

# The law of belligerent occupation in the Supreme Court of Israel

## حقوق اشغال نظامی در دیوان عالی اسرائیل<sup>۱</sup>

دیوید کرتزمر<sup>۲</sup>

### چکیده

از زمان جنگ ۱۹۶۷ که در طی آن اسرائیل کرانه باختری رود اردن و نوار غزه را اشغال نمود، دیوان عالی اسرائیل به هزاران دادخواست در ارتباط با اقدامات مقامات نظامی و دیگر مقامات در سرزمین‌های اشغالی رسیدگی نموده است. این مقاله تأثیر رویه قضایی این دیوان را بر حقوق اشغال نظامی بررسی می‌نماید. پس از بررسی مسئله صلاحیت و قواعد ماهوی حاکم، این مقاله تفسیر دیوان از مسائلی نظیر نیازهای نظامی، رفاه مردم محلی، تغییرات قوانین محلی و استفاده از منابع را مورد بحث قرار می‌دهد. هم‌چنین رویکرد دیوان به ماهیت بلند مدت اشغال و وجود شهرک‌های یهودی، شهرک نشین‌ها، و رفت و آمد کنندگان در سرزمین‌های اشغالی بررسی می‌شود. معرفی معیار سه‌گانه اصل تناسب در ارزیابی ضرورت‌های نظامی و هم‌چنین درگیری‌ها در سرزمین‌های اشغالی نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. در بخش نهایی، درباره تأثیر رویه دیوان بر حقوق اشغال نظامی نتیجه‌گیری‌هایی مطرح می‌شود.

واژگان کلیدی:

حقوق اشغال نظامی، دیوان عالی اسرائیل، سرزمین‌های اشغالی، قواعد حاکم، نیازهای نظامی، رفاه عمومی، شهرک‌های اسرائیلی، اصل تناسب، ضرورت نظامی، نظم و امنیت عمومی

---

<sup>۱</sup> برگردان به فارسی: فرهنگ گنج دانش

<sup>۲</sup> دیوید کرتزمر استاد بازنشسته حقوق بین‌الملل دانشگاه عبری بیت المقدس و استاد حقوق کالج ساپیر است. نویسنده مایل است از کمک‌های علمی افرات بوگانیم ساگ (Efrat Bouganim-Saag) تشکر و قدردانی نماید.

واژه «سرزمین‌های اشغالی» در روابط بین الملل معاصر همواره یادآور اشغال ادامه دار کرانه باختری رود اردن و نوار غزه از سوی اسرائیل است. این اتفاق محتملا طولانی‌ترین اشغال نظامی در روابط بین المللی معاصر است و از ابتدای دهه هفتاد میلادی نقش مهمی در ادبیات حقوقی مربوط به اشغال نظامی داشته است.<sup>۱</sup> این مقاله رویکرد دستگاہ قضایی نیروی اشغالگر به مسئله اشغال نظامی را تحلیل می‌نماید؛ رویکردی که در دو سطح بررسی خواهد شد. سطح اول این تحلیل به این امر مربوط است که چگونه دیوان عالی اسرائیل موقعیت‌هایی را مدیریت نموده است که در آن آشکارا سیاست‌ها با قوانین، و برداشت دولت از امنیت با حقوق افراد در تعارض بوده‌اند. این جنبه از رویه قضایی دیوان از سوی دیگر افراد نیز مورد بررسی قرار گرفته است و در اینجا کوتاه به آن پرداخته خواهد شد.<sup>۲</sup> سطح دوم تحلیل به تفسیر دیوان از حقوق بین الملل اشغال نظامی و نحوه اجرای آن می‌پردازد و این موضوع بحث اصلی این مقاله است.

بخش اول این مقاله به بحث مختصر حقوق داخلی و بستر سیاسی اشغال نظامی و ویژگی‌های خاص آن اختصاص یافته است که درک آن برای بررسی رویه قضایی دیوان در ارتباط با اشغال نظامی ضرورت دارد. در بخش دوم، تفسیر دیوان از مقررات مربوط به حقوق و رویه‌های جنگ‌های زمینی لاهه ۱۹۰۷، کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ مورد بررسی قرار می‌گیرد. به ویژه برداشت دیوان از مفاهیمی نظیر نیازهای نظامی، تفسیر آن از ماده ۴۳ مقررات لاهه، و رویکرد دیوان به ماهیت بلند مدت اشغال نظامی و ایجاد شهرک‌ها در سرزمین‌های اشغالی مورد توجه خواهد بود. طی دهه گذشته، مفهوم تناسب تأثیر مهمی در بازبینی قضایی اقدامات مقامات نظامی داشته است. این مفهوم در بخش سوم مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش چهارم، تصمیمات دیوان در ارتباط با مخاصمات اتفاق افتاده در سرزمین‌های اشغالی مورد توجه قرار می‌گیرد و این مقاله با نتیجه گیری‌هایی پایان می‌یابد.

## پیشینه حقوقی و سیاسی

### صلاحیت دادگاه

کرانه باختری رود اردن و نوار غزه در جنگ ۱۹۶۷ میان اسرائیل و اعراب به اشغال در آمد. پس از آنکه جنگ پایان یافت، ساکنان فلسطینی این سرزمین‌ها از دیوان درخواست نمودند تا به تصمیمات اداری مقامات نظامی در

---

<sup>۱</sup> See, e.g., Adam Roberts, 'Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967', in American Journal of International Law, Vol. 84, No. 1, 1990, pp. 44-103; Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation, Princeton University Press, Princeton, 1993; Yoram Dinstein, The Law of Belligerent Occupation, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

<sup>۲</sup> See David Kretzmer, The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories, State University New York Press, New York, 2002; Orna Ben-Naftali, 'PathoLAWgical occupation: normalizing the exceptional case of the Occupied Palestinian Territory and other legal pathologies', in Orna Ben-Naftali (ed.), International Humanitarian Law and International Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129-200.

این مناطق رسیدگی نماید. در آن زمان مئیر شامگار دادستان کل اسرائیل و نماینده دولت در تمامی دعاوی مطروحه در دیوان بود. وی در ۱۹۶۷ دادستان کل نظامی اسرائیل بود و مدتی بعد به ریاست دیوان عالی اسرائیل رسید. با توجه به این که این درخواست‌ها از سوی افراد بیگانه دشمن اسرائیل مطرح شده و مربوط به اقداماتی است که در خارج از قلمرو سرزمینی اسرائیل اتفاق افتاده است، دادستان کل در آن زمان می‌توانست صلاحیت دیوان را مورد اعتراض قرار دهد. با وجود این، او این کار را نکرد. در اولین پرونده‌هایی که نزد دیوان در ابتدای دهه هفتاد میلادی مطرح شد، دیوان صلاحیت خود را بر مبنای عدم مخالفت (رضایت ضمنی) دولت پذیرفت.<sup>۳</sup> این رویکرد بدین معنا بود که اگر دولت می‌خواست سیاست خود را تغییر دهد، دیوان می‌بایست بپذیرد که صلاحیت رسیدگی ندارد. اما با ارجاع دعاوی بیشتر به دیوان این موضوع به عنوان مبنای صلاحیت آن پذیرفته شد. متعاقباً دیوان اعلام نمود که «اختیار قانونی صدور دستورات خطاب به مقامات عمومی مبنای صلاحیت بوده است»<sup>۴</sup> و نه عدم مخالفت دولت.<sup>۵</sup> پذیرش صلاحیت دیوان بر مبنای اختیار قانونی صدور دستورات خطاب به مقامات عمومی به طور ضمنی بدین معنا است که اقدامات تمام مقامات دولتی از جمله نیروهای مسلح فارغ از محل اجرا در قلمرو صلاحیت دیوان است.<sup>۶</sup>

از سال ۱۹۶۷ هزاران درخواست در ارتباط با اقدامات انجام گرفته در سرزمین‌های اشغالی مطرح شده است. در حالیکه بسیاری از این درخواست‌ها در خارج از دادگاه حل و فصل شده است، دیوان در صدها پرونده رأی صادر نموده است که ساختار حقوقی بزرگی را در ارتباط با سرزمین‌های اشغالی ایجاد نموده است.

## قواعد حاکم

به موجب یک دستور نظامی، زمانی که نیروهای اسرائیل در سال ۱۹۶۷ وارد سرزمین‌های اشغالی شدند، دادگاه‌های نظامی تأسیس گردید تا به جرائم امنیتی ساکنان محلی رسیدگی کنند. دستور نظامی آشکارا اعلام نمود که دادگاه‌های نظامی مفاد کنوانسیون چهارم ژنو را اجرا خواهند نمود. این دستور نشان دهنده این نظر بود که حقوق

---

<sup>۳</sup> See H CJ 256/72, *Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Defence et al.*, 27(1) PD, p. 124, (1972) (hereafter Hebron Electricity case), in which the Court mentioned (at p. 136) that it was following the line taken in the first reported judgment relating to the OT: H CJ 337/71, *Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defence*, 26(1) PD, p. 574 (1971). For a review of the Court's jurisdiction in petitions relating to the OT, see Eli Nathan, 'The power of supervision of the High Court of Justice over military government', in Meir Shamgar (ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980: The Legal Aspects*, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1982, pp. 170-103.

<sup>۴</sup> بند ب ماده ۷ قانون دادگاه‌ها ۱۹۵۷. در سال ۱۹۸۰ این ماده در بند دال ماده ۱۵ قانون اساسی: قوه قضاییه آورده شد که بخشی از قانون اساسی می‌باشد.

<sup>۵</sup> H CJ 393/82, *Jami'at Ascan et al., v. IDF Commander in Judea and Samaria et al.*, 37(4) PD, p. 785 (1983).

<sup>۶</sup> See H CJ 102/82, *Tzemel et al., v. Minister of Defence et al.*, 37(3) PD, p. 365 (1983) at para. 11, affirming that the Court had the competence to examine actions of the IDF in Lebanon during the 1982-1983 Lebanon War.

اشغال نظامی در تمامی این سرزمین‌ها اعمال خواهد شد.<sup>۷</sup> با وجود این، کمی پس از پایان جنگ ۱۹۶۷، اعتراضاتی از سوی سیاستمداران و حقوق دانان مطرح گردید که کرانه باختری رود اردن و نوار غزه بخشی از فلسطین تحت قیمومت انگلستان است و نباید به عنوان سرزمین اشغالی شناخته شود.<sup>۸</sup> تحت تأثیر این اعتراضات چند ماه پس از پایان جنگ فرماندهان نظامی دستور پیشین خود را اصلاح نمودند و بخش مربوط به کنوانسیون چهارم ژنو را حذف نمودند.<sup>۹</sup> دولت اسرائیل این موضع را مطرح نمود که وضعیت حقوقی این مناطق نامعلوم است و در هر حال اعمال کنوانسیون چهارم ژنو محل تردید است.<sup>۱۰</sup> در همان زمان دولت اعلام نمود که نیروهای مسلح مفاد بشردوستانه کنوانسیون را رعایت خواهند نمود.<sup>۱۱</sup>

در اولین درخواست‌های مطروحه علیه اقدامات مقامات نظامی در سرزمین‌های اشغالی، معترضین استدلال خود را بر مبنای قواعد اشغال نظامی منعکس در مقررات لاهه و کنوانسیون ژنو بنا نمودند.<sup>۱۲</sup> زمانی که دیوان از مقامات خواست تا به این درخواست‌ها در دادگاه پاسخ دهند، آن‌ها مجبور شدند که معلوم نمایند آیا این قواعد قابل اعمال است یا خیر. در ابتدا آن‌ها تلاش نمودند که ادعا کنند که اگرچه وضعیت حقوقی این سرزمین‌ها مشخص نیست، اما در عمل قواعد حقوقی اشغال نظامی رعایت شده‌اند و آن‌ها حاضرند که اقداماتشان بر اساس این قواعد ارزیابی شود.<sup>۱۳</sup> پس از مدتی چهارچوب قواعد اشغال نظامی رژیم حقوقی استاندارد برای ارزیابی اقدامات مقامات دولتی در سرزمین‌های اشغالی گردید.<sup>۱۴</sup>

---

<sup>۷</sup> Security Provisions Order (West Bank), 1967, Art. 35, in 1 Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command 5.

<sup>۸</sup> See Yehuda Z. Blum, 'The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria', in *Israel Law Review*, Vol. 3, 1968, pp. 279-301. جولان بود که صحرای سینا طی قرارداد صلح به مصر برگردانده شد و بلندی‌های جولان هم چنان در اشغال اسرائیل است. ادعاهای مربوط به کرانه باختری رود اردن و نوار غزه ارتباطی با این سرزمین‌ها نداشت. see D. Kretzmer, above note 2, pp. 32-34; Behnam Dayanim, 'The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy', in *Stanford Journal of International Law*, Vol. 30, 1994, pp. 143-150.

<sup>۹</sup> Security Provisions Order (West Bank), (Amendment No. 9), (Order No. 144), 22 October 1967, in 8 Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command 303.

<sup>۱۰</sup> See Meir Shamgar, 'The Observance of International Law in the Administered Territories', in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, pp. 262-277; D. Kretzmer, above note 2, pp. 33-34.

<sup>۱۱</sup> M. Shamgar, above note 10. For a review of the government's position on the application of GC IV, see Nissim Bar-Yaacov, 'The applicability of the laws of war to Judea and Samaria (the West Bank) and to the Gaza Strip (in response to Prof. R. Lapidot)', in *Israel Law Review*, Vol. 24, 1990, pp. 485-506.

<sup>۱۲</sup> Christian Society case, above note 3; Hebron Electricity case, above note 3; H CJ 302/72, Hilu v. Government of Israel, 27(2) PD, p. 169, 1972; H CJ 606/78, Ayyub v. Minister of Defence, 33(2) PD, p. 113, 1978 (hereafter Beth El case).

<sup>۱۳</sup> D. Kretzmer, above note 2, pp. 35-40.

<sup>۱۴</sup> See H CJ 1661/05, Gaza Beach Regional Council et al., v. Knesset of Israel et al., 59(2) PD, p. 481, 2005, p. 514, در پرونده شورای منطقه‌ای ساحل غزه علیه پارلمان اسرائیل در سال ۲۰۰۵، دیوان اعلام نمود که دادگاه و دولت‌های اسرائیل نیز از

پذیرش ضمنی این موضوع که قانون قابل اعمال در این سرزمین‌ها قواعد اشغال نظامی است دیوان را بی نیاز از این ساخت که تعیین نماید آیا عناصر اشغال نظامی محقق شده است یا خیر. با وجود این، دیوان در زمان حضور اسرائیل در لبنان در سال ۱۹۸۲ به این موضوع پرداخت.<sup>۱۵</sup> هم چنین مجدداً در زمان عقب نشینی نیروها از نوار غزه به این سؤال پرداخت که آیا اسرائیل به عنوان قدرت اشغالگر شناخته می‌شود یا خیر.<sup>۱۶</sup> به این مسائل در جایی دیگر به تفصیل پرداخته شده است و لذا در این جا از پرداختن به آن خودداری می‌کنیم.<sup>۱۷</sup>

دیوان بین المللی دادگستری در نظر مشورتی خود در پرونده نتایج حقوقی ساخت یک دیوار در قلمرو فلسطین اشغالی اعلام نمود که همراه با قواعد حقوقی اشغال نظامی، کنوانسیون‌های حقوق بشری نیز که اسرائیل به آن‌ها پیوسته بر اقدامات انجام گرفته در اراضی اشغالی اعمال می‌شود.<sup>۱۸</sup> این نگاه مکرراً از سوی نهادهای ناظر بر اجرای کنوانسیون‌های بین المللی مورد تاکید قرار گرفته است.<sup>۱۹</sup> دولت اسرائیل هرگز این موضع را نپذیرفته است. دیوان عالی اسرائیل از اعلام نظر در مورد اجرای رسمی کنوانسیون‌های بین المللی پرهیز نموده است اما در بسیاری از آرای مربوط به اراضی اشغالی در سالهای اخیر به مفاد این اسناد استناد نموده است.<sup>۲۰</sup> در بیشتر پرونده‌ها دیوان

---

سال ۱۹۶۷ چهارچوب حقوقی اشغال نظامی را همواره پذیرفته‌اند. شهرک نشین‌های اسرائیلی که به دلیل برنامه عقب نشینی ملزم شده بودند تا خانه‌های خود در غزه را ترک کنند ادعا نمودند که نوار غزه مشمول حقوق اشغال نظامی قرار ندارد. دیوان این ادعا را رد نمود.

