

Is the law of occupation applicable to the invasion phase?

آیا حقوق اشغال در مرحله تهاجم نیز قابل اعمال است؟^۱

مارتین زوانبرگ، مایکل بوته و مارکو ساسولی

هدف از بخش «بحث و گفتگو» در مجله، مشارکت در مباحث فکری حال حاضر حول ابعاد اخلاقی، حقوقی یا عملی مسائل بشردوستانه است.

وضعیت اشغال در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، به درستی تعریف نشده و اسناد حقوق بین‌الملل بشردوستانه هیچ معیار مشخصی برای تعیین زمان شروع اشغال به دست نمی‌دهد. می‌توان اشغال را بر اساس ماده ۴۲ مقررات لاهه ۱۹۰۷، به اعمال کنترل موثر یک دولت خارجی از طریق نیروهای مسلح متخاصم تعریف کرد، اما این تعریف، کمکی به تشخیص این مساله که تهاجم^۲ در چه زمانی تبدیل به اشغال می‌شود، نمی‌کند. این ابهام، خود منجر به طرح این سوال می‌شود که آیا حقوق زمان اشغال را می‌توان در مرحله تهاجم اجرا کرد. در ادبیات حقوقی دو موضع متفاوت در پاسخ به این سوال وجود دارد. اکثریت معتقدند که حقوق ناظر بر اشغال تنها در صورت وجود شرایط مقرر در ماده ۴۲ مقررات لاهه ۱۹۰۷، اعمال می‌شود. از سوی دیگر، دیدگاه موسوم به «نظریه پیکته» که توسط ژان. اس. پیکته در تفسیر کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ از کنوانسیون‌های ژنو بیان شده، بر این نظر است که هیچ مرحله بینابینی میان تهاجم و اشغال وجود نداشته و برخی از قواعد حقوق ناظر بر اشغال در طول تهاجم نیز اعمال می‌گردد.

فروپاشی نهادهای عمومی زیربنایی مانند بیمارستان‌ها و تاسیسات آب در عراق در سال ۲۰۰۳، که تا حدودی به دلیل غارت و خشونت‌های گسترده همگام با پیشرفت نیروهای ائتلاف بود، نشان داد که این بحث صرفاً وجه نظری ندارد. برای نیروهای مسلح مهاجم رفع ابهام در مورد قواعد لازم‌الاجرا ضروری است.

سه صاحب‌نظر در زمینه حقوق اشغال - مارتین زوانبرگ، مایکل بوته و مارکو ساسولی - حاضر به شرکت در این بحث و دفاع از سه رویکرد متفاوت در این مورد شده‌اند. مارتین زوانبرگ، معتقد است که تنها معیار برای تعیین زمان تبدیل تهاجم به اشغال، ماده ۴۲ مقررات ۱۹۰۷ لاهه بوده و در نتیجه «نظریه پیکته» را رد می‌کند. مایکل بوته نیز ضمن رد «نظریه پیکته» بر این اعتقاد است که وضعیت بینابینی میان تهاجم و اشغال، در صورت وجود، بسیار کوتاه بوده و آنگاه که مهاجم بتواند کنترل خود را بر بخشی از قلمروی مورد تهاجم اعمال کند، حقوق ناظر بر اشغال اعمال می‌شود. در نهایت، مارکو ساسولی، از «نظریه پیکته» دفاع کرده و معتقد است که برای اجتناب از ایجاد هرگونه خلاء حقوقی، هیچ تفکیکی میان مرحله تهاجم و مرحله اشغال در زمینه اعمال قواعد کنوانسیون چهارم ژنو وجود ندارد.

^۱ برگردان به فارسی: کتابیون حسین نژاد

^۲ Invasion

بحث‌کنندگان استدلال‌های پیچیده حقوقی را به هدف روشن بودن بهتر بحث، به اختصار و ساده بیان کرده‌اند. خوانندگان بایستی این نکته را مدنظر داشته‌باشند که موضع حقوقی هر یک از این افراد اندکی متفاوت از آنی است که در این بحث آمده‌است.

به چالش کشیدن نظریه پیکته

مارتین زواننبرگ،*

در سال‌های اخیر توجه زیادی به حقوق ناظر بر اشغال شده‌است. اعم این توجه معطوف به تفسیر قواعد ماهوی این شاخه از حقوق بین‌المللی بشردوستانه، رابطه متقابل آن با نظام حقوق بشر و تاثیر تصمیمات شورای امنیت سازمان ملل در اعمال آن است.

از دیگر سو، اندک توجهی به مساله زمان شروع اعمال حقوق ناظر بر اشغال و به ویژه زمان تبدیل تهاجم به اشغال شده است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در گزارش خود به سی و یکمین کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ و هلال احمر در خصوص «چالش‌های درگیری‌های مسلحانه معاصر» ابراز می‌دارد که پرسش‌های حقوقی مهمی همچنان در زمینه حقوق ناظر بر اشغال بی پاسخ باقی مانده‌اند: «نه تنها تعریف اشغال در حقوق بشردوستانه مبهم است بلکه سایر عناصر - همانند تداوم مخاصمات و/یا ادامه اعمال حدی از اقتدار توسط مقامات محلی یا نیروهای خارجی در طول و پس از خروج - منجر به پیچیدگی بسیار در توصیف حقوقی یک وضعیت خاص می‌شود... موضوع مرتبط دیگر با مساله قابلیت اعمال حقوق ناظر بر اشغال، تعیین چارچوب حقوقی قابل اعمال بر تهاجم و عقب نشینی نیروهای خارجی است. به نظر می‌رسد که یک تفسیر موسع از اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در طول زمان تهاجم و مراحل عقب نشینی - به هدف به حداکثر رساندن حمایت حقوقی اعطا شده به جمعیت غیرنظامی - مرجح باشد.»^۳

کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ به بحث مطول آستانه اعمال حقوق ناظر بر اشغال اشاره دارد. نظر مرسوم، تفکیک مشخص اشغال از مرحله تهاجم بوده و پذیرش این نظر بود که تنها پس از دستیابی به حداقلی از ثبات در مناطق مورد تهاجم، حقوق ناظر بر اشغال اعمال می‌شود. این نظر در متن ماده ۴۲ مقررات لاهه ۱۹۰۷ منعکس شده‌است.^۴

در زمان تصویب کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، مفاد مقررات لاهه با درج فصل ۳ از بخش ۳ کنوانسیون چهارم ژنو تکمیل شد. این کنوانسیون، با پیش‌بینی اعمال کنوانسیون در شرایط اشغال بدون مقاومت در ماده (۲) - یعنی بدون تهاجم قبلی - حوزه اعمال حقوق اشغال را به طور اساسی گسترش داده‌است. با این

* مارتین زواننبرگ، مشاور حقوقی وزارت دفاع هلند است. این نوشتار در ظرفیت شخصی نگاشته شده و دیدگاه‌های ارائه شده در آن

لزوماً نظرات وزارت دفاع یا هر بخش دیگری از دولت هلند نیست. martenzwanenburg@yahoo.com.

^۳ Report to the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 'International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts', ICRC, Geneva, October 2011, available at: http://www.rccconference.org/docs_upl/en/31IC_IHL_challenges_report_EN.pdf (last visited 21 February 2012).

^۴ ماده ۴۲ مقررات لاهه مقرر می‌دارد: «سرزمین هنگامی اشغال شده تلقی می‌شود که عملاً تحت اقتدار ارتش متخاصم قرار گیرد. اشغال صرفاً به بخشی از سرزمین که چنین اقتداری در آن استقرار یافته و قابل اعمال است، محدود می‌شود.»

حال، کنوانسیون در وضعیت‌های مسبوق به تهاجم، در مورد زمان تبدیل تهاجم به اشغال ساکت است. این سکوت، این سوال را به پیش می‌کشد که آیا بایستی برای این تبدیل وضعیت، همان معیاری که در مقررات لاهه برای تعیین زمان اجرای این مقررات مدنظر قرار گرفته، بکار رود یا کنوانسیون چهارم معیاری مجزا و متفاوت را می‌طلبد.

نظر دوم، نظر مورد تایید ژان پیکته در تفسیر کنوانسیون‌های ژنو است،^۵ که به همین دلیل به «نظریه پیکته»^۶ معروف شده است. معیار مورد استفاده پیکته برای تعیین وجود وضعیت اشغال به منظور اجرای کنوانسیون چهارم ژنو، بر مبنای خوانشی خاص از ماده ۴ کنوانسیون است. بر اساس این خوانش، مقررات ناظر بر اشغال مندرج در کنوانسیون چهارم ژنو به محض آنکه نیروهای دشمن قادر به اعمال کنترل بر افراد مورد حمایت باشند، اجرا می‌شود. بنابراین، این معیار بر مبنای اعمال کنترل بر افراد و نه سرزمین، معیار مندرج در مقررات لاهه، شکل گرفته است. این نظریه مورد تایید و پذیرش شماری از نویسندگان قرار گرفته و همچنین در شعبه رسیدگی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه نالتیلیچ و مارتینوویچ بکار رفته است.^۷ مدافعان این معیار، با این استدلال از نظر خود دفاع می‌کنند که در صورت عدم پذیرش چنین معیاری، خلأی در حمایت‌های حقوق بشردوستانه ایجاد می‌شود.^۸ در نتیجه، چنین تفسیری با تفسیر غایی از کنوانسیون چهارم ژنو به منظور به حداکثر رساندن حمایت‌های حقوق بشردوستانه مطابقت دارد.

