد. در مثال حق بر سلامتی، کنوانسیون چهارم ژنو مشخص نموده که قدرت اشغالگر وظایفی در خصوص تضمین تجهیزات پزشکی و حفظ بیمارستان‌ها و برخی خدمات بهداشت عمومی داراست.^{۶۰} به علاوه در حالی که ارجاع به کنوانسیون مزبور برای همکاری با مقامات محلی است، مسئولیت نهایی بر عهده قدرت اشغالگر است که «تصویب و اعمال اقدامات پیشگیرانه برای مبارزه با اپیدمی‌ها و بیماری‌های واگیردار را تضمین نماید.»^{۶۱} بنابراین، واضح است که در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز وظایف قدرت اشغالگر فراتر از عدم مداخله و تعهدات منفی/ رعایت برای در بر گرفتن تعهدات مثبت است. اما این تعهدات تا کجا گسترش پیدا می‌کنند؟ تعهداتی که از کنوانسیون چهارم قابل بهره‌برداری هستند، چندان زیاد نیستند؛ زیرا فراتر از مثال بالا، کنوانسیون مزبور توضیحی درباره معنای تضمین عملکرد خدمات بهداشتی ارائه نمی‌کند. این نقطه جایی است که حقوق بین‌الملل بشر می‌تواند در آن کمک‌کننده باشد؛ چرا که حقوق بین‌الملل

Restrictions on access of West Bank farmers to their lands in the “seam zone” and in the Jordan Valley have severely harmed the farming sector in these areas’. B’Tselem, ‘Effect of restrictions on the economy’, 1 January 2011, available at: http://www.btselem.org/freedom_of_movement/economy (last visited 24 April 2012).

^{۵۸} ICJ, Wall case, above note 3, paras. 130, 133, and 134.

^{۵۹} As required by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICECSR), UN General Assembly res. 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, Art. 6, para. 2.

^{۶۰} GC IV, Arts. 55 and 56.

^{۶۱} Ibid., Art. 56. See also Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, pp. 313-314: ‘It is possible that in certain cases the national authorities will be perfectly well able to look after the health of the population; in such cases the Occupying Power will not have to intervene; it will merely avoid hampering the work of the organizations responsible for the task. In most cases, however, the invading forces will be occupying a country suffering severely from the effects of war; hospitals and medical services will be disorganized, without the necessary supplies and quite unable to meet the needs of the population. The Occupying Power must then, with the co-operation of the authorities and to the fullest extent of the means available to it, ensure that hospital and medical services can work properly and continue to do so. The Article refers in particular to the prophylactic measures necessary to combat the spread of contagious diseases and epidemics. Such measures include, for example, supervision of public health, education of the general public, the distribution of medicines, the organization of medical examinations and disinfection, the establishment of stocks of medical supplies, the despatch of medical teams to areas where epidemics are raging, the isolation and accommodation in hospital of people suffering from communicable diseases, and the opening of new hospitals and medical centres.’

تفصیل بیشتری بر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تعهداتی که در بر دارند، ارائه می‌دهد. در حالی که توصیفی از تعهدات خاص در حوزه کنوانسیون اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وجود دارد، طول و تفصیل بیشتری از تعهدات مزبور از طریق تفاسیر عمومی ارائه شده از سوی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مانند تفسیر عمومی مرتبط با حق بر بهداشت وجود دارد.^{۶۲} بسیاری از تعهدات اصلی که از سوی کمیته تعیین شده‌اند به الزامات خدمات اولیه بهداشتی و تجهیزات پزشکی که در حقوق اشغال وجود دارد، شباهت چندانی ندارد. با این حال، انتظاراتی از دولت اشغالگر وجود دارد مبنی بر این که در راهبرد بلند مدت برای ارتقاء مراقبت‌های بهداشتی در کشور اشغال شده سرمایه‌گذاری کند.^{۶۳}