<sup>۱۵</sup> See, e.g., Tzemel case, above note 6, pp. 371–374; H CJ 574/82 Al Nawar v. Minister of Defence et al., 39(3) PD, p. 449, 1985, pp. 458–459.

<sup>۱۶</sup> H CJ 9132/07, Jaber Al- Bassiouni Ahmed et al., v. Prime Minister et al., Judgment, 30 January 2008, available at: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf) (last visited 22 May 2012).

<sup>۱۷</sup> See, e.g., Yuval Shany, 'The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. The Prime Minister of Israel', in *Israel Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2009, pp. 101–116; Shane Darcy 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.

<sup>۱۸</sup> ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports 2004, p. 136, paras. 102–114.

<sup>۱۹</sup> See, e.g. Human Rights Committee, *Concluding Observations on Third Report of Israel* (29 July 2010), 3 September 2010, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, para. 5, available at: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/51410EBD25FCE78F85257770007194A8> (last visited 22 May 2012).

<sup>۲۰</sup> H CJ 1890/03, Bethlehem Municipality et al., v. Ministry of Defence et al., 59(4) PD, p. 736, 2005 (hereafter Rachel Tomb case); H CJ 7957/04, Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe et al., v. The Prime Minister et al., 60(2) PD, p. 477, 2005 (hereafter Alpehi Menashe case); H CJ 10356/02, Yoav Hess et al., v. The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al., 58(3) PD, p. 443, 2004; H CJ 7015/02, Kipah Mahmud Ahmed Ajuri et al., v. IDF Commander in the West Bank et al., 56(6) PD, p. 352, 2002; H CJ 769/02, The Public Committee against Torture in Israel et al., v. The Government of Israel et al., Judgment, 14 December 2006 (hereafter Targeted Killings case), available at: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/690/007/e16/02007690.e16.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/e16/02007690.e16.pdf) (last visited 22 May 2012); H CJ 281/11, Head of Beit Icsa Local Council et al., v. Minister of Defence et al., Judgment, 6 September 2011, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/11/810/002/m12/11002810.m12.pdf> (last visited 22 May 2012).

این دیدگاه را توجیه نموده است که مفاد مورد استناد بخشی از مقررات حقوق اشغال نظامی می‌باشند که مقامات ملزم به رعایت آن‌ها هستند.<sup>۲۱</sup>

### اجرای داخلی قواعد بین‌المللی

اگرچه رژیم حقوقی پذیرفته شده درباره اراضی اشغالی نظام حقوقی اشغال نظامی است، اما اعمال این قواعد از سوی دیوان را می‌بایست از لحاظ جایگاه حقوق بین‌الملل در نظام قضایی داخلی اسرائیل مد نظر قرار داد. نظام حقوقی اسرائیل از روش انگلیسی پیروی می‌کند که به موجب آن دادگاه‌های اسرائیل قواعد عرفی حقوق بین‌الملل را مادامی که با قوانین اصلی مصوب در تعارض نباشند اجرا می‌نمایند، در حالیکه کنوانسیون‌های بین‌المللی که دولت به آن‌ها پایبند است در دادگاه‌ها اجرا نخواهند شد مگر آنکه به صورت قواعد عرفی درآیند یا پارلمان اسرائیل آن را تصویب کند. دادگاه‌ها مکلف‌اند که قوانین را بر اساس این پیش فرض تفسیر نمایند که قوانین تعارضی با تعهدات بین‌المللی ندارند اما در صورت تعارض آشکار میان قوانین اصلی و یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل، قانون برتر خواهد بود.<sup>۲۲</sup>

زمانی که برای اولین بار دیوان در مورد مقررات لاهه و کنوانسیون ژنو اظهار نظر نمود هر دوی آن‌ها را بخشی از حقوق معاهدات دانست.<sup>۲۳</sup> با وجود این، بعدها به اشتباه خود اعتراف نمود و بیان نمود که تمام مفاد مقررات لاهه دارای ماهیت عرفی هستند.<sup>۲۴</sup> از سوی دیگر، دادگاه اعلام نمود که مفاد کنوانسیون چهارم ژنو ضرورتاً دارای ماهیت عرفی نیستند.<sup>۲۵</sup> این نظر از این جهت حائز اهمیت است که اگرچه اسرائیل به همه کنوانسیون‌های ژنو پیوسته اما هنوز آن‌ها را بخشی از حقوق داخلی خود نساخته است.

علی‌رغم اظهار نظر فوق و این حقیقت که دولت اجرای رسمی کنوانسیون چهارم ژنو در اراضی اشغالی را مورد تردید قرار می‌دهد، در سالهای اخیر دیوان به این کنوانسیون استناد نموده است.<sup>۲۶</sup> گاهی اوقات پس از آنکه نماینده

---

<sup>۲۱</sup> See, e.g., H CJ 3239/02, Marab et al., v. IDF Commander in the West Bank et al., Judgment, 28 July 2002, English translation available at: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/390/032/A04/02032390.a04.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/390/032/A04/02032390.a04.htm) (last visited 4 January 2012); Hess case, above note 20.

<sup>۲۲</sup> In H CJ 253/88, Sajedia v. Minister of Defence, 42(3) PD, p. 801, 1988, pp. 815–817, 829, علیه وزارت دفاع اسرائیل دادگاه این اصل را در مورد تعارض میان یک قانون اسرائیلی و ماده ۷۶ کنوانسیون چهارم ژنو اعمال نمود که بیان می‌نماید افراد حمایت شده متهم به ارتکاب جرم در داخل سرزمین اشغالی نگه داشته خواهند شد. see David Kretzmer, 'Israel', in David Sloss (ed.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 273–325.

<sup>۲۳</sup> Christian Society case, above note 3; Hilu case, above note 12.

<sup>۲۴</sup> Beth El case, above note 12, p. 120.

<sup>۲۵</sup> Ibid.; H CJ 390/79, Dweikat et al., v. Government of Israel et al., 34(1) PD, p. 1, 1979 (hereafter *Elon Moreh case*); Jami'at Ascan case, above note 5.

<sup>۲۶</sup> See, e.g., Ajuri case, above note 20, p. 364; H CJ 2056/04, Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al., 48(5) PD, p. 807, 2004, p. 827.

دولت اعلام نموده است که اقدامات مقامات مطابق مفاد کنوانسیون چهارم بوده است، دیوان این چنین نظر داده است و گاهی اوقات دیگر به مفاد این کنوانسیون استناد نموده است بدون این که توضیحی ارائه دهد.<sup>۲۷</sup> در بسیاری از پرونده‌ها دیوان به تعهد دولت به رعایت مفاد بشردوستانه این کنوانسیون برای استناد به آن متوسل شده است بدون این که رسماً اعلام نماید آیا این کنوانسیون را دادگاه داخلی اجرا می‌نمایند یا خیر.<sup>۲۸</sup> در پرونده الفی مناشه<sup>۲۹</sup> دیوان متذکر شد که آگاه است که دیوان بین‌المللی دادگستری کنوانسیون چهارم ژنو را در اراضی اشغالی لازم الاجرا می‌داند و اعلام نمود این موضوع بستگی به تعهد دولت به رعایت مفاد بشردوستانه این کنوانسیون ندارد. با وجود این، دیوان بیان داشت که همانگونه که دولت لزوم اجرای مفاد بشردوستانه را پذیرفته است، نیازی به اظهار نظر درباره قابلیت اجرای این معاهده در حقوق داخلی نیست.

در پایان، شایان ذکر است که بدون اظهار نظر مثبت درباره لزوم اجرای کنوانسیون در اراضی اشغالی یا ماهیت عرفی مفاد آن، مقررات مرتبط کنوانسیون چهارم بخشی از رویه متداول دیوان عالی اسرائیل بوده است.<sup>۳۰</sup>

### سیاست و حقوق

اسرائیل یکی از معدود قوای اشغالگری است که رسماً اجرای قواعد اشغال نظامی را در اراضی تصرف شده پذیرفته است. علی‌رغم این موضوع، مسائل سیاسی بیشتر از قواعد حقوقی بر اتفاقات روی داده تأثیر گذاشته است. بنابراین، بسیاری از اقدامات و سیاست‌های دولت‌ها از سال ۱۹۶۷ منطبق با قواعد حقوقی اشغال نظامی نبوده است. یکی از جنجال‌برانگیزترین این اقدامات تصمیم به ساخت شهرک‌های یهودی‌نشین در اراضی اشغالی بوده است. جامعه بین‌المللی همواره اعلام نموده است که به موجب پاراگراف ۶ ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم ژنو ایجاد این شهرک‌ها در تعارض با تعهدات دولت اسرائیل است که مجاز به انتقال جمعیت غیرنظامی خود به اراضی اشغالی نیست.<sup>۳۱</sup>

<sup>۲۷</sup> See, e.g., HCJ 5591/02, Yassin et al., v. Commander of Ketzio Detention Facility et al., 57(1) PD p. 403, 2002, p. 413.

<sup>۲۸</sup> See, e.g., Hess case, above note 20, para. 8; HCJ 3103/06, Shlomo Valero v. State of Israel, Judgment, 6 February 2011, para. 33, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/06/030/031/r13/06031030.r13.pdf> (last visited 22 May 2012).

<sup>۲۹</sup> Alpehi Menashe case, above note 20, p. 523.

<sup>۳۰</sup> In HCJ 2690/09, Yesh Din et al., v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al., Judgment of 28 March 2010, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/09/900/026/n05/09026900.n05.pdf> (last visited 22 May 2012), خواهان‌ها

استدلال نموده‌اند که تمام مفاد کنوانسیون چهارم ژنو دارای ماهیت عرفی می‌باشد. دیوان بر اساس این استدلال رأی صادر نمود اما به رویه رعایت مفاد عرفی این کنوانسیون به عنوان بخشی از حقوق داخلی ادامه داد.

<sup>۳۱</sup> See, e.g., UNSC Resolution 446, 22 March 1979, UN Doc. S/RES/446 (1979); UNSC Resolution 452, 20 July 1979, UN Doc. S/RES/452 (1979); and UNSC Resolution 465, 1 March 1980, UN Doc. S/RES/465 (1980). ممنوعیت مذکور در پاراگراف ۶ ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم تنها مبنای مخالفت با ساخت شهرک‌ها در اراضی اشغالی نیست. Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 'Policy brief: the legal status of Israeli settlements under IHL', available at: <http://opt.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=773> (last visited 22 May 2012).

این دیدگاه را دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی خود در پرونده نتایج حقوقی ساخت یک دیوار در اراضی اشغالی تأیید نموده است.<sup>۳۲</sup>

نظر به تعارض آشکار میان قواعد بین‌المللی و ساخت شهرک‌ها برای اتباع اسرائیل در اراضی اشغالی، انتظار می‌رفت که دیوان در این باره اظهار نظر نماید. با وجود این، تنها تصمیمات مهم دیوان مربوط مصادره اموال خصوصی برای ایجاد شهرک‌هاست. دیوان اعلام نمود که اگر مقامات بتوانند ثابت نمایند که شهرک در یک نقطه استراتژیک ایجاد شده و هدف از آن تقویت دفاع از کشور است، تصاحب اراضی به عنوان یک نیاز و ضرورت نظامی قابل توجیه است.<sup>۳۳</sup> از سوی دیگر اگر انگیزه ایجاد شهرک سیاسی باشد و نه حفظ امنیت، تصاحب اراضی خصوصی غیرقانونی است.<sup>۳۴</sup>

دیوان تمام تلاش خود را نموده است تا از اظهار نظر درباره مشروعیت ایجاد شهرک‌ها پرهیز نماید. دیوان مقرر نموده است که ممنوعیت انتقال غیرنظامیان دولت اشغالگر به اراضی اشغالی که مبتنی بر پاراگراف ۶ ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم ژنو است بخشی از قواعد عرفی لازم‌الاجرا در حقوق داخلی نیست.<sup>۳۵</sup> هم‌چنین دادگاه به دلیل ذی‌نفع نبودن معترضین نپذیرفت که درباره استفاده از اراضی عمومی در پروژه شهرک سازی اظهار نظر کند؛<sup>۳۶</sup> و

---

<sup>۳۲</sup> ICJ, Wall case, above note 18, para. 120.

<sup>۳۳</sup> Beth El case, above note 20; H CJ 258/79, Amira et al., v. Minister of Defence et al., 34(1) PD, p. 90, 1979.

<sup>۳۴</sup> Elon Moreh case, above note 25.

<sup>۳۵</sup> Beth El case, above note 20, p. 121; Elon Moreh case, above note 25, pp. 14–15.

<sup>۳۶</sup> H CJ 277/84, Ayre v. Appeals Committee et al., 40(2) PD, p. 57, 1986. در این پرونده، ساکن فلسطینی کرانه باختری رود اردن تصمیم مبنی بر دولتی دانستن اراضی را به چالش کشید و استدلال نمود که این زمین متعلق به وی است. پس از آنکه ادعای وی از سوی کمیته تجدیدنظر که توسط یک دستور نظامی ایجاد شده بود رد شد، وی درخواست خود را نزد دیوان مطرح نمود. وی استدلال نمود که دلیل اصلی دولتی اعلام نمودن این اراضی تسهیل ایجاد شهرک‌ها در آنجا بوده است و این امر به موجب ماده ۵۵ مقررات لاهه که مرتبط با استفاده قوای اشغالگر از اراضی عمومی می‌باشد، ممنوع است. دادگاه اعلام نمود که اگر این زمین در حقیقت یک زمین دولتی باشد، از ادبیات به کار رفته در ماده ۵۵ به دست نمی‌آید که درخواست کننده در این زمینه ذی‌نفع باشد و حق داشته باشد که نحوه استفاده از این اراضی را به چالش بکشد زیرا همانگونه که گفته شد این اراضی دولتی است و خصوصی نیست (ibid., para. 9). این برداشت مضیق از حق اعتراض به استفاده دولت از اراضی در جهت ساخت شهرک‌ها مدت‌هاست که در رویه عمومی دیوان کنار گذاشته شده است (see, e.g., H CJ 910/86, Ressler v. Minister of Defence, 42(2) PD, p. 441, 1986). در حالی که بیشتر تصمیماتی که قواعد ذی‌نفع بودن را توسعه داده است پس از تصمیم فوق‌الذکر صادر شده است، با این وجود دشوار است که بپذیریم رویکرد مضیق و شکلی بیان شده در آن تصمیم منعکس کننده رویه عمومی دیوان در آن زمان بوده است. در پرونده ایاد علیه فرمانده نیروهای اسرائیل در یهودیه و سامریه در سال ۱۹۹۸ (3125/98, I'ad v. IDF Commander in Judea and Samaria, 58(1) PD, p. 913, 1998)، معترضین به برنامه توسعه یک شهرک در کرانه باختری اعتراض نمودند. دیوان تصمیم ایریب را این‌گونه تفسیر نمود که معترضین فلسطینی نمی‌توانند ثابت نمایند که استفاده از زمین‌های دولتی تحت پوشش برنامه بر منافع آن‌ها اثر می‌گذارد و بنابراین استدلال آن‌ها مبنی بر این که به موجب حقوق بین‌الملل برنامه از چهارچوب اختیارات مقامات فراتر می‌رود، مبنایی ندارد. (ibid., p. 916).