با این حال، استدلال‌های مهمی برای رد «نظریه پیکته» وجود دارد که به اختصار به آن پرداخته می‌شود. نخستین ایراد به متن ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو باز می‌گردد که بخش مرتبط آن مقرر می‌دارد:

اشخاصی که در هر موقع و به هر شکل در موقع جنگ یا اشغال به دست دولت داخل در جنگ یا دولت اشغال‌کننده غیر از دولت متبوع خود می‌افتند، تحت حمایت این قراردادند.

شایان ذکر است که این ماده به افرادی اشاره دارد که از جمله، به دست یک قدرت اشغالگر می‌افتند. بنابراین به نظر می‌رسد در این ماده، سابقه اشغال، مفروض انگاشته شده که در نتیجه آن فرد، تحت کنترل قدرت

^۵Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958 (Fourth Geneva Convention, Article 6§1), available online at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument> (last visited 21 February 2012).

^۶شایان ذکر است که «نظریه پیکته» که بر طبق آن تعریقی اشغال در کنوانسیون چهارم متفاوت از تعریف ارائه شده ماده ۴۲ مقررات لاهه است، رویکرد فعلی کمیته‌ی بین‌المللی صلیب سرخ در این باره را باز نمی‌تاباند. به نظر کمیته، در نبود تعریف دقیق از اشغال در کنوانسیون چهارم و با توجه به ماده ۱۵۴ که بر ماهیت تکمیلی این سند در مقایسه با مقررات ۱۹۰۷ لاهه تاکید می‌کند، این نظر که کنوانسیون چهارم تعریف متفاوتی از اشغال ارائه می‌کند، را نمی‌توان مطابق با قواعد موجود *lex lata* دانست. در این راستا، کمیته «نظریه پیکته» را تنها به هدف پایین آوردن آستانه اعمال برخی از قواعد کنوانسیون چهارم به منظور اجرای آن در مرحله تهاجم (برای نمونه در وضعیتی که به عنوان کنترل موثر مورد نظر حقوق بشردوستانه شناخته نمی‌شود) تفسیر می‌کند تا بتواند حمایت‌های حقوقی بشردوستانه را از افراد مورد حمایت در مناطق مورد تهاجم افزایش دهد. بنابراین به نظر کمیته، همچنان ماده ۴۲ مقررات لاهه، تنها معیار برای تعیین وجود یا عدم وجود وضعیت اشغال است. نک به: Tristan Ferraro, 'Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law', در همین شماره.

^۷ ICTY, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, Judgment (Trial Chamber), Case No. IT-98-34-T, 31 March 2001, paras. 219–221.

^۸ اگر چنین معیاری پذیرفته نشود، افراد واقع در سرزمین‌های مورد تهاجمی که هنوز اشغال نشده‌اند، تنها از حمایت‌های محدود مندرج در بخش او ۲ کنوانسیون چهارم بهره‌مند می‌شوند.

اشغالگر قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، اشغال به دلیل اعمال کنترل بر افراد شروع نمی‌شود. نکته جالب توجه، پذیرش ضمنی این نظر در تفسیر پیکته است که بیانگر وجود تعارض درونی این تفسیر می‌باشد:

عبارت «در موقع جنگ یا اشغال» بایستی اینگونه در نظر گرفته شود که به درگیری یا اشغال موردنظر در ماده ۲ اشاره دارد. عبارت «به دست» در معنای بسیار کلی مورد استفاده قرار گرفته‌است. این عبارت، صرفاً به در اختیار مستقیم دشمن بودن، همانند وضعیت اسرا، محدود نمی‌شود. صرف حضور در سرزمین یک طرف درگیری یا در سرزمین اشغالی به معنای آن است که فرد تحت کنترل یا در «دست» قدرت اشغالگر قرار دارد. ممکن است که چنین قدرتی هیچگاه عملاً در مورد افراد مورد حمایت اعمال نشود: بسیار محتمل است که برخی ساکنان سرزمین‌های اشغالی هیچ‌گاه هیچ ارتباطی با قدرت اشغالگر یا نهادهای آن نداشته باشند. به دیگر سخن، عبارت «به دست»، لازم نیست ضرورتاً در معنای فیزیکی فهمیده شود، بلکه صرفاً به معنای آن است که فرد در سرزمینی قرار دارد که تحت کنترل قدرت مورد نظر می‌باشد.^۹

پذیرش «نظریه پیکته» منجر به وضعیتی می‌شود که در آن چگونگی تعیین «فرد مورد حمایت» با معیار تعیین وضعیت اشغال آمیخته می‌شود. این آمیختگی با وجود فصلی خاص در کنوانسیون چهارم ژنو در مورد وضعیت اشغال، مطابقت ندارد. همچنین این سوال مطرح می‌شود که آیا بایستی تفکیکی میان افراد و اموال با توجه به وضعیتی که در آن مورد حمایت قرار می‌گیرند، قائل شد. فصل ۳ از بخش ۳ کنوانسیون چهارم ژنو حاوی مقرراتی برای حمایت از افراد و همچنین اموال است. بر طبق «نظریه پیکته»، آستانه اعمال حمایت از افراد پایین‌تر از آستانه حمایت از اموال است. افراد به موجب ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو به محض آنکه خود را در اختیار یک طرف درگیری یافتند، مورد حمایت قرار می‌گیرند، در حالیکه اموال قاعداً تنها در زمان اشغال مورد نظر مقررات لاهه حمایت می‌شوند.

در کارهای مقدماتی کنوانسیون‌های ژنو نیز چیزی یافت نمی‌شود که نشان دهد نویسندگان پیش‌نویس قصد عدول از مفهوم پیشین و مورد قبول از اشغال را داشته‌اند. چنانچه آنها قصد درج چنین تفاوت اساسی را در کنوانسیون چهارم داشتند، حداقل انتظار آن بود که چنین قصدی در طول مباحث مطرح شود.

درست است که در صورت رد «نظریه پیکته»، افرادی که خود را در دست نیروهای مهاجم می‌یابند، از حمایت‌های کمتری نسبت به افراد در اختیار قدرت اشغالگر برخوردار می‌شوند، با این حال، چنین تفاوتی در سطح حمایت میان گروه‌های مختلف تنها استثنا در کنوانسیون‌های ژنو نیست. این یک حقیقت است که نویسندگان پیش‌نویس کنوانسیون‌های ژنو، تفاوت‌های مشخصی را میان گروه‌های خاص قائل شده‌اند که منجر به سطوح متفاوت از حمایت شده‌است. نمونه روشن این مورد، تفکیک میان درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی از غیربین‌المللی است. ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو نمونه دیگری از این تفاوت است. این ماده مقرر می‌دارد که اتباع دولت بی‌طرف که خود را در سرزمین یک دولت متخاصم می‌یابند و اتباع دولت‌های متخاصم، چنانچه دولت متبوعشان رابطه دیپلماتیک عادی با کشوری که در آن هستند، داشته باشد. «فرد

^۹ See J. S. Pictet, above note 3 (GV IV, Art. 4), available online at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument> (last visited 21 February 2012).

مورد حمایت» نیستند. چه بخواهیم چه نخواهیم چنین تفکیکی، بخشی از حقوق بشردوستانه حال حاضر است. این مساله که موضوع و هدف کنوانسیون‌های ژنو از ماهیتی بشردوستانه برخوردار است، تغییری در این وضعیت نمی‌دهد. موضوع و هدف، نقش مهمی در تفسیر قواعد خاص کنوانسیون‌ها دارد اما نمی‌تواند منجر به ظهور قاعده جدیدی که مسبوق به سابقه‌ای نیست، شود.

ممکن است استدلال شود که دولت‌ها می‌توانند در اعمال مقررات یک معاهده، به این نتیجه برسند که یک قاعده خاص بایستی متفاوت از قصد اولیه نویسندگان پیش‌نویس تفسیر شود. بر طبق ماده (ب) (۳) ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، «هرگونه رویه بعدی در اجرای معاهده که موید توافق طرف‌ها در تفسیر آن باشد»، بایستی در تفسیر مقررات معاهده مدنظر قرار گیرد.

نمونه مشخص از رویه بعدی که منجر به تغییر تفسیر سابق از یک قاعده در حقوق بشردوستانه شده‌است، ماده ۱۱۸ کنوانسیون سوم ژنو در مورد آزادی و بازگرداندن اسرای جنگی است. رویه دولتی گسترده بیانگر آن است که دولت‌ها این قاعده را متفاوت از آنچه در سال ۱۹۴۹ تصویب شد، تفسیر کرده‌اند.^{۱۰} با این حال، این امر در مورد تعریف اشغال صادق نیست. رویه موجود دولتی، به استثنای رای شعبه رسیدگی دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه دادستان علیه نالتیلیچ و مارتینویچ، که در پیش گفته شد، موضع مخالفی را در این خصوص اتخاذ کرده‌است. برای نمونه در قضیه رو. مون. سباستيو فرانسیسکو خاویار دورمدیوس مونتیرو علیه ایالت گوآ، دیوان عالی هند، تعریف اشغال مندرج در ماده ۴۲ مقررات لاهه را برای تعریف شروع اشغال مورد نظر کنوانسیون‌های ژنو برگزید.^{۱۱} دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه مربوط به فعالیت‌های مسلحانه در سرزمین کنگو (کنگو علیه اوگاندا) اعلام داشته است که تعریف اشغال در ماده ۴۲ مقررات لاهه بیانگر حقوق عرفی است.^{۱۲} دیوان این تعریف را در تحلیل دعاوی کنگو و از جمله این ادعا که اوگاندا قواعد کنوانسیون‌های ژنو را نقض کرده، به کار بست. این امر به آن معناست که به نظر دیوان تعریف اشغال مقرر در ماده ۴۲، در مورد کنوانسیون‌های ژنو نیز قابل اعمال است.