خود کنوانسیون این امکان را در نظر می‌گیرد که دولت‌ها نمی‌توانند همه تعهدات ناشی از کنوانسیون را به سرعت اثربخشی کنند و از این رو، مفهوم تحقق تدریجی را با در نظر گرفتن «حداکثر منابع در دسترس»^{۶۴} دولت در بر می‌گیرد. این موضوع با در نظر گرفتن این نکته که تعهدات مراقبت بهداشتی در کنوانسیون چهارم، با این عبارت پردازی آغاز شده که «با حداکثر ابزارهای در دسترس»^{۶۵} می‌تواند این بحث را مطرح کند که تعهدات مزبور باید بر اساس منابع موجود تعیین شوند و قدرت اشغالگر تا جایی متعهد به انجام این اقدامات است که منابع آن، اجازه این کار را فراهم کند. در نگاه اول، این بحث می‌تواند راه‌حلی برای وضعیت‌های اشغال در مناطقی باشد که نمی‌توان از قدرت اشغالگر انتظار داشت تا در تمام تعهدات بلند مدت و مثبت خود در جهت ایفای این حق وارد عمل شود. با این وجود طبق حقوق بشر این مسأله یک موضوع صرف مرتبط با ظرفیت‌های بودجه‌ای نیست. حتی بدون منابع هنگفت نیز تحقق تدریجی، تعهد به اقدام در این زمینه را منتفی نمی‌سازد. در واقع، در حالی که این موضوع پذیرفته شده که تغییرات سریع امکان‌پذیر نیست اما خود این امر مستلزم گام‌هایی در مسیر تغییر است.^{۶۶}

در مقابل، آیا می‌توان چنین گفت که یک قدرت اشغالگر دارای منافع هنگفت که نمی‌تواند به راحتی مدعی نبود منابع شود، باید بلافاصله منابع گزاف خود را صرف ساختن سیستم مراقبت بهداشتی جدید ملی در سرزمین اشغالی کند؟ در این رابطه لازم است تا به بحث گذشته زمینه و سیاق بازگردیم. صحنه مربوط به عملیات‌های

^{۶۲} Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment no. 14: the right to the highest attainable standard of health (Art. 12)', Twenty-second session, 11 August 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4.

^{۶۳} Ibid., para. 36.

^{۶۴} ICESCR, Art. 2.

^{۶۵} GC IV, Arts. 55 and 56.

^{۶۶} '[T]he fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal'. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment no. 3: the nature of States Parties obligations, Art. 2, para. 1 of the Covenant', Fifth session, 14 December 1990, para. 9.

سرزمین اشغالی جدای از شرایط دولتی است که در حوزه داخلی به هزاران شکل عملیات انجام می‌دهد. بالاتر از همه این که عملیات نظامی بدین معناست که یک اقدام موقتی است و قدرت اشغالگر در پی اداره نمودن دولت مزبور برای آینده طولانی نیست. از این رو بحثی که مطرح می‌شود این است که تعهدات حقوق بشری قدرت اشغالگر علاوه بر تعهدات منفی/ رعایت، محدود به اقدامات مثبتی است که برای ایفای تعهدات اصلی چون تضمین بهداشت اولیه، آب سالم و دارو های اساسی لازم است؛^{۶۷} در حالی که این وضعیت می‌تواند تعهدات مثبت قدرت اشغالگر را در پرتو ماهیت اشغال نظامی محدود کند به شرطی که شرایط برای اشغال از آن دست مواردی باشد که تابع موقتی بودن نباشد مانند اشغالگر بودن اسرائیل برای بیش از چهل سال که در این حالت، زمینه می‌تواند رهیافت موسع‌تری را در قبال تعهدات مثبت در پی داشته باشد. هر چند در این مورد محدودیت‌هایی وجود دارد اما قدرت اشغالگر مجاز به انجام برخی فعالیت‌هایی است که وضعیت حاضر را به سود مردم محلی تغییر می‌دهد.^{۶۸} در اشغال طولانی مدت، ممکن است قدرت اشغالگر نه تنها به تعهدات حداقل اصلی ملزم باشد بلکه جنبه‌های راهبرد بلند مدت ایفای حقوق این جمعیت را در بر گیرد.