درخواست ابطال سیاست شهرک سازی را قابل رسیدگی قضایی ندانست.<sup>۳۷</sup> از طرف دیگر، دیوان در بیش از یک مورد اعلام نموده است مادامی که اسرائیل بر این مناطق کنترل دارد، شهرک‌ها در جای خود باقی خواهند ماند و یک تصمیم سیاسی به عقب نشینی از اراضی اشغالی برچیدن شهرک‌ها و انتقال شهرک نشین‌ها به داخل اسرائیل را توجیه می‌کند.<sup>۳۸</sup>

پرهیز از اظهارنظر درباره مشروعیت ایجاد شهرک‌ها بی تردید به دیوان اجازه داده است که از مواجهه با دولت اسرائیل و افکار عمومی اجتناب نماید. اگرچه این موضوع از لحاظ سیاسی قابل درک است، همانگونه که در تحلیل آرای دیوان در مورد ایجاد دیوارها و جداسازی نشان داده خواهد شد، این پرهیز و اجتناب تا حدی به مواضع دیوان خلل وارد آورده است.

### رویه قضایی مرتبط با اشغال نظامی

ارزیابی تأثیر دیوان عالی اسرائیل بر توسعه قواعد اشغال نظامی کار آسانی نیست. در بسیاری از تصمیمات دیوان ترجیح داده است که به جای قواعد بین المللی اشغال نظامی بر قوانین اداری اسرائیل اتکا نماید. در تصمیمات دیگر، دیوان بر مسائل ماهوی خاص پرونده تمرکز نموده و به اصول حقوقی مرتبط توجه نشان نداده است. در نهایت در بسیاری از پرونده‌ها دیوان تمام تلاش خود را کرده است که از طریق تکیه بر تفاوت میان قواعد عرفی و حقوق معاهدات و یا نادیده گرفتن این مسئله، از اظهارنظر درباره انطباق تصمیمات دولت با مقررات بین المللی اجتناب نماید. در این مقاله به مسائلی توجه می‌شود که در آن‌ها دیوان قواعد قابل اجرا در سرزمین‌های اشغالی را بررسی نموده است.

### تفسیر قانون: رویه عمومی

---

<sup>۳۷</sup> H CJ 4481/91, Bargil et al., v. Government of Israel et al., 47(4) PD, p. 210, 1993. اسرائیل، رییس دیوان اعلام نمود که ماهیت اصلی مسئله شهرک سازی سیاسی است و دیوان باید این موضوع را به بخش‌های دیگر دولت واگذار نماید. قاضی گلدبرگ به مذاکرات در جریان میان دولت اسرائیل و مقامات فلسطین اشاره نمود که در آن مسئله شهرک سازی موضوع مهمی بود. وی بیان نمود از آنجایی که این پرونده شامل نقض یک حق فردی نقض شده نمی‌باشد، یکی از موارد نادری است که دادگاه باید از اظهارنظر قضایی که در یک روند سیاسی اختلال ایجاد می‌کند، اجتناب نماید. دیوان در یک پرونده دیگر ( See also I'ad case, above note 36. ) (In H CJ 4400/92, Kiryat Arba Local Council v. Government of Israel, 48(5) PD, p. 587, 1992) از همین منطق پیروی نمود و اعتراض یک شهرک نشین به ضبط تمام ساختمان‌های شهرک‌ها از سوی دولت را رد نمود.

<sup>۳۸</sup> Beth El case, above note 12; Kiryat Arba case, above note 37; Gaza Beach case, above note 14.

در پرونده آفو<sup>۳۹</sup> که با اخراج افراد مورد حمایت به دلایل امنیتی مرتبط بود، معترضین استدلال نمودند که پاراگراف ۱ ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم اخراج تمامی افراد مورد حمایت از سرزمین‌های اشغالی را ممنوع می‌نماید و این ممنوعیت استثنایی ندارد. در پاسخ به این استدلال رییس دیوان اعلام نمود که پاراگراف ۱ ماده ۴۹ را به دو طریق می‌توان تفسیر نمود. وی معتقد بود که در چنین پرونده‌ای دادگاه می‌باید تفسیری را برگزیند که کمترین محدودیت را برای حق حاکمیت دولت ایجاد می‌نماید. در این پرونده این به معنای انتخاب تفسیری است که اجازه می‌دهد افراد مورد حمایت به دلایل امنیتی اخراج شوند.<sup>۴۰</sup> به این اصل تفسیری که رییس دیوان برگزید، در کنوانسیون حقوق معاهدات وین اشاره ای نشده است. این دیدگاه کاملاً در تعارض با اصول بنیادین تفسیر معاهدات حقوق بشر یا حقوق بشردوستانه می‌باشد. اصولی که هدف آن‌ها محافظت از افراد در برابر سواستفاده دولت از قدرت است. هم چنین این نظر در تعارض با رویه عمومی دیوان عالی اسرائیل نیز می‌باشد که مقرر می‌دارد قوانین باید به نحوی تفسیر شود که حقوق بنیادین افراد حفظ شود.<sup>۴۱</sup> اگرچه دیوان هرگز این دیدگاه رییس خود را تکرار ننموده است، در عمل این نظر تا حد زیادی نشان می‌دهد که دیوان چگونه مفاد حمایتی کنوانسیون ژنو و مقررات لاهه را تفسیر می‌نماید. در پرونده‌های مرتبط به پاراگراف یک ماده ۴۹ کنوانسیون چهارم ژنو<sup>۴۲</sup> اکثریت دیوان تفسیری را برگزیده است که در تعارض با معنای آشکار این ماده است و این کار را بر اساس این پیش فرض مورد تردید انجام داده است که ممنوعیت مطلق اخراج افراد حمایت شده در این ماده برای مقابله با روش‌های اخراج مورد استفاده آلمان نازی مطرح شده است.<sup>۴۳</sup> در پرونده آجوری،<sup>۴۴</sup> دیوان تفسیری پویا از ماده ۷۸ کنوانسیون چهارم ژنو را برگزید، زمانی که بیان نمود که «محل اقامت تعیین شده» برای ضرورت‌های امنیتی می‌تواند شامل انتقال یک ساکن کرانه باختری به نوار غزه (پیش از انزوای آن) باشد.<sup>۴۵</sup>

در یک پرونده اخیر، معترضین مشروعیت نگهداری زندانیان اراضی اشغالی در اسرائیل را به چالش کشیدند و استدلال نمودند که این اقدام در تعارض با ماده ۷۶ کنوانسیون چهارم ژنو است.<sup>۴۶</sup> رییس دیوان در رأی خود بیان نمود که در تفسیر کنوانسیون چهارم ژنو باید به «شرایط خاص و ویژگی‌های اشغال نظامی، به ویژه ماهیت بلند

<sup>۳۹</sup> H CJ 785/87, Afu et al., v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al., 42(2) PD, p. 4, 1988, p. 17.

<sup>۴۰</sup> For criticism of the interpretation adopted by the Court, see D. Kretzmer, above note 2, pp. 48–52; Yoram Dinstein, 'Deportations from Occupied Territories', in Tel Aviv University Law Review, Vol. 13, 1988, pp. 403–416.

<sup>۴۱</sup> The leading case is H CJ 73, 87/53, Kol Ha'am v. Minister of Interior, 7 PD, p. 871, 1953.

<sup>۴۲</sup> Article 49, para. 1 of GC IV states: 'Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive'.

<sup>۴۳</sup> The cases are discussed in D. Kretzmer, above note 2, pp. 43–52.

<sup>۴۴</sup> Ajuri case, above note 20

<sup>۴۵</sup> For a critical analysis of this case see O. Ben-Naftali, above note 2, pp. 164–171.

<sup>۴۶</sup> Article 76, para 1, GCIV provides: 'Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein...'

مدت آن، شرایط جغرافیایی و امکان حفظ ارتباط میان اسرائیل و منطقه<sup>۴۷</sup> توجه شود. وی اعلام نمود که این بدان معناست که باید اهمیت بالایی به افراد مورد حمایت و به خصوص افراد بازداشت شده داده شود. آنچه که اهمیت دارد حفاظت از حقوق ماهوی این افراد است و نه تفسیر لغوی کنوانسیون چهارم ژنو. بنابراین اگر مقامات می‌توانستند شرایط بهتری را برای نگهداری بازداشت شدگان در اسرائیل تضمین نمایند، و نه اراضی اشغالی آنگونه که ماده ۷۶ کنوانسیون چهارم الزام می‌نماید، آن‌ها حقوق ماهوی افراد بازداشت شده را رعایت نموده بودند.<sup>۴۸</sup> معنای چنین رای‌ی می‌توانست چنین باشد که با تفسیر کنوانسیون به نفع حقوق افراد حمایت شده، دیوان از رویکردی که در بالا توضیح داده شده فاصله گرفته است. آن رویکرد منافع دولت را بر حقوق افراد ترجیح می‌داد و اکنون می‌توانست به این معنا باشد که کنوانسیون باید به نفع حقوق افراد حفاظت شده تفسیر شود. با وجود این، این ادبیات به کار گرفته شده بود تا سرپیچی مقامات از الزامات کنوانسیون چهارم ژنو را توجیه کند. بنابراین به نظر می‌رسد که این نوع نگاه با رویکرد عمومی دیوان که پیش از این توضیح داده شد مطابقت دارد. این رویکرد تفسیری را ترجیح می‌دهد که موضع دولت را تقویت می‌کند.

### نیازهای نظامی و رفاه عمومی

این رویه پذیرفته شده دیوان عالی است که یک فرمانده نظامی در حین اعمال اختیارات خود در اراضی اشغالی باید به دو عامل توجه نشان دهد: هم نیازهای نظامی و امنیتی را تأمین نماید و هم رفاه عمومی جمعیت محلی را تأمین نماید.<sup>۴۹</sup> چگونه دیوان واژه «نیازهای نظامی و امنیتی» را معنا نموده است؟

پرونده ایوب علیه وزارت دفاع اسرائیل<sup>۵۰</sup> مربوط به تصاحب زمین‌های خصوصی برای ایجاد شهرک‌ها در نقطه‌ای استراتژیک بود. با اتکا به عبارات ماده ۵۲ مقررات لاهه که اجازه می‌دهد اموال برای نیازهای نظامی قوای اشغالگر تصاحب شود، معترضین استدلال نمودند که این عبارت معنای مضیقی دارد که به نیازهای لجیستیکی ارتش اشغالگر محدود می‌شود و نیازهای امنیتی گسترده تر دولت اشغالگر را شامل نمی‌شود. قاضی ویتگن با رد این استدلال بیان نمود که در وضعیت مخاصمه قدرت اشغالگر مسئولیت حفظ نظم عمومی و امنیت را در اراضی اشغالی بر عهده دارد و باید با خطراتی که از اراضی اشغالی متوجه همین مناطق اشغالی یا قلمرو کشور اشغالگر

<sup>۴۷</sup> Yesh Din case, above note 30, para. 7.

<sup>۴۸</sup> Ibid., para. 11.

<sup>۴۹</sup> Jami'at Ascan case, above note 5; Beit Sourik case, above note 26, para. 34, in which the Court refers to the many judgments in which it has emphasized this crucial principle of its jurisprudence on belligerent occupation.

<sup>۵۰</sup> Beth El case, above note 12.

است، مقابله نماید.<sup>۵۱</sup> قاضی لاندو در نظریه موافق خود آشکارا به عبارات ماده ۵۲ مقررات لاهه اشاره نمود.<sup>۵۲</sup> پس از ذکر منابع مختلفی که تصاحب اموال غیرمنقول را برای نیازهای نظامی گسترده تر توجیه می‌نماید، قاضی لاندو اضافه نمود که به موجب ماده ۴۳ مقررات لاهه وظیفه اصلی یک فرمانده نظامی در اراضی اشغالی حفظ نظم عمومی و امنیت است. وی افزود که هر آنچه که برای تأمین این هدف نیاز است برای اهداف نظامی قدرت اشغالگر به معنایی که در ماده ۵۲ آمده است، ضروری می‌باشد.<sup>۵۳</sup> بنابراین، ایجاد یک شهرک غیرنظامی در یک منطقه استراتژیک که به گفته مقامات، دفاع از منطقه را تسهیل می‌کند یک نیاز نظامی است که تصاحب اراضی خصوصی را توجیه می‌کند.

در یک پرونده جدیدتر، دیوان با ارائه نگاهی سیاسی و ایدئولوژیک به منافع بلند مدت دولت، تلاش برای گسترش مفهوم نیاز نظامی و امنیتی را رد نمود.<sup>۵۴</sup> این امر باعث هدایت قاضی باراک به این نظر شد که:

«هر دو مورد وظیفه یک فرمانده نظامی در ارتباط با اراضی اشغالی است. فرمانده نظامی اجازه ندارد که منافع ملی، اقتصادی، و اجتماعی دولت خود را در نظر بگیرد تا حدی که این امور بر منافع امنیتی وی یا منافع امنیتی مردم محلی تأثیری ندارد. حتی نیازهای نظامی نیز نیازهای وی در همان منطقه است و نه نیازهای امنیت ملی در مفهومی وسیع تر. یک منطقه اشغالی را نمی‌توان مورد بهره برداری اقتصادی یا دیگر بهره برداری‌ها قرار داد.»<sup>۵۵</sup>

علی‌رغم این اظهار نظر غیرالزام آور قاضی که به نظر می‌رسد که تفسیری محدود از مفهوم نیاز نظامی ارائه می‌دهد، دیدگاه وسیعی که دیوان در پرونده ایوب مطرح نمود بیانگر رویه عمومی دیوان می‌باشد؛ رویکردی که حفاظت از منافع امنیتی دولت اشغالگر و اتباع آن را یک نیاز نظامی مشروع می‌داند.<sup>۵۶</sup> در واقع دیوان رویکرد قاضی لاندو را

---

<sup>۵۱</sup> Ibid., pp. 117–118.

<sup>۵۲</sup> در حالیکه خود مقامات به ماده ۵۲ مقررات لاهه به عنوان مبنای حقوقی تصاحب اراضی استناد نمودند، لاندو اشاره نمود که مشخص نیست این ماده مربوط به اموال غیرمنقول باشد ((ibid., pp. 129–131) با این وجود دیوان پذیرفت که به موجب قواعد عرفی حقوق بین الملل قدرت اشغالگر می‌تواند اراضی را برای نیازهای نظامی خود تصاحب نماید. see Y. Dinstein, above note 1, pp. 226–230.

<sup>۵۳</sup> Beth El case, above note 12, p. 131. Justice Landau repeated this approach in the Elon Moreh case, above note 25, p. 16.

<sup>۵۴</sup> Elon Moreh case, above note 25.

<sup>۵۵</sup> Jami'at Ascan case, above note 5, para. 13.

<sup>۵۶</sup> See, e.g., H CJ 202/81, Tabeeb et al., v. Minister of Defence et al., 36(2) PD, p. 622, 1981 (expropriation of land for construction of a road to circumvent a town); H CJ 1987/90, Shadid v. IDF Commander in Judea and Samaria (unreported judgment of 15 July 1990) (requisition of land for branch of the civil administration); H CJ 8286/00, Association for Civil Rights in Israel v. IDF Commander in Judea and Samaria (unreported judgment of 13 December 2000) (seizure of four schools to serve as military outposts during the first intifada); H CJ 401/88, Rian et al., v. IDF Commander in Judea and Samaria (unreported judgment of 24 July 1988) (requisition of a private apartment and roof of a building for a temporary military lookout).