ممکن است پرسیده شود که آیا پذیرش «نظریه پیکته» با اصل «کارآیی»^{۱۳} مطابقت دارد. به دیگر سخن، ممکن است استدلال شود که این نظریه منجر به وضعیتی می‌شود که در آن قدرت اشغالگر در موضع عدم امکان عملی اجرای تعهدات خود قرار می‌گیرد. این امر به آن معناست که نویسندگان پیش‌نویس کنوانسیون چهارم ژنو، «نظریه پیکته» را اتخاذ نکرده‌اند به دلیل آنکه نمی‌توان تصور کرد که آنها تعهداتی را برای دولت‌های خود پذیرفته‌اند که می‌دانستند دولت‌هایشان قادر به انجام آن نخواهند بود. به طور کلی، به نظر می‌رسد اکثر مقررات فصل ۳ از بخش ۳ کنوانسیون چهارم ژنو، وجود کنترل موثر بر بخشی از سرزمین را

^{۱۰} نک. برای نمونه به رویه مورد اشاره در

John Quigley, 'Iran and Iraq and the obligations to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities', in *American University International Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1989, p. 83; and Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 256.

^{۱۱} Supreme Court of India, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, 26 March 1969, *All India Reporter* 1970 SC 329.

^{۱۲} ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, *ICJ Reports* 2005, p. 168, para. 172.

^{۱۳} Principle of Effectiveness

برای اجرای کامل این قواعد مفروض انگاشته‌اند. این امر به ویژه در مورد تعهدات «مثبت» مندرج در این بخش مصداق دارد، یعنی آن دسته از تعهداتی که قدرت اشغالگر را ملزم به انجام کاری و نه ترک فعل می‌کند. یک نمونه از این تعهدات، ماده ۵۰ ناظر بر تسهیل کارکرد مقتضی همه نهادهای اختصاص یافته به مراقبت و آموزش کودکان می‌باشد. در صورت ناکفایتی نهادهای محلی در انجام این مقصود، قدرت اشغالگر بایستی ترتیبی برای ادامه آموزش کودکان بی‌سرپرست و جدامانده از خانواده در نتیجه جنگ که به نحو مناسبی توسط بستگان یا دوستان نزدیک مراقبت نمی‌شوند، در صورت امکات توسط افرادی با همان تابعیت و زبان و دین اتخاذ کند. آشکار است که یک گروه گشتی که به سرزمین دشمن نفوذ کرده و روستایی را برای مدت کوتاهی به تصرف خود درآورده در موقعیتی نیست که بتواند تداوم آموزش برای کودکان را تضمین کند. چنین وظیفه‌ای نوعاً نیازمند کارکنان متخصص (همکاری نظامی - غیرنظامی، «امور غیرنظامی») است که با آن گروه اعزام نمی‌شوند. نمونه دیگر، ماده ۵۶ است که اشغالگر را موظف به تضمین و حفظ تاسیسات و خدمات بهداشتی و بیمارستانی، سلامت عمومی و بهداشت با همکاری مقامات ملی و محلی می‌کند. این وظیفه به طور خاص به تدابیر پیشگیرانه ضروری برای مبارزه با بیماری‌های مسری و اپیدمی اشاره دارد. بر طبق تفسیر پیکته، اقداماتی که بایستی توسط قدرت اشغالگر در راستای تعهدات مندرج در ماده ۵۶ اتخاذ شود، شامل نظارت بر مساله سلامت عمومی، آموزش عموم مردم، توزیع دارو، انجام آزمایش‌های پزشکی و ضدعفونی، تاسیس و ذخیره مایحتاج پزشکی، اعزام تیم‌های درمانی به مناطق شاهد شیوع بیماری‌های واگیردار، جداسازی و بستری کردن افرادی که بیماری‌های مسری دارند و بازگشایی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی جدید می‌باشد. پیش‌فرض انجام این تدابیر، داشتن توانایی و کارکنان متخصص است که معمولاً در بیشتر موارد اعمال «نظریه پیکته»، یافت نمی‌شود. درست است که ماده ۵۶ با درج عبارت «تا بالاترین حد امکانات در دسترس»، تاحدی تعهدات قدرت اشغالگر را تعدیل کرده‌است، اما این امر، تغییری در این واقعیت نمی‌دهد که این ماده و سایر مقررات مندرج در فصل ۳ از بخش ۳ آشکارا به قصد اعمال در طول مرحله تهاجم تنظیم نشده‌اند.

ممکن است برخی این استدلال را مطرح کنند که در راستای موارد فوق، نه همه که حداقل برخی حقوق و تعهدات حقوق ناظر بر اشغال در وضعیت‌هایی که فرد مورد حمایت خود را در اختیار طرف‌های درگیری می‌یابد، اعمال می‌شود. دو ایراد بر این استدلال وارد است. نخست آنکه در متن کنوانسیون چهارم ژنو، هیچ اشاره‌ای به چنین تفکیکی میان تعهدات مندرج در فصل ۳ از بخش ۳ یافت نمی‌شود. دوم آنکه دقیقاً مشخص نیست که کدام یک از حقوق و تعهدات در وضعیت‌های مشمول «نظریه پیکته» اعمال و کدامیک اعمال نمی‌شود. این امر منجر به وضعیتی می‌شود که در آن دولت‌های عضو (و همچنین افراد مورد حمایت) تنها بایستی به حدس و گمان در مورد تعهدات طرفین در یک وضعیت خاص توسل جویند. این نتیجه، از دیدگاه قطعیت حقوقی، نمی‌تواند چندان خوش‌آیند تلقی شود.

نتیجه آنکه، استدلال‌های بسیاری مؤید آن است که در حال حاضر هیچ معیاری به جز معیار مندرج در مقررات لاهه برای تعیین زمان تبدیل تهاجم به اشغال وجود ندارد. پذیرش این نتیجه، به این معنا نیست که نمی‌توان از اعمال «نظریه پیکته» به عنوان «قانونی که باید»^{۱۴} دفاع کرد. در حقیقت اعمال این نظریه به

^{۱۴} *lex ferenda*

افزایش حمایت از افراد مورد حمایت منجر شده و «خلاء حمایتی» در قانون را رفع می‌کند. با این حال، در اعمال این نظریه باید احتیاط کرد.

همانگونه که در گزارش پیش‌گفته کمیته بین‌المللی صلیب سرخ آمده، رویه بیانگر آن است که بسیاری از دولت‌ها مدعی عدم قابلیت اعمال حقوق ناظر بر اشغال حتی در موارد اعمال کنترل موثر بر سرزمین خارجی یا بخشی از آن هستند چرا که نمی‌خواهند به عنوان قدرت اشغالگر شناخته شوند. وجود چنین رویه‌ای در زمانی که معیار مشخص اشغال، ماده ۴۲ مقررات لاهه است، نشان می‌دهد که در صورت پذیرش «نظریه پیکته»، این رویه شدیدتر خواهد شد. در چنین حالتی، جای بسی تردید وجود دارد که این نظریه بتواند حمایت بیشتری را که مورد ادعای طرفدارانش است، محقق کند.

کنترل موثر در طول تهاجم: رویکرد عملی در مورد آستانه اعمال حقوق ناظر بر اشغال مایکل بوته^{۱۵}

پرسش ویراستاران این مجموعه، «آیا حقوق ناظر بر اشغال در طول مرحله تهاجم قابل اعمال است؟» دو وضعیت را به هم مرتبط می‌کند: «اشغال» و «تهاجم». را. در حالیکه واژه «اشغال» در حقوق بشردوستانه تعریف شده است - اگرچه در مورد تعریف دقیق آن ابهاماتی وجود دارد- تعریفی از واژه «تهاجم» در دست نیست. در این بحث، این واژه در معنای عادی و رایج آن در نظر گرفته می‌شود. در بستر نظامی، تهاجم به معنای حرکت واحدهای نظامی در منطقه متعلق به دولت دیگر است. برای نمونه در تعریف مجمع عمومی سازمان ملل از «تجاوز»، این واژه در این معنا بکار رفته است: «تهاجم یا حمله نیروهای مسلح یک دولت به سرزمین دولت دیگر».^{۱۶}

وجود وضعیت اشغال باعث اعمال رژیم حقوقی خاص مندرج در مقررات لاهه، که تبدیل به حقوق عرفی شده، کنوانسیون چهارم ژنو و پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، با جزییات بیشتر، می‌شود. این رژیم، تنها در صورت وجود وضعیت اشغال در زمان و محدوده مشخص قابلیت اعمال دارد. با این حال، در اسناد حقوقی که به هر دو مساله اشغال و تهاجم می‌پردازند، اشغال معمولاً به عنوان وضعیت پس از تهاجم یا وضعیت ناشی از تهاجم مطرح می‌شود. بنابراین، در تعریف پیش‌گفته، تجاوز شامل «اشغال نظامی... ناشی از چنین تهاجمی»^{۱۷} نیز می‌گردد. همین مساله در دستورالعمل آکسفورد مصوب موسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۸۸۰ دیده می‌شود: اشغال «در نتیجه تهاجم نیروهای دشمن» حادث می‌شود.^{۱۸} با این حال، گفته می‌شود که همزمانی یا همپوشانی وجود وضعیت تهاجم و وضعیت اشغال غیرممکن نیست؛ به ویژه در مورد

^{۱۵} مایکل بوته، استاد بازنشسته دانشگاه یوهان ولفگانگ گوته است. M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de

^{۱۶} United Nations General Assembly, Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, Annex, Art. 3(a).

^{۱۷} Ibid.

^{۱۸} The Laws of War on Land (hereafter Oxford Manual), Oxford, 9 September 1880, Art. 41.