همچنین، توجه به اصل عدم تبعیض نیز باید مد نظر قرار گیرد. این اصل، اصلی برجسته است که در تمام حوزه‌های حقوق بشر حضور دارد. در راستای مثال حق بر سلامتی، موضوع عدم تبعیض مساله جالبی را در خصوص اشغال نظامی مطرح می‌کند. دولت‌ها ملزم به اجرای حق بر سلامتی به شکلی غیرتبعیض‌آمیز هستند.^{۶۹} چگونه می‌توان این نکته را در زمان اشغال مشاهده نمود؟ ممکن است تفاوت بسیاری میان خدمات بهداشتی که یک دولت در سرزمین خود ارائه می‌کند با خدماتی که در سرزمین اشغالی ارائه می‌کند، وجود داشته باشد و ممکن است نتوان این انتظار را داشت که وضعیت بهداشتی در این دو حوزه مشابه باشد به طوری که بریتانیا قصد گسترش خدمات معروف بهداشت ملی خود را به عراق جنوبی نداشت.^{۷۰} در واقع، در عین حالی که کنوانسیون چهارم ژنو درمان پزشکی برابر را برای بیگانگان در سرزمین یک طرف مخاصمه الزامی می‌داند، چنین حمایت‌هایی را برای اشخاص حمایت شده در یک سرزمین اشغالی الزامی نمی‌داند و نمی‌توان برابری کاملی را میان ساکنان قدرت اشغالی که در سرزمین‌شان هستند و جمعیت سرزمین اشغالی انتظار داشت. اصل حقوق بشری عدم تبعیض با این اوصاف با

^{۶۷} GC IV, Art. 56; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 14, above note 60.

^{۶۸} See earlier discussion; note, however, that a common assumption is that the 'local population' refers to the protected persons and original inhabitants of the occupied territory. Widening this to include others such as nationals of the Occupying Power (e.g. the Israeli settlers) creates significant challenges and potential for distorting the crucial balance between the needs of the occupier and those of the protected persons. For discussion of related issues, see Aeyal M. Gross, 'Human proportions: are human rights the emperor's new clothes of the international law of occupation?', in *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 1, 2007, pp. 1–35.

^{۶۹} ICESCR, Art. 2, para. 2; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment no. 20: non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)', Forty-second session, 2 July 2009, E/C.12/GC/20; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment no. 14', above note 60, paras. 12(b), 18–19.

^{۷۰} GC IV, Art. 38.

شیوه خدمات بهداشتی ارائه شده در سرزمین اشغالی مرتبط است. بنابراین، این اصل ممکن است در وضعیت‌هایی مانند این وضعیت جاری باشد که یک جمعیت غیر نظامی از قدرت اشغالگر در سرزمین اشغالی زندگی می‌کنند (مانند ساکنان اسرائیل) و به سطح بالاتری از مراقبت بهداشتی نسبت به همسایگان محلی خود دسترسی دارند.^{۷۱}

منبع تعهدات حقوق بشری

در حالی که حمایت مهمی از ادعای تعهد قدرت‌های اشغالگر نسبت به تبعیت از حقوق بین‌الملل بشر وجود دارد، پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که منبع تعهدات دقیق کدام‌اند؟ به عبارت دیگر، ما از چه تعهدات حقوق بشری صحبت می‌کنیم؟ آنهایی که قدرت اشغالگر بر اساس تعهدات معاهده‌ای خود بدانها ملزم است یا تعهدات دولت اشغال شده در این خصوص؟ اعمال تعهداتی که از سوی اشغالگر پذیرفته شده را می‌توان به عنوان اجراکننده دسته‌ای از اصول بین‌الملل در قبال جمعیت دولتی که آنها را نپذیرفته، مد نظر قرار داد. در مقابل، ابتدای تعهدات بر مبنای آنهایی که دولت اشغال شده پذیرفته می‌تواند اشغالگر را در وضعیت الزام به تعهداتی قرار دهد که خود را بدانها ملتزم نمی‌داند. در واقع، مباحثی در این زمینه وجود دارند که اظهار می‌دارند راه‌حل پیشنهادی به طور مستقیم بر هیچ یک از این دو دسته تعهدات متکی نیست بلکه ترکیبی از این دو مد نظر است.