دنبال نموده است. این دیدگاه نیازهای ارتش اشغالگر را به وظایف این دولت بر اساس ماده ۴۳ مقررات لاهه گره می زند. این وظایف به موضوع اصلی رویه قضایی دیوان تبدیل شده‌اند.

### ماده ۴۳ مقررات لاهه

ماده ۴۳ مقررات لاهه مسئولیت‌های بنیادین یک قدرت اشغالگر را توضیح می‌دهد. بنابراین ممکن است که به عنوان قانون اساسی کوچک رژیم حقوقی اشغال نظامی شناخته شود.<sup>۵۷</sup> این ماده مقرر می‌دارد:

«پس از انتقال واقعی اقتدار حاکمیتی از دولت ملی به قدرت اشغالگر، این قدرت مکلف است که ضمن رعایت تمام قوانین جاری کشور اشغالی، تمامی اقدامات در توان خود را برای بازگرداندن و تأمین نظم عمومی و امنیت انجام دهد مگر آنکه رعایت این قوانین مطلقاً منع شده باشند.»

این ماده به دو موضوع می‌پردازد: اول تعهد دولت اشغالگر به بازگرداندن و تأمین نظم عمومی و امنیت و دوم تعهد این قدرت به رعایت قوانین جاری کشور اشغالی مگر آنکه رعایت این قوانین مطلقاً منع شده باشند. در پروژه بروکسل ۱۸۷۴ و دستورالعمل آکسفورد ۱۸۸۰ این دو موضوع در دو ماده جداگانه مطرح شده بود. با این حال، در متن نهایی مقررات لاهه در ماده ۴۳ گنجانده شدند.<sup>۵۸</sup> دیوان عالی، از طریق گره زدن مسئله تغییر در قوانین به وظیفه تأمین نظم و امنیت، ارتباطی نزدیک میان این دو قسمت برقرار نموده است و در اینجا این دو موضوع جداگانه بررسی می‌شود.

### بازگرداندن و تأمین نظم عمومی و امنیت

---

<sup>۵۷</sup> See E. Benvenisti, above note 1, p. 9. In H CJ 2164/09, Yesh Din v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria et al., Judgment, 26 December 2011 (hereafter Quarries case), available in Hebrew at: <http://elyon2.court.gov.il/files/09/640/021/N14/09021640.N14.htm> (last visited 22 May 2012), para. 8, the Court stated: در پرونده یش دین علیه فرمانده نظامی نیروهای مسلح در یهودیه و سامریه دیوان اعلام نمود که معلوم است که ماده ۴۳ در رویه قضایی به عنوان ماده ای با ماهیت شبه قانون اساسی شناخته شده است که چهارچوب عمومی اجرای وظایف و اختیارات فرمانده نظامی در اراضی اشغالی را تعیین می‌نماید.

<sup>۵۸</sup> Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War, Brussels, 27 August 1874, Articles 2 and 3; The Laws of War on Land, Oxford, 9 September 1880, Articles 43 and 44.

در پرونده جامعه مسیحیت،<sup>۵۹</sup> که اولین رأی منتشر شده در ارتباط با اراضی اشغالی است، قاضی ساسمن بیان نمود که نسخه اصلی فرانسوی مقررات لاهه به مفهوم «نظم و حیات عمومی»<sup>۶۰</sup> اشاره می‌نماید که به وضوح قلمرویی گسترده‌تر از نظم و امنیت عمومی دارد. این مفهوم شامل تمام جنبه‌های زندگی عمومی و مدنی می‌شود. همانگونه که در رأی بعدی دیوان توضیح داده شد، عبارت حیات عمومی شامل «اداره مناسب یک نظام اداری با تمامی اجزای آن که امروزه در یک کشور کارآمد پذیرفته شده است، می‌باشد و این امر شامل امنیت، سلامت، آموزش، رفاه، و هم چنین کیفیت زندگی و حمل و نقل... می‌شود.»<sup>۶۱</sup> دیوان اعلام نمود که مفهوم اداره مناسب را نمی‌توان بر اساس مفاهیم خصوصی سازی زمان تصویب مقررات لاهه سنجید. این مفاهیم همان‌هایی هستند که برای یک دولت مدرن و متمدن در انتهای قرن بیستم مناسب است.<sup>۶۲</sup>

چه منافعی را برای ارزیابی رفاه مردم فلسطین باید در نظر گرفت؟ عموماً دیوان تنها به صورت محدود به رفاه مادی و اقتصادی توجه می‌نماید و منافع سیاسی فلسطینیان را که در گروهی اجتناب از ادغام بیشتر کرانه باختری با اسرائیل می‌باشد، نادیده می‌گیرد. بنابراین، به عنوان مثال در پرونده برق الخلیل دیوان پذیرفت که متصل نمودن شهر الخلیل به شبکه برق اسرائیل به نفع فلسطینیان است زیرا که تأمین مطمئن برق را تضمین می‌کند.<sup>۶۳</sup> تنها در یک پرونده که در ارتباط با تأمین برق بود، دیوان رویکرد متفاوتی برگزید. با اتکا به ماده ۴۳ مقررات لاهه دیوان بیان نمود که تصمیم فرمانده نظامی به واگذاری تأمین برق بیشتر مناطق نوار غزه به یک شرکت اسرائیلی به جای یک شرکت محلی فلسطینی غیرقانونی است. دیوان توضیح داد که با توجه به اهمیت انرژی برق واگذاری تأمین این انرژی به کسانی در خارج از اراضی اشغالی اثراتی دارد که فراتر از جنبه‌های اقتصادی و فنی این مسئله خواهد بود.<sup>۶۴</sup> اما این تصمیم استثنایی بود.

بررسی رویکرد دیوان به وظیفه تأمین نظم و امنیت عمومی متأثر از دو موضوع بوده است: ماهیت بلند مدت اشغال، و حضور شهرک نشینان در اراضی اشغالی و اسرائیلی‌هایی که در این اراضی رفت و آمد می‌کنند.

## اشغال بلند مدت

در پرونده آلن مَره قاضی لاندو بیان داشت که:

<sup>۵۹</sup> Christian Society case, above note 3, p. 581

<sup>۶۰</sup> L'ordre et la vie publique - public order and safety; See Y. Dinstein, above note 1, p. 89.

<sup>۶۱</sup> Tabeeb case, above note 56, p. 629.

<sup>۶۲</sup> Jami'at Ascan case, above note 5, p. 800.

<sup>۶۳</sup> Hebron Electricity case, above note 3.

<sup>۶۴</sup> HCJ 351/80, Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Energy and Infrastructure, 35(2) PD, p. 673, 1981, p. 692. For discussion of the difference in the judicial approach between the two electricity supply cases, see D. Kretzmer. above note 2, pp. 64–68.

«زمانی که سرنوشت اشغال نظامی نامعلوم است، هیچ دولت نظامی نمی‌تواند در منطقه اشغالی برای مقاصد نظامی خود چیزی را ایجاد نماید که از همان ابتدا قصد داشته که حتی پس از پایان اشغال نیز باقی بماند.»<sup>۶۵</sup>

این پرونده مربوط به تصاحب اراضی خصوصی برای ایجاد شهرک‌های اسرائیلی بود. اما درباره پروژه ای که هدف ظاهری آن کمک به مردم محلی است، چطور؟ آیا فرمانده نظامی می‌تواند درباره پروژه‌های بلند مدتی که پس از پایان اشغال نیز باقی می‌ماند، تصمیم بگیرد؟

قاضی باراک در پرونده جمعیت آسکان<sup>۶۶</sup> به این موضوعات پرداخت. این پرونده مربوط به مصادره اراضی برای ایجاد یک بزرگراه در کرانه باختری بود. دیوان اعلام نمود که در بررسی پروژه‌های بلند مدت دو منفعت متضاد در مقابل هم قرار می‌گیرند: از یک سو وظیفه فرمانده نظامی به مراقبت از منافع مردم محلی به عنوان یک دولت کارآمد قرار دارد و از سوی دیگر محدودیت قدرت اشغالگر مطرح است که نمی‌تواند حاکمیت ملی را اعمال نماید و اختیار وی ناشی از حقوق اشغال نظامی است. با اعمال این تئوری که دولت نظامی دارای اختیارات لازم برای یک دولت مدرن و متمدن در انتهای قرن بیستم است،<sup>۶۷</sup> دیوان اعلام نمود که سرمایه‌گذاری و پروژه‌های بلند مدتی که پس از پایان اشغال باقی می‌ماند مشروع خواهند بود مشروط به این که در جهت منافع مردم محلی برنامه ریزی شده باشند و تغییری در نهادهای اساسی سرزمین اشغالی ایجاد نکنند. بر اساس این اصل، دیوان بیان نمود که ساخت یک بزرگراه امر مشروع است زیرا که دلایلی وجود دارد که نشان می‌دهد این کار در جهت منافع مردم محلی است.

رویکردی که قاضی باراک ارائه نمود در پرونده‌های بعدی نیز دنبال شد. در حالیکه هدف از اعمال اختیار دولتی - منفعت مردم محلی - در طول زمان تغییر نمی‌کند، روشی که این اختیار به کار گرفته می‌شود باید با توجه به شرایط و وضعیت باشد. قاضی باراک این نظر را در رأی که بیست سال پس از رأی اول صادر شده بود، تکرار کرد:

«صحیح است که اشغال این اراضی برای سالیان دراز ادامه داشته است. این حقیقت بر میزان اختیارات فرمانده نظامی تأثیر می‌گذارد... با وجود این، گذر زمان نمی‌تواند اختیارات فرمانده نظامی را به نحوی گسترش دهد که وی اجازه داشته باشد چیزی را ورای اداره مناسب و کارآمد سرزمین اشغالی مد نظر قرار دهد.»<sup>۶۸</sup>

در پرونده‌های جدیدتر، دیوان توضیح داده است که «اشغال نظامی یک منطقه از سوی اسرائیل ویژگی‌های خاصی دارد: که خصیصه اصلی آن مدت زمان اشغال است که می‌طلبد قوانین با توجه حقایق موجود منطبق شود.»<sup>۶۹</sup> در آن پرونده، مسئله این بود که آیا قانونی است که مقامات نظامی به شرکت‌های اسرائیلی اجازه افتتاح و اداره معدن

<sup>۶۵</sup> Elon Moreh case, above note 25, p. 22.

<sup>۶۶</sup> Jami'at Ascan case, above note 5.

<sup>۶۷</sup> Ibid., p. 800.

<sup>۶۸</sup> Beit Sourik case, above note 26, pp. 829-830..

<sup>۶۹</sup> Quarries case, above note 57, para. 10.

سنگ را در کرانه باختری بدهند.<sup>۷۰</sup> معترض که یک سازمان غیردولتی اسرائیلی بود ادعا نمود که این سیاست با تعهد دولت اشغالگر به اداره اموال عمومی به صورت انتفاعی مطابقت ندارد. این تعهد ناشی از ماده ۵۵ مقررات لاهه می‌باشد. علاوه بر این، از آنجایی که بیشتر منابع سنگی که استخراج می‌شود در اسرائیل استفاده می‌شود، صدور مجوز استخراج معدن را نمی‌توان در جهت منافع مردم فلسطین دانست.<sup>۷۱</sup>

این اعتراضات سبب شرمندگی مقامات دولتی شد. ضمن دفاع از سیاست خود، ادعا نمودند که بهره برداری معقول که منجر به تقلیل قابل توجه منابع معدنی نمی‌شود مجاز است. هم چنین اعلام نمودند که هیچ مجوز جدیدی برای استخراج سنگ از کرانه باختری به شرکت‌های اسرائیلی اعطا نشده است.

دادگاه بیان نمود که اعتراض را می‌توانست بدون ورود به ماهیت دعوا رد نماید. در وهله اول، مسئله معادن سنگ یک موضوع سیاسی بود که در مذاکرات میان اسرائیل و مقامات فلسطینی به آن رسیدگی شده و بخشی از توافق اسلو بود. از آنجایی که هیچ کسی مدعی نشده بود که حقوق اش با استخراج معدن نقض شده است، این مسئله را باید به عنوان موضوع سیاسی و غیرقابل رسیدگی قضایی دانست. علاوه بر این، این اعتراض از لحاظ ماهوی کلی بود و مبنای ماهوی کافی برای صدور تصمیم قضایی ارائه نشده بود. در نهایت تأخیر در ارائه اعتراض و اثری که این تأخیر بر حقوق اشخاص ثالث داشت (شرکت‌های استخراج معادن) دادگاه را واداشت تا اعتراض به دلیل سهل انگاری رد نماید. (تأخیر غیر موجه در تسلیم اعتراض که مبنای پذیرفته شده رد اعتراض در دیوان محسوب می‌شود)

علی‌رغم این دیدگاه که ممکن بود اعتراض به دلایل فوق‌الذکر رد شود، دیوان وارد رسیدگی ماهوی شد. ابتدا تلاش نمود که نشان دهد که میان حقوقدانان در مورد تفسیر ماده ۵۵ مقررات لاهه اختلاف نظر وجود دارد؛ به ویژه درباره این موضوع اختلاف وجود دارد که آیا یک قدرت اشغالگر می‌تواند گشایش و اداره یک معدن جدید را اجازه دهد. پس از طرح این سؤال دیوان به نفع مقامات دولتی رأی صادر نمود که گشایش معادن قانونی است. دیوان دیدگاه خود را به چند دلیل متکی نمود. از آنجایی مقدار سنگی که استخراج می‌شود منابع موجود در معدن

---

<sup>۷۰</sup> در پرونده نال علیه شورای عالی برنامه ریزی یهودیه و سامریه معترضین ساکنین شهرک‌های اسرائیلی بودند ( HCJ 9717/03, Naale v. Supreme Planning Council in Judea and Samaria, 58(6) PD, p. 97, 2004). در حالیکه نگرانی آن‌ها آلودگی ناشی از ایجاد معادن بود، آن‌ها ادعا نمودند که صدور مجوز فعالیت با ماده ۵۵ مقررات لاهه در تعارض است. در نظری مختصر دیوان اعلام نمود که حتی اگر معدن منابع طبیعی را مورد بهره برداری قرار دهد، این امر مجاز است اگر این کار به نفع مردم محلی باشد که شهرک نشینین ها در کنار آن‌ها ساکن شده‌اند. علاوه بر این، مدت اشغال نظامی این اثر را به دنبال دارد که قدرت اشغالگر باید تغییراتی را اجازه دهد که تاثیراتی بلند مدت دارد. از آنجایی که مقامات نشان داده‌اند که سنگ‌های استخراج شده در جهت تأمین نیازهای مردم محلی مفید است، دادگاه معتقد است که گشایش معدن با ماده ۵۵ مقررات لاهه در تعارض نیست.

<sup>۷۱</sup> According to figures submitted to the Court by the authorities, 94% of the stone from the quarries operated by Israeli companies was for use in Israel. Quarries case, above note 57, para. 1.