وضعیت دولت مورد تهاجم به عنوان یک کل، که در عین اعمال کنترل بر بخشی از سرزمین‌های مورد تهاجم توسط مهاجم، پیشروی نیروهای نظامی - تهاجم - در سایر نقاط همچنان در جریان است. این مساله صرفاً بازی با کلمات نیست، بلکه پرسشی اساساً عملی است. وضعیت عراق در سال ۲۰۰۳ در طول تهاجم آمریکا/بریتانیا در این زمینه بسیار تبیین‌کننده است: در زمان پیشروی نیروهای مهاجم، اشخاص بسیاری دست به غارت و چپاول زدند. در صورت اعمال حقوق ناظر بر اشغال، نیروهای مهاجم/اشغالگر مسوولیت ممانعت از این اقدامات را برعهده دارند. در غیراین صورت، یافتن مبنایی برای چنین تعهد بازدارنده‌ای بسیار سخت خواهد بود.

حقوق ناظر بر اشغال، نظامی متعادل از حقوق و تکالیف را برای قدرت اشغالگر ایجاد می‌کند. این نظام، در تعریف موجز دیوان از آن عبارت است از:^{۱۹}

[قدرت اشغالگر] بر مبنای ماده ۴۳ مقررات لاهه ۱۹۰۷ تعهد دارد که هرگونه اقدام در توان خود را برای بازگرداندن و تضمین، تا بیشترین حد ممکن، نظم عمومی و امنیت مناطق اشغالی در عین رعایت قوانین قابل اعمال در [کشور مورد اشغال]، مگر در مواردی که ضرورتاً منع شده‌باشد، اتخاذ کند. این تعهد شامل وظیفه اطمینان از رعایت حقوق قابل اعمال نظام بین‌المللی حقوق بشر برای حمایت از ساکنان سرزمین‌های اشغالی در مقابل اقدامات خشونت‌آمیز و عدم تحمل ارتکاب چنین خشونت‌هایی توسط اشخاص ثالث می‌شود.

این رژیم، منافع حمایتی چندی را برآورد می‌کند. آیا همه منافع در معرض خطر بایستی در مرحله تهاجم نیز مورد حمایت قرار گیرند؟ آیا می‌توان منطقاً انتظار حمایت از این منافع در مرحله تهاجم را داشت؟ در مباحث نظری در مورد مساله همپوشانی میان دو واژه، نظریه مطرح شده توسط پیکته پاسخ آسانی به دست می‌دهد: هر تهاجم موفق، فوراً موجب وضعیت اشغال می‌شود.

هیچ دوره میانی یا واسطه‌ای میان آنچه مرحله تهاجم خوانده می‌شود و شروع رژیم اشغال وجود ندارد. حتی گروه‌گشتی که بدون قصد ماندگاری به سرزمین دشمن وارد می‌شود، بایستی در برخورد با غیرنظامیان، کنوانسیون‌ها را رعایت کند.^{۲۰}

این رویکرد، با وجود احترام ویژه برای نویسنده و نگرانی‌اش برای حمایت از قربانیان، بسیار ساده‌انگارانه است. مارتین زوانبرگ به درستی این نظریه را رد می‌کند. در واژه «اشغال» در معنای طبیعی، حدی از کنترل وجود دارد. تنها وجود حدی از کنترل باعث اعمال رژیم خاص ناظر بر حقوق و تکالیف، از جمله وظایف حمایتی متوجه قدرت اشغالگر که اساس حقوق ناظر بر اشغال را تشکیل می‌دهد، می‌شود. صرف حضور نیروها در سرزمین خارجی نمی‌تواند جرقه‌ای باشد برای اعمال این رژیم. حملات «بزن و فرارکن»^{۲۱} در

^{۱۹} ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, para. 178.

^{۲۰} Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, Art. 6, p. 60.*

^{۲۱} hit-and-run

مرزها، وضعیت کنترل را ایجاد نکرده و در نتیجه اشغال نیست. هنگامیکه ارتش مهاجم در حال پیشروی و در حال مبارزه در سرزمین بیگانه است، وضعیت کنترل فوراً محقق نمی‌شود. اگر تانکی برای پیوستن به نیرویی در کیلومترها دورتر، در حال حرکت باشد و در این میان از خانه‌های گرفتار آتش بگذرد، راننده تانک وظیفه ایستادن و کمک به آتش‌نشانان را ندارد؛ اگرچه قطعاً نبایستی به آتش‌نشان‌ها شلیک کند چرا که غیرنظامی هستند و نبایستی در کار آنها مداخله‌ای کند چرا که آنها از واحدهای مورد حمایت نیروهای دفاع غیرنظامی هستند. اما در جریان درگیری، نیروهای مهاجم هنوز واجد تکالیف قدرت اشغالگر برای تامین رفاه جمعیت سرزمین اشغالی، که می‌تواند شامل کمک در خاموش کردن آتش شود، نیستند. نیروهای مهاجم در حال نبرد، اساساً در قبال مردم تکالیف منفی بردوش دارند: عدم حمله به جمعیت غیرنظامی، افراد یا اموال غیرنظامی. ارتش مهاجم در هنگام نبرد، نگرانی‌ها و مسوولیت‌های دیگری غیر از تکالیف قدرت اشغالگر در راستای تامین نظم عمومی را برعهده دارد.

اما چه زمانی این وضعیت تغییر می‌کند به گونه‌ای که این مسوولیت‌ها عملاً بر قدرت مهاجم اعمال می‌شود؟ این پرسش اساسی است که زوانبرگ به آن پرداخته و البته در چارچوب استدلال‌هایش نیازی به پرداختن به آن هم نبوده‌است. اما رد «نظریه پیکته» یک چیز است، پاسخ دادن به این پرسش اساسی، چیز دیگر. جمعیت سرزمین‌های مورد تهاجم تا چه زمانی بایستی منتظر بمانند تا مهاجم به مساله نظم عمومی که شدیداً مورد نیاز مردم است، رسیدگی کند؟ تا زمانی که فرمانده ارتش مهاجم در دفتر فرماندار سابق جابیفند و کارمندانش برای پاسخ دادن به تلفن و تایپ اعلامیه در مورد داشتن اختیارات قدرت اشغالگر اقدام کنند؟ پاسخ مثبت به این پرسش در تحلیل نهایی به معنی مبتنی کردن استقرار رژیم اشغال بر حسن‌نیت فرمانده ارتش مهاجم یا دولت‌ش می‌باشد. این وضعیت نیازهای جمعیت متأثر را که بایستی توسط یک قدرت دولتی حمایت شوند، نادیده می‌گیرد. همچنین مفهوم «اشغال»، به مفهومی ذهنی و وابسته به اراده اشغالگر تبدیل می‌شود. اما اشغال یک مفهوم عینی است. حقوق ناظر بر اشغال در زمانی اعمال می‌شود که وضعیت اشغال - به صورت عینی - وجود داشته باشد.

از لحاظ عینی، اشغال به معنای کنترل عملی است. تا اینجا زوانبرگ درست می‌گوید. اما چنانچه نیروهای حاضر در سرزمین بیگانه مایل به اعمال چنین کنترلی نباشند، این عدم تمایل وضعیت عینی موجود را تغییر نمی‌دهد. وضعیت اشغال تنها در زمانی که نیروی اشغالگر عملاً وظایف دولتی را برعهده گرفته‌اند، تحقق نمی‌یابد، بلکه آنگاه که این نیروها در چنین موقعیتی قرار گیرند، محقق می‌شود. این تفسیر از گستره اعمال حقوق ناظر بر اشغال هم در متون قدیمی و هم نسبتاً جدید یافت می‌شود. این مساله به صراحت در راهنمای آکسفورد ذکر شده‌است:

ماده ۴۱: یک سرزمین هنگامی اشغال شده تلقی می‌شود، که در نتیجه تهاجم نیروهای متخاصم، دولت آن سرزمین عملاً از اعمال اقتدار معمول خود در آن بازماند و دولت مهاجم به تنهایی در وضعیتی باشد که بتواند نظم را در آن حفظ کند. حدود این وضعیت، تعیین کننده حدود و گستره اشغال است.^{۲۲}

^{۲۲} Oxford Manual, above note 13 (emphasis added).

همین مفهوم در دستورالعمل جدید انگلستان در مورد حقوق درگیری‌های مسلحانه یافت می‌شود که بر طبق آن دو شرط بایستی محقق شود: «نخست، دولت پیشین قادر به اعمال اقتدار علنی خود در آن منطقه نباشد و دوم، دولت اشغالگر در موقعیتی باشد که بتواند اقتدار خود را جایگزین اقتدار دولت پیشین کند».^{۲۳} دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق هم دو معیار فوق را برگزیده است: «قدرت اشغالگر بایستی در موقعیتی باشد که بتواند اقتدار خود را جایگزین مقامات اشغال شده که قادر به اعمال کارکردهای عمومی خود نیستند، کند».^{۲۴}

چه زمانی ارتش مهاجم در موقعیت اعمال کنترل قرار دارد؟ این امر به اوضاع و احوال مختلفی بستگی دارد. با این حال، تجربه، به‌ویژه مورد عراق، نشان می‌دهد که این موقعیت ممکن است بسیار زودتر از آنچه پیش‌بینی می‌شود، رخ دهد. در صورت نبود هیچ‌گونه مقاومتی در برابر تهاجم و ازهم‌پاشدن ساختار دولت قبلی، مهاجم چه بخواهد، چه نخواهد، خیلی سریع در چنین موقعیتی قرار می‌گیرد. این دقیقاً همان وضعیتی است که در پیش به آن اشاره شد: آنگاه که با از بین رفتن سریع مقاومت دولت مورد تهاجم، مهاجم، در عین آنکه پیش‌روی (تهاجم) در بخش‌های دیگر آن سرزمین در جریان است، عملاً در موقعیت اعمال اقتدار عملی قرار می‌گیرد. یک فرمانده مسوول (و تاحدی خوش‌بین) از نیروهای مهاجم بایستی قواعد درگیری را به‌گونه‌ای تنظیم کند که سربازانش از مسولیتشان در ارائه حداقل حمایت از جمعیت در مراحل اولیه آگاه باشند.