در ابتدا باید خاطر نشان ساخت، در حالی که منبع تعهدات معاهده‌ای باید بیشتر مورد شناسایی قرار گیرد اما مانع مشابهی بر سر حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد؛ حقوق بنیادینی مانند حق حیات، رهایی از بازداشت خودسرانه و ممنوعیت شکنجه همه دولت‌ها را مطابق حقوق بین‌الملل عرفی متعهد می‌نماید.^{۷۲} بر این اساس، فارغ از معاهداتی که قدرت اشغالگر و دولت اشغال شده طرف آن باشند، اشغالگر ملتزم به همه تعهدات حقوق بشری است که بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تلقی می‌گردند.

در مورد تعهدات معاهده‌ای که [دولت] اشغالگر و اشغال شده طرف معاهده یکسانی هستند، مشکل کمتری وجود دارد. در مورد بررسی نقض‌های ادعایی حقوق بشر توسط اوگاندا در کنگو، دیوان بین‌المللی دادگستری قابلیت

^{۷۱} See Israel High Court of Justice, 168/91 *Morcus v. Minister of Defence*, and the requirement of nondiscrimination with regard to distribution of gas masks to both settlers and the Palestinian population.

^{۷۲} Bertrand Ramcharan 'The concepts and dimensions of the right to life', in Bertrand Ramcharan (ed.), *The Right to Life in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 1–32; W. Paul Gormley, 'The right to life and the rule of non-derogability: peremptory norms of jus cogens', in *ibid.*, pp. 120–159; International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1, Trial Chamber, Judgment of 10 December 1998, paras. 153–157; ECtHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, paras. 60–61; Richard B. Lillich, 'The growing importance of customary international human rights law', in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, No. 1, pp. 5–6; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, section 702, 1987 (referring to 'prolonged arbitrary detention'); Human Rights Committee, 'General Comment no. 24: issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant', Fifty-second session, 4 November 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 8.

اعمال شماری از اسناد بین‌المللی از جمله میثاق حقوق مدنی و سیاسی را اعلام کرد و اظهار داشت که هر دو دولت عضو میثاق مزبور هستند.^{۷۳} با این حال، در همه موارد اشغال، هر دو دولت به معاهدات حقوق بشری یکسانی متعهد نیستند. در چنین وضعیتی، پرونده‌هایی وجود دارند که از اصل متعهد دانستن اشغالگر به استانداردهایی که طی تعهدات معاهده‌ای خویش آنها را پذیرفته‌اند، حمایت شده است. قضیه الاسکینی بر تعهدات بریتانیا طبق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر متمرکز بود که طبیعتاً عراق عضو آن نبود. بریتانیا به عنوان دولتی که در مقام اشغال‌کننده بخشی از سرزمین عراق شناخته شده بود، متعهد به استانداردهایی شده بود که مطابق تعهدات معاهده‌ای حقوق بشری خود بدانها مقید بود.^{۷۴} به همین ترتیب، در قضایای متعددی که در پیشگاه نهادهای بین‌المللی به موضوع اسرائیل در سرزمین‌های فلسطین پرداخته شده، اسرائیل مقید به تعهدات حقوق بشری شده که طرف آنها بوده است. دیوان بین‌المللی دادگستری معتقد است که تعهدات اسرائیل مطابق میثاق حقوق مدنی و سیاسی، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون حقوق کودک بر اقدامات اسرائیل به عنوان یک اشغالگر در کرانه باختری قابل اعمال بوده است.^{۷۵} نهادهای معاهداتی حقوق بشری ملل متحد همچون کمیته حقوق بشر و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به همین ترتیب، تعهدات اسرائیل را نسبت به سرزمین‌های اشغالی فلسطین قابل اعمال دانسته‌اند.^{۷۶} این رهیافت مفهوم قابلیت اعمال فراسرزمینی را نشان می‌دهد؛ بدین بیان که تعهدات اصلی حقوق بشر به عنوان نگهبان کرامت انسانی و ابزاری برای حمایت از همه افراد در برابر سوءاستفاده از قدرت، همچنان بر اقدامات یک دولت اعم از اقدام در مقام حاکمیت خود یا در جای دیگر، قابلیت اعمال دارد.