را به میزان قابل توجهی کاهش نمی‌دهد،<sup>۷۲</sup> دادگاه اعلام نمود که این میزان از استخراج معدن را می‌توان به عنوان استفاده از منافع آن دانست تا آنکه آن را بهره برداری از اصل سرمایه بدانیم.<sup>۷۳</sup> دیوان مقرر نمود که در چنین شرایطی سؤال اساسی این است که آیا چنین اقدامی با تعهد دولت قدرت اشغالگر بر اساس ماده ۴۳ مقررات لاهه مطابقت دارد یا خیر. مطابق رویه دیوان که پیش از این مورد بحث قرار گرفت، این بدان معناست که آیا این اقدام به نفع رفاه مردم محلی است یا خیر. با پاسخ مثبت به این سؤال، دیوان به چند عامل اشاره نمود: مقداری از سنگ‌های استخراجی را فلسطینیان استفاده می‌کردند. شرکت‌های استخراج بهره مالکانه به مقامات فلسطینی پرداخت می‌نمودند که این منابع صرف توسعه پروژه‌های محلی می‌شد، تعداد معقولی از فلسطینیان در این معادن استخدام شده بودند، و توسعه این معادن به رشد منطقه کمک می‌کرد. در پرتو این عوامل، دادگاه مقرر نمود که با توجه منافع اقتصادی مشترک اسراییل‌ها و فلسطینیان و ماهیت بلند مدت اشغال نظامی نمی‌تواند این اعتراض را که اداره معادن ارتباطی با رفاه مردم محلی ندارد، بپذیرد.<sup>۷۴</sup> دیوان هم چنین اعلامیه دولت را مبنی بر این که دیگر مجوز جدید استخراج معدن به شرکت‌های اسراییلی اعطا نمی‌کند، مد نظر قرار داد.

رأی دادگاه در این پرونده سؤالات زیادی را مطرح نمود. در وهله اول، چرا میزان سنگ استخراج شده به نسبت میزان سنگ قابل استخراج باید در تصمیم دادگاه مبنی بر این که این کار استفاده از منافع است یا تقلیل اصل سرمایه، تأثیر بگذارد؟ منابع طبیعی تجدیدناپذیر را به دشواری می‌توان منافع یک مال دانست. دوم آنکه با بررسی اثرات اتفاقی فعالیت اقتصادی به جای مقاصد ظاهری اقدام فرمانده نظامی، دادگاه از موضع قبلی خود فاصله گرفته است. رویکرد دیوان شباهت زیادی به رویکرد استعماری دارد که به موجب آن استعمارگران ادعا می‌نمودند که هدف فعالیتشان کمک رسانی به مردم مستعمره است. در نهایت، حتی اگر می‌پذیرفتیم که گشایش یک معدن جدید به اقتصاد محلی کمک می‌کند، دلیلی وجود ندارد که توضیح دهد چرا فرمانده نظامی می‌بایست به شرکت‌های اسراییلی و نه شرکت‌های محلی فلسطینی اجازه دهد در این منطقه فعالیت کنند. تمام منافع جمعیت محلی (نظیر اشتغال، تأمین سنگ برای ساختمان سازی محلی، و توسعه) با صدور مجوز برای شرکت‌های فلسطینی نیز تأمین می‌گشت.

**شهرک‌ها، شهرک نشین‌ها، و رفت و آمدکنندگان اسراییلی**

---

<sup>۷۲</sup> According to an estimate submitted by the authorities, even if the Israeli quarries were to continue to operate on the same scale for the next thirty years they would only exploit 0.5% of the quarrying potential on the West Bank: *ibid.*, para. 1.

<sup>۷۳</sup> *Ibid.*, para. 11.

<sup>۷۴</sup> *Ibid.*, para. 13.

بستر اصلی که در چهارچوب آن دیوان تلاش نموده است قوانین را با حقایق موجود تطبیق دهد مسئله شهرک‌ها و به ویژه اثر آن‌ها بر منافع افراد مورد حمایت است. به موجب پاراگراف ۱ ماده ۴ کنوانسیون چهارم ژنو، این عبارت شامل تمامی افرادی می‌شود که تحت کنترل قدرت اشغالگر قرار می‌گیرند به استثنای اتباع دولت اشغالگر.<sup>۷۵</sup>

زمانی که دیوان برای اولین بار بررسی نمود که چه افرادی شکل دهنده جمعیت محلی می‌باشند، دیوان مفهوم افراد مورد حمایت را مورد توجه قرار نداد. بنابراین، زمانی که دیوان درباره رفاه جمعیت محلی در پرونده برق الخلیل نظر خود را اعلام نمود، بیان داشت که برای این مقصود، ساکنان یک شهرک در حومه الخلیل را باید به عنوان بخشی از جمعیت محلی دانست، و آن‌ها محق هستند که از برق به طور ثابت بهره مند شوند.<sup>۷۶</sup> دیوان چند سال بعد زمانی که به وظایف قدرت اشغالگر درباره افراد مورد حمایت اشاره نمود این دیدگاه را تکرار نمود.<sup>۷۷</sup>

در بسیاری از پرونده‌ها مقامات دولتی ادعا نمودند که یک تصمیم یا اقدام که به چالش کشیده می‌شود و به نظر در جهت منافع شهرک نشین‌ها و دیگر اسراییلی‌ها است در حقیقت منافع جمعیت محلی فلسطین را تأمین می‌کند. دادگاه اکراه داشت که این ادعا را به چالش بکشد.<sup>۷۸</sup> دیوان مستمراً اعلام نموده است که صرف این حقیقت که یک اقدام فرمانده نظامی نظیر ساخت یک بزرگراه به نفع شهرک نشین‌ها هم هست، این اقدام را غیرقانونی نمی‌سازد مشروط به اینکه هدف در جهت تأمین منافع مردم فلسطین است.<sup>۷۹</sup> در بسیاری از پرونده‌ها این چنین به نظر می‌رسد که حتی اگر بتوان ادعا نمود که جمعیت محلی فلسطینی از اقدام مورد اعتراض بهره می‌برد، قطعاً این هدف اصلی آن اقدام نبوده است. در یک پرونده اخیر در ارتباط با مصادره اراضی خصوصی به منظور ساخت خط راه آهن میان تل آویو و بیت المقدس، دیوان این سؤال را بی پاسخ گذاشت که آیا برای مشروعیت این اقدام ضرورت دارد که منفعت جمعیت محلی هدف اصلی اقدام باشد و نه یکی از اثرات جانبی آن.<sup>۸۰</sup> تصمیمات دادگاه در پرونده معادن سنگ که پیش از آن توضیح داده شد به نظر بدین معناست که حتی اگر تأمین منفعت جمعیت محلی از اثرات جانبی یک اقدام باشد، این اقدام قانونی است.<sup>۸۱</sup>

---

<sup>۷۵</sup> Article 4, para. 1, of GC IV states: 'Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals'.

<sup>۷۶</sup> Hebron Electricity case, above note 3, p. 138.

<sup>۷۷</sup> Hess case, above note 20, p. 455; HCJ 9717/03, Naale case, above note 70, p. 104.

<sup>۷۸</sup> See, e.g., Tabeeb case, above note 56.

<sup>۷۹</sup> Jami'at Ascan case, above note 5, p. 811; Head of Beit Icsa Local Council case, above note 20.

<sup>۸۰</sup> Head of Beit Icsa Local Council case, above note 20, para. 27. The Court refused to rule on the merits in this case, as it held that the petition should be rejected on the grounds of laches (i.e. undue delay in submitting the petition).

<sup>۸۱</sup> See above note 70 and text accompanying notes 69–74.

با گسترش جمعیت شهرک‌ها به ویژه پس از انتفاضه سال ۱۹۸۷ و تقابل‌های جدی میان اسرائیل و فلسطینیان در کرانه باختری، بروز تضاد منافع میان شهرک نشین‌ها و فلسطینیان غیرقابل اجتناب بود. چگونه دیوان به این موضوع رسیدگی نمود؟

پرونده ای که قرار بود به این سؤال بپردازد مربوط به ساختمان بیت‌الحدثه در الخلیل بود. پس از آن که دولت اسرائیل به اتباع اسرائیل اجازه داد که طبقات فوقانی را اشغال نمایند، فرمانده نظامی یک حصار اطراف آن ساختمان ایجاد نمود که رفت و آمد فلسطینیان را به طبقات پایین دشوار می‌ساخت. زمانی که این اقدام در دادگاه به چالش کشیده شد، فرمانده ادعا نمود که وجود این حصار برای حفظ امنیت شهرک نشین‌ها ضروری است. ضمن بررسی این ادعا، دیوان این موضوع را بدیهی دانست که اختیار فرمانده در تأمین امنیت بسیار گسترده است و شامل تمامی افراد در منطقه خواهد بود؛ چه از ساکنین دائمی باشد و چه از ساکنان جدید.<sup>۸۲</sup> هرگاه دیوان به تضاد منافع میان شهرک نشین‌ها و افراد مورد حمایت می‌پردازد این موضوع، بن مایه اصلی است.<sup>۸۳</sup>

زمانی که دیوان به مشروعیت ساخت دیوار حائل که عموماً در کرانه باختری برپا شده است پرداخت، امنیت جمعیت شهرک‌ها به موضوع اصلی تبدیل شد. این مسئله در نظریه مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نتایج حقوقی ساخت دیوار نیز مورد بررسی قرار گرفته است.<sup>۸۴</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری اظهار داشت که از آنجایی که ساخت شهرک‌های کرانه باختری نقض حقوق بین‌الملل است، تعیین محل ساخت دیوار به نحوی که شهرک‌ها در غرب آن واقع شوند، نیز غیر قانونی است. پیش فرض مورد استناد آن بود که هدف از ساخت دیوار منضم نمودن این شهرک‌ها به قلمرو اسرائیل است.<sup>۸۵</sup> دیوان عالی اسرائیل با این نظر مخالف بود. دیوان بیان نمود که تعیین محل دیوار بر اساس مسائل امنیتی و نه ملاحظات سیاسی امری اثبات شده بود.<sup>۸۶</sup> با وجود این، سؤال

---

<sup>۸۲</sup> HCY 72/86, *Zalum v. Military Commander*, 41(1) PD, p. 528, 1987, p. 532. پرونده زالوم علیه فرماندهی نظامی، وکیل معترضین ظاهراً استدلال نکرد که فرمانده نظامی امنیت افراد مورد حمایت را مد نظر قرار نداده است. به جای آن ادعا نمود که دلایل اصلی ساخت حصار این بوده که مغازه داران فلسطینی مجبور به ترک آن ساختمان بشوند.

<sup>۸۳</sup> See, e.g., HCY 4363/02, *Zinbakh v. IDF Commander in Gaza*, Judgment, 28 May 2002, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/02/630/043/A02/02043630.a02.pdf> (visited 22 May 2012); HCY 4219/02, *Gusin v. IDF Commander in Gaza*, 56(4) PD, p. 408, 2002, at p. 611. استدلال را رد نموده است که حفاظت از شهرک نشین‌ها یک نیاز امنیتی مشروع نیست. دیوان اعلام کرد که به موجب قرارداد صلح اسلو مسئله شهرک‌ها در مرحله پایانی توافق مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و تا آن زمان فرمانده نظامی مکلف است که امنیت تمامی افراد حاضر در منطقه را تأمین کند.

<sup>۸۴</sup> Legal Consequences of Construction of the Wall, above note 18.

<sup>۸۵</sup> For discussion of the reasons for tying the legality of the barrier's route to the location of settlements, see David Kretzmer, 'The advisory opinion: the light treatment of international humanitarian law', in *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp. 88–102.

<sup>۸۶</sup> Beit Sourik case, above note 26; Alpehi Menashe case, above note 20.

اصلی این بود که امنیت چه کسی قرار بود تأمین شود. آیا منافع امنیتی اتباع دولت اشغالگر که در اراضی اشغالی سکونت دارند نیز مشمول منافع امنیتی می‌شوند که فرمانده نظامی مکلف به حفظ آن است؟

همانگونه که در بالا توضیح داده شد، دیوان عالی از اظهار نظر درباره مشروعیت ساخت شهرک‌ها در اراضی اشغالی اجتناب نمود. در حالیکه آشکارا ساخت شهرک‌ها را قانونی اعلام نکرد، اما اجتناب از اظهار نظر درباره این موضوع به طور ضمنی به معنای مشروعیت بخشی به آن دیده شد. متعاقباً زمانی که پرونده‌های دیوار حائل نزد دیوان مطرح شد، در این موقعیت نبود که بتواند نظر خود را سی و پنج سال پس از شروع اشغال نظامی تغییر دهد و اعلام کند که ایجاد شهرک‌ها غیرقانونی بوده است. از سوی دیگر قصد نداشت که با نظر دیوان بین المللی دادگستری مخالفت نماید و وجود آن‌ها را قانونی اعلام کند. دیوان از این مشکل اجتناب نمود و اعلام کرد که مشروعیت ایجاد شهرک‌ها در پاسخ به این سؤال که آیا فرمانده نظامی باید امنیت شهرک نشین‌ها را در جهت حفظ نظم عمومی مدنظر قرار دهد، اثری ندارد. مطابق دیدگاه دیوان، تعهد فرمانده نظامی به حفظ نظم عمومی به موجب ماده ۴۳ مقررات لاهه شامل وظیفه محافظت از تمامی افراد حاضر در اراضی اشغالی می‌شود و اهمیتی ندارد که حضور آن‌ها صحیح یا نادرست باشد. برای اولین بار این نظر در پرونده الفی مناشه<sup>۸۷</sup> مطرح شد که در آن دیوان توجه ویژه‌ای به نظر مشورتی دیوان بین المللی دادگستری نشان داد. از آن زمان به معیار رفتار دیوان در پرونده‌های دیوار حائل تبدیل شده است.<sup>۸۸</sup>

پرونده ابوسفیه مربوط به یک دستور نظامی بود که استفاده فلسطینیان از بزرگراه ۴۴۳ در کرانه باختری را ممنوع می‌ساخت.<sup>۸۹</sup> در پرونده پیشین که در آن مصادره اراضی مورد نیاز برای بزرگراه در حال بررسی بود، دیوان پذیرفته بود که هدف ساخت بزرگراه در جهت منافع مردم فلسطین است.<sup>۹۰</sup> دستور ممنوعیت استفاده پس از آن صادر شد که تعدادی حملات با اتومبیل و تیراندازی به خودروهای اسرائیلی اتفاق افتاد که منجر به کشته و مجروح شدن سرنشینان شده بود. پس از مدتی تأمل در این باره، دیوان اظهار داشت که ممنوعیت کامل استفاده از بزرگراه در خارج از اختیارات فرمانده نظامی است. هم چنین اعلام نمود که در هر حالتی حتی اگر فرمانده نظامی این اختیار

<sup>۸۷</sup> Alpehi Menashe case, above note 20, p. 498.

See, e.g., HCJ 3680/05, Tene Local Committee v. Prime Minister of Israel (2006), para. 8, available in <sup>۸۸</sup> Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/05/800/036/A13/05036800.a13.htm> (last visited 22 May 2012); HCJ 11651/05, Beit Aryeh Local Council v. Minister of Defence (2006), para. 8, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/05/510/116/A05/05116510.a05.htm> (last visited 22 May 2012); HCJ 2577/04, Al Hawaji et al., v. Prime Minister et al. (2007), para. 31, available in Hebrew at: <http://elyon1.court.gov.il/files/04/770/025/N56/04025770.n56.htm> (last visited 22 May 2012).

پرونده دیوان تکرار نموده است که اختیار فرمانده نظامی به ساخت دیوار حائل شامل اختیار ساخت یک دیوار برای محافظت از اسرائیلی‌های ساکن در اراضی اشغالی نیز می‌شود اگرچه این افراد بر اساس تعریف ماده کنوانسیون چهارم ژنو اشخاص مورد حمایت محسوب نمی‌شوند.

<sup>۸۹</sup> HCJ 2150/07, Ali Hussein Mahmoud Abu Safiyeh, Beit Sira Village Council Head, et al., v. Minister of Defence et al., Judgment, 29 December 2009, available at: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf) (last visited 22 May 2012).

<sup>۹۰</sup> Jami'at Ascan case, above note 5.