تاثیر این دیدگاه بر فرضیه پیکته که معتقد به عدم وجود وضعیت بینابینی میان تهاجم و اشغال است، چه می‌باشد؟ بر طبق دیدگاه ارائه شده در اینجا، وضعیت بینابینی، در صورت وجود، بسیار کوتاه خواهد بود. آنگاه که مهاجم کنترل بخشی از سرزمین‌های مورد تهاجم را به دست گرفت، حقوق اشغال اعمال می‌شود، حتی اگر پیش‌روی منجر به چنین کنترلی در سایر بخش‌های سرزمین همچنان در جریان باشد. نکته مهمی که دیدگاه ارائه شده در این تحلیل را به «نظریه پیکته» نزدیک می‌کند، این تفسیر است که اعمال حقوق اشغال، نتیجه استقرار واقعی مکانیزم‌های اعمال کنترل نیست؛ بلکه این حقوق از زمانی که مهاجم در وضعیت اعمال اقتدار خود قرار دارد، و حتی در صورت عدم تمایل، اعمال می‌شود.

مثال‌های پیش‌گفته از پیکته،^{۲۵} اشکال دارند. نفوذ یک گروه‌گشتی به سرزمین دشمن بدون قصد ماندن در آن باعث استقرار وضعیت کنترل موثر و نتیجتاً اعمال حقوق اشغال نمی‌شود. اما این دقیقاً جایی است که مارکو ساسولی به «نظریه پیکته» پیوسته و این استدلال را مطرح می‌کند که «نظریه پیکته» برای تضمین حمایت مناسب از افراد در اختیار دولت مهاجم، حتی پیش از تحقق وضعیت اشغال در معنای گفته شده در این بحث، ضروری است. گفته می‌شود که این حمایت را می‌توان از طریق قواعد دیگری به جز حقوق اشغال، به ویژه پروتکل اول الحاقی، حقوق بشردوستانه عرفی و حقوق بشر ارائه کرد. بخشی از این مشکل، همانگونه که ساسولی به درستی بیان می‌کند، به تعریف عجیب از «فرد مورد حمایت» در کنوانسیون چهارم ژنو باز

^{۲۳} UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004, Sec. 11.3 (emphasis added).

^{۲۴} ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-T, Judgement (Trial Chamber), 31 March 2003, para. 217 (emphasis added).

^{۲۵} نک. به متن مربوط به زیرنویس شماره ۱۹

می‌گردد. ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی عامدانه و به قصد جبران این کوتاهی تنظیم شده‌است. گفته می‌شود که راه حل ارائه شده در این بحث، با حمایت‌های ضروری از افراد در اختیار نیروهای مهاجم قابل جمع نیست، اما مشکل جدی که «نظریه پیکته» با آن مواجه است را رفع می‌کند. وظایف قدرت‌های اشغالگر برای استقرار مجدد و تضمین نظم عمومی و امنیت و رسیدگی به وضع غذا، سرپناه، مراقبت‌های بهداشتی و آموزشی مردم، تعهدات مثبت هستند. همانگونه که خود ساسولی می‌پذیرد، از قدرت اشغالگر نمی‌توان مطلقاً انتظار داشت که در هنگام نبرد به چنین تعهداتی پایبند باشد. به دیگر سخن، برخی از تعهدات قدرت اشغالگر، دست کم بر مبنای تفسیر ساسولی از «نظریه پیکته»، در مرحله تهاجم اعمال نمی‌شود. این تفسیر، از «نظریه پیکته» در مقابل انتقاد غیرممکن بودن اجرای عملی آن دفاع می‌کند، اما از سوی دیگر منجر به آن می‌شود که وظایف حمایتی قدرت اشغالگر، محدود به وضعیت‌های اشغال طولانی‌تر، و نه هر وضعیت اشغالی، شود.

دفاعیه از پیکته و ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم: مساله قابلیت اعمال کنوانسیون چهارم ژنو در مرحله تهاجم

مارکو ساسولی

مارکو ساسولی مدیر بخش حقوق بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی و استاد حقوق بین‌المللی در دانشگاه ژنو، استادیار در دانشگاه لاوال و دانشگاه کبک در مونترآل کانادا و همچنین عضو هیات تحریریه مجله بین‌المللی صلیب سرخ است.*

مارتین زوانبرگ و مایکل بوته، که برای هر دو بیشترین احترام را قائلم، بین مرحله تهاجم و مرحله اشغال در یک درگیری مسلحانه بین‌المللی بین یک دولت علیه دولت دیگر و در سرزمین آن، تفاوت قائل شده‌اند. آنها متعقدند که قواعد کنوانسیون چهارم ژنو (از این پس، کنوانسیون چهارم) در مورد حمایت از غیرنظامیان واقع در مورد سرزمین‌های اشغالی تنها در حالت دوم اعمال می‌شود. من مخالف این نظر هستم. تفاوت نظر این دو- که بسیار جزئی است ولی من طرف مایکل بوته را می‌گیرم- در مورد زمان شروع اعمال قواعد مربوط به اشغال نظامی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه است. هر دو نفر به نحو شایسته‌ای در مورد تفکیک مرحله تهاجم و مرحله اشغال صحبت کرده‌ند. این مساله، کار من را برای دفاع از تفسیری متفاوت- تفسیری که توسط کسی که من به همان حد برایش احترام قائلم، یعنی ژان اس. پیکته- آسان‌تر می‌کند. به عنوان مدافع از یک موضع، من از امتیاز یک بعدی بودن در استدلال و امکان عدم توجه به پیچیدگی‌ها برخوردارم. استدلال نخست من آن است که تفسیر نظامند از کنوانسیون چهارم با در نظر گرفتن موضوع و هدف و دوری جستن از نتایج غیرمنطقی ما را به این نتیجه می‌رساند که صرف اعمال کنترل دشمن نسبت به فرد در سرزمین مورد تهاجم، برای برخورداری فرد از حمایت‌های مقرر در کنوانسیون چهارم در مورد سرزمین‌های اشغالی کفایت می‌کند. دوم، چنانچه اشغال صرفاً سرزمینی توصیف شود، فرد غیرنظامی که در

* مایلم در اینجا از دانشجوی سابق خود آقای مایکل سرگیست برای ایده‌هایی که از پایان نامه کارشناسی‌ارشد خود با من در میان گذاشت و دستیار پژوهشی و دانشجوی دکتری خود خانم نشاط نشاط برای بازنگری این متن تشکر کنم.

طول مرحله تهاجم در اختیار دشمن قرار می‌گیرد، خود را در بخشی از سرزمینی می‌یابد که تحت کنترل آن دشمن است. سوم، این تفسیر نیروهای مهاجم را ملزم به انجام آنچه نمی‌توانند، نمی‌کند. متن صریح مقررات کنوانسیون چهارم (و مقررات لاهه ۱۹۰۷ در مورد حقوق و عرف‌های جنگ زمینی) از این پس مقررات لاهه)) از انعطاف کافی برای عدم الزام آنچه در مرحله تهاجم غیرممکن است، برخوردارند. از دیگر سو، مفهوم کنترل را می‌توان از دید کارکردی آن با آستانه متفاوت برای قواعد متفاوت تفسیر کرد.

اجتناب از خلاء ناشی از ساختار کنوانسیون چهارم ژنو

بیشتر قواعد کنوانسیون چهارم، مواد ۱۴۱ - ۲۷، که بخش ۳ معاهده را تشکیل می‌دهند، تنها «غیرنظامیان مورد حمایت» تعریف شده در ماده ۴، را بهره‌مند می‌سازد. این ماده مقرر می‌دارد:

«اشخاصی که در هر موقع و به هر شکل در موقع جنگ یا اشغال به دست دولت داخل در

جنگ یا دولت اشغال‌کننده غیر از دولت متبوع خود می‌افتند، تحت حمایت این قراردادند.»

همانگونه که مارتین زوانبرگ بیان کرد، توضیح چرایی مورد حمایت بودن ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم، با این استدلال که این افراد در اختیار قدرت اشغالگر قرار دارند، یک دور باطل خواهد بود. با این حال آنچه زوانبرگ فراموش می‌کند، حالت نخست ماده ۴ یعنی «در موقع جنگ» است. هنگامیکه ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم خود را - برای نمونه به دلیل دستگیری و بازداشت - در کنترل نیروهای مهاجم می‌یابند، بی شک در اختیار طرف درگیری قرار دارند که تبعه آن نیستند.

ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم که خود را در دستان طرف مهاجم می‌یابند، افراد مورد حمایت بود و بایستی از برخی قواعد بخش ۳ کنوانسیون چهارم در مورد «جایگاه و رفتار با افراد مورد حمایت» برخوردار شوند. قواعد بخش ۳ به قواعد قابل اعمال بر بیگانگان در سرزمین «خود» (اشغال نشده) و قواعد قابل اعمال بر افراد واقع در سرزمین‌های اشغالی تقسیم می‌شود. این دو دسته قواعد با یکدیگر نسبت تباین داشته و من معتمد که در کنار هم، همه وضعیت‌های ممکن در اختیار دشمن قرارگرفتن فرد غیرنظامی را پوشش می‌دهند. فصل ۲ از بیگانگان در سرزمین یک طرف درگیری حمایت می‌کند. فصل ۳ بر سرزمین‌های اشغالی اعمال می‌شود. فصل ۴ حاوی قواعد مفصلی برای حمایت از غیرنظامیان توقیف‌شده به دلایل مربوط به الزامات امنیتی در سرزمین کشور خود و سرزمین اشغالی می‌باشد. فصل ۱، که عنوان آن «مقررات مشترک میان سرزمین‌های طرف‌های درگیری و سرزمین‌های اشغالی» است، را می‌توان هم دربرگیرنده سرزمین‌های از آن یک طرف درگیری و سرزمین‌های اشغالی دانست و هم هر نوع سرزمین یکی از طرف‌های درگیری. با این حال، در راستای یک تفسیر نظاممند از واژه «مشترک»، این عنوان ناگزیر بایستی به آنچه در فصل‌های بعدی (۲ و ۳) می‌آید، اشاره داشته باشد. افزون بر این، کارهای مقدماتی نشان می‌دهد که بخش ۳ به هدف پوشش (تنها) دو گروه از افراد تنظیم شده بود: بیگانگان در سرزمین یکی از طرف‌های درگیری و جمعیت سرزمین‌های اشغالی.^{۲۶} هیچ‌یک از قواعد بخش ۳ از غیرنظامی که نه در قلمروی متعلق به یک طرف درگیری و نه در سرزمین اشغالی نباشد، حمایت نمی‌کند.

^{۲۶} Committee III, 'Report to the Plenary Assembly', in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Berne, 1950-1951, Vol. IIA, p. 821:

در نتیجه، چنانچه سرزمین مورد تهاجم به عنوان سرزمین اشغالی در معنای تقسیم‌بندی‌های کنوانسیون چهارم در نظر گرفته نشود، افراد مورد حمایت (و موضوع و هدف اصلی کنوانسیون چهارم حمایت از «افراد مورد حمایت» است) که در سرزمین مورد تهاجم در دستان دشمن قرار می‌گیرند، مورد حمایت هیچ یک از قواعد بخش ۳ نخواهند بود. بنابراین، شکنجه افراد سرزمین‌های مورد تهاجم،^{۲۷} تجاوز،^{۲۸} گروگان‌گیری،^{۲۹} یا اعمال مجازات‌های دسته جمعی^{۳۰} بر آنان ناقض کنوانسیون چهارم نمی‌باشد. اقدامات پیش گفته علیه فرد مورد حمایت تنها هنگامی به موجب کنوانسیون چهارم ممنوع هستند که علیه بیگانگان واقع در سرزمین‌های متعلق به یک طرف درگیری یا در سرزمین‌های اشغالی روی دهد. ممکن است برخی اعتراض کنند که چنین اقداماتی توسط قواعد نظام بین‌المللی حقوق بشر (در صورتیکه قائل به اعمال فراسرزمینی آن شویم که برخی حقوقدانان و دولت‌ها، همانند مارتین زوانبرگ و مایکل بوته، در صورت عدم وجود وضعیت اشغال آن را رد می‌کنند)، ماده ۷۵ پروتکل اول الحاقی و ماده ۳ مشترک میان کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به عنوان مبنای مشترک قابل اعمال در همه درگیری‌های مسلحانه منع شده‌اند. دیگران ممکن است استدلال کنند که ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم همچنان مشمول بخش ۲ از فصل ۱ مقررات لاهه در مورد «ابزارهای صدمه به دشمن، محاصره و بمباران»، فصل ۲ کنوانسیون چهارم در مورد «حمایت‌های کلی از جمعیت غیرنظامی در مقابل برخی پیامدهای جنگ» و فرامین وجدان عمومی مندرج در شرط مشهور به مارتنز می‌شوند. اما شرط مارتنز جزئیات خاصی ارائه نداده و در نتیجه تاثیر حمایتی آن تنها در زمانی است که نیروهای متخاصم با حسن نیت عمل کنند. فصل ۱ از بخش ۲ مقررات لاهه نیز به مسائل مربوط به هدایت مخصصات پرداخته و تنها ماده ۲۲ بسیار کلی آن که مقرر می‌دارد «حق یک طرف درگیری در گزینش ابزارهای صدمه به دشمن نامحدود نیست»، ممکن است برای پوشش موارد فوق مورد استفاده قرار گیرد. بخش ۲ از کنوانسیون چهارم به موضوع کاملاً متفاوتی پرداخته و بر همه غیرنظامیان و نه فقط افراد مورد حمایت اعمال می‌شود، در حالیکه ویژگی خاص ساکنان سرزمین‌های مورد تهاجم آن است که تبعه دشمن بوده و با دولت متخاصم در سرزمین خود اما مستقل از اراده خود رودررو می‌شوند؛ وضعیتی که قواعد حقوق بشردوستانه مربوط به اشغال نظامی دقیقاً برای آن تنظیم شده‌است.

کفایت اعمال کنترل بر فرد

«بخش سوم قسمت اعظم کنوانسیون را تشکیل می‌دهد. دو وضعیتی که با یکدیگر تفاوت اساسی دارند، باید مورد بررسی قرار گیرند: وضعیت بیگانگان در سرزمین یک دولت متخاصم و وضعیت اتباع یا بیگانگان مقیم در کشوری که توسط دشمن اشغال شده». «نظرات اولیه» کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در مورد متن کنوانسیون‌های ژنو حتی صریح‌تر است: «[کنوانسیون چهارم] بین اتباع بیگانه در سرزمین یکی از طرف‌های درگیری و جمعیت سرزمین‌های اشغالی قائل به تفکیک است. این قسمت به ۵ فصل تقسیم شده‌است. فصل اول، حاوی مقررات مشترک در میان این دو گروه است...» همچنین نک.

The Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 2010, Preliminary Remarks, p. 32.

^{۲۷} ماده ۳۲ کنوانسیون چهارم تنها در سرزمین خود و اشغالی اعمال می‌شود.

^{۲۸} ماده ۲۷(۲) کنوانسیون چهارم

^{۲۹} ماده ۳۴ کنوانسیون چهارم

^{۳۰} ماده ۳۳(۱) کنوانسیون چهارم

در هر صورت جای هیچ تردیدی نیست که کنوانسیون چهارم، در مقایسه با سایر اسناد گفته شده، حمایت‌های بهتر و مشخص‌تری از جمعیت غیرنظامی که خود را در دست دشمن می‌یابد، به عمل می‌آورد. به نظر من، قابل تصور نیست که نویسندگان پیش‌نویس چنین خلأی را بین سرزمین متعلق به خود و سرزمین اشغالی قائل شده و افرادی را که خود به عنوان مورد حمایت مورد شناسایی قرار داده‌اند، بدون هیچگونه حمایتی در قواعد مصوب خود رها کرده‌باشند، به خصوص که هیچ دلیلی برای توجیح برخورداری چنین افرادی از حمایت‌های کمتری نسبت به سایر غیرنظامیان در اختیار دشمن، وجود ندارد. همچنین در مورد مثال پیکته،^{۳۱} غیرمنطقی است که بپذیریم اخراج غیرنظامیان در مرحله تهاجم در قواعد کنوانسیون چهارم منع نشده‌است،^{۳۲} اما مبادرت به چنین کاری در زمان تبدیل تهاجم به اشغال، مطلقاً ممنوع است. هیچ توجیهی برای چنین تفاوت خودسرانه‌ای یافت نمی‌شود. بنابراین کنترل بر فرد در سرزمینی که متعلق به مهاجم نیست، برای شروع اعمال مقررات کنوانسیون چهارم قابل اعمال بر سرزمین‌های اشغالی کفایت می‌کند.

درک کارکردی از حدود سرزمینی که بایستی اشغال شود

بسیاری، از جمله مارتین زوانبرگ و مایکل بوته، معترضند که بر طبق معنای عادی واژگان (و ماده ۴۲ مقررات لاهه)، اشغال بایستی شامل اعمال کنترل بر سرزمین باشد. در عمل، فرد ممکن است دستگیر یا بازداشت شود، اما «اشغال» نمی‌شود. در پاسخ به این اعتراض، می‌تواند گفت که امکان بودن فرد در دستان نیروهای مهاجم وجود ندارد مگر آنکه آن قطعه از زمینی (سرزمینی) که فرد در آن حضور دارد در کنترل فرد متعلق به نیروهای مهاجم قرار گرفته باشد. برای شکنجه، کتک زدن، دستگیری، بازداشت یا اخراج یک فرد، می‌بایستی بر آن بخشی از زمین که فرد در آن حضور دارد، کنترل داشته باشیم. هیچ چیز در کنوانسیون چهارم و در مقررات لاهه حداقل گستره اشغال سرزمین را تعیین نمی‌کند. بند ۲ ماده ۴۲ از مقررات لاهه صرفاً متضمن آن است که اعمال کنترل بر بخشی از سرزمین یک دولت برای اعمال قواعد ناظر بر سرزمین‌های اشغالی از مقررات لاهه کفایت می‌کند. هیچ کس این مساله را رد نمی‌کند که یک روستای مرزی می‌تواند اشغال شود. پس چرا این امکان وجود ندارد که مقدار سرزمین مورد نیاز به قطعه زمینی از سرزمین مورد تهاجم، جایکه نیروهای مهاجم در آن قرار دارند، کاسته شود؟ این زمین، ضرورتاً تحت کنترل مهاجمان است و دولت سرزمینی ضرورتاً نمی‌تواند اقتدار خود را بر این قطعه اعمال کند، در غیر این صورت سربازان یا بایستی اسیر جنگی^{۳۳} باشند یا مرده.

تفسیر منعطف از تعهدات قدرت اشغالگر

^{۳۱} Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 60.

^{۳۲} ماده (۱) ۴۹ کنوانسیون چهارم تنها در سرزمین‌های اشغالی اعمال می‌شود.