با این وجود، تعهدات حقوق بشری دولت اشغالگر همچنان با وضعیت‌های اشغال ارتباط دارد. در واقع، حقوق اشغال ممکن است مراعات برخی تعهدات حقوق بشری از سوی قدرت اشغالگر را در قبال تعهدات سرزمین اشغال شده ضروری سازد. نخستین دلیل چنین ادعایی ناشی از الزام به مراعات حقوق داخلی است؛ بدین معنا که اگر حقوق سرزمین اشغال شده مشمول ادغام استانداردهای حقوق بشری خود با دولت اشغال شده باشد، قدرت اشغالگر نباید برخلاف آنها اقداماتی را انجام دهد.^{۷۷} همان‌طور که در بحث پیشین گفته شد، ممکن است دلیلی بر تمایز میان عدم اتخاذ اقدام مستقیم که خود منجر به ممانعت از اجرای حقوق می‌شود و یافتن تعهدی برای ایفای فعالانه برخی حقوق وجود داشته باشد. اصول استمرار تعهدات و عدم عطف به ماسبق می‌تواند بحث دیگر را در مورد حفظ حق‌هایی پیش کشد که از طریق تعهدات اصلی دولت اشغال شده برای مردم چنین دولتی تضمین شده است. کمیته حقوق بشر در نظر تفسیری ۲۶ چنین اظهار داشت:

^{۷۳} ICJ, DRC v. Uganda, above note 3, paras. 217, 219.

^{۷۴} ECtHR, Al-Skeini, above note 9.

^{۷۵} ICJ, Wall case, above note 3, paras. 102–113.

^{۷۶} Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'Concluding observation: Israel'; above note 3; Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010.

^{۷۷} Hague Regulations, Art. 43.

«حقوق مندرج در میثاق متعلق به مردمانی است که در سرزمین دولت طرف معاهده زندگی می‌کنند. کمیته حقوق بشر همواره این دیدگاه انعکاس یافته در رویه خود را بیان نموده که هنگامی که حمایت از حقوق مردمانی مطابق میثاق مد نظر قرار می‌گیرد، چنین حمایتی به سرزمین منتقل می‌شود و همچنان متعلق بدانها باقی می‌ماند، به رغم این که [ممکن است] در حکومت دولت طرف معاهده، تغییری به وجود آید از جمله جدا شدن از یک کشور یا جانشینی کشور یا هر اقدام بعدی طرف متعاقد که به منظور محروم کردن حقوق تضمین شده از سوی میثاق طراحی شده است.»^{۷۸}

این پرسش ممکن است مطرح شود که آیا قدرت اشغالگر استثنائی بر این مفهوم است؛ چرا که این قدرت، مقام موقت محسوب می‌شود تا یک تغییر در حکومت. اما تا زمانی که این قدرت به عنوان حکومت عملی سرزمین تلقی می‌شود، این دیدگاه که حقوق مزبور به مردم سرزمین اشغال شده اعطا شده است، می‌تواند تعهد به حمایت از این حقوق را بر عهده قدرت اشغالگر قرار دهد. حمایت دیگری که از این دیدگاه در زمینه مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به عمل آمده را می‌توان در فرض علیه اقدامات عمدی قهقرایی یافت.^{۷۹}

مشخصاً این مفهوم یک گزاره قابل بحث است چرا که به طور تلویحی به معنای تحمیل تعهدات بین‌المللی بر طرف ثالث بدون رضایت وی قلمداد می‌گردد.^{۸۰} با این حال، در این وضعیت، چنین گفته نمی‌شود که قدرت اشغالگر به طور مستقیم به معاهدات بین‌المللی دولت اشغال شده ملتزم می‌شود بلکه موضوع این است که آیا این تعهدات به شکل خزنده از قانونگذاری داخلی در حال اجرا در سرزمین اشغالی و از طریق تعهدات حقوق بشردوستانه مرتبط با این قوانین ناشی می‌شود. به علاوه، همان‌گونه که در بالا اشاره شد، هرچند این امر می‌تواند قدرت اشغالگر را ملزم به اجتناب از اقدام برخلاف حقوق داخلی و عناصر حقوق بین‌الملل بشر مندرج در آن نماید، اما این امر ضرورتاً مستلزم تعهدی به اتخاذ اقدامات وسیع برای ایفای فعالانه این دسته از قوانین [داخلی] نیست.