را داشت که مانع از دسترسی فلسطینیان به بزرگراه شود، ممنوعیت کامل با اصل تناسب هم خوانی ندارد.<sup>۹۱</sup> ممکن است که گمان شود که از آنجایی که به ظاهر این بزرگراه در جهت منافع جمعیت محلی ساخته شده بود، و تأمین رفاه مردم فلسطین از جمله وظایف فرمانده است که در تصمیمات اش مدنظر دارد، دیوان ممکن بود که اعلام نماید فرمانده مکلف است که به همه فلسطینیان اجازه دهد که از بزرگراه استفاده کنند و در صورت امکان اقداماتی را برای تأمین امنیت خودروهای اسرائیلی انجام دهد. اما دیوان عالی اسرائیل چنین کاری را نکرد. تنها اعلام نمود که دستور ممنوعیت مطلق غیرقانونی و بلااعتبار است و اجازه داد که فرماندهی نظامی دستور جدیدی صادر کند تا امنیت لازم برای رانندگان اسرائیلی را فراهم کند.<sup>۹۲</sup> پیش فرض ضمنی این است که خودروهای اسرائیلی هم چنان می‌توانند از بزرگراه استفاده کنند و فلسطینیان دسترسی محدودی به آن خواهند داشت. اساساً دیوان به طور ضمنی پذیرفته است که منفعت اصلی که برای استفاده از بزرگراه تأمین می‌شود آزادی تردد اسرائیلی‌هاست.

در پرونده هس، دیوان این دیدگاه خود را تکرار نمود که شهرک نشین های اسرائیلی جزئی از جمعیت محلی محسوب می‌شوند که فرمانده نظامی باید رفاه آن‌ها را تأمین کند.<sup>۹۳</sup> این پرونده مربوط به مصادره اراضی خصوصی در کنار مسیری است که شهرک نشین ها و دیگر بازدیدکنندگان در راه زیارت مقبره حضرت ابراهیم (ع) در الخلیل از آن می‌گذشتند. هدف از مصادره اراضی تأمین امنیت بیشتر شهرک نشینان بود. در حالیکه دادگاه به وظیفه فرماندهی نظامی به تأمین رفاه افراد مورد حفاظت به موجب ماده ۴۳ مقررات لاهه اشاره نمود، بیشتر نظر خود را به ایجاد تعادل میان آزادی‌های اساسی مذهب و مالکیت اختصاص داد. ضمن تأیید مصادره اراضی، دیوان اهمیت چندانی به وظیفه محافظت از حقوق افراد مورد حمایت نداده است.<sup>۹۴</sup>

به طور خلاصه، دیوان عالی اسرائیل معنای گسترده‌ای به عبارت «حیات و امنیت عمومی» مذکور در ماده ۴۳ مقررات لاهه داده است که متضمن تمامی اقدامات لازم از سوی دولت در یک جامعه منظم در جهان معاصر است. با برگزیدن تفسیر پویا از قواعد حقوقی اشغال نظامی با هدف در نظر گرفتن ملاحظات سیاسی و ماهیت بلند مدت اشغال، دیوان عالی تا حدی معنای اصلی این قواعد را زیر سؤال برده است. دیوان عالی اسرائیل حمایت‌های قانونی بین‌المللی از افراد حفاظت شده را تضعیف نموده است زیرا که امنیت شهرک نشینان و اسرائیلی‌هایی که در اراضی اشغالی عبور و مرور می‌کنند را به عنوان منفعت مورد حمایت در نظر گرفته است، و هم‌زمان اولویت تأمین

---

<sup>۹۱</sup> Abu Safiyeh case, above note 89.

<sup>۹۲</sup> Ibid., para. 39. دیوان نظر خود به عدم مشروعیت ممنوعیت استفاده از بزرگراه را برای مدت پنج ماه تعلیق کرد تا فرماندهی نظامی بتواند ترتیبات جدید را برقرار کند. ایست‌های امنیتی سخت‌گیرانه و دستور جدید نظامی صادر شده پس از رأی دادگاه منجر به محدودیت‌های جدی برای استفاده فلسطینیان شده است. See B'Tselem (The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories), 'Route 443 – West Bank road for Israelis only', available at: [http://www.btselem.org/freedom\\_of\\_movement/road\\_443](http://www.btselem.org/freedom_of_movement/road_443) (last visited 22 May 2012).

<sup>۹۳</sup> Hess case, above note 20.

<sup>۹۴</sup> See also Rachel Tomb case, above note 20.

منافع افراد مورد حمایت را که کنوانسیون چهارم ژنو الزام می‌نماید، نادیده گرفته، و رفاه جمعیت محلی را به عنوان هدف اصلی قرار نداده است.<sup>۹۵</sup>

## تغییرات قانون

پرونده جامعه مسیحیت<sup>۹۶</sup> مربوط به دستوری نظامی بود که برای تسهیل حل و فصل اختلافات حقوق کار، قانون محلی را تغییر داده و ارجاع به داوری را اجباری ساخته بود. سؤال این بود که آیا با توجه به ماده ۴۳ مقررات لاهه این تغییر با تعهد دولت اشغالگر به رعایت قوانین داخلی کشور اشغالی منطبق بوده است.

دادگاه در بررسی عبارت «مگر اینکه رعایت قوانین داخلی مطلقاً منع شده باشد» دچار اختلاف شد. اکثریت قضات دادگاه این عبارت را ناظر به تعهد دولت اشغالگر به بازگرداندن و تأمین حیات و نظم عمومی دانستند و معتقد بودند که هر تغییری در قوانین داخلی که هدف آن انجام این تعهد باشد مطلقاً ضروری است. قاضی مخالف اکثریت معتقد بود که ماده ۴۳ مقررات لاهه از وظیفه بازگرداندن و تأمین نظم عمومی سخن می‌گوید. وی اعلام داشت که یک فرد تنها می‌تواند آنچه را که پیش از آن وجود داشته است بازگرداند و اقدامات تامینی نباید ماهیت حیات و نظم عمومی را که پیش از آن وجود داشته است، تغییر دهد. علاوه بر این، وی افزود که از آنجایی که ارجاع اجباری به داوری در نظام حقوقی اسرائیل وجود ندارد، قدرت اشغالگر نمی‌تواند ادعا کند گزینه ای جز ایجاد آن در اراضی اشغالی نداشته است. بنابراین وی از دیدگاهی حمایت می‌کرد که در ادبیات حقوقی تا حدی تأیید شده است: صرف این حقیقت که قانون خاصی در کشور اشغالگر وجود دارد بدین معنا نیست که فرماندهی نظامی می‌تواند آن را به قوانین اراضی اشغالی بیافزاید. اما این حقیقت که قانونی در کشور اشغالگر وجود ندارد می‌تواند مانع از معرفی آن به نظام حقوقی منطقه اشغالی باشد.<sup>۹۷</sup>

دیدگاه اقلیت که تغییرات قانون را با توجه به آنچه که پیش از آن وجود داشته است می‌سنجد، در زمانی که اشغال نظامی به درازا می‌انجامد، قابل اعمال نیست. این دیدگاه هرگز در دیوان پذیرفته نشد و نظر اکثریت به کرسی

---

<sup>۹۵</sup> For development of the argument that, in applying universal standards to all persons in the occupied territories, the Court has weakened the special protection that an Occupying Power is supposed to extend to protected persons, 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.

<sup>۹۶</sup> Christian Society case, above note 3.

<sup>۹۷</sup> See Y. Dinstein, above note 1, p. 122, and the authorities cited there.

نشست. بنابراین تغییرات قانونی که برای تأمین امنیت یا رفاه بیشتر مورد نیاز است به این دلیل که فرماندهی نظامی مطلقاً از معرفی آنها منع شده است نامشروع نخواهد بود.<sup>۹۸</sup>

رویکرد دیوان به تغییرات قانون را می‌توان با عنوان رویکرد «اشغالگر خیرخواه» (Benevolent Occupier) نام گذاری کرد.<sup>۹۹</sup> به نام ایجاد تغییرات در جهت منافع مردم محلی، راه برای ایجاد تغییرات وسیع در قانون کرانه باختری رود اردن و (نوار غزه پیش از عقب نشینی اسرائیل) فراهم شده است. زمانی که این تغییرات مورد اعتراض قرار می‌گیرند، مقامات دولتی تنها کافی است که ادعا کنند که این تغییرات در جهت منافع مردم محلی است.

بهترین مثال پرونده ابو عطا<sup>۱۰۰</sup> بود که در دهه ۱۹۸۰ رسیدگی شد. متعاقب تصویب قانونی که مالیات ارزش افزوده را در اسرائیل وضع نمود، فرماندهی نظامی دستورات را صادر کرد که همان مالیات‌ها را در اراضی اشغالی وضع نمود. زمانی که مقامات شروع به اخذ این مالیات‌ها نمودند، بازرگانان فلسطینی به دیوان اعتراض کردند. پس از بررسی نظرات مختلف، قاضی شامگار به این نتیجه رسید که هیچ قاعده غیرقابل انعطافی علیه وضع مالیات جدید در سرزمین اشغالی وجود ندارد. وی اعلام نمود که همانند دیگر قوانین نظامی، قانون وضع کننده مالیات نیز با توجه به ماده ۴۳ مقررات لاهه ارزیابی خواهد شد. زمانی که مالیات وضع گردید، مرزها میان اسرائیل و اراضی اشغالی باز بود. و اگر دولت مالیات مشابهی را در اراضی اشغالی وضع نمی‌نمود، مجبور بود که تبادل کالا و خدمات میان اسرائیل و اراضی اشغالی را محدود نماید و این موضوع می‌توانست اثرات مخربی بر جمعیت محلی داشته باشد. علاوه بر این مشکلات اقتصادی در اراضی اشغالی منجر به نارضایتی می‌گردید که عواقب امنیتی در پی داشت. بنابراین، وضع مالیات جدید را می‌توان به عنوان اقدامی در جهت منافع محلی و نیازهای نظامی توجیه نمود.

در حقیقت، علی‌رغم ادبیات قوی و آشکار ماده ۴۳ مقررات لاهه که از ممنوعیت تغییر قوانین محلی سخن می‌گوید، دیوان عالی اسرائیل اعلام نموده است که موضوع تنها این است که آیا هدف از این تغییر مشروع است: محافظت از امنیت و یا تأمین رفاه بیشتر جمعیت محلی. دیوان هرگز در مورد قانونی که تنها برای تأمین منافع شهرک نشینان اسرائیلی است، اظهار نظر نکرده است.

با وجود رویکرد وسیع دیوان به اختیار فرمانده نظامی در تغییر قوانین محلی، دیوان در مواردی آماده بوده است که محتوای قانون را تغییر دهد زیرا که فرماندهی نظامی میان نیازهای نظامی و رفاه مردم محلی تعادل برقرار نکرده است. زمانی که حقوقدانان در کرانه باختری تقاضای تأسیس کانون وکلا بر اساس قانون اردن را نمودند،

<sup>۹۸</sup> H CJ 69/81, Abu Itta et al., v. IDF Commander in Judea and Samaria et al., 37(2) PD, p. 197, 1983 (hereafter VAT case).

<sup>۹۹</sup> See D. Kretzmer, above note 2, pp. 64–72.

<sup>۱۰۰</sup> VAT case, above note 98.

فرماندهی نظامی قانون مورد نظر را اصلاح نمود تا اعضای شورا به جای انتخاب برگزیده شوند. درحالیکه دیوان پذیرفت که دلایل امنیتی معتبری برای محدود نمودن استقلال کانون وکلا وجود دارد، اما فرماندهی نظامی به تعادل میان امنیت و استقلال کانون توجه کافی نکرده است. بنابراین دستور داد تا فرماندهی نظامی فرمان خود را اصلاح نموده تا استقلال محدودی برای کانون وکلا وجود داشته باشد.<sup>۱۰۱</sup>

### ضرورت نظامی و محدودیت‌های آن: تناسب

در بسیاری پرونده‌ها قواعد حقوقی اشغال نظامی به قدرت اشغالگر اجازه می‌دهد که بعضی از حقوق افراد مورد حمایت را بر مبنای تأمین «نیازهای نظامی»، «دلایل امنیتی مهم»، یا «دلایل نظامی مهم» محدود کند.<sup>۱۰۲</sup> در آغاز دوره اشغال نظامی، دیوان اکراه داشت که در ارزیابی فرماندهی نظامی از ضرورت‌های نظامی مداخله نماید. دیوان در واقع مقامات را مکلف می‌ساخت که به دادگاه نشان دهند که این ارزیابی انجام شده است، اما اگر آن‌ها نشان می‌دادند که تصمیم‌گیری بر ارزیابی منطقی ضرورت‌های نظامی متکی بوده است، دادگاه در اختیارات فرماندهی دخالتی نمی‌کرد.<sup>۱۰۳</sup> در سالهای اخیر، دیوان با توجه به معیار سه گانه تناسب که در حقوق عمومی آلمان ایجاد شده است رویکردی جدید به مفهوم ضرورت نظامی ارائه داده است.<sup>۱۰۴</sup> این معیار تناسب، اشتراک کمی با اصل تناسب در حقوق مخاصمات مسلحانه دارد.<sup>۱۰۵</sup> با وجود این، باید متذکر شد که اصل تناسب تنها در

<sup>۱۰۱</sup> HCJ 507/85, Tamimi et al., v. Minister of Defence et al., 41(4) PD, p. 57, 1987.

<sup>۱۰۲</sup> See, e.g., Hague Regulations, Art. 52 (requisitions in kind and services not to be demanded 'except for the needs of the army of occupation'); GC IV, Art. 27, para. 4 (permitting 'such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war'); GC IV, Art. 49, para. 2 (total or partial evacuation of a given area permitted where 'imperative military reasons so demand'); GC IV, Art. 53 (destruction of property forbidden except when 'rendered absolutely necessary by military operations'); GC IV, Art. 78 (internment or assigned residence of protected persons where the Occupying Power 'considers it necessary, for imperative reasons of security').

<sup>۱۰۳</sup> See, e.g., Hilu case, above note 12; Beth El case, above note 12, pp. 125–126.

<sup>۱۰۴</sup> In German law, the notion is called *Verhältnismäßigkeit*. شامل بررسی سه پرسش است: آیا ارتباط منطقی میان اقدام اداری و هدف مشروع آن وجود دارد، آیا این اقدام کم ضررترین اقدام ممکن است، آیا مزایای این اقدام بر مضرات وارده به حقوق دیگران رجحان دارد. این مفهوم را دیوان عالی کانادا در ارتباط با بررسی محدودیت‌های ایجاد شده بر حقوق بنیادین افراد در یک جامعه آزاد و دموکراتیک به کار گرفت و اکنون در اسراییل برای ارزیابی مشروعیت اقدامات دولت و محدودیت بر آزادی‌های مورد حمایت به کار گرفته می‌شود. see Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their*

*Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

<sup>۱۰۵</sup> The classic definition of proportionality in *ius in bello* appears in Article 51, para. 5 of the First Additional Protocol to the Geneva Conventions, according to which an attack will be regarded as indiscriminate if it 'may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated'. According to the ICRC Study on Customary International Law, this principle is a norm of customary international law in both international and non-international armed conflicts: Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, ICRC/Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 46.



هدایت مخاصمات اهمیت دارد و هیچ جایگاهی در اعمال اختیارات نظامی در اراضی اشغالی ندارد. نقش این اختیارات این است که به فرماندهی نظامی اجازه بدهد که وظیفه خود به تأمین نظم و حیات عمومی را انجام دهد و از منافع امنیتی نیروهای اشغالگر حمایت کند. در این چهارچوب است که معیار تناسب باید بررسی شود.