^{۳۳} اگر این فرد در سرزمین تحت کنترل دشمن باشد، ضرورتاً بر طبق ماده ۴ کنوانسیون سوم ژنو در مورد رفتار با اسرای جنگی مصوب ۱۲ اوت، ۱۹۴۹، «در اختیار دشمن» قرار دارد.

اعتراض اصلی به تفسیر پیش‌گفته آن است که بسیاری از قواعد کنوانسیون چهارم به ویژه آن قواعدی که حاوی تعهدات مثبت برای قدرت اشغالگر هستند، عملاً توسط نیروهای مهاجم قابل اجرا نیستند. اجتناب از چنین تفسیر غیرواقعی‌گرایانه‌ای (و من در این مورد با زوانبرگ موافقم) هم با قواعد ناظر بر تفسیر معاهدات مطابق است و هم به این دلیل که قواعد غیرواقعی‌گرایانه باعث تضعیف حقوق بشردوستانه می‌شود، لازم. اما مساله این است که طرفداران چنین نظری معتقدند که قواعد کنوانسیون چهارم در مورد سرزمین‌های اشغالی اساساً حاوی تعهد به نتیجه هستند. مایکل سرگیست، دانشجوی پیشین من، در پایان نامه کارشناسی ارشد خود ثابت می‌کند که این تلقی غلط است.^{۳۴} من بر مبنای نتایج تحقیق او، تنها به مثال‌های زوانبرگ می‌پردازم. بر اساس ماده ۵۰ کنوانسیون چهارم، قدرت اشغالگر تعهد دارد که با همکاری مقامات محلی و ملی، فعالیت مناسب نهادهایی مختص آموزش کودکان را تسهیل کند. این تکلیف ابتدائاً و در حله نخست به معنای ممنوعیت مداخله در کار این نهادهاست.^{۳۵} دلیلی برای ناتوانی نیروهای مهاجم در مصادره نکردن تنها مدرسه یک روستای مورد تهاجم وجود ندارد. از سوی دیگر، من با زوانبرگ موافقم که حمایت از چنین نهادهایی نیازمند وجود حدی از کنترل و اقتدار است. با این حال، نوع حمایت مورد نیاز متغیر بوده و تعیین امکان عملی ارائه انواع این حمایت‌ها توسط نیروهای مهاجم به اوضاع و احوال و توانایی‌های ارتش مهاجم بستگی دارد. همچنین، بر مبنای عبارت صریح ماده ۵۰ («تسهیل»)، حمایت از این نهادها، تعهد به وسیله بوده و نیروهای مهاجم صرفاً ملزم به انجام اقدامات ممکن برای ادامه فعالیت مناسب نهادهای مختص به آموزش و مراقبت از کودکان هستند.

در مورد این استدلال که بند ۳ ماده ۵۰ کنوانسیون چهارم («اتخاذ ترتیبات برای حفظ و آموزش کودکان یتیم یا جدامانده از خانواده‌های خود در نتیجه جنگ که بستگان یا دوستان نزدیک امکان مراقبت مناسب از آنان را ندارند، در صورت امکان توسط فردی با همان تابعیت، زیان و دین») وظیفه بسیار شاقی را تحمیل می‌کند، بایستی یادآوری نمود که این قاعده تنها در صورتی اعمال می‌شود که نهادهای محلی ناکافی باشند (امری که نیروهای مهاجم قادر به ارزیابی آن نیستند). وظیفه ارائه چنین حمایتی، آخرین راه است (در صورتیکه نهادهای کافی وجود نداشته باشد و بستگان یا دوستان نتوانند از کودکان یتیم و جدامانده از خانواده‌هایشان مراقبت کنند) که تنها اتخاذ ترتیباتی را ضروری می‌داند (به دیگر سخن، برنامه ریزی یا آماده سازی).

به همین نحو، در مورد ماده ۵۶ کنوانسیون چهارم، پیکنه تاکید می‌کند که وظیفه سازماندهی بیمارستان‌ها و خدمات بهداشتی و اتخاذ تدابیر برای کنترل اپیدمی «ابتدائاً بر عهده نهادها و صلاحیت‌دار خود سرزمین اشغالی است».^{۳۶} تا زمانی که مقامات ملی یا محلی قادر به ایفای وظایف خود باشند، تنها وظیفه قدرت اشغالگر عدم ممانعت در فعالیت آنهاست. تنها زمانی که بیمارستان‌ها و مراکز بهداشتی به درستی کار نکنند،

^{۳۴} برای بررسی کامل نک:

Michael Siegrist, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, The Graduate Institute, Geneva, eCahiers, No. 7, April 2011, pp. 35–77, available at: <http://iheid.revues.org/75?lang=en> (last visited 28 March 2012).

^{۳۵} پیکنه، پاورقی شماره، ۳۰، ص. ۲۸۶

^{۳۶} همان. ص. ۳۱۳

قدرت اشغالگر موظف به ارائه خدمات بوده که آن هم بر اساس متن ماده ۵۶ «تا بالاترین حد امکانات در دسترس» خواهد بود. نیروهای مهاجم وسایل محدودی برای اتخاذ «تدابیر پیشگیرانه و مانع بروز بیماری» در اختیار دارند، به‌ویژه آن که کنوانسیون چهارم به درستی انجام چنین وظیفه‌ای را «در همکاری با مقامات محلی و ملی» می‌داند. اما، برای نمونه، نیروهای مهاجم در هر شرایطی تکلیف بنیادین مراقبت از مجروحین را (با در نظر گرفتن «مقتضیات نظامی»)، بر اساس ماده ۱۶ کنوانسیون چهارم که حتی در خارج از سرزمین‌های اشغالی اعمال می‌شود، برعهده دارند.

مقررات کنوانسیون چهارم، بهترین تعادل را میان ضرورت و انسانیت برقرار می‌کند. در مقررات حاوی تعهدات مثبت، ضرورت، ابزارهای محدود و سایر اولویت‌های یک طرف درگیری به گونه‌ای مدنظر قرار گرفته شده که امکان حدی از انحراف در چگونگی انجام تکالیف را به طرف‌ها می‌دهد. معمولاً تعهدات مثبت، تعهدات به‌وسیله بوده که اوضاع و احوال و ابزارهای در اختیار نیروهای مهاجم را در نظر می‌گیرند. انسانیت، از دیگر سو، متضمن آن است که هیچ تخطی از حقوق و تضمینات بنیادین صورت نگیرد. این دسته از مقررات مطلق بوده، اما تکالیف منفی هستند و در نتیجه مهاجمان را مکلف به ارائه چیزی نمی‌کنند.

در نهایت، آن دسته از افرادی که معتقدند قواعد حقوق بشردوستانه مربوط به اشغال نظامی در مرحله تهاجم اساساً اعمال نمی‌شود، این نکته را فراموش می‌کنند که قواعد فصل ۳ از بخش ۴ کنوانسیون چهارم، حاوی حقوقی به نفع نیروهای مهاجم است؛ همانند ایجاد مبنای حقوقی برای اتخاذ تدابیر امنیتی، توقیف یا مصادره. با پذیرش غیرقابل اجرا بودن این حقوق در زمان تهاجم، می‌توان مدعی شد هیچ مبنای حقوقی برای دستگیری و بازداشت غیرنظامیانی که امنیت نیروهای مهاجم را به خطر می‌اندازند، وجود نخواهد داشت.

راه حل جایگزین، مفهوم متفاوت اشغال برای قواعد متفاوت

ممکن است برخی خوانندگان، در پذیرش چنین تفسیر منعطفی از قواعد حقوق بشردوستانه مربوط به اشغال نظامی تردید داشته باشند چرا که انعطاف همیشه راه را برای سوءاستفاده از جمله توسط قدرت اشغالگر پس از مرحله تهاجم باز می‌کند. با اتخاذ یک مفهوم کارکردی از (شروع) اشغال می‌توان این تردیدها را برطرف کرد. این ایده که تنها برخی از قواعد حقوق بشردوستانه در مرحله تهاجم اعمال می‌شوند، نظر جدیدی نیست. خود پیکنه، مقررات لاهه را از کنوانسیون چهارم با این استدلال جدا می‌کند «که واژه «اشغال»... در کنوانسیون معنای وسیع‌تری از ماده ۴۲ مقررات لاهه دارد»،^{۳۷} یعنی تئوری او در مورد مقررات لاهه اعمال نمی‌شود. با این حال، ممنوعیت مندرج در ماده ۴۴ مقررات لاهه «اجبار ساکنان سرزمین‌های اشغالی برای ارائه اطلاعات در مورد ارتش طرف دیگر متخاصم، یا در مورد وسایل دفاعی آن» راحت‌تر (و قطعاً باید) توسط مهاجم رعایت می‌شود تا ماده ۵۰ کنوانسیون چهارم که تکلیف جانبی قدرت اشغالگر برای تضمین بهره‌مندی کودکان از آموزش را مقرر می‌دارد. سرگیست نشان می‌دهد حتی ماده ۴۳ مقررات لاهه، که قدرت اشغالگر را

^{۳۷} همان، ص. ۶۰

مكلف به «اتخاذ هرگونه اقدام ممکن برای حفظ نظم عمومی» می‌کند، حاوی تعهداتی است که نیروهای مهاجم می‌توانند و باید آن را رعایت کنند.^{۳۸}