در نهایت، مسأله منبع تعهداتی حقوق بشر به دلایلی چند، اغلب به صورت موضوعی تئوریک باقی می‌ماند که اثر عملی چندانی هم ندارد. به واقع، بسیاری از حقوق بنیادین از طریق حقوق بین‌الملل عرفی قابلیت اعمال پیدا می‌کنند و تصویب گسترده این معاهدات این امر را محتمل می‌نماید که قدرت اشغالگر و دولت اشغال شده اطراف اسناد مشابهی باشند. همچنین، زمانی که آنها طرف معاهده یکسانی نیستند، برخی قضایای اخیر نزد نهادهای بین‌المللی بر تعهدات معاهداتی حقوق بشری قدرت اشغالگر متمرکز شده‌اند، در حالی که دولت یا سرزمین اشغالی طرف این تعهدات نیستند.^{۸۱} به عبارت دیگر، در صورتی که منبع تعهدات معاهداتی با چالش کمتر، منجر به سطح

^{۷۸} Human Rights Committee, 'General Comment no. 26: continuity of obligations', 8 December 1997, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, para. 4.

^{۷۹} Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment no. 3', above note 64, para. 9.

^{۸۰} Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, entered into force 27 January 1980, Art. 34.

^{۸۱} See the above discussion of the UK in Iraq under the ECHR, and the cases covering the Israeli occupation of the Palestinian Territories.

بالا تری از حمایت حقوق بشر شود، تعیین منبع تعهد، مانع جدی را ایجاد نمی‌کند. نهایتاً این که بحث قبلی در مورد زمینه نیز باید در اینجا مورد توجه قرار گیرد. چه تعهدات حقوق بشری قدرت اشغالگر اعمال شود و چه تعهداتی که بر عهده دولت اشغال شده وجود داشته باشد، زمینه عملی و حقوقی اشغال می‌تواند بر محتوای ماهوی این حقوق و اجرای آنها اثرگذار باشد.

نتیجه‌گیری

این که حقوق بین‌الملل بشر می‌تواند در طول اشغال نظامی قابل اعمال باشد، در حال حاضر نتیجه‌گیری عجیبی نیست. هر چند چالش‌هایی بر سر گستره کامل شرایطی وجود دارد که در آن تعهدات حقوق بشری به صورت فراسرزمینی اعمال می‌شود و حالت قابلیت اعمال همزمان حقوق بین‌الملل بشر همچنان محل بحث است، اما در حال حاضر نظرات و قضایایی که از قابلیت اعمال حقوق بشر در اشغال نظامی حمایت می‌کنند، قابل توجه هستند. به علاوه، در جایی که یک دولت کنترل فراسرزمینی را اعمال می‌کند، رهیافت غالب به این نکته اشاره دارد که طیف کاملی از تعهدات حقوق بشری قابل اعمال می‌باشند؛ معیاری که در بحث حاضر گفته شد در درون و ذات تعریف اشغال وجود دارد. با این حال، چنین نتیجه‌گیری می‌تواند خطر انتظارات غیرعملی و شاید حتی غیر ممکن را از قدرت اشغالگر به همراه داشته باشد. به طور مشخص، وضعیت اشغال می‌تواند مشمول وضعیت‌های [مانند اشغال] بی‌ثبات تا حذف آرامش ممکن در سرزمین یک دولت [اشغالگر] شود. در حالی که قدرت اشغالگر همواره ملتزم به اقدام بر اساس بهترین توانایی‌های خود است، [مسلماً] شرایط عملی و حقوقی هر مورد بر توانایی‌های قدرت مزبور در ایفای تعهداتش اثرگذار است. این نوشتار معتقد است که هر چند قابلیت اعمال کامل حقوق بین‌الملل بشری می‌تواند در اشغال نظامی مفروض تلقی شود، اما الزامات دقیقی برای این تعهدات ضروری هستند و هر ارزیابی در مورد این که آیا این تعهدات مورد متابعت قرار گرفته‌اند یا خیر باید بر مبنای رهیافت سیاقی یا زمینه‌ای مورد بررسی قرار گیرند.