در پرونده بیت سوریک، دیوان اظهار نمود که معیار سه گانه تناسب به طور کلی به یک معیار عمومی در حقوق داخلی و در حقوق بین الملل، و به طور ویژه در حقوق اشغال نظامی تبدیل شده است.<sup>۱۰۶</sup> در این پرونده، ساخت قسمتی از دیوار حائل در کرانه باختری به چالش کشیده شد. دادگاه اعلام نمود از آنجا که اثبات شده است که هدف از ساخت دیوار امنیتی است، فرماندهی نظامی اساساً این اختیار را دارد که اراضی لازم را برای ساخت دیوار تصاحب کند. با وجود این، برای بررسی این که آیا استفاده از این اختیار برای امنیت ضروری بوده است، بنا شد تا تصمیم فرماندهی نظامی بر اساس معیار تناسب سنجیده شود. این بدان معنا بود که سه عامل سنجیده شود: آیا ارتباط منطقی میان تصاحب اراضی و هدف مشروع (امنیت) وجود داشته است؛ آیا راه برگزیده شده کم ضررترین مسیر ممکن برای دستیابی به این هدف است؛ و آیا منفعت امنیتی مسیر انتخاب شده بر ضررهای وارده به اشخاص در نتیجه آن رجحان دارد. پرسش آخر بدین معناست که اگر راه جایگزینی وجود داشت که امنیت را تأمین کند، باید مزایای امنیتی راه برگزیده شده را با منفعت راه جایگزین برای معترضین مقایسه نمود. در این پرونده مشخص، دیوان اعلام نمود که ارتباط منطقی میان تأمین امنیت و ایجاد دیوار حائل در مسیر مشخص شده وجود دارد، و هم چنین بیان داشت که فرماندهی نظامی نشان داده است که چرا از نظر وی این مسیر از لحاظ امنیتی بهترین است. با وجود این، بر اساس ادله ارائه شده از سوی معترضین، دادگاه بیان داشت که راه جایگزینی وجود دارد که از نظر فرمانده نظامی مزایای امنیتی کمتری دارد اما خسارات به مراتب کمتری نیز به معترضین وارد می‌کند. عدم انتخاب این راه بدان معنا بود که تصمیم فرمانده با معیار تناسب هم خوانی ندارد.<sup>۱۰۷</sup> در پرونده ای دیگر دیوان اعلام نمود که مسیر انتخاب شده بر خلاف معیار تناسب است زیرا که فرمانده راه‌های جایگزینی را که می‌توانست ضرر کمتری داشته باشد، بررسی نکرده است.<sup>۱۰۸</sup>

متعاقب پرونده بیت سوریک، معیار سه گانه تناسب به معیاری استاندارد برای بررسی دیگر قسمت‌های دیوار تبدیل شد و دیوان اکنون آن را به عنوان قاعده عمومی که بر تمامی تصمیمات مرتبط با ضرورت‌های نظامی حاکم است،

---

<sup>۱۰۶</sup> Beit Sourik case, above note 26, para. 36.

<sup>۱۰۷</sup> Ibid., paras. 84–85.

Alphei Menashe case, above note 20, pp. 553–554. In H CJ 9593/04, Moraar v. IDF Commander in <sup>۱۰۸</sup> Judea and Samaria, 2006 Dinim (38), p. 345, در پرونده مرار علیه فرماندهی نظامی یهودیه و سامریه دیوان به عنصر اول این معیار اشاره کرد که همان لزوم ارتباط منطقی میان اقدام و تأمین امنیت است. دادگاه اعلام کرد که اقدامی که ناعادلانه غیرمنطقی مستبدانه باشد منطبق با معیار تناسب نخواهد بود. بنابراین تحمیل محدودیت رفت و آمد بر فلسطینیان با هدف حفاظت از آن‌ها در برابر حملات احتمالی شهرک نشین ها یک اقدام متناسب نیست .

می‌شناسد.<sup>۱۰۹</sup> به ظاهر، رویه دادگاه در این باره تأثیر مهمی بر محدودیت‌های اختیار فرماندهی نظامی گذاشته است. معیاری شفاف برای ارزیابی ضرورت نظامی و ایجاد تعادل میان این ضرورت‌ها و دیگر منافع متضاد تهیه شده است. فرماندهی نظامی نظر نهایی را در مورد ضرورت نظامی نمی‌دهد زیرا که نظر وی را قوه قضایی بررسی می‌کند. اما همانند بیشتر پرونده‌ها مشکل در جزییات است. همانند مسئله بررسی حیات و نظم عمومی، اولین و مهم‌ترین سؤال این است که برای ایجاد تعادل میان بخش‌های مختلف چه منافعی باید در نظر گرفته شود؟ کدام منافع امنیتی اهمیت دارد؟ هنگام ارزیابی کم‌ضررترین راه چه جایگزین‌هایی بررسی می‌شود؟ همانطور که در بالا گفته شد، دیوان اعلام نموده است که امنیت تنها شامل امنیت نیروهای مسلح قدرت اشغالگر نیست و امنیت اسرائیلی‌هایی را که در اراضی اشغالی زندگی می‌کنند و یا رفت و آمد می‌کنند، نیز در بر می‌گیرد. حتی اگر شهرک نشینان در اماکنی زندگی می‌کنند که بر خلاف حقوق بین‌الملل ایجاد شده‌اند، در بررسی کم‌ضررترین طریق تأمین امنیت آن‌ها، لزوم ترک شهرک‌ها در نظر گرفته نشده است. هم‌چنین در ارتباط با بزرگرایی که بنا به اعلام مقامات ساخت آن در جهت منافع جمعیت محلی است نیز، این فرض در نظر گرفته نشده است که اتباع دولت اشغالگر از آن استفاده نکنند. ادعا شده است که روشی که دیوان معیار تناسب را به کار گرفته، سبب تضعیف حفاظت از حقوق افراد مورد حمایت است.<sup>۱۱۰</sup>

استفاده از معیار تناسب را هم‌چنین باید در راستای تمایل دیوان به استفاده از تفاسیری دید که به مقامات میزانی اختیار در اجبار یا منع اعمال دیگران می‌دهد. در پرونده ابو صفیه که در بالا ذکر شد،<sup>۱۱۱</sup> دیوان اعلام نمود که فرمانده نظامی این اختیار را ندارد که عبور خودروهای فلسطینی را از بزرگرایی منع کند که به ظاهر در جهت منافع آن‌ها ساخته شده است. اگر این نظر به تنهایی در نظر گرفته می‌شد، نظر محکمی بود. با وجود این، دیوان توضیح جایگزینی را برای عدم مشروعیت اقدام فرماندهی نظامی یافت: معیار تناسب رعایت نشده است. همانطور که نشان داده شد، رویکرد به تناسب در این پرونده تا حد زیادی حمایت‌های لازم برای جمعیت محلی را تضعیف می‌کند، جمعیتی که بزرگرایی در جهت منافعشان ساخته شده است.<sup>۱۱۲</sup>

یکی از عواقب مشکل ساز نقش مهم معیار تناسب در رویه دیوان به طور کلی و به ویژه در ارتباط با حقوق اشغال نظامی این است که دادگاه تمایل دارد که معیار اختیار حقوقی را نادیده گرفته و هر موضوعی را از منظر تناسب

---

<sup>۱۰۹</sup> Abu Safiyeh case, above note 89.

<sup>۱۱۰</sup> Guy Harpaz and Yuval Shany, 'The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law', in *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 514–550.

<sup>۱۱۱</sup> Abu Safiyeh case, above note 89.

<sup>۱۱۲</sup> See G. Harpaz and Y. Shany, above note 110. The writers argue that by including the interests of Israeli commuters on the road when assessing the proportionality of the commander's decision to prohibit use of the road by Palestinian vehicles the Court expanded the powers of a military commander in occupied territory.

بسنجد. این موضوع در دو پرونده اخیر قابل مشاهده است. پرونده معادن سنگ<sup>۱۱۳</sup> مرتبط با مسئله اختیار قانونی فرماندهی در اعطای مجوز گشایش معادن جدید به شرکت‌های اسرائیلی بود که به واسطه آن این شرکت‌ها منابع طبیعی تجدیدناپذیر را استخراج می‌نمودند. در حالیکه دیوان معیار تناسب را صریحاً مورد اشاره قرار نداد، اعلام نمود از آنجا که میزان سنگ استخراج شده در ارتباط منابع موجود در کرانه باختری اندک است، بهره برداری از معدن به عنوان تقلیل اصل سرمایه محسوب نمی‌شود و تنها استفاده از منافع این منابع است. اما همانگونه که پیش از این گفته شد، اگر فرماندهی نظامی نباید مجوزهای جدید صادر کند، مسئله میزان سنگ استخراجی (تناسب) بی اهمیت خواهد بود. به نحو مشابه، در پرونده ابوصفیه دیوان اعلام نمود که فرماندهی نظامی اجازه اخراج خودروه‌های فلسطینی را از بزرگراه ۴۴۳ ندارد.<sup>۱۱۴</sup> مجدداً همانگونه که در بالا گفته شد با معرفی معیار تناسب به عنوان مبنای جایگزین رد تصمیم فرماندهی، دیوان اثر رأی خود را مبنی بر این که فرماندهی از اختیارات خود فراتر رفته است، تضعیف نمود.<sup>۱۱۵</sup>

در اولین پرونده‌ای که دیوان معیار تناسب را برای ارزیابی تصمیم یک فرمانده نظامی در اراضی اشغالی به کار گرفت، نیز با وضعیت مشابهی روبرو می‌شویم. پرونده مربوط به تخریب تنبیهی خانه ای بود که یکی از ساکنان اش در عملیات تروریستی شرکت نموده بود.<sup>۱۱۶</sup> در حالیکه پیش از این، دادگاه از مداخله در تصمیمات مشابه نظامی اجتناب می‌کرد،<sup>۱۱۷</sup> در نظریه مخالف، یک قاضی بیان داشت که تخریب خانه ای که در آن اعضای خانواده پرجمعیت مجرم زندگی می‌کنند، یک نوع مجازات دست جمعی است.<sup>۱۱۸</sup> این اقدام به خودی خود در چهارچوب اختیارات فرماندهی نظامی نیست. در یک پرونده در حال بررسی، دیوان پذیرفته است که فرماندهی نظامی نمی‌تواند خانه را تخریب کند اگر این به معنای تخریب خانه افرادی به جز بستگان درجه یک مجرم باشد.<sup>۱۱۹</sup> اما به جای اشاره به عدم وجود اختیارات قانونی، دیوان ترجیح داد که بگوید این اقدام به دلیل مغایرت با معیار تناسب نامشروع است.

در پایان، می‌توان گفت که دیوان عالی اسرائیل با برگزیدن معیار سه گانه تناسب برای ارزیابی ضرورت نظامی مفهوم نوینی را به حقوق بین الملل بشردوستانه معرفی نموده است. در حالیکه این مفهوم اجازه می‌دهد که بر شکل استفاده از اختیارات فرماندهی نظامی نظارت قضایی وجود داشته باشد، و در مواردی این معیار به کار گرفته

---

<sup>۱۱۳</sup> Quarries case, above note 57.

<sup>۱۱۴</sup> Abu Safiyeh case, above note 89.

<sup>۱۱۵</sup> See G. Harpaz and Y. Shany, above note 110.

<sup>۱۱۶</sup> HCJ 5510/92, Turkmah v. Minister of Defence, 48(1) PD, p. 217, 1992.

<sup>۱۱۷</sup> See D. Kretzmer, above note 2, pp. 145–163.

<sup>۱۱۸</sup> See the dissenting opinions of Justice Cheshin in HCJ 5359/91, Khisrahn v. IDF Commander in Judea and Samaria, 46(2) PD, p. 150, 1992; HCJ 2722/92, Alamarin v. IDF Commander in Gaza, 46(3) PD, p. 693.

<sup>۱۱۹</sup> Turkmah case, above note 116.

شده تا استفاده از اختیارات نظامی را محدود کند، اما این مفهوم مورد سو استفاده قرار گرفته و بیش از حد به کار گرفته شده است. دیوان ممکن است مفهوم تناسب را جایی به کار برد که بررسی وجود اختیار قانونی مناسب تر است. هم چنین ممکن است که منافع در نظر گرفته شده برای ارزیابی تناسب را گسترش دهد به نحوی که منجر به گسترش اختیارات فرماندهی نظامی در اراضی اشغالی شود.

## مخاصمات در اراضی اشغالی

قدرت اشغالگر وظیفه دارد تا نظم عمومی در سرزمین اشغالی را حفظ نماید. در این راستا باید قدرت انتظامی خود را اعمال کند. قواعد درگیری مسلحانه باید با چنین اختیاراتی و رابطه میان دولت و جمعیت غیرنظامی هماهنگ باشد.<sup>۱۲۰</sup> اگر درگیری و رویارویی میان گروه‌های نظامی سازمان یافته و قدرت اشغالگر اتفاق بیافتد، وضعیت چگونه خواهد بود؟ در مواجهه با این شرایط - انجام وظایف انتظامی و پلیسی و یا شرایط مربوط به عملیات جنگی در مخاصمه مسلحانه - چه قواعدی حاکم بر رفتار قدرت اشغالگر خواهد بود؟

نظرات درباره این سؤالات متفاوت است. بعضی معتقدند که در اراضی اشغالی تنها قواعد انتظامی برای برقراری نظم عمومی اعمال می‌شود و وجود درگیری مسلحانه در این منطقه تاثیری بر رژیم حقوقی قابل اجرا ندارد. در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نتایج حقوقی ساخت یک دیوار، دیوان به این موضوع نپرداخت که آیا مخاصمه مسلحانه در کرانه باختری اتفاق می‌افتد و اگر چنین باشد آیا این درگیری‌ها نقشی در تعیین قواعد حقوقی قابل اعمال دارد یا خیر.<sup>۱۲۱</sup> متعاقباً دیوان اظهار نظر نمود که ماده ۲۳ مقررات لاهه که در بخش مربوط به مقررات مخاصمات مسلحانه است، نقشی در تعیین مشروعیت ضبط اموال ندارد.<sup>۱۲۲</sup> دیگر حقوقدانان به وضوح میان قواعد حاکم بر عملکردهای انتظامی قدرت اشغالگر و قواعدی که در مخاصمات اجرا می‌شود، تمایز قائل می‌شوند.<sup>۱۲۳</sup>

اندکی پس از آغاز خشونت‌ها در اراضی اشغالی در سال ۲۰۰۰، قاضی نظامی نیروهای مسلح اسرائیل اعلام نمود که وضعیت در سرزمین‌های اشغالی وضعیت درگیری‌های مسلحانه است بدون این که به حد جنگ برسد.<sup>۱۲۴</sup> عقیده این بود که با توجه به قلمرو و شدت خشونت، وضعیت از شرایط اشغال نظامی صرف به درگیری‌های جاری در یک مخاصمه مسلحانه تبدیل شده است. دولت اسرائیل این موضع را در گزارش خود به کمیسیون میچل برگزید

---

<sup>۱۲۰</sup> See Kenneth Watkin, 'Maintaining Law and Order during Occupation: Breaking the Normative Chains', in *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 175-200.

<sup>۱۲۱</sup> See D. Kretzmer, above note 85.

<sup>۱۲۲</sup> Legal Consequences of the Construction of the Wall, above note 18, para. 124.

<sup>۱۲۳</sup> See K. Watkin, above note 120; Y. Dinstein, above note 1, pp. 99-101.

<sup>۱۲۴</sup> See Giora Eiland, 'The IDF in the second intifada: conclusions and lessons', in *Strategic Update*, Vol. 13, No. 3, 2010, pp. 27-37, available at: [http://www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1289896504.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1289896504.pdf). In blue and hyperlinked (last visited 2 July 2012). It has never been clear why the words 'short of war' were added. The idea was probably to make clear that the armed conflict was not one of an international character.