سایرین، از جمله دیوان بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق،^{۳۹} خواهان تفکیک میان قواعد حمایت کننده از فرد و قواعد حمایت کننده از اموال بوده و بر این اعتقادند که تنها قواعد مربوط به افراد در طول مرحله تهاجم اجرا می‌شود. این استدلال مورد حمایت پیکنه نیز می‌باشد آنگاه که می‌نویسد: «تا جاییکه مساله افراد در میان است، اعمال کنوانسیون چهارم به وجود وضعیت اشغال در معنای ماده ۴۲ [مقررات لاهه] بستگی ندارد».^{۴۰} به نظر من، این جمله ضرورتاً به معنای آن نیست که پیکنه میان فرد و اموالش قائل به تفکیک می‌شود. می‌توان استدلال کرد که اموال به دلیل تملک افراد بر آن، مورد حمایت هستند. در هر حال، اموال نیز در طول مرحله تهاجم در مقابل غارت و نابودی مندرج در بخش ۲، فصل ۱ مقررات لاهه مورد حمایت قرار می‌گیرند.^{۴۱} در مورد نابودی اموال، به نظر من ممنوعیت مندرج در بند (ث) ماده ۲۳ مقررات لاهه که بر طبق آن «نابود یا ضبط اموال دشمن ممنوع است مگر آنکه نابودی یا ضبط این اموال با توجه به ضروریات جنگ ناگزیر باشد»، در حقوق بشردوستانه مدرن در دو وضعیت تعدیل شده است. در مورد اموالی که در اختیار دشمن قرار دارد، معیار تعیین کننده برای مهاجم در بند ۲ ماده ۵۲ پروتکل اول الحاقی آمده است: آیا مال مورد نظر در اقدامات نظامی دشمن موثر بوده و آیا نابودی آن متضمن یک مزیت نظامی برای حمله کننده است. به محض آنکه مهاجم اختیار مالی را در دست گرفت، این مال دیگر نمی‌تواند تاثیری در عملیات نظامی دشمن داشته باشد. در نتیجه، نابودی آن تنها با استناد به قواعد حقوق بشردوستانه در مورد اشغال نظامی یعنی ماده ۵۳ کنوانسیون چهارم ممکن است، یعنی زمانیکه «نابودی آن به دلیل عملیات نظامی، مطلقاً ضروری باشد» که استاندارد نسبتاً محدودتری است. همچنین، بی‌معناست که ممنوعیت مصادره بیمارستان‌ها در ماده ۵۷ کنوانسیون چهارم در مرحله تهاجم قابل اعمال نباشد اما تعهدات مربوط به آموزش مندرج در ماده ۵۰ اعمال شوند با این استدلال ذینفع در این ماده افراد هستند و نه اموال.

اگرچه من نقد زوانبرگ در مورد مشخص و قابل پیش‌بینی بودن قواعد حقوق بشردوستانه برای افرادی که قصد اجرای آن در عمل را دارند، بسیار جدی می‌دانم اما پیشنهاد من تحلیل قواعد قابل اعمال در مرحله تهاجم، نه بر مبنای دسته‌بندی‌های کلی از پیش تعیین شده، بلکه با توجه به مقتضیات هر قاعده و میزان کنترلی است که مهاجم در آن مورد خاص اعمال می‌کند. چنین برداشتی مشکلی را که بوته در مورد تعیین زمان تبدیل تهاجم به اشغال مطرح کرد، رفع می‌کند. در چنین برداشتی، برای تعیین آغاز اشغال، همان مفهوم کارکردی پایان اشغال، استفاده می‌شود؛ مفهومی که مورد قبول همه صاحب‌نظران،^{۴۲} اسناد سازمان

^{۳۸} سرگیست، پاورقی شماره ۳۳. صص ۶۷-۶۶

^{۳۹} Compare ICTY, The Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case No. IT-98-34-T, Judgment (Trial Chamber), 31 March 2003, paras. 221 and 587.

^{۴۰} پیکنه، پاورقی شماره ۳۰، ص. ۶۰

^{۴۱} نک. مواد (ث) ۲۳ و ۲۸ مقررات لاهه

^{۴۲} برای نمونه نک.

Solon Solomon, 'Occupied or not: the question of Gaza's legal status after the Israeli disengagement', in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 2011, pp. 59-90; Shane Darcy

ملل^{۴۳} و کشورهای قرار دارد که همچنان معتقدند غزه در اشغال اسرائیل است، اما (خوشبختانه) اسرائیل را ملزم به ورود مجدد به غزه و حفظ نظم و قانون،^{۴۴} تضمین رفتار انسانی با قربانیان در غزه،^{۴۵} یا تضمین عدم استفاده (فلسطینی‌ها) از این افراد برای مصون داشتن برخی عملیات نظامی،^{۴۶} نمی‌دانند. نکته مورد اشاره پیکته که «مواد ۵۲، ۵۵، ۵۶ و حتی برخی از مقررات مندرج در مواد ۵۹ تا ۶۲ ... حضور مقامات اشغالگر را برای مدت نسبتاً طولانی مفروض می‌انگارند»، در همین راستاست.^{۴۷} بر مبنای چنین برداشت کارکردی از اشغال، سرزمین مورد تهاجم در مقطع مشخصی از زمان، می‌تواند برای اعمال ماده ۴۹ (ممنوعیت اخراج) اشغال شده تلقی شود، اما برای اعمال ماده ۵۰ (در مورد آموزش) اشغال شده نباشد. در چنین گستره درنوسانی از تعهدات بر مبنای میزان اعمال کنترل، تعهدات منفی به محض به‌وجود آمدن امکان عملی انجام اقدامات ممنوعه (هنگامی که ذینفع از این ممنوعیت‌ها در اختیار نیروهای مهاجم باشد) اعمال می‌شوند؛ در حالیکه تعهدات ناظر بر ارائه یا تضمین تنها در مرحله بعدی اعمال می‌گردند. سرگیست بین آن دسته از قواعدی که در نتیجه عدم اعمال آن در مرحله تهاجم، خلاء حمایتی بزرگی ایجاد می‌شود (مواد ۴۹، (۴) - (۲) ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۷ و ۶۳ کنوانسیون چهارم) از یکسو و تعهدات ناظر بر ارائه یا رعایت که با توجه به اقدامات دولت اشغالگر تغییر می‌یابند، تفاوت قائل می‌شود. این تعهدات، تنها هنگامی در مرحله تهاجم اعمال می‌شوند که قدرت اشغالگر بتواند و بخواهد چنین اقداماتی را انجام دهد (مواد ۷۵-۶۴، ۶۴، ۵۴، (۱) ۶۴ و ۶۶ و ۷۸ کنوانسیون چهارم). برای نمونه، تفکیک میان شروع به اقدام یا اقدام به توقیف غیرنظامیان مورد حمایت و قواعد مربوط به تعهد به ارائه یا رعایت به دلیل وجود وضعیت اشغال (ماده ۴۳ مقررات لاهه و مواد ۴۸، ۵۰، (۱) ۵۱، ۵۵، ۵۶، ۵۸، ۶۱ - ۵۹ و ۶۲ از کنوانسیون چهارم).^{۴۸} چنین گستره لغزنده‌ای با واقعیت‌های سیال جنگ‌های مدرن، تسلیحات و نبود خط مقدم در مقایسه با رویکرد سنتی «همه یا هیچ»، سازگارتر است. یک تفسیر منعطف از تعهدات و یک برداشت کارکردی از اشغال همه نمونه‌های گفته شده توسط مارتین زوانبرگ و مایکل بوتنه، به عنوان دلایل علیه «نظریه پیکته»، را رفع و حل می‌کند.

and John Reynolds, 'An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law', in *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 211–243; and Mustafa Mari, 'The Israeli disengagement from the Gaza Strip: an end of the occupation?', in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 356–368.

^{۴۳} UN Human Rights Council, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, UN Doc. A/HRC/12/48, 25 September 2009, paras. 273–279; UN Human Rights Council, Report of the international fact-finding mission to investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance, UN Doc. A/HRC/15/21, 22 September 2010, paras. 63–66.

^{۴۴} آنگونه که باید بر طبق ماده ۴۳ مقررات لاهه

^{۴۵} همانگونه که باید بر طبق مواد ۲۷ و ۷۶ کنوانسیون چهارم

^{۴۶} همانگونه که باید بر طبق ماده ۲۸ کنوانسیون چهارم. اگر غزه سرزمین اشغالی باشد، ساکنان غزه ضرورتاً افراد مورد حمایت هستند، چرا که هر فردی (که تبعه قدرت اشغالگر نباشد) و خود را در آن سرزمین بیابد، در اختیار آن قدرت اشغالگر است. نک. پیکته، پاورقی شماره

۳۰، ص. ۴۷

^{۴۷} همان. ص. ۶۰

^{۴۸} سرگیست، پاورقی شماره ۳۳، ص. ۴۷-۷۷

برای نتیجه‌گیری، باید پذیرفت که باوجود آنکه نقطه شروع نظریه من کاملاً در نقطه مقابل دیدگاه مارتین زوانبرگ و مایکل بوته قرار دارد، اما در نهایت، نظریه من در موارد بسیار اندکی به نتایجی متفاوت از آنچه بوته گفت، می‌انجامد. در مورد موضع زوانبرگ، قادر به ارزیابی تفاوت در پیامدهای عملی آن از موضع خود نیستم چرا که دقیقاً مشخص نیست که او در چه زمانی ماهیت یک سرزمین را از مورد تهاجم به اشغال‌شده تعییر می‌دهد. همچنین مشخص نمی‌کند که آیا مقدار معینی از سرزمین برای اشغال لازم است و در صورت جواب مثبت، چه مقدار. در هر صورت، در سطح نظری، نظریه من این مزیت را دارد که از بروز هرگونه خلاء حقوقی میان گروه‌های مختلف مانند مواردی (میان غیرنظامیان و رزمندگان یا درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی) که در سال‌های اخیر پیامدهای عملی بسیار مهمی داشته، جلوگیری می‌کند.