که برای بررسی علل خشونت تشکیل شده بود.<sup>۱۲۵</sup> دیوان عالی اسرائیل نیز طبقه بندی وضعیت موجود در اراضی اشغالی را به عنوان مخاصمات فعال پذیرفت.<sup>۱۲۶</sup> در این راستا دیوان بر معیاری اتکا نمود که برای ارزیابی وجود مخاصمه مسلحانه داخلی استفاده می‌شود. این معیار مربوط به دامنه و درجه خشونت مسلحانه است.<sup>۱۲۷</sup> دیوان هرگز به معیار دوم برای این ارزیابی –درجه سازماندهی سازمان درگیر در مخاصمه مسلحانه– توجه نکرد.

در پرونده الفی مناشه،<sup>۱۲۸</sup> دیوان متذکر شد در نظریه مشورتی پرونده نتایج حقوقی ساخت یک دیوار، دیوان بین المللی دادگستری ماده ۲۳ مقررات لاهه را قابل اعمال ندانست زیرا که این ماده در بخش مخاصمات مسلحانه قرار دارد. دیوان عالی اسرائیل این دیدگاه را از دو جهت مورد انتقاد قرار داد: اول آنکه بعضی از حقوق دانان معتقدند که قلمرو ماده ۲۳ را می‌توان گسترش داد تا سرزمین‌های اشغالی را نیز دربرگیرد؛ و دوم آنکه وضعیت در سرزمین اشغالی ثابت نیست و دوره‌های آرامش به شرایط درگیری پویا تغییر می‌یابد.<sup>۱۲۹</sup> دیوان تاکید می‌کند که قواعد قابل اعمال به چنین درگیری‌هایی همان قواعد درگیری‌ها در مخاصمات مسلحانه است.<sup>۱۳۰</sup> پس از بیان این مطلب، دیوان آشکارا اعلام ننمود که قاعده حاکم بر ضبط اموال برای ساخت دیوار قاعده موجود در حقوق مخاصمات مسلحانه است زیرا که اختیارات عمومی مبتنی بر مواد ۴۳ و ۵۲ مقررات لاهه و ماده ۵۳ کنوانسیون چهارم ژنو برای توجیه ساخت حصار کافی است.<sup>۱۳۱</sup>

تضاد بالقوه میان قواعد حاکم بر رفتار در مخاصمات مسلحانه و قواعد مربوط به کنترل اراضی اشغالی دیوان عالی را در بعضی پرونده‌ها به خود مشغول داشته است.<sup>۱۳۲</sup> در این پرونده‌ها دیوان تلاش نموده است که این اصل را حفظ کند که حتی در صورت وقوع درگیری‌های مسلحانه فرماندهی نظامی هم چنان مکلف به تأمین رفاه جمعیت غیرنظامی محلی است.<sup>۱۳۳</sup> در پرونده مراب،<sup>۱۳۴</sup> دیوان مسئله بازداشت افراد در حین درگیری را بررسی نمود و بیان

---

<sup>۱۲۵</sup> See Report of the Sharm el-Sheikh Fact-finding Committee (the Mitchell Report), citing statements submitted by the Government of Israel, available at: [http://www.mideastweb.org/mitchell\\_report.htm](http://www.mideastweb.org/mitchell_report.htm) (last visited 22 May 2012).

<sup>۱۲۶</sup> Ajuri case, above note 20, pp. 358–359; Targeted Killings case, above note 20.

<sup>۱۲۷</sup> Ajuri case, above note 20. The Court listed the number of attacks on Israel and Israeli nationals, and the number of casualties that had been caused since violence started in October 2000.

<sup>۱۲۸</sup> Alpehi Menashe case, above note 20.

<sup>۱۲۹</sup> Ibid., para. 17.

<sup>۱۳۰</sup> Ibid.

<sup>۱۳۱</sup> Ibid.

<sup>۱۳۲</sup> For a principled discussion of this issue, see K. Watkin, above note 120.

<sup>۱۳۳</sup> The main judgment on this question was handed down in H CJ 4764/04, Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF in the Gaza Strip, Judgment, 30 May 2004, English translation available at: <http://62.90.71.124/eng/verdict/framesetSrch.html> (last visited 22 May 2012). For a detailed review of the cases, see David Kretzmer, 'The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict', in German Yearbook of International Law, Vol. 47, 2004, pp. 392–456.

<sup>۱۳۴</sup> Marab case, above note 21.

داشت که حتی اگر در زمان مخاصمه اعمال نظارت قضایی بر بازداشت افراد در منطقه درگیری ممکن نباشد، اما زمانی که بازداشت شدگان به بیرون از آن منطقه منتقل می‌شوند، مشروعیت بازداشت آن‌ها موضوع رسیدگی قضایی خواهد بود و فرد بازداشت شده حق دسترسی به وکیل را دارد.

به دنبال شکایت سازمان‌های غیردولتی در ارتباط با استفاده ارتش اسرائیل از فلسطینیان به عنوان سپر انسانی در زمان عملیات سپر محافظتی در سال ۲۰۰۲، ارتش اسرائیل دستوراتی را صادر کرد که استفاده از فلسطینیان را به عنوان سپر انسانی یا گروهان به کلی ممنوع نمود. با وجود این، این دستورات همچنان به فرماندهان نظامی اجازه می‌داد که از کمک داوطلبانه ساکنین فلسطینی برای هشدار به همسایگان خود استفاده کنند تا آن‌ها بدانند که ارتش اسرائیل برای بازداشت آن‌ها مراجعه کرده بود، مشروط به این که جان این افراد به خطر نیفتد.<sup>۱۳۵</sup> مقامات دولتی ادعا نمودند که این روش تعداد تلفات فلسطینیان را کاهش داده است.<sup>۱۳۶</sup> با وجود این، دیوان اعلام نمود که به دلایلی این روش غیرقانونی است: اصل مندرج در ماده ۵۱ کنوانسیون چهارم ژنو استفاده از افراد مورد حمایت برای خدمت به نیروهای مسلح را ممنوع می‌سازد و دیوان از این اصل استنتاج نمود که بهره برداری از کمک آن‌ها نیز ممنوع است. قدرت اشغالگر وظیفه دارد که جمعیت غیرنظامی را از عملیات نظامی دور نگاه دارد. با توجه به عدم توازن رابطه قدرت، محل تردید است که ساکنان فلسطینی رضایت واقعی داشته باشند؛ و در نهایت غیرممکن است که از پیش بدانیم آیا جان فلسطینیان در خطر خواهد بود.<sup>۱۳۷</sup> این یکی از معدود پرونده‌هایی است که در آن دیوان روشی را که مقامات به دلایل امنیتی توجیه نمودند در تعارض با مقررات بین‌المللی بشردوستانه اعلام کرد. این یکی از معدود آرای است که در آن دیوان یک رویه را به کل ممنوع اعلام می‌کند به جای آنکه به مقامات اجازه داده شود که بر اساس اختیار خود به صورت متناسب رفتار کنند.

در ارتباط با کشتن هدفمند مظنونین به مبارزه نیز همواره اجرای موازی قواعد اشغال نظامی و قواعد مخاصمات مسلحانه دارای اهمیت بوده است. این بحث که دولت نیروی مرگ بار علیه یک مظنون به مبارزه به کار ببرد، بدون اینکه در آن زمان در مبارزه مسلحانه شرکت ندارد، از زمان حملات سال ۲۰۰۱ در آمریکا موضوع بحث بوده است.<sup>۱۳۸</sup> در حالیکه دیوان ابتدا اکراه داشت که به این مسئله بپردازد،<sup>۱۳۹</sup> در سال ۲۰۰۶ رأی مستدلی صادر نمود

---

<sup>۱۳۵</sup> H CJ 3799/02, Adalah et al., v. Officer Commanding IDF Central Command et al., 60(3) PD, p. 67, 2006.

<sup>۱۳۶</sup> Ibid., para. 3.

<sup>۱۳۷</sup> Ibid., para. 24.

<sup>۱۳۸</sup> For the most comprehensive discussion of this topic, see Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008. See also David Kretzmer, 'Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Self-Defence?', in *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 171–212; Orna Ben-Naftali and Keren Michaeli, '“We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings', in *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003, pp. 233–292.

<sup>۱۳۹</sup> See H CJ 5872/01, Barakeh v. Prime Minister, 56(3) PD, p. 1, 2002, in which the Court dismissed a petition relating to the issue as non-justiciable.

که به این بحث اختصاص داشت.<sup>۱۴۰</sup> رأی دیوان را دیگران تحلیل نموده و مورد انتقاد قرار داده‌اند<sup>۱۴۱</sup> و در اینجا ملاحظات مطرح در مقاله به مسئله مورد نظر محدود خواهد شد.

دیوان مشروعیت هدف قرار دادن افراد را از نظر قواعد مخاصمات مسلحانه بررسی نمود و اعلام داشت که اعضای نیروهای مسلح فلسطینی غیرنظامیانی هستند که تنها در زمان مشارکت در مخاصمات می‌توان به آن‌ها حمله نمود. پس از ایجاد این چهارچوب حقوقی، و انتخاب تفسیر موسعی از مشارکت در مخاصمات و بازه زمانی مشارکت، دیوان محدودیت‌هایی برای استفاده از نیروی مرگبار مقرر نمود. محدودیت اول این است که نیروی مرگبار را نباید استفاده نمود اگر روش کم ضررتر دیگری وجود داشته باشد. این که آیا چنین شرایطی در حقوق مخاصمات مسلحانه وجود دارد به چالش کشیده شده است،<sup>۱۴۲</sup> اما دیوان نظر خود را بر مفهوم تناسب متکی نمود که اصل حاکم بر تمام اقدامات دولتی است. دیوان معترف بود که در بسیاری از شرایط جنگی امکان استفاده از روش‌های جایگزین بی اثر کردن خطر - نظیر بازداشت فرد - وجود ندارد اما اضافه نمود که:

استفاده از این روش‌ها احتمالی است که همواره باید مد نظر قرار بگیرد. در شرایط اشغال نظامی کاملاً از لحاظ عملی ممکن است که در منطقه عملیاتی که ارتش کنترل می‌کند افراد را بازداشت و محاکمه کرد. (ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو)<sup>۱۴۳</sup>

اساساً برای نویسنده این مقاله روشن نیست که ماده ۵ کنوانسیون چهارم ژنو چه ارتباطی با این مسئله دارد. صرف نظر از هر نوع ارتباط، دیوان تضاد بالقوه میان قواعد اشغال نظامی و قواعد مخاصمات مسلحانه را آشکار می‌سازد. ویژگی تعیین کننده سرزمین اشغالی، تحت کنترل واقعی و مؤثر ارتش اشغالگر بودن است. این حقیقت که درگیری‌ها از لحاظ شدت و دامنه به درجه ای برسد که یک مخاصمه مسلحانه محسوب شود و نه یک شورش، به تنهایی به این معنا نیست که قدرت اشغالگر کنترل منطقه را از دست داده است. بنابراین وظایف خود را باید انجام دهد.<sup>۱۴۴</sup> اعضای گروه‌های نظامی که با قدرت اشغالگر می‌جنگند جایگاهی دوگانه دارند: از یک سو آن‌ها افراد مورد حمایت هستند، و از سوی دیگر آن‌ها غیرنظامیانی هستند که در مخاصمات مشارکت مستقیم داشته‌اند و رزمندگان

---

<sup>۱۴۰</sup> Targeted Killings case, above note 20.

<sup>۱۴۱</sup> For discussion of various aspects of the Court's decision, see the articles in the Journal of International Criminal Justice, Vol. 5., No. 2, 2007: Roy S. Schondorf, 'The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment', pp. 301-309; Amichai Cohen and Yuval Shany, 'A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case', in Journal of International Criminal Justice, Vol. 5, No. 2, 2007, pp. 310-321; Orna Ben-Naftali, 'A Judgment in the Shadow of International Criminal Law', pp. 322-331; William J. Fenrick, 'The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities', pp. 332-338; Antonio Cassese, 'On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings', pp. 339-345. See also O. Ben-Naftali, above note 2, pp. 171-177.

<sup>۱۴۲</sup> Targeted Killings case, above note 20.

<sup>۱۴۳</sup> Ibid., para. 40.

<sup>۱۴۴</sup> See Y. Dinstein, above note 1, p. 100.

بدون امتیاز محسوب می‌شوند. حتی اگر تردید شود که تعادل مورد نظر دیوان در تمامی درگیری‌های مسلحانه در شرایط اشغال نظامی قابل اعمال نیست،<sup>۱۴۵</sup> اما این رویکرد در وضعیت اشغال نظامی روشی را ارائه می‌دهد که تنش میان دو اختیار دولت اشغالگر را کاهش می‌دهد.

## نظرات پایانی

اشغال فلسطین بسیار به درازا انجامیده است، بسیار طولانی تر از چیزی که بتوان آن را یک اشغال نظامی متداول دانست.<sup>۱۴۶</sup> ساده لوحانه است که گمان کنیم یک دادگاه داخلی می‌تواند با چنین شرایط نا به سامانی به صورت یک نهاد خارجی، بی طرف، و ناظر برخورد نماید به گونه ای که نسبت به حقایق سیاسی کشور خود بی اعتنا باشد. ممکن است حقوق دانان به نحوی موجه به رویکرد دیوان در موضوعات فراوانی انتقاد نمایند؛ نظیر مسئله اجتناب از بررسی مشروعیت ایجاد شهرک‌ها. اما باید در نظر داشت که در اسراییل نیز دیوان مورد انتقاد بوده است. تمایل دیوان به ارزیابی تمام اقدامات نظامی - و مداخله گاه به گاه در اقدامات امنیتی - همواره مورد استقبال نبوده است و بر مشروعیت دیوان در نظر قسمت بزرگی از افکار عمومی اسراییل تأثیر گذاشته است.

دیوان بر اهمیت ماده ۴۳ مقررات لاهه صحه گذاشته است؛ فرماندهان نظامی را مکلف نموده است که تعادلی میان نیازهای نظامی و رفاه جمعیت محلی برقرار نمایند، و هم چنین این تعادل را با معیار تناسب سنجیده است. با این اقدامات دیوان کمک کرده است که حقوق اشغال نظامی توسعه یابد. بدون این که از اهمیت این تأثیر بکاهیم، به نظر می‌رسد که تأثیر اصلی دیوان مربوط به مسائل ماهوی نبوده است و ریشه در تمایل آن به اعمال نظارت قضایی بر اقدامات مقامات نظامی دارد. چنین نظارتی یک نوآوری مطلوب بوده است. اثر محدودکننده این نظارت بر اقدامات مقامات را تنها نمی‌توان با نگاه به رویه دیوان درک نمود. در بسیاری پرونده‌ها تهدید وجود نظارت قضایی و تسلیم اعتراض به دیوان و اظهارات قضات در حین جلسات رسیدگی مقامات را ناچار ساخته است که در مواضع خود تجدید نظر نمایند یا از این مواضع صرف نظر کنند.<sup>۱۴۷</sup> علاوه بر اثر محدود کننده نظارت قضایی، مکلف ساختن مقامات نظامی به دفاع از اقداماتشان در دادگاه بر اساس قواعد بین المللی اشغال نظامی و به بحث گذاشتن این قواعد در یک مرجع قضایی شاید مهم‌ترین کمک دیوان به توسعه حقوق اشغال نظامی بوده باشد.

---

<sup>۱۴۵</sup> See A. Cohen and Y. Shany, above note 141.

<sup>۱۴۶</sup> See O. Ben-Naftali, above note 2.

<sup>۱۴۷</sup> See D. Kretzmer, above note 2, pp. 189–191.